



國家出版基金項目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

民國史料叢刊

續編
0153

孫燕京 張研 主編

政治·法律法規

法律思想史概說

中國法律在東亞諸國之影響（一）

 大象出版社

民國史料叢刊

續編
0153

政治・法律法規

孫燕京 張研 主編

法律思想史概說
中國法律在東亞諸國之影響（一）

〔目〕小野清一郎著，劉正傑譯

法律思想史概說

序言

本書原爲日本評論社之「社會經濟體系」而倉卒提筆，頗涉於廣汎，恐過於廣汎之歷史考察，不過爲輪廓之序述而已。將此而刊諸單行本，余實頗覺猶疑。果屬可能，甚欲將其加以增訂，然後付梓。惟若加以充分之增訂，則恐專力而爲之，至少尙須四五年之時間。不正確言之，恐盡余一生之力，亦不能達於完善之境。然余現因羈於他事，到底未能專力於斯途，因此遂不得不仍將本書之舊稿付梓，缺漏之處，切望讀者諒恕。

論其實，卽就寫此不滿百五十頁（原書百三十頁）之法律思想史概說，余已頗費苦心。抑所謂「法律思想史」者何也，此亦決非容易明瞭之事實。在余所知之範圍，迄乎今日之內外文獻，實尙未見純粹「法律思想史」之書物刊行。不過余對於「法律思想史」爲一種學問的考察之可能事實，前已持有確切之信

仰。今乃建立可試行此確切信仰之系統，而處理材料者也。似此則余之「法律思想史」，不論其優劣如何，可謂爲從來文獻中所無之述作，亦未可知。固然，余現在所考察之材料，就中有關係之學問業績，多仰給於法制史，法理學史，政治史，經濟史等；尤其卷末所揭載之參考書，爲本書草就借助最多之冊籍。余對於該書之著者等，實表極深之敬意。若謂余之著述，有何等可採之處，則恐不過單就所謂法律思想史，應採取如何之對象，提示如何之見解而已。

法律思想史者，依余之見解，固非法制史之意義，亦非法理學史之意義；實應爲法律思想之歷史的考察也。蓋法制史，取材於法律制度之歷史的發達，法理學史，取材於法理學說之歷史的變遷，對此則法律思想史應以在法律制度之形成與進化中之動的「思想」，在法理學說之構成與隆替上，多數學者所表現之思想之發展，爲考察之對象。蓋法律爲人類在社會，關於政治經濟，及其他可規律生活關係規範形成之一種獨自之精神文化也。在法律制度之形成，及與此相關之

法理學考察之發展，人類常被動於某一思想，或求將某一思想實現，專向此處觀察，而求序述其歷史事實時，即可信法律思想史之成立，爲屬可能。

法律思想史，乃精神文化史之一方面，爲經驗之文化科學，而屬於歷史學之範疇。惟求認識一切文化事實時，則其物質方面，即認識技術的經濟的之文化，亦不可不以經驗資料，選擇關係於某種文化價值，其意義即須有經驗資料之超經驗理解也。其精神方面，例如藝術、宗教，而至於法律，則尙更須有超經驗之理解。然雖云如何選擇價值關係，結局亦不外爲認識經驗事實。對此而由施以價值之判斷，非在描寫一個文化理想之意義時，即爲經驗之文化科學也。

人類之生活，有其物質方面與精神方面；其文化，亦有精神文化與物質文化，此乃不能否認之事實。且兩者之間，存有互爲制約之因果關係，亦可無疑。即因物質之運動，而生出精神之變化；同時以精神活動之原因，而生出物質生活之變化，乃爲經驗上所到底不能否認者。然此若僅由片面的而理解之，僅視物質爲真實

