

開縣潘大道
富順李庭愷

合編

法學通論
上卷

右文社
發行
政法叢書之一

例言

- (一) 本書係以日本奧田義人氏法學通論爲藍本關於各國共通之學說則譯其原文
其有與我國情勢不合者則博採異說
- (二) 本書取纂述體裁書中徵引法文以我國現行法律爲主凡稱約法民律刑律訴訟
律等皆指我國法律
- (三) 本書由兩人合纂凡名詞用例均悉心覈校期於一致仍恐出書倉卒不免舛駁闕
者諒之

例
言



法學通論目次

緒論

上卷 法學

第一篇 總論

第一章 法學之性質

第一節 法學之職分

第二節 法學之範圍

第三節 法學之位置

第四節 法學與法術之關係

第二章 法學之分類

第一節 因研究材料廣狹之分類

第二節 因研究材料新舊之分類

目次

目次

第三節 因研究材料性質之分類

第三章 法律之效用

第一節 實用的效用

第二節 學理的效用

第三節 立法的效用

第二編 法學之基礎

第一章 國家

第一節 國家之觀念

第二節 國家與公共團體之區別

第三節 國家與社會之區別

第二章 人格

第一節 人格之觀念

第二節 法人之觀念

第三編 法學之小史

第一章 古代之法學

第二章 中古之法學

第三章 近代之法學

第四編 法學之學派

第一章 宗教法學派

第二章 理想法學派

第三章 實驗法學派

中卷 法律

第一編 總論

第一章 法律之性質

目次

第一節 法及法律文辭之用例

第二節 法律之觀念

第一款 關於法律觀念之學說

第二款 法律之實質的意義

第三款 我國國法上法律之意義

第四款 實質的法律與形式的法律之區別

第三節 法律與道德之區別

第二章 法律之淵源

第一節 習慣

第二節 宗教

第三節 條理

第四節 判例

第五節 學說

第六節 條約

第七節 外國法

第三章 法律之分類

第一節 因法律發生方法之分類

第二節 因法律實質之分類

第三節 因法律系統之分類

第四節 因法律效力之分類

第二編 法律之成立改廢

第一章 習慣法之成立

第一節 習慣法之成立

第一欸 習慣法成立之時期

第二欸 習慣法之證據

第三欸 習慣法之效力

第四欸 習慣與習慣法之區別

第二節 成文法之成立

第二章 法律之改廢

第一節 習慣法之改廢

第二節 成文法之改廢

第一欸 因於內由之改廢

第二欸 因於外由之改廢

第三節 法律改廢之範圍

第三編 法律之效力

第一章 法律關於時之效力

第二章	法律關於人之效力
第三章	法律關於地之效力
第四章	法律關於事之效力
第四編	法律之運用
第一章	法律之行用
第一節	法律行用之意義
第二節	法律之執行
第一款	執行之機關
第二款	執行之原則
第三節	法律之通行
第一款	通行之機關
第二款	通行之原則

第二章 法律之解釋

第一節 解釋之意義

第二節 解釋之分類

第一欸 公式解釋

第二欸 私見解釋

第三節 解釋之標準

第一欸 關於解釋共通之標準

第二欸 文理的解釋之標準

第三欸 論理的解釋之標準

第四節 解釋之效力

第三章 法律之鑑識

第一節 鑑識之意義

第二節	鑑識之分類
第三節	鑑識之標準
第四章	法律之補充
第一節	補充之意義
第二節	補充之方法
第五編	法律之制裁
第一章	制裁之性質
第一節	制裁之觀念
第二節	制裁之區別
第二章	公力的制裁
第一節	公法的制裁
第一款	憲法上之制裁

目次

第二欸 行政法上之制裁

第一項 刑罰之觀念

第二項 刑罰之分類

第二節 私法的制裁

第三章 自力的制裁

自力的制裁之觀念

自力的刑事制裁

自力的民事制裁

第四章 國際的制裁

法學通論

日本法政大學法學士 李廷愷
杭州法政學校教員 李廷愷
日本早稻田大學得業士 潘大道
上海中國公學教授 潘大道
編述

緒論

研究法學通論之必要在通曉法學之大綱

舉大綱以涉細目、學問之次第則然也、如學歷史地理者、必先涉獵萬國之歷史地理、明其梗概、然後就於各國、詳其細節、蓋一國之歷史地理、與他諸國之歷史地理、互有關係、殆如蛛網、漫然持一其端、終不能知全部之聯絡故也、專修法學、其理亦然、如誤次第、或遂難達其目的、今有人焉、自始即選憲法民法行政法刑法等、凡屬法律之各分科者而研究之、未必不能、然是等各分科之法律、恰如一國之歷史地理、與他諸國之歷史地理、互有關係、如不先通一般法律學理之大綱、不惟不能悉其要領、且是等各分科之法律、在法律全部中、占何位置、屬何部分、皆茫然莫知端倪、故研究次第宜慎之於其始、且法學與他學科、同有特別之語辭、專修斯學、不可不先知其語辭之意

義、及由是所表示事物之性質如何、研究法學通論者、即所以達此目的、而爲法學專修之士所最要者也。

研究法學通論、爲專修經濟政治等學所必要、

凡學科、由其所研究之事物如何、而各成別個之學科、然各學科、皆非全然獨立、其間必有直接或間接之關係、就中涉於社會人事者、其相互之關係、尤爲急切、故修法學者、不可不知經濟政治等學之大綱、而修經濟政治等學者、又不可不知法學之大綱、然專修經濟政治等學者、須知法學之大綱、其必要視專修法學者、須知經濟政治等學之大綱更甚、蓋法學不假經濟政治等學之思想、尙可學習、且於實地之運用、亦無大礙、至經濟政治等學、不假法律思想、則不能得其根柢、矧如政治學者、殆全取基礎於法學者耶、以是可知雖專修經濟政治等學者、亦有研究法學通論之必要、

研究法學通論、爲國民普通教育上所必要、

國民普通教育上、有研究法學通論之必要、爲近世文明諸國所同認、西諺有曰、「吾人生活於法律、動作於法律、存在於法律、」蓋吾人得安全生息、而爲一國之國民者、

無一不由法律之保護，特其保護周至，不自覺耳。顧人類社會，未達空想家所夢之黃金世界，則現世民情，不能一任道德倫理之行用，而全然以法律爲不必要，蓋道德倫理，固爲社會經紀之重要原因，然不假法律之力，則難完治社會諸凡之關係，使世無爭，不若無法，語雖如是，實則反之。昔人有言，人類自然之狀態，鬥爭之狀態也，其辭雖失於過激，但在今日之國家，實有各種法律之必要，匪特今日，卽將來宜亦如是，故不問何國，咸以知法律爲國民之義務，不能以不知法律而免服從，非無故矣。以是凡爲國民者，不可不知其國之法律，而欲知其國之法律，不可不先知法學之大綱。論者或曰，使法律智識，普及於國民，徒增健訟濫訴之弊，與古訓民可使由，不可使知之義相悖，卅運將益澆薄，此未知法律之爲何也。英吉利人者，尊重自國之法律，能運用於生活之實際，且能遵奉之良民也，其人富於權利思想，苟自己權利之所存，雖鎔銖之微，亦要求不已，然沐浴德教上之感化，篤於私行，但覺其行義可頌，不見其有可非難，濫訟健訴之弊，渺焉無存，國勢鼎盛，未聞益趨澆薄，是卽法律道德并行不悖之

一例、蓋健訟濫訴、其過不在法律思想之普及、而在（與法律調和可相待以爲社會經紀者）道德觀念之不完全、故論者之說、未足破研究法學通論爲國民普通教育上所必要也、

法學之研究、不可離自國之現行法、

法律的現象、千差萬別、由風土人情文化之差而異其形、因時勢之推移、人文之啓發、而變其態、緣此其所表示之法律、亦異國異時而各不同、決非一成不變者也、故古人以法律爲一國文化之反照、可知由國有文野、法律亦有文野、如吾國有吾國特有之法律、英國有英國傳來之法律、法國有法國一流之法律、不惟皆各異其規定、且證之史乘、各國之法律、由古至今、千變萬化、其跡顯然、以是法學雖以研究關於法律現象之各種原理爲主旨、當其研究、宜勿漠視自國之法律、如漠視之、則偏於學理而缺於實用、非所取也、

歐米諸國之法律、大別爲羅馬法系、及英國法系之二大法系、

古往今來、行於世界萬國之法律、其系統不一而足、有既廢絕之法系焉、有現繼續之法系焉、於現繼續之法系中、有範圍日縮小者、有範圍益擴張者、而在古代各成一派、至今已絕之法系、其重者如波斯法系、埃及法系、腓力西亞法系、猶太法系、希臘法系、是已、其繼續至今之法系中、而範圍漸次縮小者、如吾國法系、印度法系、回回法系是已、其範圍漸次擴張者、如羅馬法系、英國法系是已、蓋波斯埃及腓力西亞猶太希臘諸國、爲古代之文明國、法律亦稍完備、各成一派之法系、然屬於腓力西亞法系之海商法、及屬於希臘法系之梭倫法、除多少傳於羅馬外、與夫屬於猶太法系之摩西法、除舊約全書第三卷所遺外、悉與其國之衰亡、同歸廢絕、在繼續法系中、吾國法系、其源發於古代之典謨、漢世猶多以經斷獄、前世可知、然自秦以前、一般爲慣習法、絕少成文之規定、其成文法則以魏李悝所著之法經六篇爲嚆矢、唐代法制頗完備、時有六典、後世諸律、皆繼其緒、迄清有大清律例、則斟酌唐明而爲之損益者、要之吾國法系之特質、在注重道德之原素、以是道德法律、不能判然區別、蓋欲以法律助道德之

不足也。此種法系之勢力，與其國德教相消長，今於吾國現行法中，亦不過僅存而已。印度法系，其源雖發於諸種法律，實以馬流法典爲其根據，卽謂其法系之基礎，在此法典，亦無不可。然今所行者，非此法典，乃後世所成數十種之註疏。原夫印度法系，不過行於印度半島及附近島嶼之一種宗教法，故與印度宗教同其消長，將來殆無擴張之望。回回法系，亦與回回宗教同時發生，由穆哈默德所創定，其法基於回回教之經典伽蘭，而其法系，以宗教與兵力爲其基礎，蓋穆哈默德以劍定國，而布教與法，強令遵守，故其法律，雖廣行一時，如印度之西部，土耳其，亞刺比亞，波斯，亞弗利加之北岸，以及亞細亞之西南部，達爾達里地方等，皆行其法，然將來亦絕無擴張之望。至羅馬法系，及英國法系之現況，則繼受羅馬法系之私法，現行於歐洲大陸諸國，繼受英國法系之私法，現行於北美濠洲，其他英領殖民地，皆逐漸擴張其範圍，而近世立憲的公法之淵源，實發於英國法，歐洲大陸諸國，羣模倣之，其原理益進步，是知歐美諸國之法律，得大別爲羅馬法系及英國法系之二也。

屬於羅馬法系或英國法系之諸國法律、其法源非僅由羅馬法或英國法而來、屬於羅馬法系或英國法系之諸國法律、其法源非悉由羅馬法或英國法而來、此外尚有附從之淵源、不可或忘、惟其法源中、以羅馬法或英國法占最主要之部分、故以屬於羅馬法系或英國法系耳、今概括羅馬法系諸國法律之法源、則爲羅馬法、寺院法、蠻民法、封建法、慣習法、及國王命令六種、就中羅馬法、自十二銅表法出世、殆經一千年之沿革、至尤斯起里安帝之法典編纂、始集大成、其後羅馬帝國滅亡、此法亦隨之消滅、訖第十二世紀、羅馬法學再興、以及第十四五世紀之際、遂輸入其勢力於歐洲諸國、蓋尤斯起里安之法律編纂、以從前之法律及學士之著書爲材料、波里安外十六名之法曹、實當其任、始於紀元五百三十年、成於五百三十四年、此法典由三種法典所成、學者總稱爲羅馬法律全典、所謂三種法典者、(一)「可德苦斯」、即編纂巴特里安帝以後皇帝之命令者、(通常譯)爲法典、(二)「德格斯尊」、或「般德苦得」、即編纂羅馬三十大法曹之論說者、(通常譯)爲會典、(三)「隱斯確沃勒斯」、即說述法典會典之梗概而尙

有法律之效力者、(通常譯為綱要)然自可德苦斯編纂以來復纂尤斯底里安帝十三年間所發之命令、稱爲諾勒、(通常譯為新典)附加於此、世所謂羅馬法者、通常即指此法也、寺院法者、起因於羅馬教會之裁判權、後復有所取於羅馬法、其跡頗錯雜、初耶蘇十二徒中、有名聖保羅者、當語耶蘇教徒曰、「訴訟起、須仰僧侶之裁判、」自是羅馬教會、乃干涉民事裁判、至君士坦丁帝時、保羅之言、遂爲羅馬帝國之法律、明許訴訟當事者雙方之合意、可仰裁判於僧侶、且以公力執行其裁判、尤斯底里安帝、亦認此規則、即至西帝國滅亡之後、教會尙以學問及宗教之力、制御蠻民、故由此無形之權威、而教會之裁判權、漸以確立、洎第八世紀之末、羅馬法王握政權時、其權威乃凌駕帝王、其管轄始不限於僧侶間及僧侶與常人間之訴訟、關於生死婚姻等事、悉以爲宗教上之制度、凡有關係之事項、不問其人資格如何、皆歸僧侶管轄、延及近世、第十八世紀諸國、主權確立、宗教與法律、劃然分離、遂剝奪教會之裁判權、然以大陸諸國、沿襲既久、關於人事之法律、至今採寺院法之規則者、猶不少、當十二世紀之中葉、意大利波羅

利亞大學、開始羅馬法研究之時、欲抵抗之、乃不得不整理寺院法、因編纂(一)高僧格拉起安法令集、(二)法王格勒哥留九世法令集、(三)第六卷法令集、即法王波里發修八世、追加格勒哥留九世之法令集、(四)苦列名丘五世法令集、(五)法王約翰二十二世之追加法令集、此五種法令集、爲寺院法重要之法典、後復加多少之改訂、合千五百八十年法王格勒哥留十三世以上之法令集、而成羅馬寺院法全典、蠻民法者、總稱征滅羅馬帝國之日耳曼諸民族中、至第九世紀末所行之法律也、此法律又爲近世羅馬法系諸國法律之根原、近時諸國之公法、搥源於此者尤多、封建法者、關於各種之封土、定領土與臣民關係之法律也、此法同歐洲之封建制度、漸次發達、與諸國之慣習法、融和以行於世、近世諸國之法律中、猶有遺存之種子、慣習法者、沙曼帝國分裂而爲德法意三國之後、發生於各地之固有法律也、是等慣習法、雖多以古代蠻民法爲其淵源、然亦受羅馬法之影響、與封建制度及當時風俗之慣習相合而成、近世歐洲大陸諸國之法律、實融和是等慣習法、與第十五六世紀繼受之羅馬法、爲其本體、

而加以各國主權者所制定之特別法者也。其主權者所制定之特別法云者，即沙曼帝國分裂後諸國王所發命令之總稱也。

英國法系，非僅由英國之慣習法而成，亦猶羅馬法系非僅由羅馬法而成也。且如北美合衆國諸州之法律，雖屬英國法系，而由諸州固有之判決例及條例所定之部分，數實不少，屬於英國法系之法源者，不能枚舉。茲惟概說英國法之法源，可歸於慣習法、條例、公約、及外國法四種。慣習法者，古代侵入英國諸民族之慣習，實啓其端。自諾爾曼戰勝之後，固有之慣習，漸發達而爲普通法。至耶提華三世，爲補普通法之缺，始設衡平法。訖千八百七十三年，又發布調和此二種法律之條例。詳英國法之大部分，雖由慣習法而成，其由國會議決之法律，數亦甚多。此種法律，謂之斯達丘提斯。（通譯爲條約）又公約者，英國國家變異之際，君主與臣民間所締結之一種契約。英國憲法之大綱，實由此契約而成。如千二百十五年，其王約翰，爲當時諸侯，定保障個人自由之大憲章。千六百八十九年，威廉三世，及麥利即位，爲保護個人之權利自由，國會所

定之權利條款、千七百年、威廉三世所定之皇位繼承法、皆是也、其他羅馬法、寺院法等外國法、輸入英國、與固有之普通法融和者亦衆、由是言之、歐美諸國之法律、雖由種種法源而出、其精神罔不取自羅馬法或英國法、故研究此兩種法律、不難得歐美諸國法律之概念也、

羅馬法及英國法、雖各有長短、羅馬法之勢力、主存於其私法、英國法之勢力、主存於其公法、

羅馬帝國、雖已滅亡於數百年前、然其嘗震懾世界之軍隊、擴張歐亞之版土、遺踪餘跡、猶留於歷史地圖、又嘗資其哲人文豪、發揮才能、辯士說客、馳騁議論之羅甸語、今雖廢而不用、而羅馬之法律、獨能凌越歐洲之黑暗時代、保其本體、垂其系統、以爲歐洲大陸諸國法律之基礎、且其原理、殆無不遺傳於世界諸國之法律、其勢力及近世而益伸張、所以然者、固由其法爲成文法、令他國易於繼受、抑由其法成於法理湛深、法術豐贍之制法家、故其用語精確、規定周至、整齊而適於論理、爲後世制法之模範

者多也、唯惜其偏於形勢、且其公法上理論、與近世不合、故歐洲諸國之繼承羅馬法、多屬其私法之部分、又羅馬私法中、債權爲羅馬法之最完備者、故近世諸國法律、殆繼受其法之全部、德意志學者準曰、「羅馬私法、其他部分、不可謂達於完全之域、未免爲德意志法典所變更、至羅馬債權法、則可畢世而不變更云、」實則不惟債權法已也、今德意志民法雖新成、然其基礎、與謂之屬於德意志之固有法、不如謂之仍屬於羅馬法、英國學者羅德何爾提曰、「各國法律之由羅馬法律產出、猶各國之由羅馬產出也、」其言雖未必盡然、但關於私法、殆有如所云云、今試就世界諸國之私法、由羅馬法所及勢力之強弱、以爲分類、凡得四種、其一、羅馬法勢力所及最強大者、如西班牙葡萄牙及南美諸國是也、此諸國之私法、其全部殆由羅馬法而成、唯西班牙葡萄牙之私法、不無寺院法及封建法之混合、南美諸國之私法、則繼受西班牙葡萄牙之私法者、其二、羅馬法勢力所及之稍次者、如法蘭西意大利德意志瑞士白耳義及荷蘭等是也、此諸國之私法、由羅馬法變民法寺院法及固慣習法而成、其三、羅馬

法勢力所及較薄弱者，如斯堪起拉維亞諸國，即瑞典諾威丁抹露西亞等是也。此諸國之私法，本由斯堪起拉維亞之慣習法而成，其中羅馬法之混合分子極少。其（四）羅馬法勢力所及最薄弱者，如英國法回回等法是也。是皆屬於羅馬法系以外之法律，僅有羅馬法勢力所及之痕跡已耳。

反是，英國法非成於法家之手，僅由裁判官實際之判決，補充成文法，或變更之。故其規則不整，體裁不一，然一方爲其所短，一方即爲其所長。何者，因無成文之體裁，則法律無固定之弊，能應於時之必要，使法副於事實，不徒空存法則，而得收實地活用之美果故也。以是其私法，比於羅馬法，則同爲屬地法，非世界的而人種的。關於土地封建規則尤然。故英國法非其國人移住開拓之北美或濠洲等地，則繼受此法，不免困難。惟英國人自古即致力於商事，故其商法適用甚早。關於船舶會社保險手形等法律，爲現今歐洲諸國商法之模範者不少。又，英國有撒苦遜人種之遺風，尊重個人權利之念最強。由是在私法中，關於不法行爲，即私犯之法律，比較他諸國之法律，頗

爲發達、至其公法、雖體裁不一、規則不整、然其原理、有世界的性質、近世立憲政體之法理、其成立實不外英國法之力也、加以歐洲諸國之憲法行政法等、殆無不採英國法之原理、故可視爲英國法之勢力者、非謂其慣習法繼承於北美濠洲等地、特謂其公法的原理、傳播於歐洲諸國者耳、蓋自法國孟德斯鳩、論述英國憲法、極贊其美、於是攻究英國制度者、相踵而起、其憲法、遂爲歐洲大陸諸國之模範、其行政法之勢力亦然、當德意志諸國改革行政法時、其重要之參考爲英國行政法、此德國格拉斯提所明言、幾爾大學教授布羅苦何斯曰、「輒近英國之制度、直接影響於德意志制度之改良、孟德斯鳩以來、法國人多不知英國國家之組織、及其裁判制度、漫稱揚而模擬之、歐洲大陸之政治家、不求其淵源於英國、但講究法國人修飾之憲法說、如英國本來之行政法訴訟法、不過窺其一斑而已、至德國學者出、始將英國制度分析而明釋之、歐洲大陸、乃得理會其真相、降及近世、德國制度、多取模範於英國、又自法國所繼受之現行訴訟法、今日與其真正淵源之英國法比較、而加幾多之改正」云、卽實

言之、今日歐洲大陸諸國之憲法、行政法、訴訟法、其直接之淵源、雖爲法國法、而法國法固汲源於英國法者、故於此點、英國公法之勢力、可謂普及於歐洲、至近日世界諸國之憲法、其原理尤直接模範於英國法者也。

研究本國法律者、亦須知羅馬法英國法之大綱、

如上所述、專修法學者、不必言矣、卽僅研究本國法者、就於私法、非知羅馬法之大綱、就於公法、非知英國法之大綱、則多不能明其所由來、且難知其主旨精神之所在、近時歐洲諸國、就於私法、則羅馬法之研究、就於公法、則英國法之研究、所以皆逐年加盛者、非無故也、又雖在私法中、如英國之商法私犯法、亦有與羅馬法共研究之必要、蓋以是等法律、有超越羅馬法而發達者故也、

上卷 法學

第一編 總論

欲修一科之學者、必先知其學之爲何、故欲學法學者、必先明法學之性質、吾國法學、

發達較遲，世人多懷誤解，或有以從事於法律之實務爲法學者，或有以記臆法律之條項爲法學者，故詳釋法學之性質，爲我國最必要之事，而法學因其研究材料之性質範圍如何，與其研究方法之異同如何，而有各種區別，此種區別，雖非不可不爲之事，然爲此區別，亦非無益之業，蓋其研究方法之差異，卽發生諸種學說之所以也，法學研究者，討其學派之系統，因以知其主義綱領，以後編法學學派論之爲便，又法學一般的效用，既詳於緒論，茲亦不贅，惟關於自學問上觀察之效用，不可更無所述，是卽本編期欲明辯之者也。

第一章 法學之性質

第一節 法學之職分

法學，一科學也，故欲知其職分，不可不先知科學之爲何，抑科學者，或以爲在多數中知得一定則，或以爲於異中發見同點，又或以爲依吾人之理想，由種種事實，發見普通之原理學者，雖各異其用語，要之科學，在知共通同種同類之現象之各種元素甚

明、若縱目觀察覆載之間、森羅萬象、錯雜紛糾、殆不知所窮極、然細探其錯綜、跡其複雜、各種類之現象、自由一定之原理所統率也、試觀天體之運行、草木之榮枯、人性之喜怒哀樂、社會之治亂興廢、雖其外觀、千態萬狀、然皆各有共通之定則、有整理之秩序、孟德斯鳩嘗言、「各種之殊異爲同一、各種之變化爲恆久、」卽不外指示此狀態、科學者、蒐集此錯雜紛糾之現象、而彙類分科、以發見其共通各分科現象之元素爲職分者也、其事物之通性、謂之原理、或學理、故欲知事物之原理、須就各種現象中、一加以研究、而歸納之爲常則、彼先天的妄想空理、以爲今日之所謂學理、實最危險、由是科學上之智識、（卽學識）與普通之知識、其間乃大有差異、蓋普通之知識、爲獨立之知識、而學識爲彙類之知識、普通之知識、唯說明一箇之現象、學識得由此以說明同種同類之現象也、例如見果實落地、而知離其枝者、普通之知識也、然由此以觀察幾多之落體、而知物體悉基於引力之作用、向地球中心墜落者、學識之所致也、一般科學之職分、既如右述、則法學之職分、亦自明瞭、卽法學者、研究同種同類之法

律的現象中共通元素之科學、而以得關於法律的現象之學識、爲其目的者也、其同種同類之法律的現象中之共通元素、謂之法理、或曰法學者、法律之學問也、然世界萬國、各劃定固有之境域、習俗氣質相異、風土氣候不同、由是法律亦千差萬別、曾無一樣制度、而同施於異邦殊域之間者、法國巴斯加爾云、「正與不正、異地忽變、緯度三度之差、則轉覆人定法矣、比勒里山嶽以南之正理、其以北之謬談耳、」法律爲行爲之準則、宗教政治地勢風土、民族相異、則其規模亦自不同、本屬當然、更無有所謂原理、故法學非得具科學之體者、不過爲一國固有之學科而已、卽吾國有吾國固有之法學、日本有日本固有之法學、英國有英國固有之法學、何則、法律者、不外國家承認或制定之行爲之準則也、故由其國之國情與其歷史、而各有異同、非如天地萬物、不離物理之法則、而終始一定不動者、然古代學者、唱道以人類爲特別之創化物、其說爲當代學者所撥斥、人僅爲優等之進化動物、社會人事、不離進化之法則、殆爲今日不可動之定論、緣此進化程度相同之人類、其所屬之國雖異、而其行爲之準則、爲

國家之所承認或制定者、概相類似、試比較東西古今諸國之歷史、誠爲不可爭之事實、自其準則中、彙類各種之法律的現象、以分科研究之、其中自各得發見共通之元素、其一國一代、偶見固有之現象者、唯因外物之障礙、故其反照有異已耳、夫空氣爲傳音響之媒介物、其理古今一致、然乾燥之地與潤濕之地傳響、有遲速大小之別、引電之法則、其理一定不動、然因風雨之障礙、而其方向不同、諸國之法律的現象、進化變遷之跡、本自相同、而爲其基礎之原理、亦東西一軌、然以其地形歷史宗教風俗等、國情攸殊、故呈一國固有之現象、如就諸國繼承之法律變遷觀之、先始於祭祀權繼承、嗣爲身分權繼承、最後乃爲財產權繼承、東西諸國、蓋若一揆、又就所有物之事實觀之、其事實必由物件、所有者、法律之保護三元素而成、其法律之保護、因物件之種類、所有者之行動、異其性質、其原理亦通於各國而不變、今見一學子之購書籍、更見一女婢之買菜蔬、其現象固不相同、然細究之、則可發見買主賣主代價及合意之共通元素、可知買賣之原理、東西不異、古人有言曰、一有光焉、照壁牆之上、山嶽之頂、乃

至其他有象之物，無不普照，其所照雖異，其爲日輪之光線則一。此言雖簡單，而宇宙間錯雜紛糾之森羅萬象，各統率於一定之原理，實澈底道破，豈人類獨能脫此範圍乎？以是法學，於其實質，亦可成爲一個之科學，其職分在研究關於法律的現象之原理，惟就於一國之法律，研究其意義，或僅通先例典故者，非以法學爲科學研究之方法也。雖以科學的研究法學，如全然不能離自國之法律，亦不能得其奧蘊也。

第二節 法學之範圍

無論何種科學，其發達之初期，範圍極不精確，或此方將他科學應論之事項編入之，或他方將其科學應論之事項拋棄之，皆往往而有。惟法學亦然，如昔時法曹，輒以屬於道德宗教之現象，入法學之範圍，歐洲中世之際，關於生死養子緣組等以爲宗教上之制度，其實例也。雖在近世，關於法學之範圍，猶有種種之謬說，故法學之範圍，卽確定法學上應講究之事項，爲斯學研究上最緊要之事，今示其大要如左。

一 法學者研究法律的現象也。

法學以研究關於法律的現象之原理，爲其職分，故其範圍與法律的現象不同，固無俟論。然則以何者爲法律的現象乎？此問題，於後說明法律之爲何，則不待煩言而解矣。又法律的現象，與他種現象之限界，依次節法學位置之說明，得推知之。

二 法學者研究實際之法律的現象也。

凡科學以觀察實際之事實，而研究其原理爲職分，法學亦然。既如所述，故法學之範圍，在觀察存在於實際之法律的現象，而彙類討究之，以求關於各種現象之原理，由是以說明實際之現象也。以是法理之基礎，必在於實際之現象，若不取基礎於實際之法律的現象，徒設斷定，而求法理之基礎於實際之法律的現象以外，則爲超越法學之範圍，不過一種空理空論而已。即法學爲實驗的科學，非先天的學問也。又如不說明實際之法律的現象，而惟推度將來應制定如何之法律規則，當發生如何之法律的現象，嚴格論之，亦不屬於法學之範圍，而爲法學所生之效用也。換言之，法學者，謂法律如斯，即其範圍，謂法律不可不如斯，則在其範圍以外，蓋

當制如何法律，必不可不令社會的需要，與法律的現象相一致，故其研究之材料，不唯法律的現象而已，如經濟的現象、道德的現象、政治的現象，皆爲其所重者，要之法學爲成法之學，非立法之學也。

三 法學者研究法律的現象之實質及形體也。

從來之學者（英國學者尤然）往往以法學爲研究法律的現象之形體，而非研究其實質者，此說猶謂關於人類之科學爲骨相學、解剖學矣，不可謂法學正當之範圍，如取權利之法律的現象觀察之，其形體不過法律上人與人之關係，而唯研究人與人之關係，不可謂盡法學之職分也，即溯其根源，究其實質，亦爲法學職分所當爲，要之法學之研究，不僅以法律的現象之形體爲滿足，不可不進而研究其實質的精神也。

四 法學者研究法律的現象之靜狀及動狀者也。

社會凡百之事物，無一不有其靜狀與動狀，研究法律的現象，亦不可不討究其靜

狀與動狀、而探索其原理、今取前所揭權利之法律的現象研究之、則惟究其靜狀之實質、猶未足以盡法學之職分必也、關於其動狀之得喪移轉變更、及其他進化變遷等、悉收羅而攻討之、蓋可爲法學之材料之法律的現象、須由兩面觀察、由靜狀的觀察而探索存於其現象中之共通元素、由動狀的觀察而探索其現象上所生變化移動之性質程度等、否則不能知關於其現象之真理也、

自以上說明觀之、法學之範圍、固非一定不動者、一方因各種科學之進步、故法律的現象與其他諸種現象、限界益明、而法學之範圍、亦受限定、他方因實際法律的現象之增加、日益擴張、又伴於法律的現象之形體、及實質之進化、而沿革之調查加精、蒐集之方法加備、常以變遷發達、尤爲彰著之事實也、

第三節 法學之位置

法學與其他諸科學、同爲一科學、自有於各科學上所佔之位置、其所以必知其位置者、由此以明其與他諸科學之限界而詳其關係也、蓋凡百科學之分類、欲其畛域正

確、頗屬難事、故古今學者、見解各異、曾無一定而不易者、緣此法學於各科學系統上、所占之位置、亦不正確、然雖由何分類、而各科學中法學所占之位置、其概要不難知之、故茲唯取簡明之分類法、以示其位置之概要、至如分類當以何者爲正、非所論也、科學之職分、既在就宇宙間之現象、而研究其原理、故不得不依其現象之種類以爲分科、茲將於法學有直接關係之科學、概括分類、則爲物理學、生理學、心理學、及社會學、四種、然此不過就於知法學位置所必要之範圍有關係者、爲概括之分類而已、決非以之爲通於科學全體之分類也、

一 物理學

凡事物之現象中最簡單者、爲無機物之現象、研究此現象之原理之學科、謂之物理學、關於無機物之現象、更細別之、得爲三種、（一）關於物質之現象、研究此現象、以明關於物質間之必然法則之學科、爲物質論理學、（二）關於數量之現象、研究此現象、就「時」與「處」以明關於數量之法則之學科、爲數學、更分之、爲算數學、代

數學、幾何學等、(三) 關於力之現象、卽一現象於他現象上發生動作之變化之現象、而研究之以明其法則之學科、爲理學、更分之、研究各種獨立之力之相互作用、與研究各種之力、組成一物體之作用、爲狹義之物理學、及化學、又研究力之靜狀、與其動狀、爲重學、及力學、又或從其力所生之源、分爲天文學、地質學、礦物學、電氣學、光學等、

二 生理學、

較無機物之現象而加複雜者、爲有機物之現象、關於此現象、以明生物之構造作用發育等原理之學科、謂之生理學、生理學、可由種種之標準分類、如由生物之種類而分類、則研究關於人類以外之生物現象者、爲生物學、更別之、爲動物學及植物學、就於人類之物質的構造狀態、及其外物之關係、而爲物質的研究者、爲人類學、或由研究現象之種類而分類、就各生物內外部之形體而研究者、爲形體學、就各生物內部之機官而研究者、爲解剖學、就構造各生物形體之組織而研究者、爲組織學、就各生

物之發生而研究者、爲胎生學、就各生物之疾病而研究者、爲病理學、

三 心理學、

較組織有機物之物質現象而更複雜者、爲人類精神之現象、就此精神的現象、而研究其原理之學科、謂之心理學、心理學、通常分爲四種、(一)研究吾人思想之法則之學科、爲論理學、(二)研究關於吾人心思之作用、卽關於感應意思智力之三現象之原理之學科、爲狹義之心理學、(三)表出吾人之思想者爲言語、研究關於言語之原理之學科、爲言語學、(四)想像爲吾人心思作用之一種、研究關於想像之原理之學科、爲審美學、

四 社會學、

各種現象中、最複雜而高尚者、爲社會的現象、社會的現象云者、人類組織社會、經營共同生活、所生諸現象之總稱也、其現象之根源、一方爲吾人之精神、他方爲社會、吾人之精神作用、與社會之性質相觸、而生活動者、爲社會的現象、研究關於此現象之

