

李

岱著

法

學

緒

論

臺灣中華書局印行

李

岱著

法
學
緒
論

臺灣中華書局印行

中華民國五十五年九月初版

法學緒論（全一冊）

基本定價一元三角五分正

（郵運匯費另加）

著者 李岱

發行人 姚戟 桐

臺灣中華書局股份有限公司代表
臺北市重慶南路一段九十四號

印刷者 臺灣中華書局印刷廠

臺北市成都路一〇六號

發行處 臺灣中華書局

臺北市重慶南路一段九十四號



自序

法律學是諸多社會學科中與人類社會生活最切近的一環。成文法本身又是觀念化了的東西。我國繼受西洋法制爲時尚短。實務家之研究多不出法典註釋的範圍。關於法律基本原理原則之探討，似已被認爲是另一套學問而專屬於法學家研究之範疇。但法律學是一個整體，不能強予分割。離開現行法而空談理論，將使法學與現實社會脫節。只在法典範圍內鑽研註釋，又將使司法與社會上一般正義觀念脫節。故法典之註釋闡述與法律基本原理原則之研究二者未可偏廢。本書一方面依我國現行法對於法律之概念與運用作綜合的說明，並指出諸多法律其立法的憲法依據。一方面對於法律思想的演進就各時代代表學者之理論作客觀的析述，而盡量避免自己見解的滲入。惟學海浩瀚，著者自慚淺陋，謬誤自所不免。尙希 閱達先進不吝指正。

民國五十五年五月二十一日 李 岱序

目錄

著者：李 岱

第一章 概 說	一
---------	---

第一節 法學緒論的意義和研究法學的態度	一
---------------------	---

第二節 研究法學的方法	三
-------------	---

第三節 法律和社會	五
-----------	---

第四節 法律和政治	九
-----------	---

第五節 法律和經濟	一一
-----------	----

第六節 法律和技术	一三
-----------	----

第二章 法律關係	一六
----------	----

第三章 法 系	二二
---------	----

第一節 埃及法系	二二
----------	----

第二節 美索不達米亞法系	二三
--------------	----

第三節 印度法系	二四
----------	----

第四節 希臘法系	二五
----------	----

第五節 猶太法系	二五
----------	----

第六節	迦審法系	二六
第七節	海商法系	二七
第八節	回回法系	二七
第九節	斯拉夫法系	二八
第十節	羅馬法系與大陸法系	二九
第十一節	日耳曼法系與英美法系	三〇
第十二節	中國法系	三二
第四章	法律的淵源	三八
第五章	法律的分類	四七
第六章	法律的效力	五四
第七章	法律的適用	五八
第一節	司法機關的適用法律	五八
第二節	行政機關的適用法律	六〇
第八章	法律的解釋	六二
第九章	法律的制裁	六八

第十章 西洋法律思想的演進……………七一

第一節 希臘時代……………七一

第一款 希臘文化的背景……………七一

第二款 雅典變法……………七一

第三款 早期諸哲……………七三

第四款 詭辯學派……………七五

第五款 蘇格拉底、柏拉圖和亞里斯多德……………七七

第六款 斯多一學派……………八四

第二節 羅馬時代……………八五

第一款 市民法時期……………八六

第二款 世界法時期……………八七

第三款 皇帝立法時期……………九一

第三節 中古時代……………九一

第一款 前期……………九二

第二款 後期……………九五

第十一章 近代法學的形成……………一〇二

第一節 自然法學派.....一〇五

第一款 格老秀斯.....一〇六

第二款 社約論.....一〇七

第三款 哲理論.....一一六

第二節 歷史法學派.....一二三

第三節 分析法學派.....一二七

第四節 社會法學派.....一三三

第十二章 我國現行法律體系概說.....一三八

第一節 基本規範（憲法）.....一三九

第一款 總綱.....一四〇

第二款 人民之權利和義務.....一四〇

第三款 國民大會.....一四三

第四款 總統.....一四五

第五款 行政.....一四九

第六款 立法.....一五一

第七款 司法.....一五二

第八款	考試	一五四
第九款	監察	一五五
第十款	中央與地方之權限	一五八
第十一款	地方制度	一五九
第十二款	選舉、罷免、創制、複決	一六一
第十三款	基本國策	一六二
第十四款	憲法之施行及修改	一六六
第二節	一般規範	一六八
第一款	公法系統	一六九
第二款	私法系統	一八七
第三款	地方自治法系統	一九三

