

榕城童 沂著

現代法學

大公書店發行

580
658

f30
0992

童

沂著

現
代
法
學

大
公
書
店
發
行



3 0477 1780 0

序

一 法律有五委，在·成·作·行·守。法律「在」於自然。「成」於歷史。「作」於立法者，筆者以此主張「生活的法律化」。然而法律並不是徒因「在」而言「在」，因「成」而言「成」，徵諸今日法律的動向，更不可不因「在」因「成」而言「作」。那麼，法律僅以「作」爲滿足嗎？否！法律並不以「作」爲止境，乃爲「行」而「作」，因「行」而「守」，由「守」而「行」。要使法律合致於國民的實際生活，則當立法之時，不可不充分考慮「自然」的所「在」，「歷史」的所「成」。更以此爲基準，在可能範圍內，展望未來，依著「作」的妙用，領導國民生活的向上，據此「作」成的法律，絕不至和國民的實際生活兩相背馳。正合致於今日的國民生活的法律，失却法律的「文化性」，動使保持着「固定性」的法律，不足應付時代的要求。所以法律不可不具有「進步性」。可促進異日的國民生活的法律，失却法律的「適應性」，動使保持着「改造性」的法律，不足供給現時代的需要，所以法律不可不具有「保守性」。偏於前者，法律追不上生活，偏於後者，生活追不上法律，過和不及，一樣的失敗；所以理想的法律，一面應遵循著「生活的法律化」的途徑，另一面應考慮怎樣的能使其做到「法律的生活化」。

「法律的生活化」的終局目標，是先使法律滲透於國民生活之中，喚起國民的遵法心，而後依著國民的自覺，改善自己的生活，按著法律的要求，把自己生活全面的轉化於法律生活。有可使國民遵守之法，更須有遵法的國民，所以我說法律是爲「行」而「作」，因「行」而「守」，由「守」而「行」。那麼，怎樣能使法律滲透於國民生活之中呢？則端看「行」的如何，現行法所以異於古法，實定法所以異於理想法，其特徵完全在於「行」的一字。

二 法律行自國家，國家應怎樣行法律呢？在這裏所謂的「行」，要是具體的說，便是「法律的運用」。惟於大陸法系的國家，法律之「行」乃始於「作」，故論法律之行，必自法律之作說起。法律之作，上承過去，下啓未來，是「生活的法律化」和「法律的生活化」的中介人，是前者和後者間的過渡的橋樑。法律的制定，不僅應使生活轉化於法律之中，更應使法律滲透於生活之內。於此發生兩個對立的問題：（一）國家以自作的法律，自當實行之，應考慮依如何的形式及內容，方能合理的施行法律。（二）國家要使自作的法律，化爲國民的生活規範，應考慮依如何的方法及技術，方能有效的運用法律。前者：期待國家設定合理的立法政策，後者：期待國家設定有效的司法施政。

立法政策 Gesetzgebungspolitik 亦曰：法律政策。學者解釋立法政策的觀念，謂係「以制定法爲

基礎，而實現法的理想之目的意識的行爲。」以立法政策爲對象的學問，爲「立法政策學」，或「法律政策學」。立法政策，非認識的行爲，而係實現理想的行爲。從學問的立場說，乃欲實現依法理學。亦稱：法律哲學，或稱：法哲學——所認識之法的理想。

立法政策，常受一國之國家觀、世界觀乃至政治觀所左右，然其自體，亦復有其特有的性格，前者：乃立法政策的特殊性，後者：乃立法政策的一般性。論一國法律之特殊的指導原理，應明立法政策的特殊性，論法律之共通的指導原理，應知立法政策的一般性。一般常先於特殊，是思想必經的過程，從一般的原理上加味特殊的原理，又是立法應取的態度，故論立法政策應先論其所具有的一般性。

三 立法政策於現實的認識上，一方不僅須有制定法的知識，更須具有社會學的、經濟學的知識，同時於他方須與法理學保持密切的關係。故言立法政策，須充分考慮法的理念，法的理念有三：（一）正義，（二）法的安定性，及（三）法的合目的性，合理的立法，端在於此三要素的調和。

正義 Justice, Gerechtigkeit, 乃支配人類的價值意識之一根本的理念。其與法律的關係，夙有兩說：（一）保守的正義觀 以法律爲正義的實現。（二）理想主義的正義觀 以法律爲實現正義的手段。關於正義的概念，也有兩說：（一）等分的正義，對於同等之物酬以同等之物。（二）配分的正義，按個人的特性爲適當之分配。等分的正義，表現於契約者，爲給付和反對給付的等價性，表現於刑

罰者，爲隱報刑的思想。配分的正義，以表現於目的刑論的思想中者，爲最顯著。前者，亦稱個人主義的正義，後者：亦稱社會的正義，或團體主義的正義。正義之別一分類：（一）正義的淵源，在於神者，曰：宗教的正義。（二）正義的淵源，在於個人的良心者，曰：道德的正義。（三）正義的淵源，在於國家者，曰：國家的或法律的正義。現代的法律學，以國家的正義爲主，並由個人主義的等分的正義，發展而至於團體主義的配分的正義，且非以法律的自體實現正義，乃以法律爲實現正義的手段。所有權絕對性的制限，契約自由原則的制限，目的刑，教育刑的採用，正所以表現正義爲立法政策之一要素。

法的安定性 *Rechtssicherheit* 亦曰：法的安全性，或曰：法的確實性。法律乃規律個人的行動，用以維持社會的秩序，故須以一定的法律昭示國民，使人人得豫期法律的效果，而安心的爲社會生活。爲維持法的安定性，當立法之際，宜守法律不溯及既往之原則。於法規中所規定的事項，應儘可能使富有彈性，而得以一般的、抽象的條文，一律適用於其後發生之萬般的事象。凡於適用上易生疑義之處，應安加豫防。一度成爲法律以後，非有不得已的情形，切勿輕言改廢。這樣的措置，方能使遵守法律者，安於法。習於法，法律的生活化端賴於此，故亦爲立法政策之一要素。

法的合目的性，乃適於法律所追求的目的，易言之，即合致於法律所追求的理想。懸揣定法律時，其所追求的目的，本於特定的、具體的國家政策的要求，恆帶着多元的性格，尤以單行法爲著。惟特

定的·具體的國家，對處特定的·具體的社會情事，而有制定特定的法律之必要時，要不能忽視時代思潮的動向，故於一般的情形，常與法理學保持密切的關係，而時受理想法 *Ideals Recht* 的影響。現代法律學的正義觀，既傾向於團體主義，故現代法律的共通的目的，亦轉向於法的社會化 *Socialization of law, Socialisation, du droit*。法的社會化，有兩種意義：(一)勿使法律用語的學術化，務使法律用語的通俗化。(二)勿使法律為專門家間的獨占的知識，務使法律知識的普及化。為達成法的目的性，務應實踐後之意義。二十世紀的法律，已非十九世紀當時的立法，申言之：(一)非純個人主義的立法，乃社會本位的立法。(二)非純為保護社會一部分人的立法，乃為擁護社會全體立法，無畛富之分，男女之別。一切的人們，在法律之前，一律平等。但是，「社會化」一語，有時會引起人們的誤解，所以學者間又做出一個新用語：法律之「工學的解釋」 *Engineering interpretation*。

四 立法政策的一般性，已如前述。立法者當制定法律時，除應實現立法的一般理念外，還應該想到「法的妥當性」 *Geltung des Rechts*。法的妥當性，語義多歧：

I 價值的妥當性 也可以叫做「客觀的妥當性」，或是「哲學的妥當性」。怎樣的法，方具備價值的妥當性呢？只有客觀的合於正義的法，纔有價值的妥當性，正義是絕對的價值，所以不當的法

欠缺妥當性，惡法亦然。

六

Ⅱ 實定的妥當性 法經制定以後，便要求人們的服從。凡是現實使人服從的法律，便具有妥當性。這樣的妥當性，只要使一般人受規範的拘束，得到單純的服從，就獲得了妥當性，既無須人們現實的服從，也無須獲得客觀的正當。所以實定的妥當性，乃逕因制定而獲得妥當性，也可以叫做：「規範的拘束性」。

Ⅲ 事實的妥當性 如何的法方有妥當性呢？只有現實的使人服從的法律，方有妥當性。申言之：只有事實上使人服從，依著因果的決定，事實上依法律而規律各自的行為者，具備法的妥當性，如此意義的妥當性，也可以叫做「因果的妥當性」。

法的妥當性，雖然有三種不同的意義，但是合於立法理念的法律，不能想像有不合於正義的法律，也不能想像有事實上不規律人們之行為的法律，所以法的妥當性，僅存有實定的妥當性。不過立法者也應該留意，不要失却價值的妥當性，否則，便失却「法的權威性」，也不要失却事實的妥當性，否則，便失却了「法的實效性」。

五 一國的立法政策，除應遵從一般的立法原理外，還應加味本於國家觀·世界觀·政治觀的特殊立法原理。那麼，我國特殊的立法原理是怎樣呢？中華民國訓政時期約法前文：「國民政府，本革

命之三民主義，五權憲法，以建設中華民國。……」同法第二條第一項：「中華民國之主權，屬於國民全體。」同法第三條：『中華民國』永」爲統一共和國。」同法第六條：「中華民國國民，無男女・種族・宗教・階級之區別，在法律上一律平等。」同法於民國二十年五月十二日，經國民會議通過，於同年六月一日，經國民政府公布，同日施行。本約法在未經國民大會決定憲法以前，（按：國民大會初定於民國三十四年十一月十二日召開，嗣改爲民國三十五年五月五日招集，旋又延期。）原係中華民國之根本法，在全法律體系中，具有組織規範的性恪，更依同法附則第八十四條：「凡法律與本約法抵觸者，無效。」故於我國立法，皆應「遵守三民主義之立法精神」，做到「情」，「法」，「理」三者的綜合統一。在這樣特殊的立法原理上，更考慮次述之三原則：（一）適應一般社會之實際需要，（二）保存中國固有之優良習慣，（三）採納各國法典之優點。

在訓政時期，立法院擔當立法，其制定法規，應依「法規制定標準法」——民國三十二年六月四日修正公布施行，其成立法律，應依「立法程序綱領」——民國二十二年四月二十日第四屆中央執行委員會第六十七次常務會議修正公布。政治會議——於現制爲國防最高委員會——有決定立法原則之權，以貫徹「黨義治國」的原則。

六 理想的法律，不僅是要恰合於國民的日常生活，而且要有領導國民爲文化生活的力量。但是，

無論如何嶄新的立法，到底不能排脫時間的支配，所以不能始終保持嶄新的面目，今日的理想法，到了明日，就許有一部分成爲反於理想的法律，社會的情況不斷的進展，而且時時發生波動，法律則不能天天修正，法律追不上生活，這是必然的事情。嚴格的說：現代的立法，按著立法的程序，自着手起草而迄於施行，需要相當的年月，到底不能正確的扼著現在，所以無論任何的法律，都要著立法的技術，爲未來開拓法典的功用；好爲法律保留適於對處未來情事的彈力性，以解除其自身不融通的固定性。但是，無論如何富有彈力性的法律，也是有一定的限度，在這裏很明白的註定了法典的壽命，使人們深深的感到雖然是法典，也是有一定的壽命。

一部法典，到了必需施以全部修正的時候，便是這一部法典壽命告終的時候。那麼，爲使法律常能適應時代的要求，可否時加修正呢？否！人們的生活，一面求發展，一面求安定，爲求發展；於生活上不免發生波動，勢不免和求安定的心情發生矛盾。但是，人們依然要在安定中求發展，法律是規律社會生活的規範，所以法律，也不能不受這矛盾情事的支配。法律的修正，要是過於頻繁，固然，可以常常保持著嶄新的面目，但是，於另一方面却影響了民生的安定，所以國家應儘可能避免修正法律。法律的自身，包含着這樣矛盾的內容，坐使立法者失却了徹底解決的方法。那麼，這個問題，應歸誰來解決呢？賢明的立法者，爲脫卸責任，並掩飾法律的不完全性，只好儘可能使法律富有彈力性。擴大裁判官自由裁量的範圍。在抽象的法條裏，爲裁判官保留解釋的餘地。設定一般條款，使裁判官

得以適正處理特定的案件，而且把在立法上未能概念化的事項；或是一旦設定明文，不免流於繁瑣的事項，也一併交給裁判官，善為解釋，於是，立法者的責任，便介由這些規定，轉嫁在司法者的身上。

七 法律不能跟着生活的進展而進展，如何賢明的立法者，對於眼前需要規定的事項，亦或不免遺漏，前者：是法律的不融通性，後者：是法律的不完全性。司法的裁判，在於獲得具體的妥當性，怎樣使存有不通融性的法律，得以融通適用於法律施行後新發生的諸事態？又怎樣使存有不完全性的法律，得以完全適用於法律制定當時所未意識到的諸事態？司法者接受立法者所轉嫁的責任，因為身當適用法律之衝，再沒有可轉嫁責任的地方。刑事案件，還可以靠著「罪刑法定主義」——刑法第一條，以「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」為理由，「諗知無罪之判決」——刑事訴訟法第二百九十三條第一項，民事案件，本於「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」——民法第一條之規定，總得就當事人的紛爭，謀合理的解決。辦理刑事案件，好比下象棋，初學時顯得麻煩，既然會走以後，就不難走到好處，辦理民事案件，好比下圍棋，初學時顯得容易，雖然懂得下法，仍然不易走到好處，裁判官難做，辦理民事的裁判官更難做，辦到好處，是職務上所應爾，辦不到好處，挨罵事小，影響於司法的威信事大，這是裁判官的吃力不討好處，也是裁判官的神聖處。裁判官職在運用法律，「解釋的合理化」和「裁判的妥當化」，是裁判的兩大生命，辦到好處，不

僅可以維護法律的權威，助長法律的功用，還可以介由裁判的生活化，完成法律的生活化的效用。

一〇

八 立法者的職掌，在於「作」法，司法官的職掌，在於「行」法。要問法律何所據而「行」，就該問法律何所據而「作」。法律在那裏？簡單說，法律在於生活。要是更進一步，追究生活的根源，就應該說生活「在」於自然，「成」於歷史。法律是「生活」的規範，所以法律應以生活的「在」為在，生活的「成」為成，立法者即因「在」而「作」，因「成」而「作」，於司法官更因「作」而言「行」，所以我主張「生活的法律化」。

法律既出於生活，那就得承認生活的自體便是法律。人間自有法律，又何須立法者制作法律！誠然，只要人們各安於生活，縱使作不到「無為而治」，至少也可以做到不待法而自治。可是，實際上又何嘗是這樣呢，看到生活的常態，用不着法律，看到生活的變態，就用到法律。無論怎樣文明的國家，也免不了有犯罪，無論怎樣守信用的國民，也免不了有不履行債務的時候。法律生於生活的常態，而規律生活的變態，所以只要人間，無不需要法律。

疑問依然沒有解決，為甚麼人間有變態的生活？一度陷於變態的生活的人們，是否能復歸於常態的生活，要是沒有復歸的可能，即有解決疑問的可能。筆者從生活說到法律，主張「生活的法律化」，更從法律說到生活，主張「法律的生活化」，我的目的，是打算由這徑路裏，把握解決疑問的關鍵。

九 法律何所自而來？何所向而去？由「在」和「成」看出法律之所自來，由「作」和「行」看出法律在人間的行程，由「守」，看出法律之所自去。法理學——亦稱「法律哲學」，或「法哲學」——的任務，是究明「法律之所自來」的學問。立法政策學——亦稱「法律政策學」——的任務，是究明「法律之所由作」的學問。法律解釋學的任務，是究明「法律之所由行」的學問。學者的努力，大體不出這樣的範圍吧！那麼，法律究竟向那去呢？這是很平凡的事情，然於實際，却是很難實現的事情。總之，法律於人間，要是得不着大眾的信仰，得不到大眾的捧場，在國家是多事，在立法者是徒勞，累壞了司法官，只給善良的國民增加了無限的麻煩。因此，我深深的感到「作」的平凡，「守」的偉大。

一〇 本書似法理學而非法理學，似法學通論而非法學通論，無以名之，名之曰：「現代法學」。

中華民國三十五年三月十六日

童 沂 自 序

緒論

目次

一 性……………

- 一 生物和無生物的區別——「生氣說」 二 人和其他生物的區別——「天賦自然之「性」 三 孟子的「性善說」 四 孔門弟子的性說——「無差等說」·「差等論」 五 荀子的「性惡說」 六 孟子·荀子性說的異同——道德的自律·禮義的他律 七 告子的性說 八 漢唐間學者的性說——董仲舒的「孟·荀折衷說」·楊雄的「善惡混同說」·王充的「性的修養論」·韓愈的「性三品說」·李翱的「復性滅情說」 九 宋儒性說的發展——周濂溪的「無極而太極論」·張橫渠的「二分說」·程明道的論性·程伊川的「理氣二元說」·朱子集宋學的大成 一〇 ·「本然氣質論」的構成——性說歷史的結束 一一 西洋學者的性

說——布霍士「Thionna Trobber」的「性惡說」·精神科學的發達·康德「Immanuel Kant」的「二分說」——性說的綜合研究——性和法律生活

二 生活……………二五

一 生活的意義 二 共同生活的理論——荀子的「群」·Grote的「人與人的關係」 三 生活和文化 四 生存競爭 五 社會生活的規範化 六 原始的規範——習慣 七 宗教規範 八 原始規範於東洋發展的過程 九 東洋文化的特徵 一〇 法和道德的區別 一一 法和道德的合一論 一二 何謂社會生活的第一次規範——宗教規範·道德規範·禮儀規範·風俗規範·技術規範 一三 第一次社會生活規範和第二次社會生活規範的關係——宗教的法律·道德的法律·禮儀的法律·風俗的法律·技術的法律 一四 人生的三種生活方式——社會「平均人」的教養和法律生活 一五 生活的法律化和法律的生活化

本論

第一章 法律的概念

第一節 法律的本質……………五五

- 一 法的用語
- 二 法和規範—自然法則·規範法則
- 三 法的三重構造
- 四 組織規範—制度
- 五 行為規範
- 六 裁決規範
- 七 法的二重性格
- 八 所與性和所造性

第二節 法律的進化……………六七

- 一 法律的定義
- 二 法律的起源
- 三 原始規範的進化
- 四 血族復讐的進化

第三節 西洋法律學說……………七六

- 一 法律的五委—在·作·成·行·守
- 二 法律的三變—變於人·變於地·變於時·

三 法律「在」於自然——性善說的自然法論·性惡說的自然法論 四 法律「作」於人爲——註釋學派·分析法學的「人定法論」·自然法論的「人定法論」 五 法律「成」於歷史——德國的歷史法學派·英國的歷史法學派 六 歷史法學——比較立法學 人種的法律學

第四節 中國法律思想……………八九

一 研究先秦時代法律思想的難關 二 儒家的思想——敬天思想的發展·古代民族的生活·性說的展開 三 儒家的禮治主義——德治主義·人治主義 四 道家的思想——老子的人生觀·國家觀·儒道兩家思想的不同·道家思想的歸趨 五 法家的思想——人定法思想的淵源·制定法的史的發展·韓非子的思想·商君的實踐·法家的功過 六 律家的盛衰 七 儒家思想和歷史法學派 八 中國法系的法律姿態——在·作·成

第二章 法律的構成

第一節 法律的目的……………一一八

一 法律爲何而存 二 英國的實利主義 三 目的法學 四 法律會 學社

第二節 法律的內容及其形式……………一二四

一 正義的實現——道德上的正義·法律上的正義 二 權利本位的法律 三 權利本位的修正 四 社會本位的思想 五 成文法 六 習慣法 七 判例法 八 條理

第三節 法律的分類……………一四〇

一 法律的七分類 二 固有法和繼受法 三 公法和私法——社會法的新分類 四 實體法和手續法 五 普通法和特別法 六 原則法和例外法 七 恒常法和特別法 八 強行法和任意法

第四節 法律的效力……………一四八

一 時·人·地 二 時的效力 三 人的效力 四 地的效力

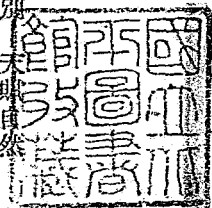
緒

論

一 性

- 一 生物和無生物的區別——「生氣說」 二 人和其他生物的區別——「無差等論」·「差等之性」 三 孟子的「性善說」 四 孔門弟子的性說——「無差等論」·「差等論」 五 荀子的「性惡說」 六 孟子·荀子性說的異同——道德的自律·禮義的他律 七 告子的性說 八 漢唐間學者的性說——董仲舒的「孟·荀折衷說」·楊雄的「善惡混同說」·王充的「性的修養論」·韓愈的「性三品說」·李翱的「復性滅情說」 九 宋儒性說的發展——周濂溪的「無極而太極論」·張橫渠的「二分說」·程明道的論性·程伊川的「理氣二元說」·朱子集宋學的大成 一〇 「本然氣質論」的構成——性說的歷史的結束 一一 西洋學者的性說 霍布士 Thomas Hobbes 的「性惡說」·精神科學的發展·康德 Immanuel Kant 的「二分說」 一二 性說的綜合研究——性和法律生活

一、人乃生物，生物和無生物之區別，在於生氣 *Lebensgeist*，亦曰：活氣 *Lebenskraft*——生物學上依「生氣說」 *Vitalism* 說明兩者之區別。生氣說和機械說對立，亦恰如物理學上粒子說與波動說



之對立。以此爲基礎，更發展而至於「目的論」·「觀念論」與「機械論」·「唯物論」之對立。機械說：說明生活之現象，適用物理·化學之法則，純用實驗的，歸納的方法。生氣說先在生物與無生物之間，劃明一條界線，而認爲於其中，存有非可用物理·化學的法則所可測定之一種「超經驗的力」，斯即所謂生氣——活氣——祇此方可爲生物與無生物之區別，否則，即無從爲生命現象的說明。

二 人乃生物，抑亦爲萬物之靈。人所具之生氣，更有別於其他之生物。人所異於其他生物者，就在於天賦自然之本質，易言之：即在於人之「性」。此非生物學所能解決的問題，中國數千年來，自孔子而至於字儒，爲測定此種超經驗的力，曾費了若干的心血。

性之問題，見於書經，詩經。其後孔子，孟子，荀子，韓非子等，復各有相異之主張。或言：性善，或言：性惡，或言：性無善無不善，更有言：性有善有不善——善惡混同——關於性之說明，實屬多岐。如斯之性說，傳至宋代，成爲「宋學」，於張子，程子，朱子間，曾爲極活潑的研究，有名的「本然氣質論」，即生於此時。

詩經大雅蒸民篇：「天生蒸民，有物有在，民之秉夷，好是懿德。」孫子讀此詩，「爲此詩者，其知道乎！故有物必有則，民之秉夷也，故好是懿德。」孟子常引用此詩，主張性善。其後主張性惡之人，或依書經召誥：「節性」之語，但「節性」初未必即可證明性惡。老子與孔子均係先秦時代有名

之思想家，其見解每相對立，然老子否定一切之道德，縱未嘗積極言性善，但揆其意既欲使人重返於嬰兒之本性，則其所謂之人性，當與主性惡者有間。孔子言性，互論語之全篇，所見不多。

子貢曰：「夫子之文章，可得而聞也。夫子之言性與天道，不可得而聞也已矣。」（公冶長篇）

子曰：「性相近也，習相遠也。」（陽貨篇）

子曰：「有教無類。」（衛靈公篇）

子曰：「唯上知與下愚不移。」（陽貨篇）

子曰：「生而知之者，上也。學而知之者，次也。困而學之，又其次也。困而不學，民斯為下矣。」

「（季氏篇）」

子曰：「我非生而知之者，好古敏以求之者也。」（述而篇）

孔子言性，僅止於此，一面認賢愚懸隔之事實，同時於他面更認變移之可能性。「性相近」一語，於後世雖為論爭之的，惟性相近之「性」，絕非有善有惡，徵諸孔子好學及努力修養之精神，不難窺知。所惜者，孔子言性，總未明示其界說，迨至子思方於中庸，明「性」之定義：「天命之謂性」。

三 道破孔子道德之真髓，築成孔子思想之根底；明示論語中所蘊藏人性之本質，當推孟子。「孟子道性善，言必稱堯舜。」（滕文公上篇）清雋循著「孟子正義」於卷五中言及：「孟子平生之學，

在道性善，稱堯舜。」洵屬明見。「言必稱堯舜」，乃言人之性爲「善」。無論何人，固皆可爲堯舜，惟欲學到堯舜，總須依無限之努力，以盡量擴充天賦自然之本質。

孟子保持儒家正統之思想，極力主張性之先天的完全性。性善之起源，一本於天。其言「心」·「性」·「天」之關係：「盡其心者，知其性也。知其性，則知天矣。」（盡心上篇）性善乃人所固有，孟子一面本於古典，依演繹法言性善；一面相題舉例，依歸納法言性善。人有惻隱，羞惡，辭讓，是非之心，足徵人皆有道德之素質；本此素質，自可論定人皆有醇化於道德的可能性。故孟子言：

「惻隱之心，人皆有之。○羞惡之心，人皆有之。○恭敬之心，人皆有之。○是非之心，人皆有之。○惻隱之心，仁也。○羞惡之心，義也。○恭敬之心，禮也。○是非之心，智也，仁義禮智，非由外鑠我也；我固有之也，弗思耳矣。○故曰：求則得之，舍則失之，或相倍蓰而無算者，不能盡其才者也。」（

告子上篇）

「人皆有不忍人之心，先王有不忍人之政矣。○以不忍人之心，行不忍人之政，治天下可運之掌上。○所謂人皆有不忍人之心者，今人乍見孺子將入於井，皆有怵惕惻隱之心，非所以內交於孺子之父母也；非所以要譽於鄉黨朋友也，非惡其聲而然也。○由是觀之，無惻隱之心，非人也，無羞惡之心，非人也，無辭讓之心，非人也，無是非之心，非人也。○惻隱之心，仁之端也，羞惡之心，義之端也，辭讓之心，禮之端也。○是非之心，智之端也。○人端之是有四也，猶其有四體

也。有是四端，而自謂不能者，自賊者也。謂其君不能者，賊其君者也。凡有四端於我者，知皆擴而充之矣。若火之始然，泉之始達，苟能充之，足以保四海；苟不充之，不足以事父母。」（公孫丑上篇）

人亦動物，動物皆具有「自然之本能」。孟子亦認此自然本能之存在，斯固無異於告子之見解。惟孟子不以此自然之本能爲性，而係以人所具有道德之素質，爲性，且以此爲本，而主張萬人同善之理論。如斯之素質說，正足以明人與其他生物之區別，故孟子曰：「人之所以異於禽獸者幾希，庶民去之，君子存之。舜明於庶物，察於人倫；由仁義行，非行仁義也。」（離婁下篇）

四 孔子之門弟子，或以孔子爲天縱之聖人，主張性有差等。或雖尊崇孔子，但亦非不可努力而爲孔子，否定性有差等。子貢探前說，分性爲上知，中人，下愚，卽所謂「性之三品論」，「中庸」從之。周人世碩，宓子賤，漆雕開，公孫尼子等言人性有善有惡，養於善則善，養於惡則惡，卽性有陰陽善惡，一繫於人之修養。可知當時性說之歸趨，且復存有若干相異的見解。

五 荀子論性，恰反於孟子，「人之性惡，其善者僞也。」（清王先謙著「荀子集解」，郝懿行說：「僞作爲也，僞與爲古字通。」先謙案：「郝說是」。依「器生於工人之僞」一語，可以證明。）

此乃荀子於「性惡論」，劈頭之第一語，亦一篇中之綱領。荀子論「性」與「偽」之意義：

「凡性者天之就也，不可學，不可事。（字注：「事爲也」，「事謂修飾之。」）禮義者，聖人之所生也。人之所學而能，所事而成者也。不可學，不可事，而在人者：謂之性。可學而能，可事而成之在人者：謂之偽。是性偽之分也。」

「若夫目好色，耳好聲，口好味，心好利，骨體膚理好愉快，是皆生於人之情性者也。感而自然，不待事而後生之者也。夫感而不能然，必待事而後然者，謂之偽，是性偽之所生其不同之徵也。」

荀子以禮爲道的中樞，人之性皆惡，論禮義的起源：「凡禮義者，是生於聖人之偽，非故生於人之性也。」「聖人積思慮，習偽故，以生禮義而起法度。然則禮義法度者，是生於聖人之偽，非故生於人之性也。」人之性本惡，聖人作禮義，以化人的惡性，使就於善道。那麼人爲甚麼棄惡就善呢？荀子曰：「凡人之欲爲善者，爲性惡也。」爲甚麼呢？「夫薄願厚，惡願美，狹願廣，貧願富，賤願貴，苟無之中者，必求於外。故富而不顧財，貴而不顧執，（勢也。）苟有之中者，必求於外。用此觀之：「人之欲爲善者，爲性惡也。」萬人同性，萬人的性皆惡，但是因爲性惡，所以欲爲善，這種的欲求，也是萬人同一，要是以聖人所作的禮義，順化其性，誰也可以爲聖人，故曰：「塗之人，可以爲禹。」

荀子何以主張性惡呢？荀子生於世情極其悖亂險惡的時代，性善說，不能化世，因此創性惡說。清王先謙著「荀子集解」，很同情的道破荀子的心情：「余因以悲荀子遭世大亂，民胥泯禁，感激而出此也。」

六 荀子的性惡說，明係反對孟子的性善說，性惡篇中說：

孟子曰，人之學也，其性善也。曰：是不然。

孟子曰，今人之性善，將皆失喪其性故也。曰：若是則過矣。

孟子曰，人之性善。曰：是不然。

「今孟子曰，人之性善。無辨合符驗，坐而言之，起而不可說；張而不可施行，豈不過甚矣哉。」

綜合荀子的見解，荀子所以反對孟子意見的理由，應歸著於如左的三點：

I 孟子不知性偽的分別，因此不知性是甚麼！

II 孟子對於人的本能，就那樣樣看做性善，這是錯誤。性是惡的，修飾以後，纔變成善。

III 善是正理平治，惡是偏險悖亂。要是性是善的，世間自然太平，也就用不着聖王，用不着禮義。

○世間越見悖亂，人情越見險惡，這正是性惡的左證，所以有尊聖王重禮義的必要。

荀子和孟子的觀點，完全不同。孟子以道德的素質，為人的性，為善的可能性，是存於先天固有的

本性。荀子以動物的本能，爲人的性，所以在孟子主張行道德，是因爲人有道德的素質，在荀子主張行禮義，是因爲人性是惡的，所以有以禮義化性的必要。但是荀子和孟子都是抱着「易世化民」的目的。孟子認道德的自律，荀子認禮義的他律，出發點雖然不同，可以說是殊途同歸。要是從法理學的立場來說：孟子的主張，和自然法學派的見解，有一脈的相通，荀子的主張，和人文法學派的見解，有某程度的相同。

七 告子和孟子同時，告子的主張，不僅和孟子不同，和荀子也不一樣。告子說「生之謂性。」性是本能的狀態，依著本能的發動，而有飲食等欲望。所以說：「食色性也。」「性無善，無不善也。」「性猶杞柳也，義猶柶也，以人性爲仁義，猶以杞柳爲柶也。」「性猶湍水也，決諸東方則東流，決諸西方則西流；人性之無分於善不善也，猶水之無分於東西也。」孟子和告子論性，有這樣的議論：

「告子曰：生之謂性。孟子曰：生之謂性也，猶白之謂白與？曰：然。白羽之白，猶白雪之白；白雪之白，猶白玉之白與？曰：然。然則犬之性，牛之性，猶人之性與？」（告子上篇）

告子拿著自然科學者的態度論性，孟子拿著倫理學者的態度言性。因此議論，都失却了標的，告子的意見，雖然有可非難的地方，但是孟子所論，也不無濫用推理，犯了論理學上的過誤。實在說：告

子主張，正和西洋經驗學派的見解相同，把人性看做一張白紙，「無善無不善」。

八 先秦時代的性論，其主要者有三：（一）性善說，（二）性惡說，（三）性無善無不善說。到了漢以後，性說又有不少的變遷，其中特別值得注意的，是宋儒的見解。

漢董休舒論性，大體折衷孟子荀子的見解，其歸趨和荀子的學說相近。董子在春秋繁露深察名號篇和實性篇中，先從性的名號說起，「今世闇於性，言之者不同，胡不試反性之名，性非生與！」更分析著說：「性者質也。」「性者天質之樸也。」「性者生之質也。」「質樸之謂性。」譬如：性如禾，善如米，米由禾出，但不能說禾全是米。董子不以質樸為惡，而認為有善的素質，這是和荀子不同的地方。但是說到醇化於道德的可能性，不像孟子那樣極力主張醇化的必然性和絕對性，這是和孟子不同的地方。依著董子的見解，性如眠，醒則可使為善。換一句話說，人不過有性善的素質，有醇化於道德的可能性而已。所以董子說：「性有善質，而未能為善也。」（實性篇）「民受未能善之性於天，而退受成性之教於王。」「天生民，性有善質，而未能善，於是為之立王以善之，此天意也。」（深察名號篇）那麼，要使人為善，總得靠著禮義治化之功，這明係肯定禮義的他律性，因此說：其歸趨和荀子的學說相近。