原理之學科，總稱爲社會學，而爲社會學材料之社會共同生活之現象，雖不一端，依類分之，通常爲左之四種。

(一) 經濟學

吾人在社會爲共同生活，其最必要者，不外衣食住，故吾人不可不使社會之外物，服從吾人之意思，以充吾人之需要，於是社會的現象中，由社會之外物，與組成社會各人間之關係，發生一團之現象，研究通於此現象之原理之學科，爲經濟學，而供各人利用之外物之一部，謂之貨物，或謂之富，故經濟學包括貨物之生產交換分配消費之法則，其法則一部由外界之性質而來，一部由人類之性質而來。

(二) 倫理學

吾人欲完全共同生活，不僅以充衣食住之需要爲足，不可無與他人協和交涉之事，故社會箇人，與社會及其他箇人之關係交涉，在社會的現象中，自成一團，研究關於此現象之原理之學科，爲倫理學，而各人之活動，發源於其心中之動機，故倫理學以

研究關於此動機及由其動機所生社會的行爲之原理爲目的，或有以倫理爲心理學之一科者，此其爲說，蓋謬於以吾人意思之活動爲自由而不受外物之刺擊也，不知吾人之意思，亦猶吾人之形體，無不蒙外物之影響者，良心之所命，不外社會諸現象之反響，故欲明吾人於社會之意思，及身體活動之原理，則不可不以是爲社會的現象之一部而研究之。

(三) 法學

若使人類單爲社會的生活，則經濟學與倫理學，得網羅社會的現象之全部，然除半開以下之人類外，無不由社會的生活，進一步而爲國家的生活，於社會之上，加以政治之關係，於是社會之各人，不惟以社會之一人而生各種之關係，且又以國家之一人而生各種之關係，國家之與他國家，其關係亦復如是，而包括是等關係所生之諸現象，稱爲法律的現象，研究關於此項原理者，卽法學也，故倫理學以社會之一人與社會及社會之各人間所生之諸關係爲其材料，法學則以國家相互間，又國家之一

人與國家及公共團體間、或國家之各人間、所生之諸關係爲材料、

四 政治學、

人類既組成國家、則必有政治、政治之目的、在完全國家之存在、故欲達此目的、則不可不應社會之需要、然社會諸種之現象、非一定不變者、且非各個獨立者、有變遷進化焉、有衝突反動焉、卽社會的現象中、有變遷進化衝突反動之現象、換言之、則有使社會變遷之活動所生之諸現象、而明通於此現象之原理、且明政治與其他諸現象之關係者、爲政治學、恰如力學在研究物理的諸勢力活動之原理、而政治學在研究社會的諸勢力活動之原理也、故或論立法之政策、或論行政之得失、皆可謂政治學之範圍、

由以上所說明、則法學者、於科學系統上、占最高位置之社會學之一部也、社會的現象、爲人類活動之現象、而人類活動之現象、卽爲凡百現象之綜合者、故研究法學、爲至難之業、且與他諸科學、大有關係者也、今試舉其一端、(一)物理學、與法學之關係

雖最遠，然非全無關係者。如法律上「時」「處」「物」非基於物理學之原理，則不得說明之。且法律的現象，同時包含物理的現象者亦不少。（一）生理學與法學，其關係更切，如「出生」「死亡」「自由」「瘋顛」「白癡」須基於生理上之說明，始能了解其為何。至由刑法上犯罪人之生理現象，發見其法理者，更屬多見。（二）心理學與法學之關係，有不可須臾離者，即意思、行爲、故意、過失等術語，皆不外表明心理的現象，且社會之活動，由各人之活動而起，各人之活動，由精神之組織作用而生，故當說明法律的現象之精神，必不可不藉心理學上之助力。（四）法學與其他之社會學，本同一部類，而爲研究人類社會之活動者，故其材料，多爲同物，唯其觀察點有不同耳。因之，事事物物，殆無不關聯接觸者。關於「財產」「契約」「私犯」「相續」等現象，與經濟學關係最深。若親族上之諸現象，及公法上之諸現象，與倫理學關係頗多。至政治學，則綜合社會的學科之原理而集其大成者，故由政治學之原理，說明法學，自不可少。然政治學最緊要之材料，多由法學始得說明也。

第四節 法學與法術之關係

知事物之本性原理者、謂之學、施其原理於實地者、謂之術、卽學爲體而術爲用也、宇宙間之事物、一動一靜、皆必爲一定之法則所統率、故各種事物、皆先知其法則、乃得施於實地、例如因熱學以知蒸汽之本性、而後有駕駛艙、安航萬里之術、因電氣學以知電氣之本性、而後有銅線一莖、傳信千里之術、法學之於法術、亦猶是矣、知法律之原理者、法學也、知之而後應用於實地者、法術也、例如知權利之靜狀及動狀者、法學也、而爲審判、爲辯護、爲法案之起草、爲法典之編纂、皆法術也、故法術非修法學之後、不能極其妙、然自沿革上視之、實則法術先起而法學後生、蓋學者屬於知事之活動、術者屬於爲事之活動、而「爲」先於「知」、人事之常、有術而後學起、各種學術、殆無一不然也、例如有製造之技術、而後化學起、有治療之技術、而後生理學起、是其例矣、古代之社會、組織簡單、故其法律亦簡單、不難使各人記憶而了解之、因之當時所稱爲法學者、特精於國法之解釋適用、或通於法律之先例典故已耳、徵之歷史、凡百之

學問、皆發源於希臘、獨於法學、在羅馬中世前、猶不見稱、惟有從事於法律之實務者而已、我國當春秋戰國之世、雖有李悝韓非商鞅刑名法術之徒、未見有法學之存在、要之法學與法術、由其本質言之、法學爲體而法術爲用、由其沿革言之、法術反先於法學、法術實化而爲法學、更自今日之實際言之、法學誠使法術進步、而法術之發達、又實促法學之進步、其關係恰如鳥之雙翼、車之兩輪、相待而不可離者也、

第二章 法學之分類

第一節 因研究材料廣狹之分類、

因研究材料之廣狹、法學有左之分類、

一 一般法學及局部法學 一般法學者、採研究材料於各國各地方之法學也、局部法學者、其研究材料、限於一國或一地方之法學也、凡云真理、必無二致、法學之職分、在研究關於各種之法律的現象、故一般法學、特別法學、其名雖異、而其理則一、合之爲一般法學、分之則爲局部法學也、然法律的現象、常爲（民情風俗習慣等）國情

所左右，故一般法學與局部法學之區別，亦非無多少之實益。甲地之真理，雖同時爲乙地之真理，甲地之法律，不必爲乙地之法律，或因國異而法律亦異者，如英美之法律，與法德之法律相異是也。或雖一國之中，因州異而法律亦異者，如美國紐約州之法律與華盛頓州之法律相異是也。此一般法學與局部法學之所以別也。

二 國內法學及國際法學 國內法學者，取研究材料於國內之法學也。蓋國內法爲行於一國內之法律，而規定國家及公共團體與私人，或私人與私人之法律關係也。即憲法民法刑法商法行政法民刑訴訟其他各種法令，皆屬於國內法。國際法學者，規定國家與國家間之法律關係，即研究國際法之法學也。國際法規定國家與國家間之法律關係，決不規定國家及公共團體與私人間或私人與私人間之法律關係，是與國內法之所以大異其性質者也。

三 普通法學及特別法學 普通法學者，以研究普通法爲其職分之法學也。普通法爲規定普通一般之法律的現象之法規，例如民法對於商法爲普通法，普通刑法

對於陸海軍刑法爲普通法是、特別法學者、以研究特別法爲其職分之法學也、特別法爲對於普通法之名稱、規定特別法律的現象之法規、例如商法對於民法爲特別法、陸海軍刑法對於普通刑法爲特別法、要之普通法學及特別法學之區別、在研究材料之法律的現象、或取諸一般、或取諸某類、如是而已、

第二節 因研究材料新舊之分類

因研究材料之新舊、而法學有現行法學及非現行法學之二、現行法學者、取研究材料於現行法之法學也、現行法爲各國現代所行之各種法律、蓋法律由時代之推移而變遷、故法學亦有現行之法學、自與非現行之法學不同、是猶牛頓以前之物理學、異於牛頓以後之物理學矣、尤苦里得以前之數學、異於尤苦里得以後之數學矣、非現行法者、取研究材料於非現行法之法學也、古代有古代之法律、現代有現代之法律、現行法學爲法學之一分科、固屬重要、然溫故知新、在法學亦不可忽、彼英國麥音之古代法、法國克蘭舍之古代市論、所貢獻於世者頗多、卽爲此也、

第三節 因研究材料性質之分類

世益文明、法律的現象愈益複雜、約法三章、唯於除秦暴亂之後、始可暫見耳、自近世立憲政治、風行各國、新法律的現象發生、新法律亦隨之發生、文明國人、一舉手一投足、皆爲法律所羈束、於是法學之分科、得因其材料之性質如何而細別之、德意志之凱來斯嘗謂「各種法律之名稱、卽法學之名稱也、」例如稱憲法民法行政法時、或指憲法民法行政法之法律、或指研究是等法律之學科、卽憲法學行政法學民法學是也、今基於此上義、示其大要如左、

(一) 憲法學、國家有組織、不可無活動、國權領上人民、國家之要素也、國權對於領土人民而活動、謂之統治、統治不可無機關、元首議會法院謂之統治機關、此等機關、當爲統治之活動時、而立法行政司法之諸機能生焉、憲法學者、研究此國家之根本的組織及活動之法學之一分科也、

(二) 行政法學、元首爲各種之行政活動、不可不待於諸種之行政機關、於是行政

之機關與其活動生焉，規定行政之機關與其活動，必賴於法規，綜合此各種之法規，謂之行政法，研究此法規之學科，謂之行政法學。

(三) 民法學 國家不惟定國權之活動（即國權與人民間之關係）而已，且須規定私人間之權利義務，而使其法律關係，得適於宜，即或就於私人之物權債權，或就於親屬繼承之關係，於人民共同生活上，皆須有所規定，其規定一般私人間之權利義務者，謂之民法，研究此規定之學科者，謂之民法學。

(四) 商法學 民法為普通法之私法，商法為特別法之私法，即商法者，關於商事之私法也，蓋商人及商行爲，與一般之私人為普通法律行爲，常異其性質，及關係，或有須迅速者，或有尚簡易者，此商法所以對於民法而為特別法之存在也，研究此法之學科，謂之商法學。

(五) 刑法學 既有法律，於是一方有適法行爲，他方或有不合法行爲，亦事之所不免者，而不合法行爲中，有國家特認為危害，欲禁止之，而科以刑罰之制裁者，謂之犯罪行

爲、至規定以如何行爲爲犯罪、而應科以刑罰者、卽刑法也、研究刑法之學科、謂之刑法學、約言之、刑法學者、研究犯罪刑罰之觀念、及其關係爲目的者也、

(六) 訴訟法學、國家雖以民法商法定私人間之法律關係、以刑法定國家之刑罰權與犯罪行爲之關係、然於特定之場合、就於或權利義務之存在範圍等、而啟爭端、或依犯罪行爲如何、就於刑罰權之有無範圍等、而須決定者、於是訴訟生焉、其私法卽關於民法及商法之權利義務之訴訟、謂之民事訴訟、關於刑罰解釋適用之訴訟、謂之刑事訴訟、定民事訴訟之手續者、謂之民事訴訟法、定刑事訴訟之手續者、謂之刑事訴訟法、因民刑訴訟法爲定手續之法、故又有手續法及形式法之稱、以與民商刑法等定實體的權利義務之實體法相對、而研究此法之學科、謂之訴訟法學、故訴訟法學、得分爲民事訴訟法學及刑事訴訟法學之二、

(七) 國際法學、獨立國家與獨立國家間、必有規定法律關係之法規、綜合此法規、謂之國際法、研究此法規之學科、謂之國際法學、已如前節所說明、卽國際法者、獨立

國家間之法律也、故國際法關係之主體、常爲國家、而國際人格者、惟國家有之而已、此點國際法與國內法大異、蓋獨立國家之上無國家、國家主權之上無主權、故國際法無立法者、無法院、又無國內法同樣之制裁、以是或有謂國際法非法律者、如英沃士丁一派之說、以法律爲主權者之命令、則不可不謂國際法非法律矣、若以法律爲行爲之準則、則於爲國家行爲之準則一點、以之爲法律、固無何等之妨害、故現今多數學者及其實際、悉以國際法爲法律之一種、唯其發達、尙幼稚耳、

第三章 法學之效用

第一節 實用的效用

法學之實用的效用、在補整法律之實質、而使之適於實用、惟法律之成立、猶玉之在璞、非加以琢磨、不能適於實用、蓋雖使學識經驗、卓越一世之士、以當立法之任、欲其豫於各種之場合、規定詳盡、其勢絕對不能、故足缺補短、使之適應於實際者、則法律家之任也、而爲此必需三種之活動、三種之活動云者、整正法律之謬誤、確定法律之

真意、補充法律之缺遺是也、整正法律之誤謬者、謂之鑑識、確定法律之真意者、謂之解釋、應用法律之原理、求法律直接無規定之法則、以爲增補者、謂之補充、爲是等活動、皆各有法則、決不許其紊亂、然無一不由法學之作用也、卽各種法律、均須俟此三種之活動、始得完其運用、故若當法律運用之任者、而無法律上之學識、則法律之運用、必爲所誤、而法律反爲害人之具、此文明諸國、當法律運用之任者、必限定其資格、以有法律上之學識者爲必要條件、而當裁判官、律師等之任者、尤爲必要也、

第二節 學理的效用

法學之學理的效用、在整理法律之外形、而與以學理的形式、蓋法令累積、汗牛充棟、一一記憶、不惟爲口不足、目亦非腦力之所能堪、於是人皆思得一貫通之觀念、而法學者、卽爲吾人充此希望、致此效用者也、換言之、依法學之作用、以知同種類之法律的現象之共通元素、而整理之、組織之、則猶收容法律全體於一室之內矣、法律之組織、在作成法律之單一觀念所發生之形式、因以使吾人知各種法律關係之聯絡、且

以省一一記憶法令之勞，而法學即所以爲吾人致此偉大之效用者，吾人欲知各種法律關係，所以必由法學之作用者，不可不謂一存於此，詳言之，法學在整理錯雜紛糾之實際法律關係，使吾人可得貫通之單一觀念，因以了知各種之法律關係，且使吾人之法律的思想，秩然有緒者也，此爲法學效用中最重要之事。

第三節 立法的效用

法學之立法的效用，在對於法律之實質及外形，與以改良進步之標準，而資將來之立法也，從來之學者，或以法學在研究實際之法律的現象，於法律之將來，毫無關係，此混同法學之範圍與其效用之結果也，前已說明所以使法學不得超越實際之法律的現象以外者，欲以明其研究之範圍，且爲避先天的斷言法律將來不可不如此，非限定法學研究之結果所生之效用也，即法學之研究上須索其法律之沿革變遷，而注目於過去者，在明現在之法律的現象之所由來，既知過去與現在，則將來法律的現象之所趨，自易看破，不惟不妨於法學爲研究實際之法律的現象之原則，且不

可不謂爲法學固有之效用，蓋凡科學之效用，在以過去現在爲材料，而以知將來，明實在，推來者也。若以科學之效用，止於知過去現在，則人生由此所受之裨益，必甚微末。計將來，推來者，斯科學效用之所以大，豈獨於法學而有不然。探法理以明現在，固法學之效用也。然法學之效用，決不止此，更由此以察其趨勢之所在，且示以改良進步之途，而有資於立法，此法學之立法的效用所以爲必要也。

第二編 法學之基礎

人類自天造草昧之時代，卽無日不在生存競爭之波瀾中，此種狀態，隨文化之進步而社會之體系，益極複雜，雖其事爲人類進化之要因，但任其自然之趨勢，則人類將不能堪其猛烈之淘汰，因欲緩和整理之，於是宗教以起，道德以成，法律以立，此三者，卽人類社會持續生存競爭而賴以進行者也。惟宗教道德，不待人類之政治的組織（卽國家編制）而發生，又不須經國家之承認或制定，法律則不然，當人類之行國家的編制也，國家相互間，及國家或公共團體與私人間，及私人與私人間之關係，不有

以經紀之、則不能終日、而爲此經紀、非俟國家之承認或制定、不能有效、此法律雖於大體與宗教道德同其目的、而其地位、視彼二者、自有所異、夫法律既須待國家之活動以發生、故其規定、一方國家自認爲人格者、又同時認定公共團體及私人爲人格者、所以明其關係而保其調節也、蓋國家及人格、爲法律之基礎、故欲究法律之爲何、不可不先究國家及人格之爲何、而法學之基礎、亦除此二者外、他不可見、故得二者之觀念、卽所以明法學之基礎觀念也、

第一章 國家

第一節 國家之觀念

國家之觀念、爲法學之基礎、蓋有國家而後有法律、有法律而後有法學、故、然關此問題、古來之學說、紛不一致、豈學者研究不足歟、抑不得研究之方法也、德意志耶里勒克、嘗以法學界無康德爲憾、此亦未盡然也、如使從來之學者、不誤研究之方針、則無用之議論、可以不起、蓋凡事物雖同、而觀察之方面有異、則所表之狀況、亦自攸殊、喻

如音樂、自審美學者視之、妙聲抑揚、溢於樂氣、而佳人曼歌、優游轉化、或緩或急、若斷若續、神韻縹緲、感於人心、若是、則音樂者、固娛樂之目的物也、然自自然科學者視之、則唯是音波之震盪、空氣之動搖、聲浪之感覺已耳、唯是樂器與人之相對已耳、彼學者議論之差、蓋亦猶是、其在法學、關於國家之觀念、則須從法學上著眼、不可與他學科之觀察混同、不然、將必至摸索不定、彷徨歧路也、

往時之國家、且置而不論、近世之所謂國家、自實質上觀之、則可謂爲於一定領土之上、依國權所統一之人類的團體也、卽組成國家、必以一定土地爲基礎、此其要件之一也、學者或以國家爲領域之團體者、蓋以此也、至如遊牧民之團體、或政治結社、及其他各種結社、雖亦爲有一定組織之人類團體、然不稱之爲國家者、以其無劃然之領域故也、又組成國家、必以人類之團體爲基礎、此其要件之二也、非人類之團體、不可稱爲國家、此無待論、旣謂之團體、則其爲抽象的觀念、亦自明瞭、蓋可稱爲一體者、必成客觀的獨立之一體、必有能與外物區別之獨立體焉、又自「地」「時」「行爲」等

之點、必有主觀的綜合於統一觀念下之一體焉、卽如一家、一室、一街、一市、一行爲、一射擊、一書籍、雖各不相謀、顧於或關係之下、亦非無可綜合統一而爲一體者、黃河之水、逝而不返、一剎那間、無有靜止、然黃河之爲黃河自若也、組成國家之各個人、新陳代謝、無日或息、領土幅員、時有伸縮、然國家之爲國家自若也、又國家組織之形式、隨時變更、君主政體、或一朝而爲共和政體、然國家之爲國家、仍自若也、是知國家團體、爲抽象的觀念之團體、而統一此抽象的觀念之團體者、卽爲國權、故以國權爲統一、乃其要件之三也、夫占住一定土地之人類團體、嘗於殖民地與殖民人之關係、屢見之、然不可稱之爲國家者、以其無獨立國權之存在故、使占住一定土地之人類團體、而爲國家者、由有統一此團體之國權者故耳、故如版圖之內、而國權有不及之部分、則其部分、已早非國家之版圖矣、此學者所以或認國家爲國權之勢力範圍也、然一定期間、國權不及於其版圖內之或部分、此不可與國權喪失同論、如歐洲諸國、在我國之租界、不能以其區域爲非我國之版圖、何者、彼其區域、雖一定之期間、不能及我

國權、然既有一定之期間、則仍不失爲我國之版圖也、若於戰爭之結果、而割讓於他國者、則自割讓之日起、卽離其版圖之範圍矣、

如右所述、國家者、以一定之領土爲其體軀、而依國權所統一之人類團體也、然此團體、於其組成之各個人生存以外、爲獨立之生存國家之意思、不必由國民大多數之意思而決、國家之活動、不必爲人民活動之綜合、徵之事實、其理自明、而此事實的存在、及至法律認其獨立生存之目的、始爲人格、然法律果認國家之人格與否、古今法制、雖無明白規定者、而國法上及國際法上、視國家爲法律關係之主體、則不可爭之事實、卽如規定國家相互間之關係之國際法、及規定國家與其人民之關係之公法、若國家而無獨立之人格、則不可解、如以國家不過單純之事實、則如遣使外國、宣戰媾和、統治人民、果爲何者之活動耶、不認國家之人格、其外實無說明之途、由是觀之、法學上之觀察、國家正爲人格者、顧國家爲獨立人格者之觀念自古已存、及中古意大利法學者中興、至十六七世紀時、此說乃益得勢力、而爲近時之定說、蓋人格爲法

律觀係主體之能力資格、法律關係、俟法律而始生、故人格亦俟法律而始有、人格爲法律之所創設、私人之人格有然、國家之人格亦有然、事實上之國家、雖存於法律以前、人格者之國家、則存於法律以後、國家承認法律、或制定法律、同時又以法律支配自己、以規律自己之行動、卽以國家爲法律範圍內之一單位而活動、此法學上所以有認國家爲一人格者之必要也、

第二節 國家與公共團體之區別

國家於中央機關之外、更分國內爲大小之區劃、而設諸種之機關、以便國權之行使、卽如省道縣或城鎮鄉之區劃、及附帶於此之諸機關是也、然省道縣城鎮鄉等、不僅爲行政區域、且有獨立之人格、於此場合、謂之公共團體、而附帶於此之諸機關、爲團體之機關、非國家直接之機關、卽非國家所任命、乃團體爲代表其意思所設自己之機關也、外觀諸國之實際、公共團體中、最發達者、爲城鎮鄉團體、公共團體乃權利之主體、有獨立之人格、(一)對於國家、(二)對於他之公共團體、(三)對於團體員、皆立於公法

上之法律關係者、又對於團體員、得行命令權、然國家不以此妨國權之自由行動、何者、以國家得直接或間接行其監督權故也、

如右所述、公共團體、亦猶國家有獨立之人格、且有命令權、則國家與公共團體之區別、果安在乎、學者或因兩者所有命令權之性質、以爲區別、曰、國家之命令權、固有之命令權也、公共團體之命令權、由國家傳來之命令權也、卽公共團體、雖有命令權、終不過受國家之委任、於其委任之範圍內、行使權力而已、或因兩者目的之性質、以爲區別、曰、國家與公共團體之區別、非權利之謂、而目的之謂、卽公共團體以經營地方的共同生活、及充足鄰接地域之共同需要、爲其目的、國家則以滿足國民全體之利益爲其目的、又國家之目的、涉於各方面、故有可達其各方面目的之作用、兼有涉於人類生活之各種權力、故國家之目的與權能、爲無制限、公共團體、其目的止於地方關係、卽在滿足地方的共同生活所必要之共同利益、其目的爲制限的也、或以兩者之區別、不可求於國內法、須求之於國際法、國際法上之法律關係主體（卽人格者）

爲國家、公共團體、非國際法上之人格者也、或以國家對於公共團體之權力無制限、國家可以其法律定公共團體之事務範圍、且公共團體之權限、亦由國家法律自由定之、非團體所可自爲左右者也、又或以國家行使國權、有設直隸之官府者、又有設公共團體而與以獨立之人格者、然皆爲國家之行政機關、故國家與公共團體、於此點異其性質、綜上所言、可得下之區別、國家與公共團體之關係、(一)公共團體與官廳相待而爲國家行政之機關、(二)公共團體雖於國家以外有人格及命令權、然其人格爲國家之所創設、其命令權爲國家之所付與、其權利爲國家所傳來、非其固有、凡此諸點、實兩者之區別也、

第三節 國家與社會之區別

自多數人類相結合而成之點觀之、則社會與國家、實無所異、然自其成立之先後言之、社會之成立、必在國家成立之前、換言之、國家成立之場合、必有社會、社會成立之場合、不必有國家、故希臘亞里士多德曰、社會更加進步、卽爲國家、然自一方言之、組

成國家之個人、同時爲組成社會之個人、更自他一方言之、組成社會之個人、其大半爲組成國家之個人、故世人往往有混合社會與國家之傾向、明此二者之區分、亦足以避法學上思想之錯亂也、

今將國家與社會相異之主要諸點、略示如左、

一 爲要素之個人之性質、 爲國家要素之個人、須有國籍於其地者、爲社會要素之個人、不問其國籍如何、不妨爲社會之一人、故國家以國權可達之區域爲其限界、而社會則不必以國權可達之區域爲其限界、現在經濟慈善學藝宗教及其他業務、以某社會之一部、與他社會之一部、相結合之場合甚多、

二 結合之連鎖、 結合之連鎖者、個人相結合而組成社會及國家之羈絆也、卽個人與國家、主由法律關係而存立、故國家認有必要之場合、於其權力之範圍內、得發命令及禁令、個人與社會、主以道德而結合、故雖如何之場合、亦不得發命令及禁令、但由社會之一小部分所成立之團體、雖有僅對於其團體發得生效力之命

令及禁令者、此種命令及禁令、固與國家所發者異其性質、對於一般之社會、無有效力、

三 對於害惡行爲制裁之性質、國家與個人、由法律關係結合、社會與個人、由道德關係結合、既如所述、故有爲害惡之行爲者、國家得對之使用強制權、社會無強制權、故不能如何、唯有喚起輿論、促其反省而已、

四 統一之有無、國家之外形、雖分割爲無數小部分之場合、然其相互聯絡貫通而爲統一、如北美合衆國及德意志聯邦、仍不失爲一國家、社會則唯漫然人衆之集合、固不可希望其統一、因之國家爲人格者、而社會則不然、

社會與國家之相異如此、故可任於社會之行爲種類、與須國家監督之行爲種類、其性質亦異、即國家之動作、唯對於個人之外部關係有效力爲其特色、至關於社會之事項、則涉於個人內部者不少、故不可由法律之力羈絆者甚多、世有誤認法律爲萬能之效力者、以爲苟制定法律、則不問各事項之性質如何、均可直達命令禁止之目的、

的、此終未悉國家與社會之區別也、

組織國家之個人、多同時爲組織社會之一人、故國家與社會之間、自有密接之關係、因之國家直接或間接補助社會、爲立法上不可忽略之要務、社會明輿論之所向、以輔佐國家、國家參酌社會之希望、以定其行動、則國家與社會、庶幾相偕并進而不弊、世人以英國爲立憲國之模範者、無他、其國之國家、以社會爲基礎而成立、故國家與社會之關係、較爲調和也、在專制政治之國、國家之意思、與社會之意思、多相背馳、此兩者之間、若望調和、則唯有聖君賢相之在位耳、故其事爲偶然的、然則與人民以參政權、固所以調和國家與社會之道也、惟與人民以參政權、其範圍最廣者、莫如共和政治之國家、然其國家與社會之間、亦未可謂之盡調和之官、例如北美合衆國、假令民主黨與共和黨之一方、掌握政權、則屬於其黨派之各員（即在朝黨）之社會之一部、與國家雖相調和、但屬於在野黨之社會之一部、對於國家、則不能得圓滿之調和、然猶未見大衝突者、特在野黨飲恨以待下期大總統之改選耳、又如法國、其國家與

社會之不調和，尤有歷歷可見者。法國自千七百九十三年，廢棄君主制，以訖現時之共和制，改革政體，凡有三次。若使其間調和得宜，何至變更政體如此頻繁。是知國家與社會之調和與否，固不盡關政體之如何也。

第二章 人格

第一節 人格之觀念

法律爲規定人格者之關係，故人格之觀念，與國家之觀念，同爲法學之基礎。抑人格之用語，通俗「彼無人格」云云，則爲侮辱之意。是人格之意，似與品位同訓。然法律上之觀念，則爲得爲權利義務之主體之能力，而「人格者」則此能力之主體也。蓋權利義務之主體，卽指示其歸屬者，故就於權利，謂之權利主體，就於義務，謂之義務主體，皆以明其爲「人格者」。在法律上之意義，人云者，卽指示此「人格者」。惟通俗之意義，則人云者乃指示人類耳。然在法律上，自然人以外，亦有可稱爲人者，以對於自然人，故謂之法人。由此點觀之，法律上之人，其義較生理上之人爲廣。然一方人

類尙有不認爲法律上之人者、此亦法制史之所證明、例如奴隸是也、奴隸非法律上之人格、僅與物件同視耳、由此點觀之、法律上之人、其義較生理上之人爲狹、要之法律不問人之生理的組織如何、一以法律關係之主體爲觀察故也、然自奴隸制度廢止以來、苟爲自然人、無不認爲法律關係之主體者、故近世法制、爲避用語之混雜、唯謂自然人爲人、餘則以法人別之也、夫人格乃爲權利義務之主體之能力、人格者爲此能力之主體、無此能力、則無權利義務、權利義務之所在、必有此能力、非人格者、則不得有權利負義務、法律發生權利義務、同時認定其歸屬者之資格、人格如此而生者、故人格俟法律而始有、法律以前無人格、人格爲法律之所創設、法人之人格有然、自然人之人格亦有然、法律以前之人類、爲事實上之人、非人格者、是猶法律以前之國家、爲事實上之國家、非人格者、其理正同、學者或不以人格者爲權利義務之主體、而以爲法律關係歸屬之單位、謂人格爲對於他人法律關係之能力、換言之、爲受法律效力之資格、其意與右所說明相同、蓋法律關係云者、權利義務之關係也、故謂

法律關係之主體、與謂權利義務之主體、毫無所異、又通常學者、以人格單爲權利能力、人格者、單爲權利主體、蓋義務常與權利對待、而近世之法制、則以權利爲其本位也、

第二節 法人之觀念

人格之觀念、及法律上意義之人、不限於自然人之人類、既如所述、而自然人以外之人格者、卽法人云者、非自然人而有爲權利主體之能力者也、蓋人生之目的、固不一端、而個人之生命財力、則至有限、人類當營其生活、或有得單獨達其目的者、或有以數人之力得達其目的者、或有非多數之人或財力、則不得達其目的者、近世人文發達、社會進步、因之事業往往帶永久的性質、或有須宏大之經營者、故人類一方單獨生活、同時於他方由各種之共同組織或財力之集合、以期達其目的者也、法律卽以其共同組織或財力之集合爲有獨立生存之目的之一主體、以其行動與個人之行動分離而有獨立的觀察之必要、法人之所以發生、實由於此、如國家、如公共團體、如

各種之商事會社、皆於此理由之下、爲法人、而國家以外公法上之法人、謂之公共團體、在私法成人之團體者爲社團法人、成財產之集合者爲財團法人、而法人有法律上之人格者、與自然人無異、故自然人與法人、在法律上、同爲人格者、爲自然人人格之基礎之人類、本自然界之一物、存在於法律以前、爲法律基礎之人團財團、亦存在於法律以前、然人格俟法律而始爲人格、法人有然、自然人亦有然、唯在近世奴隸制度廢止之文明國、其國法以人類皆有人格、而人團財團限於某場合始有人格、爲不同耳、至人格必俟法律之創設、則自然人與法人、固無不同、

法人之觀念、既如右述、然學者或以法人爲權利主體、爲人格者、皆不過出於法律之擬制、蓋其意以法律及權利唯於自然人存在而已、故法律雖於某場合承認法人、自由社會生活之必須、而法律假想的擬之於自然人云爾、然如前陳、法律上意義之人、非僅限於自然人、而法律及權利、非僅爲自然人而存在、因此法人之人格、亦如自然人人格之實在、決非擬制也、又學者或與此說反對、以法人之人格、爲非法律之創設

及擬制、乃人類爲共同生活自然生存者、蓋爲法人之團體、與自然人均自然存在、法律認其權利、付與人格、與自然人相同、故可爲法人基礎之人團或財團、皆事實的存在、而爲法人之人格、必俟法律而始生、亦與自然人無異也、此說之誤謬、在以可爲法人基礎之人團及財團、與法人混同、蓋多數人相集、或爲組合、或爲法人、而組合非法人、法人必俟法律之創設甚明、

第三編 法學之小史

不論何種學科、無不有其變遷之跡、因亦無不有其相伴之歷史、法學亦然、關於斯學、欲索其學派學說之系統、明其推移變遷之狀況、則何種學派、起於何代、唱於何人、行於何國、何種學說、衰於何時、以何原由、繼者爲何、又古代之學說、鼓吹如何主義、現今之學說、表示如何傾向、均宜詳加研究、以察大勢之所趨、然欲得此等概念、須先叙斯學之小史、本編所舉、卽關於古代中古近世之法學、以示其歷史的概況、

第一章 古代之法學

古代法律未備、故法學亦不甚發達、欲各種學派旗鼓相對、固不可望、然當希臘羅馬盛時、斯學之大家疊起、以時代先後論之、制度文物、燦然生光、所謂開文明之華者、希臘實先於羅馬、其文明悉基於學術而進步、彼羅馬之學術思想、其源實發於希臘、故其法律思想、亦由希臘傳來、如柏那圖、亞里士多德諸哲、皆出自希臘、彼於哲理以外、并致力於法理之研究、嘗著關於法律之書、以促斯學之發達、而爲羅馬法學之先驅、訖羅馬文明盛時、法律及法學、蔚然興起、前有十二銅表、後有尤斯起里安帝之法典、其間經九百八十四年、羅馬法律、殆極發達之致、羅馬法學、殆達全盛之域、而尋其學派變遷之跡、則當帝政時代之初期、拉伯阿加比特二人、各樹一派之學說、大張門戶、兩不相下、自爾以來、拉伯阿之門、有布羅苦爾斯出、加比特之門、有撒比安斯出、二派益相拮抗、其間黨同伐異、論難紛紜、及百數十年、而法學亦由是開學術研究之途、嗣有五大法曹出、則凱尤斯、巴比里安斯、威爾比安斯、波爾斯、摩德斯琴斯是也、此諸大家、鑽研攻究之結果、所編纂者、卽爲尤斯起里安帝之法典、距今殆千四百年、屬於中