第一章 概 說

第一節 法學緒論的意義和研究法學的態度

宇宙間萬事萬物均爲人類研究探索之對象。惟人類觀感之能力有限，而宇宙之含蘊無窮。最初人類就習見的各種自然現象，綜合歸納而利用之。並不能亦不知探求其原因。只以觀察之結果爲行爲之準據。無所謂主觀客觀。嗣後人類漸漸進步，乃產生探求自然現象原因的慾望。但受觀感能力的限制。用歸納法得出來的結論，當然會發生和事實不符的情形。乃須要在理論上作進一步的分析研究。結果就造成對自然現象純理論的研究系統。是所謂科學的基本方法。至此客觀事物和主觀心意乃明晰分開。在學術研究中，爲了解決許多科學無法解決的問題。人類乃欲以超科學的立場。以尋求科學認識的最後根據。因而建立了哲學的理論。由此可推知哲學必以人類之理性爲基礎。羅素 (Russell) 說：「哲學介於神學和科學之間」「所有確定的知識，是屬於科學；所有超過確定知識的教條，則屬於神學。在科學和神學之間有無人帶 (No man's land) 的存在。受兩方之攻擊。此無人帶就是哲學的領域。」據此吾人可以對科學、哲學、和神學的範疇得到一個初步的概念。

宇宙間一切事物，吾人統稱之爲宇宙現象。在全部宇宙現象中，人類社會固然渺不足道。但從人類觀點看，人類社會關係於自身之利害至鉅。故研究宇宙現象時往往以社會現象爲一類。而把社會現象以外之一切宇宙現象合併爲一類，稱爲自然現象。如日月星辰之運行，風雨雷電之成因，季節之變

化，生物之繁衍，無生物之性狀等均爲研究自然現象者研究之對象。而人類衣、食、住、行各種物資之供求，精神生活之滿足，團體生活之調協等則爲研究社會現象者研究之對象。

自然現象受自然法則的支配。社會現象受社會生活規範的影響。自然法則是必然的因果律。如自由落體、熱漲冷縮等是。社會生活規範則以確保社會和個人生活利益爲目的，而以規律人類社會關係爲內容的人爲規則。因爲社會現象同時也受人類理性或心理狀態的影響，未能若自然現象純受自然法則的支配。故所謂社會生活規範，往往都成爲「應然」的問題，而不能成爲「必然」的鐵則。法律規範爲社會生活規範之一部。自亦以「應然」問題爲討論之內容。例如我國刑法第二百七十一條規定「殺人者處死刑，無期徒刑，或十年以上之有期徒刑。」只能說殺人者應受此等處罰。而不可說凡是殺人者一定都受到此等處罰。是與任何物體遇冷一定收縮，遇熱一定膨脹之自然法則大異其趣矣。

學者研究法學，常分爲法律哲學和法律科學兩大類。而將法律科學再分爲歷史法學，比較法學、立法學、註釋法學、理論法學、和實證法學等等。雖分門別類。但總以登堂入室，深窺個奧爲目標。言其內容則浩若瀚海，言其著述則汗牛充棟。法學緒論旨在綜合討論法律上的種類概念和介紹法學之一般原理，就法律現象作概括之說明，使初學者對於運用法律的一般原則及法律思想發展之過程獲得一個簡單的概念。所以說法學緒論就是討論法律上種類概念和法學上一般原理之學。

