

新時代法學叢書

法學通論

丘漢平編

## 自序

遜清以還，朝野人士，侈談變法。開設法律修訂館也，創辦法律學堂也，派遣學生留學也，頗盛一時。光陰荏苒，數十寒暑於茲矣。不惟法治未立，法學未昌，即普通法律課本，尙百不一見焉。以言普通法律課本，其惟法學通論爲最普通之書乎？然自光緒三十四年間日本岡田博士之法學通論講義印行以來，國人撰述法學通論者，均不脫岡氏之藍本。法界之差，莫甚於此。辛未之歲，不佞主講斯學，曾由諸生筆記口述大綱，未計編述。其後同窗舊友，屢以續貂相屬。兩載以還，時作時輟，始成此書。付梓之前，略經修削，務使首尾成貫；引例悉用吾國法律，冀免囹圄；間澁之處，附以註解；每章之末，載以問題。一得之見，未敢云然。尙希法界同仁，有以正焉。是爲序。

民國二十二年二月丘漢平自識於民權律師團

# 目錄

第一章	法律之現象	一
第二章	法律之科學	六
第三章	法律之觀念	一四
第一節	法律之語源	一四
第二節	法律之定義	一六
第三節	法律與道德之關係	二一
第四節	法律與禮儀	二五
第五節	法律與宗教	二六

第四章 法律之淵源……………二一〇

第一節 立法或成文法……………三一

第二節 習慣……………三三

第三節 法理……………三四

第四節 學說……………三四

第五節 判例……………三五

第五章 法律之效力……………四一

第一節 關於人之效力……………四一

第二節 關於地之效力……………四八

第三節 關於時之效力……………四九

第六章	法律之解釋	五四
第一節	法定解釋	五五
第二節	學理解釋	五八
第七章	法律之執行	六七
第一節	審判機關	六七
第二節	執行機關	七〇
第八章	法律之制裁	七四
第一節	刑罰	七四
第二節	強制執行	八三

第三節	損害賠償·····	八三
第四節	判決執行·····	八四
第九章	權利義務之意義·····	八七
第一節	權利義務之由來·····	八七
第二節	權利之本質·····	八八
第三節	權利之定義·····	九一
第十章	權利義務之種類·····	九五
第一節	權利之種類·····	九五
第二節	義務之種類·····	一〇〇
第十一章	權利之分析·····	一〇二

第一節	權利之主體	一〇三
第二節	權利之客體	一〇六
第三節	權利之標的	一〇九
第十二章	權利之行使	一一二
第十三章	法律之種類	一一七
第十四章	法律內容之分類	一二六
第一節	公法	一二六
第一項	憲法	一二六
第二項	行政法	一二八
第三項	刑法	一三一
第四項	訴訟法	一三九

第五項	國際公法	一四一
第二節	私法	一四二
第一項	民法	一四二
第二項	商法	一四四
第三項	實業法	一四四
第四項	國際私法	一四五



# 法學通論

## 第一章 法律之現象

宇宙現象，從其發生之一點觀之，得分爲二：曰自然現象，曰社會現象。（註一）自然現象，如天體之運行，風雲之變幻等，均非人力所可左右。（註二）社會現象，如國家之組織，文字之創制等，均爲人力所可左右；且其發生，殆皆出於人類之集居也。（註三）

故社會現象乃隨人羣而發生。魯濱遜之飄流孤島，無發生社會現象之可能。必也人而有羣，始可與語社會。（註四）有社會矣，人類各種活動方有所表現。

是故社會現象之繁簡，視人羣活動範圍之大小以爲衡。而人羣活動範圍之大小，則又視人種地理氣候而斷。（註五）故在不同地之同一時代之人羣，其活動之形式及參差程度，每不相同。中國

與羅馬同爲古國，其發達途徑迥殊。英美同出一源，乃因環境之變更，致發生之社會現象互有出入。然則自然現象與社會現象之區別，爲絕對乎？是又不然。二者之發生雖不同，而其所根據以成立之道則一。無論爲自然現象，抑爲社會現象，其間必有一定之規則以爲遵從。此種規則，稱曰規範。

(註六)

規範者，一種行爲之準則也。所謂行爲，乃就其最廣之一義而言。月繞日而行，因爲一種行爲。飢思食，渴思飲，亦不失爲一種行爲也。以是之故，規範之中亦有自然規範與社會規範之別。(註七)自然規範，乃隨自然現象而生；社會規範則隨社會現象而生也。夫自然現象之所以然者，蓋因其中有不移之道在焉。社會現象亦然。人類之必需社會者，良以一己之力不足圖生存。荀子言此最透澈。彼謂「力不若牛，走不若獸，而牛馬爲用，何也？曰：人能羣，彼不能羣也。……故人生不能無羣。」是則人之不被自然淘汰者，端賴「善羣」而已。羣之目的，在於謀彼此之生存。此生存慾望爲自然的。以其爲自然，故與生俱來也。人爲社會動物，卽此之謂。

故當人類聚居之生活開始時，社會規範則在其中。蓋必有共由之道而後可語社會。古今之所

謂宗教，禮儀，道德，法律，皆社會形成後之物，非超人所賜與。明乎此，則社會規範之本質，已思過半矣。諸社會現象之中，以法律現象爲最顯明。就其廣義言之，凡爲人羣所遵守不違者，皆爲法律。法律之起源，論者不一。惟吾人茲可斷言者，則在無論何種社會之法律，其發生皆緣於人類之集聚。其始也，人類行爲全出乎無意識。古代法之所以充滿習慣，卽此之由。若近代之有意識立法者，彼時實未夢見。及後人智識漸啓，經驗日富，恍然人類之創制力；法律乃由習慣進至明文，由無意識進至有意識，法律遂爲社會之經緯，而成今日之鮮明法治世界。

所謂法治，亦非盡棄生人之道而行死人之理。（註八）法治與人治乃相對而言。凡以法律爲社會國家之唯一準則者，不論其準則是否爲正義，公平，合理，皆曰法治。反之，社會國家間雖有一定之遵循法則，但其適用之範圍，却視身分地位階級而殊別，則爲人治。在法治國家，法律爲神聖之物，無論何人，不得侵犯。在人治國家，其一切政規，均視人而伸縮改變。所謂「人存政舉，人亡政息」是也。

（註一）此種分類，比較切當。但亦有可議之處：例如人爲社會動物一語，卽認人之社會性爲自然的。詳言之，卽認人羣所發生之各種社會現象，非全出乎人爲也。此種駁論，固亦持之有見。惟吾人欲明人與自然之界限，申言之，欲明自然現象與人爲現象

之區別，則舍上所述分類外，實無更完備者。

(註二)人類對於自然現象，實全無左右能力。近代科學發達，對於自然之變動，雖能從事預測，實亦無抵抗之能力。例如天文學，祇能報告吾人每日氣候之變更，却不能改變氣候也。

(註三)社會制度由於人之聚居而發生。此所宜注意者，即人之聚居。蓋若人類可如其他動物個獨營養，雖有人類，仍不能發生一切社會制度。故社會制度，乃人具有合羣性而產生也。而人之所以設立社會制度者，其目的在求生存。社會制度，即為達到求生存之法也。

(註四)關於此點，可參考拙著先秦法律思想第三頁以下。上海光華書局出版

(註五)例如熱帶人類，因氣候酷熱，故於衣著一項甚為簡單，祇以一塊布遮蔽羞處足矣。然在溫帶或寒帶地方，衣著成爲主要問題。而社會上對於服裝一類，分別四時，甚爲複雜。他如食物，亦因地理氣候之不同，而有繁簡之殊，故溫帶人類之文化恆較高於熱帶或寒帶。

(註六)規範者，即規矩有序之意，如日之有晝夜，年之有四時，皆因有一定之規則而使然。推而至於人之社會，其所爲之制度，亦有一定。緣由社會之成立，不能無遵循之規則也。

(註七)自然規範，由於自然而使然。而社會規範，則隨人之結合而成立。有以社會規範爲法自然規範者，實近附會。惟社會生活中，亦有一二不可移之定則，如孟子之一治一亂是。

(註八)見拙著先秦法律思想第二十頁以下。

## 第一章 問題

一、法律爲何種現象？

二、法治與人治有何區別？有無異同之點！

三、法律純爲習慣之結晶乎？試討論之。

四、「人存政舉，人亡政息」之意義何在？

## 第二章 法律之科學

人事錯綜萬端，法律祇能就其切要者釐定之。（註一）卽此提綱挈領，亦非易易。初民之世，人事甚簡，所謂法律，不外習慣之年代久遠者。（註二）迨歲紀遷移，人民深感無紀載之不便，易受有力階級之玩弄，遂有明文法之要求。（註三）然此時之法律，其實質仍爲習慣。初民趨於保守，故重形式。（註四）此時固無所謂法律學也。

及至文物興，制度立，人生之大要齊備，法律之範圍乃漸擴大，其內容亦因之而繁雜。（註五）立法治法，羣感重要。毫釐之差，失之千里。人類始將法律加以研究，攷其制度，明其利弊，以爲立法司法之表率。此種研究，是曰法律學。（註六）

延至近世，物質文明大進，科學日興，各種智識莫不分門別類，窮本究末，此則所謂學問之專門化。法律一科，亦因研究對象之不同及方法之殊異而細別。

就時間言之，研究法律得分爲三類：過去，現在，及將來。（註七）過去之法律，又視其研究之方法而別爲二：一曰法律史，即將過去之法律爲有系統之陳述，以明其來踪去跡也。（註八）如楊鴻烈之中國法律發達史是。（註九）一曰歷史的法理學。其目的在求過去法律變遷之途徑及其因果關係。（註十）如溫尼格拉都夫之歷史的法理學是。（註十二）對於現在法律之研究，又可別爲二種：一曰現實法，即研究現在法律現象之共同原理，以闡明其作用。（註十三）此又可分爲一般的法學與特殊的法學。前者就一般法律，採其共同原理及方法，如法律學概論或稱法學通論。後者乃關於各種現行法律之研究，如憲法學，刑法學，等是。（註十三）二曰比較法學，此乃晚近之產物。其是否成爲一種獨立之研究方法，論者不一。蓋因法律學均有比較各種法系，譬如吾人欲知離婚之條件，若祇就一時代一國而言，固無所謂比較，但若吾人欲明離婚之歷史變遷或一般條件，易言之，即爲古今各國或其時代之各地法律所共同實行者，則舍比較末由。職是之故，學者間否認比較得獨成爲一研究方法。（註十四）

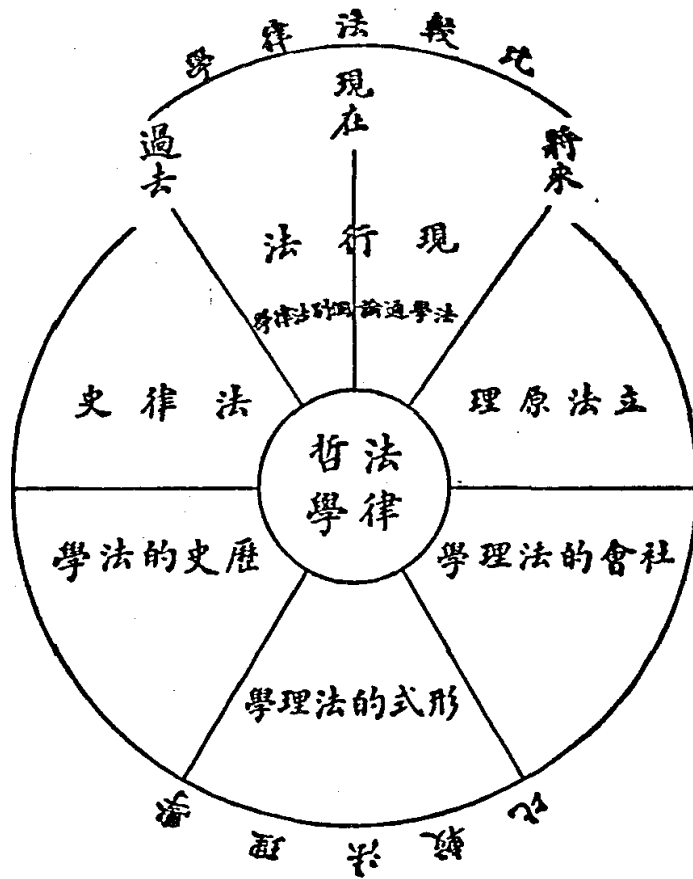
依將來時間之標準，法律可分爲三種對象：其一，以研究其實施之方法者，謂之形式的立法學。

(註十五)其二，以研究其實質之是否適用社會之需要者。謂之實質的立法學。(註十六)統常之立法學，恆包括此二種對象。(註十七)蓋立法之原則，政策，效能，固屬重要，但其適用之方法及技術等，亦不可忽視。其三，以研究法律實施後之社會效果及如何實現吾人所企求之正當社會效果，謂之社會的法學。(註十八)此外尚有法律哲學，以法律本質為其研究之對象者。不論過去現在及未來，均在探討之列。

上述各種之法律研究，均為局部的時間的，於法律之為何物及法律上各種原理之根據，毫末加以解剖。法律哲學之任務，其主要目的，則在深究法律與宇宙及人生之關係，因此問題已出乎科學之範圍，而必待哲學之探討矣。(註十九)

依上述之分類，吾人即可鳥瞰法學之全體。不論何種法律之研究，均可包括無遺。茲將其各科之關係，示圖如左：(註二十)





(註一)法律為制裁之一種，社會不能專恃法律以維秩序。其以法律為不得已之物，甚至謂為死人之理，因屬失常。但若如拜法  
 驗者之以法律為萬靈藥膏者，則未免矯枉過正矣。法律猶網也，既為網矣，疎漏自所不免。法律之良惡，猶網之有疏密。良法猶

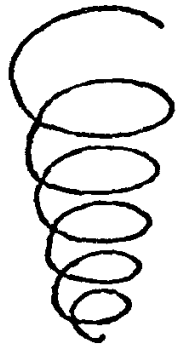
密網，惡法猶疏網。疏網祇能捕捉大魚，密網則兼能捕小魚，法律亦猶是也。

(註二)初民之世，不知法律之效用，斯時祇有習慣，故習慣實為法律之最初狀態。古代法所以充滿習慣者，即此之由。

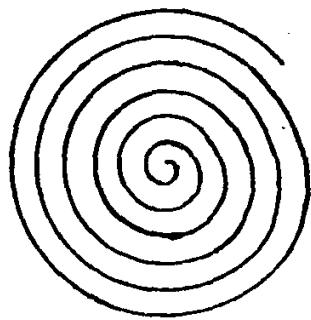
(註三)例如羅馬十二表法之制定。

(註四)重形式為古代法之特徵，如遵照一定格式，語言，時間等是。

(註五)法律內容之擴大，全視社會發展之程度。故農業社會之法律必較商業社會之法律為簡易。惟各種社會發展中，要以經濟一物之左右法律最大。茲示其圖如下：



(甲)示社會發展及法律進化之趨向由下而上



(乙)示社會發展之範圍及法律內容之擴大由內而外由小而大

(註六)依此解釋，即我國古代亦有法學，研究法律之是否為社會所必需，如周秦諸法家。註釋現行法律者，如長孫無忌之唐律

疏義。

(註七)此種分類，實比較的切當，故採用之。詳見柯古雷克之法學概論第一章。Kocourck Introduction to the Science of Law

(註八)法律史，英文 Legal History 或 History of Law。法律史爲不易研究之學，吾國至今，尙無一可讀之法律史，實我法界之恥也。

(註九)商務出版。該書殊夠不上稱爲法律史。材料多未抉擇，整理未有系統，寫述未有方法。與其稱爲中國法律發達史，毋寧改爲中國法律史資料節要較當也。惟在此法紀敗壞，政治腐化之環境中，竟有是項著作行世，亦可略振研究法學之風氣。

(註十)歷史的法理學，英文 Historical Jurisprudence。其研究過去之法律，別具方法，將人類過去遺留之法律而尋究其形成原因，及其變遷之途徑，藉以決定法律之方向。

(註十一)Linogradoff Historical Jurisprudence 已出二本。溫氏爲英國有名法家，著作未竣，遽爾長逝，實法學界之莫大損失也。

(註十二)現實法學或實證法學，Positive Science of Law 乃着重於現行法。所謂現行法，係指某一時代之法律而言。其以一般法律現象爲研究對象者，是爲法學概論或法學通論。Introduction to the Science of Law 但通常我國人所習

見之法學通論，則盡皆爲日本之物。包羅萬象，論載無系統，實爲其特色。夫法學通論之目的，在於敘述法律現象之一般原理，並非爲法律大綱或法律全書之節本。爲便讀者易於領會並明瞭其本國法律之梗概，固可臚舉現行法以爲說明之用。然若將法學通論專述一國之現行法，則先去其主旨矣。今人且有將法學通論分爲總論分論二篇，更屬欠當。既爲法學通論矣，所謂總論分論，究作何解？

(註十三)此乃就一門法律，而加以研究，尋討其共同原理及與法學之關係。

(註十四)比較法學，英文 *Science of the Comparative Law*。是否爲一獨立研究法，實屬疑問。例如吾人就各種法系中尋出一條原理，凡殺人者必受最重刑罰，此原則爲各法系所同，然其不得不如是規定者，有不可移之社會定律在焉。比較法學祇可搜集材料，至於進一步之研究則屬法理學及法律哲學之範圍矣。尤有進者如單就各國對於同一事物之法律逐一列舉之而視爲比較法學之任務則未免失去科學價值故比較法學實無自成一研究法僅能爲輔助方法耳。

(註十五)形式的立法學英文 *Formal Science of Legislation*

(註十六)實質的立法學英文 *Substantial Science of Legislation*

(註十七)立法學英文 *Science of Legislation*

(註十八)社會的法學英文 Constructive Jurisprudence or Sociological Jurisprudence

(註十九)法律哲學英文 Philosophy of Law 國學者研究態度之不同，故其範圍不甚一致。

(註二十)參看柯古雷克之法學通論五十三頁。

## 第二章 問題

- 一、何以有法律之學？
- 二、法律學之分類，以何標準為較切當？
- 三、過去之法律，應如何研究之？
- 四、現實法與過去法律有何關係？
- 五、立法學屬於將來之法律，抑屬於現在之法律？
- 六、關於法律之本體的研究屬於何種科學？

## 第三章 法律之觀念

### 第一節 法律之語源

「法」之本字爲灋。(註一)說文注云：「灋，荆也；平之如水，從水，廌所以觸不直者去之，從廌去。」又在廌字下釋曰：「廌……似牛一角；古者決訟，今觸不直者。」他如神異經亦記古代決訟之獸。其文曰：「東北荒中有獸，見人鬥則觸不直，聞人論則咋不正，名曰獬豸。」然則獬豸何物耶？論衡曰：「獬豸者，一角之羊，性識有罪，皐陶治獄，令羊觸之。」由此觀之，廌似一角之牛或一角之羊或一角之鹿。(見三才圖會)其果爲何獸，固難遽定。然爲古代一種異獸，依之而行神意裁判之傳說，則屢可信。後漢書輿圖志稱「法冠」爲「獬豸冠」，益足啓示法學之來源。其文曰：「法冠或謂獬豸冠，獬豸神羊，能別曲直，故以爲冠。」此種神羊，墨子明鬼篇曾記其事曰：

「昔者齊莊公之臣，有所謂壬里國中里繖者。此二子者，訟三年而獄不斷。齊君恐殺之爲不辜，

釋之失有罪，乃使二人共一羊，盟於齊之神社。二人許諾，於是油血搃羊而漉其血；讀壬里國之辭既已終矣，讀中里之辭未半也，羊起而觸之，折其脚，祧神之社而橐之，殪之盟所。當時齊人從者莫不見，遠者莫不聞。」

此事實之有無，姑置勿論。然在古代之會行觸審裁判，殊爲吾人所難否認。況法字之構造，又具此理，益資徵信。

「律」之原字爲均平之義。說文律下云：「均布也。」段注云：「律者，所以範天下之不一而歸於一，故曰均布。」桂馥義證云：「均布也者，義當是均也，布也。」樂記：樂所以立均。尹文子大道篇：以律均清濁，鶡冠子：五聲不同均。此皆釋明律爲均平之意。史記律論曰：「王者制事立法，物度軌正，壹稟於六律，六律爲萬事根本焉。」孔疏云：「律法也。」是爲法律通用之始。其後秦商鞅改法爲律，於是法律皆作均平之義矣。