古之初期、

概觀上述、古代法律及法學、實起於希臘、然法律及法學之發生、雖在希臘、至其成長則不歸於希臘而歸於羅馬、是雖時會所使然、抑其研究之方法、開學術的端緒、遂以舉其成效、而爲空前之發明也、迨及近世、法蘭德英諸國、鴻儒輩出、法學鬱然極一時之盛、自十八世紀以來、德國遂集其大成、然其源無不發於羅馬法學、即爲近世法學之基礎者、實在羅馬法學、此猶近世各國之法典、皆採於羅馬法矣、故立法學之基礎而爲其大成者、仍不能不推重羅馬也、

第二章 中古之法學

一盛一衰、勢所不免、一時極全盛之羅馬法學、遂隨羅馬帝國之滅亡、而爲世所漠視、當兵馬倥傯之時代、其法律殆與故紙同其埋沒、然能轉此悲運、拯羅馬法及羅馬法學於湮滅之域、以傳其精神於後世、俾世界各國得所模範、而有今日稍近完美之法典者、則非中世意大利註釋學派之起、再興羅馬法學之功績不至此、當十二世紀之

初、至十三世紀之中葉、所謂註釋學派者、頗極其盛、此派學者、開講筵於波羅里亞大學、討究羅馬法律全典之章句、諳誦註釋、維日不足、以其所得授諸生徒、後世稱此派爲註釋學派者此也、此派不惟振勢力於意大利全國、且風靡當日之歐州各邦、以故負笈於波羅里亞者、肩相摩、踵相接、就中德法諸生來學者尤衆、註釋學派、實握當代法學之實權、及至後世、亦得以此爲據而有所引証、以鞏固私法研究之基礎、可謂此派之特色也、此派之先驅者、爲伊爾勒留斯、當十二世紀之初、起大學於波羅里亞、奠定註釋學派之基者、實氏之功、及十二世紀之中葉、有布爾加爾氏、馬爾琴斯者、并出於氏之門、在當時學者中、最有勢力、互相競爭、又有亞可布斯、富哥等、亦名聲藉甚、至十三世紀之初、有亞俄者、以其玲瓏之頭腦、雄渾之文字、爲斯學之教授、及著述家、傾倒一世、尋有亞奎爾鳩斯、出於十三世紀之中葉、而註釋學派、遂告終結、雖氏所自發明者甚少、然蒐錄從前註釋學者攻究之結果、以傳之於後昆、其功績亦不可沒、蓋註釋學派之業、從羅馬法律全典之順序、字字句句、以爲註解、其類似之處所、則前後照

應、矛盾之章句、則兩相調和、且附以種種之議論、種種之意見、其熱誠有足稱者、唯於羅馬古代、歷史的觀察、付諸等閑、不無遺憾耳、

前註釋學派之衰、於是後註釋學派相承而起、前註釋學派、既研鑽羅馬法律全典而爲之註解、殆已發揮無餘、故後註釋學派、乃欲應用前人所發揮法律之精神於當時之實際、因揣度羅馬法律全典、使適應於中世意大利之事情、其從全典之順序、爲章句之註釋、兩者雖屬一致、然比於前註釋學派之無味乾燥、則後註釋學派以中古後期所行之文章、而爲之誇張粉飾、有所謂定義、有所謂區別、有所謂原則、樊然并陳、使後世讀者、反不堪其煩、然使法學近於實地者、亦爲此派之功也、屬於此派之學者、當十三世紀之末葉、有丘蘭起斯、其著法鑑、頗爲實際所尊重、及十四世紀之中葉、有巴爾特爾斯、撒鎖佛爾拉特、揮其獨得之天才、貢獻於法學界者頗大、不幸降年不永、未及五十而歿、可爲悼惜、與氏略同時、當十五世紀之初、有巴巴爾資特務巴爾起斯者、亦負盛名、自十五世紀之後半、及十六世紀之初葉、有亞純曼引斯出、爲後註釋學派

之殿者卽其人也。

第三章 近世之法學

近世法學、鬱然勃興、法蘭德、英、諸國、碩學輩出、又自然法學派及沿革法學派競起、頡頏、不相上下、及至今日、法學頗呈發達之觀、茲叙其間沿革之梗概、至所謂法國法學、荷蘭法學、德意志法學云者、以是等國家爲法學之中心、故便宜上如此稱之。

一 法國法學之勃興、法國法學之勃興、在十六世紀、當此時代、歐洲之文化大進、古文學勃興、中世末期以來、於法學別開生面、史學及哲學之隆盛、頗供給材料於法學之研究、學者改章句註釋之風、而取秩序的研究法、實以法國學者爲近世法學之魁也、法國法學之漸起、始於哲學者布特斯、氏所著般德苦打釋義、爲法理的及沿革的註釋之模範、然氏之功績、未可比於亞爾喜亞丘斯、亞爾喜亞丘斯者、生於意大利之米拉羅、幼而穎悟、學成、設教於亞維利穩、法國王佛蘭鎖亞一世、聞其名、禮聘之於布爾幾起法科大學、教授諸生、於是法國法學大興、有名之法學者、多出其門、及氏之

去法也。丘亞林斯、巴羅之徒出，首唱純理法學，與丘亞林斯等相對而旗鼓相當者爲苦亞修斯。氏來自布爾幾，凡四年前後四回，其間應諸大學之聘，大鼓吹註釋法學。其在資爾斯，招集多數學生，開羅馬法講筵，遂爲沿革法學之鼻祖。苦氏之勍敵，爲富哥特勒爾斯。氏負笈資爾斯及布爾幾，嘗親炙丘亞林斯，令名洋溢，以其爲加爾維派之信徒，至不得不去其故國，遂遊德意志之海丁伯爾，及荷蘭之來亭各處，盛開講筵，以鼓吹純理法學。著有羅馬法註疏。嗣丘亞林斯及苦亞修斯之後，大呼號於法國法學界者，爲丘木蘭。氏之出世，正屬法國法學之黃金時代。氏可謂統御此時代此學界之帝王也。不幸文字買禍，乃去故國，以應德瑞諸大學之聘，東奔西馳，殆有席不暇暖之勢。

由是觀之，法國法學隆盛之期，亦在十六世紀之時，而布爾幾及資爾斯，則昔日之波羅里亞也。降而至十七世紀，雖有波多安、火特滿斯、哥特弗烈多斯、發伯爾、麥留斯等輩出，然以宗教上信仰不同之故，或遇虐殺，或遭放逐，法國法學遂至衰微，而德國法

學、反啓勃興之緒、所以法國法學、自十七世紀、以訖今日、乃不能稱霸於世界也。

二 荷蘭法學之勃興、自十七世紀之後半、承法國法學衰頹之後、握法學界之霸權者、及十八世紀之末葉、德國法學勃興時止、爲歐洲法學之中心者、則荷蘭法學是也。

荷蘭法學之起源、在千五百七十五年來亨大學之創立、當時法國名聲隆盛之特勒爾斯、以耶穌新教徒之故、被逐於法國、應來亨大學之聘、從事教授、開荷蘭法學之端緒、尋有務特勒特以下諸大學之創立、學者則有博學鴻才之克羅丘斯、腓留斯、修伯爾、威省巴、佛俄特、羅特、修爾琴克、賓竭爾學苦等、諸大家輩出、惟克羅丘斯通曉私法、搜集古來之法律觀念、及慣例、著「平時及戰時條規」、世人稱爲「國際法之父」、其推重可知、然當來庭等諸大學之盛時、法德諸生、游學此邦者、雖極其盛、至革命風雲一朝蔚起、遂至煙銷霧沉、無復昔日之壯觀矣、要而言之、荷蘭法學者、大都屬於沿革法學派也。

三 德意志法學之勃興、德意志法學、至十八世紀以後、始漸致隆盛、先是當中古時、德意志諸生、雖多遊於意法蘭諸大學、其所造詣、猶未足以壓倒諸國之法學、而德意志自十五世紀、輸入羅馬法於本國、所謂繼受時代、有哈羅安德爾、蘄舊斯之徒、基於史學及原語學、以研究法學、又自威省巴哈羅、下帷於德國威丁堡以來、則有君林格、加爾布俄富等法學者輩出、及十七世紀、德意志法學、乃漸呈特色、君林格盛主張德意志法典之編纂、竟於千七百九十四年、其反響有腓烈特大王普國州法編纂之事、反觀學派之趨勢、當十八世紀、德意志法學之隆盛也、有自然法學派、沿革法學派之二派、并起角逐、一時頗極其盛、其功績實不可沒、德國自然法學派、自十七世紀之末葉、以及十八世紀、盛行一時、托馬舊斯、哈哇爾烈大學、鼓吹此派學說尤力、自此派之起、羅馬法之研究大進、於是窮究法理、整理法則、秩序乃井然可觀、自是羅馬法與自然法學派、因緣已深、但自然法學派、因沿革法學派之起、漸斂其跡、沿革法學派者、起於十八世紀、成於十九世紀、以麥節爾富哥等為巨擘、然而集其大成者、則為德意

志法學泰斗乍威里之功，氏嘗說沿革之足重，法典編纂之不可失於急遽，謂法律爲歷史之產兒，民情之反映，非人所造作之物云云。十九世紀之後半，學者偏重沿革法學派之歷史，顧歷史雖足重，而不可泥，故布林知溫德夏特、耶林格諸大家，雖屬於沿革派，猶自以其獨特之識見，以爲法理之研鑽，由是德意志法學遂益進步，而日光輝。在此派博令名者，尙有何布富達、哈捨、修拉德爾、格爾勒爾、伯金克、斯情整克等，對抗沿革法學派者，一方有自然法學派，他方有純理法學派，雖同反對沿革法學派，而純理法學派與自然法學派微異其趣。德意志此派之泰斗，首推啟波氏，設教於海丁伯爾大學，唱導德意志法典編纂之必要，與乍威里論難，聞名於世。其他在此派成名者，有威德爾、挽額羅諸人，傳黑格爾之遺風者，有晏斯、布倫斯諸人，自布倫斯以後，遂傾於沿革派矣。

以上所說，雖以關於法學私法之部分爲主，然公法之發達，亦畧相同。凡法學中私法部分先發達而公法部分後之，此歷史之所證明，卽公法自十六世紀法國布丹等論

主權觀念以後、德意志則有來音金克、林勒斯等輩出、英國之制度政體、自大陸學者精密鑽研之後、愈增其美、孟德斯鳩輩、則輸入英國之制度於大陸、而爲法國之革命、爲德意志之建設、且浸染及於歐洲諸國、以有今日之憲法、彼諸國所以取法於英國之制度者、實由大陸學者之所紹介、故英國公法勢力之所及、不讓羅馬私法之勢力、然英國學者、罕施學術的研究、一任於自然之發達、其原理亦待他國學者之發揮、所以其國雖大儒碩學、不乏世出、而在法學史上、不能獨擅名譽也、至近世公法基礎之鞏固、則奧之師丹、德之拉般特等攻究之力爲多焉、

要之自然法學派全盛時代、無論公法學者、私法學者、皆相繼披靡、及其衰也、彼兩派之學者、均舍是以求於外、當十七八世紀格羅丘斯、霍布士、可克丘、布富隱特爾夫、多馬舊斯、務爾夫等、方擅盛名、民法憲法國際法刑法等、皆依自然法說明之、然大運之循環、時代之風潮、使學界之傾向、逐漸變遷、自十九世紀之後半、以及二十世紀之始、期、學者無復說自然法者矣、今日之趨勢、公法私法、殆歸於成法主義之統一、

第四編 法學之學派

凡學問必究學派學說之變遷，然後可明學派學說之系統，而其系統之所由歧，在研究方法之異同，法學亦然。古今諸學派研究法學之方法，其標或在信仰，或在理想，或在感覺，此標準之差異，即生學派學說之根本的區別。以信仰為研究之標準者，則（以神法為法律之根原）法理研究之基礎在神法，故稱為宗教法學派，以理想為研究之標準者，則法理研究之基礎在自家之理想，故稱為理想法學派，以感覺為研究之標準者，則法理之基礎在實際之法律的現象，故稱為實驗法學派。三派之中，亦各有小派之分立，而大體各屬於其範圍。宗教法學派及理想法學派，其標準雖異，然自一定之基礎演繹之以達其目的，則兩者相同。實驗法學派，乃重以實際之法律現象歸納之以達其目的，故前者可謂之演繹法學派，後者可謂之歸納法學派。演繹法學派，即採先天的研究方法者，歸納法學派，即採後天的研究方法者。近世學士多排斥先天的研究方法，而依後天的研究方法，故法學漸免空理妄斷之弊，是實近今之傾。

向、茲所說宗教法學派理想法學派、及實驗法學派之變遷、即明示其所以也、

第一章 宗教法學派

法學學派中其最古者、爲宗教法學派、古代政教一致、法教亦一致也、古代君主以兵力征服國土、以宗教之力維持之、故宗教即當時之法律、其制裁即神明之冥罰、馬留之法典、摩西之十戒、謨哈默德之經典等、皆基於神意、故當時之法學、即神學、當時之學派、即宗教法學派、希臘之柏拉圖、德摩斯特勒斯、及羅馬之西舍倫等、其所論無不帶宗教的趣味、然如前編所說、古代法學未昌、無真可稱爲學派者、唯在中古、始有所謂宗教法學派、而神學者多同時爲法學者、唱法教一致之論、依神學（即宗教上之原理）以說明法學之原則、其中最有名者、爲聖俄克斯情斯、哀奎拉斯二人、聖氏以正義爲敬虔、法律爲正義、哀氏以公利民福爲神命、此兩氏所持之要點也、及至近世、對於法國革命及自然法之反動、一時神學派（即宗教法學派）大興、德法意諸國、此派之大家疊出、如多波拉爾、多曼斯特爾、哈爾勒爾、及斯他爾等是也、此諸大家、反對

自然法學派極力以法律及權利一出於神意，勢力頗張，然自耶蘇舊教衰微，此派亦隨之不振，今殆絕跡矣。

第二章 理想法學派

理想法學派者，以法律的現象，有自然原理原則之存在，以此原理原則爲基本而研究法理之學派也。此派以爲基本之原理原則，於實際之法律的現象以外，可由吾人之理想發見之，故自哲學上之理論以求原理原則，由是演繹以明法理也。此所謂原理原則，學者或附以自然法之名稱，謂此學派爲自然法學派。在法律未完備，法學未進步之古時，託事於自然之狀態，假理於自然之法則，實勢之所不得已，而自然法學派所以促法學之進步發達，亦爲世人所同認。此派成爲法學之一派者，始於十七世紀之時，當時蘭之格羅丘斯、英之霍布士等，唱道基於自然狀態之自然法，以人定法爲背戾於自然法之惡法，故謂欲爲天下之良法，須則倣自然法，其說能脫却法律之舊套，使之進於改善之域，誠爲不可爭之事實。尋而布富演特爾夫、及多馬舊斯、務爾

夫輩出歐洲之法學，遂靡然傾倒於自然法學派，殆有非自然法學派，則無法學者之狀矣。法德兩國，在十七八世紀之時，爲此派之黃金時代，而黑格爾之純理法學派，格羅丘斯之人性法學派等，皆不過自然法學派之別名或變形而已。

自然法之應用於政治者，始自法之盧梭，此爲人所共知。當時歐洲人民，舉不堪君主豪族之壓制暴戾，而以法國爲尤甚。於是盧梭崛起，說自然狀態之善美，以國家及法律爲僞，以自然之狀態爲真，主張唯須復歸自然之狀態，其說之影響，遂誘發法國之革命。蓋法國革命過於激進，使世人生厭，故其反動，助長革命之自然法，亦爲世所非難。而宗教法學派，及沿革法學派，乃至勃興，及宗教法學派之衰，實驗法學派，獨益隆盛。自然法學派，今日僅存一息，即謂之已歸泯滅，亦非過言。關於自然法，因見解之異，分爲三派，即自然法學派、純理法學派、及人性法學派是也。

一 自然法學派 自然法學派者，於人類自然狀態所行之法之意義，而認自然法存在之一派也。此派以依人爲而建國家設法律之前，所行之法爲自然法，以組織國

家之後、依人爲所定之法爲人定法、而人定法不可不依自然法之原理、適合於自然法之人定法爲良法、不合於自然法之人定法爲惡法、例如在人類自然之狀態、無尊卑之區別、又不受毫末之束縛、故平等自由、適合於自然法、因之人定法、不可不以平等自由爲基礎云云、此派即研究此種意義之自然法、以求明晰其法理、此其學說、遠源於中古、與耶蘇教之學理、同時發生、當初自然之狀態、雖以神學的解釋、及十七世紀之初、荷蘭之格羅丘斯出、排斥此神學的見解、而附以哲學的見解、以自然法爲人類自然性質所生之法、遂爲人性法學派一派之起源、其後歐洲諸國、君權強大、流於專制、其反動則發生社會契約說、想像締結國家組織契約之前、已有人類經營社會生活之時代、關於自然狀態之見解、一轉而爲歷史的見解、於是以自然法爲人類未爲國家生活時代實際所行之法、而所謂自然法學派者以起、此學派發源於霍布士、至盧梭乃集其成、迨至實驗法學派續興、乃全失其論據、今絕無復持此派之學說者矣、

二 純理法學派 純理法學派者，一稱爲心理法學派，與自然法學派同認自然法之存在，惟不以其所謂自然法爲人類自然狀態所行之法，特認有可爲人定法基礎之大原則，雖萬古不易時常存在而已，此大原則卽爲自然法也，又吾人與他之動物異者，以有理想，故得由此理想而知其大原則，爲此學派之要點，卽此派之所謂大原則者，由吾人之理想現出，故背馳此大原則之人定法，爲惡法，適合此大原則之人定法，爲良法，此學說遠源於希臘之古代，如柏拉圖、亞里士多德，卽以理想爲本而論法律者也，降而至於羅馬之西舍倫，其所論亦然，自十八世紀之終，以至十九世紀之初，此學說最盛行，及實驗法學派起，勢稍衰歇，德國黑格爾出復興之，現今屬於此派之學者尙不少，此以法爲理想之命令，萬古不易之法理，可由吾人之理想而知，是等先天的哲學論，一見似巧妙而深遠，實則獨斷的妄想而已，其所謂理想者，不過學者之獨斷，而人有賢者，有不肖者，即賢者之判斷，亦不必常一，甲之所是，或爲乙之所非，夫同一之「時」「地」「事情」之下，人類之判斷，尙且不得同一，可知人類本無確定不動

之理想、而以理想爲標準、以求萬古不易之大原則者、此猶緣木求魚之類也、

三 人性法學派、 人性法學派、認自然法存在之點、與前二學派無異、此派以自然法爲適合人性之法、以此爲人定法之標準而研究法理爲職務也、據此派所唱道、則實際之法律的現象、雖由時與處而有異同、至適合人性之原理、則爲一定不變絕對的存在之物、故欲決法律之正不正、須知其法律之適合於人性與否、例如身體之自由、信仰之自由、所有權之原理、皆自然法上之原理也、如奴隸之制度、則反於自由之原理、時效之制度、則反於所有權之原理、凡此皆其得意之論法、此派之學說、其源發自希臘之期多衣克派哲學之從性論、至近世格羅丘斯等唱道之、遂風靡一時、法學界、其後純理法學派起、又盧梭派之自然法說得勢、始大衰歇、及德之格羅節出再興之、近今實驗法學派以外之法學、概屬此派、

第三章 實驗法學派

實驗法學派者、惟據實際之法律的現象、以爲法理的根據、而蒐集此種現象、以歸納

研究法律之學派也。此學派亦大別爲三派，卽分析法學派、沿革法學派、比較法學派。是也。法律爲歷史之產物，非一朝一夕所可創造。此說自是派出，始喝破之。乍威里氏爲沿革法學派之泰斗，反對自然法學派及純理法學派最力。夫法學與歷史有重大之關係，其理至明。而古代之法學者，以歷史沿革付諸等閑，誠爲奇事。意大利之註釋法學者，惟努力於羅馬法律全典之註釋，而不參酌羅馬之歷史，大爲識者之遺憾。然在古代，不惟缺乏史籍，且史料亦不豐贍，因之歷史學術的研究，不如今日之發達。學者注意之所及，亦不得不爲勢所限。故法學之缺歷史的研究，決非無理。降而至十六世紀及十七世紀，英之培根，德之來布里知等，雖說法學之歷史的研究，然未成一派。近世經德之麥節爾富哥，至乍威里氏，始大定沿革法學派之基礎。而耶林克、溫德夏特等諸大家，則當守成之任。此派與比較法學派，至今尙振其勢力。沿革法學派，以成法爲研究之目的物。比較法學派，及分析法學派亦然。（分析法學派之巨擘沃士丁曰：法學者，成法之學也。）此三派唯於稽核古今之法律，或比較東西之法律，或解剖

分析現代之法律，爲有不同，故與其謂爲獨立之一派，不如謂爲各示研究法律之方法之爲當，蓋三派相待，法學之研究，始得完成，總此之派，謂之實驗法學派，指導現代之法學界者，實不能不以此爲最也。

一 分析法學派 分析法學派者，取各法律的現象，分析解剖，以明其組織及成分，而發見同種同類之法律的現象中之要素，由此以研究法理之學派也，蓋此派以法律一爲主權者之所作爲，於其實際之法律的現象以外，無有法理之可取，惟就此法律的現象，分析解剖之，以爲法理研究之方法也，例如有占有法律的現象，則分析解剖其所組成之原素，而知意思與實力之存在，有合意之法律的現象，則分析解剖其所組成之原素，而知申込與承諾之存在，此派學說，古來已有其端，自彼之出，始壓倒先天的空理妄斷之法學界，十七世紀時，英之霍布士，曾唱道之，十九世紀時，邊沁復祖述其說，尋沃士丁出，遂大成之，故通常以沃士丁爲此派之鼻祖。

二 沿革法學派 沿革法學派者，討究法律的現象之沿革，以明關於法律進止興

廢之原理，由是以研究法理之學派也。此派不以法律的現象爲一定不變，又不以法律的原理爲萬古不易，以法律爲社會事物之反照，而社會既變遷，法律亦不可不變遷，故法律非爲製作物，乃爲發達物，以此觀念爲基礎，而明其進化及發達，以爲法理研究之方法也。例如研究關於契約之沿革，在古代以人無信用，又無豫見力之故，契約猶未徧行，近世契約，乃大發達，往古由身分以定之事物，今日乃知以契約定之，發見社會由身分以進於契約之原理，又討究關於承繼之沿革，在古代爲祭祀承繼，至中世爲家督承繼，及近世爲財產承繼，發見承繼由祭祀以進於財產之原理是也。此派之始祖，實來布里知，而應用之於實際以成一學派者，則由乍威里之手腕，故通常以乍威里爲此派之鼻祖。近時英之麥音，盛唱沿革法學，其國爲公此種著書於世，因以麥音爲沿革法學派之鼻祖，沿革法學派之大成，以一般學問之進步爲其基礎，固無俟論，其中最與有力者，則（一）法國之革命，（二）關於德意志法典編纂之啟波及乍威里之論爭是也。法國革命，所以有力於沿革法學派之大成者，蓋法國革命，其淵源在

自然法學派純理法學派之隆盛，故制度文物，爲之一新，然其反動，則使世人致疑於自然法學派純理法學派之論據，一方有宗教法學派之再興，他方則徵於歷史，而社會之事物，經歲月以發達組成，決非可製作以成之觀念，亦隨之興起也。又啟波及乍威里之論爭，所以有力於沿革法學派之大成者，蓋自千八百十五年法帝拿破侖之敗於沃特爾而來音同盟破壞以來，德意志諸邦，謀民心之統一，感於一致合同以當外敵之必要，政家學者，苦心經營，於時啟波乃謂德國屢被外敵蹂躪之禍，一由於人情風俗習慣之參差，欲統一國家，不可不先使人情風俗習慣之一致，欲其一致，莫若編纂法典，制定通行全國之法律，因著一書，題曰「德意志普通法典之必要」，以公於世。當時伯林大學教授乍威里見之，大憤慨，復著一書，題曰「吾人關於立法及法學之職務」，反對啟波之所論，以法律爲人情風俗習慣等所引導而發達，非可由立法者之思慮隨意制定，蓋法律非製作物而發達物，國之有法律，猶民之有言語，雖編纂言語之大字典，不可期國民言語之統一，雖編纂法律之大法典，亦不可期國民權

利思想之統一、在人民權利思想不統一之今日、而欲編纂法典、實屬不可能之事、矧法律依沿革上之狀態而發達、決非器械之比耶、當此變遷之時代、編纂一定難動之法典、可謂不知本末、爲國家計、不若盛興法學、先圖權利思想統一之爲得也、自是稱乍威里派爲沿革法學派、稱啓波派爲非沿革法學派、

三 比較法學派 比較法學派者、取存在於各國各地方之法律的現象、而比較對照之、由是以研究法律原理之學派也、故在此學派、以比較各國各地方之法律的現象爲職志、或以之爲法理說明之材料、或以之爲立法之材料、或以之爲解釋之材料、例如比較中國法與羅馬法、而知一則駸駸發達、一則靜止不進、因進而研究其理由、又如比較法國法與英國法、而知一則於契約以正當之原因爲必要、一則以約因爲必要、因進而明其差異之所由生、皆屬於比較法學之職分、蓋有一法律的現象於此、非就各國各地方比較研究、則其現象限於一地方乎、將又通於各地方乎、頗不分明、故此派研究之方法、爲避偏頗得公平所最必要者也、然依此研究之方法、各國各地

方之交通、不可不便、又須知各國各地方之人情風俗習慣言語等、故比較法學派之起、實屬輓近、在昔亞里士多德、曾於小部分之法律制度、比較研究、然不能完成、來布里知、亦盛言比較法學之必要、然亦未從事於此、意大利之威哥、雖曾著關於比較法學之書、不幸其書、不盛於世、獨孟德斯鳩、依此研究方法、著萬法精理一書、不脛而走、徧宇內、故此派通常以孟德斯鳩爲其始祖、然其學在孟德斯鳩時、未至盛興、最晚始見發達、又比較法學派之中、因其比較研究所用之材料不同、得分爲法系別比較法學派、人種別比較法學派、及國別比較法學派之三派、

(一) 法系別比較法學派 法系別比較法學派者、以法律系統之區別爲基礎、而比較研究法律之學派也、例如比較中國法系之法律與羅馬法系之法律、而觀其異同、又比較回回教之法系與英國之法系、而知其差異是也、

(二) 人種別比較法學派 人種別比較法學派者、以人種之區別爲基礎、而比較研究法律之學派也、例如比較日耳曼人種之法律、與羅馬人種之法律、而研究其異

同、探此研究方法者、以德之波斯特爲嚆矢、德之可勒爾及孔等繼之、

(三) 國別比較法學派、國別比較法學派者、以國之異同爲基礎、而比較研究法律之學派也、例如比較英國法與日本法、或比較羅馬法與法國法而知其異同是也、研究法律、探此方法者、既如所陳、以意大利之威哥爲嚆矢、其比較研究各國之法律最廣而成此學派之基礎者、實爲孟德斯鳩、蓋孟德斯鳩積二十七年之勞力、而著萬法精理、蒐集古今各國之法律而比較之、裨益後世學者、實不少也、

中卷 法律

第一編 總論

法律者何也、今欲明之、不可不先究其性質、夫以法律現象之複雜、欲與社會之進化、共同發達、頗非容易之業、况昔時法學、久彷徨於妄斷空想之中、科學之發達、尙未充分、其研究之結果、亦未達完全之域耶、以故本編當說明法律之性質、先明法及法律文辭之用例與其區別、次示古今學者說法律之性質、以如何之觀念爲基礎、而使知其變遷、就中從適合於最近世法律思想之學說、毫不敢稍參己見也、

既究法律之性質、次須明法律之淵源、法律之淵源者、卽法律所由以生之材料也、從來學者、關於此語、附以種種之意義、或有以指示法律制定之權力爲法律之淵源者、例如以法律之淵源在神意或在君主之意是已、然此爲法律之基礎、與法律之淵源、不可混同、或有以指示可得法律智識之材料、爲法律之淵源者、例如以法律之淵源在著書或法典是已、然著書非直接成法律之淵源者、又法典卽法律、不可謂爲淵源、

或有以指示法律關係所生之原因、爲法律之淵源者、例如以法律之淵源爲契約、不當利得、不法行爲、及法律之規定是已、然法律關係、有法律而始生、故其自身、無爲法律淵源之理由、然則可適當爲法律之淵源者、果安在乎、徵之古來諸國法律成立之實際、則習慣、宗教、條理、判例、學說、條約、外國法等、爲其淵源、無可疑也、但前法律爲後法律之淵源、本屬當然、無須以之加入法律淵源之中、本編所說卽明、據此順序之法律性質及淵源也、次須知者、則法律之類別是、法律之分類中、公法私法之分類、及通法特法之分類、關於實質、雖有幾多之議論、然羅馬以來、立法上及法學研究上、已一般襲用、在今日殆不可動、至其他諸種之分類、概由古來之學者、各從其便宜之所信而設、故法律全體之類別、多不可見、因亦無深論當否之必要、然研究法學、非併知是種分類、則頗感其不便、故本編當爲說明、非謂法律不可不如此分類、惟以古來學者所設之諸種分類并陳於此而已、尙有須特別注意者、法律之類別、本併法規之分類言之、卽如强行法及任意法之區別、雖爲關於一法律中各法規之分類、便宜上亦併

論之

第一章 法律之性質

第一節 法及法律文辭之用例

中國法字、古文作灋、說文、灋、刑也、平之如水、故從水、廌（豸同）所以觸不平者去之、故從廌、從去、書、呂刑、惟作五虐之刑曰法、即其本訓、後引伸其義、凡制度皆可曰灋、故爾雅以法爲常、孝經曰、非先王之法服不敢服、（或以法爲禮、不知禮亦一種制度也、）禮記月令曰、守典奉法、典禮曰、謹條其法而審行之、皆制度之謂也、其他有文法書法軍法等文辭、所用益汎、又屬後起引伸之義矣、綜其用例、凡事物之活動、自有順序定則之時、例用法字、如文法書法云云、皆以其事各有順序定則、又如天地萬物之運行、亦以其有順序定則、故有運行法之稱爾、

凡宇宙間之事物、不問其種類如何、皆各有原理定則之存在而受其統宰、其事既爲學理之所證明、雖人類社會、不能超然於此學理之外、蓋自然界之動物、無不樂生而

惡死、故其間不免有生存競爭之事、其於個個自力不堪生存競爭之場合、則同類相互一致、以對抗之、其團結之鞏固者、自能勝其競爭而益繁殖、其團結之渙散者、則不能保其生存以至泯滅、人類特動物之優等者耳、故於生存競爭上、爲共同生活以圖勝其競爭、實自然之數、而孤立索居、不堪競爭之劇、於是爲整理社會活動上之關係、完成人類共同生活之必要、至生種種之法、亦自然之數也、道德法律、咸爲此所發生之法、故知法律、不過一般所謂法之一部、

表示法律、我國古昔、惟用一字爲常、且多用律字、禮記主政曰、定日同律、書舜典曰、同律度量衡、管子曰、律、定分止爭、漢書杜周傳、前主所是著爲律、皆是也、當戰國時、魏之李悝、始作法經六編、一盜法、二賊法、三囚法、四捕法、五雜法、六具法、商鞅傳之以立秦法、漢蕭何作律九編、卽於李悝法經之外、加戶律、壇興、廐庫三編、後有唐律、清律等、無不以律爲稱、我國古時、律之一字、大抵皆指刑言、與法字本訓相同、罕見法律二字連用者、近世歐學東漸、其用始廣、然如日本所謂民法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法等、

我國皆謂之民律、刑律、民事訴訟律、刑事訴訟律也。今察我國現時法律二字之用例、
(一)不問成文法與慣習法、汎指一般國家之法、(二)僅指成文法、(三)指示依法律名稱之
公布式所發布之法則、大約有此三種意義、法律云者、非如法之文辭、廣指事物定則
之謂、於右三種用例之內、必指其一也、但指示法律、唯以法或律一字、今尙通行、如憲
法行政法、則謂之法、民律刑律、則謂之律、其實皆言法律也、又法文法令、單以法稱、亦
與法律同義、要之本書法律之文辭、除特指示之場合外、一般皆指示國家之法、亦有
單以法之文辭表示者、彼此不可混同、

外觀諸國之例、我國所謂法律者、羅甸語謂之 *Jus*、英語謂之 *Law*、法語謂之 *Droit*、
德語謂之 *Recht*、意語謂之 *Diritto*、據博言學者之說、羅甸語之 *Jus*、由梵語 *Ju* 而
來、有羈束之義、英語之 *Law*、由盎格魯撒苦遜語及羅甸語而來、有製作之義、
又法語及德語意語法律之字、皆由羅甸語之 *Derictum* 而來、有「道理」及「直源」之
義、今日皆指國家之法、爲其本義、然除英語之 *Law* 於指示國家之法而外、更有二箇

之意義、或有表示權利者、或有表示正義者、英語法律之字、雖不表示權利或正義、其用途更廣、或指示自然的法則、或指示宗教的法則、或指示道德的法則、恰當我國所謂法之文辭、以外國語研究法學者、須避意義之混淆、

第二節 法律之觀念

第一款 關於法律觀念之學說

法律者何也、此問雖簡單、答之實不易、因是古來定法律觀念、有種種學說、關於法律觀念學說之變遷、可謂明示法律及法學之沿革發達者也、古代之法律、有古代之觀念、近世之法律、有近世之觀念、又同爲近世之觀念、而學者之見解、亦不一致、今按關此古來主要之學說、述其大略於左、

