



民法原論

日本法學博士富井政章著

閩縣陳海超原譯
吳縣楊廷棟修正

緒論

第一章 法律之觀念

法律爲人類共同生存之要具。夫人類立於世界之上。生存競爭。要不可免。苟無定則以範彼此之關係。及各人之行爲。則人必務爲利己損人之事。弱肉強食。爭鬪無已。將何以保其共同生存乎。於是創爲法律。於吾人相互之間。劃不可侵犯之界。以維持人類之結合。使各人得保其生存。故法律者。實維持社會生存之秩序。增進全體國民之幸福。所必不可缺之規則也。

雖然。人類共同生存之規則。非第法律。道德宗教。亦所以羈束各人之心術行爲。定吾人互宜遵守之本分者也。但法律與道德之關係及差別如

何。學者議論紛紛。莫衷一是。茲不暇備舉。惟略表余之所見已耳。

夫法律者。依統一力而強行之之規則也。上古之世。道德法律。未嘗區分。惟有慣行習俗。以維持種族之結合。而此種習俗。即爲道德法律分離之始因。賴進化作用。卒至判分爲二。文化稍進。同族相親之念漸起。道德基礎。始能確立。當時族長家主。統御其子女。凡必不可缺之規則。亦以強力行之。是即爲法律之起源。種族漸繁。益以戰爭攻略。及其他事由。遂至部落相合。人間共同生存之範圍益廣。不能僅以道德之力維持之。於是法律遂與道德分離。而別顯其作用。顧其未與道德區分之原狀。不但羅馬以降之法學者。表章之於法律定義之中。即近世未開化國。其跡猶可觀也。要之法律與統治權之觀念。不可須臾分離。而爲國家共同生存之一現象也。

法律既爲人類生存必不可缺之規則。且以國家主權之力而成立之。施行之。故必有強制之力。及外形上之制裁。道德則不然。既非主權所認定

之規則。又不以外界之力強行之。其認識之遵奉之者。俱由各人良心之所欲。蓋道德專重主觀準則。不若法律之爲客觀準則也。違反道德者。不能加以外形上之制裁。是卽法律與道德之差異也。至法律與宗教不同之點。亦如是而已。

設以上之言不謬。則法律特質之一種。即在有強制力及外界之制裁也。可知矣。但學者之倡反對說者亦甚衆。按諸實際。法律規定中。有有名無實之制裁。又有無制裁者。徵諸古代。與道德宗教混同之法律。其例不尠。雖在今日。凡無強行制裁之規則。尙有貴重之效力。立法者亦視爲固然。是固余所承認者也。余本非謂無強制力之法規。不得爲法律。又不以強制力之有無。爲法律與道德宗教區別之惟一標準。但余確信有此強制力者。爲法律特質之一。如斯已耳。

法律與道德。淵源效力之不相同也如此。則二者領域。自各攸殊。然二者目的。固未嘗不相似也。蓋所期望者。皆在保全社會之生存。而復冀其益。

歸於完美。夫宗教以信念爲基礎。不能概諸於人人。若道德則爲人類所當普守之規則。在道德未發達之野蠻社會。必無完全之法律。二者互相輔翼。以達共同之目的。烏可偏廢乎。

關於法律之根本觀念。學說甚衆。在昔祭政一致時代。率以法律爲神意之表彰。文化漸開。神造之說漸懈。迺本哲學上之觀念。說明法律之本質。最有勢力者。爲自然法說。是等學說。皆本想像而定斷。或以絕對之正理（不因時因地而變更之正理）爲標準。或以人之理性爲根據。論旨雖不一揆。要其立說之前提。則皆謂凡以辨知之力。就人心中所能感觸之絕對完全法。則存在於天然。立法者即取以爲立法之標準。蓋自然法派學者。對於事實法理。胥託諸自然。以法律爲道德之一部。遇外界之力有所不及之時。始藉法律以補充之。至理性派學者之所謂理性。其說雖不可明。其主義則盛行於十七八世紀之間。前世紀歐洲各國所編纂之法典。多採其說。羅馬以來之繼受法。雜然無序。雖賴其功以組織系統。然不外

