

法學通論
中國法制史



法學通論

緒言

法學通論云者總闡法學之要義示初學者以準的也自世益進碩彥輩出鉤玄絕幽覃究闡奧洞微眞理昭示來學論旨精闢度越前世而法學之籍聯軫塞厨華顯老儒畢生矻矻尙莫能盡高材之士困發異思輒取性所夙者罷神以往獨擅精英騰譽一世世至今日是不獨法學有事而法中之中類別業分亦各馳思於所欲悲以自爲方然其始也非粗識大體則無由進研達變之義要爲法學要旨之詮釋有不能不資乎法學通論也蓋登必自梯行必由徑去梯背徑斷港絕潢書窮老莫達初習法學者之於法學通論亦猶是耳

日儒梅謙次郎曰法律者人類爲社會一分子所不可不由之道也西諺云吾人生於法律死於法律動作於法律管子曰仁義禮樂皆出於法是法律者與吾身爲緣爲吾人日用倫常所不可缺者凡屬橫目方趾歸然以靈秀號於萬彙者胥不可不考厥始要以周旋社會而無忝所生也審矣由是言之法學通論一方爲學者進攻專門之階梯一方又爲普通人類所應具之常識其宜羣稽肄習也灼灼然矣

積人類而成社會由社會而演國家國家既立法制斯起政治以生芸芸者衆既不能離國家而獨立則生斯國也苟於國家之義何居尙爾茫然其去榛莽未化之民也幾希故本書編纂次第首論



國家

繼國家而起者是曰法律法律者所以範制吾人外部之行動齊其不齊一其不一抑強橫扶羸弱以維持國家社會之秩序也國有常刑犯者必懲弼莫跬步舉有法律繩其後國俗境禁遨遊所抵且需聞問烏有長蟄斯土而於法律之謂何噫然茫然能以遂其生存者乎故次述法律

法律所保護者是曰權利人自呱呱墮地即具人格爲權利義務之主體泊夫漸長權利之慾望盛而藉法律爲保障之塗益廣然而權利之觀念不明斯行使之方術多竄故法律意義既明之後次論權利

近世國家號稱法治法所由興類緣於學學術榛蕪則法律終古無進步之望矣故總覽古今殿以法學

從來編纂法學通論者其詳略次第雖各不同然吾人擬就右舉四端粗發其要而法學通論之大體庸或猶具若夫探深研幾窮涉浩瀚是在學者之鑒而不舍矣

法學通論目錄

第一編 國家論

第一章 國家之意義

第二章 國家之發達

第三章 國家之目的

第四章 國家之分類

第二編 法律論

第一章 法律之意義

第二章 法律之統系

第三章 法律之特性

第四章 法律之目的

第五章 法律之分類

第六章 法律之成立

第七章 法律之改廢

第八章 法律之解釋

第九章 法律之淵源

第十章 法律之適用

法學通論目錄

一

一 四 六 一三 一七 二七 三二 三五 三六 四二 四四 四五 五〇 五六

法學通論 目錄

二

第十一章 法律之制裁

五八

第十二章 法律之効力

六六

第三編 權利論(附義務)

第一章 權利之意義

七九

第二章 權利之分類

八一

第三章 權利之主體

九三

第四章 權利之客體

九六

第五章 權利之取得

九九

第六章 權利之行使

一〇〇

第七章 權利之變喪

一〇一

第八章 義務之意義

一〇三

第九章 義務之分類

一〇四

第四編 法學論

第一章 法學之概念

一〇七

第二章 法學之發達

一〇七

第三章 法學之分科

一一一

第四章 法學之派別

一二二

法學通論目錄終

第一編 國家論

第一章 國家之意義

國家者於主權者之下以一定土地為基礎而為共同生活之人類團體也茲分析闡明其義如次
(一)國家者為共同生活之人類團體也

國家以人類之團體為其成立之要素固無疑然但云團體將與社會同其義而社會之為物不獨人類有之彼下等動物如蟻蜂者亦往往能團結為一社會故必冠以人類二字始有以示其別耳惟既因人類之團結而形成國家則其人數之多寡在所不計法儒盧梭謂一國之人民最少須在一萬人以上者非確論也現今若摩洛哥侯國僅一萬三千餘人聖馬利那共和國僅九千五百人仍不失為國家特以今日之世界列強環伺競爭迭起苟非團集多數之人民不足組織強大之國家捍禦外侮以自遂其生存耳但此人類之團體其集合也若如飄萍游絮之偶相遭值則不足以成立國家必其團體共同生活於一定目的之下其個人目的以外別有團體之目的而個人為其分子故又以能為共同之生活為要件也

