

一之書叢學法

史想思律法

著普元丁



版出社譯編學法海上

行發總局書記新堂文會

340.19

158

207191

序言

法律爲人類社會行爲之規範，法律思想，則人類在社會之表現而適應時代之要求者也。不察過去及當時社會之狀況，則無以見思想之源泉，不察社會之社會狀況，則無以定思想之價值。故欲治法律思想史，必須對於社會史，法制史，政治史，經濟史，宗教史等等，有相當之準備，然後其研究不至歧誤；又各大法系之進展及各時代中文化之發達，俱足爲法律思想之博觀而約取之，比較而分析之，不足以規時代思想之全內容。本書編制從現之主格，其觀察點約分爲二類：一就個人思想觀察，如學者之著述言論以及法律家活動之遺蹟。二就時代思想觀察，如法典制度，以及歷史與文化之

序言

一



中華民國二十一年九月出版

有
著
作
權

法律思想史

全書
一册

定價大洋一元

外埠
酌加
郵費

著 者 丁 元 普

出 版 者 上海法學編譯社

印 刷 者 上海會文堂新記書局

總發行者 上海會文堂新記書局

總發行所 上海會文堂新記書局

分發行所 會文堂新記書局

上海 河南路
北馬路
三馬路
琉璃廠
漢口 交通路
廣州 永漢路

可以證察時代背景及時代之意識。惟此種材料，前無成書可供採擇，不得不旁求羣籍，以爲借助；復加以整理，以定其系統；探本窮源，演繹而歸納之，以獻於社會文化，有所貢獻而已。

中華民國二十一年六月

著者 丁元普識

法律思想史目錄

緒論

第一章 法律之基本觀念	一
第一節 法律之意義	一
第二節 法律思想之變遷	六
第二章 法律研究之對象	九
第一節 法律在歷史上之動力	九
第二節 法律與歷史之關係	一一
第三節 各國法學思潮之趨勢	一二

目錄

本論

第一編 法律原始時期……………一九

第一章 原始時期之法律思想……………一九

第一節 原始民族與文化……………一九

第二節 原始民族與倫理……………二四

第三節 圖騰社會之法律思想……………二七

第四節 宗法社會之法律思想……………三一

第二章 法律與哲學……………三五

第一節 自然法與人爲法……………三五

第二節 神意法與民意法……………四六

第三節	原始民族之刑法觀念·····	六一
第四節	原始民族之財產權利觀念·····	六六

第二編 法律成立時期·····七三

第一章 法律成立時期之法律思想·····七三

第一節	中國法學之起源·····	七三
-----	--------------	----

第二節	成文法之初期及其變化·····	七九
-----	-----------------	----

第三節	中國民刑法典編纂之經過及其影響·····	九四
-----	----------------------	----

第二章 世界兩大法系之成立·····一〇六

第一節	羅馬法系之發展·····	一〇六
-----	--------------	-----

第二節	歐洲各國所被羅馬法之影響及其研究之派別·····	一一〇
-----	--------------------------	-----

第三節	英美法系之發展·····	一二一
-----	--------------	-----

第四節	兩大法系特質之比較·····	一二六
第五節	自然法派之再興·····	一三三

第二編 法律進化時期····· 一四一

第一章 法律進化時期之法律思想····· 一四一

第一節	法律思想進化之動機·····	一四一
第二節	法國革命後至十九世紀中葉之法律思想·····	一四九
第三節	十八世紀之哲學經濟學在編定法典上之影響·····	一五八
第二章	近代法律思想變遷之趨勢·····	一六四
第一節	法律之振興與改革之勢力·····	一六四
第二節	政治變遷關於法律思想上之效率·····	一六九
第三節	經濟變遷關於法律思想上之效率·····	一七六

第四節	新社會學說關於法律思想上之效率·····	一八一
第三章	我國新法典之社會化·····	一八五
第一節	新民法改造之概觀·····	一八六
第二節	土地法與勞工法之制定·····	一九〇
第三節	民商法之合一·····	一九一

法律思想史

丁元普著

緒論

第一章 法律之基本觀念

第一節 法律之意義

吾國法律二字，由來甚古。說文法作爲灋，從水，如水之平直也。從廌，去，所以觸不正者去之。（註一）自漢以前，一切制度，皆稱爲法。法律之爲義，則本於「五音六律」，蓋取和平中正之意；又含有規則之意。自李悝作法經六篇（註二）蕭

何繼之作九章律，於是法律二字，爲通用之名詞。

歐洲羅馬法關於法律之意義，依拉丁語稱爲 *Lex* 而在羅馬當王政及共和時代，其制定法律皆曰 *Lex*。至德語稱 *Recht* 法語稱 *Droit* 意語稱 *Dritto* 皆法律之定名也。英語則稱爲 *Law* 雖有時用規則則曰 *Order* 用條例則曰 *Statute or Rules* 其他稱條款曰 *Bill* 稱律例曰 *Code* 而普通之稱法律名詞則皆曰 *Law*。

