

清华大学出版社

吴经熊 著

# 法律哲学研究

汉语法学文丛

## 第一部分

---

法律的基本概念

法律的三度论

正义的探讨

自然法哲学的比较研究

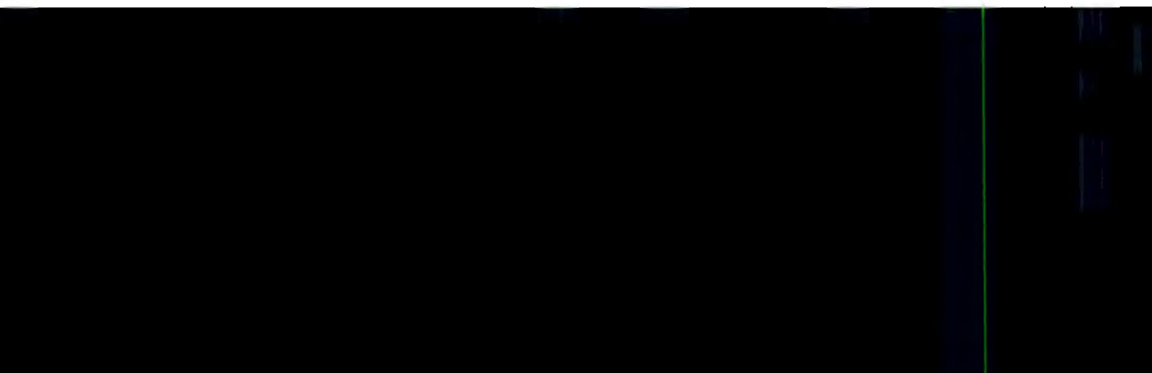
在进化中的自然法

中国旧法制底哲学的基础

中国新旧法制在哲学上之基础

唐以前法律思想底发展

法律之多元论



# 法律的基本概念<sup>\*</sup>

- 一、绪论
- 二、法律的标准
- 三、法理的性质
- 四、法律和文化
- 五、法律与历史
- 六、结论

---

\* 原刊《改造》(1922年2月)第4卷第6期。

原编者按：国中号为法学大家者，非所谓通德国、瑞士、意大利、日本民刑法条文，而知所比较者乎？然法律本于法理，故法学初不以条文比较为限。自十九世之后半，哲学界有所谓实证主义（Positivism）。此风传及法学界，于是成文法派（Positivist school）独执法学界牛耳。吾国之法学家，其下焉者执一部日本六法全书，而自比于法律专家。其上焉者，如王亮侔之译德民法为英文者，亦谨守成文法派之规矩而不敢逾越者也。当世之承平，社会秩序不生大变动，则各国法文彼此转相模仿。若夫社会营造之日，非推令人心之隐微，则不能寻绎新法理而立法界之新系统。前乎成文法派者，则有所谓自然法派。自然法派者，本理性说以立法之总纲。而成文法派乃承其绪余，以成今日灿然具备之公私法。迨乎欧战以还，公法界之革命者，则有狄骥（Duguit）、拉司克（Laski）等等。私法界之革命者，则有奥之孟格（Menger）以及其他欲以社会主义之改造民商法者。盖本良心之所安，以创造新法理，如昔日自然法派之所为，殆不远矣。吴君经熊学于美之密歇根（Michigan）大学，著中国法律沿革及其法理。美之法学家庞氏（Dean Pound）读而题之，乃见吴君，则二十四岁之青年也，语之曰：学问如君宜速至欧，以德之施塔姆勒（Stemmler）、法之惹尼（Gény）（南西大学教授）为师，并为之推荐于卡纳奇和平协会（Carnegie Foundation），资遣吴君。今吴君已在欧陆，将上溯黑格尔之法律哲学，下及近世思潮之变迁，其必有大贡献于世界与吾国，我所深信不疑者也。方我离欧洲，吴君出示其近作《法律的基本概念》，文中语云：“人的精神是自由的，海阔天空，没有人可以捉摸得到，想做什么，就要做什么。”又云：“精神界科学问题是应该怎样？其答案是个创作。”此寥寥数语，与柏格生全部哲学之要旨完全相合。盖吴君越脱成文法派之束缚，而为法界开一新生面之旨趣亦在是矣。吴君勉乎哉。

君劭识（二月二日）

## 一、绪 论

研究法学的方法和研究别种科学是一样的。先把那根本上的原理彻底悟会了，其他的枝叶问题就可不劳思索，迎刃而解。比方代数、几何、物理、化学都有确定的公式和定例；学者根据那种公式和定例就可解释各种变化无定的问题。要是没有那种公式和定例，就要觉得头绪纷纭，顿时无从着手，怎能造出一种科学的统系呢？但其间有一异点就是代数、几何、物理、化学都属于自然科学；那自然境界上的现象如影随形，都有定理可以推测。法律学并非自然科学，乃是一种精神界的科学，——乃是社会科学之一部分。精神是一样活动的东

西,吾人难以捉摸,其变化亦复神妙非常,与天然现象大不相同。要在精神界的科学上作个公式下个定例,那个公式和定例断乎不能如八八六十四和  $H_2 + O = H_2O$  的呆板且绝对。何以故呢?因为人的精神是自由的,海阔天空没有人可以捉摸得到,想做什么就要做什么。那“想做什么”是个因,那“就要做什么”是个果;因既活动,果亦不免随了活动。所以自然界只有现象,精神界则有事业。自然科学的问题是“究是怎样?”其答案是个发明,其所证明的是“有因必有果”;精神界科学的问题是“应是怎样?”其答案是个创作,其所奉为信条的是“有志就成”。万物的进化是在天演;人事的进化是在猛进。宇宙间惟有人心是最灵活,既难束缚又难察量。那自然的“光”“热”“电”虽然奇妙,然还可以用各种科学仪器来确定他的度数;人心的“光”“热”“电”(知、情、意)那是更属奇妙了,没有什么科学仪器可以用了来察量其度数。照这样说,那人的心理果为一种不可研究的东西吗?人心既不能研究,精神界上的科学就没有什么公式和定例之可言了!那又不然的。人心虽不能用有形的仪器来推察,却可用无形的仪器考查他一下。在精神界上的科学,我们用以察量短长,评判是非的仪器都是无形的;虽然无形,其正确和稳妥倒不让那有形的仪器。法律学既是精神界科学之一部,自然亦有一种无形仪器,即是标准。标准拿定了,就不难再造公式和定例。

## 二、法律的标准

从前孔子曾经说过:“礼云礼云!玉帛云乎哉?乐云乐云!钟鼓云乎哉?”现在我也要依样葫芦说句话:“法云法云!条文云乎哉?”玉帛是礼的用,非礼的体;钟鼓是乐的器,非乐的本;条文是法的骸,非法的魂。所谓“体”所谓“本”所谓“魂”,都是标准之别名。礼的标准可以用一“敬”来代表他;乐的标准可以用一“和”字来代表他;法的标准却用个“理”字来代表他。所以“敬”、“和”、“理”是治礼、乐、法的人用以察量短长,评判是非的利器;靠了那种利器,善恶真假即可一辨而

知。天下固有不敬的礼,不和的乐,不合理的法,但便是礼其所礼,乐其所乐,法其所法,并不是我心目中的礼、乐、法了。这种礼、乐、法,即使能够冒着礼、乐、法的名横行一世,那也不过是暂时的。以历史的眼光看来,却是无足重轻,在不足挂齿之例。现在休论礼乐,且先以法学讲来并与海内外学者讨论一下。

方才不说法的标准是个“理”字吗?这个“理”字先要讲得明明白白才可免得有隔靴搔痒的毛病。中国宋明诸儒为了这个“理”字,质难辩论,曾用了一番苦功。但其结果真理愈弄愈涩,门户之见亦愈弄愈多,说来亦觉可怜得很。清代诸儒以为前车可鉴就起了一个大反动!这个反动在中国思想界至今尚占势力。欧美十八九世纪诸法家亦想专恃一个“理”字来解决一切法学上问题。现在二十世纪的一般法学巨子新近也起了一个大反动。全世界思想家正似不约而同对于这个“理”字大革命起来!我现在还有这样大胆来拥护他吗?但是诸君要晓得,二十世纪并不是无理的世纪,只是二十世纪的理,和中国宋明诸儒脑筋中的理,和欧美十八九世纪诸法家所坚持的理不同罢了。据我看来,宋明诸儒的理和欧美十八九世纪的理是个昭昭灵灵不可捉摸的理,其流弊就像戴东原先生所说,“启天下后世人人凭在己之意见而执之日理,以祸斯民”。又如顾亭林先生所说:“置四海困穷不言,而讲危微精一!”二十世纪的理是个实事求是的理,——固非幻想中之理,又非书本中之理,却是社会日常行事中之理,东原先生所谓“情之至于纤微无憾,是谓理”是了。因为除开实事,就无是非之可言;除开人情,就无真理之可言。情即是理,理即是情,情和理固属一而二,二而一的,万万不可分离而讲。俗语所谓“人情入理”却是一句佳话,——能人情便能入理了。俗语又说“王道不外乎人情”,真是千古不能改易的话。

### 三、法理的性质

“法律的标准是理”这句话似极简单,但仔细想来倒发生了一个疑难问题,就是说:“这理还是天经地义,万劫不磨的呢?还是随地推移,



随时变迁的呢？”换句话说来说，这理还是绝对的呢？还是相对的呢？照我看来，理是绝对的也是相对的。怎么说呢？待我引几个法律格言明白地解释起来。比方我们常常说：“法律应该是公平的”，从其抽象方面看来，这句话是永远不可改易的，因为法律如不公平，即失了法律的命意了；但从其实质方面看来，“公平”二个字的内容却是随着时代思想变迁的。比方中国古时以出妻为极公平的事，曾参的妻服事曾参的母亲稍稍不周到一些，曾参就把她驱逐出了。当时曾参得意洋洋，以为做了一件极正当极公平的事。照我们眼光看来，不觉为曾参的妻代抱不平，因为我们的脑筋中只有离婚的事，没有出妻的事。再说句游戏的话，将来人人也许以出夫为公平也未可知的。无论如何，我们可说公平的实质是没有一定的。但我们须注意，那公平的实质虽然变化不测，然而公平的名目是永远存在的，所以形式上讲来，法律的标准却是绝对的。再有个法律格言说：“公共幸福为无上之法。”这句话又是形式上绝对的，实质上相对的。幸福的定义不一而足，随吾人的人生观而变的。伊壁鸠鲁以身心逸乐为幸福，庄子以逍遥世外为幸福，老子以无为为幸福，孔子以大同为幸福，杨朱以一毛不拔为幸福，耶稣以杀身救人为幸福，边沁以“最大多数的最大快乐”为公共幸福，汤武以“匹夫匹妇皆被其泽”才算公共幸福。但以上所举都是个人幸福观的不同。笼统而讲，一时代有一时代的幸福观，和别的时代迥然不同。既是这样，我们可说幸福的名目虽然不变，幸福的实质却是各时各别的。再有一个法律格言说：“享受自己的权利，以不损害别人的权利为限。”又是形式上绝对的，实质上相对的。权利的名目不变，而权利的内容却是无定。最显而易见的就是专制时代人民的权利的范围比在共和时代狭窄。只是无论什么权利——即使我们现在所梦想不到的权利——也不可越出“不损害别人的权利”的限制，所以我说形式上这句格言是绝对的。以上三个引证可使我们晓得抽象的理和实质的理——名和实——的辨别。抽象和实质有形式和内容关系，两方面须要并重；因为没有形式，内容就要捣乱了；没有内容，形式就成枯竭了。抽象的理是天经地义，万劫不磨的。实质的理却是随时推移，随

地变迁的。抽象的理可以求之于通常人的心中,比方我们所已经提起过的格言“公共幸福为无上之法”,即使五尺童子,也可用了他的良知良能来断定这话是对的。但我们如果问他什么是公共幸福,他就一时不能回答了。他也许回答道:“公共幸福就在个个人有饭吃,有衣穿,有屋住,并且个个人也受教育。”但是“衣”“食”“住”和“教育”不过是普通的名词。从实质方面而讲,衣、食、住和教育仍是各时各别的。太古的时候,“兽革木叶”,也算是衣;“茹毛饮血”,也算是食;“穴居野处”,也算是住;“钻木取火”,也算是教育。那时候生活简单,人事省略,只用了结绳的政,徧皮的礼,日中的市,像刑的法,已足足可以应时势的需要了。后来生活程度逐渐增高,文明也随之长进,直到现在,物质上和精神上的文明赳赳日上,所以法律也势必至于一天复杂一天。法律的简单和复杂,随时势而变;但是万变之中,自有有一个不变的真理在里面。《尚书·吕刑》所说“惟齐非齐,有伦有要”,意思就是说,天下没有常法,惟法律的精灵却是无始无终,和天地并存。过去如是,现在如是,将来亦复如是。欧美法家所谓自然法和老子所谓常道,照我看来都是指示那宇宙间的一点精灵。他们的意思并不是说法律不可变,乃是说正为宇宙间有这个精灵,所以法律能够时时进步,时时生长。凡研究法学的人不可不懂此理。《商君书·更法篇》说得好:“法者所以爱民也,礼者所以便事也,是以圣人苟可以疆国不法其故,苟可以利民不循其礼。”又说:“常人安于故习,学者溺于所闻,此两者所以居官守法,非所与论于法之外也。……前世不同教,何古之法?帝王不相复,何礼之循?……各当时而立法,因时而制礼,法以时而定,制令各顺其宜,兵甲器备,各便其用;臣故曰,治世不必一道,便国不必法古。……”所谓“法之外”即法外意。法外意就是自然法和常道的别名。

#### 四、法律和文化

英国人有句话说道:“法为人而设,人非为法而设。”这话说得很通。法律本来不是目的,却是一种手段。手段的好歹,全视他的功效

怎么样而定。法律既是手段,他的目的究竟是什么呢?简单说来,法律应该以人类的目的为目的。那么什么是人类的目的呢?我可以这样说,人类的目的在于促进文化。所以法律的目的,亦在于促进人类的文化。“文化”两个字包罗万象,极其广大。凡是人类精神上和物质上的一切活动,无不包括在内。仔细解拆起来,文化含有二个重要的意思,缺一不可:第一是对于人的本性而讲,就是以理胜欲;第二是对于人的环境而讲,就是用智力驾驭自然势力。大家必须将政治、法律、哲学、宗教、科学、文学和一切的社会学分业组织,通力协作起来;切不可互相排轧冲突,以致糜靡精力,阻碍进步。学者最当注意就是不可将自己所研究的学问当作促进文化的独一无二的手段,以为别种学问都与文化无关紧要,一律可以废除的。比方,治经济的说政治和法律无用,治科学的说哲学和宗教不行,诸如此类过情的抨击都是见识浅陋的明证。中国春秋时代儒家和法家互相争论,几以为法律和道德是枘凿不相入的。不知法律自有法律的作用,道德自有道德的作用。离之双美,合之两伤。我现在想想,中国文化不如泰西文化的发达,原因甚多,但其中最重要的就在于道德和法律二途没有分业的组织和协作的缘故。

法律既为促进人类文化的一种手段,人类文化既为随了时代变迁的东西,那么,我们自应创造活法,废止死法,创造动法,废止静法,庶几文化不至停滞,人类亦得以进步了。梁任公先生说得好:“……造时代之需要既去,而制度之遗蜕仍存,则国民能力必为此种逾时失效之制度所限制,而萎缩其一部分。”所谓遗蜕,即是精神的反面,没有精神的法律——死法——就是黄梨洲先生所说的“非法之法”了。法学家的本分就在一面革除那种死法,一面创造活法出来,以扶助文化事业。譬如我们中国人缺乏个性,大半多由旧家庭奖励倚赖性质所致,我们终要想个法儿将这种过时失效的制度改革一下。法律、经济、宗教、教育各部分都当联络起来,将那习惯、旧观念一概扫尽。到了二三十年之后,也不怕个性不尽量发展了。个性既经发展,真正的合群精神和协作能力方能实现,文化事业自然容易发达了。再如我国近来天灾人

祸屡见不鲜,推其原因都在于科学不讲究,教育不普及,交通不便利;我们不能改造天然环境,所以反被他束缚和压制;不能用人定胜天的精神来解放自己,所以永远做了迷信的奴隶。那真是最可痛哭流涕的一件事。若然各种学问,前者唱邪,后者唱许的联合起来,用智力来驾驭自然势力,一面除掉国家的公害,一面兴起国家的公益,方才可使学问与社会幸福的关系一天密切一天,那文化事业自然不至有名无实了。

## 五、法律与历史

说到此地,我心里却发生一个疑难问题,就是历史亦是科学之一种,但历史是专载过去的文化事业的,我们要用什么方法才可利用历史上的教训来帮助现在的文化事业呢?过去的人类一定曾会用过种种手段,——利用他们过去的法律、政治、教育、经济等等成就他们的文化事业。但是他们究竟用过怎么样的法律,怎么样的政治,怎么样的教育,怎么样的经济——简单说,怎么样的一切制度呢?这个问题的答案可完全求之于历史。但这个答案并不是历史的主要教训。因为只能晓得过去时代所用的种种制度而不懂他们所以用那种制度的缘故,不但于学问上无益,并且于事实上也要产出泥古不化的祸害来。我们必须利用过去人类的经验和阅历来改良现在的社会,万不可把一部历史死读,转以蒙蔽现在时代的需要。历史好比是祖宗遗产,我们能把那种遗产当作资本金用来经营新事业,扩充旧根基,才算得荣宗耀祖,光大门楣了。否则将所有遗产,一概藏在地坑中,守株待兔,何益于事?我们自身或者还可以糊涂过去,但我们的子孙就要受我们泥古不化之累了。俗语说:“宁生无赖子,莫生守财奴。”因为无赖子一定很有才干,一朝醒悟还有发财的希望。那守财奴真是一个糊涂虫,却是全无希望的。依我看来,历史曾供给给我们许多极宝贵的教训,但其中最有价值的就是人类的文化事业,是由无数的解放运动积聚而成。解放可分为三种:(一)肉体上的解放,这是关于衣、食、住的问题。例

如抑洪水,驱猛兽,除荒灾,御饥寒,以及现在的均产主义和劳动神圣主义,都属此类。(二)知识上的解放,这是关于科学和哲学的问题。以大学所说致知格物为宗旨,并用评判的精神、怀疑的态度来研究一切学问,庶不致溺于迷信和习尚,致闹出种种惨剧来。(三)精神上的解放,这是关于爱的问题。爱贵自由,不贵强迫。例如结婚的自由,乃是男女爱情上的解放;宗教的自由,就是天人交通上的解放。笼统说来,凡一切法律,如他的性质是属于解放的都是合理的法律,如他的性质是属于压制或束缚的就是不合理的法律了。但是我们要记得人类的解放绝不是一朝一夕,就可完全办到的,各时代既有各时代的弊病,各时代即有各时代的解放——一则文明程度大有高低,二则时代思想各有差别。即据欧洲法制史而论,也曾经过种种专制的解放。第一步是人类脱离教会的专制而得解放,第二步是脱离贵族的专制而得解放,第三步是脱离君王的专制而得解放,第四步是脱离法律的专制而得解放。我们须晓得不但人治有专制,即法治亦有专制的。法治自然比较人治略带些客观的色彩,然而那种客观有时也靠不住的。

完全的客观,非以社会上真实情形来做对镜不可。法律不过是医治社会毛病的一种科学。我们看病下药固然不可将自己主观的意思来作标准,但亦不可专恃一定不易的老药方来作标准——那老药方虽然比我们自己的意思稍稍客观一点,但从前造那老药方的人终究也不免有些主观的意思夹杂其中;所以为尽善尽美的计莫如先将医学的原理彻底研究,然后再对症发药,那才算纯粹的客观了。治法学也应对症发药,因地制宜,为一种独一无二的方法,切不可泥古不化,辜负了法律的本来命意。现在美国法院解释宪法中“自由”一个名词,很有研究的价值。例如资本家和劳动者订定雇佣契约,资本家方面应允每天付工价若干,劳动者方面应允每天做工十二小时以为报酬。后来国会通过一条法律,规定劳动者订定契约不得超过每天八小时工作的限度。资本家见了那种法律就大肆攻击,说这是与宪法上赋予的自由权违背了。他说:“宪法既担保一切行动自由,那订契约的自由,亦是行动自由之一部分,我和劳动者只要双方情愿,各无异言,国家何能干涉我

们的自由？宪法是神圣不可侵犯的，现在解释宪法，应当根据从前手订宪法的人的见解。”法院的主张和辩辞大概可略述如下：

宪法是十八世纪的人物所订的，那时实业没有发达，资本和劳动的阶级自然无从发现。那时的工作多带农工的性质，每天即使做十余小时的工，也不至妨害身体的强健。现在工厂内的工作容易使人困疲，每天过限八小时，即与卫生大有妨碍，终究非社会的幸福。现在时代的情形和需要都为那订宪法的人物所想不到，所以十八世纪的自由的定义断乎不能适用于现在时代，因为个人所享的自由权，当以不损及社会为限度。

这是从“法律的专制而得解放”的一个佳例。这个解放是由法学和社会学结合而产生出来的。纯粹的法治主义不免有种种流弊，必须用治社会学的手段去补救他。中国古时有一位慎到可算主张纯粹的法治的代表。他说道：“法虽不善犹愈于无法，所以一人心也。夫投钩以分财，投策以分马，非钩策为均也，使得美者不知所以美，得恶者不知所以恶，此所以塞愿望也。”“法虽不善犹愈于无法”这两句话或者还通得过去。因为法治终究比人治稳当一些，——以钧石权衡定轻重，终究比以心裁轻重靠得住一些。然而既有了法律，就不可不防法律的专制。法律要是不善，在人民的主观方面或者还可稍“塞愿望”，然而从真正的客观方面看来终归仍旧有不平的事实，所谓“塞愿望”，恐怕也是画饼充饥、望梅解渴罢了。总而言之，我们定要指使法律服务人类，不可使人类做了法律的奴隶。换句话说，法律应当本着文化的需要而定，切不可和文化作对敌！

## 六、结 论

以上所论偏重于法律的动力学(legal dynamics)，而忽略法律的静力学(legal statics)。法律虽然时时进化，但在一个时期中央总有一组

规定的法律使吾人得藉以“居官守法”。只是这部分的法学不在这篇文章范围之内。况且现在中国正处过渡时代，自然贵动而不贵静，贵创作而不贵谨守，——进一步说，我们即使要守，也恐无法可守。至于“什么法律才配中国现在的情形”这个问题，非一人所能回答。我们学者须要联合起来研究社会的情形和需要，待社会的情形和需要研究出来了，就不难再想更正和补救的方法。这篇文章不过为治法学的人定一个方针罢了，至于方针之好不好，我很希望海内外学者的评判。

# 法律的三度论<sup>\*</sup>

- 一、三度的法律理论
- 二、法律三度论的一些成果
- 三、结语

---

\* 原刊吴经熊等：《中国法学论著选集》，台北，汉林出版社，1976。



## 一、三度的法律理论

麦斯鲁(J. de Maitre)氏在其所著《法国论》一书中说：“在我一生中，曾经看过西班牙人，意大利人，苏联人等等；感谢孟德斯鸠的大作，我甚至知道有波斯人；然则谈到‘人’，我敢声明在一生中，我并未遇见过；如果真的有‘人’存在的话，那我就不了解了。”心理学家洪德(Hwünderl)氏亦曾说：“如法律哲学上所假定之抽象的人，从未在时、空任何一点上存在过。”

因此，有一更充分的理由，我们可以说，如法学家所假定之抽象的法律，从未在时、空任何一点上存在过。抽象的法律，系属于本质的范围，并非存在于真实的世界。

在真实的世界,除了有此和彼特殊个别的法律外,别无他法。

每一个别特殊的法律,均具有三度:

(一) 时间度:所有法律均存续于一定时间中,都具有时间的属性。柏格森学派的用语,谓时间“吞食”一切存在的事物。因此具体存在的法律,亦不能免为时间所吞食。

(二) 空间度:所有的法律,均在一定的领域,或对一定的人民(如游牧民族),发生效力,没有一种法律,其效力范围是普天下的,它的管辖权是毫无限制的。

(三) 事实度:所有法律均与事实有关,在逻辑上,有什么是关于这件事的法律? 询及“什么是法律”? 这一问题是毫无意义的。律师亦将为此类问题所困扰。每一法律均统制一定的事件,或一类的情事。不论它是真实的,或是拟制假定的事实,均构成法律的一面。

可见,每一法律均有三度,无时间,无效力范围,和无事实争点的法律是不存在的。问题常是“什么是此时此地或彼时彼地,关于此一案情或彼一案情的法律”?

## 二、法律三度论的一些成果

(一) 法律三度论一被接受,则法律学便进入一崭新的领域,它不再是一种形式学科,而变为一种归纳的学科。当律师询及“什么是统制此时此地,某一类特殊案情的法律”这一问题时,他便不再依赖纯粹的演绎方法。即把制定法当为大前提,事实当为小前提,而以所得结论当为法律。然而此事并非如是简单。因为如果此一制定法是十年前通过的,在案情发生时,已获致新意义;或者由于废止;或者由于其他外在环境的变迁,它甚至可能已经失其功效。换言之,时间可能吞食此一制定法,而且吸尽它的所有精神,这制定法已不再是法律了! 我了解,一制定法是否可因失其功效即被废止的问题,常遭争议;并且亦因不同的法律制度,而有不同的答案。例如,《西班牙民法典》有一规定:“法律仅能经由后法和无效加以废止后,与其相反的习惯和实

例,才能有效的援用。”然而,我们必不为文字所骗;因为权威法学家苏卡摸拉(Scaevola),曾就此一规定批评说:“是否此一原则在实务上完全适用?我仍不无怀疑。当一法律条文失其功效,而有一习惯形成,并与之相对抗时,由于此一法律条文不能应乎时代的需求,或者生活于此一时代中人们的理念,所以纵使立法者仍执拗地欲强加保留,也是毫无用处的。我们可在同法第五条第七项第六款中得到明确的证明。它规定:‘凡为变戏法或以斗牛为业的子孙,均丧失其继承权。’此一法条,虽未为其他后法所废止;但是并没有人遵从其规定。”事实上是时间吞食所有制定法,自亦包括防止时间吞食的法律在内。

如果上述的情形,在那些以制定法明白规定,制定法不能因其失去效用,即径认其被废止的国家是确实的话,那么,在没有此类规定的国家,则更是真确。叶尔斯生(Erskine)在其名著《苏格兰的法律原理》(*Principles of the Law of Scotland*)一书中曾谓:“习惯当其于制定法同等建立于立法者的意志之上时,即具有同效力。因此,当一制定法得为另一制定法所废止或解释,则一制定法亦得由社会共同的习惯所解释,甚且得因后来与之相反习惯的对抗,而丧失其效用。”纳年(Nat han)在其《南非的普通法》(*The Common Law of the South Africa*)一书中,亦持相同的看法。他说:“不仅后法可废止前法,而且前法亦得为习惯所废止。盖以人民表现其意志,初不因运用的方法不同而有别,所以法律不仅因立法者的意志而更改,而且可因制定法的失去效用,并为社会大众的默示同意所变更。”

时间乃一不速之客,不论愿意与否,它都会溜入法律的宅第。前门拒之,它便会由后门悄悄地溜进。

(二) 法律三度论的逻辑另一成果,便系所有的法律均与事实相关。法律与事实共存亡,法律并非产生于事实发生之前。谈法律而不言事实,诚属荒唐!

因为没有两个案件彼此案情毫无差别,所以我们不能从彼案的判决而演绎此案的法律。我们只能用类推的方式,以彼案的判决类推适用到此案。类推的方法是归纳法。运用此一方法所得的结论,并未提

供给我们绝对的确定,而仅能带给我们合理的确定。律师可运用一种类推的方式,法官亦可运用其他更适合的类推方式。换言之,类推的方式,容许一可变性的广大边际(a wide margin of variability)存在。因此,与其谓法律为逻辑的演绎,不如谓其为预测之事,较为适宜。未若逻辑的演绎,预测多少容易导致错误。

### 三、结 语

法律是一种预测,然而预测什么呢?此一问题,在许久以前,霍姆斯法官(Justice Holmes)便已作回答,他说:“法律是法院在事实上,将为何行为的预测。”当诉讼当事人,至其法律顾问处去问:“基于这些事实的法律是什么?”斯意乃在询其法律顾问,法院基于这些事实,将作如何判决的意见。法律顾问在提出建议前,如若有关于此一案件的制定法,则首应以它为根据,同时寻找这些制定法,法院如何解释并下判决。如果此一案件,乃斯制定法所首次遭遇者,他就须当试了解,同类的制定法如何经解释过。如果就此一案件,无相关的制定法时,他即须寻找出,法院基于同类事实,如何下判决。如果此一案件十分特殊,可说是毫无先例时,则他便须去参考公认的权威著作了。制定法、制定法的解释、先例、权威著作,提供法院将如何行为的预测基础。它们均非法律本身,而系法律的根源。法律本身是根据此根源的专家预测。要明白法律,便系能够对于法院的行为,作具有充分根据的预测。不过,有时候即使是一具有充分理由的预测,亦告失败。我们不能置谴责于法律专家之门。而宁愿说此乃附着于法律本身的一种固定的意外现象,非必然性,不规则性和不能决定性。一种具有足够理由之预测的错误,预示法律本身而不免有瑕疵存在。

# 正义的探讨\*

- 
- \* 1966年6月6日对“国立政治大学”法律学系全体同学主讲,丁道原笔记。

刘校长、张主任、各位同学：

这次应邀来到贵校对法律系全体同学演讲，主要是因为刘校长与丁教授对我的谦和与礼让，使我不能不答应他们的要求，然而答应了以后，又懊悔起来，因为我现在住在自由之家，既乏书籍可资参考，又没有好好的书桌可以准备，只得匆匆忙忙地打了一番腹稿，结果是不堪简陋，所以还要请校长及诸位同学多多原谅！

因为你们都是学法律的，你们应该知道法律的最高理想是“正义”，Justice，也就是“公道”，或“公平”，不过用“正义”二字说明 Justice 的意义似乎是更为确当。我们学法律的人，为什么要学法律呢？有人说是因为其他功课学不好，才学法律的，其实法律是一门极高尚的学问，你们要学法律，必

须有科学的头脑,健全的道德观念,崇高的人格,以及审美的天才,这样去学法律才可以成功。你们千万不要看不起自己未来的职业,法学是一个神圣的职业,是以正义为它的最高准则的。

不过“正义”并不是单纯的原素,它的观念很复杂,含义也很丰富,它是含有“真”、“善”、“美”三种成分的。

我们先谈“正义”与“真”的关系,例如人家没有犯罪,你们硬要说他犯罪,这就是不公道,没有“正义”。所以无论民事、刑事案件,都应该先把事实弄清楚,才可以加以判断,否则事实明明是错误的,要是张冠李戴,那就不公道了。于此公道和“真”的关系,其密切的程度,可以想见了。关于“真”这一点,无论在心理学方面,物理学方面,或者医学方面,因近代科学文明,日有进步,求真的方法,越来越高明,所以它们对于正义,都有相当贡献的。比方说:有一个孩子,究竟是不是你生的,甲说甲的主张,乙说乙的理由,但过去因缺乏“正确的标准”,所以皆不大可靠。现在医学上,已有相当可靠的方法,证明血统的关系了。法律也逐渐把新的方法,采取作为证据了。又如今日在美国为测验司机是否有醉酒开车的情形,特地发明一种“醉酒侦察器”,以便侦察司机血液中的酒精成分,若是测出的酒精成分很高,那么事实俱在,当然没话说了。至于司机的速度有否超越规定的标准,也可以用雷达测得出来。当然他也无话可说。吾人时常认为二十世纪是心理学的世纪,对于法律证据的搜集及衡量,也有很多方面的启发及贡献。总之,求“真”的工具愈来愈进步,则法律也是愈来愈进步,这主要是因为“真”是支持“公道”或“正义”的。这样看来“真”岂不是“正义”的基础吗?

