

法學通論

法學通論

益陽 胡挹琪 編

第一編

第一章 法學通論研究之方法

法學通論者。研究關於法律學問之全般之義也。英國語謂之「エンサイクロペチアオ
フデユリスブリウデンス」者。繹其意義。蓋言於一瞥之下。有全部總觀之法律之智識
者也。吾人研究法學通論。有不可不併用之兩個方法。一則就普通一般之法律。通同研究
其原則。一則於特殊之法律。一一窺知其概要。是也。使分別各科。逐一以研究特殊之法
律。而乏通曉法律全體之智識。則僅知細目之密。而其失有遺漏綱要之虞。或僅於法律學
之全體。爲總括的理會。而對於各別特殊之法律。不知其細密。則有遠於實用之慮。故欲研
究法學通論。以爲從事法律學之階梯者。須併用以上所敘之兩個方法也。

於兩方法中。對於後者一方法。爲日本所最注意者。現行之法律規則也。就中舉其重要者如左。

憲法(明治二十六年二月十一日發布)

皇室典範(同)

刑法(明治十三年七月第三十六號布告十四年一月一日實施)至今改正四次

民法(明治二十九年四月法律第八十九號三十一年七月十六日實施)

民法施行法(明治三十一年六月法律第十一號)

商法(明治三十二年法律第四十八號三十二年六月十六日實施)

商法施行法(明治三十二年三月法律第四十九號)

刑事訴訟法(明治二十三年十月法律第九十六號)

民事訴訟法(明治二十三年三月法律第二十九號)

裁判所構成法(明治二十三年二月法律第六號)

府縣制(明治三十二年三月法律第六十四號)

市制町村制(明治二十一年四月法律第一號)

陸軍刑法(明治十四年十二月第六十九號布告)

海軍刑法(明治十四年十二月第七十號布告)

國籍法(明治三十三年法律第六十六號)

戶籍法(明治三十一年六月法律第十二號)

徵兵令(明治二十二年一月法律第一號)

譯法學博士中村進午講義

第二章 法學通論爲國民教育必要之學科

法學通論之學科。關於法律現象全體之知識。以使窺法學全部之大綱爲目的。欲專攻法學者。先明法學全體之意義及其性質。然後進而用力於其全部。且爲各部精細之研究。不待言矣。今特欲一言於茲者。謂今日之國民。必不可不究心於法學通論也。在古之人。謂法律祇君主役人。用之以治民者。而國民則不要知之。不獨不要知之而已。且以爲法者不可使民知之者也。蓋其時民若知法。則利用法以爲奸惡。其結果或爲難治之民。故治者甚不

樂被治者之有法律知識也。迨其後個人之知識進步。知國家及法律。皆爲人民而存在者。此說盛行。知法所以謀人民之安寧幸福。人民進而自守其法。凡法之所命。有遵行之而不可或違者也。此何故哉。先使民熟知有法。所以能依法以履行國民之義務。至是知法學者爲一般國民必要之前驅也。最後至於今日。一般之思潮。認國家法律。當與人民有特殊共存之現象。且法律於一方面雖有限制。人民得認自由活働。爲自然之條件。人民之自由活働者。爲人間本來之自然。特利用國家之自然現象及法律。故能達自由活働之目的也。

夫昔時人民之精神。未及十分發達。或利用法以爲行惡之具。或以爲無責任行爲之利器。故治者相戒不教之以法也。由是被治者不知法。弗克自由於法律之中。是謂失主觀的自由。活働而治者正幸民不知法。乃能以法束民。且得自由於法律之外。是謂得主觀的自由。活働。自一般國民觀之。則謂爲客觀的自由。活働。在當日治者所以爲被治者計。客觀的自由。活働也。國民一般客觀的自由。活働者。爲少數人士主觀的自由。活働。而爲多數人民主觀的不自由。活働之狀態也。今日之狀態則異是。國民一般法律之知識。伴於精神的發達。

而來。雖使利用之以獨立獨行。人民不復如以前。利用法爲無責任之行爲。及爲背德之活働。然則今日之國民。一變而爲主觀的自由活働。由使國民一般客觀的自由活働。達於極盛之風潮爲之也。於是知法之爲用。當以智德爲基。惟無欠於德義心及智識之一般國民。可利用之爲其自由活働之具。卻非依此法以束縛自己之自由活働也。換言之。法者爲自己之自由活働。外部的範圍。有此外部的範圍可據。各自於社會中。得真正的自由活働。確定其能保全者也。法者祇爲國民之安甯幸福。認各自於範圍中。有種種之活働。非命國民於範圍以外。各任爲種種之活働者也。故不知法之爲何物。我不能利用之。我卻被束縛於法。不知法之爲何物。我不得自由活働之範圍。卻宜失自由活働之範圍也。