之物，精神者乃由物質所派生，或不過爲物質之作用及性質之唯物論。尤其只以人類文化全體爲經濟生活關係作用之經濟唯物主義，則爲非經驗的獨斷者也。今日恐尙有人懷疑人之精神生活，不能離開物質之一定組織而存在。且亦恐尙有否認人類社會之經濟生活關係，影響於精神文化形態之事實。然正與腦髓解剖學之研究，無排除倫理學之必要相同。由關於經濟生活社會科學之研究，乃不能沒卻精神文化之獨自意義。如精神文化已被付結其條件於經濟生產關係，則經濟文化亦被制約於精神文化，似此之事實，殆可無俟吾人之再述者也。特在行經濟唯物主義之現代。——信仰經濟唯物主義者，決非僅爲馬克斯之信徒。舉凡一切，殆均於無意識中，立腳於經濟唯物主義。——文化史之考察，無論比諸唯物論或唯心論，均爲比較解放之公平經濟科學，信有反省之必要，而一言之也。

昭和三年十一月

小野清一郎

目次

序言

第一章 原始文化與法律思想

第一節 原始民族與文化

一

第二節 圖騰主義之法律思想

三

第三節 祖先祭祀之法律思想

八

第二章 古代文化與法律思想

第一節 古代文化之發生

一五

第二節 巴比倫之法律思想

一八

第三節 埃及之法律思想

二二

第四節	猶太之法律思想	一三三
-----	---------	-----

第五節	希臘之法律思想	一三三
-----	---------	-----

第六節	羅馬之法律思想	三〇
-----	---------	----

第七節	印度之法律思想	三四
-----	---------	----

第八節	中國之法律思想	三七
-----	---------	----

第九節	日本古代之法律思想	四一
-----	-----------	----

第三章	中世文化與法律思想	四五
-----	-----------	----

第一節	中世文化之特色	四五
-----	---------	----

第二節	西洋中世之法律思想	四八
-----	-----------	----

第三節	日本中世時代之法律思想	五二
-----	-------------	----

第四章	近世之文化與法律思想	五八
-----	------------	----

第一節	近世文化之特色	五八
-----	---------	----

第二節	文藝復興與法律思想·····	六三
-----	----------------	----

第三節	啟蒙時代之法律思想·····	六七
-----	----------------	----

第四節	德意志理想主義之法理學·····	七四
-----	------------------	----

第五節	第十九世紀之法律思想·····	七九
-----	-----------------	----

第六節	社會主義時代之法律思想·····	八二
-----	------------------	----

第七節	世界的法律秩序之發展·····	九〇
-----	-----------------	----

第八節	日本德川時代之法律思想·····	九五
-----	------------------	----

第九節	日本明治及明治以後之法律思想·····	九九
-----	---------------------	----

參考文獻·····		一〇六
-----------	--	-----

法律思想史概說

第一章 原始文化與法律思想

第一節 原始民族與文化

本章所謂原始文化者，乃指今日之文化人類尚未入其歷史文化生活以前之文化，及今日尚殘存之未開化民族，即所謂原始民族或自然民族所有之文化之謂也。因兩者有重要之共通點，故在人類學、民族心理學等中，均同時採納。即在法律學方面，如敲拉（Kohler）者，亦根據普遍法律史之見解，將人類學的考察，與文化史的考察，互相結合，以闡明未開化民族之法律現象，及今日文化人類在原始生活時代之法律現象。

在原始民族或自然民族中，並非全無何等文化之可言。蓋即在所謂自然民

族之生活，亦有其或種之文化存焉。惟其文化，則與歷史文化民族之文化，頗各異其趣耳。故對文化民族而言，則缺乏吾人現在所謂「文化」之意義者，即可呼之爲自然民族也。然又須用何種標準，以區別自然民族與文化民族乎？此則恐唯以文字之有無，爲其最簡便之形式標準。而敲拉則謂文字之外，尙須以財產之發達，僧侶階級之發生，與夫國家之組織，爲分別自然民族與文化民族之要件。

