

北京大学教学参考书

法学基础理论参考资料

四 册

王勇飞 编

北京大学出版社



法学基础理论参考资料

第 四 册

王勇飞 编

北 京 大 学 出 版 社

目 录

十一 法律分类

- (一) 法律分类的含义..... (1)
- (二) 成文法和不成文法..... (9)
- (三) 实体法和程序法..... (19)
- (四) 普通法和特别法..... (23)
- (五) 国内法和国际法..... (30)
- (六) “公法”和“私法”问题..... (44)

十二 法律规范

- (一) 法律规范的概念..... (87)
- (二) 法律规范的结构..... (147)
- (三) 法律规范的种类..... (156)
- (四) 社会主义的法律规范..... (165)

十三 法律规范的适用

- (一) 法律规范适用的概念..... (177)
- (二) 法律规范的解释..... (214)
- (三) 法律规范的类推适用..... (245)
- (四) 法律规范的效力..... (254)

十四 法律的遵守、违法行为和制裁

- (一) 守法的含义和意义..... (304)
 - (二) 违法行为的概念和基本特征..... (321)
 - (三) 违法行为的种类和制裁..... (344)
-

十一 法律分类

(一) 法律分类的含义

区别法律之种类。或有由于其性质目的者。或有由于其作为之方法者。故虽同一法律。其所采之标准既异。则自得由种种观察之。

逸自织田万，《法学通论》，第1卷，商务印书馆
1913年（民国二年）版，第34页。

法律为社会上之一大现象。因观察标准之不同。得有种之类别。即因法律发生之方法而分类。有成文法与不文法之差异。因法律之适用范围而分类。则有国际法与国内法之不同。因法律之实质而分类。有公法私法强行法任意法主法助法等之区别。因法律之系统而分类。则有固有法与继受法之差别。因法律之效力而分类。又有普通法与特别法之区分。以下当逐节论之。

于兹不能不先有一言者。即此之所谓法律。乃指真正之法律。即所谓成法（*Positivrecht; Positive law.*）者而言。①于理想上可称之自然法。不包含在内。诚以自然法者。非法律也。故本章所说明。单为成法而止。不更设自然

①成法不可与成文法相混同。以成文法不过为成法之一部盖所谓成法。乃由立法者之制定或认定之法律也。申言之。即成文法与不文法之总称也。故亦称人定法（*Kunstliches Gesetz; Artificial law.*）

法与人定法之分类者。亦职是故。

林文琴：《法学精义》，上海泰东图书局1920年（民国九年）版，第124页。

罗马学者把法律分做公法和私法，成文法和不成文法；对于私法的分类又有二分说和三分说的不同：三分说是把私法分做万民法，市民法，和自然法；二分说就祇分为万民法和市民法。这种法律的分类方法，到了现世是更详尽了；分节说明如下：

一 从法律的实质分类

第一，公法和私法。法律可分做公法和私法，由来很早。但是学者对于这种分类，颇有反对的论调，奥司丁就是其中的一人。他们说这不过是根据罗马学者的主张，并无正当学理。他们坚持着无差别说，以为法律的是独一无二，不当有公法私法的区别，又有主张凡法都是公法，或凡法都是私法的。不过近世多数学者统以为法律应该有公法和私法的分别，并且他们所主张分别的标准却有好几种；重要的是：

甲.目的标准说。这是从法律的目的上说明公法和私法的区别观念：目的在公益的法律叫做公法，目的在私益的法律叫做私法。这一说也是倡于罗马学者，不过法律的目的究竟是在公益或在私益却不甚分得开，因为一切法律对于公益或私益，总是直接的或间接的一概保护在内。像宪法，它的目的当然是规定公益事项，可是关于人民权利自由之处，又何尝不是私益所在。又像刑法，也是维护公益的法律，但以个人为立脚点观察起来，就可以算做目的在于保护个人身

