

# 比較法學概要

龔 鉞 著

商務印書館發行

# 比較法學概要

龔鉞著



3 0647 4522 1

商務印書館發行

## 王序

龔君駿禮留歐前後十年，研究法律外交，曾獲 Grenoble 大學法律博士學位。服務外交，兩攝駐巴黎總領事。余識之有年矣。近以其所著「比較法學概要」徵序於余。錯綜複雜之法律問題，經其分析比較，簡明扼要。其論我國法律思想，論法治，論行爲，論法律與禮諸章，合前後而觀之，自成系統，具見其深心獨詣，與尋常泛論法學之書不同。而其釋分權制度，述各派學說，舉重若輕，亦足見其研究有素。值茲勝利建國時期，是書之刊行，足爲提倡法治之一助。中華民國三十五年秋東莞王寵惠序。

# 目次

王序	一
導言	一
第一篇 法學概念	七
第一章 法學之範圍	七
第一節 狹義的法律與廣義的法律	七
第二節 法律科學之研究	一〇
第二章 主要法學派	一七
第一節 希臘哲學	一七
第二節 宗教法學派	一八
第三節 自然法學派	一九



比較法學概要

二

第四節 分析法學派……………二二二

第五節 功利主義學派……………二二三

第六節 歷史法學派……………二二五

第七節 唯心法學派……………二二六

第八節 社會法學派……………三〇〇

第二篇 法律概念……………三三三

第一章 自實質言何謂法律……………三三二

第一節 法律的內容……………三三三

第二節 法律的外觀……………三五五

第三節 法律與道德……………三七七

第四節 法律與禮……………三九九

第二章 自形式言何謂法律……………四三三

第一節 法律與形式……………四三三

第二節 習慣法與成文法之分別	四四
第三節 判例	四七
第四節 成文法之種類	五〇
第一目 成文憲法	五〇
第二目 立法機關所制定的法律	五五
第三目 行政機關的命令	五六
第四目 國家元首的緊急命令	五九
第三章 法律之分類	六一
第一節 法律分類舉要	六一
第一目 公法與私法	六二
第二目 國內法與國際法	六四
第三目 習慣法與成文法	六五
第四目 普通法與特別法	六五
第五目 實體法與程序法	六六

第六目 強行法與任意法	六六
第二節 各種法規	六七
第一目 憲法	六七
第二目 行政法	六八
第三目 刑法	六九
第四目 民法	七一
第五目 商法	七二
第六目 土地法規	七四
第七目 勞工法規	七五
第四章 法源	七六
第三篇 國家與立法	七九
第一章 政治社會	七九
第一節 社會團體與國家	七九

第二節	國家與其他團體之區別·····	八一
第三節	國家與政府之區別·····	八三
第二章	國家之主權·····	八五
第一節	主權觀念·····	八五
第二節	對外主權與對內主權·····	八八
第三章	分權制度·····	九一
第一節	自防杜專制政治而言分權制度·····	九一
第二節	分權之理論與實際·····	九三
第四章	法律之制定·····	九九
第一節	人治與法治·····	九九
第二節	法律案之提議·····	一〇四
第一目	行政機關之提議權·····	一〇四
第二目	立法機關之提議權·····	一〇六

第三節 法律案之討論與決議	一〇六
第四節 法律案通過立法機關後之其他程序	一〇八
第一目 批准	一〇九
第二目 否決與覆議	一〇九
第三目 公布	一一一
第四目 施行	一一二
第五節 法律之變更與廢止	一一三
第五章 法律適用之範圍	一一五
第一節 屬地主義與屬人主義	一一五
第二節 治外法權	一一七
第三節 法律効力不溯既往	一一九
第四篇 人	一二三
第一章 法律人格	一二三

第二章 自然人	一二六
第一節 權利能力	一二六
第二節 行爲能力	一二八
第三節 姓名與住所	一三二
第一目 姓名	一三二
第二目 住所	一三三
第四節 身分	一三五
第一目 國民與外國人	一三五
第二目 公民	一三七
第三目 成年人	一三九
第四目 家屬與親屬	一四〇
第五目 配偶	一四二
第六目 血親	一四五
第七目 姻親	一四八

第八目 收養關係及指定繼承	一四九
第五節 失蹤	一五〇
第三章 法人	一五二
第一節 法人之性質	一五二
第二節 法人之能力	一五五
第三節 法人之種類	一五七
第四節 法人之設立	一五九
第五節 法人之住所	一五九
第五篇 權利與義務	一六一
第一章 權利之意義	一六一
第二章 權利與義務之關係	一六四
第三章 構成權利之要素	一六七
第四章 權利之分類	一七〇

第一節	自然權利與法律權利	一七〇
第二節	公權與私權	一七一
第三節	對世權與對人權	一七一
第四節	主權利與從權利	一七二
第五節	原權與救濟權	一七三
第五章	權利之分類(續)	一七四
第一節	人權	一七四
第二節	政治權	一七六
第三節	親屬權	一七七
第一目	親權	一七七
第二目	配偶之同居權	一七九
第三目	監護及親屬會議	一八〇
第四目	扶養	一八一
第五目	繼承	一八四



第四節 財產權	一八六
第一目 物權	一八七
第二目 債權	一九一
第三目 無體財產權	一九三
第六章 時効	一九六
第一節 取得時効	一九八
第二節 消滅時効	二〇一
第六篇 行爲	二〇七
第一章 概説	二〇七
第二章 法律行爲	二一三
第一節 何謂法律行爲	二一三
第二節 法律行爲與意思表示	二一四
第三節 法律行爲之要件	二一七

第一目	目的之合法	二一七
第二目	目的之可能	二一八
第三目	行為人須有行為能力	二一八
第四目	如係要式行為須依法定方式	二一九
第五目	須不顯失公平	二一九
第六目	意思表示須無瑕疵	二二〇
第四節	法律行為之無効與撤銷	二二二
第一目	無効	二二二
第二目	撤銷	二二四
第三章	侵權行為	二二六
第一節	侵權行為之構成	二二六
第二節	侵權行為之責任	二三〇
第一目	行為人之責任	二三〇
第二目	共同侵權之責任	二三一

第三目 替代責任……………二三一

第三節 侵權行爲之制裁……………二三三

第一目 回復原狀與損害賠償……………二三三

第二目 財產上之損害與非財產上之損害……………二三四

第三目 損害賠償之免除與減輕……………二三五

第四目 強制執行……………二三六

## 第四章 犯罪行爲……………二三八

第一節 民事違法行爲與刑事違法行爲之區別……………二三八

第二節 犯罪行爲之構成……………二四〇

第一目 行爲之存在……………二四〇

第二目 行爲違反刑法之規定……………二四二

第三目 故意與過失之分別……………二四四

第四目 行爲人之責任能力……………二四四

第五目 違法之阻卻……………二四七

第三節 犯罪行為之制裁·····	二四九
第七篇 司法組織·····	一五七
第一章 司法獨立之意義·····	一五七
第一節 司法權之獨立·····	二五七
第二節 司法官之保障·····	二六一
第二章 法院·····	一六五
第一節 司法職務·····	二六五
第二節 普通法院與特別法院·····	二六八
第三節 普通法院之管轄權·····	二七二
第四節 四級三審制與三級三審制·····	二七六
第五節 合議制與獨審制·····	二七八
第六節 檢察制度·····	二七九
第七節 兼理非訟事件·····	二八一

第八篇 國際法律衝突問題	二八三
第一章 法律衝突問題發生之原因	二八三
第二章 本問題之法源	二八六
第三章 各種學說	二八九
第四章 關於法律衝突之幾個實際問題	二九八
第一節 公共秩序與善良風俗之觀念	二九八
第二節 關於法律行為之形式	三〇一
第三節 意志自由主義	三〇六
第四節 適用外國法時所發生疑義	三〇九
第一目 關於當事人之國籍	三一二
第二目 回復適用問題	三一三
第三目 外國法之解釋	三一四

# 比較法學概要

## 導言

自國內各大學法科及商科之課程中有「法學通論」一門功課，以此命名而出版的著作，已有多種。但內容不同，體裁互異。誠以法學之範圍過廣，提綱挈領納於一書，原非易事。竊以歐美學者所著，與「法學通論」相似的書籍，自其大體言之，歐陸派多注重理論，英美派則注重現實法(Positive laws)之研究。歐陸學者自自然法學派之著作以迄於晚近，如 Em. Beausiire 所著“Les Principes du droit”，Vareilles Sommière 所著“Les principes fondamentaux du droit”，Roguin 所著“Les Règles du droit”，Kant 所著“First Principles of Jurisprudence”（按此係英譯名，依據 Hastie 譯本），Garais 所著“Introduction to the Science of Law”（原名“Rechts Encyklopädie 經 Kocoveck 譯為英文）Kohler 所著“The Philosophy of Law”，Luigi Miraglia 所著“Comparative Philosophy of Law”（按此書我國已有譯本）等等，雖富於理論，然欲以引導初學灌輸常識，則不切於用。

英美派學者，如 John Salmond, Roscoe Pound, Markby, Holland, Amos, Pollock 諸氏，均有通論



法學之著述，其體裁似較宜於我國大學及一般社會之用。其書多命名“Jurisprudence”或綴以他詞，如 Amos 所著，稱之爲“Science of Jurisprudence”及 Pollock 所著稱之爲“First Book of Jurisprudence”之類。

吾人編「法學通論」倘於體裁上採取英美派著作，卻不能翻譯原書以充用。蓋此項著作，須以本國法律爲背景，英美法律，與我國法律不同，譯其原本，不適用於用。卽在體裁上，亦不宜過於因襲。吾人編「法學通論」當注意此書在我國之用途。法學之範圍極廣，何者應行採入，何者可以從略，何者綜合討論，何者分別敘述，其間伸縮留汰，應從慎重。

自本書之用途言之，約有三端：（一）泛論全部法律問題，俾學習法律者，對於法學全體，有一綜合觀察，庶幾爲分門別類的研究時，有觸類旁通的愉快。（二）法學乃社會科學（Social Sciences）中一種科學，與其他社會科學，如政治學、經濟學、教育學、心理學等，均有深切關係。肆習他種社會科學者，對於法學，須有相當認識，需要「法學通論」一類書籍爲參證。（三）吾人日常生活，無時不與法律接觸。在提倡法治的今日，法律實人人應有的常識。是以法學通論，足備社會一般人士之參考。

本書定名爲「比較法學概要」[Summary of Comparative Jurisprudence]。蓋闡明固有文化，兼採各國之長，本係我國近數十年來之立法政策。本書雖以我國法律爲主，而間述各國法律，以資比較，足明瞭現今制度所本。法學有共通之原理，公認之原則，舉其概要，足助吾人了解現實法之意義。瓦勒洵美埃（Vareilles Sommière）

有云：法律科學，如一巨廈，其中迴廊複室，房間甚多，學者宜將該巨廈之全部結構認清，否則身入其中，必至迷惘失措。（見所著『Les Principes fondamentaux du Droit』 Introduction）法學範圍甚廣，吾人往往將各種法律，分別研究。但法學全部，必須了然胸中，始能貫徹其意義。且法學中有若干問題，有關全部，例如「法律之分類」、「權利與義務」、「法律人格」等問題，均係整個法學中的問題。於專攻一種法規，如憲法、民法、或刑法時，探討此類問題，既患重複，復不能遍及。是以另行於「法學通論」一類書中討論，實較適宜。

本書既非預備專家參考之用，更不足供法官律師輩之取攜。是以他種「法學通論」之著作，有按照現行法之篇章次序而編製者，本書則付摹一般心理對於法律問題所欲明瞭之層次，逐漸敘述，完全不受成文法體例之拘束。惟第一篇涉及學理，述法學之範圍與其研究之方法，並將各種法學派之學說略為比較。第二篇法律概念，言法律之形式與實質，並及法律之種類。第三篇言國家與立法，蓋以研究法律，須有國家概念，而制定法律之程序，亦於此篇說明。由國家而及個人，第四篇以「人」(Person)命題，略述法律人格，行為能力，各種身份，如國民與外國人，公民，成年人，家屬，親屬，配偶，血親，姻親等，以及於法人。由人格而發生權利義務之關係，是以第五篇為「權利與義務」。權利之類別既繁，本篇於習見之分類外，更分別為人權、政治權、親屬權、財產權四者言之。既明瞭權義關係，進而討論行為，是以第六篇為「行為」。吾人行為或以道德為標準，或以法律為標準。違反法律之行為，須受法律之制裁。制裁之者，乃國家司法機關，是以本書第七篇為「司法組織」。又以今日國際關係之密切，國際法在近期，必



有長足發展。私人間往來，多有根據國際法之必要。是以最後一篇爲「國際法律衝突問題」，蓋以國際法中所謂法律衝突問題，在最近期間，必將從專門學識而成爲一般應有之常識也。本書編次如是，尙屬嘗試，是否有當，容以後再加修正。

我國歷史上法律思想，迥異西歐。尊禮教而輕刑罰，斥功利而倡仁義。儒家學說，卽物窮理，以爲法律無論如何精嚴，終不足使社會生活安定。惟有以道德禮教矯正人心風俗，「禮防於未然之先，法禁於已然後」，否則法網愈密，而奸僞橫生，終不足以致治。此我國士大夫傳統思想。是以對於禮制，深致意焉。三禮——周禮、儀禮、禮記——包含許多制度與思想，研究我國法制者，不可不讀。蓋我國昔所謂法者，常指刑法而言。至於民法、商法、訴訟法、行政法、國際法等皆委之於道德習慣或禮儀。而昔所謂禮者，內容確切，違反之者，得受統治者之制裁，非僅禮貌儀節而已也。禮既包括人類社會行爲之準則，而今日吾人所謂法者，亦指一切行爲準則 (Rules of Conduct) 而言，是我國昔所謂禮者，實卽法也。否則重禮輕法，豈天下有無法之國哉？

自鴉片戰爭以後，我國法制一變傳統觀念。於是防閑社會之工具，別異同明是非之規則，乃一歸於法而不復求諸「禮」。所以安生計正行爲者，法律負其責任。安可不力求其完善，進而使其適合於我國民族所固有之文化，成爲中華法系，而與羅馬法系、英美法系等並稱於世乎？

在國人心目中，法律之爲一種「必需有的災殃」(Necessary evil)也，久矣。強者以犯法爲快，弱者以巧避爲

能。如是而言「法治」，豈乎遠矣。實則法律內容，和易近人者，十之八九，生硬穿鑿者，百無二三。昔以刑罰爲法，今以日常生活之軌則爲法。昔係義務之規條，今以權利爲本位。惟因法律名詞，非盡人所習慣，傳統觀念，未能一旦破除，於是社會大眾對法律生憎惡之心。苟能灼見法律原理之淺近，省識今昔制度之不同，則所謂法律者，乃極凡俗易曉之常談耳。此本書所欲表而出之者，幸讀者察焉。



# 第一篇 法學概念

## 第一章 法學之範圍

### 第一節 狹義的法律與廣義的法律

所謂法律 (Law, Loi, Gesetz) 者本有廣狹二義：自狹義言之，法律指成文的現實的法規 (Written and Positive Laws) 甚至僅指立法機關所制定的法律而言 (參閱下第二篇第二章「自形式言何謂法律」及下第三篇第五章「法律之制定」) 司法機關引用法律，行政機關執行法律，自當恪守成文法規，而將法律的定義作狹義的解釋。然吾人於研究法學時，所謂法律，乃廣義的名稱。探討法律原理，講求法律之改善，不能將法律作狹義的解釋。

羅馬法學者席西羅 (Cicero) 曾言：「世上無無法律的社會。」人類以合羣為天性，雖極野蠻渾噩，均有若干軌範存焉。自廣義言之，均是法律。所以意大利詩人但地 (Dante) 說：「地獄中亦有其法律。」大抵人類社會，最初

僅有習慣規則，爲全體所遵守，俾其共同生活，有繼續之可能。此種規則之成立，乃根源於環境之需要，並無何種原理爲依據。根源於經驗，不以抽象的推斷爲依據。在實際的需要之下，習慣的意義漸形確定，於是到達制定習慣的時期。民族初期法典，如羅馬之「十二銅表法」，係根據習慣編成。習慣既經制定，社會上乃有成文法律，於是法律漸與習慣脫離。政治組織進步，法律的制定有一定機關，其成立必經一定程序，其形式乃更明瞭。然法律並非有形式而後有。人類社會成立之初，無國家之組織。家族、部落、城市，均係人類共同生活之團體。原始社會，範圍狹小，法律只適用於該小團體中人，無需何種形式。迨後團體漸形擴大，社會生活，亦日趨複雜，於是法律有具備準確明瞭形式之必要。是法律之有固定形式，乃社會生活使然，不能謂有固定形式者，始是法律也。

法律乃人類彼此相互關係中之行爲準則 (rules of conducts) 是以康德 (Emmanuel Kant) 云：「法律乃從人我間，根據自由原則所爲行爲，不至發生衝突之條件下尋繹出來的規則。」(『Elements Metaphysique de la doctrine der Droit』，法文譯本 Barni, P. 43) 法國學者狄驥 (Léon Duguit) 以爲：「法律乃生活於社會的人所必須遵守的行爲規則，在某一社會中，某一時期內，常有若干規則，被認爲公共利益之保障。」(L. Duguit, 『Traité de droit Constitutionnel』, 1911, T. 1, P. 1)。

所謂行爲者，蓋有區別於信念及內心所起的批評。法律所規定者，只是外表的行爲。至於內心的作用，無所表現於外者，或爲道德宗教所不許，但不爲法律所過問。

抑行爲所以有規定之必要者，因個人與他人有接觸之處也。魯濱遜飄流孤島，雖其日常生活亦遵守若干規則，乃基於人類之本能與其求生之慾望。時或自己拘束自己，以保養其體康。但此非法律。法律根據人類彼此之關係而成立。有社會而後有法律，法律不能離社會而存在。且吾人以法律規正人類行爲，從而支配一切無知之物。狗應蒙口，房屋將傾圮應即修繕。法律不能直接對狗或對房屋下命令。惟由人之媒介，而使狗竟蒙口，房屋竟修繕。推之大者遠者，亦莫不然。

是以法律乃對有情感理智之人類而設立之規則。此所以大異於物理學或經濟學中之定理定律。物理定律如「地心吸力律」(Law of gravitation) 經濟定律如「供求相應律」(Law of supply and demand) 等等，在於自然環境之中，無待規定與執行，人與萬物，同受其支配。其對象常爲無知之物，吾人不能以理喻之，使其就範。是以繩墨斧斤施於木石。網羅罟阱，施於禽獸。吾人欲訓練禽獸，使爲某種行爲，除加以鞭笞外無他方法。而對人則不然。法律規則之設立，在於詔示人類，何者應爲，何者不應爲。提醒其道德心，責任心，及其判別是非之能力。是以刑罰之設，非因社會之中，必有犯罪之人。權利義務之規定，非因人之均不肯盡其應盡之義務。法律之功用，在於喚起人類之良知良能。縱使社會一旦無一犯法之人，法律仍有其存在之價值。

吾人研究法學，雖應將法律作廣義解釋，但不能與其他科學中所謂定律者，意義相混。已言於上。而法律在文字上爲 Law, loi, Gesetz 等等，與「地心吸力律」一類規則，亦稱爲 Law 者相同。孟德斯鳩 (Montesquieu) 爲

法律所下定義係：「法律者，萬物本性中所發生之必要關係也。」（'rapports nécessaire qui dérivent de la Nature des Choses'，*Esprit des Lois*, Liv. I, Chpithu I）此即未將法學中所謂法律，與物理定律等相區別。法學中所謂法律，乃對人類生活所樹立的規則，不可不察也。

## 第二節 法律科學之研究

法學，係法律科學（*Science of Law*）之簡稱，英美學者沿襲羅馬法中所謂 *Jurisprudentia*，常稱之為 *Jurisprudence*。

各種科學，歷來分爲兩大類：即「自然科學」與「社會科學」。天文學、物理學、生物學等屬於自然科學一類。而法學與經濟學、社會學、歷史學、政治學等同屬於社會科學一類。自然科學所研究的對象爲自然現象。社會科學所研究的對象爲社會現象。法學既係社會科學中一種科學，其研究之對象爲社會諸現象中一種現象，即法律現象。凡屬社會科學，其研究對象均爲人類社會。人類之生活與思想，不受檢討如礦石或甲蟲。是以社會科學中各種原則無算術式的準確性。自然科學中各種定律有恆不變，譬如月繞日而行，物體向下墜，如有一次不驗，即當根本推翻。而社會科學中各種原理，不能假因一事不符而遂放棄。自然科學中各種定理，絕不容有例外存在。而社會科學中所謂原理，不過一般適用之規則。在特殊情形之下可發生各種例外。法律之對象既係有情感理智之人類，時

代有轉移，人類之信念有變遷。立法者制定法律，當以社會環境與國民信念為標準，不能固守不變。每一民族有其特殊之歷史、宗教、風俗、習慣等等，是以法律規則，常因地因時而異。

雖然，吾人仍認法學為一種科學。於錯綜複雜之環境中，覓求原理，使其成為有系統的知識。吾人不能認法學為哲學。研究哲學，惟藉思考、推測、與純抽象的理論。而研究法學，則以觀察與考證為基礎。

研究科學，主要分演繹 (deductive) 與歸納 (inductive) 兩種方法。演繹法者，擇若干一定不移的準則而推廣之。用邏輯理論 (logical reasoning) 以解釋一切現象。歸納法者，用事實上觀察，聚集例證以覓得結論。兩者出發點不同。演繹法利用少數一般的原則以推論所有問題，故又被稱為抽象方法 (abstract method)。歸納法根據事實以成立其信念，是以亦稱為現實研究法 (realistic method)。法學成立之初，無疑的均用演繹方法。如希臘印度之法律哲學，自然法學派及功利法學派之學說，均根據若干公認的與自然的原理而討論法律問題。所作觀察，亦極為一般。自歷史學派 (Historical School) 興，而演繹法乃受排斥。該派學者以為法律由歷史、習慣及國民特性中自然積漸而成立。吾人欲明瞭法律原理，必須研究其源流與演變。

歸納方法從縝密的觀察而獲到結論，雖可免武斷或概括之錯誤，足以矯正演繹法過於抽象之弊。但研究社會科學與研究自然科學不同。探討自然界現象，全由試驗與觀察。而社會現象至為複雜，變幻無常。社會事實不能任意令其重演。無從置於試驗室中加以化驗。吾人不得利用邏輯方法以推論一切。且吾人對自然界，完全處於



客觀之地位。而社會環境，則吾人置身其中，乃演員之一。是以法學之研究，演繹與歸納方法，均不容偏廢。吾人對於一切法律現象，先之以觀察。觀察之後，可用推測與理論以斷定其原理。再將所設定原理與事實對證。德國學者薛穆勒 (Schmoller) 有言：歸納與演繹，在研究科學時均屬必要，如左足與右足在行路時同時並用。（轉引自 Gide 著『History of Economic Doctrines』英譯本 1933, P.397）

美國學者滂特 (Roscoe Pound) 謂法學之研究方法有四，即哲學方法、歷史方法、分析方法與社會方法。而此四種方法，亦即法學四大學派：哲學學派 (Philosophical School)、歷史學派 (Historical School)、分析學派 (Analytical School) 及社會學派 (Sociological School) 之名稱。（見所著『Introduction to Study of Law』）實則學派乃因學說而區別，非因研究法有所不同。研究法者，吾人研究一種科學時所遵循的途徑，所採用的方法也。治學方法有種種。譬如法國學者特朗圖 (Deslandre) 曾舉六種：曰社會方法、比較方法、臆斷方法、法理方法、良知 (Bon sens) 方法、歷史方法。（見所著『La crise de la Science Politique et le Problème de la méthode』）此外如心理方法、實驗方法、觀察方法等，亦均為研究法之一種。

研究法之採擇，往往足以影響於學理之主張。是以學者重視「方法論」。但學者之治學，常參用各種研究法。若以為某派學者專用某種研究法，則屬誤解。上引滂特氏之言，只可解釋為某派學者，因用某一種方法為其主要研究法，遂被稱為某種學派。非謂有一研究法即有一學派。亦非謂某一學派專用某一研究法也。

將各種法律，作比較的研究（comparative study of jurisprudence），集思廣益，取助他山，常足發現極有價值的結論。吾人將各種民族、地理、宗教、不相同的法律，並列對照。有以國家區別而作比較者，如中國法、法國法、蘇聯法、意大利法之比較研究是。有以民族區別而作比較者，如日耳曼法、斯拉夫法、土耳其法之比較研究是。有以法系（system of law）區別而作比較者，如羅馬法系與英美法系之比較研究是。各國近今多有比較法學會之成立，我國似亦不容獨後。（巴黎比較法學會 Société des Legislations comparées 成立於一八六九年，著者亦該會會員之一。柏林成立於一八九四年，倫敦成立於一八九六年。）

法學成爲獨立研究的科學，惟在文化發達之社會中始有之。原始民族，生活於自然與習慣之中，缺乏法律思想。其遵守若干規則，無非由於迷信或畏懼之心理。迨夫文物進步，漸知對於己身之環境，作了解之追求，必先考慮其生活之組織，如何可以臻於完善而合理。法律觀念，於是萌芽。但初期法律思想，常與宗教道德等相淆混，不能謂有法律科學存在。所謂科學者，乃一種有系統的知識，必須獨立研究，始有進展也。是以法學之成爲科學，必須與宗教、倫理、道德等觀念分別清楚。此非謂法律與其他觀念不生關係也。法學以倫理道德等爲背景，彼此有深切關係，但法學自成系統，並不附麗於某一科學。

我國法律思想，發達甚早。當唐虞盛時，如「舜典」所載：「象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，撲作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，怙終賊刑。」等語。所謂「金作贖刑」，卽罰金制度。「怙終賊刑」，卽累犯加重處罰。此種法令，距今已四

千餘年。較諸羅馬「十二銅表法」爲尤古。又如「夏作禹刑，商作湯刑」語見故籍。尙書中有「呂刑」一篇，均成文法典也。迨至戰國，李悝、商鞅中不害、韓非等作法家之言，一時法學稱盛。但後來儒家學說盛行，提倡「禮讓爲國」，擯刑名之學於不道。漢唐宋明雖各有法典，率多刑法。歷朝官制，有可考者，可視爲行政法。至於民法，缺焉不講，或講而不詳。（參閱下「法律與禮」章）

西歐法律思想，源流於希臘哲學。柏拉圖（Plato）在所著「法律」一書中，討論何種制度，可以產生最良結果。但希臘哲學者討論法律，與政治、倫理、哲學等併爲一談，尙未成爲獨立科學。法學昌明，乃在羅馬。羅馬在耶穌紀元前五世紀有「十二銅表」（Law of twelve tables）之成文法公佈。該銅表法根據當時習慣制定，以適應實際需要爲目的，內容簡陋。應用之時，不得不推廣其義，或比例引用，於是詮釋之事以起。羅馬法學家對於十二銅表所作詮釋編爲「問答」（*Responsae*），其時法學家輩出，各立門戶，辯論法理，因是法理愈彰。法官均採取學理，以爲聽訟根據。嗣以判例、解釋、學說以及陸續公布之詔令，陳陳相因，法官援用困難，東羅馬皇帝乍斯提理安（Justinian 527-565 A. D.）乃命編輯法典。法令之外，兼羅學說。是爲「乍斯提理安法典」（Code Justinian）。其中有法人自然人之分別，法律行爲之定義，債權物權之設定，契約成立之要件，親屬繼承之制度等等不勝紀述。蓋現代法律原則，在羅馬法中，已燦然大備矣。羅馬征服各地，其法律制度，亦隨之而傳佈，蔚成近代之歐陸法系。

其他民族，如希伯來人（Hebrews）之有「多拉法典」（Code Thora），亞刺伯人之有「可蘭法典」（Code

Coran)亦均法律思想發達之早者。然將法律與宗教道德併爲一談，觀念模糊，其制度遂不易發展。

法律科學實包含三大部分，卽：「法律哲學」亦稱「法理學」(Legal Philosophy or Philosophy of law)「現實法學」(the study of positive law or positive jurisprudence)與「法律史學」(Legal History)三者是也。茲分別言之如下：

(一)法律哲學，乃研究法律原理之學。此間哲學云者，不是指形而上學(metaphysics)，乃探討原理之意。此種研究，被稱爲「法律哲學」。但非哲學之一種，不可以詞害意也。法律哲學之任務，在於發明合乎理想的法律制度。法律因何而存在？其規則如何成立？法律之本質爲何等？均法律哲學中所討論的問題。至於法律之實施狀況，通常不在法律哲學中討論。

(二)法律史學，研究法律在歷史上的演變。又可分爲兩部份，卽「法制史學」與「法律思想史學」。法制史學研究法律制度的沿革。法律思想史敘述法律思想的變遷。說明過去，足以了解現在。吾人欲明瞭法律所以具備現今之形式者何故，常須借助於歷史研究。

(三)現實法學，研究現有的與曾有的制度。是以將現實法學與法律哲學比較，有當然與已然之別。與法律史學比較，有過去與現在之別。然研究現實法者，很難忽略上兩種學識。討論現行制度，應闡明其原理，是以現實法學不能與法律哲學劃分明瞭界限。而過去之法律制度，亦研究現實法者所應探討，是以法制史學亦現實法學中所

應有的部分。現實法學內容所包括者甚廣，是以又可分爲法制史之研究，現行法之研究，與「立法政策學」(Science of Legislation)之研究三部分。而爲現行法之研究者常將各種法規，作個別之檢討，如憲法，民法，刑法，商法，行政法，訴訟法，國際法等等。分門別類，各成爲專門學識。蓋法學之範圍過廣，欲窮其源委，不得不分爲若干部份。然法律問題，彼此多相關涉。學者對於法學各部份，均應有相當之認識。

法學又可從某一方面觀察，而成爲獨立之研究。如「社會法學」(Sociological Jurisprudence)「倫理法學」(Ethical Jurisprudence)「心理法學」(Psychological Jurisprudence)等等。皆從某一觀點討論法律之全部，而成爲特殊之研究也。

## 第二章 主要法學派

### 第一節 希臘哲學

歐洲法律思想，源流於希臘。蘇格拉底 (Socrates)、柏拉圖 (Plato)、亞里斯多德 (Aristotle) 等衣鉢相承，儼成學派。其學說影響於後來法律思想者，甚為深遠。

昔希臘之詭辯家 Sophists 倡論人類本性皆自私自利，而彼此之天賦不平等，惟有強力，足以創造權利 (Might makes rights) 且以為國家之組織，實違反自然。法律常使人類的行為違反乎理智。蘇格拉底 生當詭辯盛行的時代，主張人類以合羣為天性，國家與法律均係必要的而且可欲的組織。其說足以矯正當時思想之歧誤。柏拉圖 承其說，以為合乎公理與正義的生活，惟有了國家的組織時，纔可達到。亞里斯多德 謂國家係適應人類合羣生活之需要而自然產生的機構。公理正義本存在於自然環境之中，國家的法律，應以自然法則為根據。

希臘學者以為法律乃整個的合理的 (Rational) 制度，存在於自然環境之中，人類當憑藉理智以發現之。其說開後來自然法學派之先。我國歷史上所謂「天生蒸民有物有則」者與自然法之說極近。「民之秉彝好是懿德」

則以人類本性爲善。主張性善，是以屏絕權利觀念。求所以適合人類本性者。是以我國學說多屬唯心一派。

## 第二節 宗教法學派(Scholastical School)

在政治組織尙未健全，民族知識尙未發達的社會中，宗教與法律常無分別。原始社會，所畏敬者惟神。國家權力未臻鞏固地位，往往藉宗教勢力以統治一切。宗教規條，由國家來強制執行，與法律處於同等地位。於是有所謂「宗教政治」(Theocracy)者，如猶太民族，古埃及，回教國家及西藏之喇嘛政治等。皆政教不分。宗教首領卽政治領袖。宗教規條卽國家法律。

歐洲中古時期，教會之勢力極盛。「寺院法」(Canon law)與國家法律有同等效力。「教會法庭」與國家司法機關並立。若干事項，如婚姻遺囑等常歸教會法庭審判。至十六世紀，教會干涉司法之習慣，始逐漸消滅，立法司法之權，乃歸國家獨占。

當其盛時，「宗教法學派」(Scholasticism)學者如聖阿格斯丁(St. Augustin, 354-430)著有「上帝之國」(City of God)等書。聖湯麥斯亞金那(St. Thomas Aquinas, 1227-1274)其法律思想所著「Summa Theologica」聖貝爾納(St. Bernard, 1091-1153)等學說傾動一時。蓋歐洲中古之法律制度並未完備，惟採取羅馬法或日耳曼之習慣法爲其內容。羅馬法專尙形式，缺乏倫理的基礎。日耳曼習慣法粗糙不合邏輯。政令之

行，惟主權者之意志是瞻，國家權力無可限制。於是宗教法學派以神權說限制國家的權力。以正理公道爲上帝之意。以平等博愛的精神調劑剛強而拘束的法律。

然法律以宗教爲背景，則制定法律時，無須考慮社會環境民族特性。法律規則之成立，推定爲神意，而不由於統治者或人民之意志。國家統治人民亦憑藉神權，而非根據傳統制度或民衆擁護，則法律與實際生活隔閡。宗教法學派學者以爲法律乃超理智的規則，惟由神之啓示(revelation)。上帝乃唯一與永久的法律源泉，惟信仰上帝，纔可以覓求真理。其說不合科學全由臆斷，當然不能存在於今日。十五六世紀時，歐洲教會內部日形腐敗。一般人漸感教會之不可信賴。自然法學派代之而興，復注意於物質環境。

### 第三節 自然法學派(Natural Law School)

自然法之觀念，自希臘學者倡論以來，常爲法學中一重要問題。但自然法(natural law)一名詞應用過濫，歧義橫生。

羅馬法中亦有自然法之名稱。乍斯提理安法典(Code Justinian)中分法律爲三類，卽自然法，萬民法(droit des gens)及民法(droit civil)。所謂自然法指人類與禽獸共有之規則，根源於動物之本性，如兩性結合，教養子女之類。萬民法乃適用於一切國家一切民族之法。民法乃特定國家所特有之法。(參閱 G. Bonjean: "Expli-



*caton méthodique des Institutes de Justinien* 第一冊 1878 初版 Paris)

席西羅(Cicero)以自然法爲符合於公理正義之法，其說與道德相混。宗教法學者如聖湯麥斯亞金那以爲自然法卽神意。將自然法觀念納入宗教法觀念之中，成爲宗教法學之附屬問題。

歐洲文藝復興(Renaissance)時代的學者，討論自然法問題，立說已漸精純。所謂自然法，乃人類本能與自然關係所產生的規則。譬如由兩性結合而有婚姻制度，由親子關係而造成父權制度，是皆由自然關係而發生法律關係也。由此言之，則一切反乎自然的制度如奴隸制度，財產私有制度等均非自然法矣。然若干學者推廣自然法觀念，不限於天然關係，凡有充分理由足以證明某種情形乃人類生活中所不可避免者，亦屬自然法。於是奴隸制度等等亦可認爲自然法。又有更擴充其範圍，以爲凡符合於公理正義之規則皆屬自然法。是則「己所不欲勿施於人」一類規則，亦可包括於自然法之內。

自然法之說，至十七世紀乃大盛，而成爲一種學派。該學派之創始者，公認爲荷蘭學者格羅秀(Grotius 1583-1645)。格氏於其所著「戰時與平時公法」(De jure belli ac pacis)中討論自然法。謂法律當適合於人類之正當理性。像如人類以合羣爲天性，則一切適於合羣的規則均屬自然法。而一切妨害合羣的行爲，如殺人放火，侵害他人權利等等卽係違反自然法而應受制裁。格氏以人類理性爲法律之源泉，此實予當時人類思想以一大解放。彼時一般法學家(legistes)方崇奉羅馬法，以爲法律所依據者惟國家權力，而格氏則重視人類理性。宗教法學

者，方以爲法律乃神意，而格氏則以爲「卽無上帝自然法亦存。」是以大遭當局之忌。雖格氏畢生在羈囚放逐之中，但其學說，實足啓發後來之自由思想。

師承格氏學說而成爲自然法學派之正統學者有普芬道夫 (Samuel Pufendorf 1632-1694 著有“*De Jure Nature et Gentium*”) 烏爾夫 (Christian Wolf, 1679-1754 著有“*Die Politk*”, “*Institutiones juris natural et gentium*”) 湯麥涉史 (Thomasius, 1665-1728, 著有“*Fundamenta juris natural et gentium*”) 華爾特 (E. de Vattel, 1714-1767, 著有“*Le droites gens et le principe du droit naturel*”) 等。又如英國學者霍伯斯 (Thomas Hobbes, 1588-1679, 著有“*Elements of Law*”, “*Leviathan*”) 洛克 (John Locke, 1632-1704) 亦屬自然法學派。該派學者主張人類有自然權利。盧騷 (J. J. Rousseau) 以爲個人原應享有一切自由權利，雖因團體生活而犧牲其一部份，但除必要者外，國家不得加以限制或否認。洛克以爲自然法先於制定法而存在。生命、自由及財產皆人類應享之自然權利。自然法學說與宗教法學說比較有天上與人間之別。法律因人類之需要而制定，自由、平等，皆由於天賦。在此以前，一般從未嘗設想個人對於國家有何可以主張的權利也。是以自然法學說促成十八世紀歐洲爲政治革命。有史以來，任何學說，未有發生如斯鉅大影響於國家社會者。

然其說過於抽象概括。特麥斯脫 (De Maistre) 以爲各種制度隨環境而變遷，法律代表累積的習慣與觀念，

駁斥自然法學派學者認法律爲永久而普遍的規則。(參閱所著“*Essays on the Natural Laws of the Social Order*”)邊沁否認有自然法之存在。以爲法律乃統治者的命令。所謂統治者即某一社會中在某一時期內有獲人服從之權力者。統治者立法，並非根據自然法，惟考慮該法之效用(*utility*)如何。(參閱所著“*Introduction to Morals and Legislation*”)此外如歷史法學派學者，唯心法學派學者，均攻擊自然法之說。自然法學派立說概括疎漏處自所不免。久不爲學者所稱道。然晚近學者，趨向於以社會方法研究法學，自然法問題，復受注意。法國學者夏蒙(*Charmont*)於一九一〇年著書名「自然法之復興」“*La Renaissance de droit Naturel*”。勒許(*Louis Le Fur*)於一九三七年出版「法律重要問題」“*Les Grands Problèmes du Droit*”一書中，亦討論及於自然法復興問題。(見該書第一四〇頁以下)

#### 第四節 分析法學派(*Analytical School*)

十八世紀之法學學說，多屬抽象之談，漫無定論。分析學派(*Analytical School*)用邏輯與形式的方法(*logical and formal method*)觀察法學。注重於現實法之研究，闡明其原委，從事於考核。否認自然法之存在。以爲國家乃唯一法律的源泉。除非經國家承認，任何規則，均不能成爲法律。

用分析法研究法學的學者，前有布丹(*Bodin*)、霍伯斯(*Hobbes*)、俾勒克斯東(*Blackstone*)等，而英國學者

奧斯汀 (John Austin 1790-1859, 著有 "Lecture on Jurisprudence" "The Scope of Jurisprudence" "A Plea for the Constitution" 等書) 爲尤著。

奧斯汀以爲人民所以服從國家權力者，並非由於有意思的承認，乃由於傳統習慣。國家的主權，存在於其最高權力機關。法律乃主權者的命令，有自上而下強制履行的力量，是以有別於其他規則。道德、習慣，缺乏自上而下的拘束力，所以不能視爲法律。其他命令，非發自國家最高權力機關者，均非法律。結果，奧斯汀以爲：「法學乃研究現實法之學」"Jurisprudence is the Science of Positive Law"。研究法學，應以現實法爲範圍。其說過於偏重形式，忽略內容。使法律缺乏道義的基礎。準此而言，社會中有許多規則，均非法律。譬如國際法，只可認爲國際道德(international morality)而非法律也。

然分析法學派廓清抽象的理解，排除臆斷，確立實驗的研究法，對於法學，貢獻良多。晚近學者如美儒威爾律比(Willoughby)、加爾洪(Calhoun)、法儒拉邦(Laband)、密楚(Michoud)等，皆以分析方法研究法學者也。

#### 第五節 功利主義學派 (Utilitarian School)

歐洲自中古以迄於法國大革命時期，法律學說，或屬哲理之空談，如「神權說」「社會契約論」(Social contract)之類，或趨於保守，如布丹(Bodin)、蒲斯埃(Bossuet)、貝克(F. Burke)、俾勒克斯東(Blackstone)等之

尊重傳統制度。分析學派排除哲理之空談，而功利主義學派（utilitarian School）攻擊當時法學家之保守態度。

領導該派學說的學者為英國邊沁（Jeremy Bentham, 1748-1832, 著作甚多，如“Introduction to the *Morals and Legislation*”，“*Fragment on Government*”，“*Individual Versus State*”，“*Theory of Legislation*”等）當他學生時代，讀俾勒克斯東之著作，即著論抨擊之。須時英國之保守派稱譽英國法律產生自然，符合天意（*divine Providence*）而邊沁則斥之為苛刻而附會的制度，強者利用之以壓迫庸弱者。該派學者以為倫理或道德觀念，不足證明一種制度之優劣，惟能為大眾獲得福利時，始足顯示其功用。國家所以成立，因適應人類之需要，其任務即在於增進大眾的幸福，制定法律當以此為目標。人類莫不謀求快樂而排除痛苦，法律之良否，當視其實行時能否為人類增加幸福。雖不能為一切人得到一切幸福，但當為「最大多數得到最多幸福」“*greatest happiness for the greatest number*”，是為該派所揭櫫的立法目標。

功利學派既以「效用」判斷法律之優劣，復憑個人之自由意志判斷法律之效用。蓋法律既當以增進大眾之快樂而解除其痛苦為目標，誰能確認此快樂或痛苦？邊沁派學者以為最佳的判斷者乃各人自己，惟自己能了解本身之苦樂。是以功利學派所提倡者為個人自由主義。

該派思想影響於十九世紀初葉之立法政策者甚鉅。以個人為己身利益之最良判斷者，國家干涉，宜減少至最低限度。一切束縛個人自由之法律，非維持治安與秩序之必要者，悉當廢除。自由學說（*liberal School*）同時在

政治與經濟方面發展。在歐洲大陸，因受理想式的自然法學說所推動，而在英國，則濫觴於務實的功利主義。

#### 第六節 歷史法學派 (Historical School)

從歷史的觀察以討論法律問題，學者中可舉者甚多。前者如赫特曼 (Hotman)、布丹 (Bodin)、孟德斯鳩 (Montesquieu)。晚近如英國學者佛利門 (E. A. Freeman)、詩利 (J. R. Seeley)、錫的威克 (H. Sidgwick)、狄賽 (A. V. Dicey)、美國學者李埃白 (Francis Lieber)、伯哲斯 (John, W. Burgess)、羅威勒 (A. L. Lowell) 等皆是也。

然法學中所謂歷史學派 (Historical School) 通常指德國一派學者，提倡法律係由歷史環境民族精神積漸生成，制定法律，修改制度，必須依據歷史習慣民族特性。

十八世紀末葉，德國小邦林立，法紀不同，習慣各異。羅馬法與日耳曼習慣法並行，其制度極為繁雜，研究德國法者，無法着手。經過拿破崙時代的戰爭，德國國家思想勃興。歷史法學派提倡以國民固有特性為法律發達之依據，其說適合時勢的需求，遂盛行於日耳曼聯邦。

德國學者中提倡歷史法學者，前有來布尼茲 (Leibnitz)、休古 (Gustav von Hugo)、埃克痕 (Eichhorn) 至一八一四年，提菩特 (Thibault) 著書論德國民法有統一之必要，德國民族之統一必先之以法律之統一。柏林大

學教授薩威宜 (Kaul Friedrich von Savigny, 1779-1861) 總之著書討論德國法律之統一問題。謂法律乃歷史之自然產物，凡民族均有其特殊環境，法律不是由一時少數人意志所造成，係適應社會、經濟、道德觀念等等而產生的制度，亦即隨環境而遷遞。質言之，法律乃國民精神之表現，積漸而成，與民族之性質及其生活狀況有密切關係。討論法律問題，必須根據歷史環境。改制法律，必須慎重將事，俟與論學說等等已相當成熟，乃有可靠的法律規則足供立法者採取。

歷史法學派排斥哲理派的學說。其研究法律，採集歷史材料，社會統計，為縝密的觀察。又以為各個民族有其特殊歷史環境，即有其特殊法律制度，不能認法律為一種永久而普遍的規則。其態度趨於保守，但並不拒絕修改。惟以法律制度之進步須循序而繼續。

#### 第七節 唯心法學派 (Idealist School)

唯心學派 (Idealist School) 以哲學方法 (philosophical method) 研究法學。向人類理性之中，覓求法律真理，與歷史學派及功利主義學派之主張實驗者不同。主張實驗者以為法律原理，存在於吾人環境之中，而唯心學派則惟於人類理性中求其義理。自然法學派亦注重人類理性，但自然法學派採客觀態度，而唯心學派則採主觀態度。客觀之法雖亦由吾人用理智以發現之，但其原理，存在於心外之物。而主觀之法即存在於吾人理性之中，

自理性中推求更高一等的真理 (higher kind of truths)。

德國學者康德 (Kant 見前) 以爲「政治社會」(Political Society) 之生活，乃響應人類理性之需求而產生。在此種生活中，人類須自己限制自己的自由。法律者乃對社會中一切人加以「相互的限制」(mutual limitation) 者也是以人類有服從法律之義務。康德所著『Metaphysical First Principle of the Theory of Law』一部分由 W. Hastie 譯成英文名『The Philosophy of Law』1887 倫敦出版；Duguit 在所著『L'Etat et le droit positif』中第三章曾將康德學說分析詳盡。康德努力調和個人自由與國家權力。人類本來自由平等，其所以須服從國家權力者，實即爲達到本身目的之方法。菲希德 (Ficht, 1762-1814) 海哲爾 (Hegel, 1770-1831) 漢蒲爾特 (Humboldt, 1767-1835) 等繼起，則漸脫離康德之個人自由主義，而以國家爲個體。海哲爾謂：國家除己身之外不承認任何權力，是非之辯，善惡之理不足以對抗國家。柴西克 (Treitschke) 主張國家創造一切法律，其任務不僅在於保障個人使能享到現代文化上所給予的一切利益而已也，國家負有使命使國民能在道德上及物質上有最高度的發展。此最高度的發展，非單獨個人所能達到，故個人必須成爲團體之一，庶能達到最高最善的生活。德國學者雖均祖述康德，但漸趨於極端的國家主義，蔑視個人，使德意志之統治者無顧忌的奔向戰爭之途。

唯心學派在英國，以格林 (T. H. Green, 1836-1882) 博森格 (B. Bosanquet 1848-1923) 及伯拉德利



(F. H. Bradley, 1846-) 等爲著。博森格謂自由非無拘無束之謂，無拘束不是自由的真諦。真自由在於能自決 (self determination) 避免爲他人奴隸，不欲服從別人，則須服從自我。所謂服從自我者，非服從吾心中偶爾發生之一切妄念也。倘如是，將自陷於最苦之束縛中，結果毫無自由可言。所謂自決的自由者，在於服從吾之永久而有系統的意志。這纔是服從真我，纔能達到最善目的而享受自由。倘無途軌可遵，則無異游泳於茫茫大海之中，漫無趨向也。我真正的志願爲何？單獨個人不能有高尚目標，但知隨心所欲自私自利而已。個人生命之有價值，因有社會各種關係也。社會之能存在，必其法律爲大眾所遵守。是以社會有要求吾人服從其法律之權。吾人服從社會法律，實是企圖滿足自己的真正願望。但個人並非絕對不能反抗國家的法律與命令。倘應該反抗時，不特可以反抗，而且有反抗之責任。但須不是爲了一己的利益而反抗。(Bosanquet 學說此間所引者均見其所著 'Philosophical Theory of the State') 中。

近今唯心學說，以斯丹木拉 (Stammler) 爲卓然大家。斯丹木拉以爲法律基於意識 (consciousness)，不是基於自然現象。意識包含兩部份，即「印象」(impression) 與「意志」(will)。法律是意志，不是印象。是一般的意志，不是特定人的意志。有異於其他意志者，法律乃關於社會生活而有強制性的意志。

我國歷來學說，亦以唯心爲主。如上言（參閱上導言末段）吾人今所謂法者，指人類社會生活之一切行爲準則，於是吾國昔所謂「禮」「刑」「政」等規條皆可包括在內。此種種規條，有一共同目的，即如何使社會生

活安定，人類彼此關係日趨美善而已。欲達到此目的，最合乎理想的方式，即人人能以「仁、義、禮、智、信」對待他的儕輩。於是我國哲學家法學者先探討人類之本性。

關於人類本性之研求，我國學說，最爲完備。可分爲三派，即「性惡說」、「性善說」與「性無善無不善」之說。荀卿一派學者主張性惡，所以後來衍成「法家」之言。孔孟主「性善說」。告子則以爲「性無善無不善」。

性善之說，經孟子闡發透澈，排斥異端，遂成爲我國數千年之正統學說。王陽明及宋明學者主「良知」及「正心誠意」之說，皆基於性善觀念。孟子謂，惻隱之心，羞惡之心，辭讓之心，是非之心，人皆有之，四者即係仁義禮智之端。仁義禮智既係人人本性中所固有，則樹立社會制度當講求如何保全其德性，俾勿流於驕奢淫佚。是以立法不是重要的問題，而制禮定樂則汲汲乎不容或緩。人類性善，但非絕對，孟子亦以爲然。一般人民物質生活，須得到滿足。「衣食足然後知禮義。」孟子論耕桑制度如「五畝之宅樹之以桑……」等等使「黎民不饑不寒」，「然後驅而之善，故民之從之也輕。」性善又不能不因環境之惡劣而移易本性。「近朱者赤，近墨者黑。」是以「禮」之設，所以預防邪僻橫逆，使其無自而生，即生亦當使其無自傳佈。人類本性之善的質素，既能發揮滋長，則其行爲自無不合於仁義禮智，而無庸再以法律拘束之矣。

性善之說，所以能確立於我國思想界，而支配一切法律政治者，固由孟子之能言善辯，然亦代表我國之傳統觀念也。前於孔孟，如「民之秉彝好是懿德」一類遺教，亦以人性爲善，不自孔孟始也。後之學者，嘗有致疑於性善

之說，然不敢倡言恐成「離經叛道」者如王龍溪有云：「無善無惡心之禮，有善有惡意之動，知善知惡是良知，爲善去惡是格物。」（王龍溪名畿其學說見明儒學案。）

#### 第八節 社會法學派 (Sociological School)

十九世紀之法律學說，充滿個人主義色彩。近今社會，因經濟及政治環境之變遷，國家干涉之範圍日漸推廣。法律學說，亦漸由個人本位，而趨向於社會本位。德國學者基克 (Otto Gierke 1841-1913) 倡「團體說」。團體之成立，由於人類本性之自然。團體自有其人格，自有其利益。並非以個人之意志爲意志，以個人之利益爲利益。法國學者狄曠 (Léon Duguit) 倡「社會團結性」。「Solidarite Sociale」之說。人類或因合作的需要，或因分工的需要，均須彼此團結起來。法律乃根據此團結性而成立的規則。(Gierke 及 Duguit 的學說均可參閱 Duguit 著 'Transformation de droit public' 及 'Droit constitutionnel' T. II, 1923) 荷蘭學者克拉伯 (Hugo Krabb) 以爲法律乃一種社會的事實，乃社會中各種利益估計成熟之表現 (Law represents the Achieved evaluation of social interests) 克拉伯著 'The Modern Idea of State' 英譯本 Sabine & Shepard, 1922) 在社會法學派 (Sociological School) 旗幟之下，實包括許多不同的學說。(可參閱 Roscoe Pound 著 'Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence' Gurtvitch 著 'L' idée du droit Social' 及法

律哲學與社會法學協會 “Union de Philosophie du droit et Sociologie Juridique” 各次所出版的年鑑，“archives de Philosophie du droit et de Sociologie Juridique” 該協會成立於一九三三年，一九三五年在巴黎開大會，一九三七年在羅馬（吾人實難備述。但其一般趨向均以觀察社會實際情形，以覓求法律之基礎。其與唯心學派不同之點，在於該派學說之唯實性質。與歷史學派不同者，歷史學派探討深長久遠之源流，社會法學派則側重於現狀之研究。與分析學派不同者，分析學派拒絕法學上之一切推測，而社會法學派則容納邏輯的理論。

社會學派之唯實學說，忽略於供給吾人一種判決法律制度在道義上價值的標準。人類對於社會上一切制度，不能不問其道義上的價值。法律如只依據社會現象，則若干違反公理的事實，如酗酒賭博等，豈亦值得吾人之贊揚。近今科學進步，而道德觀念，不會與之同時並進。在社會中物質觀念與道德觀念失其均勢。意大利歷史學家范乃路（Guillaume Ferrero）著書名「古代文明之荒廢」“La Ruine de la Civilization antique”及「向轉者進一言」“Discours aux Sourds”，以為深刻之批評。（轉引自 Louis Le Fur 著“Précis de droit International Public” annotation, P. 168）科學乃一種利器，苟用之不當，足以毀滅文化。社會問題，若乏理想的道德標準，將何以建立吾人之信念乎？柏格森（Bergson）所謂「科學化的野蠻」“barbarie Scientifique”者，將毋實現於今日？且個人主義與社會主義並非互相矛盾。一切法律，一切權利，既含個人性質，亦含社會性質。社會

觀念與個人觀念並非背道而馳實乃同一問題之兩方面也。

## 第二篇 法律概念

### 第一章 自實質言何謂法律

#### 第一節 法律的內容

在吾人實際生活中，所謂法律者，只言其形式。而學理之探討，則注重於實質。法律云者，不過一種文書而已。因國家準備以公共力量強迫人們服從，遂成爲法律。然人情不甘承認因被強力脅迫而服從法律，必須於強力之外別覓理由。事實上，吾人遵守法律，並非常存恐懼與不得已之心。違反社會一時信念之法律，雖以嚴刑峻法爲後盾，亦難令人服從，歷史上不乏其例。反之，公認爲公正與有用之規條，不能遏阻其終久成爲法律。

(一) 法律之社會性 人類營共同生活，必有共同遵守之規則，俾其共同生活，能維持於久遠。法律既因適應社會之需要而產生，卽不能不具有社會性質。制定法律，雖不能不考慮及於個人地位，但所謂個人，乃生活於社會的個人，而非魯濱遜式的個人。社會有永久不變之需要，曰秩序，曰公理。社會有饒有動態之需要，曰經濟生活之滿

足，曰道德信仰之維持。社會有特殊環境應加考慮，曰民族特性、歷史、地理、傳統及習慣。立法者制定法律，以此種種要件為根據，並不能任意自由規定。奧斯汀一派學者以法律為主權者的命令。然主權者殊無立法之自由。法律成立，有其基本條件，實源流於社會生活。

(二)法律之人為性 人類與其他動物不同，其行為非純任本性之自然，如蜜蜂與螞蟻。人類有規正及調整其生活之意思，是以法律包含若干人為性。譬如親子關係，乃自然關係，而養父母子女關係，則由人類意思造成。社會制度，當開明而前進。法律既須考慮自然環境，亦須依據人類的自覺意思。

(三)公正與有用 公正(Justice)乃人類理性所需求。社會生活之可能，必也，彼此關係歸於公正之途。然何者為公正？人們生活不同，對於公正之觀念亦往往不同。法律不能鑿足一切人的一切慾望。所謂公正者，適如其分，毋使有太過或不及。社會中利益的種類甚多。有精神上的利益，有物質上的利益，有公共利益，有私人利益。法律按其等差，分其先後，劃分彼此利益的範圍。社會中每一份子，享受權利或負擔義務均能適如其分，則法律之理想的目標始達。「唯物論」者欲捨去無標準的公正觀念，而以有用(Useful)為法律應有之內容。公正乃一種倫理觀念，有無真實的福利包含在內？似難確定。而有用則屬於物質的感覺，可於快樂進步種種現象中證實之。然而有用不能離公正而獨立。侵犯他人權利者，法律使賠償其損失，是為有用，且亦公正。甲損害乙，而使乙亦損害甲，或不失為公正，但無人獲享法律之利益，是為無用。法律具物質性，非如道德、宗教等之偏重精神，是以不能離開効用的觀

念。徒屬公正，但非有用，則亦無須乎制定為法律。公正與有用，兩種觀念，輔車相依，同係法律規則成立之要件。

## 第二節 法律的外觀

(一) 法律乃有強制性的規則。人之本性，可析為兩面：一面追求公理正義；一面自私自利。拉丁詩人奧維德(Ovide)有云：「吾見善而贊同之，但贊同之後，吾復為惡」：「Je vois le bien et je l'approuve, après quoi, je fais le mal」。欲法律發生實際效用，必對於犯法者處以刑罰，對於損害他人權利者責令賠償，對於不信服者預行干涉。

道德宗教禮儀等與法律同為社會生活之行爲準則。但前者只有心理的與社會的強制性，而法律則具有物質的強制性。

所謂物質的強制性者，謂有拘束之力，使人不得不服從。此與認為有益或必要而為之者不同。吾人許多行爲，其動機或因個人利害關係，或因熱中進取，或被虛榮心所刺激，而努力為之，此非吾人此間所謂強制力也。法律之強制性，乃外來的力量，非內心所發生，人們無判斷之自由，既成爲法律，即屬不可違反的規則。

(二) 法律乃有普遍性的規則。法律難保其必無弊病，所謂惡法亦法也。既屬必須遵守之規則，惡法施行，吾人生命財產有被摧殘之危險。然法律乃有普遍性之規則。一經成爲法律，一切人——包括立法者在內——均受



同一法律之支配。此普遍的性質，足使專斷自私之危險大為減少。

法律之普遍性，可分為對人的與時間上的普遍性而言之。

法律對人之普遍性者，謂法律乃普遍而抽象的規則，非專對某一而訂立。法律規定殺人者處無期徒刑，但何人殺人初未指定也。法律規定總統之任期為四年，雖僅關一人，但不論何人為總統，均以四年為任期，是以仍屬普遍而抽象的規則也。法律將對於某種人之某種權利特予保護，如對於未成年人財產權之保護。或對某種人之某種行為特予禁止，如不能書寫者無選舉權。任何人在同一情形之下受同一法律之支配，是以仍為普遍性之規定也。

自時間上之普遍性言之，法律乃常設的規則。法律非專為某日某事而制定，常為將來無限次的事件預立規則。既成未廢，遇同一事件，即可援用同一法律。但所謂時間上之普遍性者非永久不變之謂。立法者得為某種法律規定施行時期，如某項稅則之施行以一年為期，期滿作廢之類。或訂立新法廢去舊法。但施行時期未屆滿者與已成未廢之法律，其援用無次數之限制。