一 神意說、依此學說、則法律爲直接又間接之神意啟發者、直接啟發、即神自進而告知人類者、間接啟發、即法律非直接神之命令、乃悉由神意而出、立法者制定法律、規定協於神意者也、謨哈默德、在山中由神使加布里野爾拜受法律、稱爲伽蘭又

來加爾啞斯、自十二神之一亞波羅神、拜受法律、稱爲來加爾啞斯法典、卽基於以法律爲直接神意之啟發之觀念也、猶太摩西之法典、印度馬留之法典、希臘麥勒斯之法典等、皆基於同一之觀念、此觀念於太古之時所必見者、自諸國一般之往跡觀之、純由治者爲謀部下之統一、乘其部下人民智能之缺、迷信之深、乃利用神以爲治國之政策、其政策與迷信相合、遂至確立此觀念也、至以法律爲間接神意啟發者之觀念、則究由前之觀念、隨時勢之變遷而失其根據、因轉變而發生之者、然有名之學士、以此觀念爲基礎而說法律者、數亦不少、其在近世、意國之曼斯特爾、法國之鳩波拉爾、其最著者、基於前兩種之觀念、均須先明神之是否存在、且卽假定神之存在、非明其性質如何、亦不能說明法律之爲何也、

二 正義說 依此學說、或以法律爲正義、或以法律爲正義之一部、雖有多少之差、異、要之以正義爲法律之基礎、由此觀念以定法律之爲何、於此點則皆相同、比打苦斯、以法律卽正義、柏那圖以正義（卽法律）爲調和一個人與國家二有機體之三大

法則（即智勇節制）之原理，苦里西布斯，以法律爲正不正之標準，希臘古代學者之觀念，概以正義與法律爲同一物，羅馬舍爾知，以法律爲公平及善良之術，中世英國布拉克斯頓，對於法律，有同一之觀念，可克亦以法律不外正理，蓋凡正義之觀念，可包含於法律之觀念中，於理論上，及歷史上，皆爲不可爭之事實，但由此觀念，果得定法律之爲何乎，若以法律即爲正義，則宜爲反於正義之法律，不可存在，假令有反於正義之法律，可得謂法官無適用之責任乎，此種決論，爲學理所不許，又關於手續之法律，決非可以正義之觀念說明者，即何日內可上告云云，得謂之正義乎，又雖經過其期間而上告，得謂之反於正義乎，此不得不苦於辯解者矣，矧其所謂定義者，如何定之，何人定之，皆茫然而莫知所歸耶。

三 人性說 依此學說，以法律爲完全人性之標準，德之務爾夫，以法律爲履行達於完全義務之必要手段，即基於此觀念也，然各種之法律，果可得爲完全人性之標準乎，假令誠然，而完全人性之標準，道德宗教，無不皆是，然則以如何之標準爲法律，

以如何之標準爲道德宗教乎，不免漠然無所歸著，矧各種法律，不必皆爲完全人性之標準耶。

四 道德說 依此學說，法律或與道德同其實質，或爲道德之一部，格羅丘斯，以法律爲強制使正之道德的行爲之規則也，準以法律爲付與社會之人類以對於外界一定權力之道德上之規則也，皆基於此觀念，蓋道德與法律，共爲行爲之準則，惟於其外形有異而已，道德主心，以由內正外爲目的，法律主行爲，以由外正內爲旨趣，法律上之規則，可爲道德上規則之一部也，然法律或與道德同其實質，或僅爲道德之一部，未足以明法律之觀念，卽由此觀念，則不可不斷定反於道德之法律非法律，且關於手續之法律及憲法行政法等，皆不可不謂爲非法律，何者，關於手續之法律及憲法行政法等，包含道德之觀念甚少故也。

五 自然律說 依此學說，法爲萬有法（卽自然律）之一節，法非神人之所制作者，乃自然存在之一種現象也，宇宙既有自然律，日月星辰，因以運行，春夏秋冬，因以來

往、豈獨於人事而無一定之自然律耶、蓋人類亦自然界之一部、人類亦自然界之一生物、故法律爲自然律之一部、而人事界之自然律、即爲法律也、孟德斯鳩嘗謂法者以廣義言之、基於事物本性之必然關係也、萬物有法、天帝有法、獸畜有法、人類亦有法、蓋基於此觀念者、此學說隨近世科學之進步、其根柢益固、然說明法律、仍有未盡、蓋此學說說明一般法之爲何、而以國家之法（即法律）爲其一種、雖無錯誤、然自然律之如何部分爲國家之法、毫不解說、此其缺點也、

六 秩序關係說 此學說頗與前說相近似、其說曰、法律爲一定之秩序關係、即法則也、法則者、於事物之因果關係、有一定之順序者也、於特定之事實、認特定之效果者也、英之物理學者哈克斯烈、以法之本質爲秩序、有一定之原因時、必有一定之結果云云、即基於此觀念者、此學說與前正同、說明法之觀念、均有未盡、法固爲秩序關係（即法則）國家之法則、固爲其一種、至如何性質之秩序關係、爲法之一種、此點頗不免漠然也、

七 自由規律說、依此學說、則法律爲定各人自由活動之範圍者、一方制限各人生來之自由、他方因是以保持各人之自由也、德之康德曰、法律者、從自由之通則、以調和各人專恣與他人專恣之條件之總體也、蓋基於此觀念者、乍威里亦曰、法律者、指示各人之存在及活動、可得正確且自由之範圍之無形限界之規則也、當自由論盛行歐洲之時代、此說雖非無多少之勢力、然到底不免爲不充分之學說、蓋此觀念於一部之法律、非不適用、至於全體之法律、則不得適用、因法律中或有保障人之自由者、又有保障一人之自由而制限他人之自由者、又有使何人均不得自由者故也、

八 民約說、依此學說、則國家由人民之約束而成、法律出於人民自由意思一致之結果、換言之、法律者、人民當成國家而相約之條款也、此說自古已有之、而集其大成者、則爲盧梭之民約說也、然民約說中、學者雖弄種種巧辯、終爲無歷史的根據之架空妄論而已、國家之法律、果成於人民之契約乎、歷史上之人民、果曾爲此契約乎、法律以前、果有契約乎、祖先之契約、果能羈束子孫乎、凡此皆對於民約論之批難也、

九 總意說 依此學說，則法律爲其時人民全體意思之發表，約言之，爲人民之總意。乍威里曰：法律者，非人創作之物，自然而發達者也。法律非主權者之制定，因人民一般關於法律事項，反覆爲某行爲所釀成者也。故習慣法爲人民法律確信之直接發表者，最良之法律也。立法者，雖有制定法律之事，不過於人民之法律確信，與以法律之形式，實則不過人民總意之間接發現而已。此說，於非主權者之意思發表一點，與沃士丁一派之命令說有異，於非由契約之特定行爲所發生一點，與盧梭一派之民約說有異。雖民約說於或點與總意說相似，然一爲特定時人民之契約合意，一爲不特定時（即其時）之人民總意，一依契約，一不依此外形的契約行爲，是爲兩者之差異。然此學說，於說明法律之觀念，亦未究盡。蓋依此學說，則反於人民總意之法律，不可不謂爲非法律，且其所謂總意者，果由如何之方法以發表，亦不分明，是其缺點也。

十 命令說 依此學說，則法律爲主權者之命令，此說定法律上之觀念者，爲羅馬

法曹、其完成之者、則爲英國分析法學派、霍布士有云、法律云者、有權力者命令其部下爲某事及勿爲某事之言語也、由是邊沁襲其說、沃士丁祖述之、謂法律爲政治上優者（即主權者）關於政治上劣者（即人民）之行爲、所下一般的命令、此說其後頗博歐洲諸學者之贊同、故沃士丁之名一時震動於歐洲、蓋此學說以凡命令皆優者對於劣者所爲之意思表示、劣者不從優者所表示之意思、則不可不甘受一定之惡報（即制裁）故對於此學說之批難、（一）憲法及行政法之一部、不可不謂非法律、何者、憲法及行政法中、多規定關於國家自體之行爲故也、於是德之賓德古、欲使法律中、包含憲法行政法、謂法律爲對於國家及人民之命令、然自己對於自己而爲命令、實不可通、（二）習慣法、不可不謂非法律、何者、習慣法非主權者所命令、僅爲其承認而已、（三）法律不得以權利爲本位、何者、命令不過生服從之關係、服從不過生義務之關係、故、然現今文明諸國之法律、概以權利爲其本位、（四）法律不必爲命令、有僅爲許容之場合、於私法之範圍、尤然、

十一 強行規則說 此學說與前說有唇齒輔車之關係，即法律依外形的制裁所強行之規則也，無強制力者，非法律，德之多馬舊斯，以法律與道德之區別，在制裁之有無，其弟子君多林克，謂法律為規則，而以外形上之苦痛罰其侵犯者也，耶林克以強行不僅為實行法律之手段，且實為法律之要素，無強行之法律非法律，其他英之邊沁、沃士丁、德之來布里知、康德，皆以強制（即制裁）為法律之要素，然（一）制裁之觀念不甚明確，依人之見解而有異同，或有以為惡報者，或有以為苦痛者，或有以無效褒賞等，亦含於其中者，制裁之觀念不明，則此說直無意義之可尋，（二）無制裁之法律，亦為法律，如憲法行政法之一部，為優者（即主權者）自制限其行為，雖乏制裁，猶不失為法律，故此說亦不可謂無缺點也。

十二 共同生活要件說 依此學說，則以法律為人類共同生活要件之一部，匈牙利之巴爾起曰，法律者，包含國家所認實際之社會生存要件，且由國家可得履行之規則之全體也，英之波羅克，謂法律為指示人類共同生活之要件，皆基於此觀念也。

法律爲完全人類之共同生活所發生，固不容疑，然直以法律爲人類共同生活之要件，則反於共同生活之法律，不可不謂爲非法律，但反於共同生活之法律，雖或爲惡法，而惡法固亦不妨爲法律也。

十三 行爲說 依此學說，則以法律爲行爲之規則，英國何爾蘭曰：法律者，由政治的最高權力所強行之人類外部行爲之規則也，法國耶修巴克曰：法律者，人類外部義務之規則也，皆基於此觀念，學者或非難之，以法律單爲行爲之規則，不可不謂關於意思者非法律，然法律中雖唯止於意思者，尙有付以制裁之事，且如憲法及行政法，關於國家機關之組織，更不可謂之法律矣。

第二款 法律實質的意義

前款所舉之諸種觀念，乃古來學者說明法律性質之基礎，而皆不免非難，今日法律實質意義之最通行，且與近世法律思想最適合者，實以行爲觀念爲根據，試舉其定義，則爲

法律者、國家制定或承認之行爲規則也、

再分折言之則如左、

一 法律者、國家制定或承認之規則也、行爲之規則中、惟由國家制定、或經國家承認者、始得稱爲法律、制定承認云云者、因法律作成有二種之活動、其在成文法、則以制定爲要、其在不文法、則以承認爲要故耳、而關於此二種活動之說明、以次編述之爲便、此不及、

二 法律者、行爲之規則也、法律之所以別於道德者、一在於爲外部行爲之規則、二在於經國家之制定或承認、故謂法律爲國家制定、或承認之規則也、而對於此說、(一)或謂法律有關於吾人意思者、謂爲行爲之規則、不免過狹、雖然、此種規則、惟古代法律中見之、今日之法律中無有也、法律之爲物、與時俱進、因時代場所之異、而觀念攸殊、故因古代法律中有關於意思之規則、遂謂現代法律、非爲行爲之規則、未爲當也、古代法律、或基於神意、或出於道德、或干涉及於人心、此誠不可掩之

事實、然在近世法律、於規律行爲時、雖間亦牽及意思問題、但唯以意思爲目的而規律之者、則未之或聞、古代有古代之法律觀念、現代有現代之法律觀念、所謂行爲之規則、蓋就發達之法律而下之定義也、(二)或謂憲法行政法等、關於國家機關內部基礎之規則、非行爲之規則、何以得稱爲法律、蓋此等法律、雖非直接爲行爲之規則、其目的固在發動行爲之規則、非立於行爲之規則外、而獨有作用、故憲法行政法等、仍不失與他規則牽聯而爲行爲之規則也、

學者或以制裁爲法律之要素、而謂法律爲國家強行之行爲規則、雖然、制裁之觀念、決非存於各種法律、如憲法中規定國家自身行爲之部分、固無制裁以相加也、卽在有強制手段之法律、其所強制者、僅爲不法行爲、而不及於適法行爲、故加制裁觀念於法律之要素中、法律範圍、不免狹隘、不可取也、

據上所述、法律爲行爲之規則、而經國家之制定或承認者、不備此二要件、不得爲法律也、顧其制定承認、非必直接出於國家、凡以國權爲基礎之法律、皆不失爲法律、故

國家以外之公法人所制定之規則，亦法律也。又法律之制定承認，不必以一國為主體，如國際公法，雖爲數國家所制定之規則，亦不妨爲法律也。

第三款 我國國法上法律之意義

法律爲國家制定或承認之行爲規則，已如前述，惟我國國法上法律二字之意義，不如前述之廣汎，須略爲說明。按約法十九條，參議院議決一切法律案，其意非謂不經國會之議決者，卽無法律之實質，蓋謂依法律之形式（卽冠以法律之名稱之形式）以爲國家之意思表示，非經國會議決不可也。約法中所謂法律，皆指經國會議決而有法律之形式者而言。大總統所發之教令，內閣所發之閣令，各部所發之部令等，雖亦爲國家之意思表示，然不稱爲法律者，以其未經國會之議決也。豫算雖亦經國會之議決，而不得稱爲法律者，以其未依法律之形式也。至於何種意思表示，應依法律之形式，約法雖未有明文，然據約法三十一條，大總統僅有發布執行命令及委任命令之權，除關於執行法律事項，及關於法律委任事項外，無論何種事項，皆應以法律

之形式規定之、以立法權屬於國會、而立法權之行使、非經國會之議決、無由發現、而一經國會之議決、即不得不稱爲法律也、

據上所述、法律爲有法律名稱之國家意思表示、故各法規中所謂法律、惟指此而言、不包含各種命令、至法規中所謂法令、則意思較廣、實併包依法律形式之國家意思表示、及依教令閣令等形式之國家意思表示、須注意也、

第四款 實質的法律與形式的法律之區別

近世立憲政治、漸臻完備、凡依法律形式之國家意思表示、必經國會之議決、而依此形式之國家意思表示、不問其實質之如何、皆稱爲法律、惟其不問實質之如何、故學者有謂國家此種意思表示爲形式的法律者、所以別於實質的法律也、又形式的法律、既爲不問實質之如何、惟經國會之議決、而具法律形式之國家意思表示、故其意義、與沃士丁所謂法律爲主權者命令之法律形式的意義、亦有不同也、前款所述我國國法上法律之意義、蓋即沿襲歐洲諸立憲國之用例、唯指示形式的法律、不指示

實質的法律也、惟歐洲諸國中（如德意志）有以豫算依法律之形式者、其形式的法律、較之我國不認豫算爲法律者、範圍爲廣、各有特色也、

第三節 法律與道德之區別

欲明法律之性質、法律與道德之區別、當畧爲說明、蓋法律及道德之起因、同爲整齊社會活動之關係、以完成人類之共同生活、已如前述、而古代法律之觀念、兩者之間全無區別、卽在今日、猶有以法律爲道德之一部者、故必嚴定二者之界限、而後法之意義、始得明也、法律與道德之所由分離、在國家觀念發達以後、蓋以近世法律、非有國家之觀念、不能存在故耳、而自國家觀念發達以來、法律與道德之區別、論者殊多、要不外左之三點、

一 法律支配人之行爲、（卽人類相互間外部關係之行爲）唯關於行爲之範圍內、始得支配意思、道德則以支配人之意思爲主、而專論動機、換言之、卽法律抑制外部之行爲、又因此而時或抑制內部之意思、道德則抑制內部之意思、又因此而時

或抑制外部之行爲、簡言之、卽前者由外以制內、後者由內以制外、此其不同之點一也、

二 法律爲國家的規則、有國權以隨其後、道德爲社會的規則、其成立不須有一定之權力者、此其不同之點二也、

三 法律因關係而強制人之遵守、道德則唯就於人之良心、而使其負責任、此其不同之點三也、

雖上所述三點、兩者之差異、大體可以表示、然亦未得謂爲精密之界限、蓋法律之常態、雖爲依一定之權力、強制人民之遵守、然凡百法律、非盡有強制力、亦有不須有強制力者、已如前所述、故不得謂爲二者區別之精密標準也、至關於法律與道德、全異其範圍、或法律爲道德一部之問題、學者議論殊多、亦有以法律爲最低限度之道德者、然以吾觀之、法律之規則、其大部分、固與道德之規則、不相抵觸、詳言之、卽法律之所命者、皆爲善事、法律之所禁者、皆爲惡事、關於此點、法律與道德、固相一致、其所以

有抵觸者、實以二者主要目的相異之故、詳言之、即法律以支配行爲爲主、而動機則非所顧、道德以支配意思爲主、而動機在所必究耳、夫父母之仇、不共戴天、一旦刺刀於仇人之胸、在道德上不失美行、而在法律上則仍爲犯罪矣、斯固不嘗有之事、然兩者雖有密切之關係、而法律之非爲道德、於茲可見、卽從一般論之、規則雖極惡劣、而既經國家之制定承認、不得不謂之爲法律、故自法律本身以言、實不容有道德之觀念、又如法律之內容實質、與道德雖全相吻合、而道德自道德、法律自法律、兩者形體各別、不可同視也、顧法律與道德、雖觀念各有不同、然社會關係、至爲複雜、欲整齊而使之無爭、非法律與道德二者互相爲用、不爲功、故法律固應遵守、道德亦不可忽視、不過在法學範圍、唯以研究前者爲目的已耳、

第二章 法律之淵源

第一節 習慣

習慣者、人類自然的永久的遵行之行爲標準也、其淵源雖不一端、然其發生之次第、

可以雪中道路之開通說明之。夫積雪數尺，四望無際，交通阻塞，人跡絕少，使有人焉，不畏風雪，冒險而行，經過蹤跡，遺存雪上，後之經過此者，必尋其蹤跡以進，而不更冒積雪之險。迨經過者衆，則蹤跡愈大，面積漸廣，數尺之積雪，變爲坦平之道路，繼此而通行者，幾不知有冒雪之難，而交通之便利，直與無雪之時相同。雪中道路開通之次第，蓋如此。習慣之發生，亦何以異是。夫生產而贈物，死亡而致賻，此吾國之習慣也。然其爲習慣也，決非自始即普行於國中，必也二三少數人爲之於先，大多人合之於後，遂至輾轉仿倣，而成爲習慣。此雖社會習慣之一例，然各種習慣之發生，莫不經此途徑焉。習慣已成，遂爲法律之一淵源。蓋習慣而爲人民永久遵行，卽不啻成爲必由之道。倘違反之，必受擯斥，而習慣之中，正確而必要者，國家或承認之，以爲法律，或採取之以制法律。不文法無論矣，卽成文亦多以習慣爲基礎。故論法律之淵源，首先必舉習慣焉。而習慣有數種之區別。（一）曰一般習慣與局地習慣。一般習慣爲行於國內一般之習慣，局地習慣，爲行於國內一部之習慣。交通不便之時代，前者爲多，交通發達

之時代、後者爲多、此各國之所同、無有二致也、(二)曰普通習慣與特別習慣、普通習慣者、行於一般人民間之習慣也、特別習慣者、行於特別人民間之習慣也、例如商業上農業上之習慣、惟行於商人及農人之間、故稱爲特別習慣、又如冠婚喪祭等習慣、通行於一般人民間、故稱爲普通習慣、(三)曰成文習慣與不文習慣、成文習慣者、集錄於簡書中之習慣也、不文習慣者、未集錄於簡書之習慣也、顧習慣雖有數種之殊、而無論何種習慣、其自身皆無法律之效力、其爲法律也、必經國家之承認或採用、故習慣爲法律材料之方法有二種之別、分言之如左、

一 經國家承認而具法律之效力、國家承認習慣而付與以法律之效力、其例甚多、如英國之普通法、蓋即因國家之承認、習慣變爲習慣法者也、至關於習慣法成立方法之說明、則讓之次編、

二 經國家採取而規定於成文法、國家制定法律、多採用習慣以爲規定、如英國之買賣法、公司法、破產法、我國民律中親屬律繼承律等、皆採用習慣以規定於成

成文法者也。

第二節 宗教

在政教一致時代，宗教勢力，異常偉大，凡百文物，莫不發源於僧侶。（我國當別論）宗教而為法律之淵源，其例甚多，故古代法律，即謂之為概以宗教為基礎，亦無不可，近代歐美之法律，亦多發源於宗教，而習慣之基於宗教，各國皆然，又不待論矣。至於宗教為法律材料之方法，有三種之別，分說之如左。

一 以法律為神所制定者，據前所述，「馬留」之法典，「摩西」之法典，「伽蘭」之法典等，皆視為受自天帝，故以經典而同時復為法律，其最著者也。

二 基於宗教之教旨，以制定法律，歐洲中世之寺院法，乃集錄高僧會議之議決，以為法律者，故其法律，一本於宗教之教官。

三 採用宗教上之規定，以為法律，宗教上之規定，易成為習慣，而既成習慣之後，或經國家承認，以為法律，或經國家採用以制定法律，為例亦甚多也。

第三節 條理

條理之詳細研究、當讓之哲學中、普通所謂條理者、其意義與正義相同、學者所稱之自然法、即條理也、條理之意義、不甚明晰、而甚有勢力、一國一家一社會之秩序、皆有賴於條理以維持之、故由現代法律思想以言、條理者、所以濟法律之窮、不可忽而不講也、而條理爲法律材料之方法、亦有三種、分述之如左、

一 以條理爲制定法律之基礎、條理即法律之觀念、雖見於古代法律、然自法律範圍、狹於條理之觀念、發達以來、兩者之區別、最易識判、蓋法律之制定、雖常依據條理、亦不無反於條理之惡法、如秦皇挾書之律、固極不合於條理、仍不失爲法律也、然此種法律各國亦不常見、古今法律、蓋無不以條理爲基礎者也、

二 採用條理、以規定於成文法、古代之法律、多爲條理之集合、即在現代之法律、其關於親屬關係、亦多採用條理以爲法律者也、

三 賦與條理以法律之效力、於法律不備之場合、多以法律效力賦與條理、所以

濟法律之窮也、民律第一條云、「民事本律所未規定者、依習慣法、無習慣法者、依條理、」日本明治八年、關於裁判事務注意之布告云、「於民事裁判、有成文法者、依成文法、無成文法者、依習慣、成文習慣、兩不存在者、應推條理以爲裁判、」奧國民法第四條云、「如無明文及慣習時、依自然法、」皆以法律效力賦與條理之例也、法國民法第四條云、「法官以法律之不備脫漏爲口實、不爲裁判者、當處以不爲裁判之罪、」自其裏面而言、在此場合、法官當依條理而爲裁判也、又英國法律、自習慣發達而成、其普通法中、缺點極多、就中訴訟方式、過於嚴重、若起訴而其方式有誤者、雖有起訴之權利、法院亦不受理、及普通法院、金錢上救濟之外、不更與人民以保護等、尤爲不合條理、緣此、人民不能依訴訟而充分的伸張其權利、故羣感不便、卒至以單簡訴訟手續、及許特別救濟、以伸張其權利、請願於國王者、日出不窮、於是國王惻然憫念、令其大法官於普通法有缺點、或於普通法院不能受充分救濟時、容納人民之請願、審理之後、依條理與民以特別之救濟、此蓋衡平法

之濫觴，其始不過出於特別之恩惠，其後遂新設衡平法院，與普通法院對立焉。及耶德華三世之際，爲上述請願者，日益增加，乃定一定之審判手續，更於一千八百五二年，制定衡平法廳裁判權條例，於其審判手續，大加改良，自此以後，英國始有普通法衡平法二種之法律，因有普通法院與衡平法院對立之二法院。一千八百七十三年，更制定司法條例，定明兩法相抵觸時，依衡平法，而以衡平法法院編入於上等法院部內，故在今日，英國無兩種之法院，此英國以法律效力賦與條理之歷史也。

第四節 判例

判例者，關於訴訟法院所下之判決例也。古代法律，規定簡單，以故適用法律之法官，兼爲制定法律之立法者，其所下之判例，卽爲法律，所謂審定法者，蓋聚集其判例而成者也。麥普曰：「法律非自原則而生，乃聚集各事件之判例而作原則也。」法律之所由發達，卽此二語，足以表明，故昔時之判決，實爲法律之一大淵源，迄於近世法律

制度、漸就完備、司法權與立法權、離而爲二、不相侵犯、故判決於法官下判決時、雖常供其參考、自法理以言、判決固無法律之效力者也、然關於判例之效力、因法制之殊而有不同、法制雖多、約言之、唯有二種、卽英國主義羅馬主義是也、探英國主義之法制、視判決爲作成法律之方法、故有法律之效力、援引判例、卽不啻援引法律之條文、上級法院之判例、羈束下級法院之判決、（前清律例所探主義與英國主義相近、）探羅馬主義之法制、則不然、視判例僅爲適用法律之結果、非爲作成法律之方法、（民國法制、係探羅馬主義、）緣此判例（一）爲習慣法成立之證據、（二）表示法官關於法律解釋之見解、（三）其見解之良惡、雖於後來判決、有最大之影響、然法理上不能視之爲有法律之效力也、此主義自羅馬傳來、故稱爲羅馬主義、然羅馬建國之初、固未嘗行此主義、西舍倫認判例爲作成法律之一方法、啓伯留斯帝認判例有法律之效力、其明証也、及尤斯底里安帝御世、乃以法律禁止賦與判例以法律之效力、自是以後、歐洲大陸諸國之法制、莫不襲用此主義、如普國州法、奧國民法、皆以明文規定、其他

諸國法律中，雖無此種明文，然法理上固仍依此精神者也。

判例爲法律材料之方法有三，述之如左。

一 賦與判例以法律之效力，此卽前述之英國主義，除英國法系之諸國外，無有採此方法者。

二 採用判例，以規定於成文法，在不採英國主義之國，亦往往採用依判例所定之規則，以規定於成文法，如法國關於生命保險、抵當權、留置權等法律中，多採用判例，以爲規定，是其例也。

三 判例養成習慣法，大凡判決，對於後來裁判，常有重大之影響，以故個人漸至從其判例，以定關於權利義務之事項，故判例於養成人民間之習慣，最爲有力，及習慣已成，則由國家承認而爲習慣法者甚多也。

第五節 學說

學說爲學者之私見，其無法律之效力，固無待論，然就英國法系及諸國法系之實際

觀之、法官之爲判決、常採碩儒之學說、以爲理由、律師之爲辨論、亦多引大家之議論、以爲根據、故在此等法制、學者之說、似直有法律之效力、且學說愈精、則所以促法律之進步愈切、現代文明各國法律之所以一新其面目者、學說鼓倡之功爲多、徵之歷史、當可瞭然、蓋法律之進步、常遲於社會之進步、社會之新需要發生、則法律之不全以見、而促法律之改正、以應於社會之實際者、全恃學者之力、此學說所以爲法律之淵源也、

學說爲法律材料之方法有四、述之如左、

一 賦與法學者以法律解釋權、羅馬奧古斯帝嘗選擇當時之法律家、賦與以法律解釋權、其解釋意見、稱爲學士說、有法律之效力、是其例也、

二 賦與學說以法律之效力、羅馬德俄多丘斯帝嘗集巴比里安斯、波爾斯、威爾比安斯、凱尤斯、摩德斯琴斯、等法學大家之著作、以爲法律、如五人學說有疑義時、則從巴彼勒安斯之說、是其例也、

三 學說養成習慣法、法學者代表一國法律思想，故其國法上之解釋論說，勢力甚大，人民往往依其學說，以爲向背，相習既久，遂成習慣，一經國家之承認，卽爲習慣法焉。

第六節 條約

條約爲國家對於他國家表示其意思以爲合意約束，非對於國民表示其意思，故條約非有法律之效力。學者有謂條約有二樣之效力，一爲對於外國，一爲對於國民，視條約爲有法律之效力，雖然，條約祇爲法律之淵源，決非法律，故條約對於國內，毫無效力之可言也。惟國家爲履行條約，常以條約爲材料以制定法令，詳言之，卽公布條約及公布遵奉之法令時，以條約爲材料之法律，由是發生，依其法律，而人民始有遵奉之義務也，而條約爲法律材料之方法有二，述之如左。

一 以條約有法律同等之效力規定於憲法，依此方法，則就於締結之各條約，卽不發布關於其執行之法令，當然及其效力於人民。（北米合衆國，卽採此方法者

也、

二 締結條約、以法令公布之、依此方法、則條約依法令之結果、對於人民發生羈束力、但對於人民、必以其爲法令公布之、僅公布條約、固不能發生效力也、

第七節 外國法

一國之法律、唯行於其版圖之內、故外國法、於其本國、始有效力、除有治外法權之場合外、無論何國、決不依外國法以爲裁判也、關於涉外事件、及關於僑居國內外國人特定之事件、（例如關於身分能力等事項、）或自國人與外國人之法律關係（例如關於婚姻離婚等事項、）等、依其性質、雖適用外國法、然其適用之也、乃以其爲自國法而適用之、非以其爲外國法而適用之也、惟自交通發達以來、國家日相接近、國民常相往來、因而一國之法律、往往爲他國法律採取、以爲其材料、其例甚多、不遑枚舉、而外國法爲法律材料之方法有二、述之如左、

一 以外國法爲材料、以制定法律、法國取範圍於羅馬法、以制定拿破崙法典、我

國損益外國法、以制定各種法律、是其例也、而以外國法爲材料以制定法律之狀態、稱爲外國法之繼受、爲模範材料之外國法、稱爲母法、繼受外國法之法律、稱爲子法、言其相互之間、恰有祖先後裔之關係也、

二 外國法養成一國之不文法、德意志民法制定以前、羅馬法於習慣法之形式、以普通法行於德國、日本民法制定以前、法國民法之原理、採用於日本、以不文法通行於日本、是其例也、

第三章 法律之分類

第一節 因法律發生方法之分類

依此分類法律有二種、一曰成文法、二曰不文法、成文法者、依簡書制定之法律也、不文法者、不依簡書發生之法律、即所謂習慣法是也、其所以稱爲不文法者、非謂其爲不紀載簡書之法律、乃謂其法律之效力、不因紀載簡書而始發生之意也、我國現行各種法令、皆爲成文法、英國普通法、則不文法也、學者有以成文法與不文法之區別、

乃由其體裁之異，謂成文法爲紀載簡書之法律，不文法爲不紀載簡書之法律，其實不然，蓋不文法不僅以不紀載於簡書者爲限，如判決錄，雖紀載簡書，不失爲不文法，其所以爲不文法者，則以判決錄祇能爲此判決之證據，其自身無法律效力也，成文法則不然，其成立也，因有簡書，其簡書自身，具有制定法律之特質，其字字句句，皆有法律之效力者也，又有謂成文法爲國家制定之法律，不成文法爲因人民習慣發生之法律者，此說亦非是，蓋在習慣法，人民之習慣，非法律之本體，乃法律之材料，非經國家之承認，不有法律之效力也。

一國之成文法，有經他國之採用，而爲不文法者，羅馬法採用於英，原則雖一，而在羅馬法，則爲成文法，在英法則爲不成文法，是其例也。

一國之成文法，有因其國之革命，而爲不文法者，如北美合衆國獨立以前，英國制定之法律，及獨立以後，全然失其成文法之效力，然以北美裁判所判決訴訟，常依其法律原則，固不失爲不文法也。

第二節 因法律實質之分類

法律實質之分類，乃學者一般所用，約畧言之，可分三種，即公法與私法之分，主法與助法之分，強行法與任意法之分是也。

一 公法與私法之區別

法律公私之分，乃羅馬以成學者一般所是認，惟關於其區別之標準，學說未能一致，茲舉其重要者如左。

一說，以法律保護之利益為標準者。按此說以公法私法之區別，依法律保護利益之公私而定，公法為以保護公益為目的之法律，私法為以保護私益為目的之法律，雖然，大凡法律，無問其種類如何，莫不直接間接，併公益私益而保護之，偏於一方者，未之見也，憲法者，以保護公益為目的之法律也，然於他方仍包含保護私益之旨趣，如關於人民權利之規定，其最著者也，刑法者，亦關於公益之法律也，然於他方，保護私益之旨趣，極為明顯，如關於身體財產之規定，其最著者也，又如

民法之爲私法，夫人而知之矣。然自他方觀察，蓋亦直接間接，包含保護公益之旨趣焉。如以違公共秩序法律行爲爲無效之規定，關於親屬繼承之規定，固純以保護公益爲目的也。如以法律保護利益爲標準，對於左述批難，無由鮮答。

二說 以法律關係之性質爲標準者。此說之中，復分二種：（一）依法律關係之平等與否而定法之公私者。（二）依法律關係之對人對物而定法之公私者。按（一）說先區別權力與權利，而謂權力爲對於服從之語，生於不平等之關係，其實質則爲強制他人意思而使從自己意思之力，權利者，生於對等關係，其實質爲得爲請求之力，以此爲前提，遂爲規定權力關係之法律，爲公法，規定權利關係之法律，爲私法。雖然，此謬說也。若從此說，則親屬法中之親權、夫權、監護權等，皆非權利，而爲權力，而關於此等權利之規定，皆爲公法而非私法。然各國法律，固無不以此等權力置諸民法中，各國學者，亦莫不視之爲私權者。又如公法之刑法，一方固可認其爲權力關係之規定，然於他方，又有不能不認爲對等關係之規定者，如刑法中關於身

