

汉语法学文丛

# 近代法律思潮 与中国固有文化

王伯琦 著

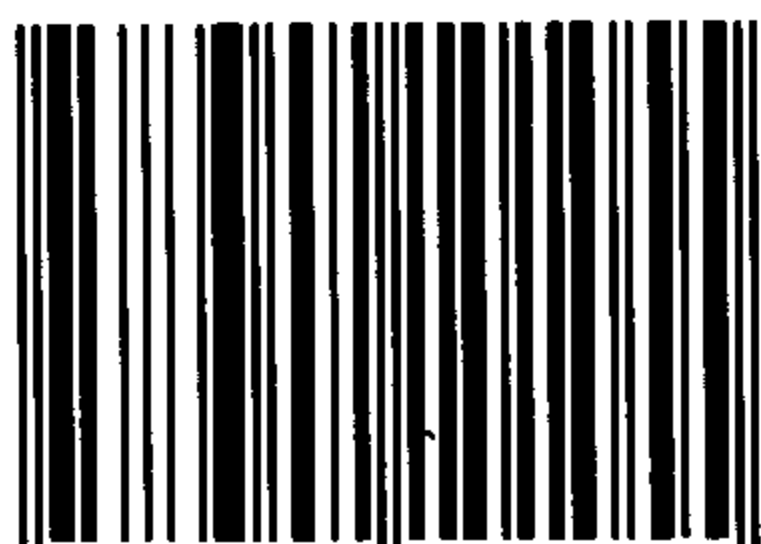
清华大学出版社

北京

## 《近代法律思潮与中国固有文化》

本书是已故著名法学家王伯琦先生的著作合集，分上下两部。上部为1956年出版的《近代法律思潮与中国固有文化》，下部辑录王启中先生整理的乃父散篇遗作。全书立足于中西文化交汇时代的背景，着力体认中国法制之路“左右为难”的困顿局面，于窥探、剖析二十世纪西方法学思潮，爬梳、反省中国固有礼教文化之间，谋求解决之道，而力陈独立人格观念的建立和概念逻辑体系的维护。先生论学，则勾连古今、会通中外；先生为文，则理论渊厚、概念清晰。而更能杵动历史之弦、打动后人的，还是基于中西文化分梳而流淌于笔端的文化自觉，一种中国文明法律智慧的文化自觉。

ISBN 7-302-10105-1



9 787302 101055 >

定价：43.00元



## 内 容 简 介

本书是已故著名法学家王伯琦先生的著作合集,分上下两部。上部为1956年出版的《近代法律思潮与中国固有文化》,下部辑录王启中先生整理的乃父散篇遗作。全书立足于中西文化交汇时代的背景,着力体认中国法制之路“左右为难”的困顿局面,于窥探、剖析二十世纪西方法学思潮,爬梳、反省中国固有礼教文化之间,谋求解决之道,而力陈独立人格观念的建立和概念逻辑体系的维护。先生论学,则勾连古今、会通中外;先生为文,则理论渊厚、概念清晰。而更能杵动历史之弦、打动后人的,还是基于中西文化分梳而流淌于笔端的文化自觉,一种中国文明法律智慧的文化自觉。

本书适合从事法学理论和制度研究的学者、教师和研究生使用,同时相信它对致力于其他社会科学研究,尤其是研究二十世纪中西思想的学者也有参考价值。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

### 图书在版编目(CIP)数据

近代法律思潮与中国固有文化/王伯琦著. —北京:清华大学出版社,2005.5

(汉语法学文丛/许章润主编)

ISBN 7-302-10105-1

I. 近… II. 王… III. 法律—思想史—研究—中国—近代 IV. D909.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 130480 号

出 版 者: 清华大学出版社

地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn>

邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175

客 户 服 务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

印 刷 者: 北京嘉实印刷有限公司

装 订 者: 北京市密云县京文制本装订厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 155×230 印 张: 27.75 字 数: 372 千字

版 次: 2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-10105-1/D·149

印 数: 1~4000

定 价: 43.00 元



王伯琦（1908—1961），江苏宜兴人。1931

年毕业于东吴大学法学院，获法学学士学位，是年夏留学法国巴黎大学，获法学博士学位。1936年归国，先后任职浙江省政府视察，军事委员会参事室。1939年应聘为昆明国立云南大学教授，1940年兼法律系主任，并同时执行律师业务。抗战胜利后返回南京，先任教育部参事，复南迁广州，任教于中山大学。1950年前往台湾，任司法行政部参事。1953年辞职，任国立台湾大学法律系教授，并兼任母校东吴大学教职。此后数年，得偿宿愿，过其恬静单纯生活，潜心教育、致力著作。著有《民法总则》、《民法债篇总论》、《民法概要》、《民刑法概要》、《近代法律思潮与中国固有文化》、《权利相对论》（译）等，为近代中国第三代法学家的杰出代表。



本书是已故著名法学家王伯琦先生(1908—1961)两部著作的合集,以上、下部形式重排刊行。上部是1956年出版的《近代法律思潮与中国固有文化》,下部为王启中先生辑录的乃父散篇遗作,曾以《王伯琦法学论著集》为名,于1998年刊行。此次蒙允收入“汉语法学文丛”,在中国内地出版,是王先生的著作于尘封近半个世纪后回归故里,堪为象征。

王伯琦先生早年留学法国,获法学博士学位。回国后先后服务于政务与学术,而以法学教育为主,于台湾大学法学院教职上,英年早逝。一生主治民事法学,兼及法理学,有多部作品行世。其人其学,反映了中西交汇时代中国法学公民的独立思考;其思其虑,是20世纪中国法学的重要遗产;而王先生的个人遭际与毕生追求,一如同时代的诸多中国法学知识分子,更是20世纪中国波澜壮阔的时代大潮的缩影。因此,出版王先生的遗作,不仅利在沾溉华夏后学,更旨在表彰汉语文明法学,期于学术积累和思想传承的劳心劳力中,建设中国文明的法律智慧。

文集的编印获王启中先生和原出版社授权,翟智勇、张世泰、周林刚和刘丹诸同学帮助校对。翟智勇同学协调编务,所劳尤巨;屠凯同学不辞辛劳,编制索引;责任编辑方洁女士任劳任怨,巨细萦心,保证了出版质量。凡此情意,感铭于怀,谨此鸣谢!

许章润

2004年6月

于清华明理楼

王故教授伯琦先生，江苏宜兴人，生于1908年，卒于1961年。

先生幼年就读于家乡养初小学，父亲经年供职在外（先生尊翁王辛南先生精通英、俄文，时在东北工作），祖父母宠爱异常，虽极聪敏，甚爱玩耍，功课只是平平。直至就读上海私立中学时，得良师益友之激励，始发愤努力，终日埋首苦读，甚至废寝忘食，常是班上第一二名。如此数年，奠定良好学业基础，更对读书发生浓厚兴趣。

入大学时，因感我国急需法律人才，乃报考以法科著称之东吴大学。1931年毕业，是年夏即赴法国留学。岂料抵法甫三天，即发生日军入侵沈阳之“九一八”事变。先生之尊翁自东北南归，筹措长子留学费用顿见困难。先生之姑母王祖蕴为我国早年留学德国获博士学位第一位女土木工程师。当年留学时曾受三兄辛南先生之资助与鼓励，此时见伯琦先生为可造之才，慷慨给予经济援助，使先生能顺利完成学业。先生在法数年，刻苦努力，获法国巴黎大学法学博士学位，于1936年返国。

先生归国后任职浙江省政府视察，办事明敏果断，负责任劳，公正无私，深得长官朱家骅先生之器重。抗战开始，江浙危急，先生转徙重庆，任职军事委员会参事室，1939年应聘为昆明国立云南大学教授，1940年兼法律系主任，并同时执行律师业务。抗战胜利，朱家骅先生，时掌教育部，一再促返南京，始东旋任教育部参事。此时大陆情势逆转，先生随教育部迁广州，复在中山大学任教。1950年来台后曾一度任司法行政部参事。但先生志在学术工作，终觉为教育服务最为适宜。因此于1953年愿辞司法行政部职务，仍回教书岗位，专任国立台湾大学法律系教授，并兼任母校东吴大学教职。此后数年，得偿宿愿，过其恬静单纯生活，潜心教育，致力著作。

先生治学态度极为严谨，欲求寻根究底，其著作理论渊博深厚，概念清晰透彻，而文字深入浅出。先生除专攻民法外，晚年对于法律哲



学之研究尤为着力。所发表之专论,语重心长、哲理渊深。先生执教,对学生更是循循善诱,极其认真,反复例证,析理精审,务期了解而后已。故其讲课深受学生欢迎,非本班之学生亦争相旁听,因而学生提早到教室“占位子”成为先生授课时之特殊现象。

先生性刚直,律己以严,但待人宽厚,处世谦和。惟体质素弱,留法返国后不久即染肺疾,时病时愈,常常抱病从公。1961年3月,先生宿疾复发,猝逝于台大医院急诊室。享年仅53岁。

先生之夫人储隐然女士贤慧勤俭。先生去世后独力执家,教育儿女,于1985年在台逝世。先生遗二子二女,现居美国,长女王启中学习法律,1982年至1992年曾在台从事国际商务法律工作。

先生之著作:《民法总则》、《民法债篇总论》、《民法概要》、《民刑法概要》、《近代法律思潮与中国固有文化》、《权利相对论》等。

王启中

# 目录

编者说明 .....	许章润 (1)
王伯琦先生生平 .....	王启中 (3)

## 上部 近代法律思潮与中国固有文化

序言 .....	(3)
儒法二家争辩问题的本质 .....	(8)
清末法制变革的特质 .....	(26)
西洋近代法律思想的趋势 .....	(32)
社会本位法制与传统道德观念 .....	(48)
社会本位法律的本质 .....	(59)
超前立法的出路 .....	(71)
司法职务立法化与传统德治观念 .....	(79)
古代德治盛行的原因 .....	(88)
吾国法学的衰微 .....	(97)
科学与艺术的调和 .....	(107)

## 下部 单篇论著选集

代序 .....	王启中 (117)
法律哲学与法理学 .....	(120)
一、法律哲学的兴衰 .....	(121)



二、法理学名称的由来·····	(124)
三、研究法律哲学的二种不同的方法·····	(129)
<b>法学：科学乎？艺术乎？</b> ·····	(132)
一、小引·····	(133)
二、科学与艺术的不同·····	(134)
三、法学的科学性·····	(135)
四、法学的艺术性·····	(138)
五、尾言·····	(142)
<b>论概念法学</b> ·····	(144)
一、概念法学的由来·····	(145)
二、概念逻辑在法学上的地位·····	(148)
三、概念逻辑的滥用·····	(153)
四、概念法学在吾国·····	(164)
<b>自然法之复兴与概念逻辑</b>	
——兼论私法的解释及法源·····	(171)
一、引言·····	(172)
二、传统的解释方法及法源·····	(176)
三、传统方法的批判·····	(189)
<b>法治与德治</b> ·····	(221)
一、德治与法治的真谛·····	(223)
二、法治与德治矛盾的原因·····	(225)
三、古代德治盛行的原因·····	(229)
四、结论·····	(232)
<b>从义务本位到社会本位</b> ·····	(234)
一、个人成为一个独立的单位·····	(235)
二、法律与道德，民事与刑事·····	(240)
三、中西文化的沟通·····	(245)
<b>狄骥的实证主义</b> ·····	(250)
一、引言·····	(251)
二、社会连带说·····	(253)

三、权利否认说 .....	(258)
四、结论 .....	(263)
<b>惹尼的解释成文法 .....</b>	<b>(265)</b>
一、引言 .....	(266)
二、立法原意的尊崇 .....	(267)
三、如何探求立法原意 .....	(273)
四、惹尼对于德奥自由法说的批判 .....	(277)
五、成文法在我国传统思想上所处的地位 .....	(278)
<b>习惯在法律上地位的演变 .....</b>	<b>(281)</b>
一、引言 .....	(282)
二、西洋古代法上的习惯法 .....	(284)
三、中国古代法上的习惯法 .....	(289)
四、近代以来的习惯法 .....	(303)
五、吾国“民法”上有关习惯的几个问题 .....	(307)
<b>判例与学说 .....</b>	<b>(314)</b>
<b>法律上实务与学说的距离 .....</b>	<b>(320)</b>
一、实务与学说发生距离的原因 .....	(321)
二、各种实务与学说间距离程度的不同 .....	(323)
三、我国情形的检讨 .....	(327)
<b>论自然债务</b>	
——吾国“民法”上自然债务体系之试拟 .....	(331)
一、自然债务之概念 .....	(332)
二、自然债务之起源 .....	(333)
三、自然债务之本质 .....	(334)
四、自然债务之效力 .....	(338)
五、自然债务之适用事例 .....	(344)
六、结语 .....	(347)
<b>法律行为之无效与不成立 .....</b>	<b>(348)</b>
一、各国立法上之混淆 .....	(349)
二、“不成立”概念之历史 .....	(351)



三、进一步之论辩 .....	(354)
<b>契约责任与侵权责任之竞合 .....</b>	<b>(357)</b>
一、引言 .....	(358)
二、主张侵权责任或债务不履行责任之实益 .....	(359)
三、债务不履行责任之范围 .....	(361)
四、学说之探讨 .....	(364)
五、结论 .....	(371)
<b>法律行为之标的及目的 .....</b>	<b>(375)</b>
一、标的与目的 .....	(376)
二、吾国之情形 .....	(379)
三、动机与目的 .....	(382)
四、结语 .....	(384)
<b>权利之滥用 .....</b>	<b>(386)</b>
一、不法行为 .....	(387)
二、过分行为 .....	(388)
三、妄滥行为 .....	(388)
<b>中国法治的前途 .....</b>	<b>(394)</b>
一、法治的意义 .....	(396)
二、德治与法治 .....	(398)
<b>当今中国法律二大问题的提出 .....</b>	<b>(399)</b>
一、西洋法律的进化 .....	(401)
二、吾国法律在近代的变革 .....	(403)
三、法律与道德 .....	(405)
四、法马德牛并驱 .....	(406)
<b>司法官的进德修业 .....</b>	<b>(408)</b>
<b>索引 .....</b>	<b>(413)</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>(427)</b>

## 上部 近代法律思潮与中国固有文化

---

序言

儒法二家争辩问题的本质

清末法制变革的特质

西洋近代法律思想的趋势

社会本位法制与传统道德观念

社会本位法律的本质

超前立法的出路

司法职务立法化与传统德治观念

古代德治盛行的原因

吾国法学的衰微

科学与艺术的调和





# 序言

西洋近代文明,发轫于文艺复兴,茁长于十七八世纪,而成熟于 19 世纪。这是人类文化史上一个突飞猛进的时代。吾国文化在历史上虽不无受到异族文化的影响,但在本质上始终一脉相承,未有多大变化。尤其在法律方面,自唐律以后,代代相陈,绝少变更。明末清初,西洋文化开始大量地输入中土,“朝野之士,蒸蒸向化,肩背相望”。不期在雍正元年(1723 年)一纸禁教之诏,就把中西文化交配的初苗斩断了。这正是 18 世纪之初,自然法思想极盛之时,西洋现代法律科学,正在长成阶段,而吾国未能稍受沾濡。从 1842 年鸦片战争结束之后,东西关系又复开始接触,但那时一般人所仰慕



的,是西方的兵工文化,直到“庚子之乱”之后,朝廷上下,方才明了西方之富强,不全在坚甲利兵,在法政制度方面,实有其更重要的原因。于是乃有光绪二十八年(1902年)四月初六日的上谕,派沈家本、伍廷芳为修律大臣,而于光绪三十年(1904年)四月初一日成立修订法律馆,开始采纳西洋的法律制度。不过这已是20世纪之初,西洋法律已经过了悠久的生长成熟时期,而又在开始蜕变了。所以我们所接触到的西洋法制,已是经过茁长成熟后又又在回芽的新法制。这一新趋势,正是对于19世纪严格法的反动,法律又一度地在道德化,机械逻辑的所谓概念法学,一般地被厌弃。这在外表上看来,恰恰和我们法律与道德素来不分及传统的德治观念相契合。因此,自国民政府成立于南京后,整套的西洋最新立法,很顺利地就移植进来,行之几近30年,似乎未曾觉其有所扞格。西洋的法律制度在中国生根了吗?我们的法律观念与西洋20世纪的新思潮接轨了吗?据我个人观察,仍是有些貌合神离。惟其貌合,乃可不觉其神离,而惟其不觉其神离,往往沉湎于貌合。这是很危险的现象。

西洋20世纪以来的法律趋势,虽是换了一个方向,但并没有回头,纵使其回头,亦不会与我们的传统思想碰头。我们立法上所采纳的,全套是西洋的最新法律制度,而在大众意识上所了解的,一般地似乎仍是固有的而且是复古的礼教制度。其间相去不啻参商,但果然能不觉其间之有矛盾,其故安在?我们的诸大法典,全是在北伐后订立的。当时正当训政开始。国民党的权力达于高峰,三民主义的意识极浓。各项立法原则,均先经中央政治会议通过,所订法律,是以三民主义为最高准则,应无容疑。而时至今日,一面有人高呼厉行三民主义的法治,一面有人力倡恢复固有礼教的秩序。从立法的时间上讲,清末到北伐不到20年,但终已换了一个朝代。礼教制度的精华,在清末沈家本时代已受了一次打击。虽然仍是附加了《暂行章程》五条,到民国成立,亦就无疾而终。此

后除民国三年(1914年)袁世凯的《补充条例》再一度回光反照外,礼教制度问题从此已算解决。因此,北伐后的立法虽是整套的采自西洋,未曾遇到什么阻碍。到今天,我们的诸大法典,未曾有所变更,而且继续地在采纳西洋的最新立法,但大众的意识上,似乎要拉回到唐律以前去,其间的距离相去不可以道里计,果然亦能不觉其间之有矛盾,其故又安在? 这些问题都是吾国法律上的大问题,牵涉的方面太广,我的学力有限,不敢说想作一个圆满的讨论。不过环顾各国,这种问题亦惟有在吾国遇到,似乎不可不有一个解答。我在这册子里,想作一个解答的尝试而已。

法律与道德,原有体与用的关系,如影随形,不可分离,其间的距离愈接近,社会愈安定,人民亦愈幸福。不过论法律的性质乃是一种保守力量,在正常情形,道德当然超前,法律总得落后些。所以法学家的努力,应当在如何使法律紧紧地追随着道德而不致脱节。但是,在我们中国的情形却不然。我们法律,采纳的无不是西洋最新立法例。其中所含的观念,对我们是一套簇新的道德观念,所以在我们的情形,法律与道德的地位是倒置了。这种超前立法的例子,固非吾国独创,无足多怪。不过问题仍在如何把它们之间的距离拉拢,更进一步,如何使其纳入正常的轨道。要做到这点,方法不外二种:或是使法律迁就道德,或是使道德追上法律。第一种方法已有些人在主张了,其中且有人认为:“近年来中国社会”渐渐由礼治转入法治,人与人相接时,不重礼而重法,人与鬼神间,人与大自然间,均失去其和通。“人忘记了习俗中应该有礼,以致人生无乐趣,社会无重心,而有些人更在蓄意破坏传统的礼乐,破坏历史的精神。所以我们今天正应当努力研究,如何复兴礼与乐。”照此说来,我们现在的社会所以无重心,人生所以无乐趣,甚至于有些人之所以如此猖獗,都是中国社会已渐渐由礼治转入法治的罪孽了! 这几乎是要把现行“法制”整个推翻回复固有的礼教制度。我不敢想像这可能是一种意见。至于第二种方法,使道德追上法律,

严格说来,这并不要用什么方法,乃是必然之势。社会是进步的,决不可能原路回头。我们单从男女平等、大家族制度之逐渐解体这二点上看,已可窥见其趋势之一斑。我们的问题是在如何加速其实现而已。如何加速?从何下手?要解决这一问题,又不得不先明了现行法制,亦即近代的西洋法制,与我们的传统思想相差的到底是什么,在这相差点上能多致力弥补,法律与道德的距离,相信可以加速地缩短。在这方面,我在这小册里提出二点:一是独立人格观念的树立,一是逻辑体系的维护,亦即科学精神的养成。这二点是我们固有文化中所缺少的,亦正是现行法制与传统观念间的距离,再广泛些说,亦就是中西文化间的距离。

不过我要先声明一点,我的意思并不是要我们重走一趟西洋19世纪的旧路,这与上面所说有些人的看法,将是五十步与百步之间罢了。我们的固有文化中,尽有许多宝藏可以弥补西洋文化的缺憾,所以他们近来对汉学特别感觉兴趣,道德重振亦成为有力的运动。至于我们呢,我们是中国,我们并没有他们19世纪的历史,他们现在所缺少的,正是我们太多的,他们觉得太多的,正是我们缺少的。我提出的二点,仅是以今天的中国人讲中国话,希望互通有无而已,请读者不要误会。反之,我更无意故作新论以炫世。我提出的二点,独立人格与逻辑体系,乃是西洋一二百年前的旧观念,我国人讲到的亦很多,不过这是法学方面的专门问题,应当由学法的人来多谈,而事实上谈的人不多而已。我在这册子里所讲的,实是老生常谈,卑之无足高论,请读者原谅。

这本册子的写作,并未有预定的计划。“司法行政部”原约我写一本关于租赁问题的东西,贱躯多恙,迄未着手。此稿系去年暑期随兴而作,拉杂写来,初无以之问世之意。而今部方促稿甚急,勉以践约。论据有欠周密或不成章节之处,尚希读者教之谅之。

1956年3月25日



# 儒法二家争辩问题的本质

在中国历史上,凡有关于法律方面问题的争辩,无不显现出儒法二家观点之矛盾。儒法二家思想之不同,在先秦诸子中,固是针锋相对,自汉而后,虽说思想统于一尊,但法家的精神并未绝灭。从桓宽《盐铁论》所载儒生与法吏的争辩,已足窥见汉代二家思想冲突之激烈,他如王充、王符、崔实、仲长统等,亦多有近于法家之论。其后三国之诸葛亮、刘廙;魏之刘劭、陈群、钟繇;晋之葛洪、刘颂、张斐、杜预;隋之赵绰、刘行本;唐之李乾佑、柳宗元、白居易;宋之王安石、许应龙、杨万里;元之苏天爵、郑介夫;明之方孝儒、丘浚;清之黄宗羲、崔述、袁枚,而至沈家本,历代不乏在某一方面表现法家精神的议论,而与儒家的正统思想发生刺谬。他们的矛盾究竟在那里?他们

的意见何以会如此地格格不入？他们争辩问题的本质究竟是什么？我们常听说，儒家讲道德，法家讲法律，儒家讲德治，法家讲法治。大致说来，固是如此，但是一方讲法律或法治，一方讲道德或德治，何以就会发生矛盾而极不兼容？要了解我们传统思想的本质，对于这一问题，不得不先有一个解说，而要求得一个解说，又不得不从道德与法律的关系上说起。

法律与道德的关系问题，是法学上最基本而最复杂的一个问题，耶林(Jhering)譬之为法学行程上的和伦角(Capo Horn)，牵涉到这个问题的时候，鲜有不触礁者。我在此地当无意对这一问题作全面的讨论。不过我们既触及了这个问题，不得不作一说明。

我们很熟悉的一位法国近代的大法学家狄骥(Léon Duguit)，他把我们在社会上的一切行为规范，统名之谓社会规范(la norme sociale)。这都是我们应遵守的规范，倘有违反，在社会大众的良知上(la conscience de la masse des individus)，就会引起一种反抗，使我们不得不遵从。譬如冬天的皮袍要用深色的面子，倘有人穿了一件白缎面子的皮袍，必定会引起社会大众的惊异，使其坐立不安，终于穿不出来。他如亲朋的礼尚往来，为人处世的一切道理，莫不如此。但这许多社会规范的重要性，并不一样。有些规范被违反了，仅能引起浮泛的无组织的反抗，有些则在社会大众的意识上认为非遵守不可，倘有违反，社会的共同生活即将无法维持，因此，将激起社会上有组织的反抗，而认为应以集体的力量予以制裁。此种规范，即成为法的规范(la norme juridique)。

法的规范又可分为二种：一为准则法(les règles de droit normatives)，一为技术法(les règles de droit constructives ou techniques)。这是狄骥法律思想体系中的一个大项目。<sup>①</sup>所谓准则法是强

---

<sup>①</sup> L. Duguit: *Traité de droit constitutionnel*, t. I § 5~10. p. 65 ets.

要社会的任何人遵守的作为或不作为的法则。<sup>①</sup> 我用强要二字有二个原因：第一，据狄骥的说法，强制与禁止(Commande ou défend)并没有什么分别。强制是禁止其不作为，禁止是强制其不作为，实是同一性质的东西。所以合强制与禁止二者而姑称之为强要。次之，他认为所谓强制或禁止并不含一个较强而在上的意志得对一个较弱而在下的意志使之服从的意思，由于各个人的良知(conscience)，他会意识到倘使违反了这规范，足以引起整个社会的反抗，这种良知上的意思就是强制或禁止。<sup>②</sup> 所以我不说强制或禁止而姑称之为强要。这种强要的准则法，是我们应遵守的行为法则。至于技术法，则是在可能范围内用以确保准则法被遵守或实施的法则。<sup>③</sup> 这是保障准则法不被违反的法则，准则法是目的，技术法是方法。如在民法，据狄骥观察，法国《拿破仑法典》之中，除家族法不论外，只有三个准则：契约自由，财产之不可侵，因过失致人损害者应予赔偿。此外则全属致此三大准则于实现的技术法则。现行其他国家的民法，包括吾国的民法在内，原则上仍维持了这三大准则，不过稍有修正而已。至于刑法，则全部是技术法，其准则法仅是隐存其间。如不得杀人，不得窃盗，不得诈欺，不得背信，诸如此类，都是准则法，这是我们应遵守的行为规范，但这不是刑法的内容。刑事法所规定的是杀人窃盗诈欺背信等等行为应处以何种的刑罚。如应处十年以下有期徒刑，这不是我们的行为规范，而是使行为规范所以能被遵守的方法，这都是对执法者的指示。所以我们所见的法律，可说大都是技术法，而尤以刑法为甚，那全部是技术法。他如民刑事诉讼法等程序法，是指示执法者应如何行使其职权的法则，根本不是我们的行为规范，亦是技术法。

---

① “La règle de droit normative ou norme juridique proprement dite est la règle qui impose à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action.” op. cit. p. 106.

② op. cit. loc. cit.

③ “Ainsi, j’appelle règles de droit constructives ou techniques celles que sont établies pour assurer dans la mesure du possible le respect et l’application des règles de droit normatives.” op. cit. p. 107.



吾国文籍上的所谓法,在清末以前,大多仅指刑事法而言。这是纯粹的技术法,根本不是我们的行为规范。除此而外,吾国数千年来所维持社会秩序,成为一般人确信为不可不遵守之规范者,惟礼。“夫礼者,所以定亲疏、决嫌疑、别同异、明是非也。……道德仁义,非礼不成。教训正俗,非礼不备。分争辩讼,非礼不决。群臣、上下、父子、兄弟,非礼不定。宦学事师,非礼不亲。班朝治军,莅官行法,非礼、威严不行,祷祠、祭祀、供给鬼神,非礼、不诚不庄。是以君子恭敬撙节,退让以明礼。”<sup>①</sup>所以不论是自己对自己的关系,或自己对他人的关系,不论是公的关系或私的关系,不论是对人的关系或人对鬼神的关系,所有一切应遵守的规范,统名之曰礼;而且这不单是外表的行为应遵守的规范,同时是内心活动应遵守的规范。所以我们过去的所谓法,包括二种:一是刑法,一是德法,亦称为礼度。《大戴礼·盛德》篇说:“明堂,天法也,礼度,德法也,所以御民之嗜欲好恶,以慎天法以成德法也。刑法者,所以威不行德法者也。”这一德法与刑法之分,相当于准则法与技术法之分。不过其中并无相当于社会规范与法的规范之分。这是因为吾国历代政治,无不以郅治为鹄的,所谓郅治,就是全部德法之实现。全部德法等于全部社会规范,所以全部社会规范均成为法的规范,在法的规范之外,已再无所谓社会规范,而致此全部德法于实现的方法,又只有刑罚一种,所以出乎礼即入乎刑。礼是全部的社会规范,同时亦是准则法,刑法是致此准则于实现的方法,全是技术法。

根据上述准则法与技术法之分,可见所谓准则法亦就是礼,技术法是刑或刑法。我们今天对于“法”的概念,包括甚广,是指一切有关民事刑事等之准则法及技术法而言的。如云某人杀人不守“法”,这个“法”是准则法,亦是指礼或道德规范而言的,准则法是不可杀人,礼或道德规范亦是不可杀人。又如云依“法”惩处,依刑法处以死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑,这个法是指技术法而言的了。再如说某人

<sup>①</sup> 《礼记·曲礼第一》。

欠钱不还是不“法”，这个“法”是准则法或礼或道德规范，其内容是欠钱应当归还。又如说依“法”办理，这个“法”是指技术法而言的了，依《民法》债权人得请求给付，经法院确定判决，得予强制执行。所以有时我们的所谓“法”是指准则法而言，这是被治者必须遵守的行为规范，亦就是一部分的礼或道德，有时是指技术法而言，这是统治者应如何以实质的力量使准则被遵守的法则，亦可说是“治”的法则，就其本质而言，其中并不含有礼或道德的成分，不过当然地反映了准则法的存在而已。

我们今天对于法的概念是如此，我们的古圣贤的见解，亦无不同。如《礼记·经解》云：“礼之于正国也，犹衡之于轻重也，绳墨之于曲直也，规矩之于方圆也。故衡诚县，不可欺以轻重；绳墨诚陈，不可欺以曲直；规矩诚设，不可欺以方圆；君子审礼，不可诬以奸诈。”法家的管子说：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。夫矩不正不可以求方，绳不信不可以求直。”（《管子·七臣七主》篇）慎子亦说：“有权衡者不可欺以轻重，有尺寸者不可差以长短，有法度者不可巧以诈伪。”（《慎子·马总意林》）一者言法，而都认为是绳墨规矩并无以异，何耶？二者均是必须遵守的行为规范，同是准则法，儒法所见，并无以异。所以我们读到许多文籍上关于礼的解释，简直与法的概念不可分，其原因在此。不过在一般情形，法家所称的法，是指技术法而言的。如管子所云：“夫法者所以兴功惧罪也。”（《管子·七臣七主》篇）韩非所云：“法者，宪令著于官府，赏罚必于民心，赏存乎慎法，而罚加乎奸令者也。”（《韩非子·定法》篇）这亦就是儒者诅咒、讥评的法。不过我们知道技术法仅是确保准则法被遵守的方法，既讲到技术法，必然的应以承认准则法之存在为前提，倘使否认了准则法，技术法就无从谈起。所以法家虽多就技术法方面发挥议论，但决不会不承认先有道德礼义之存在。清代的蒋彤很能道出这种礼与刑的关系，他说：“古之圣人，略于刑而详于礼，隐于刑而着于礼。……其制刑也，即议礼之精微也。其用刑也即用礼之准绳也，三千三百，无体之刑，三刺八辟，无体之礼。”（《刑论》，载《国朝文汇》，丁集，卷三）由此以观，儒法二家，不论其谈礼亦

好,谈法亦好,必然都承认有准则法之存在,而其对于准则法的内容如何,看来亦并没有不同的见解。儒者言礼,当然谈到许多道德上的项目,不必多说,就如管子是所谓法家,又何尝不说到四维八德,再如韩非,他要“正明法,陈严刑”,又何尝不是为了要“救群生之乱,去天下之祸,使强不凌弱,众不暴寡,耆老得遂,幼孤得长,边境不侵,君臣相亲,父子相保,而无死亡系虏之患”。(《韩非子·奸劫弑臣》篇)这一切,亦莫非是许多道德项目或准则法的实现。所以就准则法而论,儒法二家的意见并没有出入。他们意见的不同,集中在技术法。关于这点,我必须强调的有几种原因:第一,从清末变法以来,尤其在沈家本时代,儒法二家亦曾发生激烈争辩(姑名之为儒法二家),他们争辩的主题,集中在准则法的内容上去了,这与我们数千年来儒法二家的争辩,性质上截然不同,关于这个问题,我们以后就要讨论,暂时不谈。次之,有些人,常认为礼与法是对立而不兼容的,谈道德就不谈法,谈法就不谈道德,这是何等错误的观念。从而亦有人常认为我们往昔的所谓“法”与“刑”,是同义异词而已。丘浚《大学衍义》就说:“制定于平昔者谓之法,施用于临时者谓之罚,法者罚之体,罚者法之用,其实一而已矣。”<sup>①</sup>这种说法单就技术法的形式上观察,那是对的,倘就整个法的概念而论,那显然不甚正确。如孟子所云:“上无道揆也,下无法守也。”(《孟子·离娄》篇)管子所云:“法者民之父母也。”(《管子·法法》篇)此之所谓法显然指准则法而言,不会与刑同义。所以我们言法,决离不开准则法的概念,亦就是说,离不开道德礼义等概念。我们今天法的范围广了,当然是如此,在往昔亦复如此。这一点概念很重要,我们常把讲法的人看作脸上刮得下三寸霜,怎样没人情味的怪物,这种观念,未始不由于把刑与法相混的不正确观念而来。倘说法与刑同义,那么言法的人将都是刽子手了。

由此以观,道德与法律,同是我们的行为规范,本质上并无分别。儒家讲道德,他们的行为规范是道德,法家讲法,他们的行为规范又何

<sup>①</sup> 参阅杨鸿烈:《中国法律思想史》,下册,251页。

尝不是道德。但是儒法二家的意见始终对立着,其故究竟何在呢?原来法律与道德在本质上无以异,但其所辖范围,则大有不同。道德规范包括了我们在社会上的一切行为规范,法的规范仅是社会大众意识上认为必须遵守的一部分规范。从人性方面讲,尧舜桀纣千世不一出,绝大多数的人都是上不及尧舜,下不为桀纣的中人,而全部的道德规范是圣人所立的,故惟有尧舜那样的圣人方能遵守全部的道德规范,一般的普通人,只能遵守其中的一部分。这一部分既是绝大多数的人所能遵守的,那么这一般人就有要求全社会人必须遵守的意思,由于这种意思的要求,这一部分被认为必须遵守的行为规范,就成为法的规范。慎子说:“法非从天下,非从地出,发于人间,合于人心而已。”(《慎子·马总意林》)韩非亦说:“法者,宪令著于官府,赏罚必于民心”,亦无非说明了这点。这个所谓“人心”或“民心”,亦就是上面所说的上不及尧舜,下不为桀纣的“中人”之心,法的基础,全在乎此,汉儒荀悦说:“虚教伤化,峻刑害民,君子弗由也。设必违之教,不量民力之未能,是招民于恶也,故谓之伤化;设必犯之法,不度民情之不堪,是陷民于罪也,故谓之害民。”(《申鉴·时事第二》)这种不度民情之不堪之法律,当然不会被人民遵守,秦之速亡,后世论者甚多,苏辙站在法的立场,认为其“法皆与情不应”是其最大原因。(《古史》)司马迁说商君刻薄少恩,亦就是其法太苛,不与事丽。法律要合乎中人心,不过这中人心因时代之变迁而有不同。所以法律又要合乎时宜。《商君书》说:“前世不同教,何古之法?帝王不相复,何礼之循?”(《商君书·更法篇》)又曰:“故圣人之为国也,观俗立法则治,察国事本则宜。不观时俗,不察国本,则其法立而民乱,事剧而功寡。”(《商君书·算地篇》)。美国法学家庞德(Pound)亦说:“法律需要稳定,但不能一仍不变。所以对于法律的思虑,无不集中在努力调和稳定及变化二种需要。”<sup>①</sup>因此,所谓法者,可说是特定社会在特定时间,一般人众心所同

① “Law must be stable and yet it cannot stand still. Hence all thinking about law has struggled to concile the conflicting demands of the need of stability and of the need of change”. R. Pound, *Interpretations of legal history*, p. 1.



认为必须遵守的一部分道德规范。

法律既是一种必须遵守的规范,那就应当是不可有出入的,亦就是说应当是确定不移的,既要是确定不移而不可有出入,则必须能普遍地适合于一般事物。倘其不能适合于一般事物,则即不能使之确定不移,既不能确定不移,即不能必被遵守,亦即不成其为法的规范。是故法的规范具有二种特性:一是确定性(certainty),一是普遍性(generality)。而这二种特性,具有不可分离之关系,既要有确定性,必须具有普遍性,既具有普遍性,即应具有确定性。不过法的普遍性较确定性尤为基本,一个规范必须具备了普遍性方才能有确定性,倘其不能普遍地适用于一般事物,则绝不能确被遵守。所以法的规范,必须是一个抽象的原则,必须把同种同类具体事物中的个别性抽去而构成抽象的各个概念(concepts),再把各个概念联接起来,构成抽象的原则。这样一个抽象的原则,方才适合于同种同类的一般事物,而后可以具有普遍性,有了普遍性,而后可以有确定性。这是有关逻辑中归纳的一部分。法的规范既是一个抽象的原则,则在其适用于具体个别事件时,就不得不用逻辑的演绎法去推演,倘就各个具体事件去考虑其个别性,则此抽象原则立即丧失其普遍性,同时亦即丧失其确定性,其所以为法的规范的特性,亦就丧失尽净了。所以就其适用方面而言,法的规范又具有一致性(uniformity),亦就是平等性(equality),至于道德规范,则包括我们的一切行为规范,当然不可能使之全部必须遵守,所以不可能有普遍性,同时即不可能有确定性,从而在其适用时,亦不可能有一致性。因此,道德规范的适用,必须就各个事件具体地去体会其是否合于规范,逻辑的方法绝无适用之余地。<sup>①</sup> 由此观之,道德与法律的区别,基本的在其所辖范围的不同,法律所规定的,是道德规范中必须使之实现的一部分。谢令纳克(Georg Jellinek, 1851—1911)称法律为最小限度的伦理规范(a minimum ethics),其余部分则

<sup>①</sup> R. Pound, *Interpretations of legal history*, p. 1.

称之为伦理的奢侈(an ethical luxury)。<sup>①</sup> 庞德亦说：“法律是道德的一部分，亦就是维持社会秩序不可少的一部分。”<sup>②</sup> 吾国法家所谈的道德是这不可少的一部分，亦就是这必须遵守的一部分，儒家所谈的道德而希望出入于其间者，同时包括了这奢侈的一部分。就不可少的一部分而言，儒法二家意见是相投的，但一旦牵涉到这奢侈的一部分时，他们就成为水火了。

我们在上面讲到，就准则法而论，儒法二家的意见并没有什么出入，他们所要实现的，无不是许多道德上的项目，而这许多道德上的项目，从先秦以迄清末，可说并无多大变更，所以从准则法的内容而言，儒法二家亦并没有什么争论。不过在我们的历史上，儒法二家的意见，历代免不了有冲突，其冲突之所在，集中在方法上去了。这亦就是历来争论不休的法治与德治问题。从而我们必须先说明一点，所谓德治与法治，并非是一方要以道德来治，一方要以法律来治，或以刑罚来治，道德与刑罚，不是二种致治的方法，道德的项目，同是儒法二家要实现的目的。要使这目的实现，刑罚是一种方法，教化亦是一种方法，所谓德治，就是要以教化的方法来实现全部道德上的项目，所谓法治，乃是要以刑罚的方法来实现一部道德上的项目。所以法治与德治，不是目的的对立，而是方法的不同。在使礼或道德规范能被遵守的同一目的下，应当用教化的方法呢？还是应当用刑罚的方法？先用教化的方法呢？还是先用刑罚的方法？应当以教化为主呢？还是以刑罚为主？教化辅助刑罚呢？还是刑罚辅助教化？这些问题，都是儒法二家历来争论的问题，亦就是法治与德治问题。这是我们过去历代法律思想上最大的大问题，而这一问题的存在，几乎形成了我们民族的性格，所以迄今仍是一个大问题。

法治与德治问题的论点，历来多有不同，而德治与人治又是二个

① Pound, op. cit. p. 103.

② “So regarded, law is only a part of morals, i. e. the field of law is only a part of the field of ethical custom—namely, the part which has to do with the indispensable conditions of the social order.” Pound, op. cit. loc. cit.

相通而并存的概念,与法治同立于对抗的地位。我们要明了法治与德治真义之所在,不得不把各种不同的见解,分别予以审察。

(1) 刑措说。我国儒家的传统思想上,有所谓刑措之说,认为治国可以专事教化,不需要法,刑可以搁起来不用。这或许是受了孔子“听讼吾犹人也,必也使无讼乎”一句话的影响,仰慕唐虞三代邕治的美景而发的议论。如唐代大儒白居易的理想,认为有司能平刑,王者能恤刑,这还不是圣人措刑之道,“必欲端影于表,澄流于原,则在乎富其人,崇其教,开其廉耻之路,塞其冤滥之门,使人内乐其生,外畏其罪,则必过犯自省,刑罚自措,斯所谓至群心于有耻,立大制于不严。古者有画衣冠异章服而人不犯者,由此道素行也”。(《长庆集·策林》)陈子昂请措刑科说:“且圣人初制天下,必有凶乱之贼,叛逆之臣,而为驱除,以显圣德。圣人诛凶殄逆,济人宁乱,必资刑杀,以清天下,故所以务用刑也。凶乱既灭,圣道既昌,则必顺人施化,赦过宥罪,所以致措刑也。”(《伯玉文集》,卷八)宋代理学大家程颐更说得好:“生民之道,以教为本,故古者自家党遂至于国,皆有教之之地。民生八年则入于小学,是天下无不教之民也。既天下之人莫不从教,小人修身,君子明道,故贤能群聚于朝,良善成风于下,礼义大行,习俗粹美,刑罚虽设而不犯,此三代盛世由教而致也。后世不知为政之本,不善其心而驱之以力,法令严于上,而教不明于下,民放辟而入于罪,然后从而刑之。噫!是可以美风俗而成善治乎?!”(《为家君请宇文中允典汉州学书》,载《无刑录》,卷二《刑本·下》)

我们看这三位先贤所希望实现的刑措理想,他们自己都提出了一个先决条件,先要“富其人,崇其教”,“使人内乐其生,外畏其罪”,要先没有“凶乱之贼,叛逆之臣”,要“小人修身,君子明道”,然后可以讲到刑措而不用。这是可能的吗?汉代的王符就认为:“议者将以为刑杀当不用,而德化可独任,此非变通者之论也,非叔世之言也。”(《潜夫论·衰制第二十》)王粲很干脆,直截了当认为就是在三代盛世亦是根本没有的事。他说:“圣莫盛于尧,而洪水方割,丹朱淫虐,四族凶佞矣;帝舜因之,而三苗叛戾矣,禹因防风为戮矣。此三圣古之所大称

也,继踵相承,且二百年而刑罚未曾一世而乏也。然则此三圣能平,则何世能至之乎?孔子称曰,惟上智与下愚不移,不移者丹朱四凶三苗之谓也。当纣之世,殷罔不大小,好草窃奸宄,周公之不能化殷之顽民,所可知也。苟不可移,必或犯罪,罪而不刑,是失所也,犯而刑之,刑不可措矣。孟轲有言,尽信书不如无书,有大而言之者刑措之属也。岂意兆之民,历数十年而无一人犯罪一物失所哉?谓之无者,盖信书之谓也。”(《难锺荀刑措论》)原来《周易》上早就有噬嗑雷电之象,程颐解释说:“噬嗑者,治天下之大用也,去天下之间,在任刑罚。”由此说来,刑罚且是当然有的自然现象了。刑措之说,乃是无为思想的一个支流,以之作为一种理想的悬鹄,当然可以,许多先贤的立论,亦不过是于是想而已,真正的目的,不过在省刑恤刑,希望能把重点放在教化上去。所谓求之于上得之乎中,倘说他们真的在希望刑措的实现,则非愚即诬了。

儒者的刑措观念是如此,法家呢?法家既在鼓吹法,当然不会有刑措观念,这是不用说的。那么他们相反的是否认为单用刑罚不必教化就可以达到目的呢?我想决不会作此想。我们只看到有刑措之说,没有看到教措之说。管子且说:“教训习俗者众,则君民化变而不自知也。是故明君在上位,刑省罚寡,非可刑而不刑,非可罪而不罪也;明君者,闭其门,塞其途,弇其迹,使民毋由接于淫非之地,是以民之道正行善也若性然。故罪罚寡而民以治矣。”(《管子·八观》篇)这是积极的说需要有教化,他如韩非之流,对于刑的效力观念当然立论有些偏激,他说:“严家无悍虏,而慈母有败子,吾以此知威势之可以禁暴,而德厚之不足以止乱也。”(《韩非子·显学》篇)他从性恶的观点出发,认为“父母之于子也,犹用计算之心以相待也,而况无父子之泽乎”(《韩非子·六反》篇)。所以他特别重视刑赏,而将仁义譬之为尘饭涂羹,可以戏而不可食(《韩非子·外储说左》上)。这确是太藐视了德化的效力。至于商鞅一日刑七百人以赤渭水,秦始皇之焚书坑儒,偶语诗书者弃市,则是几乎全部否认德化。好在这是很偶然的事,自汉以后,这藐视或否认德化的思想及态度,再不见发生,至少亦不成为争论的

问题了。

综上所述,我们可以说这种绝对的措刑德治论,或尘饭涂羹的法治论,早已没有争论的价值,所以我们现在亦就毋庸把它当作问题。

(2) 先礼后刑或德主刑辅说。此说又有二义。

(A) 孔子曰:“道之以政,齐之以刑,民免而无耻。道之以德,齐之以礼,有耻且格”。(《论语·为政》)这是儒者常引的一句经典。其意义在说,在同样可能达到准则规范被遵守之目的下,道之以德齐之以礼的方法能收的效果比道之以政齐之以刑好。易言之,为达到同一之目的,教化的方法比刑罚的方法好。关于这点,我们首先要弄清楚,这不是道德比刑罚哪一种好的问题,道德与刑罚,一是目的,一是方法,方法与目的没有什么好坏可比的。必须同是目的或同是方法,才可相比。达到准则法被遵守的目的,有二种方法,一是教化,一是刑罚,所以孔子这句的意思是说,用教化的方法能使德或礼的内容实现,比用刑罚的方法好。这一种见解,或许还可能有怀疑的余地,倘使问道德或礼比刑罚哪样好,那就很容易陷入直觉的错误观念,而认为道德当然比刑罚好,不过这句话是不通的,其不通的情形,与问一斤棉花与一斤铁哪样重,而说一斤铁当然比较重一样。这是陷入于错误的魔术,我们必须注意。

在同样可能达到目的之先决条件下,教化的方法当然比用刑罚威吓好,孔子的这句话当然是颠扑不破之绝对真理。不过这仅是抽象的就其本质而言,这是以能达到同一目的为先决条件而下的结论,倘这先决条件起了变化,其结论亦就未必准确了。所以纵如韩非那样偏激的重视刑罚,亦是由于仁爱德厚之不足以止乱,他亦并没有否认仁爱本身的价值比刑罚高。诚如王充之言:“韩子岂不知任德之为善哉!以为世衰事变,民心靡薄,故作法术,专意于刑也。”(《论衡·非韩》篇)。故就此点而言,儒法二家的意见不会有不同。不过在一般的复杂的客观条件之下,其重心应当放在教化呢,还是应当放在刑罚?对这问题,儒法二家的意见确有不同,儒家从最好不要用刑罚的观点出发,当然把重心放在教化,法家从教化终嫌迂缓或人性本恶的观点出



发,当然把重心放在刑罚。不过这问题自汉以后,早已不成问题的一面倒,认为应从儒家的见解。贾谊上疏文帝即说:“故在世主欲民之善同,而所以使民善者或异,或道之以德教,或殴之以法令,道之以德教者,德教洽而民气乐;殴之以法令者,法令极而民风哀,哀乐之感,祸福之应也”。(《无刑录》,卷二《刑本·下》)刘向分政为三品:“王者之政化之,霸者之政威之,强者之政齐之。夫此三者,各有所施,而化之为贵矣。夫化之不变,而后威之,威之不变,而后齐之,齐之不变,而后刑之。夫至于刑者,则非王者之所得已也。是以圣王先德教而后刑罚”。(《说苑·政理》篇)是后二千余年之论政者,多不脱此调。宋代名家苏轼到底是读书万卷而读律的,他说:“仁义之道,起于夫妇父子兄弟相亲之间,而礼法刑政之原,出于君臣上下相忌之际,相爱则有所不忍,相忌则有所不敢,不敢与不忍之心合,而后圣人之道得存乎其中。”宋朝大儒朱熹认为杀人者不死,伤人者不刑,虽二帝三王不能以此治天下,“故圣人之治,为之教以明之,为之刑以弼之,虽其所施或先或后,或缓或急,而其丁宁深切之意,未尝不在乎此也”。(《无刑录》,卷二《刑本·下》)这又是比较折中之论了。

以上所说这种以重心放在德教方面的先礼后刑、德主刑辅观念,随时间之经过而愈益根深蒂固,到清末《大清新刑律》颁订,笞杖等身体刑废除,死刑单用绞,充分表示宽大仁厚的精神,即不能不说是德主刑辅观念的力量。至于保安处分,假释缓刑等制度,在西洋虽已是从以自由意思为根据的报应观念或一般预防观念进至以社会责任为根据的危险性观念或特别预防观念的产物,但新刑律亦能很顺利很自然地采纳,亦不能不说是由于德主刑辅观念与之无意识的契合,所谓殊途同归者也。尤其在1947年施行的《监狱行刑法》及《行刑累进处遇条例》,“徒刑拘役之执行,以使受刑人改悔向上,适于社会生活为目的”(《监狱行刑法》第1条)。那竟是以刑罚与教化视为一物,刑罚亦就是教化的一种方式了。由此而论,在这种意义上的德治或法治问题,可说确已不成问题,我们的重心当然应当放在教化上面,何况刑罚本身就是教化方式的一种。所以时至今日亦可置之不必多谈了。

(B) 我们从德主刑辅的字义上看,似乎在说刑是助成道德之实现的,亦就是说刑罚仅是方法,道德之实现才是目的。从先德后刑的字义上看,似乎在说必须先有礼德,然后有刑罚。如叶佩良说:“其(圣人)制刑也,正所以辅礼,是故出礼则入于刑。何以明之?夫君令而臣恭,父慈而子孝者,礼也。反是而不恭不孝,则有刑。”(《刑礼论》)又如丁仪的《刑礼论》说:“天垂象圣人则之。天之为岁也,先春而后秋,君之为治也,先礼而后刑。”“会当先别男女,定夫妇,分地土,班食物,此先以礼也。夫妇定而后禁淫焉,货物正而后止窃,此后刑也。”这种德主刑辅、先礼后刑的解说,并没有多大意义。我们屡次说刑不过是方法,礼是目的,方法当然是辅助目的之实现的,所以必须先违反了礼,然后才能用刑,出礼入刑,先礼后刑,这是事物必然之理,倘以之而肯定说教化的方法比刑重要,则将陷于上述礼与刑比较哪种好的同一之错误。先后主辅的概念是必然的,犹之先春后秋,先有父而后有子,不过这不说春比秋好或父比子好。这同是陷入于错误观念的魔术,我们不能望文生义。

(3) 人治说。此说又有三义。

(A) 第一种意义是要在上者以身作则来使他人感化。季康子问政,孔子对曰:“子为政,焉用杀?子欲善而民善矣。”(《论语·颜渊》)又曰:“善人为邦百年,亦可以胜残去杀矣。”(《论语·子路》)孟子亦说:“先王有不忍人之心,斯有不忍人之政矣。以不忍人之心,行不忍人之政,治天下可运之掌上。”(《孟子·公孙丑》)又曰:“惟仁者宜在高位。不仁而在高位,是播其恶于众也。”(《孟子·离娄》篇)荀子且说:“有治人,无治法。”(《荀子·君道》篇)所以“自天子以至于庶人,一是皆以修身为本”。(《荀子·大学》)孔子“必也使无讼乎”的心愿,亦就想以此方法来达到的。至于法家重在行法,对于这种人治观念,当然不会同意。所以韩非说:“且夫尧、舜、桀、纣千世而一出,是比肩踵踵而生也。世之治者不绝于中,吾所以为言势者,中也。中者,上不及尧舜,而下不为桀纣,抱法处势则治,背法去势则乱,今废势背法而待尧、舜,尧、舜至乃治,是千世乱而一治也,抱法处势而待桀、纣,桀、纣至乃

乱,是千世治而一乱也。”(《韩非子·难势》篇)“舜有尽,寿有尽,天下过无已者,以有尽逐无已,所止者寡矣。”(《韩非子·难二》篇)“且夫以身为苦而后化民者,尧、舜之所难也;处势而骄下者,庸主之所易也。将治天下,释庸主之所易,道尧舜之所难,未可与为政也。”(《韩非子·难二》篇)总括他的意思,要待极少数的圣君来感化臣民,这是既难得,而又靠不住,况且他自己的寿命亦始终是有限的。韩非立论,每多偏激,但是他这一番意见,可说有其至理。我说他有其至理,是重在既难得而寿命有限,并不是说感化在原则上不能生效。在19世纪法国有位法学家泰特(Gabriel Tarde b. 1843)以倡导模仿律闻名(Les lois de l'imitation),他认为法律关系范围之渐渐扩大,是人类文化的重要进步,亦是法律的重要进步。从横的方面而言,最初,其法律关系,仅限于血族之间,继之用许多拟制的方式,把血族的范围扩大而发生法律关系,继之由于封建的或各种集团的契约关系,更扩大及于邻近的人,再继之由于国家观念,扩及以百万计的同胞,再继之由于宗教观念而扩及无量数的异国人,最后由于人道观念,或国际法或自然法的观念,法律关系的范围终于扩及全人类。另从纵的方面讲,其法律关系的范围,由社会的高层而渐扩及下层,及于妇女,域外人,奴隶。这种历史上继续不断的进步,泰特认为都是由于相互的同情,而直接的或间接的相互模仿。而且他说单是地域的或空间的接近,不足以使相互模仿,必须有同情而后可,他说我们中国人对外国人没有同情,所以很少去模仿他人。这是他在1894年说的话,今天是另一问题。<sup>①</sup>泰特这种看法,当然具有某一方面之真理,他所说的模仿,亦就是我们说的“化”,我们中国人在过去虽很少被他人同化,而同化异族的史实是太显著了,由此可见化的力量之不可诬。这是就其大者而言,推而论之,以一身化一家,以一家化一国,以一国化天下,都是很自然的事,这与我们修身齐家治国平天下的说法,不谋而合,人治的说法,亦确有其真

<sup>①</sup> G. Tarde, *Les transformations du droit*, pp. 59~60; Berolzheimer, op. cit. pp. 442~443.

理,在上者能循礼守法,足以影响民风,变化气质的力量,当然很大。无奈圣君明主究属难得,即使得之,亦是以有尽逐无已而已。

(B) 人治还有另一种意义,是说有了好的法律制度,还要有好人来执行。此即孟子所说“徒善不足以为政,徒法不能以自行”。(《孟子·离娄》篇)荀子亦说:“法不能独立……得其人则存,失其人则亡。”(《荀子·君道》篇)这真是千古名言。这莫说是儒者,法家的看法,亦并没二样。法家不言“人”而言“势”,势就是权位,有权位者当然是人,所以他们之言势亦就是言人。法家对于权位看得很重要,所以必须要贤者在位,方可致治,不肖者得势,天下必乱。如慎子说:“飞龙乘云,腾蛇游雾,云罢雨霁,而龙蛇与螾蚁同矣,则失其所乘也。故贤人而屈于不肖者,则权轻位卑也,不肖而能服于贤者,则权重位尊也。尧为匹夫,不能治三人,而桀为天子能乱天下,吾以此知势位之足恃,而贤智之不足慕也。夫弩弱而势高者,激于风也,身不肖而令行者,得助于众也。尧教于隶属,而民不听,至于南面而王天下,令则行禁则止。”(《慎子·马总意林》)这与孟子所谓“惟仁者宜在高位”,其义正同。韩非亦言势,但其见解却迥不相同。他认为倘使任凭这种自然之势存在,则“人之性情,贤者寡而不肖者众。而以威势之利济乱世之不肖人,则是以势乱天下者多矣,以势治天下者寡矣”。(《韩非子·难势》篇)所以人要造成一种人之所得设之势,亦就是法。不论什么人而能行法,他就是一个得乎其中的中人,“中者,上不及尧、舜,而下亦不为桀、纣。抱法处势则治,背法去势则乱”。(《韩非子·难势》篇)他的意思是在说法本身就是一个中人,行法的人,不论其为贤不肖,只要抱法处势,天下就得治了。韩非之论,始终任法,把人的因素,一笔勾销。但事实是如何呢?唐代白居易在《论刑法之弊》一文中,就痛言当时小人执法之弊:“小人之心孰不可忍,至有黷货贿者矣,有佑亲爱者矣,有陷讎怨者矣,有畏权豪者矣,有欺贱弱者矣,是以轻重加减,随其喜怒,出入比附,由乎爱憎,官不察其所由,人不知其所避,若然则虽有贞观之法,苟无贞观之吏,欲其刑善,无乃难乎。”这种小人,历代难免。倘说有了治法,不必要有治人,那是把白纸黑字的法的力量看得太大了。

(C) 人治的最后而最重要的一种意义,是说“天下之情无穷,而刑之所治有极,使天下之吏操有限之法,以治无穷之情,而不得少议其中,而惟法之知,则下之情无乃一枉于法而失其实欤。是以先王之时,一权诸人,而不任法,是故使法出于人,而使人出于法”。(张耒:《悯刑论》)这是要使执法的人不要只知有限的法,而不显无穷之情,必须人出于法,然后可以不失其实。这种人治的观念,与德治观念,是一派相通的。此之所谓天下之情,当然不是上面所说的那种小人之情,而是合乎道德观念的君子之情。所以此之所谓人治,就是要人依道德规范作为权衡人之行为的标准,而不要受法的拘束。这种的人治观念,与法家的法治观念简直是水火不兼容,如管子云:“是故先王之治国也,不淫意于法之外,不为惠于法之内也,动无非法者,所以禁过而外私也,威不两错,政不二门。以法治国则举措而已。……是故先王之治国也,使法择人,不自举也;使法量功,不自度也。”(《管子·明法》篇)各人所称的“先王”,其不同有如是者,儒法二家的意见,在这一点上才显示其尖锐的对立。吾国历来的德治法治问题,其要义不外乎此,而今天我们仍以此为问题而予以讨论者,亦即在此。



# 清末法制变革的特质

吾国法制，远自西汉，近自唐代直至清末，陈陈相因，未有多大变化。到了清末，起了一次突变。这是中国法制史上划时代的新纪元。清廷自“庚子之乱”之后，对抗西洋文化的方法，各种花样已经耍完，感到技穷，所以不得不幡然改计。经刘坤一、张之洞于光绪二十七年（1901年）五月及六月二次会奏变法后，即有二十八年（1902年）四月初六日的上谕，派沈家本、伍廷芳“将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理”，于是有修订法律馆之设立，于光绪三十年（1904年）四月初一开馆。沈家本确当得起是一代法学大家，对于中西法律，均有深切的了解。他先把《大清律例》予以修订，于宣统元年（1909年）以上谕颁布施

行,名曰《大清现行刑律》。这一修订仅是暂时的过渡办法,故其重点,仅在改重从轻,凌迟枭首、戮尸缘坐、刺字、死罪之虚拟等,均予废除,但并没有动摇旧律的基本精神。其真正的改革,还有待于继续拟订的《大清新刑律》(以下简称《新刑律》)。这部新刑律,才把我国数千年来的传统精神予以修正。其中除将官秩服制良贱等阶级一概废除外,对于根深蒂固的伦常观念,大大地予以一次打击。因此而引起了历史上有名的新旧之争。据当时襄助沈家本修律的江庸说:“当刑法草案告成提交资政院决议之顷,朝野之守旧者,将法制与兴礼教混而为一,多不嫌于新法,群起而讥议之。其反对之最烈者为劳乃宣氏(时劳氏任京师大学堂监督)。劳氏以干名犯义,犯罪存留养亲,亲属相奸,亲属相盗,亲属相殴,故杀子孙,杀有服卑幼,妻殴夫,夫殴妻,无夫奸,子孙违教令等款,《大清律》皆有特别规定,而《新刑律草案》则一笔抹杀,大失明刑弼教之意,着为论说遍示京外,朝野多赧其言。”<sup>①</sup>而当时军机大臣兼掌学部的张之洞,亦为有力之反对者,因为刑律草案无奸通无夫妇女治罪条文,以为蔑弃礼教,各省强吏,亦希旨排击。最妙的是当时青岛特别高等学校教员德人赫氏,亦学会了一套阿谀趋附的功夫,背了良心,起而附和。据江庸氏说:“赫氏之论,至为幼稚,亦似非由衷之言,(原注:赫氏云:余见中国自置本国古先哲之良法美意于弗顾,而专求之于外国,窃为惜之。于劳氏之议,几无不赞成。)而守旧者则谓语出西人,大足张其旗鼓,新律几有根本推翻之势。沈氏愤慨异常,独当其冲,着论痛驳。”<sup>②</sup>又据当时另一襄助修律者董康说,张之洞因为新律对于内乱罪无纯一死刑,其签注奏稿,对沈家本语涉弹劾,且指为勾结革命党。倘非学部的副大臣宝熙帮忙,“此折朝上,沈某暨一千纂修夕诏狱矣”<sup>③</sup>。新旧观念之格格不入,争论之剧烈乃至于此,真是中国法制史上可以大书特书的事。不过新旧势力究不能敌,编查馆卒徇廷杰之议,附加《暂行章程》五条,沈家本亦终不安于位,宣统二年(1910

① 江庸:《五十年来中国之法制》。

② 同上

③ 董康:《中国历届修订法律之大略》。

年),修律大臣以刘若曾代之。附加的《暂行章程》五条,其大意是:加重皇室罪,加重内乱罪,加重外患罪,无夫奸处刑,卑幼对尊亲属不得施行正当防卫。这五条《附加章程》,把《新刑律》的精神几乎全部毁灭了。

我们今天读到这一段历史,大致无不同情沈家本的遭遇,不过在当时的情形,沈派实有其不得不失败的原因。吾国自春秋战国以降,儒法二家虽历有争辩,但以前的论点或在刑名的增删,或在刑罚的轻重,或在教化与刑罚应如何运用而达到致治的目的等问题。易言之,其论点均集中于技术法,对于准则法的内容,儒法二家,从没有发生异见。但这一次问题的性质完全不同往昔了,这次所争论的问题,集中到准则法的内容方面去了,亦就是旧派攻击新派所说的蔑弃礼教,或大失明刑弼教之意。这与当时的社会道德观念发生了严重的冲突,而沈家本一派实亦未敢予以蔑弃,他对于劳乃宣所指谪各点的答复,或则曰“尚无悖于礼教”,或则曰“应于判决录内详定等差,毋庸另立专条”,对于礼教并未敢直接予以攻击,其势已是外强中干了。实则当时朝廷所以要变法的动机,几乎全在应付列强的压迫,可说全是被动的,勉强的。如沈家本《删除律例内重法折》有说:“夫西国首重法权,随一国之疆域为界限,甲国之人侨寓乙国,即受乙国之裁制,乃独于中国不受裁制,转予我以不仁之名,此亟当幡然变计者也。方今改订商约,英美日葡四国,均允中国修订法律,首先收回治外法权。实变法自强之枢纽。”这是当时变法的真正意义。所以他对无夫奸不处罚一点,无法说不是蔑视礼教时,只得和盘托出说:“此最为外人着眼之处,如必欲增入此层,恐此律必多指谪也。”而且直认此事有关风化,不过说当于教育上别筹办法不必编入刑律之中。<sup>①</sup> 所以这部《新刑律草案》,是被外力逼迫出来的,不免与社会脱了节。《暂行章程》之附加,毋宁说是很自然的终局。

这部《新刑律草案》完成还未及施行,民国成立了。政体丕变,观

<sup>①</sup> 沈家本:《书劳提学〈“新刑律草案”说贴〉后》。

念一新,这部《新刑律》,除将与民国国体抵触各条删除外,亦就改称为《暂行新刑律》而施行了。到1914年,袁世凯虽又想以礼教号召天下,以重典胁服人心,公布了与《暂行章程》相仿佛的《补充条例》,但只能说是三千年来旧法制的回光反照,昙花一现而已。嗣后从1918年的第二次《刑草》,到1928年的旧《刑法》,而至1935年的《刑法》,可说是一帆风顺,施行到现在,并没有发生什么了不起的窒碍,像沈家本与劳乃宣那样的论战,亦只此一次。由此可见我们过去数千年来伦常礼教制度,从袁世凯的皇帝梦做醒之后,在刑法上早已受到重大的修正。

另就民法方面而言,在清末以前,根本没有真正的民法。沈家本等修律,最注重的还是在刑法,但对于民法当亦不能忽略。到宣统三年(1911年),完成了一部《民律草案·总则》。民国成立,在民事方面,就把沈家本修订作为过渡办法的《大清现行刑律》中有关民事部分,将科刑的规定删去了之后,一直沿用到1931年现行《民法》全部公布施行为止。所以在亲属及继承有关礼教方面的制度,民国以来,原封未动,当然不曾发生什么问题。不过到了1931年新《民法》“亲属继承编”完成,对于过去的制度,又起了一次突变,把过去行之数千年的宗法制度,家族制度,一扫而尽。基于男女平等之原则,男系亲属与女系亲属再无分别,所以亲属只有血亲、姻亲、配偶三种,无复有宗亲、外亲、妻亲之分。婚生子与私生子,嫡子与庶子一视同仁,父母对于子女之监督教养,既为权利又为义务。家庭之组织以个人为单位,不过是以共同生活为目的之处所,别无共同之财产或团体之权利义务。子女得共同平均继承,且可限定或抛弃继承,父母亦得为子女之继承人,配偶之继承地位反而特别优越。诸如此类,把过去数千年来社会及经济组织整个改变了,亦就是把过去的家族本位一变而为个人本位。这一突变,其严重性绝不亚于清末的《新刑律》,但既未引起多大争论,施行至今,亦未发生多大窒碍。那么是否这法典与我们的社会真的两相融合了呢?融合与无窒碍不是一件事,其间还有相当大的距离,或竟是背驰的。

自国民政府奠都南京之后,在未到五年的短时期中,即完成了二

部民刑大法,可说是超速,虽说已有了二次草案作参考,究竟是兹事体大,能在这短短数年内完成,不能不说是速成。而其所能如此速成者,“试就新《民法》从第一条到第一二二五条仔细研究一遍,再和德意志民法及瑞士民法逐条对校一下,倒有百分之九十五有来历的,不是照账誊录,便是改头换面”。虽然要费一番考虑选择功夫,毕竟是事半功倍了。但是他邦的法律,怎能照账誊录改头换面之后,就可以行之无碍呢?“俗言说的好,无巧不成事,刚好泰西最新法律思想和立法趋势,和中国原有的民足心理,适相吻合,简直是天衣无缝。”<sup>①</sup>要明了这适相吻合天衣无缝之所以然,不得不把近代泰西的法律思想和立法趋势说一说。

---

<sup>①</sup> 吴经熊:《法律哲学研究》,28页,上海,上海法学编译社,1933。



# 西洋近代法律思想的趨勢

讲到近代西方的法律思想,应从十七八世纪的自然法思想开始。这自然法的思想,于罗马共和时期,已开其端绪。西塞罗(Cicero,公元前106—公元前43年)可说是罗马法学思想的领导人物,受希腊哲学影响极深,尤其是斯多亚(Stoic)及亚里士多德(Aristotle)的哲学。他认为最好的生活是依从自然(secundum naturam vivere),最高的品德是明达(prudentia)、正义(justitia)、慷慨(magnanimitas)、谦恕(modestia)。所以“毋害他人”(neminem laede),“诚实处世”(honeste vive),“待人如己”(suum cuique tribuere)等原则,成为罗马人流行的格言。他的所谓正义的基础,就是自然的理性(naturalis ratio),用之于法律,即称之谓自然法(lex naturae)。所以法律不

是人可以擅断而制成的,而是由于自然秩序中内涵的道德观念。他又认为正义就是平等,社会的组成是由于群性,由家族而至于国家而至于斯多亚派四海一家的大同世界。<sup>①</sup>他说:“有一种真正的法律,融合于自然,渗和于人类,普遍的,不变的,永恒的。”这是西塞罗从希腊哲学上得到的自然法的概念,亦是其后许多罗马法学以至优士丁尼帝对于自然法的定义。<sup>②</sup>所以自然法的思想是从人之自然的本性上出发的,人性以理性为其特征,理性就是人性,亦就是人类的普遍的本性。因此,理性就是自然,自然亦就是理性,凡属圆颅方趾,无不具有共通的自然理性。自然法的内质,亦就是这自然理性的发挥,所以有其普遍的准确性,置之四海而皆准,行之万世而不惑。罗马法在经典时期能有如此的发展,可以说大部分受了这种自然法思想的影响,而万民法的发达,虽非与自然法出于同源,但亦不能说其间全无关系。到中世纪,自然法思想衰落了,从11世纪到15世纪,罗马法的传习虽仍不乏其徒,但只限于法条的注释,对于学理及其历史方面,完全忽略了。因此对于许多制度的真正意义,不能深切了解;而自然法的思想当不能有渗入之余地。我们称此派的学者为注释学派(glossateurs),因为其讲学中心在意大利的波罗尼(Bologne),所以又称之为波罗尼学派(Ecole de Bologne)。从13世纪阿纠司(Accuse)的《注释大全》(la graude glose)完成之后,研究罗马法的态度,略有转变。除解释法典之外,对于理论及一般原则之建立,亦能注意,而使罗马法与当时意大利地方法律及寺院法,相互融合。此即世称之后期注释学派(postglossateurs)。到16世纪文艺复兴之后,希腊罗马作品引起了极大兴趣,在意大利蒲尔琪(Bourges)地方,阿尔西亚(Alciat)自1529年起开始讲授罗马法,一反过去波罗尼学派的注释方法,而从历史与哲学方面去研究。法仍纠捷司(Cujas, 1522—1590年)是当时最负盛名的罗马法学家,曾数度至蒲尔琪讲学,这时的蒲尔琪城,成为欧洲法学讲授的中

① Berolzheimer, op. cit. pp. 87~89.

② “Est quaedam vera lex... naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna”(De republica 3,22,33)cité par Collinet et Giffard, op. cit. t. I. p. 8.

心,世称为人文学派(humanistes),而自然法思想亦盛极一时,成为以后两世纪的领导思想,而终于促成了法国的革命。

自然法思想发展到了十七八世纪,已成为一种有系统的学问,而法学亦就成为伦理学的一部分,任何规范,倘不合于伦理规范,不能成为法律规范,现实法之所以能发生法的效力,因为它是此时此地道德规范的宣示,更可以说是当时当地理想的伦理习惯的宣示。他们设想了一个抽象的道德完人,法律的目标,即以这样一个完人为依归,任何权利义务的应否发生,以其是否合于这理想的道德上的完人为准绳。在每一法学家都以其个人的伦理观点来衡量或批判法律的正当性,而以此作为修正旧法或创制新法的范型。当其伦理观点成为大众所接受的伦理习惯时(ethical customs; sitte),这就可成为法律发展的有力的泉源。譬如在罗马法上的契约,除少数的所谓要物契约及外事法官所承认的诚信契约(Contrats de bonne foi)如买卖寄存使用借贷等契约外,均非履行一定方式,不能发生法律上的效力。坡梯埃(Pothier)认为这是不合自然法的,允诺之应遵守,是自然法或道德规范上的重要项目,凡以发生法律上拘束为目的之合约,都是契约,罗马法把契约作如此的区分,在自然法上毫无依据。<sup>①</sup>从《拿破仑法典》之后的现代民法上,契约以双方意思表示一致而成立的原则,即因之而建立。这是就民法方面而言。另就公法方面讲,天赋人权社会契约等说,均导源于此一思想,而于1789年法国的《人权宣言》中具体地表示了。

我们讲到十七八世纪的自然法,至此必须特别说明一点。在自然法的思潮下,法学已成为伦理学的一部,法律被道德化了,亦可以说道德被法律化了。原属于道德上的项目,经许多法学家的阐发,渐渐得到了一般大众的共鸣,而成为所谓伦理的习惯,而被司法实务上适用,从而成为法律。这种法律,本质上原是道德律,亦就是自然法。不过我们要知道他们的道德律或自然法,从其出发点而讲,是以具有理性的个人为基础的,从其作用方面讲,是藉以充实或滋养当时枯槁而不

<sup>①</sup> Pothier, *Traité des obligations*, pt. 1. sac. 1. art. 1. § 1.

合理性的法律的。从这二方面讲,与我国旧律时代以伦常关系为基础,法律与道德始终混而不分的情形,不啻有天渊之别。勃拉麦鸠(Burlamaqui, 1694—1748)所著的《自然法要义》(*Element du Droit Nature*),是18世纪以至19世纪初欧洲极流行的一本自然法教科书。<sup>①</sup> 兹就其内容,略予介绍,以明所谓自然者,其特质究系如何。

人是以躯体与灵魂组成的,其动静惟有与灵魂有关者,方得称之为人的行为,其他均为物理现象。灵魂包含三种能力(*facultés*): (1)识别(*entendement*),这是对于事物能认识,构成理念,从而加以判断或思维的力量。简言之,乃是一种认识真理(*vérité*)的力量。(2)意志(*volonté*),这是决定自己行为或不行为的力量,亦即是在行为或不行为之间予以抉择的力量,其目的在于获得幸福。所谓幸福,就是有益于人的生存,完整及快乐。(3)自由(*liberté*),这是可以任意停止或转变其决意或行为的力量。灵魂包含这三种能力,而统摄这三种能力的总力量,即是理性(*raison*)。所以理性是使我们的灵魂能观察事物,构成理念,自主地予以抉择,从而能认识真理获得幸福的总力量。这是理性,亦就是人之自然本性(*la nature humaine*),所谓自然的,亦就是理性的。从这理性的概念中,我们就可以看到人是一个个的个人,人之目的是获得幸福(*bonheur*),所谓幸福亦就是权利,要获得幸福必须认识真理,要认识真理,必须运用自由意志。认识真理与自由意志,均是人的自然本性,从而获致幸福亦是人的自然本性。个人,权利,自由等概念,已跃然纸上。同时,各个人的行为既是由于其理性的发动,其结果自应归责于行为人。而所谓归责(*imputabilité*),是二方面的,一方是褒赏,一方是贬罚,一切规范,即由此而生。所谓规范(*règle*),是用以在二点之间画一条直线的工具。所以规范又称为法(*droit*),而法就是直(*droit*)。<sup>②</sup> 就其道德意义而言,规范是我们要达到一个目的

<sup>①</sup> Burlamaqui, *Elément du droit naturel*, 1820, nouvelle édition, Paris.

<sup>②</sup> 法文 *droit* 一字,可训法、直、右。

最确切而最简便的方法。<sup>①</sup> 人生的最终目的,就是幸福,要达到这一目的,惟有理性可以给我们的灵魂以足够的力量,而后才能运用我们的自由及意志来认识真理。所以理性是获得幸福的惟一门径,从而法律就是获得幸福最确切最简捷而合乎理性的方法。<sup>②</sup> 这种法律,就是所谓自然法。至于现实法律(*la loi*)或权利(*le droit*),仅是法的另一意义而已。现实法律是主权者命令的规则,人民的行为必须合乎规则,否则即予制裁。但其所谓命令,不过是依照人民的意志来指导其行为的力量,命令权本身必须合乎理性,所以现实法仅是自然法的宣示而已。权利亦是一种力量,在合乎理性的条件下,我们可藉以对其他人行施我们的自由及意志。<sup>③</sup> 由此见现实法与权利,均是本源于自然法,亦可以说就是自然法的另一形态,均是出于人之自然本性,均是普遍的,永恒的,不变的。所谓“道”(moralite)之一字,系由习俗(moeuis)而来,习俗是人的合乎规范的自由行为,从而“道”就是人的行为与规范间的关系,而所谓道德(morale)者,乃是使我们知道这些关系的指导原则,亦就是使我们的行为如何能合乎规范的艺术。<sup>④</sup> 人的行为,可分为强制的,禁止的及放任的三种;善的或正当的行为,是合乎法律的行为,恶的或不正当的行为,是不合乎法律的行为,放任的行为无所谓合法与否,因为法律并未予以规定,故亦无所谓善恶。从而我们可以看到,道德上之善恶与法律上的合法与否属于同一个观念了。

我们要了解自然法,必须详察我们自己的本性,自己与其他人的关系,以及由此产生的各种地位(*état*)。人性是上帝对人的意志,其主

① “La règle, dans le sens propre, est un instrument au moyen duquel on tire d’un point à un autre la ligne la plus courte, et qui pour cette raison est appelée droite.”  
“Dans le sens figuré et moral, la règle n’est autre chose qu’un principe qui fournit à l’homme un moyen sur et abrégé pour parvenir au but qu’il se propose.” *op. cit.* p. 9.

② Le droit “n’est autre chose que tout ce que la raison approuve comme un moyen sur et abrégé pour parvenir au bonheur.” *op. cit.* p. 11.

③ *op. cit.* p. 13, 14.

④ *op. cit.* p. 16.



要的内容就是理性,所以凡人只要稍一发动其理性,即可了解什么是自然法。但要全盘地了解其整体,更应注意到自己的地位。人的自然地位(*l'état naturel*)有三种:(1)人对神的地位,这包括一切人对神的感觉,统名之曰宗教。(2)人对自己的地位,此之谓自爱。(3)人对他人的地位,是为爱人,亦就是社会性(*sociabilité*)。<sup>①</sup> 兹申述之。

(1) 自然法有其普遍永恒的正当性,人的行为必须与之附和,违反之者,必受制裁,诸如身体虚弱、疾病、武断、错误、对人仇恨等是。遵从之者,必受报偿,诸如身体强壮、健康、精神完整宁静、对人和蔼等是。不过事实上有不然者,好人不一定幸福,坏人不一定受罚,而且有时非遭受更大的痛苦甚至于牺牲生命,不能遵守自然法的命令。事实既是如此,则倘把生命限此一生,就无法解释了。不过生命是有未来的,灵魂是永恒不灭的,惟有在灵魂不灭的原则上,方能建立起自然法的体系。因此,宗教乃成为自然法不可缺之一部。<sup>②</sup>

(2) 自爱是人与自己的关系,其义包括保持身体的强壮健康,而其最要者,在于灵魂的扶持,亦就是理性的培养,使之健全完整。理性的健全完整,须具备二种要素:智能(*sagesse*)与品德(*vertu*)。智能可使我们的灵魂对于事物有准确而正当的认识,尤其是有关于幸福及义务等事物的认识。品德是增强自由,致自由于完境的力量,有了这一力量,我们可以循着智能的指示去行为,而可以抗拒一切与智能相反的决意。研究学问是获得智能与陶冶品德最切实、最简捷的方法,因为这都是历来有智能品德者努力的成果。<sup>③</sup> 所谓学问,据普芬多夫(*Pufendorf*)的分析,有三种:有用的学问,好奇的学问,无用的学问。目的错误毫无用益之学问,无用之学也;物理,诗歌等,好奇之学也;惟有逻辑医学及与必要的技艺有关的一部分数学,为有用的学问。逻辑

① *op. cit.* p. 21.

② *op. cit.* pp. 31~47.

③ *op. cit.* pp. 47~56.

乃是告诉我们如何能正当地合法则地去思考的学问。<sup>①</sup> 所以获得智能陶冶品德,研究逻辑是最切实简捷的方法。

(3) 社会是一种必然的事实,因为这是神的安排。整个社会体系的运转,有赖于二种品德:(A)明达(*prudence*);(B)慷慨(*générosité*)。明达是能妥善运用才能的方法。人类相处于社会,应有一种同类之爱,这不是由于外界的利害,而是由于内心的满足,所以任何人不可损人而利己。人类自身是弱小的,除营社会生活外,不能如禽兽那样有个独自存的力量。慷慨是需要个人的利益为公众而牺牲,这是灵魂的伟大(*La grandeur d'âme*),对于他的牺牲,神会予以补偿的。人与他人间关系的地位,是自然法中最关重要的一部。规范这种关系的规律,称之为群律(*La loi de la sociabilité*),其中又可分为三部分:(A)平等律:凡人生来是同样的,所以应当是平等的。平等的含义是:“己所不欲,勿施于人;己之所欲,以施于人。”因此,奴隶制度是违反自然法的。<sup>②</sup> (B)赔偿律:凡人既是平等的,即不应使人遭受损害,如有损害,即应赔偿,不过当然要有过失。这是使我们的生命、身体、荣誉、财产得有保障的第一要义。<sup>③</sup> (C)利他律:凡人应尽其所能,对他人有所贡献,因为凡人既是生而平等的,则非仅希望他人不对自己为恶,并且希望在他人方面有所获得;反之,自己非特要不损人,还得要利人。再则,人是弱者,必须营社会生活,所以必须要互助。这是人性上普遍应尽的义务。不过在义务之中,有的是强行的完全的(*parfaite et rigoureuse*),有的是任意的不完全的(*imparfaite et non-rigoureuse*)。强行的义务是可以强力使之遵守的,因为这是维持人类社会生活所绝对必要的;任意的义务是各个人良心上的义务,并非维持社会生活所绝对必要的,有之,更可使其充实完美而已。<sup>④</sup> 这是自然法几种基本的原

① Pufendorf, *Devoirs de l'homme et du citoyen*, Traduits du latin par Barbeyrac, pp. 101~102.

② Burlamaqui, *op. cit.* pp. 77~82.

③ *op. cit.* pp. 82~88.

④ *op. cit.* pp. 88~96.

则大概。

由上所述,我们更可以明了自然法的思想对于现代文明的重要性。个人是一切法律制度的出发点,理性是一切法律制度的基础,自由意志是理性的内涵,平等是上帝的安排,享受权利,祈求幸福是人生最终目的,负担义务当即逐之而来。为求理性的实现而牺牲是人与上帝的关系,使理性健全完整是人与自己的关系,从理性而求于人施于人是人与人之间的关系。理性的完整即道德的完整,理性的实现即是道德的实现,亦即是自然法的实现。当然,人的理性难于百分之百的完整,自然法的内容亦不可能百分之百的实现,自然法是一种理想,现实法应以之为悬鹄而已。不过就事实而言,其实现的程度,已相当惊人,《人权宣言》,《拿破仑法典》均其明证,在公法方面,把君主专制,封建遗风,一扫而尽,在私法方面,把罗马法中许多严格的,枯槁的,不合理性的原则均修正了。

自然法的思想发展到18世纪之末,已到了登峰造极的境地,法律的内容已经大大地充实了,其历史使命,亦就至此而完成,以后的问题,不再是变化创新,而是稳定;花已开了,果已结了,以后是成熟的阶段了。自然法的思想到了康德(Kant, 1724—1804),就起了很大的变化。康德以前的自然法,是一种道德的教义,以一个道德的完人为悬的而作为现实法的楷模,所以是创造性的,变动的,而有破坏性的。康德的自​​然法,并非是一个悬的,而是一个批判现实法的标准。他的出发点是一个抽象的自觉的具有自由意志的个人,如何使各个人的自由能相互调和的原则,这就是自然法。<sup>①</sup> 这种自然法并非如十七八世纪作为创造法律的楷模,而是以之来衡量批判现有法律的原

① “Act of will or voluntary choice are thus regarded only in so far as they are free and as to whether the action of one can harmonize with the will of another according to the universal law. Right, therefore, includes the whole of the conditions under which the voluntary action of any one person may be harmonized in reality with the voluntary actions of every other person according to a universal law of freedom.” Kant, *Metaphysische Anfangsgrunde der rechtslehre*, Introduction § B. 3. Cited by Pound, *Law and moral*, p. 11, note 26.

则；这是对于现有的予以批判，不是予以破坏而来创造新的了。他的批判原则是各个自由意志间的调和，调和的方法，就是要确定各个人自由的界限，确定这界限的法则，就是法律。<sup>①</sup> 这完全是支持现有的法律秩序，十七八世纪法律受制于道德的原则被放弃了。他把各个人抽象地视为一个单位，法律的目的，就在调和各个人间之自由，19世纪的个人主义因此而变了质，所以庞德称康德是推翻十七八世纪自然法基础的主要人物<sup>②</sup>，并认为19世纪处于领导地位的历史法学派及分析法学派，受其影响极大。历史法学派以谢林(Schelling)、胡果(Hugo)为前驱，由萨维尼(Savigny, 1779—1861)集其大成。他认为法律的进化，有其一定的轨迹，所以法律只能长成，不能由人的理性智能来创造。他对于自然法学派之全凭理性创造法律，将道德与法律混淆，辩斥不遗余力。他认为法律是最高原则的宣示，但这最高原则不是出自理性或道德的自然法，而是由于人类社会交往经验而产生的习惯。<sup>③</sup> 法律是民族精神的产物，法学家与立法司法者只能于民族历史中去寻求发现而予以宣示，决不能任凭理性的智能予以创造。由此我们看到历史法学派的观点与自然法学派如何地立于对立的地位了。据庞德说，民族观念不见得是德国历史法学派的主要成分，他们仅是反对法国《人权宣言》中的许多自然法的原则。他们反对采纳法国革命的原则原理，因为德国不具备产生此种原则原理的条件。萨维尼是罗马法学家，他的思想与自然法学派同具有普遍性，不过德国有一部分专研古代日耳曼法的(Germanists)，可说是民族

① Pound, *Law and moral*, pp. 9~11.

② Pound, *Interpretations of legal history*, p. 28.

③ “Law arises according to what the prevalent, though not quite pertinent phrase calls Customary law, that is, it is first produced by custom and popular belief and then re-enforced by jurisprudence, throughout it is the result of inner, silently working forces, not of the arbitrary will of a law giver.” Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3d, edit, 1840, p. 11. Cited by Berolzheimer; op. cit. p. 213.

主义者。<sup>①</sup> 所以实际上萨维尼亦未始不受有自然法学思想的熏陶,自然法学派认为自然法是最高原则,这最高原则是不能创造的,而只能发现,就这一点而言,历史法学派亦是一样,历史法学派亦认为在现实法之外,另有一种最高原则即习惯法之存在,这最高原则是不能创造的,亦只能发现,但在自然法学派的思想里,自然法一旦发现之后,现实法即应以之为鹄的,所以现实法是由人的智能创造的,在历史法学派,则认为现实法亦只能被发现而宣示,不可能用智能创造,而一旦被发现之后,即可用逻辑的方法予以推演适用。<sup>②</sup> 从这点而讲,与分析法学派又有相通之处。<sup>③</sup> 因此,在历史法学派,法律与道德完全属于二个范畴,法学家或司法者不能顾及伦理原则了。<sup>④</sup> 19世纪的法律科学,含有浓厚的历史意味,任何著述或解释,莫不意识到法律史,所以庞德称19世纪为一个历史的世纪<sup>⑤</sup>,亦足见历史法学派影响之大了。

源于边沁(Bentham)、弥尔(Mill)等之功利主义,其于法律与道德之关系的见解,受康德的影响很大。他认为法律就是主权者的命令,所谓法者,除现实法外,别无他物。法学家的任务,仅在对于现有的法律制度加以分析,司法者只能用逻辑的方法,适用现实法,道德的善恶,属于立法范围,司法者不容考虑。<sup>⑥</sup> 所以法律可能与正义道德相违反,但仍是法律,违抗恶法是一种道德上的责任,亦是一种品德,但其法律上的拘束力,不因之而丧失。他们只问法是什么(that

① Pound, *Interpretations of legal history*, p. 19.

② Savigny, *System of modern roman law*, § 1 (1840). "One might wish to assume that law has a wholly variable origin, according to the influence of chance or of human will of deliberations of wisdom. But this assumption contradicts the undoubted fact that everywhere, when a relation of right and law comes in question or men become conscious of it, a rule therefor is already at hand and hence it is neither necessary nor possible to invent it for the first time." See Pound, *Law and moral*, pp. 15~16.

③ Pound, *Interpretations of legal history*, p. 18.

④ Pound, *op. cit.* p. 25.

⑤ Pound, *op. cit.* p. 6, *Law and moral*, pp. 1~2.

⑥ Austin, *Jurisprudence*, lecture 1(1832).

which is),不问其应当如何(that which it ought to be)。<sup>①</sup> 由此以观,分析法学派与自然法学派当然是南辕北辙,其与历史法学派的思想亦相差甚远。分析法学派认为法律无不由政治上的主权者所制订,无政治力量予以支持,法律不能发挥其效力;历史法学派则根本没有意识到什么政治力量,他们认为法律是由民族习惯中产生的,而法律之能发生效力,主要是社会的压力,社会一般人对于违反法律者的厌恶,及其服从法律的习惯,这才是法律效力的真正泉源。<sup>②</sup> 分析法学派受分权学说的影响极大,他们认为道德问题是立法问题,司法与行政只有法律问题,不应再顾及道德。认为立法与司法及行政,应当完全分离,而事实上仍未能达到此一境地者,由于分权制度尚未充分发达。<sup>③</sup> 在这点上,与历史法学派的思想有其相同处,亦有其出入之处。分析法学派对于司法及行政方面虽不认为可有道德问题发生,在立法方面仍认为应考虑道德问题。历史法学派则在立法方面亦认为并无道德问题在内,立法者只能发现法律,对早已存在的法律予以宣示,司法及行政方面,则只能把已发现已宣示的法律予以适用,虽然发现法律的工作,司法及行政方面亦未始不能做,但道德的善恶问题,终无考虑之余地。<sup>④</sup>

综上所述观之,在 19 世纪,法律又进入一个稳定的时期,亦可以说由十七八世纪的发育时期而进入了成熟时期。法律严格化了,治学的方法,又与 12 世纪以后的注释学派相仿佛,致力之处,在于现有法律之分析解释而阐发其含义,法律成为一部逻辑的机器,执法者只须

---

① “Law as Austin has shown, must legally binding and yet a law may be unguist . Recessitence to authority can not be a legal right, and yet it may be a virtue. . . He has admitted that the law itself may be immoral, in which case it is our moral duty to disobey it; but it is nevertheless law .” Markby, *Elements of law*, § 12(1889).

② Pound, *Law and moral*, pp. 22~23.

③ Austin, *Jurisprudence*, lecture II. p. 682, 676.

④ Pound, *Iuterpretations of legal history*, pp. 98~99.



开动这机器,所得结论就是裁判,因此,法律与道德又分了家。<sup>①</sup> 但到19世纪末,一般思想的趋势,渐由个人的独立自主走向社会的互助互赖,在法学方面,亦显然起了变化。在19世纪,就立法而言,《拿破仑法典》当然是不世的创作,在欧洲各国引起了一连串的立法运动,自此之后,即类多率循旧章,甚少新猷。司法方面,亦是谨守典则,机械地予以适用,其着眼点则在于社会的安定。到19世纪末期,立法及司法的趋势,乃渐倾向于有意识的特定目的之追求,有意识地使法律成为达成某种目的之方法,其着眼点乃由社会的安定移向于人群共同生活的改善,由各个人利益之保护,移向于整个社会利益的增进。法律原与伦理道德经济等其他社会制度漠不相关者,从此又复发生了密切关系,而藉此以满足人群更多的需求。这一趋势,又接近了十七八世纪的自然法思想,道德又复侵入了法的范畴,法学思想方面,又复产生了自然权利的观念,即在法律规定范围之外,更有社会伦理习惯认为合于理性的人类需求或权利,自然法又复兴了,法律又复浸润于伦理习惯之中。社会哲学派乃代历史法学派而成为20世纪初以来的领导思想,他们的观点虽各不同,但无不以实现道德规范为职志。<sup>②</sup> 其中以新康德派领袖施塔姆勒(Stammler, 1856—?)为最著。施氏以现实的社会生活(social life)为中心观念,法律就是社会生活的表征。社会生活之意义,在于互助而得到需求的满足。法律强制力之所以为正当,亦就是因为这是建立人类社会生活秩序的必要方法。他建立了一个新的正义观念,行为规则之适用,倘能合于社会的理想,就是合乎正义,

---

① “The great gain is its fundamental conceptions which jurisprudence made during the last century was the recognition of the truth that the law of a state or other organized body is not an ideal, but something which actually exists. It is not that which is in accordance with religion, or nature or morality; it is not that which it ought to be, but that which is.” Gray, *The nature and sources of the law*, § 213(1909).

② Pound, *Law and moral*, p. 103. “And one feature of this revival (of philosophy of law) has been new theories of legal precepts as having for their end the realization of moral rules, and in consequence a revival of the old subordination of jurisprudence to ethics.”

而其所谓社会的理想(social ideal),就是具有自由意志的各个人的共同生活(a community of free agents)。他的所谓正义法(just law),亦就是合于理想的社会生活的法则。现实法虽是指向正义而前进的强制力量(a coercive effort towards justice),但不一定与正义相符合。施氏自己否认是自然法的信徒,不过他虽不信有一种固定不变永恒的自然法,但他显然认为有一种确定的人类行为准则,这是一种内容变化的自然法(a natural law with a variable content),他虽不认为正义法的渊源是道德,但认为二者是殊途而同归的,二者同以满足人群需求为目的,而是相辅相成的。正义法必须以道德律来充实,道德律必以正义法来实现。道德观念深深地渗入法的范围了。<sup>①</sup>亦如新黑格尔派的领袖柯勒(J. Kohler, 1849—?),他认为一个民族的法律制度是由其文化决定的,要了解一个民族的法律制度,必须就其文化的整体观察。人类文化因时因地而不同,各民族的法律制度亦随之而有异,法律的任务,即在于促进文化,维持文化,但亦为过去文化的产物。什么是文化?文化就是人类力量在社会里可能的最高发挥,所谓可能的最高发挥,亦就是人类对于自然最有效的控制,而其所谓自然,包括物性及人性(human nature)二者而言。是故法律的目的,一方在使人类获得最大的物质的满足,一方亦在于促使人性的完整(human perfection)。所以除物质的经济因素之外,法律亦是伦理及宗教观念的反映。但其所谓人性的完整,并不限于个人的完整,我们不是一群无组织的个人,我们不能以求各个人之完整为已足,我们有一种理想的文化要去达成,我们不能各求其完整之道,整个民族,整个人类应当共同发挥其力量。柯氏的所谓法律秩序,亦有二方面的意义,一方是保持现有的文化价值,另一方是创造新的文化价值,他所揭发的是一个不断进步的而复杂的文化概念。因此我们所处的社会,不是一个固定的理想的社会,而是一个继续发展的文明社会。但是各个人亦不能无理智地尽量发挥其力量,各个人的行为应当有一个秩序,有相当的限制。限制到如

<sup>①</sup> Berolzheimer, op. cit. pp. 398~422; Pound, *Law and snoral*, pp. 105~106.

何程度,则应视各时各地的文化而定。综言之,一方要维持现有的文化价值,一方要创造新的文化价值,一方要发挥个人的自由,一方要顾全社会的利益,这是 20 世纪法律思想的大转变。不过柯氏的所谓保持文化促进文化等概念,终嫌浮泛,所以他更较具体地说,每特定时空间的文化,都有某种的“法的准则”(jural postulates)存在,这种准则,其本身不是法律,而是一种什么是正当的概念,法律只是致之于实现的方法,所以其内容不是永恒不变的,而是随时随地变移的,虽是随时随地变移的,但其目标仍是固定的,这固定的目标,就是人类力量的最高发挥。立法者司法者及法学家的的工作,在于决定什么是特定时空间现有文化中的法的准则。<sup>①</sup>这是自然法的复兴,道德又在领导法律了。但这复兴了的自然法,与十七八世纪的自然法既不尽同,与 19 世纪康德以后的自然法亦复有异。十七八世纪的自然法是固定不变的,而以抽象的个人完整为内容。柯勒的自然法与十七八世纪的自然法虽同具有创造性,但其内容是随时随地变移的、进步的,是一种具体的特定阶段的文化。至于 19 世纪的自然法非特是固定不变,且不容有理性的创造,二者相较,更见不同了。

19 世纪末法律思想方面的转变是如此,在立法方面,当亦形影相随,一无二致。《拿破仑法典》是 18 世纪自然法思想的结晶,1900 年的《德国民法典》可说是新自然法的先河。继之而起的《瑞士民法典》、《暹罗民法典》、《波兰民法典》等,均受其极深之影响。吾“民法”大半以德国及瑞士民法为蓝本,受其影响更为深切。诸如权利不得滥用之原则,诚实信用之原则,契约自由之限制,侵权责任之客观化;可以看到理性主义之重新抬头,以及随文化进展而产生的道德观念,处处深切的渗入。较之《拿破仑法典》中契约自由,财产权不可侵,过失侵权责任等大原则,已判然不同。而法国判例学说方面,亦迅速地随时代

---

<sup>①</sup> Berolzheimer, op. cit. pp. 422~427; Pound, op. cit. p. 107; Pound, *Interpretations of legal history*, pp. 141~105.

之巨流而发展,其法典虽仍是 1804 年的法典,但其含义已面目全非了。<sup>①</sup> 再如吾国之“三七五减租条例”,“耕者有其田条例”,“土地法”,“工厂法”等所谓社会立法,更足以示此一趋势之猛烈。

由上所述各节,我们看到道德与法律的悲欢离合,互为消长,似有其循环的轨迹。在罗马共和初期,其史迹虽无文献足征,但一般认为在此时期,道德宗教习惯法律浑然一体,无何区分。到公元前 5 世纪中叶,《十二表法》完成,即开了一段严格法时期。但自共和末期,至帝国初期,道德力量即大量地侵入法律,这是法律与道德第一次结合。自公元 534 年《优帝法典》完成之后,道德与法律即渐分化,从 12 世纪到 15 世纪,又经过了一段严格法时期。到十七八世纪再复重圆,其亲密的程度,得未曾有。而在 19 世纪又拆伙了。不过此次的分离时间很短,从 20 世纪初开始,这是它们的第三次结合了。庞德曾说:“其始为道德原则者,继即成为衡平原则,终于而成为法律规则。”并谓自然法学派认为法律与道德是一样,而历史学派则认为不同,这是因为二派学者所处的时代有异,法律发展的阶段有所不相同而已。<sup>②</sup> 果如其言,则道德与法律的相互消长,乃是必然的现象了。

---

① Pound, *Law and moral*, p. 31. Also Millar, *Historical view of the English government*, II, p. 358. “Law and equity are in continual progression; and the former is constantly gaining ground upon the other. Every new and extra-ordinary interpretation is, by length of time converted into an old rule; A great part of what is now strict law was formerly considered as equity; and the equitable decisions of this age will unavoidably be ranked under the strict law or the next.”

② 参阅王伯琦:《权利相对论》,原著为 L. Josserant, *De L'esprit des droits et de leur relativité*. 《法国民法典》里,当不能有权利滥用原则之规定,但由于判例及学说方面的努力,到 20 世纪初已成为确立之原则。权利滥用这概念,在法国民法及行政法方面,适用极广,由此可见其法制趋向之一斑。

# 社会本位法制与传统道德观念

吾国法律,从未与道德分家,数千年来的法律始终浸润于道德之中。清末变法,正当西洋法律的中心观由个人转向社会,严格法的时期已过,恰逢道德与法律三度重圆之良辰。于是在刑事法方面,保安处分,缓刑假释,裁判上之减轻免刑,量刑幅度之增广等制度,均能一一采纳;在民事方面,如诚实信用之原则,在民国初年已数度着成判例,权利滥用之原则,在1926年已有明确之适用。<sup>①</sup> 迨及1929年至1931年新《民法》陆续制订施行,西洋法律的道德化,正是炽烈风靡之时,与吾国传统的法律与道德累世同居的情形,不谋而合,所谓天衣无缝,并非过言。不过这件天衣虽是无缝,

---

<sup>①</sup> 1915年上字第23号及第32号判例,1926年上字第610号判例。



但是件狐裘。西洋的时季已届隆冬,体质已剩了点皮骨,穿上这件狐裘,非常舒适。我们季候乃是盛暑,体质亦浮肥不堪,穿上了这件狐裘,看来虽是漂亮,终不免觉得发燥。西洋十七八世纪自然法思想的鼎盛时期,乃是西洋法律制度的发育时期,亦就是西洋道德大量渗透法律的时期。西洋的道德是什么?自然法的内容包括些什么?我们在上面已有详细的叙述了。它的出发点是个人,从个人而到人性,人性就是理性,理性的内涵是自由意志,识别真理,由理性的发挥到认识个人的自然地位,再由个人的自然地位而至个人的自然权利,而至个人与个人间的平等互助博爱。到康德以后个人的自然权利被抬得太高了,把个人与个人间的关系,即自然法中关于群律的一部分忽略了,终而致与理性主义脱了节,到19世纪末自然法复兴了,亦就是理性主义复活了。所谓理性主义复活了,亦不过是说自然法中关于群律的一部分又被重视了,所谓重视,亦仅是取得其应处的地位而已,并非是把个人打倒了。从实言之,脱离了理性无从谈自然法,理性既是人性,脱离了个人还有什么理性及自然法可谈!所以非特个人未被打倒,而且仍是现代法律制度的中心。除非把理性扫出于法律制度之外,否则始终不能不有独立的个人观念,从而亦不能不有自由平等人格等附随于人性的观念。不过人是社会的动物,必须营社会生活,自然法中互助传授等有关群律的一部分,亦应当予以重视,20世纪以来法学家及立法司法者的努力,亦不过在此而已。学者每谓个人主义以十七八世纪的自然法为前驱,实则社会主义又何尝不是肇端于十七八世纪的自然法。格老秀斯(Grotius)就说:“社会性是自然法的渊源。”<sup>①</sup>勃拉麦鸠讲到群律,认为这是自然法中最关重要的一部分,所以他认为个人的自由及一切权利的行使,应当合于理性。<sup>②</sup>所谓合于理性,亦就是要合

① “La sociabilité... est la source du droit naturel proprement ainsi nommé.” Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, p. 7 (1748).

② “Le droit pris pour faculté, pour une puissance, un pouvoir d’agir, n’est autre chose que le pouvoir qu’a l’homme de se servir de sa liberté et de ses forces naturelles l’égard des autres hommes, entent que cet exercice de ses forces et de sa liberté est approuvé par la raison.” Burlamaqui, *op. cit.* p. 12.

于规范,并非是绝对的,无限制的。所以狄骥直认 20 世纪的社会主义思想,应溯源于 18 世纪的自然法。<sup>①</sup> 从而所谓自然法之复兴,仅是恢复了十七八世纪自然法中群律的一面,对于 19 世纪个人主义加以调整而已。

吾国自民国政府成立以来,所有订定的诸大法典,无不是采纳泰西最新的立法原则。泰西的最新立法原则,亦就是泰西的最新道德原则,所谓最新道德原则,亦未必是最新,不过较 19 世纪的道德稍新而已,其中仍充满了个人、自由、平等之类的基本原则,所谓最新,不过再加上互助或利他的色彩,把各个孤立了的个人联系在一起而已。从此看来,我国的固有道德与他们的道德,根本不相为谋。我们的固有道德观念脱离不了伦常关系,君臣,父子,兄弟,夫妇,朋友。这是天下达德所以行的五达道,没有了达道,达德当即无从运行。所以人的行为,必须放在这伦常格局里,方能有其价值,独立的个人观念是可说没有的。“杨朱为我,是无君也”,有了我的观念,伦常观念就无可立足。既没有自我当然就没有个人,既没有个人,就无从谈起理性。所以在我们的思想里,谈到性,就是命,“天命之谓性”,性就是理,“性即理也”,而“理者礼也”,谈到礼,当然脱离不了伦常关系,礼者,伦常秩序也,伦常秩序是我们的社会秩序,亦就是我们的法律秩序。这一伦常观念,压根儿与西洋的个人观念立于对敌的地位,我们的道德观念,从根起与西洋近代的道德观念不相为谋。我们上面讲到清末《新刑律》的附加《暂行章程》,第一是皇室罪之加重,但自然法是讲人生而平等的,并且驱逐暴君是自卫权之行使,自卫权是自然权利之一种。次之,卑亲属对尊亲属不得行使正当防卫权,这正与自然法的原则相反。再次之,无夫奸要处罚,但自然法要先讲权利再讲义务,既没有丈夫,不奸的义务向谁负?《暂行章程》的三点,是吾国名教之精华,与西洋的道德观念相差如此,怪不得沈家本与劳乃宣、张之洞等要争论得如此激烈了。不过相差虽多,其契机也甚微,有无个人之自觉而已。这成为

<sup>①</sup> Duguit, op. cit. pp. 205~207.

