

# 绪 论



**学问上之知识**      宇宙事物，现象纷纭。吾人欲详寻其脉络，势不可不有综合、分析、汇类、组织之方法，以求其根本之原理而区别其本然之个性，即所谓学问上之知识是也。

**科学知识哲学知识互相为用**      学问知识，可大别为科学与哲学知识之两阶段。其基于经验而得者，则称科学；其依于思考而得者，是为哲学，又曰形而上学。唯经验思考，互相为用，究不能为截然之区分。盖不有思考，则经验徒劳而无功；不有经验，则思想空泛而无着。故必经验加以思考，思考积于经验，始能成为完全之学问知识云。

**法律科学**      法学之研究，亦可为上述之两阶段。即对于固有之法律，从事一法或各法之研究，是为法律之科学，名之曰现实法学。此现实法学中，实包合法制史及具体立法论，即于现实具体存在之法律，为存在及应如何存在之法律现象之研究也。基于此现实具体研究之结果，进而

**法律哲学**      抽象以求法律之根本原理，而认识法律现象立于万有现象中之位置，是为法律之哲学，即所谓法理学是也。法学通论虽以研究现实法学为主旨，然于法律之根本原理，亦不可不详加研究。盖即思考经验，互相为用，而非囿于一偏者也。兹将法学通论之意义说明如次。

**法学通论之意义**      法学通论云者，以研究法学之必要准备为基础，而授以法学各科之共通系统知识之学科也。

由下之定义而分说之。则：

**法学通论为研究法学必要准备之学科**      一、法学通论为研究法学必要准备之学科

人类生活，至为繁复。法学即关于此种繁复生活之知识，而以其他之诸学科为基础者也。法学通论非民法、刑法、商法、宪法等法律各部门之缩本，亦与法律史及权利本质之法律哲学，异其范围。其目的非在阐明关于法学各科之根本原理，唯在授与法学研究上必要准备之普通知识。故凡关于法律、国家、权利、义务等根本问题，必须涉及。其关于法律各部门之概要，亦应加说明，以示与其他诸学科之关系。

法学通论为授  
予法学各科之  
共通系统知识  
之学科

法学为无形之  
军队

研究法学之三  
要点

不可拘泥形式

二、法学通论为授予法学各科之共通系统知识之学科

法学通论之编别，学者间之主张，各有不同。有谓国家先法律而存在，宜先研究国家而后始及法律。故首国家，次法律；法律既明，乃及于权利义务；权利义务既毕，乃为完全之法学，故次权利义务，而法学则为最后之研究焉。然以著者之眼光视之，此种体制，殊难赞同。法学通论，既在研究法学各科之共通系统知识，则何谓法学，不可不于开宗明义第一章研究之。故本书之体系，首法学；法学之概要既明，乃进而研究法律之内容，以供实际上之应用，故次法律；法律既具，则国权日臻于巩固，国家日趋于发达，于是乃为国家之研究，故次国家；国家完成，则关于权利义务均有详细之规定、适当之保障，故权利义务又次之；最后始旁及法律各部门。俾初学者略具共通系统之法律知识，是则本书编别之微意也。至法学之要，所关甚巨，日本松冈义正氏曾以法律与海陆军并称，且比之为无形之军队，则法律与国家之关系可知矣。唯研究法学，须有一定之方法。不得其法，徒劳无功。兹举其最要者言之，约有三点。

第一，不可拘泥形式

法律有精神，有形式。精神为形式之母，故法律之要，首在精神，次及形式。考之罗马法制史，当十八世纪之末，为罗马黄金时代。<sup>①</sup>多数法学家，皆注重精神，故国运勃兴。及其末世，治法律者，类拘泥形式，故国势不振。其国势之盛衰，隐随法律为消长，则法律之关系可知矣。征之我国，当春秋战国之际，李悝、商鞅、韩非、申不害之徒，阐明法理，故能称雄一时，增辉史册。汉唐草创，尚有闻人。逮宋以降，名法家言，几同古董；抱经之士，耻谈法术。而法律之学，遂徒存形式，国势亦以陵夷。法律之要，更昭然矣。故治法学

①系指罗马法复兴运动中之黄金时代。——校勘校者注

者，不可空谈理论，亦不可拘泥形式，必以精神为主，以形式为辅，斯得其正。

不可盲从旧说

第二，不可盲从旧说

聚集古今学说，比较长短，决定从违，然后学有进步。治法学者亦然。事实随时势为转移，理论因事实而变迁。知旧派学说之不合于今日，即可知今日学说之不适于将来。不能固执己见，亦不可专事盲从，孟子所谓“尽信书则不如无书”即此义也。故治法学者，于各法学家之学说，务详究其是非，其可从者取之，不可从者弃之，庶几学有心得。业擅专长矣。