其次讲“正义”与“善”的关系。“善”虽与“真”不同,然而与“正义”也是有重要关系的。“善”虽不是“正义”,确靠“善”来发扬光大。究竟法学是个社会科学,而不是自然科学之一种。因为法学除求真外,还要注意“价值”的成分和权量利害关系的问题。因此法学实在要比自然科学复杂得多。换句话说,我们除了重视因果关系外,还得讲求“价值”同利害的轻重问题。比方前几年,在美国有一件很有意义的案子。警察早已知道某人是个做吗啡生意的人,有一次想去抓他,当警察刚

刚走到那人的住宅的楼梯口时,看见他的桌子上正好放置着两粒吗啡,那人急中生智,遽然将这两粒吗啡立即吞下以图消灭证据。这时警察颇感困扰,因为证据没有了,连忙把他带到警察局,用一个打气筒,把他吞下的两粒吗啡吸了出来。至此,物证确凿,于是呈送法院,在第一审被判徒刑。后来这个案子一直打到华府联邦最高法院,竟然发生了所谓人权保障问题,因为这两粒吗啡是经由警察人员的不合法手段所取得的,不能视为正常的证据。而且最高法院的法官们认为此风不可长,单凭警察片面说明,殊不足以采信。经评议结果,竟然将那件案子发回重审,结果是判决无罪。我举这个例子就是要说明“正义”的拥护,不但要有“真”,而且还要有“善”,因为司法人员若是以不“善”或不道德的方法取得证据,也是法律所不容的。至我国《书经》里面,已有“与其杀不辜,宁失不经”的名言,这就是权衡轻重的结果。讲到“正义”与“善”的关系,实在是非常微妙,也是法理学中最难解决的问题,这就是所谓法律与道德的问题。须知法律不能以强制的方法来执行道德,同时又不能把道德摈绝于法律之外。法律失去道德的成分过多,就形成了不道德,不近人情,没有进步的可能。

另一方面,法律如果把道德成分全部摄收了,结果也会到不近人情的地步。例如我国的旧法制中,是没有纯粹的民法的,从《唐律》到《大清律》无不如此。比如依据《唐律》规定,欠债不还的人除依约责以归还外,还要科杖廿板,这就是因为当时的统治阶级把法律过分地道德化的缘故。从汉朝到清末,中国的法制是建筑于变相的儒家和阴阳五行的宇宙论之上。他们把道德当作阳,而把法律当作阴。若是将法律与道德放在一起,便成了一个阴阳面,阳是高贵的,阴是卑贱的。在这种理论下,民法固然无法发展,所以我们倘使把道德与法律过分地并为一谈,结果自然两不像了。记得《唐律》中曾规定父母死后要是在三年之内夫妻生小孩子的话,那么便要依法科刑。这是因为父母既死,夫妻是不容作乐的。这种规定,迄至明朝,才加以取消,因为明太祖认为太不近人情了。准此,当可说明“善”在法律中的地位固为重要,但法律不能与道德混为一谈。



可是,法律也不得与道德绝对分离,因为那样一来,便不是法律了。像我国古代的法学家商鞅及韩非之徒,皆认国家权力为法律的独一无二的渊源,绝对不承认在制定法律以外,还有所谓自然法的,因此把仁义、道德、诗书、礼乐等认为危害公共秩序。这样偏激的主张,结果不但不道德,而且落于刻薄寡恩、作法自毙的终局。他们的主张,是违反天理,不近人情的。所以虽然能致富强于一时,结果还是一发如雷,一败如灰。所谓“法家”实在是真正法治的罪人。使后来的人听到法律就感头痛,也看不起学法的人,所以一直到了清末,还没有律师这门职业,所有的刀笔,都不能在法庭露面,这就是受汉朝阴阳说法的影响。试想他们从前把阳视为高贵的一面,而把阴视为黑暗的一面;所谓太阳是阳的,月亮是阴的;春夏是阳的,秋冬是阴的;男人是阳的,女人是阴的;道德是阳的,法律是阴的;于是发生了种种不平等的观念,男女的不平等不用说,就是道德与法律,也成为主与奴的关系了。大家都知道台湾地区现行“刑法”第一条规定:“行为之处罚,以行为时之法律有明文规定者为限。”这是一个健全的原则,其目的在乎保障人民的自由。这个原则,和台湾地区旧法典里所规定的“诸不应为而为之者,杖四十”不可同日而语了。在现代的新法制之下,法律与道德,不复是主与奴的关系,乃是在平行线上分工合作的关系了。

其次,我们再看现行“民法”第一条的规定:“民事,法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理。”又同法第二条的规定是:“民事所适用之习惯,以不背于公共秩序或善良风俗者为限。”民法里,往往把善良风俗和公共秩序这两个标准并提双举。善良风俗就是民族道德生活的结晶,足见道德为民事责任的一个重要渊源。刑事责任虽然以法律明文规定为惟一渊源,可是在量刑方面,道德也是一个有力的因素。总之,法律与“善”的关系,非常密切,同时也极其微妙。所以法律与道德好比夫妻一样,不能容一方的人格被抹煞。反之,应当求其调和一致才是。

现在再讲“正义”与“美”的关系,其实“正义”就是“美”,而“美”也就是“正义”。所谓“美”也就是“平衡”。譬如绘画,浓的应该浓,淡的

应该淡,这样颜色均匀,才是一幅名画。反之,不和则不美。同样,《论语》里载着荀子的话说:“礼之用,和为贵,先王之道,斯为美。”这话也可以适用到法律上去的。“美”与“正义”的关系,实在是最密切的。吾人研习法律,应当知道“正义”是以“真”为基础,以“善”为目的,而以“美”为本质。因此,我们可以说,法律乃是非常高贵的学问。正义的“美”是不能用言语来描写的。记得古代有位宋玉,形容一个理想的美人曾说:“增一分则太长,减一分则太短,涂脂则太赤,施粉则太白”。这个说法充分地烘托出“美”的理想。

一言以蔽之,不外乎恰到好处。做法官的,对于量刑的标准,也应该用艺术的灵敏感觉来衡量。斟酌情理,务使能恰到好处。当然“美”是一种艺术,我们必须要用自己的智慧和审美眼光去仔细衡量,然后才可求得理想的公平。

诸君皆是读律之士,将来前途无量,你们应该知道法官是第一流的职业,若要做一个法学艺术家,则更要有科学的头脑(真),道德的修养(善),以及欣赏美的品质(美)。大家如能具备“真”、“善”、“美”三种条件而从事法学工作,则“正义”必可伸张,殆可断言。最后,各位如有问题,希望提出,以便答复,如无问题,就此谢谢各位了。

# 自然法哲学的比较研究\*

- 一、观念
- 二、多默士学说的分析
- 三、自然法的成效
- 四、对于自然法概念的辩护

---

\* 洪玉钦译自《新天主教百科全书》(*New Cathilic Encyclopedia*), 中译本原刊洪玉钦主编:《法学论文选译集》, 台北, “中国文化学院城区部法律学系”, 1978。

## 一、观 念

### 1. 透视远景的重要性

自然法的观念,是现代法律哲学上最具争论性的主题之一。其所以导致这一形势的主要因素,乃是过去的几个世纪中,大多数的法学家忽略了“永恒法”和它“神性创造者”。甚至于连自然法的倡导者,也往往过分无视它的本体上基础,而以他们各自感受的人性特质,作为立论的出发点。由于每一立论者,都坚持自己的人性观察,无可避免地建立起各自的自然法哲学。格老秀斯(Grotius, 1582—1645)发现“爱群性”(appetitus societatis)为人性的根本特征。一切与人类的这一爱群性相合致的,

都属于自然法；一切反乎爱群性的，就是违背自然法。另一方面，霍布斯(Hobbes, 1588—1679)却认为，人性的根本特征，在于对他人的恐惧感。霍氏把人类自然情况，看作人与人斗争的状态，从而认定人类恐惧和猜疑别人的心性，是人类所本然的。法律的惟一职责，就在缔造一个使恐惧和猜疑减少到最低限度的社会环境。凡是能实践这一职责的法律，就是自然法。普芬道夫(Pufendorf, 1632—1694)发现人性的特征是不安全感。多默士(Thomasius, 1655—1728)发现人性特征，就是企求久长和幸福的生活。其他的自然法论者，也有主张人性特征是利己心、共通的意趣和奢侈与浪费的倾向。众说纷纭，莫衷一是。

虽然以上所提到的自然法论者，对于法律人道化的功绩是不容否认的，不过他们对于自然法的臆测，都是建立在一个不稳固的基础上。即使是格老秀斯的自然法哲学，也不免堕入唯理论者和一元论的偏见。格氏自“爱群性”演绎出自然法的方法论中，有绝对的自信，他甚至于宣称，即使不假定上帝的存在，他的自然法立论也仍旧有效。

总之，离开了本体论的立场来看人性，只不过能提供心理学上的有效规范而已。在这方面，孔子和其早期弟子，以“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教”<sup>①</sup>这几句话，作为道德哲学的出发点，基本上是正确的。这一见地与多默士学说的立场，甚相接近。多氏以为，自然法是人类理性对于永恒法的参与；而实证法则包含对于自然法根本不变的原则、当它们被应用于永远变迁的生活现况时所作的各种不同的权宜措施。实证法是人类整体文化的一部分，是由人类的创造力所产生的对于人类天性的发展与充实。

## 2. 自然法是一座沟通永恒法和实证法的桥梁

虽然永恒法、自然法和实证法三者是不同的，可是三者之间，却构成了具有一贯性的连续体。这个连续体比如一棵树，永恒法是埋在地下的树根，自然法是主干，而实证法的各种不同制度则是枝叶。这棵

---

<sup>①</sup> 《中庸》第一章。

树,不论栽种何处,只要风土适宜,便会吐出文化的华丽花朵,缔结正义与和平,真理与自由,美德与幸福的佳果。

一切人定法的制度,都含有不同比率的自然法原则和实证法规律。自然法的原则不是人所创造的,而是人所发现和宣示的,所以权威机关是不能将它废止的。教皇良十三(Leo XIII)曾说:<sup>①</sup>

关于人类颁布的法律,有些在本质上,是有关善或恶的规定;命令人类从其善者,避其错者,同时加上一个适当的制裁。然则这类的法律绝不是导源于人类的权威机关;因为正如人类的社会不能创造人性一样,所以人类也不能缔造毫无人性的善或反乎人性的恶。法律的根本原则,早在人类营造共同生活的社会前,即已存在,它们发源于自然法,归根于永恒法。因此,自然法的原则,具体地为人定法所吸收的,不仅具有人定法的效力,而且具有属于自然法和永恒法的更高级和更具威严的制裁。

关于法律的实证规则,同一教皇有这样的论说:<sup>②</sup>

其他人类权威机关所制定的法律,并非直接地,而是多少有些间接地遵从自然法的指导;摄吸自然法以概括和含混的方式所隐露的许多要目。例如,即使“人类的天性”,驱策人类为大众安宁和繁荣有所贡献,可是无论如何也逃脱不了风俗、环境和条件变迁的影响,所以这一“贡献”,必须依靠人类的智慧来决定,而不是“人类天性的本身”。

因此,实证法确实只在充实自然法,它必须随着社会生活时刻变化中的环境和条件变迁。

---

<sup>①②</sup> *Libertas Praestantissimum*, 20 June, 1888.

## 二、多默士学说的分析

### 1. 多默士的洞见

我们现在可以来论述多默士的自然法哲学。这一具有普遍性的自然法课题,能使人类产生永不厌倦的兴趣,而多氏的理论在这一课题中,是最完备的,最具有实际性的,和最活泼生动的。我们之所以把多默士的哲学当作阐扬自然法的典型代表,并不是基于任何权威的考虑,乃是因为他的自然法理论,具有内在的价值。多氏自己也曾说过,根据“权威”来讨论一种学说,是最弱的论点。事实上,多氏已对自然法论提供一个面面兼顾的看法,在这当中,一切其他不同学派所强调的不同论点,演成了一个美妙的综合。多氏的自然法哲学是植基于形而上学,而着眼于目的论。他了解理性的重要,可是他并不是唯理论者;他重视实用,可是他并不是功用主义者;注重验证,可是他并不是经验主义者;注意直觉,可是他并不是反理智主义者;强调兼收并蓄,可是他并不是一个杂家。在他的体系中,一与多互相融合,变与不变各得其所。假如近代法学家能真正懂得多氏的自然法哲学,并且吸收他笃守中道的精神和方法,那他们也不致陷于独断论或怀疑论了。事实上,抱独断论的学者,大都把自然法和永恒法混为一谈,好像他们是受权于天,不但对于普遍的原则,而且也对于细微末节,来宣布永远不变的法律。鉴于自然科学的精确性,他们幻想每个法律问题,也均能得到数学一样精确的答案。正如霍姆斯大法官(Justice O. W. Holmes, 1841—1935)所说:<sup>①</sup>

我曾听过一位有名气的法官说,除非他确信所下的判决是绝对正确的,他绝不敢贸然下断。因此,对于判决提出异议的法官,往往受人责备,因为当一个判决有异议的时候,就意味着或者这

<sup>①</sup> O. W. Holmes, *Collected Legal Papers*, p. 180.

边或者那边是错的,好像小学生做算术的答案有分歧时,总有一些对于加减乘除的方法是不对的,要是再用心一点去做,他们的答案一定是会相同的。

因为独断论者假自然法之名,夸张地把他们的根本相对的主张视为绝对,因而把一种习以为常的见解,当作自然法看待。结果反而引起一般比较有独立思想的人,对于自然法怀着反感,而且根本否定自然法的存在。这些怀疑论者之所以否定自然法,实在是因为他们所见到的自然法的学说,只限于独断论者之所阐述,所以他们的意见,虽然比独断论的主张较能迎合时代需要,而他们对于自然法的真相,仍旧是莫名其妙。这样的双重错误,导致了自然法的传统黯然失色。十九世纪的法理学论坛,首先为历史法学派所据有,继则为科学的实证主义所替代。可是,如同罗曼(Heinrich Rommen)所言:<sup>①</sup>

无论所谓“科学头脑”如何否认自然法之存在,可是人心的良知总是予以肯定。因为就如圣保罗(St. Paul)所说的,自然法是铭刻在人的内心。

在二十世纪的序幕,美国的法律思想呈现了一个讽刺。就大体而言,大多数法官都站在自然法和天赋人权的立场上,谴责一切的社会立法(诸如最高工时法、最低工资法和劳工赔偿法),他们以为这些社会立法,违反神圣的“立约自由”和“无过失无责任”的不易定则。另一方面,同情于社会立法的法官,受正义直觉所驱使,强烈地反对这类判决,并且附带地否认作为这类判决根据的自然法之存在。可是,事实上,根据教皇良十三世(Leo XIII)和庇护十一世(Pius XI)的社会通谕,我们可以推论当时美国大多数法官的判决,反乎多默士的自然法哲学,而赞同社会立法之法官的正义直觉,由于不受自然法错误观念的

<sup>①</sup> *The Natural Law Papers*, p. 154.



束缚,反能暗合多默士自然法的精神。

事实上,正义的直觉无非就是良知(synderesis),所谓良知就是领悟自然法第一原则的天赋官能。良知当然还需要良心和智虑的充实与合作,才能构成一个具体的判断。关于这一点,笔者稍后将作详细讨论。在这里,我们所要急于指出的是,多氏并不将自然法的一切原则,层次井然地排列成一个死板板的图表。他是常把人类的心意,连结起来观察自然法的。

## 2. 推断式的理性和评价式的理性

要了解多氏的自然法哲学,我们必须先分辨推断式的理性(Speculative Reason)和评价式的理性(Practical Reason)之不同点。自然科学属于推断式的理性,而自然法是属于评价式的理性。自然法在评价式理性中的地位,就相当于论证的第一原则在推断式理性中的地位;“因为二者均为不待证明而自明的不易原则”<sup>①</sup>。正像“实有”是推断式理性的第一义,“善”是评价式理性的第一义。因为评价式理性是指向行为的,而一切的行为者一定有他所认为善的目的,所以自然法的第一原则就是:“为善避恶”。一切其他自然法的诫命,都是以此原则为基础。因此,凡是我们的良知所自然而然地认为善的或恶的,都是属于自然法为善避恶的范围。<sup>②</sup>就第一个原则而言,评价式的理性所处的地位,并不亚于推断式的理性,因为在二者的范围内,我们可获致相同的确定性。但就由普遍原则所演绎出来的结论而言,评价式的理性却与推断式的理性处于不同的情况。多氏用极清晰的辞句,指出这一不同点说:<sup>③</sup>

因为推断式的理性,是从事于不得不如此之必然的事,所以它的结论,也具有与普遍原则同样万无一失的正确性。另一方面,评价式的理性则从事于非必然而具有偶然的事,因而,纵使它

①② St. la 2 ae 94. 2 in corp.

③ St. la 2 ae 94. 4 in corp.

的普遍原则是必然的,可是当此原则演绎到愈来愈远,直至微末细节的时候,其结论的正确性也就愈来愈薄弱了。

根据多氏这一精辟的洞见,一方面我们便能了解,在司法判决上,希求像自然科学所获致的同样确定性,是多么的无益;另一方面,完全地否定自然法,又是如何的轻率!

### 3. 自然法的定义和内容

多氏对自然法所下的定义是:人类理性对于永恒法的参与。<sup>①</sup>但我们必须牢记,这种参与是有限制和瑕疵的:“人类经由其理性,并不能对神之睿智的启示完全参与,只能作局部而有瑕疵的参与。”<sup>②</sup>换言之,人类理性对于永恒法的参与,仅能理解某些普遍原则的知识,并不能理解每个案件之判决的知识,因为我们可以稳当地推测,每个案件之判决的知识,只有全知全能的上帝,才能完全理解。

可是由于普遍性包含无限的等级,所以我们无法正确地分辨出自然法一切诫命的总数。虽然一切的诫命,都是自然法的第一原则——为善避恶——的结论,可是当这些结论演绎得愈来愈远,势必逐渐地趋近并侵入人定法的疆界;实际上,自然法和人定法之间,并不可能有一条明显划一的界线。这就是为什么多氏在回答自然法是否能变化这一问题时说:自然法可以经由“加增的一途”而变化。“基于这一意义,没有任何东西能防止自然法发生变化:因为许多裨益人生的事物,每为神事法和人定法所吸收,而成为加增于自然法的原则。”<sup>③</sup>亦即说,站在自然法一切诫命的立场看,自然法能够作无穷境的进化。像这样的观察,即使是某些多默士学说的研究者,也会表示惊讶!明显地,由于多氏这一活泼生动的看法,使得他的自然法哲学那么特殊地适合现代人的心理需要。笔者认为,这一观察是从多氏的各种前提观念推演而得的必然结论。自然法是人类理性对于永恒法的参与,事实上,因

① St. la 2 ae 91. 2 in corp.

② *Id.* 91. 3 ad 1.

③ St. la 2 ae 94. 5 in corp.

为“人类理性在自然而然的逐渐地从比较不完善的进化到比较完善的程度”<sup>①</sup>，它对永恒法的参与，在历史演进的过程中，其广度和深度也一定会随着演进。这就等于说，自然法能够而且应该随着人类文明的发展，在它的内容方面跟随着演进。

我以为把自然法的诫命区分为次等的、三等的以及诸如此类，是一项毫无实益的努力。关于善和恶的根本原则，上面已经提到过。一切其他的诫命，都是离开这一根本原则，较为遥远一点的结论。多氏以为，一切在《旧约》中的道德诫命，虽然它们的确定性内容有程度上的差别，然而它们都是属于自然法的原则。<sup>②</sup> 十诫之中，前四诫是属于神定法的，其余六诫则属于自然法。这其余的六诫便是：

孝顺父母，不可杀人，不可奸淫，不可偷盗，不可作伪被害人，不可贪恋他人的房屋，也不可贪恋他人的妻子、奴婢、牛驴和他一切所有的。

这些道德诫命，乃是渊源于自然法最根本原则的最直接结论。孝敬父母是“为善”的结论或具体化；而其他的五诫则是“避恶”的具体化。所有这些诫命，单凭人的良知，就可以断定它们是对的。<sup>③</sup> 在《旧约》当中，除了十诫以外，尚有其他诫命亦属于自然法，可是它们的正当性，并非人类不假思索便可明白的，例如看见白发的人，应该起来，以表示对老年人的尊敬<sup>④</sup>，诸如此类的诫命，都是包容在自然法第一原则的较遥远结论中的。然而我们所着重的要点是：在每一事例中，其与第一原则接近的程度，是根据人性的正常反应来衡量的。

多氏以为“为善”根本原则的两个最直接结论便是：敬爱上帝和爱人如己。十诫中的一切诫命，又都是它们两个的具体结论。<sup>⑤</sup>

除了道德诫命外，多氏亦曾论及其他二种诫命，亦即仪式的和司

① St. la 2 ae 91. 1 in corp.

②③④ St. la 2 ae 100. 1 in corp.

⑤ St. la 2 ae 100 3 ad 1.

法的。仪式的诫命是自然法的权宜措施,规定崇拜上帝的种种仪式;而司法的诫命亦是自然法的权宜措施,规定人与人之间的关系。“权宜措施”不像“结论”,并非属于自然法本身;它们属于神事或人事的制定法。无疑地,规定信仰方式的仪式诫命,是属于神事的制定法。至于司法的诫命,虽然大多数是自然法的“权宜措施”,然而我以为,也有一小部分是属于自然法的结论,因此也属于自然法范围以内的。

#### 4. “结论”和“权宜措施”之间的区别

多氏曾以一适切的例子,清楚地指出“结论”(Determination)和“权宜措施”(Conclusion)的区别:<sup>①</sup>

为恶者应受惩罚——这是自然法的一种结论。但是究竟为恶者应如何处罚,这都是自然法的权宜措施。

同样地,“侵害他人者,应负赔偿责任”,这是自然法的一种“结论”。然而究竟以什么方式,才能使受侵害者取得公正的赔偿,则是实证法所规定的权宜措施。例如,在《旧约·出埃及记》中,我们找到这一条法律:“人若偷牛或羊,无论是宰了或卖了,他应该以五牛赔一牛,四羊赔一羊。”<sup>②</sup>虽然这一规定也有它的历史上与心理上的理由,但是很显然的,它不是属于自然法的一部分。因为它并非人的天赋理性所不待证明而立即明白的。另一方面,在《旧约》的同一章中,我们也找到如下的几条诫命:不可亏待寄居者,也不可以欺压他,因为你们在埃及地也做过寄居者<sup>③</sup>;不可伤害寡妇和孤儿<sup>④</sup>;不可杀害无辜和正直的人<sup>⑤</sup>;不可受贿赂,因为贿赂能使明眼人变瞎,又能曲解正直者的话。<sup>⑥</sup> 不论它们是被称为道德的或司法的诫命,这些都是自然

① St. la 2 ae 95. 2 in corp.

② 《旧约·出埃及记》,第2章,第1节。

③ 《旧约·出埃及记》,第2章,第21节。

④ 《旧约·出埃及记》,第2章,第22节。

⑤ 《旧约·出埃及记》,第23章,第7节。

⑥ 《旧约·出埃及记》,第23章,第8节。

法的结论,因为就人的天赋理性之感应来说,它们的公正是立即而明显的。

至于各种“权宜措施”,虽然并非构成自然法的一部分,可是它们的适当功能却可以充实自然法。关于这一点,我们可以在返还法中找到一个适例。自然法要求:任何不当得利,致他人受损害时,应返还一切由他的不当行为所取得的利益。为了充实天赋理性所理解的这一自然法,美国的法官遂创设“推定信托”(constructive trust)的“拟制(fiction)制度”。正如卡多佐大法官(Justice Cardozo)所说:<sup>①</sup>

在这种情况下获取财产时,具有法律名义的持有者,不可因其问心无愧,留置他所受取的利益;衡平法假定他为受托人。

新近不久,狄斯蒙德法官(Judge Desmond)曾说:<sup>②</sup>

不论何时,只要其目的在满足正义要求之所需,便可创设“推定信托”。由于推定信托,只是在使衡平法的公正心,得有一切表露的方法,所以它的适用性,仅局限在以人类的创造力,去发现新的方法,从而贪取他人财物,使自己受益的范围内。

在这当中,实证法以它的后天理性(artificial reason)来满足自然法的需求,正如一个很忠实的和工作效率很高的女仆服侍其主人一样。

在有关“推定信托”的案件中,也为我们提供“良知”、“良心”和“智虑与学术”三者的功用之一良好例证,以及三者间的协作。在这类案件中,法官运用良知去理解自然法的原则。这里的自然法原则就是:没有人应该损害别人,获得不正当的利益。如果他这样做,就应该

<sup>①</sup> 225 N. Y. 380,386.

<sup>②</sup> 229 N. Y. 27.

返还其利益于受害者；运用良心去判断各个案件中的不当得利者。最后，运用智虑与学术，设计或选择如何满足正义需求的完善方法。无疑地，在这类案件中，法官于“推定信托”——使加害者变为违背其意志的受托人——的智巧拟制过程中，极尽其能事。

大概法官三重修养的协同合作，其最佳的适例，是在衡平法院方面得到最明确的表现。大家都知道，法官这种三重修养的通力合作，乃肇始于英国的大法官——他同时也是英国皇帝良心的守护者。无疑地，许多英国的大法官一定都精通于多氏的自然法哲学。

### 三、自然法的成效

#### 1. 自然法的拘束性

自然法的拘束性，基于二种根本理由：(1)它是植根于事物的本质中；(2)究其终极，它不是人设的，而是天造的。中国古代《诗经》中，有如下的一节诗句：<sup>①</sup>

天生蒸民，有物有则；  
民之秉彝，好是懿德。

孔子和孟子二者，都非常赞赏包含在这节诗句中的洞见，并把它当作道德哲学的基础。<sup>②</sup> 一切动物，只有人赋有道德律，并且运用天赋理性去体认道德所自有的“绝对正义”。无疑地，他深刻了解，这一天生的道德律，使人与较低级的动物有所区别；同时使人成为天生高尚的表征。遵从道德律的命令，就是忠于本性。如果一个人的所作所为，未能忠于为人的本性，他便会堕落到比禽兽还不如的地步；虽然禽兽缺乏理性和责任感，可是却能始终本能地遵循它们的本性，而不

<sup>①</sup> 《诗经·大雅·丞民》。

<sup>②</sup> 《孟子·告子上》第八节。

逾越。

康德(Immanuel Kant)说:<sup>①</sup>

我以无限的敬畏感,沉思二件事:  
光辉的天,和内心的道德律。

这不仅是一种起于大宇宙和小宇宙和谐感的宇宙观。康德所体验到的这一敬畏感,至少导源于对上帝——最高的法律创造者——有一朦胧的认识。只可惜康德这一观察功亏一篑。当一个人强烈地领悟到建立宇宙秩序的统一上帝,亦为构造人性的内在秩序者,他就有一如同大卫王(David)洞见整个宇宙闪烁着上帝的光辉一样,日夜永不停留地倾听上帝传其微衷。<sup>②</sup>同时,上帝铭刻在人心中法律,不仅是无上的命令,而且也是无穷尽的悦乐甘泉。这一高超的见解,纵然蔑视一切人类的语言和想像,可是它的一项真正成效便是:人的欲性(desire)和意性(will),“始能被推动太阳或其他星球旋转的上帝之爱导入正轨,好像一个被人平稳地推动的轮子一样”<sup>③</sup>。

## 2. 自然法的制裁

只有一部分的自然法,具有人定法的外在制裁力。举一简单的例子说,人定法以民、刑事的制裁防止奸淫。然而耶稣却说:“任何看见妇人而怀有邪念的人,他的心中早已触犯奸淫罪了。”<sup>④</sup>虽然这个原则也属于自然法,然而人定法却是处理耶稣所言这类案件不灵敏的工具,因此在这类案件发生时无从施以惩罚。难道这就意味著自然法本身不具备任何的制裁力吗?如果答案是肯定的话,自然法便是一种随便任人轻视,毫无效力可言的法律。可是事实上,自然法是较人定法具有更大制裁力的。首先,善的本身就是一种报赏,恶的本身就是一

① Verse by Lord Hogton.

② Ps 18, 24.

③ Daante, Paradise Canto XXIII, 142

④ 《新约·马太福音》,第5章,第28节。

种惩罚。直截了当地说,人能够为善,不会不感到快乐的,同样,人若为恶,不会不感到痛苦的。我们生来的目的,就是要彻底地自我实现,也就是要完全地忠于自己的本性。善促进这一目的实现,而恶却在破坏它。中国有一句话:“为善最乐。”我们也可以说,作恶就是地狱。这就是自然法对于一个人的内在制裁。其次,人类亦受无形因果律的制裁。有一份的耕耘,就有一份的收获。“夫荆棘岂能产葡萄,蒺藜岂能产凤果乎?是故嘉禾皆结嘉实,恶木皆结恶果。”<sup>①</sup>在这里,基督不在启示新道理,而是在重申自然法。因为人民不必凭启示,就可以了解如希腊人所说:“天上的磨转得很慢,可是磨得很细。”在这方面,老子道出同样的真理:<sup>②</sup>

天网恢恢,疏而不漏。

最后,如果我们体识上帝是无上公正的。我们就应该相信,真正的美德,特别是隐德,一定会得到善报;或者,故意的和无悔意的过错,也一定会遭受惩罚。基督教慈悲的法律,并不废弃这一“绝对正义”的根本法,相反,它更完全地为我们显现这一“绝对正义”的本质,赋予我们一个新生的机会,呼唤我们悔悟;仰赖仁慈上帝的协助,赐予我们能力,依靠基督使我们成为有所用的,玉成绝对正义,因为在新的看法中,它是多么的完善。基督的降生,非为破坏自然法,而是为了玉成它。<sup>③</sup>同时,我们遵行自然法的职责已大为增加。除非我们的正义观念,凌驾乎儒教信徒、道教信徒、印度教信徒和佛教信徒之上,否则我们将不能进入天国。

① 《新约·马太福音》,第7章,第16~17节。译者援用吴经熊博士所译《新约全书》第19页的译文。

② 《道德经》,第七十三章。

③ 《新约·马太福音》,第5章,第17节。



## 四、对于自然法概念的辩护

### 1. 良知和良心的证明

从上所述,我们可下结论:自然法并非自外于人类,而是天生于其本性中。“为善避恶”是它的根本原则,而其直接的结论(例如,诚实地做人和务使人人各得其所应得二项,是“为善”的直接结论;不得损害任何人则是“避恶”的直接结论)只是评价式理性的自明之理,是不待证明的。因此自然法并不是仰赖逻辑和经验的推理建立起来的;我们以直觉认识它,这种直觉就是人所称的良知,良知是我们认识自然法的天赋官能,而良心则是把良知所体认的自然法,适用到个别情况上的作用。比方说,如果我看见一无助的小孩——不管他是谁的——即刻将堕入井中,我马上会觉得,应即刻将他抱开,以解救他的纤弱生命,乃是我的本分,这就是良心的作用。无论如何,如果我不马上救他,任他掉入井中,我就会感到一种难以言表的后悔,这仍旧是良心的作用。良心在第一个情况发生时,对你下命令;而在第二种情况中,由于你没有遵令行事,所以制裁你。

这一简单的例子,是孟子用来证明他的洞见的:每一个人均具有分辨何者为善和何者为恶的直觉,以及向善的本然倾向。前者被认为相当于良知,后者则相当于良心。

### 2. 自然法呈现在人类文明的每一阶段

既然自然法的根本原则是人性所固有的,那么,如果没有证据足以证明它的存在——尤其是在原始法中——岂不是骇人听闻的一件事!例如,现代人认为神判法完全是荒唐无稽的。然而,甚至在神判时代,原始人民对于正义的需求,却如文明人一样的强烈,即使他们发现真实的方法是落伍的。从中国“法”字的古写“灋”字加以分析,就可知道原始人民可能在未有历史记载以前,便以一种独角灵兽来审理案件。这种灵兽大概属于犀牛一类,原始人民认为它具有辨识正和邪的能力。在审判的时候,把它放在相争两造中间。它对邪者即触之,对

正者则不触。即使在这种案件中,其永恒不变的目的,仍旧是在发现正和邪,务使人人各得其所应得。总之,虽然审判的方法——多氏所称为自然法的权宜措施,是基于随着人类文明进展,不旋踵即逝的民众迷信,可是它的永恒不变的目的,仍是渊源于自然法。

然而无论文明的人类如何进化,他们绝不能脱离自然法。至少自然法在分量上,是随着人类文明,以同样的比例进化的。当人类的理性变得更加通达,它就能设计出发现真理和满足自然法之崭新而更具效用的方法。同时人类的感性(human heart),承受优秀技艺和学术进展的洗炼,容易在敏锐地感受人道的新价值和需要之中成长,并且能向立法者和司法者提供从自然法的第一原则所摄取而得的结论。许多新自然法权利,曾经运用这种方式,在历史演进的过程中显现出来。这些新自然法权利虽然不是人定法所创设,却为人定法所确认。一个新近的例子,就是在公元一九〇五年,“隐私权”(right of privacy)为佐治亚州最高法院所确认,这是美国法学界,首度把它当为“渊源于自然法的权利”。显然法院对此有深刻认识,它透过寇伯(Cobb)法官宣布说:“隐私权在人性上有它的基础。它是由直觉所加以确认,凭藉良知就可以领悟到它的存在”<sup>①</sup>。这就是多氏所说,自然法能经由加增的一途而进化这一原则的最适当例证。

### 3. 教义上的实证

自然法是与任何天启无关的。它的第一原则为一切民族所同具,并非属于基督教徒的专利品。无疑地,信奉基督教的人,仰赖上帝的启示,在发现自然法和自然权利方面,曾经获得甚大的助益,杰姆士·甘德(James Kent)首席法官,在 Wightman v. Wightman 一案中<sup>②</sup>,很清楚地指出这一要点。甘德法官在宣判一疯癫者的婚姻无效时说:

根据自然法,这样的婚姻是罪恶的和无效的,此乃人人已普

<sup>①</sup> Paavesich v. New England Life Ins. Co., 122 Ga 190.

<sup>②</sup> Chancery Court of New York, 1820. 4 Johnson Ch. 343.

遍承认的论点。同时,基于自然法,我了解那些“造物主”赋予人类,作为互助和乐群之人行为的适当规范,虽然那些行为的适当规范经由天启,可以更清楚地为人所知,和更明确地为人所发现与宣示,然而它们是从正确的推理所演绎出来的。

这一真知灼见,我认为和基督教会的教义甚相吻合。

虽然基督教会有原罪的独断主张,可是教会仍旧应该不断地“肯定什么是人类永久的价值和与其天性相切合的价值”,这才真正是教会宽大为怀的本色,庇护十二世在近代的教皇中,是一位最伟大的法学家,他对自然法的阐扬,孜孜不倦,至为用力。在他一九四九年对人道主义研究的国际会议会员(Members of the International Convention of Humanistic Studies)所作的演讲中说:

教会并不承认,在上帝的眼光中,人仅是腐败和罪恶。相反地,在教会心目中,原罪并不影响人类的良知良能,人类仍旧保存其智慧和自由天生灵光。禀赋这一本性的人,无疑是被原罪所影响,而使他失去了神妙和不可思议的禀性。人类必须尽力遵行自然法——本着仁慈基督的有力协助——才能够生活得像上帝一样荣幸,同人性一样的尊严。

从人性本质上是高尚的一点出发,教皇继续说:

自然法——这就是教会社会学说的基础之所在。明显地,她(教会)的基督的世界观,曾促使教会在这基础上,建立她的社会学说。在她尽力去赢得和辩护本身的自由时,在实际上,她所抱持的目的在为人类获得真正的自由和基本人权。在她的心目中,这些基本的权利是多么的神圣不可侵犯,她不容许任何假藉国家政策和公共福利来破坏它们……不能损害这些权利,因为它们是构成公共利益最珍贵的核心。

庇护十二世发现现代的不和谐与混乱的主要原因,就在于恶意的遗弃自然法。在他的第一次通谕中,他说:

我们可以拣出一个主要的谬误,那就是活水源头被深深地埋藏着,现代国家的弊病就是从这一谬误的基础,摄取泉源。除了私人生活和国家的公生活外,民族与民族间,国家与国家间的相互关系,一个道德的普遍标准被弃置不顾;那个标准,我们的意思是指刻正遭受大量破坏的批评,和大受藐视并被埋藏起来的自然法而言。

这一形势已经成为可能,至少是在极权国家,具有毒性的学说已大为猖獗,所以这种国家,事实上已篡夺了上帝的地位。当自然法的“创造者”被弃置不顾的时候,就无法保留自然法存在的余地,这个自然法,正如庇护十二世所坚决主张的“是建立在上帝观念的基础之上的。她才是万能的造物主,人类的天父,最高至善的立法者,明智公正、赏善罚恶的主宰”。

#### 参考书目

- Brown B. F. , *Natural Law Reader*. 1959.  
*Chinese Classics in Various Translations*.  
 Cicognani, A. G. , *Canon Law*, 2nd ed. 1949.  
 D. Entreves A. P. , *Natural Law; an Introduction to Legal Philosophy*. 1951.  
 Messner J. , *Social Ethics: Natural Law in the Modern World*. 1949.  
*Natural Law Institute Proceedings*. Five Volumes from 1947—1951.  
 Rommen H. , *The Natural Law: A Study in Legal and Social History*. 1947.  
 Rooney M. T. , *Lawlessness, Law and Sanction*. 1937.  
 St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, especially *Treatise on Law*.  
 Stanlis, P. J. , *Edmund Burke and the Natural Law*. 1958.  
 Wild J. , *Plato's Modern Enemies and the Theory of Natural Law*. 1953.  
 Wu J. , *Fountain of Justice*. 1955.

## 在进化中的自然法<sup>\*</sup>

---

\* 原载吴经熊：《法学论文选译集》，洪玉钦译述，台北，“中国文化学院城区部法律学系”，1978。

我的法律哲学，主要不外乎二点。第一点是：自然法是一切法律之基础；第二点是：自然法不是死僵僵的一成不变的东西，而是与时俱进的有机体。因此，我的法律哲学，可以用一个标题来概括：在进化中的自然法。

在二十世纪的二十年代初期，我曾留学德国，师从当代最享盛名的法学家斯丹木拉(Stammler)先生，研究法律哲学。斯氏是一位新康德派的领袖，他曾用过“具有变化内容的自然法”(Natural Law with a variable content)这句话。就表面上看，“具有变化内容的自然法”和我现在所讲的“在进化中的自然法(a growing Natural Law)”意义似乎相同。然而二者的含义，实有一根本的不同点。事实上，斯氏并不相信自然法，

因为他认为自然法是一种形上的观念。虽然在他 1896 年出版的巨作——《经济学与法律》——的第三十三节中,曾用“具有变化内容的自然法”一词,但这只不过是一种假借性的用法而已。然而在该书 1906 年再版时,他却把“具有变化内容的自然法”一词,更改为“一个客观的公道法律之可能性”(Die Möglichkeit eines objective richtigen Rechtsenkalts)。因为他是一位新康德派的领袖,所以他是一位批判的理性主义者,他希望把所有形上和本体上的假想和难题,一概避而不谈。虽然他主张法律的概念和理想,是具有普遍有效性的,可是他只论到人类思维所及的范围,而不能替形上的世界讲话。斯氏对法律的概念所探讨的问题是:法律一词的普遍意义是什么?为了解决这一问题,斯氏将法律的概念,逐步演绎如下:

(1) 一切人类经验的各种不同形式,不是印象,便是意志。法律很显然地是属于意志的领域。因此,无论什么法律都是意志。

(2) 人类的意志不是与个人的生活有关,便是与社会共同生活有关。法律很显然地是与社会共同生活有关。因此无论什么法律,都是有关社会共同生活的意志。

(3) 社会共同生活的意志,有二类可能的方式:一类是可以自由服从或不服从,不受拘束的任意性规范;另一类则是受外在权威的制裁,而具有强制性的规范。法律显然是属于后者。因此,所有法律都是一种具有强制性的、关于社会共同生活的意志。

(4) 然而仅仅具有强制性的,关于社会共同生活的意志,尚不能称为法律。为了被称为法律,那规范不能是一种擅断的命令,即使是一个主权者的擅断命令也不能称为法律。申言之,法律不能由于一个主权者逞一时之好恶,任意加以违背或修正,法律一经公布施行,连同主权者在内,一体均受其拘束。所以斯氏获得一个结论:法律是不能任意改变的,具有强制性的,关于社会共同生活的意志。

斯氏以为,法律的理想在于公道,他对公道所下的定义是:“各个法律意志的指南。是根据自由意志人的纯粹群体之概念而定的”。从这一极度抽象的理念,斯氏对公道的法律推演出四条普通的原则,并

将它们分成二类：第一类是两条互敬的原则，第二类是两条分享的原则。互敬的原则便是：

(1) 任何人的意志，均不应被制于他人武断意志的支配。

(2) 任何法律的要求，仅能以对方负义务者仍能有同为人的生存为限度。

分享的原则便是：

(1) 一个法律社会的成员，既受该社会法律的支配，即不能任意被摒除于该法律社会之外。

(2) 法律赋予一个人处分权时，其排除性只能以被排除的人，仍能有同为人的生存为限度。

这里应该特别指出，由上述第一类的上下文我们可以得知，“仍能有同为人的生存”的意思，就是“仍能维持他的人格尊严”；而由第二类的上下文观之，“仍能有同为人的生存”的意思，便系“仍能够维持他做人的起码生活”。

这些原则诚具有强烈人道主义的意味；它们同是植根于人类的尊严，和其生活之所需上面的。然而就我个人而言，斯氏似乎不需要运用其所偏爱的逻辑来获得它们，以致使他的哲学治丝愈棼，而且过分的人为化。我并不明白，这些原则何以渊源于“自由意志人的纯粹群体”。我宁愿认为，斯氏在生活和法律方面，所表现的强烈道德观念和基督教的正义感，使他对这些原则，义不容辞地作有系统的排列。我个人则毫不犹豫地将其并入自然法的原则。

我目下对斯氏法律和公道哲学的态度，很像奇儿孙(Gilson)对康德学派的批评，他说：

或许康德的伦理学只是一种基督教的伦理，但与使它合理化的基督教形上学截断关系了，虽然仍是一座堂皇的朝宇，只可惜它的根基已被破坏！

当我正在斯氏门下受业时，我与美国联邦最高法院的大法官荷尔



姆斯先生(Justice Holmes)仍不断保持联系。虽然我对他们二人均甚尊敬,可是没有其他两个人的思想,比他们两人更为歧异的了!斯氏说:“法律是不能任意改变的,具有强制性的,关于社会生活的意志”;荷氏则说:“法律不过是测度法庭在事实上将作如何判决的一种预言,如此而已。”斯氏在法律的探讨上,常不停地说:“逻辑第一”,荷氏则声称:“法律的生命不在逻辑,而在经验”。斯氏甚为强调“形式”和“内容”的对立,他说:“当为正规的思维方法,形式独能顾及问题的各面;而内容则无能为力”;另一方面,荷氏则不喜欢“形式”,在他1923年9月20日给我的信中说:

刚寄出前信后,关于思维的形式,我有更进一步的看法。不论形式观念有无价值,形式的惟一用处,只在保存内容。如同一支啤酒瓶的惟一用途,只装置啤酒(或其他合法的饮料)。若是一支空瓶的话,即使对它作无限的冥想,也无从产生啤酒。

我以为他们二者的观察,在各自的立场上,都是正确的。在1923年3月号的《密歇根法律评论》中,登载我一篇题为《荷尔姆斯大法官的法律哲学》的文章。文中我称斯氏的法律定义为“法律的概观”(Conception of Law)。我主张合概观与个观的知识,来充分理解法律。事实上,法律的本质,必须从整个知觉中探求,法律哲学的目标应为完整的知识。我以为,不论法律的概观和个观,均假定法律系自己存在的东西(thing-in-itself)。因此他们二者是“从不同的立场指向同一个目标:就是那存在着的法律”。我们若运用逻辑的推理,便可获得法律的概观;若运用经验和心理学的知识,则可得到法律的个观;如果应用直觉的方法,便可在本体和整体方面理解法律。换言之,为了调和斯氏和荷氏两相对立的立场,我们被迫提升到另一较高的观点,这便是拙文的要旨。拙文事后获得双方的赞同,你们也许觉得惊奇吧!荷氏在给我的信中说:

你那篇文章的第二部分,获得我的共鸣。我很高兴看到你亦帮着“自己存在的东西”这一边。这似乎使我猛然领悟到,我们都承认世界并非一场梦。然而我就不太明白,何以无一点看到或想到的素材,而仍能有一个观或概观的出现。这难道不是在做梦中才会发生的吗?

