





法律思想史概說

日本小野清一郎著

何健民譯

上海民智書局發

日本東京帝國大學
法學教授 小野清一郎著
何健民譯

法律思想史概說

上海民智書局發行



3 0477 1890 7

法律思想史概說目錄

第一章	原始文化與法律思想	一
第一節	原始民族與文化	一
第二節	圖騰教的法律思想	三
第三節	宗祖祭祀的法律思想	八
第二章	古代文化與法律思想	一七
第一節	古代文化的發生	一七
第二節	巴比倫的法律思想	二一
第三節	埃及的法律思想	二四
第四節	猶太的法律思想	二六

第五節	希臘的法律思想	二七
第六節	羅馬的法律思想	三三
第七節	印度的法律思想	三八
第八節	中國的法律思想	四一
第九節	日本古代的法律思想	四五
第二章	中世文化與法律思想	五一
第一節	中世文化的特色	五一
第二節	歐洲中世的法律思想	五四
第三節	日本中世的法律思想	五八
第四章	近世文化與法律思想	六五

580.19

598

第一節	近世文化的特色	六五
第二節	文藝復興與法律思想	七一
第三節	啟蒙時代的法律思想	七五
第四節	德國理想主義的法理學	八三
第五節	十九世紀的法律思想	八七
第六節	社會主義時代的法律思想	九一
第七節	世界的法律秩序之發展	一〇〇
第八節	德川時代的法律思想	一〇五
第九節	明治及其後之法律思想	一一〇
重要參考文獻		一一七

法律思想史概說

法律思想史概說

小野清一郎著
何健民譯

第一章 原始文化與法律思想

第一節 原始民族與文化

這裏所謂原始文化，就是今日的文化人類，尙未進入歷史的文化生活以前之文化，和今日尙殘存着的未開民族，則所謂原始民族或自然民族所有的文化。因兩者各有重要的共通點，所以在人類學和民族心理學方面，各有網羅研究之。在法律學方面，如科拉（Kögl）則從普通法律史之見地，把人類學的考察和文化史的考察集合起來，試述了未開民族的法律現象和今日文化人類之原始的生活上之法律現象。

原始民族，一名自然民族，但並非沒有甚麼文化的。自然民族的生活，也有些少的文化；然而和歷史的文化民族之文化一比，却頗有差異的地方

。因和今日吾人普通所說的文化不同，所以我們又名之曰『自然民族』，以對待文化民族。然而究竟要用任何標準來區別自然民族和文化民族？蓋文字之有無，實其最簡便之形式的標準也。除了文字之外，科拉又以財產的發達，僧侶階級的發生，和國家的組織等作為分別文化民族和自然民族的標準。

原始民族，也有他們的個性，也有他們文化的特色。但是關於原始民族，我們不必一一去探求他們的個性，不如根據一般化之社會學的方法去研究他們共通的輪廓。不待說，其經驗的資料，須取材於各個民族的觀察和其記錄。雖不能任意按照空想的一般化，然而其認識和其判斷，與其說在於其特定原始民族的文化上，不如說原始民族所有的一般文化，對文化民族有任何的差異，及有任何的連絡點上。下面，我們根據從前的學者對於此方面的研究，尤其以科拉之比較法學的研究之結果為主，並參考馮特 (Wilhelm Wundt) 和

度耳克亥謨 (Emile Durkheim) ，及其他有名學者的研究，從法律思想上來試述原始民族的文化。

第二節 圖騰教的法律思想

在原始民族的社會生活裏面，其法律，宗教，和道德等的文化領域，沒有明瞭的區別。社會生活秩序，被一種似法律而非法律，似道德而非道德的習慣所支配；其意識的根據，雖不甚分明，然而其宗教的現象，却比較的就發達，對於社會生活秩序，大有關係。當時的法律思想，勉強地說，則是宗教思想。

雖是同樣的宗教，但原始民族的宗教，却不容易達到人格的神佛之觀念，他們以崇拜自然和崇拜精靈爲出發點。雖是這樣，他們由人類複雜的印象和漠明的恐怖或喜歡的感情，創造了一定的宗教觀念，這就是一種之文化的發展。然而，原始民族最粗雜之宗教觀念，並不一定是單純的，而藏有種種

之複雜的論理，要發見其真意義，頗覺困難。這種觀念，祇是給與別種民族，根據認識而推測原始民族的文化有共通形式的便宜而已。原始民族的宗教觀念，最爲廣行，並影響於社會生活最深的，要算是圖騰(Totem)，禁用(Taboo)，及宗祖祭祀等。

圖騰教(Totemism)始發現於美土人間，後傳行於別種未開民族，又在歷史的文化民族的宗教裏面，也發現了其痕跡，所以人人便知道牠是原始民族間最盛行的宗教形式。關係圖騰教詳細的研究，暫讓於別，至於其根本的觀念，則人類的某集團崇拜某種動物(有時植物)，視爲他們集團的宗祖，而以爲集團的表象。何以發生這種思想？議論叢生，莫衷一是，總之，人類與動物，區別不明，其間有精靈互爲交通，此則原始民族一般所胚胎的思想。某集團以鷹，某集團以狼爲其宗祖，這是因於錯覺的空想，毫無懷疑。但是，如今已不成問題。問題者，則這種奇異的觀念，怎樣支配了原始民族社會

生活的法律思想。

圖騰的表象，在原始民族，是結合其血族的集團之力量。圖騰不但是集團之外的表象或記號；一屬於集團的人，內部的就有其動物的精靈，所以在互相之間，各有密切的精神的連絡。根據圖騰，可以識別集團的全體。如上所述，圖騰便保障了原始的集團生活。在圖騰時代的人類生活中，圖騰集團，就是社會生活的最重要要素。他們的血族集團，各有母系的組織，按照母子關係，連絡接待，婚姻事件，一圖騰和別圖騰間各集團的行之。是則所謂『集團婚』。按照一圖騰的婚姻，可以神秘的接觸兩個圖騰精靈。隨之發生交際，因之便可以漸次擴張和平的社會生活的環圈。

原始民族，其集團內部的結合，非常鞏固，其結合是宗教的精神的聚集，和近代人以爲利益或目的而結合的，完全兩樣。他們是更本能的，更本質的。圖騰集團在圖騰時代，乃唯一的社會生活，支配了一切的生活，對於個

人，頗乏自覺。人人祇爲集團而共信，共存，共作，共戰及共樂。

由今日看來，無論是怎樣奇異的集團婚形式，對於當時的精神生活，顯有自然，自不待說。集團婚一語，則指一家族或屬於某集團的男人，和別家族或別集團的女人結有婚姻關係而言。但是，雖說婚姻，却不一定要共同生活。則某集團的子女，仍舊在其所生下的集團中繼續生活。因集團是按照母系連絡的，所以父與子的關係，不大明白。又因子女是屬於母集團，故最要受保護的男人，不是父親，而是母親的兄弟，則伯叔父。掠奪婚的和賣買婚的形式，乃比較的進步之婚姻形式；在原始民族中，是隨着個人力量之發生而發生的，於是遂變爲後來組織父權的遠因。

圖騰時代的財產制，是集團的共產制。一看當時的集團生活，我們即可明白，因爲當時的集團生活，過於緊密，所以個人的所有權或財產權，無從發生。人人爲其集團而勞動，集團的生產之成果，則由該集團人員，一律消

費。勞動的成果，屬於勞動個人，這是近世所發明的。當時的觀念，因一切是集團的，所以集團的共產制，乃勢使其所然；祇對於武器或裝身用具等東西，因性質上須個人來使用，故比較的早被認為個人的所有物。因為農業，始有一定土地的占有，於是就變為共產的所有了。土地共產，進入歷史時代，尚維持很久，詳細待後述。

關於原始法律和禁用的關係，亦議論叢生，莫衷一是。Taboo 一語，原是坡里內西亞語 (Polynesian)，和 Totem 一語，共為文明語，現在更變為通俗的了；日本已故的穗積陳重博士，尤有熱心的研究。禁用 (Taboo) 是不可作或勿用一定的事物，如果一觸動或一使用，便招災禍，牠是以一種尚未充分理解的忌情為其基礎的行為規範。按照他們的宗教觀念，不僅可以保障自己，並且在帶有現實的制裁點上，更可以做為法律規範。據馮特說，禁用的起源，是由不可殺動物或不可使用動物的圖騰教的信仰而來的。但在圖騰教既滅

消了很久之後，禁用仍舊盛行，對於法律制度的發達，甚有影響，故穗積博士亦有詳細的證論。

圖騰時代，人類生活，尙屬自然，被其威力所支配。他們對於自然的威力，是漠然般的恐怖；日常生活，也懶洋倦怠，並不是光明的生活。但是其社會生活，却比較的和平，有秩序。在集團與集團間，雖有時免不了鬪爭，然而在圖騰集團內，却是家族的親愛的。被奇怪的圖騰精靈所連絡的家族，按照他們的精神和肉體的協力，平穩地生活着。

第三節 宗祖祭祀的法律思想

圖騰集團，原為家族的，但沒有像今日的家族那樣小，包含了許多同族的血族集團。其原因，則血族的近親者，為防禦他們的生存起見，勢非如此不可。在集團緊密的反面，個人完全為之吸收於集團內。然而隨着個人性格特色的漸次的發現，性格的特色之社交本能，隨之發現，一方社會生活逐漸

向外擴張上去，別方圖騰集團漸次地解體下去，於是便產生較小較親密的家族生活。但是到了超家族的社會生活一擴大，便生出統制的權力者，則酋長，於是國家生活的萌芽，便現於此。就是以圖騰集團爲出發點，一方分歧小家族，別方根據圖騰間的婚姻，在大氏族或種族的結合之權力統制下，滋榮發達。

在這個進化過程途中，最重要的思想，就是圖騰的信仰漸告衰退，宗祖祭祀起而代之。由崇拜動物進到崇拜人類，是人類文化階段的一個進步，一方是區別動物和人類認識上的進步，一方是接近人格自覺的意義。宗祖崇拜時代，是第二圖騰時代的文化階段，又是媒介自然民族的生活到古代文化上去的時代。在這個時期內，宗祖祭祀的宗教觀念，則社會生活和法律思想，遂變爲顯著的現象。

個性的自覺，尤其是力量的自覺，破壞了圖騰時代的沉寂淒涼的和平生

活，而領導到創造新文化之路上去。一般的男人，尤其是高興冒險喜歡活動的年青男人，概爲其發動的要素。許多民族所共通的成年祭 (Junglingsweibe) ，給青年人與異常的興奮。青年堪於鍛練，不得不光大他們的力量。他們時常團結起來，營着新的生活。他們一自覺，便產生冒險的掠奪行爲者，這是勢使他們這樣的。

掠奪的目的物，第一在婦女。所謂掠奪婚，就是因爲覺醒的青年男子們，由其冒險的行爲所產生的制度。掠奪婚，在當時的青年人中，是最可自誇獨豪的男子行爲。從前的各圖騰間的平穩集團婚，被掠奪婚破亂得無完膚了。被掠奪的婦女們，看見了青年們這樣的勇敢，心神也被他們吸收了。於是可以推測掠奪的男人和被掠奪的婦女，其中定有精神的結合，決無錯誤。如上所述，由男子的力量所行的掠奪婚，便打破了從前母系的家族制，而產生父權的家族制度。既是按照男子的力量而成立，那末，對於女子，則有一種

的威壓空氣，自不待說。然而此種現象，雖使男子一時得了支配的權力，把女子奴隸化，遺留了一夫多妻的新風俗，可是又使人類由其集團婚狀態，進入今日之一夫一妻制度去。

人類力量的自覺，一面產生了掠奪婚和父權的家族制度，但一面又使家族上更出現了種族的國家。超家族的社會生活，在圖騰時代，因圖騰集團間的婚姻而擴張，但又因產生酋長，(Happling) 於是又產生政治的統制。酋長的發生，決非因於單純之暴力的威壓，寧可說是以民衆對有力者的信賴和其尊敬爲基礎的。在一種族征服別種族的時候，征服者威壓被征服者，乃屬自然，自不消說。這時，不屬於征服種族的人，便不隸於征服種族之法律的團體，祇認爲奴隸，任他生存。但是不久又變爲階級，緩和下去，後漸次消化了種族的團體系統，遂包含在地域的國家內。

種族國家，由血統接近的氏族統制而滋榮發達，後遂形成了全種族國家

。其最主要之思想的背景，則宗祖崇拜的宗教觀念。崇拜宗祖，大約是始於圖騰集團的解體後，被家長或族長的權力刻成木偶，或起源於頭骸的祭典；其所以和種族國家並駕發達，而祭祀種族的宗祖，就是因爲要強固他們之精神的團結。這時，宗祖是否現實的宗祖，不成問題，自不待說。一有傳說，便可以做爲宗祖。他們的宗祖，逐漸的神化起來。統制種族的國家人員，就有祭祀其種族宗祖的權限。這種祭祀權，就是政治的統制權之精神的表現。

酋長或族長，統帥兵卒，一面保障社會生活的安全，一面按照裁判的作
用，施義於人民。這在固有的意義上，實是法律生活的起源。最原始的裁判，就是家族或氏族間之仲裁的裁判。在家族或氏族間，有不絕的鬭爭，有不
斷的報仇。於是便阻害了漸次將要成立之國家的社會生活的和平，與其秩序。
。要仲裁的處理他，這是族長或酋長的大任務。然而族長或酋長，不但要單
獨處理這個事件，以外還要根據有力的家長或酋長的助言和評議而施行。家

長和族長，在其家族或氏族內部，如果有擾亂了秩序的，便對他加以制裁，但這亦要按照族內的衆議，才可施行。

原始民族，爲鞏固其種族的團結起見，又要強大的種族權力。這是以祭祀之宗教的觀念爲基礎的，既如上述，但爲使權力安全起見，於是便行使禁用之宗教的和法律的制度。則把族長奉爲神聖且可畏敬，禁止普通人的接觸或接近，祇是觀視或呼叫他的名字，也要受神的處罰。此不但可以保全族長的生命和身體，並且族長更可設定禁用權，把某地域或某東西定爲禁用，禁止侵觸，以保障財產的安全。於是乎，禁用便成爲維持強大權力的重要社會的機關了。

宗祖祭祀時代之父權的家族組織，在以男子權力爲中心點上，和以女性之自然的愛情爲中心的圖騰時代之母系的集團組織一比，則爲兩樣，大有差異。父權家族，較之圖騰集團，雖又小又個人的，然而如果和今日的家庭一

比，則尙可算是大家族，在一家長之統制下，許多的同族，共同生活着。財產則屬於氏族或家族，由族長或家長管理之。族長權傳於男系的男子，不與以女子。男子之中，普通傳給長子，但是也有例外，則給與名望者，時又傳於末子，但這爲數極少。

隨着財產的發達，財產的交通，也逐漸發達起來。對於不法侵害的賠償，按照仲裁的裁判而定，於是漸次發達；又交換，賣買，貸借等之契約關係，亦逐漸發達起來。交換和賣買，最初全爲現實的交易。最古的債權交易，要算是貸借關係。貸借亦按照宗教觀念而受擔保；如果債務者一怠履行債務，便會受神的處罰。所以契約的形式，往往帶着宗教的咒詛形式。債權效力，非常強大，一不履行，債權者對於債務者，可以自由行使體刑。

