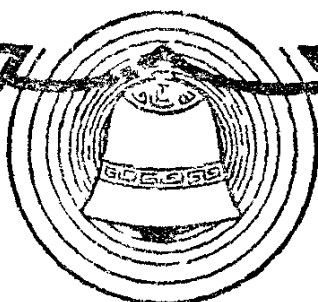


遵 照 部 頒 課 程 標 準 編 著
高 級 商 業 職 業 學 校

法 學 通 論

聞 亦 有 主 編
朱 祖 貽 編 著

正 中 書 局 印 行



版權所有
翻印必究

中華民國三十三年七月初版
中華民國三十七年十月滬六版

高級商業
職業學校

法學通論

※全一冊 定價金圓伍角貳分

(外埠酌加運費匯費)

主編者	聞亦	有
編著者	朱祖	貽
發行所	蔣志	澄
印所	正	局
發行所	正	局

(1885)

目次

次 招

[illegible]

第一節	權利的意義	五三
第二節	權利的種類	五五
第三節	義務的意義	六三
第四節	義務的種類	六四
第八章	權利的分析及行使	六六
第一節	權利的主體	六六
第二節	權利的客體及標的	六七
第三節	權利的得喪與變更	六九
第四節	權利的行使	七一
第五節	權利行使的界限與方法	七三
第六節	權利的保護	七四
第九章	法律的分類	七九
第一節	成文法與不文法	七九
第二節	主法與從法	八〇
第三節	固有法與繼受法	八一
第四節	普通法與特別法	八二

[illegible]

第一章 法律的概念

第一節 法律的語源

何謂法律？在說明法律意義之前，我們先把法律二字的語源解釋一下，似爲必要之舉。孔子說：「名不正，則言不順」，就是這個道理。

茲先就中文方面說，法字古文寫作「灋」。依說文解字註解：灋，刑也，平之如水，從水，從廌，從去，水取其平，廌爲一種古代異獸，獨角，性善直而惡曲，「所以觸其不直者去之」。這是法的字源，亦即是法的本意，所以單考「法」的語源，實含有平正無邪的意義。再就「律」字而言，律字本爲平均齊一的意思。說文謂：「律，均布也」。段註：「律者，所以範天下之不一而歸於一，故曰均布也」。史記律論說：「王者制事之法，物度軌則，壹稟於六律，六律爲萬事根本焉」。虞書說：「乃同律度量衡，所以齊遠近，立民信也」。漢書律曆志亦謂：「律一統氣類物……此皆表示律的功用，貴在平均齊一，以確立國家社會的關係，把法與律二字並用，最初見於孔疏戰國時魏李悝撰有法經，商鞅時傳習法經，二世用趙高申法令，始更爲法律。於是自秦以後，法律兩字併用，遂相襲沿用至今了。」

其次，就西文方面說，法律一語，在英文中爲 Law，且有 A Law 與 The Law 的區分。Law 者，是指定律、定則或原理、原則而言。A Law 是指法律的單體，亦即所謂狹義的法律是。The Law 是指法律的全體，亦即所謂廣義的法律是。兩者似一爲普通所謂法律者，一爲法學是也。德文稱法律爲 Das Recht 或 Das Gesetz，前者就是正義或正直的意思，後者是制定或紀律的意思。總之，我們從法律的語源上，窺法律二字的本意，無論在中文或在西文中，都含有均平正直的意義，好像是社會上的天秤，無論善惡，他都可以權衡出來，去其不直而求其均平的。

第二節 法律的定義

法律的語源，既如上述。但這僅就法律一語在文字上構成的源泉加以稽考，而未足以盡法律的本義。

那麼法律到底是什麼呢？這是關於法律的本質問題。

關於法律的本質問題，自來學者聚論紛紜，很難得一個一致的解答。茲先就各說略加論列，然後依我們的見解，來下一個比較概括而切合時代的定義。各家學說，重要者如左：

(一) 命令說 此說謂法律爲主權者對人民的命令。如古代羅馬即有「君意即法律」的格言，而儼然成一學派，則始自十八世紀英國學者的努力，邊沁(Bentham, 1748-1832)及奧斯丁(John Austin, 1790-1859)都是此說的代表。奧斯丁說：「社會上一切實際法，皆爲主權者製造

