



日本法學博士戸水寬人等原著
浙江諸暨何燭時
廣東南海汪兆銘等譯述

法制經濟通論

上海商務印書館印行

行 發 館 書 印 務 商

經 濟 學 概 論

熊 崇 煦 譯 一 元 八 角

是書分經濟財政二部各編之
 十更附揭要設
 明各參攷書
 之我國財政
 困與岌岌以經
 流問題為目前
 更則此書實
 國民常識之先
 道筆亦流利
 雅飭絕無支蔓
 之書何啻天壤

戊申年五月初版
 中華民國六年七月九版

(法制經濟通論一冊)

(每冊定價大洋貳元肆角)

(外埠酌加運費匯費)

原 著 者 日 本 戶 水 寬 人 等

譯 述 者 諸 暨 何 燭 時 等

發 行 者 商 務 印 書 館

印 刷 所 上 海 北 河 南 路 北 首 寶 山 路
 商 務 印 書 館

總 發 行 所 上 海 棋 盤 街 中 市
 商 務 印 書 館

分 售 處 北京天津保定奉天吉林長春龍江濟南
 東昌太原開封洛陽西安南京杭州蘭谿
 吳興安慶蕪湖南昌九江漢口武昌長沙
 廈門廣州潮州汕頭香港桂林梧州
 雲南貴陽石家莊哈爾濱新嘉坡
 商務印書館

前清宣統三年四月初三日稟部註冊五
 月十四日領到著字第二百十四號執照

法制經濟通論

第一卷 法制

第一編 法律學綱領

今於本論之前。先揭論說之次序。以示學者。使得知本論之趣向。與夫種種說明之關係。爲便於研究計也。定之如左。

第一章 法律學之意義、

第二章 法律學之分類、

第三章 法律哲學之意義、

第四章 推理派與沿革派、

第五章 比較法學、

第六章 法律及權利、

第一章 法律學之意義

法律學之定義。其最古而有名者。爲羅馬五大法律家中渥爾畢安所定。其言曰。「法律學者。周知天人之事。而識別正與不正者也。」非之者曰。是乃舉宗教道德及法律而渾言。不可謂正當之定義。直太古宗教法律混同時代之遺跡而已。是說雖非無理。然如此粗疏之見解。以之議渥氏之說。不得謂之切當。何則。渥氏之定義。本與司篤意克哲學大有關係。而由司篤意克哲學之見地推之。固無不可也。雖然。由今日言之。則以渥氏之言。爲法律之定義。誠不可謂當。余乃以己見定之曰。

法律學者。知法律之過去現在與其當然之學也。

乃若其詳。當於下章言之。

第一章 法律學之分類

英國大儒卡森姆。分法律爲二類。一曰說明的法律學。二曰批判的法律學。說明的法律學者。乃以說明已成立之法律爲目的者。批判的法律學者。乃討論制定若何之法律爲當。而以立法上之議論爲目的者。

也。而英人霍崙特。以其膚淺之見。訾議其說。我國學者。附而和之。以排駁卞氏者。亦復不少。

前乎卞森姆者。則有德國之萊璞尼刺。有名之大家也。二十一歲時。著法學教授新法一書。分法律學爲四種。一曰教授的法律學。二曰歷史的法律學。三曰解釋的法律學。四曰辯論的法律學。教授的法律學者。以揭示法律上專門術語之定義。與夫斯學之數大原理爲目的者也。顧萊氏所以注重於法律語之定義者。一方則源諸亞里士脫退雷司之哲學。他一方則基於己所擅長之數學。卽其區別法律之種類。亦非率爾。蓋有所不滿於右司撒尼安法典之分類。而自立一說以排駁之也。歷史的法律學者。法律之歷史也。萊氏又分之爲內外二類。今日德國學派。分歷史爲內外兩紀。蓋卽本諸萊氏之所創也。法律之內紀云者。敘述各國法律規則之沿革。外紀云者。自政治上宗教上。以推論法律起生之理者也。解釋的法律學者。取法律而解釋之者也。萊氏更別爲兩體。一