(註一) 廌之爲物，說文解曰：廌，獸也，似牛一角，古者決訟，令觸不直者。

(註二) 李悝爲魏文侯師，集諸國刑典，著法經六篇，以爲王者之政，莫急於盜賊，故首著盜法；盜賊須劾捕，故次以囚法捕法；又將輕狡，博戲，假借，不廉，淫侈，踰制，各條彙爲雜法一篇，殿以適用之例曰具法。

(註二)蕭何定律，仍以法經六篇爲本。益事律，擅興，廢戶，三篇。合爲九章律。

法律科學 Science of Law，在術語上具有專名，例如英法語俱稱之爲 *Jurisprudence* 德語稱之爲 *Jurisprudenz* 其實兩名詞之源流，皆從拉丁語之 *Jus* 及 *Providere* 而來。前者解作義理，申言之爲法律；後者解作先見，申言之爲知識，合之，則成爲有系統有組織的法律知識，是爲法律科學。簡稱之則爲法學。然有時以法學與法律，兩者爲代用之名詞。例如俄國的法學 *Jurisprudence of Russia* 實指俄國的法律。法國的法學 *Jurisprudence of France* 實指法國的法律。質言之，法律者，必具有系統有組織的知識，而自成爲一種科學者也。在現代民族社會中之需要法律，且需要衆多之法律；良以生存競爭之世界，

個人的活動與羣衆的活動，隨在可以發生衝突，避免之法，惟有極力調和，故在一方面，人類行爲的可能性盡量擴大；而在他方面，具有行爲能力的個人數日日增。其結果：社會惟以法律限制個人，然後他人自由行爲得以保障。不過此等制限，如欲達到鵠的，必須明白規定，更須以理性規定，換言之，此等制限，實以法律爲其基礎。故人類社會之進化，與法律之進化，殆有相因而至之理。

法律既爲一種有系統有組織的科學，其思想之發達及變遷，當用五種方法研究之。

(一)篤信謹守的研究 此項研究，對於凡一法系中之規則及原理，加以考核註釋，以闡明其法律。(註釋法學派)

(二)窮源竟委的研究 此種研究，注重法律之起原及發展，制度之變遷，以至原理之演進。(歷史法學派)

(三)條分縷晰的研究 學者以解剖方法，凡關於法律思想之內容及原理，又以比較方法，尋求此法系與其他法系之異同及優劣。(分析法學派)

(四)哲理的研究 此方法不特探討法律之制度倫理基礎，而且搜求法律之制度及其哲學思想。(哲學法學派)

(五)社會方法的研究 以歷史，哲理，分析的學理及社會的實際，加以批評，將法律當作人羣的機器研究，而認定法律自身為社會而存在。(社會法學派)

綜括言之，第一方法，過於拘謹，不合於科學思想，其他四種，均屬於科學化，實

爲研究法律思想之正當方法。分析言之，美國學者尙歷史法，英國學者尙分析法，大陸學者尙哲學法；而現代以來復有新學派產生，此學派卽爲社會法學派。

第二節 法律思想之變遷

法律爲民族心理之回光返照，讀古代陳編，卽能略窺先民之狀況及其思想；研究近代法家最近工作，卽可了解現代重要問題，並推測將來法律之趨勢。研究思想之結晶，卽在哲學及倫理範圍內，所有歷代法律思想之變遷，已可發見其進行之涂軌，而遺留於吾人之印象，

凡一種科學，尤其是「形而上學」，必萃聚數千百年之沿革，與數千百人之意

識，而始卓然成爲有系統有組織之科學法律現象之體樣，因乎時間、空間及文化之程度，國民之特性而定。故法律之爲物，其元質本爲無形；著爲成文法規，則由無形而變爲有形。有形則易知，無形則難據，蓋法律之存在，伏於社會統治力潛勢狀態之下；欲使民遵依，必須先賦與法律之外形，俾民知所趨避。然法律非必先具形體而後發生者；綜其法律思想之變遷，可分爲三大時期：當國家初期之組織、典章制度，俱未完備；關於法律事項，民信卽法，其始也起於刑罰爭訟，蓋生民之初，不能無欲，欲而不得則不能無求，求而無度量分界則不能不爭，於是訟獄以起。惟其時法律思想極爲簡單，或乞靈於神權，受宗教僧侶之制裁，或依於族長家長之權力，及祖先以來之習慣，而所謂自然法、理性法，俱有絕對服從之強制力。蓋法權雖存，法規未備，是爲法

律原始時期。

迨民族知識發展，國家組織漸次完備，知無法不足以治國也，乃由先例之積累，歸納抽象的汎則，確定行爲之準則。中國當上古唐堯時，其用刑也，畫象而示之於民（堯典，象以典刑）周代懸象刑之法於闕（周禮，晉書刑法志，唐律疏議表）鄭人晉人鑄刑書於鼎（左傳昭公六年，及同二十九年）印度人刻法於椰子之葉，哈姆拉比王刻巴比侖法於石碑，建立太陽神殿之前，克拉的人彫土耳其之法於法庭壁上，羅馬人揭十二銅表法於公市。其時法律思想，已由自然法而進於人爲法，是爲法律成立時期。

近代人文大啓，社會之進化，與法律思潮之趨勢，亦漸呈進步。中國當春秋時代，儒、墨、道三家之法律哲學思想，已獨樹一幟。至戰國而法家系統，乃漸