

大學叢書

中國商法

上册

大學叢書 中國商法

上册

劉朗泉著

南開大學經濟研究所叢書
商務印書館發行

大學叢書委員會 委員

丁燮林君 李聖五君 竺可楨君 徐誦明君 馮友蘭君
王世杰君 李權時君 胡適君 唐鉞君 傅斯年君
王雲五君 余青松君 胡熙華君 郭任遠君 傅運森君
任鴻雋君 何炳松君 姜立夫君 陶孟和君 鄒魯君
朱經農君 辛樹幟君 翁文灝君 陳裕光君 鄭良文君
朱家驊君 吳澤霖君 翁文灝君 曹惠羣君 鄭振鐸君
李四光君 吳經熊君 陳可忠君 張伯苓君 劉秉鐸君
李建勛君 周仁君 馬君武君 梅貽琦君 劉淇恩君
李書華君 周昌壽君 馬寅初君 程天放君 黎照寰君
李書田君 秉志君 孫貴定君 程演生君 蔡元培君
顧頡剛君

目錄

引言	一
方序	一
自序	一
參考法令一覽表	一
緒論	一
第一章 權利義務之觀念	一
第二章 法律之觀念	九
第三章 私權之主體及客體	一五
第四章 私權之得失變更	三一
第五章 商事法之意義	四一
本論	

第一編 從事商業之人

第一章 商人

五一

第二章 商業代理人及商業學徒

五一

第三章 代辦商

五五

第二編 商業組織

五九

第一章 總說

六一

第二章 個人資本

六一

第三章 合夥

七一

第四章 公司

七四

九一

第三編 商品

一四七

第一章 商品之標識

一四八

第二章 商品之專利

一六五

第四編 商事權義之發生

一八三

第一章 契約

一八六

第二章 代理

二一四

第三章 票據

二二一

第五編 商事權義之擔保

三一九

第一章 物上擔保

三一九

第二章 商人擔保

三五二

第六編 有關商事之契約

三五九

第一章 買賣

三五九

第二章 物上契約

三七六

第三章 互易

三八〇

第四章 借貸契約

三八一

第五章 租賃	三八三
第六章 借貸	三九六
第七章 保儲	四〇六
第八章 承攬	四一〇
第九章 委任	四一八
第十章 居間	四二七
第十一章 行紀	四三一
第十二章 寄託	四三五
第十三章 倉庫	四四一
第十四章 運送	四五六
第十五章 承攬運送	四六四
第十六章 海上運送	四六六
第十七章 保險	四八一
第七編 破產與和解	五〇一

第一章 總說	五〇一
第二章 和解	五一四
第三章 破產	五三四

引言

社會科學之教本，欲期詳明，貴能撮達理論之概要，而以實際事實印證之。第實際事實，各國不同，故教本之編著，亦貴能相體裁，具有國別。近十餘年來，吾國社會科學，漸已發達，然國內各大學中，所採用之教科書，仍多為西籍，即有用中文本者，亦大都取材外國事實。夫採用外籍，固不足病，第以之為講授之教本，則承學之士，所學與所見迥殊，結果思想易陷於紛歧，而所學易感覺隔膜。

編輯社會科學教本，在今日中國，需要甚切，已為一般所共認。本所年來研究工作，除實地調查及統計編製外，兼由各教授致力於教科書之編輯。劉明泉先生本書，即此項編輯工作之一也。

著述發達，非可一蹴而幾，竭力以赴之，亦須循階漸進，始能達於成熟之境。執教鞭者，懷矜持自重之心，不肯輕於著述，固足以矯正濫於出版之弊，然習用外籍，因循不變，終難使吾國學術，脫附庸而進於獨立。居嘗謂欲促進今日中國學術，應先提倡本國化之社會科學，拳拳服膺，矢志進行，已有年，惟本所同人學識淺陋，編著教本，必多掛漏，第欲披榛覓路，自居於荷戈走卒之列，獻點之鉅著，特創之貢獻，是所望於國內賢達也。

