

法學通論講義

法學通論

張文伯編

第一章 法學之意義

人類為社會的動物，故不能不營共同生活，為維持其共同生活起見，必須有一定的準則，以規律各人之行為，保持其團體之秩序，否則各人互相侵害他人之利益，以求自己之滿足，則人與人間，爭鬥不絕，而團體之安寧之秩序，亦必隨之而破壞，雖欲維持其共同生活，而其道未由矣。是故人類間苟能形成一種團體，則必有維持其共同生活之一定的準則，存乎其間，古昔此等準則純屬於宗教道德等之規範的法則，及文化漸進，人類之團體，遂成為國家，而漸發生法律之觀念。法律亦屬於規範。



的法則之一，而為營國家的共同生活者，所必不可缺之要件。法律之研究漸盛，于是乎遂有系統的法學，故法學比較的屬於近世人類之生產物。囿于法學之定義，其說不一。有以為正不正之學者。有以為法學者乃遵從正義以為生活之知識也。而近世之 *thinking*，則謂法學為權利之學。茲就吾人所信為正當者言之，則法學者，囿于所有法的現象之系統的，普遍的，合理的，知識之全部也。

故法學者，即以法律為研究之對象，而其知識，乃系統的，而非斷片的，乃以一定之方法，研究法的現象，而其結果，乃有秩序的組織，且貫通一般的事實，以求得其要素，非偏頗的，而為普遍的，尤不能以想象所得

為研究對象。須依據經驗所以之材料

之材料，加以合於思維之法則所用之推理法，以探求之者也。

第二章 法學通論之意義

法學通論者，以提供法學研究上必要的準備的智識為限度，貫通法學全體之原理原則及其實際，而與以系統的說明者也。

學問為精密而有系統的智識之全部，而非斷片的智識之集合，其間自有一定之組織體系，使其各部分互相聯繫，成為一體。故治學者首須明其綱要，知其大体，了然於其原理原則之所在，而後乃漸及各部分之細目，而為精密的考求，庶無躐等之嫌，而免偏于

一方之弊，此種貫通法學全體之共通的概念既明，然後乃有系統的知識可言也。

法學通論之目的，既在修得法學研究上必要的準備的知識，而法學與人類社會的生活，實有密切的關係，故欲研究法學，必須以錯綜複雜之人類社會的生活為研究之對象，且不能以一方面之觀察為滿足，更須從各種之立足點，以行綜合的觀察與思索。由是言之，則欲尋求以法的現象為研究之對象之法學的知識，非就其他各種之社會現象，研究一遍不可。故法學通論為法學研究上必要的準備的知識，而其他之社會科學，如社會學、經濟學等，復為治法學通論者之必要的準備的知識也。

從來法學通論，往往以其大部分羅列法律學之各分科細目，而加以或繁或簡，不得要領的說明。乍視之宛如一種殘缺不完之法律學縮寫圖，復似一部草草集成之法律^學專門語辭典，甚無謂也。故本講義除理論方面力求清明曉暢而外，對於法律學各部門之實際，則僅就其性質，並其相互的關係，加以討論，即涉及內容時，亦不過啟示戶庭，俾便學者將來之按戶尋求，不致迷失道途，而知極其所欲往而已。

第一篇 法

第一章 法之觀念

一 法則

大而日月星辰之運行，春夏秋冬之來去，小而金石草木之變化，禽獸魚介之生滅，雖其間萬象雜陳，紛然並起，然宇宙間所生諸般之現象，莫不具有一種法則，而隱然支配于其間，此不獨自然現象如是，即社會現象亦復如是，因因果進行，有一定之順序，故秩序遂由是而生，棄異求同，而法則乃定。所謂法則云者，即指事物中共通的秩序而言也。

通常將此種廣義的法則，分之為二：即自然的法則與規範的法則是也。前者僅就事物之由來，加以說明而不能付諸善惡邪正之評價。後者則為吾人之行為，意思，感情，欲，達到正當的目

的時，所當服從之軌範也。例如不食則感飢，刺肉則感痛，合輕養二素而成水，燃燒木材則發光熱，此為必然的結果，其是非善惡，非吾人所得而左右，是為自然的法則。至於倫理，宗教，禮儀，法律等，則屬於規範的法則。吾人生息於地球之上，而營國家的社會的生活，其個人決不能離却社會國家而孤立存在，必成為社會國家之一員，而為其組織中之一分子，其間苟無一定之法則，以維持秩序。則其社會國家，必不能成長發達而進於光明幸福之域，此規範的法則之所以有存在之必要，而吾人之服從之者，亦即所以謀自己之利益也。

二 法之定義

今日以前，對於法之觀念，其說不一，有以為神意者，有以為君主之命令者，有以為正義之表現者，有以為人民之契約者，大都屬於討論法之本質，而為法律哲學上之問題，此處姑存而不論，第述其變遷進化之大略，以便易於領會而已。

人類對於法之觀念，雖紛紜無定，然自其趨勢言之，則由他主的觀念，而漸進於自主的觀念者也。換言之，即謂法在外部，而束縛吾人之自由，支配吾人之行為者，為他主的觀念。謂法即在我，因其出於吾人之意思，故吾人當遵守者，為自主