卽在原始民族，亦有其各不相同之個性，與夫文化之特色。惟吾人對此，則可無須將其一一要求了解；寧可只由普遍化之社會學方法，以求明悉其共通之輪廓。固然，其經驗之材料，須俟諸關於各民族之觀察與記述，非徒恃空想之一般化者所能爲功。卽其認識之歸宿，比之謂爲某種特定原始民族之文化，亦寧可謂研究其在一般性方面，文化民族之文化，對於原始民族所有之文化，有如何之差異，且有如何聯絡之點之爲愈也。以下係余（著者）根據從來在此方的學者之研究，尤其是根據敲拉比較法學研究之結果，傍則參考溫德（Wilhelm Wundt）杜

爾耿 (Émile Durkheim) 及其他學者。試由關係於法律思想方面，而述其在原始民族之文化者也。

第二節 圖騰主義之法律思想

原始民族之社會生活，所謂法律宗教與道德等之文化領域，尙未判然分開。社會生活之秩序，既無法律，又缺道德，僅受一種習慣之支配，其意識根據亦甚不分明。惟宗教表象，則比較早已發達。此即成爲與社會生活秩序上，有重大關係之物。進而言之，則可謂當時之法律思想，即宗教思想也。

即就宗教而論，原始民族之宗教，亦不易達到有人格之神佛概念，惟以自然崇拜及精靈崇拜爲出發點而已。然人類僅由其雜然之印象，漠然之恐怖，或快樂之感情，而創造一定之宗教觀念，已屬一種文化之發展。且雖在原始民族最粗雜之宗教觀念，亦必非僅爲一種單純之物，其中定藏有種種複雜之理論，欲求發現其意義，則頗屬困難。惟就原始民族文化中所有共同之形式，則可以得一由關於

他一民族之認識，以推測此一民族不明瞭處之便宜焉。且原始民族之宗教觀念，流行最廣，因其與社會生活以深切之影響。故將圖騰 (totem) 泰蒲 (tabu) 及祖先祭祀等，均舉而論之。

圖騰主義 (totemism)，最初發現於美洲之土人中，及後在其他未開化之民族，亦有所發現。且由在歷史文化民族之宗教，尙存有圖騰痕跡之事實。可信圖騰在原始民族，爲一種流行極廣之宗教形式也。關於圖騰主義之詳細事實，可讓諸他書之研究。惟其根本觀念，則爲人類之某種集團。崇拜某種動物（間亦有崇拜植物者）；且此種被崇拜之物，即視爲其集團之祖先，而用爲其集團之表徵也。然其何以發生似此之思想，則極有耐人研究之處。總之，不明人類與動物之區別，而相信其間有精靈交通作用，實爲胚胎於原始民族之一般思想。如某集團以鷹爲祖先，某集團以狼爲祖先之想像，均係基於錯覺之空想，殊可無疑。然此並非現在所當討究之問題。現在所當討究者，猶在此奇異之宗教觀念，如何支配原始民族

社會生活之法律思想也。

圖騰之表象，在原始民族有結合其血統集團之能力。蓋圖騰非僅爲其集團外面之表徵與記號，屬於圖騰集團者，其內部且宿有動物之精靈。故其相互間亦定有深切之精神的聯絡，由圖騰即可意識其集團之原來意義，由是圖騰遂將原始之集團生活加以保障。故在圖騰時代之人類生活，圖騰集團實爲社會生活之最重要者。其血族之集團，大概爲母系組織，因母子之關係聯絡而行者。婚姻則由此一圖騰，與彼一圖騰間，用集團的而行，即所謂集團婚者也。由圖騰間之婚姻，兩圖騰之精靈，想亦有行其神祕之接觸，同時其間之交際遂亦隨之而生，而漸將和平社會生活之範圍擴大。

原始民族之集團，其內部結合，有極度之強力。惟其結合則必屬於宗教的與精神的之結合，斷非近人所想像之利益的與目的的；尤更屬一種本能之結合，本質之結合。蓋圖騰集團，在圖騰時代，殆爲唯一之社會生活，支配人類生活之全體，