

新 中 學 文 庫

法 學 通 論

何 任 清 著

商 務 印 書 館 發 行

A

書叢學大旦復立國

論 通 學 法

著 清 任 何

行 印 館 書 印 務 商

中華民國三十四年一月重慶初版
中華民國三十五年十二月上海四初版

（33733 滬報紙）

國立復旦大學叢書
法學通論 一冊

定價 國幣肆元

印刷地點外另加運費

著 者 何 任 清

發 行 人 朱 經 農
上海河南中路

印 刷 所 商務印書館
商務印書館

發 行 所 商務印書館
各地

版 翻 權 印 所 必 有 究

目次

第一編 法學……………一

第一章 法學之意義……………一

第二章 法學之分類……………三

第三章 法學研究之方法及學派……………六

第一節 依演繹研究法之學派……………六

第一款 純哲學法學派……………六

第二款 自然法學派……………一二

第二節 依歸納研究法之學派……………一七

第一款 分析法學派……………一七

第二款 歷史法學派……………一八

第三款 比較法學派……………一九

第四款 社會法學派……………二一

第四章 法系之概略……………二七

第一節 埃及法系……………二七

第二節 美索不達米亞法系……………二八

第三節 中華法系……………二八

第四節 印度法系……………三一

第五節	希伯來法系	三二
第六節	希臘法系	三三
第七節	羅馬法系	三四
第八節	迦倫法系	三七
第九節	日耳曼法系	三八
第十節	回回法系	四〇
第十一節	海商法系	四一
第十二節	斯拉夫法系	四二
第二編	法律	四七
第一章	法律之本質	四七
第一節	法律之定義	四七
第二節	法律與道德之關係	四八
第三節	法律與宗教之關係	四九
第四節	法律與政治之關係	五〇
第二章	法律之進化	五二
第一節	復仇	五二
第二節	賠償	五三
第三節	扣押	五三
第四節	公權力之擴大	五四

第三章 法律之內容·····	五七
第一節 法律爲利益之保護·····	五七
第二節 法律爲正義之執行·····	五七
第四章 法律之種別·····	六〇
第一節 成文法與不成文法·····	六〇
第二節 普通法與特別法·····	六一
第三節 公法與私法·····	六二
第四節 強行法與任意法·····	六三
第五節 實體法與程序法·····	六四
第六節 固有法與繼受法·····	六五
第七節 國際法與國內法·····	六五
第五章 法律之淵源·····	六八
第一節 直接淵源·····	六八
第二節 間接淵源·····	七〇
第六章 法律之效力·····	七五
第一節 關於時之效力·····	七五
第二節 關於地之效力·····	七六
第三節 關於人之效力·····	七八
第七章 法律之解釋·····	八二
第一節 法定解釋·····	八二

第二節 學理解釋	八三
第八章 法律之適用	八六
第一節 司法機關適用法律之原則	八六
第二節 行政機關適用法律之原則	八七
第九章 法律之制裁	八九
第一節 公法上之制裁	八九
第一款 刑事制裁	八九
第二款 行政制裁	九二
第二節 私法上之制裁	九三
第二編 國家	九七
第一章 國家之意義	九七
第二章 國家之分類	〇〇
第三章 國家之基本權利	〇五
第四章 國家之義務及責任	〇九
第一節 國家之義務	〇九
第二節 國家之責任	一〇
第五章 國家之主權	一四
第四編 權利及義務	一九

第一章	權利之意義	一一九
第二章	權利之分類	一二二
第一節	公權與私權	一二二
第一款	公權與私權之區別	一二二
第二款	公權之分類	一二三
第三款	私權之分類	一二五
第二節	其他權利之分類	一二六
第三章	權利之主體	一二九
第一節	自然人	一二九
第二節	法人	一三〇
第四章	權利之客體	一三二
第五章	權利之取得及行使	一三五
第一節	權利之取得	一三五
第二節	權利之行使	一三五
第六章	權利之變更及喪失	一三八
第一節	權利之變更	一三八
第二節	權利之喪失	一三八
第七章	義務	一四〇
第一節	義務之意義	一四〇
第二節	義務之種類	一四〇

