

法學叢書之一

# 法律哲學研究

吳經熊著



上海法學編譯社

會文堂新記書局發行

上海图书馆藏书



A541 212 0002 2488B

~~1542837~~

# 法律哲學研究目錄

中國舊法制底哲學的基礎·····	一
一 天人交感的宇宙觀·····	三
二 道德化的法律思想·····	一一
三 息事寧人的人生觀·····	二一
新民法和民族主義·····	二七
三民主義和法律·····	三九
甲 法律和民族主義·····	三九
乙 法律和民權主義·····	四四

法律哲學研究

二

丙 法律和民生……………五五

唐以前法律思想底發展……………六一

法律之多元論……………七七

斯丹木拉之法律哲學及其批評者……………八七

一 緒論……………八七

二 斯氏法律哲學之源流……………九一

三 斯丹木拉法律哲學之批評……………九八

(一) 社會學派之批評……………九九

甲 馬克斯衛伯 (Marx Weber) ……九九

乙 甘度羅維士 (H. U. Kantorowicz) ……一〇四

(二) 哲學派之批評	114
甲 韋來可斯基(G. W. Wielikowski)	114
乙 排恩德(Julius Binder)	119
丙 保羅奈拓(Paul Natorp)	121
(三) 法學派之批評	124
甲 雷悶沙例義(Raymond Salafes)	124
乙 弗蘭錫斯義尼(Franco's geny)	126
丙 龐德(Roscoe Pound)	130
(一) 對於十七世八紀理性論之批評	131
甲 斯丹木拉	131

法律哲學研究

四

乙 龐德·····	一三二
(二)對於歷史法學派之批評·····	一三四
甲 斯丹木拉·····	一三四
乙 龐德·····	一三六
(三)對於分析法理學派之批評·····	一三九
甲 斯丹木拉之批評伊埃林之法之目的論(Ihering's purpose-theory of Law)·····	一三九
乙 龐德之批評奧士丁之法之命令說(Austin's Command-theory of Law)·····	一四一
(四)對於唯物的解釋法史之批評·····	一四四

甲	斯丹木拉之批評馬克斯(Mark) .....	一四四
乙	龐德之批評亞當勿汝克士(Brookaa Iams) .....	一四六
	(五)對於自由制法運動之批評 .....	一四八
甲	斯丹木拉 .....	一四八
乙	龐德之個人政府之復活(Riviva of Personal government) .....	一五一
	(四)結論 .....	一五九
	新民法侵權行爲責任的兩種方式 .....	一六一
甲	過失責任 .....	一六一
乙	無過失責任 .....	一七一
	六十年來西洋法學的花花絮絮 .....	一七九

法律哲學研究

六

導言.....一七九

(一) 爲法律奮鬥.....一八六

(二) 法律和文化.....一九〇

(三) 法律的定義.....二〇〇

(四) 打倒機械化的法學.....二〇八

(五) 法治的限制.....二一六



# 法律哲學研究

吳經熊著

## 中國舊法制底哲學的基礎

法制是法制，哲學是哲學，兩者好像一在天之涯，一在地之角，絕對不會發生什麼關係的！但是仔細研究起來，隨便那一國的法制總有幾個主要的哲學觀念做牠的背景的。卽就我國舊法制而論，有許多特異之點，實在使外國的法學家莫明其所以然，最近我在美國演講，有幾位對於比較法學有興趣的同事向我提出許多疑難雜題，例如中國舊法制何以民刑不分？法治主義和權利觀念何以不見發達？男女的終

身大事何以不給他們自己作主，並且幾千年來中國的青年何以如此老實，對於婚姻二字總是忸忸怩怩地怕羞？還有個有趣的問題，就是爲什麼立春以後秋分以前不得判決死刑？這些問題來勢之健，好像屈原的「天問」一樣，實在把我嚇了不止一跳！原來關於此類問題，其答案絕對不能在法制以內去找，要在法制以外去轉念頭。我現在要把所答覆他們外國學者的話略爲說給讀者諸君聽聽。但是我要預先聲明，我的答案祇能騙騙外國人，在國內學者的耳朵裏也許是不值一笑哩。簡單說，我的答案是：我們研究比較法制，絕對不可專在零星的法律現象裏頭做工夫。這樣攢牛角尖是沒有出息的。我們研究一個法制，先要找到幾個總樞紐；才能觸類旁通，左右逢源；而所謂總樞紐就是貫

統那個法制的哲學背景。中國舊法制的哲學背景。從下列三點觀之。可以得其大概（一）天人交感的宇宙觀；（二）道德化的法律思想。（三）息事甯人的人生觀；現在按照上列的三點稍稍加揮。

### （一）天人交感的宇宙觀

我國民族向來所持的宇宙觀是以人事解釋自然界（擬人論），再拿這個人事化的自然界來做人間世的模範！所以在表面上是個超然人生觀，其實是個擬人論的宇宙觀。口口聲聲說是人法天，的的確確却是天法人，至少也是人法法人的天！周易繫辭開宗明義就說天「天尊地卑，乾坤定矣；卑高以陳，貴賤位矣」。〔見光緒丁亥閏夏點石齋遵

阮本重校印十三經注疏並梭勘記周易注疏卷四第一頁）這豈不是先將人世間的尊卑觀念不知不覺地影射於本來沒有什麼尊卑區別的天地，再將這個非自覺的宇宙觀奉爲人事上的模特兒！其結果是：本來相對的原則一變而爲天經地義的了。換言之，空間的高低，本來不過一種自然現象，但是，在貴族思想家心目中，也就是尊卑貴賤的藍本。尊卑貴賤是宇宙間原來存在的區別，是天造地設的，不是人類所始創的，居上位的人們背着天地的招牌來穩固他的地位；一般民衆也漸漸地被他們催眠了。

這個貴族式的宇宙觀影響於我國法制的地方很多。現在祇須舉其最顯著的幾個例子，讀者諸君一定可以三隅反了。

(一)比方，舊律名例中均設有「十惡」一門。十惡中的第一項便是謀反。反就是擾亂宇宙秩序的意思。所以唐律疏議解說謀反二字說：

『案公羊傳云，君親無將，將而必誅，謂將有逆心，而害於君父者，則必誅之。左傳云，天反時爲災，人反德爲亂；然王者居宸極之至尊，奉上天之寶命，同二儀之覆載，作兆庶之父母，爲子爲臣，惟忠惟孝，乃敢包藏凶慝，將起逆心，規反天常，悖逆人理，故曰謀反。』

換言之，謀反不但是觸犯政府，簡直是將整個兒的宇宙給倒反了，這是何等重大的罪孽；所以認爲十惡之首。現代的刑法對於內亂罪雖然也有相當的處罰（參考中華民國刑法第一〇三條）但是在理論上

和上述唐律疏議所云實在不可同日而語了。

(二)天地雖然不能講話也不能寫字，但是種種現象可以給我們摹仿。比方一年有四季；在春秋兩季，正是萬物生長的時候；一交秋季節氣，就有一股肅殺之氣——諸君可也記得歐陽修的秋聲賦——；到了冬季萬物都收藏起來了。我們做事，也要合乎時令。所以唐律有「諸立春以後秋分以前決死刑者徒一年」的規定。(見光緒十七年春錢唐諸可寶書唐律疏議第三十卷第十頁)天地正在生長萬物的時候，我們人類怎麼可與之背道而馳呢？說起來倒也有幾分道理。但是這些玄妙論調，也有時而窮，諸君請看下面關於隋煬帝的故事，便知其中弱點了。

帝嘗發怒，六月欲棒殺人。大理少卿趙綽固爭曰：『季夏之月，天地成長庶類，不可以此誅殺。』帝報曰，『六月雖曰生長，此時必有雷霆，天道既於炎陽之時震其威怒，我則天而行，有何不可？』遂殺之。（見沈家本歷代刑法考總考第三卷第十四頁）

這樣看起來，天地實在是一面明鏡，你看進去是怎麼樣的人，他看出來也就是怎麼樣的人，假使照的是一隻狗，我可以保險影出來決不會變成一隻老鼠！中國向來的宇宙觀是素樸極了，好像劉姥姥在鏡子裏看見她自己的尊容，也道是另有一人。孔子和儒家實在是中國文化史上的劉姥姥。

（二）尊卑貴賤的階級既是在宇宙間註過冊的。不用說也是永古千

秋不可磨滅的區別。所以舊律名例均有八議之目：就是議親，議故，議賢，議能，議功，議貴，議勤，議賓。這些八種有犯罪的時候，法律特別優待他們。比方唐律規定「諸八議者犯死罪皆條所坐及應議之狀先奏請議議定奏裁」。照唐律此條下原註「議者原情議罪稱定刑之律而不正決之」。（第二卷第一頁）觀此可知我國舊律是以不平等爲出發點的。所以無論主奴父子夫婦間的關係，都是有上下尊卑的分別的，而法律上的待遇也因之而異趣了。關於此點王寵惠先生曾經淋漓盡致地描寫過的『主居上，奴居下；父居上，子居下；夫居上，婦居下。上者獨享其權利，下者獨負其義務』。實有這個情境。原來中國宇宙觀是以乾坤二字爲總樞紐。乾是陽的，坤是陰的。陽是尊高的，坤



是卑下的。紅樓夢當中有段極有意義的論調待我來引證一番，爲本節告個段落：

「……湘雲聽了，由不得一笑說道，「……天地間都賦陰陽二氣；所生或正或邪，或奇或怪，千變萬化，都是陰陽順逆；就是一生出來，人人罕見的究竟道理，還是一樣。」翠縷道，「這麼說起來，從古至今，開天闢地，都是些陰陽了。」湘雲笑道，「糊塗東西，越說越放屁。什麼都是些陰陽？況且陰陽兩個字還只是一個字，陽盡了就成了陰，陰盡了就成了陽，不是陰盡了又有一個陰生出來，陽盡了又有一個陽生出來。」翠縷道，「這就糊塗死了我。什麼是個陰陽？沒影沒形的！我只問姑娘這陰陽是怎樣個樣兒。」湘雲道，「這

陰陽不過是個氣罷了，器物賦了，纔成形質，譬如天是陽，地就是陰；水是陰，火就是陽；日是陽，月就是陰。」翠縷聽了笑道，「是了是了，我今日可明白了。怪道人都管着日頭叫太陽呢，算命的管着月亮叫什麼太陰星，就是這個理了。」湘雲笑道，「阿彌陀佛，剛剛明白了！」翠縷道，「這些東西，有陰陽也罷了，難道那些蚊子，虻，蠓，蠅，花兒，瓦片兒，磚頭兒，也有陰陽不成？」湘雲道，「怎麼沒有呢？比如那一個樹葉兒，還分陰陽呢，那邊向上朝陽的，就是陽。這邊背陰覆下的，就是陰。」翠縷聽了，點頭笑道，「原來這樣，我可明白了。只是僧們這手裏的扇子，怎麼是陽，怎麼是陰呢？」湘雲道，「這邊正面就是陽，那邊反面就爲陰。」

翠縷又點頭笑了，還要拿幾件東西要問，因想不起什麼來；猛低頭看見湘雲身上佩的金麒麟，便提起來笑道，「姑娘這個，難道也有陰陽？」湘雲道，「走獸飛禽，雄爲陽，雌爲陰；牝爲陰，牡爲陽。怎麼沒有呢？」翠縷道，「這是公的，還有母的呢？」湘雲啐道，「什麼公的母的，又胡說了！」翠縷道，「這也罷了，怎麼東西都有陰陽，俗們人倒沒有陰陽呢？」湘雲沉了臉說道，「下流東西，好生走罷，越問越說出好的來了！」翠縷道，「這有什麼不告訴我的呢？我也知道了，不用難我。」湘雲撲嗤的笑。」

## （二）道德化的法律思想

對於道德和法律的關係這個問題，世界各國的學者持論紛紜，莫衷一是。但是我國歷來學者對於這個問題，倒是衆口同聲地祇有一個答案。就是：道德是法律的目的，法律是道德的工具。換言之，法律的唯一使命就是保障道德。唐律疏議名例疏當中有一節很可代表這個思想的文字：

『德禮爲政教之本，刑罰爲政教之用，猶昏曉陽秋，相須而成者也。』

底下還加一段很有意味的註腳：

『論語：道之以德，齊之以禮。德禮猶曉與陽，刑罰猶昏與秋，言德禮與刑罰猶昏曉相須而成一晝夜，春陽與秋陰相須而成一歲

也。』

如此說來，政教好比史湘雲所說的一個樹葉兒；德禮就是這個樹葉兒那向上朝陽的一邊；刑罰就是那同一個樹葉兒背陰覆下的一邊！簡單的說，道德和法律是政教的陰陽面。凡百東西不屬於陽即屬於陰，所以人類一切行爲『出於禮即入於刑』了。這個思想叫做道德一元論的法律史觀，和泰西十九世紀中經濟一元論的法律史觀遙遙相對，好看煞人！

其實法律爲促進文化的工具；而道德不過是組成文化的一個分子。文化是個化合物，道德是牠的元素，好比養氣爲水的元素一樣。明白的說，道德誠然是法律所應該承認並且保障的一種社會利益，但是

還有其他的許多利益——例如學術，貨殖，科學上的發明，衣食住行的改進，個性的發展，生活的舒適，——也是要法律承認和保障並且促進的。不但如此，而且這些利益發生衝突的時候，法律也應銓量輕重從中設法爲之調劑；雖不能兼收並蓄，也要依兩害取輕的原則犧牲較小的利益保全較大的利益。從前韓非子引古諺說：『爲政若沐，雖有細髮之費，而有長髮之利焉。』（見意林）所以法學也可稱爲犧牲的藝術。中國的法律，對於道德太過認爲奇貨可居，而對於別種的利益簡直是一筆勾銷；是和迂儒所主張的『失節事大，餓死事小』的一套議論一鼻孔出氣的，說這句話的人，實在是孟軻的罪人。因爲孟子是孔門的健將，尙且很知變通的道理。他不是說過的麼：『男女授受

不親禮也，嫂溺援之以手權也。『何以不說『失禮事大，溺死事小』呢？祇知道德，不知其他利益，是最不道德的事情。老子說的好：『上德不德，是以有德；下德不失德，是以無德。』這話不是老子在那裏繞筆頭，弄小聰明；實在是灼智真見；可以說是儒家哲學的當頭棒！也就是受過儒教洗禮的法制底棺材釘！司馬談論六家要旨，批評儒者有『博而寡要，勞而少功是以其事難盡從』等語，實在切中要扼。但是漢以後的法律中了儒家哲學的遺毒，偏偏要將難以盡從的教訓藉法律的工具來強制執行！結果是把民族的心理纏腳般的縛束；心花不開，怎麼還有創作的才能呢。於是乎一般中國人——本來是天之驕子——受了數千年的心理壓迫，弄到畏首畏尾，甚至面無人色，好樣地

圖一般。(引用楊杏佛的妙喻)外人每譏中國人謂具有「撲克面孔」，就是不會表情的意思。現在閒話少說，言歸正傳。

因爲上述『出於禮則入於刑』的緣故，所以民刑不分。他們的邏輯是：凡是法律所禁止的都是不道德的事體，凡是不道德的事體總是要罰的(起碼打屁股)所以凡是法律所禁止的總是要罰(起碼打屁股)！因此，舊律中有許多法律事件，——在現代法家的眼光看來，明明是純粹的民事關係，——也不免得規定着一個刑罰。比方唐律雜律一門規定『諸負債違契不償一疋以上違二十日笞二十。二十疋加一等罪止杖六十三疋加二等百疋又加三等，各令備償。』(唐律卷二十六，第五頁)違約就是無信，無信就是違背五常之一，這還了得，這真正是豈



有此理！俗言道：上等之人，講了作準；中等之人，寫了作準；下流之人，講也不作準，寫也不作準。所以違契的是下流之人；下流之人，不打屁股，還要打誰的屁股？這一套就是爲舊法制背景的哲學！最近我聽說蔣主席曾在某校演講，聲言什麼事情都須用哲學的眼光來研究。這話實在非常的有見地。我們研究法律也是要用哲學的眼光，才能恍然大悟；連區區小事如答二十杖六十之類都是有哲學背景的。

還有唐律也規定『諸不應得爲而爲之者，笞四十，事理重者杖八十。』（卷二十七第十五頁）疏議說『雜犯輕罪，觸類弘多，金科玉條，包羅難盡。其在律在令，無有正條，若不輕重相明，無文可以比附；臨時處斷，量情爲罪，庶補遺闕，故立此條。情輕者笞四十，

事理重者杖八十。』

這條法律是道地極了！在上述哲學背景之上，這條不能說是錦上添花，更不是畫蛇添足；簡直可說是畫龍點睛哩！法律不是道德的保鏢麼？（保鏢二字的意義見王雲五大辭典）雖然已經有了種種防備，足以抵禦通常的盜賊；但是因為『禍危多出於不慮』的緣故，總覺還有些放心不下。所以再畫了一道符咒，方才能夠『姜太公在此百無禁忌』地高枕無憂！妙則妙矣，可是未免把人類常作鬼魅看待了。（參較現代『法律無正條不為罪』的原則）。還有一個最有意思的法律現象。唐律詐僞門有『諸詐病有所避者杖一百，若故自傷殘者徒一年半，』的規定。（卷二十五第十六頁）宋律學博士傅霖的刑統賦關於這條法

律有二句話：『身自傷殘者無避亦等於有避』。元時沈仲緯的刑統賦疏在這二句底下加以註脚道：

『身者自己之身，傷者見血而傷，殘者瞎目折股之類，成殘疾也。凡人身體髮膚，受之父母，輒自毀傷，皆虧孝道，……蓋先王之法，不獨禁其損傷於人，而自傷殘者，亦所不容也』。（見江陰繆氏鈔本刑統賦疏卷一第二十六頁）

觀此則孝經一書對於舊法制的影響可見一斑了。

整個兒的法制既是道德化的，所以例子也不勝枚舉，實在有取諸左右逢其源的情境的了。我現在也無須『下筆不能自休』地多來引證，還是留些餘味給讀者諸君罷！可是以上所述是限於立法方面的，現

在關於司法方面也免不得引證一頭例子以作本節的歸束。吳文恪公所著祥刊要覽一書載有一段很有意思的故事如下：

『傅季珪爲山陰令，有爭鷄者，季珪問鷄何食，一云豆，一云粟。殺鷄破嗉，有豆焉。遂罰言粟者』。（卷二第二十七頁）

這段故事，初看看亦甚平淡，仔細一想，實在是充滿了我國舊法制的精神。因爲爭鷄本爲涉訟的原因，但是聽訟者不問鷄的所有權是屬於那一造的當事人，遽然不管三七二十一地擅自殺鷄破嗉，並將說謊的那個朋友責罰一下了事。於是物權的問題，好端端的被誠實的問題完全吸收去了。在這種心理空氣之下，自然也談不到私人的物權或債權了，更談不到獨立存在的民法了。

### (三) 息事寧人的人生觀

中國人向來以和平爲理想。美國大法學家魏格摩氏在他的「世界法系大觀」書中說『中國民族是很特殊的。他們是世界上最愛和平的民族。』這句話不能謂爲沒有根據。

易經訟卦底下已有「終凶」，「上剛下險」，「以訟受服亦不足敬也」等等不贊成爭訟的按語。祇有九五爻底下有「訟元吉」一語。但這是講法官決獄，非關當事人爭訟。故註曰：『處得尊位，爲訟之主，用其中正，以斷枉直，中則不過，正則不邪，剛无所溺，公无所偏，故訟元吉。』

易經對於爭訟，並不是絕對不容許；但是有種種限制的條件，其結果差不多等於不容許。我們現在將訟卦的斷語細細分析一下，就知道這個情形了。卦辭是：『訟有孚，窒，惕，中，吉。終凶；利見大人，不利涉大川。』明白的解釋，就是吉利的爭訟，有六個條件：（一）有信實，有理由（孚），（二）被物止塞（窒），（三）有恐懼心（惕），（四）中道而止，勿趨極端（中），（五）官司不可打底或延長（終凶，不利涉大川），（六）折獄者須具偉大人格（利見大人）。

總而言之，無論怎麼有理由的官司，也祇能打半場爲止，如果不息的打過去，其結果總是凶的。

但是依照易經，官司有時還可以打的；不過打得適可而止罷了。

那料後來經過道學先生的一番薰陶，這個原則比本加厲地變成「訟則終凶」的一句金科玉律。就是說爭訟非但不可終竟；爭訟之事乃是根本上不應發生的；一經發生，那就凶了。寧波有句俗語道：「一好弗會造孽」；凡有爭訟；兩造都是錯的。所以孔子「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎。」的話，我們可以拿來代表幾千年以來民族心理。

但是這個和平的理想，這個相安無事的心理，豈不甚美；難道道德家不應勸和平，偏要鼓勵爭訟不成？我的答案是：道德家固然用不着獎勵爭訟，替許多律師來解決生計問題；但是將爭訟的本身當作不道德的勾當，那是一樁非常危險的事情。爭訟是社會上免不得的自然現象；一則用不着人們來鼓吹，二則也不是道德上的教訓所能根本拔

除的。既是不能拔除的，那末最便宜的方法是利用這個自然現象平心靜氣地來演出若干解決爭訟的原則。法學的昌盛，法治精神的發達，都是以爭訟爲基礎的。沒有爭訟，就不會有真理，也不會有公道。法律以爭訟爲發源地；以公道爲歸依處。