何廉謹於南開大學經濟研究所

中華民國二十五年九月

方序

本所以教學與研究相提並進，已行之有年，喜期以己國社會之實況，為教學與研究之資料。至研究所得已發表者，約略可分之二類，即專題論著，通俗文字，與大學教科書是也。專題論著為擅長者，皆以專刊發表。如商務出版之「政治經濟學叢」（中文）及「南開社會經濟季刊」（英文）中發表之通俗文字一類，則散見於四年來「大公報經濟周刊」中，并於最近選出是類文字之有關於中國經濟者約百篇，名為「中國經濟研究」，由商務出版，作為本所叢書之一。至大學教科書，先已有何應奎、李純甫君之「財政學」。本書則由劉君則泉就多年來教學研究之所得編成，兩書亦均為本所叢書。本書除當作大學商學院之教科，即一般商人，欲求有系統之商事法常識者，亦甚適用也。是為序。

中華民國二十六年三月

方顯廷序於天津南開大學經濟研究所

自序

本書原係著者近年來在天津南開大學擔任商法一課時所用之講義。初稿成於二十一年秋季。因鑒於商學院學生選習本課之生，多未習法律課程，恐非從初步入手，難收啓導之功。故初稿於本論之前，另有前論兩編十章，專述法律學及權利義務之基本知識。而於本論之中，則一以法規為主，依次分述民法中有關商事之規定，商人通例有效部分，及公司法，票據法上之原理原則。惟如此編制，固未有整個組織之故，在著述上雖有相當之便利，在教學上則殊多不滿意處。例如合夥與公司同為商業組織之一種，而一則見於本論第一編民法中有關商事之規定，一則見於第三編公司法。票據行為係發生債權債務原因之一，與契約行為代理權之授與行為，初無二致，理宜置之一編，以便比較，乃一則在第四編票據法，一則在第一編民法中有關商事之規定。即以第一編民法中有關商事之規定而論，其採擇範圍亦僅限於民法債編，而物權編不與焉。結果同為擔保債務履行之規定，僅保證契約加以敘述，而屬於物權之抵押權，質權，留置權等規定，均付闕如。挂一漏萬，其難令人滿意，自在意中。故著者自二十三年秋始，即易稿重編改訂本。改訂本亦分諸論本論兩部。諸論五章，有初稿前論之原意。本論七編，則一反初稿本論依法規次第編述之方法，而改取混合體裁。自從事商業之人，商業組織，商品，商事權義之發生，商事權義之擔保，有關商事之各種契約，以至破產與和解，難於法規不免有割裂之憾，而於全書骨幹則視初稿較有系統矣。書成試

用以來，亦將三年。自覺在教學前方，成績均較初稿爲佳。茲因本書已列爲本館經濟研究叢書之一，不日付梓，故記其經過如上，藉告讀者。原書請轉本館多謝字，實爲之荷。此致。同學局內張德瑄二君細心校正，得勝魯魚之誤，並此致謝。

中華民國二十六年三月

劉明泉於天津南開大學經濟研究所

參考法令一覽表

	公布年月日	施行年月日	備考
(一) 民法總則編	十八年五月二十三日	十八年十月十日	
(二) 民法債編	十八年十一月二十二日	十九年五月五日	
(三) 民法物權編	十八年十一月三十日	十九年五月五日	
(四) 民法親屬編	十九年十二月二十六日	二十年五月五日	
(五) 民法繼承編	十九年十二月二十六日	二十年五月五日	
(六) 公司法	十八年十二月二十六日	二十年七月一日	
(七) 票據法	十八年十月三十日	十八年十月三十日	
(八) 海商法	十八年十二月三十日	二十年一月一日	
(九) 保險法	十八年十二月三十日	二十年一月一日	
(十) 保險業法	二十四年七月五日		二十六年一月十一日修正公布
(十一) 公司登記規則	二十六年六月三十日	二十年七月一日	二十六年一月十一日修正公布 四十六年九月四日修正公布 四十六年九月四日修正公布 四十六年九月四日修正公布

