

法學通論

民國十九年出版

法學通論

龔道人題



法學通論編輯大意

一 本書于十九年一月最新編著。取材於日本法學博士中村進午所著法學通論。而又參攷各書及吾國法律。以求適用。

一 我國法律除一部分外。大概均已頒行。凡已頒行者。則從其法律。未頒行者。則依據大理院及司法院解釋例判決例爲準。

一 吾國今日尙無憲法。故卽以國民政府組織法代之。

一 吾國地方制度。已經政府頒行。本書皆一一根據法令編纂。

一 刑法民法及訴訟法等。條文繁多。勢難一一列舉。僅舉其原理原則。餘從略。

一 本書所用法律名詞。皆根據現行法令及曾見於解釋例及判決例者。

一 本書專備黨員法學家以及有志文官考試者研究之用。

一 本書材料豐富。敘述淺顯明白。法政學校及中學校學生。采作課本。尤爲相

宜。

本書體例。編制新穎。綱舉目張。一覽瞭然。舉凡各界民衆。亦宜手執一編。藉以充實其最新普通法學知識。

本書急于出版。爲時匆促。遺漏之處。在所不免。深望法學通儒。有以指正之。

最新法學名著
法學通論目錄

上 總論

一 法學	一
二 法學通論	一—二
三 法律	二—一六
法律之字義	——法律之發生——法律之目的——法律與道德——法律與經濟——法律與宗教——法律之效用——法律之成立——法律之消滅	
四 法律之分類	一六—二七
總說	——成文法與習慣法——國內法與國際法——固有法與繼承法——普通法與特別法——強行法與任意法——實際法與程序法——公法與私法	
五 法律之淵源	二七—三四
何謂法律之淵源	——習慣——學說——條理——條約——判決例——外國法	
六 法律之效力	三四—三八
何謂法律之效力	——關於時之效力——關於地之效力——關於人物及事之效力	

七 法律之解釋……………三八——四四

 汎論——學理解釋——強制解釋

八 法律之制裁……………四四——四九

 何謂法律之制裁——公法上之制裁——私法上之制裁

九 法律之執行……………四九——五〇

 執行之機關

一〇 法律上之權利及義務……………五〇——六一

 權利之性質——權利之種類——權利之主體——權利之客體——義務之觀念與種類

一一 法律學……………六二——六八

 法律學之界說——法律學之分類——法律學之派別——與法律學有關係之學科

下 各論

一 憲法……………六八——七七

 憲法概論——五權憲法——全民政治——憲政開始前之訓政時期——憲政時期

二 法院……………七七——八〇

 何謂法院

三 行政法 八〇——九八

行政法總論——官治行政——自治行政——行政訴訟及訴願——行政行為——行政各論

四 刑法 九八——一〇九

刑法之觀念——犯罪之構成——犯罪之種類——刑罰之意義——刑罰之種類——刑罰之消滅——緩刑及解釋——各罪之規定

五 民法 一一〇——一六三

何謂民法——總則——債——物權——親屬——繼承

六 商法 一六三——一九〇

商法概論——商人通例——公司法——商行爲——票據法——海商法——保險法

七 民事訴訟法 一九〇——二〇一

總論——法院——訴訟當事人——訴訟程序——通常訴訟程序——特別訴訟程序——強制執行

八 刑事訴訟法 二〇一——二二三

總論——法院——訴訟當事人——被告之逮捕收押及搜索——公訴——自訴——裁判——上訴——非常上訴——再審——執行——附帶民事訴訟

九 國際公法 二二三——二二六

何為國際公法——平時國際公法——戰時國際公法

一〇 國際私法…………… 一二六 一三〇

國際私法之意義及性質——國籍法——法律適用條例

法學通論

上 總論

一 法學

何謂
法學

何謂法學。卽關於法律上之學問是也。夫法之爲義。卽爲準則。實言之。卽對於一定之原因而生一定之結果是也。然本書所言。其意義稍狹。所謂法學。不過指國家之法而言。國家之法者。卽國家團體生活一切行爲之準則是也。學之爲義。在異中求同。散中求整。故法學者。卽關於國家團體生活一切行爲之準則。於異中而求其同。散中而得其整。使不至茫無頭緒。陷於錯誤是也。