法學通論

第一編 法學

第一章 法學之意義

何謂法學，論者不一其說。古時宗教盛行，故法學亦脫離不了宗教色彩。羅馬著名法學家猶卑尼安士（Ulpianus）對於法學之定義爲「法學者，神事人事之智識，正與不正之學科也」，（註一）難免有混同宗教法律爲一事之嫌，故無足取之處。荷蘭法學者格羅特氏（Hugo Grotius）則謂「法學爲從正義而生活之學」，（註二）未將道德與法律分開，且與法述（註三）混同，亦不能說明法學之意義。其後德儒尼布爾斯（Leibnitz）始倡「法學爲權利之學」，漸樹立近代法學之概念。惟權利與義務，是互相牽連的，有權利必有義務，絕不能專有權利而無義務。故如謂「法學爲權利之學」，不如謂「法學爲權利義務之學」，較爲準確也。蓋研究學問須有系統條理，研究法學亦然，故法學云者實爲關於權利義務有條理的研究之學科也。

（註一）參閱歐陽銓著法學通論第八頁，張映南著法學通論第二三一頁，劉子崧、李景禧合著法學通論第九頁。
（註二）法學爲法律理論之學，而法術則爲法律實踐之學。例如關於訴訟之手續，則全爲法術，而非法學也。

第一章問題

- 一、猶卑尼安士之法學定義若何？
- 二、格羅特之法學定義若何？

- 三、尼布爾斯之法學定義若何？
- 四、現在一般之法學定義若何？
- 五、試批評上述各種定義之優劣。
- 六、法學與法術有何區別？

第二章 法學之分類

關於法學之分類，學者間所採之方法甚不一致，有就時間而分，有就方法而分，有就範圍而分，茲分別述之如次：

(一)就時間而爲之分類：有些學者以爲法學之分類應以時間爲標準。質言之，即將法律學分爲三類：過去，現在，及將來是也。(註一)

甲、過去之法學一稱爲法律沿革學或法律史學，是就法學之縱的方面而研究之，換言之，即將關於法律歷來之制度及學說爲一有系統之陳述也。此外尚有一種歷史的法理學，(註二)其目的在求過去法律變遷之途徑及其因果關係，亦應包括在過去法學範圍之內。

乙、現在之法學一稱爲現實法學或實證法學，(註三)是就現在法律現象之共同原理加以研究，以闡明其作用也。現實法學依其範圍之大小，又可分爲一般法學與特別法學。前者如法學通論，是就一般法律採其共同原理而研究之，後者如刑法學，民法學，是就法律之一部門的原理而研究之。

丙、將來之法學一稱爲立法學，即對於將來法律應如何制定爲研究目的之學問也。惟依此項標準而爲之研究，又可分爲形式的立法學，實質的立法學，及社會的立法學三種。形式的立法學是研究法律之實施方法。實質的立法學是研究法律之實質是否適用社會之需要問題。至於社會的立法學，則在研究法律實施後之社會效果及如何實現吾人所企求之正當社會效果也。

(二)依方法而爲之分類：研究法學可分爲科學與哲學兩方面。其基於經驗而得者是爲科學，其基於思考而得者是爲哲學。故有許多學者主張法學應分爲法律哲學及法律科學兩種，分別說明如下：

甲、法律哲學。就法律之現象全體，詳究其基本與普遍之最高原理者，是爲法律哲學，其研究方法多側重

於哲理方面，而其目的則就國家，法律，及權利義務等主要觀念，詳察其變遷，比較古今學說之異同，以作窮理之檢討也。蓋研究之範圍有涉及一般現象而為一般窮極原理之研究者，是為一般哲學，例如哲學概論是也。同時亦有對現象之一部而於一部範圍內作詳細之研究者，是為特別哲學。法律哲學即特別哲學之一種也。

乙、法律科學。凡以經驗之方法，研究法學之原則或理論者，謂之法律科學。（註四）惟法律科學因其研究方法與使命之不同，亦可分為下列數種：

（a）法律史學。凡以研究法律學說及制度之沿革為目的者，謂之法律史學。惟法律史學亦有兩方面，一為法制史，即關於法律制度沿革之科學也，一為法律學史，即關於法律學說變遷之科學也。

