

朱章寶編

法律現象變遷史

商務印書館發行

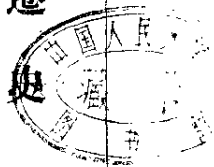


docu1iver-文川閣  
入館商標  
在文川閣搜索古籍書城 獲取更多電子書

310033

朱章寶編

法律現象變遷



商務印書館發行

中華民國二十二年五月初版  
中華民國二十二年九月二版

一〇三七二

# 法律現象變遷史一冊

每冊定價大洋叁角

外埠酌加運費

編著者 朱 章 寶

發行人 王 雲 五  
上海河南路

印刷所 商務印書館  
上海河南路

發行所 商務印書館  
上海及各埠

版權所有  
翻印必究

(本書校對者朱公垂)

十四九二五

docsriver 文川网  
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

# 法律現象變遷史

## 目次

第一章	宇宙現象及其法則	一
第二章	社會生活的分析	七
第三章	法律現象和社會生活的關係	一七
第四章	原始社會時代的法律現象	二五
第五章	原始國家時代的法律現象	三六
第六章	封建制度時代的法律現象	六三
第七章	資本主義時代的法律現象	七三
第八章	社會主義時代的法律現象	八七
第九章	以社會生活爲根據的法律觀	一〇五

# 法律現象變遷史

## 第一章 宇宙現象及其法則

淮南子說：「四方上下謂之宇，往古來今謂之宙。」宇就是空間，宙就是時間。我們往往用「宇宙」二字來表示極大的空間和極長的時間；我們所稱「宇宙現象」是指極大的空間和極長的時間內所包含的一切現象而言。宇宙是無窮盡的，我們在宇宙間所能認識的現象，究竟有幾何？我們把所知的和未知的比較，相差幾何？可分別空間和時間來研究一下。

從空間方面說，所謂「宇」就是各行星所運動的太空，太空有幾何大？天文學家雖還沒有精確的計算，但是我們可以看那太空中的各行星，都各有其軌道繞着太陽而運行，八大行星中，海王星距離太陽最遠，約有二十八萬萬英里，可見太空的廣袤是在五十六萬萬英里以

上；地球的體積，在八大行星中居第五位，他的直徑不過八千英里，而太陽的體積大於地球一百二十五萬倍。我們從這些觀念來推想，便可以知道地球在太空中，真不啻「滄海一粟」。再說地球的面積，約一萬九千七百萬方英里，其中海面占有一萬四千五百萬方英里，陸地占有一千二百萬方英里，可見我們所居的大地不過全地球面積四分之一；人類能駕飛機而航空，高可升至五英里，縱使再有進步，而地球表面上的空氣最高度亦不過二十英里；人類又能乘潛航艇而入海，深可達數千英尺，縱使再有進步，而海的最深度亦不過五英里。這樣說來，人類在空間全體中所活動的境域，又不過「滄海一粟」中的幾分之一罷了。

從時間方面說，所謂「宙」是包含往古來今說的，來今的時間，無法預測；單就往古的時間說，地球生成以前，又是不可考究了；姑且說地球的年齡，學者所說亦頗不一，奧茲本（Osborn）則估計為一萬萬年，赫胥黎（Huxley）則估計為四萬萬年，也有估計為十六萬萬年的，可見地球生成以來的年代是很久遠了；至於地球上發生人類以來，多數學者都說有五十萬年了，而人類有史以來，則不過六千餘年，若把他和地球年齡比較，真不啻「萬世一瞬」。

宇宙既是無窮盡的，決不是人類的能力所能觀察其究竟，有如牛頓（Newton）所說：「吾人所得的知識，猶之兒童在海濱拾取砂粒，所知者不過已得的一小粒，而未知者還有如眼前的茫茫大海。」這個譬喻，真是確切。人類的能力固然是日有進步的，從伽利略（Galileo 1564—1642）發明望遠鏡以後，人類便能逐漸發見了許多很遠的東西；從雷汶胡克（Leeuwenhoek 1632—1723）創造顯微鏡以後，人類便能逐漸發見了許多極微的東西。但是，即以人類能力所應該觀察得到的現象，往往又為機會或其他的條件所限制，未必都能觀察得到，所以當我們研究某一種現象的時候，每不能盡量的搜集一切材料；現代科學上所採用的，大都是『不完全的歸納推理』（imperfect induction）故研究所得的結果，亦不過是一個『蓋然』（probability）的關係。由此可見我們所能認識的宇宙現象真是有限得很了。

