

何勤华 主编

# 《法理学大纲》与 《法律哲学ABC》

Roland R. Foulke 著

施宪民 译

魏琼 勘校

【日】穗积重远 著

李鹤鸣 译

魏琼 勘校



中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

# 《法理学大纲》与 《法律哲学 ABC》

Roland R. Foulke 著

施宪民 译

魏琼 勘校

〔日〕穗积重远 著

李鹤鸣 译

魏琼 勘校



中国政法大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

《法理学大纲》与《法律哲学ABC》/(日)穗积重远,(美)福克尔(Foulke, R. R.)著;  
李鹤鸣,施宪民译. —北京:中国政法大学出版社,2004. 12  
(中国近代法学译丛)  
ISBN 7-5620-2683-1

I. 法... II. ①穗...②福...③李...④施... III. ①法理学—基本知识  
②法哲学—基本知识 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第139848号

\* \* \* \* \*

书 名 《法理学大纲》与《法律哲学ABC》  
出 版 人 李传敢  
经 销 全国各地新华书店  
出版发行 中国政法大学出版社  
承 印 清华大学印刷厂  
装 订 北京爱德金文装订有限公司  
开 本 880×1230 1/32  
印 张 6.875  
字 数 160千字  
印 数 0 001-3 000  
版 本 2005年3月第1版 2005年3月第1次印刷  
书 号 ISBN 7-5620-2683-1/D·2643  
定 价 19.00元(精装本)  
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088  
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)  
电子信箱 zf5620@263.net  
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

# 中国近代法律文库(译著类)

编 委 会

主 编 何勤华

编 委 李克非 李秀清 陈 颐

曲 阳 吴旭阳 张 谷

曾尔恕

## 总 序

民国时期，是中国近代法学的奠基时期。该时期，不仅出版了一批有分量的专著，如王世杰、钱端升著《比较宪法》、胡长清著《中国民法总论》、黄右昌著《罗马法与现代》、杨鸿烈著《中国法律发达史》、程树德著《九朝律考》、瞿同祖著《中国法律与中国社会》等，也推出了约四百余种外国法学译著，如穗积陈重的《法律进化论》、孟罗·斯密的《欧陆法律发达史》等，它们是中国近代法学遗产的重要组成部分。

令人担忧的是，由于出版年代久远，这批译著日渐散失，即使少量保存下来，也因当时印刷水平低下、纸张质量粗劣等原因，破烂枯脆，很难为人所查阅。同时，这些作品一般也都作为馆藏书，只保存于全国少数几个大的图书馆，一般读者查阅出借也很困难。

鉴于上述现状，中国政法大学出版社高瞻远瞩，关爱学术，策划并决定对民国时期（包括少量清末时期）

## 2 总 序

的译著进行整理、筛选，以“中国近代法律文库（译著类）”的形式重新点校、勘校出版，以拯救民国时期法学遗产，满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

参与本文库点校、勘校的有中国政法大学出版社、华东政法学院法律史教研室、北京大学法学院、中国政法大学图书馆等部门的编辑、教师、博士生和硕士生。由于我们学识粗浅，点校、勘校中可能会存在这样或那样的问题，恳请广大读者批评指正。

何勤华

二〇〇二年八月一日

于上海·华东政法学院

## 凡 例

一、本文库（译著类）主要整理点校、勘校出版民国（包括少量清末）时期国人翻译出版的外国经典法律名著。在点校、勘校过程中，对原作不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者，一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字、异体字，现全部改为简体字、正体字。个别若作改动会有损原意者，则予以保留，另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，现一律代之以现在规范通行之标点符号。

五、原书无段落划分者，点校、勘校时作适当之段落划分。

六、原书所用译名，现有新译者，全部改为新译。如“法郎西”改为“法国”，“意大里”改为“意大利”，“澳地利”改为“奥地利”等。但外国人译名均未改，原因在于原书涉及的外国人名一般均未附外语原文，无法重译。在这种情况下，与其误译，不如保留原貌为好。但对有些附有外语原文者，或点校、勘校者手中有外文原著（如《万国公法》等）者，点校、勘校

## 2 凡 例

时对原译名加注说明。

七、为保留原著面貌，对原书所引用之事实、数字、书目、名称及其他材料确有错误者，也不作任何改动，但加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、民国时期出版的法学译著，有些是篇幅很小的小册子，只有几十页、一百余页。考虑到现代读者的阅读习惯，以及文库每册书稿的大体平衡，我们将这些小册子做了适当处理，有的以二三册合并一起出版，有的以“某某法学文选”的形式出版。

## 总目录

|                  |       |
|------------------|-------|
| 《法理学大纲》 .....    | (1)   |
| 《法律哲学 ABC》 ..... | (131) |