名教堡垒的《暂行章程》，迨辛亥革命成功，亦就无声无臭地被革掉了。现行诸大法典，整套的是西洋道德观念，其制订过程，堪称顺利，并没引起什么争论。这难道说经过了十多年，一般人已能接受西洋的观念了吗？据我看来还是貌合而神离，这是形式的偶合不是观念的贯通。

就法律的内质方面而言，我们的诸大法典，因为采的是各国最新立法例，所以充满了许多西洋的道德观念，他们过去的道德观念，是以个人为出发点，仍以个人为归宿点，只有个人问题，再无其他，与我们的伦常关系观念，当然格格不入。他们的新道德观念虽是以个人为出发点，而是以社会为归宿点。社会原是一个抽象的概念，所谓社会，其实质上的形态，是个人与个人间的关系，而我们的伦常观念，其所表露的形态，亦是个人与个人间的关系，不过这个人具有特定的身份而已。就在这个人与个人间的关系一点上，我们的道德观念与西洋最近的道德观念在形式上补缝了。譬如家族团体责任制度，在吾国行之数千年，刑事上族株连坐之制，到清末方始完全废除。家族是社会的经济单位、政治单位，亦是责任单位，这是由君臣父子兄弟的关系上引申出来的当然结果。现行法制，在刑事方面，罪止一身，虽已是确立了的原则，但在民事方面，连带责任及无过失责任观念，普遍地渗入。无行为能力人或限制行为能力人之侵权行为，其法定代理人应与负连带责任（“民法”第 178 条）。依《春秋》之义，子罪本应执其父，“一室之中，父兄之际，若身体相属，一节动而知于心”（《盐铁论·周秦》篇）。从这父兄子弟的关系上讲，使法定代理人（普通即为父母）负连带责任，东西法制恰相符合。倘使我们的“民法”更急进一步，规定法定代理人应负无过失之绝对责任，我想非特不会发生问题，且可更符合社会的一般舆情。不过西洋的法律，仍是以个人的独立人格为出发点的，其所以使法定代理人负连带责任者，在使社会的被害人能多获得赔偿之机会，在另一方面仍许法定代理人证明自己之无过失而免其责任，是仍没有埋没了子女的独立人格。子女因自己之故意过失侵害他人之权利，应负责任，固无问题，法定代理人因为没有尽其监督义务，应负责任，亦所当然。法定代理人与无行为能力人或限制行为能力人均

是法律上个别独立人格者，父兄与子弟的财产仍是各别的，父兄之负连带责任，是因为自己有过失，并非是为子女负责。因此，中西观念由于其出发点之不同，在其交错点上虽形吻合，但一引申，就南辕北辙了。父兄倘证明其无过失而免责时，与社会的一般观念即发生距离，法律虽规定无行为能力人或限制行为能力人有识别力时应独自负责，但这种年青的小孩子那里会有资力来负这责任，这种规定几乎等于虚设。法律为谋保护被害人起见，更越出于法律普通原则之外，规定在法定代理人免责而行为人无识别力而不负责时，法院得斟酌行为人与被害人之经济状况，令行为人负一部或全部之损害赔偿。这是纯本于道德立场，为社会利益而为之规定，在立法上已尽其最大努力，做到了把行为人认为“匹夫无罪，怀璧其罪”的程度了。这就是所谓最新立法原则，亦就是西洋法律所以称为道德化社会化之所在，自然法之复兴，理性之再发现，亦无非指此等规定而言。不过照我们看来，这简直在开玩笑，父兄卸脱了责任躲在一边，可以不闻不问，反而由法院来斟酌这种稚龄子弟的经济状况，这种孩子，不要父兄来操心养活已是很好的经济状况，哪里还有说明资力来供法院斟酌，法律舍父兄的经济状况不斟酌，反来斟酌其子弟的经济状况，这不是在和社会开玩笑是什么！另就雇佣人与受雇人之连带责任而言，其情形亦复相若。臣有罪，执其君，原亦是《春秋》之义。“仕于公曰臣，仕于家曰仆。”（《礼记·礼运》篇）主仆的关系，与君臣相称，从而仆的责任由主人来负，乃是很自然的事。在这一点上，中西观念契合了，但稍一引申，即与父子责任的情形一样，起了很大的距离。西洋的法律以个人为基础推而至于社会，所以说得通，我们的观念既没有个人，再以家族来代替了社会，那就说不通了。再就无行为能力人或限制行为能力人的债务不履行责任而言，依吾“民法”规定，应“依第 187 条之规定定之”，第 187 条就是上面所说关于无行为能力人或限制行为能力人侵权责任之规定，所以倘其有识别能力即应负责，无识别能力即不负责。债权债务关系为特定人间之关系，这是二个独立人格者间财产上之关系，债权人之债权，以债务人总财产为担保，债务人不履行债务时，当由债务人独

立负其责任,其应否负责,固应视其行为时有否识别能力为准,与其法定代理人终难派上任何关系。纵使其债之关系之成立得有法定代理人之允许,其允许不过补充其意思能力之不足而已,其不履行债务之责任,终难令其法定代理人代为担负。如一未成年之学生向某甲租定房屋一间,定期一年,如其中途另租他屋居住,对甲既无解除或终止契约之原因,又不交付房租,该生自应负债务不履行之责任。至于其父母当无为其子女负责之理。但就父母子女之伦常关系而言,某甲如向其父母请求履行或赔偿,一般观念,决不会认为不当。吾国有些民法教本误认第 187 条关于法定代理人之责任,应同一适用于债务不履行责任,其故或即在此。中国观念之不同,惟在有否独立人格观念已耳,而同一法条之解释,因其观念之不同,其差别可能有如是之大,真是差之毫厘,失之千里了。我们大学法律第一年级新生,以“民法总则”为法学之启蒙学科,“总则”除“法例”一章五条不计外,开首第二章就名其章曰“人”,要学法律,开宗明义就得先明了什么是“人”。这个人即是具备独立人格的个人,他的人格始于出生终于死亡,有生之日,无时或失,倘此人格一失,在法律上他就立刻不是人,其问题之严重,乃一至于此!因此“民法”第 7 条又紧接着规定胎儿的人格。胎儿之有否人格,一以其是否死产为准,所以一个小孩呱呱坠地之后,虽是心脏呼吸了仅一秒钟就死去了,他已是享有了一秒钟的人格,这是一个人格者的出生而又死亡,这是一件天大的事,法律绝不能藐视。因此,从他成胎以至出生而再死亡前所可享有之权利,应当由他享有,他死了,应当另外开始一个继承,这其中虽然可以牵涉到他的继承人及其他关系人甚大的利益,这仅是间接的问题,其中最关重要而直接的问题,是人格问题,这一秒钟的渺小人格,与几十年的伟大人格毫无分别,法律绝不藐视他,忽略他。这种人格概念,是西洋法制的第一块基石,亦是中外法学教师对他的学生所应讲的第一课,但是,这是我们固有文化的扬弃,固有道德的反叛,与我们的伦常观念,适相背道而驰,水火不能兼容,我们的社会积极地在鼓吹恢复固有道德,维护固有文化,而我们教法律的人呕心吐血的在灌输独立人格观念,二方简直是白刃相接,

矛盾一至于斯！

由于这独立人格观念第一块基石的奠定，男女平等了，行之于中国三千余年的宗法制度，一旦摧毁无遗。宗法制度与伦常道德是一体的，宗法制度是骨骼，伦常道德是血肉，宗法制度一毁，伦常道德即无所附丽。于是男系与女系全然无别，身份继承整个废除，外祖父母与祖父母相等，姨母姑母与叔伯舅父毫无分别，姨表兄弟姑表兄弟堂兄弟一视同仁，继母伯母婶母成了姻亲，最亲的儿女亲家已根本不成其为亲。配偶各有其财产，而其继承地位特别优越，男女平等继承，夫家的财产可能全部转到母家，母家的财产可能全部转到夫家，侄儿原是最标准的嗣子，在法定顺序上反而绝对不可能继承叔伯。父子人格独立，财产独立，父债子可不还，子债父可不管，继承可以抛弃或限制。父母对子女的保护教养，既是权利亦是义务，虽得予以惩戒，但倘不得其当，亲属会议可以请求法院宣告停止其权利，可以不使他的父母来保护教养。家不过是共同生活的处所而已，既无家财，则除各人应负的扶养义务外，各人过各人的日子，可以漠不相关。讲到这些情形，初闻者，大有身处异邦之感，不禁愕然。在这样的制度之下，试问伦常道德哪里还有安身之处？

我们的伦常道德观念之中，只有朋友这一伦的关系比较近乎西洋的道德观念。朋友这一伦，虽然仍须长幼有序，但究竟比较广泛，身份的色彩比较淡薄。四海之内皆兄弟也，这可说是近乎抽象的人与人间的关系，与西洋的所谓社会关系颇相类似。规范这一关系的规律，就是上面所讲到的群律。群律之中包括三大项目，平等律、赔偿律及利他律，赔偿律及利他律是从平等律引申出来的，所以其要目可说就是平等律。平等的含义是“己所不欲，勿施于人；己之所欲，以施于人”。这是儒家之所谓恕，亦就是《大学》所说的絜矩之道。大学之道在明明德于天下，欲明明德于天下者，一以修身为本。所谓修身，就是求自己道德上之完整，全部道德规范所要求的，仅止于此。各个人应当求自己道德上之完整，决不同时要求他人之完整。所以我们的絜矩之道亦仅至“己所不欲勿施于人”为止，再没有己之所欲求之于人的对称观



念,从而亦不会有“己之所欲以施于人”的项目。己所不欲勿施于人,仅是一种义务观念;己之所欲求之于人,乃是权利观念。因此,在我们的絜矩之道里面,纯是道德的义务观念,没有权利观念存在之可能,从而亦只能成为个人入德之门,不能成为一种平衡的社会制度。西方的社会律是以平等律为基础的,人与人既是平等的,那么己所不欲当然不能施之于人。不过我们要知道他们的平等观念与自由观念是不可分离的,同是由人性中衍申出来的。人性即是理性,理性的内涵就是自由意志,自由意志是取得权利获得幸福的总力量。但是人人有相同的人性,所以人人应当是平等的,从而己所不欲不应施于人,己之所欲亦应施之于人。所以他们谈到勿施于人,必先谈到己之所欲,要谈到己之所欲,必须谈到自由意志。易词以言之,谈到义务,必先谈到权利,没有权利观念,不能有义务观念产生;谈到平等,必先谈到自由,没有自由观念,不会有平等观念产生;要觉得有他人,必先觉得有自我,没有自觉,不会觉他;要觉得他人与自己具有同样的独立人格,必先觉得自己与他人有同样的独立人格;从而倘使个人尚未觉得有自己,决不会觉得在自己之外有社会。所以在西洋的思想上,由自觉而觉人,由权利而义务,两相对称,而后可以维持社会的平衡,建立法律的制度。不幸在19世纪,理性衰坠了一时,自觉过甚,他觉不足,权利观念过张,义务观念不称,于是社会失却了平衡,这原不是人性之正常状态。20世纪开始,理性又渐见恢复,自觉与觉他之间,方始得到了一次调整,人我之间的关系,方始比较地得到了平衡,这才是近世社会主义应有之真面目。至于我们中国,人与人之间的关系,数千年来就靠这絜矩之道来维持的,在我们的观念里,只有己所不欲勿施于人,决不可己之所欲求之于人,子曰:“君子求诸己,小人求诸人”。(《论语·卫灵公》)所以必须无争无讼,安贫乐道,制礼作乐之目的,亦就在行此絜矩之道。在这样的人与人的关系上,当然不会产生权利观念,从而亦不会产生法律上的制度。我们自古以来没有规律个人与个人间关系的民法,其中的道理一半亦就在此。至于刑法,乃是纯粹的义务法,是以统治者的政治力量行此絜矩之道的办法,所以就特别发达了。不过



《大学》的絜矩之道,还是着眼在教化,“自天子以至庶人,一是皆以修身为本”,于是“上老老而民兴孝,上长长而民兴弟,上恤孤而民不倍,是以君子有絜矩之道也”。(《大学》)孔子所说“听讼吾犹人也,必也使无讼乎”的一句话,是在《大学》里被引用的。因此德治与刑治的问题在历史上又成为争点。

20世纪初,他们18世纪自然法中群律的一部分又被重视,似乎恰巧与我们絜矩之道的道德观念符合,在这一点上,我们的法制又与他们的法制补缝了。国父的民生主义可为大众接受,大量的社会立法,可以行之无阻,其故在此。但是我们当然很明了,我们所接受的,仅是群的一面,我的一面,西洋已是太过了,而我们是空虚的。他们的社会立法是从个人出发而到社会的,没有个人权利观念,根本就无从谈起社会利益。我们的社会立法是没有出发点的,从好的方面说,倒亦少了个人观念的牵制,要多长就多长,要多短就多短。没有二点就没有距离,没有距离即无从觉有长短。从坏的方面讲,这是没有根的浮萍,到处随风飘流,只有风力的转向,没有自主的立场,中国法令之所以易于施行在此,其难于切实收效亦在此。在一般人的观念里,仍只有单纯的义务观念。单纯的义务之履行,非属于道德范围,即属于刑事范围,所以要使义务实现,非用刑罚,即须德化。我们所以有繁多的刑事法,而另一方面又在极力提倡固有道德,良非无因。再观之民法中所谓社会化道德化之最大原则,莫如权利滥用及诚实信用二原则。但见于判例者为数不多。<sup>①</sup>我想事实上滥用权利或不诚信的事情,不会很少,而何以争讼如是之少呢?盖以所谓滥用权利及诚实信用等概念,均由行使权利太过而来,权利人行使其权利太过了,方才有滥用权利及不诚信之问题发生,这是20世纪西洋法律对于19世纪个人主义法制的重要修正。照个人主义的原则讲,个人行使其权利而至损害于他人,乃是绝无问题的事。我挖我的土地,故意致使邻居的井枯了,我负什么责任?我有土地所有权,我没有挖到他人的地上,邻居有口井,难

<sup>①</sup> “最高法院判例要旨”(1927年至1951年)。

道就可禁止我不挖地吗？我到底为什么挖这地，是否在故意致害于邻居，这是道德良心问题，法律不能过问。在那时，各人觉得自己自由的神圣，自己权利的绝对，所以亦当然觉得他人的自由神圣，他人的权利绝对，所以亦不生争论。不过这种情形，始终是违反理性的，19世纪末的思潮一变，权利滥用之禁止，后1900年《德国民法》开始，已成为普遍的原则。我国“民法”第148条仿之而有同样的规定，但是实际上的适用是如是之少。岂是我们的权利人如19世纪西洋的权利人那样，亦觉得他的权利是绝对的，所以当然觉得他人的权利亦是绝对的，而心甘情愿遭受损害吗？我想情形不会如此。我们的权利人只觉得相邻间应有絜矩之道，各有“己所不欲勿施于人”的义务，单纯的义务不履行，只有刑罚与教化可补救，受侵害者既不曾感觉得自己有权利，哪里能觉他人行使权利之太过，既不能感觉到他人行使权利之太过，更不会感觉自己行使权利太过；自己倘使挖这地时，亦最多只能感觉到自己没有行我的絜矩之道，绝不会感觉到这是侵害了他人之权利。一毫之差，千里之谬。这一毫之差在哪里呢？曰，有否个人的人格观念而已。所以脱离了个人观念，绝不能有社会观念，要讲社会主义，决不能脱离个人主义。脱离了个人观念的社会观念是单纯的义务观念，单纯的义务观念近乎奴隶观念。

# 社会本位法律的本质

狄骥是 20 世纪初的一位社会哲学法学派的大师,在他初期的著作里,一向认为法律的基础是社会连带感觉(sentiment de la solidarite),他的社会连带学说(théorie de la solidarite sociale)传诵遐迩。但是他在 1927 年《宪法学》发刊第三版时,自认在过去犯了一个绝大的错误,就是把社会的感觉当作法律的惟一基础,他在这第三版里忙加修正,另加进了正义的感觉,认为一种社会规范之所以成为法的规范,是由于倘使违反了这规范,在社会大众的良知上即能引起有组织的反抗,而要求公权力予以制裁。这社会大众的良知(la conscience de la masse)是由二种因素构成的,除社会连

带的感觉外,还有一种正义的感觉。<sup>①</sup>他为什么要作这一重大的修正呢?

原来狄骥的所谓社会的连带有二种,一种是同求的连带(*la solidarité par similtiudes*),一种是分工的连带(*la solidarité par division du travail*)。我们群处社会营共同生活,有其共同的需求,亦有不同的需求。惟其有共同的需求,我们感觉到须要互助合作,须要有一同一的生活态度或方式,一般人冬天不穿白色面子的皮袍,我亦只好用个深色的料子。这是一种社会连带的感觉,称之为同求的连带。我们一方面有共同的需求,另一方面亦有不同需求,所以我们又感觉到需要分工,我种米需要他人织布,这种社会连带的感觉,称之为分工的连带。不过,我们需要与人群合作,问题至此为止了吗?我们的社会共同生活就只在与人合作吗?与人合作了以后的我呢?我们必定会感觉到我既与人合作了,就应当在这人群里得到相当的酬报,相称的地位,如其不然,社会就将起一种反动,而予以制裁。这是一种正义,这是个体与总体间的正义,圣托马斯(*Saint Thomas d'Aquin*)称之为分配的正义(*la justice distributive*)。在另一方面,我们有分工的需要,我们的工作需要与他人的工作交换,来满足我们的生活。不过,问题至此为止了吗?我们不论怎样交换一下就算了吗?我们必然会感觉到这一交换之间,必须公平,双方必须公平,如其不然,就会引起社会的反动而予以制裁。这是另一种正义,这是个体与个体间的正义,圣托马斯称之为交换的正义(*la justice commutative*)。由此我们看到社会连带的感觉与正义的感觉,是必然关联而不可分的,既有同求的连带,必然有分配的正义,既有分工的连带,必然有交换的正义。狄骥早年著述把正义的一面疏忽了,当然是重大的错误,无怪乎其要郑重地声明修正了。我说了这些,话还没有讲到本题。这正义的感觉里到底孕蓄些什么呢?狄骥要作此郑重修正,其意

<sup>①</sup> Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ed. t. 1. p. 116. "... dans mes précédents ouvrages j'ai eu le grand tort de ne pas mettre suffisamment eu relief, élément dunt il est faeile de dire ce qu'il n'est pas, plutot que ce qu'il est, le sentiment de la justice."

义究竟何在呢？曰，正义的感觉就是自我的感觉，忽略了正义的感觉，就是遗忘了自我，没有自我的感觉，亦就不会有社会的感觉，社会的感觉与自我的感觉都没有了，法的基础亦就全部摧毁了，狄骥的全套理论亦就将付之东流。我们看到，分配的正义是我与人群合作了，我要得到相当的酬报；交换的正义是我的工作与人交换了，我要获得相称的对价。这全是一种自我的感觉，没有自我的感觉，无从谈起正义，既要谈正义，必须有自我，有了自我，方始有社会，片面地谈社会，等于不谈。所以狄骥终于承认除社会连带的感觉之外，还有正义的感觉，这都是出于人之自然之性(nature humaine)，不论何地，不论何时，不论其文明程度如何，无不存在。他更透彻地说，正义是自私的延伸。<sup>①</sup> 狄骥是一位实证主义社会法学派的有名人物，对于 19 世纪的玄学派法学或个人主义法学，攻击不遗余力，但亦始终于不得不承认个人有与社会相对称的地位，这确是一个有刺激性的启示。

吾国现时一般人的观念，几乎以谈到个人为可耻，认为个人思想是十八九世纪的落伍思想，不值一顾了。这是何等的危险与错误！西洋的个人，在 19 世纪被推崇得太过了，个体的重要不合理地超越了总体，所以不得不把它压制一下，社会比较地得到了平衡。我们的情形则适得其反，倘使把我们的调儿唱得和他们一样，把我们的兴趣集中在总体观念的发扬上面去，则未免是遗忘了我们自己的历史，忽略了自己的社会情况。另有些人士，想在新旧之间做些拉拢工作。这原是仁心仁术，而且是急切需要做的工作，一个民族当然不能把自己过去的文化一笔勾销，况且亦是办不到的事，因为一个民族应当有他的自尊心，哪里肯说自己的样样不如他人呢？不过这是一件非常艰巨的工作，我们对于新的制度必须先有深切的认识、了解及体会，在我们的旧

<sup>①</sup> Duguit, op. cit. p. 120. "L'homme a le sentiment qu'il est solidaire des autres hommes parce qu'il est un être social; voila le sentiment de socialité mais il a en même temps le sentiment qu'il est un individu ayant une certaine autonomie; il a le le sentiment d'être soi-même, le sentiment de son moi, Sentiment égoïste en prenant le mot au sens propre et étymologique, sentiment égoïste dont, à vrai dire, le sentiment du justice n'est que le prolongement."

制度里加以缜密的分析选择,针对我们现时的需要,就其最相接近之处,予以阐发,这样方能使新旧在精神上得到贯通,新旧文化才能得到融合。倘使没头没脑硬生生地把些新名词加在旧制度上,就算是把新旧贯通了,那未免太躁急了。

我觉得当今常有些人有意或无意地把义务观念改装成社会观念。以紫乱朱,这是可虑的事。西洋法律由义务本位进至权利本位,再由权利本位进至社会本位,这已是极显著的事实,其中的上半段,亦就是梅因(Sir Henry Sumner Maine)所谓由身份进至契约的说法(from status to contract)。梅因从历史观察,认为社会的进步有其一定的轨迹。其初所有人与人之间的关系,全是家族关系,各人均有其特定的身份。各个人不能有其独立意思之表达。嗣后家族逐渐解体,社会秩序乃以个人与个人间由合意所造成的关系为基础。在初,家族是社会政治经济的单位,社会逐渐进步,个人乃取家族的地位而代之了。<sup>①</sup>这一进步,确是重要,西方的现代文明,即由踏上这一步而产生。如古印度的家主,既为家族的首领,同时为宗教的教主,其所谓四命五禁,概由家主予以判断处罚。<sup>②</sup>至如罗马古代的家父(paterfamilias),乃是整个罗马法制的中心。罗马城邦即以家(familia)为建立之基础。我们现在

① “The movement of the propressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of iividual obligation in its place. The individual is steadily substuted for the family as the unit of which civil laws take account. . . . It is contract. Starting as from one terminus of history, in which all the relations of persons are summed up in the elations of family, we seemed to have moved steadily towards a phase of social order in which all these relations arise from the agreement of individuals.” “All the forms of status taken notice of in the law of persons were derived from, and to some extent are still coloured by the powers and privileges anciently residig in the family. . . we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from status to contract.” Maine, *Ancient law*, new edition 1930. Chap. II, pp. 180~182.

② Berolzheimer, op. cit. pp. 38~39. 印度古代法律,全为宗教教规,“dhama”就是宗教上的赏罚。其四命为:敬神、孝亲、忠国、友宾。其五禁为:禁污(洁净)、禁欲、禁杀、禁窃、禁诳。



有身份权与财产权之分,在罗马法亦有相当的分类(jus personarum, jus rerum),但在观念上甚为含糊,家父对于子女及奴隶的家父权(potesta),与对物的所有权或支配权(dominium)相差不多。<sup>①</sup> 我们知道,罗马帝国时代的君权(Imperium)虽说是渊源于民会的委托,但到后来帝王的无上权威,未始非脱胎于古代的家父观念,而欧洲 16 世纪以后专制皇帝的所谓主权(souveraineté),亦即是罗马君权与封建诸侯的宗主权,再加上所有权观念的混合产物。我国过去的君臣关系,可说全部脱胎于父子关系,君为君父,臣为臣子,五伦的中心在父子,孝乃成为百善之先。在这种身份制度之下,个人不会有独立的地位,个人权利观念亦当然无从产生,法律的重心,就集中在使各个人尽其义务。此之谓义务本位的法律。嗣后民智开启,社会进化,个人乃渐觉得有了独立的自我,而后产生了自由平等观念,而后有强烈的权利观念。义务之负担,必须各立于平等地位,出之于自由意志,亦就是说,必须由于契约。契约这一制度之中,必然要包括自由及平等二个基本概念。一方在上,一方在下,这是命令,这是单独行为,绝不能成立契约。所以公法上的行为几乎全是单独行为,所谓公法上的契约(如公务员之任命),仅是特例,况且还有争执。至于自由更是契约中必要的概念,契约是由二个以上意思表示一致而成立的法律行为,讲到意思,不可能不自由,人类有语言文字以来,“意欲”从未有过被动语态。所以契约制度,只有在自由平等上方能建立。契约一经成立,权利义务遂之而发生,过去之强制义务,今乃成为同意义务,义务观念从而大减,过去的绝对义务,今乃成为权利之内容,权利观念因之大张。法律的任务亦即由使人尽其义务转向保护权利,此之谓权利本体之法律。梅因的定律,讲到由身份至契约,由义务至权利为止。不过从 20 世纪初开始,梅因的这一定律,又有峰回路转之势,契约原有的地位,一部分又被身份占去了。当今的各种社会立法,无不是对于契约自由之限制。义务之负担,不必尽由于义务人之自由意思,法律之任务,亦未必

<sup>①</sup> Collinet et Giffard, op. cit. p. 10.

尽在保护各个人之权利。为了增进社会人群共同的生活,法律即强使特定人负担某种义务,剥夺其某种权利,此之谓社会本位的法律。诸如最低工资之规定,最高工作时间之限制上,耕地田租之限制,耕地所有权之剥夺,其例不胜枚举。凡此均足证明梅因之定律,并不十分确切。实则梅因亦不过说社会进步的趋向,“迄今”仍是从身份到契约(has hitherto been a movement from status to contract),其中“hitherto”一字,我们要特别注意。他的名著《古代法》(Ancient law)是在1861年问世的,这正是契约观念的全盛时期,以后的趋向如何,他还是很谨慎地取保留态度。经过契约观念的全盛时期以后,从19世纪末开始,法律的重心,渐渐移向社会去了,这是事实。不过梅因的定律是否就此垮台了呢?大谬而不然。所谓社会本位的法律,不过是权利本位法律的调整。它的基础还是权利,仅是有目的地予以限制而已。《拿破仑法典》中的三大原则,契约自由,权利不可侵,过失责任,以及《刑法典》中的罪刑法定原则,至今仍是自由世界各国法律制度的基础,法律的目的虽转向增进社会大众的生活,但其着手处,仍是在保护个人权利。个人仍旧是法律、政治、经济、社会的独立单位,梅因的定律虽没有直线地发展下去,但绝没有亦绝不会原路回头。1946年10月27日的法国新《宪法》,即其一例。我们知道法国1789年的《人权宣言》,可说是近代个人主义或权利本位法制的导源,其第二款中说:“自由、财产、安全、抗拒压迫,是人四种永恒的自然权利,任何政治团体的存在,即以保护这四种权利为目的”<sup>①</sup>。这是梅因的所谓契约时代的开始,亦是权利本位法律的柱石。法国1791年《宪法》即以之为序言(Préambule)。到了一世纪半以后的1946年《宪法》,称其国体为民主社会共和国(une République démocratique et sociale)。在其序言里,对于1789年《人权宣言》所规定的各项权利及自由,非特仍予郑重的确认,对于男女平等之原则,为自由奋斗者之保护,劳动及职业机会之

① “Le but de toute association politique est le conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme, ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression.”

平等,更加强地予以规定。此之谓民主的共和国。而其所谓社会的共和国者,重要不过三点:有全国公用事业性及有事实上专利性的财产,应为公有财产;国家应保障个人及家庭的发展;国家对于全体人民,尤其是贫弱者,应保障其身体之健康及物质的享用。由此我们看到所谓社会的共和国者,不过是在为增进整个社会共同生活的范围内,国家应当积极地多做一些事而已。国家在多做一些事的范围内,当然不得不对个人的自由多加些限制,这亦原就是《人权宣言》第五款所立的原则,有害于社会的行为,法律原是可以加以禁止的。<sup>①</sup> 我们说梅因的定律有回转之势者,应当至此为止。至于民主的共和国的生命,仍是系于1789年的《人权宣言》,倘使说梅因的定律真是错了的话,则非等到极权政治奴役了全世界之后,我们不敢讲。

庞德对于梅因的定律,曾加以有力的攻击,其最主要的理由是证之一般立法及法院判决的趋势,对于个人的自由意思日渐加以限制。他所举的例证,都属劳工立法。<sup>②</sup> 如《工人赔偿法》(workmen's compensation acts),规定厂主应负无过失赔偿责任;《实物工资法》(truck acts),禁止以实物代替工资。这都是对于个人自由意思的限制,对于契约制度的打击。庞氏说,在1910年以前,美国州法院及联邦法院虽曾屡次宣告其为违宪,但自此以后,再没有问题了。这种情形,当然不只美国如此,自20世纪以来,各国的情形都差不多。不过这仅是对于契约自由之原则,加以必要的修正而已。我们上面说的梅因的定律已有峰回路转之势,亦即就此情形而言,不过庞氏有句很重要的话说:“除非我们的进步是向后转的……从身份进步到契约的结论是被法律全部的发展过程否定了”。不过我们得注意庞德在这二句话的中间,夹了一段对于身份进至契约的解释。倘使说所谓身份进至契约的意义是“从限制自由或不以意志为依据的强加义务或责任,进至契约完全自由(Complete freedom of contract)及惟对(only for)意志行为或过

① “La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société.”

② Pound, *Interpretations of legal history*, pp. 53~63. Dicey, *Law and public opinion in England*, p. 283.

失行为负义务或责任”，倘使其意义是如此的话，庞德认为梅因的结论是错了。<sup>①</sup> 其实契约完全自由，非有过失不负责任，非由自由意志不负义务，在人类有法律制度以来，亦从没出现过。《人权宣言》第五款不是就对有害于社会的行为加以禁止吗？《拿破仑法典》不说契约的原因(cause)要合法而不背于公秩良俗吗？（第 1133 条）雇佣人对于受雇人的连带责任，不是从来就不许雇佣人证明无过失而免责吗？（第 1384 条）倘说梅因所得结论的意义的绝对的，那么在他第一次说出的时候（1861 年），就已经错了。所以庞德用 Complete 及 only 等绝对的意义来解释梅因的结论，似乎并不十分平正。个人的意思从来没有绝对自由过，19 世纪所加的限制少些，20 世纪所加的限制多些，限制虽然多些，原则还是一样，我们无法说今天的契约自由不是原则了，过失责任完全推翻了，私有财产观念打倒了。所以我们亦绝没有退缩的进步，梅因的定律亦绝没有原路回头。美国的情形更不会例外，杜鲁门接管钢铁工业的命令被宣告违宪，即其明证。不过我们要明了，庞德之论或是有所感而发的。因为从 19 世纪后半以来，梅因的这一定律影响于美国的司法太大了。在 20 世纪初美国法院对于许多社会立法的敌视，据庞德说，并不是如一般所认为的由于法官的私人社会关系，或是插足于 1912 年的总统竞选，而是由于深受了梅因或历史法学派学说的影响，而不能自拔。<sup>②</sup> 庞德之论，对于美国或其他受个人主义熏陶甚深的国家，可说切中时弊，在中国则适得其反，我们不能不求甚解地人云亦云。

狄骥从其实证主义的观点，对于权利观念尽情排斥。他说惟有从超人的神的意志上，可以意识到有所谓权利，亦惟有超尘世的神可以

① “Moreover the generalization of progress from status to contract, understood as a progress from limitations of freedom or liabilities existing or imposed independently of will toward a complete freedom of contract and liability only for willed undertakings or culpable conduct, is refuted by the whole course of development of the law whether by legislation or by judicial decision, in the last generation, unless indeed we have been progressing backward.” Pound, op. cit. p. 60.

② Pound, op. cit. pp. 62~63.

给以权利。他这说法是与孔德(Auguste Comte)一派相承的。<sup>①</sup> 不过狄骥为什么对于权利观念如此痛恶呢? 他认为权利观念是一个意志超越于另一意志的观念, 亦即是一个意志受制于另一意志的观念, 这绝不是意志的本质<sup>②</sup>, 所以他的排斥权利观念, 目的在求各个意志间的平等, 这是尊崇意志, 绝不是蔑视意志。权利观念既被排斥, 是否就剩下了义务观念呢? 这是天大的误会。狄骥之排斥权利观念, 毋宁是以无义务之存在为其理论之依据的。他说权利观念必须包含三个要素: 一个意欲的主体(un sujet qui veut), 一个被意欲的标的(un objet qui est voulu par le sujet), 一个对之而意欲之标的的主体(un sujet contre lequel cet objet est voulu)或被意欲的主体。倘使说人有与生俱来的天赋的权利, 在其进入社会以前已有所谓权利, 则无异说一个人在与他人接触以先已可发生权利, 那么他的权利的被意欲的主体在哪里呢?<sup>③</sup> 这亦就是说, 人都是权利的主体, 他的义务主体在哪里呢? 没有义务主体, 即不会有权利主体, 没有权利主体, 更不会有义务主体。狄骥既在排斥权利观念, 哪能再发扬义务观念呢? 他说: 由于吾人进入社会的事实, 相互之间即发生一种关系, 各个人即处于一种地位(situation), 这种关系狄骥称之为 obligations。obligation 一字的普通意义, 可译为义务, 法律上的专门字义一般地亦指债务而言, 总之不脱义务的概念。不过狄骥给予的含义, 却大不相同。他之所谓 obligation, 仅指人所处的地位而言, 倘使做了法律所禁止的事, 或不做法律的所命令的事, 即会引起社会的反抗, 这就是各个人所处的地位, 亦就是狄骥

---

① Duguit, op. cit. pp. 217~218.

② Duguit, op. cit. p. 217.

③ 同上.

之所谓 obligation。<sup>①</sup> 这一含义的 obligation, 用中国文字甚难表达, 称之为义务, 实在太不切当。我们的所谓义务, 狄骥称之为 devoir, 这一概念, 狄骥认为以之作为宗教信仰尚无不可, 就社会科学立场而言, 乃是毫无价值。<sup>②</sup> 狄骥在其所著《私法的变迁》(Les transformations générales du droit privé, 1912) 里, 曾以社会任务观念来代替了权利观念, 所以他的所谓 obligation, 可说就是社会任务 (fonction sociale)。再从另一方面来解释, 亦可说是一种法律关系。《优帝法学大纲》对 obligation 下的定义是: “obligation est juris vinculum. . .”<sup>③</sup> (l’obligation est un lien de droit. . .), 债是一种法律关系, 这一关系, 当然是存在于债权人与债务人之间。所以拉丁语系的 obligation 一字, 狭义的当指债务而言, 广义的乃指债权与债务之关系而言。《德国民法》第二编名为 Schuldverhältnis, 其义为债之关系, 英译为 obligations。<sup>④</sup> 法语亦同。吾“民法”第二编名为“债”, 其含义亦复相同, 狄骥之所谓 obligation, 与此相仿, 并非义务; 而是人与人间的一种法律关系。我们当然不能说是权利义务关系, 因为狄骥根本排斥权利义务概念, 不过倘使从权利义务方面来解释, 我们可说这是一种权利义务的混合体。在 20 世纪以前, 这二个概念绝对分清, 不能混同, 所以权利义务混合体的名称叫什么, 各国语文上恐怕找不出来。狄骥则称之为 obligation, 又称之为 Fonction sociale。后一用词, 我们可译为“社会任务”, 前一个字, 实在无法以中文表达。吾“民法”第 1084 条规定: “父母对于未成年之子女, 有保护及教养之权利义务”, 什么叫“权利义务”? 权利乎, 义务乎?

① Duguit, op. cit. p. 215. “Ainsi ce que nous appelons obligation de l’individu est tout simplement cette situation qui est sienne, telle que s’il fait ce qui lui est interdit par la loi ou s’il ne fait pas ce qui elle lui commande, une réaction sociale se produit contre lui. Cette obligation n’affecte en aucune espèce de façon la volonté du sujet qui reste telle quelle, ce qu’elle est en elle-même. Elle n’est pas plus diminuée que celle des autres n’est agrandie.”

② Duguit, op. cit. p. 215.

③ Institutes, 3, 13. pr.

④ The German civil code, translated by Chung Hui Wang, p. 55. note (a).

曰：既非权利，亦非义务；既是权利，亦是义务，名之为何？曰：无以名之，名以曰社会的任务，或法律关系（obligation），或法律地位（situation）。从这些意义上去寻求，方才可体会社会本位法律的精神，倘使仅从其法律制度表面形态观察，则将差之毫厘，谬以千里了。譬如法律行为，从罗马法到今天，均是以意思表示为构成要素的，有了意思表示，即须受其拘束，亦是自古至今一样的。不过在罗马时代对于方式之重视，远胜过当事人之意思，纵使说当事人之意思可以发生法律上的效力，其观念仅是在使当事人履行其诚信义务，所以在罗马法上不需履行方式由当事人之合意即可成立之契约，称之为诚信契约（*contractus bonae fidei*），这是受了斯多亚（Stoic）哲学的影响而发展的制度，<sup>①</sup>言必有信，这是一种道德上的义务，契约当事人应遵守契约亦就是这种道德义务之履行。至于其目的，则在维持当时商业社会必要的秩序。到了《拿破仑法典》时代，契约在原则上只要当事人意思合致即可成立，亦就是以诺成为原则，要式为特殊之例外，当事人之意思乃代方式而处于首要地位。而其意思之应发生法律上之效力，一反过去履行诚信义务的观念，而认为是当事人自己意思上发生的力量，这是一种权利的行使，所谓权利，亦就是意思的力量。契约之应遵守，目的在使权利人权利之得满足。<sup>②</sup>到了今天，契约仍是应遵守，债权债务，仍是惯用的名词，法律对于权利，仍不能不说在予以保护。不过我们的“民法”上又出现了诚实信用之原则，行使债权履行债务，应依诚实信用之方法。（“民法”第 219 条）这真是把过去的二种观念融和得如乳水一般了，这亦就是上文所说的权利义务的混合体。同一由双方当事人意思合致而成的契约，其观念之差异乃至于此，讲法学者，可不慎欤！

① Collinet et Giffard, op. cit. t. II, p. 10.

② Pound, *Interpretations of legal history*, pp. 55~56.



# 超前立法的出路

综上所述观之，吾国近数十年来的立法，确与社会脱了节，法律条文可以循着理想创造制订，而社会是有惰性的。尤其像我们这样的古老民族，有其悠久的历史文  
化，要一旦改弦更张，来适应新法律所创造的一切，当然不是一蹴即及的事。历史法学派认为法律是民族精神的表现，只能自然地长成，无可人为的创造。从某一方面讲来，确是真理。慎子说：“法非从天下，非从地出，发于人间，合乎人心而已。”韩非这样惟法是恃的人，虽说“法者，宪令著于官府”，但还说“赏罚必于民心”。（《韩非子·定法》篇）二子之见解，与西方古今许多法学家的见解不谋而合。罗马时代的大法学家盖尤斯(Gaius)就说：“成文法是人民直接

明示的意思,不成文法是人民默示的意思。”<sup>①</sup>卢梭(J. J. Rousseau)所说的共我(moi commun)或大众意志(la volonté generale),萨维尼(Savigny)、泼秀旦(Puchta)等所说的民族精神(l'esprit du peuple)、民族良知(la conscience du peuple),狄骥所说的大众良知(la conscience de la masse),无不指此而言。近代的社会法学派学者,几无不认为法律的基础在于人心,而且是自身长成的,这是历史的法学派思想的余绪,亦是历史法学派的大功绩。<sup>②</sup> 我们看到有许多法律,不能发挥真正法的效力,不能成为我们的行为规范,就是因为没有在人心中建立稳固的基础。这种现象不独在中国存在,在其他各国,亦所难免,尤其在社会动荡急剧之际,更不足怪。如在美国,《最低工资法》在有些州里到1923年仍未能顺利施行。哥伦比亚小儿科医院的一个女工对其工资已甚满意,且亦无法觅得其他工作,因而诉请颁发禁令(injunction),要求禁止最低工资局命令之实施,该法案终被认为违反《宪法》第五修正案而被宣告违宪。<sup>③</sup> 最高法院的意见到1934年方才变更,《最低工资法》才得顺利施行。<sup>④</sup> 他如《工人补偿法》(Workmen's Compensation act)于1911年亦曾被纽约州上诉法院宣告违宪,<sup>⑤</sup>到1920年最高法院仍有少数意见认为违宪。<sup>⑥</sup> 英国1867年Rylands v. Fletcher名案所确定的无过失责任原则,从1871年被麻省(Massachusetts)最高法院采纳之后,直至20世纪初印第安那(Indiana)、肯塔基(Kentucky)等省仍予拒绝。<sup>⑦</sup> 法国1910年4月5日规定工人退休制度的法律,十几年后

① “Par la loi écrite, le peuple exprime directement et expressément sa volonté; par la loi non écrite, il la révèle tacitement.” Gaius, III § 82.

② Duguit, op. cit. p. 128.

③ Adkins v. Children's hospital of the District of Columbia(1923).

④ Home Bldg. And Loan Assn. v. Blaisdell. (1934).

⑤ Lves v. South Buffalo R. Co. (1911).

⑥ Arizona Copper Co. v. Hasmmmer(1920).

⑦ Shipley v. Associates (*Massachusetts reports*, 194); Owensboro v. Knox (*Kentucky reports*, 451); Lake Shore R. Co. v. Chicago R. Co. (*Indiana Appellate Court reports*, 584).

仍未能顺利施行。<sup>①</sup> 在英美等不成文法国家,一个新的法律原则要得到裁判上之普遍接受,固非一朝一夕之功,即在成文法国家,新的法律原则虽可由立法者随时制订,但是否能发生确切的效力,那就要看社会大众的意识上是否能普遍接受了。不过这并不是说立法工作必须跟随在社会大众意识的后面。历史法学派之所谓法律是长成的,无可创造,就其现阶段的现象而言,固属真理,但现阶段的所谓非长成的或创造的法律,假以时日,亦未始不能在社会大众的意识上生根,而长成而开花结果。我们的行为规范,虽不是立法者可以制造的,但立法者制成的法律,对于社会大众的意识,确有莫大的启示作用,从而足以加速促成其意识之成熟。<sup>②</sup> 在今日民主制度之下,人民之意思以立法者为代表,立法者的意思,应当就是社会大众的意思,纵使其间有参差,应当不会相距太远。不过选举自由、出版自由、言论自由、集会自由,均是保障此一制度运行的要件。所以早熟的立法,在其一时的效力方面,或许要打些折扣,但在启迪人民意识方面,却有极大的作用。我们不妨称之为“法教”。尤其在一个社会需要有重大的变革之时,此种立法上的手段,更为重要。如无夫奸的问题,在清末认为是蔑视礼教的严重问题,民国成立将《暂行章程》一废,亦就渐渐不成问题了。1935年的现行“刑法”规定:有配偶而与人通奸者,处一年以下有期徒刑,其相奸者亦同。(“刑法”第239条)这条法律虽然至今未能成为真正的法,但至少没有人敢公然批评其不当,男女平等之原则,在大众意识上已渐渐生了根。配偶之继承权,女子之继承权,父母对于未成年子女权利义务之行使及负担,子女人格之独立,财产之独立,配偶人格之独立,财产之独立,凡此各点,从现行“民法”施行迄今20余年,虽仍觉得生疏,但一般说来,至少不致引起反抗。由此亦足见现行法律

① 狄骥在其《宪法学》第三版(1927)中仍说:“La règle de la retraite obligatoire ne deviendra une norme juridique que lorsque le conscience de la masse se sera pénétrée de cette idée que les gouvernants doivent, en effet imposer par la contrainte l'exécution d'une pareille obligation”. Duguit, op. cit. p. 113.

② Duguit: op. cit. p. 114, 173.

上的诸大原则,可以渐渐为社会大众接受,而成为我们真正的法的规范。我们的诸大法典,虽是泰半采自他国,但移植的法制,不是不能生根的。各个民族当然有其独自的历史文化,其法律制度当然亦不会尽同,但倘说各个不同的民族即应有其不同的法制,则显然不是事实。东邻日本采纳西洋法制的情形不必说是一个例证,他如荷兰、罗马尼亚、波兰,都是不同的民族,但荷兰于1838年,罗马尼亚于1864年,波兰于1865年,均先后同是整套地采纳了1804年的《法国民法》。波兰与勃莱齐(Brazil)虽是同一民族,但波兰于1865年即以《法国民法》为蓝本制订了一部民法,勃莱齐到1917年始有制订,时代背景不同,其内容亦全各异。再如普鲁士于1791年已有法典,奥地利则迟至1811年,白登(Baden)采用的是《法国民法典》,而瑞士则在1901年先有一部债务法,至1907年才制定了一部民法,这是1900年《德国民法典》的格局了。<sup>①</sup> 所以我们不必认为我们的法律是抄袭他国的,不是我们民族历史土生土产的,而对之蔑视。地球的面积愈缩愈小了,四海真的是一家了,在地球上生活的人类,哪能再有绝对独特的文化及法制。但就今日的情况而论,我们的法律与大众的意识尚有很大的距离。这种距离在他国虽亦不免,但其性质根本不同。从上面举的几个例,我们看到西洋的法律可能与大众意识发生的距离,是个人至社会间的距离,是个人权利到社会利益间的距离。我们的距离是无我到有我再到社会,或义务到权利再到社会利益的距离。个人与社会间的关系是个体与总体的关系,由个体到总体,由个体权利到总体利益的距离是很显明的。无我与总体,个人义务与总体利益,其间的距离虽更长,但是很不显明,在概念上往往可以弄到不分,因此亦可不自觉其有距离。

---

① Pound, *Interpretations of legal history*, p. 80 "Fashions of legislation in the modern world are as independent of race and language as fashions of dress among the upper classes of society. Moreover when we look into the circumstances that led to codes we see how independent they are of race or nation." 1804年的《法国民法典》与1900年的《德国民法典》,是二部划时代的作品。19世纪各国的法典无不受《法国民法典》的影响,20世纪的立法,脱不了《德国民法典》的意识。二部法典的式与精神,很不相同,各自代表一个新时代的开始。

民生主义的社会平等思想,可以与固有伦常道德思想同受鼓吹,现行法律又何尝不可与唐律比拟。但是教法律的人与学法律的人,在大学一年级第一学期第一课所讲的就是“人”,独立自主具备平等人格的人。这样的一个人,在伦常观念及唐律体系里怎么容纳得下呢?在这样的情况下,我们法律始终难在本土生根。因此亦有人认为我们的社会所以如此之乱,由于固有礼教秩序之破坏,破坏礼教秩序者,是现行法制。这总算是明眼人看出了现行法律秩序与吾国固有伦常秩序有所不同,不过问题是在现行法律订于北伐初成之际,三民主义的意识极浓,当时立法诸君子,无不兢兢于贯彻三民主义之最高立法原则,而所有立法原则均经“中央常务委员会”通过,谓其非三民主义之立法,未免冤枉,谓为破坏固有礼教秩序,乃属确论。因此在保全三民主义立法与维护固有礼教秩序之间必须有所抉择。倘须保全三民主义立法,个人人格观念必须予以发扬,倘须维护固有礼教秩序,则现行一套法律非予重订不可。就现行法律而论,倘要使其在大众意识上获得基础,对于个人人格及权利观念,急切地需要予以发扬。我们在上面已说过,我们的现行法是以社会为本位的,社会本位的法制究其实不过是权利与义务的混合体制。在西洋是在压抑过于扩张的权利观念或个人观念,来调剂社会的利益,从而获得个体与总体间的平衡。至于吾国,义务观念从来就极浓厚,倘要获得个体与总体间同一之平衡,须要使权利观念或个人观念抬些头。

我在这本小册子里,对于固有的伦常秩序屡次表示不满意,但绝不是说个人修身就可摒弃伦常如蔽履,而是因为在这秩序之中,个人难有地位,人格难于伸张,自己不觉知自己在法律上的独立人格和地位,必然就不能尊重他人的人格和地位,现行法律的秩序,亦就难能建立,而在今天这样复杂流动的社会中,要想恢复家族核心的社会组织,以礼教为政治的手段,显见其为不可能之事。我的意思是在指出要治国平天下,在今天不是礼教之所能奏功了。至于修身,则我们古圣贤的垂训,仍是有无限价值的宝藏。法律与道德原都是社会规范,同是我们立身社会的规范。施塔姆勒曾说:法律必须以道德来补充,道德

律要真能实现,必须法律。<sup>①</sup>法律的内容亦无非就是道德。谈法律不谈道德,这是无血肉的枯骨,谈道德不谈法律,这是没有骨头的俎。以我国修身的道德观念,配上西洋的人格独立观念,从修身而立己,立己而觉己,觉己而觉人,然后国治而天下平。我们的固有礼教,倘能至用于修身,则亦大有裨益于法律之施行。

况且在我们中国思想上,独立人格观念,亦未始找不到一些根源。我国以君子为人格完整的表征,不过这人格的完整,是道德上人格的完整,不是法律上人格的完整,所以只能作为个人修养的张本,不能成为法律制度。不过有些概念,与法律上的独立人格概念很相接近,倘能予以发扬,亦未始不能相互沟通。如《论语》“君子矜而不争”之“矜”,“君子和而不同”之“和”,“君子无所争,必也射乎”之“射”,都有浓厚的制度化的人格意味。我对于哲学素养不足,对于这一方面不敢妄谈。至于我们的现行法律上,则充满了个人独立人格观念,而且可以说,抽去了这一独立人格观念,我们的现行法律制度整个的必然垮台,“民法”第一篇“总则”在“法例”一章之后,第二章就名曰“人”,这个“人”字,我们看到了,真是怵目惊心!这是中国四万万五千万的人,这是国本之所以立的“人”,亦就是民族主义的“民”,民权主义的“民”,更是民生主义的“民”。这个“人”字的精义倘不予以发扬,我敢说三民主义不会有真正实现之日。这个责任,必然地落在学法者的肩上,尤其是学民法的,更是义不容辞。

庞德于1946、1947年间,曾应吾“司法行政部”之聘为顾问,同时应教育部之聘为该部“法律教育委员会”顾问。他盛称吾国新法典之完美,各国的最新立法例,几已收罗殆尽,我记得他在法律教育委员会上的一次讲话中曾说:以后中国的法律,不必再一意追求外国的最新学理,中国的法律已极完美,以后的问题,应当是如何阐发其精义,使之能适应中国的社会,而成为真正的中国法律。他曾建议,而对作者私人亦曾屡次说过,希望中国有几部像泼朗尼亚尔(Planiol)那样的著

<sup>①</sup> Berolzheimer, op. cit. p. 413.



作。我当时听了并不十分以为然。泼氏的民法著述,在法国确有极大的权威,不过他的思想是正统的《拿破仑法典》思想,个人主义色彩甚重,譬如,他对于权利滥用,无过失责任等理论,一概处于反对地位。<sup>①</sup>从思想类型方面说,庞德与他可说格格不入。但庞德为什么要特别推介他呢?我想庞氏的用意或许有二面,一方面或许在希望我们领略一番个人主义或自由主义的意味,这是我们过去历史上所缺少的,亦是现时讲社会本位法学者所应当补充的。另一方面,《拿破仑法典》原亦是对于过去制度的破坏,因为对于过去制度的仇恨,而且是尽情地予以破坏,所以萨维尼讥说这时的法国似乎过去没有历史。《拿破仑法典》在今日看来,已是隔日黄花,但在当时却是十七八世纪孕育出来一套最新道德观念的法律化。这几部法典完成之后,即有一批法学家予以阐释发挥,建立了确切的概念及理论基础。我们的新法典,在这一点上,情形颇相类似,法学家的任务,因此亦不宜相差过远。庞氏之意,其在此乎?

---

<sup>①</sup> Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*.

# 司法职务立法化与传统德治观念

以上各节所论,系就现行法律的内质与传统观念间发生的距离而言。这一距离,在我私见,惟有从发扬个人的人格观念下手,方能加速其接近。另就法律的执行方面而言,其情形更为严重。我们在上面讲到,我们传统上的义务观念,与现代法律上的社会观念,形式上恰巧相合,于是发生观念上的混淆,以至社会本位的法律精神,难于实现。在法律的执行方面,亦发生同样的混淆,而有同样的错觉,而其结果,徇至于法律秩序,无法建立,法治制度,难于实现。

我们在上面曾提到西洋从罗马共和时期到 19 世纪,经过了三次的严格法时期。第一期从《十二表法》订立之后到共和末期,第二期从 12 世纪到 15 世纪,第三期是

19世纪。在这三个时期之中,法学家的的工作惟在阐释法律的含义,司法官的职务,惟在机械的适用法律,法律与道德截然分成二个范域,执法者惟问什么是法律,其与正义道德观念是否符合,在所不问。在这三个时期的中间及先后,均有一段法律道德化的时期。大凡一套法律经严格的固定的运用了一个时期之后,就渐渐与社会的新道德新正义观念脱节,社会现实的力量终于冲破了法律的约束,新道德观念亦终于侵入了法律范畴,而产生了一套新的法律规范。这套新法律规范,由法学家精密地阐释,执法者严格地适用,而成为当时社会的安定力量。但社会是进步的,所以天下亦无不变之法。道德与法律如是轮替交流,而刻画出了人类文化进展的里程碑。因此,在一套新道德新正义观念侵入了法的范围之后,必须经过一段严格适用的时期,然后这新法律制度方能站得住脚,而负起维持社会秩序的使命。远的不谈,我们就近些从十七八世纪讲起,在这时期,自然法思想达到了最高峰,文艺复兴之后的许多新道德观念,如潮涌地侵入了法的范域,而终于激成了法国革命,而有一套《拿破仑法典》出现。自此之后,各国制订法典之风大盛,如意大利(1865年),葡萄牙(1867年)、西班牙(1889年)、罗马尼亚(1865年),以及埃及、日本、南美诸国,均以《法国民法典》为蓝本制订其本国的民法,比利时、卢森堡且整个予以采用。不用说,这法典之中的许多概念对于采用的国家,亦是新奇的,未必能立刻为大众接受,但经过学者的精密阐发,司法官的严格适用,亦就渐渐成为确立的制度。

我们知道19世纪的领导思想是历史法学派及分析法学派的思想。在分析法学派的目光中,惟有经国家权力机关制订的才是法律。<sup>①</sup>司法官的职责,只限于运用逻辑的方法来适用法律,法律本身应当是自足自满的,执法者只需以法律中所含的概念作大前提,运用逻辑去

<sup>①</sup> "Now law and the law, taken indefinitely, is an abstract and collective term; which, when it means anything, can mean neither more nor less than the sum total of a number of individual laws taken together." Bentham, *Principles of morals and legislation*, p. 324(1789); See Holland, *Jurisprudence*, Chaps. 2~3(1880).

推演,就可解决一切问题。<sup>①</sup> 倘使容许司法者创立法律,三权分立的基本原则将遭摧毁,个人权利亦将失其保障了。奥斯丁认为道德问题是属于立法者的职权,司法及行政只有法律问题,不应当在法律之外再考虑到道德及其他善恶问题。他认为立法司法行政应当完全分立,而实际上仍未能如此者,实因分权制度尚未充分发达。他并希望要有一种完美无缺的成文法典(a complete and exclusive body of statute laws)。<sup>②</sup> 历史法学派对于法律本质及基础的见解,虽认为系民族精神的产物,沿习的惯行,与政治力量毫不相关,但对于法律的适用,其见解与分析法学派如出一辙。他们认为法律一旦由民族历史中发现之后,执法者即可运用逻辑的方法予以适用,司法者的职责,在于发现法律,适用法律,绝不能用自己的智慧来创造法律。<sup>③</sup> 在这种思潮之下,法律的适用乃成为逻辑三段论法机械地推演,执法者的人的问题全被忽略了,法律中的正义道德因素亦全被排斥了。但个人的自由权利得到了确切的保障,社会亦得到了安定,这亦就是 19 世纪法治思想的实现。到了 20 世纪初,社会情况剧变,原有严格法律的藩篱,终于抵住不了人群生活的需求。立法方面所能做到的,只能限于极抽象的原则,其余一切实际上的运用,不得不委之于执法者,于是执法者的权责日重,须要运用自己的智慧来寻求人群共同生活的准则,人及道德的因素,亦就遂之而大量渗入法律的领域。如吾“民法”第 1 条即规定:“民事,法律无规定者依习惯,无习惯者依法理。”此之所谓法律,当仅指经国家权力机关制订的法律而言,亦就是分析法学派所说的法的全部。在分析法学派的目光中,习惯法理仅是法的渊源,其本身并不是法,所以习惯法理只有立法者可以考虑,司法者不得以之为裁判的依据,乃所当然。19 世纪的民法,从未有承认司法官的职权可以超越于

① “Law consists in the mechanical operation of certain steel cogs and levers, or in the mathematical solution of a certain equation a, m, n, and x, no matter what the result in justice.” Dean Wigmore, *Illinois law rev.*, pp. 487~494.

② Austin, *Jurisprudence*, II. pp. 682~676.

③ Pound, *Interpretations of legal history*, p. 18.

成文法律之外者。如今之解释《法国民法典》者,仍认为惟有经立法机关制订的成文法律,对于人民有拘束力,习惯本身除在特定事件经法律特别授权适用外,法院不得援用<sup>①</sup>,如《法国民法典》第 645 条、第 663 条、第 671 条,第 674 条等有关地役权及相邻关系之规定是。其中较为广泛的可以适用习惯者,惟有第 1160 条关于契约解释的规定。习惯可以作为解释契约的依据。至于法理,可说是社会事物不可不然的情理。这种在大众意识上的情理,古今中外,只要是有人群共处之所,无不存在,这原是法律发生效力的基础,亦是习惯形成的动力,在 19 世纪,这都是立法者考虑的资料,司法者则无权予以采用。19 世纪的司法者,其职责惟在根据法律所建立的概念,用逻辑推演,遇有疑义或法律有缺漏时,亦必须探求立法者当时所有的意思,亦就是要探求立法的精神,予以解释,一切仍应以当时立法者的意思为依归。因此,立法当时的会议记录(les travaux préparatoires),成为极端重要的文献。<sup>②</sup> 同时在学理方面,其力量亦集中于法律的解释。其作风与 12 世纪后的注释学派大同小异。如奥勃利·鲁(Aubry et Rou)一部 12 册的《法国民法读本》(Cours de droit civil français),于 1838 年至 1847 年陆续问世,享有无上之盛名,成为当时最权威的著述。他如 Domolombe 的 Cours de code Napoléon,仅注释至第 1386 条为止(《法民法》共 2281 条),已是 31 册的巨著,于 1845 年问世。再如 Domente、Théophile Huc、Baubry Lacantinerie、Charles Beudant、Planiol et Ripert 等的著述,动辄 10 余册或 30 余册,大多系逐条注释。其他一部三册的学校教本,尤不胜枚举。所有这些著述的成就,在于把法条所规定的一事一物,构成确定明晰的概念,再把这些概念建成严密的逻辑

① “Il y a longtemps que nous vivons sous l’empire d’un droit non seulement positif mais écrit. Seules sont obligatoires pour les citoyens les règles de droit établies par des textes (lois ou décrets) rendus par les pouvoirs auxquels la constitution attribue la fonction de légiférer. Il semble donc que la coutume ne peut être considérée aujourd’hui comme une source législative.” Colim et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français* t.1, p. 27.

② Colin et Capitant, op. cit. p. 32.

体系。在这些概念堆里,执法者可以取之不尽,用之不竭,再无须于法条之外另有所求了。这就是耶林(Jhering)所称的所谓概念法学(jurisprudence of conceptions)。他说概念另有其独自的世界,这个世界并不属于太阳系,太阳光射不到这一世界的。太阳是生命的源泉,但概念与生命无关<sup>①</sup>,这些无生命的概念,放在无生命的机械逻辑里去运用,硬生生的把法律与人类世界隔绝了。如依 1804 年《法国民法典》第 1382 条规定,侵权行为之构成,原则上以行为人之过失为要件,被害人应负举证之责。惟于动物所致之损害,除由于不可抗力(force majeure)或被害人之过失外,占有人应即负责(第 1385 条),且不许证明自己无过失而免责。又建筑物塌倒致人损害者,只须证明其塌倒由于保管或建筑有欠缺,即得向所有人请求赔偿,亦毋须证明所有人之过失(第 1386 条)。因此,家狗噬人,狗主应即负责,市虎(汽车)伤人,则须证明车主之过失。房屋塌倒,只须证明保管或建筑有欠缺,不问屋主有无过失,树木倾倒或升降机塌倒,则须证明所有人之过失。盖以汽车当非动物,树木升降机亦非建筑物。<sup>②</sup>工人因工厂机械而受损害,更非证明厂主之过失不可。又如契约当事人有免责条款之约定时,债务人虽有轻微过失,可不负契约责任,但如债权人证明其轻微过失时,债务人仍应负侵权责任。<sup>③</sup>同为轻微过失,运用契约责任之概念不应负责,运用侵权责任之概念,即应负责。再如在英美情形,亦无以异。汽车制造厂商出卖含有瑕疵之汽车,买主不知其瑕疵受有损害

① “The sphere in which the theoretical beyond is placed does not belong to the solar system. No ray of light shines therein. The sun is the source of all life; but conceptions do not concern themselves with life. They require a world of their own in which they exist wholly for themselves, far from every connection with life.” Jhering, *Scholars and Ernst in der Jurisprudenz*, p. 247. cited by Pound, *Interpretations of legal history*, p. 120, note 2.

② Jossierant, *Cours de droit civil positif français*, t. II, pp. 251~256; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, pp. 396~400. 此种情形,于 1896 年以后,运用 1384 条第一项的解释,方得改善。

③ Cass. 4 fév. 1874, s. 1874, 1, 273; 7 juin 1904, s. 1905, 1, 191; 参阅王伯琦:《契约责任与侵权责任之竞合》,载《大陆杂志》,第十一卷,第 4 期,114 页。



时,得请求赔偿。如其以之赠与友人,友人所受损害即不得请求赔偿。又如其于购买时告以将以赠与友人,该友人又得请求赔偿。盖以买卖之效力,只能在当事人间发生。<sup>①</sup>又如因被惊吓而遭受单纯的精神上之损害(mental injury),原则上不得请求赔偿,盖以所谓身体权(right of physical integrity)仅指肉体而言,并不包括心神之安宁在内。<sup>②</sup>因此虽被吓得成为神经病,亦无可请求赔偿。再如契约因当事人意思合致而成立而发生法律上的效力,这是契约法上的基本概念,因此工人或佃农与业主所订之契约,不论其如何不公允,只须双方意思自由而一致,即应发生法律上之效力。

这样脱离了现实生活的法律概念,到19世纪末,终于不得不让步了。1912年的《瑞士民法典》第1条,即有与吾“民法”第1条类似的规定,予司法者于法律之外适用习惯探求法理之权,于是司法者于法律无规定时,可自立于立法者的地位来补充法律。而法律本身的规定,亦尽量地抽象,从而亦予司法者以莫大解释裁量之权。如公共秩序,善良风俗,主要目的(第148条),相当时期(第161条),相当之注意(第188条),相当之金额(第194条),斟酌行为人与被害人之经济状况(第187条),诚实信用之方法(第219条),违约金过高者,法院得减至相当之数额(第252条),法院得斟酌债务人之境况,许其于无甚害于债权人利益之相当期限内,分期给付,或缓期清偿(第318条)。凡此极端抽象之规定,在在须要司法官之衡量。对于法律之衡量或解释,在过去一世纪中,司法官必须探求立法者之意思,纵使其与立法当时之意思冲突矛盾,亦须牵强附会谓为立法原意固属如是。不过在1904年《法国民法典》一百周年纪念典礼中,该国最高法院的审查庭庭长白罗氏(Ballot-Beaupré)就说:解释法律,不必要依从立法者当其立法时的意思,而要依立法者如其在今日立法所应有的意思。如上所云,《法国民法典》关于侵权行为的规定,原则上当然以过失为要件,关

<sup>①</sup> Winterbottom v. Wright; George v. Skivington; L. R. 5 Exch. 1(1869).

<sup>②</sup> Victorian Railways v. Coultas, 13 App. Cas. 222(1888).

于由物之本身事实(*le fait de la chose*)所生之损害,惟有动物及建筑物为例外,可无须证明占有人或所有人之过失而请求赔偿,其余则统须依一般原则非有过失,不负责任。这种法律的适用,从来未曾发生问题。到了 19 世纪末叶,机械的使用日繁,其他无生命物(*choses inanimées*)如车辆、机器,等所可致人损害,倘须证明占有人或所有人之过失,十之八九无法获得赔偿。这在道德上是说不过去的事,但在法律是无法补救的。到了 1896 年在这适用了将近一百年的法典里,忽然发现了一条新条文,即第 1384 条第一项。该项规定:“凡人非特应对于自己之行为负责,对于其应负责之他人或所占有之物所致之损害,亦应负责。”这项规定,向来的解释,认为仅是同条第二项关于父母对于未成年子女,第三项关于雇佣人对于受雇人,第四项关于业师对于生徒,以及第 1385 条关于动物,第 1386 条关于建筑物等所致损害应负责任的一段开场白,向来的学说判例,从未予以重视。但最高法院民庭于 1896 年 6 月 16 日的一件判决里,就在这无关紧要的一项中,挑出了“对于所占有之物所致损害亦应负责”这一句(*on est responsable... des choses que l'on a soussu garde*),断章取义,认为这是关于无生命物所致之损害,无须证明占有人之过失的一般规定。这是奇妙的新发现,亦是理性的新创造。我们最不能说这是百年前立法者的预见,在立法当时的会议记录里,再亦找不出根据,这是司法者自己立法了。

另就刑事法而论,罪刑法定,原是前一世纪刑法上的大原则,司法官只得依法律的严格规定,认定犯罪以刑罚。到了 20 世纪,非特量刑的幅度大为加宽,而犯罪之情状可悯恕者,得酌量减轻其刑(“刑法”第 59 条),依法律加重或减轻者,仍得依第 59 条之规定减轻其刑(第 60 条),第 61 条所列各罪,倘情节轻微,显可悯恕者,得免除其刑。单就这几点而言,全部“刑法”一半以上的效力,几全操之于司法者之手了。他如缓刑之是否以暂不执行为适当(“刑法”第 74 条),假释之是否有悛悔实据(“刑法”第 77 条),保安处分执行后,是否再有执行刑罚之必要(“刑法”第 86 条,第 88 条),保安处分期间未終了前,有否继续执行

之必要,有否延长之必要(“刑法”第 97 条),刑之执行完毕或赦免后,是否再有执行保安处分之必要(“刑法”第 98 条),无不就决于司法者一酌之间。

再如行政法规,其情形亦无以异。兹举吾国之“国家总动员法”为例,该法共 32 条,其以“本法实施后,政府认为必要时得……”开首者,占 21 条。故依该法规定,政府对于人民之财产及其他重要权利及自由,只须认为必要时,可予以莫大之限制或竟予以剥夺。如何方为必要,乃系于政府一念之间。

由上各节观之,司法者的职务立法化了,立法者所应考虑的一些道德问题,亦就遂之而移属于司法者了。我们亦可以说司法者的职务道德化了,司法者非仅在执法,亦同时在卫道。从而法律的适用,再不能是无生命的概念逻辑里的机械运转。有生命的道德观念,代替了无生命的法律概念,有理性的司法者代替了机械的逻辑,道德因素及人的因素大量地侵入了适用法律的范围。这一趋势,又恰巧与我们德治与人治的传统思想相契合。因此,有些人高唱德治论,与最新的自由法或自由刑学说同受欢迎,曾未觉其不相协调。但是,我们的所谓采各国最新立法的诸大法典,已不是一个概念堆了吗?不必再用逻辑去推演了吗?这是天大的错误。现代法律科学的进步,就是概念愈益扩充,逻辑愈益严密<sup>①</sup>,我们叫得满天响的法治问题,变化气质问题,建立制度问题,终于难收效果,照我看来,就因为把我们法律里已确定的概念忽略了,把我们法律里的逻辑体系渺视了。要明了其中的道理,不得不从古代所以盛行德治的基本原因上从头说起。

<sup>①</sup> G. Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, 5<sup>eme</sup> conf. p. 154. “Premièrement, le progress scientifique du droit positif est dans le sens d’une systematization et par conséquent d’une abstraction croissantes.”

# 古代德治盛行的原因

我们知道,所谓法律,无不是普遍抽象的原则。原则愈抽象,它的内涵愈丰富,所能适应的事例亦愈多。不过对于万分复杂的个别现象,能把它们的特殊因素抽去,把它们的共同因素综合起来建立一个抽象的原则,原是人类文化进步的成果。鲍莱尔(Emile Borel)曾说:“人类活动的惟一目标倘是获得真理,则除逐渐扩大综合的范畴外,再无别法。”<sup>①</sup>所以综合的范畴愈宽广,接近真理的可能亦愈大,其所立的原则当然亦就愈抽象。这就是科学文明,亦就是西洋的现代文明,《拿破仑法典》,巴黎铁

---

① “Si le seul but digne de l’activité humaine est la conquête de la vérité, nous ne pouvons nous rapprocher de ce but inaccessible que par des synthèses toujours plus vastes.” Emile Borel, *L’espace et le temps*, p. 39. ets.

塔,美国的摩天楼,今天的原子弹氢弹,同是现代科学的杰作。我们今天的法律,没有一条不是极抽象的原则,这是经过了数千年人类心血的成果,在古代当然是不可能。古代的法律,不过是当时习俗的汇集,所以多就个别事例而为之规定,很少能有概括的原则。<sup>①</sup> 如罗马的《十二表法》,完成于公元前 449 年,相当于吾国春秋末年,这是古代法典中比较最有系统的了,这是得力于希腊的哲学,但要讲到原则原理,仍是相差甚远。<sup>②</sup> 譬如伤害他人一根骨头,受害人为自由人,罚赔款 300 阿司(as,罗马钱币),被害人为奴隶,罚赔 150 阿司。打人耳光一下,罚赔 250 阿司,他如毁伤一耳一目一臂一腿,均另有特别规定,其无规定者,则即无从处罚,只得任私自复仇。这样的规定当不能长久适应社会的情况。因为所有侵害的情形,难于一一列举,已是问题,加之罚款数额亦予一一分别规定更难适应。后来币值跌落了,一个名叫 Lucius Veratius 的罗马骑士在街头闲逛,后面跟着一个奴隶带了钱,他任意打人一个耳光,即由奴隶赔付 25 阿司。<sup>③</sup> 这种情形,当然没法维持。罗马法自《十二表法》之后,经裁判官的告示(*édicta magistratum*)逐渐补充,在帝政开始之后,皇帝握有无限之立法权,其敕谕(*edicta*)、敕裁(*decreta*)、敕答(*rescripta*)、敕令(*mandata*)等,均有法的效力,加之许多大法学家之解答(*responsa prudentium*),法制渐臻完备。至公元 534 年,乃有为后世所宗的《优士丁尼法典》颁布(*Codex Justinianus*)。不过在《优帝法典》里,仍多就各类事例的特别规定,如关于侵权行为的立法,终罗马法之世,未能建立起一个普遍的原则。<sup>④</sup> 像我们“民法”第

① “Ancient codes and bodies of formulated customary law which are the basis of the legal system of the strict law, are made up of definite, precise, detailed provisions for simple, exact states of fact. There are no generalizations and the premises are not broad enough to allow of growth by interpretation outside of narrow limits.” Pound, *Law and moral*, p. 28.

② “La loi romaine primitive est une loi particulière et de circonstance, alors qu’aujourd’hui la loi a une portée générale.” Collinet et Giffard, *Précis de droit romaine*, t. 1. p. 15. Maine, *Ancient law*, p. 13.

③ Collinet et Giffard, op. cit. t. 1. p. 15, t. II. p. 140.

④ Mazaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 1. pp. 27~30.

184 条那样的抽象原则,是 1804 年《拿破仑法典》以后的事。人类社会秩序的维持,原是先有裁判而后才有法律的,人类有社会即必有争执,而其争执是个别发生的,个别发生的争执,即须予以裁判,这种判断,已具有法的性质,但当然仅能适合于极少数的同类事例。文化逐渐进步,而后才能由个别的取决进至某种某类,而终于建立了极抽象而有系统的原则。<sup>①</sup>

吾国法制,虽说至唐而大备,但其缺少一般原则性的规定,情形大致与其他古代法律相仿佛。如斗殴人者,笞四十(谓以手足击人者)。伤,及以他物殴人者,杖六十(见血为伤,非手足其余皆为他物,即兵不用刃亦是)。伤,及拔发方寸以上,杖八十。若血从耳目及肉损吐血者,各加二等。斗殴人折齿,毁缺耳鼻,眇人一目,及折人手足指(眇为亏损其目而犹见物),若破骨及汤火伤人者,徒一年。折二指二齿以上,及髡发者,徒一年半。斗殴以兵刃斫射人不着者,杖一百。若兵刃伤,及折人肋,眇人目,堕人胎,徒二年。斗殴折跌人肢体及瞎其一目,徒三年。(折跌人肢体者,谓其骨蹉跌失其常处。)损二事以上,及因旧患令至笃疾,若断舌及毁败人阴阳者,流三千里。斗殴杀人者,绞,以刃故杀人者,斩。虽因斗殴用兵刃杀人者,与故杀同,不因斗故殴伤人者,加殴伤人罪一等。又如强盗不得财,徒二年;一疋徒三年;二疋加一等;十疋及伤者,绞;杀人者,斩。其持杖者,虽不得财,流三千里;五疋者,绞;伤人者,斩。窃盗,不得财,笞五十;一尺,杖六十;一疋加一等;五疋徒一年;十疋加一等;五十疋加役流。其具体琐碎而缺乏原则之情形,于此可见一斑。

在这样个别硬性规定的制度下,遇到新事故的发生,就不得不予以补充。如唐律的疏,是法定的补充解释,他如“诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻,其应入罪者,则举轻以明重”(《名例》“断罪无正”条)。“诸不应得为而为之者笞四十,事理重者杖八十”(《杂律》“不应为”条)。这更是予执法者以随事立法之权,至于皇帝于律令之

<sup>①</sup> Renard, op. cit. p. 350.



外,得随时制例定格,乃是当然之事了。不过此之所谓应为或不应为,或格例的制订,到底依什么标准来衡量制定呢?一言以蔽之,无非道德。这是从汉代董仲舒以经折狱以来历代用以补充法律的方法。在西洋罗马《十二表法》以后,所有裁判官的告示,皇帝的敕令,均属如此。到十七八世纪自然法思想勃兴,法律的惟一依据就是道德,道德与自然法,原是同物异名而已。<sup>①</sup>到19世纪末叶,又有所谓自然法之复兴,这亦无非是以道德规范来补充法律的又一次轮回。这种道德与法律相互渗入的情形,我们在上面已有较详细的叙述。原来道德规范,乃是最合于社会大众良知的规范,能依此来规范一般人的行为,非特不会引起反抗,且可博得大众的同情与支持,很顺利地接受。如元和六年(811年),富平人梁悦为父报仇杀人,自投县请罪,韩愈历引《周官》、《公羊传》之各种不同情形之复仇,而请定其制曰:“凡有复父仇者,事发,具其事申尚书省,尚书省集议奏闻,酌其宣而处之。”又,如柳宗元为柳州刺史,有柳州民莫诚救兄莫荡,以竹刺莫果右臂,经十二日身死,准律应以杀人论。柳宗元为莫诚当时“救兄有急戚之情,中臂非必死之创”,而请“特从屈法,幸全微命”。这种全凭道德情理而为之判断,当然为大众所接受而歌颂。只是把道德与法律混起了,充分表示人治或德治观念的力量。但在当时法律简陋,皇帝独揽立法权的情形下,自有其不得不然之势。倘有今天量刑标准及正当防卫等原则性的法律,韩柳之论,原就不会超越于法律之外了。

这是就其好的一面而讲,至于其流弊,则就一言难尽了。如宋代的许应龙论法例劄子说:“若乃例者,或出于一时之特恩,或一时权宜,或徇情亲故,或迫于势要,开创是例,揆之与法,大相抵触,而后来者扳援不已,案牒在胥吏之手,有司不可得而知也,执已行之比,有司不可得而拒也,岂不曰例之弊难革乎?”(《南宋文范》,卷二十四)这种弊确是难革,到了元朝,郑介夫上《太平策》说:“今天下所以奉行者,有例可援,无法可守,官吏因得并缘为欺:如甲乙互讼,甲有力则授此之例,乙

<sup>①</sup> Blackstone, *Common law*, p. 41.

有力则援彼之例，甲乙之力具到，则无所可否，迁调岁月，名曰撒放，使下黔首，无所持循，始之所犯，不知终之所断，是陷之以刑也。内而省部，外而郡守，抄写格例至数十册，民间杂探敕旨条刊行成轶，曰断例条章，曰仕民要览，家置一本以为准绳。试阅十年间之例，较之三十年前，半不可用矣，更以十年间之例较之二十年前又半不可用矣。是百官莫知所守，百姓莫知所避也。孔子曰，刑罚不中，则民无所措手足，此之谓也。今者号令不常，有同儿戏，下有一紧二慢三休之谣。如往年禁酒而私酿者比屋，有禁牛而私宰者愈多，……”这总算是讲得淋漓尽致了。清代的袁枚亦洞烛其弊说：“律者万世之法也，例者一时之事也，万世之法有伦有要，无所喜怒于其间，一时之事，则人君有宽严，之不同，卿相有仁刻之互异，而且徇于爱憎，发于仓促，难据为准。”（《答金震方先生问律例书》）我们过去这种制度，当然是有利有弊的，遇到圣君贤相，可以享几年太平，同时其弊之根亦就种下了。倘再有几代不顾大体的君臣，天下就必乱无疑，因此就要改换朝代了。

上述例之益如此，例之弊又如彼，那么其问题究竟发生在哪里呢？我们上面已经说过，法律有普遍性及确定性，所以在其适用时，必须运用逻辑的方法，道德则无普遍性及确定性，所以其适用必须就个别的具体情形去衡量，决不容以逻辑去推演，因为道德规范之可以逻辑方法推演者，应即成为法律，已不是道德。法律原则倘不用逻辑去推论，而要顾虑到个别情况，则即丧失其普遍性及确定性，当然就不成其为法律了。例之益在于能补足法律的不足，例之弊则在于摧毁法律。如杀人者死，倘这是法律，那么杀的只要是人，都应处死。子报父仇，情形特殊，得予另议，当然就补足了这法律的缺憾。不过父报子仇呢？夫报妻仇呢？妻报夫仇呢？兄报弟仇呢？弟报兄仇呢？仇深者如何？仇浅者又如何呢？诸如此类的个别情形，可以数之于无穷。在这种情形下，还能有法律存在的余地吗？法既不存在了，莫说衡量的是小人，可以因无法度而欺以诈伪，可藉此而出入其间，纵使都是尧舜，恐亦无法处理得件件得当，社会秩序终必至于混乱，乃是当然之事了。庞德曾引分析学派大家爱姆斯（Amos）的话说：倘把道德的原则作为逻辑

的命题去推演,必将成为诡辩,倘把法的规律局限于个别的情形,必将导致专擅压迫。<sup>①</sup>这是仅就适用法律的人是小人而言。吾国的慎子更深刻一层说:“君舍法,而以心裁轻重,则同功殊赏,同罪殊罚矣,怨之所由生也。是以分马者之用策,分田者之用钩,非以策钩为过于人智也,所以去私塞怨也。”(《君人》篇)此之所谓君,当然不是小人,但天下之情无穷,人之智虑有限,以有限逐无穷,必致同功殊赏,同罪殊罚,怨尤亦必遂之发生。爱姆斯说:“因违法而受处罚者,他们流露出无穷的不道德的影子。”<sup>②</sup>这些无穷数的影子,倘要想全部去捉摸准确地去衡量,除神以外,恐没有人能办得到。所以法治与德治不是好坏的问题,而是能不能的问题。在法律之外来斟酌道德,就此特殊事件而言,固是很好,但终必至于被小人欺以诈伪而造成无法无天的混乱状态;就此一特殊事件而言,固是盛情盛德,而终必致招怨。故就其范围及适用的方法而言,法律与道德确是水火不能兼容。管子说人君有三欲,“三欲者何?一曰求,二曰禁,三曰令。求必欲得,禁必欲止,令必欲行”。不过“求多者,其得寡;禁多者,其止寡;令多者,其行寡。求而不得,则威日损,禁而不止,则刑罚侮,令而不行,则下凌上,故未有能多求而多得者也,未有能多禁而多止者也,未有能多令而多行者也”。(《管子·法法》篇)。所以我们在行法的时候,必定会有一部分道德被牺牲,必定会有一部分的结果与道德观念冲突,尤其在社会情况急剧变迁的时期为然。因为这一部分的道德或是原有认为不必定要普遍遵守而未包括在法里的,或是由于社会环境或情况之变迁而尚未来得及包括进去的,或是在立法的时候遗忘了未予包括进去的,所以在运用法律的时候就不得不忍痛牺牲。这牺牲了的部分,庞德称之为“法律正义不可避免的副作用”(an inevitable by-product of justice accord-

① Pound, op. cit. p. 70. "In the same spirit it is said that attempts to turn moral principles into detailed logical propositions lead to casuistry, while attempts to individualize the application of legal rules lead to arbitrary magisterial action and thus to oppression." Amos, *Science of law*, pp. 33~34.

② Amos, op. cit. p. 34.

ing to law)。① 晋杜预亦见到了这点,真是难得,他说“法者,盖绳墨之断例,非穷理尽性之书也”;“刑之本在于简直,故必审名分,审名分者,必忍小理”。“今所注皆网罗法意,格之以名分,使用之者执名例以审趣舍,伸绳墨之直,去析薪之理也。”(《上律令注解奏》,载《晋书·本传》)他这“忍小理”确是千古名言,不要把法当做穷理尽性之书,在伸绳墨之直的时候,哪里会没有析薪之牺牲呢?美国一位州最高法院院长西蒙斯(Robert G. Simons)曾在吾国联合国同志会第五十次座谈会讲法治政府,曾举出美国最高法院判决杜鲁门总统接管钢铁工厂的事,来说明美国法治的情形。当时韩战正在进行,钢铁生产之重要,不言而喻,而钢铁工会因工资问题实行罢工,劳资双方迟迟不能获得协议,于是杜鲁门总统下令,由政府接管钢铁工厂,维持钢铁生产,一俟协议成立,即行交还。这种措施,不说是美国人在道德的观点上应认为正当,全世界自由国家,应当无不同情,但美国最高法院,经资方控诉后,终于认其命令为违宪。难道美国人就如此的胶柱鼓瑟,不通情理吗?原来美国《宪法》修正案第五条规定:“非经正当法律程序(due process of law),不得剥夺任何人之生命自由或财产。”而其所谓剥夺,包括限制财产之使用在内,那么杜鲁门的命令就如何地没有经正当的法律手续呢?所谓正当法律手续,不外是最高法院所认为合理的程序和法律,原亦没有确定的解释。② 我们知道,私有财产制度是美国立国之本,而财产权之不可侵,更为其革命独立制宪的大原则,倘这一原则动摇了,美国就不成其为美国了。这是一个有关于国家生命的问题,与钢铁生产一时减少的问题,轻重不能相比。所以最高法院宣布其命令为违宪,而杜鲁门总统于最高法院判决后一小时,就命令政府人员

① “Hence even though in general the law tends to bring about results accordant with the moral sense of the community, the necessarily mechanical operation of legal rules will in particular cases produce situations where the legal result and the result demanded by the moral sense of the community are out of accord. . . . but to a certain extent they are an inevitable by-product of justice according to law.” Pound, op. cit.

② 刘度瑞:《论美国宪法所谓“正当法手续”》,载《台湾大学社会科学论丛》,第五辑。

退出工厂,交还资方自行管理。这是很足感人的一件事。

但是我们的话又得说回来,在昔时不能有法治实现,实是君主专制及法律没有成为科学阶段的当然结果,法律既不能有抽象原则性的规定,当难适应许多无穷变化的社会情况。实则科学虽然进步到今天,没有哪一国的法律可说能网罗一切而无遗,因为以社会事物之复杂,就现状而言,已是不可能,何况社会的情况还在继续不断地变化。不过像现在这种抽象性的规定已可说大致可以适应了,过去那样的具体个别规定,那就随时可以发生窒碍,随时需要予以补充。而在君主专制政体之下,皇帝有绝对的制法权,随时立法,理所当然,倘其处置合于当时的道德观念,还可以受到大众的赞赏。不过道德的个别性与法律的普遍性一相混淆,法律立刻丧命,等于无法,其流弊亦就随之而起了。所以我们可以说,过去这种情形,是势所必然,只要法律的具体性与皇帝的立法权存在,这种情形是无法避免的。过去历史上亦有许多贤相名臣对皇帝谏争,要他自己不要坏法,如汉之张释之对文帝说:“法者,天子所与天下共者也。”唐之李乾佑对太宗说:“法令者,陛下制之于上,率土遵之于下,与天下共之,非陛下独有者。”这种贤臣遇到这种明君,方可讲这种体己话,因此而可以有太平盛世出现。在一般情形,就难得了。至于由法律的具体性而发生的弊端,历朝想方设法补救,但非特无效,而且每每变本加厉。我们不必以今天的目光来非议过去,时代如此,其势然也。文化是逐渐进步的,建立一个抽象概括的原则,原是人类千万年心血的累积。至于专制皇帝的推翻,民主政治的建立,更是人类奋斗的成果。科学与民主,同是人类智慧发展的创作,没有科学与民主,绝不可能有法治,法治精神,就是民主精神,亦就是科学精神。我们知道西洋的法治,是在进入19世纪科学与民主制度已有基础之后方始实现的。

# 吾国法学的衰微

我们讲到没有科学与民主,不会有法治出现。不过科学与民主,亦是逐渐累积的,远溯到古代,各民族的情形,原没有很多差别,差别之发生,是以后逐渐发展的现象。关于民主制度的发展,从上面对于独立人格观念的讨论中,已可得其梗概。关于法律科学的发展,我们需要检讨一下。

罗马的《十二表法》,完成于公元前 449 年,相当于吾国春秋末年,论其内容,当极简陋。曾铭刻于铜表置于罗马市公所,不幸于公元前 390 年格鲁人(Gaulois)侵入时付之一炬,现在我们还可以见到《十二表法》,全靠当时学校里的学生,大都能背诵,所以没有失传。由这一点,我们就可以意会到当时的罗马学校,对于法律何等重视。吾国当时,亦已有郑国子产的刑书(昭公六

年,公元前 538 年),晋国赵鞅的刑鼎(昭公二十九年,公元前 513 年),其内容如何,虽无从稽考,但说它一定不如罗马的《十二表法》,亦嫌武断。当时的人既可希望君臣上下贵贱皆从法,亦可见其未必简陋到不如《十二表法》。当时的罗马社会已开始急剧发展,《十二表法》当难适应,而所以予以补充者,一是裁判官法,一是法学家的意见。在共和时代,裁判官的告示(edicta)在理论上虽不等于民会制定的法律,但实际上,由于程序上抗辩之作用(exception),其效力往往超过法律。不过到帝政初期,其重要性已减低,代之而兴的是皇帝的敕谕及法学家的意见了。罗马在共和时代,已有许多法学家,如 Q. Mucius Scaevola、Aquilus Gallus、Servius Sulpicius 等,而以西塞罗(Cicero, 公元前 106—公元前 43 年)为其尤著者。他们大多对希腊哲学极有研究,所以斯多亚派(Stoic)的哲学思想及亚里士多德(Aristotle)的逻辑学,早于此时渗透了罗马法。不过在此时期,他们的意见,并没有直接被裁判官采用,迨帝政创立,民会已将立法大权交托皇帝,裁判官的告示亦大损其力量。皇帝的敕谕几成为法律惟一的渊源,但法学家的意见,皇帝仍极为尊重,对于裁判官仍有确定的拘束力。关于法律上之见解,必须依从法学家的解答。从奥古斯都至亚历山大撒佛这 250 余年(Auguste, Alexandre Sévère, 公元前 23—公元 235 年),世称为罗马法的经典时期,大法学家辈出,其中分为二个学派——沙宾尼(Sabiniani)及普罗鸠利(Proculiani),此二学派虽是二个对垒的学府,但在理论上并无多大出入,不过前者较多注重于斯多亚思想而已。其人物,如 Labéon、Proculus、Capiton、Cassius、Javolenus、Julien、Ariston Celse、Gaius、Papinien、Paul、Ipien 等,为其中之佼佼者。其治学方法,着重实用,而忽略了一般的原理原则,不过他们对于各种个别的事件,仍能分门别类地以研究而获得解决,所以他们的方法不是综合的,而是分析的。这是罗马法的极盛时期。自公元 284 年第克莱丁(Diocletien)即位成为绝对专制政体之后,王之所好,即为法律(quod principi placuit legis habet vigorem),法学家乃不为所重。不过前代许多法学家之意见,对于裁判官仍有相当的力量,可惜的是他们的学识,很多已不足以



了解,其司法情形,亦可想而知了。幸而后来东罗马帝国出了个优士丁尼皇帝(Justinien, 527—565年),罗致了十位法学家,其中如 Tribonien,是当时的大臣之一, Théophile 是君士坦丁堡大学的教授, Leontius 是彼鲁(Beyrouth)大学的教授,把过去的法律及法学家的著述加以彻底地整理,于公元534年制订了一部不朽的民法典,世称为《优帝法典》。实则优士丁尼帝在法律方面的功绩,重要的还不在法典,而在其《汇编》(Digest),这是把经典时期各大名家的学说予以整理的大集成。他们从二千册,三百万行的文籍中,费了三年多时间(自530年12月15日起至533年年底),整理出五十册,十五万行的一部汇编。罗马法至今还有被研究的价值,全靠这部书。至于《法学大纲》(Institutes),乃是共四册的学校教本,其小焉者也。<sup>①</sup> 鉴于上述罗马法之发达,全靠一般法学之士的努力,而尤其重要的是奥古斯德帝的重用法学家而予以权力及培养,这是经典时期所以人才辈出的原因,观之第克莱丁帝罢黜了法学家之后,一般实务家弄得无所措手足的惨状,恰成鲜明的对照。

吾国法学,先秦诸子不过就法律哲学方面有所发挥,没有讲到法律上具体的学问,秦世虽以法为尚,但法令之书藏于官府,学法令者以吏为师,这是带徒弟的方法,当然不会有多大发见,何况此时的吏,自己既难有读书的机会,更难带出好徒弟。汉兴之后,士人到底已有书可读,“治律有家,都是子孙并世其业,聚徒讲述,往往是好几百人。举其最著者为例,西汉时有南阳的杜周,杜延年父子,……有东海的于公,于定国父子……有泰山的郑弘,郑昌兄弟,皆以通法律名于时。东汉时有颍川的郭弘,郭躬,郭至,郭镇,郭祯,郭禧,郭旻,家世习法,一家中为廷尉者七八。有沛国的陈咸,陈宠,陈忠,有河南的吴雄,吴诉,吴恭,都是三代明法,而吴家且三代皆为廷尉。颍川钟皓,世善法律,教授门生千有余人,皓之曾孙钟繇,繇之子钟曾,父子继业,闻名于时”。晋朝的张斐,杜预对于晋律的注释,北魏的崔浩、高允对于法律

<sup>①</sup> Collinet et Giffard, op. cit. t. f. pp. 17~59.

的研究,影响于后世,当极重大。《北齐律》之完善而能成为隋唐法制之先河,乃是勃海封隆、封绘、封述等之功。《唐律》已集历代法制之大成,而启后世典章之宏规,长孙无忌、房玄龄、李勣、于志宁、褚遂良等之律疏,其价值当更可贵。宋代诸儒,尚多治律学,迨元之后,即几无明法之士。“盖自魏置律博士一官,下及唐宋,或隶大理,或录国学,虽员额多寡不同,而国家既设此一途,士之讲求法律者,亦视为当学之务,传授不绝于世。迨元废此官,而法学自此衰矣。明设讲读律令之律,研究法学之书,世所知者约数十家,或传或不传,盖无人重视之故也。本朝(清朝)讲究此学,为世所推重者,不过数人,国无专科,群相鄙弃。纪文达编纂《四库全书》,政书类法令之属,仅收二部,存目仅收五部,其按语讲:刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚,所录略存梗概,不求备也。夫《四库》目录,乃奉命撰述之书,天下趋向之所属,今创此论于上,下之人从风而靡,此法学之所以日衰也。”<sup>①</sup>

由上所述观之,法学之昌明,全靠有几个法学之士,能从原则原理方面来使之发扬光大,单有从事于实务的执法之吏,那就根本谈不上法学,从而执法之吏,亦将无从下手了。要使执法之吏能懂得法学,自不能不“学”,要谈到“学”,非从原则原理方面下手不可。大陆法系是先立原则而后推论及于个别事件的,当然非学原则原理不可,英美法虽是根据各个判决先例的,但从各个判决先例中,仍须抽释其原理,然后可以适用于后发生的同类事件,英国的普通法,自亨利第二(Henry II)时代起(1154—1189年),已渐形成一套有系统的原则,可以推行于全国,否则恐就不会有今天的英美法,而早就被迫进入罗马法的系统了。不过从各个事例中摄取有系统的抽象原则,是一种文化程度的表征,初民时代尚无,纵使文化到了相当程度而没有力学之士代代相继加以研究及组织,亦不能成为一套有系统的理论。魏宋之间,国家虽开有仕途,但这种无系统的教育,最多以之应付实务,终难以言造诣。如当宋仁宗之世,明法一科,律文及疏还未有印本,举人难得真本习

<sup>①</sup> 杨鸿烈:《中国法律发达史》,28页,引沈家本:《寄簪文存》,卷三,43页。

读,经诏杨安国、赵希言等校勘,至天圣四年,方镂析颁行。在连一本律疏的真本都难见到的情形下,要法学昌明,无异缘木求鱼。元以后则连这一点都没有了,士人群相鄙弃,更何从谈起法学。时至今日,我们还常听到有所谓实务家与理论家之分,这话实在太无意义了。

但是法学之不昌明,仅是一种事实,其原因何在呢?我可以举出下列二点。一是由于客观的环境,一是由于主观的思想。

(1)“中国文化是自始到今建筑在农业上面的,西方则自希腊罗马以来,大体上可以说是建筑在商业上面。一个是彻头彻尾的农业文化,一个是彻头彻尾的商业文化,这是双方很显著的不同点。”<sup>①</sup>农业文化的特征是自足安定,商业文化是交争扩展。在自足安定的社会,政府与人民的关系,只要能维持这安定的秩序为已足。要维持这一种秩序,刑罚是最有效的方法。至于个人与个人间的关系,那就涉及民事上的关系了。所谓民事上的关系,不外乎身份上的关系及财产上的关系二种。在一个纯粹的农业社会里,所有财富,绝大部分是不动产,财产的流通,根本谈不上,普通只限于家族之间原封不动的世代相承,纵有分散,亦只限于亲属邻里之间,所以不会有很多财产上的关系发生。至于身份上的关系,则在君臣父子兄弟夫妇长幼之间,全是一种层级的服从关系。这种关系一方面极其简单,一方面却极其重要,整个的社会秩序就以此为建立之基础的。惟其简单,习俗道德已足以为之规范,而惟其重要,一切均成为刑事法的大项目。人的关系及财产的关系均在这样一个狭隘的格局里,当难有民事法发展的机会。所以我们上面所讲到的不发达的法,是指民事法而言的。至于刑事法,则不能说不发达。梅因(Sumner Maine)曾说:法典愈古,刑事法的规定愈多而愈琐细。<sup>②</sup>所以刑事法繁琐,并不是法学进步的现象,因为刑罚的目的,在当时的社会,不过以之来镇压,如其足以达此目的,本来没有什么原则原理需要研究。在西洋刑法之成为一种学问,亦是18世纪以

① 钱穆:《中国文化史导论》,13页。

② “It may be laid down, I think, that the more archaic the code, the fuller and the minuter is its penal legislation.” Maine, *Ancient law*. p. 390.

后的事,在此以前,没有什么学理研究可言,严格说来,或许不及我们的完备。

至于罗马,在共和时代版图已日益扩张,商业繁盛,财富增加,旧有的宗教道德力量,已不足维持人与人之间的关系,加之受了希腊哲学的影响,民知大开,所以能有规律个人与个人间关系的法律,此之谓民法。据梅因说,任何民族的初民时代,所以规律人之所为者,是宗教及习俗,等到他们的文化发展到了某一阶段,就有法典产生,这在欧洲古代是很普遍的现象。文字的发明,当然是法典产生的一大原因。<sup>①</sup>梅因并说,这是各民族文化进步或停滞的划分阶段。许多民族的文化发展到这一阶段就停顿了,因为这法典已是他们过去及现有一切的总结账,倘没有外来的刺激及新文化的调剂,它自身就很难有多大的发展。世界上只有极小部分的法律,能超越这一阶段而继续发展,罗马法可说是其中之一枝独秀者,而其《十二表法》之中已有较多一部分民事法的规定,亦是古代法典中惟一的特例。<sup>②</sup>所以所谓罗马法是以财产法为骨干的罗马民法,罗马法的发展,是罗马民法的发展,罗马法上的原理原则,至今仍有其不朽的价值者,是罗马民法上的原理原则,故其所谓法学家(jurisconsulte),是民法学家。罗马的公法是不足道的,后世公法上的许多原理原则,仍是渊源于民法的。因此,在民法没有发达的国家,无从谈起法学,今天我们研究西洋的法学,当然亦不得不从其民法方面着手。

(2) 中国的法学未能如西洋那样发达的另一原因,是由于二方思想类型的根本不同。法律是一种社会规范,是规律社会秩序的法则。这社会秩序,在西方人看来,是一种人为的秩序,是可用人之理性(reason)来创造或变更的,这是社会秩序与自然秩序根本不同之所在。自然秩序是天然存在的,当不容人来创造或变更。所以在他们的传统思想上,宇宙间存在着二种秩序,一是社会秩序,一是自然秩序,这二种

① Maine, op. cit. pp. 12~13.

② Maine, op. cit. p. 28, 389.

秩序,根本不同。一个属于自然界,其中并无善恶是非之分,一个属于道德界,其秩序之建立,必须依从人之理性而为善恶是非的判别,至于其所谓事物之理,则是一种心理现象,由于自己理性之发挥,始可获得事物之理。所以秩序(order)是客观的,理则是主观的存在于内界的。不论其为自然事物之理,或社会事物之理,均是理性发挥的力量。所以在西洋的传统思想上,自然秩序与社会秩序是分立的,客观秩序与主观之理是对立的。我们的传统思想则异是,我们的基本观念是天人合一,宇宙间只有一种秩序,自然秩序与社会秩序并无分别。我们的所谓社会秩序就是“礼”,亦就是所谓伦常秩序。礼从何来?天垂象圣人则之而已。所以“乐者,天地之和也,礼者,天地之序也……明于天地,然后能兴礼乐也”(《乐记》)。所以礼是社会秩序,亦就是自然秩序,均非可以人为。至于我们的所谓理,亦不是从主观的理性出发的。《礼记》云:“礼也者,理也。”理就是礼,易言之,理的本身就是秩序,现有的秩序就是事物之理,明理就是守秩序。所以在我们的传统思想上,理与秩序均与主观的理性无关。“理性”一辞,是个新名词,过去我们只有性理,所谓“性,即理也”。性是什么?“天命之谓性”(《中庸》),从而天理与人性均属一体。子贡曰:“夫子之文章,可得而闻也,夫子之言性与天道,不可得而闻也。”(《论语·公冶长》)不可得而闻者,不可得而知其所以然也。由此可见,在我们的传统思想上,从人到礼到天是一体的,从性到社会秩序到自然秩序是一贯的,天人是合一的,主观与客观不是对立的,同一个理之中,就包含了天、地、人三者一贯之理。这一贯之理,非人之理性智慧所能创造变更或理解,要明了其中之理,惟有从实践上去体会。

这一思想格局之不同,关系到中西文化全盘的差异。西方人对于事物之理,不论其为自然事物之理或社会事物之理,无不从主观的理性智慧上去寻求,且其致智有其方法,即逻辑是也。逻辑之中,包括演绎及归纳二种方法,演绎的基础是同一律,归纳的基础是因果律,而因果律的概念之中,必须承认事物之整齐一致性,即凡百事物,同因必生同果,倘这整齐一致性丧失了,因果关系即无从谈起。所以因果律与

同一律又有其相通之处。所以西方人讲理必须与智相连而称理智,而致智的方法,必须运用逻辑,而寻求其因果关系,这种方法,就是科学方法,亦就是决定因果关系的方法。但是寻求真理,虽不能不合乎逻辑,但合乎逻辑的不一定是真理,逻辑的贯通与真理的获得,仍是二回事。所谓逻辑,就广义而言,不仅是推理方式的形式逻辑,形式逻辑,只是限于内部的贯通(internal logical consistency)。凡甲皆非乙,可以推知凡乙皆非甲。除此而外,尚须有外的贯通(external logical consistency),亦就是说一个意思,必须与已知的事物之理相贯通,必须与科学上已承认的定律不违背,换言之,亦即必须符合于人类的经验,且与大众公认的道理不相违反。<sup>①</sup> 由这样具体贯通所得的结论,方更近乎真理。西方人用逻辑的方法寻求真理,不限于自然现象,对于社会现象,亦是用同一的方法。因为他们讲到人性,亦就是理性(reason),理性是人所共具的而是一致的,惟其是一致的,所以同可适用因果律而决定其关系。从而他们非特有自然科学,同时亦有社会科学。从这方面看,与我们中国人的观念大不相同了。我们之所谓明理,从来不用智慧去求理解,而是用实践的方法去体会。所以所得之理,往往是片断的,个别的,缺乏系统,而不能成为一种学问。如在自然科学、医药方面,我们早就有很多成就,但始终没能成为有系统的学问,其原因亦就在此。就法律科学而言,可说整个是逻辑的组织,是具有严密逻辑体系的科学。拉庞特(Laband)认为司法官的裁判就是逻辑的三段论法。<sup>②</sup> 法律的规定是大前提,法律事实是小前提,判决或法律上之效力是结论。譬如说无法律上之原因而受利益致他人受损害者,应返还其利益,是为不当得利,而为“民法”第 179 条所规定。今有甲食品店将蛋糕一匣误送乙处,甲即得请求乙返还其受领之蛋糕。这是逻辑,当无问题。倘乙过生日,甲送去蛋糕一匣,乙在法律上有何权利受领呢?当然没有。甲是否受有损害呢?当然有,而且受益与受损之间有直接

① Whitehead, *The function of reason*, p. 53.

② Laband, *Droit public* (Trad. française), t. II. p. 514.

因果关系,因此构成不当得利,其结论将是甲得请求返还。这与大众公认的道理违反,逻辑上已形成外的不通。所以同法第 180 条第 1 款必须另外规定“给付系履行道德上之义务者”不得请求返还。倘没有这一款,就是不通,这不是内部的不通,而是外部的不通。又如现今各国对于法律的解释,均有专司机关,有的是司法机关,有的是专设机关,我国台湾地区为大法官会议。法律为什么须要解释呢?当然因为有疑义,而所谓疑义者,就是逻辑上或内或外的不能贯通,应当是如何的意义方能贯通,这是解释机关的职责。如旁系血亲之辈分相同而在八亲等以内者不得结婚,是为“民法”第 983 条第 1 项第 3 款所明定。又第 1077 条规定,养子女与养父母之关系,除法律另有规定外,与婚生子女同。所谓法律另有规定,即第 1143 条关于养子女与婚生子女同为继承人时,其应继分为婚生子女之二分之一。除此而外,再无另有规定。养子女与婚生子女之身份,既无不同,法律又无特别规定,当不得结婚。不过台湾此风甚盛,“民法”第 983 条第 1 项第 3 款之规定将与大众公认之理不符,逻辑上已形成外的不通。于是大法官会议解释认为第 983 条所称之旁系血亲指自然血亲而言,养子女与婚生子女间,“原无生理上之血统关系,自不受‘民法’第 983 条之限制”(第 12 号解释)。这样一来,逻辑上就内外贯通了。由此我们看到法律的运用,几全是逻辑的运用,在法律规定的大前提外,决不容个别或特殊的情形掺杂进去。这是西方的科学,倘以我们的固有观念来讲,养子女与婚生子女结婚既是普遍的存在,就是一种自然秩序,没有通不通的问题了。我们中国人对于事物之理之认识,所以能灵活变通,其故在此,法学之不能发达,其故亦在此。

# 科学与艺术的调和



由上所述观之,法治与科学有不可分离的关系,没有科学,决不能有法学,没有科学精神,绝不能有法治精神。不过法律科学是纯粹的科学了吗?法治精神是纯粹的科学精神了吗?19世纪领导思想的想法确近乎此,但是他们是错误了。纯粹科学的对象是自然事物,法律科学的对象是社会事物,社会事物牵涉到人的问题,牵涉到是非善恶的问题,其情形显然就不同了。

我们讲到科学,每与艺术的对称,科学与艺术之不同究竟何在呢?约言之,有下列五点:<sup>①</sup>

(1) 科学的目的是求真,艺术的目的在求美。美的境界是调和(harmonie),真的境

---

<sup>①</sup> G. Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, pp. 73~148.