體財產之規定、與民法中關於違約不法行爲之規定、其關係究有何異、奪物殺人、與破契約爲不法行爲、非同爲平等關係乎、雖一則處以刑罰、一則命爲賠償、然自其同爲國權作用而言、皆爲權力關係也、由是以言、是民法不必爲私法、而刑法不必爲公法也、又如國際公法者、學者莫不以爲公法矣、然從一說、則其所規定者爲平等關係、非公法而私法也、隨舉數例、無一可通、信不足採也、按（二）說、則以規定對人權利之法律爲公法、規定對物權利之法律爲私法、此說亦不足取、如從此說、則民法中關於債權之規定、親權夫權監護權之規定、概屬公權、關於物權繼承等之規定、概屬私權、又如土地公用徵收法、鐵道法等、亦應屬於私法、抵觸甚多、其非信說也、審矣、二說之區別、雖淵源於羅馬法所謂人事法與物件法之分、然以之爲分別公法私法之標準、既無實益、又反於各國法制之實際、不可用也、

三說、以法律關係之主體爲標準者、按此說、以公法規定之法律關係、其當事人之雙方、或一方、必常爲國家或其他公法人、私法所規定之法律關係、其當事人

之雙方、必常爲私人、三說之中、以此說爲信、或以國家或其他公法人、間有立於私法關係、（例如國家、或其他之公法人、與私人爲買賣借貸等是、）往往以相詰難、然國家或其他公法人、於此場合、非以其資格而立於該法律關係、乃以私人資格而立於該法律關係、故關於該法律關係之規定、仍不失爲私法也、

按梅博士云、公法者、關於國家及其一部、以其資格行動之場合之法律也、徵稅徵兵、締結條約等、國家之行動也、地方團體之行動、行政機關之行動、皆國家一部之行動也、以其資格行動者、即以國家及其一部之資格而行動之意、所以如此云云者、因國家及其一部、往往以私人同一資格行動、如購買土地、或與私人締結契約等、在此場合、應受民法之支配、民法不因此而變爲公法也、私法者、規定同國人民間、或異國人民間、或以人民同一資格之國及其一部與人民間之關係之法律也、通常之私法、皆規定同國人民間之關係、國際私法、則規定異國人民間之關係也、國家及其一部、或買土地、或借金錢之場合、應受私法支配、與私人無異、梅說足與

第三說相發明，故爲孱入、

二 主法與助法之區別

主法者、規定法律關係之法律也、助法者、規定主法運用手續之法律也、法律對於一定之生活關係、而加以保護、於是事實關係、轉爲法律關係、權利義務之關係、由此生焉、而規定此關係、實爲主法、故主法者、法律之實體也、雖然、實體規定、既已完全矣、然使其運用之手續、缺焉不存、則法律將無所用、此助法之所由生也、要之主法與助法、相需爲用、缺一不可者也、憲法、行政法、刑法、民法、等規定法律關係者也、故爲主法、議院法、選舉法、行政裁判、訴訟願法、民事訴訟法、刑事訴訟法等、規定憲法、行政法、刑法、民法等、適用之手續者也、故爲助法、

三 強行法與任意法之區別、

大凡法律、自其規定之實質、可分爲強行法與任意法、此區別、非法律之區別、乃其規定之區別也、故就民法而論、其中所包含者、兼有強行法（即強行規定）與任意法

（即任意規定）之二種，即以公法而論，亦非僅有其一已也。強行法者，不使法律關係之當事人，得表示反對意思，免其服從之法律也。換言之，即當事人入其法律關係與否，固屬自由，一旦入其法律關係，即不可不服從之法律也。強行法之設，基於公益上之理由，故強行法又稱爲關於公益之法規。憲法、行政法、刑法等公法規定中，強行法之所以多者，以其關於公益者衆也。而強行法中，通常分爲命令法、禁令法之二種。命令法者，以作爲命當事人之強行法，如納稅義務、夫婦同居義務等規定是也。禁令法者，以不作爲命當事人之強行法，如宣告破產後，破產人不得爲法律行爲，強制拍賣時，不得干與拍賣之人而爲拍賣者，時非得利害關係人之同意，不能有效等規定是也。命不作爲之禁令法，雖可稱爲命令法之一種，然以其所命者，在不行爲，故通常不稱爲命令法。違反強行法之場合，有對於違反人科以刑罰者，有以其行爲爲無效者，科違反人以刑罰之時，其法規必常爲強行法，如刑法是也。以違反法規行爲無效之時，關於其法律關係，法律不認當事人反對之意思表示，極爲明瞭，故其法規爲強

行法、亦不待言、而法律有以或行爲爲無效、並科其行爲人以刑罰者、有不以其行爲爲無效、僅以爲可取消者、

任意法者、使法律關係之當事人、得表示反對意思而免其服從之法律也、在私法中、任意之法規甚多、以事關私益、應認許當事之意思、毋取乎過事干涉也、但在公法範圍內、任意法亦不可謂爲絕無、如民事訴訟法、學者莫不以爲公法、然其規定中、任意法殊多、大凡法規、不爲強行法、則爲任意法、然在或場合、一法規究屬於強行法或任意法、往往有難於判斷者、

強行法與任意法區別之實益、在於當事人得有效表示反對意思與否之點、而關於此點、民律所規定者、(一)以違公共秩序之事項、或法律中禁止規定之事項、爲標的者、其法律行爲爲無效、(一百七十五條一百七十六條)如意思表示或習慣而與不關公共秩序事項、或禁止規定事項之規定(即任意法)相異者、其意思表示應爲有效、其習慣如當事人有遵由之意思、當從其習慣、

第三節 因法律系統之分類

大凡法律、依其系統、可分爲固有法與繼受法、固有法者、因於一國固有之民情風俗習慣發生之法律也、繼受法者、以他國法律爲模範、取材於其法律、而制定之法律、或採用他國法律、以爲本國法律之法律也、如李暉之法經、蕭何之律令、以及魏晉以下各朝之律令、皆本於我國固有之民情風俗、斟酌損益、以成特殊之律令、所謂固有法也、現行之民律、民事訴訟律、刑事訴訟律、以及各種草案等、取材於東西各國法律、以成本國之法律、所謂繼受法也、世界進化、交通日便、各國人民、常相往來、交換於各國間者、不獨限於財貨、即文物制度、亦彼我相師、因時以制宜、取長以補短、自然之勢也、尋法律之系統而究其淵源、諸國法律、無不自固有法繼受法組織而成、而爲模範之法律、稱爲母法、繼受之法律、稱爲子法、前章七節已略言之、此不贅、

第四節 因法律效力之分類

大凡法律、自其效力、可分爲普通法特別法、而普通法特別法之分類、有關於地者、有

關於人者、有關於事者、

一 關於地之分類

關於地之分類、以法境爲基礎、普通法者通行於全國之法律也、特別法者、行於國內一地方之法律也、我國臨時約法、日本帝國憲法、北美合衆國憲法、德意志帝國憲法等、皆普通法也、如紐約州民法、普國州法、巴丁州法、撒遜民法等、皆特別法也、然普通法與特別法之區別、不常明晰、有同一法律、而或爲普通法、或爲特別法者、如巴威倫州法、對於德國法、則爲特別法、對於米勇亨市法、則爲普通法是也、普通法對於特別法、有補充關係、故如上例、市法效力、強於州法、州法效力、強於國法、換言之、即無前者規定之場合、後者規定、乃得適用也、但特別法、決無廢止普通法之力、故特別法如歸廢止、特別法支配之事項、當然受普通法之支配、

二 關於人之分類

關於人之分類、以受法律適用之人爲基礎、普通法者、支配全國人民之法律也、特別

法者、支配或種人民之法律也、刑法民法者、不問人民身分職業之如何、皆應受其支配、故爲普通法、陸海軍刑法、唯對於特種人民、乃得適用、故爲特別法、特別法、發生特權、(Privilege)特權者、指因特別法特種人民享有之利益的地位而言也、特權有因行政處分而發生者、如商標權發明權等是、因特別法而發生者如軍人之特權是、

三 關於事之分類

關於事之分類、以受法律支配事務之廣狹而爲區別者也、依此區別、普通法者、規定一般事務之法律也、特別法者、規定限定事務之法律也、民法關於私法關係、如無特別之規定、一般適用、商法惟關於商事、乃得適用、前者規定之事務廣、故爲普通法、後者規定之事務狹、故爲特別法、特別法與普通法之關係、在其適用之先後、特別法之適用、常先於普通法、如關於商事、商法與民法不同時、商法規定、常先適用商法、如無規定、乃適用民法是也、要之特別法對於普通法、有先適用的效力、普通法對於特別法、有補充的效力、而前之特別法、亦不因後之普通法而改廢也、

第二編 法律之成立改廢

法律應於社會必要、經一定程序而成立、而因人事之變遷、社會之進步、又經一程序而改廢其成立也、其改廢也、皆有原因之可尋、故有講求之必要、法律之成立改廢、皆基於國權之作用、而其所以成立、則緣於國權二種之活動、其活動爲何、卽承認習慣而賦以法律之效力、及以明文制定法律是也、其在前者、因認習慣而不文法以生、其在後者、因明文制定而成文法以生、故法律之成立、道有二端、其成立之道不同、而不文法成文法因以判焉、其在昔時若宗教、若條理、若學說、若判例、皆直接有法律之效力、但在近世法理、不認其有法律之效力、惟視爲成文法習慣法之材料而已、學者以諸國法律中、有無成文法習慣法、則依條理之規定、往往謂條理爲法律成立之一方法者、然在此場合、立法者惟認其爲習慣法之一部、非以其爲法律成立之特別方法也、英、美、法、制、其判決有法律之效力、其判決足爲不文法發生之一方法、然在他國之法制、其實際正與英美相反、不能以一概論也、而關於不文法成立原因、學說可分三

派、(一)以不文法依判決而成、英之邊沁、沃士丁、以及英美分析學派之學者、主張此說、(二)以判決習慣、皆爲不文法發生之原因、英之馬克皮、何蘭德、德之得魯布魯喜等皆主張此說、(三)以判決非立法之方法、德法及其他歐洲大陸諸國學者、概屬此派、三說之中、以後說爲正、蓋近世立憲國無不取法典主義、判決雖載於簡書、然其本身實無法律之效力、故不能直接發生法律也、

法律之改廢者、法律之改正及廢止之謂也、法律之改正者、廢舊法而代以新法之意、法律之廢止者、廢舊法而不代以新法之意、願改正與廢止、雖有新法發生與否之殊、然其結果、同爲滅絕舊法之效力、故本編不嚴爲區別、併二者而說明之、以其無區別之必要也、

大凡法律一旦成立之後、如無特別之規定、當然長有效力、故不基於正當之權力與原因、不能喪失其效力也、近世立憲國法制、關於成文法、當以制定時同等或同等以上效力之形式、乃得改廢之、此一般之原則也、

第一章 法律之成立

第一節 習慣法之成立

第一款 習慣法成立之時期

古代法律、概屬習慣法、及世運日益進步、社會日趨複雜、各國法律、多由習慣法而變爲成文法焉、習慣法者、人民永續慣行之標準、經國家承認、始生法律之效力、其成立要件、不以記載簡書爲必要、故有不文法之稱、所謂不文法者、非謂其全然不記載簡書、前已述明、如法院記錄中、學者著書中、往往載有習慣法也、雖記載簡書中、仍不失爲不文法者、則以其記載、非爲其成立之要件故也、

據上所述、習慣法不因載之簡書、布之公衆而成立、故其成立時期、至不明瞭、而關於習慣法成立時期之問題、詳言之、即單純之習慣、自何時變爲法律之問題、學說紛拏、未衷一是、今舉其要者如左、

一 永續慣行說、按此說適用時效之理論於習慣、而謂習慣行之民間、如歲月已

深、即成爲法律、羅馬尤士起里安帝隱士確沃勒士法典、第一編有云、「習慣法者、依慣行確定之法律也。」承續慣行說之根據、蓋在於此、倡此說者、爲中世註釋家、附之者、爲近世諸國學者、惟此說之缺點有二、(一)混同習慣與習慣法、(二)漠視國家觀念、故在今日、已成陳說、蓋同一行爲、雖人民習之悠久、使不經國家承認、而以之爲法律、固不生習慣法之效力也。

二 國家默認說 按此說以長行於民間之習慣、經國家默認、而成爲法律、倡此說者、英有邊沁、法有耶修巴克、耶修巴克之言曰、「習慣法者立法者默認風俗習慣、而賦以法律之效力以成之法律也、一國之人民、遵守或行爲之規則、立法者或認許之、或禁止之者、一方基於人民之意思、他方基於立法者之默認、而習慣法以生。」夫習慣不經國家之承認、不能成爲法律、其理甚明、無待深論、然如此說、僅謂經立法者之默認、而不及其默認之時期、其結果與謂習慣法自其成爲習慣法之時、爲習慣法、實無稍異、議論失於空汎、不足取也。

三 人民確信說 倡此說者、爲昔時歐洲最有勢力之沿革法學派、而乍威里及布富達二人、則其最著者也、彼等之言曰、法律者、乃由人民法律觀念之結晶、而人民法律確信之表現、非立法者可得任意制作者也、而人民之法律確信、直接的自爲發現、則爲習慣法、間接的假手於立法者以發現、則爲成文法、故夫人民維持一定之習慣既久、又有視其爲法律而受其羈束之確信、則習慣法之成立於以發軔、雖然、法律之發生、皆有待於國權之作用、人民之確信、非有以或種習慣爲法律之力、其由習慣以成爲成文法或不文法也、莫不經國家之承認、人民之確信、雖足以爲法律之內容、然法律之羈束力、固不因人民之確信而發生、其發生實由國權所賦與、沿革學派、偏重歷史、遂至以法律之發達、爲法律之成立、見有所蔽、故說有不洽也、

四 法廷承認說 按此說以習慣成爲法律、在法院適用之、以爲判決之時、倡此說者、爲英之沃士丁、以及分析學派之學者、此說驟見之、似極明瞭、然不免有下舉之

二缺點、(一)習慣法之存在、在判決以前、麥音等所論証、最爲詳盡、(二)習慣法如因判決而生、則法官直爲立法者、其判決所適用者、乃非法律、三權分立、各國皆然、以法官而兼爲立法者、於理論不可通、於實際亦不合、

五 法定要件說、按此說以習慣必備具主權者、所定習慣法之必要條件時、始成爲法律、倡此說者、爲英之何爾蘭、而所謂法定條件、則以爲當依各國法律而定、據布魯(Bloom)所論、其在英國習慣爲法律之必要條件有七種、(一)其習慣之發軔、須自人民不能記憶之時、(二)其習慣須繼續不絕、(三)其習慣須行之平穩、無有爭執、(四)其習慣須合於條理、(五)其習慣須判然確定、(六)其習慣須有強制力、(七)其習慣須與法律及他習慣不撞突、所舉條件、似極詳盡、但諸國法律、皆無規定習慣法必要條件之明文、即在英國、此種條件、惟因判決例、始可推知、其國家亦未確定以爲習慣法之條件也、

以上所舉、乃關於習慣法發生時期重要之學說、皆僅得其偏、而未得其全、據予所信、

則習慣之爲習慣法、當具備三要件焉、(一)須有人民幾經歲月繼續同一習慣之事實、此事實可稱爲習慣法成立之外形的要素、(二)須有人民視習慣爲法律而遵由之之確信、此確信可稱爲習慣之成立之精神的要素、有此二要素而法律之內容以定、(三)然使僅有此二要素、而非由國家賦與以羈束力、不能發生法律之效力、故國家之承認、又爲其必須之第三要件焉、習慣成立要件、既如所述、然則國家承認習慣之時期如何、不可不詳爲論述也、

大凡法律、非經國家之承認或制定、不能成立、故習慣之變爲法律、亦以國家承認爲必要、顧國家之承認習慣也、僅暗默的而已足、不必明白表示也、然則國家之承認習慣將由何道以表現乎、以予所信言之、則人民確認一習慣爲法律之現象即不外國家默認其習慣之事實、何則、蓋於國家權力之範圍內、一般人民確信一行為準則爲法律而遵由之、即不啻國家承認其準則也、夫然、故習慣經人民之確認遵行、而國家之默認以得、經國家之默認而法律之效力以生、此非予一人之言、德之載德爾及摩

爾諸大家、亦贊同此說者也、或曰果如所說、則習慣究以何時成爲習慣法、將無由確知、應之曰、謂於人民確認習慣爲法律之時、即得國家之默認、即成爲法律、其人民確認之時期、固屬不明、雖然、此事實問題、非法律問題也、自法理以言、習慣之成爲法律、祇謂其在人民相互確認其爲法律之時而已足、其實際之時期、固非所問、夫在成文法、僅謂其在裁可時成立、固已詳盡、其裁可之實際時期、豈有指示之必要耶、或又曰、習慣之成爲法律、如依國家意思爲必要、則在立憲國家、非依憲法所定之方式、不能有意思之活動、而國家習慣之默認、既非依據憲法所定之方式、烏能視爲國家之意思者、雖然、憲法所定者、國家積極的表示其意思之場合也、習慣之成爲法律、乃依國家不禁止其習慣、不設相反規定意思之消極的作用、非憲法所關、不可相提並論也、習慣變爲法律之時期、已如上述、而可認爲人民確認習慣爲法律者、其習慣須具左之條件、

一 其習慣須爲必要的不可違背而互相遵行、換言之、即人民須以認爲法律受

其羈束之意思，互相遵行爲必要也，反是而惟基於便宜禮讓友誼等事單純的反覆爲一行爲，不得謂爲有法律之確認，故其行爲祇能爲習慣，而不能爲習慣法，如歲暮之贈答、新年之禮節、二人相逢彼此脫帽等，雖爲人民長年間所慣行，然習慣法不因此而成立也，又有與習慣法形雖似而實不同者，如一定商人人間，關於一定物品之買賣，常爲折扣是也，（例如書籍之賣價，往往較其定價低廉是），蓋此等習慣，當事人無有視其爲法律而遵行之者，故不能發生習慣法也。

二 其習慣須長年月間繼續的遵行 非長年月間繼續的遵行，則不能成爲習慣，至於以何年何月遵行爲必要，不能判然確定，其遵行時期充分與否，應一任法官之認定，在寺院法時效最短之必要年限，以十年爲標準，顧時效之完成，乃關於權利之得喪，習慣法之成立，則爲法規（不文法）之發生，時效之完成，與習慣法之成立，毫無關係，不得以彼律此也。

習慣須爲同樣，與習慣相似而實異者，非一定之習慣，故不能爲習慣法之基礎，又

爲習慣基礎之習慣、有通行於全國者、有僅行於一地方者、有行於一定階級間者、有行於一定社會間者、以上各場合、於其各範圍內、皆得發生習慣法、

三 其習慣須不阻害公安、違反法律、蓋習慣雖行之久遠、使其阻害公安、違反法律、則有背於國家之意思、其不能得國家之承認、理所當然、而習慣法不能違反成文法、不能廢止成文法、又近世法律之原則也、

第二欸 習慣法之證據

在習慣法無法文之可徵、故關於其存在及其內容所發生之疑問、較之成文法尤爲頻繁、習慣法亦法律也、故確認其存否、解釋其內容、因以適用之於事實、乃法官之責、古代法律之諺語曰、「法院知法律、」此原則不獨成文法上適用、即在習慣法上亦適用、以成文法不文法二者、皆爲法律故也、顧在古昔、習慣法僅爲一種之事實、當事人對之負證明之義務、與對於普通之事實無異、此觀念之誤謬、近時學者無不公認、故無說明之必要、而習慣法既非事實、而爲法律、故其存否、決非事實問題、原則上法

官應負知之之義務、因之(一)關於習慣法之存在、如屬顯著無可疑者、當事人雖不援引、法官得以職權適用之、(二)顧習慣法多無記錄、且其中有自地方習慣而成爲法律者、有自特別習慣而成爲法律者、習慣至衆、法官豈能盡知、故法官而不知之、或關於其存在而懷疑也、法官得以職權而爲調查、或使當事人自爲證明、凡以適用法律非得其真相不可也、而於當事人自爲證明之場合、以其爲習慣之證明、非純粹的事實證明、故法官得以職權而爲補助、而當事人之證明、亦無有羈束法官之效力也、至於或爲調查、或爲證明、皆必有其方法、舉其要者、則有三端、(一)習慣法之存在、可依證人訊問知之、昔歐洲證明習慣法之存在、必訊問抽魯布、(Herr)或外斯抽墨爾、抽魯布者、法院管轄區域內之律師檢察官及書記之會合也、外斯抽墨爾者、地方長老之決議也、此法在今日已歸消滅、各國所同認者、惟訊問證人一法、又雖訊問證人、亦不爲其陳述所羈束、(二)習慣法之存在、得依認此習慣法之書類知之、其在昔日、商事習慣、純依著名商人之意見書證明、其意見書有公家記錄同一之效力、顧在今日、即商

會之意見書，亦無此種效力也。(三)習慣之記錄，於證明習慣之存否，最有效果。

第三款 習慣法之效力

習慣法有法律之效力，羅馬德格斯尊法典，夙承認之，其文曰「就於成文法不存在之事項，遵守風俗習慣，如無風俗習慣之可遵守，準據類似之場合，至其他之場合，依羅馬之習慣」及各國君權增大，莫不認習慣法為侵害君主法令之效力，排斥其作用，不遺餘力，迨沿革法學派崛起，復欲賦與習慣法強大之效力，一唱百和，勢力雄偉，其後國家主義盛興，則以企圖法律之統一，而習慣法之效力，又生滅殺之傾向焉，習慣法非單純之習慣，乃一種之法律，自其效力而言，當與其他法律無殊，惟其對於成文法之關係，則須從左之原則。

- 一 習慣法與成文法對立，而為一種之特別法律，但得以成文法廢止變更之。
- 二 得以成文法限制習慣法，或定其有效條件，或於一定之場合，使失其效力，或不許其發生，此由習慣法之性質，當然發生之結果，可不辨自明，如現今諸國成文

刑法範圍內、除有明文之場合外、以不處罰爲通則、不認習慣法之成立、又如普國民法、定明習慣法、非編入於法律明文、不生效力、巴威倫民法、以習慣法之成立、須經時三十年、西班牙民法、定爲須經時十年、又如撒遜等民法等、絕對的不認習慣法之成立、是其例也、但關於此項、學者議論不一、有謂成文法而制限習慣法、廢止習慣法、或不許其成立者、其成文法爲無效、有謂成文法得制限或禁止習慣法、而於制限或禁止習慣法之成文法成立間、習慣法固當然廢止、顧此種制限禁止之法、律、時有爲習慣法所廢止者、在此場合、習慣法得自由成立、二說雖有相異之點、然於認習慣法有廢止成文法之效力、實相一致、皆非的論也、

三 習慣法、可以補成文法之缺點、並可以其自身意義解釋成文法、換言之、卽習慣法對於成文法有補充的及解釋的之效力也、

四 習慣法不得與成文法相矛盾、亦不得變更廢止成文法、關於此項、古來學說、可大別爲二、(一)以習慣法有變更廢止成文法之效力、德國沿革法學派之布富達

乍威里、總額羅、溫得夏特、美國之斯米斯、法國之壓可辣斯等，皆主張此說者也。(二)以習慣法無變更廢止成文法之效力者，英美之分析法學派，法之拉密爾及其近來之德國學者等，皆主張此說者也。前說所持之理由，謂成文法爲固定不變，而社會則變遷無常，使不認習慣法，有變更成文法之效力，則舊時制定之法律，將不適用於現在之社會，雖然，爲此說者，蓋見乎羅馬法及古代法律上習慣法適用之事跡，欲以應用之於今日之法理，而不知其與近世之國家觀念相反也。(一)蓋在近世國家立法機關之行動，極爲敏捷，法律之改廢，亦屬自由，故認習慣法有改廢成文法之效力，已無其必要。(二)近世國家，多採成文法主義，制定各種法典，如認習慣法有改廢成文法之效力，與此主義不合，要之近世國家，惟於其成文法認定或不禁止之範圍內，始認習慣法之存在及其效力，故不容有改廢成文法之習慣法，亦不容有矛盾成文法之習慣法也。

習慣法與成文法之關係，既如上述，惟二者之關係，通常以特別法令定之，而關於其

關係之法制，可分爲三種：一、認習慣法有變更廢止成文法之效力者，如巴威倫民法（第一章第一款十五第一號）是；二、以習慣法無變更廢止成文法之效力者，如普國民法（一三四、五〇）奧國民法（二〇〇）法國民法（一八〇）四年正月二十一日法律）荷國民法施行條例（三）巴丁法（民法三、民法施行條三）等是；三、不許習慣法之成立者，如撒遜民法（二八）是。德意志新民法第一回草案第二條，惟限於法律明示遵由習慣法之場合，認習慣法之存在，其所持理由有三：（一）現今立法機關之作用，極爲敏捷，無認習慣法成立之必要；（二）如認習慣法之成立，則習慣法叢生，有害法律之統一；（三）法律真意，必至掩晦，訴訟事件，必至增加，惟當時之社會，尙未足純採此主義。故於第二讀會，改修此主義，而關於習慣法，則委之民法施行法之規定，而其施行法中，未說此種規定，故在今日，關於德國民法，認習慣法之存在與否，有積極消極之二說。要之第一種主義，基於德國沿革法學派之說，與近世之法理相背；第三種主義，過於激進，與社會之實際不符，惟第二種主義，得其中庸，最合今日之狀態。德國第五

回法曹會議所採用者，即第二種主義也。其決議云：「(一)成文法與習慣法，同為獨立法源，有同一之效力。(二)如無特別之需要，不得以成文法廢止習慣法。(三)習慣法無廢止成文法之效力。(四)習慣法有補充成文法之效力，如無特別理由，不得排斥此效力，或制限之。」我國民法未否認習慣法之成立，及其存在，據民律第一條所定觀之，蓋亦採第二種主義者也。

第四款 習慣與習慣法之區別

習慣與習慣法，非為同物，已如上述，今舉其差別之重要者如下。

一、習慣者人民惟基於便宜，反復為之，習慣法者，人民常視之為法律，有受其羈束之意思，不可不遵由之。

二、習慣者，事實也，習慣法者，法律也。

三、習慣法有成文法同等之效力，習慣則不然，祇能視為意思表之一部而已，因之習慣效力可得而言者，約有二種：(一)當事人之意思，可以習慣解釋之。(二)當事人意

思不足，可以習慣補充之。據上所述，習慣法有解釋補充成文之效力，而單純習慣僅有補充解釋當事人意思之效力，此亦習慣與習慣法不同之一點也。何謂以習慣解釋當事人之意思，例如英國習慣，車馬相遇時，互由左方相避，使其一方從右方相避，致兩方衝突，而使他方受損害者，其從右方相避之一方，不可不為賠償，顧此賠償之義務，非由背於習慣而生，因背於習慣而解釋其有懈怠，因其有懈怠而義務始生也，此之謂以習慣解釋意思，又如為買賣而未定明交付日期者，買賣成立後，當事人得主張有從慣之意思，此以習慣補充意思之例也。

四 習慣法，無論當事人知之與否，援引之與否，法官當以職權適用之，習慣則不然，當事人如不知之，或不援引之者，法官不得適用之也。

五 關於習慣法之存否不明時，法官須以職權而為調查，習慣之存否不明時，必由當事人證明。

第二節 成文法之成立

關於成文法之成立，因各國法制有不同，其方法遂不能一律，然於其成立，必依一定之形式以制定之，苟違其形式者，不能發生成文法，此則各國所同然，無有例外者也。制定者，制作有法律效力之成文規則之方法之謂，其活動狀態，一般稱爲立法，顧在立憲國，立法之意義甚狹，惟經議會決議制定法律之方法，始稱爲立法，其他成文法之制定，則不稱爲立法，如約法第十六條所謂立法權，即狹義的立法權，所以別於命令權也。學者或以成文法之公布，爲制定之一要件者，顧公布不過明示制定手續已完之成文法於衆人，而付與以羈束力，乃行政行爲之一方式，非制定之一要件，故成文法，即無公布，祇須制定手續已完，便可成立，故成文法成立時期，比之習慣法，極爲明確，至於成文法制定公布之形式，因其種類而有異同，而制定公布，又屬於國家統治權之活動，故其說明，當讓之國家統治權章下，今不詳及。

第二章 法律之改廢

第一節 習慣法之改廢

第二編 法律之成立改廢

習慣法爲法律，故其與成文法同有改廢，無待深論，唯在習慣法其成立既不如成文法成立之明確，故其改廢亦不能有劃然一定之時期耳，至其改廢之原因不一端，今惟舉其重要者如左。

一 因於相抵觸之新習慣法發生之改廢。

相抵觸之兩習慣法，不能同時存在，乃一定之理，於此場合，而人民依新習慣法以行動者，則舊習慣法當爲廢止，或爲變更，簡言之，則與舊習慣法相抵觸之新習慣法之發生，即舊習慣法改廢之原因也，至於新習慣法之發生與否，當依習慣法成立之標準決定之。

二 因於相抵觸之成文法發生之改廢。

習慣法無改廢成文法之效力，成文法乃有改廢習慣法之效力，已如上述，故與習慣法相抵觸之成文法之發生，即習慣法改廢之原因也。

三 因於不適用之改廢。

習慣法而長年不適用者，則其法律效力爲之消滅，蓋在此場合，當認爲與此習慣法相抵觸之新習慣法已經發生故也。

第二節 成文法之改廢

第一款 因於內由之改廢

成文法之內由改廢者，其改廢之原因，生於被改廢法律自身之改廢也。約而言之，可分三種。

一 因於法律豫定實施期間完滿之改廢

於法律中，關於其全部或一部，而定有效期間者，依其期間之完滿，其法律之全部或一部，當然失其效力。例如英國雇主責任條例，其有效期間，定爲七年，德意志之社會黨鎮壓規則，其有效期間，定爲三年，其七年或三年完滿時，該條例規則，當然失其效力是也。

二 因於爲法律標的之事物之消滅之改廢

爲法律標的之事物，如永久的歸於消滅，則其法律之效力，亦歸消滅，例如戰爭時發布之戒嚴令，如平和後，其戒嚴令當然消滅是，蓋在此場合，法律實以其事物之存續，爲其存在之必要條件故也，世人對此原則，或有奇異之感，然此原則，不獨爲多數學者所公認，於實際亦極重要，若以成文法除依後定成文法改廢之外，不能消滅，則現在民國之人民，將有遵守漢唐律令中條項之必要，何則，此等律令，既爲國家之成文法，不應依其制定機關廢滅之事由，而歸於消滅也，然此乃必不可行之事，故夫往時法律之不有效力者，則以因其標的之事物之消滅而歸於廢止也，雖然，法律制定當時之事情，雖有變遷，法律之自身，不爲廢滅也，蓋法律制定時之事情，乃法律制定之理由，而促立法者制定法法律之原動力，有緣此事情之變遷，惟更爲改正法律之理由，爲其原動力而止，不可與爲法律標的之事物之消滅同視也。

三 經過法因適用事件終結而自廢止。

改正法律之時，往往發布法律，以調和新舊二法，此法律稱爲經過法，經過法者，因新

法完全實施、而自爲廢止者也、在刑法採從輕主義之國、多發布經過法、定明舊法時代犯罪、而於新法時代發覺者、當比較新舊二法、從輕處斷、故舊法時代之罪人、悉受處罰、或已死亡、或滿時效、則新法完全有效、經過法、當然歸於消滅是也、

以上三原因之外、法律制定理由之消滅、及法律之不適用、有認爲成文法改廢之內由者、前者之根據、基於「正當理由消滅、則其法律亦消滅」之法語、雖然、成文法之制定、除明示廢止或默示廢止之外、固莫不以其爲永遠有效也、況立法者法律之主觀理由、非組成法律之全部、故一法律制定之理由、除立法者以外、未有能詳知之者、如以法律制定理由之消滅、卽爲法律改廢之原因、則成文法之大半、當失其效力、以其制定之理由、不可探求者多也、試問成文法效力如此其薄弱、豈足以維持一國之秩序乎、此前說之弱點也、至關於成文法、因不適用而消滅與否、學者議論殊多、而主張法律因不適用而消滅者、多爲認慣習法可以廢止成文法之學者、彼等所持理由、或謂法律之所以有效力者、以人民承諾所致、今法律久不適用、是不啻人民表示其

嫌惡之意思也、或謂習慣法有廢止成文法之效力、今成文法不適用、是由習慣法廢止之也、或謂成文法久不適用、是其自表示廢止之意思也、理由不同、而結果則一、雖然、此等議論、或誤解成文法之性質、或有反國家之性質、皆不可取、蓋國家依一定形式、表示其意思、除其內容具備改廢原因之場合外、不以同一形式改廢之、其效力無消滅之理由、即於長年月間、人民不主張法律利益、或國家不適用其法律、法律之效力、不因此而剝奪也、現在各國民法中、有設爲明文、以否認上述二說者、如普國（民、五九）奧國（民、九）蘭國（民、五）伊國等民法、定明立法者如未廢止或變更之前、法律當保持其效力、是其例也、

第二款 因於外由之改廢

因於外由之改廢者、基於被改法律自身以外原由之改廢、換言之、即因於立法者意思之改廢是也、因於外由之改廢、不外發布新法廢止舊法之場合、可分爲明示改廢及默示改廢二項說明之、

一 明示之改廢

明示之改廢者、以新法指定舊法、明言改廢之之謂也、此種改廢、顯而易見、惟吾國法律、尙乏其例、不能爲具體的說明、就日本法律以言、則如其刑事訴訟法附則第五條「此法律自明治二十三年十一月一日施行、自是日廢止治罪法」云、是其例也、

二 默示之改廢

默示之改廢者、不以新法明言舊法之改廢、惟與新法相抵觸、而舊法當然改廢是也、蓋新舊二法相抵觸、當認爲立法者有改廢舊法之意思、法語（法律之成語）云、「新法廢止舊法」即謂此也、例如現行刑律中、雖無廢清律例之明文、然以二者內容相抵觸之故、清律例當然因新刑律之實施、而歸廢止、是又當新法發布之時、往往於其前文或附則中、設立明文、或云舊法律規則、與此法律相抵觸者、廢止之、或云舊法律規則、與此法律不相抵觸者、有效、如日本憲法七十六條所規定者、是其例也、顧此等明文、惟在申明默示改廢之理論、即使無此等明文、與新法相抵觸之舊法、亦當消滅