爲不拘法律之成文如何。而一主於原理。以爲解釋之本。一爲隨成文之次序。以詮釋其意義。所謂逐條的解釋是也。辯論的法律學者。凡世間有關於法律之條理及其應用之問題。而爲未經決定者。深究而論定之是也。其於法律之成文無規定者。則據自然法以決定之。其在法律之成文有規定者。則據比較推類諸法以定之。

分法律之
類爲三種

分法律之
歷史爲實
紀沿革兩
種

萊氏之法律學分類如此。自茲以下。則略述余之法律學分類意見。余之法律學分類也。據過去現在未來之關係。而區之爲三類焉。一曰法律之歷史。二曰現行法律之解釋。三曰法律哲學。法律之歷史云者。爲於過去之事物有關係者。現行法律之解釋云者。爲於現在之事物有關係者。而法律哲學云者。乃於法律之原理有關係者。左右未來之原理者。即可以左右未來之法律者也。詳而言之。則法律之歷史。可分之爲實紀沿革兩種。實紀更分爲二。即內紀外紀是也。歐洲言語。無區別實紀與沿革之詞。不可謂非其缺點。實紀云者。通記法律之歷史。沿革云者。

如英之梅隱所述古代法沿革。法之盧祖爾那所述婚姻沿革等。是已。今將以上之法律分類。圖解如左。

法律學
法律之解釋
法律哲學
法律學之歷史、實紀、內紀、外紀、沿革

第三章 法律哲學之意義

論法律哲學之意義者。學派不一。所見各異。學說亦因之而分歧。今不暇一一評論。惟論述余之所信者。

法律、哲學者。論法律、所當然之學也。

此爲法律哲學之定義。而其功用。則在研究諸原理之可爲法律上根本者。論定種種主義方針之可爲立法者採擇者。以及推定法律之命運。以左右將來立法上之大勢。而由是以批准現行法之可否。又立未來法律之標準者也。

法律哲學
之歷史

自然法派

自由狀態

復古主義

次則法律哲學之歷史。論述此學者。其派亦種種不一。十八世紀而前。學者多屬於自然法派。自然法派者。以爲宇宙之中。有所謂自然之法則。存乎其中。歷久不變。以支配人類。故雖將法律制定之。又發達之。必不可不依此自然之正義。又此學派中。持民權論者居多。其說曰。人類之始。皆自由平等。本無所謂君臣之別。此自由之狀態。乃人生自然之理。故論社會之關係。不可不以此自由狀態爲之基。他若主張民約論者。亦爲本此狀態以立說者。而此學派之一部。常畸重於此自由狀態。汲汲然謀所以興復之者甚力。雖然。今之學者。則皆排斥此復古主義矣。卽彼自然法派中。亦有不注重於此主義者。如和蘭國際法大家葛羅邱思是矣。葛氏持論之要旨。以爲人類者。結社的動物也。其相合而成社會也。出於其自然之性質。蓋夫人類者。各自獨立。而不通功易事。必不能全其生存。故必有所以由社會而達共存之目的者然後可。吾人當論究法律。宜本此人類自然之性質以立言。是其說蓋以社會之保存。爲自然法之基本者也。又氏

於自然法
說并用哲
學之原理
而研究之
者出

沿革派

所論國際法。亦本是理。

葛氏自敍其國際法曰。欲確知自然法及國際法之所自出。則可以哲學家、歷史家、演說家、及詩人之言以爲證。非謂其言足以信也。第讀其書。考其世。往往所生之國不同其地。所處之世不同其時。而議論之所及。則有不謀而合者。是必有相同之故。存乎其間。而爲彼此所無或異之證。而其所據以立論者。或爲自然的原理。或本於人類共同的法則。夫由自然的原理。而自然法生矣。本於共同之法則。而國際法在是矣。

由是觀之。自然法派中。不惟不宗復古之主義。且有反自樹其新說者矣。雖然。凡諸自然法派之所論說者。缺點甚多。而其所論據者。亦甚薄弱也。自然法派之學說。失之狹隘。終不足以論定深遠之法律哲學。故十七八世紀以來。不甚經經焉。僅依賴自然法。多有兼採哲學上之原理。以研究法律哲學者。如德之康德及康德以來之哲學者是。十八十九世紀之時。又有所謂沿革派者。起於其間。其最著者。意大利之

