

朱采眞 著

法學通論

中華民國十八年六月

世界書局

中華民國十八年六月再版

法學通論 (全一冊)

【瑞典紙紙面平裝 每部定價銀一元二角半
道林紙布面精裝 每部定價銀二元二角半】

(外埠酌加郵費匯費)



分發行所

奉天 北平 天津 太原 濟南 重慶
漢口 長沙 衡州 南昌 蕪湖 徐州
南京 無錫 杭州 溫州 蘭谿
福州 廈門 汕頭 廣州 梧州

世界書局

著者	校閱者	印刷者	發行者	印刷所	總發行所
朱采真	朱鴻達律師	世界書局	世界書局	上海大連路	上海四馬路中市

自序

最近國民政府對內施政方針的通電裏面不是說勵行法治麼？這通電說得好：『政府於過去時間因注全力於北伐；政治設施，諸凡草創。行政系統與法令規章，隨時增益，未經厘訂；以致社會秩序，人民生命財產，均無健全之保障。今全國統一，訓政開始；一切政治主張，務使成爲有條理之法律；政治組織，務使成爲有系統之制度；』那末，在黨治的意義上，我們當可深切感覺到法治的必要了。提起法治，更有一種連帶的意想就是怎樣使法律智識普及於民間呢？這句普及的話本來是談何容易；但是，簡單的，比較的無辦法的辦法還是多多刊行幾部法律書罷。這一次世界書局很想在這一方面多多努力，救濟民衆法律智識的窮荒；我就首先替他做了一部法學通論。

法學通論裏面向來多是包括兩種材料；一種是法理學上的，一種

是諸法綱領上的；我却以爲論及各種法典的內容綱要，一則是我國現在法律還沒有完備，再則是包含不了這許多；所以本書注重在說明法律的一般的原理原則。人們讀了這一部法學通論就可以明瞭法律的整個意義。至於最後一章『我國現行司法制度和現行法上的要點』，却要使得讀者對於現行司法制度和現行法有一種相當的了解，並且給與他們凡受治於法治下的一種必要的法律常識。

研究法學，可以分做靜的和動的兩部分，我的初意本想把舊式法學通論的編制方法大大革新一下子。後來轉念到法學通論本是初學入門之書，如果加入不少動的法律學上的資料；雖則面目全新，却不便於初學研究之用，并且要喪失掉法學通論的原來意義。現在形式上固然不免有點仍舊貫，但實質上卻儘量吸收時代思想。

在國民黨治時代，法律的基本精神既然不能背乎黨綱和黨義；所以我就把三民主義裏面可以法律化的學說差不多完全採作本

書的資料。

二十年來，我國法學界充滿了大陸派的法律思想，近時英美派旗幟下的健者才漸漸抬起頭來。我是向來沒有門戶之見，對於大陸派和英美派的法律一律研究；所以本書就混和了一部分英美法上的法律主見。

朱采真

十七年十月一日

目次

法學通論

第一章 法學·····	一
第一節 法學是什麼——法學通論是什麼·····	一
第二節 法學在社會科學中是站在什麼地位·····	五
第三節 法學和別種社會科學的關係·····	八
第四節 法學的派別·····	一一
第二章 法律是什麼·····	一六
第一節 法律的性質·····	一六
第二節 法律和裁判·····	二一
第三節 法律的學理基礎·····	二三
第三章 法治論·····	三四
第一節 國家是什麼·····	三四
第二節 黨治和法治·····	四三

第三節	法律是不是萬能	五一
第四節	從經濟基本權說到法治	五三
第四章	法律的淵源	五六
第一節	習慣	五八
第二節	學說	六一
第三節	判例	六四
第四節	條理	七〇
第五節	外國法	七一
第六節	條約	七二
第五章	法律的系統	七三
第一節	羅馬法系——大陸法系	七六
第二節	英美法系	七八
第三節	中國法系	八〇
第六章	法律的分類	八三