宗教觀念，又深入於法律生活之技術的方面。裁判手續，其是非曲直，往往委之於神的判斷。所謂神判，就是這個意思。時施以熱水熱鐵，時行以

注水之刑，以試被告的自白，有時又使原告和被告互相鬥爭，如果堪其試法或勝於鬪爭的，那就以他爲有理由。這種方法，有史以來，仍舊繼續，久爲裁判方法。

法律思想史概說

第二章 古代文化與法律思想

第一節 古代文化的發生

迄今約四五千年前，人類過了甚長久的原始生活之後，便產生歷史的文化生活之所謂文化民族。這在人類進化史上，是一個顯著的事實。巴比倫，埃及，印度和中國等，爲文化生活的先進國。文化生活的特徵，科拉舉了文字的發達，財產的起源，僧侶階級的發生和國家的組織等等，既如上述，這是意義極深的觀察法。文字，對於人類的精神生活，與以合理性之技術的條件。財產的起源，使人類除了日日的衣食以外，又與以文化的勞動之物質的基礎。古代文化最特徵的，實在於系統宗教的發達，和鞏固國家組織的確立。在古代文化上，兩者各有極密接的關係，但是却漸有分化的傾向。

宗教的信仰，在原始社會，乃一個重要的生活原理。圖騰，禁用，宗祖

祭祀等，怎樣支配了原始民族的生活，尤其是社會的和法律的生活，在前章我們業已述過。文化民族的古代生活，他們的宗教思想，一方是合理的組成的，一方又產生專門奉待宗教的僧侶階級，他們的勢力，就是古代社會統制最重要的作用。然而在別一方，又產生了社會統制的權力，非從宗教的，乃由以武力和財力為基礎之世俗的國王來行使的現象。起初，國王亦把權力的來源仰給於宗教觀念，然而到了後來，便漸漸由宗教獨立起來，變成純粹之世俗的社會統制思想。這個現象，尤以對外的生活和經濟的生活之發展為其背景。所以在固有意義上的法律，則不外乎在這種世俗的權力統制下之社會的規律。

在法律發達的初期，其思想的基礎，仍舊是宗教的觀念。國王的立法和裁判，其立法在於神意的傳達，其裁判亦受神所托。還有把國王視為是神或神的子孫。不單國家的組織及其作用，受宗教的觀念所支配，至於其內部的

社會組織，亦以家長之父權的統制爲中心，根據宗祖祭祀的觀念，把牠宗教化，這是普通的現象。

隨着文化的進步，宗教和國家及法律，也隨之漸次分離。在宗教方面，發生了佛教或基督教般的由國家的統制所獨立之宗教；但是國家和法律，則脫離宗教的表象，把其基礎求之於世俗的，則武力，財力，和德力方面。同時，又強大了國家之社會的統制，隨之國家的威力，尤其是據公罰所維持的秩序，也嚴格起來。則法律是以『威力』爲其根據。古代文化，是以威力統制爲中心之男性的文化。不單發達國家權力的統制，連氏族和家族，也在族長權和家長權下受其統制。財產屬於氏族或家族，而以族長或家長管理之；其管理權乃按照族長或家長的地位而相續。一切都是男系的相續，女子多被斥於相續的圈圍外，在家受家長的支配，出家則受丈夫的管轄。這些現象，全是威力思想的表現，又是人類強有力的文化生活的象徵。

然而人類的文化生活，決不能以威力而獨創。高雅的文化，寧是據個人自由的精神力而創造。個人智力和道德力，在創造高級文化時，以爲其要素而逐漸被人重視。尤其是在古代文化上，高倡個人精神力要素的，是由國家統制而獨立起來的宗教，則佛教和基督教。中國哲學和希臘哲學，在離開宗教的色彩而純粹的闡明道德的理想上，頗有貢獻。隨着這種宗教和哲學所造成的道德的發達，法律也勢不得不受其道德思想之影響。於是乎便產生了法律倫理化的現象。這種現象，在中國，希臘和羅馬，均得看出。於是從宗教的法律向威力的法律，由威力的法律再進到倫理的法律，這就是古代文化上法律思想進化的過程；在其意義上，又是今日之全法律文化史的發展之動機。

上面所述，是古代文化和法律思想關係的概觀，因歷史時代的文化，和因民族而異其個人特徵，所以一沒有民族之個性的記錄，便不能徹底去認識

他。故我們又非個別的去瞥見文化民族中的法律思想不可。

第二節 巴比倫的法律思想

巴比倫人和埃及人，兩者都是世界上最古的文化民族，尤其是他們的法律文化，則裝飾了世界法律史的劈頭。一九〇一年於波斯的舊都蘇撒（Susa）所發見之哈謨拉美法典（紀元前二千二百年頃君臨於巴比倫之哈謨拉美王之立法，刻在石柱上），是世界最古的法典，頗聞名於世。在此法典編輯之前，既有法律生活，非常之發達，據那本土版的古記錄，則可明瞭。又似乎有成文法典。但是無論如何，我們一見哈謨拉美法典的規定，便知道巴比倫的法律生活之一斑了。

石柱的上部，刻有浮像，傳說是巴比倫王哈謨拉美由太陽神薩馬斯領取法典的圖畫。這就是表現法典的權威是受神的權威所統制的宗教思想。然而一看法典的前文和結文，裏面不祇是由宗教的現象來造權威的，其他還有記

述王本身的威力和功德，又有如下的記錄：『制定法律，規定正義，增進民福』等等字樣。所以我們便推爲國王的權威，結局是歸於神命之下，但是法律的制定，却視爲國王本身的行爲。這就是法律思想由宗教的基礎遷到純粹之世俗的國家的法律之過渡的現象，大可注意。

由宗教的到世俗的之變遷，不單是事關於國王的立法權，其他還有種種的法律制度現象。譬如裁判，太古是寺院的裁判和世俗的裁判，但是在哈謨拉美王時代，一切都是變成國家法官的工作。手續上的證據，雖有使用人證書證，和物證等之合理的證據，然而還有採用宣誓和神判（把人投下聖河，以試能否溺死）等之宗教的神秘的方法裁判。

哈謨拉美法典，採用公刑罰，尤以是死刑爲多。竊取寺院或宮殿的財物者，抑或曾犯過盜賊而被捕者，各處以死刑。火警中盜取財物者，便把他投入火中。然而關於傷害罰，對於傷害了眼睛的，也傷害了對手的眼睛；對於

折傷了骨肉的，也折傷了對手的骨肉，則施行所謂『對刑』。對於傷死犯，祇處以罰銀半美那。其所以較輕於財產犯罰者，一因於在當時的社會，一般對於生命和身體的觀念不大，一因於任被害者的自動報仇。關於刑罰，尤其是死刑，專為公眾而執行。又如刑事責任累及於家族者，例如打罵婦女，以致死傷之時，罪則累及其女兒身上，亦處以死刑，由此看來，可知個人責任之原則，尙未充分受過承認。

巴比倫的經濟生活，以農為主。土地承認所有權，實行讓渡和佃租。其他，在巴比倫商業也頗發達，法典中有關於商交易的法規。一般之私法的交易，尤其是契約的法理，巴比倫人大都了解，根據證書，以行種種複雜的交易。這點頗似羅馬法。對債權者禁以私力執行，允許出訴法庭。但是為實行債權起見，得將債務者，家族，和其奴隸們當做人押，可以讓給別的債權者。則允許人的執行制度。

巴比倫的家族制度，明明白白是父權制。在古代，則實行一夫多妻制。在哈謨拉美法典裏面，以一夫一妻爲原則，但是正妻沒有子女的人，則允准娶副妻。女人出嫁之時，各伴僕女，後作爲男子的副妻。又沒有子女的婦女，可以隨意離婚。在哈謨拉美法典裏面，有規定如沒有和妻打契約，就不能作爲正妻。婚姻的時候，男子方面須向女父支付求婚費。這是賣買式的婚姻，但是女子須由父家帶嫁裝去。父親的遺產，兄弟各平等分配。女子雖不能分配，然而如果父在未給嫁裝之前死亡時，就可以和男子同樣分配財產。又除了法定相續之外，尚有按照贈送的文憑，得把財產的一部分遺贈其子，據上面所述，我們便知道巴比倫的法律，很帶有近世的色彩。

第三節 埃及的法律思想

埃及的法律和道德，以希臘和羅馬爲媒介，而影響於歐洲的法律文化。埃及文化，多帶有原始的文化痕跡，尤其是法律文化，幾乎是近世的思想。

埃及的法律思想，大體上，尙未脫離宗教思想的支配。埃及的最高神，叫做拉太陽神，其他還有許多的自然崇拜和動物崇拜，頗帶有原始的宗教色彩的。（一殺死崇拜的對像物，便處以極刑。）埃及國王的威力，幾乎在我們意料之外，我們一想起那聞名的金字塔（Pyramid）之建築，便不得而知。國王就是最高神拉的後裔，在宗教上是非常之神聖。但是埃及立法思想的發達，關於國王的行動，也有微細的規定。埃及的國民，有階級的分別，各從於各的職業，其他還有許多的奴隸，服待在他們之下。

埃及的經濟生活，以農業爲中心，但因其土地的肥瘦，在消費貸借上，使高利貸非常發達。然而埃及社會倫理思想，頗爲發達，爲保護債務者之經濟的地位起見，則制定了制限的立法；例如最高利息定爲三成，利息不得超過元本之二倍等。除此之外，在埃及還有許多可以認爲社會的立法之法規。在此點上，頗帶有近代的色彩。埃及的法律，格外可注意的，就是在私生活

方面，女子的地位和男子，大體上相同，認為完全的能力者。對於奴隸的待遇，決沒有非人道的行爲。此則頗影響於後期倫理思想的發達。

第四節 猶太的法律思想

猶太的法律生活，也以宗教思想爲基礎。摩西 (Moses) 的立法，則根據神的啟示，而遵奉以色列 (Israel) 國民之宗教的律法，同時又是法律。其內容雖有受巴比倫和埃及文化的影響，然而也有猶太人特有之宗教的道德的感情之反映。

猶太人的宗教思想，一神教的信仰，非常發達，其他一切神話和各神禮拜，却置之不理。以色列國王，是祭典愛荷巴最高的神官，根據神的啟示，而行政治。則典型的宗教政治。猶太人之一神的宗教觀念，實表現其國民統一力之強大。猶太的立法，根據國民的統一，而充滿着保護一切國民生活和幸福的色彩。猶太人，實有優秀之社會倫理的感情。禁止利息，則其一表現

。但是猶太人，決非以四海爲家(Cosmopolitan)的人道主義者。寧可說是只限於猶太國民，極端的國民主義者。克服了這個狹隘的國民主義的，就是後來的基督教。

猶太的法律思想，不僅其優秀的宗教文化和社會倫理思想，連其他許多方面，都帶有濃厚之古代的色彩。奴隸仍存，婦女賣買還繼續着。一般都承認報仇，但只限於『以眼報眼，以齒報齒』的對罰主義。又對於逃離村邑的人，僅處以微輕的刑罰。

第五節 希臘的法律思想

希臘的藝術和哲學文化，發榮於其都市的小國家內。希臘人是有史以前由亞細亞西部地方移來的亞里阿人之一派，毫無懷疑。他們是在半島的生活，則養成了偉大之藝術的及哲學的國民性。他們的宗教，富於詩的空想神話體系。然而他們所信仰的各神，却人類的些，英雄的些，這和埃及的信仰獸

神，大有差異。

希臘之國家的統制，初以祭祀各神爲中心。後來隨着市民智識的教養提高，而宗教的思想權威失落，於是對於傳統的法律和道德便發生了懷疑，因而產生按照哲學的思索要實行解決的機運。索福克 (Sophocles) 就是這個機運的代表者，充滿着法理的和倫理的思想動機。對於這個實踐哲學問題的思維，則有兩個的可能性。一是有否認正義或善良等之客觀的基準，這就是索福克一派的主觀主義者的意見。一是信認正義和善良之客觀的思想之可能，格拉底 (Socrates)，亞里斯多德 (Aristotle) 和柏拉圖 (Plato) 等的哲學，則屬於這個傾向。這種對立，對於當時的法律思想，不單分歧了二大潮流，到了今日，尚有思想的對立。

索福克的主觀主義，以感覺的人羣爲萬事的尺度。國家與法律，不外威力的現象。這種思想，在當時之啟蒙的思潮中，大有勢力，但是一說到及於

後世的影響，則非蘇格拉底及屬其系統之理想主義的客觀主義之比，自不待說。蘇格拉底的客觀主義，其實證的法律色彩，尚爲濃厚。據蘇格拉底自己說，國家立法則法律，遵奉國家法律則是正義。超過國家立法的非文法的神立法，乃關於倫理方面，不屬於法律領域內。然而其所以服從國家法律者，並非因於自明，而是思維的結果。支配者的條件是自制，支配的目的是市民的幸福，又最善的支配，按照法律的支配。

柏拉圖的哲學，最顯明地表現了希臘藝術的理想主義精神。柏拉圖把正義視爲和道德概念有連結的關係。其思維中心，本是人，但是須有藝術的所推測的理想人，具有美麗高尚的道德的人。道德的別一面，則是正義。這就是連絡了倫理學和法理學。（但是他的理想，祇限於希臘貴族的市民，不用懷疑。）如果以道德爲中心，那末其正義觀，則不能按照國家概念，而一言以盡其真髓。是則把社會概念的淵源求之於柏拉圖之所以。柏拉圖的正義的

內容，在理論的體系上雖不大明瞭，然而却因描寫理想的國家而著名。柏拉圖的理想國家，則由法律而支配，而以平等爲原則的國家。但是決非劃一的平等之社會，寧是爲承認文化目的之階級的分歧之貴族的組織之社會。在這點上，以希臘之都市國家爲出發點，則可明白。

亞里斯多德的法理學，亦連結在倫理學上。據他說，國家是以完成個人爲目的。這種思想，一見猶如個人主義的正義觀，然而在希臘都市國家裏面，市民則由極濃厚的共同感情而結合，國家和個人間的意識，極其鮮少。所以個人的完成和國家的理想，兩者各無矛盾。國家是有機的，包含了其成員。在近代的法理學上，時時引用着亞里斯多德的 *Zoos Politis* (政治的動物) 一語的概念，這就是希臘共和小國家的共同感情之意。希臘社會生活之所以比較強的強固，則因於這個意思。然而至於其政治的秩序，決非安定的。此則因其共和的組織使之其所以然，故希臘的政體，在亞里斯多德時代，便被視爲

是極其重要的問題。君主政治，貴族政治，及民主政治等，如果一惡化，那便是專制政治，寡頭政治，及暴民政治。亞里斯多德以爲國家統治，應根據法律，而排斥專制。他的見解和正義的原則，仍在平等。然而他的平等視，並非絕對的平等，而是相對的平等，尤爲是報償的，比例的平等。亞里斯多德的正義觀，除了法律形式的正義外，還承認超過法律之具體的正義，則公平之存在。在形式的正義變成實質的不正義的時候，公平則與以救濟。公平一語，就是以正義爲理想的法律的匡正。正義依自然而成立，法律則據立法而生。自然法的見解，在亞里斯多德時代，業已發現。