主觀之理想而已。要之自然法之觀念。雖學說不一。皆不免執獨斷之見。堅持先天主義。不得謂爲學理研究之結果者也。

自然法學派。雖於法學界中。久占勢力。至十八世紀之末。有一大學派。足與互相角逐。是爲歷史法學派。此學派以羅俄爲先導。前世紀之始。薩威尼之偉論行世。遂風靡學界。研究法律學者。耳目爲之一新。今撮其要旨。以備觀覽。蓋謂法律爲表彰國民意思之歷史產出物。非由立法者一人之主觀理想而生者也。惟表彰意思之際。有直接間接之別。因有成文法。與慣習法之分。故研究法律者。必溯源於歷史。始能遂其所志。是即近來盛行於德國之總意主義也。

雖然薩氏之說。固足以破先天主義之謬見。但於法律之本質。猶未盡當。試就外形觀之。法律非國民總意之表彰。前言法律爲國家生存之要具。由主權所定外部關係之規則也。夫主權之動。未必爲國民總意之表彰。慣習法亦必待主權者承認以後。始能成立。迨奧斯丁氏出。謂法律爲主

權之命令。對此說之異論雖多。然玩其缺點。惟偏於形式。而不能表明法律之實質（國民生存關係之秩序）而已。

法律實質。非可離其目的而觀。苟執此義以論。則歷史派之議論。殆亦不能贊同。蓋法律之目的。在保全社會之生存。增進其幸福。達此目的。必視國民程度之高下。而異其方。時或制定與國民慣習相反之法律。亦不可斥其非也。若從總意主義之說。則成文法之大部分。皆將不具法律之本質矣。法律之中。或有誤其本來之目的者。然非因不表彰國民之總意而然。要之法律非僅表章歷史所傳之社會情狀。實隨發達無窮之社會。有所施設經營。以求充其萬種需要者也。

余今下法律之定義曰。法律者。本主權作用。制定人間外部關係規則。而一般有強制力者之謂也。但此定義。乃由廣義解釋法律。與日本憲法上所謂法律不同。日本憲法所謂法律。指與命令並稱之規則。民法及其他法律。亦多用此意者。但余於本章以下。以普釋各事為主。故概用汎博之

意。讀者審諸。

第一章 法律之學術

世人所稱爲法學法律學者。爲科學乎。抑爲藝術乎。科學云者。就多數現象。知悉其普通原素之謂也。藝術云者。求完成某事。而知應用最當方法之謂也。二者互有密接之關係。俱足以充人生各種之需要者也。研究法律。亦不可無此二目的。就普通或特別之法律現象。求得其普通原素者。屬於法學。解釋一國法律。應用之於裁判及其他實事。則法術也。顧法術不本法學所研究之原理。則不能完全達其目的。故法學者本也。法術者末也。專以研究關於法律諸科之原理爲目的者。曰法理學。或曰法律哲學。法制史。亦屬此類。民法、商法及其他多數科目。則包含學與術之二者。至研究之目的及方法如何。不能盡人皆同。若僅爲現行法之逐條註釋。則殆無科學之價值矣。要之按法律之種類。而欲別其爲學與術也。實非易也。

法學既爲法術之基礎。則似法學先法術而發達。顧觀諸實際。適與相反。蓋法術先而法學爲後。試證各國歷史。其例甚衆。無論何事。必先求所以供吾人生存之方。然後推明其原理。發見益足以充滿吾人需要之法。故自有法律現象以後。必法術先開。法學乃接踵而起。復賴法學之力。益使發達。二者相需。法律進步。於以著焉。

法律學實於諸種科學中。最後發達之一種也。科學之進步。不能不視所明現象之繁簡。而有遲速之殊。故現象較簡之科學。則發達早。現象較繁之科學。則發達遲。爲此不易之公理。謂余不信。請舉實例。數學之發達。先於物理學。而物理學則先於化學。無機物之科學。比諸有機物之科學。發達較先。(如鑛物學與動植物學之關係)又如生物學。凡組織精密之有關人類科學。則發達最遲。而以研究社會中繁雜現象爲目的之史學、經濟學、法理學、政治學等爲尤甚。因此種科學。究明其原理。不能如物理諸科學之可用實驗方法故也。每有空論百出。轉妨真理之發見者。誠從來不