揚雄論性，「人之性也，善惡混，修其善則為善人，修其惡則為惡人。」（法言修身篇）結局視舉

需修養的如何，可以說是常識的見解。

一〇

後漢士充，採世碩之說，人的性，依人而不同，有善有惡。列舉孟子，告子，荀子，陸賈，劉子政，楊雄諸家的性論，一一指摘其缺點。據說：人性的善惡，無關於本質，專看修養如何，有善有惡。唐韓愈唱「性三品說」，「性者，與生俱生也。情也者，接於物而生也。性之品有三，而其所以爲性者五：仁義禮智信。情之品有三，而其所以爲情者七：喜怒哀懼愛惡欲。曰：何？性之品有上中下三，上焉者，善焉而已矣，中焉者，可導而上下也，下焉者，惡焉而已矣。」（原性）

李翱則唱「復性滅情說」，「人之所以爲聖人者，性也。人之所以惑其性者，情也。喜怒哀懼愛惡慾七者，皆情之所爲也。情既昏，性斯匿矣。」（復性書上篇）「情者，性之邪也。知其爲邪，邪本無有；心寂不動，邪思自息。惟性明照，邪何所生。」（復性書中篇）

南北朝以降，佛家思想漸侵入中土，李翱所謂性的本體，不無受佛說之影響，佛說「真如」，「雖品類萬差，莫不本乎一性。」（大藏法數）性的本體，本係明照，祇因惑於七情，所以陷於爲惡。那麼，性的本體，儘可以說是善的，祇要「心寂不動，邪思自息。」

九 性的研究，到了宋代，越發的精密。周濂溪的性說，是宋學的開祖，所以敘說宋儒的性說：應從周子起。但是要說到集宋儒的大成，還得說是朱子。以下列記諸家學說的綱要。

I 周子論性，從宇宙的本體說起。周子的「太極圖說」，指宇宙的本體，是「無極而太極」。造化的樞紐，是無極，依着這本體的作用，分出陰陽；陰陽生五行，金木水火土，無極妙合這「五之精，化生萬物，人是萬物之靈。形體由於陰的凝合，精神是陽的表現，具備五常——仁義禮智信」的「性」和五行的「理」，凡由陰陽五行的妙合，所生的物，雖然所稟的氣，有清有濁，但是包藏於各物中的氣，無不出於渾然太極之理。人得五行之秀，合陰陽的妙化，最能表現無極而太極的本體。太極是天地之心，五常之性的所本，人的本性，具有太極，周子稱之曰「人極」。他的結論，說人的性是善，是絕對的善。

周子以「誠」為心的本體，寂然不動。聖人能完全實現這心的本體，常人惑於情欲利害，所以動則為惡。（通書聖第四篇）周子說明惡所由生：「誠無為，幾善惡。」誠是無為而寂然不動，由幾分善惡。朱子解「幾」的意義：「動之微，善惡之所由分也。」人應保持太極之性，以中正仁義之道，防情欲的枉動。

I 張橫渠論性，一本於一元氣之理論。張子以太虛為實在，太虛是充塞於宇宙間的一元氣，萬有是太虛的發現，太虛是至善，是純粹的至善，所以說：「天地以虛為德，至善者虛也。虛者天地之祖，天地從虛中來。」（語錄）太虛一元氣，由其作用，生陰陽的變化，更由這氣化的作用，生偏正純駁。於是人的性質，有剛柔緩急之分，有才不才之別。由所秉之氣的清濁厚薄，

遂有善惡之分。那麼，性是怎麼講呢？張子說：「人受於天則爲性」。○本於純粹至善的太虛而受之性，叫做「天地之性」。○由陰陽氣化作用，所生清濁厚薄之性，叫做「氣質之性」。○天地之性，是至善，是純粹的至善。○氣質之性，因有偏正清濁之別，所以有善有惡。○張子論此兩者的關係，用哲學的口吻，加以解釋：「由太虛有天之名，由氣化有道之名，合虛與氣，有性之名，合性與知覺，有心之名。」（正蒙誠明篇）總之：張子分性爲天地之性和氣質之性，是以前者證明孟子的性善，以後者說明荀子之性惡。

程明道解性，亦曰「生之謂性」，但是和告子的說法不同，程子所說的「生」，是指稟氣以後而生的狀態：「天地之大德曰生，天地絪縕，萬物化醇，生之謂性，萬物之生意最可觀。」（遺書卷十一）人是稟天地生生發展之氣而生，就像「生」那樣的狀態，叫做性，所以說：「生」之謂性，性即氣，氣即性，生之謂也。○理有善惡，然不是性中元有此兩物，相對而生也。○有自幼而善，有自幼而惡，是氣稟然也。○然惡亦不可不謂之性也。○蓋生之謂性，人生而靜以上不可說，方說性時，便已不是性也。○就氣稟後論性，依氣之偏正清濁，不能無善惡邪正之別，所以說：「性固善也，然惡亦不可不謂之性也。」性即氣，氣即性，依氣生善惡，這是程明道性說的特徵。○「論性不論氣，不備，論氣不論性，不明，二之則不是。」（遺書卷六）以氣說宇宙，是程明道根本的思想，而在其中體得於渾然間所存在的宇宙大精神，由「萬物之生意最可觀」一語中透出「仁」的本體。

程伊川論性和其宇宙觀有必然的關係，程伊川的宇宙觀，是本於理氣二元論，以理爲宇宙的本體，以氣爲其現象。理是形而上的，氣即陰陽；是形而下的，陰陽的變化作用，就是現象。解釋易經「一陰一陽之謂道」：「一陽一陰之謂道，道非陰陽也。所以一陰一陽者，道也。」（遺書卷三）道即理，是宇宙本體的理性或法則，宇宙的本體，雖然是無形無象，但其本體却是萬化之根源。所以說：「冲漠無朕，萬象森然已具。未應不是先，已應不是後。」（遺書卷十五）宇宙的本體，固然澹靜而寂然不動，可是藏有創造萬有的能力，其本體不能不說是純粹的至善。由陰陽的作用所生的一切現象，都是這理的發現。理是存在於先天的，性是人生來的素質，所以性也是先天的。「在天爲命，在義爲理，在人爲性；主於身爲心，其實一也。」「自理言之謂之天，自稟受言之謂之性，自存諸人言之謂之心。」（遺書卷十八·卷二十二）性之本體，就是理，所以性的本質，是至善。那麼爲甚麼有惡的呢？程伊川也和張橫渠，釋明道一樣，認氣稟的偏駁，因氣化有偏正清濁，所以性有善惡。但是程伊川所說的性，「自稟受言之謂之性」，性即理，此條萬人同一，可稱做「理之性」；由氣稟的清濁，有善有不善，此係因人而異，可稱做「氣之性」。「性無不善，而有不善者，才也。性即是理，理則自堯舜至於塗人，一也。才稟於氣，氣有清濁，稟其清者，爲賢，稟其濁者，爲愚」（遺書卷十八）「性出於天，才出於氣，氣清則才清，氣濁則才濁，才則有善與不善，性則無不善。」（遺書卷十九）

那麼怎樣纔能化惡爲善呢？才的不善，即「氣之性」的不善，怎樣纔能變化爲善呢？程伊川有這樣的意見：「人之所以不知善者，氣昏而塞之耳。孟子所以養氣者，養之至，斯清明純全，而昏塞之患去矣。」（遺書卷二十一）又解「子曰：唯上知與下愚不移。」：「惟上智與下愚不移，非謂不可移也，而有不移之理。所以不移者，只有兩般，爲自暴自棄，不肯學也。使其肯學，不自暴自棄，安不可移哉！」（遺書卷十九）在這裏可以深解的理解教育的重要性。

朱子兩宋人，集宋學的大成，其學說是綜合北宋諸賢哲的見解。（一）宇宙論：宗周子「無極而太極」之論，併採程伊川的「理氣二元說」。（二）性說：併取張橫渠的「二分說」——天地之性，氣質之性——和程伊川的「理氣說」。但是朱子的性說，也有朱子的特徵，就是「復性復初」的思想，特別明顯，把性之本，歸宗於宇宙的本體；性的自身，備具純粹至善的天理。還本復原，纔能完全發現固有的本性，這是朱子性說的根本，修養的眼目。

宋學的特徵，在於宇宙觀和心性觀的必然的聯繫。朱子繼程伊川之說，以理氣二元論說明宇宙。朱子稱宇宙的本體爲「太極」，這正相當於周子「無極而太極」之說，同時又合於程伊川所說的「理」。

○太極是包涵動靜，而常在於靜的狀態。太極動則爲陽。靜則爲陰，陰陽是太極的動靜，一氣的流行作用，由陰陽的變化，生一切的現象。宇宙是實在的，這是程朱之學的根本觀念。

程伊川以性本於理，朱子以太極爲理，性即太極，所以說：「性以太極渾然之體」（文集卷五十八）「性即理也，天以陰陽五行化生萬物，氣以成形，而理亦賦焉。於是人物之生，因各得其所賦之性，

以爲健順五常之德，所謂性也。」（中庸首章註）太極渾然之體，是內在於人性之中。

太極之理叫做天理，「性者，人生所稟之天理也。」（孟子集註卷六）人生而即以此天理爲性。

「性者，人所稟於天以生之理也。渾然至善，未嘗有惡。」（孟子集註卷三）張子所說的「天地之性」，在朱子或稱「天地之性」或稱「本然之性」，或稱「天命之性」。本然之性，是性的本體，要是

具體的說，就是仁義禮智之性，「天命之性，只以仁義禮智四字言之，最爲端的。」（文集卷四十二）

太極是天理渾然之體，包括的說：叫做天理；分析的說：叫做仁義禮智之性，其實二而一，一而

二。朱子更進而這樣說：「天理之渾然，既謂之理，則便是簡有條理底名字。故其中所謂仁義禮智四者，合下便各有一箇道理，不相混雜，以其未發見端緒，不可以一理名，是以謂之渾然。非是渾然裏面都無分別，而仁義禮智，卻是後來旋次生出四件有形有狀之物也。須知天理只是仁義禮智之總名，仁義禮智便是天理之件數。」（文集卷四十）這樣說來，仁義禮智，是人的性，惻隱羞惡辭讓是非，是由性所發之情。

性是完全的至善，寂靜的內在於心的裏面，做心的本體。情是心的作用，因動而形於外。朱子用中庸「未發已發」之語，解爲：「未發是性，已發是善。」（文集卷五十五）朱子解孟子的四端：

「惻隱羞惡辭讓是非，情也。仁義禮智，性也。心統性情也，端緒也。因其情之發，而性之本然，可得而見；猶有物在中而緒見於外也，自謂不能者，物欲蔽之耳。擴：推廣之意，充：擴也。四

端在我，隨處發見，知吾卽此推廣，而充滿其本然之量；則其日新又新，將有不能自己者矣。」

（公孫丑上篇）

朱子說氣質之性，和張子之說，完全一樣。「天命之性，非氣質則無所寓。然人之氣稟，有清濁偏正之殊。故天命之正，亦有淺深厚薄之異，要亦不可不謂之性。」「性只是理，氣質之性，亦只是這裏出。若不從這裏出，有甚歸著。如云人心惟危，道心惟微，道心固是心，人心亦心也，橫渠言：「心統性情」」（語類卷四）「氣質是陰陽五行所爲，性卽太極之全體。但論氣質之性，則此全體墮氣質之中耳，非別有一性也。」（文集卷六十一）這明係和張子一樣，認有本然之性和氣質之性的區別，不是相對的存在。

萬有都是太極的發現，萬物的性，都具此天理，並不是僅僅人具此仁義禮智之性，就是禽獸草木，也具有此性。不過物雖有此性。終因氣的昏塞，到底不能發揮其本然的性。但是多少也有些表現，例如：鳥的反哺，鳩的三枝，蜂蟻的君臣，虎狼的父子，祇因不能擴而充之，所以趕不上人。人是萬物的靈長，得清明之氣，秉仁義禮智之性，聖人能完全發現其性，於衆人則看修養如何，或賢，或止於下愚。

10 在說自先秦時代。發展至於南宋。其翻難有若千的變遷。但是嚴格的說，並不是轉換的變遷。

不過是修正的變遷。儒家的先賢，由孟子荀子分立性善和性惡的兩說，都把握着一方面的真理，各在人生的一面，斷定爲善或惡，於論理上不能說是毫無缺憾，但是孟子繼承了儒家的正統，後世儒者，誰也不敢太膽說性不是善的，可是客觀的事實，未必能實證這個理想，世態的推移，轉可使人同情於荀子的說法，因此後之儒者，祇好拿着性善說做基礎，依理論的修正、來補充性善說於論理上所存的缺憾。宋代的「本然氣質論」，不過是性善說的修正形式，無論是「二分說」，是「理氣說」，都是打算把握人生的全面，在這修正的裏面，已包含着批判的意味，總之，單靠著天地之性，本然之性，或是天命之性，到底不能解說人間爲甚麼有惡的發展，於是不得不拿氣質之性，做惡的方面的說明，這樣看來，宋儒的性說，一面繼承了孟子的學說，於另一方面，也接受了荀子的衣鉢。換一句話說：是以孟子的性善說，解釋本然之性，以荀子的性惡說，說明氣質之性。北宋諸賢的發現，由南宋朱子做個更比較有系統的說法，數千年來成爲問題的人之性，就這樣地暫做了歷史上的結束。

朱子解釋「孟子」，並不是傳達孟子原始的思想，寧可說是借著「孟子」來發揮自己的主張，也就是拿着後世的見地，說明先代的思想。在孟子時代未嘗根究宇宙或心性的本體，也未嘗嚴密的論議性情的區別。孟子書中提到情字，僅僅有四條：

夫物之齊，物之情也。（駘文公上篇）

故聲聞過情，君子恥之。（離婁下篇）

乃若其情，則可以爲善。（告子上篇）

是豈人之情也哉。（同上）

類皆用以說明人之本性，就是「乃若其情……」云云，也未必指情性的情而言，仍然是說人的本質。總之，在「孟子」中，並沒有以情，做爲感情的用例，也不存有心，性，情，的差別。並且在孟子時代，像宋儒那樣從究明宇宙或心的本體起，說到道德修養的哲學的研究法，並不存在。而且也用不着做這樣的工作，這是從東西兩洋思想史上所得的共通的結論。

一 西洋學者的性的見解，首先要說到的，是十七世紀生於英國的霍布士 *Thomas Hobbes* (1588—1679) 氏立脚於唯物論的立場——精神現象生於物質的運動，其根本的思想和紀元前四、五世紀，以唯物論聞名的 *Democritus* 的見解，沒有甚麼出入——論人的性，氏是以倫理學的「利己主義論」，聞名於世的一人，○氏謂人性本來是惡的，要是聽其自然，則不知所底止，因此他的政治論，以人是利己的動物，總得用唯一的絕對的權力，加以統制。所以他的政治論，可以稱做「絕對君主權獨裁的政治論」。

性的問題，⁵⁶打從精神科學發達以後，展開了一條新途徑。精神科學，是指研究精神現象的一切科學而言，和研究自然現象的自然科学，正相對立。精神科學，可分做三大類：（一）現象論的科學——研

究精神過程的學問——心理學和其他類似的科學屬之。(二)組織論的科學——由精神所產的學問——法律學，經濟學等特殊科學屬之。(三)發生論的科學——由現象論的科學和組織論的科學相結合的學問——一般歷史和特殊歷史屬之。但是心理學是精神科學的基礎，所以特叫做「一般的精神科學」。心理學對於人的性的看法，是有種種，從現今經驗心理學來說：由個性的知能的側面來看，叫做「才能」。由情緒的側面來看，叫做「氣質」。由意志的側面來看，叫做「性格」。但是情緒和意志有密切的關係，所以氣質每和性格兩相混同。性格的構成，是包含着(一)素質，(二)境遇，(三)意志或行為的習慣的三種要素。因為反復為同種的行為，在意志上形成了習慣的傾向，這種傾向，在心理學上叫做性格，在倫理學上叫做品性。品性和個個行為的關係，就像河流和河身的關係，互相限制，互相因果。性格發而為行為，行為現即變換了性格的面目。在這自由意志的裏面，藏著無限的創造的力量，解釋這性格形成的根源，於是遂發生了倫理上形而上學的問題。

康德 Immanuel Kant (1724—1804) 於「實踐理性批判」中，分性格為「經驗的性格」和「睿智的性格」。前者在自然因果支配之下，由經驗的、自然的所形成的性格。後者為現象界的根源，具有超越時間，空間的自由的能力，屬於物自體世界所構成的性格。睿智的性格，是別於自然因果律；而另構成一新因果的系統，並且於現象界存有生生不息的力量。康德更於「人性論」，分性格為「物理的性格」和「道德的性格」。前者和經驗的性格同義，指自然的性的傾向或氣質而言。後者是睿智

的性格的現實化，而構成自律的自由意志的性格。總之：前者是依自然而自然存在的性格，後者是依自由意志，使自己的意欲按着道德法而做出來的理想的，理念的性格。照着這樣的分類，可以看出性格形成的可能性和品性陶冶的必要性。

一二 東洋學者所說的天地之性，本然之性或天命之性和西洋學者所說的睿智的性格，道德的性格，同是別於自然因果律。對於氣質之性，經驗的或物理的性格，而別自構成一因果的系統，用語雖係不同，於倫理上為形而上學的研究則一。所以論人的性，應認本然之性——睿智的性格——和氣質之性——經驗的性格——的區別。

那麼本然之性，到底是善的呀？還是惡的呢？或者是善有善，再或者是無善無不善呢？這是一個懸案。作者的確沒有決定的能力，但也不妨提出一解決的途徑，作為研究的中間報告。

倫理學上論人的品性，包含有兩種要素，（一）先天的要素，（二）後天的要素。前者：以遺傳為要素。後者：以環境和意志為要素。本然之性，是生自天賦，因此不妨說是遺傳。本然之性，是與生俱來，與生俱存，生之時所存之性，即天賦本然之性，要說是「生之謂性」，直可以說：「性之謂性」。這樣的性，就像朱子所說的：「以其未發見端緒，不可以一理名，是以謂之渾然。」在這渾然狀態的性，嚴格的說：不可稱之曰善，也不可稱之曰惡，不能斷定是無善無不善，更不能說有善有惡，

渾然就是渾然，要是稱之曰善，或稱之曰惡，便失却其爲渾然。所以要存這本然之性的真姿，是不應附加以任何的各稱。赤子或孩提之童，所具的天真，天真就是天真，說是天真還是天真，要說是聰明或是淘氣，便非天真。本然之性，是渾然的，到底是渾然的。

渾然的本然之性，是稟受於天的創造力，包含動靜兩種形態，在未發現端緒以前，是渾然的靜態，在發現端緒以後，是渾然的動態。當其猶在靜態的時候，不可名狀，不可分析，正像關尹子所說：「先和乎一元之氣，具乎一物，執受之，以合彼之形，冥觀之，以合彼之理，則象存焉。」一旦移於動態的時候，則表現於人的意志，而形成思慮，選擇，決斷等心的作用。本然之性的真姿，與其說在動態的上面，不如說在靜態的裏頭。他是蘊藏著無限的創造力，創造力是萬有發生的源泉，其自體是合理的，至少可以說是正的。就正的創造力推定其動向，可以說是具有「向善的適應性」，所以「今人乍見孺子將入於井，皆有怵惕惻隱之心。」更依我們從實生活所得的實例，「人有惻隱，羞惡，辭讓，是非之心。」孟子就人的向善的適應性，執著其性的動向，返本復源，斷定人性是善的，認定人都具有道德的素質，於此限度，孟子的性善說，是合理的。但是孟子是僅著眼於性的動態的一面。當「其未發見端緒，不可以一理名。」就是性猶在靜態的時候，到底難以揣度；因爲難以揣度，所以難以判定善惡。我說本然之性的自體是渾然的，其動向是向善的，爲的是要把握性的動靜的兩面形態。由向善的適應性，判定性的教育的可能性，於是也到達了先賢所示的結論。

本然之性，爲甚麼僅說到「渾然」爲止呢？因爲本然之性稟受於天而生，因人所稟受的分量，未必一致，也不免混雜著偏正純駁的元素，孟子說：「萬人同善」，荀子說：「萬人同惡」，著眼於正理平治的部分，評定爲善，和著眼於偏險悖惡的部分，評定爲惡，都未能統攝本然之性的全體，所以說，是渾然的，而且止說是渾然的，更顯得有教育的必要性。這樣說來，本然之性，恰像一塊未琢的玉，「玉不琢，不成器。」孟子說：「仁義禮智，非由外鑠我也，我固有之也。」這樣全稱肯定的說法，果然是實在，世間自然太平，也就用不着聖賢，用不着禮義，對於人生惡的一面，不是很難以說明嗎？荀子說：「凡禮義者，是生於聖人之僞，非故生於人之性也，」這也是犯了論理上同一的過誤，爲甚麼「今人乍見孺子將入於井，皆有怵惕惻隱之心。」呢？對於人生善的一面，不是也很難以說明嗎？總之：「凡禮義者，是合於人之性，而生於聖人之僞。」拿這樣的立場，綜合孟子和荀子兩家的學說。

本然之性，是先天的，氣質之性，是後天的，氣質之性，是由環境育成的，由環境生情緒，由情緒而有七情。世運的推移，已到達了先賢所未能想像的社會，環境的誘惑，人情的陰詐，更有甚荀子所遭遇的世界。氣質之性，生於七情，育於七情，而終溺於七情，於是後天的性，對於先天的性，成了反客爲主的局面，若是執著行爲的實體，做倫理學上的評價，荀子的性惡說，不是很容易得人的同情嗎？但是這惡的表現，並不是本然之性的流露，而是氣質之性的橫行。

那麼，本然之性上那去呢？本然之性，是受稟於天而生，與生俱來，與生俱存，依著固有的創造力，原負著制御指導氣質之性的任務，無奈本然之性，雖然有向善的適應性，但是其發達到底趕不上氣質之性，感染的迅速，因此本然之性有能制御氣質之性的時候，有不能制御氣質之性的時候。不能制御氣質之性時，即不免爲惡，於是意志退步，感情當權，意識的現象，越帶著惡的傾向。可是本然之性並不是完全消滅，不過是逐漸的無力化，逐漸的深藏起來，通常終日爲不善的人，深夜捫心，也有天良發現的時候，這天良的發現，可證明良心猶在，那剎那間的悔悟，正是本然之性的再現。

那麼，氣質之性爲甚麼那樣橫行呢？人有特異於其他生物的本然之性，也仍然有生物所通有的生存本能。生存本能，是被支配於適者生存的原則，祇要適於生存，不免爲目的不擇手段，因反復爲同一的行爲，養成了習慣，由習慣形成了後天的氣質之性。環境的誘惑越大，氣質之性的惡化越速，到了終局，氣質之性支配了全人格，在這種狀態下，所以不免叫人誤會到人性是惡的了，總之：氣質之性，是和本然之性相反，具有「向惡的適應性」。

時代是不斷的演進，隨着物質文明的發達，環境誘惑人的魅力，越發的增大，生存競爭，也越發的激烈。古聖賢的遺訓，匡當時的世態則有餘，律現代的社會則不足。要是在今日無法制御氣質之性的橫行，徒說人性是善的，徒恃道德，以納民軌物，到底不能矯正人心，挽回世道。有時因道德的無力，反造成善者無以自存的險惡局面。所以我說：「本然之性」，只有「向善的適應性」，「氣質之性

」，却有「向惡的適應性」——因人的環境的不同，有時也可說有向惡的必然性。因為本然之性，有向善的適應性，所以看出有助長的必要，因為氣質之性，有向惡的適應性乃至必然性，所以看出有鎮壓的必要。利用本然之性，有向善的適應性，以道德助長其機能，使其有制御，指導氣質之性的能力。道德的要求，是亘人生的全齒，期待為全人格的修養，不僅是止於消極的「復性復初」的程度，更進而淨化其渾然的本體，使臻於至善。對處氣質之性的向惡的適應性，以法律限制其行動，使其自制的服本然之性的制御，同時更附以法律的效果——制裁——強制其遵守。法律的統制，是止於人生的一部，期待為某程度人格的修養。總之：道德是以育成「道德人」為目標，法律是以育成「法律人」為限度。對於同一人為二重的人格之修養，一面以道德醇化本然之性，一面以法律限制氣質之性。要是氣質之性，服從法律的強制，同時本然之性，又獲得道德的醇化，則本然之性，自有制御氣質之性的能力，希望希賢，在於人的努力修養，至少可以做一個遵法的善良國民。這樣說來，法律是道德的補助，是道德的一部，借著道德。法律為二重的人格之修養，以達成道德人格一元的統合，在這裏奠定了法的倫理性的基礎。

作者的結論：

本然之性，具有向善的適應性，道德合於本然之性，而生於聖人之偽（依荀子用例，偽為也。）
氣質之性，具有向惡的適應性，法律足制氣質之性，而生於國家之偽。

二 生 活

- 一 生活的意義
- 二 共同生活的理論——荀子的「群」，籍爾克 (Gorka) 的「人與人的關係」
- 三 生活和文化
- 四 生存競爭
- 五 社會生活的規範
- 六 原始的規範——慣習
- 七 宗教規範
- 八 原始規範於東洋發展的過程
- 九 東洋文化的特徵
- 一〇 法和道德的區別
- 一一 法和道德的合一論
- 一二 何謂社會生活的第一次規範——宗教規範·道德規範·禮儀規範·風俗規範·技術規範
- 一三 第一次社會生活規範和第二次社會生活規範的關係——宗教的法律·道德的法律·禮儀的法律·風俗的法律·技術的法律
- 一四 人生的三種生活方式——社會「平均人」的教養和法律生活
- 一五 生活的法律化和法律的生活化

一 人是生物，當然也具有其他生物所通有的生存本能，可是人更具有異於其他生物的天賦本然之性，因此人遂為萬物之靈。適於人性的生存的活動，就是「生活」。生活一語，常廣用於人生的種種方面，例如：「民非水火不生活。」（孟子，盡心篇），「自天子以下至於庶人，各自生活。」（文

子，道德篇），「仰希陛下生活之愿。」（後漢書，朱孚傳）。但是這裏所謂的生活，是指「生活主體，於現實的具體的狀態，依自己的理想，適宜的攝取「文化財」；更爲實現自己的理想，而積極行動的全體。」總之：生活是爲生存而生活，爲實現理想而生活，因此完成了人生的意義，構成了光輝的文化史。

二 人類所以異於其他生物，而獨爲萬物之靈的原因，荀子說：「力不若牛，走不若馬，而牛馬爲用者何也？曰：人能群，彼不能群。人何以能群乎？曰：有分。分以何能行乎？曰：以義行也。故分以義則和，和則一；一則多力，多力則疆，疆則人勝。」（王制篇第九）荀子所謂之「群」，雖不能馬上解做今日所謂之「共同生活」，但它的確是千古的名言。

一八六八年德國大法律學者賴爾克 *Ortlé* 在「德國團體法論」中，第一卷起頭的第一句話，就說：「人所以爲人，在於人與人的結合。」穗積博士，對於此語非常的讚美，這樣的說：「我十分贊成此語，雖然是大著，但是拿他做爲一法律書的卷頭語，實在可惜。這樣的金言，我打算拿他做爲處世的標語，我打算拿他做爲法律學的指針。」（親族法第一頁）於此文句中，不用「人人」之語；「*Von menschen*」而特用「人與人」之語，「*Von menschen un mensch*」且雖說是文法的關係，但是用意所在，顯欲確立共同生活的觀念。

能發覺共同生活的動物，人類以外，蜂蟻也能過著秩序整然的共同生活。不過蜂蟻的共同生活並不是蜂與蜂，蟻與蟻的結合，而只是形成爲蜂群或蟻群而已。人與人的結合，是各自尊重自己的人格，同時併尊重他人的人格，在互相尊重人格裏，營著緊密的共同生活。個人所以能群的根源，在於「分」，所以引而致於群的原因，在於「義」，這是人所以爲人的特徵。個個人是獨立的，所以得因「個」的結合，而構成全體。反之，全體是由於個的結合，所以仍得顯示構成「全體」的個人的特色。那麼，人於社會，是獨立而不是孤立，是個別而不是分離，是單一與多衆的調和的結合，而不是多衆的湊合，這就是 Grilo 的「團體主義」。

人是社會的動物，一面應確認個人的存在，不應沒却其個別性，但也應意識社會的存在，不應沒却其社會的共同性，這是人所以爲人獨有的特徵，也是一切文物制度發生的根源。因此個體和個體，個體和全體的調和，始終不失爲人類文化史上的中心課題。

三 人爲追求文化而生活，更爲生活而建設文化。造物以適於爲生活之文化，賦與於人，使人本於所賦與的文化，更創造適於時代生活的文化。可是人未必意識造物所賦與之文化，所以更需要人自身爲一番的追求，因追求的結果，而後得爲合理的生活，是以人應先意識文化的賦與性。但是人並不是僅享受過去所遺留的文化，更負著創造文化的使命，是以人更應意識文化的創造性。總之：離開文化

，即失却人的存在；離開人，即難望文化的產生。

文化一語於德文爲 Kultur，乃淵源於拉丁語的 Cultura。其語的原形爲 Cultus 更由其動詞形 Colere 的意義而言，寓開墾・改良之意，這正是原始的・典型的文化。所謂開墾・改良云云，乃對於農業而言，由依農業獲得人類生活所必要的物資的方面來看，顯示人類追求價值的態度。由耕作土地，栽培五穀的方面來看，顯示人類從自然而活動的態度。由日出而作，日入而息的方面來看，顯示人類應生活活的要求而動作的態度。人類利用自然，依勞作的結果，而實現自己的理想，於是化荒野爲美田，積蓄了無限的文化財。要是一日不作，雜草叢生，美田也歸於荒廢，正足以顯示文化作用的神髓。可知文化中是包含著文化財和文化作用，前者是「文化的賦與性」，後者是「文化的創造性」。

文化有時可和文明對比。文化相當於德語 Kultur，文明則相當於英語 Civilization。顧澤霖言於明治八年刊行的「文明論之概略」中，曾經這樣說：「文明是人的智德的進步。」（參照同書卷之一第六四頁至第六四頁）文明是以物質的・普遍的・個人主義的爲特質，反之：文化是以精神的・個性的・團體主義的爲特徵。今日解文化的意義，可用福澤解文明意義的用語，那麼文化一語中，實在寓有以人智征服自然及以人智和自然相調和的意義。因此也可以說，文化是「現實的存在」和「非現實的存在」的綜合。

文化畢竟是以自然爲基礎，自然分爲物質的自然和精神的自然，因此文化也可分爲物質的文化和精

神的文化。對比於價值關係的「真」·「善」·「美」·「聖」·而有「學問」·「藝術」·「道德」·「宗教」等文化。從來對於文化所說的「自然」，例如：康德 Kant 的法則的自然，老子無爲的自然，盧梭 Rousseau 的理念的自然，未必指無價值的自然，就是自然法的自然，也是一樣，文化畢竟是以價值關係的自然爲基礎。文化的價值，專限於真·善·美·聖，也未免偏狹，一切的文化，都解爲精神的文化，也未妥當，文化以自然爲基礎，當然得以肯定所謂物質的文化。

人類的文化，促進個人的教養。個人的教養，創造人類的文化。個人抽取文化，提高自己的教養。努力創造，增進人類的文化。因此於追求文化，創造文化的人類生活中，常應以教養爲中心課題。人類的活動，是按著現實而向前推進，是追求價值而向前發展，綜合這現實的價值發展的過程，形成我們所意識的文化。文化是人類的產物，也是人類實踐的結果。人與人的關係，既是人格和人格的結合，如何追求文化，如何創設文化，總有一條正當的途徑，認識這條途徑，纔能保持人與人的關係，纔能爲合理的生活。形成這條途徑即本身，也是文化，也就是所謂「實踐的文化」。這「實踐的文化」，如何產生呢？這是人生上最富有興味的问题。在論這問題以前，應先研究所以產生這文化的原因。

四 人是生物，只要是生物，就免不了生存競爭 *Struggle for existence* 這也可以說是生自生物的本能，又可以說於人類更顯得劇烈。生存競爭：是指生活體爲保全生存，互相競爭，其結果適者生