參考法令一覽表

之自然人及法人，次為權利客體中最佔重要地位之物，再次則為法律行為等，所謂法律行為，即使權利發生得喪變更種種動態之重要構成原因也。合此三者乃成一切民法法規其通適用之綱領。然此三者固無一而不以個人權利之存在與承認為前提者也。故研究法律者，不得不自權利始。

(註一)我國民法上之規定，限制權利之自由行使者，如民法一四八條規定：「權利之行使，不得以損害他人為主要目的。」又同法一九九條規定：「行使權利應依誠實信用方法。」又同法七六五條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用，收益，處分其所有物，並排除他人之干涉。」又同法七七三條規定：「土地所有權，除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於土地之上下，知他人之干涉，無妨礙其所有權之行使者，不得排除之。」等皆是。

(註二)我國民法七一條首段規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。」又同法七二條規定：「法律行為，非背於公序良俗或善良風俗者，無效。」又同法七三條首段規定：「法律行為不依法定方式者，無效。」又同法七四條一項規定：「法律行為，係乘他人之急迫，輕率，或無經驗，使其法律行為上之給付，或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為。」以上各條之規定，或因其法律行為之內容有瑕疵，或因其方式或不安法，或因行為當時顯失公平，遂使其法律行為無效或得撤銷。契約行為既為法律行為中最重要之一種，所以限制一般法律行為者，自可用以限制契約行為也。民法而外，如工廠法，團體章程法，對於契約自由之限制，更有明顯之規定。工廠法中關於工作時間之限制，童工及工僱用之限制，團體章程法中關於所定勞動條件必須遵守之限制，皆使契約之當事人對於契約內容之訂定，失去一部分之自由。

(註三)無效失賠償責任，見之於民法者，如民法一八七條規定：「無行為能力人或限制行為能力人不法侵害他人之權利者，以行為時有識別能力為限，與其法定代理人連帶負損害賠償責任；行為時無識別能力者，由其法定代理人負損害賠償責任。前項情形，法定代理人不知其監督或保護義務，或雖知而怠於相當之監督，而仍不免發生損害者，不負賠償責任。如不能依前二項規定受損害賠償時，法律因被害人之聲請，得斟酌行為人與被害人之經濟狀況，令行為人為全部或一部之損害賠償。前項規定，以其他之人在無故意或過失情事時，始得適用。」

為之行為，如第三三人受損害時，準用之。」又同法一八八條二項規定：「受雇人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受雇人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，或雖加以相當之注意，而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。如受雇人係前項受雇者之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得酌量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。」工廠法四五條亦規定：「在勞動關係中執行職務，因工內材料，行職務而致傷或死亡者，工廠應給與其家屬補助費及慰問費。」蓋不問其致傷或死亡，是否由於工廠設備欠缺安全與衛生之故，工廠即應負責，亦有賠償之責任也。

權利之本質如何，學說頗多。舉其要者，有利益說與能力說之二說。利益說以為權利乃法律所保護之利益 (legally protected interests)，德近代法學名家于延齡 (R. Von Ihering, 1818-1886) 於其所著羅馬法之精神 (Spirit of the Roman Law) 一書中即主此說。其說頗盛行於其本國，然反對之者亦不乏人。蓋權利實不過得以享受利益之手段，非即利益之本身，若必使權利與利益合而為一，則得受利益者必盡有權利，按之實際，殊不盡然。能力說對於此點，較利益說為優。能力說以為權利乃一種能力 (capacity)，或曰權力 (power)，有此能力之人始能令他人為一定之行為或不行為，其所享之利益則因他人之行為或不行為而產生，故權利不過為獲得利益之一種方法，或名手段，而非利益本身。英美近代學者如霍蘭 (T. E. Holland) 如葛雷 (J. G. Gray) 即主此說。