由此觀之，法律之語源，實含公平正直之意義。然欲達到公平正直之目的，則有待於決訟之法焉。（註二）

## 第二節 法律之定義

法律之語源，既如上述，可進而研究其定義焉。按學者關於法律之定義，自來聚訟紛紜。（註三）茲爲使初學者有所適從起見，姑就一比較平允之定義說明之。

法律者，社會生活之規範，藉公力以強制實行者也。依此定義，法律之特點可分四端言之。

一、法律者規範也。何謂規範？即指示人類實現一定目的之法則也。（註三）別之有二：一曰技術規範，即指示人類如何實現一定目的之行為法則也。一曰社會規範，即指示人類如何實現社會生活之行為法則也。前者之例，如衛生方法，建築設計是。蓋此等規範，純係指示吾人一定之目的。人類之欲望日高，則其希求之方法亦多。譬如草昧時代，人與動物雜處，不知構屋烹飪之事。其後智識漸開，知人類之死亡，半由於巢居生食所致，乃進而發明構屋烹飪之法。此則技術規範也。至於社會規範，其作用與此迥異。顧人羣雜處之後，難免彼此依賴爲活。社會既立，則其中分子之往來，更不能安然無事。社會漸進，生存之道日多，衝突自所不免。既衝突矣，勢必求解決之道。否則，社會將無由存。此解決之道，是謂社會生活之規範。故社會規範，爲人與人之共同遵守之規則也。與前說之技術規



範不同。個人不遵守技術規範之結果，推其極也，僅不能實現其對象之目的而已。如某甲對於食物不檢點，食後致病，此乃因其不依衛生之法，自取其累耳。然若不遵守社會規範，如搶取他人之物，不惟影響於其人之生活，且破壞社會之生存。若人人可奪取他人之物爲己有，社會之倚賴性將無由成立矣。

然人與人之關係，亦得分爲二種：一曰個人與個人之關係，如彼此貸借是。一曰個人與衆人（卽社會）之關係，如公路公園是。甲某借款與乙某，其關係祇及二人而已。如乙某日後不還，而社會又無他項救濟方法，其結果必如下述：如甲之臂力過人，自必奪乙之物抵銷或迫乙返還欠款。至於個人與衆人之關係，其影響則較大。如甲某毀壞公路，其損害之所及，非一人也，衆人也，社會也。倘甲得自由毀壞，不受何種懲戒，人人將仿倣之，勢必至社會無一公路可行。故其加害衆人之程度，較之前例奚止倍哉。

用是之故，社會規範亦有差等。蓋社會上之規範，絕非盡可推行無阻，故有緩急輕重之別。一方引導社會分子（卽人民）自己爲善，一方制裁其有違反之行爲，前者之規範，是曰道德規範；後者

之規範，是曰法律規範。道德規範爲社會所當由之道，法律規範爲社會所不可不由之道。然二者之共通性質，固皆爲規定人與人間之關係也。

二、法律者社會生活之表現也。法律之產生，由於人類集合之結果，故法律與社會俱存俱歿，猶影之隨形也。人類智識日擴，社會之進步亦速。社會之進步日速，法律之演進亦日大。證之歷史，斯言尤爽。太古之世，社會簡陋，人類茹毛飲血。所謂法律，實渺渺焉。其後智識開，制度興，文字用，此時之法律始具雛形。故社會與法律相互表現，（註四）社會形成法律，而法律亦可左右社會。社會之由簡入雜，法律之由淺入深，同一理也。二者之關係成爲比例。若夫社會進步而法律退步者，實未之有也。

法律爲社會生活之表現，今可舉一例說明之。吾國自古重男輕女，所有社會制度亦築在此基礎之上。社會既以重男輕女爲中心，於是四千多年來之法律，如妻七出之條，女子無承繼權等，皆重男輕女之法律也。苟非社會生活如此，法律安得從而表現耶？

三、法律者社會生活之強制規範也。法律爲社會生活之表現，前已言之。今更進而論其表現之道焉。社會生活錯綜萬端，法律祇能提綱挈領。此外若宗教，禮儀，道德，等亦皆爲社會生活之規範，

其作用各有其範圍。雖然，即此社會規範亦非可盡網社會生活於其中。故社會規範又依其性質分爲強制的與任意的二種。強制規範者，即社會生活受其強制之約束也。任意規範者，即遵從與否，一聽個人之自由也。法律者，強制規範也，非任意規範也，以其遵從之義務，不容個人意思之變更。

在實際上，社會生活之規範，亦有因其性質而不宜於強制者，或有無實行強制之必要者。故社會生活之一切規範，不皆成爲法律。（註五）

四、法律者社會力也。何謂社會力？即以衆人集合之力量，強制使各個人服從也。（註六）吾之不言強力而曰社會力，曰公力者，因無論何種之社會，其法律之實行，皆藉一種超然力量也。即專制之君，當其執行法律時，亦莫不藉爲代天行道。此天或神，在斯社會中之人，莫不視爲公力，毋敢稍違；而社會人士亦視犯法之徒爲惡人，咸以相當之制裁爲快。洎乎近代，民主之說興，此權力之產生，始一移至人民矣。

國家之產生，較社會爲後，故言法律爲主權者之命令，不惟反乎歷史，且抹殺法律之本質也。蓋法律之內容，其由習慣構成者，實屬過半。國家不過加以形式之承認，何得謂其爲命令耶？且往古之

世，人但知其羣而不知所謂國家者，斯時之社會，生活已受法律之約束，吾人實難否認之。如謂不然，則社會云云，將變爲無意義矣。

以上四點，乃就定義之切要者言之。本書既爲法學通論，原爲初學者之用，故亦不能再事探求，但吾人於此應當謹記者，卽法律之爲用，在於規範社會之生活，社會生活云云，係指人類集居之互助生活而言。故吾人生於斯世，雖欲離羣索居，不可得也。社會生活既爲人類之必然性，則其外形及內容，不可不有一律規則納囿之。非然者，社會中之個人，勢必自由侵奪，無所限制。社會生活，必受其害。於是團體之組織尙焉，此最大之團體，則國家也。國家之中又有若干小團體，大團體與小團體之利益衝突時，大團體恆佔勝利，以其利害之所及較衆也。基此原因，近代法律之執行，皆歸國家掌管之。而所謂「法律爲國家（或主權者）之命令」之觀念，遂流行於近代。然以此說未能概括法律之本質，故吾人之定義，依人類進化之啓示，改爲社會生活之強制規範也。法律既爲社會生活之規範，則其實行亦必有待於社會力。蓋社會生活之變化，常足使社會力之觀念不同。由天意神意武力君權等觀念，逐次轉移至主權在民說。故吾人若依通說，則不免削足適履之譏，違反人類進化之歷

史矣。

### 第三節 法律與道德之關係

法律與道德，皆為社會生活之規範，前已言之。道德之義，因時代及民族而異其觀念。道德之有時代性，正復與法律相同。茲為簡賅起見，道德可謂為社會生活之當由規範。（註七）當由規範云云，係指人類依該社會之觀念，以其為人類之模範行為而言。例如博愛扶弱等觀念，皆為道德規範。易言之，道德乃求吾心之所安。故有言道德為良心之規範者。俗謂良心之有無，實指該人之有無道德觀念也。社會生活在通常情形之下，莫不受道德規範之納囿，第其程度不若法律之甚耳。然不遵守道德規範之人，不受社會力之制裁，僅受社會輿論之譴責。其影響所及，祇可貶其人之社會地位。故吾人僅謂道德規範無強力之制裁，並非謂其全無制裁也。但道德規範至相當程度時，亦得變成法律。譬如「誠實」一項，原為道德之信條。今則法律亦規定誠實為必要，如在法庭作證人時，其陳述證言，事後如偵出其為虛偽時，則構成刑法上之偽證罪。再如商業上之不誠信交易，亦非法律之所許。於此可見法律與道德，並非完全對立。不過就一事物作兩面之觀察耳。雖然，法律上之所謂誠實，

乃以外部行爲爲限；而道德上之所謂誠實，則注重內心生活，此其別也。

惟欲嚴明道德與法律之界限，頗非易事。二者之關係至爲密切，有時不易分開。且在原始社會，道德與法律混爲一物。以是學者間遂有視法律爲實行道德之最低限度者。復次，道德之觀念，恆隨民族及時代而殊。卽在一民族一地域一時代之中，道德觀念亦甚模糊，祇有一種直覺之時代思想，固無一成不變之條文也。基此原因，法律與道德之區別，遂成古今爭議之問題。茲舉其切要者言之：

一、法律爲國家或政治團體所制定，而道德則基於人類之確信而發生也。此說祇言其形式而忽略其內容。法律與道德皆因人類之確信而發生，不獨道德然也。法律之構成，習慣居多，前已言之。道德雖未經國家之制定，但爲社會之認許，且其構成亦一如法律，並非平天霹靂而來。故此說祇區別其外形，不能認爲正當。

二、法律爲支配人類之外部行爲，而道德則爲拘束人類之內心生活也。此說注重其內容，但忽略其關係。法律之目的爲維持社會生活之安寧，道德亦然。法律之中，其注重內心生活者，亦復不少。例如「善意」「無辜」「善良」等名詞無一非具道德之意義。「善意」與惡意係對待名詞。法

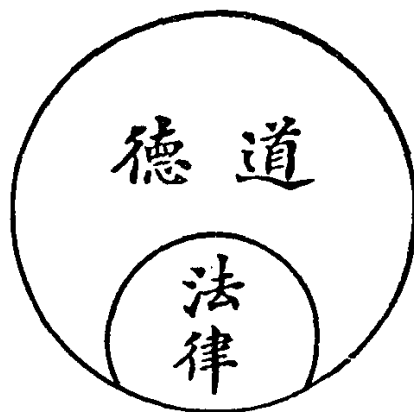
律中之所謂善意，亦一如道德，須爲無他種惡意及不知情方可成立。又如法律上之禁止詐欺與道德之注重誠實同一觀念；又如法律禁止殺人，道德亦禁止殺人。由此觀之，二者之內容雖相同，吾人固不得謂爲兩不相關也。

三、法律爲有強制力，而道德則依良心以維持也。此說祇注重二者之實行方面，但於兩者之性質及內容如何，均未過問，似非探求真理之道。今有人焉，問君金銀之區別如何，答曰：金者，黃色之金屬也，銀者，白色之金屬也。所問與所答，僅五十步與百步之差耳。金屬之中與金銀同色者，不知凡幾。故此種素樸之定義，均不免詞不盡意之弊。今言法律爲有強制力而道德爲無強制力，無異言金爲黃金屬，銀爲白銀屬也。

四、法律爲實現道德之最低限度也。此說祇認道德爲人類之規範，法律不過依其時代之需要執行之而已。吾國夙昔崇奉禮教，故曰「禮施未然之先」，「法禁已然之後」。又曰：「刑不上大夫，禮不下庶人」，「不入於禮者入於刑」。歷代皆認法律爲制治之末，非制治之本。儒家恥談刑名，律學遂一蹶不振。學說誤人之深，一至於此，可不慎哉。

故依吾國之傳統觀

念，法律祇爲補禮教道德之不足，其結果不免以法律爲實現道德之最低限度矣。今以圖表之於左：



大圓爲道德，大圓中之小圓爲法律。大圓與小圓之大小視社會之觀念及需要爲準。

以上數說，其立論各有一部分之理由。然若持之極端，以爲法律與道德之關係已盡乎此，不免陷於武斷之譏。故吾人認法律與道德均爲社會之規範，且均爲表現社會生活之規範也。以其爲社會生活之規範，於是二者之關係程度須視社會進化而後定。凡在理想社會之中，法律與道德之範圍相差甚近。

今更將法律與道德之異同，簡別之如左：

- (一) 法律注重社會全體安寧，而道德則注重個人爲善。
- (二) 法律注重一般效果，而道德則注重特殊效果。



- (三) 法律注重外部行爲，而道德則注重內心生活（但非絕對的。）
- (四) 法律之所及常爲社會生活之一部分，而道德之所及則爲社會生活之全體。
- (五) 法律注重絕對服從，而道德則注重自由遵守。

#### 第四節 法律與禮儀

社會規範之中，除法律道德外，又有禮儀宗教焉。本節先言禮儀，何謂禮儀？即社會生活之特定樣式，爲衆人應遵守之規範也。（註八）往昔社會，法律、道德、禮儀、宗教不分，故無所謂區別。逮至後世，文化日啓，制度漸備，於是禮儀漸有其範圍。然禮儀與法律，亦非一無相關者。如吾國新刑法第十七章所載褻瀆禮典等條，多爲禮儀事項。第二百六十一條規定：「對於壇廟寺觀坟墓及其他禮拜所公然侮辱者，處六月以下有期徒刑拘役或三百元以下罰金。」

法律與禮儀之區別，舉其異點有二：

- (一) 以言內容，法律注重實際社會生活，而禮儀則注重社會形式生活（然非絕對的。）
- (二) 以言權力，法律之權力爲強制的，而禮儀之權力則爲任意的，——服從與否，委諸個

人或社會之意思。

第五節 法律與宗教

宗教爲社會規範之一，其重要實較禮儀爲大。（註九）原始社會，人所敬畏者，惟神而已。因畏神之故，人人各具戒心。及後拜神之觀念易，乃漸藉法律道德以維持之。但古代社會，所謂神者，大都爲兇狠之物，致招後人之唾棄。但信神之觀念，並不因之而衰。在事實上，且變本加厲，更進一步以求新神之信仰。大凡文化程度較高之社會，其信仰宗教之程度，亦必較高。在宗教專制之國家，法律之制定以不違反宗教規律爲原則。歐洲歷數百年之流血，始獲宗教之信仰自由，即至今日，法律與宗教亦非完全獨立。試舉歐美之宣誓制度言之：如有人被傳至法院作證時，其人須舉手由法院職員攜聖經令其陳述一定誓語，以示尊重。若其所言虛僞，則構成刑法上之僞證罪，是人代天執法矣。

茲將法律與宗教之異殊概括之於左：

（一）以言產生：宗教爲神所制定，係由另一主宰授與世人，非如法律之以社會或國家爲產生機關也。

(二) 以言目的：宗教在於領悟神之啓示，而法律則爲衆人所應守之懸示也。

(三) 以言權力：宗教爲個人或社會之信仰，不受人類制裁，其最終之判決爲神，非人也。  
此與法律相反。

(註一) 孫貽讓對「法」字註釋頗詳，其名原上象形原始第三：「說文(鷹部)𦉳，獸也，似牛一角，象形从彡省。金文孟鼎𦉳字作𦉳，(說文𦉳从水鷹从去。)師虎敦作𦉳。叔帶鬲薦字作𦉳。(說文薦从薦艸。)陳侯因資敦作𦉳，所以薦形雖澆異而皆從橫目形。惟師西敦𦉳字作𦉳，偏旁與小篆略相近，而目形尙可辨，並足爲證。」

(註二) 參考拙作法律之語源，法學雜誌第五卷第二期東吳大學法律學院出版。

(註三) 參看霍蘭著之法理學大綱 (Holland Element of Jurisprudence) 第二章至第四章，又龐德之法律哲學概論，第

二講 (Pound introduction to the Philosophy of Law)

(註四) Korkunor General Theorg of Law (Trauze by Hastings) 第一章。

(註五) 此點余在徒法不能以自行論一文會之頗詳，可參考之法學雜誌第五卷第四五兩期。又在中國立法之回顧一文，亦引例述及。見上海大晚報民國十一年十月十日特刊。

(註五)以強制力爲法律之唯一要素，固爲分析派之見解。但法律缺乏制裁，亦難成爲法律矣。

(註六)社會力與主權者之意志不同。此點要認明，否則，不能見出其定義之特點何在。

(註七)關於法律與道德之關係，論者不一。如欲深切研究，可參看下列諸書及長友孫曉樓推事之法律道德關係論，見法學雜誌第六卷第二期。

Austin: Jurisprudence, Lect. S; Pollock: First Book of Jurisprudence, Chapter II; Gray, Nature and Sources of the Law, 642-657; Bentham: Theory of Legislation, Chap. XII; Clark: Roman Private Law, Jurisprudence, § 3; Carter: Law, Its origin, Growth, and Function, Lect. 6; Amos: Science of Law, chap. 3; Green: Principles of Political obligation, § 11-31; Karkunov: General Theory of Law, § 5-7; Gareis: Science of Law (Transl. by Kocourek,) § 6; Loriwa Justitutes. of Law, and ed., 353-367; Kohler, Philosophy of Law (Transl by Albrecht), 58-60.

(註八)參看德鐸 Gareis: Science of Law, P. 46—47.

(註九)全書四十二頁至四十六頁。

### 第三章 問題

- 一、試述法律如何產生？
- 二、試述法律之意義。
- 三、試述別法律與道德之異同。
- 四、試以圖示法律與宗教禮儀之關係並簡說明之。
- 五、法律爲濟治唯一之具否？試述之。
- 六、法律如無制裁力可乎？
- 七、法律之求平爲絕對乎？

## 第四章 法律之淵源

法律之本質，吾人在前章已知其端。今進而述其淵源。何謂法律淵源？簡言之，即產生法律之原因也。（註一）然以產生法律之原因非僅一種，故歷來學者對於法律淵源之解釋，每視其志趣而殊異。大體言之，得分爲四：一曰形式淵源，乃指法規形成之原動力而言。換言之，即產生法律之機關也。近代法律之制定，均由國家主其事，故國家實爲法律之唯一形式淵源也。二曰實質淵源，係指法律之構成材料而言。故凡習慣、宗教、禮儀、道德、條理、學說、典章等皆得爲法律之實質淵源也。三曰歷史淵源，係指構成法律之歷史材料而言。如吾國之繼承法，婚姻法，其歷史部分可溯至周代。法律既爲社會生活之規範，則其內容當隨社會之進化而變遷。法律之歷史淵源，恆視爲重要，以其可觀社會生活之過程也。四曰法定淵源，係指法律明定其效力之來源而言。爲統一法律適用之標準，各國常規定法律之效力程度。例如吾國民法第一條載：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法

理。」依此條文，即法定淵源爲條文、習慣、法理三者。此法定淵源又可稱爲直接淵源，前三者則爲間接淵源。本章所述之法律淵源，即此法定淵源也。（註二）

### 第一節 立法或成文法

立法（或曰成文法）云者，即法律之內容經明文制定，依一定之手續與形式而公佈之謂也。成文法之成立，通常由國家之立法機關制定之。惟成文法之中，其效力亦不盡同。別之有三：一曰憲法，一曰法規，一曰命令。茲分述之。

（一）憲法 憲法者，規定國體及人民生活暨其權利義務之根本法也。通常之稱根本法爲憲法者，以憲法之效力爲絕對的——一切法規命令不得違反其規定。試舉美國之憲法言之，凡國會通過之法規，各邦制定之憲法與法律，以及中央地方之行政命令，均不得反乎聯邦憲法之精神。其有相反之規定者，無效。我國最近通過之約法第八十四條，亦明文規定約法之絕對性。（註三）

（二）法規 法規通常由立法機關，依一定手續制定經公布而後發生效力之法律。各國立法手續不同。立憲國家，則由憲法明文規定之。大體言之，凡經立法機關依法制定而公布之法律，則

視爲法規。吾國以今在訓政時期，僅有最近國民會議通過之約法，無所謂憲法也。約法與憲法不同：憲法出於人民之意思而制定。（註四）吾國之約法，則依照國民政府訓政時期之需要，與人民訂定之根本法也。以政權在黨之故，所謂約法，不啻爲「訓政大綱」而已。吾人固不得視爲中華民國之憲法也。

然在此訓政時期之過程中，約法實具有憲法之效力。國民政府之一切治權，均不得越過約法所授與者。同時人民之權義，亦依約法之規定而享受負擔。故約法爲訓政時期之根本法，一切法律不得違背其精神也。

依約法之規定，國民政府設立五院，卽行政，立法，司法，監察，考試是也。（註五）凡提案經立法院決議通過，由國民政府頒布者，則爲法規。惟此法規，不得與約法相衝突，此爲其限制。

（三）命令 命令者，行政機關依一定手續制定而頒布之法律也。法律爲社會生活之規範，前已言之。然以社會生活之複雜，其間有變動甚無一定者，倘若盡將社會生活之內容釐定之，誠恐流於青黃不接之弊，阻礙社會之發展。故近代國家，依社會生活之需要程度，而定法律制定之標準。



(註六) 憲法爲國家之源泉，故其制定修正較普通法律爲繁難以示嚴重也。(註七) 法規爲國家之骨幹，亦甚重要，故其制定亦必經立法機關，且須備具一定之手續與形式，方得發生效力。(註八) 命令爲國家之枝業，視社會之需要而制定廢弛。因是其制定手續較簡單，通常由各機關制定，呈請主管機關批准施行。惟法令之中，亦有等級。要以下級機關之法令，不得違背上級機關爲原則也。

## 第二節 習慣

法律不過就人類之生活擇要者釐定之，其範圍究屬有限。然以社會生活之複雜變化無窮，以有限之法律濟無窮之社會生活，不亦殆乎？以是之故，法律不可不另闢蹊徑，以求適應之道，而免僵化不及之弊也。各國對此，恆以明文規定法律之適用次序。其原則大抵以法律無規定者，依習慣。習慣者，社會之慣行而發生之社會生活規範也。然習慣隨地不同，良惡不一。故於承認其有法律之效力時，不可不明定相當標準。(註九) 依照我國民法第二條之規定：習慣以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。但其得成爲法律者，猶不止此。按習慣須具四項條件，方可成爲法律。(註十)