(三)法律乃有優越性的規則。國家之內，有許多團體。人民得聚會結社，成立公司、學校等等。團體內部，亦有共同遵守的規則，自該團體中人視之，無異於法律。但法律乃有優越性的規則。各種團體，只能在法律所允許的範圍之內，成立其規則。

法律有允許性。不但對於團體，即對於個人，亦常賦與選擇權。譬如法律對於遺產之繼承，雖規定其繼承部分，但私人倘立有遺囑時，得依照其遺囑。又如夫妻財產制，法律規定若干種制度，當事人將任擇其一。個人及團體，在法律容許範圍之內，得成立某項規則。此類規則如係合法一例受法律之保障與支援，而有強制履行的効力。

### 第三節 法律與道德

法律與道德，在形式上，不難區別。然就其實質而言，差異何在？聯繫何在？海哲爾（Hegel）謂：「道德具內向性的責任，非強迫的，非澈底的，為保障內部之和平。而法律上的責任，則強迫的澈底的，為保障外部的和平。」而法律具外觀性」『Inwardness of Morality, externality of law』。湯麥沙史（Thomasius）云：「道德上

然道德與法律，不是分立的：道德側重思想；法律側重行為。法律以道德為基礎，道德由法律而實現。社會生活之安全與美滿不僅倚賴於法律，亦須借助於道德。社會之中，有其特有的道德觀念。立法者立法，法官判決獄訟，常須檢討社會中道德觀念而參用之。然法律有固定形式，有強制性，道德規條不能盡成爲法律。此非法律與道德之趨向有所不同，而乃法律帶有剛性及嚴整之形式，不能過於繁細，僅能作一般之規定。是以法律之中往往有可以伸縮之規定。此伸縮性之規定，即容留道德上考慮之餘地。譬如依照刑法中規定法官得酌量罪犯之年齡、生活狀況、知識程度等爲科刑輕重之標準。此即因法律不能預見一切，而社會中事態變幻無窮。欲求其適合於道德觀

念、人情、事理，不能不留此餘地。但此種伸縮性之規定範圍過廣時，法律之固定性，法官得以一己之好惡執法，又所不可。法律因有剛性，遂不能常常適合情理而受社會之厭惡。道德規條不以刑罰為後盾，有適應環境之長，遂為一般所讚美。然兩者固有自然聯繫，不能因形式上之差異而認為截然不同之規則也。法律與道德不同之點可舉如下：

(一) 法律與道德有不同的範圍。法律僅規正人類的行為，而道德並支配人類之精神生活。道德以達到完全人格，合於理想的最善生活為止境，而法律的目標只在於維持和平。是以若干行為，乃道德所不許，而在法律則不罰。法律中有若干規定與道德完全無關。譬如各種程序法，自道德言之，不關重要，而在法律則不能不備。法律只限於必要的範圍，是以或謂法律乃最低限度的道德。

(二) 法律只糾正外表行為為道德，並問動機。法律只對表現於外的行為加以糾正，而道德則究問及於行為之動機。動機不正，而行為無損於人者，法律不過問。自道德言之，亦所不許。雖法律在若干處亦考慮及於行為之動機，但只對表現於行為的動機而言。道德則因動機而判善惡。

(三) 法律僅究問有關涉於他人之行為而道德則究問行為之本身。法律所以對人類行為加以規正者因其影響於他人之權利也。而道德則惟就行為本質如何而判其善惡。是以法律所謂應為不應為者指其對人之關係而言。而道德則就行為之本身而論其應否。

(四)法律與道德之制裁不同。法律有物質的制裁，而道德之制裁僅存在於良心與輿論。法律責人絕對服從，而道德任人自由遵守。道德含自然性，而法律則有必然性。

#### 第四節 法律與禮

我國法律思想，（參閱上「導言」第一章第二節「法律科學之研究」及第二章第七節「唯心法學派」中之言及我國法律思想者）歷來有兩種不同之觀念曰：「義與利之辯」「禮與法之爭」。

義利之辯，如孟子對梁惠王問：「上下交征利而國危矣，」「苟爲先利而後義不奪不廢，」等語極陳治國者當言義而不可言利。近今法律以「權利」爲出發點，豈非與我國思想大相逕庭。然吾人行爲或受感情理性之衝動，或但求精神上之安慰，本不能完全爲利益着想。法律不諱言利。權利與義務相對而生。謀求一己之利益亦須顧全他人之利益。爲個人謀利益亦須爲人羣謀利益。蓋無所悖也。

禮與法之爭，在我國史不絕書。然昔所謂禮者，其大部分皆可包括於今之所謂法者範圍之內。我國昔所謂法者，常指刑法而言。歷朝法典，多屬刑法。至於官制、國交、冠婚、喪祭等等則歸於禮。禮之內容要在規正私人生活則與吾人今之所法者固無二致。歷代刑律，載於法典，而禮則另設官修訂。譬如唐制有太常博士，掌六禮之儀式，本先王之法制，適變隨時而損益等。高宗三年長孫無忌等上所修新禮詔中外行之。（見資治通鑑卷二百冊）諸如此

者，多有可考。

既以法爲刑罰，禮爲經常軌則，則無怪乎尊禮輕法，先禮後法。「道之以政，齊之以刑，民免而無恥。道之以德，齊之以禮，有恥且革。」德禮爲政教之本。刑罰爲政教之用。「雖尊禮輕法，然並不棄法去刑，惟不得已而後用之，是亦今日立法者之本意也。顧亭林有言：「法制禁令，王者之所不廢，然非以爲治也，其本在正人心厚風俗而已。」（見日知錄第八卷）故吾人以爲我國之法律思想屬於心理學派（見前「心理法學派」節）。

然吾國所謂禮者，既非道德之囿隘觀念，亦非儀節之謂。荀卿論禮之起因曰：「禮起於何也？曰：人生而有欲，欲而不得，則不能不求。求而無度量分界，則不能不爭。爭則亂，亂則窮。先王惡其亂也，故制禮以分之，以養人之欲，給人<sub>之</sub>求。使欲必不窮乎物，物必不屈於欲。兩者相持而長，是禮之所起也。」（見荀子「禮運」篇）孔子論禮曰：「禮之於國也，猶衡之於輕重也，繩墨之於曲直也，規矩之於方圓也。故衡誠懸，不可欺以輕重。繩墨誠陳，不可欺以曲直。規矩誠設，不可欺以方圓。君子審禮，不可誣以奸詐。」又曰：「朝覲之禮，所以明君臣之義也。聘問之禮，所以使諸侯相尊敬也。喪祭之禮，所以明臣子之恩也。鄉飲酒之禮，所以明長幼之序也。婚姻之禮，所以明男女之別也……故禮之教化也微。其止邪也於未形。」（上引兩段均見禮記「禮運」篇）

是以禮乃依據事實而有確切內容的規則，與道德之觀念不同。道德無固定性，屬於精神的。倫理學（ethics）中所謂道德規則（moral rules）者，指辨明是非善惡之準則，皆與我國歷來所謂禮者不同。禮常被視爲治國之技術。

荀卿以人性爲惡，但正因性惡之故，必有禮義法度防閑節制。因勢利導，始可爲善。其論政治也主禮治，作「禮論」篇。欲以禮制人之性。論教育，重積善，欲以積善轉移人之性。爲學重讀禮，欲以禮化人之性。（語見汪中著「荀子通論」）

將禮視同儀節禮貌，亦屬誤解。我國學者常慎爲分別。例如左傳子太叔見趙簡子，簡子問揖讓周旋之禮焉。對曰：「是儀也，非禮也。」此種論調，史冊中可考者亦甚多。禮之範圍甚廣。違反之者，亦有制裁。但禮多關繫於私生活。私人生活多屬曖昧深文之事，慮其有失出入也，惟委之於聽訟之官吏，體察情狀，判其是非。是以要在任賢使能，而提倡「人治」焉。至於儀節禮貌則從無物質上之制裁。

然禮之內容繁縟，雖孔子亦有「禮之失煩」之歎。孔子汲汲乎修禮定樂，在當時已有失傳之慮。降至後世，更少解人矣。紀錄禮之經典，有周禮、儀禮、禮記、大戴禮等。韓昌黎讀儀禮之言曰：「余嘗苦儀禮難讀，又以行於今者蓋寡，沿襲不同，復之無由。考於今，誠無所用之。然文王周公之法制粗在於是。孔子曰，吾從周。謂其文章之盛也。古書之存者希矣。百氏雜家，尙有可取，况聖人之制度耶？於是掇其大要，奇辭奧旨，著於篇，學者可觀焉。惜乎，吾不及其時，進退揖讓於其間，嗚呼盛哉！」（見韓文公全集「讀儀禮」）以昌黎之哲，所言若此，禮不易學可知矣。宋儒若張載、周敦頤亦嘗以爲三代之禮，可以爲後世之政，但去古更遠，稽復尤難矣。

昔所謂禮，雖如韓昌黎所云：「復之無由」且亦不適用於今日。然尊禮教輕刑罰，則深入人心，乃我國數千年

之傳統觀念。歷史上主張法治者不乏其人，如王安石輩，終不敵傳統觀念而爲清議所排。是以言我國法律思想者，不可不明瞭昔人對於禮之觀念。（三禮，卽周禮、儀禮、禮記，自經鄭玄作註而意義較明。清代學者對於三禮，復多研究整理之工作，著作甚多。可舉者如黃以周之「禮書通故」，秦蕙田之「五禮通考」，惠士奇之「禮說」，段玉裁之「周禮漢讀考」，孫貽讓之「周禮正義」，凌廷堪之「禮經釋例」，杭世駿之「續禮記集說」，郭嵩燾之「禮記質疑」等等。）

## 第二章 自形式言何謂法律

### 第一節 法律與形式

原始社會，法律無固定形式。嗣後團體擴大生活複雜，法律乃有具備明瞭準確形式之需要，吾人已言於上（參閱上第一章第一節。）形式之於法律，非無關重要也。法律倘純屬慣例，則人類未能脫離迷信與偏執之心理，法律無從進步。且法律之效用，有倚賴於形式者，下舉數端以明梗概：

（一）整齊劃一 法律倘無固定形式，一切委諸風俗習慣，則一國之內，習俗不同必至各處法律彼此歧異。文化進步的自然結果，為統一國家內部之殊風異俗。而此統一之需要，每藉成文法律以實現之。例如歐陸各國會藉羅馬法以統一其國內之法律，英國昔憑「通用法」（common law）制度使其全國有共同之法，皆是也。法律不問其內容如何，但自其形式言之，整齊劃一，較之道德、習慣等等，亦有其長處。

（二）意義確定 法律因形式而有確定性。一經成立，遇有爭端，即憑法律以解決之。為法官者縱極聰明正直，然個人之觀察力有時錯誤。或因經驗不足而判斷不公。法律表明社會一時之倫理觀念，紀錄歷史所遺留的經驗，



足以防止個人判斷力之錯誤及其不正的企圖道德倫理等之乏固定性法官得以己意出入之法律因有形式之故，意義確定，足以拘束法官及執行國家權力之人，使其不能任意濫用權力。是以勝於無標準的道德與習慣。

(三)預示行爲之標準 法律有固定形式，昭示人類，何者應爲，何者不應爲。使知所趨避，不至誤陷於罪網。且法律含有改革社會與教育民衆之功用，惟藉形式，始能收効。

## 第二節 習慣法與成文法之分別

習慣法亦稱「不成文法」(unwritten law)，乃與「成文法」(written law)相對立的名詞。不成文法云者，係沿襲古代法中的用語。歐洲古代法律皆刻於石板或銅板之上，如羅馬之十二銅表法，是以法律之有文字紀載者蓋寡。當時所謂「不成文法」者全賴記憶，真無文字也。然今日法律盡有文字。所謂習慣者，亦經國家調查採取編訂成書以供參考。於政府所出版的習慣彙編之外，復有各種私人著作斑斑可考。或屬地方習慣，或屬某種職業所特有之習慣，或屬國際習慣皆有文字紀述。是以不成文法與成文法之名詞，在現今已不符實際。討論習慣法與成文法之分別，實只是討論習慣與法律之分別。討論習慣法問題亦等於討論「習慣如何可以有法律的効力」問題。

原始社會，缺乏制定法律的知識，一切倚仗習慣。須時習慣，成爲社會生活之唯一法則。是以美因(Mair)嘗云：

在荷馬(Homer)的作品中覓不到「法律」這一字。(見Main所著「古代法」“Ancient Law”，荷馬係希臘古詩人)嗣後制定法律日漸增多，習慣日漸失去地盤。現今在刑法中，習慣已完全失去其支配之力。行爲之處罰，以有明文法定者爲限。(我國現行刑法第一條：「行爲之處罰以行爲時之法律有明文規定者爲限」)犯罪之追訴，必須依照法律所規定的程序。(我國現行刑事訴訟法第一條第一項：「犯罪非依本法或其他法律所定之訴訟程序不得追訴處罰」)在民法中，習慣仍保有相當勢力，但僅能於法律不曾規定的地方，容許習慣適用。(我國現行民法第一條：「民事，法律所未規定者從習慣……」)而在國際法及商法中，習慣卻佔有重要地位。國際法因目前尚在發展的過程中，未屆完備時期，許多通用而公認的習慣，成爲國際間之重要規則。(譬如海牙國際法庭組織法“Statut de la cour permanente de justice internationale”第三十八條第二項：「國際法庭的引用國際習慣而證明此通則在事實上視同法律」云云。該條規定國際法庭判案時應引用何種法律計開四項：(一)國際公約或合約，(二)國際習慣(Coutume internationale comme preuve d'une pratique généralement acceptée comme état de droit) (三)法律通則，(四)在相當條件之下各國法院判例及學說。)至於商法，因商事上行爲，一般多依習慣，爲便利交易起見，法律容許習慣之適用。(譬如日本商法第二條規定：「關於商事，本法無規定者適用習慣法，無商習慣法者適用民法」)綜言之，習慣之能適用，有賴於成文法之允許。否則習慣自習慣，缺乏強制履行之効力。

習慣產生自然，適合社會情形，有較優於法律的地方。然社會中若干習慣浮移無定，隨時隨地變幻無常，難責人以遵守。又有違背善良風俗公共秩序者，不能採用。法律雖允許習慣適用於若干場合，仍不能不加以限制。所謂習慣者，必須符合下列各條件：

(一) 普遍承認 少數人所承認者當然不能遽認為習慣。但所謂普遍，亦非必須全國通行之規則。地方得有地方習慣。工業或商業得有該種職業之特有習慣。但為一般人所確信者即可認為習慣。

(二) 意義明瞭 習慣意義有欠明瞭，令人無所適從，法官無從解釋者不能適用。

(三) 多年慣行 所謂習慣者，積一般人多次之行為逐漸確定，嗣後遇事照例引用也。是以最高法院十七年上字六一三號對於習慣之解釋謂：「……多年慣行之事實及普通一般人之確信……」是也。然前雖多年慣行，嗣後久已不用的習慣，當認為無効。法律不因久不引用而失効，而習慣則不然。

(四) 不背於公共秩序善良風俗 社會中習慣未必盡值得鼓勵。我國現行民法第二條規定「民事所適用之習慣以不背於公共秩序善良風俗者為限。」

習慣既經法律承認，即獲得法律的効力。若干學者以為習慣的力量存在於「社會制裁力」(sanction social) 與法律無異。習慣為人民全體所確認而遵行，因為觸犯之者，不能避免社會的制裁。法律之威力，亦根源於社會之制裁。(如 François Gény 在所著 'Méthode d' Interpretation et source du droit Positif' 中，Boistel

在所著“Revue générale du droit”中，及德國歷史學派學派如 Savigny 等皆主此說）或以爲習慣惟經法院承認時，乃有法律的効力。（如法國學者 Lambert 在所著“La fonction du droit civil comparée” P. 19 及 P. 143 以下）然自事實上言之，習慣惟經法律認可者乃發生効力。法院於判例中引用，亦以不違反成文法之規定者爲限。行政機關依法所爲處分，亦能給予習慣以強行的効力。

### 第三節 判例

判例者，法官斷案時所作判決或解釋而被保留充爲先例也。判決訟事，乃法官之天職。人事紛繁，變幻莫測，法律無論如何稠密，亦難預見一切而爲之一一規定。法律或有疏漏，或欠明瞭，法官不能藉口無可援引而拒絕審理。是以法律缺焉不詳或意義不明之處，法官不得不以己意裁判之。於是判例遂有被保留以供後來參考之價值。學者常稱之爲判例法（Judiciary law or judge-made-law）。

自歷史上言之，判例法實先於成文法而存在。當法律制度尙未發達時期，所謂成文法者，每僅有若干粗疏的詔令。此時法官判例之範圍與威權極爲廣大。迨後成文法逐漸增多，判例之功用乃逐漸減少。但因判例之內容往往較法律爲縝密。因事制宜，能隨社會之情形而發展。是以判例法在現今仍有顯著的地位。英國法律以判例爲主要根據。法國之「行政法」，建立於判例上面。我國在現行民法尙未公布以前，法官每暗援「民法草案」的法理

而名之曰「條理」皆判例也。

英美制度與歐陸制度不同。判例在英美法系中極爲重要，真可稱爲判例法也。英國人民愛好典則講求機宜，判例法制度與之絕等相宜。考其淵源則甚久遠。英國在諾爾曼人征入(Norman conquest)以前，各地法律不同，且所謂法律，亦祇是習慣之編定，無民法與刑法，實體法與程序法之分別。諾爾曼人入主英國（在二〇六六年）覺英國全國無整齊劃一之法律，殊感不便。遂設立各法院。各地有地方法院，中央有中央法院。遇同一事件，各地法院作同一判決，而由中央法院統一其判例。於是各地方不同的法律習慣，漸由法院的判例，使其趨於一致。（參閱 Jenks 著 'The Book of English Law' 1932 本 P. 13-28）至今英國所謂「通用法」(Common law)制度，蓋即淵源於上述史實。（按 Common law 或譯之爲習慣法，或譯之爲判例法，或譯之爲常法。但其原來意義據 Jenks 云乃「全國通行之習慣」'The Universal Custom of the Realm'，則譯之爲通用法似較妥）此「通用法」實由法官以判例造成。有一判決，卽有一成例。嗣後法官遇類似事件，卽須援用成例。上級法院之判例，有拘束下級法院之力。同級法院中，則以前的判決有拘束將來的判決之力。是以在英國，除非國會通過法案 (Statute) 將法官之判例推翻，或上級法院對於下級法院之判決加以修正，則判例永久爲判案之標準，不可移易。初時法官根據習慣以成立判例，嗣後判例增多，法官惟根據舊判例以判決案件，少所新創。英國現今法律，以判例亦卽所謂以「通用法」(common law) 者，佔其大部份，「制定法」(Statute) 無多，反居於次要地位。

歐陸各國則不然，判例無拘束法官之力。法官決獄，惟以成文法爲根據，得不顧上級及同級法院以前所作的判決。雖各法院之自然傾向，亦常援用成例，但非有此必要。然下級法院對於上級法院不欲立異，往往遵守其最高法院所成立之判例。我國制度，如歐陸各國，而畀「最高法院」以統一解釋法令之權。（二十五年公布之憲法草案第七十九條曾規定最高法院有統一解釋法令之權）我國「最高法院」有統一解釋委員會之設，其解釋爲全國法院所遵循。但我國及歐陸各國，制定法律甚爲齊備，與英國情形不同，是以判例之地位，亦不如是重要。

判例因其內容可分兩類：（一）造法判例者，對於法律所未規定的事項，樹立新例。（二）解釋判例者，對於法律不明之點，以新意義解釋之是也。後一類自較多於前者。如我國及歐陸制度，一切法律均經制定，判例任務，幾乎只在於解釋。

判例制度，有其優點，亦有弱點。

贊同判例法者以爲：（一）判例之內容較制定法爲縝密。立法者制定法律，以抽象的方式爲將來一切類似事件預行規定，僅能言其大概。是以許多法律條文，實係原則之宣言耳。而判例就某一事件詳加考核，著爲成例，法官不能以己意自由出入。（二）判例具柔性，能隨社會之情形而遭遞。是以英國學者以爲英國法律產生自然（*natural growth*）。

批評判例之弱點者以爲：（一）根據分權原則，立法與司法兩種職務，應由不同機關執行。法律由判例造成，是

將造法與適用法律兩階段合併。此種制度易流於專斷。(二)如英國制度，法官必須援用舊判例。社會狀況有變遷，舊判例不合時宜，法官又不得不引用，常有牽強或固執之事發生。(三)判例壅積，無一定編次，檢查時至為困難，非專家不辦。於是法律繁雜，一般人難於了解。

#### 第四節 成文法之種類

成文法乃與習慣法相對立的名詞，吾人已言於前。習慣法之成立，無固定形式。而成文法自其形式言之，可分別為：「成文憲法」，「立法機關所制定的法律」，「行政機關的命令」，「國家元首所頒發的緊急命令」，數項言之如下：

##### 第一目 成文憲法

憲法乃規定國家與政府之形式及其組織之法。任何國家，雖在遠古，均有其立國基本的法律。自實質言之，均係憲法。是以憲法本無固定形式。英國一二一五年的「大憲章」(Great charter)乃諸侯及人民代表強迫英王約翰(King John)接受的憲章，至今有效。瑞典國王往昔於就職時，須作一定的誓詞，人民或貴族得向國王提出各種要求，國王如在誓詞中承認時，亦即成爲憲法。(參閱 *Darest et Delpech* 編 'Les constitution Modernes'，瑞典憲法部份 'Historie') 我國從前在清代有關於皇室繼承的規例等，視爲天經地義不可違犯的法律，亦即

可視同憲法。現今各國，大都有編次齊整的憲法學者稱之爲成文憲法（Written constitution），此實由美國一七八七年憲法開其端。在此以前憲法無固定形式，但有若干法律被視爲尤重要。十六世紀歐洲學者如特賽西（Claude de Seyssel），特洛畢達（Michel de l'Hopital），赫特曼（François Hotman）等著書討論國家基本法的問題。可見法律之中，可分等級，有尤爲重要者，有次要者，此種思想，早已有之。今日吾人則明瞭區別憲法與他普通法律。

憲法與普通法律之區別自憲法有成文形式後乃更明顯。成文憲法，乃美革命時代若干政治家及學者所主張。康多塞（Condorcet）謂成文憲法之優點有三：（一）文字常較習慣明瞭，成文憲法被觸犯時易於覺察。（二）關於人民的自由與權利之保障，必須用文字規定。（三）成文憲法使人民易於了解，乃教育民衆的一種工具。（關於成文憲法之理論參閱 Esmein 著 'Elements de Droit constitutionnel François et compare', Ch. V. P. 603 以下。）

自美國於一七八七年成立聯邦憲法，法國於一七九一年成立大革命後之首次憲法後，成文憲法，各國逐漸成立。平民政治（democracy）與成文憲法似成爲相依並進的制度。今日除英國及匈牙利外，各國均有編成法典的憲法。卽有暫時被廢棄者，亦因國內發生政變或獨裁所致。但所謂成文憲法，係指其編成法典而言。非謂有文字者卽係成文憲法。未有成文憲法的國家，如英國及匈牙利並非盡無文字記載憲法。英國如「大憲章」，「權利請



願書」*petition of right*，「權利法案」*bill of rights*，等，匈牙利如「恢復憲政及國權臨時規定法」及其歷史上遺留文件等皆係有文字的憲法，但未編訂成典，其制度倚賴習慣者爲多。然美法等國的憲政制度，亦有許多地方倚賴習慣補充。蓋任何國家的憲法，都不是完全屬於成文或完全屬於習慣。成文部份較多於習慣者，例如美法憲法。習慣部份較多於成文者，例如英匈憲法。

憲法與普通法之區別，自形式上言之，在於制定機關之不同與制定程序之不同兩點上。憲法既屬國家之基本法，國家一切機關行使權力，均以憲法爲依據。即國會之有立法權，亦根據於憲法。是以法國大革命時期，「憲法會議」*assemblée Constituante*，中許多議員極力主張國會僅能制定普通法而不能制定或修改憲法。庶不致自身修訂有關於自身權力之法律，而發生攬權專制之事。

但制憲權倘不屬於國會，必須召集特別團體。制憲修憲，均須召集特別團體，則手續過於繁重，且足以造成政治上之不安。是以各國憲法史上，可舉之例無多。（制憲由特別團體者，如法國一七一九年憲法，革命紀元三年及八年憲法，美國獨立時期之「腓城憲法會議」*convention of Philadelphia*，及現今美憲及古巴，多明尼加，瓜達馬拉，等憲法中關於「憲法會議」*convention*之規定。）現今各國憲法，大都規定憲法之修改，仍由普通立法機關，即由國會或立法院執行，惟於程序上與訂立普通法不同。

修憲的特別程序，各國規定不同，茲約之爲下列數類言之。各國或採其一，或數者並行，以示區別於普通立法

## 程序

(A) 修憲的提議與決議分兩次表決。修憲案提出時，先經一度討論，以決定究竟應否修改。認為應加修改時，再進行修憲，決定如何修改。(各國憲法，大都有此規定，惟一九三六年蘇聯憲法，及一九三五年波蘭憲法無此限制。)

(B) 修憲提議通過後，國會自動宣告解散，由新國會進行修憲。修憲提案，既經通過，國會負有修改憲法之重要使命。於是解散改選，使人民將於選舉之際，表示意見。新國會因修憲而獲選，其修憲之權，可謂經人民承認。此種制度，可以避免另行召集特別團體之不便。新國會被選後，於修憲之外，仍兼普通立法機關職務。上屆議員於新選舉時，可以重行被選。(比國一八三一年憲法，荷蘭一八一五年憲法，南斯拉夫一九三一年憲法，丹麥一八六六年憲法，經一九一五年修改後，均有此規定。瑞典挪威芬蘭制度，稍有不同，通過修憲案後，國會並不改選，亦不即進行修憲，俟任期屆滿，新國會產生，再由新國會將修憲案提出討論表決。)

(C) 修憲的決議須以較大多數通過。普通法律以過半數同意通過，而關於憲法，須以較大的多數。通常以三分二為修憲之特別多數。譬如蘇聯一九三六年憲法，普通法與憲法不同者，祇在憲法須以三分二之多數通過一點。捷克一九二〇年憲法規定五分之三。亞爾巴尼亞一九二八年憲法規定為四分之三。則尤覺鄭重也。

(D) 修改時期之限制。於憲法中規定，在該憲頒行若干年內不得修改。蓋一種制度之優劣，須經過相當時

期之嘗試，始能判明。憲法多成立於國體變更之際，頻頻修改，足以增加國內之不安。是以美國一七八七年憲法規定在一八〇八年以前對若干條文不得修改。愛爾蘭自由邦一九二二年憲法規定該憲頒行十六年後始得修改。(E)憲法中某項規定永遠不得修改。例如法國一八七五年憲法規定民主政體永遠不得更改。巴西憲法，民主政體，聯邦制度永遠不得修改。埃及憲法代議制度，不得修改。挪威憲法，修改憲法以不違反於現憲法的原則與精神者為限。

(F)修改憲法須經人民複決。普通法交付複決之事甚少。而憲法既係基本法，又不至修改頻頻，是以憲法複決，一般認為合理可行。美國各州的憲法，南美中美若干國的憲法，以及丹麥、瑞士、愛爾蘭自由邦均有公民複決憲法之規定。

以上所舉，為憲法在修改時與普通法程序不同的地方。有此不同程序時，何者為憲法，何者為普通法，自可按問其程序而分別清楚。但在英國、意大利及匈牙利不論憲法與普通法，均由普通立法機關以普通立法手續修改。是以學者稱該種制度為「柔性憲法」(Flexible constitution)制度。而稱上述有形式上分別的憲法制度為「剛性憲法」(rigid constitution)制度。

憲法的地位，高於普通法，乃一般所承認。國會訂立法律，倘有牴觸憲法的規定時，有何制裁？美國法院有判決法律違憲權。普通法律如經法院判決認為違憲，則該法不能適用。南美各國，坎拿大、澳洲聯邦，南非洲、瑙威、希臘、羅

馬尼亞等國法院亦有拒絕適用違憲法律之權。而奧國一九二〇年憲法有「憲法法庭」之規定，西班牙一九三一年憲法有「憲法保障法院」之設，是以獨立機關裁判法律是否違憲之例。（參閱拙著「歐美各國現行憲法析要」商務印書館出版。）

## 第二目 立法機關所制定的法律

國家之立法機關得為個人，譬如君主。得為人民全體，如羅馬之市民會議及瑞士若干小邦（Canton）之人民全體會集立法。但現今國家之立法機關，通常為民選國會，或一種制法團體，如我國目前之立法院。立法機關之如何成立？由於民選或由行政首領任命？屬於憲法範圍，非此間所能討論。

立法機關於制定法律之外，往往兼任其他職務。譬如國會有監督政府之責，基於此種職務，國會有時對元首或內閣提起彈劾，有時對於某種事件舉行調查。又如若干國家的國會兼理某種司法職務，例如元首犯罪時，由國會審理。此均係立法機關於立法職務以外所為的行為，因此而作的決定，當然不能視為法律。

至於立法機關依照立法程序所為的決定，是否概係法律？其他命令規則，是否均非法律？學者於此，頗有異說。法國學者迦勒特馬爾培（Carre de Malberg）曾將各種學說分為三類：（見所著“*contribution de la Théorie générale de l'Etat*” 1920, T. II, P. 285 以下）（一）法律必須具有普遍性，係對於將來的一般的規定。雖由立法機關制定，但缺乏此普遍性時，仍不得視為法律。（二）凡足以變更人民權利的規則，不問其是否由立法機

關制定，均是法律。(三)凡立法機關依照立法程序所成立的一切決定，不問其性質如何均是法律。

上述三種意見，第三種注重形式，第二種注重實質，第一種須形式與實質相符時始能認為法律。第二說以人民權利之有否變更爲標準，其範圍不易確定。蓋一切法規，無不間接或直接影響於人民之權利者。第一說以「普遍性」爲法律之主要特質，多數學者贊同此說。推此言之，不但立法機關所制定之法律即司法判決行政命令之具有普遍性者亦得視爲法律。反之雖由立法機關通過，但缺乏此普遍性，即不能認作法律。第三說惟承認立法機關依照立法程序所成立者爲法律，是將法律作狹義的解釋，如吾人上面會言，行政官吏或司法官引用法律時，不得不恪守此狹義的法律，而吾人於研究學問時，往往須推廣範圍討論。但自形式上言之，吾人不能不承認第三說爲正確。立法程序如提議，決議，批准，公布等，自形式上言，乃法律成立之必經的階段。經過此種種階段時，一種法律，即告成立，一般人民，無再究問其實質如何及是否得稱爲法律之餘地。至於立法程序，吾人將於下「國家與立法」篇中言之。(參閱下第二篇第五章「法律之制定」)不詳於此。

### 第三目 行政機關的命令

行政機關亦常頒發各種命令規章。在名稱上有「命令」、「條例」、「規則」、「施行細則」、「章程」、「辦法」等等。(按英語有 ordinance, rule, regulation, Provisional order)等名稱，法語有 règlements, décret 等名稱。美國總統之頒發命令權稱爲 ordinance power，法總統此種權稱爲 pouvoir réglementaire)茲總稱

之爲命令。行政機關之命令，包括範圍甚廣。其制定與公布亦有一定程序。其効力常與法律相等。茲分爲（一）行政命令，（二）法規命令兩類言之如下：

（一）行政命令 行政命令者行政機關因執行職務有此必要而頒發之命令，屬於行政機關當然權限之內。其種類繁雜，難以枚舉。約而言之，可分爲下述數類：（A）基於已經確定之職務範圍，爲實行此職務起見，對於服從此特別權力者所發之命令。凡關於官吏職務上的命令，軍人軍紀上的命令，國立學校對於學生訂立的章程則俱屬此類。（B）以一般法則的形式預先決定國家與人民間締結某種契約的內容。例如承攬某種公共工程之規則，投標供給政府某種機關物品之規則，國立學校之招考章程，官費留學生之留學章程等。此項契約，一方爲國家，一方爲不特定的人。接受該條件與否，無強制性存於其間。行政機關惟預先昭示此種條件，承攬者投考者係以自由意志接受。是以不同於國營事業，如郵政鐵路等之章程。蓋後者國家有獨占之實，因此而訂立之章程，含有強制性，非一任個人意志之自由矣。（C）純屬行政機關自身事宜所制定的命令規則。例如內部組織法，辦事細則等等皆屬此類。

（二）法規命令 法規命令者，本係立法範圍以內之事，而有時由行政機關制定之。此種行爲，既屬例外，必須於一定限度之內行之始爲有效。法規命令計分兩類：（A）執行命令 執行命令者行政機關因執行法律而訂立之施行條例或細則也。依據憲法之規定，行政機關有執行法律之職責。國會通過法律，未將實施細則說明時，行政

機關常須訂立施行細則以達到執行此法律之目的。此種命令，既因執行某一法律起見而訂立，則其內容不得逾越該法律之範圍。該法律一旦作廢，此項命令隨之失効。(B) 委任命令 委任命令者，依立法機關之授權而制定者也。此類命令，常極重要。所規定事項本屬立法範圍，行政機關，原則上不得過問。但因特殊情形，立法機關爲應付環境敏捷便利起見，通過決議委任行政機關——普通委任與元首——對於指定事項訂立法規。其範圍之廣狹一視立法機關如何規定。

行政機關之命令，有強制履行之力量與法律同。但不得與法律有所牴觸。

立法機關之立法程序，常冗長而鄭重。且法律執行時若何始稱便利行政機關知之較爲清切。是以立法機關對於瑣細節目聽憑行政機關規定而辦理之，原屬最爲妥便之事。但上述之委任命令宜慎重應用。現今國家，遇有經濟恐慌或戰爭時期圖以敏捷行動，發動應付危機，恆將整理金融，統制經濟，國防一類事宜，以極廣泛的原則，由國會將此種立法權委任行政機關——元首或內閣——行使。或通過全權 (Plein Pouvoir) 法案，將某項立法權授與行政機關。若毫無限制時，則行政權力過於膨脹，寢假造成獨裁政治。如意大利國會於一九二二年十一月三十日通過決議將全部之立法權授與墨索里尼 (Mussolini)，豈非漫無限制之流弊。且立法機關之有立法權，由於國家憲法所授予，豈能任意將此權力讓渡於其他機關？是以「委任立法」“Delegated Legislation”問題，近今學者討論者甚多。在相當限度內「委任立法」宜允許其存在。但亦不能不加以限制。此種限制，宜於憲法中規

定之。

#### 第四目 國家元首的緊急命令

上述行政機關的命令，雖有時侵入立法範圍，但不能與法律有所牴觸。按成文法之等級言之，憲法高於法律，法律高於命令。命令不能牴觸法律，法律不得牴觸憲法。而憲法儘可變更法律或將本係法律所規定之事項逕行規定之。法律之對命令亦然。是以命令絕不能違反法律。然而緊急命令則不然，所謂緊急命令（*Ordinance of necessity* 德文稱 *notverordnuny*）者，係國家元首於國家有非常變故時，根據憲法中授予的特權而頒發。得將法律甚至憲法中若干規定更改。此係非常時期的非常處分，是以必須有憲法條文足為根據時，元首始得行使此項特權。非常時期過去，應將此種命令撤銷。

德國一九一九年威瑪（*Weimar*）憲法第四十八條：「……總統遇國內公共秩序或安全受重大騷擾時，得採取必要處分以恢復之，如有必要，得用兵力。為上述原因總統得將憲法第一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四、及一五三各條所保障的權利（按各該條係關於人民開會結社言論各種自由權之規定）全部或一部暫行停止。根據上述規定而施行的各項辦法，總統應於最短期間通知國會，倘國會要求停止時，即應將各該辦法停止。」

我國當民國三年袁世凱公布「中華民國約法」中，第二十條亦有規定：「大總統為維持公安或防禦非常



災害，事機緊急，不能召集立法院時，經參議院之同意，得頒發與法律有同等效力之教令，但須於次期立法院開會之始請求追認。前項教令，立法院否認時，嗣後即失其效力。」云云。

又如奧國歷屆憲法，愛沙尼亞（Estonia）一九三三年憲法，立陶宛（Lithuania）一九二八年憲法，波蘭一九三五年憲法，西班牙一九三一年憲法，南斯拉夫一九三一年憲法，南美之阿根廷及玻利維亞憲法中均有元首緊急命令權之規定。英美制度，元首無此特權。但有所謂「宥免法案」，「bill of indemnity」者，非常時期，行政首領所為越權行為，國會得於事後通過法案以宥免之。

緊急命令顯然侵犯立法。但當國家危急之時，不能墨守成規置社稷之安危於不顧。事屬必要，則此種特權，非無存在之理由。然必須慎為規定，庶不至為野心家所利用。上述德憲第四十八條稱：「公共秩序或安全受重大騷擾，」如何可認為重大？並無標準，則行政首領儘可一憑個人主張認為時機已臨而以緊急命令破壞法制。是以若干憲法規定，惟有對外戰爭或武裝內亂時始得行使此種特權。又或限制緊急命令對於若干事項不得更改。如波蘭一九三五年憲法規定：總統遇緊急情形得頒發與法律有同等效力之命令，但不得與憲法，兩院選舉法，預算案，賦稅及專利之法律，幣制，公債之法律有所牴觸。

緊急命令權，基於事實上之需要。但在何種情形之下，可認為有此需要？巴黎大學巴特勒米教授（Joseph Barthelémy）主張：（一）須國家有真實危險不是僅屬政治問題。（二）須有急迫情形不能等待通常法定步驟。

(三)有不能按照法定途徑以應付之之事實，例如國會爲亂黨強迫解散之類。(見 Barthelémy et Duez 著：  
“Traité du droit constitutionnel” 1933, P. 244)

### 第三章 法律之分類

#### 第一節 法律分類舉要

法律之形式與實質，如上兩章所言者，蓋法律所同具之通性，然一切法律規則，吾人倘取而比較之，不難發現若干異點，或因內容性格不同，或因適用範圍不同，或因賦與之力量不同，是以學者常將法律分類比較，以便研究。下舉數種，乃最爲習見而重要的分類，與下一節所述各種法規之分類不同。法規分類，皆因所規定之事項有所不同，可分爲多類。此間所舉皆係對峙的分類，即將一切法律分爲兩大類，不入此類，即是彼類。又係交流的分類 (Cross Classification)，譬如某一法律既係國際法，又係公法，又係實體法。

#### 第一目 公法與私法

公法與私法之分別，羅馬法中已有之。烏比安 (Ulpian) 謂法律之規定政府之形式，公共機關之組織，及私人與政府間之關係者爲公法 “*jus publicum*”，規定私人彼此間之關係者爲私法 “*jus privatum*”。乍斯提里安法典因之，亦分法律爲公法與私法兩大類。後之學者沿襲此種分類，通常以憲法，行政法，刑法（若干學者以刑

法爲私法，譬如 Salmond 在所著 'Jurisprudence' 7th Edition, 1923 Appendix IV，但亦承認刑法中若干罪名，如叛國、暴動等乃反抗國家之罪爲公法。訴訟法等爲公法，民法、商法等爲私法。

公法與私法不同之點，可從法源，立法目標及責效方法上言之：

(一) 法源 (Sources of law) 自法源言之，公法依據於歷史習慣之處較多於私法。私法所以拘束個人，而公法所以拘束國家。拘束國家較難於拘束個人，是以公法中若干規定，其明瞭準確不及私法，而有賴於傳統習慣。

(二) 立法目標 公法規定個人與社會全體之關係，私法規定個人與個人之關係。法律對於個人彼此間之關係，常有採取自由放任的地方，譬如契約以自由爲原則，關於遺囑贈與等，法律畀予個人以鉅量之自由。而公法上規定，多屬強制性質，譬如服兵役之義務，納稅之義務，妨害公共秩序之行爲，個人行動關涉社會全體，不容有違守或不遵守之自由。然此就大致言之，其中不無例外。譬如私法上關於行爲能力，身份等之規定，係強制性質。公法上關於投票權之行使，亦容許個人有放棄之自由。

(三) 責效 (Sanction) 方法 公法除刑法外，其規定係對國家權力加以限制。是以公法常不如私法之可以強制執行。國際公法，出於國家之自由承認，無一最高執行機關。憲法規定國家之權力範圍與行使形式，違法者即係國家，如何處罰？行政處分之違法，人民雖得向行政法院起訴，但國家行政行爲有「先事執行」(Exécution préalable) 之權利，無論違法與否，須先服從，再求救濟。私法對於私人，則有完全責效之力。

公法與私法之差別，並非畛域分明。公法中若干規定，其性質實係私法。反之若干法條，雖列於民法商法之中，而有關於公共利益者，實係公法。且有數種法規，其係公法或私法難以確定。例如工業法規，規定僱傭關係，工資，安全保險等者為私法，而規定工會組織，罷工，登記等事者則為公法。又如土地法，農業法，其中關於不動產之賣買，租賃，繼承等者為私法，而關於國家徵用，納稅登記等者，則係公法。

且所謂公法規定國家與人民之關係，私法規定人民彼此間之關係者，亦非絕對。國家與人民，有各種不同的關係。國家以統治者之資格代表公共利益維持秩序施行刑賞，因此而與私人發生關係，自係公法。但有時國家經由其各種機關管理財產與私人訂立各種契約等等，則其行為實與私人無異，關於此類法律不得認為公法。

## 第二目 國內法與國際法

國內法與國際法之分別，得從形式上或適用範圍上言之。自形式言之，國內法乃一國統治者所制定，而國際法則成立於國際間相互承認之條約與習慣。自適用言之，國內法適用於本國領土與本國人民，而國際法中所規定者，皆有關於他國領土或他國人民。例如某一中國人在中國境內與一中國女子結婚，乃純粹國內法問題。某一中國人在中國境內與一他國女子結婚，或在他國境內與一中國女子結婚，則自人的方面言或從地的方面言有關他國法律即成為國際法的問題。再如甲國人民在乙國殺一同國人民，經甲國法院判處死刑，而在乙國刑法中無死刑之規定，則乙國接到甲國通知要求引渡時，果應引渡否？該罪犯得按照乙國法律而免除死刑耶？均成為

## 國際法問題。

國內法之法源乃本國法律與習慣。國際法則根據國際條約、國際習慣學說，及各國之國內法。此間所謂條約，係指一切國際公約、盟約、會約、協定、議定書，及各種兩國以上同意之文件而言。國際間若干習慣，通用而公認者，如外交官之待遇、國際禮貌等，成爲國際法中重要規則。國際法未臻完備，常以學說爲根據。至於各國國內法，雖係一國統治者所制定，但亦常涉及國際關係。例如現行之「法律適用條例」規定外國人在中國之法律適用事項，乃我國政府所公布。此類法律，在形式上爲國內法，而自實質上言之，則屬於國際法。

國際法通常分爲國際公法與國際私法。規定國家與國家間彼此相互之關係者爲國際公法，規定此國人民與彼國人民之關係者爲國際私法。但公法統轄私法，國際私法地位附麗於國際公法，其界限不易劃清。

### 第三目 習慣法與成文法

習慣法與成文法之分別，吾人已述於前，茲不贅及。（參閱上第二章第二節。）

### 第四目 普通法與特別法

法律適用於一般事項者爲普通法，適用於特種事項或特種人者爲特別法。例如「刑法」適用於一般刑事事件爲普通法。「危害民國緊急治罪法」適用於特種刑事事件，「海陸空軍刑法」適用特種人，均爲刑事特別法。「民法」適用於一般民事事件爲普通法。「公司法」、「海商法」等適用於特種民事事件卽爲民事特別法。

一種法律得對於某種法爲特別法，但對於另一種法則爲普通法。例如「海商法」對民法言之，民法爲普通法，而「海商法」爲特別法，但對於「船舶法」言之則「海商法」規定一般海商事件乃普通法，「船舶法」規定特殊海商事件爲特別法。「保險法」對民法言之爲特別法，而對「簡易人壽保險法」言之，則「保險法」乃普通法。

普通法與特別法之分別，其實際效用，在於引用法律之時，特別法之適用先於普通法。例如關於公司事項，既有「公司法」存在，應先引用公司法。倘某種情形，公司法中未曾規定，始引用民法以補充之。

#### 第五目 實體法與程序法

實體法(substantive law)規定權利義務之範圍。程序法(law of procedure)規定實現此權利與義務之程序與方式。自大體上言之，憲法、民法、刑法等乃實體法，民事訴訟法、刑事訴訟法、強制執行法、登記條例等爲程序法。但實體法之中亦包含有關於程序之規定。例如刑法不但規定罪名，並規定犯罪者如何處罰。民法不但規定權利，並規定侵權行爲之如何負責，又如民法規定某種契約必須以書面爲之，某種權利之行使必於一定期間等，均屬程序性質之規定。而程序法中規定訴追權、舉證責任、聲辯權等等，亦含有實體法性質。實體法係目的，而程序法則其手段與方式。程序法乃司法機構問題，而實體法則社會全體問題。

#### 第六目 強行法與任意法

法律之規定某種地位或禁止某種行爲者，個人必須遵守，不得隨意取捨，是爲強行法。但有時法律的作用，僅

在宣示途徑或指定範圍，俾個人自作表示。有時僅防備個人所作的表示，有不明瞭或不完全之處，乃預爲規定。此種規定，個人有決擇之自由，是爲任意法。公法中各項規定，多屬強行法。私法中各項規定，多屬任意法。但亦不盡然。例如民法乃私法，其關於身分及能力等規定乃強行法，而關於財產的經濟的規定，則多屬任意法。

## 第二節 各種法規

### 第一目 憲法

憲法之形式與地位，吾人已言於前。憲法乃國家基本法，自其內容言之，所規定者國體，民權，政府權力之行使，國家政權之組織等等，凡一時承認爲立國大本之重要規則，均可規定於憲法之內。但何謂重要規則，因時因地觀念不同，是以憲法內容亦難固定。

(一) 憲法規定國家與政府之形式，通常首列國體，——民主或君主，聯邦或統一國等，——此外有將國旗，國徽，奠都何地規定於憲法之內者。有將領土疆界規定於憲法之內者，有將政治主義規定於憲法之內者。(如蘇聯憲法規定：「蘇聯爲工人農民的社會主義國家，」(蘇聯一九三六年憲法第一條)我國憲法草案將三民主義規定在內是也。)自政府的組織言之，憲法不能詳及一切，通常僅規定高級機關，如元首、內閣、國會、地方政府等，從詳從略並無固定。



(二)憲法限制國家與政府的權力，是以憲法中常規定(A)人民各種自由與權利，不得侵犯。(B)規定政府各部份之職權。如立法、司法、行政等之個別權限，不得專擅。(C)修改憲法的程序。法律不能永永不變。憲法在國內法乃高於一切的法律，是以其修改程序，即於本法中規定之。

在名稱上憲法(Law of constitution)亦有被稱爲「基本法」(fundamental law)或約法者。我國於民國元年所公布之「臨時約法」，二十年所公布之「訓政時期約法」亦係憲法。

## 第二目 行政法

行政法之內容，包括兩大部份：

(一)規定一切公共機關之組織及職權。國家行使權力機關，其高級者與重要者，已於憲法中規定。憲法不能詳及一切，其次要者與瑣細者，則屬於行政法範圍之內，是以行政法必以憲法爲依據。各種中央與地方機關，爲數至多，有關於其組織及職權之法規，亦至繁夥。行政法者，此種法規全部之總稱，並非有特立之法典(Code)。

(二)行政訴訟法。國家機關之職權，既經規定，則其官吏逾越法定範圍而侵害人民權利時有何制裁？行政訴訟法在於規定人民控告政府機關之程序。我國及歐陸各國均有「行政法院」之設。(我國現行「行政訴訟法」係二十六年一月八日所公布同日施行，「行政訴訟費條例」係二十二年六月二十三日公布施行，「行政執行法」係二十一年十二月二十八日公布施行。)既有特立之行政法院，則何種事項應歸行政法院審理？何種事

項應歸普通法院審理？此管轄權劃分問題，亦在行政法中討論。

英美法系國家，不設行政法院，不分別行政訴訟與普通訴訟。官吏違法，均由普通法院審理。是以在英美，所謂行政法者，並不含有行政訴訟法之意義。而在設有行政法院的國家，行政法（*droit administratif*）一名詞，學者常用以專指行政訴訟。

### 第三目 刑法

刑法乃規定「罪」與「刑」之法。吾人平常忽略罪與刑之分別。罪指犯罪行為，刑指刑罰，犯罪乃處刑之因，處刑乃犯罪之果，兩者固有不同。現行刑法法典乃刑事之普通法，而「陸海空軍刑法」與「危害民國緊急治罪法」，「懲治盜匪暫行條例」，「禁煙治罪條例」以及懲治偷漏關稅，販運私鹽，妨害幣制之各種法規均係刑事特別法。

何謂犯罪行為？侵害他人者，何以或受刑事處分，或負民事責任？概括言之，行為之危害社會公共秩序善良風俗者，構成犯罪行為。行為侵害個人權益，無關於社會全體之利益或安全者，僅負民事責任。是以刑法上所規定之「內亂罪」，「外患罪」，「妨害國交罪」，「妨害秩序罪」，「妨害國家政治權之行使」，「放火罪」，「決水罪」，「危害交通罪」，「偽造貨幣罪」，「侵犯社會之公益」，「殺人罪」，「竊盜罪」，「妨害自由罪」，「妨害名譽及信用罪」，「危及社會全體之安寧」。

一種行爲，可以同時違反刑法與民法。違法行爲，在刑法稱「犯罪行爲」，在民法稱「侵權行爲」。犯罪行爲之侵害私人生命，財產，名譽，自由者，同時構成侵權行爲，行爲人既受刑事處分，復應負民事上損害賠償之責任。但刑事行爲之處罰，以有明文規定者爲限，「律無明文不罰」乃刑法上之基本原則。是以自刑事言之，罪名未經刑法規定者，不能處罰。而自民事言之，但有損害，均得要求賠償。

刑法對犯罪者處以刑罰，以保障社會之安全爲目的。若干刑罰，具有教化作用。昔或以刑罰之効用在於恫嚇，是以採取極端嚴酷的刑罰，以一儆百，使人人畏懼而不敢犯法。或以刑罰之効用在於報復，「以其人之道，治其人之身」。此類簡單觀念，今日漸失去信賴，而代以「保障社會」(defense social) 觀念。法律維持和平，主張公理。擾亂社會之安寧者，不容不罰，但能洗心革面，未嘗不可寬恕。死刑但當施於決難悔改之人，且卽有此情形，處以無期徒刑，令其永絕於社會，亦不爲不足。是以若干國家，已廢去死刑。然社會人心，亦須獲得正義上的滿足。窮凶極惡之行爲引起社會之憎惡，不處以嚴刑，不足以平公憤。今日刑罰，實兼含禁止 (preventive) 作用與懲罰 (repressive) 作用。

現行刑法，刑罰之最重者爲死刑。刑法第五十二條規定：「死刑用絞，於監獄內行之。」昔有斬決、凌遲、梟首、戮尸等處死方法，今皆不許。死刑之次爲無期徒刑與有期徒刑。有期徒刑至多不得過二十年。次爲拘役，拘役亦剝奪自由之刑，但其刑期僅由一日至二個月。此外有「罰金」、「沒收」及「褫奪公權」。所有刑名止此而已，昔之墨

剽、劓、宮、笞、杖、等種種肉刑，今皆廢去。罰金之額，法律按條限制，不得過濫。「沒收」指違禁物，犯罪所用物或贓物之沒收，係徒刑之一種。褫奪公權亦係徒刑，蓋其宣告，係附帶於死刑或徒刑或拘役。

刑罰既採保障社會主義，則犯罪行為，妨害公共安全者，國家責職所在，不能任其不罰。但受害人有時畏事而不起訴，且犯罪行為，有時並不特別傷害某人，如內亂罪，外患罪以及放火危害交通等罪之未遂者，苟國家不加干涉，將無人出而起訴。是以刑事以提起公訴為原則。

#### 第四目 民法

吾人日常生活，關係深切者，法律之中，民法為最。親屬，繼承，規定吾人之身分及家族關係。債編，物權，規定吾人之財產權。總則編中有法律行為之規定，自然人法人之分別，期間時効之準則等等。私人生活，商業行為，一切包括於民法之中。是以民法(Civil Law)一名詞，常被用以指私法之全體。今以專指民法法典，係從狹義。民法既係私法全部之普通法，凡有關於私法全體之規定，不能歸之於某一特別法者，皆規定於民法之中。

現今各國，除英美法系國家以外，均有編成法典(Code)的民法。普魯士於一七五〇年之際即已開始起草民法法典，於一七九四年公布，巴伐尼亞邦(Bavaria)於一七五六年公布民法法典，奧國於一八一一年公布民法法典，是皆民法成立之早者。丹麥於十七世紀已有民法法典，但其現行民法乃一八六三年所公布。法國於一七九三年已有民法草案之擬定，然編成公布則在拿破崙執政時期一八〇三年。比國於一八三〇年獨立即公布民法

法典。意大利於統一後一八六五年公布其民法法典。德意志於一八七〇年統一告成，即從事編制法典，至一九〇〇年始完成公布。西班牙議會（Cortes）於一八八八年通過民法綱要，委任行政機關，根據所通過原則，編成法典。南美各國於一八四三年至一八八八年之間先後頒行民法法典。巴西獨立後，公布於一九〇七年。美國各邦（States）均無民法法典，惟有彙編（Consolidations）而路易西安那（Louisiana）與喬治亞（Georgia）兩邦爲例外，將其民法編成法典。

我國於清末着手編制法典，宣統三年，草案完成，是爲「大清民律草案」。不久民國成立，另行起草。先後由「法典編纂委員會」、「法律編查會」、「修訂法律館」等機關從事編制。延至民國十四年始成草案。是爲第二次民法草案，亦未施行。國民政府定都南京由「立法院」組織「民法起草委員會」、「總則」、「債」、「物權」、「親屬」及「繼承」五編先後於十八年至二十年間公布施行，即現行之民法法典。民法內容，既與日常生活關係最深，是以此書所敘，多屬民法範圍以內問題，此間從略。

### 第五目 商法

商法名詞亦有廣狹二義。自其狹義言之，商法指商法法典。自其廣義言之，商法包括一切商事法規。我國現行制度「民商合一」是以自狹義言之，我國現無商法。法、德、意、日、荷、比各國有商法法典，但於法典以外，亦有若干單行法。英、美、瑞士、蘇俄等國無商法法典，關於商事的規定，或歸入民法之中，或制爲單行法。我國所採，係後一種制度。

所謂商事法者，如現行之公司法，票據法，海商法，保險法，銀行法，交易所法等皆是也。

民商合一與民商兩立制度，各有理由。主張民商兩立者以爲商業上一切規定，應趨向於簡便，俾商事交易，不受普通法律呆滯束縛之影響。商業上許多行爲，依照習慣，其性質不同於一般民事。且商業富國際性，民法中若干規定有不適宜於商事者。民商兩立以商事訴訟歸「商事法院」審理，適用簡捷程序，俾商事訴訟得以迅速解決。等等。歐洲中古有所謂「商法」(Law Merchant)乃商人團體之習慣法，具國際法，非國家制定之法律。法國於路易十四時代，一六七三年頒布商事條例，爲國家商法之嚆矢。嗣後法國於一八〇七年頒布商法法典施行至今，內分「總則」，「海商」，「破產」，「商事審判」四編。德國於一九〇〇年公布商法法典，內分「商人」，「公司」，「隱名合夥」，「商行爲及海商」四編。日本於明治三十二年公布商法法典，包括「總則」，「公司」，「商行爲」，「票據」，「海商」五編。(德國於一八六一年已有商法典，日本於明治二十六年已有商法典，上云係指其新法典。)我國光緒二十九年曾有「大清商律」之頒行，中僅有「商人通則」及「公司律」二編。民國成立該商律仍准援用。至民國三年由大總統以教令公布「公司條例」及「商人通例」，前清商律始告失効。國民政府定都南京，刷新法制，採民商合一主義，頒行民法，商事上一般歸定，多歸納於民法之中，至於特殊事項，則分別訂立單行法。

商之意義，在法律中常較經濟學中所言者爲廣。經濟學中所謂商業，指生產者與消費者中間之媒介。而法律

中所謂商，則範圍較廣。上述「商人通例」第一條規定商業爲十七種即買賣業，借貸業，製造或加工業，供給電氣，煤氣或自來水業，出版業，印刷業，銀行兌換金錢或貸金業，擔承信託業，作業或勞務之承攬業，設場屋以集客之業，堆棧業，保險業，運送業，承攬運送業，牙行業，居間業，代理業。（該通例與現法無牴觸仍准援用。）是以何謂商業？雖視法律如何規定，但其範圍，均較經濟學中爲廣。

民商兩立雖有優點，然制度比較複雜，民事與商事如何區分，適用法律時常生疑問。民法本統轄一切私法商法對民法言之乃特別法，適用於私人——自然人或法人——的民事行爲中可認爲商行爲者耳。商法中所未規定者，仍以民法爲準。我國現將買賣、交互計算、行紀、居間、倉庫、運送、證券、經理人及代辦商、合夥及隱名合夥等均規定於民法債編。而民法總則編中之法例、法人、法律行爲、期日及期間等適用於一切民事者亦適用於商事。既無商事法院之設及商事訴訟法之特立，一切民事訴訟無論爲商事或非商事均由普通法院照民事訴訟法審理。而商事上特殊事項，則另制定單行法，如公司法、票據法等。蓋商業經濟之變遷，較一般民事爲常。民法法典，一經制定，修改較難。此類特殊事項，規定於單行法之中，得單獨修改，引用時亦較便利。

## 第六目 土地法規

土地法規嚴格言之乃關於土地所有權，土地之使用與分割以及土地之登記、測量、納稅、徵收、徵用等之法律也。然所謂土地者，得作廣義解釋，包括一切天然富源。我國二十五年三月一日所公布之「土地法」其第一條宣

稱：「本法所稱土地謂水陸及天然富源」是我國立法上已承認土地之廣義解釋。自此定義言之，礦業法，森林法，漁業法等，均包括於土地法規之內。

土地制度有關於社會經濟，而經濟環境各國不同，是以各國均有其特立之土地法規。此種法規，自其規定私人所有權言之，其性質為私法，自其規定國家與人民間之法律關係言之，其性質為公法。一部份係實體法，而一部份則程序法。一部份為民法，而一部份則行政法。土地法規之性質，既極複雜，而各國之土地政策，迥不相同，其內容亦互有歧異。

### 第七目 勞工法規

勞工法規 (Labor legislation)，現代法規中之最有發展與變遷者也。如工會法，工廠法等各種規定既不屬於民法範圍，亦不能歸之於商事法。國際有勞工局之設，則勞工法規，已從國內法而步入國際法範圍。將來發展，大堪注意。我國現有三十一年九月公布施行之「修正勞資爭議處理法」，十九年十月公布二十一年十二月施行之「團體協約法」，二十一年十二月公布施行之「工廠法」等。



