

論以任何理由想限制他的行使是不能的。倘若他行使權利的時候，他人他亦無賠償之責，並且仍可放心大膽繼續行動。

(C) 自然自在的得著的權利，是不可侵犯的。這是前兩條的選的結果。這種權利是永久的專有的，這權利的誤用與非誤用是一樣的。這些權利可以隨意移轉，因移轉而生的經濟上的結果如何，社會所受



『民國專題史』叢書
方孝嶽編 陶孟和校訂 河南人民出版社

大陸近代法律思想小史

(上編)

本書系根據智利阿爾哇列茲 (Alvarez) 《法的研究及民法編定的一個新概念》一書中的兩篇編譯而成

周蓓 主編

『民國專題史』叢書
方孝嶽 編 陶孟和 校訂 河南人民出版社

大陸近代法律思想小史

(上編)

本書系根據智利阿爾哇列茲 (Alvarez) 《法的研究及民法編定的一個新概念》一書中的兩篇編譯而成

圖書在版編目(CIP)數據

大陸近代法律思想小史：全2冊 / 方孝嶽編，陶孟和校訂．—
鄭州：河南人民出版社，2016. 4

(民國專題史叢書 / 周蓓主編)

ISBN 978-7-215-10024-4

I. ①大… II. ①方… ②陶… III. ①大陸法係－思想史－
世界－近代 IV. ①D909.14

中國版本圖書館 CIP 數據核字(2016)第 079677 號

河南人民出版社出版發行

(地址：鄭州市經五路 66 號 郵政編碼：450002 電話：65788063)

新華書店經銷 河南新華印刷集團有限公司印刷

開本 710 毫米×1000 毫米 1/16 印張 31

字數 440 千字

2016 年 4 月第 1 版

2016 年 4 月第 2 次印刷

定價：115.00 圓

出版前言

中國現代學術體系是在晚清西學東漸的大潮中逐步形成的。至民國初建，中央政治權威進一步分散和削弱，加之新文化運動帶給國人思想上的空前解放，新學的啓蒙，新知識分子的產生，民國學術如草長鶯飛，進入一個自由而蓬勃的時代。中國傳統學科乃中國學術之根基與菁華所在，民國學人採用「取今復古，別立新宗」之方法，引入西方的學術觀念，積極改造，使史學、文學等學科向現代學術方向轉型。此外，大力推介西方社會科學的新學科和自然科學，在學習、借鑒乃至移植西方現代學術話語和研究範式的過程中，逐漸建立中國現代學科，使中國的學科門類迅速擴展。一時間，新舊更迭，中西交流，百花齊放，萬壑爭流，開創了中國現代學術的源頭。

伴隨知識轉型和研究範式轉換而來的，還有學術著作撰寫方式的創新。中國古代的著作向來以單篇流傳，經後人整理匯編後，方以成冊成集的面目出現并持續傳播。直到十九世紀末，東西方的歷史編撰體裁不外乎多卷本的編年體、紀傳體和紀事本末體等，章節體的出现標誌着近代西方學術規範的產生和新史學的興起。章節體具有依時間順序，按章節編排；因事立題，分篇綜論；既分門別類，又綜合通貫的特點。以章、節搭建起論述之框架，結構分明，邏輯清晰，較傳統的撰寫體裁容量大、系統性强。它的傳入，使中國現代學術體系從內容到形式被納入了全球化的軌道。民國時期專題史的研究、譯介、編纂、出版恰恰是在這樣的背景下欣欣而發，是學術的實驗場，也是歷史的記錄儀。編選『民國專題史』叢書的初衷正是爲了從一個側面展示中國學術從傳統向現代過渡的歷史進程。

專題史是對一個學科歷史的總結，是學科入門的必備和學科研究的基礎，也是對一個時代艱深新銳問題的解答，是學術研究的高點。民國專題史著作中，既包含通論某一學科全部或一時代（區域、國別）的變化過程的，又囊括對一時代或一問題作特殊研究的，還有少部分是對某一專題的史料進行收集的。原創與翻譯并重，翻譯的底本大多選擇該學科的代表著作或歐美大學普及教本，兼顧權威性和流行性，其中日本學者的論著占據了相當比

重。日本與中國同屬東亞儒家文化圈，他們在接納西方學術思想和研究模式時，已作了某種消化與調適，從思維轉換的角度看，更便于中國借鑒和利用，他們的著作因而被時人廣泛引進。