### (一) 須法律無明文規定者；

- (一) 須確於一定期間內就同一事項反覆爲同一之行爲者；
- (二) 須該地方之人均共信爲有拘束其行爲之效力者；
- (三) 須不違背公共秩序及善良風俗者。

### 第三節 法理

法律既無明文，又無習慣，可以適從，若不示以取舍標準，則司法之吏，將茫然不知可措。於是有所謂法理之適用焉。法理者，簡言之，法律一般原理也。（註十一）然法律之一般原理，亦非全無出入。故法官之引用法理，要以不背於國情風俗爲限。法理云者，不外指社會生活必應處置之原則而言。此原則之來源有二：一爲社會生活之實際規律，如孝親尊長愛幼爲吾國之固有社會規律是。一爲社會之正義觀念，如抑強扶弱平等待遇是。惟法理之中，其取自學說者亦多。要之，法理之內容甚廣，吾人實難盡爲臚述也。

### 第四節 學說

學說之影響立法，甚爲重要。羅馬法之得燦爛千古不衰者，學說之力也。（註十二）何謂學說？即

私人關於法律之著述具有超然之見解也。譬如離婚一項，有主離婚原因須列舉規定者，有主離婚原因須一般之規定者，有主離婚原因須由法院審判者，有主離婚原因得由當事人協議即成立者。各言之成理，持之有故。如一國法律關於離婚未有明文規定，又無良好習慣可以適從時，則可參酌學說定之。（註十三）

### 第五節 判例

何謂判例？即法院對於訟爭案件所下之裁判之總稱也。（註十四）顧法院在通常情形之下，皆必依照明文審判案件為原則。但日久之後，判案漸多，於是遇相同案情時，法院恆遵從前之判決定讞。此判決例之所由成也。然以各國法制不同，判決例之重要，一視其法律之規定以為準。且一國之審判制度，分有等級。故下級法院與上級法院之判例，其效力亦不同。試以吾國言之，從前之北京大理院與今之首都最高法院，則為全國審判之終審機關。易言之，即訴訟至最高法院為終了，其判決即為確定，當事人不得再聲請不服也。（註十五）職是之故，最高法院之判決，有拘束全國下級法院之力。在民法未頒佈之前，吾國私法之大部份，全恃最高法院及前北京大理院之判決例為準。即在

民法頒布之後，最高法院之判決，亦有拘束力。在通常情形之下，下級法院莫不依之以爲審判也。以此之故，判例之在吾國，實亦爲法律淵源之一也。

判例法依其性質得分爲三：（一）原始判例與申述判例；（二）拘束判例與指示判例；（三）絕對判例與相對判例。茲分述之：

一、原始判例與申述判例 原始判例者，創制法律之判決也。申述判例者，適用現行法律之判決也。故前者之爲法律淵源，乃因其應用於判決特個案情而使將來之同樣案情受其拘束也。後者之爲法律淵源，祇有補助價值，以其判決之依據爲已存之法律也。吾國現時之判決例，屬於申述者多，創制者少。即習慣法系之英國，其判例亦以申述者爲夥。良以英之法系，有數百年之歷史，判例累積如山。凡訟事案件之適用法律事項，大多於焉求之。吾國則以民刑及特別法規次第頒布，致法院之創制機會甚少。今後之法院，將集全力於條文之解釋及其應用，原始判例必甚鮮也。

二、拘束判例與指示判例 拘束判例者，法院受判決例拘束之謂也。指示判例者，即判決例祇供法院之參考而無拘束之效力也。前者如美國之最高法院之判例是後者吾國之同級或高級法

院之判決例是。

三、絕對判例與相對判例 絕對判例者，判決例之效力為絕對的，不問其有無理由或有無錯誤，法院應服從之謂也。相對判例者，即法院於某種限度內保有自由取捨之權力也。吾國判例皆屬第二種，因下級法院雖受最高法院判例之拘束，但若其適用不當，違反法律之規定時，下級法院固得重行依據理由審判也。惟在英美法系諸國，最高法院之判例，則視為有絕對效力，下級法院不得違反之。

(註一)參看Salmoud, Jurisprudence, 第七版, 第七章, 第六十四頁以下。Holland, Jurisprudence, 第十三版, 第五章, 第五十五頁以下。Gray, The Nature and Sources of Law, 第二版, 第八章至第十三章。Garer, Science of Law, (英譯本)第九節第七十三頁以下。Marby, Elements of Law, 第六版第二章。

(註二)法定淵源為適用法律之重要標準。例如憲法與法規衝突,或法規與命令衝突,或特別法與普通法衝突,若無規定其適用之次序,勢必危及法律之一致性。

(註三)約法第八十四條規定:「凡法律與本約法抵觸者均無效。」

(註四)此係指大體而言。如日本之憲法，由日王欽定，實難視為出乎人民之自由意志矣。

(註五)孫中山先生名此曰五權憲法，詳見其三民主義民權演講。

(註六)法律猶藥方。病有緩急，故藥有輕重。社會生活有繁簡輕重，則法律不可不謀迎合，以免背馳。

(註七)多數憲法，定有修正憲法手續。惟英國殊視為例外也。

(註八)各國國會，均操立法之權。在美國有二三邦且實行人民創制權矣。

(註九)見Salmond著法理學，第二百十七頁以下。

(註十)參看Robinson: Elementary Law, pp. 及前大理院判例上字第二五四號。

(註十一)法理或稱修理，其義至泛。瑞士民生之規定如下：

(註十二)羅馬法之精神，賴諸法家闡明者居多。其最著者如Papirus, Ulpinus, Gains, Julianus, Modestinus, Pavius

等人。英美法雖以判例為適從，然於著名法家之著述，其言論權威實不亞於判例。若Blackstone, Coke, Story, 等人之著作，影響頗大。

(註十三)大陸法系諸國家，於學說之闡明，較英美法系為精透。且其權威亦較大，此亦大陸法系之精神也。

(註十四)關於判例之價值及其原則，可參看左列三書：

Salmrand, *Jurisprudence*, 第八章 Gray, *Sources etc.*, 第九章 Marby, *Elements of Law*, 第二章第九十一節以下。

(註十五)修正最高法院組織法第一條(民國十八年八月十四日公布)

#### 第四章 問題

- 一、法律之淵源究作何解？試簡述之。
- 二、法定淵源，通常有幾種？並詳為說明之。
- 三、成文法與習慣有何關係？
- 四、習慣成立之條件有幾？並說明之。
- 五、判例之種類有幾？吾國法院編制，以何級法院為終審機關？
- 六、法規與命令有何區別？
- 七、根本法究作何解？

- 八、吾國有無根本法？
- 九、根本法有何作用？
- 十、法治國家可無根本法乎？



## 第五章 法律之效力

自國家形成之後，法律益視爲重要。在公法上則以人民當遵從國家之利益爲國民之義務。故一國之法律，對施行之限度，莫不明定之。此則所謂法律之效力是也。效力云者，以其有強制實行之力也。行苟有違反法律者，國家必予以制裁。然則法律之所以成爲法律者，亦賴此特性歟！雖然，一切法律之效力，亦非盡同焉。依其性質言之，得分爲三：一曰關於人之效力，二曰關於地之效力，三曰關於時之效力。茲依次說明之。

### 第一節 關於人之效力

法律關於人之效力有三主義：一曰屬人主義，一曰屬地主義，一曰折衷主義。依其演進之歷史言之，法律乃由屬人主義而至屬地主義也。卽至今日，法律亦以屬地主義爲原則。

屬人主義者，卽法律隨人而發生效力也。例如甲國之人，不問其在甲國，抑在乙國，均須遵從甲

國之法律是。反之，乙國之人在甲國時，仍遵從其本國之法律。故屬人主義之法律，其效力以其人之國籍爲準。古代羅馬「市民法」(註二)卽爲屬人主義最顯明之例也。蓋古代羅馬法律，祇准羅馬人民受羅馬法之保護，他國商人則不得有此權利焉。卽以吾國而論，歷朝法律，亦以屬人主義爲原則。漢人法律，祇漢人受其管轄，他族人民固不得享受同一之待遇也。(註三)民國成立，政體改易，法律之效力，乃以屬地主義爲原則。然以領事裁判權存在之故，所謂屬地主義，亦不過名存實亡耳。

屬地主義，則與前者相反。一國之法律，祇得於其國之領土內發生絕對效力。屬地主義法律之發生，乃封建制度之產物。蓋在封建制度之下，土地與人民發生極密切關係——地主與租戶，其間皆有政治關係也。社會生活既與古代迥殊，於是從前之法律不得不改絃更張，以適應時代之需要。屬人主義之法律，因其關係較淺，且一國對於本國人在他國要求其遵從時，常致發生極大阻礙；而同時在本國之外國人，若不責其遵守本國法律，往往發生治安上之困難。(註三)故在封建制度之社會，屬人主義之法律遂不能適應其需要焉。

惟自民主政治之制興，國家與其本國人民，復形成特殊之利害關係。昔日之嚴格屬地主義，至

此遂難適應需要。同時，地球上之土地，已爲各國所佔據，毫無隙地以資萬國之移植，於是領土界限日趨發明，不得不認領土爲一國主權行使之所擊屬，因是近代法律遂以屬地主義爲原則，而以屬人主義輔之。詳言之，卽法律之效力及於領土內之一切人民，不問其國籍爲原則也。

雖然，一國之法律得施行於領域外之本國人民，亦非無有焉。各國爲謀彼此之便利，乃在一國之內特許外國法律適用於該居留之外國人。今臚述其要者於左：

第一 政治權及屬人權 近代國家以民爲本，故一國人民對於本國之政治，皆有參預之權。此項權利，恆由其本國法律規定之。但處此萬國互市之世，人民之居住隨其事務遷徙，倘因其逗留外國之故，而卽否認其本國之政治權利，未免背乎民主政治精神。且近代國家之概念甚爲顯明，人民與國家尤有休戚之關，視亡國爲奇恥大辱。故此項政治權，絕不因其身體之移動而喪失也。

從他方面觀之，則居留國之政治與外國人之關係較淺。蓋若令外國人因其暫時之逗留，卽享有居留地之政權，不免越俎代庖，恐危害居留國之安寧。不惟此也，各國習尙殊異，法律不一。法律爲人民生活之所繫，絕不可因住居外國之故，而受居留國法律之拘束。基此原因，故本國之一部分法

律，仍隨其人民而發生效力，而不問其在何地也。

關於政治權之事項可得而舉者有三：

一、選舉權 近代政治，既以民爲本，故選舉權極形重要。一國人民絕不因其逗留外國之故，而致喪失此項權利也。

二、被選舉權 與選舉權一樣重要者，卽爲被選舉權。一國人民，雖寄寓外國，其被選舉之權利，則不因此而喪失。惟各國法律關於重要政府人員之資格，每規定其須在本國繼續居住若干年以上者。此種規定，不過爲一種限制，因不能視爲剝奪也。

三、憲法上之人權 人權云者，卽人民之基本權利也。例如我國最近通過之約法，「人民之權利義務」一章，卽人權也。人權之主要者，不外信教自由，言論自由，法律平等，生命及財產之保障等。此項權利，人民不因其寄寓外國而喪失。

此外關於政治上之多數義務，亦以本國法爲據。如兵役義務，納稅義務，卽其例也。然在居留國之外人，亦須負擔相當義務，如納稅遵守治安規律等是。（註四）

何謂屬人權？即權利屬於人之已身也。屬人權以私法上之規定爲多。如身分、能力、親屬、繼承等事項，因其爲一國人民之習慣，故不依居留國之法律，仍從其本國法也。然此亦非絕對的，若其法律規定有違反居留國之公共秩序及善良風俗者，居留國得不認其效力。（註五）

第二 刑法上之特種犯罪 不因領土疆界而受限制，此種犯罪，大都限於重大者，我國刑法第三條第二項規定：刑法之效力及於各國領域外之民國船艦內之犯罪事項；又第五條規定：下列各罪雖中華民國人民在外國犯罪亦適用之：如內亂罪，外患罪，偽造貨幣罪，偽造文書印文罪，海盜罪等，皆爲屬人法之例。（註七）

第三 享受治外法權之人 不受居留國法律之拘束。此爲政府遣派往外國之國家人員，如公使、特使，及其家屬、侍從等是。又如一國之元首，軍艦均享受治外法權。此乃國際公法之通例，並非強國施於弱國之不平等待遇也。

第四 領事裁判權 爲中世之遺物，在近代則爲不平等條約之特權。何謂領事裁判權？即一國人民於他國領土內，不受後者之法律管轄，而由駐在居留國之本國領事對其本國僑民行使裁

判權之謂也。易言之，卽一國對於寄寓其領域內之各國僑民遇有訴訟事件，不論刑事民事，無管轄審判之權，而由其本國之領事行使裁判權也。現今各國，除我國外，已無此項制度存在。日本、土耳其及暹羅等國，已先後反抗撤銷矣。獨我文化最古之中國，仍受此不平等條約之羈御。寧不愧死蓋領事裁判權爲一國主權不完整之特徵。列強以昔日治野蠻民族者，治我，則可知我國地位之爲何如矣。

以上所言法律之效力及於領域以外之人民者。但從反面觀之，一國之領域內因上舉特殊原因之存在，致其法律不能收實施之效。然除領事裁判權外，各種法律得於領域外發生效力者，皆爲相互平等，固無所謂損失主權之事也。

惟一國法律對於本國人民之效力，原則上固爲人人平等，但亦有特殊原因不得不設若干例外焉。茲分述之。

一、元首 一國之元首，爲國家之代表。若因其犯法而卽受法律之制裁，不免有礙一國治權之行使，危及國民利益，故多數憲法規定一國之元首，在其執行職務任內，不受普通法律之拘束。迨元

首免職後，法律始加其身。

二、國會 元首爲行政之長官，因其職務之重要，故有普通法律對彼停止發生效力之例外，用以保護其得充分行使治權也。但三權鼎立之國家，立法機關同一重要。倘若立法人員無充分自由，勢必不能盡量行使立法權。此保障立法人員之所由設也。故凡立法人員，在其行使職務任內，不受普通法律之拘束也。

三、司法官 一國法律之執行，端賴有力之司法機關。若法院無完全獨立之保障，法律亦難冀實現。因之，法院官吏（吾國稱曰推事）在其職務任內，不受法律之制裁，所以謀法官之審判自由也。

四、無行爲能力人 無行爲能力人者，卽未屆成年人之行爲不產生法律之效果也。我國現行法定未滿七歲者爲無行爲能力人，凡無行爲能力人，不負法律責任，故法律對之不發生效力也。

五、神經病或精神喪失者 此與無行爲能力人同一理由，故亦不負法律上之責任。

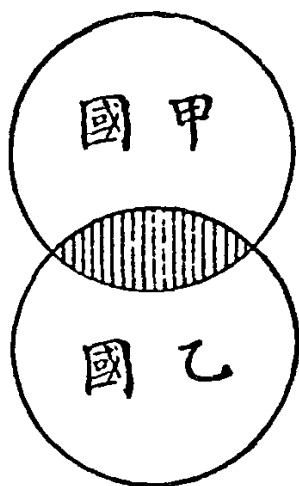
六、軍人 現役軍人，除私權一部份外，不受普通法律之制裁，另有軍法繩之。

由此觀之，法律關於人之效力不一：有爲一般之效力者，有爲特別之效力者。普通法律與特別

法律之區別，即此。前者之效力為普遍的，後者為局部的。

## 第二節 關於地之效力

法律關於人之效力與關於地之效力，有密切之關係，前已言之。茲欲說明法律關於地之效力者，不過從另一方面觀之耳。蓋甲國法律既得在領域外之乙國發生效力，則由甲國言之，乙國之法律亦得在甲國領域內發生效力。二者之關係為交錯的，並非片面的，如左圖：



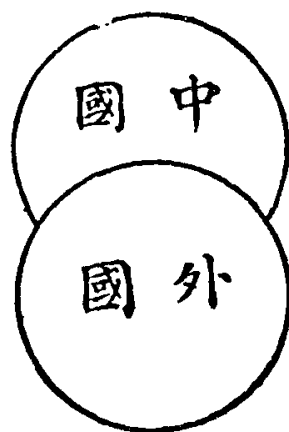
兩圖之交錯處，是為法律效力之例外。

甲國之法律得在乙國發生效力，而乙

國之法律亦得在甲國發生效力。

但若有領事裁判權存在之國家，其本國法律之效力範圍，則隨其縮少。如我國因不平等條約之存在，而許外國在我領域內設立領事裁判權。於是我國法律之效力與他國相較，遂為主權不整之現象，如左圖：





此圖與上圖不同，上圖爲交錯的，此圖則否。中國在外國無領事裁判權，但外國在中國有領事裁判權，故法律之效力不能及於本國領域之全體。

法律關於地之效力，除前項情形外，又有因法律之性質而異其效力者。例如上海市之法令章程，其效力僅及於上海市之地域，他地人民固不受其拘束，此則法律關於地之特別效力也。故在一國之內，法律非全無地域性質。而屬於行政部份之法規，其效力尤具地域性。

### 第三節 關於時之效力

法律關於時之效力，得分五點述之：一曰法律之施行日期；二曰法律之有效期間；三曰法律不溯既往；四曰新法勝於舊法；五曰特別法勝於普通法。茲依次說明之。

一、法律之施行日期云者，乃法律自某一定之起始，發生效力之謂也。除習慣法外，一切法律皆須經過此項手續而後發生效力。在實際上，法律施行之前，恆由合法機關先行公佈。公佈之日與

施行之日不必同一日，且其性質亦異。蓋公布之目的，在使人民知悉法律之正式產生。自公佈而至於施行之期間，稱爲周知期間。如我國民法總則係在民國十八年五月二十三日公佈，至同年十月十日始施行是。法律之效力，以施行之日爲起始，但亦有公佈與施行同時者，如票據法是。票據法第一百三十九條載：「本法自公布日施行，」該法於十八年十月三十日公佈，故其施行亦在同日也。（註七）

二、法律之有效期間云者，即法律至何日而後失其效力之謂也。通常法律並無有效期間之規定，惟較重要之法律，則在法文中時定其修正或廢弛之手續，如憲法是。然亦有因暫時之需要而制定法律者，故爲明定其有效期間。通常對於此項法規，恆採下列二法以示明之：一爲在法規名目中心加「暫行」二字，如暫行反革命治罪法是有明定其有效日期者，如懲治盜匪暫行條例第十一條規定：本條例施行之期間，暫定爲六個月。該條例一再展期，至今仍繼續有效。

三、法律之效力不溯既往者，即法律自施行之日起發生效力而不得及於施行日期前所發生之事項也。此爲近代各國立法之原則，美國憲法且設明文規定之。蓋非如此，人民權利必視握政階

級之喜惡而轉移，有違法治之精神。吾國於此殊失注意，即臨時約法中，亦無此種規定。以致立法漫無準則可循。如民國十八年十一月二十三日公布之修正處理逆產條例，則為法律不溯既往之顯明例外也。

四、法律之效力以從新為原則，所謂新法勝於舊法者，即在某種事項有法律之存在，而嗣後對於同一事項另有新法施行以代替也。試以我國刑法言之，自經民國十七年九月一日國民政府頒布施行之中華民國刑法後，舊時之暫行新刑律（民國元年三月十日施行）則失其效力。以前者為新法，後者為舊法也。

五、特別法勝於普通法者，即同一事項之法律，因特別法之制定施行，而變更或廢弛前項法律之一部份也。惟此所宜注意者，則凡普通法不與特別法抵觸者，仍繼續存在其效力。例如我國刑法為普通法，而民國十七年十一月廿一日施行之懲治綁匪條例則為特別法。故關於綁匪之犯罪科刑等事項，概依綁匪條例之規定。但特別法勝於普通法，不過就原則而言。若普通法有明文廢止特別法之規定者，亦為立法之常事，此不可不注意也。

(註一) 市民法 *Jus civile* 爲羅馬人之法律，祇羅馬人得享有之，其他雜色人等，均無受其保護之權利。例如婚姻一項，依照市民法，外國人之男女結合，無論其如何適合法律之規定，概不承認其爲婚姻。故羅馬市民法之特徵，在於重形式，排外，專制。