將不能拔除的自然現象，當作根本上不道德的。並且諱莫如深的事情，其流弊不一而足。

第一 民族容易落於「心理壓迫」的狀態。心裏雖有冤曲，因爲禮教的緣故不敢直說，恐怕動輒得咎，所以還是忍耐爲妙。但是人心總非草木可比，忍耐到相當程度，不能再忍了；於是怒不可抑地大發雷霆起來了。壓迫的程度愈高，其反響亦愈厲害，甚至一發難收，簡直



是不顧三七二十一地作村婦的謾罵了。如此說來，謾罵就是那禁止爭訟的道德的私生子！天下事往往因理想太高其結果適得其反。儒家的簡單頭腦怎麼見得到這樣微妙的真理呢？總之我們如果要想剷除謾罵的習慣，非將爭訟變作一種藝術和科學不可。法律就是爭訟的藝術和科學哩！

第二 民族容易學得一種假冒爲善的脾氣。實在心裏已經覺得很不平，還要咬緊牙齒裝作大量，設是「宰相肚裏好撐船」！什麼「君子無爭，」「喫虧就是便宜」；原來你情願喫虧無非要想便宜，這個居心可見一斑了！所以最高尚的道德是要我們對於不滿足的事情儘管爽快的說；而對方也用不着見氣，因爲要知道「人心之不同，正如其面。」世間上

沒有兩個人思想是一樣的。真正和平，是從爭訟裏尋出來的！

## 新民法和民族主義

全部民法已由立法院於最近二年中陸續通過，並已正式公佈了！此後中國已爲一個有民法典的國家了；這是在法制史上何等重要何等光榮的一頁！但是我們試就新民法從第一條到第一二二五條仔細研究一遍，再和德意志民法及瑞士民法和債編逐條對校一下，倒有百分之九十五是有來歷的，不是照賬謄錄，便是改頭換面！這樣講來，立法院的工作好像全無價值的了，好像把民族的個性全然埋沒了！殊不知內中還有一段很長的歷史待我分解一下罷。第一我們先要明白，世界法制，浩如煙海；卽就其犖犖大者，已有大陸和英美兩派，大陸系復

分法意德瑞四個支派。我們於許多派別當中，當然要費一番選擇工夫，方始達到具體結果。選擇得當就是創作，一切創作也無非是選擇。因此，我們民法雖然大部份以德瑞民法做借鏡，要不能不問底細地就認為盲從。況且訂立民法和個人著作是截然兩事。著作也許是以獨出心裁，不落恆蹊為名貴；而立法本不必問淵源之所自，祇要問是否適合我們民族性。俗言說的好，無巧不成事，剛好泰西最新法律思想和立法趨勢，和中國原有的民族心理適相脗合，簡直是天衣無縫！

原來在十九世紀的時候，歐美各國盛行個人主義因此法律也隨之個人主義化了。一到二十世紀，法學界就發生一種新氣象，對於從前的個人主義就起了一個極有力量的反動！這一段的歷史，研究起來，

耐人尋味。現在我要把其中蛛絲馬跡源源本本地陳述一番以供讀者諸君的參攷。

十九世紀當中，最能代表個人主義的思想家要算英儒邊沁了。他的學說設建於兩大柱石的上面：第一，立法的目標在乎爲最多數謀最大幸福。在表面上看，好像這個主張可稱爲公益主義，適和個人主義背道而馳的。對於這個疑問有二層說明：邊沁氏所謂最多數，仍由各個人集合而成，非指民族全體而言；是一個無機體，不是一個有機體。這是第一層。第二層，所謂最大幸福非有一定客觀標準，仍由各個人主觀上審定之。這一層就引導我們到第二個柱石：就是各個人對他自己的幸福，是個最好的評判員。所謂人家事體頭上過，自己事體穿

心過。所以立法者當儘量除去各個人的自由行爲的障礙和限制，祇要他的自由不致妨害人家所有相同的自由。在理論上觀察，邊沁的學說是以上述第一個原則爲體，而以第二個原則爲用；然在實際上，則第二個原則影響最大，實在有些喧賓奪主的了！所以他的信徒斯賓塞爾氏就說立法的最妥準則是放任政策，不是「最多數的最大幸福」。

放任政策是主張關於社會生活，——尤其經濟的活動——任憑各個人自己作主，非但他人不得無故干涉，即政府也不應輕易地阻礙。國家的職司是消極的，不是積極的。放任政策以企業自由，和契約自由爲牠的口號；主張法律對於人民的經濟生活，不但不應加以干涉，而且對於個人因企業及契約而得到的一切利益，法律應盡量地保障牠

們。在法律上，各人有自助的權利，而沒有助人的義務；優勝劣敗，巧者生存，拙者淘汰，視爲當然之事，其結果是富者愈富，貧者愈貧，演成一個個人資本主義的國家。如此，從個人主義轉到放任政策，再由放任政策演成資本主義，此中蛛絲馬跡，不難一一覆按了。現在我們再將個人主義對於法律的影響研究一番。歸納起來，不外下列幾點。

(一) 訂約自由 在個人主義者眼光當中，各人具有自由意志，而自由意志，是法律所頂要尊重的一件物事；並且他們相信契約是當事人自由意志的結晶，所以一切契約，祇要不爲法律所明禁的，都應認爲有效，至其內容是否公道，可以一概不問。他們的邏輯是：各成年

人是有自由意志的，自由意志是神聖不可侵犯的，契約是自由意志的產物，所以契約也是神聖不可侵犯的。前十幾年的時候，美國聯邦及各邦的立法機關，通過幾條勞工法規，限制工作時間，（有的是八小時，有的十小時，有的十二小時，現在限於篇幅，不能一一縷述，）並規定最低限度之工資。後來資方與聯邦及各邦法院對於該項法規提出詰問，主張此種法律侵犯憲法所授予的自由訂約之權，因為工作時間的長短，和工資的多寡，應由當事人自己定奪，僱主固然有自由意志，工人中有他們自由意志。工作和工資，本來是買賣性質的，假使工人方面嫌工作時間太長，工資太薄，儘可不訂契約，合則留，不合則去，兩言可決，問題甚屬簡單；工人又不是國家的被保護人，何勞



國家替他們越俎代謀，反致侵犯他們天賦的自由意志？當時法院都認資方主張爲有理，上述法規以違背憲法宣告無效。美聯最高法院在 *Lochner vs New York* 那件案子，也是這樣判決。祇有一位霍姆氏推事提出異議，略謂憲法是活的東西，絕對不能將一個時代的政治經濟思想認爲憲法的唯一真銓，況且第十四次修正案中所稱自由二字，並未把斯賓塞爾氏的全部個人主義的社會學訂進在內！況且各時代有各時代的需要，所以學說也因之而變，不可泥古不化，以致阻礙社會之進化。霍姆氏的主張實在是最近法律趨勢（即法律社會化運動）的先聲，現在已漸漸地佔優勝了。另有一位法學家曾經很痛快地宣稱：被經濟壓迫的人實有飢不擇食寒不擇衣的情境，所謂自由意志恐怕虛有其

表罷了。

(二)民事責任問題 一身做事一身當，是個人主義者之口頭禪。所以除非自己有錯，不應負民事上責任。有錯就有責任，沒有錯就沒有責任；這個原則爲十九世紀時歐美各國法家所公認爲天經地義，顛撲不破的。雖然實際上也有少許非因過失而發生責任的法律現象，但是十九世紀的法學家對於這種案件，總要穿鑿附會地把個錯字硬套上去，才算能盡邏輯能事，其實未免有些方柄圓鑿的了！二十世紀泰西法學家衆口一聲地都主張民事上原有兩種責任；其一爲有過失的責任，其二爲無過失的責任。前者不在本文討論範圍之內，現在專就後者稍爲解說。表面看來似乎自己沒有什麼過失，而法律叫我負責，實在

是一件很冤枉的事情。但是我們如果仔細研究起來，在特種情形之下，民法確有規定雖無過失仍應負責之必要，比方，在工廠裏工作的工人，往往有因不可歸責任何人的情事，受至重大的傷害，或簡直犧牲性命。在工業發達的國家，這種不幸的事情，統計起來，日必數千百起。十九世紀的法律大都認為這些不測的遭遇，不過是工人自己的運氣不好，不能歸責於僱主，所以僱主沒有賠償的義務。但近來立法趨勢，已漸漸地改變過來了。即就美國而論，各邦和聯邦的立法機關多過「工人賠償法規」。起初法院方面還是很固執地宣稱這套法律其通結果等於無故剝奪人民的財產權，所以違背憲法，應認為無效。後來這個時代精神漸漸地浸入推事們的腦海當中，該種法規已成一個普遍

的現象了。現在泰西的法學家都以爲僱主誠然沒有過失，但工人不測的死傷，既爲現代社會上不可避免的損害，這筆損害與其全部歸到工人和其窮苦家屬的身上還不如由僱主負擔，因爲經濟能力究竟要算僱主充分一些。這種辦法，在十九世紀法家眼光看起來，恐怕是明明敲竹槓了！敲竹槓也罷，不是敲竹槓也罷，現代法家總認爲這個辦法是很公道很妥當的。民權固然要保障，可是民生也是要保護的。

(三)親屬關係 泰西各國在十九世紀，因上述個人主義的緣故，親屬間的關係非常散漫；兄弟父子，一經成年之後，各自謀生，各自營業，雖然枯榮異趨，也不負任何扶養義務；做兒子的擁資百萬，做父親的仍是不命一錢，也是司空見慣的事情。父子如是，兄弟叔姪之

間更不用說了！在他們以爲這樣才能養成自立的精神。西諺說，上帝祇助自助之人！這和我們「是親必顧」的精神簡直有天淵之別。所以泰西人民每譏中國人富於依賴性。那料物極必反，天道好還，到如今西洋最時髦的民法——瑞士民法——第三百二十八條規定直系親屬及兄弟姊妹相互間於必需時負供給扶養之義務。德意志民法也有同類的規定（第四百二十一條）。

把以上三點總括起來，可說泰西的法律思想，已從刻薄寡恩的個人主義立場上頭，一變而爲同舟共濟，休戚相關的連帶主義化了。換言之，他們的法制與我國固有的人生哲學一天接近似一天！我們採取他們的法典卻巧同時也就是我們自己的文藝復興中重要的一幕，也就

是發揮我們的民族性！胡漢民先生曾說新民法爲我們民族性中根深蒂固的王道精神的表現。從表面看，似乎既經鈔襲人家的東西，還要老着面皮，公然掠人之美，硬說是自己家裏的寶藏，這話從何說起？但是從以上所論觀察起來，胡先生的論調確有見地，絕非欺人之談。因爲我們並非東施效顰地硬要摹仿他們，實在是他們的思想先和我們接近，我們才去採取的，好比一件古物從前曾經「取之中府藏之外府」，現在又從外府，移到中府來了。總之，新民法雖是一個螟蛉子，這個螟蛉子和我們倒也有幾分血統關係哩！至於研究新民法和我們民族性如何適合，如何相得益彰，非拿歷代的典章和人生哲學來參照一下，卽不能洞悉底細，讀者諸君欲知此中詳情，且待異時再述！

## 三民主義和法律

三民主義是我們的目標，法律是貫徹三民主義的一種工具。牠們是搭擋碼子。前者是目的，後者爲方法。大家都知道三民主義就是民族民權民生三個主義。現在分別討論法律對民族民權民生的貢獻。

### (甲) 法律和民族主義

先講民族。法律對於民族的貢獻，大致有三點：(一) 法律應儘量發揚民族精神。世界上各個民族有牠們的特性。有的特性是不行的，應該竭力改革；有的特性是優良的，應該竭力保守勿失，並且竭力培

植，務使牠們開花結果，弄得萬紫千紅蔚爲大觀。中國人的劣性，固然不一而足，現在不在話下；但是優良的特性亦復不少，大有奇貨可居的地步。中山先生說的好：『近來歐洲文化東漸，他們的政治經濟科學都傳到中國來了，中國人聽到歐洲的政治學理多數是照本抄謄，全不知道改變』！這就是說我們民族的特性千萬不可湮沒，做人家的文化上的奴隸。講到這裏，諸位一定要發問，究竟什麼是我們民族最好的特性呢？我的答案便是：『中和之道』。中就是不偏的意思；我們民族不喜歡走極端的，不容易變成過激的。和就是不高興爭訟的意思；我們相信和衷共濟，訟則終凶。所以專門打官司的人，我們名之『訟棍』。孔子說：『聽訟吾猶人也，必也使無訟乎』！這句話可以代表



歷來做官的人的理想。讓我引徵一樁故事，來證明這人生觀。

『後周蘇瓊除清河太守，有普明兄弟爭田，牽累至百人。瓊諭之曰：天下難得者兄弟，易求者田地，假令得田地，失兄弟心如何！因而下淚。諸證莫不灑泣。普明兄弟叩頭乞外更思。分異十年，遂還同住。』（見祥刑古鑑卷上第四十五頁）

在中國法律史上，這種至誠開導的例子不可勝計。卽就現在的法律而論，也常有中和之道的表現。比方新近立法院頒佈民事調解法規定民事初級案件和人事，如婚姻等類，都要經過調解，不得卽行訴訟。各法院都設有民事調解處；法官用他們的苦口婆心諄諄善誘。

還有新民法當中，往往有折中辦法的規定。最有趣味的，是第一

百二十四條第二項：『出生之月日無從確定時推定其爲七月一日出生。知其出生之月而不知出生之日者推定其爲該月十五日出生』。

這條法律是立法院所創設的，不是從別國抄襲得來的。這豈不是民族精神的產品嗎？

(二)法律爲取銷領事裁判權及廢除不平等條約的有力工具。中山先生革命第一件大目的，就是要躋我民族於國際平等的地位；取銷領事裁判權，廢除不平等條約，是完成主義最緊要的工作，且於遺囑中諄諄交代，尤須於最短期間促其實現。可是現在照我國的國勢而論，尙無以強權來抵抗強權的力量，祇能藉國際公法的運用，主張正義公道以自衛，據理力爭，而求達到取銷領事裁判權及廢除不平等條約目

的。這是法律對於民族主義第二點貢獻。

(三)法律可以改良民族。我們素稱文弱之邦，故中華才子，類皆多病多愁。其最大原因，即緣婚姻不能自由。父母之命，媒妁之言，是天經地義的；婚姻能否稱心如意，自己毫不能做主，全賴運氣而定。於是才子不能配佳人。女子方面亦然，自古紅顏多薄命，巧婦常伴拙夫眠，以一素不相識之人，而強使成爲夫婦，於是鬱鬱不樂，家庭間絕無樂趣可言。以這樣的環境精神，如何會產生活潑強壯的小孩來？反觀歷來有許多英雄豪傑大人物，類多野合的結晶品。民族強弱與婚姻自由與否，其關係之大，於此可見，所以現在新親屬法第九七二條規定『婚約應由男女當事人自由訂定』。第九七五條且規定『婚約不

得請求強迫履行』。就是要使戀愛自由，結婚自由，夫妻愉快，可以產生活潑伶俐而且強健的小國民，使民族得以漸漸地轉弱爲強。再如鴉片和花柳病爲害民族很大，法律不是醫學，天然不能規定戒烟的方法，也不能療治花柳病。但是法律可以用處罰的方法強迫人民戒烟，也可以對於生花柳病的人的種種行爲加以相當的制裁，例如准許對方解除婚約及離婚，以去除及減少花柳病的傳染害其民族。這是法律對於民族主義第三點貢獻。

### (乙) 法律和民權主義

民權主義對於法律有直接的關係。現在限於時間，祇能把主要之

點討論一下。

泰西各國在十八九世紀的時候，盛行個人主義，主張個人的權利是天賦的，所以也是絕對的。其結果弄到各人祇知行使他自己的權利，不管他人的痛癢，更不管社會的利益，於是醞釀成一個互相競爭的局面。在國內則訟案紛紜；在國際則戰事時有，末了演歐戰的大慘劇！中山先生的民權主義和個人主義化的權利觀念是迥然不同的。民權主義的出發點是社會，不是個人。照中山先生的意思，權利是社會寄託在個人身上的，社會是產生權利的源泉，個人離開社會即無權利可言。社會既能授予權利，在必要時也能剝奪權利，至少也能限制權利的範圍。所以民權主義是主張一切權利是相對的，並非絕對的。

我們如要明白民權主義和個人主義不同的地方，先須將泰西各國十九世紀的法律思想源源本本研究一下。

十九世紀當中，最能代表個人主義的思想家要算英儒邊沁了。他的學說建於兩大柱石的上面：第一，立法的目標在乎爲多數謀最大幸福。在表面上看，好像這個主張可稱爲公益主義，適和個人主義背道而馳的。對於這個疑問有二層說明：邊沁氏所謂最多數，仍由各個人集合而成，非指民族全體而言；是一個無機體，不是一個有機體，這是第一層。第二層，所謂最大幸福非有一定客觀標準，仍以各個人主觀上審定。這一層就引導我們到第二個柱石；就是各個人對他自己的幸福，是個最好的評判員。所謂人家事體頭上過，自己事體穿心過

。所以立法者當儘量除去各個人的自由行爲的障礙和限制，祇要他的自由不致妨害人家所有相同的自由。在理論上觀察，邊沁的學說是以上述第一個原則爲體，而以第二個原則爲用；然在實際上，則第二個原則影響最大，實在有些喧賓奪主的了！所以他的信徒斯賓塞爾氏就說立法的最妥準則是放任政策，不是『最多數的最大幸福』。

放任政策是主張關於社會生活——尤其是經濟的活動——任憑各個人自己作主，非但他人不得無故干涉，即政府也不應輕易地阻礙。國家的職司是消極的，不是積極的。放任政策以企業自由，和契約自由爲牠的口號；主張法律對於人民的經濟生活，不但不應加以干涉，而且對於個人因企業及契約而得到的一切利益，法律應盡量地保障牠

們。在法律上，各人有自助的權利，而沒有助人的義務；優勝劣敗，巧者生存，拙者淘汰，視爲當然之事，其結果是富者愈富，貧者愈貧，演成一個個人資本主義的國家。如此，從個人主義轉到放任政策，再由放任政策演成資本主義，此中蛛絲馬跡，不難一一覆按了。現在我們再將個人主義對於法律的影響研究一番。歸納起來，不外下列幾點。

(一) 訂約自由 在個人主義者眼光當中，各人具有自由意志，而自由意志是法律所頂要尊重的一件物事；並且他們相信契約是當事人自由意志的結晶，所以一切契約，祇要不爲法律所明禁的，都應認爲有效，至其內容是否公道，可以一概不問。他們的邏輯是：各成年人



是有自由意志的，自由意志是神聖不可侵犯的，契約是自由意志的產物，所以契約是神聖不可侵犯的。前十幾年的時候，美國聯邦及各邦的立法機關，通過幾條勞工法規，限制工作時間，（有的是八小時，有的十小時，有的十二小時，現在限於篇幅，不能一一縷述，）並規定最低限度之工資。後來資方向聯邦及各邦法院對於該項法規提出詰問，主張此種法律侵犯憲法所授予的自由訂約之權，因為工作時間的長短，和工資的多寡，應由當事人自己定奪，僱主固然有自由意志，工人也有他們自由意志。工作和工資，本來是買賣性質的，假使工人方面嫌工作時間太長，工資太薄，儘可不訂契約，合則留，不合則去，兩言可決，問題甚屬簡單；工人又不是國家的被保護人，何勞國家

替他們越俎代謀，反致侵犯他們天賦的自由意志？當時法院都認資方主張爲有理，上述法規以違背憲法宣告無效。美聯邦最高法院在 *Lochner vs New York* 那件案子，也是這樣判決。祇有一位霍姆氏推事提出異議，略謂憲法是活的東西，絕對不能將一個時代的政治經濟思想認爲憲法的唯一真銓，況且第十四次修正案中所稱自由二字，並未把斯賓塞爾氏的全部個人主義的社會學訂進在內！況且各時代有各時代的需要，所以學說也因之而變，不可泥古不化，以致阻礙社會之進化。霍姆氏的主張實在是最近法律趨勢（即法律社會化運動）的先聲，現在已漸漸地佔優勝了。另有一位法學家曾經很痛快地宣稱：被經濟壓迫的人實有飢不擇食寒不擇衣的情境，所謂自由意志恐怕虛有其表罷了。

（二）民事責任問題 一身做事一身當，是個人主義者之口頭禪，所以除非自己有錯，不應負民事上責任。有錯就有責任，沒有錯就沒有責任；這個原則爲十九世紀時歐美各國法家所公認爲天經地義，顛撲不破的。雖然實際上也有少許非因過失而發生責任的法律現象，但是十九世紀的法學家對於這種案件，總要穿鑿附會地把個錯字硬套上去，才算能盡邏輯能事，其實未免有些方柄圓鑿的了！二十世紀泰西法學家衆口一詞地都主張民事上原有兩種責任：其一爲有過失的責任，其二爲無過失的責任。前者不在本文討論範圍之內，現在專就後者稍爲解說。表面看來似乎自己沒有什麼過失，而法律叫我負責，實在

