

法學通論

法學通論

編纂者

北平中國大學

日本中央大學

教員

法學士

郁嶷

夏勤

發行所

北平東四牌樓汪家胡同

朝陽大學

中華民國八年

(1919)

中華民國八年九月十日印刷
中華民國八年十月十日發行

版權所有
翻印必究

(定價大洋伍角)

編纂者

郁夏

嶷勤

發行所

朝陽大學出版部

印刷所

北京亞東製版所

寄售處

京外各大書局

濟學津梁

余燦昌題



序一

我國自改建共和以來。八載于茲。政變紛乘。訖無寧日。法治國之正軌。既不可得而見。卽憲政之幸福。亦渺不可期。推原其故。實由一般人民缺乏自治能力。政識曹闇。常爲武人政客所挾持。此國民教育所以不可無法政常識以陶鑄之也。同學郁子憲章夏子敬民。賦性孤介。不好徵逐。自頃同居北城。杜絕塵俗。朝夕潛研。陶然互樂。近以合編法學通論見示。屬爲弁言。余不禁有深感焉。郁子本博古通今之才。抱堅苦卓絕之志。曾任江寧地方審判廳庭長。迭主金陵瀋陽燕京各校法科講席。其言論風采之表現於各種新聞雜誌也。望之者莫不歎爲今之古人。宜其屢爲南北當道諸公所羅致。然又每有用不能盡其才之憾焉。夏子爲江南志士。游學東瀛。學行優美。常冠其曹。畢業首選。譽聞海外。歸國後。以其學詔後進。所成就者甚衆。凡京師各法政學校。無不有夏子講席焉。近復供職法曹。本其經驗。著指紋法一書。海內風行。歎爲創作。其學理經驗。兩俱淵富。實爲時賢中所不易覯也。二君造詣之深。其法學名著。已達于專門名家之境。顧惟汲汲以法學通論問世。先其淺者近者。而後其精者深者。蓋有見夫法政常識爲國民教育所不可少之學科。思有以啟其鑰而通其竅。以徐至夫廣大高明之域。法治前途。庶其有彳。其用心亦良苦矣。第法學通論之作。近人譯著不

下數十種。而擇其最適實用。可稱完全者卒鮮。是編詳明要約。辭旨雅馴。教科善本。得未曾有。行見洛陽紙貴。意中事也。余託同學舊誼。知之有素。故樂爲之序。

銅仁萬宗乾拜譔



序二

國人習性。喜徵逐。躡浮響。或枉道辱身以求榮。或縱情歌舞以隳志。自僻州陬壤至通都巨埠皆然。而京師爲最。余旅京三載。所接士夫。工語臚應。研精絲竹者。十嘗八九。而冥絕孤往。有志學術者。不一二覲也。同學夏子敬民。年少才俊。志守端直。處京師紛華之會。值政局擾攘之秋。而抗志千古。獨行踽踽。勵品竺學。殫心撰述。所著指紋法一書。本其經驗。宏闡理蘊。既爲海內所稱頌。而於刑法及刑事政策。肆力專攻。洞燭纖微。節解枝蒐。徵引精博。亦將以次餉世。世澆學喪。國亡無日。得夏子楷柱其間。庸能振聵發微。一闢榛蕪乎。余嚮昧款啓。又迫窮患。幽憂侘傺。學殖荒落。夏子顧引爲同調。辱與討論。邇者同居北城。罕接人事。抵掌盱衡。相約著書。彌月之間。遂成法學通論四卷。夏子蘊羅淵富。區區短簡。豈足盡其生平。余以疏陋。附名其間。實增慚懣。爰書卷首。以誌歉焉。抑以見夏子虛懷撝謙。不自封殖之盛德也。

民國八年秋九月

滎陽郁疑序

法學通論

緒言

法學通論云者。總闡法學之要義。示初學者以準的也。自世益進。碩彥輩出。鈞玄縉幽。覃究闡奧。洞徹真理。昭示來學。論旨精闢。度越前世。而法學之籍。聯軫塞尉。華顛老儒。畢生矻矻。尙莫能盡。高材之士。困發異思。輒取性所夙者。罷神以往。獨擅精英。騰譽一世。世至今日。是不獨法學有專門。而諸法之中。類別業分。亦各馳思於所欲焉。以自爲方。然其始也。非粗識大體。則無由進研邃密。此鈞元纂要。爲法學要旨之詮釋。有不能不資乎法學通論也。蓋登必自梯。行必由徑。去梯背徑。斷港絕潢。窮老莫達。初習法學者之於法學通論。亦猶是耳。日儒梅謙次郎曰。法律者。人類爲社會一分子。所不可不由之道也。西諺云。吾人生於法律。死於法律。動作於法律。管子曰。仁義禮樂。皆出於法。是法律者。與吾身爲緣。爲吾人日用倫常所不可缺者。凡屬橫目方趾。歸然以靈秀號於萬彙者。胥不可不考厥指要。以周旋社會。而無忝所生也。審矣。由是言之。法學通論。一方爲學者進攻專門之階梯。一方又爲普通人類所應具之常識。其宜羣稽而肄習也。灼灼然矣。

