

民法總則

政 法 叢 書

歐宗祐編

民
法

總
則

商務印書館發行

政法叢書
民法總則

此書有著作權翻印必究

中華民國十七年二月初版

每冊定價大洋壹元貳角

外埠酌加運費匯費

編輯者 歐宗祐

發行兼印刷者 上海商務印書館

發行所 上海及各埠商務印書館

Political Science Series
FUNDAMENTAL CONCEPTIONS OF
CIVIL LAW
By
OU TSUNG YOU
1st ed., March, 1928
Price: \$1 20, postage extra
THE COMMERCIAL PRESS, LTD.
SHANGHAI, CHINA
ALL RIGHTS RESERVED

緒論

第一章 法律

第一節 法律之本質

民法爲法律之一種，故於未研究民法之前，須先明法律之本質。法律果爲何物，乃法學中最關重要且最多爭執之問題。古今各國之法家，對此問題，莫不試圖解答；然其所得之答案，則多不相同。法學史中各派之學說，即由對此問題之見解不同所演成者。夫法律本爲同一之法律，言其性質者，雖不能異口同聲，共趨一致，然至少亦須不至言人人殊。今人各異詞，羣言淆亂，莫衷一是者，其故何耶？英國某法學家嘗言：『於一切人類的科學中，表面上最簡單之觀念，實在反使人最難懂得明確，說得恰當。』斯言可以道破此中原故。蓋法律一詞，雖爲愚夫愚婦所常用，在法學中，確爲表面上最簡單之觀念；然若問其究竟，則能懂得明確說得恰當者究無幾人。此所以法律雖爲同一之

法律，而言其本質者，反人各異詞也。〔註一〕

吾人從事於法律學之研究，對於法律果爲何物之問題，自須與以解答，且須於未下解答之先，歷觀從來之學說，論列其短長，批評其得失，以爲己說之借鏡。顧此衆多學說之中，一若格雷 (Gray) 教授之所云云，多半爲『絕無意義，或間有稍含真理，而其真理又爲文詞所害者。』〔註二〕——論列而批評之，似屬無謂。今茲所論列者祇限於下列爲多數人所承認之通說：

主權者命令說 此說爲分析法學派〔註三〕所主張，以法律爲主權者之命令。奧斯丁 (Austin) 實爲其創始者，其言曰：『社會中一切成法 (positive law) 皆爲主權者之製造物；乃主權者依立法或司法之作用直接制定之，或委任其他機關以制定之者也。』〔註四〕此說一脫從前自然法論之窠臼，於法學上，厥功甚偉。然以其過於狹隘，祇能說明法之靜的狀態，而不能說明法之動的狀態。〔註五〕故批難紛起。〔註六〕

(1) 命令說爲形式論，非所以表示法律之實質。

(2) 謂習慣法亦爲命令，殊屬不當。

(3) 以法律爲主權者之命令，與歷史上之事實不符。

(4) 法律既爲主權者之命令，主權者自身何以亦服從法律，此說不能說明。

(5) 法律爲命令，則國際法必非法律。

(6) 法律爲命令，則解釋法，宣言法，廢止法等亦必非法律。

(7) 法律由人民之總意及社會之需要而生，非出於個體之意思。

(8) 命令說能說明義務本位之法律，而不能說明權利本位之法律。

(9) 命令說有語原學上之錯誤。

命令說於備受各種批難之餘，對於法律本質論，一再加以改良，由『主權者制定 (enact) 之法則』變而為『主權者強行 (enforce) 之法則』；更由『主權者 (sovereign) 強行』再變而為『裁判所 (court) 強行』。然其結果，對於上列之批難，仍不能充分辯明。^{〔註七〕}