不可浅尝辄止

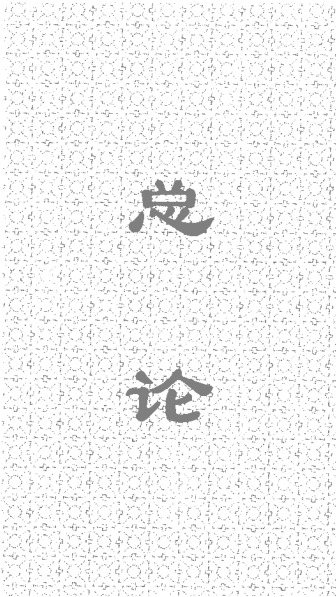
第三，不可浅尝辄止

学问之道，毫无止境，法学亦然。浅尝者流，偶有一得，便侈然自足，迨征诸实行，则毫发之差，千里之谬，非第影响个人，抑且贻误国是。赵括谈兵，即蹈此弊，不可不察也。故治法学者，既须详究法律全体之原理，更须考研现行法令之概要，博览旁通，循序渐进，则庶乎其不差矣。

研究法学可以  
补救国是

以上三点，为研究法学之必要方法，亦为补救国是之根本要图。我国积弱久矣，法权不振，群引为耻。讲求法律，挽回利权，实为我国民应尽之天职。尚望于松冈氏无形军队之喻，详加玩味，则法学缉熙于光明，国运日臻于上理，非第个人之荣，抑亦邦家之光。是则区区所企祷而不已者。





# 总 论





# 第一编 法 学

## 第一章 法学之观念

法学思想萌芽  
最早

人类之日常生活，与法有密切之关系，故法学思想之萌芽，其历史最早。在国家原始时代，已略具端倪，从而关于法律事项之处理，以及其他应用法理之术，亦相继而起。至于法律学理之发达，则更较法术之发达为

法学之意义至  
罗马始渐见说  
明

最后。故关于法学之意义，至罗马时代，始渐见说明。其在罗马以前，则无可考究，以其尚未为法律学理上之研究故也。兹分说如次。

### 第一节 法学之意义

法学之定义

法学之意义，因时代之变迁，其主张各不相同。由乌尔比安（Ulpianus）曰：“法学者，神事人事之智识、正与不正之学科也。”此种定义，虽不免有混同法律道德及宗教之嫌，然按之当时之事实，法则之分化，尚未完全，固宜其为如斯之主张也。至格老秀斯氏（Grotius）则主张“法学为从正义而生活之学”，其说虽较进步，然法学与法术混同，且不明法律与道德之区

别，故亦难认为允当。洎十六世纪，德儒莱布尼茨（Leibnitz）出，乃曰“法学为权利之学”。是权利之观念，由正义之观念，分化而来，为时尚浅。兹特折衷诸说而为法学之定义曰：

“法学者，研究关于权利义务之系统的、一般的、及合理的之学科也。”

法学为考究关于法律原理之学

有系统即有条理，乃可依一定之方法而研究之，使其结果为有秩序之组织；一般具有普通之义，即求其通于一般要素之谓也；合理云者，非仅依个人之想像，乃基于经验所得之材料，而加以思考推理之法则者也。故此种定义，与法学通论之职责，完全相符。质言之，法学者即考究关于法律原理之学问也。

## 第二节 法学与法术之关系

法学在考究原理  
法术在实地应用

法学之本义，既在考究法律之原理，其应用此原理，以施于吾人日常生活之事业者，是为法术。盖事物之原理不明，则实地应用，其效不显。故必知电气之本质与作用，其术始可以一线之铁，通消息于万里；知热学之理论及效用，其技始可驾一叶之舟，凌怒涛于绝海。盖学问为体，技术为用，体用兼赅，效力始宏。法律亦然。由法学以究法律之本体，由法术以全法律之运用。法令之有起草、有编纂，诉讼之有判决、有辩护，虽皆属于法术之范围，然非先通法律之原理，则程序不明，措置多乖，此固势理之必然者。唯就其发达之顺序言之，则法术之起，先于法学，故法学又可谓为由法术进步之学问也。

