

李景禧
劉子崧編

法學通論

商務印書館發行

李景禧
劉子崧編

法
學
通
論

商務印書館發行

翰儀先生指正

晚劉子崧敬贈

中華民國二十三年十月初版
中華民國二十四年四月再版

鎮

(33732.2)

法學通論 一冊

每冊定價大洋伍角

外埠酌加運費匯費

編纂者

李景

劉子

崧禧

發行人

王雲

上海河南路五

印刷所

商務

上海河南路商務印書館

發行所

商務

上海及各埠商務印書館

版 翻
權 印
所 必
有 究

(本書校對者徐壽齡)

陶序

法律是什麼？

如果說法律是人類行爲的規則，那人類一經成爲人類，便有法律。法律與人類相終始的。但是這樣的說明，等於沒有說明。這樣說明，沒有把法律從道德、教條，以及技術的規則分開。

要了解法律的性質，必須由歷史上尋求法律的源流變遷。

在氏族時代，法律、道德、教條沒有分化。氏族內部的族人各依他的地位來決定他應有的行爲。中國古代的禮，就是這種規則。氏族外部，只有征伐殺戮。中國古代的刑，就是這個。

國家的組織發達，而後有法。國家以強力爲制裁，擔保牠對於人民所要求行爲之厲行。這便是法了。在中國，國家對於人民要求些什麼行爲？規定在禮典。擔保禮的遵守的刑罰，規定在律例。中國的法，必須包括禮與律兩種典籍，才可以看出來的。

國家只能用刑罰或其他制裁來擔保人民的規則遵守。國家並沒有方法指導人民去做什麼。不過，人民有不遵守法律的行為，法庭便依法予以不利益的制裁。

所以法律並不是國家直接對人民的命令，乃是國家對法庭的命令，遇有某種違法行為，即便予以某種不利益的制裁。在這種意義上，法律只是審判規則，並不是行為規則。

歐洲近代的法律也是同樣的審判規則。不過，歐洲的社會情狀與中國不同，法律的內容也就不同了。個人主義發達的結果，社會的關係只是人對人的關係，只是一種水平的關係。在中國，君臣父子的國家與家族的關係，是公認的社會關係。這種關係都只是權力服從關係，都只是垂直的關係。反之，歐美的人與人法律關係，漸由權力服從的關係，變為權利義務的關係。

所以揭開歐美近代法典一看，我們看見國家大抵立於中間評判人的地位；反之，中國法典上，國家是立於主人的地位而發號施令的。歐美的法律不少是補充當事人的意思的，中國的法律乃是政府的命令。

近代歐美法輸入中國以後，中國的法典也個人主義化了。學校的法學祇講個人主義的法律，

舊來的法制很少有人了解。然而可惜，個人主義的法律在歐美也漸漸衰落了。最近的法學，走向社會法學及社會主義法學的路，而最近歐美法典也走上同樣的路。中國的法學界卻還停頓在個人主義法學境界裏面，

中國在幾十年裏，要把歐洲幾百年的社會過程都再演一番，學術的進步應當是很快的，但在法學界卻是很慢。

這本書雖是法學的初步，但頗能把法律的流變和最近法學的趨勢說出一些來。至少，這書能使讀者粗識「什麼是法律」，所以我在這兒用幾句話介紹他。

陶希聖

民國二十三年六月十九日北平

自序

(一)本書初稿開始於去年五月，動筆不久，日軍進迫平津，北平形勢岌岌可危，此時惟救亡之不暇，尙何有心於著述，遂擱置久之。迨塘沽協定成立，平津轉危爲安。但延至十月初旬，方再繼續寫下。其間時作時輟，至最近始得蒞事。然自顧對於法律，雖略知一二，愧無心得可言，今率爾成章，貿然問世，謬誤自知難免，望讀者有以教正之。

(二)我國「法學通論」書籍，近年出版頗多。著者皆當代法學名家。惟或因著述之時，我國法律尙多未頒布，或其他原因，故完全依照我國法系統而編述者，尙不多觀。本書問世較晚，故能免此缺憾。本書如有特色，當亦只此一點而已。

(三)本書除敘述法學一般的原理原則外，關於各種法中之重要問題與特色，亦均有說到；惟限於篇幅，不能詳述，但力求扼要，使讀者得循序以求，或可爲他日專研法學者之一助。

(四)本書脫稿後，蒙本校法律系主任戴修瓚先生教授劉志敷先生陶希聖先生，各為校閱一過，多所損益，為本書增色不少，又蒙陶先生撰序介紹。吾友葉克勝楊庚生蕭素彬三君或為搜集材料，或助解決問題，並誌於此，以示感謝之忱。

民國二十三年六月二十四日編者序於國立北京大學

目次

緒論

第一 法學通論之意義及使命

第二 法學通論之系統

第一編 法學

第一章 法學之概念

第一節 學

(一)學之定義——(1)精密之智識——(2)就相互密切的關係而確立事物之法則——(3)系統之全部——(二)學之類別

目次

五
六

第二節 法學……

九

- (一) 法學之定義——古來學者之定義——社會生活與法律——以社會之現象爲其研究之對象——
- (二) 法學存在之可能性——(三) 法學與法術

第二章 法學之沿革……

一二

- (一) 法學之產生(原始時代)——圖騰與答布——(二) 法學之完成(上古時代)——羅馬法支配法律之全領域——法律至此已逐漸成爲一種獨立之學問——(三) 法學之發達時期(中古時代)——種族法與地方法——永久法與自然法——日耳曼法之發達——(四) 近世法學——a 自然法學派——格羅秀士霍布士陸克斯賓挪莎蒲分道夫孟德斯鳩盧梭——b 十九世紀之各學派——自然法學派歷史法學派分析法學派及哲學派——c 二十世紀社會學派——滂德狄驥斯丹木拉牧野英——