（b）註釋法學。凡以現行法規之解釋適用為研究之目的者，是為註釋法學。註釋法學之功用頗大，故常占重要之地位。良以法律文字或理論之簡單微妙，毫釐之差，失之千里，且現在交通日便，一國之法制常不能不受他國所影響，故對於被繼受之法律尤有註釋之必要也。

（c）比較法學。比較法學是就各國各時代之法制作比較之科學也。比較法學為近代之產物，其效用亦甚大，蓋比較研究常能使讀者認識更明瞭更廣博也。例如對於各國憲法為比較研究者，是為比較憲法學。其對於各國之民法或刑法為比較研究者，則稱比較民法學或比較刑法學。

（三）依範圍而為之分類。法學因其研究範圍之廣狹而區分之，有一般法學與特別法學二種，述之如次：

甲、一般法學。凡研究關於法學全體觀念之學問者，是為一般法學。例如法學通論所研究者，為關於法學全般之基本概念，即是一般法學也。此種法學為研究法學必須經過之途徑，故凡研究法學者，宜循序漸進，首先研究一般法學，然後再從事特別法學之研究，始能有所成就也。

乙、特別法學。凡研究關於特殊社會的特種法律現象之學問者，是為特別法學。特別法學之種類不一，有關於民事上的，是為民法學；有關於刑事上的，是為刑法學；其他如憲法學，行政法學，商事法學等，均為特別法學。此種法學研究之範圍具有界限，故其研究結果，較之一般法學尤為週詳，為專門研究法學者所不可缺

之學科也。

(註一)詳見 Kocourek: Introduction to the Science of Law 第一章。參閱丘漢平著法學通論第七頁。

(註二)歷史法理學，英文名為 Historical Jurisprudence，其目的在求過去法律變遷之途徑及其因果關係，詳閱英文 Vinogradoff: Historical Jurisprudence，並參閱丘漢平著法學通論第七頁。

(註三)現實法學或實證法學，英文名為 Positive Science of Law，即研究現行法之意也。

(註四)法律科學與法律哲學，係對待名詞。其主要區別之點，一則重思考，一則重經驗。參閱歐陽錫著法學通論第一頁，劉子崧、李景禧合著法學通論第三十二頁。

第二章問題

- 一、何謂法律哲學？其所研究者為何？
- 二、何謂法律科學？與法律哲學有何區別？
- 三、何謂立法學？
- 四、形式的立法學與實質的立法學有何區別？
- 五、何謂法律史學？
- 六、法制史與法律學史有何區別？
- 七、比較法學與解釋法學之功用孰大？
- 八、何以研究法學應先讀法學通論？

第三章 法學研究之方法及學派

研究法學之方法，可別爲演繹及歸納之二種，茲分節說明如次：

第一節 依演繹研究法之學派

凡不基於事實之經驗，而以獨斷之理想爲根據而布衍之者，是爲演繹方法，依此研究法之學派，有純哲學法學派及自然法學派二種：

第一款 純哲學法學派

純哲學派之主張，認現實法學與法理學有截然之區別。法理學非實在之學，乃理想之學。非現實觀察，乃價值批評，故爲法律目的之學。茲將歷來純哲學法學派之學說說明如次：

(一) 希臘時代之法理學

法理學發源於希臘哲學，而法理學之特別哲學在此時尙未分化而出，惟一般哲學已有法理學的一方面，且於此方面相當注重而已。希臘哲學中，客觀主義與主觀主義早已對立。客觀主義主張正當行爲之客觀標準存在。主觀主義則主張客觀標準不存在，而正當行爲依人之選擇而定。此二主義在法理學的方面之應用，即理想主義與人定法主義是也。客觀主義之代表者爲畢達哥拿斯。畢達哥拿斯(Pythagoras)之根本思想，即在於認萬物之實體(或本質)存於數。故數之原理即爲事物之原理，依氏之見解，天體運行之原理，聲音之高低及音與音相調和之音樂原理，皆由此數學之概念發生，政治亦發生於數之原理。正當行爲自有其客觀標準存在，即所謂正義全爲算術之關係，以其在於「均分」「均等」是也。與客觀主義對立之主觀主義則謂任何物皆不實在，惟有發生與消滅而已。除變化一事外，任何物皆非永久的實在的。正當行爲無客觀之標準，惟依人之選擇而定。