# 法理学大纲

穗积重远 著  
李鹤鸣 译  
魏 琼 勘校



## 勘校者前言

《法理学大纲》是中国近代引进翻译的、有份量的国外法理学作品之一。其作者穗积重远（一八八三年—一九五一年），是日本近代法学主要奠基人穗积陈重（一八五五年—一九二六年）的儿子，是日本近代著名法学家之一，致力于法理学和民法学的研究。本书是他在东京大学担任法理学讲座时所编写的讲义，名之为“大纲”，由李鹤鸣翻译之后于一九二八年十一月由上海商务印书馆出版。

本书虽系讲义，如作者所言以简单为第一要义，但对近代法理学上的重大课题均已涉及到了。全书共有十二章，主要篇目为：第一章，法理学之意义，包括第一节，由法律学定义观察之法理学意义；第二节，由法律学研究方法观察之法理学意义；第三节，由法律学范围观察之法理学意义。第二章，法理学之分派，列举五大法学流派（分析派、哲学派、历史派、比较法学派、社会学派），法理学史等内容。第三章，分析派之法理学。第四章，哲学派之法理学，包括第一节，纯哲学派；第二节，自然法派；第三节，社会哲学派。第五章，历史派之法理学。第六章，比较法学。第七章，社会学派。第八章，法律之进化，涵盖复仇、赔偿、扣留以及私力之公权力化等内容。第九章，法律之本质，包括第一节，通说；第二节，自说。第十章，法律之内容。第十一章，法律之形式。第十二章，法律之本位。

从上述篇目可以得出这一结论：本书几乎囊括了近代法理学的全部内容。例如，近代西方各主要法学学派的理论和思想，以及法律的起源（法律之进化）、法律的本质、法律的内容、法律的形式、法律的本位等。其中，法律学之意义、法律之进化、法律之内容、法律之形式、法律之本位这五个问题的阐述，尤为重要，发人深思。

就法律学之意义，本书从以下三个方面作了阐释。

首先，对何谓“法律学”作了精辟说明：“法律学者，法律之学问知识也。学问知识云者，即谓就某现象之独立知识（即经验）加以综合分析、类汇组织，抽出其现象之通性，以认识其根本原理及其在万有现象中之位置也。”〔1〕在此基础上，作者对法律现象之学问知识、科学与哲学、现实法学与法理学、法理学乃特别哲学等作了进一步的考察，指出“法理学即关于法律现象之特殊哲学，介乎现实法学与一般哲学之间。法理学者之任务，在根据一般哲学之原理，以说明现实法学之结果。”〔2〕

其次，对法律学研究之方法作了简要列举，涉及分析的方法、历史的方法、比较的方法、社会学的方法、哲学的方法等，比较详尽地阐述并强调法理学应当综合运用这些方法，才能促进法学的进步与发展，“若惟用其一，尚不能完成法律学。”〔3〕

再次，对法律学之范围作了明确界定，即作者认为，除了一般意义上的“法律学”之外，法理学还应当包括立法学、法律心理学、法律伦理学、法律教育学、法律美学等学问。作者指

---

〔1〕 穗积重远著、李鹤鸣译：《法理学大纲》，上海商务印书馆一九二八年版，第一页。

〔2〕 同上书，第五页。

〔3〕 同上书，第六页。

出：“此等学问，亦应用于现实法学，而其自身亦系以法律为对象之法理学的研究也。故法理学如不并用纯哲学的研究与社会学的研究，且不包括此等学问者，即不足以称为完全之法理学。”〔1〕

就法律之进化，本书从以下六个方面作了论述。

第一，从社会的角度指出，法律“为人类的现象，为国家的现象，又为社会的现象。”〔2〕因此，法律“亦人类社会之产物，社会生活之法则也”。〔3〕

第二，作者认同社会学者的研究，认为“法律之起源，始于复仇”，〔4〕并分析了人类社会早期复仇的演进过程。

第三，从《旧约全书》中归纳了复仇的七大限制，同时指出刑事裁判的起源于团体公权力对这一复仇的限制。

第四，随着经济状态的进步，赔偿取代了复仇制度。而此种赔罪制度又分化成为刑法的罚金制度和民法的损害赔偿制度。作者认为“此亦可窥知由私力制裁至公权力制裁之进化也”。〔5〕

第五，扣留制度，是为财产上的复仇。此种扣留分三期进化，其中，第三期为“由扣留物之原主请求返还其扣留物，诉诸团体之首长或长老等，仰承其裁判扣留之当否。”〔6〕作者强调，这一期是民事诉讼的开端，法律先由诉讼法而发达，而初期民事诉讼的原告，以不履行义务的加害者为多，故得出结论：