存，不適者淘汰的過程而言。有廣狹二義，廣義的生存競爭：和競爭 *Competition* 同義，狹義的生存競爭，包含兩種觀念：（一）生物學上的生存競爭，（二）經濟學的。社會學的生存競爭。生物學的生存競爭的結論，優者生存，社會學的生存競爭的結論，擁有強大的社會勢力者生存。經濟學的生存競爭和生物學的生存競爭，別具因緣。生存競爭，始於馬爾沙士 *Malthus* 一七八八年的「人口論」，原係出於經濟學者之口，不久被生物學者達爾文 *Darwin* 等所繼承，而發展於生物學方面。達爾文的一八五七年「種的起原」拿著豐富的資料，分析生物界生存競爭的事實，闡明競爭的性質。形式和自然淘汰。依著最近生物學的發展，生存競爭的概念，有從生物的進化方面，轉用以說明生物集團的生態現象的傾向，即所謂的「生態學」。十九世紀法國經濟學派，以生存競爭為個人的自然權利的基礎，於亞丹，斯密士 *Adam Smith* 一七七六年的一國富論，又極力主張自由競爭於經濟生活上的效果。在達爾文 *Darwin* 以前以競爭看做是保證自由。利益的自然調和，在達爾文以後，把此語表示一切生活的基本過程，生存競爭。適者生存的思想，成了自由放任主義的支柱。總之，學說的歸趨，無不把社會的基礎事實，求於競爭的上面，而且認為是社會智惡的源泉。最近勃興的人類生態學，由競爭的協働出發，論人類社會的本質。競爭本來是無意識的，但是在人類社會，有時是意識的，而轉化為爭鬥。

人類的生活，往往被慾望所支配，要是無制限的容認生存競爭，雖然可以為創設文化推進力，但

不免引起像霍布士所說的「萬人對萬人的戰爭」的狀態。根本的撲滅生存競爭，不僅是不可能，而且是不允許。所以問題的歸趨，在於如何使由生存競爭，轉化為生存協働。在這裏有特加留意的一件事，人類的心理狀態，是矛盾的，人類常在矛盾中，過著不自然的生活。依著人類本然之性，是傾向和平，愛好和平，可是依著人類的氣質之性，是傾向鬥爭，動即鬥爭。前者：正可以維持入與人的平和・親愛，後者：倒引起入與人的猜疑・恐怖。不幸人們每以氣質之性待人，反要求他人以本然之性待我。就是當決定自己的行動的時候，不惜濫用生存競爭的法則，暢行自己的慾望，到了判斷他人的行動的時候，倒期待其奉行生存協働的理念，協調自己的要求，祇能責人不知責己，遂引起社會的不安，使人生發生了無數的波瀾，要是人們始終不從反省做起，社會的秩序到底不能維持。

一部的見解，從確保人類的生存方面著想，從生存權上提供調停的方案。生存權云者：是為保證社會各構成員的生存，賦與給個個人以生存上所必要物資的要求權。此權利無關於現實的勞動，是專為保證社會各構成員的生存，對於現實為勞動的人，仍然給他勞動的全收益。換言之，這是不問現實的勞動者或勞動無能力者・失業者，專以社會構成員的資格，所享有的權利。但是如何方合於這裏所謂的生存呢？有兩種的看法：（一）以每人所必要的最小限度的物資，為合於各人的生存。（二）以各人的慾望大體一致，應年齡，體質，健康等區別，平均的所必要的物資，為合於各人的生存。今日的社會政策家，社會改良家多採用前說，社會主義者等則採用後說。從「衣食足，而後知禮儀。」的立

場來說，也不失爲一種辦法，但是人類的生活，絕不是這樣的簡單，人類的慾望，絕不是這樣容易的限制，僅僅倚靠物質，到底不能解決人生的難題。

從生存競爭，誘導至生存協働，這發展的過程，便是文化。這文化是由人生的實踐中得來的，就是所謂實踐的文化。爲矯正生存競爭的弊害，開拓一條正當的途徑，循著這條途徑，走上合理的生活的大道，纔能維持人與人的關係。因爲有此實踐的文化，纔建築成爲諸文化的基礎，看出人生的偉大。

五 共同生活，也可以說是規範生活，例如：魯濱孫 Robinson Crusoe 漂流於海天無際的海中，住一孤島，救一土人名 Friday 做爲從者，而開始二人的共同生活，主人住在屋內，從者居在屋的人口處，主人捕魚，從者做飯，在這裏便發生了極簡單的生活規則。共同生活的人數越多，團體的存續越長，規則越複雜。規律共同生活的一切規則，無一不是保持人與人的關係，指示人們爲生活時所應遵循的途徑。這些規則，亦無一不是人類追求價值的結果，其自身便是文化，由過去人類的努力，所積蓄的一切文物制度，便是我們所謂的「文化財」，我們追求過去所遺傳的文化，更爲未來創造文化，文化的確是人類最大的遺產。

文化是出於人類的創造，因此一切的文化，亦無一不可說是生自人類的實踐。使擁有文化財的人類，抑制背反共同性的個人所具的個別性，而採取隨順共同生活的態度，必需有一種可使人們轉向於共

阿性的力量，這便是所謂權威。本書所論的文化，專限於具有如斯性質的文化，學者爲別於其他文化，通稱做「實踐的文化」。實踐的文化，從一方面觀察，是社會共同生活的規範。從來論社會共同生活的諸規範，多半由形式上考察，就平面上做列舉的研究，並且多置重於異同的區別，這到底有欠充分。要是肯定文化「是人類實現價值的過程。」就不應偏重於橫的考察，而並應考慮縱的發展，所以於本書先從縱的方向，敘述其發展的過程。

六 人類的社會，到處充滿著「慣習」，慣習生於「模倣」，原始社會的發生，也可以說是由於慣習。在原始社會的慣習中，固然已經萌芽像今日所謂的法·道德·宗教，但是說到原始規範，可以說止有慣習，因此學者多主張「慣習是原始規範」。(中島重一「法理學」第二八一頁)慣習 Custom 和習慣 Habit 不同：習慣是個人的，慣習是社會的。習慣雖然也支配了個人生活的全部，但是意識較爲稀薄，有時可以說是無意識，慣習則否。習慣是個人反復所爲的行爲，慣習則未必是這樣。到了社會發達以後，分化成了法·道德·宗教等規範，可是慣習就是在今日，也沒有很大消滅勢力。

原始規範的慣習，逐漸附着宗教的色彩。儒家的敬天思想，固然是出於宗教的思想，但是敬天的觀念，可以說是先於儒家思想而存在。儒家掌握著社會的現實，從敬天奠定了東洋特有的倫理學體系。我們要是檢討現社會所殘存於民間的敬天思想，更回顧漢民族歷史發展的過程，當初依據黃河流域

，經營農業的漢民族，實在是非非常的依賴自然，崇敬自然，如斯的自然崇拜，更發生對物崇拜的觀念，其中所包含的信仰，亦不無宗教的成分，這樣的慣習，於今日縱認爲是迷信，可是在民間具有潛勢力，是不可否定的事實。

原始的社會慣習，徵諸西洋歷史的發展，包含宗教的色彩，比東洋更顯得濃厚。Taboo 本來是原始社會的慣習，相當於英語的 prohibit 寓禁止之意。冒瀆神聖，在當時已懸爲厲禁。依人而表示神聖，例如：酋長，祭司，戰士，依物而表示神聖，例如：神殿，偶像，動植物，一定的魚類。對於神聖，因人的身分，職業，年齡，禁止參加祭典或參列一定的行事。當參禱或於一定的時期，禁止食用，殺傷，性交，或禁止出入，接近，睡臥，欠伸等，又和時日的觀念相結合，於一定的時期，禁止睡眠，勞動及其他特定的行爲。要是違反，必遭神罰，宗教在原始社會，已經獲得指導人類生活的地位。

七 人類不是爲生存而生存，是爲達生存目的而生存，但是人生有幾輩是走上一片坦途吧！人們倚靠著自己的智慧・體力，有時即不能打破難關。從生活的障礙，感到不安，由不安發生恐懼，因此不得不仰賴神秘的力量，究明人生的本義，參證宇宙的秘奧，拔除一切的煩惱，來解決人生上所不能解決的問題，所以人類生活的一面，是宗教生活。宗教在今日固然是指導人生，安慰人生，給人們精神

的寄託。然而在原始時代，人類受自然的威脅，到處感到恐怖，宗教却由這恐怖中產生出來，也就是人類被自然征服後，而產生的文化。所以柏拉圖 Plato 和亞里士多德 Aristoteles 都說：「哲學起於驚異，宗教生於恐怖。」

原始時代，巫術和宗教還沒有分化，呪術是驅使利用外界的神靈，達人類的目的，宗教是人類對於神靈的服從，依服從而否定自己，兩者當未分化的時代，前者的要素，較後者為強。到了父權社會的階段，族長·酋長的權力增大，要求各人服從的程度，也跟着加強，宗教緩和呪術分化。最初是混合崇拜祖先和崇拜自然兩種思想而形成的幼稚的多神教，族長·酋長承祖先之靈而為宗家的家長，這便是祭政未分化的時代。

族長·酋長的權力，逐漸增大，因服從族長·酋長，進而要求對神的絕對服從，對神的否定自己。跟著這公權力和宗教的發現，一面對於主權者否定自己，一面對於神否定自己，兩者相附而行，而移入武斷的權威主義的階段，高度要求被征服及被治階級的絕對服從。隨征服的武力的進展，混合異種族的宗教，而產生共通於各部落的所謂「民族的宗教」，在這階段的宗教，比較初期顯得進步，形成高等人格的多神教。其後更依神與神的混合，到達神與神統一的階段，遂奉戴其中一優越神為主神，主權者為主神之子，或奉主神之命，統治萬民。歐洲中世期，羅馬法王與神聖羅馬皇帝，依神授權行封建制度，一切都準據神的權威，做為宗教的一部。當時祭政合一，和武斷的權威主義時代，毫無不

基督教·佛教·回教，在神斷的權威主義的階段，已成爲人類的普遍宗教，但是其時還在祭政合一的時代，宗教仍未獲得獨自的領域，到了國民的自由主義階段，於宗教極力提倡「良心至上主義」，個人無需倚賴法王·皇帝的中介，可直接通於神聖，於是宗教依自律化·內面化·共同社會化，而與其他社會生活規範相分化。不過應留意那時代的道德，仍然是宗教的一部，道德由宗教分化，是屬於以後的事情。

八 原始的社會規範中，也包攝著今日所謂的道德規範，換一句話說：原始規範的習慣，是一併包含著宗教·道德和法的成分。依著西洋歷史的過程，在神斷的權威主義的階段，主權者·爲政者，一面是神的代表，另一面是道德上權威的代表，因此道德成爲宗教的一部。到了國民自由主義的階段，從來的權威主義，被信教自由的思想所廢棄，道德和宗教纔獲得明白的分化。

從來的學者，往往以西洋爲中心，論文化普遍的發展，因此忘却了東洋特有的過程，這可以說是學者一大過誤。儒家的敬天思想，在思想史上說，不是宗教思想，但也未必是儒家所始創的思想。在孔子以前，於當時的原始社會，至少也存有崇拜自然的觀念，所異於西洋的地方，這原始的社會慣習，並不是首先向宗教方面發展起來，儒家掌握着社會的現實，淨化原始的敬天思想，構成了東洋的倫

理學體系。要是檢討先秦時代的思想，可以說：繼慣習而發展的社會生活規範，是道德，而不是宗教。在今日存於民間的宗教，除道教外，都是從外國輸入的宗教，而且都是漢代及漢代以後的事情，所以在東洋論社會生活規範的發展，不生宗教和道德分化的問題。

儒家的王道思想，是敬天觀念向倫理方面發展的結晶，王道思想的表現是「禮治」。「德治」和「人治」，無論在甚麼時代，儒家思想總是占着優越·指導的地位。拿着政教合一代替西洋祭政合一的方式。法家的思想和儒家的思想在思想史上雖然示對立的形勢，在政治上雖然現一盛一衰的狀態，但早儒家也不是根本否定法的存在，寧可說在某種程度，也承認法的必要，不過在思想·政治上儒家的倫理觀，既然占絕對的優勢，因此「法」老是放在「道德」的下位，就是說：法是道德的一部，也未嘗不可。

九 西洋的歷史，從原始規範發展至於宗教，東洋的歷史，從原始規範發展至於道德。因此在西洋，經由慣習與宗教的分化，而到雋宗教和道德，道德和法的分化。在東洋，則由慣習和道德的分化，而到達於道德和法的分化。由原始規範的慣習，發展至於今日所謂的法，首尾相同，而中間發展的過程却不相同。因為發展過程的不同，所以在西洋從鬥爭中得到分化，在東洋却從和平中得到分化，在這裏發現了東西洋文化發展徑路的不同。

社會是個人的環境，個人是社會環境的一部。人類在環境中求生活，怎樣纔能維持自己的生存呢？

西洋人和東洋人的人生觀·宇宙觀存有顯然的不同。西洋人的想法·人類在環境中求生活，一爾隨順環境，一爾克服環境。前者；例如生死病老，依人力到底有不可克服的苦痛，不得不否定自己，包括天地和社會的全體，信奉統轄環境全體的「神和神的階段體」·「汎神的絕對神」·「超越的絕對神」，解決人生根本的煩惱，而生規律人生的宗教。後者：個人依自己的力量，至少可以克服·支配社會環境的一部，生命對於環境，到處發生扞格，克服生命和環境的扞格，於是發生技術和科學。西洋的文化，也就順着這樣徑路，裝點成了像今日物質文明的世界。其後跟着科學的發達，科學萬能的思想，反給宗教或哲學以莫大的壓力。反之，東洋的想法，人類在環境中求生活，首需參透天命的歸趨，一面循天之所命，隨順環境，一面依自身的修養，適應環境。前者；摸索「道」的所在「朝聞道，夕死可矣。」把人生所不能解決的苦惱，一切委諸天命，於是養成「樂天知命」的性格，拿這種信念安慰人生解除人生的痛苦。後者；個人依自己的力量，儘量克服自身所際遇的環境，克服的能否和程度，完全看自己修養的如何。修養的中心，在於「學」。由「學」而「立」，由「立」而「不惑」，由「不惑」而「知天命」，最後達到「從心所欲不逾矩」。東洋的文化，便按著惟一的倫理上的修養，解決人生的一切問題，於是保持着精神文明的傳統，在另一方面，便阻礙了技術和科學的發達。這樣看來，可以了解東西洋文化發展徑路所以不同的原因。

今日的世界，進一步也可以說明日的世界，固然不是完全受物質文明所支配的世界，但是技術和科

學的偉力，已經且廣範圍克服了過去人類所不能克服的障礙。人們受世界潮流的洗禮，接受了時代的恩惠，生活方式跟着起了重大的變動。環境對於個人是「誘惑」，而不是「壓迫」，東洋人倚賴傳統的精神文化，已經不能抗拒環境的誘惑，於是逐漸怠為自身的修養，從來規律人類共同生活的規範，也就處處顯得無力，結局東洋思想逐漸的沒落，西洋文化，便趁這機會，取得指導的地位。在世界文化交流裏，時代不斷的演進，我們雖然不願成為時代的落伍，但是我們也絕不願拋棄故家的流風善政。因此我們總要把握着固有的文化，按着固有文化發展的過程，一面保持傳統的精神文化，一面吸收傳來的物質文明，在這兩者適度的安排裏，展開適於時代要求的社會共同生活。

道德在東洋的實踐文化裏，始終占着指導的地位，論文化發展的過程，繼續習而為社會共同生活規範，是道德，而不是宗教。道德在過去是社會共同生活的規範，在現在，在未來，也還是社會共同生活的規範，在西洋到了國民的自由主義的階段，因信教自由的實現，打破了從來祭政合一的局勢，跟着憲法及其他公法的產生，宗教、道德和法獲得明白的分化。但是在東洋也要做法和道德明白的分化，到底不是容易的事情，並且在東洋不僅是難以分化，依情形也可以說不能分化，不過法和道德，在社會共同規範中所具的性格，按着社會情勢，到底不許混同，所以至少也應肯定有加以適度調整的必要性。

10 法和道德的區別，最初出於托馬西烏士 Thomasius 的主張，氏所以做這兩者區別的原因，

乃為達成僧教自由的關係，法和道德分化，不外由於當時社會情勢的反映。康德 Kant 繼承 Thom-
 as 之思想，明確這兩者的區別，道德是個人理性生活的要求，而係基本的第一次的規範，法是社
 會的國家的外部的存在，而係道德的第二次的規範。佛伊底 Fichte 大體繼承康德的哲學，所異的地
 方，氏主張法和道德是同高度，同等的規範，法是社會的・國家的，道德是個人的・內面的，這樣思
 想，被新康德派法律哲學所採用，成為 Radbruch 等法和道德區別論的基本。康德以來的學說，從
 個人方面論道德，不能說不是偏見，要是沒有社會生活，也談不到道德，所以論法和道德的區別，不
 可忘却社會方面的考察。黑格兒 Hegel 的思想，由辯證法上論法和道德的區別，拿佛伊底的看法，
 做出發點，法是客觀的規範，道德是對於客觀規範的主觀的態度，兩者於辯證法上合一，叫做「道義
 」 Sittlichkeit 黑格兒道義的觀念，於學者間認為難解的觀念，其缺點在於把道德看做主觀的態度。
 法的道德的區別，到底不可忘為社會方面的看法，因此學者從個個地盤，做根本的解說，先把社會
 分做組織的全體社會和職能的共同團體的國家。國家本是由於全體社會的公權力，而組織的職能的共
 同團體，法是國家的團體的規則，道德是全體社會的社會生活規範，從這根本的事實，再為兩者的區
 別。

甲 法是他律的・形式的・劃一的國家之團體規則，依國家的公權力的制裁，保障法的規律性。道
 德是自律的・內容的・內面的社會生活規範，依社會的輿論，個人的良心，保障道德的規律性。

。前者：徵表法的强制性。後者：象徵道德的柔軟性。

乙 法就人的行為，做外部價值的評價，其價值評價，是形式的，外面的；而且是一面的。道德雖然也是拿人的行為，做價值評價的中核對象，但是評價所及的範圍，不僅是行為，而且把動機——未發爲行為前的狀態——品性——行為的積成——併列爲價值評價的對象，其價值評價是內容的，內涵的，而且是全部的。

丙 法是第二次的規範，道德是法的基礎，是第一次的規範。法雖然是在道德的內部，站在道德的基礎之上，但是道德是把法包容於自身之中，使法在其上成爲國家團體的規則，結局道德是法的根本規範，是社會共同生活的根本規範。

法和道德，都是規律社會共同生活的規範，從社會方面，做兩者的區別，像前面所說，可以認爲相當的充分。但是那樣說法，不過是究明法和道德，對於個人所具的文化的賦與性。個人接受法和道德的規律，對於個人能發生怎樣的作用呢？就是個人到底能從法和道德得些甚麼呢？個人感受法和道德的規律，能創造些甚麼呢？我們應該造而一併檢討法和道德因個人而生的文化的創造性，在這裏打算說一說我未成熟的拙見。

人的性，可以分做「本然之性」和「氣質之性」。本然之性，具有向善的適應性，「道德是合於本然之性，而生於聖人之僞。」氣質之性，具有向惡的適應性，乃至必然性，「法是於合氣質之性，而

生於國家之僞。」個人依法的強制，限制氣質之性的橫行，育成適為社會共同生活的法律人，同時使本然之性，得到發展的機會，以便進一步育成充分得為社會共同生活的道德人，因此也可以說，法是個人做倫理上修養的初步規範，發揮個人固有的向善的適應性，總得先撲滅為惡的傾向。那麼，也可以說，法是個人應實踐的最低限度的道德，個人從法得到初步的修養，更進而接受道德的規律，充分為向善的發展，以育成道德人為目標，醇化全人格，創造理想的倫理性格。這樣說來，法是個人修養的第一次規範，道德倒變成為個人修養的第二次規範，從社會的、個人的兩面，做兩者的區別，這也是一個創舉。

一 法和道德的區別，依自由主義的立場，猶被康德 Kant 的道德觀所支配，即所謂強制的有無，自律和他律的區別，到底不脫典型的市民的自由主義的道德觀，並且就問題之處理，也不免過於抽象。學者也有就具體的地盤上論法和道德的問題，認為不應僅為觀念的處理，而應該就國民的具體生活，做比較現實的研究。從來從道德上觀察「法」，或是區別兩者的關係，或是單純做為技術或規範來看，都欠適當。法和道德具有特殊的互相補助的關係，協同的做為國民生活秩序的要素，在外觀上雖然可以做種種的分別，可是在內容上到底是互相聯繫，不能做明白的區分。打開 和道德向國家倫理方面發展的一條途徑，是近來有力的傾向。不幸 和道德的合一論，跟著這樣傾向，成為世人論議的問題。

法和道德合一論，乃欲是正自由主義時代所認兩者區別的錯誤。從來在國家政治的強制力外，認自由競爭和自由選擇的領域，因此生個人本位主義的法，當資本主義進到獨占化的今日，反引起許多的弊害。支配現代市民社會的法和道德，不應再沿用從來的二分法，應合一視爲市民唯一的道德，今日的法制，只要於心理上得到理解和通達，就沒有再學法律的必要，只要市民的懺悔和市民的道德，滲透到民間，就是不讀法令的普通人，也有活用法的能力。因此主張「法的道德化」·「法的道義化」·「法的社會化」，用語的當否，姑置無論，要不失爲值得注意的意見。然而法在自由主義時代，由道德分化，因爲是錯誤，便認爲在規範上有合一的必要，實在是法理學上難以贊成的問題。

法和道德的區別，果然是自由主義的產物嗎？今日所體驗資本主義的弊害，果然是兩者區別所生的結果嗎？否！東洋思想，未必是這樣。按着西洋流的想法：就人類社會共同生活的一部分，設定國家的團體的規則，行國家政治的強制力，強制人民遵守，把國家的團體規則所規律以外的部分，委諸道德的統制，其結局只要能做違法的法律人，便適於爲社會共同生活。在道德領域上所支配人生的廣泛範圍的自由競爭和自由選擇，完全委諸個人的良心，眼著資本主義的發達，逐漸使個人沒却了良心，越顯得道德的無力，於是發生了害及社會共同生活的結果。反之，按着東洋流的想法：個人的修養，先於國家的統制，齊家·治國·平天下，應由修身做起。社會是倫理的社會，社會的共同生活，是倫理的社會共同生活，做一個健全的法律人，不能完成理想的生活，人類是倫理的動物，做到完全的道德

人，纔能實現理想的社會共同生活。法是最低限度的道德，從個人說：是營社會共同生活的第一次規範。從國家方面來說：應該想起「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。」法律並非萬能，應尊重法律，不可偏重法律，法律是社會共同生活的重要規範，而不是成就社會共同生活的惟一規範。東洋人的思想，絕不以做到遵法的法律人，就算是滿足，所以在民間猶殘存「五世同居」大家庭的美風，「童叟無欺」「言不二價」的商業道德，從道德的修養，不動則主張權利，養成宏達洪量的國民風格。固然，在今日國民的道德觀，也發生動搖，但是這絕不是自由主義。資本主義所生的變害，所應該提唱的，是再反省道義的要求，從新認識法律的真義。

國家是職能團體，人類是政治動物，依國家規律國民的共同生活，不可不有法，全體社會定「非組織的倫理團體」，人類又是倫理的動物，被規律於全體社會的個人的共同生活，不可不有道德。前者：生於國家之偽，後者：生於聖人之偽。從個人說：法是修養的初步，是修成道德人必由的邊路。人皆可以為堯舜，但是人未必都能為堯舜，有時反不免為盜跖，因此肯定法的必要性。然而若以為違法，在法所允許的範圍內，漫然為法所允許的行為，則不僅阻塞「修養的途徑，反造成有影響於和平的共同生活的事象。在英國有「善良的律家，是可惡的隣人。」的俗諺，英語 Good lawyer is bad neighbour 中的 lawyer 要說是法律家，不如說是律師，律師越好，隣居越麻煩，一段紅杏出牆來，要是侵入律師住宅的界內，也許要依民法第七百九十七條的規定，叫你刈除，夜來貴客臨門，終

宵暢飲，擾及律師的睡眠，也許要依民法第一百九十五條第一項的規定，向你請求精神上的損害賠償，這樣做法，做律師的隣居，實在是太麻煩了，學法律的人，千萬不要這樣的運用法律。日本有這樣的一起事件，有一個人，有幾個兒子，他住在第三子的家中，他的三子，在鐵道省當一名雇員，收入有限，他得不到相當的扶養，因此耕種他的長子的田地三段一畝有餘，他的長子居然以不法行爲做理由，告他父親。像這樣的案，不能說他長子的行爲不是依法律的規定，可是在倫理社會裏，到底是不可允許的事情。所以大審院的判決，拿以下的理由，排斥他長子的主張：「父耕作屬於長男之田地（三段一畝有餘）雖係對於子等不法行爲，然子擁有時價約十萬元之資產，爲裕福之生活，而其父寄食於身充鐵道省雇員之三子處，受些微之扶養，祇賴於耕種該土地，得以維持生活，從而以如上之不法行爲爲理由，對於其父訴求損害賠償，乃反於我國古來之道義，在所不許。」（昭和一八年七月一日大審第三民事部判決，大審院判例集第六二〇頁）依著我們的倫理觀，所謂「善良的法律家，是可惡的隣人。」不僅是對於法律家的警告，而且是對於我們的侮辱，應該把他訂正爲「善良的法律家是最好的隣人。」我們應深深的理解，法律不是成就社會共同生活的惟一規範，健全的社會，是建築在道德人的身上。

一二 社會共同規範中的法，從客觀方面說：是道德的第二次規範，從主觀方面說：是道德的第一次規範。依文化發展的過程，是由道德發展到法，按個人修養的順序，是由法做到道德，本書雖併論

個人道德的修養，但是本書所期待的，是社會平均人素質的醇化，只要能營合理的法律生活，便可養成最低限度的道德，也就可以據爲養成道德人的基本，所以本書止於爲法律生活的說明。

依文化發展的過程，固然是由原始慣習，發展到道德，更由道德發展到法。但是於今日論社會共同生活的規範，不應僅論法和道德。原始崇拜自然的觀念，其後向宗教方面的發展，也是不容忽視的事情，由道德的常識化·慣行化·社會化，而生的禮儀·風俗·技術諸規範，在今日已成爲獨立的規範，依著社會的實生活，不僅法和道德是社會共同生活的規範。不過法在文化發展的過程裏，到底是第二次規範，那麼，甚麼是第一次規範呢？

社會共同生活第一次規範，和原始社會的慣習，保持著密切的關係，在西洋繼承原始的慣習是宗教，在東洋繼承原始的慣習是道德，但是在東洋的原始慣習中，也並不是絕無宗教的成分，不過是其中重要部份，由儒家從道德的立場，賦與以倫理的基礎，這是東洋文化發展的特徵。儒家並不否定「神鬼」，只說：「敬鬼神而遠之。」所以論社會共同生活的第一次規範，由人類世界著想，並考慮於今日社會實生活的樣相，不妨從宗教規範說起。

甲 宗教規範 原始人的社會，是自然力支配的社會，因而產生畏怖自然力，崇拜動物等幼稚的思想，在這裏種下宗教的細苗，所以說：「宗教起於恐怖」，由恐怖而否定自己，一轉而生禮拜神佛的慣習，於是產生拜神的儀式，由儀式而生規則，此規則便是今日宗教規範之母。摩西十誡

中所謂的「勿拜他神」、「勿殺」、「勿盜」、「孝敬父母」，何曾不是宗教規範呢？不過在東洋轉換了發展的遛路，敬天尊祖，是儒家倫理的精華，同時也是宗教規範的一部，先儒貶宗教而誇張道德的見解，不免為偏見，宗教不失為安慰人生的良好伴侶，陶冶品性的有力補助。道德規範，宗教和道德，都是脩其心而及於形，可是道德却先從正形而清心做起，因此孔子欲以禮樂治天下。適應人類本然之性向善的傾向，以仁義禮智信的五常。陶冶人的本性，以孝悌

忠信，禮義廉恥的八行，示行為的準則。韓愈原道：「博愛之謂仁，行而宜之謂義，由是而之焉之謂道，足夫已無待於外之謂德。」學者的說明，因觀點而不同，溯本求源，其理則一。總之：論道德規範，不妨始於禮樂，而以仁義示其概略，百行發乎此，而歸於是。道德是人生的準則，行為的哲學，所以道德規範，是社會共同生活規範中的最高規範。禮樂於民間，具有莫大的力量，滲透於日常生活，影響於政治，生禮儀，風俗，技術諸規範。隨政治力的演進，今日的世界，也可以說是技術的世界，一見似與道德無關，然若探討政治的倫理基礎，仍然有線索可尋。不過這些規範並非道德的分化，乃是道德的常識化、慣行化，社會化的分身。

丙 禮儀規範，禮儀是社會共同生活中的有力的規範，漢高祖亡秦破楚，統一天下，開宴和羣臣聚會，像「斗酒猶不辭」的樊噲們，乘戰勝的餘威，飲酒爭功，拔劍擊柱，簡直紊亂了君臣的體統，高祖命叔孫通定朝儀，以後「無敢喧嘩失禮者」，高祖纔感到「今日吾適知皇帝之貴」。在我們的日常生活裏，處處存有實踐禮儀規範的實例，人與人的關係，也可以說是靠著禮儀，

維持彼此人格的尊嚴，由禮儀互相尊敬，由尊敬互相謙讓，人世間多少的糾紛，都在互讓中得
到圓滿的解決。

丁

風俗規範 「原始人是慣習的奴隸」，慣習因慣行而成爲風俗，不過今日的醇風美俗，無不經過道德的洗禮，其中也有不少是由於道德的常態化・慣行化・社會化的結果。端陽競渡，中秋賞月，不僅是及時行樂，而且含有陶冶心情的元素，歲時伏臘，借農隙給人生一個安慰的機會，新年互禮，可以增進人與人的交誼，其他婚喪嫁娶，在在都是禮的表現。我們的生活，處處受風俗的支配，意識的或無意識的，規律了人們的行動。

戊

技術規範 生活的合理化，是人生惟一的要求，依技術宜衣食住行諸方面，創造合理的生活方式，進而追求理想的生活，這本是人類文化發展上的主要場面。夏葛冬裘，一切衣物的穿法，

飲饑食，一切食物的製法，男女居室，一切房屋的構造等，處處需要技術的工夫，處處存有技術的準則。合理的生活方式，經大衆化・普遍化以後，遂成爲規律社會共同生活的技術規範。技術規範，一見似與道德無關，然若把握其發展的過程，到處存有「禮」的成分。其後社會進步，生活方式日趨複雜，爲人類羈絆，公共安全打算，致使技術規範，從政治的要求，生超速度的發展，不無失却道德成分的傾向，但是「因時制宜」，正是文化的成長，「行而宜之謂義」，猶存有道德的分子。總之：技術規範的發展，是始於「禮」而轉於「義」，仍然具有倫理的基础。

一三 社會生活的第一次規範，對於人生早已取得指導的地位，其時法還沒有產生。其後人類社會生活，逐漸組織化，在部落中酋長勵行第一次社會生活規範，嚴禁違反行動，酋長之地位，更向上而成為國王，其作用愈見顯著。例如：酋長尊重宗教，禁止禮拜他神，違者處以火刑，於是宗教規範，成為法律規範。又為維持治安，禁止殺人、強盜，違者加以制裁，於是道德規範，成為法律規範。其他禮儀規範，風俗規範，技術規範亦同樣的轉化為法律規範。各種第一次社會生活規範，均逐漸發展為第二次社會生活規範的法律；究竟第一次社會生活規範，將如何的部分，發展為法律規範呢？因國或時代而不同，大體成為法律規範的部分，在漸次增加的傾向，也有一旦成為法律後，再度隱退為第一次社會生活規範的情形，例如：西洋中世的宗教國家，多數的宗教規範，轉化為法律規範，到今日，那大部分都還元於宗教規範。總之：第一次社會生活規範和第二次社會生活規範的關係，在分量上時有消長。以此觀察今日的法律：

甲 宗教的法律 今日的法律，所包含宗教規範的成分，雖然是逐見減少，但是在西洋國家，仍然存有多數的宗教法律，禁止離婚的規定，也可以說是宗教法律。就今日的一般情形來說：只有保障信教自由和保護宗教的法律，（中華民國訓政時期約法第十一條及刑法第二百四十六條），而欠缺積極的以宗教規範為內容的法律。可是鑑於宗教的成長和弊害，於立法例上也存有育成和取締的法律，例如：監督寺廟條例，寺廟登記條例，要皆不失為宗教的法律。

乙 道德的法律 法律中，蘊藏道德規範爲獨多，今昔不變，刑法幾係道德規範的化身，所以學者有認爲「刑法的全部，差不多都是道德的法律」，無論何人，一言法律，無不聯想及於刑法「勿殺」，「勿盜」等規定。原來刑法中的「內亂罪」乃出於「忠」，「殺尊親屬」，「傷尊親屬」，乃出於「孝」。「遺棄罪」，本於「仁」，「財產罪」，本於「義」。此外「褻瀆墳墓屍體罪」，「侵入住居罪」，有失於「禮」，「賄賂罪」，有傷於「廉」。處處蘊藏著道德規範，「不忠」，「不孝」，「不仁」，「不義」，一面是背德，其他的一面，便是違法。民法第二百零九條：「行使債權，履行債應依誠實及信用方法」，這「信義則」於民法學者多認爲是民法的指導原理，同時也是道德的法律。