#### 第四章 法源 (Source of Law)

法學上所謂法源有數種不同的意義。或指法律之力量何自來？則法源乃制定法律的權力機關，如以國家爲一切法律的源泉是也。或指一切法律的規則，何自成立？如以各種法規及習慣等爲法源是也。或指一種制度之緣起，含有歷史的意義，如研究古代法時，以各種可供參考的文件爲法源是也。

吾人此處所謂法源者，指現有法律的根據。一種法律有一種法律之法源，未必盡同，吾人此處則概括言之。甲國法律與乙國法律之法源亦未必盡同，例如「寺院法」(Canon Law)乃若干國家之成文法法源，而我國法律向來無宗教背景。

研究法律者常分法源爲直接法源與間接法源。例如成文法乃法律之最正式根據，被稱爲直接法源，而學說等僅足影響於現實法律，則認之爲間接法源。

一般法律所恃爲根據從而獲到施行之力量者，可分別爲成文法，習慣，舊法律，判例，國際法，學說數項言之：(A)以成文法爲法源。成文法乃最正式的法源。然人事紛繁變幻莫測，立法無論如何稠密，亦難預見一切。僅恃成文法爲根據，必感不足。

(B)以習慣爲法源 習慣乃重要法源。凡成文法所未規定者，以依照習慣爲原則。現今各國調查蒐集國內各種習慣編成冊籍，免遇事輒須證明一種習慣之是否存在。

(C)以舊法律爲法源 法律不因頒行已久而失効。必有新法替代或有明令作廢時，始成過去。吾人此處所謂舊法律者非謂頒行已久之法律，乃指已廢之法律也。已廢之法，何得仍稱之爲法源？蓋法律有沿革，現行法之制定，必有所本。欲明瞭現行法之意義，常須取舊法律而考據之。

(D)以判例及司法解釋爲法源 判例之在我國，雖無拘束法官之力，如在英美法系國家。然陳陳相因，判例之爲重要法源，毫無疑義。（參閱上「判例」章）至於我國最高法院有統一解釋之權，其所作解釋，足以拘束一切法官。

(E)以國際法爲法源 國際法中包括國際條約、國際習慣及本國法與外國法發生衝突時之解決方法。國際關係常推動國家變更其國內法。條約所有規定，國家有修改其本國法使其符合於國際諾言之義務。是以國際法亦常爲國內法之法源。

(F)以學說爲法源 學說之於法律，猶輿論之於政治。闡明法理者，法官判決以外，學者之意見而已。是以學說雖係最非正式的法源，但卻非最不重要的法源。



## 第三篇 國家與立法

### 第一章 政治社會 (Political Society)

#### 第一節 社會團體與國家

社會乃共同生活狀態，而團體則係有組織的單位。社會乃相互關係的生活，譬如舟車之旅客，亦人類之集合，然各人有各人之目的，不能稱之為團體，團體存立於一定目的，為達到此目的計，必有共同之行動。是以團體之中，必有發號施令的機關，有統治者與被治者的關係。組成團體之各個人，雖有新陳代謝，而團體之存在如故。社會與團體的不同，又可用國家與「國際社會」(International Society)說明之。國家乃人類團體的一種，而現今的國際社會，乃社會而非團體。在國際社會之中，每一國家成一單位，無共同管轄機關，不能認為團體。

人類社會生活，由於有共同之需要始。此共同需要，由單純而日趨複雜。在現今文化發達的社會中，似乎已無從辨認何者為吾人之共同需要，祇覺利害之矛盾而已。據社會學者的一般意見，以為人類最初之共同生活需要，

不外生殖本能，求生慾，及共同禦敵數端。生殖本能，乃人類能永續之基本條件，是以男女兩性結合之社會，乃原始雛型的社會。求生慾亦人類結合之原因。蓋生活資料必取之於自然界中，而人類征服天然，常須合力爲之。又初民不脫爭奪狀態，恆互相結合以圖強，於是共同禦敵之需要遂生。因共同禦敵而產生權力觀念，政治組織從而萌芽。在政治組織之中，如個人覺悟有受社會制裁之必要，法律觀念漸漸明顯。

人類團體之種類甚多，國家不過其中的一種。由「家族」「部落」(tribes)「部落的聯盟」(Confederacy of tribes)「城市國家」(City state)而進至於現代式國家之成立，其間會經過不少階段。國家乃現階段文化中最高形式的團體。國家之內，包含許多大小團體。團體不一定以國家爲界，如教會及國際文化團體，國際商業團體。國家是否人類政治組織之最後最高形式亦難斷言。若干學者以爲理想中的國家，以世界爲一單位，其領土卽世界。(如 Burgess 在所著 'Political Science and Constitutional Law' Vol. I, P. 49, Willoughby 在所著 'The Nature of State', P. 14-15)

人類對於國家的觀念，亦經若干次變遷。昔歐洲城市國家脫離部落，而有類似近代的政治組織，但其人民自由結合，無非團結以增厚勢力，缺乏國家思想。布傑士 (James Bryce) 云：「城市國家的人，乏政治組織經驗，無遠大計劃，其團結無非自驕自利心的表現，無愛國思想。倘他們提及愛國 (patriotism) 這一字時，不過指某次光榮戰爭的迴憶而已。」(語見所著 'The Holy Roman Empire', P. 89-90.) 羅馬征服歐洲各地，已開化的地

方幾乎盡歸其掌握。但羅馬人以全世界爲一統。歐洲此時語言文字以拉丁文爲主，各地相同。羅馬法律通行各地，法律亦相同。中古教會，又抱世界主義。是以歐洲此時，幾成爲一國。我國歷史上因文化發達特早之故，亦以天下爲一統。所謂「普天之下，莫非王土，率土之濱，莫非王臣」者，根本不承認有國與國之分別。明係敵國來侵略，而必視之如叛逆。抱此世界主義（Cosmopolitism）時，不能有現今的國家觀念。歐洲於十五六世紀時，成立許多王國（Monarchies），如英、法、葡萄牙、西班牙、匈牙利、波蘭等，各自獨立對抗。然是時人民無民族思想，國家之成立，無非因効忠於某一國王及其承繼人。只有對君主觀念而缺乏對全體觀念。是以當時國家，只是「朝代國家」[*Dynastical State*]。參閱 Hayes 著 'Political and Social History of Modern Europe', Vol. II. Part IV。現今國家以民族意識爲其特質。種族、文化、歷史、語文相同的人民各自成立一個政治單位，是所謂「民族國家」[*National State*]。民族意識使同一政治團體的人們發生合作和同情思想。國家之成敗榮辱，不是某一君主或某一王室之事，而乃己身之事。法律隨社會環境而變遷，在民族國家的政治組織之中，個人主義與國家主義並立而矛盾。現今法律思想，亦以此爲特色。

## 第二節 國家與其他團體之區別

如上言，人類團體之種類甚多，國家不過團體的一種。國家之目的爲維持秩序及保障民族之獨立與自主，其

他團體如公司、學校、會社等，亦各有其目的。國家對於國民，得責令服從法律，其他團體，亦有其內部的法規，為該團體中人所遵守。然國家與其他團體有下述不同之點：

(一) 國家有領土，其他團體無領土的根據。伯倫哲理 (Brunschli) 云：「人民乃國家在身分上的根據，而土地乃國家在物質上的根據，是以無土地的人民，不能成為國家。」（見所著『*Théorie de l'Etat*」, P. 231）是以部落社會，遊牧之民，不能認為國家。中古歐洲教會，權力甚鉅，其勢力常可凌駕國家，其內部有政治組織，教皇乃其元首，有無數官吏，有教徒以為人民，然無領土，不能視同國家。領土乃國家行使權力的範圍，在其領土之內者，不問何人或何種團體，均受國家統治。國家之責職如維持秩序，保障和平等等，倘無固定領土，此數目的難以達到。

(二) 加入其他團體，憑各個人之自由意志。而成為國民，則法律所強認。吾人生而為某國國民，非由自効。脫離國籍亦須經法律許可。

(三) 個人得同時加入若干同樣的團體，例如同時為數個俱樂部的會員或為數個紡織公司的股東，而不能同時有數個國籍。我國及其他國家的國籍法，均限制每人只能有一個國籍。

(四) 各種團體之組織，基於私利，每不惜犧牲他人以實現自身目的。而國家之內包含無數個人與團體，各種利益紛歧，國家常處於調劑的地位。蓋國家之目標多方，而其他團體之目的單純。

(五) 國家往往由一個民族組成，所謂民族國家。國家與民族，互為因果。是以國家之存在有必然與永久性，其

性質與其他團體不同。

(六)其他團體，如不存在，其行爲亦歸消滅。而國家的若干行爲有永久性。國家所訂立的條約，所頒行的法律，所負擔的債務，即使國家被滅，主權更換，其繼有者須承認條約之義務，其法律非經宣告廢止仍繼續有效，其債務須由繼有者負擔。

(七)國家在領土以內，有拘束一切的權力。國家的法律與命令，可用強制力執行。在現今國家組織之下，此強制力乃國家所獨佔。其他團體，除獲得國家許可外，不操有強制力。國家得以拘捕、沒收及其他身體上或金錢上之刑罰，加於違抗法令之人。其他團體，雖有其內部法規，但對於違抗者，最多只能革除其團體員之資格。如學校維持紀律，只能用退學、停學、降級等辦法，工會俱樂部對於不守會章者，只能取消其會員資格是也。且國家對於領土以內的團體，有糾察監督之權。各團體之成立，常須得國家許可，其內部組織，國家得加以干涉。綜言之，國家享有主權(sov<sup>e</sup>reignty)。在同一領土之內，不容有並駕齊驅的權力。惟國家可用公共力量強制執行，得強迫一切個人及團體服從其命令，如由其他團體爲之，即屬不合法。

### 第三節 國家與政府之區別

國家乃有組織的政治團體。然國家乃抽象名詞，其行使權力，必須經由若干自然人所組織的機關。政府乃國



家發號施令的機關，代表國家，行使權力。昔路易十四不分別自己與國家，有「朕即國家」(L'Etat C'est moi)之語。現今之國家元首，無論如何有威權，亦只能自稱代表國家。

國家乃永久的組織，而政府則常有變更。政府如何可以變更，一視政治制度，不生影響於國家之存在。是以拉斯基(Lasky)嘗云：「分別國家(state)與政府(government)之價值，在於供給一種制度可以更換不稱職的政府。」抑政府一名詞，常有各種不同的用法。吾人此處以政府總稱執行國家權力之一切機構，包括行政、立法、司法、考試、監察等權在內。但吾人常見政府(government)一名詞被用以指「內閣」(cabinet)或「行政權」(Executive power)。英國人常稱其內閣為政府。羅騷(J. J. Rousseau)在他的「民約論」中常以政府專指行政權。我國十二年十月十日憲法第一〇三條：「兩院議員及政府各得提出法律案……」云云，此條所謂政府專指當時之國務院。然在我國正式文書中，除少數例外，均以政府指一切高級權力機關。例如十七年的「國民政府組織法」第五條：「國民政府以行政院、立法院、司法院、考試院、監察院五院組織之。」是也。

分別國家與政府，於討論國家形式(forms of state)及政府形式(forms of government)時，亦較明晰。言國家形式，在說明國家外表形態，不關政體問題。例如單一國(unitary state)與複形國(compound state)主權國與非主權國，島國與大陸國等等乃國家形式之分別。君主政治(monarchy)貴族政治(aristocracy)與平民政治(democracy)，內閣制與總統制，分權制度與集權制度等等則係言政府之形式。

## 第二章 國家之主權

### 第一節 主權觀念

國家乃一個政治單位，必須有一個統治內部的政治權力。如上言，國家內部包含許多大小團體，在國家所允許的範圍之內，得行使相當權力。而國家則賦有最高權力，作最後決定，德國學者所謂「劃定一切權力的權力。」一國之內，苟無一個最高的權力，無作最後決定的機關，必至人自爲政，此一國的秩序，必至無法維持。是以國家在平時必須具有責人服從的能力，國家所作的決定是法律，國家執行其決定時可用公共力量，國家的權力如被反對，除非革命，即無從別覓解決方法。

是以一國之中，任何時期，任何場合，常有一個事實上統治一切的權力存在，否則國將不國。然此事實上的權力，究竟有何合法的根據？吾人何以要服從此權力？此一權力有無限制？究竟屬誰？其性質如何？可否分割？覓求答案即當研究所謂「主權」(Sovereignty)問題。學者於此，意見紛歧。法律思想隨環境爲變遷，主權學說，亦無例外。

(A)君主主權說 法國十六世紀學者布丹 (Jean Bodin) 在所著「共和六書」(Six livres de la Re-

public'，首將主權問題作詳盡之討論。布丹生當封建時代，諸侯割據，王室微弱，諸侯又各有附庸，一國之中，政令不一。布丹提倡主權屬於國王，以挽救當時弊病。布丹謂主權乃唯一發令而不受命之權，其特性為不可限制與不可分割。所謂不可限制者，因主權乃最高的發號施令權，不能受何限制。所謂不可分割者，乃從最高不可限制的特性推論，在同一區域之內，不能有兩個主權，主權不容有競爭者。其時國際法尙未發達，聯邦制亦尙未流行，布丹特倡一國之內只能有一個主權，而此主權當然屬於君主。

(B) 國民主權 (souveraineté nationale) 說 迨法國大革命時期，盛行所謂「國民主權」說。將主權歸屬於「國民全體」(nation) 以對抗主權屬於君主之說。盧騷及當時其他學者對於主權之性質，於承認其不可限制不可分割外，更主張其有「不可讓與」(inaliénable) 與「不因時効而消滅」(imprescriptible) 兩種特性。蓋十六七世紀若干學者以爲主權雖本屬於人民，但讓渡與國王，已有悠久歷史，已成爲君主所固有之權。是以盧騷倡不可讓與說，謂國民可將主權委託某一人或某一團體行使，但非讓渡，因主權有不可讓與之特性。且以爲國民即久不行使此主權，亦不因而喪失，因主權有不因時効而消滅之特性。至於主權之不可限制與不可分割，提倡國民主權的學者已不復如布丹等之堅持。主權屬於國民全體，其最高性與唯一性，已不如君主專制時代之顯著也。

(C) 「巴力門」(Parliament) 主權說 英國學者多以爲英國主權屬於「巴力門」。所謂「巴力門」者，

乃國王 (King) 貴族院 (House of Lords) 與下議院 (House of Commons) 三者之總稱。且其所謂主權者，指法律上之主權。「巴力門」有權創造或修改任何法律，其立法權至高無限。戴雪 (Dicey) 分別「法律主權」(legal sovereignty) 與「政治主權」(political sovereignty)，巴力門享有法律主權而選民團體享有政治主權。(見所著 "Introduction to the Study of the Law of Constitution")

(D) 國家主權說 一派學者，德國學者佔其多數，主張主權屬於國家。以國家為個體享有主權。國家之主權，絕對無限，對內得要求個人服從，對外亦可不受拘束。自法律觀點言之，國家主權說似最嚴格。而上述各說，多含「因時制宜」之性質。然以抽象的國家為主權之享有者，實際上是承認執行國家權力的人或機關有無限權力。如海哲爾 (Hegel) 謂國家除己身之外，不承認任何權力，是非之辯，善惡之理，不足以對抗國家。耶陵 (Hring) 以為法律乃國家行使權力時所用政策。尼采 (Nietzsche)、柴西克 (Treitschke)、伯納地 (Von Bernhardt) 等所主張尤為堅決，個人絕對服從國家，國家不但有人格，且有意志，有目的。其結果，執行國家權力的少數人，擁有絕等威權，無可限制，而凡屬人類均不能無錯誤或瑕疪。國家主權說未嘗考慮事實，但以抽象的國家自圓其說，是以易滋流弊。

(E) 多元主權 (Plurality theory of sovereignty) 說 晚近若干學者主張「多元主權說」以為國家之內有許多團體，許多勢力，國家實不過處於分割調劑各種利益之地位而已。各種團體之能獲到其團員之服從，

往往更澈底於國家。各種團體，或屬宗教，或屬經濟，或屬職業，或屬學術，或屬政治，均有相當實力，國家行使主權不能不顧各團體之願望。是以國家主權，實係多元而非唯一。此說就事實觀察，固有相當理由。近今之「工團主義」(Syndicalism)「基爾特社會主義」(Guild socialism)以及「國際主義」(internationalism)者，均以主權爲多元性質。然所謂主權，指國家之內，必有一個最高發號施令的權力，解決一切紛爭，劃定各種勢力之各自界限。惟主權者得以法律拘束一切其他權力，而任何其他權力無此能力。是則從法律觀點上言之，國家主權唯一無二，不容否認。主張多元主權者，無非謂權力在事實上不歸於唯一機關，一切複雜問題，即國家最高機關亦不能獨行其是，然此非就法理上立論也。各種勢力各種意志，最後必須有判斷者，是以拉斯基 (Lasky) 柯爾 (Cole) 等主張將國家最高機關的權力縮小至於類似公正人的地位。(參閱 Lasky 著 'Problem of Sovereignty', 1917; Cole 著 'Social Theory', 1923)

## 第二節 對外主權與對內主權

國家對內須有一個最高的政治權力，對外亦須其權利不受蔑視。但自對內言之，主權乃最高發號施令權，有拘束一切個人與團體之力量。而自對外言之，所謂主權者，意義異是。國家對外無發號施令之權，不能強人服從其法律與命令。世界有許多國家，每一國家，均屬國際社會之一份子。所謂主權國 (Sovereign state) 者，在國際享有

獨立地位，不聽命於其他國家，然亦不能命令其他國家。是以自對外言之，所謂主權，乃獨立不受命令之權。國家倘不能獨立自主，雖有領土與人民，在國際法上無國家之資格。是以在國際關係上，通常分別主權國（Sovereign state）與非主權國（Non-sovereign state）。

然主權國與非主權國之分別，學者間持論不一。國家乃國際社會之一份子，社會生活，個人行動，不能完全自由。所謂主權國者，雖獨立自主，但在國際上亦常受各種限制與拘束。若干學者如海哲爾（Hegel）耶陵（Thring）以為國家對外依其主權有完全行動自由。然世界有許多國家，彼此間有共同生活，如個人之處身於社會。倘國家在國際上行動，憑本身之利益與嗜好，則國際將無安寧之日，世界各民族將無合作之可能。是以多數學者，自格老秀（Grotius）必多利亞（Vittoria）蘇亞里斯（Suaraz）以來，均以為國家主權自對外言之，受有限制。雖國際間無太上政府，無強制執行國際法之機構，然國家彼此間有發生相互關係之必要，其行動即有受限制之必要。今之所謂主權國者，或因遵守條約，或因加入國際聯盟，或因接受國際法庭之判決，恆自動將其主權，加一種限制。主權國既如是，則「藩屬國」（Vassal state）與「被保護國」（Protected state）等，其地位亦係由條約規定，因條約關係而放棄其主權之全部或一部，與主權國究何分別乎？一切條約均含限制性質，雖在兩主權國之間亦然。藩屬國與被保護國由條約之限制而喪失其原有地位，得認為非主權國乎？吾人以為國與國之間，為全人類之利益計，或因彼此有經濟上或技術上合作之必要，常有互相倚賴之處。因此而自行限制其主權，乃正當之舉動，亦所以

謀求己身之利益也。非若藩屬國與被保護國之特別倚賴某一國家，其對外關係，常須經由其宗主國（如瑞士 Luzern）轉達，宣戰、媾和、簽訂條約，交換外交代表，每無自主之權。有此情形時，即非主權國家，在國際上喪失其國家之資格。又如聯邦中之各邦，對內常保留若干主權，然在對外，各邦無個別主權，惟由聯邦政府代表全體，是以聯邦中各邦亦非國際法上所謂國家。

然則國家是否對外一種主權，對內一種主權？葉令尼克（Jellinek）勒弗許（Le Fur）均以為國家主權，只對內有之，所謂對外主權，實即是對內主權之反射。（參閱 Le Fur 著 ‘Précis de Droit International’ 1931, P. 63）蓋所謂主權，乃最高發號施令之權，國家唯對內有之。國家對內既享有最高權，其對外不受命令，乃由此所發生之結果，故曰反射。是以國家對外主權，實即獨立之謂。

### 第三章 分權制度

#### 第一節 自防杜專制政治而言分權制度

國家內部既需要一個主權，而執行此最高權力者，乃若干有慾望與情感之人類。操有權力者，往往獨行其是，不願受人掣肘。是以權力之自然趨勢是集中。任何團體，不僅國家，其發號施令權，往往歸於一人或一個機關獨攬。但工商企業私人團體之中，雖有此種情形，尚不至發生若何危險。蓋私人團體，目的單純，其權力範圍受國家之監督與規定，即有武斷專恣之事，亦不至無可制裁。而國家則有至高無上之權力，與極為複雜之目的。國家若濫用其權力，孰能制裁？一國之內利益紛歧，非單獨意志所能支配而無流弊。分權制度者，乃政治技術問題，藉此防杜專制。

孟德斯鳩(Montesquieu)之言曰：「一種歷久不變之經驗，凡人握有權勢，必將用之無度，直至遇有阻力而後已。……是以欲求用權之毋濫，就事理之自然推測之，必須以權力遏阻權力。」(“*Esprit de lois*”，Liv. XI, Ch. IV)分權之真理與效用，一言以蔽之曰，「以權制權」，“*pouvoir arrête pouvoir*”，而已。

防範專制之道，自歷史事實觀察，前人曾作種種努力，但均未有如何成效。茲為舉數端如下：(一)以理論限制



君主或統治者之權力，如基本國法說（*droits fondamentaux de l'Etat*），天賦人權說，以及我國古昔以天災地變警戒帝王之舉，其力量之脆弱，無待贅言。（二）國家元首不由世襲而由人民選舉。歐洲中古，國王多由選舉。羅馬人民選舉其統治者以一年為期。然而歐洲中古及羅馬人民仍不免屢遭暴君之壓迫。拿破崙一世與三世均由民選。希特勒（Hitler）之獲得政權，純採人民投票途徑。而獨裁政體，竟由人民投票演成。（三）國家最高權力不屬於個人，而屬於一種委員會，人數衆多，不易流於專斷。然亦不能保證此種團體之不濫用權力。最著者如法國大革命時期之「憲政會議」（*Convention*），專斷暴厲，造成「恐怖時期」（*Période de Terreur*）。（四）於中央政府之外，另建他種勢力以相抵制。如昔日歐洲之教會，我國之藩鎮，今日提倡工團主義（*Syndicalism*）者所主張之職業團體。其缺點亦易指出。蓋此種之團體，如力量太弱，則不足以抵制橫暴之政府。倘其勢力足以駕馭政府，則人民之自由平等亦有被其蔑視之危險。

是以分權制度，將國家權力，析為數種，而分由性質不同之機關行使之。例如行政權歸屬於世襲或民選之元首，而立法權則歸屬於人數最多之國會。立法權歸屬於民選之機關，而司法權則歸屬於受任於政府之官吏。此數種權力，互相監督而又不能不互相合作。但以不協助互施其監督之權，無庸行使強力以相抵制。所以防杜專政者，比較上殆為最有效之辦法。如上述民選元首及委員制政府等，單獨用之不足制止專制政治，而與分權制度同時採用，則常著成效。例如瑞士的行政權係委員制，其立法與行政分立。美國總統係由民選，其立法、司法、行政三權分

立。羅馬與拿破崙時代之元首雖由民選，法國大革命時期之「政治會議」雖採委員制，但其制度，則係集權，故仍不免於專裁。瑞士與美洲合衆國在現今民主國家中，比較上基礎最爲穩固，其能避免專權確立民治者，則由於分權制度。是以分權制度，吾人以爲乃防杜專制之最有效方法，證於瑞美政治而益信。

然集權制度，雖有專斷之弊，而一國之中政治權力，分歧對峙，亦足發生紛亂，削滅效能。且權力既有集中之自然趨勢，分權制度，乃出於制度之勉強。各權之間，難免有畸重畸輕之情形，不能銖兩悉稱。強者侵蝕弱者之權，則勉強而分者，將隨自然之勢而復合。是以實行分權同時須考慮如何可以加強政治組織，如何可以維持各權之均勢。此乃民主政體中之困難問題。其解決方法，可云尙在試驗與探索之中。

## 第二節 分權之理論與實際

提倡分權學說之最早者爲洛克 (Locke) 與孟德斯鳩 (Montesquieu)。孟氏分析一國之中，有三種權力：一爲立法權 (Puisance législative)，一爲執行公法之權 (Puisance exécutive des choses qui dérivent du droit des gens 卽後人所謂行政權)，一爲執行民法之權亦曰審判權 (Puisance exécutive des choses qui dependent du droit civil ou la puissance de juger)。孟氏以爲立法權與行政權尙同屬於一個人或一個團體，則其立法之時，將以便利其威權爲目的，所制定的法律，必專恣暴戾。司法權尙與立法權合併，裁判者卽

立法者，任意用法，人民的生命與自由，將毫無保障。司法權與行政權合併，則裁判者得任意壓迫人民。是以三權宜各自分立。（參閱“*Esprit des Loix*” Liv. XI）此即通常所謂立法、司法、行政三權分立者也。

洛克分別「立法權」、「執行權」與「聯邦權」。其所謂執行權指地方行政之權。所謂聯邦權，指國家對外宣戰、媾和、訂約及執行關於全部事宜之權。洛克以爲立法權應屬於一種臨時的議會。時而召集，制定法律。事畢即散，使立法的人們，自己置身於所制定法律之下而受其管轄。（參閱“*Essay on the Civil Government*”，P. 143-148）

後來討論分權制度的學者甚多，所主張不盡相同。普芬道夫（Puffendorf）分別權力爲七種 *Partes potestates summi imperii*。即立法權、訂立刑罰權、司法權、宣戰媾和與訂立條約權、任命官吏權、訂立稅則與徵收賦稅權、及教育權。（參閱所著“*De jure naturae et gentium libri octo*”，1673）海哲爾（Hegel）則以爲政府之中包含三種權力，即立法權、行政（*Administratif*）權（按海哲爾所謂行政權包括司法權在內）及君主（*Monarchic*）權。立法權代表多數，行政權代表少數，而君主權則屬於一人。

討論分權制度的學者，主張雖有歧異，但均致意於立法權與行政權（按行政權 *Executive power* 可譯爲執行權）之分立。羅騷（Rousseau）及馬伯利（Mably）討論分權，即僅言立法與行政兩權之宜分立。較近學者多以爲司法權並非獨立一權，蓋與行政權同爲執行法律機關，皆係執行權（*Executive power*）。且司法人員多

由行政機關任命，實附屬於行政權。然自歷史上言之，司法職務具有獨立性格，實較立法與行政之分離爲早。司法職務具有專門性質，司法人員須有專門學識及經驗，是以司法機構常係特殊組織。羅馬民主國時期，司法權操於 *Præteur*，而行政與立法則同屬於當時之 *Senat consuls* 或 *dictateur*，初無分別。然僅因職務之特殊而由專門人材專任其事，不得謂爲分權。近代文明，一切趨於技術化，專門化。職掌 (*functions*) 之分，蓋日益細微。各國內閣中設立專部之數目日增，無數公務員，各有專職，豈能均指爲分權乎？

權之分立，須有個別獨立機關，並有個別負責人員行使此種權力。且分權之効用，在於防範專制。以「權制權」有如上言，則缺乏此種條件時，不得認爲分權。內閣設立各部，分別掌管外交、財政、軍事等事宜，但同時隸屬於內閣，不得謂爲分權。現今民主國家，司法以獨立爲原則，不受立法或行政機關之干涉，但司法權亦無駕馭立法或行政之能力，此與立法權及行政權之賦有互相裁制作用者不同。

西愛咸斯 (*Sieyès*) 常云分權應先分別「制憲權」 (*pouvoir constituant*) 與由憲法構成之各種權 (*pouvoir constitués*)。制憲權規定各種權力之分別與行使，不得兼問立法行政等事宜。至於各種政權，其內部之組織，相互之連絡與其必要之獨立性，均根據於憲法，不得逾越。視情形之需要，得將政權分別爲若干種，並不以立法、司法、行政三權爲限。(參閱所著 *Préliminaires de la constitution*, P. 18 以下，拙著「西愛咸斯之憲法理論」, *Théorie constitutionnelle de sieyès*, [巴黎] Recueil Sirey 出版。)

考之各國現行制度，於立法、司法、行政三權之外，未嘗無其他獨立機構。制憲事宜之不由立法機關兼任者，可稱爲制憲權。選舉事宜之不由行政或立法機關兼轄者，可稱爲選舉權。又如法國之「解決管轄權爭執法庭」，「Tribunal de conflit」，德國威瑪憲法中所制定之「經濟院」，捷克之「憲法法庭」，既不隸屬於行政亦不隸屬於立法或司法機關。我國孫中山先生學說，於立法、司法、行政三權之外，別樹考試、監察兩權，又一例也。

攻擊分權制度者，多以爲分權之說與主權唯一之說，柄鑿不符。國家內部，應有一個最高權力，吾人已言於前。倘有數個權力，分立對峙，則政出多門，一國三公，必陷於無政府之狀態。且現今所謂分權（separation of powers）者，並非將各權嚴格隔離。各權之間，互相合作，互相制裁之處甚多，則所謂分權者，實與「分職」（separation of functions）無甚差異。例如法國學者狄曠（Duguit）駁三權分立之說，謂三權之分，果各自代表一個最高權力，如以爲三權各占有主權之一部份，則立法權即應有完全之立法權，且只有立法權，行政權即應有完全之行政權，且只有行政權，司法權亦然。此數種權當完全獨立，絲毫不能干預其他。然現今所謂分權制度者，立法、司法、行政各種機關之間，有密切之合作，不過須依照一定程序。此非主權之分，蓋職掌之分耳。（見 Duguit 著 “Traité de droit constitutionnel”）英國學者貝吉（Bagehot）將英憲與美國憲法比較，而批評分權制度。有云：「英國憲法，簡言之，在於選擇一個最高權力（sovereign authority）而使其良好。而美國憲法，則在原則上要成立好幾個權力，盼望其衆多足以補救其不良。」（見 Bagehat 著 “English constitution” P. 203）按貝吉之

言，實有偏見。英國憲法，以巴力門（Parliament）為最高權力機關。所謂巴力門者，係國王，貴族院，及下議院之總稱。是英國最高權力，並非萃集於一個人或一個機關。

吾人以為分權制度乃權力之組織與行使問題，並非主權之分。然與職掌之分，亦有區別。自現今民主國家之制度觀察，所謂分權者，應具備下列各條件：

（一）有個別獨立機關 權之分立，須有個別獨立機關。例如立法權屬於國會，行政權屬於行政首領，司法權屬於法院。各權各由個別不同的機關行使，自係分權之必要條件。且各權在組織上最好各不相同。例如立法權屬於人數衆多的議會，行政權則屬於民選或世襲的元首，立法權屬於民選的代表，司法權則屬於終身任職的官吏。組織不同，即不易混合為一。倘立法、司法、行政由三個人或三個民選委員會行使，則或僵持不下，或同流合汙，均有流弊。

（二）有個別負責者 各權分立，雖有個別機關，但各機關均由相同之人負責，即不得謂為分權。例如墨索里尼（Mussolini）以行政首領兼操立法權，雖意大利之國會仍存，但意大利已無分權制度。又如蘇聯一九三六年憲法中之「最高議會主席團」兼操立法、行政、司法等權，亦不得謂為分權。

（三）無共同管轄機關 各權分立，雖有個別機關與個別負責者，但共同隸屬於某一最高機關，則亦不得謂為分權。例如上述之蘇聯之「最高議會主席團」總轄一切，不得謂為分權。又如我國現行制度，雖有五院之設，分

掌行政、立法、司法、監察及考試五權，然共同聽命於「中央政治會議」及國民政府委員會亦不得謂爲分權。各權分立，無論其係民選與否，在原則上均向人民負責。遇有爭端，惟有訴諸選民。

(四)無相互任免之自由 保障各權之獨立，須彼此相互間不能任意任免。例如國會雖得選舉總統，但不得罷免總統。總統雖得解散國會，但國會議員來自民選，不能由總統任命。司法人員雖由行政首領任命，但任職終身，行政首領不能任意罷免之。此一權不能任意任命並罷免彼一權之人員，亦分權制度之必要條件。

(五)有相互制裁之能力 分權制度之效用，在於防範專制，「以權制權」已言於上。是以在分權制度中，不應有無可限制之權力在。例如國會得推翻內閣，而總統得解散國會。此相互制裁能力，孟德斯鳩亦曾討論，而稱之爲 *Faculté d'empêcher*。孟氏嘗云：「各權互相制裁，一切將成停頓。然而事務有執行之必要，因其有不得不行之勢，迫使各權合調進行。」（見「*Esprit des Lois*」第十一卷第四章）

## 第四章 法律之制定

### 第一節 人治與法治

我國在歷史上崇尚人治。所謂「有治人無治法」、「徒法不能以自行」等者，以爲國家政治，惟在任事之得人，法律制度，乃其餘事。蓋我國昔提倡道德禮教，以爲治國之本。夫道德禮教深文周內，非一般人所能體會，亦難盡以文字規定。所謂人治者，不外依據禮教，伸縮應變，以簡馭繁。然其弊在於無標準。且官吏之公明廉正者，十不得一人。人治之難著成效，歷史事實，斑斑可考。司馬談謂：「儒家博而寡要，勞而少功。」韓非云：「釋勢委法，堯舜戶說而人辯之，不能治三家……且夫百日不食，以待梁肉，餓者不活。今待堯舜之賢，乃治當世之民，是猶待梁肉以救餓也。」柏拉圖 (Plato) 在「共和國」(The Republic) 中亦云：「理想中的統治者如可求而得，則法律可廢。然世間無全知全能之人 (Omniscient individual)，於是法律遂成必要。」慎子之言曰：「君人者舍法而以身治，則誅賞予奪，從君心出。然則受賞者雖當，望多無窮。受罰雖當，望輕無已。」言尤澈底。

且我國所謂「人治」者，與希臘人所謂「賢人政治」及近今納粹主義中所謂「優秀份子」觀念者，同是



任人而不任法。希臘人所謂賢人政治(Government by the best)徒存理論。納粹主義以優秀份子觀念對抗羣衆之觀念。一九三二年一月二十七日 Volkische Beobachter (國社黨機關報)有「優秀份子對羣衆」一文，有云蘇維埃主義以人類爲缺乏思想，惟用體力工作之動物，而納粹主義則以國家爲組織體。希忒勒(Hitler)曾云：「社會力量惟蘊存於少數人，歷史均由少數人造成。國社黨之奮鬥，不是依賴國會中的多數，而依賴於意志與力量的多數。」(參閱Conard Heiden著“Histoire du National Socialisme” 法文譯本 Armand Pierhal 1934, P. 95-98) 納粹黨之殘暴，足見任人而不任法，意志用事，其弊滋大。

現今社會生活，日形複雜。團體組織，日趨縝密。各種問題，愈益技術化。雖專制君主獨裁領袖，亦難企圖惟以意志統治而排除一切法律。今日世界任何國家均有法律，然法治精神之表現有賴下舉數端：

(A) 法律須相當完備 人事變幻無常，法律無論如何稠密，亦難預見一切，而均以文字規定。然法律疏漏，惟憑統治者之意志，卽有專恣不公之危險。法律不備而委諸道德風俗，其結果一任行使權力之人，以私意裁量，無由加以非議。實行法治，無疑須先制定法律。雖立法者不能預見一切，有時執行法律之人，仍感某種情形，於法無據。然一般的規定，與統治權行使之形式，固不能不有法律爲依據。蓋法律之拘束力，可從兩面言之。一方拘束人民，謂人民因國家制定法律而有服從之義務也。一方拘束國家自己，卽法律一旦成立，一日不變更，國家卽一日不得不得依據此法律而行使其權力。國家固可經由其立法機關任意創制某一法律或變更某一法律。但既存未廢，國家自身，

亦受其拘束。法律之規定人民權利與義務者，似乎與國家自身無關。然任何法律，均包含命令其行政機關或司法機關依照而執行其職務之意。國家行爲，既必須由其機關而表現，拘束其機關者，即拘束國家自己。一般人民有服從國家各種機關在權限內所發之命令之義務，同時並享有拒絕各官署在權限以外要求服從之權利。法律之制定，既非統治者所便利，惟有提倡法治，使統治者不得不制定人人所需要之法律。

(B) 法律須爲普遍遵守之規則。法律乃普遍性之規則，一切人在同一情形之下受同一法律之支配。所謂「法律上一切平等」者，在於祛除一切特權與例外。人類智愚強弱天賦不同，在事實上固難平等，但在法律上則享有平等之權。凡係法律應爲一切私人及私人團體所遵守，應爲一切政府機關所遵守，並應爲立法者自身所遵守。古昔歐洲以爲「國王所欲，即是法律」，乃立法者不受法律拘束之例。現今觀念，國會立法，國會亦不得違犯其自身所制定之法律。

(C) 制定法律須經一定程序。立法程序過於繁重，統治權之運用不靈敏，使國家不能盡其保障公共利益之職責，固所不可。而手續過於簡單，由一二人操縱，成立變更，俄頃可決，則人治與法治之分別，徒存形式而已。立法程序之繁簡，宜有適當制度。立法須經一定程序，凡未依法定程序而制定之法律，概屬無効。

(D) 對於違法之法律與命令須有制裁。法律與命令或因牴觸上級之法律與命令或因未依一定程序制定，而成爲違法之法令。此違法之法令，人民本無服從之義務，但行政機關或司法機關倘誤予以執行時，人民無反

抗之權，必先行服從，而後再圖救濟。是以國家對於違法之法律與命令，必須有制裁之方法，法治制度，始有實效。

對於違法之法令所施之制裁，可分爲：（一）對於違憲法令之制裁，（二）訴願，（三）行政訴訟三者言之：

（一）對於違憲法令之制裁 就法律之等級言之，憲法高於法律，法律高於行政機關所頒發之命令。（參閱上第二篇第二章第四節成文法之種類）是以法律與憲法牴觸者應屬無效，命令與法律或憲法牴觸者亦應作無效論。原則雖然如此，然法令之有否違憲，由何人判定？行政機關職在執行法律，倘有批評立法機關無制定的法律有無違憲之自由，則動輒藉口違憲，法律之能執行與否，一憑行政部之意思，凌駕立法，事屬不可。如將判斷法律及命令有否違憲之權畀予法院，則法院亦得批評立法機關所制定之法律。現今各國制度，關於此點，尚極慎重。美國及南美若干國家之法院，對於法令之違憲者，有拒絕其適用之權。所謂拒絕適用者，指該法令在某一固定事件中，不能適用，但該法令依然存在。法院所作裁判，僅對特定案件有效。倘在另一案件中法官見解不同，仍可承認該法令並不違憲而適用之也。少數國家賦予法院或特種機關以撤銷違憲法令之權。如瑞士之聯邦最高法院，捷克之「憲法法庭」是也。撤銷則根本將該法令宣告失効，此必須法院有尊崇獨立之地位，或特種機關之獨立無倚以護憲爲責任者，行之始無流弊。

（二）訴願 上述違憲法令之判決，係對立法機關及行政機關所施之制裁。而訴願及下述之行政訴訟，則係專對行政機關所施之制裁。訴願與請願不同。請願者陳述將來之希望，而訴願者對於已往之行政行爲向上

級官署請求除去其損害之程序也。行政行為有違法者，是為違法之行政行為。有雖不違法，但處置失當而致損害於人民者，是為不當之行政行為。訴願者，不特係對違法行政行為之救濟方法，即對於不當之行政行為，亦得提起。我國訴願法（二十六年一月八日公布施行）第一條：「人民因中央或地方官署之違法或不當處分致損害其權利或利益者得提起訴願。」是也。處分云者，非必有法律或命令之頒發，但有行為，即有處分。法律與命令之頒發，必具一定形式，而處分則無固定形式。法令乃概括而不特定之規則，而處分則包括就某人某事所施之行為。訴願權之行使，以權利或利益受有損害者為限，第三者不得代為提起。訴願向上級官署為之。所謂上級官署者，並非司法機關，惟係對於違法或不當處分之官署有管轄權之機關。受理訴願之官署，得駁回訴願，訴願人如不服，得向再上一級官署提起再訴願。訴願不以自然人為限，凡屬法人，亦得提起訴願。

（三）行政訴訟 訴願之對象為違法或不當處分，而行政訴訟則限於違法之處分。受理訴願者乃行政官署，而受理行政訴訟者，則係司法機關，即行政法院是。（參閱二十六年一月八日行政訴訟法第一條）是以違法問題，既可以訴願，亦可以行政訴訟請求救濟，而不當處分，則唯有由訴願程序覓取公道。法德等國法律，在若干事項上，行政訴訟得逕行提起。而奧、日等國法律，則行政訴訟之提起，須先經訴願程序。我國「訴訟行政法」亦規定須先經訴願。經過訴願及再訴願程序，不服官署之決定者，始得向行政法院提起行政訴訟。

## 第二節 法律案之提議

法律之成立，必先之以提議，繼之以討論與表決。提議法律，得視為立法機關所專有之權利乎？學說與實現法，關於此點，並無一致見解。美國及中南美若干共和國以提議法律權專屬於國會，但大多數國家均容許行政機關亦有提議法律之權。實行「人民創制」制度者，容許公民於集合法定人數時提議制定或修改某項法律，是提議權更擴及於公民團體。德國一九一九年憲法中有「經濟院」之設，得提議法律案。又如多明尼加（Dominican Republic）一九二四年憲法規定最高法院得提議關於司法事件法律之權。是立法與行政機關之外，亦有賦予以提議法律權之例也。但主要之提議法律人，自係行政機關及立法機關，茲分兩目言之如下：

## 第一目 行政機關之提議權

立法機關制定法律，而行政機關執行法律。行政機關之有提議權，蓋由於制定與執行之間，關係密切，應容許執行者，有相當表示意見之機會。威爾遜常云：「法律者，油也，所以滋潤施政之機，而使之暢行耳。」（語見 Woodrow Wilson: "The Congressional Government"）明瞭法律之需要者，莫如執行法律之人。倘執行者無從根據其經驗而貢獻其意見於制定者，則將以執行之不善，歸咎於法律之不良。執行者但有提議之權，而決議權仍操於立法機關，不能謂為干涉立法。所建議者，如無理由，則否決之可也。許其建議，並予以審查與討論，倘有不當，則審查

討論的結果，亦足使其弱點畢露，行政機關難再以執行不善卸責於立法機關。且所謂法治制度者，指政府一切行為，均應有法律為依據也。法律欠缺，無可遵循，政府行為，何等不便。是以自嚴格法治原則言之，行政機關之需要法律，至為殷切。其有提議法律權，固有充分理由，不能謂為侵犯立法權之獨立也。

行政機關之提議權，自各國成例言之，大都屬於元首及內閣。法國歷來唯總統有提議法律權，然法總統欲提議法律案時，必須先行通過於國務會議，是以事實上乃內閣所提議也。英國則提議權屬於內閣而不屬於國王。若干國家元首與內閣均有提議法律權。我國則行政院、司法院、考試院、監察院及立法院均有提議法律之權。但司法、考試、監察等院所能提議者，以有關於其主管事項者為限。（二十年國民政府組織法第二十四條，第四十條，第十四條，第五十二條。）

自各國成例言之，行政部所提出之法律案常有優先付議之權利。英國制度國會在開會期間，每星期中指定若干日討論「政府提案」(Government bill)。此項指定，每佔去大部份時間，所餘留為議員提案之時間，反極有限。且在內閣制中，內閣以其政治責任支持其所提法案，如不通過，即發生內閣改組之風潮，是以政府提案多能通過。至於議員提案，則無此力量。

內閣制中，各關員均得列席於國會並有發言權，以說明其提案或辯護內閣之政策。而總統制國家如美國者，國務員不得出席國會，議員不得兼任國務員。是以美國總統雖得以「咨文」(Message)向國會提議法律，但無

能參加辯論。且美國國會對於總統所提議事件，並無交付討論之必要。中南美各國採効美憲者，關於此點，多加以變更。如智利、巴西、阿根廷、巴拿馬、巴拉圭等國，雖採總統制，其國務員不向國會負責，然得列席國會並有發言權。

## 第二目、立法機關之提議權

立法機關操有立法權，則提議權之賦與乃最自然之事。倘立法機關僅有被動的決議權，而無主動的提議權，則其立法任務，難以完全負責。是以立法機關享有提議權，乃普遍的制度。

立法機關通常為國會，享有提議權者，為國會中之每一議員。議員之提議，應具何種形式，如何提出，則通常於國會所自訂立的「議會規則」中規定之。為防杜各議員提案之過濫，各國國會中均組織有各種委員會。凡議員提案，按其性質，分別交付各委員會先行審查。委員會所不贊同的提案，得擱置之不提出於大會。例如美國兩院，各有若干委員會，如外交委員會，財政委員會，海軍委員會等，美眾院擁有四十餘個委員會。法德等國國會亦有十餘個委員會。提案之列入議事日程，權操於此種委員會。

## 第三節 法律案之討論與決議

法律案之提議權，雖可賦予其他機關，法律案之決議權則專屬於立法機關。蓋立法權之行使，以決議為其主要階段。

國會討論法律，以公開爲原則。所謂公開者，指（一）不禁止旁聽與（二）會議錄之公布。所謂不禁止旁聽者，在事實上亦不能不有所限制。蓋爲維持會場秩序計，及旁聽座位有限之故，請求旁聽者，不得不事先領取入場證等。法國一七八九年大革命時期，議會旁聽，無任何限制，於是亂民洶洶，劫持議員，議會無議事之自由。又有關於軍情外交或其他應行祕密事件，得因行政機關之請求，或因國會自身之決議而臨時禁止旁聽。我國歷屆憲法，亦有參衆兩院之議事公開之，但得依政府之請求，或議院之議決祕密之之規定是也。會議錄之公布，乃公開之有效方法。但現今各國對於報紙所登載之國會言論，仍有檢查與限制。

通常法律案須經三讀通過。所謂三讀者，於第一讀在原則上決定該法律案應否交付討論，於第二讀作內容的討論，議員此時根據該提案全文及審查委員會所作報告書逐條辯論，於第三讀將該案全部付表決。然各國制度，常有出入。例如英國下議院中，所謂第一讀者本應由提案人說明理由繼之以辯論，而近來只好提案印刷分佈於各議員，無何表決程序，是以英下議院之通過法律實僅二讀而已。

討論法律案時，各議員均有提起修正案之權（*Droit d'amendement*）。修正案之提起，乃討論程序中所應有之步驟，不能否認各議員有此權利。然苟毫無限制，則修正案可與新提案相等，使原提案之面目全非。是以各國「議會規則」中常對修正案權作種種限制。

以上所言，不分別國會之爲獨院或兩院。現今多數國家採兩院制，其國會分參衆兩院或其他名義，則法律案



必須經過兩院通過。在兩院制中，法律案應先經何院討論？國家預算案，各國成例，均先由衆議院討論，通過衆議員後再交參議院。至於其他提案各國憲法有規定亦須先交衆議院討論者，如挪威、荷蘭憲法，波蘭一九三五年憲法。英國，在慣例上，一切提案均先由衆議院討論。美法各國，則除預算案外，其他提案，並無固定先由何院討論。

兩院意見不同，加以修正後應再交他院通過。如再有修正又須轉至他院表決。如此輾轉往來阻礙立法工作。是以各國制度多採取「混合委員會」辦法。由兩院推出相等人數之代表組成委員會，將兩院意見不同之處，會商調處，作成報告書，再分別提出兩院表決之。挪威則以兩院聯席會議解決此項問題。瑞典一八〇九年施行至今之憲法中規定凡兩院意見不同，經兩院中審查該問題之專門委員會調停仍屬無效時，兩院仍分別投票，以兩院票數之總數決定之。倘反對票與贊成票相等，則以拈鬮法決定之。南斯拉夫一九三一年憲法規定，兩院對於某項提案不能同意時，次屆會議再提付表決，如仍不能同意時，國王得決定其應廢棄或施行。

#### 第四節 法律案通過立法機關後之其他程序

法律案自通過國會後以至於施行，中間尚須經過若干程序。是以法律案雖已經國會通過，尚不能即視爲法律。執行法律者乃行政機關，是以法律案通過國會後，必須交行政首領執行。行政首領（國王、總統或主席）於斯時尚能阻礙國會之決議，使該項法律不能成立。君主國元首得拒絕批准，民主國元首有否決或請求覆議權。且法

律之發生効力，必須經政府公布施行。未經此項手續，人民無遵守之義務，茲均於本節言之。

### 第一目 批准

君主專制時代，國王操有立法之權，對於法律，有批准或不批准之完全自由。但以消極態度拒絕表示可否，該法律即不能成立。現今許多君主國家，法律仍須經國王批准，但在法律上或事實上國王此種特權受有限制，甚至虛有其表而已。例如英國自一七〇七年以來，英王從未拒絕批准國會所通過之法律。在形式上雖仍有國王批准之手續，實則有類一種名譽職務。北歐各國，瑞典、挪威、丹麥、荷蘭，其國王均有批准權，但在憲法上示以限制。例如瑞典憲法規定：國王倘對於兩院所通過之法律延至下屆國會開會時尚未批准，則國會得召集人民投票以決定該法律之應否施行。

### 第二目 否決與覆議

民主國元首，如美國總統者，有否決法律案權 (Veto Power)。法律案通過參眾兩院後送達總統公布，總統如不同意，得於十日內說明理由將原案退還國會。國會如仍持前議，則須以三分二以上之多數再行通過。兩院倘各以三分二以上之多數，再將該法律案通過送達總統時，總統不能不公布之。

上一目所述批准權乃君主專制之遺迹，而否決權則民主國家之制度。批准權以消極的緘默態度使國會所通過的法律不能生効，而否決權則需要一種積極的表示。雖國會得以較大的多數消滅總統之否決，但國會兩院

中如有一院不能獲得三分二之多數時，總統之否決，即發生効力。且美國成例總統接到法律案後，如不滿十日，而國會即休會，則總統得將該法案束之高閣，不予公布，是謂「入囊之否決」(Pocket veto)。自美國憲法實行以來，至於一九三一年，在此期間，僅就「入囊之否決」言之，法律案因而失効者計達四百件（見議院年鑑 *Annuaire Interparlementaire*）一九三一年本關於美國篇。美總統否決權之重要可以想見。中南美各民主國憲法，做効美國制度，其總統亦多有否決權。

歐陸各民主國家的總統有將法律案退還國會再議權。例如法國總統於接到國會所通過法律案後，得在一個月以內將該法律案送還國會再議。但國會如再以過半數以上之多數（無須三分二多數如美國）再通過時，總統應即公布之。捷克一九二〇年憲法，總統得於一個月內提起應行注意事項將法律案退還國會再議。但國會之兩院倘各以議員全體之過半數用記名式投票再通過時，總統應即公布之。匈牙利制度，攝政得於六十日內將法律案退還國會再議，國會如再通過，攝政應於十五日內公布之。惟有關於國體或元首本身之議案，不得行使此種特權。歐陸各國憲法所規定，均以過半數再通過為有効，惟葡萄牙一九三三年憲法，國會於再議時，須獲三分二以上之多數。德國一九一九年憲法，總統如不贊同國會所通過之法律，得於一個月內召集人民投票將該法律交付複決。

立法機關所通過之法律案，無論行政首領有無批准，否決，覆議等權，其應經由行政機關事屬必要。蓋立法機

關所通過之法律案，有時在手續上尙有待補充之處，例如施行日期立法機關有時並未確定，或將其施行細則，留待行政機關規定等等。執行法律者，乃一切行政官吏，法律案由行政首領簽署而公布之，蓋即命令一切官吏執行該法律也。予以簽署公布，亦即證明該法律會依照立法程序成立。是以法律通過國會後，不由國會自行公布，而送達行政首領，於法定限期內，將該法律以命令公布之，乃合乎邏輯之方式。我國憲法尙未公布。民國二十五年所公布之憲法草案中，總統亦有覆議權。

### 第三目 公布

公布乃通知民衆，使一切人知某一法律之成立之程序也。制定法律乃立法行爲，而公布法律則係行政行爲。公布有一定形式，雖公布後在事實上尙有未知該項法律之人，然既經公布，無人能以不知法爲理由，以自脫於犯法之責任，是以公布亦係一種重要程序。

現今各國均採用公報登載方法爲公布法律之形式我國亦然雖各地方官署欲使本地人民注意，有兼用揭示方法或印刷分佈，或刊登地方報紙以爲通知民衆之方法者，但在法律上以公報登載爲有效。

然公報登載，除中央政府所在地當日即可收到公報外，其他地方，無從立即知悉。如不顧距離遠近，一律認爲自刊登公報之日起業已知悉，則過於武斷。是以通常以公報到達各地之日爲法律公布之日。是所謂公布日期者，當解釋爲公報到達日期。

公報到達之日，若就實際計算，則歧異百出，調查困難。是以各國大都以法律規定一定日期為到達日期。有以政府所在地為起點，而按照距離遠近為到達日期者，如法國制度。法國以巴黎為起點，計算到達各地之日。巴黎以登載公報之次日為到達日期，其他各地，以公報到達其「首邑」(Chef lieu d'arrondissement)之日為其到達日期。此種制度，使法律實行日期，全國不能一致，亦有不便。德、日、比等國則規定一定日期，為通行全國日期。在德國為刊登公報後十四日，日本為二十日，比國為十日。

我國幅員遼廣，交通不便，法律公布日期，尤有規定之必要。現行法有二十一年十二月二十三日所公布並施行之「法律施行到達日期表」。按照該表，首都（南京）五院為三日，各部會為七日，各省區日期不同，近者如江蘇，以十五日為到達日期，浙江、安徽、山東、河南二十日，江西、河北、湖北、福建二十五日，山西等省三十日，廣西等省六十日，而最遠如新疆、蒙古、西藏，則規定為一百二十日。

法律之未經公布或不依法定形式公布者，在形式上為無効。但公布如有錯誤時，其効力如何？法令由公報發表，公報在印刷上不能必無錯誤。但此錯誤，倘於條文意義上並無大違背，則亦不能遽認為無効。公布者負正誤之責任，自得聲明更正，其更正之聲明，仍應由公報發表。一旦正誤，其効力應追溯及於公布之日。

#### 第四目 施行

施行未必與公布同時。蓋法律有於公布日施行者，亦有另定施行日期者，立法者得酌量而規定之。僅公布而

未施行之法律，尙未發生其拘束力。

我國二十一年十二月二十三日所公布並施行之「法律施行條例」第二條規定：「法律特定有施行日期者，自此特定日起發生効力。」但此特定日如過短，上目所述公報到達日期尙未屆滿者，則以到達之日發生効力。（該條例第二條第二項）天災地變，不能依限到達者，自其實際到達之翌日起發生効力。（該條例第四條所規定。）

倘法律對於施行日期，未有明文規定，能否解釋爲「自公布之日施行」？法律公布時如有規定：「施行日期另定之」者，自應以尙未施行論。法律之補充或解釋其他一法律者，應以他一法律之施行時期爲其施行時期。法律以一定事態之成就，爲其施行之條件者，則應以該事態之發生，爲其施行時期。倘法律內容，無任何規定，足以解釋其意義而推定其施行日期者，則在原則上當認爲自公布之日起施行。

#### 第五節 法律之變更與廢止

法律自施行之日起發生効力，至變更或廢止而失効。變更者謂有新法頒行，足以替代舊法，則此舊法，應作無効。廢止者謂法律之被宣告作廢，或因該法律適用之時機已過而作廢也。關於法律之變更與廢止，可舉原則如下：

(A) 新法律與舊法律有矛盾時，應從新法律。是以舊法律雖未被宣告作廢，但與某一新法律有所牴觸，其一

部或全部自歸無効。此不啻立法者所作默示。蓋立法者之改廢法律，原則上無明示之必要。新法推定爲優於舊法，既有新法頒行，舊者以失効論。所謂全部失効者，例如刑法之新法典，既經頒行，則舊刑法法典全部失効。所謂一部失効者，指某一法律條文業經修改或與某一新法有所牴觸，則修改或牴觸部份作無効論。

(B) 改廢法律，須由法律。立法者以明示或默示方式改廢法律，皆以法律爲之。若命令，若判例，不能改廢法律。(C) 法律不因久不引用而作廢。法律成立後，惟因立法者之明示或默示而變更或廢止。否則卽歷久不用，亦不能認爲失効。國家政體，雖有重大變更，例如自君主專制而變成民主共和，以前之法律，如未被改廢，仍可適用。惟憲法與行政法爲例外。國體變更，憲法及行政法自動失効。

(D) 法律預定有一定施行期間者，於期間屆滿時失効。

(E) 法律所規定之事項有時間性者，其適用與廢止，隨所規定之事項而定。例如戰時所宣佈之法律，戰事告終，該法隨之作廢。

## 第五章 法律適用之範圍

### 第一節 屬地主義與屬人主義

關於法律之適用範圍，從來有兩種不同主義，曰屬地主義與屬人主義。屬人主義者謂法律因人而異，何國人即應適用何國之法，不論居留何地。屬地主義者，謂法律因地而異，居留於該國領土之內者，均應受該國法律之管轄，不論國籍為何。

昔羅馬法律採屬人主義。所謂「市民法」(Jus civile)者僅適用於羅馬市民。至於一切其他人民，則另立所謂「萬民法」(Jus gentium)者而適用之。凡羅馬人所征服之處，均分別羅馬人與非羅馬人而適用不同之法。(參閱下第八篇第三章關於羅馬民法與萬民法之分別。)

現代觀念，以領土為國家行使權力之範圍，於是屬人主義，礙難實行。蓋國家權力，以領土為界，不能侵入他國而適用其法律。法律有關於一國之秩序與安全，國境之內，須有劃一之制度，不能容許他國法律適用。是以屬地主義隨此觀念而成為普遍採用之原則。然法律常有關於種族習慣傳統觀念者，其純屬於人身之法律，如成年年齡，



親屬關係等等，倘強制外人服從居留國之法律，則彼此習俗互異，必有不近情理者矣。十八世紀及十九世紀上半葉之學者多數贊成以屬地主義為原則，但純屬於人身之法律（*Statut Personnel*），得例外採屬人主義。然此係實際上之禮貌，居留國並無容許外人適用其本國法律之義務。國家本其領土之主權，境內一切生命財產，皆受其統治，得採用任何立法政策。對於外人如何適用法律，國家得以法律規定之。

物質進步，國際關係，日益密切。屬地主義，如嚴格應用，則他國法律固不能適用於己國境內，而已國人民之在他國者亦不能受己國法律之管轄。彼此深閉固拒，均感不便。任何國家，均有利益使其法律之一部份得拘束在境外之國民，而此種利益，惟由互相讓步，纔可達到。是以國際間的條約與習慣漸承認國家之若干法律能適用於國境以外之人民。國家得令其人民歸服兵役，在國外結婚及訂立遺囑者須遵守己國法律之若干規定，國民之犯叛逆、謀殺、縱火、偽造貨幣等罪者，得受本國法律之處罰。諸如此類，皆漸採折衷主義。