與當代學術研究日趨專業化、專門化、專家化的「窄化」道路迥乎不同的是，中國傳統學術崇尚「學問主通不主專，貴通人不尚專家」的通識型治學門徑，處于過渡轉型期的民國學術在不同程度上保留了這種特徵。民國學術大師諸學科貫通一脈、上千年縱橫捭闔之功力自不待冗言，外交家著倫理政治史、文學家著哲學史、化學家著戰爭史等亦不乏其人，民國專題史研究呈現出開放、融通、跨界撰述的特點。與此同時必須看到，自晚清以來，中國的命運就在外侮屢犯、內亂頻仍的窘境中跌宕彷徨，民族存亡仿若命懸一綫。這股以創建學科、總結經驗、解決問題為指歸的專題史出版風潮背後，包裹着民國學人企望以西學為工具拯民族于衰微的探索精神，以及學術救亡的愛國之心。梁任公曾言：「史學者，學問之最博大而最切要者也，國民之明鏡也，愛國心之源泉也。」這種位卑未敢忘憂國的歷史使命感和國民意識是今人無法漠視和遺忘的。

「民國專題史」叢書收錄的範圍包括現代各個學科，不僅限于人文社會科學，學科分類以《民國總書目》的分科為標準，計有哲學、宗教、社會、政治、法律、軍事、經濟、文化、藝術、教育、語言文字、中國文學、外國文學、中國歷史、西方史、自然科學、醫學、工業、交通共16個學科門類。本叢書分輯整理出版，內不分科，單本發行，方便讀者按需索驥。既可作為大專院校圖書館、學術研究機構館藏之必備資源，也可滿足個人研讀或興趣之收藏。

與目前市場已有的一些專題史叢書相比，「民國專題史」叢書具有規模大、學科全、選本精、原版影印的特點。本叢書選目首重作者的首創、權威和著作影響力，尤其注重選本的稀見性。所謂稀見，即建國後沒有再版，且多數圖書館沒有收藏，或即便有收藏，也是歸于非公開的珍本之列予以保存，普通讀者難以借閱。部分圖書雖有電子版，但作為學術研究的經典原著讀本，紙質版本更利于記憶和研究之用。本叢書精揀版本最早、品相最佳的原版圖書作為底本，因而還具有很高的版本收藏價值。

「民國專題史」的著作是民國學者對於那個時代諸問題之探究，往往有獨到之處，無論其資料、觀點短長得失如何，要之在中國現代學術史的構建與發展進程中，自有其開宗立論之地位。

序

法律這件東西，多少總不免構成一種保守的勢力；在過於直覺的改革家看來，當然是一件不可不除去的壞東西，——如果『自由』是我們的目標，我們說到政治上的東西總覺得是想到善人與惡人兩方面的對待關係；所以『頭腦超妙』的人厭談法律，實在不算希奇。

現在的競爭制度誠然養成了，增長了許多人類的惡根性。但社會組織——經濟組織——之改良，是否可以使人類惡根性無發生的餘地？

『強凌弱』『衆暴寡』是否能因『均無貧』而消滅？這問題是很難答的。人類需要法律與國家與否，大家所爭論的，不過是比較的程度問題。照現在人性上的經驗，人類在有規制的團體中——在這個團體中，對於個人的專暴行為有所限制，——所得的自由，比較在無規制的團體中所得的爲多。我們可以說：今後的個人主義決不會恢復他從前的形式；今後的個

人主義是要脫離實業上經濟上的奴隸地位，又進而求一個智識上精神上的自由。這種個人主義，當然是在有組織力的團體中，容易得著保障；而團體這件東西，自從他成立以來，不論何種形式，本是爲這個目的。這是無論什麼現在的『主義家』皆不得不承認的。

近年來，法律加增了許多新鮮激烈的理想到政治學說的裏邊。近幾個世紀中『民約』(Social contract)的教義雖是學者所歡喜談論的，然法學(Jurisprudence)上的觀念與名義支配了政治學說也不在少數。自從英國的梅因(Henry Maine)借了德國法學家的歷史方法，證明社會的組織不是發源於契約，是趨向到契約，民約之說於是很失了些光彩。梅因雖自己成了一種保守主義，然而他的好影響是他所用的方法。用這個方法，最近德國的法學家格爾克(Gierke)英國的法學家麥特蘭(Maitland)等，證明了團體這件東西，有『實在的人格』(Real Personality)有天然的根源，有固有的權