(二)國家者以一定土地為基礎者也

國家之構成以土地為其要素近世始然古代殊不爾也茲畧說明土地與國家之關係以考見其發達之沿革別為三時期述說之

(甲)第一時期 此時期僅認人民及主權爲要素而輕視土地此其故蓋以古代地廣人稀凡土地之取得至爲易爲其價值亦遠遜今日之昂貴且當時足稱爲國家之完全團體絕少尤非如今日國際競爭奪城侵地據險設防視土地爲拱壁其不以土地爲國家之要素固其所也

(乙)第二時期 此時期認土地與主權爲要素而輕視人民蓋自世運進步由游牧而轉爲農業耕耘盛行土地之需用日急甚且視爲生產之一之要素而經濟上之價格遂以日高又此時代羣雄割據互爭霸長各據土地爲其領土視占地之廣狹定國力之強弱致一變向此輕視土地之思想而認土地即國家焉彼人民者則若不足輕重一似國家唯一之要素但有土地耳考此時期即學者所稱公法私法混合時代大君主與大地主摩所區別率土之濱莫非王土人民之耕種土地也視爲日君主所租借者其視天下爲一家之私產與吾國秦以後之家天下實罔以異耳夫近世之國家思想固亦視土地爲要素然與此時期則異其意蓋國家之領土不過由公法之關係爲主權行使之範圍非如此時期視之爲財產並生私法上所有權之關係也

(丙)第三時期 此時期認土地人民主權三者爲要素三者之間無所偏重雖以土地爲國家之要素然僅以之爲主權行使之範圍凡在一國領土之內者不問內國人外國人均宜服從其國權而毫不屈以私法上之觀念視之爲所有物也然近世此思想之變化亦大有故在其一爲經濟上之變動其他則因法理學上之進步所謂經濟上之變動者即因近世科學之進步促各種之發明

器械工業一時鼎盛土地之外復認資本勞力爲生產之要素且因亞美利加大陸之新發見土地供給一時大增土地之價格又愈趨昔日也所謂法理學上之進步者即公法私法之觀念大明一國之統治權與地主之土地所有權不同君主非最大土地之所有者遂以豁然土地主權人民三者共爲國家之要素乃爲近世學者間之定論矣

(三) 國家者以主權爲要素也

有人類與土地尙不足以構成國家蓋彼社會者亦曾具人類土地二要素苟國家僅以具此二要素爲滿足則奚以別於社會故必益以主權美儒柏哲士曰主權者對於人民或人民之團體絕對無限制之權力也日儒寬克彥曰國家之主權因有國家而存在而國家者又因有此主權而存在者也蓋人類之由社會演爲國家也皆怵於外界之侵迫個人自由之太伸不足以久安而長治乃相與組織國家制爲條教號令以鈴束各個人外部之行動而主權以生國家以立人類安寧遂以益固使去主權則條教號令罔所出而個人之自由破藩決籬將靡所制浸且返於人類原始社會之狀態而國家以裂矣此主權與國家之關係所以尤爲密切也

或有於以上所舉之三要素外復於人類團體之上加以繼續存在之限制者此其主張之理由則以人類之性質最靈苟一旦慣於國家之生活後此必益圖繼續之雖世態萬變興替不恆國家間有條遭滅亡者然不浸久國家狀態必仍回復且以今世國際競爭之劇烈自斯以往凡號稱爲國