二 法學通論

何謂法

學通論

法學通論者。關於法律學問上普通之知識。而加以研究也。換言之。即提供法律學問研究上必要之普通知識。以敘述之是也。敘述之方法有二。先之以法學原則。將法學全體貫通之聯絡之。使人曉然於法學之基礎。蓋即法律哲學也。繼之以法律各部分之分類解釋。將各法大略說明。使人曉然於各法之應用。蓋即法制大意也。不總其成。無以窺法律之門徑。對於法之本體。茫然不解。不分其類。無以得法律之精神。對於法之應用。並無所得。故必二者盡備。而後能通其全體。會其大要。是故研究法律者。必先精通法學通論。而後能逐步研究。以求其精。苟不然者。如樹之無本。水之無源。徒得其一鱗一爪。決不能貫通融會。故法學通論者。實為研究法律學者之敲門磚。不可以其近而忽之也。

三 法律

法律之字義

何謂法律。據爾雅所載。「法常也。」「律法也常也。」是法

律者。卽常道之義。蓋卽第一章所言準則之義也。其在積極方面。則爲使人爲善。處處以法爲行爲之準則。法之所允許也。則努力以爲之法之所必禁也。則努力以避之。其在消極方面。則爲禁人爲惡。故古代先哲皆以政刑並舉。禮法並行。政與禮則偏重於使人爲善。而刑與法則偏重於禁人爲惡。尙書言「作五虐之刑曰法」。蓋卽重在消極方面矣。至法與律之區別。在今日已全泯滅。而在古代。則法與律似同而稍異。法則使人爲準則。而律則專以詰姦禁暴。於相同之中。稍顯其不同。故歷代法律。大概不稱法而稱律。惟至最近。則以律之範圍稍狹。凡一切法律。皆概稱法而不稱律。以法專在詰姦禁暴。而法則兼含積極意義。可以使人取爲準則也。此卽法律二字之字義也。

法律之發生

法律之發生。唐柳子厚封建論中已言之矣。卽「告之以直而不改。必痛之而後畏。一既痛之而後畏。於是不得不有刑政。是卽法律之所由來也。然不教而殺。謂之虐。故又不得不定爲準則。以使民曉然。凡法

律之所禁者。犯之則刑。是卽法律之所由發生也。春秋時鄭子產鑄刑書以誥國人。是其先例。而漢高祖入關。與秦民約法三章。亦卽頒布法律之權輿。不過古代以君主專制爲政體。大權悉操於一人之手。得以個人之意思。變更法律。所謂順吾者生。逆吾者死。法律之神聖。不敵一人之喜怒。甚之朝令而暮更者。因是法律等於虛文。而民莫知其所從。然如此者。國必亂。故自戰國以迄清季。言法治者。皆竭力思申張其法律之權力。不使君主個人所能左右。而歷代所播爲美談者。亦唯以奉公守法爲尙。蓋法律定而後人民有所準則。若者宜爲。若者不宜爲。秩序整而民心一。得以維持一國之團體生活。不致散漫而無系統。昔人有言曰。「刑名者與天地俱興。法令者與風霜並用。」誠哉其然也。故法律之發生。可云與人類以俱來。因人類各含有利己心。有利己心不免卽有損人心。有損人心卽不能無爭。使無一定之法。則以制限之。則弱肉強食。國家之安寧秩序。將一日不可保。故「告之以直而不改。必痛之而後畏。」而法律於以發生也。

法律之
目的

法律之目的。在保護國家之秩序。安寧。國家之生存。而其先則在保護各國民個人之利益。蓋國家者。由國民構成者也。國民個人之利益不能保。則國家亦當然隨之以俱廢。故法律之目的。其至要則在安寧。國家。而其着手則在保護個人利益。凡個人利益有衝突者。則以法制裁之。使之各得其平。不至任意奔逸而靡所止。實言之。法律之爲物。一方爲保護人之自由。一方亦卽束縛人之自由。良藥苦口利於病。法律卽苦口之良藥也。例如傷人者。抵罪。一方保護被傷者之自由。使之無人再敢傷害。一方亦卽束縛行凶者之自由。使之受相當之痛苦。韓非有言曰。「家有常業。雖飢不餓。國有常法。雖危不亡。」孟軻亦以「上無道揆。下無法守」爲亡國之兆。誠然欲保護國家之秩序。安寧。國家之生存。舍法外別無他道。而其先則在保護構成國家分子之利益。使之不至衝突。以相率而趨於一途。然後國家之秩序得以保護。國家之生存得以安寧。此卽法律之目的也。