亞里斯多德以後的哲學者，就是司徒亞學派，以服從自然秩序，則順從合理的宇宙法則爲道德。他們之倫理的人格主義見解，在其社會觀裏面，是以四海爲家的。人類的普通概念，由司徒亞學派始能明白，又其自然法概念，與羅馬法律思想之影響，頗爲不淺。

亞里斯多德以後之感覺的個人主義傾向，則以厄匹克羅斯 (Epikouros) 爲代表。亞氏以爲人類是按照其自然的本能而形成國家結合，但是厄氏却反之，他主張國家並非由自然而存立，乃按照自由意思的契約而成立的。即國家乃爲個人互相的利益而結合的。國家和法律，按照利益的原理而受支配。厄匹克羅斯的法律觀，就是一個功利主義的法律觀。

據上面所述，我們便知道希臘哲學者的法律觀，通通萌芽於今日所視爲問題的種種法理學方面。又其實際的法律生活，亦極富於近代的色彩。政治，大體上是共和的，各市民各有享受政治的自由。立法，雖沒有統一的大法典，但是也有所羅門 (Solomon) 和里克爾格斯等的立法事業。在社會生活上，市民各有很大的自由。但是在希臘却有很多的奴隸。一切產生的勞動，幾乎全是奴隸們的工作。外國人，不許有市民法律的地位。婦女們，又被閉在家內，不給多大的社交。關於婚姻，與其說在滿足男子的愛情，寧說在於因習

價和宗教而行的爲數甚多。不喜歡女兒，反要把她棄之不問。上述種種，就是古代的特色。

第六節 羅馬的法律思想

羅馬人以他們的法律文化，影響於近世，其如何之偉大，吾人不必再贅言。耶林 (Jhering) 在其著羅馬法之精神 (Geist des römischen Rechts) 的卷頭說：『羅馬三次支配了世界，三次統一了各民族。第一次根據羅馬民族的武力成就國家統一，第二次統一沒落後的教會，第三次則產生羅馬法繼承結果的法律統一。』眞名符其實，頗聞名於世。吾人一想起今日日本所使用的民法，便自然而然知道羅馬人的法律文化，貢獻於世，如何之偉大了。

羅馬人，是移住於該地亞里阿人的一派，住於意大利半島，開拓過活。當羅馬建國之初，羅馬人大體是農民，他們的法律，多爲農民的，係形式的嚴格的法律。其法律的規律，乃純法律的，缺乏倫理的色彩。宗教的要素雖

不多，然而其世俗的法律 (*ius*)，則由宗教的法律 (*ius*) 分離出來，根據其嚴格之法律的規律，維持着社會秩序。財產權利，是絕對的，家族在家長權之絕對的統制下，營其生活。家長對外須負其責。於是，『善良家父之注意』，便形成羅馬私法上的重要概念。這種嚴格的羅馬農民法，則是那有名之十二銅表法的表現。

此又古又嚴格的羅馬市民法 (*Ius civile*)，在歷史的過程上，由所謂公平的精神漸次緩和，遂變爲萬民法 (*Ius gentium*)。羅馬人沒有希臘人那樣哲學的功究。但是却具有一種之實踐的精神。又加以他們之建設的法律的概念構成技術上，實佔了世界獨步的地位。吾人對於由其法律之一的性質，而達到具體的理性過程，實覺可驚。羅馬法發達之組織的機用，大都負於蒲勒托爾的立法和其裁判的尤多。其思想的來源，在所謂『條理』 (*naturalis ratio*)。和國民的精神所要求之國民的條理 (*Civilis ratio*)，沒有一樣。因爲在羅馬

，把人類所共通之法律感情或法律意識，視爲完全是客觀的自然秩序。關於這點，和斯徒亞學派的思想，略有相通。按照條理，解釋法律，本爲公平。所謂公平，就是根據新的正義觀念，而匡正傳統的法律體系。當時的公平，把漸醒明的倫理意識，注入於嚴格的法律內。這樣一來，所謂條理，結局不外是倫理的理念吧了。其所以採用這種倫理的條理，乃因於羅馬人道德意識的洗練，自不消說，但是其社會的原因，實因於羅馬版圖之擴大，及其與別民族的交際，以及支配別民族等等而演成。

要列舉羅馬的法理學者，除了西塞祿 (Marcus Tullius Cicero) 一人之外，別無大著名的。在方法的方面，西塞祿乃受亞里斯多德的影響；在內容的，則受斯徒亞學派的影響。西塞祿以爲至善是隨自然而生，正義是一個道德。道德的正義，則『公共心』，其格言就是『不可傷害任何人，須正直地生活，給一切人屬於各自的物件』。這種正義觀，很有力的支配了羅馬法律思想。

但是正義，不過是一個道德吧了。正義的基礎，則自然倫理或自然法 (*lex naturalis*)，應適用於倫理和法律方面。就是法律和國家，並非出自人類的恣意，並帶有客觀的基礎，而是充滿着倫理的精神和宇宙的秩序。自然法的認識，使人事現象和神事互相貫通。人類按照自然法的認識而行動的時候，始能行使真實的正義。正義的原則即平等。人類根據其社會的本能，形成社會 (亞里斯多德的思想)。初形成家族，次國家，後變成人類社會 (*societas hominum*)，這是斯徒亞學派的思想。國家本質，在於法律的源泉。國家之目的，在於市民的幸福。這就是西塞祿的思想。

關於法理學方面的羅馬專門的哲學者，雖為數不少，但是却有許多的法理學者，把一般法律，視為原理的。又其思想，本係深淵的知識。他們以為法令 (*leges*) 是國民所命令和所規定的東西，法律是屬於理念方面的東西。『法律則善良及公平的技術。』『法律學就是神事人事的知識，指正不正的通

曉而言。』，『正義是使各人要享有其當然的權利，而是恆常不斷的意思』。羅馬法律學者之優秀的法理的見識，則表現在上述的文字內。羅馬私法的發達幾乎達到絕頂之所以，和到近世又復活，及其支配文明社會之所以，決非偶然的事。

基督教的傳佈，在羅馬社會內，是個最顯著之文化史的故事。猶太的宗教，本來以一神教爲其特色，但是他們的神，不過是以色列國民的神而已。希臘的神，本是理想的所發達的人類態，但是却免不了貴族的色彩。然而一到了基督以猶太的一神教思想爲基礎之時，便教各人以倫理的平等，於是就捉住了羅馬人，進而便感化了在羅馬帝國支配下的各民族。可是羅馬基督教的感化，尙未多及於法律制度方面。君士坦帝以後的基督教，雖以爲是羅馬帝國的國教，但羅馬的法律，此時已經過了純粹的時代，而造成其發達的過程了。在基督教現出社會的力量之時，即入於中世紀了。

第七節 印度的法律思想

印度法係最早發達的古代法之一。亞里阿人的一派的印度人，在五河地方殖民的時代，便行原始的部落生活，而營牧畜和農業；他們的部落，雖在帝王的統制下，但是其威力却不甚大。宗教以崇拜自然爲主，雖有崇拜動物，然而却沒有階級的僧侶之存在，其法律的生活，亦極爲原始的。移住於恆河地方之後（紀元前一千年頃），一面帝王的威力增大，隨之政治的統制也加大，一面又產生了僧侶階級（婆羅門），其宗教的勢力遂和帝王之政治的威力相抗。當時的社會組織，大體上爲種族國家，王族，婆羅門，庶民和賤民等之四階級，非常的嚴重保持着。前三階級乃征服民族的亞里阿人，賤民則由被征服民族而構成。在此時代，不但宗教和政治文化有見發達，並且種種的工業及商業的交易，亦頗發達，關於契約的法理，亦頗理解。

至於佛教，則打破了這種四個階級，以造成四姓平等爲社會理想。在其

教團內，一面務使其爲實現，一面又以政治的正法的在世界統一的帝王支配下爲理想。此種理想，在信仰佛教的阿育王時代，曾見一次的實現，但是在其沒落之後，印度又再分成地方的割據，於是婆羅門之宗教的勢力又告復活，而鞏固了四階級的社會組織，因之以其宗教的思想爲基調的馬奴法典，遂長久地支配了印度。在四五世紀的格蒲太王朝支配之下，國王之政治的統制一時很擴大，欲以奈拉達法典強固帝王的支配權，但是終不能消滅婆羅門教的馬奴法典的權威。

在馬奴法典之下，印度的四性階級，絕對被視爲神聖，一邊尊重其家系，其家族生活是家長權的，相續完全是父系的。家族是一個共產團體，根據宗祖祭祀的觀念而結合和統括。但是印度，如上所述，商工業比較的非常早發達，所以其經濟交易，極其自由。不消說，王族和婆羅門完全不加以干涉，係市民階級的特權，其經濟的活動，頗爲盛大。王族和婆羅門的文化生活

，亦以市民之經濟的繁榮爲基礎。隨着商業交易的發達，契約也因之發達，這是當然的。其契約法，極其自由，富於道德的要素，但是同時，技術的要素也很豐富。賣買契約，和羅馬法同樣，其危險移在交付時（日耳曼法因交付而發生危險的移轉），於此我們便知道當時的商業和交通之發達了。

在刑法方面，則確立公刑罰的原則，對於報仇，比較的早有制限。其犯罪概念，富於主觀的，注重倫理的方面。但因印度階級制度的結果，對於身分的高低，則有分別刑的輕重。在裁判時，概在帝王或村落的裁判所內施行，裁判權限，大都在婆羅門族。裁判手續，爲合議制，證據以合理的東西爲主，但是亦承認神秘的斷罰。

佛敎之超階級的人道主義，印度人遂不能容合，然而在其傳布的柬埔寨（Cambodia）和緬甸地方，却形成了人道的法律制度。尤其是在刑法方面，緩和了刑罰的慘酷，結合了刑罰和道德的懺悔，遂制限或全廢了死刑。

第八節 中國的法律思想

中國的法律文化，也老早就告發達。迄今五千年前，漢族驅逐了苗族，佔領中部的肥土，業農生活。土地是部族的共有，分與各家族，使各自耕作。周的井田制，則這種分田制度。各部族各有族長（牧，后），戰時統率兵卒，平時則實行部族內的裁判。在全部族之上，有選舉的首領，首領的權力，初不甚強大。自禹以後，各首領變成世襲，隨之權力強大起來，於是部族的組織崩壞，遂形成地域的統一國家。在周末，諸侯的勢力強大，其威勢遂壓倒了帝王，到了隋唐以後，統一的國家組織才始維持。在帝王統制之下，政府的威令範圍不大廣，各地各有羣雄割據。

中國的法律，除了複雜之官制外，在刑法方面，有極發達的現象。公刑罰的原則，在周時業已確立，我們一看其五刑（墨，劓，剕，宮，辟）之刑名，便明白了解。到了隋唐時，律令的立法，便告完備。其中，律則刑法，

有整個的犯罪和刑罰的規定。公刑罰，對於侵害個人法益的行爲者，處以科刑。刑分爲死，流，徒，笞，杖等的五刑；雖過於威嚇的，然而故意和過失，却有明白的區別。其他又設自首和輕減的刑律，頗不乏倫理的色彩。又有重犯至三次以上之政策的規律。但對於重犯者，尙有連座和緣座等的規律，古代的色彩，亦頗不少。

唐朝官制，非常整備。一般人民階級，分爲貴族，良民和賤民等。家根據家長權來組織，行長子相續制。婚姻按照契約（婚書）而行。但是其離婚原因（七出，義絕），妻子却極其不利，例如年達五十而還沒有子女的時候，便要離開辭行，彷彿把妻視爲是繼承一家系的東西。這種家族制度，其發生之思想的背景，則在於中國祭祀宗祖的宗教觀念。中國祭祀宗祖的宗教觀念，以報仇爲子孫的義務，在唐朝的國家統制之下業已有禁止，但是後來報仇的現象，仍舊繼續，又受了儒教的影響，在日本亦同樣發生報仇爲道德的

義務之遺俗。

中國國家統制的法律思想，初亦以『社稷』的祭祀觀念爲基礎，但是老早就重視帝王的『仁德』，於是把宗教的天命和帝王之仁德結合，作爲帝王之政治的權力基礎。然而在別一方面，則發達了尊重帝王威力的統制思想。在周末的思想醞釀時代，關於國家及法律之哲學的思索，大告流行。尤其是王道和霸道的對立，到了後世，還有其思想的影響。王道是德治主義，欲把家族的道德觀念波及於國家的統制，孔子和孟子之正統的儒教思想，則其表現。霸道是威力主義，是法治主義，以權力的統制之確立，及物質的福祉爲目的，莊子和韓非子等之所謂法家思想，則其表現。

孔子之教，以道德爲主，但是在他的思想中，包有豐富的政治哲學思維動機。孔子之目的，在於所謂『修身，齊家，治國，平天下』；其思想，可以視爲是向政治的及社會的完成方面去的。孔子以爲政治之本在道德。孔子

的思想，始終重視傳統，把浪漫的保守主義作其基調。又把其窮極的原理求之於『天』，安放於天命，頗有宗教的色彩，但大體上却是實際的道德論。到了孔子的孫子思（中庸的著者）之時，便受了老子等之哲學思想之影響，欲把道德建築在形而上學的基礎上面。『天命謂之性，率性謂之道』這就是一種的自然法論。

孟子承繼子思的思想，則『誠乃天道，且爲人之本性』就是根據『人性皆善』的所謂性善說而提倡道德，但是他的政治哲學色彩，却最強大。他的思想，和孔子的傳統思想有異，以民最貴，社稷次之，君爲輕，實帶有民主主義的色彩。他的『湯武放代論』，實和西洋近世初頭之暴君放伐論（Monarchomachen）有相似的地方。

對於孟子的性善說，荀子却主倡性惡說。根據荀子的性惡說，發展了政治學說的，就是韓非子。韓非子的法治思想，傳自商鞅。商鞅事於秦孝公，

由他的經綸，强大秦國。他提倡富國強兵，因此幾乎不擇手段。他很相似近世的政治學者且係實際政治家的麥欽味里 (Nicolo Machiavelli 1496——1527)

(麥氏爲意大利的大政治家，他最强硬主張『國家權力說』，他的學說人人叫做『麥欽味里主義』以爲壓制和暴虐的代名詞，被人視爲如蛇如蝎，主著君主論——譯者)。商鞅主張爲使人民事於國家的目的起見，須必賞必罰，已要施行法規，又須毫不躊躇去行，才有功效。韓非子承繼商鞅的這種思想，法治爲治國的要道，同時又採用屬於儒教系統的荀子的性惡說，而主張人性已惡，不能以禮治之，於是就形成了他的法治說的基礎。他一面和商鞅一樣，主張重刑論，一面又主張治天下須登庸人材，以爲人之要道，須虛靜，不可故意表出自己的好壞，要推察羣臣的才能，始可登用之。

第九節 日本古代的法律思想

日本是以上古氏族制度爲中心之種族的國家。所謂氏族，則有共同的宗

祖，又有可信的包含許多戶數的團體，根據氏而統括。氏有大氏和小氏，系統的統括着，除了各氏的氏人之外，還有叫做『部典民』的賤民。戶有家長，統括家族。一切都是父權的，其思想的基礎，則爲宗祖祭祀之宗教的觀念。