界是归一(unisson)。归一不可有差别,调和不可有雷同,刻板文章不是文艺,天圆地方不是科学。

(2) 科学的标的是抽象概念的构成,艺术的标的是具体事物的表达。所以科学必须是普遍的抽象的,艺术必须是个别的具体的。艺术倘没有个性存乎其间,不成其为艺术,科学倘是个性的表达,不成其为科学,一件真正的艺术作品,应当是十足的个人创作,以后不论其如何剥融了,绝不容任何其他人来补上一笔,一件真正的科学发明,必须是既存真实的发现,绝不可能是个人的创作,科学的发明倘有缺漏,任何人得补上一笔。

(3) 科学的原动力是推理(raison),艺术的原动力是直觉或想像(intuition ou imagination)。所以科学必须是客观的,艺术必须是主观的。日月星辰,是科学的对象,亦是艺术的对象;但科学家必须运用理性,他所观察到的或解释叙述的月亮,不容有丝毫主观的因素掺杂其间而有所别异,诗人画家或音乐家所看到的或叙述解释的月亮,是各人心目中的月亮,是各人直觉的或想像的月亮。艺术品绝不能整批制造。

(4) 科学的重心在追求原因,艺术的重心在追求目的。科学能把事物的原因发现了,已是尽了科学的能事,至于后果如何,非其所问。艺术则在于达到目的。为什么而有此作品?为艺术而艺术乎,或在艺术之外另有其目的?这虽是艺术各宗派争执的问题,但其应有目的,了无问题。所以艺术要讲风格(style),科学则讲理智。

(5) 科学的方法是逻辑,艺术方法是实践。科学的目的既在追求普遍的真理,发现原因,所以必须“致知”,“明理”,其方法必须运用逻辑。艺术的目的既在求美,发抒其个性而达到特定的目的,所以必须就个别事物实践体会,逻辑方法,绝无适用之余地。

上述科学与艺术的不同,大致可说就是法律与道德的差异。我们上面曾说法律有三种特性:确定性,普遍性及一致性。所以法律是归一的,抽象的,普遍的,客观的,方法要运用逻辑,道德则是调和的、具体的、个别的、主观的,方法要笃履践行。钱宾四先生说我国之礼,文

饰而成一种艺术。<sup>①</sup>这不仅是我国之礼为然,天下之礼莫不皆然。礼在本质上是一种艺术,不必文饰已是艺术,加以文饰,更增加其艺术气氛罢了。我国常自称为礼义之邦。所谓礼义之邦,亦可说是艺术之邦,而所谓礼治,亦可说是一种艺术之治,与法治之间的距离,已可概见一斑。

但是我们至今所说的科学,仅指纯粹科学而言。纯粹科学在求自然事物的真理。自然事物是完全受因果律控制的,所以不可能有善恶的价值判断,从而亦不可能有目的观念。法律科学则在求社会事物的真理。所谓社会事物的真理,就是正义(justice)。正义这个概念,本身就是一个是非善恶的判断标准,而非善恶,只有在目的上方能显露。这是自然科学与法律科学所追求的真理重要不同之处。正义之实现,即是道德规范之实现,亦就是法律科学所追求的真理。所以道德之美,成为法律科学之真。法律科学愈接近道德,愈得社会事物之真理。从而道德规范实现得愈多,人民的生活亦愈幸福。无奈任何科学的原则,绝不能包括全部的真理,我们常说天下没有绝对的真理,亦就是指此而言。因为所谓科学原则都是建筑在概念的逻辑关系上的,而概念是概括抽象的,它本身并不是实在,所以求真理虽不可不用逻辑,但逻辑上的真理不即是实在真理,惟有在概念合乎真实的范围内,建筑在概念上的原则方能合乎真理。概念合乎真实的范围究有多大,科学原则与真理间的距离究有多远,谁亦不知道。但我们可以说,其原则愈抽象愈概括,其所包含的真理亦愈多,其与真理间的距离亦愈近。数学是最抽象而最概括的科学,其与自然事物的真理亦最接近。物理学已是以数学的量来表示各种质的科学,其所表示的质是否真实,已是问题了。地球自转一周为24小时,这是真实吗?今天的气温是摄氏20度,这是真实吗?科学家狄爱姆(Duhem)说:物理原则是差不多的数学(*la theorie physiquo est un mathématique de l'à-peu-prés*)<sup>②</sup>,当然

① 《钱穆先生读讲中国文化》,载《新生报》,1954年9月5日。

② Duhem, *Théorie Physique*, pp. 214~215.

不就等于真理,不过自然秩序是被必然的普遍定律所控制的,我们是否知道这定律固属问题,但其定律是存在的,那是没有问题。自然科学家运用其理性智慧设定的原则,虽不能说就是自然秩序中存在的真理,但总可以逐渐地接近真理。<sup>①</sup>至于社会秩序,牵涉到了人的问题,各个人具有个别性,社会秩序就不像自然秩序之具有普遍性,更不会有必然性,法学家要运用他们的理性智慧来设立一个原则,普遍地适用于各个不同而随时变移的具体事物,其与真理间的距离就可能相去甚远了。法律科学所追求的真理是正义,正义这个理念实在太流动不居而太不明确,社会规范中的道德规范可说是最能接近正义的规范,其间的关系有如数学之与自然界之真理。法律乃是具有普遍性及确定性的原则,以之来追求这样一个流动不居的真理,其间的距离就可想而知了。雷那(Gorges Renard)套狄爱姆的话说,法律原则仅包含了差不多的道德(*Théories juridiques ne renferment elles-mêmes qu'une morale de l'a-peu-pres*)。<sup>②</sup>不过据我看来,法律原则仅包含了差不多的道德,其间之关系,与物理学与数学的关系,还不可同日而语。谢令纳克称法律为最小限度的道德,似乎更较确切。

我们了解了法律科学的本质之后,我们觉得执法者在执行法律的时候,有时确是立于二难之间。法律是要实现正义的,但法律之中并不包含太多的正义,倘要多使正义实现,法律的原则又将整个破坏。在这二难之间,如何能一方面不破坏法律原则,另一方面能使最大限度的正义实现,这确需要有一种高超的技术。所以我们可以说法律是科学,同时亦是艺术,执法者要有科学的训练,同时亦要有艺术的天才。这种需要,并不是从今日始,在19世纪分析法学派首领奥斯丁亦承认,在政府分权制度没有彻底实行以前(这是不可能的,而最近趋势适得其反),法律与道德仍不免有接触之处。其接触之处共有四点:第一为司法立法(judicial law-making),如英美之判例法是。第二为解释

① Renard, op. cit. p. 66.

② Renard, op. cit. p. 90.

法律(interpretation of legal precepts)。第三为适用法律(application of legal precepts),尤其是关于如善良管理人及公秩良俗等准据法则(legal standards)的适用。第四为司法的裁量(discretion),如三年以下有期徒刑之裁量是。<sup>①</sup> 凡此四者,均为法律与道德间的通衢大道,执法者的道德观念,仍有充分渗入法律的余地,法律与社会正义间的距离,应可从这些途径获得接近。时至今日,我们的法律原则,已极尽其抽象而概括,执法者有更多道德上考虑的机会,在这些途径上,如何能使道德或正义尽量地实现,则有赖于执法者自己的科学训练及道德修养了。

但是,概念愈抽象,逻辑亦愈严密,这原是科学进步的必然现象。概念愈抽象,更显示其为概念,逻辑愈严密,更显示其为逻辑。既讲到科学,绝脱离不了概念与逻辑,法律要维持其确定性及普遍性,更不能脱离概念与逻辑,庞德是尽力排斥 19 世纪的所谓概念法学的,但仍说:“无论其法律如何富于弹性,在其适用之时,终不免有机械性,弹性司法与大众安全是难于并存的。法律既需要有确定性及普遍性,在其适用时,既需要一致平等,则遇有特殊情事时,只有予以牺牲。从而就一般情形而论,运用法律所得的结果,与社会大众的道德观念可以吻合,但法律机械性的运行既不能免,在许多特殊情形下往往与道德相左了。”<sup>②</sup>这亦就是他所说的不可避免的副作用。由此而论,我们要讲法治,对于机械逻辑的运用方面,不可不特别注意。

讲到逻辑这门学问,虽是西洋文化的特征,但在我们的传统思想里,名学原是成为一家的。孔子曰:“必也正名乎。”(《论语·子路》)所谓正名,就是建立确定的概念,概念确定了,而后可以成辞,然后可有言,然后可以推理而得到比较准确的结论。“故君子名之必可言也,言之必可行也”,君子于其言,应当“无所勾”,无所勾者,就是要有一贯的道理,要事理上说得通,说得通者,就是要没有矛盾,合乎逻辑。所以

<sup>①</sup> Austin, *Jurisprudence*, t. II, lecture 36, 38.

<sup>②</sup> Pound, *Law and Moral*, p. 79.

修身治国平天下要从诚意开始,因为诚意就是自己内心之没有矛盾,倘使自己内心的意思先充满了矛盾,则其言也绝不能成理,决不能无所勾,于是其行也亦必然乖戾而充满矛盾,易言之,不会合乎逻辑。不过欲诚其意又必先致其知,亦就是说要自己多加训练。这是从修身方面而言。至于治国平天下,正名定分当然更是重要。“名不正则言不顺,言不顺则事不成,事不成则礼乐不兴,礼乐不兴则刑罚不中,刑罚不中则民无所措手足。”(《论语·子路》)。他如公孙龙子、荀子、尹文子、尸子等对于正名覆实,发挥尤多,后儒之言定名辩实者,亦代不乏人,我是外行,不敢多说。陈百年先生于此有很多发明,可见在吾国的固有文化上,并非没有逻辑,不过没有成为一种有系统的学问而已。我想有心发扬固有文化的士人,于此大可努力。



## 下部 单篇论著选集

---

代序/王启中

法律哲学与法理学

法学：科学乎？艺术乎？

论概念法学

自然法之复兴与概念逻辑

——兼论私法的解释及法源

法治与德治

从义务本位到社会本位

狄骥的实证主义

惹尼的解释成文法

习惯在法律上地位的演变

判例与学说

法律上实务与学说的距离

论自然债务

——吾国“民法”上自然债务体系之试拟

法律行为之无效与不成立

契约责任与侵权责任之竞合

法律行为之标的及目的

权利之滥用

中国法治的前途

当今中国法律二大问题的提出

司法官的进德修业





# 代序

三十多年来,父亲的书籍、文章及手稿随着我留学、就业、归国、返美的一再搬迁而多次被装箱入柜,越洋跋涉。数十年中我也曾好几次取出阅读,希望能将父亲去世时尚未完成的法理学著作续成出版。但每每在阅读之后感到学疏识浅,自惭形秽,而又再次装箱。

近年来退休之后,再把父亲的遗作拿出来阅读,心中颇有感触。从1982—1992年的十年间,我在台湾从事国际商务的法律工作。在处理业务时,深深感到国人与西方人对法律性质及功能认知的不同是沟通及商业交往的最大障碍,而最困扰的是法律的不确定性。但在从事实务工作时,是以解决特定问题为要务,无暇思考问题背后的一些根本症结,因此往往是见树不见林。在国内外做了二十几年法律实务工作后,再重读并咀

嚼父亲分析我国法治问题的几篇文章,确是别有一番滋味在心头。

父亲在四五十年前最忧心的是我国的法治前途。他在1955年发表的《当今中国法律二大问题的提出》一文开头便记:“近年来觉得中国法律方面的问题,愈来愈多,愈来愈严重,萦回心头,不知从何说起。但归根究底,基本问题不外二个:一是采自西洋的现行法律,在其以个人观念为基础的内质上,与吾国传统观念间发生了矛盾;一是采自西洋的现行法律,在其以逻辑体系为运用的方法上,与吾国传统观念间起了矛盾。”他在《法治与德治》一文中更指出:“……我觉得法治在我们中国所以至今还成为问题,没有能真正实现,我们的传统德治观念实在是一块绊脚石。”“人治与德治是相通的,讲人治亦就是讲德治。”而人治与法治之所以不能相容是因为“法治的真正含义,是统治者的一切行为应当依据法律”。(见《中国法治的前途》一文)

在20世纪50年代滞郁的客观环境下,父亲一再为文,旁征博引,苦口婆心地呼吁“建立独立人格观念及维护逻辑体系”,认为“这是民主法治的灵魂,要使我们的国家追上时代的对症之药”。(见《法律上实务与学说的距离》末段)他期期以为不可而力加评斥的是时人将近代西洋道德之法律化作为我国法律道德化的理由,把西洋法律的社会化作为否定独立人格的借口。(见《从义务本位到社会本位》一文,并参阅《近代法律思潮与中国固有文化》一书)

父亲在1961年过世,不及见到台湾的经济起飞、政治解严和相关联的法律上的变动。今日台湾,当然和四十年前的台湾不可同日而语。这是“家祭勿忘告乃翁”的可喜现象。但是,我们的法治问题解决了吗? 法律的逻辑体系在台湾生根了吗? 我们的社会是仍落在法律之后还是早已飞越在法律之前? “人治”的问题还存在吗? 法治在中国人的社会中真有根深蒂固的困难吗? 近年来台湾经济的急速国际化对法治起了怎样的影响? 我们除了走向法治还有别途吗?

启中几十年来为五斗米折腰,未曾在学识上下工夫,不敢有续貂之想。谨将父亲遗作汇集整理,予以出版,以供法界先进参阅思考。

王启中  
1998年于台北

# 法律哲学与法理学

- 一、法律哲学的兴衰
- 二、法理学名称的由来
- 三、研究法律哲学的二种不同的方法

## 一、法律哲学的兴衰

法律哲学是研究法律的普遍基本原理的学问。我们普通研究的法律,如罗马法、大陆法、英美法,或民法、刑法、宪法、国际法等等,乃就特殊时、地,或特定门类的实证法予以研究的学问,称为法律科学。法律哲学,则是研究其普遍基本原理的学问,其中可以包括三个部分:第一是法的定义问题。什么是法?其中又以法律与道德的关系问题为最重要。第二是研究法律在历史上演进的基本原理,称之为 *Métahistorique*。第三是研究法律的正当性,亦就是研究法律应当如何的问题,称之为

Déontologie。所以法律哲学是研究法律的普遍定义,探求其历史发展的基本轨迹,并评定其正义价值的学问。<sup>①</sup>

法律哲学这个名词是比较近代的。在 19 世纪以前,自然法就是法的最基本的原理,讲到法律哲学,就是自然法。不过十七八世纪的自然法,纯粹是形上学(Métaphysique),所有历史上及现实的事实,一概抛开,全凭各人主观的理性,创造许多理想的正义原则,来规范人的行为及社会关系,而作为实证法追逐的目标。到了 19 世纪,由于各种科学的发展,引起了猛烈的反抗,法律哲学这个名词才被采用,但与自然法的概念,始终是不可分的。如亚伦(Ahren,1808—1872 年)的一本《自然法论》(Cours de droit naturel),就把自然法与法律哲学认为是同一的东西,而自 1837 至 1892 年的 50 余年中,曾发行 24 版,翻译成七国文字,由此足见自然法的思想,在 19 世纪亦并未断绝。<sup>②</sup>

在 19 世纪,经验主义(Empirisme)及实证主义(Positivisme)随自然科学之发展而兴起。认为科学的研究,必须排除先验主观的概念,必须放弃演绎的方法,而从实际的经验中,用归纳的方法,始能切实获得事物之真理。所以认为自然法的概念全是虚幻的、形而上的,根本不能成为建立科学的基础。因此,在实证法之上,再无其他更高的理想原则需要研究,法律哲学,到处遭受蔑视。在德国历史法学派的观念下,法律就是民族精神或大众意识的表达,立法者或司法者只须予以发现宣示,没有什么更高原则需要考虑。法国受了成文法至上观念的影响,11 世纪以后的注释法学(École d'exégèse)又复抬头,认为惟

---

① Georges Del Vecchio, *Leçons de Philosophie du droit*, pp. 1~4. "La Philosophie du droit est la science qui définit le droit dans son universalité logique, recherche les origines et les caractères généraux de son développement historique, et l'apprecie d'après l'idéal de justice tiré de la raison pure." 其他法律哲学之意义,参阅 Berolzheimer, *The world's legal philosophies*, p. 1. note 1.

② "La philosophie du droit ou droit naturel est la science qui expose les premier principes du droit, concus par la raison et fondés sur la nature de l'homme considérée en elle-même et dans ses rapports avec l'ordre universel des choses." Ahren, *Cours de droit naturel*, cité par Del Vecchio, op. cit. p. 4.

一的法就是成文法,一切法律问题的解决,均须以立法者意思为依归,司法者不能考虑到法律之是否正当。加之以社会法学派的勃兴,受了自然科学,尤其是生物学的影响,认为法律仅是为了社会自己的利益用以减少生存竞争的工具,一切正义理想全被抹煞。英美则是分析学派的天下,结果亦如出一辙。所以在19世纪的一世纪,几乎谈不上有什么法律哲学。我们知道,社会的现有秩序是靠实证法来维持的,实证法是社会的安定力量,同时亦是一种保守力量,19世纪的法治秩序,就全靠这一力量建立的。不过社会的现实是停留不住的,因此,法律亦不得不随之而变。既要变,就必须要有有一个指导的基本原则,而要有一个基本原则,就不得不讲哲学。所以到了19世纪末期,法律哲学又复兴起,形而上的观念虽然不能不有,而历史及其他科学上的成果,亦不容忽视。<sup>①</sup>如德国新康德派的领袖施塔姆勒(Stammeler),就以现实社会的生活,为其正义观念建立的基础。他认为行为规范能合于社会的理想,即是合乎正义,而其所谓社会的理想,就是具有自由意志的每个人的共同生活。所以史氏自己虽否认是自然法的信徒,虽不信有一种固定不变永恒的自然法,但他显然仍承认有一个确信的人类行为准则,亦就是内容变化的自然法(a natural law with a variable content)。又如法国的狄骥(Duguit)虽尽力排斥19世纪的形而上观念,而代之以社会连带(la solidarité sociale)观念,但终不得不承认社会大众的正义感觉,应当是社会连带的基础。至如惹尼(Gény)所倡的科学的自由探讨(la libre recherche scientifique),更是高举自然法的旗帜。

---

① “The modern philosophy of law thus discards the conception of an original natural law, and holds fast to constituted law as conditioning the nature and origin of justice, in contrast to the older conception in which an ideal abstract law set up as supreme, and positive law was made a derivative product. The modern view recognizes positive law alone, but seek to find in it and through it the permanent ideal concept of justice. The two present a common content but divergent attitudes.” Berolzheimer, op. cit. p. 1 关于自然法之发展,参阅王伯琦《近代法律思潮与中国固有文化》,20~31, 41~49页。



## 二、法理学名称的由来

我们现时各大学的法律学科中,并无法律哲学这个名词,而列有法理学一科。法理学这个名词,来自日本。日本人为什么不用法律哲学这个名词而用法理学呢?据穗积重远认为:“法律哲学之名称,实由歧视实验科学与形而上学之思想而生,易招误解。且因此后所述之自然法学说,亦有其法律哲学之历史,故日本法学界之先觉,另创用法理学之名称焉。”<sup>①</sup>如上所云,法律哲学这个名词之采用,始于19世纪,他一方面是在避免对过去纯形而上意识的自然法的攻击,一方面与后起的经验的实验的思想当然不能相容。所以他说法律哲学之名称,由歧视实验科学与形而上学之思想而生,固属实情,不过这一名词,同时亦表示既不漠视经验及现实,亦不完全放弃形而上意识,而是踏在过去及现实的经验上,来建立其形而上意识。这一立场,创用法理学名称之日本先觉,谅亦不致排斥。所以我想日本人创用法理学这个名称,主要的用意,或是在排斥自然法这个概念。因为我上面说过,欧洲的所谓法律哲学,与自然法的概念始终是牵连的。

法理学这个名词,或是从 Jurisprudence 翻译而来的。这个字在英法德语里都有,但意义各有不同。法语 Jurisprudence 仅指法院的判例而言。德语 Jurisprudenz 的意义较广,指全部的法律科学而言,学说判例均包括在内,亦可说就是法理学,但与法律哲学则大有不同。英语的所谓 Jurisprudence 则与法律哲学相混了。如奥斯丁(Austin)的名著 Province of Jurisprudence determined 在其死后就称为 Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law。但就其内容而论,仍是相当于德国的法理学,并不是真正的哲学。又如 Black 氏《法律辞典》对 Jurisprudence 的解释亦说:“The philosophy of law, or the science which treats the principles of positive law and legal relations.”在法国,

<sup>①</sup> 穗积重远:《法理学大纲》,李鹤鸣译,4页。

其所谓“Jurisprudence”仅指判例而言,与法律哲学固相差甚远。即在德国,其义虽广,但仍多不同。Binding、Biering、Adolf Merkel、Jellivek等,曾想以抽象的法律科学(abstract legal science)亦就是法理学,来代替法律哲学,但二者的范围及内质均各不同。如 Berolzheimer 所云,抽象法学只能产基本的法律概念,不能成为哲学,这与一般生理学不能成为自然哲学(philosophy of nature)一样。法学家在法理学的范围内,止于批判分析许多基本概念,而这正是哲学家真正工作的开始。哲学家的工作,需要建立起这些基本概念与一般哲学的关系,法理学仅顾到法律基本概念的形式建构,法律哲学需要考虑到这些概念的实质的基础及本质。<sup>①</sup>

法理学与法律哲学混淆的情形,在英美最为显著。<sup>②</sup> 在 19 世纪大陆法律思想的发展,是历史法学派兴起,对自然法学反抗,乃是革新势力对保守势力的反抗。英国 18 世纪法学的宗师布莱克斯通(Blackstone, 1723—1780 年)是崇尚自然法的,首起反对者是边沁(Bentham, 1748—1832 年)。他力主法律成文化,对于传统的习惯法,主张要依一定的目的予以改革。边沁的主张虽没有成功,但对英国的法学思想影响却是很大。奥斯丁(Austin, 1790—1859 年)的分析法学,即由此而

① “But abstract legal science yields merely basic juridical conceptions, and no more affords a philosophy of law than does general physiology afford a philosophy of nature; in both cases the constructive material is provided but nothing more. The two disciplines differ both in content and in intent. Jurisprudence comprises fundamental legal conceptions apart from their specific concrete formulation; the philosophy of law applies to the field as a whole as well as to its divisions. The jurist critically analyzes the fundamental conceptions within the field of jurisprudence and stops where the true work of the philosopher begins; that is, with the establishment of the relations between the juridical conceptions and the general philosophic systems in which they are comprised, and from which they are derived. Jurisprudence considers the formal constructive side of such conception; the philosophy of law considers their material basis and essential nature.” Berolzheimer, op. cit. pp. 11~12.

② 关于 19 世纪以后英美法律思想的演变,与大陆思想的比较,参阅 Gustav Radbruch. La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent. *Archives de philosophie du droit*. 1936. No. 1~2. pp. 29~45.

产生。他认为法律是主权者的命令,所以惟有实证法才是法律,于是所谓法学,仅是概念、原则、分类等形成的研究,与正义道德,全不相关。因此,法律应当如何的问题不再发生,而法律哲学亦就没有了。<sup>①</sup> 分析法学的所谓法学可分为三种:一是特殊法学(Particular jurisprudence),这是以一个特殊国家的实证法为研究对象的。第二是比较法学(Comparative jurisprudence),这是以二个以上国家的法律为研究对象。第三是一般法学(General jurisprudence),这是就全世界所有各种法系加以比较的研究。这第三种的比较研究,似乎是不可能的,不过其所谓全世界,是指已成熟的文明国家的法律而言的,而已成熟的文明国家的法制,不外罗马法及英美法二个系统,所以实在说来,第三种与第二种没有什么分别。<sup>②</sup> 由此我们可以看到,分析法学派之所谓法学,脱离不了实证法的范围。奥斯丁以后如 Holland、Salmond、Markly 等,均是英国分析法学的健将。Holland 而且认为法律中的许多基本概念,从分析一个特定时间的法制,即可获得,不必要比较分析多种的法制。他说:“如文法里的所有格,各种语言都有,如何表示虽有不同,但所有这一概念(形式,form),乃是共通的。”就法学而论,如时效(prescription)这一概念,在各国法制的经过时间等虽有不同,但这个概念是共通的。<sup>③</sup> 这更充分表示了法学的研究,仅止于实证法中的重要概念。又如美国有无上权威的法学家 Story 的名著 *Equity jurisprudence* (1835 年)其中仅是讨论到衡平法院所适用的原则,其所谓 Jurispru-

① “The science of jurisprudence (or, simply and briefly, jurisprudence) is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodness or badness.” Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, t. I. p. 172.

② Cf. Gray, *The nature and sources of law*, pp. 133~136; Austin, op. cit. pp. 31~32.

③ “Whether the possessive case of a noun substantive is expressed by a specific modification of its termination, or by prefixing to it a specific preposition, is a question of the matter of language; but that the possessive idea, however variously expressed, yet finds some expression or other in every family of human speech, is a proposition which relates to linguistic form.” Holland, *The elements of jurisprudence*, 13th ed. 1924, p. 6.

dence 又往往被用作 Law 的代用字。如法国法即称为 Jurisprudence of France。甚至法医学称为 Medical jurisprudence, 牙医规则称为 Dental jurisprudence 那就更不成其话了。由于此一观念的混淆, 在教育上亦发生了重大的影响。他们的法理学既仅是实证法中重要概念的研究, 就成为法学的启蒙学科, 就是 Introduction to the science of law, 如 Pollock 的 First book of the theory of law, 就是这种著述的典型。我们在一年级有法学导论这一科, 或许就是根据这一观念而来的。倘使涉及到纯粹抽象的法理, 当然就不适宜于初学了, 现在台湾还有人争论法理学应在一年级教呢? 还应在四年级教? 这亦是由于混淆了法理学与法律哲学的性质, 而发生的不必要的争执。总之, 从奥斯丁以后, 分析法学的思想统治了英国, 法学仅是实证法基本概念的研究, 这些概念的基础及本质, 根本置之不顾, 因此, 法律与正义观念, 全然分开, 法律是否正当的价值问题没有了, 法律哲学就无从产生, 自然法的思想, 亦就无立足余地了。Salmond 曾说: “所谓自然法, 在质在量, 都是一种可怕的学问。”<sup>①</sup> Bryce 亦说: “这种学问, 华而不实, 穷世难尽, 致力于这种学问, 我们的生命太短了。”<sup>②</sup>

英美法学, 作分析法学外, 受梅因 (Maine, 1822-1888 年) 历史法学的影响亦甚大。英国德国的历史法派, 都是受了自然科学的影响, 认为从历史的经验中, 用归纳方法取得其进化的原理, 这才是科学。不过德国的历史法学注重于罗马法或日耳曼法古代法的研究, 英国的历史法学则注重于古代法的意识与现代思想的关系。<sup>③</sup> 这种由历史事实所得的结论, 乃是无意识的结论, 并不含有价值的判断。这与分析法学派的态度, 毫无二致。如梅因由身份至契约的结论 (from status to contract), 全是由历史经验中得来的, 而据庞德 (R. Pound) 说, 在 20

① Salmond, *Jurisprudence or theory of law*, 1902, 8th ed. 1930, p. 14.

② Bryce, *Studies in history and jurisprudence*. 1901, vol. 11. p. 172. sq.

③ Maine, *Ancient law*, Preface to 1st edit, “The chief object to the following pages is to indicate some of the earliest ideas of mankind, as they are reflected in Ancient law, and to point out the relation of the ideas to modern thought.”

世纪初,美国法院对许多社会立法的敌视,如工人赔偿法(Workmen's compensation acts)、实物工资法(Truck acts)等,被许多州法院认为违宪,并非如一般人认为的由于法官私人的社会关系,或是插足于1910年总统选举,而是由于受了梅因由身份进至契约这一学说的影响,而不能自拔。<sup>①</sup> 对于法律善恶的价值问题,根本没有顾到。不过美国的情形,从20世纪初开始,已逐渐有些变更。欧陆的自由法运动(Freirecht)对美国的影响,极为重大。法官造法(judge-made-law)在奥斯丁说来,原是讥讽,而现在在美国却认为是一种光荣。其社会学派(Sociological school)诸巨擘,如Holmes、Brandies、Pound、Cardozo等,均以社会的功利主义为其哲学基础,认为法学非仅为概念的分析而应有其需要达成之目的。因而美国法学界对于欧陆的法律哲学,发生浓厚的兴趣,自1910年起,在美国法律学院联合会(The Association of American Law Schools)主持下,开始翻译欧陆的法律哲学名著,称为《现代法律哲学汇览》(The modern legal philosophy series)。而庞德于1922年写了一本《法律哲学大纲》(An introduction to the philosophy of law)这是英美法学著述破天荒以法律哲学命名的第一次。但是在欧陆法学家的目光中,庞氏仍没有进入法律哲学的范畴,他在法律哲学的开始点上就停住了,他认为法律的目的以需要(human wants)为最高标准,但他始终没有指出协调利益冲突及鉴别价值的标准是什么。他仅是提出了问题,而没有予以解决。<sup>②</sup> 这是由于英美法学家的思考,始终不能摆脱具体个别的案例,而考虑到普遍的基本原理。他们始终坚信法只能存在于法院具体的例案,在此之外,再无从产生。所以他们对于寻求普遍原理的法律哲学,始终畏缩不前。

日本明治维新(1867年),正是分析法学历史法学盛行全球之际,

① Pound, *Interpretations of legal history*, pp. 62~63.

② Gustav Radbruch, *op. cit.* p. 43; Pound, *op. cit.* pp. 59~99. 庞氏认为法律的目的经历了三个阶段,第一阶段是保障社会安全,第二是调协个人意思或自由,第三是调协需要的满足。又如Holmes曾说:预测法院的判决,这就是法。“The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretensions are what I mean by the law.” Holmes, *Collected papers*, 1921, p. 173.

他们吸收的西洋文化里,根本缺乏法律哲学这一门。东京帝国大学是日本最高的有名学府,美国的分析法学派大师脱雷(Henry J. Jerry),自1877至1884年,又自1894至1912年,除中间一段时间回纽约执行律师业务外,先后在东京帝大执教共25年之久。他的重要著述如*Some leading principles of Anglo-American law*于1884年在东京完成,后在美国出版,*First principles of law*及*The common law*均分别于1878及1896年于东京出版。他彻头彻尾地是奥斯丁的信徒<sup>①</sup>,对于日本的新法学。当然有绝大的影响的。而日本之所以只讲法学而不讲法律哲学,亦是很自然的结果了。但观之穗积重远《法理学大纲》之内容,亦未始不涉及真正法律哲学的范围,这或许是受了欧陆思想的影响,而其名称仍用法理学者,则仍是一贯的美国作风。如庞德对*Jurisprudence*所了解的意义,就是最广义的,包括全部法学(*The science of law*)。<sup>②</sup>所以有所谓分析法学(*Analytical jurisprudence*)、历史法学(*Historical jurisprudence*)、哲学法学(*Philosophical jurisprudence*)等。

### 三、研究法律哲学的二种不同的方法

我开了这课称为法律哲学专题研究,并非标新立异,意思惟在表示在实证法之上,应当另有更高原则之存在。而这些原则,必须是价

① "On the fundamental questions of State, Sovereignty, and Law, Jerry is thoroughly Austinian." A. Kocourek, *A century of analytic jurisprudence since John Austin*, *Law, a century of progress*. N. Y. University-press, 1937, vol. II. pp. 203~204.

② "In the widest sense of the term jurisprudence is the science of law. This is the original and etymological meaning and the one to which the best usage conforms." *Encyclopaedia of social sciences, Jurisprudence*, by R. Pound. 此与罗马优帝汇编中的意义极为相似。"Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia; Jurisprudence is the Knowledge of things divine and human, the science of what is right and what is wrong." Dig. 1, 1, 10, 2, Inst. 1, 1, 1, Camp. Gray, *The nature and sources of the law*, p. 133. "Jurisprudence is the science of Law, the statement and systematic arrangement of the rules followed by the court and of the principles involved in those rules."

值衡量的标准,必须是是非善恶区别的准绳,易言之,在实证法之上,必须有一个正义原则的存在。社会的事实,不论是过去的或是现在的,如非符合正义原则,不能成为我们的行为规范;人的意思,不论其为个独的或集体的,如非合乎正义的原则,不能建立我们的行为规范。人是理性的动物,我们的心智天生成就是合理的,这虽仍是一个先验的意识,但是一个自明之理,我们必须相信,否则一切科学无从谈起。所以在我们的任何社会关系上,必有一个是非善恶标准的存在,这个标准,统名之曰正义(justice)。这个标准,是我们行为规范中的最高最基本的原则。我在上面曾说法律哲学是研究法的定义,探求其历史发展的基本原理,评定其正义价值的学问。不过这三个问题是相互关联的,其中心问题,惟在正义观念的探求。法的主要内涵是正义,历史发展的轨迹是追逐正义,法的理想亦无非是实现正义,所以去掉了正义观念没有法律哲学可讲,在实证法之上倘不信再有一个更高指导原则,就无所谓法律哲学了。因此,法律哲学与自然法的观念还是不能脱离,法律哲学之复兴亦就是自然法之复兴。

哲学有一般哲学与特殊哲学之分。一般哲学是以宇宙万有现象一般的基本原理为研究对象,特殊哲学则以特定某种现象的基本原理为研究对象。二者之范围虽有不同,其中的基本原理乃是相通一贯的。于是研究特殊哲学的方法,有了不同的二种方法:一是由一般至特殊,一是由特殊至一般。由一般至特殊,是由一般哲学已定的原理推演及于特殊现象,由特殊至一般,则需由特殊现象先行归纳其原理而汇于一般原理。19世纪以前的法律哲学,习用的就是第一种方法。这是一种纯哲学(Métaphysique)的研究,尤其自康德之后哲学成为专家的学问。讲伦理学者可以不懂人类是什么,讲法律哲学者可以不懂法律。<sup>①</sup>因此哲学与经验科学,截然分离,实则我们的心智活动,无不是由特殊而至一般的。研究任何学问,都要从建立概念开始,而概念的建立,又必须从感官与外界事物的接触开始,由感官的认识而获得

<sup>①</sup> Berolzheimer. op. cit. pp. 188~192.

的普通的常识,由常识的抽象概括分种分类而建立了科学的智识,由科学的智识再抽象概括而建立了科学的哲学,由科学的哲学再抽象概括而汇归于一般的哲学。<sup>①</sup> 这样的学问,方有了客观的依据,切实的内容。所以哲学的研究,须由特殊到一般,而特殊哲学的研究,尤须以科学为基础。

---

<sup>①</sup> Renard, *Le droit, la justice et la volonté*. pp. 6~13.



# 法学：科学乎？艺术乎？

- 一、小引
- 二、科学与艺术的不同
- 三、法学的科学性
- 四、法学的艺术性
- 五、尾言

## 一、小 引

我们讲到学问，大体可分为科学与艺术二类。像我们的大学，虽有文、理、法、商、医、农、工等学院。实则仍可归纳为艺术与科学两大类。文学院是研究艺术的，其余理工医农法商等学院，均是研究科学的。而科学之中，又有自然科学与社会科学之分，更有所谓纯粹科学与应用科学之别。这些学科的分类，虽多以其研究对象之不同为依据，但就其本质而言，仍不脱科学与艺术不同之基本范畴。科学与艺术的不同究竟在哪里？法学是科学呢？抑是艺术？这是一个非常严重的问题。法学之所

以成为法学,法学之所以值得研究,都与这基本问题有关。

## 二、科学与艺术的不同

科学与艺术的不同,约而言之,有下列数点:

(一) 科学的动力是推理(raison),艺术的动力是感觉或想像(sensibilité ou imagination)。所以科学必须对事物作客观的观察,艺术必须是主观的感触或忆想。日月星辰,是科学的对象,亦是艺术的对象;但科学家必须运用理智,他所观察到的或解释叙述的月亮。必须是客观上真实存在的月亮,不容有丝毫主观的因素杂其间而有所别异。诗人、画家或音乐家所看到的或叙述解释的月亮,是各人心目中的月亮,是各人感觉的或想像的月亮。依样葫芦,不会是有价值的艺术品。

(二) 科学的目标在求真,艺术的目标在求美。美的最高境界是调和(harmonie),真的最高境界是归一(unisson)。归一不可有差别,调和不可有雷同。所以科学的真理只能有一个,最简单而最广泛的原则,即是最接近真理的原则。天圆地方既不是科学,刻板文章终不是文艺。

(三) 科学的形态是抽象概念的构成,艺术的形态是具体事物的表达。所以科学必须是普遍的、抽象的,艺术必须是个别的、具体的。艺术倘没个性存乎其间,不成其为艺术,科学倘是个性的表达,不成其为科学。一件真正的艺术作品,应当是十足的个人创作,以后不论其如何剥融了,绝不容任何人来补上一笔。一件真正的科学发明,必须是既存真实的发现,决不可能是个人的创作,科学的发现倘有缺漏,任何人得补上一笔。

(四) 科学的重心在探求原因,艺术的重心在追求目的。科学能把事物现象的原因发现了,已是尽了科学的能事,至其后果如何,非其所问。艺术则在于达到目的。为什么而有此作品?为艺术而艺术乎,或另有其理想的目的,这虽是艺术各宗派争执的问题,但其应有目的,了

无问题。所以艺术要讲究风格(style)。

(五)科学的方法是逻辑,艺术的方法是实践。科学既要追求普遍的真理,发现事物之因果,其方法必须运用逻辑。艺术则在求美,发抒个性而达到特定的目的,所以必须就个别事物实践体会,逻辑方法,决无适用的余地。

### 三、法学的科学性

观之上述科学与艺术之不同,法学是一种科学,应无疑义。我们翻开“六法全书”一看,所有法条,无不是极抽象而有普遍性的原则。此种原则,都是就许多同种同类的事物在追求社会事物真理的目标下,加以观察,摄取其共通因素,构成抽象的概念,而于各个概念及各个原则之间,加以严密的逻辑组织,而成为极有系统的规律。将这种规律适用于同种同类的个别事例时,就获得了普遍一致的结论。所以拉庞特(Laband)认为司法官的裁判就是逻辑的三段论法。法律的规定是大前提,法律事实是小前提,判决或法律上的效力是结论。大体言之,其情形确是如此。譬如“民法”第6条规定,人之权利能力,始于出生,终于死亡。这一原则之中,就包含了好几个抽象概念,如人,权利能力,出生,死亡等。今有一人焉,呱呱坠地,就开始取得了享权利负义务的资格,此之谓人格;又有一人焉,心脏停止呼吸,溘然而逝,他就再不能享受任何权利,负担任何义务。所有法律原则的构成及适用,大致均是如此。

不过,我们要知道,对于万分复杂的个别现象,能把他们的特殊因素提去,把他们的共通因素综合起来建立一个抽象的原则,乃是人类文化进步的成果。这种抽象概念的构成,乃是人类文化的特征。威廉·詹姆士曾引述一个故事说:有一只狗的主人喜作划船运动,每出必携之同行,而在登舟之前,主人常用一块海绵把船洗涤一番。有一次到了船上,主人忘记带这海绵,甚感局促。犬见状急奔回,衔海绵至。这只狗能察言观色,够聪明了吧!但詹姆士说,这并没有证明狗有什

么睿智。因为他仅能有具体的影像,而不能作抽象的思维。倘使这只狗找不到海绵时,能另带了一块抹布或扫帚来,那么这只狗算是有智慧了。因为在这情形,他必须能领悟到海绵用以洗涤,抹布亦可用以洗涤,从海绵与抹布之间能构成一个“用以洗涤”的抽象概念。这只有人能做到,狗算是聪明了,还无法做到。人类虽能作抽象的思维,但其综合的范围还要随文化进步而扩大。鲍莱尔(Emile Borel)曾说:“人类活动的惟一目标倘是获得真理,则除逐渐扩大综合的范畴外,再无别法。”所以综合的范畴愈广,接近真理的可能愈大,其所立的原则愈抽象,他的内涵愈丰富,其所能适应的事例亦愈多。这就是科学文明,亦就是西洋的现代文明。我们今天的法律,没有一条不是极抽象的原则,这是经过了数千年人类心血的成果,在古代当然是不可能。古代的法典,不过是当时习俗的汇集,所以多就个别事例而为规定,很少能有概括的原则。如罗马的《十二表法》,完成于公元前449年,相当于吾国春秋末年,这是古代法典中比较最有系统的了,但要讲到原理原则,仍是相差甚远。譬如,伤害他人一根骨头,被害人为自由人,罚赔款300阿司(as,罗马钱币),被害人为奴隶,罚赔150阿司;打人耳光一下,罚赔25阿司;他如毁伤一耳一目一臂一腿,均各有特别规定,其无规定者,则即无从处罚,只得任凭私自复仇。罗马法进步到《优帝法典》颁布(Codex Justinianus,534年),虽与《十二表法》不可同日而语,但仍多就各种事例的特别规定。如关于侵权行为的立法,终罗马法之世,未能建立起一个普遍的原则。像我们“民法”第184条那样的抽象原则,是1804年《拿破仑法典》以后的事。吾国法制,虽说至唐而大备,其缺少一般原则性之规定,情形大致与其他古代法律相仿佛。如在唐律,斗殴人者,笞四十(谓以手足击人者);伤及以他物殴人者,杖六十(见血为伤,非手足其余皆为他物,即兵不用刃亦是);伤及拔发方寸以上,杖八十;若血从耳目及肉损吐血者,各加二等;斗殴人折齿,毁缺耳鼻,眇人一目,及折人手足指,若破骨及汤火伤人者,徒一年;折二指二齿以上,及髡发者,徒一年半。台湾现行“刑法”第277条规定:“伤害人之身体或健康者,处三年以下有期徒刑,拘役,或一千元以下

罚金。”二者相较，差别何啻天壤。这是因为人类社会秩序之维持，原是先有裁判而后才有法律的。人类有了社会，即必有争执，而其争执是个别发生的。个别发生的争执，即须予以裁判，这种判断，已具有法的性质，但当然仅能适合于极少数同种类的后发生的事例。文化逐渐进步，而后才能由个别的取决进至某种某类，而终于建立了极抽象而有系统的原则。

西洋的法律科学，从 19 世纪开始，随一般科学的发达，已到了成熟的阶段。不论在思想方面，学理方面及实务方面无不把法律当作数学的公式，机械地运用逻辑的方法来推演。我们知道，19 世纪的领导思想是分析法学派及历史法学派的思想。在分析法学派的目光中，惟有经国家权力机关制订的才是法律。司法官的职责，只限于运用逻辑的方法来适用法律，法律本身应当是自足自满的。倘使容许司法者在法律之外另有所求，三权分立的基本原则将被摧毁，个人的权利亦将失其保障了。奥斯丁(Austin, 1790—1859 年)认为司法及行政只有法律问题，道德或其他的善恶问题，是属于立法者的职权。他主张立法、司法、行政三权，应当完全分立，而实际上仍未能如此者，实因分权制度尚未充分发达。他并希望要有一种完美无缺的成文法典(a complete and exclusive body of statute laws)。历史法学派对于法律的本质及基础的见解，虽认为系像民族精神的产物，沿习的惯行，与政治力量毫不相同，但对于法律的适用，其见解与分析法学派如出一辙。他们认为法律一旦由民族历史中发现之后，执法者即可运用逻辑的方法予以适用。司法者的职责，在于发现法律，适用法律，决不能自作心裁而有所创造。同时在学理方面，其力量亦集中于法条的解释，其作风与 12 世纪的注释学派(Glossateurs)大同小异。如奥勃利·鲁(Aubry et Rou)一部 12 册的《法国民法读本》(Cours de droit civil français)于 1838 年至 1847 年陆续问世，享有无上之盛名，成为当时最权威的著述。再如 Demolombe 的 Cours de code Napoléon，仅注释至 1386 条(法民法共有 2281 条)，已是 31 册的巨著，于 1845 年问世。其他名著，动辄十余册，大多系逐条注释。所有这些著述的成就，在于把法律所规

定的一事一物,构成确定明晰的概念,再把这些概念建成严密的逻辑体系。在这些概念堆里,执法者可以取之不尽,用之不竭,再无须于法条之外,另有所求了。这就是耶林(Jhering)所谓的概念法学(Jurisprudence of conceptions)。他说概念另有其独自的世界,这个世界并不属于太阳系,太阳光射不到这一世界的。太阳是生命的源泉,但概念与生命无关。这些无生命的概念,放在无生命的机械逻辑里去运用,势必与人类生活隔绝,这是把法学当做了十足的纯粹科学。至于实务方面,当然亦就脱离不了这樊笼。如依1804年《法国民法》第1382条规定,侵权行为之构成,原则上应以行为人之过失为要件,被害人应负举证之责。惟于动物所致之损害,除由于不可抗力(Force majeure),或被害人之过失外,占有人应即负责(第1385条),且不许证明自己无过失而免责。又建筑物塌倒致人损害者,只须证明其塌倒由于保管或建筑有欠缺,即得向所有人请求赔偿,亦毋须证明所有人之过失(第1386条)。因此,家狗噬人,狗主即应负责,市虎(汽车)伤人,则须证明车主之过失。房屋塌倒,只须证明保管或建筑有欠缺,不问屋主之有无过失,树木倾倒或升降机塌倒,则须证明所有人之过失,盖以汽车非动物,树木与升降机亦非建筑物。这样的法学,与A加B等于C,氢二氧一等于水,三角形的三只角等于180度有何分别。科学方法应用于法学者,可谓至矣尽矣。

#### 四、法学的艺术性

不过,法学就是这样的纯粹科学了吗?自然科学在求自然事物之真理,自然事物可说是完全受因果律控制的,所以不可能有善恶的价值判断,从而亦不必有目的观念。法律科学则在求社会事物之真理。此之所谓社会事物之真理,就是正义(justice)。正义这个概念,本身就是一个是非善恶的判断标准,而是非善恶,只有在目的上方能充分显露。这是自然科学与法律科学所追求的真理重要不同之处。正义之实现,就是法律科学追求的真理,同时亦是道德规范的实现。讲到道

德，乃是一种主观的、具体的、个别的观念，而须用笃实践履的方法，达到调和的境界，易言之，道德规范之运用，乃是一种艺术。所以道德规范所能实现之美，同时成为法律科学追求之真。法律科学愈接近道德，愈得社会事物之真理，从而道德规范实现得愈多，人民的生活亦愈幸福，无奈任何科学的原则，不可能包括全部的真理。我们常说天下没有绝对的真理，亦即此意。因为所有科学的原则，都是建筑在概念的逻辑关系上的，而概念是概括抽象的，他本身并不就是真实(re-alite)。从而求真理虽不可不用逻辑，但逻辑上的真理不即是实在的真理；惟有在概念合乎真实的范围内，建筑在概念上的原则方能合乎真理。概念合乎真理的范围究有多大，科学原则与真理之间的距离究有多远，谁亦不知道。但我们可以说，其原则愈抽象概括，其所包含的真理亦愈多，其与真理间的距离亦愈近。数学是最抽象而最概括的科学，其与自然事物的真理亦最接近。物理学已是以数学的量来表示质的科学，其所表示的质是否真实，已是问题了。地球自转一周为 24 小时，这是真实吗？今天的气温是摄氏 20 度，这是真实吗？狄爱姆(Duhem)说：物理原则是差不多的数学(La théorie physique est un mathématique de l'à-peu-près)，当然就不等于真理。这仅是就自然科学而言。自然秩序是被必然的普遍定律所控制的，我们是否已知道这定律固是问题，但其定律是存在的不变的，那是没有问题。自然科学家运用其理性智慧设定的原则，虽不能说是自然秩序中存在的真理，但总可以逐渐地接近真理。至于社会秩序，牵涉到了人的问题，多个人具有个别性，社会秩序就不像自然秩序之具有普遍性，更不会有必然性，法学家要运用他们的理性智慧来设定一个原则，普遍地适用于各个不同而随时变移的具体事物，其与真理间的距离就可能相去甚远了。法律科学所追求的真理是正义，正义这个理念，实在太流动不居而太不明确，社会规范中的道德规范，可说是最接近正义的规范，其间的关系，有如数学之与自然界之真理。法律乃是具有普遍性及确定性的原则，以之来追求这样一个流动不居的真理，其间的距离就可想而知了。雷诺(Georges Renard)套狄爱姆(Duhem)的话说，法律原则仅



包含了差不多的道德(Théories juridiques ne renferment elles-mêmes qu'une morale de l'à-peu-près),那么与正义相差就更多了。由此以观,法学不可能是一种纯粹的科学。上述的那种机械逻辑的概念法学,亦就无法维持了。如“民法”第1条即规定:“民事,法律无规定者依习惯,无习惯者依法理。”此之所谓法律,系指经国家权力机关制订的法律而言,亦就是分析法学派所认为法的全部。在分析法学派的日光中,习惯与法理,仅是法的渊源,其本身并不是法。所以只有立法者可以考虑,司法官不得以之为裁判的依据,乃所当然。19世纪的民法典,从未有承认司法官的职权可以超越于成文法律之外者。如今之解释法国民法者,仍认为惟有经立法机关制订的成文法律,对人民有拘束力,习惯本身,除在特定事件经法律特别授权适用者外,法院不得援用。至于法理,可说是社会事物不可不然的情理。这种在大众意识上的情理,古今中外,只要有人群共处之所,无不存在。这原是法律发生效力的基础,亦是习惯形成的动力。在19世纪,这都是立法者考虑的资料,司法者则无权予以采用。19世纪的司法者,其职责惟在根据法律所建立的概念,用逻辑推演,遇有疑义或法律有缺漏时,亦必须探求立法者立法当时的意思,予以解释。一切均应以立法者的意思为依归,因此,立法当时的会议记录(Les travaux préparatoires),成为极端重要的文献。到了1912年,《瑞士民法典》第1条,即有与吾“民法”类似的规定,予司法者于法律之外适用习惯及探求法理之权。于是司法者于法律有缺漏时,可自立法者立法的地位,来补充法律。而法律本身的规定,亦尽量的抽象,从而亦予司法者以莫大解释裁量之权。如公共秩序善良风俗,主要目的(吾“民法”第194条),相当时期(第161条),相当之注意(第188条),相当之金额(第194条),斟酌行为人与被害人之经济状况(第187条),诚实信用之方法(第219条),斟酌债务人之境况,许其于无甚害于债权人利益之相当限期内,分期给付,或缓期清偿(第318条)。凡此极端抽象之规定,在在须要司法官之衡量。关于法律之衡量及解释,在过去一个世纪中,司法官必须探求立法者之意思,纵使其与立法当时之意思冲突矛盾,亦须牵强附会,谓为

立法原意固属如是。不过到了 1904 年《法国民法典》一百周年纪念典礼中，该国最高法院的审查庭庭长白罗氏(BallotBeaupre)就说：解释法律，不必要依从立法者当其立法时的意思，而要依立法者如其在今日立法所应有的意思。如上所云，《法国民法典》关于侵权行为的规定，原则上是以过失为要件。关于由物之本身事实(Le fait de la chose)所生之损害，惟有动物及建筑物为例外，可无须证明占有人或所有人之过失而请求赔偿，其余则统须依一般原则，非有过失不负责任。这种法律的适用，从来未曾发生问题。到了 19 世纪末叶，机械的使用日繁，建筑物以外之其他无生命物，如车辆机器等所可致人之损害，倘须证明占有人或所有人之过失，十之八九无法获得赔偿。这在正义道德上是说不过去的事，但在法律上是无法补救的。到了 1896 年，在这适用了将近一百年的法典里，忽然发现了一条新条文，即第 1384 条的第一项。该项规定：“凡人非特应对自己的行为负责，对于其应负责的他人或所占有之物所致之损害，亦应负责。”这项规定，向来的解释，仅是同条第 234 项及第 1385 条、第 1386 条的一段开场白，向来的学说判例，从未予以重视。但最高法院民庭于 1898 年 6 月 16 日的一件判决里，挑出了“对于所占有之物所致之损害亦应负责”这一句(on est responsable... des choses que l'on a sous sa garde)，断章取义，认为这是关于无生命物所致之损害，无须证明占有人之过失即得请求赔偿的一般规定。这是奇妙的新发现，亦是理性的新创造。这是逻辑的矛盾，亦是艺术的和美。我们再不能说这是百年前立法者的预见，在立法当时的会议记录里，再亦找不出根据了。

另就刑法而言，罪刑法定，原是 19 世纪刑法上的大原则。司法官只得依法律的严格规定，认定犯罪处以刑罚。到了 20 世纪，非特量刑的幅度大为加宽，而犯罪之情状可悯恕者，得酌量减轻其刑(吾“刑法”第 59 条)；依法律加重或减轻者，仍得依第 59 条之规定减轻其刑(第 60 条)；第 61 条所列各罪，倘情节轻微，显可悯恕者，得免除其刑。单就这几点而言，全部刑法一半以上的效力，几全操之于执法者之手了。他如缓刑之是否以暂不执行为适当(第 74 条)，假释之是否有悛悔实

据(第 77 条)等,无不就决于司法者一酌之间。再如行政法规,其情形亦无以异,行政官署得为裁量的范围,日见扩大。兹举台湾地区之“国家总动员法”为例。该法共 32 条,其以“本法实施后,政府认为必要时得……”开首者,占 21 条。故依该法规定,政府在总动员时,对于人民的财产自由及其他重要权利,只须认为必要时,可予以莫大之限制,或竟予剥夺。如何方为必要,那就要凭执法者自己良知上的正义感觉,就个别情事来决定。这是一种艺术,不是机械逻辑所能济事了。

## 五、尾 言

综观以上所述,法律之学,科学乎? 艺术乎? 曰:既是科学,亦是艺术。就其原则之建立,以及适用的方式而言,这是科学,就其如何使正义能得最大限度之实现而言,则就进入艺术的境界了。这种情形,非特于法学为然,在自然科学家方面,亦未始全无爱美的情操。鲍莱尔(Emile Borel)觉得几何学亦有其特有之美。惟其有纯粹科学美的爱好(Le gout esthétique de la science pure),所以有人爱好几何学。并说,倘使没有了这种美的爱好,人类亦就回复到野蛮时代去了。这真可说是仁者之言,爱及万物了。再如现代的医学,众认其为自然科学,其实含有很多的艺术成分。生理学、化学、病理学等,这是纯粹的科学。但到了临床,就不单纯是科学的问题了。一位好医生,不一定因为他的科学知识丰富,而是由于他的艺术高超。他能了解各个病人各种特殊因素之不同,而予以最适当的处理,这是由经验感情或直觉所汇成的一种艺术。作者最近卧病医院半年有余,深深地体会了这点。所以医学可分为二部分,一是病理学(Pathologie),一是临床学(Clinique)。前者倘是科学,后者可说是艺术。亦可说“知”是属于科学的范畴,“行”是属于艺术的领域。因此,凡是致于应用的科学,大致脱离不了艺术的成分。法律科学当然不会例外。更进一步而言,如医学这种科学,科学与应用无妨分开。研究科学者,尽可单纯在科学上用功夫,单纯的寻求疾病的原因而可置疾病痊愈的目的于不顾。这样的研

究，仍不失其为医学家。至于法学，则绝没有单纯的法律科学与应有的法律科学之分。法律科学与应用分离了，这不是成为月亮里的法律了吗？时下有所谓理论家与实务家之别，未免是笑话。所以乔治·阿易(G. Aillet)曾说：法学家不仅是个能知的哲人(Un savant)，同时是个能行的人(Un home d' action)。帕央加莱(Poincaré)亦曾说：逻辑并不能满足一切，揭发真相的科学不是全部的科学，逻辑必须用直觉来补充。他并以观弈者来比拟科学家。他说一个观奕者知道棋子应当如何走，知道了弈棋的规则，这没有什么价值。他必须明了为何下这着棋的理由，必须能统观全局，方得谓为真能观奕。帕氏此言，大体是就自然科学而言的；就法律科学而言，当然更是如此。所以一个法学家既须有科学的训练，亦须有艺术的天才。

不过话又得说回来。法学中虽含有艺术的成分，但本质上仍是一种科学。这点观念，在我们中国这样科学不发达的社会里，更是重要。因为社会的安宁秩序，全靠科学的科学性来维持的，而所谓法治，亦就是发挥科学的科学精神。关于这点，我在本文里不能再多申述。我国的传统政治，多称礼治或德治。有人说我国之礼，文饰而成为一种艺术。这不仅我国之礼为然，天下之礼，莫不皆然。礼在本质上是一种艺术，不必文饰已是艺术，加以文饰，更增加其艺术气氛罢了。所以所谓礼治，亦就是艺术之治。我们今天要讲法治，还需要在科学的科学一面，多下功夫。

# 论概念法学

- 一、概念法学的由来
- 二、概念逻辑在法学上的地位
- 三、概念逻辑的滥用
- 四、概念法学在吾国

## 一、概念法学的由来

概念法学这个名词(Begriffsjurisprudenz),为德国19世纪的一位法学家耶林(Jhering,1818—1892年)所创。这是一个很不好听的名词,意思是对当时一般研究法学方法的讽刺和攻击。<sup>①</sup>德国自19世纪初历史法学派兴起之后,逻辑万能的观念,即非常嚣张。据萨维尼(Savigny)的说法,法的惟一基础,就是大众意识,成文法一经制定,习惯法一经成立,他们就成为一个独

---

<sup>①</sup> 耶林倡利益法学之说(Interessenjurisprudenz),而讽当时盛行之法学为概念法学。Cf. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, pp. 345~346, 394.

立的有机体,以其自身的力量,就能自满自足,执法者只需运用逻辑予以适用就可以了,纵或有所缺漏,用类推方法即可弥补一切。<sup>①</sup>次之,德国在新民法制订以前,各地法律的复杂混乱,不可言喻,已故吾国法学家王亮畴先生曾说,这样一种不正常的情形,而能维持这样久的时间,实是一个谜(a legal mystery),无从解释。<sup>②</sup>不过我们倘使要求一个解答,或许就因为耶林所称的概念法学,盛行于德国的缘故。在这样杂乱无章的情形下,只能用先验的概念,建立起许多抽象的原则,要用严格的逻辑,来建立其法律系统,这亦就是他们所说的 Juristenrecht。因此他们虽没有统一的法典,却有一套很有系统的法律原则及理论,概念法学在德国所以特别流行者以此,他们的这种杂乱状态所以能维持者,或亦以此。

这一现象,不仅在德国如此,法国于19世纪初订立了一套法典之后,成文法至上法典自足的观念,亦不免油然而生。他们认为这是他们革命精神的表现,理性智慧的创作,视之如至宝,奉之为圭臬。拿破仑第一次见到 Toullier 所著的一部《民部释义》,不禁勃然大怒,认为这样一部完美的法典,再何庸解释。这不仅一世之雄的拿破仑是如此,罗马时代《优帝法典》订立时(534年)的优士丁尼帝,奥国《约瑟夫法典》(Josephinisches Gesetzbuch, 1786年)订立时的约瑟夫第二,《普鲁士国法》(Allgemeines Landrecht, 1794年)订立时的腓烈特第二,均曾命令禁止或限制私人或法官解释法律。到最近1887年德国新民法第一次草案中,仍不免有这种意识的表现。<sup>③</sup>拿破仑前有所承,后有所继,亦无怪乎其有此优越感了。这或许是当时帝王的自我陶醉,一般学说方面,承袭了18世纪自然法思想的余绪,对于新法典的批评解释,仍多凭其一己的见解,自由发挥,而实务方面,因为《民法典》第4

① *Traité de droit romain*, Savigny, trad. Guenoux, t. I. pp. 279~280.

② *The German civil code*, Chung Hui Wang, Historical introduction.

③ 《德国民法典》第一次草案第一条规定类推的应用,加之第2条禁止习惯的援用,则成文法至上,逻辑可以弥补一切的观念,表露无遗。这二条规定,于定案时已被删除。

条既明文规定法官不能拒绝审判,遇有疑难或缺漏时,更只能参酌个别情形,自谋解决。不过到了19世纪的中叶,法律的抽象形式,经过几十年的运用,渐渐与其实质分化,一般学说已深受法典的熏陶,认为法的惟一渊源,就是成文法,而在法律的运用方面,认为只需把几个法律概念,用严格的逻辑演绎或类推,即可满足一切。如 Valette 在其所著《民法读本》中曾说:“从法典订立迄今七十年来,倘说有一案件在法律规定中完全找不出根据,这未免是奇闻。”<sup>①</sup>又如 Huc 曾说:“超出法律以外的事件,实是奇少,法官只要运用类推解释,总可得到适当的解决。”<sup>②</sup>Liard 更干脆地认为纯粹的法家是几何学家,纯粹的法律教育是纯粹的逻辑辩证。<sup>③</sup>在这种情形之下,习惯固无立足余地,正义观念社会需要更无考虑必要,自然法的余绪,于焉告断。

不过时代是进步的,社会事物,不断地发生变迁,成文法以有限的条文,在立法当时,已难网罗一切,将来的变迁更难预料。至于习惯法之形成,更非一朝一夕之事,新事物不断发生,无法等待习惯法形成再谋解决。加之逻辑的推演,亦属无济于事,因为演绎的结论,绝不能超越其前提原则的范围,不能有新的创建;类比推理,虽足弥补一部的缺陷,但其所涉范围,究属有限。因此,到了19世纪末叶,引起了剧烈的反抗。在德国、奥国,有所谓自由法运动(Freies Recht)风靡一时;在法国,亦有所谓科学的自由探讨的说法(La libre recherche scientifique)。这可说是法律方法学方面的一次大革命,其影响于20世纪之法学者,至为深巨。

① Valette, *Cours de droit civil*, t. I. p. 35. "... on a tout légiféré, surtout depuis 70 ans qu'il serait bien étonnant de trouver un cas reste tout à fait en dehors des prescriptions législatives."

② Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. I. p. 165. "Les cas, dans lesquels la loi est véritablement insuffisante, sont extrêmement rares, et presque toujours un argument d'analogie fournira au juge un principe de solution."

③ "Le juriste pur est un géomètre; l'éducation purement juridique est purement dialectique." L. Liard, *L'enseignement supérieur en France. 1789—1893*, t. II. 1894. p. 397. cite par Geny. op. cit. t. I. p. 55.



到了今天,尤其在台湾,提到概念法学,几乎人人唾弃,认为 20 世纪的法学,不能再讲概念逻辑了,应当对社会事物,直接加以观察,自由地加以探究,不要受许多既定原则或逻辑格局的约束,方能适应社会生活的需要。这话听来,固然很有道理。但是,我们现在研究法学,就用不到概念逻辑了吗?我们真可以随心所欲,不受拘束地自由探讨了吗?概念逻辑,在我们今天的法学上,是否还有什么地位?我们的自由,到底可以自由到怎样的程度?这些都是须要稍加厘清的问题。本文对于这些问题,不能作全面的讨论。<sup>①</sup>兹将概念逻辑在法学上的功用略加说明,并就倡科学的自由探讨的一位法学家惹尼(Francois Geny)对于概念逻辑的批判,择要予以介绍,再就吾国情形表示一些我个人的感想。

## 二、概念逻辑在法学上的地位

讲到概念与逻辑,这确是西洋文化的特征。我们今天有这样一个灿烂的世界,不得不归功于概念逻辑,而一切科学能有今天的成就,更是概念逻辑之赐。概念逻辑为什么有这样大的功效?他究竟是怎样一个性质的东西?说来亦很简单,不过是种方法而已。我们要达到任何一个目的,必须使用一种方法。所谓方法,就是把我们的动作在时间上作一个安排。<sup>②</sup>譬如我要吸一支香烟,须先把香烟拿起放在嘴里,而后燃火柴。这是比较好的方法。倘先燃火柴,再拿香烟,亦是一种方法,但可能香烟还没有送到嘴,火柴已熄了而没有达到目的。所以方法与时间是二个不可分的观念。上帝是永恒的,或许不必使用方法,但如其人格化了,而要达到一个目的时,仍须要用方法,他须先创造天地,而后再创造男女万物。至于在时间里生活的生物,更无不须

① 关于这些问题的全面讨论,作者由“国家长期发展科学委员会”1959年补助,已完成一份八万余字的报告,本文即系内中之一部。

② “Avoir une méthode, c'est fractionner son activité dans le temps.” Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, p. 45.

要使用方法,他必须把他的多数动作,在时间的先后上作一安排。所以不仅人要使用方法,下等动物亦要使用方法。如老鼠偷蛋,一只老鼠先把蛋用四足抱住,再仰卧在地上,另一只老鼠然后咬住他的尾巴拉着走,他们偷蛋的目的达到了。这一时间上先后的安排必须要得当,否则即使不是不能达到目的,至少亦是事倍功半。第一只老鼠倘先仰卧,或许就根本抱不起这蛋,不能达到目的;倘第二只老鼠先咬住第一只的尾巴,当然仍可达到目的,不过第一只的行动先受了牵制,而且多受了被咬住尾巴的痛苦,不是一种好方法。因此,第一种方法最好,而所谓最好者,就是最简单而最便利,老鼠就采这种方法。不过动物虽能使用方法,但仅是本能的,对使用方法这回事,或许全无意识,更不能有所创造或加以改善。人为万物之灵,是具有理性的动物,非特有肢体上的活动,且有心智上的活动,非特能有意识的使用方法,且能创造方法,改善方法,而其使用方法之良窳,与其对时间观念之强弱,有绝对的关系。有人说我们中国人的时间观念很薄弱,所以不讲究方法,这或许很有道理。

我们要以肢体动作达到一个目的,即不能不用方法,要运用心智,探求真理,当然更不能不用方法。而方法之为物,必须求其简便,愈简便,愈省时间,愈省精力,而愈易达到目的。如何能使方法简便呢?曰,建立概念系统。宇宙间万百事象之错综变幻,匪夷所思,倘都靠经验个别具体的来认知或了解,势必极为艰苦而有限,所以只能用抽象的形式,来代替真实的事物,再从其抽象形式上求其了解,就比较方便得多。譬如我们要知道二个物体所占空间的形状如何,大小如何,位置如何,这是很难由经验体会出来的,纵使能体会出来,亦不会很准确,所以我们就从所有一切物体中提出点、线、面三种原素,由点了解其位置,由线了解其大小,由面了解其形状,把这些概念组织起来,再寻求其关系,我们就立下一个原则:二个三角形,倘二边一样长,其夹角一样大,则其另一边亦必一样长。这一边不论是一个湖的二对岸,一座山的对麓间,或任何其他情形,这条线有多少距离,就可以用这样抽象的方式来了解。A与B二个物体的关系,用A'与B'的方式来代

替,找出了 A' 与 B' 的关系就可知道 A 与 B 的关系。为什么要这样间接地兜圈子呢? 因为 A' 与 B' 的关系比 A 与 B 的关系简单得多,方便得多。<sup>①</sup> 这是中学里讲的平面几何学,亦就是大学里研究科学的方法。过去有许多人强调研究法学的方法,就是几何学,我们今天当然不能再作如是观,但其基本规格,大致相差不远。<sup>②</sup> 法学是在人群社会关系中寻求其真理的学问。这种关系更是万分复杂,更需要建立概念和原则。如君严臣忠,父慈子孝,兄爱弟敬,己所不欲不施于人,这都是些概念和原则。但是这种概念和原则,过于浮泛,难于把握,更难切实使之实现,所以又建立了法律上许多简明确切的概念和原则。譬如“民法”第 92 条规定,因被诈欺或压迫而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示。这里面包括了诈欺、压迫、意思表示、撤销等概念,用这几个概念组成这样一个原则之后,则不问表意人是承诺人或要约人,解除权人或选择权人,物权行为人或债权行为人,一切之法律行为当事人,只要是受了诈欺或压迫,就得撤销,实际上所可解决的问题,无虑万万数。不过这里面的几个概念的含义,必须厘定清楚。何谓诈欺? 何谓压迫? 何谓撤销? 受诈欺压迫者得撤销,强暴又如何? 第三人行使诈欺者应如何? 债务人诈害债权人者又如何? 诸如此类的相关问题,都须有个界说,这就有赖于学说上的理论来补充。我们再举一个纯技术性的管辖问题来讲,其中概念逻辑,更见重要<sup>③</sup>:譬如凡百权利,

① Poincaré. *Valeur de la science*, p. 262 et s. “ L'expérience nous fait connaître des relations entre les corps; c'est là le fait brut. Ces relations sont extrêmement compliquées. Au lieu d'envisager directement la relation du corps A et du corps B, nous envisageons trois relations distinctes; celle du corps A avec la figure A', celle du corps B avec la figure B', celle des deux figures A' et B' entre elles. Pourquoi ce détour est-il avantageux? Parce que la relation de A et B était compliquée, mais différait peu de celle de A' à B' qui est simple. La relation entre A et B était une loi brute, et elle s'est décomposée; nous avons maintenant deux lois qui expérimentent les relations de A et A', de B et B'. C'est l'ensemble de ces principes qu'on appelle géométrie. ”

② 庞德(Pound)于民国三十五年(1946年)来华时曾告作者说,在他主持哈佛大学法学院的经验中,学生的成绩,一般地讲,与其数学程度是成正比例的。

③ 规定管辖问题的法律,是纯粹技术性的法律,必须用严格逻辑推演。

必须有一主体,凡人皆为权利之主体,而惟人得为权利之主体,这是权利主体的基本概念。人可分为自然人及法人,法人又可分为公法人与私法人。所谓法律关系,乃为存在于二个主体间之关系。从这几个概念建构上,我们又可把法律分为公法与私法,公法是规定公法人与公法人间,或与私人或私法人间法律关系的法律,私法是规定私人或私法人相互间法律关系的法律。因此,县与县有了土地纠纷,是公法人与公法人之间之关系,应当依公法处理,不能到法院打官司,私人与私人间有了土地纠纷,应当到法院打官司。在这样一个简单的例子里面,我们就可看到概念、原则、理论发生的作用:县与县有了财产上的纠纷,我们就可确切地迅速地知道不能到法院打官司,因为二方的权利主体都是公法人,而法院是国家对人民行使司法权的机关。更进而我们知道公法既有规定公法人与公法人间,及公法人与私人间法律关系的二种,那么县与县之间的土地纠纷应当依规定行政区域的法律来处理,不应当依规定人民与行政官署间法律关系的诉愿法及行政诉讼法来处理。倘使脑子里没有这样一个简单概念网的组织,当事人当然要弄得焦头烂额,手足无措,而宪法、诉愿法、行政诉讼法、民法、法院组织法等法律,在效力上亦要消极地打了折扣。由此我们可以先了解一些概念逻辑在法学上所占的地位。

19 世纪的法学,就充满了这样的概念组织,直到现今,相差并不很多。读者知道,我在上面举的二个例子,是我们在现行法,亦是一般讲法学者不能讲的理论,这与 19 世纪的法学,没有什么不同。而且我可说,我们的科学愈进步,我们的概念将愈抽象,原则只有愈广泛,逻辑亦只有愈严密。<sup>①</sup> 倘使我们要看到他无概念非逻辑的另一面,应当回

① “Si le seul but digne de l’activité humaine est la conquête de la vérité, nous ne pouvons nous rapprocher de ce but inaccessible que par des synthèses toujours plus vastes.” Emile Borel, *L’espace et le temps*, p. 39. “La science a donc le tempérament abstracteur et centralisateur, ... Les opérations de la science rationnelle sont une constante réduction de lois expérimentales et de théories fragmentaires au même dénominateur; ce commun dénominateur, c’est l’unité de l’esprit humain, miroir, croit-il, de l’unité du monde.” Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, p. 79.

溯到 19 世纪更前去。我们对于外界事物所得的意识,最初的来源是由于感觉,由感觉的认识再在心智上抽象化、概念化,而成为一种智识。不过这种心智上抽象化的概念,很难把握,所以又需要把他具体化,具体化之后再进一步抽象化、概念化,而又再具体化,如是循环不已,而表现了我们人性的复杂性及统一性。从法律方面讲,我们意识的具体化,首推方式化(Formaliser),就是把我们的意识用言语、文字等方式表达出来。罗马时代有许多法谚及“Stipulatio”中像演戏背台词那样的方式,即属此类,我们民间亦流行许多古训、谚语,如“初嫁随父母,再嫁由自身”,“嫁出门的女儿,泼出门的水”(在母家不能再享任何权利),亦是同一种法律意识的具体化。另一种意识具体化是仪式化(Symboliser),如罗马时代的“Mancipatio”,买受人要拿一个金属片把天平打一下,再交付出卖人,这一仪式完成后,所有权就移转了。我们仪礼中所载的一套仪制,更是五花八门,像是演戏,亦属此类。这是二种很粗陋的意识具体化的方法。接着又是进一步的概念化,就是把各种不同或相同的事物,分种别类,建立概念,更联系各种概念成立规范、原则,更进而把他们系统化,这样抽象而抽象,概括而概括,以至于有一整套法典的订立。<sup>①</sup> 我们的法律进步到今天,而有这样抽象概括的原则,严密而有系统的组织,是累积人类数千年的心血得来的。我们试翻阅一下我们的旧律,与现行法一比,其中最突出的差异,应当是概念逻辑。<sup>②</sup>

① “Plus la connaissance sensible et concrète s’efface, dans une discipline donnée, devant la connaissance rationnelle, plus cette discipline deviant scientifique,” Renard, op. cit. p. 89. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 6<sup>e</sup> conférence. Le droit et sa technique, pp. 133~140.

② “For the most part primitive law is made up of simple, precise, detailed rules for definite narrowly defined situations. It has no general principles. The first step toward a science of law is the making of distinctions between what comes within and what does not come within the legal meaning of a rule. But a body of primitive law also often contains a certain number of sententious legal proverbs, put in striking form so as to stick in the memory, but vague in their content.” Pound, *An introduction to the philosophy of law*, p. 101.

### 三、概念逻辑的滥用

我对抽象概念,逻辑系统讲了这些好话,当然是表示对他很仰慕,因为我是个中国人,对于自己文化里缺乏的东西,更是看得稀罕,更是仰慕。但是,我的仰慕是以其为方法而仰慕的,我们当然不能把方法就当成了目的。在另一方面,用这方法是否就能十足达到我们的目的,当然亦还是问题。因为概念是概括抽象的,其本身并不就是真实。<sup>①</sup>好像一个人的照像,照像不就是人,不过其中不无真实的成分而已。所以建筑在概念上的科学原则,不会完全符合真理,其间的距离究有几何?谁也不知道。不过我们可以说,其综合的范围愈广,其原则愈抽象,所含的真理亦愈多。数学是最抽象概括的科学,其与真实间的距离亦最近,物理化学已是以数学的量来表示质的科学,其所表示的质是否真实,已是问题,地球自转一周为 24 小时,水是氢二氧一,这是真实吗?狄爱姆(Duhem)曾说:物理原则是差不多的数学(La théorie physique est un mathématique de l'â-peu-prés)<sup>②</sup>,当然就不完全真实。不过这还是就自然科学而言的,自然秩序是全受因果律支配的,被必然的不变的普遍定律所控制的,我们是否知道这定律固属问题,但其定律是存在的,而是确定不变的,那是没有问题。自然科学家运用其理性智慧设定的原则,虽不能说就是自然秩序中存在的真理,但自然秩序中存在的真理既是固定不变而普遍的,则只要能扩充其原

① 关于此点,各家见解亦不同。(1)Descartes 认为科学的定律就是真实(realite),理性构成的定律与经验律(Lois experimentales)是相等的。所以依这派的意见,科学上的概念有其实质上的价值。(2)如 Edouard leroy 相反的把经验与理性相对立,认为科学定律并非真实,科学的定律仅是获得真理的工具,譬之捕鱼的网,而并非就是鱼。(3)如 Newton、Duhem、Poincare 等认为科学的概念,乃是真实事物的表现(representation),他与真实并非同一,仅是真实的影子,其中有些真实,似乎是真实,但不就是真实。虽不全是真实,但总有些真实存乎其间,科学愈进步,其概念愈接近真实。Renard, *Le droit, la logique le bon sens*, 20<sup>e</sup> conference, *La valeur des théories*. pp. 58~64.

② Duhem, *Théorie physique*, pp. 214~215.

则的普遍性,总可以逐渐接近真理。<sup>①</sup>至于社会秩序,就牵涉到了人的问题,各个人有其个别性,社会秩序就不像自然秩序之具有普遍性,人是有意识的,有理性的,其与任何事物间的关系,都可自作主宰而具有特定的目的,所以亦不像自然秩序受因果律之支配而具有必然性,社会科学家要运用他们的智慧来建立一个原则,普遍的适用于各个不同而随时变移的具体事物,其与真理间的距离就可能相去甚远了。譬如统计,这是就许多个别现象折中而求得的结论,这是最抽象的结论,亦是最靠不住的结论。美国杜鲁门当选总统,全出于民意测验结果之外,是统计的一次严重失败。香烟是癌症的原因,这是由统计得来的结论,所以人们不相信,公卖局的香烟仍有销路。马克思认为自由经济导致资本之集中,由此推论,集中到最后必然一切归了国家,而出现共产。今天我们看到的结果,恰恰相反。法律科学所追求的真理是正义(justice),正义这个理念,更是流动不居而更不明确,在社会规范之中,惟有道德规范是最接近正义,其间的关系,有如数学之与自然界之真理。至于法律乃是具有普遍性及确定性的原则。以之来追求这样一个流动不居的真理,其间的距离就可想而知了。不过天下事利弊总是相乘的,管子曰:“求多者其得寡……禁多者其止寡,令多者其行寡……故未有能多求而多得者也”。禁必欲止,令必欲行,法令是要能普遍确切施行的,所以他的标准是一个上不及尧舜,下不为桀纣的中人,在其适用时,亦只能在普通一般情形下有其准确性。这不仅在规律社会秩序的法律为然,就是规律自然秩序的科学原则,亦不能完全合乎真理,我们在上面已有申述。所以我们对于法律上的原则,只能希望做到忍受最小限度的不正确,而求得最大限度的便利。<sup>②</sup>这最小部分的不准确,庞德(Pound)称之为依法律谋

① Renard, op. cit. p. 65~66. "Le progrès de la science rationnelle est une approximation constante de l'inattingible nature des choses." p. 61.

② Renard, *Le droit, la justice et la voloté*, p. 131. "Nous ne demandons pas à nos représentations juridiques d'être exacees. Nous leur demandons seulement de réunir au mieux deux qualités à peu contradictoire: le maximum de commodité compatible avec le minimum d'inexactitude."

求正义不可避免的副作用(An inevitable by-product of justice according to law)<sup>①</sup>。吾国晋朝的一位大法学家杜预,早在千余年前就指出了这点,真是难得。他说:“法者,盖绳墨之断例,非穷理尽性之书也,故文约而例直,听省而禁简。……厝刑之本在简直,故必审名分,审名分者必忍小理。……今所注皆网罗法意,格之以名分,使用之者,执名例以审趣舍,伸绳墨之直,去析薪之理也。”他这一段话,把法律的性质及作用,真是一言道破,尤其他所谓“法非穷理尽性之书”,“审名分者必忍小理”这二句,更是西洋从来法律哲学上讨论的主要课题。

但是可惜得很,在 19 世纪,西洋的法学家把概念逻辑上的真理看得太重了。社会不断进步,正义的目标亦随时移动,杜预所说必忍的小理,可能变成了不可忍的大理,庞德所说的不可避免的副作用,可能抵销了很大部分的正作用。巴司脱(Pasteur)说,正确的科学原理可以预示将来发生的新事物,不正确的则不能<sup>②</sup>,这是就自然科学的原理而言的。至于法律科学上的原理,纵使其为正确,亦无法预示将来,因为他所追求的目标是变移不测的。所以惹尼(Geny)在批评传统解释方法时说:这种方法在充实法律的内容,以及使许多衡平原则(如己所不欲不施于人之类),可以确切致于实现方面而言,当有其需要而极为正当,其流弊则在于把暂时的主观的概念,当作了客观的永久的真实,因此而把全部实证法的系统,纳入特定的几个逻辑类型

① Pound, *Law and moral*, p. 79.

② “Le proper des théories erronees est de ne pouvoir jamais pressentir les faits nouveaux. . . Le proper des théories varies, au contraire, c'est d'être l'expression meme des faits, d'être commandées et dominées par eux, de pouvoir sûrement prévoir des faits nouveaux.” Descour, *Pasteur et son oeuvre*, p. 167.



之中,成为刚性的教条,不能适应正义或社会生活的需要。<sup>①</sup>他又说:这种原则原理的建立,可使运用法律,易于下手,当然不可否认,不过这些普遍性的原则,全是主观的假设,而是以并不真实的概念为基础的,倘使法学和数学一样,那是没有问题,无奈法学是要解决社会现实生活问题的,倘用这种完全抽象的公式来演绎,如何能适应呢?纵使说社会是个有机体,但一个有机体各部分间的关系,亦不是一种逻辑的关系,生物学上应用的方法,就不是逻辑。<sup>②</sup>所以在一方面,概念逻辑虽是科学,亦是法学的特征,没有概念逻辑,就不成其为法学;在另

---

① “J’irai plus loin, et j’admettrai volontiers que les principes, soit trouvés dans la loi, soit dégagés des volontés particulières, soit suggérés par l’équité, gagnent souvent une plus grande sûreté d’effets et une plus puissante fécondité d’action, à revêtir, par abstraction et généralisation, la forme technique de conceptions proprement juridiques, qui les sépare des contingences de la vie pratique, pour les constituer à l’état de forces créatrices autonomes. En quoi consiste donc seulement l’abus, que je signale ici, dans les procédés logiques de la méthode traditionnelle? Cet abus consiste, si je me trompe, à envisager, comme douées d’une réalité objective permanente, des conceptions idéales, provisoires et purement subjectives de leur nature. Et, cette fausse manière de voir, qui, à mon sentiment, nous représente comme un vestige de l’absolu réalisme du moyen âge, aboutit à faire tenir, à priori, tout le système du droit positif, en un nombre limité de catégories logiques, qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fonds, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s’assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie. Ainsi, d’un côté, objectivation absolue et immuable des conceptions; de l’autre, et par une conséquence nécessaire, limitation aprioristique des catégories juridiques; tels sont les véritables excès de la méthode courante, excès que je devais caractériser, avant de les combattre.” Geny, op. cit. t. I. pp. 128~130.

② “Sans doute aussi, il appartient à la science de dégager ces éléments, d’en extraire la substance proprement juridique; d’en ramener les agencements à un petit nombre de types, qui en simplifient le jeu et en facilitent l’adaptation à la vie. En ce sens, on a justement vanté la construction juridique. Vainement, d’ailleurs, essaierait-on de coordonner les conceptions juridiques, comme les autres facteurs de vie, sociale, dans l’hypothèse d’un organisme... Et, les conceptions à priori, fécondées par la déduction à outrance. Ne deviennent pas plus légitimes comme procédé objectif de découverte, dans la sphère du droit, qu’elles ne seraient dans les sciences biologiques, par exemple.” Geny, op. cit. t. I. pp. 131~133.

一方面,概念逻辑亦成为法学的枷锁,往往使法律与社会正义脱节,而其症结之所在,就是把方法当作了目的。法律科学之所以异于自然科学者,就在这目的观念。即讲目的,当然就发生价值问题。自然科学能把自然现象解释清楚,能找出了其中的因果关系,已是尽其能事,法律科学则是以实现正义为目的的。法律上的原则原理能使正义实现,固是最好,而在一般情形下,应当能办得到的,纵使多少有些出入,亦是不可避免的副作用,我们应当忍受,但若盲目地使用方法而不顾目的,当然就发生了流弊,这亦就是惹尼所谓“抽象逻辑的滥用”(Abus des abstractions logiques)。不过说也奇怪,学法律的人,似乎独擅抽象,尤其是学民法的。我们试翻阅任何一本民法学著述,满纸术语,语语逻辑,没学过法律的人,当然是不知所云,就是有些训练的人,亦难一目了然,总得要费些思考,把这些抽象概念就具体事物体会一番,方能真正了解。但是学法律的人,往往忽略了这一番体会。这是病态?我说这是常态,这是学任何科学的人的常态。倘使就每一个抽象公式,要逐步地回溯到具体事物求其了解,那么科学原则的功效就全丧失了。我在上面曾说,科学原则的效用,首在便利,可以节省思考,如其仍要从头加以思考,又何贵乎其有科学原则?譬如说,契约以当事人之意思表示一致而成立,这是一个极简单的原则,学法律的人要知道的是何谓意思表示?何谓要约?何谓承诺?明示与默示是否一样?怎样才算一致?意思表示一致了,契约就成立,不一致,即不成立。契约成立了,就要发生拘束力,双方有依约履行之义务,乃属当然。我们倘使问一个学法律的人,法律为什么要规定契约当事人有履行之义务?他可很快地回答说,因为双方当事人意思表示一致,契约成立了,当然就要发生效力的,这是一个很完满的答复了。倘再问他为什么法律规定双方意思表示一致就要成立契约而发生效力呢?他要稍费思索了,但他仍可很自然地回答说,根据契约自由之原则,双方意思既属自由表示,就应当受拘束,倘再打破砂锅问到底,为什么自由表示的意思,在法律上就要受拘束?这个!这个问题不属法律范围了,他只能这样脱身了。他这样脱身的态度对不对呢?我认为没有什么不对。

法律科学,到此为止了。意思表示一致也,债务人之给付义务也,契约自由也,都是些抽象公式,法律科学上研究的,到此为止了。我最后一个问题是为什么自由表示的意思在法律上就要受拘束?意思是问自由意思成立的契约,是否就是正义的实现?这个问题,学法律科学的人很少去考虑。所以讲到契约问题,只谈到意思表示是否自由?是否一致?这是法律。但是我们知道,双方当事人自由意思,在一般情形下虽可得到自然的平衡,而合乎正义,但在某些特殊情形下,可能与正义离得很远,倘使株守了契约自由之原则,用逻辑推演,势将根本违反了法律的目的。惹尼在批评滥用逻辑时,曾举了三个例子<sup>①</sup>,藉以说明法国当时的学说,如何地在滥用逻辑,而由此我们亦可以看到惹尼所反对的概念逻辑,究竟是指什么情形而言的。

他举的第一个例子是关于权利之主体的(Sujet des droits)。他说:任何私权都是为人的利益而设定的,这是极简单明了的事,由此而建立了权利主体的概念,这对于阐明法律的规定及补充其缺漏,很有用处,倘能严守其符合事实的范围,当然无可非议。但那些教条主义者则不然,他们从权利之主体上推论,认为任何权利,必须有一现时存在的主体,于是而获得如下的结论:在权利发生时,如其人尚未出生,即不能享受权利。就纯逻辑而言,这是没有问题,就普通情形而言,权利发生时,应当已有一个主体存在,并没有问题,就普通情形而言,权利发生时,应当已有一个主体存在,亦没有问题。但倘有继承开始,或对胎儿为遗赠或赠与,胎儿亦不就能享有了吗?曰,不然,《法国民法典》第725条及第906条规定,关于继承遗赠及赠与,未出生之胎儿亦得享受。又如《法国民法典》(法民)第1048条至第1050条,第1053条及第1082条等,规定在某种特殊情形下,胎儿亦可以享有权利。不过传统的解释,则认为这些都是逻辑上原则的例外规定,即是例外,则法律必有特别规定,无规定者,即不能随意增设。但惹尼认为既讲逻辑,立法者亦不能增设例外而变更逻辑的结论。所以法律的这些规定都

<sup>①</sup> Geny, op. cit. t. I. pp. 135~144.

是就实际情况需要而为之规定,并非逻辑上原则或例外的问题。因此,如其再有其他情形,为胎儿之利益需要享有权利,而无背于公共秩序时,胎儿又何尝不能享有。传统方法为求其逻辑上的一贯。又建立了一个法人的概念,这更是一种主观的假想,毫无客观事实的根据,在这个法人的概念发明以前,许多同样的集合体不是早有其法律地位了吗?这种完全为了逻辑上的需要而虚构的东西,徒足以引起许多不必要的问题,而阻碍法学的进步,如对于法人的人格的解释,众说纷纭,莫衷一是,合伙及夫妻共同财产是否法人,更是争论不休。

惹尼举的第二个例子是物权与债权的区分。他说:人生于世,需要有物质的生活,而需要有财产,那是很显然的事实。如何能达到这目的呢?一种是由物直接取得其利益,是为物权;一种是由他人之行为间接取得其利益,是为债权。这一区分很正当,对于法律的系统化亦很有帮助。但是学说上对于这二种权利,又加上许多主观的先验的概念,如说物权有追及效力、优先效力、对世效力,债权没有。这些不同之点,不知从什么逻辑推论出来的?有人可以回答说,因为物权是直接地、绝对地存在于物的,而债权仅能对特定债务人主张,只能间接地及于其财产。但这些岂非正是这二种权利区分的理由,又为什么要说追及优先对世呢?这亦徒足表示其做作虚伪而已。如不动产租赁权为债权,但法律规定其有追及效力(《法国民法典》第1743条),这又将如何解释呢?有人又说这是例外情形,原则仍是原则。但逻辑是不会让步妥协的,稍加破坏就是全部垮台。<sup>①</sup>

惹尼举的第三个例子是关于财产(*le patrimoine*)这个概念的。这是 Aubry et Rau 的创作。<sup>②</sup>他说财产是人格的附丽,是一个人格者法律上力的表现,而由此得到下列三点结论:(1)财产是一个整体,有不可分性;(2)不能与其主体分离,无论以生前行为,或死后行为,不得让与;(3)只能由继承移转,因为继承人是被继承人人格之继续。这些理

① “La logique ne transige pas! Y porter la moindre atteinte, c'est saper, par la base même, tout son édifice.” Geny, *op. cit.* t. I. p. 141.

② Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édition, t. IX, pp. 333~382.

论的权威性,虽至今不衰,其建构虽极精巧,但终究仅是一个虚空的概念,而一个很简单的真实,无谓地被变质而破坏了。把一个人的各种权利及债务,当作一个整体看,当然有其需要,对于继承财产之移转,债务人财产之强制执行等,均有助于了解,但与人格观念一混之后,非特无益,且极有害。无益者,有许多情形他自己亦无法解释,有害者,阻碍了实务上的发展。

以上是惹尼举的三个例子,我大致是意译的,没有加入什么补充或自己的意见。不过其中有些地方没有详细解释,读者或许还不能十分了解其攻击重心之所在。我再另举一例,加以较详细地说明。如即时取得(*En fait de meuble possession vaut titre*)(吾“民法”801条,《法国民法》第2279条),目的在保护公众利益交易安全,其理至明,其情至真,以之来解释这个原则,其理由亦足够坚强了。但在法国的传统学说上必须把他纳入另一个系统,似乎任何一个原则不能有独立存在的理由。所以有的说这是即时完成的时效(*Prescription instantanee*),有的说这是法律上的视为(*Présomption irréfragable*),有的则说是法律上的推定(*Présomption simple*),有的更说这是法定的取得(*Acquisition lége*)。第一说与时效观念完全冲突,既说是时效,应当有期间之经过,即时与时效二个观念就是矛盾的。第二第三两说,更起争执。二者同是一种假设(*Présomption*),一不容反证推翻(视为),一可容反证(推定)。就立法的真意而言,当然不容反证,但亦无法说这一定不是另一种 *Présomption*。实务上就至觉为难,于是用了个取巧办法,先认定这是 *Présomption simple*(推定),但认为其所推定者为无瑕疵之占有,并非推定其所有权,故如其占有在事实上为无瑕疵,即无法以反证推翻。实则这个原则之适用,原是必须以无瑕疵之占有为要件的,这一圈子兜过来,等于说这是 *Présomption irréfragable*(视为),这是多么无聊。至于第三说,更是等于没有说,这当然是因法律有规定而取得的,用不着多讲这一句,这不成其为一种解释。实则这一原则,乃是自明之理,目的在求交易之安全。为什么定要把他纳入一个逻辑系统,作种种无

谓的解释呢？画蛇添足，徒使实际问题增加困难而已。<sup>①</sup>

从上面这几个实例里，我们可以看到惹尼所厌弃的概念逻辑，是指哪一种情形而言的了。他不过是说概念与逻辑，不能滥用，并非是把概念与逻辑排斥于法律科学之外<sup>②</sup>，正和权利滥用一样，说权利不能滥用者，正是承认权利观念之存在，绝非予以排斥，惹尼对此曾屡次郑重声明，同时还在一个小注里为耶林(Jhering)剖白。他说很有些人认为耶林排斥概念法学，法学上不要概念逻辑了，那是误会。他有些地方为要说明逻辑辩证方法与目的论的方法之对立，把一方的坏处讲得过分些罢了，况且耶林自己对于这点亦曾有过申明的。<sup>③</sup>但是滥用与否的界限在哪里？怎样才算正当？如何谓之滥用？我想惹尼之所谓滥用，与一般之所谓滥用，含义并无不同。所谓滥用，就是违反了目的。最明显的，如权利之滥用，就是行使权利而违反了权利之目的。“民法”第148条规定：“行使权利，不得以损害他人为主要目的。”行使权利是一种方法，目的在于取得生活之利益，在其行使之时，多少不免于人有所不利，我在我自己的土地上建起一所楼房，邻居家里的光线就受影响，那是没有办法的事，那是“不可避免的副作用”，土地所有权

① Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, refondu, 1953, t. I. pp. 1073~1074.

② “Assurement, il ne saurait être question de banir les raisonnements et les procédés logiques de la science du droit positif non seulement dans l’adaptation qui lui incombe des règles de droit aux faits de la vie, mais encore dans l’œuvre d’interprétation, qui est proprement la sienne, par rapport aux diverses sources des solutions juridiques. Même l’emploi des principes généraux, induits d’éléments particuliers, et suivi rigoureusement dans la déduction de leurs conséquences, est pleinement justifié, quand il tend à développer, suivant la direction d’une intention bien reconnue, une volonté qui s’impose, que ce soit la volonté souveraine, exprimée dans la formule de la loi ou dégagée de son esprit, ou bien qu’il s’agisse de volontés particulières, inspirant les actes juridiques, dans les nombreuses parties du droit privé, abandonnées à l’autonomie individuelle.” Geny, op. cit. t. I. pp. 127~128.

③ Geny, op. cit. t. I. p. 127. no. 2. “C’est bien à tort que l’on a parfois attribué cette idée à R. von Jhering, sur la foi de certains passages de ses œuvres— Il est clair que ces passages, destinés à montrer l’opposition des deux méthodes dialectique et téléologique, ontrent de parti pris, les méfaits de la méthode reprouvée.— D’ailleurs, von Jhering lui-même s’est expliqué sur ce point. . . ”

的目的,本来就是给所有人造房子的。但是倘我毫无意义地筑起一垛高墙,目的即在遮蔽邻居的光线,这就违反了土地所有权的目的是,是之谓权利之滥用。法学上的概念逻辑,亦仅是一种方法或技术(technique),目的在于实现正义,倘使把目的置之度外,尽量在求概念的确切及逻辑的一贯上下功夫,是之谓滥用逻辑。所以惹尼说:这种抽象逻辑及主观概念的法律技术,在科学理论的建立,固有其必要,此外更可促进实务上的进步,而导致新问题的解决,充实法律制度的内容,在这种意义下,逻辑的建构,在一切实证法的方法上,占有主要的地位。不过有一个条件,就是不想忘记这都是主观的想像的,在科学上仅是假设(hypothesès),只有在合于法律的目的及实际生活的范围内,方可接受,否则即应放弃。<sup>①</sup>他又说:“所有一切的弊病,由于没有把正义或功效的原则(Principes de justice ou d'utilité),与技术方法分清。原则

---

① “C'est qu'il faut à la science une forte systématisation, qui en relie les diverses parties, rattache les effets aux causes, et fonde le tout en une unité harmonique. Ici, précisément, intervient la technique juridique, avec ses procédés de logique abstraite, ses conceptions a priori, sa dialectique serrée, ses constructions idéales. Faut-il se borner à lui reconnaître une utilité purement dialectique et théorique ou a paru le penser dans la champ de ceux, qui ont cherché récemment à réagir contre les déviations de cette technique. — Tel ne serait pas cependant mon sentiment. Indépendamment de leur rôle dans l'édification théorique de la science, j'estime que les abstractions logiques peuvent et doivent faire progresser la pratique et conduire à la découverte de solutions nouvelles, en fécondant les raisons, toutes concrètes, des institutions, au moyen de conceptions, qui jouant à leur égard le rôle d'idées forces, permettent d'en tirer des effets inaperçus ou d'y rattacher de plus équitables conséquences. En ce sens, les constructions logiques doivent conserver leur rôle capital dans toute méthode de droit positif. Mais, une condition s'impose, et s'impose absolument, pour les maintenir dans les limites, qui, seules, en justifieront et en légitimeront l'emploi, est que notre science ne perde jamais de vue le caractère, essentiellement idéal et subjectif de ces procédés, qu'elle se résigne, par conséquent, à n'en tirer que de simples hypothèses. Toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement ou elles facilitent l'oeuvre téléologique de la jurisprudence, prêtes à s'assouplir et à se transformer devant les exigences de la vie au besoin, même, à céder sans résistance à l'évidence du but pratique qui les contredirait.” Geny, op. cit. t. I. pp. 145~146.



是普遍的、不变的,惟在适用的枝节方面,因社会情况而有不同。至于技术方法,乃是以主观概念为基础的,仅是科学上的假设,其存在的理由,惟在使原则实现,所以非在合乎实现其目的范围内,毫无价值可言。”<sup>①</sup>

惹尼的这些意见,确是十分中肯,耶林(Jhering)有些话怎样过分而使人发生了误会,我不清楚,不过惹尼的话说得很清楚,他每要批评到概念逻辑的流弊时,总必先讲几句概念逻辑的必要及重要性,他的用意,或许就惟恐读者像对耶林一样发生误会吧?实则概念逻辑上的真理,虽不就是全部的真理,但要求真理,不能不用概念逻辑,这在自然科学是如此,社会科学亦复如此。原则之设定,像是钱币的铸造,一块银元上面刻了七钱二分,内中是否真的含有七钱二分白银?未必见得,但我们使用的时候,即是很方便,亦就不必多问了,倘使没有这样的铸造,要就每块银子考问其是否十足纹银,秤准分重,那就非银楼专家莫办。我们把一块银币当他七钱二分纹银使用,不过是为了便利,稍许不足些,亦只得忍受。但倘这银币里含的铜或锡太多了,敲敲不响,看看不亮,倘有人仍把他当着宝贝收进,那必定是个大傻瓜,倘使把他仍当七钱二分银子使用,必定遭人厌弃唾骂,不会有人接受。所以在运用概念逻辑的时候,虽不必要摆出银楼专家的姿态,但亦应当具有小市民的识见,不论他是一个原则或是一套理论,倘其无补于事物真理之获得,就应当放弃。放弃了之后怎样呢?当然要另谋出路。出路在哪里?惹尼所指出的一是成文法以外的其他法源——习惯、判

① “Tout le mal, en définitive, est venu de ce que l'on a confondu deux choses, fort distinctes: d'une part, les principes de justice ou d'utilité universelles, immuables dans leur essence, mobiles seulement dans les détails de leur application, et suivant les conditions sociologiques; d'autre part, les procédés techniques, n'ayant de raison d'être que la mise en oeuvre de ces principes, conceptuels par leur origine et subjectifs par leur nature, se ramenant en définitive à de simples hypothèses scientifiques, par suite n'ayant de valeur sérieuse que dans la mesure de leur adaptation, plus ou moins parfaite, à la réalisation du but fixé par l'équité suprême, et destinés à progresser sans cesse dans le sens d'un plus complet développement de leur mission technique.” Geny, op. cit. t. I. p. 147.



例、学说；次之，就是他所倡的科学的自由探讨了。关于这些，只能待有机会再作讨论了。

#### 四、概念法学在吾国

在此我要先说明一点，逻辑中的最重要部分，不外归纳与演绎，西洋 19 世纪所滥用的逻辑，就是这二部分，惹尼及德奥自由法运动所攻击的，亦都是指此而言的。其中尤以演绎为尤甚。所谓法学就是几何学，法学就是三段论，都是逻辑的演绎造成的。因为演绎所得的结论，绝不能超越其前提原则的范围，所以演绎不过是原则的阐发，最多只能做到原则以内的发现(découverte)，绝不能为原则以外有新发明(invention)，对于原则本身是不会发生影响的。因此，抱成文法至上自足主义者，就乐此不倦了，至于归纳，就其所得概括原则解释，当然可以扩及已知事物以外的新事物，但这只有在自然科学上有其价值，因为归纳是以自然同一律为基础的，在自然现象，一切原因，在同一条件下，必生同一的结果，一切结果，在同一条件下，必是出于同一的原因，所以从由少数现象观察抽象所得的原则，可以容涵具有同一条件的其他现象。社会现象绝不会有这样的一致性，由少数现象所得的原则是否即能容涵其他的同一现象，就大成问题。窃钩者诛，窃国者王，同一窃也，但必须各别纳入一个原则，不能由同一原则来解释。19 世纪的法学家，往往不此之图，总希望把许多不相干的问题，勉强纳入一个原则，矫揉做作，当即难免，从而引起了许多反感，这是所谓概念法学的真面目。至于逻辑中的类比推理(Analogie)，是从二个特殊现象有之间，发现其相似之点，而使之适用同一原则而发生同一效果的方法。譬如二个西瓜同是大的、圆的，花纹很清楚的，就推定它们同是甜的。这样的类比，可以把甜的这个结果，扩及所有具有相似之点的其他西瓜。在求真理方面讲，这是一种很靠不住的方法，但在扩充适用的事例上说，这是极有用处的。所以类比推理在自然科学上价值很小，在法律科学上，则价值极高，尤其是民法，刑法当属例外。这种方法，在

19世纪法律自足的观念下,亦普遍应用,不过仍认为是法律本身的解释而已。20世纪反对概念法学的学者,更视之如至宝,但不认其为法律本身的解释,惹尼就把他当作科学的自由探讨的重要方法。<sup>①</sup> 这个问题,非常复杂,本文不能详述。现在我要指出的是,造成他们19世纪概念法学的二种逻辑方法,归纳及演绎,在我们说来,自古迄今是很生疏的,他们视若至宝的类比推理,在我们乃是最为擅长。所以我们从古至今未有过概念法学,以后亦不见得会有概念法学发生。胡适之先生说:孔子说的“一以贯之”和曾子说的忠恕,只是要寻出事物的条理系统,用来推论,要做人闻一知十,举一反三,这是孔门的方法论。<sup>②</sup> 这当然是很正确的说法。不过孔子所用的到底是什么方法?无疑就是类推。孔子的一部《春秋》,定名分,寓褒贬,用的都是这种方法。如弑君,应当是臣下杀死君上,方足言弑,杀死晋君夷皋的,明明是赵穿,而孔子书曰:“晋赵盾弑其夷皋”。这意思是说,赵盾为人臣而不讨贼,致君被弑,与亲手杀死其君一样,所以赵盾应负的责任,应当和赵穿一样。这种例俯拾皆是,全是类推,不必多举。孔子是做过鲁国法官的,对于这种方法的使用,当然极具心得,从而亦就成为后世法律适用的典范。唐律名例中“诸断罪无正条,其应出罪者,则举重以明轻,其应入罪者,则举轻以明重”这一条,就是我们法律方法学上有名的所谓比附援引。唐律以前虽无可考,但可断言其不是褚遂良等发明的,由来一定很久远,唐律以后,历代法制,都有这一条。这仅是就适用法律言,在其他方面,只要遇到说理的场所,几乎无不广用类推。絜矩之道的以己度人,是自我人性的类推,闻一而知十,举一而反三,是事物属性的类推。古典文章里的喻比特别多,亦是类推,如“礼之于正国也,犹衡之于轻重也,绳墨之于曲直也,犹规矩之于方圆也。故衡诚悬不可欺以轻重,绳墨诚陈不可欺以曲直,规矩诚设不可欺以方圆,君子审礼不可诬以奸诈”。(《礼记·经解》)甚至说“天之为岁也,先春而后

① Geny, op. cit. t. II. no. 165~167, pp. 117~136.