也、

明示之改廢、於適用法律者、最爲便利、惟立法者之制定法律、其影響所及往往難於豫定、新法究與何種舊法相抵觸、亦多苦於推測、故於新法律中、言明應改廢之舊法者、曾不數觀、默示廢止、所以多於明示改廢者以此也、

第三節 法律改廢之範圍、

法律之改廢、有及於法律之全部者、有及於法律之一部者、前者謂之全部改廢、在全部改廢之時、疑義絕少、在一部改廢之時、其改廢範圍、往往有不明瞭者、而關於此場合、有一定原則之可依據、試舉其要者如左、

一 明示於新法之改廢（明示改廢）範圍、以新法之指定範圍爲限、其外不受影響、但於此有二例外、

一 於一條規改廢之場合、爲其條規之結果的之他條規、亦歸廢止、詳言之、即使一制度改廢、則其相關之諸法規、亦歸改廢、一法規改廢、則以此爲前提之他法規、

亦歸改廢，至於適用改廢法規中包含原則之法規，關於法規所定之制裁法規等，因其關連法規之改廢而歸改廢，亦無俟論。

二 一條規改廢之場合，其條規之例外條規，亦歸改廢。

二 因於新舊法抵觸改廢（默示之改廢）之範圍，以其抵觸部分為限，不及於其他部分，其他部分，即關於同一事物之規定，亦不得謂舊法為已改廢，蓋新舊兩法，固有併行不背之場合也，若新法主義與舊法全相反對之時，舊法應全歸改廢，如其抵觸僅限於一部者，惟就其部分為一部之改廢，其他之部分，與新法混同，法官須並用之，法語云，「於無抵觸之範圍，新法與舊法交用。」蓋謂此也，至於因改廢一條規失其效力時，其結果的條規，及例外的條規，亦失其效力，與明示廢止之場合相同。

三 特別法不因後成立之普通法而失其效力，法語云，「在前之特別法，不依在後之特別普通法廢止。」即謂此也，假如前有銀行條例之制定，後有商法發布之場

合、銀行條例之規則、雖與商事公司之規則抵觸、銀行條例、亦不爲之廢止、蓋特別法祇依特別法改廢、默示之改廢、固不能消滅其效力也、

第三編 法律之效力

法律之效力者、法律之權力之謂也、法律爲國家之法則、對於一定之事實、賦與一定之效果、所謂效力者、即指其賦與效果之力而言、而法律之支配力、法律之羈束等、皆法律效力之別名也、法律效力之意義既明、則繼起者實爲法律之效力及於何時、何人何地、何事等問題、余於此所以分爲關於時之效力、關於人之效力、關於地之效力、關於事之效力、而欲一論之也、顧此四種效力中、其關於事之效力一項、嚴格論之、不可稱爲屬於法律之效力中、何則、蓋法律效力所及之事、不出法律關係之外、既爲法律關係、法律無不支配之、其法律關係、或種類攸殊、支配之法律、遂有區別、如刑事則受刑法之支配、民事則受民法之支配、此誠適用法律之常態、然關於法律效力所及之事、實無範圍之可言、惟法律關係中、往往有涉外事項、而國家爲必要或便宜起見、

又時承認外國法之效力而適用之、故關於何種事項、適用本國法、關於何種事項、適用外國法、（認其本國法而適用之）不可不確定、從來學者、多說明法律及於事之效力、蓋以此故、故於本編、從一般體例、說明對於涉外關係法律之效力、而關於事之效力入於法律之效力中也、

第一章 法律關於時之效力

法律關於時之效力者、關於時之羈束力之謂也、所以論及此者、蓋欲知法律之效力、始於何時、終於何時耳、現行法者、對於一定事件發生、有賦與一定效果之力、所謂有效力之法律也、顧成立以前、無所謂法律、廢止以後、亦無所謂法律、則法律效力之始、於成立、而終於廢止、從可知也、但法律於停止之間、中止其羈束力、今分說于左、

一 法律於其成立時、發生效力、法律於其成立時、發生效力、對於其成立後發生之一定事實、得支配之、此無待言、所應研究者、實有二事、即法律施行期限、與法律不遡既往之原則是也、

一 法律施行期限。成文法隨制定手續之完成而成立，雖已成立使不公布之，人民亦莫由知，雖已公布於公布之時，人民亦不能即週知也。使即日實施，則是強民遵守不知之法律，罔民莫甚，惟其然也。故近世法制，於成文法之施行，必設一定期限，俟其期限之至，乃始實施，凡以使民週知新法之成立也。其一定期限，稱爲施行期限，自公布日至施行期限之間，稱爲猶豫期間。德法學者，有謂施行期限，爲公布行爲之完成時期者，殊不然。蓋公布行爲，登載於官報，而公之於衆，卽爲完結，其公布至施行期限間，不過爲使人民週知法律，特設之一定猶豫期間而已。

定施行期限之方法有三種：(一)自公布之日起，全國一般實施者；(二)公布後經一定期間，全國一般實施者；(三)定到達期間，依公布地距離之遠近，各地異其施行期限者。在交通發達郵遞迅速之國，多採第二方法，如德國、比國、意國等皆是也。在交通梗塞境土廣大之國，以採用第三方法爲便，如吾國是也。

法律施行期限、可分爲通常施行期限、及特別施行期限之二種、通常施行期限者、如無特別之規定、適用於各種法令之施行期限之謂、例如日本法例所定自公布之日起、滿二十日是也、特別施行期限者各種法令特別規定之施行期限之謂、有較通常施行期限短者、有較通常施行期限長者、未規定施行期限之法令、當依通常施行期限、至特別施行期限、必明於法令或其他法令中、如上所述、成文法之施行期限、多自公布之日起算、然則何爲公布、及何時爲公布之期、不可不知、我國法令、以登載官報、爲正式之公布、其登載之日、即公布之日、施行期限、自公布之日起算、自其期限完滿實施、成文法於其施行期限到來時、發生實施之效力、既實施之後、人民不得借口於不知而免其責任、此一法律之不知、不能宥恕」之原則、所由生也、然於此有認爲例外者、

(一) 因天災時變不知法律者、於此場合、即令施行期限已到、法律亦不施行、例如日本公文式云、「因天災時變、官報於應到達日內、未到達者、自其到達之

翌日起算」是也。

(二) 得由人民私意除去適用之法律之規定時。於此場合、法律所設規定、蓋基於當事人之意思、故當事人如不知之、而表示反對之意思者、應依當事人之意思、此蓋任意法之特質、與前述原則無關、(蓋在此場合當事人即明知其法律之實施亦得為反對之意思表示故也)

二 法律不溯既往之原則 此原則自尤斯起里安法典採用以後、法國民法、普國州法、皆沿襲之、迄於近世、遂成爲法律關於時之效力、不可動搖之大原則、依此原則、法律惟適用於實施後發生之事項、不能適用於其實施前發生之事項、如使法律而適用於過去之事項、則是無法律而強民遵守、民將安所適從、德魯布魯喜曰、一國家如剝奪法律賦與人民之權利、則必至人民不信法律、國權失其威信、一洵至言也、此原則之意義、似極明瞭、然用之於實際、則疑義百出、莫可窮詰、前世紀以來、學者關於此原則、爭論不絕、誠有興味之問題矣、法律不溯既往之原則、非立法上之原則也、換言之、即立法者、非不能制定溯及既往之法律

也、此義在今日已爲學者所公認、而從來之法制學說、往往以此原則羈束立法者、其始以爲立法上之原則者、爲北美合衆國、其憲法中有禁發「事後之法」(ex post facto law)之明文、繼之者爲法國共和三年憲法、其十四條規定、卽採用此原則者也、憲法之明文既如是、當時學者之誤解其爲立法上之原則、無足怪者、法國憲法大家笨潔明懇斯坦(Benjamin Constant)曰、「法律之遡及力者、法律上暴厲之最大者也、非剝奪其法律性質不可、故遡及既往之法律、非法律也、」雖然、以近世之法理衡之、則此種制度學說、皆不免誤謬、蓋自立法政策而論、誠不宜賦法律以遡及之力、然法律者、因國家需要以制定、而制定有遡及力之法律、因於政治上、經濟上、社會上、道德上之理由、非無其必要、若以此原則爲立法上之原則、則如更改舊日弊害之法律、宥恕既往犯罪之法律、皆將不能制定矣、夫遡及既往之法律、固非盡爲惡法、又烏得謂之爲非法律、故予以爲非立法上之原則、既非立法上之原則、則依立法者之意思、得制定遡及既往之法

律、理所當然、而其結果則如左、

一 如以法律明文定爲遡及既往者、其法律之效力、得遡及既往、當發布新法、以明文規定其法律、適用於公布以前事物之場合、其例不少概見、而尤以對於舊來權利、更加保護之場合爲多、在此場合、其法律即有害於既得之權利、或生有害之結果、法官不得拒絕其適用、如法國共和第二年四月十七日之法律、與私生子以嫡出子同等之權利、而定爲適用於共和第一年七月十四日以後之一切繼承、其一例也、又按各國立法例、凡刑罰法令、皆以不遡及既往爲原則、然關於未經確定審判之事件、多數立法例、定爲比較新舊法、而從輕處斷、在此場合、輕刑之法規、實有遡及效力、但吾國刑律、係採絕對不遡及既往之主義者、故不發生此問題、

(二) 法律雖無明文、立法者認其有遡及力之意思、如明白無可疑時、其法律之效力、遡及既往、即以新法廢止舊法、其新法如無遡及力、則不能達其目的之

場合是也、在此場合、當依其目的解釋立者之意思、而使其遡及既往、例如廢止奴隸之法律、非使其遡及既往、不能達其目的也、

三 法律性質上、其效力當遡及既往者、當然有遡及力、例如解釋法爲確定舊來法律之意義、當然有遡及既往之效力是也、

法律不遡及既往之原則、非立法上之原則、已如上述、故近來學說法制之傾向、皆僅以之爲法律適用上之準則、依此準則、以定時之效力、凡適用法律、除有反對規定場合之外、現在法律之效力、不能遡及既往之事物、蓋在通常場合、法律遡及既往事物、其不合條理、固無俟論、德阿多丘斯帝「凡法律祇規定將來、不及其效力於過去之事實及行爲、但以明文規定其遡及過去及未完結之行爲者、不此限」之勅令、以及尤斯起里安帝「可德苦斯」法典之所載、亦實以其爲不合條理、非以其爲立法上之原則也、自可德苦斯法典採用此原則以來、近世諸國、多沿襲之、如法國（民二）荷國（民四）意國（民二）普國（民總則一四）奧

國（民五）撤遜國（民二）之民法，皆有此種規定。

法律不遡及既往之原則，既當解爲法律適用上之原則，故新舊二法，關於同一事項，異其規定之場合，亦不過謂新法支配公布以後之事項，舊法支配新法公布以前之事項而止，非謂立法者不能制定有遡及力之法律也。而於適用此原則之際，不免疑義叢生，蓋舊法時代完結之事物，由舊法支配，與新法無關，新法時代開始之事物，由新法支配，與舊法無關，此誠顯著之理，無容或疑。至於同一事項，而發生於舊法時代，完成於新法時代，或及其效果於新法時代，適用此原則，至爲不易。於此場合，立法者有發布經過法以定新舊二法適用之限界者，如日本明治十四年十二月關於新舊刑法適用界限發布之布告是也。雖然，有經過法之發布時，解釋者自當以此爲依據，若立法者未發布此種法律，將如之何，直適用法律不遡及既往之原則乎，抑將應用他種方法乎，以吾觀之，於此場合，不能直適用法律不遡及既往之原則，而須別求應用之方法。

國家之制定新法廢止舊法者、蓋以新法之適於公益也、惟然、故新法比於舊法、不得不推定其爲更增完備、新法既較完備、則新法之適用、當使及於一般、即雖因此有害個人之利益、而爲保護公益計、新法之適用、不能少受限制、此法律適用之第一原則也、然使因新法之適用、而人民前此取得之權利、爲之消滅、不獨不足以增進國家之公益、維持法律之信用、如身分財產之變更、適足以賊害道德、擾亂經濟、其爲害甚大、故人民權利、不得以新法侵害之、此法律適用之第二原則也、夫然、故法律不遡及既往之原則、當解爲其效力不可遡及既往以侵害既得權始合於法律適用之法理、故關於同一事項新舊二法、異其規定、又無經過法以定其適用界限之場合、當熟審其事項之爲關於既得權與否、於其新舊法中、擇其適者用之、不可漫然適用法律不遡及既往之原則也、但欲知此原則之真諦、不可不研究既得權、

既得權者、特定之一個人、依特定之法律行爲、取得之權利、不依他人之行爲而

消滅者也。例如依婚姻取得之夫權、依契約取得之債權、皆為依法律取得之權利、他人不能剝奪之、故為既得權、反是者、不得為既得權。

(一) 得權利之希望、非既得權也。將來有取得希望之權利、而依他人之行為或事件發生可以歸於消滅者、稱為未定權、此不過單純之希望、非既得權也。例如依時效取得所有權之希望、因所有人之行為而歸消滅、故為未定權、非既得權、惟其非既得權、故適用新改正之時效法、以阻絕其希望、仍為不反於原則、(法律不遯及既往之原則)又如繼承開始前繼承人繼承之希望、亦為未定權、得以新法阻絕之、但關於此點、單純之希望、與因附有條件或期限未能行使之權利、不可混同、蓋以前者為未定權、而後者為既得權故也。

(二) 通常所謂一般之權利、非既得權也。既得權以特定之一個人、依特定之法律行為、取得之、為要件、故屬於公眾全體或國民一部共同之利益、非既得權也。蓋此種利益、多屬於反射權、或權能、因國家維持法律之反射而發生、非法律

積極的賦與之權利，故適用法律，雖侵害其利益，亦爲不反於原則，例如舊法於一定道路，許人通行，或一定山嶽，許人上下之場合，如以新法廢止此種利益者，不妨適用之於一般人民。

(三) 人身權，非既得權也。人身權者，以人的資格享有之權利，如生來應有之身體生命自由等權利，親屬上之親權夫權等是也。此等權利，非依法律行爲取得，不爲既得權，故適用新法以變更之或制限之，亦爲不反於原則。以上所述，以關於此原則之法制學說証之，當益明確，試略言之如下。

古代法制，規定此原則，其體裁極爲簡單，唯云法律之效果，不及於過去之行爲及事件，不言明不及其效果於既得權，如普法蘭意等國民法，其規定皆如是也。但此規定，如嚴格解釋之，實多不便，故學者於此規定，加以制限，謂法律對於既得之權利，既遂之行爲，不得遡及其效力，以新法效力之所及者，惟限於未定之權利，及未遂之行爲，壞國民法（五條）「法律不遡及既往，故其效果不及於既

遂行爲及既得權利」之規定，蓋卽此等學說之表見於成文法者也。惟立法者爲公益起見，往往有認法律效果及於既遂行爲及既得權之必要。如國民法之規定，亦未免失於廣泛，故撒遜民法（二二條）變其體裁，規定爲「法律之效果，不及於既遂行爲及既得權利，但法文因其目的有反對規定之場合，不在此限。」此規定差足以表示法律不遡及既往之原則之真義。近來學說，有同取此說之傾向，然以予觀之，此規定亦不得稱爲完備。蓋法律惟設權利之規定，其既遂行爲而不生權利者，固無保護之必要，故法律不遡及既往之原則，其意義當解爲除立法者之意思外，不能及於其效果於既得權，始爲周洽。

二 法律停止之間，不生效力。法律之停止者，法律於一定期間，停止其效力之謂也。法律之停止，與法律之廢止不同，非廢止法律之本體，不過一時停止其適用而已。故停止原因，如歸消滅，則舊來法律，當然回復其效力。例如戒嚴時，於其戒嚴域內，不適用或種法律是也。

三 法律因廢止而失其效力、法律因廢止而消滅、故消滅之法律、其無效力、可不待言、緣此廢止之舊法、無支配現在及將來發生事件之力、然在舊法時代發生之事實、如無特別之規定、即將來亦應受舊法之支配、就於關此之爭訟、法官須適用舊法、

第二章 法律關於人之效力、

法律關於人之效力者、及於人之法律羈束力也、故研究此問題、所以明法對於何人及其羈束力也、而研究此問題之主義、古來幾經變遷、不可不知、原古代之主權者、爲一民族之首長、非一國之元首、其權力實源於其民族主權、故當時之法律、非行於一定之地域、乃行於一民族之間、所謂屬人主義的法律是也、此時之法律、追隨人民之所在而有效力、降至中古、國家團體、漸至領有一定地域、民族主權、變而爲屬地主權、至於法律、亦因國家情狀之變遷、自屬人主義、移於屬地主義、迄於近世、則脫去屬人主義之臭味、而成爲完全的屬地主義、屬地主義者、凡在一國土地內之人民、當受其

國法律之支配之主義也、惟此主義、極端適用、亦多不便、故又發生所謂區別法主義、區別法主義者、區別法規之性質、而爲折衷適用、以制限屬地主義、近世各國所同採者也、在區別法主義法制之下、法律關於人之效力、其主要原則有五、今分述於左、

一 凡法律一般國民當遵守之、國權支配國內之人民、故國民全體、不可不服從其國之法律、乃一定之理、無待深論、惟此原則、於法律關於人之效力中、意義極爲廣汎、依下述之原則、當稍受制限、

二 關於人之特別法、或種類之國民當遵守之、關於人之特別法之意義、前已說明、此種法律、惟能入其法律關係者、乃遵守之、以其爲對於或種類人民之法律、故其效力不及於其外之國民也、例如陸海軍法規、惟陸海軍有遵守之義務是、

三 得法律之免除者、限於受免除之事項、無遵守之義務、法律之免除者、對於特定之人、不適用法律之謂也、法律之免除、與法律之停止異、法律之停止者、法律於或期間、對於一般不適用之謂、法律之免除者、法律於特別之場合、對於特定之人、

不適用之謂也、法律之免除、又與通常所稱特權不同、特權爲受特別法支配之國民所享有之權利、法律之免除、則適用於一般之法律、對於特定之人不爲適用、故賦與特權爲特別法之適用、法律之免除、爲法律之不適用、法律免除之最著者、爲大赦特赦之場合、在此場合、已受刑法之人、特受免除、故謂爲對於特定之人、不適用法律也、但得其免除者、惟限於其事項、得免法律遵守之義務、至關於以外之事項、其他之場合、皆不可不遵守法律也、

四 國民僑居外國時、當遵守僑居國之法律、此原則蓋卽近世法律採取屬地主義之結果、一國之國民、其在國內、自應遵守本國之法律、若在外國領域內、又須遵守其國之法律、而關於僑居國之刑罰法規、公共秩序之法規、尤不可不受其支配、此一般之原則也、然於此有例外焉、卽本國所命之義務、及於本國法、定明於僑居外國國民亦適用之法規、僑居外國之國民、不能以僑居外國之理由、免其服從之義務也、且以近世文明進步、交通頻繁、依國際法上之原則、關於一事項、得使僑居

國民、遵從本國法者、今分別言之如左、

一 一國之國民、雖僑居外國、其身分能力、應受本國法之支配、身分者、自之權利義務之集合而成、人之親屬關係上之地位之總稱也、消極的言之、則爲其人於社會上之地位、不因契約而生、故身分者、家長、家屬、親子、夫婦等關係、及由此等發生繼承之順位、扶養之義務等、皆身分也、能力者、權利之享有、及權利行使之適格之謂、故公私權之享有行使、詳言之、則成年、未成年、自治產、禁治產、監護、婚姻能力、妻之能力、財產之取得、或處分能力、遺言能力等、皆能力也、關於身分能力、以依本國法爲近世文明國之通義、蓋身分能力二者、與各國之氣候風俗人情慣習等、關係最爲密切、各國國民、皆有特殊之點、關於此等事項、適用本國法始爲適當也、

二 一國之國民、雖僑居外國、公法上、國民之義務、仍受本國法之支配、公法上國民之義務者、指納稅兵役從事公務等、憲法行政法上之義務而言也、此等義

務、依國籍而定、故一國國民、雖僑居外國、苟不脫離本國之國籍、不能免其義務也、又關於刑法、如本國人民、僑居外國、雖以使其服從外國法、不適用本國法律爲原則、然使其國國民、在外國所犯之罪、有害於本國之安寧秩序、如叛逆罪、偽造紙幣罪等、無論何國、莫不定爲適用本國刑法、以處斷之、不過國家之刑罰權、於外國不能行使、必俟其僑居國民之歸來、然後能按律治之、爲受制限而已、

三、有治外法權者、雖僑居外國、仍受本國法律之支配、治外法權者、僑居外國之人、祇服從本國之法律、而不受僑居國法律之支配之特權也、享有此特權之人、有四種、

- 一、外國君主大總統及其從者、
- 二、外國公使公使館員及其家族從者、
- 三、外國軍隊、
- 四、依條約有治外法權之人民、

五 法律之效力不及於元首。元首有大總統與君主之別，大總統不受法律之支配，爲有制限的，君主不受法律之支配，爲無制限的，今分說之如左。

法律效力不及於君主，乃君主國之常例，蓋以君主國之君主，多有不可侵犯之權，若適用法律，而令其出於法庭，加之責罰，有損其尊嚴也。然法律效力之不及於君主，亦基於公益上之理由，如無害於公益之場合，即在君主，亦適用法律。緣此（一）關於政治上之事項，君主全無責任，負其責任者，爲國務大臣。（二）關於民事，可分爲三項論之：（1）關於人事，即關於君主之成年未成年、婚姻事項，各國有特別之規定，以不從民律之規定爲常例。（2）關於財產上之事項，如無特別之規定，當依民法。（3）關於民事訴訟，近世君主國，多採對於君主得提起訴訟之制度，至其手續，則不依通常之民事訴訟法，而依特種手續，或不以君主爲被告人，而以其出納官吏爲被告人，或不稱爲訴訟，而稱爲權利請願，法院受理其請願，須先受君主之勅許。（三）關於刑事，君主全無責任，亦不由國務大臣負其責任，蓋英國古語有云，「君主不能爲

惡」君主國莫不以爲原則，卽君主之行爲，無論如何，法律上不得視之爲惡事，所謂君主之神聖不可侵權，蓋謂此也。

法律效力不及於大總統，乃屬例外，換言之，如受法律之免除者，唯限於一定事項，不受法律之支配而已，非如君主國之君主，有神聖不可侵權，立於法律之上，不受法律之支配也。（一）關於政治之事項，因一國所採之制度不同，而大總統之責任隨異，如採總統制，則大總統負責任，美國是也，如採內閣制，則內閣負責任，法國是也。（二）關於民事，則無論何國，大總統皆應受民法民事訴訟法之支配，與一般國民無異。（三）關於刑事，則唯謀反行爲，應負責任，我國約法及法國憲法，皆如此規定。法律對於外國人，唯及其效力於僑居其國內者，但有治外法權之人，則當別論。關於私法，無論內國人外國人，皆一般適用，乃各國共採之原則，但如前所述，對外國人因法律關係之性質，固有以本國法認外國法之效力，以適用之之必要也，關於公法，亦由事項之殊而有區別，公法中與人民資格之法規，如關於選舉之法律，

關於公吏官吏之法律、關於兵役之法律、除少數例外之外、對於外國人、不及其效力、蓋此等權利義務、與國籍有密切之關係、一人不能爲數國之人民故也、至如關於安寧、秩序、風俗、衛生、刑罰警察等法律、對於外國人、以一律適用爲原則、其理由比國拉密爾言之甚詳、其言曰、「若外國人而得隨意破壞此種法律者、其國之秩序、將無道以維持、此種法律、可以保護外國人民之身體財產、故外國人不可不尊重其國人之身體財產、以爲報酬、」洵的論矣、

第三章 法律關於地之效力、

法律關於地之效力者、及於地之法律之羈束力之謂也、研究此問題者、所以明法律得行之土地範圍也、而關於此問題、重要原則有七、述之如左、

一 法律通行於全國、在屬人主義時代、法律唯行於其君主部下之人民間、對於外國人及他種族之人、雖在其國內、不能及其效力也、近世屬地主義盛行、一國之法律、雖不能行於國境之外、而於國境之內、不惟自國人民已也、凡入其國境之人、

不問其人種如何、國籍如何、皆得及其效力而支配之、此法制之原則、各國所同探者也、惟此原則、在法律關於地之效力中、意義極爲廣泛、於特別之場合、特別之規則、有於國外亦得適用者、有於國內亦不得適用者、故曰法境不必與國境相同、以下所舉者、皆此原則之例外也、

二 關於地之特別法、行於國內之一部。例如英國、關於不動產、以長子繼承爲原則、然於肯脫州則行分配繼承法、所謂「嘉委爾楷墮」(Gavelkind)是也、此繼承法爲特別法、故祇行英國一部之肯脫州、至於聯邦國或合衆國、此種實例甚多、如紐約州憲法、祇行於北美合衆國一部之紐約州、其最著者也、而於國內如有法境相異之類似法者、法境狹小之法律、其效力常優於法境廣大之法律、此通則也、例如一市有一市之法、其市法之上、有其市所在之州之法、州法之下、更有國法之時、則於支配其市之人民、市法勝於州法、州法勝於國法、然此惟就其市法州法適法成立之時而言耳、如國法關於一定之事項、已爲規定、就其事項、如不認州法市法

之規定者、自當遵由國法、例如德意志之刑法、支配德意志全國是也、

三 法律於其效力停止之地、不能通行、法律停止之意義、前已說明、法律有限於定時定地停止其效力者、在此場合、於停止之間、及停止之地、一定之法律、不能見諸適用、例如發布戒嚴令之場合、於臨陣地境、合圍地境等地、或種類之法律、不能通行是也、

四 法律行於一國領海上、海洋爲萬國共通航路、各國船舶、皆可通行、此固無待深論、惟一國領域、如以海岸爲限、海岸以外、雖尺寸之近、國權亦不得行使、則國家安寧、不能維持、人民利益、不能保守、故國際法上、認領海之範圍、各國以其沿岸之一部分、爲其領海、領海之內、得行國權、緣此其國法律、行於其領海內、凡在其領海內之船舶、無論內外、皆應受其支配、而國際法上所承認之領海範圍、自海岸起算、爲三海里、蓋以彈丸到達之最遠距離爲標準者也、

五 法律因治外法權之結果、得行於外國、如上所述、治外法權、爲在外國而不服

從其特權、故於有治外法權之場合、本國法常行於外國、

六 法律關於軍艦公船、雖其在外國領海內、亦得行於其船艦內、公船者、帶有國家公務船舶之謂、如戰時運送船、運兵船、平時郵便船等、是也、軍艦及公船、在本國內及公海內、應受本國法之支配、固無待論、即在外國領海內、亦仍受本國法之支配、蓋由於國家之交讓、實際之必要、故國際法上、承認軍艦公船、享有治外法權也、如停泊上海之德國軍艦內、發生犯罪事件時、當依德國刑法處斷、不能適用中國刑法、是其例也、

七 一國之法律、行於在公海中之自國船舶上、一國之領海、即其國法律之境域、故非軍艦公船之普通船舶（即商船）如入他國領海內時、須從其國之法律、蓋以普通船舶、受他國法律之支配、不爲有害國權也、然在公海、即不屬於何國領海之海上、因其不屬於何國之管轄、適用其船舶之本國法律、以支配之、此亦自然之理、無待深辨者也、

第四章 法律關於事之效力

法律關於事之效力者、及於法律關係法律之羈束力也、研究此問題者、所以明應適用法律之法律關係之種類也、顧法律必適用於一切之法律關係、故自此點而言、關於事之法律之效力、殊無研究之必要、惟法律關係、時有與外國關連之場合、在此場合、依其事項之性質、或適用本國法、或適用外國法、不可無一定之標準、此章所論者、即以何種事項、應適用本國法、何種事項、應適用外國法爲要點耳、故法律關於事之效力、當解爲對於涉外法律關係之法律之適用、蓋涉外法律關係、爲關連於外國之法律關係、而與外國生交涉之原因、則爲包含於法律關係中之「人」、「物」及發生其關係之一地、故研究對於涉外關係法律之效力、即不外研究支配其涉外法律關係之法律之爲何種法律也、

近世法律、因採屬地主義之結果、國家於其領土之內、唯適用本國之法、得排斥外國之法、故一國之內、以不適用外國之法爲原則、緣此一國內發生涉外法律關係時、凡

適用於其法律關係之法律，無非本國法也。然近世文明諸國，因交通頻繁，關於涉外法律關係，有不能盡適用本國之法規者，故於或場合關於或法律關係，文明諸國，基於互讓，往往以本國法承認外國法而賦與以法律之效力，因適用其規則，故夫所謂適用外國法於涉外關係者，非基於外國權力而行外國法於國內之意，乃以本國國家權力賦與外國法以法律之效力，而適用外國法之意，嚴格言之，非適用於涉外關係，適用外國法也，乃於涉外關係，適用依外國法而為審判之本國法也。此章所論者，當有一定之涉外關係時，其何種事項，應適用本國之法規，其何種事項，應以本國法認外國法之效力，而適用之是也。今將各種事項之準據法，詳說於左。

一 關於身分能力之事項，依本國法。此原則及身分能力之為何，於法律關於人之效力章中，已為說明，而此原則之理由，則以人之身分能力，必為統一的，於一國為能力者，有親權者，而於他國則不為能力者，有親權者，反於事理，莫此為甚，故關於身分能力之事項，必以其人之本國法支配之，此為國際私法上所認之原則，蓋

法律爲其國之風土慣習人情之反影、而尤以身分能力爲其最著者故耳、

二 關於財產之事項、從左之規則、

一 關於物權之事項、依其目的物之所在地法、 凡關於動產不動產等物權之事項、依其目的物之所在地法、在今日已成國際私法上之通說、然自古來諸國之法制學說觀之、殊未能一致、蓋關於本國土地、而適用外國之法、與一國領土權之觀念、不能相容、故關於不動產、而依其所在地法、古來諸國、無不承認、而關於動產、則依所有人之本國法說、及依占有人之住所地法說、迄於近代、猶有倡導之者、然近世商工業日趨發達、關於動產之涉外關係、亦日益增加、使其一一遵從本國法律、實際上殊多不便、況自近世國家觀念而言、凡在其領土內之物件、皆應服從其法律、關於此點、無區別動產不動產之理由、若以所有人之本國法爲依據、則如國藉相異之數人、共有一動產之時、關於其共有物之事項、應適用何國之法律、無由確定、此所在地法主義所以爲今日多數學者所公認也、因

採用所在地法主義之結果、凡關於物權之事項、如權利之性質、存否、效力、得喪、移轉、以及其他一切事項、皆應適用所在地法、即在屬於外國人所有之場合、其目的物如存在本國內者、即應適用本國之法律、惟動產有移轉之性質、其適用之法律、往往有不相同者、例如在甲國購買一物、携往乙國、復於丙國賣去之場合、關於購買事項、應從甲國之法律、其在乙國之間、應從乙國之法律、關於賣去事項、應從丙國之法律是也、

二 關於債權之事項、契約之場合、依契約之法、其他之場合、依其原因發生土地之法、關於法律行爲之法律、多爲任意法、於各人任意行爲外、以力避規定複雜條件爲其重要性質、故適用於合意（即契約）之法律、當推測當事人之意思定之、此多數學者所公認之通則也、例如甲乙二人、於丙國締結契約、言明遵由丁國法律之時、我國法官、當適用丁國法律之規定、如於當事人意思不明之場合、則依行爲地（即契約地）之法律是也、

債務不僅由法律行爲發生、由其他之原因、即事務管理、不當利得、不法行爲等、亦可發生、而在後者之場合、如有一定之事實、法律即命以一定之義務、當事人之意思、無從探求、故於適用法律之際、當以事實發生地之法律爲準則、例如甲於丙國、對於乙之財產、加以損害、其訴訟於丁國提起時、丁國法院、當依丙國法律以定甲之責任是也、

二 關於繼續及遺贈之事項、依所繼人及遺贈人之本國法、關於繼承、依所繼人之本國法、乃今日一般學者所公認、蓋繼承關係、因親屬或家屬之關係而生、而關於繼承、不但所繼人之希望、可認爲在於受本國法律之支配、若以財產所在地法而適用之於繼承、則如遺產散在數國之場合、手續繁多、至爲不便也、關於遺贈、理由亦同、例如法國人死亡於民國時、其財產無論散在何國、皆應依法國之分配繼承法是也、

四 關於行爲方式之事項、依行爲地法、此爲國際私法上之原則、法語所謂「

土地支配行爲」是也、其理由有二、述之如下、(一)如使行爲方式依本國法者、必發生不能爲行爲之場合、(二)行爲之方式、爲保護當事人而設、各國國情不同、其方式亦不一致、故凡爲方式、以依行爲地之方式爲已足、以其便利也、例如英國人於德國締結契約、依德法爲公正證書、或私書證書時、如在法國提起訴訟者、其公正證書、私書證之效力、當由法國法官賦與之是也、「土地支配行爲」之原則、學者有解其爲關於凡百之行爲者、此殊大謬、其文辭雖爲行爲、其真意蓋僅指行爲之方式而言、關於此點、歐美學者間、殆無異論也、又方式有二種之別、一爲內部方式、卽爲法律行爲實質之條件、如契約之成立條件、當事人之能力等、是也、一爲外部方式、卽爲法律行爲之證據、例如通常場合之證書等是也、至所謂「土地支配行爲」場合之方式、僅指外部而言、亦學者之所公認者也、