(註四)何以言權利人所得享受之利益乃出於相對人（即義務人）之行為或不行為？豈吾人所得享受之一切利益皆須出於他人之行為或不行為乎？此則先須對於獲得利益之方法有所說明。古時文化未開，社會國家之組織未備，凡有所需，除以己力攫取或保持外，別無向社會向國家求助之道，故其時人與人間無所謂權利，亦無所謂義務。

務。追後社會逐漸發達，輿論、公意之力逐漸加強，昔日吾人之利益非賴己力無以維持，則國家者，今則憑公意之保障亦足保持，則凡能訴之公意求其保護之人，亦即有能力可以制止他人之加害，於是權利義務之觀念漸漸發生。惟此種本於社會公意而生之權利，可名曰道德的權利 (moral right)，與法律上的權利 (legal right) 有別。法律的權利必待國家之權力逐漸強大，法律之勢力超越任何社會的力量 (social force) 之後，始漸發達。有法律之權利之人可以請求國家之援助，取得或保持其利益。但無論為法律上權利或為道德的權利，其非僅憑己力以獲得或保持利益則一，其所倚為援助者雖有國家的力量及社會的力量之別，其皆由他方令他人為一定之行爲或不行爲則一。

(註) 四庫全書 (1793-1808) 為美國著名法學家所著 *Elements of Jurisprudence* 一書，其卷一之第一章即論及所謂法律的權利 (legal right) 之概念。如一般所謂權利 (right in general) 係指何種其第一般的權利：

"It is one man's capacity of influencing the acts of another, by means, not of his own strength, but of the opinion or the force of society. When a man is said to have a right to do anything, or over anything, or to be treated in a particular manner, what is meant is that public opinion would see him do the act, or make use of the thing, or be treated in that particular way, with approbation, or at least with acquiescence; but would reprobate the conduct of any one who should prevent him from doing the act, or making use of the thing, or should fail to treat him in that particular way." (前著卷一，二頁)

又稱法律的權利曰：

"Legal right is a capacity residing in one man of controlling, with the assent and assistance of the

State, the action of others." (前著卷一，三頁)

羅德 (Rode) 1910 為美國近代有數法學家，曾講學於哥倫比亞及哈佛大學，所著 *The Source and Scope of The Law* 一

書尤詳述人口其法律之權利曰：

"The full definition of a man's legal right is this: That power which he has to make a person or persons do or refrain from doing a certain act or certain acts, so far as the power arises from society imposing a legal duty upon a person or persons." (前著卷一，六頁)

國家或社會為援助個人得以保持其既得之利益，常令其他之人勿對之為侵害之行爲，又為援助個人得以取得或實現其欲得之利益，常令他人對之為一定之行爲。此在他人即所謂義務。此義務又稱法律上的束縛。蓋必有人受此法律上的束縛，權利人之權利始有其內容也。若魯濱遜之在荒島，固無人對之負擔義務，遂亦無權利之可言。但即在人羣之中，苟無國家社會之組織，個人之腕力而外，別無國家社會他方之存在，則亦無權利義務之可言也。

社會愈進步，權利義務之觀念愈發達，吾人有賴於社會國家者亦愈多，而腕力之用則愈反比例的減少。此殆各國一致之現象。至於今日，公力救濟幾成常軌，自力救濟不絕例外於一定範圍下始得爲之。(註五) 人民利益之保障，幾全恃國家的力量矣。

(註五) 個人權利被侵害時，依國家之力以為救濟者，為公力救濟，運用個人腕力以為救濟者，為自力救濟。例外得對個人以自力救濟之情，詳見前章。

形，如我法五一一條所定：「為保護自己權利，對於他人之自由或財產，施以拘束，抑或損害者，不負損害賠償之責。但不及受侵害後，處於其時為之則請求不得實行，或實行困難者為限。」又同法五一一條所定：「依前條之規定，拘束他人之自由，或侵害他人之財產者，應即時向官廳聲請援助。前項聲請被駁回，或未經請過延遲者，行為人應負損害賠償之責。」