是以屬人主義與屬地主義在今日實同時並採。概括言之，關於警察、公共安全、土地及不動產之法規，現今各國均採屬地主義。關於行為能力、婚姻、親屬關係者，多採屬人主義。關於繼承權、財產權等等，各國立法，尚多歧異。憲法中所保障之自由與權利，如信教自由，言論自由，營業自由，通訊自由，居住自由等等，在理論上外國人應受同樣待遇。而參政權、服官權、服兵役權等，當然專屬於國民。即執行律師醫生等公共職務，國家亦常保留與本國人民。

關於法律適用問題，吾人於後第八篇「國際法律衝突問題」中詳言之，茲不贅述。

## 第二節 治外法權

「治外法權」(Exterritoriality)發生於國際習慣，乃對於他國特殊人物之特殊待遇，為國際所通行。與「領事裁判權」(Consular jurisdiction)之為一種條約上束縛，任他國一般人民不受居留國領土主權之管轄者不同。後者有時亦被稱為治外法權，殊屬未當。

所謂得享治外法權之特殊人物，惟外國元首、外交官、領事官，及外國軍艦軍隊之特許其暫駐於本國領土之內者。茲分別言之如次：

(A)外國元首 元首代表國家，慣例上認為元首不應受他國法律之管轄 (Par in parem non habet imperium)。君主國之元首，居留他國時，其本人與其后妃不負民事及刑事責任，不付一切捐稅，所居房屋，非經其許可，地方警察或官吏不得擅入。其隨從人員應享受與外交官同等之待遇。民主國總統，當其以國家元首之資格駐留他國時，應享受與君主同等之待遇。

(B)外交官及領事官 外交官之享有治外法權，非因其不能受他國法律管轄如元首，乃因外交職務關係。為外交職務之能自由執行起見，必須給予以相當便利。是以外交官不受逮捕，行李不受檢查，皆所以容許外交官有相當自由以完成其使命。使館為特免區域 (franchise de l'hôtel)，駐在國之警察與官吏，未經外交代表之許

可時，不得擅入。但使館內能否收容罪犯 (right of asylum) 或拘禁己國人民關於此點，國際法上尙無定論。外交官不受駐在國政府之民刑處分，蓋外交官苟與普通人民相同，一例受司法及行政機關之處置，則勢須事事仰承駐在國政府之鼻息，爲圖謀個人之安全計，不敢行使其職權，則其使命，必有難以完成者矣。然外交官倘有不法行爲，駐在國當然可要求其撤回或遣送出境。外交官以私人資格所爲行爲，例如在駐在國購置產業經商等等，駐在國對之未嘗無管轄權。但法院判決，外交官如不遵守時，駐在國亦無能強制執行。

領事官之地位雖與外交官有所不同，但亦享有相當特權。在國際慣例上，駐在國對於領事個人及其住宅，應予特別保護。領事館非如使館之爲特免區，但領事館之檔案，則不可侵犯。領事有專任領事 (Consul de Carrière) 與名譽領事 (Consul Honoraire) 之別。名譽領事多由商人兼任，不享何種特權。而專任領事大都承認其有免付捐稅權，不受作證傳喚權等等如一般外交官。

(C) 軍艦與軍隊 軍艦之在公海中者，視爲其本國領土之一部份。當其停泊於他國領海中時，關於艦內事宜亦享有治外法權。(按商船在公海中亦視爲本國領土，但抵達他國領海時即須受居留國法律管轄無治外法權。) 外國軍隊苟許其通過或駐紮於本國領土之內，則其軍隊內部之紀律，得依照該外國之法律辦理。然軍艦或軍隊之官兵在外行爲有關於地方秩序，居留國應有管轄之權。

### 第三節 法律効力不溯既往

法律之適用，始於施行之日，對於既往之事實，不能繩以新頒之法。人類行爲以法律爲標準，必法律已經成立，始有所依據，是以法律不溯既往，乃普遍承認之原則。我國民法總則施行法第一條：「民事在民法總則施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法總則之規定。」刑法第一條：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。」例如婚姻之成立條件，法律倘有變更，已經依照舊法而結婚者，不能因缺少新法中某項條件而婚姻無効。依舊法繼承者，雖新法不承認其有繼承權，不能追溯而撤銷其繼承。有婦之夫與人通姦者，爲舊刑法所不罰，新刑法（第二百三十九條）雖認爲有罪，但不能追罰已往之行爲是也。

然行爲或關係之有繼續性者，如何適用法律，問題較爲複雜。例如法律規定惟成年人有行爲能力，而舊法以十六歲爲成年，新法以二十歲爲成年。某甲年齡十八歲在舊法適用期間被認爲成年人，已有行爲能力，旋因新法頒行而喪失行爲能力。則某甲在新法未頒行前，以成年人資格所爲法律行爲，是否無効？某甲前已取得行爲能力，是否應從新法而喪失其行爲能力？新法之頒行，不外因舊法不善有改革之必要，則有關於將來之事，自應依照新法。某甲有新法頒行時起至二十歲未滿以前應依照新法爲未成年人無行爲能力。但依舊法以成年人資格所爲行爲，不能謂爲無効。又如新法規定養父母子女間互負贍養之責任，而舊法無此規定。爲養父母者，得因收養事實

發生在新法頒行之前，而不負養子或養女之贍養責任乎？收養事實雖發生於新法頒行之前，但其關係則繼續存在於新法頒行之後，應適用新法。是以自法理言之，有關於將來之事實，雖其關係之構成，在新法頒行以前，仍以適用新法為原則。

然法律原則，新法之頒行，不能妨害「既得權利」(droits acquis)。業已繼承之遺產，已經取得之債權，曾獲雙方同意之贈與等等，皆所謂既得權利不能引用新法而取消之。既得權利與單純期待不同。單純期待者，不過一種將來之希望，為獲得某種權利之張本，譬如尙未開始之繼承，得因法律變更而喪失。而既得權利者，基於正當法律原因而有取得之實，不受新法之影響。由契約而取得之債權，由買賣贈與繼承而取得之財產，皆基於正當法律原因而成為既得權利。新法頒行，如其權利確定之後，不能按新法而妨害其利益也。

法律効力，在原則上雖不能溯及既往，但法律如有特別規定時，例外有迴溯之力。蓋法律不溯既往之原則，乃所以拘束法官，並非所以拘束立法者。法官適用法律，不能對以前事實，適用新法。而立法者則有時於法律條文中，明示某種規定，有迴溯之力。蓋舊法之變更，既因其不適合於社會情形，新法常被認為優於舊法，在不違反公平觀念與交易安全條件之下，應許人民獲享新法之便利，是以法律有時有迴溯之規定。但迴溯適用以有明文規定者為限，不能妄為解釋。而若干國家禁止立法者作此規定。美國與挪威於憲法中規定，立法者立法，不能有溯及既往之効力。

法律効力不溯既往之原則，有下述數種例外：

(A) 刑法採從新及從輕主義。我國現行刑法第二條第一項：「行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律，有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律。」按刑事律無明文者不罰，是以舊法本不處罰之行爲，新法雖有處罰之規定，亦不能認該行爲爲有罪。至於新舊法律均認爲有罪之行爲，倘其行爲發生舊法施行之時，而審判則在新法施行之後，按上述刑法第二條之規定，以適用新法爲原則。但刑法採從輕主義，倘新舊兩法科刑之輕重不同，則從其輕者，不問爲新法或舊法。是則新法科刑如較輕於舊法時，應適用新法。倘舊法以爲有罪而新法以爲無罪，應從新而判其無罪。凡此皆承認新法有迴溯之効力。同法第三條且規定：「處罰之裁判確定後，未執行，或執行未完畢，而法律有變更不處罰其行爲者，免其刑之執行。」是不但在未裁判以前，得照新法從輕處斷，即裁判已確定之後，倘尙未執行或執行未畢，亦得適用新法免除其執行也。

(B) 關於訴訟法者，訴訟程序雖已開始，但尙未完畢，倘中途法律變更，則未完成之程序，應依照新法進行。（參照民事訴訟法施行法第二條。）

(C) 含有解釋性質之法律，有迴溯之効果。舊法中有欠明瞭之處，立法者另立新法以確定其意義，則法官應依照新法。當事人間因誤解舊法而成立之法律關係，亦應隨新法之頒行而改正之。



## 第四篇 人

### 第一章 法律人格 (Legal Personality)

法律的對象，乃生活於社會的人。然人類的活動，可從各種不同觀點來觀察。因觀察點之不同，遂有社會學、經濟學、法律學、心理學等等分別。此非因研究之對象有所不同，乃因人類活動之範圍，過於廣漠，其內容過於複雜，有分析為若干部分以研究之之必要也。

社會學中所謂人者，乃有合羣性的人“*Socius*”。蓋社會學討論社會之起原、組織及進化等等，可稱之為「研究人類合羣生活之科學。」（按此定義可參照社會學著作例如 Small 著“*General Sociology*” P. 7 謂社會學乃“*Science of men in their associated process*”）

經濟學中所謂人者乃「經濟人」(*economic man*)。在經濟學者的眼光中，人是生產者，是消費者，是有經濟慾望者。人類因圖滿足其經濟慾望而分工，而交易，而競爭，而團結，此皆在經濟學研究範圍之內。

國際法學中所謂人(*Person*)乃國際關係中的一個單位。所謂「國際人」(*international person*)者，指



「主權國」(Sovereign State)及其他有國際人格之團體。至於個人，在國際法中，並無人格。

而一般法學中所謂人者，則社會中與其他份子發生權利義務關係之人也。社會中有許多個人與許多團體，彼此間不能不發生相互關係。在種種相互關係中，必需有相當規範以調劑之。宗教、道德、習慣惟根據個人一己之信念，其解釋不易趨於一致。法律規定權義關係，執行時以國家權力為後盾，使彼此明瞭所應享權利及所應負義務。此權利義務之主體，法學中稱之曰「法律人格」(legal personality)。

蓋權利義務之所由生，基於人之意思。法律對於人類意思或予以承認，或加以拘束。法律所認為正當之需求者，予以保障，使能達到目的，於是權利因法律之協助而成立。法律所認為應加限制者，示以軌範，責以遵守，人類了解有自行約束其行為之必要，而義務之觀念遂生。萬物之中，吾人惟承認人有意思，故惟人得為權利與義務之主體。主體云者，謂有享受權利與負擔義務之資格也。禽獸與無生機之物，不能謂為有意思，是以法律不承認其有享受權利與負擔義務之資格。至於人類，雖嬰孩及有神經病人，亦不能視為毫無意思，等於牛馬木石。現代法律，凡屬人類均克享相當權利，並應由其自己或由其監護者負擔相當義務。

此得為「權利與義務主體」(subject or bearer of rights and duties)之資格，在法律上謂有「人格」(Personality)。夫人之所以為人，本不待法律承認。所謂法律人格者，乃抽象之名稱藉以認明法律關係。今日凡屬人類，均有法律人格，似乎人與法律人格無所分別。然在歷史，上殊不盡然。羅馬法不承認奴隸有法律人格，視同於

物 (Res)。奴隸不得訂立遺囑，不得接受贈與，因無享受權利之資格。是以從生理學或人類學言之，有身體髮膚者均爲人，奴隸與非奴隸，固無分別。而在法律學中所謂人格者，均與生理學或人類學中所謂人者發生分離而成爲兩種不同觀念。且今日所謂法律人格者並不以有身體髮膚之自然人爲限，法律對於若干人或財產所結成之團體，亦得予以法律人格，認爲權利與義務之主體。此種團體之享有法律人格者，法律稱之爲「法人」，以示區別於有身體髮膚之「自然人」。而自然人於規範人格之外，未嘗不可有其他人格，如道德人格，經濟人格。

吾人於下兩章分敘「自然人」與「法人」。於自然人章中，吾人述「權利能力」、「行爲能力」及個人之「身分」，如國籍、公民資格、家屬、親屬、配偶，以及姓名住所等等。於法人章中，述法人之性質、能力、種類等等。本書並非預備專家之參考，僅舉大要，以簡明爲主，庶符本旨。

## 第二章 自然人

### 第一節 權利能力

如上一章所言，一切自然人在今日均有法律人格，即均得為權利與義務之主體。主體云者，自權利言之，實包含有能「享有」與能「行使」兩種作用，自義務言之，亦包含有能「負擔」與能「履行」兩種意義。享有或負擔乃靜的形態，而行使或履行則屬於動的。靜態中的權義，但經法律承認於事已足，而在動態中的權義，必須有當事人自己的行為。

就享有權利言之，經法律承認時，一切自然人均能消受。而行使權利，則當事人須有相當能力。是以法律對一切人承認其能享有權利，而對若干種人不承認其能行使權利。享有權利之資格，我國法律稱之曰「權利能力」。謂能享有權利也。至於行使權利，則有關於「行為能力」問題，非人之所均有，吾人於下一節述之。此間所述者乃權利能力。

我國民法第六條曰：「自然人之權利能力，始於出生，終於死亡。」是承認一切自然人，無論其為孩提，瘋癲，罪

犯均有享受權利之能力也。得享有財產，得接受贈與，得繼承遺產，無積極行動者均享受權利也。若運用我之財產以與辦某種事業，訂立遺囑以分配自己之財產，與人成立契約以規定某種債權債務關係，則必需有行為能力。乳臭小兒，不能承認其能以自己資金與辦事業。瘋癩之人，不能承認其所作諾言為有效。反之，權利能力，則雖乳臭小兒與瘋癩之人亦不妨一例賦予。權利能力乃享有人格者最低限度之權利，倘併此斬而不與，則不啻不承認其有法律人格，不承認其為人。羅馬時代，對奴隸則有之，非今日法律之觀念也。

民法第七條規定：「未出生之胎兒，以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」此條係解釋上述第六條之意義。所謂「始於出生」者，是否限於與母體已脫離之嬰兒？胎兒亦有極正當而應加保護之權利，如繼承遺產權，應保留俟其誕生而付與之。倘必誕生之後始有權利能力，則胎兒之利益，將無保障。是以第七條規定，以將來非死產者為限，視為既已出生。

權利與義務，相對而生，有享受權利者，必有負擔義務者。法律規定權利而不及義務者，依據權利，即可覓求義務所在也。然義務之主體，雖亦可析為負擔義務與履行義務，但不能履行義務者，難責以負擔義務。（參閱下「行為」篇「侵權行為之責任」及刑事之責任能力）是以有權利能力者，未必均有義務能力。至於具有行使權利之力者，法律上所認為知識與意志健全能自負責任之人，同時亦不能避免義務之負擔與履行。

## 第二節 行爲能力

權利義務之所由生，基於人之意思。有獨立健全之意思者，其行使權利或履行義務，自負完全之責任，是法律所承認爲有行爲能力人也。至於識別能力欠缺者，對於自己行爲，不能負擔完全責任，倘法官每事考慮情形，酌免當事人之責任，不如以法律明瞭限制，庶弱者之利益有所保障，而善意之第三人亦預知防範。是以法律規定某數種人爲「無行爲能力人」，另數種人爲「限制行爲能力人」。

法律所以有此規定者，意在保護識別力不充足之人，並非在於剝奪個人權利。凡屬自然人，均有法律人格，有法律人格者，均有權利能力，已言於前。但其行爲能發生何等法律效果，則視其有無行爲能力。是以行爲能力者，因自己之行爲而取得權利或負擔義務之能力也。

法律區別行爲能力之有無，並非以體力爲標準，而以知識爲標準。是以禁治產人無行爲能力者，因禁治產人乃精神狀態失常經法院宣告禁治產者也。未成年人無行爲能力者，因自常理言之，吾人知識與年俱進，幼年人每知識薄弱經驗不足，未能權利而負行爲之責任也。或以性別爲限制行爲能力之標準，如妻之行爲能力有限制。是我國採絕對男女平權主義，此種區別，不復存在於我國今日法律之內。

今日我國法律所稱爲「無行爲能力人」有兩種，即七歲以下之未成年人與禁治產人「限制行爲能力人」。

僅一種，即七歲以上未滿二十歲之未成年人。此外一切人均爲有行爲能力人。

(A) 禁治產人 我國民法第十四條規定，「心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務者，」法院得因本人，配偶或最近親屬二人之聲請宣告其禁治產。禁治產人無行爲能力（同法第十五條。按各國民法多分禁治產人爲若干種，因其輕重而異其能力，例如法國民法分精神失常者爲三種，即 *aliénés*, *aliénés interdits* 及 *aliénés internés*，日本民法分禁治產與準禁治產，德國亦按其原因而異其規定。）宣告禁治產之後，應爲禁治產人設立監護人。得爲禁治產人之監護人者，順序爲（一）配偶，（二）父母，（三）與禁治產人同居之祖父母，（四）家長，（五）父母中後死者以遺囑指定之人。如不能依上述規定以指定其監護人時，由法院徵求親屬會議之意見選定監護人（民法第一千一百十一條。）禁治產既因精神失常而宣告，如健康恢復，則禁治產之原因不復存在，應撤銷其宣告（民法十四條第二項）恢復其行爲能力。

(B) 七歲以下之未成年人 未滿七歲者無行爲能力。父母乃未成年子女之法定代理人（民法第一〇八條。）無父母或雖有而不能擔任代理人者，應置監護人（民法第一〇九一條。）監護人得由遺囑，親屬會議或法院指定。代理人或監護人代無行爲能力人行使其必須行使之權利，代爲意思表示並代受意思表示（民法第七六條。）至於不必要之行爲因有越俎徇私之可能，法律爲保護無行爲能力人起見，不承認代理人及監護人有此權利。

(C)七歲以上未滿二十歲之未成年人。行爲能力既以識別力爲標準。年齡漸長，智力漸漸發達，嬰孩與弱冠，智力之差異甚多，是以法律對於未成年人之行爲能力，分爲等級。我國法律，分未成年人之行爲能力爲兩級。七歲以下者無行爲能力，七歲以上未屆成年年齡，即未滿二十歲者，爲限制行爲能力人。限制行爲能力人之應有代理人或監護人，同無行爲能力人。但限制行爲能力人得因其代理人或監護人之許可而爲若干種行爲，如處分自己某項財產及營業（民法八四及八五條）。且日常生活所必需及純屬獲得法律上利益之事，則雖無代理人之許可，亦得自爲之而有效（民法第七七條）。

上述三種人，均缺乏行爲能力。其所爲行爲，在原則上不能發生法律之效果。即使對方誤信其有行爲能力而與之締結契約或成立其他法律關係，亦屬無效。然法律主旨原在保護智力薄弱者之利益，倘因此而使善意之相對人蒙受不虞之損害，則有失公允。七歲以下之未成年人及禁治產人，其智力未臻健全，尙易從其外觀而知曉。至於限制行爲能力人，可使人誤信其已成年，或誤信其已得法定代理人之許可，是以法律對於限制行爲能力人特設若干規定。

限制行爲能力人所爲行爲，其法定代理人得於事後加以承認，其本人於到達成年年齡後，亦得追認，有此承認或追認時，其行爲爲有效（民法第七九條第八一條）。倘限制行爲能力人用詐術使對方相信其爲有行爲能力人或相信其已得法定代理人之許可，是故意陷人於錯誤，則法律不加保護（民法第八三條）。該限制行爲能

力人或其代理人不得撤銷該行爲之效果。按我國民法認此項行爲爲有效，是即相對人亦不能撤銷，顯與第八二條矛盾。倘相對人於訂立契約時不知其未得法定代理人之許可，嗣後發覺，倘該契約尙未經承認，該相對人得撤回之（同法第八二條）。又該契約倘係公平交易，該相對人儘可公然詢問該法定代理人能否承認，並得酌定一個月以上之期限，催其回答，該法定代理人倘不於限期內答復，應視爲拒絕承認（同法第八十條）所約定者爲無効。

上述規定均認無行爲能力人及限制行爲能力人所爲行爲必於其自己不利，是以民法第八二條第八三條皆以此爲出發點。然可能禁治產人或限制行爲能力人所爲行爲，竟有利於其自己。如一例認爲無効，則所以保護之者，反成剝奪其利益之規定矣。於相當條件之下應許其有效。但我國民法尙缺乏此項規定。

關於行爲能力之規定，法律雖以保護未成年人及禁治產人爲目的，但無行爲能力人如得任意侵害他人權利而不負其責任，則亦有失公允。是以無行爲能力人及限制行爲能力人之不法侵害他人權利者，各國法律均有如何賠償損害之規定。我國民法分別其行爲時有識別力或無識別力。行爲時如有識別力，則與其法定代理人連帶負賠償責任。倘無識別力時，則由法定代理人代負賠償責任（民法一八七條）。但法定代理人如監督並無疏忽或縱加以相當之監督而仍不免發生該項損害者，可免除其責任（前條第二項）。然法律原則，受損害者應有賠償，苟行爲人無識別力，而法定代理人防範又未疏，則損害者從何取得賠償？是以同條第三項又規定，法院得因



被害人之聲請，斟酌行爲人與被害人之經濟狀況，令行爲人擔負全部或一部之損害賠償。

### 第三節 姓名與住所

姓名與住所，人人有之，似乎無需以法律爲之規定。然吾人處身社會，一切身分上與財產上之關係得以確定者，端賴姓名與住所。有之不足爲奇，而任意紛更，則社會秩序必爲之紊亂。是以法律有規定之必要。

#### 第一目 姓名

子女從父之姓，已嫁女子從夫之姓，此我國傳統制度。現今民法規定子女，從父姓，贅夫之子女從母姓，但如有另約者從其約定，例如贅夫與其妻約定使其子女從父姓是也（民法第一〇五九條）。所謂已嫁女子從夫姓者，非謂女子必須棄去其本姓。通常已嫁女子均以其本姓冠夫之姓，現今民法，亦即如此規定（第一千條）。同時並規定贅夫以其本姓冠以妻姓，則與我國之習慣懸殊。男子兩姓並稱，非習俗所有。但該條有「但當事人另有訂定者，不在此限」之文，則贅夫可約定棄去本姓或仍稱本姓。

養子女從收養者之姓（民法第一〇七八條）。但收養關係得因雙方同意或一方向法院請求而判決終止，則養子女自收養關係終止時起回復其本姓（同法第一〇八三條）。

姓名亦權利之一種，受法律所保護。現行民法第十九條曰：「姓名權受侵害者，得請法院除去侵害，並得請求

損害賠償。」強制他人，更易其姓名，是爲侵害。惡意冒用他人姓名，亦係侵害。受害者均得要求損害賠償。

## 第二目 住所

人類因家庭關係，或因工作關係，或因習慣，或因財產利益而與某一地方發生特殊關係。法律上每人必須有一個住所，是以民法第二十條規定，以永久居住之意思，住於一定之地域時，法律即認該地爲其住所。

「住所」與「居所」有別。居所乃一時滯留之處，而住所則以永久之意思與永住之事實決定之。有此意思與事實，雖一時暫離，仍不變其住所也。

至於通常所謂籍貫者，須登記而確定。按「戶籍法」（戶籍法民國二十年十二月十二日公布，中經修正，於二十三年七月一日施行）之規定，本籍、寄籍、轉籍、除籍等等均須經登記而確定。而住所則法律所設定，無俟本人之登記或聲明。

法律所以設定每人之住所者，蓋人類許多法律關係，有賴住所而決定。倘個人無任何住所，或一人而有數個住所，皆足發生不便。例如訴訟管轄，選舉權之行使，繼承之開始皆憑住所決定。法院文書傳票之送達，向當事人之住所爲之。清償債務，倘債權人之行蹤不明，債務人得向其住所爲給付。無本籍之人在某縣或某市有住所已經三年以上者，得以該縣或該市爲其本籍（戶籍法第四條第一項）。對以無國籍人，應適用其住所之法律（法律適用條例第二條）。此外法律有關於住所者尚多，住所既足發生許多法律效果，是以法律有設定每人住所之必要。

設定者，謂法律所推定，無詢問本人之必要。法律推定，以何為標準？依照我國民法之規定，以當事人永久之意思與永住之事實決定之。倘當事人之生活無常態，與任何地方不發生關係，則法院得指定其居所為住所（民法第二十二條）。一人有數個住所，足使法律關係雜亂，是以法律又規定，一人不得同時有兩住所（民法第二十條第二項）。然住所非固定不變，民法第二十四條規定以廢止之意思，離去其住所者，即為廢止其住所。廢止住所者應另有住所。是以上述之規定，應改正為「以變更住所之意思離去其原住所者，廢止其原住所。」

除上述一般之規定外，自然人在特定情形之下有下述各種住所：

（A）法定住所 妻以夫之住所為其住所，未成年子女以父母之住所為住所，無行為能力及限制行為能力人以其法定代理人或監護人之住所為住所等等皆法律所規定，不以本人之意思為標準。

（B）選定住所 因特定行為，如訴訟，成立商業契約等等，而於原有住所之外另選定住所者為法律所許可。例如訴訟當事人選定律師事務所為其訴訟住所，契約當事人因商業上便利起見，共同選定某處為履行契約上規定之住所皆是也。但此選定住所，僅關於此特定行為，有住所之効力（民法第二三條）。

（C）外國人之住所 外國人在中國無住所者，依照民法二十二條之規定，應以其居所為住所。是外國人在其本國雖有住所，我法律仍認其在中國之居所為住所。然關於外國人之若干事項，有時須適用其住所之法律（參閱法律適用條例）。此際所謂住所者，指其本國住所。是以民法第二十二條第二項但書之規定：「但依法須

依住所者不在此限。」即係此意。（按第二十二條之適用不以外國人爲限蓋本國人亦有時在國內無住所也）

#### 第四節 身分

「身分」(Status, Etat de personne) 在羅馬法中的意義，與法律人格相同。譬如奴隸在法律上無人格，即謂奴隸無身分。在慣常語言中，常以身分指富貴貧賤之區別，有錢有地位的人，常以爲有身分。此均非吾人此間所謂身分。身分在法律中的意義係附於人身之資格，從而決定相對間之法律關係。例如國民、成年人、配偶、婚生子女等等皆所謂個人之身分。至於個人因職業之不同亦可發生影響於其對人之權利與義務。例如公務員、商人、軍人等亦有特殊法律關係，但吾人不於此處討論。

吾人在此，所欲說明者，乃下述三類身分：（一）屬於政治的即國民與外國人之區別及公民之資格是也。（二）屬於生理的，即成年人與未成年人之分別是也。（三）屬於家族關係的，即家屬與親屬之分別，配偶、血親、姻親、養父母子女之關係是也。茲分八目言之如下：

##### 第一目 國民與外國人

國民或外國人，由國籍而決定。但法律中所謂外國人者，往往包括無國籍人在內。是以外國人之定義，應爲本國人以外之其他居留國境以內之人民。

國籍之取得及喪失均由法律規定。或於民法中規定，如法國是也。或以單行法規定，如我國之「國籍法」是也。

依照我「國籍法」之規定，屬於中華民國國籍者：（一）生時父為中國人者，（二）生於父死後，其父死時為中國人者，（三）父無可考或無國籍而母係中國人者，（四）父母均無可考或均無國籍而生於中國領土之內者，（五）為中國人妻者，但依其本國法雖嫁與異國人仍認為保留原有國籍者不在此限，（六）父為中國人，經其父認知者，（七）父無可考或未認知，而母為中國人經其母認知者，（八）為中國人之養子者，（九）經內政部許可歸化者。

現今觀念，國家對於一切自然人，不論其為本國人或外國人，有國籍人或無國籍人，有約國人或無約國人均應給予相當法律保障。雖國家對於外人入境，得加以相當限制，但以合法之目的與手續入境者，應加許可。雖國家對於外僑，除條約上規定外，有自由處置之權，但國際法原則，外人之生命財產，在法律上應與本國人受同等保護。

外國人有遵守居留國法律與命令之義務。居留國得禁止外國人居留於固定區域，得禁止外國人執行某種職業，得使其登記，得使其納稅，得限制其購置不動產。我國法律「外國人有權利能力，但須受法令之限制」（民法總則施行法第二條）。外國人所不能享有之權利為現行法令所限制者，如土地所有權，森林、礦業、墾荒、鹽業、漁業等企業之所有權。（參閱大理院八年上字第九一九號判例，森林法第十三條，礦業法第五條，國有官荒承墾條例第四條，製鹽特許條例施行細則第一條，漁業法第三條。）

國籍之喪失，亦須依照法定條件，人民殊無脫離之自由。關於喪失國籍，我國國籍法所規定者：（一）爲外國人妻自請脫離國籍經內政部許可者；（二）父爲外國經其父認知者，但以未成年及未嫁與中國人爲妻者爲限；（三）父無可考或未認知，而母爲外國人經其母認知者，但以未成年及未嫁與中國人爲妻者爲限；（四）有行爲能力人自願取得外國國籍經內政部許可者。

## 第二目 公民

公民 (citizens) 謂國民之能參與公共事務者也。然所謂參與公共事務者，究何所指？公共職務之種類甚多，如官吏、議員、軍人、律師等，非一切公民所均擔任，吾人不能謂未能擔任公共職務者均非公民。至所謂「公權」者，指人民在公法上所享之權利，其範圍甚廣。刑法上褫奪公權之規定，僅舉公權之一部份。（現行刑法第三十六條：「褫奪公權者，褫奪左列資格：（一）爲公務員之資格，（二）公職候選人之資格，（三）行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格。」蓋較舊刑法爲更隘，舊刑法中尙列舉膺勳章之資格，爲律師之資格，爲官立學校教職員之資格，入軍籍之資格等等。而他國法律有列舉充任陪審員權，爲親屬會議會員權，爲監護人權，爲法人之理監事權等等。）是以吾人亦不能謂享有公權者均係公民。

現今所謂公民者，通常指有投票權之人民。參加公共事務之方式甚多，然而對於公共事務有投票權之國民均得稱爲公民。投票權之行使，或因選舉，或因複決，而實行「直接政府」(direct government) 的國家，如瑞士聯

邦中若干邦者，則人民投票，直可決定國家立法行政等事宜。是以投票權之廣狹，亦無固定。

公民之資格，既以投票權之有無為標準，則實行專制政治的國家，其人民並無投票參政的機會，可云只有國民 (Nationals)，或子民 (subject)，而無公民。反之，倘一切國民均有參政權，則國民與公民將無所分別。

但任何國家，對於人民參政權，均有限制，公民與國民不能無分別。有國籍者均係國民，不問年齡、性別、知識等等。而人民參政權則成例上有年齡之限制，性別之限制，居住條件之限制，財產之限制，教育程度之限制，司法判決之限制等等。受有限制，不能享有參政權者，即無公民之資格。茲將各種限制簡言之如下：

(一) 年齡之限制 一般規定未成年人無投票權。若干國家且規定「政治成年」 (Political majority) 較晚於民法上所謂成年 (Civil majority)。例如匈牙利現今民法以二十四歲為成年，人民男性者滿二十四歲有投票權，而女子須滿三十歲始有投票權。

(二) 性別之限制 婦女無投票權，今日此項限制雖已逐漸取消，然仍有存者。

(三) 居住條件之限制 僅有國籍而對於本國關係過淺，則缺乏認識。丹麥須在國內有固定住所，挪威須在國內住滿五年，比國須在本選舉區住滿六個月始有投票權，皆可舉之例。又外國人之新入籍者，各國亦多限制其在若干年限內無投票權。

(四) 財產之限制 歐洲歷史上甚多可舉之例，以納稅額決定投票權。其理由以為有財產者所代表之利益

更屬重要。現今丹麥、芬蘭等規定受國家救濟者無投票權，則以貧無立錐者受國家之救濟，倚賴於國家，有受政府機關指使之可能也。

(五) 教育程度之限制 文盲不識字者無投票權，亦現今多數國家所有之限制。

(六) 司法判決之限制 受刑事處分者，品德有虧，不容再參預公共事務。我國刑法第三十六條褫奪公權之處分，有喪失行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格之規定是也。

### 第三目 成年人

關於行爲能力，吾人已述於前。未成年人無行爲能力或僅有限制行爲能力，而成年人則有完全之行爲能力。是成年人法律所認爲意識健全足以擔負自己行爲之責任者也。個人天資教育，各有不同，本不能概以年齡而論。然法律乃普遍劃一之規定，不能不覓一相當之標準。我國舊法以十六歲爲成年，而新法以二十歲爲成年。各國法律，亦多歧異。丹麥、挪威、西班牙、葡萄牙以二十五歲爲成年，英、法、德、比均以二十一歲爲成年，瑞士、日本與我國現行法相同，以二十歲爲成年，而蘇聯則以十八歲爲成年。規定懸殊若此，雖因種族、氣候、風俗、習慣各有不同，而國家之立法政策，在該問題上，亦有重要影響。

但法律在若干事項上，並不以成年年齡爲標準。最著者，關於刑事責任。現行刑法規定，滿十四歲後，負刑事責任，如尙未滿十八歲得減輕其刑（刑法第十八條）。是則年齡滿十四歲者，在民法尙未成年，不能自負行爲責任，



而在刑事上則擬之於成年人也。又如結婚之能力，規定男子滿十八歲，女子滿十六歲（民法第九八〇條。）立遺囑之能力，規定為滿十六歲（民法一一八六條。）皆不以成年年齡為限也。

至於成年人得與父母或監護人分居而有獨立之住所，成年人得享有投票權，成年人訂婚結婚無須獲父母之許可等等，則法律有所規定。質言之，成年人得為一切法律行為。蓋法律行為之成立，以有行為能力為要件。成年人既有行為能力，自得為一切法律行為，無須法律一一為之規定。

未成年而取得成年人之資格者有兩種情形：（一）結婚（二）解放（*emancipation*）。未成年人結婚者取得行為能力，乃我國民法第十三條第三項所承認。瑞士民法亦有此規定。至於解放者，謂未成年人到達一定年齡之後，其法定代理人或監護人得依照法定程序而宣告其解放也。解放本羅馬法中制度，現法國民法中有此規定。但法國未成年人被解放者其地位仍與成年人不同。我國民法無此規定，但法定代理人得許可未成年人為獨立營業及處分某項財產（八十四及八十五條。）有此許可時關於其營業及在所允許範圍之內，有行為能力。

#### 第四目 家屬與親屬

人類政治組織，莫不由氏族進而成為國家。我國歷史，家族觀念特深。周以宗法制度維繫封建組織，同姓之國曰伯叔，異姓諸國曰甥舅，周曰宗周，純然家族本位之組織。諸侯在其國內，復各有強盛之家，如魯之三家，齊之國高，周衰制失，秦廢封建。然家族觀念，深入人心。宗法制度遺留至今者，如宗祧之繼承，喪服制度，同宗不婚等等，皆以同

姓同宗爲一體。父系制度，爲其特徵。敬長尊先，有累世同居之習慣。所謂家者復可包括奴婢、養子、家臣等等，人數遂至衆。

現今家之範圍縮小。子女已成年或未成年而已結婚者均得離父母而別居（民法一一二七條）自成一家。是以現今最狹義的家，僅夫婦與未成年之子女而已。

然民法第一一二二條規定：「稱家者謂以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體。」是所謂家者在現行法中並無一定範圍，凡以永久共同生活爲目的而同居之親屬，均係家之一員也。至於何謂親屬？現行民法所謂親屬者，指配偶、血親及姻親。依照第一一二二條之規定，必有親屬資格，復有永久共同生活目的，然後可稱爲家之一員。除配偶、血親、姻親以外，其他一切人，卽有永久共同生活目的而同居者亦不發生家屬關係也。我國習慣複雜，如必以親屬爲限，將有不近情理之事發生。譬如妾及無血統關係之嗣子，既非親屬，卽不得認爲家屬，殊不合理。是以同法第一一二三條第三項復規定：「雖非親屬而以永久共同生活爲目的同居一家者視爲家屬。」於是所謂家屬者，可包括任何人，但有永久共同生活之意思與同居一家之事實者，均有家屬之資格也。

家置家長，同家之人，除家長外，均爲家屬。家長由親屬之同居者推定之。如未推定，以家中之最尊輩者爲之，無性別之限制。（參閱民法一一二二條至一一二八條。）

如上言，以永久共同生活爲目的而同居者均係家屬，則家屬與親屬，顯然有別。雖非親屬，但合於上述同居條

件者，得成爲家屬。而親屬之不同居者並非家屬。

親屬之定義，在我國法律上，近來曾有重大改革。昔「民律草案」分親屬爲四類，卽宗親（父系）、外親（母系）、妻親與夫妻（第三次草案第一條）。是蓋治襲歷史上宗法制度，宗親乃父系同姓同宗之親，外親妻親乃異姓之親。舊刑法（十七年公布施行至現行刑法施行而失効）第二章第十一條規定親屬亦爲四類：（一）夫妻，（二）四親等內之宗親，（三）三親等內之外親，（四）二親等內之妻親。蓋仍採宗法制度。民國十九年十二月二十六日現行民法公布，於二十年五月五日施行，關於親屬之規定，排除宗法觀念，並採羅馬法計算親等，此實重大改革，一般民衆，尙難習慣。依照現行民法，父系母系皆爲血親，不論同宗異宗，親疏相等。夫妻爲配偶。配偶彼此之血親爲相互之姻親。只有血親姻親之分，而無宗親外親之別，此實與傳統觀念懸殊。吾人於下數目分別敘述「配偶」、「血親」及「姻親」不贅於此。

親屬除未成年且未結婚之子女應與父母同居，及夫妻間互負同居之義務外，一切其他親屬，均得另居。但另居之親屬，其家族關係並未斷絕。蓋扶養責任，繼承權等等，法律上有關於親屬之規定，仍應適用，不因分居而差異也。（扶養權及繼承權參閱下第五篇第五章第三節「親屬權」）

#### 第五目 配偶

依法結婚者爲配偶。婚姻的本質，係一種契約，抑係一種天然結合，學者間主張不同。以婚姻爲一種天然結合，

基於人類之本性者，否認婚姻乃契約關係，是以不能自由解散。然兩性結合，未必均係婚姻。自由同居，夫妻關係亦係有繼續性之結合，而法律不認為婚姻。婚姻之成立，雖由雙方自由意思，有契約的性質。然此種契約，有關於社會的組織，造成家的團體，其成立與解散，均由法律規定，不能採取放任主義。是以兩性結合雖係自然事實，而婚姻之成爲永久與鄭重的結合，則純係人爲。

自我國現行法律言之，婚姻之成立，須具備若干條件。缺乏法定條件時，其婚姻便成無効或得被撤銷。無効之婚姻，自始即屬無効。可以撤銷之婚姻須由特定人向法院請求撤銷，且撤銷之効力不溯既往（民法九九八條）。例如無効之婚姻，所生子女，均爲私生子。而在可以撤銷之婚姻中，當未撤銷以前所生子女，仍爲婚生子女也。茲分言之如下：

(A) 結婚有下列情形之一者無効（民法第九八八條）。

(1) 結婚須有公開之儀式及二人以上之證人（民法第九八二條），違反此項規定者，其婚姻爲無効。我國法律對於結婚之儀式，所規定可謂簡單，然其制裁則甚嚴厲。儀式欠缺他國法律有以爲僅係撤銷之原因者，而我國則以爲無効。所謂公開儀式與二人以上之證人，實係兩種條件，缺一不可。

(2) 近親不得相婚。直系血親及直系姻親均不得相婚。旁系親屬，血親在八親等以內，不論輩分相同與否及姻親在五親等以內，輩分不相同者不得相婚。但表兄弟姊妹爲例外（民法九八三條）。

(B)結婚有下列情形之一者，得因特定人之請求，而宣告撤銷之。

(1)男未滿十八歲，女未滿十六歲而結婚者。

(2)未成年人結婚未得法定代理人之許可者。

(3)監護人與受監護人之間，於監護存續期間相婚者。

(4)有配偶與人重婚者。

(5)因姦判決離婚或受刑事宣告而復與相姦人結婚者。

(6)女子於離婚或夫死後未逾六個月，亦未分娩而與人結婚者。

(7)結婚者之一方不能人道而不能治者。

(8)結婚者之一方於結婚時係在精神錯亂中者。

(9)因被詐欺或被脅迫而結婚者。

配偶之身分，因結婚而取得。然婚姻除雙方身分上之結合外，又可發生財產上之結合。身分上之結合，如夫妻互負同居之義務，妻以其本姓冠夫之姓之類，皆所以表示夫妻對外為一體。而財產上之結合，則雙方得另行以契約規定之。

我國民法規定夫妻財產制，有法定財產制與約定財產制之別。約定財產制凡三種，即(一)共同財產制，(二)

統一財產制，(三)分別財產制。當事人得任擇一種以契約規定之。倘當事人未以契約訂立夫妻財產制時，則以法定財產制爲其夫妻財產制。(民法親屬編第二章第四節。)

婚姻關係因結婚而成立，因離婚或一方之死亡而終止。我國法律對於離婚原因，較各國限制爲嚴。民法一〇五二條：「夫妻之一方，以他方有左列情形之一者爲限，得向法院請求離婚。(一)重婚者。(二)與人通姦者。(三)夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者。(四)妻對於夫之直系尊親屬爲虐待，或受夫之直系尊親屬之虐待，致不堪爲共同生活者。(五)夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中者。(六)夫妻之一方，意圖殺害他方者。(七)有不治之惡疾者。(八)有重大不治之精神病者。(九)生死不明已逾三年者。(十)被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者。」

離婚原因，以上述者爲限，外此不得起訴離婚。侮辱及不盡同居之義務均不列入上述原因之內，是我國法律意在安定家庭生活，限制離婚也。然民法復容許兩願離婚，且手續上極爲簡單。(民法一〇五〇條：兩願離婚以書面爲之並有證人二人以上簽名即足，無須公告或經法院。)自立法政策言之，是爲矛盾。

#### 第六目 血親

從生理學言，有血統關係者，多至無可計算。溯諸遠古，全民族均有血統關係，法律上不能均認爲血親。是以血親雖以血統關係爲標準，而有相當限制。在若干親等外，血親關係，已不生任何影響。且法律規定，有時與事實不同。

未經領認之私生子，自血統言，固係血親，而法律不以爲親屬。收養子女，自血統言，並非親屬，而法律擬之於親屬。

血親今無宗親與外親之別，已言於前。父系、母系、親疏相同。民法上惟有直系旁系之分，及親等之計算，言之如下：

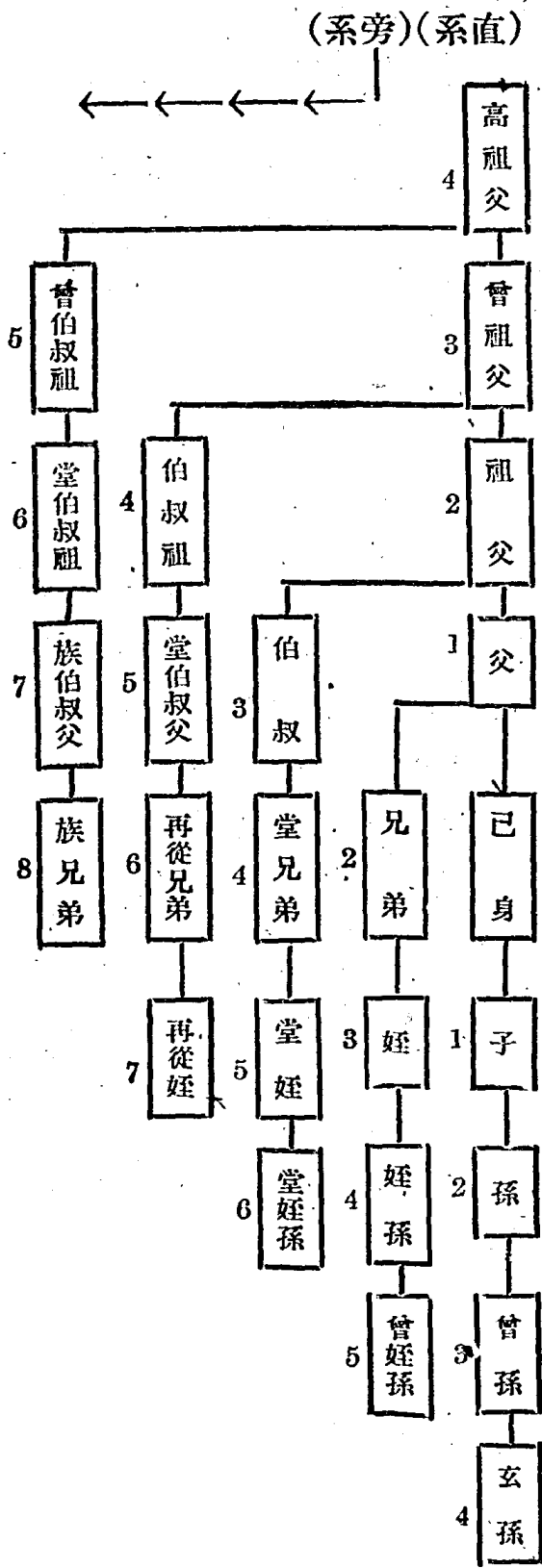
直系血親者，上溯己身之所從出，例如父、祖、曾、高是也。下溯己身之所出，如子、孫、曾、玄是也。旁系血親者，直系血親所分衍而發生之血親，（上溯或下溯）如兄弟、姊妹、堂兄弟姊妹、中表兄弟姊妹、姪與甥、伯叔姑與舅姨等皆是也。

親等之計算，以一世爲一等，推而遠之，親疏遠邇從而判定。我國舊日，以喪服計算親等，計分五等，曰三年之服，曰期服，曰大功（九月），曰小功（五月），曰緦麻服（三月）。例如兄弟爲一世，期服。堂兄弟爲二世，大功服。再從兄弟爲三世，小功服。族兄弟爲四世，緦麻服。「四世而衰，服之窮也。」但長幼之服不同，男女之服不同，殊爲複雜。

現行民法，採羅馬法算法，以計算親等。羅馬法計算法爲近代各國所普遍採用。其法自己身上下數，直系血親，以一世爲一等。至於旁系血親，則先自己身算至同源之直系血親，再算至所欲算之血親，一級爲一等，從而決定其親等。例如

兄弟、姊妹、爲旁系二等親。

伯叔、姑、舅、姨、姪、甥、爲旁系三等親。



男系親計算，附表如下：

同高之族伯叔及同曾之再從姪，為旁系七等親。

同高之族兄弟姊妹，為旁系八等親。

同祖父之堂姪及同曾之堂伯叔，為旁系五等親。

堂兄弟姊妹，中表兄弟姊妹，姪孫，甥之子女，伯叔祖父，外伯叔祖父，姑婆，姨婆，為旁系四等親。

(等親指字數註附)



第七目 姻親

本無血統關係，因婚姻而發生之親屬關係曰姻親。夫妻本人為配偶，配偶彼此的血親為相互的姻親。通俗所謂親戚者，範圍過廣。現行民法所謂姻親，計分三類：（第九六九條）

（一）血親的配偶 例如兄弟之妻、姊妹夫、姑夫、舅母、繼父、繼母、庶出子女對於嫡母。

（二）配偶的血親 夫之一切血親，妻之一切血親，夫之前妻子女或私生子，妻之前夫子女。

（三）配偶的血親的配偶 例如妯娌、連襟、妻之兄弟之妻。姻親之中，亦分別直系、旁系與親等。均依照血親而計算。上述一項，血親之配偶，從其配偶之親系與親等。第二項，配偶的血親，從其與配偶之親系與親等。第三項，配偶之血親之配偶，從其與配偶之親系與親等。（民法第九七〇條）

依照上述規定，一般所謂親戚者，有若干並不包括在內。譬如男方之父母與女方之父母相互間並無親戚關係。新法，血親的姻親，並非姻親。

姻親既因婚姻而發生，則一旦婚姻消滅（如離婚，配偶之一方死亡，婚姻無効，或被宣告撤消）姻親關係是否亦隨之消滅？在若干點上，婚姻雖消滅，姻親關係依然存在。按姻親關係，因離婚，夫死妻再婚及妻死贅夫再婚而消滅。（民法第九七一條）但姻親間結婚之限制，如吾人在第五目中（A）（2）所述者，雖姻親關係消滅而仍存在。（民法九八三條）若夫死妻未再婚，妻死贅夫未另娶以及夫於妻死後，則姻親關係固無變更也。

## 第八目 收養關係及指定繼承

養父母子女之關係爲民法所規定者，可舉其概要如下。收養關係之成立，須具備下列各條件：(1)收養者年齡須長於被收養者二十歲以上。(2)被收養者如已成年，須自爲同意。(3)收養者如有配偶，須與其配偶共同收養。(4)被收養者如有配偶，須得其配偶同意。(5)被收養者須非同時爲他人之養子女。(6)須於收養者與被收養者雙方皆生存之時爲之。(7)收養子女必須以書面爲之，但自幼撫養者，不在此例。

收養關係成立，被收養者脫離其本生父母之關係而從收養者之姓。收養者與被收養之間，除法律另有規定外，其關係與婚生子女同。有繼承遺產權，入於收養者之家。

收養關係，可以終止。終止之形式有二：(1)同意終止。即雙方同意終止其關係，須以書面爲之。(民法第一〇八〇條)。(2)強制終止。因養父女或養子女一方對他方虐待、遺棄、侮辱等行爲，有民法一〇八一條所列舉各類之一者，他方得請求法院終止收養關係。

我國舊有習慣繼承嗣子，以承宗祧。現行法中無承繼宗祧嗣子之規定，而養子惟得於雙方生前爲之。死後無嗣者，如何立嗣，以符習俗？按民法繼承篇第一一四三條：「無直系血親卑親屬者，得以遺囑，就其財產之全部或一部指定繼承人……」而親屬篇第一〇七一條：「依一一四三條之規定指定繼承人者，其繼承人與被繼承人之關係，除法律另有規定外與婚生子女同。」是死後立嗣，固爲法律所不許，而臨終以口授或書面遺囑指定繼承人，

可發生與婚生子女同等之關係也。

### 第五節 失蹤

法律上所謂失蹤，乃生死不明無可查訪者也。失蹤人既與社會發生相當關係，一旦失蹤，其關係人將感受重大不便。失蹤人本人之利益，亦有待保護。失蹤人之配偶，之未成年子女，之債權人，之合夥人對於失蹤人均有權利義務關係，久不確定，將受嚴重損失。

在初失蹤數年內，固可暫取臨時辦法，如依照法定程序，管理失蹤人之財產等。（民法第十條：「失蹤人失蹤後，未受死亡宣告者，其財產之管理，依非訟事件法之規定。」）倘時期延長，其利益關係人之地位益感困難，而失蹤人生還之希望，亦益見減少。是以法律對於生死不明者，於經過一定時間後，推定其為死亡。

民法第八條規定失蹤滿十年後，其利害關係人，得聲請法院為死亡之宣告。此一般原則外，復規定兩種例外：（一）年老失蹤者 失蹤人在失蹤時，如已滿七十歲，則滿五年即可請求宣告其死亡。

（二）遇特別災難者 失蹤時如遇特別災難，如海中船舶遇險之類，則滿三年即可請求宣告死亡。

宣告死亡之聲請，應於失蹤人住所之法院為之。（民事訴訟法第六二二條）法院應依公示催告程序，催告陳報逾期——六個月以上——無陳報其生存者，法院得為宣告死亡之判決。（民事訴訟法六二一至六三六條）

受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其爲死亡。原則上以十年屆滿之日，年老者以五年屆滿之日，遇難者以三年屆滿之日爲其死亡之日。但如有證據，足以證明其死亡前於上述日期者，不在此限。（民法第九條）

## 第三章 法人

### 第一節 法人之性質

法人觀念，羅馬法中已有之。羅馬法學家 Florentinus 討論法人，見“Digesto”中。西班牙首先於其民法中列入法人之規定，繼之德國民法有「法人」一章。今日法人制度，雖已普及，但關於法人的性質，學者間尚無定論。初以法人為法律所虛擬，故有被稱為「虛擬說」(fiction theory)者，大意以法人之存在，無非由於法律之擬制。社會上既有各種團體之存在，法律給予人格，以明瞭權利義務關係。此說遭一派學者主張法律不能有所創造者所痛駁。學者中多以為法律規則本存在於人類社會之中，立法者不過使其實現而已，無創造之力。如虛擬說所云，是法律不但創造規則，且創造人格。誠如是，立法者可以隨意承認或否認某種團體為法人。即承認其人格矣，亦可隨便給予某種權利或不給予某種權利。事實上，立法者無此權力。

於是有「實在說」(Reality Theory)者出。此說以各種團體乃社會生活中所不可避免的事實，法律不能否認其為個體，亦不能否認其有人格。團體之應有人格正如自然人。此說為晚近多數學者所主張，如基克 (G. F. K. G. F. K.)

erke) 富維葉 (Fouillé) 密楚 (Michaud) 等，其尤著者也。(參閱 Michaud 著：'La Théorie de la Personnalité moral et son application au Droit Français', 2 vols. Paris, 1924)

若干學者否認團體之有人格，可稱之爲「否認說」。此說以爲團體乃自然人之結合，事實上惟有自然人存在，團體並無其特殊之人格。然法律上一切財產均須有其所有人。現今許多團體，均有其財產。倘否認團體之有人格，則團體之財產誰屬耶？若以爲屬於構成團體之自然人，則團體中之每一份子均應有使用、收益、並支配之權。事實上，構成團體之各個人並無如此權利。若以爲各個人乃團體財產之「共有入」，則亦有不符。蓋共有入得隨時要求分割共有財產，而現今在若干團體中，各個人並無此項權利。且有一種團體，卽下述之「財團法人」，其中並無自然人。是以較合理而簡單的辦法，卽承認此財產爲團體所有。團體既能享有財產權，則團體固有人格，與構成團體之自然人的性格截然兩事也。是以否認說殊不足採。

無論學說如何，現今法人制度，已通行於世界各國。物質進步，許多遠大長久的事業，非單獨個人所能經營。倘有國家，禁止其人民結成團體，則其工商事業必難發展。私人結成團體既屬必要，則此團體如無人格，以別於組成該團體之每一自然人，其對外關係必多不便。團體苟無獨立人格，對外事件，如訂立契約、訴訟等等，動需團員全體簽名，或歸簽名之一二人完全負責。所有債務，將歸經理一人負擔，債權人亦只可追訴經理一人，所獲利益，亦可歸經理一人享有。雖私人間得以契約規定，以樹立團體內部關係，但外人與團體發生關係者，殊無根據。且團體的組

織，如任憑私人契約自由規定，則形形色色，必多糾紛。法律者，「納民於軌物」者也。隨社會進步，而規定其生活狀態。是以一方准許團體享有人格，一方規定法人的組織登記等手續。現今規模較大的團體，及有擴大其事業於將來之準備者，無不按照法定手續取得法人資格。團體有法律人格時，其財產非組成該團體各自然人之財產，而乃團體之財產。法人財產，供法人自己所發生債務之擔保。某一團員之債權人，不能向法人追訴取償。團員投資於團體之後，成爲團體之債權人，並非直接享有團體的財產。例如團體享有不動產權，而團員對於團體的債權性質乃係動產。團體得向團員訂立契約發生其他債權債務關係，與第三者無異。

凡未經承認爲法人之團體，法律視之爲一羣私人。然有若干團體雖未成爲法人，而其團結性質固甚彰明，並非單純契約關係，法律亦承認其有相當特性，如我國法律中所謂「合夥」者是也。合夥之在羅馬法，純屬契約關係，無團體之特徵。而現今德、日等國民法，則亦承認合夥有團體性。我國極大多數之工商企業，均未經法定程序取得法人資格，若無法律爲之規定，則其一切糾紛，惟按照普通契約及法律行爲之規定以解決之，必多不便。法律有以解釋或補充當事人之意思爲任務者，關於合夥之法律，即屬此類。合夥不經登記，並未依法組織，然法律依據事實預示範圍，事務之執行，退夥，解散，等等當事人須作何種表示時，始認爲有效，法律預爲之規定。（民法債編六六七條至七〇九條）合夥財產，法律認爲合夥人「共同共有」之財產，而非「分別共有」之財產。（參閱民法物權八一七條至八三一條關於共有之規定）「共同共有」之財產，所有權屬於整個的全體，其處分或分割，應經

共有人全體之同意，倘曾約定以過半數同意決定時，並得從其約定。而「分別共有」之財產，則分別共屬於數人，共有人得自由為個別之處分。例如將共有權轉讓與第三者。除非共有物有不能分割之目的或特約者外，「分別共有」之共有人得隨時要求分割。合夥財產係「共同共有」（民法第六六八條），合夥人被委任執行事務者對第三人得為他合夥人之代表（第六七九條），非經全體同意不得將股份轉讓外人（第六八三條），退夥須經一定手續並符合一定條件，是以合夥雖非法人，但有相當團體性質。

## 第二節 法人之能力

法人不能飲食，不能散步，不能結婚，並無家庭，與自然人自有許多不同之處。法人雖有人格，有權利能力，但專屬於自然人之權利與義務，法人不能享有或負擔（民法第二十六條）。法人憑其人格，得為意思表示，得為法律行為。然法人之意思，乃構成法人的自然人之多數的意思。法人之行為乃其代理人之行為。有許多行為，自然人能之，而法人在本質上不能為，例如殺人、強姦、竊盜。法人之成立，必經法律承認，必須有合法之目的。其代理人之行為，惟在執行職務範圍以內者始得以法人之責任自蔽，否則代理人自負其責。

關於法人的能力，歷來有兩種困難問題，即法人能力之限制問題與法人之不法行為能力問題是也。茲分別言之如下：



(A) 法人能力之限制問題 自然人之能力，得因其年齡及精神狀態而區別無行為能力人，限制行為能力人及有行為能力人，吾人已言於前。至於法人，則無此區別。凡屬法人，其能力均相同。且法人之能力，實較自然人為大。自然人壽命有限，而法人無老病死亡之事。個人精力有限，而法人合羣力經營事業，可擴大至於無窮。是以國家對於法人能力，所加限制，較為嚴格。(一) 法人能力受本質之限制。上述民法二十六條規定專屬於自然人之權利，法人不能享有，即係本質之限制。例如從親屬關係而發生之權利義務，法人無之，自不待言。(二) 法人能力受法令之限制。法人應有合法目的，其活動有一定範圍，此與自然人不同之處，自然人之目的與活動範圍，無固定。法律得限制某種法人不得受贈與，不得買入或承受不動產，(例如銀行法第十一條第二項，銀行除營業必需外不得買受不動產) 不得兼營他業，(例如保險業法第五條) 等等。

(B) 法人之不法行為能力問題 吾人既認法人有行為能力，得經由其代理人行使一切權利，於是法人的責任問題發生。法人如有不法行為，如何負責？由誰負責？如果祇是金錢上的責任，尚無如何困難。如民法上的損害賠償，刑法上的罰金，法人既有自己財產，得負擔其責任。民法第二十八條：「法人對於其董事或職員因執行職務所加予他人之損害，與之連帶負擔賠償之責任。」該條原則上承認法人得有不法行為。所謂連帶負責，無非使其董事及職員於執行職務時，特別注意而已。法人如有刑事上的不法行為，如何負責？刑法上所定刑罰，如徒刑、拘役、死刑、褫奪公權，可施之於自然人，而不能施之於法人。主張「實在說」者以為法人得為犯罪之主體。而主張「虛擬