我們姑且把所能認識的宇宙現象，分為『自然現象』和『社會現象』兩種來說：自然現象是指太空中一切星球的狀態和運動，以及地球上山嶽河海氣候潮汐金石草木鳥獸人類等的存在和變化。凡本乎自然的演化而生成流動的一切現象而言；社會現象是指人類社



會生活中，由人力去變更自然的形式所產生的一切物質文明，以及人類相互間的各種關係，如風俗習慣政治經濟宗教道德藝術等的發生和變遷，凡非自然的產物而由人類的意識行為所演進的一切現象而言。

人類原是自然現象界的一分子，關於人類的生長老死，人身的新陳代謝，及其他一切自然的活動，本來屬於自然現象；但是人類的生長老死大半已失卻自然的本相，而如思想言語行動等都是由人類社會中的交互刺戟和反應所遞嬗遞變的結果，則又是屬於社會現象了。宇宙間一切現象的生成流動，都有『因果關係』，就是叫做『法則』。自然現象界，有『自然的法則』，據天文學家所研究，天體的最初，是一團星氣（nebula），能自由旋轉運動，而凝集為各星球，不外乎『力』和『質』交互推移的作用；進化論中，有『翕以聚質』，『闢以散力』，『質不滅』，『力常存』等根本的法則；大而至於天體界各星球的構成運動，小而至於無生物界的砂粒和有生物界的草芥蟲蝨，他們的變化生滅，都含有上面所述那幾個根本的法則。社會現象界，亦有『社會的法則』，人類的相互接觸，由交互的『刺戟』和『反應』的

作用，社會關係於是乎密切，個人人格於是乎完成；人類爲滿足一切慾望，則有「支配自然」(control of nature)的種種方法；人類爲營共同生活，則有「分工」和「合作」的方法；人類團體生活的運動，則有「互助」和「鬭爭」兩個相反而又相成的方式；這些都是人類社會生活所由形成而變遷的根本法則。

自然法則，是由自然自身所造成，而由人類發見出來的；社會法則，是由人類所造成，並由人類發見出來的。宇宙間一切現象是很繁雜的，人類卻有一種「繁中求簡」的努力；一切現象又是很玄晦的，人類卻有一種「晦中求明」的努力；一切現象又是很紛變的，人類卻要從變中求其不變，就是要「異中求同」。這個「簡」、「明」且「同」的是甚麼？就是一切現象間的「因果關係」。宇宙間各種特殊現象的形態都是不相同的，然而其中必定有若干共同的原素；每次所發生的現象也都是不相同的，然而其中必定有若干共同的原因。人類祇靠他這一點有限的力量，偏能控御那無窮盡的現象；換句話說，人類根據他從經驗得來的「已知」，卻能推求到那經驗所不及的「未知」。因爲人類能分析一切現象的原素，又能發見一切現

象的因果關係，科學的系統於是乎完成。凡研究一切自然法則的，叫做自然科學，研究一切社會法則的，叫做社會科學。

自然現象是沒有意識，沒有目的的，一切的生成流動，都是無所爲而爲，不期然而然，故自然法則都有『必然』的關係，在空間和時間上的妥當性比較的大。社會現象是有意識，有目的的，就是人類爲謀自己的生存和進化所試驗選擇而演成的，故社會法則一方面是含有必然的關係，他方面又含有『當然』的關係，就是人類要強制自己應該如此做，也可以叫做規範的關係，而這『應該』的標準，又常常跟着環境和時代而變遷，所以他在空間和時間上的妥當性比較的小。

我們所謂一切現象，都是依據我們的認識得來的，故一切科學都是建立在認識之上，而我們的認識又常常隨着我們的需要和注意而不斷的擴大，所以由認識而獲得的一切法則，也不斷的有改訂或增補。那末，無論自然法則或社會法則，都沒有超越時空而絕對的妥當性，不過自然法則比社會法則所適用的空間較廣，所適用的時間較久。故自然科學的研究，是較