是一件很冤枉的事情。但是我們如果仔細研究起來，在特種情形之下，民法確有規定雖無過失仍應負責之必要。比方在工廠裏工作的工人，往往有因不可歸責任於何人的事情，受至重大的傷害，或簡直犧牲性命。在工業發達的國家，這種不幸的事情，統計起來，日必數百起。十九世紀的法律大都認為這些不測的遭遇，不過是工人自己的運氣不好，不能歸責於僱主，所以僱主沒有賠償的義務。但近來立法趨勢，已漸漸地改變過來了。即就美國而論，各邦和聯邦的立法機關多通過『工人賠償法規』。起初法院方面還是很固執地宣稱這套法律其結果等於無故剝奪人民的財產權，所以違背憲法，應認為無效，後來這個時代精神漸漸地浸入推事們的腦海當中，那種法規已成一個普遍的

現象了。現在泰西法學家都以爲僱主誠然沒有過失，但工人不測的死亡，既爲現代社會上不可避免的損害，這筆損害與其全部歸到工人和其窮苦家屬的身上，還不如由僱主負擔，因爲經濟能力究竟要算僱主充分一些。這種辦法，在十九世紀法家眼光看起來，恐怕是明明敲竹槓了！敲竹槓也罷，不是敲竹槓也罷，現代法家總認爲這個辦法是很公道很妥當的。

(二) 所有權的性質 在個人主義者的眼光中，所有權是絕對沒有限制的，我對於我所有的東西可以自由享受，自由處分，自由處置，社會絕對不能予以干涉。泰西有一個拉丁文的法律格言說：『土地所有權的範圍是上至天空，下至地心』。如此說來，所有權簡直是上至

天堂，下至地獄，實在是佛法無邊的了。蘇東坡赤壁賦內說：『夫天地之間，物各有主，苟非吾之所有，雖一毫而莫取，惟江上之清風，與山間之明月，耳得之而爲聲，目遇之而成色，取之無禁，用之不竭，是造物者之無盡藏也，而吾與子之所共適』。但就上述格言嚴格解釋起來，連江上清風和山間明月都是在個人所有權範圍之內的了。這天然是不可能的；而且在實際上個人主義的法學家也並沒有這樣主張。但是個人主義的精神，實在可以用上述法律格言來代表。現在風氣已漸漸地轉過來了。比方我們新民法七百七十三條規定：『土地所有權，除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內及於土地之上下，如他人之干涉無礙其所有權之行使者，不得排除之』。這條法律是從瑞

士法典抄襲來的；但是頗能代表現代的『社會化』和『相對化』的法律思想。

據上開三點而觀，可見中山先生的民權主義和泰西法家新的法律哲學適相吻合。民權主義對於我國新法制的關係可見一斑了。

### （丙）法律和民生

法律和民族民權間的關係，已如上述；現在要討論法律和民生的關係。但是這個問題非常複雜，現在限於時間祇能提出一點來和諸君研究，就是法律應貫徹社會公道。何謂社會公道？就是：個人有供獻於社會的，社會也應儘量地報酬他，決不可使他勞而無獲。反而言之

，凡是對於社會生活沒有什麼功勞的人，社會決不可使他無功受祿。在不公平的社會裏，有一部份人毫不工作，既不用心，又不用力，倒享盡世界的快樂；還有一部份人終日奔走忙碌，爲社會做生產或其他有益工作，倒不免於凍餓！前者謂之徼倖，後者謂之委曲。前者太過，後者不及，均非中道。我還記得唐朝詩人白香山有一首五古題曰『觀刈麥詩』，頗富於公道的感覺。現在我要讀給諸君聽聽：

田家少閑月，五月人倍忙。

夜來南風起，小麥覆隴黃；

婦姑荷簞食，童稚攜壺漿；

相隨嚮田去，丁壯在南岡。



足蒸暑土氣，背灼炎天光；  
力盡不知熱，但惜夏日長，  
復有貧婦人，抱子在其傍，  
右手秉遺穗。在臂懸弊筐，  
聽其相顧言，聞者爲悲傷。  
家田輸稅盡，拾此充飢腸。  
今我何功德，曾不事農桑，  
吏祿三百石，歲晏有餘糧，  
念此私自愧，盡日不能忘。

兄弟的意思以爲一切小本經紀和靠着汗血過活的人，國家非但不

應徵稅，並且應該積極地幫助他們。對於靠人家的工作發財的人，國家應奉行中山先生所說『直接徵稅』的方法。中山先生是主張『用累進稅率多徵資本家的所得稅和遺產稅』。他又接着說：『行這種稅法，就可以令國家的財源都是直接由資本家而來。資本家的入息極多，國家直接徵稅，所謂多取之而不爲虐。從前的舊稅法，祇是錢糧和關稅兩種。行那種稅法，就是國家的財源完全取之於一般貧民，資本家對於國家，只享權利，毫不盡義務，那是很不公平的』。（見民生主義第一講）兄弟對於中山先生所主張的遺產稅尤其贊同。從前東漢時疏廣說：『賢而多財，則損其知；愚而多財，則益其過』。現在一般纨绔子弟，憑藉祖宗遺下的造孽錢，終日狂嫖濫賭，享盡安樂；另一方面無

產階級者，終日勞動，尙不能得一飽。一則不勞而獲，一則勞而不獲；天下不公平事，甯有過此？所以最公平的辦法就是國家將遺產稅的收入撥作全國人民義務教育費用，使得個個人有受教育的機會，並且使得個個人也感覺到受教育的必要。

法律哲學研究

## 唐以前法律思想底發展

前由徐季龍先生，約兄弟到上海法政大學去演講。兄弟學問是很淺陋的，淺陋的實在不堪——這豈不是班門弄斧了嗎？可是學問的東西本來是研究性質的，並不是獨斷的。詩經說的，「如切如磋，如琢如磨。」正是爲學問二個字寫照。既然這樣，我們也不妨把平素所心得的時時和朋友們討論討論，以便互相發明，互相改正。現在把這篇演詞記在下面，希望與讀者共同來研究一下。

兄弟今天所要討論的題目就是「唐以前法律思想底發展。」諸君先要認清題目。我不講法律底發展；我講法律思想底發展。法律底發

展，是屬於法制史的，現在不講。今天底題目，乃是法律哲學的題目。還有一層我要預先聲明的，就是「唐以前法律思想底發展」這個題目範圍很大，在一個鐘頭裏面一定不能詳詳細細的講完，只可以講到大致。

大致唐以前法律思想，可分作三個時期。現在爲便利起見，用西歷計算。

第一時期——禮治思想——法律和道德混合時期——（紀元前五世紀以前）

第二時期——法治思想——法律和道德分離時期——（前四世紀至前三世紀末葉）

第三時期——禮法調和之思想——法律和道德重合時期——（前二世紀至後七世紀）

諸君要曉得，在思想史上定日期，是最困難的一件事，因為思想是活的東西；牠底變遷不是驟然的，所謂履霜之漸，非一朝一夕之故。我們斷乎不能說某年某月某日以前，人們信奉禮治思想，某年某月某日以後，忽然一變而為法治思想的時代。所以我們假定日期不過為研究便利起見，斷乎沒有絕對的真確性的。

一，先講第一時期——研究這個時期底法律思想，參攷書固然不少，不過有幾部書攷據家說是後人偽造的，所以很靠不住。好在詩經和論語是比較的可靠：禮治思想可以用這兩部書來做代表。

這個時月底信條是：治國家用不着法律，只要用禮儀就行了。君王祇要講仁義道德，百姓就會受感化。君王祇要以身作則，百姓也自然而然的會跟着做。人民好比米粉團一樣，可以把君王隨便搓的。君王搓的得當，那米粉團就成了一個整整齐齊美美麗麗的東西。要使搓的不得法，那米粉團就弄糟了。諸君請聽下面的引證，就可領會當時底思想了。

『季康子問政於孔子曰，「如殺無道，以就有道，如何？」孔子對曰，「子爲政，焉用殺？子欲善，而民善矣，君子之德風小人之德草；草上之風，必偃。」』論語顏淵

『君子屢盟，亂是用長；君子信盜，亂是用暴』詩經小雅巧言



篇

『周道如砥，其直如矢！君子所履，小人所視』小雅大東篇

『弗躬弗親，庶民弗信』小雅節南山篇

『君子如屆，俾民心闕；君子如夷，惡怒是違』同上

這些話都是根據着洪範說的「天子作民父母，而爲天下王」底意思。父母和子女是最親愛的，所以應該用感化底方法，使得子女改惡爲善。如果不能化民成俗，反而從事於法律和刑罰，此之謂下策！所以孔子說：

『道之以政，齊之以刑，民免而無恥；道之以德，齊之以禮，有恥且格。』論語爲政

禮治底根本，不外乎五倫：『君臣，父子，兄弟，夫婦，朋友。』禮治把天下的人分尊卑，貴賤，親疎，厚薄；不用平等不偏的法律治之。論語上有一段很有趣的：

『葉公語孔子曰，「吾黨有直躬者，其父攘羊，而子證之。」孔子曰「吾黨之直者異於是。父爲子隱，子爲父隱，直在其中矣。」』

『論語子路』

老實說孔子這段話是個遁辭！其實這並不是直不直的問題；不過這樣的「直」和孔子底禮教衝突罷了。

孔子根本不承認法律之必要。所以他說：

『聽訟吾猶人也，必也使無訟乎？』

禮治思想底根本錯誤，照我看來，有二點：（一）牠的心理學未免太幼稚了。孔子根據着性善之說來講政治法律，難怪他底結論是：在上者只要用「以身作則」底法子來感化下民，下民自然會「效法」*imitate*。那裏用得着法律呢？「效法」*imitation* 固然是社會上很重要的「一種作用」；但是治國家若專靠「效法」，那裏能夠持久呢？司馬談批評儒家說：

『儒家博而寡要，勞而少功，是以其事難盡從。』

正是一言破的。（二）禮治思想有抹殺人格底趨勢。「禮治」是一個自相矛盾的概念。所貴乎道德者，莫非因為道德是自由意志的產品。假使把政治和道德混在一起，其結果是「強迫的道德」，「麻煩的

政府」，Fussy paternal government. 在「強迫的道德」和「麻煩的政府」之下，人民的人格永不會有發展底機會了！奴隸性質的道德，不如自由意志的不道德，我不說自由意志就是道德；但自由意志是一切道德，一切人格底生死關鍵，和必備條件。

二，第二時期乃是法治思想全盛時代。法治思想可算是對於禮治思想的一個大反動。禮治思想底出發點是親疎厚薄，賢不肖之分別；而法治思想底出發點是「無厚」。鄧析子說：

『天於人無厚也；君於民無厚也。……何以言之？天不能屏勃厲之氣，全夭折之人，使爲善之人必壽，——此於人無厚也。凡民有穿窬爲盜者，有詐僞相迷者，此皆生於不足，起於貧窮，而君必

執法制之，——此於民無厚也。」鄧析子無厚篇

慎子述主張法治的緣故如下：

『法雖不善，猶愈於無法，所以一人心也。夫投鉤以分財，投策以分馬，非鉤策爲均也；使得美者不知其所以美，得惡者不知其所以惡，此所以塞願望也。』慎子威德

這段文字可稱法律心理學！慎子又說：

『大君任法而弗躬，則事斷於法，法之所加，各以分，蒙賞罰而無望於君；是以怨不生而上下和矣』慎子君人

這和詩經『弗躬弗親，庶民弗信』遙遙相對！

對於儒家以身作則底思想，韓非子有很厲害的攻擊：

『釋勢委法，堯舜戶說而人辯之，不能治三家；夫勢之作用亦明矣！而曰必待賢則亦不然矣！且夫百日不食，以待梁肉，餓者不活；今待堯舜之賢，乃治當世之民；是猶待梁肉而救餓之說也。』

### 韓非子難勢

我記得詩經衡門篇有『豈其食魚，必何之魴？豈其娶妻，必齊之姜？豈其食魚，必河之鯉？豈其娶妻，必宗之子？』韓非子的意思好似說：『豈其治國，必唐之堯？』

韓非子六反篇駁『天子作民父母』說：

『今上下之接，無子父之澤，而欲以行義禁下，則交必有郤矣。且父母之於子也，產男則相賀，產女則殺之，此俱出父母之懷衽

，然男子受賀，女子殺之者，慮其後便，計之長利也。故父母之於子也，猶用計算之心以相待也；而況無父子之澤乎？今學者之說人主也，皆去求利之心，出相愛之道，是求人主之過父母之親也，此不熟於論恩，詐而誣也！故明不受也。聖人之治也，審於法禁，法禁明著，則官法；必于賞罰，賞罰不阿，則民用官，官治則國富，國富則兵強，而霸王之業成矣。」

法治思想是對於前章所述人治思想底一個大反動；所以牠的議論多趨於極端。並且法治思想大有功利主義的彩色，把人類當作一部「計算的機器」(Calculating machine)可是人的心理是復雜的萬分，不是單純性的；比方，計算之心固然有的，然而同情心也未始沒有。法律

不是特種心理底特產，却是各種心理調和底結果。法律正是理想界和實在界之交點！法律正是「公道」和「治安」底公僕！法律那裏是功利底走狗？法律那裏是計較利害底算盤？司馬談批評法家，說他們「嚴而少恩」却是不差！所以梁任公底批評：

『法家以道家之死的靜的機械的唯物的人生觀爲立腳點，其政治論當然歸宿於法治主義——即物治主義』先秦政治思想史二六二頁

也不是完全沒有根據的。不過我有一句話要特別聲明的：謂「法家」底「法治主義」爲「物治主義」則可；若謂一切的法治主義都是物治主義，那末，我非大聲竭呼的提出抗議不可！（不過我想梁任公



並不說一切的法治主義乃是物治主義。）

三，第三時期底禮法調和之思想可算是對於秦朝底刻薄寡恩的法律一個反動。

『炎漢代興，蕭何草律，而叔孫通制禮兼治與法治而一之；漢祚之永，未始不基於此。』程樹德漢律考施愚序

諸君請看漢高祖約法三章，文帝除肉刑詔，詔誹謗言罪詔，除相坐詔，就可知道當時法律思想底趨向了。景帝詔讞疑獄最有研究的價值！詔曰：

『獄者人之大命，死者不可復生，朕甚憫之，諸獄疑若雖文致於法而于人心不厭輒讞之。』

這是以法律爲本，而承認其有例外。所以這個時期和第一時期有一個大不相同的地方，就是，這個時期承認法律底必要，不過要把道德的觀念運輸到法律裏面去——把「人情」貫注到法律中間。這和羅馬法底 *ius honorarium* 和英美法底 *Equity* 却是同一精神的。

唐律疏義名例疏是長孫無忌做的。他論法律之必要說：

『夫三才肇位，萬象斯分；稟氣含靈，人爲稱首；莫不憑黎元而樹司宰，因政教而施刑法；其有情恣庸愚，讖沈愆戾，大則亂其區宇，小則睽其品式，不立制度，則未之前聞。』

長孫無忌論道德和法律之關係說：

『德禮爲政教之本，刑罰爲政教之用，猶昏曉陽秋，相須而成

者也。』

在這個時期，道德和法律的性質，固然已經辨清楚了；可惜「政治」和「宗教」還是混一個機關；所以中國法律當中民法成分和刑法成分不能成一個相的比率。總之，「合法」「不合法」底概念和「善」「惡」底概念沒有分清。凡是「合法的」總是「善的」所以非賞不可凡是「不合法的」總是「惡的」，所以非罰不可！這種的觀念實是在人治思想的遺毒呀！可憐我們中國人是地球上思想和道德最不解放的民族！如要解放我們拘拘束束，畏首畏尾的心理狀況，就非鼓吹法律主義不可！現在法律學生底最重大的問題，就是：如何能使法律主義通行，而同時免脫刻薄寡恩的流弊？

法律哲學研究

## 法律之多元論

今天我所講的是法律之多元論，不過在未講之前，我們先要明白什麼是多元論。多元論是一元論之對待名詞，現在不妨先將一元論連帶的說一說，一元論是宇宙觀中之一派，是說宇宙間之一切現象，都歸到一個總源，或是說用一個原則可以說明宇宙間種種的現象。一元論發原很早，希臘哲學家 Thales 先就以爲宇宙間主要的原質是水，萬物生於水，長於水，而歸於水。同時有個哲學家名 Anaximenes 者，說宇宙間主要的原質不是水是空氣，他們二人同出一派，而見解各殊，又有 Heracitus 者，亦是希臘的哲學家，他說宇宙間主要的原質是

火，不承認水又不承認空氣；後來 Pythagoreans 這派的人，都說宇宙間主要的原質是數這些的論調與中國人講太極很相近的。多原論主張宇宙間一切現象，不能歸諸一個總源，也不信可以用一個原則來說明這些現象。希臘哲學家 Empedocles 便不以一元論爲然，他說宇宙間主要原質，有水火土空氣四種，和中國的五行說很相似的，十七世紀之後，德國哲學家 Leibnitz 主張多元論最力，他著有一部原子論，爲研究哲學者所必讀之書，他以爲宇宙間有無數的微塵似的靈動實體，無論什麼東西都有這種有靈性的小物體存生着。最近美國哲學泰斗 William James 在他所著的多元宇宙中說：宇宙間沒有一個東西能統轄或支配萬物的。卽尊如上帝亦不能做這事情，因爲他自身無時不在變化

之中，這宇宙不是個一成不變的大塊 (Block Universe) 他的意思就是說，宇宙非單純的物體，乃是由各種複雜的分子組織而成。可惜 James 現在已死了，不過他的影響仍舊很大，不單是美國，歐洲的思想也受他影響的。我想研究政治學的人一定知道 Lasch 這個人，他的名著 *Evolution of sovereignty* 是許多文章會合而成的，其中有篇名多元國家；這書受 James 的影響很不少。美國法學家 Holmes Roscoe Pound 和 Cardozo 都是我很好的朋友，他們的主張都須向於多元論，可是沒有正式的用這名字，我現在正式的叫他多元論的法律哲學。以上講了一大篇，全屬多元與一元的異同，現在當未講法律的多元論之前，先把法律之單元論提出一講。我們要明白法律之多元論是什麼，非同時用

法律之一元論作背景不可。何謂法律之一元論？在法律宇宙中的一切現象，都可以歸到一個本源，或以一個原則來說明一切法律宇宙中的現象，這就叫做法律之一元論。在此定義之下，大多數的法律哲學家皆屬於一元論這一派的，講法律之一元論有不同的四派。

(一)自然法派 這派學說很盛行於十七十八兩世紀中。可以舉以下四人來做代表(1) Hugo Grotius (1583-1643)；Hobbes (1588-1679)；Pufendorf (1632-1694)；Thomasius-(1655-1728)；此外研究自然法者尚有，不過這四位比較的著名一些罷了。Grotius 是國際公法的鼻祖，他在“*The Law of War and Peace*”中講自然法的地方很不少。何謂自然法？這四人都承認法律的出發點是人性，這一點大家已無異議了，然各人



的立說却大不相同。Grotius 以爲人性的特點是 *Appetitus Societatis* 「羣性」，他說凡合於羣性的法律都是自然法。Keeping of Agreement 是自然法的作用，返過來講凡不合羣性之種種行爲，皆爲自然法所不容，如殺害或凌辱他人便不合自然法了。羣性是萬物的樞紐，中國古語『居其所而衆星拱之』就不啻爲羣性二個字說了。這樣豈非一元論？Hobbes 的出發點亦是人性，然結果不同，他說人性之特點是 *Mutu-*  
*a* Fear 互相恐懼，他是同荀子一樣講性惡，他以爲如果沒有法律，人類一定天天在爭奪之中。國家和法律的作用是要免除一切爭鬪，回復到和平狀態之下，故自然法就是禁止人類自戕的一種法論，換言之，凡法律能促進生命的保障，*Preservation of Life* 者，都是自然法，軍

閱主張戰爭，摧殘生靈，照他看來當然是不合自然法的了。他的特點 Fear 似乎把政府法律的意義看的太狹了。Pufendorf 說，人心惟危，人人覺得自己的能力薄弱 *Sense of Weakness* 所以要合成國家團體來抵禦一切外侮。Thomasias 說，人的心理要長壽，要享快樂的生活，故法律能幫助人類得到此種欲望者，就叫自然法，以上種種的論調皆不免武斷，不可全信。十七世紀的思想不合於二十世紀時人的應用不待說的了，現在要研究人性，用心理學的方法，便當的多。人性很複雜，得其一而忘其大體是不可以的。

(二)分析派的法學。Austin (179-1859) 是這派的巨子，他說法律就是命令，這命令是從一個特定的本源 *Determinate Source* 發出來的。英

國牛津大學教授 Holland 說：法律者，可以拘束人類的行動之一種普通規矩也，而此規矩必有國家之無上尊權爲之後盾，始可謂之真正法律。這定義偏於一元論，是一望而知的，苟如其言有了無上尊權，則其他國際法習慣法皆無立足地矣。

(二)歷史派的鼻祖是德國法律家 Savigny (1759-1861)，他以爲法律之唯一來源，是民族的靈魂，個人有靈魂，國家也有的，所以一切法律無往而非此民族靈魂之表示。雖無聲無臭，可是能用立法官做他的 *medium* 去喚醒國民性。他說凡是法律皆非人造，乃靈魂之指使，此爲純粹明白的一元論，Savigny 喜言靈魂鬼怪，大概是受當時浪漫派擬人論影響的結果。