說」者，以爲法人惟在法律承認範圍之內有其人格，觸犯刑章，非法人本質上所能爲，是以代表法人之機關（如董事會）或個人（如經理人）應負其責。然吾人不能謂法人必無犯罪行爲，譬如法人以廣告爲詐欺行爲，犯刑法上之詐欺罪，當如何處罰？法人目的即屬合法，而爲達到此目的計，得發生不法行爲。民法第三十六條：「法人之目的或其行爲有違反法律，公共秩序或善良風俗者，法院得因主管官署，檢察官或利害關係人之請求宣告解散。」就法人本身言之，所能受之處分，止於金錢上之處分及解散而已。

### 第三節 法人之種類

(A) 公法人與私法人 不但私人所結成的團體，需要享有人格，公共機關亦有應享的權利與應負的義務，亦當承認其爲法人。是以通常分別爲公法人與私法人。所謂公法人者，如地方自治團體，各種行政機關以及公立學校，公立醫院，鐵路，國立工廠等等亦常有獨立的行爲，如訂立契約，買賣財產，爲訴訟之當事人等等應承認其有獨立的人格。

若干學者以國家爲法人。然國家乃造法與行法者。其他團體有一定目的，其行爲受法令之限制，而國家之目的多方，其權力廣大不受限制。所謂人格者，得爲權利與義務之主體也。而權利義務，則根據法律。國家創造一切法律，是其自身的權利義務，可隨時依立法手續而變更之也。是以即視國家爲法人，亦不能不承認其有特殊性質。

省、市、縣及各種機關，在中央集權制度之下，一切仰承高級機關，無特有財產，則其人格問題無關重要。國家吸收一切，其人格包括於國家權力之內。惟推行自治制度的國家中，地方單位，因得行使國家權利與義務之一部份而享有公法上人格。其他公共事業團體，如經國家賦予此種權能時，其地位亦係公法人。

(B)財團法人與社團法人 私法人中，有「財團法人」與「社團法人」之分別。所謂財團法人者，由捐施之財產構成，以財產為中心，不問其團員為何人。捐施者或隱其姓名，或置身事外，或以遺囑捐助財物，雖所捐助之物成為財團財產之一部份，而捐施人則已亡故。是以財團乃財產的結合，依法登記者，取得法人資格，其財產之管理與運用，由董事會掌之。而社團則係人的結合，其組織及活動，均以構成該團體之自然人為基礎。出資者為社員，社員共同組成社團之總會為最高機關。財團法人咸以興辦公益事業如文化、慈善等等為目的。而社團法人，則或以營利為目的，或以公益為目的，並無固定，是以社團法人中，又可分別為公益法人與營利法人。（民法第五九至六五條關於財團之規定）

(C)公益法人與營利法人 社團法人，係由若干人將其財產或某種權利或其知識能力結合而企圖達到某種共同目的。以公益事業為目的者如學術、技藝、宗教、慈善等團體為公益法人。以營利為目的者為營利法人。公益法人之設立與登記依照民法總則第四十六至五十八條關於社團之一般規定。而以營利為目的之社團，其取得法人資格，須依特別法之規定，例如一般公司，依照公司法，銀行依照銀行法，保險公司依照保險業法是也。

#### 第四節 法人之設立

現今法律承認一切自然人均有法律人格，而團體之取得人格，則須經主管機關特予承認。在理論上雖有主張一切團體均應享有人格者，但事實上任何國家均不採取純粹放任主義。法人實力，常較自然人為強大，其影響於社會生活者往往甚鉅，國家不能不施以監督與限制。關於法人之設立，各國立法，有數種不同主義：

(A) 特許主義 特許主義，謂由國家立法機關特別通過法案承認某一特定團體為法人。此在手續上過於隆重。倘每一法人成立，即須公布一個法律，則享有法人資格者，必限於少數團體。

(B) 準則主義 準則主義者，謂法律設定準則，凡適合條件者當然有法人資格。雖法人亦須向官署登記，但具備法定條件者，官署不得拒絕其登記。是以前其登記乃一種聲明，證實其存在而已。昔德國民法對於無經濟目的之法人即採此種主義。

(C) 許可主義 許可主義，雖亦以法定條件為標準，但法人登記以獲得行政機關之許可為要件。我國及多數國家均採此種主義。

#### 第五節 法人之住所

自然人須有一定住所，法人亦然。住所確定法人之若干法律關係，例如法人的國籍，及其訴訟管轄等等皆憑住所決定。民法第二十九條：「法人以其主事務所之所在地為住所。」蓋法人常有多處事務所，不能均認為住所。自然人之住所，每人只能有一個，法人亦然，是以法律規定以其主要事務所之所在地為住所。事務所多處，孰為主要？或難分別。但法人既必須於登記時報明主事務所所在地（民法四八及六一條），則其主事務所即非業務上之最重要處所，亦以所呈報者為準。

外國法人在中國設事務所者，準用民法四八及六一條之規定，亦須報明主事務所及分事務所所在地。（民法總則施行法第十三條）倘其主事務所在國外時，應準用民法二十二條關於住所之規定。即在原則上以其居所為住所，惟應適用其住所法時，適用其本國住所法是也。（參閱上第二章第三節第二目。）

## 第五篇 權利與義務

### 第一章 權利之意義

權利觀念，因人類有社會生活而發生。在相互關係之中，有時法律給予吾人一種保護，俾不至受他人侵害，有時法律給予吾人一種助力，俾吾人得使某人為某事或不為某事。法律以社會之公力為後盾，保障一切正當利益。倘無法律協助，吾人欲主張本身利益，惟恃一己力量，爭奪相尋，社會將無和平可言。一旦獲得法律協助，吾人在願望中的利益，便可達到。是法律上所謂權利 (Legal Right) 者，乃一種權力，賦予個人或團體以滿足其自身利益，如遇妨害或否認之者，得憑藉社會公力以排除或拘束之。

抑法律所規定者，並不普及一切利益。吾人的願望，有專恃己身力量達到者，此乃強力 (might) 問題，不能視同權利。有專恃環境之許可與社會之同情而達到者，此乃道德問題，學者稱之為「道德權利」 (moral right)，亦非法律上所謂權利。若干學者主張「自然權利」 (natural right)，以為權利不以法律所承認者為限，是非曲直吾人自事理之自然推測之，胥為自然權利。

關於權利之性質，學說多端，舉其主要者，有「自由說」、「意思說」與「利益說」。

(A) 權利即自由說。法律之目的在於劃定各人自由之範圍，使不至發生衝突。是以權利云者，即在自由範圍之內所得主張之利益也。然自由僅關於「己」之行爲 (What I may do for myself)，而權利則有關於他人對我之行爲 (What other persons ought to do for me)。兩者雖都是法律所給予的便利，然法律所謂自由，乃於某一範圍內允許個人爲所欲爲，不加禁止之意，而權利則含有責令他人負擔某種義務之作用。是以自由說殊難謂爲精當。

(B) 權利乃意思之力說。權利之成立，基於人之意思。意思有獲法律之助者，有不獲法律之助者。獲法律之助時，即成權利。是以權利云者，法律所賦予意思之力。倘無主張權利之意思，法律雖加以承認，亦乏實際作用。無生機之物與無知識之禽獸，不得享有權利，因其不具意思也。然法律所保障的利益，有以社會公益爲標準而不計及個人意思者。雖放棄權利者，其權利亦消滅，乃一般原則。然有若干權利，法律規定不得放棄。例如我民法第十七條規定：「自由不得拋棄。」是意思說不足說明一切法律權利之性質也。

(C) 權利乃法律所保護之利益說。吾人利益爲法律所承認而保障者，皆爲權利。此說爲現今多數學者所採取。社會之中，利益紛歧，互相矛盾，悉加保護，勢不可能。是以法律選擇若干種利益加以保護。獲法律保障之利益，即爲權利。例如耶陵 (Thering) 云：「權利乃權利所保護的利益」 (‘Rights are legally protected interests’)

“Geist des Römischen Rechts” V. III, P. 339) 邊沁(Bentham)謂：一切權利，均由法律創造，惟法律權利，始足稱爲權利。(參閱所著“Theory of Legislation”)

權利以獲得法律承認爲必要條件，然權利尙須有排除他人侵犯或拘束他人履行義務之力始能發生實效。有若干權利，雖受法律承認，而不能藉法律之力使其實現。例如債權之因時効(prescription)而消滅者，(參閱下「時効」章)債務人如爲給付時，其權利依然存在，但不能強制債務人履行其義務。此沙蒙氏(Salmond)所稱爲不完全的權利(imperfect rights)也。(見所著“Jurisprudence”中)至於一般權利，則均具排他或強制履行之効力。再者，僅以法律所承認的利益爲權利，範圍或失於狹隘。法律以公正與有用爲內容，以安定社會生活爲目的，符合於此內容與目的之要求，亦有可以主張之權利。但此主張須不憑一己之觀念，而根據社會法律之一般原則。



## 第二章 權利與義務之關係

法律之存在，乃所以限制吾人之自由，抑所以擴充吾人之自由。此一切法律問題中之最主要者也。是以法律以權利爲本位，抑以義務爲本位？亦屬討論法律之先決問題。耶陵謂法律之基本原則有三，即「我爲自己而存在，社會爲我而存在，及我爲社會而存在。」（「I exist for myself, the world exists for me, I exist for the world」）見「Zweck iur Recht」 P. 33）

吾人不能完全爲自己而存在，亦不能完全爲他人而存在。最普遍的觀念，以爲法律乃建立於權利並義務兩者之上。同一法律規則，創造權利，亦即產生義務。創造義務，亦即產生權利。從任何方面考慮，其趨一也。是以樸洛克（Pollock）有云：「權利與義務不可分離，有如機械之有主動與反動，（「action and reaction in mechanics」）見所著「First Book of Jurisprudence」第六版 P. 73）

權利之設定，即所以樹立限制而禁止侵犯，法律不能允許權利而不加相對人以義務。權利可欲而義務可厭惡。然社會生活，彼此有相互關係，權利義務相對而生。魯濱遜飄流孤島，無相對人之關係，亦即無庸主張其權利。吾人生活於社會，如不願互負義務，將不能互享權利。

義務有消極義務與積極義務之分別。我有屋一所，有書一本，任何人不得侵佔，此一切人對我負有消極之義務也。我之債務人應向我清償金錢或交付物品，此債務人對我負積極之義務也。消極義務在於不作爲，而積極義務在於作爲。

奧斯汀(Austin)分別相對義務與絕對義務(relative and absolute duties)。相對義務有權利爲對象，而絕對義務則無對象。奧斯汀所謂絕對義務者有四：(一)對己之義務，如禁止自殺之義務是。(二)對不固人之義務，凡一切義務之對象爲社會全體或全人類者皆屬之。(三)非對人之義務，例如對禽獸之義務。(四)對主權者(Sovereign)所負之義務。(見所著“Lecture on Jurisprudence”)蓋義務有以固定人爲對象者，如債務人向債權人爲給付，親屬間互負贍養之義務，夫婦間互負同居之義務，此皆以固定人爲對象也。至於不得妨害公共秩序善良風俗之義務，無故不能損傷牛馬之義務，對國家負有納稅與服役之義務，其對象爲何國家令兒童必須受初級教育，必須種痘，其相對之權利爲何？蓋法律維持權利與義務，非徒爲個人之利益計，亦爲社會全體計。凡屬反社會性之行爲，法律得加以干涉。刑法懲罰犯罪行爲，並非因某甲損傷某乙而代某乙懲罰某甲，乃因公衆之安寧有待保障。是以對於不特定人所負之義務，其對象常爲社會全體之利益。

義務又可區別爲道德義務(Moral duties)與法律義務(Legal duties)。道德義務無法律爲之制裁，如上所述不得自殺及對禽獸之義務，法律無所規定，不處罰違反此項義務之人，是僅有道義之價值，而非法律上所謂義

務也。

晚近社會法學派學者多提倡權利即義務之說。以吾人享有種種權利須同時對社會負有種種義務，與個人主義所主張不同。蓋若純粹自個人主義立場言，享有權利者應有行使或不行使之完全自由也。然不行使權利而至於具有反社會性時，法律得加以干涉，例如土地所有人任其土地荒廢，使國家之資源減少，法律可責使墾植。又如父母對子女享有親權，親權之性質，既係權利，復為義務。至於權利之拋棄，在原則上個人雖有自由，但有若干種權利，屬於強制規定不容拋棄，如親屬權，人格權，自由權等是也。

### 第三章 構成權利之要素

一切權利之構成均含(A)權利之主體(subject of the right, or the person entitled)(B)義務之主體(subject of the duty, or the person bound)(C)權利之標的(object of the right)三者，茲分言之如下：

(A)權利之主體 權利必須有享有者。享有權利者為權利之主體。權利因主體而存在，無人享有者不能成為權利。得為權利之主體者惟人——自然人或法人——吾人已言於前。但有時權利之主體，乃不確定或尚未存在之人，仍不失其為權利。例如被繼承人已死亡，未留遺囑，繼承人尚未確定，此時遺產歸管理人暫管，權利誰屬？羅馬法視此項遺產為法人，此時權利主體，即係該遺產。但吾人得認此項權利之享有者乃將來之繼承人。又如未生之胎兒亦得享有權利，（參閱上第四篇第二章第一節「權利能力」）是尚未存在之人，亦得為權利之主體也。

(B)義務之主體 權利義務相對而生，享有權利者為權利之主體，而負擔義務者，則係義務之主體。得為權利主體者惟人，而得為義務之主體者亦惟人。義務主體對於權利主體負擔行為或不行為之責任，非權利之標的，如以下所述。權利之標的，得由權利主體自由支配。而義務之主體，乃具有意思之人，法律於固定情形之下，責令為某種行為或不為某種行為。羅馬法視奴隸如物，即夫對妻，父對子，在羅馬法中亦有絕對支配之權，於是奴隸、妻、子、

均得爲權利之標的。而現今法律，義務主體乃負擔某種責任之自然人或法人，不能視同標的物。販賣人口，以人口與物同授受，爲法律所不許。債權之標的，非債務人本身，乃債務人之行爲。

(C) 權利之標的 權利必有標的，始能行使。無標的之權利，難以存立，而義務亦無從履行。例如買賣契約雖已成立，但所約定物實不存在或非人力所能支配，則享有權利者不能主張其權利。權利之標的，有下述數種類：

(1) 物 權利之標的，最普通者爲物。然物有不能爲常人所占有者，有不能爲人力所支配者，均不能爲權利之標的。大海、穹蒼、空氣，在本質上非私人所能占有，而提供公衆使用或欣賞之物如道路、河、川、公園、古蹟、公共建築物，法律上不許私人占有，皆所謂不能爲常人所占有之物也。日月星辰非人力所能支配，物理學上可認爲物，而不能爲權利之標的。耳目口鼻，乃人身之一部份，亦即構成權利主體之一部份，亦不能認爲權利之標的。然髮離於首，齒離於口，則又成爲物而得爲權利之標的矣。依上所言，法律中所謂物者，其範圍較通常爲隘，然有時又較通常爲廣。法律區別有體物(material things)與無體物(immaterial things)有固體、液體，或氣物者爲有體物，此吾人所熟知。至於無體質之商標權、發明權、著作權、營業權等，因亦得爲權利之標的，法律亦視之爲物。

(2) 行爲或不行爲 權利有以行爲或不行爲(act or omission)爲標的者，例如僱主與傭僕之契約以供給勞務爲標的，在租賃契約之中出租人有要求承租人以善良管理人之注意保管出租物之權，優伶之演劇，醫生之奏手術，皆以行爲爲標的也。寄託契約之中，受寄人非經寄託人之同意不得使用寄託物，是以不行爲爲權

利之標的也。學者或稱「行爲或不行爲」爲權利之內容（content of right 參閱 Salmond: "Jurisprudence" 第七版 P. 241）。我國民法債編所謂「給付」（*prestatio*），兼指履行義務及物之交付。

(3) 自己之身體、人格、名譽、家庭。吾人有身體安全權、人格權、姓名權、名譽不受侵害權、家族關係不受妨害權，此類權利之標的，蓋即身體、人格、名譽、家庭等等。而其相對的義務主體，則爲一切人。

(4) 他種權利。上述無體物如商標權、發明權等等得爲權利之標的，此類標的，實即一種權利。德國民法以無體物爲權利，「德民第九十條，按法國民法及意大利民法有無體物（*bien incorporel*）與有體物（*bien corporel*）之區別」是權利之標的得爲他種權利。我民法物權編第七章第二節所稱「權利質權」享有權利者，得以權利爲質。是自質權人言之，其權利之標的即此作質中之權利也。

## 第四章 權利之分類

權利之分類學說甚多，然此種探討殊鮮實際效用。通常將一切權利分爲兩大類以便比較研究，吾人於本章舉最爲常見之分類數種。另於下一章將權利分爲人權、政治權、親屬權及財產權四者言之。本書不以供給專門研究之材料爲目的，僅述涯略，俾閱者易於明瞭。

### 第一節 自然權利與法律權利 (Natural and legal rights)

法律所規定的權利，並未包括一切，自然權利之觀念，仍有存在的理由。然自然權利如自然法學派（參閱第一篇「自然法學派」）所主張者，乃人類有生以來，所應享其他位超越法律權利，於說亦有未妥。權利觀念因人類有社會生活而發生，不能離社會而言權利。吾人對於權利尤其義務，應有明確的認識，而後有所遵守。自然權利內容無固定，何以責人以遵守。但若謂權利乃法律所創造，專恃成文法律，則亦有所不足。法律僅舉必要者予以保障，有屬事理之自然或得從法律一般原則中推斷者，雖無法律爲之規定，未嘗無可以主張之權利。空氣陽光，人人有享受之權利，此雖法律所未舉，而其存在固不容否認。——在不侵害他人範圍之內，吾人有行動之自由，此可從

一般法律原則中推斷，亦無庸有法律條文爲根據，始得主張。孟德斯鳩 (Montesquieu) 云：「若以爲現實法以外，即無所謂公正或不公正，猶曰，未有人繪成圓週以前，中心發光之射程不相等也。」(“*Esprit des Loix*” Liv. I, Oh, I, “Dire qu’il n’y a rien de juste et injuste que ce qu’ordonnent les lois positives, c’est dire qu’avant qu’on eût trace de cercle, tous les rayons n’étaient pas égaux”)

## 第二節 公權與私權 (public and private rights)

公權與私權之分別，沿襲已久，而其界說，至今尙無定論。然其意義，可概舉之如下。法律中各種規定，本可分爲兩大類。一類規定私人彼此間相互之關係。另一類規定私人與全體之關係。在私人彼此關係之中，國家僅處於公正人之地位，並不直接參預，惟於雙方發生爭執而訴諸法律之時，判其是非曲直。而在後一類關係中，一方爲私人，一方由國家代表全體。根據前一類規定所產生之權利爲私權。而根據後一類規定所產生之權利爲公權。是以服官權、入伍權、選舉權、被選舉權、複決權、創造權、罷免權、訴願權、訴訟權等爲公權，而其他僅關於私人之權利爲私權。

## 第三節 對世權與對人權 (Rights in Rem and rights in personam 亦稱絕對權利與相對權利)

對世權與對人權，亦一種經典式的分類。凡可以對抗一切人之權利如身體、名譽之安全權，各種自由權，任何



人不得侵犯者，謂之對世權。僅能對抗特定人之權利，例如因契約而獲得之債權，僅能對抗訂約之相對人，是爲對人權。

財產權中，物權乃對世權，債權乃對人權。例如我有屋一所或書一本，即享有該所屋或該本書的物權，任何人不得侵奪，是以物權乃對抗一切人之權利。而債權僅能要求債務人履行其義務，是以債權乃對抗某一人或某數人之權利也。

親屬權自其不受任何侵犯言之，乃對世權。而自親族間彼此相互之關係言之，則係對人權。例如家庭不容他人妨害，未成年人不得引誘其脫離有親權人，乃對世權。而親族彼此間所發生的權利，如監護權，養贍權，同居權等，則係父母子女間，夫婦間或其他親屬間相對之權利也。

對世權之對象常爲消極義務，而對人權之對象，得爲積極義務或消極義務。蓋對世權無非不受侵害，一切人負有勿爲侵害行爲之義務而已，不能強制一切人對我爲某種積極行爲也。然不無例外。例如孺子將入於井，任何人一舉手一投足即可出之於險，乃不營救而致之於死，足構成刑法上之遺棄罪，是孺子在此場合有受一切人救助之權利也。

#### 第四節 主權利與從權利 (principal and accessory rights)

權利有主從之別。從權利者附於主權利而存在之權利也。權利常受他種權利之限制，亦得因附帶有他種權利而擴大。例如債權附帶有抵押權，土地所有權附帶有地役權，皆因附帶他種權利而擴大也。

從權利既因主權利而存在，則主權利倘有變更或消滅，從權利亦隨之發生變態或消滅。例如抵押權附屬於債權，一旦債權因清償而消滅，則抵押權亦不復存在。債權如自某甲移轉於某乙，則此抵押權亦歸某乙。（民法八七〇條：「抵押權不得由債權分離而為讓與。」）

#### 第五節 原權與救濟權 (primary and sanctioning rights)

一切權利之確立，常有待他種權利之輔助，是以吾人得分別權利為原權與救濟權。例如身體安全權乃吾人原有之權利，倘一旦被人不法侵害，得行使正當防衛權，有向法院訴追權，有受賠償權。是身體安全權為原權，而防衛權，訴追權，受償權皆救濟權也。

## 第五章 權利之分類(續)

權利按其性質可分爲人權、政治權、親屬權及財產權四者。茲分言之如下：

### 第一節 人權

一切權利之中，有若干權利乃吾人生存與發展之基本條件。吾人能享有其他權利，必先能享有此類權利。如身體安全權、人格權、工作權、家庭權等等，吾人非是不足以圖存。因缺乏適當名詞，吾人在此處亦稱之爲人權。

人權 (Droits de l'homme) 一名詞，源流於法國大革命時期。當時所謂人權者，如「人權宣言」內所稱，乃人類有生俱生之權利，其應爲人人所享有，無非因大自然所賦予，不可剝奪。而今日觀念，則異於是。國家應承認一切個人享有此類權利者，因個人之發展有關於社會之進步。法律以增進社會之福利爲目標，即當承認個人有發展其本能之憑藉。

今昔觀念，雖有不同，然其趨向，固無二致。此類權利，應賦予一切自然人，不論其性別、能力、階級、遺傳等等，乃一般理論所均承認。

或以此種分別爲贅疣，任何權利，均以保障個人與發展其本能爲目的，豈獨人權爲然。然權利中有比較尤爲重要者，有應規定其行使之範圍與其享有之條件者，此種觀念，固無時不存留人類心理之中。學者常分別權利爲固有權利與獲得權利。固有權利者，直接基於人之本質而存在之權利。而獲得權利，則係輔助固有權利而存在之權利。人格愈完善，社會愈進步，則權利爲法律所承認亦日益增多。由固有權利而發生獲得權利，由因生果，循序漸進，權利觀念，益見完備。（參閱 Luigi Miraglia, "Comparative Philosophy of Law"）人權爲一切自然人所享有，而政治權通常有年齡、知識、品德、性別種種限制。人權經法律承認時，吾人卽能享有，而關於財產上之種種權利，雖經承認，吾人仍須憑自己能力獲得此種財產時，始有享受之實。人權惟賦予自然人，而財產權則自然人及法人均能享有。

基於上述觀念，現今若干基本權利，在一切國家中均由憲法加以保障，而其他權利，則由普通法規定。然何者爲基本權利，其觀念並非固定不變。社會環境有變遷，基本權利的觀念亦得隨之而異。近今各國憲法中所列舉之人民基本權利互有出入，繁簡不一。例如蘇聯憲法承認人民有獲得工作之權，有生活保障權，有受教育權，有休息權，此非一般憲法所有。雖各國憲法中所規定之個人權利，有逐漸增多之趨勢，然而若干權利反見縮小，例如私有財產，個人之絕對支配權，漸爲現今法律所否認。

通常憲法所保障的基本權利，可舉例如下：（一）身體安全權，非依法律不得逮捕拘禁審問處罰。（二）住所

不受侵犯權。此可謂身體安全權之擴充，個人住所非依法律不得強行侵入。(三)居住遷徙之自由權。個人有選擇其居住處所之自由權。(四)工作自由權。個人有選擇其職業之自由權。此與居住遷徙之自由權同為允許個人自行決定如何運用其體力與智力以發展其本能。(五)意見自由權。包括言論、出版、教學、廣播、信仰宗教之自由在內。倘無發表意見之自由，則彼此知識，無由交換而增進。(六)開會結社之自由權。開會乃臨時之集合，而結社乃有永久性質之組織。(七)通信通電之秘密權。(八)依法提起訴訟，請求審判之權。

## 第二節 政治權

此間所謂政治權者，指個人參預公務之權，如選舉權，被選舉權，應國家考試權，服公務權，入伍權，請願權，擔任陪審員權，複決權，創制權，罷免權，等等。

個人人格之發展，得參加公共事務，亦屬必要。學者常將政治權與人權相提並論，不加分別。蓋以政治權與人權，均係憲法中所規定。然兩者實有不同。人權之性質為私權，而政治權乃公權。人權乃人類生存之基本需要，而政治權乃所以發展人格，允許個人參預或監督統治權之行使。例如吾人即不能擔任議員，亦不至無以為生，而人權剝奪，將不足以圖存。因在實質上有所不同，是以人權與政治權在外觀上亦有區別。(A)政治權之行使有關於全體公益。知識欠缺品德有虧者，使之參預公務，足以妨害國家社會。是以人權早經承認為一切自然人所應享之權。

利，而政治權直至晚近尙存若干限制。如年齡、教育程度、性別、精神狀態等限制，吾人已述於上「公民資格」(參閱上第四篇第四節第二目)篇中。(B)受刑事處分者，得宣告褫奪公權，剝奪其參預公務之資格，而人權之剝奪，非現今法律之所有。(C)政治權僅賦予本國人民，而人權則在境內之一切人，無論爲本國人或外國人，在原則上一例享有。

意見自由權及開會結社之自由權，自其有關於政治的活動言之，亦可視同政治權。但廣泛言之，將無關於政治之發表意見及開會結社，如學術、經濟、社交等活動，均包括在內，則應視爲人權之一種。

### 第三節 親屬權

親屬權者從親屬間相互關係而發生之權利與義務也，是以親屬權爲私權。親屬之定義，吾人已言於上第四篇第四節，法律上所謂親屬，蓋指配偶、血親、與姻親而言。

親屬權如享有家庭權，親權，夫婦同居權，自其不受任何人侵犯言之，乃對世權，而自親屬彼此關係言之，則係對人權。親屬權之內容，極爲繁複，茲就其主要權義關係，分親權，配偶同居權，監護及親屬會議，扶養，及繼承權五目言之如次：

#### 第一目 親權

父權制度，已成過去，所謂親權，蓋兼指父權並母權而言。子女從父姓，父無可考或未認知而經其母認知時則從母姓，是父或母有使子女從其姓之權。未成年子女應以其父之住所為住所，是父母有使其未成年子女同居之權。未成年男女之訂婚結婚應得法定代理人之同意，（民法九七四條及九八一條，）是父母對於未成年子女有允許其訂婚結婚之權。未成年子女之特有財產，由父管理，父不能管理時，由母管理（民法一〇八八條，）所謂特有財產者，指因繼承贈與或其他無償取得之財產（民法第一〇八七條，）是父母對於未成年子女之財產有管理權。父母對於上述財產，並有使用收益之權，但非為子女之利益不得處分之（民法第一〇八八條第二項，）

親權之行使，原則上係對於未成年之子女而規定。父母對於未成年子女既負撫養之責任，當然須賦予管教之權利。是雖權利亦即義務，是以民法一〇八四條規定：「父母對於未成年子女，有保護及教養之權利與義務。」至於子女成年之後，得獨立別居，自理財產。然父母仍得於必要範圍之內懲戒其子女。民法一〇八五條所謂：「父母得於必要範圍內懲戒其子女」者，並無成年與未成年子女之分別。父母如有濫用其對於子女之權利時，其最近尊親屬，得糾正之。糾正無效時，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部（民法第一〇九〇條，）

對於未成年子女之權利義務，原則上由父母共同行使或負擔。但父母間於行使權利時意見如不一致，則由父行使之。父母之一方，死亡或有其他原因，不能行使親權時，由他方行使之。關於義務之負擔，父母不能共同負擔時，由有能力者負擔之。（民法第一〇八九條，）

父母與子女相互間扶養權及繼承權，吾人另述於下。

## 第二目 配偶之同居權

配偶之結婚離婚及夫妻財產制，吾人已述其梗概。（參閱上第四篇第四節第五目）關於夫妻之姓名，住所亦已略言於上。夫婦權義關係始於同居。倘同居關係不能成立，則其一切權義均發生動搖。是以吾人此處僅舉配偶之同居權。

民法第一〇〇一條規定：「夫妻互負同居之義務。但有不能同居之正當理由者不在此限。」所謂不能同居之正當理由者，如夫因公外出，妻有不能隨往之正當理由，不能歸咎於任何一方是也。但原則上夫妻互負同居之義務，換言之，即任何一方有要求他方同居之權利也。

然夫婦同居，難以強制執行。倘夫妻一方違反同居之義務時，法律有何制裁？法比等國民法，妻放棄同居之住所時，（妻以夫之住所為住所，是以放棄同居住所，僅就妻一方言）夫得聲請主管官廳命令其返還。倘繼續拒絕時即構成離婚條件。我國民法，無此規定。夫妻一方不盡同居義務，雖可請求法院判令返還，但不能強制執行。而離婚原因中亦無「不盡同居義務」之條件。（參閱民法第一〇五二條）夫妻之一方繼續拒絕同居，倘無「惡意遺棄」之行爲，在我國法律中，不能據此請求離婚。是以民法雖有夫妻互負同居義務之規定，而此項權利，毫無保障，條文等於虛設。



至於配偶間他項權義關係，如日常家務互為代理人權（民法一〇〇三條），聯合財產之管理權，家庭生活費用之共同負擔，子女之共同教養，收養子女之同意權，夫對於妻，妻對於夫之父母之扶養權等等，均以同居關係為根據。同居規定，如係具文，各種權義，均乏基礎。

### 第三目 監護及親屬會議

親屬對於親屬中之未成年人及禁治產人有監護權。「監護人」係「受監護人」之法定代理人，保護「受監護人」之一切利益，受「親屬會議」之監督。（未成年人及禁治產人參閱上第四篇第二章第三節「行為能力」。）

父母乃未成年子女之法定代理人，是以父或母生存之時，原則上不發生設置監護人問題。倘未成年人之父母雙亡，後死之父或母曾以遺囑指定某人為其子或女之監護人時，應從其指定（民法一〇九三條）。倘父或母均未曾以遺囑指定時，則親屬中應依下列順序遞補擔任未成年人之監護人：（一）與未成年人同居之祖父母，（二）家長，（三）不與未成年人同居之祖父母，（四）伯父或叔父，（五）由親屬會議選定之人。（民法一〇九四條）依法應為未成年人之監護人者，非有正當理由，不得辭其職務（第一〇九五條）。但其職務或甚煩重，未成年人之財產，有時頗多，監護人——除係與未成年人同居之祖父母外——得請求報酬，其數額由親屬會議議決之（第二一〇四條及一一〇五條）。關於監護人之其他規定，此間從略。

未成年人父母雖生存，但有下列情形之一者，亦得設置監護人：（一）父母均不能行使及負擔對於未成年子女之權利與義務時。例如精神失常，判處徒刑。（二）因特定事項，父母委託他人於一定期限之內監護其未成年子女。

禁治產人乃心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務而經法定程序宣告禁治產之人。一經法院宣告後，應即設置監護人。親屬中應依下列順序遞補擔任禁治產人之監護人：（一）配偶，（二）父母，（三）與禁治產人同居之祖父母，（四）家長，（五）後死之父或母以遺囑指定之人（民法第一一一一條）。

監護人受親屬會議之監督。親屬會議之職權，散見於法律各條文，而其主要任務，則為監護及繼承事件。

親屬會議應以五人組成之（民法一一三〇條）。有為親屬會議會員之資格者，係未成年人，禁治產人或被繼承人之下列親屬：（一）直系血親尊親屬，如父母、祖父母、曾祖父母。（二）三親等內旁系血親尊親屬，如伯、叔、姑、舅、姨。（三）四親等內之同輩血親，如兄弟、姊妹、堂兄弟、姊妹、中表兄弟、姊妹。（民法一一三一條）無上述各親屬或雖有而不足法定人數時，法院得因有召集權人之聲請於其他親屬中指定之（民法一一三二條）。關於親屬會議之其他規定從略。

#### 第四目 扶養

親屬之間，互相扶養，乃我國社會傳統美德。然往昔以扶養為道德問題，其責任至不確定。推親親仁人仁人愛

物之旨，其範圍可極廣泛。現今家族及財產制度，均有重大改革，扶養關係亦應隨之而變更。昔民族制度，財產屬於家族，非個人所能自由支配。家之範圍極大，家長主之。而今日我國採各國法律成例，成年子女得與父母分居，更無論其他親屬。家之範圍縮小，親屬間多無共同生活。財產之分別，畛域分明。夫妻有夫妻財產制，子女有特有財產，女子有繼承權。似此情形，扶養權義，如不確定，則偏誠牽強之事，必至隨時發生。

然法律中此類規定，與吾人生活狀況個人情感關係親切。倘與實際隔闕，民情違拂，即不足以改善社會生活。例如民法上關於夫妻財產制之規定，多至四十餘條，徒供學習法律者強記博問之用，鮮有採為模範者。女子繼承權實行，而女子扶養父母之義務及分擔家庭費用之義務，雖律有明文，仍少遵行之者。可見一斑。

現行民法關於扶養之規定，有相互扶養之義務者為：（一）直系血親相互間。（二）夫妻之父母與子婦女婿相互間，但以同居者為限。（三）兄弟姊妹相互間。（四）家長家屬相互間。（民法一一一四條）此外親屬，無受扶養之權利。如寡嫂、孤姪、庶母、伯叔、舅甥等，均無受扶養權。如有自願扶養者，只是道德義務。

親屬中未成年子女與父母相互間，及配偶相互間，彼此有財產關係，且有同居之義務，是以扶養問題，無庸特為規定。蓋未成年子女由父母保護及教養，其特有財產，歸父母管理並使用收益。而夫妻對於家庭費用，原則上共同負擔。（例如即採取分別財產制時，民法一〇四八條：「夫得請求妻對於生活費用為相當之負擔。」是也。）無須另為扶養。但已成年子女對於父母，其扶養之責任如何？如上述，直系血親相互負扶養之義務。民法第一一五

條及第一一六條亦規定履行扶養義務人以直系血親卑親屬爲先，而受扶養權利人以直係血親尊親屬爲先。即謂父母如需人扶養時，儘先由子女扶養。爲子女者，當先扶養父母，然後再及其他有扶養權人也。然我國觀念，子女對於父母之孝養，非常重視。現今所謂扶養者，僅於受扶養人不能維持生活且無謀生能力時，始發生此種義務。對於父母、祖父母，等尊親屬是否亦以有此情形者爲限？民法第一一七條第二項特設例外，直系血親尊親屬之受扶養不適用上述之規定。是以父母、祖父母、曾祖父母等生活雖非艱窘，亦得受子孫扶養。

扶養權之內容可述之如下：

(A) 扶養權乃特定人對於特定人之權利。扶養權利及義務發生於親屬身分，乃特定人對於特定人之權利與義務，不得轉讓或繼承，因當事人一方之死亡而消滅。

(B) 扶養制度乃所以救濟貧乏。民法第一一七條第一項規定：「受扶養權利者以不能維持生活而無謀生能力者爲限。」能自力謀生者即使貧困，亦不能要求扶養。惟直系血親尊親屬爲例外，已述於上。負有扶養義務之人，如實無能力，並得免除義務（民法第一一八條）。是以現今法律中之扶養乃救貧制度，並非報酬或表示親愛。

(C) 扶養之程度及方法法律僅宣示原則。扶養之程度按權利人之需要與義務人之經濟能力及身分而定，法律並無固定數額。至於扶養之方法，法律亦聽任當事人自行協議。能協議時，由親屬會議議定之。

(D)履行義務依法定之先後次序。親疏不同者數人，對於某一人均負有扶養義務時，依民法一一一五條之規定順序推定由何人履行義務。親等相同者有數人時，各依其經濟能力分擔。某人對於親疏不同者數人均負有扶養義務而能力不足扶養全體時，依民法一一一六條所規定之次序決定其應扶養者。親等相同者有數人時，按其生活需要酌定之。

(E)受扶養人於扶養義務人死後有酌給遺產權。扶養關係因一方之死亡而終止。但受扶養人如非繼承人，於扶養義務人死後，親屬會議應依其所受扶養之程度及其他關係，酌給遺產。(民法第一一四九條。)

### 第五目 繼承

繼承權與扶養權同係由親屬關係而發生的財產上利益。但兩者均基於親屬身分，不能視為財產權。是以吾人附述於此。

親屬相互間有繼承遺產之權。繼承人可分為兩種，即法定繼承人與指定繼承人是也。法定繼承人者，謂法律上所列舉有繼承權之人，雖無遺囑，亦得享受遺產之全部或一部。指定繼承人乃遺囑所指定，其繼承權完全根據遺囑。(參閱上第四篇第二章第四節第八目。)

法定有繼承權之人為配偶，若干血親，及養子女。姻親除遺囑特予遺產外，不享有繼承權。至於血親中何人有繼承權？有數人時，如何繼承？配偶與血親，同為繼承人時，其應繼部分為何？血親之繼承權，至何親等而消滅。言之如

下。

現民法一三三八條規定血親之繼承權及其繼承之次序如下：有直系血親卑親屬，如子女、孫男女、外孫男女、曾孫男女等時，遺產歸直系卑親屬之親等最近者繼承。無直系卑親屬時，歸父母繼承。無父母時，歸兄弟姊妹繼承。無兄弟姊妹時，歸祖父母繼承。次序相同者有數人時，原則上按人數平均繼承。（一一三八條及一一四一條）

配偶與直系卑親屬同為繼承人時，其應繼部份與他繼承人同。與死亡者之父母同為繼承人時，其應繼部份為遺產二分之一。與死亡者之兄弟姊妹同為繼承人時，其應繼部份為遺產三分之二。死亡者僅有祖父母時，遺產由配偶繼承。

依上述規定，計四種血親有繼承權，即直系卑親屬、父母、兄弟姊妹、及祖父母。外此血親無繼承權。直系血親卑親屬於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，得由其直系血親卑親屬代位繼承（民法一一四〇條），但外此無代位繼承之規定。是即兄弟姊妹之子女，如胞姪者，亦無繼承權，不能代位繼承也。按血親相婚之禁止，我民法規定至八親等（民法第九八三條）各國法律，旁系血親在若干親等內者亦有繼承權。我國法律繼承權之規定，範圍殊隘。私生子女經認領者，庶子女之自出者，亦係直系血親卑親屬有繼承權。他國法律有限制私生子之繼承權，使與婚生子不同者，我國法律無此分別。養子女之應繼部份為婚生子女二分之一。倘養父母無直系血親卑親屬時，遺產全部歸養子女繼承（民法第一一四二條）。死亡者在生前繼續扶養之人，應由親屬會議依其所受扶養之

程度及其他關係酌給遺產（民法第一一四九條。）無人繼承之遺產，應歸於國庫（民法第一一八五條。）

個人得以遺囑分配遺產。但此項自由，受「特留分」之限制。特留分者，法律保護法定繼承人之利益規定其最低限度之應得遺產，而防範立遺囑人將全部遺產贈送與他人也。英美等國採自由處分主義，個人對於遺產有完全支配之自由。法、德、瑞士、日本與我國法律採維持親屬關係主義，有特留分之規定。我民法一二二三條規定繼承人之特留分，直系血親卑親屬為其應繼分二分之一，父母及配偶亦均為其應繼分二分之一，兄弟姊妹及祖母均為其應繼分三分之一。特留分外，立遺囑人得自由支配。

#### 第四節 財產權

吾人之一切活動，常須憑藉物質力量。是以個人活動能力之伸展，有賴經濟條件之許可。財產權之存在，蓋所以給予吾人以相當物質上的滿足。昔法國「人權宣言」視財產權為人權之一種，殊無理由。若謂人類生而自由平等，不能謂人類生而享有財產。國家不能保證一切人民均有相當財產。所謂財產權者，無非謂個人得安享其固有之財產耳。然財產權倘作人均應享有最低限度之生活資料解釋，則可擬之於人權。譬如人民有受國家救濟之權，可列為一種人權。

財產權之性質可言之如下：

(一)財產權乃直接以物質之享有爲目的之權利。上述人權、政治權、親屬權，或純屬精神上與道義上之利益，或可以間接達到物質之享有。而財產權則直接以享有物質上之利益爲目的。

(二)財產權有融通性。親屬權發生於親屬身分，乃專屬權，人權專屬於自然人，政治權專屬於公民。而財產權可以轉讓，繼受，代理等等，自然人以外，團體如公司、學校、公共機關等等亦可享有財產權。

(三)財產權乃依自己力量所獲利益得受保護之權。財產權與其他權利根本不同之處，在於此種利益之獲得，一視個人自己之力量與地位如何。政治權與人權，一經法律承認，便可在一定範圍之內行使或安享之。而財產上權利，雖爲法律所保障，仍靠自力獲得，始能享有。例如土地所有權雖爲法律所承認，但貧無立錐者，仍難享有一片土寸地。

茲將財產權分爲「物權」「債權」與「無體財產權」三類分言之。

### 第一目 物權

物權乃權利中最爲常見而強固的權利。吾人有地一方有時計一枚，必曰我的地，我的時計，而不曰我對此地享有物權，我對此時計享有物權。蓋此權利，顯而易見，吾人對此地及此時計有絕對支配之權也。物權之標的乃有價值的物，是以物權乃財產權之一種。物權之標的，又必爲特定物。尙未確定或僅指種類之權利，不能構成物權。物權之性質可言之如次：



(A)物權乃直接對物之支配權。所謂支配，指吾人有實際管領之力。所謂直接，指不經他人得自行管領。例如有屋一所，有書一本，我得將該屋出售或出租，將該書出借或自用，無需他人介入以達到支配此屋此書之目的。

(B)物權有絕對性。物權乃可以對抗一切人之權。任何人侵犯我之物權時，均得要求恢復權利或賠償損害。且享有物權者得行使「追及權」。所謂追及權者，謂標的物雖輾轉落於若干人之手，仍得按照標的物所在而主張其權利。例如某甲有時計一枚，為某乙所竊，售之於丙，丙復售於丁，某甲得向丁主張其所有權。而下述之債權則不然，例如甲售屋於乙，在尚未交付亦未登記之前，乙對甲只有債權，即要求甲按契約履行其義務之權也。倘此時甲將該屋復售於丙，是為違約。但乙因未取得物權，不能對丙主張權利，只能對甲要求損害賠償。

(C)物權有排他性。物權含獨占性質。在同一物上面有兩種或數種不相容之物權時，則先成立者得排除後成立者而獨占其物。倘其性質可以相容，則先成立者有「優先權」。所謂優先權者，例如某甲以房屋一所向某乙抵借五千元，嗣復向某丙抵借五千元，而該屋僅值七千元，則於某甲售屋償債時，某乙可得五千元，而某丙僅得二千元，因某乙之抵押權成立在先也。

物權以物為其行使權利之對象。物有不動產與動產之分別，以不動產為標的者稱不動產物權，以動產為標的者稱動產物權。

物權受法律強有力之保障，是以何種權利應認為物權而予以有力保障，各國法律均列舉其種類。我民法第七五七條規定：「物權除本法及其他法律有規定者外不得創設，」是以物權僅以法律所舉者為限。現行民法所列舉者有下列各種物權：

(A) 所有權 所有權乃使用、收益及處分自己所有物並排除他人干涉之權。所有權乃物權中最主要亦最絕對之權利，亦稱總括的支配標的物之權。下述各種物權均限於固定事項，亦稱限制物權，蓋僅於一定限度內支配標的物也。例如地上權、永佃權等，吾人僅能對某甲之地享有地上權，對某乙之地享有永佃權。而所有權則絕對享有標的物，有使用、收益甚至燬滅之之權。所有與占有不同。占有者在法律上謂對物有實際管領之力，例如質權人、承租人、受寄人均係物之占有人，但非物之所有人。所有權須有合法名義，是以占有人不一定即是所有人。倘自己住自己所有之屋，用自己所有之車，則占有與所有合併，無須從此分別矣。

(B) 用益物權 用益物權者，指利用他人不動產之權利。民法中規定有四種，即「地上權」、「永佃權」、「地役權」及「典權」。地上權係在他人土地上面有建築房屋或其他工作物，以及種木、植竹、造林之權。（民法第八三二條。）永佃權係支付佃租永久在他人土地上為耕作或牧畜之權。（民法第八四二條。）地役權係在他人土地上享有為自己土地便宜之用之權，例如通過權、汲水權等等。（民法第八五一條。）典權乃我國所獨有，係支付典價占有他人之不動產而為使用收益之權。（民法第九一一條。）

上述各種權利，多半發生於契約關係，法律不視同債權而特別規定爲物權之一種者，蓋欲給予較爲堅強之保障。土地所有人，往往不能自己利用其土地。地上權及永佃權之存在，容許利用他人土地之人有長久之計劃。自社會經濟言之，實爲有利。地上權人及永佃權人通常亦向地主交納地租，但在土地上既有設計及投資，倘視爲單純租賃關係，有欠公允，是以法律特規定爲物權。至於地役權及典權，乃附於不動產之權利。地役權可視爲不動產所有權之擴充。典權雖不如所有權之絕對，但享有典權人既有長期占有之事實，復有變成所有權人之可能，是以法律亦視爲物權。

(C)擔保物權。擔保物權者以擔保債權爲目的，就他人之動產或不動產或權利有就其賣得價金受清償之權利也。現行民法所規定之擔保物權計有三種，卽「抵押權」、「質權」及「留置權」是也。抵押權乃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。(民法第八六〇條)質權乃對於移轉占有以供擔保之動產或權利，得就其賣得價金受清償之權。(民法第八八四以下各條)留置權者，指債權人在特定條件之下對於債務人之動產，於未受清償之前得留置之權。(民法第九二八條)

享有動產或不動產者倘於出賣其動產或不動產外，無他方法，足以利用其所有權以獲得相當數額之資金，必畏慮而不敢輕於購置。放款人倘僅有對抗債務人之請求清償權，於債務人財產不足償還其一切債務時，只能平均比例受償，蒙受重大損失，亦必畏慮而不敢輕於放債。是以擔保物權之規定，乃所以便利債權債務雙方，調劑

金融而以發展社會經濟爲目的也。擔保物權，既係物權之一種。物權有優先權，已述於上。是以享有擔保物權人，對於提供擔保之物就其賣得價金，先受清償，不問債務人有無其他債務。債權既獲強固保障，債權人方面樂於放債，債務人方面亦易於舉債。以不動產供擔保者稱抵押權。以動產或權利供擔保者稱質權。至於留置權亦以動產爲限。倘某種債權對於某種動產有牽連關係，而此動產又爲債權人合法所占有，則此債權人於債務人不爲清償時有扣留此項動產並有定期取償權。例如代運貨物之與運費，代修物件之與修繕費用，皆所謂有牽連關係之債權也。

## 第二目 債權

在通常用語中，債指欠款。而法律中所謂債者，含義較廣。羅馬法中所謂債（obligation）者，乃一種法律關係，在其中，一方有對他方爲某事或不爲某事之義務。（“Institutes de Justinien” 有“Obligatio” 篇 Liv. III, Title XIII）現今法律所謂債者，指財產上權利與義務之關係。債權云者乃特定人對特定人有要求其爲財產上一定行爲或不行爲之權。債務云者，乃特定人對特定人有爲財產上某種行爲或不爲某種行爲之義務。有要求權者被稱爲債權人，其對方即是債務人。債權債務既專指財產上關係，是以清償金錢，履行契約，賠償損害等等，以一方享有財產上權利，一方負擔財產上義務者皆屬債之關係也。

債之種類繁多，不爲法律所限制。依據契約自由之原則當事人得自由成立某種債權債務。雖不爲法律所規

定，倘其手續合法，一例受法律保障。但民法債編將最常見之各種形式，列舉於第二章，稱之曰「各種之債。」該章所規定之債凡二十四種，即買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、出版、委任、經理及代辦商、居間、行紀、寄託、倉庫、運送營業、承攬運送、合夥、隱名合夥、指示證券、無記名證券、終身定期金、和解、保證是也。

債權之性質，可言之如下：

(A) 債權乃財產權 債權發生，純屬財產上原因，由身分上而發生之權利，不得視同債權。例如由婚姻而發生之權利非債權，不得侵害他人身體安全之義務非債務。

(B) 債權乃對人權 (Right in personam) 債權乃特定人得向特定人要求為一定行為或不行為之權利，例如出租人得要求承租人交付租金，僱用人得要求受僱人服勞務，寄託人得要求受寄人返還寄託物，受委任人得要求委任人報酬之類。債權僅足對抗相對人，非可以對抗一切人之權利。

(C) 債權乃請求為一定行為之權 債權人憑其債權得要求債務人為某種行為，但只限於此特定行為。在此範圍以外，無要求為其他行為之權利。如係消極義務，則僅能要求債務人不為某種特定行為。例如某甲對某乙負有義務不得在同一街道上開設同樣商店，則某乙無權禁止某甲在另一街道開設此項商店，或在同一街道上開設不同商店也。

(D) 債權無優先權 物權有排他性。先發生的物權優於後發生的物權，吾人已言於前。而債權人則無此權

(E) 債權無追及權 追及權吾人亦已述於前，惟物權有之。債權人只能向其債務人主張權利，無追及權。

### 第三目 無體財產權 (incorporeal property)

有體物與無體物之概念，吾人已述於前，（參閱本篇上第三章(C)(一)及(四)）無體財產權，即以無體物為標的之權利也。在此名稱之內，實包括許多性質不同之權利。商標權，發明權得為權利之標的，商業可以出盤出頂，醫生律師事務可以轉讓繼承，皆得認為無體財產權。茲吾人舉其主要者，著作權，發明權與商標權三者述之於後。

(A) 著作權 我國法律中所謂著作權，包括著作家、美術家、雕刻家、編劇家、音樂家對於其作品所享有之權利。其作品無論為書籍、詩文、照片、圖畫、雕像、劇本、樂譜或其他知識產物均屬一種著作。或稱此種權利為「知識財產權」(propriété intellectuelle)。

昔法國詩人拉馬丁(Lamartine)稱此種權利乃財產權中之最為神聖者。思想乃最屬於一己之物，是以著作權亦最應受法律之保護。現今各國法律，對於著作權均予保護，禁止他人翻印、仿製、抄襲等等。得以轉讓抵押及繼承，亦視同財產。國際間且有保護著作權之公約。(“Convention pour la protection de la propriété littéraire et artistique”，成立於一八八六年，在瑞士京城並設有協會。)

著作權應受保護雖爲一般公認。但著作權受保護之期間是否應有限制？著作人在生前固應受其著作權之酬報。至其繼承人以及繼承人之繼承人是否可以永永繼續享有其權利？著作物之能永久風行，必有特殊價值，視爲一家之私產，殊違反於公益。各國法律大抵均規定有相當年限。我國著作權法（十七年五月十四日與「著作權法施行細則」同日公布施行）規定，著作權歸著作人終身有之，著作人亡故後，由承繼人繼續享有三十年。於著作人亡故後始發行者，屬於團體者，及不署姓名或用假名之著作物，其著作權年限爲三十年，自最初發行之日計算。翻譯書籍之著作權爲二十年，照片以非受他人報酬而作者爲限，其著作權爲十年等等。

（B）發明權 發明權之專利期間，各國法律所規定者，多較短於著作權。或以爲發明權不如上述著作權之純屬個人創作，蓋發明家多利用前人所發明之材料。或以爲發明權有關於工業之進步，不能因個人之利益而阻礙社會之發展。後一種理由，實爲各國不允發明人有長期專利權之原因。如法國規定爲十五年，美國規定爲十七年是也。且發明權之被承認，須請領執照，交納執照費以及年金。多數國家並限於執照頒發後若干年內，必須在願發執照國家內開始製造發明品。

發明權亦稱「工業財產權」(Industrial property)亦曾爲一種國際公約之內容。("Industrial property convention"，成立於一八八三年，亦設協會於瑞士京城)該公約規定，各簽約國此國人民在彼國關於專賣權商標權等，應受與本國人民同等待遇。

(C) 商標權 商標之使用，所以表彰自己所生產、製造，或經售之商品，以增進顧客對於自己出品之信用並防假冒也。商標由註冊而取得專用權，可以繼承、轉讓，或抵押，其得為財產權之一，毫無疑義。

我國於民國十二年已有商標法之公佈。經修改後，於二十年一月一日，新商標法及施行細則同日公佈施行。刑法中二五三條至二五五條並對於商標權加以保護。



## 第六章 時効

權利之構成及其類別，吾人既已述於上三章中。權利非固定不變，其取得，其設定，其喪失，與其變更，形態紛歧，不能一一列舉。

(A) 取得云者，謂本非已有而一旦成爲權利之所有者，此有「原始取得」(acquisition primitive)與「繼受取得」(acquisition dérivée)之分別。原始取得者，本無人享有，而獨立發生之新權利也，例如占有無主之物。然今日一切權利，大都均有人享有，吾人取得權利，大都自他方移轉。是以一般情形，均係繼受取得。原始取得之權利，因係新產生，其範圍及內容，惟以取得時之情形爲標準。而繼受取得，則根據前人享有該權利之情形，以斷定其範圍及內容。無人能將超過自己之權利轉讓他人，(nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)，乃法律上原則，是以繼受者不能主張享有超過前人之權利。

(B) 設定云者，謂根據某項權利而成立不同之權利也。例如在不動產上成立典權，在土地上設定地役權。此與原始取得有所不同者，因其成立，必有他種權利爲根據。然與繼受取得亦有不同，因係新生權利。

(C) 權利之喪失，原因甚多，如轉讓，拋棄，燬滅等等。喪失有絕對喪失與相對喪失之區別。絕對喪失者，權利根

本消滅，無人繼受其利益。而相對喪失，如贈與、價讓、繼承遺產、契約付與等等，在一方為權利之喪失，而在他方則為權利之取得，權利本身依然存在，特其主體變更耳。

(D)變更云者，謂權利之主體，或其內容，或其効力發生變動也。由甲移轉於乙，是為主體之變更。兩種權利本分屬於甲乙二人者，茲混合為一，由甲乙二人共同享有，亦係主體之變更。一種權利，分割為若干部份，由甲乙丙丁等數人分別享有，例如遺產之分割，亦係主體之變更。至於權利內容之變更，形態甚多，例如物權因物體之附合而擴張，因設定典權、質權、地役權等而縮小，債權因附有抵押權而擴張，因乙部份清償而縮小，皆足使權利內容發生變態。又如權利因登記而得對抗第三人，法人因依法成立而取得人格，則皆權利効力之變更也。

權利既常發生動態如上述，則其原因為何，亦可提綱挈領，分為數類。就權利發生動態之原因言之，有由於法律者，有由於自然事實者，有由於人類行為者。權利乃法律所承認，一旦法律變更，權利亦受其影響。（參閱上第三篇第五章第三節「法律効力不溯既往」）自然事實如天災人禍之燬滅標的物，某一親屬死亡而遺產開始繼承，到達成年年齡而有行為能力，皆不由於人類意志而發生，於自然事實，亦足影響於權利也。然權利變動最多最常者，自係由於人類之行為。蓋法律雖規定其條件而推動之者，則係人類行為。倘其行為適合法律條件，即足以發生法律効果，而使權利發生變動。契約之訂立，國籍之取得或喪失，婚姻之締結與離異，繼承之接受或拋棄，代理權之授與或撤銷，諸如此類，皆基於人類行為而獲得法律効果也。

於上述數種原因之外，時間之經過，亦可影響於吾人之權利，即所謂「時効」(prescription)者是也。吾人權利，得因相當時間之行使而取得，亦得因相當時間之不行爲而喪失。時間之經過，乃一種自然事實，而在此時期之內，吾人行使或不行使某項權利，則係人類行爲。是以時効問題，乃自然事實與人類行爲併合問題。

法律所以有時効制度之規定者，蓋所以維持社會生活之安定而保障善意之占有人，吾人當述之於下。因經過相當時間而取得者，被稱爲「取得時効」(prescription acquisitive, usucapion)，因相當時間不行使而消滅者被稱爲「消滅時効」(prescription extinctive)，兩者用意，各有不同，茲於此章分兩節述之。

### 第一節 取得時効

權利在原則上吾人有行使或不行使之自由。我有宅一所，不因久不居住而喪失居住之權，有田一畝，不因久不耕種而喪失耕種之權。然若干權利，久被其所有人所棄置不問使實際占有之人，相信爲自己所有。苟無相當時期爲之限制，任何年月，原始所有人，忽爾提出異議，使現在之善意占有人突然喪失其權利，即一切人之曾與該占有人發生各種關係者，亦將受此一旦推翻之影響。權利常在移轉與授受之中，今日之占有者繼受此權利於昔日之占有者，一一追溯可至於上古洪荒時代。倘此權利，在授受之中，曾一度發生瑕疵，現在之占有者，均有喪失其權利之危險，則社會中一切占有者，均難確知其權利是否屬於自己也。是以法律酌定相當期間，在此期間之內，倘無

人能否認其所有權，則此權利即屬確定不移。所以維持社會生活之安定而清結一切法律關係也。

取得時効，適用於物權。蓋必實際繼續占有而具有外觀之形跡者，始能因其長期占有之故而確定其權利。倘非物質上之占有，雖長期主張不為對方所反對，亦不能遽認為取得此項權利。例如某甲主張某乙欠渠千元，繼續主張至於二十年之久，並不能因是而取得債權。然自反面言之，有債權而不主張，經過相當時期之後，雖欲主張，亦不可得。蓋其債權，已因時効之完成而消滅，是謂消滅時効。消滅時効與取得時効兩者，源流與設立意義均有不同，是以吾人述消滅時効於下第二節。時効制度源流於羅馬法。中古意大利註釋學派解釋羅馬法中之 *Daucepion* 及 *Prescriptis actum* 為取得時効與消滅時効，以為其性質係相對立。今日法國民法於其民法第三卷第二十篇即二二一九條以下總稱之為「時効」(De la Prescription)，包括取得時効與消滅時効在內。日本民法亦然，蓋基於上述觀念。但取得時効專適用於物權，消滅時効則適用之範圍較廣，學者以為兩者用意實有不同。是以德國民法將取得時効規定於物權編中，而將消滅時効列於總則篇中，較為合理，為我國現行民法所採用。

