

社會科學常識叢刊第五種

法律學之基礎知識

陶希聖著

法律學之基礎知識

全一冊

實價大洋四角

版權所有

翻印必究

著者 陶希聖

發行處 新生命書局
五馬路實善里

印刷者 太平洋印刷公司
白克路羣壽里

民國十八年五月二十五日出版
民國二十一年五月十日三版

例言

一、本書敘述法律進化史，並說明法律進化各階段中的法律思想與法律制度。

中國法律之進化，著者將另成專書，所以本書從略。

二、本書限于篇幅，對於法律思想及法律制度不能詳盡敘述，但力求扼要，使讀者得循序以求，或可為研究法律思想及法制之一助。

三、本書的重要參考書，每章節皆各註明。但為讀者選用起見，擇其最要者列左：

1. Evolution of Law, selected essays, compiled by A. Kocourek and J. H. Wigmore (Boston) 1915, Vol. I and III.
2. Berolzheimer, The World's Legal Philosophies (Legal Philosophy Series)

3. 穗積陳重：法律進化論第一冊（日本岩波書店出版商務印書館有拙譯）

4. Henry S. Maine, *Ancient Law*, with notes by F. Pollock, (London)
5. Schum's *Institute of Roman Law*, tr. by Tiedlie.
6. R. Huebner' *A History of Germanic Private Law*, (The Continental Legal History Series, Vol. IV)
7. *The Progress of Continental Law in the 19th Century* (The Continental Legal History Series, vol. XI)
8. Korkunov, *General Theories of Law* (Legal Philosophy Series)
9. *Science of Legal Method* (Legal Philosophy Series)
10. 穗積重遠：法理學大綱（李鶴鳴譯，商務出版）
11. 滂德：社會法學論略（陸鼎揆譯，商務出版）
12. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, 1921.

陶希聖，一九二九，四·一五·上海

法律學之基礎知識目錄

緒論

第一章 法律的進化

第一節 緒言

第二節 原始社會與法律

第三節 古代社會的法律

第一款 國家的發生

第二款 農業國家的法律

(一) 埃及

(二) 巴比倫

(三) 猶太

(四) 印度

第三款 都市國家的法律

(一) 菲尼西

(二) 希臘

(三) 羅馬

第四節 封建社會的法律

第一款 封建制度的成立

第二款 法律思想與法律

第三款 封建制度的崩壞

第五節 市民社會的法律

第一款 資本主義的成立

第二款 資本主義法學的發展

第三款 資本主義法律的樹立

第四款 資本主義的發展

第五款 資本主義法學的轉化

第六款 資本主義法律的變遷

第七款 資本主義的衰落

第八款 社會主義的思想與法律

第六節 法律發達的傾向

第二章 法律的本質

第一節 法律的意義

第二節 法律的分類

第一款 公法私法與社會法

第二款 普通法與特別法

- 第三款 強行法與任意法
- 第四款 實體法與程序法
- 第五款 原則法與例外法
- 第六款 固有法與繼受法
- 第七款 國內法與國際法
- 第三節 法律的形式
- 第四節 法律的效力
- 第五節 法律的適用與解釋
 - 第一款 法律的適用
 - 第二款 法律的解釋
- 第六節 法律的內容
 - 第一款 引言
 - 第二款 權利

(一) 權利的本質

(二) 權利的分類

(三) 權利的行使

第三款 義務

第三章 法律的概觀

第一節 公法

第一款 國家法

第二款 國際法

第二節 私法

第一款 財產法

第二款 契約法

第三款 團體法

第四款 家族法

第三節 社會法

第一款 農業法

第二款 勞動法

法律學之基礎知識

緒論

一 人與社會

民約論者以爲人在自然狀態之中，本性自由，本爲獨立，本屬孤存。此平等獨立的個人，互訂契約，結爲社會。所以盧梭說：「人生而自由。」（一）但是我們在人類史上找不着「自然狀態」的個人孤立的痕迹。我們只看見個人生于社會，長于社會，終乃死于社會。所以拉斯奚說：「人生而不自由。」（二）

人類爲求生存，不得不向自然採取生活資料。人與人在採取生活資料的活動中，發生密切的聯繫。依于這種聯繫，而人類有共同的精神生活。人類物質與精神的聯繫之總體，便是社會。