(四)法律的唯物史觀 要知何爲法律的唯物史觀，非先講唯物論與唯物史觀不可。唯物論以爲宇宙間主要的原質，是物質，宇宙間種種的現象皆是物質的現象，乃至人的自覺心亦是物質的出產品。唯物史觀是把唯物論應用到人類的歷史和生活上去，以爲人類的歷史就是一部經濟史，人類的社會生活不過是經濟的生活。我們要曉得出產的方法 and 出產品的分配是『因』社會組織是『果』。所謂法律的唯物史觀，就是把法律放在經濟社會上面，法律好像上層建築，經濟是屋的基礎，經濟生活可操縱法律生活。這句話祇有不明法律底蘊的人才講得出，懂法律的人，都說法律有獨立的進化程序。法律進化的原因果然很多，比方倫理，論理，心理，時代，環境，在法律進化的程序上，皆有多

少影響發生。

法律之多元論

八五

法律哲學研究

# 斯丹木拉之法律哲學及其批評者

## (一) 緒論

『屏諸度外可矣！未有一人能知真理之全體或善之全體也。各人僅能於其所處地位，獲其觀點。故犯人病人亦有其特殊之啓示也。各人忠其所得，求其所有，慎毋以其一見之知，統括全體可也。』維廉詹姆斯(註一)

德之法律思想，歷長時期之發達，至斯丹木拉(R. Stammler)而登峯造極。此猶美百餘年來之法律進化，及社會的法理學派(Sociological Jurisprudence)始集其大成也。此決非偶然之事也，其中有其原因在焉。吾人稍爲之追究，即可得其所由矣。哲學之在德，猶社會學之

在美也，各具特色，莫與倫比。(註二)法家生於斯境，就其便者應用之，此必然之事也。因之，其著作大半受其聽衆之影響，與其所得而決焉。彼輩思想之源流，鮮能逃出「接近法則」(Law of Propinquity)之範圍。換言之，其思想之色彩不外其所接近者也。若夫發揚其所得，即視途而行。漸序而進，以少受外界之反抗爲則。據此而言，則法律哲學(Philosophy of Law)非玄想空談，憑空杜撰，有其根底在焉。若一幅畫離開背境，尙能存其天然美麗者，可謂絕無其事。縱令吾人表同情於 Court of Windyville 之言，曰：「思想也者，無有止境之物，具有普遍之性質也；」(註三)吾人仍未可承認其論斷，謂哲學家之住所，普遍於世界，無一定之固土，得隨處而逢會也。



斯氏法律哲學，非幻想也，非鑿空之論也；其一生精力，爲欲解決近代德國法律及經濟生活之實在與切要問題也。稍涉其書者，固可批評氏之哲學，或拚棄之無遺，亦無不可，然此非所以知氏之苦心孤詣也。吾人應從其底蘊之所在研究之，發覺其使氏急欲解決之點，方不負其苦心，而表同情於此偉大之法律哲學家也。以此之故，吾人應先敘述氏法律哲學之由來；蓋不如此，吾人卽不能使氏與其批評者俱得一公平之判斷也。

註 | William James, [Talks to Teachers on Psychology: and to Students on Some of Life's Ideals] 二四六頁。

詹氏哲學之要點，似非全在於實驗主義，於放任論較有歸也。今日吾儕一反從斯丹木拉之法律哲學及其批評者

前之視人生爲固定地圖 (Map)，而視爲活動跳舞 (dance)，此實一好現象也。在舊派之人或以此爲非。然據余個人數年之嗜好，熱心尋求真理，不期然與哈孚洛克伊利 (Havelock Ellis) 所言者吻合，雖其言容有過當。其言曰，「我人在中國。亦僅中國耳，現存文化中得到藝術 (ars) 爲其中堅。易言的，其文化之生存繫於藝術，道德亦然也。」The Dance of Life (1923) 一十七頁。吾人深冀今世爲一哲學融和且寬大之世也。

註二 世界哲學之最發達地，當推德意志也。如康德 (Kant) 黑智兒 (Hegel) 叔本華

(Schopenhaur) 尼采 (Nietzsche) 等，皆爲偉大哲學家，貢獻今世哲學不少。吳氏謂爲德國之特產，非過分之言也。美國建國及今，爲時不過百餘載，而物質之進步最速。晚近以來，思想進步尤可驚人。社會學爲彼邦人士所爭誦，此派

勢力在美最盛且強，故社會學謂爲美之特殊物亦宜也。（譯者增）

註二 Wigmore: Professor Muensterberg and the Psychology of Testimony (1909)

Illinois 法律月刊四二〇頁。

## （二）斯氏法律哲學之源流

德國十九世紀之哲學史，爲一部崎行百出變態朕兆之史也。此時期之哲學家，有肆力向善惡之外追求真理焉；有欲超越公平與不公平之區別焉；有以主觀的辯證法 (Dialectic Process) (註一) 爲宇宙立法焉；有視歷史爲經濟勢力之歸點焉。此等思想，在今日之公平態度學者視之，鮮有當於心者，況斯氏生於此種環境之下，四圍空氣，幾乎閉塞氏之理智，幸天賦其道德及哲學天才，不爲融化。唯我主義也，物質

斯丹拉木之法律哲學及其批評者

主義也，帝國主義也，風行一世，倡靡一時，氏出而呼曰：唯我主義也，物質主義也，帝國主義也，皆非也，遂創新說，力言曰，國家之上有法焉，法之外有正義焉。衝破黑暗，法律哲學經彼出而光明，故稱氏爲曙光之哲學家，非過當之言也。「深夜而言羣牛皆黑」，斯錯念迫其走出，獨樹一幟，此觀念卽其哲學之初梯，而漸次束制其後來之哲學範圍也。

然氏不但爲富於正義感情之人，且具有科學家之天資也。故其哲學創作，具有科學與批評性質，亦必然之事也。然此居其哲學之強弱點焉。吾所謂強者，乃今日之思想非有確定與理性根據不可也。蓋欲在批評與實證論時期構成正當與正義，其人非具此等精神，超乎同時

代之人，不可與言也。氏卽有此精神焉。而其哲學之弱點，亦居於是，蓋欲純以論理之論據，建設真理，實爲難能之事也。往往有一種真理，誠爲吾人本能之所認，然不能憑邏輯方法以證明之，既不能證，而偏求所以證之，欲免牽強可得乎？

苟氏以「幸福在求中得之」一言<sup>(註二)</sup>用於智識之根本及其構造，則許多煩難問題及誤解不致發生。總而言之，理想智識之難達，猶理想生活之難現也。

以上所言，吾非譴責吾師斯丹木拉也。<sup>(註三)</sup>欲用科學之方法，建設良心之信仰，此非大思想家之所爲乎！試觀詹姆斯之著根本經驗主義也，(Radical empiricism) 其動機非所以戰勝舊日之經驗主義乎？名

爲根本經驗主義，其實則天路歷程之舊題新做耳。吾之敬友河爾姆（Judge Holmes）（註四）亦同此向。彼每以「犬儒」（cynic）或「惡人」（bad men）驗證法之效力，義尼（Francis Gery）尤爲明顯之例。彼熱望其自然法之大廈建築實驗主義之上。杜度隆（Tourtonlon）始則非難目的論（Teleology）終則大講自由意志。傍特之著書也，引用羣籍，註之又註，闡之又闡，盡其無窮之博學，以爲其先天之真理爲後盾。柯拉（Kehler）較諸其同輩，似更獨斷。蓋柯氏之於智識忽滋無忍耐探索之心，甚至失其平衡態度，終則如孩童之高呼曰：苟上帝之天堂爲虛渺，詩如啞子，藝術如盲人，則智識之鵠的，果安在也？（註五）

如上之例，吾可引之於無窮，然所舉深足與吾人知近代文化之情

形矣。而科學猶吾人之正妻，然吾人之私情每寄懷他物。此哲學之所由也。夫哲學猶試練所也，其間與吾人之疑團與希望參半。吾人盡力之所逮。如嬉如誠，亟求二者之平衡。如羅素 (Bertrand Russell) 所云：哲學家皆視科學與神祕主義爲必要者也。使此二者和諧，不致背戾，則爲彼輩終身之努力，而哲學之爲哲學，正以其不定之故，其興味有勝於科學或宗教者以此。(註六)

斯氏卽如是人也，其哲學之努力亦如是也。彼深覺人生之啞謎，彼有科學之精神，故弗路特 (Frend) 謂此種精神有求確定之能力與建築之才能；其最後之確實，或未可得也。(註七) 氏雖未與人生究竟之相當解決，而吾人仍可問氏之哲學成功有無在哲學範圍之內也。其哲學

猶半路屋，介乎實在 (Reality) 與心 (Mind) 之間。誠如牛郎織女之假鵲橋而相會也。(註八) 然氏之問，非吾人能否包括法之全般實體也，乃吾人以論理方法能縛得若干問題也。

註一 譯者按：辯證法，亞利士多德謂創自芝孺，(Zeno) (古希臘埃利亞派 Eleatic

School 之重要哲學家，大約生於西紀前四八九年)『Dialectic』原意為討論 (Discussion) 而已，今即成爲哲學名詞。芝孺，柏拉圖，康德，黑智兒等人之哲學對於 Dialectic 之概念尤爲重要。參閱 W. T. Stace: A Critical History of Greek Philosophy, 頁五五。

註二 Stammer, 『Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence』 Michigan

法律月刊 (一九二三年第二十一卷頁八八九)。



註三 德生博士曾在柏林從斯丹木拉遊，故尊其爲師也。（譯者按）

註四 河爾姆現爲美國大理院推事與德生博士友善。彼甚敬慕河氏。曾著河爾姆之法律思想一文，(The Juristic Philosophy of Mr. Justice Holmes)爲彼邦人士所推許。（譯者按）

註五 Kohler, 『The Mission and Objects of Philosophy of Law』 Illinois 法律月刊 (一九二一)第五卷頁四二二。

註六 Russell, 『Mysticism and Logic and other Essays』(一九一八年)第一頁。

註七 Freud 『Introductory Lectures on Psychoanalysis』 Joan Riviere 譯 (一九二二年)頁三九——四〇。

註八 Stammer, 『Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence』 Michigan

斯丹木拉之法律哲學及其批評者

法律月刊（一九二三年）第二十一卷頁九〇一。

（三）斯丹木拉法律哲學之批評

自斯氏哲學問世，隨之而起之批評不勝枚舉：贊成者有之，非難者有之，吾人欲於此區區片紙，窮盡二派對氏哲學批評之言論，羅而列之，事實難能。舉其重要者，有 Bergbohm, Krahnmer, Simmel, Fraenkel, Eleutheropulos, Tönnies, Brutt, Wieland, Duncker, Moor, Laskine, Sehepper, Lask, Weber, Kantorowicz, Barth, Vorländer, Natrop, Radbruch, Croce, Geny, Saleilles, Beroizheimer, Kohler. Pound, Simkhovitch, Tanon Wselikowski, Breuer, Binder, Kaufmann, Sener, Mayar, Hocking, 等人，為便利敘述起見，吾人可分批評為三類：（一）社會學派之批評；（二）

哲學派之批評；(三)法學派之批評；各派以三人代表之。衛伯 (Weber) 甘度羅維士。(Kantorowicz) 與沈柯必虛，(Simkhovitch) 代表社會學派。韋來可斯基 (Wielkowskij) 排恩德 (Binder) 與乃杜伯 (Natorp) 代表哲學派。法學派即可以薩例義 (Saleilles) 義尼 (Geny) 龐德 (Pound) 三人代表也。

(二) 社會學派之批評

甲 馬克斯衛伯 (Marx Weber)

『近世社會科學之情形，舒摩爾教授 (Prof. S. Small) 敘之精詳，其言曰：

近世唯純科學主義之持論。謂敘述事實，絕不該評斷事實之價值

。其言爲斯學派重要信條之一，盡人知人。惟若嚴格履行此信條，實爲困難之尤者也。雖然，此信條在於形式科學法規上之重視，乃不因此而遜色也。此派實代表牽強事實，附會憶斷，思想派所生之反動。當十八世紀之秋，輕視事實，胡亂評斷之風極盛。入十九世紀，思想界即發生反動之潮流，專門注意敘事，爲此派之中堅信條。矚察二派思想之異殊，固不能以數字了之。然其大情，即一爲注重評斷，一爲注重事實。舊派喜歡評斷，不顧事實，故捏造事實以助偏見者有之。然新派之趨勢，不許事實受點評斷，則未免矯枉過正矣（註一）

藉此，吾人可以領會衛伯氏之評論矣。蓋彼即代表唯純科學論派

(Scientific Purism) 之人物也。衛氏謂僅自然科學可得正確與客觀之條件，他若社會科學 (Cultural Sciences) (直譯爲文化科學)，之受範於目的 (Ends) 與規範 (Norms) 之域，事事基於主觀，故不能有正確與客觀也。氏則不以此論爲然，彼請自然科學與社會科學均受客觀原則之支配，未可重前輕後也。自然科學有因果律 (The law of causality) 固矣，然社會科學亦有目的原則 (Principle of teleology) 範圍之。(註1) 故社會科學之爲科學，未可妄非其無正確與客觀也。在衛氏觀之，經濟政策也，社會政策也，皆不能築在科學基礎之上，以其所有判斷「隨時代文化性質之不同與夫人類思想之變遷而異殊也」。(註2) 氏應之曰，誠然。然據此即曰社會科學不能成爲科學，強非其無客觀原則，則氏所

不敢贊同，爲氏所欲辯者也。縱令衛氏之言謂評斷價值隨時代地域而變遷爲是，客觀原則已在其中矣。衛氏未見科學之客體 (Objective matter) 與關於此客體之命辭 (Proposition) 之分別，毋怪其陷於迷網也，吾人一觀自然界之萬物，何一非流動變化者乎？夫物理上之根本律所解釋者，不外其關係及「假定」(Ifs) 而已，其於因果律未稍變也。故社會科學之主觀標準 (Subjective Standard) 縱令有所變更，而其爲必變也無疑，但於目的原則無關也。苟能明分客體與命辭之區別，自然科學與社會科學之客觀，無異也。蓋所有命辭受裁於二條論理原則：一曰接離原則，(Principle of Disjunctive) 卽一命辭不能同真僞也；一曰交換原則，(Principle of Aleiation) 卽一命辭必須真或僞也。

自然科學與社會科學，莫不皆受此論理原則之制裁。斯衛氏之說未可因自然科學而非社會科學也，蓋二者客觀之所由同源，不同者岐耳。源同而流岐，因岐而曰不出於同源，吾人知其不可也。縱使氏之說有攻擊之瑕疵，亦不能斤斤乎其說也。必也根本疑惑此論理原則之主體方可，然此即攻擊一般科學矣，斯非衛氏之本心可知。反之，若衛氏直曰自然科學乃具正確及客觀之模型，則未免同時陷於太武斷與懷疑。平心論之，此亦非衛氏一人之過也，凡主唯純科學論者，莫不墮此雙關羅網也。

註一 舒摩爾之社會科學之意義（一九一〇年芝加哥版）頁二一四。

註二 Stuart 著『Valuation as a Logical Process』見杜威之論理學說之研究（一九

○九芝加哥版）頁二二七以下。

註三 Diel 馬克斯衛伯之生平及著作（一九二三）見經濟季刊第一十八卷頁九四。

## 乙 甘度羅維士(H. U. Kantorowicz)

甘氏之稱讚斯丹木拉也，在於貢獻法律科學，其功千古不滅。十八世紀之自然法派與十九世紀之歷史派之流行，深入人腦。斯氏出而破之，另建其普遍方法，以判定法之公道及良善，而不限於時代與地理（註一）。此氏不滅之功也。甘氏分而陳之，論其貢獻法學有二：（一）先覺近代法理學改造之必要：（二）獨樹旗幟，主張法理思想應從事於創定「具變動內容之自然法」，（Natural law with a changing content）（註二）此二者爲氏之大功。其與今世法家之激動及方向，猶舟行大



海之有南針也。然甘氏論其功，亦僅此而已矣。渠之意，謂斯氏提雖出此問題之方向，被用之尙未正鵠，且未順其途徑也。總之，斯氏應得之功，在於引起問題之注意，非在於解決也。然欲解決此問題，亦非批評方法所能濟也。

斯氏之批評方法既不足以解決問題矣。甘氏究以何法代之耶？此吾人所急欲明者也。甘氏之意，以爲吾人『須以歷史的實在方法(Historical realistic methods)輔助探究歷史上系統的法律主觀理想足爲可靠者；須解釋其間之因果關係；須視達到目的效力之大小定其重要次序；應擯除主觀判斷思想(Idea)本身價值之見解；不可臆定法律條文與其理想符合；僅可視此等條規滿足某時代文化對於公道情感(Sentiment

of justice)之程度，而此公道之情感，須爲心理的分析』。(註三)甘氏此段文字，余固未能十分領會其意，舉吾所知者言之，則其主旨不外乎此：理想不能以其內值(Intrinsic value)判之，應視其現實目的之程度定之。此言驟觀之，美矣，足矣！然吾人進一步究之，則知其如老孫之跳不出如來手掌。照甘氏所言，其於問題實未與絲毫之解答也。亦不過去甲代乙，換湯不換藥之交換式耳。苟理想爲達目的之工具，則我人之問題轉向何者爲目的所欲達，及如何達此目的矣。其離解答之途如初也。故此種思想並無引導吾人以正途，所以致此者，亦必然之勢也。白氏(Berolzheimer)經驗派之人物也，且曰：危哉，情感法理學也！(註四)蓋此派之法家既遭「思想恐懼」(Idea-phobia)之遺毒。(註

五) 遂否認各種科學之客觀實在。是故其派自身之學說亦在否認之列，然此種思想，猶省山悲劇之重現舞台。吾人可勿戒哉！

且也，甘氏批評斯氏爲從蘇格拉底之分類也。旣分智識與良善並行而峙，愚與惡對待成名，則其說陷於架空理想矣。蓋在「應當」之範圍而定客體；則此客體無具實在，旣無實在客體，安能適用其「實在的」方法？(Realistic method) 豈非挾泰山以超北海，欲無饑而去食，欲東而西行之類者乎？甘氏之非斯氏以此也。然甘氏之所非，其錯舛正與衛伯同，俱以客觀的實在，僅自然科學有之，荒繆錯誤，在衛氏文中余已謫之，毋茲重贅。惟此種素樸之思想，非再與以攻擊不可，故吾引約翰遜(Johnson)之言以代余文，其言曰：

「居今日而言心理學或社會學之敘述的或原因的記載材料，吾人不可不先與何者標準分別也。此種區別，實居重要。蓋今日之不少著作，其內論莫不欲以倫理建築於心理學或社會學之上，遂有以因果敘述代評價，變換其本來面目矣。」（註七）

註一 甘著 *Zur Lehre vom richtigen Recht*（一九〇九年柏林版）頁九。

註二 同書頁二七。

註三 見白著 *Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart*（一九一一年柏林版）。

註四 G. Flavius 著 *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*（一九〇六年 Heideberg 版）

註五 見 Tourtoulon (Philosophy in the Development of Law) Cohen 序。(英譯

本，近代法律哲學叢書之一)頁第二三。

註六 甘著之書，頁第二六。

註七 約翰遜之論理學(一九二一年劍橋版)頁二二六。

丙 沈可必虛(V. G. Simkhovitch)

沈可必虛，曾受業於斯氏之門，近代研究馬克斯主義之專家也。

從各方面觀之，沈氏在一九〇四年批評斯氏貢獻經濟思想界之論，可爲最平正之言也。吾今錄引數段較顯之文字於左，畀諸讀者，成勿以爲沉繁無序也：

『斯氏對於馬克斯主義之態度，多與凌格(Friedrich Albert Lang-

斯丹木拉之法律哲學及其批評者

○對於形上學的物質主義派 (Metaphysical materialism) 之態度相彷彿。氏甚敬重馬氏之經濟理論，其敬重也，非僅地域或學理上者，且有實際顯明之效也。彼以馬氏之言論反復伸述，使不攻自破，以其矛攻其盾，此馬氏信徒不得不拜服投地也。

『一八九五年秋，即氏之大著初次問世也。題曰法律與經濟之關係 (Wirtschaft und Recht nach der Materialistischen Geschichtsauffassung: Eine Sozialphilosophische Untersuchung)』

『斯氏之稱贊馬克斯學說也，謂其遠勝於歷史派與倫理的歷史經濟派 (Ethico—historical school of Economics) 不知幾千倍矣。前者牽強神祕歷史事實，後者即混殺主觀目的，莫辨東西，此二派之

不如馬氏主義，而亦馬氏理論凌駕二派之上也。

『馬氏主義之根本公式，錯在論理也，蓋馬氏既明白生產爲人類生活之表式，(technique) 獨不知此表式乃在自然科學所論列者也。苟此表式非從抽象立意，而爲達到人類社會欲望之工具，則外表之形式若法律若民俗若習慣，已早顯於此。社會生活出此之外，尙能獨自表顯者，未之有也。故法律與習慣乃論理之界限，社會生產僅可能於此界限之內，出乎此則不可矣。

『馬氏以人羣之欲望均屬物質經濟性質，遂以物質爲人羣生活之中堅，而以所有人類思想，是非觀念，美感，宗教等，均隨此物質欲望與生產情形而轉移。卽馬氏過於武斷之論矣。

『因果蓋未足示吾人目的之律，易言之，即外表規範(Outward norms)之公式不可以因果示之也，因果之外，更有他焉。』(註1)