霍蘭氏謂權利一觀念可以分析之為四部份：（一）享有權利之人（The person entitled or the person of inheritance）亦即權利主體，（二）權利之標的物（The object）（三）義務人之行為或不行為（The act or forbearance）（四）義務人（The person obliged or the person of inaction）。註（二）余則以為此四者而外，尚應列入社會的力量（The force of society）或國家的力量（The power of state），始足構成一完整之權利觀念。蓋吾人之利益必由社會的力量（即公意之類）而獲得，保持，或實現者，始有所謂道德的權利，必由國家的力量而獲得，保持，或實現者，始有所謂法律的權利也。

（註（三）霍蘭氏其說見前揭書九一九二頁。第二項權利之標的物有時間者，有時而無。如甲白乙買賣一木，甲為權利人，乙為義務人，若一本為時之權利標的物，乙須待時交付於甲為義務人之行為。又如甲借乙為債，甲為權利人，乙為義務人，乙須對甲履行借貸之義務。義務人之行為，應視權利之標的物。

權利與義務為相關之名稱（correlative terms），人所共知，惟二者間果有如何之關係，則亦非細加考究，無以了然。為雷氏以為無義務必無權利，然有義務則不必有權利，可以有並無權利與之相對之義務。必欲由義務而創生（generate）權利，須具備下述三要件：（一）其義務須為義務人之「行為」或「不行為」，所謂行為或不行為，必為人之外部動作或不動作，若內心意識未經表現於外而為言語舉動不得謂之行為。凡義務人所負之義務

非出於行為者，其相對人對之不生權利。例如吾人雖有義務愛吾鄰人，然吾鄰人對吾並無令吾愛之之權利。為雷氏為此說，在證明有義務不必有權利，欲由義務創生權利，必其義務係出於行為乃可。惟余意此說殊屬勉強。義務人之義務若非行為，而為一種心理狀態，則根本不能認為係法律上之義務，相對人方面自無權利之可言。蓋法律上之權利義務必自行行為而發生。故僅服誹他人而無具體之誹謗行為者，尚不得謂已達背和法上不得妨害他人名譽之義務，他人亦並無不受腹誹之權利也。（二）構成其義務之行為或不行為須對於他人而為之。若自己雖有義務，然無相對之人，則其義務並不創生權利，而成有義務無權利之狀態。為雷氏謂此種狀態非不能有，不過少見耳。例如載酒之舟觸於荒礁，旅客船員皆已淹斃，雖僅有船長生存，亦不能坐飲待斃，蓋仍有義務盡力以圖其舟若酒之遇救也。惟余意此時僅存之船長雖有其應盡之義務，但其義務亦非無相對之權利。蓋能對於船長主張權利者，不僅舟中所載之旅客或船員而已，若國家，若船之主人，若貨物主人及託運人等，皆得對於船長主張權利，船長對之亦皆有其義務。故此時不能謂已無相對之人。又構成義務之行為或不行為雖須對於他人而為之，然所謂他人不能限於自然人或私法人，若對於社會國家而有應行為或不行為之義務，則其義務亦有其相對之權利存在。例如因遵守不得虐待動物之禁令而負之義務，其相對人並非動物而為國家是。（三）義務人之行為或不行為須為相對人之利益。若義務人對於某甲雖有為一定之行為或不行為之義務，然其行為或不行為非為某甲之利益（On the contrary），則某甲不能對之主張權利。例如某乙為執行死刑之獄卒，某甲為待死之犯人，某乙對於某甲雖有執行死刑之義務，某甲對於某乙固無令其將自己處死之權利也。惟余意此時某乙之義務亦非無相

