



國立臺灣圖書館典藏  
由國家圖書館數位化





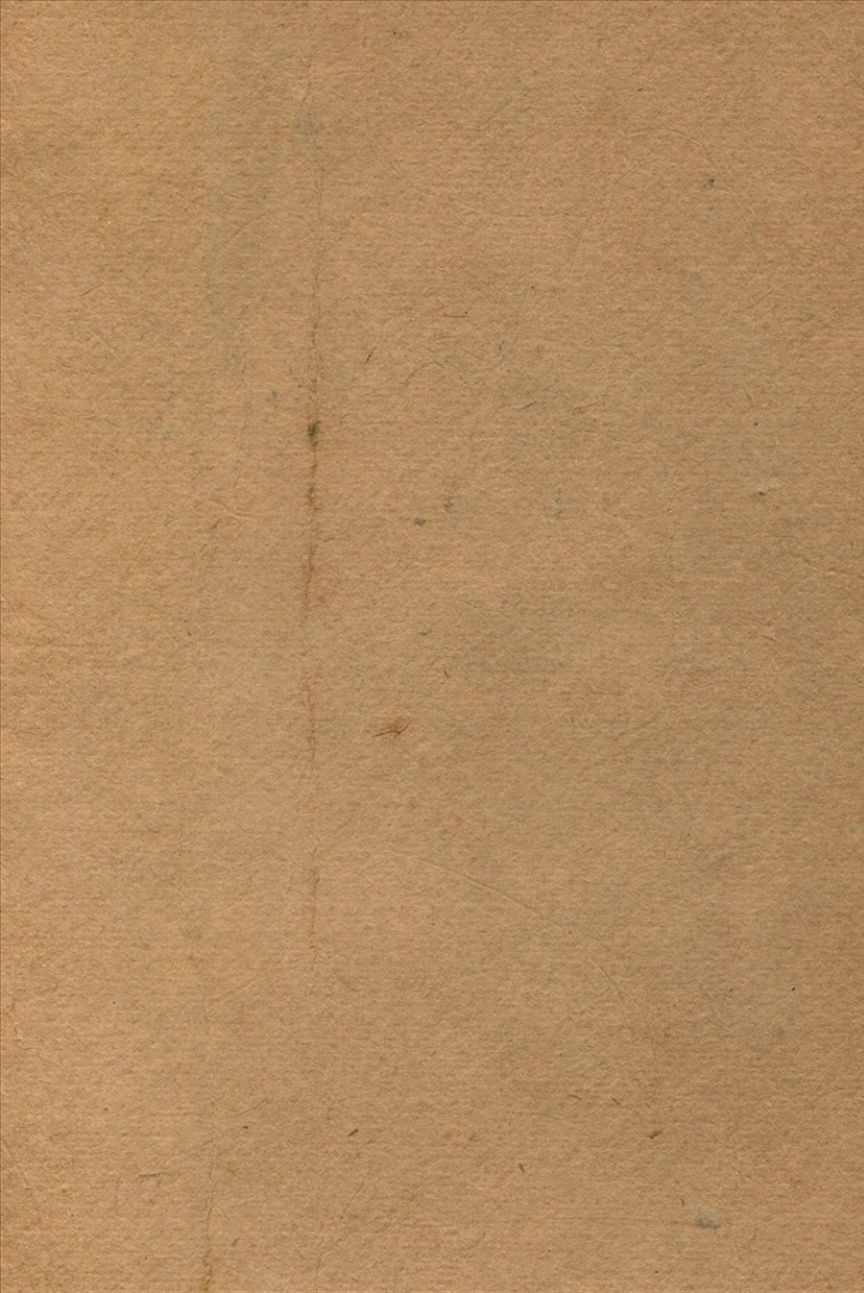
一之書叢學法

184  
**法 律 思 想 史**

著 普 元 丁

社 譯 編 學 法 海 上

行 發 局 書 記 新 堂 文 會



法學叢書

**法 律 思 想 史**

---

丁元普 著



五學齋書  
沈氏思愚史

丁丑年書



# 序言

法律爲人類社會行爲之規範，法律思想，則人類在社會之表現而適應時代之要求者也。不察過去及當時社會之狀況，則無以見思想之源泉，不察後此之社會狀況，則無以定思想之價值。故欲治法律思想史，必須對於人類史、社會史、法制史、政治史、經濟史、宗教史等等，有相當之準備，然後其研究不至歧誤；又各大法系之進展及各時代中文化之發達，俱足爲法律思想之代表，非博觀而約取之，比較而分析之，不足以覘時代思想之全內容。本書編制從表現之主格，其觀察點約分爲二類：一就個人思想觀察，如學者之著述言論，以及法律家活動之遺蹟。二就時代思想觀察，如法典制度，以及歷史與文化之

可以證察時代背景及時代之意識。惟此種材料，前無成書可供採擇，不得不旁求羣籍，以爲借助；復加以整理，以定其系統；探本窮源，演繹而歸納之，以獻於社會文化，有所貢獻而已。

中華民國二十一年六月

著者 丁元普識

# 法律思想史目錄

## 緒論

### 第一章 法律之基本觀念

#### 第一節 法律之意義

#### 第二節 法律思想之變遷

### 第二章 法律研究之對象

#### 第一節 法律在歷史上之動力

#### 第二節 法律與歷史之關係

#### 第三節 各國法學思潮之趨勢

第四節 兩大法系特質之比較……………一二六

第五節 自然法派之再興……………一三三

第二編 法律進化時期……………一四一

第一章 法律進化時期之法律思想……………一四一

第一節 法律思想進化之動機……………一四一

第二節 法國革命後至十九世紀中葉之法律思想……………一四九

第三節 十八世紀之哲學經濟學在編定法典上之影響……………一五八

第二章 近代法律思想變遷之趨勢……………一六四

第一節 法律之振興與改革之勢力……………一六四

第二節 政治變遷關於法律思想上之效率……………一六九

第三節 經濟變遷關於法律思想上之效率……………一七六

第四節 新社會學說關於法律思想上之效率……………一八一

第三章 我國新法典之社會化……………一八五

第一節 新民法改造之概觀……………一八六

第二節 土地法與勞工法之制定……………一九〇

第三節 民商法之合一……………一九一

法律思想史

# 法律思想史

丁元普著

## 緒論

### 第一章 法律之基本觀念

#### 第一節 法律之意義

吾國法律二字，由來甚古。說文法作爲灋，從水，如水之平直也。從廌，去，所以觸不正者去之。（註一）自漢以前，一切制度，皆稱爲法律之爲義，則本於「五音六律」，蓋取和平中正之意，又含有規則之意。自李悝作法經六篇（註二）蕭

何繼之作九章律，於是法律二字，爲通用之名詞。

歐洲羅馬法關於法律之意義，依拉丁語稱爲 *Jus* 而在羅馬當王政及共和時代，其制定法律皆曰 *Lex*。至德語稱 *Recht* 法語稱 *Droit* 意語稱 *Diritto* 皆法律之定名也。英語則稱爲 *Law* 雖有時用規則則曰 *Order* 用條例則曰 *Statute or Rules* 其他稱條款曰 *Bill* 稱律例曰 *Code* 而普通之稱法律名詞則皆曰 *Law*。

(註一) 鷹之爲物，說文解曰：鷹，獸也，似牛一角，古者決訟，令觸不直者。  
(註二) 李悝爲魏文侯師，集諸國刑典，著法經六篇，以爲王者之政，莫急於盜賊，故首著盜法；盜賊須劾捕，故次以囚法捕法；又將輕狡，博戲假借，不廉淫侈，踰制，各條彙爲雜法一篇，殿以適用之例曰具法。



(註二)蕭何定律，仍以法經六篇爲本。益事律，擅興，廢戶，三篇。合爲九章律。

法律科學 Science of Law 在術語上具有專名，例如，英法語俱稱之爲 *Jurisprudence* 德語稱之爲 *Jurisprudenz* 其實兩名詞之源流，皆從拉丁語之 *Jus* 及 *providere* 而來。前者解作義理，申言之爲法律；後者解作先見，申言之爲知識，合之，則成爲有系統有組織的法律知識，是爲法律科學。簡稱之則爲法學。然有時以法學與法律，兩者爲代用之名詞。例如俄國的法學 *Jurisprudence of Russia* 實指俄國的法律。法國的法學 *Jurisprudence of France* 實指法國的法律。質言之，法律者，必具有系統有組織的知識，而自成爲一種科學者也。在現代民族社會中之需要法律，且需要衆多之法律，良以生存競爭之世界，

個人的活動與羣衆的活動，隨在可以發生衝突，避免之法，惟有極力調和，故在一方面，人類行爲的可能性盡量擴大；而在他方面，具有行爲能力的個人數目日增。其結果：社會惟以法律限制個人，然後他人自由行爲得以保障，不過此等制限，如欲達到鵠的，必須明白規定，更須以理性規定，換言之，此等制限，實以法律爲其基礎。故人類社會之進化，與法律之進化，殆有相因而至之理。

法律既爲一種有系統有組織的科學，其思想之發達及變遷，當用五種方法研究之。

(一) 篤信謹守的研究 此項研究，對於凡一法系中之規則及原理，加以考核註釋，以闡明其法律。(註釋法學派)

(二) 窮源竟委的研究 此種研究，注重法律之起原及發展，制度之變遷，以至原理之演進。(歷史法學派)

(三) 條分縷晰的研究 學者以解剖方法，凡關於法律思想之內容及原理，又以比較方法，尋求此法系與其他法系之異同及優劣。(分析法學派)

(四) 哲理的研究 此方法不特探討法律之制度倫理基礎，而且搜求法律之制度及其哲學思想。(哲學法學派)

(五) 社會方法的研究 以歷史、哲理、分析的學理及社會的實際，加以批評，將法律當作人羣的機器研究，而認定法律自身為社會而存在。(社會法學派)

綜括言之，第一方法，過於拘謹，不合於科學思想，其他四種，均屬於科學化，實

爲研究法律思想之正當方法。分析言之，美國學者尙歷史法，英國學者尙分析法，大陸學者尙哲學法；而現代以來復有新學派產生，此學派卽爲社會法學派。

## 第二節 法律思想之變遷

法律爲民族心理之回光返照，讀古代陳編，卽能略窺先民之狀況及其思想；研究近代法家最近工作，卽可了解現代重要問題，並推測將來法律之趨勢。研究思想之結晶，卽在哲學及倫理範圍內，所有歷代法律思想之變遷，已可發見其進行之涂軌，而遺留於吾人之印象，

凡一種科學，尤其是「形而上學」，必萃聚數千百年之沿革，與數千百人之意

識而始卓然成爲有系統有組織之科學。法律現象之體樣，因乎時間、空間及文化之程度，國民之特性而定。故法律之爲物，其元質本爲無形，著爲成文法規，則由無形而變爲有形。有形則易知，無形則難據。蓋法律之存在，伏於社會統治力潛勢狀態之下，欲使民遵依，必須先賦與法律之外形，俾民知所趨避。然法律非必先具形體而後發生者。綜其法律思想之變遷，可分爲三大時期：當國家初期之組織，典章制度，俱未完備；關於法律事項，民信卽法，其始也起於刑罰爭訟，蓋生民之初，不能無欲，欲而不得，則不能無求，求而無度量，分界則不能不爭，於是訟獄以起。惟其時法律思想，極爲簡單，或乞靈於神權，受宗教僧侶之制裁，或依於族長家長之權力，及祖先以來之習慣，而所謂自然法、理性法，俱有絕對服從之強制力。蓋法權雖存，法規未備，是爲法

律原始時期。

迨民族知識發展，國家組織漸次完備，知無法不足以治國也，乃由先例之積累，歸納抽象的汎則，確定行爲之準則。中國當上古唐堯時，其用刑也，畫象而示之於民（堯典，象以典刑）周代懸象刑之法於闕（周禮，晉書刑法志，唐律疏議表）鄭人晉人鑄刑書於鼎（左傳昭公六年，及同二十九年）印度人刻法於椰子之葉，哈姆拉比王刻巴比倫法於石碑，建立太陽神殿之前，克拉的人彫土耳其之法於法庭壁上，羅馬人揭十二銅表法於公市。其時法律思想，已由自然法而進於人爲法，是爲法律成立時期。

近代人文大啓，社會之進化，與法律思潮之趨勢，亦漸呈進步。中國當春秋時代，儒、墨、道三家之法律哲學思想，已獨樹一幟。至戰國而法家系統，乃漸

以完成；如商鞅，申不害，韓非之徒，皆主張法治，李悝乃纂集以成法典；歷漢唐宋，明諸朝，各有遞嬗，以迄於今日。羅馬法自十二至十八世紀間，或由吸收，或由接受，構成大陸法系。Continental legal system 成爲羅馬法之中心。英國則藉常法而統一地方的特殊習慣法，而自成一系；美國實師承之，而與英國連合，綜稱爲英美法系。故與大陸法系在世界上有兩大法系之稱。近代復因社會立法問題，Social legislation 有改良之運動，是爲法律進化時期。

## 第二章 法律研究之對象

### 第一節 法律在歷史上之動力

法律爲社會力之一種。社會力有靜狀，有動勢；所謂法律之靜狀者，卽法律現象僅爲行爲之規範而表現之社會力是也。法律之動勢者，卽爲行爲之規範而表現之社會力之實質或形體，因時代思想之潮流而生變化者也。欲明法律思想之發生與發展之階級，當知法規必隨社會之變遷，時間之經過，同時變易其形態。

蓋法律者，社會力也。社會爲一有機體，其組織常在變動不居中；不僅社會原予之各個人身體，有新陳代謝之勢，卽社會自身，亦常變更其組織。則爲社會力表現之法律，以時間觀察之，自無靜止之理。社會不絕的轉移，卽法律思潮亦不絕的向上，故其動力亙古今，通中外，由法律思想之千態萬狀，演進而爲法律千態萬狀之現象，此勢所必至，理有固然者也。



## 第二節 法律與歷史之關係

歷史之研究。有縱橫兩方面：自其橫的一方觀察之，法律之現象，並不限於地域，人種，民族，及其他標準。故雖住居土地之形狀，環境不同，或因異種風俗習慣，各有差別；然一究其生活共同之需要，即法律思想，亦無大殊。而自其縱的一方觀察之，則上古時代未開化之民族，其法律支配，與近代民族之理想及意識，自迥然差異。歷史家在考察進化之原因與其結果，故研究法律之對象，以時代與文化之過程，成爲一比例，人類社會力之動機，必有歷史顯著之表現，以反應於吾人之印象。印象者何，此法律思想史之所由作也。

### 第三節 各國法學思潮之趨勢

世界各國法律思想之趨勢，與時俱進，自十二世紀以至二十世紀之初葉，其間思潮之起伏，變化萬端。上述之五種學派，茲分別述明於左：

(1) 註釋學派，當十二世紀而肇興；其時日耳曼族南侵，羅馬法寢以中斷，有意大利法學家保羅那 Polozza 氏出，演述羅馬法之精微，蔚為重鎮，安尼利 Anselmus 繼之，加以註釋，遂為中興羅馬法之功臣。惟此派專以成文法為基礎，探蹟索隱，旁徵博引，從事於章句及其類別，雖為註釋派之先河，然其弊也，祇知望文生義，不能發生新思想，泥於成規，墨守舊章，迨十八世紀，於是自然法學派取而代之，而英之霍布士 Hobbes 法之盧梭 Rousseau 皆主張自由者。

也。

(2) 歷史法學派，起於十九世紀。蓋自然法派之解放思想束縛，標示理性真諦，其論調殆風靡一時；然純以主理爲法律之標準，其思想非失於偏激，卽失於玄奧，法律之基礎，不免有動搖之患。德之薩維尼 Savigny 英之梅因 Maine 主張法律爲民族發達之漸進結果，故探討法律之沿革興廢，卽能知其精神所在，與其索諸空理，不如求諸過去陳迹，考往知來，爲此派之標的。故薩維尼氏之成功，其影響於德國法典之編纂者甚鉅。而梅因氏所著古律考 *Antiquities of Law* 爲歷史法學派之傑作。自二氏出，此派遂盛。

(3) 分析學派，亦與歷史派同時崛起，以英國爲最著。如奧斯丁 Austin 荷蘭德 Holland 柏拉克 Fallock 先後繼起，專從法理之研究，其思想反乎自然。

法派就現實法律，解剖其組織，分化其成分，注重實驗，勿尙獨斷，爲此派之特點。其學說以爲法也者，在解答何者爲法律，不在解答法律應當如何。一惡法亦法」之說，爲一時所傳誦，此完全推翻自然法派而獨樹一幟者也。

(4) 哲學派，在古昔希臘之蘇格拉底 Socrates 之「客觀」說，柏拉圖 Platon 之「正誼」說，亞里士多德 Aristotlees 之「社交」說，已開法律哲學思想之端緒。其後邊沁 Bentham 之「功利主義」，康德 Kant 之主張理性法。黑格爾 Hegel 則以「汎理主義」及「進化主義」爲揭櫫，成爲三大派別。迨十九世紀之後半，德儒伊耶稜 Ihering 出，一變英儒邊沁之個人「功利主義」，而注重「社會功利主義」，彼以爲人生者，自己之目的，與他人之利益相結合，確保社會利益，卽所以維持個人幸福。史坦來 Stammler 與康德之學說，雖有承

受之淵源，康德主張法律爲理性的形式的，理性的準繩，卽法律的準繩，形式的規範，非實質的規範，史坦來則推演之，注重社會利益，與康德之注重個人自由，已迥乎不同。彼且表明法律內容之變化，而以一時期之理想爲標準，故成爲「新康德派」。柯萊 Kohler氏固繼承黑格爾之衣鉢者也。惟黑格爾之主張，以法律不必問其是否正當，祇須問其是否合理；彼之言曰：「合理卽實在，實在卽合理。」此等論調，皆與從前之哲學思想迥異。柯萊則主張文化爲法律基礎，法律爲文化現象；一社會有一社會之文化，卽有一社會之法律，不可強彼就此，無容軒輊。黑格爾之思想，雖亦相同，惟其弱點，則在單純的演繹，僅以文化發展爲法律準則。柯萊氏則以實驗的研究各社會文化之必要，傾向於比較法學，以補正其失，成爲新黑格爾派。

(5) 社會法學派，爲近數十年之產物，此派之演進，可分爲四期：

(a) 實證學時期 根據物理學公例，以爲法律現象與一般自然現象相同，社會集團之組織及其運動，應聽其自然進化，不能以人力增損之。如葛恩柏洛威 Gumpłowicz，則主張此說者也。

(b) 生物學時期 以達爾文學說，闡明法律，所謂「物競天擇」於生物然，法律亦不外此例。主張法律之任務，爲自然淘汰之指導，「適者生存」之助長。主是說者，則爲奈司克 Nietzsche 其人也。

(c) 心理學時期 以社會現象之原因，不外心理力之作用，法律現象，亦爲社會現象之一，故即以社會心理學爲法律思想之推究。如基爾克 Gierke 華德 Ward 滔特 Torde 等皆主此說者也。

(d) 統一綜合時期 十九世紀之終至二十世紀之初，法之寶基 Dugurt

德謨克 Demague 賈孟德 Charmont 祁尼 Gany 美之荷孟 Holmes 波恩特

Pound 等，其法律思想，注重羣衆利益，以適合社會現狀，如弱者保護主義，契約自由之調和，權利濫用之制裁，無過失責任，處分權制限，皆爲此派之重要標準。蓋以法律不能離社會而求獨立，合併而考察之，乃相得益彰矣。綜上所述，各國法律思想之趨勢，其變化錯綜，遞演遞進，極突飛孟普之壯觀。由註釋學派而歷史派，而分析派，而哲學派，迄於今日，爲社會學派之新興時期。思潮所至，於文化，於社會，俱呈連帶之關係。吾國法律思想，在古代如孔子，老子，墨子，三家之學說，皆屬哲學思想，且兼有社會學之性質，其思想之解放，則又近於自然法學派。至戰國時李悝，商鞅，韓非，之徒，則皆屬歷史法學派者。

也。若中古時期，漢儒之章句，唐律之疏義，則可稱爲註釋之方法矣。改革以來，立法之精神，大都適合社會之需要及其狀況，以制定法律，與二十世紀之法律思潮之趨勢，蓋已隱相脗合矣。



# 本論

## 第一編 法律原始時期

### 第一章 原始時期之法律思想

#### 第一節 原始民族與文化

原始時代之民族。其生活簡單，其思想亦復簡單。「穴居野處，耕食鑿飲」  
未有共同生活之結合；熙熙然表示與世無爭之態度。老子稱「鄰國相望，雞  
犬之聲相聞，其民老死不相往來。」白虎通曰：「古之時，未有三綱六紀，民人

但知其母，不知其父，能覆前而不能覆後，臥之誅誅，起之吁吁，飢卽求食，飽卽棄餘，茹毛飲血而衣皮葦。」此種文化低級之現象，實爲初民之狀態，其在法律方面，除依宗教及習慣外，一切放任於各個人，或各部落之自衛。北歐古法稱爲 *Rechtfinder* 而此法律之發見，非必由於立法家之制定，蓋由於精通其民族之傳說，慣習，先例，或爲神意啓示之機關之祭司，僧侶等，以爲解決爭端之方法而已。