体，生命，自由，名誉，财产的法律。所以这种标准是不确
当的。

乙.法律关系的标准说。这是以为规定权力关系的法律是公法，规定权利义务关系的法律是私法。像宪法和行政法等是公法，它们的内容就是规定权力关系；民法和商法是私法，它们的内容就是规定权利义务关系。这一说也受人批评，不过批评的理由以为私法上既然是规定平等的权利义务关系；那末何以民法亲族编中定有亲权，夫权等权力关系。这种批评的理由在旧法律上向来是站得住的，但民法上一经确定男女夫妻平等的基础以及铲除了浓厚的宗法思想，那就私法上当然全是规定平等的权利义务关系了。

丙.法律关系的主体标准说。这一说主张凡是规定国家和国家相互间或国家和私人间的法律关系，叫做公法；规定人民相互间法律关系，叫做私法。再说得明白点，公法就是规定公共团体相互间或公共团体和私人间权力关系的法律，私法就是规定私人相互间或私人 and 公共团体间权利义务关系的法律。像宪法，行政法，刑法，法院编制法等都是公法；民法，商法，海商法，破产法等都是私法。

第二，主法和助法。主法和助法又可称做实体法和程序法。这种区别是英国边沁倡出来的；所谓主法就是抽象的规定权利义务有无和范围的法律，助法就是具体的规定怎样运用主法的法律。宪法，行政法，刑法，和民法都是主法，又叫实体法；选举法，刑事诉讼法，民事诉讼法都是助法，又叫程序法。要晓得法律是要保护权利义务，主法就是法律的本体，但当运用的时候非得需要助法帮助不可。助法的作用就在遵照了这顺序和方式，才可以根据主法去保护权利义

务。宪法上不是规定人民有参政权么？但是怎样运用这主法上所规定的权利呢？那就必须要经过种种程序，方能达到人民参政的目的；选举法就是规定这种种程序的；所以选举法是宪法——主法——的助法。同是这样关系，刑法诉讼法就是刑法的助法，民事诉讼法就是民法的助法。

第三，强行法和随意法。强行法不管人民的意思怎样，国家要强制他们服从；随意法就可听任人民的自由意旨。大概公法是强行法，私法里面大部分是随意法。宪法上规定人民有当兵义务，有纳税义务，人民对于这些义务是无可规避的，这就是一种强行法。至于民法债权上规定债务是要履行的，但债权人自愿抛弃时，法律亦听许他的自由，这就是一种随意法。并且，公法中并非都是强行法，私法上也不必一定是随意法；因为私法里面本有强行性质的规定，至于公法里面像宪法，行政法，刑法等类，全是规定公益上的事项，人民自然不能任意服从或不服从。但是，其他公法呢？民事诉讼法就是学者间认为公法的一种，然而却有不少听凭当事人意旨的规定。

二 从法律的形式分类

从法律形式上分起类来，有成文法和不成文法两种。关于这样的分类法。学者间也有拿了法律的发生方法做标准的。但是，成文法和不成文法，它们内在的要素无非基于国家的意思而完成，它们显著的不同之处却全在形式方面。成文法是国家立法机关经过一定的立法程序制成，依照一定的形式公布施行的法律；不成文法却是由国家认定它得有法律的效力，

并不得具备什么立法程序上形式要素。至于成文法和不成文法的效力是谁强大，成文法的效力强于不成文法呢？还是不成文法的效力强于成文法？这问题也是一个很难解决的争点，罗马学者就早有争执了。就是各国立法例上也有各别的规定。