此派學者可以赫拉克里托（Heraclitus）爲代表。主觀主義之傾向逐漸盛行，終達於詭辯派之極端。詭辯派爲個人主義者，主觀主義者。依彼等之見解，人各有獨特之認識事物方法。真具客觀的普遍價值之學問不能成立，惟有個人意見可以存在。勃洛達哥拉斯（Protagoras）常謂「人爲萬物之尺度」。此有名之格言即表示人各有其獨特之實在觀也。詭辯派否認一切客觀之真理，故又以爲絕對之正義不能存在。彼等以爲法律畢竟是相對的。是乃可變之「意見」之表現，乃「絕對權力」與「力」之表現。合乎權利者之意味，即爲正義。詭辯派在道德論方面爲懷疑論者。與其謂彼等爲建設者，不如稱爲破壞者。然彼等使人注意於人類所固有之問題，關於人類精神之問題。在此點上，確與吾人一大貢獻。彼等之擾亂人心，固屬確論，然其對於向所視爲當然而不致疑的若干問題，喚起批評之精神，實爲有價值之點。當時對抗詭辯派之偉大政敵爲雅典之蘇格拉底（Socrates）。蘇格拉底以一種獨特方法，進行其論爭。其方法爲何，即提出若干問題，對於作解答，由是引出種種單純之結論。彼對於詭辯派之領會萬事之自矜，稱之爲「不識」。彼就外觀上極單純而實際極困難之問題，對彼等發質問，以譏諷傷彼等之感情，蓋欲由此方法間接使詭辯派不能不與自己意見一致也。蘇格拉底將其研究集中於「人」之一點，近於詭辯派之學者，高唱人要「自知」，但其結論則與詭辯派之結論適相反。彼嚴別感覺與理性之分，認感覺是時常變的，不能與視爲萬人所必然共同之知識即理性之產物相提並論。於是蘇格拉底遂教人求客觀的「真」原理。氏又主張知與行，學問與美德，爲不可分之一體，因後者僅爲前者之適用，彼對於以上一般知識之見解，亦適用之於法律知識。法律之好壞，不能僅依個人私見之主張，應依客觀的理性爲評斷之標準。故彼對於詭辯派所輕視之法律則教人尊重之。不獨教人尊重成法，即對於道德上的規範亦應尊重。於是蘇格拉底表白對優越的正義之信仰，以爲凡不待成法之制裁與成法之形成而具拘束性之優越的正義，皆須信仰之。服從國家之成法爲市民經常之義務，且爲道德上之要求也。

繼蘇格拉底之後而爲希臘哲學開一新紀元者厥爲柏拉圖（Plato）其人。氏爲蘇格拉底之弟子，故對於其師之思想，以對話之形式述之。其對話篇乃描寫其師與詭辯派論戰之情形。故柏拉圖哲學體系之全部，外觀上似