今日之國民。苟受普通教育。於德義心智力等。充實而無所欠缺。固知法者極爲其本來自由活働所必要也。欲知法之爲何如者。必不可不知全體之精神。第除法學專門者外。一國民般。各自急於業務。而無研究法律於精密之餘地。故用力雖少。祇於法學全體精神之大要。不可不辨。因此特簡明授與以必要而且卑近之知識。能通法學全部爲目的之學科者。法學通論也。是法學通論者。乃國民教育所必要之資料也。

譯法學博士寬克彥講義

第三章 法律之字義

法律之字義。必明其本來所由生。法之爲訓。示事物標準之義也。從文字之形解之法者。有如水去之意味。明言其使得公平者也。或曰法之文字。其初作法。法者。食惡夢之獸也。雖其眞僞不必群。要含有懲惡之義焉。律之爲訓。示整頓事物不調之義也。如彼音律。言有整音之意味。而於法律之熱字。當亦不外用此意義云。

法之文字。在中國起源。蓋用之刑罰法者也。觀尙書云。作五虐之刑曰法。意義可知。厥後魏之李悝作法經六篇。漢之高祖約法三章。皆刑罰法之規定也。在昔日本。雖有聖德太子之憲法。與今日之所謂法律。相異殊多。甯謂之爲道德上之命令。其後如大寶律令。如養老律令。不用法之文字。要亦不外乎刑罰法。雖其精確之字義。未易攷求。惟其有示事物標準之意義。庶可無疑。蓋普通之文字。曰文法。曰禮法。曰作法。曰無法。曰調法。曰減法。皆無一不用此意義者也。

律之文字。亦昔日一般限於刑罰法用之者也。如中國漢之蕭何作律九篇。皆刑罰法也。如

隋唐明清之律及繼受之日本律亦莫不然而在今日則限用於刑罰法者已少亦足見文義之變遷也。

法律之熟字始於何時用之自何人乎。我輩無從知之。然日本之憲法已明用此字。又確定此字之意義矣。試少溯諸古而研究之。在大寶養老之時代。有法及令而已。律多禁止法。刑罰法也。令多命令法。民事法也。對於律與令之實體法。稱爲有格及式之形式法。然自北條氏出。及發御成敗式目。憚變朝廷所發實體法之名。故不用律與令之文字。世謂之貞永式目。至足利氏有建武式目。均祇稱式目已也。至於戰國（當中國明代）法律之名稱亦與土地同分割。武田氏謂之家法。上杉氏謂之定禁制條條等。長曾我部元親謂之百個條。朝倉敏景謂之十七條。豐臣氏謂之御掟。大內氏謂之壁書。至德川氏謂之法度。謂之御定書。謂之百個條。謂之觸。其他諸種之名稱。蓋未遑悉數也。

明治維新之後。有新律綱領。有改定律例。其他重要之法律。種類甚多。非全有法律之稱也。皆單用法。條例。令。布告。達。規則等之文字。然雖不命以法律之名稱。可曉然於所謂法律者。單爲一個之總稱。此總稱又有廣狹二義。狹義之法律。即日本憲法上所稱爲法律者是。

也。

羅匈語、佛語、及獨逸語。表明所謂法律與權利者。併用同一之文字。又包含正義之意味者也。羅匈語之受斯「ジュス」佛語之多羅亞「トロア」獨語之勒希脫「レヒト」即英語之來脫「ライト」等是也。此可知法律者自正義之觀念爲胚胎。又足窺法律與權利基於同一之觀念而生。如日本所謂法律、正義、權利三者。文字皆異。人或言其當與否者。然不必以其生於同一之觀念。遂謂不可不使用同一之文字。此殆無必要說述之情由也。

譯中村進午講義

第四章 法律之發生及意義

法律者。何自發生而來乎。凡必要者。事物之母也。物者。受制於必要而始發生者也。然則法律者。果受制於如何之必要而發生乎。曰爲維持團體之生存。整頓秩序而發生者也。凡兩人以上相集會時。必招意思之衝突。意思衝突者。行爲衝突之源也。個人各自劣力。以求貫徹自己之意思。於他人則排斥之。妨害之。斯世遂成爲爭擾之衢。如此欲維持團體之生成。豈可得乎。因防此衝突。以圖交際之圓融。法律於是生焉。有家則有家之法律。有種族則有