第一，成文法。前面说成文法是要经过国家立法机关一定的立法程序，这本系一种严格的定义，其实说得广泛的，凡是国家用书面制定而颁行的法律就是成文法。再从广义解释，命令也包括在内。我国国民政府最近制定颁布的成文法如同刑法、刑事诉~~讼~~法等都是。成文法里面还有一种叫做单行法，如同从前北京政府颁布的公司条例，商人通则等就是从商事法规里提出一部分来独立规定。并且一国的成文法被别国所采用就得变为不成文法，有时为了革命的缘故，成文法也可以变为不成文法。英国从前曾经采用罗马法，这并不是就拿它作为本国的成文法；不过养成人民的一种习惯，或裁判的辰光采作材料，后来就有几许部分成为不成文法了。又像美国在独立以前所适用英国颁布的法律，独立后英国丧失掉主权，所有成文法的效力就不能存在，无非看做一种不成文法采用罢了。就是前清的法律在民国还有效的，——像《大清律例》民事有效部分，不过现在也该失效了——因为经过中华民国主权者认为和民国国体不抵触的可以援用，就付与了法律的效力。所以照法律眼光看来，这些有效部分实在变成了不成文法。

第二，不成文法。不成文法就是不用文书制定的法律。英国现行的普通法也算一个极显著的例。但是，不用文书制定的法律是不成文法，这一句话有时也就说不过去，因为成文法也有丧失主权的根据就变为不成文法时候，然而它仍旧不失为一

种用文书制定的法律。这是不仅要说到它内在的要素，并且还要研究它形式的要素。学者还有从法律的体裁上说明成文法和不成文法的区别，以为记载于文书的法律是成文法，不记载于文书的法律是不成文法，这也不免错误。凡是由国家付与法律效力的，不管它是习惯，学说，判决例，统是不成文法，其中的判例，我们不能不说它是有文书上的记载。难道他好算成文法么？我们所说的不成文法无非说它所以有法律的效力并不是定要根据着文书规定的形式而发生。这一点须要观察明瞭。

三 从法律的系统分类

第一，固有法和继受法。固有法是一国人民的血统，生活，语言，宗教，和风俗习惯的结晶品，有特殊的背景，有历史上的基础。继受法却是拿了外国法做模范、做材料所造成的法律。像罗马的市民法，我国的唐律、明律全是固有法；德国和法国等的民法是取材于罗马的万民法，从前日本的《大宝令》是仿照《唐律》，那些法律都是属于继受法。

第二，母法和子法。继受法是子法，被继受的法律就是母法；如同罗马法是母法，德国，法国等民法就是子法；《唐律》是母法，日本的《大宝令》就是子法。并且，子法后来被别国模仿着也可称做母法；如同法国民法本是罗马法的子法，但日本的民法又采用法国的民法；所以法国民法又成为日本民法的母法了。这种关于法的系统继承，颇有研究的意味。近代政治经济方面多趋重世界性。法律上本当多多采取共通的原理原则，立法时参酌外国法，也是必要的方法。

四 从法律的效力分类

从法律的效力分起类来却有质和量的不同；说到法律的效力量的方面，可以分做普通法和特别法；说到法律的效力质的方面，可以分做强行法和随意法。现在所说的是普通法和特别法，至于强行法和随意法已经在第一节里说过了。普通法和特别法是从法律效力的范围广狭上区别开来，并且有三种不同的观点可以作为标准。

（一）地域上的标准。通行于全国领土上的法律叫做普通法，限于一地方适用的法律叫做特别法。如同国民政府颁布的法律，施行于我国全领域，那就是普通法；至于各省省政府或县政府所颁布的法律行于一省或一县，那就叫做特别法。关于这种特别法，在法律名词上又可叫做单行法。

（二）身分上的标准。一般人民所适用的法律是普通法，有特殊地位或职业的人民所适用的法律是特别法。前一类像民法，刑法等，后一类像海，陆军刑事条例，陆军审判条例，和海军审判条例等。

（三）法律事项上的标准。规定复数事项的法律叫做普通法，如同民法，刑法等法；规定单数事项的法律叫做特别法，如同不动产登记条例，吗啡治罪，商法等法。但是，商法对于民法，固然是属于特别法；对于商标法、证券交易所法等又要算做普通法了。