積人類而成社會。由社會而演國家。國家既立。法制斯起。政治以生。芸芸者衆。既不能離國家而獨立。則生斯國也。苟於國家之義何居。尙爾茫然。其去榛狉水化之民也幾希。故本書編纂次第。首論國家。

繼國家而起者。是曰法律。法律者。所以範制吾人外部之行動。齊其不齊。一其不一。抑強橫。扶羸弱。以維持國家社會之秩序也。國有常刑。犯者必懲。朝莫跬步。舉有法律繩其後。國俗境禁。遨遊所抵。且需聞問。烏有長蟄斯土。而於法律之謂何。費然茫然。能以遂其生存者乎。故次述法律。

法律所保護者是曰權利。人自呱呱墮地。卽具人格。爲權利義務之主體。洎夫漸長。權利之慾望盛。而藉法律爲保障之塗益廣。然而權利之觀念不明。斯行使之方術多慮。故法律意義既明之後。次論權利。

近世國家。號稱法治。法所由興。類緣於學。學術榛蕪。則法律終古無進步之望矣。故總覽古今。殿以法學。

從來編纂法學通論者。其詳略次第。雖各不同。然吾人擬就右舉四端。粗發其要。而法學通論之大體。庸或愒具。若夫探深研幾。窮涉浩瀚。是在學者之鑿而不舍矣。

法學通論

目錄

第一編 國家論

第一章 國家之意義

第二章 國家之發達

第三章 國家之目的

第四章 國家之分類

第二編 法律論

第一章 法律之意義

第二章 法律之特性

第三章 法律之目的

第四章 法律之分類

第五章 法律之成立

第六章 法律之改廢

目錄

一
一
五
七
一五
一一
三二
三六
三七
四四
四五

第七章	法律之解釋	四七
第八章	法律之淵源	五三
第九章	法律之適用	五七
第十章	法律之制裁	六〇
第十一章	法律之效力	六九
第三編	權利論(附義務)	
第一章	權利之意義	八三
第二章	權利之分類	八六
第三章	權利之主體	九九
第四章	權利之客體	一〇二
第五章	權利之取得	一〇六
第六章	權利之行使	一〇七
第七章	權利之變喪	一〇八
第八章	義務之意義	一一〇

第九章 義務之分類.....一一一

第四編 法學論

第一章 法學之概念.....一一五

第二章 法學之發達.....一一六

第三章 法學之分科.....一一九

第四章 法學之派別.....一一一

第一編 國家論

第一章 國家之意義

國家者於主權者之下以一定土地爲基礎而爲共同生活之人類團體也。茲分析闡明其義如次。

(一) 國家者爲共同生活之人類團體也。

國家以人類之團體爲其成立之要素。固無容疑。然但云團體將與社會同其義。而社會之爲物。不獨人類有之。彼下等動物如蟻蜂者。亦往往能團結爲一社會。故必冠以人類二字。始有以示其別耳。惟既因人類之團結而形成國家。則其人數之多寡。在所不計。法儒盧梭謂一國之人民。最少須在一萬人以上者。非確論也。現今若摩洛哥侯國。僅一萬三千餘人。聖馬利那共和國。僅九千五百人。仍不失爲國家。特以今日之世界。列強環伺。競爭迭起。苟非團結多數之人民。不足組織強大之國家。捍禦外侮。以自遂其生存耳。但此人類之團體。其集合也。若如飄萍游絮之偶相遭值。則不足以成立國家。必其團體共同生活於一定目的之下。其個人目的以外。別有團體之目的。而個人爲其分子。故又以能爲共同之生活爲要件也。

(二) 國家者以一定土地爲基礎者也。

國家之構成以土地爲其要素。近世始然。古代殊不爾也。茲略說明土地與國家之關係。以考見其發達之沿革。別爲三時期述說之。

(甲) 第一時期。此時期僅認人民及主權爲要素。而輕視土地。此其故。蓋以古代地廣人稀。凡土地之取得。至爲易易。其價值亦遠遜今日之昂貴。且當時足稱爲國家之完全團體。絕少。尤非如今日國際競爭。奪城侵地。據險設防。視土地爲拱壁。其不以土地爲國家之要素。固其所也。