柯萊 *Kohler* (卽新黑格爾派 *Neuhegelianer*) 研究法律之起源，綜核人類學與文化史之考察，以證明人類社會原始時代之法律現象，及今日尙未開化民族之法律現象，極有見地。故人類由自然生活，進而營共同生活，當其初期，惟服從其所屬團體之常習，或神意之啓示，以爲共通之規範。歷史法學家薩

維尼 Savigny 之言曰：「人民本能知法者，然祇謂其社會以外之人，關於一定事項，於「民族法」之實行，始得知法規。」由此說觀之，則法者，關於法律事項，存於人民之本能的具有之意識，在法規背後，有爲其根據之「民族法」成法之規則，要不外此民族精神之發見，及「民族法」之適用也。

低級文化之民族，知識懵昧，其社會組織，亦極幼稚。在亞美利加土人中，有所謂「圖騰集團」Totemic 之組織，卽其他未開化之民族，亦有類似之發見。此種民族，其信仰力以崇拜自然，視爲神聖；彼以爲神意之寄託，具有支配人事，降臨禍福，賞罰邪正之能力。故在原始社會，關於法律事項有爭議時，往往禱神而乞其裁判；或窺神意而裁決其曲直。受裁判者，以信仰神祇之故，不僅衷心服從，且恐背之而受神罰。在強制執行未完備之原始時代，此爲行使裁判

之最有效方法。徵諸英國當十一世紀撒遜時代，其審判犯罪之方法有二：其一則以嫌疑犯置手熱湯或烈火之中，以無傷者爲無罪，又有令將僧侶特製之陳麵包嚙在喉間而更令其飲水以試之。其二審判民事或刑事之被告，從百人組合制度之組合員中，邀同十一人出席法庭，使其宣誓，證明自己之權利或無罪。此種制度，至十三世紀初期而始廢止。又英之撒遜民族於原有之地方習慣，一經國王裁判處之承認，即成爲通行全國之法律；此即所謂「普通法」[Common Law]是也。故「普通法」之產生，雖在諾爾曼人征服之後，實含有撒遜法與諾爾曼法之兩種分子而爲二元法。撒遜人地方的習慣之國法化，始於十一世紀之中葉，至十三世紀末葉而漸完成。然因英人富於保守篤舊之性質，且採用「判例主義」，故至十七十八世紀而地方習慣，猶未全

廢，卽世界各國法律之成立，莫不經過此階級。蓋古代法律思想，實由於神權思想及社會習慣之觀念而爲演進者也。

吾國最初社會之組織，爲崇拜自然之多神教；當唐虞時代，猶有祭天地，祭日月，祭山川之祀典。觀堯典所載有云：「肆類於上帝，禋於六宗，望於山川，偏於羣神。」而其定爲「有意識的人格神」，則名之曰天，曰上帝。觀於皋陶謨曰：「天工人其代之。天敘有典，勅我五典五惇哉。天秩有禮，自我五禮五庸哉。……天命有德，五服五章哉。天討有罪，五刑五用哉。」敘也，秩也，皆表「自然法則」之總相。因敘而有典，因秩而有禮，則「自然法則」之演爲條理者也。吾先民以爲宇宙間有自然之大理法，爲人類所當率循，而此理法實本於天所賦與也。易繫辭曰：「古者包犧氏之王天下也，仰則觀象於天，俯則觀法於地。」

「蓋古昔聖王推宇宙之大法，而得人事之標準者如此。又吾國原始社會之文化，殆取政教合一之制度，故其法律思想，雖本於「自然法則」，絕不含有宗教家之意味。故非若歐洲古代之神學思想與法律原則，併爲一談也。彼邦當法學未昌之時代，所謂「摩西十戒」，可蘭經典，「視爲箴言，莫敢或踰者，皆據宗教之觀念，認爲法律之原理而已。」

## 第二節 原始民族與倫理

初民社會之組織，其起原由於家族之結合，「團騰集團」之家族，先有母系而後有父系，蓋遠古部落，皆從母以奠厥居。迨其後生活組織，日益發達，男子比女子，其體力能任勤苦之工作，統率其子弟，共同經營，故其家庭代表，遂由母

系而轉爲父系。斯賓塞謂此種制度，乃在由漁獵時代進於牧畜時代。而考諸中國歷史，則自伏羲神農之際，已移爲父系之族制，徵之生活變遷，故其社會亦因而轉變。又古代婚姻之形式，有出於掠奪婚及賣買婚，於是視婦女如財貨，男子之權日益增長，其所生之子女，遂不屬於母系而屬於父系，成爲自然之趨勢。

吾國氏族之起原，以「女生爲姓」故其初姓氏，實從母系。迨其後社會之組織，既改從父系，於是同姓與同姓間，有不通婚姻之規定，以別其氏族，而同族相互之關係，其組織乃極綿密，遂有「宗法」社會之產生焉。

何謂「宗法」？大別之爲「大宗」及「小宗」。考禮記喪服小記所述：「有百世不遷之宗」則大宗也。「有五世則遷之宗」則小宗也。此種法制，蓋本

於倫理之觀念。觀尚書大傳云：「人道，親親也。親親故尊祖，尊祖故敬宗，敬宗故收族。」人莫不親愛其父母，因父母而尊敬父母所自出之祖先；由是祭祀祖先之習俗，與敬天之觀念相結合，演爲社會組織根本之原因。

由原始民族進於形成國家，其共同崇敬神祖之觀念，實爲其團體凝集力之中心。而國家原始的主權，有祭主權，及統帥權，左傳所謂「國之大事，在祀與戎」是也。蓋國家初期，人民公共行爲之規範，雖無明確法律之制定；然社會的共同生活之經驗，對於其社會本身存在發達之事項，依其崇敬祖神之觀念，對於酋長及族長，自發生服從之義務。例加勿殺同族，盜同族，爲同族報仇；對同族人之行爲，當負共同責任等，皆爲共同生活之要素，而爲酋長或族長者，首以權力保障社會之安全，復依仲裁裁判以解決其糾紛。此社會生活，於



國家組織未備，法律未制定以前，雖無具體之制裁，然民族間關於其各應保守之秩序，其大體觀念，亦既存在，即爲基本的社會統制力。苟有反背其行爲者，直惹起公共的反感，而受責罰或禁止，或以公權力加以制裁。此原始時代之法律思想，雖出於習慣法，實本於倫理之思想而成者也。

### 第三節 圖騰社會之法律思想

社會之形式有三：一曰圖騰社會，二曰宗法社會，三曰國家社會。自來言法制者，必推本於宗法社會；近世紀以來，科學思想之進步，研究人類學之演進，乃知社會更有進於宗法之一境，遂與舊說懸殊。蓋太古社會，風俗狃獠，類皆擊鮮漁獵之民族；若孟加拉之安丹曼尼，錫蘭之武葉陀，非洲之木客，北美之紅

人，南美之巴芝，北極之愛斯基摩，澳洲大陸之土人，以及中國西南部之苗、瑤、臺灣之生番，皆「圖騰」也。其部落之組織，聚數十數百之衆，謂之一「圖騰」，建蟲魚鳥獸百物之形，揭櫫之爲徽幟。凡同圖騰，不得通婚姻，所生子女，皆從母以奠厥居。澳洲蠻俗，「圖騰」有祭師長老，所生者，聽祭師爲分屬，以定「圖騰」焉。此卽自然之法則也。

「圖騰」之禮俗，最爲粗陋，其家族制度，殊覺奇異。男子於所婚之女子，同妻行者，皆其妻也。女子於所嫁「圖騰」之男子，同夫行者，皆其夫也。其同「圖騰」，同輩行，則兄弟姊妹也。與其母同「圖騰」，同輩行者，則諸父諸母也。而其同「圖騰」之不可以婚，蓋視爲同血統之親屬，且謂必遭神罰。此殆宗教刑法觀念之萌芽也。若謂其思想合於男女同姓不蕃之公例，則相差遠矣。惟其習俗，

無孤債之男，無寡居之女；此則初民羣制中之一大事實也。

若其婚姻以後，不必營共同之生活；其所生之子女，即依母而居，故皆以母系爲組織。徵諸吾國古代之氏族，以「女生爲姓」觀鄭樵通志之氏族略所云：姓之字多從女；例如姚，姒，姬，姜，嬴，嬭，姑，妊，等之古姓，即可證明。蓋吾國母系制度，其時代遠在有史以前，其初民狀態，殆與「圖騰」社會成一比例。其後由漁獵時代進於牧畜時代，乃由母系而漸移於父系。此爲人類進化之階梯，又其後婚姻形式，乃一變爲掠奪婚及賣買婚，於是父權組織之社會，因而出現，而家長族長之制度，乃漸以完成矣。

「圖騰」社會之法律思想，基於一種忌諱之情的行爲規範，不僅爲宗教之觀念，其禁忌之原始，謂之「答布」Taboo。即係禁止觸犯一定之事物，否則發生

災禍；此蓋基於神權思想而來。例如有人行山徑之蹊間，而爲斷梗墮枝之所擊，彼於此不以物理解也，而云維樹有神，從此視爲禁路，莫敢出於其途焉。橋梁所以便行人也，設因橋梁之不堅固，有人經過是橋，適中斷而溺焉，彼不以此爲物理所必至也，而云維水有神，必以人爲犧牲，投諸河而祭之，於是梁成而行人得安焉。此古祭禮釁畝之所由興，而初民於其事雖至虐，常嚴憚而莫敢廢也。

此種思想，因隸屬於自然，被制於自然，對於環境自然之威力，時起冥漠之恐怖，故其日常生活，少光明之現象，惟同一「圖騰」之結合，其家族之親愛，尙比較和平而有秩序也。

#### 第四節 宗法社會之法律思想

民族演進之第二境，是爲宗法社會，較諸「圖騰」社會之組織，實爲一大進化。蓋「圖騰」時代，有母不知誰父，宗何有焉；宗既不立，則宗法自無由發生，自婚姻之制立，於是「夫婦有別，父子有序」，遂爲宗法之權輿。易曰：「家人有嚴君焉。」易繫辭曰：「有男女然後有夫婦，有夫婦然後有父子，有父子然後有君臣。」故宗法實爲國法之基礎。吾國宗法之起原，肇自周代，而法律政治之完備，亦起於周。其他如猶太，希臘，羅馬，波斯，印度，以及日耳曼條頓種人之舊制，其古代之宗法，皆相類似。蓋宗法者，社會所必歷之階級也。

宗法既立，其承宗之男子，爲始祖之代表，所以統御其家人者，其權恆最重。當

羅馬立國之初，宗子之權，周於通族，凡同姓之裔，無少長皆受制焉；操生殺之柄，教督禁制，所不論已。降及後世，所謂宗法者，漸變其初，蓋國法既張，而宗法之權亦稍稍絀矣。

宗法社會，有兩時代之分，即種人與族人是已。種人之衆，常至數千百人，溯其祖先，謂同出於一系，故以歲時報享其祖先，凡種人之子孫，皆承認爲一宗。至於族人之制，則大異，是其人衆則少於種人，自分族受姓以來，常有譜系之可尋，上溯高曾，下逮曾元，數傳而後，人口蕃滋，則旁分爲小宗，爲新族，此其宗法，所以信而有徵也。

宗法社會之進化，爲思想史上一大表現。在進化過程中，由動物崇拜移爲祖先之崇拜，而崇祀祖先之觀念，由於敬禮家族之尊長，因而及於尊長所自出

之祖先，其文化之階級，蓋已超越圖騰社會之觀念，而爲當時社會生活及法律思想之重心也。

法律之萌芽，在國家社會以前，故當宗法社會，已漸脫離原始民族，而爲有系統有組織之社會，其時家長或族長，對於制裁其家族或民族內部之違反秩序者，亦必採取多數族人之公議，而後施行。蓋由圖騰集團漸次解體，一方即產生比較親密的家族生活，一方即擴張家族社會之生活，而以統制權力及制裁方法，寄於酋長之下。惟其任務，不得專擅，必須得其他有力之家長或族長之同意，方能行使。而族長之權力，即用「答布」之宗教的法律制度，以行使其權力；此種設定「答布」之權，即成爲法律之保障。如經族長指定某地或某物爲「答布」，則無論何人，不得加以侵害，此種禁令，雖起於神權之觀念，其

後遂演進而爲一種習慣法，則民族或家族間皆遵守之。由此觀之，「答布」誠爲維持當時社會秩序之要素也。

宗法社會，既依父系爲族制之組織，其時社會之勢力，遂以男子爲中心。家族之組織，凡多數之同族，受統制於族長或家長，即財產之管理權亦屬之。蓋宗法社會，在吾國及東西洋古代之習俗，族長之權，大都傳於男子，尤以傳於長男爲原則，而傳於季子或有人望者爲例外焉。

當「圖騰」時代之財產法，其社會之組織，既以一「圖騰」爲單位，故個人勞動生產之結果，則歸屬於同一「圖騰」，其時生活之狀況，頗類似公產之制度。自宗法社會產生，以家族爲單位，於是財產上之法律思想，日形發達，如交際、買賣、貸借、契約之關係，亦形複雜，而所謂不法及侵權行爲之損害賠償，則付



諸仲裁裁判以爲解決。至於因交易及賣買貸借所發生之契約，皆由宗教觀念以爲擔保，若怠於履行，必遭神譴。此種思想，實爲法之原始狀態而爲「神意法」之表現者也。

## 第二章 法律與哲學

### 第一節 自然法與人爲法

孟德斯鳩所著法意一書，對於法律思想之原則原理，言之綦詳，茲節取其第三章以供吾人之研究，從可知法律思想之關於哲學者爲至鉅焉。分述於左：（錄嚴譯名著叢刊）

(甲)一切法與物之關係。法自其最大之義而言之，出於萬物自然之理。蓋自天生萬物，有倫有脊，既有倫脊，法自彌綸，不待施設。宇宙無無法之物，物立而法形焉。天有天理，形氣有形氣之理；形而上者固有其理，形而下者亦有其理，乃至禽獸草木，莫不皆然，而於人尤著，有理斯有法矣。

有爲氣運之說者曰：宇宙一切，成於無心，凡吾所見者，皆盲然而形，偶然而合，因於無心，結此諸果，不知此謬說也。夫謂含靈有知之果，乃以塊然無所知之氣運爲之因，天下之謬，有過此乎？

是故有至道焉，爲萬物主，而所謂理，所謂法者，卽此與萬物對待之倫脊，與夫物物對待之倫脊也。

是故宇宙有主宰，字曰上帝，上帝之於萬物，創造之者也，亦維持之者也，其創

造之也。以此理，其維持之也。亦以此理。「天生烝民，有物有則」，其循此則也，以其知之之故，其知此則也，以其作之之故，其作此則也，以卽此爲其知能故。

按孟德斯鳩之論法本於理而成於則，與吾國道、墨二家之學說，有相類似。老子之言曰：「人法地，地法天，天法道，道法自然。」墨子之言曰：「效也者，爲之法也。所效者，所以爲之法也。故中效，則是也。不中效，則非也。」而老子所謂「道法自然」，蓋「道」卽「理」之解釋。墨子所謂「效也者，爲之法也」，蓋「效」卽「則」之解釋。

靜觀萬化，其力質二者之交推乎。顧以二者爲有靈，必不可也。以不靈之力質，而爲長久之天地，其變動不居，非法爲之彌綸。張主必不行也。雖有世界，異於吾人之所居，顧其中不能無法，無法之世界，必毀而不存。

造化若無所待者，然一言造，則理從之。……若曰：造化御物，乃無法則，立成謬論。何以故？無法則，必不存。法則何？一定不易者也。力質交推，成茲變化；顧物之動也，或驟或遲，或行或止，其力其質，時時有相待之率，可以推知，然則其參差者，其一定也；其變化者，其不易也。

有靈物焉，能自爲其法度，雖然，法度之立，必有其莫之立而立者，蓋物無論靈否，必先有所以存，有所以存，斯有所以存之法。是故必有所以存之理，立於其先，而後法存焉，此不易之序也。使有謂必法立而後有是非者，此無異言輻有長短，得輪而後相等也。

按自然之觀念，爲法律原動力之理想。在昔希臘哲學，其第一期如德黎

(Thales) 色諾芳尼 (Xenophanes) 畢達哥拉士 (Pythagoras) 等之宇宙

論時代，於入第二期之人事論之初，有詭辨派之蘇斐士特（Sophist）唱  
懷疑的消極論，否定普遍的真理，及爲法律基礎之正義觀念之存在。然  
自蘇格臘底出，自宇宙論導入於人事論，復排斥蘇斐士特之懷疑的傾  
向，確立道德上之原理。始認法律有絕對的效力。於宇宙論時代，所謂根  
本問題，卽何謂世界之大原。蘇格臘底之學徒，則代以何爲法律之基礎，  
凡制定法律，悉依自然法之合法行爲爲正義。以此正義觀念之體現，爲  
立法司法及其他一切法律思想之源泉。

自希臘哲學家蘇格臘底以「自然」爲基本觀念，以正義爲法律之基  
礎，於是「自然法」與制定法之對立，實爲二千年來西洋法律進步之  
原動力也。卽其後在法學形成時代之羅馬政治家，法律家，亦以「自然

法] *Jus natural* 自然之理 *Naturalis ratio* 公平善良 *Aequitas* 等爲對等法學形成之基礎觀念。一方生萬民法 *Jus gentium* 他方生普列托爾法 *Praetor*，更以自然法之理想法之觀念，傳於後世，以促進各國法律之改良進步。

孟德斯鳩之學說，以爲一切法皆成於自然，獨人道有自爲之法，然法之立也，必以理爲之原，先有是非，而後有法律；此種思想，實與蘇格臘底先後同揆也。

孟氏又曰：所不可不明者，公理實先於法典，法典者，緣公理而後立也。民生有羣，既入其羣，則守其法，此公理也。以一有知之物，受他有知之物之惠養，理不可以不懷感也。以有知之神明，造有知之人類，則人類之於神明，亦不可以不

援明矣。終之以有知之類，而加害於有知，則其讎可以復，凡此皆先法典而立之公理也。（中略）

人之爲物也，自其形氣而言之，猶萬物然。有必信之法，不可以貳，自其心靈而言之，則常違天之所誠矣；且變化其所自爲者矣。其奉生也，必自爲其趨避。以其爲有盡之物也，故拘墟篤時而愚謬者，其智慧非完全者也；乃卽此有時而忘，常爲甘嗜慾戾氣所驅使而不自知。夫如是之物，宜常忘其本來者矣；故宗教之說起，而教法興焉。教法者，天之所以警人也。又常忘其一己，而不知其生之可貴也；故哲學之說起，而道法著焉。道法者，先覺之所以警人者也。人羣又常忘其同類，而或出於害欺，故治制之事興，而國法著焉。國法者，經世法度之家，所以設之隄防，使無至於相害也。

(乙)形氣自然之法。有先於前三者，則形氣自然之法是已。所以謂之形氣者，蓋其以吾之有生與形而遂見也。將欲明法律之本原，必考察人類於未成羣之始，惟未成羣，而後形氣自然之用，可以見也。(下略)

孟氏所標自然之公例有四：(一)曰求安，蓋人類初期所急者在保生；其他則非所計。故如是之人類，絕無平等之思想，往往自居於弱者地位，而恆視己爲不及人，常相畏而無相攻，求其足以自安而已。(二)曰自養，最初民族之思想，莫重於求食，故其目的在養其欲而給其求，卽成爲自然之法則，迨人羣演進，於是不相得則相攻，觀於蠻夷之出必挾兵，居則固其扃鑰，蓋民必既羣而後攻守之事，騷然起矣。(三)曰相助，人之與人，固同類也。同類則相附之愛力，終勝於相避之抵力，故其爲合也易。此亦根於形氣之自然法也。(四)曰愈愚，耳



目視聽之感覺，飲食男女之嗜慾，所與禽獸同有者也，而人有異焉，以能積智，智之積也，宜於通而不宜於孤，是故人羣由於知識之合之根於自然也。

(丙)人爲之法典。自人羣既合，則向者自知僂弱之怖畏以亡；羣合而有強弱衆寡之殊，其平等之形亦泯；怖畏既亡，平等形泯，而人類之競爭興矣。蓋爭之與羣，乃同時並見之二物。盧梭有見於此，故謂「初民有平等之極觀」，而其實則法典之事，即起於爭，使其無爭，又安用法，國之與國，人之與人，皆待法而後有一日之安也。

於是國與國自負其強固，而邦國之戰興。人與人自恃其權勢，而私門之爭亟。凡皆自營意深，欲據人間之美利而獨享之耳。以人羣有如是之二境，而一切法律生焉。夫大地爲行星之一，立其上者不一

國也。將欲使之爲交通而無衝突，於是乎有國際之公法。國不一民，州居萃處，而或立之君，將欲明天澤事使之義，而可以久安，於是乎有君民對待之國法。民之與民，各有畛畔，將欲奠其所居，以無相侵奪也，於是乎有國人相與之民法。三者其大經矣。

復案「西人所謂法制，殆盡於是。三國際公法，其源蓋古，然自葛羅邱斯 Hugo Grotius 始有專論之書，自邊沁始爲之專名，曰「列國交通律」也。至其餘二法之分，由來亦舊，而大備於羅馬。蓋泰西希臘爲哲學文章最盛之世，而羅馬則法學極修之時代也。此書所謂國法，卽社會通詮所言之公律，所謂民法，則私律也。（見論刑法權分）西人法律公私爲分如此。吾國刑憲，向無此分，公私二律，混爲一談。西人所謂法者，實兼中國之禮