② 胡适:《中国哲学史大纲》,上卷,109页。

秋,君之为治也,先礼则后刑。”(丁仪:《刑礼论》)所以类比方法,在我们的传统文化里,实是源远流长。至于逻辑中的主要方法,归纳与演绎,在儒家的文献里,很难见到,开其端者乃是墨子。其《非攻》里有一段文字,最足以代表他的论证方法:“今有一人,人人园圃,窃人桃李,众闻则非之,上为政者,得则罚之。此何也?以亏人自利也。至攘人犬豕鸡豚者,其义又甚人人园圃窃桃李。是何故也?以亏人愈多,其不仁兹甚,罪益厚。至人人栏慨,取人牛马者,其不仁义又甚攘人犬豕鸡豚。此何故也?以其亏人愈多,苟亏人愈多其不仁兹甚,罪益厚。至杀不辜人也,牝其衣裘,取戈剑者,其不义又甚人人栏慨取人马牛。此何故也?以其亏人愈多,苟亏人愈多,其不仁兹甚矣,罪益厚。当此天下之君子,皆知而非之,谓之不义。今至大为不义攻国则弗知非,从而誉之谓之义,此可谓知义与不义之别乎?杀一人谓之不义,必有一死罪矣,若以此说往,杀十人,十重不义,必有十罪矣,杀百人,百重不义,必有百死罪矣。当此天下之君子,皆知而非之谓之不义。今至大为不义攻国,而不知非,从而誉之谓之义,情不知其不义也,故书其言以遗后世,若知其不义也,夫奚说书其不义以遗后世哉?”墨子这段论证,才是真正逻辑,他先从人人园圃窃人桃李,攘人犬豕鸡豚,杀不辜牝其衣裘等等个别行为之中,抽象概括而立下一个原则:亏人自利愈多者罪益厚。从这个原则推演,则所有一切行为,只要是亏人自利者,均应比例其多寡而定其罪之厚薄。“若以此说往”(由此原则推演),攻国这亏人自利,其规模最大,其罪亦应最厚,而今反誉之谓义,真是不讲道理!墨子这样的严格推演,非特是运用逻辑,而且到了滥用逻辑的程度,这样的运用概念逻辑,才真算得上概念法学。但是,不要怕,墨学中绝,非自今始,我们的民族性里,早就打了防疫针,这一针,至今还有效,绝对无虑感染,可虑者倒是这一针的效力太强,以致我们法律科学中,概念逻辑应有的活动,无法施展,那才是损失。

在我们的传统推理方法中,还有一种很普遍应用的就是连锁论(Sorite)。如《大学》首章一段:“古之欲明德于天下者,先治其国,欲治其国者,先齐其家,欲齐其家者,先修其身,欲修其身者,先正其心,欲

正其心者,先诚其意,欲诚其意者,先致其知。”这种连锁论,虽说是三段论的变体,但不适于法律的建构,那是显而易见的。这种论证方法,在做文章,当然很好,一联一联的许多命题,可以做得很对称而有音律,读起来极畅顺,而富情致,但在科学上就无法采用。<sup>①</sup>

因此,就我们传统思想的格局而言,既无虑会有概念法学产生,在我们今天的法律制度下,更可大胆放心。在19世纪后半的法国,所谓法源,只承认成文法一种,亦就是上述的成文法至上观念,一切原则或理论的适用,无不需归纳到立法者的意思,习惯既不能公然采用,判例学说更不能作为依据。所以在依立法者意思成立了一套抽象逻辑建构之后,所有一切事物,必须归纳到这抽象类型里,否则在法律上就失其依据。在这种情形下,当然不免矫揉做作,胶柱鼓瑟。惹尼的意思,就是要把法学家的思考,从这一套逻辑的枷锁里解放出来,可以堂堂皇皇老老实实在地说,这是成文法律上的缺漏,而采用习惯,先例,学说,再不然,可以依科学的观点,作自由探讨。所以惹尼对于概念逻辑的攻击,是针对其本国情形而发的,而他所要达到的目的,不过是《瑞士民法典》的第1条。<sup>②</sup>亦就是“民法”的第1条,在成文法律无规定时,

① Cf. Escarra, *La conception chinoise du droit*. Archiv de philosophie du droit et de sociologie juridique, pp. 59 ~ 60. Aussi, David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*. 385. 190. David 是巴黎大学比较民法教授,他的这本书,颇有权威性,他讲到我们的新民法时,说我们从日本翻译来的许多法律专门名词,对于中国人是不了解的,有些极简单的抽象概念如权利主体,契约等等,在中国人的意识里亦很生疏。这话当然说得太过分,他不了解中国的现时情形,这和他说的我们的习惯,只有在与强制规定冲突时,始不适用,一样的错误。但他又说:一个民族对于因果律,矛盾律,三段论的应用不关心,法典的运用是不会切实的。这话应是很中肯的。

② Geny, *op. cit.* t. II, p. 326. 惹尼的大著,于1899年发行初版,《瑞士民法典》于1907年完成。他对于《瑞士民法典》第1条能把他的意见简要地包括了进去,表示很欣慰。“Au terme de cet exposé sommaire de la position, prise par le législateur suisse me sera-t-il permis de remarquer non sans quelque satisfaction assurément comme elle s'accorde, dans ses traits essentiels et principaux, avec les conclusions fondamentales, auxquelles j'étais arrivé sur le seul terrain de la recherche rationnelle, en 1899? C'est à tel point, que la formule de l'article 1er du code civil Suisse de 1907 pourrait être proposée comme contenant le résumé le plus adéquate de mes développements.”

依习惯,无习惯时,依法理。所谓法理,亦就是惹尼的所谓科学的自由探讨。同时在德奥二国的所谓自由法运动(freies recht),亦无非是针对其本国自历史法学派得势以来,概念逻辑滥用的情形而起的反动,而在其 1896 年完成的新民法,虽删除了原草案第 1 条关于类推的规定,及第 2 条关于排斥习惯的规定,但法典自足的观念,仍未稍杀,更引起了反感,自由法运动乃甚嚣一时。但是据惹尼说,议论盈庭,文献盈筐,还抵不上《瑞士民法典》第 1 条简简数十字的价值。<sup>①</sup> 瑞士介于德法二大国之间,在其 1907 年民法典制订之际,正当德法二国对此问题讨论热烈之时,折而中之,乃有第 1 条的创作,受到举世法学家的赞誉,可说是风云际会,渔翁得利。我国虽坐享其成,究不失为明智之抉择。但是我们既从来没有产生过概念法学,而有了这样现代簇新的法典,更无虑其产生概念法学。我们的法官,比德国、法国的法官已自由得多,我想我们无须再以自由法说为我们的法官请命了。我们现在须要努力之点,正需要把我们法典中所含的精义微旨,阐明发扬。我可不赧地说,我们现阶段的执法者,不论其为司法官或行政官,不患其不能自由,惟恐其不知科学,不患其拘泥逻辑,惟恐其没有概念。我说此话,并非无据,行政上的问题,暂置不谈,下面是一个最高法院民国二十九(1940 年)的判例:“据上诉人称,借字上所载 1200 元之数额,实照八折扣算,只收到 960 元云云。如果属实,仅‘民法’第 206 条所谓以折扣方法巧取利益,关于折扣之 240 元,被上诉人既未实行交付,即不发生返还请求权。”(上字第 1306 号)吾“民法”第 205 条规定超过最高利率限制之利息,债权人无请求权,债务人既为给付,不得以不当得利请求返还,曾遭许多学说方面之非议。第 206 条关于以折扣或其他方法巧取利益之情形,其行为之违反正义,较第 205 条率直以高利盘剥者,更有过之,倘使仍令发生效力,或使与第 205 条同成为自然债务,殊有悖于公平正义之要求。在这一点上,我们的判例感觉极为敏锐,但用什么方法达此目的呢? 我们的判例是说:债权人既交付债务人只

<sup>①</sup> Geny, op. cit. t. II. p. 401.

有960元,当然就只能请求返还960元,扣去的240元,既未交付,何得请求返还?这简直是把当事人的意思,法律的适用解释等问题,一概置之度外,只求达到目的,根本不择手段。当事人之间借贷的原本,明明说是1200元,他偏认为只有960元,债权人扣下的240元,明明是预扣的利息,他偏认为没有交付的原本,他上一句说:“系‘民法’206条所谓以折扣方法巧取利益。”在下一句接着又说:“关于折扣之240元,被上诉人既未交付,即不发生返还请求权。”难道说先以折扣留下来的利息,还有交付给债务人的道理?总括判例的意思,是说借字上虽写借到原本1200元,实际上只有960元,所以还960元就够了。我们把当事人间真意如何,暂置不谈,纵如判例之所云,这亦明明是“民法”第475条因金钱未交付而不生效力的问题,与“民法”第206条的以折扣方法巧取利益又有什么关系?既是巧取利益,即不是原本未交付,既是原本未交付,即不是巧取利益。再就其所得结果而论,亦是矫枉过正。金钱借贷由当事人约定发生利息,并没有问题,不过不得超过最高利率,所以在最高利率限定之范围内,是应可发生效力的。“民法”第205条亦不过说债权人就其超过部分无请求权,我们的希望,亦不过在使债务人纵已给付,仍可以不当得利请求返还,能做到这点,亦就实现了正义公平。在206条,法律公禁止不得以折扣等方法巧取利益,并未特别规定其效果,那么在法律技术上,应当更容易安置。法律行为违反强制或禁止之规定者无效,“民法”第71条有很现成的规定,适用此一规定,使其超过部分成为无效,我们的目的亦就达到了。依我们判例上的结果,则连同法律允许债权人取得的部分,亦全部被一笔勾销,债权人原想多取者,非仅不允其多取,反再另予反击,使其欲多取之,反更失之,这是一种处罚。在昔民刑不分、复杂的意识还没有完全消除的时候,当然没有问题,在初期的罗马法,窃盗的赔偿就是一种处罚,所以不是以被害人遭受的损害计算的,而是以倍数计算的。到今天我们已经进入这样一个时代,已有这样进步的一部民法典,倘仍抱着这样原始的观念,在举世各国的司法文献上,应说是奇迹。清季名臣端午桥判决一件势利赖婚案,与上述这个判例,颇有异曲同工之



妙,其判词如下:“判得方杏坡多文为富,而穷于财,高协庆势利为怀,而昧于义,始以中表联姻,继以贫穷离异,出尔反尔,守财奴公道何在?怜才女贞心独抱。本来淑女配吉士,间称佳偶,何知中道变初心,顿翻前议。有邢小山者,熏天铜臭,满腹芳团,倚势谋妻,央媒下聘,登徒子竟成快婿,纨袴儿俨做东床。乃小山迨其吉矣,来朝拟行奠雁,而淑姑请从此逝,深宵竟效飞鸿。玉人已杳,彩舆忽来,急煞老夫,奈何徒唤!禀诸邑宰,勒限找寻,穷书生无端被累,对簿公庭,多情女矢志靡他,守贞佛殿。幸而巧遇亲姑,今已来辕自首。本部堂恤尔一对可怜虫,准予合成同命鸟。高协庆欺贫重富,罚银三千,作淑姑赔奩。刑小山好色贪花,当伴丑妻,聘贞姑为妇(贞姑为高协庆之次女,蠢而貌陋,尚未字人)。花烛双迎,方杏坡完聚意中之表妹,青庐接去,邢小山仍娶高氏之闺媛,是判。”(司法官训练所《清代司法判牍杂辑》,9页)这段判词,真可说是文情并茂。高协庆罚银三千,是当时法制,不必说,而以之判作他女儿的妆奩,这无非是感情用事,使协庆难堪,为他女儿出气。最妙的是一面判决方杏坡仍娶淑姑,一面判令熏天铜臭,好色贪花的邢小山,聘娶又蠢又丑的贞姑为妇,还要叫他们二对花烛双迎,这比梅兰芳“凤还巢”对朱千岁误娶雪娥的惩罚,更足大快人心,更受台下喝彩,而我们的最高法院在新民法施行已十年时仍能著有这样一个判例,而至今还能援用不衰,其道理亦就在此了。当然,我们不能以偏概全,这不过是个极端的例子,我们试翻阅一下最高法院的判例要旨,亦有很好的见解,但就一般情形而论,我们不必再多举极端以下的许多例,从二个极端折中一下观察,我在上面所说的不患其不能自由,惟恐其不知科学,不患其拘泥逻辑,惟恐其没有概念,并非虚语。我们应当努力的方向,亦再不容犹疑了。

# 自然法之复兴与概念逻辑

——兼论私法的解释及法源

一、引言

二、传统的解释方法及法源

三、传统方法的批判



## 一、引言

19 世纪开始,受了十七八世纪自然法思想的影响,认为人之理性万能,可以创造一切,于是法典制订之风盛行。当时在法国,趁着革命的狂热,把过去的一切,尽情破坏,新的制度,凭着革命的理想,陆续创立,首开其端者,就是 1804 年的《拿破仑法典》。此一法典的订立,影响确是非小。比利时、卢森堡,当时是法国的一部分,受其法律的管辖,固无问题,而独立之后迄今仍在适用。他如荷兰(1938 年)、意大利(1865 年)、葡萄牙(1867 年)、西班牙(1889 年)等国,相继仿效成立法典。又如南美的巴利

维亚(1845年)、智利(1855年)、秘鲁(1852年)、阿琴丁那(1869年)、墨西哥(1871年)等国的民法典,亦多以《法国民法典》为蓝本。

法典的制订,原是一件好事。把人与人间的一切法律关系,简明确切地予以规定,而成为极有系统的规律。人民对于其行为,可以确切地估计其效果,司法官的处理案件,亦可得到莫大的便利。至于政治上足以增强政府权力,统一民族意志,更不待言,不过在另一方面,成文法至上,法典自足的观念,不免随之而生。拿破仑第一次看到 Toullier 所著的《民法释义》,不禁勃然大怒,认为这样完美的法典,再何庸解释。这不仅一世之雄的拿破仑是为此,罗马时代《优帝法典》订立时的优士丁尼皇帝(Justinien),奥国 Josephinisches Gesetzbuch 订立时(1786年)的约瑟夫第二,普鲁士国法(Allgemeines Landrecht)订立时的腓烈特第二,均曾命令禁止或限制私人或法官解释法律。到最近 1887 年德国新民法第一次草案中,仍不免有这种意识的表现。<sup>①</sup> 拿破仑前有所承,后有所继,亦无怪乎其有这种优越感了。这或许是当时帝王的自我陶醉,一般学说,承袭 18 世纪自然法思想的余绪,对于新法典的批评解释,仍多凭其一己的见解,自由发挥。至于实务方面,则民法典第四条既明文规定法官不能拒绝审判,遇有疑义或缺漏时,更只能参酌个别情形,自谋解决。不过到了 19 世纪的中叶,法律的抽象形式,经过几十年的运用,渐渐与其实质分化,一般学说,已深受法典的熏陶,认为法的惟一渊源,就是成文法,而在法律的运用方面,认为只需把几个法律概念,用严格的逻辑演绎或类推,即可满足一切。如 Valette 在其所著《民法读本》中曾说:“从法典订立迄今七十年来,倘说有一案件在法律规定中完全找不出根据,这未免是奇闻。”<sup>②</sup> 又如 Huc 曾说:“超出法律以外的事件,实是奇少,法官只要运用类推解释,总可

① 《德国民法典》第一次草案第一条规定类推的应用,加之第 2 条禁止习惯的援用,则成文法至上,逻辑可以弥补一切的观念,表露无遗。这二条规定,于定案时已被删除。

② Valette, *Cours de droit civil*, t. I, p. 35. "... on a tout légiféré, surtout depuis 70 ans qu'il serait bien étonnant de trouver un cas reste tout à fait en dehors des prescriptions législatives."

得到适当的解决。”<sup>①</sup>Liard 更干脆地认为,纯粹的法学家是几何学家,纯粹的法律教育是纯粹的逻辑辩证。<sup>②</sup> 在这情形之下,习惯固无立足余地,正义观念社会需要更无考虑必要,自然法的余绪,于焉告斫。

这种情形,非仅在法国是如此,在德国,其情形似乎更为严重。在新民法制订以前,德国各地法律的复杂混乱,不可言喻,已故司法院院长王亮畴先生曾说,这样一种不正常的情形而能维持这样长久的时间,实是一个谜(A legal mystery),迄今找不出解答。<sup>③</sup> 我现在试行解答,这或许就因为 Jhering 所称的概念法学(Begriffsjurisprudenz)盛行于德国的缘故。在这样杂乱无章的情形下,只能用先验的概念,建立起许多抽象的原则,再用严格的逻辑,来建立其法律系统,这亦就是他们所说的 Juristenrecht。因此他们虽没有统一的法律,却有很有系统的一套法律原则及理论。这种不正常的情形所以能维持者以此,概念法学在德国特别流行者亦以此。次之,自 19 世纪初历史法学派兴起之后,成文法至上的观念形虽杀灭,但法律自足、逻辑万能的观念,更形嚣张。因为据 Savigny 的说法,法的惟一基础,就是大众意识,而最能表达此一意识者,莫如习惯法,所以习惯法的效力,纵不比成文法高,至少是相等的。成文法一经制定,习惯法一经成立,他们就成为一个独立的有机体,以其自身的力量,就能自满自足,纵有缺漏,有类推方法,即可弥补了。<sup>④</sup> 他的学说的重心,无非是说,在实证法外,再无所求于正义衡平等观念,亦就是说,整个的排斥自然法。

不过时代是进步的,社会事物不断地发生变迁,成文法以有限的条文,在立法当时,已难网罗一切,将来的变迁更难预料。至于习惯法

---

① Huc, Commentaire théorique et pratique du code civil, t. I. p. 165. “Les cas, dans lesquels la loi est véritablement insuffisante, sont extrêmement rares, et presque toujours un argument d’analogie fournira au juge un principe de solution.”

② “Le juriste pur est un géomètre; l’éducation purement juridique est purement dialectique.” L. Liard, L’enseignement supérieur en France. 1789—1893. t. II, 1894. p. 397. cite par Geny. op. cit. t. I. p. 55.

③ The German civil code, Chung Hui Wang, Historical introduction.

④ Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Ch. Guenoux, t. I. pp. 279~280, 1855.

之形成,更非一朝一夕之事,新事物不断发生,无法等待习惯法形成再谋解决。如之逻辑的推演,亦属无济于事,因为演绎的结论,绝不能超越为其大前提的原则的范围,不能有新的创建:类比推理,虽足弥补一部分的缺陷,但其所涉范围,究属有限。因此,到了19世纪末叶,引起了剧烈的反抗。在德国、奥国,有所谓自由法运动(Freies Recht),风靡一时;在法国,亦有所谓科学的自由探讨的说法(La libre recherche scientifique)。这是自然法思想复兴主要的一面,亦可说是法律方法学方面的一次大革命,其影响于本世纪之法学者,至为深巨。

吾“民法”第1条规定:“民事,法律无规定者,依习惯,无习惯者,依法理”。这是以1907年的《瑞士民法典》第1条为蓝本的。而《瑞士民法典》第1条的规定,又可说是德法二国自由法学说直接的、首次的立法化。因为瑞士介于德法二大国之间,在其民法制定的过程中,正是两邻自由法学说风靡之际,这一条的规定,正是及时的宠儿,受到全世界普遍的赞誉。吾国“民法”因袭其例,亦受到很好的批评。<sup>①</sup>而现时吾国谈到法律的解释,适用及法源者,亦经常地提到自由法或自由探讨等名词。而惹尼(Geny)所创科学的自由探讨的说法,尤为国人所乐道。但是他们所创导的自由探讨,到底可以自由到什么程度?成文法本身,到底还有怎样的地位?所谓排斥概念法学,厌恶机械逻辑,到底被他们排斥厌恶到怎样的程度?这些问题,在吾国现时的情形下,关系更大。因为在吾国的传统文化里,成文法的权威,从来没有建立,概念逻辑,从来没有请求,19世纪西洋崇尚成文法如至尊,视概念逻辑如至宝的时候,彼我之间几乎完全隔绝,到了20世纪之初,我们突然听到他们要打倒成文法至上观念,要排斥概念逻辑于法学之外,乃不禁喜形于色,曰:此非吾国行之数千年之老办法乎?于是认为西洋的最新法律思想,恰恰与我们的传统观念接了轨。但是我在四年前写的一本册子《近代法律思潮与中国固有文化》的序言里,就切实地指出,

<sup>①</sup> 美法学家 R. Pound 于 1946、1947 年在华时,盛赞吾国法典之完美,尤其“民法”第1条。

这是貌合神离,这是外表的偶合,不是观念的沟通,惟其貌合,乃可不觉其神离,而惟其不觉其神离,往往沉湎于貌合,这是很危险的现象。我在那本小册子里,曾提到二个问题,一是独立人格观念的树立,一是逻辑体系的维护。现在我想就第二个问题,作更进一步的讨论,同时对于惹尼倡导科学的自由探讨的一部巨著——《实证私法的解释方法及法源》(*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*)——简略地予以介绍。我在讨论这些问题时,虽多就私法立论,但是除刑事法外,其他公法为宪法行政法等法源及解释,与私法亦有其相通之处。这是整个法律方法学方面的问题,希望读者不要当他是私法上的专门问题看。

## 二、传统的解释方法及法源

### (一) 成文法至上观念的确立

所谓传统的解释方法,有二个要点,第一是任何解释,不能脱离条文,亦就是说,一切必须归纳到立法者的意思,所以成文法成为唯一的法源。第二个要点是条文的运用,必须以严格的逻辑推演<sup>①</sup>,这里我们先可以注意一点事实,据惹尼说:这种风气,在法国到19世纪下半叶才开始。《法国民法典》虽于1804年即已施行,拿破仑个人虽视为完美无缺,无需再有解释,但许多初期的民法著作,则认为法典仍可自由解释,因为他们“是孕育于法典制订前的旧制度中的,不会感觉到法典一经订立,就遮断了学说的进步”。<sup>②</sup>所谓法典制订前的旧制度,就是在十七八世纪中,虽已制定了不少的成文法律,但大部民事法仍是习惯及先例;法律的解释,全凭各人的良知及简单的逻辑,亦就是说,全凭自然法的原则。到19世纪之初,虽已有了整套的成文法典,但一般学说的习尚,一时是转不过来的。到了19世纪中叶,法学家受法典的

<sup>①</sup> Geny, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, t. I. no. 34, pp. 68~69.

<sup>②</sup> Loc. cit. p. 24.

浸润已久,其势才开始大变,首先开其风气者,是巴黎大学法学院院长Blondeau。他在1841年发表了一篇文章,题目是《成文法的权威》(*L'autorité de la loi*),另有一副题是“现今的法源是什么?”(*De quelle source doivent découler aujourd'hui toutes les décisions juridiques*)他认为成文法应当是法院判决的惟一依据,他如习惯、先例、衡平原则、大众利益、法谚等等,一概称之为“伪法源”(Fausses sources),他并主张法官遇到法律有缺漏或矛盾冲突时,可以拒绝审判。自此以后,一般权威民法学者,如Demente、Marcadé、Demolombe、Aubry et Rou、Laurent等,无不循此途而进,不过对于拒绝审判的意见,未予接受而已<sup>①</sup>,由于此一历史上的事实,我们觉得Savigny在1814年与Thibaut笔战,认为制订法典,足以使法律(Recht, Droit)僵化而阻碍其发展,确有其远见。再则,我们可以看到,一个民族,虽然经过了剧烈的革命,把过去的一切扬弃,订立了簇新的法典,但要有人主张法典的权威,而得到一般的人的附和,仍需要时间来孕育。在法国需要的时间是40年之久。

现在试一观吾国的情形为何? Savigny之所谓法典足使法律僵化而阻碍其进步,意思是说法典的订立,只能以当时的社会情况为依据,以后社会逐渐进步,成文的法典就不能与之亦步亦趋,法律受了法典的羁绊,所以不免要僵化而难于发展。不过这话对他们自己国家讲,固然没错,但衡之吾国的情形,则将大谬不然,我们的法典是跑在社会前面的,当时的目的惟在应付国际上的要求,并不是自身社会的产物,而所采的,乃是所谓各国最新立法例。这样超前进步的立法,只要不被烧掉,再停滞在现状30年,绝不会落后。我想Savigny倘见到中国今天的情形,恐亦不致说我们的法典会阻碍我们法律的发展。这种超前立法的功过如何? 我们已经有30年的经验,对于社会及个人,任何人亦不能指出他有怎样的窒碍或流弊。当然,有些规定不能发挥其切实的效果,则是事实。如男女平等继承的规定,在继承法初施行时,许

<sup>①</sup> Loc. cit. no. 10, pp. 24~26.

多兄弟不会愿意把父母的遗产平均分给姐妹,许多出嫁的女子,亦不愿或不知回娘家去要分遗产,甚至于他们的丈夫,有些以妻子要娘家的财产为可耻。当年盛氏姐妹与兄弟在上海打遗产官司的新闻,曾经轰动一时。不过在今天我们回想起来,已觉得这种官司打得多余。这当然是社会的进步,但这进步的动力,我们不能不归功于法典。所以萨维尼说成文法足以阻碍法律的发展,固不无道理,而边沁(Bentham)认为成文法具有对社会的教育作用,似乎更有道理。<sup>①</sup> 因此,就吾国情形而论,法典的权威,惟恐其不能建立。我们的法典,倘能真正发挥其教育社会的作用,我想我们的社会必能加速地与我们法典一样现代化。从过去的30年历史看,我们的法典已发生了相当的教育作用,不过数千年历史上的罗网,不要梦想很快能摆脱,加之外铄的极权主义,更抵销了法典的一部分力量。到什么时候才能建立起我们法典的权威?法国曾需要半个世纪,我们恐怕还不够。但是我个人很有信心,我们法典的权威总有一天会建立起来的。不过我得先声明一句:我并不再希望欧洲19世纪后半叶的局面在我国重现。实在说来,亦不会有重见的可能。因为我们的社会情形,思想格局及法律规定的內容,与19世纪的《拿破仑法典》均大不相同,这在后面还要详细讨论,我想我的意思,不会使读者误会的。

## (二) 实务与学说的距离

惹尼于陈述传统的方法时,另讲到一点情形,值得特别注意的,就是学说与实务二方的态度,颇有距离。他说<sup>②</sup>:传统方法,首用文字解释,这在条文很明确时,当无问题,倘有不明之处,则用论理方法解释,如反面解释、类推解释等是。这种方法,虽可以大大扩充条文适用的范

<sup>①</sup> Carter, *Law, its origin, growth and function*, pp. 223~227. "He (Bentham) really seemed to think that the enactment and publication of the law was not only the best but the only way of bringing a knowledge of it to the bulk of the members of the society." p. 227. Duguit, *Le droit constitutionnel*. I. l. p. 114~173.

<sup>②</sup> Geny. op. cit. t. I, I<sup>e</sup> partie, Chap. 2~3. pp. 28~60.



围,而使之富于弹性,但必须超出于条文字面之外来探求立法者的意思。他们所运用的资料,第一是立法会议记录(Les travaux préparatoires),次之是习惯或判决先例。倘再不能解决问题时,则诉之于衡平(L'équité),或法律的一般原则(Les principes généraux du droit)。不过他们对于这些并不认为是独立的法源,而仅是藉以寻求立法者意思的资料而已。在这些资料之中,立法会议记录之可采用,一般学说都认为没有问题。对于习惯先例之是否可以考虑,意见已有不同。多数意见认为只有立法者依宪法规定的程序制订的才是法律,所以除法律有特别规定外,习惯先例不能援用而生法的效力。但亦有少数意见作相反的主张。至于衡平观念是否可以作为裁判的依据,则有认为原告的请求,在法律上既直接间接的都没有依据,即应驳回。但绝大多数的意见,不论其对于习惯的看法如何,都认为“民法”第4条既有明文规定,不应拒绝审判,可以依衡平观念来解决,因为这亦应当是立法者的意思。这种不同或矛盾的意见,据惹尼说,在实际适用法律时,终能减轻,甚至消除。<sup>①</sup> 不过他又说,运用逻辑方法,必须先确立一个基本原则,由这个原则再演绎出结论。倘这结论与法律规定不符,而二者均无害于衡平观念时,当然仍依照法律规定;倘与法律规定相符而与衡平观念抵触时,学说与实务的态度就大大地有了距离。从事实务者多倾向衡平,而学说方面,则无疑地倾向为维持法律上的逻辑而牺牲衡平或事物的需要,常觉为难。至于纯粹的法学家,超然于平实及实际需要之上,忠于其方法,宁愿固守其原则推演出的结果。<sup>②</sup> 所以从事学术研究者,对

① Loc. cit. pp. 39~40.

② L'homme de pratique, qui vivant en face de la réalité concrète, hésitera souvent à sacrifier l'équité ou l'exigence des choses à la logique du droit. Mais le juriste pur qui voudra demeurer fidèle à sa méthode, et qui pourra planer au-dessus des faits, des nécessités contingents, sera porté à faire prévaloir la déduction impérieuse du principe. "Geny, loc. cit. p. 46. Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, t. I. p. 171. "L'on peut parler de divorce entre "le Polais" et "l'Ecole". Celle-ci continuant, par la voie de la doctrine, à raisonner strictement sur les principes, dégager du code; celle-là, tout en proclamant son attachement à ces principes, se montrant plus hardie et plus sensible à l'évolution économique et sociale."



于原则看得特别重,抱持了法律上的原则,不肯轻易迁就事实;从事实务者,对此当前的特殊事件看得特别重,往往抵挡不住事实的压迫,受了这特殊情事中正义感或良心的驱使,宁愿迁就事实而破坏原则。譬如非有过失不负责任,这是法国民法上的大原则,除法律有特别规定外,统需由被害人证明行为人的过失,方能获得赔偿。不过到了19世纪之末,机械之使用日广,尤其像汽车这种交通工具,驰骋于人口密集的都市中,更是随时致人遭受损害。倘需被害人证明其过失,方能获得赔偿,十之九将是落空。这时法律上的原则与衡平观念显然发生抵触。因此法国最高法院民庭于1896年6月16日的一件判决里,果然在行之将近一百年的法典中,发现一条从未引起注意的规定,即《民法》第1384条第一项,而认为这是关于无生命物致人损害,无需证明仅有人之过失的一般规定。这虽是奇妙的新发现,但是法律上基本原则的反叛,而在法典的逻辑系统上,亦显然不免矛盾。所以在当时学说上引起了不少反对,而至今还有人在坚持。但是在实务上,自此以后,即认为不易之原则,继续适用不替。关于这种学说与实务态度上的不同,庞德(R. Pound)亦曾指出一点很有趣味的现象,他说<sup>①</sup>:从17世纪到19世纪,许多自然法学派的领导人物,大都是从事实政治的,几位历史法学派的领袖,大都是从事学术研究的教授。自然法学派的巨擘,如Grotius、Montesquieu、Vattel都是终身办外交或从事政治的;Burlamagui偶然教过几年书,绝大部分时间仍是从政的;Blackstone终身是律师或法官,偶然曾在牛津大学任过讲席而已;他如美国的Kent、Story一生主要的事业是做司法官的。至于历史法学派的领导人物,如Savigny可说是终身教书的,中间曾一度出任普鲁士的参议官(Chancellor),但没有多时又回学校去了;Puchta则是终身教书从未出仕;他如英国的Maine是牛津的教授,偶然曾任行政工作而已;再如美国的Ames、Thayer、Biglow等,全是从事学术研究工作的。这一现象,绝非偶然的巧遇。因为从事政治的人,日夕所见都是些继续不断发生的新事物,对于事物之变化,

<sup>①</sup> Pound, *Interpretations of legal history*, p. 17.

情势之推移,非特了解得比较清楚,并需要运用自己的智慧,发挥自己的理性,寻求办法来解决目前的问题,适应新事物的需要,不会甘愿受既定原则的束缚而牺牲目前事实的需要。至于从事学术研究工作者,日夕盘旋于脑际的,都是些原则原理,不论是习惯上的或立法上的,都不愿受具体特殊事件的影响,而轻易放松。秦孝公欲变法以治,更礼义教百姓,征询近臣的意见。甘龙说:“因民而教者,不劳而功成,据法而治者,吏习而民安。”公孙鞅则驳之曰:“子之所言,世俗之言也,夫常人安于故习,学者溺于所闻。此两者所以居官而守法,非所与论于法之外也。”<sup>①</sup>这二种意见的出入,近乎历史法学派与自然法学派观点的不同,亦就是实际政治人物与学术研究工作者常生齟齬之所在。

由此以观,学术与实务,本质上就会有距离的。而就其作用而论,我们可以说实务方面是一种前进力量,学说乃是一种保守力量。实务不得不紧紧地跟随着社会而前进,学说则不得不顾全其既定原则上一贯的逻辑系统,而形保守。不过这现象的基本原因在哪里?是人的内在性格如此,抑是客观事物的性质使然? G. Renard 曾有一个解说,他认为这不是人的问题,而是法律自身的本质问题。他说实证法本身是一种保守力量,其他一切的社会力量,如政治、经济、文艺等,是前进力量。学法的人,对其工作本身的意识是保守的,不过在工作岗位以外的活动,可能是很前进的,所以他们的保守意识,是由于法律制度本身的保守性,而不是法学家的生性就是如此。法官在处理案件时,受到自己的感情或政治关系的影响,亦属常见之事。<sup>②</sup> 这话当然不无道理,不过从另一方面讲,一个人性格的形成,后天的训练,影响当然亦非小。一个终年在原则原理上思考盘旋的人,对于任何事物,往往固执保守,而不易通达权变。我们常听到所谓书生之见;这所谓书生之见,亦就是指其抱持原则上一贯逻辑系统的见解,而不易权宜适应当前特殊情势的态度而言。所以或许是人的内在性格与制度的本质,交互相织,而形成了

① 《商君书·更法篇》。

② Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 9<sup>e</sup> conférence. Le fonction conservatrice du droit, surtout, pp. 217~229.

法学家一般具有保守性。法学家虽多具保守性,但其程度。亦因其与现实情况距离的远近,而有深浅的不同。就从事实际政务者而言,立法最不受原则的拘束,最需要适应现实社会。立法上的原则能一贯保持,当然最好,如其不能,宁舍原则而适应现实。所以没有原则无例外,有普通法即有特别法,法律上的但书这样多,施行法常常溯及既往,都足以说明这点。次之是行政,行政人员虽要受法律原则的拘束,但其所面对的现实事物,会使其情不自禁地冲破法网,而趋前迁就。当其向法网突破进攻的时候,后面有一股道德上或正义上无比的伟大力量作后盾,他可以拍着胸脯说我违宪,我违法,但我上对得起天地神明,下对得起黎民百姓,扪心自问毫无惭愧。以美国这样一个以法治标榜的国家而论,总统的命令被宣告违宪者,不一而足。在1951年韩战正酣之际,美国钢铁工人罢工,劳资双方迟迟不得协议,于是杜鲁门总统下令,由政府接管钢铁工场,维持钢铁产量,一俟协议成立,即行交还。这一措置,不说是美国人民在道德正义上认为正当,所有自由世界的国家,亦应当无不同声称庆,而美国最高法院,终于认为与私有财产权不可侵之原则抵触,而宣告其为违宪。吾国自汉代董仲舒以经折狱以来,历代法制,只要遇到与道德观念冲突的场合,大致很少能例外不被冲破。八议之制,载明典籍,亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾,犯了罪可以特议减免,那是法定的缺口,纵使不在八议之内,而法有正条者,亦无不可站在道德立场,予以排斥。如柳宗元为柳州刺史,有柳州民莫诚救兄莫荡,以竹刺莫果右臂,经12日身死,准律应以杀人论。柳宗元调莫诚当时“救兄有急戚之情,中臂非必死之创”,而请“特从屈法,幸全微命”。又如清代张船山判龚大大为父仇杀死杨世南一案,虽认县判龚大大绞监候刑“合之律例尚无不合”,但认为大大“不仅报杀父之仇,抑亦雪夺母之恨,与寻常报父母之仇者,微有不同”,况以杨世南为一乡之豪,龚大大不过一细民,如其先行报官使“杨世南有以戒备,反无从下手,故其不报官而擅行服仇,实非故意蔑视王法,紊乱国宪,盖亦不得已而为此”。“吾朝以仁孝治国,凡遇仁人孝子,无不曲法施恩,以旌于国,以示于朝。”“自应仰体皇上仁孝之心,免予一死,杖五十,流一千里。”这在当时法律规定过于

简陋,而司法又统属于行政,与其一体的情形下,更无足怪。所以地无分中外,时无分古今,有政治社会以来,可说没有不违法的行政。当政者总希望司法能和他配合,少受法律原则的拘束,能多适应目前特殊情势的需要。因此,我们对于当政者本身,最多只希望他能站在道德良心立场,就特定情事所见的得失利害,与法律原则中所含蕴的客观的、更大更远的得失利害,善为权衡。<sup>①</sup> 这有赖于当政者自己的政治修养,希望甚是渺茫。杜鲁门发布接管钢铁工厂命令的时候,对于钢铁生产的增加与私有财产制度的维持,二者间利害得失之孰轻孰重,就没有能善为权衡。所以现代国家,必须要厉行分权制度,其道理亦就在此。诉愿制度、监察制度、大法官会议制度等,都是以行政之可能违法为前提而设置的,从实际政务最保守的一环,应当是司法。司法官的审判,必须依据法律,而其所依据的法律,如民事诉讼等,是比较成熟的法律,其中的概念及原则,均已极为明确,执法者个人的道德衡平观念,难有渗入的机会。不过司法官所面对的,亦是件件具有特殊性的具体事实,而当事人所争执的,司法官要决定的,莫非是一个孰是孰非的问题,而非本身就是一个价值问题,司法官面对这个价值问题,人非木石,在其主观的正义感或良心上,又怎能不激起一些漪涟。一个有经验的司法官,必定会发现他自己在处理一件案件时,把二造当事人的事实问清之后,立刻就会先有一种孰是孰非的感觉,他往往依据这一感觉,然后再找寻其法律上的依据。他所找出法律的规定与自己的是非感二者相符合,当即再无问题,而一个学养有素的司法官,大致不会常发现矛盾。倘使发觉其不符时,必定就会犹疑,虚心谨慎些的,就会对法律的规定钻研其何以与自己的感觉不符的道理,在普通情形下,他会发觉法律原则中所含之是非,较之己之所见者,既远而且大,而深切的领悟到人类积数千年心血经验立下的几个原则,是有其道理的,一个立法机关集数

<sup>①</sup> 耶林认为国家违反法律蔑视正义,不啻自取灭亡,但他接着又说:“Mais c'est là peut-être de l'idéalisme doctrinaire; et je ne vent point blamer les politiciens pratiques et les homes d'état, lorsqu'ils reponnent pareille exigence, en haussant les épaules”. Jhering, *Lutte pour le droit*, trad. Menlenaere, p. 85.

百人之智慧所定下的原则,比自己一个人的思虑要周密得多。美国在19世纪末有位有名的法官 Judge Dillon,对于分析法学派的学说,素极推崇,而在这个时期,分析法学在美国亦正是盛行,不过这位法官曾说,在他做法官的经验中,每每不由自主地被案件的正义吸引着,总希望所为的判决,能合乎事件本身的正当性。在他执行律师业务的时候,亦常有一种确定的信念,倘使他的案件在道德上是正当的,不论在技术上遇到如何的困难,终于会得到胜诉的,而实际上所得的结果,证明他自己的信念并没有错。<sup>①</sup> 50年前一位美国分析法学派的法学家的经验是如此,50年后从没有受到分析法学派学说熏陶的中国法官或律师的经验,更应当是如此。不过这不是说成文的实证法,已包含了全部的道德正义,司法官可以再无所求于成文法律之外。而惟其不能,所以司法实务与学说之间会有距离,这距离有什么方法可以拉拢,这正是惹尼及本文所要讨论的问题,以后还要详细讲到的。现在我不过仅要说明司法实务受法律原则的掣肘,较之立法及行政为最大,因之,其保守性亦最浓。

以上是就从事实际政务者而言,至于学说方面,虽不能把社会实际情况弃置不顾,但究竟不受到直接的压力,所以与实务相较,又显见更为保守。不过在学说上,亦因其门类之不同而有程度的差异。我们可以说,其学科愈成熟者,其保守性愈浓。科学之是否成熟,是指其概念是否确定、原则是否确立而言的。就此而论,国际公法最不成熟,所以最能适应新事态而最少保守性。次之是宪法行政法;最保守而最严格的,则是民法。所以像情势变迁的原则(*Rebus sic stantibus*, *Théorie d'imprévision*),最先适用于国际公法,次之及于行政法,在民法上适

---

① “If unblamed I may advert to my own experience, I always felt in the exercise of the judicial office irresistibly drawn to the intrinsic justice of the case, with the inclination, and if possible the determination, to rest the judgement upon the very right of the matter. In the practice of the profession I always feel an abiding confidence that if my case is morally right and just it will succeed, whatever technical difficulties may stand in the way; and result usually justifies the confidence.” *Laws and jurisprudence of England and America*, pp. 17, 1894, cited by Pound, *Law and moral*, pp. 36~37.

用,乃是第一次世界大战以后的事,况且适用范围,亦并不甚广,而对于这所谓自由法运动最起反感的,亦就是那些民法学者。<sup>①</sup>

所以我们对于一国法律制度的了解,不能专从他们的学说方面探求,其实务上执行的情形,与学说之间是有相当距离的。在法国从19世纪后半叶开始,虽说又进入严格法时期,成文法至上的观念与机械逻辑的推演,成为当时法律现象的特征,但实务上的情形,并不见得如此。《拿破仑法典》中的三大原则——契约自由、所有权绝对、过失责任——从19世纪下半叶起,实际上就陆续受到不少的修正。如情势变迁(*Théorie d'imprévision*),权利滥用(*L'abus des droits*)、无过失责任(*Théorie de risque*)等原则,到20世纪之初,已被多方采纳。<sup>②</sup> 他们的法典,至今仍是1804年的法典,而且很少有修正,不过仍能与时代的潮流亦步亦趋者,大部可说是判例的功绩。不过我们切不要误会,认为这种实务与学说的不一致,是一种反常的现象,我们更不要认为学说的保守,妨碍了实务上的进步。<sup>③</sup> 凡百事物的正常运行,全靠着正

① Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, pp. 311~312, 343~344. Pound 曾说,分析法学派学者认为典型的法律是财产法或商法,所以分析法学派学者,多为财产法的专家。 *Law and moral*, p. 42, note 7.

② 参阅《权利相对论》,王伯琦译。

③ “Il existe entre la loi et son interprétation doctrinale ou jurisprudentielle une différence de tempérament: ce sont deux tempéraments complémentaires; ils se complètent en s'opposant... être le tempérament innovateur de l'action législative et le tempérament conservateur de l'action doctrinale et jurisprudentielle, on a trouvé un arrangement; c'est la composition de la tradition et du progrès.” Renard, *La justice et la volonté*, pp. 38~39. “Une loi qui comporte bien des interprétations sans doute! Le professeur passé pour un esprit rigide aux yeux du magistrat; mais le magistrat a tout à fait la même réputation auprès de l'homme d'affaire. Cette divergence de tempéraments, les rivalités et par suite les équilibres qui s'en suivent, représentent une première solution des rapports de la logique et du bon sens dans l'élaboration du droit positif. Non omnia possumus omnes. Les hommes d'affaires vont de l'avant, avec plus de souci des résultants effectifs que d'une l'égalité austère. La justice vient par derrière pour reviser au nom des principes; mais elle y met les pauses. La doctrine arrive enfin, pour exercer son contrôle inexorable. La résultant des influences réciproques de la doctrine, de la jurisprudence et de la pratique, c'est une transaction, sans gloire peut-être, mais non sans profit pour le bien commun et pour les intérêts particuliers,” Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, p. 197.



反的二种力量能保持平衡,倘使只有一种力量,则不是越轨,就是停滞;虽有二种力量而不能保持平衡,则生混乱。易有太极,而生两仪,两仪动而生万物,这是易经上指出的基本道理。有人曾在瑞士看到一种奇怪的车子,前面驾了一匹马和一条牛,马腾和牛步,怎能配合得来呢?不过据说这辆车走得不快不慢,四平八稳,坐在里面,甚是舒服。这真是奇妙的设计,但其中的道理很简单,马腾太危险,牛步太滞缓,二种力量一调和,适得其中。吾国儒家执两用中的道理,被他们充分应用了。吾国负解释法律重责的大法官,其任用资格分法官、行政官、教授三类,其用意或即在此。

不过我们要特别注意惹尼所说的这种学说与实务不一致,是就法国 19 世纪后半叶的情形而言的。在这时,法典已订立了半个世纪,社会不断进步,实务上总是倾向迁就现实,学说上则倾向固执法律的原则,所以实务上扮的角色是马,学说上所扮的角色是牛。反观吾国现时的情形,则又完全不同。我们的法典,虽已施行了 30 年,但与现实社会的情况相较,仍超前有相当一段距离,尤其是近几年来,一般的社会意识,似乎要拉回到唐律时代,而法典则是立法时代的尖端。其功过如何,我在上面已略有论及,而在我四年前写的一本小册子里,讲得很多,不必多赘。<sup>①</sup>但是倘使我们认为我们的法典较现实社会进步,那么在我们现时的中国,实务与学说所扮的角色,就恰恰相反。实务上要迁就社会传统意识而形保守,学说则与法典连成一线而形前进。我在此地所谓的前进与保守,与上面所说的一样,并没有价值的轩轻存乎其间。刚与柔,马与牛的价值并没有不同,这是一个社会既要安定又要进步所必备的二种力量。倘使要一窝蜂的前进,那就是大跃进,非至颠踏混乱不止。一个民族的文化要变,只有渐渐蜕变,无法突变,就是经过了剧烈的革命,最多脱皮,不能换骨,换骨的事,绝非一朝一夕之功。我们承继了祖宗的遗产,同时亦继承了祖宗的负债,享受这

<sup>①</sup> 参阅王伯琦:《超前立法的出路》,载《近代法律思潮与中国固有文化》,49~54页,台北,法务通讯社,1956。

笔遗产当然很痛快,要还清这笔负债,是要费一番功夫的。<sup>①</sup> 法国的《拿破仑法典》,是从文艺复兴以来经过数百年自然法思想的孕育而产生的,可说是土生土长的了,但我在上面已提到,他们法典权威的形成,还要在法典订立后 50 年。不过法典的权威一旦形成,法典揭橥的原则一旦确立,社会又已超前,法典本身又成为下一代的负债,20 世纪以来法学家的努力,无非就在清偿这笔负债。据梅因(Maines)说,任何民族的文化发展到这一阶段就停滞了,因为这法典已是他们过去及现有一切的总结账,倘使没有外来的刺激及新文化的调剂,他自身就很难再有多大的发展。在古代只有极少几个民族的法律,能超过这一阶段而继续发展,罗马法可说是其中之一枝独秀者。<sup>②</sup> 罗马的《十二表法》(公元前 449 年)就是他们过去一切的总结账,所幸的是后来罗马的版图日益扩展,与异民族接触日多,罗马的法律就由于外事法官对于不同文化的域外人的判决,加之以许多法学家的解答(Responsa prudentium),而得到长足的发展。他们的努力,亦无非在摆脱《十二表法》遗留下来的负债。在 19 世纪后半,一般法学家认为法典可以自足,制订法典的意义,就是历史的结账,与过去的一切,从根起就一刀两断,而开始了新的一页。这是可能的吗? 我们看到 19 世纪的法学家固执他们的法典,是在摆脱 18 世纪遗留下来的负债,20 世纪的法学家想冲出他们的法典,是在摆脱 19 世纪遗留下来的负债。历史的账是结不清的,用一部法典就想结清,那把白纸黑字的作用看得太大了。

---

① Charmont, *La renaissance du droit naturel*, pp. 78~79. "Quant les homes sentient la nécessité de faire un grand effort, d'échapper à l'influence du passé, des traditions, des institutions qui les enveloppent, ils croient à la toute puissance de la volonté, à la toute puissance de la loi, ils se persuadent qu'on peut effacer le passé, déraciner les abus, créer un ordre de choses entièrement nouveaux, mais les revolutions, même celles qui réussissent, comportent une large part de deceptions. On ne peut pas changer les homes, leur dispositions anciennes, leur habitudes acquises, on n'échappe pas à la loi de continuité; on s'aperçoit que la loi écrite est souvent impuissante, qu'elle ne s'applique pas ou se modifie en s'appliquant. Ainsi se succèdent alternativement l'influence des idéalistes et celle des historiens."

② Maine, *Ancient law*, pp. 12~13, 28, 389.



雷诺(G. Renard)曾说：“经验告诉我们，新的法律，尤其是有重大革新的法律，几乎从没有能立即全部生效的。”这当然就是受了过去的拖累。所以他说，新法必须先钻进旧的建构，使旧建构渐渐软化，新意识才能立足，最后才能发生交替融和。孩子渐渐长大了。旧衣服不合身了，不过懂得家庭经济的主妇，必先着手改旧，而不立刻换新。<sup>①</sup> 不过我们要了解，雷诺所指的旧的拖累，不合身的旧衣，是法典和学说，长大了的孩子是社会，懂得家庭经济的主妇应当是实务。我们的情形却不同，我们的法典是件簇新的，又大又漂亮的新衣，我们的孩子却是瘦弱矮小，我们的家庭主妇，尚亦懂得家庭经济，我想绝不应该把这件新衣来裁剪，这太可惜，太不经济了，她惟一而积极的办法，只有把孩子好好地扶育成人，给他好的营养，注意他的健康，尽量地使他快些长大，这亦就是边沁(Bentham)所说的教育作用，狄骥(Duguit)所说的启迪作用。这当然是一个基本的问题，不是哪一方面可以单独为力的，不过法律学说上的鼓吹，应当是主要的工作，但是可惜得很，这工作做得实在不够，就是做了，亦未能对症下药。我们现在学说上的趋势，大致是趋于两极，不是留恋于我们过去家族型的团体主义，就是偏向于现时社会型的团体主义。所以一方面有人嫌我们的现行法典太前进，希望把法律拉回来，至少与现实社会一样平，因而有立法礼教化，司法社会化的说法。<sup>②</sup> 这亦无非是春秋之义，立法贵严、责人贵宽的另一种说法。另一方面又有许多人似乎嫌我们的现行制度还不够前进，就现行的立法社会化的一面，尽量强调，对于西洋许多社会思想的新学说，

① Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, pp. 38~39, 225. “L’expérience vous prouvera que les lois nouvelles, celle surtout qui sont empreintes de la plus grande hardiesse innovatrice, ne produisent Presque jamais leur plein rendement immédiat. Elle s’annonçaient comme devant transpercer nos vieux cadres, c’est la cartouche de dynamite qui devait faire éclater nos vénérables constructions désuètes; et puis, elles sont résorbées par le milieu. Les vieux cadres se sont assouplis pour faire place à l’idée neuve, mais l’idée neuve s’est estompée pour trouver place dans les vieux cadres, une transaction s’est opérée; l’assimilation est faite; la digestion est accomplie.”

② 参阅陶希圣：《司法社会化》，载《建设杂志》，第五卷，第3期。

如无过失责任、权利滥用、情势变迁、自由刑、自由法等学说,特别感觉兴趣。这两种论调,在他们西洋,至少可说有五百年的距离,而在我国现时,却可并行不悖,相互唱和,觉得十分协调。所谓自由法、自由刑,不就是上面所引柳宗元、张船山等历代沿用下来的办法吗?所谓无过失责任,我们的民事赔偿,不是从没有过失问题吗?所谓权利之滥用、形势变迁,不就是孔子所说的絜矩之道吗?所有西洋社会思想的一面,无不可在我们的礼教观念里找到根据。不过他们的自由法、自由刑是对十足的概念逻辑而讲的,我们有这个对象吗?他们的无过失责任,是对十足的意志主义而讲的,我们有这个对象吗?他们的权力滥用,是对权利绝对而讲的,我们的权利观念在哪里?他们的社会观念是以19世纪太嚣张的个人观念为对象的,我们跟着他们唱一样的调调儿,未免是无病呻吟。但是我必须声明,我不是说他们的这些社会观念要不得,我的意思是说在这一方面的许多观念,在我们固有观念里都有了根基的,一拍即合,不是我们要致力之处。我们所要费力的所在,还是他们觉得太过的地方。其中最关紧要之处,一是独立人格观念的树立,二是逻辑体系的维护。这是民主法治的灵魂,要使我们的国家追上时代的对症之药。其中详细的节日,我在《近代法律思潮与中国固有文化》这本册子里,已讲得很多,请读者参阅,现在不再赘述了。

### 三、传统方法的批判

#### (一) 成文法至上观念与理性及自由

我们在上面提到,所谓传统的解释方法,有二个要点,一是成文法至上,一是严格逻辑的运用。这是西洋19世纪法学的特征,而成为20世纪法学家攻击的焦点,惹尼主张科学的自由探讨,当然是反对派中站在顶尖上的人物。不过在他对成文法至上的观念加以批判之先,一开始对于那些蔑视成文法的意见,曾先予以严正地驳斥。他说他对于成文法的权威,尤其是民法,绝无丝毫予以否认的意思,有些人往往因

为成文法违反正义衡平而予以攻击,但是我们仍必需暂时忍耐,倘使容许多个人来审查成文法律的正当性,必将导致适用法律的无政府状态。他并说解释法律者应遵守的首要规则,就是要绝对地服从法律,而排除任何人的私见,成文法应当是实证法的渊源而处于最高地位,乃是不可否认的。<sup>①</sup> 所以惹尼对于传统的成文法至上观念的批评,亦不过是认为太过分而已。传统解释,无有不归宿到立法的意思,他们认为法条的规定,可以解决一切,而实则立法者所能见到的,最多不过是立法者当时的现状,在法典完成之初,纵或可以大致适应,但社会的现实,总有一天会超出立法者预见之外的。他们要探求立法者的意思,实则立法者的意思,无法探求,或许根本没有,在无可奈何之中,只得把自己的意见来代替。所以在许多名著里,很多显然是作者个人的主观意见,而强说是立法者原有的意思。这非特使法律本身变了质,而解释者自己的意见,因为要去凑合法条,难于自由发挥,于是必得矫揉做作,勉强附会。<sup>②</sup> 譬如上面提到的法国最高法院民庭 1896 年的判决,采纳了无过失责任主义,这显然不会是将近一百年前立法者的预见,但仍得说这是《民法》第 1384 条第一项所明定。该项规定说:“凡

---

① “Je n’ai pas ici le dessein de contester, à quelque degré que ce soit, l’autorité, reconnue à la loi écrite. . . On a pu s’élever, au nom de la conscience et du droit immanent, contre les lois positives, qui méconnaîtraient les principes de l’éternelle justice ou qui outrageraient l’évidente équité. Il a bien fallu reconnaître, pourtant, sur le terrain du droit positif, que de pareilles lois ne s’en imposaient pas moins, provisoirement, à l’obéissance, et que, permettre à chacun, de s’ériger en juge des dispositions légales, qui heurtent ses sentiments propres ou atteignent ses intérêts, n’irait pas moins qu’à légitimer l’anarchie dans la pratique même du droit. . . Il n’est pas douteux, pour ce qui est de l’interprète, que la première règle de son activité consiste en une soumission entière à la loi, qui se dresse devant lui comme la barrière suprême, écartant a priori, sur les points qu’elle a fixés, tout jugement personnel, toute appréciation tendant à faire échec, dans son application positive, à la solution consacrée d’en haut et pour tous. Aussi, ne songe-je aucunement à mettre en question ici, soit l’importance de la loi écrite, comme source de droit positif, soit la nécessité même de sa suprématie.” Geny, op. cit. t. I. pp. 70~71.

② Geny, op. cit. t. I. p. 67

人非特对于自己之行为应负责任,对于其应负责之他人或占有之物所致之损害,亦应负责。”这仅是同条第二项关于父母对未成年子女之责任,第三项关于雇佣人对受雇人之责任,第四项关于业师对生徒之责任,以及第 1385 条关于动物,1386 条关于建筑物等所致损害应责任的开场白,向来的学说判例,从未予以重视,而最高法院 1896 年的一件判决里,就在这无关宏旨的一项挑出了“对于所占有之物所致之损害,亦应负责”(On est responsable... des choses que l'on a sous sa garde)这一句,认为这是关于无生命物(Chose inanimée)所致之损害,占有人无需有过失即应负责的一般规定。这真是无中生有,断章取义,但在学说判例上,认为是一种光荣的杰作。而在惹尼的意思,就当然认为可以率直地用科学的自由探讨来求解决,不必这样附会做作。所以他说,在承认实证法的权威之余,同时必需留意不要越出他的范围。<sup>①</sup> 成文法不能解决的问题,应当另就其他法源以谋解决,不能勉强。

不过这种法典至上的观念,其根源在哪里? 据惹尼说,这是由于革命时期的政治历史环境。<sup>②</sup> 萨维尼(Savigny)认为法典的订立,在承平时期较为适宜,而法国适得其反,正当政治极其混乱,一切崇尚维新之际,法典的订立,成为革命精神的主要表现。当时的一般人认为人的力量,可以旋乾转坤,一切可以由理性创造,把过去的完全扬弃,而开创一个新的局面。这样一部新创的法典,当然就成为十全十美的权威了。这全是 18 世纪哲学思想的表现。18 世纪的基本思想就是理性万能,意思自主(L'autonomie de la volonté)。就个人而言,其要义就是个人自由,个人自由制度化的表现,就是权利,权利的维护者是法律。就国家而言,其要义在国家自由,其制度化的表现就是主权。国家的主权是大众人民的自主意思,亦就是卢梭的所谓众意(Vloonté générale),而其表达的方式,就是法律。因此,法律至上,亦就是人民

<sup>①</sup> Geny, op. cit. t. I. p. 71. “Mais. En reconnaissant l'autorité légitime de la loi positive, il faut se garder d'en excéder le domaine.”

<sup>②</sup> Geny, op. cit. t. I. pp. 74~75.

至主权之上。<sup>①</sup> 孟德斯鸠(Montesquieu)就说：“政府愈民主，法官的态度愈确定。在民主政府，由于宪政的当然结果，法官必须依照法律的条文。法官依据法律而定罪，要达成这一任务，用眼睛看就够了。”他又说，法官仅是法律的扬声筒。<sup>②</sup> 法国革命时期的立法，全被这种观念笼罩着。而三权分立的原则，于是得能确立。法国的最高法院<sup>③</sup>，创立于1790年，其任务当然是监督普通法院遵守法律而为裁判，不过只能就显然违反法律的判决予以废弃(Contravention expresse au texte de la loi)，对于事件的本身，不能过问。吾民刑事诉讼法均规定非以违背法令为理由，不得上诉第三审(“民事诉讼法”第464条，“刑事诉讼法”第369条)，称最高法院为法律审者，亦就是采的这种制度。不过我们要知道，法国当时设立最高法院，就是以法律至上而自足的观念为出发点的。所谓显然违反法律者，必须要指出其所违反者是法律的哪一条，这意思是说成文的法律已足解决一切问题，法院只要适用妥当就好了，倘有违反，则无异于侵害之法权，应即予以废弃。但倘使普通法院坚持其意见而被二次废弃时，这大概是法律真有不足或不明之处了。不过在此情形，当时的最高法院，不能自作主张，必须声请立法机关解释，因为惟有立法机关，易言之，惟有法律本身，有权解决一切法

① L' autonomie de la volonté consiste, suivant la philosophie révolutionnaire, à ne dépendre d'elle-même. Or, comme nous le remarquons au début, cette autonomie se polarise dans l'individu et dans l'État. L'autonomie de la volonté étatique, c'est souveraineté. Souveraineté et liberté; voilà toute la science du droit. L'autonomie de la volonté étatique, c'est la souveraineté. Elle se définit comme la liberté; c'est un pouvoir inconditionné à l'intérieur vis-à-vis des membres de l'État, qui n'a d'autre limite à l'extérieur que l'égale souveraineté des autres États.

② “Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juge devient fixe. . . Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. . . Le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait; et pour cela, il ne lui faut que les yeux.” Montesquieu, *Esprit des lois*, liv, XI, Chap. III, p. 73. “Les juges de la nation ne sont que la bouche, qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur. Montesquieu, op. cit. liv, XI, Chap. VI. p. 144.

③ 初创立时称为 Tribunal de cassation, 现称为 Cour de Cassation。

律问题。所以法国初创立时的最高法院是附属于立法机关的<sup>①</sup>，最高法院并不是驾凌普通法院以上的最高司法机关，可说不属于司法权的系统，而是立法权的附庸。这种立法解释的情形，到 1837 年方得切实改善。

所以我们可以看到法律至上观念与理性主义或自由思想的关系。所谓自由，就是理性的充分发挥，亦就是意思自由，由意思自由而至意思自主，由意思自主而至主权至上，由主权至上而至法律至上，这是很自然的结论。当然，这种法律至上的观念，在他们西洋发生了不少流弊，在法律科学方面，成为一种阻力，法学的进步，处处受到严格法条的掣肘，以致忸怩作态，不敢大步前进，我们在上面已有申述。在另一方面，亦足以成为极权政治的帮凶。无限扩张的主权观念，对外成为侵略，对内成为压迫。这正和无限扩张的个人自由观念，对社会足以造成混乱，对自身足以造成腐化的情形一样。所以法律至上观念，可以为善，亦可以为恶，端视其是否受制于客观的正义为转移。<sup>②</sup> 这个问题，牵涉到广泛的法律哲学问题，我们暂置不谈。不过除非我们主张革命，成文法的权威，我们终不能不予确认。革命是一种道德行为，本不属于法律范围，既讲到革命，即已意识到现行法律的根本推翻，当然再没有法律问题可谈。<sup>③</sup> 但是除了谈革命，只有谈法律，既谈法律，必须树立起法律的权威。倘使我们厌恶西洋 19 世纪过分的法律至上观念，我们应当更厌恶我们传统上的法律至下观念。庞德(R. Pound)极厌恶美国的法律至上观念，这是我们很熟悉的，不必多所引证。但是

① “Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif”. Lois des 27 nov. — 1<sup>er</sup> dic, 1790. art. 1<sup>er</sup>. Comp. Constitution des 3-14 sept. 1791. art. 19.

② “Ou le droit positif est un effort pour hausser les réalités vers un idéal métaphysique; ou le droit positif n’est que le camouflage de la force. Il faut croire à la justice, ou il faut abdiquer devant la force; pas de milieu.” Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, p. 213.

③ 现时一般人类对于革命一词含义之认识，大致并无不同。站在道德立场上谈革命，同时否认法律的权威。但革命与法治二个观念，终属矛盾，而能同时在我们的现社会流行，乃属可怪耳。

他认为倘使适用法律只有完全机械的,或完全自由裁量的二种方法可以选择,他宁愿选择前一种方法。他说:“只有一个圣人,像路易第九在文逊纳的橡树下那样,方才可以信任而授予法官这样大的权力,使他可以把法律当作原则的指针,而凭其自己的约束,对每一案件获得公正的结果。”<sup>①</sup>韩非亦说:“抱法处势则治,背法去势则乱。今废势背法而待尧、舜,尧、舜至乃治,是千世乱而一治也。”(《韩非子·难势》篇)这是吾国数千年来德治法治的问题,至今还在争论着,而法律的权威,至今无法建立。其中的原因,传统上的人治观念,当然是个基本的阻力,除此而外,由上所述法国经过的情形,可以得到一些线索。我们看到他们法律至上观念之产生,其基础在于对理性的倚信,对自由的崇拜。他们认为理性万能,可以创造一切,而其所创造的,必定是十全十美的,所以对于他们所创制的法典,当然就视为至高无上,完美无缺。他们对自由崇拜,所以对于保护自由意思表达自由意思的法律,当然亦就视为至上无上。反观吾国情形,在我们的传统文化上,这两个观念同样缺乏。讲到理性,这对我们是个新名词,我们过去只有所谓性理,“性,即理也”,什么是性?“天命之谓性。”(《中庸》)什么是理?“礼也者,理也。”(《礼记》)“礼也者,理之不可易者。”(《乐记》)所以礼就是理,亦就是性。什么是礼?“礼者,天地之序也。”(《乐记》)易言之,礼是自然秩序,同时是社会秩序。因此我们的所谓性、理,与秩序

① “Much that has been written by advocates of the equitable theory of application of law is extravagant. As usually happens, in reaction from theories going too far in one direction this theory has gone too far in the other, The last century would have eliminated individualization of application. Now as in the sixteenth-and seventeenth-century reaction from the strict law, come those who would have nothing else; who would turn over the whole field of judicial justice to administrative methods. If we must choose, if judicial administration of justice must of necessity be wholly mechanical or else wholly administrative, it was a sound instinct of lawyers in the maturity of law that led them to prefer the former. Only a saint, such as Louis IX under the oak at Vincennes, may be trusted with the wild powers of a judge restrained only by a desire for just results in each case to be reached by taking the law for a general guide.” Pound, *An introduction to the philosophy of law*, p. 128.

没有分别,明理就尽性,尽性就是守秩序,而社会秩序就是自然秩序。这与西洋人的传统观念,大有不同。<sup>①</sup> 他们的所谓理,乃是一种主观的心理现象,是由于自己人性的发挥,而可获得事物之理的一种内在力量。至于秩序,乃是客观的,而且他们认为宇宙存在着二种秩序,一是自然秩序,一是社会秩序。自然秩序是必然的定命的,既非可以人为创造,亦无善恶价值之分,社会秩序则是应然的,可以人为地予以创造或变更的,而其创造或变更,必须依从人之理性而为善恶价值的衡量。所以在他们的思想上,主观的理与客观的秩序是对立的,自然秩序与社会秩序是分立的,主观的理性力量,既可发现自然秩序的规律,又可创造社会秩序的法则。在我们的传统思想上,理本身就是秩序,现有的秩序就是事物之理,所以理与秩序,均与人的内在理性无关。天命天理与人性人礼均属一体,从人到礼到天,从性到社会秩序到自然秩序均是一贯的,天人是合一的,主观与客观不是对立的,社会秩序与自然秩序是不分的,同一个理之中,就包含了天地人三者一贯之理,这一贯之理,非人之理性智慧所能创造变更或理解,要明了其中的道理,惟有从实践的经验上去体会。从而规律我们社会秩序的法则,与规律自然秩序的自然律一样,只能是由于自然形成的习俗,很少能有创设性的建树。历史上从西汉王莽到清末康梁,没有一次变法能获得成功,其中基本的道理,或就在此。

至于自由,在西洋的所谓意思自由的意义下,在我们的传统思想上,亦可说是没有。有人认为我们的所谓“自得”,与西方的自由观念

① 吾国前国民政府时代的一位国府法籍法律顾问爱司伽篮(Jean Escarra)亦认为自然秩序与社会秩序不会是我们的一个特殊的古老观念,因此产生一种独特的自然法观念,在他们西洋关于这问题的理论中,差不多完全没有的。其原文如下:“L'un des plus anciens principes directeurs de l'ame chinoise est la croyance à l'existence d'un ordre de la nature et à l'efficacité d'une concordance entre celui-ci et l'ordre social. Cette croyance a conduit les chinois à une conception du droit naturel que leur est demeurée propre et qu'on ne peut saisir qu'en faisant à peu près table rase des théories occidentales sur le sujet.”Jean Escarra, *La conception chinoise du droit*, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1935, no. 1~2, p. 9.



是很近似。孟子曰：“君子深造之以道，欲其自得之也。自得之则居之安，居之安则资之深，资之深则取之左右而逢源，故君子欲其自得之也。”这里的所谓“得”，应当就是“德”，“德”与“得”，本来可以互训的。所谓“自得”，就是“行道而有得于心”，亦就是韩愈所说“足乎已无待于外之谓德”的意思《原道》。从何而自得？当然是得之于道，“道也者，由是而之仁义之达道也，天下之达道五，君臣也，父子也，昆弟也，夫妇也，朋友也”。（《中庸》）所以我们的道德观念，总脱不了这伦常格局，而所谓自得者，就是在这伦常关系上深造之以道，功夫化够了，则可取之左右而逢源，亦就是孔子所说的“从心所欲”。从心之所欲，取之左右而逢源，这确实是自由，自由不可没有界限，所以必须正名、定分，亦就是说，在心之所欲的时候，应当有一个分际，定这分际的规律，称之为“礼”。讲到此处为止，其中人有自由的意味。但其所以与西洋的自由观不同之所在，就在这所由自得的伦常关系上。他们西洋的所谓自由，与平等观念是必然相连的。各个人的意志(Volonté)都是一样的，既无轻重之分，亦无上下之别，各人之心之所欲，在质在量，均可自为主宰，没有一个固定的格局加以范围的。当然，自由不能没有界限，不能没有分际，不过他们的分际是在不侵害他人同样多同样可贵的自由，定这分际的，就是法律，这是《人权宣言》第4条对于自由立下的基本原则<sup>①</sup>，亦是康德(Kant)对于什么是法的认识。<sup>②</sup> 所以他们的所谓有自由，完全是由人的自主意思出发的，亦可以说是各人理性的发挥，因为他们的所谓理性，原就包含意志、自由及识别(entendement)三种

① “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles que assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.” La déclaration des droits de l'homme, art. 4.

② “Le droit est donc l'ensemble des conditions au moyen desquelles l'arbitre de l'un peut s'accorder avec l'arbitre de l'autre suivant une loi générale de liberté.” Kant, *éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. J. Barni, 1853, p. 42.

能力(*faculties*),理性就是统摄这三种能力的总力量。<sup>①</sup>这与我们只有在这层级的定局的伦常关系上方能自得的观念,相差很远,而惟其有这相差,他们的自由成为创造的动力,而我们的自得只能成为入德之门,他们的自由以法律定其分际而成为一种制度,我们的自自由礼定其分际而始终仅是一种习俗。<sup>②</sup>习俗之为物,浮泛而少确定性因此由其所定的界限,亦不会很清楚,界限既不清楚,活动就不会很自由。譬如走路,路轨划得很清楚,一望而知其应走的道路,他可以大胆地勇敢地向前走,在这道路上很自由。倘使畛域不清,从表面上看,虽然似乎可以随便活动,但亦随时可以遭遇阻碍。初生之犊,四面乱闯,老成持重者,徘徊瞻顾,八面玲珑者,才得左右逢源。举几个例说,臣不死君,是亏大德,但管仲不死公子纠,孔子称之。齐王馈兼金一百而不受,于宋馈七十镒而受,于薛馈五十镒而受,孟子皆是之(《孟子·公孙丑下》)弃人有其母死而孺子泣者,孔子认为哀则哀矣,哭踊无节,难以为继,于礼不合(《礼记·檀弓》)。大至成仁,小至受馈,末节如哭踊,如何而能恰到好处,实在不容易体会,要能从心所欲不逾矩,孔子要到七十,一般人哪有能这自由!所以西洋人认为成文法是确保自由最有效的工具,确是不无道理。不过我说的这一切,并非在钦慕他们的成文

① “Mais à ces facultés simples (entendement, volonté, liberté) il en faut joindre une composée qui les rassemble toutes, et cette faculté c’est la raison.” Burlamaqui, *éléments du droit naturel*, nouvelle édition, 1820, pp. 2~5.

② 礼的含义是什么?西方人觉得很难捉摸。据爱司伽篮说,胡适之先生认为最好的译文是德文“Sittlichkeit”,他亦没有注明其出处(Escarra, op. cit. p. 17)。不过“Sitt”是什么?庞德认为“Sitt”的含义较“Moral”(道德)为广,而称之为伦理的习惯(Ethical custom),既非法律(Law, Loi, Gesetz),亦非法(Droit, Recht), (Pound, Law and moral, p. 84~85),所以倘说礼就是“Sittlichkeit”,那就亦只能认为是一种伦理习惯,根本没有法的意义。爱司伽篮亦认为礼的含义甚广,从一般的礼尚以至孔子所谓君子的高尚品格,无不包括在内。但他认为由此而论,礼与严格的规范、法律、法,是完全立于对立地位的[“Le caractère li(礼)est en opposition nette avec la regle stricte, la loi, le droit, fa.” Escarra, op. cit. p. 17]。但是吾国一般学者的见解,大有不同,梁任公认为儒家的道就是自然法,“而思应用自然法以立人定法,其所立之人定法,则礼是也。”(梁启超:《中国法理学发达史论》,中华书局,第98页及以后,1957。)梅仲协先生亦同此说。(《法学绪论》)。这个问题,颇费研究,容另文讨论。

法至上观念,这观念有其流弊,现在一般人均能道出,我在上面亦曾提到。他们这种以自由为终局(Finalite)的观念,像康德所说的那种自然抗衡的自由观念,更有不少流弊,这亦就是惹尼及 20 世纪以来许多法学家努力的对象,而要予以修正的。但是就吾国现时的情形而论,实在缺乏需要这样修正的对象,我们需要修正的,恰恰相反。我们的流弊是法律观念薄弱,自由观念不张,法学家应当努力的对象,应当是建立起法律的权威,发扬些自由的意思。我们并非没有自由观念,所谓“自得”亦大有自由的意味,我们能把他们好好地接轨而发扬起来,亦就够了。至于法律观念,前贤论之者尤多,更不费手脚。我想总有一天会有成就的。

## (二) 概念逻辑的基本价值及流弊

传统方法的缺点,除拘泥于条文之外,最受攻击之点,就是概念逻辑。这在德国,在其新民法典未施行前,特别盛行。因为在此以前,德国的法律杂乱不堪,全靠学说上的一套理论来加以凝合而使之系统化。他们没有整套的法律,所以只得用先验的抽象概念作基础,加以严格的逻辑,来建立其法律体系。耶林(Jhering)所攻击的概念法学,即指此而言。在法国则从成文法至上的观念中,当然就产生了概念逻辑。他们的概念法学,就是一方面把法典中的抽象条文用严格的逻辑推演;另一方面,又在法律的各别规定之上,再建立起许多普遍原则,更进而建立起一套理论,由此而构成一个严密的概念网。这个网,在他们的心目中,简直是个天罗地网,无所不包,无所不容,任何事物,无所遁逃了。

譬如凡百权利,必须有一主体,凡人皆为权利之主体,而惟人得为权利之主体。人可分为自然人及法人,法人又可分为公法人与私法人,所谓法律关系,乃为存在于二个主体之间的关系。从这几个概念建构上,我们又可以把法律分为公法与私法,公法是公法人与公法人间,或与私人或私法人间之关系,私法是私人或私法人相互间之关系。因此,县与县有了土地纠纷,是公法人与公法人之间关系,应当依公法

处理,不能到法院打官司。在这样一个简单的例里面,我们就可以看到概念、原则、理论发生的作用:县与县有了财产上的纠纷,我们就可确切地迅速地知道不能到法院打官司,因为二方的权利主体都是公法人,而法院是国家对人民行使司法权的机关。更进而我们知道公法既有规定公法人与公法人间,及公法人与私法人间法律关系的二种,那么县与县间的土地纠纷应当依规定行政区域的宪法来处理,不应当依规定人民与行政官署间法律关系的诉讼法及行政诉讼法来处理。倘使脑子里没有这样一个简单概念网的组织,当事人当然要弄得焦头烂额、手足无措,而宪法、诉愿法、行政诉讼法、民法、法院组织法等法律,在效力上亦要消极地打了个折扣。<sup>①</sup> 由此我们可以先了解一些概念逻辑在法学上所占的地位。

讲到概念与逻辑,这确是我们人类文化的特征。我们今天有一个灿烂的世界,不得不归功于概念及逻辑,而科学能有今日的成就,更是概念与逻辑之赐。这个问题对于我们中国人,似乎很生疏,我在这篇文章里,不想多讨论,但既触及了这个问题,不得不作一简略的说明。

我们要达到任何一个目的,必须使用一种方法。所谓方法,就是把我们的行动在时间上作一个安排。<sup>②</sup> 譬如我要吸一枝香烟,须先把香烟拿起放在嘴里,而后燃火柴,这是比较好的方法。倘先燃火柴,然后再拿香烟,亦是一种方法,但可能香烟还没有送到嘴,火柴已熄了而没有达到目的。所以方法与时间是二个不可分的观念。上帝是永恒的,或许不必使用方法,但如其人格化了,而要达到一个目的时,他须先创造天地,而后再创造男女万物。至于在时间里生活的生物,更不需要使用方法,他必须把他的多数动作,在时间的先后上作一安排。所以不仅人要使用方法,下等动物亦要使用方法。如老鼠偷蛋,一只

① 最近基隆市与台北县因暖林的所属问题提起诉愿、再诉愿、行政诉讼,被行政法院驳回,闻又将向法院提起诉讼。

② “Avoir une méthode, c'est fractionner son activité dans le temps.” Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, p. 45.

老鼠先把蛋用四足抱住,再仰卧在地上,其他一只老鼠然后咬着他的尾巴拉着走,他们偷蛋的目的达到了。这一时间上先后的安排必须要得当,否则不是不能达到目的,至少亦是事倍功半。第一只老鼠倘先仰卧,或许就根本抱不起这蛋,不能达到目的,倘第二只老鼠先咬住第一只的尾巴,当然仍可达到目的,不过第一只的行动先受了牵制,而且多受了被咬住尾巴的痛,不是一种好方法。因此,第一种方法是最好,而所谓最好者,就是最简单而最便利,老鼠就采这种方法。不过动物虽能使用方法,但仅是本能的,对使用方法这回事,或许全无意识,更不能有所创或加以改善。人为万物之灵,是具有理性的动物,非特能有意识地使用方法,且能创造方法,改善方法,而其使用方法之良窳,与其对于时间观念之强弱,有绝对的关系。有人说我们中国人的时间观念很薄弱,所以不讲究方法,这或许很有道理。

我们要运用肢体达到一个目的,既不能不用方法,要运用心智探求真理,当然更不能不用方法,而方法之为物,必须求其简便,愈省时间,愈省精力,而愈易达到目的。如何能使方法简便呢?曰,建立概念系统,这是一种运用心智的方法,那更是人类的特征了。宇宙间万百事物之错综变幻,匪夷所思,倘都靠经验个别具体的来认知或了解,势必极为有限,所以只能用抽象的公式,来代替真实的事物,再从其抽象形式上求其了解,就要方便得多。譬如我们要知道二个物体所占空间的形状如何,大小如何,位置如何,这是很难由经验体会出来的,纵使能体会出来,亦不会很准确,所以我们就从所有一切物体中提出点、线、面三种原素,由点了解其位置,由线了解其大小,由面了解其形状——把这些概念组织起来,再寻求其关系,我们就立下一个原则:二个三角形,倘二边一样长,其夹角一样大,则其另一边亦必一样长。这一边不论是一个湖的二对岸,一座山的对麓间,或任何其他情形,这条线有多少距离,就可以用这样抽象的方式来了解。A与B两种物体的关系,用A'与B'的方式来代替,找出了A'与B'的关系就可知道A与B的关系。为什么要这样间接地兜个圈子呢?因为A'与B'的关系简

单得多,方便得多。<sup>①</sup> 这是中学里讲的几何学,亦就是大学里所研究的科学。过去有许多人强调研究法学的方法,就是几何学,我们今天当然不能再作如是观,但其基本规格,大致相差不远。<sup>②</sup> 法学是在人群社会关系中寻求其真理的学问。这种关系更是万分复杂,更需要建立概念和原则,如君严臣忠,父慈子孝,兄友弟恭,己所不欲勿施于人,这都是些概念和原则。但是这种概念和原则,过于浮泛,难于切实使之实现,所以又建立了法律上许多简明确切的概念和原则。譬如“民法”第920条规定,因被诈欺或压迫而为意思表示者,表意人得撤销其意思表示。这里面包括了诈欺、压迫、意思表示、撤销等概念,用这几个概念组成这样一个原则后,则不论表意人是承诺人或要约人,解除权人或选择权人,物权行为人或债权行为人,一切之法律行为当事人,只要是受了诈欺或压迫,就得撤销,实际上所可解决的问题,无虑万万数。不过这里面几个概念的含义,必须厘定清楚,何谓诈欺?何谓压迫?诸如此类,都需有个界说,这就有赖学说上的理论来补充了。19世纪的法学,就充满了这样的概念组织,直到现今,相差并不很多。读者知道,我举的“民法”92条的例,是我们的现行民法,亦是19世纪的民法。

① Poincaré. *Valeur de la science*, p. 262. et. s. “ L’expérience nous fait connaître des relations entre les corps; c’est là le fait brut. Ces relations sont extrêmement compliquées. Au lieu d’envisager directement la relation du corps A et du corps B, nous envisageons trois relations distinctes: celle du corps A avec la figure A’, celle du corps B avec la figure B’, celle des deux figures A’ et B’ entre elles. Pourquoi ce détour est-il avantageux? Parce que la relation de A et B était compliquée, mais différait peu de celle de A’ à B’ qui est simple. La relation entre A et B était une loi brute, et elle s’est décomposée: nous avons maintenant deux lois qui expriment les relations de A et A’, de B et B’. C’est l’ensemble de ces principes qu’on appelle géométrie. ”

② “Si le seul but digne de l’activité humaine est la conquête de la vérité, nous ne pouvons nous rapprocher de ce but inaccessible que par des synthèses toujours plus vastes. ” Emile Borel, *L’espace et le temps*, p. 39. “La science a donc le tempérament abstracteur et centralisateur, ... Les opérations de la science rationnelle sont une constante réduction de lois expérimentales et de théories fragmentaires au même dénominateur; ce commun dénominateur, c’est l’unité de l’esprit humain, miroir, croit-il, de l’unité du monde. ” Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, p. 79.

而且我可以这样说,我们的科学愈进步,我们的概念将愈抽象,原则只有愈广泛,逻辑亦只有愈严密。<sup>①</sup> 倘使我们要看到他无概念非逻辑的另一面,应当回溯到19世纪以前去。我们对于外界事物所得的意识,最初的来源是由于物质的感觉,由感觉的认识再在心智上把他抽象化、概念化、而成为一种智识。这种心智上抽象化的概念,很难把握,所以又降而为物质的,再由这物质的感觉进一步抽象化、概念化,而又把这抽象概念再具体化,如是循环不已,而表现了我们人性的复杂性及统一性。从法律方面讲,我们意识的具体化,首推方式化(formaliser),就是把我们的意识用言语文字等方式表达出来,罗马时代有许多法谚及Stipulatio中像演剧背台词那样的方式,即属此类。我们民间亦流行许多古训、谚言,亦是同一种意识的具体化。另一种的意识具体化是仪式化(symboliser),如罗马时代的Mancipatio。买受人要拿一个金属片把天平秤打一下,再交付出卖人,这一仪式完成后,所有权就移转了。我们仪礼中所载的一套仪制,更是五花八门,像是演戏,亦属此类。这是二种很粗陋的意识具体化的方法。接着又是进一步的概念化,就是把多种不同或相同的事物,分种别类,建立概念,更联系多种概念成立规范、原则,更进而把他们系统化,这样抽象而抽象,概括而概括,以至于可以一个简单的公式来统括万千的现象。<sup>②</sup>

我对抽象概念逻辑系统讲了这些好话,当然是表示对他很仰慕,因为我是个中国人,对于自己文化里缺乏的东西,更是看得稀罕,更是

---

① Plus la connaissance sensible et concrète s'efface, dans une discipline donnée, devant la connaissance rationnelle, plus cette discipline devient scientifique. Renard, op. cit. p. 89. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 6<sup>e</sup> conférence. *Le droit et sa technique*, pp. 133~140.

② "For the most part primitive law is made up of simple, precise, detailed rules for definite narrowly defined situations. It has no general principles. The first step toward a science of law is the making of distinctions between what comes within and what does not come within the legal meaning of a rule. But a body of primitive law also often contains a certain number of sententious legal proverbs, put in striking form so as to stick in the memory, but vague in their content." Pound, *An introduction to the philosophy of law*, p. 101.



仰慕。但是,我的仰慕,是以其为方法而仰慕的,我们当然不能把方法就当成了目的。在另一方面,用这方法是否就能十足达到我们的目的,当然亦还是问题。因为概念是概括抽象的,其本身并不是真实<sup>①</sup>,好像一个人的照像,照像不就是人,不过其中不无真实的成分而已。所以建筑在概念上的科学原则,当然亦不会完全符合真理,其间的距离究有几何?谁也不知道,不过我们可以说,其综合的范围愈广,其原则愈抽象,所含的真理亦愈多。数学是最抽象概括的科学,其与真实间的距离亦最近,物理、化学已是以数学的量来表示质的科学,其所表示的质是否真实,已是问题,地球自转一周为 24 小时,水是氢二氧一,这是真实吗?狄爱姆(Duhem)曾说:物理原则是差不多的数学(La théorie physique est un mathématique de l'à-peu-près)<sup>②</sup>,当然就不完全真实。不过这还是就自然科学而言的,我们是否知道这定律固属问题,但其定律是存在的,而是确定不变的,那是没有问题。自然秩序是全受因果律支配的,被必然的不变普遍定律所控制的,我们是否知道这定律固属问题,但其定律是存在的,而是确定不变的,那是没有问题。自然科学家运用其理性智慧设定的原则,虽不能说就是自然秩序中存在的真理,但自然秩序中存在的真理既是普遍而固定不变的,则只要能扩充其原则的普遍性,总可以逐渐接近真理。<sup>③</sup>至于社会秩序,就牵涉到了人的问题,各个人有其个别性,社会秩序就不像自然秩序

① 关于此点,各家见解亦不同。(1)Descartes 认为科学的定律就是真实(realite),理性构成的定律与经验律(Lois experimentales)是相等的。所以依这派的意见,科学上的概念有其实质上的价值。(2)如 Edouard leroy 相反的把经验与理性相对立,认为科学定律并非真实,科学的定律仅是获得真理的工具,譬之捕鱼的网,而并非就是鱼。(3)如 Newton, Duhem, Poincare 等认为科学的概念,乃是真实事物的表现(Representation),他与真实并非同一,仅是真实的影子,其中有些真实,似乎是真实,但不就是真实。虽不全是真实,但总有些真实存乎其间,科学愈进步,其概念愈接近真实。参阅 Renard, Le droit, la logique le bon sens, 20<sup>e</sup> conference, La valeur des théories. pp. 58~64。

② Duhem, *Théorie physique*, pp. 214~215.

③ Renard, op. cit. pp. 65~66. "Le progrès de la science rationnelle est une approximation constante de l'inattingible nature des choses." p. 61.



之具有普遍性,人是有意识的、有理性的,其与任何事物间的关系,都可自作主宰而具有特定的目的,所以亦不像自然秩序受因果律之支配而具有必然性,法学家要运用他们的智慧来建立一个原则,普遍的适用于各个不同而随时变易的具体事物,其与真理间的距离就可能相去甚远了。譬如统计,这是就许多个别现象折中而求得的结论,这是最抽象的结论,亦是最靠不住的结论。美国杜鲁门当选总统,全出于民意测验结果之外,是统计的一次严重失败。香烟是癌症的原因,是由统计得来的结论,所以人们不相信,公卖局的香烟仍有销路。马克思认为自由经济导致资本集中,由此推论,集中到最后,必然一切归之国家,而出现共产。今天我们看到的结果,恰恰相反。法律科学所追求的真理是正义(Justice),正义这个理念,实在太流动不居而太不明确,我在上面讲到自由的时候,虽举了几个例,说明我们的先圣先贤要体会到正义之所在,是如何地不易。孔子至七十始能从心所欲不逾矩,以孔子之至圣至贤,亦需下七十年修身力学的功夫,方能得心应手,摘来便是,亦可见正义这个理念之不易捉摸了。但在社会规范之中,亦惟有道德规范是最接近正义的了,其间的关系,有如数学之与自然界之实理。至于法律乃是具有普遍性及确定性的原则,以之来追求这样一个流动不居的真理,其间的距离就可想而知了。不过天下事利弊总是相乘的。管子曰:“求多者其得寡,禁多者其止寡,令多者其行寡……故未有能多求而多得者也。”(《管子·法法》篇)禁必欲止,令必欲行,法令是要能普遍确切施行的,所以他的标准是一个上不及尧舜,下不为桀纣的中人,在其适用时,亦只能在普通一般情形下有其准确性。这不仅在规律社会秩序的法律为然,就是规律自然秩序的科学原则,亦不能完全合乎真理,我们在上面已有申述。所以我们对于法律上的原则,只能希望做到忍受最小限度的不准确,而求得最大限度的

便利。<sup>①</sup> 这最小部分的不准确,庞德(Pound)称之谓依法律谋求正义不可避免的副作用(An inevitable by-product of justice according to law)。<sup>②</sup> 吾国晋朝的一位大法官杜预,早在千余年前就指出了这点,真是难得。他说:“法者,盖绳墨之断例,非穷理尽性之书也,故文约而例直,听省而禁简。……厝刑之本在简直,故必审名分,审名分者必忍小理。……今所注皆网罗法意,格之以名分,使用之者,执名例以审趣舍,伸绳墨之直,去析薪之理也。”他这一段话,把法律的性质及作用,真是一言道破,尤其他所谓“法非穷理尽性之书”、“审名分者必忍小理”这二句,更是西洋来从法律哲学上讨论的主要课题。

但是可惜得很,在19世纪,西洋的法学家把概念逻辑上的真理看得太重了。社会不断进步,正义的目标亦随时移动,杜预所说必忍的小理,可能变成了不可忍的大理,庞德所说的不可避免的副作用,可能抵消了很大部分的正作用。巴司脱(Pasteur)说,正确的科学原理可以预示将来发生的新事物,不正确的科学原理则不能<sup>③</sup>,这是就自然科学的原理而言的。至于法律科学上的原理,纵使其为正确,亦无法预示将来,因为他所追求的目标是变移不测的。所以惹尼在批评传统解释方法时说:这种方法在充实法律的内容,以及使许多衡平原则(如己所不欲勿施于人之类),可以确切至于实现方面而言,当有其需要而极为正当,其流弊则在于把暂时的主观的概念,当作了客观的永久的真实,因此而把全部实证法的系统,纳入特定的几个逻辑类型之中,成为刚

① Renard, *Le droit, la justice et la voloté*, p. 131. “Nous ne demandons pas à nos représentations juridiques d’être exaccées. Nous leur demandons seulement de réunir au mieux deux qualités à peu contradictoire: le maximum de commodité compatible avec le minimum d’inexactitude.”

② Pound, *Law and moral*, p. 79.

③ “Le proper des théories erronees est de ne pouvoir jamais pressentir les faits nouveaux. . . Le proper des théories varies, au contraire, c’est d’être l’expression meme des faits, d’être commandées et dominées par eux, de pouvoir screment prévoir des faits nouveaux.” Descour, *Pasteur et son oeuvre*, p. 167.

性的教条,不能适应正义或社会生活的需要。<sup>①</sup>他又说:这种原则原理的建立,在运用法律上易于下手,当然不可否认,不过这些普遍性的原则,全是主观的假设,而是以并不是真实的概念为基础的,倘使法学和数学一样,那是没有问题,无奈法学是要解决社会现实生活问题的,倘用这种完全抽象的公式来演绎,如何能适应呢?纵使说社会是个有机体,但一个有机体各部分间的关系,亦不是一种逻辑的关系,生物学上应用的方法,就不是逻辑。<sup>②</sup>所以在一方面,概念逻辑虽是科学,亦是法学的特征,没有概念逻辑,就不成其为法学;在另一方面,概念逻辑

---

① “J’irai plus loin, et j’admettrai volontiers que les principes, soit trouvés dans la loi, soit dégagés des volontés particulières, soit suggérés par l’équité, gagnent souvent une plus grande sûreté d’effets et une plus puissante fécondité d’action, à revêtir, par abstraction et généralisation, la forme technique de conceptions proprement juridiques, qui les sépare des contingences de la vie pratique, pour les constituer à l’état de forces créatrices autonomes. En quoi consiste donc seulement l’abus, que je signale ici, dans les procédés logiques de la méthode traditionnelle? Cet abus consiste, si je me trompe, à envisager, comme douées d’une réalité objective permanente, des conceptions idéales, provisoires et purement subjectives de leur nature. Et, cette fausse manière de voir, qui, à mon sentiment, nous représente comme un vestige de l’absolu réalisme du moyen âge, aboutit à faire tenir, a priori, tout le système du droit positif, en un nombre limité de catégories logiques, qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fonds, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s’assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie. Ainsi, d’un côté, objectivation absolue et immuable des conceptions; de l’autre, et par une conséquence nécessaire, limitation aprioristique des catégories juridiques; tels sont les véritables excès de la méthode courante, excès que je devais caractériser, avant de les combattre.” Geny, op. cit. t. I. pp. 128~130.

② “Sans doute aussi, il appartient à la science de dégager ces éléments, d’en extraire la substance proprement juridique; d’en ramener les agencements à un petit nombre de types, qui en simplifient le jeu et en facilitent l’adaptation à la vie. En ce sens, on a justement vanté la construction juridique.” Vainement, d’ailleurs, essaierait-on de coordonner les conceptions juridiques, comme les autres facteurs de vie, sociale, dans l’hypothèse d’un organisme... Et, les conceptions a priori, fécondées par la déduction à outrance. Ne deviennent pas plus légitimes comme procédé objectif de découverte, dans la sphère du droit, qu’elles ne seraient dans les sciences biologiques, par exemple.” Geny, op. cit. t. I. pp. 131~133.

亦成为法学的枷锁,往往使法律与社会正义脱节,而其症结之所在,就是把方法当作了目的。法律科学之所以异于自然科学者,就在这目的观念,既讲目的,当然就发生价值问题。自然科学能把自然现象解释清楚,能找出了其中的因果关系,已是尽其能事,法律科学则是以实现正义为目的的。法律上的原则原理能使正义实现,固是好,而在一般情形下,应当能办得到的,纵有些出入,亦是不可避免的副作用,我们应当忍受,但若盲目地使用方法而不顾目的,当然就发生了流弊,这亦就是惹尼所谓“抽象逻辑的滥用”(Abus des abstractions logiques)。不过说也奇怪,学法律的人,似乎独擅抽象,尤其是学民法的。我们试翻阅一本任何民法学著述,满纸术语,语语逻辑,没学过法律的人,当然是不知所云,就是有些训练的人,亦难一目了然,总得要费些思考,把这些抽象概念就具体事物体会一番,方能真正了解。但是学法律的人,往往忽略了这一番体会。这是病态?我说这是常态,这是学任何科学的人的常态。倘使就每一个抽象公式,要逐步地回溯到具体事物求其了解,那么科学原则的功效就全丧失了。我在上面曾说,科学原则的效用,首在便利,可以节省思考,如其仍要从头加以思考,又何贵乎其有科学原则?譬如说,契约以当事人之意思表示一致而成立,这是一个极简单的原则,学法律的人要知道的是何谓意思表示?何谓要约?何谓承诺?明示与默示是否一样?怎样才算一致?意思表示一致了,契约就成立,不一致即不成立。契约成立了,就要发生拘束力,双方有依约履行之义务,乃属当然。我们倘使问一个学法律的人,法律为什么要规定契约当事人有履行之义务?他可很快地回答说,因为双方当事人意思表示一致,契约成立了,当然就要发生效力的,这是一个很完满的答复了。倘再问他为什么法律规定双方意思表示一致就要成立契约而发生效力呢?他要稍费思索了,但他仍可很自然地回答说,根据契约自由之原则,双方意思既属自由表示,就应当受拘束,倘再打破砂锅问到底,为什么自由表示的意思,在法律上就要受拘束?这个!这个问题不属法律范围了,他只能这样脱身了。他这样脱身的态度对不对呢?我认为没有什么不对。法律科学,到此为止了。意思

表示一致也,债务人之给付义务也,契约自由也,都是些抽象公式,法律科学上研究的,到此为止了。我最后一个问题问为什么自由表示的意思在法律上就要受拘束?意思是问自由意思成立的契约,是否就是正义的实现?这个问题,学法律科学的人很少去考虑。所以讲到契约问题,只谈到意思表示是否自由?是否一致?这是法律。但是我们知道,双方当事人的自由意思,在一般情形下虽可得到自然的平衡,而合乎正义,但在某些特殊情形下,可能与正义离得很远,倘使株守了契约自由之原则,用逻辑推演,势将根本违反了法律的目的。惹尼在批评滥用逻辑时,曾举了三个例子<sup>①</sup>,藉以说明法国当时的学说,如何地在滥用逻辑,而由此我们亦可以看到惹尼所反对的概念逻辑,究竟是指什么情形而言的。他举的第一个例子是关于权利之主体的(Sujet des droits)。他说:任何私权都是为人的利益而设定的,这是极简单明了的事,由此而建立了权利主体的概念,这对于阐明法律的规定及补充其缺漏,很有用处,倘能严守其符合事实的范围,当然无可非议。但那些教条主义者则不然,他们从权利之主体上推论,认为任何权利,必须有一现时存在的主体,于是而获得如下的结论:在权利发生时,如其人尚未出生,即不能享受权利。就纯逻辑而言,这是没有问题,就普通情形而言,权利发生时,应当已有一个主体存在,亦没有问题,就普通情形而言,权利发生时,应当已有一个主体存在,亦没有问题。但倘有继承开始,或对胎儿为遗赠或赠与,胎儿亦就不能享受了吗?曰,不然,《法国民法典》第 725 条及第 906 条规定,关于继承遗赠及赠与,未出生之胎儿亦得享受。不过这些规定,无非是针对事物需要而为之规定。由此而论,如其再有其他情形,为胎儿之利益需要享有权利,而无背于公共秩序时,胎儿又何曾不能享有,又《法国民法典》第 1048 条至第 1050 条,第 1053 条及第 1082 条等,规定在某种特殊情形下,胎儿可以享有权利,这都是就实际需要而为之规定,并无逻辑问题存乎其间。不过传统的解释则认为这些都是逻辑上原则的例外规定,既是例外,

<sup>①</sup> Geny, op. cit. t. I. pp. 135~144.

则必法律有特别规定,无规定者,即不能随意增设。但惹尼认为,既讲逻辑,立法者亦不能增设例外而变更其结论,所以法律的这些规定,都是就实际情况需要而为之规定,并非逻辑上原则或例外问题。传统方法为求其逻辑上的一贯,又建立了一个法人的概念,这更是一种主观的假想,毫无客观事实的根据,在这个法人的概念发明以前,许多同样的集合体不是早有其法律地位了吗?这种完全为了逻辑上的需要而虚构的东西,徒足以引起许多不必要的问题,而阻碍法学的进步,如对于法人的人格的解释,众说纷纭,莫衷一是,合伙及夫妻共同财产是否法人,更是争论不休。

惹尼举的第二个例子是物权与债权的区分。他说:人生于世,需要有物质的生活,而需要有财产,那是很显然的事实。如何能达到这目的呢?一种是由物直接取得其利益,是为物权;一种是由他人之行为间接取得其利益,是为债权。这一区分很正当,对于法律的系统化亦很有帮助。但是学说上对于这二种权利,又加上许多主观的先验的概念,如说物权有追及效力、优先效力、对世效力,债权没有。这些不同之点,不知从什么逻辑推论出来的。有人当然回答说,因为物权是直接地绝对地存在于物的,而债权仅能对特定债务人主张,只能间接地及于其财产。但这些岂非正是这二种权利区分的理由,又为什么要说追及、优先、对世呢?这亦徒足表示其做作虚伪而已。为不动产租赁权为债权,但法律规定其有追及效力(《法国民法典》第 1743 条),这又将如何解释呢?有人又说,这是例外情形,原则仍是原则。但逻辑是不会让步妥协的,稍加破坏就是全部垮台。<sup>①</sup>

惹尼举的第三个例是关于财产这个概念的(*Le patrimoine*)。这是 Aubry et Rau 的创作。<sup>②</sup>他说财产是人格的附丽,是一个人格者法律上力的表现,而由此得到下列三点结论:(1)财产是一个整体,有不可分性;(2)不能与其主体分离,无论以生前行为或死后行为,不得让与;

① “La logique ne transige pas! porter la moindre atteinte, c’est saper, par la base même, tout son édifice.” Geny, *op. cit.* t. I. p. 141.

② Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5 édition, t. IX, pp. 333~382.

(3)只能由继承移转,因为继承人是被继承人人格之继续。这些理论的权威性,虽至今不衰,其建构虽极精巧,但终究仅是一个虚空的概念,而把一个很简单的真实,无谓的予以变质而破坏了。把一个人的各种权利及债务,当作一个整体看,当然有其需要,对于继承财产之移转,债务人财产之强制执行等,均有助于了解,但与人格观念一混之后,非特无益,且极有害。无益者,有许多情形他自己亦无法解释,有害者,阻碍了实务上的发展。

以上是惹尼举的三个例子,我大致是意译的,没有加入什么补充或自己的意见。不过其中有些地方没有详细解说,读者或许还不能十分了解其攻击重心之所在。我再另举一例,加以较详细的说明。如即时取得(*En fait de meuble possession vaut titre*)(吾“民法”第801条,《法国民法典》第2279条),目的在保护公众利益交易安全,其理至明,其情至真,以之来解释这个原则,其理由亦足够坚强了。但在法国的传统学说上必须把他纳入另一个系统,似乎任何一个原则不能有独立存在的理由。所以有的说这是即时完成的时效(*Prescription instantanee*),有的说这是法律上的视为(*Présomption irréfragable*),有的还说是法律上的推定(*Présomption simple*),有的更说这是法定的取得(*Acquisition lège*)。第一说与时效观念完全冲突,既说是时效,应当有期间之经过,即时与时效二个观念就是矛盾的。第二第三两说,更起争执。二者同是 *Présomption*,一不容反证推翻(视为),一可容反证(推定)。就立法的真意而言,当然不容反证,但亦无法说这一定不是另一种 *Présomption*。实务上就至觉为难,于是用了个取巧办法,先认定这是 *Présomption simple*(推定),但认为其所推定者为无瑕疵之占有,并非推定其所有权,故如其占有的事实上为无瑕疵,即不能以反证推翻。这一圈子兜过来,等于说这是 *Présomption irréfragable*(视为),这是多么无聊。至于第三说,更是等于没有说,这当然是因法律有规定而取得的,用不着多讲这一句,这不成其为一种解释。实则这一原则,乃是自明之理,目的在求交易之安全。种种解释,实属多余,而徒



使解决实际问题时,增加困难。<sup>①</sup>

从上面这几个实例里,我们可以看到惹尼所厌弃的概念逻辑,是指哪一种情形而言的了。他不过是说概念与逻辑,不能滥用,并非是把概念与逻辑排斥于法律科学之外<sup>②</sup>,正和权利滥用一样,说权利不能滥用者,正是承认权利观念之存在,绝非予以排斥,惹尼作此郑重声明,还在一个小注里为耶林(Jhering)剖白。他说很有些人认为耶林排斥概念法学,法学上不要概念逻辑了,那是误会,他有些地方为要说明逻辑与目的二种方法之对立,把一方的坏处讲得过分些罢了,况且他自己对于这点亦曾有过声明的。<sup>③</sup>但是滥用与否的界限在那里?怎样才算正当?如何谓之滥用?我想惹尼之所谓滥用,与一般之所谓滥用,含义并无不同。所谓滥用,就是违反了目的。最明显的,如权利之滥用,就是行使权利而违反了权利之目的。吾“民法”第148条规定:“行使权利,不得以损害他人为主要目的。”行使权利,是一种方法,目的在于取得生活上之利益,在其行使之时,多少不免于人有所不利,我在我自己的土地上建起一所楼房,邻居家里的光线就受影响,那是没有办法的事,那是“不可避免的副作用”,土地所有权的目的是,本来就是

① Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, refondu 1953, t. I. pp. 1073~1074.

② “Assurement, il ne saurait être question de banir les raisonnements et les procédés logiques de la science du droit positif non seulement dans l’adaptation qui lui incombe des règles de droit aux faits de la vie, mais encore dans l’œuvre d’interprétation, qui est proprement la sienne, par rapport aux diverses sources des solutions juridiques. Même l’emploi des principes généraux, induits d’éléments particuliers, et suivi rigoureusement dans la déduction de leurs conséquences, est pleinement justifié, quand il tend à développer, suivant la direction d’une intention bien reconnue, une volonté qui s’impose, que ce soit la volonté souveraine, exprimée dans la formule de la loi ou dégagée de son esprit, ou bien qu’il s’agisse de volontés particulières, inspirant les actes juridiques, dans les nombreuses parties du droit privé, abandonnées à l’autonomie individuelle.” Geny, op. cit. t. I. pp. 127~128.

③ Geny, op. cit. t. I. p. 127. no. 2. “C’est bien à tort que l’on a parfois attribué cette idée à R. von Jhering, sur la foi de certains passages de ses œuvres. . . — Il est clair que ces passages, destinés à montrer l’opposition des deux méthodes dialectique et téléologique, ontrent de parti pris, les méfaits de la méthode reprouvée. — D’ailleurs, von Jhering lui-même s’est expliqué sur ce point. . .”



给所有人造房子的。但是倘我毫无意义地筑起一垛高墙,目的即在遮蔽邻居的光线,这就违反了土地所有权的目的是,是之谓权利之滥用。法学上的概念逻辑,亦仅是一种方法或技术(technique),目的在于实现正义,倘使把目的置之度外,尽在求概念的确切及逻辑的一贯上下功夫,是之谓滥用逻辑。所以惹尼说:这种抽象逻辑及主观概念的法律技术,在科学理论的建立,固有其必要,此外更可促进实务上的进步,而导致新问题的解决,充实法律制度的内容,在这种意义下,逻辑的建构,在一切实证法的方法上,占有主要的地位。不过有一个条件,就是不要忘记这都是主观的想像的,在科学上仅是假设(hypotheses),只有在合于法律的目的及实际生活的范围内,方可接受,否则即应放弃。<sup>①</sup>他又说:“所有一切的弊病,由于没有把正义或效用的原则(Principes de justice ou d'utilite),与技术方法分清。原则是普遍的,

---

① “C'est qu'il faut à la science une forte systématisation, qui en relie les diverses parties, rattache les effets aux causes, et fonde le tout en une unité harmonique. Ici, précisément, intervient la technique juridique, avec ses procédés de logique abstraite, ses conceptions a priori, sa dialectique serrée, ses constructions idéales. Faut-il se borner à lui reconnaître une utilité purement dialectique et théorique? On a paru le penser dans la champ de ceux, qui ont cherché récemment à réagir contre les déviations de cette technique. — Tel ne serait pas cependant mon sentiment. Indépendamment de leur rôle dans l'édification théorique de la science, j'estime que les abstractions logiques peuvent et doivent faire progresser la pratique et conduire à la découverte de solutions nouvelles, en fécondant les raisons, toutes concrètes, des institutions, au moyen de conceptions, qui jouant à leur égard le rôle d'idées forces, permettent d'en tirer des effets inaperçus ou d'y rattacher de plus équitables conséquences. En ce sens, les constructions logiques doivent conserver leur rôle capital dans toute méthode de droit positif. Mais, une condition s'impose, et s'impose absolument, pour les maintenir dans les limites, qui, seules, en justifieront et en légitimeront l'emploi, est que notre science ne perde jamais de vue le caractère, essentiellement idéal et subjectif de ces procédés, qu'elle se résigne, par conséquent, à n'en tirer que de simples hypothèses. Toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement où elles facilitent l'œuvre téléologique de la jurisprudence, prêtes à s'assouplir et à se transformer devant les exigences de la vie au besoin, même, à céder sans résistance à l'évidence du but pratique qui les contredirait.” Geny, op. cit. t. I. pp. 145~146.