(註二) 如明律規定：「凡蒙古色目人，不許本類自相嫁娶，違者杖八十，男女入官爲奴。」纂註曰：「蒙古卽達子，色目卽回回，夫本類嫁娶有禁者，恐其種類日滋也。」

(註三) 我國現以受不平等條約之拘束，外人在中國享受其本國法律之保護。例如法國人在租界內開設煙館，觸犯中國禁律，中國政府無可奈何，因其不受我國法律之管轄也。

(註四) 在居留國所負擔之納稅義務如房捐是。

(註五) 法律適用條例第一條；民法第二條。

(註六) 參看刑法第五條至第八條。

(註七) 惟自票據法頒布施行後，其中有瑕疵及疑義者頗多，深感不便，乃於民國十九年七月一日復頒布票據法施行以補充之，於同日施行。

## 第五章 問題

- 一、何謂法律之效力？
- 二、近代國家，關於法律之效力，究採何主義？
- 三、領事裁判權與治外法權有何異同？
- 四、中國駐外公使，有無享受治外法權？
- 五、何種法律須正式頒布施行？
- 六、法律之效力是否永久？
- 七、何謂「法律不溯既往原則」？我國有無違反此原則之法律？
- 八、何謂法律之「從新原則」？特別法與普通法之效力，在通常情形之下孰大？
- 九、法律之效力是否不問何種情形及於一國之全體人民？
- 十、普通法律與軍人有何關係？

## 第六章 法律之解釋

法律自身之進化，由不文法至成文法。吾所謂不文法，較通常之所示者為廣，即法律由口頭傳誦至文字之記載也。（註一）故凡法律載於文字者，是為廣義之成文法。但人類社會複雜之後，法令滋多，適用不便，乃由無系統的散漫的成文法進至有系統的整個的成文法。此後者即近代之法典也。（註二）法典之為用，在其有條不紊，前後銜接，述事一貫。現今各國（英美法系諸國似為例外）均有法典之編輯。此種法典，大都因國情而異其內容，固非盡然一致也。就法典之性質觀之，言其重要者有五：曰民法典，曰商法典，曰刑法典，曰民事訴訟法典，曰刑事訴訟法典。吾國現有法律，無所謂商法典，因民法商法合併為一故也。其不宜於合併者，另編單行法規。（註三）

法律既用條文概括其義，故文字方面不得力求簡潔。否則，法典之數量，勢必卷帙浩繁，人民反無所適從，惟法律條文日趨於簡單，則晦澀之病，終難避免。蓋以昔日條文有未便適用於今而其

效力仍繼續存在之故，司法之吏，遇此情形，欲求其斟酌情理，援引得當，舍解釋莫由。此法律之解釋所由起也。

近代國家之行使政權，類皆依據憲法或類似憲法（註四）之所規定以爲本。蓋非如此，誠恐政體易流專制。職是之故，法律上遂呈一顯明現象；卽法律隱定之要求是也。法典之編訂，本爲達此目的。試以法國之民法典而言，該典在一千八百零四年頒布，除小部分修正外，迄今仍奉行不衰，然一觀今日之法國，其物質進步遠非前此所可比擬。今以此一百年前之法律適用於今日，勢非藉解釋之力，必不能適應今日之社會也。

法律有待於解釋，既若是重要，然若無相當原則以爲準繩，亦必流於濫用。此解釋法律之方法所由生也。法律之解釋方法，約言之有二：一曰法定解釋，二曰學理解釋。茲依次說明之。

### 第一節 法定解釋

法定解釋者，卽法律明文規定解釋法律之方法也。依其性質，又可分爲立法解釋，司法解釋，行政解釋三種。

一、立法解釋者，由立法機關解釋法律也。其解釋方法不一：有在法令中示其解釋者——例如我國民法第六十六條載：「稱不動產者，謂土地及其定着物。」以示不動產之意義。是有以特別法律解釋者。例如票據法對於本票之發行並未限定其金額，但民國十九年七月一日公佈之票據法施行法第十條則另爲規定：「發票人發行見票即付並不記載受款人之本票者，其金額須在五元以上。」又票據法關於匯票之複本並未限定其份額，而施行法則規定：「匯票以三份爲限。」是有法律文中揭其實例而示解釋之標準者。此在法律中屢見之。因立法者不能詳舉事例，祇舉最普通事項以爲表率。例如刑法第二百四十條規定：「對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法至使不能抗拒而姦淫之者，爲強姦罪。處七年以上有期徒刑。」條文中所舉「強暴」「脅迫」「藥劑」「催眠術」等項，不過示例而已，並非謂強姦之方法以條文中所舉四項爲限也。蓋條文中於示例之下，加「或他法至使不能抗拒」等字，即說明除列舉之四法外，尙有其他種方法焉。再如刑法第三百零四條規定：「懷胎婦女服藥或以他法墮胎者，處一年以下有期徒刑……」條文中所舉「服藥」一項，不過示其爲墮胎之最普通方法，如以他法墮胎亦構成墮胎罪。



由此觀之，立法解釋實則以法律解釋法律也。吾人所以服從之故，以其解釋法律之法令自身，亦具有法律之效力。至若立法之議事錄，草案之理由書，僅有闡明條文之價值，固無約束法院之解釋也。

三、司法解釋者，由司法機關依其職權解釋法律也。此項解釋，亦時分爲二種：一曰審判解釋，一曰質疑解釋。審判解釋者，法院因其審理案情，對於所依據之法律而加以闡明解釋也。例如刑法上之公務員是否包括縣立學校校長而言，法院在其審理此種案件時，自可斟酌解釋。（註五）故此種審判解釋，僅得在判決案情援引法律時行使之，平時固不得爲也。至於質疑解釋，其作用與前迥異。凡法律條文有疑義時，法院得因人民或各機關之詢問予以答覆。此種答覆，則成爲法律，法院自身亦受其拘束。吾國現行法制，以南京之最高法院爲統一解釋法令之最高機關，（註六）故凡關於現行法令有疑義者，均得依法請求解答，其效力等於法律也。

三、行政解釋者，行政官署對於法令，因下級機關之呈請而加以解釋也。行政官署原無解釋法律之權，惟關於本級機關公布之法令章程有疑義時，行政官署亦有權解釋之。然若因其公佈之法

令有與法規或根本法衝突而較疑問者，行政官署仍不得自己解釋，應由上級機關或轉由法院解釋，所以杜行政官吏之專斷也。我國現行官制，凡法律有質疑時，統由司法院召集之統一解釋法令會議解釋。行政官署僅得於其命令範圍之內，操有解釋權而已。

## 第二節 學理解釋

學理解釋者，即以事理之見解解釋法律也。（註八）學理解釋，雖非有絕對權威，而其重要則難否認。且遇法律條文晦澀或前後矛盾不能辨別時，其有賴於學理解釋者，更無待言。

學理解釋又可分爲文理解釋與論理解釋二種。

一、文理解釋 文理解釋者，依據法文上之字義或文義而爲之解釋也。法律之進化由不文法至成文法，更由成文法至近代之有系統法典法，於是法律之文字遂日趨簡潔。然文字之意義，則不盡一致：三字含數義者有之。毫釐之差，失之千里，且刑法上之一字一句，於被告之利益更甚重要。苟不設定原則以解釋法文，全聽法吏自由審斷，難冀實現立法之原意。故文理解釋（或稱文義解釋）甚爲重要，茲述其普通原則於後：

(一) 法律之文字文句必須依照通常之意義解釋之。社會之所以有法律，因其為共信之規則。其內容既為社會生活，故其關係個人利益甚大。法律非對於法律學者而設，亦非對於特定之人而設，乃對於社會一般人而立也。故法文中除專門意義外，概應以通常意義解釋之。

(二) 法律之文字文句以當時立法之意思解釋之為原則。在通常解釋法律之文義，應注意立法者之意思。有因文法失於檢點致啟疑義者，倘不查考當時立法之意思，勢必顛例是非，背乎本旨。而編輯法典之主旨，要不外明示法文之簡潔。故甚注重文字文句，更無待言。司法之吏，僅得就文義之可能範圍內尋其意義。所謂探求立法意思，即此意也。

(三) 解釋法文必須注意其用字例。現今各國重要法規，對於條文之用字，其較重要者恆在篇首或篇末注明文例，以杜爭議。如我國民法第一百二十三條規定：「稱月或年者，依歷計算。月或年非連續計算者，每月為三十日，每年為三百六十日。」——此則文例也。其次條文中之助詞，動詞，均甚重要。前大清律例定有八字之義，(註九)則為字例之解釋，其中有數字現行刑法仍用其義者。茲述數例以為說明之。

大清律例規定刑罰條文中關於「以」字之用曰：「以」者與實犯同，謂如監守貿易官物無異實盜，故以枉法論。此處「以」字爲「同」字解，而犯罪之事實雖殊，而論罪則一也。我國現行刑法第二百四十條第二項規定：「姦淫未滿十六歲之女子，以強姦論。」條文中「以」字卽如大清律例之意義也。

又如「皆」字在大清律例中作「均」解。易言之，如二人共同犯罪均爲犯人也。故現行刑法第四十七條載：「二人以上於過失罪有共同過失者，皆爲過失正犯。」此處「皆」字卽「均」字之意。

他如條文中之「得」「應」「須」「可」「或」「亦」「但」等字，其用法恆有一定。「得」字乃含有斟酌情形之餘地，並非謂必須如條文中之所指示也。今舉例以明之。民法第二百五十條規定：「當事人得約定債務人不履行債務時，應支付違約金。」依本條之意義而言，卽當事人間若訂有違約金時，因爲法律之所許。反之，當事人無訂明違約金者，亦可。由此觀之，字例不亦重要哉！

(四) 解釋法文須注意法律之全文意義 斷章取義，人所詬病，解釋法律尤不可做法。故解

釋法律之文字文句，必須注意全文之意思所在也。例如民法第七十五條載：『無行為能力人之意思表示，無效。雖非無行為能力人，而其意思表示係在無意識或精神錯亂中所為者，亦同。』若僅依此條文而加以解釋，則無行為能力人（現行法定未滿七歲者為無行為能力人）將永無表示意思之方法。迨觀第七十六條規定：『無行為能力人，由法定代理人代為意思表示並代受意思表示。』則可知前條尚有補充之規定也。蓋無行為能力人，雖無自己表示意思之權，然有代理人代為表示意思也。

（五）解釋法律必須注意其穩定性及適應性 今古法律雖異，而其同為維持治安之具則一。故法律之最要企求，厥為社會穩定。（註九）然欲達社會穩定，舍求法律穩定末由。物極必反，社會亦然。法律對於社會之穩定性保持過甚，每使法律趨於僵化。法律為社會而設，並非社會為法律而設。故法律文字文句之解釋，不可不隨時代之觀念而轉移。（註十）法國民法頒布已百餘年矣，然其所以適應於廿世紀之社會者，端賴解釋之力耳。

二、論理解釋 論理解釋與文理解釋，並非對待而立。觀上文所述文理解釋之原則，當可知其

關係矣。若以論理解釋爲不依法文之文字文句，而徒從論理上之法則以求法意者，則爲誤解。夫法文者，法律意義之表現也。法律之爲繩墨規矩，以其有可爲繩墨規矩之具也。

文字者，卽成文法之具也。準此言之，凡詞不達意之條文，不能不謂其文字表現之不足。此際當酌理解釋，以獲法意之所在。然亦僅能在法文中求之而已，固非得自由曲解也。

故論理解釋云云，並非謂離法律文字而他求也。通常之法律解釋，均依文理之解釋方法爲之。簡言之，卽平易之字句，應以平易之意義解之。然以有時依此方法解釋，仍未獲法文之原意者，乃不得不更求一步之探討：此卽論理解釋也。故論理解釋者，乃依論理學上之原則以求文字文句所示之關係，而探求法意之所在也。

法文之論理缺點，約有三種：（註十一）一爲文字之表現含有數種意義者。此際法院應探求法文之合理意義，以與立法之原意相符。故如法文之字義不能作平易解釋時，則應僱用專門解釋。但此亦以立法者制定法律時，曾用此較不自然之意義爲限。例如刑法第二百五十七條規定：『和誘略誘未滿二十歲之男女，脫離享有親權之人監護人或保佐人者，處六月以上五年以下有期徒

刑。』本條文字驟觀之，似以被和誘略誘之人須皆爲未滿二十歲之男女。其實不然。設有某申之妻，年僅十八歲，甲妻雖未成年，但依民法第十三條『未成年人已結婚者有行爲能力』之規定，則因其結婚而成年。刑法所謂略誘和誘罪對於甲妻自不成立。故未滿二十歲並非爲和誘罪之絕對要素。今易前例言之，如甲妻之夫於次年死歿，甲妻歸回娘家，被某乙和誘而去。經人告發查獲到案，究竟某乙是否成立和誘罪，不無疑問。蓋甲女雖已結婚，但其夫已死，且回轉母家後，受行使親權人之監護；某乙對之有和誘行爲，殊應照上舉條文處罪。然若吾人進一步以探求立法之原意，所謂未成年人因結婚而成年，究作何解？依照普通解釋，法律所以有此規定者，無非爲使未成年人可取得成年人之資格也。故一經取得，自不因夫之死亡而隨同喪失。其有和誘之者，亦不能成立刑法第二百五十七條之罪。（註十二）此種解釋，是爲論理解釋，以其不拘泥文字也。

其次，法律文字有時全無意義者。此際應從法律之可能意思解釋之。蓋有時法律條文因前後矛盾，而致不能尋其真意。此在近代法典中發生者較尠。法官遇此情形時，不可不別求解釋蹊徑也。復次，法文中有時因意思之表示不全者，此際應依法意補充之。如前舉刑法第二百五十七條

條文，僅規定和誘罪成立之原則，其特殊情形一項並未規定。故若祇就該條文解釋，必有法意不全之弊。

以上為論理解釋之原則。歷來學者之間，亦有將論理解釋分為補正解釋，類推解釋，沿革解釋三種者。補正解釋即本節所述法文表示不全之瑕疵者。類推解釋即比附援引之謂，詳言之，因某事項而推定他一事項，亦必相同也。沿革解釋者，即依其歷史原因而為之解釋也。

(註一)成文法與不成文法之意義有二：一指法律曾否記載於文字，此為廣義之解釋；一指法律之記載是否編成有系統之法典，此為狹義之解釋。從前說，則英之憲法亦成文法也；從後說，英憲視為不成文法。

(註二)「法典」之要件有二：一為形式齊整；一為內容一定。如我國民法刑法等是。

(註三)如要據法，公司法，海商法，保險法是。

(註四)憲法為近代法治之表徵。類似憲法乃指與憲法有同一之性質而言。例如吾國之臨時約法及訓政時期之約法是。

(註五)現司法院解釋例第 號已解釋縣立學校校長為公務員。

(註六)當國民政府設立南京之初，以最高法院為解釋機關。其後司法院獨立一院，乃改歸司法辦理，以司法院名義操解釋法



律之權，惟實權上仍是最高法院主持其事也。

(註七) 祇可擬例請求解釋，不得以繫爭之案件呈請解釋，所以杜干涉憲判之嫌也。

(註八) 見 Salmvud: Jurisprudence, The edition, 第一八一頁。

(註九) 八字之義者，即「以准皆各其及即者」等八字也。

(註十) 如前大理院對於大清律例民事有效部份之解釋，

(註十一) 見註八書第一八二頁以後。

(註十二) 見司法院解釋第 號。

## 第六章 問題

一、何謂法律解釋？

二、法律解釋有何重要？

三、論理解釋與文理解釋有無異同？

四、文理解釋之方法有幾種？並詳為說明其作用。

- 五、我國現行司法制度，法令之解釋權屬於何種機關？
- 六、行政官署有無解釋法令之權？
- 七、試說明立法解釋之方法。
- 八、成文法恃何種方法以適應社會之需要？
- 九、刑法規定：『當場激於義憤而殺人者處一年以上七年以下有期徒刑。』條文中所舉以上以下作如何計算，試說明之。

## 第七章 法律之執行

法律制定頒布施行之後，如無相當機關專司其事，則法律必等於具文。徒法不能自行，吾人固習聞之矣，雖然，此推行之道，不可不慎焉。往昔君主專制政體盛行，一人兼行政立法司法三者，致法律之公平，難冀實現。迨民主政治興，三權鼎立設，行政立法司法始各有其範圍，不相侵越。法律之執行，不復有隨握政者一己之好惡矣。

惟各國政制不同，文化不一；社會生活又視民族而殊異，故法律之執行方法及程度，不能一概而論。（註一）但就大體觀之，其中亦有共通之點。今爲便利起見，分爲二端言之。其一爲審判機關；其二爲執行機關。

### 第一節 審判機關

一國法律之執行，通常由司法機關掌理之。（註二）其操握審判者，通常稱曰法院。法院爲受理

法律爭議之機關，依其性質可分爲普通法院，行政法院，與特別法院三種。

一、普通法院司理全國人民關於普通法律之爭議事項。其執行範圍，以屬於人民者爲限。如刑事，民事，商事，及其他同類爭議事項，普通法院均有管轄權。管轄權者，法院對於爭議案件有無受理審判之權限也。普通法院關於民刑事案件固均有受理之權，然非任何普通法院皆得受理者。故管轄之中，又分爲：（一）事物管轄，即依訴訟案件之性質，所定之管轄也。易言之，即依訴訟之輕重難易所定之管轄也。例如反革命案件之由高等法院受理是。（註三）（二）土地管轄，即依土地區域與訴訟案件之關係所定之管轄也。法院有土地管轄權者，謂爲法院之管轄區域。良以地域遼闊，案件衆多，不獨一法院難以勝任，且道途往返耗時，殊非保障人民利益之道。故各國於事務管轄之外，更以土地區域劃分法院行使審判權之範圍。例如上海地方法院之土地管轄，以上海區域爲界限是。（三）指定管轄，即下級法院之管轄權，由上級法院指定之謂也。例如鎮江地方法院之案件，經江蘇高等法院調與上海地方法院受理是。（四）合意管轄，即當事人（係包括原告被告而言）合意授與法院管轄權也。例如上海之甲乙因事而涉訟，往杭州地方法院請求其受理是。

管轄權又因法院等級而異者，是曰審級管轄。各國法院，分有等級。吾國前採四級三審制，詳言之，即法院之審級，分爲最高法院，高等法院，地方法院，及初級法院，而以三審終結爲原則也。（註四）凡一案件經初級法院受理初審者，至高等法院爲終審。其由地方法院受理初審者，則至最高法院爲終審。現已另頒法院組織法，改爲三級三審制。（註五）但亦有二審則爲終結者，如刑事訴訟法第十條規定高等法院對於內亂罪外患罪妨害國交罪有第一審管轄權，而上訴至最高法院則爲終結。夫法院之所以分有等級者，不外在杜法官（推事）之武斷專橫。蓋有上訴機關以糾正其審判，則下級法院，較難舞弊也。

二、行政法院之制，創於大陸，英美固無此制也。查行政法院之設立，在於受理行政訴訟之案件。詳言之，即關於人民對於官吏執行職務違法損害權利之行爲而提起之訴訟也。民國元年之臨時約法稱行政法院爲平政院，現國民政府改爲今名。其正式設立日期，尙未定也。法院之法官，稱曰推事，而行政法院之審判官，則爲評事。（註六）

三、特別法院，即於前項所述法院之外，因特別情形而設立之法院也。其最著者爲陸軍法院，海

軍法院所執行之法律，亦限於陸軍法及海軍法。除軍人外，普通人民不受其審判。我國最近通過之約法第九條，且明文規定『人民除現役軍人外，非依法律不受軍事審判。』（註七）

## 第二節 執行機關

若法院之判決，無相當機關為其執行，則其判決亦等於零。故又有執行機關之設焉。此種機關得分為三項：（一）司法警察，（二）普通警察，（三）軍隊。今各為簡述之於左：

一、司法警察為通常法院之執行人員。其任務有三：（一）維持法院之秩序，（二）逮捕被告人等，（三）執行法院之判決（如查封財產等）。其未能執行或須協助執行者，則請求普通警察幫助辦理。要之，在通常情形之下，法院判決之執行，胥賴司法警察之力也。

二、普通警察之設立，在於維持治安。故凡破壞秩序，或擾亂安寧之徒，警察則出而干涉，其較重者拘捕之。城市之中，警政尤為重要。各國設有專署掌理其事，吾國稱為公安局，即從前之警察廳也。公安局之處分權，我國現行違警罰法有詳細之規定。其最高之罰款，不得超過十五元，併罰者不得過三十元。拘留不得過十五日，併罰亦不得過一月。其有重大案件，須即時移交法院受理。然以

法律無明文規定公安局對於拘捕犯人應從速處置之故，於是無辜受其拘留延遲者時見。最近通過之約法，關於此點，曾於第八條明定曰：「凡人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁者，其執行逮捕或拘禁之機關，至遲應於二十四小時內移送審判機關審問。本人或他人得依法請求於二十四小時內提審。」（註八）

三、軍隊如上舉各項之執行方法，仍未能湊效或不足湊效時，國家得施以兵力。現今文明各國，養兵之用，以禦外侮為主要目的，至以兵力執行法律者，殆為過去之歷史。我國目下政紀混亂，法治未立，故政見之爭，均藉武力決是非，致政治日趨不可收拾。今者憲法開始制定，異日施行與否，端賴全國人民維獲之力以為斷也。（註九）