爲安定而易有進步；而社會科學的研究，則更覺渺茫而難得進步。

## 第二章 社會生活的分析

社會現象是甚麼？前章曾有概括的敘述，我們再進一步來分析社會現象，研究人類社會各種特殊的現象是怎樣發生？有甚麼作用？不得不把人類的社會生活先來解剖一下；而人類的生活又是依照生物的法則而演進的，故又須先從一般生物的生活研究起。

一般生物都有『自己保存』(self-preservation)和『自己繁殖』(self-production)兩種作用。如植物一類的生物，他時常要從外界吸收營養的物質，起新陳代謝的作用，把他體內無用的成分排洩到外界去，這樣循環不息，以維持他的生命，且促進他的生長；植物也能繁殖他的種族，或是無性生殖，或是有性生殖，或是雌雄同體，或是雌雄異體，總能使他的子孫代代相傳，綿延他的種族。至於動物，則此種作用更爲複雜，他們的自己保存作用，可分爲『營謀

食物』和『抵抗仇敵』兩方面；而他的繁殖作用，亦可分爲『生殖』和『養育』兩方面；此外又因內部機能發達的關係，而有遊戲和工作等活動；因爲達以上幾種的目的，他們又時常會結合同類，共同覓食，共同禦敵，並且需要家族生活，以完成產育子女的任务。在高等動物中，已發現有分工合作的生活，如螞蟻之類，有專門產卵的，有專門做工的，有專門打仗的，且有做奴隸的，而他們很能夠和衷共濟，聯成一個大團體的共同生活。又如鳥類，或家畜動物如貓狗之類，他們的動作常能互相影響，互相變化，一個動物的動作常能作別個動物的刺戟，而引起他的反應。例如甲狗向乙狗挑戰，乙狗便起而應戰或退避；一犬吠影，百犬吠聲；母鳥教飛，小鳥學飛；貓來捕小雞，則母雞挺身奮鬪以保護他的兒子等類。這些動作，都已形成社會生活的基礎，所以有許多學者說：社會生活不是人類所專有的，許多的動物都已有了。

人類的生活，是不能脫離生物法則的支配，故人生的基本目的，也就是生命保存和種族繁殖，而其實現目的的方法，仍不外乎上面所述的，營謀食物，抵抗仇敵，生殖，養育的四種作用。不過人類生活的各種作用，比較一般的動物更爲複雜，我們可以把人類的生活分爲五類來

說明如左：

第一類的人類生活，是由一般動物營謀食物的作用演化而成的。人類由漁獵生活進而為畜牧生活，再進而為耕種生活，再進而為工商業生活；當初祇曉得謀食，後來漸漸曉得謀衣，謀住，謀行；最初是祇能採取天然產物，後來能夠用人工去改變物質的形式以增加他的效用，又能轉換產物的地位以調劑其有餘和不足，於是往來交通的水陸道路便一天發達一天了。在這個進化歷程中，早已能製造工具，使用工具，學者稱人類為『製造並使用工具的動物』，這也是人類高出於動物的一個特徵。且人類的『慾望』是無限制的，而自然界可以供人類生活資料的『貨物』也是無窮的；由人類的慾望去支配貨物，用貨物來滿足慾望；前者叫做生產，後者叫做消費。生產消費交互演進，於是人類的謀衣，謀食，謀住，謀行，以至於其他一切謀生的活動，愈趨愈繁，所謂物質文明的進步，便沒有底止。這樣的生活，我們不能單稱他為覓食生活，而應該稱他為『經濟生活』。