國民精神表現說 此說以法律為國民精神之表現，其基礎在於國民之法律的確信；此種確信乃由國民精神內部逐漸發生，而非由外力驟然作成。歷史法學派之法家多唱斯說。薩焚宜 (Savigny) 實為此說之健將。薩氏於 *System des heutigen römischen Recht* 一書中，開宗明義即謂國民精神 (Volksgesite) 實為成法所從出，於一般人民之意識中，皆有成法之存在，是之謂國民法 (Volksrecht)。最初之成法，實為國民精神之直接表現。及後社會生活日益繁賾，法律關係漸趨複雜，遂有所謂法律專家者應運而生，由此輩法律專家以表現國民精神。此時之法律，其性質與前無異，僅為國民法之繼續。蓋薩氏以為此輩法律專家之意見，為國民意見之最進步者，可以代表國民之精神而無或間也。此說足以救主權者命令說之狹隘，且能明法之發達性。然亦有下列之短處：(一) 姑無論法律專家之意見，不能代表國民之精神，即使能之，其結果亦不能使國民精神完全表現，一如薩氏之所想像。蓋於通行習慣法之國中，法律專家若得為法官，則可將其意見作成判例法，依之以表現國民精神；然若在歐洲

大陸不承認判例法之國家如德國者，法律專家雖能著書立說以供立法者之參考，然豈能保其一一爲人採用而無或違？夫如是，則國民精神恐將不能藉此輩法律專家以盡情表現，彰彰明矣。(一)況如上所云云，法律專家，實際上又復不能代表國民精神乎？不特不能代表，有時甚且與之相反。德意志法家反乎一般人民之意見主張取用羅馬法，即爲最顯著之例。(註八)

法官發現說 此說以爲法律非主權者之命令，亦非國民精神之表現，而實爲法官所發現之物。事實上，法律雖與法官所定立之規律相同，然法律之爲法律，非因其爲法官所設立，實因其爲法律而法官始定立之也。誠如故卡忒先生 (Mr. James C. Carter) 所云：法官爲法之發現者，而非法之創立者。此說之長處在於不以法爲一種理想，而以之爲一種現實物；法律不須依據宗教，自然或道德；法律非『應該』如此，不過事實上『是』如此而已。其短處在於以法律爲已存之物。夫使法律而果爲已存之物，法官從而發現之，則一經發現之後，宜乎一成不變；然法庭之判決往往前後互異者，何耶？主此說者，實無法以解答之也。(註九)

鄙見 法律者，乃社會生活中人類行爲之不可破的規範。(註十)

法律乃行爲之規範 法律所以規律人之外部的行爲，側重於表現於外之言行舉動，而不在於支配人之思想與意志。法律之目的，在保持社會秩序，其所規律者爲人與人之外部的關係，而非其內部之意識。雖然，在文化稍進之社會中，人類之行爲，往往與其動機相應，行爲多爲動機所產出。其法律亦斟酌意志或動機，以測量行爲。例如(一)刑法上精神病人及未達某一定年齡之人之行爲不爲罪；(二)同犯一罪而故意犯與過失犯之處罰，其輕重

各有不同；(二)對於心神喪失者，爲之設監護人，預防其侵害他人之利益，或其利益爲他人所侵害，凡此種種，皆可以證明法律不僅規律人之外部的行爲，同時亦附帶的規律人類內部之意思的作用。不過與禮或道德相較，其規律行爲之傾向較爲強烈已耳。

法律乃人類行爲之規範 法律以人類爲主體，爲人類而設立，其爲人類，而非爲其他物類之規範，固不待言。

法律乃人類社會生活中行爲之規範 法隨社會生活而存在，即以社會生活爲其存在之要件。個人漂流於孤島之中，離羣索居，過魯濱孫之生活，侶魚蝦而友麋鹿，與世絕緣，則其人得絕對自由，隨其所欲以行事。於此情形，法律自無存在之必要。若於多數人爲社會生活，個人之行爲在精神上物質上影響於他人時，則其相互間之關係，須有法律以爲規定，然後可免於爭執紛擾之狀態。