社會不是個人以契約結合的。個人實生長並死亡于社會之中。人不是孤立的動

物。人是社會的動物。

二 社會與規範

社會是人類的集合。集合有兩種：一是論理的集合，二是實體的集合。社會不是論理的集合，乃是實體的集合。我們計算中國每月出生的小兒，可以得到新生小兒的數量，這便是論理的集合。然而一月之內新生的千萬個小兒，並不是一個實體。反之，如果集合之中，一部分與他部分，一個體與他個體，以及個體與全體，都有交互的作用，這種集合纔是實體的集合。社會便是實體的集合之一種。

社會之中，個人與個人，個人與全體，部分與部分，都有交互作用。所以社會生活不能沒有規範(Norm)。沒有規範的社會，決不能存在，更不能發達。在原始血族團體中，勞動的指揮和實行，皆遵守宗教的規範。在將來大同社會中，生產的進行與分配，亦必循經濟的規範。規範是與社會並存的。

三 規範與法律

規範是與社會並存的。如果法律便是規範，則法律是與社會並存的。(三)但

是，法律並不就是規範。

社會的構造是不斷變遷的。社會的規範也是不斷變遷的。若從變遷的巨流之中觀察社會的構造，則有原始社會，古代社會，封建社會，市民社會，與將來的大同社會之分。若從變遷的巨流之中觀察社會的規範，則法律實為原始的社會規範之變質。正同古代社會，封建社會，市民社會，皆是歷史的範疇一樣，法律也是一個歷史的範疇。

所以，在理想上，我們可以說有社會便有規範；而在歷史上，却不能夠說有社會便有法律。

四 法律與國家

從歷史的研究，我們可以看出法律是與國家同時發生的。法律是以國家權力執行的社會規範，是國家統治人民之具。（四）國家成立以前的社會規範，不是法律。國權執行的社會規範，纔是法律。

國家是武力造成的政治組織。（五）所以國家與社會不同。社會因經濟的發達，

或因武力的征服，而分裂為兩個以上的社會身分或社會階級時，階級對於階級的統治形式，便是國家。（六）階級對於階級統治的方法，便是法律。

國家是階級統治的形式，同時又是國民共同利益的防衛者。國家對外防止敵國的攻擊，對內鎮壓犯罪的行為。但是，身分或階級的分裂，終竟使國家構成特殊身分或階級的勢力。國家本是社會的產物，乃變為統治社會的勢力。因此，法律本是社會的規範，乃變為統治社會的方法。

所以我們可以說法律是以國家權力執行的社會規範，也可以說是統治階級所加于社會的統制。

五 法律與階級

如上所述，法律是以國家權力執行的社會規範。國家權力逐漸成為統治階級的勢力，所以法律逐漸成為統治階級勢力所執行的規範。但在今日，國定法律之外，尚有自定法律之存在。

勞動協約是最顯著的自定法律。在市民社會中，資本家與勞動者常因工作時間

與工錢數量而有爭議。爭議的結果，有時由雙方訂立契約，協定工作時間與最低工錢。自契約成立後，資本家雇用勞動者，均須遵守契約所定的條件；勞動者承受工作，也須遵守這些條件。勞動協約對於每個雇傭契約，有法律的效力。

經營規則也是自定法律的一種。經營規則，有的由資本家訂定，以補充雇傭契約的內容，叫做從業規則 (Arbeitsordnung)；有的由資本家與勞動者協定，以確定勤務規則，叫做經營協定 (Betriebsvereinbarung)。這些規則，在工廠內有法律的效力。

國定法律是統治階級經由國家以間接制定的。自定法律是由資本階級自定，或資本階級與勞動階級協定的。兩者制定的形式不同，兩者成立的力量則一。兩者都是以階級勢力成立的，不過自定法律之成立，除統治階級的勢力以外，還參加勞動階級的勢力。

法律是階級執行的規範，由自定法律可以明知。國定法律尤在在表現其階級統治的精神與實質。所以，階級關係一旦轉變，則法律精神必相隨轉變。被治階級一

且奪取政權，則從前政治經濟上統治及剝削者，反受法律的限制與統治。法國大革命中的法律，對於從前的貴族，主張自由平等。中國國民革命中的法律，對於從前的統治階級，主張革命民權。（七）這都是法律精神隨階級關係轉變而相隨轉變的實例。

(一) *Rousseau, Social Contract.*

(二) *Laski, Grammar of Politics.*

(三) 例如日本末弘嚴太郎民法講話上卷三頁，便以為有社會便有法律。

(四) 司馬遷史記：「法者治之具而非制治清濁之源」。

(五) 三民主義民族主義第一講，並參考拙譯奧本海馬爾國家論（本書局出版）

(六) 薩孟武政治之基礎知識第一章。

(七) 中國國民黨第一次全國代表大會宣言「民權主義」條。