第二類的人類生活，是由一般動物抵抗仇敵的作用演化而成的。人類的敵是有許多種：

有天災的敵，有猛獸的敵，有同類中異羣的敵，有階級的敵。故人類有抗天，抗獸，抗人的種種鬪爭，沒有一種不是爲着保護自己而爭的。他的鬪爭方法，更是變化多端：有積極的鬪爭，就是用武器替代爪牙，去征服猛獸和敵人；有消極的鬪爭，就是有防禦工作，以防天災，防獸患，防敵人的侵襲；又有和平的爭，也可說禮讓的爭，就是設立各種規約和信條，使同類之間不至發生互相侵奪的行爲，以消弭鬪爭於未然。以上各種方法，除抗天抗獸的幾種特別設備外，若專從人與人爭的一方面說，則古來有進攻退守的軍備；有反抗，屈服，聯合，分離等權力關係的運動；這些都稱爲人類的『政治生活』。當鬪爭停止而相安一時的時候，則必有一種規約，訂定相互的關係，限制個人自由，維持公共秩序，而增進其組織的機能；這是稱爲『法律生活』。更從人類的內心方面求改善，不須強制而能以禮讓相待，有同情的結合，有共同的信條；這是稱爲『道德生活』。

第三類的人類生活，是由一般動物生殖的作用演化而成的。卵生動物一次可生數千百個卵，胎生動物一胎不過生數子，至人類則一胎雙生的尤爲罕見，故人的生殖比一般動物較

爲艱難。但是人類的性行爲卻比一般動物無限制，而性交又不像動物那樣專靠一時的衝動，常帶着些情操的作用，故人類的性交則比一般動物較爲發達。一般動物的兩性感誘，祇靠他天然的聲音香氣和色彩，或偶然的一些求配偶的動作。至人類則能用人工的裝飾，和音樂芬芳等刺戟，且有言語文字及其他動作的表情，以互相感誘。故人類的兩性結合，比一般動物更爲濃厚，而性的選擇和競爭，亦比一般動物尤爲劇烈。人類一方爲謀生殖的繁衍，他方又須防遏性交的競爭，於是創立配耦的制度，以戀愛的關係爲基礎，而以道德法律爲制裁：這是稱爲『兩性生活』和『婚姻生活』。

第四類的人類生活，是由一般動物養育的作用演化而成的。人類的成熟期 (period of maturity) 比較一般動物最爲長久，所以生出後必須依靠父母有長時間的鞠養。在螞蟻蜜蜂等動物，雌的專門產卵，雄的專門覓食做工，家庭形式已見萌芽。又如雙棲的鳥類，雌鳥在巢孵卵的時候，雄鳥出外覓啄食物，回到巢中供給雌鳥。至於胎生動物，則母體更有哺乳的任務，養育的作用已很顯明，不過動物的成熟期較短，他們分工養育的家族生活是暫時的。若人類



的養育期間則至少亦有四五年，這四五年當中，母爲養育子女不能出外工作，則父爲扶助其母子的生活，有長期間同住的必要；相處日久，夫妻的感情漸加濃厚，親子的關係漸加密切，家庭的基礎於是乎鞏固；子女依靠父母鞠養的期間既長，則因其生理機能的發展，對於父母平日行爲的刺戟，能逐漸發生反應，家庭中暗示，模倣，同情等作用日漸發達，人類在社會上的『可塑性』(plasticity)由此養成，教育作用於是乎能奏厥功；以上所述，可稱爲人類的『家庭生活』和『教育生活』。

第五類的人類生活是甚麼呢？在一般動物，祇有上面所述的四類生活，高等動物雖也有遊戲娛樂等的活動，不過是由於生理機能發達的結果，並沒有推理的作用。至於人類，則於物質生活的滿足而外，更有精神愉快的要求，如遊戲的運動，以及音樂圖畫雕刻等美術的活動，都是由想像思考的作用而發明出來的。加以人類的慾望是無限制的，對於其目前所處的環境常有不滿意的感念，然其改造環境以適應新要求的能力，則又往往不能如其慾望的發達，以措施一切而毫無遺憾；理想和現實漸相懸殊，則人生的煩惱悲哀常伴着物質文明齊驅並

docsriver 文川网  
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

進，於是人類不得不於上面所述的四類生活以外，更有一種超脫現實世界的理想生活，這種理想生活，是可以由人類的意識自由營求，而有超越環境的能力；常煩惱臨頭，悲哀填膺的時候，祇有退而自求主觀的解脫，心靈的安慰。這時候所謂精神的愉快，既缺乏經濟能力而不能獲得上面所述的美術生活，並且非那些具體的怡目悅耳的生活所能解除其煩悶，於是更進一步而有詩歌文學等的要求；還有其他足以指示人們超越利害關係，解脫凡俗桎梏，而寄託其心靈於理想的極樂世界的各種宗教作用，也乘機而起。宗教作用雖未必能援引人們立時脫離苦海，躋登樂土，然最小限度亦能使人們拋卻現世所趨崇的一切偶像，而獲得一時的精神自由。以上幾種求精神自由的作用，並非一味消極的，實能使人類的生活提高改善，而影響到現實社會的改造，也有很大的效力。這樣的生活，可以稱爲『藝術生活』和『宗教生活』。