丙 禮儀的法律 今日的法律中，關於禮儀的規定，雖然未必依樣把禮儀規範如式採入，但是在某種程度，也散見於諸法令。例如陸海空軍禮式等，不失爲禮儀的法律。

丁 風俗的法律 風俗的法律，和慣習法不同。這所謂的法律，並不是以慣習的形式所行的慣習法，而是以風俗規範爲內容的法律。例如：關於「制服」的法律。大體風俗規範，原則上措於法律之中，使其依第一次社會生活規範的作用，養其自體固有的機能。

戊 技術的法律 今日的法律中，技術的法律，倍見發達。房屋的構造，依如何的方式。材料，可以持久，可以防火。都市的計劃，依如何的方法，可以保持都市的美化，可以適應現在的文化

。一般的經濟法規，對於物資供給的調整，物價的安定等，處處存有技術規範。專就司法而言：商事法規及民·刑事訴訟法等，都可稱為技術的法律。

一四 人類是社會的動物，是倫理的動物，人類的的生活，是社會的生活，是規範的生活，所以人類不可不遵守社會生活規範，而後纔能營社會共同生活，就中，尤以第二次社會生活規範的法律，是初步的規範，是營倫理生活的最低限度的道德規範。因此法律生活，是人類的合理的生活，但是這生活，並不是理想生活。理想生活，還應求於第一次社會生活規範之中，其主要者，乃存於道德規範之中。但是，對於社會的平均人，祇能要求其營法律生活，亦祇要能營法律生活，就可以為一善良的國民。從國家的立場來說，也只能為此程度的要求。

人類是社會動物，人類生活，是社會生活。人類在社會中營生活，直接·間接都發生人和人的關係，在實際雖有所謂「個人生活」但是嚴格的說：不能想像有單純的個人生活，充其量亦不過於個人的心身修養——修身——上，存有獨自的精神生活，易言之，就是「形於中」的主觀精神作用。這種作用，是個人的倫理修養，法律感覺，「齊家，治國，平天下」的基本工作，一旦「見於外」，便溶合於社會生活之中。故於論法律生活時，沒有論這個人生活的必要。

人類的生活，是存有多面性，跟著文化的發展，越增加了複雜性，也可以說：是在個個不同的環境中，營著種種不同方式的生活，人們要有應付任何環境的修養。人生於家庭，長於家庭，家庭是人們

有生以來，最初際遇的環境，家庭便是一個基礎的社會，傳統的家族制度，跟家庭做好一個富有倫理色彩的社會，「父慈子孝」，「夫唱婦隨」，「兄友弟敬」，這些道德律，到了今日，仍然是支配了個個的家庭，固然，有許多青年人，惑於個人主義，厭棄傳統的家族制度，但是一旦到了自己有了室家以後，在「婚姻」，「親子」的關係裏，又不知不覺的逐漸回到傳統的途徑。嚴格的說：家庭生活是倫理生活，而不是法律生活。

人們以家庭為生活的本據，進而以非組織的全體社會為環境，度著社會生活，更進而以職能的共同團體的國家為環境，度著國民生活。人們的生活，雖然複雜，但是也不妨大別為三：（一）家庭生活，（二）社會生活，及（三）國家生活。家庭生活，是「家庭人」生活。社會生活，是「社會人」生活。國家生活，是「國民」生活。

理想的家庭生活，是「倫理人」的生活，規律家庭生活的法律，便是民法的親屬繼承編，這法律並不是促進·成就理想家庭的規範，不過是維護·存續普通家庭的準則。社會人或國民生活，到底難以做到倫理人的生活，只能期待為「法律人」的生活，從來所謂的「私法」，大體是規律社會生活的法律，從來所謂的「公法」，大體是規律國民生活的法律。人生的三種生活形式，固然存有共通的性質，但是，個個生活，不免有個個生活的特徵，家庭生活的特徵，在於「調和」，社會生活的特徵，在於「妥協」，國民生活的特徵，在於「服從」。

人類在個個不同的環境中，營個個不同的生活，其中不免發生矛盾，克服一切矛盾，統一公私的生活，固然是我們的理想，但是，到底有難以實現的情形。那麼，人類始終要在這矛盾中度著生活嗎？否！人類至少要使這矛盾止於最少的限度，法律規範就在這立場上，負著指導人類的任務。假使人類生活，全面轉換為倫理生活，也許用不著法律，可是個個人不能為堯舜，對於社會平均人的教養，轉不得不倚賴法律，而期待人們度著法律生活。

一五 生活是人類文化發展的一面，法是規律人類共同生活的準則。人生於法之中，法即存於人之內，法不能超越人而存在。那麼，法是甚麼呢？法和人類生活有怎樣的關係呢？這是研究法律，最初遭遇的問題，又是研究法律，最後應結束的問題。理解了這問題以後，法律家便成了非法律家，非法律家倒成了法律家。法律何會是難解的學問，解決以上的問題，只要認清了以下的兩條道路，（一）法律從何處而來！（二）法律向何處而去！

平凡的問題，造成了難解的學問。「法的本質論」費了多少學者的心思，發展至於「法理學」，展開了許多興味的法律學說，到了今日，却使平凡的問題，成了難解的問題。固然，我們不敢輕視前人的努力，但是前人的見解，終不免於僅看到了一面，失却了全豹的遺憾。怎樣使平凡的問題，仍為平凡的問題，我們受前人之賜，得到了解決困難的途徑。

法律的難解，在於法律的內容，在於未能識別法律的姿態。法律有五姿，『在』，『作』，『成』

，『行』，『守』。在裏面都需要爲詳細的解說。總之，法律從何處而來，要從『在』，『作』，『成』三字裏找他的來踪，法律向何處而去，要從『行』，『守』二字裏找他的去跡。人生於法之中，法即存於人之內，究竟法律藏在那裏！我想他絕跑不出『生活』的範圍以外，因此對他的來踪的逕路，叫做『生活的法律化』。對他去跡的逕路，叫做『法律的生活化』。應在生活中找他所從來，更應在生活中訪他所從去。所惜者，從來論法律的人，多注意前者，而忘却，後了者本書擬從這兩面中作工夫，目的在於使平凡的問題，仍成爲平凡的問題。

本

論

第一章 法律的概念

第一節 法律的本質

- 一 法的用語
- 二 法則和規範——自然法則、規範法則
- 三 法的三重構造
- 四 組織規範——制度
- 五 行為規範
- 六 裁決規範
- 七 法的二重性格
- 八 所與性和所造性

一 法諺：「有社會則有法」，法是規律社會生活的準則。法的古字，用「灋」，說文：「灋，刑也。平之如水。故以水。廌所以觸不直者去之，故从廌从去。」依廌象徵「正義」，以「衡表」，「衡平」。釋名：「法，偁也。偁而使有所限也。」是明係以法，限制人們的行為自由，用以爲社會生活的規範。在字義上，要特別留意者，就是法的自身，絕不包含權利的意味。

佛敎所謂的「法」，於梵語叫做「達磨」Dharma，「通一切萬有皆謂之法」，日常用語中所說

的「法衣・法界・法號・法事・法燈等，悉係佛教的用語，在漢字法的字義裏，絕不包含這樣的意義。

西洋文字中的「法」，其含義却和漢字的「法」異趣。拉丁語叫做 *Jus*，德語叫做 *Recht*，法語叫做 *Droit*，其原義均發原於「正」，從客觀的側面說：是「法」，由主觀的側面說：是「權利」。從文字說：是表現法，或是表現權利呢？雖然不甚分明，可是在德國人，或是法國人，並不感到困難，都能在其融合態中，把握其真義。不過為正確的把握起見，表示「法」，用 *Recht* *im objektiven Sinne*, *Droit objectif*，表示「權利」，用 *Recht im Subjektiven Sinne*, *Droit objectif*。在法國也有就首字用大寫 *Droit* 表示「法」，首字用小寫，更依複數形 *droits* 表示「權利」的用例。要是欠缺以上的表明，在外國人就有難以分別的時候。日本學者對於 *Thering's Kanonikus Recht* 的 *Recht* 解為權利。英國則解為法。英文的區別，則較為明白，對於法，用 *Law*，對於權利，用 *Right*。

用語上，有區利法和權利，有不區別法和權利兩種，前者：於法之中，不包含制定法，後者：則否。要是認法和權利的區別，則把「規範」和「法則」內含於法 *Law* 之中。要是不認兩者的區別，則對於「規範」，用 *Jus*, *Recht*, *Droit*，對於「法則」，用 *Lex*, *Gesetz*, *Loi* 所以學者說：「法則者，對於自然之秩序，而合於人事的法律關係。」（桑本嚴翼「倫理學的根本問題」第二四頁）

漢字的法，和權利有別，法不包含權利。法不僅包含法的一般，而且包含制定法。通常法和法律併用，在學問有時以單用「法」字較為妥當，例如：對於法律學，用法學，對於法律哲學，用法哲學或法理學。然於法的用語，也有用法律的字樣，例如：法律要件，法律效果，法律關係。

二 法於用語上，包含「法則」和「規範」兩義，法則和規範，究存有如何的關係呢？依着普通的想法：法則，說明現實的事象，指示其存在性和必然性，而記述其自然關係的事實。規範，以理想為目標，對於人人要求「當為」為內容，而對於人為的事件，示以批判價值的標準。可是法則和規範之間，難分明確的界限，大體對於本來的法則，叫做「自然法則」，對於規範化的法則，叫做「規範法則」。

通說：以規範法則，存有違反規範之可能性，得生背反其法則之事實，反之，自然法則，因為是事實關係的法則，不得發生背反其法則之事實。這樣的區別，乃係着眼於規範法則，存有例外，而於自然法則，不存有例外，因此依據例外可能性的有無。做如上的區分。其實 Newton 的運動法則，未見得就能整個的表現於現實的具體的世界。水在攝氏的零度上，就要結冰，要是加鹽於水，縱在攝氏零度，也不結冰，自然法則，能說是沒有背反的事實嗎？能說是沒有例外嗎？「不可殺人」，「右側通行」是規範法則，固然，常常發現例外的事實，這只可說背反規範法則的事實，較多於背反自然法則的事實，到底不能以例外可能性的有無，做兩者區別的基準。在這裏要理解在現實具體的社會裏，

所以發生背反法則的事實，無非是在現實具體的社會裏，存有背反法則的抵抗力緣故。「物體向地球的中心落下」，是自然法則吧！「滿二十歲為成年」，是規範法則吧！一看好像是存有顯然不同的性質，其實，物體總得向地球的中心落下，人總得到滿二十歲纔是成年，在法則的本身上都是絕對的，要說是自然法則不許有例外，規範法則得有例外，那麼未滿二十歲的人，也可以說是成年嗎？

另一派學者，從法則的發生上考察，自然法則，命題的主辭和賓辭，具有必然的連繫，反之，規範法則，命題主辭的「法律要件」，和命題賓辭的「法律效果」的結合，一繫於人為的，肆意的，擇一的連繫，換一句話說：便是依着人為的創意，使非現實的價值，現實化，而要求人們的當為 *Sollen*，依此立場，主張自然法則是必然的法則，規範法則是當為的法則。這樣的區別，也只有從法則的發生上着想，具有一面的真理，要是從法則的，實現的性格來說：就不適於為區別的標準。人民有納稅的義務，這是規範法則吧！渴飲饑食，這是自然法則吧？從主觀的立場「應納稅」和「不可不飲食」似可別為「當為」和「必然」的兩種相異的看法。但是規範法則，既已存在，則所謂「應納稅」，也就變做「不可不納稅」，所說的「必然」，所說的「當為」，都不是法則的論理性格的區別。

那麼，應該怎樣區別自然法則和規範法則呢？區別的標準，應從規範的創設上說起，規範法則的創設，是以承認自然法則為前提，自然云者：「從普遍的法則，而規定的事物的存在。」規範法則，固

然是要征服自然，但是要征服自然不依自然法則，是不能征服，所以於人世，不能存在無視自然法則的規範法則。當創設規範法則的時候，應該怎樣使自然法則呢？首先應該拿著具有結合「先行於時間的原因」和「接續於時間的結果」的構造的自然法則做前提，顛倒其因果關係，先就自然經過，拿他後來所生結果的事實做「目的」，再就自然經過，拿他最初所存原因的事實做「手段」，接著「目的」和「手段」，「歸結」和「理由」的結合，創設規範的法則。誠然，規範是基於當為，但是規範是現實的存在。固然，僅由事實不能生規範，可是離開事實也不得有規範的存在。

規範，是人類意識的生活之態度上的要求，可是人類的意識生活，是被支配於自然法則，僅說規範是人類意識的生活之態度上的要求，還不能和自然法則做充分的區別，在那態度上的要求中，還要合致於可實現真，善，美，聖的價值的當為之要求。這樣方能從論理的性格上得到兩者的區別，申言之：在自然法則，不能由法則的推行，看到價值、實現，反之，在規範法則，依著法則的推行，可以實現價值、達成理想、提高文化。

法是規範法則之一，法是合致於人類意識生活之態度上的要求，是合致於可實現價值的當為的要求，是人類價值生活的縮圖。所以法是人類生活的成文化，是人類生活的規範化。我從此立場，主張「生活的法律化」。固然，法的自身，也具有文化的使命，不僅把握現在的文化，同時更要實現未來的文化，這是規範法則應有的性格。

三 規範之中，合於人類意識生活之態度上的要求者，叫做「社會規範」。法便是社會規範之一。

那麼，法和其他社會規範有甚麼區別呢？爲顯明法的全貌，總得爲立體的考察 Duguit, Kelsen,

田中耕太郎博士等，都會致力於這立體的考察，都主張「法的二重構造」。杜衛 Leon Duguit 把法

規分做「規範的法規」和「構成的或技術的法規」。廣濱嘉雄「法規之構造」，法學第一卷第一號

克爾生 Kelsen, 把法分做「強制規範」——第一次規範——和「社會規範」——第二次規範——（尾高朝

雄「法哲學」第二〇八頁以下）田中博士專就商法的領域，認「組織法」和「行爲法」的二重構造。

（田中「法律學概論」第三四九頁以下，「組織法之商法和行爲法之商法」商法研究第一卷）廣濱教

授，則異於以上學者的見解，主張「法的三重構造」，即認「組織規範」·「行爲規範」·「裁決規

範」的三重構造。（廣濱「法理學」第十五頁以下）我的見解和後的見解有些相同。

法的三重構造，是法的基本形態。於私法每欠缺行爲規範的構造，於公法有時不存有裁決規範的形

態，於現實固然有若干的變態，但是只要是法，無不存有組織規範。在公法的領域，多欠缺裁決規範

，因爲於此領域，法規範常和道德規範結合，不過近來的行政法規，却有添置裁決規範的傾向。

四 法諺，「有社會則有法」，徵諸現實的，具體的社會實況，也可以說：「有法則有社會」。既

有社會，當然要求法的秩序，因此存有法的秩序的地方，便有社會。具體的社會團體，其自身一定有

「組織」，也總得保持以組織爲基本的法的秩序，這個組織，已經成爲一個規範，學者叫這規範，做「組織規範」^①。這組織規範，並不是直接規律社會構成員的行爲動機，而調整彼等所營的生活關係，乃是賦與社會構成員以「組織」的基準，使其接受、尊重，而便於爲社會生活，這是組織規範的特性。組織規範的自體，固然是「組織」的基準，其在法的構造中，却占著最上層的地位。而有總攬「行爲規範」和「裁決規範」的性質。並且行爲規範，裁決規範也一賴於組織規範的裁可，方能保持個個的在存的理由。特應留意的，組織規範，是一切法的構造中的一部，就具體的法律來說，憲法，是其他國法的組織規範，因爲有憲法的組織規範的存在，所以爲行爲規範。裁決規範的一切國法，有保持存在的理由。但是其他的國法，也都包含有組織規範的構造，例如：私有財產、契約自由、過失損害賠償等，是現行財產法——行爲規範。裁決規範——的組織規範，婚姻、親子等，是現行身分法——行爲規範。裁決規範——的組織規範，罪刑法定，是刑法各本條——行爲規範。裁決規範——的組織規範余爲便宜計，叫前者做第一次組織規範，叫後者做第二次組織規範。前者：因爲常表現於條文之上，很容易認識他的面目。後者：常潛在於條文之中，並且常和行爲規範，混在一處，很不容易辨別他的形相，可是只要把握著組織規範的特性，也就不難分析。這第二次組織規範，不僅對於行爲規範。裁決規範，賦與以存在的理由，在其他的方面，常爲法的指導原理，個個行爲規範。裁決規範的

指針。

組織規範，也可以叫做「制度」。(恒藤恭「制度之本質」，法之基本問題。廣濱「制度考」，法學第一卷第七號)制度，是人類社會生活的定型。在幾種的生活樣式中，選擇一個，使他定型化，這被定型化的生活樣式，便是制度。就某種生活，以甲生活樣式爲限度，其自體是很分明的，拒絕採納甲以外乙、丙、丁諸生活樣式。制度的產生，是本於人爲的努力，有的生於習慣，有的生於制定，前者：由於無限多數人的創造，後者：出於有限少數人的創作，總之：制度到底是人爲的，是介由人的手而產生的作品。有人說：習慣的制度，是生於自然，不免爲誤解。制度，到底是文化的所產，是人爲的文化發展的成果。要是人類生活，按着因果法則，必然的總得生出這一定的生活樣式，那就不是定型，也不是制度。

組織規範——制度——在法的三重構造中，占最上層的地位。制度，是人類社會生活的定型，爲組織規範的「法」，便是定型化人類社會生活的樣式。如何的社會生活樣式，期待「法」的制定，如何的社會生活樣式，不期待「法」的制定！因時代，國情，未必一致。可是，「法」到底是確保既有之社會生活的定型的存續，和展開社會所期待的生活定型的發展。人類不僅是以現在的社會生活樣式爲滿足，更期待合理的生活樣式的展開，統合此現在，未來的生活樣式，介由法的制定，對於所定型化之生活樣式，設定法律要件，更對於所定型化之生活樣式，賦與法律效果，在這裏看出「生活的法律化」的根據。

五 行爲規範，是命令爲行爲的規範——動機規範——最典型的行爲規範，是道德規範，從規律人類的行爲動機上說：法和道德，沒有甚麼分別。其可以分別的地方，除前面所說的以外，在法的構造裏，還可以找出不同的地方。道德是自律的動機規範，法是他律的動機規範，換言之，法是貫徹組織規範的精神，而形成動機規範。從行爲規範上說，兩者固然沒有分別，要是從組織規範上說，兩者就有不同之處。

法有貫徹組織規範精神的任務，「強制」乃淵源於組織規範，而形成規律「行爲者動機」的機構。由法所表現的外部強制，乃法的客觀表現，而不是遵守規範者的主觀態度。行爲者對於強制之態度，固然有因畏懼制裁，而爲合致於行爲規範的行爲，但也有自動遵從組織規範的目的，而自然合致於行爲規範的要求。法諺：「正直者守法。」正合於後的情形。就前的情形，培養其道義觀，以養成遵法的主觀態度，做到不因制裁而守法，便可以無因制裁而奉行道德，達到同一的境界。

行爲規範，存有動機規範的性質，所以行爲規範是支配從現在而迄於未來的人類行爲，而不是支配從過去而迄於現在的人類行爲。法是行爲規範，所以法所支配的領域，也是從現在而迄於未來。

六 裁決規範，也可以叫做「評價規範」。評價的對象，不僅是行爲，而且及於行爲的結果。行爲規範是支配從現在而迄於未來的「動機規範」，反之，裁決規範是收拾從過去而迄於現在的生活關係的「整序規範」。直接受裁決規範的拘束者，是官吏，是裁判官，裁判官受裁決規範的拘束，並不是

據以爲行的準則，是據以爲裁判的準繩。所以於行爲規範，生遵守的拘束，於裁判規範，則生適用的拘束。

裁決規範的本來的・直接的機能，是關聯於現存的事實，支配從過去而迄於現在，而調整人類之生活關係。Wintelschaid 說：「法典爲裁判官而作，非爲俗人而作，故祇須裁判官體得法典之價值，無須俗人之理解。」（總積陳重・「續法窓夜話」第二七六頁）未必是無稽之言。

私法規範，不是私法行爲——身分行爲、財產行爲——的動機規範，是調整生於宗教・道德・經濟等規範的行爲之結果，或由於其他事實所形成之人類生活關係的裁決規範。末弘博士說：「裁決規範的律律，以對司法機關指示行動的準則爲主要目的，民法即其一例。」（末弘嚴太郎「民法講話」上第一六頁）刑法爲第二次規範，「殺人者，處死刑或無期徒刑或十年以上有期徒刑」，對社會一般人豫告制裁，具有確保第一次規範之機能，同時對於裁判官，則係裁決規範，至若刑法第二條，則純係裁決規範。

七 人和自然的關係，固然，可以說人生於自然之中，但是，不能說自然存於人之內。人和法的關係，可以說人生於法之中，也可以說法存於人之內。換言之，自然超於人而存在，法則不能超於人而獨存。比照人和自然，人和法的關係，可以知道自然只有「所與性」，即以其所有者與人，法不僅有所與於人，更係人之所造，一面具有「所與性」，同時與他面所具有「所造性」。法具有這二重性

格，因此和自然不同。

從來一般法學者，依自然科學的立場，樹立自然科學的法學，否認法的歷史性，即忽視了法是歷史的所產，僅承認法的所與性。歷史法學派，主張法生於慣習，生於民族精神之法的確信，也否認法的所造性；前者：固執科學一元論的見解，後者：不無暴露非歷史性格之難。

八 法以所有者與人，人不得受領法之所與。在此形式上，自然以所有與人，人不得受領自然之所與，兩者毫無差異。就法來說，即所謂「不可侵性」，就自然來說：即所謂「必然性」，所以人們不得不「無條件的接受」法或自然的所與。「惡法也是法」，*No law Can be unjust*。「法到底總是法」*Recht muss doch Recht haben*，極端的尊重法的尊嚴，所以於實踐上僅看出法的所與性。然而，人所受領的法，本來是人所造的法，由人所造的法，更由法以其所有者與人，人固然不得不受領法的所與，可是從其所與的內容來說：到底和自然的所與不同，明白這樣的區別，是歷史法學派的功績。不過歷史法學派的主張，法生於「成」，非出於「作」；法是受時代和場所的限制；而係歷史的所產，所以說：法是生於「成」。站這樣立場，否認法的所造性，對照今日立法機關制定法律的事實，顯然不是合歷史的想法。法生於「作」，法制史因而產生，法可以「作」，立法論因而出現，換言之，法制史·立法論，乃跟著法的所造性而成立。總之，法是文化現象，所以有「所與性」和「所造性」的二重性格，由「所與性」說：法是「文化財」，由「所造性」說：法是「文化作用」。

那麼，法的二重性格和法的三重構造是立於怎樣的關係呢？組織規範，就是人們所受領的所與，組織規範，又是人的所造。制度變動史，是根究組織規範的由來，立法論，是改變從現在而迄於未來的制度。尊重現行的組織規範，改訂存在於組織規範中行爲規範。裁決規範，除立法機關的立法以外，還有依法的解釋作用所爲的立法，不過依解釋的立法，不及其效力於組織規範。

從法的三重構造上，根究組織規範的由來，發現「生活的法律化」的遷路。組織規範，是生活的所與，法的所造，在這裏期待現實的。合理的立法。由組織規範所生的行爲規範。裁決規範，總須朝宗於組織規範，隨生活的要求，爲適宜的制定或改廢。從法的二重性格上，檢討所造性的由來，打開「法律的生活化」的途徑。所造性，是生活的所期，法的所成，法以所造者與人，就等於以人的所造者歸於其人，在這裏可以明瞭，遵法精神是形於中，發於外，更由見於外者歸於中，總之，遵法，是人生的使命，文化的要求。

第二節 法律的進化

一 法律的定義 二 法律的起源 三 原始規範的進化 四 血族復讐的進化

一 法於通常和法律並稱，在學問上叫做法，於通俗上有時用法律，轉易理解。所以本書用法律生活的命名，而於其內容，便宜上用學問的用語，於本節論法的進化之前，爲結束前節的說明，不妨先一說法律的定義，那麼，甚麼叫做法律呢？「法律，是依國家權力，而強行的社會生活規範。」

誠然，法律是社會生活規範，但是，社會生活規範，不僅是法律，牛是四足之獸，牛是反芻類的動物，但是四足之獸，反 類的動物，不僅是牛，法律是社會生活規範，道德、宗教、慣習等，何曾不是社會生活規範。牛所以爲牛，法律所以爲法律，還有他的特徵。法律所以異於其他社會生活規範，在於「依國家權力而強行的……」這所謂「國家權力」，是淵源於第一次社會生活規範的「社會力」，由於社會生活的擴大強化，加強從來的社會力而生的國家權力。這樣看法，也就容易溯本還源，看出法的進化的陳跡。檢討過去，非追憶過去而言過失，乃爲認識現在而言過去，法的進化的他的一面，便是生活法律化的過程。

二 道德規範・宗教規範・技術規範等第一次社會生活規範，其後加入國家權力，變成了第二次社

會生活規範的法律，這便是法的進化的過程。如斯的社會生活規範的法律化，在當初也是很遲緩，而且在進化的過程中，也遭遇無數的障礙。這裏不能爲其進化史的具體的敘述，而僅能舉示一般進化的概略。

原始社會，國家在萌芽的狀態，法也在萌芽的狀態，其後「公權力」產生，所謂「裁判」的職能活動，也就跟著開始，法律規範，也可以說是「裁判的慣例」。論法的起源，大體可分別爲二：（一）原始規範，（二）血族復讐。

原始時代的規範，在法·道德·宗教混沌而未分化的狀態，社會學者，稱此規範，爲原始規範。從另一方面說：支配原始時代的規範，止有「慣習」。從分化以後的情形，推究未分化以前的狀態，其中包含著宗教·道德·法的禁制，而爲今日宗教·道德·法的濫觴。其後分化的過程，於前文已略示其梗概。原始時代，沒有「個別責任」的觀念，而只有「連帶責任」的思想，違反原始規範的制裁，及於行爲者所屬之民族或部族的全體，在這時代公權力還未確立，常由發見者或有志者執行制裁，因此原始規範的制裁，便是「私刑」這種情形，就到了今日，猶殘存於未開化的社會或僻遠之地。等到公權力移轉於酋長以後，原始規範的制裁，方集中於酋長之手，於是有了裁判，有刑罰，而且是「刑法」的起源。

血族復讐，原相當於 *Blood feud, Duell* 等語，乃係「對於流血的行爲，報以流血的行爲。」固然是行於血族和血族之間，可是所謂的「血」並不是血族的意思，現在用「血族」一語，乃

從漢文從來的用法。「甲」族的一人，對於「乙」族的一人，為加害殺傷的時候，對於「甲」族得為復讐，不過復讐的對象，不是加害者的本人，而是「甲」族的全體。這血族復讐，正是封建時代的復讐的前身，其後因時代的變遷，逐漸變換了原來的形態，大體到了封建時代的末期，猶殘存著復讐的遺風。血族復讐是社會生存上的不利現象，公權力集中於酋長之手，乃發生限制復讐的方法其方法，便是用財物來賠償被害人所受的損害。但是復讐的賠償化，乃由於漸次的發達，漸次的實現，其轉換會經過了無限的歲月，以此做成裁判的初基，形成法律的起源。

原始規範制裁的公權力化·血族復讐的賠償化，同是裁判·法律的起源。其時刑法和私法還沒有分化，要是強為區別，也可以說，原始規範的違反，是危害全體社會，威脅其生存的安全的行為，對其所為的裁判或制裁，恰相當於刑法的本體。血族復讐的限制乃至賠償化，在今日合於「殺人罪」的規定，一見好像是包含於刑法之中。同是刑法的起源，其實不如看做是對於不法行為的損害賠償，而解係民事法的起源。看到血族復讐的進化過程，對於今日在刑法理論中，主張應報刑的見解，不無疑問。

三 法·宗教·道德，要不外原始規範的慣習，其後依公權力—裁判—的活動而意識化。目的化的結果，顯示分化的萌芽。在他還未分化的時代，酋長的公權力，不言「神授」，則言「天授」。於是「一般均以判決為「神託」Oracle，而且通行「神判」Ordeal，或「宣誓」Oath。所以在原始

時代，到底不能爲法和宗教，法的道德的分離。

公權力最初的確立，由於種族移轉和武力征服；而且由於武力征服所確立的公權力，跟著必施行強烈的、武斷的統制，裁判的職能活動以外，併行警察、行政等職能活動。在這階段，於刑法、私法未分化的裁判法規中，加入若干行政法規，裁判官兼行政官，判決例的一部，是行政慣例。爲國家根本組織的憲法及爲行政、裁判根本組織的行政法、法院組織法、民刑訴訟法，即今日所謂的「公法」，雖然還不見顯然的存在，亦可以看出萌芽的狀態。

刑法的起源最古，一部法制史，簡直是一部刑法史。公權力借著武力的征服，得到確立，爲鎮壓被征服者的反叛，需要酷烈的刑罰。固然，在此時代，只有科刑的裁判慣例，而無論罪的刑法法典，不過在某種程度，考慮被征服者的社會慣習，加味並服階級、政階級的統治目的和方針，依著裁判的前例，行使適宜的裁判，而科以認爲適當的刑罰而已。其後隨著爲政者統治方針的寬嚴，和方法的變換，裁判慣例獲得某程度的合理的訂正。形成裏日的刑法法典。在這裏可以理解裁判慣例對於法律所具的「元行性」，法律未必是直接生於規律原始社會的慣習，倒可以說是介由裁判慣例；而由逐漸體驗的社會生活中，產生異目的法律。

大家族制度，原是氏族時代的遺風。當初的大家族，各占有土地，採取所謂「村落共同社會」Village Community的形體。土地屬於民族或村落的共有，個人無所有權，沒有貨幣，也沒有買賣。

既無所有權的移轉，自沒有契約，因此只有因加害殺傷或其他不法行為所生的損害賠償的債權債務而已。家族和國家尚未分化，相當於今日的「民法親屬繼承編」的部分。不過是國家組織法的一部。以土地為中心的所有權，則屬於公權力。公法的領有之中，親屬繼承編，則屬於為公權力構成基本的慣習之內，民事法在此階段，不見有有發達的痕跡。學者把此階段，叫做「封建時代」。

歷史逐漸的脫却了長期間的封建時代，進到國民的自由主義的階段，學者把此階段，叫做「民族國家時代」。國家的本質，辦明是職能的共同團體，因此產生「公法」。法的本質，確認為職能的共同團體的規則，因此促進法和宗教。道德的分化，展開自體的技術的分科。不過論法律的進化，也絕不景突見其發展於民族國家時代，在封建時代，已逐漸奠定了其後進化的始基。

交換經濟和商業，在封建時代的都市裏，已經有了相當的發達，對於新時代，存有先驅的意義，是周知的事實。民族國家結束後，國王和都市之新興的平民階級相結合，推翻了存在於國王與平民間的封建諸侯，統一了國家。靠著自由主義運動，以自然法思想。自然權思想。社會契約思想等，為理論鬥爭的武器，各國相繼發生革命。動亂，而輾轉為立憲國家，實現保障個人的自由權。不可侵權的憲法，所謂公法因而成立。當初的憲法，雖然是自然法思想的產物，但是一旦成立以後，便帶有國家的根本組織規範的性質。因此法和宗教。道德，兩相分化，政教分離，於憲法容認信教的自由。憲法規定國家的組織及其構成。和人民的關係，承認國民的自由權。參政權等權利，產生所謂「法治主

義」憲法以三權分立為根本的原則，立法·司法·行政，由別異的機關，分別掌管，用以明徵法的嚴正，保護個人權利。

憲法·行政法發現以前，在民族國家結成的初期，已經由國王之手，實現了統一的刑法。民法和商法。刑法，為適應民族國家時代的目的和事態，和中世期的刑法相較，加味了自由主義，成為「人道主義的刑法」。「罪刑法定主義的刑法」。民法，就中世期所積成的裁判慣例，依統一的整理，新式的裁判，使相應於貨幣經濟·交換經濟的新時代的要求，而產生了統一國家的民法。民法由如此的逕路而進化起來，即可知諸國繼承羅馬法，存有重大的意義。和羅馬法對稱，有所謂日耳曼固有法，不過後者，是氏族時代以後封建時代以前的法律，並不是貨幣經濟·交換經濟時代的法律。英國比德·法諸國，受羅馬法的影響較輕，還能維持固有的體系。那麼，羅馬法為甚麼見用於諸國呢？羅馬在封建時代的末期，於地中海沿岸，已經踏入貨幣經濟·交換經濟的階段，羅馬法正是相應於此社會事情而發達的法律。近代資本主義的民法，可以說其根本形態，仍不脫於羅馬法的範圍。商法，生於中世期都市商人的慣習，介由裁判慣例而成為民族國家的特別法，包含公司·票據·保險·海商法等規定，專以商業的交易關係為對象，一面是適用於為商行為之人及商人的特別法，於他面和民法同為國家的團體規則，在法的構造中，特以裁判規範為第一義。