(乙) 第二時期。此時期認土地與主權爲要素。而輕視人民。蓋自世運進步。由游牧而轉爲農業。耕耘盛行。土地之需用日急。甚且視爲生產唯一之要素。而經濟上之價格。遂以日高。又此時代。羣雄割據。互爭霸長。各據土地。爲其領土。視占地之廣狹。定國力之強弱。致一變向此輕視土地之思想。而認土地卽國家焉。彼人民者。則若不足輕重。一似國家唯一之要素。但有土地耳。考此時期。卽學者所稱公法私法混合時代。大君主與大地主。靡所區別。率土之濱。莫非王土。人民之耕種土地也。視爲自君主所租借者。其視天下爲一家之私產。與吾國秦以後之家天下。實罔以異耳。夫近世之國家思想。固亦視土地爲要素。然與此時

期則異其意。蓋國家之領土。不過由公法之關係爲主權行使之範圍。非如此時期視之爲財產。並生私法上所有權之關係也。

(丙)第三時期 此時期認土地人民主權三者爲要素三者之間無所偏重。雖以土地爲國家之要素。然僅以之爲主權行使之範圍。凡在一國領土之內者。不問內國人外國人均宜服從其國權。而毫不屬以私法上之觀念視之爲所有物也。然近世此思想之變化。亦大有故在其一。爲經濟上之變動。其他則因法理學上之進步。所謂經濟上之變動者。卽因近世科學之進步。促各種之發明。器械工業。一時鼎盛。土地之外。復認資本勞力爲生產之要素。且因亞美利加大陸之新發見。土地供給一時大增。土地之價格。又復遜昔日也。所謂法理學上之進步者。卽公法私法之觀念大明。一國之統治權與地主之土地所有權不同。君主非最大土地之所有者。遂以豁然。土地主權人民三者共爲國家之要素。乃爲近世學問之定論矣。

(三)國家者以主權爲要素也。

有人類與土地。尙不足以構成國家。蓋彼社會者。亦曾具人類土地二要素。苟國家僅以具此二要素爲滿足。則奚以別於社會。故必益以主權。美儒柏哲士曰。主權者對於人民。或人

民之團體絕對無制限之權力也。日儒寬克彥曰：國家之主權，因有國家而存在，而國家者，又因有此主權而存在者也。蓋人類之由社會演為國家也，皆悚於外界之侵迫，個人自由之太伸，不足以久安而長治，乃相與組織國家，制為條教號令，以鈐束各個人外部之行動，而主權以生。國家以立，人類安寧，遂以益固，使去主權，則條教號令罔所出，而個人之自由破藩決籬，將靡所制，浸且返於人類原始社會之狀態，而國家以裂矣。此主權與國家之關係，所以尤為密切也。

或有於以上所舉之三要素外，復於人類團體之上，加以繼續存在之限制者，此其主張之理由，則以人類之性質最靈，苟一旦慣於國家之生活，後此必益圖繼續之。雖世態萬變，興替不恆，國家間有倏遭滅亡者，然不浸久，國家狀態，必仍回復，且以今世國際競爭之劇烈，自斯以往，凡號稱為國家者，脫非繩繩繼續，尤不足以安內治而攘外患也。雖然，橫矚古今東西之歷史，凡國家之存在，其能永遠繼續者，藐焉無幾。蓋國家之盛衰興亡，至靡恆常，彼歷史之所以語吾人者，既昭然可考，則將來之跡，夫亦可以類推矣。然則彼以繼續存在為國家成立之要素者，又何其與歷史大相刺謬耶？或又謂凡國家當其成立時，其目的必期久遠，非如彼私法上之公司，自其始創時，即以二十年或五十年為存續之期限者。蓋國家

未有不希冀其能永久繼續者。卽其性質上。亦不能預定時期。唯以歷史上之事實。偶然反其當初之豫期。致來滅亡之慘耳。循茲以談。是國家與彼私法上之公司不同。應以含有繼續存在之性質爲至當也。此其說固不無一而之理。然國家成立之要素。宜根據歷史上之事實。今覽歷史上之事實。既無永久繼續存在之國家。則不得視爲國家之要素也。審矣。夫國家之目的。與其希望。固皆以能永久繼續爲美滿。然所謂目的希望者。不過一馳空之理想。何當實際。且果如論者所云。則今世之國家。鮮能具此要素者。皆將不得謂之國家耶。

第二章 國家之發達

莊周曰。作始也簡。將畢也鉅。社會演進之理。本隱之顯。由單趨複。蟬蛻以往。錯綜萬緒。而原其始終。未嘗無本末之可尋。執微概著。稽厥變遷。誠研學者之所有事。本章闡述國家之發達。亦若是已。總考國家發達之跡。得析爲四期。聊叙其略。陳於後方。

第一期 孤立時代

洪濛之初。人文未啓。羣居野處。家各孤立。一家之間。各戴家長。督率羣從。母權父權。於以產生。家族但服從其家長權。而各家之間。散沙游徙。絕無關聯。亦不統一。各自本其天稟之能。恣放無紀。競不虛生。蓋太古荒陬之氓。醉生夢死。窮老不相往來。而社會醞酢周旋之儀。無