以上所述，都是人類生活進化的歷程，把他再列舉的說，就是：經濟生活，政治生活，法律生活，道德生活，兩性生活，婚姻生活，家庭生活，教育生活，藝術生活，宗教生活，凡十種。這十種生活，無一不有社會的關係，因爲個人不能離社會而生存，人和人的接觸，有心理的交互作用，有言

語文字以互相交通，有分工合作的一切營求，故凡是個人的思想感情，以至人類全體的文化，無一種不是社會的產物，所以我們要總稱上述十種生活爲『人類的社會生活』。德國社會學家茂拉萊爾 (Miller-Lyon) 把人類文明分爲二大綱，九條目：第一，物質的社會生活要素（文明的基礎），共分爲三種：（一）經濟（食，住，衣，武器，工具等），（二）生殖（性的關係，婚姻，家族等），（三）社會組織（團體生活，政治的職能等）；第二，精神的生活要素（文明的構造），共分爲六種：（一）言語，（二）科學，（三）宗教和哲學，（四）道德，（五）法律，（六）美術（見陶譯社會進化史四一頁——四三頁）。他這個分類法，和我上面所講的大致相同，因爲都是根據人類進化的事實歸納出來的。

人類的社會生活，又可分爲『經緯』兩面來觀察。易繫辭傳說：『天地之大德曰生。』禮記運篇說：『飲食男女，人之大欲存焉。』人類本乎自然生生不已的原則，不但爲自己謀生存，且爲種族謀生存，前者的根本行爲就是『飲食』，後者的根本行爲就是『男女』。我國儒家經典所詔示，尙且不外乎此，可見人類生活的重心當然在自己保存和自己繁殖兩種作用。

那末人類的社會生活當以經濟生活和兩性生活二種爲其「經」人類既用其全力以從事於經濟生活和兩性生活，則個人的努力終不免有過度或不及，而人羣的衝突亦往往由此而起，反足以阻礙人類本來的目的，於是防閑和輔導的方法，卻爲人類生活中不可少的手段；凡政治法律道德教育等，都含有消極的防閑和積極的輔導兩種作用，而究其目的則不外乎求人類的生存和幸福，謀種族的綿延和進化而已。那末，人類的社會生活，又當以政治生活，法律生活，道德生活，教育生活四種爲其「緯」。至於婚姻生活，不過爲調劑性交的一種手段；家庭生活，不過爲完成生殖的一種工具；也可以看作人類社會生活的「緯」。還有藝術生活和宗教生活兩種，乃是調劑人類一切生活的矛盾，並使脫免晦澀而進於光明的一個樞機，猶如織網，經緯相聯之後，再加以花紋，染以色彩，則絲縷的痕跡都彌密帖伏，煥然成爲一片的錦繡了。

人類的種種生活，從人類的主觀方面看來，不過是各個人有目的意識的行爲之歷程，例如經濟生活，兩性生活等，在主觀方面說，就是人類的經濟行爲，性的行爲。但是若從客觀方面看來，則人類種種生活，又是滿布在時間和空間的種種現象，故如人類的經濟生活亦可叫做

「經濟現象」人類的兩性生活亦可叫做「性的現象」。其餘的各種生活，也照樣的都可以稱為某某現象。綜合人類的一切社會生活，就是叫做「社會現象」。

以社會各種現象為對象，而研究其生成流動的一切法則的，叫做「社會科學」。依上述十種生活來說，則有十種現象，研究這十種現象的，則有經濟學，政治學，法律學，道德學（或倫理學），兩性論，婚姻論，家庭論，教育學，藝術論（美學及文學），宗教學等十種的社會科學。此外還有研究社會整個現象的，則為社會學；研究過去的社會，就是社會進化歷程的，則有歷史學；研究人類進化歷程的，則有人類學；研究人類生理的心理的遺傳並其改善方法的，則有優生學；研究人類言語的起源及其進化的，則有言語學；這六種都是研究社會現象一般的關係，且為各種社會生活所由形成或變遷的源泉和紐帶，故亦屬於社會科學的範圍。