第一節	從法律的實質分類	八四
第二節	從法律的形式分類	八八
第三節	從法律的系統分類	九一
第四節	從法律的效力分類	九二
第五節	從法律適用的地域分類	九四

第七章 法律的成立公佈施行和改廢

九六

第一節	成文法的成立	九六
1 通常的立法程序和方式		九七
2 五權憲法上的立法問題		一〇一
第二節	不文法的成立	一〇四
第三節	法律的公佈和施行	一〇六
第四節	成文法的改廢	一〇九
第五節	不文法的改廢	一一〇

第八章 法律的解釋

一一二

第一節 法律解釋的種類……………一七

第二節 法律解釋的通則……………二五

第九章 法律的運用……………二九

第一節 行政機關的執行權……………三一

第二節 司法機關的適用權……………三三

第十章 法律的效力……………三八

第一節 關於人的效力……………三八

第二節 關於地的效力……………四九

第三節 關於地的效力……………五一

第十一章 法律的制裁……………五六

第一節 行政上制裁……………五七

第二節 刑事上制裁……………六一

第三節 民事上制裁……………六五

第四節 防衛上制裁……………六七

第十二章	權利義務的法律觀	一六九
------	----------	-----

第十三章	權利的類別	一八一
------	-------	-----

第一節	公權	一八七
-----	----	-----

第二節	私權	一九七
-----	----	-----

第十四章	義務的類別	二〇八
------	-------	-----

第十五章	權利義務的主體	二一一
------	---------	-----

第一節	自然人	二一三
-----	-----	-----

第二節	法人	二一六
-----	----	-----

第十六章	權利義務的客體	二一九
------	---------	-----

第十七章	權利的得喪變更和行使	二二五
------	------------	-----

第一節	權利的取得	二二五
-----	-------	-----

第二節	權利的行使	二二六
-----	-------	-----

第三節	權利的消滅和變更	二二八
-----	----------	-----

第四節	法律事實	二二九
-----	------	-----

第十八章 我國現行司法制度和現行法上的要點……………二三四

第一節 我國現行司法制度……………二三四

第二節 現行法上的要點……………二四四

1 民事上判例和解釋例的要點……………二四四

2 刑法上的要點……………二四七

3 懲治土豪劣紳條例上的要點……………二五三

4 暫行反革命治罪法上的要點……………二五三

5 民事訴訟條例上的要點……………二五四

6 刑事訴訟法上的要點……………二五五

法學通論

第一章 法學

第一節 法學是什麼——法學通論是什麼

我們研究法學通論，首先要曉得法學的性質是什麼。假使簡單說一句，法學就是研究法律的科學，這個定義未免太籠統了，當然不能使人滿意。或者說得比較詳細點，法學是研究社會現象裏面的法律現象以及人類的行為現象，這也是使得初學法律的人們看了不容易深切了解的；那末，暫且離開了科學上的術語說吧！大概人們對於法律這個名詞總有幾分認識的，雖則法律究竟是一件什麼東西，也和法學這個名詞一樣，不容易了解；然而法律和人們到底是常常有接觸的機會，人們對於法律畢竟還有點淺薄的印象，還有點一知半解；那就很可以根據着人們對於法律這一點淺薄的印象前來說明

應該怎樣去研究法律，才得成爲一種法學。要曉得研究法律現象上一般的原理原則，明白它的原因結果的共通關係，那才叫做法學。至於專門研究法律的實際問題，這條條文應該怎樣運用，這件案子應該引用什麼條文，譬如說甲殺了人，殺人是犯了刑法第二百八十二條，甲應判處死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑，這樣研究法律却不能算做法學，不過是法術罷了。前清時代社會上有所謂刑名師爺一流人，他們都是研究法律的；可是他們對於律例無論如何熟習，解決法律問題的藝術能無論如何巧妙，他們終究是那一時代的法術家，不能稱做法學家。法學這一個名詞到了近世紀才顯著存在。中古以前法學和法術的分野是很不明瞭，就是我國從前只有所謂刑名法術，並不把學和術分開來講。現在是分做兩途了；學是純理的，術是應用的；前者是要有系統的研究，後者是對於片段的研究。所以要有一種科學的方法去研究法律才是法學。