关于上述的分类上应该注意之处就是有一个法律上的原则，这原则叫做特别法优于普通法。凡是适用法律的顺序，必须特别法在前，普通法在后。特种的法律事件要适用特别

法，碰到特别法上没有正条时，才可适用普通法，譬如商业上的争执，应该援引商法条文：商法上没有规定，方得引用民条文。

五 从法律适用的地域分类

从法律适用的地域方面分起类来，可以分做国内法和国际法。国内法是适用在本国领域以内，国际法是适用到国际间；国内法的对象是国家和人民间或人民相互间的权利义务关系，国际法的对象是国家和国家相互间的权利义务关系。国内法的施行是有强制力的，国际法却很少这种力量；国内法是有成立的手续，国际法却没有这种确定的形式。学者颇有主张国际法不是法律的；他们所主张的理由，有说国际法没有强制力，有说国际法没有立法者。像奥司丁对于法律是主张主权命令说，他就不承认国际法是法律。但是，所谓法律也者既然没有众人共信的定义，仅仅执了一端之论，说什么没有强制力呢，没有立法者呢，没有裁判机关呢，统不足推翻国际法在法律上的地位。法律固然是要有权威作用，但谁说国际法是一点权威也没有呢？国际战争时，交战国对于违背局外中立的国家运送战时禁制品的辰光就可以捕拿它的船舶，裁判和没收，这岂不是一种制裁，一种强制力的活动么？至于国际间在和平状态时所应遵守的平时国际公法，自从国际联盟成立以来，有了仲裁机关，也有了强制的方法。联盟约章第十四条里面的“行政会议得建议设立国际法庭”；第十二条里面的“行政会对于不遵仲裁判决的国家得执行必要的措置”。照这样看来，国际联盟是具有一种强制国际义

务的机能；因此，国际法就有了权威，有了护法的机关。至于国际联盟的机能是不是可以实行，那就又属另一问题。像国内法当然是有强制力的，但在法纪荡然的时候，军阀随意破坏法律，法律是等于具文快了；然而法律毕竟还是法律。就是离开了国际联盟说，假使我们把卢骚的契约说适用到国际法上去；那末，在互相订约之后，各自不肯诚意遵守，这可是一时的事实问题，并不是法律所以成为法律的问题。

朱采真：《法学通论》，世界书局1931年（民国二十年）版，第60—68页。

法律就是法律。立法时或因政情时势之须要，或为立法技术之方便。因人因时因地产生许多不同的法律。要予以分门别类，实在是一极困难而并无多大实益的工作。但学者为便于说明某一法律的性质或功效。又多利用分类方法，助初学者获得某些范围之概念。

李岱：《法学绪论》，台湾中华书局1966年版，第74页。

“法”（法律），由于其划分原则的不同，可以有各种不同的分类。就体系而论，法首先可以粗略地分为国内法与国际法；国内法包括公法与私法以及处于这两者之间的社会法。公法又有公法实体法与公法程序法之分；此外有私法实体法；社会法可分为经济法，社会立法和劳动法。

赤坂昭二：《法学基本原理》，齐乃宽译，华东政法学院国家与法的理论教研室1980年油印。

（二）成文法和不成文法

成文法者。以文书发布之法律。例如日本宪法以前之布告布达。宪法以后之法律敕令、阁令、省令、府县令等。是

也。不文法者。于有法律之效力时。不以文书发布。而认定于暗默之法律也。概皆基于惯习而定者。故今惯习法之语。恒与不文法同意用之。然古代之不文法。则惯习之外。亦有基于学说者。例如罗马奥久斯德帝。于其时法律大家之学说。又如特奥德斯帝。于拍比尼安、保尔由耳比安、颜又斯、孟德只那诸氏之说。皆与以法律之效力。是也。盖古时立法机关。其组织未臻完备。故于学者之说。每直接附与以法律之效力。至近世社会进步。学说之于法律。虽或有间接之效力。然其成为不文法之基础者。则固未有之。此外不文法又有依于判决例而成者。宾萨姆名之曰判事制定法。盖古昔立法机关既不备。而法律典章。复未能秩然整比之。故一争讼起。若法律明文不能判决。而又无惯习可依者。则裁判官以己之所信为公正者。裁判之。此后若更有同似之争讼。而后之裁判官。亦即循其先例。以作判断。故判决例。实即不文法之起源也。近世欧美各国中。惟英美之判决例。与成文法有同一效力。至欧洲大陆各国。则从来未有具公然之效力者。虽然。现今英美判决例之效力。又渐次轻减。而欧洲大陆各国。则有日渐加重之势矣。

