

法
學
通
論

董仲蘭著

法學通論

張映南編著

1933

上海大東書局印行

中華民國二十二年九月初版

法學通論

△定價大洋九角
(外埠酌加郵費匯費)

編著者 張映南

發行人 沈駿聲
上海北福建路三三一號

印刷者 大東書局
上海北福建路三三一號

總發行人 大東書局
上海四馬路九十九號

行所

南京 長沙 漢口 梧州 開封
徐州 濟南 天津 杭州 廈門
汕頭 廣州 哈爾濱 新嘉坡

大東書局

卷頭語

余治法學。廿稔於茲。力事探索。益感隱蹟。每閱隔歲陳稿。輒覺多未允當。竊以後之視今。自必猶今視昔。故歷年雖於平京滬漢。謬膺各校講席。卒未敢以一稿災棗梨者。亦以未能自信也。蓋法學之進化。常伴於社會各種之學科。社會日進。則法學亦與之而俱進。法學之浩博淵深。即以斯故。質魯如余。積慮專精。末由獲其究極。亦固其所。至若法學通論。固爲研究法學者準備之門徑。似甚淺近。究爲法學全部所共通而有系統之學科。欲其提要鉤玄。更屬匪易。本書爲余六年前在北京各校之講義。迄今自視。多弗愜意。第其中悉匪余個人之臆說。多取材於日本法學博士三瀨信三之原著。更參他書而爲編纂。或亦可爲初治法學者之一助。客歲講學於滬上各校。適友人汪君翰章。爲大東書局法制部編輯主任。閱及是稿。約爲付梓。以餉初學。余以校課鮮暇。未克改訂歲事。旋因滬戰驟起。復應北京大學及他校之聘。而

北來。更辱汪君迭函催促。迺乘茲暑假。校閱告竣。勉踐諾約。故其中援引條文。均本於現行法規。最近學說。亦略事增加。究以倉卒。未及全部改造。自覺不滿。他日有暇。當再訂正。儻辱大雅。匡余未逮。斯更幸矣。

編者識於舊都

法學通論 目錄

緒論

第一章 法律與社會及國家	一
第二章 潛勢法與法律之力	二
第三章 自然法與規範法及社會慣習法與國家制定法	五
第四章 法律之語意	八
第五章 法學通論之意義	一〇

本論

第一編 國家	一四
第一章 自我個人及社會	一四

第二章 國家之觀念·····	一六
第一節 國家與人民·····	一七
第二節 國家與主權·····	一七
第三節 國家與領土·····	二三
第四節 國家爲社會之一形態·····	二三
第三章 國家與地方自治團體·····	二六
第四章 國家之類別·····	二七
第一節 君主國與民主國·····	二八
第二節 專制國與立憲國·····	二九
第三節 全主權國與半主權國·····	三一
第四節 單純國與合同國·····	三二
第五節 普通國與永世中立國·····	三四

第五章	國家之活動·····	三五
第六章	國家之成立及消滅·····	四一
第二編	法·····	四一
第一章	法之觀念·····	四一
第一節	法者國家所認者也·····	四三
第二節	法者關於國家的生活者也·····	四五
第三節	法者規範的法則之一也·····	四六
第二章	法與其他規範的法則之關係·····	五二
第一節	法與道德之關係·····	五二
第二節	法與宗教之關係·····	五六
第三節	法與禮義之關係·····	五七
第三章	法之淵源·····	五八

第一節 成文法	六〇
---------	----

第二節 不文法	六一
---------	----

第四章 法之種別	六九
----------	----

第一節 成文法與不文法	七〇
-------------	----

第二節 國際法與國內法	七〇
-------------	----

第三節 固有法與繼受法	七一
-------------	----

第四節 普通法與特別法	七二
-------------	----

第五節 強行法與任意法	七四
-------------	----

第六節 實體法與手續法	七五
-------------	----

第七節 公法與私法	七六
-----------	----

第五章 法之效力	八四
----------	----

第一節 關於人之效力	八五
------------	----

第二節	關於地之效力	八八
第三節	關於時之效力	八九
第六章	法之適用及解釋	九三
第一節	有權解釋	九四
第二節	學理解釋	九六
第七章	法之成立及消滅	一〇〇
第一節	法之成立	一〇一
第二節	法之消滅	一〇二
第三編	法之重要內容	一〇四
第一章	公私法之分類及其主要系統	一〇四
第二章	公法之主要系統及其重要內容	一〇五
第一節	憲法	一〇五

第二節 行政法·····	一一三
第三節 刑法·····	一二四
第四節 訴訟法·····	一三六
第五節 國際公法·····	一四一
第三章 私法之主要系統及其重要內容·····	一五三
第一節 民法·····	一五三
第二節 公司法 票據法 海商法·····	一〇二
第四編 權利及義務·····	一一一
第一章 權利之觀念·····	一一一
第一節 權利爲國家的法之觀念·····	一一二
第二節 權利之內容爲利益·····	一一三
第三節 權利爲法律上之力·····	一一五