五 關於訴訟手續之事項、依法廷地法、訴訟手續、應依訴訟受理國之法律、蓋關於訴訟手續之法律、屬於公法、而一國之法院、除依其國所定之組織權限外、

不能行動，故關於訴訟手續之事項，不許適用外國法也。例如於訴訟之原被告兩造，皆為外國人，其原因亦發生於外國之場合，其訴狀之書式、審判之手續、採證之規則、執行之方法等，皆應依其法院所在地之法律是也。

右所說明者，為關於涉外法律關係，法律適用之原則，惟在依此原則，當認外國法效力之場合，苟其事項，有關自國公安之時，決不認外國法之效力，不問當事人之國籍如何、行為地如何、財產之性質如何，必適用自國之法律，蓋以有害一國之公安而仍認外國法之效力，與國權之觀念，不能相容故也。例如身分能力，以從本國法為原則，然使其外國法所規定者，有害公安公益，則不能認外國法所定之身分能力，如在民國美國法國等，不認貴族之特權，亦不認奴隸之主人之身分，又如一夫一妻制之國，不認因一夫多妻的婚姻所生之身分是也。

第四編 法律之運用

法律而不施之於事實，則無功效之可言，故先必有一種活動以確認其效力，此活動

稱爲法律之行用、而於行用法律之際、又不可無他活動以明其疑義、定其意義、補其不足、此三種活動、一稱爲法律之解釋、一稱爲法律之鑑識、一稱爲法律之補充、行用者形也、解釋鑑識及補充者、用也、形之所在、影必附之、故行用與解釋、鑑識、補充、有不可分離之關係、綜合數者、稱之爲法律之運用、故於茲編、就法律行用之活動、及法律解釋、鑑識、補充等活動、逐次說明之如左、

第一章 法律之行用

第一節 法律行用之意義

大凡法律、非僅以其存在而卽致用也、欲收實效、非施之於事實不可、所謂施法律於事實者、對於特定之事實、而確認法律效力之意、此種活動、稱爲法律之行用、法律行用之意義、不外行法律於實際、故爲此活動者、不限於有公的權力之人、卽一私人、亦得爲之、例如學者爲攻究精深之法理、人民爲營謀適法之生活、實施法律於事實是也、然通常法律之行用、惟指有威信之法律實行而言、一私人之適施法律、不稱爲行

用、換言之、法律之行用者、以國家之權力、對於事實而認許適用法律效力之意也、司法律之行用者、爲行政官法官、行政官行用法律而爲行政處分、法官行用法律而爲審判、而以行政處分爲目的之法律行用、稱爲法律之執行、以審判爲目的之法律行用、稱爲法律之適用、故如行政官按照租稅法、應於人民資產、而徵收租稅者、行政處分也、法官按照刑法以處罰罪人、或按照民法以確定權利者、法律之適用也、然法律之適用、與法律之執行、其機關目的雖有不同、其實質則無或稍異也、何以言之、蓋孟德斯鳩立法行政司法三權分立之說、雖一時風靡世界、然近世學說、全與孟說相反、謂國權爲有一無二、立法司法行政、同爲國權之發動、不過依其作用、得爲區別而止、以故區分國權之作用爲立法權、及廣義的行政權、制定法律之權、屬於前者、行用法律之權、屬於後者、而廣義的行政權、又細別之爲二、一爲行政權、行政機關之所行使者也、一爲司法權、司法機關之所行使者也、夫然、故行政官及法官之所司、同爲法律行用之職務、其相異者、惟法官以對於一定事實、確認法律之效力、以爲最終之目

的、行政官則就於一事實、確認法規之效力、以爲行政處分之一手續、因稱前者爲適用法律、後者爲執行法律、以示區別而已、

第二節 法律之執行

第一款 執行之機關

法律執行權之爲國家統治權之一部、與法律制定權之屬於國權無異、而行法律之執行權者、實爲行政機關、古代國家、立法司法無各別之機關、凡制定法律、執行法律、皆以同一機關司之、蓋原於原始國家、機能簡單、未有各種之部門、故無特殊機關之必要也、及人文增進、社會發達、國家之機能、亦遂分化而入於複雜、而從其機能之殊、分各種之部門、各種之部門、皆具備獨立之機關、故近世開明國家、莫不以法律之執行、委之一定之機關、其使之專司一機能也、亦猶夫以立法權之行使、委之於國會也、此一定機關、稱爲行政機關、故謂司法法律之執行者、爲行政機關也、而執行成文之法律、以公布爲必要、故一國元首、於裁可成文法律之後、必以行政首長之資格、對於行

政官、命其公布執行、而後行政機關、乃有執行法律之權利義務、此各國之通例也、

第二、款 執行之原則

關於法律執行之重要原則有四、今說明之如左、

一 行政機關、不得拒絕法律之執行、法律已經公布、命其執行時、行政官廳、不可不執行之、如無相當之理由、而怠於執行者、依官吏懲戒法及其他之規則、應受相當之制裁、

二 行政官廳、不問請求之有無、執行法律、行政機關之執行法律、非依人民之意思、有請求而後執行、無請求則不執行也、苟為應執行之法律、不問人民之意思如何、必執行之、此與司法裁判不同之要點也、

三 行政機關、為執行法律、得發命令、法律概為規定法律之大綱、故欲執行之、必須詳細之規則、於此場合、行政機關、得發命令、以定其執行細則、此發布命令之權、稱為執行命令權、關於此命令權之範圍、各國法制、規定不同、然無問何國、固無有

否認此命令權者也。約法第三十一條云：「臨時大總統，爲執行法律，或基於法律之委任，得發布命令，並得使發布之。」大總統有發布命令之權，固無待論。自國務員以及其下之行政機關，皆得依大總統之委任，發布執行命令。例如各部總長，以部令定法律施行細則是也。

四 行政官廳，於法律之範圍內，執行上得爲便宜處分。行政官廳，非如法官之嚴受法規之束縛，於法律之範圍內，爲公共利益起見，得爲自由活動，便宜處分。故當其執行法律，非僅以命令制定執行細則而已。於其法律範圍之內，並得爲便宜之特別處分。例如警察官爲執行命令，而爲便宜之警察處分是也。

第三節 法律之適用

第一款 適用之機關

法律適用爲國家統治權之一部，亦猶法律執行權。法律制定權之屬於國權也。於古代國家，凡法律之制定執行適用，無特殊之機關。國家之元首，自爲此三種之活動。所

謂專制政治是也、及社會進化、法律制定機關、與法律執行機關、離而爲二、而法律適用機關、亦具獨立之存在焉。

法律之適用權、一稱爲立法權、此權法院以國家或元首之名、按法律行使之、爲近世立憲國之原則、而行使此權、法院依據法律、以獨立之意思、解釋法律而執行之、內不受上級司法官廳之牽制、外不受立法權行政權之干涉、其所以然者、蓋以國家爲國權之淵源、其國權作用依機關而發表於外部、法院不過行使司法權之國家機關、故司法權必以國家或元首之名行之、而沿革上、法院有司正道公平之特殊職務、必與以一種特別之地位、使其不受他機關之干涉、乃能以獨立不羈之意思、爲公明正大之審判、此又法院所以有獨立行使司法權之必要也。

第二欸 適用之原則

關於法律適用之原則有五、今說明之如左、

一 法官就於未受請求之事件、不得爲審判、 法官當法律適用之任、必有明白之

請求、始能爲審判、自動的探知事件而爲審判、反爲有害公益、非法所許、而審判之請求、就於民事、則由一私人之原告爲之、就於刑事、則由國家代表者之檢察官爲之、此近世立憲諸國所採之原則也、至於民事審判、皆採形式證據主義、法官應就於訴訟當事人之聲明而爲審判、若就於未要求之事件、或超過所要求、或僅就要求之一部而爲判決者、其審判當依上訴廢棄之。

二 法官不得於法廷以外爲審判、蓋在往時、訴訟手續、審判手續、皆未完備、故法官之爲審判、或在私人邸宅、或在便宜場所、曾無一定之地點、及於近代、立憲各國一爲抑遏法官偏陂之行、一爲防止訴訟當事人遭冤之弊、無不特設法廷、以爲審判之地、於法廷以外、不許審判、即爲之、亦不生效力也。

三 法官不得以法律之不正不良爲口實、而拒絕法律之適用、凡事無絕對之善、故法律亦有時而爲惡法者、亦有時而不合於正義者、然法官之職務、惟在於適用法律、苟爲法律、即不可不適用之、如使法官得審查法律之正邪得失、而爲適用之

選擇者，則是以法官而兼爲立法者，其爲危險，莫此爲甚，况所謂正義公道，依人之見解，而異其對象，固無一定之標準，故法律而卽有害於人民之權利，法官亦不得以其爲侵害權利，有損公益，而拒絕其適用也。但關於法官得以法律違反憲法之理由，而拒絕其適用與否之問題，換言之，卽法官有無審查法律違憲之權之問題，學說紛不一致。約而言之，可分三種：（一）以法官僅有審查法律公布式之合法與否之權，如其法律之公布而爲依適法之公布式者，其外之形式實質，雖違反憲法，法官亦須適用之；（二）以法官有審查法律之形式上實質上違憲與否之權，故法律之形式違憲法者，固不待論，卽使其形式合法，而如其規定事項違反憲法者，亦得以其違憲而拒絕其適用；（三）以法官有審查法律形式違憲之權，而無審查其實質違憲之權，故法律形式違憲時，雖得拒其適用，如使其形式具備者，不問實質之如何，要不可不適用之。三說之中，一說失於狹隘，二說失於廣汎，惟三說得其中庸，故近世之法制學說，多採用之。就於執行命令，卽爲執行法律，或元首自發之命令，或使

國務員發布之命令、如違反法律時、法官得拒絕其適用與否、學說殆相一致、取積極的斷案、蓋以執行命令、不能違反法律、其形式之不適法、固無待論、即其實質違反法律之時、法官亦得拒絕其適用也、

四 法官不得以法律之不明不備爲口實、而拒絕審判、夫所以設置法官者、蓋使其判決訴也、而訴訟之發生、未始非由於法律之不明不備、如使法官而得據此等理由、以拒絕審判者、則反於設置法官之目的、勢必至人民將以私鬥而判決曲直、以腕力而保護權利、社會秩序、爲之大擾、非國家之幸也、故欲防止此弊、不可不使法官謹守此原則、如違反此原則者、須加以相當之制裁、此各國之通例也、然則法律如有不明不備之場合、法官將由何道以適用法律乎、(一)法律之規定、如有不明時、法官當依解釋之原則、定其意義、以適用之、而法官之解釋法律、除依立法的解釋所定之外、得以自由意思解釋、不受行政的解釋及其他行政命令之羈束、(二)法律如有不備之場合、當分爲刑事之不備及刑事以外之不備說明之、(一)關於刑事、

法律有不備時、以宣告無罪、爲近世諸國法制之通則、往時法官、不俟法律之規定、得以一己私意、認罪科刑、其弊也、審判流於偏陂、生人受其憔悴、自法國大革命以後、凡犯罪之成立、必有法律之明文、苟無明文之場合、無論其行爲何若、皆不得加以處罰、而法律擴張之解釋、亦在所不許、（刑律十曰舊刑二、法刑四、意刑一、德刑二、比刑二）蓋以認罪之權、而委之法官之專斷、則必至甲以爲罪者、乙以爲無罪、甲以爲無罪者、乙又以爲有罪、法律不能統一、人民安所適從、此罪刑法定主義之所以爲文明各國所同採者也、（二）關於刑事以外之事件、（尤以民事爲然）法律如有不備時、法官須先爲法律之補充、次求適用於其場合之法則、如更無法則之可依據者、據近世通說、當依習慣法、如無習慣法、當依條理、（民律一條）於此場合、雖有定爲依自然法（或定爲依衡平法者、然不過體裁之不同、精神則無或稍異也、惟有應注意者、關於刑事訴訟以外事件之法律、而有制限的性質者、亦與關於刑事同、不許法律之補充是也、蓋制限法、因於特別之必要、或制限權利之

行使、或制限普通原則或法律之適用、如擴張之而及於其未規定者、反失立法者之真意、故不可行也、惟然、故基於制限法之請求、而無明文之規定者、原告請求、當認爲不當、不可受理、

往時制度、法官於法律不明不備之場合、往往請立法者指示、以爲適用法律之依據、而在法制更新之國、尤屬數見不鮮、顧此種制度、不獨有礙審判之進行、並且有妨法官之獨立、弊害甚多、不可採取、故近世諸國之法制、無不於一方、使法官不得拒絕審判、復於他方、使其不受立法者之指揮、凡以保法官之獨立、使得爲公平之審判耳、

五 法官就於請求之事件、不得以規定法規一般之方法爲審判、此原則爲由法官職權之性質、當然發生之結果、蓋法官而於爲訴訟之判決外、並得於其判決、爲一般法規之形式者、是不外與將來人民權利義務以準則、與將來法官審判以依據、越出適用法律之範圍、侵犯制定法律之權限、夫司法獨立、固不許立法之干涉、

然以司法權侵害立法權，亦有反於彼此對立之精神，故無論何國，莫不嚴其界限，使各不相干。緣此，法官當判決一事件，而如命全國人民遵守之者，其命令爲違此原則，當然無效。雖然，有例外焉，即在司法的行政範圍內，法院以行政官廳之資格，規定適用於一般裁判，或各法院之訴訟管理上之規則，與此原則無關，非所禁也。此原則之發生，蓋淵源於法國。法國往時，各州之法院，往往下一判決，即以爲例規之決議，於其管轄區域內，新法未公布以前，暫有法律之效力，惟此種辦法，不獨有侵立法之權限，並缺判例之劃一，故大革命時，嚴定司法權與立法權之區別，且於其民法五條，詳爲規定，其民法所規定者，即此原則之濫觴也。

又此原則，在判例有法律效力之法制，不能適用，須爲注意。例如英美兩國，其判例即爲法律，學者多謂法官依立法權之委任，有立法之權，法官之立法，稱爲司法的立法，(Judicial legislation) 其法律稱爲審定法，(judge-made law) 英美之法官，既有立法之權，固無守此原則之必要也。

六 凡判決、於爲此之法院、及就於其事件、而爲確定、此原則蓋由法律適用之便、宜而生、若對於同一法院、就於同一事件、而得請求二回以上之審判者、訴訟事件、將無終期、一方奸黠之徒、得免制裁、權利關係、莫由確定、一方審判層累、必生抵觸、法院威信、不能保持、故依適法手續之判決、認爲得事實之真相、法理之正鵠、於同一法院、不得傾覆之也、必欲翻案者、非依上訴之方法、或爲控訴、或爲上告、不可、至經上訴審之審判、或經上訴之期間、則其審判爲確定不可移易、此種審判、稱爲確定判決、而確定判決不可移易之效力、於訴訟當事人間、稱爲既判力、於法院方面、稱爲一事不再理、惟此原則、亦有二例外、(一) 闕席審判、無刑事民事之分、得依障礙之方法、對於同一法院、提出同一事件、蓋以判決之時、未經原被兩造之言辭辯論、法官審理、或有誤會也、(二) 確定判決、得以再審之方法覆之、但許再審之場合、必以其判決之誤謬、明瞭無疑時爲限、

第二章 法律之解釋

第四編 法律之運用

第一節 解釋之意義

法律不明不備之點，一般稱爲法律之疑義，其疑義之見於法律表面者，稱爲表現疑義，其疑義之隱於法律裏面者，稱爲隱匿疑義，例如法律所用文字意義之隱晦、文法之錯謬，以及法文前後之衝突等，皆爲疑義之見於法律表面者，故屬於表現疑義，又如字句雖明瞭，法文雖正確，而於此相當事物不明之場合，則爲疑義之隱於法律裏面者，故屬於隱匿疑義，大凡法律莫不有疑義，所以發生疑義者，其原因安在，蓋法律無論其爲成文不文，其表示之方，多由文字，顧文字不過傳達吾人思想之符號，吾人思想，至爲複雜，僅持此符號以爲表示，而欲其毫釐無差，固屬不可能之事，況文字之意義，及與此相當之事物，因社會之轉移，常有變遷，法律疑義之生，乃勢所必然，即使制定法之人士，精於法理，深於經驗，產出法律之人民，富於理想，習於法律，其所成之法律，亦不能盡美盡善，而無不明不備者，因有法律之疑義，斯有法律之解釋，法律之解釋者，闡明法律之疑義，而表示其真意之謂，學者之研究法學，有司之施行法令，莫

不賴法律解釋之活動、以發見法律之精神、因以運用之於實際、而得完滿之美果也、古來法制家、如羅馬尤斯底里安帝如普魯士腓烈特大王、皆自以爲其所制定法律、完全無缺、慮其法律之爲解釋者誤會侮辱、慮其執行力之爲解釋者動搖傾覆、亦曾設爲規定、以禁止法律之解釋矣、然由今觀之、其效安在、又以羅馬法言之、自成立以來、歲逾數千、解釋之士、數不可計、然在今日、其解釋亦未達統一之域也、法國拿破崙帝制定法國法典後、日覩解釋其法典者、日出不窮、喟然嘆曰、（嗟乎朕之法典、其已廢乎、）然亦莫可如何者矣、是知法家雖出類拔萃、而法律之疑義、萬難禁其發生、故歐洲諸國、以研究法律解釋之方法、爲學者之要圖、近時更搜集法律解釋之原則、以爲一科之學術、而稱之爲法律解釋學、關於此科學之著作、亦極不少云、法律之解釋爲闡明法律之疑義、而發見其真意之活動、已如前述、然學者往往或從廣義的見解、或從狹義的見解、而皆有其缺點、自廣義以言、則法律之釋解、爲闡明法律真意一切之方法、故法律之鑑識、亦應包含其中、自狹義以言、則法律之解釋、惟於

法律文字不明不備之場合，始能適用。雖然，法律之鑑識，乃訂正法律之錯誤補足法律之脫漏，非闡明其疑義之謂也。故從廣義的見解，則失之過汎。又文字僅爲傳達吾人思想之符號，故於解釋成文法，其目的非在探求文字之意義，乃在依其意義以討究法律之真意。卽在不文法有疑義之場合，亦有其闡明之方法，而其活動，亦不可不稱爲解釋。故從狹義的見解，則意義不能賅括。此二說之缺點也。美國李伯爾嘗有言曰：解釋者，闡明傳達思想之符號之真意之謂也。顧法律之解釋，非闡明其符號真意之活動，乃就其符號以闡明法律真意之活動，不可併爲一談。李說蓋採狹義的見解，未爲當也。又世人往往以法律之解釋與法律之補充適用相混同，不可漫蹈其弊。如謂不許刑法之解釋，則是明與法律之補充相混矣。又如就於一事件，決定其應適用何種法律之活動，稱爲法律之解釋，是明與法律之適用相混矣。法律之補充，屬於法律真意確定以後之作用，詳言之卽法律關於現在場合，未有規定時，探究有規定之類似場合之精神，以同一之理由，而推及於現在場合者，謂之法律之補充，非如法律

之解釋之爲確定法律真意之活動也、又就於一事件、應適用何法律、乃適用上之疑義、非解釋上之疑義、故決定適用法律之活動、亦非法律之解釋也、

第二節 解釋之分類

第一款 公式解釋

公式解釋、一名法律的解釋、一名有權的解釋、即法律所定之解釋、及有法律行用之職權者、行用法律時所下之解釋之通稱也、此種解釋、通常大別爲三種、(一)立法的解釋、(二)司法的解釋、(三)行政的解釋、

一 立法的解釋

立法的解釋者、以法律定法律意義之解釋也、而從來所用方法之屬於此種解釋者、有三、述之如左、

一 插入解釋條文於法文中之方法、此方法爲就於法律中之文字可生疑義者、以條文解釋之、而加入其條文於法文中、如民律一百六條所謂「稱物者謂有

體物」是其例也。此種條文，稱爲解釋條文。英國成文法中，多設此種條文。

二 以附屬法爲解釋之方法。此方法爲就主法律之文字，以條文解釋其意義，而加入其條文於附屬法中。如日本民法中之法文，依其附屬法之民法施行法解釋，是其例也。

三 發布新法以爲解釋之方法。此方法爲就於一法律中之文字，發布新法以解釋其意義。如日本爲解釋其憲法六十七條，發布會計法補則，是其例也。而以新法解釋他法律之場合，不必以發布成文法爲限，以不文法解釋成文法或不文法，亦屬無妨。例如關於法文，發生一定意義解釋之習慣，而立法者默認之之時，即不外以不文法爲解釋也。此種解釋，稱爲習慣的解釋。

此外尙有以於法律中插入適例之方法（例如印度之刑法及契約法等是）爲立法的解釋方法之一種者。惟所舉適例，不過爲解釋法律之材料，不可謂爲法律之解釋。又或以立法的解釋爲指示有法律制定權力者所爲之解釋，如發布法律之

際、別附以理由書、及關於法律之解釋、上級官廳、對於下級官廳與以指令等、皆稱之爲立法的解釋、然此等指令理由書、不過表示當局者關於法律解釋之意見、不得稱爲立法的解釋、蓋以制定法律之人、亦必依有效之形式、始能確定其所制定法律之意義、而使其發生羈束力、反是者不可以立法的解釋論也、

二 司法的解釋

司法的解釋者、法官於判決之際、因適用法律、所爲之解釋之謂、就於此種解釋、非如立法的解釋、別有解釋方法也、學者往往以司法的解釋爲僅指示通常法官所爲之解釋、然解釋之効力、不因判決者之爲通常法官與爲其他法官之別、而有異同、故從廣義的解釋、謂司法的解釋、指凡法官於判決之際、因適用法律、所爲之解釋而言、方爲適當、平政院評定官、以及陸海軍軍法會議理事等、於其爲審判之資格、亦爲法官、其所爲之判決、就於事件、得生羈束力、與通常法官所爲之判決、實無稍異、故其所爲之解釋、亦不可不謂之爲司法的解釋也、

三 行政的解釋、

行政的解釋者、行政官因爲行政處分或行政裁決、所下之解釋也、此種解釋、亦別無解釋方法、

第二款 私見解釋

私見解釋、或稱爲學理的解釋、或稱爲無權的解釋、依一私人見解所下之解釋也、此種解釋、通常分爲文理的解釋論理的解釋之二、述之如左、

一 文理的解釋、

文理的解釋者、謂基於法律之文意字義、以闡明法律真意之方法也、於法文不明之場合、最爲切要、而其解釋之材料、如文字之意義構造等、必包含於法律以內、

二 論理的解釋、

論理的解釋者、謂參酌法律發生之原因、理由、沿革、以及關於法律一切之事情、以闡明法律真意之方法也、蓋法律之解釋、固必以法律所用之文學以爲依據、然法

律所用之文字、意義或不明瞭、法律之條規前後或至衝突、在此等場合、若僅以文字爲依據、反不能達法律之目的、故法律發生之原因、理由、以及其他事情、實有探究之必要、論理的解釋、蓋即因此而發生者也、而其解釋材料之重要者有五、舉之如左、

一 法律之淵源、法律制定之準備書、草案、及其說明書、議會議事錄、爲其法律材料之習慣、習慣法、及母法等、

二 法律之沿革、法律制定時之事情、法律制定之目的、以及與舊法之關係等、

三 法律之比較、法律各部之比較、及與他法律之比較等、

四 法律之理論、法律當推定爲從學理而制定、如無上述三種材料時、應以學理爲解釋材料、

五 法律之結果、法律各有其目的、故於適合其目的、有推究法律之結果、以爲解釋材料之必要、

第三節 解釋之標準

第一款 關於解釋共通之標準

法律解釋標準之共通原則有三，述之如下。

一 凡法律之解釋，於無疑義之場合，不得爲之。據上所述，法律解釋，爲闡明法律之疑義，以發見其真意之活動，故法律意義，如明白正確者，無須解釋之活動，乃當然之理，不待深論。

二 凡法律之解釋，當以文理的解釋爲先，依此方法，意義如得明瞭者，不可用論理的解釋。法律所用之文字，爲思想傳達之符號，法律之真意，當就符號探究之，乃當然之理，故其文字之意義，已屬明瞭，而疑義尙有未能昭晰者，如不能充分證明其反對之結果，當卽以其文字意義爲法律之真意，不可離文字而解釋法律也。

三 文理的解釋之結果，與論理的解釋之結果相抵觸時，當從論理的解釋之結果。法官有適用法律之義務，雖在法律不明不備之場合，亦不得不適用法律，以

爲判決、惟法律所用之文字、意義或有不明、法文或有抵觸、若僅恃文理的解釋之結果、以解釋法律、則法律將有不能適用之場合、於此場合、當以論理的解釋以探法律精神之所在、而補文理的解釋之不足、換言之、即當於文字以外探究法律之真意也、然關於此標準、不無反對之學說、或謂法律之文字、爲立法者意思之符號、故立法者之意思、不可於文字以外求之、若從反於文理的解釋之論理的解釋、非法律之解釋、乃變立法者之意思、而曲解法文也、或謂人民之知法律、惟依見於法律之文字、若許用反於文字之解釋、則人民將無所適從、此二說雖有半面之真理、然僅從文理的解釋以適用法律、而排斥反於其結果之論理的解釋者、則將有非以一法律破一法律、不能適用之場合、故以上二說、徒拘泥立法者意思之符號、反不能得立法者之精神、未爲當也、

第二款 文理的解釋之標準、

文理的解釋標準之重要原則有四述之如左、

一 法律之文字、當就法律之全體解釋之、法律之文字、前後俱有關係、若孤立解釋之、不免矛盾、

二 法律文字之意義、當從通常之意義解釋之、非有特別之理由不能從特別意義解釋、所謂通常之意義者、指文字之普通意義而言、專門家技術家等所用之意義、依於一地方慣例之意義、非通常意義也、蓋法律爲國民全體而制定、其法文當視爲自通常意義之文字組成、故解釋法律、非從通常意義解釋之不可也、然使其文字有特別之意義、(即立法者附以特別之意義)明白無疑時、自應從其意義解釋之、法律文字有特別意義者、關於商工技藝學術等法律中、往往見之、

三 法律之文字、當從法定意義解釋之、此原則蓋爲第二原則之例外、即於法律中特定其文字之意義時、當從其意義解釋、例如法例所謂商人、唯指商法上之商人而言、與通常商人之意義有別是也、

四 法律之文字、當從法律制定時用例解釋之、言語文字、因時代變遷而異其意

義、如不從其制定時用例解釋之、不能得法律之真意、例如船舶二字、於無輪船時、不包含輪船、車輪二字、於無馬車時代、不包含馬車是也、

第三款 論理的解釋之標準

論理的解釋標準之重要原則有六、述之如左、

一 法律之文字、如無特別理由、當從廣義解釋之、法律之用語、當廣義的解釋之、不可妄設制限、惟其意義有失於廣汎、超越立法者意思者、在此場合、不可不縮小之、以期適合立法者之真意、例如於法文規定民國人民有兵役義務之場合、此人民二字、通常包含男女二性、然依論理的解釋之結果、其人民二字、非解釋為限於男性不可、此種解釋方法、稱為縮小解釋、

二 法律之規定、當解釋為包含同一理由之事項、法律用語之意義、失於狹隘、不足以盡立法者所欲言者之場合、當依論理的解釋、擴張其意義、以期適合法律之真理、換言之、即有事項焉、從法律之用語解釋、雖不足以包含法律中、而其事項與

法律規定之事項，實具有同一之理由，而法律之精神，又顯爲包括其事項者，當以其事項入於法規中解釋之，此種解釋方法，稱爲擴張解釋。

三 法律規定，如相抵觸時，當補正其一方以解釋之。立法者如因輕率而編制反其真意之法文時，當變更補正其文面上之意義，以期適合法律之真意，此種方法，雖不免時有反於立法者真意之虞，然二個規定，互相抵觸，其一規定誤謬之生，顯由立法者輕率所致之場合，變更其文面上之意義，以避前後之抵觸，使兩規定皆可有效適用，實屬切要，此種解釋方法，稱爲補正解釋。

四 法律用語之範圍不定時，當從寬大解釋之。例如人之用語，當解爲包括老幼男女，單數之文字，當解爲包含複數，複數之文字，當解爲包含單數，是此種解釋方法，稱爲寬大解釋。

五 凡變則當嚴正的解釋之。變則之設，固有不能適用通則之特別理由，而「立法者欲從通則」又爲法律上之古訓，故變則之範圍，不可擴張，否則必至沒其設

此之理由也。此原則自羅馬法以來，沿襲而不廢者，職是故耳。例如免除租稅之法令、賦與特權之法令，皆不可不嚴密解釋是也。此種解釋方法，稱爲嚴正解釋。

六 科刑或令負義務之法律，亦應嚴正的解釋之。凡法律科刑或令負義務，皆緣於不得已，其範圍必狹，用語必嚴。故如刑法、官吏懲戒法、租稅法、徵兵令等，皆不可不嚴正解釋之。學者有以刑法不許比附援引之規則，與此原則同視，謂刑律十條「法律無正條者，不問何種行爲，不爲罪」之規定，卽不外此原則之應用。雖然，刑律所規定者，乃法律適用之原則，非法律解釋之原則。此處所言者，爲關於確定法律意義之原則。依此原則，確定其意義之後，始發生不許比附援引之原則適用之問題。二者不可同視也。

第四節 解釋之效力

法律解釋之效力，因其解釋有公式私見之別，遂不能無差異。卽在公式解釋，其解釋視爲闡明法律之真意，有公之效力。在私見解釋，雖亦以闡明法律之真意爲目的，然

其解釋、不生公之效力、此前者所以稱爲有權的解釋、後者所以稱爲無權的解釋也、而公式解釋之效力、亦有強有弱、自其效力而言、公式解釋可細分爲絕對的有權解釋相對的有權解釋之二、絕對的有權解釋者、對於一般人民、就於一般場合、皆有效力之解釋之謂、相對的解釋者、唯對於或機關或人民、始有效力之解釋之謂也、

一 絕對的有權解釋、

法律爲立法者所制定、故立法者不可無解釋法律之權力、然謂立法者有法律解釋之權力、非謂有解釋者、唯限於國會也、如我國及法美等國國會、爲立法者、故惟國會有解釋之權、然在君主國、則其立法者爲君主、故其解釋權、亦在君主、要之立法的解釋、基於國法上之解釋權、其效力與法律同等、故爲絕對的有權解釋、德國乍威里謂立法的解釋、即爲法律、不可稱爲解釋、其說不無一面之真理、惟既爲說明法律之意義、不妨稱之爲解釋也、立法的解釋、固有法律之效力、其結果爲(一)羈束私人及法院、(二)不問如何場合、皆有效力、(三)與原法律成爲一體、自法律公布時

發生效力、關於第三項、有謂解釋法爲遡及既往者、殊不然、蓋於立法的解釋、非適用新法於公布以前之事件、不過從立法者原來意思、以解釋原法律而適用之耳、

二 相對的有權解釋、

行政官有法律解釋之權力、故行政的解釋、爲有權的、而非無權的、然其解釋不能羈束法院、亦不能羈束私人、受其羈束者、唯屬其監督權內之下級官廳、故爲相對的、法官亦有法律解釋之權、故司法的解釋、亦爲有權的、而法官獨立的行使司法權、故(一)法院不求解釋於立法者、得自爲解釋、(二)法院不受行政解釋之羈束、得獨立自爲解釋、(但所謂獨立自爲解釋、非不受立法的解釋羈束之意、)(三)法院不受他法院解釋之羈束、各法院獨立自爲解釋、關於第三項、因各法院異其解釋、必致有害法律之統一、故近世諸國、皆設上告法院、以避解釋紛歧之弊、上告法院、關於法律之點、發表之意見、就於上訴事件羈束下級法院、然司法的解釋、非對於一般之人民、或法院、就於一般之場合、而有羈束力也、唯就於一定事件、於當事人間、

生既判力而止，故爲相對的，與行政的解釋無異，然如英美兩國法制，其判例具有法律之效力，對此原則，適成例外，蓋其司法的解釋，有法律的效力，故其最高法院所下之解釋，羈束一般人民及各法院，並於各場合皆有效力，與立法的解釋無絲毫之異也。

三 無權的解釋

無權的解釋，不過學說之一種，其解釋者無法律解釋之權力，故此種解釋，決不生公之效力也，唯其解釋而出於著名學者之研究，得法理之正鵠者，或爲法院審判之參考，或爲習慣法養成之根源，事實上有偉大之勢力。

第三章 法律之鑑識

第一節 鑑識之意義

法律之解釋，如從廣義言之，則法律之鑑識，亦包含於其中，然鑑識之活動，與解釋之活動各別，前已說明，故於此章，專論法律之鑑識，法律之鑑識者，識別法律記錄之真

僞正謬之謂也。蓋法律之記律，因謄寫印刷之誤，或生舛譌，或至脫漏，故於適用法律，實有確定其真僞，釐正其誤謬之必要。法律之鑑識，即指此等活動而言也。學者有謂法律之鑑識，爲評定法律之是非真僞者，若從此說，則如（一）識別法律之利害得失，正邪善惡等活動，（二）識別法律全部或一部效力之有無之活動，皆包含於法律鑑識之中。而第一種活動，爲關於法律之性質目的，屬於立法論或政治論，第二種活動，雖亦法學應研究之事項，然屬於憲法上之理論，不當包含於通常所謂法律之鑑識中。故其說失之過汎，不足取。又有謂法律之鑑識，爲不正當之事者，識別法律之錯誤，固亦有誤會之弊。然欲發揚法律之真意，則此種活動，實不可少。其必要之理由，德之乍威里、溫德夏特、法之耶修巴克等，言之詳矣。於研究古代法律，鑑識之活動，至爲切要。至研究近世法律，其切要程度雖稍減，然不可謂絕無其必要也。例如威斯提發利亞國一千八百十三年一月十八日之勅令第三條之原文爲「純收入十分之一」其他之法令全書，則爲「總收入十分之一」。又如日本舊民法債權擔保編第四十條之一