信中荷氏又说:

你对法律喜爱得像情人般的情绪,着实令我高兴。我只担心,当你步入生活现状的生硬一面,你的热忱可能渐趋暗淡。然而如同我所希望和你的文章所显示的,你的腹中自有一团灵火,生硬的事实将会变作燃烧,使你灵火生焰发旺。(1923年2月5日)

斯氏对于我这篇文章,则特别著文详加讨论,刊登于1923年5月号的《密歇根法律评论》。他赞成我以“法律的存在(existence of law)”问题,作为我的法律哲学的出发点。我主张法律的本质,必须从我们整个知觉中探求,斯氏完全赞同;而且他也同意心理学和认识论必须相辅相成,不可偏废。他虽然仍旧坚持逻辑和纯粹形式的优先,但同时他亦承认概观和个观,或者先天与后天之间,作一综合的重要性。他在该文的结论中总括地说:

为了学理上清晰之便,我们不能不用批判的眼光,来分析我们日常生活中的各种复杂观念。我们必须在各种要素互相协和方面公开综合,同时必须分辨出不受制于条件的逻辑观念,我们称其为纯粹的形式。

为了实用上的方便,我们需要形式和内容的合一。形式是以主妇的姿态而进入属于现象界的内容。形式是具有制约作用的,内容如果没有形式,就没有意义了。在实用上,我们并不注重对比,我们所注重的应是一个圆满而和谐的整体。

斯氏能承认这一点,已足使我们喜出望外了!

我基本的和持久不变的心向,一直是想超越一切相反相成的观点,在认识论方面,我曾企图超越并综合概观和个观。同样,在自然法的问题上,我曾企图超越并综合恒常和无常,固定与变迁。

当我开始研究法律的时候,美国有两派不同见解的法学家。一派是非常保守的,他们相信自然法和自然权利;另一派则否定自然法和自然权利,主张所有的法律和权利,均源于国家或人民,它们是有变化的,而且是与社会环境、国家政策或公共舆论相对的。二十世纪初叶,美国联邦最高法院大多数的法官,均因袭纯粹个人主义的法律哲学,在他们看来,这种哲学就是自然法。他们借这种哲学解释宪法,誓死反对一切比较进步的法案,诸如工人赔偿法、最低工资法和最高工作时间法等等。他们以为,使雇佣人负担不可避免而发生的意外事件的赔偿责任,无异令雇佣人“无过而受责”。在他们的心目中,“无过而受责”是违背自然法的,同时也是侵犯了天赋人权,因此是违宪的。同样,规定最低工资和最高工作时间,系与订约的神圣自由相悖的。劳工毕竟不是国家的保护人,他们既已成年,便具有选择接受雇佣条件与否的自由,政府并无越俎代谋妄加干预的权力。因此,这些法官将所有这类法案均宣告违宪。荷氏当时乃美国联邦最高法院的大法官,常是惟一持反对意见者。不久后,布朗得斯(Brandeis)大法官亦常加入他的反对行列。在1905年,所发生的Lochner v. New York一案中,荷氏发表了最有名的反对意见。他说:

光靠抽象的命题不能判决具体的案子。判决有赖于判断力或直觉。那判断力或直觉,是比任何的大前提微妙得多了。

我深信,当时压倒性多数的青年法律学生,都同情荷氏在各案判决中,所发表的反对意见,如此说法并未过分夸张。就我个人来说,我对于法律哲学之研究是很有兴趣的。我以为,荷氏之所言,暗合自然法的精神,而站在多数一边的法官,则把他们不合理的看法,认为合乎

自然法的原则，这真是滥用自然法的名称。

而荷氏本人，对于自然法也有一种误解。他把多数派法官对自然法的错误观点，当作自然法的正途，因此他对自然法居然也发生了强烈的反感。在以《自然法》为题的一篇文章中，荷氏讽刺他说：

对于一个诗歌中浪漫的骑士来说，虽然你已承认他的恋人是美丽宜人的，可是这仍旧不能令他十分满意——如果你不承认她是上帝所造之空前绝后的天生丽质，那骑士必不甘与你罢休。任何人均想“希求”第一，即使一个毫无长处的家伙，没有别的东西足以自豪，只得借狂饮沉醉来表示自己的优异。我以为这一“希求”，便是哲学家倾其全力，企图证明绝对真理的主因；这也是为什么一般的法学家，在自然法的名下，聚集了种种所谓“普遍有效性的标准”。

关于这一点，我写信给他说：

大作《自然法》一文中，你论及“深信自然法的法学家，他们的心理状态是天真的，他们把本身和别人所习知的观念，当为放诸四海皆准，而为人人所当接受的”。诚乎哉斯言也。然而你并未暗示，使法学家和其他任何人深信这些观念为自然法者，也是一个自然的心理倾向，这种倾向可名之曰“心理学上的自然法”。当然这是低级的自然法。我以为较高级的自然法是真有哲学意义的。当法学家——我的意思是指社会法学派而言——说：普天之下没有永恒不变的原则，但在他们作此言的同时，他们已不知不觉地在宣布了一条原则，它本身便是在任何时、空均具有效力的。（译者按：譬如有人说：世间没有绝对不变的东西。这句话如果是对的，那么这句话本身便具有绝对不变性。）换言之，他们否认冒牌自然法存在的言论，便系真正地建立起正宗的自然法，不过这正宗的自然法，要求在人为制度上，具有变化和成长，而且使人类

的演进——有意识的演进——成为可能。你后来又说：“我们只知道某种力量集合起来，便会摇动它的尾儿(犬)；另一种力量的集合便会从事于思维(人)”。这句话跟我的意思相近。你又说：“我们怎可以用宇宙赋予我们的力量来跟宇宙对抗，这岂不是等于挥着我们的拳头打击青天吗？”你这句话之所指，正与我的意思不谋而合。不过在我的心目中，你所谓“宇宙”或所谓“青天”，就是我所谓自然法。既然我们的意思相同，那么我为什么还要这样琐碎地来分析这些名词呢？简单的理由就是，一般法学家对于习用的名词是很保守的，并且不会容易放弃他们的“自然法”，除非我们指出，他们只看到自然法的背部——好像摩西只看到上帝的背部一样——而我们对自然法的看法，就好像上帝的面孔一样，是永远生辉的，开朗的，能表达内部情感的；对外面之适应非常灵敏的，并且常以人类的幸福为怀的，这才是一种比较真实的自然法。法律实务家的习惯，喜欢在变更内容的同时，保存形式。(1922年1月8日)

目前我的看法虽然有些不同，可是在自然法的观念上，融通“恒常”和“无常”(或守经与达变)二成分的愿望，在我初步法学生涯时，已清楚地显露出来了。然而若论两种成分间的比率，我不得不承认在我那早期的见解中，的确是强烈地倾向于变化和成长这边，几乎要主张：法律的生命中，惟一永恒不变的原则就是变化！

我现在的看法可用数言加以表达。虽然自然法是导源于永恒法(eternal law)，但是它绝不能与永恒法混为一谈，否则将重蹈十七八世纪所有自然法学派的覆辙。因为永恒法是“神的睿智”的另一名称，所以它该是绝对完全而不容任何变更，也谈不到什么成长。就另一方面说，自然法只是神的睿智在人性上的烙印，若以多默士·亚奎那斯(Thomas Aquinas)的话来说便是：“自然法是人类理性对于永恒法的参与。”多氏更进一步地说：“人类经由其理性，并不能对于神的睿智的启示完全参与，只能作局部而有瑕疵的参与。”多氏又认为：“人类的理

性,自然而然地在逐渐地从比较不完善的,进化到比较完善的程度。”因此,人类理性参与永恒法的能力,也在逐渐成长。

关于这一点,可以从基督教神学里借一个比喻来说明。我们都知道,在基督教的神学里,耶稣基督降生以前是与天主圣父自始相偕的“道”,在降生时,这“道”就成了人身。未降生前,“道”在本质上原是永恒不变的,但既成人身,就受时间的支配了。所以圣经上说,它的“聪明睿智,与年俱长;天主圣宠,蕴中发外”。(译者按:此一原文出于《新经·福音露稼传》第二章第五十二节。译文录自吴经熊博士译述的《新经全集》第142页。)同样地,永恒法本身是超越成长和变化之外的;但当它寓于人性和人类制度中时,它的存在是有时间性的,而且它必会有深度和广度方面的演进。

换言之,自然法有一不变的核心,它的最根本原则——为善避恶——不应有任何变化。而一切比较具体的规律,在消极方面,像“己所不欲,勿施于人”;在积极方面,像“己之所欲,亦施于人”和“己欲立而立人,己欲达而达人”,都是上述核心原则的直接结论。这些直接结论与核心原则似有同样的效力。在法学的范围里面,我们可以拿罗马大法学家乌尔宾(Ulpian)所提出的三句格言,作为自然法具体化的例证。那三句格言就是:

- (1) 诚实地做人。
- (2) 不得损害任何人。
- (3) 务使人人各得其所应得。

然而人类文明愈进,人类的理性也随着更加微妙纯粹。基于诚实地做人的观念,损害的种类和等级的观念,以及人人各得其所应得的范围和内容,在人类进化的教程中,必然会得到更充实和更有深度的内容,在这方面,自然法可以说是环绕着自己的“核心”而成长,而其边缘则与人定法(human law)密接。这便是多氏明白晓畅地说的:“自然法可经由‘加增’的一途而发生变化。”多氏甚至以为在某些少数的情况下,自然法可经由“删减”的一途而发生变化。西洋法学家有一格言说:“有原则必有例外”,这是指自然法的次等结论而言的。只有第

一等的原则,是没有例外的,如“诸善奉行,万恶莫作”是没有例外的,至于何者为善,何者为恶,与善恶的程度,要看情形而定。

目前由于各国司法方面,对于过去所未尝考虑到的各类新的自然权利和新的侵权行为,诚为我们提供不少足以确证自然法可以成长的例子。如秘密权、出生前损害赔偿请求权、第三人利益契约、不当得利和恢复原状的法律,以及关于权利滥用的种种案件,都是经由司法机关,不待立法的手续,而径自加以确认的。法院固然是人定法的制度,然而在所有这类案件中,自然法透过人定的制度,确有极大的进展。这些都是多氏所说的,自然法可经由“加增”一途,而发生变化的例证。

至于经由“删减”一途,而使自然法的内容发生变化的一端,我在前面已经谈过的,关于社会立法方面的法案,便是最佳的适例。无疑地,“无过失无责任”的原则,在一般情形之下仍是合乎公道的,因此可以把它当为自然法的次等原则。惟现代工商企业发达,情况特殊,此一原则已有例外出现;同时这一个例外,已经成为自然法的一颗新芽,在最近几十年中,已发荣滋长,而吐放出社会正义的花朵。

总之,我以为永恒法,自然法和人定法是一贯的。自然法譬如一座桥梁,其一端架设于人定法的这一边,而另一端则植根于永恒法的彼岸。若从人定法这边看自然法,自然法可变的一面,清晰可变;然而若从永恒法的彼岸看自然法,则自然法不变的一面,亦甚了然。以前抱独断论的自然法学者,似乎只看到自然法植根于永恒法的彼岸,而认为自然法的整体是具有不变的倾向,甚至连同它的微末细节亦包括在内。就另一方面看,抱怀疑论者,完全把注意力贯注于自然法在人定法的彼岸,否认自然法的不变性,甚至于它的最根本原则——为善避恶——亦不例外。研究法律哲学惟有以足够开广的胸襟,来观赏自然法的全部美景,在这个美景中,有屹立不移的山岳,也有流动不息的江河,我们悠游其中,乐此不倦,才能使我们的境界,臻乎仁知兼修的最高境界。孔子曾说:“仁者乐山,知者乐水”。我们也可以说,一个法学者必须仁知兼修,才能懂得法律的三昧。

(洪玉钦 译)

# 中国旧法制底哲学的基础\*

- 一、天人交感的宇宙观
- 二、道德化的法律思想
- 三、息事宁人的人生观

---

\* 原刊吴经熊：《法律哲学研究》，上海，上海法学编译社出版，1933。



法制是法制,哲学是哲学,两者好像一在天之涯,一在地之角,绝对不会发生什么关系的!但是仔细研究起来,随便哪一国的法制总有几个主要的哲学观念做它的背景的。即就我国旧法制而论,有许多特异之点,实在使外国的法学家莫明其所以然。最近我在美国演讲,有几位对比较法学有兴趣的同事向我提出许多疑难杂题,例如中国旧法制何以民刑不分?法治主义和权利观念何以不见发达?男女的终身大事何以不给他们自己做主,并且几千年来中国的青年何以如此老实,对于“婚姻”二字总是扭扭怩怩地怕羞?还有个有趣的问题,就是为什么立春以后秋分以前不得判决死刑?这些问题来势之健,好像屈原的《天问》一样,实在把我吓了不止一跳!原来关

于此类问题,其答案绝对不能在法制以内去找,要在法制以外去转念头。我现在要把所答复他们外国学者的话略为说给读者诸君听听。但是我要预先声明,我的答案只能骗骗外国人,在国内学者的耳朵里也许是不值一笑哩。简单说,答案是:我们研究比较法制,绝对不可专在零星的法律现象里头做工夫。这样钻牛角尖是没有出息的。我们研究一个法制,先要找到几个总枢纽,才能触类旁通,左右逢源;而所谓总枢纽就是贯统那个法制的哲学背景。中国旧法制的哲学背景,从下列三点观之,可以得其大概:(一)天人交感的宇宙观;(二)道德化的法律思想;(三)息事宁人的人生观。

现在按照上列的三点稍稍加以发挥。

## 一、天人交感的宇宙观

我国民族向来所持的宇宙观是以人事解释自然界(拟人论),再拿这个人事化的自然界来做人间世的模范!所以在表面上是个超然人生观,其实是个拟人论的宇宙观。口口声声说是人法天,的确确却是天法人,至少也是人法法人的天!《周易·系辞》开宗明义就说天,“天尊卑,乾坤定矣;卑高以陈,贵贱位矣。”(见光绪丁亥闰夏点石齐尊阮本重校印《十三经注疏》并校勘记《周易注疏》卷四,第一页)。这岂不是先将人世间的尊卑观念不知不觉地影射于本来没有什么尊卑区别的天地,再将这个非自觉的宇宙观奉为人事上的模特儿!其结果是,本来相对的原则一变而为天经地义的了。换言之,空间的高低,本来不过一种自然现象,但是,在贵族思想家心目中,也就是尊卑贵贱的蓝本。尊卑贵贱是宇宙间原来存在的区别,是天造地设的,不是人类所始创的,居上位的人们背着天地的招牌来稳固他的地位,一般民众也渐渐地被他们催眠了。

这个贵族式的宇宙观影响于我国法制的地方很多。现在只须举其最显著的几个例子,读者诸君一定可以三隅反了。

(一)比方,旧律“名例”中均设有“十恶”一门。十恶中的第一项便

是谋反。反就是扰乱宇宙秩序的意思。所以《唐律疏议》解说“谋反”二字说：

案公羊传云，君亲无将，将而必诛。谓将有逆心，而害于君父者，则必诛之。左传云，天反时为灾，人反德为乱。然王者居宸极之至尊，奉上天之宝命，同二仪之覆载，作兆庶之父母。为子为臣，惟忠惟孝，乃敢包藏凶慝，将起逆心，规反天常，悖逆人理，故曰谋反。

换言之，谋反不但是触犯政府，简直是将整个儿的宇宙给倒反了，这是何等重大的罪孽；所以认为十恶之首。现代的刑法对于内乱罪虽然也有相当的处罚（参考《中华民国刑法》第一〇三条），但是在理论上和上述《唐律疏议》所云实在不可同日而语了。

（二）天地虽然不能讲话也不能写字，但是种种现象可以给我们摹仿。比方一年有四季；在春夏两季，正是万物生长的时候；一交秋季节气，就有一股肃杀之气——诸君可也记得欧阳修的《秋声赋》；到了冬季万物都收藏起来了。我们做事，也要合乎时令。所以唐律有“诸立春以后、秋分以前决死刑者，徒一年”的规定（见光绪十七年春钱唐诸可宝书《唐律疏议》第三十卷，第十页）。天地正在生长万物的时候，我们人类怎么可与之背道而驰呢？说起来倒也有几分道理。但是这些玄妙论调，也有时而穷，诸君请看下面关系隋炀帝的故事，便知其中弱点了。

帝尝发怒，六月欲棒杀人。大理少卿赵綽固争曰：“季夏之月，天地成长庶类，不可以此诛杀。”帝报曰：“六月虽曰生长，此时必有雷霆，天道既于炎阳之时震其威怒，我则天而行，有何不可？”遂杀之。（见沈家本《历代刑法考·总考》第三卷，第十四页）

这样看起来，天地实在是一面明镜，你看进去是怎么样的人，他看

出来也就是怎么样的人，假使照的是一只狗，我可以保险影出来绝不会变成一只老鼠！中国向来的宇宙观是素朴极了，好像刘姥姥在镜子里看见她自己的尊容，也道是另有一人。孔子和儒家实在是中国文化史上的刘姥姥。

（三）尊卑贵贱的阶级既是在宇宙间注过册的，不用说也是永古千秋不可磨灭的区别。所以旧律“名例”均有“八议”之目，就是议亲，议故，议贤，议能，议功，议贵，议勤，议宾。这“八议”有犯罪的时候，法律特别优待他们。比方《唐律》规定：“诸八议者犯死罪，皆条所坐及应议之状，先奏请议，议定奏裁。”照《唐律》此条下原注“议者，原情议罪，称定刑之律而不正决之”。（第二卷，第一页）观此可知我国旧律是以不平等为出发点的。所以无论主奴、父子、夫妇间的关系，都是有上下尊卑的分别的，而法律上的待遇也因之而异趣了。关于此点王宠惠先生曾经淋漓尽致地描写过的：“主居上，奴居下；父居上，子居下；夫居上，妇居下。上者独享其权利，下者独负其义务”，实有这个情境。原来中国宇宙观是以“乾坤”二字为总枢纽。乾是阳的，坤是阴的。阳是尊高的，坤是卑下的。《红楼梦》当中有段极有意味的论调待我来引证一番，为本节告个段落：

……湘云听了，由不得一笑说道，“……天地间都赋阴阳二气；所生或正或邪，或奇或怪，千变万化，都是阴阳顺逆；就是一生出来，人人罕见的究竟道理，还是一样。”翠缕道，“这么说起来，从古至今，开天辟地，都是些阴阳了。”湘云笑道，“糊涂东西，越说越放屁。什么都是些阴阳？况且阴阳两个字还只是一个字，阳尽了就成阴，阴尽了就成阳，不是阴尽了又有一个阴生出来，阳尽了又有个阳生出来。”翠缕道，“这就糊涂死了我。什么是个阴阳？没影没形的！我只问姑娘这阴阳是怎个样儿。”湘云道，“这阴阳不过是个气罢了，器物赋了，才成形质，譬如天是阳，地就是阴；水是阴，火就是阳；日是阳，月就是阴。”翠缕听了笑道，“是了是了，我今日可明白了。怪道人都管着日头叫太阳呢，算命的管着月亮叫

什么太阴星,就是这个理了。”湘云笑道,“阿弥陀佛,刚刚明白了!”翠缕道,“这些东西,有阴阳也罢,难道那些蚊子,虻蚤,蠓虫儿,花儿,瓦片儿,砖头儿。也有阴阳不成?”湘云道,“怎么没有呢?比如那一个树叶儿,还分阴阳呢,那边向上朝阳的,就是阳。这边背阴覆下的,就是阴。”翠缕听了,点头笑道,“原来这样,我可明白了。只是咱们这手里的扇子,怎么是阳,怎么是阴呢?”湘云道,“这边正面就是阳,那边反面就为阳。”翠缕又点头笑了,还要拿几件东西要问,因想不起什么来;猛低头看见湘云身上佩的金麒麟,便提起来笑道,“姑娘这个,难道也有阴阳?”湘云道,“走兽飞禽,雄为阳,雌为阴;牝为阴,牡为阳。怎么没有呢?”翠缕道,“这是公的,还有母的呢?”湘云啐道,“什么公的母的,又胡说了!”翠缕道,“这也罢了,怎么东西都有阴阳,咱们人倒没有阴阳呢?”湘云沉了脸说道,“下流东西,好生走罢,越问越说出好的来了!”翠缕道,“这有什么不告诉我的呢?我也知道了,不用难我。”湘云扑嗤地笑。

## 二、道德化的法律思想

对于道德和法律的关系这个问题,世界各国的学者持论纷纭,莫衷一是。但是我国学者历来对于这个问题,倒是众口同声地只有一个答案。就是:道德是法律的目的,法律是道德的工具。换言之,法律的惟一使命就是保障道德。《唐律疏议》“名例疏”当中有一节很可代表这个思想的文字:

德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋,相须而成者也。

底下还加一段很有意味的注脚:

论语:道之以德,齐之以礼。德礼犹晓与阳,刑罚犹昏与秋,

言德礼与刑罚犹昏晓相须而成一昼夜，春阳与秋阴相须而成一岁也。

如此说来，政教好比史湘云所说的一个树叶儿，德礼就是这个树叶儿那向上朝阳的一边；刑罚就是那同一个树叶儿背阴覆下的一边！简单地说，道德和法律是政教的阴阳面。凡此东西不属于阳即属于阴，所以人类一切行为“出于礼即入于刑”了。这个思想叫做道德一元论的法律史观，和泰西十九世纪中经济一元论的法律史观遥遥相对，好看煞人！

其实法律为促进文化的工具，而道德不过是组成文化的一个分子。文化是个化合物，道德是它的元素，好比氧气为水的元素一样。明白地说，道德诚然是法律所应该承认并且保障的一种社会利益，但是还有其他的许多利益——例如学术、货殖、科学上的发明、衣食住行的改进、个性的发展、生活的舒适，——也是要法律承认和保障并且促进的。不但如此，而且这些利益发生冲突的时候，法律也应权量轻重从中设法为之调剂；虽不能兼收并蓄，也要依两害取轻的原则牺牲较小的利益保全较大的利益。从前韩非子引古谚说：“为政若沐，虽细发之费，而有长发之利焉。”（见《意林》）所以法学也可称为牺牲的艺术。中国的法律，对于道德太过认为奇货可居，而对于别种的利益，简直是一笔勾销；是和迂儒所主张的“失节事大，饿死事小”的一套议论一鼻孔出气的，说这句话的人，实在是孟轲的罪人。因为孟子是孔门的健将，尚且很知变通的道理。他不是说过的么：“男女授受不亲，礼也；嫂溺援之以手，权也。”何以不说“失礼事大，溺死事小”呢？只知道德，不知其他利益，是最不道德的事情。老子说得好：“上德不德，是以有德；下德不失德，是以无德。”这话不是老子在那里绕笔头，弄小聪明，实在是灼知真见，可以说是儒家哲学的当头棒！也就是受过儒教洗礼的法制底棺材钉！司马谈论六家要旨，批评儒者有“博而寡要，劳而少功，是以前事难尽从”等语，实在切中要扼。但是汉以后的法律中了儒家哲学的遗毒，偏偏要将难以尽从的教训藉法律的工具来强制执行！结

果把民族的心理缠脚般地束缚；心花不开，怎么还有创作的能力呢？于是乎一般中国人——本来是天之骄子——受了数千年的心理压迫，弄得畏首畏尾，甚至面无人色，好像地图一般（引用杨杏佛的妙喻）。外人每讥中国人谓具有“扑克面孔”，就是不会表情的意思。现在闲话少说，言归正传。

因为上述“出于礼则入于刑”的缘故，所以民刑不分。他们的逻辑是：凡是法律所禁止的都是不道德事体，凡是不道德的事体总是要罚的（起码打屁股），所以凡是法律所禁止的总是要罚（起码打屁股）！因此，旧律中有许多法律事件，——在现代法学家的眼光看来，明明是纯粹的民事关系，——也免不得规定着一个刑罚。比方《唐律·杂律》一门规定：“诸负债违契不偿，一疋以上，违二十日笞二十。二十日加一等，罪止杖六十；三十疋加二等；百疋又加三等，各令备偿。”（《唐律》卷二十六，第五页）。违约就是无信，无信就是违背五常之一，这还了得，这真正是岂有此理！俗言道：上等之人，讲了作准；中等之人，写了作准；下流之人讲也不作准，写也不作准。所以违契的是下流之人；下流之人，不打屁股，还要打谁的屁股？这一套就是为旧法制背景的哲学！最近我听说蒋主席曾在某校演讲，声言什么事情都须用哲学的眼光来研究。这话实在非常的有见地。我们研究法律也是要用哲学的眼光，才能恍然大悟；连区区小事如笞二十杖六十之类都是有哲学背景的。

还有《唐律》也规定：“诸不应得为而为之者，笞四十，事理重者杖八十。”（卷二十七，第十五页）《疏议》说：“杂犯轻罪，触类弘多，金科玉条，包罗难尽。其有在律在令，无有正条，若不轻重相明，无文可以比附；临时处断，量情为罪，庶补遗阙，故立此条。情轻者笞四十，事理重者杖八十。”

这条法律是道地极了！在上述哲学背景之上，这条不能说是锦上添花，更不是画蛇添足，简直可说是画龙点睛哩！法律不是道德的保镖么？（“保镖”二字的意义见《王云五大辞典》）虽然已经有了种种防备，足以抵御通常的盗贼，但是因为“祸危多出于不虑”的缘故，总觉

还有些放心不下。所以再画了一道符咒，方才能够“姜太公在此百无禁忌”地高枕无忧！妙则妙矣，可是未免把人类常作鬼魅看待了（参较现代“法律无正条不为罪”的原则）。还有一个最有意思的法律现象。《唐律》“诈伪门”有“诸诈病有所避者杖一百，若故自伤残者徒一年半”的规定（《唐律》卷二十五，第十六页）。宋律学博士傅霖的《刑统赋》关于这条法律有二句话：“身自伤残者无避亦等于有避。”元时沈仲纬的《刑统赋疏》在这二句底下加以注脚道：

身者自己之身，伤者见血而伤，残者瞎目折股之类，成残疾也。凡人身体发肤，受之父母，辄自毁伤，皆亏孝道，……盖先生之法，不独禁其损伤于人，而自伤残者，亦所不容也。（见江阴缪氏钞本《刑统赋疏》卷一，第二十六页）

观此，则《孝经》一书对于旧法制的的影响可见一斑了。

整个儿的法制既是道德化的，所以例子也不胜枚举，实在有取诸左右逢其源的情境的了。我现在也无须“下笔不能自休”地多来引证，还是留些余味给读者诸君罢！可是以上所述是限于立法方面的，现在关于司法方面也免不得引证一个例子以作本节的归束。吴文恪公所著《祥刑要览》一书载有一段很有意思的故事如下：

傅季珪为山阴令，有争鸡者，季珪问鸡何食，一云豆，一云粟。杀鸡破喙，有豆焉。遂罚言粟者。（《祥刑要览》卷三，第二十七页）

这段故事，初看看亦甚平淡，仔细一想，实在是充满了我国旧法制的精神。因为争鸡本为涉讼的原因，但是听讼者不问鸡的所有权是属于哪一造的当事人，遽然不管三七二十一地擅自杀鸡破喙，并将说谎的那个朋友责罚一下了事。于是物权的问题，好端端地被诚实的问题完全吸收了。在这种心理空气之下，自然也谈不到私人的物权或债权了，更谈不到独立存在的民法了。



### 三、息事宁人的人生观

中国人向来以和平为理想。美国大法官魏格摩氏在他的《世界法系大观》一书中说：“中国民族是很特殊的。他们是世界上最爱和平的民族。”这句话不能谓没有根据。

《易经》“讼卦”底下已有“终凶”，“上刚下险”，“以讼受服亦不足敬也”等不赞成争讼的按语。只有“九五爻”底下有“讼元吉”一语。但这是讲法官决狱，非关当事人争讼。故注曰：“处得尊位，为讼之主，用其中正，以断枉直，中则不过，正则不邪，刚无所溺，公无所偏，故讼元吉。”

《易经》对于争讼，并不是绝对不容许，但是有种种限制的条件，其结果差不多等于不容许。我们现在将“讼卦”的断语细细分析一下，就可知道这个情形了。卦辞是：“讼有孚，窒，惕，中，吉。终凶；利见大人，不利涉大川。”明白的解释，就是吉利的争讼，有六个条件：（一）有信实，有理由（孚）；（二）被物止塞（窒）；（三）有恐惧心（惕）；（四）中道而止，勿趋极端（中）；（五）官司不可打底或延长（终凶，不利涉大川）；（六）折狱者须具伟大人格（利见大人）。

总而言之，无论怎么有理由的官司，也只能打半场为止，如果不息地打过去，其结果总是凶的。

但是依照《易经》，官司有时还可以打的，不过打得适可而止罢了。哪料后来经过道学先生的一番熏陶，这个原则变本加厉地变成“讼则终凶”的一句金科玉律。就是说争讼非但不可终竟，争讼之事乃是根本上不应发生的；一经发生，那就凶了。宁波有句俗语道：“一好弗会造孽”；凡有争讼，两造都是错的。所以孔子“听讼吾犹人也，必也使无讼乎”的话，我们可以拿来代表几千年以来的民族心理。

但是这个和平的理想，这个相安无事的心理，岂不甚美；难道道德家不应劝和平，偏要鼓励争讼不成？我的答案是：道德家固然用不着奖励争讼，替许多律师来解决生计问题，但是将争讼的本身当作不道

德的勾当,那是一桩非常危险的事情。争讼是社会上免不得的自然现象;一则用不着人们来鼓吹,二则也不是道德上的教训所能根本拔除的。既是不能拔除的,那么最便宜的方法是利用这个自然现象平心静气地来演出若干解决争讼的原则。法学的昌盛,法治精神的发达,都是以争讼为基础的。没有争讼,就不会有真理,也不会有公道。法律以争讼为发源地,以公道为皈依处。

将不能拔除的自然现象,当作根本上不道德的并且讳莫如深的事情,其流弊不一而足。

第一,民族容易落于“心理压迫”的状态。心里虽有冤曲,因为礼教的缘故不敢直说,恐怕动辄得咎,所以还是忍耐为妙。但是人心总非草木可比,忍耐到相当程度,不能再忍了,于是怒不可抑地大发雷霆起来了。压迫的程度愈高,其反响亦愈厉害,甚至一发难收,简直是不顾三七二十一地作村妇的谩骂了。如此说来,谩骂就是那禁止争讼的道德的私生子!天下事往往因理想太高其结果适得其反。儒家的简单头脑怎么见得到这样微妙的真理呢?总之,我们如果要想铲除谩骂的习惯,非将争讼变作一种艺术和科学不可。法律就是争讼的艺术和科学!

第二,民族容易学得一种假冒为善的脾气。实在心里已经觉得很 不平,还要咬紧牙齿装作大量,设是“宰相肚里好撑船”!什么“君子无争”,“吃亏就是便宜”,原来你情愿吃亏无非想要便宜,这个居心可见一斑了!所以以最高尚的道德是要我们对于不满足的事情尽管爽快地说;而对方也用不着见气,因为要知道“人心之不同,正如其面”。世间上没有两个人思想是一样的。真正和平,是从争讼里寻出来的!