之物」。亦就是依着立法或司法作用，直接制定或委任其他機關而制定的。這一個學說，在君權神聖時代，固然有相當的價值，但以現代的情形看來，不免錯誤。因為命令為一種形式，首先不能表現法律的實質；再則法律既為命令，那麼國際法自不能成為法律。同時命令說僅能說明義務的本質，而不能說明權利的本質，尤其是習慣法更不能由命令而產生。所以命令說在現在看起來，自不能成立了。何蘭德（Holland）下的界說，比較圓滿。何氏說：「法律是拘束人類外表行為，依主權的統治當局者，強制執行的規則」。

（二）自然法說 此說以為法律本身即存在於自然之中，無須人力加以創制。人力所創制的法律，往往任意限制或違反各人的自由意思，而與法律的保障人民自由的原來目的背道而馳。此說認為凡人對於環境覺得煩悶抑塞的時候，就要避去日常生活上的煩擾，而逃到自然去。他要在自然母親的懷抱裏，尋求生活上痛苦的慰藉。因此自然要他怎麼辦，他都能遵守，自然是最高法的表現。亞里斯多德在他的尼古曼欽倫理學（*Nichomachen Ethics*）一書中，討論政治的公道時，就把自然的公道，凌駕於實際的公道之上，人生萬事都須依附着他。法律的制定和國家的創建，也逃不了這個範圍。在十五六世紀以後的歐洲，這種學說最流行。雖然擁護自然法的人的意見甚不一致，自然法本身也缺乏科學上的根據，但他確是法律發展過程中一個重要的因素。他常常輔助實際法律的不足，而予法院判決的自由。至十九世紀，自然法的討論，始衰落下去，而歷史法學代之以興。

(三) 強者法說 此說以法律為強者支配弱者的護符。主張此說的理由，以為「強者支配弱者是天然的法則」。有一位名字叫 Plutarch 的傳記家，在他所著的 *Life of Camillus* 中，假高盧王 (Gallic King) 之口說：「一切法則中，最遠古的法則，自上帝以至於一切動物，皆不能越的，就是強者支配弱者的權利」。此說的精髓，就是肯定人類天然有優劣強弱之別，而是法律的唯一發生原因。斯賓諾莎 (Spinoza) 哈拉 (Haller) 公蒲羅 (Gumplov) 及詩聖歌德 (Goethe) 均是此說的代表學者。斯氏說：「宇宙間恆有實體的存在，而這種實體或為宇宙的本體，或謂為宇宙之神。我們所認識的物體都不外是這些實體的顯現 (Manifestation) 而已。牠的生滅止動，恆超越於可否善惡之上，而聽命宇宙實體，人類亦是這樣。他的行動生活，亦均聽命宇宙的實體，所以優者支配劣者。強者比弱者的權利較優，這都是自然的真理，不可違背的」。這種學說與以法律為富者剝削貧者的工具之唯物史觀論，都可說是一種畸形的思想，因為專就社會病態而加以發揮，實不足語為正確的進步的法律觀念。若要考其哲學根據，其所謂宇宙實體究竟在什麼地方？此說就無從證明了。且以強權來規矩人類生活，則人類社會將成為一任強者專橫跋扈的場所，反而促社會的速亡。自盧梭的民約論出世後，神權的勢力打破，君主所依附的強力，亦失其依託，民權的議論盛極一時，這種思想才見衰退。

(四) 歷史法說 此說謂法律為一國國民基於民族生活所自然而發生的產物。其要義即認為一切法律的發展，應以歷史的制限為依據。欲明白每個實際法律的意義，祇有就其根源加以