织田万，《法学通论》，第1卷，商务印书馆1913年（民国二年）版，第35—36页。

成文法与不文法之区别。系因其发生方法之如何为标准者。即依于文书发布而成立之法律曰成文法。（Geschriebenes Recht, Gesetzesrecht, Written law.）以文书之作成。为成立之要件。且须经一定之程序、一定之形式而公布始生效力。故亦称制定法。其不依于文书发布而发生之法律曰不文法。（Ungeschriebenes Recht, Unwritten law, Written

law.)以主权者明示或默示之认定生有法律之效力。申言之。即不问依于文书一定之形式而公布与否。单由习惯上一般所公行者。经过主权者认定之手续为已足。故亦称习惯法。(Gewohnheitsrecht; Customary law.)

学者间有以关于法律之体裁为成文法与不文法之区别。即记载于文书之法律称成文法。反之不记载于文书之法律称不文法。余则谓此误解也。盖不文法并非限定不记载于文书之法律。亦有恒为记载于文书者。譬如判决录。固明明记载于文书者。然仍是不文法也。以故单以记载于文书而即谓之成文法者。不可也。

或又有谓国家所制定之法律称成文法。因于人民之习惯而成立之法律称不文法。余则谓此亦非正鹄之见解也。盖习惯法之所以为法律。决非在习惯其物。习惯不过为法律之一材料耳。故习惯生有法律之效力。全基于国家主权者承认之一点。又乌得谓之非由国家所制定者耶。

故余辈主张以文书公布与否为二者之区别。已如上述。例若我国之大唐六典、明清律例、既现行之诸法典。固无论矣。即依于公文程式所发布之部令、省令、道令、县令等。亦胥属成文法。而英国之普通法。则为不文法矣。而成文法与习惯法间效力之强弱。学说颇不一致。然约略有三。

A. 无效说。此说谓习惯法对于成文法。恒失其为法之效力。例如赛克逊 (Saxons) 民法第二十八条所规定。习惯法不过为解释当事人意思之具。不有为法律之效力。其法理上之性质。姑置不问。于实际上亦颇不适社会之现状。故其立法之不当。无待深驳。

B. 同等说。此说谓习惯法成文法之效力。恒相同等。

即依新法得改废旧法 (Lex posterior derogat legi priori) 之原则。后之成文法。固可得改废前之习惯法。而后之习惯法。亦可改废前之成文法。故两者有同一之效力。殊不知习惯法往往为成文法所限制。同等说偏于一隅。自非适论。

C. 补充说。此说谓习惯法不过对于成文法之规定有补充之效力。例如我民法法例章所规定。凡关于民事应先依民律。民律所未规定者依习惯法。(民草一) 其用意全在补充民律之不备。

余辈乃赞同C说。诚以成文法对于习惯法。恒有优先之效力为原则。故二者同时存在时。当然须从成文法。以成文法较习惯法为确实而无疑义。民律之所以有第一条上段之规定者。亦以此也。但各国法律不同。时亦有规定习惯法之效力。优于成文法者。譬如日本商法规定。“关于商事在本法无规定者。适用商习惯法。商习惯法无规定时。适用民法。”

(日商一) 是商习惯法虽劣于商成文法。却优于民法之成文法矣。然此特不过是例外耳。至法律之进步发达。本由习惯法而移于成文法以为常。因而习惯法固恒为成文法之渊源而一国之成文法。又时为他国不文法及成文法之渊源故余谓二者咸为法之直接渊源。