法术之发达先于法学

## 第二章 法学之分类

法学所探讨法律上之现象，既极复杂，故随其现象之种类及范围，而法学之分类，遂有多数之学说。兹就其研究之目的与范围而区分之。

### 第一节 法律哲学及现实法学

|               |                                                                                                                                                                                                                         |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 研究目的上之分类      | 法学因其研究目的之程度而区分之，有法律哲学及现实法学之二种。                                                                                                                                                                                          |
| 法律哲学之意义       | 第一法律哲学 法律哲学一称法理学，即旁通于各种法律现象而详究其最高原理之学问也。此种法学，又称为一般穷极原理之学，具有一般性与穷极性之对象。其研究之范围，有涉及万有现象之全体，而为一般穷极原理之研究者；同时亦有对万有现象之一部，而于其一部范围内，为一般穷极原理之研究者。前者称一般哲学，后者称特别哲学。其详应于法理学中研究之。                                                     |
| 一般哲学与特别哲学     |                                                                                                                                                                                                                         |
| 现实法学之意义       | 第二现实法学 现实法学，一称成法学，即就一国一时代之法律现象而研究其理论之学问也。此种法学，非于法律甚形发达之际，不能成立。盖法律与宗教道德相混之时，国家无独立之成法，无研究现实法之必要，故斯时法律哲学虽已早具规模，而成法学则尚无基础。如柏拉图（Plato）、亚里士多德（Aristotle）等之法律哲学早倡于希腊，而成法学则罗马法律家始踵行之，即其明证。现实法学研究之目的，虽不若法律哲学之深远，然有裨于实用，不可不切实讲求也。 |
| 法律哲学之发达先于现实法学 |                                                                                                                                                                                                                         |

## 第二节 一般法学及特别法学

研究范围上之  
分类

法学因其研究范围之广狭而区分之，有一般法学与特别法学之二种。

一般法学之  
意义

第一一般法学 一般法学者，研究关于法学全体观念之学问也。此种法学，不拘泥法律现象之种类，或综合其同一者，或比照其类似者，而以获得学识之概要为主眼。故凡从事法学者，必先经过研究一般法学之阶级，然后始从事特别法学之研究，庶循序渐进，收效滋多。

特别法学之  
意义

第二特别法学 特别法学者，研究关于特殊社会之特种法律现象之学问也。其网罗关于刑法之现象而详加研究者，是为刑法学。其综合关于民法之现象而详加研究者，是为民法学。此外如宪法学、行政法学、商法学、诉讼法学等，皆属于特别法学。此种法学，其研究之范围，具有定限，故其结果，较之一般法学，亦甚精详。唯学有次第，不可因特别法学之研究，遂置一般法学于度外也。

## 第三章 法学研究之方法及学派

法学研究之方 凡学问之研究，大别为演绎方法及归纳方法之二  
法及学派种，法学之研究亦然。兹分节说明如下。

### 第一节 依演绎研究法之学派

依演绎研究法 演绎研究法者，不基于事实之经验，乃以独断之理  
之学派 想为根据而布衍之者也。依此研究法之学派，约有自然  
法学派及哲学法学派之二种。

#### 第一款 自然法学派

自然法学派之 自然法学派者，即主张普遍不易之理想法存于现实  
意义 法之上，而以之为模范标准之学派也。此项思想，发达  
最早。柏拉图、亚里士多德等均具此观念，而为自然法  
自然法与纯哲 谓罗马法具有自然法之观念焉。唯普通所谓自然法派  
学派之异点 者，尚非中世纪以前之法理学派，其与纯哲学派根本相  
异之点，在以人类之自然状态为立论之基础。盖纯哲学  
派为造化主义，而自然法派为人性论。纯哲学派为主他  
主义，而自然法派为主我主义也。即古昔之人类属自然  
状态，今日之人类属国家状态。自然状态，非基于神  
自然法论者即 意，亦非基于人意，乃基于人类性情之自然。国家状  
民约法论者 态，则人类基于契约而构成之人为制度。故自然法论

者，同时亦为民约论者焉。

自然法主义与  
理想法主义之  
异点

自然法主义与中世以前之理想法主义相异者，厥唯纯哲学与纯理论之点。以自然状态之主张，在科学上观察，涉于空泛故也。然当宗教改革及文艺复兴之际，解放中世以前各种束缚，远绍柏拉图、亚里士多德之绪业；更因教会之威权，而为自由研究新机运之产物；且保自然科学与个人主义之发达，其功实有不可掩者。盖此派之主张，既非希腊哲学之目的观，又非中世纪神学之超自然主义，而以自然为事物之最高决定，注重个人利己性，遂离希腊哲学中世神学之国家主义道德主义，而为一种实利主义之发现焉。