如上言，取得時効，乃所以保護現在之占有人。蓋占有與所有之意義不同。占有乃事實上管領之力，不問其是否為該物之主人翁，而所有者則係名分之確定。名分確定，雖一時不占有，例如將所有物租賃與人，仍不失為該物之所有人也。是以從占有變成所有，不但須經過相當時間，且須符合法定條件。明係他人所有，而以強暴手段霸佔或以秘密方法隱匿他人之所有物，當然不能享受時効之利益。各國法律，規定不同，我國民法關於取得時効之規

定，可舉要如次：

民法第八〇三條規定：「以所有之意思占有無主之動產者，取得其所有權。」第七六八條：「以所有之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，取得其所有權。」第七六九條：「以所有之意思二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人。」第七七〇條：「以所有之意思十年間和平繼續占有他人未登記之不動產，而其占有之始為善意並無過失者，得請求登記為所有人。」綜上各條，關於權利之標的計分為無主之動產、動產及未登記之不動產三種，而其取得所有權之條件，因之不同。如係無主之動產，只須以所有之意思占有，立即取得所有權。如係他人之動產，於所有之意思外，須和平公然占有，並須經過五年之期間。他人已經登記之不動產，不能由時効取得。如係他人未登記之不動產，則其取得所有權條件為：（一）以所有之意思占有，（二）和平占有，（三）繼續占有，（四）經過二十年之期間。所謂以所有之意思占有者，初不問其為善意與惡意也。即明知非自己所有，而故意以所有人自居，在外觀上係所有人，亦認為具備所有之意思。是以法律對於善意無過失之占有人，特縮短其期間為十年，以示保障，此第七七〇條所規定也。

占有人在其占有物上行使權利，推定為適法。所有之意思，僅就外觀而言，如無反證，則法律推定為具備所有之意思。及和平與公然之方法。盜賊或遺失物，在兩年內得請求返還，雖占有人並非原來盜取或拾取該物之人，亦得追還。然使無辜者蒙受損失，有欠公允。是以法律規定，凡由拍賣或公共場所購得，或由出售同種貨物之商人購

得者，須償還其支出之價金。蓋有上述情形，足以證明其善意。倘購得原因曖昧不明，則不得要求償還價金。（參閱民法九四〇至九六六條。）

取得時効之計算，從某時起至某時止，須繼續不斷。如中途停止占有，則從前已經過之時間，歸於無効。俟回復原狀，再重新計算，不能合併以前時効計算，是為時効之中斷。（民法七七一條。）

## 第二節 消滅時効

一切權利，均受法律保護。然吾人倘無享有之意思，除若干例外——如自由權、親權、身分權不得拋棄——之外，吾人得自動聲明放棄，而權利亦即因之而消滅。如各種財產權及繼承權之得拋棄是也。但權利之所有人，倘無享有之表示，亦不聲明拋棄，此種狀態，如任其繼續，一切關係人，得感受重大不便。例如定期受領之利息或租金，債權人有收取之權而久久不收，則其債務人坐視債款積壓日高難以措置。又如配偶之一方與人重婚者，他方有請求離婚之權，而坐視其結婚生子，久久不提出離婚之要求，則彼此之法律地位永不確定。再如零星賬目，如旅館飲食店之賬單，運送費，醫生診金等，雖有收據，付款人不能謹慎保留，倘債權人得於任何時要求清償，而債務人方面證據湮滅，必至為狡滑之債權人所乘。是以在若干種情形之下，有權利而不行使，經過相當時間之後，其權利歸於消滅。此所以促使權利所有人注意，亦所以安定社會生活也。

消滅時効，適用於固定事項，以律有明文者爲限。因權利之性質，而規定其期間之長短，散見於法律條文。期間屆滿，權利所有人不得請求相對人履行義務，其相對人亦得以時効屆滿爲理由而拒絕之。

然所謂消滅者，乃請求權之消滅，非權利本身之消滅也。倘債務人不知時効業已完成，而仍向債權人爲給付，則此行爲，依然有効，債務人不得於事後復以消滅時効爲理由，請求返還。即過期之後，仍以契約承認該債權之存在，或在或提出擔保者，亦屬有効（參閱民法第一四四條）。此消滅時効所以大異於取得時効者。取得時効，使權利之本身發生變態，而消滅時効，僅請求權之消滅。有權利而不能請求，雖與喪失相等，然對方倘仍加尊重，可生法律効果。茲分爲「消滅時効之期間」，「消滅時効之開始」及「消滅時効之停止與中斷」言之如次：

(A)消滅時効之期間 消滅時効之期間，法律因權利之性質，而異其規定，其長短至不一致。例如利息，紅利，租界，贍養費，退職金及定期一年以內之債權，其請求償還權因五年間不行使而消滅（民法一二六條）。旅館賬，遊藝場所之消費賬，運送費，醫生診金，律師公費等，其請求償還權因二年間不行使而消滅（民法一二七條）。出租人請求承租人對於租賃物賠償損害之權因二年間不行使而消滅（民法第四五六條）。配偶與重婚或通姦者，他方得請求離異，此請求離婚權，由得知起二年間不行使而消滅（民法一〇五三條）。受贈人對於贈與人如有侵害行爲或有扶養義務而不履行者，法律允許贈與人撤銷其贈與，此撤銷權因一年間不行使而消滅（民法四一六條）。將自己所有物貸與他人，借用人倘加損壞，貸與人得要求損害賠償，此要求賠償權，因六個月間不行

使而消滅（民法四七三條。）繼承人得聲明拋棄其繼承權，此聲明拋棄權應於知悉後二個月內行使之。（民法一一七四條。）一般權利之請求權，因十五年間不行使而消滅（民法第一二五條。）以上所舉，均民法上關於消滅時効之規定。刑法之中亦有時効制度。但其意義與民法所規定者不同。刑事之訴追與執行者乃國家，國家行使刑罰之權，乃其職責，不能放棄不行使。然日期過久，罪證消滅，調查困難，或犯人己改過遷善，無復處罰之必要。此時再有訴追及執行行為，足以擾亂社會之安寧。是以國家之追訴罪犯權及執行刑罰權，亦受時間之限制。我國刑法規定，凡屬於死刑，無期徒刑或十年以上之有期徒刑，其訴追權因二十年之不行使而消滅。三年以上十年未滿之有期徒刑，經過十年後不得訴追。一年以上三年未滿之有期徒刑，經過五年後不得訴追。一年以下之有期徒刑，經過三年後不得訴追。均自犯罪行為成立之日起算（刑法第八十條。）訴追云者，謂有犯罪之事實而對之起訴並主張也。若業已起訴並業經法院判決，則國家當依據法院之判決而執行刑罰，是為執行權。刑事執行權之行使，亦受時間之限制，以較長於訴追權為原則。死刑，無期徒刑或十年以上有期徒刑之行刑權因三十年之不行使而消滅。三年以上十年未滿有期徒刑之行刑權，因十五年之不行使而消滅。一年以上三年未滿有期徒刑之行刑權因七年之不行使而消滅。一年未滿有期徒刑之行刑權，因五年之不行使而消滅。拘役、罰金、或專科沒收者因三年不行刑而消滅。均自裁判確定之日起算。

（B）消滅時効之開始 消滅時効之計算，自何時開始？民法一二八條規定，時効自請求權可以行使時起算。



例如債務以清償期屆之日爲始。到期而不清償，債權人即可請求履行，如不請求，則時効屆滿後不能再作請求。非關債務者，按其情形，有以事實發生時爲始者，有以知悉之時爲始者，均由各該法律條文中規定。

以不行爲爲目的之請求權，自爲行爲時起算（民法第一二八條）。例如某甲對某乙負有不於同一地點經營同一商業之義務，而某甲不遵守。則某乙當某甲開始營業時，即可請求其停止或遷移。此項請求權，應自某甲開始營業時計算其時効。

附有條件之法律行爲，自條件完成之日計算，而非以行爲之日爲始計算時効。例如某甲允贈與某乙三千金，但以某乙成年結婚爲條件，則某乙請求某甲履行其諾言之權，開始於成年結婚之日，而非開始於允許贈金之日也。按期給付之債權，非以第一期到期之時起算，乃以各期到期之時個別起算。例如按期付息，則每期利息之請求給付權，當個別計算其時効是也。

(C)消滅時効之停止與中斷。時効自開始之日進行。然設立時効之意義，謂權利人無所表示，是以經過相當期間後，其權利消滅。倘時効未完成之前權利人有所表示，則時効爲之中斷。又如某種事實發生足以障礙權利之行使，致權利所有人不能行使其權利，則不能使負不行使之責任，是以法律有時効停止之規定。

停止云者，謂因某種事實，而不計算此一段期間，但事過境遷，時効仍繼續進行，以前已經過之時間仍可加入計算也。此與中斷不同。時効之中斷者，以前已經過之時間，不能再行計算，於中斷事實過去後，重新起算是也。停止

之規定雖至公允，但在計算上則甚複雜。倘某項事件其時効曾經數次之停止，則應計算每次之起迄時間，而後總計其經過若干年月以判定其時効已否屆滿。是以我國民法僅有時効不完成之規定。不完成者，謂時効屆滿之時有某種事實之存在，致權利所有人難於行使其權利。則不問其不行使為無意或有意，法律均不認此時効為已完成，而仍允許權利所有人於障礙事由過去後，於固定期間內行使其權利。關於消滅時効不完成之理由，我國民法規定者有以下所舉五種：(1)因天災或其他不可避免之事變而不能行使其權利者（一三九條）。關於繼承財產的權利，因繼承人未確定，或管理人未選定，而不能行使其權利者（遺產如被宣告破產則在未宣告破產前，民法一四〇條）。(2)因權利所有人無行為能力，又無法定代理人而不能行使其權利者（二四一條）。(3)無行為能力人或限制行為能力人對於其法定代理人享有權利，而因受監護關係致不能行使其權利者（一四二條）。(4)夫對於妻或妻對於夫之權利，因婚姻關係存續，致不便相對行使其權利者（一四三條）。(5)有上述五種情形者，時効於該各事由存在時不能完成。事由過去，(1)項得於一個月內，(2)(3)兩項得於六個月內，(4)(5)兩項得於一年內行使其權利。

中斷者，謂經過之時間不能再行計算。中斷事實過去後，倘仍不行使其權利，則其消滅時効重新起算。消滅時効中斷之原因，為民法一二九條所明定：(1)請求消滅時効在於消滅請求權，今請求權既經行使，時効自為之中斷。但請求後，義務人如置諸不理，則六個月內即當起訴。如不起訴，即與不請求無異，仍視為不中斷（民法一三〇

條。(2)承認。因消滅時効而受利益之人，倘在時効進行中，表示承認權利人之權利，則時効亦爲之中斷。(3)起訴。向法院起訴，時効自爲之中斷。與起訴有同一効力者，經由司法機關而爲之若干行爲，如依督促程序而送達之支付命令，因和解而傳喚，報明破產債權告知訴訟，及開始執行行爲，或聲請強制行爲。

## 第六篇 行爲

### 第一章 概說

行爲云者，生於意思而表現於身體之動作也。僅有意思而無所表現於外者，不能謂有行爲。僅有動作而毫無意思存於其間者，如孩提，瘋人之行爲，在法律上認爲無効。

關於行爲能力，吾人已述於前，（參閱上第四篇第二章第二節。）凡到達一定年齡，識別力健全者，一切動作躬自主宰，不能以無意思爲詞而自脫於行爲之責任。然意思之產生，由於各種原因（cause），有異於一時之感覺（sensation）。原因決定吾人之意思。倘造成意思之原因，顯有錯誤或被入脅迫或受人詐欺等情形，則因此而發生之動作，法律許其撤銷。此吾人當述於下「法律行爲」章中。一切行爲，必先有意思之決定，而後着手實行。自意思發生至於實行，兩者之間，必有連絡。倘行爲人對於其動作之結果缺乏認識。其所造成之事實，非其本意。則其動作與意思，欠缺因果關係。因此而發生之行爲，乃過失而非故意，吾人亦當述之於後。

法律乃社會行爲之準則（rules of conducts）。全部法律，無非關於人類之行爲。然不能謂一切行爲均有法

律可以依據。蓋法律僅對於有影響於他人之權利與義務之行為始有規定。法律所不規定者，吾人有行動之自由。仰觀飛鴻，俯瞻游魚，亦屬有意思之動作，但法律以其無關於他人之權義，置諸不問。法律所規定者，皆屬一定情形之下足以產生一定結果之行為。灣曲手指，不引起法律問題，然灣指於手鎗，則可以構成犯罪行為。踐踏田地，必同時該田地屬於他人，始為犯法。

自此而言，法律之範圍，實較道德禮教等為狹隘。道德禮教皆欲感化人心，而法律只在規正外表的行為。道德禮教，旨在移風易俗，而法律但求保障社會之安寧。或以法律為下乘，然確切明瞭，使個人了然於己身之權利與義務，足以奮發鼓舞增長能力。道德禮教，繁縟浮移，難知易犯。上焉者矯情任智，相率為偽。下焉者動輒得咎，不知適從。縛束知識材能，流於消極。迨夫藩籬一決，遂汜瀾而不可收拾。近今知識變遷，互古未有。吾人行為，當以何為標準？捨棄法律高談道德，則道德所根據者乃社會一時之信念。一時代有一時代之習慣趨向與信仰。何者絕對為是？何者絕對為非？在今日言人人殊，是吾人之行為，亦將遇事狐疑，依違莫決也。將以一己之利益，為自我行為之依據乎？人類乃有情感與理智之動物，同情心，責任心，自尊心與利己心同時交關。世上僅有極少數人能不顧一切，純粹以自己利益決定其一切行為。況社會之中，利害互相衝突，純任利己之心，必難自容於社會。法律僅於必要範圍之內規定人類行為。對於合法行為，予以承認，俾能達到所希冀之結果。對於違法行為，加以懲罰，俾社會生活不受侵擾。雖不能悉符吾人之理想，然終勝於無標準之估計。茲將法律中對於行為之分別舉要如下：

(A) 適法行爲與違法行爲 適法行爲即合法行爲。吾人行爲，皆以達到某種結果爲目的。行爲之符合於法定條件者，在法律上爲有效，於是所希求之目的得因法律之協助而達到。而行爲之違反法律者，爲法律所否認或制裁，則其所產生之結果，將與行爲人之目的判然不同。侵害他人權利者負損害賠償之責任，犯罪者喪失身體之自由，此類結果，豈行爲人所希求，然亦起因於行爲。

法律上有關於彼此權利義務之行爲，在一般民事事件稱之曰「法律行爲」(Juridic act)，吾人述之於下第二章。違法行爲，在民法上爲「侵權行爲」，在刑法上爲「犯罪行爲」，在違警事件上爲「違警行爲」，吾人當述之於後。

(B) 積極行爲與消極行爲 根由於意思而使身體有所動作者乃積極行爲。根由於意思而使身體不動作者，倘因此而發生法律效果亦可視爲行爲，是爲消極行爲。刑法上所謂不作爲犯，蓋即本於意思而無身體之動作。例如對於應扶養之人故意遺棄不爲扶養，足以構成遺棄罪。不服從命令，聚衆不肯解散者，足構成妨害秩序罪。是以法律如有規定，不當爲而爲之者固屬違法，當爲而不爲者亦係違法。現行刑法第十五條：「對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行爲發生結果者同。」是也。

(C) 要式行爲與不要式行爲 行爲須具備一定形式者，爲要式行爲。無法定形式但有意思表示即屬有效者，爲不要式行爲。一般行爲，法律不規定其形式者，均屬不要式行爲。然有若干行爲，法律不欲當事人草率從事以

自陷於錯誤，於是結婚須有相當儀式，收養子女須以書面爲之，兩願離婚須有二人證明等等皆規定形式以昭鄭重。又有若干行爲須相當公開，俾第三者得知其行爲之存在，例如不動產物權之移轉或設定，須以書面爲之，（民法第七六〇條）是也。凡屬要式行爲，當事人不依法定方式爲之者在原則上無効。（參閱民法第七三條）至於不要式行爲，得以任何方法表示其意思。而當事人有時亦以某種形式完成其行爲。例如買賣動產，乃諾成契約，有意思表示即可成立，而有時雙方簽定書面契約，訂婚本無一定形式，而男女兩家，肆筵設席，倩人證明。此不過慎重將事之意，其行爲之成立，固不待此等形式也。

（D）故意行爲與過失行爲 明知而故爲之者爲故意。對於行爲之結果欠缺認識或疏於注意者爲過失。然故意與否，乃心理狀態。吾人審度行爲人之心理，只能就客觀的環境，推定其爲故意或過失。

關於故意，從來有認識主義與希望主義兩種學說。主張認識主義者以爲行爲人對於行爲之結果，本能預見者，即係故意。而希望主義則以爲於認識之外更須有希望發生此項結果之心，始爲故意。現行刑法第十三條：「行爲人對於構成犯罪之事實明知並有意使其發生者爲故意。」蓋採取希望主義。但有時結果之發生，雖非行爲人所希望，而有無可無不可之心，聽其發生，不能謂爲非故意。刑法第十三條第二項：「……預見其發生而其發生並不違背其本意者以故意論。」例如置毒於餅謀殺某乙，見某甲取而食之不加阻止，某甲竟中毒而死。雖置毒餅中之時，非有意殺害某甲，但明知其結果之將發生而聽任某甲食之而死，是亦構成故意殺人罪，不能謂爲過失而減

輕也。

過失之定義，亦見於刑法第十四條曰：「……按其情節應注意並能注意而不注意者為過失。」應注意者謂有注意之義務。能注意者謂有注意之能力。倘吾人對於某種事實之發生，本無注意之義務或無注意之能力，雖不注意，亦不發生過失問題。隣家失火，雖事先未曾注意，並無過失，因無注意之義務。吾非藥劑師，不知配合藥劑，因無注意之能力。是以過失云者，既應注意，又能注意而竟不注意也。有此情形即不免負擔過失之責任。

民法上侵權行為，不論為故意或過失，原則上均負賠償損害之責任。而刑法以處罰故意行為為原則。過失行為之處罰，刑法上有特別規定者為限。（參閱民法第一八四條及刑法第十二條。）

（五）行使權利行為與履行義務行為 吾人行為，或為行使權利，或為履行義務，行使權利應在一定範圍之內，不得過當。又民法第一四八條曰：「權利之行使不得以損害他人為主要目的。」有權利者，當然可以行使，且行使權利時，不能不對他人有所損害。然行使權利，倘其唯一目的在於損害他人，則為法律所不許。即非唯一目的，但其行為之主要目的，乃係損害他人，亦不能藉口行使權利而認為合法也。

履行義務，應以誠實方法。不履行其義務者，法律自有制裁。但狡滑之債務人，百端抵賴，既不肯顯然作拒絕之表示，亦不依照承諾，或法定條件忠實履行。民法第二一九條有概括之規定曰：「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。」又同法第二二〇條曰：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」



(F)單方行爲與契約行爲 法律行爲，可區別爲單方行爲與契約行爲。單方行爲者，一方表示意思即可成立之行爲也。例如處分自己所有財產，占有無主財產，成立遺囑，接受或拋棄繼承，承認私生子女等等，皆由一方表示，即可生效。契約行爲亦稱雙務行爲，則須由雙方意思合致而成立。例如婚姻、買賣、收養、租賃，及各種契約之成立，皆屬契約行爲。

單方行爲，有時非一人之意思而乃多數人之意思。譬如公司股東會之決議，共有人對於共有財產之同意處分，均非單獨之意思而出於多數人之公決。爲共同決議之多數人，彼此間本於契約關係，乃契約行爲，而對外則爲一致之共同行爲。

(G)有償行爲與無償行爲 法律行爲之中，又常被區別爲有償行爲與無償行爲。有償行爲者以對方作相等之犧牲爲目的，如買賣交易、租賃，有利息之借貸等皆是也。無償行爲者，不以取得代價爲目的，例如贈與、遺囑、無利息之借貸等皆是也。上述一方表示意思即可有效之單方行爲，限於無償行爲。若以取得相當代價爲目的，則以雙方意思合致爲其成立條件。

學者關於行爲之類別甚多，然大抵於研求某種法理時區分種類以便深入也。本書既係通論一般法律之作，並非專門研究，僅舉類別如上，以免繁雜。

## 第二章 法律行爲

### 第一節 何謂法律行爲？

人我之間，存立有許多法律關係，而其大部份，皆由行爲造成。基於身分上之權利與義務雖由法律所強認，但如何行使權利及履行義務，亦有待於行爲。權義之變動，雖常受自然事實與法律變更之影響，但變動之原因，仍以人類行爲爲最重要（參閱上第五篇第六章關於權利之得喪變更）。吾人取得權利或完成義務，私人之間，最多。法律行爲（*juristic act, acte juridique*）者，乃私法行爲而以創造、消滅，或變更權利，或義務爲目的也。茲將其意義，說明如下：

（一）法律行爲乃私法行爲。法律行爲，指私人相互間之行爲。國家之行政行爲，立法行爲，司法行爲，以及私人行爲之以發生公法上效果爲目的者，不能適用關於法律行爲之規定。刑法之執行，一方爲國家，代表社會全體之利益，是以法律行爲亦非刑法上所謂行爲。法律行爲，既僅適用於私人相互關係，是以規定於民法之中（參閱民法總則第四篇）。但民法法典，自廣義言，包括一切私法。是以商事行爲及一切民事行爲，均可適用民法中關於

法律行為之規定。

(二)法律行為乃創造消滅或變更權利或義務之行為。行為之無關於權利或義務之得喪變更者，為法律所不過問。法律行為者，乃有<sup>之</sup>意思之行為，而以創造、消滅、或變更某項權利或某項義務為目的也。既生影響於權義，必以法律為依歸，否則行為歸於無効。

(三)法律行為乃欲達到某種希求目的之行為。行為有適法行為與違法行為之分別。吾人行為，既皆有希求之目的。欲達到某種法律效果，必先求行為之適法。違法行為，雖亦可發生法律效果，但其效果，非行為人所希求。法律行為倘符合法定條件，受法律之保障，其効力為法律所承認。信足閒行，任情談笑，毫無目的，不能謂為法律行為。但僱車於市，購物於肆，既有目標，復有關於他人權義，即可視為法律行為。

## 第二節 法律行為與意思表示

意思與動作之關係，吾人已屢述於前。法律規定人類行為，在在將意思的因素加入考慮。無論在民事事件或刑事事件，均須探討行為人之意思。但意思惟在可以認識狀態之中者，得憑其狀態而決定其趨向。僅有意思而無所表現於外者，其趨向無可捉摸，法律亦無從規定。是以意思表示云者，指意思之有顯露於動作者也。

然意思既已表現於動作，則意思表示即行為也。在許多場合，一有<sup>之</sup>意思表示，其行為立即成立，不能將意思之

表示與意思之實行分爲兩個階段。例如動產物權之讓與，原則上非將動產交付不生効力。（參閱民法七六一條第一項）我有錶一枚，果決意讓與某甲，必將此錶交付與某甲。倘不交付則雖屢屢言之，於意思有欠明瞭，其讓與行爲，不生効力。但一經交付，立即發生行爲之効力。（但受讓人已占有該動產者，訂立契約以代交付者，動產由第三人占有者不在此限。見民法七六一條第一項末段及第二第三項。）是意思表示與行爲無所分別也。然在法律行爲中意思之表示與實行之動作，往往可作明瞭之分別。甚至表示意思者爲另一人，非行爲人，例如授權代理人代爲意思表示是也。法律行爲因意思表示而成立，是以意思表示與法律行爲所關至切。

（A）意思表示之方式 意思表示者，有一定目的並有欲達此目的之意思，而將此意思置於他人可以認識狀態之中也。關於意思表示之方式，法律並無規定。以文字表示，以語言表示，或但作手勢或領首，有顯露於外觀之動作，均可認爲意思表示。雙方成立契約不以書面爲限，口頭同意，法律上亦稱爲契約。

意思表示可分別爲：（一）明示與默示。明示謂用積極方法傳達其意思。例如以文字、語言或其他動作使相對人明瞭其意思。默示指以消極的方法表示其意思。例如不作爲及沈默，而其消極態度係有意識的，足使相對人認識其意思是也。（二）直接表示與間接表示。直接表示者，對於某種事實，直接表示其意思，此乃通常情形。而間接表示者，自其間接行動言之，可決定其意思所在。例如有承繼權者，雖未表示接受遺產，但已逕行處分遺產中某一部份，即可認爲已接受是也。（三）對於特定人的表示與對於不特定人的表示 對於特定人的表示者，相對人

爲何人，在表示時已經確定，此通常之情形也。然有時對方何人，在表示意思時並未確定，例如懸賞廣告，是爲對於不特定人之表示。

(B) 意思表示之能力 意思表示乃法律行爲成立之基礎，足以造成法律效果。無行爲能力人，知識薄弱，所作意思表示，在法律上爲無効。(民法第七五條) 民法中所謂無行爲能力人，即七歲以下之未成年人及禁治產人，吾人已言於前。無行爲能力人，並非毫無意思。但此間所謂意思表示者，乃法律行爲之成立條件足發生影響於權義關係，是以法律不承認其有意思表示之能力。無行爲能力人由其法定代理人代爲意思表示並代受意思表示，是以有關於無行爲能力人之法律行爲，以其法定代理人之意思爲意思。

七歲以上未滿二十歲之未成年人，乃限制行爲能力人，吾人亦已述於上第四篇第二章中，識別力漸強，有相當意思表示之能力。例如關於純獲法益之事，及日常生活所必需事項，限制行爲能力人得自爲之而有効是也。

雖非無行爲能力人或限制行爲能力人，但其意思表示係在無意識或精神錯亂中所爲者，法律亦認爲無効。(民法第七五條) 例如熱度極高之病人，在知覺喪失時所爲意思表示不能生效是也。

(C) 意思表示之自由 意思表示之當事人，不特須有相當能力，並須有自由之地位。苟在表示意思之時，受有某種外來之拘束力，則其意思，並非當事人之自由表示。表示意思時有錯誤，被脅迫，詐欺，傳達失實等情形者，法律許當事人請求撤銷其所作表示。此吾人當述之於下第三節，不贅於此。

(D) 意思表示之解釋 常人所作意思表示，有時曖昧不明，或則過於簡略，有待解釋與補充。且法律名詞，常非當事人所習慣，有時所用辭句，不符法律立場。解釋之時應尋繹當事人本意欲表示者為何，不能以詞害意。民法第九八條曰：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」該條之規定，容許法官於解釋時探求真意，不受詞句之拘束。

### 第三節 法律行為之要件

行為之以獲得法律效果為目的者，須符合法定條件，否則其行為不能發生預期之效果。吾人於此節列舉法律行為所應具備之各種條件。

意思表示，已概述於前。欠缺意思時，該法律行為根本不存在。是以意思表示乃法律行為之成立條件。而以下所舉者，則係法律行為之有效條件。欠缺有效條件者，其行為雖存在，但在法律上無效或得因當事人之聲請而撤銷之。茲將法律行為之要件，言之如下：

#### 第一目 目的之合法

法律行為不但須有目的，其目的並須合法。法律有強行法與任意法之分別，吾人已述於前。（參閱第二篇第三章第一節第六目）法律行為不得違反法律中強行之規定。法律對於私人彼此間之關係，留給鉅量之自由。締

結契約以意志自由爲原則。但爲保障公共利益及秩序起見，設定若干強制與禁止的規定。違反此類規定者，其行爲爲無効。例如民法第十七條規定：「自由不得拋棄。」倘有人自願受人監禁者，其表示爲無効。民法第二十七條規定：「法律行爲有背於公共秩序善良風俗者無効。」該條規定，範圍至廣。所謂公共秩序者，如何樹立標準？所謂善良風俗者，牽涉道德問題。法官得以己意解釋而宣告法律行爲之無効。是一切行爲均有牴觸法律之可能而其効力難以確定也。然該條之設，事不容已。法律行爲，千差萬別，法律所不能預見者正多，勢難一一枚舉。法官引用法律，不能創造法律。私人行爲，倘有巧避律文橫生奸宄者，法官因無法律可引之故，只可任其存在。是以現今各國法律均有與上述第二十七條相似之規定，以防疏漏。

### 第二目 目的之可能

法律行爲，如以不可能之事爲其目的，則其行爲，亦屬無効。民法第二四六至第二四七條關於契約之規定，契約之標的如不可能，該契約無効。

所謂不可能者，乃客觀之不可能，非主觀之不可能。挾泰山以超北海，乃人之所認爲不可能，即係客觀之不可能。以此類事項爲目的，足使法律行爲無効。若係主觀之不可能，即僅個人所認爲不可能之事，則不能以之對抗相對人，而取銷契約。

### 第三目 行爲人須有行爲能力

無行為能力人所爲之法律行為無効。關於行為能力，吾人已述於上第四篇第二章第三節，茲不贅。

#### 第四目 如係要式行為須依法定方式

行為有要式行為與不要式行為之分別，吾人已述於上。凡屬要式行為，法律規定其形式，倘不依照其形式爲之，在原則上，其行為無効。但法律如有特別規定，雖欠缺形式仍有相當効力。（民法第七十三條）例如密封遺囑之形式，法律規定，殊爲複雜。倘不具備所定方式而具有自書遺囑之形式者，有自書遺囑之効力。（民法第一一九三條）收養子女，應以書面爲之，但自幼撫養爲子女者，不在此限。（民法一〇七九條）皆是也。

#### 第五目 須不顯失公平

顯失公平謂法律行為之使人爲財產上給付者，所成立之條件或所規定之價值，至不相等。則此項法律行為，顯有瑕疵，不能遽認爲適當。此當然指有償行為，如買賣、互易等而言。若贈與、遺囑等無償行為，不以取得代價爲目的，無所謂顯失公平。

然價值觀念，自經濟學言，至難確定。同一事物，於甲爲毫無價值，而於乙可成至寶。杯水在沙漠之中，其價值可超過盈掬之鑽石。顯失公平之觀念，如何應用？若契約既成，爭辯無已，非所以保障交易安全也。各國法律，關於顯失公平（Lesion）之規定，有限定適用於特種事項者，例如遺產之分配。有限定適用於特種人者，例如與未成年人訂立之契約。我國民法第七四條關於顯失公平之規定，則係一般適用之規則。但必須有乘人急迫輕率或無經驗之



事實，而依當時情形係顯失公平者，始能請求法院撤銷該項法律行為或減輕其給付。聲請應由利害關係人爲之，並不得超過一年之期間。

#### 第六目 意思表示須無瑕疵

法律行爲，以意思表示爲其成立要件。有意思表示時法律行爲因之成立。然意思表示如有瑕疵，得因關係人之聲請而撤銷。所謂瑕疵者，就民法上列舉錯誤、詐欺、脅迫、傳達失實四者，茲分述如下：

(A) 錯誤 (error, erreur) 表示意思有錯誤，而其錯誤非表意人之過失者，表意人得於一年內請求撤銷。錯誤者，並非對於事實欠缺認識，乃對於行爲之性質或標的物或行爲之對象有所誤會，或不知有某項情形存在而表示意思也。錯誤之意義過泛程度不等。是以法律規定，惟行爲之內容有錯誤或不知有某項情形時，始得請求撤銷。(民法第八八條) 內容云者，蓋構成該行爲之要件有錯誤也。例如誤借貸爲贈與，欲出賣甲地而誤云乙地，誤以某甲爲物主而與訂立契約之類。不知某種情形存在而表示意思，例如不知某乙已死尙贈與財產之類。若僅屬於判斷力之錯誤，則不能撤銷。例如相對人本非富有而誤認爲富有，某物本非貴重而誤以爲價值至鉅，此乃自己判斷力薄弱，不能謂爲錯誤而請求撤銷。是以當事人資格之錯誤與物之性質之錯誤，在原則上不能視爲撤銷理由。然有時當事人之資格問題及物之性質問題，乃交易上所認爲主要條件，則可視同行爲內容之錯誤而得請求撤銷。關於當事人之資格，例如吾欲畫像，慕某畫家之名而往，結果誤赴一姓名相同之畫家處，則此錯誤可謂爲

交易上所認為重要者。關於物之性質，法國學者 Potliar 有一著名之例。我購燭臺一具，因係古物而購之，雖確係古物但本以為銀，實乃銅製，此種錯誤，不成為請求撤銷之理由。倘我欲購銀燭臺，而竟獲銅者，此乃交易重要條件，得取消此項買賣是也。但任何情形，須相對人未將其事實告明表意人。倘對方已將事實明告表意人，而表意人自不經意，陷於錯誤，即不能以錯誤為詞，請求撤銷。

(B) 詐欺 (dol, fraud) 因被詐欺而為意思表示者，表意人得於發現詐欺事實後一年內請求撤銷，但不得以之對抗善意第三人。(民法九二及九三條) 詐欺與錯誤，常易淆混。蓋詐欺之結果，亦使表意人發生錯誤也。然兩者實不相同。詐欺云者，必須有詐欺之行爲，以陷表意人於錯誤。而上述之錯誤，則表意人主觀上之錯誤。例如偽畫一幅，古董商設法使我信為真蹟而購之，是為詐欺。倘古董商並無用何方法使我相信，則雖購得贗鼎，亦不能謂受詐欺。

(C) 脅迫 (Violence) 被脅迫而為意思表示者，表意人得於表現脅迫事實後一年以內請求撤銷。脅迫者，使人發生恐怖出於故意也。非故意之行爲，如天災地變，雖足發生恐怖不能謂為脅迫。又脅迫行爲，須屬違法，否則不為脅迫。例如脅某甲曰，不還吾債，吾將殺汝。不還債罪不至死，是為脅迫。如但曰，不還吾債，吾將控汝於法院，則非脅迫也。

(D) 傳達失實 意思表示被傳達人或傳達機關傳達失實者，表意人得於一年內請求撤銷。(民法八九及

九〇條。例如託友人送款千元與某甲，而友人誤送與某乙是。但其傳達失實，由於表意人自己之過失者不在其限。例如表意人在選任傳達人時缺乏注意，或所作表示模稜兩可，則不得請求撤銷。

#### 第四節 法律行為之無効與撤銷

上節所述，乃法律行為所應具備之各種條件。適合一切條件者，其効力完全，行為人所希求之結果得因法律之保障而獲得。而與某一項或數項牴觸者，其行為在法律上為無効，或可以撤銷。所謂無効者，指法律不承認該行為之効力，任何人任何時均可主張，與該行為有關係之一切人，絕無應遵守之義務也。可以撤銷者，謂與該行為有關係之特定人得於一定時期之內請求撤銷，因該行為所造成之結果。倘僅表示意思，尙未實行，亦可請求撤銷。於該行為之意思表示無効，自較撤銷為嚴重。蓋上述各項條件，其性質並不相同，其有關於社會生活與公共秩序之安定，並不相等，是以制裁之法亦有等差。行為之無効者，在法律上絕對無効。可以撤銷之法律行為，有撤銷權之人如不請求撤銷，或竟承認該行為為有效，則該行為可變成有效。茲將無効與撤銷分兩目言之如下：

##### 第一目 無効

無効行為，法律所認為當然無効且自始即無効者也。上節所述一至四目，皆屬行為効力之根本問題。目的不合法之行為，目的不可能之契約，無行為能力人所為行為，未具法定形式之要式行為皆屬無効行為，其結果如次：

(一)無効行爲在法律上當然不生効力。無効行爲，不待當事人請求始成無効。此與可以撤銷之行爲不同。行爲之無効者，雖當事人有時亦請求法院確認其無効，但並非必要。

(二)無効行爲任何人均得主張。行爲之無効者，任何人均得主張，因其有關公共秩序也。例如契約之無効者，不但成立契約雙方當事人之任何一方得以主張，即局外人亦得主張。但雙方通謀成立無効之契約，使第三者蒙受其害者，不得以其無効對抗善意之第三人。(民法八七條。)

(三)無効行爲任何時可以主張。撤銷之請求，有一定期間，而無効行爲，自始即屬無効，任何時可以主張，無時間之限制。且行爲之無効者，不能因時効之完成而成爲有効。

(四)無効行爲不能承認其有効。無効行爲，有關公共秩序，原則上不得承認其爲有効。例如目的不合法之契約，雖雙方當事人欲認爲有効，而在法律上仍不能生効是也。但不無例外，民法規定限制行爲能力人所自爲之法律行爲無効，但經其法定代理人承認，或本人於成年後承認者，得成爲有効。(按限制行爲能力人所自爲之法律行爲，應規定爲可以撤銷，較爲適當。)

(五)一部無効與全部無効。在原則上，行爲之一部份無効者，全部均成無効。但該行爲如除去無効的部份仍可成立者，則其他部份仍可成爲有効。(民法第一一一條。)例如目的不可能的契約，倘一部份爲可能者，則可能部份仍屬有効是也。

(六)無効與不成立不同。法律行為之欠缺成立條件者，如缺乏意思表示，缺乏標的物，則行為本身根本不存在，無須討論其効力問題。無効行為，並非欠缺成立條件，是以具有行為之外觀，但在法律上不發生効力。然行為之本身，並不因之而消滅。是以行為人對於該行為所發生之消極結果，仍須負其責任。例如無効行為之侵害他人權利者，行為人仍應負損害賠償或回復原狀之責任（民法一一三條）。行為既屬無効，須將其所造成之結果取消。例如買賣則取回原物返還價金，訂婚則取消婚約退回聘金等等。而其責任，在原則上由行為人負之。

## 第二目 撤銷

法律上所稱為可以撤銷 (Voidable) 之行為，謂得因特定人之主張而撤銷也。如經撤銷，與無効之行為同。但當事人於此，有選擇之權，苟認為可以任其存在，則該行為得成為有効，苟認為不利於自己，則得主張撤銷。撤銷權須於一定期間之內行使。經過法定期間後，不能再主張撤銷，即所謂消滅時効業已完成者也。（參閱上消滅時効）撤銷權之行使，有期間之限制，但無行為程度上之限制。在此期間之內，無論該行為已到達何種程度，均得主張撤銷。蓋無論該行為僅有意思表示，或已實行，已否經相對人接受，已否發生効果，均可主張將已經實現者撤銷而未經實現者停止。可以撤銷之法律行為有下述數類：(A) 意思表示有瑕疵之行為，即上節第六目所述。(B) 顯失公平之行為，詳上節第五目。(C) 其他行為因某種情形法律規定得請求撤銷者，例如民法第二四四條、第四一六條、第四一七條、第九八九條、第九九〇條等等之規定。茲再將撤銷權之內容分析之如下：

(一) 撤銷權乃屬於特定人之權利。法律行為之撤銷，非任何人所得主張。法律對於每種情形，規定有撤銷權之人。例如表示意思有瑕疵時，撤銷權屬於表意人。顯失公平之契約，撤銷權屬於利害關係人。民法四一七條贈與行為之因受贈人有不法行為致贈與人於死亡而撤銷者，撤銷權屬於贈與人之繼承人皆是也。

(二) 撤銷權之行使有期間之限制。可以撤銷之法律行為，如未經撤銷，則其効力，在未確定狀態中。經過一定期間之後，該行為得成爲有効。是撤銷權得因時効而消滅。至於期間之長短，法律對於每種情形，個別規定。例如被脅迫或詐欺者，應於發現脅迫或詐欺之事實後，一年之內，請求撤銷。若自意思表示時起，已過十年始行發現，仍不得請求撤銷。債務人爲無償行為有害及債權者，債權人得向法院請求撤銷該無償行為，但以自得知時起，一年以內爲限，如該行為已超過十年始得知悉，亦不得請求撤銷。(民法第二四四條。) 諸如此類，均爲法律所規定。

(三) 撤銷權得以意思表示行之。民法第一一六條規定撤銷權之行使以意思表示爲之。是以有撤銷權之人得以口頭或書面向相對人請求撤銷，初不必以訴訟爲之，始能生効。

(四) 法律行為如經撤銷法律上視爲自始無効。法律行為如經撤銷，該行為自始無効(民法第一一四條。) 一切關係，當回復未行爲時之原狀。

### 第三章 侵權行爲

侵權行爲 (torts, delicts) 乃民法上之違法行爲。至於刑法上之違法行爲乃犯罪行爲 (crime)。吾人當述之於下第四章。同一行爲，可同時兼受民事處分與刑事處分。例如焚燒他人之財產，掠奪或欺騙之行爲，不但侵害私人權利，亦發生公共危險，既係侵權行爲，又係犯罪行爲。當民刑不分時期，兩種責任，併合制裁。然其性質，究有不同。民法上之違法行爲，即侵權行爲，僅損害私人之利益，爲保護被損害人之權利起見，責令行爲人彌補其損害已足矣。刑事上之違法行爲，即犯罪行爲，擾亂公共安寧，刑罰之目的，在於懲戒。是以民事上之損害賠償以金錢估計，而刑事上之制裁，有拘役、徒刑、死刑等等。犯罪行爲雖亦有罰金之規定，但民事上之賠償數額，以損害之程度爲標準，而刑法上之罰金，以刑罰之輕重爲標準，不問被害人之損害程度如何也。

吾人於此章述侵權行爲，分爲「侵權行爲之構成」，「侵權行爲之責任」及「侵權行爲之制裁」三節言之如下：

#### 第一節 侵權行爲之構成

吾人行爲，如何構成侵權行爲？處分自己之財產，雖損毀之，不爲侵權。懲戒子女，雖訓斥之，不爲侮辱。行使自己固有之權利，責令債務人爲給付，甚至訴之於法院，使受重大損失，亦不能謂爲侵權。蓋侵權者，不法侵犯他人之權利，且有實害發生，則不論出於故意或過失，均應負賠償責任。茲將上云意義分析如次：

(A) 侵害他人之權利 侵權行爲，乃民事問題。所謂權利，當然指私權而言。但侵害何種權利者，成立侵權行爲，法律並無規定，則吾人可按其性質，作如下解釋：(一) 侵害特定人之權利。侵害自己權利，不成侵權行爲。即侵犯他人權利時，必須該權利屬於特定人，始足構成侵權之對象。無人享有之權利，雖侵害之，不受法律制裁。而公衆利益，不屬於特定人者，侵害之，足成犯罪行爲，或違警行爲，但非侵權行爲。(二) 須有可以發生債權債務關係之行爲。債之意義，吾人已言於前。侵權行爲，民法上認爲「債之發生原因」。(民法一八四條至一九八條) 是以被侵害之權利，必堪爲賠償損害或恢復原狀之標的者，始是侵權行爲。例如民法一九六條：「不法毀損他人之物者，應向被害人賠償其物因損毀所減少之價額。」同法第一九三條：「不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任……。」同法一九五條：「不法侵害他人之身體、健康、名譽或自由者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，其名譽被侵害者，並得請求爲恢復名譽之適當處分……。」又判例承認爲侵權行爲者，如並非承繼人而擅自處分遺產(三年上字第四五號)，合夥重要事務，某一合夥人專擅爲之致損害於他合夥人之權利，(三年上字第六八九號)，唆使債務人不履行債務



(三年上字第八二九號)怠於業務上之注意而侵害他人權利(三年上字第九五七號)朦朧請官廳以侵害他人權利(四年上字第二三三六號)等等皆是也。不能認為侵權行為者，例如政府機關違法侵害人民權利，受公法制裁非侵權行為。個人憑其公民資格行使公權，如選舉權、請願權等等，此類權利亦不成為侵權行為之客體。(三)由於自己行為。一般侵權行為，由於自己行為，但以他人為機械而為侵權行為者視為自己行為。特殊侵權行為，因他人行為而負責，詳下「替代責任」。

(B)有損害之發生。民事責任，以填補被害人所受損害為主要目的。有損害時，即可要求賠償。反之，並無損害，不生責任問題。但所謂損害，不限於物質，即精神上損害，亦得要求賠償。損害之意義，學說不一。或謂自損害發生前之財產價值中扣去損害原因發生後之財產價值，所得差額，即為損害。或謂應作具體的觀察，損害乃實際上所發生之不利益。前一說對於非財產上的損害未能說明，是以採取後一說為當。且使現存之財產減少為損害，阻礙固有財產之增加，亦係損害。我國判例之趨向，僅承認受有實際損害者，得要求損害賠償。是以名譽、自由、健康等損害，亦須估計因此而發生之實害，以為賠償損害之張本。

(C)由於故意或過失。故意行為與過失行為之區別，吾人已言於上第一章。民事事件，受損害者，均有彌補之道。不論行為出於故意或過失，均負賠償責任。故意者明知而故為之，自應負責。因過失而損害他人權利者，雖非有意違法，但如克盡相當注意，安知不能免此損害之發生？法律處罰故意者，因其有意犯法。處罰過失者，則欲治療

此不注意與無所謂之心理，使嗣後同樣情形，不再發生。刑法上以處罰故意行爲爲原則，蓋非有意爲惡者，尙無反社會性。民法上以處罰故意並過失爲原則，所以保全人民之權利。

侵權行爲，雖不論出於故意或過失，在原則上均須負責，但亦有例外，由法律特別規定。有以故意爲限者，例如民法一八四條第一項末段，以背於善良風俗之方法加損害於他人者，惟出於故意時負損害賠償責任。有以重大過失爲限者，例如民法四百三十四條，租賃物因承租人之重大過失致失火而毀損滅失者，承租人對出租人負損害賠償責任。

過失之定義，雖規定於刑法，但判例已將刑法上對於過失之定義，引用於民事事件。例如五年上字一〇一二號最高法院解釋：「應注意並能注意而不注意者爲有過失，構成侵權行爲」是也。

(D)無違法之阻卻 侵權行爲，乃違法行爲。法律保障私人權利，侵犯之者是否均係違法？吾人行爲，在在有關他人權利，倘均認爲違法，則雖有正當權利不能行使，雖有職務不能執行。是以行爲之別有法律爲依據者，雖侵害他人，不爲違法，是爲違法之阻卻。蓋自一方言，雖爲違法，但自另一方言，則係適法，該行爲之違法性，已受阻於法律上別一規定。是以有親權人懲戒其子女，公務員執行法律，不爲違法。

違法阻卻之事由，可類舉如下：(一)行使正當權利。行使自己所有權利，雖有侵害他人權利之處，不構成侵權行爲。例如不動產之出租人對承租人行使留置權，質權人拍賣其質物，不能指爲侵權行爲。但行使權利不得以損

害他人爲主要目的，（民法一四八條。）損人而不利己，濫行權利者，不爲法律所保障。（二）相對人之承諾。根據契約自由原則，凡不違反強行法之規定者，經相對人承諾時，其行爲不爲侵權。（三）排除不法侵害。爲保護自己或他人權利起見，雖有毀損行爲，不爲侵權。但逾越必要範圍時，仍應負責。（民法第一四九至一五一條。）（四）職務上之行爲。基於職務之行爲，而有損害他人者，不能以侵權行爲論。但違背職務妨害他人權利時，仍係侵權行爲。（參閱民法一八六條關於公務員之責任。）

## 第二節 侵權行爲之責任

### 第一目 行爲人之責任

行爲人應負擔其行爲之責任，乃一般原則。但行爲人如係無行爲能力人，限制行爲能力人，及在無意識或精神錯亂中所爲行爲，是否一例亦須負責？法律有結果主義與過失主義之分別。結果主義者，謂既有侵害行爲之存在，不問行爲人之意識狀態若何，均應使其負責。過失主義者，謂行爲人對於其行爲須有故意或過失，行爲與精神之間須有連絡，倘非出於故意或過失者，不能使其負責。我國民法第一八七條對於無行爲能力人及限制行爲能力人之侵權行爲，規定由法定代理人替代或共同負責，吾人詳之於下第三目，對於無意識或精神錯亂人所爲侵權行爲，規定法院得酌量令行爲人爲全部或一部之賠償，蓋採折衷主義。

## 第二目 共同侵權之責任

利用他人爲機械而爲侵權行爲者，仍係自己行爲，不得謂爲共同行爲。共同侵權行爲者，數人均係該行爲之主體，且均具備構成侵權行爲之條件也。倘數人中有一人缺少某項條件，例如無故意或過失，或有違法之阻卻，則此一不負侵權行爲責任。至於實行是否同時，所用手段是否相同，在所不問，均係共同侵權行爲人。共同侵權行爲人，連帶負損害賠償責任（民法一八五條第一項）。關於侵權行爲法律並不分別造意者，着手實行者及幫助者，均視爲共同行爲人。（前條第二項。）連帶負責者，謂得使其中任何一人，負全部賠償責任也。法律如是規定俾受害人權利可獲得賠償。

數人共同爲危險行爲而損害他人權利者，倘能證明由數人中某一一人發生此項損害，則此一人單獨負責。如不能證明，則數人連帶負責。（前條第一項後段）例如數人共同練習手鎗傷及路人是也。

## 第三目 替代責任 (Vicarious responsibility)

行爲人自負行爲之責任，乃一般原則。刑法中絕無可以替代之責任，連坐、族誅，非現今法律所有。然民法中有替代責任之規定，可舉之如下：

（一）僱用人之責任 受僱人因執行職務不法侵害他人權利者，僱用人與之連帶負賠償責任（民法一八八條。）受僱人之行爲，大都由僱用人所授意，且受僱人之經濟狀況，常不如僱用人之佳，不能負擔賠償責任，是以

法律使之連帶負責。但僱用人如能證明其選任該受僱人及監督其執行職務，已盡相當之注意，或縱加相當注意，仍不免發生此項損害者，得免除其責任。然僱用人倘因此而免除責任，受僱人復無力賠償，則受害人之損失，將無處取償。是以法律復規定：「如被害人因前項之規定不能受損害賠償時，法院因其聲請斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。」（前條第二項）有此情形時，僱用人對於受僱人保有求償權。

（二）法定代理人之責任 無行為能力人，即七歲以下之未成年人及禁治產人。限制行為能力人，即七歲以上未滿二十歲之未成年人。如有不法侵害他人權利者，倘行為時有識別力，則其法定代理人應與之連帶負責。行為時倘無識別力，則由其法定代理人代負責任。（民法一八七條第一項）此項規定，所以促使法定代理人注意受監護人之行為。但如法定代理人監督並未疏懈，或縱加以相當監督，仍不免發生損害者，得免除其責任。似此受害人將無處求償，坐視權利之被侵害而無可救濟。是以法律復規定，法院得斟酌行為人與被害人之經濟狀況而令行為人為全部或一部之賠償。

（三）定作人之責任 定作人謂以固定工作招人承辦之人。承辦工作之人，稱為承攬人。承攬人不法侵害他人權利者，倘係依照定作人所定之工作，或其指示者，定作人應與之連帶負責。（民法一八九條。）

（四）物主之責任 以上所述，均係對人之替代責任。至於無知之物，如因物主保管疏懈而損害他人權利者，不能認為不可抗力之事實而免除責任。是以民法規定：（甲）動物占有人疏於防範致加害於人者，該占有人應負

賠償責任。(乙)土地上工作物所有人因設置或保管欠缺致發生損害於他人者，該所有人負賠償責任。動物指禽獸、蟲、魚之類，畜養之者，倘有疏於防範，以致傷及人物，應負賠償之責。但該動物之損害人物，乃由於第三人或其他動物之挑動者，該動物之占有人得對該第三人或該他動物之占有人要求賠償。土地上工作物指一切建築如牆壁、牌坊、電柱、水管、井、窖等等。倘有傾圮壞塌，或其他情形，侵害隣居行人等等，應由其所有人負責。但已盡注意者，得免除責任。如別有應負責之人，得對該負責人要求賠償。(上參閱民法一九〇條及一九一條。)

### 第三節 侵權行為之制裁

#### 第一目 回復原狀與損害賠償

違法侵害他人權利者，在原則上應負責將他方權利恢復其在未損害時之原狀。例如侵佔某甲之田地者應負責歸還其田地，毀損某乙之貨物者，應負責照式修補，占住某丙之住宅者，應負責遷出是也。

回復原狀，乃民事制裁之原始形式。然在執行上常有困難。碎他人之古瓶，修補之後，非復本來面目。某甲占奪某乙之牛，令其歸還而牛已死矣，是不得不估計牛之價值而令甲照價賠償也。

是以賠償損害以金錢估計，乃民事制裁之最通常形式。不特財產上損害，可要求金錢賠償，即非財產上之損害，如身體、健康、名譽、自由被侵害者，亦可要求賠償相當之金額（民法第一九五及一九三條）。然民法仍以恢復

原狀為原則，不能回復原狀或回復顯有重大困難者，始以金錢賠償損害（民法第二一五條。）但法律亦得規定某種損害，專以金錢賠償。又當事人間如有契約事先約定其賠償之方法者得從其約定。例如承租人於租約中聲明，損壞房屋如何賠償是也。

回復原狀與金錢賠償，又得同時合併執行。例如名譽之被侵害者，於請求賠償相當金額外，並得請求為回復名譽之適當處分，如登報道歉之類。損害之物，如係即經修補亦難完全回復原狀者，被損害人得請求賠償因毀損而減少之價額（民法一九六條。）回復原狀，雖係原則，但有時侵害人遲延不即回復，則被侵害人得定一相當期間促令履行義務。倘逾期仍不為回復，即得請求金錢賠償（民法二一四條。）

## 第二目 財產上的損害與非財產上的損害

如上一目所云，侵權行為足發生損害賠償之責任。侵權行為人負擔賠償之義務，被損害人取得賠償之權利，是為一種債權債務關係。茲分為財產上損害與非財產上損害言之：

(A) 財產上的損害 財產上之損害，不僅有目前之價值，且須計及將來之利益。是以賠償損害，亦須計算預期之利益，始為公允。但將來之利益，估計殊難，法律若不立一標準，則解釋上必多歧異。民法第二一六條第二項解釋同條第一項所謂「所失利益」者云：「依通常情形或依已定之計劃，設備或其他特別情事可得預期之利益，視為所失利益。」

侵權行為之債務人，在一般侵權行為中乃行為人，在特殊侵權行為——替代責任——中，有時係行為人以外之人。至於侵權行為之債權人，不以受損害人爲限，第三者之利益，如間接被侵害者，亦係債權人。

(B)非財產上的損害 不法侵害他人之身體、健康、名譽或自由者，被害人得要求賠償相當金額。蓋此類損失，難以回復原狀，只可以金錢賠償。或以爲此類損失，非可以金錢估計，不宜有金錢賠償。然此說殊不近情。金錢賠償，已難完全彌補，若併此而無之，受害人更無從覓得精神上之慰藉。

被害人喪失或減少其勞動能力或增加生活上之需要者，得要求賠償相當金額，原則上於一次支付。但被害人亦得要求按期支付定期金。定期金之辦法，雖於雙方均屬便利，但時間延長債務人之經濟狀況，難保不發生變動，是以法院應令債務人提出擔保。

不法侵害他人致死者，被害人之父母子女配偶因被害人之死亡而受有精神上之苦痛，又凡依法應受被害人扶養之人，不以父母子女配偶爲限，均得要求金錢賠償。

爲被害人支出殯葬費之人，不問其爲親屬抑非親屬，均得對侵害人要求賠償，惟公益團體之因慈善性質而支出殯葬費者，不在此限。

### 第三目 損害賠償之免除與減輕

損害賠償，以填補受害人之損失爲原則，但有下述情形之一者，得免除或減輕：(一)受害人與有過失者，得免



除或減輕，(二)足使賠償人之生計蒙受重大影響者得減輕。

侵權行為之發生或擴大，有時出於雙方相互之過失。不法損害他人者固不能免責，但受害人如亦與有過失，則法院得斟酌情形減輕其賠償數額或逕免除之。

損害賠償乃財產上之制裁，若因是而使義務人無以為生，則過於嚴酷。是以法律規定，如因賠償而生計發生重大影響者得減輕之，但以非出於故意或重大過失之行為者為限。

#### 第四目 強制執行

侵權行為既足發生損害賠償或回復原狀之責任，義務人倘懈怠不履行其義務時，債權人得聲請法院強制執行。有時法院亦得依其職權命令強制執行（強制執行法第五條假扣押假處分及假執行之裁判執行，法院應依職權為之）。

強制執行，不限於侵權行為所發生之義務。民事事件，均可強制執行。但強制執行，必須內容確定，權利義務，已有法律根據，所謂執行已有名義者是也。若訴訟尚在進行之中，例如第一審雖已判決，但上訴期間尚未屆滿，則不得聲請強制執行。得稱為強制名義者：(一)已確定之法院判決，(二)假扣押，假處分，假執行及其他依民事訴訟法得為強制執行之裁判，(三)依法成立之和解或調解，(四)公證書之以金錢，有價證券，或其他代替物為給付而載明得逕受強制執行者，(五)拍賣抵押物之聲請經法院許可強制執行者，(六)其他依法得為強制執行名義者。

(強制執行法第四條)

現今民事事件分別制裁，民事事件，不得處刑。無論債務人如何狡滑，倘未觸犯刑法，不能加以刑罰。強制執行，以法院名義行之，必要時得請警察協助，對於惡意之債務人，最多只能加以拘提與管收。債務人如有故意不履行義務或有逃匿之虞，或被傳而不到法院等等情形者，法院得拘提其到院，或管收之。管收期限，不得逾三個月。

強制執行得對於債務人之一切財產爲之。對於債務人之動產以查封拍賣或變賣之方法行之。對於不動產，以查封拍賣及強制管理之方法行之。債務人如對第三人享有債權，法院得禁止債務人自行收取其利益或禁止第三人向該債務人爲清償。各種執行方法，均規定於「強制執行法」之內。(民國九年北京政府司法部公布「民事訴訟執行規則」十六年八月二日國民政府令暫准援用。但因內容有欠周密，適用上常感困難，於二十二年五月，由司法行政部通令施行「補訂民事執行辦法」。至三十年二月十八日國民政府乃公布「強制執行法」同日施行)債務人之財產不足清償時，得令其書面承認，於將來爲給付。

關於行爲或不行爲之義務，執行較難。強制執行法第一二七以下各條有過怠金、拘提、損害賠償各項規定，關於行爲之債務，債務人應爲而不爲，法院得命第三人代爲之而使債務人負擔其費用。但其行爲有時非他人所能代爲者，則得處以「過怠金」或令其賠償損害。關於不行爲之債務，債務人不應爲而爲之，則法院得以拘提、管收、或過怠金之處分執行之。

## 第四章 犯罪行爲

### 第一節 民事違法行爲與刑事違法行爲之區別

前章所言侵權行爲，乃民事上之違法行爲。吾人在此章將說明犯罪行爲，乃刑事上之違法行爲。兩者均係違法行爲，而或受刑事處分，或受民事處分，其區別果何在？

通說謂侵害私人權利者構成侵權行爲，侵害公共利益者，即構成刑法上所謂犯罪行爲，殊乏明瞭標準。蓋犯罪行爲，不以侵害公共利益爲限，傷害個人身體健康、名譽、財產者，亦足構成犯罪行爲。