林文琴：《法学精义》，上海泰东图书局1920年（民国九年）版，第125—127页。

成文法者。即国家机关所制定之法律也。质言之。即经过立法机关之制定行政机关之颁布是也。凡法律经国家制定颁行者。皆谓之为成文法。若习惯法。则谓之为不文法。即

未经国家制定颁行。仅由民间之惯例或经法院之援引者。皆谓之习惯法。习惯法成立之要件有三。其一为民间久已反复施行而人人确信为正理为公道不待告语而知者。其二为不背公共秩序及改良风俗者。其三为法律上无此规定除采用此习惯外无他法以为援用者。有此三者。而后习惯法乃得成立。此种习惯法。以严格言。不得谓之法律。只可谓之为习惯法。民法总则第一条所载。“民事法律所未规定者依习惯”之所谓习惯。即指此也。故在无法律可援用之时。其习惯法之效力极强。苟一旦制定法律。则习惯法即失其权威。盖法律为成文法。经国家之制定公布。而习惯法仅依民间之惯例。虽有代替法律之效力。究未及法律之曾经国家制定颁行也。然使习惯法一经国家采用。用制定法律之程序。由立法机关制定。行政机关公布。亦即进而为成文法。与法律无少差异。盖成文法与习惯法之区别。不在其内容。而在其形式。苟形式俱备。将其内容由国家制定公布。记载于文书。当然即成为国家之法律。不能以其曾为习惯而仍谓之习惯法也。不仅此也。法律本乎人情。本国之习惯法进而为本国之成文法者。固恒有之事。即他国之习惯法。亦有采之以为本国之成文法者。亦有以他国之成文法为本国之习惯法者。故二者之区别。全在形式而不在内容。

朱贞白：《最新法学通论》，上海法政学社1935年（民国二十四年）版，第16—18页。

成文法者。国家（公权力）以文书制定公布之法律也。其手续通常应由立法机关之制定。由行政机关之公布。如我国之现行民法刑法等凡经过立法院之制定而由国民政府公布施行者。皆称为成文法是也。故成文法一曰制定法。惟于此

有应予注意者。成文法固以经过立法机关之制定为原则。惟例外虽未经立法机关之制定。如政府之命令及地方自治团体制定之条例规则等凡在不文法范围以外者。亦皆属于成文法。且有以国际条约列于成文法之中者。如德国新宪法第四条之规定。其一般认定国际法上之条规。亦与法律有同一之效力是也。

不文法者。不依制定公布之形式。而由国家（即公权力）认定有法律之效力者也。如习惯、判例、学说等。其发生法律上之效力。乃由于国家公权力之认定。并非以文书制定而公布之也。故不文法与成文法相对待。学说上一称之曰习惯法。关于习惯法之研究。于下章法律渊源中详细说明之。

考究法律发达之迹。不文法之发生。实先于成文法。盖法律为一般抽象之规范。国家之原始。不必为一般及抽象规范之制定。乃因习惯及判例为个别具体之实行。渐积而为一般抽象之规范也。嗣以习惯之存在及内容。时有不明瞭不正确之遗憾。而判例亦不免受具体事实之拘束。而不得为一般通行之短处。故当社会生活扩大复杂。飞跃发达之际。仅以习惯判例等不文法为法律规范。殊不足以应社会之需要。于是成文法之必要及便利。乃日益增长。他方又因言语、文章、论理、组织等关系。人智逐渐进步。社会之重心力。凝集于一人或数人。其社会之先觉者、指导者。遂具有法律制定施行之权力。更由国家政治组织之整顿。法文起草、审查各机关。设备完善。而成文法之发生发达。于是遂不能不占法律重要之部位。故现今各国。概以成文法为基本法。不文法为补充法一即夙以习惯及判例为基本法之英国。其成文法