各氏各有其職業，大小官職，亦各屬於氏內，世襲的奉仕之。例如大臣，大連，國造，和縣主等則是。皇室元爲一氏族，同時被認爲各氏族全體統率者。天皇的權力，在當時不甚強大，直接則支配天皇的氏，間接則統制他氏族。但是以皇室爲中心之地域的國家，其形成之傾向，遠在上古，所以古事記，日本書記，尤其是神話等，全以爲皇室是政治的中心，其動機始終爲一，要以宗教作爲基礎。日本民族之歷史的生活，吾人可以說在於努力以皇室爲中心而確立地域的國家，也無不可。其主要思想，則古事記所記錄的關於各神系譜的傳說。天皇乃種族的宗祖之後裔，因有種族的宗祖之祭祀權

，所以才有全種族的統率權。祭事和政治，密接地結合着，其政治的作用，以統帥全軍爲其最重要機關。

但是隨着文化的變遷，尤其是和西方，朝鮮及中國的交通以來，移入了新文化，祇是一宗教的權威，決不能充分作爲國家的統制之基礎。於是便發生根據武力和財力保障皇室的權力。同時，各氏之武力的和經濟的勢力，亦隨之發達，以之相抗，氏族制度，因之變成一個鞏固不可拔的社會組織。當時之經濟的生活基礎的土地，各分屬於各氏，在氏長指揮之下，播種耕作。個人不消說，連整個的戶，也不是社會上或經濟上的單位。

然而這個鞏固的氏族制度，不久就告崩壞，遂見中央集權的地域的國家統制之出現。其原因：第一因人口的增加而領土擴大，第二由大陸傳來新思想，尤其是佛教的信仰。領土擴大，在其擴大的領土內，難以維持從前的氏族制度，而使由種族團體進到地域團體。同時，因和大陸的交通而增進之物

質的欲望，及其所伴之經濟的活動，便使氏族共產制不得不崩壞。又加以視個人生命和自覺而輕視階級的差別之佛教的傳來，對於從前的宗祖祭祀的團體思想，喚起了人格主義及個人主義思想。又如儒教，雖以親族道德的觀念為基礎，然而在其重視國家統一之思想上，到底不能和氏族制度，與之相合。這些事情，互相崩壞了氏族制度，一面使戶成爲社會生活的單位，一面朝廷的統治權又使之強大起來。

當時人士，欲輸入佛教和儒教思想，根據政治的及法律的改革，而確立統一的國家。聖德太子十七歲的憲法，則其表現。大化的改革，更實際的欲斷行政治上的改革。其目的，在於排斥氏族的共產組織，以戶爲單位，而直接的要實現君主政治。於是從前屬於氏的土地，各隸屬在帝王最高所有權之下，其耕作和利用，委於各戶，收穫的一部，作爲租稅納上，而確立所謂『班田制度』。此制取範於中國的『井田制』，自不待說。

大寶律令，乃模倣唐朝律令的立法，其國家的統治改革，則表現於法律上。按照這種立法，形成了君主制之國家的統治。當時直接統治的勢力範圍，僅限於近畿地方，地方則實行國司和郡司的郡縣政治，地方之政治，實際上則完全離開中央而獨立。但在大陸文化影響之下，無論如何，總有確立了統一的國家體制，乃事實所證明，不能掩蔽。其律令實際的行到任何程度，乃屬疑問，但是至少定有及於近畿地方，係屬事實。

法律思想史概說

第三章 中世文化與法律思想

第一節 中世文化的特色

這裏所謂中世，乃指歐洲自大羅馬帝國沒落後以至宗教改革，則日本的鎌倉時代至室町時代的期間而言。這兩個中世，其歷史的傳統雖異，然而其文化的精神和形態，却是一樣。尤其是在社會組織和法律制度上，有可驚的符合。這兩個中世文化的並行，福田德三博士在其日本經濟史論裏面，有詳細的說明，最近又根據平泉澄博士的關於日本中世文化史的研究，更鮮明得很多。現在從法律思想上來觀察，中世的文化，可以舉出三個特色。第一封建的政治組織，第二宗教團體（教會，寺院）的優勢，第三職業團體的發達。

第一，封建的政治組織，無論是歐亞的那一個古代國家，都是在中央集

權的國家統制告滅以後才產生的。封建的政治組織，和以土地的領有爲根據之地方的領主權力相提並立，在其下又有和土地所有結合的主從關係的政治階級，是一個全國的統一柔弱之地方分權的政治組織。古代由種族的國家進化到地域的國家，乃以武力和財力爲其主要基礎，而根據社會生活的統制所促成的。雖有合理的因果，設沒有一般社會文化，尤其是和地方經濟生活之利益不一致時，那就難免崩壞了。如此則在近世國民的國家成立之前，其政治就難免暫形地方的分權制了。此乃發生封建政治之所以，這個時候，國家生活和社會生活，法律生活與一般文化生活，便取更有有機的融合之過程。中世文化史的意義，則在這裏。

第二，中世的宗教團體，其勢力非常之優勢，幾乎凌駕了世俗的政治統制。代表歐洲基督教的法皇，其教權逐漸壓倒了國王的權力，是極明白的事實，人人所知。在日本，中世的佛教寺院，也是社會生活的中心，對於國民

經濟生活和精神生活，握有極大的勢力，此據平泉氏的研究，更屬明白。假如其勢力不如基督教那樣可以壓倒王權，然而使白河法皇說：『天下事不能使朕滿意者，唯有山法師，雙六及鴨川水耳』！由此我們便知道其權威了。這也可以證明中世的寺院，在社會上有任何的權威了。

第三，中世的經濟生活，尙以農業爲中心，但是工業和商業，亦有漸漸發達起來，因之便產生工商業的經濟階級。工業徒弟和商人階級，爲保護職業上和生活中的利益，各有組織各的職業團體。歐洲的『基爾特』和日本的『座』，則其著例。這種中世的職業團體，對於一定的職業，各有獨占的地位，同時在內部又行生產上的統制。其團結之精神的基礎，時時行着宗教的祭典。牠本是以經濟爲目的之團體，但是歐洲的『基爾特』，似乎有顯著的政治的作用。

總之，在古代則以國家的統一之傾向爲中心，把所有的文化，通通獻於

國家的生活。反之，在中世則以精神的及經濟的文化之社會的浸潤傾向爲中心。因此之故，國家的統一却反告弱，根據地方權力，勉強維持不完全的治安。這時，一面精神生活逐漸擴張於地方和下層社會裏面，一面又發達了直接不隸屬於國家之經濟的活動現象。宗教團體和職業團體能夠繁盛之所以，由此便可以理解。中世的政治，是黑暗時代，不安時代；反之在社會的文化創造過程上，却是大有意義的時代。

第二節 歐洲中世的法律思想

大羅馬帝國雖滅亡，但羅馬的文化，却尚存在，支配着世界。然而在國家的統制不完全的中世，以羅馬爲中心，而精神的且政治的支配了當時的全歐洲文化社會的，實是基督教會。教會的支配，元以其精神的權威爲基礎，但是中世的基督教會，無論是立法，司法，或行政，各有明白地發揮了政治的職能，不是祇限於精神的支配。這種羅馬教會之精神的且政治的支配，和

國王之封建的政治統制，並駕齊驅，束縛了中世的社會生活。又加以商工業各被各種職業團體所獨占，所以經濟的也不能自由。這種支配了一切人生活之社會的束縛，在武力征服的羅馬帝國之下，也不是個例外，此則中世思想的特色。

在中世時代，也和古代那樣，其國家的統制，曾有消滅了一次，而教會和職業團體等的特殊文化團體，發展了勢力。這些團體，雖以宗教和職業等的文化爲其中心，但是在其精神的結合力方面，寧有類似以上古的血族爲中心的團體思想。中世的基督教，與其說是個人的信仰，寧是團體的信仰，以團體的權威要統制社會生活，這種傾向，非常濃厚。又加以其支配不限於一定的地域內，所以有地域的限界之國家，到底不能與之相抗，自不待說。到了後來，基督教雖帶有要和國家的存在相調和的傾向，而承認地域的國家的存在，但則以奉信基督教爲前提。基督教的精神，又充滿着保護個人生活的

色彩，但是牠僅限於奉信正統的基督教徒而已。如果有人侵觸了教會之精神的支配權威，這時教會就要迫害他到底了。『固執』一語，其根柢實存於基督教之教會的團體思想內。

職業合作社的基爾特團體，把各種的職業各歸於其合作社員的獨占。因之鞏固了精神的結合，在合作社內行宗教的儀式，藉此機會，合作社員集合而評議合作社的重要事務。合作社各按照其職業種類而分別，但因屬於其合作社或須經過一定的徒弟生活，所以須把一定的款額納與合作社。合作社一面有其職業之警察的及司法的權能，一面又要救濟合作社員。此乃其社會的勢力之所以強盛。

中世的哲學，欲把其教會的信條合理的和思索相結合；其法理學思想，在使教會的信條和國家及法律相調和，務使基督教徒是怎樣的隸屬國家而生活，使世人知道的妥協哲學。奧古斯丁奴司 (Aurelius Augustinus. 354.——?) 和

亞奎那 (Thomas Aquinas, 1227—1274) 則其代表的人物。據奧古斯丁奴司說，教會是絕對的位於國家上面的。教會是神國 (*Civitas Dei*)，有永久的生命，而地上國的 *Civitas terrena* 國家，祇是一時的現象。天下祇是神國才能支配，地上國是要滅亡的。國家之所以存在，其理正於祇能維持地上的和平。職是之故，人人有義務服從國家的法律。

中世的法理學，到了亞奎那的時候，便達到最高潮。亞氏把法理學分爲三種：第一出自神的理性的『永遠法』 (*Lex Aeterna*)，此法乃神支配世界的絕對原理；第二是『自然法』 (*Lex Naturalis*)，此法則對於永遠法的人類可以參加的法律原理，無論是不完全是罪惡，人類之所以能判斷其善惡者，則按照自然法的認識；第三則『現實的法律』，把自然法則施行於各方面。公正的法律，非和道德調和不可。則不得和自然法一致。但是，法律須斟酌人類不完全的地方，所以法律上所禁止的不法行爲，較之道德上之惡行爲非更限

定不可。亞奎那模倣亞里斯多德，以爲正義是一個道德，又把正義分爲一般的和特殊的。特殊的正義，就是超過了法律的規定，而欲實現平等，卽所謂公平。

中世的實際法律生活，乃以日耳曼的習慣法爲基礎，而加以羅馬法的感化和基督教的思想影響；其家族生活，係家長權，但是却很尊重個人的地位，尤其是婦女的地位，亦有相當的承認。然而却没有近世那樣的自由。他們之公的生活，因封建的主從關係而受支配，其經濟的生活，則服從團體的統制，已如上述。刑法方面，公刑罰逐漸發達起來，但是還有報仇的行爲，又可以買收報仇。裁判方面，尙有異教時代的神判和決鬪等，還殘存着古代的，不，寧是原始的色彩之思想。

第三節 日本中世的法律思想

其次我們看看日本中世的法律思想，王朝時代的皇室權力，漸次衰頹，

實權掌於攝政關白地位而世襲的藤原氏手中。但是不久藤原氏也流醉於文弱，不能實行現實有力的政治，於是地方武人大增勢力，遂平民先掌握中央權力，隨之源氏倒之，在鎌倉設置幕府，號令天下。於此中世告成。這樣政權發生移動之所以，雖主在於王朝制下的『口分田制』，但是地方的經濟生活也有不適，漸次增加了莊園，免了租稅而有特別所有權的經濟勢力，變成基礎，地方的武士階級和其旗頭的豪族，遂抬起頭來，而根據其威力發生了地方的治安及正義的傾向思想。

源賴朝於鎌倉設置幕府，以征夷大將軍的官名，掌握統治天下的實權。但是實際上還默認從前的莊園，一邊保障其所有權，一邊使之變爲『封地』，在其封地上，又承認警察權和裁判等的特權。又全國各地，各派守護官，行使兵刑權，在自己的莊園內，則派地頭當任行政和稅徵事務。但是後來，地頭逐漸增大勢力，遂行使從前屬於守護官的權限的裁判權，到了北條氏執

權的時代，完全變爲封地制度。

到了室町時代，封建制度逐漸發達，全國的大部分，皆變爲封地，非屬封地的，爲數極少，連部落的共有地，也很減少。封地的佔有和其司法及行政各權，亦結合於領主的一身上。領主按照『知行』的大小，分爲國主，領主，和城主的三種。前二者叫做『大名』，後者稱爲『小名』。土地的領有，與其說是純粹的財產所有，毋寧說是徵稅權的客體。但是無論如何，土地本身則是支配權，根據其支配權，而對於土地的住民行司法和行政各權，於是封建的法律關係之特色，不容氣地便發揮起來了。

中世本是地方的權力所支配之時代，故沒有統一的强有力的權力，因之生活難免不安定。騷亂很多，在平時，關於生命和財產的不法恐脅行爲，亦恐怖不絕。這樣不安的現實生活，使當時理智尙未覺醒的人們，傾向於宗教的信仰，乃極自然之事。對於神佛的信仰和歸依的濃厚，乃中世精神生活的

特色。又因其信仰有權威，所以寺院超然立在騷亂之外，神聖不可侵犯。此不但是信仰的重鎮，並且是藝術，學問，及教育的淵源；在經濟生活方面，亦有重要的作用，遂備有武力，成爲政治的一要素。

中世寺院之社會的勢力，如何強大，此由其數目非常之多，僧侶怎樣的有勢力，及其所領有的土地如何的廣大，我們更知道。中世的寺院，爲集中的，如比叡山，奈良，和高野山等，寺院的勢力，最少可以壓倒『大名』的俗權。中世的佛教，對於社會組織，有任何的重大意義，此據平泉博士寺院『亞西爾』的研究，便可知。所謂『亞西爾』者，就是犯罪人爲避免報仇者的追捕，而所隱掩的地方。『亞西爾』的特權；在歐洲亦掌於中世教會之手中，逃入教會的犯人，暫時先受教會的保護，然後在一定之條件下給與官員，或逐出外國。中世的日本，亦有寺邊殺生之禁，根據佛教的慈悲思想，寺院所有的一種治外法權的地位，保護犯罪者逃入寺院的人，於是產生哀求

僧侶保全其生命的習俗，遂完完承認了寺院的『亞西爾權』。德川時代的緣切寺，則中世寺院的『亞西爾權』，是一般的消滅以後所殘存的遺制。

在經濟生活方面，寺院仍佔重要的地位。在一般警察力微弱的中世，寺院實爲一個和平區域，在其境內及附近，得保障其安全，所以以祭典爲機會，開設市場，遂形成一都市，此例不少。又在許多的僧侶中，有發生物品的行商者，行商制度，遂告發達。寺院又利用其經濟的資力，附設金融機關，圖謀利殖。『賴母子』（數人結社，每月贖出一定之錢款，由抽籤法，每人輪番收之，至於無過不及而止，謂之賴母子——譯者）及無盡等的金融組織，多以寺院爲中心而發達。寺院又利用其所領的關係及僧侶信者等的交通，處理匯兌事項。