費珂。德意志之薩維尼也。薩氏之論。惟以歷史上之觀念爲本。費氏則稍取自然法之學說而參酌之者也。

如上之所述。十八世紀以前。學者多屬於自然法派。而自十七八世紀而來。則有本諸哲學上之議論。而謀改造其自然法之舊說。當此之時。推理派之傍。有所謂沿革派者出矣。及乎十九世紀。生物學及他科學。日益進步。由是而遂有不以哲學之原理爲本。一原於社會學之理。以討論法律之原理者。奧匈之克拉司大學教授科姆璞羅惟是也。而以社會學爲基礎之法學派中。又分二支。一注重於原理。一注重於沿革。如科姆璞羅惟者。謂其注重於原理。甯謂其注重於沿革。而由今日之勢度之。此派蒸蒸日上。將益趨於隆盛。然以余觀之。此二學科者。皆爲論斷法律意義之基礎。故苟非適當調和於社會學哲學之間。吾敢決其必不能得正當之解釋也。

以社會學
爲基礎而
說法律之
原理者出
社會學哲
學皆爲論
定法律之
基礎

第四章 推理派與沿革派

屬推理派者中。嘗有言曰。法律者。人類共存必要之物也。人類苟相聚而成羣。則言語自必發生於其間。法律之發生也。亦猶是。蓋必由乎自然者。夫法律既由自然而生。則其或優或劣。尙何所抉擇於其間。是亦猶言語之不能分其美惡耳。而顧欲識而別之曰。何者可爲善法。勢必有所不能。是故法律者。終爲一沿革之結果。而非矯揉造作而成者也。顧此論非無真理含於其中。而謬誤之處甚多。故終無足取。何則。蓋如彼之所言。以爲法律者。爲人類共存必要之物。夫人類苟集而成羣。則自有法律發生於其間。此固必然之事也。雖然。法而果善。果足以維羣而無害。則又何說。若其不幸而爲惡。法而亦諄諄然以爲人類共存之所必要。夫焉可哉。又何得漫然泛論。謂法律之存在。爲沿革之結果。一意放任而不之加意耶。然則區別法之善惡。其標準奚若。曰。本乎法律哲學。其斯可決矣。蓋卽不可不由推理派之以哲學社會學爲根據者之言以決之也。若夫論究法之沿革。雖不得謂爲無益。而以之爲法之精理。是猶拱壁砥硤而珠魚目也。

譬如婚姻者。其始由掠奪賣買時代。漸移而達於現行之制度。雖各國所經之歷史相同。而遂以此謂婚姻之法理。在於掠奪賣買。是則背謬荒亂。抱石而爲壁。無所抉擇。莫此爲甚矣。夫沿革者。關於過去。不過爲法律研究中之一方法耳。故此外不可更無關於未來之學術。

第五章 比較法學

比較自國法與他國法而研究之者。古來亦多其人。卽在日本。論古昔之國法者。多比較支那法而研究之者。英國約翰塞爾亭 (Johnselden) 之研究猶太法律也。取羅馬法比較而研究之。與夫費珂孟德斯鳩 (Montesquieu) 之比較諸國法律。而立種種議論。此固人之所知也。然無論比較各國法律而研究之者。爲古來所已有。而比較法學之名之起。則自十九世紀之末葉始。英之梅隱。德之柯來爾 (Kohler) 皆此中之錚錚者也。比較法學有二種。其一、比較古代法律與近世法律。或比較文明國法律與野蠻國法律。皆所以研究法律之遷變。而欲知其沿革之大勢也。梅隱柯來爾。卽屬於