家者脫非繩繩繼續尤不足以安內治而攘外患也雖然橫囑古今東西之歷史凡國家之存在其能永遠繼續者邈焉無幾蓋國家之盛衰興亡至靡恆常彼歷史之所以語吾人者既昭然可考則將來之跡夫亦可以類推矣然則彼以繼續存在爲國家成立之要素者又何其與歷史大相刺謬耶或又謂凡國家當其成立時其目的必期久遠非如彼私法上之公司自其始創時即以二十年或五十年爲存續之期限者蓋國家未有不希冀其能永久繼續者卽其性質上亦不能預定時期唯以歷史上之事實偶然反其當初之豫期致來滅亡之慘耳循茲以談是國家與彼私法上之公司不同應以含有繼續存在之性質爲至當也此其說固不無一面之理然國家成立之要素宜根據歷史上之事實今覽歷史上之事實既無永久繼續存在之國家則不得視爲國家之要素也密矣夫國家之目的與其希望固皆以能永久繼續爲美滿然所謂目的希望者不過一馳空之理想何當實際且果如論者所云則今世之國家鮮能具此要素者皆將不得謂之國家耶

第二章 國家之發達

莊周曰作始也簡將畢也鉅社會演進之理本隱之顯由單趨複蟬蛻以往錯綜萬緒而原其始終未嘗無本末之可尋執微概著稽厥變遷誠研學者之所有事本章闡述國家之發達亦若是已總考國家發達之跡得析爲四期聊叙其略陳於後方

第一期 孤立時代

洪濛之初人文未啟羣居野處家各孤立一家之間各戴家長督率羣從母權父權於以產生家族但服從其家長權而各家之間散沙游徙絕無關聯亦不統一各自本其天稟之能恣放無紀競不虛生蓋太古荒陬之氓醉生夢死窮老不相往來而社會醞醞周旋之儀無聞焉故曰孤立時代

第二期 部落時代

世運稍進生齒日繁延蔓大地隣家之村閭里之族彼此距離浸以日促而向此之各伸天稟行動自由無禮法以爲之範圍者至是勢常相傾天賦自由嚆爲人屈衝軋既烈放縱橫恣之行乃不勝其危懼惴恐之念遂各捐小忿比家相親以生以養互聯社團各相扶助以共圖生活之安全團體以內其才德勇武超越輩儕者復羣焉推戴受其號令而部落以成酋長以立主治被治之關係亦以始焉

第三期 封建時代

部落者一少數人民之集團也其勢脆其力微未足以久安而長存浸假彼此部落之間相爭益甚戈刃之餘優勝劣敗其部落之強有力者或以黥吞或以蠶食遂以淪滅其劣者焉由是部落之數漸減部落之團體日大而文物制度亦浸以進步其優勝之酋長乃進而爲諸侯矣其最優勝者更本其強力爲諸侯之盟主獨擅霸權號令天下而封建之勢以成

第四期 國家統一時代

封建之時各爭雄長專尚武力其弊也戰亂相尋民生塗炭騷變之極弱者先亡强者獨存其尤强者乃統一宇內收剪滅掃除之功而完全統一之國家生焉凡此發達之跡總覽各國史乘按次以索罔或爽者若夫國家後此進化之跡止於何境大同世界何時能達則姑以俟諸千百歲後總考國家之原變者居乎今世誠未易一二臆斷也

第三章 國家之目的

國家究否有目的自來學者之議論頗不一致彼主張國家有機體說之學者以國家絕無所謂目的其言曰凡目的者惟對於無機體有之如設房屋製器具有目的者也房屋以供人之居住爲目的器具以供人之使用爲目的若夫有機體自有生活力但本其自能生長發育之特質以存在其自身以外無何等之目的國家者一有機體也故國家無其目的此其說雖若甚辨然凡有機體其自身以外無何等之目的固屬不謬而其自身之內則未嘗無目的也國家固不得於其自身外求目的然由其內部所生之各種意思表示與各種行動使無一定之目的將皆爲無意識之行爲而國民可無服從之義務矣雖然國家自身之外無目的亦爲近世之國家而言耳若夫歐洲中世紀之國家處宗教盛行之世羅馬法王之權力橫霸無俾各國帝王蟄伏肘下屏息聽命教會地位駕國家而上之國家乃因教會而存在供教會之使役教會欲如何斯如何耳自身以外有目的其自身反無目的若無機體然泊後教權浸衰除聯邦國外國家之上遂無復有最高之物以驅策之者