依前條，「爲依前數條之誤，皆有待於鑑識，始能得法律之真意也。」

第二節 鑑識之分類

法律鑑識，依其目的之殊，可分爲初等鑑識及高等鑑識之二。

一 初等鑑識

初等鑑識，一稱爲蒐集鑑識，就於法律之記錄，鑑定其外形的性質，蒐集可認爲真實之記錄者，依其時代價值而排列之之手續，即爲高等鑑識蒐集材料之準備方法也。此種鑑識，多於研究古代法行之，其方法與就於古書爲鑑定時無異，惟應注意於區別法律之條文及其註解，稍有不同而已。

二 高等鑑識

高等鑑識，亦稱爲選擇鑑識，用初等鑑識蒐集材料後，依其材料，以確定法文真偽之方法也。高等鑑識之職分有二，（一）比較蒐得（依初等鑑識方法蒐得）之材料，以定應以何記錄爲正文，於此，須注意記錄之時代及其數量，然古代之記錄，未必盡

真、多數之記錄、亦未必皆確、故又必參酌事情、應用學理以定之、(二)已定爲正文之記錄、究竟與原文相等、而能發現立法者之真意與否、又當確定、如發見其誤謬時、須改竄之、於此、固當按之學理、徵之事實、又須取他法律以相比較、然終不外以意揣測、至在法文散逸之場合、全憑想像以爲鑑識、則更無論矣、在此場合、有稱爲推測鑑識者、蓋以此也、要之高等鑑識之第一職分、以選擇法文爲目的、其第二職分、以補修法文爲目的、此二目的達、而法律鑑識之能事畢矣、

第三節 鑑識之標準

法律鑑識之分類、已如上述、而於鑑識之時、當依近代法律與古代法律之殊而異其標準、今述之如左、

一 就於近世法律、除其錯誤極明白之場合外、不可爲鑑識、

近世諸國法制、皆設有一定之法律公布式、依其公布式公布之記錄、即爲法律之正本、當推定其爲正確、故需鑑識之場合、至爲罕覯、然依公布式公布之正本、難保

其無誤寫誤印，即使其與原本吻合，一字不誤，而原本自身，或因編纂者筆記者之輕率，致生字句之乖舛，亦未始無。在此等場合，其錯誤如屬顯然易見者，實有依鑑識以釐定之之必要也。學者有謂對於正本原本而為鑑識，即不外變更法律者，然文字不過意思之符號，故立法者之意思，雖一旦依符號以表示，若其意思，顯然與符號相反時，自應以其意思為正確，而改變符號，改變符號，即所以達立法者之意思，烏可謂為變更法律者。

二 就於古代法律，一般須為法律之鑑識。古代法（及往時發布之現行法）往往無有原本，而謄寫印刷，又常生謬誤，故為適用或研究之目的，欲引用古法時，法律之鑑識，最為切要，亦最為有效。於此場合，當先依普通鑑識，以蒐集諸法律之記錄，次依高等鑑識，以為法文之選擇補修，因此以闡發法文之意義，而後始能得其精神。至如研究羅馬法，則舍鑑識之活動，尤難達其目的，不可輕忽也。

第四章 法律之補充

第一節 補充之意義

法律之補充，有以爲屬於法律之解釋者，此蓋於法律解釋，從廣見解之結果，但以別論之爲當，故特設此章。社會之現象，至爲複雜，法律之規定，唯關於一般之場合，故法律之規定，不能包含一切之關係，往往有法律關係之存在，而規律此關係之法律，缺如者，法律補充之必要，蓋由於事繁而法簡耳，而法律補充者，謂自法律規定之場合，推究其精神，以發見適用於未規定場合之規則之活動也，其所以與法律之解釋異者，法律之解釋，以闡明法律之意義爲目的，而不爲探求新規則之活動，法律之補充，則不以闡明法律之意義爲目的，而專爲探求新規則之活動，前者以法律有疑義時爲必要，後者則以法律有缺點時爲必要，是知法律之補充，乃法律真意確定後之作，用，換言之，即先有法律之解釋，始發生法律之補充也。

第二節 補充之方法

法律之補充，常依論理之作用行之，而爲補充時，通常所用之方法有四，述之如左，

一 推理論法

推理論法者、因法律未規定之場合、爲其已規定之場合之結果、推測已規定之場合之規則、而適用於未規定之場合之論法也、換言之、即以已規定場合之規則爲大前提、而探究小前提之論法也、此論法於爲法律之補充時、適用最多、

二 類推論法

類推論法者、因法律規定場合、與未規定場合、有同一之理由、以規定場合之法則、適用於未規定場合之論法也、換言之、即以規定場合爲小前提、以求大前提、更以求小前提之論法也、此論法雖亦爲法律之補充時所常用、然必其規定法則爲通則之場合、乃可用之、如其法則爲例外的規定、則不許用此論法、蓋以關於例外的規定而爲類推論法、必至反於立法者之意思也、刑罰法規制限法規以及令負義務之法規等、所以不許用類推論法者、皆以此故、類推解釋又與擴張解釋相似而實非、蓋前者爲補充立法者之缺點、後者爲解釋立法者之意思、目的各殊也、

三 反理論法、

反理論法者、因法律規定之場合、與其未規定之場合、互相反對、以規定場合之反對規則適用於未規定之場合之論法也、換言之、即自一定規而論及其裏面之論法也、此論法之作用、可由「規定一者、即所以定規他也、」一之包括、即爲他之排斥、「二法語表示之、而此種論法、雖亦爲補充法律時所常用、然於用此之際、非用充分之注意不可、例如對於刑餘之人、不得爲官吏之規定、其反論理法、則爲非刑餘之人、得爲官吏、又如對於預算、須先提出於衆議院之規定、其反論理法、則爲預算不得先提出於參議院、此誠至當不易、然如對於中華民國之財產所有權、不可侵犯之規定、用反理論法、而謂外國人之財產所有權、可以侵犯、或謂中華民國財產所有權以外之權利、可以侵犯、皆爲反於立法者之真意、故非細審其結果之如何、不可漫用此論法也、

四 強理論法、

強理論法者、因法律規定場合之理由、強於未規定之場合、以前場合之規則、適用於後場合之論法也、而此論法有二種、述之如左、

一 由大及小之論法、關於重大事件、法律許容及以爲不必要之時、則關於輕微事件、當然許容及以爲不必要之論法也、例如許牛馬通行時、則人亦可通行、可無待言是、

二 由小及大之論法、就於輕微事件、禁止及以爲必要之時、就於重大事件、當然禁止及以爲必要之論法也、例如湖沿禁止釣魚時、則投網捕魚、亦在必禁之列是、

第五編 法律之制裁

法律因於社會之必要而生、不以無制裁、遂不有法律、故制裁非法律之必要條件也、雖然、國家之施行法律、而欲其有效也、往往附以制裁、以強制人民、是知法律雖不必盡有制裁、然法律之制裁、則皆法律也、然則研究制裁之爲何、亦學者不可忽之事故、

於茲編就其性質種類、而欲有所說明焉、

第一章 制裁之性質

第一節 制裁之觀念、

自廣義言之、制裁者爲維持一定之規則、依一定之勢力、而加於犯則者之惡報也、惟然、故制裁非法律之專有物、凡可稱爲法者、莫不有制裁焉、以自然之法而言、仲夏播種、則禾苗輒枯、嚴冬裸體、則感冒忽至、何者、以其反於自然之法則也、行不方正、則遭世人之擯斥、感良心之苦痛、此道德上之制裁也、信仰有虧、則喪精神之慰安、受幽冥之譴責、此宗教上之制裁也、法律制裁之實質、固亦與上舉諸制裁同科、其所以異者、則法律之制裁、唯依國家權力、以加於違反法律者之點耳、故法律之制裁者、國家爲強行其法律、依據法律、而加於違反法律者之惡報也、今分析言之如左、

一 制裁者、惡報也、欲樂而惡苦、人之情也、故對於人而欲使其爲一行爲、或令其避一行爲而不爲也、必對於從其命令者、而與以快樂、不從者、加以苦痛、而後目的

乃達此社會之常態也。惟國家於強行其法律，雖亦利用此人情之弱點，然與民以快樂而使其遵守法律，則有所不能。換言之，即依善報以誘民之方法，不能以爲法律強行之手段也。何以故？以人民如不欲其褒賞，即不遵守法律，國家亦末如之何也。若夫苦痛加於違反法律者之手段，其處罰之權操之國家，人民雖欲不遵法律，而勢有不可。是以諸國法律，莫不以惡報爲制裁者，以其有強制之性質故也。英國邊沁嘗有善報亦得爲制裁之論，此殆未達制裁必帶強制的性質耳。况懸賞以誘民，則受賞者必日出不窮，國庫財力，豈能應之耶？但古代國家，往往賞罰並用，以強行其法律，其例甚多也。

二 制裁者，加於違法者之惡報也。制裁之加，以違法爲條件，故非因違法而受之惡報，非制裁也。又制裁爲加於違法者之惡報，故其苦痛之程度，必較遵守法律之苦痛爲大。反是者，非制裁也。

三 制裁者，爲強行法律，而加於違法者之惡報也。關於制裁之目的，學說殊不一

致、據一般學者所認之法理、則制裁之目的、不在加苦痛於人民、乃在法律之強行、其以苦痛加人者、不過以爲達此目的之手段耳、緣此制裁雖非直接強制法律之遵行、而因與人以苦痛、則法律之遵守、間接可期、此法律強行之所以爲制裁最終之目的也、

四 制裁者、國家所加之惡報也、 制裁者、依國家之強力、而加於違法者之惡報也、惟然、故如因違反法律、而受社會之擯斥、雖亦違法者所受之惡報、而不得稱爲制裁者、以非由國家強力而加於其人也、又制裁因國家強力而加於人民、故必有強制的性質、不問違法者之意思如何、而後加之也、制裁之方法、不必以國家強力直接加於人民爲限、亦不以用物質的勢力爲限、要於加違法者之意思以苦痛、使其遵守法律而已、故如國家或以制裁委之私人、或依公力強制、或依命令強制、方法雖不一端、而皆有制裁之效力者、以有公力隨其後也、要之制裁方法、無不以國家之強力爲基礎、故曰制裁者、國家所加之惡報也、

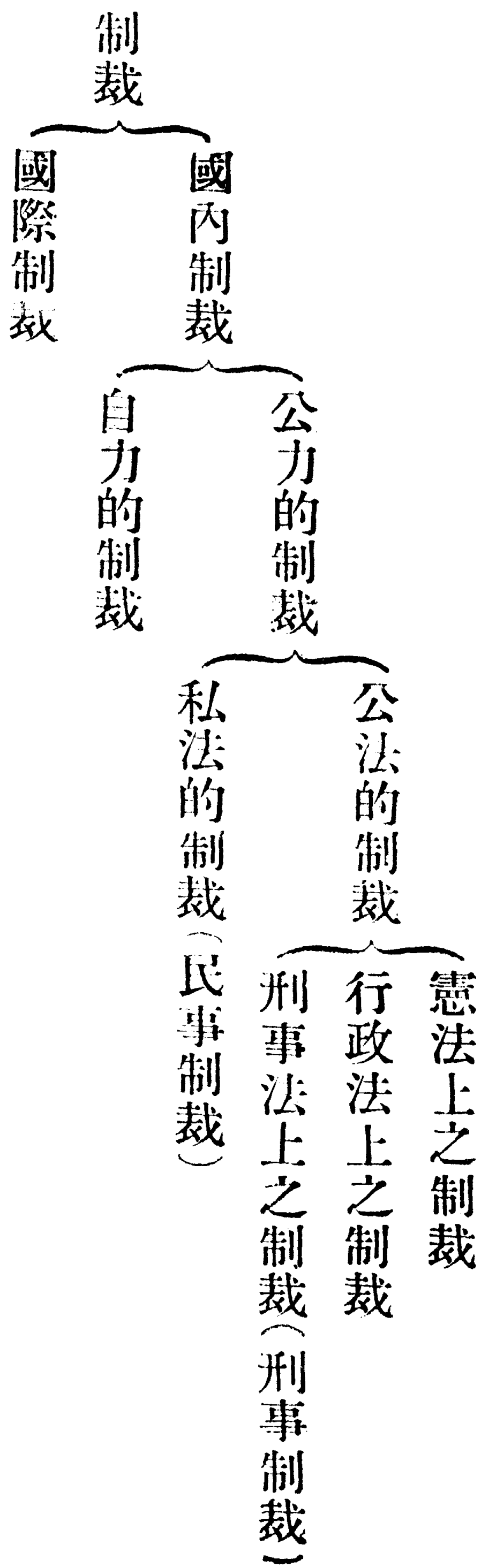
五 制裁者、國家依據法律、加於人之惡報也。古代之加制裁於違法者、不依法律之規定、純由主權者之喜怒、近世則尊重權利之觀念、發達臻於極點、故制裁之加、必依法律、換言之、即於法律中、將應受制裁之事實條件、明白規定、非與法規相當之場合、不得加以制裁也、而就於刑罰的制裁、守此原則尤嚴、近世文明諸國、無不於其刑法中、定明律無正條、不能處罰者、凡以期此原則之澈貫也。

據以上所述觀之、法律之制裁、其實質為惡報、其客體為違法者、以法律之強行為目的、以國家之強力為基礎、更依據法律而為適用、故必具備茲數者、而後可稱為法律之制裁、缺一不可者也。

第二節 制裁之區別

法律之種類攸殊、斯強行之手段不一、法律制裁之區別、實由法律種類之殊而生、法律之制裁、可分為二種、一曰國內制裁、二曰國際制裁、國內制裁者、加於違反國內法規定者之制裁也、國際制裁者、加於違反國際公法規定者之制裁也、國內制裁、又可

細分爲公力的制裁、及自力的制裁之二、公力的制裁者、謂依國家之公力之制裁也、自力的制裁者、謂國家認許一私人自爲之制裁也、公力的制裁、更分爲二、其一爲加於違反公法之規定者、稱爲公法的制裁、其二爲加於違反私法之規定者、稱爲私法的制裁、而公力的制裁、因爲其根本之法律之異、又可分爲憲法上之制裁、行政法上之制裁、及刑事法上之制裁之三、今圖示於左、



第二章 公力的制裁

第五編 法律之制裁

第一節 公法的制裁

一欸 憲法上之制裁

憲法上之制裁者。加於違反憲法者之制裁之謂也。憲法上之制裁，在多數場合，爲對於國務員責任（美國大總統負責任爲例外）之制裁，而國務員之責任，有政治上之責任，與法律上之責任之分。政治上之責任者，因失政，即因施行不副國家利益之政策而生之責任也。法律上之責任者，因違反憲法而發生之責任也。憲法上之制裁，即對於後者之制裁也。蓋國務員職務上有遵守憲法之義務，故如有違反憲法行爲（如於應副署之命令而不副署是）則不免違憲之責任也。英國慣例，對於國務員政治上之責任，國會當彈劾之任，或爲不信任投票，議決不信任一國務員，或全內閣，及拒絕徵稅或否決預算，以遏止支辦行政經費之途，皆非對於國務員違反憲法所生之責任，故祇能稱爲政治上之制裁，而不能稱爲憲法上之制裁。吾國約法第四十四條，規定國務員輔佐臨時大總統，負其責任，是國務員應負之責任，不獨限於法律上

之責任、以故國務員有違憲之行爲時、固不待論、即其失政溺職之時、亦應負其責任、而據約法十九條十二、國務員違憲失政、同受彈劾之制裁、是則彈劾爲吾國憲法上之制裁、而與此制裁相對待之責任、實兼行政上與法律上之二、此爲吾國之特色、國務員應負之責任、既如上述、然則對其責任而加以制裁之方法如何、此因法制而異、不可以一概論也、日本憲法、雖有大臣負責之文、然關於制裁、別無規定、普國憲法、雖有應加制裁之規定、而其方法、未見明文、故不得加以制裁、英國對於違憲者、有加以普通刑事制裁之事、北美及德意志諸邦、區別常事犯與憲法違犯、特定違憲之制裁、吾國約法十九條十二、參議院對於國務員、認其爲失職或違憲時、有彈劾之之權、四十七條云「國務員受參議院彈劾後、臨時大總統應免其職、」亦即憲法上之制裁也、今舉各國法制所認憲法上之制裁如左、

一 譴責（巴丁一八二〇年法律九）

二 職權停止（同上）

三 免職、（約法四十七、撒遜憲一四八、衛魯騰布魯喜憲二〇三、奧責任法二三、諾威一八二年法律一四、美憲）

四 分限剝奪、（巴威倫一八四八年法律九、巴丁一八二〇法律、諾威法律一四、美憲）

五 公權剝奪、（奧責任法二三）

六 罰金、（衛騰騰布魯喜憲法二〇三、諾威法律二六）

七 自由刑、（普一八六三年責任法草案五）

八 死刑、（諾威法律三）

其他違憲行爲、同時犯刑事法、或侵人私權時、當加以刑事制裁、或民事制裁、（奧責任法二三及二四）而於憲法上之制裁、其原告或爲兩院之一致、（巴威倫憲一〇、撒遜憲一四一）或爲各院、（普憲六、奧責任七）或僅爲下院、（英憲、法國一八七五年七月憲一二）提起國務員訴訟、經國務法院之審問後、始加之國務員、而國務

法院、或以最高通常法院組織、（普憲六一、巴威倫憲一〇）或以上院組織、（英憲法、一八七五年七月法憲三）或組織特別法院、（撒遜憲一四二、埃責任法一六）各國規定不同、手續亦異、而關於國務員訴訟之性質、有謂爲懲戒事件者、有謂爲刑事事件者、學說莫衷一是、然以吾觀之、國務員訴訟、當視爲特種之訴訟事件、其制裁亦當視爲特別的制裁、方爲正確、

於此有應注意者、吾國約法上、無所謂國務員訴訟、惟大總統受參議院彈劾後、由最高法院全院審判官互選九人組織特別法庭審判之而已、

第二款 行政法上之制裁、

行政法上之制裁者、於違背行政法規、或行政處分之場合、所加之制裁也、而此制裁有對於行政官者、有對於一私人者、今分述之如左、

一 對於行政官之制裁、此爲於官吏曠廢其職務、或爲違法之行爲、或爲沾污官吏身分之行爲之場合、所加之制裁、有對於官吏本身之制裁與對於其行爲之制

裁、對於官吏行爲之制裁者、命令處分之變更取消是也、而行此制裁之官廳有二、一爲監督官廳、例如內務總長取消民政長之違法命令是、一爲特別監督官廳、例如平政院取消總長之命令是、對於平政院請求違法處分之變更取消之方法、稱爲行政訴訟、

對於官吏自身之制裁、稱爲懲戒處分、現在各國通常運用之懲戒處分、有左之數種、

- 一 訓諭或譴責、此爲懲戒處分中之最輕微者、惟咎既往以戒將來而已、
- 二 減俸、一定之期間、或未定之期間、減少現在俸額之方法也、
- 三 轉職轉官、轉任於他官職之謂、其轉任官職之地位、常較現在官職之地位爲低、所謂左遷是也、
- 四 轉地、轉任於他處之謂也、
- 五 免官、剝奪官吏之地位之謂也、

二 對於一私人之制裁。此制裁實現於一私人違反行政法規。或行政處分之場合，通常有左之數種。

一 刑罰。

二 行政罰。行政罰中之最著者，莫如警察罰。警察罰者，加於警察犯之制裁也。就於一般刑罰及行政罰之區別，學說紛歧，殊無一定之標準。據普通學說，則一般刑罰，為對於生實害或危害之行爲之制裁。行政罰為對於有生實害危害之虞之行爲之制裁。其詳細研究，當讓諸行政法。

三 強制手段。國家施政之際，有對於特定人而強制其履行特定積極或消極之行爲者，此種方法，稱爲行政上之強制手段。

(一) 人的強制手段。於財產關係以外，強制特定人積極或消極行爲之方法，稱爲人的強制手段。此手段通常有三種之別，一爲代執行，即於義務人不履行義務之場合，或官廳代其履行，或使第三人代其履行，更向義務者徵收其

費用之方法也、二爲執行罰、或稱強執罰、即使義務人履行義務、以不履行時應加之刑罰豫告之、如經過一定之期間、而義務人不爲履行、或未完全履行者、加以豫告之刑罰之方法也、其與行政罰異者、行政罰以維持法規爲目的、執行罰則以對於特定之人、強制其積極或消極的行爲爲目的、故在執行罰之場合、雖在豫告之後、其罰之執行與否、仍屬法官之自由也、三爲直接強制、即依代執行或執行罰不能強制義務履行時、或有急迫之事情時、直接強制義務人之身體、而使其履行之方法也、

(二) 物的強制手段、物的強制手段者、強制義務人財產給付之方法也、例如強制納稅之場合、差押其財產而付之公賣是也、

第三款 刑事法上之制裁、

第一項 刑罰之觀念、

刑事法之制裁、爲加於違反刑法及其他刑事法之制裁、一稱爲刑事制裁、刑事制裁

之手段，即爲以刑罰加於違反刑法及其他刑事法者也。然則刑罰之意義爲何，刑罰者，國家以犯罪爲理由，依刑法及其他之刑事法，加於犯人之惡報也。今分析之如左。

一 刑罰者，惡報也。制裁者，惡報也。刑罰爲制裁之一種，其爲惡報，乃理之當然。惟刑罰加於違法者之苦痛，常較其他惡報爲大，是其特色。

二 刑罰者依刑事法所定，而加於違法者也。凡制裁必以法律爲依據，前已說明，故刑罰之加，亦不可不依刑事法所定。換言之，即律無正條者，無論何種行爲，不可處罰之也。

三 刑罰者，以犯罪爲理由，而加於違法者也。刑罰者，國家加於爲犯罪行爲者之惡報也。刑罰之與行政罰、懲戒處分、及民事上之制裁不同者，蓋在此點。刑法者，即不外以抽象的規定犯罪與刑罰兩者之關係，爲其特質。

第二項 刑罰之種類

古來各國法律上所用之刑罰，種類甚多，概括言之，則不外就於犯人之生命、財產、名

譽、自由、能力等、或爲剝奪、或予制限、或毀損其身體、或加以苦痛、以爲刑罰、緣此、刑罰之種類、可分而爲六、分言之如左、

一 生命刑、斷絕生命之刑罰、所謂死刑是也、鼎烹、車裂、剖腹、挖心、斬、絞等、皆死刑也、

二 身體刑、毀損身體、或加以苦痛之刑罰也、例如笞杖、切手、斷足等是、

三 財產刑、剝奪資產之刑罰也、例如罰金是、

四 名譽刑、剝奪名譽之刑罰也、一稱爲加辱刑、例如褫奪官位、勳章等是、

五 自由刑、剝奪身體之自由、或制限之之刑罰也、例如流刑、徒刑、拘留等是、

六 能力刑、剝奪或制限權利能力、行爲能力之刑罰也、例如剝奪公權、停止公權是、

刑之輕重、依罪之大小而定、而在古代、刑罰多尙峻酷、近世則漸就寬大、故身體刑幾至絕跡、死刑亦有廢止者、（意大利、瑞士等國）近世各國之刑罰、以自由刑占大部

分、次則財產刑爲多、以二者依罪之大小、可以伸縮自如、於達刑法之目的、最爲適切也、

第二節 私法的制裁、

私法的制裁者、加於違反私法者之惡報也、通常稱爲民事制裁、民事制裁之種類、因法制之殊而有異同、今舉其重要者如左、

一 强制履行、 强制履行者、依法院之判決、强制的使義務人履行其所負義務之謂也、例如甲乙爲一買賣契約、乙不交付其物件、甲提起訴訟時、依法院之判決、對於乙命其支付、又如乙不法的占有甲之物件、甲提起訴訟時、依法院之判決、命乙返還其物於甲是也、羅馬法系之諸國法制上、强制履行、爲民事判裁之本則、無論何種義務、事實上如可使履行、又無羈束身體之必要者、權利人得求義務之履行、不以償金爲滿足、英國法制則反是、强制履行、稱爲特別履行、*Specific performance*、惟限於有特別情事、不能以償金爲賠償方法之場合、乃能請求、

二 損害賠償、損害賠償者、依法院之判決、命加害人對於被害人、付與一定金額、以補償其損害之方法也、其金額稱爲償金、緣此、損害賠償之要件有三、述之如左、

一 賠償必以金錢爲之、貨幣爲交換之媒介、價格之標準、故賠償損害、貨幣最爲適切也、惟然、故民事制裁、因民事上之權利侵害、得以金額算定、其方法以賠償最爲便利、故常用之、

二 賠償必爲損害之填補、卽須爲填補因權利侵害所生之損害而支拂之、故如支拂訴訟費用、非損害賠償也、

三 賠償須從法院判決支拂之、依當事合意之償金、雖亦爲損害賠償、但不得謂之爲國家制裁之損害賠償、

償金依其性質、可分爲左之數種、

一 定額償金、與不定額償金、定額償金者、其金額爲契約之當事人雙方合意以確定之之償金也、例如建築房屋、約定違背契約時、支拂一定金額爲償金是也、不

定額償金者，其金額依法院之判決而確定之償金也。例如名譽回復訴訟、損害賠償訴訟等之償金是。契約場合之償金，有定額償金不定額償金之二種。不法行爲場合之償金，必爲不定額償金，而此區別之實益，則在定額償金之額，法院不能增減，不定額償金之額，法院可以減少之點，須注意也。

二 實額償金、名義償金、及懲罰償金。實額償金者，足以填補被害者所受損害之償金也。例如於毀損他人之 時，使加害人支拂與所受損害（即修理費）相當之金額是，而實額損害中，通常包含被害人所受損失之填補，及所失利得之填補之二、名義償金者，於被害人權利侵害而未實際受損失之場合，加害人應支拂最少額之金錢是也。例如甲委託乙，於一定期日，購買股票，乙違其契約，不爲購買，其後該股票因買主不多，價格大減，在此場合，乙若按約爲甲購買，甲必受莫大之損失，乙雖未履行契約，甲並未因之而受損害明甚，顧甲雖未受實際之損失，然其權利實被侵害，故甲如提起訴訟，請求損害賠償者，法院當以賠償之名義，使乙支拂

最小額之金錢，但名義償金，惟英國法認之，吾國及大陸諸國之法制上，皆無此種償金也。懲罰償金者，超過實際損害之償金也。損害賠償，在通常之場合，以填補被害者之損害爲目的。非爲懲罰而使爲支拂，然在不定額償金，其額由法院確定，如加害人之行爲，出於惡意，或重大過失之場合，法院間有基於被害人之請求，命加害人支拂超過實際損害之金額者，例如以惡意毀損他人之名譽是。

三 失權 失權者，依法院之判決，使違反法律者，喪失一定權利之謂也。例如有親權人而濫行親權者，喪失其親權，不與家長同居之家屬，喪失受養育教育之權，隱匿繼承財產人，不得爲限定承認等，皆失權之制裁也。

四 原狀回復 原狀回復，一稱權利回復，權利爲他人侵害，依法院之判決，而回復其侵害前之狀態之謂也。例如非正當之繼承人，爲繼承之場合，依正當繼承人之訴訟，而回復其繼承權，或契約當事之一方，不履行其義務之場合，依他方之請求，解除其契約，而回復其原狀等是也。

五 禁令、 禁令者、不法行爲之準備繼續等、依法院之判決、而使其變更中止或禁止之之謂也、例如甲着手穿鑿一井、其影響將害及於鄰人乙之房屋之場合、依乙之訴訟、而使甲變更其穿鑿、又如甲開始一製造業、其影響將害及於鄰近人之場合、依鄰近之訴訟、禁止其製造是也、而於下禁令時、如因其事業已經着手、而生損害者、同時當命加害人爲損害賠償、凡依法律而與救濟者、以有權利之侵害爲常則、禁令者、於未有侵害時爲之、換言之、卽禁令爲豫防侵害之處分、故通常必以加害行爲顯足以侵害權利、且其損害、又必顯於侵害後、始爲起訴、不能回復者、方能爲之、反是、則必至束縛人之自由矣、禁令有二種、一爲假禁令、一爲本禁令、假禁令者、爲確定被告行爲之爲權利侵害與否、審判終止前、暫中止被告之行爲之謂也、例如甲欲入乙山林採薪、乙以爲權利侵害行爲、向法院申請禁令、甲答辯其有採薪之權者、法院至甲採薪權有無判定之日止、使甲停止其採薪是也、本禁令者、被告之行爲、或自始顯爲權利侵害之場合、或其後確定其爲權利侵害之場合、永久

禁止其行爲之謂也。如前例之場合，甲無採薪權，如已確定者，假禁令改爲本禁令，甲永久不得採薪也。

第三章 自力的制裁

第一節 自力的制裁之觀念

自力的制裁者，謂國家於權利被違法行爲侵害，或將被其侵害時，認許被侵害之私人，爲防止或禁其侵害，得以自力加反抗者之惡報也。在國權未立，政令沮格時代，人民多以自力保護其生命、身體、財產，凡有曲直，純以私鬥解決，顧此種風氣，不惟有害國家之安寧，並不能得道理之公平，故近世國家，設爲種種機關，以行使統治權，凡權利有將被侵害，或已被侵害者，或用警察權以保護之，或設法院以救濟之，故私人以腕力反抗不法行爲，或強制的回復侵害權利等，皆在必禁之列，違反者，則處以相當之刑罰，此各國之通例也。然如絕對的適用此原則，而謂危害迫於目前，不得排除，權利將被侵害，不得防止，無論若何場合，皆須坐待公力之發動者，則個人權利，不能鞏

固、非國家認許權利、保護私權之、本旨、故各國於此、以事勢迫切、不及待公力保護之、場合爲限、許私人得以自力保護、或回復其權利、此自力制裁之所由生也、自力的制裁、有民事與刑事之區別、自力的刑事制裁者、對於犯罪行爲許用之手段也、自力的民事制裁者、對於侵權行爲許用之手段也、今分節說之於下、

第二節 自力的刑事制裁

諸國通常所認之自力的刑裁、有左之二種、

一 正當防衛權 正當防衛權者、爲防衛自己或他人之生命身體、得加必要反擊、於暴行者之權利也、例如甲揮刀殺乙、事勢甚急時、乙爲防衛自己之身體、得殺傷甲是也、然此乃例外之事、故其暴行必爲加於生命身體者、對於暴行之反擊、不可超過必要之程度、其暴行非由自己之不正行爲所致、此三條件如不備具、不得稱爲正當防衛也、

二 財產防禦權 財產防禦權者、爲防衛自己之財產、得加必要反擊於暴行者之

權利也、例如盜賊劫贓物而走、所有人爲取還其物、得殺傷盜賊是也、此權利爲防止盜賊、取還贓物、防止對於財產之暴行、防止夜間住宅之侵入等、得行使之、

第三節 自力的民事制裁、

自力的民事制裁、依法制之殊而異、今舉其重要者如左、

一 留置權、留置權者、賣去自己占有物之人、或對於自己占有物加勞力之人、無論有無特約、於代金或賃金未得之前、賣主或加勞力人、得留置之之權利也、

二 差止權、差止權者、賣動產人、於物品運送中、買主成爲無資力者之時、得於途中、差止其動產、使不交付與買主之權利也、此權利惟英國法制認之、

三 取回權、取回權者、他人不法奪去自己財產時、得取還之之權利也、此亦英國法之特別制度、但德意志法之自助權、性質頗與此相近、

四 自助權、自助權爲德國法制所認、私人爲豫防危難、回復權利、或鞏固權利、得扣留將逃亡之義務人、並得阻止義務人抵抗之權利也、（德民、二二九以下）

例如債權人防止債務人之逃竄是，但此亦非常手段，以不能借法院之力爲限，不可超越必要之範圍，事後又必從速請求法院相當之處分，而在德法，於其民法中，認此手段，故非刑法上責任甚明，但吾國民律，不認此手段。

五 緊急行爲權、緊急行爲權，亦德法所認，爲避自他人之物所生之危難，得毀損破壞其物之權利也，但行使此權，必以無他法可以避其危難之場合爲限，例如有入陷甕中，爲拔之出，不得已破壞其甕是也。

第四章 國際的制裁

國際的制裁者，於違反國際法之場合，一國家加於侵害其權利之他國之惡報也，獨立國家，立於同等地位，故國際的制裁之性質，爲自力的而非公力的，其與國內制裁相異者，以缺強制之性質故也，今世國際法上國際的制裁之重要者有四，略述之如左、

一 報復、報復者，他國毀損自國利益時，於其主張利益之場合，以同樣行爲對付

之之謂也、例如甲國對於乙國之輸入品、課以高率之關稅時、乙國則以同率之關稅、課甲國之輸入品、甲國如虐待乙國之人民時、乙國亦同樣的虐待甲國之人民是也、要之報復之目的、在對於不條理之處置、還以不條理之處置、以期使他國覺悟、非徒快意而已、

二 復仇、復仇者、他國爲侵害自國之權利之行爲時、自國亦爲侵害其權利之行爲以報復之之謂也、復仇手段、古代最爲激烈、近世通常所用者、沒收在自國之加害國或其人民之財產、抑留加害國之船舶、停止條約之義務、拒絕加害國人之渡來、逮捕加害國之代表者、官吏、人民等、是也、

三 平時封港、平時封港、始於千八百二十七年英法俄三國之艦隊、封鎖希臘之海岸、其目的惟在封鎖加害國之灣港、以絕其輸出入之途、與戰爭不同、然此手段危害及於第三國、故學者多謂爲不當、又有以許被封鎖國外之諸國船舶自由出入、爲條件而表贊同者、

四 戰爭、獨立國家以上、更無獨立國家、故國際的制裁之最強大者、莫如戰爭、但戰爭無強制之性質、亦不外自力的制裁之一種、

第四章 國際的制裁

民國三年十二月初版



著 者

開 富
縣 順
潘 李
大 庭
道 愷

發 行 所

美 界 克 能 海 路
右 文 社

印 刷 所

美 界 克 能 海 路
右 文 社 印 刷 所

分 售 處

各 埠 大 書 坊

法學通論上卷一冊

定價大洋捌角