利·團體既是一個『實在的人格，』那麼，他是與『單一人格』(Single Person)一樣；所以團體雖有固有的權利，也必有責任 (Liability) 的地方。這個教義一方面影響了國家觀念，把國家當作已經成立的大團體——衆團體的團體；這大團體既是以公共生活爲基本，又是抱一個較遠較高的公共宗旨。他方面，這教義又使團體得著一個穩固平等的保證；以防專暴的行爲，在團體自身中發生的機會。最新的社會主義——公所的社會主義 (Guild Socialism) 及其他同臭味的新運動(如盟合主義 Federalism 自治 Home Rule 教會團體的權利 Rights of Ecclesiastical Groups 等等)是屬於目前思潮上一個普通的大趨勢；這個大趨勢是與上述的法律理想連絡得極密切的。這一層，現在不能多講。總而言之，倘若人性不改，這種『調適的力量』(Adjusting Force)像上述的法律理想所表示的，是人類社會組織中必不可少的。

政治，社會的學說，一方面固是起於人類事態有不安穩的時候；一方面

也是因爲這學說自身，對於人類事態不斷的解釋，有不恰當的地方而生長的。當事實激起學說的時候，學說總是遠離事實而任意馳騁；然而他到地的趨勢，總是與事實漸漸接近的。我們不能說學說與事實到了完全適合的時候，學說就要瞑目長逝；但是，學說之不能否認事實，也好像事實之不能挫折學說，這一層是可以斷言的。我們要持這個心理，去研究現在政治上的社會上的實體問題；這就是我翻譯這個書的微意。

近代（自法國革命以後）大陸法律運動可別爲三種。這三種運動（第二種影響極微）影響到英美法律上的也很不少；因爲所有引起這些運動的智識上政治上經濟上的情形，是全數西方國家皆有分的。

第一就是法律與社會政治情形之適合。這個運動是接了十八世紀的政治哲學，及法國革命社會上的沸騰狀態；這個運動的時期極長，到現在仍不算終了。近代生活的基礎就是經濟。自從那些應用到實業上的科

學發明以後，已經在十九世紀初到十九世紀末，使經濟情形生了許多變化。經濟變遷又引了社會變遷，社會變遷的影子於是射到法律上了。十八世紀的哲學及法國革命的個人主義，曾經在拿破崙民法典中明白表布出來，又廣播到別的國內；但到了十九世紀的末年，就漸漸爲社會哲學所代替。大規模的實業，個人財產之速度的增加，因有協同組合而職業上關係之繁雜，都市上人口之集中，交通，運輸，國際通商往來之便利，已經引到社會狀態上極可注意的變遷；這變遷影響到法律，因而有公法私法的改革。十九世紀初年個人主義觀念的『自由』『責任』『契約』『財產』已經因『社會團結』(Social Solidarity)的新觀念而變其解釋。從前『自由』的理論已經變換，而承認個人生活是社會中一個成分；國家保護個人，即根據這個觀念。法律上的形上觀念久已消滅，而有力的『終局論』(Teleology)把他代替。『責任』的意義已完全不是主觀的，而在工業的企業上及公共服

役上，已經成爲客觀的。私人契約已不是一個照例的器械，而在法律解釋上，已算是繼續增多的原素，以構成社會目的。財產已不是產主的無限制的主體權，而算是一種公共的寄託物。這些哲學觀念既變更了法律的解釋，於是國家的作用也就伸張了；國家的權力降爲義務，國家要防止那違犯『社會公道』(Social Justice)的行爲，并保護公共利益；所以到處公法之生長每每犧牲了私法。這種運動，就是近來管理機關之增多。有些機關是保護公共立法上『衡平』(Equity)之施行，以代替一部分裁判上的手續；許多訴訟及法庭作證的規條也經了大量的改革。無論這種情形是不是表現——在勞動立法範圍中尤甚，——一種反對梅因(從分位 Status 到契約之理論)的趨勢，或不過是承認國家對於社會利益，要有一個較大的保護力；但是私產與私權現在總是被看作社會上的寄託物，這是因公共利益而定了這種社會義務，——這個觀念總是不可否認的了。

第二個運動就是編訂法典。拿破崙之編訂國內法，表現一個法律建設上的大事業，在法律史上影響之大不待多說。這法典的勢力廣播到別的國內，不但使人家崇拜法國智識上的卓絕，而又在別國法律上，有一個實在的不可磨滅的功效。差不多全數歐洲的國家皆跟着有編訂法典的運動；他們皆得了法國這部大著作的益處，及大家對於這著作研究批評的益處。

大陸法與普通法的方法不同，是歷史學者所知道的。普通法差不多完全是法庭與裁判者的製造品；大陸法學者藐視他是一個瑣碎無系統的東西，而自誇大陸民法是有理論的，有教義的，有學者著作爲基本的。但是大陸法律的缺點，我們更不可不注意。拿破崙法典（大陸法的第一個代表）在國內法之「統一」（Unity）上，所盡力的誠然不少；但是這法典介紹理性主義的方法於法學，蔑視了自然進化的法律習慣，否認了法庭判決的價值，

