

新時代法學叢書

丘漢平編

法
學
通
論

商務印書館發行

新時代法學叢書

丘漢平編

法
學
通
論

商務印書館發行

中華民國二十二年十二月初版

(二〇八五三)

新時代
法律
第一冊

每册定價大 七角

外埠酌加運費費

編纂者 漢

發行人 雲 河南路 五

印刷所 務 河南路 館

發行所 商務印書館 海及各埠

版 翻
權 印
所 必
有 究

(本書校對者何濟剛)

自序

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

民國二十二年二月丘漢平自識於民權律師團

目錄

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

第四章 法律之淵源……………二〇〇

第一節 立法或成文法……………三一

第二節 習慣……………三三

第三節 法理……………三四

第四節 學說……………三四

第五節 判例……………三五

第五章 法律之效力……………四一

第一節 關於人之效力……………四一

第二節 關於地之效力……………四八

第三節 關於時之效力……………四九

第六章 法律之解釋……………五四

第一節 法定解釋……………五五

第二節 學理解釋……………五八

第七章 法律之執行……………六七

第一節 審判機關……………六七

第二節 執行機關……………七〇

第八章 法律之制裁……………七四

第一節 刑罰……………七四

第二節 強制執行……………八三

第三節 損害賠償……………八三

第四節 判決執行……………八四

第九章 權利義務之意義……………八七

第一節 權利義務之由來……………八七

第二節 權利之本質……………八八

第三節 權利之定義……………九一

第十章 權利義務之種類……………九五

第一節 權利之種類……………九五

第二節 義務之種類……………一〇〇

第十一章 權利之分析……………一〇三

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

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

法學通論

第一章 法律之現象

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

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

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

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

(註六)

規範者，一種行爲之準則也。所謂行爲，乃就其最廣之一義而言。月繞日而行，因爲一種行爲。飢思食，渴思飲，亦不失爲一種行爲也。以是之故，規範之中亦有自然規範與社會規範之別。(註七)自然規範，乃隨自然現象而生社會規範則隨社會現象而生也。夫自然現象之所以然者，蓋因其中有不_一不移之道在焉。社會現象亦然。人類之必需社會者，良以一己之力不足圖生存。荀子言此最透澈。彼謂「力不若牛，走不若獸，而牛馬爲用，何也？曰：人能羣，彼不能羣也。……故人生不能無羣。」是則人之不被自然淘汰者，端賴「善羣」而已。羣之目的，在於謀彼此之生存。此生存慾望爲自然的。以其爲自然，故與生俱來也。人爲社會動物，卽此之謂。

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

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

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

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

之區別，則舍上所述分類外，實無更完備者。

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

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

(註四)關於此點，可參考拙著先秦法律思想第三頁以下。上海光華書局出版

(註五)例如熱帶人類，因氣候酷熱，故於衣着一項甚為簡單，祇以一塊布遮蔽羞處足矣。然在溫帶或寒帶地方，衣着成爲主要問題。而社會上對於服裝一類，分別四時，甚爲複雜。他如食物，亦因地理氣候之不同，而有繁簡之殊，故溫帶人類之文化恆較高於熱帶或寒帶。

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

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

(註八)見拙著先秦法律思想第二十頁以下。

第一章 問題

- 一、法律爲何種現象？
- 二、法治與人治有何區別？有無異同之點？
- 三、法律純爲習慣之結晶乎？試討論之。
- 四、「人存政舉，人亡政息」之意義何在？

第二章 法律之科學

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

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

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

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

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