馬克斯主義之旗幟，竭世皆知，其勢力之大，固毋待余言也。今有人焉，欲以論理戰具打倒馬氏主義之理論，實事所難能。蓋人類生活幻覺無常，以論理範圍之，恐勢所不能也。斯濱糯薩(Spinosa)有言曰：感情僅可感情勝之耳。故邏輯須化為感情(Emotion)始可影響實際生活，以邏輯本身未能衝動吾人也。然在此例，變易(transformations)與否，姑置勿論，其在實際上已受二種之影響：一曰「當認」。(Easloppel)馬氏主義既云築在科學之基礎，則其信徒自不能否認他宗所攻擊之言辭具有論理價值者也。一曰「崇尚化」。(Sublimation)此二



情形，使馬派之人不可不低頭傾聽斯氏之言論也。斯氏學說對於馬派之影響，吾人可於沈氏言詞中見之：

『斯丹木拉雖曰實際法家，實一抽象思想者也。彼於實際政治生活固未身躬其事，然氏學說之影響德國政治界甚深。我人聞此言，將不勝驚愕耶！今舉一顯明之事實以證此言，即讀吾文者之懷疑驚愕可以消解矣。受其著作之影響者，有德國社會民主派（German Social—Democracy）。孟斯但恩，（Edward Bernstein）稀密特，（Conrad Schmitt）吳德明，（Ludwig Woltman）爲此派之中堅人物，近組織 *Zurück zu Ka-* *pit* 之運動，漸由激烈革命社會派趨至今日之和平社會改造派。會員中之先進人物，均遺棄烏託邦共產社會主義之思想，從事於理想之社會

公道 (Social justice) 爲彼輩之正鵠，今卽向此正鵠理想力事運動，以冀將來之收獲。大矣哉！斯世哲學之影響也！」（註二）

註一 沈著之斯丹木拉（一九〇四年）教育雜誌第二十七卷頁二四〇——至二四六。

註二 同書頁二五〇——二五一。

## （二）哲學派之批評

甲 韋來可斯基 (G. W. Wielkowski)

斯氏別意識 (Consciousness) 爲一要素：一曰印象，(Impression 德文 Wahrnehmen) 一曰意志。(Will 德文 Wollen) 印象者。卽吾人對於某項之感覺，領會，或記憶之謂也；意志者，卽吾人對於某項之欲望，希冀或試爲之謂也。吾人之會話「我知道了」卽有印象要素在焉；

若言「我將要去做」卽有意志要素在焉。斯氏之法律概念則據此而分析，故由此印象與意志推出之結果如左：

意識—印象 (Impression) 意志 (will)

個人 (Individual) 社會 (Social)

勸誘 (Inducive) 強迫 (Compulsory)

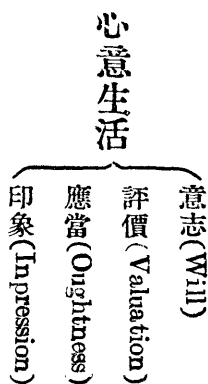
任意 (Arbitrary) 共守 (Inviolable) (不得隨意改易與侵越)

故其結論是：

法——共守的，強制的，社會的，意志。

苟此意識之分類無舛誤，斯結論當無異義也。法律既非印象，自必屬諸他項。惟韋氏之疑問不在於法爲意志或印象，在於斯氏之分類

欠確。渠獻其正確分法如次列：



法即意志，韋氏謂未當也。渠謂『意志乃不過一種目的之排列，預定目的而列法，其於法之生活尙未盡也。在法之生活中有許多現象實滋於純粹感情，故許多法律出於非自覺者也。今以意志即法，則以小涵大，其未盡法之總類可知』。(註一)此未包涵意志之法亦法也，今斯氏之法之概念未有之，豈非有瑕疵乎！故吾人除此而外，應注意及

本能及良心之勢力，與非自覺之評斷，庶幾法之意義彌滿美足焉。此韋氏之意也。

斯氏應之曰：『所謂應當亦不過意志之正者耳。所謂評價乃量某項方法達到一定目的之效勞程度而已』（註二）是二者均可包涵在意志之內，今韋氏剖分之，不亦徒勞乎？且於原意未稍加變也。夫吾人之所謂意志，非必意志皆具自覺者也。小鳥見兒童之近也，飛而避之。其飛避甚自然，實無意識之可言，然其爲意志一也。吾人習仿鄰人之行爲，不能謂非意志。故曰：意志包涵自然而行，及有意識之動作也。惟若外界事物不足引起心之衝動，則無意志之存在。蓋意志之行爲必有外界之影響始得見之。

或曰：韋氏之批評，異於斯氏之所言，以二人所懷者異也。正題既分，則二者之爭點必不同，此必然之結果也。斯氏所謂「法」，乃指法之「總類」也，故其法之概念在此。由此概念分析其主要及界別性質要素，而爲論理上之「法」所必包者也。法一缺此主要性質要素之一，則不得謂之「法」。個別有缺此，亦不得視爲法<sup>(註三)</sup>。在韋氏方面乃欲求法之實質要素，何者應入，何者不應入於欲立之法。此二人所懷者異也。然韋氏之批評亦未可盡非也。其得著之處，在於指出概念之外尙有客觀的參照也。(Objective Reference)所謂客觀參照，乃指實在之法律言也。此與某評家之言正同。其言曰：法之概念，必也先有法以爲思科焉。(註四)

註一 韋著之 *Die Naunkantianer in der Rechtsphilosophie* 頁六六。

註二 斯丹木拉著之 *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* 頁五五註八。較詳之答覆，請閱 *Zeitschr. f. Rechtsphilosophie* 頁一五九以後。

註三 Keyne 『*Formal Logic*』，(一九〇六年倫敦四版)頁二三。

註四 請閱 *Mich.* 法律月刊第二十一卷頁五三六。

## 乙 排恩德 (Julius Binder)

韋氏評斯丹木拉之言論，排氏未與贊同也。排氏質問斯氏凡二點  
(一)意志既為經驗之物，則凡法律之定義為經驗的而非純粹的，以意志涵於法也。(註一)(二)公道與正法 (*Just Law*) 之觀念同一也。既無絕對正法之可言，則絕對公道 (*Absolute Justice*) 無由立也明矣。(註二)

氏答之曰：所謂意志，非特定之意志也，乃一般意志也。易言之則合一意志之必要性質而後可稱爲意志也。(註三)意志既非特定，其非經驗的不喻自明。法律卽意志，卽此之謂也。至於第二點乃排氏殺亂不有以致之。蓋正法難冀完整，吾人知之。不特此也，且時常附有實際條件之制限，不得發前，故不能畜含絕對純粹共通之觀念，不亦宜乎？雖然，制定法(Positive Law)不能達絕對公道之理想，然並不因此而無絕對公道之思想。(註四)此排氏陷於論理上之錯誤也。

以余觀之，第一點之疑問，亦可別面答之。縱令其言「意志爲經驗之物」無可抵賴者，我人亦不能武斷，謂凡定義中涵有「意志」之字即必爲經驗之物也。「法律等意志」之公式，其間問係實有普遍效用性



質。即使法律與意志二詞爲經驗的，而二者之關係不因此而經驗的於此見之。康德有云：「智識軀發自經驗固矣，然所有智識非以此則皆來自經驗也」。〔註五〕茲限於篇幅，吾不能細述之。

註一 排著之 *Rechtbegriff and Grundlage der Stammlerschen Sozialphilosophie*

*R. Stammler* 頁五八。

註二 同書二一四。

註三 見前項「註二」之書頁六三，註一。

註四 同右書頁二〇六。註三

註五 康德著之純理之批評英譯本序。

### 丙 保羅奈拓 (Paul Natorp)

斯丹木拉之法律哲學及其批評者

斯氏之思想，奈氏實表無窮之崇敬焉。在其批評法律科學原理（Theory of Legal Science）文中，盡露其推崇發輝言辭。細涉奈氏之批評，實藏蓄婆心，亟望斯氏保持其青年時代第一大著經濟與法律（*Wirtschaft und Recht*）之氣概及態度。蓋斯氏之法律科學原理，（*Theorie der Rechts wissenschaft*）（註一）批評家譏其爲過分的抽象，此論是非，奈氏則擱置之不問，其所望者欲免此譏評而已。夫奈氏讚賞其著之末論，實微嫌上部之未臻完善也。

奈氏與斯氏思想之不同，蓋有因焉。已往數年間，奈氏之思想轉向感情，克利福（Clifford）所言「宇宙感情」，（*Cosmic—emotion*）斯奈氏思想所嚮往者也。斯氏不然，孜孜不倦其論理思想，琢之磨之，幾以

科學爲宗教。奈氏信乎哥德 (Goethe) 言內之真理，其言曰：「Nichts ist drinnen, nichts ist draussen, denn was innen, das ist aussen (註二) 然斯氏自獻之佳言「具變動內容之自然法」爲不可批評之神祕，今且擯棄 (註三) 氏思想之鍛鍊改造，於茲見之。

註一 奈著之 18 Kantstudien 頁七八一七九。

註二 見奈著之 Die deutsche Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen) 一九二一年，(Leipzig) 頁二四。

註三 在初版之 *Wirtschaft und Recht* (一八九六) 第三十三節名曰 *Ein Naturrecht in einem wechselnden Inhalte* 及至一九〇六年再版，即改爲 *Die ogliche eines adjective richtigen Rechtsinhalte*。其變更理由在於「自然法」(Natura

斯丹木拉之法律哲學及其批評者

一二三

law) 一詞之兩義。嚴格言之，法皆制定者也。Naturrecht nicht 或 Positivismus Recht 皆同，毋判分之必要。以余之意，此字不妨義用之。故吾人言 *ius naturale* 較 *lex naturalis* 爲普通也。

### (二) 法學派之批評

#### 甲 雷閔沙例義 (Raymond Saleilles)

沙例義者，宣傳斯氏之「具變動內容之自然法」之得力分子也。前已言之，斯氏早已廢棄此觀念，似毋批評之必要，惟二子思想，取而較之，亦甚有趣，爰述其要領於此。在於斯氏，「自然法」不過一種理想耳。然一至沙氏，則別有其用。彼變易自然法爲「感情」。(Emotion) 感情者心理的要求也。靡不受此影響。其盤據人心，於茲見之。沙氏

曰：

『歷史學派之衰敗也，誰曰不宜？彼宗不入自然法之爲法，否認社會學的根本原則。夫領袖世界者，非慾望乎？然人類亦有求公平之慾望焉。此慾望雖情感之屬，而其不可破壞則一也。』(註二)

觀其言，則知沙氏爲功利主義者流。蓋功利之心，不覺溢於言辭之間。夫沙氏所言，固未合斯氏之論也。惟其誠懇之意，殆足表其熱忱。斯氏之愛真理也，甚於衆意。(Popularity) 此其思想超越之所在也。沙氏實一創作思想家也，吾人知乎凡創作思想家常不配爲使徒，其爲沙氏之同病歟！

註一 沙著 *Ecôle Historique et Droit Naturel* 頁九十六。

斯丹木拉之法律哲學及其批評者

一二五

乙 弗蘭錫斯義尼 (François Geny)

康德者，近代哲學家之第一巨子也。其哲學之影響，至淵且鉅。來賢綽氏爲「普魯士的休漠。」(Prussian Hume) 另有一派批評家號氏爲「拍拉圖式的夢人。」(Platonic Dreamer)(註1)今者，斯丹木拉蓋近世之法家也。不顧憚勞，以繁複錯綜之人事社會，羅而列之，混而和之，分而析之，務達微妙。毋怪乎其同康德之命運也。懷疑派之論斯氏哲學也，謂爲一片異奇之「建造信心」(Make—believe)也。獨斷派之論斯氏也謂其如不幸及夜之尋求者之追求未知主宰也。前者嫌斯氏之武斷，後者則譏斯氏之認未盡也。

義尼，後一派之論者也。其思想傾向神祕及宗教方面，實一宗教

的法家也。彼之崇奉「信仰」也甚於「智識」；彼之信「直覺」也甚於「論理的思想」。吾人欲明其對斯氏之批評，不可不先曉其自然法大廈之基礎也。彼曰：

『以經驗爲基礎，輔以理性力之解釋，則吾確認茲所言矣。吾認宇宙構結之基礎，二元也，或多元也。吾認唯神論及其必然之果也。吾認人與他種動物之根本不同也。吾認人類靈魂之不滅也：吾認其根本自由也，吾認其向主宰爲極高之路站也。』（註二）

義氏所與吾人者，非哲學之言也；實一片純粹信條也。信條固未必卽僞，惟其不合于法律哲學之理論則甚明。

苟有人欲求啓示於斯氏，其人所得者「失望」而已矣。蓋斯氏非預

言家，乃一沉思學者，批評思想家，稟智能好奇之心；此爲其感情之明顯者也。卽如其公道觀念，乃不過認爲一種「思想」，(Reflection) 非可謂之創作或自動力也。簡要言之，斯氏之公道觀念，乃欲吾人之思想，盡於智識範圍之內而已。

由此觀之，義氏與斯氏之不同者性情。孰是就非，在於吾人性情之傾向，未可妄爲臆斷也。至論宇宙之構合，則屬於人生啞謎之問題，不可不慎也。夫人生啞謎之待猜，在於個人，故此問題可擱置之不論。然若有人欲得「哲學的」指導此事，吾不揣冒昧，敢爲讀者介紹美國大理院推事河爾姆之言，其言曰：

「吾人以宇宙育生吾人，包含吾人，大於吾人，則足矣。吾人所



信所愛以此也。苟吾人之生存非若域外之神，而爲宇內之人，則吾人有無窮，後焉。吾人之價值在此矣。一粒之沙同也，然試問人知其領會一粒之沙乎？」（註三）

天堂雖樂，無級可登。徒抱玄思，於事何補？故吾人甯棄天堂之理想，回復人間之實際社會，向較切於實質者行之，甯棄烏斯邦之理想，從我人可能之志向焉。

註一 見 Poutroux 著 *Historical Studies in Philosophy* (一九二二年倫敦版) 頁二六二。

註二 義著 *Science et Technique en Droit Prive Positif. II* (一九一五年巴黎版) 頁三五六。

斯丹木拉之法律哲學及其批評者

一一九

註三 Paten; *Development of English Thought* (一八九九年紐約版) 頁三九〇。

註四 米琦干法律月刊第二十一卷，頁六四九。關於此點之討論，可閱 Perry: *Present Philosophical Tendencies* (一九一二年) 頁二四六。

註五 河爾姆著之自然法，文見“*Collected Legal Papers*” 頁三三六。

丙 龐德(Roscoe Pound)

吾讀法律思想史之極有興味者，厥惟斯氏之法律哲學，不期然與社會學派之法律哲學得同一之結果也。況斯氏與社會學派之法學，殊途同歸，豈非學術上極可玩味者乎？且學術之闡明也以此。既激起我人之奇愕，曷可不究之！闔門而窺，所得者有限。故吾人若能靜研探討，窺其全豹，則另建綜合可冀矣。今臚論二派之批評於此，以資比

較焉。

(一)對於十七世八紀理性論之批評

甲 斯丹木拉：

斯氏曰：『所謂啓明時代之十八世紀，乃一人類主義之世紀也。斯時「自由立法者」之學說，風起雲湧，猛厲一時。人民心理以爲有理性之公道觀念，立法者即可現成條文，放諸實行。大有「一呼百諾」之勢，何其希望若是之極也！此種思潮，至法蘭西革命而登峯造極。延至今世十八世紀之思想尙未澄清。其遺毒之深有如是者。惟此思想之不合於科學世界，可毋待論。蓋欲立一法也，吾人常注及「感覺的現象」。(Sensible appearance) 然感覺界之變動未有不受配於因果律者，

斯丹木拉之法律哲學及其批評者

一三一

故絕對「自由立法者」之思想遂與近世科學之公例相拮抗，則其失敗也宜矣。當康德哲學之未入世也，尙可風靡一時，猶天之驕子。及康德哲學出，當頭一棒，往之沉醉迷夢者，俱揉眼光明之下。而此理性思想遂幽禁天牢，嘗其鐵窗風味矣。」（註一）

乙 龐德：

『哥羅秀（Grotius）之權利定義曰：權利者，卽其賦與人之特定品質，以定其占有某物或爲某項行爲，而限於正當範圍之內也。歐洲中世思想，視法律之存在。一爲保護人對物之權力，一爲保護社會制度所賦與個人之行爲權力。哥氏之法律觀念，乃以法律爲維持及認效個人所本有之道德品質此等道德品質，爲吾人之理性所認得者。故

吾人應有對物之管轄權力及爲相當之行爲。此法律存在之效用也。……』

『十七八世紀之學說，混淆「利益」(Interest)與「法權」(Legal right)一語，是其弊也。「利益」乃離法而獨立，詳言之，即雖無法律，亦有利益之存在也。而法律權利則不然，乃法所賦與之利益，詳言之，即此利益隨法而生者也。夫法律確認利益之全體或一部而維護此確認之利益，實與法律所賦與行此確認利益之權利，截然兩分。乃彼宗不之察焉。混雜不清，莫辨皂白。前者乃爲利益之受法確認者；後者則爲行此確然利益之權利，且此權利限於確認範圍而已，理至明也。所謂「自然權利」，(Naturalright)乃指利益爲吾人應當維護者也。易

言之，卽此種利益爲人類應當滿足之要求也。此種權利，固非政治社會所創賦。然穩健之法理思想者，莫不視「自然權利」爲法之概念者也。夫所謂法權，乃法律所賦與個人或團體保護利益之適於確認者之工具。故曰法權出諸法，故曰出諸政治國家。而自然權利之崇奉推揚，猶洪水猛獸之不可抑，以其專制不亞神權之賦國君矣。』(註二)

註一 米琦干法律月刊第二十一卷頁八九九—九〇〇。

註二 龐德著之習慣法之精神(一九二二年)頁九—九三。

## (二)對於歷史法學派之批評

### 甲 斯丹木拉

「民魂」(Folk—Spirit) 咸謂一種獨立存在之生物。斯言也與前百

餘歲浪漫主義(Romanticism)之受正統派之專擅也正同。個人之意義，湮滅殆盡。其一切之「確信」(Conviction)莫不視爲此組結靈魂現象之運用而已，……此種言論也非特神祕及自身曖昧不堪，且反乎因果法則也，苟民魂可產生相當「確信」於此經驗之世界，則其身爲一有限之動因，而又爲他種原因之果，然既視其爲經驗之物矣，今又視爲原因之一，且其因本身非藉他種原因造成。是其與今世任何可能科學發生不可調和之衝突矣。

夫視人衆共同生活爲各個人之總和，及視各個人爲獨立單位，固錯乖之觀念也。然欲使人類社會之存在性質變爲實在生動之物及分立與各個人之總和，認其爲獨立生存人格，以之喚起各個人之必要確信

，則亦無正當理由足信也。

雖然，歷史法學派，亦非皆無足取焉。彼宗以法律之發展視限於歷史，以制定法之正當意義須溯往源流，乃得衷之論也。而此已足，毋須妄加無謂之神祕說話及言傳自浪漫派，蓋浪漫主義之箝制法律科學及實際法律，已屬長久，受毒之深，更無論矣。』（註一）

## 乙 龐德

『欲知十九世紀歷史派之中堅法律思想，吾人不可不先明其由來也。所以然者，實由於斯時哲學時代之活動的創作的法理思想之反動，然此非盡因也。詳而析之，使其反動之原，實肇於斯時自然法之末路思想，吾人可從二面觀之：（一）由於制憲及不信任傳統政治制度與



不信任時代之情形也，此法革命所以然於此時代也。(二)由於信仰理性萬能之足以立法也。

此至十八世紀末葉及十九世紀初年之修訂法典，勢未稍衰也，……白克 (Burke) 反動斯時法國革命之思潮。感政治科學另建觀念之必要。此思想也，即後來歷史學派之法律觀念也。前十四歲之沙威尼 (Savigny) 論文行世，咎鍋 (Guco) 列入政治史。平心言之，白氏之反應法革命，實有直接影響沙威尼也……

夫歷史法學派之承此思想也，蓋百餘年於茲矣。吾人始恍悟其實非歷史派也。蓋以法律歷史為材料之絕對供給；以進步自有根底，若理性，精神之進步是已；以單一因素為法律歷史變遷之唯一原因；以

單一觀念即可盡法律現象之記載。總之，此派思想，實受「景象之幻覺」(Illusion of Perspective) 網羅無遺。當吾人回溯已往法規，判例，及法律名著也，乃觀其如何實用於當時情形，如何處理斯時制度，如何以爲目前問題之用及如何處理所現於眼前者。簡言之，即藉已往較現在也。然非謂現在所觀者，曾爲已往所應用之於任何時代者也。命意所在，不外以已往條文表示吾人對於現在法律問題之理想反應而已。故吾人回溯已往之法，必也爲之解釋方可。然而歷史學派之解釋，純爲一塊過去歷史。克羅西 (Croce) 言重爲「歷史著述」，非過分之批評也。……

雖然，歷史學派亦未可盡非也。「繼續不斷」之說，是此派之特長

也。彼宗以專門思想之因襲法爲繼續者也，以藝術之因襲規則爲繼續者也。故欲應用於特殊情形之社會，或以新之方法達人類之新欲望，或以新之方法達人類之固有欲望，則此專門思想及藝術規則實爲強力之制限，法制之材料所不可或缺者也。」（註二）