法律乃社會生活中人類行爲之不可破的規範 人類社會生活中之規範不僅爲法律，若道德，若禮教，若宗教，若風俗，若習慣……皆爲人類社會生活之規範。法律所以異於此等規範者，僅爲不可破之一點。所謂『不可破』一詞，不可與『強制』之觀念相混。誠然，法律之大部份，皆有法庭以司執行，有強力隨乎其後，若不遵行，則予以制裁，以強其必行，司法上所謂強制執行，卽此之謂。然(一)強制並非一切法律之必然的要素。國際法立於國家之上，而無支配國家之權力。於國際司法制度未發達如現在者，除訴諸戰爭，實行武力解決外，實無強制之途徑。憲法亦大部分爲國中最高機關的權限之規律。因一國之中，無其他權力足以支配最高機關，故強制亦不能完全施行。然而國際法與憲法，皆不失爲法律也。(二)且法之強制力，多半爲不完全，不能依強制力以求法之實現。刑罰之規定，

雖萬分嚴重，然欲依此使違法者絕跡，則誠戛戛乎其難。即雖於強制執行之時，依其執行而實現者，亦非與法之所期望者完全同一。蓋強制執行之所以發生必要，常爲法的要求不能實現之結果；而其執行之結果，即使完全達到目的，然至少在時期上，已不免比法之所要求者較爲遲緩矣。學者知其如此，故有不以強制爲法之要素，而以依據社會力擔保實現爲法之要素者。^{〔註十一〕}此說雖比以強制力爲要件之說，較爲進步，然亦不能說明法之本質。所謂強制，所謂擔保，皆非法之本身的性質，而爲附屬於法之另一附加物。所謂『毋殺人』爲一種規定，所謂『殺人者死』另爲一種規定。前者依後者而擔保其實現。然此二者，實爲異物，不能謂其中之任一，爲其他一個之本質也。以強制或擔保說明法之本質，其根本錯誤即在是耳。要而論之，法與道德及其他規律之所以不同者，在於法之規律，乃要求各人必須遵守；道德及其他之規律，則遵守與否，一任各人之自由意思。道德爲相對的，其所要求者，不過爲希望如此，或如此方可而已。蓋彼非爲一種強要，而實爲一種訓誡。若法，則爲絕對的，其所要求者爲應當如此，非如此不可。蓋彼非爲一種訓誡，而實爲一種強要。道德以善惡爲標準，其所訴者爲人之良心與理智。法則超絕善惡之界限，要求絕對遵守，其所訴者，不在理智，而專在於意思。史達姆拉謂法與其他規範之區別，在於法爲強要的規範（Unverletzter selbstherrlich verbindender Wollen），不問服從於其下者之承認與否，而決然自主的要求實現。此語確能闡明法之本質。吾所謂法乃不可破之規範，亦僅謂『法於本質上要求各人必須遵守』已耳。事實上雖有壞法亂紀之人，然此與法之不可破性初無妨礙也。

〔註十一〕此外，法律學之發達尙屬幼稚，未能發現一定不易之原理，且從事研究此種科學者，未能應用真正科學之研究方法，加以各時各

地之歷史，對於法律本質之說，發生極大之影響，故關於此問題之解答，人各異詞也。

〔註一〕 Gray: The Nature and Sources of the Law, p. 85.

〔註二〕 穗積重遠法理學大綱引 Austin: Province of Jurisprudence Determined, 1834; Markby, Elements of Law, 1874;

Amos, Science of Law, 1874.

〔註四〕 Gray, 前書八十五頁。

〔註五〕 穗積重遠前書第十六頁。

〔註六〕 穗積重遠前書第一四二頁引穗積陳重博士法理學講義。

〔註七〕 穗積重遠前書第一四三頁。

〔註八〕 Gray, 前書第八十九頁至九十三頁。

〔註九〕 Gray, 前書第九三頁至九九頁。

〔註十〕 此定義及以下之解說，大部份取美濃部達吉博士之說，見歐宗祐何作霖合譯憲法學原理第一章（商務印書館出版）。

〔註十一〕 Jellinek, Allgemeine Staatslehre 3. A. S. 337 主張此說最力。

第二節 法律之分類

依其觀察點之不同，學者間關於法之分類，甚不一致。今舉最普通之分類，略為論列於下：

一。成文法與不成文法。成文法 (written law) 又稱爲制定法 (statute law)，乃以文字書就，且依一定

之手續與形式而公布者也。不成文法 (unwritten law) 又稱爲習慣法 (custom law)，與成文法適相反，其爲法律之效力，雖完全具備而無或缺，然不必以文字書就，且不須公布。其大多數乃由習慣、判例或學說而來。

