

Aus Wissen und Wissenschaft

—31—

ENTWURF DER GESCHICHTE D
GESETZLICHE GEDANKEN

學藝彙刊 (31)

法律思想史概說

小野清一郎著

劉正傑譯



中華學藝社出版

商務印書

ENTWURF DER GESCHICHTE DER GESETZLICHE
GEDANKEN

法律思想史概說

小野清一郎著

劉正傑譯

中華學藝社出版 1933 商務印書館發行

民國二十一年一月二十九日
 敝公司突遭國難總務處印刷
 所編譯所書棧房均被炸燬附
 設之涵芬樓東方圖書館尙公
 小學亦遭殃及盡付焚如三十
 五載之經營墮於一旦迭蒙
 各界慰問督望速圖恢復詞意
 懇摯銜感何窮敝館雖處境艱
 困不敢不勉爲其難因將需用
 較切各書先行覆印其他各書
 亦將次第出版惟是圖版裝製
 不能盡如原式事勢所限想荷
 鑒原謹布下忱統祈 垂督

上海商務印書館謹啓

版 權 所 有 翻 印 必 究

中華民國二十年八月初版

民國廿二年 國難後第一版
 三月印行

(八〇六)

學藝彙刊 法律思想史概說一冊

每冊定價大洋肆角

外埠酌加運費匯費

本書減去售價五分

原著者 小野清一郎

譯述者 中華學藝社 劉正傑

發行人 王雲五
 上海河南南路

印刷者 商務印書館
 上海河南南路

發行所 商務印書館
 上海及各埠

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	一
---------------	---

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	一五
---------------	----

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·····	一三〇
-----	--------------	-----

第七節	印度之法律思想·····	一三四
-----	--------------	-----

第八節	中國之法律思想·····	一三七
-----	--------------	-----

第九節	日本古代之法律思想·····	一四一
-----	----------------	-----

第三章	中世文化與法律思想·····	一四五
-----	----------------	-----

第一節	中世文化之特色·····	一四五
-----	--------------	-----

第二節	西洋中世之法律思想·····	一四八
-----	----------------	-----

第三節	日本中世時代之法律思想·····	一五二
-----	------------------	-----

第四章	近世之文化與法律思想·····	一五八
-----	-----------------	-----

第一節	近世文化之特色·····	一五八
-----	--------------	-----

第二節	文藝復興與法律思想·····	六五
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（Koller）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。

即在原始民族，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。即其認識之歸宿，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）

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，卽視爲其集團之祖先，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論之問題。現在所當研究者，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，卽所謂集團婚者也。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，

缺乏個人之自覺，人人惟集團共信，集團共念，集團共勞動，集團共戰爭，而亦以集團共享樂。

由現在觀之，雖如何奇異之集團婚形式，在當時之精神生活，爲一種極自然之事實，可無疑義。蓋集團婚者，乃屬於一家族或一集團之多數男子，與屬於他家族或他集團之多數女子，有婚姻關係之謂也。惟雖曰婚姻，亦必非經營共同生活。屬於某一集團之子女，無論何時，必均在其出生之集團中，繼續生活。然其集團因由母系聯絡，父子之關係，極不分明。且子女屬於其母之集團，故其所受最親切保護之男子，亦決非其父，而爲其母之兄弟，即舅父之類。若乎掠奪婚及買賣婚，則爲比較進化之婚姻形式，乃在原始民族中，由個人發生力之自覺而生者。此即爲推移於父權組織之原因也。

圖騰時代之財產法，爲集團共產制，亦由當時之集團生活而可得理解。所謂個人所有權或財產權概念之發生，則當時之集團生活，猶極爲緊密，人人爲集團

而勞動集團生產之結果，亦由屬於集團全部之人，共同消費。蓋勞動所得之收穫，屬於勞動者個人之概念，乃近世概念之傾向。在當時一切事物，均屬於集團之觀念。集團共產制，實爲當然之事實。僅如武器或裝身具等，因使用上有個人性質之必要，故其個人所有權，比較早被認識。因以農業爲主要目的，始佔有一定之土地時，亦仍爲共產形式之所有。而土地共產制度，爲既入歷史時代以後，尙維持甚久之事實，則當在後述之。

原始法律與泰蒲之關係，亦多有可討究之處。泰蒲原爲波倫尼西亞 (Polynesia) 語，與「圖騰」一語同變爲文明語，遂更爲通俗。日本之穗積陳重博士，曾加以熱心之研究。其意義原爲不可侵犯某一定之事物，若加侵犯，則必有災害降臨；乃由尙未能十分了解神聖與不淨之意義，基於一種忌諱之行爲規範也。此不特持宗教觀念爲之保障，由其屢屢隨有實現之制裁而觀之，實可視爲一種法律形式之規範。依溫德之說，泰蒲之起源，乃由不可殺害或烹食圖騰動物之圖騰主