典。中國有禮刑之分，以謂一禮防未然，刑懲已失，而西人則謂凡著在方策，而以令一國之必從者，通謂法典，至於不率典之刑罰，乃其法典之一部分，謂之 Penal Code 而非法典之全體。故如吾國之周禮、通典、及大清會典、皇朝通典諸書，正西人所謂 Laws，若但取秋官所有律例當之，不相侔矣。（下略）

孟氏又謂國有法制，所以齊民也。廣而言之，人心之理也。爲國法，爲民法，皆人心之理，見於專端者耳。

國法民法，爲民而作，宜有以相得，不可以相睽。故甲國之法，而合於乙國之用者，至不常之事也。

國有治制（如君主民主）。國法者，所以成此治制者也。民法者，所以翼此治

制也。故其立法也，不可以不察其治制之形質精神而爲之。

國有風氣之寒燠，有土壤之肥磽，有幅員之廣狹，有所宅之形勢。至於其民，有居業之殊異，耕乎？獵乎？牧乎？其自繇之程度，緣其治制而不同。其是非所折衷，從其宗教而異準。此外若民之好惡，若國之財力，若戶口，若懋遷，若禮文，若風俗；凡若此者，皆作則垂憲者，所從以爲損益之端也。且國民二法，又有相資之用焉。自夫二者之所由興，與制作當時之用意；至所約束整齊之秩序，是皆宜博考周諮，而後能通其意也。

## 第一節 神意法與民意法

原始社會之法律思想，每依神權之作用以爲裁判，上既言之矣。迨文化稍進，

立法觀念發生以後，其制定法律，亦往往依神意之詔示者爲之。試列舉以證明之：

(一) 巴比侖之法典，爲近世發見世界最古之法典。當時巴比侖王哈姆姆拉比之楔字碑銘法，其石碑前面，彫有日神從玉座授王法典之圖。此法典之前文（上略）載有「亞魯，伯爾兩神，召其崇敬者如朕，命行正義，遠邪惡，抑強扶弱，如太陽之照臨黑首族（人民）文化國土，增進民福」等語。

(二) 埃及及初代之國王，爲伊西士 Isis。天資英邁，崇敬神明，布施仁政，爲一代之明主。並爲埃及最古之立法家。然究其法律之原始，則歷史相傳謂由於荷魯斯之神授，但憑口誦而無記載。後以象形文字纂成爲聖典。惟此聖典僅僧侶能解讀之，故埃及最古之法律，係依神意之發見而爲規範也。

(三) 猶太之大立法家，厥爲摩西。而猶太之聖律稱爲托拉 *Torah* 者，亦由於神授。相傳紀元前千四百九十一年，有耶賀巴神降於西拿伊山頂，下賜摩西，摩西以之傳於猶太人。就中如十誡 *Decalogue* 爲最著名。實爲原始民族基本法律思想之表現；其體裁嚴整，實質簡潔，而要領具備。其開端，命以色列人（猶太民族）崇奉一神，次則定生活常則，勞動休息之日，再次令人崇敬父母，又次定各人之分，復以保障生命，財產，信用，有勿殺，勿姦，勿盜，勿僞證，勿貪之禁。凡原始社會之成立，維持必要之根本法規，殆皆網羅無餘；要爲世界立法史之先河，較諸漢初之約法三章，羅馬之十二銅標法，皆導源於是矣。

(四) 希臘古代，法制最爲完備者，當推克拉克的島。其他各府市法制，多模仿克拉克的法，此種法律，傳說爲宰吾士神所傳授而來。厥後如希臘之雅典，有名梭

倫 Solon 之法典，及斯巴達之來喀瓦士之制定法律，皆沿襲克拉克的法而成。  
(五) 可蘭聖典 Koran 之教律，爲回回教法律之基礎。其初係爲一種神法，由神使額不黎爾 Gabriel 之傳於摩罕默德，復由摩罕默德授於其徒，至今日而成爲有名之教律。

(六) 波斯之法律，起原於其教祖查洛亞士坦 Zoroaster 之法。其宗教主宰，謂有善惡二神，支配宇宙。善神稱爲亞拉麻達 Ahura mazda 創造光明，生活清淨，善良，法律，秩序，真實。惡神稱爲盎格魯曼休西 Angro-mainyush 創造黑暗，死滅，污穢，災惡，不法，紊亂，虛僞。此世界爲善惡二神之鬥爭場，歷史者，卽此鬥爭場之表現。故人類不可不從善神所指示之查洛亞士坦之法律與教訓，而以勸善懲惡爲最大之義務。相傳查洛亞士坦所編成之法典，至亞歷山大

王侵入波斯時，不幸罹於兵燹；就中二十一卷中，關於法律及訴訟程序之第九編，亦經散失，僅拜火教律之法律淵源，尙遺傳至今云。

依上所述，可知原始時代之法律思想，憑於神意之宣傳，已足證明。惟所謂「神意卽法」之觀念，實本於民族之崇拜而生共同之信仰；此種心理狀態，既本於共同之信仰，徵諸吾國古代皋陶謨所云：「天聰明，自我民聰明。天明威，自我民明威。」卽足發見天人一致之真理；故由此觀念而生之法，規卽爲關於法律事項之社會力之表現。

法律者，依社會共同行爲之規範，而有社會力以爲制裁者也。社會力者何？卽民意潛勢力之存在者也。在原始社會之民衆全體，關於法律事項之規則，固不能自己發表宣言，惟就民衆之長老等，依其經驗，及其記憶之慣例，故實傳



說，以爲解決。如遇有裁判事項，則由人民選舉審判官，遵奉其裁判。當十三世紀，隸屬於英吉利之買島 Isle of man 其初尙無成文法，而台姆士泰 Deern-sters 之裁判官，則依記憶之傳說，先例，及新事實正當之考慮所得，稱爲慣例，而行判決。

所謂「民意法」者，蓋本於社會潛勢力之存在，質言之，卽習慣上之普通法也。英吉利當未有制定法 Statutes 以前，卽以普通法之不文法爲基礎，其元質則根據於十二世紀台姆士泰 Deernsters 之裁判官之「胸法」。台姆士泰者，含有裁判指導者，或法之引導者之義。而所謂「胸法」相傳其法卽書於該裁判官之胸，人民視彼爲習慣傳說之庫，選舉之爲裁判官，而服從其判決。其後遂衍爲普通法之一般原則，凡關於一切法律之爭訟事件，均得依普

通法原則裁判之。此種原則，固爲一種擬制；迨社會進步，其變遷推移之間，往往係爭之事實，有不可思議之新現象發生，而訴之於裁判所。然古代英吉利之裁判官，特具有差別之知識，故雖有新事實發生之訴訟，若無慣例先例，可資援引，但裁判官並不因此而拒絕其訴訟，似早備有相當之法規而爲之裁判者。此新判決既下後，如有同樣訴訟發生，自可據爲先例 *Precedent*。厥後由其裁判例抽出之法規，遂成爲現勢狀態之法規。故法者，祕藏於裁判官之胸，此裁判官之「胸法」，卽爲普通法之基礎原則也。

此種判例之成爲法規，在英吉利既視爲一般之原則。邊沁氏所謂：裁判官制定之法 *Jud. e-made Law* 又稱爲訴件法 *Case Law* 者，卽指此而言。盎格魯撒克遜語所稱 *Doom* 者，初僅有判決之意義，後兼有法律之意義，足以表示

此種之變遷。不特此也，裁判官於習慣以外，得自由參酌他國法。例如賀爾特 Hord 於有名之柯克對巴拉得之訴件，採用羅馬法，以定寄託法之原則。曼斯非耳特 Mansfield 當十八世紀中葉，參酌地中海沿岸之海法，大陸之商法等，以為裁判。故英國法律，常依賢明之裁判官之活裁判，每隨社會之變遷，而為健全之發達。

按王寵惠所著比較民法導言，關於「判例之效力」論列甚詳，茲並錄之以供參考。原文如下：

法院之判例，於法律上有約束力乎？無約束力乎？此為比較法學之一重要問題也。其解決之方法，羅馬法系與英國法系，判然不同，故其影響於兩系法律，至深且巨。試申論之：

羅馬法對於判例，是否自原始以來，即不認其有法律之效力，迄今尙無定論。惟當時羅馬大著述家西索羅 *Cicero* 列舉判例爲法源之一。其後射費賴斯 *Severus* 帝頒布指令，凡律之疑竇，若歷來有判例可援者，其判例作爲有法律之效力。至周斯丁尼亞 *Justinia* 帝敕令，始禁止法官引據成案，自是判例遂失法律上之約束力矣。

今之宗羅馬法系諸國（但西班牙爲例外，蓋其所持主義，與英國略同。）對於此問題，亦採同一主義，且有以明文規定於法典者。如普魯士民法典前加篇第六條規定，審理案件，不得依據法學家之意見及法官之判例。奧國民法典第十二條規定判例不得作爲有法律之效力。法國民法典第五條之規定，其用意亦與此略同。質言之，羅馬法系諸國，其法院

之判例，祇可視為參考之資料，於法律上毫無約束力。此其原則，縱或有例外，如法國一千八百三十七年四月一日公布之法律，規定同一法院之判決，因同一法律問題，經二次上訴於最高法院，而最高法院於第二次之上訴開全院會議後，以同一理由撤銷原判時，其全院之判決，對於該案有約束力。（緣法國某法院因同一案件曾有三次被最高法院撤銷原判而仍不遵守最高法院之判決者，最高法院無如之何，故有此律以補救之。）然其適用範圍，至為狹小，蓋全院之判決，惟對於該案有約束力，對於他案則無之，此乃無關重要之例外，其原則固如上所述。英國則其所採之主義，與羅馬法系諸國，大相逕庭，蓋英國法律，多屬習慣法，而習慣法多源於例外。是故「衡平法」也，國際私法也，契約法也。

私罪法也，（不法行為英律名爲私罪）以及其他種種私法，大都由判  
 例而來，卽制度定法，依立法程序，釐訂頒布，似非出自判例矣；然或亦有  
 不盡然者；例如一千八百十二年之匯票法，一千八百九十年之合夥法，  
 一千八百九十三年之買賣法，細繹其條文，幾無一不依據判例者，是名  
 爲制定法，實則「判例法」也。不過改換面目，著爲條文，使其井然不紊，  
 便於援用耳。是英國之重視判例，非一朝一夕之故矣。原夫法官之引用  
 成案，在十三世紀，已有所聞，其始不過備聽訟之參考云爾；從違與否，一  
 任法官之自由裁奪，與現今羅馬法系諸國之判例無異。繼而成案日多，  
 引用日廣，積之既久，判例之有約束力，遂成爲不易之例。十八世紀柏烈  
士頓氏（Blackstone）所著英律詮釋有云：「恪守成案，乃法官之義務。」

「自茲以後。成案之效力，幾等於律文，於此有二原則，爲吾人所應注意者：（一）凡與成案相同或類似之案件，各級法院均應遵守其各該本院之判例。（即最高法院亦不能違背此原則）（二）凡與成案相同或類似之案件，下級法院應遵守同級或高級法院之判例。此二原則爲一切判例效力之基礎；然亦不見諸律文，蓋皆出自判例也。故有稱「判例法」Case Law 者，更有稱判例爲「法官制定法」Judge-made law 者，殆謂其與法律有同效力也。雖然，依英國主義，法官果有立法權與否？學者聚訟紛紛，或云法官之職權，在解釋已有之法律，非制定未有之法律。果爾則法官所依據以爲判決之法律，當存在於判決之前，不過因判決而顯著耳。主張此說者爲柏烈士頓氏，而反對此說者爲奧斯丁氏 Austin

其言曰：我國（指英國）法官以擬制爲護符，自謂法院之判例，卽俗稱習慣法。非創自彼等，彼等不過以之宣示於衆耳。一若習慣法原始以來卽自無而有也者，此其擬制，殊屬戲言云云。近世學者多宗奧氏之說，直認法官有立法權，折衷二者之間，爲保樂克 Sir Frederick Pollock 氏，據其說法官雖僅有解釋法律之權；然法律一經解釋，卽不免有多寡之變更，既有變更，便是立法，故法官表面無立法權，而實際則有立法權也。墨守成規，難於應變，此非議英國判例主義之言也。依據前例，知所適從，此稱許英國判例主義之言也。保樂克氏有取後說，嘗以英國判例比之科學，撰有論文。大意謂科學之所以成爲科學者，以其因既往之試驗，推來者之結果，蓋天下之事物，莫不循一定之軌道，於同一之原因，發



生同一之結果，若月暈而風，礎潤而雨也。判例亦然，於同一之事實，有同一之判決，理猶是矣。保氏之言，大可供學者之尋繹，顧霄壤間無論何種制度，有利必有弊。英國判例制度，約略言之，其利有三：一曰法律之確定，蓋判例既有約束力，則凡有成例可援者，即有一定之標準，而人民之權利義務，不至時爲搖動。二曰法律之發達，夫制定法，條文簡約，固有賴乎判例法，以補其未備，是判例法實足以促法律之發達也。三曰法律之縝密，蓋有一判決，即有一成例，則其法律之細密，遠非他國所可及者，此其利也。然其弊亦有三：一曰法律之固執，蓋判例既定，縱或按之法理，未盡得當，亦須遵守，欲矯正之，殊非易事，故效力於法官之自由裁奪，大有妨礙。二曰法律之強辯，蓋判例既有一定，而社會狀況，變幻無窮，即法官以

爲不合時宜，亦不敢公然違背，惟有強辯案情之異同，巧爲趨避。三曰法律之繁賾，英國既以判例爲法律，而判例日增，其數百年之判決錄，於查檢及援用上，至爲煩難，況判決錄且日出無已，此其弊也。至於羅馬法系之判例主義，其利弊適與英國相反。比年來兩法系皆反向之趨勢，在美則尊重判例，已不如前。在大陸諸國則判決錄之編訂，日益慎重，而判例之引據，亦隨而加增。異時兩系或有趨於適中制度之一日，未可知也。要而論之，英國以「判例法」爲「制定法」之原則，實爲一種特殊之制度，此卽與羅馬法系不同之點。蓋英國素以習慣法著聞於世，溯厥源流，實根據十一世紀以前之日耳曼各種習尚，而習慣法之成立，多基於判例，故判例遂爲法律最大之淵源矣。

### 第三節 原始民族之刑法觀念

原始民族之法律思想，與宗教思想殆合一而不可分，故其法律即爲其宗教之一部分。蓋彼既崇奉祖先爲神明，凡其一言一行，皆遵爲規則。若夫律令者，即典型之謂也；典型必自先代所遺留，反是則爲不規則之行爲；此原始民族同具之思想。至一人作則，言莫予違，詢謀僉同，勒爲令典，此皆社會後起之事，非原始民族所可幾及。故法律者，見而著之者也；非作而守之者也。前節所述圖騰習俗，於凡所禁而不得爲者，謂之「答布」，「答布」亦法律也；特其思想皆偏而不正耳。此亦其始則然，久之則所謂法律者，一切皆出於習慣，其所習者，即以爲是，其所不習者，即以爲非。即對於人事，往往以習慣之故，死守勿渝。自

昔羅馬種人，有剖牲以視腹腸，藉占吉凶者。當其未離游牧也，隨畜薦居，欲驗其地水草毒良，則先縱一二牛羊，令就飲食，乃剖視以定其取舍。及其進而爲耕稼之民族，乃亦相沿而不改。大抵習慣相傳，卽爲律令，設有違反，卽爲其衆所屏逐，與歐洲近世之「出律」(Outlawry)相同。(出律者，謂其人從此爲國法所不容，猶宗教之出會，人人得而誅之，蓋至酷之刑也。)假使其所居瀕海，往往置編筏之上，使隨流而任其所之。若在山林，則竄之叢莽深箐之中。徵諸吾國古昔彛典，所謂「流共工於幽州，放驩兜於崇山，竄三苗於三危」，蓋卽流遣刑之所自始也。

人類原始社會，其保障權利，往往出於自動之救濟，以爲刑事上之制裁。故遇有命案發生，被害人之家屬，乃有復仇主義發生，而出於械鬥。迨其結果，或由

酋長及族長，爲之排解，使其罰鍰，鬪爭乃息。上列之二種，在原始民族中，謂之「血門」與「血鍰」，分述於下：

(一) 血門 所謂「血門」(Blood of feud)者，初民所以報復賊殺之國俗也。古昔歐洲刑律，於羅馬曰「陀理安尼」(Lex talionis)「陀理安尼」，抵償之義也。以目償目，以指償指，以命償命，而初民所以行其「陀理安尼」者，則「血門」是已。其法律思想，雖屬鄙野，顧於羣演不可謂非進化之見端也。「血門」之意義，卽以被殺之家，施之殺人之身若家也。設有疑似之難明，則亦爲之讞鞫，惟其法至疎，非文明國家所通行。其所指之家，聚其族而廷誓之，以自白其無罪；有時資他術爲驗，例如陳屍於市，令其衆閱而撫之，撫之而屍血出者，則罪人斯得，於是「血門」以興，常歷時而不休焉。迄今如蘇格蘭山部之民族，尙有沿

用之者。

(二)血鏹 血鏹 Blood fines 者何？蓋有鑒於血門之無已，所傷實多，欲免其殘，乃立血鏹之罰，此取罪人之財，以爲報復者也。蓋野蠻習俗，大抵在殺；其罰格分爲二種：一計死者之貴賤；二計其加害之廣狹，以爲議罰之準則。厥後羣演日進，於是民族有財產之思想，有財產之思想，則盜竊之罪興，所盜所竊，皆有形之產業，故情得，則首議罰鏹，此自然之勢也。雖與血鏹情有重輕之差，而其法固可成爲比例。此與吾國堯典所載五刑之外，有「金作贖刑」之制；及現代刑法所定之「罰金刑」亦相類似。漢唐時，有以贖錢五十萬，及贖銅一百二十斤，得免死罪者，殆與血鏹之法相合。

但當圖騰社會乃至宗法社會之初，固未有司法之理官。而所謂法典者，亦不

過一時之社議，如「鄉約」然。設有鬩牆相爭之事，宗之長老，邑之豪傑，居間排難，請怨家受緩解仇，而緩之多寡，有成例可援；若被害之家屬，置之勿聽，然居間者必出全力使解仇，仇解則執手爲誓，不得復操兵相向矣。假使怨毒既深，或害者恃其勢力，強不受罰，居間者無如之何，則必出於血鬥。在當日社會，視爲固然，未嘗稍以爲非也。

前項罰緩之制，係指私犯而言；若公犯則異於是。在條頓舊典，稱公犯爲 *Boof- less wrong*，謂其罪非貨財所得未減。設有犯者，則全種舉族，衆怒羣起，相與呼譟而逐之。是二者之不同，爲後世「*孤理密*」*Crime*，與「*域爾*」*Civil wrong* 二律之肇分，即起源於是。「*孤理密*」者，公犯也；不必待人告發，爲國家直接加以究問。「*域爾*」私犯也，害之所及，本有專屬，須經告訴，理官乃爲之讞。

獄定法，以伸其枉者也。（按此種法律思想，即爲現代刑事訴訟法，關於公訴及自訴之區分所肇端也。）

太古之民，有受害於其鄰者，必謀報復，報復而義，雖殺人亦無罪責。此種習俗，終宗法之世沿用之；直至社會轉爲國家，制定刑法，其風猶未能盡革。至古代商賈行社所有之執抵權利 *Reprisal*，最爲可怪。執抵權利者，假如有倫敦商，負白明罕商債，不以時還。設於時倫敦有他商，在白明罕者，則執其貨以抵前負，以其同一行社故也。

#### 第四節 原始民族之財產權利觀念

厥初生民，畋漁而鮮食，其所資於物之爲用，則至寥寥。山澤爲馳騁縱獵之地，



廬幕巢穴爲居住之所，羅網弓矢爲捕獲禽獸之工具。故其思想，常亟亟保其林藪之所在，以防他族之侵入。至其巢穴之所託，廬帳之所張，必逐水草而居，爲生活原則之所繫，故常虞於見奪。讀探險家之遊記，其述蠻夷社會之情狀，往往詳其器用，著其服習，若夫其羣財產權利之思想，人我之分界，則語焉不詳。然一按諸初民之狀態，思想幼稚，其於人我之分，並無若何判別。故對於物初不問其所由來，而重其所習用。所捕獲之禽獸，可以供諸同類，而日常所用之利器，則必分彼我；此原始民族視爲一己所保用之財產也。

若夫對於土地，在初民非不知其可寶，特其思想淺而不深，缺而不完。觀於北美之土人，於其所居之壤，不禁行旅之往來，不禁牛羊之縱牧，不禁稼穡之播穫，且在其地建築宮室，亦未加以拒絕，但使勿驚其狐兔，勿張陷阱罟獲，勿施

強弓毒矢，以奪其利源，則皆優容之而不忌。蓋彼非不知其土地爲己有，惟不重視其土地爲財產，而有所獨私也。

迨人羣進化，由畋獵而演爲遊牧，於是財產之思想，比較進步。其所牧之牛羊，卽爲其財產，凡牛羊生產之毛革，漚酪，以及供其力役之奴婢，皆屬私人所有。瑞典舊律，人民訟牛羊爲他人所盜，必廷證此牛與羊，乳於其閑，飼於其圈，以見其物爲主人所產且畜者，他人法不得奪也。