# 中国新旧法制在哲学上之基础\*

---

\* 吴经熊等：《中西法律思想论集》，20～23页，台北，汉林出版社，1984。本文原刊于1934年。

我国新旧法制的根据是不同的。据我看来,新法制是根据三民主义哲学的。而自汉唐迄于明清的法制是建立在何种哲学基础上呢?很明显的,旧法制自汉、唐、宋以至明、清(而元朝稍有不同),始终都有其一贯的传统精神,与独到的特色。它是否为理想的法制?则为另一个问题,不过它是值得我们加以研究的。

我国哲学思想,发达于春秋战国时代的诸子百家,当时有儒家、墨家、名家、阴阳家、道家、杂家、小说家、农家以及法家。其中儒家是代表中国的固有传统思想,而法家则与之相冲突;后来儒家渐式微,法家渐得势,谁再讲仁义道德,谁再讲礼义忠信,就等于危害了公共秩序,因此法家的所谓“法”就狭义化了。他们认为,法律惟有国

家能制定,不是国家所制定的即为非法。所以否认自然法、习惯法的存在。这种法律思想到秦始皇统一天下后,达到全盛的状态。

到了汉朝,汉高祖是个聪明的政治家,他分析秦朝所以速成速亡的道理,乃是对家族制度、传统精神破坏太多的缘故,所以力主重建;又鉴于秦之重用法家,故对于法家思想犹如惊弓之鸟不敢奢谈,于是被打倒的儒家思想又复振兴。当时叔孙通所制之礼,即在树立朝廷的威仪。当时的法律也以礼为本,用以贯彻礼教。那么,它的哲学基础是什么呢?就是董仲舒那种建立在阴阳五行之上的儒家思想(董仲舒非纯儒家),而它的弊病即在于此,因为它是以不平等为出发点的。阴阳五行的学说认为光明属阳,黑暗属阴;高属阳,低属阴。换句话说,阳是高贵的,阴是卑贱的,所以君是阳,臣是阴。在道德方面,“仁”属春天是阳,“义”属秋天是阴;“礼”属夏天是阳,“智”属冬天是阴。至于“信”,则非属于任何一季,而是属于一年四季末的最后十八至廿日的那一段。就整体来说,道德属阳,法律属阴,其关系就如铜币之两面,有文字者为阳,反之即为阴。因为道德与法律被认为是阴阳之两面,故凡不道德的均认为是犯罪,从此点看来,我国的法律似乎是很道德的,但其实过分地吸收道德,反而会成为一种不道德的法律,因为法律是具有强制性的,而道德是自由的,是无强制性的。故加外力或其他强制力,去强制实施一切道德上的义务,结果等于把道德变质了。法律与道德的关系实在非常微妙,从一方面讲,法律中不能没有道德,否则刑罚不中,民无所措手足。因为法律虽明而它若有不合乎正义的地方,人民也不会心悦而诚服。从另一方面来讲,法律若成为强制实施道德的工具,而变成道德奴隶的话,这更是不道德。例如,《唐律》规定:“凡居父母丧而生子者杖一百”,此种以孝治天下的偏激思想,若要严格执行,则中国将有灭种之虞。故到了明朝朱洪武先生时,认为极不合情理而把它删除了。这可看出道德法律相混合情况的一斑。在旧律中,每一条下都规定了刑事的制裁,连违背契约的也是刑事。因此,旧法制中可说没有纯粹的民法。最能代表旧法制的精神的是“诸不应得为而为之者,杖若干”的规定。这是一个具有普遍性的笼统的

条文,把一切不合道德的行为作为犯罪行为了。这是和近代“法律无正条不为罪”的原则绝对不相容的。

新法制与旧法制大不相同。在民国初创时,本于无刑法即无以治国的道理,亦先颁行刑法。其后至民国二十年(1931年)时,民法始全部颁布施行。这部民法是有哲学基础的。民法虽有很多地方是以瑞士、德国、法国、日本的法制为参考,但亦有很多我们自己所独创的地方,里面的内容是富于王道精神,固有道德。三民主义思想及精神在现行《民法典》上相当充分地表达出来了。我们试看民法第一、二两条就可了解民法的渊源除明文规定之外,还有习惯与法理,而且善良风俗与公共秩序并列,同为民事行为的最高判准。这样民法将“法”、“情”、“理”三个要素,可说是兼容并蓄了。蒋总统曾说:“民族主义本乎情,民权主义本乎法,民生主义本乎理”,这样我们的民法,通过情、法、理三个渊源,也可说已把三民主义的精神吸收了。因为三民主义是最进步的思想,是综合古今中外及国父自己所独见创获之见解而成的综合体。所以现在的法治思想,无论是我国或外国,或明或暗的依循三民主义的路线迈进。再拿“宪法”来说吧!它初稿的拟定我亦曾参与。当时所起草的《宪法》第一条为:“中华民国为三民主义之民主共和国”,虽然最后改为“中华民国基于三民主义,为民有、民治、民享之民主共和国”,在实质上,并无差异。全部《宪法》确以三民主义为其依据,这是无可否认的事实。例如,“中华民国之基本国策”一章中有关国防的规定为“中华民国之国防,以保卫国家安全,维护世界和平为目的”,这和民族主义的精神完全符合。因为民族主义的目的在求中国之自由平等,而以世界大同为归宿。它所谓的国防,并非征服世界,而是保卫我们民族的生存与发展,并且扶助世界弱小之民族,这和“己欲立而立人”的民族理想是一贯的。其他关于“中华民国”之外交、国计民生方面的政策以及人民之权利义务明确之规定,亦无不以三民主义的思想为准则。

凡此均证明三民主义的思想为我国现行法制的哲学基础。因此,笔者认为:

一、研究任何法则必须把握它的哲学基础,如不能把握哲学基础,即不能了解其根本精神。

二、我国旧法制之阴阳五行不平等的观念要完全摒除,要建立一个完全平等的思想体系,同时对于我中华固有道德的精神也要充分发挥。

三、我国是讲三民主义,而不是讲个人主义的。所以它和十九世纪的个人主义不同。它是以人为本的,而非以物为本的,所以它又和共产主义绝对不同。它是独树一帜的,它是最先进法制的基石。

# 唐以前法律思想底发展\*

一、第一时期

二、第二时期

三、第三时期

---

\* 原刊吴经熊：《法律哲学研究》，上海，上海法学编译出版社，1933。



前由徐季龙先生，约兄弟到上海法政大学去演讲。兄弟学问是很浅陋的，浅陋得实在不堪——这岂不是班门弄斧了吗？可是学问的东西本来是研究性质的，并不是独断的。《诗经》说的，“如切如磋，如琢如磨”，正是为“学问”二个字写照。既然如此，我们也不妨把平素所心得的时时和朋友们讨论讨论，以便互相发明，互相改正。现在把这篇演说词记在下面，希望与读者共同来研究一下。

兄弟今天所要讨论的题目就是“唐以前法律思想底发展”。诸君先要认清题目。我不讲法律底发展，我讲法律思想底发展。法律底发展，是属于法制史的，现在不讲。今天底题目，乃是法律哲学的题目。还有一层我要预先声明的，就是“唐以前法律思

想底发展”这个题目范围很大，在一个钟头里面一定不能详详细细地讲完，只可以讲到大致。

大致唐以前法律思想，可分作三个时期。现在为便利起见，用西历计算。

第一时期——礼治思想——法律和道德混合时期——（纪元前五世纪以前）

第二时期——法治思想——法律和道德分离时期——（前四世纪至前三世纪末叶）

第三时期——礼法调和之思想——法律和道德重合时期——（前二世纪至后七世纪）

诸君要晓得，在思想史上定日期，是最困难的一件事，因为思想是活的东西，它底变迁不是骤然的，所谓履霜之渐，非一朝一夕之故。我们断乎不能说某年某月某日以前，人们信奉礼治思想，某年某年月某日以后，忽然一变而为法治思想的时期。所以我们假定日期不过为研究便利起见，断乎没有绝对的真确性的。

## 一、第一时期

先讲第一时期。研究这个时期底法律思想，参考书固然不少，不过有几部书考据家说是后人伪造的，所以很靠不住。好在《诗经》和《论语》是比较的可靠：礼治思想可以用这两部书来做代表。

这个时期底信条是：治国家用不着法律，只要用礼仪就行了。君王只要讲仁义道德，百姓就会受感化。君王只要以身作则，百姓也自然而然地会跟着做。人民好比米粉团一样，可以任君王随便搓的。君王搓得得当，那米粉团就成了一个整整齐齐美美丽丽的东西。要是搓得不得法，那米粉团就弄糟了。诸君请听下面的引证，就可领会当时底思想了。

季康子问政于孔子曰：“如杀无道，以就有道，何如？”孔子对

曰：“子为政，焉用杀？子欲善，而民善矣，君子之德风，小人之德草；草上之风，必偃。”（《论语·颜渊》）

君子屡盟，乱是用长；君子信盗，乱是用暴。（《诗经·小雅·巧言》）

周道如砥，其直如矢！君子所履，小人所视。（《小雅·大东篇》）

弗躬弗亲，庶民弗信。（《小雅·节南山篇》）

君子如届，俾民心阙；君子如夷，恶怒是违。（同上）

这些话都是根据着《洪范》说的“天子作民父母，而为天下王”底意思。父母和子女是最亲爱的，所以应该用感化底方法，使得子女改恶为善。如果不能化民成俗，反而从事于法律和刑罚，此之谓下策！所以孔子说：

道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。（《论语·为政》）

礼治底根本，不外乎五伦：“君臣，父子，兄弟，夫妇，朋友”。礼治把天下的人分尊卑，贵贱，亲疏，厚薄；不用平等不偏的法律治之。《论语》上有一段很有趣的话：

叶公语孔子曰：“吾党有直躬者，其父攘羊，而子证之。”孔子曰：“吾党之直者异于是。父为子隐，子为父隐，直在其中矣。”（《论语·子路》）

老实说孔子这段话是个遁辞！其实这并不是直不直的问题；不过这样的“直”和孔子底礼教冲突罢了。

孔子根本不承认法律之必要。所以他说：

听讼吾犹人也，必也使无讼乎？

礼治思想底根本错误,照我看来,有二点:

(一)它的心理学未免太幼稚了。孔子根据着性善之说来讲政治法律,难怪他底结论是:在上者只要用“以身作则”底法子来感化下民,下民自然会“效法”(imitate)哪里用得着法律呢?“效法”(imitation)固然是社会上很重要的一种作用,但是治国家若专靠“效法”,哪里能够持久呢?司马谈批评儒家说:

儒家博而寡要,劳而少功,是以其事难尽从。

正是一言破的。

(二)礼治思想有抹杀人格底趋势。“礼治”是一个自相矛盾的概念。所贵乎道德者,莫非因为道德是自由意志的产品。假使把政治和道德混在一起,其结果是“强迫的道德”,“麻烦的政府”(Fussy paternal government)。在“强迫的道德”和“麻烦的政府”之下,人民的人格永不会有发展底机会了!奴隶性质的道德,不如自由意志的不道德,我不说自由意志就是道德,但自由意志是一切道德、一切人格底生死关键和必备条件。

## 二、第二时期

第二时期乃是法治思想全盛时代。法治思想可算是对于礼治思想的一个大反动。礼治思想底出发点是亲疏厚薄,贤不肖之分别;而法治思想底出发点是“无厚”。邓析子说:

天子人无厚也;君于民无厚也。……何以言之?天不能屏勃厉之气,全夭折之人,使为善之民必寿,——此于民无厚也。凡民有穿窬为盗者,有诈伪相迷者,此皆生于不足,起于贫穷,而君必执法诛之——此于民无厚也。(《邓析子·无厚篇》)

慎子述主张法治的缘故如下：

法虽不善，犹愈于无法，所以一人心也。夫投钩以分财，投策以分马，非钩策为均也；使得美者不知其所以美，得恶者不知其所以恶，此所以塞愿望也。（《慎子·威德》）

这段文字可称法律心理学！慎子又说：

大君任法而弗躬，则事断于法，法之所加，各以分，蒙赏罚而无望于君；是以怨不生而上下和矣。（《慎子·君人》）

这和诗经“弗躬弗亲，庶民弗信”遥遥相对！

对于儒家以身作则思想，韩非子有很厉害的攻击：

释势委法，尧舜尸说而人辩之，不能治三家；夫势之足用亦明矣！而曰必待贤则亦不然矣！且夫百日不食，以待粱肉，饿者不活，今待尧舜之贤，乃治当世之民；是犹待粱肉而救饿之说也。（《韩非子·难势》）

我记得《诗经》“衡门篇”有“岂其食鱼，必何之魴？岂其取妻，必齐之姜？岂其食鱼，必河之鲤？岂其娶妻，必宋之子？”韩非子的意思好似说：“岂其治国，必唐之尧？”

《韩非子》“六反篇”驳“天子作民父母”说：

今上下之接，无父子之泽，而欲以行义禁下，则交必有郤矣。且父母之于子也，产男则相贺，产女则杀之，此俱出父母之怀衽，然男子受贺，女子杀之者，虑其后便，计之长利也。故父母之于子也，犹用计算之心以相待也；而况无父子之泽乎？

今学者之说人主也，皆去求利之心，出相爱之道，是求人主之

过父母之亲也，此不熟于论恩，诈而诬也！故明主不受也。圣人之治也，审于法禁，法禁明著，则官法；必于赏罚，赏罚不阿，则民用官，官治则国富，国富则兵强，而霸王之业成矣。

法治思想是对于前章所述人治思想底一个大反动；所以它的议论多趋于极端。并且法治思想大有功利主义的彩色，把人类当作一部“计算的机器”(Calculating machine)可是人的心理是复杂的万分，不是单纯的；比方，计算之心固然有的，然而同情心也未始没有。法律不是特种心理底特产，却是各种心理调和底结果。法律正是理想界和实在界之交点！法律正是“公道”和“治安”底公仆！法律这里是功利底走狗？法律哪里是计较利害底算盘？司马谈批评法家，说他们“严而少恩”确是不差！所以梁任公底批评“法家以道家之死的静的机械的唯物的人生观为立脚点，其政治论当然归宿于法治主义，即物治主义”（《先秦政治思想史》，第二六二页）也不是完全没有根据的。不过我有一句话要特别声明的：谓“法家”底“法治主义”为“物治主义”则可；若谓一切的法治主义都是物治主义，那么，我非大声竭呼地提出抗议不可！（不过我想梁任公并不说一切的法治主义乃是物治主义。）

### 三、第三时期

第三时期底礼法调和之思想可算是对于秦朝底刻薄寡恩的法律一个反动。

炎汉代兴，萧何草律，而叔孙通制礼兼礼治与法治而一之；汉祚之永，未始不基于此。（程树德《汉律考》“施愚序”）

诸君请看汉高祖约法三章，文帝除肉刑诏，除诽谤失言罪诏，除相坐诏，就可知道当时法律思想底趋向了。景帝《诏减疑狱》最有研究的价值！诏曰：

狱者人之大命，死者不可复生，朕甚悯焉，诸狱疑若无。文致于法而于人心不厌者辄谳之。（《山堂肆考》“君道”）

这是以法律为本，而承认其有例外。所以这个时期和第一时期有一个大不相同的地方，就是，这个时期承认法律底必要，不过要把道德的观念连输到法律里面去——把“人情”贯注到法律中间。这和罗马法底 *ius honorarium* 和英美法底 *equity* 却是同一精神的。《唐律疏议》“名例疏”是长孙无忌做的。他论法律之必要说：

夫三才肇位，万象斯分；稟气含灵，人为称首；莫不凭黎元而树司宰，因政教而施刑法；其有情恣庸愚，识沈愆戾，大则乱其区宇，小则睽其品式，不立制度，则未之前闻。

长孙无忌论道德和法律之关系说：

德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋，相须而成者也。

在这时期，道德和法律的性质，固然已经辨清楚了，可惜“政治”和“宗教”还是混一个机关，所以中国法律当中民法成分和刑法成分不能成一个相当的比率。总之，“合法”“不合法”底概念和“善”“恶”底概念没有分清。凡是“合法的”总是“善的”，所以非赏不可，凡是“不合法的”总是“恶的”，所以非罚不可！这种观念实在是人治思想的遗毒呀！可怜我们中国人是地球上思想和道德最不解放的民族！如要解放我们拘拘束束、畏首畏尾的心理状况，就非鼓吹法律主义不可！现在法律学生底最重大的问题，就是：如何能使法律主义通行，而同时免脱刻薄寡恩的流弊？

# 法律之多元论<sup>\*</sup>

---

\* 原刊吴经熊：《法律哲学研究》，上海，上海法学编译社出版，1933。



今天我所讲的是法律之多元论。不过在未讲之前,我们先要明白什么是多元论。多元论是一元论之对应名词,现在不妨先将一元论连带的说一说。一元论是宇宙观中之一派,是说宇宙间之一切现象,都归到一个总源,或是说用一个原则可以说明宇宙间种种的现象。一元论发源很早,希腊哲学家 Thales 先就以为宇宙间主要的原质是水,万物生于水,长于水,而归于水。同时有个哲学家名 Anaximenes 者,说宇宙间主要的原质不是水,而是空气,他们二人同出一派,而见解各殊。又有 Heraclitus 者,亦是希腊的哲学家,他说宇宙间主要的原质是火,不承认水又不承认空气;后来 Pythagoreans 这派的人,都说宇宙间主要的原质是数。这些论调与中国人讲太极很相

近的。多原论主张宇宙间一切现象,不能归诸一个总源,也不信可以用一个原则来说明这些现象。希腊哲学家 Empedocles 便不以一元论为然,他说宇宙间主要原质,有水、火、土、空气四种,和中国的五行说很相似的。十七世纪之后,德国哲学家 Leibnitz 主张多元论最力,他著有一部《原子论》,为研究哲学者所必读之书。他以为宇宙间有无数的微尘似的灵动实体,无论什么东西都有这种有灵性的小物体存在着。最近美国哲学泰斗 William James 在他所著的《多元宇宙》中说:宇宙间没有一个东西能统辖或支配万物的;即尊如上帝亦不能做这事情,因为他自身无时不在变化之中;这宇宙不是个一成不变的大块(block universe)。他的意思就是说,宇宙非单纯的物体,乃是由各种复杂的分子组织而成。可惜 James 现在已死了,不过他的影响仍旧很大,不单是美国,欧洲的思想也受他影响的。我想研究政治学的人一定知道 Laski 这个人,他的名著 *Foundation of Sovereignty* 是许多文章会合而成的,其中有篇名《多元国家》。这书受 James 的影响很不少。美国法学家 Holmes、Roscoe Pound 和 Cardozo 都是我很好的朋友,他们的主张都趋向于多元论,可是没有正式的用这名字,我现在正式的叫它多元论的法律哲学。

以上讲了一大篇,全属多元与一元的异同,现在当未讲法律的多元论之前,先把法律之单元论提出一讲。我们要明白法律之多元论是什么,非同时用法律之一元论作背景不可。何谓法律之一元论?在法律宇宙中的一切现象,都可以归到一个本源,或以一个原则来说明一切法律宇宙中的现象,这就叫做法律之一元论。在此定义之下,大多数的法律哲学家皆属于一元论这一派的。法律之一元论有不同的四派。

#### (一) 自然法派

这派学说很盛行于十七、十八两世纪中,可以举以下四人来做代表:Hugo Grotius (1583—1643), Hobbes (1588—1679), Pufendorff (1632—1694), Thomasiusa (1655—1728), 此外研究自然法者尚有,不过这四位比较的著名一些罢了。Grotius 是国际公法的鼻祖,他在 *The Law of War and Peace* 中讲自然法的地方很不少。何谓自然法?这

四人都承认法律的出发点是人性,这一点大家已无异议了,然各人立说却大不相同。Grotius以为人性的特点是 *Appetitus Societatis*,“群性”,他说凡合于群性的法律都是自然法;*Keeping of Agreement* 是自然法的作用,反过来讲凡不合群性之种种行为,皆为自然法所不容,如杀害或凌辱他人便不合自然法了。群性是万物的枢纽,中国语“居其所而众星拱之”就不啻为群性二个字说了。这样岂非一元论? Hobbes 的出发点亦是人性,然结果不同,他说人性之特点是 *Mutual Fear*,互相恐惧,他是同荀子一样讲性恶,以为如果没有法律,人类一定天天在争夺之中。国家和法律的作用是要免除一切争斗,回复到和平状态之下,故自然法就是禁止人类自戕的一种法论,换言之,凡法律能促进生命的保障, *Preservation of Life* 者,都是自然法,军阀主张战争,摧残生灵,照他看来当然是不合自然法的了。他的特点 *Fear* 似乎把政府法律的意义看得太狭了。Pufendorff 说,人心惟危,人人觉得自己的能力薄弱, *Sense of Weakness*,所以要合成国家团体来抵御一切外侮。Thomasiusa 说,人的心理要长寿,要享快乐的生活,故法律能帮助人类得到此种欲望者,就叫自然法。以上种种的论调皆不免武断,不可全信。十七世纪的思想不合于二十世纪时人的应用不待说的了,现在要研究人性,用心理学的方法,便当得多。人性很复杂,得其一而忘其大体是不可以的。

### (二) 分析派的法学

Austin(1790—1859)是这派的巨子,他说法律就是命令,这命令是从一个特定的本源, *Determinate Source*,发出来的。英国牛津大学教授 Holland 说:法律者,可以拘束人类的行动之一种普通规矩也,而此规矩必有国家之无上尊权为之后盾,始可谓之真正法律。这定义偏于一元论,是一望而知的,苟如其言有了无上尊权,则其他国际法习惯法皆无立足地矣。

### (三) 历史派

历史派的鼻祖是德国法律家 Savigny(1779—1861),他以为法律之惟一来源,是民族的灵魂,个人有灵魂,国家也有的,所以一切法律

无往而非此民族灵魂之表示。虽无声无臭,可是能用立法官做他的Medium去唤醒国民性。他说凡是法律皆非人造,乃灵魂之指使,此为纯粹明白的一元论,Savigny喜言灵魂鬼怪,大概是受当时浪漫派拟人论影响的结果。

#### (四) 法律的唯物史观

要知何为法律的唯物史观,非先讲唯物论与唯物史观不可。唯物论以为宇宙间主要的原质是物质,宇宙间种种的现象皆是物质的现象,乃至人的自觉心亦是物质的出产品。唯物史观是把唯物论应用到人类的历史和生活上去,以为人类的历史就是一部经济史,人类的社会生活不过是经济的生活。我们要晓得出产的方法和出产品的分配是“因”,社会组织是“果”。所谓法律的唯物史观,就是把法律放在经济社会上面,法律好像上层建筑,经济是基础,经济生活可操纵法律生活。这句话只有不明法律底蕴的人才讲得出,懂法律的人,都说法律有独立的进化程序。法律进化的原因固然很多,比方伦理、心理、时代、环境,在法律进化的程序上,皆多少影响发生。



## 第二部分

---

十年来之中国法律

三民主义和法律

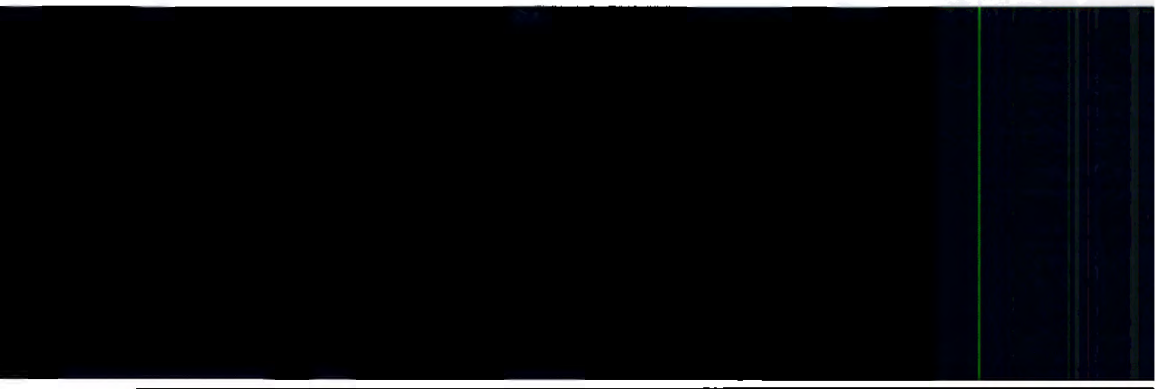
宪法中人民之权利及义务

中华民国宪法草案的特色

过去立宪运动的回顾及此次制宪的意义

新民法和民族主义

新民法侵权行为责任的两种方式



*image  
not  
available*



我中国法律之演进，向极迟缓，唐明清律，沿袭鲜有殊变。人存政举之观念，深镌刻于执政者之心目。而司法方面，以历史之沿袭，及传统思想之束缚，偏重于刑名之设定，民事法规，终未致意。重以多方原因，遂致法律之演进，难有殊迹。民国以来，虽因政体之变更，泰西法律思想之输入，法律演进程序中，稍稍起若干变化，然以政治之未能固定，朝野多沧桑之变，此起彼落，无暇计及法律之改进。故只草草危局，未见一宪法以昭入国人之目，未见一统一法典传布国人之耳。民法若亲属、继承等法规，且尚袭大清现行律而适用之。故民国之国体虽变，而法制未能焕然一新。泊乎最近七八年中，国民政府以统一之局，奠都南京，基中山先生五权之制，设立法院

专司法律创制修订之责，主其事者，先后有胡展堂、孙哲生两先生。所成之法，已有公法私法全部，追袭旧法之处固多，而若亲属、继承、行政以及最近在起草中之宪法，已几全越旧蹊径，皇然巨帙，不可谓非我国法律史中一重大演变之革命时期。迨本刊编者以《十年来之中国法律》一文见委，答以现行法律，浩如烟海，作者为篇幅及时间所限，自不能对一切法律详加讨论，只拟就民法、刑法两部分稍加叙述。本文草草成章，挂漏之处，在所难免，还希读者诸君鉴而谅之。

## 一、十年来之民法

### (甲) 国民政府民法法典颁布前之民法适用

国民政府民法法典颁布施行以前，所适用之民法为大清现行律与大理院判例。大清现行律之有效部分，民国三年(1914年)上字第三百零四号判例曾有明示之规定：“民国民法典未颁布以前，前法现行律除与民国国体抵触部分外，刑事部分与民事、商事部分，继续有效。”其有效部分概括服制、名例、户役、田宅、婚姻、犯奸、斗殴、钱债等章。是以国民政府未颁布民法法典以前，民法无一定法典可据，仅以大理院判例及现行律相辅而行，判例补现行律之不足，而现行律藉判例以改进。

民国十四年(1925年)时，曾有修订法律馆，一度尝试，草订法律，成民律草案。其内容所及，因受日本立法例之影响，与大清现行律出入颇多，制之分编，与目前施行之民法，大部符同，事实上固已进步多多，惜乎仅草案而未颁布。其内容所及与大清现行律出入之处，约如下述：

民律草案第一篇总则篇 总则篇内分为五章，第一章为自然人与法人，第二章、第三章为法律行为，第四章规定期限计算方法，第五章规定消灭时效。第一章有外国法人之规定，为大清现行律所阙如。第二章规定行为能力，亦为大清现行律所未见。条文共计二百二十三条，较诸大清现行律少一百条，是已删繁就简，有立法之新趋势。

第二篇债篇 债篇与大清现行律不同之处更多，且于第一章中加

人债之发生、债之消灭等条文，俱为大清现行律所未见。

第三篇物权篇 物权篇较大清现行律亦多增减，如抵押权特章之编入，典权特章之编入，别规定权利质以代动产质物。

第四篇亲属篇 亲属篇条文反较大清现行律为多，全篇条文多至二百四十三条，其有现行律所未见者，亦多详为规定，如第二章关于家产之规定，第四章亲子关系之规定、养子关系之规定，第五章照管之规定，较诸大清现行律，条文多一百条。

第五篇继承篇 继承篇所规定之遗产继承，与大清现行律多有殊异，余则与大清现行律出入殊鲜，全文多至二百二十五条，亦较大清现行律为多。

#### (乙) 国民政府民法法典颁布后之民法适用

国民政府奠都南京以后，知旧法之紊乱不足，无以应新环境之适用，故即由立法院起草民法全部法典，凡五大篇，计总则、债篇、物权、亲属、继承五篇，全文计一千二百二十五条。其中总则篇，系民国十八年(1929年)五月二十三日所颁布，债篇系十八年(1929年)十一月廿二日所颁布，物权篇系十八年(1929年)一月三十日所颁布，亲属继承两篇同颁布于十九年(1930年)十二月三日。其内容之与《民律草案》、《大清现行刑律》殊异甚多，法文及编制较旧法，固已进步匪鲜，其内容与技术殊有特美之处。

(一) 内容方面 新民法之内容，已追踪于法律之社会化。二十世纪之立法，与十九世纪之个人主义、功利主义，要已久相离越，其主旨所趋，不求最大多数之个人利益，而以社会整个之利益为前提。所谓法律须社会化，亦即所谓三民主义下之法律，其最显著者，则有：

1. 男女平等原则之确认 男女平等，自为三民主义所主张，而亦为人类现代生活所趋之必然现象。我国以往法规，男女之不能平等，轻重实太悬殊。于是法律与事实，相互为因果，致中国女子陷于不拔之地位，造成社会畸形之状态。新民法励守此男女平等原则，实为内容进步之最大标榜。

2. 适用习惯以补法律之不足 习惯为民间自然之产物，民间共同

生活意志之所趋,其果无背于善良风俗公共秩序,亦何由而不予采用。盖法规之条文有限,规定或有所未尽,援民间已成之习惯而为适用,不特法律趋社会化,抑足与事实经验上有丝丝入扣之妙。

3. 强制事项之规定 由社会法益之观点而论,人民之自由超过于某种程度而足使社会法益有损害时,当限制之。新民法关于法人之适用干涉主义,契约之限制自由,俱有相当之规定,此亦为法律趋社会化之一大进步。

(二) 技术方面 新民法关于立法技术之成功,较大清现行律显有殊境,自不待言。即较诸以前所有迭次草案,亦复有长足之进步。与西欧最新之立法例并辔相埒,诚无愧色。其最足称者,则为:

1. 法文之简括 新民法法文,较前草案,减节不少,条文少而含义广。如总则篇中仅规定总纲之条文,尽芟浮辞而去之。尤其如亲属、继承等篇,因内容之有殊异,删去浮文匪(渺)。

2. 法文之明晰 新民法法文,用词较旧有草案明晰多多,条文无涩口难解之弊。虽未谓已臻至善至美之境,然较诸大清现行律及旧有草案,已多进步,是可断言。

诚如上所论者,新民法法典之颁布,不可谓非国家之光荣,人民之福利。其内容实体上与前法不同实多,不可不一论之,以窥见十年中法律演变之轨迹:

(一) 习惯之采用 新民法总则第一条规定民事法律所未规定者依习惯,无习惯者依法规,第二条规定习惯以不背于公共秩序或善良风俗者为限,此规定之趋于社会化已如前述,大清现行律所未见也。

(二) 留置权、典权、永佃权之规定 新民法物权篇规定留置权一般原则,而典权、永佃权尤于分章以专条规定之,此为以前各草案所未见。

(三) 姻亲血亲之规定 我国以前亲属之等分,胥以宗亲外亲妻亲之名分定之,此盖由服制图之等分而来,然重男轻女之循守,于此可见。新民法屏绝旧绳,别分为姻亲血亲二系,置男女二系于同等地位。而亲属之认定,不于通则中规定,而于分则中因各殊之事实而定,是以

法文亦具删繁就简之妙。

(四) 婚姻章之男女相互规定 依大清现行律,男女在婚姻上之地位实至不平等,新民法之规定,胥以男女相互对待为原则。

(五) 宗祧继承之废止 宗祧继承宗法社会下所遗留之制度,其由来纯基于大家族制之封建社会。新民法屏越旧蹊径,故关于一切宗祧继承之规定,废止无遗,继承纯基血统而来,是为西欧最近立法例之所风尚,立意至新善也。

民法全部之进展,经国民政府立法院之努力,不可谓非具有革命之精神。民国以来第一部完全法典吾人不能不认为有相当之满意。

#### (丙) 国民政府民法法典颁布前之商法适用

新民法颁布以前,民法与商法,截分两途。商法为清末所创制,内分总则、商行为等编,草订之初,原仅沿袭日本法例,然于适用方面,不无困难之处。故在民国初年时,曾经适用,未觉惬意,国民政府前亦有数度议订也。

#### (丁) 国民政府民法法典颁布后之商法适用

国民政府奠都以后,中央政治会议,因民商之分道别帜,殊有改进之必要,乃曾详为讨论废采理由,建议于立法院,以为民商不必划分,立法实有合一之必要。其建议之主要理由所在,则有:

(一) 商法与民法并立,实际上关于商事行为之规定,民法中已多有规定,诸若契约法律行为等,民法中规定綦详,商法中重作规定,宁非冗杂无当,然商法中不能不有此规定。要之,民商之不能不合一也。

(二) 揆诸各国最新立法例,民商多采合一,若瑞士等国。至于日法之民商分立制度,虽当沿用未改,然彼邦立法者,亦颇有合一之论调。我国既具创制新法之精神,亦何由而必欲步武于陈旧立法例之后而追迹日德诸邦,此民商法典之所以又不能不合一也。

(三) 就我国既往之社会环境论,商人与普通人民,原无特殊界限之划分。通常人民往来借贷之契约关系,与商人买卖之契约关系,亦于习惯上无特殊之区分。法典强而欲分别之,其于事实上,实无裨益,此民商之所以又必需合一也。

立法院既接受上述之建议，殊觉民商合一有事实上理论上之必需，于是通过其意旨。除于民法总则及债篇中，分别订入关于商行为之法文外，复从事于商事特别法之起草，先后告成者，已有票据法、公司法、交易所法、保险法、海商法等诸篇，胥经颁布施行，其内容所及，较诸前有法令，完全多多。民商合一之旨意既告成功，而商事特别法规之规模，乃悉具范矣。

## 二、十年来之刑法

### (甲) 国民政府新刑法颁布以前之刑法适用

国命政府之新刑法，系在民国十七年时颁布施行。在十七年以前，刑法之适用为《暂行新刑律》。所谓《暂行新刑律》者，系颁布于民国元年三月。计自民国元年沿用至十七年，毫未更变。《暂行新刑律》虽冠以新字，事实上即系满清季世，延日本冈田朝太郎所起草之《大清新刑律》。因《大清新刑律》为满清之遗物，故不能援用，乃草草将有关国体之条文删去及杖笞等刑废止并减去若干死刑之刑名外，其他鲜有殊异。当时忽忽告成，亦未经国会通过，仅由大总统颁布施行。施行以来，虽经几度修改之议，然终未实行。

《暂行新刑律》之创制，虽仓促告成，然因有《大清新刑律》为据作基础，故一切尚能有相当之改进。国民政府成立以前，此足为仅有之统一法典。全法条文计四百十一条，除刑之更改略如上述外，其他最重要之更改，厥为订定法律无正条者不为罪。往者比附其他案情，得以判罪之定例，于此遂以明文废止之矣。正刑明法，此可云《暂行新刑律》之一大进步。

### (乙) 国民政府新刑法颁布以后之刑法适用

国民政府于十七年颁布新刑法，《暂行新刑律》于是遂告废止。新刑法之内容，大率与董康、王宠惠二先生于民国七年时所议订之刑律第二次修正案，参酌颇多，惟更较新颖精密耳。共五十一章，计总则十七章，分则三十四章。内容之进步处，约有：

- (一) 采用从新从轻主义；
- (二) 亲属范围之规定；
- (三) 划分故意与过失之范围；
- (四) 正当防卫与紧急危难之限制；
- (五) 同盟罢工罪之删除；
- (六) 罚金之易科或专科视各罪刑而分别规定之；
- (七) 废去刑等之规定而视犯罪情形规定刑期。

新刑法较诸《暂行新刑律》自不可谓非有进步。此外新刑法之所不足者，有特别刑法之颁布，如海陆空军刑法、绑匪治罪条例等，刑法法典至是，已可云具见雏形矣。

# 三民主义和法律<sup>\*</sup>

- 一、法律和民族主义
- 二、法律和民权主义
- 三、法律和民生

---

\* 原刊吴经熊：《法律哲学研究》，上海，上海法学编译社出版，1933。



三民主义是我们的目标,法律是贯彻三民主义的一种工具。它们是搭档码子。前者是目的,后者为方法。大家都知道三民主义就是民族、民权、民生三个主义。现在分别讨论法律对民族、民权、民生的贡献。

## 一、法律和民族主义

先讲民族。法律对于民族的贡献,大致有三点:

### (一) 法律应尽量发扬民族精神

世界上各个民族有它们的特性。有的特性是不行的,应该竭力改革;有的特性是优良的,应该竭力保守勿失,并且竭力培植,务使它们开花结果,弄得万紫千红蔚为

大观。中国人的劣性，固然不一而足，现在不在话下；但是优良的特性亦复不少，大有奇货可居的地步。中山先生说得好：“近来欧洲文化东渐，他们的政治经济科学都传到中国来了，中国人听到欧洲的政治学理多数是照本抄誉，全不知道改变”！这就是说我们民族的特性千万不可埋没，做人家的文化上的奴隶。讲到这里，诸位一定要发问，究竟什么是我们民族的最好的特性呢？我的答案便是：“中和之道”。“中”就是不偏的意思；我们民族不喜欢走极端的，不容易变成过激的。“和”就是不高兴争讼的意思；我们相信和衷共济，讼则终凶。所以专门打官司的人，我们名之“讼棍”。孔子说：“听讼吾犹人也，必也使无讼乎”！这句话可以代表历来做官的人的理想。让我引征一桩故事，来证明这人生观。

后周苏琼除清河太守，有普明兄弟争田，牵累至百人。琼谕之曰：天下难得者兄弟，易求者田地，假令得田地，失兄弟心如何！因而下泪。诸证莫不洒泣。普明兄弟叩头乞外更思。分异十年，遂还同住。（见《祥刑古鉴》卷上，第四十五页）

在中国法律史上，这种至诚开导的例子不可胜计。即就现在的法律而论，也常有中和之道的表现。比方新近立法院颁布民事调解法规定，民事初级案件和人事，如婚姻等类，都要经过调解，不得即行诉讼。各法院都设有民事调解处；法官用他们的苦口婆心谆谆善诱。

还有新《民法》当中，往往有折中办法的规定。最有趣味的，是第一百二十四条第二项：“出生之月日无从确定时推定其为七月一日出生。知其出生之月而不知出生之日者推定为该月十五日出生”。

这条法律是立法院所创设的，不是从别国抄袭得来的。这岂不是民族精神的产品吗？

## （二）法律为取消领事裁判及废除不平等条约的有力工具

中山先生革命第一件大目的，就是要跻我民族于国际平等的地位；取消领事裁判权，废除不平等条约，是完成民族主义最紧要的工

作,且于遗嘱中谆谆交代,尤须于最短期间促其实现。可是现在照我国的国势而论,尚无以强权来抵抗强权的力量,只能藉国际公法的运用,主张正义公道以自卫,据理力争,而求达到取消领事裁判权及废除不平等条约目的。这是法律对于民族主义第二点贡献。

### (三) 法律可以改良民族

我们素称文弱之邦,故中华才子,类皆多病多愁。其最大原因,即缘婚姻不能自由。父母之命,媒妁之言,是天经地义的;婚姻能否称心如意,自己毫不能做主,全赖运气而定。于是才子不能配佳人。女子方面亦然,自古红颜多薄命,巧妇常伴拙夫眠,以一素不相识之人,而强使成为夫妇,于是郁郁不乐,家庭间绝无乐趣可言。以这样的环境精神,如何会产生活泼强壮的小孩来? 反观历来有许多英雄豪杰大人物,类多野合的结晶品。民族强弱与婚姻自由与否,其关系之大,于此可见,所以现在新《亲属法》第九百七十二条规定“婚约应由男女当事人自由订定”,第九百七十五条且规定“婚约不得请求强迫履行”,就是要使恋爱自由,结婚自由,夫妻愉快,可以产生活泼伶俐而且强健的小国民,使民族得以渐渐地转弱为强。再如鸦片和花柳病危害民族很大,法律不是医学,天然不能规定戒烟的方法,也不能疗治花柳病。但是法律可以用处罚的方法强迫人民戒烟,也可以对于生花柳病的人的种种行为加以相当的制裁,例如准许对方解除婚约及离婚,以免除及减少花柳病的传染害其民族。这是法律对于民族主义的第三点贡献。

## 二、法律和民权主义

民权主义对于法律有直接的关系。现在限于时间,只能把主要之点讨论一下。

泰西各国在十八九世纪的时候,盛行个人主义,主张个人的权利是天赋的,所以也是绝对的。其结果弄到各人只知行使他自己的权利,不管他人的痛痒,更不管社会的利益,于是酝酿出一个互相竞争的局面。在国内则讼案纷纭,在国际则战事时有,未了演欧战的大惨剧!