如上節所述，法律爲社會生活之規範，有社會，則須有法律；故國家以前之野蠻社會，及初期之國家，亦當然有法律之存在。然於此時代，文字之使用不廣，法律之全部或大部分，悉爲不成文法。及國家生活逐漸發達，文字之使用日益普及，成文法亦因而次第發生；然規律人民私的生活之民法，則仍多爲不成文者。迨十八世紀之末至十九世紀之初，一方面因各國日益強大，中央集權之勢已成，國法統一之望隨之而起；他方面因所謂自然法論之理想主義，風靡法學界；諸國遂相競爲成文法，各欲編纂大規模之成文法典。一八〇四年法蘭西之拿破崙法典，一七八六年奧大利之若瑟夫法典及一八一一年同國之民法典，即其顯著之例。於此等法典中皆明示或暗示的否認不成文法或習慣法之效力。及至十九世紀，歷史法學派之說盛行，成文法萬能主義，因之受致命之打擊。一八九六年之德國民法，關於此點，不設若何之規定，蓋已認成文法與習慣法有同等之效力矣。一九〇七年之瑞士民法其第一條且以明文規定：習慣法或不成文法對於成文法有補充的效力焉。(註一)

二。公法與私法。分法律爲公法 (public law) 與私法 (private law) 兩種，爲古今之通說。此種區別，導源於

羅馬法曹職務之區分 (分國家之公務與人民法律之職務兩種)。至其區分之標準，學說各異：

目的說。以保護公益爲目的之法律爲公法，保護私益爲目的之法律爲私法。此爲自羅馬以來所通行之說。

然(一)公益私益，實際上殊難判然區分，(二)民法親屬編親子婚姻等項，頗多公益之規定，將謂之爲公法乎？

實質說 以規定權力關係(即不對等關係)之法律爲公法，規定權利關係(即對等關係)之法律爲私法。然(一)子服親權，妻服夫權，含有權力關係，將謂之爲公法乎？(二)國際法所規定者爲對等者間之關係，將謂之爲私法乎？

主體說 以規定國家與國家及國家與私人之法律關係者爲公法，專規定私人與私人間之法律關係者爲私法。信如斯說所云云，則當國家爲財產權之主體，或與私人爲一種買賣之行爲時，何以反爲私法所支配？此說恐不能與以完滿之解答。

現時一般之通說，以規定關於國家本身之組織及主權作用之法律爲公法，與國家組織及主權作用無關，而純粹規定私人間相互關係之法律爲私法。然一九一九年德國新憲法於共同生活章中規定婚姻親子之關係，是明明於公法之中，規定國家組織及主權作用以外之私人關係也。公私法此種區別之標準，已被其根本動搖。

三、普通法與特別法 普通法(General law)與特別法(particular law)可以下列之三種標準區別之：

(一)地的區別 普通法爲施行全國之法，特別法爲施行於國中某一地域之法。

(二)人的區別 普通法爲適用於一般國民之法，特別法爲適用於一部分國民之法。

(三)事的區別 普通法爲適用於某類事件全體之法，特別法爲適用於某類事件中特殊事件之法。

四、主法與助法 主法(substantive law)又名實體法，乃規定權利義務之實體者。即規定權利義務之發

生，消滅，移轉，變更等之法律也。助法 (adjective law) 又稱爲形式法或手續法，即規定實行權利，履行義務的手續之法律也。民，刑法屬於前者，民事訴訟，刑事訴訟法屬於後者。

五。強行法與任意法。強行法 (imperative law) 爲有絕對適用效力之法，不能聽個人之意思，熟爲計較，以定何去何從。其中又分爲命令法 (Gebotsrecht) 與禁止法 (Verbotsrecht)。命令法乃對於個人強制其爲某種行爲之法，如租稅法是；禁止法乃對於個人強制之使其不作爲，如刑法是。任意法者，乃容許私人意思效力之法律。當事人無特別意思表示時，始適用法律之所規定；若當事人間有意思表示，則從當事人之意思。當事人之意思，可補充法律，故任意法又稱爲補充法 (droit supplétif)。