中世的初等教育，完全委於僧侶之手。故其社會生活的影響，如何之大，不想而知。日本的寺院，雖無歐洲的教會那樣有政治的勢力，然而以爲一

個教會的勢力，除了純粹的精神的信仰之外，其勢力還要波及世俗的生活方面，此乃不能懷疑之事實。中世佛教衰頹之所以，乃在安土和桃山時代以後成熟了完全是世俗的近世的政治統制機運之故。

中世的經濟生活，其束縛非常利害。『座』和『關所』制度。乃最表現中世的經濟生活束縛現象。關於中世的『座』，學說紛紛不一，據平泉博士的研究，本來是『座席』的意思，起於神社寺院氏子的座席而來。在古則附屬於寺院，是充當寺院需要的商工業者團體，但到了後來，在寺院或權門保護之下，變為從事一定的職業而握有特權的商工業者團體。由寺院方面看來，『座』本是一個徵稅機關，從座人方面看來，則排他人的競爭，不外是一種獨占的從於某種職業的特權。此點『座』頗類似歐洲的『基爾特組織』商工業發達時代之特殊社會的現象。『關所』也是中世經濟生活的一束縛機關，近世的『關所』，不過帶有警察的目的而已，但是中世的『關所』，寧

是以爲徵收關稅手段而設立的，而出自該地貴族之財政的動機。此點又頗類似於中世歐洲的『基爾特組織』。『座』及『關所』，被代表近世的自由主義精神的織田信長和豐臣秀吉等所破壞，到了德川時代，祇殘存其痕跡而已。

中世的社會思想，徬徨是在二個矛盾原理之中。一是佛教之出世的精神的思想，一是國學和漢學之世事的現實的思想。其思想的矛盾，現在各方面，但是如歐洲的教會與國家之對立和抗爭，却看不出來。這個原因，在於日本的大乘佛教起初不是教會主義的，是以國家精神的指導爲其任務，而缺乏了宗教團體的力量。中世的佛教家，日蓮積極的行『國家諫曉』，榮西在其興禪護國論中，說明『護國家門』。親鸞的中心思想，完全是未來的，在現實生活上，則個人主義的及自由主義的傾向非常強大。但是有些時候，還要念念『爲王朝爲國民而念佛』等語，而求和國家生活互相調和呢。

第四章 近世文化與法律思想

第一節 近世文化的特色

歐洲的近世史，可從宗教改革時期寫起。但是近世文化淵源，思想的業已胚胎於文藝復興，外部的則起因於新世界的發見。到了德川末期，日本乃在中世的封建制度之下，這是一般的見解，然而此種見解，却屬錯誤，福田博士在其日本經濟史論中，已有指摘。則德川時代，其政治組織雖尚維持着封建制度的外形，然而封建制度的基礎，業已崩壞，祇殘存其外形而已，而是一個在德川氏的中央權力下所統一之專制的警察國家時代。德川氏雖勵行鎖國政策，遮斷了日本和西洋文化的接解，藉以欲防壓近世的自由主義思想之侵入，但是其鎖國政策，可說是一種的重商政策 (Merchant System) 牠本身是按照近世的絕對主義思想而來的。又隨着都市的勃興，商人階級之經濟的

勢力，暗暗地變成可以和武士階級之傳統的勢力相對抗，而成爲重要的社會的要素，這是不能否定的事實。在思想生活方面，也脫離了中世佛教的支配，而推移到儒教之現世的道德思想上去；一遇國文學的復興，便再出現純粹主權的國家統治思想，又生出以考究經濟生活爲對象的經濟學者。上述各點，足以打破近世的初幕。

那末，甚麼是近世文化的特色？此有種種之見解，著者分爲三點來觀察，述之於下。

第一是確立統一的國民的國家。統一的國家，在古代業已實現過了一次。但牠却是因於小部分的支配民族或支配種族之理想所成立的，而據武力的統制行人爲的統制。由其以原始的生活之早期文明自覺爲基礎點上看來，固有雄大的理想和意義，但是因缺乏與一般民衆作社會生活之有機的調和，所以其社會的基礎，比較的薄弱，這是不能否定的。在古代國家沒落之後，中

世的政治組織，便根據封建的土地之領有和其主從關係，單實行地方的社會統制，而缺乏鞏固之集權的國家，已如前所述。到了中世末葉，國民的文化已自覺，遂欲實行和古代那樣強有力政治的權力統制，尤其是在西洋，對於基督教會之世界的教權，很多人都希望代表世俗的國民生活利益之強有力國家的出現。此則近世之國民的國家生活之確立，以其教權的解放為頭一個的特色。

第二乃個人的自我之自覺。原始時代，人類過着以圖騰般的宗教表象為中心之集團生活。稍後便住在以宗祖祭祀的宗教觀念為中心之民族的團體統制內。在那裏個人不消說，連家族也不能意識。因古代國家的出現，從前氏族的權力，便集中於國家，社會生活單位，雖推移到較小的『戶』去，然而古代的『戶』，并非今日的家族那樣小，乃由很多的家族而成形共產的團體。在中世，家族雖逐漸變小而為個人的，但同時以血族的精神來結合之宗教

的及經濟的團體思想，却極其優勢。然而到了近世，離開這些團體的自我意識之個人的自我意識，却斷然地出而代之。關於這個說明，朝永三十郎博士所著的近世之「我」的自覺史裏面，很有趣味地思想史的敘述着。這種個人的自我之自覺，雖以經濟上之市民階級解放爲其社會的背景，但是思想的却以出現個人意識之理性爲其根基，而歸結於要求理性的自由。在此意義上，近世思想，乃合理主義的且自由主義的。這種合理主義和自由主義，和第一所述之國家的統制及理論的雖有矛盾，然而實際的却是互相調和，而成爲破壞中世團體思想束縛的過程。

第三則經濟的階級之優勢。經濟的要素，無論在任何時代，都是構成社會生活重要要素。中世封建武士的階級支配，其武力支配之背後，藏有土地佔有之經濟的勢力，我們不可把牠忘掉。其武力基礎，在於農業經濟。隨此而產生的商工業階級，按照其團結力量，在合作社束縛之下，僅可以些少

主張其利益而已。然而到了近世，逐漸發達的商工業利益，在中世束縛之下。到底不能獲得，於是便產生更自由的市民階級。前述之國家的統一，因打破中世的束縛，故得支持新商工業階級的利益。但是其後，這個新興市民（商人）階級之經濟的勢力，社會的越加其重要任務，遂完全可以左右政治的權限。法國革命，則其表徵。日本的德川幕府，其所以對於攻到江戶（今之東京）附近的官軍不能試其最後之一戰者，乃因於都市的江戶利益不允他之故；又明治維新以後政權的推移，則是表現『事業』之政治的支配。思想方面，因自由民權論高唱入雲，於是憲法不得不制定，從明治末年到大正年間，又因民主主義思想大告流行，遂略略確立了議會政治。這些現象，皆受影響於西洋的法律思想及政治思想，自不待說，但這種法律的及政治的改革之背景中，却不能不注意日本產業生活的變革

，最近之社會的動搖及法律思想之變遷，一言以蔽之，則起因於工業工人

作爲新第四經濟的階級而主張其利益罷了。近世商工業的發達，爲了技術的理由，而自然而然的出現了集中的大企業。所謂產業革命，一面則使比較少的數之資本家及企業家階級對立，一面又使極多數的無產勞動階級與之相抗，其利益完全相反。於是乎從前的以市民階級爲背景之自由主義原理，便受懷疑，同時國民的國家之合理性也遂生懷疑，要求社會革命的思想，遂以種種的形狀出現起來。這個傾向，在前世紀的後半期，極爲顯著，社會主義各種的形態，都是各現於此基本的事實上之思想。這種傾向，遭了歐洲大戰，更發生全世界思想的動搖，這是人人所知道的。在日本，一面也有資本主義的社會急速地發展着，一面也有反對資本家搾取的無產勞動階級大爭其雌雄。社會主義以社會科學的形式搖動了年青學徒的心神，這不外是要發見社會生活的新意義。一方面國民的國家思想及個人主義的自由思想，亦有根深蒂固的思想根基，我們要注意的，就是這些種種社會的要求須怎樣去調和？

第二節 文藝復興與法律思想

歐洲近世法律思想之淵源，不得不求之於文藝復興期（Renaissance）的希臘思想的復活時代。希臘文藝之復興，不單在文學和美術上現了一轉機，并且對於人生觀和世界觀，各有甚大的影響。重自然尊理性的希臘哲學思想的復活，對於中世超自然及神秘的宗教思想之支配，與以一個重大的變化。希臘哲學，在中世紀也有人研究過，但那不過是要建築基督教會信條的基礎手段而已。然而到了文藝復興期以後，哲學便要以爲哲學而發揮其獨自的合理性，這又影響到一般的思想方面去。理性的自我之覺醒，因發見了迂回好望角（Cape Good Hope）向東印度去的航路及美洲大陸，於是外部眼界逐漸擴大，更加其勢力。宗教改革；也是這種合理主義思想所產生之宗教界現象。哥白尼（Nicolaus Copernicus）的地動說，不外是合理主義思想所達到的結果。

這種文藝復興期之自然主義和合理主義思想，在社會裏面，成爲理想社

會之藝術的調和及幸福之目標。謨耳 (Sir Thomas More) 的理想鄉，以爲理想的社會觀，極其著名。又康帕內拉 (Tommaso Campanella) 的日輪國，也有同樣的傾向。兩者各帶有許多的共通點。尤其是理想社會，有共產主義的組織，尤爲有趣，這大約是受了柏拉圖的影響，或者對於當時的現實生活逐漸傾向於快樂主義的個人主義去也未可知，他們的理想社會，許多學者，各有相當的重視過他。尤其是後者，最著名的學者。各有相當的共鳴。但兩者並非威力的國家組織，是在一個小島上，要創造平和的藝術的且道德的社會生活的，這大約也是受了古代希臘思想的直接影響吧。

謨耳和康帕內拉的理想國是空想的，但是馬基雅弗利 (Niccolo Machiavelli) 所理想的國家理論，却完全是現實的。他把道德和政治分別，政治的本質，以爲完全是經驗的。人之性質，本來是惡的，要治他的時候，非以法律及強制不可。宗教不過是一個維持國家秩序的手段而已，他的目的，在於意大利

國家的統一，而反抗羅馬教皇的權力。他的徹底的個人主義和威力的國家觀，則吸收了希臘索福客儼 (Sophocles) 的思想，但却否認羅馬教皇的教權，而以合理的國家之確立爲其理想，此點可視爲是近世法律思想之先驅。

避離馬基雅弗里的政治和道德之極端的分離，而高倡國家的統一者，乃波當 (Jean Bodin) 也。據他說，國家是根據人之合理的本性而成立的。人之本性，決非惡的。他帶着亞里斯多德式之自然法思想。爲實現根基人之合理的本性國家法律，帝王非有絕對『主權』不可。這個主權論，是當時法國專制君主政治的反映。但是據波當說，君主的主權，乃據人民的契約而與以的，故牠不能制限個人所有權及自由，尤其是宗教的自由之天賦自然權利。這點我們便知道他帶着近世的個人主義色彩。他的政治方面是專制主義，但宗教方面却是自由主義，此則表現羅馬教會教權的反映。

反之，文藝復興和宗教改革期的加特力教徒，一面爲加特力教而希望專

制，一面又鼓吹政治上之極端自由主義，而主張暴君放代（Monarchomachen）。此則按照當時的政治及宗教事情而說明的。

文藝復興期中法律思想的最高潮者，並且是近世自然法論的開山祖格老秀斯（Hugo Grotius, 1583——1945 荷蘭人），他說人類在自然狀態中，尙沒有國家和法律。但人類因按照其社會的本能而締結契約，所以業已進入國家和法律生活。因為是根據人類自然的本性而締結的契約，所以是自然法。國家有強行這種根本契約的權利。尤其是國家的刑罰權，則保障這種根本契約。他以爲刑罰是惡行的報惡，因之著名，但他的刑法理論，並非絕對主義，寧是相對自義，以改善和威嚇爲其手段。他雖承認君主的一切權力，但其基礎却在於人民的契約，所以結局是自由主義。自然法論，在中世也有人提倡過。但是中世的自然法論，乃出自神意。格老秀斯的自然法，其出發點在於人類社會的本能，此點與中世的自然法論却有差異，而近於希臘亞里斯多德及

司徒亞學派的思想。格老秀斯要把他的自然法論確立國際法，海洋的自由，戰爭的權利，這些是他由其自然法思想裏面所抽出來的國際法上的原則。

第二節 啟蒙時代的法律思想

文藝復興期的自然法思想，後來更有展開，遂現出啟蒙期的自然法全盛時代。其思想的動機，大都是因於伽利略（Galileo Galilei, 1564——1641）及刻卜勒（Johanes Kepler, 1571——1630）等之物理的自然科學之發生。這時代的思想，乃把物理的自然科學中之精密數學方法應用到法律及國家的觀察上去，而欲確立自然科學。自然法論，實是根據自然科學而創造的法律體系論，是一種的法律自然科學。

這種思想，在十七世紀，使自然法學發生出來，到了十八世紀的啟蒙期，其思想便一般的普及了。其思想的根本動機，和文藝復興期沒有多大差異，而以合理主義及個人主義爲基調，但自然主義及功利主義色彩却逐漸的濃

厚起來。這個時期，因曾實現過一次的教權的解放，故國權便成爲問題之中心。然而雖同是以合理主義及個人主義爲基調，但却分爲要國權之強有力統制之絕對主義的思想和對於國權統制尙要殘存個人的自由範圍之自由主義思想，而形成自然法學界的二大傾向。

(一)在絕對主義的自然法學方面，霍布斯 (Thomas Hobbs). 1588——61 (1651) 則其代表的人物。霍布斯的自然法論，完全置在物理的自然科學上面。他以自然科學之機器及數學的見解，視察所謂『人爲的物體』的國家。國家並非由人類社會的本能來形成的。人類本能，寧是利己的東西。在自然狀態中，人人各有其滿足一切利己的本能權利。所以結論就是：『萬物是對於萬物一切的鬭爭。』然而人的理性，却不是要使這種鬭爭狀態來滿足自己保存的欲望。於是乎，人類便捨棄其天賦的個人權，而使國家成立，要法律負責保護個人利益。霍布斯的思想，根本的則個人主義，功利主義，以爲國家是一

個保護個人利益的機關。然而國家爲遂行其責任，非有威力不可，而其威力，又非內外各統一於一手不可。這就是霍布斯的思想，採取絕對主義的方向之所以。國權本來是按照個人契約而成立的，但是國家一旦已成立，那就非絕對的不可了。例如所有權，也是根據國家的承認而成立的。如宗教則按照政治的利益而加以制限，實屬當然。絕對主權，無論任何政體，都非一樣不可，但以君主政體爲格外最良的政體。

霍布斯的思想，影響了斯賓挪莎 (Baruch Spinoza)。斯賓挪莎的思想，亦在於數學的和機器的環圈內。但是斯賓挪莎之個人主義及功利主義色彩，並無霍布斯那樣的徹底，在司徒亞學派影響之下，帶着社會倫理的理想主義色彩。斯賓挪莎和霍布斯一樣，承認人類的自然狀態是鬭爭狀態，根據理性而締結契約，使國家成立，又主張國家主權非絕對的不可。但他的政體，不是君主政體，而以民主政體爲理想。爲國家的和平起見，宗教雖須一定，但