引了法學家完全依賴那『疏註的方法』(Exegetic Method)的法律解釋，——所有這些弊端，大陸法學受了極深的印象，直到現在不能完全平復。但是自從這法典出現以來，學者對於他有不斷的批評研究，這個批評研究影響到別的國家，因此引起了用比較方法研究法學。於是，我們知道普通法上，不見得完全無學理的勢力；而大陸法上，也不見得完全不受實行上裁判上的影響。一方面選擇一種世界上頂好的經驗，一方面對於目前經濟社會的事實，作一種批評的比較的研究，——這是近代立法的進步上，大家所承認爲惟一的方法。這個方法已經爲各國法律家所利用，編成了幾個重要的法典（在拿破崙法典之後），——就是一八六五年的意大利法典，一八九六年的德意志法典，及一九〇七年瑞士法典。三者之中，以德意志法典（聯合歷史方法與科學方法的）爲對於法律進化上，有極大的供獻；他不但影響到別的國家，又反而影響了近代的法國法律家。

照這樣的推尋，近代法學進化的行程，當然以拿破崙法典爲發軔的地方。這個行程是不可限量的。蒲魯東（Proudhon）說，『法律是理論與實行之同力合作，要實現出人類的真正法令——絕對的真理』。這句話大概就是這行程的目標了。

國際主義（Internationalism）是現在極風行的理想，而且是今日的世界上人人不可不有的理想。近代法律第三個運動，又是三個當中極可注意極有光彩的運動，就是向着這個方向走的。文明國家相互接觸之親密，引起了世界上個別法律之同化。國際交通之增加，國際主義之代替國家主義，互賴主義（Interdependence）之代替不賴主義（Independence），已經表示出全世界分子的——各國的——交互利益，正需要一個聯合的規定。這種需要，實行出來的，已經不少；大概是由國際的『合同』（Agreement）以管理許多由近代經濟社會情形生出來的交互利益；公共管理的，聯合會成立起

來的，日漸增多；例如郵政，電報，運輸，著作權，商標，等等，其利益的範圍已經越出國界以外，所以不得不有國際聯合的規定。此外海牙會議，在預備國際私法的問題上的，對於這個運動所供獻也是不小。

真正的國際主義要如何纔能實現呢？這是國際主義家爭論的焦點。從經濟上觀察的人，說是，要拿國際的經濟事實為基本。但是自有人類以來，政治的事實與經濟的事實，是一樣的發達，一樣的重要。無論經濟發達如何改變了推翻了政治組織，而政治的東西總是常居在調適的地位，以表現人類道德的倫理的生活。我們平心而論，國際主義這個東西實在不是對於國際的個體——各國民——作經濟的伸訴，而實在是對於各民族的良心上作道德的伸訴。康德(Kant)說，『從野蠻的無法的國家(State)走到衆國民(Nations)的盟合，』這句話就是從倫理的方面表出的國際主義。我們覺得，所有進化的民族，彷彿有一個公共的權利；把這個心理，合入

法律的實體；國際主義的希望，就在這裏邊了。所以我們可以說，國際主義必定要求一個法律的發達；這發達雖少不了經濟事實的扶助，然不能拿他當作基礎；這發達也與一切別種法律的發達一樣，要以一種公共良心上——作文明世界中的公共良心——的固有權利為基礎。國際條約之伸張，武裝之限制國際法庭之加重，——這一類的手續，或者是國際主義目前實行上必有的步驟。

這書是翻譯智利阿爾哇列茲 (Alvarez) 的兩篇名著，提綱挈領的總括上述種種理想與運動，而追溯自十八世紀至十九世紀中葉的變遷，更是源原本本自成首尾。美國法律學校聯合會 (Association of American Law Schools) 所出的『大陸法律史叢書』 (The Continental Legal History Series 第十一集『十九世紀大陸法律之進步』 (The Progress of Continental Law in the 19th century)) 將他收在裏邊，我間接翻譯出來，拿『大陸近代法律思想小史』做

我的書名，做具體研究者的一個大引子。

一九二〇年六月二十八日方孝嶽

關於這篇序文所論的，參看：

T. H. Green, "Principles of Political Obligation," PP. 154-179.

Ernest Barker, "Political Thought in England, from Spencer to To-day,"

Chaps. VI and VIII.

Great Jurists of the World, (Continental Legal History Series, Vol.

II) PP. 561-599.

The Series (Mentioned above) Vol. XI, Pref. and introd.