註一 米琦干法律月刊第二十一卷頁六五一，六五三——六五四。

註二 龐德著之 *Interpretation of Legal History*（一九一三年）頁一一至一三，一九一〇，四三一—四四。

### （二）對於分析法理學派之批評

甲 斯丹木拉之批評伊埃林之法之目的論（*Ihering's Purpose - the-*

*ory of Law*）

斯丹木拉之法律哲學及其批評者

『伊氏著法之目的 (Purpose in Law)』一書，乃論法之立，依目的而制定者也。

伊氏釋目的 (Purpose) 曰：目的者，即利益與有限目的之謂也。彼描敘社會與個人自我主張之目的，思欲成一「社會的機械」。(Social mechanic) 故其所謂目的，乃使意志行動之原力。然意志之行動，半恃乎報酬及強迫，半恃乎義務及愛護。但其全體之行爲，則由於法。故法者爲政治團體之勢力也。伊氏之精要思想於此。在渠著之討論此題文字，尤足使吾人一讀之價值。其理想之社會領袖 (Social ruler) 有如下言。其言曰：以其自己之利益爲指導，……收羅人生之一切規則，示其正途，使其可由其權力得最大利益也。(譯者節譯此語)

伊氏法律哲學之所以終連也，在於目的概念之未有正確意義。意義既誤，則其哲學築在錯舛基礎上，是其敗也必矣。使以目的爲「心理的因果」，(Psychological causality) 遂墮入自然科學之網，未進一步。夫因果律者，乃表顯物體已變動之系統公式之方法，而現在之一定，視過去之如何以爲衡。然吾人之所謂「目的」，則注意及將來之事。故選擇正當方法以達將來之正鵠也。……

然法非目的所創也。法者乃目的之一種特別表示也』(註1)

乙 龐德之批評奧士丁之法之命令說 (Austin's Command—theory of Law)

『生民之初，威權之觀念，莫不言自神焉。斯時文化未啓，思想

粗造，故視威權爲神所賦與，莫敢抗逆也。若涵姆羅疲法典(Hammurthis—code) 謂爲日神所制定賦與人君也；若摩西法謂上帝所制定也；若馬紐法(The Law of Manu) 謂由馬紐之子受乃父之指示而制定也。此最後之例，卽爲法之命令說之信條也。論法者曰：法也者乃政治組織社會所發表之命令，而以強行權力爲後盾，以使在下之服從也。此爲羅馬共和時代之法家對於法之觀念也。及至十六七世紀法國律師爲公家服務者，亦因襲往說，近世公法之觀念卽據此也。溯自一六八八年以還，斯說遂與哥克(Coke)之國會爲最高權力說相調和，而爲今日政治組織之圭臬。及後美國獨立革命，繼以法蘭西之革命，邇時人民，莫不欲去舊代新，民衆均向平民政治樹建公共主權。(Popular Sovereignty)

reignty) 此英之正統政治思想，已有響應之矣。然不論何種政治革命，其結果也，皆於法律背後立一不可侵犯之威權，以爲一切法令之所由也。故舉凡一國之典律，定判公道之條規，皆直接或間接出自此最高權力之主體……由是觀之，近代法理思想之變遷，不外去往昔之神權或自然賦與之法典觀念而代之國家或人民而已。實則最高權力，不啻「政治上帝」也。既以國家或人民爲政治上帝，具有無限之權力，則今古之不同者，解釋此威權之主體而已。在昔爲神或天，在今爲國家或人民。其於根本觀念，未稍改也。此種思想之結果，遂產生法律穩固之要求甚於法律之宜變動。不但此也，且否認法律變動者亦有之。雖然，昨日之法，未必適用於今日之社會，將何以處之？既否認法之

變動，時代又不能不有變動，是則進退兩難，於是牽強解釋條文，以勉強符合時勢。若法律假定，亦無非此目的。及至法之全部非不變不可，解釋既不適用，遂藉政治上帝以創定新律』（註二）

註一 米琦干法律月刊第二十一卷頁七八四—七八五。

註二 龐德著之法史之解釋頁三一四。

#### （四）對於唯物的解釋法史之批評

甲 斯丹木拉之批評馬克斯(Marx)

『唯物史觀論者曰：社會經濟者，社會生活物質之中心也。所有社會之一切組織及構造，靡不視此生產及分配之情形爲轉移，法不過存此經濟之上耳。故若社會經濟有重要變遷，則法律必隨之而改變，



以副時代之需要。……………

統觀此派之全部討論，乃盡以社會經濟及生產交易爲基本理論。然則何謂社會經濟，此問題未嘗提及。苟持論此說者有思及此問題，其答案將曰：社會經濟者，乃共同努力之事也。然則共同互助努力之可能，果何恃乎？必也有聚同討論之機會，有合意及有次序規則等條件方可。故若無訂勞動契約之法律可能，則所有問題若工資之貴賤，工作之情形，稅收定則，及罷工等，均可置度外，無討論之必要也。苟法未有明文確認私產及貨幣，則工資之高低，非分內所討論也。由是言之，社會經濟，生產及分配，乃藉法律而成交易。故社會經濟者乃執行法律所厘定之制度也。」(註一)

乙 龐德之批評亞當勿汝克士 (Brooks & Adams)

「勿汝克士亞當史記普通法命令狀。(Common-law writ) 或譯習慣法命令狀)。謂最初之時。若君王欲用命令狀時，即令其大法院之院長及書記出之。自茲以還，命令狀遂謂歲入之正宗云。然以弊病百出，斯時之男爵羣趨反對，所持理論謂「若法可出售於最高價者，則其末日可計矣」。故求諸約翰，得准。以後之大法院禁止售賣新出命令狀，僅可依律令及習慣而已。然君王法院未能廢却已有命令狀，於是 Westminster 第二之法規公布，以救斯弊。然以當時地紳附王甚力，故斯時法官靡不受大眾之影響，鮮能從其主意。於是此法規所佈之效力甚微焉。

試一閱柯克及勿力石黨註釋之 Westminster 第二法規及判例所附之解釋，則知其得失矣。凡任何解釋中莫不有考慮及注意關係現象者，而此不之聞焉。及至十三世紀，爲嚴法之過程時代。故斯時之法，漂流無定，一無所準，恆視君王之意志。亨利第二，具法律學識之天才人君也。格令味爾書 (Glauvills Book) 據命令而作成。示吾人此事，謂當十二世紀秋，亨利帝進行法系之計畫；于現存命令狀及判例等法律之材料，撰其精要。制定嚴法。此舉實開自覺法律制定之必要之先聲，而非視意志與特殊階級之勢利者也。吾人當知中世時代之思想，以爲法律乃久來習慣民俗所積成。雖位高若君王，亦必受此已成習慣所約束。然吾人亦不可忘却斯時之貴族階級也。貴族階級恆居最固之

個人自由，此亦斯時社會所養成，遂使貴族之人格每比其他階級爲優越。……以中世思想潮流趨於神道，故公道與權利之觀念，亦莫不以神道之意思視之。神所表之意思。奉爲太上之權力，雖位尊若君王，莫敢抵觸輕蔑也。此種思潮日滋，遂釀成以後之特殊運動之趨向。其動因或由此經濟狀況，然此乃經濟史觀之解釋也。而倫理的解釋則及前者思想之束縛，似與吾人較當之觀察也』。（註二）

註一 米琦干法律月刊第二十一卷頁七六二—七六七。

註二 龐著之法史之解釋頁一〇〇—一〇二。

（五）對於自由制法運動之批評

甲 斯丹木拉

「斯運動也，爲否認制定法(Formulated law)有絕對強制力之要求也。所有法律，皆爲流動乘變，此無例外也。凡審判衙門之判決案件必須以誠良之心(Good conscience)爲標準。換言之，即視每案件之情形而定判決也」(此吳氏按)。

「此種運動之要求，驟觀之，不可謂無理由也。然進一步究之，則其理由不足負吾人之批評的考驗矣。世有不少之國家，其立法也，以嚴格形式爲基本觀念。詳言之，即規定某項事或行爲及其結果應從所規定之嚴格形式也。例如匯票支票之必需一定形式是也。苟一缺此規定必要形式，則此法制之精髓坍塌矣……在一方面言之，法與所制定之一定形式，固有不便之處，然就他面觀之，則法律本身有一定客

觀體，是其利益也。若法律上之時間規定，固不能視良意定之。蓋一般總則若視主觀而衡，則法將不法矣。(註一)至於年齡問題，則不無可議之處。一人年齡之是否滿足，法律不能絕對的規定。遇特別情形之案件，應容許其爲例外。雖然，法律之效力，仍必有普通規定，由此普通規定許其例外。如羅馬法於未成年之人，得因特殊情形由國王宣佈其行爲有成年之效力。(*Veria aequitas*)近世法文類此規定者，亦甚多。……

然若絕對不許立法者利用制定條文，使增佳社會之狀況，則未免咬文嚼義，陷於呆板不顧事實之弊。此自由立法運動所持之理論，而欲吾人所當爲者也。若夫法之效力未能收穫良好酬報，是必軟弱法制

也無疑。……惟此種觀點，若以必要爲度，不爲過分之推崇輿論，(Prevailing Opinion)則其言甚切當也。輒近法規多有「良意」(Good Conscience)或「平衡」之條文，以爲判決案件之示導。註釋此種條文者，其銓釋「良意」卽曰：「判決例案須依良意行之。良意者卽輿論之所謂良意也」。……史乘所載，莫不示吾人在此輿論度活，受惑之甚有如是哉。康德曾自問：何謂啓明之實乎？曰：「能勇往用汝之領會，是啓明之箴言也。」(註二)「信夫！」

### 乙 龐德之個人政府之復活 (Revival of Personal Government)

『法律歷史之全部，乃提示吾人關於今日運動之意義及其由來。歷觀史乘，人類社會隨時進步，而法律亦在此繼續進化路程，由簡而

繁，由粗而細，由狹而廣，以是利益之範圍漸次擴大，增多之利益漸次維護。而此擴大與維護二事，乃繼續發展無已。在古人時代，法律所及者，僅一部分之利益。此利益即社會安甯與秩序是已。及至嚴法時代，遂擴大此昔日保護範圍；由狹隘之社會安甯與秩序至一般普遍範圍。此發展也，釀成個人安甯與團體安甯相對峙；普通安甯與政治組織之行爲相立。自茲以還，法律漸屬進化，迄自然法時代，則因昔日之已確認利益範圍而擴張之，除確認已存保護利益外，更維護道德之利益；人人負有善良意思爲道德上之義務。至成熟時期之法律，一方面確認道德上之社會利益，一方面則力固社會一般安甯及幸福而廣大之；關於財產之取得，及交易之安甯，均展擴其範圍。近世經濟社



會則以此爲基礎焉。然擴張利益之進化路程，以過度時代爲顯著。故逢法紀敗壞時代之後，法律所確認利益之範圍。必更前發展且廣大也。準斯以談，則現在及將來之顯明利益將爲個人生活之社會利益，何言乎個人生活之社會利益也？曰：卽個人之要求有盡量之道德也，有盡量之社會生活也，有盡量之生命也，此利益也，爲社會之利益所必確認及維護者也，……若此等要求，現存之法律未克成功，吾人不可以其不能而卽全盤推翻之也。此問題，乃法家之職責，應從嚴討論後起之利益，加以智能之考慮，庶幾良法美意，得臻成功；個人利益，得以完整，斯爲社會之福利，人羣所當焚香慶祝者也。』（註三）

以上所引原文，已足明二子思想之不同。就其言論綜合之，別設

一新系統之思想，吾將待諸他賢。然吾於此比較之觀察，不可不有所言。故吾臚論其端，畀諸閱者，其於本文或有裨益萬一乎？

吾人一觀斯氏批之評言論，則知斯氏每論一事必以因果律與「同一律」及「矛盾律」之論理原則為標準。彼以此為戰具，以否認別派之言論或謫其昧於因果律或斥其陷於論理之荒唐背謬。夫僅以因果律或論理之智識固未能建設新之理論，(Doctrine) 然以此攻擊愚昧及背謬之學說，已綽綽有餘。

而龐德所持兵器，大與斯氏相反。龐氏每以「反動」「影響」「利益」「關係現象」「調和」「發展」等詞表其評論。龐氏欲反一理論也，必先示明其為反動某種運動，因某運動之未有大礙於社會也，故反動不久自

滅；或謫斥某派學說之陷於「現象之幻覺」，而不適用於用；或論其結果之不宜。諸如此類，皆爲其評對方之法也。

要之，斯氏所持之方法，本下列二項爲前提；（一）因果律與同樣〔註四〕及相反論理原則皆有絕對的效用；（二）斯原則爲吾人不可愚昧者也。當蘇格拉底之飲鴆也，彼知其必死於毒也。夫知而飲之，乃彼不顧其死也。苟蘇氏以其所飲者爲補劑，則蘇氏死於愚，將貽笑萬世矣。然蘇氏知而飲之，此所以成其名。是故智識爲道德與英偉之由立條件。乃十八世紀之學說不察焉，盲言理性(Reason)猶萬靈藥膏，背因果法則而行，故其行爲非吾人所宜仿也。

龐氏之方法，別涵意焉：（一）謂吾人在暫時期間知某項之需要也

，知某項之不需要也；（二）謂吾人欲免除錯誤，應顧及法律進化之客觀原素也；（三）謂此原素有連互關係，蓋由於因果律或他客觀原則也。

由此觀之，二子所用方法之結論，則各人方法之起點。斯氏有云：「論理與心理學乃互相補闕者也」，（註五）即此之謂。然若有人以心理學為哲學之基本方法，使其與論理獨立，是亦未可非也。何則，以二者均非所宜也。易言之，乃最後之結果，非論理亦非心理，實另一物焉。於是斯氏當辨別其言「論理與心理學互相補闕」一語，庶幾分明也。

吾人暫擱置綜合思想，此余已述之。惟各派之信徒，以「彼不反

我者即與我一己足。言至此，敢爲介紹韋摩爾 (Wigmore) 之論文。  
(*Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae*) (註六) 界諸研究  
法理學者。蓋此文列舉法律所涉論者不過六個別之「心的活動」。(Me-  
ntal activities) 然此非謂數個活動可以同一及同時發生，此吾人所不可  
忽也。今再申詹姆斯之言於此，以作余之結語焉。其言曰：『夫格物  
者，致知之源也。此致知之始也漸，其行也順。知一物之極理也，即  
知宇宙之全體矣，蓋一物之近遠，靡不與各物有關係焉。故欲盡知此  
一物也，必也知其所有關係之物，然其關係爲關係之一部耳。於是知  
一隅者，知一隅已；以其知一隅也，故所餘者皆愚矣』。(註七)

註一 慎子曰：「君人者舍法而以身治，則誅賞予奪從君心出，然則受賞者雖當，望

多無窮，受罰雖當，望輕無已，君舍法以心裁輕重，則同功殊賞，同罪殊罰矣。○此言則謂主觀之不足靠也。慎子雖嚴守法治，然並不固執法之變動。其言曰：「故治國無其法則亂，守法而不變則衰，有法而行私謂之不法。」是其論同於斯氏矣。（譯者註語）

註二 米琦干法律月刊第二十一卷頁八七三以後。

註三 龐著個人政府之復活，（一九二〇年）錄自 Annual Report of the Georgia

Bar Association 頁二一——二三。亦可參閱 The Nature of the Judicial Process 第三講。

註四 例如：

良意 (good conscience — 良意 (good conscience))

良意（同上）良意（同上）由輿論而定之良意是已。

註五 米琦干法律月刊第念一卷頁九〇一。

註六 Harvard 法律月刊第三十卷頁八一二。

註七 心理學原理卷二頁三三二。

#### （四）結論

本文終矣。吾今作一表，以示斯氏法律哲學之全體爲余之結論。

甲	知識	懷疑主義 (衛伯)	倫理實在主義 (斯丹木拉)	獨斷主義 (柯拉)
乙	社會哲學	個人主義 (司弟拿)	社會唯心主義 (斯丹木拉)	社會主義 (馬克斯)

斯丹木拉之法律哲學及其批評者

丁	丙
法之應用	法律史觀
法即公道	機械主義 (沙威尼)
公道由法	批評的目的論 (斯丹木拉)
公道即法	目的論 (伊埃林)



## 新民法侵權行為責任的兩種方式

### 甲 過失責任

我國新民法所採的通說是過失爲構成侵權行為的重要條件。但這並不是說在無論何案之中，過失必爲原告起訴理由中的一部分。事實上有兩種可能的情形值得注意的：（一）法律雖加以責任，但如被告能夠證明他已盡過相當注意，則許其免責。（二）有時候因爲艱於證明的原故，法律便推定其爲有過失。

請先討論諸案之須主張並證明過失者。新民法第一八四條第一項

前半段載：

「因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」

此條的文句，尙有稍加解釋的必要。「不法」二字到底是什麼意思？是不是說凡是構成一侵權行爲，於故意或過失侵害他人權利之外，必須再屬「不法」？我們能夠想像一故意或過失侵害他人權利而仍屬合法的案情嗎？所以初初看來，「不法」二字似屬衍文。但是我們要曉得牠的真意乃是「沒有違法的阻却」(Without Justification)。就原告而言，祇要表明他的權利被故意或過失所侵害，其起訴理由便已成立。至於違法的阻却的存在，那便須被告證明的了。假使他不能夠證明違法阻却的存在，那末他的行爲便屬不法。若使被告能夠證明違法阻却存

在的說話，我們應當說就全案整個的看起來實際上並沒有權利被侵害呢？還是說那種權利的侵害是可以免責呢？依我看來，兩句話都是對的，但是我們要曉得在第二句之中的「權利」(Right)二字，是指在一般情形下的法益 (Interest Protected by Law)，而非指在特殊情形下的法益。我相信新民法中此處的「權利」二字，確是這般意思。換言之，此處的「權利」二字不過略具其意，尙有待於審判過程中之鑒衡也。

「不法」便是「沒有違法的阻却」，我們可以找到兩種有力的明證：(一)德國民法的註譯家 (Commentators of the German Civil Code) 和瑞士債務法 (Swiss Code of Obligations) 都以爲牠的意義是被告如要卸脫責任的話，便須證明損害的發生係由於行使他固有權利的結果。有些

註釋家並加以說明，違法的阻却，或為正當防衛，或為緊急狀態。因於正當防衛或緊急狀態的行為，雖於法多所牴牾，但非屬不法。(一)我們又可以拿何墨士與魏格摩的「三分說」(Holmes Wignore 'Tripartite Division')來證實。三分說的要旨可見之於下述三定則：

(一)侵權行為之訴係對於民事的損害而生。法律認定民事的損害是一種禍害，其目的在所以防止之或補償之。

(二)若原告實因被告行為的結果而遭受民事的損害時，進一步的問題便是此種結果是否為被告所能預見……如損害的可能性甚為明顯而結果損害發生，是為故意行為所致，如非甚為明顯但堪注意者，是為過失行為所致。如損害之不可預見者，是為不幸而已。

(二)但在或種情形之下，雖有損害之故意，但無須對之負責者，是爲有違法阻却之存在。違法的阻却有好幾種。有違法阻却存在時，便係有權明加損害。但這種特權之應否容許，如應容許，究應容許至如何程度，乃是政策問題 (Question of Policy) ……所以案件每因特權的存否與特權的範圍或程度的廣狹而生差異。總而言之，爲此種案件判決之基礎者，政策而已。故於審判之際實際所當權衡者，亦只社會的利益 (Advantages to the Community) 而已。(三)定則見哈佛大學法律評論第二九卷第六〇八頁載魏格摩著「何墨士與侵權爲法」。(註二)我附帶的說一句，且無論這種對於侵權行爲情形加以分析的三分說，在英美侵權行爲法上是否具有真理——英美侵權行爲法因多無理性的歷

史上的錯亂，故支離破碎，在或種範圍之內，簡直無從加以歸納——但三分說對於我新民法侵權行為規定則契合無間，真似專對新民法而言一般。

新民法第一八四條第一項後半段載：

「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者，亦同。」

此處有宜注意者，即前半段不法二字，在後半段則無之。將後半段分析起來，有兩種要素必須具備，即致生損害的行為必係背於善良風俗(Contra Bonos Mores)並故意的。但當兩種要素具備之後，即損害之發生，係被告行使權利之結果，被告仍須負責。換言之，即兩種要素不具備時的違法阻却，在兩種要素具備的時候便不成其為違法阻却

了。因爲損人不利己的行爲和權利的濫用 (*Chicanery Act And Abuse of Right*) 不得謂爲合法。這種情形，恰與愛米士 (*Ames*) 在所著「行爲者的不法動機造成侵權行爲的限度」一文中所討論者相當。其不同者，我新民法不言「不法動機」 (*Wrongful Motive*)，而言「背於善良風俗」 (*Contra Bonos Mores*)。現在學者都認爲真正的問題不在被告內心動機的純潔與否，而在依各種情形看起來，究竟被告的行爲夠不夠得上善良風俗的標準。所以真正的標準是客觀的，不是主觀的。

又有一類案件，過失並不成爲原告起訴理由的一部分。法律之以加以責任者，僅因有某種關係之存在已耳。例如新民法第一八八條第一項前半段載：「受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者，由傭