自種人散而爲族，族法析而爲家，向者禽獲衆共之俗漸廢，而其人親所俘虜者，得據之爲一己之私。迨最後社會，乃有交易購置之事，於是其所持粟出財，相易而有者，得視爲己私。然考諸歐洲古俗，若僅以易而有者，往往爲其家之所疑，例如牛羊在其家之牢圈內，忽有不常見之牲畜，輒蒙盜竊之名，而莫

由自解。徵諸吾國古昔「使民日中爲市，交易而退，各得其所。」蓋日中爲市，爲羣衆耳目之共見共聞，自無嫌疑之可言。卽英國現代法典，亦重當市之售沽，爲民羣得物最正之道。卽此義也。

綜上所述，古代社會財產思想之演進，有下列之階級：

(一) 所習用者。

(二) 所生產者。

(三) 所鹵獲者。(此種劫奪而得，原爲法所禁止；然原始民族，對於處置在己勢力之下者，幾視爲占有矣。)

(四) 所易得者。

自戶口日繁，漁獵畜牧不足於養，於是有耕稼，民族始有一定之居所或住所，

而土地所有權之制，乃以日繁。故法律思想亦隨之改變。非若畋獵之民，僅知保存其林藪及愛護其工具；遊牧之民，僅知馳驅牧場，維護其牲畜而已。其視土地也，既無各私之權利，自無取正疆而畫界。獨至耕稼之民，其觀念乃大異此。火耕水耨，浚吠加犁，而歲爲之灌溉，竭其手胼足胝之烈，對於土地，率其一家族，以致此勤劬者，其不願他人侵奪，坐享其成績，其理至明。是以經耕之地，常爲族姓之所私，分授其衆而耕之。洎歷年所，乃疇田易耕，以均腴瘠。繼乃家有其田，而分疇事廢；最後乃成爲今制，田各有主，土地私權之制，乃確定矣。財產權利之思想，卽起於私，而成於私。英文稱產業曰 Property，譯其義卽爲專有。若夫公產之稱，按其辭義，精言之，乃自相矛盾。蓋產而曰公，此殆指其物非任何人所得私，非任何人所得私，卽非任何人所得享，故公產爲言，直等於

字已點缺無產。按英國法律條文，凡一物爲其衆人所同有者，例用他名，不稱 Property。實規者至於一策一謀，及一新理方術，爲其所發明，亦得擁其專有權，例如著譯版，看不足權，制作專利，諸物是已。

不休就上所述，乃社會演進之概觀，太古民族之思想，不能若是之縝密，今試有人，解故或問某某產業，當上古時，誰爲之主，殆不能置答。蓋上古時固無所謂產業與否，曲並要也。卽如今日之洋海，荒荒溱溱，無從據爲己產矣，然其初之利用，不過輪舶交通，轉輸人貨已耳；且其界域廣遠，足以容萬國艦舳。故分據各私之說無由起。別地求今朝醉雖然，以現代海綫之設，日以益多；各國沿海之漁，所出者日益不贍，於是區分海宇，視爲國域。公法之所謂領海者，瀕國之海，定其距數，凡界以內之漁利停泊，然砲沈雷；與夫海軍之會演，皆有主權。則他日者以巨侵視同土壤，分疆據

名棟樑

以政法爲輔，例如中庸所云：「人存則政舉，人亡則政息。」孟子所謂：「徒法不能以自行。」荀子所謂：「有治人無治法。」法家者流，則非難人治而主張法治，如管子任法篇云：「任法而不任智。」尹文子云：「法有四呈：一曰不變之法，君臣上下是也。二曰齊俗之法，能鄙同異是也。三曰治衆之法，慶賞刑罰是也。四曰平準之法，律度權衡是也。」史記載商君之言曰：「三代不同禮而王，五伯不同法而霸；智者作法，愚者制焉；賢者更禮，不肖者拘焉。」韓非子難勢篇云：「且夫堯舜桀紂，千世而一出……中者上不及堯舜，而下者亦不爲桀紂。抱法則治，背法則亂。背法而待堯舜，堯舜至乃治；是千世亂而一治也。抱法而待桀紂，桀紂至乃亂；是千世治而一亂也。」慎子佚文所云：「君人者，舍法而以身治，則誅賞予奪，從君心所出。」又曰：「法雖不善，猶愈於無法。」此

與歐西分析學派（奧斯丁派）所主張「惡法亦法」之學說，完全脗合。綜上儒、法二家之學說，一則主張以人治法，一則主張以法治人，各有其特殊之異點。然我國法治主義之產生，起原甚古，而法家成爲有系統之學派，則在儒墨道三家之後，其法律思想之根據，卽以儒墨道三家爲其先河；故法家者，承儒墨道三家之未流，嬗變匯合而成者也。茲將儒墨道三家與法家之學說比較而闡明之：

儒家荀子禮論篇曰：「禮豈不至矣哉，立隆以爲極，而天下莫之能損益也。……故繩墨誠陳矣，則不可欺以曲直；衡誠縣矣，則不可欺以輕重；規矩誠設矣，則不可欺以方圓；君子審於禮，則不可欺以詐僞。」

法家慎子之言曰：（見意林）「有權衡者，不可欺以輕重，有尺寸者，不可

差以長短，有法度者，不可誣以詐僞。」

兩文之語意，皆若合符節。惟不同者，儒家之重禮，與法家之重法，其主張各異，而其整齊畫一之精神，方之於權衡度量，以示人類行爲以規範，則同。蓋禮藉社會力之制裁，法則藉國家力之制裁也。

墨子尚同篇曰：「古者民始生，未有刑政之時，蓋其語人異義……是以人  
是其義，以非人之義，故交相非也。是以內者父子兄弟作怨惡，離散不能相  
合，天下之百姓，皆以水火毒藥相虧害；至有餘力不能以相勞，腐朽餘財不  
以相分，隱匿良道不以相教，天下之亂，若禽獸焉……」

法家管子君臣篇曰：「古者未有君臣上下之別，未有夫婦配匹之合，獸處  
羣居，以力相征。於是智者詐愚，強是凌弱，老幼孤弱，不得其所。故知者假衆



力以禁強虐而暴人止。」

墨子固排斥「功利主義」而以「兼愛」爲目標者也；然其論社會之弊害，則推原於未有刑政之時，社會秩序至不能相保。較諸管子之言法治，亦以禁止強虐爲保護社會爲惟一之標準，其觀念正復相同。

道家莊子胠篋篇曰：「絕聖棄知，大盜乃止。擗玉毀珠，小盜不起。焚符破璽，民乃朴鄙。培斗折衡而民不爭。」彼蓋深信「自然法」爲萬能，凡一切之文字，<sup>知</sup>和識，藝術，以及法律，道德，皆足以造成罪惡。然道家認宇宙爲現成的，宇宙之自然法，當然相同。以人類與萬物等夷，同受治於此種一定的因果律之下，其結果與法家所謂法治思想相契合，而治爲一。

法家尹文子曰：「名定則物不競，分明則私不行。物不競非無心，由名定故

無所措其心，私不行，非無欲，由分明故無所措其欲。然則心欲人人有之，而得同於無心無欲者，制之有道也。」彼以爲欲使道家無私無欲之理論，現於實際，舍任法末由。故法家實卽以道家之人生觀爲其人生觀。太史公以老莊申韓合傳，殆有見乎此也。

綜上所述，吾國當春秋戰國之時代，其法律思想，一方則已由宗法社會而進於國家社會；一方則已由於「自然法」而進於「人爲法」之時代也。故從其立脚點觀之，法家之思想，與儒墨道三家之法律哲學，溝而通之，各有其成立之淵源。故進一步，必要求以「人爲法」爲之體現，此當然之理也。觀韓非子難三篇曰：

「法者，編著之圖籍，設之於官府，而布之於百姓者也。」又其定法篇曰：

「法者，憲令著於官府，罰刑必於民心，賞存於慎法，而罰加乎姦令者也。」  
由此觀之，其觀念蓋以法律須用成文法爲公布，而以國家制裁力爲後盾。與近代法學家所謂「規範法成形之原始形式，由無形記憶之法，一變而爲有形文書之法。」蓋使不文之民，知所趨避，此乃法律形態進化之過渡現象也。

## 第二節 成文法之初期及其變化

成文法者何？卽上述韓非子所云：「編著之圖籍，設之於官府，布之於百姓」之謂也。我國法律之最初起原，不可深考。據尙書呂刑云：「苗民弗用靈，制以刑，惟作五虐之刑，曰法。」從可知古代之所謂法，卽爲刑罰之一種，以爲制裁。  
（說文云：「灋，刑也。」刑卽型字，謂模型也。故於「型」字下云：「鑄器之法。」）

也。「式」字，「範」字，「模」字下皆云：「法也。」蓋型爲鑄器模範，法爲行爲模範。蓋初民社會，所有權制度未確立，婚姻從其習慣，故民事訴訟，殆甚稀少；凡有訟獄，大半屬於刑事。國家爲維持其生存之目的，對於破壞社會秩序者，不得不用威力加以制裁，卽法之所由起也。徵諸巴比侖之哈姆姆拉比法典所定之公刑罰，凡盜賊行爲而被逮捕者，皆處以死刑。而關於傷害罪，則有傷人目者傷其目，折人骨者，折其骨之規定。至羅馬時代，亦有生命刑，水火之禁 *Interdictio aquae et ignis*（卽追放之刑），罰充奴隸，流刑，及身體刑（折傷人一肢者，亦折其一肢之類），自由刑，財產刑，資格刑。種種之規定。此等制裁，卽羅馬十一銅標法中之第八，第九二標對於私犯法 *Tabula VIII de dante* *Tabula IX de jure publico* 之刑罰也。

由上所言，世界各國之刑法，發達皆爲最早，正不獨吾國爲然。而吾國之刑法，實緣苗族所自創。我族乃襲用之。故我族當初用此刑制，專爲對待異族而設。卽呂刑所云：「報虐以威」也。而刑官最古者，厥推皋陶，尙書堯典所載舜命皋陶則曰：「蠻夷猾夏，寇賊姦宄。汝作士，五刑有服……」是刑官全爲對懲治蠻夷所設，又可知。「左傳所載倉葛之言曰：「德以柔中國，刑以威四夷。」卽此意也。

又古代兵刑不分，觀國語記臧文仲之言曰：「大利用甲兵，中利用刀鋸，薄利用鞭扑。」以用甲兵爲刑罰之大者，亦卽爲「刑威四夷」之確話。故皋陶之作士，其職在制裁蠻夷，含有以武力抵禦強暴之義；在後世刑官之掌，猶名曰「司寇」。而律則含有紀律之義，故易爻辭云：「師出以律。」凡行師旅者必

用焉。史記律志，漢書刑法志，開端皆言兵事，而歸本於刑。可知兵刑二事，在古  
代固爲同一之觀念也。

刑與法律，其初雖專爲對異族而設；迨其後種族之階級及界限漸混，又因團體內人事日繁，故前此所以制裁特種人之工具，或不常用之法制，久之乃適用於普通人，而成爲經常之法典矣。

吾國歷史之記載，史記則斷自黃帝，而孔子刪書，則斷自唐虞。史稱黃帝以兵定天下，卽爲用刑之大者；惟其刑法則不可考。至其可考證者，則唐虞時代所用之「五刑」是也。雖其制度簡略，並無條文之詳備，然不可謂非吾國最古成文法之權輿也。尙書之堯典，其文云：

「象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，怙終賊刑。」

今就其文義，依次解釋之：

唐虞時所相傳之五刑，究爲若何之刑罰？並未述明；然依書呂刑之所載，有足以資爲考證者。呂刑云：

「正於五刑，五刑不簡，正於五罰，五罰不服，正於五過。……五刑之疑有赦，五罰之疑有赦。……墨辟疑赦，其罰百鍰，閱實其罪。劓辟疑赦，其罰惟倍，閱實其罪。剕辟疑赦，其罰倍差，閱實其罪。宮辟疑赦，其罰六百鍰，閱實其罪。大辟疑赦，其罪千鍰，閱實其罪。墨罰之屬千，劓罰之屬千，剕罰之屬五百，宮罰之屬三百，大辟之罰，其屬二百；五刑之屬三千。……」

周之時去古未遠，故「五刑」之制，尙沿用之。從可知唐虞時代所用之五刑，卽爲「墨」、「劓」、「剕」、「宮」、「大辟」之五種刑制也。惟此五刑，在唐虞

時並不常用，視其可宥者，則以流刑代之；所謂「流宥五刑」是也。至「鞭」「扑」之刑，則爲官府學校所用，卽爲後世笞杖之刑所由昉，而贖刑之法，卽呂刑所謂「罰鍰」後世之「易科罰金」也。

若「象以典刑」之意義，自來學說甚多，其中主要者有三：

（甲）第一說以爲「象刑」乃畫犯人之衣冠，異其服章，使人知其爲犯人，以爲懲罰與警戒者也。觀慎到（慎子）之言曰：

「有虞氏之誅，以幪巾當墨，以草纓當劓，以菲履當剕，以艾鞞當宮，布衣無領當大辟，此有虞氏之誅也。」又曰：「斬人肢體入肌膚謂之刑，畫衣冠異章服謂之戮；上世用戮而民不犯也，當世用刑而民不從。」

厥後象刑之說，乃盛行於漢代。漢書刑法志所載漢文帝之詔曰：



「蓋聞有虞之時，畫衣冠異章服以爲戮，而民弗犯，何治之至也。」而鄭玄乃於周禮司圜之條：「凡害人者，弗使冠飾，而加明刑焉。」加以註釋曰：「弗使冠飾者，著墨幪，若古之象刑與。」此皆宗慎到之說也。

(乙)第二說以爲「象刑」爲描寫用刑之形象而公示之，使人知刑罰之可畏也。徵諸唐律疏議，其疏曰：

「逮於唐虞，化行事簡，議刑以定其罪，畫象以愧其心。」而其註曰：

「晉刑法志曰：五帝畫象而民知禁……吳氏曰：圖所用刑之象以示使智愚皆知。王氏曰：若周典垂刑象於象魏是也。」

惟其說則以宋之程大昌主張爲最闡明，其考古篇所著之象刑辯曰：

「象，法也；法以用刑也；以象爲法，於義旣迂，而法以用刑，似非六經語，故世以

爲疑。……夫既謂象，必有形可繪，有狀可示也，則凡謂爲象者，其必於形象焉求之，豈容泛言也。……象刑云者，是必模寫用刑物象以明示民，使知愧畏，而何他求泛說哉？……周之闕，名「象魏」，「象魏」者，取其巍巍然也。象者實有六物之象，畫著其上也。司寇之職，正月則垂刑象之法於象魏，使萬民觀刑象。……周言刑象，命其形也；虞言象刑，著其成也，其實一已。六官皆有職，六職皆有具，治教政禮刑工，隨其事物，各圖寫之，其繪事屬刑者，則刑官取而垂之魏闕，是爲刑象。由刑象以推唐虞，則象刑云者，以有象而名，可類推也。「宋朱熹亦以「象刑」爲畫五刑之象以示民，故其所著舜典象刑記曰：「……「象以典刑」者，畫象示民以墨、劓、剕、宮、大辟、五等肉刑之常法也。」而其大學衍義補曰：

「或問「象以典刑」，如何爲象？曰：此正言法象，如懸象魏之象。」

其後明之吳訥所著祥刑要覽亦宗是說。

（丙）第三說以「象以典刑」之象爲形容公示之語，卽爲法律之公布；典刑卽謂「國有常刑」（指五刑）以資遵守也。殆取上天垂象之義，國家制法以公示人民，使其知所畏避也。蔡沈所註書經集傳曰：

「象如天之垂象以示人，典者常也，示人以常刑，所謂墨、劓、剕、宮、大辟，五刑之正也，所以待夫元惡大憝，殺人傷人，穿窬淫放，凡罪之不可宥者也。」至漢書刑法志亦曰：

「所謂「象刑惟明」者，言象天道而作刑，安有菲履赭衣者哉。」此屬於第三說也。右列三說之中，第一說由於好古之想像，第三說亦爲以今推古之臆斷；

若從進化公例判斷之，要以第二說爲當。何則？蓋由原始時代而進於文化時代，其初必爲「象形文字」。我國進化之階級，證諸歷史之陳迹，如庖犧（伏羲）時代，結繩以爲治；迨黃帝時，倉頡觀鳥獸之跡，制作文字，遂爲「象形文字」之濫觴；而與埃及古代所用「象形文字」Hieroglyph正復相同。相傳埃及最古之法典八篇，卽用此種文字所書。嗣於古墓中發見宗族裁判之雕刻畫約十五張，其中先繪犯罪人之狀態，次繪犯人之逮捕及審判處刑，最後則繪裁判官報告於族長之狀。此圖尙保存於羅馬市國立之博物館中，猶可想見其遺跡。卽古代泰西各國，亦往往於法庭、衙署、會場等處，繪列行刑之狀焉。要之，文化幼稚時代，國家以形象示法禁於民，實爲規範法原始之狀態。蓋以繪畫爲思想及事物之象徵，卽代替文字之公布；其發生時期，要在文字之先。

而於不文法與成文法進化過程中，此爲原始的補助的成刑法也。周代文化，雖較唐虞爲進展，然其制定之治典、教典、禮典、政典、刑典、事典等六典，由太宰及大司徒、大司馬、大司寇各於年首宣示治法、教法、政法、刑法於邦國都鄙。此種法規公布之方法，詳載於周禮，其記天官太宰之職云：

「正月之吉，始和布治於邦國都鄙，乃縣治象之法於「象魏」，使萬民觀治象，挾日而歛之。」又記天官小宰之職曰：

「正歲，帥治官之屬，而觀治象之法，徇以木鐸，曰不用法者，國有常刑。」又其記地官大司徒之職曰：

「正月之吉，始和布教於邦國都鄙，乃縣教象之法於「象魏」，使萬民觀教象，挾日而歛之。」而其記夏官大司馬之職曰：

「正月之吉，始和布政於邦國都鄙，乃縣政象之法於「象魏」，使萬民觀政象，挾日而歛之。」可知其宣示治象、政象之法，皆公布於民以爲規範，皆屬從同。至秋官之掌，則專司刑事，故其記大司寇之職曰：

「正月之吉，始和布刑於邦國都鄙，乃縣刑象之法於「象魏」，使萬民觀刑象，挾日而歛之。」又記小司寇之職曰：

「正歲，帥其屬而觀刑象，令以木鐸曰：不用法者，國有常刑，令羣士，乃宣布於四方，憲刑禁。」

蓋周時文化，尙未普及，其於國家之法令，對一般人民，直接以文字爲公布，必難使其了解，知所趨避。故一方將法規揭諸門闕，昭示於民，同時又輔以圖畫，俾解釋其意義，卽與舜時之「象刑」無異。一方更鳴木鐸，警告觀衆曰，若有

不用法者，國有常刑，必加制裁；同時又命羣士，布其法令於四方，以示刑之禁令，皆所以補助成文法之發展者也。

就上所述，所謂治象之法，教象之法，政象之法，刑象之法，其內容皆不可得而知。然則我國法律條文之制定，究自何時始耶？堯典雖有五刑之文，不過就刑名爲分類，而於法文則無徵也。晉叔向云（見左傳昭公六年）

「夏有亂政而作禹刑，商有亂政而作湯刑，周有亂政而作九刑，三辟之作，皆叔世也。」

觀此則夏商周三代皆有制定刑法之事，已可概見。逸周書云：

「維四年孟夏……王命大正正刑書……太史筴刑書九篇以升授大正。」  
又徵諸左傳所載魯太史克云：

「先君周公作誓命曰：『毀則（訓法）爲賊，掩賊爲藏，竊賄爲盜，竊器爲姦。』……有常無赦，在九刑而不忘。」

綜上諸文，似周代已有關於刑事之成文法典，所謂「刑書」者，凡九篇，且原書至春秋時而尙存在，故太史克猶能誦習之。從可知周公制禮之外，同時並制定刑法；後世儒家謂周代崇尙禮治，殆未盡然也。惟周公對於刑罰之制裁雖嚴，然要以感化主義及倫理觀念爲其精神，尙書酒誥云：

「厥或告曰：『羣飲，』汝勿佚，盡執拘以歸於周，予其殺。」其對於飲酒而科以死刑，處罰不可謂不重，然又曰：

「……勿庸殺之，姑惟教之。」

由是以觀，可知其意不在懲罰而在感革，實爲「禮」「刑」一致之觀念。而



其積極的倫理觀念則視消極的保安觀念爲尤重。故康誥云：

「元惡大憝，矧維不孝不友；子弗祗服厥父事，大傷厥考心於父，不能字厥子，乃疾厥子；於弟，弗念天顯，乃弗克恭厥兄；兄亦不念鞠子哀，大不友於弟。惟弔茲，不於我政人得罪，天惟與我民變，大泯亂。曰：乃其速由文王作罰，刑茲無赦。」

就此種法律思想觀之，其刑罰之動機，所以助成倫理的義務之實踐，而以感化爲目的。就中可注意者，其所謂倫理上之義務，皆屬平等，父兄之於子弟，與子弟之於父兄，其道德責任均立於對等地位，此實法律之一大進步也。