思想和言論，却非完全自由不可。則斯賓挪莎的絕對主義，較之霍布斯氏，極爲緩和。他的承認思想之自由，結局是要使人民發揮其理性，而以爲國家單是平和的理性及倫理機關。

和斯賓挪莎一樣，受了霍布斯的影響者，乃自然法學者溥分道富 (Samuel Friedrich von Puffendorf. 1632——1694)。溥分道富受了格老秀斯的影響格外的大，人類的第一本能，在於自己保存，爲滿足保存起見，須有國家，他這樣的把霍布斯和格老秀斯兩人的思想結合起來。國家也是根據契約所產生的。但却沒有霍布斯那樣的絕對的。按照事情，有時還要主張「革命權」。但大體上是傾向於絕對的君主制，而支持德意志的統一。

溥分道富之後，出了投馬西厄 (Christian Thomasius, 1665——1728) 和爾夫 (Christian Wolff, 1679——1754) 等的學者，於是自然法思想，便一般的普及化。投馬西厄最顯著的思想，在於分離法律，政治及道德；以爲法律

是純粹之外部的規律。服爾夫的出發點，是快樂論的功利主義，但他以『完成』之思想爲中心，而主張國家非努力社會之啟蒙及其完成不可。他則所謂開明專制主義理論家的代表。

(二)上面所述，乃關於絕對主義的傾向之自然法學方面。和牠相對的，就是自由主義的傾向之自然法學。其創造者，要算是英國的洛克 (John Locke 1632—1704)。洛克氏反對把國家和法律置於宗教的基礎上，而主張基於個人的生命，自由，及財產等之平等權利，則提倡天賦的基本權。這種基本權觀念，正是後來法國革命的指導思想。對於基本權的侵害，則生刑罰權；但個人要行使之時，恐要發生一般的鬭爭，故非委之於國家權力不可。按照契約，國家便告成立。契約之理由，并非捨棄天賦權的意思，則爲保障天賦權，而締結契約。關於生命，自由，及財產等的天賦人權，不准任意捨棄。洛克又主張信教的自由和教權的分離。國家不能盡其保障天賦人權的責任之

時，便產生革命空氣。但是國家須努力避免革命。於是乎政治權力便告統一，在其行使上，爲防止其濫用，又須分爲立法，行政，及外交等權。而其最高權的立法權，則須歸於人民。如後所述，孟德斯鳩的三權分立論，實吸收洛克的思想。

霍布斯的絕對主義自然法論，影響了德國；反之，洛克的自由主義，則影響了法國。這個緣故，乃因於當時的德國，其封建的階級勢力尙強大，而務使確立統一的國家；反之，在法國，國王的權力業已達到絕頂，其專制政治，倒成爲新興市民階級所不能堪受的橫暴。在法國，輸入洛克之自由主義思想者，則孟德斯鳩 (Charles Louis de Secondat Montesquieu 1689——1775)

他說法律精神，乃根基人民精神，人民精神，則歷史的發達及地理的條件之產物。由這種見解，他便着手研究各國的法制，而成爲比較法學的泰斗。他以爲最自由的政體是最良好的政體，而以爲英國的政體是最模範的。他

稍變更了前述洛克的學說，而分爲立法，司法及行政之三種，各屬各機關的權限，而保障人民的自由，此則三權分立論，對於近代的公法思想，影響頗大。

自由主義的法律思想，到了盧梭 (Jean Jacques Rousseau, 1712——1778) 的時候，已達到極端，一變而爲民意絕對的民主主義。則盧梭徹底了洛克和孟德斯鳩兩人的人民主權論，而發生人民以外還有任何的權力的疑問。人民，固不能實行其意志。但實行民意的機關，對於人民，却不承認其獨立。於是乎盧梭就從民主權的思想上，否認三權分立，而主張人民總意爲最高的機關。是則自由主義和民主主義互相矛盾的地方。據盧梭說，在自然狀態內，人類一切是自由和平等，而享有理想的幸福。然而一到有一定地域可以定住之時，便發生社會關係，規律這種社會關係，非結締『社會契約』不可。盧梭的社會契約論，乃按照人民的總意而結締的，故如果適合於人民的總意者

，則存真的法律。人民的總意 (*Volonté generale*)，有完全的主權。除了人民的總意外，沒有任何的國權。於是盧梭對於宗教，以國教爲適當。然而盧梭之民主的絕對主義，沒有霍布斯之君主的絕對主義那樣絕對的，常以自由和平等爲其原理基調。法國革命的標語『自由，平等，友愛』等，則繼承盧梭的思想。

盧梭的自然法論，也有打破從前自然法論之個人主義的色彩的。其『總意』概念，結局是胚胎着社會思想，而近於超個人主義。他的出發點，在以保護個人利益爲目的之『契約』，但是乃按照支持其契約的總意概念，而承認社會的獨立。不但如此，盧梭以前的自然法論，乃以個人之合理的思想爲基礎，但盧梭的自然法，則以自由平等的強有力思想爲基礎。此種思想，後經德國理想主義哲學的影響而更發展。如上所述，盧梭則爲啓蒙期之自然法論的自然主義及機器觀的法律思想，和理想主義的法律思想之連絡者。

第四節 德國理想主義的法理學

在希臘，索福客儂的啟蒙思想，因了古典的哲學而更深刻；十八世紀的啟蒙思想，也是一樣，因了德國之古典的哲學，而更深刻。希臘的古典哲學，在某意義上，似乎是詭辯哲學的繼續，至於德國理想主義的哲學，也是十八世紀啟蒙哲學的繼承。德國哲學，也不承認思惟以上的權威，此點和啟蒙思想相同。僅是其思惟的意義，更深刻一點而已。則僅超過了向個人的及快樂的效用的思惟，而以追求普遍的理想之真理性爲基礎。感覺的功利的思惟，提高道德文化的思惟。

這種現象，格外的現出國家及法律思索的大變化。國家及法律，已不是單追求幸福的手段，而成爲有道德的及有文化的意義之生活領域了。法律與國家，已不能因個人之自然的要求，而作爲物理的必然現象，而是一個對於道德目的之自由意志所決定的產物。自然法論，按照法律和政治，而由宗教

的束縛，解放出來。德國理想主義的哲學，更由人類之感覺的自然，解放出來。又把國家和法律，置之於倫理的基礎上面。但法律 and 道德之本質的差異，亦不被輕視。道德和法律之所以能夠論理的對立者，實胚胎於這個時期的思想。道德和法律概念的分別之結果，以為法律哲學的法理學，便成爲一個獨立的學問體系。關於德國理想主義哲學的代表者，同時又是近世法理學的建設者的康德 (Immanuel Kant. 1724——1804)，裴希特 (Johann Gottlieb Ficht. 1762——1814) 以及黑格爾 (Gebrg Wilhelm Friedrich Hegel. 1770——1831) 等，我們在這裏作一個簡單的敘述。

康德的法理論，和其道德論，共爲倫理學的一領域。康德又分爲自然世界和倫理世界之別；在倫理世界，一切人格，各爲自己之目的，而力說人須有理性的，非自律的不可。因之，國家亦非基於倫理的自由之精神不可。康德把道德和法律各有區別，前者事關於人類內部的動機，後者則專爲外部的

行爲規範。他把道德和法律視爲如何之密接，我們一見他的刑罰論中所採用之道德的應報主義，則可明白。康德的刑罰觀念，則不外是爲滿足人的道德意識，而所應報的手段。康德的法理論基礎，在於正義的觀念，他甚至極端地說：『正義一失，人類在地上，業已無價值。』正義的原則，怎樣去實現，康德則採用國家契約說。此則繼承自由主義的自然法論之思想，但其基礎却求之於倫理的理性方面，此點則有不同，康德說正義不但在一國內有之，在國家和國家之間，亦非有之不可，於是就提倡『永久平和』。又以爲人類之歷史的發達，在於各國和平的聯合。國際聯盟的思想，在康德的思想中，可以看出。康德的法理學，其內容雖已不能應用，但他的批判主義方法及基礎理論，却是促進最近法理學復活的動機。

斐希特的法理學，人人都以爲是『自然法』的代名詞。雖在康德影響之下，但他却欲徹底康德所區別的道德和法律之內容。結果倒使退到康德以前

的自然法論。如對於刑罰，不採取康德之道德的應報主義，而採用自然法學說之威嚇的相對主義。然而他的法律基礎則取材於正義的理念，即和康德一樣。他採用契約說，政治的則自由主義。和康德同樣，佔在人類的立場上，但國民思想之色彩頗大；經濟的則以鎖國的國家社會主義強制經濟為理想，起初，否定精神文化的創造在於國家任務，後來，則以道德的理性之教養為國家最高之任務。

黑智爾，乃與以十九世紀一般的思想界，尤其是法律思想方面最大影響的哲學家。他的法理學出發點，與康德同樣，是道德的理想，他怎樣的把道德和法律視為非常之密接，我們一看他把刑罰視為道德的必然的應報之時，便可以知道。但是黑智爾的道德理念，和康德則異其趣。康德以為人格是道德的完成之目標，反之，黑智爾則以為國家是道德的理性最高的實現。據黑智爾說，國家是人類道德的自由所發展之客觀的精神。今日法理學界之甚麼

人格主義和超人格主義議論，因康德和黑智爾的差異，而異其歷史的起點。政治的，黑智爾則帶着自由主義的意見，但他的國家至上主義思想，則出自當時爲維持普魯西的國家統一動機。康德又把理論和現實分別，自由理論，不過是無限的課題，但是黑智爾却以爲是現存的東西，而視爲是客觀的精神國家。『一切合理的東西，乃爲現實的，現實的東西，則爲合理的』此則他的名言。與其要以理論批評現實，倒不如以現實發見理論，而創造現實和理論的調和。這樣力說現實和理論相調和的黑智爾哲學，一方給保守主義以基礎，別一方成爲馬克斯的唯物史觀的極端革命主義思想。這種思想，一見是奇怪東西，但實有深刻的理由存之也。

第五節 十九世紀的法律思想

黑智爾的思想，乃歷史的傳統及重視其精神的浪漫的思想而哲學的所表現之產物。在十九世紀初頭，因法國革命而產生了反動，在法國亦見傳統主

義的勃興，在德國亦發現欲發見歷史及傳統上美麗和神聖的東西之浪漫的思潮。在這種傾向之下，於法律學方面，由受謝林 (Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling. 1775——1854) 的哲學所影響的薩茨宜 (Friedrich Karl Von Savigny. 1779——1861) 而創造歷史法學派。此派的法律學者，排斥自然法論者的抽象思想，而以法律之歷史的發達，尤其是以羅馬法之歷史的研究為基礎，討論經驗的法律現象。在促進法律之歷史的研究上，牠不但對於十九世紀的法律學有重要的貢獻，且對於法律本身的思想，也有使他變化。其思想的要點，第一以法律，例如能夠言語那樣的生成，而按照其生成的歷史，得以了解之。這樣一來，動不動就趨於要以法律不允人爲的改革之消極思想，但是現實的法律，並非肆意的現象，而帶着鮮明文化現象的意義。第二，法律是國民的精神產物，是有機的所發達來的。此則對於自然法論之普遍的及合理的見解所力說的歷史的及非合理的要素，而帶着鮮明法律之具體的妥當性意義。

近世法律思想，乃起於理智覺醒的國民，爲脫離教權的束縛起見，而以建設國民的國家爲理想。這種解放，在十七十八世紀中，業已達到一次的目的，同時，又現出國民的國家內部之治者階級和商工業市民階級的對立，但政治的支配和市民階級的利益，不必限於互相反撥，有達到某程度的一致，並非稀少。此則啟蒙期的自然法論，分爲絕對主義傾向及自由主義傾向之所以。然而到了十八世紀末葉，自由主義則佔優勢，釀成了法國革命。結果，市民階級的利益，更濃厚地波及於國家政策，於是乎又感覺再維持國權和秩序之必要。一入十九世紀，一面以自由主義爲基調，一面反對國家和法律過於流動的傾向。德國理想主義哲學，業已發展到如此，而浪漫及傳統主義，爲其最顯著的現象。歷史法學，亦同其思想的潮流，自不待說。古代市民法律之古典的羅馬法之研究及其應用，乃最適於調和當時的權威和自由社會生活的要求。黑智爾的存在和其使合理的一致，其意義則可明瞭。法國的孔

德(Auguste Comte, 1798——1857) 提倡實證主義，把社會現象以爲自然科學而處理，其原因實以實現社會生活的安定爲動機，但他的思想的根據，却不像傳統主義那樣，求於宗教及形而上學的權威，而求之於實證的社會生活。

十九世紀正統的法律學，如上所述，以羅馬法爲材料，而以市民的自由主義爲前提，承認絕對的國家權力。則自由主義和保守主義，一時發見了其調和的方法。公法理論，以主權觀念爲中心而形成，法律則有主權的國家的命令，這就是其正統的思想。在私法方面，以國家立法爲最高法源，如不存在時，則根據習慣而以神聖的習慣法補充之。爲解釋習慣法，則按照羅馬法之歷史的研究而彌補，這就是十九世紀法律學的正統方法。內容的，則以所有權之絕對及契約自由的原則爲其最高機關。是則市民自由主義之法律學的表現。關於這點，市民的羅馬法，給了極好的材料，如上所述，法律學到了十九世紀後半，便完備國家立法，幾乎皆以解釋爲其任務，而其歷史的研究

，除了以爲一種裝飾用物品之外，別沒有帶甚麼大意義，在實質的方面，祇以制定法的成文規律爲其材料，而整理作爲概念的及論理的手段。

第六節 社會主義時代的法律思想

十九世紀的經過是怎樣呢？歐洲的社會生活，更深刻的發生了變化。不消說，產業革命的結果，大企業在產業上佔了絕對的重要地位，而產生資本家的市民階級和勞動階級的對立。起初，工業工人悲慘的狀況，使市民階級施設慈惠的設備，但到了大企業愈加重要的時候，勞動階級之社會的勢力，亦逐漸加其重要性。這個現象，今日尙繼續發展着，而是社會生活的變化，其思想所表現的，就是社會主義。在社會主義理論的基礎下之勞動階級社會運動，則鮮明了他們的要求。而其思想運動，自十九世紀以後，就成爲一政治要素，乃不可懷疑的事實。在這裏我們要談社會主義和社會運動是歷史，是無用而且不必要的。我們只關於法律思想的影響，在這裏敘述一下。