法制完備，個人權利獲得保障，在當初雖然是受自然法思想之賜，但是，自然法思想，是和國家以

前的自然狀態，立於併列的關係，等到國家的團體規則實現以後，便由「實證的經驗的事實」，代替了過去的「非實證的觀念」。二十世紀初期以迄於最近，由「法的社會化」，進到「經濟法」，更發展至於產業國營的社會主義法。吾人於此更拿著莫大的興趣，注視一九四五年世界大戰終結後的法的進化。

四 「法律生於復讐」是法的進化的一面。復讐，本來是人類自然的本能，從種族的生存上著想，也可以說是種族的自衛作用。最初行於部落或血族的「部落復讐」，「血族復讐」，其後逐漸轉化為個人對個人的復讐。在原始的社會，復讐具有保全社會安寧秩序的功用，使加害於人者，經驗其將被害於人之事實，使擬加害於人者，考慮將有被害於人的危險，豫想有復讐的反擊，警戒自己，用以防止加害行為的發生，是復讐的一面，有似刑罰的制裁，在他的一面，却像刑罰的豫告，在公權力未集中以前，復讐，不僅是無從禁止，而且是必要。

周禮：「調人掌司萬人之讐，凡殺人而義者，令勿讐，讐之則死，有反殺者，邦國交讐之。」春秋公羊傳：「父不受誅，子復讐可也，父受誅，子復讐，此推刃之道，復讐不除害。」「君父之讐，不共戴天。」儒家思想，也左袒復讐，認為忠·孝的實踐。凡「殺人而義者」，不可讐，禁止對於復讐者，更爲復讐，以「不受誅」者爲限，可以復讐。若係受誅，乃死於法，法不可讐。這種思想，在公權力確立以後，逐漸體驗到復讐是紊亂社會安寧秩序的暴動，更隨著私刑的公刑化，復讐失卻了原始

的功用，在猶未轉向於禁止以前，保守傳統的贊成論和顧慮現實的修正論間，曾發生了見解的衝突，例如：

「唐天后時——武則天時代——有同州下邳人，徐元慶者，父爽為縣尉趙師韜所殺，卒能手刃父讐，束身歸罪。」

陳子昂建議：「誅之而旌其閭，且請編之於令，永為國典。」

柳宗元「駁復讐議」：「且夫，不忘讐，孝也。不愛死，義也。元慶能不越於禮，服孝死義，是必達理而聞道者也。夫達理聞道之人，豈其以王法為敵讐者哉。」

外國的古代記事，也常有關於復讐的記載。舊約全書，是古代猶太人的生活及思想的貴重記錄；而且足宗教上重要的經文。其中會明記所謂「反坐主義」的事情，「以生命償生命，以目償目，以齒償齒，以手償手，以足償足，以焙償焙，以傷償傷，以打傷償打傷。」對於加害人，得加以與被害相同程度的損害，兩相抵償。（出埃及記第二二章二三——二五）

人文進步，逐漸體驗了復讐的奧害，於現實上，當事人淪於利害愛憎之中，復讐往往超過了適當的程度和範圍，不僅是動使社會一般人感到過酷，而且每由於不合理的復讐，害及社會的安寧秩序。當時未必沒有反動的思想，不過陶醉於傳統，憧憬於道義的人們，還不能否認復讐的行動，於是乃走上限制復讐的途徑。舊約全書的「逃遁邑」，便是限制復讐的有趣的實例，具體的表現法律發生的現象

不論是如何重罪的犯人，只要逃入寺院，就可免於刑罰。英譯聖書，稱「逃遁邑」為 City of refuge，大體是諸國古代通有的現象。日本下總小金的「一月寺」，是收容諸國浪人——國事犯人·政治犯入——避免逮捕的虛無僧寺。相州鎌倉松ヶ岡的「東慶寺」·上州新田郡世良田村德川鄉的「滿德寺」，收容欲離婚而不得夫之同意之妻，通稱為「驅込寺」·「緣切寺」，實際上具有離婚裁判所的作用。猶太的「逃遁邑」，也是裁判制度的萌芽，舊約全書「擇定逃遁之邑，使誤而殺汝者逃避其處，此乃汝爲避讐而應逃之地。」對於過失殺人者，特別於故意殺人，與以避讐的設備，分化故意和過失的責任，實在是值得注意的問題。（出埃及記第二二章一三·民數紀略第三章一〇——二九·申命記第十九章二一七·約書亞記第二〇章）

復讐由「自由」移於「限制」，更由「限制」歸於「禁止」。從復讐的存廢，看出法律進化的痕跡。於自由復讐時代，首爲刑法奠定異日發展的根源。於限制復讐時代，一面介由「逃遁邑」的制度，生裁判制度的萌芽，同時於他的一面，經由復讐的賠償化，啓不法行爲的民法上損害賠償的先河。到了禁止復讐時代，明示私力的公權化，一面意識犯罪的公法化，一面確認賠償的私法化，對於民事·刑事的分化，提供貴重的貢獻。

第三節 西洋法律學說

七六

一 法律的五姿——在·作·成·行·守 二 法律的三變——變於人·變於地·變於時 三 法律「在」於自然——性善說的自然法論·性惡說的自然法論 四 法律「作」於人爲——註釋學派·分析法學的「人定法論」·自然法論的「人定法論」 五 法律「成」於歷史——德國的歷史法學派·英國的歷史法學派 六 歷史法學——比較立法學·人種的法律學

「法有「三重構造」·「二重性格」的本質，現在大體可以明瞭法律進化的淵源，可是僅論到這樣的程度，還不能得到充分的認識。究竟法律是從何處而來？向何處而去呢？法律的自身，存有五種姿態，(一)「在」，(二)「作」，(三)「成」，(四)「行」，(五)「守」。法律「在」那裏？在於「自然」，否！在於「生活」。法律「作」於何人？作於立法者。法律「成」於何處？成於「歷史」。法律「行」自何人？行自國家，否！法律是因人而行。法律「守」於何人？守於國民，否！法律是因人而守。法律本於「在」！是生於「作」！還是出於「成」呢？是從來學說論爭的問題，

到了今日，仍然於「在」或「成」的上面，展開不同的見解。

法律是從何處而來？法律初不因法律之「在」而「在」，乃先法律而「在」，因法律而明其「在」。法律非徒「作」立法者之手，乃因「在」而「作」，因「成」而作。我於此情形，主張：「生活的法律化」。法律向何處而去？法律因「行」而「在」，因「守」而「在」。由過去之「在」。過去之「成」，生現在之「作」，更由現在之「行」，現在之「守」，生未來之「在」。未來之「成」。「行因人而行」，「守因人而守」。我於此情形，主張：「法律的生活化」。徵諸現實，理論上偏重前三者——在·作·成——實際上則應歸著於後之二者——行·守——本節所述，以前三者為限。

二 法律有五變，復有三變。(一)變於「人」，(二)變於「地」，(三)變於「時」。法律因「在」，而「在」，因「成」而「成」，在變·成變，則法律亦變。在因甚變而變？因生活的要求而變。或因甚變而變。因民族確信的轉換而變？因此在原則法之外，有例外法，在平時法之外，有戰時法。法律之變，莫甚於戰時。僅知法律之五變，不識法律之三變，則無從解觀例外法·戰時法之所由「作」。進而就不免昧於列外法·戰時法之所應「行」，和例外法·戰時法之所應「守」。所以言「生活的法律化」，不可不想起「戰時生活的法律化」，論「法律的生活化」，不可不想起「戰時法律的生活化」。

三 「在」，相當於德語 Sein，法律在那裏？首應想起法律在於「自然」的見解。這種見解，可

分別爲古代・中世和近代的三段。

古代往往以法律由於神授，所謂自然，是對於「人爲」而言，神授法，是神意的發現，非人爲而係對於人類「自然的存在」。法國政府於一九〇一年至一九〇二年間，派往伯爾西亞古都西沙的探險隊，掘出刻有巴比倫王哈莫拉比法典的石碑，是世界最古的成文法，離現在有四千餘年。那石碑表面的上部，刻有哈莫拉比王站在日神夏瑪守的前面而禮拜的石畫，記明此乃王由神拜受法典的地方。這畫像一般沒有異論，可以證明哈莫拉比法典，是基於神意的神授法。古猶太的法律，即舊約全書所謂的法律，據傳說：摩西在希來山上對摩西，用指寫「十誡」於二枚的石版上，其他的細則，費四十日的工夫，口授摩西，使其草記。（舊約全書出埃及記第三章—第四章）大體原始的民族，總以法律「在」於神意，而認爲是「自然的存在」。

中世之基督教之法律學，依該時代代表學者 Thomas Aquinas, (1225—1274) 的主張：『萬有悉被支配於神意，「神意」云者，非「隨意」而係「定意」，是即所謂「永久法」。此永久法，支配人類的部分，爲「自然法」。把這自然法適用於特殊事實，由人所作的規則，爲「人定法」。云云。』氏這樣的把法分爲三種。可是自然法是永久法的一部，人定法是自然法的適用，萬法畢竟要歸著於永久法，法律畢竟「在」於神意。

「自然法」的思想，已經表現於希臘哲學和羅馬法學，以該觀念爲中心，形成一大法律學派，支

中世以後——法國革命前後——的法律思想·政治思想，這即所謂「自然法論」。自然法論，以「人類的自然狀態」爲觀念的中心。「自然狀態」，不「在」於神意或人意，而「在」於人類的性情，即本於人類之性情的自然狀態，也就是人類本來的姿態。今日的法治國家，乃生於人的契約，自然法論者大體都是民約論者。固然，有的謳歌自然狀態，以自然狀態，爲善爲美，只要國家狀態，能復歸適合於自然狀態，便是理想。有的懺惡自然狀態，以自然狀態，爲惡爲醜，國家狀態乃爲脫却自然狀態的羈絆而產生，應警戒勿使其復歸於自然狀態。但是，如說者所云，仍然是淵源於人類的自然狀態，而展開理想國家及理想法的自然法論。

自然法論一轉而爲「理想法主義」，這理想法主義和中世以前的理想法主義不同，其特徵在於非純哲學。純神學·純理論的主義。自然狀態論，雖然是無科學根據的空想，但是其思想的一面，是宗教改革·文藝復興以後，由於解脫中世以前的各種束縛，而依自由研究的新機運所生的產物，其他面則受當·逐漸勃興的自然科學·個人主義的影響。思想的歸趨，從自然的自體，發現自然主義，和希臘哲學的目的觀或中世神學的超自然主義不同，倒和文藝上的「自然主義」有一脈的相通。其思想的變遷，更離開了希臘哲學·中世神學的國家主義·道德主義，而置重於個人的利己心的實利主義。

自然法派的開祖，苦羅邱士 Hugo Yrotius, (1583—1645) 於其名著「平戰法論」，離開諸國的現實法，回溯於共通的自然法，求國際法的基礎，世稱爲「國際法之父」。氏求自然法的基礎於人類

的天性，自然法乃「縱以神爲不存在，而猶存在。」的普遍不易的大法，乃決定人類是否適於道理性及社交性，而可爲判斷行爲正邪的「性法」。氏極力主張人類的「社交性」；驅使「自愛而愛人」的天性，由自然狀態而發展至於國家狀態，且以形成國家狀態的唯一方法，是人類的相互契約。這是「性善說」的自然法論。

反之，主張「性惡說」的自然法論，被世人目爲「最理論而最矛盾的思想家」，便是霍布士 Thomas Hobbes (1588—1679) 依氏於一六四二年所著的「市民論」和於一六五〇年所著的「人性論」，主張：「人性惡，一人的自愛心。和其他人的自愛心衝突，人類相互的關係，非平和親愛，而係猜疑恐怖。因於自然狀態，各人平等，萬物共通，不免引起「萬人對萬人的鬥爭。」要是各人對於一切之物，均有權力，其實倒變成對於一切之物，均無權利。生人之所欲，死人之所惡，怎樣纔能適合於自愛利己的人性呢？因此人類爲使由戰爭狀態，移於治安狀態，乃以契約，把各人固有自由的全部，讓交一人或數人，由其作成國家。」比較 Yrotius 的「社交性說」和 Hobbes 的「非社交性說」，後者，於論理上較爲有力。要是人們爲社會生活，存有成立國家的固有性，那麼，國家的成立，不外自然發達的結果，就用不著成立契約，反之，要是假定人們不存有成立國家的固有性，那麼組織國家，總得用契約，所以說：Hobbes 的主張，是最合於論理。同時 Hobbes 主張，因各人讓交固有自由的全部，故國家（主權者）有絕對的權力，國民有絕對遵守國法的義務。並謂：國家應人類「自保性」

的要求，其以絕對的專制，支配人類，正合於人類自保的目的。通觀氏的主張，是由自然法出發，而到著於意思專制，謳歌君主專制制度，而以法律是主權者任意的命令。以自然法主義為前提，以人定法主義為結論，這便是 Hobbes 的矛盾。

四 「作」，相當於德語 *machen* 法律是出於「人為」，所以從來最流行的法律定義，均以「法律，乃國家之命令。」即所謂「國家命令說」。研究法律，依常識·實際的方法，分析解剖現實·具體的法規，明其組織成分。開始為此分類的研究，乃第十二世紀於意大利致力研究羅馬 *Iustinianus* 法典的「註釋學派」。其後因為自然法派的勢力，日見強盛，徒事現行法規的分析註釋，不免流於卑俗，且不無使「法學」墮落於「法術」之憾，故終第十九世紀之世，探此方法者，甚少。

到了第十九世紀，「分析法學」在英國勃興起來，可稱為英國法學始祖的 William Blackstone, (1723—1780) 仍然不免受自然法的影響。其大著「英法釋義」，於一七六五年刊行，在其序論中，「法律則」和「道德則」混合一談。其後為其刊行同書第十二版至第十五版 (1793—1803) 的 Edward Christian, 却和原著者執不同的見解，「道德上的邪正，未必和法律上的邪正，常相一致。」其聽講生 Jeremy Bentham, (1748—1832) 也反對其師的主張，與其言現行法論，不如置重立法學，據云：「法律乃基於國家的實力，因處罰威嚇違反者而行的國家命令。」極力排斥慣習法·判例法，而主張「成文法典主義」，為分析法學提供了基礎的觀念。

英國的分析法學，到了 John Austin, (1790—1859) 纔確立起來。氏於一八三二年所著的「法學範圍論」，非難 Blackstone 所言「反於道德的法律無效」，指保「無政府的學說」，而主張「惡法也是法」。其所下的定義，「法律學乃現實法律之學」僅以現實法——「人定法」——為法律學的對象。一方排斥自然法論及其他哲學的、倫理學的見解，一方措立法論於法律學之外。這樣學說，於今日看來，雖然是很平凡，但是，當自然法論旺盛時代，對抗一般的獨斷的研究法，分析個個的法律現象，確立實驗的研究法，於當時不失為新說，就是在今日仍存有莫大的功績。可是此學說也有缺點，就知道法律的現在狀態——法律的靜態——而淡忘法律過去的沿革和未來的動向，其研究到底不能包容法律的全部。「法律乃國家的命令。」說是定義，未必恰稱為定義，不僅未能包括法律的概念，而且有引起「法律萬能」的錯覺之處。

今日法律的大部分，形式上倒也可以說是「國家的命令」。依照法律成立的過程，誠然，法律是出於「作」，是「作」於立法者。所最引為興趣者，法律的「自然存在」和法律的「人為」兩相反對的思想，原來是水火不相容，沒想到兩者却合成了一體，霍布士的學說，曾經以此相反的觀念，做了一次矛盾的結合。其後法國民法及其他由十八世紀末至十九世紀的法典編纂，更現實的表現了這種現象。依著當時的想法，誠然，法律是「自然存在」，但是，甚麼，是自然法呢？得以認識自然法者，只有「人的理性」，這是文藝復興以來，由於個人的自覺所生的自信。我們一度閉目沈思，所謂自然

的理法，騰然浮於腦裏，要是執筆立案，則千百條的法典，可以一氣呵成，這樣介由人的理性所表現於筆墨者，便是自然法。當時的法典確信是自然法的完全表現，從來的慣習法，一切歸於無用，未來的慣習法，更沒有發生的餘地，這樣的成就了「自然法的人定法思想」。

法律應出於「作」，更因德國民法典的立法運動，盛極一時。十九世紀初葉，德意志諸國在拿破侖的征略下，喪失了獨立，德國學者·政治家間，感及民族的興亡，力唱民族統一的必要。一八一四年拿破侖失敗，Thibaut 教授 (1772—1840) 乃發表「德國一般民法典的必要」一文，主張「民族統一，端賴法律內統一，全德國編纂共通的民法典，乃當前的急務。」法典，應排除羅馬法的外國成分，適應德國的民俗，且應立脚於正義及理性。總之，氏乃代表當時的國民自覺，而係自然法論的人定法論學者。其見解大有風靡一世之概，因此於反對的陣營裏，出了有力的反對見解。

五 「成」，相當於德語 Warden 乃對抗「作」而起的有力的反對說。柏林大學教授 Karl Frie drich von Savigny, (1779—1861) 曾發表「立法及法律學現代的要務」一文，反對 Thibaut 的意見，法律乃由於「成」，非出於「作」。Savigny 的主張：「法律好比國語，是自然發達於國民之中，並不是立法者所可創作，欲依編纂法典而統一法律，就像作辭書而統一國語，法律是國民的肢體，不是國民的衣服，欲統一德意志民族之法律，不可不先振興德意志的法律學，並統一德意志民族的律學思想。」其主張，在當時雖然被 Thibaut 的法典論所壓倒，未受採用。但是氏倒也不是否認法

典編纂，不過主張在先決問題——法律學的準備——還未完成以前，邊論法典編纂，未免為期尚早。其後經過八十年的論爭和研究，一八九六年德意志的民法典，到底成了兩人的聯合作品。氏的議論，還不是專反對 Thibaut 實在是於「作」的全盛中，為「成」而舉的「歷史法學派」的烽火。

歷史法學派的光驅，應溯自 Ingo, (1768—1844) 氏從經驗及歷史論法律學的內容，不認自然法論。到 Savigny 和 E. J. Puchta, (1798—1845) 相呼應，方奠定了歷史法學派的勢力。此學說，從研究方法觀之，是「歷史法學」，從內容觀之，是「民族精神說」。法律，是民族的「法律確信」。民族精神的發現。法律確信，本來是指確信為法律的「民族的心理健康」，而歷史法學派却把這法律確信——民族的心理健康的自體做為法律的本質。慣習·學說·判決·法文等，不過是「民族法」的發現，例如；歷史派雖然重視慣習法，但是，並不因係慣習，故為法律，乃因係法律，故為慣習。歷史法學派的特徵，「法律和民族俱生，和民族俱長，和民族俱亡。」其學說，匡正自然法學派的缺點，振興實驗的法律學，貢獻於各國國法的發達整備者甚大，所惜者，學說的自體，還不算完壁。

種種博士會這樣的指摘歷史法學派的缺憾：（法學通論第四四頁以下）

甲 著眼國民的特性，固然是可以，但有忘却於法律所存人類的共通性之遺憾。

乙 民族即國民，據以構成「一民·一國·一法」的理想，固不無一理，但未必和過去及現在的專實，兩相一致。歷史派不免受「非歷史」的非難。

丙 「法律乃法律確信」的定義，是循環論法，要是不認先有法律的觀念，就不能那樣的說。要是認先有法律的觀念，結局是自然法的一種。

丁 「法律乃國民精神的發現」的見解，不適合於實際。慣習法，或者可以做那樣的說明，成文法，就未必是那樣的。在今日的立法，探入國民所未知的新制度，絕不算稀奇。要是說不是國民精神的發現，就不是法律。那就不外是自然法論。

戊 究明了法律的發達性，固然是歷史派的大功績，但不應閣却了法律的恒久性。所謂法律應發達於無意識之中，不應創造於有意識之上，也過於偏狹，反對歷史派最有力者的 Rudolf v. Jhering 主張一切法律都是意識的目的律的產物，正和歷史派主張一切法律都是無意識的因果律的產物，犯了同一的過誤。法律，有的是國民精神的發現，有的是指導教育國民的精神。

己 歷史派議論的當然結論，最置重於慣習法。然依照現代各國的趨勢，在歷史派偷安於慣習法之間，更傾向於成文法主義。

歷史法學派的 Davigny 選擇羅馬法為歷史的研究之對象。因為德國會繼受羅馬法而成「普通法」。其後以童話成名的 Grimm 兄弟 Jacob Grimm, (1785—1863) Wilhelm Grimm, (1786—1859) 等民族學者輩出，均主張要以法律是國民精神的發現，就應該研究日耳曼的固有法。於是德國的歷史派中，便分化為二，(一) Romanisten (二) Germanisten，曾以「團體法論」聞名的

Otto v. Clarke 便是 (1) 之代表學者。當初前者回溯繼受羅馬法以前的法源，後者則著意繼受羅馬法以前的日耳曼古法，其後均改而研究繼受羅馬法後德意志的法律狀態，兩派的對立，因而緩和。到了民法典編纂大業成就以後，兩派的對立，完全消滅。然而到了納粹·德意志再力主排斥羅馬法的成分，計劃改造民法典，民族法的空氣，從新充滿了德國。直至納粹失敗時為止。

英國的 Sir Henry Maine, (1822—1888) 別自構或英國的歷史法學派，一八六一年刊行「古代法論」，於實驗上論法律沿革的原理。氏以後 Maitland (1857—1906) 等學者，均係置重於英國法學。

六 今日的歷史法學，已和向之歷史派，異其性質，變成了純粹的科學，並且從歷史的現實法學出發；而漸進於歷史的法理學，研究法律所以「成」的原理。因此發現了各國法、諸民族法的特徵，遂打開了比較法的研究徑路，這就是「比較法學」。比較法學，係以法律為地理的人種的產物，著眼於這種事實，於實驗上比較研究異其場所的數個法制。這學問基於 (一) 諸國家的對立，(二) 通商航海的隆盛，(三) 「植民政策」的發達，(四) 比較言語學的進步等原因，到了近世，益形發達。比較法學的研究，可大別為二：(一) 「比較立法學」，(二) 「人種學的法律學」，前者：比較研究開化諸國的法制，後者比較研究未開化民族的法制。

比較立法學，起於法國 Lambert, Roguin, 等學者，均致力於斯學的研究。元來做比較研究的工夫，以共同研究較有效果，因此法國於一八六九年，在巴黎設立「比較法學會」，法國司法部於一八七

六年，也設置「外國立法調查委員會」。一八九四年柏林設立的「國際比較法學經濟學協會」和一八九六年在倫敦設立的「比較立法學會」，都是仿照法國的成例。

人種的法律學，則肇始於德國，Josef Kohler, (1891-1910) 是新學的代表者。此學派的研究，雖然是還未脫却斷片的、記述的範圍，但是歸納此種實驗的研究，遲早可以到達綜合的法律本質論的境界。比較法學的學問上價值，也許是在於人種的法律學吧。可是此派學者，往往陷於誤謬，例如：或固執其制度的起源，無視其於今日社會的任務，或依據於今日文明社會所殘留的事跡及野蠻人，而立即推論原始的人類，甚至昧於思想的變遷，因刑罰的起源，生於復讐，便固執應報刑論，而排斥目的刑主義。

比較立法學和人種的法律學的研究法，到底還欠缺周到，更有分科的必要，於是併存此兩種的研究法，另產生三種的研究法：

甲 國別比較法學 法律是地理的產物，以國法為比較的單位。這本是比較立法學所用的方法，雖然效用頗多，但是只能用於開化的國家。依各國的特殊情形，就是開化的國家，也常於固有法以外，併含著繼受法。像美國那樣的聯邦制的國家，一國內有數法，所以拿國境為界限，比較法制，未必是妥當的辦法。

乙 人種別比較法學 法律是人種的產物，以一國的法律為比較的單位。這本是人種學的比較法

學所用的方法，既便於研究未開化社會的法律，對於開化國家的法律，也可以救濟國別比較法的缺陷。倒是比較有意義的研究法。

丙

系法別比較法學 一國的法律，得分爲「固有法」與「繼受法」兩部，從繼受法說：對於作爲模範的他國法，叫做「母法」，連繫其兩者的系統關係，叫做「法系」。法系別比較法，始唱於種積（陳重）博士，曾於一九〇四年向美國的「萬國學藝會議」，提出報告。世界的主要法系，可分爲七：（一）中國法系，（二）印度法系，（三）回回法系，（四）羅馬法系，（五）日耳曼法系，（六）斯拉夫法系，（七）英吉利法系。這些法系，或以法律生於「在」，或以法律出於「作」，或以法律本於「成」。那麼占世界七大法系之一的「中國法系」，究竟是怎麼樣呢？這種研究，的確是非常困難的事情，雖然有人從哲學史·文化史·政治史或法制史的立場，爲某程度的說明，但是還沒有專爲發現中國的法律思想，而著手於這樣的研究。我於本書已把外國的法律思想，介紹個大概，擬改節一述中國的法律思想，因爲是最初的嘗試，未必正確，姑且做爲我的研究的中間報告。

第四節 中國法律思想

- 一 研究先秦時代法律思想的難關
- 二 儒家的思想——敬天思想的發展·古代民族的生活·性說的展開
- 三 儒家的禮治主義——德治主義·人治主義
- 四 道家的思想——老子的人生觀·國家觀·儒道兩家思想的不同·道家思想的歸趨
- 五 法家的思想——人定法思想的淵源·制定法的史的發展·韓非子的思想·商君的實踐·法家的功過
- 六 律家的盛衰
- 七 儒家思想和歷史法學派
- 八 中國法系的法律姿態——在·作·成

一 中國法系，既是世界七大法系之一——日耳曼法系，斯拉夫法系，是否得各爲一獨立的法系，無疑問，故一說謂；世界的法系爲五——自有其獨異於其他法系的特徵。那麼，中國法系的特徵在那裏呢？研究中國固有的思想，總得溯及先秦時代。論中國之歷史，應始自黃帝軒轅氏，黃帝卽位於有熊，正西歷紀元前二六九七年，恰相當於埃及第四朝——金字塔朝，直至西歷紀元前二四六年止，前後二

四五一年間，即所謂先秦時代。秦火以後，文獻失真，就像說者所云：「推測之辭，不可爲信。設法之辭，不可爲據。傳說之辭，不可爲確。」不過先秦時代的思想，應以孔子爲中心，孔子生於周靈王二十一年冬十月庚子，卒於周敬王四十一年夏四月乙丑，（西歷紀元前五五一年—四七九年）實在說，先秦時代的思想家，都出在秦始皇即位前約三百多年間。孔子法先王，「祖述堯舜，憲章文武。」於今日雖存有記載孔子以前的史實的文獻，恐怕都受過儒家的潤色，而且在在都是史疑，這是研究先秦時代思想的第一難關，也是研究先秦時代的法律學說的第一難關。

原始時代，神權思想獨盛，商族的神，叫做「有娥」，周族的神，叫做「姜嫄」，楚神叫「祝融」，秦神叫「伯益」，（陶希聖「中國政治思想史」第一冊第二頁）其共同的神，叫做「上帝」。但是中國法律，受宗教的影響，並不怎樣濃厚，「天」·「上帝」，在最初雖然看做有意識的人格神，可是以後就像易經：「乃見天則。」「天所助者，順也。」書經：「天道福善禍淫。」「天討有罪，五刑五用哉。」逐漸轉變爲「天則」·「天助」·「天道」·「天討」的自然法則。中國法律所受的影響，並不是宗教，而是儒家思想，自漢以後，君主爲治之道，無不取法於儒，中國法制，是由儒家一手化成，這就是中國法律的特徵。儒家的中心思想在「經」，「經」示人類行爲的標準，並示法律制度的繩墨，所以論中國的法律思想，不可不研究儒家的「經」。但是儒家是以「人生哲學」·「政治哲學」爲本務，不是宗教家，也不是法律家，敬鬼神而不信仰鬼神，認法律而不輕言法律，道德和宗教分離，開世界分化的先河；道德和法律合流，後世界思想的變遷，要是打算由道德中抽出法律，不

是過於牽強，就是失於杜撰，依今日之思想，對證古代的學說，到底難得正確，所以一切的結論，都不能脫却假定的。相對的範圍，這是研究先秦時代法律學說的第二難關。

儒家思想，包羅萬象，世的言治者，不出於儒，而終歸於儒，因此在中國只有倫理學者，而沒有純粹的法律學者，所以胡適著「中國哲學史大綱」，以「所謂法家」稱之。但是中國雖然沒有純粹的法律學者，倒也不是沒有論法律的人，「法學之盛，限於戰國；律家之著，僅在漢魏。」已為學者的定論。（陳顧遠「中國法制史」第四一頁）所成爲問題的地方，漢魏之制，雖有所據，戰國思想，終難定，儒家論法而不言法，從事法學者，又未必就是法家，要在那許多文獻中，抽出可稱爲法律思想的資料，見仁見智，自是不同，這是研究先秦時代法律思想的第三難關。

秦火一錯鑄成，今代學者之努力，終難於餘燼中，鑿成古代所有的文化，學者以爲是者，或於古爲非；學者以爲非者，或於古爲是。史疑依然史疑，不是史疑者，或猶不免爲史疑。我們無克服此三重難關的自信，却不可無克服此三重難關的勇氣。現在姑且依筆者所豫定的步驟，爲初步的研究，大體仍依照西洋法律學說發展的途徑，整理中國古代的文獻，看一看中國古代有怎樣的法律學說，有沒有相當於西洋的法律學說。這研究法的大前提，或者不免就是錯誤，所以到底是一個嘗試。

二 法律在於自然，原是最初產生的法律思想。敬天，是上古民族共通的思想感情，史記：「太史公曰：『自初民以來，世主曷嘗不曆日月星辰，及至五家三代，紹而明之。』……」（《天官書》）可知

自然現象和人事的密切關係。中國上古民族，正和西洋的原始民族相同，慣伏於自然的威力，感謝自然的恩惠，因敬天而生敬神的思想，且確信天時·人事，無不受自然法則的支配。但是，中國上古民族的敬天思想，並不向宗教方發展，而逕向政治方面，爲君主做成統治萬民的根據。孔子言「天」，僅謂：「天何言哉，四時行焉，百物生焉，天何言哉！」（論語·陽貨篇）絕沒有像西洋創世記中所記述的創造說的色彩。孟子：「天降下民，作之君，作之師，惟曰其助上帝，寵之四方，有罪無罪，惟我在，天下曷敢有越厥志。」（梁惠王下篇）也絕不包含宗教的成分。「惟王受命，無疆惟休。」只要天子「永言配命，自求多福。」便可「受天永命」。《召誥，洛誥》用「天命」二字，代替了「神授說」的玄虛的說明。原始的敬天思想，依著「天與」·「天授」·「天憲」·「天機」等簡潔說法，便直接給天子做成「統治於天」，統治萬民的論據。存在於宇宙間的自然法則，依「天命」二字，轉化爲天子治民的政治法則，因此天子爲治，不言法，而自有致治之道，不言神授，而一憑自己所意識的天命是則。所以在中國絕沒有「神授法」的傳說，很容易的從政治的天命思想，發展而至先秦諸子的政治哲學，這是和西洋原始文化的發展，迥然不同的地方。

那麼，中國古代有沒有相當於西洋的自然法論的思想呢？中國學者，也曾說過：「或謂，中國法制，近於自然法或正義法，自非無的之言。」（陳願遠「中國法制史」第六三頁）成周以前，是否存有如儒家所記述的堯舜之世，或不無疑問，儒家盛言堯舜三代帝王的治績，也或許是託古的政治理想，

但是儒家的法先王，至少非儒家以前存有適於儒家展開政治理想的根源，假定孔子所說的「大哉堯之爲君也。巍巍乎，唯天爲大，唯堯則之。蕩蕩乎，民無能名焉。巍巍乎，其有功也。煥乎其有文章。○」未必果有其事，然而想像古代民族的生活環境，總可以過着「日出而作，日入而息，鑿井而飲，耕田而食，帝力於我何有哉！」的樸素生活，在這裏便包含有規律人類生活的法則，那法則便是原始社會的自然法則。孔子把握上古人類的生活方式，值周室王綱不振之際，意識自然法則的行爲規範化的必要，因「時」展開了政治的天命思想，道德的天命思想，而到達於政治哲學和人生哲學。

易經：「一陰一陽之謂道，繼之者善也，成之者性也。○」「成性存存，道義之門。○」（繫辭上傳）
「窮理盡性，以至於命。○」（說卦傳）這裏所謂的「道」便是自然法則規範化的總稱，繼「道」者善，成「道」者性，由「成性存存」，而體驗存在於宇宙間的大道，最後由「窮理盡性」復歸於「命」，所以子思說：「天命之謂性」○鄭玄註：「天命謂天所命生人也，是謂性命。○」於是存在於宇宙間的大道，從人所稟受於天之「性」，而看出他的「自然的存在」，其思想的展開，遠在 *Tusco Grovius* (1533-1545) 的性善說的自然法論以前。