對之權利，蓋能主張將某甲處死之權利人，實為國家，而非某甲。某甲所負對於某甲執行死刑之義務，乃對於國家而負者。

細察以上三點，實不足證明葛雷氏有義務不必有權利之說。余查權利義務乃一事物之兩面，因權利之點之不同，而有兩種之名稱。故有權利必有義務，有義務亦必有權利。不過義務人之相對人不必為權利人，權利人亦不必即係受益人而已。（註七）

（註七）葛雷氏此項見解見前揭書八至九頁。

第二章 法律之觀念

依前章之說明，權利義務之觀念既已知其梗概，則法律之謂何自不難於索解。蓋法律者，國家公權力之表現，以資付權利義務為其內容者也。所謂法律的權利係一種能請求國家公權力援助之能力，則法律有此能力，就不得有此能力，自必有一種根據。此根據即為法律。蓋國家必依法律之形式，資付權利義務與人民及國家自身之機關，乃近世法治國家之一般現象也。（註一）

（註一）何謂法治？即依法律而行之統治也。法治之下，人民對於國家非絕對服從關係，乃根據法律而有其服從之義務，國家非依法律不得課人民以義務，或侵害其權利；且非依法律不得免其應負之義務，或為之設定權利。

吾人對於法律之觀念，所以不先介紹十九世紀以來各派法理學家之說，而延為以上之討論，以吾家之說見解紛繁，一派之中又復互有正欲，一一辨別而研究之，恐徒使初學之人目眩不定，反無實益。且吾家法律學者，因其觀察點之相歧異，見解亦從無一致之可能。大凡注重現實之法律者，多瞻視其過去之發展，以明必由現實之所謂法律始得謂之法律，而當其在發達過程中之姿態反不得謂之法律，又如注重法律之形勢者，多不問其內容果足盡其功能與否，苟由國家強制執行，即屬法律，至其為惡法為良法又另一問題也。拙說以法律為國家公權力之表現，固亦不能免於此項偏見之影響。惟本書所論述者既為中國現行之商學法規，則純就現實之法律而說明

其意義，當不致失之過遠。況法律自其最初之姿態逐漸演進，以至於今日，前後之性質本可判若數物，苟必仍以法律一詞名之，則今日所稱為法律者其涵義應大異於歷史上之法律。而世上亦決無一種完備之文字能囊括前後不同之性質於一簡單之定義中也。此不過僅就縱的方面言之而已，若就橫的方面言之，則欲以一定義而指陳法律之各面，更為困難。故從來學者雖皆自謂其定義之完善，而一究其實際，仍不過就法律之一面有所解釋而已。拙說雖祇能適用於當代現實之法律，且僅就法律之一面有所說明，要亦不得已也。

就拙說而論，大致似與英國分析學派之學說相近。(註三)此亦無庸諱言，然分析學派最受人攻擊之兩點：(一)以法律為主權者之命令屬於形式論，不足顯示法律之實質。(二)以法律為主權者之命令與歷史上之事實不符。(註四)實因分析學派以現實法為對象不得不有之結論，不足深責。分析學派之困難轉在以法律為主權者之命令一語。故繼邁奧斯丁之近世分析學者，莫不欲修正此語，以免免於攻擊。初則如霍蘭，炮洛克之輩鑒於法律由主權者所「制定」(enacted)一語之不妥，倡以由主權者所「執行」(enforced)以代之。繼則如戴雪(A. V. Dicey) 葛雷之輩並主權者一語亦嫌其與英美實際情形難以盡符，倡為法律乃法院所執行之法則(rule enforced by tribunals)之說，以代昔日之定義。(註五)惟都意以為不如以法律為國家公權力之表現，雖失之簡單空闊，然已足表示法律之淵源，正不必明言其為主權者所制定，抑為法院所執行也。即以我國法院而論，表面上法官雖無造法之權，不特法官處斷案情須嚴格適用法規，即所為判例亦無拘束下級法院或變更法規之力，然民事案件無成法可據者，既得依習慣或法理(民法第一條)則言認定習慣有法之效力之際，即係代表國家