社會主義，牠本身可以視爲是一種的法理主張。因爲牠以個人平等的生存及幸福爲出發點，關於這點，雖佔在個人主義的原理上面，但却制限妨害其平等之個人的自由，而要創造經濟生活之社會的管理。初期的社會主義，全在於鼓吹人道社會理想，在從前國家的秩序之下，促進保護工人的立法。而起猛烈的運動，與文 (Robert Owen, 1771——1858) 等的思想則其表現，其要求，到了十九世紀後半，漸次實現起來。但是後來的社會主義，以社會科學的認識爲基礎，在其法則的思想下，使各人明白如果以從前之國家秩序，決難以解決問題，故遂根本的否認從前的國家秩序，而主張社會革命。但是社會主義，畢竟不是否認國家秩序牠本身的思想。從前的國家，雖須推翻，但其所理想的社會組織，一沒有權力的統制，便難以實現。不，寧要根據市民國家之權力，才有實現的可能性。於是，這種現象，仍舊不外是『國家』。科學的社會主義，只以超國民的國家之國際的無產階級國家爲其理想。因

爲國民主義，馬上不能容易實行，所以在最少限度內，不得不以支配勞動者之國民的國家爲目標。

社會主義對於經濟生活的理想，在於生產手段的資本之社會的所有，則資本之社會化，或公有化。共產主義，乃社會主義之本質的理想。稍有具體化而帶着社會主義的法律色彩者，要算是孟革 (Anton Menger, 1841——1906) 的生存權，勞動權，及全勞動收益權等的三種學說。即一切人們，須擔保其生存的最少限度，可以勞動的人，須一切給與勞動的機會。由勞動所生的收益。非全部歸之於其勞動的人不可。

無政府主義，不但否認了市民的國家組織，連一切之國家的統制，都要否認。在無政府主義裡面，有共產主義的，有承認私有財產者。但他們的否認一切權力的統制，却是同一。此點則根本的和社會主義不同的地方。兩者各佔在近世個人主義的原理上面。然而社會主義，乃徹底民主主義的傾向，

反之，無政府主義，可以說是極端之自由主義的色彩。

上述的社會上和思想上的變化，也反映到法律學的領域來。歷史法學末期的實證主義概念法學，既不能滿足在變化的社會生活了。於是乎，就出現要建設適於新社會生活的法律學者，這種代表的法律學者，德國則有吉林（Rudolf von Thiering, 1818——1892）科拉（Kohler）以及斯太陸拉（Stammler）等學者。

吉林和科拉兩人，同樣從於法律之歷史的研究。尤其是吉林，專攻究羅馬法之發達過程。他的目的，不單在於考證其歷史的事實，並且要發見其歷史的發達之社會的動機。羅馬法之精神（Geist des römischen Rechts）一書，則他的業績。在從事於這個工作之中，吉林更想出在法律發達中更普遍的動機之『社會的目的』。以這種思想為中心，逐漸離開歷史的研究，而專從於體系的法律之純理論的考察，法律之目的一書，則他所研究的成績。根據社

會目的要理解吉林的法律思想，對於祇被制定法的論理所迷的法律實證主義的法律學，則與以新思想動機。所謂『社會法學』，則在吉林影響之下，萌芽發生，而欲根據社會學的觀察，使其法律學的內容豐富。晚年的吉林，又指摘概念法學之方法的錯誤，對於法律解釋之所謂自由法運動，頗有貢獻。

吉林的研究，從羅馬法出發，反之，科拉以爲須比較觀察世界各民族的法律發達，所以獨自從於人種學的及比較法學的攻究。但祇是歷史的事實認識，科拉亦不以爲滿足，而欲發見法律發達的普遍法則。『法律是文化現象』一語，乃由科拉所說出的。因是文化現象，故法律才是普遍的精神之表現。這點科拉則把其哲學根據求之於黑智爾的證據，而自稱爲新黑智爾派。科拉把其豐富之比較法學的材料，驅使應用，而試論關於法律及其基礎概念之法律學的思索。他雖尙未脫離經驗主義的外殼，然而却不失現代內容最充實的法理學的一體系。

吉林和科拉兩人，不但同由歷史的研究而出發，且其體系的思索，亦不失帶着歷史的認識的色彩。對於這種經驗主義傾向，斯太陸拉要求實證的法律和公正的法律之區別，而按照康德的批評主義，欲鮮明法律概念及其理念。實證法律之認識，却不能判斷誰是誰非。公正的法律，祇有社會理想才能指導。社會理想，據斯太陸拉的研究，則是：『自由人類的共同社會』。但公正的法律，却不是由理想社會所演繹的永遠自然法，則因時因地而異其內容的自然法。社會理想，對牠祇是給以若干之原則的要素。這就是斯太陸拉著名的正法論之要旨。其他的研究，亦不外使這種根本思想體系的發展。因了斯太陸拉氏，便勃興新康德派的法理學。今世紀初頭的法理學，多少總有受了斯太陸拉的影響。不但如此，斯太陸拉之社會理想主義的思想，也影響於最近社會主義的理論，此最可令吾人注意的。

上述之法理學的思想，對於法律學本身，也與以影響。就中對於最近之

法律學開了新生命的，則爲自由法論。自由法論，排斥從前的把成文法作爲論理而處理的概念法學，是一個適應於新社會所要求的自由法律認識之方法的運動。這種運動，起於古昔成文法的法國。眞寧和塞勒由，則其領袖。眞寧說成文法有缺陷，須以『自由之科學的探究』彌補之。但塞勒由却說成文法須自由去解釋，而要調和法律與社會的離間。自由法論，在吉林和科拉時代，業已萌芽，但到了法國自由法論發生之時，在德國亦有屬於其他社會法學系統的學者，如康特洛維次和愛李（Paul Ehrlich, 1851—）兩人，則起而非難從前的概念法學，根據社會學的認識，而補充其缺陷。於是乎，社會法學和自由法論，便開始接觸。從前的法律學是主智的及論理的思想，但是自由法論則帶着主意的及倫理的色彩，而和新興之理想主義法理學互爲相通。在以適應新社會生活法律認識爲目標點上，自由法論，則反映了最近的社會思想。

法國學者，自前世紀末到今世紀初頭，有許多主張『社會連帶』(Solidarité sociale)者。社會連帶論者最著名的，乃部耳追斯氏 (Leon Victor Auguste Bourgeois, 1851——1925)。但社會連帶思想，在他之前，業已成熟，如經濟學者季特 (Charles Gide, 1847——?) 則反對從前的個人主義經濟學思想，而以『社會協作』為經濟學及經濟政策的基礎。社會學者如耳洞 (François Jourde, 1843——1893) 以為分業理論是社會結合的關係，但法律學者度給特 (L. Duguit)，則以相互依存的事實為基礎，而討論法律。無論那一個，都是對於十九世紀的個人主義的反動，同時又避離社會主義所要求之社會革命及極端的社會統制，而要調和自由主義的社會組織。就中度給特否定了權利概念，而欲以『社會的職能』(Fonction sociale) 試述公法和私法。對於從前把主權和所有權視為絕對的東西之法律思想，加以客觀的法律之制限，於是在法律思想史上，遂佔重要的地位。

世界大戰，對於社會主義的法律思想，與以進展的機會，誰都知道，德國革命憲法第一五三條的：『所有權須附隨義務』一文，則其表現於立法上的一例。在蘇維埃俄羅斯內，有更大規模的社會化和共產化，自不待說。到一九二二年的實施所謂新經濟政策之後，對於從前之市民法律秩序，便有很大的讓步，但其法制上，尚有顯著的特色。現在雖不能一一來說明，然而從其社會主義的根本思想看來，牠的民法還帶着公法的色彩，而對於財產之社會的統制精神，頗現強大。新民法第一條：『私權之行使，在不背反社會的及經濟的目的範圍內，得受法律之保護』。除了公有化之外，所有權略有承認個人的佔有，但其範圍，則嚴加限制。其他關於損害賠償之結果的責任主義及財產相續的限制等，各有社會主義的傾向，除此而外，最可注意者，則在於法律的解釋和適用之時，使法官帶着社會主義的法律觀而下判斷，這點對於從前的任何自由法論的主張，都有過之而有餘。

第七節 世界的法律秩序之發展

發達到今日的法律秩序，概是國家的法律秩序，則要極限國家的統制之法律秩序。尤其是以國家主權爲一切法律規範之統一的淵源，係在近世法律思想中所不能拔動的基礎的觀念。個人自由之所以被強調，社會利益之所以被力說者，畢竟是因要節制這種國家主權觀念而出現的思想。

但是對於這種國家爲中心的法律秩序，我們非承認有超國家的及世界的法律秩序之存在不可，又不得不相信現在仍舊急速地發達着。超國家的法律秩序之發生，遠在古代就業已萌芽。在中國的春秋列國時代及希臘的都市國家時期，業已有一種國際法的規律，又在羅馬帝國時代的萬民法，既有帶着今日的世界法的性質。一到中世，以羅馬帝國的傳統和基督教會之超國家的權威爲因，在思想上至少也有發生過一種世界的法律秩序。然而到了中世的超國家的法律秩序，因不能與全人類爲其對象，所以還不是真意義的『世界

的『法律秩序。』

眞意義的世界的法律秩序，在國際法上，始能實現。不消說，國際法在其發生初期，與其說是世界的法律秩序，寧是歐洲各國間的法律秩序。歐羅巴各國，在脫離中世羅馬法皇思想上的最高且世界的支配權，而確立了各自主權之地位時，始能把其一定的國民地域作爲經濟的現實生活之基礎。而且在其統制下的國民，支配和保護其社會生活，尤其是經濟生活的，就是法律。然而這些地域的互相對立的諸國家，在其相互關係上，必然的又需要某種的法律秩序。何以故呢？因爲這些國家，在其獨自之經濟的法律的生活裡面，不得不承認其間文化的交通之需要罷了。因此必然的所產生的，就是國際法，但後隨交通的發達，其適用範圍，則波及到美國和遠東，遂成爲眞意義上的世界的法律秩序。

近世國際法，是在近世地域的國民的國家並立之下必然的產生的文化產

物。牠是根據有主權的國家，在其相互關係上，不得不服從於某法律的規範之必然的要求所產生的。因了這個緣故，有人以爲國際法是根據於自然法，這是有理由的。又自然法思想，在近世國際法的發達上，與以一個最豐穰的果實。於是一入十九世紀，國家絕對主義思想，便風靡一世，並以一切法律和國家意思及強制結合，把國家意思視爲是按照國家的強制而加以擔保的現象。同時又因實證主義的思想勃興，自然法的概念遂被排斥，國際法亦遭了如下的災禍：就是根據國家間的合意才有其效力，或完全否認了其法律的性質。

因在這種狀態之下，故國際法的權威，當然不得被懷疑了。不單是牠的權威被人懷疑，就是牠的實際的方面，在前次之大戰後，則被人痛擊爲無力的東西。然而那並不是國際法或世界的法律秩序的告終，在戰時和戰後，人人對於國際的法律秩序的要求，遂更一層強有力起來。維爾賽和約及根據

牠所組織的國際聯盟，其他如常設國際司法裁判所等，則其表現，按照國際聯盟關係各國的國際會議所組織的許多法規的性質條約，就是表示國際法律關係的顯著的發達。國際聯盟，尙不能實現其世界的共和國之理想，自不消說，就是國際司法裁判所，亦不能充分發揚其作用，但是我們可以推測如下的現象的到臨：就是這些國際的機關組織，在今後一定會漸次變爲具體的且確實的國際法律秩序。

在理論方面，亦漸次發生了國際法脫離其所被支配的國家意思，而客觀的帶有其效力的現象。如科拉則提倡『文化法』，就是新意義上的『自然法』的國際法的存在；然而到了近時，如斐爾洛羅斯則以國際法爲基礎，統一的視察了全法律秩序，而以爲國家主權不外是國際法律秩序的權限。在他影響之下，刻爾善 (Hans Kelsen 1881)——奧地利法理學者，維也納大學之法理學教授) 則力說把主權屬性由國家移到世界的團體去，而說明國際法律秩序

的優越性。

隨着國際法律秩序的發達而產生超國家的法律秩序之自覺，自然而然對於國際私法和國際刑法等的思想給了一個根本的變革之命運。在許多國家的法律秩序互相對立之今日，關於其效力範圍，須有相互的限定，自不待說。然而從前是限界，則沒有超國家的法則，祇在國家的法律秩序中限定了自己的效力範圍。其法則，就是國際私法，國際刑法等。故在其間，矛盾和衝突，在所難免，又加以國際的交通日趨於繁旺，所以逐漸變為不能忍受的不便機關。而其經濟，唯有關於國家的法律秩序限界真意義上之國際的法規之成立，始有希望。

國際法律秩序的發達，不單變化了國際私法的性質，其他還有一種的性質，就是得把國內今日的法律秩序的某部分變為完全的世界共通之統一的世法。其有點實現的，就是由國際勞動機關所成立的國際勞動立法。這是因

爲最近產業狀況變動而所產生的社會正義之世界共通問題。但是世界共通的法律問題，不只祇限於勞動立法。其他如有技術的性質之商法，尤其是票據法，定會變爲世界法。又如有倫理的性質之刑法，在其各則中的某部分和總則等的重要部分，亦帶有世界法化的色彩。於是乎有人以爲到了結局，國家法律秩序，會變爲融合在一世界的法律秩序內，但這不消說在今日是很遙遠的推測。

第八節 德川時代的法律思想

日本的近世，始於德川時代，業已述過。德川的法制，外觀上是維持中世的封建制度，實質上則以國民的國家之統一爲目標之警察的專制政治。自德川家康之後，文教獎勵，漸次啟蒙了庶民，和商人階級之經濟的發展並駕齊驅，在思想上則現出現實的功利的傾向，在政治上則經濟的要素之重要性由統一的及保守的國家觀影中露出來。唯以個人主義爲基調的自由主義或民

主義思想沒有出現，此點則和西洋的近世不同。

中世的佛教勢力，在德川時代，業已不能再見了。代而支配思想界的，就是更現實的儒教的道德主義。尤其是選為官學的朱子學派，在德川三百年的統治天下中，都是以為正統的儒學而培植了思想的根柢。朱子學派的代表學者，就是藤原惺窩（1561—1619）和林羅山（1583—1657）等。惺窩承傳朱子的學說，提倡天理，以尙未有應理的人心為性，而以為順從性就是天道。但林羅山則有幾分受了王陽明的影響，說理和氣是一元的，兩人同樣都是重視『理』，由這種見解而說明日常道德，又教人人須社會的尊守君臣之分別，創設保守的基礎。又羅山明明白白是排斥佛教，尊重神道，他說神道就是正道，在理性上是同樣的。

繼朱子派而起的，就是陽明學派。陽明學較之朱子學，其主觀的傾向要強些，而以精神生活為基本欲在實踐的行動內尋求真理。以心則理，知行合

一，及致良知等爲其綱領。他們的宇宙論是「理氣一元論」。『日本陽明學派的名人，要算是中江藤樹（1601—1649）和熊澤蕃山（1619—1691）等。藤樹本是純道德主義者，反之，蕃山則重視政治的事功，仕官於備前侯爵，發揚其實績。在陽明學派中放了一大異彩的，就是革命家大鹽中齊（1704—1837）。中齊的哲學，是主觀的理想主義，以爲在自己的方寸內可以看到天空的太虛。其社會倫理的熱情，在天保年間的飢饉中遂志於救恤窮民，呈請東町奉行跡部山城守，不得其志，遂發亂敗北，放火燒其家，自己亦被燒死。