儒家言「王道」，王道重視德化與禮教，以誠爲體，以仁爲用，從修身，齊家，而發展到於治國，平天下。王道的中心思想是「禮」，這本是始於殷的祭祖的儀式。降至周代，禮一變而爲貴族內容的規範，成爲和兵。相對立的封建制度。到了春秋，禮治動搖，孔子遂以「克己復禮，天下歸仁」爲念

，（論語·顏淵問仁）且認爲不平之平，乃爲眞平，各守其分，世乃治平，故有「正名」·「齊禮」之說。上古的自然法則，到了孔子，始有「禮」之名，「仁」之稱，上古的自然法則，他就跟著走上自然法則的「規範法則化」的途徑。

孔子言「仁」，孟子言「義」，荀子言「禮」，孔子更因禮而言「節」，論語：「不以禮節之，亦不可行。」易經：「節以制度」。荀子亦因禮而言「分」，荀子禮論：「……先生惡其亂也，故制禮義以分之，以養人之欲，給人之求。」那麼，道德到底是內在於人性之中？還是生於聖人之僞呢？從來由於這見解的相違，發生「性善」和「性惡」對立的學說。儒家言道德，無不宗孔子，其實孔子何嘗有所明示，孔子言性，且論語的全篇，所見不多，誠如子貢所云：「夫子之言性與天道，不可得而聞也已矣。」直接身受薰陶之孔門弟子，也未嘗論定孔子的性說的歸趨。孟子·荀子都以儒家的正統曰居，而所見則相反。如果道德是內在於人性之中，則所謂仁義便是自然的出於天命的人事法則，反之，道德是生於聖人之僞，則所謂禮義便是人定的合於天命的行爲規範。前者：以人性爲善，發天命之秘，依自然法則的本體，述「仁義」以示天命，做爲人間的行爲規範。後者：以人性爲惡，順天命之旨，依人定法則的作用，制「禮義」以合天命，做爲人間的行爲規範。孟子據前者，展開性善說，其出發點，不失爲自然法論。荀子據後者展開性惡說，其出發點，却近於人定法論。若以 Hugo·Grotius 比孟子，則不妨以 Thomas·Hobbes 比荀子，可是荀子思想的構成，却不像 Hobbes 那樣的矛

盾。

荀子的思想，雖然見黜於後世，但是孟子的性說，也未必是孔子的真傳。「道可道非常道，名可名非常名，無名天地之始，有名萬物之母。」（老子道德經上篇一章）這固然是道家之言，却是真理。仁義之實，先聖人而「在」，這是儒家所以「法先王」的根據吧！仁義之名，後天命而「作」，這是儒家所以重修養的佐證吧。倘以仁義，發天命之秘，則於其始，原無所謂仁義。倘以禮義，順天命之旨，則於其後，乃有所謂禮義。荀子說：「凡禮義者，是生於聖人之偽，非故生於人之性也。」未見得不是確論。

混沌初開，人類生於自然習於自然，與自然化，「無所謂『善』，亦無所謂『惡』，而且因不知所謂善，乃不知所謂惡。其後人文進步，人事日趨複雜，結繩爲治，已不能期待於去古漸遠的人們，於是人們因失却自然生活，逐漸變更了本然之性。聖人爲期待人們的「復性復初」，乃發無名之「實」，舉有形之「禮」，以仁義而復人性，復人性而證天命。是有仁義之名，乃有仁義之稱，仁義由聖人「作」，而非「在」於天命。太史公說：「緣人情而制禮，依人性而作儀，惟其近情性，故能通王道也。」（史記禮書·太史公自序）確是明見。孔子曾明言：「述而不作，信而好古。」孔子思想的根源，誠不無自然法論的傾向。論到孔子追求天命，朝宗於自然法則，縱有似於：然法論，但是想起孔子置重修養，確立了道德規範，倒有類於人定法論。孔子的偉大，何嘗僅在「述」的一面呢！孟子

「道性善，言必稱堯舜。」固然是和孔子採取同一的態度，但是孟子的言「義」，也何嘗不是孟子的創作呢！儒家的思想，除荀子自成一派，爲異日的法家，打開一條入定法論的途徑外，孟子和繼承孟子思想的先儒，也不是純粹的自然法論。原來儒家思想。重「禮治」，輕「法治」，其學說無不立脚於政治哲學或人生哲學，若是打算從其中抽出法律思想，本來就是無理的事情。不過儒家思想，已成爲中國法系的指導原理，總應儘可能抽出有關於法律思想的根源。以今論古，固然難期正確，但是於儒家思想中，要不無自然法論的成分。所應該注意的地方，就是我們絕不能以此遽爾論斷儒家思想便是自然法思想。

三 道家主張王道，重視德化和禮教，「以誠爲體」，「以仁爲用」，由修身齊家的過程中，做到治國平天下，以此不獨重「法治」。王道之本，在於禮，王道又不外乎人情，凡法之所禁，均係禮所不容，禮之所許，亦必爲法所不禁，故輕法治而重禮治，儒家所謂「禮者禁於將然之前，而法者禁於已然之後。」（禮記體察篇·經解篇）「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）「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎。」（論語及大學）「聖人之設防也，貴其不犯也，制五刑而不用，所以爲至治。」（孔子家語）其他如易經：「訟則凶。」尚書：「刑期於無刑。」孟子：「徒法不能以自行。」都是重禮的證據。禮運：「禮義以爲紀：示民有常。」「治國不以禮者，猶無耜而耕也。中庸：「爲政以禮，禮者政之本歟！」「爲國以禮。」孝經：「安上治民，莫

善於禮。」荀子：「禮者政之範也，爲政不以禮，政不行矣；治民不以禮，勸斯滔矣。」說到禮字，何等的鄭重。儒家既重禮經法，所謂法律，不過是禮教的補助。漢書雖云「漢家自有制度，本以霸王道雜之，奈何純任德教，用周政乎！」其實西漢官制，多取材於今文經說，王莽變法，更尊尙周禮，唐代法制，集歷代的大成，其內容則一本於禮。例如：太祀散齋，不宿正寢者，一宿笞五十，子孫別籍，居父母喪生子及同姓爲婚，皆有處罰。宋治唐制，明準唐律，以迄於清。學者謂：「儒家之禮治，至秦以後，而始大行。」（陳顧遠「中國法制史」第五八頁）禮正其始，刑防其終，是儒家傳統的經綸，「律既有化於禮，禮亦不啻爲法，即置經義折獄不論，凡其所持以爲禮者，固一無文字之信條而視爲法律之源。」（梁啓超「先秦政治思想史」第一三六頁至第一三七頁）可謂已道破中國法系的禮治主義的精神。那麼，禮的具体內容，又是怎樣呢？曲禮中說得很詳細：「夫禮者所以定親疏，決嫌疑，別同異，明是非也。道德仁義，非禮不成，教訓正俗，非禮不備，分爭辯訟，非禮不決，君臣上下，父子兄弟，非禮不定，官學事師，非禮不親，班朝治軍，節官行法，非禮威嚴不行。」禮治主義，是儒家的政治理念。人生規範，是規律修身。齊家·治國·平天下的基本法則，更以此爲根據，發生如次的兩主義：

甲 德治主義 「德也者，行道而有得於心也。」（論語朱註）所謂「行道」，不外依禮而行的意思，所以論語：「……君子之德風，小人之德草，草上之風必偃。」認君子之德和小人之德的

區別。孟子：「天下有道，小德役大德。」認小德和大德的區分。儒家所唱的德治，屢見於古文獻之中，論語：「爲政以德，譬如北辰，居其所而衆星拱之。」孟子：「以德行仁者王，以以德服人者，中心悅而誠服也。」大學：「德者本也，財者末也。」尚書「克明俊德，以親九族，九族既睦，平章百姓，百姓昭明，協和萬邦，黎民於變時雍。」自漢以後，政治原則，莫貴於禮。歷代皆敕群臣，兼用情法，例如：「唐憲宗元和六年，富平梁悅爲父讐殺人，自首請罪，憲宗敕群臣定議，配流循州。」甚至違法縱囚。例如：漢馬援送囚，哀之縱之。晉曹據開獄出囚。唐太宗縱囚。（駭餘叢考）總之，不外化民以德，正如說者所云：「布德和令，行慶施惠。」儘量求其所以生之道，故治刑時探測隱主義。但是歷代法律。德皆重於法，法有可宥而德無可恕，渾分罪爲公罪和私罪，私德乃公德之原，因此私罪重於公罪，和姦於今日爲無罪，而於清律還是法所不許。

乙

人治主義 中庸：「其入存，則其政舉，其人亡，則其政息。」乃儒家的共通之主張，荀子「法後王」，也主張「人治」。法不能獨存，得人則存，失人則亡，所以說：「有治人無治法」。固然儒家所說的人治，並不是專責於在位之賢哲，乃合政治・道德・教育三者而爲一體的觀念。（梁啓超「先秦政治思想史」第一三九頁）但是帝王卿相，則皆以人治自負，一切只要合於禮，依於仁，據於德，就是沒有法律可循，也毫無妨碍。假定法有明文，也不無伸縮的餘地。

，例如：梁書，去躬傳：「躬，登聞鼓，乞代父命，武帝因嘉其孝，特原其罪。」其他如汲黯的矯制發粟，（史記·汲黯傳）唐太宗的縱囚，（通鑑·唐紀）論情則叶於理，論法則反於律。○人治的橋端，依正常的發展，自然的到達於「賢人政治」，因反常的濫用，就不免流入「獨裁政治」。

儒家的禮治主義，乃依「德」行保育政策，依「人」行賢人政治。政以爲民，民爲邦本，所以爲政，在於以服人。○人存政舉，人亡政息，所以立國，在於股肱得人，西洋從警察國而發展至於治法國，東洋卻從禮治國而逆轉於法治國，今日言文化國理念者，究竟和儒家的禮治主義有甚麼不同呢？儒家因言禮治，自不能不言人治，誠然，歷史告訴我們，人治有許多弊害，這是無可否認的事實，但是，儒家是以「賢者在位」，爲行人治的前提。○不幸政不得人，甚至弁髦法令，這何曾是人治自體的過誤呢？今日言法治者，果然不需要「治嗎？我想：以法治代人治，到底還需要人治，以法治佐人治，或可救濟人治的缺憾。○儒家的禮治主義，在今日雖已失却抑制法律的權威，雖已失掉全面適用的地盤，然而至少也可與「治平分春色」，我以此理解今日所謂的文化國理念。

四 法律「在」於自然，於先秦諸子的思想中，當以老子的思想最爲近似。然老子不是法律家，老子的自然思想，更高出於西洋學者的自然法論以上，從老子的思想中檢討法律思想，不僅是無理而且是不可能的。那麼，史記爲甚麼論韓非子的思想，說是「勝本於黃老」呢？韓非子中有「解老」，「

「老子」二篇，固然可以證明韓非子怎樣的陶醉於老子的思想，但是，要是說歸納韓非子的思想，可以到達於老子的思想則可，要是說演繹老子的思想，一定到達韓非子的刑名法術的思想則不可，所以在這裏只能從老子的自由思想中理解老子所謂之「道」，介由老子的「人生觀」・「國家觀」，而為某程度的演繹。不過世之論者，還有更有甚於史記之所見，就像說者所云：「黃老之無為，與申韓之刑名，若相反者，然使黃老家為政，則不能不出於刑名，其理自有在也，精於讀書者能知之。」（大明堂版「韓非子定本」第一〇六頁）細想起來，也不失為一得之見，打算借敘述老子思想的機會，並考慮說者之所見。

老子的思想和孔子的思想，正相對立，孔子的思想，以道德為中心，老子的思想，則以自然為本位。可是老子所謂的「自然」，是指大有的本然，而不是說自然界 Nature 的自然。老子的著作為「道德經」，共八十一章，這也未必是純出老子之手。前漢以後，合全文八十一章，統叫做「道德經」，唐以後，分做前後二篇，前篇叫做「道經」，後篇叫做「德經」。但是老子所謂的道德，却和儒家所謂的道德不同，其所謂「道」，乃指宇宙的本體，即於大有的本然中所具的「虛」・「無」及「自然」，其所謂「德」，乃指行無為自然之道而有得於心者。依老子的說法，所謂修德，不外是體得無為自然・虛靜無欲的大道。那麼老子所謂的道，顯然和儒家所謂的仁義禮智不同，直可以說是道「在」自然，所以我說老子的思想，最近於自然法論。

「良賈深藏若虛，君子盛德而容貌若愚。」這兩句話是最可表現老子思想的內容。老子的思想，是本於宇宙的本體論，非常的幽玄而且極其哲學，其人生觀更和其本體論，具有直接的結合。西洋學者羨於老子的幽幻的哲學思想，非常尊敬老子。（高田真治「中國思想之研究」第四七四頁以下）

老子所謂的「道」乃宇宙的本體。天地的大道。老子思想的本體，就像道德經第一章所示「道可道，非常道。名可名，非常名。無名，天地之始。有名，萬物之母。故常無欲以觀其妙，常有欲以觀其微。此兩者同出而異名，同謂之玄，玄之又玄，衆妙之門。」由絕對論的立場，把握宇宙的本體，天地的大道，永久不變，所以說：「無名天地之始」，宇宙的本體中，原不存任何的欲望，所以人們也應該無欲而體得其不可思議的妙用。那麼何以有道之名呢？老子說：「有物混成，先天地生。寂兮寥兮，獨立而不改，周行而不殆，可以爲天下母。吾不知其名，字之曰道，強爲之名曰大。大曰逝，逝曰遠，遠曰反。」（第二十五章）道先天地而「在」，無以名之，姑名之曰道。由「大」而言「逝」，由逝而言「遠」，可知道有無限的作用。由「遠」而更言「反」，可知道有「環不滅的偉力」。那麼道的本體又是怎樣呢？老子說：「谷神不死，是謂玄牝。玄牝之門，是謂天地之根。綿綿若存，用之不勤。」（第六章）牝是雌性，生成萬物，非由於男性，乃出於女性，女性柔弱，正如道的本體，所以說：「玄牝之門，是謂天地之根」，其本體更蘊藏著無限的力量，「綿綿若存，用之不勤。」這一如自然的本相，悠悠的發揮其偉力，實在是不好捉摸，莫測高深。所以老子更進而說明：「道之

爲物，惟恍惟惚。惚兮恍兮，其中有象，恍兮惚兮，其中有物。窈兮冥兮，其中有精。」（第二十一章）道的存在，不是依靠我們的視感，聽覺，觸覺，所可窺知，生成萬物，而不以生成萬物自居。老子說：「視之不見，名曰夷。聽之不聞，名曰希。搏之不得，名曰微。此三者不可致詰，故混而爲一。」（第十四章）「大道汎兮，其可左右。萬物恃之以生而不辭，功成而不名有，衣被萬物而不爲主。」（第三十四章）宇宙的本體，實在是無法形容，也不是靠著人們的經驗，所能知道，結局只能說是「無」。故謂「天下之物，生於有，有生於無。」（第四十章）宇宙的本體，既然是「無」，所以一切都應任其自然，因此老子的結論：「道常無爲，而無不爲。」（第三十七章）

那麼老子的「人生觀」是怎樣呢？宇宙的本體爲「道」，「道」的本體，是「無爲」，「無爲」返於「自然」。人應自然之生而生，因自然之在而在，所以只有無爲，可歸一於道，亦只有無爲，可保持自然。「天下皆知美之爲美，斯惡已。皆知善之爲善，斯不善已。故有無相生，難易相成，長短相形，高下相傾，音聲相和，前後相隨。是以聖人處無爲之事，行不言之教，萬物作然而不辭，生而不有，爲而不恃，功成而不居，夫唯不居，是以不去。」（第二章）善惡，有無，難易，長短，高下，都不過相對的差別，因此差別，倒發生虛偽欺詐的事情，所以老子爲抱樸存真計，否認學問的必然性和儒家所主張的道德的存在性，老子說：「絕學無憂，唯之與阿，相去幾何，善之與惡，相去何若。」（第二十章）「爲學日益，爲道日損，損之又損，以至於無爲，無爲而無不爲。」（第四十八章）

「絕聖棄智，民利百倍。絕仁棄義，民復孝慈。絕巧棄利，盜賊無有。此三者以為文不足，故令有所屬，見素抱樸，少私寡欲。」（第十九章）「大道廢有仁義，智慧出有大偽。」（第十八章）這些非道德的主張，原是出於老子的本體論。老子所反對者，是儒家所主張的人為的道德，由老子看來，這些道德已內在於「無為」「自然」之中，只要抱樸返真，便可歸一於宇宙的大道。這樣說來，老子的主張，有似於自然法論，否，老子的主張，是超自然法論的自然論。歸納老子的人生觀，應歸著於（一）無為自然，（二）虛靜柔弱，（三）抱樸知足。

那麼老子的「國家觀」又是怎樣呢？依著如次所摘錄的老子主張，便可窺知，說者謂老子所主張者，純係愚民政策，不為無因。「不尚賢，使民不爭。不貴難得之貨，使民不為盜。不見可欲，使民心不亂。是以聖人之治，虛其心，實其腹，弱其志，強其骨，常使民無知無欲，使夫知者不敢為也。為無為，則無不治。」（第三章）「古之善為道者，非以明民，將以愚之。民之難治，以其智多。以智治國，國之賊，不以智治國，國之禍。知此兩者，亦稽式，能知稽式，是謂玄德。玄德深矣，遠矣，與物及矣，而後乃至於大順。」（第六十五章）然則老子的理想國家是怎樣呢？老子說：

「少國寡民，使有什伯之器而不用，使民重死而不遠徙。雖有舟輿，無所乘之。雖有甲兵，無所陳之。使民復結繩而用之。甘其食，美其服，安其居，樂其俗，鄰國相望，雞犬之聲相聞，民至老死，不相往來。」（第八十章）

孔子的思想，剛健中正，老子的思想，虛靜無爲。孔子之道，如旭日經天，老子之道，如浩魄當空。孔子把握自然的動態，執自然和人爲的兩端，恰到好處，不失爲中庸。老子把握自然的靜態，舍人爲而反自然，縱見高超，却與實際相遠。要是和西洋的法律思想比較，孔子的主張，是「自然法論的人定法化」，以自然法爲經，以人定法爲緯，禮制其始，刑防其終，兩者互相爲用，不失爲經國治民的善政，所以儒家思想始終不失爲中國法系的指導原理。老子的主張，是「超自然法論的自然論」，廢人爲的規矩準繩，返自然的本然姿態，民從之則治，民不從之則亂，無制亂之具，到底非治國安民的善策，所以道家思想直接不能爲中國法系的基礎理論。但是清心寡欲，抱樸存真，老子的思想，自有其價值。孔子的思想，傳於孟子而迄於宋儒。老子的學風，經關尹子·列子而及於莊子。儒·道兩家到底不失爲中國思想的兩大源流。

老子的年代，到今日還是史疑，總之老子思想的背景，一定是險惡的世態，而且意識道德的無力，所以創造特有的世界觀，打算從其中發現人類的理想生活。可是道德猶不能爲力的世態，怎樣的使人們抱樸返真呢？假使人們不能從老子的理想，又有甚麼方法呢？儒家以禮治爲本，併用法治，在理論上當然可能，若從道家的思想，而更採用刑名，在理論上不免矛盾，所以我說：「要是說演繹老子的思想，一定到達於韓非子的刑名法術的思想則不可。」但是，道家思想，本是對於儒家思想的一種反動，以無爲制天下之至動，返人性於自然之至靜，而發展至於磅礴的自然主義。反之，法家思想，也

是對於儒家思想的一種反動，以權力制天下之至亂，抑人性於人爲之至治，而發露至於極端的法治主義。兩者同係否認道德的規範性，前者：懼人爲之無功，不如歸一自然之爲愈，後者：疑人力之未逮，更有厲行法治之必要。道家以禮治爲非，法家亦不以禮治爲是，這是韓非子所以歸宗於黃老的原因吧！道家有言治之道，而無制治之具，論者謂：「……黃老家爲政，則不能不出於刑名……」許是以此爲出然點，而看出兩者妥協的可能性吧！

五 法律「作」於人爲，亦散見於先秦諸子的思想之中。誠如學者所云：「中國之律學，似以所謂法家者疏，承其正統，實則概言之耳，法家之能否獨立，姑置不論，而從事律學者不必限於法家，則爲定讞。」（陳顯遠「中國法制史」第四一頁）然而先秦諸子中之言法者，縱未必自成一系，要皆主張「人定法論」，故爲敘述的便宜計，姑稱之曰「法家」。惟謂法律「作於人爲」，已見於法家的主張則可，如謂法律「作」於人爲，純出於法家的主張則不可。荀子乃儒家而非法家，荀子所言的禮義，却和孟子所言的仁義，異其淵源。孟子說：「仁義禮智，非由外鑠我也，我固有之也，」荀子則說：「聖人積思慮，習僞故，以生禮義而起法度，然則禮義法度者，是生於聖人之僞，非故生於人之性也。」演繹荀子的思想，亦不失爲人定法論。

周以前是否有制定法，到底是史疑！三墳·五典·李法·政典，是否果有其書！「皋陶造律。」（尙書舜典·呂氏春秋·漢書張敏傳·史遊急就篇·文子·沈家本律令考）「夏后氏不殺不刑，死罪罰

三千饌。」（史記平準書注引尚書大傳）「夏刑三千條。」（唐律疏義引尚書大傳）「夏刑大辟二百，膺辟三百，宮辟五百，劓墨各千。」（周禮司刑注）「夏后肉辟三千。」（揚子法言）等，是否果有其事！孔子已經感到夏殷文獻的不足，（論語八佾）太史公也以爲「自殷以前不可得而譜。」（史記三代世表）傳信傳疑，只好留待異日的證明。

漢魏法制，多宗「呂刑」。漢陳寵請「律令條法之益於呂刑者，悉蠲除之。」魏程咸謂：「司寇作典，建三等之制，甫侯修刑，通輕重之法，叔世多變，秦立重辟，漢又修之。」呂刑，一作「甫刑」，周穆王五十一年，命呂侯——後封爲甫侯——爲司寇作呂刑，時在西歷紀元前九五一年，乃一有關於制定法的重要文獻。春秋以前，學在王官。史記秦始皇本紀：「著欲有學法令，以吏爲師。」韓非子：「無書簡之文，以法爲教，無先王之語，以吏爲師。」其時縱無成文法，當不乏裁判先例。到了春秋，鄭鑄「刑書」，晉鑄「刑鼎」，魏李悝集諸國刑典，而造「法經」。晉書刑法志：「悝撰次諸國法，著法經。」唐律疏義：「魏文侯師於李悝，集諸國刑典，造法經六篇。」這不過是個人的刑法私案。其後「商鞅傳法經，改法爲法律以相秦。」（唐六典注）「相國蕭何，據摺秦法，取其宜於時者，作律九章。」（漢志）魏命陳群等增改九章而爲魏律十八篇，（晉志。魏新律序略）晉命賈充等就漢九章增定晉律二十篇。（唐六典注）自是代有律令。至唐上集歷代的大成，下示宋元明清諸朝的模範，制定法之於中國，已具有悠久的歷史。

西洋法律思想，自脫却宗教的羈絆後，爲法律而言法律，論年代其發端雖較中國爲晚，其進步却較中國爲速。反之，中國法律思想，始終受制於禮家的禮治主義，不能專爲法律而言法律，論年代其發端雖較西洋爲早，其進步却較西洋爲遲。先秦諸子中，固不無論法之人，要皆偏重形式，以「法而不議」爲重要的信條，不僅無關於法理學的建樹，且未做到法的目的論的研究，說者謂：「法學之盛限於戰國。」其實當時的論者，還未脫初步研究的範圍。雖然，在儒家思想全盛時代，竟有主張法治的見解，正像 John Austin 在自然法思想全盛中，主張「分析法學」相同。於當時不失爲難能之事。○所可惜者，因商鞅言法，受車裂之刑，李斯言法，服三族之誅，世人引而爲戒，秦亡以後，不再有人純粹的法家。漢魏之世，以註釋爲本的律家，雖盛極一時，東晉以後，即律家亦日見式微。

先秦諸子之論法者，皆不出於人定法之範圍。管子：「憲既布，有不行憲者，謂之不從令，罪死不赦。」（管子立政篇）「上下貴賤，相畏以法。」（管子任法篇及八經篇）「爲人君者：棄法而好行私，謂之亂。」（管子君臣篇）其主張的法有强制性、平等性及客觀性，不失爲純粹的法家。管子卒於周襄王七年，正西歷紀元前六四五年，其思想影響於後的言法者，當非淺鮮。其後言法家者，當推韓非，韓非是荀子的門人，又是法家的大師，今日所傳的「韓非子」，計二十卷、共五十五篇。（參照大明堂版「韓非子定本」）清李喬撰「韓非傳」載：

「韓非者，韓之諸公子也。喜刑名法術之學，而其歸本於黃老。非爲人口吃，不能道說，而著書

嘗。與李斯俱事荀卿，斯自以爲不如非。非見韓之削弱，數以書諫韓王，韓王不能用。於是韓非疾治國不務修明其法制，執勢以御其臣下。富國彊兵，而以求人任賢，反壞淨淫之蠹，而加之於功實之上。以爲儒者用文亂法，而俠者以武犯禁，寬則寵名譽之人，急則用介冑之士。今者所養非所用，所用非所養。悲廉直不容於邪枉之臣，觀往者得失之變。故作孤憤·五蠹·內外儲·說林，說難十餘萬言。人或傳其書至秦，秦王見孤憤·五蠹之書曰：「嗟乎！寡人得見此人與之遊，死不恨矣。」李斯曰：「此韓非之所著書也。」秦因急攻韓，韓始不用非，及急迺遣非使秦，秦王悅之，未信用。（史記本傳）……非常欲存韓，上書秦王曰：「韓事秦三十餘年」云云（存韓篇）……于是李斯姚賈害之，毀之曰：「韓非，韓之諸公子也，今王欲并諸侯，非終爲韓不爲秦，此人之情也，今王不用，久留而歸之，此自遺患也，不如以過法誅之。」秦王以爲然，下吏治非。李斯使人遺非藥，使自殺，韓非欲自陳不得見。秦王後悔之，使人赦之，非已死矣。（史記本傳）

韓非的思想，乃純粹的法治論，有度篇：「國無常強無常弱，奉法者強則國強，奉法者弱則國弱。」「順上之爲，從主之法，虛心以待令而無是非也。」「一民之軌莫如法，厲官威民，退淫殆，止詐僞，莫如刑。」「法者，編著之圖籍，設之於官府，而布之於百姓。」一難篇及問辯篇：「言無二貴，法不兩適，故言行而不軌於法者，必禁。」「賞罰使天下必行之，令曰中程者賞，勿中程者誅，令朝至暮變，暮至朝變，十日而海內畢者，奚待滄年。」五蠹篇：「故治民無常，惟治法，法與時

轉則治，治與世宜則有功，「釋法術而心治，堯不能正一國，去規矩而妄意度，奚仲不能成一輪。」在這裏簡直是包含了「法律萬能」的思想，齊民以法，威民以刑，廢心治而言法治，確信「惟治爲法」，因而構成了「爲治惟法」的極端思想。這正是法家所以異於儒家的特徵，也就是儒家所以反對法家的理由。然而看破世態的險詐，坦白的揭露了人類的弱點，是韓非的率真，也是韓非的大膽處，史記論韓非的思想：「韓子引繩墨，切事情，明是非，其極慘澹少恩。」其實韓非思想的淵源，不無受「荀子」性惡說的影響，韓非思想的背景，則純受戰國險惡世態的刺激。五蠹，是韓非有數的大文章，其中也曾論到時代的變遷，「上古競於道德，中世逐於智謀，當今事於氣力。」八說篇中亦云：「古人亟於德，中世逐於智，當今事於力。」可知韓非思想，原不失爲對處當時的客觀情勢的現實論。總之，洞察世態的表裏，理解人情的機微，是韓非的獨到處。「蜀漢先生昭烈，勅後主讀申韓之書，諸葛孔明書而進之。」是摘取韓非的長處。否認道德的價值，蔑視人情的醇厚，是韓非的刻薄處。「神宗爲穎王出新錄韓非子，昇宮僚鑒定，孫永曰：非險薄刻核，其書六方經之旨頗無留意，王曰：廣藏書之蓄耳，非所好也。」（宋史孫永傳）是摘發韓非的短處。還是王道煇談得含蓄，「馬遷傳韓非，附於老子，謂本原道德之意，孔明以非之書進後主，而自擬於管樂，其寄託不亦遽乎！」（韓非子序）

韓非喜刑名法術之學。刑名法術却不自韓非始。韓非思想，不見用於韓，復不見用於秦，「作說難

之書，而卒死乎說難。」（楊子法言）到底沒得到實踐的機會。在韓非以前，王綱不振，造成一王「霸」思想對立的天下，「心治」果不足爲治嗎？否！「法治」的功利思想，已獲得其程度的成功，在思想的極度紛亂裏，儒家的思想，不見其「正」，反見其「迂」。因此左昭六年鄭造刑書，左昭二十九年晉鑄刑鼎。——說者謂係中國最早的公布法。（陶希聖「中國政治思想史第二三六頁以下」）——魏李悝更著手立法的整理，據唐律疏議載：「賊、盜、刑重，戰國異制。」這當係李悝所以造「法經」的原因吧！晉書刑法志載：「悝撰次諸國法，著法經，以爲王者之政，莫急於盜賊，故其律始於盜賊，頒劾捕，故著「網」——即「囚」——二篇，其輕狡越城博戲，假借不廉，侈淫論制，以昏雜律一篇，又以其律具其加減——即「具」是故所著六篇而已。」（參照唐律疏議·唐六典·通志）此外鄭的鄧析也有竹刑的私造。大勢所趨，已到達法治代興的氣運，可知韓非以前，刑名法術之學，已盛行於世，在中國法系中，經由法家之手，充分表現「法律」作「於人爲的思想」比較西洋「分析法學」的運動，更見活潑，然則韓非的思想，也不過是集當時思想的大成而已。

秦代變法，給法家思想做成實踐的機會，商鞅承李悝之學以相秦，「疆國不法其故，利民不循其體。」徙木示信，棄灰被刑。」李斯秉政，更變本加厲，成就了秦統一天下的大業。秦代結束封建制度，承認土地私有制度。財產私有，不靠法律無以維持秩序，李悝法經首定「盜法」，不外此意。帝王獨裁，不靠法律無以顯示尊嚴，秦始皇託法治於五德之運，亦屬當然。

法家舍「心治」，而尚「法治」，無非醉心於「法律萬能」的思想，因此其主張無不出於極端的人定法論。商君：「有敢剷定法令，損益一字以上，罪死不赦。」（定分篇）「刑無等級，自卿相將軍以至大夫庶人，有不從王命，犯國禁，亂上制者，罪死不赦。」（賞刑篇）史記商君傳載：「治世不一道，便國不法古，故湯武不循古而王，夏殷不易禮而亡。」此外尹文子：「萬事皆歸於一，百度皆準於法，歸一者簡之至，準法者易之極。」（大道篇）慎子佚文：「法雖不善，猶愈於無法，所以一人心也。」這和主張：「惡法亦法」者，有甚麼不同呢？嚴刑峻法，足以爲治，是法家的成功，也是法家的失敗。秦因而統一，是受了法家之惠，秦二世而亡，是食了法家之賜。其實，商君所云：「民不可與慮始而可與樂成，論至德者不私於俗，成大功者不謀於衆。」這何嘗是「法治」，簡直是「君治」，不配說是「法治國家」，倒可說是「暴君政治」，這正應了老子所云：「民不畏死，奈何以死懼之。」所以自漢以後不得不代以「以王雜霸」的方式，法家思想初不待儒家的攻擊，而爲治者，基於歷史上的經驗，自然的會重返於儒家的懷抱。固然，純以儒家之道，律今日之世，乃時勢所不許，但是，至小可以理解，專憑法家之言，律今日之世，更爲時勢所不容。那麼，專謂「法律作於人爲」，也就免不了犯了理論上、事實上的過誤。

六 春秋以前，學在王官，「若欲有學法令，以吏爲師。」（韓非子有度篇·尹文子大道篇上·商君書賞刑篇·管子任法篇及八經篇）原不自秦始。戰國時代，法家思想盛極一時，法理的研究，由今