法學在現時代中是一日日發達起來了；法學的內容也逐漸擴大，法學的種類也逐漸增多；有些是以研究國法的歷史爲目的，叫做沿革法學；有些是以研究或批評各國的立法例爲目的，叫做比較法學；有些是以研究一國法律的原理原則爲目的，叫做系統法學；有些是以研究整個法律的基本觀念和原理爲目的，叫做法理學；並且依着法律的種類分科究其原理原則時，如同：

(一) 憲法學 研究一國的根本法，這根本法是規定主權所屬和其運用形式的大原則，叫做憲法學。

(二) 行政法學 研究規定中央政府或地方政府行政組織和作用以及國家和人民間公的關係之法規，叫做行政法學。

(三) 民法學 研究規定人民相互間權利義務關係以及國家或地方團體和人民間私的關係之法律，叫做民法學。

(四) 刑法學 研究規定犯罪和刑罰的法律，叫做刑法學。

(五) 商法學 研究私法上關於商事的特別規定的法律，叫做商法學。

(六) 民事訴訟法學 研究那種爲了私法關係請求法院裁判的訴訟程序法，叫做民事訴訟法學。

(七) 刑事訴訟法學 研究規定刑事訴訟程序的法律，叫做刑事訴訟法學。

(八) 國際公法學 研究關於國際間事項以及一國和他國人民間關係的法律，叫做國際公法學。

(九) 國際私法學 研究關於兩國以上人民相互間各種關係的法律，叫做國際私法學。

法學既然是綜合或分析法律上各種現象而求得其共通的原理；所以從研究的方法和目的方面說來，便有比較法學或系統法學等分別；從研究的範圍和科目方面說來，便有憲法學和行政法學等分

別了。至於法學通論呢，那就並不是對於法律現象裏面提出某種法律加以理論上的推究，却是搜羅關於法律的多方現象，研求其共通原理上的綱要，換一句簡易的話，法學通論就是法學的大意。法學通論的性質既是如此；所以學者作成一部法學通論時，各人所採取的資料和理論上程度的淺深便各有主觀上的不同見解。我們可以說得詳細點，也可以說得簡畧點；我們可以說得具體點，也可以說得抽象點。不過呢，法學通論是法學的A B C，爲了便於初學法律的人研究起見，當然是要適合現代一般人的需要，不能偏重著作者主觀的見解了。

第二節 法學在社會科學中是站在什麼地位

法學是不是科學呢？這一個問題在從前確曾有過一番討論，自然也有一部分學者對於法學是一種科學抱着懷疑的態度；可是到了現在却已確認法學是屬於社會科學的系統下了。科學的範圍本來

是十分廣大，宇宙間一切的現象都是科學的資料，科學的對象。科學就是人類運用無涯的知識把宇宙間一切現象的原因結果研究出一種有系統的理解。不過科學可以分做兩種：一種是研究宇宙間的自然現象如同天文學，生物學，和物理學等；一種是研究人類的社會生活現象，如同社會學，政治學，和經濟學等；前者是自然科學，後者是社會科學。說到科學種類的分析倒也是一種繁重的學問。近代分析科學的名人中，像孔德（Comte）他曾經說科學的發達有似金字塔；從抽象到具體，從普通到特別，從簡易到複雜。他以爲天文學發生最早，其次是算學，其次是物理學，其次是生物學，社會科學發達最遲。其實呢，科學的發達是跟着人類的需要而來，並且各種科學都有相互的關係，並不像孔德所說某種科學的發生有一定的次序。社會科學在近代確是人類所需要的了。在社會科學中，社會學是研究人類在社會上相互的關係，它是講究社會原素和第一原理的學問；經濟學是