厥後刑律之制作，見於經傳者，如尚書所載呂刑，爲周穆王時所作。其中所言五刑之制度，較諸堯典爲特詳，蓋已近於條文性質。迨春秋時齊有軌里連鄉

之法；晉有被廬之法；楚有茅門之法；僕區之法；今皆傳其名，此外各國類此者當甚多。故當春秋末葉，鄭子產鑄刑書於鼎，（左傳昭公六年）以爲國之常法。晉趙鞅亦鑄刑鼎，（左傳昭公二十九年）著范宣子所爲刑書焉。蓋成文法發達之階梯，由記憶傳授之法，一變而繪象，再變而爲文字之記錄；而欲達法律不朽之目的，乃改而鑄於金屬。此與羅馬之十二表法，相傳爲銅版所製，其進化正復相同也。

### 第三節 中國民法典編纂之經過及其影響

我國法律思想之發展，至戰國時代而始漸完成。李悝集諸國之法典，從事編纂，於是造成法經六篇：曰「盜法」、「賊法」、「囚法」、「捕法」、「雜法」、「具法」；是

爲我國有法典之始。其六篇之命意，據唐杜佑通典之言曰：「魏文侯師李悝，選次諸國法，著法經，以爲王者之政，莫急於盜賊，故其律始於盜賊，須劾捕，故著囚捕二篇；其輕狡不廉，淫侈踰制等，以爲雜律一篇；又以其律具其加減，是故所著六篇而已。」秦用商鞅以變法，鞅之制法，雖本於李悝，而已大變其宗旨，其所定刑罰，多務爲殘酷。漢興，約法三章，所謂「殺人者死，傷人及盜抵罪，餘悉除去秦法。」其法律條文，至爲簡單。其後乃以三章之法，不足以治天下，乃令蕭何摭拾舊律，取李悝之法經六篇，增加三篇（戶律、廩律、興律）是爲九章律。曹魏時，更因漢之九章，增加九篇（劫掠、詐僞、毀亡、告劾、繫訊、斷獄、請賊、驚事、償贓）共爲十八篇。復將「具律」改爲「刑名」，冠於法律之首。晉代因漢之九章增十一篇，共二十篇。「具律」改爲「刑名」，同於魏律，更增「法例」。

一篇，冠於律首。此外如戶律、廢牧、興律、盜律、賊律、雜律、捕律，則仍漢之舊。詐僞、斷獄、毀亡、告劾、繫訊、請賊，則仍魏之舊。而宮衛、違制、水火、諸侯、關市，則其新增者也。自是厥後，南北朝之法律，如宋齊梁及後魏，各爲二十篇。北齊則爲十二篇，北周則爲二十五篇。雖其間代有損益，然皆出入無幾。至隋唐而定爲十二篇。（名例、禁衛、職制、戶婚、廢庫、擅興、賊盜、鬪訟、詐僞、雜律、捕亡、斷獄）乃比較整齊畫一矣。

至於「肉刑」之制，古代之所謂墨、劓、剕、宮、大辟之五刑，至漢魏而未廢。迨北齊北周，始廢除此種酷刑，而代以鞭杖、徒、流、死之五刑。及唐代更廢鞭刑，而代以笞刑，定爲笞、杖、徒、流、死五刑。其後歷宋元明清諸朝，大都陳陳相因，卒未改革。此種笞杖之刑，雖亦身體刑之一種，然較諸墨劓等刑之殘剝皮膚肉體之事，

則固已改良矣。

論者謂我國肉刑之制，傷殘肢體，大背人道，非文明國家所宜有。然試考之羅馬時代所定刑名，其殘酷或且過之，茲分別列舉於左：

第一 人格刑 *Poena capitis* (或稱極刑)

(一) 生命刑

生命刑(即死刑)之方法，有斬首、裹屍(以狼皮蒙人首，置於牛皮袋中，投諸江海)、獸食(將犯人與猛獸食之)、活埋、絞殺(於獄內行之)、投巖(十二標法第八標第十四條及第二十三條，凡奴隸白晝爲盜，與僞證等罪用之)、火刑(十二標法第八標第十條，凡放火罪用之)等諸種名目。

按吾國大辟之刑，卽爲死刑，雖秦時於斬首外，有車裂、鑊烹、囊撲等刑，至隋唐

以後，則僅爲絞、斬二種，而凌遲磔刑諸刑，則不常用也。

(二) 水火之禁

水火之禁，卽爲放逐等刑，於人格滅等用之。受此禁者，淪爲外國人之狀態，後以輕流刑代之。

按此種刑制，與吾國古代所稱「屏諸四夷，不與同中國」之意義相同。

(三) 罰充奴隸

此種奴隸，歸於國有。

按吾國漢唐時，有將罪人子女，沒入爲奴婢者；然未嘗定爲刑法之專條也。

(四) 流刑

於一定之島地監禁之，且剝奪市民權。

按吾國流刑，唐以後有流二千里，二千五百里，三千里之三種，大概處於極邊或烟瘴等地。

第一 非人格刑 *Poena non capitis*

(1) 身體刑

報復刑；（折傷人一肢者，亦折其一肢以報之，十二標法第八標第二條。）答刑，屬之。

按吾國上古所用墨、劓、剕、宮等刑，雖其立法用意無可考，殆亦近於「報復刑」之一種。

(2) 自由刑

有期禁錮；及蟄居，屬之。

(三) 財產刑

沒收(全部或一部之財產)罰金屬之。

(四) 資格刑

卽剝奪其爲官吏及選舉公民之資格，如犯破廉恥之罪是。

以上二三四各款爲我國現代刑法制度所採用。

由此觀之，羅馬古代之刑名，與我國相比較，其從同之點頗多。惟我國法典之成立，自漢唐以迄明清，泰半注重刑法，卽關於戶婚錢債(民法)之條文，亦寥寥無幾，且無不與刑律相參雜，此其故何哉？

綜厥原因，不外二端：(一)由於古代所有權制度，尙未確立，婚姻，繼承，皆從其習慣，故關於民事訴訟，殆甚稀少。且私權制度，悉賴國家以爲保障。於是公權



遂駕乎私權之上。(二)由於倫理思想及道德思想之發達，凡出於禮者，即入於刑，故刑事制裁，遂爲維持社會秩序之要素，所謂「禮刑一致」之觀念也。即以前婚姻制度而論，在我國發生特早。徵諸歷史，太昊伏羲氏之時，已定嫁娶之制；以儷皮爲禮，正姓氏，通媒妁，（見史記三皇本紀）實爲社會組織之基礎。但其制度之完備，則爲周代；周代因厚男女之別，妨淫奔之漸，婚姻之成立，除經父母之命，媒妁之言外，必須具備六禮。「六禮」者，即（一）問名，（二）納采，（三）納吉，（四）納徵，（五）請期，（六）親迎，缺一則不生婚姻之效力。然對於家產不豐，或內外有事故，而難備六禮者，則特許於一定之時期，依略式而爲婚姻。周禮地官，媒氏掌萬民之判，凡男女由成名以上，皆書年月日名，男子三十而娶，女二十而嫁，仲春之月，使男女會，於此時奔者不禁，若無故不用令者，罰

之。所謂「奔」者，卽指「六禮」有不備者，得依略式而爲婚姻之義也。所謂「罰」者，卽指違背此種法令，須以刑事爲制裁也。可知周代關於婚姻事項，由此推及其他人事民事事項，皆屬禮制上行爲，而爲道德上之支配；至出乎禮卽入乎刑而罰之，卽爲保持社會秩序之作用耳。

由上觀之，我國法律思想之結晶，自上古以迄近古，俱本於「禮刑一致」之觀念；故凡屬民事及人事事件，大都參雜於刑律之中。所謂「出於禮卽入於刑」，猶「昏曉陽秋之相須而成」。此種思想，爲我國法系上成立之原則；與歐美之法律思想，但主張權利者，則迥乎不同矣。

歐陸法律思想之淵源，肇自羅馬，而成文法典，亦自羅馬而始成立。羅馬建國之初，雖號稱共和政治，然實權操於貴族，迨平民起而反抗，要求制定法典，遂

有十二銅標法之制定。而法典委員會中，平民占大多數，故第一標至第十標，平民權利，非常伸張。較諸我國古代之法典，多成於國家官吏之手者，要自有別。羅馬之制定法典，既由平民與貴族爭權之結果；其原因係防止貴族之濫用司法權，政府徇其請求，乃選委員十名，編纂法典，於紀元前四百五十年，制定十標，次年更制定二標，銘諸十二銅標，揭示法院，即所謂「十二標法」*Lex duodecim tabularum*也。惟其後幾經兵燹，乃蕩然無存，雖經法人哥士弗里杜氏 *Cotoufredus* 搜集，劫餘已成爲殘編斷簡，每標僅存四五條或十餘條而已。

然十二銅標法之法條，至今日雖留存無幾，然觀上列各標題，尙可想見羅馬當日法律思想之表現。此十二標中，如第一標之「提傳」，第二標之「審問」，

「則屬於訴訟法規與我國李悝法經所謂「捕法」、「囚法」以及魏晉隋唐之「斷獄」、「捕亡」、「告劾」、「諸篇相較，皆訴訟法也。第三標至第七標，如「責償」、「家長權」、「遺產繼承及監護」、「所有權及占有」、「家屋及土地」則屬民法，一如我國明清二朝之「戶婚」、「錢債」諸章也。（戶律漢九章律即有之，至明清時代，始於戶律中分爲「戶役」、「田宅」、「婚姻」、「錢債」等。）至第八標之「私犯法」第九標之「公法」，即私罪公罪之區別，乃屬於刑法。而第十標之「宗教法」則爲我國法律所無。其他十一及十二標，則爲補充法規矣。

綜上觀之，羅馬之十二標法，凡訴訟及民刑諸法，皆參雜於其中，與我國舊日之刑律，包含民法及訴訟法，殆無稍異。惟我國法律思想，關於刑法之制定，較民法爲先，此種原因，蓋由我國古代之民法，皆本於倫理道德之思想，爲禮教

上之制裁，而以刑罰繩其後。（在上段已詳言之）至「實體法」與「助法」載列之次序，則自戰國以來之法典，（李悝法經六篇，其一、二兩篇爲盜法賊法，三四兩篇爲囚法捕法）下逮漢唐，皆首列實體法，而次列助法，此則與羅馬十二標法不同之點也。

現代歐洲法律家論法學之階梯，謂民智懵昧，則先助法，人文進步，則先主法。（即實體法。）觀羅馬之十二標法，首載訴訟，而主法之規定列後，蓋其時社會幼稚，私權救濟之機關，尙不完備，訴訟程序，僅貴族知之，而一般人民，仍屬茫然，故先定助法，以資救濟。由此以觀，我國社會之文化，其發達實較羅馬爲最早矣。

## 第二章 世界兩大法系之成立

### 第一節 羅馬法系之發展

羅馬法系之進展，依英國歷史家韻奔 *Gibbon* 之考察，分爲四個時期：（一）自羅馬建國以至十二銅標法之制定，是爲不文法時期。蓋羅馬古初，凡宗教天文之學問以及法律智識，其發明皆操於僧侶，而僧侶則出自貴族，關於法律上之疑問，必就正於僧侶；故其時法律思想，幾爲僧侶之專有物。迨紀元前二百五十四年，第勃流哥倫卡尼斯 *Tiberius Coruncanius* 首以平民爲僧正，悉破從來之慣例，嗣後法學家大興，其解答法律，若意見一致，卽生 *Lex* 之效。

力；法院亦得憑是以判決案件焉。(二)自十二銅標法制定，至共和政治末葉，是爲成文法時期。此時期中十二銅標法，即告成立。當其初期，貴族與平民，顯分階級，平民之反抗，至紀元前四百九十四年而益烈，貴族不得已乃與平民立約數章：(A)免除貧民不能償還之債務；(B)因債受禁錮或奴隸，悉解放爲自由人；(C)使平民選出護民官二人，有監察官吏，保護平民，停止政府命令之權。更由是創立平民會，要求制定法典；政府乃選派委員前赴希臘，調查法律制度之結果，制定十二銅標法。厥後民會，亦屢發布成文法。(三)自帝政初期，至亞力山大塞維路斯帝 Alexander Severus — 紀元二百一十二年至三二五年在位……厥爲成文法發達時期。於此時期，羅馬文化與法律思想，日益進步；凡從前十二銅標法及其他簡單之法律，對於時勢之需要，不足應

付；乃以學者之思想及法院之判例，將成文法加以解釋，以爲補充焉。（四）自亞力山大塞維路斯帝至周斯丁尼亞紐斯帝 Justinianus，則爲法典編纂時期，此時期中，羅馬學者之論說，與夫法院之判例，漸次增加，成文法日臻美備。其時學者輩出，法律思想之發達，極空前之壯觀；故法典之編纂，遂有浩瀚淵博之巨著，出現於世界矣。

羅馬法典之成功，成於周斯丁尼亞紐斯帝之時代，而推厥源流，實本於第二世紀與第三世紀間，羅馬有名五大法學家之學說；其言論著作，足以垂範後世。蓋五大學者，身雖沒世，而其法律思想之傳播，駸駸乎超越千載之下矣。所謂五大學者之名稱，列舉於下：

1. 嘎尤斯 *Caius*
2. 巴披尼亞紐斯 *Papinianus*
3. 烏爾披亞紐斯 *Ulpianus*



4. 包魯斯 Paulus 5. 摩德斯梯紐斯 Modestinus 是也。

羅馬帝國，雖已滅亡；其歷史之偉大，雖成陳跡；獨至羅馬法律，經歐洲之黑暗時代以迄今日，其統系愈見擴張，其流傳乃益廣遠。究其原因，約有三端：

(甲) 羅馬學者之法律之思想，根於哲學，故議論切用而不迂，主義貫徹而不複雜，宜其卓越東西，冠絕古今。

(乙) 哲學思想之發達，首推希臘；羅馬征服希臘以後，凡希臘之文物制度乃被其灌輸；同時法學一途，羅馬人以應用之敏銳，參以希人高尚之理想，而蒸蒸日上。（故當時有「羅馬以武征服希臘，希臘反以文征服羅馬」之語。）

(丙) 羅馬著名學者如巴披尼亞紐斯，烏爾披亞紐斯，包魯斯，或產生於希臘，或從師於希臘，故其學術思想，不少「希臘化」，以助長法學之進步。

要而論之，羅馬法之精神，實以哲學思想用於法律，合於實用，而尤不離於法理者也。德國伊耶稜 Ihering 所著羅馬法精神論首曰：「羅馬統一世界者。凡三度，最初以武力，次以宗教，次以法律。」哲學家萊勃尼茨氏 Leibnitz，則以羅馬法譬諸數學之原理。法國比較法學家，以羅馬法爲比較法學之重要材料。蓋羅馬法之源流，自十二銅標法之產生，以至周斯丁尼法典之完成，其歷史之悠久，經九百八十四年。英國梅因 Maine 所著古代法之開章明義曰：「世界著名之法制，以法典始，以法典終。」殆指此也。

## 第二節 歐洲各國所被羅馬法之影響及其研究之派

別

日本法學家奧田義人之言曰：英國法之勢力存在於公法，羅馬法之勢力存在於私法。而羅馬法及於歐洲之多寡，可分爲四類：

(一) 西班牙、葡萄牙及南美諸國，爲羅馬法勢力所及之最強者；就中西葡二國之民法，完全由羅馬法所構成。

(二) 德意志、法蘭西、意大利、瑞士、比利時及荷蘭等國，爲羅馬法勢力所及之次多者；蓋以上諸國之民法，始由羅馬法、蠻民法、寺院法及固有之習慣法而成。

(三) 瑞典、挪威、丹麥、舊俄羅斯等國，爲羅馬法勢力所及之稍弱者；此等諸國之民法，大半皆由斯干地那維亞 Scandinavia 之習慣法而成；故其原素所受羅馬法甚微，然亦不能謂其全無。

(四)英國法，回回法（如土耳其，波斯，阿拉伯，屬此）等，雖俱獨立於羅馬法系之外，惟其間尚有羅馬法之痕跡存焉。

綜上所述，可知羅馬法所及之廣遠，而今歐洲大陸諸國，直接間接，幾無不受其支配，固無論已。即英國法系，其初亦未嘗不與之發生關係，茲就德、法、英、三國法律思想之淵源及其沿革，以爲比較。

(甲)德意志

德國當中古時代，羅馬之文物制度，漸次輸入，其時法律思想，遂被其影響，將德國固有之法，已壓倒一切。而德之人士，在十二世紀至十三世紀之間，多入意大利保羅那 Bologna 大學，研究羅馬法，回國後，本其所學，參與立法司法事務，厥後創立高等法院，羅馬法之行於德國者，臻於全盛。迨十六世紀之中

葉而一變，除羅馬法外，復混合寺院法、意大利習慣法、德國習慣法及德國法律而並用之，稱爲德國普通法 *Pandekten*。蓋其思想亦已變遷矣。至十八世紀末葉，此普通法乃漸衰微；其間普魯士民法、巴敦民法、索遜民法，以及法奧二國之民法，相繼制定。及一八八七年至一八九五年，德國民法草案，經三次之修正，於一九〇〇年而實施，即德國現行民法是也。雖按其形式，已非復羅馬之舊，然究其實質，含有羅馬法者甚多；且其學理，要以羅馬法爲基礎也。

## (乙) 法蘭西

法國自昔法律思想之派別，向依地域之觀念，分爲南北二部：北部與德接壤，爲施行習慣法地方 *Pays de droit Coutancier*；一依從來之習慣法以爲法律。南部與意大利接壤，爲成文法地方 *Pays de droit écrit*；則以羅馬法爲

準則。自大革命以後，拿破侖制定法典，至一八〇四年而告成。其後雖屢易名稱，然根本實以羅馬法爲依據。觀於法國民法之物權債權二篇，其所受羅馬法之影響，尤爲顯著。其他如奧意兩國之民法，其源流皆本於法國，而法之民法，則本於羅馬，其系統殆由遞嬗而成。至瑞士有名之債務法，蓋折衷於法國民法與羅馬法之混合物也。

(丙) 英吉利

英國法律，與歐陸諸國之法律比較，其受羅馬法之程度雖淺，然以全體觀之，則不能謂絕無影響。例如：衡平法與普通法，其採用羅馬法，要自不少。而契約原則，遺囑制度，信託規則，皆根據於羅馬法，其明證也。

羅馬帝國之滅亡，而羅馬法系之精神，獨綿綿延延至今日而不墜者，此固由

於法律思想之深入人心，惟實由於意法德三國之學者，探討研究之功，故至中古以後，愈益昌明，推其派別，約分爲五：

(一) 註釋法學派 意大利文藝之復興，當十二世紀之初，有碩儒安尼利（Anselmi）者，首創法律學院於保羅那（Bologna）大學，聚集生徒，從事於羅馬法之研究。於是法律思想，日形發達，一時人材蔚起，號稱「註釋學派」，其傑出有四博士：一爲馬耳梯遇斯（Martinus），二爲約考勃斯（Jacobus），三爲許哥里遇斯（Iugorinus），四爲勃耳嘎路斯（Bulgarus）。此四人皆專心註釋，闡明羅馬法之精微，皆其力也。伊耶稜曰：「羅馬法盛衰之跡，如大木然，其盛也，賴羅馬人之培植，經年累月，枝葉與果實，俱極繁榮。其中經過摧殘，枝葉果實，條焉墮地。迨十二世紀之頃，墮地之果實，復生萌芽，經註釋家之扶助，乃恢復繁榮之枝。」

此處之註釋學派，即指羅馬法之復興而言，其詳見於前編。

葉卒至蔭被天下矣。」

(二)後期註釋法學派 自第十三世紀至十五世紀之間，繼註釋家而起者，厥爲後期註釋家。以杜郎梯斯 *Durantis*；阿陀弗里杜斯 *Odofredus*；巴爾土路斯 *Bartolus*；西紐斯 *Cinus*；耳杜斯 *Baldus* 爲最著。就中學說流行最廣者，則尤推巴爾土路斯一人。惟此種學派，其解釋法典，並非從羅馬法之正文，乃專就前期註釋家已成之學說，加以探討，故其思想著述，不免失於冗濫。然通達實務，要爲其特長，當歐洲中古時期，各國之採用羅馬法者，大都以此派爲依據也。

(三)沿革法理學派 此學派蓋繼後期註釋家而起，亦可稱爲法國學派；自十五世紀——至十七世紀前半期爲極盛。最初爲法蘭西一世 *Francis I* 聘



意大利學者亞爾西亞士斯 Alciatus 爲大學教師，講授羅馬法。繼之者有柯夏邱斯；Cujacus 及杜厄魯斯 Donellus 俱並起一時，而實以柯氏爲沿革法理學派巨擘，著述宏富，德國普通法之引用者最多。杜氏之法律思想，專研究原理原則爲主義，故博得德國學者裴克 Becker 之贊許。

(四)性法學派 此派爲荷蘭學者所創，其初有國際法學家葛羅邱斯，於十七世紀初期，即已發明，而蒲處塔 Pucetta 及多瑪修斯 Thomasius 則其最著者也。其思想發源於希臘之「斯多噶」哲學派，「認定法律應適合於人性之原理，爲萬古不易，故適於人性者爲良法，不適於人者即爲惡法。法律上所謂身體自由，信仰自由，所有權自由，皆自然法之原理也。反乎此原理者，如奴隸制度，時效制度，皆不得爲良法。即與希臘斯多噶哲學家之「從性論」所主張