中山先生的民权主义和个人主义化的权利观念是迥然不同的。民权主义的出发点是社会,不是个人。照中山先生的意思,权利是社会寄托在个人身上的,社会是产生权利的源泉,个人离开社会即无权利可言。社会既能授予权利,在必要时也能剥夺权利,至少也能限制权利的范围。所以民权主义是主张一切权利是相对的,并非绝对的。

我们如要明白民权主义和个人主义不同的地方,先须将泰西各国十九世纪的法律思想源源本本研究一下。

十九世纪当中,最能代表个人主张的思想家要算英儒边沁了。他的学说建于两大柱石的上面:第一,立法的目标在乎为大多数谋最大幸福。在表面上看,好像这个主张可称为公益主义,适和个人主张背道而驰的。对于这个疑问有二层说明:边沁氏所谓大多数,仍由各个人集合而成,非指民族全体而言;是一个无机体,不是一个有机体,这是第一层。第二层,所谓最大幸福非有一定客观标准,仍以各个人主观上审定。这一层就引导我们到第二个柱石,就是各个人对他自己的幸福,是个最好的评判员。所谓人家事体头上过,自己事体穿心过。所以立法者当尽量除去各个人的自由行为的障碍和限制,只要他的自由不致妨害人家所有相同的自由。在理论上观察,边沁的学说是以上述第一个原则为体,而以第二个原则为用;然在实际上,则第二个原则影响最大,实在有些喧宾夺主的了!所以他的信徒斯宾塞氏就说立法的最妥准则是放任政策,不是“最多数的最大幸福”。

放任政策是主张关于社会生活——尤其是经济的活动——任凭各个人自己做主,非但他人不得无故干涉,即政府也不应轻易地阻碍。国家的职司是消极的,不是积极的。放任政策以企业自由和契约自由为它的口号;主张法律对于人民的经济生活,不但不应加以干涉,而且对于个人因企业及契约而得到的一切利益,法律应尽量地保障它们。在法律上,各人有自助的权利,而没有助人的义务;优胜劣败,巧者生存,拙者淘汰,视为当然之事,其结果是富者愈富,贫者愈贫,演成一个人资本主义的国家。如此,从个人主义转到放任政策,再由放任政策演成资本主义,此中蛛丝马迹,不难一一覆按了。现在我们再将个

人主义对于法律的影响研究一番。归纳起来,不外下列几点。

### (一) 订约自由

在个人主义者眼光当中,各人具有自由意志,而自由意志,是法律所顶要尊重的一件物事;并且他们相信契约是当事人自由意志的结晶,所以一切契约,只要不为法律所明禁的,都应认为有效,至其内容是否公道,可以一概不问。他们的逻辑是:各成年人具有自由意志,自由意志是神圣不可侵犯的,契约是自由意志的产物,所以契约也是神圣不可侵犯的。前十几年的时候,美国联邦及各邦的立法机关,通过几条劳工法规,限制工作时间(有的是八小时,有的十小时,有的十二小时,现在限于篇幅,不能一一缕述,)并规定最低限度之工资。后来资方向联邦及各邦法院对于该项法规提出诘问,主张此种法律侵犯宪法所授予的自由订约之权,因为工作时间的长短和工资的多寡,应由当事人自己定夺,雇主固然有自由意志,工人也有他们的自由意志。工作和工资,本来是买卖性质的,假使工人方面嫌工作时间太长,工资太薄,尽可不订契约,合则留,不合则去,两言可决,问题甚属简单;工人又不是国家的被保护人,何劳国家替他们越俎代庖,反致侵犯他们天赋的自由意志?当时法院都认资方主张为有理,上述法规以违背宪法宣告无效。美国联邦最高法院在 *Lochner v. New York* 那件案子,也是这样判决。只有一位霍姆斯氏推事提出异议,略谓宪法是活的东西,绝对不能将一个时代的政治经济思想认为宪法的惟一真诠,况且第十四条修正案中所称自由二字,并未把斯宾塞氏的全部个人主义的社会学订进在内!各时代有各时代的需要,所以学说也因之而变,不可泥古不化,以致阻碍社会之进化。霍姆斯氏的主张实在是最近法律趋势(即法律社会化运动)的先声,现在已渐渐地占优胜了。另有一位法学家曾经很痛快地宣称:被经济压迫的人实有饥不择食寒不择衣的情境,所谓自由意志恐怕虚有其表罢了。

### (二) 民事责任问题

一身做事一身当,是个人主义者之口头禅。所以除非自己有错,不应负民事上责任;有错就有责任,没有错就没有责任,这个原则为

十九世纪时欧美各国法学家所公认为天经地义、颠扑不破的。虽然实际上也有少许非因过失而发生责任的法律现象，但是十九世纪的法学家对于这种案件，总要穿凿附会地把个错字硬套上去，才算能尽逻辑能事，其实未免有些方枘圆凿的了！二十世纪泰西法学家众口一声地都主张民事上原有两种责任：其一为有过失的责任，其二为无过失的责任。前者不在本文讨论范围之内，现在专就后者稍为解说。表面看来似乎自己没有什么过失，而法律叫我负责，实在是一件很冤枉的事情。但是我们如果仔细研究起来，在特种情形之下，《民法》确有规定虽无过失仍应负责之必要。比方，在工厂里工作的工人，往往有因不可归责任何人的情事，受至重大的伤害，或简直牺牲性命。在工业发达的国家，这种不幸的事情，统计起来，日必数十百起。十九世纪的法律大都认为这些不测的遭遇，不过是工人自己的运气不好，不能归责于雇主，所以雇主没有赔偿的义务。但近来立法趋势，已渐渐地改变过来了。即就美国而论，各邦和联邦的立法机关多通过《工人赔偿法规》。起初法院方面还是很固执地宣称这套法律其结果等于无故剥夺人民的财产权，所以违背宪法，应认为无效。后来这个时代精神渐渐地浸入推事们的脑海当中，该种法规已成为一个普遍的现象了。现在泰西的法学家都以为雇主诚然没有过失，但工人不测的死伤，既为现代社会上不可避免的伤害，这笔损害与其全部归到工人和其穷苦家属的身上还不如由雇主负担，因为经济能力究竟要算雇主充分一些。这种办法，在十九世纪法学家眼光看起来，恐怕是明明敲竹杠了！敲竹杠也罢，不是敲竹杠也罢，现代法学家总认为这个办法是很公道很妥当的。

### （三）所有权的性质

在个人主义者的眼光中，所有权是绝对没有限制的，我对于我所有的东西可以自由享受，自由处分，自由处置，社会绝对不能予以干涉。泰西有一个拉丁文的法律格言说：“土地所有权的范围是上至天空，下至地心。”如此说来，所有权简直是上至天堂，下至地狱，实在是佛法无边的了。苏东坡《赤壁赋》内说：“夫天地之间，物各有主，苟非

吾之所有,虽一毫而莫取,惟江上之清风,与山间之明月,耳得之而为声,目遇之而成色,取之无禁,用之不竭,是造物者之无尽藏也,而吾子之所共适。”但就上述格言严格解释起来,连江上清风和山间明月都是在个人所有权范围之内了。这天然是不可能的;而且在实际上个人主义的法学家也并没有这样主张。但是个人主义的精神,实在可以用上述法律格言来代表。现在风气已渐渐地转过来了。比方我们新《民法》七百七十三条规定:“土地所有权,除法令有限制外,于其行使有利益之范围内及于土地之上下,如他人之干涉无碍其所有权之行使者,不得排除之。”这条法律是从《瑞士民法典》抄袭来的,但是颇能代表现代的“社会化”和“相对化”的法律思想。

据上开三点而观,可见中山先生的民权主义和泰西法学家新的法律哲学适相吻合。民权主义对于我国新法制的关系可见一斑了。

### 三、法律和民生

法律和民族、民权的关系,已如上述,现在要讨论法律和民生的关系。但这个问题非常复杂,现在限于时间只能提出一点来和诸君研究,就是法律应贯彻社会公道。何谓社会公道?就是:个人有贡献于社会的,社会也应尽量地报酬他,决不可使他劳而无获。反面言之,凡是对于社会生活没有什么功劳的人,社会决不可使他无功受禄。在不公平的社会里,有一部分人毫不工作,既不用心,又不用力,倒享尽世界的快乐;还有一部分人终日奔走忙碌,为社会做生产或其他有益工作,倒不免于冻饿!前者谓之侥幸,后者谓之委曲。前者太过,后者不及,均非中道。我还记得唐朝诗人白居易有一首五古题曰《观刈麦》诗,颇富于公道的感觉。现在我要读给诸君听听:

田家少闲月,五月人倍忙。  
夜来南风起,小麦覆陇黄。  
妇姑荷箠食,童稚携壶浆。

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

兄弟的意思，以为一切小本经纪和靠着血汗过活的人，国家非但不应征稅，并且应该积极地帮助他们。对于靠人家的工作发财的人，国家应奉行中山先生所说“直接征稅”的方法。中山先生是主张：“用累進稅率多征資本家的所得稅和遺產稅。”他又接着說：

行這種稅法，就可以令國家的財源都是直接由資本家而來。資本家的入息極多，國家直接征稅，所謂多取之而不為虐。從前的舊稅法，只是錢糧和關稅兩種。行那種稅法，就是國家的財源完全取之於一般貧民，資本家對於國家，只享權利，毫不盡義務，那是很不公平的。（見《民生主義》第一講）

兄弟對於中山先生所主張的遺產稅尤其贊同。從前東漢時疏廣說：“賢而多財，則損其知；愚而多財，則益其過”。現在一般纨绔子弟，憑藉祖宗遺下的造孽錢，終日狂嫖濫賭，享盡安樂；另一方面，無產階級者，終日勞動，尚不能得一飽。一則不勞而獲，一則勞而不獲，天下不公平事，寧有過此？所以最公平的办法就是國家將遺產稅的收入撥作全國人民義務教育費用，使得個個人有受教育的機會，並且使得個個人也感覺到受教育的必要。



# 宪法中人民之权利及义务\*

- 一、权利义务之来源及其作用
- 二、自由和法律
- 三、平等和财产

---

\* 原刊《法令周刊》，第235期，1934。

这是我在去年十一月间在上海青年会演讲的稿子,经过一番修正,和所讲的稍有详略之分,但是大致并没有出入。

——经熊附识

主席! 诸君!

前星期孙院长在这里演讲宪法中几个根本问题,已经把全部宪法的精神和盘托出,想起来诸君对于他所讨论的种种问题,一定是胸有成竹的了。

今天兄弟所担任的讲题是“宪法中人民之权利及义务”。对于这个问题孙院长也曾提纲挈领地讨论过的,今天兄弟所讲是限于一个题目,所以可以将它比较详细地发挥一下。

讲演的次序是:

- 一、权利义务之来源及其作用;
- 二、自由和法律;
- 三、平等和财产。

现在依照这个次序逐项地讲去。

## 一、权利义务之来源及其作用

先讲权利。自从前清末年,欧化东渐以来,权利两个字,差不多成了一个口头禅,简直是没有一天不听见。但是到底权利是什么东西呢?它的来源,它的作用,到底在什么地方呢?这些问题非但一般人没有仔细想过,就是法学家在平常的时候也很少注意到的。因为权利好像空气一样。我们每日生存在空气之中,一呼一吸,莫非空气,但是我们日常做人,很少想到空气的好处,只有当空气不好的时候,我们才会要想尝尝新鲜空气的滋味的。权利也是这样的,我们日常在社会中生活,一举一动一饮一啄,莫非是权利的作用,只因它的作用太普遍了,我们倒反不觉得它的嘉惠。别的不讲,但就今天我们群聚一堂,研究宪法问题,这期间就有许多权利从中斡旋着。譬如说:我们如果没有行动自由(广义讲自由是权利之一种),试问我们大家何以能够到这青年会来呢?没有行动自由,你就要落个寸步难移了。在家里你的夫人太太就要阻挡你出门,即使她不阻挡,你才出了门,就给警察捉了去了。总而言之,你不能到此地来的。到了此地了,要是没有集会的自由,那么我们依然不能聚在一起的。既经聚在一起了,要是没有言论的自由,那么我一开口就犯了罪,还敢长篇累牍地讲下去么?

这样地简单的一个现象,都须劳烦许多权利去玉成它的,其他的现象也可以触类旁通的了。

权利既是那样地要紧,我们有时候也得想想它的来源。关于权利来源的问题,自从美法两国革命以来,法学家和政论家时常讨论到的,他们的答案是很不一致的。现在限于时间,当然不能作他们详细的学案,只能举出两种不同的说法。

有一说是主张权利是自然所赋予的。这叫做“天赋人权”说。主张这一说最有力的要算是卢梭了。卢梭(1712—1778)是法国的政论家。他的最有名的著作叫做《社约论》。里面有一句警语道:“人是生而自由的,可是他处处总被链条锁着。”换言之,人本来是自由的,但是

为什么他现在变成不自由的了呢？这就是社会上种种的人为的制度在那里作祟。要营救人的倒悬，除非是恢复到自然的状态。自然的状态才是本来面目。要是说这样恐怕无以维持秩序的话，那么惟一的办法，就是人与人之间重新订一个契约，一切法制都是根据契约的。

这一派的学说，显属空中楼阁，因为自从有史以来，人类没有一天不在辛苦艰难当中过日子，文明越是幼稚，生活也越是危险，从来找不出一个所谓黄金时代可以给我们作蓝本的。《商君书》里说得好：“前世不同教，何古之法；帝王不相复，何礼之循。”人类是好像一朵桃花在光阴的流水上漂浮着，只有向前进，没有往后退的。

中山先生在他的《民权主权》第一讲里已经说得很通透的：“就历史的进化的道理说”，他说，“民权不是天生出来的，是时势和潮流所造出来的。”

总之，依中山先生的说法，权利是历史的产品，所以具有社会性和时代性的兄弟觉得这是对于权利来源的问题最圆满的答案。

其次我们要论到权利的作用。权利不是人生的目的，权利是所以帮助人类达到目的的一种工具，权利本身不能当饭吃的，但是有了权利做他的帮衬，人们就能有饭吃了，推而至于衣住行，也还是一样的道理。但是问题是：人生的目的，究竟在哪里？我们知道目的，才始可以研究工具，才始可以论断这个工具到底相配不相配。

依兄弟看来，食衣住行当然是人生的必需品。但是，食衣住行本身也还是一种工具，还不是人生的目的。人生的目的是在发展人格到最真最善最美的地步，食衣住行之所以可贵的缘故，也无非是因为人类如果没有这些生存的必需品，那就不能生存了，其结果连人都没有，遑论人格物质之可宝贵，正在它是促成理想的必不可省的工具。物质和理想犹好比荷花和泥土，荷花生在泥土之上，而不染泥土，可是没有泥土，哪得复有荷花呢？你如果喜欢荷花，而同时却又不讲究泥土，那么，不是变戏法，便是神经病。

权利能够帮助人类达到人生目的，不外两个方法。第一是间接的——就是使各个人享到衣食住行的必需品，俾得成功完全的人格。

“衣食足而后知礼义。”这是很明白的道理。第二是直接的——就是使各个人享受思想、信仰、言论、通讯种种自由。此外如奖励学术，实现义务教育，也无非是权利应有的作用。

以上所讲是关于权利的。现在讲到义务。人民既然要享权利，当然也须尽些义务。义务也可说是权利之代价。至于义务来源，也同权利一样，是“时势和潮流所造出来的”，“不是天生出来的”。各时代有各时代需要和思想，所以各时代有各时代的“当务之急”，是所谓一定不易、一成不变的“天职”的。

义务的作用是在维持人类的社会生活。人不能离群而独存，有了群，就得有义务，否则这个群是漫无纪律，漫无团结，将一个混战的状态，人们还能安定地生活吗？不能安定地生活，还能达到人生的理想吗？

这一段我们可以结束一下：

权利义务的来源是时势和潮流，权利义务的作用是在时势和潮流所要求和所容许范围之内尽量地发展人生的理想——真善美。

## 二、自由和法律

权利的来源和作用，我已经讲过了。现在要讲到权利的限制问题。

自由为广义的权利之一种，这节就专讲自由，及其限制。自由本来是最好的东西。英文有一句俗语说：

*A Robin Redbreast in a cage Puts all heaven in a rage.*

我把它翻成中文：“一只知更落笼中，惹得天公怒冲冲。”我们也有一句俗话说“西山画眉落雕笼”。还有诸君总听说过《四郎探母》里坐宫的一段也有“我好比笼中鸟，有翅难展”的一句。

这都是说动物的天性是爱自由的。人类也是动物之一种，当然不能例外。

当法国革命的时候，有一句口号：“不自由，毋宁死。”这当然是一

句至理名言。一个人如果绝对没有自由,那自然是比死还要难过。所以“不自由,毋宁死”这话是对的。但是我们也可以反过来说:“太自由,不能生”这话也是对的。初看这两句话,是互相矛盾的。但是仔细想起来,它们是真理的左右面。东张张,西张张,真理还是在中央。

自由不是一块石头,是一只海绵。它是具有伸缩性的。在绝对自由和绝对不自由两个极端当中,实在有无数的等差在那里。绝对不自由便是最高度的专制,绝对自由便是无政府。

我还记得辛亥革命的时候,我在高小读书,那时节平等自由的思想最盛行的,深深刻在青年的脑中。有一次两个学生,起了一个小小的波澜。一个开口就骂,一个动手就打。一个说这是他的言论自由,一个说那是他的行动自由。这当然是小孩子的见解。我现在引征这个故事,不过要使诸君了解绝对自由的状态的一斑罢了。凡是革命的时候,总有一种矫枉过正的论调,“父亲仁兄大人足下”,也便是很切当的例子。

在两个极端当中,我们所当希望的是相当的自由,但是何谓“相当”?与什么东西相当?要解答这问题,又用得着中山先生所说的时势和潮流了。自由范围之伸缩,要看各时代的需要,即在同一个时代中间,还有各种变化不定的情形,自由也得跟着或伸或缩。

这个道理可以用一个很普通的例子来说明。譬如,救火车来的时候,铛铛铛铛地声势汹汹的。难道开救火车的车夫是头出角的不成吗?为什么他的行动自由好像比别的车夫要膨胀一些?还不是因为在那时节的社会,需要救火车的程度高出于平常人的自由行动吗?

简单说,自由的容量,是不能固定的,因为社会的情形及需要是常常在那里变动的。因此,宪法保障人民之自由,不能将一切可以限制自由的场合,具体地列举出来,只得委诸法律相机应变,因地制宜地去应付。所以立法院最近所发表的《宪草》里面,在各种自由之下,大都加了“非依法律不得限制”的字样,这就是说,这些自由,只有依法律才可限制的。但是《宪草》并不是取间接保障主义,乃是采概括保障主义。其区别不在间接与直接,是在概括与列举。因为《宪草》对于立法

权仍是有种种限制的。第二十五条说：“凡限制人民自由或权利之法律，以保障国家安全，避免紧急危难，维持社会秩序，或增进公共利益者为限。”这就是宪法直接限制那限制自由的法律。法律如果越出这限制就是违宪就是无效。要是把这些限制规定在每条之下，还不是直接保障吗？现在为技术上的便利起见，于是在诸条后另设一条，论其实际效力，是和规定于各条内毫无二致的。

什么才叫法律呢？关于这个问题，请看《宪草》第一百七十四条：“宪法所称之法律，谓经立法院通过，总统公布之法律。”第一百七十五条，复规定：“法律与宪法抵触者无效，命令与宪法或法律抵触者无效。”观此可知宪法对法律已有充分的限制，换言之，对于自由已有充分的保障。

总之，宪法对于人民之自由并不等于“左手给予，右手收回”。我倒有一个较切的譬喻，自由好比一块未经雕刻的璞玉，法律好比雕刻匠，宪法比方那块璞玉的主人翁，关系雕刻匠的几句要领俗言道：“玉不琢，不成器”。同样，自由经过法律的限制方能对于社会有所裨益。

### 三、平等和财产

自由讲完了，现在要讲平等。

平等可分为两种。一种是法律上的平等，一种是实际上的平等。《宪草》第十九条：“中华民国人民在法律上一律平等。”这明明是第一种平等。

何以谓之法律上之平等呢？就是说，人民无论是男是女是富是贫，是僧是道，在法律上的待遇是平等的。比方新近立法院通过的刑法修正案里，随便举哪一条，适用起来不应因人民的宗教或职业而有分歧的。

该修正案第一百七十一条说：“杀人者处死刑，无期徒刑或十年以上有期徒刑。”无论士农工商犯了杀人罪，总是要适用这一条的。你不能说我是个剃头匠，或木匠，或大学生，所以应受特别待遇的。又如

《刑事诉讼法》规定上诉期间为十天，你不能说：“我是个大来头，所以一定要十一天的。”

法律上之平等是法治国必须具备的条件，但仅有法律上的平等，而不注意于实际上的平等的促进，其结果是只有秩序而无公道。

实际上的不平等，可约略分为两种：一种是天生的不平等，男女就是一例。为什么女人偏要辛辛苦苦生小孩子？这是不能怪社会的制度的一种，是人为的不平等，这些不平等就须尽时势和潮流以及种种社会情形所容的范围以内，予以除去。

因为要促进实际上的平等，《宪草》在第八第九两章内定有种种规定，授予人民种种权利，这些权利，——与自由不同——叫做受益权。宪草为编制便利起见，将这些受益权归入经济和教育两章。但是现在我们是作学术上之讨论，当然也免不得连带地将它们讨论在内，同时也还规定许多义务，其目的也无非是促成中山先生所说“机会均等”的理想。

第八章为国民经济，开宗明义就说：“中华民国之经济制度，应以民生主义为基础，以谋国民生计之均足。”（见一百三十条）

中山先生的民生主义有两个主要的方针，——就是节制资本和平均地权。关于节制资本，本来兄弟的试稿内曾有：“对于遗产之承继，应以法律或课税加以限制，但以不使承继人丧失生存及发展本能之必要资力者为限”的规定（第一百七十九条）。后来《宪草》会同入以为既经规定了“人民有纳税之义务”，这条似可无须加入了。遗产税也是税之一种，当然是宪法所不禁止的。

关于平均地权一层，《宪草》第一百三十三条是最要紧的。第九章为教育。那章里面最能促进实际上的平等的要算是第一百四十六和第一百四十七两条。如果这两条能够实行，那讨饭的小孩子也有受基本教育的机会，不致“父业子当传”地再去做讨饭了。于几年之内文盲也就该扫除的了。

现在时间已是不早，不能把一切权利义务各别讨论，好在诸位一定都已见到《宪草》的全部。不待兄弟来详细解释。宪法本来是很浅



显,很明了,不是很艰深很奥妙的东西。

末了,我只要赠给诸位两句话:

为权利奋斗!

为义务努力!

(陈灵海 记录)

# 中华民国宪法草案的特色\*

- 一、编制
- 二、以三民主义冠国体
- 三、人民权利之保障
- 四、创作的国民大会
- 五、五权制度
- 六、元首的特殊作用
- 七、均权制度
- 八、民生主义的经济制度
- 九、教育
- 十、宪法之解释
- 十一、过渡条文之添设

---

\* 原刊《东方杂志》(1935年)第33卷第13号。

无论什么事物,若是仅就它的本身去观察,那是看不出它有什么特殊之点来的。我们说这次的《中华民国宪法草案》,有什么什么特色,那是从比较的观察去发现的。这就是说拿它来和本国以前所颁布的各个根本法比较,或是拿它来和外国的宪法比较。若是它和其他的宪法比较的时候,有它自己特殊的地方,那么这些与人不同的地方,便是它的特色。我们若是仔细研究这次的宪法草案,便可发现它有许多的特色。它的特色,可就它讨论和起草的经过与它的内容两方面来研究。

从它讨论和起草的经过来说,它的特色之一,就是所经时间之长久。美国的宪法会议于一七八七年五月二十五日正式集于费城(Philadelphia),在同年九月十七

日便完成它的制宪工作。<sup>①</sup>其所费时间,不到四个月。苏俄的宪法,自一九一七年十一月第一次苏维埃大会集会起,至一九一八年七月第五次全俄苏维埃会议通过宪法止,所费时间,不过八个月。<sup>②</sup>在德国,欧战后的宪法会议从一九一九年二月六日集会于魏玛(Weimar)起,至同年八月十一日止,便完成制宪工作,其所费时间,不过七个月。<sup>③</sup>奥国自一九一九年三月四日起开宪法会议,至一九二〇年十月一日施行宪法,其所费时间,不过十九个月。<sup>④</sup>一九二〇年二月二十九日捷克国国民会议所通过的宪法不过经过一年的讨论。<sup>⑤</sup>南斯拉夫自一九二〇年十一月二十八日选举宪法会议起,至一九二一年六月廿八日施行宪法止,其制宪所费时间,不过六个月。<sup>⑥</sup>最近波兰所颁布的宪法,从一九三三年十二月政府向国会提出宪法草案起,至一九三五年四月最后通过止,其所经的时间,虽有十六个月,但是国会讨论的时间并不多。<sup>⑦</sup>

现在看看我们这次的宪法草案,其讨论与起草,共费多少时间。立法院订宪草,可以分作六个阶段。第一阶段为初步草案时期,先由大会决定原则后,由主稿人七人起一“初步草案”。时为自民国二十二年二月起,至二十二年十一月止。第二阶段为初稿起草时期。时为自二十二年十一月起,至二十三年三月止,于二十三年三月一日公布第一次之正式《宪法草案》初稿。第三阶段为初稿审查修正时期,时为二十三年三月起,至二十三年七月止。先将收到之二百八十一件意见书逐一审查,次将初稿逐条审查修正完毕,是为审查修正案。第四阶段为第一次草案完成时期,时为自二十三年七月起,至二十三年十月止。修正案提出大会讨论,经开会八次,最后三读通过,是为立法院第一次议订之草案。全文分为十二章,凡一百七十八条。该草案当经呈

① Ogg, *Introduction to American Government*, pp. 129~137.

② McBain and Royers, *The New Constitutions of Europe*, p. 382.

③ Graham, *New Governments of Central Europe*, pp. 25~26.

④ McBain and Royers, *The New Constitutions of Europe*, pp. 255~310.

⑤ Graham, *The New Governments of Central Europe*, p. 292.

⑥ McBain and Royers, *The New Constitutions of Europe*, pp. 346~347.

⑦ 钱端升:《波兰新宪法》,载国立中央大学,《社会科学月刊》,第二卷第二期,第四、五页。

报国府转送中央审核。第五阶段为草案初次修正时期。时为二十三年十二月起,至二十四年十月止。二十三年十二月中央第四届五中全会将立法院所订宪法草案提出讨论,经决议交常会核议。二十四年十月中央常委会始将草案遵照审查完竣,决定原则五项,交立法院复议。二十四年十二月立法院根据中央所订五项原则修正,是为立法院第二次议订之草案。全文共一百五十条。第六阶段为草案重加修正时期。时为二十四年十一月起,至二十五年五月一日止。前项草案经四届六中全会于二十四年十一月提出五全大会。当经议决,授权五届中央执委会据大会通过之重要宪草各提案再加修正,并定二十五年五月五日為公布宪法草案之期。中常会就五全大会发交提案,分别归纳为审议意见二十三点,交立法院讨论。立法院据此对于草案再加修正,于二十五年五月一日大会三读通过,全文共分八章,凡一百四十八条,是为立法院最近及最后议订之草案。<sup>①</sup> 这个草案,经由国府于五月五日以明令颁布。

回忆立法院自从二十二年二月开始草宪工作,到今年五月一日,经过三年多的光阴。这个长久时期乃是任何国的宪法会议对于制宪所费的时间所赶不上的。从此可知这次的宪法草案,是按照审慎的、缜密的计划而进行,绝不是率尔操觚的工作。第二点,这个宪法草案,不是闭门造车的东西,它是与舆论融成一气的东西。查别国的制宪,多半是将全责交付宪法会议,不令国人参加意见的,甚至有于议宪之时,将门紧闭,不许走漏消息的(例如美国在费城所召集的宪法会议)。但是我们的议宪则采公开的态度。于二十三年三月一日所议订的第一次《宪法草案初稿》乃是公布于各报章,征求国人的意见。到了二十三年七月所成的《宪法草案初稿审查修正案》,也是送各报披露,征求国人之批评的。第三点,这个《宪法草案》,绝非少数人的意思之结晶,因为立法院在孙院长领导之下,各位委员都有贡献。对于院外,复征求批评。各方学者的意见,也都予以注意。凡可以采纳的,无不

<sup>①</sup> 立法院孙院长:《立法院议订宪法案经过概略》,载《中央日报》二十五年五月五日。

尽量采纳，而且又经过中央的审核。所以绝不能说它是少数人的产物。我们只可说它是全国一致的意思之结晶。

至于从这个宪草的内容而研究它的特色，那绝不是在这个简短的篇幅所能详述的。现在只能举其荦荦大者述之如下，以见梗概罢了。

## 一、编制

查列国的宪法，对于编制，并不一致。其中有些是很不合逻辑的。而我们的《宪法草案》，则不然。它共分为八章，首章为“总纲”，把国体、主权、国籍、领土等构成国家的要素规定明白。其次则规定人民的权利义务。有了人民，有了“主权属于国民全体”，及关于人民权利之规定，才能说到国民大会之产生。所以第三章为“国民大会”；国民大会是产生政府的机构，而政府的最高级，为中央政府，所以第四章为“中央政府”；中央政府之下，当然为地方政府，所以第五章为“地方制度”，从纵的方面去定地方各级政府的秩序，则省政府为代表中央，监督地方的机关。其下当然为县市。所以第五章之内第一节为“省”，第二节为“县”，第三节为“市”。至于经济与教育等章，因为他们的内容所涉及的不只是某级政府的职责，而且涉及各级政府的职责，所以要摆在各级政府之后。关于宪法之施行修正及解释，据一般立宪国的通例，是摆在宪法之末部，所以《宪法草案》将他们摆在最后一章之中。就全案的编制而言，觉得很合于逻辑，所以这是它的特色之一。

## 二、以三民主义冠国体

我们读全部《宪法草案》，便知道其最重要的一条就是规定国体的第一条。这条明白规定：“中华民国为三民主义共和国。”从这一条，我们可以知道我们的宪法的精神。我们的宪法，是三民主义的宪法。最近三四年国内有少数的人，对于这一条颇多非难。其第一理由，是说列国的宪法（特别是欧战以前的列国宪法）很少将主义冠于国体之

上,我们如果将主义冠于国体,岂不是有违宪法的体例?诚然,欧战前的列国宪法,是没有将主义冠于国体之上的,但到欧战之后便不同了。苏俄宪法第二部第一条规定:“苏联系社会主义苏维埃共和联邦”,这是以主义冠于国体之嚆矢。其后西班牙于一九三一年所颁布的共和宪法,其第一条之规定为:“西班牙为劳动阶级民主共和国,依自由正义之制度组织之。”这不啻将劳动主义冠于国体之上。

我们要问为什么欧战前的宪法不加入主义,而战后的宪法始加入主义?因为宪法这个东西,是社会制度的一个缩影。欧战前各国的社会制度,多半是建筑于资本主义或统治阶级的利益之上,因此欧战前的宪法之目的,不过是一方面在于维持少数统治者的利益,一方面在于拥护资本主义。简言之,其目的在于拥护压迫阶级,而摧残被压迫阶级。这是大大不利于民众的。若是将不利于民众的主义摆在宪法里,岂不是自己揭橥革命的对象,而招惹反抗,催促自身的灭亡?统治阶级虽至愚,亦必不至此,何况他们多半是有“明哲保身”的本领。他们有他们的伎俩,他们或是将保障民权的规定列入宪法,藉以和缓革命,或是将保护劳动阶级的规定,列入宪法,使劳资得以调协,资本阶级的利益得以长此维持。其所谓保障民权,适所以维持统治者的利益而已。其所谓保护劳动阶级,适所以维持资本家的利益而已。他们哪敢将真正为全国民众谋利益的主义摆在宪法?他们又哪敢将维持自身利益的,反民众利益的主义,大书特书的摆在宪法?他们只得鬼鬼祟祟的去规定宪法,藉以敷衍民众,欺骗民众而已。欧战前的列国宪法所以不将主义列入之理由在此。欧战以后,民众抬头,民众要明白治国的主义,建国的立场。苏俄宪法以共产主义冠国体,乃是出于劳动阶级的要求。而我们《宪草》以三民主义冠国体,则是出于大多数民众的要求。《宪草》第一条以主义冠国体,在中国是创例,而且是《草案》全部最关紧要的一条,实在不啻画龙点睛。

非难这条的人另一个理由,是说三民主义是国民党的三民主义,规定中华民国为三民主义共和国,岂不是要使中华民国成为国民党的国家吗?中华民国的宪法,若根据三民主义来制定,岂不是成为国民

党的宪法吗？关于这种反对议论，孙哲生院长已经解答得很好，兹引之于下：

这种见解（即指反对以三民主义冠国体的见解）完全是不明了宪法的精神。我们讲宪法，中国本来至今还没有永久的宪法，所以没有例可援。但是我们研究宪法，对于中国以外的宪法成例，尤其是新近成立的宪法，不能不作为重要借鉴的资料。我们觉得凡是有宪法的国家，没有一国不根据他们的政治背景和革命历史来制定的。凡是一个国家，在没有经过革命牺牲以前，是没有宪法的。欧洲立宪国家，最著名的是英国的宪政。英国虽无整个成文的宪法，但其立宪精神，是很严密的，是根据于几百年来的政治背景，与其历史过程，才成为现在英国的宪法。其他各国成文宪法，其历史比较悠长的，要算美国，至今差不多有一百五十年。美国宪法也是在革命成功后才创出来的。英、美两国宪法，都是从革命历史所演绎而成，固是一个老例。若要找寻新近的成例，则有苏俄革命后所颁布的共产主义宪法，是由俄国共产党完全根据布尔希维的革命的的主张来制定，可以说是完全共产主义的宪法。其次德国，自欧战之后，改建共和国，社会民主党所定的《魏玛宪法》要算是很新的。但自新近国社党掌权以来，已经失效了。再次，最近西班牙也有一部新宪法，是推翻君主改建民主之后成立的。以上许多宪法的制定，都有他们革命的历史，和政治的背景。所以我们知道一国宪法的成立，并不是主观的、理想的，完全是根据客观的历史环境，根据革命经验、革命主义及革命主张来制定的。现在我们试问中国的革命历史从什么人创造的呢？当然这是举世周知的事，是我们总理发起创导的。再问中国革命运动、革命力量以及革命事业怎样告成功的呢？那不用细说，就是总理集合国内各革命同志组织革命党来领导奋斗然后得来的。而总理此种革命运动的立足点与本党所抱的主义主张是什么？根据遗教的昭示，就是三民主义。所以总理在讲演三民主义时，



第一句就说,三民主义,是救国主义。就这一点历史看来,我们的宪法,当然是三民主义的宪法。我们的中华民国,当然也是建立在三民主义之下的。我们可以说假使当年没有总理倡导革命,推翻满清,不一定有中华民国的建立。所以中华民国的产生,是由于奉行三民主义的革命党努力奋斗的结果而来的。那末这个中华民国,当然是以三民主义建国。离了三民主义,是不能造成中华民国的。没有中华民国,更从何谈到宪法呢?这一点,我们应当看清楚。

再说宪法根据于三民主义,是否便是国民党的宪法呢?对这一层,我们或者可以不问三民主义是否是总理发明的,三民主义是否是国民党所主张的,现在要问,三民主义是否可以救国建国?总理说,三民主义,是要造成民有、民治、民享的国家。……总理虽则把这个主义交给我们党来奉行实施,但是完全站在全民族的立场上的,不是站在一个党上面的。这样看来,当然没有叫国民党将来包办国家政治的可能。那末现在党外的一种反对三民主义的中华民国与反对三民主义宪法的议论,实在是错误的。应当赶快觉悟,是只有三民主义,才可救国建国。<sup>①</sup>

此外我们还要知道:以三民主义冠国体,乃是适合我们民族的特性,并是符合我国先贤的思想。我们民族的特性,乃是中庸的特性,王道的特性。孔子曰:“过犹不及”,这就是昭示中庸之道,我们的民族,数千年来,都是按着这种中庸之道而求生存。时至今日,犹奉行不替。苏俄的共产主义,及意、德的法西斯主义,皆属过激的主义,而英、美的资本主义,则属落后的主义,所以皆非我们所应取。我们要另求一个中庸之道,以适合我们民族的需要。而三民主义,则适为中庸之道。再者,共产主义和法西斯主义,皆是主张霸道的主义。因为他们主张以暴力夺取政权,以暴力治人。“以力服人者,非心服也。”“以德服人

<sup>①</sup> 立法院孙院长在国府报告《〈宪草〉的精神》,载“中央日报”二十二年七月十一日。

者，中心悦而诚服也。”所谓以力服人，即霸道是也。所谓以心服人，即王道是也。所以我们的先哲，是主张王道。这个王道的主张，更可以拿一个具体的例子来证明。这就是所谓：

大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦。故人不独亲其亲，不独子其子。使老有所终，壮有所用，幼有所长，鳏寡孤独废疾者，皆有所养。男有分，女有归。货，恶其弃于地也，不必藏诸己。力，恶其不出于身也，不必为己。是故，谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作，故外户而不闭。是谓大同。<sup>①</sup>

三民主义也是脱胎于这些“天下为公”和“大同”等思想而来的，因为三民主义最后的鹄的，也是在于“大同”。所以我们说以三民主义冠国体，乃适合我们民族的特性，并且发扬我们的国光。

### 三、人民权利之保障

人民的权利，其种类至为繁多。在宪法中所规定的，不过只是就其主要者而为例示之记载（如《宪草》第八条至第二十三条），并非择其所应有的，而为完全的列举。即在宪法规定之外，而人民尚有他种相当的权利，宪法也应当加以保障（例如结婚的自由）。所以《宪草》第二十四条规定：“凡人民之其他自由及权利，不妨害社会秩序公共利益者，均受宪法之保障，非依法律，不得限制。”保障人民权利之规定，本《宪草》是采两种方式。其一为对行政权及司法权而限制其不得侵害者。例如第九条至第二十四条所谓“非依法律不得限制云云”是也。这就是说，只有立法机关可以制定法律限制人民的自有权利，二行政机关则不得恣意加以限制。第二为对立法权而限制其不得侵害者。例如第五条规定：“凡限制人民自由或权利之法律，以保障国家安全，