（註一）法律之執行，誠為近代實現社會公道之重大問題。紙上之法律與實際上之法律鮮能一致。前者趨於理想，與事實相去頗遠。在審判方面，各國研究審判制度、方法，以及證據之審定，其主旨無非在求法律美意之見諸實行也。

（註二）司法機關之職權有二：一為執掌司法行政事宜，一為執掌審判事宜。

（註三）他如刑法上之內亂罪，外患罪，妨害國交罪等均屬高等法院受理第一審。見刑事訴訟法第十條。

(註四)在實際上，初級法院並非單獨設立，均附屬在地方法院之內。現行法對於民事案件不滿千元者須先試行調解，俟調解不成立後方得提起訴訟，關於初級法院之刑事管轄權，原則上以最重本刑為三年以下有期徒刑之罪，見刑事訴訟法第八條。

(註五)第二條，二十一年十月念八日公布。

(註六)行政訴訟法草案已於民國二十一年十月二十二日由立法院通過。

(註七)事實上此條等於具文矣，人民無端受軍事機關之拘捕審判槍斃者，幾日有所聞。法紀敗壞，已達極點。

(註八)依此條文，公安局對於違反違警罰法之犯人自有審判之權。然因此而無端稽延數日以上者則為事之常有。約法祇規定

二十四小時內移送審判決定，而對於不遵從此項規定時，應如何辦理，固未明白規定也。

(註九)憲法本無良惡之分，其作用價值端視行與不行耳。若英之零碎憲法，從系統言之，固一極不齊整者也。然以其適合英國民族之需要，故推行無阻。至於我國，自民元以來以至二十年六月一日頒布之約法，論其條文及系統，均較英憲為佳，然其效

力則遠不及英憲之萬一矣。



## 第七章 問題

- 一、法律無執行機關可否？
- 二、法律之執行機關約有幾種？
- 三、試述管轄之意義？
- 四、審級管轄有何作用？
- 五、吾國法院組織有幾級？內亂罪之初審屬於何級法院？
- 六、行政法院與普通法院有何區別？
- 七、公安局有無刑罰權及審判權？

## 第八章 法律之制裁

制裁者，即法律予違法者以不良之效果也。（註一）蓋法律施行之後，其目的在求人人遵守勿違。今若有人違反法律之禁止或指示，倘不加以制止或刑罰，各人將起而效尤；所謂法律之效力，又安得哉。故法律除施行執行外，又必加以制裁焉。

禮禁於未然，法施於已然。此禮法之不同，而法律之所以重要也。制裁為法律特性之一，禮則無有焉。故吾人謂法律為社會生活之強制規範者，乃以法律有此制裁性也。法律之制裁方法，約有四端：一曰刑罰，一曰強制執行，一曰賠償，一曰判決執行。茲分述之。

### 第一節 刑罰

國家對於犯法者剝奪其法益或生命，謂之刑罰。原始社會，法律之唯一制裁，厥為科刑。在最古時代，被害者往往自由報復，固無所謂刑罰也。法律之有刑罰，實已為人類較進步之社會，去古已遠。

迨文化漸趨發達，國家觀念成立，於是科刑之制，漸次蛻變。至物物交易時代，社會組織略具雛形，物品視爲要件，而違法者遂不必盡受科刑之痛苦，得以貴重物品贖罪。（註二）此刑與罰之所由起也。迄今各國刑與罰各有區別。凡犯罪重者則科以刑，其較輕者，或科刑或罰金，視案情而定。至最輕之罰，則以罰金爲原則焉。

刑罰之作用有五：（一）報復作用，（二）懲戒作用，（三）預防作用，（四）匡正作用，（五）教育作用。茲依次說明之。

（一）報復作用 原始刑法，以報復爲中心。卽至今世，普通人之觀念亦視刑罰爲國家代其報復私忿。如殺人者科以死刑，爲報復之一顯明例也。

（二）懲戒作用 法律施行後，原冀人人遵守勿違。今若有人違反法範者，則不可不予以懲戒。例如刑法上禁止傷人一條，犯此罪者，皆科以刑，使犯罪者知刑之可畏，而不敢嘗試。然對於惡性不改之徒，懲戒方法則失其效用矣。

（三）預防作用 各國刑法，編諸典章，所以示人民遵守之界限也。且刑法之中，對於各種罪

刑，彌不言其綱要，使知所畏避。及至犯罪成立，刑罰又加其身。社會人士既知犯罪之痛苦，或不至再蹈覆轍，但此種預防作用，亦以其人有懼怕心理方可發生效力也。

(四) 匡正作用 此與懲戒作用大同小異。其不同者，即因匡正作用在於犯人之改過自新。我國刑法，有假釋及緩刑之設，假釋云者，即於犯人經判決徒刑在獄，於其未屆出獄之期而權令出獄之謂。其出獄之日視爲與在監獄相同。此種辦法，原爲增加犯人悔過之速率。然其適用，亦祇以犯人確有悛悔之實據爲前提條件。否則，恐反爲狡猾之徒所利用也。緩刑則較假釋更進一步。對於偶然犯輕罪之犯人，緩其刑之執行，所以期犯人之悔過自新也。

(五) 教育作用 近代刑法，不惟科之以刑而已，且更進一步以爲犯人謀利益焉。例如授犯罪者以技藝是。蓄意至善。蓋犯罪者若有技藝以自活。則出獄後之犯罪機會必較少，未非一治本之道也。

刑罰之規定標準，各國不同，別之有三種主義：

(一) 擅斷主義 擅斷主義者，乃對於違法者之刑罰，一聽審判官吏以已意定奪也。此多見

於古代社會，現今文明各國已廢用矣。

(二) 絕對法定主義 此與前者適成相反。擅斷主義對於刑罰無一定之標準，而絕對法定主義則不許司法官吏有自由裁量之權。在嚴法時代，此主義最爲盛行。然以人事非如數學機械之準確，故犯罪情況每不相同，法律既不能盡舉人事詳爲條舉，若憑一定不變條文而不留裁量餘地，勢必矯枉過正，適成削足適履之弊。故此主義亦成過去，以其不能適應社會生活之需要也。

(三) 折衷主義或曰相對法定主義 此乃以法定主義爲原則，而輔以擅斷主義之精神也。各國刑法現多採用此主義。以其較能適合刑罰之作用。我國現行刑法亦採此主義。例如刑法第二百五十七條載：『有夫之婦與人通姦者，處二年以下有期徒刑，其相姦者亦同。』是通姦罪之最重者爲二年有期徒刑，但法院得因情節而於二年以下定刑焉。

刑罰觀念既隨社會之進化而變遷，故刑罰之種類，胥視社會之生活樣式以爲斷。先進諸邦，對於刑罰之設施，務求適合社會需要爲度。此猶醫生之藥方，須以病人之症候爲準，醫者固不得離症而談藥方也。

各國刑罰之種類，大致相同。依其性質言之，約有五類：（一）身體刑或生命刑，（二）自由刑，（三）財產刑，（四）權利刑，（五）營業罰。若從科刑之標準觀之，則有主刑與從刑之分。主刑爲獨立可科之刑罰，而從刑則爲附隨於主刑所科之刑罰也。今將各種刑罰簡述之於左：

一、身體刑 身體刑者，予犯人以身體上之痛苦也。我國從前刑法，關於身體刑之種類甚夥。舉其要者，有墨，劓，劓，宮，大辟，笞，杖，徒，流，死，等，無一非欲使犯人感覺身體之痛苦也。民國成立，以舊昔科刑觀念不合近世刑法，僅保留死刑一項。並限死刑之執行方法僅得以絞行之。然以社會混亂，政治腐化，在實際上，死刑多用刀斬槍斃者。死刑以施於犯罪最重者爲原則，我國因社會情形不同，故刑法上之死刑數十見。瑞士已無死刑之存在矣。

二、自由刑 此種刑罰，在於剝奪犯人之自由。依其輕重次序，又可分爲四項：

（一）無期徒刑，即犯人終身擊縲囹圄之刑罰也。此與死刑僅一線之區別，其精神上之痛苦實較死刑爲甚也。

（二）有期徒刑，即犯人在一定之期間內，停止其自由權之刑罰也。刑法第四十九條規定有

期徒刑爲二月以上十五年以下，但遇有加減時，得減至二月未滿或加至二十年。

(三) 拘役爲自由刑之較輕者。其與徒刑不同之點有二：(甲) 拘役之刑期較短。刑法第四十九條規定拘役爲『一月以上二月未滿，但遇有加重時得加至二月以上。』(乙) 受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後五年內再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，須加重其刑。但受拘役之犯人，若於刑期終了後再犯同一之罪者，則無加重其刑。此因拘役之罪較爲輕微也。

徒刑與拘役之囚人，在現行刑法上均於監獄內拘禁之，並令囚犯服法定勞役。但得因其情節而免除之。

(四) 拘留，即將違法者拘置之謂也，其與拘役有別：(甲) 受拘役者得令其服法定勞役，而拘留則否。(乙) 拘役之期限較拘留爲長。我國違警罰法規定拘留期限爲十五日以上一月以下，併留不得過三十日。(註三)(丙) 拘役之處所爲監獄，而拘留之處所爲公安局。(丁) 受拘役之再犯無加重科刑，而受拘留之再犯在相當期限內加罰。

三、財產刑 此乃對於犯人身體以外之刑罰。別之有二：

(一) 罰金 罰金者，犯人因犯輕微之罪而令其繳付相當金額之罰也。罰金應否存在，主張者與反對者各有理由，吾人可置不論。惟各國對於最輕之罪，皆以罰金為刑罰。我國刑法規定罰金額以一元以上，但因犯人貧困得減至五分之一。若犯人無力繳納罰金，則易科監禁。易科監禁之標準，刑法以一元以上三元以下折算一日，如犯人因貧而減罰金者，則以減得之數比例計算。而違警罰法之罰金以十五元為最高額，併罰亦不得超過三十元。如無力繳付者，即每一元易拘留一日，此其別也。

(二) 沒收 即將犯人之物品沒籍入官之謂也。現行法規規定三項：

(甲) 違禁物，如私藏之軍火是。

(乙) 供犯罪所用及犯罪預備之物。供犯罪所用之物，如殺人之刀是，供犯罪預備之物，如放火之火油是。

(丙) 因犯罪所得之物，如強盜槍取之贓物是。



除違禁物外，其他沒收之物以屬於犯人者爲限。若最重本刑僅爲拘役或罰金者，非有特別規定，不得沒收。惟違警罰法亦有規定沒收者，凡二項：一爲供違警所用之物，二爲因違警所得之物。故罰金與沒收，學者稱爲財產刑。其與自由刑有一極異點：卽財產刑之執行，爲犯人自身以外之物，在有資產之犯人不受身體痛苦。而自由刑則以犯人之身體自由爲刑罰之目標也。

四、權利刑 此乃剝奪犯人所應享受公權之刑罰也。刑法規定左列五項爲褫奪公權之內容：

(一) 爲公務員之資格；

(二) 依法律所定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格；

(三) 入軍籍之資格；

(四) 爲官立公立學校職員教員之資格；

(五) 爲律師之資格。

褫奪公權之期限，視主刑之輕重以爲率。犯罪重者，褫奪公權之期限長，或至於犯人之終身。犯罪輕者則較短。但褫奪公權之期限與主刑之期限，未必相符。依刑法，褫奪公權分爲無期及有期二

種。無期褫奪公權，以（一）宣告死刑或無期徒刑者及（二）宣告十年以上有期徒刑者為限。但後一項褫奪公權之規定，得減為有期。有期褫奪公權之期限為一年以上十五年以下，其實施標準以主刑之輕重為率。刑法宣告六月以上十年未滿有期徒刑者，其褫奪公權不得逾十年。此外褫奪公權之不得執行者有二：

（一）宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者；

（二）因過失犯罪者。

五、營業罰，即剝奪違法者之特定營業權也，其處罰程度有二：

（一）停止營業遠警罰法規定其期間為十日以下。易言之，停止營業之罰以十日為最重之罰也。

（二）勒令歇業限於累犯同一違警之行爲。但若其營業之危險性甚大者，則不無例外。如違警罰法第四十六條第二項對於「人烟稠密之處開設糞廠者」規定初犯時即可勒令停業是。但關於營業罰之目的，祇處罰在特定地方或特種營業不得營業，並非完全禁止違法者之營業自由。

也。所謂特定地方者，如於人烟稠密處開設糞廠一項是。其禁止理由，因其有妨礙衛生。若違法者至鄉村或人烟稀疏處開設糞廠，固為法律所許也。所謂特種營業者，為開設烟館妓館等是。因此類營業，有礙風化，故禁止之。

### 第二節 強制執行

強制執行者，即法律強使義務者對權利者直接履行其義務之謂也。（註四）故凡性質上宜於履行而不宜於賠償或賠償欠當者，皆以直接履行為原則。例如某舞台請名伶甲演技，雙方訂立契約，嗣後甲無故悔約，則該舞台可請求直接履行。蓋此等契約，祇以個人技能為表率，義務人倘得任意破約，置權利者於不顧，則法律未免厚彼而輕此。此各國法律所以有強制執行之規定也。

### 第三節 損害賠償

損害賠償，乃法律救濟之最顯著者，其與強制執行不同。損害賠償之目的，在於補救被害人之損失。如甲與乙訂明六月間由乙賣與甲草帽一萬頂，給價一萬元。屆期乙祇交貨一半，餘半因無貨不能成交，在此情形之下，甲則可要求乙賠償損失。故與強制執行不同也。

損害賠償發生之原因有二：

(一)破壞契約，即義務人不依照或違反契約也。

(二)不法行爲，即損害他人之法益或特定權利也。

#### 第四節 判決執行

判決執行者，以依審判確定之權利，使發生實行之效果也。此執行之機關在形式爲法院，而實際則爲國家。前所言之直接履行及損害賠償二項，若遇義務人不履行審判衙門之判決時，法律則加以制裁。此制裁在私法下曰執行，茲稱判決執行者，所以別乎強制執行也。今將前述草帽之例伸言之：若法院判定乙須賠償甲二千元，乙不照付，甲即可請求法院執行。如乙仍不照付，法院則可拘押被告飭其付清，如乙有產業，則查封拍賣其產業以抵償。(註五)前者之執行，謂之間接強制，以其在於促令債務人履行清償之責任也。後者之執行謂之直接執行，以其直接取義務人之財產以抵償也。

(註一)判裁(Sanction)爲法律之生命。然若法律失却平衡，不察社會之程度，則制裁之用實甚危險，且每因此而造成社會革

命也。

(註二)罪贖之制，起源甚古，今之監禁易科，卽前清之贖罪也。

(註三)在事實上，公安局拘留犯人之期間每無限制，對於公安局之處分不服時，祇可訴願上級機關。但以中國官廳遲鈍，此項訴願幾等於零。

(註四)強制執行(Specific Performance)爲使義務人履行契約之行爲，近代立法，以賠償爲原則。關於特種法律行爲，如婚約是，不能施用強制執行。

(註五)依現行民事訴訟法，對於判決執行頗覺困難。法律雖有救濟之條，但法院可以拖延案件，予被告以匿避遲延之機會。

## 第八章 問題

一、法律是否須有制裁？

二、制裁之目的何在？

三、法律制裁之種類有幾？

四、刑與罰有無區別？

## 第八章 法律之制裁

- 五、自由刑與權利刑之異殊何在？與在法律上人人平等之原則有無矛盾？
- 六、拘役與拘留有區別否？
- 七、沒收在何種情形方可行之？
- 八、試述假釋與緩刑之意義。其異同何在？
- 九、試言警業罰之作用。
- 十、試述間接執行與直接執行之異點。
- 十一、我國刑法採何種主義？試舉例說明之。
- 十二、試述刑罰之作用。

## 第九章 權利義務之意義

### 第一節 權利義務之由來

社會生活隨時代而異，故法律之表現亦隨之而不同。社會之間，彼我名分，最爲重要。無彼我，則無社會可言矣。（註一）故社會之企求，先在於定名分。定此名分之具，儒家曰禮，法家曰法。禮近於迂，以其無一定之標準，易流滋弊。法則切實，以其效力爲絕對的。此法治主義所以盛行近代也。（註二）定分云者，以今語解釋之，則爲法定之權利也。慎子論此最透澈，其言曰：（今一兔走，百人逐之，非一兔足爲百人分也，由未定也。由未定堯且屈力，而況衆人乎？積兔在市，行者不顧，非不欲兔也，分已定矣。分已定，人雖鄙不爭。故治天下及國，在於定分而已矣。）慎子以法律之主要目的，即在於定分，此與荀子相同，所異者手段耳。觀此則可知吾國法家思想之精透，惜其後繼無人，致此燦爛不可一世之學說，隨秦而歿焉。

## 第二節 權利之本質

關於權利之本質，學說紛紜。擇其要者有五：曰自由說，曰意思說，曰範圍說，曰利益說，曰權利說。茲簡單說明之於左：

一、自由說 權利即自由，故凡在自由範圍內之行爲，即爲權利。此論實屬欠當，且對於權利之本質，全未了解。蓋權利雖有自由之成分，然非即爲權利之本質也。「自由範圍內之行爲」云云，究指何義，不無疑問。將謂良心乎？則漫無標準。將謂道德乎？則非法律所問。將謂法律乎？則自由範圍內之行爲，未必皆爲權利。此說之不足採，蓋甚顯明。（註三）

二、範圍說 與自由說大同而小異者爲範圍說。其說以權利爲法律所許人行爲之範圍。（註四）夫權利自有一定之範圍是也，然謂有一定範圍之力爲權利則可，而以範圍即爲權利則不可也。蓋「範圍」一語，漫無標準。若解爲法定範圍，雖可較爲明瞭，然亦難以之爲權利之本質。

三、意思說 以意思爲權利之本質者，總稱之爲意思說。其中雖有意思自由與意思支配之分，但今之所謂意思說者，以意思之支配一見解爲有力。（註五）此說謂權利爲法律所與之意思之力



或意思之支配力；並謂有權利無主張之意思者，則無意義。如未成年人及精神病人之由法定代理人代爲受授其意思者，所以示權利之爲物不可欠缺意思也。惟此說之立論，近於強辯。蓋以欠缺意思之人，得由法律補充者，乃以意思爲法律之造物耳。既爲法律之造物，意思之力云云，不亦欺人之談乎？況權利之設，更非爲人之意思的支配也。試觀「人之權利能力始於出生」之規定，即可知之。各國法律對於孩童意思表示之受授，雖由其法定代理人爲之，然非權利之成分必須有意思之力也。且人於出生時即享有權利能力，固不待其法定代理人先爲意思表示爲前提條件，尤可顯見。更進一步言之，倘人於出生時之父母俱歿，亦無親屬爲其監護，僅有產婆爲其看護，此際既無代理人，法院亦未爲委任，將謂其無享受權利能力乎？是又不然矣。

四、利益說 與意思說相反者爲利益說。此派下權利之定義曰：權利者法律所保護之利益也。（註六）蓋權利之主體非與意思之主體相同一，如未成年人及精神病人，在事實上均無意思之力。將謂其無意思而不得有權利乎？則又不然。如以權利爲意思，則對於不知不覺間而變爲權利者，自不能說明之矣。或難利益說者曰：「以法律所保護之利益，概認爲權利，則其因此所生之結果，凡依

法益而間接直接之受益者，悉可認為權利矣。」此實不明何謂「保護之利益。」所謂法律保護之利益者，謂其已經法律之確認者而言，非指由此法益所生之結果也。如自然人至相當年齡有訂定婚約之有效行為，「訂定婚約」為其利益，亦即為法律所保護之利益，故為其權利。倘有他人非法禁止其訂定婚約之行為，對方破壞已簽訂之婚約，其受害者則可得法律之救濟。更進一步言之，因婚約所生之利益，法律亦從而保護之。例如男方贈與女方寶石，此種贈與之效果，遂賦與女方對其寶石享有一切之利益，倘有人侵害其享用者，彼固得依法請求救濟也。

且就權利一語釋之，益見明瞭。權利者，有權力之利益也。有權云云，當然指有所受之謂，故有權利之利益，為依某種權力應得之利益也。於是學者，對於權利之主要分類，有自然權利與法律權利二者。要不外示其利益之所出也。故利益說以法律所保護之利益為權利，較之上述數說，不可謂非進步也。

五、法律上之力說 此說下權利之定義曰：「權利者，得享受國家的生活上必要之特定利益而使活動之之法律上之力也。」（註七）其見解謂權利乃法律給與各人之力，故權利之本質為法