六。國內法與國際法。國內法 (national law) 爲通行於國內之法律。國際法 (international law) 爲通行於國與國間之法律。國際法有分爲國際公法 (public international law) 與國際私法 (private international law) 者，然國際私法實爲國內法而非國際法。

七。固有法與繼受法。固有法 (indigenous law) 者，乃專根據其國固有之民情風尚，毫不參酌外國法律，質言之，即其國所固有之法律也。繼受法 (adopted law) 者，乃採用外國法律，或模倣外國法律斟酌損益以爲制定者也。被模倣或被採用之法律謂之母法 (parental law) 因模倣或採用之結果而生之法律謂之子法 (filial law) (註1)。

〔註1〕 此章雖泛論普通一般的法律，然本書爲論民法之書，故此段所言多側重民法方面。

〔註二〕參閱第二章第二節○項。

第三節 法律之本位

所謂法律之本位者，質言之，即法律之中心觀念或法律之立腳點也。法律若如自然法派所云云，為純粹的自然法則，則其中心觀念，實不存在。然法律實為人為之規範，故有一定中心觀念之存在，且其觀念，復隨人類社會之進化而變遷焉。

一 義務本位

人類社會進化之第一步，即為固結團體以禦強敵，而固結團體之要件，首在犧牲小己，事事服從，義務之觀念，即由是發生。及後，以社會之中心力，強行此種義務，遂生法律。蓋義務先法律而存在，法律於最初之時，先以義務為其中心觀念，是謂『義務本位』。最初之義務，僅為對於最高權力之服從義務，其服從之結果，復確定對於團體中其他構成員之法律上的義務。

二 權利本位

及後，個人逐漸發展，逐漸自覺，法律進而以權利為本位。以法律為規定權利之工具，以法律學為權利之學，為現代一般之通說。學者間甚且有執法律與權利同時存在之說，以法律為客觀的權利（objectives Recht），以權利為主觀的法律（subjectives Recht）者，亦有唱權利先存，法律為擁護或制限既存權利之說者。此兩種學說，雖

全然與社會進化史及法律發達史上之事實相反，不知權利爲法治之產物；然卽此以觀，可知權利之觀念在法律中佔何等重要之位置。蓋此時之法律，實以權利爲其中心觀念，是謂『權利本位』。

三 社會本位

法律從義務本位進而爲權利本位之後，權利雖爲一切法律之中心觀念，然同時亦有倡否認權利之說者，如狄驥教授（Leon Duguit），卽爲其最顯著之例。然此說乃對於近時權利本位思想所生之反動，思所以復歸於義務本位者，未免矯枉過正。此外法律思想發達中近時另有一種傾向，卽權利非法律之絕對的本位，法律進化，雖由義務本位進於權利本位，然此非爲終局；法律雖強行義務，擁護權利，然義務之強行，權利之擁護，非其最終之目的。凡此種種，僅爲最終目的之手段。其最終之目的爲何？卽社會生活之利益之保護與促進是也。故理想的法律，其本位，既非義務本位，亦非權利本位，而實則應以社會爲本位，以保護及促進社會生活之利益爲其中心之觀念，是謂『社會本位』。

總上以觀，於個人尙未自覺之時代，法律以義務爲其中心觀念是之謂『義務本位』；及個人自覺時代，法律進而以權利爲其中心觀念是之謂『權利本位』；迨入社會自覺時代，法律以社會生活之利益爲其中心之觀念，是之謂『社會本位』。約言之，法律實由義務本位進於權利本位，復由權利本位，進於社會本位。今日之時代，可以謂爲正值第三期之開始。故今日解釋法律，應注重社會本位；適用法律，應注重社會本位；立法事業，應注重社會本位；研究法律學，亦莫不應注重社會本位。