不变的,惟在适用的枝节方面,因社会情况而有不同。至于技术方法,乃是以主观概念为基础的,仅是科学上的假设,其存在的理由,惟在使原则实现,所以非在合乎实现其目的范围内,毫无价值可言。<sup>①</sup>

惹尼的这些意见,确是十分中肯,耶林(Jhering)有些话怎样过分而使人发生了误会,我不清楚,不过惹尼的话说得很清楚,他每要批评到概念逻辑的流弊时,总必先讲几句概念逻辑的必要及重要性,他的用意,或许就惟恐读者像对耶林一样发生误会吧?实则概念逻辑上的真理,虽不就是全部的真理,但要求真理,不能不用概念逻辑,这在自然科学是如此,社会科学亦复如此。原则之设定,像是钱币的铸造,一块银元上面刻了七钱二分,内中是否真的含有七钱二分白银?未必见得,但我们使用的时候,既是很方便,亦就不必多问了,倘使没有这样的铸造,要就每块银子考问其是否十足纹银,秤准分量,那就非银楼专家莫办。我们把一块银币当他七钱二分纹银使用,不过是为了便利,稍许不足些,亦只得忍受。但倘这银币里含的铜或锡太多了,敲敲不响,看看不亮,倘有人仍把他当着宝贝收进,那他必定是个大傻瓜,倘把他仍当七钱二分银子使用,必定遭人厌弃唾骂,不会有人接受了。所以在运用概念逻辑的时候,虽不必要摆出银楼专家的姿态,但亦应当具有小市民的识见,不论他是一个原则或是一套理论,倘其无补于事物真理之获得,就应当放弃。放弃了之后怎样呢?当然要另谋出路。出路的哪里?惹尼所指出的一是成文法以外的其他法源——习惯,判例,学说;次之,就是他所独创的科学的自由探讨了。关于这些,待以后再作讨论了。

① “Tout le mal, en définitive, est venu de ce que l'on a confondu deux choses, fort distinctes: d'une part, les principes de justice ou d'utilité universelles, immuables dans leur essence, mobiles seulement dans les détails de leur application, et suivant les conditions sociologiques; d'autre part, les procédés techniques, n'ayant de raison d'être que la mise en oeuvre de ces principes, conceptuels par leur origine et subjectifs par leur nature, se ramenant en définitive à de simples hypothèses scientifiques, par suite n'ayant de valeur sérieuse que dans la mesure de leur adaptation, plus ou moins parfaite, à la réalisation du but fixé par l'équité suprême, et destinés à progresser sans cesse dans le sens d'un plus complet développement de leur mission technique.” Geny, op. cit. t. I. p. 147.

### (三) 概念逻辑在吾国\*

在此我要先说明一点,逻辑中的最重要部分,不外归纳与演绎,西洋 19 世纪所滥用的逻辑,就是这二部分,惹尼及德奥自由法运动所攻击的,亦都是指此而言的。<sup>①</sup> 其中以演绎为尤甚。所谓法学就是几何学,法学就是三段论,都是逻辑的演绎造成的。因为演绎所得的结论,绝不能超越其前提原则的范围,所以演绎不过是原则的阐发,最多只能做到原则以内的发现(*decouverte*),决不能在原则以外有新的发明(*invention*),对于原则本身是不会发生影响的。因此,抱成文法至上自足主义者,就乐此不疲了,至于归纳,就其所得概括原则解释,当然可以扩及已知事物以外的新事物,但这只有在自然科学上有其价值,因为归纳是以自然同一律为基础的,在自然现象,一切原因,在同一条件下,必生同一的结果,一切结果,在同一条件下,必是出于同一的原因,所以从由少数现象观察抽象所得的原则,可以容涵具有同一条件的其他现象。社会现象绝不会有这样的一致性,由少数现象所得的原则,是否即能容涵其他的同一现象,就大成问题。窃钩者诛,窃国者王,同一窃也,但必须各别纳入一个原则,不能由同一原则来解释。19 世纪的法学家,往往不此之图,总希望把许多不相干的问题,勉强纳入一个原则,矫揉做作,当即难免,从而引起了许多反感,这是所谓概念法学的真面目。至于逻辑中的类比推理(*Analogie*),是从二个特殊现象之间,发现其相似之点,而使之适用同一原则而发生同一效果的方法。譬如二个西瓜同是大的、圆的,花纹很清楚的,就推定它们同是甜的。这样的类比,可以把甜的这个结论,扩及所有具有相似之点的其他西瓜。在求真理方面讲,这是一种很靠不住的方法,但在扩充适用的事例上说,这是极有用处的。所以类比推理在自然科

<sup>①</sup> “Tous les efforts poursuivis, toius les travaux accumulés, toutes les discussions entreprises, sur ce thème(自由法), par les jurisconsultes allemands, n’ont pas abouti à une synthèse, qui valçt même la formule, si simple of si pleine à la fois. Del’articalle 1<sup>er</sup> du Code civil suisse.” Geny, op. cit. t. II. p. 401.

\* 这一部分与本书第 160 页第四部分完全一样,为保持作品的完整性,未予删除;类似情形也发生于其他篇章,希读者注意。——编者注

学上价值很小,在法律科学上,则价值极高,尤其是民法,刑法当属例外。这种方法,在19世纪法律自足的观念下,亦普遍应用,不过仍认为是法律本身的解释而已。20世纪反对概念法学的学者,更视之如至宝,但不认其为法律本身的解释,惹尼就把他当作科学的自由探讨的重要方法。<sup>①</sup> 这个问题,非常复杂,本文不能详述。现在我要指出的是,造成他们19世纪概念法学的二种逻辑方法,归纳及演绎,在我们说来,自古迄今是很生疏的,他们视若至宝的类比推理,在我们乃是最为擅长。所以我们从古至今未有过概念法学,以后亦不见得会有概念法学发生。胡适之先生说:孔子说的“一以贯之”和曾子说的“忠恕”,只是要寻出事物的条理系统,用来推论,要使人闻一知十,举一反三,这是孔门的方法论。<sup>②</sup> 这当然是很正确的说法。不过孔子所用的到底是什么方法?无疑就是类推。孔子的一部《春秋》,定名分,寓褒贬,用的都是这种方法。如弑君,应当是臣下杀死君上,方足言弑,杀死晋君夷皋的,明明是赵穿,而孔子书曰:“晋赵盾弑其君夷皋”。这意思是说,赵盾为人臣而不讨贼,致君被弑,与亲手杀死其君一样,所以赵盾应负的责任,应当和赵穿一样。这种例俯拾皆是,全是类推,不必多举。孔子是做过鲁国法官的,对于这种方法的使用,当然极具心得,从而亦就成为后世法律适用的典范。《唐律·名例》中“诸断罪无正条,其应出罪者,则举重以明轻,其应入罪者,则举轻以明重”这一条,就是我们法律方法学上有名的所谓比附援引。唐律以前虽无可考,但可断言其不是褚遂良等发明的,由来一定很久远,唐律以后,历代法制,无有没有这一条。这仅是就适用法律言,在其他方面,只要遇到说理的场所,几乎无不广用类推。絜矩之道的以己度人,是自我人性的类推,闻一而知十,举一而反三是事物属性的类推。古典文章里的喻比特别多,亦是类推,如“礼之于国也,犹衡之于轻重也,绳墨之于曲直也,规矩之于方圆也。故衡诚县不可欺以轻重,绳墨诚陈不可欺以曲直,规矩诚设不可欺

① Geny, op. cit., t. II, no. 165~167, pp. 117~136.

② 胡适:《中国哲学史大纲》,上卷,109页。

以方圆,君子审礼不可诬以奸诈。”(《礼记·经解》)甚至说“天之为岁也,先春而后秋,君之为治也,先礼则后刑。”(丁仪:《刑礼论》)所以类比方法,在我们的传统文化里,实是源远流长。至于逻辑中的主要方法,归纳与演绎,在儒家的文献里,很难见到,开其端者,乃是墨子。其《墨子非攻》里有一段文字,最足以代表他的论证方法:“今有一人,入人园圃,窃人桃李,众闻则非之,上为政者,得则罚之。此何也,以亏人自利也,至攘人犬豕鸡豚者,其不义又甚入人园圃窃桃李。是何故也?以亏人愈多,其不仁兹甚,罪益厚。至入人栏马厩,取人牛马者,其不仁义又甚攘人犬豕鸡豚。此何故也?以其亏人愈多,苟亏人愈多,其不仁甚,罪益厚。致杀不辜人也,牝其衣裘,取戈剑者,其不义又甚入人栏厩取人牛马。此何故也?以其亏人愈多,苟亏人愈多,其不仁兹甚矣,罪益厚。当此天下之君子,皆知而非之,谓之不义。今至大为不义攻国则弗知非,从而誉之谓之义,此可谓知义与不义之别乎?杀一人谓之不义,必有一死罪矣,若以此说往,杀十人,十重不义,必有十死罪矣,杀百人,百重不义,必有百死罪矣。当此天下之君子,皆知而非之谓之不义。今至大为不义攻国,而不知非,从而誉之谓之义,情不知其不义也,故书其言以遗后世,若知其不义也,夫奚说书其不义以遗后世哉?”墨子这段论证,才是真正逻辑,他先从入人园圃窃人桃李,攘人犬豕鸡豚,杀不辜牝其衣裘等个别行为之中,抽象概括而立下一个原则:则亏人自利愈多者罪益厚。从这个原则推演,则所有一切行为,只要是亏人自利者,均应比例其多寡而定其罪之厚薄。“若以此说往”(由此原则推演),攻国这亏人自利,其规模最大,其罪亦应最厚,而今反誉之谓义,真是不讲道理!墨子这样的严格推演,非特是运用逻辑,而且到了滥用逻辑的程度。这样的运用概念逻辑,才真算得上概念法学。但是,不要怕,墨学中绝,非自今始,我们的民族性里,早就打了防疫针,这一针,至今还有效,绝对无虑感染,可虑者倒是这一针的效力太强,以致我们法律科学中,概念逻辑应有的活动,无法施展,那才是损失。

在我们的传统推理方法中,还有一种很普遍应用的就是连锁论(Sorite)。如《大学》首章一段:“古之欲明明德于天下者,先治其国,欲治其国者,先齐其家,欲齐其家者,先修其身,欲修其身者,先正其心,

欲正其心者,先诚其意,欲诚其意者,先致其知。”这种连锁论,虽说是三段论的变体,但不适于法律的建构,那是显而易见的。这种论证方法,在做文章,当然很好,一联一联的许多命题,可以做得很对称而有音律,读起来极畅顺,而富情致,但在科学上就无法采用。<sup>①</sup>

因此,就我们传统思想的格局而言,既无虑会有概念法学产生,在我们今天的法律制度下,更可大胆放心。

在 19 世纪后半的法国,所谓法源,只承认成文法一种,亦就是上述的成文法至上观念,一切原则或理论的适用,无不须归纳到立法者的意思,习惯既不能公然采用,判例学说更不能作为依据。所以在依立法者意思成立了一套抽象逻辑建构之后,所有一切事物,必须归纳到这抽象类型里,否则在法律上就失其依据。在这种情形下,当然不免矫揉做作,胶柱鼓瑟。惹尼的意思,就是要把法学家的思考,从这一套逻辑的枷锁里解放出来,可以堂堂皇皇,老老实实地说,这是成文法律上的缺漏,而采用习惯,先例,学说,再不然,可以依科学的观点,作自由的探讨。所以惹尼对于概念逻辑的攻击,是针对其本国情形而发的,而他所要达到的目的,不过是《瑞士民法典》的第 1 条。<sup>②</sup> 亦就是

① Cf. Escarra, *La conception chinoise du droit*. Archiv de philosophie du droit et de sociologie juridique, pp. 59 ~ 60. Aussi, David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*. 385. 190. David 是巴黎大学比较民法教授,他的这本书,颇有权威性,他讲到我们的新民法时,说我们从日本翻译来的许多法律专门名词,对于中国人是不了解的,有些极简单的抽象概念如权利主体,契约等,在中国人的意识里亦很生疏。这话当然说得太过分,他不了解中国的现时情形,这和他说我们的习惯,只有在与强制规定冲突时,始不适用,一样的错误。但他又说:一个民族对于因果律,矛盾律,三段论的应用不关心,法典的运用是不会切实的。这话应是很中肯的。

② Geny, op. cit. t. II, p. 326. 惹尼的大著,于一八九九年发行初版,《瑞士民法典》于 1907 年完成。他对于《瑞士民法典》第 1 条能把他的意见简要的包括了进去,表示很欣慰。“Au terme de cet exposé sommaire de la position, prise par le législateur suisse me sera-t-il permis de remarquer non sans quelque satisfaction assurément comme elle s'accorde, dans ses traits essentiels et principaux, avec les conclusions fondamentales, auxquelles j'étais arrivé sur le seul terrain de la recherche rationnelle, en 1899? C'est à tel point, que la formule de l'article 1er du code civil Suisse de 1907 pourrait être proposée comme contenant le résumé le plus adéquate de mes développements.”



吾“民法”的第1条,在成文法律无规定时,依习惯,无习惯时,依法理。所谓法理,亦就是惹尼的所谓科学的自由探讨。同时在德奥二国的所谓自由法运动(Freies Recht),亦无非是针对其本国自历史法学派得势以来,概念逻辑滥用的情形而起的反动,而在其1896年完成的新民法,虽删除了原草案第1条关于类推的规定及第2条关于习惯的排斥,但法典自足的观念,仍未稍杀,更引起了反感,自由法运动乃甚嚣一时。但是据惹尼说,议论盈庭,文献盈筐,还抵不上《瑞士民法典》第1条简简数十字的价值。<sup>①</sup> 瑞士介于德法二大国之间,在其1907年民法典制订之际,正当德法二国对此问题讨论热烈之时,折而中之,乃有第1条的创作,受到举世法学家的赞誉,可说是风云际会,渔翁得利。我国虽坐享其成,究不失为明智之抉择。但是我们既从来没有产生过概念法学,而有了这样现代簇新的法典,更无虑其产生概念法学。我们已够自由,比德国法国的法官已自由得多,我想我们无须再以自由法说为我们的法官请命了。我们现在须要努力之点,正须要把我们法典中所含的精义微旨,阐明发扬。我可以不赧地说,我们现阶段的执法者,不论其为司法官或行政官,不患其不能自由,惟恐其不知科学,不患其拘泥逻辑,惟恐其没有概念。我说此话,并非无据,行政上的问题,暂置不谈,下面是一个民国最高法院二十九年(1940)的判例:“据上诉人称,借字上所载1200元之数额,实照八折扣算,只收到960元云云。如果属实,系‘民法’206条所谓以折扣方法巧取利益,关于折扣之240元,被上诉人既未实行交付,即不发生返还请求权。”(上字第1306号)吾民法第205条规定超过最高利率限制之利息,债权人无请求权,债务人既为给付,不得以不当得利请求返还,已遭多数学说方面之非议。第206条关于以折扣或其他方法巧取利益之情形,其行为之违反正义,较第205条率直以高利盘剥者,更有过之,倘使仍会发生效力,或使与第205条同成为自然债务,殊有背于公平正义之要求。在这一方面,我们的判例感觉极为敏锐,但用什么方法达此目的呢?我

<sup>①</sup> Geny, op. cit. t. II, p. 401.

们的判例是说：债权人既交付债务人只有 960 元，当然就只能请求返还 960 元，扣去的 240 元，既未交付，何得请求返还？这简直是把当事人的意思，法律的适用解释等问题，一概置之度外，只求达到目的，根本不择手段。当事人之间借贷的原本，明明说是 1200 元，他偏认为只有 960 元，债权人扣下的 240 元，明明是预扣的利息，他偏认为是没有交付的原本，他上一句说：“系民法 206 条所谓以折扣方法巧取利益。”在下一句接着又说：“关于折扣之 240 元，被上诉人既未交付，即不发生返还请求权。”难道说先以折扣留下来的利息，还有交付给债务人的道理吗？总括判例的意思，是说借字上虽写借到原本 1200 元，实际上只有 960 元，所以还 960 元就够了。我们把当事人间真实的事实如何暂置不谈，纵如判例之所云，这亦明明是“民法”第 475 条因金钱未交付而不生效力的问题，与“民法”第 206 条的以折扣方法巧取利益又有什么关系？既是巧取利益，不即是原本未交付，既是原本未交付，即不是巧取利益。这样地蔑视法律，颠倒事实，说理矛盾，其违法取巧的程度，较被上诉人以折扣巧取，更有过之。再就其所得结果而论，亦是矫枉过正。金钱借贷由当事人约定发生利息，并没有问题，不过不得超过最高利率，所以在最高利率限定之范围内，是应可发生效力的。“民法”第 205 条亦不过说债权人就其超过部分无请求权，我们的希望只不过在使债务人纵已给付，仍可以不当得利请求返还，能做到这点，亦就实现了正义公平。在第 206 条，法律仅禁止不得以折扣等方法巧取利益，并未特别规定其效果，那么在法律技术上，我们更容易安置，法律行为违反强制或禁止之规定者无效，“民法”第 71 条有很现成的规定，适用此一规定，使其超过部分成为无效，我们的目的亦就达到了。依我们判例上的结果，则连同法律允许债权人取得的部分，亦全部被一笔勾销，债权人原想多取者，非仅不允其多取，反再另予反击，使其欲多取之，反更失之，这是一种处罚。在昔民刑不分复杂的意识还没有完全消除的时候，当然没有问题，在初期的罗马法，窃盗的赔偿就是一种处罚，所以不是以被害人遭受的损害计算的，而是以倍数计算的。到今天我们已经进入这样一个时代，已有这样进步的一部法典，倘仍抱



着这样原始的观念,在举世各国的司法文献上,应说是奇迹。清季名臣端午桥判决一件势利赖婚案,与上述这个判例,颇有异曲同工之妙,其判词如下:“判得方杏坡多文为富,而穷于财,高协庆势利为怀,而昧于义,始以中表联姻,继以贫穷离异,出尔反尔,守财虏公道何在?怜才女贞女独抱。本来淑女配吉士,间称佳偶,何知中道变初心,顿翻前议。有邢小山者,熏天铜臭,满腹芳团,倚势谋妻,央媒下聘,登徒子竟成快婿,纨绔儿俨做东床。乃小山迨其吉矣,来朝拟行奠雁,而淑姑请从此逝,深宵竟效飞鸿。玉人已杳,彩舆忽来,急煞老夫,奈何徒唤!稟诸邑宰,勒限找寻,穷书生无端被累,对簿公庭,多情女矢志靡他,守贞佛殿。幸而巧遇亲姑,今已来辕自首。本部堂恤尔一对可怜虫,准予合成同命鸟。高协庆欺贫重富,罚银三千,作淑姑赔奩。刑小山好色贪花,当伴丑妻,聘贞姑为妇(贞姑为高协庆之次女,蠢而貌陋,尚未字人)。花烛双迎,方杏坡完聚意中之表妹,青庐接去,邢小山仍娶高氏之闺媛,是判。”(司法官训练所:《清代司法判牍杂辑》,9页)这段判词,真可说是文情并茂。高协庆罚银三千,是当时法制,不必说,而以之判作他女儿的装奩,这无非是使协庆难堪,为他女儿出气。最妙的是一面判决方杏坡仍娶淑姑,一面判令熏天铜臭,好色贪花的邢小山,聘娶又蠢又丑的贞姑为妇,还要叫他们二对花烛双迎,这比梅兰芳“凤还巢”对朱千岁误娶雁娥的惩罚,更足大快人心,更受台下喝彩,而我们的最高法院在新民法施行已十年时仍能著有这样一个判例,而至今还能援用不衰,其道理亦就在此了。当然,我们不能以偏概全,这不过是个极端的例子,我们试翻阅一下最高法院的判例要旨,亦有很好的见解,但就一般情形而论,我们不必再多举极端以下的许多例,往二个极端折中一下观察,我在上面所说的不患其不能自由,惟恐其不知科学,不患其拘泥逻辑,惟恐其没有概念,并非虚语。我们应当努力的方向,亦再不容犹疑了。

# 法治与德治

- 一、德治与法治的真谛
- 二、法治与德治矛盾的原因
- 三、古代德治盛行的原因
- 四、结论

关于法治问题,各方面已讨论得很多,在本会的座谈会上,亦曾有数次讨论。对于法治的意义,法治的重要,法治在历史上的演变,以及其实行的途径等,都曾有过详细的讨论。不过我觉得法治在我们中国所以至今还成为问题,没有能真正实现,我们的传统德治观念,实是一块绊脚石。而这块绊脚石有其道德上的严正基础,很不容易摆脱。因为所谓德治,就是依道德规范来衡量我们行为的是非善恶,这原是一种最准确最适当的标准,倘能一一衡量准确,非特将受万民之歌颂,且亦无须乎再有法律,无奈一一衡量准确既不可能,而一旦涉及了法律以外的道德,法律亦即因之毁灭,二败俱伤,社会秩序非混乱不可。我今天想就这个问题,略加讨论,请各位指教。

## 一、德治与法治的真谛

德治与法治,在我们的传统思想上,原是历有争辩的问题。但其对于二者关系的观点,多有不同。如孔子曰:“道之以德,齐之以礼,有耻且格;道之以政,齐之以刑,民免而无耻。”(《论语·为政》)这是说德化的价值比刑罚高。这原不是一个可以争论的问题。先秦法家如韩非那样的惟法是恃,亦并非不知任德之为善,不过是“以为世衰事变,民心靡薄、故作法术,专意于刑”而已。(王充:《论衡·治期篇》)他如德主刑辅、先礼后刑等说法,更是不成问题的问题。刑罚与教化同是使道德规范实现的方法,道德是目的,刑罚是方法,方法当然是辅助目的之达成的。如杀人者处死刑、无期徒刑,或十年以上有期徒刑。这是方法,要达成的目的是不杀人。不杀人是法律上的行为规范,同时是道德上的行为规范。所以不杀人的行为规范是主,刑罚是辅,乃是当然之理。至于必须先违反了规范,而后才能用刑罚,更是不成问题,法家的意见并不会二样。最多是治国之重心应放在教化或刑罚,儒法二家的意见可能不同,但到了今天,尤其自民国三十六年(1947年)《监狱行刑法》施行以后,认为刑罚之执行,“以使受刑人改悔向上,适于社会生活为目的”。那是把刑罚与教化视为一体,刑罚本身已成为教化的一种方式。因此,我们的重心应放在教化,今天已再无讨论的价值了。

实则在我们的传统思想上,德治与法治的关系,重要的还是表现在人治与法治上面的。人治与德治是相通的,讲人治亦就是讲德治。所以与其说是德治与法治,毋宁说是人治与法治。这与西洋人讲 Government by law 与 Government by man 是一样的。不过人治的含义,在我们的文籍上,亦不单纯。人治的第一种意义,是说在上者要以身作则来感化臣民。如孔子说:“其身正,不令而行,其身不正,虽令不从。”(《论语·子路》)这包括了整个一篇修齐治平的道理,而是儒家思想的中心。至于法家,虽不完全赞同,但亦没有在原则上对立。如韩

非说：“今废势背法而待尧舜，尧舜至乃治，是千世乱而一治也。抱法处势而待桀纣，桀纣至乃乱，是千世治而一乱也。”（《韩非子·难势》篇）“且尧舜有尽，寿有尽，天下过无已者，以有尽逐无已，所止者寡矣。”（《韩非子·难一》篇）这不过是说，要待极少数的圣君明主来感化臣民，既难得而又靠不住，纵使得之，他们的寿命亦是有限的。他亦并没有在原则上蔑视感化的效力。所以在这点上，儒法二家的意见仅是相对有出入，并没有绝对的矛盾。人治的第二种意义是有了好的法律，还要有好人来执行。这就是孟子“徒善不足以为政，徒法不能以自行”的说法（《孟子·离娄》篇），这更是一种相对的说法，法家亦并不会绝对相反的意见。法家不言人而言势。势是权位，法家把他看得很重。不过像慎子之言势，固然希望要有贤者居权位，即如韩非，他亦希望要有一个上不及尧舜，下不为桀纣的中人来抱法处势（参阅《韩非子·难势》篇）。从实说来，一个能抱法的人，在道德上已是一个相当完整的人了。所以照韩非的意思，亦至少希望要有一个能抱法而处势的君子。

人治的最后而最重要的一种意义，就是荀子所谓“法而必议”的说法。“法而不议，则法之所不至者必废。职而不通，则职之所不及者必坠。故法而议，职而通，无隐谋，无遗善，而百事无过，非君子莫能。……故有良法而乱者之矣，有君子而乱者，自古及今，未之闻也。”（《荀子·王制》）这亦就是张耒所说：“天下之情无穷，而刑之所治有极，使天下之吏操有限之法，以治无穷之情，而不得稍议其中，而惟法之知，则下之情无乃一枉于法而失其实欤！是以先王之时，一权诸人，而不任法，是故使法出于人，而不使人出于法。”（张耒：《惻刑论》）这是要执法之人，不要只知有限的法，而不顾无穷之情，必须人出于法然后可得事理之平而不失其实。这一人治观念，才是我们所谓德治真正意义之所在。此之所谓天下之情，当然不是那种违法徇私的小人之情，而是合乎道德观念的君子之情。因此，此之所谓人治，就是要人依道德规范作为权衡之标准，而不必受法的拘束。这种德治观念，与法家的法治观念就水火不能相容了。如管子云：“是故先王之治国也，不淫意于

法之外,不为惠于法之内也。动无非法者,所以禁过而外私也。威不两错,政不二门,以法治国,则举错而已。……是故先王之治国也,使法择人,不自举也,使法量功,不自度也。”(《管子·明法》篇)各人所称的先王,其不相侔有如是者!惟其不相侔,所以成为问题,吾国历来的德治法治问题,其要义不外乎此,而今天还成为问题而值得讨论者,亦即在此。

## 二、法治与德治矛盾的原因

我们先得承认,天下之情,确是无穷,使天下之吏操有限之法而治无穷之情,确是要使下之情枉于法而失其实。然而讲法治的法家,何以仍要不淫意于法之外,不为惠于法之内呢?这是讲法治者最难使人谅解的问题,亦是德治观念盛行的主因。

我们知道,法律是一种普遍抽象而有确定性的原则。所谓确定性(certainty),就是不可有出入的,亦就是必须遵守的。倘有违反,即将由公权力予以制裁。这种具有确定性的规范,必须其能普遍地适合于一般事物,如其不然,则即不能必被遵守,既不能必被遵守,即丧失其确定性,从而亦即不能成为法的规范。故法的规范又必须具有普遍性(Generalty)。所谓普遍性,可有二方面的意义:其一是法的规范,必须是一般人所认为必须遵守的规范。从人性上讲,尧舜桀纣,千世一出,绝大多数的人,都是上不及尧舜,下不为桀纣的中人。法的规范,必须能适合于这些中人的需求,必须能为这些中人遵守,方能真正成为法的规范,慎子说:“法非从天下,非自地出,发于人间,合于人心而已”。韩非亦说:“法者,宪令著于官府,赏罚必于民心……”(《韩非子·定法》篇)此之所谓“人心”或“民法”,亦就是上不及尧舜,下不为桀纣的中人之心。法之所以为法,其基础全在乎此。至于道德规范,包括我们的一切行为规范,我们应当非礼勿视,非礼勿听,非礼勿动,非礼勿言。这惟有尧舜能做到,一般中人无法做到,所以亦就无法使之必须遵守。因此,有许多道德规范,不能有普遍性,从而亦不可能有确定

性。易言之,即不能成为法的规范。所以法律规范,必须是中庸的,必须以一般中人之心为基础。否则即成为苛虐,民情之所难堪,决难发挥其法的效力。不过在这一方面,并没有牵涉到我们上面所讲的法治与德治的矛盾问题,所以亦并未成为儒法二家尖锐的争执问题。在另一方面,所谓法律的普遍性,是说法的规范,必须在普通一般情形下能适合于一般中人之心,反言之,在某种特殊情形下,法的规范可能是不适合于一般中人之心的,对于中人以上之人之心,当然更不适合。在这种情形下,法律规范与道德规范就发生了矛盾。因此,儒者认为倘执法之吏,惟法之知,使下之情枉于法,必失其实,所以要一权诸人而不枉法,使法出于人,而不使人出于法。至于法家,仍是主张不淫意于法之外,不为惠于法之内,使法择人,使法量功,动无非法,以法而治。在这种情形下,一般人可能同情儒家之论,对于法家的见解,非特认为刻薄少恩,且将认为胶柱鼓瑟,废事失实了。不过我们必须明了,法律在本质上只能是一个概然的原则,在某些特殊情形下,可能与道德违反,乃是不可避免的事,在此情形,我们必须忍受牺牲。如其不然,法的生命必被整个毁灭,其结果必将导致社会的混乱。

我们已说过,所谓法律,无不是抽象概括的原则,而抽象概括的原则之建立,必须先就同种同类的具体事物,加以观察,提去其特殊因素,摄取其共通因素,构成抽象的概念,而于各个概念之间,加以严密的逻辑组织,而后成为极有系统的规律。这样的概括抽象原则,当其适用于具体的个别事件时,就不得不用逻辑的演绎法去推演,而得到普遍一致的结论。所以就其适用方面而言,法律又具有一致性(uniformity),亦就是平等性(equality)如吾“民法”第 199 条规定:“债权人基于债之关系,得向债务人请求给付。”这一原则之中,就包含了好几个抽象概念,如债权人、债之关系、债务人、给付等等。今有一人焉,不论其基于赠与之关系,买卖之关系,租赁之关系,雇佣之关系等等,即得向他方请求给付。所以法律原则之构成及适用,大致均是如此。所以拉庞特(Laband)认为司法官的裁判,就是逻辑的三段论法。法律的规定是大前提,法律事实是小前提,判决或法律上的效力是结论。大

体言之,其情形确是如此,而就一般情形而论,这个原则已具有普遍的妥善性,易言之,已得社会事物之真理。

不过任何科学上的原则,绝不能包括全部的真理,我们常说天下没有绝对的真理,亦就指此而言。因为所谓科学原则都是建筑在概念的逻辑关系上的,而概念是概括抽象的,他本身并不是实在,所以求真理虽不可不用逻辑,但逻辑上的真理不即是实在的真理,惟有在概念合乎真实的范围内,建筑在概念上的原则方能合乎真理。概念合乎真实的范围究有多大,科学原则与真理间的距离究有多远,谁亦不知道。但我们可以说,其原则愈抽象愈概括,其所包含的真理亦愈多,其与真理间的距离即愈近。数学是最抽象而最概括的科学,其与自然事物之真理亦最接近。物理学已是以数学的量来表示各种质的科学,其所表示的质是否真实,已是问题了。地球自转一周为 24 小时,这是真实吗? 水的沸点是摄氏一百度,这是真实吗? 科学家狄爱姆(Duhem)说:物理原则是差不多的数学(La théorie physique est un mathématique de l'à-peu-près),当然不就等于真理。不过自然秩序是被必然的普遍定律所控制的,我们是否知识这定律固属问题,但其定律是存在的,那是没有问题。自然科学家运用其理性智慧来设定的原则,虽不能说就是自然特序中存在的真理,但总可以逐渐地接近真理。至于社会秩序,牵涉到了人的问题,各个人具有个别性,社会秩序就不像自然秩序之具有普遍性,更不会有必然性,法学家要运用他们的理性智慧来设立一个原则,普遍的适用于各个不同而随时变移的具体事物,其与真理间的距离就可能相去甚远了。法律科学所追求的真理是正义,正义这个理念实在太流动不居而太不明确,社会规范中的道德规范可说是最能接近正义的规范,其间的关系有如数学之与自然界之真理。法律乃是具有普遍性及确定性的原则,以之来追求这样一个流动不居的真理,其间的距离就可能很远。

综上所述,法律既是普遍的而又具有确定性的原则,只有在普通一般情形下,方能合乎正义,就各个特殊情事而论,惟有道德规范能与适合,法律原则有时就无法容纳了。所以法律之可能不合正义或违反



道德,乃是必然的道理。譬如说人民应当纳税,这是法律,在一般情形下,当然是合乎正义的,与道德规范亦是非常适合的。抗纳税捐,既不是法,亦是不道德,同时是不合正义。但倘政府收了税捐,非特不为人民谋幸福,反而来奴役人民呢?法律当然仍要人民缴纳,而正义道德需要人民反抗了。所以革命是道德行为,但也是不法行为。又如此次台北捣毁美大使馆事件,当然是不法行为,但在道德上乃是有立场的行为。再如欠钱应当归还,同是法律道德所要求的,知恩图报,亦是道德规范所要求的。债务人对债权人有很深恩时,债务人虽不归还,正义道德是容许的,但法律不能容许。当然,在这情形下债务人不还钱,可能受到大众的同情,但是此债权人受恩十分,既可全部不还,彼债权人受恩八分,是否可还八分呢?五分者三分者又如何呢?十分八分五分三分又如何衡量呢?这样一来,欠钱应当归还这个原则还有立足的余地吗?法律上这个原则是建筑在欠钱这个抽象概念上的,此之所谓欠钱,已把张三李四这特殊的人及特殊的具体关系都抽去了,不论其为何人,不论其间之关系如何,欠钱总得要还,这在一般情形下是合乎正义道德的,但在某种特殊情况下,可能不然。这些偶然的特殊情形,只得予以牺牲,而且必须要能牺牲,否则这个原则就立刻毁灭。这种牺牲,庞德(R. Pound)称之为“依法律寻求正义不可避免的副作用”(An inevitable by-product of justice according to law)。吾国晋朝一位大法家杜预,早见到了这点,真是难得,他说:“法者,盖绳墨之断例,非穷理尽性之尽也”。“刑之本在于简直,故必审名分,审名分者必忍小理。”“今所注皆网罗法意,格之以名分,使用之者,执名例以审趣舍,伸绳墨之直,去析薪之理也。”这真是千古名言。所以我们不要把法当作穷理尽性之书,必须要“忍小理”,在伸绳墨之直的时候,哪里会没有折薪之牺牲呢?

美国一位州最高法院院长西蒙斯(Robert G. Simons),曾在本会第五十四次座谈会讲法治政府,曾举出美国联邦最高法院判决杜鲁门总统接管钢铁工场的命令为违宪这件事,来说明美国法治的情形。当时韩战正在进行,钢铁生产之重要,不言可喻。而钢铁工会因工资问题实行罢工,劳资双方,迟迟不能获得协议,于是杜鲁门总统下令,由

政府接管钢铁工场,维持钢铁生产,一俟协议成立,即行交还。这种措施,非特美国本国人在道德观点上应认为正当,全世界自由国家,应亦无不同情。但美国最高法院经资方控诉后,终于宣告其命令为违宪。难道美国的最高法院就如此地胶柱鼓瑟,不通情理吗?原来美国《宪法》第五修正案规定:“非经正当法律手续,不得剥夺任何人之生命自由或财产。”而其所谓剥夺,包括限制财产之使用在内。那么杜鲁门的命令就如何地没有经正当法律手续呢?所谓正当法律手续,原亦没有确定的解释,不过是最高法院所认为合理的程序和法律罢了。我们知道,私有财产制度,是美国立国之本,而财产权之不可侵,更为其革命独立制宪的大原则,倘这一原则动摇了,美国就不成其为美国了。这是一个有关国家生命灵魂的问题,与钢铁生产一时减少的问题,轻重不可同日而语。所以最高法院宣告其命令为违宪,而杜鲁门总统于最高法院判决宣示后一小时,就命令政府人员退出工厂,交还资方自行管理。这是颇足感人的一件事。

### 三、古代德治盛行的原因

我们屡次讲到,所有法律,无不是普遍抽象的原则,原则愈抽象,他的内涵愈丰富,所能适应的事例亦愈多。不过对于万分复杂的个别现象中,能把他们的特殊因素抽去,把他们的共同因素综合起来建立一个抽象原则,本是人类文化进步的成果。在古代当然是不可能。古代法典,不过是当时习俗的汇集,多就各个事例而为规定,很少能有概括的原则。如罗马的《十二表法》(完成于公元前449年,相当于吾国春秋末年),是古代法典中比较最有系统的了,这是得力于希腊的哲学,但要讲到原则原理,仍是相去甚远。如伤害他人一根骨头,被害人为自由人时,罚300阿司(as,罗马钱币),被害人为奴隶,罚150阿司;打人耳光一下,罚25阿司,他如毁伤一耳一目一臂一腿,均另有特别规定,其无规定者,则即无法处罚,仍任被害人私自复仇。这样的法律,当难长久适应社会的需求。因为侵害的情形,层出不穷,何能一一

列举,罚款的数目亦予一一规定,更难适合变迁的情况。一个名叫 Lucius Veratius 的罗马骑士,看得当时币值跌落了,就命一个奴隶带了钱,在街头闲逛,兴之所至就打人一记耳光,即叫奴隶给付 25 阿司。这样的法律,与社会道德观念脱节太远了,当然就得另加补充或修正。罗马法在《十二表法》之后,裁判官的告示(Edicta majustratum)、法学家的解答(Responsa prudentium),都是用以补充法律的。至公元后 534 年,乃有为后世所宗的《优士丁尼法典》(Codex Justinianus)。不过在优帝法典里,仍多就各类事例的特别规定,如关于侵权行为的立法,终罗马法之世,未能建立起一个普通的原则。人类社会秩序的维持,原是先有裁判官而后才有法律的。人类有社会即必有争执,而社会的争执是个别发生的,个别发生的争执,即须予以判断,这种判断已具有法的性质,但当然是适合于个别事例的。文化逐渐进步,而后才能由个别的取决进至某种某类,而终而至于建立抽象的有系统的原则。

吾国法律,虽说至唐而大备,但其缺少一般原则性的规定,情形大致与其他古代法律相同。如《唐律·贼盗》载,诸强盗不得财,徒二年,一疋徒三年,二疋加一等,十疋及伤人者绞,杀人者斩。其持杖者,虽不得财流三千里,五疋绞,伤人者斩,诸窃盗,不得财,笞五十,一尺杖六十,一疋加一等,五疋徒一年,十疋加一等,五十疋加役流。

在这样具体个别而硬性的规定下,当然会有许多情事无法容纳,遇有新事故发生,就不得不随时予以补充。“诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻,其应入罪者,则举轻以明重”。(《唐律·名例》)“诸不应得为而为之者,笞四十,事理重者,杖八十”。(《唐律·难律》)这是予执法者以随时立法之权,至于皇帝得于律令之外而制例,乃是当然之事了。那么此之所谓应不应,或例的制订,到底依什么标准来衡量制定呢?统括而言之,无非道德。这是从汉代董仲舒以经折狱以来历代用以补充法律的方法。原来道德规范是最能合于正义的规范,能依此来规律一般人的行为,非特不会引起反抗,反可博大众的同情与支持。如唐宪宗元和六年(811 年),富平人梁悦为父报仇杀人,自投县请罪,韩愈就历引《周官》、《公羊传》之各种不同之复仇情形,而请定

其制曰：“凡有复父仇者，事发，具其事申尚书省，尚书省集议奏闻，酌其宜而处之”。又如柳宗元为柳州刺史，有柳州莫诚救兄莫荡，以竹刺莫果右臂，经十二日身死，准律应以杀人论。柳宗元认为莫诚当时“救兄有急戚之性，中臂非必死之创”，而请“特从屈法，幸全微命”。这种全凭道德理性的判断，当然为大众所接受，这是把道德与法律混起了，充分表示人治或德主刑辅观念的力量。但在当时法律简陋，皇帝独揽立法权的情况下，自有其不得不然之势，倘有今天量刑标准及正当防卫等原则性的法律，韩柳之论，原就不会超越于法律之外了。

这是就其好的面而讲，至于其流弊，则就一言难尽了。如宋代许应龙说：“若乃例者，或出于一时之特恩，或一时之权宜，或徇情亲故，或迫于势要，开创是例，揆之于法，大相抵触，而后来者扳援不已，案牘在胥吏之手，有司不可得而知也，执已行之比，有司不可得而拒也，岂不曰例之弊难革乎。”这种弊确是难革，到了元朝，邓介夫上《太平策》说：“今天下所以奉行者，有例可援，无法可守，官吏因得并缘为欺。如甲乙互讼，甲有力则援此之例，乙有力则援彼之例，甲乙之力具到，则无所可否，迁调岁月，名曰撒放，使不黔首，无所持循，始之所犯，不知终之所断，是陷之以刑也。内而省部，外而郡守，抄写格例至数十册，民间杂探敕旨条刊行成秩，曰断例条章，曰仕民要览，家置一本以为准绳。试阅二十年之间之例，较之三十年前半不可用矣。是百官莫知所守，百姓莫知所避也”。这总算是说得淋漓尽致了。清代的袁枚，亦洞烛其弊说：“律者万世之法也，例者一时之事也。万世之法，有伦有要，无所喜怒于其间，一时之事，则人君有宽严之不同，乡相有仁刻之互异，而且狃于爱憎，发于仓促，难据为准。”（《答金震方先生问律例书》）

上述例之益如此，其弊又如彼，那么其问题究竟在那里呢？我们在上面说过，法律有确定性及普通性，在其适用时必须运用逻辑去推论，因而法律又有适用上的一致性，既是一致，必有例外的不能适合。道德规范本质上是具有个别性的，其是否合于道德规范，必须就个别的具体事件去衡量，绝不容以逻辑方法去推演。道德之可以逻辑方法推演者，应即成为法律，已不是道德；法律原则倘不用逻辑去推论而要

顾到个别情况,则即丧失其确定性及普遍性,当然就不成其为法律。例之益在于能补足法律之缺陷,例之弊则在于摧毁法律。如杀人者死,这是法律,子报父仇,情形特殊,得予另议,当然就补足了这法律的缺陷。不过父报子仇呢?夫报妻仇呢?妻报夫仇呢?兄报弟仇,弟报兄仇呢?仇深者如何,仇浅者又如何呢?诸如此类的个别情形,可以数之于无穷。在这种情形下,还能有法律存在之余地吗?法既不在了,我们不说衡量的人是小人,因无法度而欺以诈伪,可藉此而出入其间,纵使都是尧舜,恐亦无法处理得个个得当,社会秩序终必至于混乱,乃是当然的结果了。慎子更深刻一层说:“君舍法以心裁轻重,则同功殊赏,同罪殊罚矣,怨之所由生也。是以分马之用策,分田之用钩,非以策钩为过于人智,所以去私塞怨也”。(《慎子·君子》篇)慎子所称之君,当然不是小人,在其以心裁的时候,未始不认为很平正。不过天下之情无穷,人之智虑有限,以有限逐无穷,必致同功异赏,用罪异罚,怨尤亦必遂之而生了。所以德治与法治不是好不好的问题,而是能不能的问题。我们既无法就各个情事衡量准确,那就不得不建立原则,原则建立了之后,又不会没有例外,道德规范固是补此缺憾的最好方法,但一经道德上的个别顾虑,原则即被破坏,亦就不会再有原则的存在,德治与法治之不能两立,其故在此,吾国儒法二家历代争论的焦点,亦即在此。但昔时法律如此简朴,缺乏广泛抽象原则的情形下,当然难于适合社会的需求,加之皇帝握有无上的立法权,随时运用道德规范予以补充修正,乃是必然之势了。我们不必以今天的眼光来批评过去,文化是逐渐进步的,建立抽象的概括原则,是人类文化进步的现象,民主政治,尤其是人类奋斗的成果,科学与民主同是人类理性发展的创作,没有科学与民主,绝不可能有法治,法治精神就是民主精神,亦就是科学精神。

#### 四、结 论

吾国盛行德治,自西汉以迄清末,未曾稍衰。历代虽有法典之制订,但道德力量始终处于领导地位,道德就是法律,法律反可不是法

律。到了清末,开始变法图强,一切法制,尽采西洋最近体例,尤以北伐之后所订的新法典为甚。吾国采纳西洋文化,未有如法制方面之彻底者。不过这已是 20 世纪之初,西洋严格法的时期已过,法律又正在道德化了。不论在学说或实务方面,无不在排斥 19 世纪的机械逻辑运行,而主张执法者应多多运用其智慧作道德上的考虑。这一趋势,恰恰当我们的传统思想接轨,因此,我们或许要觉得自满了。他们在谈道德,我们不是从来就谈道德的吗?他们厌弃机械逻辑,我们不是从来就很少讲逻辑吗?这是一个绝顶危险的错觉。在 19 世纪,西洋对于概念的权威及逻辑的真理,看得太重了,以至法律与社会脱了节。所以他们主张法律所立的原则,要尽量抽象概括,多予执法者因事制宜的余地。所以他们的所谓作道德上的考虑,是在法律抽象原则之下作道德上的考虑,并非可以就个别情形脱离了法律原则,来作道德上的考虑。实则在 19 世纪,分析法学派首领奥斯丁,亦承认法律与道德仍不免有接触之处。其接触之点,其有四处:第一为司法立法(Judicial law-making),如英美之判例法是。第二为解释法律(Interpretation of legal precepts)。第三为适用法律,尤其是对于如善良管理人,公秩良俗等准据法则(Legal standards)的适用。第四为司法的裁量(Judicial discretion),如三年以下有期徒刑之裁量是。在此情形,执法者道德观念,已有充分渗入法律的余地,在今日法律的原则愈益抽象的情况下,尚有更多道德上考虑的机会。但科学愈进步,概念愈抽象,逻辑亦愈益严密。概念愈抽象,更显示其为概念,逻辑愈严密,更显示其为逻辑。即讲到科学,绝脱离不了概念与逻辑,法律要维持其确定性及普遍性,更不能脱离概念与逻辑。我们现时社会上的一般道德观念,落在我们法律上的观念之后很远,要使我们法律上的一套新道德观念在吾国生根,急须要执法者严格的执行。而在我们传统的德治观念笼罩之下,要使法治实行,对于法律上逻辑的机械运行方面,尤不可不特别重视。

# 从义务本位到社会本位<sup>\*</sup>

一、个人成为一个独立的单位

二、法律与道德,民事与刑事

三、中西文化的沟通

---

<sup>\*</sup> 本文各节原无标题,系编者所加。本文曾发表于《大陆杂志》,第十二卷,第1期。

## 一、个人成为一个独立的单位

西洋法律,由义务本位进至权利本位,再由权利本位进至社会本位,这已是极显著的事实。其中的上半段,亦就是梅因(Sir Henry Summer Maine)所谓由身份进至契约的说法(from status to contract)。梅因研究古代法,认为社会的进步,有其一定的轨迹。其初,所有人与人之间的关系,局限于家庭,各人均有其特定的身份,在这身份关系上,建立了社会的秩序。所以不论在社会政治或经济方面,均以家族为单位,个人当不能有其独立的地位,从而亦不能有其独立意思之表达。社会逐渐进步,家族逐



渐解体,社会秩序,乃以个人与个人间由合意所造成的关系为基础,个人成为一个独立的单位,不论在政治、经济或社会方面,个人乃取家庭的地位而代之了。<sup>①</sup>

这一进步,确是重要,西方的现代文明,即由踏上这一步而产生。如古印度的家主,既为家庭的首领,同时为宗教的教主,其所谓四命五禁,概由家主予以裁判处罚。<sup>②</sup> 至如罗马的家父(Paterfamilias),乃是整个罗马法律制度的中心。罗马城邦,即以家(Familia)为建立的基础。我们现在有身份权与财产权之分,在古代罗马法亦已有相当的分类(Jus personarum, Jus rerum)。但在观念上相差不多,甚为含糊。家父对于子女及奴隶的权力(potesta),与对物的所有权或支配权(dominium),似乎没有什么显著的分别。<sup>③</sup> 我们知道罗马帝国时代的君权(imperium),虽说是由于民会的委任,但到后来帝王的无上威权,未始不是脱胎于古代的家父权观念,而欧洲16世纪以后专制皇帝的所谓主权(souveraineté),亦即是罗马君权与封建时代诸侯的宗主权,再加上罗马法上所有权观念的混合产物。我国过去的君臣关系,可说全部脱胎于父子关系,君为君父,臣为臣子,民为子民,五伦的中心在父子,从修身到治国、平天下,过渡的中心站在齐家,于是孝乃成为百善之先。在这种身份制度之下,个人当然不会有独立的地位,个人权利观念亦就当然无从发生。法律的重心,当然亦就集中在使各个人尽其特定身份上的义务,此之谓义务本位的法律。

嗣后民智开启,社会进化,家族渐形解体,个人乃渐觉得有了独立

---

① Maine, *Ancient Law*, new edit, 1930, Chap. V, pp. 180~181. "The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of individual obligation in its place. The individual is steadily substituted for the family as the unit of which civil laws take account."

② Berolzheimer, *The world's legal philosophies*, pp. 38~39. 印度古代法律,全为宗教教规, Dhama 就是宗教上的赏罚。其四命为:敬神、孝亲、忠国、友宾。其五禁为:禁污(应洁净)、禁欲、禁杀、禁窃、禁诬。

③ Collinet et Giffard, *Précis de droit romain*, p. 10.

的自我,而后产生了自由观念;既觉得有了独立的自我,当然亦就觉得有了与我同样独立自由的他人,于是产生了平等观念。强烈的权利观念,亦遂之而发生。义务之负担,必须各立于平等地位,出之于自由意志,亦就是说,必须由于契约。契约这一制度之中,必须包括自由及平等二个基本概念。一方在上,一方在下,这是命令,这是单独行为,绝不能成立契约。所以规定国家与人民间关系的公法上的行为,几乎全是单独行为,所谓公法上的契约行为,如公务员之任命,仅是特例,况且在学说上还有争执。至于自由,更是契约中必要的概念。契约是二个意思表示趋于一致而成立的法律行为,讲到意思,不可能不自由,人类有语言文字以来,“意欲”这个动词,从未有过被动语态。所以契约制度,只有在自由、平等二个概念上方能建立。契约一经成立,权利、义务随之而发生。过去的强制义务,今乃成为同意义务,义务观念从而大灭,过去的绝对义务,今乃成为权利的内容,权利观念因之大张。法律的任务,亦即由使人尽其义务转向保护权利,为使权利的内容得能实现,方始谈到义务之履行。此之谓权利本位的法律。

梅因的定律,讲到由身份至契约,由义务至权利为止。不过从19世纪末开始,梅因的这一定律,又有峰回路转之势,契约的地位,一部分又被身份占去了。当今的各种社会立法,无不是对于契约自由之限制,义务之负担,不必尽由于义务人之自由意思,法律的任务,亦未必尽在保护各个人之权利。为了增进社会人群的共同生活,法律即强使特定人负担某种义务,或剥夺其某种权利,此之谓社会本位的法律。诸如最低工资规定,最高工作时间的限制,耕地佃租之限制,耕地所有权之剥夺,其例不胜枚举。凡此均足证明梅因的定律,并没有直线发展下去。但是梅因亦不过说:社会进步的趋向,迄今仍是从身份到契约(The movement of the progressive societies has hitherto been a movement from status to contract.)<sup>①</sup>,其中的hitherto一字,我们必须特别注意。他的名著《古代法》(Ancient law)是1861年问世的,这正

<sup>①</sup> Maine, op. cit. p. 182.

是契约观念的鼎盛时期。以后的趋向如何,他还是很谨慎地取保留态度。<sup>①</sup>

从19世纪末开始,法律的重心,渐渐移向社会去了,这是事实。不过梅因的定律是否就此垮台了呢?大谬而不然。所谓社会本位的法律,不过是权利本位法律的调整。他的基础还是权利,仅是有目的的予以限制而已。《拿破仑法典》中的三大原则,契约自由、权利不可侵、过失责任,以及刑法典中的罪刑法定原则,至今仍是自由世界各国法律制度的基础,法律的目的虽转向增进社会大众的生活,但其着手处,仍是在保护个人权利。个人仍旧是法律上、政治上、经济上、社会上的独立单位,梅因的定律虽没有直线地发展下去,但绝没有亦绝不会原路回头。1946年10月17日的法国新宪法<sup>②</sup>,即其一例。我们知道法国1978年的《人权宣言》,可说是近代个人主义或权利本位法制的导源,其第二款中说:自由、财产、安全、抗拒压迫,是人的四种永恒的自然权利,任何政治团体的存在,即以保护这四种权利为目的<sup>③</sup>。这是梅因的所谓契约时代的开始,亦是权利本位法律的柱石。法国1791年宪法即以之为序言(Préambule)。到了一个世纪半以后的1946年《宪法》,称其国体为民主社会共和国(Une République... démocratique et sociale)。在其序言里,对于1789年《人权宣言》所规定的各项权利及自由,非特仍予郑重的确认,对于男女平等之原则,为自由奋斗者之保护,劳动及职业机会之平等,更加强地予以规定,此之谓民主的共和国。而其所谓社会的共和国者,重要的不过三点:有全国公用事业性及有事实上专利性的财产,应为公有财产;国家应保障个人及家庭的发展;国家对于全体人民,尤其是贫弱者,应保障其身体之健康及物质的享用。由此我们看到所谓社会共和国者,不过是再为增进整个社会

① Pound, *Interpretations of legal history*, pp. 53~61.

② 《法兰西共和国宪法》,王伯琦译,载《司法专刊》,第4期,112~117页。

③ “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression.”

共同生活的范围内,国家应当积极地多做一些事而已。国家在多做一些事的范围内,当然不得不对个人的自由多加些限制,这亦原就是《人权宣言》第五款所立的原则,有害于社会的行为,法律原是可以加以禁止的。<sup>①</sup> 我们说梅因的定律有回转之势者,应当至此为止。至于民主的共和国的生命,仍是系于 1789 年的《人权宣言》,倘使说梅因的定律真是错了的话,则非等到极权政治奴役了全世界之后,我们不敢讲。

庞德(R. Pound)对于梅因的定律,曾有以有力的攻击,其最主要的理由是证之一般立法及法院判决的趋势,对于个人的自由意思,日渐加以限制。他所举的例证,都属劳工立法。<sup>②</sup> 如《工人赔偿法》(Workmen's compensation acts),规定场主应负无过失赔偿责任;《实物工资法》(Truck acts),禁止以实物代替工资。这都是对于个人自由意思的限制,对于契约制度的打击。庞氏说,在 1910 年以前,美国州法院及联邦法院虽曾屡次宣告其为违宪,但自此之后,再没有问题了。这种情形,当然不只美国如此,自 20 世纪以来,各国的情形都差不多。不过这仅是对于契约自由之原则,加以必要的修正而已,我们上面说梅因的定律已有峰回路转之势,亦即就此情形而言。不过庞氏有句很重要的话说:“除非我们的进步是向后转的……从身份进步到契约的结论是被法律全部的发展过程否定了。”不过我们得注意庞德在这二句话的中间,夹了一段对于身份进至契约的解释。倘使说所谓身份进至契约的意义是:“从限制自由或不以意志为依据的强加义务或责任,进至契约完全自由(Complete freedom of contract)及惟对(only for)意志行为或过失行为负义务或责任。”倘使其意义是如此的话,庞德认为梅因的结论是错了。<sup>③</sup> 其实契约完全自由,非有过失不负责任,非由自

① “La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société.”

② Pound, op. cit. pp. 53~63; Dicey, *Law and public opinion in England*, p. 283.

③ “Moreover the generalization of progress from status to contract, understood as a progress from limitation of freedom or liabilities existing or imposed independently of will toward a complete freedom of contract. Is refuted by the whole course of development of the law. Whether by legislation or by judicial decision, in the last generation, unless indeed we have been progressing back ward.” Pound, op. cit. p. 60.

由意思不负义务,在人类有法律制度以来,亦从没出现过。《人权宣言》第五款不是就对有害于社会的行为加以禁止吗?《拿破仑民法典》不就说契约的原因(cause)要合法而不背于公秩良俗吗(第 1133 条)?雇佣人对于受雇人的连带责任,不是从来就不许雇佣人证明无过失而免责吗(第 1384 条)?倘说梅因所得结论的意义是绝对的,那么在他第一次说出的时候(1861 年),就已经错了。所以庞德用 complete 及 only 等绝对的意义来解释梅因的结论,似乎并不十分平正。个人的意思从来没有绝对自由过,19 世纪所加的限制少些,20 世纪所加的限制多些,限制虽是多些,原则还是一样,我们无法说今天的契约自由不是原则了,过失责任完全推翻了,私有财产观念打倒了。所以我们亦绝没有退缩的进步,梅因的定律亦绝没有原路回头。美国的情形更不会例外,杜鲁门接管钢铁工厂的命令被宣告违宪,即其明证。不过我们要明了,庞德之论或是所感而发的。因为从 19 世纪后半以来,梅因的这一定律影响于美国的司法太大了。在 20 世纪初美国法院对于许多社会立法的敌视,据庞德说,并不是如一般所认为的由于法官的私人社会关系,或是插足于 1912 年的总统竞选,而是由于深受了梅因或历史法学派学说的影响,而不能自拔。<sup>①</sup> 庞德之论,对于美国或其他受个人主义熏陶甚深的国家,可说切中时弊,在中国则适得其反,我们不能不求甚解地人云亦云。

## 二、法律与道德,民事与刑事

从法律内容的进化方面而言,道德与法律,刑事与民事,均从不分而逐渐分清。在道德规范上,只有义务,绝不可能有权利。我们虽说父慈子孝,兄爱弟敬,这都是父子兄弟自己的义务,在道德律上父兄既无从要求子弟孝敬,子弟亦无从要求父兄慈爱。在刑法上亦复如此。刑事法全是对于违反义务的制裁,这是就其技术法而言,就其规范的

<sup>①</sup> Pound, op. cit. pp. 62~63.

准则法而言,则全是在使人尽其义务。如杀人者处死刑、无期徒刑或10年以上有期徒刑,这是对执法者而言的技术规则,其中隐含着一个行为规则——不得杀人,这是一种单纯的义务,绝无权利可言。因此,权利观念必须随道德与法律之分化及民事法与刑事法之分化而产生。没有民事法固绝不会有权利观念产生,纵有民事法而没有与道德分化,亦不会有权利观念产生。

任何民族的初民时代,所以规范人之行为者,是宗教的规范及习惯,等到他们的文化发展到了某一阶段,就有法典产生。据梅因说,在欧洲古代,这是普遍的现象。如希腊、意大利、亚洲西部沿海等国家,均是如此,其中以罗马的《十二表法》为最著称。文字的发明,当然是法典产生的主要原因。<sup>①</sup>梅因并说:这是各民族文化进步或停滞的划分阶段。许多民族的文化发展到这一阶段就停顿了。因为这法典已是他们过去及现有一切的总结账,倘没有外来的刺激或新文化的调剂,他自身就难再有多大发展了。世界上只有极小部分,他的法律能超过这一阶段而继续进步。罗马法可说是其中一枝独秀者。<sup>②</sup>罗马法在《十二表法》时期,民事与刑事,已有相当的区分,这是古代法律惟一之特例。罗马法至今还有他不朽的价值,是罗马民法,我们现在仍在研究的,是罗马的民法。罗马的刑法是不足道的。我们的《唐律》(永徽二年,公元651年)较罗马《优帝法典》(Corpus Juris Civilis,534年),只迟117年,刑事上的制度,要比他完备得多了。不过话虽如此,罗马法虽发展到优帝法典,民事与刑事及道德观念仍没有完全分清。<sup>③</sup>如盗窃(Furtum),在《十二表法》与现行犯(Furtum manifestum)及非现行犯(Furtum nec manifestum)。在夜间行窃或持有武器的现行犯,被害人可以把他当场杀死,在其他情形,则在法官监视下处以体罚(如鞭笞)。对于非现行犯则只得请求罚金,其数额规定为所受损害的二倍。

① Maine, op. cit. pp. 12~13.

② Maine, op. cit. pp. 28~31.

③ Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle. t. I. pp. 26~27.

这全是私罪诉权,到经典时期,对于盗的诉权已有三种:一种是私罪诉权(*Actio furti*),对于非现行犯仍维持二倍之罚金,对于现行犯则不准杀害(正当防卫除外),而处以四倍的罚金。其计算方法,在初以被窃物的价额为标准,嗣后乃以被害人之所受损害为标准,关于此点,亦渐接近现代损害赔偿的性质。第二种是公罪诉权。这是凯撒(*César*)大帝时代的创制,窃盗已列为公罪而由国家予以刑罚。这是国家权力增强的表征。但如其非以强暴方法为之者,被害人可以公罪诉权或私罪诉权之中选择行使,倘使窃犯有资力,被害人仍多宁愿主张私罪,因为所处的罚金,是由被害人享有的,与现代的罚金制度,大异其趣。到优帝时代,公罪之诉比较地多了,但私罪之诉始终是存在的。第三种是单纯的民事诉权,被害人可以请求返还被窃物(*action en revendication*),或自处于债权人之地位请求给付(*condictio furtiva*)。<sup>①</sup> 由此可见罗马法进步到优帝时代,公罪私罪及民事仍是混在一起,我们现代单纯的民事损害赔偿,以填补损害为目的的制度,在罗马法上还找不到。民刑事责任真正分清,以法国而言,是13世纪的事。<sup>②</sup>

至于道德与法律,在初民时代,同是一种社会规范,并无分别。在罗马古代,其所谓法律(*Jus*)与宗教规范(*Fas*),仅是同物异名而已。<sup>③</sup> 而其所谓善良风俗(*Boni mores*),更是重要,其与宗教规范二者所可发生的力量,或许要超过法律(*Jus civile*)。诸如交易的诚信,诺言的遵守,均属于宗教或道德范围。其后宗教、道德与法律,虽渐有分别,但直到优帝时代,仍未能完全分清。如《优帝法学大纲》里说,法学是了解神祇的及人间的事物的学问,是研究如何合乎正义的学问。<sup>④</sup> 《优帝汇编》里亦说,法律是善良公正的艺术。<sup>⑤</sup> 法的要求,是诚实的生活,勿

① Collinet et Giffard, op. cit. pp. 142~149.

② Demogue, De la réparation civile des délits, pp. 9~10.

③ Collinet et Giffard, t. I. no. 7.

④ Institutes, 1, 1, 1.

⑤ Digeste, 1, 1, pr. et § 1. "Jus est ars boni et aequi."



为非作恶,要受恩知报。<sup>①</sup> 这种法律与道德的混合概念,是从希腊哲学里来的。希腊哲学影响罗马的法律制度,在共和时期已开其端绪。罗马法学思想的领导人物西西罗(Cicero 公元前,106—前43年),就受到希腊哲学极深的影响,尤其是斯多亚派(Stoic)及亚里士多德(Aristotle)的哲学。罗马古代的法律,能有较系统的组织,得力于亚氏的逻辑学,《十二表法》以后至帝政初期自然法思想的产生,则渊源于斯多亚派的哲学。西塞就说,最好的生活是顺从自然(secundum naturam vivere),最高的品德是明达(prudentia)、正义(justitia)、慷慨(magnanimitas)、谦恕(moderatio)。所以“毋害他人”(neminem laedere)、“诚实处世”(Honeste vivere)、“待人如己”(Suum cuique tribuere)等原则,成为罗马人流行的格言。他之所谓正义的基础,就是自然的理性(naturalis ratio),用之于法律,即称之谓自然法(Lex naturae)。所以法律不是任何人可以擅断制订的,而是出之于自然秩序中内涵的道德观念。<sup>②</sup> 他说:“有一种真正的法律,融合于自然,渗和于人类,普遍的、不变的、永恒的。”这是西西罗从希腊哲学得到的自然法的概念,亦是其后许多罗马法学家以至《优帝法典》对于自然法的定义。<sup>③</sup> 所以自然法思想是以人之自然本性为基础的。人性以理性为其特征,理性就是人性,亦就是人类普遍的本性,理性就是自然,自然亦就是理性,凡属圆颅方趾,无不具这自然的理性。自然法的内质,亦就是这自然的理性,所以有其普遍的准确性。由此我们看到自然法中二个重要的概念:第一,理性是各个人的本性,理性的逐渐发展,就是各个独立的个人自己力量的发展,于是各个人逐渐觉得有了自己,发现了独立的我,是之谓个人自觉。由这个人自觉而产生了自由观念。次之,凡人有相同的理性,由于这理性的发展,个人既觉得有了自我,亦就能觉得有了他人,人我

① Digeste, 1, 1, 10, 1, “Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.”

② Berolzheimer, op. cit. pp. 87~89.

③ “Est quaedam vera lex... naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna...” (De Republica 3, 22, 33) cité par Collinet et Giffard, op. cit. t. I. p. 8.



是一样具有理性的人,于是产生了平等观念。罗马法在经典时期能有如此的发展,可说大部受了这种自然法思想的影响。诸如家父权之减杀,奴隶身份的提高,法律行为方式的减简,均足以说明此点。

自然法思想,在罗马时期虽已有相当的发展,但还没有成熟。梅因所说的契约,是一种典型的法律行为。我们现在讲到法律行为,以意思表示为中心观念,但在罗马法却不然。罗马时代对于方式之重视,远胜过当事人之意思,纵使说当事人之意思可以发生法律上的效力,其观念仅是在使当事人履行其诚信义务。所以在罗马法上不便履行方式由当事人之合意即可成立契约,称之为诚信契约(Contractus bonae fidei),这亦是受了自然法思想及斯多亚哲学的影响而发展的制度。<sup>①</sup>言必有信,这是一种道德上的义务,契约当事人应遵守诺言,亦就是其道德上义务之履行。所以我们可以说,终罗马法之世,其中心观念没有能完全脱离义务,道德与法律亦就始终有些混淆。文艺复兴之后,到了十七八世纪,自然法思想大兴,而且这时的自然法,已经从人之理性延伸到个人的自然地位(L'état naturel)及由此地位而生之自然权利(Les droits naturels)。<sup>②</sup>所谓人之自然地位有三种:第一为人对神的地位,这是信仰,信仰必须自由。第二为人对自己的地位,由这一地位而生之权利,最重要的是自由、生命、正当防卫。第三种是人对他人的地位,这就是社会的地位,亦是这三种地位中最重要的一种,这一地位以平等为第一要义。<sup>③</sup>经过自然法思想的这一演变,个人方才真正醒觉,权利观念方才真正产生。如关于上述的法律行为的成立,坡梯埃(Pothier)就认为允诺之应遵守,是自然法上的重要项目,凡以发生法律上拘束为目的之合约,都是契约,罗马法上的契约在原则上必须履行一定方式,在自然法毫无根据。<sup>④</sup>自《拿破仑法典》之后,契约之成立,就以诺成为原则,要式为特殊之例外,当事人之意思乃代方

① Collinet et Giffard, op. cit. t. II. p. 10.

② Pound, *Interpretations of legal history*, pp. 31~32.

③ Burlamaqui, *Les éléments du droit naturel*, pp. 31~71.

④ Pothier, *Traité des obligations*, t. I. Chap. 1, Sec. 1, art. 1, § 1.

式而处于首要地位。而其意思之应发生法律上之效力,亦一反过去履行诚信义务之观念,认为是当事人自己意思上发生的力量,这是一种权利的行使,所谓权利,亦就是意思的力量。契约之应遵守,目的在使权利人权利之得满足。<sup>①</sup> 这种由当事人独立的自由的意思而成立的法律行为,亦就是梅因所称之契约,这种法律制度,亦就是一般人所称之权利本位法制。

### 三、中西文化的沟通

吾国法律,在清末以前,就技术法而言,全部是刑事法,所谓出于礼即入于刑。我们的所谓礼,含义极广,可说包括一切社会规范而言,违反任何社会规范的行为,无不处予刑罚。就《唐律》而论,正律五百条固其荦荦大者,“诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻,其应入罪者,则举轻以明重”。(《唐律·名例》)再加之“诸不应得为而为之者,笞四十,事理重者杖八十”。(《唐律·杂律》)由此我们可以看到,全套法律之中心观念,惟在使人履行其义务,这种义务关系,亦就是我们所说的伦常关系。<sup>②</sup> 在这种纯义务关系的情况下,民事法当难有发展的可能。所谓民事法,其重要的内容不外三部分,人法、物法、债法。关于人的问题,在法律上惟有在独立的人格观念下,方有其意义。罗马法上讲到人,不是 Homo,而是 Persona,是具有享权利负义务的资格的人,是之谓人格(Caput)。Caput 的本义是“首级”,人格就是人的头,没人格等于没有头,没有享权利负义务的资格者,等于没有头的人,不是人,所以奴隶不是人。我们现行的“民法”,开首除《法例》一章外,接着就是《人》,《人》的一章里的第 1 条就讲到权利能力始于出生终于死亡(“民法”第 6 条)。有了这个“人”之后,然后可以讲到下文的债、物、亲属、继承,没有了这个“人”的概念,全部民法既无从谈起,一切法律

① Pound, op. cit. pp. 55~56.

② 参阅陈顾远:《中国固有法学系与中国文化》,载《大陆杂志》,第四卷,第 12 期,31 页。

制度就没有基础,当然就无从了解无从树立了。梅因曾说,法典愈古,刑事法的规定愈多而愈琐细。<sup>①</sup>他又说,罗马的《十二表法》,关于民事已有较多的规定,这是惟一的特例<sup>②</sup>。但是罗马的十二表法何以能成为特殊的例外呢?地理环境当然是一个重要因素,罗马是一个沿海的城邦,在共和时期,已有极繁盛的商业。商业上的关系是个人与个人的关系,而其性质是财产的关系,这些关系,当然难于全凭刑罚来制裁,亦不可能全凭道德来维系,所以不得不有民事法产生。不过像希腊、埃及在当时亦同有很繁盛的商业,何以就没有同样发达的民法呢?这就不能不说是这人格观念的关系了。罗马的人格观念,原是从希腊来的。在希腊哲理上的观念,只有个体观念,从没有总体观念,不过希腊的个体观念,仅是伦理上的观念,罗马人拿了过来,就成为法律上的制度了。我们中国的社会是个典型的农业社会,所有财富,绝大部分是不动产,财产的流通,根本谈不上,普通只限于家族之间原封不动地世代相承,纵有分散,亦只限于亲族邻里之间极小的范围,所以谈不上有什么财产上的关系。至于人的关系,则局限于君臣、父子、兄弟、夫妇、长幼之间,这全是一种层级的服从关系,在这狭隘的范围中,人的关系亦就不会有很多的发展。人与财产均在这样一个固定狭隘的格局里,当然就难有伺机发展的机会。罗马《十二表》法虽是一个特例,但我们上面讲到罗马法发展到优帝时代,仍没有能完全摆脱义务本位观念,在我们全部刑事性的旧律上,恐更难谓非以义务中心为观念了。

时至清末,当我们变法图强之初,正是西洋法律由权利本位移向社会本位之际,所以我们所接触到的西洋法律,已是社会本位的法律,所谓社会本位的法律,是在权利本位的法律上,加了一层形同义务的色彩,这一层色彩,恰恰与我们旧律上的义务观念接轨,于是整套的西洋社会本位立法,可以很顺利地接受。我们的现行“民法”公布之时,就有人很赞赏地说与我国的传统思想,简直是“天衣无缝”,这话仅

<sup>①</sup> "It may be laid down, I think, that the more archaic the code, the fuller and the milder is its penal legislation." Maine, op. cit. p. 390.

<sup>②</sup> Maine, op. cit. p. 389.

是“衣”而言，与“体”原属二事，倒亦道出了其中真机。到今天，一方有人高呼恢复固有礼教，同时有人力倡实行法治，更有人说唐律是社会本位的立法，这未免是个很严重的矛盾或误会，其矛盾或误会之所以发生，则在于有无独立人格观念之间。义务本位的法律与社会本位的法律，可说同是集体主义(Collectivism)的产物，其不同之点惟在一有个人的独立地位，一无个人的独立地位而已。譬如说，别籍异财，为唐律之后历代法律所禁止。“罪之重者，称为十恶，不孝为其中之一，而不孝又以别籍异财为首”(《唐律·名例》)。“诸祖父母父母在，而子孙别籍异财者，徒三年，若祖父母父母令别籍者，徒二年，子孙不坐”(《唐律·户婚》)。这是在伦常关系之礼教制度下应有之义。五伦的中心在父子，父慈子孝而后君严臣忠，而后国治天下平。祖父母父母在，子孙在法律上的地位几乎全被祖父母父母吸收，自不能有独立的人格观念，“杨朱为我，是无君也”。有了我的观念，伦常观念就无可立足。既不能有独立的人格观念，从而亦不容有独立的财产观念，因为财产观念是人格观念的附丽，没有独立的人格，绝不可能有独立的财产。因此，所有财产上的关系，均以户(家)为单位，父债子还，子债父还，夫债妻还，妻债夫还，兄债弟还，弟债兄还，乃是当然的道理了。

现行法制，在刑事方面，已没有族诛连坐制度，罪止一身，已是确立之原则，与旧律观念上之不同显而易见。因为罪止一身的原则，是个人思想的产物，单纯地出之于独立人格观念，其中并不含有什么社会意识在内，所以与旧律上的身份观念恰相对立，甚易分清。至于民事方面，连带责任观念从德国民法之后(1900年)反有日渐加强之势。无行为能力人或限制行为能力人之侵权行为，其法定代理人应与负连带责任(“民法”第187条)，依春秋之义，子有罪本应执其父，“一室之中，父兄之际，若身体相属，一节动而知于心”(《盐铁论·周秦》篇)。从这父兄子弟的关系上讲，使法定代理人(普通即为父母)负连带责任，古今法制，适相符合，倘使我们的民法更进一步，使法定代理人负无过失之绝对责任，使父母对未成年子女的赔偿义务绝对负责，我想非特不会发生问题，且更可符合社会的一般舆情。不过我们现行的法

律,是社会本位的法律,仍是以个人的独立人格为出发点的,其所以使法定代理人负连带责任者,在使社会的被害人能多获得赔偿机会,而在另一方面仍许法定代理人证明自己之无过失而免责,是仍没有埋没了子女的独立人格。子女因自己之故意过失侵害他人之权利,应当负其责任,固无问题,法定代理人,因为自己没有善尽其监督义务,应与负连带责任,法定代理人与无行为能力人或限制行为能力人均是法律上之独立人格者,父母与子女的财产仍是各别的,父母之负连带责任,因为他们自己有过失,并非是为子女负责。因此,古今观念,因其出发点之不同,在其交错点上观察,虽形吻合,但再一引申,就南辕北辙了。父母倘证明其无过失而免责时,与我们的固有观念即发生距离。法律虽规定无行为能力人或限制行为能力人有识别力时仍应单独负责,但这种年轻轻的小孩子,哪能有独立的资力来负这责任?父母倘主张自己没有过失,叫被害人向他的未成年子女请求赔偿,这简直就成为笑谈。我们的社会本位法律,为谋被害人之利益起见,更超出于法律普通原则之外,在法定代理人负责而行为人又无识别能力而不负责任时,法院得斟酌行为人与被害人之经济状况,令行为人负一部或全部之损害赔偿。这是纯本于社会道德之立场,为社会利益而为之规定,这就是所谓西洋各国最新立法例,亦就是 20 世纪以来社会本位立法的最具体而明显的例证。20 世纪以来之所谓理性之再发现。所谓自然法之复兴,亦无非在此。但是,以我们的固有道德观念或旧律的义务本位观念来衡量,这简直在与社会开玩笑。父母卸脱了责任躲在一边,不问不闻,反而由法院来斟酌这种稚龄子女的经济状况,这种孩子,不要父母来操心养活已是难得有的好经济状况,哪里还有什么资力来供法院斟酌。父母是个百万富翁,对子女的行为可以不负责任,法院对其经济状况而不斟酌,反来斟酌其子女的经济状况,这不是开玩笑是什么!我们的现行法律是社会本位的法律,社会本位的法律,绝没有抹杀了个人,以个人的独立人格为基础推而至于社会,所以顺理成章,一说即通。我们的固有道德及法律观念里,既没有个人,再以家庭的伦常关系误会为社会关系,那就无法说得通了。这种社会观念

与义务观念若相符合而谬以千里的情形,在我们的现行法里,不一而足,本文没法再多申述。但即此一例,已足见其问题之所在了。学法律的人不得不从民法总则开始,大学法律系一年级第一学期即以民法总则为启蒙学科,因为民法总则第一页就是讲到“人”,这个“人”字不了解,一切法律科学或法律哲学均无从下手。由此而论,要谈社会主义,必须先从确立人格观念开始,倘没有了独立人格观念,社会主义就变成奴役主义了。这一点观念,是我们传统思想上所缺少的,今天在台湾讲,我想更具有重要性,不容有所混淆或假借。我又想,这种独立的人格观念,虽是来自西洋,但在我们的传统思想里,亦未始没有根源,如君子这概念里就含有很多的这种人格观念,有心整理国粹,发扬固有文化的士人,在这些方面,似乎大可努力。中西文化在这些地方,可能有沟通之处。

# 狄骥的实证主义

一、引言

二、社会连带说

三、权利否认说

四、结论

## 一、引言

法儒狄骥(Leon Duguit)是本世纪初的一位社会法学派巨擘。他的思想,受孔德(Auguste Comte, 1798--1857年)的影响甚深。孔德是社会学的鼻祖,亦是实证主义(Positivisme)的创始者。他在1830至1842年之间,完成了一部六厚册的巨著,名之为《实证哲学》(Cours de philosophie positive),对于后世社会科学影响之大,无与伦比。实证主义是一种经验主义(Empirisme),亦可说是一种客观主义(Objectivisme)。他认为我们的知识,惟有从经验方能获得,惟有我们的官能所能感觉到的,才



是真实的；就真实的事实为观察，用逻辑的方法为论证，所得的结论，才是真实的知识，这才是科学。<sup>①</sup> 狄氏师承其说，其于法律学上的一切问题必须就社会的现实去观察论证，方能获得真实的解决。他对于传统法学上的许多基本概念，如权利、主权、人格等概念，尽情予以排斥。他认为这些概念，人有在玄学(Metaphysique)上有其价值，这是诗人文学家的题材，作为一种宗教信仰则可，在科学的园地内，决难容其存在。社会法学派的大多学者，均有想把法律科学建立起与自然科学同样体系的企图。实在讲来，此一企图并非从社会法学派开始，英国功利主义派的边沁(Jeremy Bentham, 1748—1832年)，早就想做一个社会科学的牛顿(Newton)，想以功利观念来解释一切人类活动的现象。狄骥亦有同一企图，想以社会连带(Solidarité sociale)来解释一切法律现象。社会连带是个客观的事实，人生来就是社会的一员，相互间必然地就发生了连带关系，在这一客观的连带关系上，狄骥曾想建立他的整个法律体系，其与19世纪以个人独立自由意志为中心，个人自然权利为基础的传统思想，形成鲜明的对照。

但是，狄骥的思想，真的是纯客观的了吗？除了社会连带这客观事实之外，法律的基础再没有个人主观的因素了吗？我们所了解的权利观念，真的被排除尽净了吗？更肤浅些说，权利观念被排除了之后，余下来的就是义务观念了吗？这些问题，就学术立场而言，不容含糊，有一加分辨的必要。最近梅仲协先生所译《狄氏宪法精义》重刊问世，国人对于狄氏学说，可以得一较有系统的影像，裨益士林，当非鲜浅。惟狄氏此书，是一册概要的读本，关于其思想之基本出发点方面，未能有较详的发挥。惟恐国人因其精简而违其真义，则非特厚诬前贤，抑亦有负译者之苦心。我们知道，狄氏的学说，多少影响了英国费边社(Fabian society)的思想，而以拉斯基教授(Laski)为甚。同时苏俄的民法，亦受了狄氏学说很大的影响，其第一条且曾直接采纳了狄氏的社

---

<sup>①</sup> 关于实证主义学说，参阅 Charmont, *La renaissance du droit naturel*, pp. 119~130; Berolahimer, *The world's legal philosophies*, pp. 308~316。

会职务观念。<sup>①</sup> 由此我们看到,对于狄氏的思想,需要细心地予以剖析,稍一含混,我们的民主制度,将更难建立。英国的费边主义,有其传统的个人主义及功利主义为基础,流于极端社会主义的可能不多。我们的传统思想里,缺少这个基础,社会观念倘与我们传统的纯义务观念偶一混淆,要发挥民主主义的精神,终不免增加了困难。我们要建立民主思想的基础,在我们的特殊环境下,需要从我们传统的义务观念与极权主义的义务观念的夹缝里钻出去,这条夹缝余地不多,要钻出去,倍觉费力,但这是惟一的出路。爰于仲协先生大作问世之际,就狄骥思想中的社会连带说及其所谓权利否认说,略予论列,藉作读狄氏书者之一助。

## 二、社会连带说

连带主义(Solidarisme)的思想<sup>②</sup>,于19世纪末节,在法国已极盛行。Fouillie、Marion、Gide、Durkheim等,为其有力之创导者,到1897年,浦尔齐(Léon Bourgeois)写了一本小册子名为L'idée de solidarité,而其说大倡。他们的思想大部受了自然科学的影响。生物的生命,就是各种机能间连带关系的存续,各部分间的连带关系解体了,生命亦就遂之而断绝。矿物没有生命,他们的存在,不过是各粒子的集合,并没有连带关系,巴司脱(Pasteur)从卫生的角度观察,各人间的健康亦有连带关系的。富人对于穷人的健康倘不关心,他们自己的生命亦要受到影响。社会是个有机体,在其各构成分子之间,必然的存在着同样的连带关系,相互间必须互助互赖,我们的教育职业健康以至于生命的维持,身心的发育,无不有赖于他人的互助。这种的连带关系,不

① 《苏俄民法》第1条规定：“人民之私权，除其行使违反其经济及社会任务外，为法律所保护。”据诺尔特男爵(Baron Nolde)说，其中的权利任务观念，是从狄骥的著作中得来的。参阅《权利相讨论》，王伯琦译，143页，注5。

② 关于连带主义的发展及内容，参阅 Charmont, *La renaissance du droit naturel*, pp. 141~161。

仅存在于现代生存的人与人之间,前代与后代之间,亦同有这种连带关系,我们的全部文化,就是前人与后人互助的成果。这确是事实,而且是我们生存在社会里,随时随地可以观察到的事实。不过,自然现象中有这种连带事实的存在,是否这种现象就应当成为我们的行为规范呢?科学仅是对于现象的解释,科学所告诉我们的是现象的原因(cause),自然科学里的问题是“因何?”(How?)这里面并不含有任何道德上的意义。自然现象不会知道什么叫善什么叫恶。倘说连带关系仅是个自然律,那就没有善恶之分了。在自然现象之中,我们当然看到许多互助互赖的事实,但又何尝没有互侵互害的事实。野蛮民族征服了他族,就把他们沦为奴隶,这未始不是连带关系的表现。强凌弱,众暴寡,这都是事实,二个团体中人的数量倘是相等,连带意识强的一方就制服了弱的一方。这些客观存在的事实,虽同是连带的表现,但终不能成为我们的行为规范。所以仅就客观事实观察而得到的结论,不能成为行为的规范。必须在客观的事实上加以善恶的标准,这样的事实,方能成为我们行为的准绳。善恶的标准是什么?曰,正义(justice)是矣。所以客观事实必须与正义观念相结合,方才可以产生行为的规范。因为既讲到行为,必须牵涉到人的意志,既讲到意志,必须有自我,即讲到自我,必须有理性,既讲到理性,必须包含正义。这是十七八世纪自然法里颠扑不破的基本原则,连带主义者仍没法跳出。所以讲连带主义者,无不强调正义观念之重要,浦尔齐(L. Bourgeois)说:人类社会要能维持其平衡,条件虽是很多,但一言以蔽之,必须有正义<sup>①</sup>,并说他的思想的出发点就是正义。<sup>②</sup>浦脱鲁(Boutroux)亦说:他们所要建立的连带,是合乎正义观念的连带,是可能致正义于实现的连带。<sup>③</sup>因此浦格莱(Bouglé)不得不承认自然法哲学中的许多观念,

① Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarite*, Premiere conference sur l'idee de solidarite, p. 8.

② op. cit. p. 27.

③ Boutroux, *Essai d'une philosophie de la solidarite*, Conference sur le role de l'idee de solidarite, p. 278.

仍在他们的心灵上跳跃。<sup>①</sup> 而谢蒙(Charmont)则直指连带主义者为理想主义者(Idéalistes)。<sup>②</sup> 易言之,他们至少并不是纯粹的客观主义者(Objectivistes)或实证主义者(Positivistes)。我们倘说社会主义是一种纯客观主义,则连带主义可说是个人主义与社会主义的调和。他们在科学与道德之间,终于搭起了一座桥梁,对于19世纪纯主观的许多法律理念,予以必要的修正,十七八世纪的自然法又换了一个新面目而复兴了。

狄骥是个极负盛名的连带主义者,他的社会连带学说(Théorie de la solidarité sociale),传诵遐迩。他认为任何一种社会规范,倘有违反,在社会大众的意识上(La conscience de la masse),即将引起有组织的反动,而要求公权力予以制裁时,这一规范,即成为法的规范。所以法律绝不是立法者可以创制的,他的基础全在社会大众的意识,立法者只能予以确定而已。<sup>③</sup> 就此点而言,与历史法学派的见解大致相近。这社会大众的意识是什么呢?在狄氏的初期著述里,他一向认为就是社会连带的感觉(Le sentiment de la socialité, sentiment solidariste),但是到了1927年,在他的大著《宪法学》(Traité de droit constitutionnel, 即梅译所称之《宪法义海》)发刊第三版时,他坦白地自认在过去犯了一个绝大的错误,就是把社会的连带感觉当作了法律的惟一基础,对于另一重要因素,正义的感觉(Le sentiment de la justice),未能予以充分地发挥。<sup>④</sup> 他在第三版里,深自责咎,忙加修正,在社会连带感觉之外,另加上了正义的感觉,认为为法律基础的社会大众的意义,是由二种因素构成的,一为社会连带的感觉,一为正义的感觉。不过狄氏的错误究竟在那里?他为什么要作此重大的修正呢?原来狄氏的所谓

① Bougle, *Le solidarisme*, p. 48.

② Charmont, *op. cit.* p. 151.

③ Duguit, *Traite de droit constitutionnel*, t. I. pp. 93~94, 113~115.

④ “Je parle de sentiments. Parce que j’applique le mot a un autre element qui joue dans la formation de la norme juridique un role considerable, que dans mes precedents ouvrages j’ai eu le grand tort de ne pas mettre suffisamment en relief... le sentiment de la justice.” Duguit, *op. cit.* 3e edit. 1927, t. I, p. 116.

社会连带有二种：一种是同求的连带(La solidarité par similitudes)，一种是分工的连带(La solidarité par division du travail)。① 我们群处社会，营共同生活，有其共同的需求，亦有其不同的需求，惟其有共同的需求，我们感觉到须要互助合作，须要有同一的生活态度或方式。一般人在冬天不穿白缎子面子的皮袍，我亦只好用个深色的料子，这是一种社会连带的感觉，称之为同求的连带。我们一方面有共同的需求，另一方面亦有不同的需求，所以我们又感觉到需要分工，我种了米需要他人织的布，这种连带的感觉，称之为分工的连带，不过，我们需要与人群合作，问题就至此为止了吗？我们的社会共同生活，就只在与人合作吗？与人合作了以后的我呢？我们必定会感觉到我既与人合作了，就应当在这人群里得到相当的酬报，相称的地位，如其不然，就会引起社会的反动而予以制裁。这是一种正义的感觉。这种正义，是个体与总体间的正义，各个人应当从社会获得或善或恶的相当报酬，所有得失利害，应平均分担或分享，圣托马斯(Saint Thomas d' Aquin)称之为分配的正义(La justice distributive)。在另一方面，我们有分工的需要，我的工作需与他人的工作交换来满足我们的生活。不过问题至此为止了吗？我们不论怎样交换一下就算了吗？我们必然会感觉到这一交换之间，必须平均，如其不然，就会引起社会的反动而予以制裁，这是另一种正义的感觉。这种正义，是个体与个体间的正义，我之所予与彼之所取，彼之所予与我之所取，应属平均相当。圣托马斯称此种正义为交换的正义(La justice commutative)。② 由此我们看到社会连带的感觉与正义感觉是必然关连而不可分的。既有同求的连带，必有分配的正义，既有分工的连带，必有交换的正义。狄骥早年的著述，把正义的一面忽略了，当然是一重大错误，无怪乎其要深

① Duguit, op. cit. t. I. pp. 83~88.

② St. Thomas d' Aquin, *Somme theologique*, question LVIII, cite par Duguit, op. cit. pp. 122~123. 正义所表现的方式就是均等(egalite)。不过在分配的正义，其均等是几何的；在交换的正义，其均等是算学的。 $3/3=5/5$  这是分配正义， $1=1$  这是交换的正义。

自责咎,郑重声明修正了。

上面写了这些,话还没有讲到本题。这正义的感觉里到底蕴蓄些什么内涵?狄骥要作此重大修正,其意义究竟何在呢?曰:正义的感觉,就是独立自我的感觉,忽略了正义的感觉,就是遗忘了独立的自我。没有自觉,就绝不会有他觉,没有了他觉,当然就不会有社会的感觉,社会的感觉与自我的感觉都没有了,法的基础就全部摧毁了,狄骥的全套理论亦就付之东流了。我们在上面讲到,分配的正义是我与人群合作了,我要得到相当的酬报,交换的正义是我的工作与人交换了,我要获得相称的对价。这里充满着自我的感觉。所以没有自我的感觉,无从谈起正义,既要谈正义,必须从自我出发。有了独立的自我,方始能成为社会;有了自我的感觉,方始有社会的感觉,片面地就社会着墨,必然落空。所以狄骥对社会的感觉与连带的感觉并称,将正义的感觉与个人的感觉(*Sentiment individualiste*)视同一物。<sup>①</sup>他并说:“人的活动是受其社会性及个独性的二种感觉所支配的。所谓个独性的感觉,正就是正义的感觉。”<sup>②</sup>他更透彻地说:“正义是自私的延伸。”<sup>③</sup>至于这正义的感觉是从何而来的呢?狄骥很痛快地说,这与社会的感觉一样,同是出于人之自然之性(*Nature humaine*),无论何时何地,无论其文化程度如何,无不存在。<sup>④</sup>这岂非与十七八世纪自然法学派以人之自然理性为出发点的论调,汇于一流了吗?当然,狄骥并没有说有永恒不变的正义,他认为正义是随时地而异其态样的,这与十七八世纪的自然法学派的见解,自有不同。不过,从20世纪开始以来的所谓自然法,与十七八世纪的自然法不同之所在,重要之点,亦不过

① Duguit, op. cit. t. I. p. 93.

② “L’activite de l’homme est toujours dominee par le double sentiment de son caractere social et de son autonomie individuelle. Ce dernier est proprement le sentiment de justice.” op. cit. p. 121.

③ “... sentiment egoiste don’t, a vrai dire, le sentiment de justice n’est que le prolongement.” op. cit. p. 120.

④ Duguit, op. cit. pp. 123~124.

在此而已。<sup>①</sup> 打倒 19 世纪历史法学派的健将施塔姆勒(Stammler), 他虽否认自己是自然法的信徒, 但他所倡导的就是一种内容随社会境况而变迁的自然法(A natural law with variable content)。<sup>②</sup> 庞德(Pound)所认为复兴了的自然法, 亦就是一种有创造性的自然法(A creative natural law)。<sup>③</sup> 狄骥虽然说社会思想是渊源于十七八世纪的自然法思想, 此话留待以后再为解说, 但他当然不会承认有什么所谓自然法。不过, 由上述观之, 无论他如何强调其客观立场, 终没有完全跳出自然法理想主义的范域。

### 三、权利否认说

孔德在其《实证哲学》的第三册中, 对生物学的研究结果, 认为生物的本性及其发展, 是受其生活环境所支配的, 生物界的任何现象, 均是受了客观力量影响的结果。人类的本性及其发展, 亦莫不如此。任何个人的本性及其发展, 均受制于其所属的团体。他认为国家亦是一个团体, 亦是一个社会, 其与其他社会团体不同之点惟在其握有法律的强制力量<sup>④</sup>。至于文明社会法律制度的产生, 亦被认为是物竞天择的结果, 有些社会, 因为没有坚强的组织、良好的纪律, 当然就被淘汰了。如婚姻制度由掠夺而至买卖而至自由契约, 刑事制裁由私自复仇而至公权力之处罚, 这都是自然竞择的结果。不过人群共处, 必有冲突, 既有冲突, 必须制止, 否则这个社会就要被淘汰, 法律就是制止冲突的方法。因此, 法律的本质, 成为社会如何起而干预冲突的工具。团体决定了个人, 社会的环境支配了个人的存在, 社会要制止个人间的冲突, 必须握有强力, 国家就是把有这种强力的社会, 法律就是使用这强力的依据, 社会的利益高于一切, 强权亦就是公理。个人的意志到哪里

① Charmont, op. cit. pp. 170~176.

② Berolzheimer, *The world's legal philosophies*, p. 401.

③ Pound, *Law and moral*, p. 82.

④ Berolzheimer, op. cit. pp. 308~316.



去了呢？个人的地位在哪里呢？这是实证主义的真面目。所以 Berolzheimer 说：“实证主义的这种冷酷的逻辑，以之解释犬狗的繁殖，或尚恰当，对于人类，则难以为训。”<sup>①</sup>在实证主义者的心目中，既只有社会的利益，个人既只有为社会而存在的价值，对于个人权利观念，当然要予以排斥了。孔德就说：“每一个人对于全体有其义务 (Devoir)，没有人有真正的所谓权利。凡人只有尽其义务的权利，除此而外，别无其他。”<sup>②</sup>狄骥从其实证主义的观点，对于权利观念，确亦尽情予以排斥，他说惟有从超人的神的意志上，可以意识到所谓权利，亦惟有超世的神可以予人以权利。<sup>③</sup>不过，他为什么对于权利观念如此痛恶呢？他亦真的只看到客观的社会而没有主观的个人了吗？大谬而不然。狄骥自己解释说，这或是用词上的误会。在法律秩序中，他承认有一个客观的因素，同样承认有一个主观的因素，他说：“我决不否认法律秩序中的主观因素，倘使我们对主观因素所了解的意义是法律的个体性。我不否认，任何人亦不能否认，法的规范是社会的，同时是个体的。”<sup>④</sup>他并说：法律规范适用的惟一对象，就是个人的意志 (Volontés individuelles)，法学家倘使抹煞了法律所予个人的地位，这显然是其工作上的缺憾<sup>⑤</sup>。原来法文 Droit 一字，既训法，又训权利。为使字义明确起见，狄骥称法为 Droit objectif，称权利为 Droit subjectif。而狄骥所了解的权利的意义，是一个意志加于另一意志的力量。我们知道，19 世纪个人主义的法律思想，无有不从个人之意志出发，所谓权利，就是一个意志超越于另一意志的力量，就另一方面言之，亦就是一个意志应受制于另一较高或较强的意志，这当然不是人之意志之本质。这种意义的权利，狄骥是反对的。所以他说，他所否认的，就是一个意志

① op. cit. p. 312. "The severe logicity of positivism may be adequate to the scientific breeding of dogs, but hardly to the education of human beings."

② Comte, *Politique positive*, t. II. p. 361.

③ Duguit, op. cit. pp. 217~218.

④ op. cit. p. 223.

⑤ op. cit. p. 224.



加于他一意志的力量。<sup>①</sup>狄骥就其所谓实证主义的立场出发,他认为在我们的社会里,我们只看到各个意志是一样的,绝不可能有一个意志驾凌于他一意志,亦不可能有一意志受制于他一意志,所以他不能了解我们可以有所谓权利。<sup>②</sup>由此我们可以看到狄骥之所以排斥权利观念,目的在求各意志间的平衡,这是尊崇个人意志,绝不是予以蔑视。各个人的意志同是法律规范的对象,绝不容有强弱高下之分。有些人误认狄骥之所谓 *Droit subjectif* 为法律规范中个人的主观地位,从而认为个人的主观地位,在狄骥思想中被排斥于法律秩序之外了,这是绝大的误会。

不过,话虽然如此,19世纪传统的权利观念在狄骥的思想体系中是不存在的了,这确是无可否认。但是,权利观念被排斥了,是否就剩下了义务观念呢?对于这一问题,笔者本来不想再多费笔墨。实在讲来,这一设问本身就没什么意思。权利与义务应当是属于同一系统的观念。权利观念不存在了,哪里能有义务观念存在的余地。不过在我们中国,这问题似乎有其特殊的重要性。第一,因为我们文字的缺乏,对于狄骥所用 *Obligation* 一字,很难而几乎不能找出一个名词来表达其正确的意义,勉强称之谓义务,很可能引起误解。次之,在我们的传统思想上,原来就只有义务观念,倘把他和狄骥被误解了的义务观念拉扯一下,贻祸将不堪言。因此不得不把这问题略为申述。

狄骥之排斥权利观念,无宁是以无义务之存在为论据的。他说权利观念,必须包含三个因素:第一,须有一个意欲的主体(*Un sujet qui veut*)。第二,须有一个意欲人的标的(*Un objet qui est voulu par le sujet*)。第三,须有一个被意欲的主体(*Un sujet contre lequel cet objet est voulu*)。倘使说人有与生俱来的天赋的权利,则在其进入社会之先已有权利了,是无异说一个人在其与他人接触以前已可发生权利,那

---

① “Par l’expression *droit subjectif* on est convenu de designer la pouvoir, proper d’une volonté de s’imposer comme telle a une autre volonté. c’est ce pouvoir que je nie.”  
op. cit. p. 223.

② op. cit. p. 218.

么他的被意欲的主体在那里呢?<sup>①</sup> 易言之,凡人生来都是权利之主体,哪个是义务的主体呢? 没有了义务主体,这权利观念还能有立足之余地吗? 所以狄骥说权利观念仅是玄想,这就是他的所谓实证主义。他既把权利观念排斥了,义务观念当更无存在之余地。权利义务观念统不存在了,人与人间的法律关系到底是什么了呢? 他说:由于吾人进入社会的事实,相互间就必然地发生一种关系,各个人即处于一种地位(situation),这种关系或地位,狄骥称之为 obligation 一字的普通意义,可译为义务,法律上另一专门意义,又指债务而言,总之不脱义务的概念。倘使有人误会狄骥的中心观念是义务观念,原因或即在此。实则狄骥给予这字的意义,却大不相同。他之所谓 obligation,是指各个人在法律上所处一种地位而言:倘使违反法律禁止或强制的规定,就会引起社会有组织的反动,这一不可不然的景况,就是各个人在客观法律上所处的地位,亦就是各个人的 obligation。<sup>②</sup> 这一含义的 obligation,要用一个中国字来表达,确是困难,称之为义务,实在太不恰当。我们之所谓义务,狄骥称之为 Devoir。这一概念,同在狄骥排斥之列,他说以之作为宗教的信仰,尚无不可,就科学而言,乃是毫无价值。<sup>③</sup>

这 obligation 的意义,既找不出一个恰当的名词来表达,那就不得不再从旁引证加以解释。狄骥在其另一名著《私法的变迁》(Les transformations générales du droit privé)一书中,曾屡次提到个人的社会任务(Fonction sociale)。他认为我们进入了社会,就有各种社会任务要去完成,没有什么叫权利,他把社会任务观念代替了权利义务观念,所以他的所谓 obligation,可说就是社会任务。再从另一方面解释,亦可说是一种法律关系。《优帝法学大纲》对 obligation,所下的定义是:

① op. cit. p. 212.

② op. cit. p. 215. "Ainsi ce que nous appelons obligation de l'individu est tout simplement cette situation qui est siennne, telle que s'il fait ce qui lui est interdit par la loi ou s'il ne fait pas ce qui lui commande, une reaction sociale se produit contre lui."

③ op. cit. Loc. cit.

“Obligation est juris vinculum, . . . (Obligation est un lien de droit.)”<sup>①</sup> 债是一种法律上的连锁,亦可说是一种法律关系。这一关系,当然是存在于债务人与债权人之间的。所以在罗马法的用词,obligation 包含了权利与义务二方面的意义,梅因(Maine)觉得这很特致<sup>②</sup>。实则拉丁语系的 obligation 一字,狭义的指债务而言,广义的则指债之关系而言。德国民法的第二篇名为 Schuldverhältnis,其义为债之关系,英译即为 obligation,<sup>③</sup>法语亦同。吾国“民法”第二编名曰“债”,其含义亦复相同。狄骥之所谓 obligation,其义可说与此相仿,既非权利,亦非义务,而是一种法律关系。我们当然不能说是权利义务关系,因为狄骥根本否认权利义务观念。不过,倘使从权利义务方面来加一解释,我们可说这是一种权利义务的混合体。在 20 世纪以前,权利与义务二个概念,绝对的相反,当然不能相混,所以权利义务的混合体叫什么,各种语文的字典里恐找不出。狄骥则称之为“Obligation”,又称之谓“Situation”。后一用词,可译为法律地位,前一个字,实在难以中文表达。“民法”第 1084 条规定:“父母对于未成年之子女,有保护及教养之权利义务。”什么叫“权利义务”? 权利乎? 义务乎? 无以名之,名之曰:obligation,或法律地位。<sup>④</sup>

个人处于这样的地位之后,他的主观意志受了影响了吗? 狄骥的答复是绝不。他说:这一地位毫不影响各个人的意志,各个人的意志一仍其旧,既不有所减损,亦不有所增益。所以他又不得不承认:“法律规范,就这点而言,无可否认的具有某种主观性。”<sup>⑤</sup>这是他的老实话。

① Collinet et Giffard, *Precis de droit romain*, t. II, p. 1.

② Maine, *Ancient law*, p. 349.

③ 《德国民法典》,王亮畴英译, p. 55, note(a).

④ “宪法”第 21 条亦规定:“人民有受国民教育之权利与义务”。此处权利与义务之间,有个“与”字,权利与义务还是二个概念,与“民法”第 1084 条所称之权利义务,自又不同。

⑤ Duguit, *op. cit.* p. 215. “La règle de droit a donc incontestablement, a ce premier point de vue, un certain caractère subjectif.”

## 四、结 论

由上所述观之,狄骥并没有把客观的事实当作法律的惟一基础,他并没有把个人的独立意志排斥于法律体系之外,他的思想,仍是从人性出发的。人是社会的动物,同时是个独的动物,人有社会性,同时有其个独性。在其社会性上,狄骥建立了他的连带观念,在其个独性上,建立了他的正义观念,合此两性而为人性,在这人性上,狄骥建筑了整个法律体系的基础。仲协先生的译序里说:“狄氏虽自命为实证主义者,实则其法律思想,一以自然法为归宗”,洵属至论。Charmont称狄氏为假装的实证主义者(Un pseudopositiviste)<sup>①</sup>,其意亦就是说,他仍没有脱离了自然法的范畴。不过,狄氏真正的归宗于自然法,已是晚年。如上所述,他在1927年《宪法学》的第三版里,才于社会连带感觉之外,加上了正义的感觉。这是狄氏思想移动的大痕迹。在这一点上,我们一方面衷心钦佩这位学人锲而不舍的治学精神,在另一方面,这对于我们应当是一个有刺激性的启示:倘使我们对于狄氏著述的兴趣,集中在他的社会连带说及权利否认说上面,无意识地把自己渲染成为一个真正的实证主义者,那就未免冤枉了。

西洋自然法思想,到十七八世纪而大昌。他的出发点就是人性,人性就是理性。所谓理性,则是统摄识别真理、意志及自由三种力量的总力量。由于这种力量的发展,人认识了他的自然权利及自然地位。人之自然地位(L' état naturel)有三种:第一为人对神的地位,这包括一切人对神的感觉,统名之曰宗教。第二为人对自己的地位,这包括自己智慧品德的健全及完整,是之谓自爱。第三是人对他人的地位,是为爱人,亦就是社会性(Sociabilité)的发挥。这一地位,是自然法中最关重要的一部分,规范这一关系的规律,称之为群律(La loi de la sociabilité),其中又可分为三部分:第一为平等律,其要义为:“己所不

<sup>①</sup> Charmont, op. cit. p. 103.

欲,勿施于人,己之所欲,以施于人”。第二为赔偿律,因过失致人损害者,应予赔偿。第三为利他律,人自身是个弱者,不能如其他动物那样有个独生存的力量,所以必须营社会生活,必须互助,自己非特要不损人,还得要利人。普芬道夫(Pufendorf, 1631—1729年)、勃拉麦鸠(Burlamaqui, 1694—1748年)是十七八世纪自然法学派的三位代表人物,勃氏偏重国内公法,勃氏偏重私法。在他们著作的前半部讲到自然法的一般理论时,无不对于群律方面特别致力发挥。<sup>①</sup>所以十七八世纪的自然法,对于人之自然权利固然看得很重,对于社会的一面,亦并未有所忽略。19世纪偏狭的个人主义的自然法,是从康德(Kant, 1724—1804年)以后开始的,影响法学思想最大的,要推亚伦(Ahren, 1808—1874年)。他的大著“自然法论”(Cours de droit naturel),在1837至1892年的15余年中,曾发行24版,加之翻译成七国文字,其学说流行之广,影响之大,于此可见一斑。狄骥所痛恶的正是这种只见个人不见社会的自然法,亦就是过于强调自然权利,忽视人与人间自然地位的自然法。我们现在所说的自然法之复兴,乃是十七八世纪自然法之复兴,更准确些说,十七八世纪自然法中群律的一面已获得其应有的地位。这是对于19世纪自然法之修正,从而整个的实现了十七八世纪自然法的理想,个人与社会方始得到了平衡。我们常认为个人主义肇端于十七八世纪的自然法,实则社会思想又何尝不应溯源于十七八世纪的自然法。关于这点,亦是狄骥所承认的。<sup>②</sup>今天讲社会法学者,应当知所问津了。

<sup>①</sup> Burlamaqui, *Les elements du droit naturel, nouvelle edit.* pp. 71~108. Pufendorf, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, pp. 123~146.

<sup>②</sup> Duguit, *op. cit.* pp. 205~207.