律上之力，而非事實上之力。然則如何方謂法律上之力乎？曰：得享受國家的生活上必要的特定利益或使活動之力是已。即單得享受此利益之力，亦不妨為權利。故如意思能力欠缺，不能獨立判斷事物者，雖無得使此利益活動之資格，亦得享受之，仍不失為權利。惟欲使此利益活動作用者，則以意思為必要。此法律所以為無能力者等設有法定代理人等，以補充其意思焉。觀此派之所論，實遠不如前說之精透。蓋既認權利為法律上之力矣，而又曰即單獨享受此利益之力，亦不妨為權利，實自陷矛盾。蓋權利為法律上之力云云，由反面言之，凡法律上之力當為權利矣。今無意思能力人在法律上祇可享受權利，但對其權利之行使，易言之，即此派之所謂「而使活動之力」，法律規定由法定代理人為之。信如此說，是法定代理人始有權利矣。反之，如謂單獨享受利益者亦認為權利，則權利之本質，必皆非為法律上之力，因無法律上之力，亦得認為權利也。

### 第三節 權利之定義

以上數說，要以利益說為較近理。惟權利為法律所保護之利益，仍欠完全，今為補充其定義曰：權利者，法律所確認之利益而具有排除力也。此定義取利益說之長，而補其短。蓋法律所確認之利

益雖大半爲權利，然非皆爲權利也。例如債務人於其債務經過一定之期間完成後不付償還之責，此爲法律所確認與該債務人之利益，但非其權利。何以言之？如債務人於時效完成後仍償還其債務，法律則不許其再向債權人索回所還之債權。此種不付償還之利益，不外爲法律維持社會之穩定而設，非以之爲債務人之權利也。且債權人於時效完成後之債權，祇喪失其訴追權。其債權仍然存在，故以法律所確認之利益，非皆爲權利也。

反之，權利須皆爲法律所確認之利益而後可。否則，非法律之所謂權利矣。但除此要素外，權利有須具有排除力。故凡法律所確認之利益而無排除力者，不能謂之權利。因權利之有排除力，方可與義務相對待而言也。義務爲法律所確認之行爲或不行爲之負擔。凡行爲與不行爲必須對其人，有權受益者始可謂之義務。否則，非法律所謂義務矣。例如佛教之博愛，其說以戒殺生爲旨，今余殺雞以餉客，固違反佛之博愛精神。然在法律上余固無對雞之義務，以其無權受益也。或曰：子若殺他人所有之雞，各國法律，不亦視爲非法乎？該雞之所有人不亦有權索償乎？然此非余有對雞之義務也。余之不得宰殺他人之雞，實緣該物非吾之所有。既非余之權利之標的，即余自無使用處分之權。

也明甚。

(註一)有彼我名分，始有私有制度。今日人類之有貧富懸殊，皆由於彼我之界限也。佛教爲解救人類，故有滅我之論。

(註二)法律之論理方式爲嚴名分。名家法家，在古代無甚殊別。鄧析子爲名家，然其無厚論乃論理的推究法律也。

(註三)此說卽俗稱自然權利說。

(註四)依此說，則凡法律上許可之行為皆爲權利，不能說明一切，是其缺點。

(註五) Windscheid 之見解。

(註六) Jhering 之見解。

(註七) 旧人三藩信三之見解。

## 第九章 問題

一、權利義務之作用何在？

二、試述權利各說之梗概。

三、權利之本質各說，以何說爲比較切當？並述其理由。

四、今有某甲畜養一愛狗，善技，嗣某乙投以毒餅與該狗食，食後斃命，甲向法院控乙以殺狗罪。試問該項罪名可否成立？甲之狗有何權利？

五、某婦懷胎九月，不日將產，某乙於夜間假裝鬼臉戰赫孕婦，致驚駭過分流產。試問該婦可  
控乙以殺人罪否？

## 第十章 權利義務之種類

權利義務之性質，既如上述，今言其種類。

### 第一節 權利之種類

一、公權與私權 此爲權利之二大分類，其區別頗爲重要。第其內容龐雜，苟於或種權利，爲公權乎？抑爲私權乎？每難區別。故關於公權私權之區別標準，議者紛紜，擇其要者有四：

(一) 公權爲公法上之權利，私權爲私法上之權利。然何爲公法，何爲私法，其界限亦一如公權與私權之難明瞭。依此說，吾人必須先區別何爲公法，何爲私法，始可知公權私權之界限也。例如憲法雖爲公法，但其中規定人民私權者甚多，如居住自由，人民所有權之不可侵犯等是。又如公司法之爲私法，而其中亦有規定不遵守法規之處分規定，是私法中亦具有公權也。此說之不可採，不惟未能區別公權私權之所在，且區別之標準自身，亦模糊不清也。

(二)公權爲國家與人民間之權利，私權爲人民相互間之權利。此說亦有瑕疵：國家與人民間之權利，雖多半爲公權，但非盡然。如國家銀行與人民發生之權利關係，卻爲私權。反之，人民相互間之關係亦有關於公權者，如選舉權是。

(三)公權爲關於公益之權利，私權爲關於私益之權利。然何爲公益，何爲私益，亦屬疑問。公益私益且不能辨清，卽所謂公權私權之區別者，無異盲者談日矣。

(四)公權爲國民之權利，私權爲不限於國民之權利。此說以公權爲國家與人民發生直接關係之權利，如當兵義務爲國民應盡之天職是。僑居之外人，因其非國民，故往往不負擔此項義務。若私權者，不論何國之人民，悉得平等享受。故公權之授與以具有國民資格爲條件；私權之授與則否。但此說之缺點甚多，雖可差強解釋一部分現象，卻不能視爲區別公權私權之標準也。例如外人得任領事職務是。領事職爲公權之一種，今外人亦得享有之，則此說之不完全也明甚。

以上數說，各有缺點。此因公權私權之界限，並非絕對隔開也。各國法律均爲其社會生活之狀況而定，故公權與私權之內容不盡同。且公權私權二名詞，根本上已在推翻之列。嚴明之界限，更難



確定也。惟學者襲用已久，吾人一時難爲之抹殺不提，本書祇可并錄，聊供初學者之參考耳。

公權與私權，又得詳爲分類。茲僅就私權之分類，述之於左：

(一) 人身權 人身權者，以權利不得離開其人之謂也。又可別爲人格權及身分權二種：

甲、人格權 人格權者，不得與其人格相分離之終始權利也。人格得爲權利之主體，近代法律，凡爲自然人者，皆有人格權。此項人格權之終始，通常與其人之生命而終始。民法第六條載：『人之權利能力，始於出生，終於死亡。』此項權利爲絕對的，易言之，卽不得拋棄而讓與之權利也。如生命權、身體權、自由權、名譽權等，卽爲其例。

一、身分權 身分權隨一定身分而產生，如監護權是。惟此種身分權，與其曰權利，毋寧稱謂義務較爲切當。我國民法親屬篇且已廢除親權一詞。良以父母教養子女，本爲其應盡之天職。而因此所生之督教監護，在行使之一方觀之，或可勉強解爲權利；若從法律之目的而言，實不得視爲權利也。

(二) 財產權 財產權爲吾人之享受生活實質權利。雖可與人格相分離，但亦非絕對的。人

爲自然有生之物，其須恃物質養其生命，自無待言。故以財產權爲與人格相分離之權利而不加以限制者，實屬謬誤。如被宣告破產之人得因維持生活而許保留相當之財產，卽其例也。

財產權得依其性質分爲債權物權二種。物權之中又可分爲有體物權及無體物權。債權爲對於特定人要求行爲或不行爲之權利；物權爲對於物得直接受益之權利，其詳將於第十四章述之。

(三) 結社權 此爲近代之新權利，卽自然人有集會結社之權利也。結社權又可分爲一般結社權及特定結社權。前者如設立俱樂部是，以此種權利不限於何種之人也。後者如政治團體是。二、主權利與從權利 凡獨立之權利而不需他種權利始得存在者，謂之主權利。反之，其附隨某種權利而始得存在之權利者，謂之從權利，如抵押權之附從於債權是。例如民法第八百六十條載：『稱抵押權者，謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權。』觀此可知抵押權爲從權利，其所附從之主權利則爲債權。從權利以主權利之存在爲前提，故主權利若消滅，從權利亦隨其消滅。

如上舉之例，債務人倘於清償之日償還其債務，則抵押權自歸於消滅。反之，如抵押物因天災

而毀滅，債權固仍存在也。

尤有進者，在原則上，主權利有移轉時，從權利亦隨其移轉。民法第八百七十條載：『抵押權不得由債權分離而為讓與。』是其例也。

三、對世權與對人權 凡權利之效力得對抗一般人者，謂之對世權，又稱絕對權，因其效力之所及為絕對的。反之，權利祇得對抗特定之人者，謂之對人權，或稱相對權，以其權利之效力非絕對也。如物權，人格權，名譽權等為對世權。此項權利，無論何人，均不得非法侵害之。故對世權之對等義務為消極的，申言之，即世人對此權利之享有人不負積極的行爲也。債權則否。如乙向甲借五十元，甲對乙之權利為債權，甲僅得向乙索回五十元之權利，甲乙以外之人固無義務也。

四、原權與救濟權 凡法律直接賦與之獨立權利，謂之原權，或稱第一權。其因侵害原權所生之權利為救濟權。人格權為原權，而其受侵害所發生之損害賠償請求權，撫慰金等，則屬救濟權也。

五、專屬權與移轉權 凡權利屬於特定之人而不得移轉者，謂之專屬權。反是，則為移轉權。如民法第十七條載：『自由不得拋棄，』為專屬一身之權利。法律之禁止其讓與或拋棄者，以其為人

格之不可少之物也。至於財產權，在原則上，爲可移轉之權。例如甲之土地得讓與他人是。但現今各國，亦有限制其移轉之範圍者，如禁止土地賣與外國人是。又如郵政權爲屬於政府之權利，人民不得經營者。

## 第二節 義務之種類

義務亦得依上述權利之種類分析之。

一、公義務與私義務 凡對國家發生之義務謂之公義務，如納稅當兵是。反之，則爲私義務。如甲應將欠乙之款還清是。

二、主義務與從義務 主義務者，獨立之義務也；從義務者附隨某主義務而始發生之義務也。如欠人之款有償還之義務，卽屬前者。若屆期不還，債務人除負擔債務外，且須負擔因此所生之一切損失賠償責任，則屬後者。民法第二百二十六條載：『因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人得請求賠償損害。』賠償損害，卽爲從義務也。

三、對世義務與對人義務 凡接受義務之利益爲一般人者，謂之對世義務。反之，其爲特定人

者爲對人義務。例如名譽之不得侵害，此種權利爲絕對的，故其義務亦爲絕對的，因名譽權不容何人之侵害也。若甲向乙借款，甲祇對乙發生償還義務，乙以外之人無權領受甲之行爲。故甲對乙之義務，爲相對的，易言之，卽對人義務也。

四、積極義務與消極義務 積極義務，行爲之義務也。消極義務者，不行爲之義務也。前者之負擔人須爲動的行爲，後者之負擔人祇負擔靜的行爲而已。前者之例如賣主對於買主有交付其交易物之義務。而買主有支付代價之義務，因買賣二方均須爲動的行爲，故爲積極義務。但若賣主已交付其物，買主已付代價，則賣主對於買主僅負靜的義務，卽賣主不得侵害買主之物權也，故爲消極義務。

五、專屬義務與移轉義務 專屬義務者，專屬於一身之行爲也。移轉義務者，負擔之行爲可以轉移與他人也。例如甲舞台聘請名伶乙演技，此種義務卽爲專屬義務，以聘乙之目的，在欲得其個人技藝也。反之，普通工人承攬工作，如無特定聲明，卽爲可移轉之義務。

至於義務孰者爲專屬，孰者可以移轉，其評定標準，以義務之性質是否爲個別的抑爲普通的。

前者如無特別聲明，概爲專屬義務，後者在通常情形之下，爲可移轉之義務也。

第十章 問題

- 一、某大學聘請昆蟲學家某乙爲專任教授，訂明月薪五百元。嗣後某乙託故改請其同學丙代替其教職。試問某乙之義務屬於何種？可否任他人代替？
- 二、試述絕對權利與絕對義務之性質。
- 三、何爲主義務及從義務？
- 四、自由權係何種權利可否拋棄？
- 五、原權與救濟權有何區別？
- 六、債權屬於何種權利？
- 七、物權屬於何種權利？
- 八、試述義務之種類並區別之。

## 第十一章 權利之分析

凡爲法律權利者，必含三種成分：（一）權利之主體（人），（二）權利之客體（人），（三）權利之標的（行爲或物）。茲依次說明之。

### 第一節 權利之主體

得爲權利之主體者，惟人而已。然人爲權利之主體者，亦非自古已然。往者社會，有視一部分之人類爲無權利者，如奴隸是。泊乎近代，自由平等觀念發達，於是凡爲自然人者，均認爲權利義務之主體焉。

惟自社會組織複雜之後，法律爲適應時代之需要，除自然人外，又別爲創造另一權利義務之主體物：此則吾人所習聞之「法人」也。何謂法人？顧名思義，法律賦與其物有人格而得爲權利義務之主體也。故現今法律，所謂人者有二：一曰自然人，一曰法人。茲各簡述之於次：

一、自然人 自然人雖皆爲權利義務之主體，但其享受權利負擔義務之始終期間，究如何計算，實屬重要。各國法律對此皆有規定。依原則言之，大體均以人之權利能力始於出生，終於死亡。惟何時始爲出生，學說紛紜。舉其要者有四：一爲初聲說，此說以胎兒出生時之第一叫聲爲其享有人格之表現。但斯說不近科學。蓋胎兒出生時非必皆有叫聲也。各國皆舍此說不用。二爲一部露出說。此說以胎兒之身體露出一部時，其人格則爲完整，具有權利能力。主此說者亦有二派：一派以胎兒一部分露出時須有生命者。至於完全露出時是否死亡，不問。一派以胎兒一部露出時雖有生命，但其全部產生後即死，其人格即認爲未具完整。此派之結論，考其實際，與全部露出說大同而小異。蓋全部露出說以胎兒須完全出自母胎而具有生命時，方認爲有獨立之人格。若出生時即死，其人格不認爲曾經存在。其與前說第二派所不同者，僅在於胎兒露出一部，如產後仍有生命時，視人格之完整以自一部露出時爲始。又有所謂臍帶說者，乃以胎兒不但須全部露出，且須俟臍帶剪斷後而具有獨立生命方有人格。就現今各國法律觀之，關於權利能力之始終，實不外二派：（一）以出生時而非死產者，我國採之。（二）以出生後須經過若干時間者，西班牙採之。



此外又有一問題，即所產生者，如爲一畸形兒，例如三手三足，或三頭六臂，人面蛇身等類之物，是否爲人。按之羅馬法，則不認此等畸形物爲人。吾國民法現無此項規定，其評定人之標準一視事實之如何也。

人之權利能力既始於出生，然則終於何時耶？曰終於死亡。凡人之心臟停止運動，則爲死亡，權利能力即時停止。但如有人離去其向來之住所居所而致其存亡消息無人知者，既不得謂爲死亡，又非所謂怪物，其權利能力將認爲終止乎？又恐其半途歸返，將任其長此繼續乎？則其與社會所發生之種種關係，將無從確定，致累害其關係人之利益。在此兩難之間，法律乃有死亡宣告制度之設，死亡宣告者，由法律推定失蹤人經過相當期間後而推定其死亡也。其效果與自然死亡相同。

往昔法律，有視外國人無權利能力者。時至今日，萬國互市，此種岐視，已自見減少。我國民法總則施行法第二條規定：「外國人於法定限制內，有權利能力。」

二、法人 法人爲法律創制之人，法律上之所謂人，以其得爲權利義務之主體，故創制之人亦具有享受權利負擔義務。法人有以營利爲目的者，有以非營利爲目的者。法人之成立方法各國不

同。但其共通之點，則以須經法律之認可爲條件。故若未經法律之認可，雖有法人其實，仍不能爲權利義務之主體。其經許可設立之法人，除專屬於自然人之權利義務外，均得享受負擔之。

## 第二節 權利之客體

權利之客體，即義務之主體。權利義務雖爲對待而立，然非謂凡享受權利者，即能負擔義務。故權利能力與義務能力（普通稱曰行爲能力）不盡相同。例如嬰孩有權利能力，而無義務能力是。

權利固必須有主體而後可，非然者，將無權利之可言，以無人可享受其效果也。然徒有權利之主體，苟無人履行其應盡之義務，所謂權利，亦必同於虛設。但能負擔義務者，又非一無限制。如前之例，嬰孩在事實上決無行爲能力，以其全無思意之可言。故能負擔義務者，必其人在事實上對其動作或不動作之效果，而有負其責任之能力。

義務能力之必須如是限制者，蓋有其理由在。顧義務之結果，非爲積極的負擔即爲消極的負擔。積極的負擔，必須其人有充實之智能而後可，嬰孩未合此條件，故不能爲有效之積極行爲。即至童年，雖其智識漸展，但亦未屆成熟時期，故法律對此種人，只與以限制的義務能力也。消極義務：其

性質爲靜的要素。易言之，人人須負不作爲之義務也。如甲有大廈一所，世人固無對甲爲管理之義務，僅有不得侵害其使用處分之義務而已。假若有某乙無故闖入甲宅，卽爲侵害其權利，消極義務遂變爲積極義務矣。何以言之？卽乙須負其所侵害之效果也。但乙之負此項因侵害所發生之義務，因其「無故闖入甲宅。」倘乙因訪友而誤投，則不能視爲侵害。故法律若不嚴明義務之界限，社會將必無寧日。良以義務之結果，每不利於負擔人，法律不得不嚴爲制限也。

因之，法律視社會生活之需要及人類智能發達之時期而定義務能力（卽行爲能力）之程度：（一）完全無行爲能力（卽不能負擔義務者）；（二）限制行爲能力（卽負擔限制的義務者）；（三）完全行爲能力（卽負擔自己行爲之一切結果也。）

（一）無行爲能力人 人自出生之後，斯時專恃父母或他人之保育，衣食住三項要素，且須仰求於人，所謂義務能力，不啻夢話。卽長至童年，雖智識漸開，然亦不能辨別其行爲之責任爲何物。倘法律卽繩以行爲責任，不免陷未成年入於苦境。爲其監護人者，亦必無寧日矣。吾國民法規定未滿七歲者無行爲能力。此種劃定年齡界限，純爲求法律之穩定而設。蓋不如此，常致發生事實上之

困難也。

此外又有變態之成年人，雖其年齡屆滿成年，但因特種情形致損失其智育者，則此輩之人已屬不幸之至。倘法律再加以行爲之責任，不免背乎社會互助之精神。於是各國定有二種辦法：其一，在積極方面，爲保護其個人利益計，由法院宣告禁治產，委定法定代理人處理其財產，並於必要情形之下禁錮療治之。其二，在消極方面，凡其所爲之意思表示，視爲無效。並由法定代理人代爲受授意思表示。此種人大抵爲心神喪失或神經耗弱之人，既失意思表示之能力，故其刑事責任亦因此全部免除也。

(二) 限制行爲能力人 限制行爲能力人，介乎完全無行爲能力人與完全有行爲能力人之間。此爲無行爲能力至有行爲能力之過渡時期。限制行爲能力人在法律上及事實上多有自己意思表示之能力，惟以其法定代理人之許可爲發生效力之條件。現行法定七歲以上二十歲以下者，爲限制行爲能力人。至於刑事責任，則因刑法關係社會安寧至切，故其責任恆與民法中之規定不同。現行法定未滿十三歲人之行爲，不罰。但因其情節得施以感化教育，或令其監護人保佐人繳

納相當之保證金，於一年以上三年以下之期間內監督其品行。蓋未滿十三歲之人，在通常情形之下，認識力多未發達；若因其無知觸犯刑法而即繩以刑罰，不免背乎刑罰之目的。至已屆滿十三歲未滿十六歲者，原則上須負刑事責任，但常因斟酌被告之年齡，得減輕本刑二分之一。

(三) 完全行爲能力人 各國法律對於成年人之年齡規定不同。此緣於各國人民之發育，因氣候種族而殊異。我國定滿二十歲者爲成年，而刑法則以滿十六歲者須負完全責任。易言之，卽對其所爲之行爲，皆須負其效果也。然亦有年齡雖未屆成人期而因特種原因之發生，而變爲成年人者，如結婚是已。惟結婚年齡亦非漫無限制，現行法定男滿十七歲女滿十五歲，未屆此年齡結婚者無效。

此外法人之行爲能力，一如其享受權利能力。惟法人之行爲責任比較自然人爲狹，如專屬於自然人之行爲，法人不負責任是。

### 第三節 權利之標的

負擔義務之人，並非無故而發生。如甲對乙原無何種積極義務可言，嗣甲因缺乏款項，迫不得

已向乙借五十元，此際甲遂對乙負擔義務：即屆期須償還欠款也。但乙對甲之權利，祇限於借去之款。因此借款，乙即取得隨其發生之種種權利，甲即負擔隨其發生之種種義務。此項權利義務，一至甲償還之時，即行銷滅。故權利義務，必須有一定之標的，始可成立。離此，無可與語權利義務矣。