社會現象中某一部分若失其調和，或和其他的部分不能互相適應的時候，便引起社會的糾紛，發生某種「社會問題」。對於部分的或一時的現象，施用一種改善或促進的手段，而具有具體的方案來實行的，叫做「社會政策」；對於整個的社會，根據某一時代或某一階級的

思潮，完全以人類主觀的觀念，謀社會根本改造，而以有系統的理論和實現方法來進行的，叫做「社會主義」；社會主義和社會科學的區別；前者為主觀的，後者為客觀的；前者為感情的，後者為理智的；前者為濟世救人，後者則純為探求真理。

### 第三章 法律現象和社會生活的關係

前章曾說，經濟生活和兩性生活，是人類的本性生活，也就是其他一切社會生活的基礎。換句話說，這個就是社會組織的基礎。而法律現象又是由社會組織的事實產生出來，故經濟生活和兩性生活也就是法律現象的基礎。

我們試看原始社會時代的法律現象，如關於實業的分工合作，財產的私有或共有；及關於男女的配合，氏族家族的組織等項，都是他們當時的中心問題。再看歷來的民法和刑法，也都是為保護私有財產和維持婚姻制度及親族關係而設的；又看各國的犯罪統計，其犯罪原

因大多數是財產的糾葛和性交的衝突。

最近一百五十年來，政治法律的改造運動，頻繁而且激烈，然其結果，不過關於國家組織的制度上起了若干次的紛更，而關於私產制度，婚姻制度及親族制度的規定，竟沒有甚麼變動；社會革命的主要任務，即在於這兩種制度的改造，無非為適應人類的根本要求，但是現在還得不到一個澈底的解決，這是很值得我們注意的。孟伽 (Anton Monger) 說：『人類的根本目的：第一，是維持自己的生存；第二，是繁殖自己的種族。欲達第一個目的，則有財產制度；欲達第二個目的，則有家族制度。今日的私法，就是為這兩個制度所引導而成，且以這兩個制度為其趨向的歸宿。』(新國家論第二編第一章) 於此可見法律現象的發生及其變遷，都是由於人類基本生活的要求，換句話說，人類欲實現其基本目的，必定要以法律生活為其手段。人類為實現其生存和繁殖兩個基本目的，不得不在各種社會生活上同時努力，而人類的努力，常向着有利於一切社會生活的條件上進行的。人類的生活條件，大抵是相同，故人類便有共同利益的要求。



孟伽說：「人類的公共福利，就是維持生存和繁殖。」這樣的解釋公共福利，我以為是最徹頭徹尾的一句話了。因為各個人既有同樣的目的，便有共同的利益，自然要有共同的努力和共同的方法來實現的。

滂德 (Roscoe Pound) 把個人的利益分爲六種：(1) 關於身體和生命的；(2) 關於家庭的；(3) 關於財產的；(4) 關於名譽的；(5) 關於自由意志的；(6) 關於精神生活的。他以為法律的現象，應該以「利益的理論」(the theory of interest) 爲其中心思想，法律就是實現這些利益的工具（見法學肄言三三——三五頁）。他所舉的這六種利益，也都是由於人類的自己保存和自己繁殖兩大目的而生，我前章所說的各種社會生活，也都可以歸納到這六種利益上來。人類爲調劑各種社會生活，實現各種利益，所以必須有法律的工具。