日看來，雖流於形式；未脫初步研究的範圍，然其時猶在西歷紀元前二四六年前，不能不說是法律的發達，早於歐洲。不幸商鞅言法，自身不免受車裂之刑，李斯言法，三族不免受連座之誅，韓非說難，而卒死乎說難，世人無不引以為戒，從此在中國史上，不復有戰國時代論法之盛。且自秦崇尚法治以後，極力維護人定法的權威，在「有敢剽定法令，損益一字以上，罪死不赦。」的情勢下，已閉塞了自由研究法理的途徑。商君：「諸官吏及民有問「法令之所謂也」，於主法令之吏，皆各以其「故所欲問之法令」明告之……」（心度篇）學法令者，以吏為師，知法令者，惟吏是問。吏以「行憲」為責，民以「從令」為要。於是法理的探討，一轉而為法令之解釋比附，直至清末變法，繼受西洋法律思想止，始終不脫「分析法學」之範圍，學者對於漢魏以後，專治分析法學之學者，稱為「律家」。○（陳顧遠「中國法制史」第四五頁）

西漢律家，世修其業，從秦的舊制，士之學習法令辟禁，以吏為師。蕭何原係秦吏，以律成名，曹參臯錯，亦拾其餘波。「漢來治律有家，子孫並世其業，聚徒講授至數百人，故張子繫譽文宣之世，陳郭兩族，流稱武明之朝。」（南齊書崔祖思傳）可知漢人之如何重視律學。華嶠後書：「郭氏家世掌法，凡為廷尉者七人，河南吳氏三世廷尉，為法名家，沛國陳氏亦三世明法，長杜鍾氏門生千餘人，魏之籍繇鍾會，皆繼其父業。」（歐陽詢藝文類聚）兩漢書所傳的律家，亦不下數十人，例如：南陽杜周，起於文學小吏，致位三公，謂：「法以當「時」為是，不拘其舊。」其子延年亦精法律，

時有「小杜律」之名。（漢書杜周傳）泰山郭氏，兄鄭昌，弟鄭弘，皆明經通法律。（漢書列傳第六十六鄭宏傳）同時儒家亦從事解律，如叔孫宣、郭令卿、馬融、鄭玄等，各爲章句，十有餘家，共七百七十三萬二千二百餘言，（晉書刑法志）可謂極一時之盛。總之：「秦有十失，其一尙在，治獄之吏是也。」漢承秦制，所謂律家，不是出自家傳，就是得自師承，所惜者，徒習於解釋比附，對於法律理論，毫無貢獻。

兩漢律學昌明，律家輩出，轉無定說。魏受漢禪，下詔但用鄭氏章句，不得雜用他家，於是私人解釋，一變而爲有權解釋。衛朔又奏請：「九章之律，自古所傳，斷定刑罪，其意微妙，百里長吏，皆宜知律。刑法者國家之所貴重，而私議之所輕視。獄吏者百姓之所歸命，而選用者之所卑下。王政之弊，未必不由此也。請置律博士，轉相教授。」（晉書刑法志及魏志衛凱傳）晉文帝時，命賈充定律令，至武帝時復成。杜預、張斐前後注律，律遂分爲兩派。其論及律之運用，例如：杜預奏稱：「今所注皆網羅法意，格之以名分，使用之者，執名例以審趣舍，伸繩墨之直，去析薪之理也。」（晉書杜預傳）劉劭上疏論律謂：「律法斷罪，皆當以律法令正文，若無正文，依附名例斷之，其正文名例所不及者勿論，法吏以上所執不同得爲異議。」於今日猶足供參考。

東晉以後，律學逐漸衰微，淪爲小道。最初因爲東晉最尙清談，不重名法，士大夫對於治亂，毫不關心。到了唐朝，專尙詞章，及宋則競尙道學，明重制藝，清偏考據，就連解釋法令，也沒人去做。

唐書藝文志所錄法家類十五家，十五部一百六十六卷，宋志就剩十部九十九卷，至明志，不過備數而已。○月晉律經杜·張兩家註釋後，無人再寫章句，王植剛定南齊令，不過合訂杜·張的舊律。○梁武修律，好容易找出一位蔡法度，還不是真正律家。○因為那時候，對於學律者的評價，迥異從前，「論經禮者謂之俗生，說法理者名爲俗吏。」（文選·于寶「晉紀總論」注）北朝以律成名者，僅有封述一人，東魏的「麟趾格」，即出其手。○（北齊書列傳第二十五封述傳）唐興，唐律疏議，乃官家所訂，人更莫能置議一辭，只要遵守即爲己足。○宋朝敕重於律，王安石令設考選及律學教授制度，在律學衰微中，有此施策，雖多少看出有些振作的氣運，但是律的講求，仍一統於官，到底不能自由發展。

南宋以後，律學益見衰微，語錄的著作，盛極一時，宋志連古律亦都付缺如。○明太祖以律供明刑弼教之用，一經手訂，子孫即莫能議，臣工士子更不能講求。○清朝的律例比附，則一讓於刑名惡幕，紀文達編纂四庫全書，竟謂：「刑爲盛世所不能廢，而亦盛世所不尚，所錄略存梗概，不求備也。」○法家亡，移於律家，律家衰，淪於刑幕，直至清末變法，始見轉機。○其原因無非受儒家思想的影響。○當清末修訂法律時，禮法合一論的見解，依然保持優勢，可知律家思想和中國法制的關係。○時至今日，復有以是正自由主義思想的錯誤爲理由，重溫舊說，實在是一個有興趣的問題。

七 法律「成」於歷史，乃以「民族精神說」爲其內容，在歐洲自有其思想構成的背景。○主張「禮治主義」的儒家和主張「法治主義」的法家，都未嘗直接的論及這個問題。○原來人定法論乃爲反對自

然法論而生的學說，歷史法學派則反對人定法學派而舉的烽火。歷史法學派的思想中，包含有自然法的成分，其對於自然法論，大有同母異弟的關係。中國法律思想，始終不脫道德和法律的對立的抗爭，直至清末變法爲止，並沒有重大的發展。自法家失敗以後，僅有相當於「分析法學」的律家，繼承其業，嗣後復淪爲小道。反之：儒家思想到底保持著指導的地位，所以法律思想沒有甚麼進步，也沒有做到像歐洲法律學說那樣的發展。

歷史法學派的「民族精神說」，在中國法律思想中，雖然沒有論及這個問題的文獻，但是漢民族的精神，完全寄託在儒家的禮治思想之中，中國也曾幾度受異民族的統治，仍然保持著漢民族固有的傳統，其中的消息，已爲識者所周知。總之，在中國保持民族精神，不是直接的靠著法律，而是直接的靠著道德，簡直可以說：「道德和民族俱生，和民族俱長，和民族俱亡。」中國法律既然在儒家思想的羽翼之下，依著過去的歷史，儒家復以道德維護漢民族固有的精神，可知儒家思想之中，也未嘗不包容歷史法學派所有的特徵。

漢民族本於道德律的尊嚴性，養成擁護傳統的自我性，更本於道德律的汎變性，形成適應環境的妥協性，在表面看來好像是非常的矛盾嗎？否！漢民族並不在矛盾中過生活，寧可說是在調和過日子。○「食在中國」，這是一般人所公認！那些四川菜·廣東菜·江蘇菜……的內容，都包含着各自的矛盾，但是借著五味的調和，就是外國人吃，也覺得可口，在這裏可以象徵漢民族的國民性。言調和，

非徒爲妥協而妥協，乃爲傳統而妥協，因此妥協有一個限度，那個限度，便是調和，換一句話說：就是做到「中庸」的程度爲止。因此漢民族的思想，總是以保持傳統爲出發點，重視史的過程，儘可能維持現狀，而後再考慮客觀情勢，應必要而考慮妥協的限度。重視傳統，顧慮到「成」，適應現實，著眼到「作」。

鄭鑄刑書，叔向以「譏事以制，不爲刑辟。」是疑，晉鑄刑鼎，孔子以「民在鼎矣，何以尊貴。」爲歎，何曾不是有關於編纂法典的反對論呢！「王道不外人情」，歷史法學派所謂的「法律確信」，正是我們所謂的「世故人情」，「世故」是歷史發展的價值，「人情」是人生健全的體驗，王道一本於此，倘以儒家思想，代表中國法系的法律思想，則「法律」成於歷史，亦不失爲中國法律的姿態之一。

八 法律「在」於「自然」，「作」於「人爲」，「成」於「歷史」，於歐洲法律思想中，乃按前後的順序，而逐次見諸學者的主張，其內容不同，且於其初復有相互對立的傾向，其後因立法上的工作，先解除「自然法論」和「人定法論」的對抗，而產生「自然法論的人定法」的立法，次更實現「人定法學」和「歷史法學」兩派的合作，以至於今。這是辨證法的運用嗎？否！是立法上政策的妥協嗎？否！論法律的姿態，從生活的法律化的方面來說，「在」·「作」·「成」，非對立而係併存，乃法律應有的姿態，徒拘泥一節，則均有不能統合全體之憾，故其思想的發展，自然的會走上合作之

一途。

中國的法律思想，並未嘗就「在」·「作」·「成」的自體中，生明顯的抗爭。檢討先秦以後迄於清末變法止的思想的推移，得別爲四階段：（一）孔·老二子的思想 孔子的思想非自然法論，亦非人定法論，乃自然法論的人定法化。老子的思想，以道德在自然，似自然法論！否！乃超自然法論的自然論。（二）孟·荀二子的思想 孟子探性善說，其傾向於自然法論的色彩，較爲濃厚，但仍不脫孔子思想的範圍。荀子探性惡說，不失爲人定法論。（三）儒，法兩家的思想 儒家保持孔·孟傳統的思想，法家則係純粹的人定法論。（四）儒·律兩家的思想 法家失足後，儒家依據傳統思想，於中國法家獲得指導的地位。律家繼法家之後，專爲法律的比附解釋，性質上近於分析法學，與法家同係人定法論。

儒家保持孔·孟的傳統思想，雖可解係「自然法論的人定法化」，但是儒家思想的特徵，在於「中庸」，亦唯中庸得以包羅萬象。儒家思想，把握「自然」，留意到「在」，適應現實，著眼到「作」，重視傳統，顧慮到「成」。正確的認識了法律的姿態，使我們理解「法律從何處而來」！

第二章 法律的構成

二一八

第一節 法律的目的

一 法律為何而在 二 英國的實利主義 三 目的法學 四 法律社會學

一 凡是法律總具備著「在」·「作」·成的三種姿態，缺一即不能把握法律的真相。依照東西兩洋法律思想的推移，學者發現法律的眞姿，或者是意識的逐一發現其所存的姿態，或者是無意識的包容其所有的諸姿態。我們得到把握法律的全姿，一半是繼承前人的努力，一半是接受時代的暗示。法律是社會共同生活的行爲規範，要是問：「法律從何處而來？」固然可以這樣答復：「法律「在」於自然，「作」於人爲，「成」於歷史。」但是仔細一想，我們意識「判例法」·「習慣法」的價值，同時不可忽視「成文法」的功用，我們認識「判例法」·「習慣法」的存在，同時更須看到「成文法」的發達。今日是「判例法」·「習慣法」支配的時代嗎！否！是「成文法」支配的時代。成文法乃「作」自立法者之手，本來是「人爲法」，所以從表面上來說：也未始不可說：「法律「作」於人爲」，但是，僅於這樣的立場，認識法律，不止失却了法律的真相，而且沒却了法律的價值。成文法

果因「何」而作呢？乃爲「在」而作，爲「成」而作，法律不因「作」而「存」，乃先法律而「在」，亦不因「作」而「成」，乃先法律而「成」，所以我說：『法律乃因「在」而作，因「成」而作』，總之：法律因「作」而爲成文法，更因「作」而看出法律之「在」與「成」，不因「作」無以知其「在」與「成」，不因「在」於「成」，無可據而「作」。那麼，法律在於何處？成於甚麼呢？把握自然而知其在此，重視傳統而知其成，前者：是人們所體驗的自然法則，後者：是人們所懷抱的法律確信，此兩者都是規律人類社會生活的準則，由於人們的自覺，此兩者已完全滲透於人們的「健全的人生體驗」之中，而表現於人類的生活之上，這便是人們的實生活的實相，無論甚麼立法，也應該適應於人們的實生活的要求，所以我稱之曰：「生活的法律化」。

那麼，法律應該怎樣的適應人們的實生活的要求呢！應著眼於個人，而爲「個人本位」的立法！還是應著眼於社會，而爲「社會本位」的立法呢！換一句話說：應專爲確保「個人的自由」！還是應置重「社會的利益」呢！這兩種不同的法律觀，於今日依然對立，依然相。但是我們看到今日思想上·立法上的推移，已從前者而發展至於後者，而後復從後者考慮與前者之調和。結局，法律爲「何」而「存」，法律的目的在那裏！

1) 英國的 Geoffrey Bentham, (1748—1832) 首倡「實利主義」，彼以「最大多數的最大幸福」爲法律的目的，特置重於立法。實利主義所謂的「最大多數」，乃以當時英國的中流商人階級

魯賓遜、氏曾云：「各人乃各自幸福的最良的判斷者」。法律的目的，乃維護個人的自由行動，並確保其隣人亦享受同樣的自由，其所以限制個人的自由行動者，乃為除去其隣人所受不必要的限制此主義，原係「社會政策尚指導立法主義」，固然非以放任主義為其必然的結論，但是自 Colin Clark 及 Mill (1803—1873) 繼承其說後，越發的得勢，到了第十九世紀末，居然支配了英國的政治思想。

個人的實利主義，使法律學接近於實際生活，雖然存有顯著的功績，但是，以人生的目的，在於確保幸福，且以增進快樂。除去苦痛為確保幸福的結果，未免過於輕視人們道德的性情；重視人們的共通點，而忽視了人們的差異處。把人看做「扣除計算快樂和苦痛的自動機械」，由道義的見地來看，不能贊成，由科學的見地來看，也難以首肯。

III 德國的 Rudolf V. Giering 於一八七七年刊行的名著「法律之目的」中，主張：「目的乃全法律的創造者」。據云：『自然的因果律，雖然是機械的，人的意思的因果律，則係心理的。人不是因「故」Wohl 而行為，乃係因「為」Um 而行為。無目的則無意思，無目的則無行為。各人就自己的目的，雖然存有利益，但是人生在求自己的目的和他人利益的結合。此結合非出自先天，乃作於人為，即依國家的作用。法律的效用，組織自我的目的而為全體的目標。此「目的的組織」，乃利用「我為我」的，利己的見地之報酬及強制，和本於「世界為我」。「我為世界」的倫理的見地

之人類愛及義務心而行。對其爲強制的國家的組織，則爲法律，所以「規範」和「強制」乃法律不可或缺，不過規範及強制，是法律的形式，而不是法律的目的，法律的目的，在於其內容之中。法律的內容，是在於確保社會的生活條件——生命·勞動·交易——這個社會的利益，便是法律的目的。」氏這樣的變動，英國式的個人的實利主義，使轉向於社會的實利主義，以社會的利益爲法律的目的，而建設「目的法學」，且應以此爲標準，行法律的解釋·適用及立法。

Johns 以前的法律學，是個人主義的法律學，因目的法學的出現，給其後的法學界一個新傾向。那麼氏的主張，果然是正確嗎？氏的功績，在於改良 Bentham 的實利主義的個人主義，而附加以社會的·道義的思想。不過以目的爲全法律的創造者的根本思想，到底不無疑問。人們的行爲，從心理學來看，未必是均以目的爲前題，從法律現象來說，像「習慣法」·「判例法」，也未必是目的的創造，就是成文法，也不能就拿起草者及協贊者的目的，做法律的目的。氏尊重目的的學說以目的爲全法律的創造者；且以其目的爲利益，不過是法律的內容論，既不是法律的本質論，又不能做爲法律之完全的定義，因此所謂尊重目的，是氏的學說的長處，也是氏的學說的短處。

Johns 以前的法律學，法律的目的，儘可能給與個人以廣泛的自由活動的範圍，用以調和各個人的意思，法律是社會從個人所分受之物。氏以後的法律學，法律乃爲社會目的，經社會之手而創造之物，個人僅於社會所容認的範圍內，獲得確保各自利益的手段。彼於一八七二年刊行「權利鬥爭

論」，雖是權利尊重論者，但是，其所謂權利，不過是保護個人利益的手段，而且確保個人利益，不是以其自身爲目的，乃是確保社會利益的目的之手段。法律，由個人本位・權利本位，發展至於社會本位，的確是由氏的學說，獲得展開的端緒。

四、近來有以法律學爲社會學的一部所謂「法律社會學」的思想，先否認從來於法律學所採分析的・註釋的種種研究方法，而主張有採用社會學的研究法的必要，其後更進而攻擊從來於法律學所採自足的態度，而提倡有將法律學化爲社會學的一部之必要。據其主張：「從來的法律學，僅著意於法規——法律生活之一現象——以爲足可說明法律現象，其實安全錯誤，還不僅是法律學的不幸，法律不能追隨社會目的，裁判官不能理解社會目的，致使事實生活和法律生活發生矛盾，實在是社會的大損害。○將來的法律學，不僅應採社會學的方法，而且應爲社會學的一部。總之：法律社會學（一）注重法規抽象的內容，不如著眼法規的作用。（二）應認法律係可依人類智力加以良的社會制度，而以指導其改良爲法律的任務。（三）置重法律的制裁，不如重視法律的社會上之目的。（四）勿使法規成爲固定的規範，應使其成爲領導社會生活歸於正軌的指針。」

法律社會學，以國家爲社會，以法律爲社會現象，留意法律和社會狀態・社會進步的關係，其根本觀念，在於先社會而後個人，提倡於法律學應採社會學的研究方法，不失爲卓見。但是，此學說乃因不滿從來的法律學說及裁判而生的反動，誠然，從來的法律學專採所謂法律學的方法，而抽象的分

析法律的內容，有偏於極端的錯誤，可是法學社會學專探所謂社會學的方法，不免矯枉過正，其自身也陷於極端。原來法律學是關於法律本質的學問，國家的確是社會，然究係特別的社會，法律的確是社會法則，然究和其他社會法則有別。關於法律內容的知識，應以法規為對象，依從來法律學的研究法，關於法律在萬有現象中所占位置的知識，應以社會現象為對象，併用社會學的研究法。前者可稱為「法規的法律」，後者：可稱為「社會現象的法律」，兩者併存，恰得其正，若以偏於前者為不是，而主張應專探後者之方法，其失則一。總之：法律學到底是獨立的學問，應有其獨有之研究法，不能使其化為社會學的一部。於今所應注意者，即如何併用後之方法，將來的法律學總須併向此未開拓的原野，打開一條新道路。

第二節 法律的內容及其形式

- 一 正義的實現——道德上的正義 · 法律上的正義 二 權利本位的法律 三 權利本位的修正 四 社會本位的思想 五 成文法 六 習慣法 七 判例法 八 條理

一 法律是社會生活規範，其目的在於保護社會利益及個人利益。但是法律的目的，果然是專為保護利益嗎？否！人們的活動，未必專為利益，「見利思義」，何曾專溺於利益的計算。那麼，法律的目的，是甚麼呢？完全忽視利益，固然不是適切的見解，但是至少可以說，法律所保護者，非僅為利益，其終局的目的，乃在於實現「正義」，Kont. 會立脚於倫理的觀念，排斥功利主義，主張法律乃為正義而存在。

那麼何謂「正義」？Yerechtigkeit呢！正義有廣狹二義，其廣義與道德同。Plato 以正義乃因智慧·勇氣·節制三德的適度調和而成立，且只有國家得完全實現如上所述之完全的正義，此外可代表智慧者，乃治人的階級，可代表勇氣者，則為軍人，可代表節制者，則唯商工業者，總之：各人各盡

其本分，互相調和，而後始可望正義的實現，所以說正義就是道德。Aristoteles解廣義的正義爲「全德」，解狹義的正義爲「博愛」，後者乃社會道德之一。人與人之間，不僅應尊重他人的人格。法律上的權利·名譽·生命·財產等，而且應公平尊重他人的道德上的權利·受忠告的權利·受救助的權利等。狹義的正義，可分爲（一）分配的正義和（二）報償的正義。前者：將一切權利，公平分配於一切之人。後者：依個人相互間的合意關係，例如：買賣！及非合意關係！例如：竊盜·毀損！爲公平的賠償。若是以充分的尊重道德的權利，爲理想的正義，則和理想的博愛沒有區別，但是，正義乃以法律的·消極的爲主，博愛則以宗教的·積極的爲主。惟欲實現真的正義，真的博愛，則必使此二者互相調和。正義不立脚於博愛，則無生氣，博愛不顧慮正義，則流於恣意。（高番敦視譯「倫理學綱要」）

說者以法律的內容，在於實現正義，固非無見。惟法律所實現的正義，是廣義的正義？還是狹義的正義呢？要是說所實現者爲廣義的正義，則儒家所謂尚五常！仁義禮智信！——正相當於此意味的正義，結局法律的內容，恰相當於道德的內容，這不僅混淆兩者的關係，更將失却法律的獨立地位。因此，法律所實現的正義，勢必限於狹義的正義。我爲明確此兩者的關係計，對於廣義的正義，叫做「道德上的正義」，對於狹義的正義，叫做「法律上的正義」。那麼，法律上的正義又該怎樣解釋呢？法律對於道德來說，雖然是最低限度的道德，但是不能說法律都帶著道德的色影，只限於以道德

爲第一次規範的部分，可以說是和道德具有相同性質的內容。法律是社會生活的第二次規範，法律所規定的內容，在於期待人們爲合理的社會生活，而對於人們示以爲社會生活的準則，依著人們的自覺而實現社會的利益，換一句話說：法律的內容，乃以社會爲本位，以維護社會的安寧，增進社會的福祉，人們依法律所示的準則，各自規律自己的行爲，使自己的行爲，適得其「宜」。此所謂「宜」，便是法律上所欲實現的正義，所謂分配的正義。報償的正義，皆不出於「宜」的範圍。宜之自體，有發自第一次規範的道德者，有生於其他第一次規範的要求者，發於前者，恰合於「義」——行而宜之謂義——生於後者，既有合於義，而又可使自己的行爲，轉化於倫理。

法律乃從「義務本位」，而進而「權利本位」，最後始可發展至於「社會本位」。當個人自覺的時代，法律常以義務本位爲內容，到了個人自覺時代，法律乃一轉而以權利爲本位，今日的法律，猶未脫權利本位的時代，否！今日的法律，猶是權利本位的法律，不過現在的人們漸漸的發生了社會的自覺，民法第二編，不曰：「債權」，而曰：「債」，即其一例。今後的法律，總得隨著社會的自覺而發展至於社會本位。因此今後當解釋運用今日的法律時，應該儘量採納社會本位的思想。

二 今日的法律，多取「……得請求……」之形式，散見於諸法令之中，民法第一編總則第六條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」第三編規定「物權」，始終未脫「權利本位」的立法。按法律進化的趨勢，乃由義務本位而發展至於權利本位，自第十八世紀末至第十九世紀，乃權利思

想勃興時代，諸國正於其時編纂民法典，故民法的內容，不免因時代潮流的影響，而著眼於權利本位。○今日言權利之定義，普通均謂：「權利者，依法律所保護之利益也。」然則權利先法律而存在吧！還是後法律而存在，或是和法律同時而存在呢！這是權利和法律的關係之問題，從來有三種不同的看法：

甲 權利先存說 此乃法國革命的指導原理，即所謂「天賦人權論」，人生而有權利，為承認，保護其權利，乃作法律。

乙 法律權利同時存在說 此乃德國的學說，於主觀上觀察法律—*Subjectives Recht*—則為權利，於客觀上觀察權利—*Objektives Recht*—則為法律，「法規乃擔保權利而非創造權利」。

丙 法律先存說 法律乃從義務本位而進於權利本位，從社會進化史·法律發達史看來，於人類社會進化的過程中，先生義務觀念，其後因人類社會的進化，為對抗最高權力，緩和從來所科於人民的服從的義務，乃要求國家以法律與以權利的保障，斯乃法國革命前後之思潮，不圖因過於尊重權利，致發展而至於天賦人權論，其實權利乃因法律的創造而存在。（種積博士「法學

通論」第五八頁）

義務先法律而生，權利則後法律而在，孟子言「義」而不言「利」，法律先存說，恰合我們傳統的

信念。惟言「法律先存」，自不能不謂一切權利均生自法律，果爾，則易釀成「法律萬能」的思想。其實權利與義務常相對立，因先有義務而後始得因法律之創造而生權利。且權利的行使，亦不能不有節制，法律乃社會生活的行為準則，從社會生活規範轉化為法律規範，先法律而存在的社會的義務，亦同時轉化為法律的義務，從而權利非規範之必然的要素，寧可說規範乃以不附隨權利為常態，法律創造權利，也當然有一定的限度，不至因此而引起「法律萬能」的誤會。

三 今日的法律，雖未脫權利本位的形式，然已因社會的自覺，逐漸意識社會本位化的必要。不過現實和理想，總存有相當的距離，人們的惰情，常阻得理想的實現，假使社會的自覺，未到全面成熟的時期，法律還未能即轉換於社會本位。例如：民法第七百六十五條規定：「所有人於法令限制之範圍內得自由使用；收益，處分其所有物，並排除他人之干涉。」雖然明示的保留「……法令限制之範圍內……」但是所有人於此範圍內，仍然可以「自由」使用……；反之，亦可「自由」不使用……。從來的通念，權利等於自由，義務等於拘束，權利為利益，義務則為痛苦，權利和義務不能相容，即權利乃權利而非義務，義務乃義務而非權利，故欲使法律的內容，轉變為社會本位，則首應匡正如斯的思想。那麼今日的法律，絕未考慮這些問題嗎？否！法律已做了若干的先行工作，至於是否已滲透於人們的社會生活之中，是否收到促進人們的社會自覺的效果，則是別一問題。

民法第二編，命名曰：「債」，其第二百十九條規定：「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方

法。本條雖規定於民法債編之中，然直係民事法的指導原理。推廣本條特定的運用，一方面又可實現「具體的妥當性」，於另一方面，又可實踐「交易的安全性」。

所有權利在今日的財產法裏，真是絕對無限制的權利，行使或不行使一任於所有人的自由。其實所有權在原始的時候，果然有這樣的自由嗎！土地和人生最有關係，而且是有限的財產，就是所有人也不能隨便放棄。近來的學者，以所有權為「社會的信託」Social Trust 即由國家·社會寄存於個人；而依國家的法律承認私有財產制度，對其加以保護。然國家·社會以其物與人，乃與以得充分活用其物的權能，因利己益人的有效利用，以增進國家·社會的和平幸福。一九一九年德國憲法第一一五條乃規定：「土地所有人對於公共負開拓，利用土地之義務。」其第一五三條，更進一步明示所有權附帶義務的根本原則。權利中以所有權為最普遍且較為重要，可是立法的趨勢，已不復視為單純的權利。

四 法律中最適於表現權利者，首推民法，但是民法的內容，並非僅設權利義務的規定，民法第十二條規定：「滿二十歲為成年」，同法第二十條第二項規定：「以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定其住所於該地。」其他如同法第二十一條至第二十四條之規定，何會和權利義務有直接的關係。總之，權利義務並不能代表法律的全部，法律擔保權利，督促義務，並不是最終的目的，不過是到達最終目的之一手段。那麼，法律最終之目的甚麼呢？其最終目的，乃為保護促進社會的利益。

這是法律所保護的利益，也就是法律的內容。

社會本位的思想，於今但已逐漸取得代替權利本位的思想的地位，權利本位的思想，始於第十八世紀末，而見於第十九世紀以後之立法，時至今日，又遭遇新陳代謝的機運。然則，就今日的法律，應如何實踐社會本位的思想呢！對於從來權利義務對立的觀念，應先加以修正。對於行使權利，應意識非徒為行使權利，乃有行使權利之義務。對於履行義務，應意識非徒為履行義務，乃有履行義務之權利。前者：可叫做「行使權利的義務」，例如：所有權本是權利，但是像德國憲法的規定，土地所有人對於公共負有開拓，利用其土地的義務，結局於土地所有人負有行使權利的義務。後者：可叫做「行使義務的權利」，例如：債務人負有清償債務的義務，但是依法律的規定，有以提存的方法，免除債務之權利（民：第三百二十六條及第三百二十七條），結局於債務人享有行使義務的權利。從來以權利為本位的法律，依「行使權利的義務」和「行使義務的權利」的修正，突破從來權利和義務對立而不相容的離關，而走上社會本位的新途徑。以此適用法律，以此遵行法律，乃今日惟一的要求。

五 法律的內容，在於規律社會的生活關係，已如前述。那麼法律拿著甚麼形態來表現呢！這即所謂「法律的形式」的問題。今日的法律，大部分都是成文法，普通按著法文的分量，有的分做編·章·節·項·款·目，有的不分章節逕為條文的編列，無論依那個方法，都是從第一條起，依順序作成法文，表示其內容。在同一條文之中，於裁判的價例上更有項·款之別。大體對於設有章節的法文，

稱爲「法典」，對於不設章節的法文，稱爲「單行法」然不過是分量的比較，而不是實質的差異。

成文法：乃出自公爲而制定之一般的・抽象的規範，故以稱「制定法」。依著法律進化的過程，乃從習慣法・判例法而發展至於成文法。因此爲別於成文法，特稱習慣法，判例法爲「不文法」或「非制定法」。習慣法・判例法，依著個別的・具體的實行，或因裁判反覆的表現，而成爲一般的・抽象的規範，其發生雖先於成文法，但習慣法的是否存在及其內容和範圍，有時欠缺明瞭，判例法則被拘束於具體的事實，而不能適用於一般，各有短處。並且當著像法國革命・中國革命，或是成立新國家的時候，習慣法・判例法，既不能追隨社會生活的新轉機，又不能適應新文化的新現象，更暴露其缺點。法律不僅是適應社會生活，有時更須指導社會生活，因此若無成文法到底不能適應社會生活的需要。今日各國，大體均採成文法主義，就是以採不文法主義見稱於世的英美，亦不能無例外。那麼，今日的法律世界，亦可稱爲成文法的世界。

成文法應依如何的形式及如何的方法而制定呢？此乃憲法及行政法的問題，且因國而不同。中華民國訓政時期的法規，依民國十八年五月十四日公布施行的「法規制定標準法」，得別爲法律・條例・章程・規則等。但於實際，以大綱・辦法・規程等名稱，而命名的法規，亦復不少。究竟怎樣的法規，應命名爲法律！怎樣的法規，應命名爲條例。章程……呢！依該法的規定，如次事項，乃爲法律：

甲 關於現行法律之變更或廢止者。

乙 現行法律，有明文規定，應以法律規定者。

丙 其他事項，涉及國家·各機關之組織，或人民之權利義務關係，經立法院認為有以法律規定之必要者。

其法律案應經立法院三讀會程序之通過。(法規制定標準法第二條) 凡法律案，由立法院三讀會之程序通過，經國民政府公布者，定名曰：「法」。其他根據法律而制定之事項，則命名曰：條例·章程或規則……前者：例如，中華民國訓政時期約法·法院組織法·民法·刑法·民事訴訟法·刑事訴訟法·破產法……後者：例如，私立大學及專門學校立案條例·捲菸漏稅處罰暫行章程·拘留所規則·官吏服務規程·隣右連坐暫行辦法……總之，前者相當於一般立法例的法律——法，後者相當於一般立法例的命令。茲擬以其基準，概觀中華民國法令制定之方法——

甲 法 凡應提出於立法院之法律案，於政治會議有決定其原則之權，案成，應先經行政院會議之議決。而後更經立法院三讀會之程序通過，最後由國民政府主席依法署名公布。

乙 命令 條例於諸命令中，占最主要的地位。「國民政府為執行法律，或基於法律之委任，得制定施行法律之規則。」「前項規則，概稱條例。」其後依中華民國訓政時期約法第七十六條，「各院·部·會，得依法發布命令。」命令之命名，雖欠一定之標準，然要以條例居第一位，其性質核與一般立法例，或相當於執行命令，或相當於委任命令。中央與地方之權限，依建國

大綱第十七條之規定，採「均權制度」。故各地方於其事權範圍內，得制定地方法規。但與中央法規牴觸者，無效。（中華民國訓政時期約法第五十九條及第六十條）茲所謂之法規，應解爲命令。

六 今日的法律，雖然大部分是成文法，但不可忘却其別有習慣法的存在。習慣法是發生於社會慣行的社會生活規範，經社會中心力——國家權力——承認其爲法律規範，而賦與以強行性的不文法律。習慣法到底是怎樣發生呢？例如：甲村和乙村之間，本來沒有道路，只有一片廣漠的草地，人們按着自己的體驗，測定兩村間的距離和地勢，由距離較近，地勢較平的地方，從甲村走上乙村，因爲人跡的往返，打開了一條貫通甲乙兩村間的草徑，若是照着這草徑走，既不至迷失道路，又可以節省時間，於是人馬往來，自然的形成了一條道路，由於這樣的經過，所做成的道路，可以說就是習慣法。