德川時代的儒學，因古學派的勃興而遂有最特色的思想的發展，且對於法律思想亦有重要的貢獻。古學派不像朱子學派或陽明學派那樣以宋明之學爲鼻祖，馬上則學習孔子和孟子之道，而應用於日本國內，其先驅者就是山鹿素行（1620—1685）。到了伊藤仁齋（1627—1705）和荻生徂徠時代，便成爲全盛時期。仁齋不採朱子的理氣二元論，而說氣的一元論，不以理

和氣並立，單斷爲氣中的條理。一言以蔽之，就是受了陽明學的影響的體驗主義哲學罷了。由這種見解上，說明道就是仁義，而欲從論理上解放道德。仁齊的思想，就是政治亦以道德爲其本，他說：『古之論治道者，或以智巧才力，或以良法善政爲之，然皆是淺近之言論，不足以道，政者，以德爲本，以識爲補也』。又說：『學者僅志於經濟，則流而變爲制度文爲之學，僅志於事功，則流而變爲權謀揣摩之術，而在道德之本源上，反以迂濶名之』。由此我們則可略知他的道德的政治觀。

荻生徂徠雖和仁齊同樣屬於古學派，然却與仁齊完全對反，而提倡功利主義的政治學說。徂徠以道爲禮樂刑政，視爲是先王之制。則以實證的法制爲道。此點與仁齊之以道爲仁義根本完全差異。他排斥子思的『率性謂之道』的自然法思想，而以爲道完全是人爲的治民之方法。這明明白白是實證主義的，功利主義的。徂徠的著作政談和太平策，就是陳述他的政策的意見書

爲日本開明專制主義範疇之實際的政策論，故頗可注意的文獻。徂徠本來是尊重先王之道，帶有卑屈的崇拜態度，然而他的『雖非先王之道，凡可利人救民者，皆謂之曰善』的思想，倒是近於商鞅和韓非子等的霸道主義。徂徠的徒弟太宰春台，較徂徠更力說經濟政策，完全是主倡功利主義的道德觀及社會觀。在他的著書經濟錄序文中，曾道：『孔子之道，就是先王之道，先王之道，則治天下之道也。先王之道，在於六經，讀六經，學先王之道，而不達其經濟之術者，則如學醫而不能治病人也』。經濟錄第八卷中的『法令及刑罰』一篇，就是威力主義的法理論。

最後，關於德川時代的思想不可忽視的，就是國文學的復興。由荷田春滿及賀茂真淵，至本居宣長和平田篤胤等，則不止在於研究古典文學，又不單限於文學的復興，則變爲一個的思想運動，宗教的使神道復活起來，政治的則高潮了國家統一的思想。明治維新，在思想上，實這種國學頗多。本居

宣長的思想，頗帶宗教的色彩，以爲世界是由神創造的，人之本務在於實現神意，注重祭典宗祖，同時又和社會的統制連結，到極下部的庶民，須與帝王的心思爲自己的心理，而唯命是聽。平田篤胤亦頗宗教的，力說神道，而說神道帶有從國民的向世界的，而轉爲人道的方面去的傾向。

第九節 明治及其後之法律思想

到了明治時代，西洋的文化，猶如潮水，湧上流入，於是第一則發生了思想的波浪，日本從前尊重國權的統一的傾向，和新輸入的西洋自由主義的及民主主義的思想互相矛盾起來。這就是明治初年的政治的思想醞釀之要素。其動因就是因於明治政府掌握了政權和失墜其勢力的人們互相抗爭，然而在思想上則是國權和自由，保守的和進步的，及統一的和民主的等之抗爭。這些抗爭，政治的則根據憲法的制定和議會的開設而暫告解決，但在法律思想方面，其後則以種種的形式互相對立。

國權的統一傾向，在公法方面，則容易採用主權論。帝王爲主權者，遂變爲日本憲法學界的正統思想。已故的穗積八束博士和上杉博士，就是代表此方面的學者。尤其是上杉博士，則承認天皇的意志是絕對最高的意志，同時又以黑格爾式的哲學思想說「國家是最高的道德」。無論如何，他的普遍思想，負於黑格爾的哲學頗大，還有寬博士，他的統一的國家思想，雖和上杉博士同樣，然而上杉博士都更合理主義的，威力主義的，帶有很進步的要素；反之，寬博士則浪漫主義的，較之上杉博士則更富於保守的傾向。

在公法方面，代表民主主義的傾向的，就是美濃部博士。上杉博士和美濃部博士間所行過的憲法上的爭論，就是統一主義的國家觀和民主主義的國家觀互相矛盾的表現。其理論上的爭點，上杉博士說主權在於天皇，反之，美濃部博士則說屬於國家。上杉博士始終是以天皇爲統治權的主體，反之，美濃部博士則以天皇爲國家的最高機關。然而其思想的根據，則在於一是尊

重統一的統一主義，一是尊重人民意志的民主主義之對立。

以爲法律是國家或主權者的命令，無論在公法或私法方面，都是明治時代的正統的理論。這不消說是在十九世紀中輸入了西洋法律思想的緣故，同時又是因爲牠與從前之統一的國家觀最能調和。尤其在編纂民法及其他的法典之前，以自然法論採用外國的法律思想者，爲數不少。但是到明治二十三年模倣法國民法而完成了民法草案之時，在其實施上則發生問題，自然法的學者（多爲法國法系法學者）則要求其斷行，反之，重視歷史的傳統之一派（多爲英國法系法學者）則反對而主張須展期。結果則展期民法的實施，到了明治三十一年，現行民法告成，遂見其實施。民法一完成之後，自然法論則逐漸衰退，遂專採用法律實證主義的命令說。一見則似乎有點奇怪，然而却是一個法律思想怎樣反映着實際上之要求的好例，隨着法典編纂的完成，自然法思想亦失掉其效用，而要求專以法典爲基礎的解釋學，這也不外是因

於上述的結果。

代表主權者命令說的私法學者，就是富井博士，在他的民法原論緒論中，最鮮明的陳述了他的思想。其後雖受了德國法學的影響很大，但因當時所輸入的德國法學是法律實證主義時代的概念法學，所以命令說仍然盛行。命令說雖是統一的國權主義法律觀，但却屬於羅馬法系，是繼承被近代自由主義思想所洗禮過的民法，所以則以尊重所有權及契約自由原則之個人主義的思想爲其內容。因此，其忠實論理的解釋，大體上則能夠適於在資本主義發達途上的日本經濟社會的需要。

在日本明治時代的法律學上，與國權主義異其思想的見解的，就是已故的梅博士。梅博士是一自然法學者，把法律之本質求之於成文法以上的『性法』。其次就是已故的穗積陳重博士，穗積博士受了英國歷史法學派，尤其是緬因 (Sir Henry James Sumner maine 1822——1888) 的影響爲多，其法律

之社會學的研究比法律之歷史的研究更有努力，在其法律則社會力之社會學的題目之下，試行了他的法理學研究。其最後的工作，則有未完成的法律進化論三卷，

自明治末年至大正初頭的民主主義及社會主義思想之勃興，法律學亦轉向到新方面上去。其先驅者就是牧野博士。牧野博士的刑法領域，初受意大利學派的影響，排斥道義的責任論，採取社會的責任論，而主張所謂目的主義之刑法理論。他以社會功利主義目的思想爲中心，其主觀主義的主張，則帶有和人格主義道德思想一致的傾向。其後牧野博士關於民法的解釋，則力謀介紹自由法論，敘述從前的所有權絕對及契約自由的原則非以社會的理由制限之不可，而促進民法學者的覺醒。穗積重遠博士和末弘博士，在社會法學的傾向上，則近於牧野博士，但末弘博士的欲把法律學附以社會科學的點上，則和牧野博士的自由法論的態度稍有不同。

明治時代，法律學雖大有發達，但法理學却連其成立也令人會抱起懷疑。其緣故一則受了西洋實證主義的傾向之支配，一則日本國民與其傾向於哲學的，倒是趨於現實的和實際的。總積博士雖很久擔任法理學的講義，但與其說是法理學者，毋寧說是法律社會學者。在明治和大正兩時代中，於法理學文獻上最放了異彩的，祇有笈博士的佛敎哲理和古神道大義二書。大正時代，德國法理學復活思想一傳入日本，則受其影響，尤其是新康德派的年青法理學家爲甚。然而這也算不上甚麼大業績。而對於以其方法論爲中心的形式議論，抱有反感的學者，亦頗不少。

最後，關於日本的社會主義運動，略述一下。明治大正年間的日本產業的發達，一方使資本主義的色彩逐漸濃厚，一方則具備社會主義勃發之一切社會的條件。關於世界大戰後的社會運動，我們在這裡不必提及，最近以唯物史觀爲立點的社會科學，在年青學徒間，頗受歡迎，但我們却不能視之爲

一時的時髦東西。隨着工人之階級的自覺和其組織化的進步，其社會的政治的重要性，勢非增加不可。不消說，傳統的統一的國家思想，頗有強固的根柢，其所代表的國民利益，似乎不容易化為國際的社會主義的現實。然而要強有力的社會統制的社會主義思想，似乎並非和日本的固有國家思想不能相容的。著者祇是敘述歷史的，不施以任何價值的判斷，而以爲單是事實的可能性，推測日本的社會主義，今後定會仍舊繼續其發展。到那個時候，我們又不得不以爲社會主義的法律思想定會隨之而發展！

重要參考文獻

穗積陳重 法律進化論 三冊

祭祀，禮及法律

笈 克彥 法理學第一卷佛教哲理

法理學第二卷西洋哲學

牧野英一 刑法與社會思想

現代文化與法律

福田德三 日本經濟史論

朝永三十郎 近世之『我』自覺史

和辻哲郎 日本古代文化

平泉 澄 中世寺院與社會之關係

重要參考文獻

本庄榮次郎 日本社會史

高楠順次郎 印度哲學宗教史
木村泰賢

宇野哲人 中國哲學史

補永茂助 日本倫理思想之系統

井上哲二郎 日本古學派之哲學

中田 薰 法制史論集

三浦周行 法制史研究

續法制史研究

東川德治 中國法制史研究

遊佐慶夫 哈睦拉美法典研究

入江俊郎 油司普列塔柳睦研究

井上忻治譯 歐洲民族文化史

末川 博 蘇維埃俄國之民法及勞工法

Kohler, Allgemeine Rechtsgeschichte (1915).

Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte
(1905).

Belezeimer, Die Kulturstufen der Rechts und Wirtschafts-

philosophie (1905).

Jhering, Geist des römischen Recht, 4 Bde (1878—
1888).

Montesquieu, Die esprit des lois, 2 vols (1922)

Wundt, Elemente der Völkerpsychologie (1913).

Kurt Sierberg, Die politischen Theorien in ihrer ges-

重要參考文獻

一一九

chichtlichen Entwicklung (1922).

Main, Ancient Law (1924)

Kocoveck and wignore, Primitive and Ancient Legal Institutions (1915).

Dunning, A History of political theories 3 vols (1902
—1920).

Cide et kist, Histoire des doctrines économiques (1922)

國立北平圖書館
NATIONAL LIBRARY OF PEIPING
PEIPING

登錄號 08007 分類號 580.19
Acc. No. Class No. 598



中華民國二十一年十月初版

法律思想史概說

(每册定價大洋四角五分)

(外埠酌加郵費匯費)

版權所有

總發行所	分售處	分發行處	發行者	印刷者	譯者	原著者
民智書局	上海河南路中市	海內外各大書坊	南京廣州北平	漢口武昌長沙	上海塘山路九百二十六號	小野清一郎
九一	九一	九一	九一	九一	九一	九一

民智
書局

最新出版

社會科學新書

農村法律問題

日本末弘嚴太郎著 鄧日譯述 定價五角五分

本書係討論農村法律問題之專書，全書以法律之解釋為依歸。內容豐富，全以法律為立論之基礎，尤見精微。

歐美政界之新趨勢

日本水野鍊太郎著 徐天一譯 定價大洋五角

本書關於美、英、法、比、德及巨哥斯拉夫，澳洲等國之最近政情，敘述頗詳。而於流行於歐洲大陸之獨裁政治，及國際聯盟，尤有明白的批評。書末並由譯者加入列國現勢對照表，皆有精確之統計。尤為珍貴。

三民主義教育原理

范 筠著 定價大洋一元

本書全書凡十章，共三十有四節。首論三民主義的教育之理論的基礎；其次分論民族主義的教育，民權主義的教育，民生主義的教育之特殊科學，扶植農工及尊重人格之遺教，以見三民主義教育原理之宏旨。全書論述三民主義教育原理，

至詳且精。

西藏人民的生活

劉光炎譯 定價七角

本書著者查理士比耳爵士，曾居西藏二十餘年，精通藏人語言文字，本係本其二十餘年之經驗與精密觀察之所得而成，歷史之傳說，農商畜牧之狀況，貴族婦女之地位，婚喪宗教之儀節，外交內部之設施，無不源源本本描述入微，誠關心西藏問題者之嚮導。

道德教育論

法國涂爾幹著 崔載陽譯 定價七角

著者涂爾幹氏為近代有名社會學家。全書特色在能用科學方法，尋出道德上之新意義，代去宗教道德之權威，以滿足近代精神之需求，而與學校教育以一種新生活。而於承平時代的道德與過渡時代的道德，更有詳細的討論。

近世六大社會學

崔載陽著 定價六角

本書分論孔德，斯賓塞，華爾德，達爾德，涂爾幹等六大社會學學說，至為精詳。

版 出 局 書 智 民

設 建 治 政 新 國 我 究 研

書 攷 參 要 重 最

理 原 之 設 建 義 主 民 三

角 二 元 一 價 定 著 炯 幼 楊

值計重方之建築更。實於，詳政以黨治國石義，得科義策本
 之三要針特設方為中一尤。治黨政一之。與作失學與之書
 巨十的，殊，面，具篇心知多而理治治之理首政為為最政總為
 餘文，書性申，體對理難精於論國建誤論論策立互新策結著
 著。萬獻末，述尤之於建行徹五與一設解的國方證之為晶。近
 言與，詳本有究質為一論憲度重途之，基點建，實論幹全
 為法附論黨系統，建建為。法，要徑說，設奠際搜與，書來
 近規有本農的而設科次的加的，明糾，定根集各而所闡
 來，關黨民推於之之學述之心方參驟一，真義人本的求客推代
 於尤便本黨建設工論政社實，的，設之至用建國於以學的事策幹
 黨參黨建設工論政社實，的，設之至用建國於以學的事策幹
 義考建設工論政社實，的，設之至用建國於以學的事策幹
 最方全面之策會政，論證對建且代本黨治礎主實之政

歐 美 教 育 史

日 本 大 瀨 甚 太 郎 著 劉 亮 譯

定 價 一 元 八 角

本書自上古之教育起，以迄於最近世之教育，為最有系統之敘述。不獨各時代之教育思想與教育制度，有源源本本之追述，即教育上各種主義與世界著名之教育學者之學說，尤解剖詳明，此書遂譯至我國，尤為高中以上教育史學程最難得之教本。

近 世 法 學 通 論

日 本 三 瀨 信 三 著 鄧 公 傑 譯

定 價 八 角

本書為法學通論最完善之教本。在日本風行已久，今更由著者加以增刪引用各項最新之法制與學說，內容極為完備，且取材豐富，分配適當，尤合於我國高中以上法學教授之用。

19