為其表示意思。(註六)故習慣法之本質亦仍然一種公權力的表現也。

(註一)分析學派(Analytical School)為十九世紀以來法理學界三派之一。此派惟考察已發達之法律，即現實法(the positive law)，而不注意其在發達過程中之變遷，故恆視法律為主權者有意識之創造物。其着眼點在法律背後之權力及強制，以為必能由國家強制實行者始得稱之為法律。而缺乏強制力者即非法律。此派十九世紀初即興於英國。惟該分析學派之人有以物拉克所創(William Blackstone, 1723-1780)為其鼻祖者，實則物氏尚誤認普通法則及法律法則為一致。分析學派之中心思想向為分析學派所否定。實始於奧斯丁(Johann Austin, 1790-1859)所著法學範圍決定書(The Province of Jurisprudence Determined)，書中問及(1832)奧氏以為法律學之任務祇在答復 What is law? 問題。至於何謂 What law ought to be? 問題，故認法律學之對象應為現實法。奧氏之後，繼邁奧氏者如霍蘭(J. R. Holland)及葛雷(G. F. Pollock)等輩。

國一代之知名學者，故分析學派又稱英國分析學派。按對奧氏之較多所修正。

(註二)參看葛雷著普通法學大綱第九章(有李鴻鳴中譯本)二四二及四四四頁所論比較法理學學頁二六。

(註三)四四頁將奧氏以次諸人所為法律之定義列下，以備比較：

Of the law or rules set by men to men, some are established by political superior sovereign and

subject by persons exercising supreme and subordinate government in independent political societies.

The aggregate of the rules thus established, or some aggregate forming a portion of the aggregate, is the appropriate matter of jurisprudence, general or particular. To the aggregate of the rules thus established, or to some aggregate forming a portion of that aggregate, the term law, as used simply and strictly, is exclusively applied. —Austin, The Province of Jurisprudence Determined, (1832)

A general rule of external human action colored by a sovereign political authority. —Holland,

緒論 第二章 法律之觀念

Jurisprudence, chap. 3 (1880)

The form of the rules of justice administered in a state and by its authority. — Pollock, *Princ. Book*

of *Jurisprudence*, 17 (1896)

The Law of every country.....consists of all the principles, rules, or maxims enforced by the

state. — Hoey, *Private International Law as a Branch of the Law of England*, 4 *Law Quart. Rev.*, 3 (1890)

The law or laws of a society are the rules in accordance with which the courts of that society determine cases, and by which, therefore, the members of that society are to govern themselves, and the circumstances which distinguish these rules from other rules for courts, and which make them the law is the fact that courts do act upon them. — *Tracy, Institutions and Questions in Jurisprudence*, 6 *Harvard Law Rev.*, 24 (1892)

(註) 五) 依歷史判例習慣法成立之要件雖有四：(一) 人人確信以為法之心；(二) 於一定範圍內共同一事項；及(三) 同一之行為；(三) 法令所未規定之事項；(四) 無背於公共秩序及利益。(參看前次政院二年上學三級判例) 此四要件不這一種標準，(一) 確信，(二) 共同，(三) 行為，(四) 利益，是與此項標準相合的，得法院之認定。

依近世民治之原則，國家之公權力自應由全體國民執掌，惟實際各國真正之主權者並非國民全體，僅為國民中之一部分人。此一部分人既執掌國家之公權力，自不免多為其自己之利益着想。故一國之法律始雖有十分公平之事，其上者不過為較多之國民謀利益，其下者則直為少數之人謀得便宜而已。惟無論其為良法為惡法，其

皆依法律制定之程序而為國家公權力之表現則一，故分析學者不問其內容，但問其形式或為法律者，即認為現實之法律。(註)