第四節 法系

法系 (Genealogy of Law) 卽法律系統或法律派別。詳言之，卽一國或數國間之法律，具有獨特之性質，自成系統，能與他國之法律判然分別之謂也。古今來之法系，爲數甚多，不能盡行論列，今茲所論者，祇限於下列六種：

印度法系 印度法律爲世界最古之法律，其源出於婆羅門教之教旨，通行於中亞細亞及印度（印度自屬英之後，漸用英國法律，唯關於遺產等，仍用其固有法）各地，爲一種帶濃厚的宗教意味之法律。馬努 (Manu) 法典與馬拉達 (Marada) 法典，實爲此法系之基礎。因此法系所通行地域之廣漠及時勢變遷之結果，法家對於法典之解釋，議論紛歧，遂生多數之學派。在東北部有 Gaulya Bengal 派；北部有 Mithila Behar 派；中部有 Benares 派；西南部有 Maharashtra 派；南部有 Dravida 派。

回回法系 此系法律，載於教主穆罕默德之可蘭經中，爲回教徒所崇奉不渝，全典凡百十四章，史稱由教主穆罕默德感於上天之默示而得者。穆罕默德左手執經，右手持劍，縱橫亞歐非三洲，以布傳其教。故該系法境，當其盛時，實跨亞歐非三洲。因其法境廣汎之結果，屬於該法系之各國，對於其基本法典之解釋，異見迭出，遂生種種學派，其中最著名者爲 Sunni 與 Shia 兩派。近世回回教國家，國勢不振，回回法系之法境，因以縮小。現屬此法系者，僅有土耳其、波斯、亞刺伯、阿富汗等國而已。

猶太法系 猶太法系，行於猶太本國。以摩西（Moise）之經典爲基礎。摩西之經典，相傳摩西於山中得諸耶

和華（Jehova）所授，即所謂摩西十誡是也。此法系因猶太滅亡，遂以不振。今僅舊約全書第三卷保留其殘跡而已。

中國法系 中國法律，發達甚早。唐虞以上，荒渺難稽，虞書所載象以典刑一節，已具成文法之萌芽。自是夏有

禹刑，商有湯刑。迄於成周，司寇掌三典，以詰四方，司刑掌五刑，以糾萬民。穆王度時制法，五刑之屬三千。晉有趙鞅，鄭有子產，各鑄刑書，以治其國。洎乎戰國，李悝集諸國法典，著盜法，賊法，囚法，捕法，雜法，具法六篇，可爲我國成文法之鼻祖。商鞅改法爲律，蕭何增爲九章，叔孫通，張湯，趙禹諸氏，復各有所增損。自是以後，歷魏，晉，梁，陳，間如陳羣，劉劭，王亮，徐陵，游雅之徒，其所制律，多仍秦，漢之舊，不過變其篇目，略加增損已耳。迨隋大業律出，凡五百條，定刑爲笞，杖，徒，流，死，簡而有斷，疏而不漏。唐祖定律，實準則之。唐律分律，令，格，式四種。開元十年，復修理，教，禮，政，刑，事，六典，以擬周禮。歷十餘年間，經多人之考訂，張九齡始集其成。自茲以降，如宋，如元，如明，如清，曰刑統，曰通志，曰律令，曰律例，其名目雖更，其內容則悉本唐之成規，以自成中國法系。中國法系以前通行於中國，日本，朝鮮，安南諸國，及日本維新，安南屬法，朝鮮屬日，中國變法後，中國法系遂呈式微之狀，爲大陸法系所壓倒。

羅馬法系 今日之法律界，迨爲英，美法系與羅馬法系所平分之天下。羅馬法於私法上爲近世諸國之基本，

正猶英，美法於公法上爲世界之模範。羅馬法之沿革，正如英國史家吉本（Ribbon）所云云，可分爲四期：第一期

從羅馬建國至十二銅表法之制定，爲不成文法時代。法例繁多，零亂無序，非法律專家，無從知其涯際。人民病之，要求制定成文法。政府從其請，派員往希臘調查法制，復派委員十人以制定成文法律，刻於十二銅表中而公布之，是