用人與行爲人連帶負損害賠償責任。」這是一種替代責任 (Vicarious Liability)，其初並非基於過失。但在後半段，過失便成爲問題了。因爲同條第一項後半段載：「但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」新民法第一九〇條第一項同樣地載有：「動物加損害於他人者，由其占有人負損害賠償責任。但依動物之種類及性質，已爲相當注意之管束，或縱爲相當注意之管束而仍不免發生損害者，不在此限。」再新民法第一九一條第一項載：「土地上之建築物或其他工作物，因設置或保管有欠缺，致損害他人之權利者，由工作物之所有人負賠償責任。但於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限。」



「至法定代理人對於被監護人的責任，同法第一八七條第一第二項規定：「無行為能力人或限制行為能力人不法侵害他人之權利者，以行為人有識別能力為限，與其法定代理人連帶負損害賠償責任。行為時無識別能力者，由其法定代理人負損害賠償責任。」前項情形，法定代理人如其監督並未疏懈，或縱加以相當之監督第仍不免發生損害者，不負賠償責任」。

在第三類案件之中，法律推定其有過失，例如新民法第一八四條第二項載：「違反保護他人之法律者，推定其有過失。」此種推定 (Presumption)，法文並未明言其為絕對的抑仍容許反證 (Conclusive or Rebuttable)。但余意容許反證，其理由如下：(一)我新民法第一八四條

係脫胎於德國民法第八二三條第二項：「違反以保護他人爲目的之法律者，亦負同一之義務。但依法律之內容，雖無過失亦得違反之者，惟於有過失可歸責於行爲人時負賠償義務。」於此有當注意者，卽在此種情形之下，德民必須證明過失。故如無反證，推定其爲有過失，已與德民離開一層。那末大體上多從德民的我國新民法，豈有更加遠離德民而不許反證此種過失推定之理。(一)如新民法之意爲絕對推定者，則必有「以過失論」或「視爲過失」等字樣。今無此等字樣，則其推定之容許反證，可以思過半矣。(二)我新民法之視「不知法律」(Ignorance of Law)，不如他國法律之不容情，故今所言的過失推定，亦以解釋爲得以反證爲較合理。例如我國刑法雖不以不知法律爲免責

之理由，但仍可爲減輕之理由。

## 乙 無過失責任

蒲輪教授(Professor Bohlen)曾於其所著「道德上助人的義務爲侵權行爲責任之基礎論」(The Moral Duty to aid others as a basis of tort liability)說，雖則自來法律不承認補償無過所致損害的義務，但難保將來之不加以承認。誠然普通法(Common Law)並不想強行一切道德上。倫理上，或博愛的義務，但大家都承認凡倫理的和道德的觀念，其非因一時感情衝動所生之暫時的主張，而於一民族思想信仰上有真確固定之地位者，則自然的必然的將來法律責任的觀念要被上這種倫

理的或道德的色彩。」（註二）

誰知在普通法國家的一種法律趨勢，在我國新民法却實現了——只少有二點可言。這不是值得注意的事情嗎？

我們在前面已看到新民法規定受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者，須由僱用人與行為人連帶負賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。此我國新民法第一八八條第一項也。德國民法的規定就止於此。但我新民法則更進一步的規定：「如不能依前二項規定受損害賠償時，法院因被害人之聲請，得斟酌行為人與被害人之經濟狀況，令行為人爲全部或一部之損害賠償。」這一項規定

的結果，雖與普通法相差不遠，但爲責任之基礎者，則彼此各異。申言之，普通法上的責任是從一種關係 (Relation) 發生，至過失則不問也；而我新民法上的責任，則起於正義公道 (Ex aequo et bono)，且責任的範圍極富於伸縮性 (Extremely elastic)。刑法上有所謂刑罰之個人化 (Individualization of punishment) 者，此則爲民事責任個人化 (Individualization of civil liability) 之適例，兩者真屬遙遙相對。

還有一例，請申言之。我新民法第一八七條規定：「無行爲能力人或限制行爲能力不法侵害他人之權利者，以行爲時有識別能力爲限，與其法定代理人連帶負損害賠償責任。行爲時無識別能力者，由其法定代理人負損害賠償責任。」前項情形，法定代理人如其監督並未

疏懈，或縱加以相當之監督而仍不免發生損害者，不負賠償責任。」此則前已論及矣。德民法亦止於此。但我新民法則更進一步的規定：「如不能依前二項規定受損害賠償時，法院因被害人之聲請，得斟酌行為人與被害人之經濟狀況，令行為人爲全部或一部之損害賠償。」「前項規定，於其他之人在無意識或精神錯亂中所爲之行爲致第三人受損害時準用之。」

於此有值得注意者，即德國民法的起草者，初亦引用「雖無過失，但爲公平起見，亦得令負賠償損害責任」原則。但此原則終遭擯棄，今則只見於我新民法耳。

上述的新責任，我們將加以甚麼名稱呢？余意可命爲「準侵權行

爲」(Quasi—*tor*) 我知道「準侵權行爲」這一個名詞有好幾種用法。例如鈴木(Ringwood)說：「假使有一律師被人委任，而不去執行其所委任的職務，或不經意的去執行。在此種情形之下，可因其違背契約，對他提起不履行契約之訴(Action *ex contractu*)，或因不執行或不經意的去執行所委任的職務，對他提起侵權行爲之訴(Action *ex delicto*)。這種案件，有些學者，稱爲「準侵權行爲」。又如在沙爾孟(Salmond)所著書裏，侵權行爲一詞，其意乃爲「擬制的侵權行爲」(Fictitious *Torts*)。(註三) 又有些大陸法國家(Civil Law Countries)因爲分別侵權行爲和準侵權行爲的結果，其意更難辨別。華生公(Lord Watson)說：「真正的侵權行爲(Delicts proper)包括一切違法之受刑事制裁者。準侵權行

爲一詞，則指違反成文或不成文法而不生刑事結果，且非因違背明示或默示的契約者而言。」在愛斯加拉所著的「中華民國大理院之民商事法理概說」(Escara's Recueil des Sommaires de la Jurisprudence de la Cour Supreme de la Republique de Chineu Matiere Civile et Commerciale)一文，亦有這樣分類。在德國普通法(Pandectenrecht)對不論過失的責任，仍命名準侵權行爲。

依余之見，過失責任，應命名侵權行爲，過失之於侵權行爲，猶意思一致(Consensus)之於契約；故正如準條約(Quasi contract)之無須合意而因公平起見使其發生與真正條約同一之結果，則準侵權行爲雖無過失但爲公平起見仍使發生與真正侵權行爲之結果，事同一例也。



註一 Wignore, Justice Hines and the Law of Torts 29 *Harvard Law Rev.*

608

註二 Pohlen, *Studies in the Law of Torts*, P. 339

註三 伯狄克的侵權行爲法 (*Burdick, Law of Torts*, P. 55)

新民法侵權行爲責任的兩種方式

一七七

法律哲學研究

## 六十年來西洋法學的花花絮絮

### 導言

從十九世紀的末葉到現在——在這五六十年的過程中間——律學和法律思想經過許多的變化和進展。我們敢斷言在法律史上再沒有一個時期要比這個更有意義更饒興趣的了。法學的花開得萬紫千紅，呈一種欣欣向榮的氣象足使我們學法律的可以在這個偉大華麗的園子裏，尋花問柳，優遊忘倦。大有不知老之將至的境界。我記得杜少陵有一首絕美的詩云：

黃四娘家花滿蹊，千朵萬朵壓枝低；  
留連戲蝶時時帶，自在嬌鶯

恰恰啼。

近世法學簡直可和黃四娘家裏的園子鬪媚爭妍。一羣法學家，他們思想的敏捷和立論的神妙，恐怕也不亞於那留連戲蝶；他們鳴聲的幽雅，腔調的靈變更何讓於那自在嬌鶯呢。

我們試靜靜地回顧一下，在最近六十年的光景，法學弄得何等熱鬧。在德國有以也林(Ihering)柯拉(Kohler)斯丹木拉(Stammler)愛立希(Ehrlich)四大家，在法國有薩賴以(Gailelles)截尼(Geny)狄驥(Duguit)好裏烏(Hauriou)都都隆(Tourtonlon)諸名家；瑞士有胡白爾(Huber)意大利有龍白羅梭(Lombroso)奧國有吳次爾(Wurzel)英國有梅因(Maine)泡洛克(Pollock)霍爾譚(Haldane)美國有霍爾麼斯(Holmes)魏格麼

(Wigmore) 龐特 (Pound) 卡陀梭 (Cardozo)。這邊是限於最著名的法學家；其餘二等角色和後起之秀實在是同春荀的暴發不可勝數。不寧維是，這個時期的後半截還產生出三個在法律史上各樹一幟的民法典——德意志民法瑞士民法和蘇俄民法。所以無論在理論方面或在實際方面，這個時期可說是富於創造性的。目今我們的青年也漸漸地注意於法學，這一班的生力軍前程正未可限量，在最近的將來或許也能急起直追在世界法學場上獨樹一幟，自成一個偉大的系統。將來執法學的牛耳的，竟是那個民族。還是在未定之天呢！從前我國法學所以衰落的緣故，是在一般聰明才智之士大都將畢生精力化在文藝的上頭，而對於法學不是加以輕視，便是漠不關心。在初唐的時候，法學總算稍見

起色，因為唐律是一部奇書；牠一方面集以前的律例的大成，一方面為以後的律例的措摸。但是唐律以後，法學的進步就此停頓了。在詩人白樂天的時候，去唐律初出時（永徽四年，合西歷六五三年。按唐律完成雖在高宗的朝代，但太宗末年已經開始準備了。）不過一百五十年的光景（按白氏生於七七一年卒於八四六年，）可是法學已墮於萎靡不振的狀態了。白氏雖是個詩人，但他對於法學例有相當的關顧。他曾作一篇策論講刑法之弊，開頭就說：

「臣伏以今之刑法，太宗之刑法也，今之天下，太宗之天下也，何乃用於昔而俗以寧壹，行於今而人未休和？臣以為非刑法不便於時，是官吏不循其法也。此由朝廷輕法學，賤法吏，故應其科與補

其吏者，率非君子也，而多小人也。（見四部叢刊本白氏長慶集第十七冊第五頁）

「輕法學，賤法吏。」——白氏這話實在是對於法治凋敝的原因一針見血。唐朝已經如此，後來更是自檜以下，不值批評了。

那料到了今日，一般人士非但不輕視法學，並且對於一切法律問題覺得大有興味；茶後酒餘時常以法律案件來作談助。輿論界對於法律更有一種很好的緣分：各地的小報差不多沒有一天不載有訟案的描寫和批評；海上的大報也多闢有法制專欄；或曰「法壇」，或曰「法言」。書坊中之識時務者對於發行法學的書籍無不鉤心鬪角，互相競爭；法學家當中稍負時望或有一藝之長的——他們的的文章大有求過於供之

概，真同韓退之所說「蓋有幸而獲選，孰云多而不揚」的一般模樣。在這個適宜的並且鼓舞的環境底下，我國法學再不能發達，尙待何時？法學的過去屬於西洋；法律的將來或許屬於中華。

寫到這裏，我忽然想到我的題目是關於法學的過去，非關法學的將來。我對將來的熱忱，險些兒使我忘卻本題；現在何妨閑話少說，言歸正傳。可是在這裏篇首，我還要提出一個鄭重聲明：在這六十年中間，法學的潮流和趨勢，實在是千頭萬緒，如同一部二十四史，不知從那裏說起才好。況且法學的進化，絕對不是一線相承的。我們所研究的現象並不是像許多珠子串在一根繩上。所可按次描摹的。因爲時間好比是一片大海，法律思想好比是在這大海上的不盡的浪花；東



西南北無往而非浪花，忽起忽落，推移不息。所以我們對此不容易加一個有統系的，前後一貫的敘述；祇能寫出幾個比較值得注意的印象，以冀喚起讀者的興味罷了。

總之，我這篇文章不是整桌頭的「四京四水」可以請客的菜，不過是祇可和二三知己同喫的「隨意小酌」而已。日前我的朋友俞君頌華和凌君其翰爲申報月刊創刊號索文於我；我既貿然答應下來了，不得不於百忙中東拉西扯敷衍塞責，疎漏之處，在所不免，還請讀者諸君曲原。現在我將所要討論的節目列舉於下：

(一)爲法律奮鬥。

(二)法律和文化的關係。

(三)法律的定義。

(四)打倒機械化的法學。

(五) 法治的限制。

(一) 爲法律奮鬥

我們都知道申報是創辦在同治十一年，就是西歷一八七二年。這一年在新聞事業上不消說是很有意義的；恰巧也是法學上很重要的那一年。因爲那時在德國倒出現了一本風行全球的小冊子。題目叫「爲法律奮鬥」。(Der Kampf ums Recht) 這部書是著名法家以也林氏所做的，出版後膾炙人口，諷誦一時；截至一八八六年爲止，已譯成十七國文字。目今已至三十國了。(中國至今迄無譯本，據凌其翰博士語我，他本已譯就一部分，我希望他能完成工作，以爲該書六十週紀念

）。書中開宗明義第一句就說：「法律的目的是和平，然欲達此目的，除奮鬥二字，其道末由。」我們保障自己的權利，就是維護法律，維護法律，也就是保全社會的和平與秩序。在表面上看來，健訟非社會安寧之所喜。所以從前中國儒家不贊成法治，也莫非顧慮「刀錐之末，將盡爭之」的情形。殊不知沒有爭訟，就沒有運用法律的機會；而法律的生命，就在運用。依照以也林氏的主張，我們對於刀錐之末，也應爭個明白；並非為自己的利益，實在為保障法律。好像孟子說孔子「為禮也，非為肉也」的一般心理。總而言之，非法治無以維持社會秩序，非爭訟無以完成法治。凡是法律的忠實信徒，必須為自己的權利竭力奮鬥。退讓一步。即是不忠實；放棄一絲一毫的權利，即是

## 法律的叛逆！

以也林氏言論的透闢和澈底，簡直可以和我國春秋戰國時代的法家並駕齊驅哩。

我們知道中國的法家是反對禮讓的；以也林氏也是主張「當法不讓」的。（註：當法不讓四字是我臨時造的，脫胎於「當仁不讓。」）以也林氏曾在上述小冊子裏面批評我中華民族說：「中國雖是龐然大物，但在國際上的地位永遠不會和小小的瑞士國抗衡。」什麼緣故呢？因為中國的民族是沒有深切的權利思想和法律感覺的。對內不尙爭訟，不能維護國家的法律；對外不會抵抗，不肯爲國際公法奮鬥。法律是產生於血火浪藉之中；如果大家能夠不顧犧牲，爲我們神聖不可侵

犯的权利據理力爭，則強不凌弱，衆不欺寡，結果就是和平。禮讓即所以引起紛爭，不讓即所以完成和平。

這些話自然也很有道理；可是以也林氏謂中國永遠不能與列強抗衡，似乎也太看不起我們了。他寫這句話的時候，那裏能夠逆料剛巧六十年後我們忠勇的軍隊百折不撓地抵抗暴鄰的侵略。現在中華的民氣和六十年前不可同日而語了。

可是我們要知道，他說這句話並不是惡意的，不過顯露他的武斷和認識上的錯誤罷了。況且就像中山先生說的，現在革命尙未成功，我們還須奮鬥到底，才可達到國際上的平等自由。以也林氏的話也可當作一味奮興劑！

附註 爲法律奮鬥並不是氏之最重要作品。他一生的傑作當推羅馬法的精神 (*Der Geist des römischen Rechtes*) 而於法律哲學最有關係的著作是法律中的目的 (*Der Zweck im Recht*) 有英文譯本，題曰 *Law as a Means to An End*，在美國出版，選爲近世法律哲學業書之一 (*Modern Legal Philosophy Series*)

## (二) 法律和文化的

德國法學家繼以也林之後而起者，有柯拉和斯丹木拉兩氏。前者爲新黑智爾派的領袖，後者爲新康德派的柱石。在我們對他倆的哲學的立場和地位，姑置勿論，但就他們的具體主張之最有精彩者而加以發揮。

柯拉氏是一位多才多藝的學者。除法學是他的本行以外，他同時也還是哲學家，詩人，音樂家，人種學家，和教育家。正維他的興趣這樣廣泛，所以他研究法律的態度是超然的。他認為法律不過是人類精神生活當中的一個小支流。這精神生活是很豐富的，很有意思的，並且不斷地在那裏生發着；法律也跟着變化和進步。不寧維是，就是這精神生活也有一個元始的淵源——那不可名狀的「道」，或那充塞宇宙間的「浩然之氣。」(Ein Hauch der Ewigkeit) 有「道」而後有精神生活，有精神生活而後有文化，有文化而後才有法律。所以法律不離開文化而獨存；文化的目的，也就是法律的目的。

那末文化的目的究竟是什麼？文化的目的凡二：一曰內心修養，

（或完成人格，發揚仁道）一旦克服自然界。他說：「無所不知，無所不能，致知格物以御自然，那就是文化的最高理想！」法律既是文化之一部份，不消說也應以文化的理想為理想。雖則法律的力量有限，但也應在可能範圍之內儘量地促進文化，儘量地消滅和減少一切文化上的阻礙。

法律何以能發揚仁道？比方，欲達世界大同的目的，就非剏立一個超國界的法制不可。（按超國界的法制，比現在所謂國際法更進一步）如此，國際間的仇視就可漸漸地減少，並且可以合全世界人類的精力和才能來做建設的工作，——國與國之間不復採取侵略和自殺政策了。從一方面看，這種統治全世界的法制，尙有待乎人類道德的進



步和內心的覺悟，但從另一方面看來，這種法制，也未始不可促醒人類的覺悟。所以法律和文化是互相爲因果的。

法律何以能幫同文化克服自然界？柯拉認爲文化生活中有兩種不同的元素；一種是理性的，一種是非理性的。理性的部分應予以發揚光大；非理性的部分，應加以制服或沖淡化大爲小，使其不甚爲害。所謂非理性的部分，即是盲目的偶然性。我們之所以不能隨心所欲。一步登天的緣故，就在宇宙間有此種非理性的成分之存在。這些非理性的，足以爲文化的阻礙的物事，不一而足，例如民族所處的天然環境，不測的禍患，尤其是時間和空間。時間和空間是最不留情的，最殘忍的東西。假使沒有時間的間隔，我們用不着發生「前不見古人後

不見來者」的感慨了。假如沒有空間的阻隔，我們也就不會感受離別的苦痛，以至黯然銷魂了，也用不着「舉頭望明月低頭思故鄉」的了，更不至於有「投軍別窰」的一種不快的情境了。照柯拉的意思，這兩個文化的勁敵，雖然不能完全征服，可是那足智多謀的人類，歷長時期的奮鬥，已經把牠們相當程度以內消毒了。譬如，文化幼稚時代，人類既不能寫字，又不能寫照；所以人們一死之後，連影踪都不見了。那殘酷不講理性的時間，似洪水地將人們的遺跡洗得乾乾淨淨！後來文化漸漸地進步，人類能寫字，將自己的思想傳給後人；寫照的方法，能使祖宗的容貌長久印在子子孫孫的腦海中。到近世，照相術和留聲機，又發明了；千年之後，或許人們還可瞻仰梅蘭芳，荀慧生的風

彩，還可聽見譚鑫培余叔岩的音調，我們大家請平心想想，如果現在能從留聲機中聽得孔子哭顏回的腔調，或莊子鼓盆的聲音，豈不妙哉。如此一想，就得感覺到科學之昌明對於人類幸福的供獻了。

這許多話都是講科學；於法律似乎絕無關係。法律如硬要與科學認親眷，豈非「富貴青山有遠親」麼？

但是法律也用不着掠科學之美。法律誠然不能發明拍照術，留聲機，無線電，飛艇，以及其他各種足以沖淡時間和空間阻擋力的方術；可是法律卻能從旁獎勵和保障科學上的種種發明。

這邊是僅僅乎講到法律對於文化間接的供獻。有的地方法律遠能直接克服空間和時間。譬如法律能允准在甲處的人作住乙處的人的代

表。這就是法律直接的克服空間之一例。關於時間，我們也可舉一例我國民法第七條：「胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護視爲既已出生？」以未生視爲既生，豈非將未生既生間的時間一筆鈎銷了嗎？還有照柯拉的意思，我們憑藉債權法的工具，能使未來的資富爲現在所用。譬如，我要買一件東西或創辦一莊事業，可是現在沒有錢，預料要待幾年之後才能有如許之錢。假使沒有債權法，必須呆等有錢之後，才能買所要買的東西，辦所欲辦的事業，豈非做了時間的奴隸了嗎；有了債權法，我現在已能向有錢的人情商借款（他肯不肯借，又是一個問題，）訂立，合同約於幾年之後還給他，同時祇須付他利息。他如果還要多一重保障，我或者可以找一個保證人替我

作保，或者就將我所買進的東西，或舉辦的事業抵押給他作為擔保品。如此辦法能使我——沒有現款或現款不夠的我——馬上可以買我所要買的東西，辦我所要辦的事業。這豈不是在相當範圍之內推翻時間的專制？所以柯拉說債權法是現在用以舉起未來的槓子；因為債權法能使現在預支未來的資富；那蕭條的現在一變而為殷實化了。戲法人會變，各有巧妙不同；那債權法可謂懂得克服時間利用未來的巧妙了。

我寫到這裏，忽然想起一個很有趣味的例子。我們不常聽見「麻衣債」嗎？有些富家子弟，因為他們的父親還在人世，財政權還不是操在他們的手裏。但作他們的「牛馬」的朋友，已是風前之燭，遲早些