但是甲乙兩村間的往返，因爲交通日見頻繁，專靠着自然道路，不免阻礙了人馬的通行，更因自然道路過於狹仄，容易發生交通事故，於是便感到有建設人工道路的必要。這人工的道路，不管是利用從來的自然道路，擴大鋪裝道面，或是從新測定新路線，總之，由於這樣的經過，所做成的道路，好比是成文法。一旦人工道路竣工，自然道再沒有發生或存在的可能嗎？否！從前的自然道路縱發展爲人工道路，仍然可以再發生新自然道路，從前的自然道路以外，縱建設沒有人工道路，仍然可以保存原有的自然道路，自然道路不因人工道路而消滅，好像習慣法不因成文法而廢止。

國家基礎未確立的時代，習慣法占法律的一大部分或是全部分，到了國家生活逐漸發達，文字的使用逐漸普及以後，成文法也跟着產生出來。最初的成文法，以關於國家生活的法律為主，例如行政法或刑法之類，關於人民私生活的法律，例如：民法、商法等，仍然委諸習慣法。當第十八世紀之末至第十九世紀之初的時候，（一）因國家的強大，期待中央集權，國家統一。（二）因自然法論——理想主義——風靡一世，諸國均企圖編纂大規模的法典，且以為有此大法典，可廢止從來習慣法的存在，可杜絕今後習慣法的產生。當時制定的法典，例如：一七九四年的「普魯士普通國法」，一八〇四年的法國「拿破侖法典」，一七八六年的奧大利亞「約西夫法典」，一八一一年奧大利亞民法典等，均明示的，暗示的否認習慣法的效力。但是到了歷史法學派占勢力以後，排斥成文法的萬能思想，所以一八九六年德意志的民法典，不設排斥習慣法的規定。因此學者的解釋，多以爲習慣法和成文法有同等的效力，可是一九〇七年瑞士民法第一條，則僅認有補充成文法的效力。

那麼，習慣法對於成文法果有怎樣的效力呢？可別爲二：（一）補充的效力，民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣。……」（二）變更的效力，即於成文法雖有規定，然有相異的習慣法時，依其習慣法，例如：民法第七百七十六條、第七百七十八條、第七百八十四條，及第七百八十五條。在這裏有一困難的問題，於法律設有「……另有習慣者，從其習慣。」習慣法對於那種情形，固然有變更成文法的效力，要是於法律沒有規定，而發生異於成文法規定的習慣法時，有怎樣的效力呢

？通說。依民法第一條的趣旨，否認其效力，但是一部國學者則主張：「個個的法規，未必是永遠有效，可豫想到將來有依法律改廢的情形，那個將來的法律並非絕對的以成文法為限。」暗示如上的習慣法，有改廢成文法的效力。誠然，成文法並不是永久不變，習慣法也不是因為有了成文法就絕對不能產生，要是產生了反於成文法規定的習慣法時，可以窺知那成文法的規定，一定不適用於國民的實際生活，因此看到那成文法有改廢的必要，不過僅以此即謂如上的習慣法有變更成文法的效力，還失諸早計。

七 法律除成文法，習慣法以外，更有所謂判例的形式，英國的憲法，只有習慣法而沒有成文的憲法典，其有名的「契約法」，「不法行為法」，也沒有民法典，只有依法院的判例法就個個事件所做成的判例法。固然法院的判決，不過是解決具體的一個訴訟事件，可是一度對於其事件有了判決，而且得到適當的解決，其後對於同一的事件，當然也要做同一的判決，一面合於正義，可獲得具體的妥當性；另一面保持衡平，可維護法院的威信。所以他法院也儘可能仿效先例做同樣的判決。就中尤以經審法院的判決，要有相當的力量，經審法院的判例對於其後的裁判，雖然沒有法律上的拘束力，可是下級法院要是做了反於經審法院的裁判，就不免有被終審法院撤銷的危險，所以儘可能容納經審法院所表現於先例的見解。最高法院要變更先例時，依法院組織法第二十五條規定：「最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他庭判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長，召集變更判

例會議決定之。」

一三六

判例法的存在，於今日已定無可或疑的事實，說者或從「三權分立論」的見解，以法院僅止於適用法律，不能依判例制定法律。其實初期的法律何嘗不是生於裁判呢？法院並不是單純的適用法律的機關，也曾依成文法賦與以自由裁量的範圍。固然法院的自由裁量因法定的範圍，受著限制，可是成文法仍然為法院保留著形成或確定法律的作用。裁判官判斷是非曲直，常立脚於一般的原則，就一事件所為的判例，做為規律其後同性質事件的規範，未必是不合理。總之，法院所為的判例法，並不是依判例而「作」法律，不過是依裁判而「成」法律，究竟和立法機關所為的立法有顯然的不同。

八 成文法所未規定的事項，而且就該事項別無習慣法時，法院應該依據甚麼為裁判呢？民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」可知法理有補充法律的效力。但是如上所述的習慣法和法理，於刑事事件，因刑法第一條規定：「行為之處罰，以行為時之法律，有明文規定者為限。」所以對於刑法，並沒有直接補充適用的效力。法院是否得適用法理為裁判，在沒有如民法第一條沒有明文規定的國家，不無疑義，有從自然法論的見解，以法理為法律，法院得據為裁判，反之，有主張法理非法律，法院不得據為裁判，此外亦有本於沿革上論理由，採取積極說的見解，總之，在沒有明文的國家，如上示執已經得到立法的解決。

法理乃推定社交上必應之處置，亦曰：條理。法理所以有補充法律的效力，民法第一條所以沒那樣

的規定亦自有正當的理由。論裁判的沿革，可以說是從「條理的裁判」而進到「法律的裁判」。檢閱清朝十六名吏判牘——曾國藩·李鴻章·陸稼書·張船山·樊奕山·曾國荃·于成龍·袁子才·胡林翼·端午橋——幾無一不是條理裁判，例如：

「王也喬商於外，爲兵亂所阻，其妻苦守在家，其年夏月王歸，妻喜甚，治酒互飲，……床第之樂，自非常人所能道，……旋即腹痛欲裂，因而斃命，……王弟亦喬，疑兄爲嫂謀斃，訟於官，驗屍無毒，屢審不得其情……終不得女供，惟其言中有食西瓜一語……乃詢以在事前事後，女面紅耳赤……」（陸稼書判牘）

判曰：「春闈芳情，若怨罹唐之賈，兵戈阻迹，長分比翼之禽。離人思婦，成三秋斷腸之花，夢隔魚東，嘆千里團圓之月。杜宇聲聲，苦喚離人上道，燈花朵朵，豫占夫婿歸家。輕舟返棹，欣故里之依然，杯酒華堂，喜玉入之如舊。聚家庭之樂事，各訴深愁，逆客裏之苦況，相將下淚。迨夫綠醕入肚，春色上眉，少年夫婦，何怪鶯悵情濃，乍夢鴛鴦，豈料鳳韓變起。分戲水之禽，頓成鴛鴦，下沈寃之獄，竟至囚鸞。莫須有三字，永污芳貞，風馬牛不關，却同謀殺。」並帶一宵，有口難分巨枉，西瓜二塊，無心闖入黃泉。」事白冤伸，幸離不測，擔苦茹辛，終見分明，著卽當堂釋女，尙期守節明心。此判。」

「據稱：爾孀居姪女呂王氏，在院中洗足，突遇王嘗姪上前調戲，將銀鑰繡鞋拿去等語。」（樊

判曰：「查院內非洗脚之地，繡鞋豈寡婦所穿，青天白日，門戶不關，脫下繡鞋，退下銀鑷，竟在後院洗濯足垢，誨淫誨盜，誰實啓之。此等案情，虧爾不愧不怍，竟向代書縷述，試問爾姪女到堂，能逃訓責乎！惟王書娃淫惡棍徒，既據呈控，著遠案究懲，寡婦申飭免喚。」

王也香妻的被告事件，依今日的法律裁判，恰相當於刑事訴訟法第二百九十三條第一項規定，應爲無罪之判決，陸稼書的「篇四六，只換得『不能證明被告犯罪』一語。王書娃的被告事件，應構成如何的罪名，原屬疑問，至少樊樊山的責備呂王氏，是多此一舉，却是今日裁判，所不應裁判的事情。但是，陸稼書的一篇判牘，却說得近情近理，何等親切，那樣的開脫王也香妻的殺人罪名，很容易得到人們的同情。樊樊山的一篇判牘，說到王書娃調戲的原因，和拿去銀鑷繡鞋的經緯，却把事實弄得明明白白，也就不難爲適正的裁判。不過條理裁判，見諸名吏之筆，頓成妙判，出自惡幕之手，却成冤獄，所以條理裁判，有一利也有一弊，「人在政舉」，誰也不能保證法官間沒有故意出入人罪的事情，因此有以法律裁判代替從來的條理裁判的必要。

法律裁判的發達，是專爲匡正條理裁判的缺憾，以法律限制審判官的自由裁量，給法院以爲條理裁判的標準。但是條理裁判，自有其長處，倒不可因行法律裁判而忽視了條理裁判的價值。原來條理云者，在客觀看來，是形成國民的法律確信的根源，從主觀來說，是裁判官的健全的人生體驗。今日的

裁判，固然不是依條理而爲條理的裁判，可是絕不可忘却從法律而爲條理的裁判。結局條理的裁判並不因法律的裁判而廢止，不過變更了適用的順位，從法律的形式而言，限於成文法無規定，且無習慣時，得依法理，從裁判的技術而言，則應將法理醇化於裁判官的心證之中，而後在法律所賦與的自由裁量的範圍內爲法律的裁判。這樣方不至產生和實際生活兩相背馳的無常識的裁判，同時也可以防止裁判官自身的「化石」化。

條理非法律，却有補充成文法，習慣法的效力，因今日的法律，無論怎樣的發達整備，到底不能網羅現在及將來一切的生活需要，法律的自身也不能無缺憾。刑事事件在罪刑法定主義下，只要成文法上刑法不以爲罪，應一律爲無罪的判決，可是民事事件則不能因無法律拒絕裁判，所以不能不以法理做最後的補充，瑞士民法第一條，對此情形，規定應「根據學說及先例爲裁判」，又是更進一步的立法。

第三節 法律的分類

- 一 法律的七分類 二 固有法和繼受法 三 公法和私法——社會法的新分類 四 實體法和手續法 五 普通法和特別法 六 原則法和例外法 七 恒常法和特例法 八 強行法和任意法

一 論法律的分類，其主要者：(一)固有法和繼受法，(二)公法和私法，(三)實體法和程序法，(四)普通法和特別法，(五)恒常法和特例法，(六)強行法和任意法。以上(一)至(四)及(六)的分類，乃從來學者所認的分類。就中公法和私法的分類，乃最古的分類，對照今日的立法動向，已不能加以某程度的修正。實體法和程序法的分類，有採主法和助法的用語，對於普通法或稱一般法，對於任意法或稱補充法，要亦不外用語上的出入。惟(五)的分類，乃筆者新綴入之一分類，要亦不外筆者一嘗試。

二 固有法云者，乃發生・發達於社會，而由社會生活的結果所生的規範為內容的法律。繼受法云者：原係他國的固有法，將其採入而作成的法律。惟當比較法的研究，日見發達的今日，所謂繼受

法，亦未必純粹係他國的固有法，有介由甲國而採自乙國者，有採自甲國所攝取諸國法而形成的混合法制者，總之，繼受法云者，乃發生、發達於他社會的法律。更可分別為二：

甲 習慣法的繼受 甲國的法律，於乙國成爲習慣法者，叫做習慣法的繼受。例如：德國於第十三、十四世紀所謂的「普通法」，便是將羅馬的法律，繼受而爲德國的習慣法。

乙 立法的繼受 乙國的立法者，以甲國的法律爲模範而制定乙國法者，叫做立法的繼受。例如：土耳其、意大利等諸國繼受拿破侖法典，一九二六年二月十七日的托爾哥民法典繼受瑞士民法。

繼受外國法而爲本國法和「生活的法律化」的思想不相矛盾嗎？否！民族或國家不能守絕對的孤立。一民族或一國家的發達進步，足以誘導刺激他民族或他國家的模仿追隨，文化的均齊發展，是人類社會共通的理想，見賢思齊，又是社會生活當然的要求。法律的一面，基於人性及社會生活的自然，同時於他面又是人爲的制度，人類間原存有共通的自然之性質，甲國繼受乙國的法律以前，於甲國的社會生活上必先發生有繼受乙國的法律的必要，而後始可由立法的繼受而輸入乙國的法律，總之，法律之所以爲法律者，一本於社會的需要，以此爲因繼受他國的法律，適足以規律自國的社會生活。那麼，所謂繼受法云者，不過用以充實自國的社會生活的要求，此要求「在」於繼受以前，而「作」於繼受以後，究不失法律的眞姿，和「生活的法律化」的思想又有甚麼矛盾呢！因此當繼承他國法時，切勿戒無意義，無批判的輸入，至少亦須具有可促進社會生活的可能性，要是所繼受的法律，不適於社會

的實際生活，就好像食了不消化的東西一樣，不僅無益於身體，反要鬧成胃病。

三 公法和私法的區別，是法律的分類中最成爲問題的區別。有的說：「以公益爲目的的法律爲公法，以私益爲目的的法律爲私法。」這是自問自答的說法，何謂公！何謂私！連這根本的問題也沒有解決。有的說：「定權力服從關係的法律爲公法，定平等權利關係的法律爲私法。」國際法是定平等關係的法律吧，依這樣的區別却成了不是公法了。有的說：「規定以國家或其他公共團體爲主體的關係的法律爲公法，規定私人相互關係的法律爲私法。」這樣說來國家爲私經濟行爲時，是公法關係呀！還是私法關係呢！從來的說明中最穩當的說法：「定關於國家的法律關係的法律爲公法，定無關於國家的法律關係的法律爲私法。」但是公法和私法的區別，並不是絕對的。徹底的區別，學者的意見，仍無定論。

一 部的學者，著眼於最後的說明，而爲較見實質的區別，據云：「國家生活的法律爲公法，社會生活的法律爲私法。」並謂：「社會生活和國家生活的兩者，固然不應分離，但是，我們的共同生活，得分做（一）以國民所營的狹義的國家生活，和（二）以人類所營的狹義的社會生活。前者：例如，任官。納稅。服兵役。受刑罰。後者：例如，結婚。收養。穿衣。吃飯。狹義的「國家生活的法律」爲公法，狹義的「社會生活的法律」爲私法。」（稗積博士「法學通論」第八三頁）

近代國家以法和國爲理念，國家雖係絕對的主權之主體，然其行動則應服從法的制限。法治國家的

社會生活得分爲二：（一）個人和國家間的「政治的」關係，（二）政治的關係以外，國家和個人或個人相互間的「社會的」關係。於是國家法生公法私法的分化，於國民經濟生公經濟和私經濟的分化。如斯的分化，於理論上並非「質」的絕對的區別，不過是「量」的相對的區別。近來因國家經濟進出市場，意識的・全面的統制再生產的過程，致使市場經濟失却獨立的・自律的過程，而發生「經濟政治化」的現象。從來公法和私法的對立，因「私法的公法化」・「公法對於私法的干涉」，而產生所謂「社會法」——經濟法・勞動法——的別個的法的領域。學者乃重溫從來公法和私法對立的研究，對於從來的區別法，可歸納如次所述的兩種看法：（一）兩者乃技術的・制度的區別——美濃部博士「公法和私法」第二〇頁・佐佐木惣博士「日本憲法論」第三〇頁・田中二郎教授「公法規定適用的限界」公法雜誌第一卷第五號第三頁——（二）兩者乃論理的・先驗的區別——廣瀨教授「法理學」第一一六頁・岩波「法律學辭典」第二卷第七六二頁——我想：從來的區別，無非是由於實定的法律制度之沿革上的發展，於今日更考慮經濟制度之技術的・制度的關係，介於公法和私法之間，將公・私法相混合・相滲透的部分，爲社會法的新領域，而產生如今日所謂公法・社會法・私法的三分論，故以（一）說爲是。

公・私法的區別，到底有甚麼實益呢！（一）公法的內容，各國自有其特殊性，獨自性，私法的前容，却有世界法的傾向。（二）兩者運用的相違，故有仍存此區別的必要。「六法」之中，臨時約法

·刑法·民事訴訟法·刑事訴訟法，爲公法——學者間有專指憲法。行政法爲公法的用例——民法·商法爲私法，勞動法·經濟法爲社會法，惟所謂公·私並非互及法典的大部，即私法中亦包含罰則·法院的許可·強制執行方法等公法規定。所成爲問題者，社會法的領域，實欠明確。

四 法律中，有規定法律所欲實現的狀態者，有規定法律，所應採取手段者，通常稱前者爲實體法，亦曰主法，稱後者爲程序法，亦曰助法。六法中的臨時約法·民法·商法·刑法等爲實體法，民事訴訟法·刑事訴訟法等爲程序法。但此區別，亦非有絕對的界限，民法·商法·刑法是實體法吧！可是其中也包含着程序的規定。故於適用上未見得有區別的實益，不過於立法上總儘可能使其分化爲二。

現在的法律，原則上容認此區別，即併設於同一法律中，也以實體法居先。但是，從法律發達的沿革上看來，手續法的發生，却在實體法之前。十二銅表法是羅馬存留的古法（約在西歷紀元前四五〇年）其第一表規定法庭傳喚。在罪刑擅斷時代，爲糾正司獄者之失出入，在中國法制史上也獨見於審判制度的發達。不過程序法的規定，和人們的實際生活，未必常有密切的關係，致使人們對於程序法不感興趣。同時更因程序法的内容，多關於裁判上技術的問題，致使人們一見感到枯燥無味，其實對於程序法要是沒有理解，到底不能徹底的會通實體法的内容，所以民法·刑法的同時，不可不併學民事訴訟法·刑事訴訟法，至少亦應勿存輕視程序法的心情。裁判官經由裁判上得到這樣的經驗，往往在裁判以後發現這樣的事情，原告的訴的主張，在實體法本來是很有理由，不幸未能在適當時

期提出攻擊或防禦的方法，或是不了解舉證責任的分配，甚至錯過了不變期間，因此得了敗訴的結果。原告得了一肚皮冤曲，法院只做「形式的裁判，却讓被告得去受不到的便宜，固然，民事訴訟的自體還有多應該反省的地方，但是，就事論事，益見有研究程序法的必要。

實體法和「實定法」不可混同，實定法乃對「理想法」而言，是法律原則一分類。實定法亦稱「制定法」，是對於理想法的「現實法」，對於過去法律的「現行法」，總局，稱實定法者，不外現行法之意。這樣分類在法理學的研究上有其必要，在這裏只要知道法律觀念和實體法的觀念不同。

五 普通法亦稱「一般法」，原來對於法律得分做三類：（一）關於人的法律即應適用於如何地域的法律。（二）關於人的法律，即應對何人爲其適用的法律。（三）關於事的法律，即應對何事有其適用的法律。（一）和（二）乃法律效力的問題，在這裏專論（三）爲一項，拿這個分類爲本，生普通法和特別法的分類。

普通法是關於一般事項的法律，特別法是關於其特別事項的法。如民法是普通法，公司法、海商法、保險法、票據法等是特別法。刑法是普通法，危害國民財產治罪法、懲治漢奸條例等是特別法。此區別的實益存於「特別法優先於普通法」，即就特別法所規定之事項，儘先適用特別法，特別法，所未規定的事項，依普通法的規定爲補充的適用。

六 和普通法·特別法的區別相似而非者，乃原則法和例外法的區別。原則法，乃對某事項於一般、

情形所應適用的規定，反之，例外法，乃對某事項於特別情形所應適用的規定。例如：民法第六條「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」是原則法。同法第七條「胎兒以將來非死產者為限，關於個人利益之保護，視為既已出生。」是例外法。同一法條中亦常併存原則法和例外法的規定，例如：「……但……不在此限」即所謂「但書」其本文是原則法，其但書便是例外法。特別法對於普通法雖然也可以說是例外法，但是特別法寧可說是普通法的細則。「例外的解釋務求嚴格」是有名的法律格言，可也不必嚴守，宜善體例外設定的趣旨，轉以尊重例外的情形，適於今日的複雜的法律生活。

七 法律中可別為平時法和戰時法，平時法中更可別為（一）生自平時的平時法和（二）生於平時的戰時法，戰時法中亦可別為（一）生自戰時的戰時法和（二）生於戰時的平時法，這是筆者參照這次世界大戰時，各國的立法例，而獨創的分類。對於生於平時的平時法和生於戰時的平時法，統稱曰「恒常法」，對於生於平時的戰時法和生自戰時的戰時法，統稱曰「特例法」。

恒常法，乃對處平時所設的法律，反之，特例法，乃豫想戰時或對處戰時所設的法律。特例法因考慮戰時的特殊事態，（一）或修正·加強恒常法所已有規定的事項，（二）或新設於恒常法所未會規定的事項。如（一）的情形，完全和恒常法無關，在特例法有效存續的期間內，悉依特例法的所定。如（二）的情形，則發生微妙的關係，恒常法中所規定的事項：（一）於特例法中另設有規定者，於特例法有效存續的期間內，一時的停止恒常法的適用。（二）於特例法中未設有規定者，仍適用恒常

法。此區別的實益，在於兩者適用的效力。諸外國之戰立法，悉屬於茲所謂的特例法。

八 法規所規定之法律關係的內容，不許依當事人的意思，隨便變更者，爲強行法。法規所規定之法律關係的內容，只限於當事人另無意思表示時有其適用者，爲任意法。前者：不顧慮當事人的意思，總須依法規的所定，公法的規定，相當於此所謂的強行法。後者：以當事人的意思爲前提，法規的規定不過是補充或解釋當事人的意思而已，私法的規定，相當於此所謂的任意法。可是判明法規的規定，究係強行法！抑係任意法！不可拘泥其外形，而應檢討其趣旨。公法雖然其強行法，但是公法中也不無任意法的規定，例如：民事訴訟法第二十四條前半「當事人，得以合意定第一審管轄法院。」私法雖然是任意法，但是私法中也不無強行法的規定，例如：民法第七百五十七條「物權除本法或其他法律有規定外，不得創設。」

任意法所以在私法中獨占較廣地盤的原因，無非受「契約自由」。「私法自治」原則的影響，但也不是絕對的原則，民法中的債編，是任意法色彩最爲濃厚的法規，可是民法第四百五十七條第一項「前項租金減免請求權，不得預先拋棄。」第四百六十一條但書「但其請求權，不得超過孳息之價額。」等規定，何嘗不是強行法呢！

第四節 法律的效力

一 時·人·地 二 屬人主義·屬地主義 三 時的效力—施行日之效力
 • 法律不溯及既往之原則·既得權不可侵之原則·宿法改廢之原則·發展的
 解消·一時法·施行法 四 人的效力 五 地的效力

一 法乃規律人類之國家的社會生活，其自身帶著歷史的·社會的資格，故其效力常有一定的界限。法的規範力所及的範圍，學者稱之曰：「法的效力」。法對於客體之效力，雖應按客體的種類為個個的決定，然從一般的情形而言，得分別為四：（一）事，（二）時，（三）人，（四）地。本項論法的效力，從通常的用語，稱曰：「法律的效力」，並從一般的情形，包含命令。

法令應適用於一般的事項者，為普通法。應適用於特別的事項者，為特別法。其概要已如前項所述，本項專述（二）至（四）的三部分。通常論法律的效力：對於時，曰：時的效力。對於人，曰：人的效力。對於地，曰：地的效力。

二：從來關於法律的效力，有兩主義：（一）屬人主義，（二）屬地主義。法律應支配其國所屬的

人！抑僅應施行於其一國的領域之內呢？前者：以其國人爲標準，不問其人在國之內外，常應從本國法。後者：一國的法律，僅施行於其國之內，惟凡居其領域內者，無內。外國人的區別，一律適用。

屬人主義和屬地主義，應時代。國家而常有消長。古代的國家，其支配於種族的觀念，法律因種族而異，於此時代，要須採用屬人主義，例如：羅馬法乃羅馬人的法律，日耳曼法乃日耳曼民族的固有法。其後國家，由種族社會發展至領土社會，法律也便從屬人主義變遷至屬地主義。近代國家，以領有土地爲其本質的要素，法律的拘束力所及的對象，雖在人亦復從領土而定，是於，屬地主義近代法的原則。惟如憲法之公法上的特殊關係，含有民族生活之習慣和道德的要素之私法上的特殊身分關係，則例外的採用屬人主義。總之，現代的多數國家，咸以屬地主義爲原則，爲補充其不便和欠缺，後國家之利益的立場，併用屬人主義，嚴格言之，說是採用折衷主義，亦無不可。

三 法律之時的效力，乃關於法律現實規律人類之「時間的界限」的問題，就此問題，更分化而生如次之事項及原則：

甲 施行日之效力 法律自其施行之日起，直迄於廢止之日止，有其效力，就此期間，通稱曰：「施行期間」。法律於原則上，僅適用於其施行期間內所發生之事項。當法律施行之前，常應踐行公布之手續。自公布之日起，迄於其施行之日止的期間，稱曰：「周知期間」。民國二十一年一月二十三日公布施行的「法律施行日期條例」，即係規定施行之期日。惟於民國法

律常發生如斯之現象：（一）法令雖已制定公布，然因未定施行日期，其結局不得不認爲猶未施行。（二）法律之施行日期，雖於法文上明示：「以命令定之」，然其命令每常曠時日久，致該法律長陷於未施行的狀態。爲全法律的實效，爲達國民的信賴，切望今後立法當局有所善處。

乙 法律不溯及既往之原則 此原則，乃爲防止攪亂既存的法律關係、法律秩序，而以達成法律生活的安全性爲目的。惟此原則，乃法律適用上的原則，而非立法上的原則，乃一般的原則，而非絕對的原則。所以於立法上往往爲（一）符合新法的進化，以依新法較爲合理，（二）適合社會的正義，以從新法始適於民衆的要求，或（三）實踐立法的目的，以依新方法合於實際，而於例外，認法律有溯及的效力。例如：刑法第二條第一項前半，及民法施行法、刑法施行法中的規定。

丙 既得權不可侵之原則 此原則，乃和法律不溯及既往之原則，兩相關聯。凡本於舊法所生的權利，限於新法無反對的明文規定，應解爲既得權，於爲新法的解釋時，不許因新法的施行，而有所變更或消滅。然此也是法律適用上的原則，於立法政策上有必要時，也未始不可因立法而變更或消滅其既得權。不過既得權不可侵的原則和法律不溯及既往之原則，都是著眼於安定國民的生活，故於立法政策上應加充分的考慮。

丁 舊法改廢之原則 同一事項，而有內容上不相容的兩法律存在時，限於形式上踐行同一之制定程序，新法有優先的效力，這即所謂「新法改廢舊法」之原則。惟新法改廢舊法，常應維持如次之原則：

(1) 新普通法改廢舊普通法。

(2) 新特別法改廢舊特別法。

因特別法優先於普通法，故新普通法不能改廢舊特別法。但於新普通法中，定有明文改廢舊特別法時，不在此限。

戊 發展的解消 新法改廢舊法之原則，原係適用於公法・私法領域之原則。自就公・私法相混合・相滲透的部分，產生社會法 *Socialrecht* 的領域以來，更於此領域中發生「發展的解消」的觀念。社會法的產生，乃近二十年以來的事情，發展的解消的觀念，則見於今次大戰中，反民主國家的立法。社會法的系統，猶未整備，現在屬於此領域的法律，僅勞動和經濟法而已。如斯的法律中，尤其是經濟法常附加罰則的規定，其改廢動即影響及國民的經濟生活。經濟的情勢，時有變動，經濟法令隨著急激的社會情勢的進展，和經濟情形的轉換，往往有因修正・廢止的必要。可是這樣的修正或廢止，未必是國家經濟政策的變換。有時不僅是維持著從來的政策，而且更依新法為進一步的統合和強化。新法改廢舊法之原則，於此情形，所廢止者不

過是舊法的法律形式，這即所謂：「發展的解消」。

發展的解消，僅改廢法律的形式，而以新法統合。強化舊法的內容。自新法言，乃因舊法的不備而發展，自舊法言，乃因新法的代位而解消。於此情形，因新舊的趣旨並無變動，舊法雖已廢止，然限於新法無相當之明文者，舊法仍可追及適用於其有效期間內所為的行為。

已 一時法，亦稱：限時法。德國一九三五年六月二十八日的「刑法中改正法律」第二條之一第二項規定：「僅為一定的期間而公布之法律，其法律雖已失效，然對於其施行中所為之犯行，仍適用之。」其理由書載：「豫以從廢或其他方法，僅就一定期間所公布之法律，其法律雖於裁判當時，業已失效，然仍應適用於其施行中所為之犯行。蓋如此法律之刑罰制裁，當法律所定之極短期間行將終了之際，動使世人期待法律之失效，或希望對自己行爲之判決，遲至其法律失效以後。」一時法無溯及既往之效力，却有追及適用其施行中所為之犯行的效力。民國之法律相當於一時法者，（一）依從廢之方法，明示其爲一時法者，例如：民國二十年三月一日施行之「危害民國緊急治罪法」（參照該法第十一條）、民國十六年十一月十八日施行之「懲治盜匪暫行條例」（參照該條例第十一條）。（二）依其他的方法，得視知其爲一時法者，例如：民國二十四年軍事委員會委員長行營公布之「剿匪期內審理盜匪案件暫行辦法」，本辦法特冠以「剿匪期內」正足以示其具有一時法的性格。惟此問題，於我國似尙無人論及，即實務家之見

解，亦未必意識及此。

庚 施行法 一稱：「經過法」或曰：「經過規定」。通常於舊法時代所生的事項，適用舊法，於新法施行後所生的事項，適用新法，那麼，發生於舊法時以而存續至於新法時代之事項，應用新法呢？還是應適用舊法呢？爲解決這個問題，當爲重要法令的改廢時，常以明文爲立法上的解決；而別於本法之外，設施行法的規定。例如：民法總則施行法、民法債編施行法、刑法施行法等。

四 法律之人的效力，乃關於法律現實規定人之「人的界限」的問題。一國的法律，不僅對於國民有其效力，並及其效力於居住領域內的一般外國人爲原則。惟本於國民之身分資格——國籍，內國人和外國人間，自有所區別。關於國籍之得喪，應依民國十八年二月五日公布施行的「國籍法」。關於私法人，法進據民法總則第十一條至第十五條的規定，凡「經認許之外國法人，於法令限制內，與同種類之中國法人，有同一之權利能力」。

立法例上關於法律之人的效力，常設有種種的例外，惟於我國，主權屬於國民全體。（中華民國訓政時期約法第二條第一項）對於國民政府主席及立法院的委員，也沒有甚麼例外。

陸海空軍軍人，因有「軍人」——現役軍人、在鄉軍人、「視同軍人」及「軍屬」之身分，依民國十八年九月二十五日公布施行的「陸海空軍刑法」，其犯同法之罪者，適用該刑法處罰，這是人的效力

之一例外。陸海空軍刑法，專適用於陸海空軍人，然合於從法第二條規定之情形者，雖非陸海空軍人，亦有適用。這又是該法的一例外。

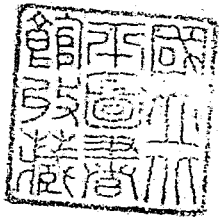
中國的法權，曾受不平等條約的束縛，自民國三十二年十月十一日，中美·中英平等互惠新約簽字以後，已完全收回法權，外國在華的領事裁判權，跟着撤廢。「美國與英國人民，或社團，在中國享有的領事裁判權撤消，今後美英在中國領土內的人民或社團，應依照國際公法的原則及國際慣例，受中華民國政府的管轄。」

依着國際公法和國際慣例，一國的元首·外交使節及其隨員·軍艦搭乘員和受一定責任的指揮官所指揮的軍隊，應各從其本國法。這些的人，因具有特別身分，為保持國際禮儀並使其得圓滿的行使職務，故認其有治外法權。其他的外國人，（一）依政治上的理由·凡憲法上的權利義務——參政權及兵役的義務，（二）依私法上的要求，凡身分·能力·親屬·繼承等事項，亦從其本國法。

五 法律之地的效力，乃關於法律的規範力所及之地鑿的範圍的問題。一國的法律，原則上及於其領域的全體——領土·領海及領空。

然對此原則，亦復有例外，（一）本於社會上·經濟上的事情或其他理由，（二）本於政治上·習上或其他理由·有僅限於一定的地域得以適用者，例如：關於都市計劃的法令，有以行於一法域之，未可依據適用於他法域者，此於綜合多民族而構成的國家，不乏其例。

法律的效力，爲保持法的強行性・一般性，故應建樹法的原則的效力。同時爲維護法的安全性・個別性，故應肯定法的例外的效力。前者：按排已醇化於法律的生活，後者：顧慮猶有未能統一於法律的生活。法律的效力，是生活的法律化的最後工作，又是法律的生活化的初步試驗。



中華民國三十五年五月一日印刷
中華民國三十五年六月一日發行

作	有
權	著

著 者 童 沂

發 行 者 莊 湘 波

印 刷 者 苗 文 治

印 刷 所 文 興 印 書 局

發 行 所 大 公 書 店

吉林省長春市大馬路
電話二一五八八八