相同；而與羅馬著名學者有密切之關係。

按「斯多噶學派」創於希臘哲學家薛諾<sup>Seneca</sup>。其學以格致爲本原，以任俠爲習尚，而其主張無政府主義也，實爲歐西所首創。同時與柏拉圖之一「國家烏托邦」思想，正復相反。蓋其主義反對國家之全權，及其干涉與限制；彼以爲人類如不爲物欲所蔽，順任自然，發展其本能，卽能化除畛域，組織一個世界，所謂法院與警察之制度，以及廟堂與公衆祭祀之儀式，皆非必要，且一切幣貨，皆可廢除，得自由取攜以代交換。此種思想，與我國哲學家莊老之學說，如出一轍。可知無政府主義，正不自法之蒲魯東；俄之巴枯寧及克魯泡特金所創始也。

(五) 歷史法學派 繼荷蘭法學派而執牛耳者，則爲德國羅馬法之輸入德

國始於十五世紀之後半，至十六世紀之前半，其間學者爲哈羅安特 Halca-  
ndei 及康林 Conring 與坎潑索夫 Carpozov 皆甚著名。惟康氏及坎氏不特研究  
羅馬法，且注重於德國固有法，不爲羅馬法所拘。迨十七世紀中葉，康氏倡編  
纂法典論，至十八世紀之末，乃次第風行於普魯士以迄德國全國，則康氏之  
功爲不少焉。

按歐洲當中古時期，法律思想之派別，其重要者分爲「自然法學派」與  
「歷史法學派」，而歷史法學派中，又分爲四：曰「比較法學派」，以法  
國學者孟德斯鳩 Montesquieu 爲泰斗；曰「沿革法學派」，以德國學  
者薩維尼 Savigny 爲泰斗；曰「分析法學派」，以英國學者奧斯丁 Au-  
stin 爲泰斗；曰「注釋法學派」，以意國學者安尼利 Inerius 爲泰斗。

要之羅馬法系之中興，由於中古時期各國學者之致力於探討大陸各國之法科大學。咸講授羅馬法律，而視爲普徧科目；實爲科學上之助力。而在政治方面，則自法國革命，使個人思想發生政治改革與國家法典之聯繫觀念，拿破崙法典之成立，殆以羅馬法爲藍本。當時歐陸諸國，靡然從風，蓋已均被羅馬法化；卽屬於日耳曼法派之各國（如丹麥，那威，瑞典，俄國）亦無不間接受其影響。故學者遂稱羅馬法系爲「大陸法系」，其原因在此。

不特此也，遠之如南美拉丁諸國，北美加拿大之奎卜克，Quebec 合衆國之路易西亞那，Louisiana 以及英之蘇格蘭，皆是。此外卽回教 Islamic 法系之土耳其，埃及，其法律一部分亦取資於法國。又遠東之日本，當十九世紀之初，已成爲羅馬法系之一國。而我國至今日，殆與大陸法系亦較相接近也。

故羅馬法系之稱爲大陸法系者，以實際言之，其名稱殊欠適當，以此法系並非大陸各國所專有也。以精神上論之，其立法之思想，不問時間之久暫，程度之深淺，彼此俱有相同之成分；成分維何，卽羅馬法律之神髓也。現代所稱「大陸法系」之名詞，蓋以其同一採取羅馬法之精神，與理論及事實相符，乃成爲一般人之通稱矣。倫敦大學法科學長愛德華曾克斯 Edward Jenks 之言曰：近世僅有兩大法系，羅馬（卽大陸法系）與英美法系是也。觀此可知兩大法系已成爲並駕齊驅之勢。

### 第三節 英美法系之發展

英美法系之進展。其歷史之過程，有不少之變化，其能獨樹一幟，而不被羅馬

法系所同化，蓋自有其獨立之原因在。茲分爲三時期論列之：

第一期 英倫三島，孤懸海外，雖不與大陸國相接觸，然當上古至中古時期，

屢受凱爾脫 Kelts 羅馬 Romans 索克遜 Saxons 諸異族所侵略。惟其法律

思想傳統之精神，由各地特殊習慣，進而謀集中與統一，其進化實較大陸爲早。而其人民法律思想之研究，已成爲普遍，當十二世紀時，學院與寺院，咸成爲法學講授之中心，故外人之遊歷英倫者，輒驚異其法律思想之普遍。

當十三世紀之初，布拉克頓 Bracton 之任法官也，著書宏富，多本於判例，而推闡學理，其立論保有英國之特質，不含有羅馬法之色彩。英國之統一各地習慣法，而獨成一派者，則布氏之功也。

此外則有法院公會，爲律師與其從徒之組織，一時成爲研究法律之中心；此

種公會，遍設於倫敦各法院所在地，當十四世紀之初，全盛時爲數達十四以上，會員多至二千人。而牛津 Oxford 劍橋 Cambridge 之法律諸科，轉爲其所掩，當時幾有「法院公會即法科大學」之語。至於出版物之重要者，有「年刊」Year Book 一種，專集各法院之判例，彙成巨帙，爲律師與學生之主要參考書也。此年刊與年俱進，互三百年之久遠（自一二七〇年至一五三〇年），爲大陸諸國所不及；此英國法律思想，不爲羅馬法系所薰染者，亦其一因也。故英之法系，能保持其固有之精神，固由於地理上獨處三島，不與大陸相接近；而由於上下之提倡，及學者之努力，其功蓋不小也。

第二期 此時期中之主要問題，則在周斯丁尼亞 Justinian 法典之再興，當時羅馬法之思潮，奔騰澎湃，日耳曼法派，亦望風而靡。當十五世紀至十六世

紀之間，英王亨利第八思有以抵抗之，乃激起其愛國之思想，決然別創英國法統，以脫離教會之法制。而法官中如福芝珂 Fortescue 高克 Coke 李脫利頓 Littleton 諸人，均各先後著書立說，贊揚其本國法律之優越，互相標榜，以激起其法律思想上之愛國觀念，遂與羅馬法系成對峙之勢。

不特此也，大陸日耳曼法派諸國，其法律思想，未能團結，其法規亦未統一，於是羅馬法之思潮，乃侵入其壁壘，莫能抗禦。英國法律思想，由集中而統一，學校及各種組織之團體，較早於大陸六百年，故其歷史亦頗悠久，而法院公會實為其大本營，其基礎乃不可動搖矣。

第三期 英國法律成爲世界法系者，此時期爲最後之一期。當十七世紀以來，英國法律思想家，風起雲湧，最著名者有三：(一)高克 Coke 所著之 Part



one of the justities 第一名著，以宣揚本國之法律。(11)培根 Bacon 以科學方法，研究法律。(11)謝耳敦 Selten 於法律歷史，供獻甚鉅，時人稱之爲英國學界領袖與狄克推多，足與大陸學派並駕齊驅，其身價可知矣。

英國法律，既由學者不斷的研究，以發揚其本國法律思想，加以英商足跡徧於世界，殖民地之廣遠，遂使其法律亦隨之發展，巍然成爲世界法系之一。而學者如曼斯斐爾 Mansfield 勃拉克斯頓 Blackstone 復盡量宣傳其本國法律於海外。其成效最著者，以商事法規首爲各地所仿從，故北美殖民地，所被影響爲尤鉅。韋斯脫 West 曰：「英國所行之普通法，即屬殖民地之普通法，Common Law 英人所至一地，將其法律及自由，同時攜往。」當一七六三年，加拿大歸英統治後，遂爲英國法律所支配及保護，其他澳洲等處之殖民地亦

然，即北美合衆國當未成立以前，亦屬於英國法律之範圍。此英美法系之名稱所由來也。

綜上原因及時期之遞演，英美法系之卓然自成一系者，要不外此。法律史家荷爾斯瓦司 Holdsworth 之言曰：「英國法律對於羅馬法，蓋依時代與需要之不同，視爲一種輕微資料，不過小量之採取而已。」此即英美法系不與羅馬法系同化之主要原因也。

#### 第四節 兩大法系特質之比較

兩大法系在今日世界之地位，各有其特殊之性質。倫敦大學法科學長愛德華會克斯 Edward Jenks 曰：「英國法非僅一島法系，將與羅馬法並駕齊驅，

而朋分近代文明世界。其關係之重要可知，但其真相與其異同之點，非比較而研究之，不足以明其大概，分述於左：

(一) 英美法系，不僅適用於英美二國，猶之大陸法系，不僅適用於歐洲大陸諸國，蓋法律思想之傳播，並不能以地域限也。例如蘇格蘭爲大不列顛三島之一，而其法律則屬於大陸法系。路意西亞那爲北美之一州，至今沿用法國民法而不改，至採用英美法者，亦不僅英美兩國，奧達瓦 Ottawa 加拿大之首府也，其最高法院，即以英國法爲根據。墨爾鉢恩 Melbourne 爲澳洲之首府，其最高法院，亦適用英國法律。華盛頓之聯邦最高法院，管轄各邦高等法院，凡五十餘，其根據者皆英國法也。學者謂英國法爲英語人民之法，或英國本部及其屬部之法，亦殊欠精確。例如路意西亞那英語之國也，其一八二四年

法律思想史

之民法典，實根於法國共和八年之草案。奎卜克爲英之屬地，其適用者乃法國一八六六年之法典。埃及爲非洲古文明國，其語言習慣，以及宗教政治，殆全與歐人異致，且屬英之保護，惟其民法，除親屬及個人身分外，其奉爲準則者，則法國之法典也。乃至阿拉伯之學校，且更以英語教授法國之法律，則尤爲可異矣。故法律思想之廣播，不特無地域之限制，而於言語，統治，及宗教習尚，俱無關係也。

(二)大陸法系關於民，商，刑，法及民訴，刑訴等，均有法典之編置，英國則於此種法典殆付闕如，此爲兩系顯異之一點。但大陸各國所有法規，例如法國之行政法，則亦未編成法典，其進展也，幾如英國之所謂衡平法 *Equity* 焉。至於英國法律雖無成文法典，然最近五十年來，關於商法，已有成文之規定，而近

世紀十年前，更著有物權法，其間關於地產法規，備具法典之形式矣。且英美法系中之美國，則類皆編有法典；例如英國憲法，雖爲不成文法，而美國憲法，則爲成文法典，且實行法儒孟德斯鳩之三權獨立之學說也。

(二) 大陸法系各國，凡關於新舊法律之變更，其改革原因，或由於革命獨立，或由於法典之編纂；而於時間方面，均顯然劃分。例如法國當一七八九年以前，爲舊法律時代，迨法典編纂成立，則爲法律過渡時代；由法典編成以迄今日，則爲適用現行法律時代。其界劃頗爲分明。觀於共和十二年所頒之法律，第七條規定：「本法自公布施行日起，原有之羅馬法規，各種法令，普通或當地習慣，以及一切規條，凡爲本法所包含者，概行廢止，失其效力。」英國法律則不然，凡過去或現行之法規，絕不分其境界，往往繼續有效，皆可適用；且其

至溯及既往之遠古時代，法律愈久則其效力愈大。質言之，英國法爲沿革法律，設不能證明業經廢止者，則與現行法無異也。法律上所謂「新法優於舊法」之通例，在英國例之適完全相反。此外如卷宗、記錄、學者名著，以及法院判例等，在法國僅爲立法上之參考資料者，而在英國則均爲構成法律之要素也。

(四)大陸各國，對於成文法律之觀念，最爲深固。雖最近三十年來，亦有建議提高判例地拉，而賦以法律上之同樣效力者，卒之未獲通過。至習慣法規，當十五與十六世紀之間，在法國曾加以正式編訂，但厥後仍歸廢止，不復采用。然例諸英國，則大異其趣，勃拉克斯當於十八世紀英國法全盛時代，其編著大率以法院判例爲根據，而於國會法案及皇家命令則取材甚少。且法院判

例之援引成文法者，亦屬罕見；蓋判例與成文法，兩者各自成爲獨立之系統矣。至於習慣法規是否與法院判例有相連之關係，抑另成一部，爲法官純粹創作之法律 *Judge made Law* 自屬別一問題；但徵諸布拉克頓 *Bracton* 之著述及年刊內，已可證明十三世紀時代之惠斯脫明斯脫 *Westminster* 各法院之判例，與普通 *Commonlaw* 衡平 *Equity* 兩法所組成之衡平法院 *Court of chancery* 判例，均成爲今日英國法官創作之法律，已無可疑，此則在大陸各國所未見者也。

(五)大陸法系以羅馬法爲根據，故羅馬法系實爲大陸系之被繼承人；不特私法方面，多採自羅馬法，即公法方面，適用羅馬法者亦多。英美系則獨樹一幟，故所受羅馬法之影響甚微。近世紀以來，英國法院對於羅馬法，有演進之

趨勢，其發展之影響，尙進而不已；然原始要終，英美法與羅馬法，將並存於世界，究不能混合爲一也。

(六) 英國法律，凡人民之土地，其處分權屬諸國王；推而至於賣買，委託等之行爲，以及夫婦，父子，主僕間之法律關係，莫不含有封建時代之色彩。雖至一九二五年，制定物權法律，舊法已漸減少；惟其法律上取得土地之唯一方式，所謂地主租戶間之關係，尙不免封建之遺蹟，即公法方面亦然。若大陸法律關於私權問題，其構成之要素，要不外契約之行爲，及自由意思之表示而已。綜上論結，兩大法系，各有其特殊之性質，所處地位，亦不相同。而就實際言之，英美法系注重實例，不尙理論，其優點即在於是；但其內容錯綜，缺乏條理，而於時間之前後，又漫無界線，較諸羅馬法之嚴整精當，且含有普徧性者，固不



免彼善於此也。觀於華爾冬 Walton 之言曰：「英國之普通法，Common Law 亦曾受羅馬法之賜，」可知法律思想之淵源矣。

## 第五節 自然法派之再興

自然法派者何法之原動力也，所以指導人民之思想，歸納於正義與條理也。古昔希臘哲學家蘇格拉底，以自然爲基本觀念，以正義爲法之基礎之德義。羅馬法學家，卽本於自然法 *Jus naturale* 自然之理 *Naturalis ratio* 公平善良 *Equitas* 等，爲其法律形成之基礎觀念。自羅馬法中斷以來，註釋學派起，用能保存羅馬法之統緒，惟泥於成文，不免尋章摘句之弊，法律思想上遂受其束縛。

歐洲自文藝復興以來，自然法之理論，再為大行，實為法律思想之一大解放。如葛羅邱斯 *Hugo grolius* 布芬道夫 *Pufendorf* 等公法家之自然法說，人性法說，影響於當時之立法者，學者，裁判官，為最巨；與古代自然法說，促成萬民法 *Jus gentium* 之發達，為近世國際法發達之直接原因正同。在代表大陸法系之法國，當十八世紀之頃，學者皆認自然法之效力，駕乎國法之上；凡抵觸自然之國法，概為無效。

自然法對於人定法，有優越之效力；此說不僅行於歐洲大陸，在英國勃拉克斯當以前，亦已盛行。如愛德華考克 *Edward Coke* 基於大陸之宗教法學者之說，盛唱此論；而勃蘭克斯當於牛津大學講授時，曾著有自然法優越論，最負盛名。在英美國之法曹界，一致推崇，勢力甚鉅。不特英國已也，此種思想，並

可代表十八世紀之歐羅巴焉。

勃蘭克斯當發見此自然法之原則者，蓋依於理性之活動；然彼之思想，實以大陸自然法論與人性論，融合英吉利之幸福主義者也。人類欲求幸福，爲其本性，惟真正之幸福，不離正義，故各人雖不依推理而求自然法則，然幸福之欲求，使人不能不守自然法則。

當時學者對於勃蘭克斯當加以抨擊者，則有英之邊沁與瓦斯欽；邊沁唱功利說，utilitas以爲多數之最大幸福，爲一切法制之目的，而排斥自然法統。瓦斯欽亦主張法學之範圍，限於成法，駁斥勃蘭克斯當之自然法說。然當十八世紀時期，提倡自然法之原則者，固不乏其人，彼等以自然法超出於立法家意旨之上，與從前之學者相同。惟以人爲最高之動物，自由爲人所特有之標

誌，故第十八世紀中，皆認定個人有天賦之權利，有其不可侵犯之自由，立法者應以個人權利及自由為基礎，不得漠視個人之權利及自由而訂立法律，此個人權利，謂之基本權利。持此說者，如霍布士 Hobbes 康德 Kant 及盧梭 Rousseau，皆為主張個人自由之健將也。

霍布士論人類之非社交的原性，人類之自然狀態，各人平等，萬物共同，故一人之自愛心，與他人之自愛心衝突，常生各人對各人之戰爭，各個人為平和生活起見，將各人固有之不安定之自由全部，移於治安狀態之國家生活之原約，原約者何？即制定法律是也。

康德謂法之基礎，即意思之表現，同時得為普汎的立法之原理之行動，歸本於一個之無上命令，法律者，一人之自由意思，與他人之自由意思，從自由普

汎的原則，而得共存之條件之全體也。

盧梭謂國家起原，本於社會契約 *Contrat social*，法律者，從社會契約而生之總意。故從此說，各人固有之自由保全，爲自然法之原則，其實現，依社會總員之合意。故理想法發見之對象，爲人民之總意。

此外如孟德斯鳩，以法乃自事物之本性而生之必然關係。如倍根，則論法之基礎，不用自然法之語，而稱之爲「法之法」 *Leges Legum* 因之得判別各種法規之良否；又法之目的，在謀人民幸福之生活。故依倍根之說，則超越的基礎法，爲「法之法」而發見之對象，爲人民之幸福。

迨十九世紀初期，自然法派之學說，乃發現二大勁敵：（一）德意志之歷史派，其著者有泰浦 *Thebaut* 及薩維尼 *Savigny* 以普通法典編纂之爭議，爲其

動機，於是「國民法律論」勃興，對於法之自然性、普遍性，而高唱法之國民性、特殊性。其主張法之基礎，爲國民之意識，與國民之確信，此種法律思想，以視超越理想法，非常有勢。故一時德意志系之法學，有風靡世界之觀。(一)英吉利之分析派，自奧斯丁氏著法理學講義一書 *Austin, Lectures on jurisprudence*，以謂法也者，主治者定之，受治者守之，非自然而有也。是故欲明法學原理，非依據現有之法律解剖分析之不可，其研究之方法，有如化學家化分萬物爲原質者然；故其說適與自然法派相反。當時此學說遂廣播於英美法學家之思想界，自然法論，幾呈推倒之勢。然按之實際，代此而爲現實法改善目標之基本思想，依然存在；其間自然法派，亦絕未失其根據。故繼康德而起者，有新康德派，次之則爲新黑格爾派；發揮其法律哲學之思想。此種學說，爲

其國法發見之對象，影響於立法司法者甚鉅。

自由法說，起於十九世紀之末，當法蘭西之政變，經帝政，王政，民主政，交互代興，故關於公法私法，有不少之變遷。其民法法典，不拘於自然法主義，而本於革命之人權說，根據純個人制以爲編制，不認團體之法律存在，一切均爲契約關係。然至第二次革命後，社會主義大展勢力，認個人爲獨立實在，並爲社會成員之理，獎勵組合，自縣市城鄉等之行政團體，以至大學等之學問團體，商業會議所，及其他經濟團體，均認許之。且雖在私權的法律關係，契約自由之學說，亦漸伸張，否認所有權之絕對性。故自十九世紀之初，成立之純個人主義之民法法典，與同世紀終之社會現狀，乃生最大之距離矣。





## 第三編 法律進化時期

### 第一章 法律進化時期之法律思想

#### 第一節 法律思想進化之動機

近世紀自法國革命以後，大陸法律進化之運動甚劇。其影響及於英美法律者亦正不少；此種運動其原因本於知識上政治上經濟上之情形日趨變化，因而引起法律思想之變化，此爲歐美諸國之所從同。所謂法律運動，大別可分爲三種：

第一 法律與社會政治情形之適合 此種運動係接續十八世紀之政治哲學。及法國革命上之沸騰狀態；此運動之時期極長，到近代尙未終止。近代生活之基礎，屬於經濟；自科學發明應用於實業，已經在十九世紀初至十九世紀之末，使經濟上情形發生之變化甚多，於是經濟變遷又引起社會變遷，社會變遷遂影響於法律。十八世紀之哲學及法國革命的個人主義，曾經在拿破侖民法典中明白表布，且廣播至其他各國；但至十九世紀之末年，乃漸次爲社會哲學所代替。大規模的實業。個人財產之速度的增加，因有協同組合，而職業上關係之複雜，都市上人口之集中，交通運輸，國際通商往來之便利，在社會狀態上已引至最可注意的變遷，此變遷影響至法律。因而有公法私法之改革。十九世紀初期，個人主義觀念的「自由」「責任」「契約」「財產，