<sup>①</sup> 《礼记·礼运篇》

避免紧急危难,维持社会秩序,或增进公共利益所必要者为限”是也。从这条看来,可知立法机关如果想制定法律去限制人民的权利,则必须根据于“保障国家安全”、“避免紧急危难”、“维持社会秩序”、“增进公共利益”四个条例。它不能随意制定法律去限制。查列国的宪法,对于人民权利之规定,很多只对行政权及司法权而限制其不得侵害的。但对立法权则不加限制者。我们这次的《宪草》,则并行政、司法、立法三者而俱限制之,所以可说是很完密。

关于人民自由权利之限制,从制宪之技术言之,则有法律限制与宪法限制之分。所谓法律限制,即宪法虽承认人民有何种之自由,但全然委任法律以干涉之权,虽行政之干涉,不为宪法所许,立法的干涉则许之。所以这种限制方法,对于人民权利之保障,仍觉薄弱。且如取法律限制主义,则必待此类法律颁行之后,人民始能享受所定自由。只有宪法,还是不行。但若采取宪法的限制,则宪法一旦实行,人民随即有其自由。所以宪法限制的方法,对于人民自由权比较以法律限制为巩固。为保障人权起见,自以宪法限制为佳。<sup>①</sup>既然如此,我们这次的《宪法草案》何以不采宪法限制,而采法律限制呢?这是要说明的,从前欧美的宪政运动,是人民各个人争自由的运动。我们现在的宪政运动,乃是集中国力去救国的运动,从前欧美的人,他们争自由,是以个人为出发点。我们现在的争自由,是以团体为出发点。我们所争的自由,是国家的、民族的自由。中国现在的情形,和欧美人民争自由的时候,大不相同。当时欧美的人民,喘息于封建制度或专制主义之下,和我们现在的情形不同。欧美人民的大问题,是怎样救自己。我们今天的大问题,是怎样救国家、救民族。我们的国家,我们的民族,早就陷于被压迫被蹂躏的情况之下。眼前的情形,较前更坏。我们要救国家,救民族,则不得不要个人极力牺牲他所有的自由,以求团体的自由。因为这个缘故,我们的《宪法草案》不得不采法律限制主义,于规定权利各条,加上“非依法律不得限制”的条件。

<sup>①</sup> 吕复:《比较宪法论》,第八五至第九九页。

#### 四、创作的国民大会

我们从《宪法草案》第三章“国民大会”看来，便知道我们的“宪草”的一个特色，为政权与治权之划分。这是我们总理所特创的学说。总理以为欲谋人民之幸福，不可没有一个万能的政府。但若已经有了万能的政府，而人民的力量不足以管理他，使政府流于专横，那岂不是一桩很危险的事体。所以总理以为政权当与治权划分。治权宜付之于政府，而政权则操之于人民。所谓治权，即立法、行政、司法、考试、监察五权。所谓政权，即复决、创制、选举、罢免四权。人民既有选举权、罢免权，则政府人员之去留，其权在于人民。若政府人员如被选后不能称职，则人民将行使其罢免权以革除之。人民于选举权、罢免权之外，更有创制、复决二种民权，则不但政府人员之去留，权在于人民，即政府人员之动止，其权亦在于人民。就止的方面说，人民有复决权可以防止政府之制定不良的法律。就动的方面说，人民有创制权，可以使政府不能不制定良善的法律。所以复决权可比作甲冑，人民可利用它去抗拒违背民意的法律。创制权可比作枪剑，人民可利用它去另开途径，拿自己的意思去制成法律。所以人民若是有了选举、罢免、复决、创制四种权力，则对于政府之去留动止，譬如六辔在手，所向莫不指挥如意，虽有万能的政府，亦不怕不能管理了。所以总理说：“这四个民权，就是四个放水制或者是四个接电钮。我们有了放水制，便可直接管理自来水。有了接电钮，便可直接管理电灯。有了四个民权，便可直接管理国家的政治”。<sup>①</sup> 据此，人民不必有管理政务之能力，而可以享有直接管理国家政治之实权。这是分开“权”与“能”的结果。也就是我们总理高出于卢梭(Rousseau)和罗摩(Lolme)的地方。卢梭主张直接政府制，授人民以治权，而强其所不能。罗摩则主张代表政府制，因人民之无能，而竟夺其所应享之政权，所以两人均不能获得一

<sup>①</sup> 《民权主义》第六讲。

个正当的解决,因为正当的解决在于“政权”与“治权”之划分。《建国大纲》第廿四条规定:“宪法颁布之后中央统治权则归于国民大会行使之,即国民大会对于中央政府官员有选举权,有罢免权,对于中央法律有创制权,有复决权。”这是《宪草》“国民大会”的根据。就国民大会的职权来说,列国的政制,都没有这样的组织。它的第一种性质,就是作国家政权行使的最高机关。这种政权的行使,在外国普遍之例,就是每几年举行一次总选举。他们的选举权,虽然把罢免权包括在内,可是在四权之中,好像只限于有选举权的样子。除了对人行使选举权以外,对于其他如创制、复决等权,除了一两个极小的国家行使而外,好像都很少行使的。欧战以后,有一种好像国民大会的制度,叫做 Plebiscite,使人民举行投票自行表决。但是我们的国民大会和它又不同,因为我们虽采这种方式,但是不直接行使。在我们,这种权是间接的,即由国民选举代表,由代表去选举总统。各院院长委员的产生,差不多都是由国民大会选举。此外他还有创制、复决、罢免等权。我们的国民大会所以采取间接的制度,则完全因为我们有特殊的情形。因为我国幅员广大,人口众多,而且教育未普及,不能由人民直接行使四权,只得委托国民大会行使。我们的国民大会,还有第二种性质,这就是宪法会议(Constituent assembly)的性质。但是我们的国民大会,又和外国宪法会议不同,因为外国的宪法会议,并不是定期常开会的,乃是开一次会就了事的,不像我们所定的国民大会,每三年就召开一次的(《宪草》第三十一条),而且国民代表还有一定的任期(《宪草》第三十条)。所以我们的国民大会,可以说完全是一种创作的新制度。<sup>①</sup>

## 五、五权制度

五权制度是我们总理所发明的,世界无论任何国家的政治,其原始总是一权制,而且多是以神权为惟一的权力。所以在原始时代谈不

<sup>①</sup> 民国二十三年(1934年)三月十二日立法院纪念周孙院长报告词。

到什么分权的问题。一直到了法国的孟德斯鸠(Montesquieu),因为观察英国的政治制度,著了一部《法意》(*Esprit des Lois*),才开始主张三权分立的学说。孟氏所主张的三种权是:(一)立法权;(二)司法权;(三)行政权。他说:“自由政治,只能在温和的政府见之。温和的政府之实现,在于执行者不越权。然有权者必越权,证之实验,曾无稍爽。所以要防止此弊,不能不以权止权。”<sup>①</sup>这是说,要防止任何权力的专制,不能不用其他势均力敌的权力去制止他。这就是孟氏所主张三权分立的精义。自从孟德斯鸠倡三权鼎立之后,近世的政治学家,多附和孟氏之说,他们差不多认三权分立为保障民权的不二法门。所以美国十三州独立的时候,一般政治家对于三权鼎立的学说,都是一致赞成的。美国的宪法,是成文宪法的鼻祖。在这个宪法当中,明定立法、司法、行政三权的独立,彼此不得互相侵越。他们的用意,是要使三权互相抵制,成为平衡状态,以防止任何政府机关的专制倾向,就是美国的政治学者所常称道的“抵衡说”(Check and Balance)。美国实行三权鼎立的制度以后,法国革命成功,又首先仿效美国,以三权分立为圭臬。后来各立宪国家,纷纷模仿。

现在世界各国,既然都是以三权为分治的准则,为什么总理却又主张五权宪法呢?五权宪法的特点,就是在立法、司法、行政三者之外,加上考试、监察两权。所以三权与五权的区别,只是在考试、监察两者是否独立罢了。立法、行政、司法三者分立,我们可说是各国的通例,也可以说是司空见惯的制度。因为司空见惯的制度,所以各国行使三权分立的制度,便以为是天经地义的。总理所以主张于立法、司法、行政三权之外,更加上考试、监察两权,并不是故立奇异,乃是因为研究各国宪法,觉得三权分立,并未完备,而且不适用于现在。

总理说:

兄弟研究美国宪法之后便想要补救他的缺点。……兄弟想

<sup>①</sup> *Esprit des Lois*, 第十一卷第四章。

起从前美国哥伦比亚大学有一位教授叫做喜斯罗，他著了一本书叫做《自由》。他说宪法的三权，是不够用的，要主张四权。……就是把国会中的弹劾权拿出来独立用，用弹劾权，同立法权、司法权、行政权作为四权分立。<sup>①</sup>

总理又说：

他的这个用意，虽然不能说是十分完善，但是他能够著这本书，发表他的意见，便可见美国里头，已经有人先觉悟了。<sup>②</sup>

美国宪法既然不完备，那么我们要从头建设中国的政治制度，绝对不可再以美国宪法为蓝本了。三权分立论何以有缺点呢？因为现在各国的立法机关兼操监察权（即国会所操之弹劾权），行政权兼掌考试权，考试、监察两层作用不能得到美满的效果。立法机关本是专为制定法律而设的，如付与弹劾（监察）权，那末因为党派的关系，议会议员常分为政府党与反对党的两个壁垒。反对党对于执政者，终不免要吹毛求疵，攻击政府，以便使执政者失却人民的同情。同时政府党的议员，又想尽力拥护政府，竭力左袒执政者之措施，所以如果政府党占多数，则执政者可以毫无忌惮，任意作为；如果反对党在议会占多数，则政府便感觉不稳固了。况且立法机关是应代表民意去立法的，如果加以监察或弹劾的权限，议员便天天卷入政争的漩涡，至于立法本身上的职务，反而容易抛到九霄云外了。近世欧美各国对于文官，有所谓文官的考试（civil service）的制度。但是这种文官考试，也不过由行政机关去办理。那办理考试的当局，仍然不能免受行政官的影响，因此不能选拔真正的人才。这种毛病，总理看得很清楚，所以主张一切官吏都非考试不可。总理说：“在君主时代，可以不用考试。共和时代，考试是万不可少的。故兄弟想于四种之外，加多一个考试权。”<sup>③</sup>

①②③ 《五权宪法》

所以总理以为监察权应由立法机关划出，而考试权则应由行政机关划出，各使成为平列独立的治权。考试、监察两权，应该与立法、司法、行政平列，究竟有什么根据呢？总理说：“如满清之御史，及唐朝之谏议大夫，都是极好之监察制度。举行此种制度之大权，即监察权，即弹劾权。外国亦有此种制度，不过置之于立法机关之中，不能独成一治权而已。”<sup>①</sup>可知总理所说的监察权，实在是渊源于中国古代的谏议大夫及御史制度，和外国立法机关的弹劾权。但是并非仿效他的形式，而是采用他的精神。并且从前的进谏制度，虽然有几分独立的精神，然而毕竟不能说是可以脱离君主的威力的支配。既然不能不受君主的支配，所以监察权的行使，便不能充分表现。现在把监察权提高，与立法、司法、行政、考试等权立于同等地位，当然可以不受其他政府机关的支配，而去放胆纠察政府官吏的过失了。至于考试一项，那更是中国最先的发明。自从汉朝的时候，汉文帝诏贤良对策，第其对封，以次授职。其后历朝均用考试取士。明朝分乡试、会试、殿试三种。到了前清，另设提督学政，专司各省考试。考试权渐渐独立起来。总理说：“考试制度，原来是中国一个很好的制度，也是一件很严重的事。”但是考试制度，如果不能成为完全独立的一权，则考试仍难免不发生弊病。所以要充分得到考试的功效，必定要先将考试权成为与行政、立法、司法、监察等权立于平行的地位而后。现在这次《宪法草案》在第四章“中央政府”之内，分设行政、立法、司法、考试、监察五院，各掌行政、立法、司法、考试、监察的最高权<sup>②</sup>，使其彼此平行，不相侵越，这不但是中国政治史上的空前创举，就是从世界政治史上来论，也是破天荒第一遭的制度了。

## 六、元首的特殊作用

我们研究列国的宪法，便知他们的元首，普通是属两种。一种就是总统制里的实权元首(Real head)，例如美国的大总统。一种就是内

<sup>①</sup> 《五权宪法》

<sup>②</sup> 《宪草》第五十五条、第六十三条、第七十六条、第八十三条、第八十七条。



阁制里的虚权元首(Titular head),例如法国的元首。按诸总统制,行政机关的职权,是集中于行政首长。在这种制度之下,国务员之进退,系以元首之信任与不信任为转移。我们的《宪草》第五十六条、第五十九条,虽然规定行政院长由总统任免,对总统负责,但是第七十七条和第八十四条,则规定司法院院长和考试院院长虽由总统任命,但对国民大会负责,而且第六十三条、第六十六条、第八十七条、第八十九条规定立法院院长和监察院院长由选举而产生,并对国民大会负责。从这几条看来,我们《宪草》里的大总统,绝非总统制里的大总统。在责任内阁制之下,元首是不负责任的,但是我们的《宪草》第四十六条明白规定,“总统对国民大会负责任”,第三十二条规定国民大会会有罢免总统之权。从此看来,可知《宪草》里的大总统,绝非责任内阁制里的元首。《宪草》里的总统,自有他的特殊地位和特殊作用,因为他除了一般元首所具之职权而外,他还有两种特权。其一就是调整五院的作用。宪草第四十五条规定:“总统得召集五院院长,会商关于二院以上事项及总统咨询事项。”在训政的时候,政府之上,还有中央政治委员会,以为最高的指导联络,以作调整之机关。如有两院以上的事情发生,可由政治委员会来负一种调整的任务。将来施行宪政以后,这种制度将不存在,假如总统没有这种调整的职权,则在政制的联系上,不见得十分完善。总统是国家的元首,是政府的最高领袖,所以可以授权予他,规定联系办法,以为调整及解决院与院间的问题。<sup>①</sup> 第二种作用,就是须发紧急命令,以维国家的作用。《宪草》第四十四条明定:“国家遇有紧急事变或国家经济上有重大变故,须为急速处分时,总统得经行政会议之议决,发布紧急命令,为必要之处置,但应于发布命令后三个月内提交立法院追认。”这种紧急命令(Notverordnungen)权,原属君主政体的一种遗产。在从前德、奥等君主国家,主要是保留这种紧急权(Notrecht)的。德国许多公法学家且认元首之颁布紧急命令

<sup>①</sup> 立法院孙院长在中央报告《修正〈宪草〉经过》。

权,乃是国家的一种自卫权。<sup>①</sup>日本宪法亦采行此种紧急权。其第八条规定:“天皇为保持公共之安全或避免公共之灾厄,因紧急之需要,在帝国会议闭会期间,得发布代法律之敕令。此项敕令应提出于下次帝国会议。若会议不承认时,政府应公布该敕令此后失其效力。”但是在民主国家里,规定元首得颁发此种命令权的,也不乏其例。例如《德国宪法》第四十八条规定:

凡遇国家之公共安全及秩序发生重大危难时,总统得径行采取必要之处置,以恢复公共安全与秩序。于必要时得使用武力,以速达此目的。总统得将宪法第一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四及一五三诸条所规定之人民基本权利之全部或一部停止之。本条第一、二两项规定之处置,应由总统通知联邦议会。如联邦议会要求废止时,此项处置即应停止。

奥国一九三四年五月一日《宪法》特设“行政紧急权”一章。其第一百四十七条规定:

(一)为维持公共之安宁秩序及保持人民之重要经济利益,或联邦之国家财政利益,尤其确保联邦之预算,有立即发布依照宪法,须有联邦国会决议之必要处置者,因事关紧急,不能立得国会决议时,则联邦政府得自行负责,用暂时变更法律之命令,而采取此项之处置(联邦政府紧急权)。此项命令上,得将联邦事务之执行,其权原属他机关者,委托特别联邦机关执行之。

这种紧急命令权,虽有列国宪法作先例,但是我们《宪草》之规定紧急权,非出于模仿。这完全是应付我国的需要。因为我们正在国难期间,时时刻刻会有紧急的事故发生。假设国家在紧急的时候,万一发生事故,我

<sup>①</sup> Esmein, *Droit Constitutionnel*, 卷下,第八十六页。

们的宪法如果没有规定,便难以应付。如果总统有了紧急命令,以应时势的需要,以济法律之所穷。我们从《宪草》所赋予总统的调整作用及颁发紧急命令之权,便可以知道《宪草》上的元首之特殊作用了。

## 七、均权制度

上节所说的五权制度,乃是从政府权力之横的分配而立论的。若是从政府权力之纵的分配而论,则列国的政制,大抵分为统一制(或集权制)和联邦制两种。联邦制和统一制的根本区别,一方面是根据政府权力之分配或集中去决定,一方面是根据中央与地方彼此的关系而决定。如果宪法将政府的全权单独付与中央政府,而地方政府的权力及其生存,完全是由中央颁赐的,那末这种制度,便是中央集权制(即统一制)。反之,如果政府权力的全体,是由宪法或国家的根本法分配于中央与地方,那么这种制度,便是联邦制(即地方分权制)。集权制的特色在于宪法对于中央政府与附属的地方政府,并不规定分权。在集权制的国家里,只有一个意志,政府权力只有一个共同的来源。地方区域之设立或改变,不是由宪法去设立或改变,乃是由中央政府去设立或改变。地方无论有什么权力,或自治权利,都是中央政府委托(delegate)给他们的。他们的权力,得为中央政府任意伸缩增减。他们所有的权力,不过是委托的权力(delegated powers),无所谓原来的(original)、内在的(inherent)权力。地方政府不过是中央政府所设立的中央机关之一部分。他们是用来作中央政府对于地方行政的代理机构(agents)。地方政府要受中央的制御。无论地方政府所具之自治权或行政能力是怎样,这些权力都是中央赐给他们的,不是因为有宪法的保障而存在的。

举例来说,英国的府市,虽然具有许多的地方自治权,但是这些权力是从国会法令(parliament acts)得来的。这些权力,国会可以随时任意伸缩。法国更是如此,它的地方机关,大部分是中央政府的代理机构。但在联邦制的国家里,地方政府不是中央政府所设立的东西。在

多数的联邦国里，中央政府乃是地方所设立的。地方不是中央机关的部分。地方的自治权，不是由中央政府决定，乃是由联邦宪法决定的。因此地方政府的生存，不是由中央政府所颁赐。他们的权力，不为中央政府所限制。在联邦制里，中央政府与地方制度，都是在一个公共主权之下而共存的。中央与地方机关，在各自的一定范围之内，是各居最高的地位。<sup>①</sup>

这两种制度，中央集权制与地方分权制，自总理看来，均不适于我们中国，他说：

夫所谓中央集权或地方分权，甚或联省自治，不过内重外轻，内轻外重之常谈而已。权之分配，不当以中央或地方为对象，而当以权之性质为对象。权之宜属于中央者，属之中央可也。权之宜属于地方者，属之地方可也。例如军事外交，宜统一不宜分歧，此权之宜属于中央者也。教育、卫生，随地方情况而异，此权之宜属于地方者也。更分析以言，同一军事也，国防固宜属之中央，然警备队之设施，岂中央所能代劳？是又宜属之地方矣。同一教育也，滨海之区，宜侧重水产，山谷之地，宜侧重矿业或林业，是固宜予地方以措置之自由。然学制及义务教育年限，中央不能不为画一范围。是中央亦不能不过问教育事业矣。是则同一事业，犹当于某程度以上属之中央，某程度以下属之地方。彼漫然主张中央集权或地方分权，甚或联省自治者，动辄曰某取概括主义，某取列举主义，得勿嫌其笼统乎？议者曰国小民寡，或可用中央集权。地大民众，则非用地方分权或联省自治不可。曾不知土地之大小，不当但以幅员为差别，尤当以交通为差别。果其交通梗塞，土地虽狭犹辽阔也。果其交通发达，土地虽广，犹比邻也。中国今日若犹守老死不相往来之训，虽百里犹不可以为治，或利用科学以事交通，则风行四海之内，若身之使臂臂之使指，集权分权，又

<sup>①</sup> Garner, *Political Science and Government*, pp. 346~348.

何兴焉。议者又曰，中央集权，易流于专制，地方分权，或联省自治，始适于共和。此又不可不辨。夫专制云者，与立宪为对待之名词。苟其立宪，虽中央集权何害？例如法国固行中央集权者，其为民主立宪国自若也。北美之合众，议者乐引为联省自治之口实，以为中国非如是不得为共和，而不知其所引之例，实际适得其反。美之初元，固行地方分权制，然南北分驰，政令不一，深貽国民以痛苦。及南北战争起，虽以解放黑奴为号召，而实行统一，乃其结果也。经此战争，美国各州始有凝为一体之象。洎乎参加欧战，则中央政府权力愈以巩固，且愈以扩充，举人民之粮食衣服，亦置于中央政府管理之下。其集权之倾向为何如？如议者言，则美国中央政府集中权力之时，亦将为共和之不利欤？凡此诸说，皆与权力分配本题无关要之研究。权力之分配，不当挟一中央或地方之成见，而惟以其本身之性质为依归。事之非举国一致不可者，以其权属于中央，事之应因地制宜者，以其权属于地方。易地域的分类，而为科学的分类，斯为得之。<sup>①</sup>

总理根据这种理论，主张中国宜采均权主义，即凡事务有全国一致之性质者，划归中央，有因地制宜之性质者，划归地方，不偏于中央集权制，或地方分权制。《宪草》第一〇零四条规定：“凡事务有因地制宜之性质者，划为地方自治事项。”我们现在从这一条看来，便可知道我们的《宪草》是于中央集权制与地方分权制之外，另辟蹊径，而采均权制度了。

## 八、民生主义的经济制度

《宪草》“国民经济”章的第一条（即第一百一十六条）便开宗明义的标明：“中华民国之经济制度，应以民生主义为基础。”我们的宪法，

<sup>①</sup> 《中华民国建设之基础》，见《总理全集》第一集。

所以采取民生主义的经济制度,是因民生主义,在理论上,比流行于欧美的资本主义和共产主义好得多。我们先比较民生主义和资本主义之不同。总理说:“民生主义和资本主义根本不同的地方,就是资本主义是以赚钱为目的,民生主义是以养民为目的。”<sup>①</sup>换言之,在资本主义的社会,国家或社会对于各个人的生活,不负责保证。由个人根据生存竞争、优胜劣败的原则,去求生存。但在民生主义的社会,国家或社会对于各个人有保证生活的义务。各个人对于国家或社会,有要求生存的权利。欧战前的列国宪法,为资本主义所支配,所以国家对于民生,完全采取一种放任政策(laissez faire)。到了欧战后的制宪者,方稍微知道这种政策之错误,认识国家一种重要的权能,在于保障人民的生活。<sup>②</sup>例如《德国宪法》有一条说:“经济生活的组织,必须适合正义的原理,其结果应令全体人民的适宜生活都得保障。”<sup>③</sup>爱沙尼亚(Estonia)的宪法也含有一条,说:“经济的组织,必须与正义的原则相合,其目的在于谋适于人类的生活状况。”<sup>④</sup>然而从我们看来,这些规定,还不见得十分彻底,因为他们充其量不过保障各人所宜的,或适于人类的生活罢了。而我们的宪法所保障的,则为一般人既均且足的生活。所以《宪草》第一百一十六条最后一句是说:“以谋国民生计之均足。”这才是“养生”的鹄的。资本主义的分配和民生主义的分配,在性质上,各有不同的特质。在资本主义社会,分配的性质,在于报酬劳动或财产的贡献。所以一个人要是“劳动者”、“资本家”或“企业家”,才有要求分配的权利。如果单纯拿着“人”的资格,就没有这种权利,就不能享受分配。所以没有财产,以及能劳动而无机会劳动的人,固然没有权利要求分配;就是不能劳动的人,例如残废者、老年人,除掉受社会的慈善的待遇外,法律上没有权利要求生存,因之,没有权利要求

① 《民生主义》第三讲。

② Headlem-Morley, *The New Democratic Constitutions of Europe*, Chap. 15.

③ 《德国宪法》第一百五十一条。

④ 《爱沙尼亚宪法》第二十五条。这条的语气,不像《临时宪法》的规定那么强。《临时宪法》的句文是说:“在爱沙尼亚,一切公民都有适于人类生活程度的权利之保障。”

分配。在民生主义的社会,分配的性质,不在报酬各个人财产或劳动的贡献,而在维持各个人的生存,满足各个人的欲望,所以一个人并不是因为自己是一个“劳动者”或“财产家”才有要求分配的权利,乃是因为自己是一个“人”,所以有这种权利。因此,不能劳动的人,如老弱、残废、孕妇、产妇等在法律上都有要求分配的权利。所以《宪草》第一百二十七条规定:“人民因服兵役工役或公务而致残废或死亡者,国家应予以适当之救济或抚恤”,第一百二十八条规定:“老弱残废无力生活者,国家应予以适当之救济”。

我们再比较民生主义和共产主义的不同。民生主义和共产主义理想虽相似,但是办法不一样。共产主义的办法,是阶级斗争和无产阶级专政。马克思以为人类的历史,乃是阶级斗争的历史,自由民和奴隶,贵族和平民,地主和农民,工主和工匠,做一句话说,压迫者和被压迫者,从古到今,都继续着明争暗斗。争斗的结果,不是被压迫的新兴阶级,得到胜利,产生新的社会,便是交战的阶级,两败俱伤。工业发达的结果,社会上形成互相对立的两大阶级,即资本阶级和无产阶级。所以共产主义的革命方略,就是训练无产阶级用阶级斗争的方法,打倒资本阶级,而升无产阶级于支配的地位,就利用其政治的权力,渐次夺取有产者的一切资本,集中生产手段于国家手中。所以阶级斗争和无产阶级专政,乃是共产主义的办法。民生主义,则不采取这种办法。总理以为近来社会进化的事实,都不是经阶级斗争而得到的。例如经济上的社会与工业的改良,运输与交通的收归公有,直接税的征收和分配的社会化,都是用改良的方略进化来的。<sup>①</sup> 这些进化,虽然远没有达到我们理想的境遇,然而其为社会进化,却是不能否认的。而且原始的共产社会之中,没有阶级的区别,没有阶级的斗争,然而社会却由原始共产的形式,进化到现在。民生主义则以渐进的、和平的方法去达均足的社会。欧美各国因为资本主义太发达,结果形成资产阶级与无产阶级相对立,给共产党以制造社会革命的机会。总理有鉴于此,以为中国是产业落后的国家,在革命改造之初,与其走上

<sup>①</sup> 《民生主义》第一讲。

资本主义的路线,造成未来的社会阶级斗争的惨剧,倒不如慎之于始,避免走这种不必走的路。所以主张民生主义以节制资本的方法,去防止私人资本太发达来支配国民的生计。同时以平均地权的方法,来防止私人地主的土地权。我们读《宪草》第一百一十七条至第一百二十八条,便知道它是充满了民生主义的精神。

## 九、教 育

在《宪草》第七章“教育”里,其引人注意的,就是它(一)使无论贫富老弱,均有受教育的平等机会(例如第一百三十二条、第一百三十四条、第一百三十五条、第一百三十八条第五款);(二)使无论贫富的地方,均有发展教育的机会(第一百二十六条及第一百三十七条末项)。而其最重要的,就是规定教育经费的最低限度。现时我国政府所供给的教费,为数太少,和实际的需要比较,相差太远。维持况且不易,何能谈及发展?环观世界各国,中央教育费占政费之最高比例的,差不多达于百分之二十,至于地方所担负的教育经费,则苏俄于一九二六年至一九二七年度地方收入用于教育者,占百分之四十,德国市预算中,教育费在一九一八年占总预算百分之三四点六,美国各邦教育费在各项政费所占的百分数最近差不多达到四十。他们已经是教育发达的国家,现在他们的教育经费,尚且有增无已。我国是教育落后的国家,要急起直追,非确实规定教育经费的百分数不可。像《训政时期约法》第五十二条只规定中央及地方应宽筹教育上必须之经费,那种空洞的办法,乃是无济于事的。所以《宪草》第一百三十七条切实规定:“教育经费之最低限度,在中央为其预算总额百分之十五,在省区及县市为其预算总额百分之三十。”

## 十、宪法之解释

宪法的解释权,应属何种机关,各国立法例颇有一致。有属于君主的,例如日本是。这是表示君主专制的特点,非共和国家所宜模仿,



无待赘言。有属国会的,如比利时、意大利是。国会原属立法机关,非解释法律之机关,故恐难胜任。有属特别机关的,如奥地利特设宪法法院以裁决普通法律是否违宪是。又有属最高法院的,如美国是。中南美诸联邦,均模仿美制。英国之自治殖民地亦多如是。所以我们可说以最高法院去解释宪法,乃是一个最普通的制度。我们的《宪草》也采取这种制度,赋予司法院以解释宪法之权。<sup>①</sup> 但是我们的制度和美国有一点不同,因为《宪草》第一百四十二条有如是之规定:“法律与宪法有无抵触,由监察院于该法律施行后六个月内提请司法院解释。”在美国的办法,可由人民或各级政府上诉于最高法院,最高法院即能行其解释权。我们若是只规定由司法院解释,则司法院将变成一个最高的立法机关。这与五权制度不免冲突。所以加上一点限制,假设监察院不提请解释,则司法院便不能解释,而且政府与人民不能直接提请解释,所以比较美国制度较有限制。<sup>②</sup>

## 十一、过渡条文之添设

过去的制宪运动有一个重要的毛病,就是制宪的人只管制宪,不顾及宪法之施行,驯至宪法虽经公布,然窒碍难行,使根本大法徒成空文。时至今日,国家仍为无宪之国家,言念及此,曷胜浩叹? 此次制宪,能痛改前非,理论与事实,均能顾及。于《宪草》特设过渡条文,以便施行,诚属幸事。此因一方须遵照总理遗教,完成一善良的五权宪法。一方又须顾到目前的情形。而目前的情形,则为训政尚未完全成功。故不得不设置一些补救办法,以便施行。

此中又可分三项而说明之。第一项为关于立法监察委员之产生方法。在《宪草》本身,原来是规定完全由民选的。现因地方自治没有完全成功,不能全由民选,所以设一过渡条文,规定其半数由立法、监

<sup>①</sup> 《宪草》第一百四十二条。

<sup>②</sup> 参见孙院长在中央报告之《修正〈宪草〉经过》。

察两院长各提请总统任命(第一百四十三条)。第二项是关于县市长的产生方法。《宪草》本身原来是由民选的。但是现在未完成自治的县市很多,他们不便民选,所以设一过渡办法,规定由中央任命(第一百四十四条)。第三项是关于国民大会代表产生方法及第一届国民大会之职权。《宪草》本身规定国民大会是完全选举的。但是现在要召集的国民大会,是制宪的国民大会,所以此次国民大会代表选举法,规定国民大会代表采用区域选举制而外,还兼用职业选举制,特种选举制。同时中央执监委员都可以出席为当然代表。将来宪法颁布之后,依照宪法而召集之国民大会,当然不是如此。但这次国民大会通过了宪法之后,马上又要召集宪法规定的国民大会,则于时间经济,均不许可,为适应环境起见,所以加上了一个过渡条文,规定:“第一届国民大会之职权,由制定宪法之国民大会行使之”。(第一百四十六条)<sup>①</sup>

关于《宪草》的内容,我们可以总括一句。这次的《宪草》,并不是闭门造车,凭空想像的东西。他是根据总理遗教的三民主义、五权宪法,并斟酌国家目前的需要而议订的。

最后要补充几句,就是国民对于施行宪政是要尽相当的责任的。第一,国民要注意政治,督责政府。孙院长说得好:“宪政之实现,其艰巨尤较军政、训政为甚。苟国人以为一经宪法之制定,公布施行,即可唾手而得宪政之良果,乃属大谬。盖在国民政府准备宪政开始之前,国民党同志对于宪政之设施所负之使命,固属倍增,而全国国民所负之责任,亦较前为重。训政时期工作之良否,尚可诿卸也。故国民必须提起全副精神,注意政治问题。同时以正当方式,充分表现其意志。在消极方面,要能防备政治上旧有之罪恶,使腐恶势力,不能抬头。而在积极方面,更应督促政府进行建设事业,以解除民生疾苦。然后始不负宪政之美名,与夫提倡实行宪政之初意。苟重蹈民国初年之覆辙,徒为政客造捣乱之机会,则非吾人所望于国民矣。”<sup>②</sup>第二,为守法,

<sup>①</sup> 参照孙院长在中央报告之《修正〈宪草〉经过》。

<sup>②</sup> 民国二十二年(1933年)元旦孙院长发表《实行宪政之意义与国民应有之常识》。

胡展堂先生说得好：“我人主张立宪，当先使社会人人确认此宪法为必须遵守之规律，然后此宪法始有支配人的意思之力量。故社会人人对于宪法之认识，实为宪法的力量发生之根据。一言蔽之，即守法之精神，必当先于立法之事实是已。”<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 胡汉民：《论所谓立宪》。

# 过去立宪运动的回顾及 此次制宪的意义

- 一、引言
- 二、过去宪政运动的回顾
- 三、民国初元到二十一年当中的立宪运动
- 四、这次制宪的意义
- 五、结论

- 
- 原刊蔡元培、胡适、王云五编，《张菊生先生七十生日纪念论文集》，211～252页，上海，商务印书馆，1937。

## 一、引言

印刷事业对于智慧的普及,文化的提高,是很有贡献的。欧洲从有史之初到最近五百年之前,所有的书籍都是用人工抄录的,因此图书只能为公家的机关和有钱的私人所拥有,平民是很难购置图书的。所以在欧洲五百年前的学术文化,完全为富有阶级所包办,平民不得与闻。迨近代开始发明活字版印刷,活字印刷馆于一四六六年开设于罗马,不久蔓延于欧洲各大城市,于很短的时间,印刷多量的、价值低廉的书籍,俾一般平民均有求知的机会,这样才把欧洲文化史完全改造起来,并且确

立了近代的基础。<sup>①</sup>

中国的改革运动是在最近四五十年左右才诞生的。就时间上来说,这种革新运动之发动,也可说是和活字印刷机的开始应用同时。在中国,从事活字机印刷事业具有最长久的历史,而且规模最宏伟的,当然要首推上海商务印书馆了。该馆起初规模并不大,而且仅限于上海一隅,但到现在,则分馆遍于各省。这不过是该馆营业方面的活动。至于说到它对于社会国家的贡献,那是有口皆碑的。举其荦荦大者言之,则为利便教育之普及,灌输泰西的新知新学,发扬中华民族的固有文化诸端。该馆从开设之日起到现在,已经有四五十年的历史。其所以有今日的发达,则不得不归功于创业人张菊生先生诸人。张先生今年适逢七秩荣庆,那么他是在三十岁左右的时候,就委身从事于该馆的经营了。在最近的中国里,拿四十年左右的光阴,从事于专一事业的,除了孙中山先生之致力于国民革命而外,实不多观。像菊生先生那样的惨淡经营印刷事业,总算是为数的人物。“有非常之人,乃可成非常之事。”天下的事体,没有那一桩是可以逃脱因果律的。有张菊生先生辈之苦心毅力,乃有商务印书馆今日之发达,犹之乎有孙中山先生之领导奋斗,与夫国民党之继续努力,才可跻中国于宪政之域。菊生先生之以四十年左右的岁月,从事于文化事业之发展,这桩事体,不禁使我们联想到发生于最近四十年内的,而且关系中国整个国家最重要的问题——宪政运动。因此我很愿意的、很高兴的、藉着这个机会,写“过去立宪运动的回顾及此次制宪的意义”一文,以作纪念。

## 二、过去宪政运动的回顾

中国的立宪运动,并非在现在才开始,她已经有了几十年的历史了。若是追究她的起源,那么还要从满清的末季说起。百年以前,中国一向是守着闭关主义,对于外国,一向是以夷狄看待。因为抱着这

<sup>①</sup> Hayes, *A Political and Social History of Modern Europe*, Vol. I, pp. 177~180.