可捨之事實。而社會科學之中。若經濟學、若統計學、比較之次。稍可施用實驗方法。故其進步。視法理學等。又略有遲速之差。其故可思矣。敘述法學發達之歷史。都屬法理學之範圍。故今日不必徧舉。姑就最著之事實言之。昔自然法派學說盛行。迨歷史法學派興。互相頡頏。此時法學界。幾爲二大主義競爭之場。彼自然法派。謂法律必基於人類之心性。其說或合於真理。雖不可知。然欲執此旨。必先由學理考究人類爲何物。且明其於社會上特性之作用如何而後可。又彼所謂正理。或爲萬世不易之法則。余輩亦不能斷其爲非。因吾人今日之智識。尙不敢對此種問題。下最後之決定。設就今日研究學理之結果言之。則所謂無因時因地而變易之自然界法則。實有不能承認者也。歷史法學派。擊破先天主義之空論。蒐集社會現象而歸納之。以闡明法律之原理。其有補於法學界也。豈淺鮮哉。然彼謂法律本源。在國民全體之意思。則非特失當。卽就研究學理之法論之。亦不得以法學限於歷史

之一方。歷史僅足以研究過去之事物。而研究過去。以明現在。益進以測將來。皆屬至要之事。夫法律之一大基礎。誠在歷史之中。至統轄變動不已之人間社會。並推明法律之原理。安可僅據歷史之一端乎。蓋自然法學派。固守先天理想。不注目於社會事物之變化。歷史法學派。祇認變化之現象。不復於現象中。探究自然進步之原則。一偏於空想。一泥於實踐。厥過惟均。俱未能得法律之本旨也。

統過去現在及將來。而研究其原理者。法律學之本旨也。故供吾人研究之資料。不可不廣求諸歷史以外。近世盛行比較法學。分列各國法制。以究明其系統及其關係爲目的。洵足爲研究法學之一大要具。夫各科學皆互有密接之關係。自近世生物學進步以來。探究自然界法則之諸科學。亦逐日發達。遂使研究心理學及社會學者。進步驟著。是等科學。既日趨發達。則研究法律學者。益獲豐富珍貴之資料。故熟察近世情狀。知法律學已漸達科學之地。而發達之機。亦日盛矣。

第三章 法律之分類

法律分類中。有自然法人定法之別。茲姑不論。因法律皆爲人定法。所謂自然法者。僅爲一種主觀之理想。或爲立法之標準而已。不得認爲法律之一種。以前兩章。言之已詳。今就法律中最重要之種類言之。卽所以明民法之性質也。

第一節 國法國際法

國法(或云國內法)云者。一國主權者所制定、或承認之法律也。國際法云者。數國所協定或承認。互相施行之法則也。茲所謂國際法。專指國際公法而言。無與於國際私法。因國際私法之性質。從來學說。歧爲二派。有視爲國際法者。有視爲國法者。然國際私法。實爲定適用私法區域之一種國法。近世學者。多主此說。若是則不得謂爲國際法。不過所管轄之法律關係。含有國際之原素而已。此義當於第七章詳之。茲不贅述。

關於國際公法之性質。學者亦有種種議論。一說曰。國際公法。非有一統

治者出而強行之。違反之者。亦無一定之制裁。故不得認爲純然之法律。僅爲一種道德而已。又有一說曰。統治之權力。不必定有一主權者。且國際公法。非全無強制力及制裁。故不失爲純然之法律。此說爲近日大多數學者所主張之說也。

余謂二說。均有偏於極端之弊。何以言之。法律本應國家生存之需要而發生。賴統一之力以行之規則。此其所以與道德之界。不相同也。苟從歷史觀察之。則以國際法爲純然之法律。似有所不能。然近日交通道廣。各國之間。非有與國法相同之規則以統轄之。則不能保全人類之共同生存也明甚。於是乎有國際法。隨各國交際之繁。漸次發達。近世國際關係益密。國際法之原則漸定。各國皆擴張仲裁制度。用平和處置之法。各求實行其原則。國際法之現狀。頗似古代法律。如必就今日之法律思想。斤斤然以國家或統治權之觀念。爲法律之要素。則不免失之過隘。凡爲人間共同生存所必不可缺之規則。略備強制力者。不問其出於一主權者