(註) 六) 分析學者對於法律的看法，可以說是最能代表一般純法學家的論調。若以政治哲學家之眼光批評，則止於不問法律內容之形式，自為不合理。蓋國家政治哲學者如斯基氏 (H. J. Laski) 即反對形形式式及國家主權學說是有方 (二) 立法權者。The State in Theory and Practice 一書中，此項意見發揮得最詳盡，可以參考。按氏以為：(一) 如能記起各社會各階級之思想，法律可以分作三種：第一種，就是法學界所說的「法律」，這一種法律的基礎就是主權。第二種法律是政治意識的基礎。這一種法律的基礎就是人民的服從。第三種法律就是人道意識的法律。這一種法律的基礎就是人道上的真理。對於前兩種法律，人民並沒有絕對服從的義務。法學家的法律也不一定合於人道上的真理，比方說，非戰主義的人是服從人道而不贊成戰爭，所以他們對於法學家的法律不買單。從政治意識的法律也不一定是合於人道上的真理，比方說，希特勒在一九三四年六月三十日的命令，全國軍隊服從，但是如不用武力壓迫，我們相信，大部分德國人民，不會承認他是對的，政府權威，不能產生與真理，然而武力強迫人民去服從的

命令，不能保證能合於人道上的真理。法學家的法律和政治意識的法律，就是使人民必須服從的。所以，只有人民違背法律的行為，所謂人民的法律，就是合於人民需要的法律，就是使達到人民最終目的的法律。說及此是法學家的法律，與人民權利不相關的。法律的目的就是要人民服從，必須人民認定他有服從的價值。換言之，法律的基礎必須建立在人民自願自覺之上。(依張君譯本：「第一，但使成規法學家說的人，亦有他們的論調。他們以為法律的事實，並不是政治哲學家所討論的問題，乃是政治哲學家所討論的問題。說法律必須合於一種法律以外的原理原則，是不正確的。但使從原理原則中，可以發現出，中古世紀的時候，人所以認為法律就是上帝的意志，後來還有一般人，以為法律是由神的意志所降，乃是一般人，以為法律是上帝創設的科學。今則如亞里士多德等則以為法律是滿足大多數人的期望的東西。凡此可見各時代的人們皆努力為法律本身，而非為服從的根據，然而前時代的法律，是否與現代的人們所尋求的原則相合，在前時能適用實行，乃是不容疑問。

惟依理論言之，法律之最終目的固仍在爲國民謀利益者也。其方法則在以權利義務責付於國民，使有權利者得請求國家之援助，以保持或實現其應得之利益，有義務者，則必須依法盡其義務，無使其相對之權利人有所不利。故一國之中若人人盡知其自己及他人之權利與義務，且能依其所知而行之，則司法機關將無所用，法律亦不必有強制力矣。

第三章 私權之主體及客體

第一節 公權與私權之區別

從來言公權與私權之區別者，無不依公法與私法之區別而區別之。如日本學者美濃部達吉，即以爲存於公法關係之權利謂之公權，存於私法關係之權利謂之私權。^(註一)惟此說必先闡明公法與私法之區別，而後始得說明公權與私權之關係，與本書開端即談權利後及法律之體例不甚合宜，故不採取。依著者所見，法律既爲公權力之表現，以責付權利義務爲其內容，則所責付者爲公權，即爲公法，所責付者爲私權即爲私法。公法與私法之區別，轉須依公權與私權之區別而區別之。

公權與私權之區別，可依其內容定之。權利之內容在保護個人之利益者，爲私權；在保護公眾之利益者爲公權。惟同爲保護個人之利益，苟其權利乃對於國家或行使統治權之公共團體而保護個人之利益者，亦爲公權。^(註二)公權必由國民以憲章或法律設定之，政府或公共團體或個人惟有根據此已設定之公權而行使，私權則以得自由取得與行使爲原則。

公權非必國家始得享有，亦非必於國家與人民之間始得發生，若國家與公共團體間，公共團體相互間，公共團體與所屬人民間，人民相互間，根據法律，亦皆有公權關係也。^(註三)