此派。其二、則比較諸國之法律。欲以捨其短而取其長者也。此二派者。其種類各異。一則於沿革有關係。而一則於法律之哲學及其應用有關係。故總二派而稱之以比較法學之名。實不可謂當。自余觀之。比較種種法律而對照之者。不過研究法學之一方法。雖爲研究法律沿革與夫研究法律哲學者之所必要。然儼然稱之曰比較法學。以之爲一種特立獨行之科學。則吾斯之未能信。歐洲學者。以之爲特立學科。究其識見未高之所致也。

以上法律之定義。法律之分類。法律哲學之意義。推理派與沿革派。以及比較法學。既論其大綱。自此以下。則言法律及權利之意義。

第六章 法律及權利

法律之定義。自古以來。定之者不知幾千百輩。而其中之最有名者。羅馬人 (Celsus) 水爾士所定者也。水氏生於第一世紀與第二世紀之間。精通法學與哲學。且受黑特拉那帝之寵任者也。其定義曰。

法律者。善、良、及、公、正、之、術、也。(Jus est ars boni et aequi)

此定義由「司篤雨克」哲學派觀之。可謂盡善盡美者矣。雖然。由今日言之。其所以解釋法律之性質者。誠難謂爲適當。自「由司楷尼安」法典中學說彙纂之部。首揭其說。而此定義之名遂隆。由「司楷尼安」法典者。出於第六世紀。由法律學階梯、學說彙纂、及法令類典三部而成。研究法律者。先由法律學階梯。而次及於學說彙纂。故讀是書者。皆得知水氏之說矣。

至於後世。法律定義中。較爲世人所熟知者。爲德人康德(Kant)所下之定義。其言曰。

法律者。乃從自由之一般的法則。而得調和人羣彼此意思之條件之集合也。

康氏者。倡導意思說者也。故自不信其意思說者觀之。多不以此定義爲完善。雖然。康氏之定義。要不可輕視也。今更以余所定之法律定義。舉之如左。

法律者。所以定國家及私人之行爲範圍者也。

此余之所欲爲法律之定義者也。如前所述。法律爲人類共存必要之物。此言未必然也。蓋人類共存。雖必須乎法律。而惡法則反足以害人類之生存。故漫然謂法律爲人類生存必要之件。按諸事實。實不相合。彼采爾士康德之定義。乃僅舉善良之方面而言者。而余之所定。則舉惡法而亦包之者也。且由吾之定義。既以法律爲所以定國家及私人之行爲範圍。則道德與法律之界域。自釐然有別。蓋道德者。非必僅關於行爲。而關於心意者爲多。法律則關於行爲者爲多。而關於心意者甚少也。又余之定義。舉公法私法。而皆包乎其中。又與下所定之權利定義。亦相聯貫也。國際公法者。其果爲法律與否。乃古來之宿題。當日本天保時代。英國約翰奧斯丁有言曰。國內法者。乃主權者所強行者也。故得謂之眞法律。國際公法。則以無統一諸國之主權者。故不能強行。是乃人定道德之一種耳。氏之此說。日本學者。附和之者甚多。雖然。國際法上所規定之事項。則

要非道德的而爲法律的。且觀夫國際法所發生之歷史。及發達之歷史。與夫今後發達之趨勢。國際法之爲法律也。可得而推知。乃嚶嚶焉疑其爲法律與否。是直陳腐之談。而不足掛諸齒頰者也。

國內法者。一國家所制定之而承諾之者也。國際法者。發生於數國之間。及本於條約者也。是故一國之表同情與否。非國際法上成立之要件。且由今之世。居弱國之列。則雖倡異議。要一無見效。而終至爲其規則所支配。今就一般言之。國內法者。乃所以羈束其國之私人者。然亦有時而羈束外國之人。例如外國人若僞造日本國之紙幣。則其人雖在外國。亦可以相當之本國法律加之是也。而所謂國際公法者。乃行於國家交際之間者。然亦有時而及於私人。例如戰時運載禁制品。又兩國戰爭中。一國已將敵國之港封鎖。而若有私人破其封鎖。則可直接以國際公法支配之。是也。今就法律定義。不暇將此等殫述。姑從畧焉。

法律者。有公法。有私法。羅馬渥爾畢安氏之言曰。法律可分爲二。曰公法。