要一雙空手見閻王的；所以他們有所恃而無恐地儘管向人家借錢，即以穿麻衣的時候爲清債之期。他們的父親還沒有死——美中不足，——但他們能憑藉着債權法的力量，使他們活的父親在相當程度內等於已死！這也是征服時間。文化生活中，除時空外，還有一種非理性的勢力，應儘量制服或沖淡的；就是人生之無常。雖然太上感應篇開頭就說：「禍福無門，惟人自招；」但人生世間，也確有一種沒有把握的，並非自招的禍祟。俗言道得好天有不測風雲，人有旦夕禍變。不測的事情，既不能絕對預防的，那末我們不好退而求其次，還是保險吧。我們強然不能「保全福事」（甬語），但是我們應當在可能範圍之內預先想法沖淡禍患的毒質，你怕你的房子被火燭燒脫嗎；那末請快些保

火險。你怕你的輪船遭險惡的風浪嗎？那末趕快保水險。你怕你自己遇不測後，你的妻子挨凍餓嗎？那末趁早保些人壽險。（至於誰能保險那保險公司一定爽快快賠償你，那是另一問題。）諸如此類都是法律苦心孤詣地替人類於無法之中想法子，於此可以看見「法律」的「法」和「法子」的「法」確有深切的關係，我們可以總括一句說：法律是克服文化生活非理性元素的一種法子。

附註

柯拉氏生於一八四九年卒於一九一九年。平生著作不勝枚舉。本節所謂係取料

於他的法律哲學 (Lehrbuch der Rechtphilosophie)，一九〇九年出版，（現有

再版），於一九一四年譯成英文選為近世法律哲學叢書之一，及民法概論 (Lehr-

buch des Bürgerlichen Rechts)，自一九〇六年至一九一五年陸續出版。柯拉氏

六十年來西洋法學的花花絮絮

一九九

所最反對的是以也林。說他是一個沒有哲學意味的頭腦 ('Eid unphilosophische -der Kypri)文人相輕，古今中外，如出一轍，但平心而論。柯拉的才學，確在以也林之上。即就東方文化而言，他也有深切的研究，尤其對於老莊之學頗有認識；而以也林則道聽塗說，殊嫌膚淺。

### (三) 法律的定義

以法律為文化生活中的一種法子，雖然也是很有意義的看法；但是這句話絕對不能當作法律的定義，因為牠不惟能適用於法律的頭上，也能適用其他文化現象，例如宗教，論理，政治，經濟，乃至於一切的自然科學。須知法律自有法律的特性；能將法律的特性傾筐倒笈



地說出來，才成一個定義。這個定義，到了那擅長細心分析的斯丹木拉氏的手裏才始成功。斯丹木拉氏生於一八五六年，現已七十六歲了，還是在柏林大學當教授。現代法律哲學家，以斯氏的學說為最有系統。他主張法律哲學的主要任務是發明和制定關於法律的普遍有效的原則和定義。他的最重要供獻有兩點（一）法律的定義。（二）公平的原則。

第二點的供獻，大家認為是他對於法學最大的勞績。他的傑作公平的**法律論**（*Die Lehre von dem Richtigen Rechte*）是一九〇二年出版的，牠是影響絕大，無論英美德法俄意，凡是講法律哲學的總是討論到這部書的，有的是服膺牠，有的是批評牠，還有許多簡直不懂牠而硬

要說牠。平心而論，這部書意思雖然很簡明，而文字實在不容易懂得。前幾時我的一位學生邱漢平博士曾經費了許多工夫將牠的總論翻成漢文，使我越讀越模糊了，實在這部書根本不能翻譯的。卽就其題目而論，英文的譯本（也是近世法律哲學叢書之一，其中附有拙作斯丹木拉及其批評者）翻作 *The Theory of Justice* 已經離原意思甚遠了。因爲德文 *Richtigkeit* 和 *Gerechtigkeit* 有分別。前者是「對的」的意思，後者「公道」的意思。其實我上面的公平的法律論的翻譯也是錯的，實在應作對的法兒論，但是這還成文字嗎？這裏我不擬討論斯氏關於第二點的供獻；一則我沒有工夫，二則這一點人家已有許多的討論，三則從前我跟斯氏讀書的時候，他時常對我說他平生最得意的工作是在闡明

法律的概念（按概念就是定義）；所以我專就第一點加以解釋。天下生法多於恆河沙數，其內容千變萬化，隨時隨地的不同。即就一個法典內的條文而言，各條有各條的內容，不與餘者相雷同。各國的和各時代的法律之不同，更不待說了。譬如，拿破崙法典的內容，與德意志法典的內容迥別；而德意志法典又與蘇俄法典不可同日而語。這雖三尺童子也能見到的。可是法律的內容雖然受時間支配，法律的定義卻是不變的，普遍有效的。法內之所以爲法效，自有其不易之特性在。

斯氏演繹其法律定義如下。

（一）法律是屬於意志的，不是屬於自然現象的。無論什麼法律都是意志。

我已說過了，斯氏是宗法康德的唯心論的。所以他的出發點是「知覺」(Bewusstsein)。「知覺」可分為兩大部分，一種是「印象」(Wahrnehmung)，一種是「意志」(Wollen) 凡在我們知覺中的一切，非是印象。便是意志。譬如，我們所看見的茶壺，顯然是一個「印象」不是「意志」。我們要想喫茶，這個欲會顯然是一個「意志」，不是「印象」。法律是「意志」，不是「印象」。我們且就隨便那一條法律來細心認識一下。比方民法第一九條說：「無法律上之原因而受利致他人受損害者應返還其利益」。這顯然不是一個印象好像茶壺一樣；乃是代表一種意志(誰的意志，姑且不問)，是和想喫茶同一類的。

(二) 法律固然是意志，但是我們可不能倒過來說意志就是法律：

否則我想喫茶也要算法律了。所以我應更進一步說法律關於社會生活的意志，不是限於個人生活的意志。魯濱蓀飄流在荒島的時候，他無論有幾千幾萬的意志總不成其爲法律。法律是治羣的，不是治身的。

(二)雖然無論什麼法律都是意志；但是我們要掉過來說，無論何種意志都是法律，那便不確了。譬孔子說的「己所不欲，弗施於人」也是代表一種意志，但是法律上並無如此義務；違背這個規訓，並不是犯罪。蓋與法律道德有分別。前者祇有勸化性，而後者則有強制性。所以斯氏更進一步牢籠法律的定義說：法律是有強制性的意志。

(四)這邊不能滿足斯氏的理想。法律固然是有強制性的意志；但是有強制性的意志不盡是法律。因爲歷史上有許多專制皇帝，像夏桀

和殷紂之類，他們要做什麼就做什麼，朝令暮改，喜則賞怒則刑；使人民無所適從。這種的命令雖然也有其強制性，但按其性質非但不是法律，並且適足壞法亂紀。凡是法律，不可以任意改變的；雖欲改變也應依一定程序；但在未改變以前，即君王也不能任意違背的。所以斯氏獲得一個結論：法律是不可違背的，有強制的（有施行能力的）關於社會生活的意志。

從以上所述可見斯氏思想方法的一斑。看他尋繹法律的定義，幾何有步驟，幾何按步就班，一層一層的推演下去，好像「欲窮千里目更上一層樓」的模樣。

斯氏勝過柯拉氏的地方。就是他的思想純而不雜，非同柯拉氏下

筆不能自休，好像放萬花筒一樣。

斯氏還有一個特長，——他的教授法非常高明。他教書的時候，往往引徵許多有趣味的案件和故事來證明抽象的原則。

斯氏的人格非常完美。他待人接物是很和藹可親的；並且也善諧謔而不爲虐。他當了四十多年的教授，學生徧天下；凡是他的學生，無論贊同他的學說與否，總沒有不崇拜和羨慕他的品格的。卽如這次派到中國來的國聯調查團當中一位德國博士名叫希尼，也是斯氏的門生。希尼氏年近花甲，離開學校已三十多年了；可是我和他談起斯氏，他還是嘖嘖稱羨，於形色之間，油然流露一種孺慕的狀態。斯氏的學說和人格，深入學生的心坎，於此可見一斑。

附註 這節文章取材於兩部著作，一爲法理學通論 (Die Theorie der Rechtswissenschaft) (註)一爲最近出版的法律哲學概論 (Lehrbuch der Rechtsphilosophie) 這書取材宏富，凡關法律哲學的。都有精密的討論，爲法家必讀之書。

#### (四) 打倒機械化的法學

以上所討論的都是關於德國的。現在我們要一渡大西洋到新大陸去遊玩遊玩。

美國在十九世紀的時候，在法學上簡直可說是一個後進國。以法統論，美國是附麗於英國的；以法理學論，美國是閉關自守，與歐洲沒有什麼文化上的交通的。但是現在的情形大不同了：法學正在流露



一種蓬蓬勃勃的氣象，駸駸乎將追歐洲號稱文物之邦者而上之。目今法學家羣起並作，多集合同志，自奉一派，和別派詰疑辨難；於是在學說上，精益求精，遂演成兩大派別——一個是社會學派，一個是實際主義派。前者的領袖就是哈佛大學法科的教務長龐特氏；後者是新近起來，沒有一個叫明的領袖，因為這一派合集一班小實力派而成一個兒的運動，但大多數是以福爾摩斯氏的學說爲出發點的，雖則福氏自己並無和他們聯絡的意思。要而言之，現代美國法學之所以不但未落於不景氣的狀態，而且有百卉爭妍，欣欣向榮的氣象，蓋以龐福兩氏之力爲多。

福氏的學說並無系統；因爲他做了四十九年的法官，一生精力差

不多都用在裁判的上頭，所以除一八八一年出版的「普通法」以外，再沒有整部的著作。但福氏是天才出眾的法學家，他對於文學和哲學也有深切的研究，所以裁判案件的時候，常常憑其真知灼見，開闢新穎的法理。這些真知灼見好像星星之火，已經燒脫許多足以阻礙法律進化的垃圾。福氏之偉大，委實在美國的任何法家之上。可是研究他的學說，頗不容易：好像開金礦一樣的費事。俗務蜩集的我，那裏有許多工夫去開這座礦山。

龐特是個著作家，他的學說大都有他自己作文發揮，所以比較的可有線索可尋；因而做他的學案也比較的易於爲力。所以我在這裏祇講龐特的供獻。

龐氏今年六十二歲；建生於我國前清同治九年——一八七〇年。讀律之前，他是一個植物學專家。他第一部書的題目是納白拉斯卡邦植物在地理上的分配。這書出版於一八九八年；至今植物學家還公認為一部極有價值的作品。他畢業納白拉斯卡大學後，再進哈佛法科肄業，祇讀了一年法律，（一八九九——一九〇〇）並未畢業。一九〇〇年在納邦當了一年不到的律師（那時執行律務，祇要經過考試，無須法學士的資格。）一九〇一年被派為納邦最高法院審理上訴案件委員。（Commissioner of Appeals of the supreme Court of Nebraska）做了二年光景，同時還在納邦大學擔任助教。至一九〇三年升為該大學法科的教務長，凡四年。在一九〇七年，為西北大學法科教務長魏格磨氏所

識拔，被聘爲該法科法學教授。（按西北大學法科在爾時已在法學界佔有重要地位，非同納邦大學的法科的默默無聞；龐氏之被聘爲西北教授，係由魏氏一人之力；所以龐對於魏頗有知己之感，後將他的大作「法律史觀」獻給魏氏）。自一九〇七年起擔任芝加哥大學法科教授，到一九一〇年爲止。在一九一三年經魏氏竭力推舉，被聘爲哈佛大學法科法理學教授。（按魏氏爲哈佛畢業生，其成名遠在龐氏之前）到了一九一六年升任該法科教務長；到如今還任該職。於不到廿年的當中，龐氏由一個植物學<sub>之家</sub>一變而爲法學家；由一個沒名氣的法科的助教迭次升遷而爲一個大名鼎鼎的法科的教務長；這也是法學史上的一種佳話。

龐氏著作等身，不勝枚舉，其在法學雜誌發表的文章尤多。現在但討論他的兩個根本的出發點：第一，他是反對機械化的法學的；第二，他是主張法律的能力是有限制的，所以要和別的社會科學合作。

他於一九〇八年的時候，在哈佛法律雜誌上發表了一篇具有學上革命意味的文章，題爲「機械化的法理學」。他說一般有學家誤認法學爲一個專用邏輯方法的科學。他們以爲裁判案件祇要以現成的法律爲大前提，以當前事實爲小前提，我們就能演繹出一個一定不易的結論。這樣看來法律就可比一部磨米粉的機器；祇要將米粒從一邊不盡地灌進去，那米粉就會從另一邊磨出來了。司法者就是司機的工人，毫無剝造的機會。殊不知法律是一個應付社會生活的科學。那社會生

活上的需要是無時不在變化和擴張當中；所以裁判甲之大前提也有隨時修正的必要。書面上的法律和實際上的法律是不同的，而我們所應注重的是實際上法律的。法理學也有兩種。一種是專重抽象原則不顧實際上的效果的一種是着重於法律在實際對於社會生活的供獻的。前者爲機械化的法理學，後者是人事化的法理學，前者是虛無渺漂不切實用的；後者是腳踏實地，對症發藥的。前者是僞科學，因爲是無的放矢的；後者是真科學因爲講究利益的權衡的。

他很痛快地指出法學上的兩種通病，第一：易趨於太過專門化的途程，其流弊就是使不懂法律的大衆莫明其所以然。但是我們要知道法律是爲大衆而設，不是少數專家去做鑽牛角尖的玩意兒的。如果太

過專門化，使大眾覺得太不自然，豈不失掉法律的真意了嗎？這是第一個通病。第二：太過顧慮內部的矛盾，太過苛求形式上的完美，和統系上的一貫容易使法律變成僵化。法律好比一條魚，社會生活好比養魚之水；法律脫離社會生活，這條魚就要僵了。古之大法學家，他們剝立原則的時候，是根據當時社會情形，而今之法學家將那些原則奉為天經地義的教訓，而對於他們剝立那些原則的緣故和方法倒反忘懷了。我們所應效法於從前的大法學家的，是他們的方法，不是他們的具體結論。但是因一般末流的法學家祇認識具體的結論，而不知道所以達到此結論的方法，所以一個真正科學化的法學，在他們手裏面，好端端一變而為一個機械化的法學了。法學昌明時代，以概念為貫

徹公道的工具；法學衰落時代，公道忽成概念的奴隸了。所以龐氏大聲疾呼打倒崇拜概念的法學。擁護主張實際公道的法學！

### (五) 法治的限制

前節已經說過，龐氏的法律哲學有兩個出發點，第一點已如上述，現在我們要就其第二點發揮一下。

龐氏是很表同情於以也林氏的目的論，他主張法學是展舒社會生活的一種工具。諺云：「工欲善其事，必須利其器」。但在「利其器」之前，還有一番根本的工作，就是仔細攷究那個工具的性质，牠的長處，和牠的短處。譬如一把斧頭，不能用以修錶；一根麻骨，不能用以



爲杖，法律到底是怎麼樣一種工具，牠的能力的限制在什麼地方。法律不是無所不能的。法律學家對於法律能力之種種限制首先要認個清楚，才能知己知彼，百戰百勝了。初學法律的人們，往往將法律當作法寶看待，以爲社會萬惡祇要有一條法律去取締牠就行了。祇要有一條法律，就可以禁酒；祇要有一條法律，就可以禁烟；祇要不准人家去取贖被綁的肉票，就可以禁絕擄人勒索。諸如此類，都是把法律的問題看得太簡單了，而把法律的能力看得太無邊了。殊不知法律亦有時而窮，有待其他的社會科學來彌補其不足；韓退之說的好，以法爲楹，以豨苓引年，是不可能的。

那末，法律的限制究竟是有幾種呢？照龐氏的分析，共有五種。

第一是確定事實的困難。法律的裁判自然須以事實爲其對象。但是事實的真相是很容易證明的。法官不是神仙，自不能事事得其真相，更不能洞察人心。況且法官是很忙的，每日有案件審理，我們不能希望他們盡畢生之力爲在一二件案件上做工夫；也不能希望他們在未得真相以前將案件永遠懸而不結。所以失入失出的地方，在所不免。但是與其失入，無寧失出。書經裏有一句警語「與其殺不辜，甯失不經」。西洋也有一句同類的格言說「一宵可使十個有罪的人脫漏法網，不可使一個無辜的人冤枉受罰」。我們理想上的公道要求有罪有罰，無罪無罰，可是在實際上，因爲證明事實真相之困難，這個理想未見能完全實行。這也是沒有法子的事情，——所謂啞子喫黃連，有苦無處去

伸。

第二種限制是有許多道德上的義務法律不能強之使行。法律祇能革面，不能洗心。這就孔子所謂「道之以政，齊之以刑，民免而無恥；道之以德，齊之以禮，有恥且格。」

第三：人類越趨文明，利害關係越形複雜，而侵害法益的方法也隨之日趨高明和巧妙。所謂道高十丈，魔高百丈！法律要對付種種日新月異的規避方法，——鬼魅技倆，——是談何容易的事情！

第四：有許多法律規定的義務，事實不能強制執行的。譬如，夫妻有同居之義務。但是一造對於他造反目時，被害人不能要求法院派幾個司法警察去管門。有一位外國法師告訴我一莊很有趣的經驗：有

一次一對夫妻間稍稍發生一種不睦的情形，一造要想離婚，後來經律師的調解，總算言歸於好。但是他們硬要律師替他們訂立一張和好的合同；到規定同居的一點，有一造忽然發問道「每個月須行幾次房事，才始可算盡了同居的義務？」那律師竟至瞠目不知所對！原來關於人事上的義務既不能「捉了鵝頭飲水」，更不能用金錢來賠償；所謂心病還須心藥醫，那號稱萬能的金錢也有時而窮的；而法律所最能爲力的莫非是命令人家支付一些金錢罷了。

第五：法律不是一部自動機器；還須有正當的人才去運用牠的黃黎洲說的「有治人，無治法」，雖然說得是偏面一點，但也有一部份真理。我們可以說「雖有治法，如無治人，也是不中用的」。我們實不能

不表同情於孟子「徒法不能以自行」的話。法官的人格和學問，對於法治的興衰關係至鉅；主張者能使法律完美，而不能使法官個個聰明正直，這部工作還須仰恃於善良的法律教育和道德的薰陶理想的法官，除正直無私之外，還須有一種達特的聰明，隨時於無形中修正法律——寓刑法於裁判之中——使法律能適應那千變萬化的環境。從前顧亭林先生說的好：

「前人立法之初，不能詳究事勢，豫爲變通之地。後人承其已弊，拘於舊章，不能更革，而後立法以救之，於是法愈繁而弊愈多，天下之事，日至於叢脞；其究也既而不行，上下相蒙，以爲失祖制而已」。（見日知錄卷八法制章）

這就是說，以立法權立法，不如以司法權立法。法律好比一所房子，應隨時加以修理，加以洗刷：漏的地方應彌補，舊的地方應掉換，每日黎明即起，灑掃庭除；這樣才始不負祖宗置產的苦心。法官的任務。一方面要保守，一方面也要剏造；既不能太過保守，致蹈墨守成規，膠柱鼓瑟之譏，又不可太過剏造，致涉搗亂綱紀的嫌疑；增一分則太長，減一分則太短；這是何等高深，何等奧妙的藝術；做司法官的一定要有一種歷久的內心修養，才能達到可以守則守，可以剏則剏。寓守於剏，寓剏於守的境界。非法之難，而所以用法者實難；對於司法人才之難得，無論古今中外，皆有同一的感想。

法律的能力既是有限的，所以吾人如欲研究羣治的道理，不能專

恃法律，尚須兼講其他的社會科學。吾人如欲解決羣治問題，必須把一切社會科學——法學也其中之一份子——聯絡起來，組織起來，分工合作起來。龐氏以法學家的立場，而主張和別的科學合作，所以他的學派可稱一個「社會學派的法學」。

附註

一九一一年，他在哈佛法律雜誌發表了一篇重要文章。題為「社會學派的法學底範圍及其目的」。（此文原分三期發出：第一期見該雜誌第二十四卷第八號；

第二期見第二十五卷第一號，第三期見第四卷第六號。數年前由陸鼎揆博士翻成漢文由商務印書館出版，以單行本發行）。這篇文章為龐氏學說的基礎；社會學派的法學底大方針已經在那裏明白的確定了。這篇文章對於美國法學界影響極大；有的大學的法科簡直用牠為法理學的課本。即在我中華，有一位法學

六十年來西洋法學的花花絮絮

二二三

家也頗受牠的影響。譬如何世楨博士所著近世法律思想的趨勢（見東方雜誌第二十五卷第一期。）大部份是脫胎於此的。餘如陳霆銳王傳璧張知本諸君的著作，也多折衷於此文。



中華民國二十六年一月再版

有 著  
作 權

法律哲學研究——全書

實 價 四 元

外埠加郵費

著 者 人

吳 經 熊  
上海法學編譯社

發 行 人

徐 寶 魯  
上海河南路三二五號

印 刷 所

會 文 堂 新 記 書 局  
上海河南路三二五號

總 發 行 所

會 文 堂 新 記 書 局  
上海河南路三二五號

分 發 行 所

上海  
三馬路  
北首  
琉璃廠  
交通路  
南陽街  
永漢北路  
北平  
漢口  
長沙  
廣州

會 文 堂 新 記 書 局

上海图书馆藏书



A541 212 0002 2488B