探索英國的培根（Bacon）法國的布丹（Bodin）等，先倡此說至德之沙維尼（Savigny）始集其大成。沙氏在其現代立法及法律學的秩序一書中說：「法者，乃為民族精神所滂薄激發而成的，並非一朝一夕人力所能創造的。」平心而論，這種學說，只能說是研究法學的一種方法，與復興民族的一種手段，自不能認為是法律的全貌。十八世紀，德國法學者以此種學說鼓吹民族主義精神是可以的，若認為這是法律的本質，據為立法政策上唯一的標準，則很容易使該國民族在國際社會上流於過分自大，結果每足以擾亂人類的和平。要知法律原是保障人類和平的，所以此說實違反法律的本旨。然而法律的本質，到底是什麼呢？我們的解答是：法律者，是保障人民自由和平的生存，基於社會共同意思而產生，藉公力以施行管束人類外表行為，為社會生活規範的一種。依以上法律本質之論究，而下的這個定義再加以分析說明於後：

（甲）法律是保障人民自由和平的生存的。法律既不是強者支配弱者的護符，更不是富者剝削貧者的工具，而應該是保障一國人民自由和平的生存的。如此不僅可維持社會的安寧，而且可促進人類生存的繁榮和發展。墨子說：「治天下之國，若治一家，使天下之民，若使一夫。」荀子說：「人生有欲，欲則求，求則爭，爭則亂，亂則窮，先王惡其亂也，故制禮以節制之。」這都是充分證明法律是要治平求直，達到人民自由和平的意思。

但是我們不能忽略了法律所保障的「自由」的真諦，法律不僅保障個人的自由，而主要目的在保障整個社會的自由。人類有利己性與利他性，利己性只可求其個人獨立的發展，利他性可

求整個人類的發展。我們不能偏廢那一種，但須得適當調和利己性與利他性，使其平衡發展。這樣不僅獲得自由和平的生存，而且整個社會也可獲得自由的生存。總理在民權主義中說：「共和與自由全為人民全體而講」，總裁在民國二十七年七月六日國民參政會開幕詞裏也說：「所謂自由，要以不侵犯他人的自由，不侵犯他人的權限，更要嚴守紀律，必須以法律來保障自由，為實行自由的根據……」這都是法律保障自由最進步的註腳。所以合法的自由，為社會和平的先決條件，亦即為法律所應保障的。

（乙）法律是基於社會共同意思而產生的。法律的成立，在某一時期內，全由於社會內部的意思，此項社會意思與社會各個分子的利害關係和勢力關係截然分開，而以抽象的普遍的規律意思為基礎而產生，也就是某一社會大多數所認為最正當的客觀標準。因為社會乃人類全體之社會，並非某一階級或某少數人之社會，其規律社會的法律，當然不能有所偏頗，否則就違反法律的本來目的。法律的最高目的，是保護全人類的自由和平生存的產生，自當基於社會共同意思。英儒邊沁所謂「最大多數的最大幸福」可說就是法律的理想。再者此項社會共同意思，並不是我們個別的意思，是不受主觀的拘束，而超越個人的一種法的意思和信念。雖在古代社會最初以「法律」為神的啓示，繼則認君主的萬能，然而此種觀念，到現在可說是已成陳跡了。根據社會內部共同的意思而產生的法律，這法律才不失卻其普遍實用的本質，才為全社會的共同規律。

(丙)法律是藉社會聯合力以施行的。社會聯合力可稱為公力或社會力，乃由每個人的單體聯合而成，藉此得發展其共同生活。上節已經說過，法律是應該基於社會的共同意思而產生，所以也必須賴社會的共同力量，即社會聯合力而施行，而收效。假如一法律既被社會認為不妥，則其本身即失去存在的理由，更談不上施行進而收效了。所以法律的發生，不僅基於社會共同的意思，抑且藉社會力才可施行。