种夜郎自大的心理,所以对于近代列国所以立国、所以强国的道理,便充耳不闻了。因为抱着这种故步自封、不求前进的态度,弄得国势日蹙,结果一与帝国主义相周旋,便告蹶败了。若是拿历史的事实来证明,那么第一件就是道光年间的鸦片战争。其次就是咸丰七年至九年的英法联军之来攻,及光绪十一年(1885年)之中法战争。中国人士受了这几次挫败的戟刺,不免有一点儿觉悟。如曾国藩、左宗棠、李鸿章一流人,都感觉西洋的形而下学远胜于中国,所以都注意于所谓洋务。李鸿章在他的奏折中且说:“西人专恃其枪炮轮船之利,故能横行于中国。中国向用之器械,不敌彼等,是以受制于西人。居今日而曰攘夷,曰驱逐出境,固虚妄之;论即欲保和局,守疆土,亦非无具而能保守也。……臣愚以为国家诸费皆可省,惟养兵设防练习枪炮制造兵轮之费,万不可省。”在李鸿章辈的心目中,以为中国所以不敌西洋的,不过是在武备方面。假设中国效法西洋,整军经武,便可跻国家于强盛之域了。所以他们所谓新政,大概不外整军经武之一途。

然而李鸿章辈之整军经武,结果是怎样呢?他是不是可以挽救中国呢?到了甲午(光绪二十年即1894年)那一年,因为朝鲜问题和日本开战,结果又告失败。从此可见李鸿章辈光是效颦西洋的皮毛,实不足以言救国。盖中国之不振,根本在整个政治之不良,其余皆属枝节问题。当时有识之士,早已了然于此。如孙中山先生于光绪十一年(1885年),便已决心倾覆满清,创建民国。康有为在光绪十五年(1889年)就以诸生的资格,伏阙上书,请求变法。

当时清帝光绪一方面感觉国势之衰颓,一方面惊骇于革命之运动,以为非求改革,则无以图存。因此相信康、梁等之维新方策,锐意改革。康有为等乃屡上书,请“尽革旧俗,一意维新。大召天下才俊,议筹变法之方。采择万国律例,定宪法公利之分。”因康有为上书之结果,而有光绪二十四年(1898年)四月之诏定国是,颁布新政。

然而这些新政,仍不外对于武备、财源、教育等事,谋为改革而已。至于国家政治之改革,则仍属敷衍。立宪一层,尚无只字道及。就是光拿这些轻微的改革来说,尚还触西太后的雷霆大怒。结果将光绪幽

于南海之瀛台，诛逐维新党人。而所谓维新运动，便于此告终。厥后慈禧又因废立之谋，为各国公使所持，不得行。因此深恨外人，日夜图攘夷狄。始而排外，继则仇外。致酿庚子年拳匪之大祸，引起八国联军进陷北京的惨剧。慈禧经此巨创，然后恍然于国家之积弱不振，知非改革，则无以图补救。所以在光绪二十六年十二月下诏变法，以从民望。然而慈禧所行的新政，大概不外兴学、练兵、理财诸端。这些都是戊戌年间德宗所已经举办的。况内外臣工，泄沓如故，于饬行改建各事，皆不实力奉行。他们都晓得慈禧此举，不过在于遮掩外人耳目，非出自诚心，所以进步迟缓。至于立宪一层，更非慈禧所措意了。

到了光绪二十九年(1903年)日俄战争爆发，结果日本以蕞尔三岛的小国家，把一个庞大的俄国打败。世界舆论，均以为这是立宪与不立宪的胜负。即日本因行立宪而胜，俄国因不立宪而败。中国的人士有感于此，所以立宪的议论，也盛兴于此时。江苏新党名士张謇致书于袁世凯，要他去主张立宪。中国驻法公使孙宝琦也曾以立宪向政府奏请。少数疆吏如江督周馥、鄂督张之洞、粤督岑春萱等，亦先后以立宪为言。人民乘之请求立宪之声，随在应和，几于全国一致。当时的人都相信“立宪”是强国的不二法门。清室受各方的申请，所以于光绪三十一年(1905年)六月，慈禧与王公大臣商定粉饰立宪之策。结果简命载泽、戴鸿慈、徐世昌、端方、绍英五大臣往立宪各国考察宪政，以备将来立宪之借鉴。这是中国立宪运动的萌芽。然而当时革命党人认识满清的立宪，乃虚伪的立宪，所以于五大臣出京之时，有吴樾炸弹的恫吓。同年，中国革命党人所组织的同盟会，于日本东京正式成立，推举孙中山先生为领袖，以倾覆满清，建立民国为目的。孙中山先生于是年重至欧洲，揭橥三民主义，五权宪法，以号召同志。<sup>①</sup>从此可知于立宪运动萌芽之时，孙中山先生就已经发表他建立民国、施行五权宪法的主张了。

五大臣既到东京，即送书朝廷，称赞日本的立宪政治，以为日本所

<sup>①</sup> 见《孙中山丛书》吴稚晖所著《中山先生革命的两基础》中所附之“中山年表”。



行的宪法,乃参考欧洲的宪政审慎制定的,他们暗示中国立宪,不可不学日本的意思。光绪三十二年(1906年)正月,五大臣已由日本历美洲达英、德,乃奏请宣布立宪。当时清廷还在犹疑。到了光绪三十二年(1906年)七月,五大臣归国,复奏请宣布立宪宗旨。乃于十二月发布预备立宪的上谕。这个上谕的颁发,在清廷方面看来,以为是空前的举动。但是我们仔细看它的内容,便知满清所谓预备立宪,不过是一种愚弄汉人的虚伪文字。这个上谕综括起来,有三点意思。第一,即仿行宪政,要使大权统于朝廷,庶政公诸舆论,以立国家万年有道之基。第二,先从官制、法律、教育、财政、武备等事入手,以预备立宪基础。第三,俟数年后,查看情形,然后妥议立宪实行期限,再行宣布天下。

这个上谕,并不说明立宪的期限,革命党人早已洞悉其虚伪,而不为所骗,所以更加努力地革命的工作。但是一般立宪党人并不因此绝望,而且大大的活动起来,组织一个“政闻社”,主张君宪。当时有华侨联名向政府请愿,要求实行立宪。又有湖南人熊范兴等联名请愿,请求设立民选议院。这些都是由“政闻社”的嗾使而进行的。但是清政府觉得既已宣布预备立宪,人民便不宜有这些要挟的举动,所以于丁未年(1906年)十一月下令禁止干预政治,并查禁“政闻社”。立宪党的“政闻社”虽然消灭,但是国内与该社同志愿通声气的人,却有很多。在江浙一带,还有“预备立宪公会”,在湖北有一个“宪政筹备会”,在湖南有一个“宪政公会”,在广东有所谓“自治公会”。这些团体,大概都是和“政闻社”同性质的组织。就中以“预备立宪公会”为最活跃。在光绪三十四年(1908年)的六月,郑孝胥等联名向清政府请愿开国会,又以“预备立宪公会”的名义,移书“湖南宪政公会”、“湖北宪政筹备会”、广东“自治公会”及豫、皖、直、鲁、川、黔等省的同志,约于该年七月各派代表齐集于北京,向都察院递请速开国会书,要求都察院代奏。当时宪政编查馆恰将《宪法大纲》、《议院法》及《议员选举法要领》编就进呈,清廷因于八月二十七日将这些法律公布,并颁行九年预备的定期。其所颁布的《宪法大纲》,并无多大价值,因为他大抵是模仿日本

宪法而草拟的。它不过是一个草案，并无法律的效力。它的起草完全为宪政编查馆所从事，毫无民意分子参加。它的目的，在于使大权掌于朝廷，所谓的立法、行政、司法，则皆总揽于君上统治之大权。故一言以蔽之，“宪法者，所以巩固君权，兼以保护臣民者也”<sup>①</sup>。

一九〇八年，清德宗和西太后均逝世，宣统继位，载灃当国。载灃对于立宪，可算是很热心。但他是别有用心的。因为他感到皇室和满人地位的危险，恐怕大权旁落，满人受制于汉人，所以希望藉一纸宪法，蒙蔽人的耳目，保持皇室的大权。试看他的第一计划，在于总揽兵权、任用亲贵，便可明白了。当时的立宪党人数次请愿设立国会，组织责任内阁，清廷才下诏准将立宪筹备期限缩短，于宣统五年召集国会，在国会未开以前，先将官制厘定，设立内阁制。到了辛亥的三月，清廷颁布新内阁官制，以奕劻任内阁总理大臣。新内阁发表后，咨议局联合会请都察院代奏以皇族组织内阁不合君主立宪国公例，请另简大臣组织内阁。但清廷则斥以“黜陟百司，系君上大权，议员不得妄行干涉”。这令热心国会内阁制的立宪党人，大失所望。

到了辛亥八月武汉起义，各省响应，清廷为之大震，乃于九月初九日下诏罪己，实行宪政，于同日取消皇族内阁，以冀挽回人心。但当时人民早已洞知清廷立宪之虚伪，故毫不为所惑。及滦州军队统制张绍曾与混成协统蓝天蔚等电奏要求实行立宪，并由议院制定宪法，清廷大惊，乃急命资政院起草宪法，于九月十三日宣布《宪法内阁重大信条十九条》。

这个“十九信条”可说是一种临时宪法，即有清时代所颁布的第一个宪法。清廷从前对于国民的要求立宪，一点不肯采纳，到了辛亥革命军兴，乃不惜一变其从来的态度，想藉此“十九信条”收拾已去的人心，然已无及矣。此正所谓“不到黄河心不死，及到黄河悔已迟”也。

<sup>①</sup> 《光绪新法令》，第二册，第二十六页。

### 三、民国初元到二十一年当中的立宪运动

武昌起义之后,各省纷纷独立,和清政府脱离关系,然而没有联合的组织。于是苏督程德全、浙督汤寿潜、沪督陈其美提议各省公举代表,集议上海,组织联合机关。各省代表聚集上海开第一次会议,定名为各省都督府代表联合会,承认武昌为民国中央军政府。鄂督黎元洪亦通电请各省派代表赴武昌讨论组织临时政府。各代表乃齐赴武昌。时值汉阳失守,乃假汉口英租界顺昌洋行为各省代表的会所。公拥谭人凤为议长,马君武、王正廷、雷奋为临时政府组织大纲起草员。开会三日,即草成二十一条的《临时政府组织大纲》,公布施行。后又推孙文为临时大总统。到了民国元年三月十一日修改《临时政府组织大纲》为《临时约法》。《临时约法》和《临时政府组织大纲》两者的精神,根本不同。前者为采内阁制,而后者则采总统制。<sup>①</sup>

民国二年,正式国会开会,由参议院咨请众议院同意,各选委员三十人,组织宪法起草委员会,以天坛祈年殿为会所。所以当时所起草的宪法,称为《天坛宪法草案》。<sup>②</sup>

当时的人心,渴望宪法能够赶紧完成,以便选举正式总统,要求列国的承认。所以宪法起草委员选出之后,即由国会议决起草期限为四十五日。<sup>③</sup>但到赣宁讨袁之役失败之后,进步党的议员迎合袁世凯的意旨,纷纷提出先选总统的议案。国民党因赣宁之役失败,知道不能凭藉武力谋胜利,但国会中党员仍占多数,以为还可以于政治上谋补救,若不先选总统,则恐袁氏下令解散国会,如此,则政治上的势力,势必又被铲除,因此也赞成先选总统的提议。<sup>④</sup>这个提案通过之后,起草委员会遂先起草宪法一部分的《大总统选举法》。国会即根据此《选举

① 吴宗慈:《中华民国宪法史前编》,第一章。

② 吴宗慈:《中华民国宪法史前编》,第二章第三节、第九节。

③ 吴宗慈:《中华民国宪法史前编》,第二章第十二节。

④ 吴宗慈:《中华民国宪法史前编》,第三章第十六节。

法》选袁世凯为正式大总统。袁氏是旷世枭雄，秉性独裁。他是一个受中国数千年人治主义熏陶的一个人物，对于法治主义，对于宪政，闻所未闻，梦所未梦，哪能受宪法的拘束？所以他一当选正式大总统之后，便作出许多破坏宪法的笑话。他干涉宪法的第一个行为，就是向国会提出增修《临时约法》案。要求：（一）总统制定官制官规，不征参议院的同意；（二）总统任免国务员、外交大使，以及一切文武职员，不征参议院的同意；（三）总统宣战、媾和及缔约，不征参议院的同意；（四）总统享有紧急命令权；（五）总统享有财政紧急处分权。<sup>①</sup>袁氏之提出这几条，目的在增加其权力，以便独裁。然而国会方面，则以为宪法正在草订，不久可以完成，无需增修《临时约法》。<sup>②</sup>袁氏第二步干涉宪法的举动，就是争宪法公布权。这是因为《大总统选举法》议决之后，系由宪法会议自行公布。袁氏以宪法之全由国会主持，行政机关连公布权也没有，深致不满，所以咨“宪法会议”争宪法公布权。“宪法会议”因《宪法草案》还未完成，无开议的机会，也置之不理。<sup>③</sup>袁氏干涉宪法的第三步举动，就是派员列席“宪法会议”及“宪法起草委员会”，陈述意见。该委员会以依照该会规则，仅许国会议员旁听，其他无论何人，不得旁听，故拒绝之。<sup>④</sup>袁氏干涉宪法的第四步举动，就是通电各省都督、民政长，攻击《宪法草案》，并嗾使反对。各省的长官，因为多属袁氏的走狗，所以多半希意承旨，指摘《宪草》。甚至有倡解散国民党，解散“宪法起草委员会”，解散国会的。<sup>⑤</sup>袁氏最后干预宪法的步骤就是撤销国民党议员和解散国会。国会被解散之后，袁氏即召集他御用的“约法会议”，提出《增修临时约法大纲》七项：（一）凡外交大权，应归诸总统；（二）总统制定官制、官规及任用国务员与外交大使公使，毋庸参议院之同意；（三）采总统制；（四）正式宪法应由国会以外

① 吴宗慈：《中华民国宪法史前编》，第三章第二十二节。

② 吴宗慈：《中华民国宪法史前编》，第三章第二十一节。

③ 吴宗慈：《中华民国宪法史前编》，第三章第二十一节、第二十三节。

④ 吴宗慈：《中华民国宪法史前编》，第三章第二十一节、第二十四节。

⑤ 吴宗慈：《中华民国宪法史前编》，第三章第二十一节、第二十六节、第二十七节。

之国民会议制定,由总统公布。正式宪法之起草权,亦应归于总统及参议院;(五)人民公权之褫夺回复,由总统自由行之;(六)总统应有紧急命令权;(七)总统有财政紧急处分权。<sup>①</sup>后“约法会议”议决《中华民国约法》,于三年(1914年)五月一日由总统公布。此即世人所称之袁氏《新约法》,自《新约法》颁布后,袁氏已成独裁元首。一般攀龙附凤的官僚,更进而为君宪运动,组织“筹安会”。后又改为“宪政协进会”,拥袁氏为皇帝。后因各省相继独立,反对帝制,袁氏因帝制失败,气愤而亡。袁氏亡后,黎元洪继任总统,下令恢复《临时约法》及国会。国会集会后,即决定继续民国二年之制宪工作,而以《天坛宪法草案》为国会“宪法会议”讨论之基础。<sup>②</sup>在当时的“宪法会议”审议会中,国民党议员多主省制入宪,而“宪法研究会”及“宪法讨论会”则极力反对,“宪法研究会”并通电各省督军省长,嗾使督军干宪。当时在京集会的督军团,联名诋毁宪法,呈请大总统解散国会。黎氏受督军团的劫持,于是竟冒天下之大不韪,下令解散国会。<sup>③</sup>当时各省督军相继宣布脱离中央,黎氏乃召张勋入京商议国是。不料张勋入京之后,即进行复辟。黎氏因复辟祸作,即致电副总统冯国璋,请其依法代行总统职权。其后段祺瑞氏得多数督军之拥戴,出而消灭帝制之运动。

复辟消灭之后,北京由冯、段执政。他们并不召集旧国会。当时旅沪议员及孙中山先生等倡议护法。孙氏随即赴粤,议员亦纷纷南下,想在粤开会。到了民国七年九月,在粤的国会议员,已足法定人数,乃开正式会议。从九月二十八日起,到十二月二十三日,共开“宪法会议”之审议会若干次,将北京所审议未完之地方制度,继续审议竣事。到了八年十一月开宪法二读会之时,因国会解散权问题及地方制度章之省长职权问题,各方发生激烈的争执。结果政学会一部分议员拒绝出席,致“宪法会议”流会。到了九年一月二十四日,“宪法会议”

① 吴宗慈:《中华民国宪法史前编》,第三章第三十节。

② 吴宗慈:《中华民国宪法史前编》,第四章第三十一节。

③ 吴宗慈:《中华民国宪法史前编》,第四章第三十五、三十六节。

议长逼得宣告停止议宪。西南之议宪，至是遂告终了。<sup>①</sup>

西南护法政府解体之后，西南各省国家一时不能统一，而护法大业又不能成功，于是另谋出路，而为“联省自治”的运动。即先由各省自制宪法，成为自治的省份，再由各个自治省份联合起来，组织一个联邦政府。其首先制定省宪的，就是湖南省。《湖南省宪法》是于民国十年十二月十一日经全省公民投票公决的，并于十一年一月一日公布施行。这个省宪法，虽然继续存在了四年，但在实际并未严格施行。<sup>②</sup> 其继湖南而起的，就是浙江省。浙江省宪法会议所议决的《浙江省宪法》，是于十年九月九日宣布，但未实行。其后浙江省“自治法会议”于民国十五年一月一日又议决公布了一种省宪，称为《浙江省自治法》。<sup>③</sup> 此外，如广东、四川等省，亦于此时草宪，但无结果。

到了民国十一年四月，直奉战争爆发，结果直胜奉败。六月二日大总统徐世昌因受直系将领的压迫，乃自行宣告解职。黎元洪得直系将领之拥戴，回京执行总统职务，下令撤销解散国会之令。国会乃于八月一日正式开会。国会二次恢复之后，仍以制宪为最重要之职务。然集会后，宪法会议常因不足法定人数而流会。于是国会议决修改元年《国会组织法》，以减少宪法会议出席人数之限制。同时更修改《宪法会议规则》，增设宪法会议出席费，即议员每次出席宪法会议的，得支出席费二十元。至是宪法会议，乃克开会。<sup>④</sup> 到了六月十三日，黎氏被直系军阀逼迫离京，政变又生。议员多因此赴沪，后为曹锟用重利诱回京。十月五日，国会总统选举会举曹氏为总统。国会议员为掩饰彼等贿选的罪恶起见，以不及一星期的时间，议决宪法。十月十日宪法会议将《中华民国宪法》全案公布。这即世人所称之“贿选宪法”。<sup>⑤</sup>

民国十三年，直奉二次战争爆发，直系为奉系及冯玉祥打倒，曹锟

① 吴宗慈：《中华民国宪法史前编》，第七章第四十九节。

② 王世杰：《比较宪法》，第七三二页至第七三四页。

③ 吴宗慈：《中华民国宪法史前编》，第七三四、七三五页。

④ 吴宗慈：《中华民国宪法史前编》，第七三五、七三六页。

⑤ 吴宗慈：《中华民国宪法史前编》，第七四零页。

为冯氏所软禁,段祺瑞为奉系拥戴入京,就临时执政之职,段氏自颁一种《临时执政府组织令》,而不承认十二年十月一日之《中华民国宪法》。后由政府草定一个《国民代表会议条例》,咨送善后会议讨论。依该条之规定,政府应召集一个“国民代表会议”,制定宪法。“国民代表会议”的选举方法,系采各省间接选举。但依国民党及孙中山先生之意见,“国民代表会议组织法”应由农、工、商、学各法团自行召集之国民会议筹备议定。因此《国民代表会议条例》虽然成立,有些省份却不实行选举,国民代表会议,终未能召集。依《国民代表会议条例》之规定,宪法是由“国民代表会议”议决,而起草则由“国宪起草委员会”从事,“国宪起草委员会”以四个月的光阴从事起草,完成了《中华民国宪法案》。但因国民代表会议未尝集会,所以这个草案,毕竟等于具文。<sup>①</sup>

从十五年四月段祺瑞被迫去职之后,北京一时陷于紊乱状态。至十六年六月十八日,奉系军阀张作霖乃正式推翻“摄阁”制,自为大元帅。此后中原及北部均为军阀所劫持,国民革命即于此时爆发。国民政府于十五年六月任命蒋中正为国民革命军总司令,进行北伐。直至十七年六月奉军退回奉天,国民革命军占有北平,于是全国咸归国民政府统治。当时国民党领袖胡汉民适从海外归国,力主试行五权制度。旋由胡汉民、戴传贤、王宠惠等拟就试行五权制度之《中华民国国民政府组织法草案》。这个草案,于十月三日经政治会议议决通过。这个《组织法》颁行以后,国民政府尚颁布行政、立法、司法、考试、监察五院的组织法。<sup>②</sup>

按诸孙中山先生的革命方略:

革命进行之期为三。第一为军政时期。第二为训政时期。  
第三为宪政时期。第一为破坏时期。在此时期内,施行军法。以

<sup>①</sup> 吴宗兹:《中华民国宪法史前编》,第七四一、七四二页。

<sup>②</sup> 吴宗兹:《中华民国宪法史前编》,第七四四至七四六页,第七六一至七六四页。

革命军担任打破满洲之专制，扫除官僚之腐败，改革风俗之恶习等。第二为过渡时期。在此时期内，施行约法，建设地方自治，促进民权发达。以一县为自治单位。每县于散兵驱除战事停止之日，立颁约法，以规定人民之权利义务与革命政府之统治权。以三年为限。三年时期满，则由人民选举其县官。或于三年之内，该县自治局已能将其县之积弊扫除，如上所述，及能得过半数人民能了解三民主义，而归顺民国者，能将人口清查，户籍厘定，警察、卫生、教育、道路各事，照约法所定之低程度而充分办就者，亦可立行自选其县官，而成完全之自治团体。革命政府之对于此自治团体，只能照约法所规定，而行其训政之权。俟全国平定之后六年，各县之已达完全自治者，皆得选代表一人，组织国民大会，以制定五权宪法。以五院制为中央政府。一曰行政院。二曰立法院。三曰司法院。四曰考试院。五曰监察院。宪法制定之后，由各县人民投票选举总统，以组织行政院。选举代议士，以组织立法院。其余三院之院长由总统得立法院之同意而委任之。但可对总统及立法院负责。而五院皆对于国民大会负责。各院人员失职，由监察院向国民大会弹劾之。而监察院失职，则国民大会自行弹劾而罢黜之。国民大会职权，专司宪政之修改，及制裁公仆之失职，国民大会及五院职员，与夫全国大小官吏，其资格皆由考试定之。此为五权宪法。宪法制定，总统议员举出后，革命政府当归政于民选总统。而训政时期于以告终。第三为建设完成时期。在此时期，施以宪政。此时一县之自治团体，当实行直接民权。人民对于本县之政治，当有普通选举之权，创制之权，复决之权，罢官之权。而对于一国政治，除选举权之外，其余之同等权，则负托于国民大会之代表以行之。此宪政时期，即建设告竣之时，而革命收功之日也。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 《中国革命史》(二)“革命之方略”，载《总理全集》第一集，第九一八及九一九页。



由此而观,在训政时期是应该制立约法并且应按约法所规定去训政的。因此在十七年八月八日国民党第二届中央执行委员会第五次全体会议正式开幕之时,南京特别市党部,法制局局长王世杰,及国民党中央执行委员朱霁青等,都有请颁约法的建议案。法制局的提案,并主张于约法确定:(一)人民的权利义务;(二)中央政府的组织;(三)中央与地方的关系;(四)党与政府的关系。会议的结果,则为“训政时期应遵总理遗教,颁布约法”的决议。但是这个决议案,并没有明定约法如何起草,也没有说到约法的内容。<sup>①</sup>到了十八年国内学者颇多主张从速制定约法,以保障人权。例如胡适之先生说:“在今日如果真要保障人权,如果真要确立法治基础,第一件应该制定一个中华民国的宪法。至少,也应该制定所谓训政时期的约法。”<sup>②</sup>到了民国十九年间,汪兆铭、冯玉祥、阎锡山等,因为对于中央的党务和政治表示不满,所以在北平组织了一个扩大会议,着手拟定约法,和筹备召开国民会议。九月二日,扩大会议在北平怀仁堂开第五次临时会议,议决约法起草委员由中央委员互推七人。其人选为汪兆铭、张知本、茅祖权、冀贡泉、陈公博、邹鲁、顾孟余。“约法起草委员会”从九月十五日起,努力工作,由主席汪兆铭总其成。九月十八日张学良通电吁请罢兵后,扩大会议以不便久留于北平,乃逃往太原。“约法起草委员会”在太原一连开了多次会,把约法草案全文起草完竣。十月二十七日草案全部经扩大会议通过,并议决即将草案发表,听国人批判。这就是世人所称之《太原约法草案》。

十九年十月,太原扩大会议宣告结束,阎、冯军事失败之后,十月三日蒋中正从开封军次电呈中央,请召集国民会议,并制定训政时期的约法。这个提议,经四中全会通过。二十二日中常会开临时会议,推定吴敬恒、王宠惠等十一人为约法起草委员会委员。该约法由王宠惠委员起草初稿。先经过起草委员会四次讨论,确定全文计八章。

<sup>①</sup> 王世杰:《比较宪法》,第761页。

<sup>②</sup> 胡适:《人权与约法》,载《新月》杂志。

二十二日开第六次约法起草委员会议，议决全部条文。二十四日经中常会议议决通过。二十年五月五日国民会议开会，由主席于右任宣读约法。诸代表发言之后，由主席各把各种意见交付约法审查委员会审查。十二日继续讨论约法案。在两小时之内，经过二读三读而成立了。这个约法，由国民政府于六月一日颁布。是为《中华民国训政时期约法》。这个约法，虽经颁布，但未严格施行。

这是民国成立以来到二十一年宪政运动的经过。回顾过去的四五十年当中，制宪的工作，并不止一次。所颁布的宪法、约法，也不止一个。然而均告失败。“失败为成功之母”这句名言，如果含有相当的真理，那么我们考究过去宪政运动失败的原因，也许对于将来宪政之成功，有所裨补。据我所见，过去宪政运动失败的因素，举其荦荦大者而言，则为如下的几个：

(1) 制宪者之无诚意 先谈亡清的制宪运动。亡清末年的统治者，因为知道革命的势力一天一天地扩大，以为藉“预备立宪”的美名，便可和缓革命，于是颁布一个《宪政大纲》。然后这个《宪政大纲》，系纯粹从日本宪法上抄来。关于君主的大权，比日本天皇更无限制。只可算为保障君权的宪法，于国民没有什么好处。换句话说，其目的在藉以维持统治者的利益，并非在割让权利予人民。其动机并非为宪政而制宪，乃为维持权力而制宪。这种行为，纵能欺骗宪政党人，却终不能欺瞒革命党人。所以革命终于爆发。清廷想藉《十九信条》之颁布，以挽颓势，然已无及了。民国初年，袁氏当政，独断独为，不愿受元年《临时约法》之掣肘，于民国三年另颁所谓《新约法》，将一切大权集中于总统一人，其目的不在施行宪政，却在扩张个人权力，以便独裁。观其规定国务卿及各个部长均由总统自由任免，不依立法机关之信任或不信任而进退，当可知其梗概。迨曹锟执政，其目的在享受正式大总统的尊荣，但因赎贿选之罪过，所以令那些猪仔议员制了一个宪法，藉以点缀升平，欺骗民众。其动机也是不在于施行宪政，不过在于掩饰已过而已。所以这种行为，终不能获国人之谅解，宪法虽经公布，而不能见诸实行。从上述几个例子看来，可知施行宪政的第一个前提，就

是制宪的动机要纯洁。换句话说,制宪者若是为施行宪政而制宪,则立宪可以成功。若是为其他目的而制宪,或则利用制宪以维持自己地位,或则利用制宪以和缓革命,或则利用制宪以点缀升平,欺骗民众,则宪法未有不等于“一束废纸”,制宪工作,结果未有不等于零的。

(2) 制宪技术的失败 前清末年所公布的《十九信条》已非日本式的君主立宪,而拟采英国式的君主立宪,及议会政治。但依《信条》中第九条之规定:“总理大臣受国会之弹劾时,非解散国会,即内阁总理辞职。但一次内阁不得为两次国会之解散”,则与责任内阁制之精神不符。在责任内阁制,只须议会表示不信任时,即当辞职,并不以受弹劾时为限。这种错误,大概系当时起草的人,不明两者的分别的原故。民国建立以来的第一个根本法,可说是《临时政府组织大纲》。这个《组织大纲》宣布之时,便有许多人表示不满,因为它遗漏了关于“人权”的规定。当时的制宪者,心目中以为只规定政府的组织,便算尽了宪法的能事,殊不知除了政府组织以外,还须规定人权的保障。迨元年颁布《临时约法》始规定人权之保障。对于人民自由权利的保障,有法律的保障主义和宪法直接保障主义。所谓法律保障主义,就是在宪法上规定“人民有某种某种的自由权利,非依法律,不得限制”。宪法上虽然承认人民有某种某种的自由权利,但全然委法律去干涉。行政部门虽不许干涉人民之自由,但立法部门仍得任意制定法律去干涉。这种法律保障主义,效力至微。并且,若是采取法律保障主义,必待此类法律颁布之后,人民才能享受所规定的自由。反之,所谓宪法保障主义,就是在宪法上预定某等情形,于此等情形之上,法律不妨对于人民的自由权利加以某种限制。如采取宪法保障主义,则宪法一旦实行,人民即便享有自由。所以就保障人民自由权利之效力而言,宪法直接保障主义比法律保障主义为强。中国的宪法,如果要确保人民的自由权利,那么就应该采宪法保障主义,这是毋庸置疑的真理。民元《临时约法》本是采取宪法直接保障主义的。但是它的第十五条规定:“本章所载人民之权利有认为增进公益,维持治安或非常紧急必要时,得以法律限制之。”所谓“公益”,所谓“治安”,都是一些空泛的、不着边

际的名词。其结果使以法律限制人民各种自由权利,实际上仍无一定的范围。二年的《天坛宪法草案》,学者多说它比较以前的根本法好得多。但是讲到人民的权利,它还是采法律保障主义。论者有因它第五条规定“中华民国人民,非依法律,不受逮捕、监禁、审问或处罚,人民被羁押时,得依法律以保护状请法院提至法庭审查其理由”,于是对于这个《宪法草案》极端称许,以为能尽保障人身自由的能事。诚然,中国宪法中首先采用人身保护状的规定,当推《天坛草案》。但是我们仔细研究起来,便知这是不通的规定。因为保护的作用,是使人民得向法院请求颁发此状,令执行逮捕拘禁机关,将被逮捕者移送法庭审问,并非拿这个状去向法院提出什么请求。当时制宪者之不学无术,盖可想见。至于民国三年的袁氏《约法》,十二年(1923年)的《中华民国宪法》,民国二十年的《训政时期约法》,对于人民的自由权利,均采法律保障主义。民国十二年(1923年)的《中华民国宪法》第七条关于保护状的规定,完全抄袭《天坛草案》第五条的规定,并无只字之修改。从这一点看来,可见从民元到民十二(1923年),这十几年的期间,制宪者的制宪技术,并没有丝毫的进步。民十二年(1923年)《宪法》第七条和二十年《训政时期约法》第十条,虽均是类似人身保护状的规定,然而对于执行逮捕拘禁的机关,于规定时间移送审判机关审问,或移送后,法院不于规定时间提审,应如何救济,是没有顾及的。又对于人民因执行机关违法逮捕拘禁应如何赔偿其损失,也没有顾及。这使人身保护状之规定,等于虚设。因为制宪者的技术幼稚,不知于宪法规定切实的救济手续,致使二十余年以来,人权尚遭蹂躏。无怪乎伍梯芸先生说:

……宪法最大的目的,在为人民谋幸福。为人民谋幸福,莫要于保障人民之自由权利。保障人民之自由权利,尤莫重于保障人民之身体自由。我国军阀专横,官吏恣肆。对于人民身体自由任意蹂躏。往往无故加以拘禁。拘时固不经法定手续。拘后则审讯无期,又不开释。致令久羁囹圄,呼吁无门。即有戚友营救,而除请托及贿赂外,更无途径可寻。其结果有不宣布理由而径予

释放者。亦有始终拘禁而不释放者。甚至有擅处私刑者。似此黑暗情状,计惟吾国历史上所谓乱世及欧洲中古时代始有之。在此种状况之下,即使宪法内明白规定保障民权,亦只等于具文。……鄙意非明订一种法定手续,切实救济不为功。<sup>①</sup>

总之,过去的制宪,其技术上失败的地方,诚屡见不一见。上之所述,不过略举一二,以示梗概罢了。

(3) 民众缺乏督率能力 从前北洋的军阀执政,厌恶法治,或则违宪,甚则毁宪,在野者虽有所谓“护法”之举,然而这不过是极少数士夫的举动,一般民众,则熟视无睹,即使有所闻知,也形同秦越人之视肥瘠,漠不相关。因为护法者的势力薄弱,于是违法毁法者,得以为所欲为。所谓皇皇大典,终不免束之高阁。假使民众的督率的能力,一致起而反抗,作护宪的工作,则违法者虽胆大如天,恐亦有所顾忌,而思退缩。宪法的命运,何至如此?

#### 四、这次制宪的意义

回溯自民国成立以来,曾于元年三月十一日公布《中华民国临时约法》,三年五月一日公布《中华民国约法》,十二年十月十日公布《中华民国宪法》,二十年六月一日公布《中华民国训政时期约法》。但因野心家藉以利便私图,不顾人民需要,或因统治者欺骗民众,藉以点缀升平,或因造法者即毁法之人,狐埋狐搯,或因大法虽已公布,但无诚意施行,致使国家大法,等于具文,时至今日,仍无所谓真正宪法之产生,而人民仍不能享受宪政的实惠。以言民权,则人命横遭蹂躏。以言政治,则有如孙哲生氏所言:“吾党柄政数年,国人之所期望于吾党同志者,不可谓不殷。而吾党同志朝夕致力于兴革事业者,亦不谓不勤。然而程其功效,计其时日,则不徒国人啧有烦言,多致不满,即吾

<sup>①</sup> 《伍梯芸致孙哲生长书》

党同志清夜扪思，反躬自问，又何尝不惶惶然愧汗无极耶？求其故，以为无他，要在缺乏团结之诚心而已耳。诚以数年来之政治情形观之，其所以纠纷层出不穷者，莫不由于吾党同志间之互相猜忌。以致小之则领袖各存歧志，而系统派别之斗争缘之而起。大之则因权利之冲突，演成政潮之起伏，而战祸又卒不能不因之而绵延。于是主义无由而施行，建设无由而推进。而民生疾苦，则有增无已。”<sup>①</sup>以言外患，则自二十年“九一八”以还，外侮日亟，国难日深。东北失陷，收复无期。由此看来，民国自建立以来，内忧外患，未有若今日之甚者。

一般忧时之士，咸以为解倒悬之方，惟在对内团结、对外抵抗。而党中领袖主张最力者，则为孙哲生氏。孙氏具实行宪政为团结内部之主要方法。故于二十一年沪战方酣之时，发表其《抗日救国纲领草案》。其总纲之第一项为：“如集中民族力量，贯彻抗日救国之使命，于最近期间筹备宪政之开始。”其第三项为：“于本年十月由立法院起草宪政法案，提交国民代表大会议决。”其第四项为：“于民国二十二年四月召开第一届国民代表大会，议决宪法，并决定颁布日期。”当时党内外，对于孙氏的意见，很是注意。同时并得到党外一般舆论界许多同情的批评。迨民国二十一年十二月十五日召集之第四届三中全会时，孙氏提出《集中国力挽救危亡案》，以促成宪政召集国民代表大会办法为“使全国人力集中，各尽其才，俾得内部相安，共御外侮，及调节中央与地方之关系，消灭一切内战”之方策，经全体通过，并由全会议决责成立法院根据总理遗教于最短期间起草宪法草案，以备国民讨论，于民国二十四年提出国民大会正式议决颁布。立法院即遵令于二十二年一月组织“宪法草案起草委员会”，由院长孙哲生氏自兼委员长，以委员张知本及作者为副委员长，并指派立法委员四十人从事工作。以两个月为原则研究时期，六个月为初稿起草时期，三个月为初稿讨论时期。前后开会二十四次，完成初稿，当经刊布征求各方意见，至二十三年二月底，“宪法草案起草委员会”遂告结束。初稿刊布后，前后所得

<sup>①</sup> 二十三年元旦，孙哲生院长所发表之《实行宪政之意义与国民应有之认识》。

意见甚多。经院长指定委员傅秉常等三十六人为审查委员,先将各方意见分别整理。计开初步审查会八次、全体审查会九次,将初稿修正通过,于是年九月提立法院大会讨论。计开大会七次,三读通过。凡十二章六节一百七十八条。于二十三年十月呈报国民政府转送中央政治会议。是年十二月十四日,四届五中全会对于立法院通过之《宪法草案》,乃为如下之决议:

中国民国宪法草案,应遵奉总理之三民主义,以期建立民有、民治、民享之国家。同时应审察中华民族目前所处之环境及其危险,斟酌实际政治经验,以造成运用灵敏,能集中国力之制度。本草案应交常会依此原则郑重核议。

至二十年十月中央常务会议始将宪法草案审查完竣,决定下列原则五项:

(一)为尊重革命之历史基础,应以三民主义、《建国大纲》及《训政时期约法》之精神为《宪法草案》之所本。(二)政府之组织,应斟酌实际政治经验,以造成运用灵敏,能集中国力之制度。行政权行使之限制,不宜有刚性之规定。(三)中央政府及地方制度,在《宪草》案内,应于职权上为大体规定。其组织以法律定之。(四)《宪法草案》有必须规定之条文,而事实上有不能即时施行或不能同时施行于全国者,其实施程序,应以法律定之。(五)宪法条款不宜繁多,文字务求简明。

交立法院重加修正,立法院奉令后,当经遵照中央决定原则,于是年十月二十五日院会三读通过修正,凡八章九节,一百五十条,送呈国民政府转送中央。至二十四年十一月,四届六中全会复将立法院修正之《宪法初稿》加以审查,并为如下之决定:

本会议认为立法院最近修正之《宪法草案》，大体均属妥善。惟为适应国家现实情势，及便于实施起见，尚应有充分期间，加以详尽之研究。但现距全国代表大会为日无多，且代表大会会期甚短，恐亦无暇逐条详商，为最后之决定。本此理由，应连同本《宪法草案》送请第五次全国代表大会，请将《宪法草案》及召集国民大会日期，先行决定。并对于本《草案》加以大体审查，指示纲领，再行授权于下届中央执行委员会，为较长时间之精密讨论后，提请国民大会议决颁布之。