種族之法律。有部落則有部落之法律。有學校則有學校之法律。會社町村郡縣國家。無一不有法律者。無法律。則此等之團體。終不得安固而存立也。

法律之目的。在防意思之衝突。致起行爲之衝突。換言之。在縛束人之自由。以底於一定之程度。始能達法律之目的者也。於一方爲束縛自由。在他方則爲保護。例如有毆打人者。加以罰。在毆打者爲束縛自由。在被毆打者。則爲保護。蓋同時抑制毆打者之暴亂。所以保護團體全員之自由也。故束縛個人之自由。即爲保護一般人民之自由。所必不可缺者。至於受保護者多。被束縛者少。則該團體之安全秩序。全爲法律所維持。蓋毫不容疑矣。然則謂法律者。所以限制團體員之意思及行爲之一種方式。可得據爲定義。其方式如何。則一俾於時代之變遷。一從各地之實際者也。或者法律有出於神意之時代。有出於君主意思之時代。夫法出於神意。其說不必詳也。乃同一出於君主意思。或屬專制政體。僅君主爲表示意思之方式。使其國履行者有之。或屬立憲政體。須經議會協贊。因以爲其國之方式者有之。若欲周遍於地與時。舉千狀萬態無窮之方式。而附會之。抑亦誤解法律本質之甚者也。故法律有貫通古今東西之大原則。決不可失此軌道。不如是。直謂之非法律。古之

倡自然法學者容。亦不免於謬誤。若近世實驗法派學者之所倡。謂法律者。由時代及場所而相異者也。如以上所摘述。何自成爲法律。與有何等之目的。包括言之。則可謂『法律者。所以限制團體全員之意思及行爲之一種方式。而以團體之生存條件爲目的者也。』

譯中村進午講義

第五章 法律之維持

如上述發生之法律。果如何而安全行之。得以維其命脈。奏其效果乎。在古之維持法律者。一任諸自助力。何謂自助力。在法律上當保護者。一委諸自己之獨力以防衛自己之謂也。例如日本古代及戰國時代。有探湯之制度。歐洲古代。如英國之制。有被他人毀害者。得藉公力以略取加害者之生畜。如日耳曼人種之法律。使原被兩造並步火上。復投之水中。以久隱於水中者爲直。他如認決鬥。認復仇者皆古來自助之謂也。自助之餘痕。至今日尙殘存於法律。如正當防衛。如抵當制度。其重焉者也。

在今日法律之維持。一委諸外部之力。以爲有國家權力之強制。始克維持者。說者比比皆是。不思國家權力之強制。屬諸外部者。不過形式上之強制耳。如人恐受刑罰。或憂執達吏

之執行爲之不敢違反法律者。恒少。本於他之理由而從法律者。恒多。所謂他之理由者。自然於一已思想。以從法律爲正當。爲便利。爲利益。由知覺心而出之者也。我輩稱此思想爲內部之強制。內部強制者。即如前述由兩人以上。利害之共通而發生者也。如盜人物。與借財而不返濟。爲利害衝突之來源。已盜人物。而感爲利益之念。可即因人盜已物。而感爲不利益之念。一對勘而消滅之。已以不返人之金錢爲便益。可即因人不返己之金錢爲不便。而了知其不可。是蓋起於利害共通之念。而爲內部所必要者。即此思想之發達也。其或爲此內部之強制所驅迫。而始服從法律。如彼外部之用強行力而使從法律者。抑末也。雖據強制力以維持法律之說。不能爲絕對之否認。而不信強制力之外。有維持法律之力者。則大誤矣。

然此內部之強制。各人正自己與信用他人。二者互相維繫。故誠實及信用者。維持法律之母也。因此法律之維持。全視信用及誠實。則知內部之強制者。爲外部強制之原因。又爲結果。何也。借外部之力。以保全信用及誠實。是即因果循環以克効維持者也。

譯中村進午講義

第六章 法律學之分類

法律學之分類大別爲四。一基於土地。一基於時代。一基於法律現象之範圍。一基於研究法律之主義。

第一 基於土地之分類

依此分類。則法律可爲一般法學、局地法學之兩種。一般法學者。謂通於世界萬國之法律學問也。局地法學者。限於一國或一地方之法律學問也。此區別之法。爲英國學者便雜姆「ベンザム」阿斯成「オースチン」等所取。各國法律共通之要素。於此可見。洵研究法學者所必要也。

第二 基於時代之分類

依此分類。則法律可爲現行法學、非現行法學之兩種。便雜姆「ベンザム」所謂古代法學。現在法學之分類是也。但據此攷查。以爲將來立法之地步。則關係極重要。若祇論究現在及過去之法律而止。則無關重要也。