第二章 權利之類別·····	二二六
第一節 公權與私權·····	二二七
第二節 對世權與對人權·····	二二二
第三節 原權與救濟權·····	二二二
第四節 主權利與從權利·····	二二三
第五節 專屬於一身之權與有移轉性之權利·····	二二三
第三章 義務之觀念·····	二二四
第四章 義務之類別·····	二二五
第五章 權利義務之主體客體及目的·····	二二五
第六章 權利義務之得喪變更·····	二二七
第一節 得喪變更之原因·····	二二七
第二節 得喪變更之意義·····	二二八

第五編 法學……………一三一

第一章 法學之定義及發達……………一三一

第二章 法學之分科……………一三五

第三章 法學研究之方法與學派……………一三八

第四章 法學與其他密切之學科……………一四二

法學通論

緒論

第一章 法律與社會及國家

集個人而形成社會。由社會而形成國家。個人既爲社會組織之分子。卽不能離去社會生活而獨存。蓋原始之人類。或與獸爭。或與自然爭。胥有賴於人類之團結。以營其團體之共同生活。迺克綿延迄今。而有現代之文明的社會與國家。人類既須爲團體之共同生活。則其團體員之個人。其一切行爲。自有其共同生活中一定之準則。而強制其一般遵由。脫今無此準則。以維繫之。勢必強凌弱。衆暴寡。人類社會。將淪於修羅場矣。故因人類的社會生活之必要。不得不依於社會團結的力量。強行其一切行爲之準則。此強行的行爲之準則。是爲社會生活之規範。此等社

會生活之規範。亦卽法律之濫觴。

人文日進。社會生活之規範。日益複雜。社會之組織。亦日趨嚴密而擴大。由氏族進而爲部落。更由部落進而爲國家。國家旣已形成。其強行之社會生活規範。假手於氏族之長老。或部落之酋長而爲之執行者。至是遂依國家之權力。以強行其一定之土地與人民。若斯之社會生活規範。卽爲法律。是以法律由於社會生活之必要而產生。依於國家之發達而完成。

第二章 潛勢法與法律之力

法律由於社會生活之必要。依於國家之發達而完成。然而當其國家尙未發生之際。法律之形。雖未完成。法律之質。則已具備。蓋原始人類之社會生活的規範。雖未有法律之名。實具有法律之力。故凡爲其社會組織中之一員的個人。其一切行爲。皆遵由其社會的一般準則。莫敢或越。斯時之準則。雖爲雛形之規範。實等於現

代之法律。學者稱之爲潛勢法（Law in potentiality）。卽以其具有法律之力。而存於潛勢狀態之下也。迨後社會之文化漸進。法律之形式亦漸備。始則繪之以形象。繼則記載以文字。逐漸形成今日之法規。法規既已形成。法律之力。卽因之而更著。

法律之力。顯而易見者。固爲法律制裁力。如刑法中生命自由財產各種刑罰之規定。與民法中所規定之損害賠償等責任。以及行政法規中之執行罰等。其爲法律制裁力。盡人皆知者也。

然而法律雖無顯著之制裁力。如國際公法或其他程序法規等類。亦不失其爲法律。故法律並不在於制裁力之有無。惟在於拘束力之發生。其制裁力之實施。實出於法律之不得已。特不過濟其拘束力之窮耳。卽以民刑各法規之制裁等規定。其目的惟在希冀一般人民。遵由其法律。而爲法律所拘束。並非希冀一般人民之違法。而加以法律之制裁。則拘束力實有法律之重要性。於茲足徵。

拘束力在法律上至爲重要。固已。拘束力果何由而生耶。或以爲法律制裁之嚴峻。迺能收法律拘束之效果。遂誤認法律拘束力之基礎。存在於法律制裁力。不知法律之拘束力。雖因其具有制裁力。而益增強固。其無制裁力者。法律拘束力仍然存在。前述國際公法之類。卽其例也。足見法律拘束力之發生。並非由於法律制裁力。法律之實質的本源。既非顯著之制裁力。亦非源於法律拘束力。實爲潛伏而存在之法律意識力。

何謂法律意識力。卽社會團體中全員的意識之謂。蓋社會團體中全員之意識。認定某種行爲。或爲消極的行爲。或爲積極的行爲。皆須依據某種一定之準則。有逾越此準則者。社會團體中全員之意識。皆認定應加以某種一定之制裁。此卽法律意識也。惟有此法律的意識。故一般人皆不敢逾越此準則。而自然被其拘束。以遵由其法律。法律拘束力。卽由是而生。其竟有衝破此拘束力。而爲違法之行爲。法律制裁力。卽因之而實施。由是以言。則法律制裁力。基礎於法律拘束力。法律之拘