「已因「社會團結」Social solidarity 之新觀念而變其解釋。

自昔所謂「自由」之理論，已經變換而承認個人生活是社會中一個成分；國家保護個人，即根據此種觀念。「責任」之意義，已完全不屬於主觀的，而在工業的企業上及公共服役上，已經成爲客觀地位。私人「契約」已非復一種舊式器械，而在法律解釋上，已作爲繼續增多之原素，以構成社會目的。「財產」已非產主之無限制的主體權，而成爲一種公共的寄託物。此種哲學思想，既變更法律之解釋，於是國家之作用，亦遂伸張矣；國家之權力降爲義務，國家因防止其違犯「社會公道」Social justice 的行爲，並保護公共利益，所以隨地公權之發展，往往於私權因之犧牲。此種運動，即爲近今管理機關之增多。一種機關係保護公共立法上「衡平」Equity 之施行，以代替一部分裁判

上之手續；其他訴訟及法庭作證之規條，亦經多數的改革。無論此種情形是否表現——惟在勞動立法範圍中尤甚——一種反對梅因（Henry Maine）從分位 Status 到契約之理論）的趨勢，或僅承認國家對於社會利益，要有一較大的保護力；但是私產與私權，現在總被視為社會上之寄託物，此即因公共利益而定此種社會義務，蓋此種觀念，要不能加以否認者也。

第二 編訂法典之運動 拿坡崙之編訂國內法，表現法律建設上之大事業，在法律史上影響之大，自無待言。此法典之勢力，廣播於其他各國，不僅使人崇拜法國知識上之卓絕，而又在他國法律上，有一實在的不可磨滅的功効。幾至全數歐洲之國家，皆因之有編訂法典之運動；要皆受法國此種大著作之賜，及多數對於此著作研究批評之賜也。

大陸法與普通法的方法不同，爲歷史學者所公認。普通法幾完全爲法庭與裁判者之製造品，故大陸法學者以其瑣碎無系統而加以輕視。自誇大陸民法爲有理論的，有教義的，有學者著作爲基本的。但大陸法律之缺點，吾人更不可不注意及之。

拿坡崙法典（大陸法之第一代表）其致力於國內法之統一，誠哉不少；但此法典影響之流弊，對於自然進化的法律習慣，及法庭判決的價值，皆成廢棄。致法學家完全依賴「疏註的方法」以爲法律解，此種極深刻印象，迄今尙未完全平復。

然從此法典出現以來，學者對之有不斷的批評研究，其影響及於各國，因此引起用比較方法研究法學。於是吾人知普通法上，並非完全無學理的勢力。

而大陸法上，亦非完全不受實行上裁判上的影響。一方面選擇一種世界上最好之經驗，一方面對於目前經濟社會之事實，作一種批評的比較的研究。——此爲近代立法之進步上，公共所承認爲惟一的方法。

此方法已經爲各國法律家所利用，在拿破崙法典之後，編成數種重要法典，——即爲一八六五年之意大利法典，一八九六年之德意志法典，及一九〇七年瑞士法典。三者之中，以德意志法典係聯合歷史方法與科學方法而成；對於法律進化上，有極大的供獻；不僅影響於其他各國，又反而影響於近代的法國之法律。

由此推尋近代法學進化的行程，當然以拿破崙法典爲發軔之基，此行程實無可限量。蒲魯東 Proudhon 曰：「法律爲理論與實行之同力合作，須實現出

人類的真正法令——絕對的真理。」斯言也，大概即爲此行程之目標矣。

第三 國際主義 Internationalism 之運動，此運動，爲現代法律極風行之理想，且爲今日世界上人人不可不有的理想；又爲三者之中極可注意極有光彩的運動，即爲依此方向進行者也。

文明國家相互接觸之親密，引起世界上個別法律之同化。國際交通之增加，國際主義之代替國家主義，互賴主義 Interdependence 之代替不賴主義 Independence 已經表示出全世界分子的——各國的——交互利益正需要一種聯合的規定。此種需要之實行，已復不少；大致由國際的「合同」管理多數由近代經濟社會發生之交互利益；現今聯合會之成立，日漸增多；例如郵務、電信、運輸、著作權、商標，等等，其利益之範圍，已超出國界以外，所不得有

國際聯合的規定。此外海牙會議，在預備國際私法之問題上，亦正不少。所謂真正國際主義，須如何始能實現？此爲國際主義家爭論之燒點。從經濟上觀察之人，以爲必就國際之經濟事實爲基本。然自有人類以來，政治之事實與經濟之事實，係同一的發達，同一的重要。無論經濟發達如何改變或推翻政治之組織，而政治之爲物，總常居於調適之地位，以表現人類道德的倫理的生活。

吾人平心而論，國際主義之爲物，實非對於國際的個體——各國民——作經濟的申訴，而實係對於各民族的良心上作道德的申訴。康德 Kant之言曰：「從野蠻的無法的國家，達到衆國民 Nations 的盟合，」斯言即從倫理的方面表出之國際主義。要知世界所有進化的民族，似應有一種公共的權利，



就此種心理，合入法律的實體；國際主義之目的，即在於是。故國際主義必須要求法律之發達；此發達雖不能缺少經濟事實的扶助，然不能即以此為基礎；此發達亦與一切其他法律之發達相同，要以一種公共良心上——作文明世界中的公共良心之固有權利為基礎。近代國際條約之伸張，武裝之限制，國際法庭之加重，凡此等手續，或即為國際主義目前實行上必要之步驟。

## 第二節 法國革命後至十九世紀中葉之法律思想

當十八世紀法國哲學之精神，非常發達，其原因甚多。蓋當時社會正尋求原理為新基礎上改組之用，故舊時之哲學已變為社會的，而哲學者又成為政論家矣。此外經濟學家在昔時係合經濟與法律以為研究，自托哥爾 Turgot

出，將經濟學與法律學分而爲二，是以十八世紀哲學家經濟家之學說，其影響於後來之法律者甚鉅。茲分別說明於左：

(一)以自然秩序管理社會。自來學者皆依從前自然法之理想，加以闡明。其深信社會爲一種自然秩序所管轄，惟如何管轄之定律，尙待發明。而經濟學家亦以自然秩序爲其考慮之起點。彼以爲經濟學直可縮小成爲專研究經濟事實之規定必然的法則，至空間與時間，則非所顧及。哲學家考慮之根據，既與經濟學家相同。如孟德斯鳩從歷史學與法學研究其中之哲理。康杜塞 Condorcet 搜求歷史哲學，既察出過去社會之發達，因深信社會有無限的進步。第德羅 Didraot 與達郎勃 D'alembert 立意要綜合人類的知識。其研究之方法，與自然秩序之理想及當時社會情形皆相符合。此方法程度雖有不同。

要爲聯合觀察 Observation 理性（或推理） Reason 理想主義 Idealism 三者爲一致者也。

此類哲學家雖從上古及近古時代以爲研究，但一方面亦觀察其自己所以生存的社會，實爲其學說之特色。其觀察社會與人性。深信過去已成陳迹，惟對於將來爲惟一之希望，此將來即爲須從理性的觀念實現出來者也。

其革新思想，純粹以新的理性原則爲基礎，改造社會。十八世紀之社會哲學，係將自身所受感化的理想建白出來——此種理想即爲個人主義，即個人最大的最可能的自由。其個人主義係從惟理的考慮 Rational Speculation 中以爲發展。此考慮正與當時政治經濟的情形爲敵。蓋由於其時帝王之專制，人民產業（指土地所有權）地位之不平等，實業自由之障礙，苛暴之租

稅相激而成。但吾人應知此種個人主義，並非反對國家之干涉；不特不反對，而且以爲國家之干涉更可保護個人才能之充分發展。

(二)個人與財產爲法律之基礎。哲學家經濟學家之法律思想，是與個人主義惟理派與理想派的方法一致。其深信個人觀念及財產權觀念爲社會改造之基礎。彼等以爲人類之生存，在獨立狀態下享受絕對自由。人類關係之存在，是由於衆個人之意志，而非由於一種勉強之結合。彼等贊成社會生活之重要，而結論仍以爲社會之最終目的，屬諸個人。因此尊重個人的法律人格 Person，換言之，卽爲尊重私人權及財產權，仍法律上惟一的重要的理性基礎。立法至高目的，卽保證此種基礎。

其最後宣言立法爲實在法（對自然法言）之惟一根源，並且立法應管理社

會。人定法 Statutory Law 不過將人類理性化爲具體，或所討論的，特殊的，假定 Particular Hypothesis 故人定法必須整齊簡潔，按着惟理主義的原理所寄之精神。用明瞭的法式達出。

(二)公法及私法 社會哲學家分別公法與私法，而尤注重於公法；其原因蓋以當時政治經濟情形以爲解釋者也。至於私法則爲經濟家特別之研究，在公法中希望根據於全新的基礎將社會改造，所謂新者，其基礎須純粹從理性中得來。此基礎之規定甚爲明顯，即無限制的私物權，人權之保障，人民宗主權，政府權之區分等等。彼之高唱社會改造，係謀人民全體的利益，但公共利益之健全的保證，是與個人能否享其天賦之權利爲始終。

此種哲學家，若就私法言之，則理論上稍有不同。法律所應努力實現之理想，

仍爲個人自由。惟彼等以爲人類除私益外，不能行動。所以私法應明定規則，使個人自由與羣衆自由並行不悖。質言之，卽爲「共存的個人間關係。」因此立法者不必較量個人行動上道德之程度，僅需要不妨害他人之自由，卽爲已足。

就此一點，此等哲學家不甚反對以前之成訓，是以不計及卽時造成新私法。如羅馬法，教會法 Canon Law，封建法 Feudal Law，在彼等目光中，似已成爲舊物。惟對於習慣法，因覺受目前社會需要之影響，乃視爲可貴。此節與其他法律家（或羅馬法之教授）不合，因後者仍信從舊時立法之全部，但其承認編定法典 Codification 之利益，可使全國立法歸於一致之思想，則又與後者相同也。

(四)革命之影響於編訂法典 十八世紀之革命家感受當時哲學家經濟家之理想，而對於經濟學家尤一致贊同。因深信舊制度必完全推翻，代之以別種制度，欲在此別種制度構成普通的秩序，則法律之建設，必依「惟理派」之原則。密須勒 *Michélet* 所著之法國革命史，其「對於革命所下之定義，即爲法律之改制，權利之復活，正義之反動」是也。

此大革命建築新原則之時，雖對於維持舊制度之理論，完全脫離，但就財產權而言，自須重新改造；蓋財產權問題與他種問題不同，包括政治的問題（屬於公法）與經濟問題（屬於私法），其目的在如何將財產脫離封建的約束，使爲政治經濟的新組織之基礎。自革命後既將舊制度根本推翻，又藉革命的憲法，於俄頃之間，以無限制的私物權，人權，人民宗主權，政權區分爲

原則，創出一種新政治的組織。此新組織並非基於成訓，乃個人主義，惟理主義，理想主義，三者之勝利也。惟個人主義之勝利，與承認國家最高權，毫無抵觸，因為承認國家主權，僅須保證公民的最大量之自由而已。當時編訂法典之趨勢，其目的在統一法律之思想，歐洲各國已成普遍。自經政治與社會兩方革命以後，編訂進行，極為平易。然其時法律家之思想與哲學家不能相合，故在憲法會議中 Constitutional Assembly 爭執甚烈，結果則惟理派在非常國會時，主張將法典上條文減為至少數，以免妨害個人的行動。

迨立法委員會由康巴塞利 *Cambarceres* 起草民法法典，獻之於非常國會，彼以為條文不可過多，亦不可過少，因法律之目的，宜於明瞭，須以少數條文，



顯出一般原理爲必要。然此種希望，未經非常國會之通過。至第二次復由康巴塞利起草，其解釋此新法典根本之原則，僅聲明此草案爲「自然法典，爲理性所裁可，自由所保證。」但第二次草案，亦未蒙採用。

至一七九五年以後，民衆希望，更編訂詳細之法典，加以改良。故所用之方法，及文式之明潔，乃顯出法律思想之進步。而究其進步之大部分，要爲接受哲學家著作之影響。

(四)結晶的法律與變遷的社會 立法爲法律之惟一根原，互革命時代，爲人所深信不疑；但所編訂之法典，如何能與社會生活的進步相調和之問題，實爲重要。究竟社會之需要，是否隨法律爲改變？法典一定，法律之生活，是否即告終了？抑解決此問題，是否留待將來立法者隨時修正？吾人尋求當時編

訂法典家之意見，殊不能發見其痕跡。

康巴塞利在第一次起草民法法典中，曾注意此種問題，並希望解決此問題。其希望編訂法典，祇限於建設含蘊豐富的原則。彼之思想，以為法律係從自然發展，立法祇應就將來之法律建設其基礎；從理論事實兩方面觀之，此種思想在當時頗占優勢。惟不幸未被採用，遂使其希望未能實現，亦未曾以明瞭之方式表白出來。而當時普通之信仰——反對舊制度之過盛，因有此反動——反以為法律之發達不應屬於自然；司法者之職能，僅限於條文之解釋，絕不許其任意改變舊法，或創造新法。

### 第三節 十八世紀之哲學經濟學在編定法典上之影

## 響

當革命時代，以政治之糾紛，法學家哲學家對於新立法之原則及主要觀念之紛歧，遂致阻礙法律之編定；至拿坡崙以最高執政會 *Consulater* 之威權，實行編訂法典，乃完成此種事業。拿坡崙認明此事業不僅爲社會需要，且爲一種政治之工具，用以鞏固社會的秩序者也。

吾人欲了解此法典之重要，所受感化之理想，及所受前世紀哲學家所產出之影響，非明瞭法蘭西當時政治，經濟，社會上之情形不可。當時帝政之專制，與財產限制的選舉制度，卽爲此時期政治情形之大概。至當時經濟與社會之情形，尙屬小工業制度。人民生活多半爲農業的，動產尙少存

立。個人間法律關係，比較的少；所有關係完全個人主義之性質，明確規定，根本爲民族性；故此等關係之改變，甚爲徐緩。當時無所謂社會問題，須待解決。——僅有一個貧乏問題，此問題屬於救貧法之範圍。勞働階段並不爭求勞働法典；其狀況絕不爲人所注意；政府、社會，亦皆置此等人於度外。且恃傭金爲生活者，未曾結成政黨，在全國內亦未曾聯合。

觀以上所述情形，所謂編定私法之問題，可依下列說明之：

(A) 立法者編訂私法，不能如編公法純粹以理性的原則爲基礎。蓋私法支配個人間之關係，決不能置過去之法律於不顧。當時法學家與立法者，共認作革新過去之事業，但多少仍依照革命時所宣布之新原則，特以財產權，脫離一切封建的壓制。法律上所認可的身分與財產之不平等，已爲羣衆所否

認羣衆又以爲新的立法應就革命前之兩種法律根源（即羅馬法與習慣法）以爲調和。其惟一的問題，卽爲何種應占優勢。

（B）統一法律，以個人主義爲原則，使與他種革命時代出現的制度一致。是以個人主義不但個人與國家之關係，並支配個人與個人之關係，故私產法之規定，但計及個人利益，未嘗顧及社會之利益也。

綜合言之，拿坡崙之法典，其優良之點雖多，其偏頗處亦復不少。就公法部分，已不似封建時代允許土地與位分之承襲；全體公民，在民法上一切平等。惟其平等並非法典中一種絕對的原則。蓋因此平等不存於國民及僑民之間，不存於有產階級與無產階級之間，又不存於夫婦之間，更不存於婚生子與非婚生子之間。（1）法典中關於外僑之條文，甚爲嚴刻，僑民無公民權，至無

認羣衆又以爲新的立法應就革命前之兩種法律根源（即羅馬法與習慣法）以爲調和。其惟一的問題，即爲何種應占優勢。

（B）統一法律，以個人主義爲原則，使與他種革命時代出現的制度一致。是以個人主義不但個人與國家之關係，並支配個人與個人之關係，故私產法之規定，但計及個人利益，未嘗顧及社會之利益也。

綜合言之，拿坡崙之法典，其優良之點雖多，其偏頗處亦復不少。就公法部分，已不似封建時代允許土地與位分之承襲；全體公民，在民法上一切平等。惟其平等並非法典中一種絕對的原則。蓋因此平等不存於國民及僑民之間，不存於有產階級與無產階級之間，又不存於夫婦之間，更不存於婚生子與非婚生子之間。（1）法典中關於外僑之條文，甚爲嚴刻，僑民無公民權，至無

承襲權及受餽贈或受遺產權。(2)商人階級與非商人階級間之法律關係上，承認經濟的不平等，此實表明有中等階級 Bourgeois 之成見。(3)保護土地所有權，在此法典上視爲首要，根據「所有者」以規定私權；而「無所有者」之利益，乃絕無保障。(4)法典既表明傾向資本階級之態度，故對於傭工契約，未曾規定；致工人階級，正與中等階級之利益相反。(5)刑法上於「所有者」及工人階級之間，未曾設立平等之原則；且關於集會，結社，罷工之事，加以懲辦。法典對於個人所有權爲絕對的，專有的，永久的，全不注意於社會利益。故對於土地之取得，絕未規定限制及條件。

至其制定之家族法，承認婚姻係一種純粹的民事契約，造出一種羈束於兩方當事者之間；此羈束除幾種特別原因爲法律所允許之外，不能解除。在家

族中關係最密切的分子間——夫與婦，父與子，建立一種財產的，及法人的聯合；在此聯合上，其位置父或夫，以爲首領；家族別分子，則居於從屬地位。基於此種原則，故婚姻的關係上，婦對於夫須有服從之義務。雖能自由選擇一種財產管理之制度，而法律規定，如未有訂立各自管理契約時，其財產應當屬於共有制度；此種共有並非普通合股事業，爲夫者不特經理此公共產業，且對於第三者立於產主之地位。已婚之婦，仍認爲無能力，故其對於夫仍受有保護。至於在父子關係上，爲父者不僅指導其子女之教育，不僅能對於其子女施行主權，且須管理其子女之財產，並享用此財產上之收入；故爲父者對於其子女之法人的權力甚偉。又婚生子與非婚生子，在法典規定否認後者之權利與前者同樣。



綜上所述，已可概見拿破崙法典之內容，其思想所支配，影響於當時及後來者甚鉅，遂致編定法律的問題生大困難。蓋法典之編定，絕未注意於如何適合將來實地需要之方法，實即反對一切法律上之進化。社會生活之發展，進行不已，乃致與編定之法律漸起衝突；而十九世紀進化極速者，即為個人間與社會經濟之關係。此法典既未曾預備使法律適應時世之方法，因此成為完全阻礙社會經濟發展之物矣。

## 第二章 近代法律思想變遷之趨勢

### 第一節 法律之振興與改革之勢力

拿破崙法典之成立，影響於歐陸者，幾遍遐邇；其時法律思想，爲之一變。然經多數學者，如歷史家，法律哲學家，社會哲學家，神學家，加以批評研究，估定此法典之價值。就中以聖西門 Saint-Simon 孔德 Auguste Comte 福利頁 Fouquier 及蒲魯東 Proudon 等，爲十九世紀哲學家兼神治學家。聖西門與孔德之思想，排斥個人自由之觀念，提出「社會威權」的自由以反對個人之自由。聖西門以爲法典與法律家，實爲過去時代之利己主義的代表。孔德以爲法律之觀念，爲「形而上」之物，不宜見於此實體的宇宙之中。蒲魯東以「人類尊嚴」的觀念，爲法律之基礎。此種學說，實爲改造私法之動機。因而在法律與社會的觀念上，發生實在之影響；有人希望承認現行法律之制度，或僅改變其形式；有人希望則含有激烈的反動。此兩種趨勢，前者爲自由改進派

的論調，後者爲民治主義社會主義者的論調。

自由改進派與十八世紀哲學家之觀念不同之點，卽將個人立場，置於國家正反對之地位；而十八世紀之哲學家不特未曾承認此種衝突之情形，且深信個人與國家，實互相調協者也。惟此派對於個人與國家關係上之觀念，並非反對立法的全體，僅將其法典所用爲基礎的個人主義，變爲緩和態度而已。當時經濟學家之主張，亦復相同。

民治主義派。在政治與法律兩方面上，皆注重人道之利益，並承認國家應使平等與公道，見於社會關係中。如托克維爾 *Tocqueville* 及拉馬丁 *Lamartine*，皆主張爲私權辯護。是以民治主義之興起，不特引起政治上之變化，又引起法律上之變化。民治主義之精神，不僅深入於法官及法律著作家之心理中，

且特別表現一種新立法事業之開始；其精神及趨向，即爲與拿坡法典正相反對。托克維爾曰：「民治主義的立法，較之貴族主義的立法，對於人道上當更有效。」

至於社會主義派與民治主義之區別，自一八三〇年至一八四八年之間，其論調及思想，在個體上皆相類似不易分析。其中各部分之趨向，以及其在一般平民中之擴張力，無庸細繹；而其結果，已構成一種反對「編法典的立法」之勢力，一方面即造成新立法上的勢力。羅西 *Pellegrine Rossi* 氏，即爲首先反對拿坡法典者。其言曰：「此法典之出現，要在社會革命之終，而不在經濟革命之終，此經濟革命，正相因而至。」是以法典中雖已規定社會革命所產出之關係，然實未能預測經濟革命之結果。當時法律之缺點，即爲私權與