# 惹尼的解释成文法<sup>\*</sup>

一、引言

二、立法原意的尊崇

三、如何探求立法原意

四、惹尼对于德奥自由法说的批判

五、成文法在我国传统思想上所处的地位

---

\* 本文曾发表于《法学丛刊》，第20期。

## 一、引言

在 19 世纪,耶林(Jhering)所谓的概念法学(Begriffsjurisprudenz),可说是弥漫全球,而以德法二国为尤甚。而德法二国的法学虽同是在要领逻辑里兜圈子,但其表现的方式略有不同。在德国当时,还没有统一的成文法典,许多零星散漫的成文法律,全靠学说判例上的理论原则来建立系统而予以凝固。所以他们的所谓概念,无非是学说上及判例上建立的概念。在法国则已有整套的成文法典,所以他们的所谓概念,就脱离不了成文法。纵使其为判例学说上创立的,亦必须归纳到成文的法典。

所以在法国概念法学表现的方式是成文法至上,法典自足。任何解释,不能脱离条文,亦就是说不能说离立法者的意思,不论在判例或学说,一切必以立法原意为依归,从而所谓法源,亦只能有成文法一种,习惯既不能采用,学说判例更不能作为裁判的依据。

到了 19 世纪末节,由于社会情况的剧变,引起了普遍的反抗。在德奥有所谓自由法运动(Freies Recht),在法国亦有所谓科学的自由探讨的说法(La libre recherche scientifique),首倡其说者,就是惹尼(Francois Geny)。他的一部《实证私法的解释方法及法源》(Methode d'interpretation et sources en droit prive positif),就是讨论这个问题的一部名著,其内容大致可分二部分,他首先对于传统的解释方法,尤其是成文法至上自足观念,加以批判,次之,就讨论到法源问题,对于成文法、习惯、判例学说等法源,予以深入的讨论,而发表他的创说——科学的自由探讨。关于惹氏学说全面的介绍,笔者已完成了一本稿了,最近可望与读者见面。现在就其对成文法解释的意见,加以扼要的介绍,并表示一些我个人的感想。

## 二、立法原意的尊崇

我在上面已略提到,在法国 19 世纪的传统观念,认为成文法是可以自足自满的,所谓法律,除成文法之外,并无其他,于是成文法就成为法的惟一渊源,这是成文法至上观念当然的结果。惹尼的基本观念,认为成文法的缺漏是难免的,决不能自足,从而亦就不能承认成文法为惟一的法源。所以他主张成文法、习惯、判例、学说为四种正式的法源(Les sources formelles)。但这四种法源,未必就能解决一切问题,所以他又主张法官可以根据历史、政治、经济、社会等各种有关科学所得的成果,作自由的探讨。在此情形,司法官将自立于立法者的地位,创造法则,以谋事件的解决。惹尼的这一意见,几乎被《瑞士民法》第 1 条全部采纳了,法国民法虽没有修改变更,但实务与学说方面



受其影响,亦至为深巨,<sup>①</sup>而 20 世纪以来世界整个法学思潮之进展,仍未脱其规模。凡有成文法典的国家,无不承认习惯、判例、学说等在法源上之地位,而司法官在民事法方面之方面之可有创设权力,纵使其并无如《瑞士民法》第 1 条之规定,亦为事实上所难免。

但是我们莫误会惹尼把成文法的权威打倒了,据我看来,恰恰相反。在他讨论到成文法的解释时,特别注重立法者的意思。他说:“解释成文法,很单纯的就是依据条文而探求立法意旨。就解释成文法本身的立场而言,在探求立法意旨时,对于其规定是否完善,是否合于理想,或是否适应社会情况,不容有任何成见。当然,这不是说解释法律者对于这些因素可以置之不顾,但在此处,这些因素只能用以探求立法者的意思,不能用来控制或修正立法者的意思。”<sup>②</sup>所以他对于德国历史法学派的法律有机整体说(L' unite organique du droit),根本忽视立法者意思的态度,力加驳斥。历史法学派的学者如 Savigny 及 Puchta 等,认为实证法的惟一泉源是民族意识(La conscience populaire),不论成文法或习惯法均以之为基础。立法者的立法工作,仅在发现这民族意识,而予以宣示,并没有立法者的意思存科其间。执法者解释法律,亦就是在探求当时的民族意识,亦无立法者意思之可言。因此他们认为所有实证法、成文法及习惯法,是一个有机的整体,有其自己独立的生命,习惯法是自己长成的,当然没有问题,就是成文法一旦制定完成,即与立法者脱离关系而具有独立的生命,而能自然生长。总之,法律与言语一样,都是一种民族意识的表现,不是人的意思可以创造的。在这一前提意识之下,就发生以下二种结果:第一是法律自足(Die logische Geschlossenheit des Rechts),法律一旦发现之后,只须

① Colin et Capitant, *Traite de droit civil*, refondu 1953, no. 271, p. 173; op. pp. 104~107.

② Geny, op. cit. t. I, p. 265. “Des lors, interpreter la loi revient simplement a chercher le contenu de la volonte legislative a l' aide de la formule qui l' exprime. Et... cette recherche doit etre faite sans idee preconcue, ni sur la perfection plus ou moins ideale de la regle a decouvrir, ni sur son adaptation plus ou moins complete au milieu social dans lequel elle doit s' appliquer.”

用逻辑推演,即足以满足一切,纵有不足,用类推解释,终可弥补其缺陷<sup>①</sup>,这与法国成文法至上而发生的自足观念,如出一辙,德国 19 世纪末开始的自由法运动,无非是对这观念的反动。次之,他们的所谓民族意识,就是一个民族在不知不觉中世代相承而随时变迁的沿习,立法者以此为根据而订立成文法,司法者以之为依据而解释法律。全部实证法成文法或习惯法,都是他“内在的、无声无臭的力量的产物”,易言之,亦就是社会实际需求的产物<sup>②</sup>,不过,成文法与习惯法虽出于同源,但成文法仅是民族意识间接的不完整的表达,习惯法乃是更真实更直接的表达<sup>③</sup>,因此习惯法的价值更高于成文法。成文法仅是法律有机整体的一部分,依据习惯法来补整这有机体的更重要的任务,就落在解释者的身上了。<sup>④</sup> 因此,所谓解释法律,就是盲目地跟着社会现实走,立法者的意思固然根本不存在,解释者自己亦不容凭其理性之发挥,作任何正义观点之考虑,现实生活的需求,成为法律追逐之惟一目标,成文法的规定,尽可置之不顾。<sup>⑤</sup>

历史法学派的这一观念,又被法国后起的社会学派承袭而更形猖

- 
- ① “Le resultat de ce procede par rapport au droit positif s’appelle analogie; c’est donc par voie d’analogie que se combrent les lacunes.” F. C. de Savigny, *Traite de droit romain*, trad. Guenoux, t. I. pp. 279~280, cite par. Geny, op. cit. t. I. pp. 341~342.
- ② Cf. Charmont, *La renaissance de droit naturel*, p. 80. “En realite, ce qu’elle a d’essentiel, c’est que le droit est la resultante des besoins sociaux.”
- ③ Savigny, op. cit. pp. 14~21; Geny, op. cit. p. 258.
- ④ Savigny, *Traite de droit romain*, trad. Guenoux, t. I. pp. 37~38; Geny, op. cit. t. I. p. 243.
- ⑤ Geny. op. cit. t. I. pp. 258~259. “On peut meme dire que l’auteur de la loi n’a pas eu un concept et un vouloir personnels, que le contenu de sa disposition n’exprime que ce qu’y decouvrira la conscience populaire, l’interpretant au jour le jour. En tout cas, il faut prendre le texte legal, comme une entite, desormais isolee de sa source directe, suffisant, pour ellememe, la loi d’evolution, essentiellement subordonnee au milieu social, et devant, de par sa nature meme, en suivre tous les mouvements. Ce qui justifie l’interprete, non seulement de negliger l’intention du legislateur, mais de torturer le texte et de le violenter, au besoin, pour en tirer tout autre chose que ce que le legislateur y’s voulu mettre, pour y trouver meme, quand il le faut, ce que les exigences de la vie lui paraissent requerir.”

獬,自然法的余绪,几乎告状。社会学派的鼻祖孔德(Auguste Comte)就是个法国人,宗其说者,繁有其徒,如 Spencer、Durkheim、Levy-Bruhl、Espinas 等为其尤著者。他们的学说虽多歧异之处,但有一个共同特征,就是要把社会科学造成和自然科学一样的科学<sup>①</sup>,所以他们使用的方法,亦是一种纯粹的科学方法。他们先就社会事实加以观察,如调查统计等,藉以了解各种现象间的因果关系,而予以解释,达尔文的进化论亦就被适用于社会科学。他们认为文明社会的各种制度,都是物竞天择的结果,无纪律无组织、窃盗横行、自相残杀的社会,自然地淘汰了。如婚姻制度由掠夺婚进至买卖婚而至自由契约,是一种自然的演化。因此,社会为了他自身的生存利益,对于许多扰乱冲突的事情,不得不予干涉,法律就由此而产生了。所以在社会学派的目光中,所谓不法行为不是因为有法律而才产生的,反之,因为有不利于社会的行为而才产生法律的。从而法律乃是一种团体为了保卫他自己的利益,使团体内各成员间,或与其他团体商量不可避免的生存竞争减至最低限度的方法,易言之,法律是为社会自己的利益而服务的<sup>②</sup>,至于个人与个人间的关系,被一概抹煞,所以孔德曾说:“任何人只有对全体之义务(Devoirs),无人能有真正的所谓权利,除尽其义务的权利外,别无所谓权利”。<sup>③</sup> 由此我们看到,社会法学派与历史法学派所得的结论,如出一辙。法律是适应现实社会的需求的,而这现实社会的需求,仅是一种事实,并无任何人的意思存乎其间,更无任何善恶的分别,只须能适合社会需求的事实,均可成为法律的内容。在这种实证观念之下,立法者、解释者都丧失了自己的良知理性,一味被社会现实牵着鼻子走,更何从而谈起道德与正义。道德既丧,正义乃亡,法律之

① Durkheim, *Rev. internationale de l'enseignement*, 1888, p. 29. “d'intégrer la science dans le système général des sciences naturelles.” cite par Charmont, op. cit. p. 120.

② Cf. Charmont, op. cit. pp. 119~123.

③ Comte, *Politique positive*, t. II, p. 361. “Chacun a des devoirs et envers tous, mais personne n'a aucun droit proprement dit. Nul ne possède plus d'autre droit que celui de faire toujours son devoir.”

用,即惟有作强权之帮凶<sup>①</sup>。法儒谢蒙(Charmont),在其名著《自然法之复兴》(La renaissance du droit naturel)中曾慨乎言之。他说:法律的命运与道德不要分,道德的沦丧,必然导致法律的毁灭,倘使立法者没有一些理想,法律即将成为强人服从的工具,社会组织的力量,亦将用之于实现其政治欲望,国家的公权力不受宪法控制时,分权制度等于虚设,法律将成为制服政敌的工具。而在人民方面,其心境亦复相同,法律既丧失其道德上的价值,人民对他亦再无尊仰之心,争取特权也,要求例外也,将继之而起,倘有于其不利之法律,将想尽方法规避破坏,甚至不惜使用暴力。在此情形之下,法律既丧失其力量,只有用强力加紧控制,于是不是出现独裁政治,即是造成无政府状态。<sup>②</sup>在这一方面,我们不得不钦佩狄骥(Duguit)的那种锲而不舍择善而从的精神。<sup>③</sup>我们知道,狄骥是师承孔德的,他的社会连带说(Theorie de la solidarite)传诵遐迩,他认为任何一种社会规范,倘有违反,在社会大众的意识上(La conscience de la masse)即将引起有组织的反动,而要求公权力予以制裁时,这一规范,即成为法的规范。所以法律绝不是立法者可以创制的,他的基础全在社会大众的意识,立法者只能予以确定而已。就此点而言,与萨维尼所说法的基础在于民族意识(La conscience populaire),殊无二致。但这社会大众的意识是什么?在狄氏初期的著述里,他一向认为就是社会的连带感觉(Le sentiment solidariste)。社会的连带关系当然是一个很明显的社会事实,我们的教育、职业、健康,以至于生命的维持,无不相互发生连带关系,而这种连带关系,不仅存于现在生存的人与人之间,前代与后代之间亦同有这种连带关系,我们的全部文化,就是前人与后人发生连带关系的成果。但是我们生存在社会里,虽可随时随地看到这互助互赖的连带事实,

① Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, p. 213. "ou le droit positif est un effort pour hausser les réalités vers un idéal métaphysique; ou le droit positif n'est que le camouflage de la force. Il faut croire à la justice, ou il faut abdiquer devant la force; pas de milieu."

② Charmont, *op. cit.* pp. 126~128.

③ 参阅王伯琦:《狄骥的实证主义》,载《法学丛刊》,第2期。

在另一方面,又何尝不是随时随地看到不少互侵互害的连带关系?我们承袭了祖先的文化遗产,又何尝不同时承袭了祖先的文化负债?倘使所有这些表现社会连带关系的事实,均能作为法的基础,那我们的行为规范,将没有善恶是非之分了。所以,仅就客观事实观察而得到的结论,不能成为人类社会的行为规范,必须在客观的事实上,加以善恶的标准,方能成为我们行为的准绳。善恶的标准是什么?曰,正义是已。狄骥看到了这点,在1920年他的大著《宪法学》(Traite de droit constitutionnel)发刊第二版时,他坦白的自认在过去犯了一个绝大的错误,把社会的连带感觉,当作了法律的惟一基础,而于另一重要因素,正义的感觉(Le sentiment de la justice)未能予以充分发挥。他在第二版里,深自责咎,忙加修正,认为为法律基础的大众意识,是由二种因素构成的,一为社会连带的感觉,一为正义的感觉。<sup>①</sup>因此,法律的基础,不可能是一种单纯的社会的事实,必须这社会生活事实,经过了正义的判断,方能成为法律的立足点,才能成为我们的行为规范。圣托马斯(St. Thomas d'Aquin)曾说:法律是要使生活调整得合乎规律<sup>②</sup>,所以法律当然不就是生活。这规律是什么?雷诺(Renard)认为就是秩序(order)。什么是秩序?秩序就是逐渐接近正义的通衢<sup>③</sup>,亦就是趋向自然法的达道,狄骥终于走了这条路,惹尼走的亦是这条路,我们倘把人看得与其他生物有所不同,亦必得走这条路。我们既必得走这条路,法律规范既必得有正义的标准,那么法律的制定及解释,就不能不是立法者及解释者有意识的意志行为。

当然我们不能说历史法学派及社会法学派这种实证的客观态度毫无长处,他们可以触发法律的进步,使法律的内容与日俱新,这是他

① Duguit, *Taite de droit constitutionnel*, 2 ed. 1920, t. I. p. 46; 3 edit. T. I. p. 116. "Dans mes precedents ouvrages j'ai eu le grand tort de ne pas mettre suffisamment en relief, element. . . , le sentiment de la justice."

② St. Thomas, *Sum. Theologie*, II a II ac, q. LVII, al. "Jus sive justum est aliquod opus adaequatum alteri. . . dicuntur enim vulgariter ea quae adaequantur justari." Cite par Renard, *Le droit, la justice et la volonte*, p. 86, note 1.

③ Renard, *op. cit.* p. 87.

们学说真正用意之所在。但是惹尼说：“倘使我们否认了立法者的意思，法律的内容将成为真空，各人可以装进各人喜欢的东西。解释者倘可这样的自由，成文法最重要的二种特征，确切性及安定性(La precision et la stabilite)，将丧失殆尽。”他并说：“解释成文法而不顾立法的意思，这是根本忽视了成文法所以成为成文法的理由，这是历史法学派的绝大缺陷”。<sup>①</sup> 不过这立法者的意思，不会永远屹然不动的，一旦与现实社会发生接触，即会受其激荡，而时日愈久，其销融亦愈甚，终于甚至可能完全变了质。惹尼认为这是必然的，无可挽救的结果。但是解释法律，是一种有意识的行为，就其工作的本质而言，必须紧紧的把握住立法的愿意，尽可能的使其不受社会时流的影响。<sup>②</sup> 他说：“解释法律，与解释法律行为一样，行为人的意思是法律行为的灵魂，解释法律惟一应当把握的，就是立法意志。”<sup>③</sup>

### 三、如何探求立法原意

但是，照此说来，惹尼亦是个成文法至上主义者了，既要不逾越立法者意思的雷池一步，岂不是就要拘泥于成文法了吗？曰，然；曰，不然。其然者，就解释成文法而言，惹尼的意思确是如此，其不然者，因为他并不认为成文法是惟一的法源，而且他认为成文法绝不能自足的。解释成文法固不能越出其真实的原有范围，在其真实原有范围以外的，应当求之于其他法源。19世纪的传统方法是以成文法自足为出发点的，因此任何事物的解决，必须归宿到立法者的意思，而实则立法

① Geny, op. cit. p. 263.

② 成文法的本质就是一种保守力量。参阅 Renard, Le droit, la justice, et la volonte, 9<sup>e</sup> conference. La fonction conservatrice du droit, p. 213. ets.

③ Geny, op. cit. p. 264. “Elle l’interpretation doit, autant qu’il est en elle, reagir contre les deformations issues du mouvement social, et pour retrouver en la oli ecrite la decision ferme sure, aussi invariable que possible, qui eu est le fruit proper, d’apres son essence meme, il lui faut remonter a la volonte qui l’a creee et tacher de reconstituer cette volonte dans sa purete et son energie premieres.”

者并无此种意思,从而不得不矫揉做作,强以自己主观的意思,附会为立法之原意,这是惹尼所痛恶的。惹尼的意思是说我们不能要求成文法不能给予的东西,成文法所不能给予的,应当率直地求之于其他法源,如习惯、判例、学说等是,而尤为惹尼所瞩目者,即其所称之科学的自由探讨。成文法的解释愈严格,其所领范域即愈小,所留于自由探讨的余地即愈宽。<sup>①</sup> 所以严格的依据立法意旨,一可以维持法律的稳定及尊严,二可以避免盲从社会之现实,三可以启拓其他法源之领域,一举而数美备,是所以惹尼享天下之大名,而瑞士民法受普世之赞赏也。但是这立法者的意思,应以何时为标准? 传统的意见,当然认为应以法律订立时为标准。那么在法律订立后社会情况的变迁,可以置之不顾吗? 历史法学派及社会法学派的意见,当然期以为不可。纵使是意志论者,亦有人认为立法者的原意,亦未始不顾解释者在其抽象规定与变迁的社会情况之间,作些协调的工作。但是惹尼则认为探求立法者的意思,必须以立法当时的意思为准,因为除此以外,再没有别的确定的标准可以选择。以判决时立法者应有的意思为标准,事实上虽是一个确定的时间,但是当事人的既得权利将蒙受影响,姑置毋论,而法律的稳定性及成文法的固有作用,将尽丧失,成文法将无异于习惯,我们又何贵乎有成文法? 除非像公共秩序善良风俗等原则,其含义及适用,本就应当依当时社会情况决定的,除此之外,惟有一种情形,解释者可以不受立法当时意思的拘束,就是法律所以有此规定的基本条件业已消减,或已发生变化,在此情形,法律的规定,再无发生拘束力的依据。如《法国民法》第 525 条,将房屋内之镜、书、地毯等装饰品,均视为不动产(L'immobilisation par perpetuelle demeure),这是以立法当时的建筑情形为依据的,到了今天,情形完全不同,当然就难

<sup>①</sup> Geny, op. cit. p. 267. "De sorte, qu'en restreignant, par une stricte interpretation, la portee des decisions legales, j'aboutis a ouvrir la voie a d'autres sources plus souples, ou a reserver des questions plus nombreuses a une interpretation simplement dominee par les principes de toute recherche scientifique."

于严格适用了。<sup>①</sup> 不过惹尼认为,在此情形,最好还是由立法自己来变更规定。<sup>②</sup>

惹尼既把成文法作这样的严格解释,而要以立法者在立法当时的意思为准绳,则其所用的方法,当然就特别注意逻辑。<sup>③</sup> 诸如文艺解释、扩张解释、限制解释、反面解释等,均宜作适当的运用。他说:“逻辑的运用,足以充实条文原有的内容,而使各条规定间发生联系,而成为一个整体,如法典本身,就是一种极严密的逻辑组织。”至于立法时之会议记录,当然亦视为重要的文献。但是在这样的运用逻辑时,并非不必要考虑到法条以外的其他因素,而事实上,我们亦无法局限于法条本身。因为法律不单是立法者的心理现象,同时是社会现象,亦可以说是浸溺于社会气氛中的心理状态,所以倘使脱离了外在的社会因素,如政治、经济、历史等因素,无从彻底了解立法意思而已,并非以之为解释法律的根据。<sup>④</sup> 而所有以上的各种方法,亦惟在探求立法意思,成文法纵有缺陷不足之足,只能求之于其他法源。德儒文德歇(Windscheid)认为应当探求立法者应有的意思,藉以纠正其错误或过失,这是惹尼认为不可容许的。<sup>⑤</sup>

最后值得一提的是类推解释(Analogie),是否法律本身的解释。类推有二种:一为法条的类推(Gesetzesanalogie),一为法理的类推(Rechtsanalogie)。前者是以法律的特定条款为基础,后者则以立法的原则为基础,二者的出发点虽有不同,但都是由于其所据法理(Raison juridique)相同,所指情形相若,而由法律本身推论及于其他事物的。我们于此先得注意一点,法律上每有准用某某条款的规定,这亦是类推,但既仅由法律规定,则已属于法律的一部,不属于解释范围了。类

① Cf. Colin et Capitant, op. cit. t. I, pp. 833~835.

② Geny, op. cit. pp. 269~275.

③ Geny, op. cit. p. 284. "Toute cette recherche de la volonté législative, d'après du texte, implique une logique intime, inhérente au langage intelligent, sans laquelle les mots resterant vides de sens, ou, du moins, dépourvus de réalité féconde."

④ Geny, op. cit. p. 287.

⑤ Geny, op. cit. p. 301.



推解释是法律本身的解释,或是独立的创设?各因其基本观念之不同而异其说,法国许多著述,认为类推解释与扩充解释,并无区别,二者都是就法律本身而为解释的,这是以法律自足为基本观念而当然产生的结论。他们认为立法者根据某一法理订立了某一法条,解释者根据同一的法理推及其他情事,亦应当同是立法者的愿意。关于这一问题,德国学者研究得比较多而且透彻,最具影响力的是文德歇(Windscheid)。他认为类推既是法律本身的解释,亦是法律之外的创设。根据法律为一有机体的说法,类推是以成文法为基础而来补充立法的缺漏的,在另一方面,类推亦植基于法律整个体系的精神的(Rechtsanalogie),那就必须超越于法律条文之外,而建立新的规律来适应新事物的需要了。这虽是一种二元论,但其重点仍在法律有机体说,所以主要的还是认为是法律本身的解释。这一意见被《德国民法典》第一次草案第1条采纳了。但 Dernburg, Gierke, Menger 等,则明确地把类推划出于法律解释之外,他们排斥法律有机整体之说,而把整个实证法的体系,认为是一种社会事实,并没有立法者的意思存乎其间,所以类推并不是探求立法者的意思,而是以法律的规定作为一个客观的根据,以作自由的探讨,来弥补法律的缺漏。惹尼确信成文法是立法者有意识的作品,与德国学说的基本观念当大异其趣。不过他既认为解释成文法只能以立法者的原有意思为范围,则既云类推,即已越出其原有意思的范围,即不应认为是成文法本身的解释。所以他把类推,当作自由探讨的重要方法了。<sup>①</sup>

总结惹尼对于成文法解释的意见,不外二点:严格的以立法者的意思为范围;在此范围之内,充分运用,既不容稍使变质,亦不容稍加修正。<sup>②</sup> 他的基本意义,无非在维持法律的安定性及确切性,这是成文

<sup>①</sup> Geny, op. cit. no. 107, pp. 304~314.

<sup>②</sup> Geny, op. cit. p. 316. "Restreindre la portee de celle-ci (la loi ecrite) a la mesure de la volonte subjective du legislateur, seul fondement rationnel de sa force imperative; dans cette mesure, appliquer la loi jusqu'au bout, sans deformation, ni correction, de facon a maintenir la fermete indispensable a non effet; tel a ete mon double but, nettement com-mande, je le crois, par la nature meme de cette source formelle."

法本质上必备的特性,解释者倘置此于不顾,则成文法将失其存在的理由了。

#### 四、惹尼对于德奥自由法说的批判

惹尼的这一点意见,对于吾国有些人士似乎很生疏。他们往往把惹氏的科学的自由探讨与德奥的自由法思想同视并论<sup>①</sup>,甚而对于自由这二个字,望文生义,与有些不学法律的人对于自由心证的了解一样,认为可以不受任何拘束,全凭自己主观的认识而作决定,这想法是太简单了。德法二国的这一思潮,都是对他们过分的概念逻辑而发的,他们的目的,亦惟在加以修正而已。在一个有成文法的国家,哪可以有允许执法者这样自作主张的道理。关于这一问题的讨论,在德国最为热烈,这是因为德国的法律自足观念及概念逻辑的运用,较之未能国更为深刻,所以其反动亦更为强烈。在法国关于这一问题作全面讨论的,以惹尼为首屈一指,以其立论平实,方法确切,在实务上发生了很大的影响,而瑞士民法受到的实惠,尤其可观。在德国则对于这一问题的讨论,自20世纪开始,风起云涌。从1902年 Zitelmann 主张法律缺漏之说开始,经 Stampe Heck, Radbruch, Rumpe, Flavios 等名家之鼓吹,到1907年 Fuchs 倡社会心理学说而登峰造极。Fuchs 把法律方法学的研究,分为三派:第一是拘泥于概念逻辑,食古不化的一派,他称这方法为 Pandektologie;第二是实际上虽在另寻出路,而仍以拟制例外推定视为等传统方法为掩饰,从而忸怩作态的一派,他称之为 Kryptosociologie;第三就是直接面对社会的现实,衡量其利益,抛开一切逻辑体系,单刀直入予以解决,这一方法,就是他主张的社会心理方法 Psychosociologie。<sup>②</sup> 这就是说,执法者可以不受任何既定规律的约束凭其自己对于社会利益的衡量,来适应现实生活的需求。这是他

① 如1958年《大法官会议法》第三条在立法院引起争辩时,就有人根据自由法学派如惹尼的理论,起而反对。

② Geny, op. cit. t. II. pp. 399~401.

们传统方法的彻底反叛,而是我们传统方法的照式翻版,与惹尼的自由探讨乃大相径庭。惹尼曾斥之为纯粹的印象主义、主观主义(Impressionniste et Subjectiviste)。<sup>①</sup> 据惹尼说,德奥的自由法运动是失败的,其说盈庭,文献盈筐,但始终仅是一种学说上的运动,未能见于实行。他并说,其失败的原因虽多,其中最主要的一种,是他们仅以历史法学派造成的极其狭隘的观念为对象,而对这问题没有能作广泛而深入的研究。<sup>②</sup> 惹尼这话,是在德国国社党还没有兴起以前说的。第一次世界大战以后,自由法说在德国仍是方兴未艾,在 *Die Justiz* 这本杂志中,连篇累牍,鼓吹不遗余力,结果正中希特勒的心怀,顺手加以利用,成为独裁政治有力的理论基础。<sup>③</sup> 甚至在刑法方面,亦可以由执法者自由比附援引,其 1935 年修正《刑法》第 2 条即规定犯罪不以明文规定者为限,凡危害国家民族之行为,均应治罪。而观之苏俄《刑法》第 10 条,亦同有准许类推比附的规定,独裁政治下法律的适用与解释,必须是十分自由的。但是希特勒是失败了,同时当然亦是德奥自由法说的失败,惹尼的话,仍没有错。关于德奥的自由法运动,惹尼于其大著第二版中,曾开专章予以论述,以后有机会再作详细介绍。我现在所要说明的是,德奥的自由法运动既是失败的,那么像 Fuchs 那种极端的论调,应当失败得更惨,我们纵使要推出德奥自由法的牌子,亦不能以 Fuchs 的那种极端的主张为其代表,倘使把惹尼与他们拉扯在一起,那就更不知所云了。

## 五、成文法在我国传统思想上所处的地位

在我们的传统思想里,有一个很特别的中心观念,就是天人合一。天、地、人,三者是一体的,从而自然秩序与社会秩序是不分的。“乐者,天地之和也,礼者,天地之序也,和故百物皆化,群物皆别,乐由天

① Geny, *ibid.*

② Geny, *op. cit.* t. II. pp. 402~403.

③ Pierr Tuor, *Le code civil Suisse*, p. 27, note 12.

作,礼以地制,过制则乱,过作则暴,明于天地,然后能兴礼乐也。”(《乐记》)“礼节民心,乐和民声,政以行之,刑以防之,礼乐刑政四达而不悖,则王道备矣。”(《乐记》)所以礼乐刑政,必须与天地一样地和而有序,这亦就是中庸上所说的“致中和”。如何而能致中和?这却不是一件容易的事,孔子择乎中庸而不能期月守,“天下国家可均也,爵禄可辞也,白刃可蹈也,中庸不可能也。”但这亦不是真不可能,“伐柯伐柯,其则不远……故君子以人治人,改而止”。这就是以他人作自己的模范,来改正自己。这个模范,称之为圣人或君子。“动而世为天下道,行而世为天下法,言而世为天下则。”(《中庸》)“诗云其仪忒,正是四国。其为父子兄弟足法,而后民法之也。”(《大学》)修齐治平的道理全在乎此。孔子最心仪佩服的大概是舜。“舜其大知也与?……报其两端,用其中于民,其斯以为舜乎。”(《中庸》)又说:“无为而治者,其舜也与!夫何为哉,恭己正,南面而已矣。”(《论语·卫灵公》)所以在我们的传统思想上,这个天地人三者之间秩序之维持,全靠有这样一个君子或圣王的言行作为法则,此之所谓法则,意义是模范(Modele),与我们现在所谓抽象意义的法则(Regle)当然大异其趣。其后孟子之所谓“道先王之法而过者,未之有也”。(《孟子·离娄》篇)荀子之所谓“学者以圣王为师,案以圣王之制为法”(《荀子·解蔽》),其所谓法,均是“象效其人”的意思,是之谓人治。人治者,就是以一个人作模范,在群物皆别之中,能达到百物皆化的境地。这与后来法家所称之法,意义完全不同。如韩非说:“法者,编着之图籍,设之于官府,而存之于百姓者也。”(《韩非子·难三》篇)此之所谓法,乃是一种由国家权力机关以自己的意思来订立的抽象法则,要使万物皆归于一,百度皆准于法,而更要“不淫意于法之外,不为惠于法之内,动无非法”。(《管子·明法》篇)这样一种人为的,具有一致性确定性普遍性的抽象规范,与具有个别性、具体性、中和性的人的模范,性质上不啻有天壤之别。我们知道,这种抽象规范,至少在刑事方面,历代虽不能不有,但在一般人的心目中,所谓法者,还只有模范。成文的抽象法律,最多只能处于辅助地位而发生一些相对的效力而已。荀子曰:“法而不议,则法之所

不至者必废。”(《荀子·王制》篇)张耒在其一篇悯刑论理,把这意思发挥得更透彻,他说:“天下之情无穷,而刑之所治有极,使天下之吏操有限之法,以治无穷之情,而不得稍议其中,而惟法之知,则天下之情无乃一枉于法而失其实软。是以先王之时,一权诸人,而不任法,是故使法出人,而不使人出于法。”这是我们数千年来争论的人治、法治问题,而至今还在争论着,似乎难于解决。这个历史包袱,一日不能摆脱,法治的前途,始终是渺茫的。

# 习惯在法律上地位的演变

一、引言

二、西洋古代法上的习惯法

三、中国古代法上的习惯法

四、近代以来的习惯法

五、吾“民法”上有关习惯的几个问题

## 一、引言

20 世纪开始以来,比较法学的研究,引起了普遍浓厚的兴趣。对于现行法制的比较研究,非特可以增加对本国法制更深切的领悟,且可促进各民族间的相互了解。其最后的企图,还希望世界各民族的法律,能达到统一的境地。<sup>①</sup>另就法律或法律意识的发展而言,比较研究更属重要。因为时代愈古,所留的史料愈少,就一国自己所保存或发现并加以研究,殊难得其底蕴。

---

<sup>①</sup> Cf. René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Chap. IV, Unification et harmonization des droits, pp. 141~186.

不过纵使在上古时期,各民族的社会情况、地理环境、生活方式等等,当亦不会尽同,加之真实史料,各民族同样缺乏,要做一种真正科学的研究,大非易事。所以迄今为止,这门学问,还很幼稚。但是法律是一种文化现象,各民族法律发展的情形,在类似的文化阶段,不见得会相差太远,相互印证,自多启发。所以经许多专家学者的反复研究,成就亦复不少,有好些原则原理,几乎可说业已确立。如法律的起源,系由于神意启示的个别判断;法律的进化,仅由神授法进至习惯法,再进至成文法;法律的目的,系由维持秩序进至保护自由,再进至增进大众生活;他如个人间的法律关系,由身份进至契约;法律的形式,由具体而至抽象;法律行为的方式,由繁而简;刑事法的比重,由大而小。诸如此类的原则,其真实性虽有程度上的不同,但大致已为一般学者所公认。<sup>①</sup>

不过可惜得很,他们研究的对象,多限于西方民族,东方则除印度之外,很少涉及,纵然提到一些,亦是隔靴搔痒。这或许是由于吾国古典文籍之难读,资料亦特别缺乏,加之我们闭关自守,自己的努力亦未足够。我想以我们有这样悠久辉煌历史的民族,在中古以后,固不必谈,在中古以前,尤其是先秦一段时期,不论在法律的发展方面或法的意识方面,可供研究而作相互发明的地方,一定不少。我们倘能在他们已得的成果上,自己再多加一些努力,我想在法的园地内,必定会有不少的极有趣味的发现。本文于论及习惯在古代法律上之地位时,顺便就吾国法律初期发展的过程,比较其他民族的情形,作一说明的尝试而已。

道德、习惯与法律,同是人类社会的行为规范,其间的关系非常密切。法律的前驱是习惯,而习惯又是启端于道德。所以法律的最初发展,无不是道德意识经由习惯而成文化。在这一阶段,各民族的发展,几乎没有什么不同,我们中国亦不例外。其差别的发生,是以后发展的结果。惟世界各民族的法律,能超越这一阶段而有长足进展的,却

<sup>①</sup> Loc. cit. pp. 201~203.



是不多。在西方惟有罗马为其中一枝之独秀,在东方则以我国为独步,不过二者相较,在程度上我国又不如罗马,罗马帝国灭亡,野蛮人入侵,造成欧洲黑暗时期。在此时期,罗马法典不能再有进展,但其传习,并未中绝。到文艺复兴之后,西方的法律,又开始一个发展时期,而于19世纪达到了完全成熟的阶段。其中的演变,无非是道德,习惯与法律相互交替的过程。我国的法律,则始终停滞在较第一阶段稍有进展的状态,数十年来的法制,始终以习惯领先,而没有什么大的变动。等到西方开始第三阶段的发展之后,我们就觉得瞠乎其后了。20世纪开始,西方的法律又开始了另一方面的发展,我国的道德观念与生活习惯,亦遭逢了一个空前未有的变局,东西双方似乎已启拓了一个交相融和,齐头并进的局面。时至今日,道德习惯,在全世界各民族的法制中,无不占有很重要的地位。在这一发展的阶段中,我们实处于一个承先启后的转折点。我们是否能抓住这一机运,亦步亦趋,或又一次地被摔了下来,这要考验我们自己的能耐了,本文不过是提供一些线索而已。

## 二、西洋古代法上的习惯法

据亨利·梅因(Henry Summer Maine)说,各民族法律的进步,可分为三个时期,第一是神授法时期,第二是习惯法时期,第三是成文法时期。<sup>①</sup>在初民时期,人类对于任何现象,无不意识到一个为其主宰的神,风有风神,雨有雨神,水有水神,火有火神。对自然现象如此,对社会现象亦复如此。一个酋长或帝王对臣民的命令或处罚,亦是由神启示指导的。如希腊荷马诗篇(Homeric Poems)里所称的西米司(The-mis),就是一个执法的女神,她是协助世俗帝王(Zeus)执法的。但在这时的所谓执法,并非执行法律。在这时的人,根本不能意识到有什么规律,他们仅是在下一个判决,并不是在立法。每遇一件事情发生,

<sup>①</sup> Maine, *Ancient law*, new edition, pp. 3~11.

就下了一个判决,其间并没有什么原则上的联系。不过在初民时代的社会,极其简单,所发生的情事,同样很多,同样的情事予以同样的判决,积而久之,就渐渐成为习惯。所以梅因说:“一般人认为习惯必须先于判决存在,那是不合史实的。他认为习惯是由各个判决积渐而成的。而且这些个别的判决,都是受神意启示的。”<sup>①</sup>另有一位比较法学家朗倍(Lambert)亦说:“在古代法中,执法者在下一个判决时,须先求祷为神宣达意旨的神父牧师之类予以指示。这在原始民族是很普遍的现象,几乎没有例外。”所以他认为德国历史法学派以为法律是由大众意识(*conscience populaire*)自然产生,而无须任何外力的说法,是完全错误的,由此而论,在这情形之下,违法的观念亦是没的。因为概称违法,必先意识到一个原则性的法的存在,如若仅就各个事件予以个别的解决,法的观念即无从产生,当更无所谓违法或合法了。我们人类心智的发展,无不是由特殊至一般,由具体而抽象的。抽象概念的构成,一般原则的建立,乃是文化进步的现象,初民时代是办不到的。所以雷诺(G. Renard)亦曾说:习惯法则是由第一个判决开始构成的,正和第一个行为开始构成个人的惯行一样。<sup>②</sup>

此后,王权式微,而出现了贵族政治,这是希腊、意大利、小亚细亚、印度等,都是如此。在这情形之下。贵族们专有了法的知识,遇有争讼纠纷,只有他们知道应当如何解决,这就到了真正的所谓习惯法时期。这种法律知识专有的情形,当亦无足为怪。因为一般人民皆愚昧无知,文字的使用亦极有限,只有这些极少数的聪明人,方能知道这些习惯上的原则,知道什么是应当的,什么是不应当的。而能从事于辨别是非,作排难解纷的决定。

再后,社会逐渐发展,关系日益复杂。原有的习惯已不足为之规范,而社会阶级利益冲突渐形严重,尤非浮泛不确定的习惯可以应付,于是乃有成文的法律产生。这在希腊、罗马及西欧沿海国家,都很普

① 又如 Hammurbi's code 是太阳神授予的, Mosaic law 是 Manu 宣示的,这是神授的成文规律了。

② Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 694.

遍。如雅典的梭伦法典(Code of Solon),于公元前 594 年订立。在此之时,雅典的人口已极众多,工商业已极繁盛,政治组织说已相当严密,在爱琴那(Egina)地方已有钱币之铸造,航海事业急剧发展,人民之财富骤增,因此社会情况剧变,旧有的一切大遭破坏,而新旧之间,形成了尖锐的矛盾与冲突,于是立法就不可免了。在罗马的情形,亦颇类似。罗马的《十二表法》,完成于公元前 449 年。当时的政治组织已极严密,商业发达,财富集中,造成庞大的负债阶级。在《十二表法》制订之前,社会情况已长期呈现不安,统治二百余年的王室被推翻,共和于焉开始。此时的人民,形成二个阶级,内国人(Patriciens)与域外人(Plébéiens)。双方的生活习惯及利益,矛盾日深,域外人对于当地的习惯,多不熟悉,疑虑难释,于是叛变屡起,成为严重的威胁。所以当时的十人执政(Decemvirs),派了个代表团到希腊考察政治法律,回国后乃有《十二表法》之制订。

由此我们可以看到,一个民族的法律,总得经过一个习惯法时期,到了社会事物复杂,阶级利益冲突,旧有习惯无法维持其秩序时,就会有成文的法律产生。这在希腊罗马是如此,罗马帝国灭亡野蛮人入侵后,其情形亦复相若,亦产生了许多成文法。因为侵人的野蛮人的习惯与生活在罗马法下的人民,不免冲突,所以亦就不得不用立法来调和。不过他们采用的是双轨制,一种是属地法,适用于被征服地区的人民,另一种是属人法,适用于野蛮人自己,他们到任何地方,都适用自己种族的法律。但是后来野蛮人渐渐开化,他们原有的法律,渐成具文,罗马法仍占优势了。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> “Partout la systematization juridique procède du particulier au général, de l’espèce qu genre et à des genres de plus en plus abstraits: c’est la processus ordinaire des opérations de l’intelligence, tel que le représente la philosophie classique. . . Donc, la casuistique est une véritable source de droit,” Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, pp. 349~350; Aussi, p. 351. “Comme c’est le premier acte qui fonde l’habitude, c’est la première decision d’espèce qui fonde la règle coutumière. Il n’y a rien dans la règle coutumière qui ne soit dans la solution d’espèce, rien dans la règle coutumière; rien, si ce n’est une différence toute formelle.”

但是我们应当特别注意,所有这些古代法典,大部分是公法,或是关于政治机构的组织,或是关于犯罪的制裁,或是关于罚金(赎罪金)的规定等。真正关于民事方面的,乃是极少部分,而这极少部分的民事法,亦不过是当时习惯的成文化,使相互冲突的习惯,能得调和,或使之能更妥善地发生效力而已。罗马法进步到《优帝法典》(Codex Justinianus, 534年)其中大部分还是政事法刑事法等公法、民事法的整理,乃是一部汇编,而不是这部法典。其中的原因,可分为二方面讲。在一方面,古代法律的目的,惟在维持现有的社会秩序,个人与个人间利益之平衡,全被漠视,正义之伸张,更难顾及<sup>①</sup>,一个民族征服了异族,最重要的事,就是建立政治制度来统治被征服的人民,次之就是如何使用刑罚来维持社会的秩序。在另一方面,古代社会的本身条件,亦不宜于民事法的发展。所谓民事,不外人、物、继承、契约四个部门,所有这些关系,时代愈古,其范围愈狭。人的关系,只限于父子、夫妇、兄弟等亲属间的服从关系,并无相互间之权利义务关系可言;财产及继承,亦只限于家属之间世代相承,纵有分散,亦多限于亲属邻里间。至于契约观念,可说根本没有。最多亦不过是一种道德上的诚信观念,根本与法律无关。在这样的情形下,民事法当难有发展的机会,而刑事法则并无此等限制。所以梅因说:“法典愈古,刑事法愈多而愈琐细。”<sup>②</sup>实则一个社会里个人与个人间的关系,在习惯足以为之规范的情形下,各人安之若素,本来亦就无须乎有成文的立法。而倘要使之改变,事实上亦不可能全用立法的方法来完成。自古迄今的征服者,可以于旦夕间改变其政体,树立新的政府,制定新的刑罚,但于民事习惯,从未有能骤予改革者。罗马没有能改变域外人的习惯,野蛮人没有能改变欧洲罗马省区的习惯,美国征服墨西哥、菲律宾、日本占据中国台湾,都没有能改变其民事上的法律关系。民事立法,惟有在同一社会里,有了不同的风俗习惯,相互矛盾冲突,到了非加以调和统

① Cf. ,Charter, *Law, its origin, growth and function*, pp. 92~94.

② Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Chap. II, The End of Law, p. 72 ets.

一不可时,方显得有其必要。从这方面说来,德国历史法学派认为法律是长成的,不可能创造,虽未免过于消极,但不能说完全没有道理。

我们上面讲到的雅典的《梭伦法典》,罗马的《十二表法》,其中有一部分民事立法的来由在此,证之近代的立法,亦不例外。在法国《拿破仑法典》制订以前,各处习惯杂乱不堪,在北方称为习惯省区(Le pays de coutumes),受日耳曼人的影响绝大;南方称为成文法区(Le pays de droit écrit),其实并非真有成文法,不过其习惯渊源于罗马法而已。这二区的习惯固多不同,而各区的习惯亦未必一律。每有讼争,必有某种习惯是否存在或其意义究属如何之争辩。此种情形,迨社会逐渐进步,人事日渐复杂,当即难于维持,到了15世纪,路易四世统一帝国形成,大权独揽,方才开始把习惯零星的成文化,到革命前夕,已有许多成文法律。《拿破仑法典》为实现当时革命的理想,虽有不少创作,但过去的许多由习惯而成文化的法律,仍不失为其基石。<sup>①</sup>在德国,虽自1495年起就接受罗马法为其普通法,但能较普遍施行者,只限于债法部分,其他部分,仍以当地习惯居先。而各地习惯之复杂,以及地方立法之混乱,诚如王亮畴先生所言,这样的不正常情况而能维持这样长的时期,实是一个谜。在维也纳会议日耳曼邦联成立之后,虽数度尝试统一立法,但终以邦联之中,没有中心立法机关,不能达成目的。加之萨维尼等历史法学派学说的影响,把德国的立法工作拖延了几近一百年。直到1873年,国会方始获得完全立法权而后开始从事订立统一的民法典。<sup>②</sup>所以,一个国家而有统一民法典的制订,还是最近的事。在今日世界,惟有英美民族,仍始终保持其习惯法的形态。英国最早的土著是凯尔特人(Celts),罗马人征服统治该岛虽有4个世纪,但仅有几个驻点,大部地域,仍在土著之手,受罗马文化影响极少。盎格鲁-萨克逊人(Angles Soxano)入侵,罗马人与不列颠人(Britons)几乎被消灭,他们带到英国的习俗,没有与之抗衡的另一法

<sup>①</sup> Cf. Colin et Capitant, *Traite de droit civil*, t. I, pp. 81~92.

<sup>②</sup> *The German civil code*, Chung Hui Wang, Historical introduction.

制,因之只有凭其自力的力量发展,这与大陆国家有许多不同习惯掺杂的情形,大有不同。而且王室的统治权力不强,立法工作亦无力担当。在萨克逊王朝虽有许多类似法律的文化(Dooms),这不过是对于犯罪罚金数量的确定而已,以后亦未能成为英国法的一部。1215年的《大宪章》,是英国有成文法的开始,不过这并非是原有习惯的成文化,而是王室与贵族间纠纷的解决。英国能至今生活在不成文法制度下,实由于其习惯的单纯,及其民族团结的坚强,所以用不着以立法来统一团结了。不过自19世纪后半起,国际交往频繁,社会情况时生变化,成立立法,亦就加多了。这在美国,尤为显著。<sup>①</sup>

由上所述观之,习惯法之存在,必须其国内的习惯单纯统一,民族团结坚强,社会情况稳定,方才可以维持,而在小国寡民,更为适宜。一旦其自身情况发生变化,习惯显现分歧,或受外来文化的激荡,观念发生矛盾,尤其在剧烈革命之后,就不得不用立法来补救了。<sup>②</sup>但须有一个强有力的统治者,亦是必要的条件。

### 三、中国古代法上的习惯法

#### (一) 由神授法时期进入习惯法时期

吾国法制,在姬周以前,其情形已极少可考。但有某种原始制度及刑罚之存在,应当没有问题。《尚书·皋陶谟》云:“天叙有典,勅我五典五惇哉;天秩有礼,自我五礼有庸哉;……天命有德,五服五章哉;天讨有罪,五刑五用哉。”此之所谓五典、五礼、五服、五章,可能是几种很不确定的制度,而这时的所谓刑,亦应当仅是一种用以维持秩序的处罚。成文的原则当然谈不上,就是习惯的原则,亦恐还没有确定的形成。凡

① Charter, op. cit. pp. 96 ~ 101; Geny, op. cit. t. I. pp. 324 ~ 325; notamment, David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, pp. 270 ~ 279.

② Geny, op. cit. t. I. pp. 325 ~ 326. “C’est un fait indiscutable, qu’à mesure que se compliquent les rapports sociaux, que fusionnent les groupes ethniques, que les aspirations politiques, la puissance du droit coutumier cède devant le rôle sans cesse grandissant de la législation écrite.”

有遇到扰乱秩序而称这为“乱”的事,即予处罚。“夏有乱政而作禹刑,商有乱政而作汤刑”(《左传·昭公六年》),那是很自然的事<sup>①</sup>。我们人类社会秩序的维持,原是先有裁判而后才有法律的。人类有社会即必有争执,而其争执是个别发生的,个别发生的争执,即须个别的予以裁判而处罚。<sup>②</sup>《舜典》所载:“象以典刑,流宥五刑,鞭作宫刑,朴作教刑,金作赎刑。”这亦仅是几种刑罚的名称而已,何种行为应当予以何种刑罚,这种原则性的习惯,似乎还没有形成。至于《尚书·大传》所谓:“夏刑三千”,《周礼》所谓:“夏刑大辟二百,膻辟三百,宫辟五百,劓墨各千”等,纵使其为可靠,亦仅是说当时各种刑罚处分之多,绝不可能是法条的数字。所以在姬周以前所留的文籍里,很难找出有什么原则性的记载。

在吾国古代社会,和其他民族一样,神的权威,亦是非常之大。我们的所谓神就是“天”,“皇天降灾,于我假手”,“上帝不常,作善降之百祥;作不善,降了百殃”。(《尚书·伊训》)关于这点,梁任公在其《先秦政治思想史》的开首,说得很多,而其所引《国语·楚语》观射父之言一段,尤堪注意:“古者民神不杂,民之精爽不携二者,而又能齐肃衷正,其知能上下比义,其对能光远宣朗,其明能光照之,其聪能听彻之,如是则明神降之。在男曰覡,在女曰巫。是使制神之处位次主,而为之牲器时服,而后使先圣之后之有光烈,而能知山川之号,高祖之主,宗庙之事,昭穆之世……而敬恭明神者以为之祝。使名姓之后,能知四时之生,牺牲之物,……坛场之所,上下神氏姓之出,而心率旧典者为之宗。于是乎有天地神民类物之官,谓之五官。各司其序,不相乱

① 参阅陈顾远:《中国法制史》,96页。陈先生怀疑其为惯例而非条文。愚见认为惯例或恐尚未形成。如《韩非子》载:“殷之法,刑弃灭于市者”,那是很可能的事,《困学纪闻》说是法家之侮圣言,正如至今盛行周行仁政的说法一样的主观(参阅沈刚伯:《周室果有仁政乎?》,载《自由中国》,第21卷,第6期)。但弃灭于市的行为是否就成为一种罪名,是否就都予以同样的刑罚,恐还未必。

② Renard, *Le droit, la logique et bon sens*, p. 350. “L’humanité a eu besoin de juges avant d’avoir besoin de règles. Elle a eu besoin de juges avant d’avoir besoin de juristes et de législateurs.”



也”。由此可见覡巫是最聪明圣智的人，明神就降在这种人的身上，而成为神人间的媒介。先圣之后，名姓之后，皆由其指使供职，他自己是最高的主宰，官司有所决定或加施刑罚，要得到他的指示，那是当然的了。<sup>①</sup>这与上面提到梅因(Mainie)及朗倍(Lambert)所说其他民族的情形，曾无二致。这可说还是在梅因所称的神授法时期。

但在《尚书·伊训》有段很突出的记载，颇堪注意：“制官刑，傲于有位曰：敢有恒舞于宫，酣歌于室，时谓巫风；敢有殉于货色，恒于游畋，时谓淫风；敢有侮圣言，逆忠直，远耆德，比顽童，时谓乱风。惟兹三风十愆，卿士有一于身，家必丧，邦君有一于身，国必亡。臣下不匡，其刑墨”。此言如属可信<sup>②</sup>，则对臣下三风十愆的处罚，似乎已很确定，这或许是对官箴的整肃特别重视的缘故。不过其三风以巫风为首，而其刑为墨，关于这两点，却是特别富有意义。据社会学家的研究<sup>③</sup>，巫术在初民社会是一种很普遍的现象，其中有为福的，称为白巫(White magic)，能去除灾祸疾病；亦有为恶的，称为黑巫(Black magic)，能致人死亡，加人灾祸疾病。这种为恶的黑巫，在初民社会中，认为是极可怖的行为，处罚极严。如巴比伦的《汉谟拉比法典》、罗马的《十二表法》，对使用巫术害人者，都是处死的，古代的墨西哥人则把他当做献神的牺牲。西欧国家，一直到18世纪还处巫以死刑，英国到1736年才把这种处罚废止。现在仍存在的原始社会中，如在澳洲、非洲，倘被认为是巫者，即难免于死。北美西北海岸的印第安人盛行巫术，残杀无计，美国政府为了制止这种残杀行为，曾轰毁许多土人的村落。吾国从来就有巫蛊致人疾病死亡的说法，汉武时有所谓巫蛊之狱，太子都被迫得蒙冤自杀。唐、明、清历代法律对造蛊毒杀人，均列为十恶“不道”，《洗冤录》里还详载检验蛊毒的方法。由此以观，殷商时之有巫，应属可说。这或许是上面所讲到的覡巫的流亚。覡巫当然是政治上最高的主宰，而在

① 《周礼》亦有司巫之职，其他文籍讲到巫祝龟卜之处，亦不一而足，在商代尤为显著。

② 《伊训》为古文尚书，考据家多认为伪作。就其有关法律方面这段很突出的记载观之，其可靠性亦大成疑问。

③ 参阅瞿同祖：《中国法律与中国社会》，208～213页。



民间,亦可能同时存在,而为了祸福,这亦是很可理解的事。不过《伊训》中所提到的,仅是巫风。“恒舞于宫,酣歌于室”,不就是巫,而且是对有特殊地位的卿士的处罚,所以其刑为墨。墨刑虽仅是凿额涅墨,但是一种无可洗刷的耻辱。古代人的情感,特别容易冲动,侮辱乃是引起讼争最大的主题,加之社会组织简单,可能没有一个人不相识,倘予以某种犯罪的标志,这种耻辱的压力是难于忍受的。<sup>①</sup>所以在吾国古代社会,对于耻辱,可能看得比杀戮鞭扑还重,尤以士人阶级为甚。由此我们对于舜典之所谓象刑,亦可获得一些了解。关于象刑的说法,成为研究古代刑名者聚讼之点<sup>②</sup>,据我看来,要不外是某种犯罪的标志而予以耻辱的刑罚。既如是,这应当是一种独立的刑罚,不见得如《御览》引《慎子》所说:“有虞之诛,以蒙巾当墨,以草缨当劓,以菲履当刑,以艾毕当宫,布衣无领以当大辟”。至于墨刑,仅是墨其面,不会比鞭扑更痛苦,但墨刑列为五刑之一<sup>③</sup>,是亦足证耻辱在古代社会压力之重。

《尚书·伊训》中这种较为确定的习惯法的记载,到周初更形显著了。鲁大夫克对文公曰:“先君周公……作誓命曰:毁则为贼,掩则为藏,窃贿为盗,盗器为奸。主藏之名,赖奸之用,为大凶德,有常无赦,在九刑不忘。”(《左传·文公十八年》)又《尚书·酒诰》云:“或诰曰:群饮,汝勿佚,书执拘以归于周,予其杀。又惟殷之迪诸臣,惟工乃湎于酒。勿庸杀之,姑惟教之。”由此我们显然可以看到,刑罚之施加,已有了一些浮泛原则做根据。如贼、藏、奸等,已是确定了罪名,凡有毁则、掩贼、窃贿、盗器、主藏、赖奸、群饮等行为,就应处罚了,而且饮酒因其情形之不同,应杀不应杀,亦有了差别。而《吕刑》中更有很确切的赎罪制度:“墨辟疑赦,其罚百锾,……劓辟疑赦,其罚惟倍……。剕辟疑赦,其罚倍差……。宫辟疑赦,其罚六百锾……大辟疑赦,其罚千

① Hippodamus 在公元前 5 世纪时曾说,讼争的主题有三:侮辱(insult)、侵害(injury)、杀害(homicide), See Pound, *Introduction to the philosophy of law*, pp. 241~242; Hartland. *Primitive law*, p. 161 ets.

② 陈顾远:《中国法制史》,261 页。

③ 古之五刑为墨、劓、剕、宫、大辟,见《尚书·吕刑》。

缓……。”这显然表示已脱离了任意复仇时期；国家的权力已极坚强，赎罚金的数额既由国家明确规定，被害一方即必须接受，不能自力复仇了。这在刑事法的发展上讲，可说已进入法定赎罪时期<sup>①</sup>，就一般法律的发展阶段而言，可说已进入梅因所称的习惯法时期了。

## (二) 礼的意义及本质

此之所谓习惯法，统名之曰礼。《曲礼》所谓“礼从宜，使纵俗”是也。我们的所谓礼，其义非常广泛。<sup>②</sup>“夫礼者，所以定亲疏，决嫌疑，

① 刑事法的初期发展，可分为四个时期：一是自力复仇时期，二是自由赎罪时期，三是法定赎罪时期，四是公罪时期。罗马《十二表法》制订之际，是介乎第三、第四时期。《十二表法》有公的不法行为(*delits publics*)及私的不法行为(*delits prives*)之分。前者为侵害公共利益的行为，应受身体罚或财产罚；后者则认为私人利益问题，国家仅处于调解地位，来决定赎罪金使双方的冲突解消。Grard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7<sup>e</sup> édit, p. 411 ets.

② 礼的含义是什么？中西学者，其说不一。西方人常译为 Rites (Dareste, *Etudes histoire du droit*, pp. 290~300; Granet, *La pensée chinoise*, pp. 408~409.) Rite 一字，在英语、法语都指含有宗教意味的仪式而言的。我们的礼其义虽出于事神，但已引申甚远，当非与 Rite 同义。所以有些人虽仍用 Rite，但多特别加以解释。吾国前法籍法律顾问 J. Escarra，认为从一般社会礼尚，以至孔子所谓君子之德，无不包含在内。但他认为礼与严格的法律(*Loi*)法(*Droit*)，是完全立于对立地位的(*Archives de philosophie du droit et sociologie juridique*, no. 1~2, 1935, p. 17.)。R. David 的意见，亦大致相同(David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, p. 381.)据 Escarra 说胡适先生认为礼的最好的译文是德语的 *Sittlichkeit*，他没有注明出处(Escarra, *Loc cit.*)。不过德语的 *Sitte* 又是什么？我们的官文书上予以的意义是道德。如《德国民法》第 534 及 814 条的 *Sittliche Pflicht*，吾国“民法”第 180 条第一款及 408 条第二项均称“道德上之义务”。王宠惠英译《德国民法典》，亦称为 *Moral duty*。是则 *Sitte* 之义，即为道德。惟 Pound 则认为 *Sitte* 的含义，较 *Moral* 为广，而称之为伦理习惯(*Ethical custom*)。既非法律(*Law, Loi, Gesetz*)，亦非法(*Droit, Recht*) (Pound, *Law and moral*, pp. 84~85.)所以倘说礼就是 *Sittlichkeit*，那就只是道德或伦理习惯，根本没有抽象的法的规范的意义。吾国学者的见解，则大有不同。梁任公认为儒家的“道”，就是西洋的自然法，“而思应用自然法以立人定法，其所立之人定法，则礼是也”。(《中国法理学发达史论》，98 页以后，中华书局，1957)。梅仲协先生认为礼是自然法，周礼仪则是实证法(《法学绪论》，第十章，67 页以后)。实则礼之含义，非常广泛，所有一切社会规范，不论其为法的规范，或非法的规范，无不包括在内。其中大部当为习惯法(实证法之一种)，其详则另文论之。

别同异,明是非也。……道德仁义,非礼不成;教训习俗,非礼不备;分争办讼,非礼不决;君臣上下,父子兄弟,非礼不定;宦学事师,非礼不亲;班朝治军,涖官行法,非礼威严不行;祷词祭祀,共给鬼神,非礼不诚不庄。是以君子恭敬樽节退让以明礼。”(《曲礼》上)所以不论是自己对自己的关系,或自己对他人的关系;不论是公的关系或私的关系,人对人的关系或人对鬼神的关系,所有一切应遵守的规范,统名之曰礼。不过礼仅是表之于外的行为,而人之行为,必先有内心之决意,而在决意之先,又必须在多数的意念中予以抉择。指导我们如何抉择的原则,就是许多道德上的规范,统名之曰道。孔子曰:“君子义以为质,礼以行之。”(《论语·卫灵公》)他如“礼者,义之实也,协诸义而协”(《礼运》)、“义以出礼”(《左传·桓公二年》)、“礼以行义”(《左传·僖公二十八年》)等,都是这个意义。而关于这点说得最清楚的,倒是韩非,他说:“义者,君臣上下弓事,父子贵贱之差也,知交朋友之接也,亲疏内外之分也。臣事君宜,下怀上宜,子事父宜,贱敬贵宜,知交朋友之相助也宜,亲者内而疏者外宜。义者谓其宜也,宜而为之。……礼者,所以貌情也,群义之文章也,君臣父子之交也,贵贱贤不肖之所以别也。中心怀而不论,故疾趋卑拜而明之;实心爱而不知,故好言繁辞以信之。礼者,外饰之所以论内也。”(《韩非子·解老》)这话虽可怀疑不类韩非的口吻,但把礼与义的关系,说得确是非常透彻。而其所谓群义,举凡父慈子孝,兄良弟悌,夫义妇听,长惠幼顺,君仁臣忠等一切道德上的原则,无不包括在内。所以礼者,乃是群义之文章,易言之,亦就是道德上许多抽象概念的具体化。

我们对于外界事物所得的意识,最初的来源是由于感觉,由感觉的认识再在心智上抽象化、概念化,而成为一种知识。不过这种心智上抽象化的概念,很难把握,所以又需要把他具体化。具体化之后,再进一步抽象化,而又再具体化。如是循环不已,而表现了我们人性的复杂性及统一性。我们的法律技术(technique)或方法学(La méthodologie juridique)的进步,而至今能成为一种极有系统的科学,

无非是这种心智发展的结果。<sup>①</sup> 我们意识的具体化,首推方式化(formaliser),亦就是把我们的意识用言语或文字表达出来。我们经籍中许多先圣先贤的懿言古训,固是这种意识具体化的表现,而民间亦流行着许多格言谚语,亦都是同一类的意识具体化。如“上梁不正下梁歪”,这是整个人治观念的方式化,与孔子所说:“子师以正,孰敢不正”,其义正同。又如“嫁出门的女儿,泼出门的水”,这是宗法制度下男系家族制度意识的方式化。罗马时代有许多法谚,是法律意识方式化的最佳例证。如“Ignorantia facti excusat, ignorantia juris non excusat”(不知事实为可恕,不知法律不可恕)。又如“In omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur”(债无确期,当天到期)。诸如此类,不胜枚举。法国有一句至今很流行的法谚:“On lie les boeufs par les cornes et les homes par les paroles”(牛缚以角,人缚以话),我们亦常说:“一言既出,驷马难追。”这些谚语里所含的意义,后来经过逐渐的抽象化、概念化之后,均已成为现代的法律。这种意识的方式化,最好能对称而有韵律,使人易于上口易于记忆。一旦普遍熟悉之后,就可积渐而成为习俗。《毛诗·国风·郑笺》说:“正得失,动天地,感鬼神,莫近于诗。先王以是经夫妇,成孝敬,厚人伦,美教化,移风俗”。诗是最对称而最有韵律的语文,实是化民成俗最好的利器。孔子极端重视诗与乐,他曾说:“兴于诗,立于礼,成于乐”。(《论语·泰伯》)“子在齐,闻韶,三月不知肉味。”(《论语·述而》)《孔子家语》并说:“诗三百篇,孔子皆弦而歌之,以求合乎韶武之音。”正是这个道理。

另一种意识具体化的方法,就是仪式化(Symboliser)。这是由我们身体上的动静,来表达一种意识的方法,或是姿态,或是言语,这亦就是“外饰之所以论内”的礼了。罗马法上有许多行为,都是要式行为,而其所谓方式,其实是仪式。如在 Mancipatis,一个人拿着天平,双

<sup>①</sup> Renard, Le droit, la justice et la volonté, 6<sup>e</sup> conférence, *Le droit et sa technique*, pp. 133~140.

方当事人立在五个证人的面前,买受人诵念一套固定的话之后,要拿一块金属片打天平一下,并以之交付出卖人。这一仪式完成之后,买卖标的物的所有权就移转了。又如在 Stipulto,这是契约生效的方式。双方当事人必须亲自到场,一方问: Spondesne? 一方答 Spondes (Sponsi 仅保证之意,债务人自己保证清偿债务)。这一问答,必须出声,点头示意或缄默,均不能生效。我们民间有击掌示信的风俗,在作者原籍乡间,常见儿童有何约言,相互以食指一勾,以示信守。这都是要使某种意识具体化很朴素的方法。至于《仪礼》这部书上所载的一切,更是美不胜收,这都是属于这一类的意识具体化。而其范围之广,上自天子卿士,下至贩夫走卒,其一言一动所应遵循的规范,无不包括在内。那时的儒者,就是讲究这些规范的专家,而其努力的目标,无非想以教育的方法,灌输其意识,以仪式的方法使之具体化,使之积渐而成俗。“礼之教化也微,其止邪也无形,使人日从善远罪而不自知。”(《经解》)所以,“人君之治,莫大于德,莫盛于教,莫神于化。”(王符:《潜夫论》)教化已明,习俗已成,法治的目的亦就达到了。

由上所述观之,我们可以特别注意到二点。第一,所谓礼者,乃群义之文章,亦就是许多道德意识的具体化,这在本质上与法律毫无区别。所不同者,礼这种意识具体化的方法比较粗陋朴素,法律则是经过更深刻的抽象化、概念化而又具体化的方法,其中包括定义、分类、原则、系统,于是而能成为一种科学。我们知道孔子言仁,孟子言义,这还是在道德意识上用功夫,对于礼的观念,还比较浮泛。到了荀子,重点就移到礼,对于礼的概念,比较清晰确切得多,而很有系统,由此而过渡到韩非、商鞅,乃是很自然的进化途径。法学在整个文化的发展中,必定是殿军。必须其内容意识已发展成熟之后,方能一步一步的抽象化而又具体化。所以在文学、艺术、政治、经济还没有充分发展的社会,绝难有法律发展的余地。罗马法发展的黄金时期,是从奥古斯都至亚历山大撒佛这 250 年间(August—Alexandre Sévère,公元前 23—公元 235 年)。那时罗马在文艺、政治、经济方面的发展高潮,业已过去,而法律发展的高潮,乃随之而起。近代的法律,成熟于 19 世

纪,而从文艺复兴以来,在文艺、哲学、政治、经济、科学各方面的发展,早已达到成熟阶段。证之吾国法家思想之后起,法律大成于盛唐,更属不爽。由此而言,吾国今日之法学,在我们的文艺及其他一切科学没有发展成熟以前,恐难有长足进展的可能。

次之,我们更可以看到习俗之化成,原是出于少数智者有意识的创建,并非真正由于大众无意识的从同。“先王恶其乱也,故制礼义以分之,以养人之欲,给人之求,使欲必不穷乎物,物必不屈于欲。二者相持而长,是礼之所由起也。”(《荀子·礼论》)所谓制礼作乐,性质上简直可说与立法者的立法无异。所不同者,立法者所立的是抽象的规律(Règle),先圣先王所立的是不成文的具体的行为模则(Modèle),希望一般人象而仪之,成为不易之风俗。不过风俗一旦确立之后,先圣先王创制的原意,就会渐渐消失,终于可能成为毫无意识的繁文缛节,这与成文法历久之后,可以成为毫无意义的概念法学<sup>①</sup>,并无二致。孔子所谓“民可使由之,不可使知之”,乃是洞察其中情变而说的老实话,倘说这是愚民政策,这非特是厚诬古人,仰亦自愚过甚了。朗倍(Lambert)曾说:“对于宗教及学理有深切认识的少数人的意见,是经过深思熟虑的,无知群众杂乱的感觉反能取胜者,在任何法系,未之或闻。”<sup>②</sup>梅因亦同此意见,已如前述。这就古代法而言,确是不刊之论。

### (三) 由习惯法时期进入成文法时期

如上所述,儒家的理想,固在化民成俗,但究竟不是一件容易的事。孔子七十而后能随心所欲不逾矩,一般人哪能办得到。如臣不死君,是亏大德,当非礼之所容。但管仲不死公孙纠,孔子称之。(《论

① 参阅王伯琦:《论概念法学》,载《台大法学院社会科学论丛》,第十辑。

② Lambert, op. cit. p. 331, ne note dans aucun droit “le triomphe du sentiment confus la multitude des ignorants sur l’opinion réfléchi du petit nombre de ceux qui possèdent pleinement la connaissance religieuse et la compétence théologique si l’on considère en particulier le droit canonique. C’est de l’entente voulue et mcrie des évêques, et non pas de l’obscur instinct religieux de la foule, qu’est issu le consentement universel de l’Eglise du Christ.”

语·宪问》)齐王馈兼金一百不受,于宋馈七十镒而受,于薛馈五十镒亦受,孟子皆是之。(《孟子·公孙丑下》)并人有其母死而孺子泣者,孔子认为哀则哀矣,哭踊无节,难以为继,于礼不洽。(《礼记·檀弓》)大至成仁,小至受馈,末节如哭踊,如何而能恰到好处,而合乎礼的规范,实在不是一般人都能体会的。加之当时的社会情况,已极混乱,商业日渐发展,各种关系亦形复杂,诸侯各国之间,竞相争霸,贵族平民之间,矛盾日深,富国强兵,固所企求,安定社会,尤为要著。一些浮泛不确切的习俗,已无法应付,正如韩非所云:“古今异俗,新古异备,如欲以宽缓之政,救急世之民,犹无辔策而御悍马”,成文法乃应运而生。

当时各国,大概已多有刑书,如楚之仆区、茅门,晋之被庐等是。不过这仅是藏之于官府,没有布之于百姓。嗣后郑子产铸刑书,晋赵鞅铸刑鼎,乃是把刑书公布了。这一举措,确是重要,我们的法律,由此而从习惯法时期进入了成文法时期,在我们的法律进化史上,固然是一件了不起的大事,而在我们整个民族文化的进程了,亦是一个绝顶重要的转折点。梅因在其《古代法》里曾指出,习惯的成文化,在世界各民族是很普遍的,但大有幸与不幸之别。<sup>①</sup>有些在其成文化的时候,其习惯已经腐化了。这样的成文法制订之后,这个民族就要处于万劫不复之地。原始的习俗,对于原始人民的生活,本是最适合的。倘能保持其合理的完整性,等到有新的需要促成新的习惯,逐渐更替,社会的进步,亦未始不可期待。不过不成文的习俗,始终受其自身发展规律的限制的。遵从习俗的大众,并不了解其所以要遵从的道理,积而久之,迷信就不可免了。因此,合理的习俗,就变成了无可理论的陋俗,再加之类推扩充,所有的习俗,都会染上迷信的色彩。对于某一行为认为是犯神怒的,以之而类推及于其他类似的行为。譬如为了卫生的原因不食某种食品,终于变成了神的禁令,以之类似的食物,均在禁食之列了。印度古代的法律,大部是成文的,但在其订立之时,他们的习俗已腐化了,这在他们的圣语(Sanskrit)中表示得很明显。违反

<sup>①</sup> Maine, *Ancient law*, pp. 16~18, 28~31.



教条要受法律制裁,违反法律亦同要受神的处罚。如欠债不还,非仅是违反法律,亦是不诚不信,而是对神的一种罪孽。父债子还,并非出于孝道,而是免亲于对神的罪孽。否则来生要在债权人变成奴隶、女人、或犬马偿还的。<sup>①</sup> 印度就始终生活在这种法律与教条的混合状态下,而不能自拔。罗马与印度,在种族上是同源的,原始的习俗亦是相仿的,但罗马的命运大不相同,这不得不归功于其法典。罗马《十二表法》制订之时,其习俗还很健全,但据梅因说,倘再晚 100 年,或许就太迟了。<sup>②</sup> 至于吾国,以后的发展虽不如罗马,但在这一阶段上,却和罗马一样地幸运,而没有像印度那样不幸,而其所以能避免印度那样的不幸,亦就因为我们的习俗在成文化,还没有腐化。罗马《十二表法》的订立(公元前 449 年),比我们郑子产铸刑书(鲁昭公六年,公元前 538 年),晋赵鞅铸刑鼎(鲁昭公 29 年,公元前 513 年),时间上还迟了一些,从当时的文籍上看,我们的所谓礼或习俗,根本找不出有什么迷信的色彩,还是很健全的。这不得不归功于当时专从人性上立论的儒学。“子不语怪力乱神”(《论语·述而》),及至荀子而有“天伦”之作,把神怪的观念,一扫而空。所以当时的法律所要禁止或处罚的,不见得会有什么太不合理的事。由此说来,子产铸刑书,赵鞅铸刑鼎,在法制史的课本上,虽是一略而过,成为老生常谈,有人且表示轻视,认为在法制法理方面,似乎无足轻重。<sup>③</sup> 但若在这时期再没有这些成文法出现,任由这样混乱的习俗自身发展,到了一个极限,人民在无可奈何之时,是否不求之于幽冥鬼神,发生迷信,而把习俗腐化了,我们很难说。所以梅因说:习俗的成文化,是一个民族文化的转折点<sup>④</sup>,我们绝不能把这事轻视了。

不过这样一种革命的举措,当然会引起旧势力方面的反对。邓铸

① Cf. Pound, *An introduction to the philosophy of law*, pp. 243~245.

② Maine, *op. cit.* p. 18.

③ 参阅徐道邻:《中国法制史论略》,3 页。

④ Maine, *op. cit.* p. 29. "After the epoch of codes, the distinction between stationary and progressive societies begins to make itself felt."



刑书,《叔向诒子产书》曰:“先王议事以制,不为刑辟,惧民之有争心也。犹不可禁御,是故困之以义,纠之以政,行之以礼,守之以信,奉之以仁,制之以禄位,以劝其从。严断刑罚,以威其淫。惧其未也,故悔之以忠,耸之以行,教之以务,使之以和,临之以敬,涖之以疆,断之以刚。犹求圣哲之上,明察之官,忠信之长,慈惠之师。民于是乎可任使也,而不为祸乱。民知有辟,则不忌于上,并有争心,以征于书,而徼幸以成之,弗可为矣。……民知争端矣,将弃礼而征于书,锥刀之末,将尽争之,乱狱滋丰,贿赂并行,终子之世,郑其败乎。”(《左传·昭公六年》)这意思无非是说,治国之道,应由君官师长,教民以忠信仁义,以劝其从,在另一方面,再严断刑罚,以威其淫。人民不知有刑辟,可以任凭涖之以疆,断之以刚,倘是知道了,就要弃礼义而不忌于上,就可以征于书,而争刀锥之末了。所以这不是说不要刑罚,而且要严断,藉以威其淫过,但是不能使其知道有一个标准。这充分表示出统治阶级与被统治阶级,知识阶级与平民阶级利害矛盾之深。这在孔子对晋铸刑鼎的批评,说得更透彻。他说:“晋其亡乎,失其度矣。夫晋国将守唐叔之所受法度,以经纬其民,卿大夫以序守之,民是以能为其贵,贵是以能守其业,贵贱不愆,所谓度也。今弃是度也,而为刑鼎。民在鼎矣,何以为贵,贵何业之守,贵贱无序,何以为国。”(《左传·昭公二十九年》)由此可见法律的成文化与公布,对于上下贵贱之间,利害关系之深切。

但是到了春秋这样的乱世,没有一个统一的标准,没有成文法的公布,仍旧株守唐叔之法度,混混沌沌下去,简直没有办法了。孔子亦说:“古者民有三疾,今也或是之亡也。古之狂也肆,今之狂也荡;古之矜也廉,今之矜也忿戾;古之愚也直,今之愚也诈而已矣。”(《论语·阳货》)如邓析那样有知识的善辩之士,就可以操两可之说,设无穷之辞。“洧水甚大,郑之富人有溺者。人得其死者,富人请赎之,其人求多金,以告邓析。邓析曰:安之,人必莫之卖矣。得死者患之,以告邓析,邓析又告之曰:安之,此必无所更买矣。”他还可以“与民之有狱者约,大狱一衣,小狱襦袴。民之献衣襦袴而学讼者,不可胜数。以非为

是,以是为非,是非无度,而可与不可日变,所欲胜因胜,所欲罪因罪。”(《吕氏春秋》)我想当时邪说横行,处士横议,像邓析那样的人,一定不少,邓析或许是其中的佼佼者而已。在没有一个确切的标准下,一有狱讼,哪一个不认为是自己有理的。下决定的官吏,又何曾能有一定把握,能心度如秤,不以是为非,以非为是!所以子产复书叔向说:“侨不才,不能及子孙,吾以救世也。”要救世,没有办法不铸刑书了。邓析是否确被子产杀了的,姑置毋论<sup>①</sup>,但子产的铸刑书,是受了邓析那种人所烘托出来的是非无度的环境的逼迫,那或许是没有问题的。所以我们古代成文法的公布,虽没有像希腊罗马经过平民与贵族剧烈斗争的正面史实可考,但亦绝不会是当政者完全出于自动地在立法。子产答复叔向的言语中,把一种不得已的情形,亦表露无遗了。

#### (四) 秦汉以后成文法进展的停滞

自邓铸刑书、晋铸刑鼎之后,各国大概就相继仿效了。李悝集诸国刑典,造《法经》六篇,商君受之以相秦。再由汉之《九章律》而至魏晋,已奠定了吾国刑书或文法的基础,迨及李唐,乃云大备。但所谓大备者,亦惟集两汉魏晋之制有所损益,而编制上较为整齐统一而已,其基本精神及原则,可说一仍其旧。复经宋、元、明、清,更少变动。<sup>②</sup>所以就大体而言,我国二千多年来的法制,可说没有什么大变动。其间王莽、王安石的二次变法,虽曾企图在某一方面加以改革,但终归失败。其中的道理,无非是因为社会的习尚与观念不变,法律本身是无法变的。一位历史法学派的学者卡脱(J. C. Charter)曾说:“社会要求进步,必从改革习惯始,要改革习惯,必从改革个人行为始,要改革个人行为,又必从改革其思想始。所以任何社会改革,必先改革个人的

① 参阅胡适之:《中国哲学史大纲》,上卷,73~75页。胡先生认为《吕氏春秋》及《列子》都说子产杀邓析,这话恐不确,第一个理由是子产不愿意压制言论自由。我看这个问题不在言论自由。当时社会秩序之无法维持,已由邓析的无穷之辞中表现无遗了。子产因而杀之,而铸刑书,亦是很可能的事。

② 参阅陈顾远:《中国法制史》,第二章“中国法制之变的问题”,20~51页。

思想,立法只能帮助改革,不能创设改革”。他又说:“社会的进步,必须经由个人行为思想及习惯的进步,方能真正实现。”<sup>①</sup>这虽是历史法学派一贯之论,未免过分忽视了人的创造,但证之吾国史实,却颇含真理。

我在上面讲到,吾国和罗马同样幸运,习俗在还没有腐化前,就成文化了。达到这一境界的,世界各民族还很多,不仅是吾国和罗马。而罗马法的奇特处,在于它能很快地超越这一阶段,而取得长足的进展。此罗马法律之所以领袖群伦而能垂范后世也。考之罗马法律所以能有这样的成就,其民族性之爱好制度化,固不待言,但其环境之特别优越,实为其主要的原因。罗马法发展得最快的时期,就在帝国初期,自公元前 23 年至公元 235 年的那段时间,世称为罗马法的经典时期(Période classique)。这时罗马的版图日益扩展,与异民族接触频繁。他们之间的习俗虽多不同,但就文明程度而言,异民族并不见得落后,所以不同的习惯,可以相互调剂,而有万民法产生(Jus gentium)。这种万民法,并非仅适用于被征服人民,对于罗马市民,友邦人民,尤其是拉丁人,亦一体适用,可见其内容含蕴之丰富。再加之受了希腊哲学之影响,自然法产生,更是增加了发展的动力。是所谓风云际会,自助天助者也。

我们很幸运,没有遭受到印度那样的不幸,但亦不幸和大多其他民族一样,我们的文化和法律,长期停滞在这一阶段。我们虽亦和其他异民族接触,但文化程度,相差悬殊,仿佛和罗马亡后野蛮人和西欧人共处一样,野蛮人用自己的法律,无法与旧罗马省区的习惯调和,最后只有反被同化,对于高度的文化,不会发生滋长作用。我们自古就是把中国与蛮夷分别治理的。“德以柔中国,刑以威四夷”,双方习俗,无法调剂。南北朝时,南朝承用晋律,北朝虽是异族,反而彻底地汉化,在法制上大率承用汉律,而参以魏晋之制。唐律集前代法制之大

<sup>①</sup> Charter, op. cit. pp. 323~324. “All substantial social reform must begin with individuals and by a change and improvement in their thoughts. The legislature cannot originate it, however if may aid it...”

成,但化外人同类自相犯者,各依本俗法(《唐律·名例》),化外人与中国人之间,显难调协,像罗马时代的万民法,就无产生之可能。辽国虽以异族统治华北二百多年,但治契丹人以契丹法,治汉人依汉法,没有能调和。金人则又完全汉化,其采用的法制,乃是唐律。元朝在蒙古人统治下,中华民族,只有受到摧残,更谈不上调剂,有清一代是承用唐律明律的,不必说了。所以我们中国数千年来的习俗,始终是自己本身的力量长成而发展的,得不到外来文化的调剂,其进展就很有有限了。但是,我们的国土虽广,人口虽众,在儒家思想笼罩之下,习俗是很统一的,民族团结亦很坚强,工商业从来是被压制的,贫富不会有很大悬殊,社会关系亦不会很复杂,一切问题,可以由习俗解决。刑事法虽有了成文的法典,其行为依道德习俗为可许者,常可作法外之议,其为不可许者,虽法无正条,可以比附援引,习俗道德的力量,始终超过了成文的法律。这还是就刑事法而言的,至于民事,可说从来不曾有过成文法,除亲属身份方面与社会秩序有关者,偶有简略的规定外,其余概从习俗。我们的儒学,幸没有浓厚的宗教观念,否则经过这样长期停滞的习俗,而能不遭腐污者,几希矣。

#### 四、近代以来的习惯法

我在上面第一节曾提到,习惯法的存在,必须其国内的习惯单纯统一,民族团结坚强,社会情况稳定,方才可以维持,而小国寡民,尤为适宜。一旦其自身情况发生变化,习惯显现分歧,或受外来文化的激荡,观念发生矛盾,尤其在剧烈革命之后,就不得不用立法来补救了,但须有一个强有力的统治中心,亦是必要的条件。近世以来,社会关系日形复杂,国际交往日见频繁,原有习惯之统一性难于维持,民族意识,亦难如过去之坚强,于是成文立法逐渐扩充,习惯的力量即遂之而减损,再加之政治力量集中,地方习惯的效力,亦渐渐消灭。法国的革命,本是对过去一切的扬弃,在其民法典订立之后,过去的习惯,当再无立足之余地,惟有依宪法由立法机关制订的法律,方有拘束人民的

效力,成文法成为法的惟一渊源,习惯当不能发生任何法律上的效力。但是,成文法自足,究竟是句空话,社会情况不断地在变迁,新的习尚逐渐形成,执法者在解决实际问题时,无法置之不顾。所以在他们的判例上,习惯所可发生的力量,仍是非常之大。<sup>①</sup> 不过当然不能明目张胆地以之为法源而适用,只能从解释法律下手,认为是立法者默示的意思。这一说法,由来甚古,罗马时代的法学家如 Julien、Gaius、Ulpian 等,均持此说。此后的注释法学派(Glossateurs)即据此认为习惯非经君主承认,不能发生效力,而成文法的地位,无形中为之提高。16 世纪后罗马法对地方习惯的优越地位,以及到 18 世纪成文法至上观念之发生,均为此一学说之流变。法国自民法典订立后,一般学说,除极少一二外,无不附从此说。<sup>②</sup> 但在商法方面,则一般皆承认习惯为法源之一种。<sup>③</sup>

在德国,自历史法学派兴起之后,一般学说,类皆承认习惯为法源之一种,如萨维尼辈,且认为习惯法的效力应优于成文法,因为习惯法是民族意识最完全最正确的表现。在判例方面,亦颇受其影响。但在立法方面,则适得其反。自 16 世纪开始,德国的地方立法,由罗马法的全盘接受,对于习惯,极力压制。而自 17 世纪之后,更为显著,除极少数容许习惯有补充效力外<sup>④</sup>,大多禁止习惯的适用,而惟有罗马法可以成为补充的法源。到了 18 世纪,成文法至上之说,更加流行,习惯更无立足之余地。他们认为成文法可以自足,习惯是多余的了。如 1794 年的《普鲁士民法典》(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten),废止了普遍的习惯法,至于地方习惯,应于二年内搜集与省立法合并制订省法典。这在东普鲁士于 1802 年实现,在西普鲁士则至 1844 年才实现。其他有特殊性的习惯,则有补充一般法律的效力,但不能违反,更不能有所创设。奥地利 1811 年的《法典》第 10 条,更

① Colin et Capitant, op. cit. t. I. pp. 100.

② Cf. Geny, op. cit. t I. pp. 334~338.

③ Leon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, no. 77.82, pp. 78~79, 82.

④ 如 1555 年公布施行的 Württenburger Landrecht 是。

干脆地规定,除法律的特别准许适用者外,一切习惯,均予废止,而事实上全部法典,并无一条特别规定准许适用习惯,他如 1809 年的《白登法律》(Badisches Landrecht),及 1863 年的《萨克司民法典》(Bürgerliches Gesetzbuch de Saxe)则稍为放宽,容许习惯作为解释法律或契约的依据。迨及 1871 年宪法施行,其第 2 条规定帝国法律的效力优于地方立法,从而地方习惯再无立足余地。故在德国新民法制订之时,习惯之遭排斥,已有水到渠成之势。所以其 1887 年第一次草案的第 2 条,即规定习惯法非有法律特别规定,不能发生效力。其立法理由,并未对历史法学派的学说予以驳斥,而是站在实际立场,认为在今政治集体中,社会关系日见复杂的情形下,习惯在民法上就应再占有地位了。但在学说方面,仍引起了剧烈的反对,而在二读时,这条规定终被删除,而对于习惯的效力,并未再作任何规定。这一故意的缄默,并未能解决问题,习惯的效力究应如何? 仍有待于解释,但其结果是可想而知的了。嗣后的民法著述,对于有普遍性的习惯,一般地认为有补充成文法的效力,甚而主张可以优于成文法的效力者,亦非少数,如 Achilles、Plank、Heilfron、Kruckman 等,均作此说。至于地方习惯,因 1871 年《帝国宪法》第 2 条明白规定帝国法律优于地方法,则地方习惯当然更不能与国法抵触了。<sup>①</sup> 嗣后的 1919 年《联邦宪法》第 13 条,及现行的西德 1949 年《宪法》第 31 条,均有同样的规定。所以地方习惯之不能与联邦法律抵触,已成定论。至于普遍性习惯,在现行宪法下,则应具有更大的效力。依该《宪法》第 20 条第三项规定,行政及司法应受法律(Gesetz)及法(Recht)的约束。此之所谓法,非特包括普遍性的习惯法、自然法的原则,似乎亦应包括在内。此为德国法学上的大转变,实堪注意。

瑞士于 1907 年民法制订之际,正是德法二国对于习惯问题讨论炽热之时,而不论就实务或理论方面言,几乎无不趋向承认习惯为法源之一种,因之而有第 1 条之订定,于成文法律无规定时,应依习惯法

<sup>①</sup> 德国在新《民法》制订前后关于习惯之效力,参阅 Ceny, op. cit. t. I. pp. 432~435。

为裁判,这亦就是吾国“民法”第 1 条的蓝本。所以在现今各国法制,在民事方面,不论其法典本身有无明文规定,几无不承认习惯为法源之一种,成文法自足至上的观念,再无存在的可能了。不过我们看到英美法律的发展,恰恰走了相反的路。我们在上面曾说,英美法始终仍保持其习惯法的形态,但这并非是说他们的法律,仍停留在梅因所谓的习惯法时期。我们知道,一种习惯要成为习惯法而发生法的效力,总须要一个相当时间继续不断的行为,这是我们所了解的习惯法成立的必要要件。英美的习惯法当不例外,而且他们对于这一要件的要求,无比的严酷。英美的习惯要发生法的效力,必须在无可记忆的时期(a immemorial time)即已继续存在,而其所谓无可记忆的时期,应当溯及 1189 年,这简直是开玩笑。在其后社会情况经过这么多变化,倘说非近千年以前的习惯不能发生拘束力,岂非笑谈。实则这个要求,仅是一种虚拟(fiction)。虚拟即是伪装,其作用在于托古制今,藉以维持其法律的统一性及确定性而已。实际上英国的法官,和我们大陆法系的立法者一样,自己在立法,所谓法官造法者是。他们的法官下了一个判决,不像大陆国家的法官,仅着眼于特定案件的解决,而是憧憬着一个原则的确立。所以一个法院的判决中所含的原则,尤其是握有最高司法权的元老院(House of Lords)的判决,非特应为下级法院所遵从,而其本身亦应受其拘束。所以他们由例案确立的原则,实无异于我们立法者所立的法律,是所谓例案或普通法是也(Case-law or Common-law)。英国的例案法,自爱德华第一时代起(1216—1272 年),因有法院判决年鉴(Year book)的编订,即逐渐形成。自亨利第八(1509—1547 年)之后,年鉴虽行停刊,但私人律师,继续编订,未曾中断。至 1865 年律师公会组织法律委员会(Council of law)专司其事,例案法的原则及理论,乃更为确定而有系统。所以梅因曾说:“英国的法律,在初当然是习惯法,但到了法官的判决有记录的成案可援时,这已是成文法了,所不同者,一方是成文的条文或法典,一方是成文的例案



而已。”<sup>①</sup>由此而论,我们今天再说英美法是习惯法,似乎已不很切当。何况自 19 世纪后半起,国际关系日趋复杂,社会情况的变迁,益为剧烈,成文立法大为增加,而以美国的情况为尤著。不过英美始终把成文立法仅当作例案法所定原则的修正或例外(addenda or errata)。法官在下一个判决时,总得先顾到普通法上的原则,而后再看成文立法是否另有特别规定。成文立法既仅是例外,当然就应当严格地解释适用。所以除成文立法有明确的规定外,普通法的原则不会受到影响。英美法与大陆法基本精神之不同,无非在此,至于技术方面的不同,其次焉者也。<sup>②</sup>所以我们看到大陆与英美,恰恰走了相反的路。大陆法增加习惯法的地位,英美法增加成文法的地位。而惟其取道相反,二个法系对于法的观念,亦就渐趋接近了。

## 五、吾“民法”上有关习惯的几个问题

吾“民法”第 1 条规定:“民事,法律无规定者依习惯,无习惯者,依法理。”这里有几个问题值得讨论的:第一,此之所谓习惯,是指习惯法而言的呢?还是指普通的习惯而言的?第二,习惯应由法院以职权适用呢?还是应由当事人举证?第三,这是指有全国普遍性的习惯而言的呢?还是包括地方性及特殊性习惯而言的?第四,习惯仅有补充成文法的效力呢?还是可有排斥成文法的效力?

(一)关于第一个问题,我们在上面曾提到,习惯而能发生法律上的效力;从罗马法以来,就认为是立法者默示的意思,亦就是说,习惯非经司法官依照立法者默示之意思予以采用,不能发生效力。由此而论,习惯法这一名词,似乎就不能存在,因为所有的法,无不为立法者的意思,习惯本身仅为一种事实,绝不能成为法。这是法国自 19 世纪

① Maine, op. cit. p. 12. "It is written case-law, and only different from code-law because it is written in a different way."

② David, op. cit. pp. 270~281.



以来学说及判例一贯的见解<sup>①</sup>,其理由无非是说在宪法分权制度之下,惟有由人民代表组成的立法机关,方有制订法律之权,人民的意志,不能直接成为法律。次之,如求法律能发挥安定社会的作用,亦不能承认习惯为正式的法源。在这样的基本观念之下,我们“民法”第1条的所谓习惯,当然就只能认为是事实上的习惯,非经司法官采用,不能成为习惯法了。德国历史法学派学者的意见则又完全不同,他们认为民族的共同意识,是法的惟一的基础,而习惯法是这共同意识直接的完整的表现,成文法仅是间接的不完整的表示。甚且有认为习惯法只要有社会大众的确信就可成立,纵使没有事实上的惯行,亦属无妨,这是普赫太(Puchta)学说中很重要的一点。不过其后多数学说如 Vangerow、Wachter、Unger、Windscheid、Gierke 等认为惯常的行为虽非习惯法内质的一部,但至少应认为是习惯法存在的表征。<sup>②</sup> 这些枝节的歧见,暂置不论,他们基本的共同意见,无不认为习惯法的存在,与立法者之意思无关,其基础在于人民大众之确信,在司法官援用之先,已由其自身的力量长成而存在。据此而言,我们“民法”第1条之所谓习惯,应指习惯法而言的了。但是德国的学说方面,亦有许多对历史学派的基本观念加以攻击的,如 Zitelmann、Planck、Dernburg、Cosack 等,均认为大众的法的意识,仅是一种神秘的虚拟的东西,并不能明确地表现而可成为实证法的基础。那么习惯法的基础在哪里?他们说,习惯法既有其事实上之存在,或法律即予容许,司法官即应予以接受。<sup>③</sup> 惹尼认为这根本不是一种科学的解释,这简直是德国科学的破产。他认为我们必须从现代的社会学上去找寻习惯法的基础。从法律史上观察,习惯是私法形成的主要力量,就此而论,已足说明其为独立的法源。另就私益的保障及正义立场而言,一个经长期适用的法则,应当和法律一样,可以拘束一般人。人的本性总是守旧而有惰性的,对于祖先遗留下来的习惯,总是觉得应当遵从而不愿改变。再说

① Demolombe、Aubry et Rou、Baudry-Lacantinerie 等均同此说。

② 关于德国历史法学派关于此点之学说,参阅 Geny, op. cit. t. I, pp. 340~344。

③ Cf. Geny, ibid. , p. 344.

习惯是当事人所共有的,这正足以说明其愿遵守,而成为利益平衡中最有效的保障,习惯自身的价值,亦就显而易见了。由此可见习惯之能有法律上的效力而成为法源之一种,乃属事物当然之理(La nature des choses),历史法学派以人民共同意识这样一个主观的概念来解释,徒使客观的真实变质,所以习惯之成为法源,乃由于其自身的价值。<sup>①</sup>如据此说,吾“民法”第1条的习惯,亦应解为习惯法。因为习惯之有法的效力,既由于其自身的价值,则在法官援用时,已有法的效力了。

(二)第二个问题,习惯应由法院以职权适用呢?还是应由当事人举证?此一问题与前一问题有密切的关系。倘说习惯仅是一种事实,则应由当事人主张并负举证责任,否则法院可以置之不问。这是从罗马法的注释法学派直至19世纪初学说上的权威意见,其用意无非在排斥地方习惯而重视罗马法。到19世纪初历史法学派兴起,其势大变,如Puchta认为习惯虽是一种事实,但同时就是法律,所以司法官应当知道,应当和成文法律一样依职权适用。<sup>②</sup>这在理论上讲,固无问题,但法官要知道习惯法的存在及其内容,不像成文法那样容易,要他和成文法那样适用,乃是强其所难。所以如Savigny等又加以修正,认为法官如不知有习惯,可以命当事人举证,当事人亦得自动主张而举证,因此,法官可以自由地凭其意识取得心证,以定取舍。<sup>③</sup>这是德国一般学说的意见,而为1877年《德国民事诉讼法》第293条所采纳。吾现行“民事诉讼法”第283条亦采同一之意见,将习惯与地方法规及外国现行法同视,如其为法院所已知者,即应依职权适用,如其为法院所不知者,当事人应负举证责任,但法院亦得依职权调查。惟此一问题,与习惯法的构成要件,有牵连关系。习惯法的构成要件,可分积极的、消极的二种,积极的要件又有二种,一须有经久的惯行,一须为社会一般人法效的确信。消极要件亦有二种,一为不与成文法抵触,一

① Geny, *ibid.*, pp. 345~347.

② Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, t. I, 1828, pp. 104~110.

③ Savigny, *Traité de droit romain*, t. I, 1840, pp. 183~185.

为不违反公秩良俗。<sup>①</sup> 关于消极要件,暂置不谈,在积极要件,一为体素(Corpus),一为心素(Animus),此与取得时效或占有须具备此二要件者相仿佛。所谓有经久的惯行,就是要有经常的而没有相反的惯行,至于时间的久暂,则无法以确切数字计算,只须其为经常发生的即可。<sup>②</sup> 这一要件,全是事实问题,就此而论,当事人应负举证责任。至于法效之确信,则为惯行之事实所以能发生法的效力的基本要素,如其缺乏此一要素,则只是普通之习惯,如小费之给予,礼物之馈赠等,不能发生法的效力。就此点而论,乃是习惯法是否成立的问题,法院应当依职权调查。<sup>③</sup> 不过这种法效的确信,仅是一种心理状态,亦即历史法学派所谓的民族意识,其是否存在,实在很难确定。惹尼认为此一心理状态,由习惯存在的事实,就可表现出来,在有这种惯行的当事人的心目中,既是在行使一种权利,则这一权利之行使,已表示了一个客观法律规范的存在,而应当可以得到社会有效的制裁。所以我们可以说,这一心素是直接附着于惯行本身的,并非不可捉摸。<sup>④</sup> 因此,体素及心素既已具备,习惯法即可成立,不必再求之于判例的承认。一个判例的成立而被经常援用,不过更足以表示其法效而已。习惯应当

① 民国二年(1913年)大理院判例上字第三号,亦习为习惯法成立这要件有四:一、有内部要素,即人人有确信以为法之心。二、有外部要素,即于一定期间内,就同一事项反复为同一之行为。三、仅法令所未规定之事项。四、无背于公共之秩序及利益。最高法院判例则仅以积极要件为成立要素。[民国十七年(1928年)上字六一三号]。

② 在昔寺院法,时效与习惯的概念混淆不清,所以亦确切的规定了习惯形成的时间。德国昔时因袭寺院法的法例,有许多法律亦有同样的规定,如白登国法(Badisches Landrecht, 1809年)第6条在法国则从未有此种规定。

③ 吾国最高法院判例,有称习惯事实,有称习惯法则,其称习惯事实时,则谓“习惯事实,于法院如已显著,或为职务上已知者,虽未经当事人之提出,亦得审酌及之,但裁判前应令当事人就其事实,有辩论之机会”[二十二年(1933年)上字第三一二号;同年上字第二七九号;二十一年(1932年)上字二一三一号]其称习惯法则时,则谓“习惯法则之存在与否,除主张之当事人依法提出证据外,法院应依职权调查之”[十九年(1930年)上字第九一六号;二十年(1931年)上字第一三三〇号]。在此二种情形,所采之证据法则显有不同。其是否就习惯事实之存在及法效之确信分别而论,难于臆测。

④ Cf. Geny, op. cit. t. I, pp. 364~366; Pierre Tucor, *Le code civil Suisse*.

是当事人的行为,判例是公权力的行为,公权力行为不能成为当事人的习惯,仅足以使当事人对于习惯的法效的确信,更确切地表现而已。

(三) 第三个问题是“民法”第 1 条的所谓习惯,仅指在普遍性的习惯而言的呢? 还是包括地方性或特殊习惯而言的? 在《瑞士民法》第 1 条,一般学说均认为仅指有普遍性之习惯而言,否则法律的统一性将被破坏,根本违反了制订统一法典的目的。<sup>①</sup> 地方性或职业性的习惯,除法律有特别规定依习惯者外,不能发生法的效力。吾“民法”所称之习惯,亦以从此解释为宜。从而第 1 条之习惯,应为有普遍性之习惯,但所谓有普遍性,亦无须真正普遍及于全国,大致各处存在,已不失为有普遍性。至如第 161、207、369、378、486、488、776、778 等条所称之习惯,均包括特殊习惯而言。

(四) 至于第四个问题,习惯仅有补充成文法的效力呢? 还是可有排斥效力? 我们在上面曾略提到,德国自历史法学派兴起之后,一般学说认为习惯法是民族意识最正确的表现,关于成文法律未规定的事项,习惯法当然可与并驾齐驱。成文法律与习惯法冲突时,则习惯法应有排斥成文法的效力,尤其是成文法制订后产生的习惯法,更可以废弃与之冲突的成文法。<sup>②</sup> 至于实务方面,在法律没有明文作相反的规定时,亦颇受此学说的影响。时至 1871 年,《宪法》第 2 条规定废止一切与帝国法律冲突的地方法律,依此解释,与帝国法律冲突的地方习惯,当然更不能再生效力。但在学说方面,仍多主张习惯与成文法有相等之效力。至新民法制订之后,关于习惯的效力,虽因第一次草案第 2 条被删除而未有规定,但学说方面,一般认为普遍性的习惯,有补充效力,而主张有排斥效力者,亦不乏其人。至于地方习惯,则格于宪法的规定,无法承认其效力。

法国在 19 世纪之初,学说上一般认为法律因其成为具文而失效(La theorie de la desuetude),如 Aguesseau、Merlin、Toullier、Duranton 等,皆同

① Traduction, *Henri Deschenaux*, pp. 34~35; Geny, op. cit. t. I. p. 379, note 1.

② Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, t. II. pp. 201~202; Savigny, *Traité de droit romain*, t. I. 1840, pp. 41, 81, 148~150.

此说。所谓法律因成具文而失效(Desuetude),与习惯排斥法律(Consuetuds abrogatoria),实是名异而实同。法律之所以成为具文,当然是因为已有相反的习惯,所以主张法律因成具文而失效,无异说习惯应排斥成文法律。但是到了19世纪后半,情形开始大变。如Aubry et Rou即认为此说在君主时代有其意义,因为在此时期,法律就是君主的意思,主张法律因成具文而失效,足以伸张民权。现在到了民主时代,那就没有意义了。此后一般学说,均随之而附和<sup>①</sup>,几成不争之论。至于判例方面,则自民法典订立后,始终未同意法律因成具文而失效之说。<sup>②</sup>

瑞士及吾“民法”则明定于法律无规定时依习惯,则习惯只有补充效力,应不再生争议。有认为我们既承认习惯为独立法源之一,就不应当分什么高低,新法之订立既可以废止旧法,新习惯法之产生,亦应可使法律失效。这在逻辑上讲,当无问题,但任何法律问题,不能全靠逻辑解决。习惯的形成是无意识的,成文法的制订是经过深思熟虑的,倘使无意识的习惯可以推翻有意识的成文法,岂不太危险了?我们人类文化的进步,倘真能达到老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼的大同境界,那我们就用不到政府来管理我们的事,亦就用不到再有成文法,一切可以凭我们的习惯行事。在现阶段的文明程度下,成文立法,乃有日趋重要之势,就在英国那样盛行习惯法的国家,亦不许习惯排斥成文法。<sup>③</sup>但是社会情形的变迁,有时可使法律本身存在的条件不再具备,在此情形,倘仍维持法律的效力,不许习惯来代替,亦就未免拘泥了。这种情形,必须法律行之甚久,社会情形发生剧变之后,方能发生。<sup>④</sup>台

① Aubry et Rou, *Cours de droit français*, t. I. pp. 96~97, 他如 Demolombe, Laurent, Hui, Planiol, Hauriou, Colin et Capitant 均同此说。

② Cf. Geny, *op. cit.* t. I. pp. 393~400.

③ Stephenis, *New commentaries on the laws of England*, t. I. p. 60. "that no custom can prevail against an express act of parliament."

④ 见前节及 Geny, *op. cit.* p. 267. "De sorte, qu'en restreignant, par une stricte interpretation, la portee des decisions legales, j'aboutis a ouvrir la voie a d'autres sources plus souples, ou a reserver des questions plus nombre uses a une interpretation simplement domineer par les principes de toutes recherches scientifiques." Geny, *op. cit.* t. I. p. 409~410; p. 273~275.

湾地区于 1952 年 11 月,有法律废止条例之制订,除法律定有施行期限于期满时当然废止外,在其他任何情形,应经立法院决议(第 3 条)。同一事项纵有新法公布施行,旧法亦不当然失效,其因情势变迁无继续施行之必要,或其规定事项已执行完毕者,当亦不在例外(第 2 条、第 3 条)。因此,在吾国现行制度下,习惯绝无排斥成文法之可能。吾国近年来立法趋势,在维持成文法之权威,似极注意,如《司法院大法官会议法》第 3 条,一方面列举解释宪法之事项,一方面并规定解释之事项,以宪法条文有规定者为限。易言之,如国会问题,在习惯或学说方面虽属宪法问题,但成文宪法既无明文规定,即不属于解释范围。又同法第 12 条规定,大法官会议解释案件,应参考制宪及立法资料。所谓制宪及立法资料,即西方在 19 世纪极端重视的立法会议记录(Les travaux préparatoires, Gesetzesmaterialien),此为立法者意思表示之记录,解释法律时既应参考,则其解释不应违反立法者之意思,至为显然。这从德奥自由法极端分子如 Fuchs 等的观念看来,虽不够新鲜进步,但衡之吾国现时情形,不失为合乎时宜的规定。

(五)我们在上面曾讲到二种习惯,一是具有普遍性而备体素、心素的习惯。除此而外,普通生活上的惯行,并不具备心素,不能发生任何法的效力。但是这些惯行,亦非毫无作用,在解释法律行为中当事人的意思时,颇有参考的价值,学说上称之为合意惯行(usages conventionals, geschäftsgebrauch)。当事人于行为时,即默认这是他们意思的一部分,所以在解释意思表示时,极有参考价值。“民法”第 98 条规定解释意思表示,应探求当事人之真意,这种惯行,亦应当是当事人间真意之一部分,不能忽略。又如第 219 条规定行使债权,履行债务,应依诚实信用之方法。其是否诚实信用,这种惯行,亦很有参考的价值。但是这不是说只要有此惯行,即应认为当事人默认之意思,当事人行为时的目的、地域、时间,以及其他环境,均应斟酌,自无待言。

# 判例与学说\*

---

\* 本文曾发表于《法律评论》，第二十六卷，第5期。

判例是为国家权力机关的法官在适用法律或解释法律时表示的意见；学说是私人就法律从事科学研究时所表示的意见。二者的来源虽有不同，但实质上并无区别，同是个人的意见，惹尼统称之谓权威（*Authorité*）。<sup>①</sup>

提到权威，这是一个很响亮的名称，同时亦是遭人嫌忌的对象。我们常听到说某人是什么学的权威，权威所表示的意见，当然就具有很大的影响力，自己的意见倘能找到几个权威作后盾，似乎就觉得理直气壮得多。这种权威的力量，在自然科学固然不免，在社会科学，尤见其然。在自然科学方面，我们有什么毕氏定理，牛顿万有引

---

<sup>①</sup> Gény, op. cit. t. II. § 138. p. 1 et 5.