權利之標的有二：一曰行爲，一曰物。如上述之乙對甲，僅有償還之行爲。倘甲無力還款，乙亦祇得就其財產取償，並非欲甲之必須交出特定之物也。惟行爲之中，亦有屬於強制者。例如某舞台甲聘名伶乙演技，甲之權利標的爲乙伶之行爲，乙不能以他人代庖也。其以物爲標的者，如某甲向乙購買山地十畝，給價百元，甲之權利標的，非乙本人之須負何等行爲，祇要將雙方約明之山地如數交出，乙即解除其責任矣。

### 第十一章 問題

- 一、權利之成分有幾？
- 二、誰爲權利之主體與權利之客體？
- 三、權利之客體即義務之主體乎？

- 四、嬰孩有無義務能力（即行為能力）？
- 五、宣告死亡對何種人方可適用？
- 六、何謂權利之標的？試詳言之。
- 七、何謂限制行為能力人？
- 八、法人須依何種條件方可為權利義務之主體？

## 第十一章 權利之行使

權利之爲物，以其能實現其權利人之利益而設。如乙欠甲之款，在法律上乙爲債務人，甲爲債權人，乙若屆期自往甲處還款，當無問題。倘乙屆期食言，則甲之權利已至不可實現之境。此際甲欲使其權利效果得以實現，當爲積極之主張，如派人向乙催款或起訴等，皆爲主張權利之方法。要在於權利人能善用之而已矣。

惟權利之行使，亦非漫無限制。蓋權利之目的，在於使權利人能獲得利益。倘其行使之結果，不惟權利人無利益之可言，反致害及他人，此際法律爲維持社會利益計，不得不爲之禁止矣。

現行法規定三種原則以爲行使私權之標準，茲分別說明之如左：

一、權利之行使，不得以損害他人爲主要目的

此爲行使權利之一般的限制。其著重點有二：其一，須其權利之行使有損害他人者。但若祇以



此爲限制，則權利人將無行使權利之可言，以權利之行使結果，皆於對方無利益也，故加以「不得以損害他人爲主要目的」之規定。僅損害他人，不能認爲權利之行使爲不正當，必須以之爲主要目的而後始可視爲違法也。

此種限制，有由法律明文規定者，有視各地習慣者，有以特個案情之事實而決定者。例如民法第七百九十四條載：「土地所有人開掘土地或爲建築時，不得因此使鄰地之地基動搖或發生危險或使鄰地之工作物受其損害。」此則爲法律明定所有權之限制也。蓋土地所有人，在原則上，在其土地範圍內爲一切之行爲，他人不得干涉之。但若聽其自由行動，勢必擾亂社會安寧及他人之利益，故規定其行使之程度焉。

## 二、權利之防衛以不逾越必要程度爲限

權利之行使以適當爲度。然何爲適當，純屬事實問題，吾人固難預爲明定。惟若權利受他人之妨礙或侵害時，此際如否認權利人以自己之力量排斥其障礙者，亦非所以保護權利之道。故各國法律對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲，在律不爲罪，在法不負損害賠償

償之責。但以不得逾越必要程度爲限。此所當注意者有二：一須爲現時不法侵害。倘其侵害非現時的，緊急防衛則不能使用。二須爲不得逾越必要程度。至於何爲必要，當視事實而後判斷。例如甲乙口角，乙卽用刀斫甲，依法解之，是爲逾越必要程度也。

此外又有急迫情形者，如甲持利刀刺乙，乙爲避免自己性命急迫之危險，得以同樣之利器對付之。倘乙因此而殺傷甲，在律不爲罪，在法不負損害賠償之責。惟若上述之甲僅以拳毆乙，乙卽出利刀刺甲，是爲逾越危險之程度。故各國法律對於權利之行使，一方雖力求權利人之利益，一方亦不得不加以合理的限制。否則，易生流弊，社會反因權利而不利也。我民法第一百五十條載：『因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危險所爲之行爲，不負損害賠償之責，但以避免危險所必要並未逾越危險所能致之損害程度者爲限。前項情形，其危險之發生，如行爲人有責任者，應負損害賠償之責。』

刑法第三十七條載：『因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行爲，不罰。但救護行爲爲過當者，得減輕或免除本刑。前項關於救護自己之規定，於公務上或業務

上有特別義務者，不適用之。」

### 三、權利之保護程度

對於迫切之權利侵害，而不許其在一定情形之下自行救濟，則無以全其權利之保護。爲保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束收押或毀損者，不負損害賠償之責；但以不及受官署援助並非於其時爲之則請求權不得實行或其實行顯有困難者爲限。而權利人於事後並須即時向官署聲請援助，如此項聲請被駁回或其聲請遲延者，行爲人應負損害賠償之責。蓋不如此，則人將濫行其權利，社會安寧，又安得哉。

## 第十二章 問題

一、權利之行使何以要限制？

二、限制之原則有幾？

三、今有富翁甲在某市擁有巨大房屋，因不願留與其子孫，自己放火焚燒。試問甲對其房屋如此處分，果違反法律乎？

四、甲欠乙伍百元，甲屆期失約，乙則雇小工二人直奔甲家，將其牛馬四頭牽回乙家。甲遂控乙搶劫罪，乙之答辯理爲行使權利，試審判之並述其理由。

五、甲有子女二人，生活甚艱，甲將子女售賣與乙，得洋五百元，丙聞此事，報告公安局拐賣幼孩罪，試審判之。

## 第十三章 法律之種類

法律種類甚多，茲擇其要者簡述之。

一、自然法與人爲法 此區別由於權力之不同。自然法出於自然權力，人爲法則爲人類社會所制定之法律也。自然法爲千古不移之法，卽吾國所謂天道，故其美善無可復加。自然法之內容爲自然正義；自然正義卽正義之完全者也。惟自然法之觀念，古今不一。有謂自然法爲自然加乎人類之法律者。有謂自然法爲神所制定者，有謂自然法爲人類之理性所發現之法律者。各言之有理，持之有故。然各說之共通點，則認定自然法爲求久不磨之理想法也。

自然法與人爲法有密切之關係。當制定新法律或改正現行法律之時，自然法頗爲重要資料。但若舍社會實情不察，祇以自然法爲立法之標準，則又不免削足適履之弊矣。

二、成文法與習慣法 成文法與習慣法之意義及其區別，前已述之，茲不復贅。

三、普通法與特別法 普通法與特別法之區別在於適用之範圍。普通法與特別法須對待而言，方有意義。所謂範圍，係指地域人事之不同而言。例如民法所規定者為人民日常生活準則，其效力及於全國人民，故為普通法。若海軍刑事條例，則地域人事皆為特別的。普通人民固不受其限制也。

普通法與特別法乃對待的，猶言長短之必須有比較也。如商法為民法之特別法，然以視公司法，保險法，票據法，則商法又為普通法矣。普通法與特別法之區別，在適用上有時頗見重要。如普通法與特別法有出入時，在普通情形之下，則從特別法之規定也。

四、國際法與國內法 國際法者，二國以上之間同意之慣例也。國內法者，一國之內所規定之法律也。國際法通常別為二種：一為國際公法，即規定國家與國家之關係者；一為國際私法，即規定關於私人之行爲，宜適用何國之法律也。惟就法律之性質言之，國際私法雖冠以國際二字，實即國內法之一部也。例如中國人與日本人在美國訂婚，至英國結婚，此類行爲，究依何國之法律乎？如英國規定適用之法律為美國法，即當事人間須受其拘束。國際私法，即指此種行爲而言。國際云云，以

其法律行爲，涉及一國以上之要素也。

國內法乃一國自定之法律，其效力及於一國之領土，且此種效力爲絕對的。易言之，即對於違反之制裁，恆發生效力也。國際法乃國家與國家同意制定之法律，雖無強制之裁判機關，但不得視爲非法律也。蓋法律不盡皆爲主權者之命令，吾人在第三章已述其端。且法律之奉行，如必要時恃制裁而後有效者，則法將不勝其亂矣。惟缺乏制裁性之法律，其違反程度則恆較強，此爲其不同耳。

五、固有法與承受法 固有法者，祇依本國之文化而定之法律也。承受法者，由外國輸入之法律也。處今萬國互市時代，純然以固有法爲法律者，其例甚少，反之，其完全承受外國法者，亦屬罕見。就分量言之，中國及日本所承受外國法較固有法爲多。日本對於親屬繼承之法律，尙大半一仍固有習慣而稍加改正。吾國新民法典，且完全步塵外國矣。

六、實體法與程序法 實體法與程序法之區別，因法之內容而生。凡規定權利義務實質之法律，曰實體法。反之，凡規定實質權利義務程序之法律，曰程序法。近代法律，實體法與程序法恆爲之分開。惟實體法中亦未嘗無程序之規定，程序法中亦未嘗無實體之規定。蓋兩者之區別，並非絕對

也。

程序法一名手續法，以其須輔助實體法始可成立也。例如民法實體法也，民事訴訟法則爲其程序法。凡個人間相互之權利義務，或國家與私人間相互之權利義務，易言之，卽某種權利義務究爲如何之性質，其範圍奚若，何人應享有之，何人應負擔之，皆爲實體法所規定者也。然僅爲此等之規定，而無實行之法，則權利義務形同具文。於是程序法尙焉。譬如乙欠甲九百元不還，甲之權利此時被乙侵害，甲若實行救濟，必須首問乙居何處，何級法院有管轄之權。此問題定後，始問須向何級法院請求救濟，如何救濟等。依現行民事調解法，凡不滿一千元之訟爭案件，均須先行請求民事調解庭調解之，俟調解不成立後方得起訴。若本案之甲不先請求調解，逕行起訴，是不合於程序矣。

七、強行法與任意法 依法律之施行效力標準，得分爲強行法與任意法。強行法者，卽法律之規定不許以私人之意思變更之也。任意法反是，認許私人之意思效力；須私人無特別之意思表示時，始適用其規定也。大體言之，公法之成分多屬強制性質，而私法則多屬任意性質。雖然，公法未必盡屬強行法，私法亦未必悉爲任意法。且強行法與任意法之分別，亦非爲整個的，乃就各法規中之



規定，一一檢其是否爲任意或強制耳。例如民法第二百〇三條載：『應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率爲百分之五。』觀此條文則可知本條之規定性質爲任意的而非強制的。申言之，卽私人得以已意規定較高之利率也。但若一任私人自由規定利率，流弊亦必甚多。於是民法第二百零五條乃爲之限制焉。其文曰：『約定利率超過百分之二十者，債權人對於超過部分之利息無請求權。』此爲強制性質，不容私人之意思變更之也。反之，公法中有任意之性質者，各刑法條文中之「告訴乃論」之罪是。告訴乃論云者，謂被害人須告訴而後始提起公訴也。凡告訴乃論之罪，被害人得自行起訴之。刑法中關於告訴乃論罪之規定頗多，茲列舉之於左，以示公法中未必皆爲強制規定也。

(一) 第一二二條之妨害友邦元首名譽罪，第一二六條之侮辱外國罪。

(二) 第二四〇條至第二四五條之強姦畏褻及親屬相姦等罪。

(三) 第二五五條之詐欺結婚及第二五六條之有夫姦罪。

(四) 第二九三條之傷害罪及第三〇一條之過失傷人罪。

(五) 第三一五條之略誘罪及第三二〇條之侵入家宅罪。

(六) 第三二五條至第三三〇條之妨害名譽及信用罪。

(七) 第三三三條至第三三五條之妨害秘密罪。

(八) 對於親屬犯竊盜罪侵占罪詐欺及背信罪(第三四一條第三六一條第三六八條)。

(九) 第三八〇條及第三八二條至第三八四條之毀損罪。

八、公法與私法 公法與私法之區別，其標準不一。茲簡述之於次：

(一) 以利益為標準者 此說以法律所保護之利益有公私之分。凡保護公益為目的之法律，曰公法。凡保護私益為目的之法律，曰私法。羅馬法採之。採此標準，大體雖無不當，但利益之觀念隨時地民族而殊；而公益與私益之分，尤難明瞭。例如關於親屬承繼之法雖為私法，而其中涉及公益者甚少。又如加危害於他人之生命財產之刑罰，雖為公法，而其所保護之利益，則為私人之利益也。

(二) 以主權為標準者 此說以公法為規定國家及其他公共團體相互間之關係，或國家

及公共團體與私人間之關係；以私法爲規定私人互相間之關係。此說亦未適當。例如國家經營銀行事業，雖爲國家與人民之關係，然爲私法之範圍。

(三) 以法律關係爲標準者 此說不甚一致，約言之有三派：第一派以公法爲對人之法，而私法爲對物之法。此派昧於法理。蓋法律上之關係，僅得生於人格間，未聞有法律得對於無人格之物而可行其力者也。第二派之見解謂人民爲國家一分子之資格所爲者，爲公法。爲社會一分子資格所爲者，爲私法。此說之錯誤，在於不明國家亦社會之一也。例如國家在國際間之地位，則爲一國際社會之分子，將謂國際法爲私法乎？則又不然。第三派以公法爲規定不平等者間之關係，即權力服從之關係。私法爲規定平等者間之關係。此說亦祇見其一面耳。例如國際公法在原則上爲規定各平等國家之關係，將謂之私法乎？則自古至今未有此論。

(四) 以統治關係爲標準者 此說以規定國家自身之行爲者爲公法；規定私人之行爲者爲私法。此說亦有未當。蓋刑法雖爲公法，其規定不盡爲國家自身之行爲。例如我國刑法第三三三條規定：『無故開拆或隱匿他人之封緘信函或其他封緘文書者，處三百元以下罰金。』吾人將謂

無故私拆人之信函爲侵書國家之行爲乎？是不然矣。此說之不攻自破，奚待詳論？

由此規之，以上四說，各有短長，皆爲說明公法私法之區別也。惟以公私法爲絕對可分開之論，實屬謬解。蓋公法與私法之性質，其間有密切之關係，實不能有絕對之分別標準也。後來學者，不明此理，各欲以已說區別二者之絕對不同，是亦弗思之甚矣。近代學者有因實際上便利計而因襲傳統之公私法分類者，有亦因其難以區別而採取實體法與程序法之分類者。要之社會現象錯綜萬端，交互爲用，如以爲絕對之可分開者，乃自誤於已見也。

本書爲便初學者明瞭法律之爲用，仍沿襲公法與私法爲區別法律之別準。

### 第十三章 問題

- 一、我國現行盜匪條例，爲普通法乎？抑爲特別法乎？
- 二、國內法與國際法有何區別？
- 三、試述我國新民法之成分。
- 四、強行法與任意法之別區何在？

- 五、公法與私法之區別標準，以何說爲較適當？
- 六、試將法律之種類列表明之。

## 第十四章 法律內容之分類

公法與私法之區別，前章已言其概。茲更就其內容分別說明之。

### 第一節 公法

公法中之主要分類爲憲法（或約法），行政法，刑法，訴訟法，國際公法等。茲依次述其概要。

#### 第一項 憲法

憲法之意義，前已述其梗概，故不復贅。茲僅將憲法之本質簡述之於此。

憲法爲根本法，爲近代民主政治之基礎。從憲法之本身言之，憲法有形式上之特質與實體上之特質。形式特質有二：一爲憲法之效力爲絕對的，故高於普通法律。凡法律與憲法抵觸者，不生效力。在美國，最高法院有權解釋國會通過之法律案（包括條約）是否違背憲法。如其與憲法衝突，則爲無效之宣告，法律即不生效力。此爲民主國家對於法律神聖之最完善保障者。

其二多數國家憲法之修正手續較普通法律煩難良以憲法爲一國之大典，若許其易於變更，不免率爾操觚之弊。惟此種特質，祇剛性憲法有之。卽在剛性憲法之國家，亦有規定手續與普通法律同一簡易者。就憲法之作用言之，憲法既爲國家之大典，殊不宜與普通法律同一修正手續也。

憲法爲國家之根本法，非上述二種特質已也。蓋近代憲法之產生，並非憑空而來。故憲法之特質在其實質的內容。依憲法之一般原則言之，其內容恆爲國家之最要事項。近代國家政體之採何種形式，一視憲法之規定。基此原因，憲法所規定之事項，不外二類：一爲人民之基本權利義務，此爲法國革命之所號召，亦卽民主政體與專制政體截然不同之要點也。一爲國家重要機關之組織及其治權之界限。蓋若無此種規定，在位者易於專橫，塗炭人民，在所不免。

至於憲法之效力，則視國民之法治觀念而定也。若國民向無法治印象或對於法律之信仰薄弱，卽有千萬條之憲法，亦無濟於事。吾國民元約法之失敗，卽此之由。反之，若國民夙有法律觀念，深信法律之作用，則憲法雖簡，其運用自得其宜。

今者，吾國政治已另換一局面。前年頒布之約法，雖非永久之大典，然其覘驗國民之法治程度，

則甚重要。惟自施行以來，政府與國民，均未切實遵行。例如約法第八條規定：「人民非依法律，不得逮捕拘禁審問處罰。人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁者，其執行逮捕拘禁之機關，至遲應於二十四小時內移送審判機關審問，本人或他人並得依法請求於二十四小時內提審。」在實際上，公安局恆拘捕數日後方移送至審判機關，審判機關爲一奉行法律之唯一機關，理應從速辦理，而事實上亦必延遲至二三日，所謂約法，不亦類同廢紙乎？在被害人方面，則固怕官性成，社會輿論不肯援助，遂致法律賦與人民之權利，爲庸吏所糟踐。國民既視約法爲無物，則約法之爲用窮矣。

## 第二項 行政法

行政法者，關於行政機關之組織及治權之法也。行政法向無一定之總法典，不外爲多數行政法規之總稱。故範圍廣而內容雜，茲祇就其重要原則略述之。

行政法爲公法，以其所涉及之事項皆緣治權而生也。故行政法又可稱爲行政之法，其內容大致規定行政機關之組織，設備，及職權。因國家之大小及人口之疏密，不得不將行政機關劃有地域之界限。如吾國之行政區域單位爲縣，省居縣於中央之間，而中央則總攬全國行政之樞紐是也。行



政法所討論之事項，不外行政機關之組織及其職權二者。

中央與地方行政機關，各有一定之職權。但在執行職務致侵害人民之權利時，究應如何處置，實屬重要。蓋近代國家之目的，在於謀人民之福利。職是之故，各國法律對於行政機關發佈命令議決處分，有違法時，准許人民請求糾正並賠償其因此所生之損失。此請求上級機關糾正之權，即行政訴訟也。

行政訴訟之範圍，各國不一。有以概括為標準者，有就各事件而一一列舉之者。如奧國之行政法規規定凡行政官署之處分違法致損害人民之權利者，得提起行政訴訟，是為概括主義之例。其採用列舉主義者，則對於行政訴訟事件之範圍為固定之規定，如日本之行政裁判法是。要之，行政訴訟為對於行政處分之訴訟，惟其得以提起行政訴訟者以違法處分為限。其僅屬於自由裁量之行為，則不得為行政訴訟之目的。所謂違法處分，係指損害權利而言。權利之損害，有積極的與消極的之別。積極之損害，如不法課以義務是。消極之損害，如不法禁止享受是。

行政訴訟之受理機關有設特種法院者，即行政法院是也。大陸各國因襲羅馬法系，視國家為

神聖之物，故行政訴訟另設行政法院以受理之。至於英美，向以人權著稱，法治觀念發達，人民對於國家行政機關之違法處分，均由普通司法機關受理之。

與行政訴訟大同而小異者，爲訴願法。訴願云者，因不當之行政處分而致損害人民之權利，該被害人得向直接上級機關請求其處分之變更或撤消之謂也。如不服其裁決時，得再訴願至其上級機關。行政訴訟與訴願，性質上本無區別：二者皆爲行政機關違法處分之救濟也。然亦有以訴願爲行政處分適當不適當之爭，而行政訴訟爲適法不適法之爭，遂認前者以救濟利益之侵害爲目的，後者以救濟權利之損害爲目的。實則此種區別，難以成立。蓋處分之適當不適當與處分適法不適法，祇爲違法之輕重程度問題。且所謂利益與權利之性質，乃屬相同之物。世無無利益之權利，更無有權利無利益之物也。況權利之設，以其物足以爲人生之享受也，若其物不足爲享受之用，則權利云云，將成無意義矣。故吾人否認上述行政訴訟與訴願之區別。

然則二者果無別乎？則又不然矣。行政訴訟與訴願之不同，祇在於形式而已。其一，行政訴訟之受理屬於特種行政法院，而訴願之受理仍爲該違法處分之直接上級機關。例如訴願法第二條第