法律又怎樣能夠實現人類的利益呢？我再按前章所述的人類營謀食物，抵抗仇敵，生殖，養育四大作用，考察其遂行這些作用的方法，則不外乎「自謀」和「自衛」。人類的自謀，就

是各個人都要實現自己的利益，同時也要使別人都能實現他的利益；人類的自衛，就是各個  
人都不許別人來妨害自己的利益，同時自己也不去妨害別人的利益；這樣雙方相互的作  
用，便會使各個人的自謀自衛，聯合成一羣人的自謀自衛。我們可以引用狄驥（Duguit）所  
倡的「社會連帶關係」（參看本書第八章）說來說明，人類一方面是有共同的需要，和相  
同的性能，大家利用他們相同的性能，同來做一件事，以滿足他們共同的需要，於是有合作；人  
類方面又各有特殊的需要，各有特殊的性能，各個人利用自己的特殊性能，各自去做一件  
事，來交互的滿足各個人的特殊需要，於是有分工（參看本書第五章柏拉圖的分工說）。狄  
氏以為人類這種分工合作的事實，便產生出社會的連帶關係，而這個社會連帶關係，就是一  
切法律的基礎。

人類為自謀實現彼此的利益，不得不有分工合作，既有分工合作，便要發生種種相互間  
的關係，欲使這些關係確定而持久，自然要有一定的「組織」。人類又要自衛其應有和既有  
的利益，就是不許彼此互相妨害其利益；對於利益所有者方面說，便要有「保護」；對於妨害

者方面說，便要有『制裁』。這種組織，保護，制裁等作用，都是社會生活上自然發生的事實，我們稱他爲『法律的作用』。其實在最初的時候，人類祇有這些習慣，並無所謂法律。例如原始社會的民族團體，有男女的分工，有共產制，有羣婚制，這些就是原始時代的組織；有結羣的住宿，有集團的鬪爭，有對於自然物的崇拜和祈禱，這些都是他的保護作用；有宗教式的禁律，有神意的判罪，有復仇，有賠償，這些都是他們的制裁作用。（參看本書第四章）

法律是由習慣而來的，社會生活先有組織，保護，制裁等的事實，這些事實反復發生到若干次以後，便成立一定的關係和步驟，個個人都以爲照這樣做是最有利益，於是成爲習慣；大家必須遵守這種習慣來做事，倘有人不能遵守，便有一種力量來強制他，這時候習慣便變爲法律。穗積陳重所著的法律進化論中，分法律爲『潛勢法』和『現勢法』兩種，潛勢法是指潛伏於社會生活裏面，未具形體，未成法規的那些習慣和信仰說的；現勢法是指現化爲法規的那些未具形的記憶法，和既具形的成文法規說的。穗積氏以爲法律就是一種『社會力』，他說：『這種社會力，在法規未出，法形未成以前，早已存在；法律具有實質和形態二要素，故以

文書記載出來，便成爲法規；以論理的系統排列其法規條文，而彙類編纂起來，便成爲法典。『法律進化論第一冊第一編第一章）大抵初期社會祇有無形的法律，後來漸漸發生有形的法律，而仍以無形的法律爲其基礎。習慣若具有一種強制力（穗積氏所謂社會力）時，便和法律有同等的作用，故習慣也就是無形的法律。

從前那些關於組織，保護，制裁等習慣，後來漸漸表現爲各種法律，如關於國家的組織，則有憲法；關於地方自治團體的組織，則有自治法；關於公法或私法上各種社團法人的組織，則有商會法，工會法，及公司法等；關於人民的生命權，身體權，名譽權，自由權，財產權，親族權等的保護，則有民法內各種特殊法典；關於犯罪行爲的制裁，則有刑法上生命刑，自由刑，名譽刑，財產刑等刑罰的規定。而這些法律的目的，都在實現人類的共同利益，分開來說，某種法律是爲實現某種利益，其方法有積極的保護，有消極的制裁，而其目的也不外乎滂德所分類的各種利益。

社會各種生活是隨着人類的慾望而不斷的變遷，故一切習慣也不斷的改造或增進，則

無論有形的法律或無形的法律，都具有『變動性』；社會上既發生一種新生活，人和人間便發生一種新關係，於是便需要一種規定或維持那些新關係的新法律，故學者有『活的法律』（living law）的稱呼。