與否。咸認爲法律。此實近世之趨勢然也。循此以言。國際法與國法。雖多相異之地。他日必益益顯明。具備法律之形體。使有關國際法性質之議論。絕跡銷聲。是固吾人所能豫想及之也。

第一節 公法私法

法律之大別。爲公法私法二種。古來之通說也。昔羅馬法官之職務。分爲國家公務。及人民法律事務。即爲公法私法區別之起因。然二者區別之標準。議論紛歧。未衷於一。茲雖不暇細評諸說。但此項區別。實至重要。且說明民法。亦宜定此區別之標準。茲略述主要之學說。並益以余之所見。讀者庶有得焉。

第一說。由法律之目的。以定公私法區別之標準。以公益爲目的者。公法也。以私益爲目的者。私法也。羅馬學者歐洛平首倡是說。後世羅馬法系諸國從之。然法律目的之在公益私益。將何所據而識別之。且公益私益。皆互有密接之關係。吾人欲測定其程度。殆有所不能。蓋各種法律。皆以

保護國家及箇人之利益爲目的。又彼所謂公法。與有關公共秩序之法。規。無所區別。世人每混二者而一之。未始非其說之階之厲也。後世雖有加以修正而主張之者。至今日則其勢力已大衰矣。

第二說。由法律關係之性質。以定二者區別之標準。謂公法即定權力服從關係之法律也。私法即定平等權利關係之法律也。揣其要旨。蓋謂由形式言之。法律無公私之別。無論何種法律。皆以國家命令。使人遵守之。故公法私法。實爲實質上之區別。若由實質上言。則舍權力關係。與權利關係外。不能得區別之標準。近來日本學者之間。此說之勢力頗盛。然果爲正確與否。余不敢決。公法中亦有規定國民平等權利之關係者。如選舉法。及憲法中所定臣民權利之一部是也。且今日公認爲一種法律之國際公法。亦所以定各國平等之關係者也。從論者之言。將以國際公法。爲私法乎。又親族法者。近世學者所共認爲私法。論者又將以親權、夫權、戶主權、等服從關係。爲公法乎。民法商法中。本有包含公法性質之規定。

然僅爲附隨之條件。因便宜上附置其中而已。試更進一步言之。刑法中遇有損傷他人之身體。盜取他人之物品。皆科以一定之刑罰。民法中遇有爲不法行爲。侵害他人之權利。或不履行債務。亦使其賠償他人所受之損害。觀其法律關係之性質。有何同異。要爲各人相互之關係。國家命令其行爲不行爲。違者加以制裁而已。又何區別之有乎。

第三說。稍與前說相似。謂法律皆權力關係之規定。惟其中規定對於人之權力者。爲公法。規定行使其權力於物上者。爲私法。此說爲索謨派所倡。其旨以民法爲財產法。純然關於親族關係之規定。即不屬其範圍。然持此說者。根本先誤。蓋各種法律。無非規定人間相互之關係。雖在物權。既屬權利之一部。則亦不外對人之關係。詳見後。苟如其說。對於毫無可疑之債權本質。將誤解爲非人關係。又將不明身體名譽之屬於人格權中。其弊何可勝言。要之執人權物權。以別法律之公私。特彰其分析法律

關係之性質。失於粗漏而已。

第四說。由法律關係之主體。以定區別之標準。謂規定國家及其他公人格之法律關係爲公法。規定私人相互之法律關係爲私法。此說爲法國學者所主張。而盛行於近世。所示定義。雖不一致。要以組織法律關係之主體之性質。爲區別公私法之標準。凡主張主體說者。莫不皆同。國家時或爲財產權之主體。而表見於法律關係之中。此種法律關係。應受私法之管轄。而執主體說者。則謂此時國家。以私人之資格而行動。治斯學者。輒多反對之論。

雖然。主體說視他說較勝。公法與公共秩序之法規。不致互相混同。又確定親族法全部爲私法。區別其他公法私法。亦能示以適當之標準。惜偏於形式。不明區別之本源。凡雙方或一方之主體。是否爲國家或其他公人格。末由而知。則公私法之區別。烏從而推測。故學者或以此種區別。爲不本於法律關係之性質。純出於立法者之專斷而已。夫觀主體之爲何