一項載：『不服縣市政府之處分者，向省政府主管官廳提起；如不服其決定，向省政府提起再訴願。』此處所指省政府主管官廳，乃縣市政府之直接上級機關也。

其二，行政訴訟之受理機關，須依行政訴訟法之規定爲之。而訴願之受理官署，則依訴願法之規定爲之。但就手續而言，前者較繁，而後者則通常較爲簡便，不受各種形式之限制也。

其三，凡不服違法處分之再訴願，經決定後得依法提起行政訴訟；而不服不當之處分者，以其利害所涉較輕，故通常以再訴願之決定爲最終之決定焉。（見訴願法第四條）

### 第三項 刑法

刑法者，法律裁判及刑罰之法也。法律責任，乃緣不法行爲而發生。故違反法律者，必須負法律上之責任。不法行爲，有民刑之分。故法律責任，亦有民刑之別。爲民事上之不法行爲者，負民事責任；爲刑事上之不法行爲者，負刑事責任。但亦有同一之不法行爲而兼負民刑兩方之責任者，例如毀壞他人之名譽是。蓋一方須負賠償名譽損失；一方須負刑法之妨害名譽罪。法律所以如此分別民刑責任者，以二者之本質各異也。

民事責任，原以填補被害人因不法行為所發生之損失而冀恢復原有狀態為目的。刑事責任則不以被害人之利益為計籌，乃就侵害人所為不法行為之性質，分析其危及社會程度如何而定。故刑法上之罰金，並非為賠償被害人之損失，乃國家所以使侵害人負擔之責任也。如妨害名譽一項，侵害人一方既須負賠償之責，一方又須負刑法上之罰。前者為填補被害人之損失，以明妨害之責任，後者為免除社會聚居之危險，以警未來。

故刑法為規定關於犯罪及刑罰之公法。易言之，凡對於犯罪之一定行為，與以有刑罰之法律效果，則為刑法。自實質上觀之，關於犯罪及刑罰之一切法規命令，皆曰刑法。惟自形式上而論，刑法一語，乃指刑法法典而言也。

關於刑罰意義及學說，已在法律制裁一章詳為論列，今僅就刑法之普通觀念略述之於次：

刑法之科刑定罰，均以犯罪為根據，故構成犯罪之原因實屬重要。何謂犯罪？即法令明文規定刑罰有責任能力之不法行為也。茲所宜注意者有三：（一）須法律有明文之規定。吾國刑法開章明義第一條載：『行為時之法律無明文科以刑罰者，其行為不為罪』故不論何等之行為，法律無

明文者，不爲罪。近代刑法，均採罪刑法定主義也。(二)須其人有責任能力者。責任能力爲犯罪主體之條件。刑罰之目的，不外有二重作用；其一，使犯人因刑罰而知悔改；其二，使社會知犯罪之痛苦。無責任能力之人，刑罰則失其作用。故近代各國，依其智能發達之程度，則定刑事責任。吾國則以未滿十三歲者，不負刑事責任。又心神喪失人之行爲，係全無意識之作用，亦不發生刑事責任。(三)須爲刑法上之不法行爲。不法行爲係指其行爲爲違法。然若其行爲雖爲違法，而有其他阻卻原因者，亦不爲罪。學者稱此曰違法之阻卻。吾國刑法規定非故意者，不罰。何謂故意？即犯人對於構成犯罪之事實，明知其有意使其發生也。他如犯人對於構成犯罪之事實預見發生，而其發生並不違背犯人本意者，仍以故意論。過失之罪，亦以有特別規定者爲限，但犯人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者，則爲過失。他如犯人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，亦以過失論。

違法之阻卻原因，如(一)依法令之行爲或正當業務之合法行爲；(二)依所屬上級公務員命令之職務上行爲；(三)對於現在不法之侵害而出於適當防衛自己或他人權利之行爲；(四)

因適當救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行爲。凡犯罪具有此種情形之一者，不罰。易言之，則犯罪之行爲，因適當原因而阻卻也。

犯罪之種類，可依犯罪之性質區別之。茲略述之於左：

(一) 刑事犯與行政犯 刑事犯者，基於刑法及與刑法效力相等之法律之犯罪也。從形式上觀之，刑事犯大多以犯人之惡性爲基礎，而爲刑罰之規定。行政犯之成立，乃刑罰以外之犯法行爲爲其目的。不外求行政上之便利及維持行政法之效力而設。例如遵守警律所發生之刑罰是。故行政罰大多以犯人之外形而規定刑罰。惟實際上，行政犯之處刑，限於拘留或罰金，固不得施以刑期或拘役之罪也。且行政罰不因其犯法而被褫奪公權，此亦與刑事罰之不同者。

(二) 現行犯與非現行犯 現行犯云者，現在行爲或行爲終了後發覺之罪之謂也。非然者，稱之爲非現行犯。故現行犯與非現行犯之區別，乃在於該犯罪發覺之時間。二者之分別，於逮捕犯人極有關係。現行犯之逮捕，得不待簽發拘票而後爲之。

(三) 政治犯與非政治犯 凡直接對政治上的秩序之犯罪（如內亂罪外患罪等）謂之

政治犯或稱國事犯。此外之犯罪，則稱爲非政治犯或非國事犯。惟政治犯與非政治犯之觀念及界限，因時代變遷而不一致。在刑事訴訟法上認爲國事犯者，祇爲內亂外患之罪，其審判程序略有不同。在國際法上，對於政治犯亦以不引渡爲原則。蓋近世以來，民主政治學說澎湃，人民對於一國之主張，須保有相當之自由權。否則，若執政階級倒行逆施，而仍不許人民以革命之便利，卽所謂民治云云，不亦欺人之談乎？

（四）卽成犯與繼續犯 卽成犯者，其犯罪行爲，一至既遂之狀態，其狀態亦卽消滅也。例如殺傷人者，達於殺死或殺傷之狀態後，其殺傷之行爲卽同時完畢。普通之犯罪屬之。而繼續犯，乃以犯罪達於實行之程度後更繼續其行爲及狀態之謂。例如重婚罪，姦淫罪，私擅監禁罪等是。刑法第七十五條載：『連續數行爲而犯同一之罪名者，以一罪論。』

（五）單獨犯與共犯 單獨犯者，一人單獨所犯之罪也。共犯者，二人以上共同爲犯罪之行爲也。前者如甲持利刀殺人。若甲與乙共同殺丙，則爲共犯矣。共犯又分正犯，從犯，及教唆犯三種。共同正犯爲二人以上共同實行犯罪，共同正犯各自科其應得之刑。例如二人共同殺害某甲，則構

成正犯之罪也。其幫助正犯者謂之從犯。如甲授手槍與乙以殺丙是。從犯照正犯之刑而減輕。教唆犯乃教使他人實行犯罪之行為者。被教唆犯固為正犯，而教唆犯亦處以正犯之刑。其教唆教唆犯者亦同。至教唆從犯者，則以從犯論。

(六) 一罪犯與併合犯 一罪犯以其所犯為一罪，併合犯則及於數罪。如強盜槍劫又犯殺人又犯放火是。惟併合犯與牽連犯有別。牽連犯為同一之行為而犯數種之罪名，例如因槍劫而致殺人是。併合犯與牽連犯之處刑不同：刑法第七十四條載：『一行為而犯數項罪名者，或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者，從一重處斷。』併合犯之處刑，則依刑法第七十條之規定：

(一) 宣告之最重刑為死刑或無期徒刑者，不執行他刑。但從刑及罰金不在此限。

(二) 宣告多數之有期徒刑者，於各刑中之最長期以上各刑合併之刑期以下定其刑期。但不得逾二十年。

(三) 宣告多數之拘役者，依前款之例定其刑期。

(四) 宣告多數之罰金者，於各刑中之最多額以上各刑合併之金額以下定其金額。



(五) 宣告多數之有期褫奪公權者，只執行其中最長期之褫奪公權。

(六) 宣告多數之沒收者，併執行之。

(七) 單犯與累犯 犯一罪而經確定判決執行者為單犯。累犯為犯一罪，經確定判決執行後而更犯罪者。累犯得分為累犯同一之罪及累犯不同一之罪二種，前者之處刑較後者為重。惟累犯之加重處罰，非謂無時間及犯罪性質之限制者。吾國刑法規定受有期徒刑之執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後五年內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯。故若犯人在五年後累犯同一之罪或不同一之罪者，不得稱為累犯，自無加重之理。即在五年內犯罪者，亦須其罪為有期徒刑以上之罪，若拘役罰金輕微之罪，則不得成累犯矣。

(八) 牽連犯與非牽連犯 牽連犯者，以同一之行爲而犯數種之罪名也。如同一犯罪之手段或結果之行爲，而觸犯他種之罪名者，亦屬牽連犯。非然者，則稱為非牽連犯或曰單行犯。牽連犯與非牽連犯之區別，在於處刑之不同。吾國刑法第七十四條載：「以一行爲而犯數項罪名或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者，從一重處斷。」例如以槍殺人而毀物，則以殺人之一事而

論罪。其所以然之故，則因殺人罪較毀物罪爲重也。

「九」既遂犯未遂犯與中止犯 既遂犯者，犯罪之行爲已實行也。未遂犯爲已着手於犯罪之實行而不遂或其不能發生犯罪之結果者，在原則上，未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限。（刑法第卅九條二項）若犯罪之方法決不能發生犯罪之結果者，得免除其刑。故未遂犯又得分爲着手未遂犯及實行未遂犯。前者如已給毒藥與他人後，被第三者認識致不獲其殺人之目的是。後者如已使他人飲毒，後以解毒劑之效力而不能達殺人之目的是。此各宜注意者，則犯人己着手於犯罪之實行，忽因己意而中止者，應否處罰亦屬疑問。此種犯罪，學者間稱爲中止犯。刑法第四十一條規定得減輕或免除其刑。

（十）常人犯與身分犯 凡犯罪之成立不必基於身分者，謂常人犯。否則，因身分之關係而犯罪者，則爲身分犯。例如瀆職罪因怠忽職務而成立是。

（十一）普通犯與特別犯 普通刑法典規定之犯罪，謂之普通犯。陸海軍刑法及其他特別法令規定之犯罪，謂之特別犯，二者之區別，在於適用之範圍。例如盜匪條例綁匪條例等皆爲特別

法，其適用範圍僅爲盜匪及綁匪事項而已。比外學者間又有所謂警察犯者，乃指違反警察章程而言。

(十二)親告罪與非親告罪 親告罪者，即被害人須親自告訴而後法院始受理也，刑法上規定告訴乃論之罪爲親告罪。如強姦姦淫和誘略誘妨害名譽及信用等是。非親告罪者，謂不必經被害人告訴而由檢察官自行起訴也。

#### 第四項 訴訟法（或程序法）

法有實體法與程序法之分，已如上述。程序法中之主要者，則爲法院組織法，民事訴訟法，及刑事訴訟法三種。

訴訟法之目的，在如何使實體法得以實行。然實行之道，不可不求一定之步驟。否則，將無所適從。於是法院組織法尙焉。法院組織法者，規定審判機關之設立，等級，審理，管轄，及其職務之範圍也。吾國現時法院，仍依民元之四級三審制，附設檢察官。新法院組織法改爲三級三審。所謂四級三審者，即法院之等級分爲四級：最上級爲最高法院，次爲高等法院，復次爲地方法院，最下級爲初等法

院（即簡易庭。）然在實際上，初等法院之制已廢，地方法院中遇有初級法院管轄之事務，另設簡易庭，由獨任推事審理之。各院院長兼管該院行政事務。各法院中另置檢察官，以首席檢察官為之長，掌理檢察一切事務，受上級法院首席檢察官之指揮監督。

此外又有所謂縣法院及縣長兼理司法事務者。緣吾國版圖遼闊，國帑空虛，新式法院一時不克普遍，不得不沿襲舊制，由縣長兼理司法事務。然以縣長為一地方之行政官，對於法律，素鮮研究，且行政司法不分，弊端正多，實非法治國家所許。故目下權宜之計，逐漸設立縣法院，由審判官一人及縣長一人組織之。前者專司審判，後者專司檢察。此制不無稍改往昔縣長擅斷之弊，然去法治尚遠。

法院組織雖有四級，而審判則以三審為限（一級一審。）詳言之，即凡訴訟最多經三次審判而終結也。但有數類案件，祇以二審為限。凡經三審之案件，第一審及第二審則為事實問題與法律問題。最終審則祇限於法律問題也。

訴訟法通常分刑事訴訟法及民事訴訟法兩種。前者為規定國家刑罰權實行手續之法，又可

分爲普通刑事訴訟法及特種刑事訴訟法。如吾國現行之刑事訴訟法，則屬前者。反革命案件陪審暫行法則屬後者。大約法治昌明之國家，除海陸空軍及行政事項另定訴訟法外，無特種刑事訴訟法之規定。而英美法系諸國，且不另定行政訴訟法焉。

民事訴訟法者，規定對於私權上受有侵害得向國家訴請救助之程序也。以其執行法律之機關爲國家之代表，故民事訴訟法爲公法。民事訴訟法之原告，概爲私人。即國家與人民或團體發生之私權關係，雖國家爲當事人之一造，在原則上亦屬私法之範圍，國家不外一私人之資格耳。

#### 第五項 國際公法

國際公法者，規定國家與國家相互間關係之法也。所謂國際公法，並無整個之法典，實不外國際彼此往來之習慣及條約之集合物而已。其與普通法律不同者，則國際公法雖爲國際間共守之法律，然無最高執行之機關也。

國際公法所規定者，在平時爲國家之基本權利，國際往來及條約關係等項，所謂基本權利者，如獨立權，平等權，相互尊重權，自衛權等是，國際往來，如遣派代表，互相貿易，設立使館領館等是。條

約關係所涉及之範圍至廣，如通商，互惠條約，處理爭議之方法等是。

國家與國家之間，平時往來純憑信義。而信義之爲物，非必皆可恃者。故國際間之最後解決方法，厥爲戰事，惟戰爭之目的，乃在於使敵方屈服爲已足，對於敵國之人民固不得加以任意殺戮。戰時國際公法即規定此種行爲之法也。在實際上，國家與國家發生戰爭之時，其能遵守國際公法者，百不一見。近十年來，各國有識政治家，努力非戰運動，但收效極鮮。

## 第二節 私法

### 第一項 民法

民法一詞，有實質意義與形式意義。法指私法全部者，爲實質意義。故其範圍甚廣，舉凡關於私權實體之各種成文法及不成文法均屬之。僅指民法法典而言者，則爲形式意義。茲所言民法，係從狹義而言。我國自遜清以還，即着手於民法典之編訂。間經數次草案，終未頒行。迨國民政府成立，立法院始積極着手編訂。將往昔草案略加修削，兼採最新立法例及三民主義之精神。先後頒行民法總則民法債編民法物編民法親屬民法繼承等五編，計一千二百二十五條。

我國民法之顯然易見者有三點：一爲因襲外國法，尤其是德國法。故外國法成分最多。舊時草案，對於親屬繼承兩編，尙大半保留固有習慣，祇加以糾正而已。規行民法，關於此二編之規定，則大半步武德瑞二國。在立法方面，固可傲然自誇，但若從法律之效用方面觀之，則未免削足適履之譏。蓋法律貴乎實用，公所編訂之親屬繼承兩編，與我固有之習慣，大相逕庭。不惟難收實施之效，且因此而引起無謂之訟爭，所以益民者，反足以病民矣。

其二，現行民法採納最新立法例，於社會福利及個人利益兩方面兼籌并顧。如禁止權利之濫用，男女平等之觀念，重利盤剝之嚴禁，受僱人之保護，租金之減免，所有權利使之限制等爲顯而易見者。關於上述各點，凡研究民法者均能見之。

其三，我國民法，廢除民商事之分開。法系大陸諸國，多有民法與商法分編法典，如德法日本等國是。其所以將民事法商事法分別編訂者，不外歷史之因襲。其最大之弊病，厥爲適用之困難。例如民法上所規定之法人組織與商法上所規定之法人組織，竟不相同。今有人設立公司，在民法商法分別編訂之國家，往往須詢問其爲民法上之公司，抑亦商法上之公司？我國既無歷史之原因，自當

避免因襲雷同，故將民商二法統一編訂，實一大進步。凡可於民法法典中包括規定者，概納入於民法法典中。間有不便包括者，則另頒單行法規，如公司法、票據法、海商法、保險法等是。

關於民法之內容，各國及歷史及民族性而殊異。惟大致分類，則不外乎債權物權親屬及繼承各編。德系諸國之民法典，另設總則編，我民法從之。

## 第二項 商法

商法有實質形式二義。實質商法乃指該項法規涉及商事而言也。形式商法則指商法法典而言。故從形式方面觀之，我國現無商法典之存在，然不可謂我國無商法也。

就實質之意義而言，我國商法除規定於各法典外，另有單行法規。如公司法、銀行法、票據法、海商法、保險法等是。

## 第三項 實業法

實業法者，謂法規涉及實業事項之法也。如勞工法、工廠法、鑛業法、公司事業法等是。此類事項，既不便括包於民法典之中，亦非屬於商法之範圍，故列入另一類。有稱實業法為社會法者，但社會



法一名，恐引起誤解，不若實業法一語之剖切明瞭也。

#### 第四項 國際私法

國際私法者，對於涉及私法關係，依內外國之法律而決定其孰應適用之法也。國際一語，非指兩國間之關係而言，乃指某種行為牽連一國以上之私法關係也。蓋遇此種事件發生時，往往有二國不同之法律規定其適用。若不謀一取舍之道，則法院無從遵照。故學者間有名國際私法為法律之適用法，而英美學者且以「法律低能」一詞名國際私法。良以國際私法之發生，緣由各國法制之不同。就此不同之各國法律而擇其適用者，乃國際私法之任務也。

惟茲應宜注意者，則國際私法非各國所共同規定之法律。此與國際法稍有不同。從法律之性質觀之，國際私法為一國之國內法，由其司法機關執行，非若國際法之無執行機關也。

其次，國際公法所涉及之範圍為國家與國家之關係，而國際私法則以私人間之關係定其孰應適用之範圍。

復次，國際公法為規定國家與國家間之一切關係，故大半為實體法。國際私法乃純為一種程

序法，因其所規定之事項，非實質之法，實規定其如何適用各國之法律耳。

由此觀之，國際私法雖有國際二字，實不能解為國家與國家之關係。茲所謂國際者，以特種行為涉及一國以上之法律關係也。國際一語，應作涉及解。涉及云者，謂行為涉及外國要素也。例如中國人在美國與英國女子結婚，此處涉及之法律關係不僅一國，當事人之一方為中國人，一方為英國人，兩國間所定之結婚年齡不同，此際究應依照何國法律，實屬問題。其次，當事人之結婚儀式須依照住在國之法律乎？抑亦依照當事人各國之法律乎？凡此諸端，均非國家與國家之關係，乃為私人間之事。國際私法者，則對此種問題所以謀解決之道也。

#### 第十四章 問題

- 一、試將法律內容之分類列表明之。
- 二、訴願法與行政訴訟有何異同？
- 三、民事訴訟法為公法乎？私法乎？試述其理由。
- 四、國際私法與國際公法之區別何在？

五、我國有無商法典乎？

六、我國民法有幾特點？

## 附錄

叻間所出法學通論，多編譯自日本。茲特就搜得譯本列後，以供讀者參考焉。

法學通論 日本 岡田博士著

法學通論 日本 磯谷本次郎講述 王國維譯

法學通論 日本 朝陽大學講義

法學通論 日本 梅謙次郎述 陳敬第編

法學通論 日本 織田萬著 劉崇佑譯

近世法學通論 日本 三瀨信三著 鄧公傑譯

法學通論 白鵬飛編（大半根據前書）

法學通論 日本 中村進午講義 葛蓮禮譯編

法學通論 歐陽給着 (就是書之編次言之實一「法律綱要」)

關於西文之參考書，茲擇其與法學通論相近者到後：

1. Gareis: Introduction to the Science of Law (Kocourek 譯)
2. Kocourek: Introduction to the Study of Law
3. Markby: Elements of Law
4. Godby: Introduction to the Study of the Law
5. Groy: The Nature and Sources of Law
6. Korunor The General Theory of Law (Hastings 譯)
7. Bindley: An Introduction to the Study Jurisprudence
8. Pollock: First Book of Jurisprudence
9. Terry: First Principles of Law

中華民國二十二年十二月初版

(二〇八五三)

新時代法學叢書  
法學通論 一冊

每冊定價大洋陸角

外埠酌加運費匯費

編纂者 丘 漢 平

發行人 王 雲 五  
上海河南路

印刷所 商 務 印 書 館  
上海河南路

發行所 商 務 印 書 館  
上海及各埠

\*\*\*\*\*  
版 翻  
權 印  
所 必  
有 究  
\*\*\*\*\*

(本書校對者何濟剛)

六六四二上 協記

Handwritten scribbles and lines, possibly representing a signature or abstract drawing.



Handwritten scribbles and lines, possibly representing a signature or abstract drawing.