當時經濟情形的調協，正須重新建立者也。

吾人現在概括的觀察社會之重要變遷，以及此種變遷究竟將法律制度或法律制度的基礎，原則，已經改變至何等地位；或將來將其改變至何等地位，此實爲研究之問題。

民治主義之生長，大產業之勃興，大都會人口之增加，人類活動力之伸張，文明與道德理想之進步——此皆屬一般的變遷狀態。此種變遷又轉而生出同重要的變遷：個人間各種關係之增加，國外國內的經濟競爭，傭資生活者利益之團結，階級鬥爭，國家職能之擴充，各項活動上組合理想之發達，社會學說、道德學說之廣播——此種理論使公道的觀念，漸次擴充。

欲明瞭此不同之現象在法律思想上所生之影響，可分爲三項，即政治的，經

濟的學說的是也。

## 第二節 政治變遷關於法律思想上之效率

近世紀政治之變遷，在國外政策與國內政策上，皆發生不少影響。國際法之基礎，當拿坡崙時代，係屬國際相對各有自主權。及絕對的自立。此種情形，從歷史上觀察之，國家生存，幾成孤立；故自立及主權之理想，非常誇張，以爲一個國內應用一個外國法律，僅從禮貌上而論可以允許，惟絕無義務之可言。國際政策，僅保持歐洲之均勢，對於一個人民所有之物質的利益或倫理的利益，完全漠視。

人口之增加，大規模產業之進步，商業與文明之進步，在近世紀中之國際政

策，遂形改變，而結果則國際關係之基礎原則，亦隨之改變。蓋今日國家之物質利益及倫理利益，已經越過自己領土界限以外，各種利益，隨地皆聯成一氣。例如歐洲列強之在亞非澳三洲，及美國在墨西哥灣附近，皆是也。國家之利益增長，既越出自己之領土以外，於是國際政策表面上，發生兩種相反之結果，即一方帝國主義之興起；一方則用國際會議以規定數種利益。所謂國際會議，分爲二種：

(一) 提倡採用一致之規律以解決法律的爭執。當一八九三年至一九〇〇年間，歐洲各大城會議，皆爲謀達此種之目的。會議之結果在海牙會議於一八九六年，簽定幾種民事訴訟手續上之事件；於一九〇二年，簽定結婚，離婚，析產，及幼年保護等事件。而在南美洲方面，亦著有成效。當一八八八年至

一八八九年，在烏拉圭都城孟特維第阿 Montevideo 之會議，創立一種國際私法之法典草案。

(二) 經濟及社會的利益之聯合 此種聯合，即為關於郵政、電報、運輸、專賣、商標、著作權、衛生規則等事務，皆成「國際聯合會」International union。且此種會議之數目，有繼續增加之勢，包括各項事務，而尤以關於社會經濟為最要。其結果直接影響於國際法，厥後則影響至法律之各分支，而影響於私法上者特多。茲分別說明之：

(甲) 在國際公法上，既改變其國際關係的基礎；從實際言之，帝國主義之政策，已經不允許一切國家均有絕對的自立，或同等的自立，或同等的主權。今日多數國家，其主權已多少受其影響；國家有中立者，有一部分自主者，有為



一國所保護者，有爲一國所直轄者；更有自治區域，屬於一國而爲別國所占據而處理之區域，自治殖民地，中立地界，勢力範圍之地界，因主權之長期租借而讓與之區域等等。

帝國主義——如歐美列強——更將從來視爲國際公有之疆域，認爲一國的，竟屬於其自己之保護，最著者例如海峽及海洋間之運河。

復次，國際聯合會最初之用動本限於建立均齊劃一之法規，其後遂建立國際局；此國際局 *International Bureaus* 係處理報告事務，至最近其權力已逐漸擴大。當一九〇二年，在比京布魯塞爾會議，成立砂糖聯合會，在結此契約之各國，於國際聯合上，已與以實在之權力；即用此權力限制各國在特別事件上之對內主權；於是各國不得捨棄此種範圍內之自由立法權。故國際聯

合會將來之趨勢，殆成爲一致。

(乙)在國際私法上所生之影響，亦甚顯著。在法國民法典成立之時，國際私法，並無廣大之目的，僅須調停兩國或兩國以上之法律衝突而已。嗣因國際關係之密切及國際親愛之理想，時時發達，德意志學派之薩維尼及其他學者，認定國際私法之目的，並非擇取一國之法規置於別國法規之上，係在衆多不同之國家現行法之中，尋求一種調和的規律；並尋求一種理性的聯絡；保證每國的法律必有其當有之勢力，及其應有的應用範圍。國際私法將來之進步，即根據於所觀察的一般法律關係之進化，根據國際條約之研究，更特別根據比較法之發現，創立共同齊一之規則。此規則即爲法律，在締約國家皆須遵守者也。

私法上之固有的契約，於國際共同之利益，其影響甚鉅。例如：建造聯海洋之運河與聯大陸之鐵道，博得遷民權，及安放海底電線權等，要皆超過私法之界限；欲規定此種契約，必依照其真正關係之性質。即其他企業，皆享有國際共同之保護，與純粹私法規條之性質不同。

(丙)在國內之公法上，至近代已見民治主義與普通選舉之興起。此為最重要之事實，因人民既屬自治，是以將所有的制度化為民治的，使適合於共同之利益，以解決一切問題。

時至今日，團體之利益，無論何地要在私人利益之上。公法新發之一支派，且正穩健的發展以滿足此新期望；即行政法是也。法蘭西政治之單位，如省制，自治區制，係在於共同合體之利益，便利社會事務而設立者也。政治上團體

及公共團體，並無所謂宗旨，僅須滿足特別團體之利益。故行政法規規定，多少屬於私法的事件使與公共利益相適合。即以財產權而論，直接或間接爲公共役使而加於財產上之限制，已經變易其性質，限制其絕對之性質，以便於公共利益。財產權利於是漸成爲公法上之制度，不屬於私法上之制度矣。此種變遷，雖尙未爲大眾所承認，然所謂「平均地權」之趨勢，要爲其原因之一。但此現象，不僅特別現於財產權上，多少已經現於一切法律上之制度。公法之範圍，於私法之動作範圍，大不相同；此理想向爲人所深信。惟兩種法之間，有親密關係之存在，要亦爲衆所承認。所謂關係者何？即於國家活動的範圍內，而爲政府管理之事業是也。蓋行政法中一大部分，實即爲民法中之材料，但其觀念，係從公共利益方面，而非從私人利益方面，其不同之點，即在

於是。故今後行政法之發達，當根據社會利益以支配私人關係；漸次消滅以前公法極明顯之區別，使以後之法律制度，必兼有兩種法的性質。蓋公共利益，已超出私人利益之上矣。

### 第三節 經濟變遷關於法律思想上之效率

十九世紀經濟之發展，其震動甚大，過去政治的，經濟的，全部組織，幾成推翻之勢，並引起種種問題；此種問題，影響於全部的政治問題，國外或國內實業競爭問題，勞動力團結問題，階級戰爭的問題，綜合言之，即為最廣義之社會問題。

因上述諸問題，於是政治科學，成為社會科學；此兩種科學，雖保有同樣目的，

然已非以前專從政治方面觀察，而以社會方面爲觀察點矣。故今日社會問題之重要，超過所謂純粹政治的問題；蓋政治本身，無論在何處，都帶有社會的性質。

十九世紀中經濟發達之蹤跡，及其各方面之擴張，不必加以研究。所當研究者，卽此種運動最顯著之情形，及其私法上之影響。

經濟之變遷，已在民事立法上產出三種效力：（一）擴張私法之範圍；卽爲脫離現在存立之立法形式，根據新原則以建設一種新法律系統。（二）變更以前法律之統一，而創造各種性質特別之法律，專爲勞動階級設想。最後，散播新種子；迨種子萌芽時期，卽在最近的將來，產生更深遠更激烈的變化。茲分別說明如左：

(A) 民法之擴張 吾人第一應注意於資本之發達，係由於信用之生長，由於股份公司之增加，並由於土地之貿易。管理此種事件之法律，雖屬於商法，實係屬於民法，且改變民法之性質，而將兩者利益交互而成。

吾人又當注意所謂農業立法與工業立法，此種立法，雖僅民事之關係，然世人皆認為民法典以外之物。蓋農業或工業之利益，要皆駕乎個人利益之上者也。若果此種立法未曾出現，則此種關係，即應為一般的民法規條所支配。故現代法律思想之趨勢，雖改革民法之舊組織而成為獨立的立法體，實際上已擴張民法之施行範圍矣。

(B) 勞動立法 在拿坡崙法典，係代表兩重個人主義；蓋一則感於私人而非社會的利益，一則保護有產階級之利益，而將義務一節——包括勞動契

約——讓與個人之自由意志是也。現代的立法家之思想。則採用與此不同的觀察點，認定傭資生活者所有之利益，係與其他同樣職業者之利益。歸納於一致。且規定資本與勞動之間，保持其安穩的狀態，凡此已非私人利益問題，而實爲社會利益之問題。是以立法家不讓個人自由的立勞動契約，以免不幸之結果。其規定此種契約，意欲保護工人之生命，健康，及工作的能力，而將工人與雇主之利益，爲相互之聯絡。不僅勞動契約如是，即全部勞動立法，皆根據反個人主義之新原則而成。此新原則之精神，即所謂利益的「團結」也。

當一八九二年，關於和解與仲裁之立法，已明白承認。法國則於一九〇一年，將各種勞動法規，編成法典。即英國雖僅有部分的法典編定，而勞動法亦已



成爲法典。

最後，更有兩種之趨勢，亦日臻明顯，其結果將使全體之法律關係，爲之改變。第一種趨勢，卽爲社會主義。此主義之目的，是使國家或地方於政治的職能之外，盡經濟的職能，結果將此種職能爲聯合之組織。故此主義又準備將各種法律關係，變成公共事務。

第二種趨勢，卽爲地主權之社會化。此地主權已非純粹私權，而認爲一種社會的義務。於是土地問題，日漸急迫；此問題在各國情形不同，如蘇俄於一九一八年頒行之土地法，規定農民使用權，以自己及其家庭能力所能耕種者爲限。德國新憲法第一百五十三條末段：所有權之使用，應同時顧及公共之利益。此外如羅馬尼亞，捷克斯拉夫，巨哥斯拉夫，在最近十年前，所規定之土地

改革法，均各制定個人私有地之限度，超過限度者，得沒收之。法國則自一九〇五年，至一九一八年間之立法，對於所有權之使用權，收益權，及使用收益處分權，同時皆受有限制；蓋已頓改拿破崙法典之舊觀矣。

#### 第四節 新社會學說關於法律思想上之效率

社會之事實，亦影響於法律關係。近代人口之增加，大都市之發展，人類活動力之擴張，已使個人與個人成更密切的聯合。蓋人類已越出從前獨立之地位，而追求共同利益。各種之集會或各種聯合主義，近世紀中已大發達，成爲現代生活之基礎。各種集會之組織，如政治的，經濟的，工業的，科學的，文學的，等等，無不有團體。其結果增殖個人之活動力，凝結同羣分子之利益。在法律

上之趨勢，已傾向於保護團體之公共利益，在此團體中，個人僅占有一部分而已。

學說在道德上，產出明顯之影響，復於法律關係上，產生之影響，即團結主義與民治主義。

(甲)團結主義之目的，係限制經濟學上個人主義之過盛。此種科學，即為社會經濟學 (Social Economy)；其以人道主義為目的，係減少人類之苦況，加增人類之幸福，彼深信幸福之增加，乃能供獻社會之平和者也。近代法律思想，已非復拿破崙時代，為成訓所感化，為哲學家之理性原則所感化，或為經濟學家個人主義所感化。蓋近代之法律，係屬一種新的公道觀念——團結主義——所感化。此主義支配經濟學與社會道德，又假定與個人相對的協同的

關係。

由團結主義之發達，於是法律上於民事刑事之責任，各分區別。其結果則民事責任大見增加，刑事責任反加限制。(一)民事上個人之權利，至近代則法律著作家及裁判官，已漸不承認爲絕對的；對於拿破崙法典所謂「行使權利，無賠償責任」之舊訓，加以改革，故損害行爲者，雖無法律上之過失，亦應負責。蓋認定無論何人，即使在法律限制範圍內行使其權利時，苟蓄有不良之意志，或背乎原來在社會上或經濟上所認可之宗旨，則必失其權利，使其賠償造成之損害；設或因契約發生之權利問題，亦將取銷契約上之權利，由法庭將此權利限制其正當範圍。其他不履行契約或違背契約，法律上亦應承認民事負有責任。(二)刑事責任之限制，係由於法律家因諸種科學及公

共良心之結果，已深信犯罪人並非道德上擔負責任，其動作多少受外界勢力之結果。是以犯罪問題，不僅須討論對於罪人不能全部負責之行動，如何加以懲罰；此問題係如何適當近理的方法，以償贖其罪過。

(b) 民治主義在法律關係上，其顯著之影響，於家族法最爲表現。拿破崙法與規定合法家族與不合法家族，區別甚嚴；至今日則由民治主義之產生，人與人已立於一個平行綫上。(一) 夫婦之關係，因「婦女運動」之新理想，夫之家長權及管理共同財產權，已形減少；妻對於夫服從之義務，亦漸微弱。夫婦財產聯合之趨勢，爲妻者有參與管理權，甚至劃分夫婦各人之財產。(二) 父子之關係，在今日已不承認爲父者負有個人主義之權能，但是負社會上之義務；履行此種義務，係與全民族之進步相關。故此義務爲父者不能任意拋

棄，而其權利，如行使不當，反因而削弱。(二)私生子(非婚生子)地位之改善，是用兩種方法：蓋一方擴張其調查私生子之家系權。一方則使私生子之地位與合法子(婚生子)同等。法律關係上蓋已解放合法家族之束縛，而擴張此種束縛於自然結合之家族。此現代社會中之家族問題主要的起點也。

### 第三章 我國新法典之社會化

孫中山先生之言曰：「社會之所以有進化，是由於大多數的經濟利益相調和，不是由於社會上大多數之利益有衝突；社會上大多數的經濟利益相調和，就是爲大多數謀利益，大多數有利益，社會才有進步。」胡漢民先生之言曰：「法律之進化，與社會之進化成爲正比例。我國自改革以來，最近編定之

新法典，所以應時代之需要，其立法之精神。固為整個社會問題謀解決也。茲舉其重要者，表示於下：

### 第一節 新民法改造之概觀

民法為吾人日常生活之準繩，對於社會上為共同生活之要素，其財產權與身分權，法律中已分別規定之。茲就注重社會各條，撰次如左。

(一) 關於所有權及責任與契約者：

(A) 所有權行使之限制。新民法為維護社會利益及貫徹土地政策起見，乃特定其限制。觀於該法第七六五條及七七二條所明定，所有人惟於法令限制之範圍內，得自由使用收益處分其所有物，並排除他人之干涉。於法令

限制範圍以外使用收益處分其所有物及排除他人之干涉，則所嚴禁。與此相關聯者，則爲土地所有權行使之限制。

(B) 永佃權人之保護。土地所有人，其利益皆不勞而獲；永佃權人或因天災致收益減少及喪失，尙須由永佃權人負擔，其不平孰甚。故新民法第八四四條規定，永佃權人因不可抗力，致其收益減少或全無者，亦得向土地所有權人請求減少租金，或免除租金。所以顧全社會之公益也。

(C) 賠償責任與過失責任。損害賠償之責任，自爲法之原則。然苟審究其原因，其損害在被害人，亦與有過失，則應認爲例外。觀新民法第二一七條，有法院得斟酌情形，減輕或免除其責任之規定，卽期其持平之意。又損害非因故意或重大過失所致者，如因賠償致加害人之生計發生困難，法院得減輕



其賠償金額，此爲同法第二一八條所明定。

(D) 承租人與出租人之契約。耕作地之承租人與所有權之出租人，其經濟地位，絕不相同。故新民法第四五九條，爲保護弱者經濟利益起見，明示租賃未定期限者，惟承租人得隨時終止契約，而出租人則非有一定情事，不得終止契約。又於第四六〇條規定，耕作地之出租人終止契約者，應以收益季節後次期作業開始前之時日，爲契約之終止期。凡此者皆保護承租人之利益也。

(二) 關於親屬及繼承者：

(E) 置重家長之義務。我國向以家庭爲社會本位，惟家長權則殊爲優越。瑞士民法關於家長權，置重於扶養監護之義務。我國新民法，即採此原則，於

家長可能範圍內，置重其義務，以維持共同生活。合諸舊道德與新生活，均能融無間。

(F) 妻之限制能力之撤廢 舊民律草案，對於妻之能力，加以限制。不特違反男女平等之原則，亦使社會組織不能健全。故新民法總則，已將此不平等之限制，加以撤廢，而承認夫婦間俱有行為能力。

(G) 宗祧繼承之廢置 宗祧繼承原於宗法社會之產物。古昔周代所定宗法，以親親而兼貴貴之義。今國體既更，人民平等，何取乎承襲貴族之遺風。且我國習慣，尊祖敬宗，蓋屬家統之相傳，並非成周宗祧之遺制。故新民法僅規定遺產繼承，俾世人誤認之宗祧繼承，聽諸習慣之自然改革，事實與法律，乃得其調和矣。

## 第二節 土地法與勞工法之制定

(1) 土地法 土地所有者，應爲社會之利益而使用其土地，不能任其曠廢。土地法欲使地盡其利，故有因公共事業征收土地之規定。欲使人民有平均使用土地之權，故本法對於私有荒地逾限不開墾者，有需用土地人得請求征收之規定。爲防杜壟斷土地權，故制止有妨害國家政策之土地買賣或租賃。爲禁絕其不勞而獲，乃對於不因施以勞力或資本之地價，增其賦稅。凡此皆本「平均地權」之精意也。

(2) 勞工法 我國現代社會狀況，雖尙無勞資階級之對立，而受外國經濟之壓迫，已成爲社會經濟破產之問題。故勞工法規定，基於社會協動關係，而

協調勞資之爭議，以社會福利爲標準。至於工人之生活健康，加以保護，仍以不礙產業之發展爲原則。罷工權之行使，及締約雙方之地位，皆規定相當限度以求其平。

### 第三節 民商法之合一

英國法制，關於買賣，代理，合夥，轉運，匯票，保險，等，雖定有商事法規，而自法律全體觀之，則同屬於私法，初非與民法劃分爲二也。此民商兩法合一主義，向爲英美法之特質。近代瑞士之民法典，及暹羅民法，皆採此制。大陸諸國，關於商行爲一切之規範，不納入民法之中，另定商法法典。然自社會連帶之學說大昌，民法上已具有擴張之必要。我國立法之趨勢，既不沿襲大陸法之舊制，

遂有統一民商兩法法典之總纂，故其中可於民法中包括規定者，皆納入民法法典中。惟有特殊性質者，則另訂單行法規（如海商法、票據法、公司法等）惟此種法規，要爲民法之輔助，其原則蓋取民商法合一主義也。

本書參攷之文獻（舉其主要者）

Foundintroduction to the Study of Law (法學肄言)

戴克光譯 政治思想史

梁啓超 先秦政治思想史

謝朏量 中國哲學史

穗積陳重 法律進化論

三浦周行 法制史之研究

Edward Jenks: History of Politica (社會通詮)

丁元普 中國法制史

Montesquieu: Spirit Laws (孟德斯鳩法意)

黃右昌 羅馬法與現代

小野清一郎 法律思想史概說

井上忻怡譯 歐洲民族文化史

The continental Legal History Series (大陸法律史叢書)

The Progress of continental in the 19 th century (十九世紀大陸法律  
之進步)



(二) 蕭公權

The Influence of Confucianism in the Law of China (十八世紀大綱史事)

The Confucianist Legal History Series (大綱史事史叢書)

共主制論著 趙昉吳斌文外史

小治第一種 趙增恩歷史研究

黃古昌 羅溫慈與張力

History of Law in China (法律思想史叢書)

下 法律 中國思想史

法律思想史 完

法律思想史

中華民國二十一年九月出版  
中華民國二十二年十二月再版  
中華民國二十五年一月三版

有 著  
作 權

總發行所  
分發行所

上海  
北三馬路  
漢口路  
廣沙州  
長沙州  
河北首馬路  
天津通瑞路  
永陽北街  
南京路

會文堂新記書局  
會文堂新記書局

著 作 人  
發 行 人  
印 刷 所

丁 元 普  
上海法學編譯社  
徐 寶 魯  
上海河南路三二五號  
會文堂新記書局  
上海河南路三二五號

法 律 思 想 史

全書  
一冊

定 價 大 洋 一 元

外埠  
加郵費



合查



新書

中華民國二十二年十二月三日  
 中華民國二十二年十二月三日  
 中華民國二十二年十二月三日  
 中華民國二十二年十二月三日

長壽行刊

聯壽行刊

北平  
 北平  
 北平  
 北平

北平  
 北平  
 北平  
 北平

明眼刊

琴行刊

善道刊

會文堂海濱書局

會文堂海濱書局

會文堂海濱書局

會文堂海濱書局

會文堂海濱書局

玄關大新一元

恭請恩慰史

全書

民國二十二年

3409

3956

T2

法律思想史 ~~法律思想史~~

不  
出

35	3	6
35	3	18
	5	14
	6	14

登記號數 3956  
 類 碼 3409/T2  
 卷 數  
 備 註

不  
出  
借

注 意

- 1 借閱圖書以二星期為限
- 2 請勿圈點、評註、污損、折角
- 3 設有缺頁情事時請即通知出納員

臺灣省立臺北圖書館







國立中央圖書館台灣分館



3 1111 003625736