第三章 法學之分類……

一一

- (一) 法律哲學——(二) 法律科學——法律史學——比較法學——詮釋法學——立法政策學

第四章 法學之方法論……

一五

(一)哲學方法——(二)歷史方法與分析方法——(三)社會方法

第二編 法

第一章 法之概念……………三九

第一節 法之基礎學說……………三九

(一)神意說——(二)命令說——(三)自然法說——(四)社會契約說——(五)強者法說——(六)

唯物史觀說——(七)歷史法說

第二節 法之本質及定義……………四八

(一)法為依據社會之意思——由他動至自動由權利本位至義務本位——(二)法為人類生活而存

在——滿足人類社會慾望之協同規律——個人的或階級的利益與人類全體的利益——利益之意

義範圍——(三)法為規範法則之一——自然法則與規範法則——(四)法為受國家最終的判定——

最終判定之意義——不以強制制裁為要素——法與力

第三節 法之理想……………五二

法之理想的必要——法之理想的諸學說——(一)人類本性說——格羅秀士霍布士——(二)國民狀態說——蒙特維爾——幸福說——(三)法之理想的本質——絕對的正當——絕對的協同

第四節 法之批評……………五七

法之批評的意義——法之批評的必要——相對的妥當性——法之成立與其關係——支配階級與法之原動力——勢力關係說

第五節 法之存在理由……………六〇

(一)否認法律存在說——無政府主義學說——蒲魯東斯丁那——(二)承認法律存在說——法律爲維持道德——法律爲維持社會秩序——社會生產組織之勞動規則或財產分配之規則

第二章 法與其他規範法則之關係……………六六

(一)法與道德之關係——(1)規律對象之不同——(2)權利者有無之不同——(3)支配範圍之不同——(二)法與宗教之關係——(三)法與儀禮習俗之關係

第三章 法之淵源……………七〇

(一)效力之淵源——(二)內容之淵源——(三)成立之淵源

第一節 成文法……………七一

第一款 成文憲法

憲法之意義——成文憲法與不成文憲法

第二款 法律

(一)法律之意義——(二)法律之制定權——(三)法律制定之程序——1 法律案之提出——2 法

律案之議決——3 法律案之裁可——4 法律之公布——1 誦讀法,公簿登錄法,揭示法,傳觀法,官報登

載法——5 法律之施行——施行之期間——同時施行主義與異時施行主義

第三款 自治法規

第四款 國際條約

第二節 不文法……………七八

第一款 慣習法

- (一) 慣習法之意義——(二) 慣習法拘束力之根據——1 慣行說——2 法的確信說——3 法定要件說——4 國家承認說——(三) 慣習法成立之要件——1 須有慣習——2 慣習須有法之價值——3 須不背公共秩序善良風俗——4 須法律無規定——(四) 慣習法之成立時期——客觀上得受國家最終的判定之狀態時——(五) 慣習法之效力——1 慣習法與成文法之關係——無效說——同效說——補充效說——2 慣習法與事實慣習之關係

第二款 理法

理法之意義——理法在成文法上之根據

第三款 判例法

判例法之意義——事實上之拘束力——通說

第四款 協約規範

第五款 學說

第四章 法之類別……………九一

第一節 固有法與繼受法……………九一

第二節 國內法與國際法……………九二

第三節 公法私法及社會法……………九三

(一)公法私法區別標準之學說——1 利益說——2 主體說——3 法律關係說——(二)公法私法

區別之實益——(三)公法私法之區別非絕對的——社會生活之變動與法之分合作用——公私兩

法規之混成與第三法律理論之發生——社會說之領域

第四節 強行法與任意法……………九七

第五節 普通法與特別法……………九九

因人而分之普通法與特別法——因地而分之普通法與特別法——因事而分之普通法與特別法——

相對分類——特別法優於普通法之原則

第六節 實體法與程序法……………一〇〇

第五章 法之效力

第一節 關於時之效力

(一)效力發生時期——(二)不遑及原則——既得權——(三)新法與舊法之關係及新普通法與舊特別法之關係

第二節 關於人及地之效力

(一)屬人主義與屬地主義——(二)屬地主義原則之屬人的例外——1 憲法上之限制——2 國際公法上之限制——3 國際私法上之限制

第六章 法之適用及解釋

第一節 事實問題

事實問題之意義——「推定」與「視為」

第二節 法律問題

第一款 有權解釋

一〇一

一〇一

一〇三

一〇六

一〇六

一〇七

(一)立法解釋——(二)司法解釋——(三)行政解釋

第二款 學理解釋

(一)文理解釋——意義——應注意者二端——(二)論理解釋——意義——方法1擴張解釋——

2縮小解釋——3勿論解釋——4反對解釋——5補正解釋——6沿革解釋——7類推解釋

第七章 法之制裁……………一一四

第一節 公法上之制裁……………一一四

第二節 私法上之制裁……………一一九

第八章 法之系統……………一二二

第一節 公法之系統……………一二二

第一款 憲法

(一)憲法之意義——(二)憲法之內容——(三)憲法之類別——(四)歐戰後世界憲法之新趨勢——

1社會民主主義之憲法——私有財產之限制——權利行使之限制——契約自由之限制——特