而國家乃獨自有其目的矣

夫國家之有目的如上所述既章章然矣然其目的果何在乎自來學者之論究樊然雜然莫衷一是茲攝舉其要縱論如次

第一 道德說

此說以國家之目的在道德在昔希臘之哲學大家柏拉圖即主張之以謂人類之目的在期道德之完全國家之目的亦然近世德國名儒黑格兒繼柏氏之說益闡發之以道德爲人類及國家之目的故凡可以發達社會上各個人之道德者宜由國家助長之此說之用意誠盡善美但以之爲國家之目的則未免視斯民過高而終於不可能耳日儒覺克彥批駁此說之缺點有二論頗精闢特摘錄於此

(一)道德者發於個人心理內部之隨意非由於命令強制而生者且亦不能爲命令不能爲強制即或命令而強制之亦只能責之於形式不能責之於隱微國家者以外部之命令強制爲作用者也以命令強制爲作用之國家而乃執一不能命令強制者以爲之目的勢必不能徵之於實行此其缺點一

(二)道德者感化作用也故道德只可由感化而生例如一人有道德則社會中可因此感化而同興然國家者無精靈無感覺者也國家之自體既無精靈無感覺何由有感化社會各個人

之道德乎此其缺點二

觀此則道德之不足爲國家之目的無俟復贅矣

第二 神意說

此說以國家之目的在實行神意而國家之君主乃由神之命令以支配其臣民者在中世紀宗教盛行此說極爲當世宗教家所主張而專制之國君主即假其說以自便然宇內萬物究否有神神之性質究屬同若太空虛杳鮮克論斷是神之爲物尙不可知更何有於其物之能發號施令以命令吾人耶蓋在今世神權衰頹科學大明之日此說之無價值不待煩論也

第三 幸福說

此說以國家之目的在發達社會各個人之幸福希臘哲學大家亞里士多德實爲主張此說之鼻祖其言曰國家之目的與人類之目的固在得幸福國家之目的非僅使人類維持其生存尤在使其得善良之生存也其後英國有實利學派者根本斯說更益闡發以求最大多數之最大幸福爲標幟而國家之目的不外與最多量之幸福於最多數之國民其說之唱道者爲英儒邊沁而十七八世紀之學者翕然宗之

此說與道德說同屬一失人類道德國家之力固不能及而增進人類之幸福亦非國家之力所可達也夫人類之幸福莫有急於衣食住者然衣食住乃各人由其勤勞而得之者非國家直接所能

與倫以國家之力干涉吾人之衣食住而握生產分配之權其弊害將有不可勝言彼社會主義之不能實行者正坐是故耳其他如生存娛樂友誼情愛於人類之幸福亦有至大之關係然亦僅能由各個人自爲而自謀之非國家所能與尤非國家之力所能干涉也夫國家固非可置人民幸福於不顧但由間接以圖之則可若如主張國家萬能主義者欲舉一國經濟整理指導之職務如農工商交通諸事業悉由國家任之浸假必養成政府專橫之弊濫用權力侵害個人之自由是欲增進人民幸福之效果未見而剝奪人民幸福之事實反接踵而興矣

第四 權利保護說

此說以國家之目的僅在保護個人之權利彼發達個人之道德增進個人之幸福非國家宜爲之政務國家唯以維持法律之秩序保全社會之公安用以保護人民之權利爲唯一之目的斯說之所由生蓋起於道德幸福二說之反動剝極必復窮則變生有自來矣考當時之狀況政府惑於前二說之影響施政專倚干涉以得道德幸福之發達進步爲歸墟然所謂道德幸福者其範圍最廣渙解釋無定說濫張作幻恣爲肌斷政府往往圖便己私終至侵害個人之自由泯殺社會之幸福學者顧頤虐政蹙蹙靡駢乃起而倡權利保護說以反抗之以爲國家對於個人之權利但宜維持而保護之不應妄加干涉減其自由蓋道德及幸福說爲政治上之國家主義而權利保危說則政治之個人主義也前者以國家活動之範圍爲無限制之擴張後者則欲以個人權利自由之保