---

〔1〕 穗积重远著、李鹤鸣译：《法理学大纲》，上海商务印书馆一九二八年版，第七页。

〔2〕 同上书，第八十八页。

〔3〕 同上书，第八十九页。

〔4〕 同上书，第八十九页。

〔5〕 同上书，第九十三页。

〔6〕 同上书，第九十四页。

“即此可以窥知由私力救济移于公权力救济之进化。”<sup>〔1〕</sup>

第六，私权力之公权力化，即是由私力制裁、私力救济移于公权力制裁、公权力救济的进化，由此完成了所谓法治国之状态。

通过上述六个方面的翔实梳理，作者得出一个言简意赅的观点：法律实因社会力、公权力而发生、而发达者也。由社会力尤其公权力而强制实行的社会法则，即为法律。

就法律之本质，本书认为法律的实质是社会生活规范。该章节分为两部分加以说明：先是通说，介绍了技术规范与伦理规范、法律规范与道德规范以及法律与道德的关系等方面的一般观点；后是自说，对上述诸说进行批判，着重地论证了“技术规范亦成为法律、道德规范亦成为法律、礼式规范亦成为法律”的理由与立场，进一步阐发了“法律乃社会力强制实行之社会生活规范”的定义，并从十个方面详尽地论列了该法律定义的内涵与外延。

与此同时，作者还缕陈了法律与命令说的差异、法律与自然法则的区别，指出法律是强制实行的规范，其强制实行作用的原动力为社会力，且法律现象虽为自然现象，但法律并非自然法则。

就法律之内容，本书认为法律所保护的利益主要是个人利益、公的利益和社会利益。前者涉及人格、亲族关系等；公的利益包括法人之国家利益和社会利益保护者之国家利益；而社会利益关涉面更宽泛，举如，一般的安定——安全、健康、平和秩序、交易之安定、取得之安定；一般的道德；社会制度之安定；

---

〔1〕 穗积重远著、李鹤鸣译：《法理学大纲》，上海商务印书馆一九二八年版，第九十四页。

自然力之利用及保存；残废者及需要扶养者之保护；个人道德及社会生活等。

作者指出，法律非自然法则，故因时因地而有变化，不必永久不变。而其因时与地所生变化之最大者，则在于某种社会生活规范之成为法律与否一点。即如上述各种利益，亦不必其恒成为全部法律之内容。抑所谓使各个人于社会各得其所而取其所当取与其所当与者，乃法律之目的，法律家所称为“正义”者是也。<sup>〔1〕</sup>

作者还指出正义之执行，有依据法律者，也有不用法律者，故社会生活规范之全部，不尽适于用法律强制实行。同时，由法律执行正义时，法律之中既有法律之利益，也有法律之弊害，因此法律不可常用。

就法律之形式，本书所阐述的，实为现代一般意义上理解为“法律渊源”。正如作者所言：“吾人所谓法律，系指现实法（the positive law，现在一般译为“实在法”或“实证法”）而言。”<sup>〔2〕</sup>而现实法之分类，可采用种种之标准，有由其内容区别者，也有由其通行之范围区别者。

但法律之所以成为法律，在于由社会力强制实行这一点，故以其由社会力强制实行之状况为标准，则可以将法律分为习惯法、判例法、成文法三种。这一最重要、最适当的分类，即揭示了学者所谓“法律之渊源”或“法源”（sources of law）的问题。作者因此更详细地论述了习惯法、判例法和成文法的发展演变，以及它们在近代社会生活中的作用。

---

〔1〕 穗积重远著、李鹤鸣译：《法理学大纲》，上海商务印书馆一九二八年版，第一百三十页。

〔2〕 同上书，第一百三十七页。

最后，作者还围绕法典作了界定，强调法典编纂为国家大事之一。为此，摘录了穗积陈重的《法典论》的相关要目，疾呼“对于其利弊及编纂方法，必须加以充分研究。”〔1〕

就法律本位，本书也有深刻而先进的论说。作者主张：“法律之本位者，即成为法律中心、成为法律立足点之观念也。”〔2〕这种观念，随着社会的变化而发生变化，因而是一个动态的概念。

作者指出，现代大部分学者都认为，法律本位之普通观念是权利，而且这种认识成为了现代人的共通心理。因此，大家都以法律为权利之规定，以法律学为权利之学，并认为权利先于法律。作者认为，其实这种观点是不对的。先于法律的是义务，在人类早期，是义务本位。“权利之观念，实在人类社会进化至于一定程度以后，成为法治之产物而发生而发达者。”〔3〕法律是由义务本位移于权利本位。在一定意义上，“权利亦可谓为法律之创造物也”。〔4〕作者认为，权利为本位，比义务为本位，更利于“发挥法律所以成为法律之实质”。〔5〕

作者指出，随着社会的发展，权利非法律之绝对的本位，法律之进化，亦非由义务本位。因为法律以强制力来实行义务、拥护权利，并不是法律的最终目的，而只是一种手段，法律的最终目的是要保护和促进社会生活的利益。“故法律非为义务本位，

---

〔1〕 穗积重远著、李鹤鸣译：《法理学大纲》，上海商务印书馆一九二八年版，第一百五十四页。

〔2〕 同上书，第一百五十七页。

〔3〕 同上书，第一百五十八页。

〔4〕 同上书，第一百六十页。

〔5〕 同上书，第一百六十页。