因此有些學者，以為法律祇是由國家制定的說法，就不大確當了。要知除了由國家立法機關制定的法律以外，還有未經國家立法機關制定的合理習慣，也往往與國家制定的成文法，同具有規律社會生活的拘束力。近代成文法，誠然十分發達，但這些合理的習慣，也可成爲一種習慣法。同時還有社會內部自動發生的協約法。所謂法律乃爲國家制定或承認的法則，此種見解實難說明法律的本質，並且不能包羅所有的法規。所以我們不能單純的說法律是由國家制定、公布施行的規則，而祇說法律是由社會聯合力以施行的，就是這個原因。

(丁)法律是管束人類外表行爲的。法律是規範人類外表行爲的規則，祇限於已經表現於外的行爲，不及於潛藏於內部的思想意志。人的內部意思，未表現於外部行爲時，法律實無從管束，必俟其表現於外部行爲以後，法律始可發揮規範力。這一點是與習慣的道德律不同的。道德律常常牽涉到人的內部意志的活動，在法律與道德分界不明的國家，往往以爲法律能夠涉及人的內心的意志和思想。如從前的中國就是這樣。清代皇帝所下的諭旨，常有「該大臣應具有天良」

的辭句，這都是象徵法律與道德的混淆不明。現代法治國家，已少見了。但是我們應該注意的，所謂外表行為亦不是與內部意志全無關係，要知道外表行為是由內部意志所發動的，一定有一種動機，所以審查人的外表行為時，還得要審查人的那種行為的動機，是不是出於有意識，假若行為的動機不出於本心意識，如精神病以及未成年的人等所為的行為，在法律上對於這種外表行為的處置，又不同平常。因此有所謂「故意犯」、「過失犯」及「未成年犯」等種種的區別。總之，無論何種行為，不等到這種行為確實表現於外時，當然不能用「春秋誅心」的辦法去處分他。

（戊）法律是社會生活規範法則的一種。宇宙間的一切，都受一定法則的支配，都脫不掉法則的範圍。此種法則可分為兩種：一為自然的法則，如天體運行，物體下落的法則等都是；一為規範法則，如宗教道德，儀禮等都是。而法律亦就是規範法則的一種。但法律並不是一種物質關係的規範，物質關係的規範，是具有必然性的自然界物理的法則，法律只是社會生活的規範法則，是一種「或然性」的法則，只為「應如是」的法則，並不是「必如是」的法則。例如民法第二一九條規定應以誠實與信用方法，為債務的履行，並不是說債務人必履行，不過指示其應為一行為所根據的準則而已。所以法律並不是國家直接對人民所發出的命令，法律只是法庭所據以處判的規則，而宗教道德等乃為各人平常一切行為的規範，雖然都為社會生活的規範法則，這就是他們不同之點。所以法律只可說是社會生活規範法則的一種。

第三節 法律與道德儀禮及宗教的關係

第一款 法律與道德的關係

法律與道德同爲規範人類社會生活的規則。在其本質上並沒有什麼不同，兩者並不是對立的，是可以相輔而行的。人類是有情感的動物，這種情感有合理的表現，也可說是道德。再據動物學家的觀察，若干動物都具有很高的道德觀念，「人爲萬物之靈」，具有道德觀念是無有疑問的。由此可知人儘可以沒有宗教信仰，但總有點道德觀念，潛在他的意識裏。同時沒有宗教信仰的人，儘可以成爲聞名的好人，但是一個人不講道德，就難得成爲一個完全的人。孟子說：「……無父無君是禽獸也。」就是說不孝順父母，不愛護國家，即爲禽獸。何況還有許多禽獸是孝順牠的父母，是愛護牠的羣體的。人果真不講道德，不僅不能算是人，並且連禽獸都不如。中國法學的特質，則在於以儒家的道德精神爲基礎。論語說「爲政以德」，以及孟子所說「以德行仁者王」……以德服人者，中心悅而誠服也」。由此可見中國自古以來，在政治設施方面，更有許多是與道德相配合的。在「亂臣賊子」的春秋時代，孔子著春秋，也就是以道德觀念爲基準的「誅心」法典。再考自漢迄清的歷代法令中，都參雜有道德的觀念。所謂「王法不外乎人情」，「情」與「法」之間，都是力求一致的。荀子王制篇說：「……人何以能羣？曰：分。分何以能行？曰：義。……故序四時，載萬物，兼利天下，無他故焉，得之分義也」。漢書刑法志亦說：「……愛待敬而不敗，德須威而立。故制禮以崇