護爲國家之目的以鈐束其行動陸克廉德斯賓塞爾等俱主張權利保護說之鉅子也陸克曰國家之目的以保護個人之生命自由財產爲原則其以強制法規限制個人乃例外也康德曰國家之目的在實現人類之權利爲政者常本其仁愛之心以治國家不可專擅獨斷摧殘人民之權利凌奪其自由也斯賓塞爾則根據生物學倡政治上之個人主義以爲各種生物其活動胥自由而善惡無不因自己行爲之結果以得之者并不假外力以爲代謀故繫榮滋長蕃布世界雖社會上之動物亦由此原則所支配人類爲社會上動物之一種其禍福殃慶自宜任彼自爲經營理甚章明然人類以眇小之驅處萬物之間將欲以捍外患禦內敵其勢誠不能無資乎國家之保護但其保護之限度苟趨於極端之干涉如以國家之職權經營教育衛生貨幣郵政電信鐵路與其他農工商業等是越其應有之目的非所宜取也

總覽權利保護說之主張其於救時立論補偏濟頗之苦心良足嘉尚惟不足爲國家目的之說明夫政治上之國家主義趨走極端固足以蹂躪個人之權利然政治上之個人主義徒以滅殺國家活動之範圍使國家爲個人供其犧牲則又因噎廢食不足以保國家之獨立謀國家之發達且處今世國際競爭劇烈之日人方磨刀霍霍抵巇而圖我苟無強有力之政府大刀闊斧對於人民之精神上身體上及經濟上積極的爲各種之設施而一聽主張權利保護學者之說果是等之經營悉以放任於私人或私人之團體是豈忠於謀國者之所忍爲耶

以上諸說俱欠完善則國家之目的果何在乎德儒賀而根說而夫於其政治原論中闡發理蘊至可循誦茲譯舉其要

第一 權力

國家之目的其最重要者權力是也而權力之實質則爲兵力夫國家能伸張其權力內以號令其人民外以捍禦夫列強惟其言而莫予違者一恃兵力爲其後盾耳故國家權力之消長卽其國運之興替國家之所以屹然岸然繼續發達而遂其生存者固資權力以爲保障卽當國家創立之始尤非藉權力爲唯一之目的不足以芟荆棘而覩良疇蓋人類之初由社會演爲國家也情瘳勢渙一有騷變瓦裂斯虞又彼其時國際往還強併弱衆暴寡其間惟握有強權者獨擅橫霸并非若近時因國際法之發達國際間一以平等爲的者也則國際間苟無兵力以行使其權力將其國僥焉不可終日存矣輓近以來人民生息國家之下修養有素團結愛護之念日以鞏固而國際間平等之義亦以大明權力之必要似可減輕然今日之所謂和平者武裝和平也所謂平等者權力平等也觀各國近世軍事費之預算占其歲出之大部分以明矣矧國家之組織自來具有強制之性質無權力以爲之保障分崩離析可立而待也

第二 法律

國家之目的繼權力而起者是惟法律權力者所以防特別非常於臨時以維持國家之生存而法

律則補苴經營於平時以保國家之秩序也無法律則秩序紊而國以不國太古洪荒之民生事簡單其資以爲維持秩序之法律固不如今世之複雜然缺之斷亂蓋法律者組織國家各個人行爲之標準而又規定國家機關之組織及其作用者之法律也內容雖古今遞變東西異轍然所以維持國家之秩序保護社會之安寧不可不資乎法律則一也法律之效用其主要固以對內而直接於外國之侵擊誠無所關然常平和之時賴法律以維持國家之秩序而整理庶政使日臻隆治一朝際乎大亂方有所恃而無恐是其間接上所影響於外交者殊非鮮尠也古代之國家習慣法盛行一世固不若今日國家法律各具成典布在節冊昭然秩然有可考稽然習慣法亦一法律也是古代之國家尙不可無法律矧在今世耶

第三 個人自由

權力法律二者於國家之生存固爲必要然尙未足以俾國家之發達益臻完備也故權力既樹法律既理之後而於所以保障個人自由又爲國家應有之目的橫覽東西各國之憲法無不首以保障個人自由爲急者既經明定條規妥爲保障之後雖以國家之權力至尊無上亦罔得而侵害之個人自由之範圍隨文化之進步日益擴充蓋個人自由爲近代文化發達之源泉國家不可不獎勵個人自由以期其組織分子之完全發達因以自衛其生存彼謂人類因共同生活之發達個人活動之範圍因以縮減而其自由遂致大受制限者非確論也