自然法各派为  
实利主义之发  
现

格老秀斯氏之  
《平战条规论》

自然法学派之鼻祖格老秀斯氏著有《平战条规论》<sup>①</sup>，实为国际法之创始者，其主旨不尚各国之现实法，而采自然不易之自然法。并谓人类之天性，以自然法为基础，不问神之存在与否，而自然法终为普遍不易之大法。欲制行为之邪正，当以是否适合人类之道德性及社交性为标准，即所谓“性法”是也。人类之社交性为自爱与他爱两种。因天性上之驱使，遂由自然状态而移于国家状态。其形成国家状态之唯一方法，即人类相互之契约。而自然法，则为遵守契约之使命，故国家者以图谋共同之利益各自权利之享受为目的，而为自由人之完全结合者也。

反暴君论者之  
民权论

格老秀斯氏虽主张契约说，但尚非民约论之创始者。以国家及法律之成立实原于契约，其思想已著于古代故也。至第十六世纪，自由思想民权论，盛形发达。“反暴君论者”之一派学者出，极端否认古来之绝对君权论及神授君权论，抗论当时诸国之虐政，提倡人民主权之思想。以君主权基于君民之契约，事实上应予君主

<sup>①</sup> 《平战条规论》（*De iure belli al pacis*, 1625），何勤华、李春林、张美成、薛磊、徐震宇五位先生将之译为《战争与和平法》（上海人民出版社即出）。——勘校者注

权以限制。无道暴君，系契约之违反者，人民当然有放逐讨伐之权。此即民约论学说之概要也。

布鲁特斯氏之  
《暴政抗议》

暴君放伐论之最著，为一五七九年布鲁特斯氏 (Junius Brutus)<sup>①</sup>所著《暴政抗议》一书。主张君主之统治权，由君民间之契约而生，君主以保护人民之安宁幸福为条件，人民遂移付主权于君主而表示其服从。其不遵守此条件之暴君，人民有放伐之权。同年布坎南氏 (George Buchanan)<sup>②</sup>所著《史戈托拉多人之统治权》一书，亦为同一之论调。

布坎南氏之统  
治论

亚鲁通鸠氏之  
《国家论》

民约论系由“君民统治契约论”渐进而为“人民社会契约论”，布鲁特斯及布坎南氏等之民约论属于前者，卢梭氏之民约论属于后者。其于此变迁而为过渡时代之代表者，厥唯德意志之亚鲁通鸠氏 (Johannes Althusius)。其所著《国家论》一书并认两种民约，而特以社会契约为国家法律之基础，故亦有民约论创始者之称。然当时其他学者之倡导社会契约论者，如英人胡克氏 (Hooker)<sup>③</sup>之《教会政治论》、西班牙人马里亚那氏 (Juan Mariana)<sup>④</sup>之《君主论》均先亚鲁通鸠氏而著为论说。马里亚那氏之论，于社会契约论之彩色，渐趋鲜明；同时于自然状态中，以各人之自由平等，为民约论

胡克氏之《教  
会政治论》马  
里亚那氏之  
《君主论》

① 布鲁特斯 (Stephanus Junius Brutus, 1518—1581)：他的笔名大概是“胡伯特·朗盖”，著有《反暴君书》(Vindiciae contra tyrannos, 即原件所称之为《暴政抗议》)。——校注

② 布坎南 (George Buchanan, 1506—1582)：苏格兰人文主义者，曾任年轻的苏格兰詹姆斯四世国王（即后来英格兰詹姆斯一世国王）的指导老师。其最重要的著作是 *De jure regni apud Scotos* (1579, 即原件所称之为《史戈托拉多人之统治权》)，在该书中他宣称国王须依民众的意志并基于普遍的善 (the general good) 治理国家。——勘校者注

③ 胡克 (Richard Hooker, 1553—1600)：英格兰神学家，著有《论教会体制的法则》(Of the Laws of Ecclesiastical Polity, 即原件所称之为《教会政治论》)，这部八卷本的著作是 16 世纪英文著述中最系统的政治著作，他的理论也被认为是洛克《政府论》的基础。——勘校者注