或謂侵權行爲乃侵犯私人之行爲，而犯罪行爲，則係反抗國家或社會全體之行爲。是以侵權行爲惟自某一私人言之，斷難忍受，而犯罪行爲，則足激動公憤爲公衆所不容。犯罪行爲，足發生公共危險，是由國家機關，依據職權，行使刑罰。而民事上之侵權行爲，則由被害者自行起訴。歷史上犯罪行爲爲私人得自主張，往往以金錢了結，例如屍親受賠償而不起訴等等。如此情形有背公道人心，爲現今法律所不許。是以刑事上之違法行爲，今日由國家操訴追之權。而民事上之違法行爲，任憑受害人自行起訴或不起訴。此說雖足說明其大略，而疏漏在所不免。違法

行爲，何者僅關私人，何者足動公憤而招刑罰，頗難樹立明瞭之界線。

蓋違法行爲，均足擾亂社會生活，刑事與民事一也。法律對於違法行爲之制裁，均以保全合法利益與懲戒不法之徒爲目的，在刑事上與在民事上亦無二致。但有時恢復被害者之權利，於事已足，無須以刑罰相繩，民事上之制裁，屬於此類。殺人放火，鼓動內亂外患，擄人勒贖等等行爲，所以構成刑事上之犯罪行爲者，蓋此等行爲，非恢復被害者之權利所能消弭，必採取懲罰制度，以謀社會之安全。是以侵權行爲與犯罪行爲之區別，不在於所侵犯之權利，具何性質，而在於制裁方法，有所不同。

然此非謂一種行爲，僅受一種制裁也。同一行爲得同時受民法之制裁與刑法之制裁。不法侵害他人致死者，受刑法之制裁，而受害人之家屬亦得要求損害賠償。詐欺背信侵奪他人財產者構成犯罪行爲，同時亦係侵權行爲。

在理論上，犯罪行爲與侵權行爲之區別，雖有各種不同解釋，而在形式上，則犯罪行爲與侵權行爲極易區別，無煩詞費。吾人可舉以下數端，以示犯罪行爲與侵權行爲在形式上不同之處：

(A) 犯罪行爲，以刑法中所舉之罪名爲限，而民法上之侵權行爲，則不限於法律所舉，凡違法侵害他人權利者均可視爲侵權行爲。

(B) 民事不但須有行爲，並須有損害發生，始足構成侵權行爲。而刑事則不以有損害發生爲限，且行爲之未

遂者亦有處罰之規定。蓋民事以填補受害人之損失為目的，則雖有行為，但無損害，不發生民事上責任問題。而刑法目的，在於保障公共安寧，倘其行為有危害於社會，雖尚未發生實際損害，亦應處罰。且刑法雖以着手實行為論罪之原則，但陰謀、預備及未遂之行為，倘具有危險性及惡意，亦應處罰。而民事絕無處罰未遂之例。

(C) 民事在原則上不論故意或過失行為均須負責賠償。而刑事裁制，趨重於犯罪者之造意，以處罰故意者為原則。過失之處罰，以有特別規定者為限。(刑法第十二條。)

(D) 關於責任能力，民事與刑事規定不同。(詳下一節第四目)

## 第二節 犯罪行為之構成

違法行為有種種，不能盡指為犯罪行為。犯罪行為之構成，必其行為違反刑法上之規定，由於故意，或在特定情形之下出於過失，行為人須有負擔刑事責任之能力，且無違法阻卻之存在。茲吾人分爲五目言之：

### 第一目 行為之存在

刑法在原則上僅處罰行為，只有犯罪之意思而未見於事實者，對於社會尚無重大危險，為法律所不罰。刑罰相加，足使人喪失廉恥而趨於自暴自棄之途。罪疑惟輕，古有明訓。況單純犯意，並未見諸實行。縱任之使有改過自新之機會，乃國家刑事政策。例如因嫉恨而生殺害之心，見色而起姦淫之念，即流露於語言，表現於文字，既未着手

實行，如無恐嚇、誘惑、教唆之事，則刑法以不罰爲原則。

或以爲刑法上若干規定，但有意思，即可成立犯罪行爲，如第一〇七條之煽惑軍人逃叛降敵罪，第一五一條之以危害生命身體財產之事恐嚇公衆罪是也。然此類犯罪行爲，因有煽惑行爲或恐嚇行爲之存在，法律不問未見於行爲之意思。一旦其意思既由行爲表現，即就其所表現者，而決定其應否處罰。以殺人恐嚇人者，犯妨害自由罪，非殺人罪（刑法三〇五條）。教唆之處罰，因有教唆之行爲，（刑法第二十九條）。雖法律常常考慮及於犯罪者之本意，以爲科刑輕重之標準，但其意思，必已表現於行爲。既表現於行爲，則不問其已遂未遂均得處罰。現行刑法中罪名三十八，罰未遂者三十一，科刑之條文約二百，未遂亦罰者計一四三。教唆他人犯罪者，並未實行自己之意思，而法律擬之於自犯，依其所教唆之罪而處罰。蓋此非無行爲，乃其行爲，止於教唆，而犯罪之事實，復由其教唆而實現也。若只有教唆，而被教唆人並未實行其所教唆之罪，則按其教唆行爲以未遂論。

所謂未遂者，着手而未完成或已完成而未生既遂之結果也。刑法處罰行爲，非謂必須行爲完成，目的已達，始能認爲犯罪行爲。意圖搶劫，闖入人家，因遭遇持械抵禦而逃散，是爲強盜未遂。意圖行使而偽造貨幣，向店舖購物，被人發現偽造，不允行使，是爲行使偽幣未遂。刑法以懲罰既遂之行爲爲原則，未遂之處罰，以有特別規定者爲限。（刑法第二十五條）。較輕之罪，即已着手實行而結果未能達到，尚可恕宥。至於犯意彰明，罪情嚴重，雖未達目的，仍應處罰。但得按既遂之刑，從輕處斷（刑法第二十六條）。法院得依其情節，酌量輕重，若其行爲不能發生結果

又無危險者，並得免除其刑。

未遂或既遂，均係已着手實行之行爲。至於着手實行之先，有犯罪之預備與犯罪之陰謀者，足構成犯罪行爲乎？買刀不能即指爲殺人，購火油不能即指爲放火。刑法在原則上不罰預備與陰謀，但內亂罪、外患罪、如意圖破壞國體、顛覆政府、通謀外國等等，雖在陰謀與預備之中，亦有處罰之規定。殺人罪、強盜罪、擄人勒贖罪、放火罪，雖在預備之中亦罰。陰謀云者，非單獨一人之意思，必有兩人以上共同計議也。預備必有預備行爲之存在，雖單獨爲之，亦顯然可見其蓄意犯罪，例如買刀時顯係爲殺害某甲之準備之類。預備犯之處罰，輕於未遂，例如爲殺人預備者，處二年以下有期徒刑（刑法二七一條第三項）是也。

刑法雖僅處罰行爲，但行爲有積極行爲與消極行爲之區別。積極行爲，顯而易見，消極行爲之處罰，因不行爲而發生犯罪之結果。爲醫院看護者，明知毒藥，不加防止，聽病人服之而死。傾覆油燈，應即撲滅。乃悄然引去，任其延燒。此類行爲，詎得不罰。是以明知或希冀某種結果將因不行爲而發生，而竟以消極態度任其發生者，足構成消極犯罪行爲。

## 第二目 行爲違反刑法之規定

「律無明文不罰，」乃刑法上一重要原則。何種行爲，應受刑法之制裁及如何處罰，必依據法律條文，法官不能擅斷。此所謂「罪刑法定主義。」民法上之違法行爲，其範圍殊爲廣泛。凡損害他人之身體、健康、自由、名譽、財產、

家庭及一切正當權利者，均得認爲侵權行爲。而刑法上之犯罪行爲，則每項均有明文規定，不能故入人罪。行爲之不牴觸刑法者，縱極不道德，亦不能認爲犯罪行爲。我國現行刑法第一條：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。」揭發罪刑法定主義。所謂「行爲時之法律」蓋申明「法律不溯既往」之原則（參閱上第三篇第五章第三節）。

但此間所謂刑法者，不以刑法法典爲限。凡規定罪與刑之法，均是刑法。（參閱上第二篇第三章第二節第三目）刑法法典乃刑法中之普通法，而各種刑事法如「陸海空軍刑法」、「懲治盜匪條例」、「禁煙治罪暫行條例」、「販運人口出國治罪條例」等等，可舉者甚多，皆係刑事特別法。行爲之違反刑事特別法者，當然亦係犯罪行爲。

罪名之規定於刑法者，祇從刑法法典而言，通常分爲下列三大類：（一）妨害國家政治權之行爲，如內亂罪、外患罪、妨害國交罪、瀆職罪、妨害公務罪、妨害投票罪、妨害秩序罪、脫逃罪、藏匿人犯及湮滅證據罪、偽證及誣告罪。（二）妨害社會公益之行爲，如放火罪、決水罪、妨害救災罪、危害交通罪、妨害衛生罪、偽造貨幣罪、偽造文書印文罪、妨害風化罪、妨害婚姻罪、妨害家庭罪、妨害農工商罪、鴉片罪、賭博罪等。（三）妨害個人生命財產自由名譽之行爲，如殺人罪、傷害罪、墮胎罪、遺棄罪、妨害自由罪、妨害名譽及信用罪、妨害秘密罪、竊盜罪、搶奪強盜及海盜罪、侵占罪等。



### 第三目 故意與過失之分別

刑法譴責惡性行爲，在原則上惟故意犯罪之行爲應受刑事處分。故意與過失之定義，吾人已詳於前，（參閱上第一章。）既非故意，又無過失者，不生責任問題。僅由過失，並非故意者，刑法亦以不罰爲原則。然而過失者，指行爲人應注意並能注意而不注意也。在特定情形之下，疎忽之咎，亦不容不罰。如刑法第一〇八條之外患罪，一二七條及一三二條之瀆職罪，一六三條之便利脫逃罪，一七六條之放火罪，一七八條及一七九條之決水罪，二七六條之過失致人於死罪，二八四條之過失傷害罪，皆有處罰過失之規定。但刑法以處罰故意爲原則，過失之處罰，以法律有特別規定者爲限，（刑法第十二條。）關於竊盜略誘，詐欺取財等罪，既無處罰過失之規定，卽不能指過失爲有罪。

因過失行爲而犯罪者，其制裁自較輕於故意行爲。例如故意殺人者，處死刑，無期徒刑或十年以上有期徒刑。而過失殺人者，價處二年以下有期徒刑，拘役或二千元以下罰金。傷害人之身體或健康者，處三年以下有期徒刑，拘役或一千元以下罰金。而過失傷害人者，僅處以六個月以下有期徒刑，拘役或五百元以下罰金，因而致重傷者，處一年以下有期徒刑。諸如此類，可以概推。

### 第四目 行爲人之責任能力

犯罪行爲之構成，以行爲人有負擔刑事責任之能力爲條件。無刑事責任能力者，雖有行爲不罰。刑事上所謂

責任能力與民事上所謂行為能力不同。民事上所謂行為能力，指個人之能取得權利及負擔義務，吾人已述於前。刑事上所謂責任能力，無享受權利之可言，僅憑行為人之知識程度及精神狀態，而決定其應否負擔其犯罪行為之責任。民事上規定滿二十歲者為成年人，成年人有行為能力，應負擔其行為之責任。而刑法規定滿十四歲以上者須負刑事責任，不以民法之成年年齡與行為能力為標準。蓋民事行為之內容，常較複雜，如契約之成立，財產之處分，必能權衡利害了解情勢，始不至受人欺罔。而犯罪行為，較為明顯，但能辨別是非善惡，即不至陷於罪咎而不自知。是以刑法之責任年齡，較早於民法上之責任年齡。又刑法對於老耄殘疾之人有減刑之規定，亦與民法有不同之處，茲述之如下：

我國現行刑法規定，未滿十四歲人及心神喪失人不負刑事責任（刑法第十八第十九條）不滿十四歲之幼年人，因其知識尚未發達。心神喪失者，謂精神上有重大障礙不辨是非，（民法心神喪失或精神耗弱者無行為能力。精神耗弱者情狀較輕於心神喪失，是以刑法上不承認精神耗弱者得免除刑事責任，惟以心神喪失者為限。）上述兩種人，雖有犯罪行為不罰。

年齡幼稚及心神喪失之人，缺乏認識犯罪行為之能力，其犯罪非由於惡意。刑罰具改良作用，對於無意識之行為，譴責之既不能收改過遷善之效果，於社會亦無利。是以刑法對於上兩種人完全免除其責任。但未滿十四歲人如有犯罪行為，得令其入感化教育處所，施以感化教育，（刑法第八十六條。）心神喪失人如有犯罪行為，得令

其入相當處所施以監護（刑法第八十七條。）此刑法上所謂「保安處分。」法院得斟酌情形及行為之輕重施以保安處分。倘其情節輕微者，得寬免之。

未滿十四歲人及心神喪失人雖得免除刑事責任，但其行為有損害他人權利者，受害人自得依民法之規定而要求損害賠償。例如無知小兒盜竊他人財物，固可寬免。但所竊財物，自應返還物主，而物主並得要求損害賠償。民事有替代責任之規定（參閱上第三章第二節第三目，）而刑事責任，絕無替代。幼年人或心神喪失人如有犯罪行為，其法定代理人或監護人，並無刑事責任。然沒有指使之者，則指使人負完全責任。例如指使未滿十四歲人為盜竊行為，幼年人本身無犯罪意識，不過為指使人之工具，不能視為共犯，指使人應負該行為之完全責任。

除上述兩種人，絕無刑事責任外，刑法因行為人之年齡或精神狀態尚有減輕責任之規定，附述於此。得減輕刑事責任者：（一）十四歲以上未滿十八歲人（刑法第十八條第二項，）（二）滿八十歲以上人（同法第十八條第三項，）（三）精神耗弱人（同法第十九條第二項，）（四）瘖啞人，即聾而兼啞之人（同法第二十條，）。

我國昔有「悼與髦不加刑焉」之成例。現法十四歲以下人可以免刑，而十四歲以上十八歲未滿者，得減輕其刑。老年人經驗多，心計工，完全不負刑事責任，亦非善政。現法規定八十歲以上人得減輕其刑。精神耗弱者，瘖啞者，亦得邀法律之矜恤，而有減輕責任之規定。但所謂「得」減輕其刑者，按其犯罪行為，作相對之減輕，由法官自由裁量，亦可依法處罰，不予減輕也。

## 第五目 違法之阻卻

吾人在侵權行為章，已說明何謂違法阻卻。法律不能專從片面觀察。同一行為，從一方面言，固為違法，而從另一方面言，則係適法，不能遽指該行為為違法。刑事與民事一也。例如殺人當然有罪，但因執行死刑而殺人，不能指為有罪。傷人當然有罪，但因禦盜而傷害搶劫之人，不能謂為違法。是以刑法（第二十一條至二十四條）規定若干種行為，在一定情形之下得免除刑事責任。茲述之如下：

(A) 依法令之行為 依法令云者，謂依法律及命令也。例如公務員依上峯之命令逮捕罪人，或沒收違禁物，不得謂為違法。檢察官依法執行死刑不得謂為犯罪。然依法之行為可作廣義解釋。一切正當權利，皆為法律所保障，是行使權利行為，均係依法之行為也。然不得妨害社會公益或專以損害他人為目的。例如毀吾自己所有物，不為違法，然焚燒自己之屋，致發生公共危險，即不免刑事處分。下級公務員，固有服從上級命令之義務，但明知該命令為違法而執行之者，仍應負其責任。（刑法第二十一條第二項。）

(B) 業務上之正當行為 業務上之正當行為者，例如醫生解剖病人，軍人禦敵，不能指為違法傷人及殺人。但其業務，須係合法業務。例如以竊盜為常業者，其業務本身，已不合法，其行為當然亦有罪。業務上之行為，不得軼出範圍，倘其行為，並非業務上之必要，仍須負其責任。

(C) 正當防衛 國家操刑罰之權，本不許私人自力救濟。然橫逆相加，倘不能起而自衛，坐視身體財產之受

侵害，而後徐圖起訴，是無異助長強暴，而訟案將更多也。是以法律在相當條件之下，許人民行使正當防衛。現行刑法第二十三條規定：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」據此，所謂正當防衛者，（一）僅能對於不法之侵害而行使。倘對於依法逮捕之官吏，極力抗拒，即不能謂為正當防衛。（二）僅能對於現在之侵害而行使。對於未來之危險，不能先行違法而加侵害於他人。若侵害事實，已成過去，儘可向法院起訴。倘仍憑自己力量解決，則係報仇行為而非正當防衛也。（三）防衛行為，不能過當。所謂過當者，指逾越防衛所必須之程度。某甲持棍毆乙，而乙出刀殺甲，乙之行為，自屬過當。若避免侵害，有此必要，則雖使對方受較大之損害，亦不為過當。過當云者，只問防衛上是否必要，不問損害之鉅細與輕重。過當之行為，法官得酌量情形，減輕或免除其刑。

（D）緊急避難行為 刑法第二十四條規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰，但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者不適用之。」該條之意義，對於急迫不得已而有損害他人之行為者，示以矜恤。所謂緊急危難者，包括天然與人為之危險事實，如暴風、地震、失火、盜劫等等。因避免自己或他人之法益受損，遂不得已而有違法侵害他人之行為，得免負刑事責任。例如住宅失火，遂破壁入鄰家暫避，不能科以毀損與侵入之罪。所謂不得已者，指非如此即難以自全。是以避難行為，亦以必要範圍為限，得免責任。倘其行為有過當之處，則不能一律免責，法官得酌量減

輕或免除其刑。又緊急避難，以在公務上或職務上無特別義務者爲限。倘有防範此危險之職責，卽不能援引緊急避難之規定以自脫於行爲之責任。例如官吏有守土之責，而避免戰爭委棄防地。醫生有看護病人之責，而避免傳染不顧病人。皆不能謂爲緊急避難行爲而免除因此而發生之刑事責任。

### 第三節 犯罪行爲之制裁

刑罰之於社會，猶針砭藥石之於體膚。針砭藥石，非至不得已不用，然當用而不用，足養癰而貽患。刑罰亦然。今日社會，刑罰固不可無，而用之之道如何，則在於國家之立法政策。

學者常討論刑罰之效用，而諸說紛紜。原始社會，政治之組織不健全，無力保障私人權利，於是人之以互相報復爲自衛方法。欲社會生活之安定，國家必須獨占刑罰之權，私人不得自相報復，惟有聽主權者爲之判斷。刑罰之設，最初係代替私人復仇，是以初期刑罰，無非採報復主義。所謂「一目還一目，一齒還一齒」者，乃歐洲古代對於刑罰之觀念。然國家懲罰犯罪行爲，應考慮犯罪之動機與環境。報復主義，惟以被害者所受損害爲科刑之標準，可發生至不公平之情事。且刑罰本身，乃一種弊病。執行刑罰，並非終極目的。能由此而達到美善之社會生活，始稱善政。是刑罰乃工具而非目的也。報復主義，以刑罰既施，目的已達，殊不足採。

或以刑罰之設，在於恫嚇。在於犯罪者施刑，足以警戒餘人，使畏懼而不敢犯法。社會上各種利益，常相衝突，犯

罪者多因貪圖一己之利益。有罪必罰，使其無利可圖，自不至妄爲。此說有相當立場。而現今刑罰政策，包含一部份恫嚇主義，似亦不容否認。但純粹採取此種主義，則嚴刑峻法，將成爲最合乎理想的方法。刑罰過於殘酷，對社會發生何種反響，甚滋疑義。用刑嚴刻，並不能消弭犯罪行爲，似爲公認之事實。

現今學者，多以爲刑罰應含預防作用，亦稱預防主義。吾人監禁犯罪之人，使不能爲害於社會。處殺人者以死刑，根絕殘殺兇險之行爲。是以預防主義，亦稱社會自衛主義。

自社會科學發達，認犯罪爲社會病態。學者多主張刑罰應採改良主義。死者不可復生，刑者不可復贖，純粹採取改良主義，則死刑宜作廢，而監禁囹圄之中，施行感化教育，將爲惟一的適當處分矣。然犯罪學中常分犯人爲數種。習慣犯（habitual criminal）者，受環境之影響而習於犯罪。偶然犯（single offender）因意志薄弱或環境所迫而偶爾犯罪。職業犯（professional criminal）者，具有特殊才能以犯罪爲恆業。本能犯（instinctive or born criminal）者，因先天之缺陷而生來卽有犯罪之傾向。改良主義對於偶然犯甚至習慣犯均可適用，而對於天性不可改良（in corrigible offender）之罪犯，將若何處置？現今刑罰制度，惟對於幼年犯純採改良主義。而對於一般罪犯，似乎社會自衛政策，乃一般刑罰之主要目的。

刑罰既爲保障社會之工具，國家代表社會全體，是以惟國家得行使刑罰，私人不得擅專。刑罰權操諸國家，而執行之者，則係國家各種機關。在現今罪刑法定主義之下：（一）必有犯罪行爲，始得科刑。（二）刑罰之種類，爲法律

所規定，不得於法外施刑。(三)惟有代表國家行使刑罰權之機關始得論科及執行刑罰。

我國刑罰制度，發達甚早。唐虞三代所謂五刑者，乃墨、劓、剕、宮、及大辟。漢廢肉刑，以笞代之。隋時以笞、杖、徒、流、死爲五刑，歷唐明無改。然在專制政體之下，非法用刑，往往極端殘酷，亦所不禁，非今日刑罰法定制度所允許也。(參閱上第一篇第一章第二節關於我國法律思想。)

現行刑法所規定刑名，計有死刑、無期徒刑、拘役、及罰金五種主刑，褫奪公權及沒收兩種徒刑。(刑法第三十三及三十四條)科刑以上述者爲限，不得濫用他刑。茲分述如下：

(A)主刑 主刑爲獨立科處之刑罰，亦稱本刑，計有五種：

(一)死刑 死刑乃剝奪生命之刑，爲刑罰中之最重者。對於惡性已深，罪行重大者，無從使其悔改，惟有奪其生機，使其永遠與社會隔絕。死刑之用意如此，是以執行之時，無須過於殘酷。我國昔處死罪人之法，有斬決、凌遲、梟首、戮尸等等，清末已將凌遲、梟首、戮尸等永遠廢止，於是死刑只斬決而已。現行刑法規定：「死刑用絞，於監獄內執行之。」(第三十五條)是則現今執行死刑，除軍法有鎗斃刑，一例用絞，且限於監內執行。死刑既爲刑罰中之最重者，人死不可復生，科處時應特別慎重。是以刑法規定死刑之判決確定後，尙須經最高司法行政官署之令准。(刑事訴訟法第四六五條。)

(二)無期徒刑 無期徒刑與有期徒刑及拘役同爲自由刑，蓋均係剝奪罪人身體之自由。無期徒刑將犯



罪人監禁終身，爲罰甚酷，是以學者亦有主張廢止之者。其理由以爲無期徒刑使犯人終身不得自由，實較死刑之僅受一時之痛苦者爲尤苛刻。且終身無出獄之望，不合刑罰改良之目的。同是無期徒刑者，年老者受之爲輕，而在年輕力壯者受之則極爲殘酷，有失法律平等之義。然死者不可復生，而無期徒刑，尙有假釋（刑法第十章）或赦免出獄之望。現行刑法規定未滿十八歲及已滿八十歲者不得科以無期徒刑（第六十三條第一項）。執行無期徒刑滿十年而行狀善良者，得許假釋出獄（第七十七條第一項）。是對上述之非難，亦有相當之補救。

（三）有期徒刑 昔「暫行新刑律」將有期徒刑分爲五等，十五年以下十年以上者爲一等有期徒刑，十年未滿五年以上者爲二等有期徒刑，五年未滿三年以上者爲三等，三年未滿一年以上者爲四等，一年未滿二年以上者爲五等。現行刑法對於有期徒刑不分等級，凡二個月以上十五年以下者均係有期徒刑。如遇有依法應加重或減輕時，得減至二個月未滿，或加至二十年，但不得超過二十年。此係一般規定。凡應處以有期徒刑之罪，刑法於各條另分別規定其最高最低之刑期。例如第二二九條：「以詐術使婦女誤信爲自己配偶而聽從其姦淫者，處三年以上十年以下有期徒刑。」第二四一條：「略誘未滿二十歲之男女脫離家庭或其他有監督權之人者，處一年以上七年以下有期徒刑」等等。諸如此類，皆賦予法官以斟酌輕重之權。又或僅定其最低或最高刑期，例如第二二一條：「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，處五年以上有期徒刑。」第二一七條：「偽造印章、印文、或署押，足以生損害於公衆或他人者，處三年以下有期徒

刑，「等等皆是也。有期徒刑之期間，其長短至不一致。短者可能不滿兩個月，而長者可至二十年。刑罰之作用，既不外懲戒或改良等等，吾人已述於上。短期徒刑，不足收懲戒或改良之效，而罪情輕微者，因入獄而喪失廉恥，與重犯相處，沾染惡習，結果將與刑罰之本意背道而馳。是以法律對於短期徒刑，有緩刑及改科罰金等規定。長期徒刑，雖不得宣告緩刑（刑法第七十四條第一項緩刑限於宣告二年以下之有期徒刑，拘役或罰金）或改科罰金，但得於執行二分之一後，因有悛悔之實據而呈准假釋（刑法第七十七條）。

（四）拘役 罪情輕微者，科以拘役。拘役亦剝奪自由之刑，但其刑期較短，僅一日以上，二個月以下，遇有加重時，至多不得過四個月（第三十三條）。犯輕微之罪者，不宜使與惡性已深之罪犯相處，而沾染劣習，是以拘役執行，應於其他場所。各國監獄有採獨居制者，用意甚善。而我國因限於經費，未能採効。但輕犯與重犯之隔離，似不能不留意實行。拘役多與罰金並科。科罰金者，倘無力繳納，則得易以勞役（一元以上三元以下折算一日，但易服勞役之期限不得逾六個月，判決書中，應載明如何易科）。科拘役者，亦得易以罰金。但能否易科，仍由審判官斟酌決定。拘役與徒刑不同。例如徒刑於免除後五年之內，如再犯有期徒刑以上之罪，是為累犯，加重處刑。而拘役罪情較輕，無累犯加重之例。

（五）罰金 罰金亦輕微之罰，足以代替短期自由刑，而矯除其缺點。然社會上貧富不均，罰金之效果，將因人而異。貧者無力繳納，易科勞役，尚符情理。而富者對於罰金，不感痛苦，倘金錢可以代替自由刑，則富者無可制

裁矣。是以刑法只許刑期極短之有期徒刑（受六個月以下之宣告者）與拘役且執行時因身體教育職業或家庭之關係顯有困難者，始得易科罰金。（刑法第四十一條）罰金既常因犯人貧富不同而發生不均之結果，是以刑法第五十八條規定：「科罰金時應審酌犯人之資力……」。

（B）從刑。上述五種爲主刑。刑法規定沒收及褫奪公權爲從刑。從刑者，除法律有特別規定外，乃附麗於主刑而宣告之刑罰。茲概述之如下：

（一）沒收。沒收乃從刑之一。因有犯罪行爲而將其犯罪之工具或犯罪之所得沒收爲國有，是以不得專科。但主刑如因其他情節依法宣告免除者，沒收仍得科處（刑法第三十九條）。沒收與昔日所謂「抄家」「籍沒」等不同。得沒收之物，依刑法第三十八條之規定，以（一）違禁物，（二）供犯罪所用或供犯罪預備之物，（三）因犯罪所得之物，三項爲限。供犯罪之用，例如手鎗、匕首等，因犯罪所得，例如貪贓枉法所得之財產是也。

（二）褫奪公權。褫奪公權乃能力刑，亦可稱爲名譽刑。公權之意義，至不確定，褫奪公權，以何爲限，不能不予以明瞭規定。舊刑法褫奪公權包括膺勳章之資格，爲律師之資格，爲官立學校教職員之資格等等。蘇聯刑法，褫奪公權者，並喪失親權及榮譽名稱之權。日本刑法，「資格喪失」者，喪失爲公務員之資格，公法上選舉及被選舉資格，監護人保佐人，親屬會議會員之資格，法人之理監事之資格等等。可見褫奪公權，各國法律規定，至不一致。現行刑法規定褫奪公權者褫奪以下各種資格：（一）爲公務員之資格，（二）公職候選人之資格，（三）行使

選舉、罷免、創制、複決四權之資格。刑法第三十六條比較上現刑法所規定者實爲寬和。褫奪公權乃從刑，凡被宣告死刑或無期徒刑者應褫奪公權終身，被宣告六個月以上有期徒刑者，依犯罪性質，得褫奪公權一年以上十年以下。（刑法第三十七條。）



## 第七篇 司法組織

### 第一章 司法獨立之意義

#### 第一節 司法權之獨立

司法職務本含技術性質。執行司法者須有特殊學識，經驗與品格。是以司法組織之具有獨立性質，不僅理論使然，其職務之特殊，亦有以致之。然通常討論司法獨立者，皆致意於分權制度，而爭辯司法權是否與行政權立法權等等對立並時分權制度，吾人已舉概於前。（參閱上第三篇第三章。）若干學者，否認司法為三權之一。以為司法與行政，同是執行法律，而司法機構，自各種方面觀察，實附麗於行政權，乃行政權（Executive power）之一部份，不得稱為單獨一權。洛克（Locke）、羅騷（J. J. Rousseau）等討論分權制度，皆未嘗認司法為獨立一權。

而主張司法係三權之一者，援引孟德斯鳩（Montesquieu）、普芬道夫（Puffendorf）諸說，以為司法權實係一種政權，亦復振振有詞。（關於司法是否獨立一權問題，Duguit在所著“La Separation des pouvoirs et

l'Assemblée Nationale de 1789' 及 "Traité de droit Constitutionnel" 兩書中討論甚詳)

然欲推崇司法權力而主張將一切審判事宜，概歸司法機關管轄，執行判決，悉由司法機關自己，在事勢亦難實行。蓋審判權包括審理軍政機關，政治首長等，等之行爲在內，不僅對於人民而行使。司法機關若得審問一切行政行爲，立法行爲，則司法之權過鉅。現今行政機關歸行政法院管轄。軍事之審判，則有軍事法院。政治首領犯法，各國成例多由國會審理。各種特別法院甚多，審判事宜，並非概屬於法院。至於法院之判決，仍須經由行政機關執行。且司法人員，現今制度，仍多由行政首領任命。凡此種種，皆足爲攻擊司法非三權之一者所藉口。然司法是否三權之一，乃學理之爭辯。而司法職權，應獨立不受侵犯，則爲學者所公認。司法職務乃所以保障人權。司法官決獄，不能受指使或威脅，須有特立無倚之地位，始能憑其良心判斷社會上一切複雜爭端。是以吾人無需辯論司法是否一種政權，但注意在合理範圍之內，如何保障司法之獨立而已。

將司法權與立法權行政權比較，其勢力自較弱。依據「不告不理」之原則，法院常處於被動地位，無積極之行動。吾人防範立法權或行政權之專擅，因立法權倘任意立法得將人民之自由完全剝奪，行政權倘濫用權力將使政體發生重大變動，其爲害皆足遍及國家人民全體。至於司法只能依法判案，即有枉法偏私之情形，亦不過少數人蒙受其害。亨密頓 (Hamilton) 常謂，司法權本身並無危險，惟與行政或立法權合併時，則可以發生專恣不公之事。立法者倘兼操司法之權，得隨其好惡而變更法律。欲入某人於罪，即可立一法而適用之，事過境遷，再將此

法作廢。倘行政機關兼操司法之權，則發號施令之人，即判斷是非之人，其號令之公正與否，無人得而辯正。是以司法之應當獨立，亦可從反面言，乃所以禁絕行政或立法機關之兼轄司法也。

是以司法機關之職務，超乎政治問題之外。至於行政權與立法權，在其行使職權時皆不能無政策。政策者，憑一人或一黨之意見，公理法律，往往不能盡顧。而法院之職責，惟在於公平應用法律而已。法律之良否，非法官所得疑議。任何人在法律上皆平等待遇，使立法者無從以私意訂立法律，則司法者之任務，可謂完成。是以司法機關之用法，必須獨立無所偏倚，而司法官之地位，不能仰人鼻息受人指揮。現今各國制度，司法官雖多由行政首領任命，然大率有終身任職制度，為之保障，吾人將言之於下一節。各種特別法院之設，似係侵蝕司法之權。然特別事件例，如行政訴訟者，歸行政法院審理，亦可云即所以明瞭分別行政權與司法權，使彼此互不干涉。法律具有硬性，有時不適合於社會情形，而法官不得不依法判決。倘有違悖情理之處，有時並非法官之過，是以行政首領操有特赦與減刑之權，乃所以補救此種缺憾。被特赦者，僅免其刑之執行，該項司法判決，並不因之而消滅。復權（rehabilitation）之宣告，仍須由法院行之。皆足表顯司法之獨立風格。

且在分權制度之中，立法與行政兩權，互相裁制監督。而司法權則以獨立為原則，不受干涉，亦不干涉行政與立法。

自行政與司法之分立言之，行政機關對於司法機關，不得干涉其審判。雖在若干國家，其檢察官乃行政人員



(例如法國)並非司法人員，然僅居於起訴人之地位，不能參預審判。行政機關在任何情形之下，不得對司法機關施行壓力。欲貫徹此項主張，必須使法官之地位，不受行政機關之支配。蓋法官之進退，如聽憑行政機關主宰，則顧慮己身之地位，不敢不迎合行政官吏之意旨。是以司法官之保障，乃司法獨立之基石，吾人將述之於下一節，不贅於此。而司法機關對於行政行為，亦不得任意批評。司法人員，不得參加政治活動。雖其審理案件有時不免涉及行政問題，但不得作法律以外之批評。解釋行政行為，當與解釋法律一樣，遵守原則，不得逾越範圍。

至於立法與司法之間，一為制定法律，一為適用法律，不能謂為絕無關係。但司法機關之責職，止於適用與解釋法律，不得批評法律內容之優劣。司法判決，不能與法律有同等効力。若干國家，並不許司法機關訂立條例。因司法機關如得訂立執行條例或其他事項之條例，不免有侵蝕立法之處。我國司法院既係五權分立中獨立一權，有建議法律之權，在其職權範圍之內，如有需要訂立的法律，儘可向立法院提議。至於立法機關如各國之國會者，關於行政機關之行為有監督之權，無所不施其抨擊。然對於司法機關之判決，則不得批評，所以使人民尊重法院之威權。司法機關之責職，在於引用與解釋法律。立法機關倘以為某種法律之解釋為失當，儘可另立法律以矯正之。倘以為某種司法程序不便於人民，儘可修正法院組織法或訴訟程序法以改善之。不此之圖而對司法判決任意批評，勢將聳動輿論墮法院之威信，而使社會人心為之擾亂。是以議院倘對於社會上所注意之大案件，由批評行政機關而間接批評司法判決者，實屬侵犯司法獨立。

司法機關雖不能批評法律，但某種法律於成立之時手續不完備，例如通過時未獲法定之多數，公布時未遵法定之形式之類，則法院得拒絕引用之。此非侵犯立法，因該法律尙未成爲法律也。行政命令，形式上顯有瑕疵者，法院亦得拒絕。此均不得謂爲越俎，蓋正所以嚴格執行職務也。

綜上所言，司法以獨立爲原則，無駕馭其他機關之權力，亦不受其他機關之干涉。此與立法行政等權雖分立而互相掣肘者，大有不同。是以若干學者否認其爲一種權力。但司法應有獨立之精神，固不容否認。

## 第二節 司法官之保障

所謂司法官 (Judge) 者，指普通法院之法官（普通法院與特別法院之區別參閱第二章第二節）至於各種特別法院之法官，其地位不盡相同。而司法行政人員，如司法院長，司法部長及其院部人員，各級法院之書記官，司法警察等，均不得稱爲司法官。

司法官之保障，由來已久。英國一七〇一年之「王位繼承法」(Act of settlement) 第三條第七節已有「司法官在善良行爲期內不得撤職」之規定。近代對於司法官之服務應有保障，已成爲普遍承認的原則。

司法獨立之要旨，吾人已述於上一節。而司法官的保障，實爲司法獨立之基本條件。保障云者，在使司法官安心執行職務。一經任命其升遷或調動均有規章，非到達退休年齡或自請辭職時，不得無故罷免。法官得受懲戒，但

懲戒之者，必有一定機關，須經一定程序。

司法獨立，應不受外界任何影響，始足造成法官之公正觀念，是以司法官不得參加任何政治活動。而司法官之任命，亦須有適當制度，始不至感受倚賴與牽掣。選任司法官之方法，有下述數種：

(A) 由人民選舉 欲求司法官地位之獨立，最佳莫過於民選制度。然其缺點，在於人民缺乏判斷技術人才之能力。民選人物如國會議員，大都善於鼓吹及了解羣衆心理之人。以之充任法官，殊不相宜。法國在大革命後曾採用民選法官制度，但其結果並不良好，此後即放棄此種制度，永不再用。現今美國及瑞士各州尚實行此制。然據美國學者迦納 (Garner) 之觀察，民選法官之才具恆不及任命之法官。美國各州之大多數法官均由民選，其高等法院之法官，由州長 (Governor) 任命者僅有六州，由州議會選舉者僅有四州。民選法官不但人選不佳，且往往因迎合選民心理，於執行職務時，故取寬放政策，滋多流弊。(參閱 Garner 著 "Our Government" P. 499) 而美國聯邦法院之法官，均由總統任命，其人選常極優良。

(B) 由國會選任 法官由國會選舉，最著之例爲瑞士聯邦所實行的制度。美國最高法院法官雖由總統任命，但須提出參議院通過，事亦相類。在廣大國家中，全國法官悉由國會選舉，罷免，更換事不可能。是以推行此制，亦只可限於最高級法官。且國會以政黨的立場決定一切提案，任命法官，如參雜黨見，亦足妨礙司法之獨立。瑞士聯邦實行結果甚佳，因其政治穩定，且該國國會於選任法官時，能屏絕黨見，注意人才，在他國恐難有此成績。

(C) 由特種團體選舉。法國大革命時，其「憲法會議」曾有此種提議，但未通過實行。近今學者如拉斯基 (Lasky) 亦曾作此主張。謂當組織一種委員會，任命法官時，由司法總長提出，經該委員會通過後再任命之。(見所著 "Grammar of Politics") 但此委員會應如何組織，倘均係司法界中人，如律師教授等等，則法官之出身與法界中人關係過深，其執行職務時，亦有不能一憑個人公正主張之虞。

(D) 由行政機關任命。法官由行政機關任命，仍係現今最流行的制度。但司法官受法律之特別保障，行政機關雖有選任法官之自由，而無罷免之自由，德法等國法官，號稱「終身任職」 (inamovibilit e)。然所謂終身任職，亦指如無重大過失不得罷免之耳。是與英國所謂善良行為期間不得撤職之規定相同。除已達退休年齡及自行辭職者外，法官一經任命，行政機關不能任意罷免之，其升遷調用，亦有定章。所以禁絕行政機關以官爵為誘惑法官之工具。

我國制度，頗有特點。五權分立，司法院係與行政院、立法院、考試院、監察院並行而分立的機關。歐美各國，司法行政，屬於司法部。其司法部完全係行政機關。在內閣制中，司法總長乃閣員之一，與其他閣員連帶負政治責任。在總統制中，司法總長聽命於總統。是以各國法官之由司法總長任命或由司法總長提請總統任命者，其結果皆係行政機關所任命。我國司法院既與行政院分立對峙，司法院管轄司法審判，司法行政法官懲戒及行政訴訟。是我國司法，較之各國，可云更為獨立。近者，司法行政部改隸行政院，於是法官之任命復因改隸之故，而歸於行政機關。

管轄，又我國有考試院之設，司法官以考試爲選拔之原則。但同時容納有他項資格者，如曾任大學教授者曾任律師者之類。（詳「法院組織法」第三十三條）司法行政部雖有任命法官之權，而其最後決定，則屬於考試院之詮敘部。

## 第二章 法院

### 第一節 司法職務

歐洲在中古時期，司法職務常由私人辦理。昔在法國，司法職務，可以購買（*Vendition des offices*），收取訟費，視若財產。亞當斯密（*Adam Smith*）倡自由競爭之說，常以為司法若由私人辦理，根據自由競爭原則，收取相當訟費如律師然，以解決訟案，則司法當更進步。

人類天性，遇有爭端相持不決者，恆相率不見一共同信仰之人以判決其曲直。即今仲裁制度（*arbitration*）亦基於此種趨向。然判決之執行，往往須依賴公共機關以威力相協助。擁有公共權力者為國家。國家以其威力相協助，必須承認該判決為適當。私人所作判決，國家不能遽認為適當。惟有由國家法院作成判決，始能常獲國家之協助。且仲裁者不常有，爭執之兩造往往不能同意於公正人之選擇。於是被損害者，有無處聲訴之苦。國家法院，乃常設的機關，有法院而後人民權利始獲保障。

古代社會，司法程序簡單。起訴、舉證、判罪、執行，往往由同一人在同一時行之。現今司法程序，極為複雜。吾人至

少可分為起訴、傳喚、辯論及舉證、宣判、執行五個階段。每一階段，又各有其一定程序，與執行職務之人。蓋欲公理之表彰，必須規定其進行之手續，始免冤抑不平之事。其手續既極繁細，於是不得不制定法律，以為處理訴訟事件之根據。此所以有各種訴訟法，如「民事訴訟法」、「刑事訴訟法」等之制定也。各種訴訟法規，雖係程序法，但其保護私權維持公益，實與實體法同其重要。

訴訟程序，非此間所能敘述，但有若干重要原則，為執行司法職務者所應遵守，可舉之如下：

(A) 公開審理 法院審理案件，以公開為原則。英國在十九世紀初年，已確認公開之原則（參閱 Jenks 著 'Book on English Law' P. 92）。我國現行法亦規定，兩造辯論及宣讀判詞，均須於大庭廣眾中為之（法院組織法第六五條第六八條）。至於有關風化事件及兒童事件，臨時禁止旁聽，是為例外。法官雖有禁止旁聽之權，但不得濫用。惟偵查、調解等未至正式開審階段者，不必遵守公開之原則。

(B) 法院不得拒絕不受理 司法職務，其性質為被動。所謂不告不理者，吾人已述於前。同時法院對於陳訴之事，不得拒絕不理。任何事件，倘有依法定程序訴告者，法院不得藉口任何理由拒絕審理。即所訴之事，無法律可以援引，法院亦須依照公平良知之方法，予以裁判。若對該事件無管轄權，則應以「裁定」按「移送程序」（民事訴訟法二十八至三十條）將案件移送於有管轄權之法院。

(C) 當事人有上訴之權利 現代司法組織，給予訴訟當事人以上訴之權利，以期公理彰明。刑事事件，被告

者有上訴權。民事事件，原被告兩造之任何一造均有上訴權。通常得上訴於兩個高級法院，例如不服地方法院判決者，得上訴於高等法院，不服高等法院判決者，得再上訴於最高法院。未至終審判決，有上訴權者均得於一定期間內提起上訴。法院並應予當事人以上訴之便利，例如於判決書內載明，如不服本院判決，應於若干日內上訴於某一法院是也。

(D) 訴訟當事人得由專家爲之辯護 訴訟之當事人，有時缺乏法律知識，因而失去法律上應有之利益，非法律之本意也。被告者處於被攻擊之地位，尤應有專家爲之辯護。我國現行法，僅刑事被告，其最輕本刑爲五年以上有期徒刑，及以高等法院爲第一審之案件，必須指定辯護人。(刑事訴訟法第三十一條) 被告本人如未指定時，法院應爲之指定。其他案件，無指定辯護人之必要，但合法登記之律師在法院執行職務，法院不得不加允許。法律既係專門知識，司法程序，亦非普通當事人所能了解。是以訴訟當事人聘請明瞭此道之人代理訴訟行爲，乃歷來所俱有。法院若不許訴訟當事人委託專家代理，不但於審理案件時，因當事人不諳法律程序而多所窒礙，且錯誤冤枉之事，亦將由是而生。英國律師制度，發達最早。其產生完全係適應事實上之需要。現今承認律師職務爲公職之一，與審判職務及檢察職務三者同爲司法組織中必需之機構，如就其立場，主張公道。但當事人自爲辯護，或請律師以外之人爲代理人，亦非現今法律所不許。



## 第二節 普通法院與特別法院

審理一般民刑事件者爲普通法院，如地方法院、高等法院及最高法院是也。國家於普通法院之外，更設立有若干特別法院，處理特種訴訟。自各國成例言之，有行政法院（administrative courts）、軍事法院（military courts）、商事法院（commercial courts）、勞資公斷法院（labor arbitration courts）、政治法院（political high courts, Hautes cour de la justice politique 總統或國務員執行職務時犯罪行爲，由衆議院起訴，參議院組織政治法庭審理，是爲美法等國制度）、海上捕獲法院（tribunal des prises maritimes 戰時在海上捕獲中立國運送違禁品或其他侵犯交戰國之行爲之船隻，由海上捕獲法庭審理，英法等國有之）、兒童法院（tribunal des enfants）、領事法院（consular courts）、海關法院（customs courts）、戰犯法院（war criminal courts）等等可舉者甚多。總之，所謂特別法院者，適用特別程序以審理特殊事件或特種人之法院也。

普通法院司理全國人民普通民刑事件。而若干事件，因其性質，須設立特別法院者，另設立特別法院以管轄之。其組織與職權，必制定法律爲之根據。凡不屬於特別法院之事件，均歸普通法院。是以特別法院之設立，足以削減普通法院之職權。訴訟不能不有法院爲之管轄，凡不屬於特別法院管轄者，均可訴之於普通法院。例如我國現在無商事法院，則一般商事訴訟，當然亦歸普通法院管轄是也。

普通法院，吾人於下數節述之。至於特別法院，我國所設立者，較各國爲少。但我國法律，常畀予行政機關以審判權。未設法院的地方，由縣知事兼理司法，違警事件由治安官署如公安局警察局者處理，商事公斷，則由地方商會辦理，勞資爭議由官署監督僱主與勞工雙方代表協同調解與仲裁（二十一年九月修正勞資爭議處理法）海關緝私條例（二十三年六月公布施行）承認海關稅務司與關務署有處罰權，禁煙條例承認軍事委員會有指定軍法機關或地方政府審判之權皆是也。我國幅員遼闊，司法經費有限，即普通法院，尙未能遍設於各地，是以特別法院爲數較少。吾人茲分述「行政法院」與「軍事法院」於下：

（A）行政法院 官吏在執行職務時，如有違法或執行不善而加損害於人民時，受害人得提起行政訴訟。行政法院者，即管轄行政訴訟之特別法院也。英美制度與歐陸法、德、意、諸國不同。行政訴訟在英美一例歸普通法院管轄。蓋英美派以「法律主治」（The rule of law）爲其基本原則。所謂「法律主治」者，指一切人均服從同一法律。官吏犯法，不能因係官吏之故而有特別審判機關。而歐陸各國則以行政訴訟之性質異於普通訴訟。普通法院之法官，往往不擅長於處理行政問題。且執行職務行爲之責任，如悉歸之於官吏，有時不合情理，有時因官吏私人力量不足賠償此種損害，於是責無攸歸，而人民損害無可彌補。行政訴訟以行政官署爲被告，損害賠償，由國家負之，人民權益，更有確切保障。

「法律主治」之制度，固較明瞭簡單，而「行政法制度」（systeme de droit administratif）亦有優點。

現今英、美、比、丹麥、瑞典、挪威、希臘等國不設行政法院，而法、德、奧、日本等國則有行政法院之設立。近代行政問題日趨複雜，各國普通法院之組織，漸感不相宜於解決此種問題。我國昔有平政院，現則有「行政法院」之設，隸屬於司法院。其法官稱為評事。人民因中央或地方官署之違法處分致受損害者，應先提起訴願及再訴願（關於訴願參閱上第三篇第四章第一節）。倘不服受訴願官署之決定時，得提起行政訴訟，附帶要求損害賠償。行政法院如認為有理由，應以判決撤銷或變更原處分，否則以判決駁回之。倘附帶有損害賠償之請求，亦應判決其應否賠償。（參閱二十六年公布施行之行政訴訟法。）

法國之行政法院，分為兩級。以「省參議會」（conseil de prefecture）為第一審，得上訴於「國家參政院」（conseil d'Etat）。德國各邦之行政訴訟，昔有實行三審制者。我國行政訴訟僅一級，即行政法院。對於該院所為裁判無上訴或抗告機關。但行政訴訟之提起，必須先經訴願，此與奧國、日本等制度相同。

行政訴訟，非有特定的實體法為根據。所謂「行政訴訟法」者，乃其程序法。至於訟爭的內容，皆依據累積之判例以解決之。行政法制度之實行，以法國為最早，是以其判例常為各國所採効。

行政法院與普通法院之管轄權，如何分別，常有發生疑問之處。法國著名法官羅密歐（Romieu）云：「凡公法人與第三者或公法人彼此相互間之訴訟，其爭點在於公務之執行，不執行或執行不善者，法律苟無其他規定，行政法院皆有管轄權。」（Louis Rolland 著『Précis du droit administratif』Paris, 1932, P. 215）我國民

國元年「臨時約法」第十條：「人民對於官吏違法損害權利之行為有陳訴於平政院之權。」根據此項規定，遂有「平政院」之設立。迨民國十二年，憲法規定行政訴訟歸普通法院管轄。自此時至民國十七年，我國無行政法院。民國十七年國民政府成立，採五院制，復於司法院之內設立行政法院。我國行政法院之管轄權，見於現行「行政訴訟法」第一條：「人民因中央或地方官署之違法處分，致損害其權利，經依訴願法提起再訴願而不服其決定或提起再訴願逾二個月不為決定者，得向行政法院提起行政訴訟。」以違法行為為限，以受理人民之陳訴為限，其範圍較隘於法、德等國之行政法院。各國行政法院與普通法院管轄權發生衝突，常為不易解決之困難問題。法國有「衝突法院」(Tribunal des conflits)，即專為解決此項問題而設立之法院。我國普通法院與行政法院同隸屬於司法院，司法院為其共同上級機關，如有衝突發生，得請司法院指定其管轄，不難解決。

(B)軍事法院 軍事法院之組織，在我國現由民國十九年公布施行之「陸海空軍審判法」規定之，稱之為「軍法會審」。凡陸海空軍軍人犯陸海空軍刑法、刑法、違警罪法，或其他法律之定有刑名者，均應歸軍法會審管轄。所謂陸海空軍軍人者，包括現役軍人，召集中之在鄉軍人，軍佐、軍屬、軍學員，地方警備隊等之官長士兵（陸海空軍刑法第五第六及第七條。）

軍事會審分三種：(一)簡易軍法會審，設立於各總指揮部，各軍部，各獨立師部，各獨立旅部或該管高級長官之駐在處所。(二)普通軍法會審，設立處所與上述同。(三)高等軍法會審，設立於總司令部或軍政部海軍部。

簡易軍法會審審判上尉以下之官兵。普通軍法會審審判校官。高等軍法會審審判將官及同等軍人之犯罪者。軍法會審無審級之分，不得上訴。但該管最高級長官得令復審。

軍事法院爲審判特種人，即海陸空軍軍人之特別法院。但有時其職權擴充於陸海空軍軍人以外之人，例如俘虜及投降人。又如戒嚴時期，在警戒地域之內，司法權應受該地域最高司令官之指揮。在接戰地域內，則司法職務得逕歸該最高司令官管轄，（戒嚴法二十三年公布施行，其第七條第八條，）是在戒嚴或接戰地帶中，軍事機關之司法權，得擴及於軍人以外之一切人也。但在平時，雖係陸海空軍軍人其訴訟不在上述「陸海空軍審判法」第一條所列舉範圍之內者，如民商事件，自應歸普通法院管轄，不在軍法會審範圍之內。（按民國十九年公布施行之陸海空軍審判法第一條規定：「凡陸海空軍軍人犯陸海空軍刑法或刑法所揭各罪，或違警罰法，或其他法律之定有刑名者，依本法之規定審判之，非軍人而犯陸海空軍刑法第二條所揭之罪者，應由法院審理之。」而陸海空軍刑法第二條規定：非軍人而於戰地或戒嚴區域內犯法者應適用該法。）

### 第三節 普通法院之管轄權

普通法院審判一般民刑事事件，凡不屬於特別法院者，均歸普通法院管轄，吾人已言之於前。是以普通法院之管轄權，在原則上不以人或事爲標準，而以地域分別。每一法院，有其固定轄區，是爲司法區域。各國司法區域有時

與行政區域不同。我國大體上即以行政區域爲司法區域。行政區域以縣、市、省爲單位，法院亦即依照縣、市、省分配。每縣或市應設立地方法院一所，省設高等法院，首都設最高法院總轄全國是也。然因司法經費支絀之故，全國地方法院不過二百餘所。未設法院之縣，多至可驚之數，皆由縣長兼理司法。以行政官兼司法職務，誠不得已權宜之計也。

法院雖按行政區域分配，然縣、市、省之大小不同。例如上海市、廣東全省，倘前者只有一個地方法院，後者只有一個高等法院，則訟案擁擠，文書遲滯，必有不堪言狀者矣。是以現行制度，於較大之市或縣中設地方分院，於較大之省中設高等分院，而最高法院亦設分院於北平、重慶。至於狹小之縣或市，有合併數縣設立一地方法院者。

普通法院，既有多處，雖原則上以地域分別其管轄，然訴訟原因複雜，同一事件，可以關涉數個地域。又法院分爲等級，案情有輕重，何種訴訟，歸何級法院管轄，亦有規定之必要。管轄錯誤者，法院之判決無効。管轄權之決定，有關於當事人地位之有利或不利，調查證據，傳喚證人等等，均應加入考慮。茲將普通法院之管轄權言之如次：

(A) 職務管轄 職務管轄者，指訴訟事件因審級而分別管轄也。民刑事事件第一審歸地方法院管轄，不服地方法院之判決者，上訴於高等法院，謂之第二審。不服高等法院之判決者，上訴於最高法院，謂之第三審。是即第一審之管轄權屬於地方法院，第二審之管轄權屬於高等法院，第三審之管轄權屬於最高法院。

但有時第一審之管轄權逕屬於高等法院。例如刑法中內亂罪、外患罪、妨害國交罪，以高等法院爲第一審，最

高法院爲第二審。兩審而終，是爲例外。

(B)事物管轄 普通法院審理一般民刑事事件，無特殊事物管轄如特別法院。但民事刑事，在英國分由兩個不同法院審判，則普通事件，亦當究問其爲民事或刑事，而後決定其管轄。我國民刑事事件，均歸同一法院審判，僅在程序上有所不同，是自法院言之無所區別。

但普通事件，得因其輕重不同，而異其管轄。昔我國採四級三審制，民刑訴訟之輕微者，以初級審判廳爲初審機關，情節較重者以地方審判廳爲初審機關。自民國二十四年改採三級三審制，始不分事件之輕重，均以地方法院爲初審機關。但據民事訴訟法簡易程序之規定，凡訴訟標的輕微者以及房東房客之糾紛僱傭契約問題等等，依簡易程序審理。

(C)土地管轄 普通法院各有管轄區域，吾人已言於前。在其轄區之內發生事件，該法院當然有管轄權。然事件發生，關涉數地，被告原告，各有住所，以何爲準，仍待說明。可分爲民事與刑事言之。

(一)民事訴訟，原則上以被告住所所在地之法院有管轄權。但有許多例外，舉其重要者，例如因營業涉訟者，得由被告事務所或營業所所在地之法院管轄。因財產權涉訟而被告在中國無住所或住所不明者，得由其可供扣押之財產所在地法院管轄。因船舶涉訟者，得由船舶所在地之法院管轄。因不動產涉訟者，得由不動產所在地之法院管轄。關於遺產繼承涉訟者，得由繼承開始時被繼承人住所所在地之法院管轄等等皆是也。上

文所謂得由某一法院管轄者，指當事人有選擇權。或向被告住所所在地起訴或向有管轄權之某法院起訴，均不為錯誤。被告有數人時，原告人得向其中任何一人之住所所在地法院起訴。但若干事件，法律特別規定必須由某一法院管轄，是為「專屬審判」。例如因不動產物權或其分割及經界涉訟者，專屬於不動產所在地之法院，婚姻事件涉訟者專屬於夫之住所所在地法院是也。

(二) 刑事訴訟，犯罪地之法院，被告住所所在地之法院，被告居所所在地之法院，及被告本人所在地之法院均有管轄權。在船艦或航空機中犯罪者，如在中華民國領域以外，則該艦機本籍地，出發地或停泊地之法院亦有管轄權。刑事事件，往往須為迅速之處分。是以無管轄權之法院，如在急迫之際，在其轄區之內，亦應為必要之處分。

同一案件而繫屬於兩個以上之法院，得由其中一法院併案受理。法院彼此間對於管轄權有爭議時，由共同上級法院指定其管轄。訴訟之當事人，亦得以書狀聲請指定或移轉管轄。

(D) 合意管轄 合意管轄者，指訴訟當事人之兩造同意選擇一本無管轄權之法院以進行訴訟。蓋法定管轄，在事實上有時不便於當事人，是以法律特設此項規定。但以民事為限。刑事訴訟不得以同意而變更其管轄。

(E) 指定管轄 上述各種決定管轄權之標準，有時仍可發生疑問。且依法有管轄權之法院，有時因戰爭、天災、人禍而不能行使其職權。司法區域，有時界線不明。有此各種情形時，訴訟事件，或將無法院為之管轄。再如同一



案件因有數個法院管轄有時發生爭議，亦有不便。是以指定管轄，乃所以救濟此種缺點。上級法院得以裁定指定所屬低級法院中任何一院受理無可管轄之案件或同時繫屬於數個法院之案件。例如第一審案件，得請高等法院指定管轄，第二審案件得請最高法院指定管轄是也。

#### 第四節 四級三審制與三級三審制

現今司法制度，訴訟當事人均有上訴之機會，庶幾錯誤冤抑之事，不至發生。此與公開審判等等同為人人所公認之原則，吾人已言於前。通常情形，皆經三審而決定，是以法院亦分為三級，例如我國現今有地方法院，高等法院，與最高法院是也。然輕微簡易之案件，有時可先經一種低級法院審理，適用較為簡單之程序，以免訟案之擁擠。各國多有此制，我國昔亦曾行。有此種法院時，則法院分為四級，但上訴亦以三審為止，是為四級三審制。

民國初年，我國法院分四級，即初級審判廳，地方審判廳，高等審判廳及大理院是也。較輕微之事件，歸初級審判廳管轄，得上訴於地方審判廳及高等審判廳。其以地方審判廳為第一審之事件，得上訴於高等審判廳及大理院。均以三審為最終判決，而法院則有四級，故曰四級三審制。