法律與
道德

法律者。使人爲準則者也。含有積極消極兩方面之意義。然其極也。大多偏重於消極方面者爲多。而積極方面之作用。全不在

法律而在道德。古人曰：「禮施未然之先。法禁已然之後。」故吾國儒家多以曲突徙薪爲上策。而主張偏重禮治。孔丘曰：「道之以政。齊之以刑。民免而無恥。道之以德。齊之以禮。有恥且格。」又曰：「聽訟。吾猶人焉。必也使無訟乎。」是卽禮治之主義也。故刑不上大夫。禮不下庶人。認法令爲制治之具。而非制治之本。且王道不外人情。凡法之所禁。必爲道德之所不容。而道德之所許者。亦必爲法律之所不禁。蓋兩者之目的相同。皆爲保護國家之秩序安寧。國家之生存也。故有認法律道德爲一物者。亦有認法律與道德爲二物者。亦有認道德爲積極的準則。法律爲消極的準則者。亦有認道德爲內部的強制。法律爲外部的強制者。更有認道德爲社會的制裁。而法律爲國家的制裁者。要皆有理可通。有說皆解。而不容輕易非難。然以實際言之。皆各有所偏。而未必全中於理。蓋道德有時能與

法律相一致。且法律即從道德而生。而以性質不同之故。亦有法律與道德互相抵觸者。而其最顯者。法律重意思。更重行爲。有意思而無行爲。法律全然不問。而道德則重行爲。更重意思。即並無行爲。苟有此意思者。道德即不予以曲恕。此即法律與道德顯然不同之點也。又如法律首重權利。先規定權利一方。然後再由反面以規定義務。務使權利與義務。成平等相互之關係。而道德則專屬於義務之一方。對於權利。絕然不問。故有以兄弟讓產爲美談者。以博施濟衆爲佳事者。此又法律與道德顯然不同之點也。至其效用。則法律爲國家之規範。有強制性。凡爲國民者。皆有絕對遵守之義務。違之者。處以懲罰。而道德則僅爲社會之規範。在形式上。絕無強制性。縱有觸犯。亦不過喪失名譽人格及信用。而不受國家之懲罰。故法律之主要目的。全在保護國家之秩序。安寧。國家之生存。而道德則重在完成個人之人格。維持社會之風化。其無形之制裁。有時雖較任何法律爲嚴。足使犯之者。終身不齒於人類。不容於鄉黨。然普通計算。其效力究不若法律。

之尊嚴。足以使人知所畏懼。此又法律與道德顯然不同者也。且有法律與道德兩相背馳者。一方爲法律之所許。而一方不容於道德者。以刑法言。如刑法第三十七條。載「因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危險。而出於不得已之行爲。不罰。」是卽大反於道德。使以道德上言。則殺身以成仁者有之。未聞損人而利己也。孟軻曰。「生吾所欲也。義亦吾所欲也。二者不可得兼。舍生而取義者也。」是知道德上之極則。與刑法第三十七條相較。自可見其不同之點。再以民法言。民法總則第一百二十五條載「請求權因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者。依其規定。」第一百二十二條載「利息紅利租金贍養費退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權。其各期給付請求權。因五年間不行使而消滅。」第一百二十七條載「左列各款請求權。因二年間不行使而消滅。(一)旅店飲食店及娛樂場之住宿費飲食費座費消費物之代價及其墊款。(二)運送費及運送人所墊之款。(三)以租賃動產爲營業者之租價。

(四)醫生藥師看護生之診費藥費報酬及其墊款。(五)律師會計師公證人所收當事人物件之交還。(七)技師承攬人之報酬及其墊款。(八)商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價。第一百四十四條載「時效完成後債務人得拒絕給付。」第一百五十一條載「爲保護自己權利對於他人之自由或財產施以拘束押收或毀損者。不負損害賠償之責。」是種法律。又與道德絕不相容。在道德上則負債必還。無所謂時效。對貧困者應予以救卹憐憫。不應加以逼索。然在法律上。則唯以保護權利爲主。對於債務一過時效而卽消滅。不妨拒絕償還。對於債權。則不妨於其自由及財產加以拘束押收或毀損。是又顯然法律與道德相背馳。其準則並非一致。此外亦有爲道德所許而爲法律所禁者。例如見垂死之人而予以麻醉劑。使之速死以減少痛苦。此在道德上毫無問題。且不妨美爲惻隱之心。而在法律上則或者構成殺人之所爲。是又道德與法律不相容之點也。是故法律與道德。雖同出於一源。同爲保護國家之秩序安全國