考十九世紀後半期歐洲許多法學者，從各別法典之註釋中找出它的種類概念。例如就法典綜合歸納而說明關於權利義務之本質，法律的效力等，形成法律學總論。而以對各公法私法法典之內容作大略之介紹稱爲法律學各論。二者相合稱爲一般法學。晚近我國受西洋法制的影響。法學者多致力於

分析註釋法律的工作。凡說明法典中種類概念及大略介紹法律內容的書籍均從日本譯名稱爲「法學通論」。近年來，學者鑒於法律思想和法律基本原理研究的重要。乃盡量減少法典註釋之成分，而加入法律思想和法律基本原理的說明而編爲「法學緒論」或「法學概論」。至若只綜合現行法而大略介紹其內容，則屬諸法律概要之性質矣。

學習法學者，如以求知爲目的，從事於法律基本原理原則的研究，吾人可稱其爲法學家的態度。如果以實用爲目的，則吾人可稱其爲法曹的態度。法學家對每一基本問題都要加以批評，自己沒有主觀立場，對任何問題全要站在客觀的地位去分析研究其價值。法曹則不必過問法律的目的，只須依照規定而爲適用。也就是說法學家意在求知，法曹重在實行。這兩種不同的態度，如果推之極端，可能造成司法與社會上一般正義觀念脫節的現象。但是事實上非法學家不可能成爲好的法曹。否則，司法用者只知道死的規定，不瞭解活的社會。只知其然，而不知其所以然。欲其辦理案件能够合法而且合理合情，夫豈甚難。叔本華(schopenhauer)謂：「知行之關係好似瞎子與跛者合作以行路。」蓋意志是盲目的，知識又不能自行也。據此，則法曹之執行法律若不明法理，是何異於盲人瞎馬之亂撞哉？一般說學校均以培養法學家的態度教授學生。英國法律學生如欲執行律師職務尙須追隨有經驗之律師學習辦理實在案件。我國司法官於責任前必須經過實習階段。是皆說明學生在學理上雖已具備相當基礎，如欲轉任法曹，乃須化一段時期學習實用法律之技術也。

第二節 研究法學的方法

從來法學家研究法學的方法主張頗不一致。蒲萊士(Bryce)將之歸納爲純哲學方法、歷史方法、比較方法、及分析方法四種。穗積重遠則分之爲哲學、歷史、分析、比較、及社會學等五種方法。近世學者更有主張加入綜合方法而合爲六種者。茲略述其梗概如次：

一、哲學方法：以哲學理論，探求法律的原理。由希臘時諸哲學家起，以至中世紀的聖奧古斯丁(saint Augustine)阿奎納斯(Aquinas)到近世的格老秀士(Grotius)霍布士(Hobbes)洛克(Locke)康德(Kant)黑格爾(Hegel)等均曾採用哲學方法研究法學。

二、歷史方法：因爲要從異中求同，不僅需在現行法中探求。並且應該擴及歷史上的法律。若先用分析方法把歷史上法律中的相同原素提出來，再加以分類。則不僅爲歷史事實的鋪述，而且是有系統的歷史研究法。這種方法要以法律之起源、發展、及制度演進的原理原則爲研究法學的對象。薩威尼(Savigny)梅茵(Maine)可說是以歷史方法研究法學的代表人物。

三、分析方法：學問是要把沒有條理的知識，用分析方法，歸納綜合爲有條理，有系統的知識。所以研究學問首先要將各種原素分開來，然後使其和與他相同的原素合併。提出種類概念。用這種方法研究法學，勢必由條文的註釋分析入手。阿鳩息斯(Accursives)拜特勒斯(Bartolus)邊沁(Bentham)奧斯丁(Austin)等均爲用分析方法研究法學的代表。

四、比較方法：認定研究法學的對象不只是一個國家的法律。而且要把許多國家或團體或地域的法律互相比較，研究其優劣得失。有以法律爲地理環境的產物，而以國家做比較研究之單位者，稱爲國別比較法。有以法律爲人種之產物，而以各人種之法律爲比較研究之單位者，稱爲人類比較法。有