的觀念。試觀由外部之神意，或君主之命令，以漸進於民約，而歸宿於人民立法，從可知其不誣矣。茲就吾人信為正當者，作法之定義如左：

法者，國民所承認為國家生活之規範的法則，而依社會力担保其共同遵守者也。

△法者，國民所承認者也。

規律吾人行為之法則，雖有種種，然非得國民之承認者，則不得稱之曰法。凡成為一國民者，自必有其共守之法，此處之所謂承認者，不僅指制定法而言，無論其承認之方法為直接的，或間接的，抑為積極的，或消極的，均可不問。

，第須為國民所承認者耳。如由國民之慣習，而發生法的確信，則其慣習法，即係由國民消極的承認而生之法也。

曰法者，國家的生活之規範的法則也。

人為社會的動物，決不能孤立而存在，必須營社會的國家的共同生活，方能達其生存之目的。然吾人在自然狀態之下，原屬自由平等，而其利己心，亦極強烈，設其間無一行為之法則，以定各人利益主張之界限，則人我之利益主張，將發生衝突，而爭鬥不絕，所謂社會的國家的共同生活，即末由維持矣。故人類欲達其生存之目的，不能不營共同生活，而欲令人類

之共同生活，得一安全的保障，不能不於國家狀態之下，作成一維持共同的秩序，規律國家的生活之法則，其所以稱之為規範的法則者，以此等法則，原出於人為的，而用以作人之行為之準則，蓋所以別於自然的法則也。

C 法者，依社會力担保其共同遵守者也。

人類營社會的國家的共同生活，因欲維持其秩序，不能不有規範的法則之存在，既如上述。而欲達到此種維持秩序之目的，尚須假借一定之力，以為遵法之担保，因人類之利己心，至為強烈，若徒有法，而對於違法者，不能加以何等之制裁，則各個人將因追逐其自己之利益，雖破

壞秩序，亦不復有所顧慮，純至法律亦成為有名無實之具文矣。人類當構成社會之際，即發生一種統括社會之原動力，此種力量，非構成其社會之各個人之力，乃綜合個人之力而成者也，是為社會力。亦曰社會的合成意力。或稱之為社會的意識。社會的傾向。雖係由構成社會之各分子之力而來，然已綜合之而具有一種別個獨立的性質，法之效力，即由此種社會力，以為之保障者也。

第二章

法與其他之規範的法則之關係

法為規範的法則之一，而非其全部，維持社會之秩序，除法之外，尚有賴於其他之規範的法則，如道德、宗教、禮儀等，亦同為人類行為之準則，而人類社會，固隱然

受其支配者也。以次述其性質之同異。

一 法與道德

法與道德其本質俱原於社會的意識，兩者之關係，至為密切，然其領域，則有共通的，同一的，亦有特殊的，專有的，不必始終一致。例如禁勿殺人放火，則為兩者之所同，而殺敵人於戰場，或焚毀敵國之防禦物，則為法之所不禁。世運日進，兩者之差異益多，從來關於兩者之區別，學說頗夥，然尚未能得一妥當的解決也。茲為列舉其說，而大別之為三種如左：

第一說 法依主權之力，以強制其遵守，而道德則依良

心之力，以維持之者也。是說以主權之力，強制其遵守與否，為法與道德之區別。大體言之，固為正當，但精密觀察之，則仍不免於誤謬。例如國際法，本為國家間之規約，國家既為最高之主權者，即令一才有違反規約之行為，亦決不能以他一方之主權，而強制其遵守也。

第二說 法由國家所制定，而道德則基於人類之確信而發生者也。是說祇知制定法為法，而不知慣習法亦為法，道德固基於人類之確信而發生，而慣習法亦係由人類之慣行之法律的確信而發生。循是言之，則國家之制定與否，殊不足為兩者之區別，而人類之確信，又不僅可以發生道德並可成為法也。

第三說 法僅支配人類外現之行為，而道德則規律人類內在之意思者也。法律制其外，道德律其內，其說甚近是。然人類外現之行為，往往有為法律雖在所不禁，而道德則不能容者，又內在之意思，固不能與外現之行為，全無交涉，例如故殺與誤殺，其行雖一，而其罰則殊，是法律亦未嘗不顧及內在之意思也。

第四說 法之目的，在維持國家的生活之秩序，而道德之目的則在完成個人之人格。國家的生活之秩序，固賴法律以維持，而道德與國家的生活之秩序，亦不能全無關繫，因道德不獨為個人的，同時復為社會的，集團的，其於國家的生活，與法律同為重要的規範也。

以上四說，既俱欠妥當性，然則法與道德相區別之標準何在？以下當就其所信，分為兩點而敘述之。

(一) 國家以法之存在為前提，而法復以國家之存在為條件，因國家為國民組織而成，法既為維持國家的生活之規範的法則，故必須得其國民之承認，然後始能發生効力，而具強制性，其違法制裁之最終的判定，則委之於國家。道德之目的，在完成個人之人格，時或與社會發生關係，然不道德之制裁，則委之於個人的良心，或社會正義的觀念，其制裁恒為個人的，社會的，而國家不與焉，此其一。

(二) 法以權利者之方面為主，先規定權利之方面，然後令立於反對方者，負一定之義務，所謂相互的，而非