④ 马里亚那 (Juan de Mariana, 1536—1624)：西班牙法学家、人文主义者、历史学家。其所著《论君主与君主统治制度》(De rege et regis institutione, 即原件所称之为《君主论》)一书攻击了专制主义，主张推翻暴君为合法行为。——勘校者注

之根据，遂肇社会契约论与自然法论合体之初基。亚鲁通鸠之论述，虽较此等主张更为完善，究不能以社会契约论之创始者称之。特比之布鲁特斯等之说，确有理论上之价值，且不愧为民约论中之杰出者焉。

霍布斯氏之《市民论》及《人性论》其同以人类之自然状态与社会契约为论据之自然法论者，而与“反暴君论者”为反对之结论者，即后人评为“最理想最矛盾之思想家”英人霍布斯氏（Hobbes）是也。其所著《市民论》及《人性论》<sup>①</sup>等书，主张人性为恶，一人之自爱心与他人之自爱心相冲突，故人类相互之关系，并非和平亲爱，实为猜疑恐怖，而于自然状态中以各个平等为万物共通之要素，遂不免人与人之战争。战争既起，则各人对于物之权利，均失其保障。且背好生恶死之自爱利己性，于是乎不得不避战争状态而谋自安状态。乃因契约之关系，于各人固有自由中，让渡全部或一部于国家，以谋权利之保障，而国家遂因之完成焉。此自由之让渡，为绝对性。因之国家之主权者，有绝对之权力，人民对于国法之遵守，亦为绝对之义务。若如革命暴君放伐论之主张，是解除社会契约而复归于战争状态，殊失人性之本然矣。故霍布斯氏否认反暴君论者之学说，而为专制君主制之讴歌；且以国家之成立，原于人类自保性之要求，国家苟无绝对专制之支配权，则人类自保之目的，终不能达，是以根据自然法而主张一意思之专断；并谓法律为主权者之任意命令云。此种立脚于自然法主义而归著于人定法之学说，虽称为霍布斯氏之矛盾，然在自然法论者，多所不免，特霍布斯氏较为显露耳。又民约原因论，格老秀斯氏主张“社交性说”霍布斯氏反之而为“非社交性说”。其主旨以人类果具有社会生活建设国家之稟性，当无需乎协商

<sup>①</sup> 《市民论》（*De cive*, 1942），应星、冯克利两位先生译作《论公民》（贵州人民出版社2003年版）；《论人性》（*De homine*, 1658年出版）一般译作《论人》。——勤校者注



行为之契约，而国家自然发生，是格老秀斯氏主张之结果，不啻国家自然发达说之源泉。反之人类原无成社会建国家之固有性，其所为团体生活，实缘外部之强制，不能不因利害之关系而为合意之商量，从而不能不借资于契约，此霍布斯氏理论之根据而较格老秀斯氏之说为有力者也。

斯宾塞氏之实力说

霍布斯氏之矛盾，为自然法学之矛盾。故其学说之主张，仍不失自然法说之模型。当时各国，类受霍布斯氏之影响，咸以国家及法律，系基于人类之利己性，而为契约之产物。泊斯宾塞氏（Spencer）之“实力说”出，乃全然离自然法说而为独立之主张。氏所谓“大鱼吞细鳞之权利”非法律意味上之权利，而与国家之存在权同为实力之支配。力即权利，各人因权利而为所欲为，无所谓不法，不法仅限于不能耳。法之渊源，在国家以前为个人之实力，其于国家，则为实力之命令。故国家立法，谨守衡平，非上级威权之要求，乃期于政策之便利。印认理想自然法与现实国法不相关联，而以自然法论者之契约说为谬误，且为非自然法论者立一准则焉。

普芬道夫氏之《自然法及万民法》

其受霍布斯氏之影响，复归于格老秀斯氏之本系者，则为普芬道夫氏（Pufendorf）。依其所著之《自然法及万民法》<sup>①</sup>之主张，人之固有性虽为自爱性，但因神助及人助自保之必要上，兼具得有性之社交性焉。此社交性之发动，常有压倒自爱性之倾向，故仅此社交性，尚非国家状态之导源。人类之自然状态，虽非战争状态而为和平状态，但此和平状态，颇不确实，何时发生祸乱，殊难预测。人类因此灾害之预防，遂发生两种原约，乃依一种中间决议而为国家之建设，即依总员一致之合意，订立“结社原约”以组织团体，次因其团员

① 《自然法及万民法》（*De jure naturae et gentium*），1672 年出版。——勘校者注