以世界各國的法律綜合歸納成若干法系，而把各法系做比較研究之單位者。稱為法系比較法。以拉伯爾 (Larbert) 羅甘 (Roguin) 巴爾芬 (Bachofen) 波斯特 (Post) 等為其代表。其實不管用什麼方法研究法學均不能完全離開比較方法。似無以之獨立為一種方法之必要。

五、社會學方法：法律現象是社會現象的一種，法律的目的在於維持或調協社會關係。自然可以研究社會學的方法來研究法學。其要點在於研究法律如何才能適合社會的需要，而能對社會發生實效。此種研究法以社會現象為出發點，以社會利益之保護為目的。自然要減少私法適用的範圍，而發生私法公法化的觀念。其與以研究法律本身為出發點，就法律而研究法律者大異其趣。龐德 (Pound) 狄驥 (Duguit) 額里西 (Ehrlich) 等為用社會學方法研究法學之代表人物。

六、綜合方法：用上述任何一種方法研究法學，實際上均有所偏。只有綜合運用始能使法律的理論和事實，兼籌併顧。乃有綜合研究方法之產生。例如研究繼承制度問題。繼承制度之價值需用哲學方法追索探討。繼承制度之沿革需用歷史方法旁徵博引。繼承制度之意義、要件、效果則必須用分析方法綜合歸納。各種繼承制度之優劣得失，如何捨短取長，自然又須要用比較方法揣摩思索。現行繼承制度對社會之影響，有無改進之須要，又非用社會學方法調查統計不為功。故綜合研究法實為研究法學最完善的科學方法。

第三節 法律和社會

個人不能離開社會而獨立存在。只有在社會之中，個人才能發見自己。無論衣食住行等物質生

活；或言語、風俗、習慣、信仰等非物質生活。處處均須與社會上他人發生交互與共同關係。集社會羣體之力，人類乃能征服自然。即以穿衣而論。衣服由織工、商賈、裁縫等輾轉而來。織工所用之棉。又是農夫栽培而生。紡織機則為礦山開採鋼鐵冶煉製造而成。至於農夫礦工所用之工具及維持生活之資料，又不知要依賴多少人的供應。所以說一襲布衣，亦為社會人類合作之成果，然後每個個人才得有禦寒之具。又如語言是傳達人類思想感情的一種工具。生於某一社會即會使用該一社會的通行語言。可知語言並非與生以俱來，而是由社會他人所傳授。人類因有語言以溝通思想情感，才能互相交換心意和知識，解除許多困厄。詩經上說：「無父何怙，無母何恃。」，荀子也說：「人生不能無羣。」「人，力不若牛；走不若馬。而牛馬為用。何也？曰：人能羣，彼不能羣也。」。可見中國古人對社會生活的重要性已有深刻的瞭解。

或謂魯賓遜嘗携一槍一犬循跡荒島，一切生活資料均賴雙手取給於自然。因為離羣獨處，排除許多人間煩惱，乃得逍遙自在。然考魯賓遜所携之槍或係購之於市曹，或係自己所製造。但造槍所用之技術或原料，又焉能不學而知或直接取之於自然乎？姑不論其個人原由社會撫育長成，或建屋種田之術均屬人類社會知識之結晶矣。所以說這部小說的作者，雖以超羣絕俗為理想。但其構思中的主人翁，亦僅能逃避他自己對社會的責任，並未能遺世而獨立。因此更能證明個人不能脫離社會，也無法脫離社會。個人如欲謀自己精神生活或物質生活之改善，應先着眼於社會全體生活之改善。只有社會全體的進步，才是個人幸福的基礎。試觀近百年來，中國內憂外患，戰爭頻仍，造成社會的不安和動亂。彼豪門巨富，挾多年搜括之贓款，避居國外。物質上容或有高等享受。然精神上受人歧視，能無