力定律,阿基米德原理等,这些人,当然已是权威,任何人只有遵从。但是我们所遵从的,并不是因为他是毕达哥拉斯、阿基米德,或牛顿的意见,而是遵从他们的定理、定律、原理中所含的真理。这些真理,任何人可以翻复地自己用数字来计算,不断地自己用实验来证明,置之四海皆准,行之万世不惑。在这情形之下,真理的力量,已高于一切,人的权威性,不再发生任何作用。一加一等于二,孔子的意见与我的意见,或与任何人的意见,不会有丝毫轻重之分的。至于社会科学,其情形就大不相同。社会事物上的真理,不像自然事物之有客观的绝对准确性,其真理的寻求,既不能一次二次地用公式数字来计算,亦不能翻复不断地用实验来求证,唯一的办法,只有搜集先例,引据权威。<sup>①</sup>以我们社会生活的基础,与其说是理智,毋宁说是权威。宗教生活当然是由神的权威绝对统摄的,他如政治生活,道德生活,又有多少成分是理智的呢?从而我们的法律生活,又何尝能摆脱得了权威的力量。Balfour 曾说:我们之所以能不流于粗野,而具有高超的品性,与其说是由于能以理智克服他人或被理智克服,毋宁说是由于能以权威影响他人,或被权威影响。<sup>②</sup>这话虽未免过分,但亦不无道理。倘使我们处处要以理智克服他人,或事事受理智支配,可能就不免流于粗野,或更造

① “Si l'on peut toujours, à la rigueur, reprendre les calculs par lesquels se constituent les sciences exactes, réitérer les expériences qui forment les sciences de la nature, — dans les recherches, qui ont l'homme pour objet, et où sa volonté joue un rôle essentiel, le sentiment de la vérité ne se fait jour que par l'exercice de cette volonté, et ne s'affirme que par une accumulation d'exemples et de précédents, où chaque époque entre pour sa part.” Gény, op. cit. t. II. p. 6.

② “Nous n'oublions pas que c'est à l'autorité plutôt qu'à la raison que nous devons non seulement la religion, mais la moral et la politique;... que c'est l'autorité plus que la raison qui a solidement jeté les bases de la vie sociale... Et, quoique ceci puisse avoir une saveur paradoxale, il n'est par exagéré pourtant d'affirmer, que, si nous voulons trouver la qualité qui nous élève surtout au-dessus de la brute, il nous faudra la chercher, non pas tant dans notre faculté de convaincre et d'être convaincus par la raisonnement, que dans notre faculté de convaincre et d'être convaincus par la raisonnement, que dans notre capacité d'influencer et d'être influencés par l'autorité.” Balfour, *Les bases de la croyance*, trad. G. Art, p. 183.

成纷乱。社会事物的真理,既不能以数字来计算,以实验来求证,那么各个人理智上认识的真理,始终是无限驳杂的,倘使没有某种程度的权威树立起来,那就不免于邪说横行,处士横议了。历史法学派及实证主义的信徒,总希望使法律科学成为真正的科学,认为不能由感官观察到的东西,只能成为信仰的对象,不能成为科学的标的。权威之为物,图亦不外乎此。不过科学与信仰的不同,亦惟在其确切性有程度上之高低而已,而所谓信仰者,其中亦并非不含某种程度的真理。<sup>①</sup>社会科学上的真理,本就没有绝对的确切性,因此,权威的力量,亦就不可诬了。我们在任何书籍之中,随时可以看到许多引据的权威,在法庭上,我们亦常听到引据许多判例及著作,他们所可发生的影响,是不可否认的。不过权威的力量虽不可诬,但事物的进步亦不可不求,而要求进步,又不得不对权威加以批评,起而反抗。人类的文化是世代累积的。对于已有的成果,固应珍惜,对于未来的机运,亦不能不谋启拓。所以对于权威的力量,违依之间,是应当非常审慎的。

在上面所说的权威之外,我们又常有所谓沿习之称(tradition)。所谓沿习者,乃是有了相当久的历史的判例或学说。所以权威与沿习,在本质上并无以异,仅是时间久暂之不同而已。判例或学说上的意见,经常受到遵从而经过相当久的时间之后,就成为一种沿习。不过此之所谓沿习,与习惯法大不相同。习惯法是当事人间事实上共同的惯行,而有共同的法的确信,沿习则是法官或私人的意见,既非当事人间的惯行,当事人对之亦并无法的确信,故与习惯法的性质,全然不同,而其本身亦不能有法的效力。不过判例或学说上的意见,经过长期经常的援用,习而久之,亦未始不能成为当事人间的惯行,使一般人对之发生法的确信,而成为习惯法。所以判例学说,可以成为习惯法的前趋,但其本身,纵经长期经常的援用,不能与习惯法同论。

权威与沿习的不同,虽仅在于时间的远近,但其区分,并非没有意义。第一,一旦有新法制订,旧法及旧有习惯既应废止,旧有的沿习,

<sup>①</sup> Gény, op. cit. t. II. ,pp. 98~100.

当亦不能再发生任何力量,论其性质,应属于法制史的范围了。关于习惯法之成立,是由于大众无意识的惯行呢?抑由于判例上有意识的创造?其说不一。德国历史法学派认为与语言文字一样,是民族精神的表现。法的整体是一个有机体,是由其自身的力量生长的。所以非特是习惯法,就是成文法,亦非人的有意识的创造。法国的释义法学派(*École d'exégèse*)认为惟一的法,就是成文法,根本否认有所谓习惯法,一切的法,无不是立法者有意识的创造。他如惹尼(*Gény*)则认为成文法是立法者有意识的创造,习惯法则是由其自身的力量成立的,但并不如历史法学派认为有什么民族精神存乎其间。他并认为判例与习惯法是二样东西,不过判例积而久之,可以变成习惯法。卡比当(*Capitant*)亦同此说。另如朗倍(*Lambert*)认为所有法律无不是少数人有意识的创造,但于习惯法,并不如释义学否认态度,他认为习惯法非经判例的运用,不能成立。他说大众的惯行与判例的关系,如同原料之于工人,原料非经制作不能成器,惯行非经判例运用不能成为习惯法。<sup>①</sup>梅因及台维特(*David*)同此意见,这都是研究比较法所得的结论。

对于这些意见,我个人倒另有一个看法:对成文法亦不认是立法者的意志行为,固未免是偏见,说习惯法之成立必由少数人创设,亦未免笼统。这问题就当分二个时期观察。在初民时代,一般大众愚昧无知,行为是否正当的标准不能不决之于少数的贤者,所以就古代法而论,梅因及朗倍等的说法,自极正确。但经过了一个时期,一般大众的智慧日渐开启,如在罗马帝国初期的时候,外事法官的告示,法学家的问答,即不能说全是他们的创造,而没有大众的意识存乎其间。到了今天,一般大众意识的价值,当又更高,少数法官的创造成分,亦就随之而减少了。所以就近代而论,惹尼及卡比当的意见似较可采,即习惯法的来源有二种,一是由于大众的惯行与法的确信(体素及心素),

<sup>①</sup> Lambert, *Études de droit commun législative*, introduction, t. I, 1903, cité par Capitant, *Introduction à l'étude de droit civil*, p. 46.

一是由于判例的继续适用,积渐而成为法的规范。惟就古代而言,梅因及朗倍的说法,似颇正确。就吾国而言,至少在先秦时期,极为显着,制礼作乐,全是少数圣贤的事业,一般大众,惟有跟着做而已。<sup>①</sup>秦汉以后,习惯法大多确定,执法者的创设成分,亦就减少了。

---

<sup>①</sup> “回回法”的情形亦相若,参阅 David, *op. cit.*, p. 343。

# 法律上实务与学说的距离

- 一、实务与学说发生距离的原因
- 二、各种实务与学说间距离程度的不同
- 三、我国情形的检讨

## 一、实务与学说发生距离的原因

法儒惹尼(F. Génv),以倡科学的自由探讨(La libre recherche scientifique)闻名于世,他在他揭窠科学的自由探讨的这部名著——《实证私法的解释方法及法源》(*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*)里,讲到19世纪后半法国的概念逻辑时,提到一种很饶兴趣的现象,就学说与实务方面的态度,颇有距离,实务方面多倾向衡平,而学说方面,则倾向维持既定原则。他说:“从事实务者,面对着具体的现实,要他为维持法律上的逻辑而牺牲衡平或事物的需要,常觉为难。至

于纯粹的法学家,超然于事实及实际需要之上,忠于其方法,宁愿固守其原则推演出的结果。”<sup>①</sup>所以从事学术研究者,对于原则看得特别重,抱持了法律上的原则,不肯轻易迁就事实;从事实务者,对于当前的特殊事件看得特别重,往往抵挡不住事实的压迫,受了特殊情事中正义感或良心的驱使,宁愿迁就事实而破坏原则,关于这种学说与实务态度上的不同。庞德(R. Pound)亦曾指出一点很有趣味的现象,他说<sup>②</sup>,从17世纪到19世纪许多自然法学派的领导人物,大都是从事实政治的,几位历史法学派的领袖,大都是从事学术研究的教授。自然法学派的巨擘如 Grotius、Montesquieu、Vattel,都是终身办外交或从事政治的;Burlamaqui 偶然教过几年书,绝大部分时间仍是从政的;Blackstone 终身是律师或法官,偶然曾在牛津大学任过讲席而已;他如美国的 Kent、Story,一生主要的事业是做司法官的。至于历史法学派的领导人物,如 Savigny 可说是终身教书的,中间曾一度出任普鲁士的参议官(Chancellor),但没多时又回学校去了;Puchta 则是终身教书,从未出仕;他如英国的 Maine 是牛津大学的教授,偶尔曾任行政工作而已;再如美国 Ames、Thayer、Biglow 等,全是从事学术研究工作的。这一现象,决非偶然的巧遇。因为从事政治的人,日夕所见都是此继续不断发生的新事物,对于事物之变化,情势之推移,非特了解得比较清楚,并需要运用自己的智慧,发挥自己的理性,寻求办法来解决目前的问题,适应新事物的需要,而不会甘愿受既定原则的束缚,而牺牲目前事实的需要。至于从事学术研究工作者,日夕盘旋于脑际的,都是些原则原理,不论是习惯上的或立法上的,都不愿受具体特殊事件的影响,而轻易放松。秦孝公欲变法以治,更礼以教百姓,微询近臣的意见。甘龙说:“因民而教者,不劳而功成,据法而治者,吏习而民安。”公孙鞅则驳之曰:“子之所言,世俗之言也。夫常人安于故习,学者溺于所闻,此两者所以居官而守法,非所以论于法之外也。”<sup>③</sup>这二种意见的

① Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I. p. 46.

② Pound, *Interpretations of legal history*, p. 17.

③ 《商君书·更法篇》。

出入,近乎历史法学派与自然法学派观点的不同,亦就是实际政治人物与学术研究人员常生齟齬之所在。

## 二、各种实务与学说间距离程度的不同

由此以观,学说与实务,本质上就会有距离的。如就其作用而论,我们可以说实务方面是一种前进力量,学说乃是一种保守力量,实务不得不紧紧地跟随着社会而前进,学说则不得不顾全其既定原则上一贯的逻辑系统,而形保守。不过这现象的基本原因在哪里?是人的内在性格如此,抑是客观事物的性质使然? G. Renard 曾有一个解说,他认为这不是人的问题,而是法自身的本质问题。他说实证法本身是一种保守力量,其他一切的社会力量,如政治、经济、文艺等,是前进力量。学法的人对其工作本身的意识是保守的,不过在工作岗位以外的活动可以很前进,所以他们的保守意识,是由于法律制度本身的保守性,而不是法学家的生性就是如此。法官在处理案件时,受到自己的感情或政治关系的影响,亦属常见之事<sup>①</sup>。这话当然不无道理,不过从另一方面讲,一个人性格的形成,后天的训练,影响当亦非小。一个终年在原则原理上思考盘旋的人,对于任何事物,往往固执保守,而不易通达权变,我们常听到有所谓书生之见,这所谓书生之见,亦就是指其抱持原则上一贯逻辑系统的见解,而不易权宜适应当前特殊情势的态度而言。所以或许是人的内在性格与法律制度的本质,交互相识,而形成了法学家一般具有的保守性格。法学家虽多具保守性,但其程度亦因其与现实情况距离的远近,而有深浅的不同。就从事实际政务者而言,立法最不受原则的拘束,最需要适应现实社会。立法上的原则能一贯保持,当然最好,如其不能,宁舍原则而适应现实。所以没有原则无例外,有普通法即有特别法,法律上的但书这样多,施行法常常溯及既往,都足以说明这点。次之是行政,行政人员虽要受法律原则的

<sup>①</sup> Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, pp. 217~229.



拘束,但其所面对的现实事物,会使其情不自禁地冲破法网,而趋前迁就。当其向法网突破进攻的时候,后面有一股道德上或正义上无比的伟大力量作后盾,他可以拍着胸脯说我违宪,我违法,但我上对得起天地神明,下对得起黎民百姓,扪心自问,毫无惭愧。以美国这样一个以法治标榜的国家而论,总统的命令被宣告违宪者,不一而足。在1951年韩战正酣之际,美国钢铁工人罢工,劳资双方迟迟不得协议,于是杜鲁门总统下令,由政府接管钢铁厂,维持钢铁生产,一俟协议成立,即行交还。这一措置,不说是美国人民在道德正义上认为正当,所有自由世界的国家,亦应当无不同声称度,而美国最高法院,终于认其与私有财产权不可侵之原则抵触,而宣告其为违宪。吾国自汉代董仲舒以经折狱以来,历代法制,只要遇到与道德观念冲突的场合,大致很少能例外不被冲破。八议之制,载明典籍,亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾犯了罪可以特议减免,那是法定的缺口,纵使不在八议之内而法有正条者,亦几乎无不可站在道德立场,予以排斥。如柳宗元为柳州刺史,有柳州民莫诚救兄莫荡,以竹刺莫果右臂,经十二日身死,准律应以杀人论。柳宗元谓莫诚当时“救兄有急戚之情,中臂非必死之创,”而请“特从屈法,幸全微命”。又如清代张船山判龚大大为父报仇杀死杨世南一案,虽认县判大大绞监候刑“合之律例尚无不合。”但认为大大“不仅报杀父之仇,抑亦雪夺母之恨,与寻常报父母之仇者,微有不同”。况以杨世南为一乡之豪,龚大大不过一细民,如其先行报官“使杨世南有以戒备,反无从下手,故其不报官而擅行复仇,实非故意蔑视王法,紊乱国宪,盖亦不得意而为此”。“吾朝以仁孝治国,凡遇仁人孝子,无不曲法施恩,以旌于国以示于朝。”“自应仰体皇上仁孝之心,免予一死,杖五十,流一千里。”这在当时法律规定过于简陋,而司法又统属于行政成为一体的情形下,更无足怪。本来法律之制订,就是以可能被违反为前提的,所以地无分中外,时无分古今,有政治社会以来,没有不违法的人民,亦没有不违法的行政。当政者总希望司法能和他配合,少受法律原则的拘束,能多适应目前特殊情势的需要。因此,我们对于当政者本身,最多只能希望他能把他站在道德良心立场,就特定情

事所见的得失利害,与法律原则中所含蕴的客观的更大更远的得失利害,善为权衡。这有赖于当政者自己的政治修养,希望甚是渺茫。杜鲁门发布接管钢铁工厂命令的时候,对于钢铁生产的增加与私有财产制度的维持,二者间利害得失之孰轻孰重,就没有能善为权衡。所以现代国家,必须要厉行分权制度,其道理亦就在此。诉愿制度、惩戒制度、监察制度、大法官会议制度等,都是以行政之可能违法为前提而设置的。倘使制度本身不能发挥力量,而苦苦哀求行政不违法,那非特是舍本逐末,抑无异于与虎谋皮。实际政务上最保守的一环,应当是司法。司法官的审判,必须依据法律,而其所依据的法律,如刑事诉讼等,是比较成熟的法律,其中的概念及原则,均已极为明确,执法者个人的道德衡平观念,较难有渗入的机会。不过司法官所面对的,亦是件件具有特殊性的具体事实,而当事人所争执的,司法官要决定的,莫非是一个孰是孰非的问题,而是非本身就是一个价值问题,司法官面对这个价值问题,人非木石,在其主观的正义感或良心上,又怎能不激起一些涟漪。一个有经验的司法官,必定会发现他自己在处理一件案件时,把二造当事人的事实问清之后,立刻就会先有一种孰是孰非的感觉,他往往依据这一感觉,然后再找寻其法律上的依据。他所找出法律的规定与自己的是非感二相符合,当即再无问题,而一个学养有素的司法官,大致不会常发现矛盾。倘使发觉其不符时,必定就会犹疑,虚心谨慎些的,就会对法律的规定钻研其何以与自己的感觉不符的道理,在普通情形下,他会发觉法律原则中所含的是非,较之己之所见者,既远而且大,而深切的领悟到人类积数千年心血经验立下的几个原则,是有其道理的,一个立法机关集数百人之智慧所定下的原则,比自己一个人的思虑要周密得多。美国在19世纪末有位有名的法官 Judge Dillon,对于分析法学派的学说,素极推崇,而在这个时期,分析法学在美国亦正是盛行,不过这位法官曾说,在他做法官的经验中,每每不由自主的被案件的正义吸引着,总希望所为的判决,能合乎事件本身的正当性。在他执行律师业务的时候,亦常有一种确定的信念,倘使他的案件在道德上是正当的,不论在技术上遇到如何的困难,终

于会得到胜诉的,而实际上所得的结果,证明他自己的信念并没有错。<sup>①</sup> 50年前一位美国分析法学派的法学家的经验如此,50年后从没有受到分析法学派学说熏陶的中国法官或律师的经验,更应当是如此。不过这不是说成文的实证法,已包含了全部的道德正义,司法官可以再无所求于成文法律之外。而惟其不能,所以司法实务与学说之间会有距离,这距离有什么方法可以拉拢些? 本文不能再多谈,现在我不过仅要说明司法实务受法律原则的掣肘,较之立法及行政为最大,因之,其保守性亦最浓。

以上是就从事实际政务者而言,至于学说方面,虽不能把社会实际情况弃置不顾,但究竟不受到直接的压力,所以与实务相较,又显见更为保守。不过在学说上,亦因其门类之不同而有程度的差异。我们可以说,其学科愈成熟,其保守性愈浓。科学之是否成熟,是指其概念是否确定,原则是否确立而言的。就此而论,国际公法最不成熟,所以最能适应新事态而最少保守性。次之是宪法行政法;最保守而严格的,则是民法。所以像情势变迁的原则(*Rebus sic stantibus*, *Théorie d'imprévision*),最先适用于国际公法,次之及于行政法,在民法上适用,乃是第一次世界大战以后的事,况且适用范围,亦并不甚广,而在德奥曾一度盛行的所谓自由法运动,就是针对民法学家而发的,而对这运动最起反感的,亦就是那些民法学者。<sup>②</sup>

所以我们对于一国法律制度的了解,不能专从他们的学说方面探求,其实务上执行的情形,与学说之间是有相当距离的。在法国从19世纪后半开始,虽说又进入严格法时期,成文法至上的观念与机械逻辑的推演,成为当时法律现象的特征,但实务上的情形,并不见得如此。《拿破仑法典》中的三大原则——契约自由、所有权绝对、过失责

① Dillon, *Laws and jurisprudence of England and America*, p. 17, 1894, cited by Pound, *Law and moral*, pp. 36~37.

② Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, pp. 311~312, 343~344; 庞德亦曾说分析法学派学者认为典型的法律是财产法或商法,所以分析法学派学者,多为财产法专家。Cf. *Law and moral*, p. 42, note 7.

任——从 19 世纪下半叶起,实际上就陆续受到不少的修正。如情势变迁(*Théorie d'imprévision*)、权利滥用(*L'abus des droits*)、无过失责任(*Théorie de risque*)等原则,到 20 世纪之初,已被多方采纳。<sup>①</sup> 他们的法典,至今仍是 1804 年的法典,而且很少有修正,不过仍能与时代的巨流亦步亦趋者,大部可说是判例的功绩,不过我们切不要误会,认为这种实务与学说的不一致,是一种反常的现象,我们更不要认为学说的保守,妨害了实务上的进步。<sup>②</sup> 凡百事物的正常运行,全靠着正反的二种力量能保持平衡,倘使只有一种力量,则不是越轨,就是停滞;虽有二种力量而不能保持平衡,则生混乱。易有太极,而生两仪,两仪动而生万物,这是《易经》上指出的基本道理,有人曾在瑞士看到一种奇怪的车子,前面驾了一匹马和一头牛,马腾和牛步,怎能配合得来呢? 不过据说这辆车走得不快不慢,四平八稳,坐在里面,甚是舒服。这真是奇妙的设计,但其中的道理很简单,马腾太危险,牛步太滞缓,二种力量一调和,适得其中。吾国儒家执两用中的道理,被他们充分应用了。吾国负解释法律重责的大法官,其任用资格分法官、行政官、教授三类,其用意或即在此。

### 三、我国情形的检讨

不过我们要特别注意惹尼所说的这种学说与实务不一致,是就法国 19 世纪后半的情形而言的。在这时,法典已订立了半个世纪,社会不断进步,实务上总是倾向迁就现实,学说上则倾向固执法律的原则,所以实务上扮的角色是马,学说上扮的角色是牛。反观吾国现时的情形,则又完全不同。我们的法典,虽已施行了 30 年,但与现实社会的情况相较,仍超前有相当一段距离,尤其是近几年来,一般的社会意识,似乎要拉回到唐律时代,而法典则是立在时代的尖端。其功过如

① 参阅《权利相对论》,王伯琦译,中华书局。

② Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, pp. 38~39; *Le droit, la logique et le bon sens*, p. 197.

何,我们暂置不谈,但是倘使我们认为我们的法典较现实社会进步,那么在我们现时的中国,实务与学说的所扮的角色,就恰恰相反。实务上要迁就社会传统意识而形保守,学说则与法典速成一线而形前进。我在此地所谓的前进与保守,与上面说的一样,并没有价值的轩轻存乎其间。刚与柔,马与牛的价值并没有不同,这是一个社会既要安定又要进步所必备的二种力量。倘使要一窝蜂地前进,那就是大跃进,非至颠踣混乱不止。一个民族的文化要变,只有渐渐蜕变,无法突变,就是经过了剧烈的革命,最多脱皮,不能换骨,换骨的事,决非一朝一夕之功。我们继承了祖宗的遗产,同时亦继承了祖宗的负债,享受这笔遗产当然很痛快,要还清这笔负债,要费一番功夫的。法国的《拿破仑法典》,是从文艺复兴以来经过数百年自然法思想的孕育而产生的,可说是土生土长的了,但我们要知道,他们法典权威的形成,还要在法典订立后 50 年。不过法典的权威一旦形成,法典揭橥的原则一旦确立,社会又已超前,法典本身又成为下一代的负债,20 世纪以来法学家的努力,无非就是在清偿这笔负债,据梅因说,任何民族的文化发展到了相当阶段,就有法典产生。这在欧洲古代是很普遍的现象,不过他又说,这是各民族文化进步或停滞的分水岭。许多民族的文化发展到这一阶段就停滞了,因为这法典已是他们过去及现有一切的总结账,倘使没有外来的刺激及新文化的调剂,他自身就很难再有多大的发展,在古代只有极少几个民族的法律,能超过一阶段而继续发展,罗马法可说是其中之一枝独秀。<sup>①</sup> 罗马的《十二表法》(公元前 449 年)就是他们过去一切的总结账,所幸的是后来罗马的版图日益扩展,与异民族接触机会日多,罗马的法律就由于外事法官对于不同文化的域外人的判决,加之以许多法学家的解答(*Response prudentium*)而得到长足的发展。他们的努力,亦无非在摆脱《十二表法》遗留下来的负债。在 19 世纪后半,一般法学家认为法典可以自足,制订法典的意义,就是历史的结账,与过去的一切,从根起就一刀两断,而开始了新的一页。这

<sup>①</sup> Maine, *Ancient law*, pp. 12~13, 28, 389.

是可能的吗？我们看到 19 世纪的法学家固执他们的法典，是在摆脱 18 世纪遗留下来的负债。20 世纪的法学家想冲出他们的法典，是在摆脱 19 世纪遗留下来的负债。历史的账是结不清的，用一部法典就想结清，那把白纸黑字的作用看得太大了。雷诺(G. Renard)曾说：“经验告诉我们，新的法律，尤其是有重大革新的法律，几乎从没有能立即全部生效的。”这当然就是受了过去的拖累。所以他说，新法必须先钻进旧的建构，使旧建构渐渐软化，新意识才能立足，最后才能发生交替融和。孩子渐渐长大了，旧衣服不合身了，懂得家庭经济的主妇，必先着手改旧，而不立刻换新。<sup>①</sup> 不过我们要了解，雷诺所指的旧的拖累，不合身的旧衣，是指法典和学说而言的，长大了的孩子是指社会而言的，懂得家庭经济的主妇是指实务。我们的情形却不同，我们的法典是件簇新的又大又漂亮的新衣，我们的孩子却是瘦弱矮小，我们的家庭主妇，倘亦懂得家庭经济，我想决不应该把这件新衣来裁剪，这太可惜，太不经济了，她惟一而积极的办法，只有把这孩子好好地养育成人，给他好的营养，注意他的健康，尽量地使他快些长大，这亦就是边沁(Bentham)所说的教育作用<sup>②</sup>，狄骥(Duguit)所说的启迪作用。<sup>③</sup> 这当然是一个基本的问题，不是哪一方面可以单独为力的，不过法律学说上的鼓吹，应当是主要的工作，但是可惜得很，这工作做得实在不够，就是做了，亦未能对症下药。我们现在学说上的趋势，大致是趋于两极，不是留恋于我们过去家族的团体主义，就是偏向于现时社会型的团体主义，所以一方面有人嫌我们的现行法典太前进，希望把它拉回来，至少与现实社会一样平，因而有立法礼教化，司法社会化的说法。<sup>④</sup> 这亦无非是春秋之义，立法贵严、责人贵宽的另一种说法。另一方面又有许多人似乎嫌我们的现行制度还不够前进，就现行立法社会化的一面，尽量强调，对于西洋许多社会思想的新学说，如无过失责

① Renard, *Le droit, la justice et la volonté*. p. 39.

② Carter, *Law, its origin, growth and function*, pp. 223~227.

③ Duguit, *Le droit constitutionnel*, t. I. pp. 114, 173.

④ 陶希圣：《司法社会化》，载《建设杂志》，第五卷，第 3 期。

任、权利滥用、情势变迁、自由刑、自由法等学说,特别感觉兴趣。这两种论调,在他们西洋,至少可说有 300 年的距离,而在我国现时,却可并行不悖,相互唱和,觉得十分调协。所谓自由法、自由刑,不就是上面所引柳宗元、张船山等历代沿用下来的办法吗?所谓无过失责任,我们的民事赔偿,不是从没有过失问题吗?所谓权利之滥用形势变迁,不就是孔子所说的絜矩之道吗?所有西洋社会思想的一面,无不可在我们的礼教观念里找到根据。不过他们的自由法、自由刑是对十足的概念逻辑而讲的,我们有这个对象吗?他们的无过失责任,是对十足的意志主义而讲的,我们有这个对象吗?他们的权利滥用,是对权利绝对而讲的,而我们的权利观念在哪里?他们的情势变迁,是对十足的意思自由而讲话,我们的意思自由观念在哪里?他们的社会观念是以 19 世纪太嚣张的个人观念为对象的,我们跟着他们唱一样调门,未免无病呻吟,况且他们的这一调唱了半个世纪之后,所要解决的问题,大致都解决了,其趋向又有峰回路转之势<sup>①</sup>,我们更可不必再作尾声之附和了。但是我们必须声明,我不是说他们的这些社会观念要不得,我的意思是说在这一方面的许多观念,在我们固有观念里都有了根基的,一拍即合,不是须要我们致力之处。我们所要费力的所在,正是他们过去觉得太过的地方。其中最关紧要之处,一是独立人格观念的树立,二是逻辑体系的维护。这是民主法治的灵魂,要使我们的国家追上时代的对症之药。其中详细的节目,我在《近代法律思潮与中国固有文化》这本册子里,已讲得很多,请读者参阅,现在不再赘述了。

<sup>①</sup> Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, refondu 1953, no. 186, p. 115. 标题是《部分的回复到自由主义》(Retour partiel au libéralisme),他们的法律社会化转向了。



# 论自然债务<sup>\*</sup>

——吾“民法”上自然债务体系之试拟

一、自然债务之概念

二、自然债务之起源

三、自然债务之本质

四、自然债务之效力

五、自然债务之适用事例

六、结语

---

\* 本文曾发表于《法学丛刊》，第7期。



## 一、自然债务之概念

时论每言法律道德化,是为 20 世纪法律进步之特征。所谓法律道德化者,原属于道德范域之规范,以之纳入法律规范之谓也。法律规范与道德规范,本质上原无以异,二者同为人群共处应遵守之行为规范。惟法律规范为人群谋共同生活所必须遵守之规范,如其不予遵守,吾人之共同生活即将无法维持,故违反之者,应以集体力量之制裁。道德规范则为求吾人共同生活之美满,虽亦应予遵守,但如其不予遵守,吾人之共同生活亦非无法维持,故即无须集体力量之制裁。然何种规范为必须遵

守,何种规范非必须遵守,其观念每因时地而不同。昔之认为非必遵守之规范,今可认为必须遵守,道德规范逐渐渗入法律,法律乃益接近道德,人类文化乃有不断之进步。自然债务制度之发展,此种趋势显著之一面也。

自然债务,为无可强制履行之债务。债务人虽不履行,法律不加制裁。但如其自愿履行时,债权人得受领,并非不当得利,债务人不得请求返还。考之西洋法律上之用词,自然(Natural)一字之含义,大致与道德相通。故 Blackstone 认为自然法与道德,同物异名而已。<sup>①</sup> 盖以所谓自然,乃指人之自然之性(Nature humaine)而言。人性以理性(Raison)为特征,理性之中,以是非善恶之识别能力为其重要之因素,而是非善恶之标准,首推道德。故道德规范,即为人性自然之流露。自然法者,人性自然之行为法则也。自然债务之所谓自然,其义亦无以异。故所谓自然债务,无妨称之为道德上之债务。《法国民法》第 1235 条第 2 项称为自然债务(Obligations naturelles),《德国民法》第 814 条称为道德上之义务(Sittliche Pflicht),吾“民法”第 180 条从之,亦称为道德上之义务,其义正同。惟此之所谓道德,其含义应较一般所了解者为广。庞德(R. Pound)认为德语 Sitte 一字之含义,并不与英语之 Moral 相当。Sitte 一字含义,包括文明社会中许多往往不自觉之行为规范,庞氏称之为 Ethical custom。<sup>②</sup> 吾国之所谓道德,近于英语之 Moral,“民法”第 108 条所称之道德以从广义为是。

## 二、自然债务之起源

自然债务之概念,始自罗马法。<sup>③</sup> 在 Néron 时代之 Sénèque 法典中,已有关于自然债务之规定,盖受希腊斯多亚(Stoic)哲学之影响也。其适用事例,约可分为二类:其一为自始无效或无能力人之债务。如

① Blackstone, *Common law*, p. 41.

② Pound, *Law and moral*, p. 85.

③ Collinet et Giffard, *Précis de droit romain*, t. II. pp. 173~175.

奴隶之债务,在市民法(Jus civilis)上不能发生任何效力,但可成为自然债务,是为自然债务最先适用之事例。嗣后对于妇女未得监护人允许而负担之债务,未满25岁之幼年人之债务,亦有其适用。他如家长与家属或家属相互间,以其有同一之住所(Domus),不能发生债之关系。但在家属解放后,亦得成为自然债务。其中适用之最多而重要者,莫如未履行方式债务(Paetum nudum)。在罗马法,法律行为之方式之重要,远甚于当事人之意思表示,如其未履行特定之方式,其行为不能发生法律上之效力,但得成为自然债务,债务人如为给付,其给付为有效,不得请求返还。另有一种债务,在法律上原属有效,但因某种情形消灭,而债权人并未获得满足者,亦得成为自然债务。如经人格小减等(Capite minutus)者,其契约债权即行消灭,但仍有自然债务之存在。又如原属有效之债权,债权人虽经裁判败诉而发生既判力,但可成立自然债务,债务人如仍为给付,并非不当得利,不得请求返还。

在债务人方面,既有自然债务之存在,则其所为之给付,为债务履行之给付,既不得请求返还,亦非无偿之赠与可比。关于不当得利及赠与之法则,均不能适用。且对自然债务,得提供保证或担保;债权人虽不能请求给付,但得主张抵消;并得以之为更改(novation)之标的。

### 三、自然债务之本质

自然债务之本质如何,从来学说有二<sup>①</sup>:有认为系法律上义务之贬降,有认为系道德上义务之升华。兹分述之。

(一) 19世纪开始之后,制订法典之风大盛,人与人间之权利义务关系,非有法律上之依据,不得发生。既已发生,法律即加以保护,权利人得行使其权利,义务人应履行其义务,如有违反,法律即予制裁。至于道德上之义务,全属各人良心上之负担,法律绝不能加以干涉。

<sup>①</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, No. 979~982.  
Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. pp. 375~390.

故法律与道德,全属二个领域,执法者之职责,惟在执行法律,道德上之问题,不能过问。自然债务既属法律上之一种制度,即不能有道德问题掺杂其间。故所谓自然债务者,其本质上原属法律上应负之债务,倘因某种原因消灭而实际上未予债权人以满足者,其债之关系仍属存在,债务人如自愿履行时,法律仍使其发生效力。惟如其不为履行时,法律并不加以制裁,与普通之债务相较,其效力有所不如而已。19世纪法国之学说判例,类多采此见解。其基本观念,仍未脱罗马法之范围,究其目的,则在避免法律与道德之混淆。因此,其适用事例,亦多限于原有债权债务关系存在之情形,如消灭时效完成后之债务,破产之债务人未能清偿之债务,乃其典型之事例。

此说之基本观念,一如罗马法,认为债权人既未得满足,原有之债之关系即未消灭,惟债权人不得诉请履行而已。实则诉权与实体法上之权利,为一物之二面,权利之存在为诉权之张本,诉权之主张乃权利之行使;无权利即无诉权,无诉权即无权利。今如其谓债权人已无诉权而债权债务之关系仍存在,已属难于想像;且自然债务之适用,实际上无法限于此类绝少之事例。如未约定利息之债务,债务人如予给付,主此说者,亦认其为自然债务之履行。惟在此情形,利息之债之关系,根本未曾发生,则此自然债务果何自而来耶?又如因不法原因而为之给付,亦多认为系自然债务之履行(实则并非自然债务,其详见后);惟此种行为既属不法,乃为无效,在法律上根本无从发生债之关系,依此说推论,应即无从产生自然债务。再如已受确定判决否认有债之关系存在者,就法律而言,自应认为未有债之关系发生,惟如事实上确定此关系而债务人为给付时,虽应认为系自然债务之履行,但依此说为不可通。更就自然债务得提供担保或为保证而言,如认其本质上与法律上之债务相同,亦无一可以解释。盖保证以债权人得向主债务人请求并强制其履行为前提,设如债权人不得强制主债务人履行,则即无可向保证人请求,是其保证为毫无意义。再就提供担保而言,其情形亦复相若。债权人既不得强制债务人履行其债务,担保之作用已丧失净尽,其提供乃属多余。由此以观,此说在理论上充满矛盾,甚

为显然。

(二) 时至 19 世纪末叶, 法律之严格性, 日渐消杀。盖以法律之目的, 原所以致正义于实现, 为欲达此目的, 非将法律与道德之鸿沟沟通不为功, 是即所谓法律之道德化。在自然债务方面, 亦一反过去之观念, 径认自然债务与道德上之义务, 本质上原无不同。自然债务, 原为道德上之义务, 为使正义可得较多之实现, 法律乃予以某种之效力。易言之, 自然债务乃道德上义务之升华, 而非法律上义务之贬降, 两种观念, 适相背反。自然债务之债务人, 在法律方面虽无任何义务可言, 但在道德上或其自己之良心上, 终仍有所缺憾, 如其自愿履行或承认其此种道德上之义务, 法律乃助成之。此一解释, 直捷而明简, 平易而近情, 较之前说之矫揉做作, 牵强附会, 不可同日而语。实则所有法律上之原则, 仅为“绳墨之断例, 非穷理尽性之书”《新唐书·艺文志·杜预传》。法律虽以追求正义为鹄的, 但绝不可能完全符合正义。盖以法律必须具有确定性(对化 certainty)及普遍性(generality), 而在其适用之时, 又必须以同一之原则, 推论及于无穷之个别情事, 是为法律适用之一致性(uniformity)。此种逻辑机械性之运用, 虽为维持社会秩序不可或缺之要件, 其与正义偶有不合之处, 固不得不忍痛予以牺牲<sup>①</sup>, 但在不致纷乱法律体系之范围内, 能使正义多一分实现, 吾人之生活即可多一分幸福, 纵使其为道德上之义务, 又何尝不可使其发生某种之效力。自然债务, 究其本义, 原即为道德上之义务, 已如上述, 法律上予以某种之效力, 亦无足多怪, 殊无另求其根据之必要也。如未约定利息之债务, 在当事人间原未有利息之债发生, 就法律而言, 债务人当无给付之义务, 但使用他人之原本, 自己如曾获得利益, 倘不予他人以些许酬报, 在良心上终属一种缺憾。如其自愿给付, 乃为道德上义务之履行, 法律从而助成之, 认为在债权人方面, 并非不当之得利, 债务人即不得再行请求返还。且其所为之给付, 为义务之履行, 而非无偿之给付。如是解释, 确较合乎事物之真理。又如已受确定判

<sup>①</sup> 详见王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》, 7 页、63~67 页。

决,认为无债之关系存在者,在法律上当无任何债务之可言。惟如事实上确曾负有债务时,在债务人之良心上终觉难安,如其仍为履行,乃为一种道德上义务之履行,殊非赠与可比。再就其得提供担保或保证而言,亦迳可认为债务人之承认而使发生效力,其详容后再为申述。总之,此说之优于前说,显而易见,所有前说发生之矛盾,均可迎刃而解。且依此说,自然债务之适用,即可不限于原有债之关系存在之情形,其范围亦随之而扩充。故如法国最近之学说,类多认为自然债务与道德上之义务,在本质上并无不同,且称是为人类文化进步。<sup>①</sup>至于德国及我国,法典上已明文称为道德上之义务矣(“民法”第180条第一项,《德国民法典》第814条)。

或曰:司法者之职责,在于适用法律,当事人在道德上有否何种义务,绝非司法者所应过问,否则将启司法者专擅之端,反贻无穷之害。此言诚是。惟探求当事人行为之意思,毋宁成为司法者日常之事务,如善意恶意,故意过失之决定,行使权利是否以损害他人为主要目的(“民法”第148条),行使债权履行债务是否依诚实信用之方法(“民法”第219条),在在均须探求当事人之意思。在自然债务,司法者之工作,亦不过如此而已。且道德上之义务,亦非均可成为自然债务,法律与道德,当仍须有一界限。如对于叔伯父母之济助,虽无扶养义务,但在道德上不无此种义务,其所为之给付,可认为自然债务之履行,既不能请求返还,亦不能认为赠与。他如对疏远亲戚或普通朋友之济助,则一般即应认为赠与,要当依一般社会观念作适当之衡量。此种衡量,性质上属于解释法律之范围,亦即确定某种事实是否合乎自然债务在法律之概念,故得成为提起法律审之理由。

<sup>①</sup> Ripert, op . cit. p. 387. “Les auteurs contemporains n’hésitent pas à affirmer l’identité de nature entre l’obligation naturelle et le devoir moral ” Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édit . t. II. p. 71.

“L’obligation naturelle tend en somme à se confondre aujourd’hui avec le devoir de conscience La sphère du droit s’est donc étendue; elle a débordé sur cell de la pure morale. L’impératif de la conscience n’est plus chose indifférente au droit . Il y a là, nou semble-t-il, un progrès de la civilisation. ”

#### 四、自然债务之效力

债务人方面,有道德上义务之存在时,在法律上究能发生如何之效力,各国制度颇不一致。兹就德、法及吾民法规定,比较述之如次。

(一) 吾“民法”第 180 条第一款规定,给付系履行道德上义务者,不得请求返还。《德国民法典》第 814 条后段,亦有类似之规定。盖以不当得利重要之构成要件,为无法律上之原因,道德上之义务,当不能构成为法律上之原因,故依不当得利之原则而言,如其仅有道德上之义务而别无法律上之原因者,应即构成不当得利,得请求返还。惟衡之社会一般道德观念,其请求返还为不可许,故有特别另予规定之必要。故吾“民法”第 180 条第一款之规定,实为第 179 条原则之例外。《法国民法典》第 1235 条第二项规定,自然债务自愿之履行,不得请求返还。此之所谓自然债务(Obligations naturelles),与《德国民法典》第 814 条后段之所谓道德上之义务(Sittliche Pflicht),其基本含义虽无不同,其范围则大有差别。在法国民法,所有道德上之义务在债务人之心良心上能具有相当之压力者,均可成为自然债务,其未为给付前他方固不能请求给付,如其已为给付,则与法律上债务之清偿无异,债务人既不得请求返还,且与单纯使人受益而为赠与者,迥不相同,从而所有关于赠与之规定,亦即不能适用。此点区别,关系甚为重大。盖以在法国民法,被继承人生前所为之赠与,应予归扣(rapport)或扣减(réduction)(《法国民法典》第 843 条、第 920 条),即被继承人生前对继承人所为之赠与,均须计入遗产总额于其应继分中扣除,对其他人所为之赠与,亦不得超过其自由处分部分,否则其超过部分,特留分继承人得请求回复。他如关于撤销赠与之规定是否应予适用,其行为应否履行特定之方式(法民之赠与为要式行为),亦有直接之关系。故其给付为自然债务之履行,抑为赠与,在法律上之效力,相差甚远。

在《德国民法典》,其于第 814 条既规定合于道德上义务或社会礼俗(Anstand)之给付不得请求返还,又于第 534 条规定赠与合于道德



上义务或社会礼俗者,不得撤回或撤销,是其所谓道德上之义务,显有二种:其一构成自然债务,依第 814 条不得请求给付,但既为给付之后,不得请求返还;另一则成为赠与契约而发生法律上之债之关系,债权人得请求给付,既为给付之后,当然不得请求返还。依该国一般学说意见<sup>①</sup>,如债务人以履行法律上之义务为目的,而客观上并无法律上之义务而有道德上之义务存在者,是为自然债务之履行,属于第 814 条适用之范围。如误认对某亲属在法律上有扶养义务而予以扶养者,不得请求返还。又如破产后之债务人未能清偿之债务,在法律上虽无清偿义务,但如债务人嗣后仍予清偿时,亦为自然债务之履行。再如债务人受确定判决胜诉后,在法律上虽无债务存在,但因事实上确有债务而仍予以清偿者,其情形亦同。此与消灭时效完成后债务人为给付者,不得以不知时效为理由请求返还之情形,一无二致(参阅“民法”第 144 条第二项)。设如其在债务人主观上既非以履行法律上之义务为目的,在客观上又无道德上义务之存在,则将成为不当得利。如误认某人为其叔伯而予以扶养者,得请求返还。故《德国民法典》第 814 条之适用范围,只限于客观上有道德上义务存在,而债务人主观上履行法律上义务为目的之场合。设如在债务人主观上并非以履行法律上义务为目的,而一本其道德上或社会礼俗上之义务而为给付或为给付之约定者,则应认为第 534 条所称履行道德上或社会礼俗上义务而为之赠与,在当事人间已成立契约关系,而发生法律上之债权债务关系,与自然债务之概念,全然不同。如对于无扶养义务之亲属,一本其道德上之义务予以扶养;对于被遗弃之姘妇给予生活费用;他如婚丧喜庆本于社会礼俗所为之馈赠均属之。设如其单纯出于使人受益之意思而为给予者,则为单纯之赠与,如慈善之救济,本于情谊之赠送等是。由是以观,法国民法中所称自然债务之一大部分,在德国民法则认为履行道德上义务之赠与,自然债务原有之特性,以之完全丧

<sup>①</sup> Bessan, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, II. p. 180. 669 ~ 670; K. Cosack u. H. Mitteis, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, p. 335.



失。19 世纪之初,法国学说判例上之自然债务,亦多承袭罗马法上之概念,限于曾有法律上义务之情形,故认自然债务在本质上系法系法律上义务之贬降。嗣后逐渐扩充。乃包括所有道德上义务之履行。而于自然债务之性质,观念亦为之一变,认为系道德上义务之升华。盖以债务人之给付,原为道德上义务之履行,在其良心上已先有一种义务之存在,其履行与法律上义务之履行无异,与单纯使人受益之赠与,性质上自有不同。在德国民法,其自然债务之概念,大致未脱罗马法之窠臼,而将赠与分为履行道德义务与非履行道德上义务之二种,惟所有关于赠与撤销及撤回之规定,于合于道德上义务之赠与全不适用(第 534 条),究其所得效果,与《法国民法典》不认其为赠与者,已无多大区别。况在《德国民法典》虽亦有赠与归扣及扣减制度(第 2325 条及第 2327 条),但于赠与合乎道德上义务或社会礼俗者,亦有例外之规定(第 2330 条)。故德法二国制度,在理论上虽相迳庭,实际上极为近似。至于“民法”,于第 180 条第一款规定给付系履行道德上义务者,不得请求返还,是与《德国民法典》第 814 条后段之规定,大致相同。而于第 408 条第二项,亦有履行道德上义务而为赠与之规定,是亦仿自《德国民法典》第 534 条之法意,将赠与分为履行道德上义务与非履行道德上义务之二种。惟依吾“民法”第 408 条规定,履行道德上义务而为之赠与,仅其未交付之部分,不得撤销。除此而外,其效力一如其他之赠与,于赠与交付后受赠人有第 416 条及第 417 条之不义行为时,亦得予以撤销而依不当得利请求返还(第 416 条、第 417 条、第 419 条)。是其效果与法国民法、德国民法显有不同。所幸吾民并无赠与归扣(因结婚分居或营业所为之赠与除外),及赠与、扣减之制度。就此点而言,实际上之结果与法国民法、德国民法同。盖以法国民法不认自然债务为赠与,虽有归扣及扣减制度,其效力不能及,德国民法认其为赠与而同时有归扣及扣减制度,但以自然债务为例外;吾民则虽亦认其为赠与,但无归扣及扣减制度,其效果并无不同也。

如上所述,德国民法将自然债务之一部分认为赠与,在立法技术上虽较为简捷,但在观念上未免混淆,盖以赠与为出之于赠与人单纯

使人受益之意思,为与不为,在良心上一无拘束。在自然债务,则在债务人之心良心上早有一种道德上义务之存在,为与不为,在道德上已非全属自由。故其给付为一种道德上义务之履行,与单纯使人受益之赠与,显然不同。德国民法关于赠与之重要效力,均将履行道德上义务者列为例外,其故当即在此。但赠与之主要效力既已不能发生,而在概念上仍认其为赠与,是否另有其他重大意义存在,殊属可疑。惟在德国民法因有关于赠与撤销归扣及扣减等例外规定,实际上所得结果,与一般之赠与究有甚大之区别。而在“民法”,仅于第408条第二项略承德国民法之例,规定其尚未交付者,不得任意撤销。除此而外,使其与其他赠与发生同一之效力,如有不义行为时,同得撤销,自然债务在实质上之效果,因之而丧失殆尽,其对道德上义务之价值,未免视之过轻,此种缺漏,是否为立法时之疏忽,固无从臆测,要为一般立法例所仅见。在普通一般之赠与,受赠人一方单纯受有利益,如有不义行为,得予撤销,固所宜然。在履行道德上义务之赠与,赠与人之给予,原系偿付其道德上之义务,与普通债务之偿付,情形并无以异,受赠人嗣后之态度,当不能再影响其赠与之效力。又吾国素称礼义之邦,言之以信,古有明训,亦为中外之所同,法律行为制度之建立,实基于此。今依吾国之赠与制度而论,性质上既为契约,双方自应遵守,虽为无偿之给与,揆之信守诺言之原则,亦不容其出尔反尔。吾“民法”第408条第一项允许赠与人任意撤销其赠与之诺言,根本有违人群相处之道,亦为立法例中所罕见(该项规定系采自《日本民法典》第550条)。今其虽将履行道德上义务之赠与除外,实非对于道德上义务特予重视,仅于根本不道德之原则中,设一较为合乎道德之例而已。鉴于此种立法上之缺憾,在解释上是否可以弥补,颇费斟酌。私意认为:所谓道德上之义务,含义原甚广泛,举凡各人良心上觉其应为者,无不可称为道德上之义务。如对于贫困者或受灾难者之救济,豪侠之慨助,慈善之施舍,诸如此类,均可称为道德上之义务。从另一方面而言,所有赠与,无不出之于嘉惠于人之美意,在道德上亦无不有其立场。二者之分辨原极微。但在道德上处有地位之行为,亦有其程度上

之不同。有在道德上已先成为一种负担,而此种负担,在良心上具有相当之压力,依一般社会观念为应予偿付者,后述自然债务适用之各种事例,均可纳入此类。有虽已成为一种负担,但在良心上尚未具有相当之压力,在一般社会观念上,尚非应予偿付者,上述之慈善救济,或豪侠仗义之慨助等,应即属于此类。又有在道德上虽或有其地位,但根本不成其作为一种负担,给付与否,在良心上全属自由者,如因情谊之喜爱而为无偿之给与者是。在此三种情况之中,道德上负担之分量,显有不同,最后一种之为赠与,固属无疑,在前二种情形,虽同可成为道德上之义务,但如其尚未具有相当之压力,在一般社会观念上,尚非应予偿付者,法律上即无特别予以顾虑之必要,如其经双方当事人之合意而成立契约,固即成为赠与,否则法律上即无须予以任何效力。<sup>①</sup>又其给付与其道德上所负之义务应属相称,如其不相称而过分时,其超过部分,亦即不能认为道德上义务之履行,而应认为赠与。如对于非法定扶养权利人之扶养,与其生活相当之部分固应认系道德上义务之履行,其超过部分,则应认为赠与,他如因结婚分居营业对子女所为之赠与亦然。故道德上之义务,可分为二类,其在一般社会观念认为应予偿付者,为自然债务之履行,其认为不应偿付者,则可认为履行道德上义务之赠与。前者适用一般给付之规定,后者适用赠与之规定。如是解释,或可较合于一般道德观念之要求。<sup>②</sup>

(二)自然债务得经债务人承认而生法律上完全之效力,已为法国学说判例所确认。<sup>③</sup>一经债务人承认,即与法律上之债务无异,且无须他方当事人之承诺。盖以此种债务,在道德上早已存在于当事人间,债务人之承认,惟将道德上之债务提升为法律上之债务而已。故如生父对于非婚生子女愿意给予扶养之承认为有效。在德国民法,既认此种履行道德上义务之给付为赠与,自应由双方合意而生效。且在德国

① Planiol et Ripert, op. cit. p. 289.

② 参阅王伯琦:《民法债篇总论》,59~60页。

③ Planiol et Ripert., op cit., pp. 301~304; Colin et Capitant. op. cit. p. 73; L. Josseland, *Cour de droit civil positif français*, t. II. no. 716.

民法,赠与为要式行为(第 518 条),对于履行道德上义务之赠与亦并无例外规定。法国民法之赠与亦为要式行为,但自然债务既非赠与,其承认即无须履行方式,是为与德国民法不同之处。惟不论其为自然债务之承认抑为赠与契约,一经生效之后,不得再行撤销,则为二者之所同。吾国“民法”之赠与为不要式行为,但赠与尚未交付者,得随时撤销,是为一般立法例所无,惟以履行道德上义务之赠与为例外(第 408 条第二项),所得结果与法国民法、德国民法无异。倘依作者愚见,将道德上之义务分为上述之二类,以其在社会观念上认为较弱之一部属于第 408 条第二项之履行道德上义务之赠与,固须经双方合意成立契约,且不得任意撤销;其较强之一部,亦无妨类推适用第 144 条第二项之规定,认为得经双方当事人以契约承认而生效力,所得结果,亦无以异。吾“民法”第 144 条为关于消灭时效效力之规定,其第二项之规定曰:“请求权已经时效消灭,债务人仍为履行之给付者,不得以不知时效为理由请求返还。其以契约承认该债务或提出担保者,亦同。”此之所谓“亦同”,并非为亦不得以不知时效为理由请求返还。盖以此之所谓以契约承认或提出担保,系指于消灭时效完成后以契约承认或提出担保者而言,此时债务人既未为履行之给付,当无请求返还之可言。故此之所谓“亦同”,其意系谓其承认或提出担保之契约为有效,债务人不得以不知时效为理由,而主张其承认契约之标的不存在,从而主张其契约为无效,或主张其提出担保之主债务不存在,从而主张其提出担保之契约为无效。故于消灭时效完成后,债务人以契约承认或提出担保者,其债务即为极完整之债务,债权人请求给付时,债务人即不得以不知时效为理由而拒绝给付,非仅其已为之给付不得请求返还而已。惟于此有应注意者,债务人之承认,为契约行为,此与一般之承认为单独行为者不同。故债务人虽有承认之意思而债权人未予同意者,不能发生承认之效力。消灭时效完成后之债务,原为最典型之自然债务。此种债务既得以契约承认而生效力,其他之自然债务,应无不可之理。由此而论,所有道德上之义务,其足以构成自然债务者得因以契约承认而生效力,其不足构成自然债务者,得因成立赠与契约而生

效力,其结果与法国民法、德国民法将无以异。但其合意不得违反法律强制或禁止之规定及公序良俗,自不待言。如赌博债务之承认,其承认行为即属不法,自不能发生法律上之效力。

(三)依“民法”第144条第2项规定,消灭时效完成后之债务,得因债务人提出保证而发生完全之效力。此于一般之自然债务,亦可同一适用。此在法国民法,学说意见,尚未一致。<sup>①</sup>反对者之意见认为在保证债务,主债务人应先被追诉,保证人有先索抗辩权,是在自然债务为不可能。次之,如保证人已为清偿,保证人应可代位取得债权人之权利;但在自然债务,保证人将仅取得一种不得请求给付之权利,殊与保证之制度未合。再就物的担保而言,如抵押权质权,须有可以请求执行之主债务存在,方能发挥其效力。在自然债务,债权人既不能请求履行债务,则其担保之提出,将失其意义。此种论辩,或由于其对于自然债务之基本观念另有立场,前已有所论列,姑置毋论。兹仅就其担保之提供行为而言,即应认为债务人已有承认其自然债务之意思。故自然债务本身,纵认为不得提供担保(人的担保及物的担保),但经双方当事人承认后,其债务已为法律上极完整之债务,其担保之为有效,应无容疑矣。至于抵消,则应分别情形而论。如其为主动债权,债权人不得以之主张抵消,否则无异于强使他方履行其自然债务;如其为被动债权,则主张抵消之债务人无异自愿履行其自然债务,应属有效也。<sup>②</sup>至于履行道德上义务之赠与,当得抵消或提供担保,毋庸置论。

## 五、自然债务之适用事例

自然债务之适用事例,在吾国判例,尚不多觐。兹参照他国判例及学说方面之成就,摘要叙述,以供参考。

(一)不侵害他人之义务 故意或过失不法侵害他人之权利者,本

<sup>①</sup> Planiol et Ripert, op. cit. pp. 304~306; Contra. Colin et Capitant, op. cit. p. 74; Josseland, op. cit. no. 715.

<sup>②</sup> 参阅王伯琦:《民法债篇总论》,294页。

应构成侵权行为,被害人得依法请求赔偿。但构成侵权责任之条件甚严,偶有不足,被害人即不能获得赔偿,但在行为人之良心上,终为一种负担。如禁治产人或未成年而无识别能力之人侵害他人之权利,因无责任能力,依法应不负责,如其法定代理人已尽监督之注意义务,其本人又无财产足供法院斟酌时,被害人将毫无所获。设如其法定代理人自愿给予一部或全部赔偿,或行为人本人于心神恢复或成年后,问心自咎,予以赔偿时,是为道德上义务之履行,既不得请求返还,亦非单纯之赠与可比。又如行为人之过失甚为轻微,不足构成法律上之责任,或因行使权利不得已而侵害他人,亦依法不负责,但在道德上究不能谓无责咎。再如一时疏忽误告友人家中失火,其友匆忙赶回,而遭车祸。在此情形,因无因果关系,误告者依法固可不负责,但伯仁由我而死,于心终属不安,在此各种情形,如行为人自愿予以给付,即属道德上义务之履行。

(二) 不受不当利益之义务 无法律上之原因而受利益致他方受损害者,为不当得利,依法固得请求返还。但如其原因并非不法时,在法律上即无救济之道。如乘他人之急迫轻率无经验使为给付,倘其显失公平时,固得声请法院撤销其行为或减轻其给付(“民法”第 74 条),但如其虽不公平而不显著时,受损之一方依法声请,未必能得满足;或其除斥期间已过,更无法获得救济。受益之一方向心有愧,如仍予以偿还,乃属道德上义务之履行。消灭时效完成后之债务为自然债务者,其理亦同。又如经确定判决债权人败诉者,法律上当不再认有债之关系存在,但如事实上确有债之关系者,债务人扪心自问,终觉寝食难安;又如因行为能力欠缺而不能发生法律上效力之债务,其情形亦同。再如遗赠因遗嘱之法定方式欠缺而无效,继承人虽无交付遗赠之义务,但在道义上不论对被继承人或受遗赠人终属缺憾,如其仍予交付,乃为道德上义务之履行。诸如此类,均为社会道德上亟须弥补之缺憾。

惟于此有须特别一提者,因不法原因而为给付者,往往亦被认为自然债务之履行,不得请求返还。实则如吾“民法”第 180 条第 4 款之



规定,与同条第一款迥异其趣。如赌债之偿付,殊难谓债务人在道德上有何义务,纵使其在社会习俗上有所不容,在法律上殊无予以支持之必要。实则法律上所以规定其不得请求还返者,系基于当事人不得主张自己不法行为之原则(Nemo auditur proprians turpitudinem allegans),否则反足以鼓励为不法行为也。<sup>①</sup>

(三) 亲属扶助之义务 关于亲属之扶养,在特定亲属之间,法律原有规定(“民法”第 114 条),固无问题。除此之外,法律上虽可置之不顾,在道德上则大谬不然。关于此等之处,吾国现行法律与一般社会道德观念相距甚远。如叔伯子侄之间,不同居之翁姑与媳妇间,不同居之岳父母与子婿间,甥舅之间,姑侄之间,夫或妻与他方之兄弟姐妹间,凡此各种关系,习俗上认为至亲者,在民法上并无扶养义务。如其予以济助,实应认为道德上义务之履行。又如法定扶养义务人有数人时,法律已规定其先后顺序(第 1115 条)。设如后顺序之人予以扶养时,亦应认系道德上义务之履行。再如对于不同居一家之姘妇所为之给付,如为继续姘度关系而给付者,是为因不法原因而为之给付;如其为断绝关系而给予生活上之扶助,则应认为一种道德上义务之履行。

(四) 知恩图报之义务 无因管理为一种无偿行为,已为学说判例所确认,管理人不得请求任何酬报。但如本人给予相当之酬报时,是为道德上义务之履行。如对于救助灾难者之酬谢等是。又如受雇人为雇佣人服务,固为契约上应尽之义务,但如其有特殊之有益行为,使雇佣人蒙受其惠,而给予之特别酬劳,亦应认为道德上义务之履行。但其酬报与受惠应属相当,超过之部分,则无妨认为赠与。他如婚丧喜庆之馈赠,小账节赏之给与,在《德国民法典》第 814 条称为社会礼俗之给付,“民法”既无此规定,则无妨归纳于道德之概念。总之,债务人是否在道德上负有相当之义务,应就一般社会观念决之。此种原则,虽极抽象,但在特定社会之中,无不有此种原则存在,吾人生活于

<sup>①</sup> 参阅王伯琦:《民法债篇总论》,61 页。

此一社会之中，亦无不可体会此种原则之存在，所谓自然法上之原则，亦无非指此而言也。

## 六、结 语

吾国现行立法，形式上虽采德民之例，以道德上义务之履行与赠与同论，但实质上出入甚多，已如上述。以致道德上之义务在法律上不能占有应有之地位，甚可惋惜。况以道德上义务认为赠与之一种，在观念上亦未见甚当。果能如作者愚见，将道德上之义务分为二类，以其较弱之一部认为赠与，以符现行法律之规定，以其较强之一部认为非赠与之自然债务，参照他国在学说判例上已得之成果，融会吾国固有淳美之道德，建立完整之体系，则此一制度之发展，未始不能为吾国法制之一大特色也。



# 法律行为之无效与不成立<sup>\*</sup>

- 一、各国立法上之混淆
- 二、“不成立”概念之历史
- 三、进一步之论辩

---

<sup>\*</sup> 本文各节原无标题，系编者所加。本文曾发表于《法律评论》第二十三卷，第 11、12 期。

## 一、各国立法上之混淆

近代民法学说，多将法律行为之成立及生效分为二个阶段。法律行为以意思表示为最主要之要素，一切法律行为，非有意思表示不能成立。惟每一法律行为，因其性质之不同，有其特定之内容（或称标的）。如在买卖，必有买卖标的物及价金，租赁则必有租赁标的物及租金。是即吾“民法”第153条之所谓必要之点，亦即学说上之所谓要素。特定法律行为之意思表示，必须将此种必要之点包含在内，否则其意思表示不能成立，法律行为更无从成立。如买卖未表示价金，不能成为买卖之要约，最多只

能成立赠与；租赁未表示租金，不能成为租赁之要约，最多只能成立借贷。吾“民法”第 153 条第二项规定：“当事人对于必要之点意思一致，对于非必要之点未经表示意思者，推定其契约为成立。”其意即为当事人对于必要之点意思未经一致，契约即无成立之可能，从而要约之意思表示必须包含契约之必要之点，如其不然，相对人之意思纵与一致，亦不能成立契约。故法律行为之成立，必有意思表示，在契约行为，必有二个意思表示趋于一致，且其意思表示必须包含其行为之必要之点，是为一般法律行为之成立要件。

法律行为成立之后，非必即生法律上之效力，如附停止条件或始期之行为，其行为虽告成立，但其效力必须俟条件成就或始期届至时方能发生。除此而外，法律行为之生效，依一般学说，须(1)行为人有行为能力；(2)意思表示无瑕疵；(3)标的可能、确定、合法。是为法律行为之生效要件。倘有欠缺，其行为或为无效或为得撤销，或为效力未定，不能发生法律上完全之效力。

以上诸点，在学说上已成定论，无足赘述。惟在法律行为之中，有所谓要式行为及要物行为者，前者为必须履行特定方式之行为，后者为必须有物之交付之行为。此种方式之履行及物之交付，为法律行为之成立要件？抑为生效要件？其未履行方式或未有物之交付者，如法律行为不成立乎？抑为无效？吾国学说，均认其为不成立，几无例外。但观之“民法”第 73 条规定：“法律行为不依法定方式者无效。”第 465 条规定：“使用借贷，因借用物之交付始生效力。”第 475 条规定：“消费借贷，因金钱或其他代替物之交付而生效力。”消费借贷及使用借贷，众认其为要物契约，应无疑问，如其谓要物契约为以物之交付为成立要件之契约，则法条之规定，又将作何解释？如其谓要式行为为以方式之履行为成立要件之行为，则与第 73 条之规定更见不符。但第 166 条又规定：“契约当事人约定其契约须用一方式者，在该方式未完成前，推定其契约不成立。”故在约定方式，其方式之履行乃为法律行为之成立要件，与第 73 条规定不履行法定方式为无效者，显然不相同。又寄托契约，众认其为要物契约，依第 589 条规定：“称寄托者，谓当事

人一方以物交付他方,他方允为保管之契约”。依此规定,寄托契约之为要物契约,乃为因物之交付而成立之契约,与第 465 条及第 475 条关于借贷契约规定因物之交付而生效力者,显又不同。故依“民法”规定,法定要式行为及意定要式行为同为要式行为,但不履行方式者,一为无效,一为不成立。借贷契约与寄托契约同为要物契约,但未交付其物者,一为不生效力,一为不成立。然则方式之履行及物之交付,究为成立要件乎?抑为生效要件?无滋疑问。

考之他国法律,未履行法定方式者,类多有明文规定其为无效,如《德国民法典》第 125 条,《瑞士债法典》第 11 条是。《法国民法典》未有一般之规定,仅第 931 条规定赠与为要式行为,其未履行方式者,明文规定为无效。一般学说,则认其为不成立(Inexistant)情形之一种,但亦常以无效(Nul)称之。关于未履行约定方式者,《德国民法典》第 125 条规定:“如有疑义时为无效”,亦即推定其为无效。《瑞士民法典》第 16 条规定“如当事人不履行其方式,推定其无负担义务之意思”,是与吾“民法”第 166 条推定其为不成立者相近似。法国民法无明文规定,但学说上之解释,结果亦同。至于要物契约,《法国民法典》规定有四种:(1)使用借贷(第 1875 条);(2)消费借贷(第 1892 条);(3)寄托(第 1919 条);(4)动产质(第 2071 条)。《瑞士债法典》及《瑞士民法典》,已将要物契约之概念排斥尽净,凡此四种契约,均为诺成契约(《瑞士债法典》第 312 条关于消费借贷,第 305 条关于使用借贷,第 472 条关于寄托,《瑞士民法典》第 884 条、第 885 条关于质权契约)。《德国民法典》以消费借贷及质权契约为要物契约(第 607 条、第 610 条、第 1205 条),使用借贷及寄托则为诺成契约(第 598 条、688 条)。举凡承认要物契约之法例,无不以物之交付为契约成立之要件,但论其效果时,又无不认其为无效。

## 二、“不成立”概念之历史

由上所述观之,各国法制对于法律行为不成立及无效之观念,常多混淆,是非仅于吾国为然。考其厥由,则所谓法律行为之不成立,在

理论上与无效虽判然有别,但推究其实质,同为不生法律之效力,二者并无以异。法律行为既不成立,当无从发生法律之效力,而所谓无效者,亦即不生法律上之效力。至其在理论上所以有此分别者,盖另有其历史上之原因也。

在昔罗马法,任何法律行为,必须履行一定之方式,始能发生法律上之效力。如物权之移转,必须行 Mancipatio 之仪式。如果买卖,双方当事人立于五个证人之前,一人手持天平,买受人陈述一段固定之讲词后,以一金属物击天平,并以之交与卖出人,表示已付价金。此一仪式完成之后,所有权即行移转,当事人之意思如何,在所不计。至于契约之发生效力,普通必须履行 Stipulatio 之方式。订约双方当事人必须亲自到场。一方问 Spondesne,他方答 Spondeo (sponsio 为保证之意,债权人问是否保证清偿,债务人答称保证自己债务之清偿),此一问答,且须出声,点头示意或默示,不能生效。此一制度,在《十二表法》中,尚无规定,至公元后第 2 世纪之法学著述中,始有记载。时至优士丁尼帝(Justinien, 527—565 年),事实上多以书面代之,但仍须载明双方当事人之问答词句。此种繁复之方式,不能适应商业逐渐发达之社会,显而易见,而希腊斯多亚(Stoic)哲学自然理性之说,影响罗马法学思想者,日益加深。于是在万民法中,乃有要物契约制度(Mutuum)之创立。其先仅适用于消费借贷,后渐扩及使用借贷、寄托及动产质权契约。此种契约,因有物之交付,即得以 Condictio 之诉主张,而生法律上之效力。由此可见要物契约中之物之交付,实为法定方式之代替,其基本意义,与方式之履行无异也。时至公元前 150 年左右,万民法更进一步,而有所谓诚信之诉(Bonae fidei judicia)之创立。如买卖、租赁、委任、合伙等契约,一经当事人意思合致,即可发生法律上之效力,而以诚信之诉主张。盖以此等契约,为一商业社会日常所有之行为,方式之履行,其势为不可能也。以上各种契约,均为所谓有名契约,均得以诉主张。除此而外,任何契约必须履行 Stipulatio 方式,始能发生效力,嗣后罗马法之发展,至帝国初期,已相当成熟,自奥古斯德至亚历山大撒佛之 250 余年(Auguste-Alexandre Sévère, 公元前 23

年--公元 235 年),世称为罗马法之经典时期。在此时期,又有所谓无名契约制度之创立。凡属双务契约,一方当事人如已为给付,虽未履行方式,即得请求他方为履行契约之给付,或请求退还其给付物。故无名契约,只须具有原因(Causa),即得以诉主张。而所谓原因者,即为一方之给付。大陆国家民法中要因行为之因,及英美法中之 Consideration,即导源于此。

观之上述罗马法之制度,法律行为之是否发生效力,在原则上一以其是否履行方式为断,当事人之意思,几全被忽略,方式一经履行,行为即为有效,方式如未履行,行为即为无效,其中并无成立或不成立之问题;纵使其在观念上可认为成立或不成立,但在法律并无特殊之意义,成立即为有效,不成立即为无效,方式之履行如此,要物行为中之物之交付,无名契约中原因之具备,亦复如此。盖以物之交付或原因之具备,在法律行为中所处之地位,与方式之履行毫无不同也。故在罗马法,只有法律行为之无效,别无所谓不成立之概念。

法律行为不成立之概念,盖始于法国《拿破仑法典》订立之后(德国在 18 世纪普鲁士法典时代是否已有此概念,未加深究)。法国受罗马宗教之影响,自第 9 世纪起,离婚即为法律严格禁止,而婚姻之无效,必须有法律明文之规定,以与禁止离婚相配合。至 1792 年,受革命思潮之影响,离婚制度,即行建立,1804 年之民法,乃有更详密之规定。但至 1816 年,离婚制度,又复废除,至 1884 年始再恢复。故而 19 世纪之中,离婚制度时建时撤,社会一般观念,仍以婚姻为终身之大事,一旦结婚,应偕白首,纵使民法有离婚之制度,事实上离婚者极少,同时结婚之无效原因,法律均予列举规定,过去历史上非有法律特别规定,婚姻不能成为无效之原则,仍为学说判例所谨守。法民规定婚姻之有效要件有六(第 180 条至第 202 条):(1)当事人之意思须无错误或胁迫(诈欺不在其内);(2)未成年人应得父母等之允许。违反此二要件者,为得撤销之婚姻。下列四种,则为无效之婚姻:(1)与人通奸;(2)重婚;(3)近亲结婚;(4)未行法定之仪式。除此而外,再无影响婚姻效力之原因。但事实上不无其他情形在常识上不应予以法律上

之效力者,如配偶一方或双方性别不明,或系同性,或其在结婚时心神丧失等是。在此情形,法律虽无特别规定其为无效,但其应为无效,乃属当然。如何补救此种缺漏,乃有婚姻不成立之学说产生。其说略谓无效为法律上不予以效力,不成立为其本质上自然的不存在(Inexistence)。结婚而无结婚之意思,结婚而无性别或非属二性,根本不能有婚姻之存在,故为不成立。既不成立,当即不能发生效力,结果与无效无异矣。

此一不成立之概念,初仅适用于婚姻者,继即扩及一切法律行为。如上所云,在罗马时代,法律行为之生效,以方式之履行为最主要之要件。但自文艺复兴之后,个人思想勃兴,各人自觉其意思之重要,方式乃渐退居次要地位。自19世纪开始,意思表示径取方式之地位而代之。法律行为之存在,即以意思表示为要素,其无意思表示者,直无存在之可能,非仅法律不予效力而已。故现代学说,对于契约行为双方意思表示不一致者,认为不成立。吾“民法”第135条第二项即明示此意。至于要物行为之物之交付,要式行为之方式履行,就其历史沿革而言,与现代之意思表示原处于同一地位,而就其本质而言,亦仅为意思表示之另一方法:普通之言语表示意思者,今以书面或其他方式,或物之交付表示之而已。故如其未有方式之履行或物之交付,与未有意思表示同,法律行为亦为不成立。

### 三、进一步之论辩

惟此一理论,就法国而言,在学说上既未被普遍接受,在实务方面,更少适用。盖以在婚姻方面,所谓非有法律特别规定不能成为无效之原则,原为禁止离婚时期,用以防止藉婚姻无效达成变相离婚之目的。自大革命后,离婚既属许可,此一原则,即无维持之必要。故该国多数学说,认为婚姻除法律规定之原因外,如有其他应认为无效之情形,应可适用一般法律行为之原则,宣告其为无效。而在法院判决方面,法律规定其为无效者,固应宣告无效,纵使其为不成立,在法律

上之效果,亦无以异,故仍为无效之宣告,不成立之用词,除极少一二特例外,鲜见之于判例。至于其他法律行为,其情形亦然。

有谓法律行为无效者,仅不生法律上效力而已,其本身已有存在,终难否认。故无效之行为,因其曾有存在,仍可发生法律上某种之效果。如通谋而为虚伪意思表示者,其行为无效,但对善意之第三人,仍不得对抗(吾“民法”第87条第一项)。又如以不能之给付为标的者,其契约为无效。但其不能之情形可以除去,而当事人订约时并预期于不能之情形除去后为给付者,其契约仍为有效(吾“民法”第246条)。又契约因以不能之给付为标的而无效者,当事人于订约时知其不能或可得而知者,对于非因过失而信契约为有效致受害之他方当事人,负赔偿责任(吾“民法”第247条)。在此情形,其行为虽属无效,但曾成立,故仍可对第三人发生效力,或仍可发生完全之效力,或可发生损害赔偿问题。此种效力之发生,均以其行为之存在为根据,如其行为根本未有存在,则将无任何问题发生之可能。此说在理论上固不无可取,但细究其实,亦未见其然。人之身体上之动静,凡足为法律规范之对象者,无不发生法律上某种之效果。无效行为因有行为之成立,固可因其行为而生某种之效果,不成立之行为,亦非全无身体上之动静,所谓不成立,非必无行为。既有行为(身体上之动静),即有发生法律上某种效果之可能。如买卖而无价金之约定,租赁而无租金之表示,依“民法”第135条第二项规定,不能成立买卖或租赁契约。但虽其未有关于价金或租金表示,而于移转所有权或移转占有以供使用,已有表示。根据此一表示,法律仍可予以某种之效力。买卖未有价金表示者,未始不能成为赠与,租赁未有租金表示者,未始不能成为借贷,再如结婚未行仪式者,为婚姻不成立,但亦未始不能成立婚约。由此以观,无效与不成立更难有明确之区分。因此,无效为不生法律上之效力,不成立亦无非不生法律上之效力,学说上纵可将无效及不成立加以区分,就法律上之效果而言,无以异也。从而不论在法律之规定上或学说之著述上,一旦言及其效果时,只有无效之一种,再无所谓不成立。如上所述各国法制,对于法律行为不成立及无效之观念,常多混



淆,其故在此。吾“民法”对于未履行法定方式者,认为无效,未履行约定方式者,认为不成立,借贷契约未有物之交付者,认为不生效力,寄托契约未有物之交付者,解释上应为不成立,就其效果而言,并无以异。但在学理上如其欲有无效及不成立之区分,毋宁认其为不成立之为愈也。

最后有可注意者,如其欲有成立要件及生效要件之分,要物行为之物之交付,必须认为成立要件。否则预约之概念无从发生,双方之权义关系,即将无所依据。如果某甲允以房屋一所借与某乙使用。在房屋未交乙使用前,借贷契约并未成立,但双方既经意思表示一致,即行成立借贷之预约。借用人有请求贷与人交付借贷物以成立借贷契约之权利,贷与人有交付借贷物与之成立借贷契约之义务。如其不予交付,即为预约之不履行,借用人如受损害,得请求赔偿。但如其以物之交付为生效要件,则双方意思合致,势必认为契约之成立。如其未有物之交付,借贷契约虽告成立,无由发生效力,从而借用人无从获得请求交付借贷物之权利,如其受有损害,亦将无从请求赔偿。《瑞士债法典》第 312 条及第 305 条规定消费借贷及使用借贷为诺成契约者,为一方表示愿贷与,他方表示愿返还之双务契约。故贷与人因其契约之成立,即有交付其物之义务。吾“民法”既有要物契约之规定,则物之交付,必须认其为成立要件也。

# 契约责任与侵权责任之竞合<sup>\*</sup>

一、引言

二、主张侵权责任或债务不履行责任之实益

三、债务不履行责任之范围

四、学说之探讨

五、结论

---

\* 本文曾发表于《大陆杂志》，第十一卷，第10期。

## 一、引言

侵权行为,为不法侵害他人权利之行为,债务不履行,为债务人不履行其债务,而侵害债权人之债权之行为。在原则上,二者同以故意过失为要件,其结果,二者同负损害赔偿责任,甚相类似。惟侵权行为之过失,一以抽象过失为标准,在债务不履行,原则上虽亦以抽象过失为标准,但亦仅有就具体过失或故意、重大过失负责者,亦有就事变或不可抗力负责者。故此二种责任之构成,除过失之程度方面可能有所不同外,其余并无多大差别。债务人之过失倘使达到抽象过失之程度,即是以构成侵

权行为。因此,债务不履行每可同时构成侵权行为。易言之,债务不履行责任与侵权责任可竞合并存。在此情形,侵权行为之行为人与被害人之间,更有债之关系存在,债务人不履行其债务,应负债务不履行责任,同时又为侵权行为之加害人,应负侵权责任,因此发生二种责任之竞合问题。在此二种责任竞合之情形下,债权人或侵权行为之被害人,不能同时主张二种责任而请求个别之损害赔偿,乃属当然。但其是否可以主张,是为本文所要讨论的问题。

在讨论本题之先,有首须说明者,即本文所称之债务不履行责任,仅指契约责任而言。债之发生原因,依吾“民法”规定,虽有五种,除代理权之授予不论外,惟有契约责任与侵权责任竞合时,其得否选择主张,方有问题。盖以无因管理有违法之阻却性,与侵权行为不能两立,如其构成无因管理人之责任,即不能成为侵权责任,故根本不能发生竞合之问题。至于不当得利之返还请求权与侵权行为之损害赔偿请求权得否并存选择行使,虽亦不无问题,但属另一范围,与债务不履行责任,得否与侵权责任并存之问题无关。

## 二、主张侵权责任或债务不履行责任之实益

在债务不履行之情形,大多虽可同时构成侵权行为,但依债务不履行请求赔偿或依侵权行为请求赔偿,实际上可能并无出入。如使用借贷之借用人因欠缺善良管理人之注意致借用物毁损灭失,贷与人或依债务不履行请求赔偿(“民法”第468条),或依侵权行为请求赔偿(第184条),所得结果,并无以异。又如贷与人故意不告知借用物之瑕疵致借用人受损害者,为违反契约义务,依“民法”第466条,应负责任,同时亦构成侵权行为,但借用人所得请求之损害赔偿,并无不同。在此情形,选择行使如此,不选择亦复如此,毫无实益可言。在普通情形,依债务不履行请求赔偿,较依侵权行为请求赔偿,便利甚多,其最关重要者,为举证责任及时效,故纵使债权人得选择主张侵权责任,亦所不愿。惟主张侵权责任于其反较有利者,亦所常见,在此情形,得否

选择之问题,乃见重要。兹先就主张二种责任之得失一述之。

依一般举证法则,侵权行为之被害人应证明行为人之过失,此一举证责任,关系至为重大,被害人往往因不能举证而无法获得赔偿。近世立法学说判例,为使被害人能有获得满足之较多机会,无不从免除被害人对过失之举证责任方面去下功夫,所谓无过失责任,推定过失,惟在免除被害人对于过失之举证责任而已。但在债务不履行,债权人无须证明债务人故意过失,而以证明债权之存在及损害为已足。债权人证明此二点请求赔偿时,债务人除根本否认未履行而证明其已履行外,应证明不可归责于自己之事由,方得免责。关于此点,学说判例已属一致。故主张侵权责任或债务不履行责任,在过失之举证责任方面,显有不同。此一举证责任,为一极重之负担,极不易切实提出。债权人主张债务不履行责任如能获得同一满足时,当不愿依侵权行为请求赔偿。

依债务不履行请求赔偿,较依侵权行为请求赔偿之另一重要有利之处,在于债务不履行之损害赔偿请求权,在原则上应适用“民法”第125条15年之长期时效,因侵权行为所生之损害赔偿请求权,则另有2年或10年短期时效之规定(“民法”第197条)。

在一般情形,主张债务不履行责任虽较为有利,但主张侵权责任较为有利之情形,亦不一而足。举其要者,有如下述。

(一) 债务不履行之损害赔偿额,可由双方当事人预为约定,订定违约金者,亦视为损害赔偿总额之预定。(“民法”第250条)在此情形,如其实际所受损害超过约定数额,当不能另行请求不履行之损害赔偿。但倘得依侵权行为请求,则可得全部之赔偿。又如契约当事人之一方违反契约而受损害时,当无从请求赔偿,例如房屋租赁契约之当事人约定,在房屋内不得饲养牛羊等家畜。承租人违反约定而因房屋有瑕疵塌倒遭受损害时,就契约责任而言,当无法请求赔偿,如得依侵权行为请求,则其虽属与有过失,法院虽得减轻或免除损害赔偿(“民法”第217条),但究不能谓无获得若干赔偿之可能。

(二) 债务人有多数而不履行债务时,除有明示之表示外,其损害赔偿 responsibility,应分别负担,如得依侵权行为请求,则多数之债务人将成为共同

侵权行为人,应负连带责任(“民法”第 185 条)。此于债权人极为有利。

(三) 因故意侵权行为而负担之债,其债务人不得主张抵消(“民法”第 339 条)。如债权人主张债务不履行责任,则债务人得以其对于债权人之同种类债权为抵消。故债权人选择主张债务人之侵权责任,足以阻止债务人抵消权之发生,于债权人极为有利。

(四) 双方当事人有免责条款之约定时,债务人如有轻微过失,可以不负责任(“民法”第 222 条)。惟此仅指契约责任而言,倘得依侵权行为请求,仍可获得赔偿。又如依法律规定,债务人仅就重大过失或具体轻过失负责时,如承租人之失火责任(“民法”第 434 条)、无偿受寄人之责任(“民法”第 590 条),如其有抽象轻过失,即不负契约责任,但就侵权行为而言,则仍应负责。

(五) 妻因侵权行为所生之损害赔偿,得就其特有财产取偿,契约责任则否(“民法”第 1024 条)。故如夫妻之联合财产不足清偿时,而妻有特有财产时,债权人主张侵权责任或契约责任,关系甚大。

(六) 债务不履行损害赔偿请求权之消灭时效,在原则上虽较侵权行为为长,但有特别规定较之为短者,亦所常见,如承揽人之损害赔偿请求权,因一年间不行使而消灭(“民法”第 514 条),因寄托契约而发生之损害赔偿请求权,其消灭时效亦为一年(“民法”第 605 条),对旅店饮食店等之损害赔偿请求权,因六个月间不行使即消灭(“民法”第 611 条)。如得主张侵权责任,则仍得请求。

(七) 当事人双方或一方为外国人时,关于法律之适用,因其主张契约责任或侵权责任而有异。如其主张契约责任,原则上应依当事人意思定其应适用之法律,如其主张侵权责任,则应依侵权行为地法。(“涉外民事法律适用法”第 6 条及第 9 条)

### 三、债务不履行责任之范围

由上述各点观之,债务不履行责任与侵权责任虽同属损害赔偿责任,但此二种责任是否并存,债权人得否选择主张,对于双方当事人之

利益或不利益,关系甚大。惟此一问题之发生,必先有债务不履行责任之存在,否则只能发生是否构成侵权责任之问题,不能发生得否选择之问题。故在解决此一问题之先,须将债务不履行责任之范围予以确定,在债务不履行范围以内之行为同时构成侵权责任时,方能发生得否选择主张之问题。

确定债务不履行责任之范围,亦即确定债务之内容。其事项属于债务之内容而不履行时,方为债务不履行,方能构成债务不履行责任。其事项是否属于债务之内容,首应依当事人之意思决之。当事人有明白约定者,固无问题,如约定出卖人应告知买受人关于标的物使用时可能发生之特种危险,如其未予告知,即为债务不履行。反之,如当事人对于某种义务特别约定予以排除,则倘有此种事项发生,即非债务不履行。但其约定,不得背于公秩良俗或违反法律强制或禁止之规定,或其排除之义务须非债之关系藉以成立之必要因素,乃属当然。如旅客运送契约当事人约定排除运送人将旅客安全运送至目的地之义务,是为违反公秩良俗之约定,应属无效。又如买卖当事人约定排除出卖人交付标的物之义务,是为买卖契约不成立,将无权利义务关系之可言。但于此有应说明者,排除义务与免除责任之意义,迥不相同。免除责任者,其义务仍属存在,因故意或重大过失违反其义务时仍应负责。(参阅“民法”第 222 条)故如运送契约免除运送人对于物品因运送之毁损责任者,如有故意或重大过失,仍应负责。(参阅“民法”第 634 条)设如排除其完整运送之义务,则将根本无违反义务可言,从而即无责任发生之可能。此种约定,亦应认为违反公秩良俗,应为无效。

债务之内容,当事人无约定时,则应依法律之规定。法律关于契约效力之规定,特多任意规定。所谓任意规定,原为当事人意思之补充,论其性质,与当事人之约定无异。由当事人约定而生之义务既为债务,由任意法规定而生之义务,亦为债务,违反此种义务者,即为债务不履行。诸如承租人之失火责任(“民法”第 433 条),贷与人对于借用物瑕疵之责任(“民法”第 466 条),寄托人对于寄托物瑕疵之责任

(“民法”第 596 条),以及其他法律规定,债务人之责任,莫不为违反债务而生之责任。尤其法律规定各种契约之责任,更为债务不履行责任。违反任意法规定之义务如此,违法强行法规定之义务亦复如此。强行法之规定,虽与当事人之意思无关,但仍为对于债务人义务之规定,其与任意法规定之义务不同者,惟在使其必须负担,不得任意排除而已。如上所述,运送人与旅客间排除安全运送义务之约定应为无效,又如以特约免除或限制出卖人关于权利或物之瑕疵担保义务者,如出卖人故意不告知其瑕疵,其特约为无效(“民法”第 366 条)。是为法律强制运送人或出卖人负担之义务,违反此种义务之责任,亦为债务不履行责任。

综上所述,所有关于债务人义务之事项,不论其为契约所明定,或为任意法或强行法所规定,均为债务之内容,违反之者,均构成债务不履行责任。

债务之内容既已确定,违反之者,即构成债务不履行责任,如其同时具备侵权行为之要件,得否舍债务不履行责任而主张侵权责任,此为问题之一面。反之,在债务内容以外之行为,如其具备侵权要件,是否均足构成侵权责任,是为同一问题之另一面。如有偿寄托契约当事人约定受寄人应就重大过失负责时,如其因抽象过失致寄托物毁损灭失,即非违反债务,盖以其依契约所负之义务,为对于保管寄托物应无重大过失,如其有重大过失,当为债务不履行,今其既无重大过失,即已尽其契约义务,当无债务不履行责任可言。惟衡之侵权责任,仍应负责,债权人得否主张其侵权责任,乃属问题。此一问题,并非债务不履行责任得否与侵权责任并存之问题,盖以其债务并非不履行,债务不履行责任原不存在,从而无并存之可言。在此情形,其问题仅在得否成立侵权责任。于此应特别说明者,此种关于债务人应负何种过失责任之特约或法律之规定,表面上看来,似在规范债务人之责任,实则非是。责任于违反注意义务时方始发生,无注意义务之违反,不能发生责任问题。契约或法律规定应负何种之责任,即为规定应负何种之注意义务,亦即为有关债务内容之规定,并非直接对于责任之规定。



故如其已尽注意义务,即为债务履行,当无责任可言。此与免责条款在直接免除责任者,大异其趣。免除责任,并非免除义务,其义务仍存在,仍须履行,惟如其不履行可以不负责任而已。但有义务而可任意不履行,有背公秩良俗,应属无效。故“民法”第 222 条规定故意或重大过失之责任不得预先免除,重大过失视同故意(Culpa lata dolus est),故亦不得预先免除。

#### 四、学说之探讨

吾国学说方面对于此一问题,甚少论及,判例解释方面,尤所罕见。考其厥由,或以在一般情形,主张债务不履行责任或侵权责任,在实际上无多出入,因而未能引起注意;或以债权人主张债务人之责任时,直觉的多从债务不履行方面下手,对于得否另就侵权责任主张,或未顾及,因此在实务上既少争执,判解上即难有事例可著。惟如上所述,在许多情形下,债权人得否另就侵权责任主张,关系双方利益者甚大,而在学术立场,尤不得不作较详尽之探讨。兹就重要学说方面,论列如下。

(一) 有认为所有民事责任,惟有侵权责任一种,契约不履行责任,并非由契约而产生,而系由于不履行契约之不法行为。侵权行为为侵害他人权利之不法行为,债务不履行又何莫不然。二者同为侵害权利之不法行为,在本质上并无以异。又况在当事人间,契约等于法律,违反契约之责任与违反法律之责任,并无不同。第以契约当事人间之关系,较一般人更为密切,从而其利害关系亦与一般人有所不同,故于债务不履行责任,有另予特别规定之必要。<sup>①</sup> 因此,所有责任既均为侵权责任,则债务不履行之规定与侵权行为之规定,处于特别法与普通法之关系,依特别法优于普通法之原则,应先适用特别法,当事人间既有

<sup>①</sup> Graudmoulin, Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles.

债之关系,应依债务不履行之法则请求赔偿,不得舍此而主张一般性之侵权责任。1933年上字第132号判例认为:“民法就租赁物因承租人失火而致毁损灭失者,既有第434条之特别规定,则关系于因过失不法侵害他人应负责任之通则,即无适用之余地。”似即采此说。

此说似有其历史上之依据。考之在古代罗马法,契约责任与侵权责任原属不分,契约不履行与侵害他人之权利,同为不法行为,应受处罚。如买受人因标的物之权利有瑕疵被原所有人或抵押权人追诉时,得以出卖人为保证人(Auctor),追诉其瑕疵担保责任,此种诉权谓之保证诉权(Actio auctoritatis),出卖人应给付二倍于标的物之价格,是为一种处罚,非仅在赔偿买受人之损害而已,盖以出卖非自己所有之物为一种不法行为。直到优士丁尼帝(Justinien)时代,方代之以违反契约损害赔偿之诉(Actio empti)。又如关于物之瑕疵,依《十二表法》,买受人有一种诉权叫 Actio de modo agri,是为一种刑事诉权,盖以出卖人对于物之内容品质为不实之表示,乃属不法行为,应予以二倍于缺少价值之处罚。此一诉权亦至优帝时方予废除。<sup>①</sup>至于侵权行为,更属不法行为,余则在第5世纪已有阿奎利法(Lege Aquilia)之制订,民事赔偿制度得有长足之进展,但依该法,构成侵权行为之损害(Damnum injuria datam),必须为直接的积极的行为所致之损害(Damnum corpore corpori),如主人将一奴隶捆在树上,被他人将绳割断奴隶逃走,虽致损害,不负赔偿责任。又如一只羊在河边饮水,行人恐吓之以致溺毙,亦不负赔偿责任。损害之发生既需由直接而积极的行为所致者方得赔偿,则不为之消极行为当无从使负责任。不履行契约之行为,多属消极行为,依阿奎利法,不能构成责任。为补救的此一缺点,因之而有不履行契约之独立诉权产生。但在严格法之必须履行特定方式之契约,其债务之履行与否,一以其债务之内容是否实现为断,债务之内容实现,即为已履行,未实现即为未履行,债务人只需有未履行之事实,即应负责,过失之概念,并非必要。其在侵权行为,亦复如

<sup>①</sup> Collinet et Giffard, *Précis de droit romain*, t. II, no. 108, 113.

此,只需有不法之行为致人遭受损害,即应负责,有无过失,在所不问。在此情形之下,债务不履行与侵权行为,在概念上当不能有所区分。嗣后所谓诚信债务(*obligations de bonne foi*)日渐发达,如寄托、使用借贷,由于物之交付即可生效,买卖、租赁等契约,则有意思合致即生效,既不需履行一定方式,契约之内容即难于确定,其是否违反契约,亦难全凭其内容是否实现为断,于是乃有过失概念之发生。但其过失概念与侵权行为方面渐渐发生之过失概念,仍无以异,同为一个抽象的过失概念(*Culpa in abstracto*),所以债务不履行与侵权行为在概念上,始终仍是混淆不清。直至优士丁尼帝时为减轻或加重某种特定债务之责任起见,乃将契约不履行之过失,分别为重大过失(*Culpa lata*),抽象的轻过失(*Culpa levis in abstracto*)及具体的轻过失(*Culpa levis in concreto*),于是契约责任与侵权责任,方有明确的分别。现代法制所以区别债务不履行责任与侵权责任者,仍以之为主要之表征。故此二种责任,就其本质而言,可说并无以异。但所谓本质上并无以异,亦惟就其同为不法侵害行为而言耳,倘据此即谓二者同为侵权责任,侵权行为与债务不履行法有普通法与特别法之关系,亦未免言之太过。如上所云,在罗马优帝时代,侵权责任与契约责任分立为二个独立之制度。盖以契约当事人相互间所处之地位与普通一般人相互间之关系显见不同,而各种性质不同之契约,其当事人间所有之关系更非一律。故其应负之注意义务程度上既有不同,其举证责任,责任之开始(债务不履行责任多须先经催告),以及其发生之各种效力,在在多有差别,如其认为均属侵权责任,观念上未免混淆,与各国现行立法制度,尤有未合。

另就此说之逻辑体系方面而言,亦未免矛盾。其认为债务不履行责任非由契约而产生者,盖以其认为契约不履行时,其契约义务即消灭,其损害赔偿责任,乃由法律规定而另行发生。是直否认契约之有拘束力。契约之有拘束力,与法律无异,所谓在当事人间契约等于法律,亦惟就此点而言为然耳。如谓契约责任由不履行之不法行为独立发生,与契约无关,则不啻否认契约有拘束力,从而契约与法律亦无相

等之处矣。一般学说认为损害赔偿债务系原债务之变更而非新发生之债务者,理由亦即在此。<sup>①</sup>

(二) 有认为契约责任与侵权责任,非特为二个独立之制度,且此二种责任,根本不能相容。契约责任系以债权人与债务人之间之特殊关系为依据,侵权责任系以一般人处于自然状态之原有关系为基础。一系以契约当事人之地位所负之责任,一系以第三者之地位所负之责任,而既为契约当事人,绝不能同时为第三者,既为第三者,绝不能同时为契约当事人。Josserand氏且喻以,“既为法国人不能同时为外国人,既为外国人,不能同时为法国人”。因此,契约责任当然排斥侵权责任。<sup>②</sup> 此说足以发生疑问者有二点:第一,法律上各种不同之地位得竞合并存,毋宁为常见之现象,如衣物被窃,得以受损人之地位请求不当得利之返还,亦得以被害人之地位请求损害赔偿,更得以所有人之地位请求回复。其所依据之法律关系不同,得选择行使各种请求权,应无疑义。契约不履行之损害赔偿请求权与侵权行为之损害赔偿请求权,又何独异? 第二,纵使其为不能相容,为何必使契约责任排斥侵权责任,而不以侵权责任排斥契约责任? 本国人不能同时为外国人,一如吾人既在屋内不能同时在屋外,固属至理。法律上之地位,有非同时可以兼备者,甲既为乙之父,不能同时为其子。惟如以之而喻一切法律上之地位,则显非正确。外国人又何尝不得同时为雇佣人,雇佣人又何尝不得同时为侵权行为之加害人,侵权行为之加害人又何尝不得同时为父母子女兄弟姐妹。故其所喻,亦属不类。

(三) 有认为契约之应遵守,为法律上之大原则,契约当事人间对于其责任既有特别约定(如免责条款之约定,损害赔偿额之约定等),自应依据其约定,倘使其得另行主张侵权责任,无异于得由当事人一

① Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, no. 480; Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, no. 79~102.

② Josserand, *op. cit.* t. II, no. 482.

方违反双方之约定,殊非可许。<sup>①</sup> 反对其说者则曰,契约之约定固应遵守,惟法律关系侵权行为之规定,为强制规定,不得由当事人之意思排除其适用。如其认为在契约有特别约定时,即不得主张侵权责任,无异于得由当事人之意思排除强制法律之适用,有悖于法律上之大原则。<sup>②</sup>

凡此二说,原则上均极正当,当事人间之约定固应遵守,民法关于侵权行为之规定为强制规定,亦毫无问题。然则使债权人不得选择主张侵权责任,果即为排除适用侵权责任之强制规定乎? 有以其为不然者。盖以各人处于自然状态时,相互间各有距离,侵害他人之权利,毋宁为极偶然现象。如其一旦发生契约关系,则双方特别接近,在自然状态中原无须注意者,今必特别以注意。如寄托契约之当事人在契约成立前,受寄人对于寄托物原无须加以注意,侵权责任原不致发生,今其既已成立契约,双方之关系因而密切,其原不致发生之责任,因契约关系而特别发生,故债务人所负之责任,为在侵权责任之上另加之责任,契约责任实为侵权责任之加强,令债务人负契约责任而不负侵权责任者,不特非可谓为排除侵权责任,实为加强责任。<sup>③</sup>

此说之过嫌玄虚,迹近诡辩,姑且勿论。纵使其为真实,亦未足说明为何债权人即不得舍契约责任而主张侵权责任。其侵权责任既未被排除,即应得主张,既不得主张,则应系被排除。若谓一方之责任加强后,他方即不得主张其侵权责任,似见圆通。如甲乙结婚而为夫妇,其间之关系大为增强,但其在自然状态中人与人间之关系,并非即被排除,一方如有侵权行为,他方仍得主张其责任。如其谓为不得主张,则除非谓其原有人与人间之关系,因结婚之加强而被排除。果如是,则其基本概念即不得不落入上述二种理论之一。或认为此二种责任本质上系属同一,从而特殊之责任应排除同一性质之普通责任;或认为第三者

① Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, no. 332; Jossierand, note D. 1927

② Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français* t. II, no. 873 et s.; Aubry et Rou. *Cours de droit civil français*, t. VI. p. 446, note 7.

③ Mazeaud, op. cit t. I, no. 178, 192.

与契约当事人之二种地位不能并存,从而既为契约当事人即不得同时为第三人。惟此二说之见当,已如上述。况 Mazeaud 氏之基本观念,亦并不否认当事人之意思得排除侵权责任,其于本题之结论,虽认为债权人不得选择主张侵权责任,但其理论之依据,乃全以当事人是否有排除侵权责任之意思为依归。<sup>①</sup> 故其立论,在逻辑体系上亦未免矛盾。

(四) 当事人间之契约应予遵守,法律之强制规定,不得以当事人之意思排除,是为法律之两大原则,均不容破坏,自无问题。惟就本题而论,在此两大原则之间,似已发生矛盾,不能两全。其矛盾果真存在乎? 此两大原则果即不能两全乎? 是为本题解决关键之所在。依笔者所见,亦未见其然。关于侵权行为之规定,所谓强制而不得由当事人之意思排除者,应系指不侵害他人之义务而言,并非由此义务而产生之责任,义务与责任,为两个个别之概念,应予区分。人群共处于社会应各不相犯,是为人类社会赖以存立之原则,亦为凡人所应负之基本义务,此一义务,绝不容任何违反,否则即应负责,乃属当然。罗马法在十二表法时,只有寥寥数种行为准许赔偿,至阿奎利法律制订而有对于奴隶动物及其他物件赔偿之一般制度,到优帝时,始有对于侵权责任原则性的法律,此一过程,充分表现人类理性发展的一面。己所不欲,勿施于人,是为道德上的大原则,亦为法律上的大原则,任何人既不愿被人侵害,当即不得侵害他人。此一义务之不得违反,不得任意排除,自不待言。但义务不得违反为一事,责任是否得排除又一事。刑事责任,为对社会之责任,刑法关于义务之规定为强行规定。(如不得杀人、不得窃盗,均为消极义务。此种义务,均属道德上最低限度之拘束,凡人应知之,故无须乎规定,从而不能以不知法律而免除刑事责任,所谓不知法律,实即不知义务之意。)对于责任(刑罚)之规定亦属强行规定。民事责任则不然,是为对特定个人之责任,设如双方同意,无不可以特约免除。故契约责任得以特约免除,侵权责任亦同可以特约免除,殆无疑问。惟其特约不得违反公秩良俗,又属当然。

<sup>①</sup> Mazeaud, op. cit t. I. no. 192 ets.

关于此点侵权责任与契约责任亦多相同,其要者,有下列二端:

第一,故意及重大过失之责任不得以特约免除。此在债务不履行方面,已有“民法”第 222 条明文规定,盖以故意或重大过失之责任如得免除,则为全无责任,全无责任在实质上等于无义务。而当事人间成立契约,原以发生债权债务为目的,如其将债务本身免除而使债之关系消灭,固无不可,如其免除其责任以致可以任意不履行债务,则非特与债之本旨未合,且亦有背于公秩良俗。(存在于义务人一方之任意条件应为无效者,其故亦即在此。)在侵权行为方面,民法虽未明文规定,解释上更属当然,盖以不侵害他人之义务,为人群谋共同生活之基本义务,免除故意或重大过失责任之结果,既足影响此种义务本身之存在,其应属无效,自不待言。

第二,侵害人身权之责任,纵属由于轻微过失,不得以特约免除。盖以人身权利,要不得为个人间特约之标的。在债务不履行方面,既有免责特约,依“民法”第 222 条之规定,在一般情形,对于轻微过失,可以不负责任,但在侵害人身权之情形,对于轻微过失,仍应负责。如旅客运送,运送契约虽有免责条款之约定,对于旅客之伤害,仍非证明由于不可抗力或因旅客之过失所致,不应免责。惟吾“民法”第 659 条规定关于运送营业之旅客运送,旅客如有明示之同意,其免责条款为有效。立法上是否妥善,不无斟酌余地。又如与医生施行手术之免责特约,亦应为同一之解释,如有抽象过失,仍应负责。至于侵权责任,则更应如此,如与邻居约定所养牧畜如致伤害不负责任,其约定为无效,仍非依“民法”第 190 条第一项但书证明自己无过失,不能免责。

由此观之,公秩良俗之观念,不论在契约方面或侵权行为方面,均同一存在,惟在契约方面,义务之发生,原由于当事人之意思,得由当事人之意思排除,在侵权行为方面,其义务有关公秩良俗,不得由当事人之意思排除。至于违反义务之责任,则二者同为民事责任,除故意、重大过失之责任及有关人身权之责任外,与公秩良俗并无关系,当事人予以免除之意思,并不违背公秩良俗,应属有效。如相邻间约定因失火延烧损及邻屋,不负赔偿责任,或因家畜疏于管束损及邻地农作



物,不负赔偿责任,此种免除责任之约定,应属有效,可无疑问。故所谓法律关于侵权行为之规定为强制之规定者,乃指其不侵害他人之义务而言,其责任则在原则上得以当事人之意思排除之。由此推论,就契约解释,如若当事人有仅负债务不履行责任,而排除侵权责任之意思时,当即不得舍债务不履行责任而另行主张侵权责任,易言之,即不得就此二种责任选择行使。因此,问题之中心,归结到当事人有否排除侵权责任之意思。Mazeaud氏对于本问题之意见,亦以当事人有否排除侵权责任之意思为依归。而其对于因故意或重大过失或对于人身权侵害之责任,认为一律不得主张侵权责任。但其于论及免责条款时,则认为于此二种情形,应属例外,虽有免责条款,如有轻微过失,亦仍应负责,即其特约不能发生排除责任之效力。<sup>①</sup> 前后论据,似欠一贯。

实则所谓学理上的探讨,率直言之,仅是一种说法而已。因其中心观念或思想格局之不同,各是其是,各非其非,于是乃各有其说,如其说法在逻辑上能内外贯通(Internal and external logical consistency)即成一说。就本题而论,主张二种责任可以并存而得选择主张者,其中心观念,无非在使被害人能多得赔偿之机会,就现代立法一般趋向及吾国“民法”之立法精神而言,甚属正当。惟在本问题之情形,双方当事人之情势,极为矛盾,其为被害人者同时为债权人,其为加害人者,同时为债务人。嘉惠于被害人固为吾民法立法趣旨之所在,扶持债务人亦为吾“民法”致力之中心。债权人已有债务不履行责任可以主张,同时更使之处于被害人之地位而主张债务人之侵权责任,毋乃有失主张并存选择之原意乎。

## 五、结 论

综上所述,债权人就债务不履行责任及侵权责任得否选择主张,应以双方当事人有否排除侵权责任之合法意思决之。其行为不在债

<sup>①</sup> Mazeaud, op. cit. t. I. note. 96~107, t. II I. note. 2519~2580.