爲蘇格拉底其人之體系，而實際上則仍爲柏拉圖自己之哲學體系。蓋蘇格拉底雖有深刻之哲學考察，但彼卻未創設自己之哲學全體系統故也。柏拉圖著述中關於法律哲學之範圍，其重要資料爲「國家論」「法律論」「政治論」三節所成之對話篇。其中最重要者，爲第一對話篇之國家論。彼在此篇內敘述其理想國家。柏拉圖以爲須在「國家」中認取正義。國家在柏拉圖眼中，可謂之一種大人。國家爲完全之有機體，完全之總合。國家爲由各個人所構成之全體，其爲組織體也，與人類之身體由各種器官所構成，全器官相合而維持身體之生命相同。無論在個人方面或在國家方面，須有調和之支配。是種調和，依德以達之，正義爲最高之德，因正義乃各部分間之調和關係也。正義要求人要注目於終極目的，進行自己之本分，柏拉圖取個人爲喻，將國家爲詳細之說明。彼以爲在個人有三種機能，即理性，勇氣，感覺。理性掌命令，勇氣掌行動，感覺掌服從，各有其機能。同樣在國家亦有三種階級之成立。賢人任命令，武士任社會防衛，勞動者爲國家服役。國家應由賢人所支配，猶如個人之爲理性所支配。在柏拉圖之國家概念上，個人的要素爲社會政治的要素而犧牲。在此概念上，所謂人各有其生來之固有權利之思想，絲毫未之或見。國家爲絕對的支配者。國家之權力無限制。在市民之個人意志上，不能見何物，一切均在國家之抑制下，猶如人身之各器官均爲理性所支配。柏拉圖又爲發揮政治的社會之能率，使成爲強有力之物，遂抑壓個人與國家間之中間團體。彼高唱廢止私有財產及家庭制度，以期完成一完全有機體之國家。柏拉圖之「法律論」爲較後之作，有與「國家論」不同之特質。「法律論」非如「國家論」之敘理想，側重歷史上的事實。在「法律論」，個人較之在「國家論」中受尊重。「法律論」中既不反對私有財產，亦不否認家庭制度。階級制度之成爲流動的，人民之選舉，官吏之責任等項之被承認，亦可謂爲彼之承認個人自由作用之表徵。但柏拉圖對個人雖爲某程度之讓步，而其理論之重心，卻仍在國家。分配財產及規定婚姻者爲國家。規定教育制度及宗教之儀式者，亦爲國家。柏拉圖對國家賦與教育之機能，以爲法應依彼治者之了解而強制之，法律中應附加說明法律目的之解釋。彼又以爲刑事法應具「矯正」之性質。彼視犯罪者爲病人，刑法爲治療犯人之手段。刑罰則爲治療之藥品。但社會亦因犯罪者而染病，故在謀社會安全之必

要時，即對於不能矯正之犯罪者之處理，應爲一般之福利而隔離之，抑制之。此氏對於「法律論」中之大概也。

亞里氏多德（Aristotle）爲柏拉圖之弟子，亦爲希臘之大哲學家，著有「政治論」與「論理學」等書。亞里氏多德亦如柏拉圖，認最高之善，是由德而生之福祉。國家并非單純之合意結合，乃必然之團體。國家非爲完成特定目的而造成之一時的社會，乃以德與一般之幸福爲目的之有機的完全結合。國家在邏輯上，爲先於個人而存在者，正如有機體之先於彼之各個部分而存在。國家依法律規定其市民之生活，個人之全部生活，須受法律之節制。蓋個人非屬於個人者，乃屬於國家者也。氏以法律之內容爲正義，乃對正義進行深刻之分析研究。依氏之見解，正義之原理，在於「均等」。第一、人與人之間須立於平等之地位，違反此項原則時，須予以糾正，即所謂糾正之正義是也。其次榮譽及財富之分配，須按各人之價值而受領其本分，即所謂分配之正義是也。亞里士多德深知以抽象之法律，適用於具體事由之困難。於是爲緩和正義之嚴格性，承認衡平之觀念爲法律適用之基礎。彼爲說明此概念，曾喻衡平於軟性物質所成之規矩。法律爲形式的，抽象的，故欲爲妥切之適用，必須乎適應環境，此適應標準即爲「衡平」。以氏觀之，衡平可達於變更法律之程度。氏對於其師柏拉圖廢止私有財產及家庭制度之主張，持反對之見解，認家庭爲男女，兒童及奴婢所成立，此乃由自然所成立之永恆存在之社會。由家庭之結合而生村落，由村落之結合而生國家。國家爲社會生活之最高綜合，但家庭及村落之中間團體，亦有存在之必要。在此點而言，亞里士多德比較柏拉圖近於實際，蓋彼重觀察而柏拉圖則重理想也。要而言之，柏拉圖及亞里士多德等希臘哲學之法理學的方面，實受下列三種思想所支配，即（1）審美心，（2）目的觀，（3）不自由意志是也。希臘哲學注重調和全部以完成一美術品，因此犧牲其分子而欲以同一模型構成之。國家乃此項美術品之一。其所體現之思想，即爲正義。而此正義非觀念上之正義，乃人情上之正義。國家爲人類之目的，故個人不問其意思之如何，必須爲國家之構成分子，以參加於此目的之完成。奴隸亦因此理由而承認之。至於法律，乃此觀念上之「必要」，當然存在。個人不問其意思之如何，必當遵守。是則