憾乎？設人人均貢獻其聰明、才智、資產於國家之建設。早日造成一個富強康樂的國家，使每個人的幸福均獲得保障。豈不美哉！

考社會一詞，在一般人心目中，常含有某一地方（如臺北社會，上海社會）或某一羣人兩種觀念。其實地方與社會無關。荒山沙漠，均屬有地無人，自非社會。雖有人羣，若人與人間沒有相互關係。如鬧區行人，戲院聽衆，車站旅客，亦均無法稱之爲社會。社會學家對社會一詞的定義，亦因各人觀點不同而互異。考社會範圍雖有大小，生存時間容有久暫。但任何社會必定有一羣人。而這一羣人又必具有交互與共同關係，及交互與共同行爲二要素則未有不同。其所異者惟程度上之差別耳。如學校、家庭、政黨、鄉村、都市、國家等。他們的構成份子間莫不有交互共同關係並表現交互共同行爲。所以許多學者都主張「凡具有交互與共同關係，並表現交互與共同行爲的一羣人都可稱爲社會。」社會既然是由有交互共同關係，並表現交互共同行爲的一羣人所構成。則各份子與社會全體間一定比較永久的關係，而須要有相當的組織。組織之形式又必然有發生及消滅之時。組織的構成份子自然一定要發生新陳代謝的現象。凡此均足以引起人類社會上許多爭論或糾紛。再加上某一社會的構成份子，往往又分別屬於其他社會。如夫婦二人分別信奉佛教及基督教是。而每一個人又往往屬於許多不同的社會。如一人在家爲家屬，在國爲國民，在黨爲黨員是。各種不同的社會觀念混雜在一起，乃益顯人類社會關係之複雜。人類心理狀態尤屬不可捉摸。如果各個社會上沒有一套共同遵守的規則。必至見仁見智，甚或情感用事，破壞共同的社會生活。這些規則有些是由於行之日久，大家全認爲有遵守之必要者稱爲習慣。有些是由於宗教家假託神意而要求大家奉行的稱爲教條。有些是促使人

之內心入於至善之境者稱爲道德。有些是規範人與人間特定外部行爲關係，並以維持社會生活和平，增進人類幸福爲目的者稱爲法律（狹義的法律）。而習慣、教條、道德及狹義法律等，學者乃統稱之爲廣義的法律焉。若依我國古籍和歷代律令觀之。「律」應專指國家之制定法。「法」則兼指國家制定法以外之一切生活規範焉。如道德、宗教、倫理、習慣等是。

昔羅馬法，倡個人主義。認爲國家以外無團體。英國法學家奧斯汀（Austin）等則認爲法律是主權者的命令。由這兩種說法，推之極端，則法律爲國家所專有。不但法典爲國家所製定，即習慣的拘束力當亦有待於國家之決定矣。吾人固不能否認國家法律是人類法律的主要部分。但國家並不是唯一的社會組織。國家以外之各種社會，如公司、行號、家庭、政黨等亦均有賴於他自己的法律來維持。故法律實存在於國家之先，而其範圍亦及於國家內外的各種社會。若公司章程、同業公議，校規、黨紀、國際條約和慣例，莫不具有法律之性質。

法律以人類社會爲其支配之範圍而不及於人類社會以外的自然界是爲學者之通說。則法律的實施自以人類意志爲主要因素。但遠古人類獸處羣居，以力相征。全靠個人腕力保護自己，受到攻擊一定反噬。戰勝則安，戰敗則逃，不逃即斃。幾亦與一般動物受自然法則之支配無異。所以以意志爲主要因素而支配人類社會的法律亦爲人類進化的產物。初民社會中的法律簡單而直覺。後來社會進步，人類意志複雜，法律的需要日增。且漸漸進步到以公力救濟代替私力救濟。經幾千年經驗之累積，才得有近代相當完善的各種法律體系。研究法學自應從探求古今各種社會實況入手，再觀察其歷史發展的過程，而分析其法律思想的演變。最後予以歸納演譯才能得出正確的結論。