敬，作刑以明威也。」這都是說明在古代社會中，先有道德觀念，而後有法律。上古和中古以降，思想有一大的變遷，一方面一般法則都很發達，一方面除有少數卓識之士外，沒有人不是賤視刑法，而尊重道德。由此可見中古以降，道德律的興盛。益稷上說：「格則承之庸之，否則威之。」都可以證明在推行法令以前，總想以道德來感化人民。直到現在，這種觀念，仍然是大體相同的。

因此，中國自古以來，一切建制都偏重於道德。所以法律與道德的分化，在中國算最遲。法律與道德雖然同為社會生活的規律，本質上沒有什麼區別，但是兩者所包括的範圍，廣狹不同；不道德的人的行為，固然不一定就是違法，但是常喜違法的人，就一定是個不道德的人。茲再將兩者的區別分述於後：

（一）規範範圍的不同 從兩者實質方面看，道德所規範的範圍，較諸法律所規範的範圍大。法律假如是一個小圈，而道德是一個大圈。法律所支配的領域，僅為道德的一部分。同時法律是規範人類之外表行為，而道德則規範人類之內部的意思。

（二）道德與法律的作用不同 道德是要養成各個人的優美人格，而法律是想養成整個國族的守法習慣。道德只是若干聖賢哲士著書立說，告訴你應當怎樣做，而法律則是由國家制定的規則，指示你非這樣做不可。前者只是消極的，後者是積極的。

（三）權利有無之不同 法律以權利為主，是以權利為本位的，而道德祇有義務，而無權利。所以前者是兩面的關係，而後者是單面的。例如對於一個債權人或債務人，債權人有對債務人請

求償還

第二款 法律與禮儀之關係

中國的法治精神，雖未能儘量表現，而中國的禮治精神，卻在中國歷史上大放異彩。歷代聖賢的遺訓中，關於闡明禮的意義和作用，不知幾多！就從現在中國社會生活中，處處都可以看到禮的精神的表現。唐律集歷代法制的大成，也都是以禮爲出入，所以有許多學者說：「中國是禮治的國家」。殷朝的祭儀就是禮儀的開始。春秋時禮治衰落，所以孔孟等都儘力發揮禮義的精義，到現在遂成爲中國民族的文化基礎。

關於禮儀的產生，一般學者均認爲人類常有不能滿足的慾望，慾望既不能滿足，必定竭力而求其滿足，於是利己心增強而利他性減弱，爭執乃起，社會紛亂，若想人類不爭，社會不亂，所以制禮儀而爲規範。荀子在禮論篇中就說：「人生而有欲，欲而不得，則不能無求，求而無度量分界，則不能不爭，爭則亂，亂則窮，先王惡其亂也，故制禮以分之……是禮之所起也」。由此可知禮儀與道德法律，同爲規範人類社會生活的本質，殆無疑義。雖然法家如韓非子所說：「……有爭心，亂故曰夫禮忠信之薄也，而亂之首乎！」視禮爲繁文，無補實用，與儒家「爲政先禮，禮者政之本歟」，「爲國以禮」的視禮爲萬能，都不免有偏袒的意見。還是孔子很公平的說：「凡人之知，能見已然，不能見將然，禮者禁於將之前，而法者禁於已之後……禮云禮云，貴絕惡於未萌，而起敬於微眇，使民日從善遠罪，而不自知也」。