民國三年裁撤初級審判廳，於地方審判廳內附設簡易庭或地方分庭，受理屬於初級審判廳管轄之民刑案件（民事標的在八百元以下，刑事三年以下有期徒刑，拘役或專科罰金之訴訟。）至十七年改稱法院，組織大致

如舊。

迨二十四年七月新「法院組織法」與新民刑訴訟法同時施行，採三級三審制，取消初級管轄與地方管轄之分。地方法院所受理案件均為第一審，不服地方法院判決者，均得上訴於高等法院。不服高等法院判決者，均得上訴於最高法院。除若干例外，（參閱民訴法第四六三，刑訴法第三六八各條）一般訴訟均有三審之機會。但最高法院受理案件，以有違背法令之理由者為限。

歐陸各國，普通法院，多採四級制度。法國有所謂「和平裁判所」(Juge de paix, justice of the peace)者，係仿效英國刑事事件須先經「和平裁判」之例。該種裁判之目的，在於消弭訟爭，如係輕微事件，勸導雙方和平解決，無庸成訟，故曰和平裁判。但法國之和平裁判所，僅受理民事事件，且其訟爭標的須在一定價額以下，是以與英國制度，有所不同。法國學者，常認該項「和平裁判所」為特別法院之一種。而其普通法院分為三級，即「第一審法院」(tribunal de premier instance)、「上訴法院」(cour d'appel)及「大理院」(cour de cassation)，但其刑事之重大者（稱為 crimes 之事件）歸所謂「法典法庭」(cour d'assises)者審理，該法院每三個月開庭一次，並非常設之法院。德國法院，亦有四級，即初級法院 (Amtsgerichte) 地方法院 (Landgerichte) 上訴法院 (Oberlandesgerichte) 及在里不士格 (Leipzig) 之最高法院 (Reichsgerichte)。

英美制度，不若歐陸各國之合乎邏輯方式。美國各州各自規定其法院組織法，是以彼此不同。美聯邦法院分

爲三級，卽地方法院(district court)，巡迴上訴法院(circuit court of appeals)及最高法院(supreme court)是也。所謂巡迴法院者，其開庭之地點無固定，巡行於其所轄區域之內。英國制度，民事與刑事分歸不同之法院審理。(法國一七八九年後亦曾實行民刑管轄不同制度，嗣廢去，改由同一法院審理，但分設民庭與刑庭。我國及大多數國家均採此種制度。)其刑事法院，初級爲「和平裁判」已言於上。次級按事件之輕重，移歸「簡易罪法庭」(Court of summary conviction)或「高等法院」(High court)審理。又有所謂「四屆法院」(quarter session)者，亦係第二審法院。再高一級爲「刑事上訴法院」(Court of criminal appeal)。不服刑事上訴法院之判決，尙可上訴於「貴族院」(House of Lords)之「司法委員會」(Judicial committee)。至於民事，第一級爲「地方法院」(County court)，上一級爲「高等法院」，再上一級爲「最高法院」(supreme court of Judicature)。不服最高法院之判決時，亦可上訴於貴族院之司法委員會，與刑事同。但上訴於貴族院，乃非常程序，事不常有耳。

#### 第五節 合議制與獨審制

法院審判，由法官一人獨任者爲獨審制。由法官數人共同審判者爲合議制。學者多以爲合議制優於獨審制。自一般情形言之，討論問題，如能集思廣益，務求至當，必少專裁之弊。司法亦然，合議制度，足以保證司法之公正廉

明。但輕微事件，如亦以合議行之，則法官之人數過多，司法經費必感繁浩。且下級法院所作判決，如不公正，得以上訴。是以現今各國，大抵於下級法院採獨審制，高級法院採合議制。

法國除「和平裁判所」由法官一人獨任外，其他法院均採合議制。法國法官之人數遂特多。德國初級法院採獨審制，其他法院採合議制。我國制度，依照現行「法院組織法」之規定，地方法院審判案件，以推事一人行之，但案情重大者，得以推事三人合議行之。高等法院審判案件，均以推事三人之合議行之，但得以推事一人執行準備及調查證據之程序。最高法院審理案件，以推事三人或五人之合議行之。

## 第六節 檢察制度

司法組織，有「國家訴追主義」與「私人訴追主義」之分別。國家訴追主義，謂國家代表公益，訟爭事件，由國家機關向法院提出，以國家為原告。私人訴追主義者，謂訴訟由私人自行提出，自任原告。採私人訴追制度時，私人有提出與不提出之自由，國家不加干涉。

民事事件，多屬私人利益，得任憑私人自由酌量起訴及如何起訴，是以民事訴訟，採私人訴追主義。至於刑事事件，有關公共秩序，社會公益，私人或庸弱無力訴追，國家不能默視，是以刑事訴訟，採國家訴追主義。

國家乃抽象之名稱，執行職權，必須有人為之代表。檢察官之設，乃所以代表國家追訴罪犯。檢察署及檢察處

分配設立於各級法院所在地，似乎即法院之乙部份，然實係與法院對立之機構。各國檢察官，有由行政人員擔任之者，我國檢察官隸屬司法院，亦係司法人員。

我國歷史上一切訴訟，向採私人追訴方式。清末公布法院編制法，始採用檢察制度。刑事事件，以國家追訴為原則，但例外參雜私人追訴。民國二十四年公布「刑事訴訟法」亦兼採二主義。由檢察官起訴者，謂為公訴，由私人自己起訴者，謂為自訴。刑事之被害者得向檢察處提起公訴，亦得向法院提起自訴。但有關於公益部份，雖在自訴，檢察官亦得於審判期日到庭陳述意見。

檢察官之職權，見於刑事訴訟法及其他法令者，可舉如下：（一）因有告訴、告發、自首或其他情形而知有犯罪事實發生，而着手偵查及調查證據。（二）偵查結果認為應提起公訴者，向法院提起公訴。（三）公訴程序中，檢察官為原告，如不服法院之判決，得提起上訴。（四）被害人之逕向法院提起自訴者，法院應將審判期日通知檢察官，檢察官得到庭陳述意見，協助自訴。（五）檢察官得擔當自訴。自訴人如有於辯論終結前死亡，或喪失行為能力，或缺席者，法院得通知檢察官擔當自訴。（六）檢察官有指揮刑事裁判之執行之職權。（七）其他法令指定之事項。例如從前婚姻事件，親子關係事件，禁治產事件，宣告死亡事件（即所謂人事訴訟），亦規定由檢察官出庭陳述意見。現行民事訴訟法將此項規定刪除。但檢察官仍有其他法定職務。例如民法第三十六條，法人之目的或行為違反公共秩序或善良風俗者，檢察官得請法院宣告解散之，律師之違反章程者，檢察官得提請懲戒之類是也。

檢察制度與法院相輔而行故有法院卽有檢察機關之配置。現行制度，最高法院設檢察署，有檢察長一人及檢察官若干人。各處高等法院及地方法院均有檢察處，有首席檢察官一人及檢察官若干人。檢察官對法院獨立行使其職權。而檢察官執行職務須服從其上級命令。自最高法院之檢察長下迨地方法院之檢察官成爲一體。其處理事務，亦得移轉辦理。非如司法官之判案，得憑一己之主張，同一案件，必須由同一推事始終審理也。

#### 第七節 兼理非訟事件

法院之職務，雖爲審判訴訟，但有若干事件，並無爭訟之實，亦歸法院辦理，是爲非訟事件。論其性質，實係行政行爲 (acts administrative) 而非司法行爲。

吾人有許多應行登記之權利，如法人之登記，不動產之登記，均向法院爲之。未成年人之監護人，遺囑執行人等等，得由法院指定。他如提存事件，拍賣事件，關於夫妻財產制事件（民法一〇〇八及一〇一一條），關於繼承事件，關於遺囑的確認及執行事件，關於公司清算事件，法律規定由法院辦理者甚多。無非以此類事件，亦係私法施行上之程序，以保護私權爲目的，歸諸法院辦理，殊爲適宜。究其實際，並非訴訟行爲也。

我國非訟事件之程序法尙未制宜。關於辦理非訟事件之程序，法院所根據者爲民事訴訟法中若干規定及司法部令。



## 第八篇 國際法律衝突問題

### 第一章 法律衝突問題發生之原因

社會生活吾人彼此之間關係繁夥。但各種關係，有爲法律所不過問者，如賓友酬酢送迎約會之類，不生法律問題。至於有影響於彼此之權利與義務者，例如契約之成立，繼承之開始，監護權之行使等等，皆有法律，足爲依據，是曰「法律關係」。

在法律關係之中，可以適用之法律，倘惟一無二，則法律衝突問題，不至發生。例如中國人在中國境內與一中國女子結婚，則關於婚姻儀式，結婚年齡，婚姻所發生之效果等等，均按中國法律辦理，毫無疑義。然在某種情形之下，同時有數種法律可以應用。例如中國人在他國境內與一中國女子結婚，或在中國境內與一他國女子結婚，則結婚地點之法律或妻之本國之法律應否援用？倘該國法律與中國法律所規定者不同，則此問題，將如何解決？又如中國人在中國境內購置不動產一所，關於該不動產之繼承，依照中國法律辦理，並無疑義。然該不動產倘在他國領土之內，則應否適用該國法律？是以法律衝突問題，得因當事人之國籍，法律關係成立之地點，與標的物所在



地而發生。茲分言之如下：

(A)當事人之國籍 發生法律關係之當事人，倘有一方或雙方屬於他國國籍者，法律衝突問題，得因之而發生。例如甲國人民在乙國與乙國人民成立某種契約，或甲國人民與乙國人民在丙國發生某種訟爭，皆足發生法律衝突問題。且此間所謂當事人者，不限於自然人，法人之屬於不同國籍者，彼此發生商業上或其他法律關係，尤為常觀。是以法律衝突問題，因當事人之國籍不同而發生者，最為繁夥。

(B)法律關係成立之地點 當事人雙方之國籍雖同，然法律關係之成立，不在本國，則適用何種法律，亦成疑問。國籍屬於甲國，而住所所在乙國，法律關係則成立於丙國，於是甲乙丙三國法律，均得主張適用。

(C)標的物所在地 當事人雙方國籍相同，法律關係亦成立於本國，然該項法律關係中包含有標的物，例如買賣、繼承、贈與，而該標的物則在他國，亦可發生法律衝突問題。

法律衝突問題，得因上述數種原因而發生。有此情形時，當事人應遵從何國法律？發生糾紛而訴於法院時，法院應引用何國法律？為解決此項問題，國際法學者樹立若干原則，逐漸為各國立法與司法機關所採用。雖各國法律及判例並不一致，但歷經學說之鼓吹，義理益明，若干事項，已有普遍接受之原則，吾人擬於此篇述其梗概。

學者稱此項問題為「法律衝突問題」(problem of the conflict of laws)通常在「國際私法」(private international law)中討論。然此種探討，正在解決適用法律之疑義，使無衝突，上述名稱，易生誤解。吾人如稱

之爲法律適用問題，似較適當。因我國關於如何適用外國法律，本有「法律適用條例」之頒行也。然法律適用，含義甚廣，且「法律衝突問題」之名詞已經沿用至今，不如仍舊。但法律衝突問題，在國內法中，亦可發生。例如聯邦國家中各邦的法律與聯邦的法律發生衝突，普通法與憲法發生衝突，新法律與舊法律衝突，特別法與普通法衝突之類，亦法律衝突問題也。是以吾人於此，冠以「國際」二字，稱之爲「國際法律衝突問題」，意義較爲肯定。

國際法律衝突問題一旦發生，根據何種文件，用何種原則覓求解決？各國法律，常有關於適用外國法或本國法之規定，我國亦有民國七年公布，沿用至今之「法律適用條例」及其他法律中若干條文爲之規定。此外國際條約，國際習慣，法院判例，均足爲適用法律之根據。現實法中無可援引時，則參考學說。此係「法源」問題，吾人於下一章述之。

## 第二章 本問題之法源

解決國際間法律衝突問題，應先探討關於本問題之法律上根據，學者稱之爲法源 (sources of law)。法律衝突問題乃國際私法中一種問題，吾人已言於前，是以關於本問題之法源，亦即國際私法之法源。

國際私法與國際公法之區別，非吾人此間所能討論。簡括言之，國際法的主要目的，在於以和平方法解決國際間一切糾紛，此點國際私法與國際公法相同。但國際公法所欲規正者乃國與國間之關係，以國家爲整個團體，就其彼此關係而成立若干法則。國際私法所欲規正者乃此國人民與彼國，彼國人民與此國，或此國人民與彼國人民相互間之關係。個人的私益，在國際私法中恆須加以考慮。學者或以爲國際公法與國際私法之區別，在於前者爲公法問題，後者爲私法問題，如 *Pillet*。或以爲前者解決公共利益 (interêts généraux) 後者解決私人利益 (interêts privés 如 *Weiss*)。但國際公法與國際私法實無明瞭分界，例如訴訟程序問題及刑法上若干問題，既在國際公法中討論，亦須在國際私法中討論。自美國學者斯多利 (Story) 首先用「國際私法」(private international law) 一名稱而後，(見所著 "Commentaries on the Conflict of Laws") 學者沿用至今。而國際私法之主要任務，即爲討論法律衝突問題，此可於各家所著國際私法中見之。

自法源言，國際私法與國際公法有顯著不同之點。國際公法之各種問題，大都自國際條約與國際共同承認

之習慣中覓求原則。例如外交代表之交換，外交儀節，公海領海之分別，交戰國中立國之權義，國際河流之管理權等等，不能由某一國家制定法律，必須經國際承認之後，始能發生効力。而國際私法中各種問題，乃人民私益問題，常由國家以法律逕行規定，如有糾紛，即歸國家法院審理。是以國際公法之法源，以國際協約為重要，而國際私法之法源，則以國家內部之法律與判例，佔去重要部份。

雖然，吾人亦不能謂內國法律，儘非國際公法之法源。蓋國際關係，常根據內國法律而成立。例如外交官如何派遣，條約如何批准，宣戰媾和須經何種程序，此均內國法律所規定，而國際公法亦即取為根據。至於國際私法，尤常依賴國際間協議合約，俾法律衝突問題，可獲得現實的解決方法。

綜上所言，國際私法之法源，可分為法律、判例、國際條約、習慣、與學說五者，言之於左：

(一)法律 各國於其法律中，均有若干關於適用法律之規定。例如法國於其民法第三條第十一條第十三條規定關於公安警察法律之適用，關於不動產法律之適用，關於身分能力法律之適用，關於外僑待遇等等。德國民法總則第七至第三十一條規定民事法律之適用。意大利民法第六、第十一、第十二各條規定關於行為能力，親屬，各項法律之適用。我國關於法律適用之規定，有「法律適用條例」為根據，是為單行法。此外散見於各種法律者，如民法總則施行法第二條及第十一至第十五條，刑法第三至第九各條是也。又如十八年所公布施行之國籍法，適用法律當先決定當事人之國籍，是以國籍法亦適用法律之重要文件。

(二)判例 法律衝突問題發生，多歸國家法院審判。法院所作判決，造成先例，嗣後如有類似事件發生，參照援用。是以判例亦係本問題之重要法源。

(三)國際條約 此間所謂條約，當作廣義解釋，包括兩國以上所締結的一切公約、盟約、協定、議定書等等。世界各國，獨立自主，領土之內，適用法律，各有主權。惟由條約之締結，始能樹立原則，共同遵守。兩國之間，交換條約，可以決定彼此人民之相互待遇。國際之間，成立公約，所有國家，均得加入，尤可以增進諒解，成立普遍承認之適用法律標準。迭次在海牙所成立之公約中一部份及「國際法典編纂會議」“conference de codification de droit international”皆曾企圖將各國關於適用法律上之不同見解調和而統一之。

(四)習慣 習慣補充法律，法律所未規定者依習慣，國內法與國際法均然。習慣有國內習慣與國際習慣 (international customs) 之別。國內習慣祇足為國內問題之根據，而國際習慣則足為國際間成立協議之根據。習慣之已經條約承認者，即成為現實法 (Positive Law)，其存在不容否認。但國際間有許多習慣，祇存在於國際輿論與歷史之中，為國際間默許而慣行的規則，其力量亦不容忽視。

(五)學說 法學家自由發表的意見，本不得視為法源。然立法者與司法官常採取學說以制定法律解決訟爭，其影響亦不為不鉅。且國際私法在今日尚未充分發展，尤多援引學說。是以學說在國際私法中，其權威較在其他法律中尤為顯著。吾人在下一章述各種學說。

### 第三章 各種學說

關於法律之適用，歷來有屬地主義與屬人主義兩說，吾人已述其梗概於上第三篇第五章第一節。倘適用法律，純粹採屬地主義，或純粹採屬人主義，則法律衝突問題無從發生。蓋前者不問當事人之國籍，但視其居留何地，即適用何地法律。後者不問當事人居留何地，但視其國籍屬於何國，即適用何國法律。然兩種主義，各具正確理由，任何國家，均不能單獨採取一種主義。屬地，屬人，在今日實同時並採。而兩種主義，互相矛盾，在同一事項上，決不能應用兩種不同之法律。是以學者於其學說中討論，何種事件，應採屬地主義，適用所在國之法律，何種事件，應採屬人主義，適用當事人本國之法律。

羅馬法中，有「民法」(jus civil)與「萬民法」(jus gentium)之別。民法適用於羅馬市民，萬民法適用於羅馬市民以外之人(Peregrinus)。法律因人而異，不問其居留何地，學者常舉此以爲純粹屬人之例。然羅馬法中實無屬地主義與屬人主義之觀念。其區別民法與萬民法，蓋根源於其世界主義(Cosmopolitism)與戰勝者與被征服者之區別。世界主義者，謂羅馬人並無現今之國家思想。萬民法據「乍斯提里安法典」(Code Justinian)所作解釋，乃適用於一切人之法。羅馬征服各地，不欲以羅馬人之法治理被征服之一切民族，是以別立所謂萬民

法者而適用之。羅馬市民根據「民法」有選舉權 (*ius suffragii*) 與擔任公職權 (*ius honorum*)，其他民族不能享有。根據民法而締結之婚姻不同於根據萬民法而締結之婚姻 (*justae nuptiae*)，根據民法而取得之物權不同於根據萬民法而取得之物權等等。均顯示羅馬市民之特殊地位，羅馬市民之親屬權，財產權在法律上享受特殊保障，非一般人民所可企及。

是以羅馬制度異於近代所謂屬人主義。屬人屬地之說，實濫觴於十三四世紀時意大利半島之「後註釋派學者」(*Postglossators*)，而法國學者，荷蘭學者繼續討論，被稱爲「習慣法學說」(*Theory of the Statuts*)。按 *Theory of the Statuts* 中之 *Statuts* 一字，其意義實指習慣。當時意大利各城如 *Milan*, *Genoa*, *Pisa*, *Florence*, *Parma* 等商務發達，學術稱盛。各城在名義上雖屬於「日耳曼市國」，實則獨立，其法律仍沿羅馬法之舊，但習慣則彼此不同。於是學者開始討論，各地習慣法發生衝突時，應如何解決。故有「習慣法學說」(*Theory of Statuts*) 之稱。茲將意大利學說，法國學說，荷蘭學說及其他學說分別述之如下：

(A) 意大利學說 法律衝突問題之討論，發源於意大利，而巴多拉 (*Barthole 1314-1357*) 氏實爲之領導。巴多拉等學說篤守羅馬法之法理，是以被稱爲「後註釋學派」。按文藝復興時代，一般討論羅馬法的學者被稱爲「註釋學派」(*glossators*)。巴多拉等在後，是以稱之爲「後註釋學派」(*postglossators*)。該派學者，討論法律衝突問題所用方法，係將各項法律，細爲分類，然後討論每一類之如何適用。其主要之分類爲：契約、侵權行爲、遺囑、

繼承、身分與能力、財產六類。每類中有分爲若干支類，例如關於契約者續分爲訂約之能力、契約之形式、契約之內容、契約之履行等類。在大體上，該派學者主張，關於財產事件應適用財產所在地之法律。關於人身事件如身分與能力，則應適用當事人原住所（*Domicile*）之法律。何謂關於財產事件之法律？物權、債權、及一切可以金錢價值估計之權利，法律加以保障或限制者，均得視爲關於財產之法律。何謂身分與能力？身分指個人在社會中與家族中所處的地位，如年齡、性別、已婚或未婚、血親或姻親、監護人或被監護人等等。而能力即從其身分而決定其有無爲一般民事行爲或某一特殊行爲之能力。但若干問題，同時有關於財產與人身，例如繼承及夫妻財產制，應採屬人主義抑採屬地主義？即該派學者所作解答亦不一致。或以爲關於繼承事件，應適用財產所在地之法律，或以爲應適用被繼承人原住所之法律。巴多拉則以爲討論繼承問題之適用法律，當先覓求法律所包含的意義，注重於財產者，適用財產所在地法律，注重於親屬關係者，適用被繼承人原住所之法律。關於契約之効力，巴多拉區別契約効力（*effects*）與契約所發生的問題（*rites des contrats*）。効力指契約之當然結果，應依照成立契約地方之法律。因契約所發生的問題，指本非該契約內容所預期者，如債務之不履行，則當按照該問題發生地點之法律而解決之。

（B）法國學說 法國十六七世紀時期，學者討論法律適用問題，一時稱盛。最著者爲杜夢蘭（*Dumoulin*，1500-1566）達仲脫（*D'Argentine*，1519-1590）及瞿高基（*Gui Coquille*，1523-1603）諸氏。屬地法律（*Statuts*



Reals) 與屬人法律 (Statuts personnels) 之辨，經此數人討論之後意義益明。

該派學者以爲一切法律與習慣，就其性質，均得區別爲屬地的，亦即關於物的，或人身的，亦即關於特定人的兩大類。（按 Statuts Reals 與 Statuts personnels 原文各具兩層意義。前者同時指領土的與關於物的法律，後者同時指人身的與關於特定人的法律。而 Statuts 之意義，亦不僅指法律蓋兼指習慣、制度而言。吾人於此實無法轉譯，姑用屬地法律與屬人法律，實只能代表其一部份意思而已。）屬地法律，適用於領土之內。屬人法律，隨人而適用，不限於固定區域。

杜夢蘭與達仲脫二氏所持論調，常常相反。互相辯駁，義理益明。杜氏學說承意大利學派之緒，以爲法律習慣，得就每事而討論其屬地或屬人。達氏則以爲一切法律習慣，均係屬地性質。雖有時得在他國境內適用關於人身的法律，乃屬例外。國家容許他國法律在其境內適用，無非爲維持公道。譬如某人按照其本國法律業已成年有行爲能力，不能因偶爾旅行至他國境內而突然喪失其行爲能力。是以若干法律，例外採屬人主義。據達氏意見，關於個人身分與能力之法律以及關於動產之法律，得認爲屬人法律，隨人而適用。但確定法律是否屬人，仍須究問：（一）該法律有無牽涉不動產之處，如有牽涉不動產問題時，仍須遵守不動產所在地之法律。（二）所謂個人能力者，是否泛指其一般能力。如係一般的規定，例如成年人有行爲能力，則係屬人法律。倘乃特定事項，例如監護人不得承受被監護人之贈與，則又不能一例視爲屬人法律。

達仲脫氏及當時若干學者，以法律屬地爲原則，屬人爲例外，蓋尙未能脫離封建時代思想。封建時代法律，絕對探屬地主義。達氏爲調和封建思想與意大利學派之理論起見，乃於屬地主義外容納若干例外。反駁達氏之說者，以爲達氏屬地說之最有力根據係國家的主權。國家在其領土之內，有完全主權，是以不容他國法律侵入。然國家容許他國法律，在若干事項上得適用於本國領土之內，亦是行使主權的行爲。國家允許某種法律之適用或拒絕某種法律之適用，自行決定，並無損於主權。且達氏一派學者所主張者過於概括。若干法律在本質上不能指明其爲屬地或屬人。例如法律行爲之形式問題，在本質上既非屬地亦非屬人之法律。又有若干問題，同時具兩種性質。例如認領親子問題，既足發生親族關係，亦可發生財產關係。是將法律分別爲屬地或屬人以決定其適用，有所不足。

(C) 荷蘭學說 十七世紀時，荷蘭及比利時學者如蒲爾衰 (Bourgoigne, 1586-1649) 孚特父子 (Paul Voet, 1619-1677, 及 Jean Voet, 1647-1714) 等討論法律衝突問題，甚有權威。該派學者絕對以法律爲屬地。蒲爾衰嘗謂人乃財產的附屬，倘無財產，無異行尸走肉。(譯意見 Weiss 著 "Droit International Prive", P. 367) 小孚特在荷蘭諸學者中最享盛名，以爲法律係一國主權者所制定，是以其性質爲屬地，無何法律，可以隨人身而適用於國境以外。但因國際間禮貌 (Commitate gentium, international courtesy) 之故，是以允許若干他國法律適用於本國領土之內。此說的弱點，在於缺乏法理上的根據。以國際禮貌爲標準，是得因國際情形

而隨時變易。法官適用法律，亦難以此爲根據。禮尚往來，無非相互之關係與利益之交換，將使適用法律成爲政治問題而非法律問題也。

(D)其他學說 上述各派學者，對於法律屬地屬人之說，各有主張。然均以屬地爲原則，屬人爲例外。達仲脫孚特以爲在屬地法律與屬人法律之外，尙有兼具兩種性質之法律，稱之爲 *Statuta mixta*。凡係性質兩歧之事件，上述各說亦趨向於適用領土之法律。法國學者布朗路亞 (Poullenois, 1682-1762) 則逕以爲法律非屬地即屬人，如有疑義，應適用屬地法律。

十六七世紀學者重視屬地主義，蓋去封建時代未遠。然自當時情形言之，從中古絕對屬地主義，因學說之力，而有屬地法律與屬人法律之區別，已是思想上之進步。

後之學者，以法律乃因人而設立之規則，當趨重於屬人主義，雖與上述主張相反，然亦賴前人爲之先驅。倡導法律屬人說之最著者，當推意大利學者兼政治家孟錫尼 (Mancini)。孟氏以爲國家 (Nation) 之基礎在於人民，非在土地。世上無無人民的國家，而缺乏土地者，仍可成爲政治團體。如游牧民族，並無固定領土，亦可視爲國家。法律因適應人民之利益與需要而制定，與種族、習慣、歷史、宗教等有關。是則個人之地位，當根據其本國法律而斷定。國家爲己國人民制定法律，並不限用於本國領土之內。強制他國人民服從己國法律者，亦係侵犯他國之主權。孟氏雖以法律屬人爲原則，然容納兩種例外如下：(一)爲維持公共秩序計，國家得對外僑適用領土之法律。(二)根

據「意志自由」(autonomy of will)原則，訂立契約者，雙方如同意適用某種法律時，應採納爲適用法律之根據。(孟錫尼於一八五一年在 Turin 大學發表其意見嗣復於“Journal de Droit international privé”中發表論文。)

孟氏學說開明前進，影響於近代法律思想者甚鉅。意大利、西班牙先後採孟氏之說以制定法律。意大利民法亦至十二條，西班牙一八八九年民法九至十一條均採其說。歐陸學者亦靡然向風。但屬人原則，在領土主權原則之下，決難絕對應用。學者主張屬人主義者，常提出許多例外，純至例外掩蔽原則。

且個人與國家之關係，未必較強於其對家族及經濟環境之關係。個人對於國家或鄉土之懷想，往往不過對於家庭或事業之留戀。住所及經濟活動不在本國者，其對於國家之觀念亦較淡薄。是以若干學者主張適用住所之法律，更確切於適用當事人本國之法律。法律上所謂住所者，非偶爾滯留之處，乃以永久居住之意思兼有永久居住之事實，足以證明某人與某地發生特別關係也。(參閱上第四篇第二章第三節。)住所既爲個人活動之中心，則其習慣思想受該地之影響者必鉅。是則住所之法律，更符合於當事人之本性。倘徒有國籍，而在國內並無住所者，適用其本國法律，亦屬牽強。

現今法意學者雖趨向於屬人主義，而英、美、學者仍多主張領土主權，而採取荷蘭學派之國際禮貌說。德國學者屏棄法律屬人或屬地之爭辯，惟就各種法律關係討論適用法律之標準。吾人可舉薛佛勒 (Schaeffner) 之

「法律關係產生地說」及薩威宜 (Savigny) 之「法律關係主要根據地說」

薛佛勒以爲各種法律關係均有其產生之地點。法律衝突問題發生。法官先向己國法律或習慣中覓取解決方法。倘己國法律及習慣中無可依據時，即須採用該種法律關係產生地點之法律。自大體言，關於個人身分與能力者，適用當事人住所之法律。關於財產者，應分別整個財產問題與某一財產問題。整個財產問題，如繼承事件，當適用當事人住所之法律。如係某一不動產或某一動產問題，則當適用該財產所在地之法律。

薩威宜於其所著「羅馬法之制度」(System des heutigen Römischen Rechts) 第八卷中討論法律衝突問題。以爲領土主權之行使，蓋以保衛國家爲目的，是以有關於公共利益之法律，應能拘束領土內之一切人。至於無關於公共利益者，與國家之主權無涉，得憑法律關係之性質而決定如何適用法律。一切法律關係，均有其主要根據地。解決法律適用問題，當先認明該項關係之主要根據地何在，即適用該地之法律。例如關於物的問題，適用物之所在地法律，關於債權債務問題，適用履行債務地方之法律，關於繼承問題，適用被繼承人住所之法律。但任何事件，倘有關於國家之精神上或物質上之利害時，則領土主權復行出現。例如關於身分與能力者，在原則上雖應適用當事人住所之法律，但當事人住所法律倘允許重婚，而居留國法律認重婚爲違反公共道德觀念，則仍不能允許其適用。又如居留國法律信教自由，而當事人本國法律對於信奉某種宗教者褫奪其行爲能力，此項法律，亦不能究其適用。

德國學者，討論法律衝突問題，由法理觀察，立說雖較縝密，然應用上仍多困難。人事複雜，常不易斷定法律關係之產生地或其主要根據地何在也。且上舉二說，均以本國之法律與習慣為前提，法官應首先注意本國法律或習慣中，有無可以援引之規定，如有可以援引之規定，即應根據本國法律或習慣所規定者以解決適用問題。此種主張，無非嚴格的屬地主義。

法國學者碧勒 (Pillet) 主張以法律的「社會目的」(but social) 斷定適用問題。碧勒謂區別法律之性質，當究問該法律之社會的目的為何。法律之目的，不外兩種，或為維持公共秩序與安全，或係保障個人之利益。前一類法律適用於領土之內，後一類法律，隨人而適用，不以領土為限。蓋非如此則法律的社會目的無由達到。(A.

Pillet 著 'Principes de Droit International Prive' 1903)

## 第四章 關於法律衝突之幾個實際問題

### 第一節 公共秩序善良風俗之觀念

國家爲維持其獨立與自主之地位，在國際社會之中，應享有種種權利。雖其應享之權利與範圍，言人人殊，頗難斷定。但國家的最基本的權利，即自保權（right of self-preservation），不容否認。國家爲行使其自保權，得以法令維持境內之秩序與和平，排除一切危害。個人處身社會，雖亦有應享之權利，但如與國家之權利發生衝突時，則個人權利，須被犧牲。

是以有關於公共秩序（public order, ordre public）之法律，適用於國家領土之內，任何人均應遵守。而他國法律有違反於本國之公共秩序者，得拒絕其適用。此項原則，不但爲一般學說所均承認，且各國法律，已有明文規定。例如法國民法第三條第一項：「關於公安及警察之法律，適用於境內之一切人。」德國民法總則第三十條：「外國法律之適用有違反於善良風俗或德國法律之目的者應排除之。」我國「法律適用條例」第一條：「依本條例適用外國法時，其規定有背於中國公共秩序或善良風俗者，仍不適用之。」

自上述各項規定言之，有關於公共秩序或善良風俗的法律，乃絕對屬地性質。國家得規定某種有關於公共秩序的法律適用於境內的一切人，如上述法國民法第三條及我國刑法第三條。國家亦得規定，凡屬違反於本國公共秩序或善良風俗的法律，一概不得適用於本國境內，如上述德國民法第三十條，及我國「法律適用條例」第一條。前一類規定係從正面說，其意義比較確定。而後一類規定係從反面說，且僅申明原則，於是何種法律應認為違反本國公共秩序善良風俗，在解釋上遂多困難。

所謂公共秩序者，如有關於政體，治安，中央及地方行政等法律，自大體上言之，應適用於境內一切人固無疑義。但各種法規，內容煩細，不能一例而論。何謂有關於公共秩序之法律殊難樹立標準。而善良風俗之觀念，更屬浮移。蓋善良風俗，牽涉道德問題，一國有一國之習俗風尚，不能確定。公共秩序與善良風俗之範圍至廣，若漫無限制，聽憑法官自由解釋，則一切法律，均得認為與本國公序良俗有所牴觸而拒絕其適用也。

學者多以爲公序良俗，乃公益（public interest）問題，是以純屬於私人權益者，不能謂其涉及公序良俗。但何謂公益，何謂私益，亦難樹立標準。

法律有強行法與任意法之分別（參閱上第二篇第三章第六目）。但強行法未必皆有關於公序良俗，而任意法中亦有關於公序良俗之規定。且強行法與任意法之區別與法律適用問題，截然兩事。兩種觀念，不能混同。例如成年年齡，乃強行之規定，而並不適用於外國人是也。



且公序良俗之觀念，在國內法中與在國際法中不同。在國內法中，關於個人身分與能力之法律，均認為有關於公序良俗。而討論國際法律衝突問題時則不然，關於身分與能力之規定，悉從當事人之本國法。再如人民之參政權，服兵役之義務，受教育權，自國內法言之，亦屬於公序良俗範圍之內，而此種種權，不能適用於外國人。是以學者常區別「絕對的公共秩序」(ordre public absolu)與「相對的公共秩序」(ordre public relatif)，亦稱為「國際的公共秩序」(ordre public international)與「內國的公共秩序」(ordre public interne)。相對的或內國的公共秩序者，對於本國人民言為公共秩序也。而對於外僑亦絕對適用之法律，須含有絕對的或國際的公共秩序性質。絕對有關於公共秩序之法律，例如憲法，刑法，訴訟法的各種規定，及公安，警察，衛生各種法規。而民法中若干規定，如禁止重婚，不動產之移轉須經登記等等，亦係有關於絕對公共秩序也。

公序良俗之觀念，雖嫌空泛，而畀予法官以任意解釋之自由。然各國法律歧異之處滋多，不能不防其流弊。例如某一事項，本規定可以適用外國法，但有某國，其風俗信仰與我至不相同，則其法律，礙難許其適用。且各國法律常在變更之中，本國法律，不能隨之而移易。法官職在引用法律，不能創造法律。倘有某種情形發生，依法應適用外國法，而明顯妨害本國之公序良俗，法官將無法應付。公序良俗之規定，乃所以容許法官，於特殊情形之下，不至無抵禦之策。至於一般事件，法律既已規定適用法律之標準，法官自不能動輒以公序良俗為藉口。

## 第二節 關於法律行爲之形式

上述有關於公共秩序善良風俗之法律，採屬地主義，乃公認之原則。此外尚有若干原則，亦爲學說與現實法所共同承認。「法律行爲之形式，依照行爲地之法律」(Locus regit actum) 卽其一也。

法律行爲 (Juristic act, acte juridique) 乃私法行爲，以創造、消滅或變更權利爲目的，吾人已言之於上第六篇第二章。行爲人企圖達到所希求之目的，均欲其行爲之合法而生効。法律對於各種法律行爲，有規定其形式者，例如結婚之儀式、遺囑之訂立等等。欲行爲之有効，必須遵照法定形式而爲之。中國人在外國，外國人在中國，所爲法律行爲，應遵照中國法律，抑外國法律？根據「法律行爲之形式依照行爲地之法律」之原則，則外國人在中國所爲法律行爲，得遵照中國法律辦理，而中國人之在外國者，亦得按照該國法律辦理。

上述原則，源流久遠。十四世紀之「後註釋派」學者業予承認。法律行爲之形式問題，既非屬人，亦非屬地。但爲適應事實需要起見，學說、判例及現實法均承認，得採用行爲地之法律。我國「法律適用條例」第二十六條第一項前段亦曰：「法律行爲之方式，除有特別規定外，依行爲地法。」但此項原則，並非絕對。吾人茲簡稱之爲「形式地方主義」，並分爲：「形式地方主義之意義」，「形式地方主義之適用範圍」及「形式地方主義非強制性之規定」三者言之。

(A)形式地方主義之意義 關於法律行爲，何以得依照行爲地法律所規定形式？學者或以爲當事人既自願遵守行爲地之法律，即應適用該地方法律。此說固足解釋該行爲在行爲地可以發生効力，但不足說明該行爲何以在其他地方亦可發生効力。蓋形式地方主義者，謂行爲形式之符合行爲地法律者，在任何地方均可發生効力也。倘他處法律所規定者不同，當事人之意思，何以有超過法律之力？是上說不能予吾人以滿意的解釋。或以爲法律行爲所以必須符合一定形式者，因防範詐欺疎忽之事。此種防範性質的規定，因地方情形各有不同。是以法律行爲之形式依照行爲地之法律，即是依照最適宜的法律。然法律行爲的効果，常不限於某一地方。成立雖在某地，而其効果可到達於其他地方及若干不同的人。上說亦不足採。

蓋形式地方主義，無非爲適應實際情形。在他國所爲法律行爲，倘必照本國法所規定形式而爲之，事實上常有困難。例如甲國法律，某種行爲必須向法院登記，而乙國法院並不過問此種事宜。又如丙國法律結婚須在市政廳舉行，而丁國之地方行政機關不代人結婚。凡此皆足使當事人無從完成其行爲。現今通商遊歷，彼往此來，居留外國者，在行爲上因此受種種阻礙，自屬不合理之規定。且上云均假定當事人屬於一個國籍。倘係雙務行爲，而當事人之雙方屬於不同國籍，例如中國人與法國人在西班牙結婚，或法國人與英國人在美國成立某種法律行爲，則其行爲之形式，當依照誰之本國法？形式地方主義，又可解決此種困難。當事人國籍不同者，其法律行爲之形式，適用行爲地之法律。

抑法律行爲有要式行爲與不要式行爲之分別（參閱上第六篇第一章概說中關於行爲之分類。）須具備一定形式爲法律所規定者，係要式行爲。無法定形式，但有意思表示即可成立者，係不要式行爲。形式地方主義，對於不要式行爲，是否一律應用？倘自當事人之本國法言之，係要式行爲，而自行爲地之法律言，則係不要式行爲，當事人竟認爲不要式行爲而爲之，其行爲在本國能否生效？學者於此，解答殊不一致。我國「法律適用條例」關於此點，亦無規定。自原則上言，既承認形式地方主義，則其形式非違反本國公共秩序善良風俗者，自得認爲有效。遠適他國，對於本國法律容易疎忽，委託當地專家辦理，亦只知當地法律。且此間僅是形式問題，若必認爲無效，爲罰過酷。

（B）形式地方主義之適用範圍 法律行爲之有效，必須符合法定條件。而其法定條件，可分爲內容的（*intrinsic*）與外觀的（*extrinsic*）兩類。內容的條件者，例如有無意思表示，有無詐欺脅迫錯誤等情，目的是否合法，行爲人有無行爲能力等等。凡此種種與形式地方主義無涉。形式地方主義僅就法律行爲外觀的有效條件而言，即僅關於要式行爲之構成也。至於內容的有效條件，有依當事人之本國法者，例如關於行爲能力（法律適用條例第五條第一項：「人之能力依其本國法。」）有依居留國之法律者，例如有關於公共秩序善良風俗之規定。形式地方主義（*Locus regit actum*）僅應用於法律行爲外觀的條件，有如上述。此係一般原則，法律倘別有規定時，不在此例。是以「法律適用條例」第二十六條第一項中有「除有特別規定外」一語，即係此意。至於

其例外爲何，吾人可先舉一般學說所認爲應屬例外者，次再言我國「法律適用條例」中的特別規定。

一般學說所認爲應屬例外者：（一）有關於不動產的法律行爲，如不動產的移轉，抵押，權利之設定等等，應依不動產所在地之法律，則其行爲形式亦須依照財產所在地之法律。例如甲乙兩中國人均在外國，甲將其在中國之不動產抵押與乙，其行爲之形式須依照中國法，非行爲地法。（二）有關於繼承之行爲，依被繼承人之本國法。例如繼承權之拋棄，雖在他國爲之，亦須依被繼承人之本國法完成其形式。（三）有關於保護無行爲能力人之法律，例如未成年入財產之讓與須經親屬會議同意，或法院許可，監護人不得逕爲之之類，應依被監護人即該無行爲能力人之本國法。

我國「法律適用條例」第二十二條第一項：「關於物權依物之所在地法，但關於船舶之物權依其船籍國之法。」上述第一種例外，僅限於不動產，我國法律所謂物權，兼指動產物權與不動產物權，均須依所在地法是其範圍較廣。惟船舶則依船籍國法。又該條例第二十條：「繼承依被繼承人之本國法。」是上第二種例外，爲我國法律所採取。該條例第十八條規定「監護依被監護人之本國法……」是上述第三種例外，在原則上亦經我國採取。但該條對於在中國之外國人，無人行使監護權者及受禁治產宣告者特別規定適用中國法。（同條第一項後段及第二項。）

關於遺囑之形式，我國法律規定，依立遺囑人之本國法，但關於物權者，得依行爲地法。（「法律適用條例」

第二十一條及第二十二條第三項，)關於婚姻，「法律適用條例」第九條：「婚姻成立之要件，依當事人各該本國法。」關於私生子之認領，該條例第十三條第一項：「私生子認領之成立要件，依認領者與被認領者各該本國法。」關於收養子女，該條例第十四條第一項：「養子成立之要件，依當事人各該本國法。」

(C)形式地方主義非強制性的規定 所謂形式地方主義 (Locus regit actum) 者，並非強制行爲人必須依照行爲地之法律也。此項規定，原係便利當事人起見，倘當事人願依本國法爲之，而事實上亦有此可能性時，則其行爲，不因不依行爲地法律之故而無効。例如兩中國人在外國，向我國駐外之領事官或外交官辦理某種要式的法律行爲，依照中國法律爲之，並非無効。是以當事人於此有選擇權，或依照本國法，或依照行爲地法，其行爲均可生効。

我「法律適用條例」第二十六條第一項有但書之規定。其全文曰：「法律行爲之方式，除有特別規定外，依行爲地法。但遵用規定行爲効力之法律所定之方式者亦爲有効。」所謂「亦爲有効」者，當然包括遵守本國法者在內，亦爲有効。然該條規定，範圍甚廣。一切法律，規定行爲効力者，均包括在內。不論是中國法或外國法，亦不分別中國人或外國人。例如中國人在俄國遵用美國關於行爲効力之法律完成某種法律行爲者，亦不能認爲無効也。然形式地方主義，對於不同國籍之當事人，則屬強制規定。法律行爲有單獨行爲與雙務行爲之分別。單獨行爲如遺囑，一人單獨爲之。雙務行爲如契約，結婚，須有二人以上之參加。當事人有二人以上，而其國籍不同，則必須

依照行爲地之法律。關於此點，我國法律，未有規定。

### 第三節 意志自由主義

法律有強行法與任意法之分別，吾人已言於前（參閱第二篇第三章第一節。）關於身分、能力、親屬關係，及一切有關於公共秩序善良風俗之法律，個人必須遵守，不能以己意出入之者，是爲強行法。但有若干法律，其目的在於補充當事人之意思，或解釋當事人之意思，或指示範圍俾當事人於所指定範圍之內有表示意思之自由，是爲任意法。意志自由主義（*autonomy of the will, autonomie de la volonte*）僅對於任意法而言。對於強行法，個人必須遵守，無意志之自由。在任意法之中，法律既容許個人有表示意思之自由，其所作表示，受法律之維護。討論法律適用問題的學者，以爲法律既於若干事項上，許個人自由表示其意思，則個人對此類事項表示願意遵守某種法律時，其表示者應予承認。例如雙方成立某種買賣合同，同意於發生問題時，依照行爲地法。則所表示者應認爲有效。

意志自由主義，在契約法中，最爲重要。除當事人之能力問題，乃強行法，契約形式問題已詳於上一節，及有關公共秩序善良風俗之規定，個人不得不遵守之外，契約內容，得由當事人自由規定。個人意思，在契約法中既有優越之地位，則訂約之雙方，如同意適用某種法律——本國法，行爲地法，或住所法——爲解決該契約內部所發生

疑義或糾紛之標準時，應尊重當事人之意思而適用該法律。

契約之種類甚多，有關於物權者，有關於債權者，有關於身分者。關於物權之契約，我國「法律適用條例」第二十二條已有規定，必須依物之所在地法。關於身分者，亦均有特別規定，例如收養子女，依當事人之本國法。皆不能容納意志自由主義。惟關於債權之契約，現今學說與現實法，一致承認得以當事人之意思為適用法律之標準。我國「法律適用條例」第二十三條第一項規定：「法律行為發生債權者，其成立要件及効力，依當事人意思，定其應適用之法律。」是我國法律在原則上亦予承認也。

何謂發生債權之法律行為？按民法列舉債之發生原因，計有五種：即契約、侵權行為、代理權之授與、無因管理、及不當得利是也。（法律行為有種種，非發生債權之法律行為，如婚姻、監護、遺囑等行為，不包括於上述規定之內）。在五種發生債權之原因中，侵權行為為非法律行為，不包括於上述規定之內。無因管理及不當得利，該條例二十四條另有規定，應適用「事實發生地法。」是惟契約與代理權之授與兩者，得依當事人之意思，定其應適用之法。（按法律適用條例頒布在現行民法之前，兩者之間，缺乏聯繫。）

當事人之意思，倘有明瞭表示，則不難依其意思適用法律。例如兩甲國人民在乙國成立借貸契約，在其契約條款中載明，關於該契約之一切疑點，依甲國法律辦理。一旦有糾紛發生，訴諸乙國法院，乙國法院即根據意志自由原則採用甲國法律，毫無疑義。



然當事人有時未作明瞭表示，則法院只得詮釋當事人之意思。上述「法律適用條例」第二十三條第一項中稱「依當事人之意思」並不以直接之表示爲限，是當事人之意思苟有可以詮釋者，仍須尊重其意思也。

倘當事人既無明瞭表示，又無何種情形足以詮釋其意思，則適用何種法律，始符意志自由之原則？學者於此，意見不同。有主張應適用行爲地之法律者如傅立克斯（Felix et Demangeat 著『Traité de droit International privé』4e éd, P. 1866）有主張應適用履行契約地點之法律者，如薩威宜（見前）而最普遍的見解，則以爲當事人如屬於同一國籍時，應適用其本國法，如屬於不同國籍時，應適用行爲地法。蓋法律既允許當事人有意志之自由，應尋釋當事人之意思而決定其適用之法。雙方國籍相同，則於表示不明時，解釋爲同意於適用本國法，比較近似。倘國籍不同，則適用某一當事人之本國法，顯屬偏陂，是以適用行爲地法，較爲公允。

多數國家均採最後一說。我國「法律適用條例」第二十三條第二項亦曰：「當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者依行爲地法。」是也。但所謂行爲地者究係何處？仍可發生疑議。同一法律行爲，得於數處行之。例如某甲贈千金與某乙，兩人國籍不同，贈與字據成立於倫敦，於到巴黎時始通知某乙，而該款貯存銀行，須在柏林付款。似此情形，應以何處爲行爲地，而適用其法律？是以「法律適用條例」第二十三條第三項規定：「行爲地不同者，以發通知之地爲行爲地。」如上舉之例，應以巴黎爲行爲地而適用法國法。

上項規定，尙未足排除一切困難，蓋契約之成立，須雙方意思合致。一方爲要約，一方爲承諾。倘當事人雙方不

在一地，而用通信方法成立契約，則契約通知與承諾通知之地點不同。上述規定「以發通知之地爲行爲地」究竟指發要約之通知地，抑發承諾之通知地？「法律適用條例」第二十三條第四項規定以發出要約通知地爲行爲地。倘受要約人於承諾之時，不知要約人自何地發信，則以要約人之住所地爲行爲地。

意志自由主義，亦受公共秩序善良風俗規定之限制。當事人所表示者，倘違反公共秩序善良風俗，所表示無効。例如敵國之法律，不許其適用。有此情形時，應適用何種法律？現行法並未預立準則。自原則上言之，因違反公序良俗而拒絕適用當事人所欲適用之法律時，似當適用居留國之法律。

#### 第四節 適用外國法時所發生疑義

上述數種一般原則，爲我國法律所採用。吾人在第三章所述各種學說，亦有若干共同之點，爲多數學者所承認。例如關於身分及能力者，適用當事人之本國法，關於不動產者，適用財產所在地法之類。我國法律，在大體上亦予以採用。茲再將我國法律所規定者，舉概於下：

(一)關於公共秩序之法律 刑事法規，適用於中國領域以內之一切人。(刑法第三條，按該條「本法」二字須作廣義解釋，不但刑法法典，凡一切刑事法規，均包括在內，如違警罰法，危害民國緊急治罪法，懲治盜匪條例等等)刑法中若干規定，並得適用於中國領域以外之中國人及外國人之對中國國家或人民犯罪者(參閱刑

法第五至第八條。)外國法律之違反中國公共秩序善良風俗者，不能適用。(法律適用條例第一條，按該條須作類推解釋，不但依該條例，凡依法應適用外國法時，如有違反公序良俗的規定，均不能適用。)在華外人之身體及財產，受中國法律之保護。(按此係國際法上原則，我國十七年七月九日公布之「中華民國與各外國舊約已廢新約未訂前適用之臨時辦法」中第三條曾申明此旨。)

(二)關於行爲能力的法律 行爲能力依當事人之本國法。倘依其本國法爲無能力，而依中國法爲有能力時，其在中國之法律行爲，視爲有能力。但關於依親屬法，繼承法及在外國不動產之法律行爲，不在此限。倘依其本國法爲有能力，嗣改入中國籍，依中國法爲無能力，仍保持其固有之能力。依當事人之本國及中國法同有「禁治產」之原因者，得宣告其禁治產。禁治產人無行爲能力。外國人生死不明者，就其在中國之財產及法律關係，得依中國法爲死亡之宣告。(法律適用條例第五至第八條。)

(三)關於親族身分之法律 父母與子女之法律關係，依父之本國法。無父者，依母之本國法。婚姻成立條件，依當事人各該本國法。婚姻之効力，依夫之本國法。離婚原因，須係夫之本國法及中國法所均承認者，始得宣告離婚。私生子之認領，依認領者與被認領者各該本國法。認領之効力，依認領者之本國法。養子女成立之要件，依當事人各該本國法。收養之効力，依養父母之本國法。扶養之義務，依義務人之本國法。但依中國法無請求扶養之權利者，不在此限。監護事件，在原則上依被監護人之本國法。其他親族關係及其權利義務，均依當事人之本國法。(法

律適用條例第九條至第十九條。)

(四)關於繼承事件之法律 原則上依被繼承人之本國法。遺囑之成立、撤銷、及其效力、依立遺囑人之本國法。(法律適用條例第二十條第二十一條)但關於物權之遺囑方式、得依行爲地法。

(五)關於財產之法律 一切關於物權事項、不論爲動產或不動產、在原則上均依物之所在地法。船舶、依其船籍國法。關於契約之成立條件及効力、依當事人之意思、定其應適用之法(其詳已見上第三節)。由於無因管理及不當得利所發生之債權、依事實發生地法。基於不法行爲所發生之債權、依行爲地法、但依中國法不認爲不法行爲者、不在此例。(法律適用條例第二十二條至二十五條。)

(六)關於法律行爲形式之法律 已述於上第二節。以行使或保全票據上權利爲目的之行爲、其形式必須依行爲地法。

(七)關於法人之法律 外國法人、須經中國主管官署認許、否則在中國無法人資格。經認許之外國法人、其權利能力、與中國法人同、其應服從中國法律、亦與中國法人同。未經認許之外國法人、以其名義與他人爲法律行爲者、其行爲人與之負連帶責任。(民法總則施行法第十一條至第十五條、公司法第二九二條至三〇五條)關於法人之財產及其法律行爲之形式、上述(五)(六)兩項規定、自亦適用。

綜上各種規定、外國法之適用、事所常有。法律發生衝突、吾人倘有本國法律爲根據、足以決定適用何種法律、

則困難之解決，可云過半。但依法應適用外國法時，尚有若干問題，令人發生疑義。例如適用當事人之本國法時，該當事人無國籍或有數個國籍。又如某一事件，依本國法應適用外國法，而該外國法則規定應適用當事人之居留國法，即本國法。又如法律名詞，各國解釋不同。何謂物權，各國法律所規定者即參差不齊。適用外國法時，倘彼此解釋不同，應遵從外國法抑本國法之解釋？是以下分「關於當事人之國籍」、「回復適用問題」及「外國法之解釋」三目言之。

### 第一目 關於當事人之國籍

法律上所謂外國人，不限於有外國國籍人。凡非中國人即無國籍，法律上亦稱之為外國人。法律適用問題發生，依法應適用當事人之本國法，而當事人無國籍，此時應適用何法？「法律適用條例」第二條第二項規定：「當事人無國籍者，依其住所地法。住所不明時，依其居所地法。」據此，無國籍之當事人，其住所如在中國，應適用中國法，如在他國，應適用該他國法。住所不明，適用其居所法。流浪生涯，並居所而無之，則惟有適用中國法。

當事人如有兩個以上國籍。當區別其是否於中國國籍外另有他國國籍，抑係二以上之外國國籍。（甲）當事人有中國國籍，同時復有他國籍者，則於適用當事人之本國法時，應即適用中國法。（乙）當事人有二以上之國籍，均非中國國籍者，則適用當事人之本國法時，應適用其最後取得國籍之國家的法律。（法律適用條例第二條第

一項。)

## 第二目 回復適用問題

依法應適用當事人之本國法，而該當事人之本國法規定對於該事件應適用行爲地法或住所地法，則究應適用何法？如採納外國法之規定，則本應適用外國法者，因外國法中有是種規定之故，乃回復而適用己國法，是承認「回復適用說」(Theorie de renvoi)。如不顧外國法之規定，但依照己國法而適用當事人之本國法，是爲否認「回復適用說」。此所謂回復適用問題也。

茲舉例以說明之。例如英國法律，關於個人之行爲能力，應適用住所地法。而意大利法律規定，關於行爲能力，應適用當事人之本國法（意民法第六條）。某一英國人住所在意大利，則其行爲能力，應依照英國法抑意大利法？意大利法院根據己國法律，本應適用英國法律，而與英國法律所規定者不同，應否根據英國法律復適用意大利法？

學者討論回復適用問題，意見紛歧。贊同回復適用說者，以爲依法既應適用當事人之本國法，卽應待遇該當事人以其本國所給予之待遇，其本國法所規定者均應依照。此爲多數學者所主張。且事實上承認回復適用，較爲便利。兩國法律，不至發生衝突。按己國法律辦理，執行時亦不至有何困難。

然有若干學者否認回復適用。如法國學者碧勒 (Pillet) 以爲法律乃主權者所制定，法院應絕對遵守。依己

國法律應適用外國法時，即不得不適用外國法。倘因他國法律有某項規定而變更適用方法，是有損於己國主權，且使適用法律之解決方法不一致。

二說均有其理由。但現今法律及判例多承認回復適用說。一九〇二年海牙公約第一條關於結婚能力之規定，亦採回復適用之原則。德國民法總則第二十七條規定：「按照……各條應適用外國法而依該外國法應適用德國法時，適用德國法。」我國「法律適用條例」第四條亦規定：「依本條例適用當事人本國法時，如依其本國法應適用中國法者，依中國法。」

### 第三目 外國法之解釋

法律之意義，常有待於解釋。自解釋時所採用之法源言之，可分別爲立法解釋 (Legislative interpretation)，司法解釋 (Judicial interpretation)，與學說解釋 (doctrinal interpretation)。自其方法言之，可分別爲文義解釋 (grammatical interpretation) 與論理解釋 (logical interpretation)。自其範圍言之，可分別爲限制解釋，擴充解釋，與類推解釋。

適用外國法時，應遵從該國的解釋，抑遵從己國的解釋？解釋上彼此未必相同。因解釋不同，適用上可以發生疑問。例如動產與不動產之分別，各國法律所規定者，常有不同。自己國法律言之，某種物係動產，應適用當事人之本國法，而自外國法言之，則係不動產，應適用財產所在地法。法國以「法蘭西銀行」(Banque de France)之

股票爲不動產，我國以土地一名詞包括水陸及天然富源（土地法第一條）皆非通常之意義適用上可生疑義。再如甲國禁止自書遺囑認爲無効，（因自書遺囑係無人證明之遺囑）屬於行爲能力問題，而在乙國並不禁止，只是法律行爲之形式問題。倘甲國人民在乙國立一自書遺囑，應認爲行爲能力問題，抑認爲行爲的形式問題？如認爲行爲能力問題，應適用當事人之本國法，該遺囑爲無効。如認爲行爲的形式問題，應依照行爲地之法律，該遺囑爲有効。是以法律名詞之定義有歧異時，適用上亦可發生困難。

通說以爲適用外國法時，關於其解釋，仍應以己國法律爲根據（Lex fori）。受理法院欲確定某一法律條文之意義或其名詞之性質，但於己國法律中覓求解釋，無須向當事人之本國法中尋釋其意義。此種見解，無非以爲法官須尊重本國立法機關之威權，非謂絕對不顧外國法律的原來意義。

蓋解釋法律，可分爲立法解釋，司法解釋與學說解釋三者，吾人已言於前。立法解釋者，指立法者以法律解釋法律。因某一法律條文有欠明瞭而另立一條以闡明其意義，例如我國刑法第十三條解釋「故意之意義」第十四條解釋「過失之意義」是也。司法解釋者，指司法機關所作解釋，例如在我國，司法院所作解釋，在法國，其最高法院（Cour de cassation）以全院會議（Siège de toutes chambres réunies）所作解釋，均對於全國各級法院有拘束力，又如法官決獄時所成立的判例，皆係司法解釋也。學說解釋者，指學者自由發表的意見，例如教授於講學時，學者於其於著作中，對於法律意義有所闡明是也。上述數類解釋，効力不同。立法解釋之効力最強，法官須



絕對遵守。司法解釋如係來自自有統一解釋權之機關，如我國之最高法院及法最高法院之全院會議，則亦為法官所應遵守。但於適用外國法時發生疑問可再請求解釋。至於一般法院於判例中所作解釋，除英美制度以判例造法 (judge-made-law) 外，在我國及歐陸各國，判例並無拘束力。外國法中，如有具體而明瞭的規定，則於適用外國法時，自應採為標準。至於學說，本無國別，更無庸堅持己國之學說以解釋外國法。

中華民國三十六年五月初版

◆(82538)

比較法學概要一冊

定價 國幣捌元

印刷地點外另加運費

著者 龔 鉞

發行人 朱 經 農  
上海河南中路

印刷所 商務印書館  
商務印書館

發行所 商務印書館  
各地

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