第三者 基於法律現象之範圍之分類

依此分類。則法律學可爲普通法學、特別法學之兩種。普通法學者。基於法律之諸現象而研究之者也。例如法學通論、及法律哲學是。反之特別法學者。謂僅對於特別之法律現象而研究之者也。例如研究民法上之買賣。有如何之要素。研究刑法上之權利。行政法上之義務。各有如何之性質。是也。

第四 基於研究法律主義之分類

(甲) 自然法學

採自然法學者。謂法律上之原理原則。自先天的存在於宇宙之間。立法者所云制定法律。限於從自然法之所命。從而制定之之謂也。論自然存在之原理原則。當隨學者所研究。故說自然法學者。雖非有同一之主旨。而可於大體分爲三種於左。

(1) 純粹自然法學說 純粹自然法學說中。亦有種種之細派。例如神學派屬其一。此學派所倡。謂立法者承神之意思。而制定法律。神之意思外。無所謂法律也。有反對此派之純粹自然法學說者。不認法律由神命令之說。惟漠然無爲。有自然法之一說。要而言之。於人間之意思身體等以外。爲自然法律所存在。即純粹自然法學說之謂。

也。

(四) 理性學說 依此學說。則以人間理性所存在。分是非曲直。故當從理性之所命而行者。則行之。從理性之所命而不可行者。則當不行之之謂也。

(五) 人性學說 依此學說。則人間之性質。可謂爲先天的。得以左右法律者也。故此說所以與理性說異者。總在人性可得左右法律之點云。

(乙) 註釋法學

註釋法學者。解釋法律之文字意義。欲因之發見法律之原理原則於其間者也。由古代至於現時。苟有法律。則常爲註釋法學者所存在。雖然。單致力於註釋。而怠於從他方面爲之解釋。亦爲失當。如日本德川時代。有解釋法學者。汲汲焉。專爲百箇條之解釋是也。歐羅巴註釋法學爲最盛。由第十二世紀之初。至第十三世紀之中央。有註釋法學之缺點可舉者。在徒拘文字之末。而於研究法理之原則。及批評法律實質的價值如何。均不免有所怠忽。故也。又其他怠爲歷史的研究。亦註釋法學之一缺點。要之註釋法學盛行時。恐有妨於法律之進步。例如法蘭西那破翁一世。作那破翁法典。其結果無論學者人

民。一般怠於法理之研究。惟致力於法文之解釋。是有妨於法律學進步之一曩跡也。按此說當與本論第八章第一節梅講師論法典得失之說參看。

(丙) 分析法學

分析法學者。取法律之要素而分析之。以窺其原理原則。爲研究法律者也。例如買賣。欲研究其要素如何。因分析買賣一事。有當事者之賣主。與買主。及目的物。要一方當事者之賣主。從他方當事者之買主。有受金錢之支拂。而移轉目的物所有權之意思者也。

(丁) 歷史法學

歷史法學者。調查沿革的法律上之現象。而因之以研究法律之原理原則者也。蓋僅在現在之現象。以判定或事時。則易流於偏頗。故曰徵之既往之事實而爲研究者。始克窺完全之原理原則也。倡此說者。英吉利之伯昆。[ベークン] 佛蘭西之波丹。[ボダン] 獨逸之來普尼治。[ライプニッツ] 等是。關於獨逸應編纂法典與否之問題。嘗起爭執。即歷史學說。與非歷史學說之所由衝突也。

「附錄」德之磯波氏。欲使人情風俗慣習等。歸於一致。著一書。題爲「德國普通法典

之必要。」公之於世。沙威尼見而非之。謂法律爲人情風俗習慣所導。以至發達者。非立法者所能隨意判定者也。於是著「關於立法及法學之職務」一書。於磯波所論發表反對之意見。故世稱沙威尼爲歷史法學派。稱磯波爲非歷史法學派。

(戊)比較法學

比較法學者。謂據各國現在之法律。或在一國內各地方之法律。互相對照。以研究法律之原理原則者也。例如研究憲法者。比較中國及靈細亞。爲專制君主國之憲法。日本及英吉利爲立憲君主國之憲法。佛蘭西及亞米利加合衆國爲共和國之憲法。互相比較。以窺見其原理原則。是也。比較法學之研究。倡之者爲伊大利之比哥。「ビコー」而實際行之者。爲法蘭西之孟德斯鳩。「モンテスキエー」古時則罕有行之者。其原因在交通之不便。自有汽車汽船等之發明。內外往來。絡繹不絕。通商貿易之隆盛。與其他之學問相等。法律比較的研究。亦漸臻於盛。如比較法學會之設。其明效也。

(1)法系的比較法學 所謂法系的比較法學者。溯世界各國法律發生之源。對照其系統。而研究法理上有如何之差異者也。