自從有形的法律（成文法）發達以後，法律偏重『維持社會秩序』的作用，一種法律制定之後，往往要把社會看作一個不變動的東西，盡量來延長他適用的時期，以為法律應該富有『固定性』，於是法律便不能適應社會的新要求。加以統治者的權力日見擴大，他們要利用法律來維持自己特殊的地位；並且倚恃法律的威權來發展他們特殊的利益。這時候的法律，已有公法和私法的區別；所謂公法，名為維持國家秩序，其實是統治階級用來壓迫並擄取被治階級的一種工具；所謂私法，名為保護個人的利益，其實所保護的也不過特殊階級的利益。從此大多數人的生命，自由，財產等權利，都失了法律的保護，甚且反被法律所剝削。所以孟伽的學說，要把今日所謂私法改做公法，而取消今日所謂公法，使他再不得有公私兩法的對峙。（見新國家論第二編第一章）

原來法律是「維持社會秩序」，「實現人類利益」這兩句話，根本上並不相抵觸，祇因為後來所謂秩序，乃是階級分立的秩序，是權力服從的秩序。故維持這些秩序的結果，社會便陷於不平等的狀態；而其原有的組織和制度，都不能和實際社會生活上各種新關係相適合。這時候的法律已成爲阻礙社會進化，摧殘公衆利益的不祥物，於是革命的風潮便乘機而起，勢非推翻舊法律破壞舊組織而另圖新的建設不可，因爲人類沒有一個不爲自己的生存和福利而要拼命奮鬥的，奮鬥改造的結果，法律還是要來適應社會的新生活和新關係，以實現人類公共的利益。

歷來社會各種生活中，變遷最激烈的，莫過於經濟生活。人類支配自然的能力增進無窮，故社會組織的經濟關係嬗變不息；而人類中性能不齊一，發展機會不均等，時時要使社會分裂爲幾層的階級，壓迫和反抗，更替而起，演成一部人類鬭爭的歷史。然其間每次的紛擾，都要使法律現象發生重大的變更，於此已可見經濟生活和法律現象的關係尤爲密切了。

綜合以上所述，我們可以把人類的活動，歸納出兩個原則：第一是「互助」；第二是「關

docsriver 文川网  
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

爭。關於經濟生活的互助，就是實業上的分工合作；關於兩性生活的互助，就是男女生理上心理上和家庭生活上的分工合作；關於經濟生活的鬭爭，就是財產所有權的攘奪，以及階級間的壓迫和反抗；關於兩性生活的鬭爭，就是性交的衝突，以及種族間的生存競爭。總之，人類爲求自己生存和種族繁殖，必須有互助和鬭爭兩種活動方式。而互助和鬭爭的活動，又時時要以法律來做他們的工具。

還有一點要注意的，就是社會各種現象雖是變遷不息，卻有一定的進化程序，前一個現象和後一個現象，其間必含有因果的關係。換句話說，變的現象中，必有其不變的要素存在。那末，歷來法律現象的變遷，也必定可以從中找出一個前後關聯的線索出來。

## 第四章 原始社會時代的法律現象

我們所說的法律現象，是包括原始社會那些很曖昧的未成法形的法律現象，以及將來



社會進化到特別一種狀態時所產生的法律現象而言的。有些學者說：「原始社會是沒有法律的。」他們所說的法律是甚麼意義？我所主張的法律定義是怎樣？本書最後有一章專來討論這個問題，這裏姑且不提及。縱使說原始社會沒有法律，但是當時確已有社會生活，有他的組織，有他的制裁，有他的共同信仰；這些社會現象，究竟應該稱爲甚麼現象？依照我前兩章所說，當然要稱他爲法律現象。

人類在原始社會時代，逐水草而居，或採拾野生菓實，或獵取鳥獸，或捉捕魚類，以充食料；這是所謂漁獵時代。或在澤地草原，利用天然植物，馴養獸類，以供衣食；這是所謂游牧時代。或在土地肥沃的場所，用人力耕種，而收穫五穀；這是所謂耕種時代。在這幾個時代，他們已逐漸能製成各種工具和武器，以爲漁獵耕種及鬪爭之用；他們既能使用工具以從事生產，則依其勞動的性質，已有老幼男女的分工；他們感着採取食物，抵禦仇敵的困難，已能結羣合作而營共同生活。

我現在先來敘述這個時代的團體制度，經濟組織，和兩性關係。然後再敘述當時的習慣，