务范围之内而构成侵权行为者,债权人得否主张侵权责任,其情形亦同。所谓合法意思,除故意重大过失责任及侵害人身权之责任外,其他排除侵权责任之意思,均应认为有效,债权人只得主张债务不履行责任,不得另行主张侵权责任,据此原则,申述之如下:

(一) 债务人之行为同时构成债务不履行责任及侵权责任时:在此情形,更可分下列诸点述之。

第一,当事人有明白约定时,当依其约定。如无偿寄托人与受寄人约定,寄托人亦得依侵权行为之规定请求赔偿时,则受寄人如有抽象轻过失,即须负责,但寄托人应依侵权责任之原则,证明受寄人之过失。又如房屋之出租人与承租人约定,出租人对于承租人之失火责任,得依侵权行为之规定主张时,承租人即应就抽象过失负责,惟出租人应负证明过失之责任。<sup>①</sup> 在另一方面,如当事人有明白约定将债务人之责任限于契约责任时,则更无问题,债权人当不得就侵权规定另行主张。但如在旅客运送,对于旅客之伤害,纵使有不得主张侵权责任之约定,其约定亦应为无效,盖以其有关人身权之侵害也。惟就普通情形而论,旅客当以主张契约责任为有利,无主张侵权责任之必要。

第二,当事人对于得否主张侵权责任,虽无明白约定,但对于契约责任已有特约者,则显见其已排除侵权责任之意思,不得在约定责任以外,另依侵权行为请求赔偿。如当事人对于赔偿范围或金额已有特别约定时,即有仅就该范围或数额内负责之意思,当不得再依侵权规定就其实际所受损害请求赔偿。又如既有违约金之约定,债权人即不得证明其损害超过违约金而依侵权行为请求赔偿。他如附有免责条款之契约,其于故意或重大过失固仍应负责,但其于轻微过失得不负责之意思,已极明显,从而债权人即不得证明债务人之轻过失而令负侵权责任。论者有认为免责条款之约定,无异于举证责任之易位者,即债务人本应证明其不可归责再免责,因有免责条款之约定,则应由

<sup>①</sup> 中华民国 26 年(1937 年)鄂上字第 400 号判例,认为《民法》第 434 条承租人之重大过失,应由出租人负举证责任,与举证责任之原则似有未符。

债权人证明其过失方负责任(法国判例大多采此见解)。此种解释,显难认为正当。盖以双方当事人既有特别约定,依契约自由之原则,苟非违反法律强制或禁止之规定,或违反公秩良俗,均应发生法律上之效力。今其一方面认为免除轻过失责任之约定为有效,另一方面复使债权人证明其轻过失仍令负责,是以法学为游戏矣。耶林(Ihering)所谓之概念法学(Jurisprudence of conceptions),脱离现实过远,往往犯此毛病。

第三,当事人对于契约责任如无约定,则应依有关契约责任之法律规定,以定其责任,债权人亦不得舍此而引用侵权责任之规定。盖以法律之任意规定,原系当事人意思之补充,任意法之规定,原为一般人之普通意思,当事人有特别意思时,固得排除其适用,无特别意思时,即应以法律之规定为当事人之意思。故债务人之责任,如无特别约定,即应适用有关契约责任之法律规定。如承租人或借用人应以善良管理人之注意保管租赁物或借用物,如有违反,应适用“民法”第432条或第468条令负债务不履行之责任,不得依第184条令负侵权责任,承租人或借用人为多数而均应负责时,出租人或贷与人不得依第185条使负连带责任。此种事例甚多,毋庸赘述。法律之任意规定如此,强制规定亦应如此。法律之强制规定,当不能认为当事人意思之补充,但惟其为强制规定,更不容债权人违反而另适用侵权行为之规定。如贷与人就借用物所受损害对于借用人之损害赔偿请求权,借用人因贷与人故意不告知借用物瑕疵所受损害之赔偿请求权,均因六个月之时效而消灭(“民法”第473条)。法律关于时效之规定为强制规定,如其时效业经完成,债权人当不得再依第197条主张二年之时效而依第184条请求赔偿。

第四,债务人之行为与履行债务无关而构成侵权行为时:在此情形,债务人并非不履行契约义务,故不负债务不履行责任,但如其行为构成侵权行为,债权人是否即得主张侵权责任,亦未可一概而论。在普通情形,其行为既与债务之履行无关,如其构成侵权行为,当得使负侵权责任,如受雇人被主人之狗咬伤,既无从主张契约责任,当得依侵

权行为请求赔偿。又如甲卖与乙犬一头,复遇于途而诱之,犬见旧主狂奔被车压死。此种行为既非债务不履行,当得依侵权行为请求赔偿。惟在某种情形,其行为虽非违反契约义务,但如使负侵权责任,无异于扩张契约义务时,则将违反当事人原有之意思。如“民法”第 434 条规定,承租人只就重大过失负失火责任,原为依据一般承租人之意思所为之规定,如其未尽善良管理人之注意义务,并非违反契约,并非债务之不履行,不负契约责任。但如出租人得依第 184 条使负侵权责任,是无异于使承租人负轻微过失责任,显然扩大契约义务之内容,应非所许。又如贷与人故意不告知借用物之瑕疵致借用人受损害者,方负责任,虽因过失而未告知,并非违反义务,盖其义务之范围,限于应告知明知之瑕疵,贷与人对于告知借用物之瑕疵,并不负何种过失之注意义务。如其令负侵权责任,显然扩大其注意义务之范围。故凡因契约之约定或法律之规定,债务人所负之注意义务较侵权责任之注意义务为轻者,均不得另依侵权行为使负责任。惟如其为故意或重大过失之行为,或为侵害人身权之行为,则当别论。如买卖租赁等契约之瑕疵担保义务,依第 355 条规定,仅以隐藏之瑕疵或出卖人故意不告知者为限,如为买受人所明知或因重大过失而不知者,出卖人即无担保义务。今如因应由出卖人负担担保义务之瑕疵而发生损害,买受人固得主张债务不履行责任,不得另行主张侵权责任,如其损害由于买受人因重大过失不知之瑕疵而发生者,即无债务不履行之责任可言,但如许买受人主张侵权责任仍令赔偿,则显与当事人之意思相悖。然如其所受之损害为人身权之损害,则应许其依侵权行为请求赔偿。又如出卖人故意不告知其瑕疵,则一方构成债务不履行责任,一方亦得选择主张其侵权责任。

# 法律行为之标的及目的<sup>\*</sup>

- 一、标的与目的
- 二、吾国之情形
- 三、动机与目的
- 四、结语

---

\* 本文各节原无标题,系编者所加。本文曾发表于《法律评论》,第二十一卷,第5期。

## 一、标的与目的

法律行为不得违反强制或禁止之规定或有悖于公共秩序或善良风俗,是为法律行为应合法之有效要件;即法律行为必须合法,方能发生法律上之效力,是为“民法”第 71 条及第 72 条所明定。惟此之所谓法律行为其意义究何所指?法律行为之“什么”不得违反法律强制或禁止之规定或有悖于公秩民俗?此一问题,关系于吾人行为之整个社会价值,亦影响于立法之基本趣旨。

法律行为以意思表示为要素而发生法律上之效力之行为,故法律行为之构成基

本要素为意思表示,除此以外,要物行为须有物之交付,要式行为须有式之履行。故所谓法律行为,其中包含不外意思表示、方式、物三个要素,而所谓法律行为违法者,即不外意思表示违法,或方式违法,或物违法。方式为意思表示之方法,与意思表示实相贯通,所谓方式违法,径可认为意思表示违法(“民法”第73条),至于物之本身,无所谓适法或违法,必其与人之行为相结合,方可成为法之规律对象,其违法之概念,可归纳于意思表示中。故所谓法律行为违反强制或禁止之规定,或背于公秩良俗,及专指意思表示而言,在此情形,可说法律行为与意思表示同义。

意思表示之过程,可分为二个阶段,一为内部之意思,一为外部之表示。从内部意思之构成以至表示于外部,以内部之决意为关键。所谓决意者,即从许多理念之中予以抉择,而其所抉择者无非为标的及目的二种。盖以吾人对于意志之行为,非仅知其“所为”,并知其“为何而为”,在知其“所为”时又必同时知其有“所不为”,在知其“为何而为”时,又必同时知其“为何而有所不为”。用心理学上之专门名词解释,即所谓刺激的抑制(inhibition)。故吾人所抉择者有“为”,或“不为”之抉择,是为标的之抉择,有“为何为”,“为何不为”之抉择,是为目的之抉择。凡人之任何意思非经此二种抉择,不能成为决意,非有决意,不能表示于外部,而其表示于外部者,亦即为其所抉择者,是为意思行为。故凡意志行为,必有其标的,更必有其目的。其标的又可分为二种:一为直接标的,一为间接标的。直接标的为人之身体之单纯动静,间接标的为由此动静所发生之效果。吾人意志所可控制者,惟直接标的而已,间接标的,绝非吾人意志所可左右。吾人身体上一有动静即受客观律之支配,或为自然律,或为社会律,吾人对于此种规律支配发生之效果,在心理上虽可意欲,但不能控制,此种效果因客观律之支配当然地发生。如吾人欲杀人,必先从许多理念中抉择而成决意,决意之后开始行为,持刀刺入他人身体,是为直接标的,此一标的,全在吾人意志支配中,刺与不刺,刺轻刺重,全可由吾人之意志予以控制,刀既刺入,机能败坏,血流如注,发生死亡之结果,是为间接标的。此间

接标的为物理生理上自然律支配下当然发生之结果,绝非行为之意志所可影响。死亡之结果发生,即当然的受社会律之支配,是为犯罪行为,处以何种之刑,均受刑事客观律之支配,亦绝非行为之意志所可左右其毫末。再如吾欲租房一所,决意后即为表示,房屋所有人亦为表示,是为直接标的,双方意思合致而成立租赁契约,一方有使用房屋之权利,他方有请求给付租金之权利,是为客观法律支配下当然发生之效果,殊非当事人意志所可左右。学者每谓吾人之行为在法律上发生效力,由于吾人之意思力,由于吾人意思之支配,从而认为法律上发生之效力,即为吾人行为之目的,与客观事实大不相符。

“民法”第 71 条及第 72 条之所谓法律行为违反强制或禁止之规定,或背于公秩良俗,当首指法律行为之标的而言。其标的违反强制或禁止之规定或公秩良俗,其行为当即不能发生法律上之效力。如买卖黄金,一方表示买,是为直接标的;一方将取得黄金,他方将取得价款,是为间接标的。此一间接标的,为法律所禁止,其行为即不能生效。如不动产之移转,一方以书面表示让与,他方以书面表示受让。是为直接标的,一方取得价款,一方取得不动产,是为间接标的,如其未以书面为之,其直接标的违反法律之强制规定,应为无效。(关于方式违法第 73 条虽另有规定,实则亦可归纳于意思表示中。)又如终身不结婚之契约,使不犯罪给予金钱之契约,均因其间接标的背于公秩良俗,应为无效。

吾人行为除标的之外,有其更重要之内容,即目的。人为有理性的动物,任何意思之发动,必有其将来之目的。是为人之动静与自然动静基本不同之点,亦为自然现象与社会现象不同之点,又为研究自然科学与社会科学对象不同之点。自然动静必有其原因,故自然科学所研究者为“因何”(how)。苹果落地,其原因何在?刀入心脏,其人即死,其原因何在?在此种现象中,毫无目的可言。社会科学所研究者则为“为何”(why)。人为何杀人,其目的何在?法律为何予以处罚?耕者为何应有其田?人为何要读书?为何要吃饭?凡百行为,无不有其目的。而其行为之社会价值,一视其目的之正当性而定。我杀人,

目的何在,为复仇,为救国,为抢劫,为奸淫。其社会价值各各不同。我租屋,为居住,为开设赌场,其社会价值全然不同。故人之行为之目的,实为该行为整个社会价值之所系,如其目的违法,自不应使发生法律上之效力。因此第71条及第72条之所谓法律行为,其最重要之一部分意义,应在法律行为之目的,如其目的违背强制或禁止之规定,或背于公秩良俗,应为无效。如租赁屋,虽其直接标的及间接标的均属合法,如其租房之目的在经营不合法或背于公秩良俗之营业,应为无效。如借款,如其为赌博,赠与为维持姘度关系均为无效。

法律行为有单独行为及契约行为之分,在单独行为既以一方之意思表示即可成立,则如其一方意思表示之目的不法,即属无效。契约行为须有二个意思表示合致方能成立,则须二个意思表示之目的均属不法,其法律行为方为无效。惟目的仅为一种心理状态,如一方之目的已经表示,当即同时成为他方之目的,其行为应不发生效力,固无待言,如其未表示而为相对人所知者,情形亦属相同,其行为亦应为无效。至如一方之目的既未表示而为相对人所不知者,则仅一方意思表示之目的不法,其行为应仍为有效。

## 二、吾国之情形

吾国过去判例,对于违背强制或禁止规定或公秩良俗之行为,认为无效时,每用“标的”或“目的”等字样,兹录数则如后:

(一) 以违背法令所禁止之规定为标的之法律行为,当然认为无效(3、上、六)。

(二) 法律行为之有效成立,系以行为之标的合法为要件,故其标的若与行为时之强行法规相抵触,则当然不能生效(4、上、三一七)。

(三) 凡以违背法律中禁止规定之事项为标的者,其法律行为为无效(4、上、二二四五)。

(四) 契约之成立,以行为适法为要件,如以不法行为为目的而缔结契约者,法律上当当然为无效(3、上、七五三)。



(五) 契约成立以行为适法为要件,如以不法行为为目的,或其他有害于公安公益之行为为目的而缔结契约者,法律上当然认为无效(3、上、一〇三五)。

(六) 凡契约目的不在交付现货,至期仅依市价高低决算赔赚者,是为卖空买空。若其契约目的仍在交付现货,即不得谓买空卖空(5、上、七四六)。

法律行为之标的或目的不法,法律行为应为无效,已为吾国判例上向所确认之原则。惟其所谓目的与标的究有如何之区别,因无详细事例可按,难于深究。但观其用语每不一致,如卖空买空,即谓为目的不法,亦谓为标的不法(3、上、六四六),观念上未免混淆。

判例中又有以法律行为之内容不法而使无效者如:

(一) 凡法律行为之内容有害于公安公益者,当然不能发生效力(3、上、七四二)。

(二) 法律行为因违反公共秩序或强行法规以致无效者,必其法律行为之内容果于公共秩序或强行法规有所违反(3、上、一七八)。

此之所谓内容究何所指,固无事实可按,惟其含义应不外乎标的与目的二者,或为标的与目的之总称,或仅指标的而言。

又所谓脱法行为者,即以迂回之方法巧避法律强制或禁止规定之行为。如预以折扣避免高利之禁止。此种行为,现行民法已有明文禁止(第 206 条),过去判例(5、上、四五七)亦认为无效。此种行为就其标的或内容各点观察,无一违法,其为违法而致无效者,惟目的耳。学说上有以为流质契约之禁止,仅在禁止某种手段,故如以附条件买卖等其他手段为之者,应为有效。其说殊无可取,盖以附条件买卖等行行为之目的既在违反法律之强制规定,应即认为无效。

又如暴利行为(第 74 条),就其性质而言,亦为目的背于善良风俗之行为。吾国过去判例亦认为无效之行为(十六、上、八五六)。今乃认为撤销之行为。

再如附条件之法律行为,其条件不法者,行为无效。是已为吾国判例学说一致之见解,其理由何在,未见述明,或有认为标的不法者。

实则所有不法条件无不成为法律行为之目的,其目的不法,行为当属无效。故附不法条件法律行为之无效,如应适用第七 71 条或 72 条之规定,则除解释不法条件为该法律行为之目的外,似难有其他依据。

解释例虽鲜有用标的或目的等字样,但其含义有确认目的不法,法律行为应为无效者。如 1946 年院解字 3100 号:“汉奸于收复区沦陷期内,鉴于战局转变将原有财产预行出卖,如买主系串同买受,避免法律之执行,即与公共秩序显有妨害,该项买卖契约,依民法第 72 条之规定仍属无效。”是不啻谓买卖契约之目的,如在避免将来法律之执行,应为无效。此一解释,充分表示其对于法律行为目的之重视,已极尽其解释之能事,惜其未将目的之概念明白指出,美中不足耳。

至于学说方面,多用内容或标的字样,而鲜有提及目的者,纵使倘有提及,其义亦另有所指。

考之吾国学说判例,对于标的、内容、目的等名词,每予混用者,或系受他国立法或著述用词之影响。在罗马法早有所谓“原因”之概念(Causa)。惟其所谓原因,与嗣后法国民法上之所谓“原因”(la cause),迥不相同。罗马法上之所谓原因,指行为或权利之来源或基础而言。如契约方式之履行(Verbae, Litterae),要物契约之物之交付,是为行为或权利之基础,如其有缺,应属无效。又如占有之移转(Cessio, Traditio Possessionis)必有合法之原因(Ex justa causa),如因寄托借贷买卖赠与等而移转是,否则其行为为无效,是为行为或权利之来源,与吾人现时所称之要因行为或不要因行为之“因”之含义相当。《法国民法》之所谓原因,乃指终极原因(la cause finale)而言,何谓终极原因,从其法学祖师 Doma、Pothier 以来一般著述之解释,向认为与目的(le but)同义。但其所谓目的,实则与本文上述之间接标的相当。如在双务契约,一方债务之原因即为他方之债务,如买卖,买方为何负交付价金之义务,其原因(目的)在于卖方负有交付标的物之义务,倘卖方不交付其标的物,买方即可不交付其价金,是为同时履行抗辩;卖方因不可抗力不能给付标的物时,买方亦可不交付其价金,是为危险负担;一方之义务不法或违反公秩良俗时,他方义务即欠缺合法之原因(目

的),已为之给付,即得依不当得利请求返还。故其所谓原因(目的),实则仅含有标的之意义,从而该国学说有否认原因概念之必要者,是亦为其有力之论据,认为既有标的之概念,即无须乎再有原因之概念。德国及瑞士民法即无如法国民法关于原因之独立概念,而以之归纳于不当得利之概念中,其故或亦在此。吾国“民法”从之,即无原因或目的之独立概念,而只有所谓标的。标的一词,已成为法定名词,已无可假借,如“债之标的”已列为“民法”之“债篇”第一章第二节。惟吾“民法”之所谓标的,《德国民法》称为内容(Inhalt),吾国学说判例上所称之为内容,或即从《德国民法》而来,其义亦即标的。《日本民法》称标的为目的,盖系受法国学说之影响,吾国学说判例偶有提及目的者,或又从《日本民法》而来,其含义亦即为标的。总之,吾国学说判例上所用名词,往往以所本不同,各异其词,所指则一也。

### 三、动机与目的

学说方面,对于动机,论述甚多。原则上多认为动机不得为法律行为之内容,故如动机不法,不影响法律行为之效力。但如以动机为条件,则所谓动机已成为内容之一部分,法律行为无效,如其非为条件而为相对人所知者,则是否影响法律行为之效力,迄无定论。

实则其所谓动机,每与目的相混。夫所谓动机者,触动意思当发生之事由也。故在罗马法称之为 *Causa impulsiva*。此种事由,存在于行为人决意之前,而常在其意欲之外。至于目前的则无不存在于意欲之内,而为其将来希望实现之事由,故在罗马法称之为 *Causa futura*,此于其行为有决定性之作用,而为其行为价值衡量之标准。如为赌博或为购物而借钱,赌博或购物为借贷行为之目的,为行为人希望将来实现之事由,而为此行为价值判断之标准。至于其动机,可能为见人赢钱而羡慕,前曾输钱想翻本,手头无钱想赢钱,心中无聊以之消遣。诸如此类,不可胜述。此种动机,对于其借钱之社会价值无关,法律自无过问之必要,故法律行为动机绝不能影响其效力。而惟有其目的方

足以衡量其行为之社会价值。如前述解释,串买汉奸之财产,以避免法律之行为目的,其行为应为无效,其动机则可能为贪财心切,受人怂恿,无可究诘。构成动机之事由可为单纯之事实可为他人之意欲,亦可能为行为人之一意欲。如上所述,目的无有不存在于意欲之内,动机虽大多存在于意欲之外,但偶亦可存于意欲之内,在此情形,动机与目的可能为同一之意欲,即为发动意思之力量,又为将来希望之事由。于是目的与动机可能并无分别。但此时影响行为之效力者仍为目的而非动机。动机与目的每易相混者,是亦为其原因之一。

吾国以前判例,对于动机之是否违反强行法规或公秩良俗者一概置之不问,认为并无关于法律行为之效力。“法律行为因违反公共秩序或强行法规以致无效者,必其法律行为之内容果与公共秩序或强行法规有所违反,若法律行为内容并无违反,只其法律行为之动机违反者,则其法律行为仍属有效,而由此发生之债权债务,自非有无效之可言。”(3、上、一七八)由此可见吾国判例对于动机并不问其是否为法律行为之条件,或是否为相对人所知悉,概认为无关于法律行为之效力。惟其对于租屋开设妓馆,借钱以便赌博之行为,亦向认为无效,足见其对今之一般人所谓动机者,并不认为动机,而认为内容,其所谓内容,则包括标的及目的而言。如租屋借钱之例,应系属于目的不法之类,故应认为无效。

学说上对于动机与目的所以发生此种混淆之原因,或亦受有法国民法解释之影响。该国一般学说判例对于其民法所谓“原因”之解释,认为即系目的,目的可以影响法律行为之效力,动机则否。但究其实际,其所谓目的,仅与吾人所称之标的相当,真正之目的概念既被排斥于原因概念之外,则即不得不以之归纳于动机概念之中。动机与目的二个概念因之相混,但在其真正之目的不法时,在良知上又不得不使其行为归于无效。在此观念矛盾之情形下,动机得否影响法律行为效力之问题,因之争论不休。但自19世纪之末起其国一般学说判例,对于某种动机(真正之目的)不法之行为,终不得不认为无效,所涉情事,

尤以开设妓馆赌博等不法事由为目的之行为为多。<sup>①</sup>此种由于有历史性之解释上之矛盾,实属多余,其国近代学者如 Duguit、Demogue 辈,曾痛加评斥。如其能将“原因”之概念予以扩充,将真正之目的概念归纳在内,动机一词,即可得其正确之解释。<sup>②</sup>吾“民法”,并未承袭法国民法关于“原因”之规定,更不必作茧自缚,投入其有历史性的偏枯概念。拉丁语对于目的、动机、原因等概念,均可以 Causa 一字代表,原因称为 Causa,动机称为 Causa impulsiva,目的称为 Causa futura,直接承袭罗马法之国家,于此各种观念可能发生混淆,或有其由来。吾国文字关于此种用词,甚属分明,自应各别予以确切之意义,不应再有所混淆。

#### 四、结 语

世事日繁,道德律之力量,日形薄弱,人与人之间的关系,不得不由国家积极地起而干预,道德律前所担负之任务,即不得不由法律起而代之,今人每言法律道德化,其意义在此。就本题而论,目的观念本为一种道德观念。欧洲自 19 世纪中叶以后,已深入于第二次之严格法时期(第一次严格法时期自 12 世纪至 16 世纪),在此时期法律与道德又形分化,道德观念绝不容侵入法律,目的观念既为一种道德观念,其为法律学说判例所排斥,乃属当然。观之上述法国当时学说判例对于“原因”概念狭隘之解释,以及其矛盾揉作之情形,其用意无非认为真正之目的观念,属于道德律规范之领域,非法律所宜过问。买卖房屋,借贷银钱,当为法律所应规范之事项,但其致之于何用,其目的何在,是属道德问题,非法律所应过问,不应影响法律行为之效力。此种枯

① Demogue, *Traité des obligationengénéral*, t. II. p. 525 et s.; Bounecase, *Supplément au traité de droit civil de Baudry-Lacautinerie*, t. I. p. 672, ets.; Colin et Capitant. op. cit. t. II p. 302 s., 1892. 1. 513; s., 1861. 1. 289; D. p. 95. 1. 263.

② Demogue, op. cit. t. II. Loc. cit.; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I. § 38a. p. 393 ets.

竭硬性之解释,实难达成法律之任务。故近世各国判例学说,对于法律行为之目的,日益重视,而在法国,目的概念亦日益渗入原因概念之中。故在今日研究法律,适用法律或执行法律,解释法律,如其拘泥于严格的条文,用单纯逻辑的方法,演绎归纳,绝难达成国家之任务。法律学为社会科学之一种,必须以现实社会为对价,法律为最切实之标准,但并非最准确之标准,最准确之标准应推道德。故用法而脱离道德,难期准确,言道德而脱离法律,难望切实。故法律须道德化,道德须法律化,然后社会事物方能获得切实而准确之估价。吾人行为之社会价值,既全由其目的的表现,已如上述,则法律估量吾人行为之价值,自不能不重视其目的,其理至明。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 本文关于标的及目的之概念,原则上系采 Duguit 之见解,惟略有扩充。参阅 Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I. pp. 316~354, 361~367, 385~393。

# 权利之滥用

- 一、不法行为
- 二、过分行为
- 三、妄滥行为



侵权责任,大别可分为三类。一为不法行为,二曰过分行为,三曰妄滥行为。

## 一、不法行为

此种行为为违反客观法律之行为,其标的即属不法,如其致他人遭受损害,应即负责,故不待言。是为“民法”第 184 条第一项前段所规定,“因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。”如土地所有人设置屋檐或其他工作物,使雨水直注于相邻之不动产。(第 777 条)由高地自然流至之水,低地所有人加以防阻(第 775 条)或其他违反法律规定而致之损害,不问其行为人之目的如何,应即负赔偿责任。



## 二、过分行为

此种行为,非特其标的合法,为法律所允许之行为,而行为人之目的亦极正当。但其行为本质具有侵害性,致他人遭受损害,而使权利失其平衡。如邻近车站或铁路之房屋或树林,因火车喷出烟火而致焚毁,或因某化工工厂发出气体致邻地不能耕植。此种行为之行为人依吾国现行法是否可使负责,颇属疑问。因其根本无所谓不法,而其所致损害之发生,事实上无法防止,亦无过失之可言,第 184 条无可适用。惟在立法方面或解释方面应否使负责任,不无研究余地。盖以损害赔偿原所以求双方权利之平衡。今一方获得非常之利益,而致他方遭受损害,显失社会利益之平衡。惟此不在本题范围之内,姑置毋论。

## 三、妄滥行为

此种行为就其标的而言,并无不法,而属行使权利之行为,但其目的不正,故为妄滥。所谓滥用权利者,行使权利行为之目的不正之谓也。吾国“民法”第 148 条规定:“权利之行使,不得以损害他人为主要目的。”亦即谓行使权利之行为,应有正当之目的。兹就此种行为,申述之如次:

滥用权利为行使权利行为之目的不正,已如上述,此种行为,关于某特定权利之行使,已多有明文予以禁止者。如第 264 条第二项关于同时履行抗辩权之滥用,第 318 条关于拒绝一部清偿权之滥用,第 446 条第二项关于出租人留置权之滥用,第 773 条后段关于土地所有权之滥用,以及第 774 条至第 800 条所有关于相邻关系之规定,莫非对于不动产所有权滥用禁止之规定。所有上述诸行为,既有专条予以规定,则应适用各该条文,自无适用第 148 条之余地。

行使权利行为之目的,如何方为不正,因各国法律制度不同而有异。吾“民法”仿自德国民法,兹就德国民法之规定异述如下:

《德国民法典》第 226 条规定：“行使权利，不得以损害他人为惟一目的。”是为吾“民法”第 148 条所采之立法例。其认为行使权利行为之目的不正者，为行为人侵害他人之意思，而其侵害之意思须为惟一的，方为不正，反之，如其行为非以侵害他人为目的，虽有其他不正情形，亦非妄滥，即使其目的在侵害他人，但如其目的非只有一个，除侵害他人之目的外，如其另有其他目的，亦非可谓为妄滥。故《德国民法典》该条立法，全为主观的，其行为之是否妄滥，全以其有无侵害之意思为准，且其范围极为狭隘。惟《德国民法典》该条之规定，仅指财产权而言，其他关于一般自由权之滥用，则有第 826 条之规定。该条规定：“故意以背于善良风俗之方法加损害于人者，应负损害赔偿之责。”与吾“民法”第 184 条一项后段之规定相当。该条之所谓以背于善良风俗之方法加损害于人，并非以违背善良风俗为方法，以加损害于人为目的之意。其所谓背于善良风俗，乃指其行为之目的而言。故依该条规定，关于一般自由权之行使，其行为之标的，虽属合法，但如其目的在于损害他人，固属妄滥。即其目的背于一般社会道德，而致损害于人，亦应负责。较之第 226 条之含义广泛多之。但第 226 条之含义，亦因 1919 年之新《宪法》第 153 条第三项之规定而大为扩充。该项之规定曰：“所有权包含义务，其行使应同时顾及公共利益。”因此，在德国民法关于所有权之滥用，非特不必于损害他人为目的，如其行使不顾及公共利益，即为妄滥，其第 226 条之规定几全变质。

吾“民法”第 148 条，原以《德国民法典》第 226 条为蓝本。惟将其惟一目的改为主要目的。盖以如将《德国民法典》第 226 条严格解释，行使权利之行为，不论其目的如何狞恶，既为行使权利，几无不可另加正当之解释。挖地而使邻井枯干，岂不可谓为开辟鱼池或水池；筑一高墙以遮蔽邻屋光线空气，岂不可谓为自蔽风雨。又如一土地所有人之邻居为一气球厂。在其所有土地上筑一高大木房，木房之上，装以无数锐利之铁尖，目的在使气球上升时触到铁尖而受损害，其更远之目的，在迫使该气球厂购买其土地。在此情形岂以亦不可谓为以防盗贼。

吾“民法”以行为人之主要目的在于使人遭受损害为已足，自较德

国民法为妥适。

惟如上所述,《德国民法典》第 226 条之规定,已因其新宪法之规定而变质。关于所有权,已予以浓厚之相对性,认为负有一种社会任务。实则所有权以外之其他权利,又何莫不然。权利观念,在其本质上即具有社会性,除以人与人之关系为基础外,实无从想像其另有存在之依据。鲁滨逊独处荒岛,绝无权利观念发生之可能,故所谓权利,在本质上即含有社会性,如无社会共同生活,绝不能有权利观念之产生。故权利本身,应有其客观的社会任务,法律之所以保护各个人之权利,自有其客观的目的,其保护各个人之权利,毋宁为一种方法,其终极目的,应在于增进整个人群之生活。如其终极目的不能达到时,自应积极地起而干预。“三七五减租条例”,“实施耕者有其田条例”之颁行,均足以显示权利之为用,有其客观的社会任务,法律之保护权利,有其客观之目的。1912 年《瑞士民法典》第 2 条规定:“行使权利,履行义务,应以善意(Good, Faith, Bonne foi, 相当于诚信之意义)为之,显然滥用权利者法律不予保护。”故在《瑞士民法典》,行使权利违反诚信之原则,即属滥用权利,行使权利非特不应以损害他人之目的,且应积极地为重他人之正当权益,亦即应合乎权利之社会任务及法律保护其权利之目的。1923 年《苏俄民法典》第 1 条开宗明义即直截了当规定:“人民之私权利,除其行使违背其经济及社会任务外,为法律所保护。”惜乎其后之执政者以“朕即社会”之观念,将社会任务之意义根本转变,是属另一问题。《法国民法典》中虽无滥用权利之明文规定,但其判例学说方面,早已形成一有系统之制度,行使权利,如无“正当利益”,或无正当动机(目的),即认为侵权行为而使负责任。故观之现代各国法制,已多确认权利之为用有其客观的社会任务,法律之保护权利,有其客观之目的,而行使权利之目的,必与权利之客观任务及法律之目的相吻合,方属正当。

吾“民法”第 148 条规定行使权利,不得以损害他人为主要目的,故如其目的明显地主要地在致损害于他人,固应负责,在另一方面,如其主要目的与权利之客观任务或法律所以予以此种权利之目的不符,

似亦可使负责。盖人之行为,无不有其目的,如其既未以法律之目的为目的而事实上发生致他损害之结果,则其目的在于损害他人,应为极合逻辑之推论。

何谓权利之客观任务,因各种权利性质之不同而有异,如土地所有权其作用应在使其所有人利用其土地而获得土地所有可产生之经济之利益。如其使用土地之行为于已不能获得该土地应可产生之经济上之利益而致人遭受损害,即属滥用权利。又如留置权之作用,应在使债权人确可获得清偿之利益,如其留置之物无经济上之价值或反足以阻碍其获得清偿之利益,即属滥用。又如亲权,其作用应在使子女在人格上身体上获得健全之发展,应为子女之利益而行使,否则即属滥用。关于亲权之滥用,第 1090 条有特别规定,泛用“滥用”字样,与第 148 条之规定字义上虽有不同,但实质上应无以异,盖同属违背权利客观任务之行为,惟其制裁之程序方法有所不同耳。再如起诉权,应为使权利人致其权利于实现之权利。如其显然无理,或拒受合理之赔偿或给付,故兴讼端,致他造遭受损害,显属滥用权利。此在他国,早成为滥用权利之重要事例,即在英国权利滥用观念极薄弱之国家,对于滥诉亦早有专法予以制裁,其 1896 年 8 月 14 日法律规定,凡有无理兴讼之习惯者,最高审判机关得限制其非得法院允准,不得提起任何诉讼。而在吾国,似尚罕见,极可注意。

关于债权之滥用,另有第 219 条之规定:“行使债权,履行债务,应依诚实信用之方法。”该条规定,大体仿自《德国民法典》第 242 条及《瑞士民法》第 2 条。《瑞士民法典》第 2 条以诚信原则与滥用权利为同一概念之正反二面,已如前述。《德国民法典》第 242 条规定:“债务人遵守诚实及交易上之习惯,负给付义务。”是仅就债务之履行而言。吾民以诚信原则专适用于债权之行使及债务之履行,仅属立法技术上之调整,其含义不应与瑞民有所不同。吾国学者有以第 219 条关于债权之规定为赘文者,不为无据。债权之滥用,事例至繁,兹举数例如次:

(一) 清偿期未定者,债权人得随时请求清偿,债务人亦得随时为清偿(第 315 条)。惟其得请求清偿之时间,仍应依诚信之原则定之,

亦即不得滥用其随时请求清偿权。

(二) 租赁物为房屋者,如有反对约定,承租人当不得将其一部分转租于别人(第 443 条)。如其契约规定须得出租之同意者,其拒绝同意权之行使,亦应依诚信之原则为之。

(三) 雇佣未定期限者,原则上各当事人得随时终止契约(第 488 条第二项)。但如其有违诚信之原则,仍属滥用权利。

(四) 债权人甲与乙成立和解契约,约明如乙依所定日期如额如数付清,则全部债款作为清偿。每期付款均应于上午 12 时前为止。至清偿最后一期债款之日,乙于 12 时 30 分方将款项送到交付,甲拒绝受领而主张乙应偿还全部债款。1937 年沪上字第 69 号判决认为:“其行使债权实有背于诚信及信用之方法。”

观之上述数例,所谓背于诚实信用之方法,实与滥用权利之观念相贯通。均属背于法律所以予以保护之目的。惟其制裁方式,仅使其权利不行使为已足。盖以行使债权,鲜有可使债务人积极发生损害者,故少发生损害赔偿问题。

关于一般自由权之滥用,则属于第 184 条第一项后段之适用范围,是应与德国民法同一解释,盖以所谓侵权行为,乃对于一般自由之限制,其行为标的违法者,固应负责,其目的不正者,亦应同受制裁。如以亏本贱卖或其他方法进行不诚信之商业竞争,无正当理由拒绝顾客,均属滥用自由权。又如新闻记者对于某人或某商店为不利之记载,虽未构成犯罪行为亦足认为滥用言论自由权而成为侵权行为。

行使权利致他人遭受损害不为不法(Nemo damnum facit-qui suo jure utitur)早为罗马法上之原则。经 18 世纪个人主义思潮之激荡,个人权利乃成为构成人格之要素,1789 年之《人权宣言》称个人权利为“天赋的不可移让的神圣的权利”,“天赋的不可剥夺的权利”。此种权利,虽制宪者或立法者亦不得稍予侵犯。国家存在之理由,惟在保护各个人之权利,法律之终极目的,亦即在此。此种思想,在 18 世纪后半至 19 世纪,风靡世界。在私法方面,以 1804 年之《拿破仑法典》为此一思潮之结晶,而成为百余年来各国法制之中心观念。其中有三个

大原则，一曰契约自由，二曰财产权之绝对性，三曰侵权责任之主观性，所谓财产权之绝对性，即非有法律上之特殊原因，不得剥夺，而其权利之行使，为各个人自由意思之表征，故称权利为加于人或物之意思力，在其权利范围之内即无侵犯他人权利之可言，自得绝对自由行使，法律不得加以干涉。故权利之行使，或在权利范围之外，是为无权利，或在权利范围之内，即可自由行使，所谓权利之滥用，诚信之原则，在个人主义之下，在法律上为不可想像之理论。故在 20 世纪以前之民法典，不见有权利滥用条款之规定。

在此种制度之下，个人成为一切法律制度之出发点及归宿点。因此各个人之聪明智慧能力得能充分发挥，个人之权利获得充分保障，19 世纪之人类文化，能有如此灿烂之成就，自由主义或个人主义之功固不可没。惟人为社会动物，有生以来即须与他人发生关系，其生存是相互的，绝无一人能孤立于社会之外，个人自觉，人格独立，虽多发轫于个人权利观念，而成为人之所以为人之必要条件，但人与人相互间之关系如被抹煞，则弱肉强食，贫富悬殊，社会组织成为畸形，社会基础发生动摇。20 世纪开始，各国法律之中心观念，乃渐由个人而移向社会，法律之终极目的，不再在保护各个人之自由及权利，而在谋整个社会之发展及整个人群之生存，保护个人自由及权利，毋宁成为达此目的之方法。

实则所谓天赋人权之类之说法，全涉玄学，就科学观点而论，实属无稽。吾人所见者，为一人与人相处而谋共同生活之社会，所谓个人自由，无非为一种得如各自充分发挥其聪明智慧能力之生活状况。但此种生活状态，必须是相互的、共同的。人之生活既不能脱离社会，则其个人之生活亦即社会之生活，其聪明智慧能力之发挥，既所以增进其个人之生活亦所以增进整个人群之生活，法律之保护，个人之自由权利，其终极目的应在增进整个社会人群之生活，如其聪明智慧能力之发挥不足以达此目的时，法律又何所为而偏爱于其个人。

吾“民法”有第 148 条之规定，固属可喜，但其含义仍嫌主观狭隘，惟即此主观而狭隘意义之规定，实务上亦鲜见适用，社会上少滥用权利者乎，抑一般人未予运用乎。

# 中国法治的前途

一、法治的意义

二、德治与法治

关于法治问题的讨论,在本会座谈会已经讨论过至少有二次。一次是1952年9月12日第五十四次座谈会美国勒布加州(Nebraska)最高法院院长西蒙斯先生(Robert G. Simons)所讲的法治政府。另一次是梅仲协先生在1953年8月4日第七十五次座谈会所讲的管子。谢先生讲到英美法治的发展及现况,梅先生就2600年前吾国的一位大法学家对于法治的见解,多所阐发。他邦的情形如此,吾国先贤的见解又如彼,处于管子2600年后的中国,我们的情形如何?我们的问题究在那里?我们将何所取舍?这都是些有关吾国前途的基本问题。其中因素当然很不单纯,绝不是浅学如本人者可以来作一个完满的讨论。不过这些问题至少牵涉到法律方面,我今天敢以习



法者的地位,单就法的角度去看这些问题,所持见解,不免偏隘,尚希指教。

## 一、法治的意义

何谓法治?管子简括的一句话就把他说得很清楚。他说“君臣上下贵贱皆从法,此之为大治。”(《管子·任法》篇)亦就是法治。以现代的意义来讲,西蒙斯先生亦已有所申述。他在上次的座谈会里归纳法治之要素有五点:(1)宪法里明文规定人民赋予政府的权力及其界限;(2)司法当局有充分权力可以裁决人民与人民间,人民与政府间的争执;(3)司法独立,不受政府行政人员的干预;(4)政府各阶层人员要遵守国家法律,纵然该项法律是个人所不喜欢的或认为不智的,但在未修改前,仍应遵守;(5)人民要决心维持国家的法律精神。西先生所举的五点,虽是就一个国家要致法治于实现的要件而言的,但对于法治的意义,亦透露得很明白。他所举的第四点,“政府各阶层人员要遵守国家法律,纵然该项法律是个人所不喜欢的或认为不智的,但在未修改前,仍应遵守”。这是法治的要义。其余第一点说要先有法律可遵守,乃属当然。第二点及第三点则只是一个意义,就是政府人员或人民是否遵守法律,要有一个有充分权力而独立的司法机关予以裁决,最重要的意义,还是“依据法律,独立审判,不受任何干涉”。(“宪法”第80条)第五点是说人民要有使政府各阶层人员遵守法律的决心。这点特别重要,可说是法治最基本的要素,容俟后面详述。所以西先生所述五点之中,第一、二、三、五各点,均是实现法治的方法,第四点是法治的真正意义。不过他的所谓政府各阶层人员要遵守国家法律,尚嫌笼统,应予略加补充。第一,所谓政府人员,有立法司法行政等人员,所谓法律,有宪法及普通法律之分。宪法为国家的基本法,立法人员的立法行为亦不得与之违反,应予遵守,故立法机关制订的法律,不得与宪法违反,经立法机关制订的法律,司法、行政及其他各部门的行为,均不得与之违反,故政府各部门人员之命令不得与法律违反,从而当更不得与宪法违反。所

以,所谓政府各阶层人员要遵守国家法律,亦就是命令不得违反法律,法律不得违反宪法。 (“宪法”第 171 条及第 172 条)倘使法律或命令违反了宪法,应有独立而有充分权力的司法机关宣告其为违宪 (“宪法”第 171 条第二项),命令而违反法律,亦应由独立而有充分权力的司法机关予以撤销或变更 (“行政诉讼法”第 23 条),是之谓法治。次之,所谓法治,是统治者的一切行为应当依据法律,这是专对统治者而言的,在法治真正的含义里,并没有牵涉到被治者应否遵守法律的问题。因为被治者应遵守法律或服从统治者的命令,自有政治社会以来从来就没有成为问题。在君主政治,被治者固不容易不遵守,在民主政治,法律就是被治者自己意思之表征,自己可以不服从自己的意思,这非特是矛盾,而且是不可思议的事。再简括地说一句,统治者之所以成为统治者,就由于被治者应遵守其法律,服从其命令,而惟其应服从其命令遵守其法律,所以被治者成为被治者,否则就根本无所谓统治者及被治者,亦就根本没有政治社会了。至于统治者则不然。统治者是主权 (Sovereignty) 之握有者。何谓主权? 包登 (Bodin, 1530—1597 年) 算是发挥尽致了。他说:“主权是统辖全国,渗入凡为庶政的最高的、是永恒的、无限制的,从而亦是不可分割的权力。所谓凡为庶政,即是制定法律的权力而不受法律的拘束、最终司法裁判的宣告、宣战的权力,赦免、征税、发行货币的权利。”这种无所不包、无所不能的主权论,在欧洲肇端于罗马帝国时代的所谓统治权 (Imperium)。在罗马帝国初期,统治权的观念仅是全体人民依据法律 (Lex regia) 委托元首代理行使的一种权力,至第 3 世纪末期 Diocletian 及 Constantin 皇朝以后,已渐忘其权力之所由来而视为固有的而与皇帝身份具有不可分之关系的权力了。不过那时的统治权观念,仍仅限于“君上至尊”,皇帝的意志本质上有使任何人服从的力量,如此而已。在中世纪封建时期,这种统治权观念衰落了,而到 16 世纪王权勃兴之后,承袭封建时代的宗主权 (Seigneurie), 罗马时代的统治权,再参之罗马私法上的所有权观念 (Dominium) 而成为上述的那种主权观念。这非仅是罗马帝国时代统治权的最高权力观念,亦非仅是封建时代宗主权的封土世袭观念,而是最高权力,国土世

袭,一切私有的综合的家天下观念。这种家天下的主权观念,在欧洲存在了二百多年,在中国存在二千余年,在欧洲这种主权观念已消灭了一世纪半有余,在中国还不到半世纪,这一观念在我们中国的内质如何,事迹犹新,我们都很熟悉,大体言之,原则上与欧洲的观念,相差不远。

由此我们可以看到主权这个观念,在其本质上是一种力量,而且是一种最高的、最永恒的、无限制的力量,所以握有主权者在其本质上就可以制定法律而不受其拘束的。从而我们现代所谓的法治,仅是对这种本质上可以制定法律而不受其拘束的统治者而言的。当然,这并非是说被治者不要遵守法律,被治者应当守法,毋宁是被治者的天职,不过被治者的这种天职,无患乎其不尽,只要有统治者之年,即是被治者尽此天职之日,到一天被治者不尽此天职了,他就不是被治者了,亦就没有统治者了,法律既再无存在之余地,更无从谈起治与不治了。所以我们可说被治者之应守法,那是不成问题的问题。问题之所在,惟在统治者的行为不能受法律的拘束。英美法治的发展过程,西蒙斯先生已讲得很清楚,欧洲自法国大革命起一连串的革命运动,一方面固是要由被治者自操制定法律的权力,最终目的,还在使统治者的行为要受法律的拘束,我们革命目的当亦无非在此,信史昭昭,无容多赘。

## 二、德治与法治

德治与法治,这是吾国自古以来争论不休的问题。在秦以前,诸子争鸣的时代,儒法二家已在争抗,那时法家的学说很多人把它实现了。举其要者,管仲相齐,子产相郑,李悝相魏,吴起相楚,申不害相韩,商鞅相秦。终至秦始皇统一海内,乃专任刑罚,狱吏得亲幸,博士备员弗用,这是法家的鼎盛时期。汉兴自武帝罢黜百家之后,思想虽说统于一尊,但德治与法治的争辩,历代没有停止。而直到现在,似乎还没有澄清,这是吾国成立民国变革法制四十余年来不能进入法治坦途的基本症结所在。那么他们争辩的究竟是些什么问题?其内容究竟是什么?这些问题,我们应当先予分析清楚,然后方可看到问题的中心要点。

# 当今中国法律二大问题的提出<sup>\*</sup>

- 一、西洋法律的进化
- 二、吾国法律在近代的变革
- 三、法律与道德
- 四、法马德牛并驱

---

\* 本文系节原无标题,系编者所加。本文曾发表于《法律评论》,第二十一卷,第11、12期。

近年来觉得中国法律方面的问题,愈来愈多,愈来愈严重,萦回心头,不知从何说起。但归根究底,基本问题,不外二个:一是采自西洋的现行法律,在其以个人观念为基础的内质上,与吾国传统观念间发生了矛盾;一是采自西洋的现行法律,在其以逻辑体系为运用的方法上,与吾国传统观念间发生了矛盾。这二个问题的性质,是法律与道德的关系问题,亦是中西文化的不能调协问题。牵涉的方面太广,当不是短短一文可以圆满地讨论。不过这二个基本问题不获解决,其他的枝节问题终难有解决希望。本文将问题的轮廓提出,先以就教高明。

## 一、西洋法律的进化

西洋法律的进化,大致可分为四个阶段。<sup>①</sup>最初,法律与道德宗教相混不分,同是一种社会规范。在公元前4世纪,希腊的城邦已有很发达的政治组织,但希腊文 *Voios* 一字,我们现在予以的意义是法律,在当时却并不单纯。这一句词的含义,或为宗教上的习惯,或为社会的习惯,或为沿习的道德观念,或为特定的法律。苏格拉底(Socrates)把园艺法则、烹饪法则均同称为法。<sup>②</sup>在罗马古代,亦复如此。Jus 是法律,Fas 是教规,但这仅是同物异名而已。<sup>③</sup>而所谓善良风俗(*Foni mores*),更见重要,其与宗教所合成的社会规范力量,或许要胜过国家制订的法律(*Jus civile*)。诸如交易的诚信,诺言的遵守等,均属于宗教或道德的范畴。其后宗教、道德与法律,渐有区分,于是有所谓神法(*Jus divinum*)与人法(*Jus humanum*)之别。但直到优士丁尼时代(*Justinien*, 527—565年),法律与宗教道德的概念,仍多混淆不清。如优帝《法学大纲》(*Institutes*)里说,法学是了解天国及人世间事物的学问,是研究如何合乎正义的学问。<sup>④</sup>《优帝汇编》(*Digeste*)里亦说,法律是善良公正之术<sup>⑤</sup>,法的要求是诚实地处世,勿为非作恶,要受恩知报。<sup>⑥</sup>这种法律与道德的混合概念,是从希腊哲学里来的。希腊的哲学家,从没有把法律与道德分开,在他们的观念里,伦理学是有关人类行为的一般学问。法律不过是其中的一部分而已。<sup>⑦</sup>

次一阶段,开始了一段极长的严格法时期,在这时期之中,有许多

① Pound, *Law and moral*, pp. 25~31.

② Socrates, *Pseudo-Platonic minos*, 316C~317B, cited by Pound, *op. cit.* pp. 25~26

③ Collinet et Giffard, *Precis de droit romain*, t. I, no. 7.

④ *Institutes*, 1.1.1.

⑤ *Digeste*, 1.1.pr. et § 1. "Jus est ars boni et aequi."

⑥ *Digeste*, 1.1.10.1, "Juris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, wuum cuique tribuere."

⑦ Collinet et Giffard, *op. cit.* t. I, no. 8.

成文法律产生,但仅是沿习或社会习俗的成文化罢了。如《十二表法》的制订(公元前 449 年),是由于异族人怀疑依当时缺少确定性的习惯而为之的裁判,或不能获得公平,而他们对于当地的习惯,又多不熟悉,所以极力要求用文字订定。故所谓《十二表法》,仅是当时习俗的确定而已。论其内容,均系就特定事例而为之个别规定,仅是把个别的习惯连串在一起,谈不上什么原理原则。这种情形,到《优帝法典》(534 年)虽有进步,但其所设原则,仍极狭隘,对于每一类事例,仍不得不有个别的规定。所以在分析法学派首领奥斯丁(Austin, 1790—1861 年)的目光中,现代法典的概念,在 18 世纪中期以后方始发生,以 1747 年的《普鲁士法典》为其首倡。<sup>①</sup> 这一严格法时期,就罗马时代而言,从《十二表法》订立起到共和末期,延亘约 400 年。其后经过一段所谓经典时期(公元前 23 年—公元 235 年),受了希腊哲学的影响,新道德力量大量侵入,罗马法才获得长足的进步,而成为《优帝法典》的基础,从 12 世纪起,又开始了一段严格法时期。在法律狭隘的,缺少普遍原则的规定下,只有是否合格形式,或是否合于法条的问题,在硬性法条之外,不容再有道德上的考虑及解释。在英国方面,原有的习惯经柯克(Sir Edward Coke)的一番整理之后,亦已获得确切固定的内容,其严格性亦即不下于罗马法。这种严格讲法的精神,实为后来 19 世纪分析法学派思想的先导,亦为西洋文化中极端重要的一部分。

从 16 世纪起到 18 世纪,西洋法律开始了一个极重要的新阶段。文艺复兴之后,自然法思想勃兴,个人自由与社会平等,成为当时一般道德观念的两大柱石,法律的依据,跳出了严格的规条而一以理性为依归。个人成为法律的单位,同时亦为道德上的单位。原属于道德范围的情事,渐移入于法的范围,而真正的法律科学,亦于焉开始。此一时期,可说是西洋法律的长成时期。

到 19 世纪开始,过去的许多道德上的原则及制度,均已成为法律上的原则及制度,西洋法律已至成熟阶段,于是又形严格化。但其重

---

<sup>①</sup> Austin, *Lectures on jurisprudence*, student edit. p. 321, note t.

心,集中在个人自由的一面,把社会平等的一面忽略了。到19世纪中期以后,法律与道德又有了距离,因此而引起了20世纪初以来法律需要再度道德化的趋向,亦就是20世纪初以来处于领导地位的社会法学派思潮。这一思潮与19世纪个人主义思潮汇合,而整个的实现了十七八世纪的自然法。

## 二、吾国法律在近代的变革

西洋近代文明,发轫于文艺复兴,崛起于十七八世纪,而成熟于19世纪。这是人类文化史上一个突飞猛进的时代,而尤以十八九世纪为甚。法学方面,观之以上的简略叙述,自不例外。我国文化在历史上虽不无受到异族文化的影响,但在本质上始终一派相承,未有多大变化。尤其在法律方面,自唐律(永徽二年,651年)以后,代代相陈,绝少变更。明末清初,西洋化开始大量输入中土,朝野之士,蒸蒸向化,肩背相望。不幸在雍正元年(1723年)一纸禁教之诏,就把中西文化交配的初苗斩断了。这是正是18世纪之初,自然法思想极盛之时,西洋现代法律科学,正在急剧发展,而我国未能稍受沾濡。从1842年鸦片战争结束之后,东西关系又复开始接触,但那时一般人所仰慕的,是西方的兵工文化,直到“庚子之乱”之后,朝廷上下,方始觉悟西方之富强,不全在坚甲利兵,在法政方面,实有其更重要的原因。于是乃有光绪二十八年(1902年)四月初六日的上论,派沈家本、伍廷芳为修律大臣,成立修订法律馆,西洋的法律制度,得获大量的采纳。不过这已是20世纪之初,西洋法律已经过了悠久的生长成熟时期,而又在蜕变了。所以我们所接触到的西洋法制,已是三度严格化了之后而又正在道德化或社会化的新法制。这一新趋势,从其外表的型态上看来,恰恰和我们的传统法律观念相契合。因此,自国民政府成立之后,整套的西洋最新立法,可以“改头换面或照账膳录”的移植进来。行之几近30年,亦未曾觉其有所窒碍。西洋的法律制度在中国生了根了吗?我们已能接受西洋20世纪的新文化了吗?我的答复最多是貌合神离。而



惟其貌合,乃可不觉其神离,惟其不觉其神离,于是沉湎于貌合。这是极端危险的现象。

西洋 20 世纪以来的法律趋势,虽是换了一个方向,但并没有回头,纵使其回头,亦绝不会与我们的传统思想碰头。我们立法上所采纳的,全套的是西洋的而且是最新的法律制度。所谓最新的,并不是没根的,亦不过是十七八世纪自然法思想中有关群律(La loi de la sociabilité)的一面,补充地予以发扬而已。其有关个人的一面,自《拿破仑法典》以来,已是发挥尽致,当然并没有因此而把他蔑弃。非特没有蔑弃,而且仍是 20 世纪西洋法制的骨干。但我觉得在我国一般大众意识上所了解的,仍是固有的而且是复古的礼教制度。其间相去不啻参商,而果然能同出一调,而不自觉其间之有矛盾。我们的现行诸大法典,全是在北伐成功后订立的,当时训政开始,正是国民党的权力达于高峰,三民主义的意识极浓。当时各项立法原则,均先经中央政治会议通过,所订法律是以三民主义为最高准则,应毋庸置疑,同时期所采纳的是西洋整套的最新立法,亦无可否认。而时至今日,一面高呼实现三民主义,一面力倡恢复固有礼数。从立法的时间上讲,清末到北伐,不过近 20 年,但毕竟换了一个朝代。礼教的精华,在清末沈家本时代,已受了一次致命的打击,纵然附加了《暂行章程》5 条,到民国成立,亦即无疾而终。此后除袁世凯的《补充条例》再一度地回光返照外,礼教立法的问题,从此已算解决。因此,北伐后的立法虽是整套的采自西洋,可以顺利颁行。到今天,我们的诸大法典曾未有所变更,仍是十足的三民主义立法,而在一般人的意识上,似乎要拉到唐律以前去。其间相去不知几千万里,而果然亦能同出一调,而不自觉其间之有矛盾。

我在联合国中国同志会第五十四次座谈会中,曾说:这是时代的偶合,亦是不幸的矛盾。<sup>①</sup>我曾以此问题请教这次座谈会的主讲人,美国勒布拉斯加州(Nebraska)最高法院院长西蒙斯先生(Robert G. Simons),他似乎并未对我的问题有所答复。这是我们法律上一个大问

<sup>①</sup> 《大陆杂志》,第五卷,第 6 期,216 页。

题,环顾各国,亦惟有在我国遇到。这样的问题,不可不有一个解答。

### 三、法律与道德

法律须要稳定,同时亦需要变更。<sup>①</sup> 为了维持社会的安宁秩序,法律须要稳定,而后人民有可守之常法。但社会是进步的,社会情况逐渐在变更,为了适应社会的需求,法律又不可不变。使其变的力量是什么?无疑是社会的现实需求,亦就是社会因时代变迁而产生的新道德观念。使其稳定的力量是什么?那就全靠法律规范的严格运行。这二种力量的相互消长,促成了法律的进化,同时亦记录了人类文化进步的里程。上述西洋法律的进化阶段,充分说明了这一现象。因此,从来法学上的问题,脱离不了如何使这二种力量能相调节。一方面要使法律稳定,在法律严格适用的范围内,当不容道德力量侵入。另一方面要使法律以与变迁的社会情况相合,又不得不容新道德力量侵入。这是稳定与变迁的调节问题,亦就是法律与道德的关系问题。<sup>②</sup>

吾国的社会,就其基本道德观念而言,远自先秦,近自西汉,直至清末,即未有多大变更,法律的内质,当然亦就不会发生多大的变迁。治法制史者多将唐律为划时代的标志,但在唐律以前或以后的不同,不过是唐律较为完备而已,本质上与汉律仍是一脉相承,未有变更。法律的性质,仍只是刑事法,先后的不同,争论的问题,最多到刑名的增删,刑罚的轻重。如汉文帝之废肉刑,已是中国法制史上大足醒目的事。杨鸿烈著《中国法律思想史》,列举历代刑法方面发生的问题,不过九项。<sup>③</sup> 尽属枝节问题,况亦权属问题而已,从来没有解决,亦就是说从来不曾有实际的变革。至于民事方面,更不必说,中国在清末

① Pound. *Interpretations of legal history*. pp. 1~2.

② 此之所谓道德,系就广义而言,相当于德文之 *Sitte*,庞德译称之为 *Ethical custom* (*Law and moral*, p. 85)。其中包括某特定社会众心所同的一切行为规范,非仅指良心上的善恶标准而方。似与吾国之“礼”大致相当。

③ 杨鸿烈:《中国法律思想史》,第二册。

以前,从来不曾有过纯粹的民事法。所以在中国历史上,从未有过像西洋十七八世纪那样崭新道德观念的变迁。更重要的是我们的儒家学说,不单是伦理上的规范,而是十足的经世之学。在汉以后历代的传统思想上,认为是最主要的致治之具。这与西洋的情形恰恰相反。西洋从罗马《十二表法》以后,所以治国平天下者,是法律,所以会有严格法的时期出现。等到法律与社会道德观念脱节过远时,道德的力量终于取胜,法律即有一次变革。中国的道德力量始终超过法律,亦就是说,道德法律始终混而不分,非特是不分而已,而且道德始终处于领导地位。道德就是法律,法律倒反可以不是法律。因此,法律既无从严格量化,道德亦无所谓侵入法律。

到了清末,来了一次天翻地覆的变故,是之谓变法图强。一切法制,尽采西洋最新体例,尤以北伐成功国府奠都南京后所订的新法典为甚。吾国采纳的西洋文化,未有如立法方面之彻底者。其中所含的道德观念,与我们的传统观念,相去甚远,这对于我们是全套的崭新的道德观念,而且是法律化了。照西洋法律发展的过程而言,这套新法律,应当十分适合社会的需求,在法律的运用方面而言,应当开始一段严格法时期了。但是,情形却大谬不然。第一,从新法律的内容而言,这原不是本土的产物,这与西洋新法产生的情形就大不相同。他们是所谓“观俗立法”的,新法的创制是受了自己社会情况的逼迫。我们的新法是舶来的,主要是受了国际环境的逼迫。另就法律的执行而言,问题更为严重。在我们的传统思想上,只有具体道德规范的实践体会,绝少抽象法律原则的逻辑推演。这是中西文化极显著的鸿沟。他们在历史上已经过数次严格法的训练,我们自秦汉以来就从没见过。这是中国当今法律上的二个基本问题,到今天,须要切实实地检讨一番才是了。

#### 四、法马德牛并驱

论法律的性质,原是一种保守力量。在普通情形,道德当然超前,法律总得落后些,这样才可以维持社会的安定。法国有位法学家叫乔

琪·雷诺(Georges Renard)讲过一个故事。他说曾在瑞士见到一部奇怪的车子,前面同时驾了一匹马和一头牛。马腾与牛步怎能并驾齐驱呢?照我们想来,这是矛盾,这是不调和,但据说这部车子走得不快不慢,四平八稳。<sup>①</sup>这是奇观奇闻。雷氏此言是真是假,不必去管他,牛马并驾齐驱是否真能四平八稳,亦不必多去研究,我们纵使觉得有些奇突,亦惟就驾车而言为然。讲到为政取众之道,这原是西洋的老方式:德马法牛并驾而后天下平。中国的情形却不然。过去是二牛并驾,车子当然赶不上路程,今天乃是法马德牛并驱。把牛马的性能和安排倒置了是否妥当,固属问题,但这匹老马倘已是不胜负荷而把它权当牛职,亦未始非计。这种方式,亦非我国独创,东邻日本就是好例。倘使对于这种倒置了的情势认识清楚,驾驭得好,能把马拉住一些,把牛多鞭几下,亦未始不能稳稳地前进。怕的是一面策马前奔,一面拉牛回头。这种现象,我们虽亦没见过,但可断言,此车徼天之幸纵不倾覆,坐在里面的车主人,至少非头昏目眩不可。不过所谓把马拉住一些,应当拉它的哪一部分?所谓把牛多鞭几下,应当鞭它的哪一所在?如何下手?这是中心问题。据我个人的私见,简单的可先作如下的答复:把含糊的总体观念拉住一些,就个体的人格观念加重地多鞭几下,多讲些普遍抽象概念的逻辑推演,少讲些个别具体情理的实践体会。但其先决条件,还是要对于牛马的性能,及其在吾国已是倒置了的情势,先有切实的认识。我们必须明了我们现行法律里的道德观念,亦就是现代西洋的道德观念,与我们传统的道德观念,形态上纵有相似处,内质上根本不同,其相似而又不同之处,一如牛马。我们更须明了我们的道德观念落在法律之后很远,倘说我们对18世纪至20世纪的西洋文化要一口气迎头赶上,最简单而直捷的方法是使我们的道德观念赶上我们自己现有的法律。

<sup>①</sup> G. Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, p. 143.

# 司法官的进德修业

在我们的传统观念上,进德与修业,乃是必然相关联的。《大学》开章就说明了修齐治平的一贯道理,从格物致知以至治国平天下,一是皆以修身为本。格物致知是修身之资,治国平天下是修身之用,德既进矣,其身必修,身既修矣,“其为父子兄弟足法,而后民法之”。不过主隆象仪,臻治的静的一面。在另一方面,人民的行为其为是为非,为善为恶,仍有待于判断,从事这一判断的工作者,更非从进德下手不可。“君子有诸己,而后求诸人,无诸己,而后非诸人,所藏乎身不恕,而能喻诸人者,未之有也。”所以治国之道,无不需从进德方面下手,而在规民曲直方圆的执法者,尤为要着。是之谓德治或人治。

往昔之时,我们虽亦有成文的刑法,但

律文规定极其具体。适用解释,无多困难,只要知书明理,无不可以读律。不过惟其具体琐繁所能解决的问题,至为有限。所以历代刑律,无不有诸不应得为一条,而比附援引,更不可少。在民事方面,则几乎全凭习惯。在此情形,执法者必须运用自己的智慧,作公平合理的判断,道德的修养,乃成为修营功业必备的要件。到了今天,我们的法律已完备得很多。不论在民事刑事方面,均已制成法典,而且是广采 20 世纪各国立法之所长,小的瑕疵虽所不免,但一般说来,已颇称完善。而所谓完善者,主要之点,在于其能就万分复杂的个别具体现象,构成抽象概念,建立普遍原则,而成为一个严密而有组织的系统。由于这一概念系统的建立,我们的法学乃一变而成为一种科学。于是我们的司法官,不论在造就或执行职务上,亦随之而起了极大的变化。在过去,法律本身,并没有什么困难,所难者,在于能就各个具体情事,直接体会其是非善恶之所在。今天的法律,乃是要间接地透过一层的普遍抽象的概念原则,站在整套的理论形式建构背后,来观察事物的是非善恶。所以现在的法学,已成为一种专门学问,司法官及律师,亦成为一种专门职业。在大学的四年专门教育中,孜孜不倦,终日所学的,无非是抽象的概念原则,理论的形式建构,易言之,就是科学上的技术。至于运用这种技术所要达成公平正义的目的,反在其次了。这种情形,当亦无足为怪,任何科学上的原则,原就是表现真理的公式。物体在液体内所减轻的重量,等于被其所排去的液体的重量。要知道这液体的浮力,把这原则适用,当然就可获得,其物体是木是石,其液体则是油是水不必再多考虑了。法律科学上的原则,虽不如自然科学的准确而绝对,但论其作用,并无以异。无因管理行为是无偿行为,这是个公式。那么只要是无法律上之原因管理他人之事务者,就不能请求报酬,这就是公平正义,其他一切,不必再多考虑了。科学原则的作用,首在简易确切。尹文子有云:“以法定治乱,以简治烦惑,以易御险难,以万事皆归于一,百度皆准以法。归一者简之至,准法者易之极。如此顽器聋瞽,可以察慧聪明,同其治也。”一个荐任职的法官,就可办一件不论如何重要复杂的案子,用不着六部九卿来参加,就是这个道理。

所以在今天的法官,讲到修业,主要地就在这种科学的抽象原则的了解及运用。这一工作,并不简单,四年大学训练,并不能获得很多了解。司法官训练所要再花一年多时间,就各种基本学科加以实用的讲习,亦无非是因为科学上抽象原则所指的具体事物,不易捉摸,适用法律,难致切当。一个窃贼偷了他人一部自行车寄存友人处而被卖去时,是否可以向其友人有所请求?这样一个问题,在今年高等考试七百多份考卷中,能把法律上的原则适用妥当,把其中的道理说得周到明白的,并不多觐。而在充任法官之后,这种困难,可以随经验学识之增进而减少,但倘要绝对地没有失误,恐没有一个法官能做到。不过倘使其能把这些抽象原则窥透,而能妥善地运用了,那么在一般情形之下,就可获得正义公平的实现,与社会道德观念,亦不致会有参差。而且其所得结果,准确切实,喜怒爱憎,就无所用于其间。社会之安定,人民自由权利之保障,全赖乎此。因此,现今司法官的首要之图,当然就着重在科学的训练自毋庸置疑。

但是,司法工作今昔之不同,仅是方法而已。在本质上,无不是在求公平正义之实现。不过在昔之司法者,须要直接就事件之本身体会其公平正义之所在,在今则只须间接地运用原则,自然地可以得到公平正义之实现。而且纵然科学进步到今天,真理,并不是绝对地实现。自然科学为然,在社会科学更然。又况一个司法官所要决定的,当事人所争执的,莫非是一个孰是孰非的问题,而是非本身就是一个价值问题。司法官面对这个价值问题,人非木石,在其主观的心理上,又怎能不激起一些涟漪。一个有经验的法官,对于一件案件的处理,在没有运用法律上原则之先,在其直觉良知上,定会先有一个是非善恶的感觉,在其适用法律时,就先有了一个基础,倘其从法律原则上所得的结论与自己的感觉相符,当然很好,如有不符,就会虚心地探求其所以不符的道理,在一般情形下,他可发觉其运用法律未臻妥当,或可发觉法律原则中所含的是非标准,较自己所见者远大得多多,再不然,更需要在不妨害法律安定性的范围内,寻求其妥适解决的途径。这一步工作要能做得适当,不流于偏见,不懵于爱憎,全靠其良知上能有清明的



意识,道德的修养,就由此而见其功力了。非特此也,今天的法律,已极尽其抽象概括之能事,须要司法者自作衡量的地方,不一而足。在刑法方面,非特量刑的幅度极为宽广,而犯罪之情状可悯恕者,得酌量减轻其刑,依法律加重减轻者,仍得视其情状酌量减轻其刑。第61条所列各罪,倘情节轻微,显可悯恕者,得免除其刑。单就这几点而言,全部刑法一半以上的效力,几全操之于司法者一酌之间,至于民事方面,如公秩良俗、诚实信用等原则,其本身就是纯粹的道德概念,固无待论,而于类推适用,解释文义之时,亦非运用道德意识不为功。

由上所述观之,在今之世,一个司法官要讲到修营功业,真不是一件容易的事。既须执法,又须卫道,既须有科学上高深的训练,又须有道德上深潜的修养。在西方先进国家,司法官之所以特别受人尊敬,社会地位之所以特别崇高,其原因无非在此。吾国的现代司法制度,自清末变法开始,就是受列强逼迫出来,北伐以后许多基本大法的订立其大部分目的,亦就在不平等条约废除。现在这一目的是达到了,不过这仅是消极的成就。积极的如何建立起我们自己健全的司法制度,那就全靠司法官的道德修养及科学训练了。

本索引按条目汉语拼音顺序排列,同一音序下的条目按首字母音序排列,后面的数字为本书页码,其中罗马数字为“序”和“编者说明”部分的页码,阿拉伯数字为正文页码。外文条目单列,排在最后,按外文字母顺序排列。

## A

阿尔西亚(Alciat) 34  
阿纠司(Accuse) 34  
阿奎利法(Lege Aquilia) 365,369  
爱德华第一 306  
爱姆斯(Amos) 93  
爱司伽篮(Escarra) 195,197  
奥勃利·鲁(Aubry et Rou) 83,  
137  
奥古斯都 99,296  
奥斯丁(Austin) 124,125,402

## B

《北齐律》 100  
《波兰民法》 46  
《伯玉文集》 18  
《补充条例》 5,30,404  
八议 182,324  
巴司脱(Pasteur) 155,205,253  
《白登法律》(Badisches Landrecht)  
305  
白居易 9,18,24

白罗氏(BallotBeaupre) 85,141  
包登 Boddin 397  
鲍莱尔(Borel) 89,136,142  
比较法学 126,282,285  
边沁(Bentham) 42,125,178,188,  
252,329  
波罗尼学派 34  
勃拉麦鸠(Burlamaqui) 36,264  
不成文法 73  
布莱克斯通(Blackstone) 125

## C

《长庆集》 18  
《超前立法的出路》 186  
《成文法的权威》 177  
《春秋》 52,53,165,215  
陈百年 113  
陈宠 100  
陈顾远 245,290,292,301  
陈群 9  
陈咸 100

陈忠 100  
陈子昂 18  
成文法 72, 74, 82, 83, 122, 123,  
137, 140, 145~147, 163, 164, 167,  
173~178, 184, 185, 189~191,  
193, 197, 198, 213, 214, 217, 218,  
265~269, 273~278, 283, 284,  
286, 288, 289, 297~301, 303~  
309, 311~313, 318, 326, 402  
诚信契约 35, 70, 244  
程颐 18, 19  
褚遂良 101, 165, 215  
崔浩 100  
崔实 9  
崔述 9

## D

《答金震方先生问律例书》 93, 231  
《大陆杂志》 84, 234, 245, 357, 404  
《大清律例》 27  
《大清现行刑律》 28, 30  
《大清新刑律》 21, 28  
《大宪章》 289  
《大学》 55, 57, 166, 216, 279, 409  
《大学衍义》 14  
《德意志民法》(《德国民法》) 58,  
69, 293, 333, 382, 389  
《狄骥的实证主义》 271  
《狄氏宪法精义》 252  
邓介夫 231  
邓析 300, 301

狄爱姆(Duhem) 110, 139, 153,  
203, 227  
狄骥(Duguit) 10, 123, 188, 271,  
329  
第克莱丁(Diocletien) 99  
丁仪 22, 166, 216  
董康 28  
董仲舒 92, 182, 230, 324  
杜鲁门 67, 95, 154, 182, 183, 204,  
228, 229, 240, 324, 325  
杜延年 100  
杜预 9, 95, 100, 155, 205, 228  
杜周 100  
端午桥 169, 220

## F

《法国民法》 75, 138, 160, 274, 333,  
381  
《法国民法读本》 83, 137  
《法经》 301  
《法兰西共和国宪法》 238  
《法理学大纲》 124, 129  
《法律辞典》 124  
《法律评论》 314, 348, 375, 399  
《法律哲学大纲》 128  
《法律哲学研究》 31  
《法学丛刊》 265, 271, 331  
《法学绪论》 197, 293  
《附加章程》 29  
法的规范(la norme juridique) 10  
法家 9, 10, 13, 14, 17, 19, 20, 22,

- 24, 25, 147, 223 ~ 226, 228, 279, 290, 297, 398
- 法理学 118, 120, 121, 124, 125, 127, 129, 197, 293
- 法律科学 4, 42, 87, 98, 105, 108, 110, 111, 121, 124, 125, 137 ~ 139, 142, 143, 154, 155, 157, 158, 161, 164, 166, 193, 204, 205, 207, 208, 211, 215, 216, 227, 249, 252, 317, 402, 403, 410
- 法律意识 152, 282, 295
- 法律哲学 100, 120 ~ 130, 155, 193, 205, 249
- 方孝儒 9
- 房玄龄 100
- 腓烈特第二 146, 173
- 费边社(Fabian Society) 252
- 分析法学派 41 ~ 43, 81, 82, 111, 126, 127, 129, 137, 140, 184, 185, 233, 325, 326, 402
- 封绘 100
- 封隆 100
- 封述 100
- G**
- 《公羊传》 92, 230
- 《古代法》 65, 237, 298
- 《古史》 15
- 《管子》 19, 25, 94, 204, 225, 279
- 《国朝文汇》 13
- 《国语》 290
- 盖尤斯(Gaius) 72
- 概念法学 5, 84, 112, 138, 140, 144 ~ 146, 148, 161, 164 ~ 168, 174, 175, 198, 211, 214 ~ 218, 266, 267, 297, 373
- 甘龙 181, 322
- 高允 100
- 格老秀斯(Grotius) 50
- 葛洪 9
- 公孙龙 113
- 公孙鞅 181, 322
- 管子(管仲) 197, 297, 398
- 郭躬 100
- 郭弘 100
- 郭旻 100
- 郭禧 100
- 郭祯 100
- 郭镇 100
- 国民党 5, 404
- H**
- 《韩非子》 290
- 《汉谟拉比法典》 291
- 《汇编》(《学说汇纂》) 100
- 韩非 13 ~ 15, 19, 20, 22 ~ 24, 72, 194, 223 ~ 225, 279, 294, 296, 298
- 韩愈 92, 196, 230
- 荷马诗篇 284
- 亨利第八 306
- 亨利第二(Henry II) 101
- 后期注释学派 34

胡果 41  
胡适(适之) 165,197,215,293,301  
桓宽 9  
黄宗羲 9  
回回法 319

**J**

《寄篋文存》 101  
《监狱行刑法》 21,223  
《建设杂志》 188,329  
《近代思潮与固有文化》  
《晋书》 95  
《经解》 296  
《九章律》 301  
纪文达 101  
技术法 10~14,29,240,245  
季康子 22  
家族团体责任制度 52  
贾谊 21  
江庸 28  
蒋彤 13  
纠捷司(Cujas) 34

**K**

《孔子家语》 295  
《困学纪闻》 290  
卡比当(Capitant) 318  
卡脱(Charter) 301  
康德(Kant) 196  
柯克(Coke) 402  
柯勒(Kohler) 45

孔德 67,251,258,259,270,271  
孔子 18~20,22,57,93,112,165,  
189,196,197,204,215,223,279,  
293~298,300,316,330

**L**

《礼记》 104,194  
《列子》 301  
《吕氏春秋》 301  
《论概念法学》 297  
《论衡》 20,223  
《论美国宪法所谓“正当法手续”》  
95  
《论刑法之弊》 24  
《论语》 77  
拉庞特(Laband) 105,135,226  
拉斯基(Laski) 252  
朗倍(Lambert) 285,291,297,318  
劳乃宣 28~30,51  
雷诺(Renard) 272  
李勣 100  
李悝 301,398  
李乾佑 9,96  
历史法学派 41~44,67,72~74,  
81,82,122,125,137,145,168,  
174,180,181,218,240,255,258,  
268~270,272~274,278,285,  
288,301,302,304,305,308~311,  
317,318,322,323  
联合国中国同志会 404  
梁启超(任公) 197

刘度瑞 95  
 刘坤一 27  
 刘若曾 29  
 刘劭 9  
 刘颂 9  
 刘向 21  
 刘行本 9  
 刘廙 9  
 柳宗元 9, 92, 182, 189, 231, 324,  
 330  
 卢梭(Rousseau) 73, 191

**M**

《毛诗》 295  
 《孟子》 14, 22, 197, 224, 279, 298  
 《民法读本》 147, 173  
 《民法释义》 173  
 《民法债篇总论》 342, 344, 346  
 《民律草案》 30  
 《悯刑论》 25, 224  
 《墨子》 216  
 马克思 154, 204  
 梅因(Maine) 187, 262, 291  
 梅仲协 197, 252, 293, 395  
 美国法律学院联合会 128  
 孟德斯鸠(Montesquieu) 192  
 孟子(孟轲) 14, 19, 22, 24, 196,  
 197, 224, 279, 296, 298  
 弥尔(Mill) 42  
 墨子 166, 216

**N**

《拿破仑法典》 11, 35, 40, 44, 46,  
 65, 67, 70, 78, 81, 89, 91, 136, 172,  
 178, 185, 187, 238, 244, 288, 326,  
 328, 353, 392, 404  
 《南宋文苑》  
 《难锺荀刑措论》 19  
 年鉴(Year Book) 306

**P**

《普鲁士国法》 146  
 帕央加莱(Poincaré) 143  
 庞德(Pound) 15, 154, 205, 258  
 坡梯埃(Pothier) 35, 244  
 泼朗尼亚尔(Planiol) 77  
 泼秀旦(Puchta) 73  
 浦尔齐(Bourgeois) 253, 254  
 浦格莱(Bouglé) 254  
 浦脱鲁(Boutroux) 254  
 普芬多夫(Pufendorf) 38  
 普罗鸠利(Proculiani) 99

**Q**

《契约责任与侵权责任之竞合》 84  
 《钱穆先生读讲中国文化》 109  
 《潜夫论》 296  
 《清代司法判牍杂辑》 170, 220  
 《权利相对论》 47, 185, 327  
 瞿同祖 291  
 钱穆(宾四) 102  
 乔治·阿易(G. Aillet) 143

秦始皇 19,398

秦孝公 181,322

丘浚 9,14

## R

《人权宣言》 35,40,41,65~67,  
196,238~240,392

《日本民法》 382

《瑞士民法》 267,268,311,391

《瑞士债法》 351

惹尼(Gény) 123,318

人文学派 35

日尔曼邦联

儒家(者) 9,10,14,17,18,20,21,  
55,166,186,197,216,223,226,  
293,297,303,327,406

## S

《删除律例内重法折》 29

《商君书》 15,181,322

《尚书》 289~292

《申鉴时事》 15

《慎子》 292

《十二表法》 47,80,90,92,98,99,  
103,136,187,229,230,241,243,  
246,286,288,291,293,299,328,  
352,365,402,406

《实证私法的解释方法及法源》  
176,267,321

《实证哲学》 251,258

《说苑》 21

《司法社会化》 188,329

《司法专刊》 238

《私法的变迁》 69,261

《四库全书》 101

《苏俄民法典》 390

萨克司《民法典》(Bürgerliches Ge-  
setzbuch de Saxe) 305

萨维尼 41,42,73,78,145,178,  
191,271,288,304

三民主义 5,76,77,404

沙宾尼(Sabiniani) 99

商君(商鞅) 15,301

上海法学编译社 31

社会法学派 62,73,123,251,252,  
270,272,274,403

社会规范(la norme sociale) 10

社会哲学派 44

神授法 283,284,289,291

沈刚伯 290

沈家本 5,9,14,27~30,51,101,  
403,404

慎子 13,15,24,72,94,224,225,  
232

圣托马斯·阿奎那(Saint Thomas d'  
Aquino) 61,256,272

尸子 113

施塔姆勒(Stammler) 123,258

市民法 334

司法官训练所 170,220,411

司马迁 15

斯多亚(Stoic) 33,70,333,352

- 寺院法 34,310  
 宋仁宗 101  
 苏格拉底(Socrates) 401  
 苏天爵 9  
 苏辙 15  
 穗积重远 124,129  
 梭论法典
- T**
- 《台大法学院社会科学论丛》 297  
 《台湾大学社会科学论丛》 95  
 《太平策》 92,231  
 台维特(David) 318  
 太宗 96  
 泰特(Tarde) 23  
 唐律 4, 5, 76, 91, 100, 136, 165,  
 186, 215, 230, 241, 245, 247, 302,  
 303, 327, 403~405  
 陶希圣 188,329  
 廷杰 28  
 脱雷(Jerry) 129
- W**
- 《为家君请宇文中允典汉州学书》  
 18  
 《无刑录》 18,21  
 《五十年来中国之法制》 28  
 万民法 34,302,303,352  
 王安石 9,301  
 王伯琦 47, 84, 123, 185, 186, 238,  
 252, 271, 297, 327, 336, 342, 344,  
 346  
 王粲 18  
 王充 9,20,223  
 王宠惠(亮畴) 293  
 王符 9,18,296  
 王莽 195,301  
 王启中 119  
 威廉·詹姆士 135  
 维也纳会议 288  
 文德歇(Windscheid) 275,276  
 文帝 21,96,405  
 吴恭 100  
 吴经熊 31  
 吴诉 100  
 吴雄 100  
 伍廷芳 5,27,403
- X**
- 《洗冤录》 291  
 《先秦政治思想史》 290  
 《现代法律哲学汇览》 128  
 《宪法学》 60,73,255,263,272  
 《宪法义海》 255  
 《新生报》 109  
 《新唐书》 336  
 《新刑律草案》 28,29  
 《刑草》 30  
 《刑礼论》 22,166,216  
 《刑论》 13  
 《行刑累进处遇条例》 21  
 《荀子》 22



- 西蒙斯(Robert G. Simons) 228  
西米司(Themis) 284  
西塞罗(Cicero) 33,99  
习惯法 42, 47, 82, 125, 145, 147,  
174, 175, 268, 269, 281, 283~286,  
288, 289, 292, 293, 297, 298, 303~  
312, 317~319  
谢林(Schelling) 41  
谢令纳克(Jellinek 16, 111  
谢蒙(Charmont) 255, 271  
刑鼎 99, 298~301  
刑书 98, 298~301  
修订法律馆 5, 27, 403  
修律大臣 5, 29, 403  
徐道邻 299  
许应龙 9, 92, 231  
荀悦 15  
荀子 22, 24, 113, 224, 279, 280,  
296, 297, 299
- Y**  
《乐记》 104, 194, 279  
《盐铁论》 9  
《仪礼》 296  
《易经》 327  
《优帝法典》 47, 90, 100, 136, 146,  
173, 241, 243, 287, 402  
《优帝法学大纲》 69, 242, 261  
《御览》 292  
《约瑟夫法典》 146  
亚里士多德(Aristotle) 33, 243
- 亚伦(Ahren) 122, 264  
杨安国 101  
杨鸿烈 14, 101, 405  
杨万里 9  
耶林(Jhering) 10, 84, 138, 161,  
163, 198, 211, 213, 266  
叶佩良 22  
尹文子 113, 410  
优士丁尼 34, 90, 100, 146, 173,  
352, 365, 366, 401  
于定国 100  
于公 53, 67, 90, 98, 100, 136, 159,  
168, 208, 218, 229, 240, 286, 309,  
362, 370, 376~380  
于志宁 100  
袁枚 9, 93, 231  
袁世凯 5, 30, 404  
约瑟夫第二 146, 173
- Z**  
《暂行新刑律》 30  
《暂行章程》 5, 28~30, 51, 52, 74,  
404  
《中国法律发达史》 101  
《中国法律思想史》 14, 405  
《中国法律与中国社会》 291  
《中国法制史》 290, 292, 301  
《中国法制史论略》 299  
《中国固有法学系与中国文化》 245  
《中国历届修订法律之大略》 28  
《中国文化史导论》 102

- 《中国哲学史大纲》 165,215,301  
《中庸》 104,194,196,279  
《周官》(《周礼》) 92,230  
《注释大全》 34  
《自然法论》 122  
《自然法要义》 36  
《自由中国》 290  
《左传》 290,292,294,300  
长孙无忌 100  
张船山 182,189,324,330  
张耒 25,224,280  
张释之 96  
张之洞 27,28,51  
赵绰 9  
赵希言 101  
赵鞅 99,298,299  
郑昌 100  
郑弘 100  
中央政治会议 5,404  
钟皓 100  
钟繇 9,100  
钟曾 100  
仲长统 9  
朱熹 21  
诸葛亮 9  
注释学派 43,83,137  
准则法 10~14,17,20,29,241  
子产 98,298~301,398  
自然法 4,23,33~47,50,51,53,  
57,81,92,122~125,127,130,  
146,147,172~176,180,181,187,  
195,197,243,244,248,254,255,  
257,258,263,264,270~272,293,  
302,305,322,323,328,333,347,  
402~404  
自由法运动 128,147,164,168,  
175,185,214,218,267,269,278,  
326  
A century of analytic jurisprudence  
since John Austin Law, a century  
of progress 129  
Achilles 300  
Adlkins v. Children's hospital of the  
District of Colummbia(1923) 73  
Adolf Merkel 125  
Aguesseau 311  
Ahren 122  
A. Kocourek 129  
Ames 180,322  
Amos 94  
An introduction to the philosophy of  
law 128,152,194,202,287,299  
Ancient law 63,65,102,127,187,  
236,237,262,284,298,328  
Anglo-American law 129  
Aquilus Gallus 99  
Ariston Celse 99  
Arizona Copper Co. v. Hasmmmer  
(1920) 73  
Aubry et Rau 159,209  
Auguste Comte 67,251  
Austin 42,43,82,112,126,129,  
137,402  
Balfour 316  
Baubry Lacantinerie 83

- Bentham 81,178  
 Berolzheimer 23, 34, 45, 46, 63,  
 76, 122, 123, 125, 130, 236, 243,  
 258,259  
 Bessan 339  
 Biglow 180,322  
 Binding 42,125  
 Black 92,124,180,291,322,333  
 Blackstone 125  
 Blondeau 177  
 Bougle 254  
 Bounecase 383  
 Bourgeois 254  
 Brandies 128  
 Bryce 127  
 Burlamaqui 36, 39, 50, 196, 244,  
 264,322  
 Capiton 99  
 Cardozo 128  
 Carter 178,329  
 Cassius 99  
 Charles Beudant 83  
 Charmont 186,252,253,255,257,  
 263,269~271  
 Chung Hui Wang 69,146,174,288  
 Colin et Capitant 83,84,160,179,  
 210,267,274,288,304,312,330,  
 337,342,344,383  
 Collected papers 128  
 Collinet et Giffard 34,64,70,90,  
 100,236,242~244,261,333,365,  
 401  
 Commentaire théorique et pratique  
 du code civil 147,173  
 Common law 92,129,333  
 Comte 259,270  
 Constantin 397  
 Cosack 308,339  
 Cour de droit civil positif français  
 342  
 Cours de droit civil français 137,  
 367,368  
 Cours de code Napoléon 83,137  
 Cours de droit civil 83,137,147,  
 173  
 Cours de droit civil français, 5<sup>e</sup>  
 édition 159,209  
 Cours de droit naturel 122,264  
 Cours de philosophie positive 251  
 Cours élémentaire de droit civil  
 français 337  
 Das Bürgerliche Gesetzbuch 339  
 Das Gewohnheitsrecht 309  
 De Lésprit des droits et de leur  
 relativité 47  
 De la réparation civile des délits  
 242  
 Demente 177  
 Demogue 242,383,384  
 Demolombe 137,177,307,312  
 Dernburg 276,308  
 Devoirs de l'homme et du citoyen,  
 Traduits du latin par Barbeyrac  
 38  
 Dicey 66,239  
 Dillon 325  
 Diocletian 397  
 Doma 191,381  
 Domente 83  
 Domolombe 83  
 Droit public 105  
 Duhem 110,153,203

- Duranton 311  
 Durkheim 253,270  
 Élément du droit naturel 36  
 éléments métaphisiques de la doctrine du droit 196  
 Elements of law 42  
 Emile Borel 89,151,201  
 Equity Jurisprudence 126  
 Escarra 167,197,217,293  
 Espinas 270  
 Esprit des lois 192  
 Essai d'une philosophie de la solidarité 254  
 Études de droit commun législative 318  
 First book of the theory of law 127  
 First principles of law 129  
 Flavios 277  
 Fonction du droit civil comparé 285  
 Fouillie 253  
 Fuchs 277,278,313  
 G. Renard 108,407  
 G. Tarde 23  
 Gaius 72,99,304  
 Garter  
 Gény 315~317,321,322  
 Gide 185,253  
 Gierke 276,308  
 Georges Del Vecchio 122  
 Grard 293  
 Graudmoulin 364  
 Gray 43,126,129  
 Grotius 50,180,322  
 Hammurbi's code 285  
 Hartland 292  
 Hauriou 312  
 Heilfron 305  
 Henri Deschenaux 311  
 Hippodamus 292  
 Historical view of the English government 46  
 Holines 128  
 Holland 81,126  
 Holmes 128  
 Home Bldg. And Loan Asso. v. Blaisdell. (1934) 73  
 Huc 147,173  
 Hui 83,90,177,312,337  
 Illinois law rev 81  
 Interpretations of legal history 15, 41,46,66,70,75,82,84,128,180, 237,244,322,405  
 Javolenus 99  
 Jean Escarra 195  
 Jellivek 125  
 Jhering 84,145,161,174,183,211  
 Jossierant 84  
 Judge Dillon 184,325  
 Julien 99,304  
 Jurisprudence 41~44,81,82,84, 112,124~127,129,138,162,185, 212,373  
 Jurisprudence or theory of law 127  
 K. Cosack und H. Mitteis 339  
 Kant 40,196,264  
 Kent 73,180,322  
 Kruckman 305  
 L. Duguit 10  
 L. Jossierant 47  
 L. Liard 147,174

- L'enseignement supérieur en France 147,174
- L'espace et le temps 89,151,201
- L'idée de solidarité 253
- La conception chinoise du droit 167,195,217
- La déclaration des droits de l'homme 196
- La règle morale dans les obligations civiles 334
- La renaissance du droit naturel 186,252,253,271
- La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent 125
- Laband 105
- Labéon 99
- Lake Shore R. Co. v. Chicago R. Co. (Indiana Appellate Court reports, 584) 73
- Lambert 285,297,318
- Laurent 177,312
- Law and moral 40 ~ 44, 46, 90, 112,155,184,185,197,205,258,293,325,326,333,400,405
- Law and public opinion in England 66,239
- Law, its origin, growth and function 178,287,329
- Laws and Jurisprudence of England and America 184,325
- Le code civil Suisse 278,310
- Le droit de la guerre et de la paix 50
- Le droit, la justice et la volonté 323,327,329
- Le droit, la logique et le bon sens 87,108,326,327
- Le solidarisme 254
- Leçons de Philosophie du droit 122
- Lectures on Jurisprudence 126,402
- Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law 124
- Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 339
- Leon-Caen et Renault 304
- Les bases de la croyance 316
- Les devoirs de l'homme et du citoyen 264
- Les transformations du droit 23
- Levy-Bruhl 270
- Liard 147,174
- Lpien 99,304
- Lutte pour le droit 183
- Lves v. South Buffalo R. Co. (1911) 73
- Maine 63,90,102,103,127,180,187,235~237,241,246,262,284,298,299,306,322,328
- Manuel élémentaire de droit romain 293
- Marcadé 177
- Marion 253
- Markby 42
- Markly 126
- Mazaud 90
- Mazeaud 241,367~369,371
- Menger 276
- Merlin 311
- Metaphysische Anfangsgründe der

- rechtslehre 40  
 Méthode d'interprétation et sources  
 en droit privé positif 145  
 Millar 46  
 Montesquieu 180  
 New commentaries on the laws of  
 England 312  
 Owensboro v. Knox (Kentucky  
 reports, 451) 73  
 Papinien 99  
 Paul 99  
 Pierr Tuor 278  
 Planck 308  
 Planiol 312  
 Planiol et Ripert 78, 83, 334, 342,  
 344, 368  
 Plank 305  
 Poincaré 150, 200  
 Politique positive 259, 270  
 Pollock 127  
 Pothier 35, 244, 381  
 Pound 15~17, 40~46, 66, 67, 70,  
 75, 82, 84, 90, 94, 112, 127~129,  
 150, 152, 155, 175, 180, 184, 185,  
 193, 194, 197, 202, 205, 228, 237,  
 239, 240, 244, 245, 258, 287, 292,  
 293, 299, 322, 325, 333, 400, 401,  
 405  
 Précis de droit romain 236, 333,  
 365  
 Primitive law 152, 202, 292  
 Principles of morals and legislation  
 81  
 Proculus 99  
 Puchta 180, 268, 308, 309, 311,  
 322  
 Pufendorf 38, 264  
 Q. Mucius Scaevola 99  
 Radbruch 125, 128, 277  
 Renard 87, 91, 111, 131, 139, 148,  
 151~154, 181, 185, 188, 193, 199,  
 201~204, 270, 272, 273, 285, 286,  
 290, 294, 323, 326, 327, 329, 407  
 René David 282  
 Rev. internationale de l'enseignement  
 270  
 Ripert 334, 337  
 Rumpe 277  
 Saleilles 367  
 Salmond 126, 127  
 Savigny 41, 42, 73, 145, 146, 174,  
 177, 180, 191, 268, 269, 309, 311,  
 322  
 Schers und Ernst in der Jurisprudenz  
 84  
 Science of law 94, 127, 129, 152,  
 202  
 Servius Sulpicius 99  
 Shipley v. Associates (Massachu-  
 setts reports, 194) 73  
 Somme theologique 256  
 Spencer 270  
 St. Thomas d'Aquin 256  
 Stampe Heck 277  
 Stephenis 312  
 Story 126, 180, 322  
 Studies in history and Jurisprudence  
 127  
 Supplément au traité de droit civil  
 de Baudry-Lacautinerie 383  
 Thayer 180, 322  
 The elements of Jurisprudence 126

- The function of reason 105  
The nature and sources of the law  
43,129  
The world's legal philosophies 122,  
236,252,258  
Théophile Huc 83  
Théorie générale de l'obligation  
367  
Théorie Physique 110  
Thibaut 177  
Toullier 146,173,311  
Traduction 311  
Traité de droit commercial 304  
Traité de droit constitutionnel 10,  
60,255,384,385  
Traité de droit romain 146,174,  
309,311  
Traité des obligations en général 384  
Traité des obligations 35,244  
Traité élémentaire de droit civil 78  
Traité élémentaire de droit civil  
comparé 217,282,289,293  
Traité pratique de droit civil français  
334,368  
Traité théorique et pratique de la  
responsabilité civile 90  
Traité théorique et pratique de la  
responsabilité civile délictuelle et  
contractuelle 241  
Traité théorique et pratique de la  
responsabilité civile délictuelle et  
contractuelle 367  
Unger 308  
Valette 147,173  
Valeur de la science 150,200  
Vangrrow 308  
Victorian Railways v. Coultas, 13  
App. Cas. 222(1888) 85  
Vom Beruf unsrer Zeit fur Gesetzge-  
bung und Rechtswissenschaft 41  
Wachter 308  
Whitehead 105  
Windscheid 308  
Winterbottom v. Wright; George v.  
Skivington; L. R. 5 Exch. 1  
(1869) 85  
Wurtenburger Landrecht 304  
Zitelmann 277,308

所列仅限本书直接征引者,概分为中文和西文两大部分,依典籍、著作、论文归类,各类按作者姓氏拼音字母或外文字母顺序排列。

---

## 中文部分 一、典籍

《春秋》  
《春秋公羊传》  
《大学》  
《管子》  
《韩非子》  
《乐记》  
《礼记》  
《论语》  
《孟子》  
《墨子》  
《商君书》  
《尚书》  
《慎子》  
《新唐书》  
《盐铁论》  
《仪礼》  
《中庸》  
《周官》



## 二、著作

白居易:《长庆集》。

白居易:《论刑法之弊》。

陈顾远:《中国法制史》。

陈子昂:《伯玉文集》。

程 颐:《为家君请宇文中允典汉州学书》,载《无刑录》,卷二《刑本·下》。

邓介夫:《太平策》。

董 康:《中国历届修订法律之大略》。

胡 适:《中国哲学史大纲》,上卷。

江 庸:《五十年来中国之法制》。

蒋 彤:《刑论》,载《国朝文汇》,丁集,卷三。

瞿同祖:《中国法律与中国社会》。

梁启超:《中国法理学发达史论》。

刘 向:《说苑》。

梅仲协:《法学绪论》。

梅仲协:《狄氏宪法精义》。

钱 穆:《中国文化史导论》。

丘 浚:《大学衍义》。

沈家本:《寄簪文存》。

司法官训练所:《清代司法判牍杂辑》。

苏 辙:《古史》。

穗积重远:《法理学大纲》,李鹤鸣译。

王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》。

王伯琦:《民法债篇总论》。

王伯琦:《权利相对论》。

《权利相对论》,王伯琦译。

王 粲:《难锺荀刑措论》。

王 充:《论衡》。

王 符:《潜夫论》。

《德国民法典》,王亮畴英译。

吴经熊:《法律哲学研究》,上海法学编译社,1933。

徐道邻:《中国法制史论略》。

荀 悦:《申鉴时事第二》。

杨鸿烈:《中国法律发达史》。

杨鸿烈:《中国法律思想史》。

袁 枚:《答金震方先生问律例书》。

张 耒:《悯刑论》。

### 三、论文

陈顾远:《中国固有法学系与中国文化》,载《大陆杂志》,第四卷,第12期。

刘度瑞:《论美国宪法所谓“正当法手续”》,载《台湾大学社会科学论丛》,第五辑。

沈家本:《书劳提学〈“新刑律草案”说贴〉后》

陶希圣:《司法社会化》,载《建设杂志》,第五卷,第3期

王伯琦:《超前立法的出路》,载《近代法律思潮与中国固有文化》

王伯琦:《狄骥的实证主义》,载《法学丛刊》,第2期

王伯琦:《法兰西共和国宪法》,载《司法专刊》,第4期

王伯琦:《论概念法学》,载《台大法学院社会科学论丛》,第十辑

王伯琦:《契约责任与侵权责任之竞合》,载《大陆杂志》,第十一卷,第4期

外文部分 一、著作

**A. Kocourek**, *A century of analytic jurisprudence since John Austin, Law, a century of progress*, N. Y. University-press, 1937, vol. II.

**Ahren**, *Cours de droit naturel*.

**Amos**, *Science of law*.

**Aubry et Rau**, *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édition, t. IX.

**Auguste Comte**, *Cours de philosophie positive*.

**Austin**, *Lectures on Jurisprudence*.

**Austin**, *Jurisprudence*.

**Balfour**, *Les bases de la croyance*.

**Bentham**, *Principles of morals and legislation*, 1789.

**Berolzheimer**, *The world's legal philosophies*.

**Bessan**, *Das Bürgerliche Gesctzbuch*.

**Blackstone**, *Common law*.

**Bougle**, *Le solidarisme*.

**Bounecase**, *Supplément au traité de droit civil de Baudry-Lacautinerie*.

**Bourgeois**, *Essai d'une philosophie de la solidarite*.

**Bryce**, *Studies in history and jurisprudence*, 1901, vol. 11.

**Burlamaqui**, *Elément du droit naturel*, 1820, nuvel-le édition, Paris.

**Charmont**, *La renaissance du droit naturel*.

**Colin et Capitant**, *Cours élémentaire de droit civil*

français.

**Colin et Capitant**, *Traité de droit civil, refondu*,  
1953, t. I.

**Collinet et Giffard**, *Précis de droit romaine*.

**Comte**, *Politique positive*.

**Demogue**, *De la réparation civile des délits*.

**Demogue**, *Traité des obligation en général*.

**Demolombe**, *Cours de code Napoléon*.

**Dicey**, *Law and public opinion in England*.

**Dillon**, *Laws and jurisprudence of England and A-  
merica*.

**Duhem**, *Théorie Physique*.

**Durkheim**, *Rev. Internationale de l'enseignement*,  
1888.

**Emile Borel**, *L'espace et le temps*.

**Escarra**, *La conception chinoise du droit*.

**G. Renard**, *Le droit, la logique et le bon sens*.

**G. Tarde**, *Les transformations du droit*.

**Garter**, *Law, its origin, growth and function*.

**Gény**, *Méthode d'interprétation et saurces en droit  
privé positif*.

**Goerges Del Vecchio**, *Leçons de Philosophie du  
droit*.

**Gray**, *The nature and sources of the law*.

**Grotius**, *Le droit de la paix*, 1748.

**Gustav Radnent**, *La théorie anglo-américaine du  
droit vue par un juriste du continent*, *Ar-  
chives de philosophie du droit*, 1936.

- Hartland**, *Primitive law*.
- Holland**, *Jurisprudence*, 1880.
- Holland**, *The elements of jurisprudence*, 1924.
- Holmes**, *Collected papers*.
- Huc**, *Commentaire théorique et pratique du code civil*.
- Jean Escarra**, *La conception chinoise du droit*, 1935.
- Jhering**, *Lutte pour le droit*, trad. Menlanaere.
- Jhring**, *Schers und Ernst in der Jurisprudenz*.
- Josserant**, *Cours de civil positif français*.
- K. Cosack und H. Mitteis**, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*.
- Kant**, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*.
- Kant**, *Éléments métaphisiques de la doctrine du droit*, trad. J. Barni.
- L. Duguit**, *Traité de droit constitutionnel*.
- L. Josserant**, *De l'esprit des droits et de leur relativité*.
- L. Liard**, *L'enseignement supérieur en France*.  
*La déclaration des droits de l'homme*.
- Laband**, *Droit public*.
- Lambert**, *Études de droit commun législative*.
- Lambert**, *Fonction du droit civil comparé*.
- Leon-Caen et Renault**, *Traité de droit commercial*.
- Maine**, *Ancient law*, new edition, 1930.
- Markby**, *Elements of law*.
- Mazaud**, *Traité théorique et pratique de la*

*ponsabilité civile.*

**Mazaud**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle.* t. I.

**Millar**, *Historical view of the English government.*

**Montesquieu**, *Esprit des lois.*

**Pierr Tuor**, *Le code civil Suisse.*

**Planiol et Ripert**, *Traité prastique de droit civil français.*

**Planiol**, *Traité élémentaire de droit civil.*

**Poincaré**, *Valeur de la science.*

**Pothier**, *Traité des obligations.*

**Pound**, *An introduction to the philosophy of law.*

**Pound**, *Law and moral.*

**Pound**, *Interpretations of legal history.*

**Puchta**, *Das Gewohnheitsrecht.*

**Pufendorf**, *Devoirs de l'homme et du citoyen*, Traduits du latin par Barbeyac.

**Pufendorf**, *Les devoirs de l'homme et du citoyen.*

**Renard**, *Le droit, la justice et la volonté.*

**René David**, *Traité élémentaire de droit civil comparé.*

**Ripert**, *La règle morale dans les obligations civiles.*

**Saleilles**, *Théorie générale ed l'obigation.*

**Salmond**, *Jurisprudence or theory of law*, 1902, 8<sup>th</sup> ed. 1930.

**Savigny**, *Traité de droit romain.*

**Savigny**, *Vom Beruf unsrer Zeit fur Gesetzgebung*

*und Rechtswissenschaft.*

**St. Thomas d' Aquin**, *Somme theologique.*

**Stephenis**, *New commentaries on the laws of England.*

**Story**, *Equity jurisprudence.*

**The German civil code**, translated by Chung Hui Wang.

**Traduction**, *Henri Deschenaux.*

**Valette**, *Cours de droit civil.*

**Whitehead**, *The function of reason.*

## 二、案例

Adlkins v. Children's hospital of the District of Columbia (1923)

Arizona Copper Co. v. Hasmmmer (1920)

Home Bldg. And Loan Asso. v. Blaisdell (1934)

Lake Shore R. Co. v. Chicago R. Co. (Indiana Appellate Court reports, 584)

Lves v. South Buffalo R. Co. (1911)

Owensboro v. Knox (Kentuchy reports, 451)

Shipley v. Associates (Massachusetts reports, 194)

Victorian Railways v. Coultas, 13 App. Cas. 222 (1888)

Winterbottom v. Wright; George v. Skiving; L. R. 5 Exch. 1 (1869)