五全大会当将《宪法草案》接受，并决定宣布《宪法草案》及召集国民大会日期，授权于第五届中央执行委员会决定，惟须于二十五年以内施行。五届一中全会乃遵照作下列决议：

（一）中华民国二十五年五月五日宣布《宪法草案》。十一月十二日开国民大会。国民大会之选举，应于十月十日以前办竣。

（二）设宪法草案审议委员会负责审议《草案》及经大会认为应予采纳之提案，于两个月内，拟定修正案，呈由常会发交立法院，再为条文之整理。

（三）指定叶楚伦、李文范等十九人为审议委员会委员。

中央宪法草案审议委员会开会多次，并分别征询各方意见，于四月十八日审议竣事，拟具审议报告，列举修正要点二十三项，呈送常会核定。中常会于四月二十三日决议通过，发交立法院作条文之整理。立法院于五月一日将修正条文整理竣事，提经院会三读修正通过，凡八章一百四十八条。呈送国府，于五月五日正式宣布。是为《中华民国宪法草案》之告成。

从该宪草议订的经过来说，有几点很值得我们注意。第一，就是它所费时间的长久。回忆立法院自从二十二年二月开始草宪工作，到今年五月一日，共经过三年多的光阴。这个长久时间，乃是任何国家



的宪法会议对于制宪所费的时间所赶不上的。从此可知这次的《宪法草案》，是按照审慎的、缜密的计划而进行，绝不是率尔操觚的工作。第二点，这个《宪法草案》，不是闭门造车的东西，他是与舆论融成一气的东西。查别国的制宪，多半是将全责交付宪法会议，不令国人参加意见的。甚至有于议宪之时，将门紧闭，不许走漏消息的（例如美国在费城所召集的宪法会议）。但是我们的议宪，则采公开的态度。于二十三年三月一日所议订的第一次《宪法草案初稿》，乃是公布于各报章，征求国人的意见。到了二十三年七月所成的《宪法草案初稿审查修正案》，也是送各报披露，征求国人之批评的。第三点，这个《宪法草案》绝非少数人的意思之结晶。因为立法院在孙院长领导之下，各位委员都有贡献。对于院外，复征求批评。各方学者的意见，也都予以注意。凡可以采纳的，无不尽量地采纳。而且又经过中央的审核。所以绝不能说它是少数人的产物。我们只可说它是全国一致的意思之结晶。

现在这个《宪草》业经国府明令公布，并且不久为国民大会议决颁布。我们要认识这次制宪的重大意义。这次制宪的重大意义，简单说来，就是下述之各项。

#### （一）确立法治基础

宪法学者杰林列克(Jellinek)说：宪法乃国家的一种需要，各国必须具有宪法，一国而无宪法，殆不成为国家，且陷于无政府的状态。良以宪法为国家的根本大法，人民的自由权利，赖以保障，政府由此而得组织。无宪法，则人民权利，陷于危险，而政治机构，也无从组织，此岂非等于无政府的状态？所以近代的国家，除中国而外，没有一个是无宪法的。而构成法治国的第一个要素，就是宪法的颁布。中国自从辛亥鼎革到现在，已经有二十五年的历史，还未走入法治的途轨。其第一个原因，就是没有一个正式的宪法，去限制统治者的行为，保障人民的自由权利。就过去的政治情形来说，一切听命于人治。人存则政举，人亡则政息。固然，“徒法不足以自行”，“法不能独立，得其人则存，失其人则亡”。然而按黄梨洲先生之言，“论者谓

有治人，无治法，吾以为有治法，而后有治人”，则又当先求治法而后求治人了。这次制宪的一个重大意义，就是在于树立法治基础，使国家一切事务，皆纳诸法律宰治之下，而打破数千年来的人治局面，以符近代立国的根本原则。

### （二）集中民族力量，以应付国难

比年以来，外侮日亟，国难日深，东北失陷，收复无期。近日敌人复得寸进尺，咄咄逼人。推原其故，即因我们缺乏团体的诚心。先哲有云：“人必自侮，而后人侮之；国必自伐，而后人伐之。”这是古今中外不能磨灭的真理。试以这几年的政治情形来说，其所以纠纷层出不穷的缘故，莫不因党中之冲突，演成政潮之起伏，而战祸乃卒不能不因之而绵延。加以对于独裁与民主，集权与公权，信仰之不同，引起地方与中央之斗争。敌人因有隙可乘，乃为趁火打劫之举。有识之士，咸以为居今日而言御侮，只有先求团结内部。而欲团结内部，非使全国人力集中，各尽其才，俾得内部相安，并调节中央与地方之关系，消灭一切内战不可。然欲集中全国人力，使各相安，并使中央与地方之关系得以调节，则又非假藉宪法，统一政治之信仰，使全国皆生活于宪法之下，不为功。所以这次制宪另一个重大意义就是集中全国力量，以应付国难。

### （三）确立三民主义的国体，以示建国的精神

立国于大地，必有他所以立国的立场，这就是他建国的主义。《宪法草案》第一条开宗明义规定：“中华民国为三民主义共和国。”从这一条我们可以知道我们的宪法的精神。我们的宪法，是三民主义的宪法。欧战以前列国的宪法是不将主义列入的。但到欧战以后，民众抬头，民众要明白治国的主义，建国的立场。苏俄宪法以共产主义冠国体，乃是出于劳动阶级的要求。而我们的《宪草》以三民主义冠国体，则是出于大多数民众的要求。《宪草》第一条以主义冠国体，在中国是创例，而且是《草案》全部最关紧要的一条，实在不啻画龙点睛。现在使我们中国能够于国际上巍然独立，有立国的立场的，就是三民主义。此外我们还要知道，以三民主义冠国体，乃是适合我们民族的特性，并

且符合我国先贤的思想。我们中华民族的特性，乃是中庸的特性，王道的特性。孔子曰：“过犹不及”，这就是昭示中庸之道。我们的民族，数千年来，都是按着这种中庸之道而求生存。时至今日，犹奉行不替。苏俄的共产主义，及意、德的法西斯主义，皆属过激的主义。而英、美的资本主义，则属落后的主义。所以皆非我们所应取。我们要另求一个中庸之道，以适合我们民族的需要。而三民主义，则适为中庸之道。再者，共产主义和法西斯主义，皆是主张霸道的主义，因为他们主张以暴力夺取政权，以暴力治人。“以力服人者，非心服也。”“以德服人者，中心悦而诚服也。”所谓以力服人，即霸道是也。所谓以德服人，即王道是也。所以我们的先哲，是主张王道。这个王道的主张，更可以拿一个具体的例子来证明。这就是所谓：

大道之行也，天下为公。选贤与能，讲信修睦。故人不独亲其亲，不独子其子。使老有所终，壮有所用，幼有所长，鳏寡孤独废疾者，皆有所养。男有分，女有归。货恶其弃于地也，不必藏于己；力，恶其不出于身也，不必为己。是故，谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作。故外户而不闭。是谓大同。<sup>①</sup>

三民主义也是脱胎于这些“天下为公”和“大同”等思想而来的，因为三民主义最后的鹄的，也是在于“大同”，所以我们说以三民主义冠国体，乃适合我们民族的特性，并且发扬我们的国光。

#### （四）确立民生主义的经济制度

《宪草》“国民经济”章的第一条（即第一一六条）便开宗明义的标明“中华民国之经济制度，应以民生主义为基础。”我们的宪法，所以采取民生主义的经济制度，是因民生主义，在理论上，比流行于欧美的资本主义和共产主义好得多。我们先比较民生主义和资本主义之不同。总理说：“民生主义和资本主义根本不同的地方，就是资本主义是以赚

<sup>①</sup> 《礼记·礼运篇》

钱为目的,民生主义是以养民为目的。”<sup>①</sup>换言之,在资本主义的社会,国家或社会对于各个人的生活,不负责保证,由个人根据生存竞争,优胜劣败的原则,去求生存。但在民生主义的社会,国家或社会,对于各个人有保证生活的义务。各个人对于国家或社会,有要求生存的权利。欧战前的列国宪法,为资本主义所支配,所以国家对于民生,完全采取一种放任政策(laissez faire)。到了欧战后的制宪者,方稍微知道这种政策之错误,认识国家一种重要的权能,在于保障人民的生活。<sup>②</sup>例如《德国宪法》有一条说:“经济生活的组织,必须适合正义的原理。其结果应令全体人民的适宜生活都得保障。”<sup>③</sup>爱沙尼亚(Estonia)的宪法,也含有一条,说:“经济的组织,必须与正义的原则相合。其目的在于谋适于人类的生活状况。”<sup>④</sup>然而从我们看来,这些规定,还不见得十分彻底,因为它们充其量不过保障各人所宜或适于人类的生活罢了。而我们的宪法所保障的,则为一般人既均且足的生活。所以《宪草》第一一六条最后一句是说:“以谋国民生计之均足。”这才是“养生”的鹄的。资本主义的分配和民生主义的分配,在性质上,各有不同的特质。在资本主义的社会分配的性质,在报酬劳动或财产的贡献。所以一个人要是“劳动者”、“资本家”或“企业家”,才有要求分配的权利。如果单纯拿着“人”的资格,就没有这种权利,就不能享受分配。所以没有财产,以及能劳动而无机会劳动的人,固然没有权利要求分配,就是不能劳动的人,例如残废者、老年人,除掉受社会的慈善的待遇外,法律上没有权利要求生存。因之,没有权利要求分配。在民生主义的社会,分配的性质,不在报酬各个人财产或劳动的贡献,而在维持各个人的生存,满足各个人的欲望。所以一个人并不是因为自己是一个“劳动者”或“财产家”,才有要求分配的权利,乃是因为自己是一个“人”,所以有这种权利。因此,不能劳动的人,如老弱、残废、孕妇、产妇等,

① 《民生主义》第三讲。

② Headlam-Morley, *The New Democratic Constitutions of Europe*, Chap. 15.

③ 《德国宪法》第一百五十一条。

④ 《爱沙尼亚宪法》第二十五条。

在法律上都有要求分配的权利。所以《宪草》第一百二十七条规定：“人民因服兵役、工役或公务而致残废或死亡者，国家应予以适当之救济或抚恤。”第一百二十八条规定：“老弱残废无力生活者，国家应予以适当之救济。”

我们再比较民生主义和共产主义的不同。民生主义和共产主义，理想虽相似，但是办法却不一样。共产主义的办法，是阶级斗争，和无产阶级专政。马克思以为人类的历史，乃是阶级斗争的历史。自由民和奴隶，贵族和平民，地主和农民，工主和工匠，做一句话说，压迫者和被压迫者，从古到今，都继续着明争暗斗。争斗的结果，不是被压迫的新兴阶级得到胜利，产生新的社会，便是交战的阶级，两败俱伤。工业发达的结果，社会上形成互相对立的两大阶级，即资本阶级和无产阶级。所以共产主义的革命方略，就是训练无产阶级斗争的方法，打倒资本阶级，而升无产阶级于支配的地位，就利用其政治的权力，渐次夺取有产者的一切资本，集中生产手段于国家手中。所以阶级斗争和无产阶级专政，乃是共产主义的办法。民生主义则不采这种办法。总理以为近来社会进化的事实，都不是经阶级斗争而得到的。例如经济上的社会与工业的改良，运输与交通的收归公有，直接税的征收和分配的社会化，都是用改良的方略进化来的。<sup>①</sup> 这些进化，虽然还没有达到我们理想的境遇，然而其为社会进化，却是不能否认的。而且原始的共产社会之中，没有阶级的区别，然而社会却由原始共产的形式，进化到现在。民生主义则以渐进的、和平的方法去达均足的社会。欧美各国因为资本主义太发达，结果形成资产阶级与无产阶级相对立，给共产党以制造社会革命的机会。总理有鉴于此，以为中国是产业落后的国家，在革命改造之初，与其走上资本主义的路线，造成未来的社会阶级斗争的惨剧，倒不如慎之于始，避免走这种不必走的路，所以主张民生主义，以节制资本的方法，去防止私人资本太发达来支配国民的生计，同时以平均地权的方法，来防止私人大地主的土地权。我们读《宪

<sup>①</sup> 《民生主义》第一讲。

草》第一百一十七条至第一百二十八条，便知道它是充满了民生主义的精神。

#### (五) 集中并提高元首权力，以便应付国难

中国现正值国难期间，国家须有强有力的元首，方足以领袖群伦，集中力量。因为这个缘故，所以《宪法草案》把总统的权力集中起来，提高起来。其所采的方法，就是除了将任命行政、司法、考试三院院长及一般元首所具之职权付与总统而外，它还付与总统两种特权。其一，就是调整五院的作用。《宪草》第四十五条规定：“总统得召集五院院长，会商关于二院以上事项及总统咨询事项。”在训政的时候，政府之上，还有中央政治委员会，以为最高的指导联络，以作调整之机关。如有两院以上的事情发生，可由政治委员会来负一种调整的任务。将来施行宪政以后，这种制度将不存在。假如总统没有这种调整的职权，则在政制的联系上，不见得十分完善。总统是国家的元首，是政府的最高领袖，所以可以授权与他，规定联系办法，以为调整及解决院与院间的问题。<sup>①</sup> 第二种作用，就是颁发紧急命令，以维国家的作用。《宪草》第四十四条明定：“国家遇有紧急事变或国家经济上有重大变故，须为急速处分时，总统得经行政会议之议决，发布紧急命令，为必要之处置。但应于发布命令后三个月内提交立法院追认。”这种紧急命令(notver-ordnungen)权，原属君主政体的一种遗产。在从前德、奥等君主国家，君主是保留这种紧急权(notrecht)的。德国许多公法学家且认元首之颁布紧急命令权，乃是国家的一种自卫权。<sup>②</sup> 日本宪法亦采此种紧急权。其第八条规定：“天皇为保持公共之安全或避免公共之灾厄，因紧急之需要，在帝国会议闭会期间，得发布代法律之敕令，此项敕令，应提于下次帝国会议。若会议不承认时，政府应公布该敕令此后失其效力。”但是在民主国家里，元首得颁发此种命令权的，也不乏其例。例如德国宪法第四十八条规定：

<sup>①</sup> 立法院孙院长在中央报告《修正宪草经过》。

<sup>②</sup> Esrnein, *Droit Constitutionnel*, 卷下, 第八十六页。

凡遇国家之公共安全及秩序重大危难时,总统得径行采取必要之处置,以恢复公共安全与秩序。于必要时得使用武力,以速达此目的。总统得将宪法第一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四及一五三诸条所规定之人民基本权利之全部或一部停止之。本条第一、二两项规定之处置,应由总统通知联邦议会。如联邦议会要求废止时,此项处置即应停止。

奥国一九三四年五月一日宪法特设《行政紧急权》一章。其第一百四十七条规定:

(一)为维持公共之安宁秩序及保持人民之重要经济利益或联邦之国家财政利益,尤其确保联邦之预算,有立即发布依照宪法,须有联邦国会决议之必要处置者,因事关紧急,不能立得国会决议时,则联邦政府得自行负责,用暂时变更法律之命令,而采取此项之处置(联邦政府紧急权)。此项命令上,得将联邦事务之执行,其权原属他机关者,委托特别联邦机关执行之。……

这种紧急命令权,虽有列国宪法作先例,但是我们《宪草》之规定紧急权,绝非出于模仿。这完全是应付我国的需要。因为我们正在国难期间,时时刻刻会有紧急的事故发生。假设国家在紧急的时候,万一发生事故,我们的宪法如果没有规定,便难以应付。如果总统有了紧急命令权,他便可立即发布命令,以应时势的需要,以济法律之所穷。我们从《宪草》所赋予总统的调整作用及颁发紧急命令之权,便可以知道《宪草》上的元首之特殊作用了。

要而言之,我们这次的制宪,除了普通一般的宪法作用——规定政府的组织及权限并保障人民的自由权利——而外,还具有其他的重大意义。所谓其他的重大意义,即集中民族力量,集中政治权力,以便应付国难;施行三民主义,以示建国的精神;树立法治基础,以打倒数千年的人治主义;并确立民生主义的经济制度,以谋国民生计之均足是也。

## 五、结 论

我们若是回想过去几十年的立宪运动所以完全失败，而须烦劳这次再来制宪，便可以知道：宪法虽经颁布，人民未必即可唾手而获宪政的美果。宪政之能否实行，是有条件的。这些条件，一方面是关于负施行宪法责任者的，一方面是关于国民的。其关于负施行宪法责任的，第一件就是须有行宪的诚意。宪法虽是国家的根本大法，但他自己是不能实行的。所谓“徒法不足以自行”是也。它要靠着人去推行的。根据“人亡则政息”的原理，我们可以说有施行宪政的人，才可以施行宪政。如果没有施行宪政的人，则绝不能推行宪法之治。伸言之，执政者要有实行宪法的诚意，他们才可以担当行宪的大任。如果没有这种诚意，则绝不能推行宪政。而所谓宪法，不过徒供其牺牲而已。换言之，施行宪政的第一个前提，就是制宪的动机要纯洁。制宪者若是为施行宪政而立宪，则宪政可望成功。若是为其他的目的而立宪，如前所述，或则利用立宪以维持自己地位，或则利用立宪以和缓革命，或则利用立宪以点缀升平，欺骗民众，则宪法未有不等于“一束的废纸”。而所谓立宪，也不过等于一个历史的名词而已。中国以往的事实是如此，我们希望将来根本改变。所以我们希望将来中国的执政者，有行宪的诚意，庶几才能收宪政的美果。

第二件就是须有守法的精神。宪法乃国家根本大法，非所以点缀门面，粉饰太平。其价值，其效用，全在其能见诸实行。而其能否见诸实行，则又大半系于执政者之是否能守法。举例言之，美国有一个宪法的习惯，即总统只能连任一次，不得连任二次。这个习惯，本由第一任大总统华盛顿提倡，其后居然成了宪法的习惯了。到了威尔逊、柯力芝两人连任总统期满之时，其党徒拥彼等为第三任之竞选，但两人均因遵守宪法的习惯，坚决谢绝，不敢贪图私益。美国宪法之所以能实行，未始非执政者守法之功。就中国过去的事实看来，违宪毁宪之徒，类皆不安分守己之执政者。民国以来，并非无宪法性质的根本大



法。惟最初的《临时约法》，便撕毁于袁世凯之手。其后北洋军阀也不能遵守宪法，致酿成民国以来混乱的局势。即就民国二十年所颁布之《训政时期约法》而论，亦未见能切实奉行。故戴季陶先生曾沉痛言之：“约法……一经宣布，便置诸冰山雪窖中。政府也，党也，国民也，举无有以约法之施行为意者。二十一年（1932年）改定之《国民政府组织法》，第一条曰：‘本法依约法制定之’云云，按之实际，全属虚语。既背乎当年三先生（胡、孙、伍）提案之精神，又违乎《约法》明文规定之旨趣。两年以来，所以政治力趋于薄弱，政府之组织流于散漫者，既制定《约法》，而不能专诚奉行，为其一大原因。……吾党同志，若无为国家百年大计而立法，为国家人民之福利而行法之决心，或随意制法，或立而不行，皆非所以完成国民之道。……若依然国人之态度就是对于《约法》之态度，则其害绝不止于政务停滞。天下之大乱，国家之危亡，或且因之而起。”<sup>①</sup>“已往不咎，来者可追。”我们希望将来中国的执政者，一致革除从前执政者违宪毁宪的恶习，正心诚意地去奉行宪法，遵守宪法。庶几皇皇大典，不致成为“一束的废纸”。

其关于国民的第一个条件，就是须认识宪法。在从前专制时代，对于国家的政治和法律，政府是抱着一种“民可使由之，不可使知之”的政策。到了现在的民主时代，这个政策，要根本推翻，而代以“先使知之，然后使由之”的政策。胡汉民先生说：“我人主张立宪，当先使社会人人确认此宪法为必须遵守之规律，然后此宪法始有支配人的意思之力量。故社会人人对于宪法之认识，实为宪法的力量发生之根据。”<sup>②</sup>这就是说，人民对于宪法先有认识，然后对于宪法才有信仰。人民对于宪法有了信仰，然后宪法才发生力量。《建国大纲》第二十二条规定：“宪法草案当本于《建国大纲》及训政、宪政两时期之成绩，由立法院议订，随时宣传于民众，以备到时采择施行。”这可见中山先生的卓识伟谋。我们深望现时能扩大宪法的宣传，使家喻户晓，庶几对于

<sup>①</sup> 见《宪草意见书》，第七十八号。

<sup>②</sup> 胡汉民：《论所谓立宪》。

行宪有所裨补。

第二个条件就是须参加政治,督促政府。宪政的第一个特征,就是公民自治的政治,即遵依民意的政治。换言之,就是民众政治,舆论政治。否则就不是宪政。所以宪政是否能够成功,端视民众是否能积极参加政治,督率政府以为断。若是民众对于国家的政治、政府的措施,如秦越人之视肥瘠,漠然不相关,则宪政未有能成功的。孙哲生先生说得好:

宪政之实现,其艰巨尤较军政、训政为甚。苟国人以为一经宪法之制定,公布施行,即可唾手而得宪政之良果,乃属大谬。盖在国民政府准备宪政开始之前,国民党同志,对于宪政之设施所负之使命,固属倍增,而全国国民所负之责任,亦较前为重大。训政时期工作之良否,尚可诿为国民党之责任。而宪政成绩之好恶,则全国国民共负其责,不复能有所诿卸也。故国民必须提起全副精神,注意政治问题。同时以正当方式,充分表现其意志。在消极方面,要能防备政治上旧有之罪恶,使腐恶势力不能抬头。而在积极方面更应督促政府,进行建设事业,以解除民生疾苦,然后始不负宪政之美名,与夫提倡实行宪政之初意。苟重蹈民国初年之覆辙,徒为政客造捣乱之机会,则非吾人所望于国民矣。<sup>①</sup>

第三个条件就是须有护宪的力量。英儒拉斯基(Laski)说:“仅有维护自由之政治组织,决不能即行自由之政治。自由政治之能永垂不弊与否,端赖社会中有无督率施行此种政治之决心以为断。盖有此决心,则执政者始知侵犯人民自由之政必遭人民坚决之反抗,因而转出于审慎,不敢妄为。故惟人民有反抗之决心,始为自由之真正保障。”<sup>②</sup>又说:“宪法之规定,其效力仅发生于人民拥护之决心。舍此而外,宪

<sup>①</sup> 见二十二年(1932年)元旦立法院孙院长发表《实行宪政之意义与国民应有之认识》。

<sup>②</sup> 拉斯基:《近代国家的自由》,第二章第一节。

法之本身,实未能有丝毫效力。……期宪法之效力永垂不绝,则惟在人民有周到自防之努力。”<sup>①</sup>其意就是说,违宪毁宪者,类皆执政之辈,对于执政者之违宪毁宪,倘人民不能起而予以制裁,而任其为所欲为,或逍遥法外,则宪法必至破坏,而人民之自由权利,亦失所保障。就中国过去的事实来说,又何尝不有“护宪运动”?自北洋军阀乱法之日起,即有所谓“护法运动”了。然而宪法终不能赖以长存,这是什么缘故呢?就是因为这种运动,仅为少数人的运动,一般的民众,褒如充耳。宪法为一国的根本大法,应为全国人所共信共守,即应为全国人所拥护。仅恃少数人之拥护,必无济于事。所以今后想收护宪的大效,非设法培植民众护宪的力量不可。

总而言之,我们渴望将来的宪政能够成功。因此我们希望执政者和国民两方面均具有行宪所应具备的条件。

---

① 拉斯基:《近代国家的自由》,第一章第四节。

# 新民法和民族主义<sup>\*</sup>

- 
- 原刊吴经熊：《法律哲学研究》，上海，上海法学编译社出版，1933。

全部《民法》已由立法院于最近两年中陆续通过,并已正式公布了!此后中国已为一个有民法典的国家了,这是在法制史上何等重要何等光荣的一页!但是我们试就新《民法》从第一条到第一二二五条仔细研究一遍,再和《德意志民法》及《瑞士民法》和“债编”逐条对校一下,倒有百分之九十五是有来历的,不是照账誊录,便是改头换面!这样讲来,立法院的工作好像全无价值的了,好像把民族的个性全然埋没了!殊不知内中还有一段很长的历史待我分解一下罢。第一,我们先要明白,世界法制,浩如烟海;即就其荦荦大者,已有大陆和英美两派,大陆系复分法、意、德、瑞四个支派。我们于许多派别当中,当然要费一番选择工夫,方始达到具体结果。选择得

当就是创作，一切创作也无非是选择。因此，我们《民法》虽然大部分以德、瑞民法作借鉴，也不能不问底细地就认为盲从。况且订立《民法》和个人著作是截然两事。著作也许是以独出心裁，不落恒蹊为名贵；而立法本可不必问渊源之所自，只要问是否适合我们民族性。俗言说的好，无巧不成事，刚好泰西最新法律思想和立法趋势，和中国原有的民族心理适相吻合，简直是天衣无缝！

原来在十九世纪的时候，欧美各国盛行个人主义，因此法律也随之个人主义化了。一到二十世纪，法学界就发生一种新气象，对于从前的个人主义就起了一个极有力量的反动！这一段的历史，研究起来，耐人寻味。现在我要把其中蛛丝马迹源源本本地陈述一番，以供读者诸君的参考。

十九世纪当中，最能代表个人主义的思想要算英儒边沁了。他的学说建设于两大柱石的上边：第一，立法的目标在于为大多数谋最大幸福。在表面上看，好像这个主张可称为公益主义，适和个人主义背道而驰的。对于这个疑问有二层说明：边沁氏所谓大多数，仍由各个人集合而成，非指民族全体而言；是一个无机体，不是一个有机体。这是第一层。第二层，所谓最大幸福非有一定客观标准，仍由各个人主观上审定之。这一层就引导我们到第二个柱石：就是各个人对他自己的幸福，是个最好的评判员。所谓人家事体头上过，自己事体穿心过。所以立法者当尽量除去各个人的自由行为的障碍和限制，只要他的自由不致妨害人家所有相同的自由。在理论上观察，边沁的学说是以上述第一个原则为体，而以第二个原则为用；然在实际上，则第二个原则影响最大，实在有些喧宾夺主的了！所以他的信徒斯宾塞氏就说立法的最妥准则是放任政策，不是“最大多数的最大幸福”。

放任政策是主张关于社会生活——尤其经济的活动——任凭各个人自己作主，非但他人不得无故干涉，即政府也不应轻易地阻碍。国家的职司是消极的，不是积极的。放任政策以企业自由和契约自由为它的口号；主张法律对于人民的经济生活，不但不应加以干涉，而且对于个人因企业及契约而得到的一切利益，法律应尽量地保障它们。

在法律上,各人有自助的权利,而没有助人的义务;优胜劣败,巧者生存,拙者淘汰,视为当然之事,其结果是富者愈富,贫者愈贫,演成一个人资本主义的国家。如此从个人主义转到放任政策,再由放任政策演成资本主义,此中蛛丝马迹,不难一一覆按了。现在我们将个人主义对于法律的影响研究一番,归纳起来,不外下列几点。

#### (一) 订约自由

在个人主义者眼光当中,各人具有自由意志,而自由意志,是法律所顶要尊重的一件物事;并且他们相信契约是当事人自由意志的结晶,所以一切契约,只要不为法律所明禁的,都应认为有效,至其内容是否公道,可以一概不问。他们的逻辑是:各成年人具有自由意志,自由意志是神圣不可侵犯的,契约是自由意志的产物,所以契约也是神圣不可侵犯的。前十几年的时候,美国联邦及各邦的立法机关,通过几条劳工法规,限制工作时间(有的是八小时,有的十小时,有的十二小时,现在限于篇幅,不能一一缕述,)并规定最低限度之工资。后来资方向联邦及各邦法院对于该项法规提出诘问,主张此种法律侵犯宪法所授予的自由订约之权,因为工作时间的长短,和工资的多寡,应由当事人自己定夺,雇主固然有自由意志,工人也有他们的自由意志。工作和工资,本来是买卖性质的,假使工人方面嫌工作时间太长,工资太薄,尽可不订契约,合则留,不合则去,两言可决,问题甚属简单;工人又不是国家的被保护人,何劳国家替他们越俎代庖,反致侵犯他们天赋的自由意志?当时法院都认资方主张为有理,上述法规以违背宪法宣告无效。美国联最高法院在 *Lochner v. New York* 那件案子,也是这样判决。只有一位霍姆斯氏推事提出异议,略谓宪法是活的东西,绝对不能将一个时代的政治经济思想认为宪法的惟一真诠,况且第十四条修正案中所称自由二字,并未把斯宾塞氏的全部个人主义的社会学订进在内!各时代有各时代的需要,所以学说也因之而变,不可泥古不化,以致阻碍社会之进化。霍姆斯氏的主张实在是最近法律趋势(即法律社会化运动)的先声,现在已渐渐地占优胜了。另有一位法学家曾经很痛快地宣称:被经济压迫的人实有饥不择食、寒不择衣

的情境,所谓自由意志恐怕虚有其表罢了。

## (二) 民事责任问题

一身做事一身当,是个人主义者之口头禅。所以除非自己有错,不应负民事上责任;有错就有责任,没有错就没有责任,这个原则为十九世纪时欧美各国法学家所公认为天经地义、颠扑不破的。虽然实际上也有少许非因过失而发生责任的法律现象,但是十九世纪的法学家对于这种案件,总要穿凿附会地把个错字硬套上去,才算能尽逻辑能事,其实未免有些方枘圆凿的了! 二十世纪泰西法学家众口一声地都主张民事上原有两种责任:其一为有过失的责任,其二为无过失的责任。前者不在本文讨论范围之内,现在专就后者稍为解说。表面看来似乎自己没有什么过失,而法律叫我负责,实在是一件很冤枉的事情。但是我们如果仔细研究起来,在特种情形之下,《民法》确有规定虽无过失仍应负责之必要。比方,在工厂里工作的工人,往往有因不可归责任何人的情事,受至重大的伤害,或简直牺牲性命。在工业发达的国家,这种不幸的事情,统计起来,日必数十百起。十九世纪的法律大都认为这些不测的遭遇,不过是工人自己的运气不好,不能归责于雇主,所以雇主没有赔偿的义务。但近来立法趋势,已渐渐地改变过来了。即就美国而论,各邦和联邦的立法机关多通过《工人赔偿法规》。起初法院方面还是很固执地宣称这套法律其结果等于无故剥夺人民的财产权,所以违背宪法,应认为无效。后来这个时代精神渐渐地浸入推事们的脑海当中,该种法规已成为一个普遍的现象了。现在泰西的法学家都以为雇主诚然没有过失,但工人不测的死伤,既为现代社会上不可避免的伤害,这笔伤害与其全部归到工人和其穷苦家属的身上还不如由雇主负担,因为经济能力究竟要算雇主充分一些。这种办法,在十九世纪法学家眼光看起来,恐怕是明明敲竹杠了! 敲竹杠也罢,不是敲竹杠也罢,现代法学家总认为这个办法是很公道很妥当的。民权固然要保障,可是民生也是要保护的。

## (三) 亲属关系

泰西各国在十九世纪,因上述个人主义的缘故,亲属间的关系非



常散漫；兄弟父子，一经成年之后，各自谋生，各自营业，虽然枯荣异趋，也不负任何扶养义务；做儿子的拥资百万，做父亲的仍是不名一钱，也是司空见惯的事情。父子如是，兄弟叔侄之间更不用说了！在他们以为这样才能养成自立的精神。西谚说，上帝只能助自助之人！这和我们“是亲必顾”的精神简直有天渊之别。所以泰西人民每讥中国人富于依赖性。哪料物极必反，天道好还，到如今西洋最时髦的民法——《瑞士民法》第三百二十八条规定直系亲属及兄弟姊妹相互间于必需时负供给扶养之义务。《德意志民法》也有同类的规定（第四百三十一条）。

把以上三点总括起来，可说泰西的法律思想，已从刻薄寡恩的个人主义立场上头，一变而为同舟共济、休戚相关的连带主义化了。换言之，他们的法制与我国固有的人生哲学一天接近似一天！我们采取他们的法典碰巧同时也就是我们自己的文艺复兴中重要的一幕，也就是发挥我们的民族性！胡汉民先生曾说新《民法》为我们民族性中根深蒂固的王道精神的表现。从表面看，似乎既经抄袭人家的东西，还要老着脸皮，公然掠人之美，硬说是自己家里的宝藏，这话从何说起？但是从以上所论观察起来，胡先生的论调确有见地，绝非欺人之谈。因为我们并非东施效颦地硬要摹仿他们，实在是他们的思想先和我们接近，我们才去采取的，好比一件古物从前曾经“取之中府藏之外府”，现在又从外府，移到中府来了。总之，新《民法》虽是一个螟蛉子，这个螟蛉子和我们倒也有几分血统关系哩！至于研究新《民法》和我们民族性如何适合，如何相得益彰，非拿历代的典章和人生哲学来参照一下，则不能洞悉底细。读者诸君欲知此中详情，且待异时再述！

# 新民法侵权行为责任的两种方式<sup>\*</sup>

一、过失责任

二、无过失责任

---

\* 原刊吴经熊,《法律哲学研究》,上海,上海法学编译社出版,1933。

## 一、过失责任

我国新《民法》所采的通说是过失为构成侵权行为的重要条件。但这并不是说在无论何案之中,过失必为原告起诉理由中的一部分。事实上有两种可能的情形是值得注意的:(一)法律虽加以责任,但如被告能够证明他已尽过相当注意,则许其免责;(二)有时候因为难于证明的缘故,法律便推定其为有过失。

请先讨论诸案之须主张并证明过失者。新《民法》第一八四条第一项前半段载:

因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。

此条的文句,尚有稍加解释的必要。“不法”二字到底是什么意思?是不是说凡是构成一侵权行为,于故意或过失侵害他人权利之外,必须再属“不法”?我们能够想像一故意或过失侵害他人权利而仍属合法的案情吗?所以最初看来,“不法”二字似属衍文。但是我们要晓得它的真意乃是“没有违法的阻却”(without Justification)。就原告而言,只要表明他的权利被故意或过失所侵害,其起诉理由便已成立。至于违法的阻却的存在,那便须被告证明的了。假使他不能够证明违法阻却的存在,那么他的行为便属不法。若使被告能够证明违法阻却存在的话,我们应当说就全案整个的看起来实际上并没有权利被侵害呢?还是说那种权利的侵害是可以免责的呢?依我看来,两句话都是对的,但是我们要晓得在第二句之中的“权利”(right)二字,是指在一般情形下的法益(interest protected by law),而非指在特殊情形下的法益。我相信新《民法》中此处的“权利”二字不过略具其意,尚有待于审判过程中之鉴衡也。

“不法”便是“没有违法的阻却”,我们可以找到两种有力的明证:(一)德国民法的注释家(commentators of the German Civil Code)和《瑞士债务法》(Swiss Code of Obligations)都以为它的意义是被告如要卸脱责任的话,便须证明损害的发生系由于行使他固有权利的结果。有些注释家并加以说明,违法的阻却,或为正当防卫,或为紧急状态。因于正当防卫或紧急状态的行为,虽于法多所牴牾,但非属不法。(二)我们又可以拿霍姆斯与魏格摩的“三分说”(Holmes and Wigmore's "Tripartite Division")来证实。三分说的要旨可见之于下述三定则:

第一,侵权行为之诉系对于民事的损害而生。法律认定民事的损害是一种祸害,其目的在所以防止之或补偿之。

第二,若原告实因被告行为的结果而遭受民事的损害时,进一步的问题便是此种结果是否为被告所能预见……如损害的可能性甚为明显而结果的损害发生,是为故意行为所致,如非甚为明显但堪注意者,是为过失行为所致。如损害之不可预见者,是为不幸而已。

第三,但在何种情形之下,虽有损害之故意,但无须对之负责者,

良风俗的标准。所以真正的标准是客观的,不是主观的。

又有一类案件,过失并不成为原告起诉理由的一部分。法律之所以加以责任者,仅因有某种关系之存在而已耳。例如新《民法》第一百八十八条第一项前半段载:“受雇人因执行职务不法侵害他人之权利者,由雇佣人与行为人连带负损害赔偿责任。”这是一种替代责任(vicarious liability),其初并非基于过失。但在后半段,过失便成为问题了。因为同条第一项后半段载:“但选任受雇人及监督其职务之执行,已尽相当之注意,或纵加以相当之注意而仍不免发生损害者,雇佣人不负赔偿责任。”新《民法》第一百九十条第一项同样地载有:“动物加损害于他人者,由其占有人负损害赔偿责任。但依动物之种类及性质,已为相当注意之管束,或纵为相当注意之管束而仍不免发生损害者,不在此限。”再新《民法》第一百九十一条第一项载:“土地上之建筑物或其他工作物,因设置或保管有欠缺,致损害他人之权利者,由工作物之所有人负赔偿责任。但于防止损害之发生已尽相当之注意者,不在此限。”至法定代理人对于被监护人的责任,同法第一百八十七条第一第二项规定:“无行为能力人或限制行为能力人不法侵害他人之权利者,以行为人有识别能力为限,与其法定代理人连带负损害赔偿责任。行为时无识别能力者,由其法定代理人负损害赔偿责任。”“前项情形,法定代理人如其监督并未疏懈,或纵加以相当之监督仍不免发生损害者,不负赔偿责任。”

在第三类案件之中,法律规定其有过失,例如新《民法》第一百八十四条第二项载:“违反保护他人之法律者,推定其有过失。”此种推定(presumption),法文并未明言其为绝对的结论抑或容许反证(conclusive or rebuttable)。但余意容许反证,其理由如下:(一)我新《民法》第一百八十四条系脱胎于《德国民法》第八百二十三条第二项:“违反以保护他人为目的之法律者,亦负同一之义务。但依法律之内容,虽无过失亦得违反之者,惟于有过失可归责于行为人时负赔偿义务。”于此有当注意者,即在此种情形之下,“德民”犹必须证明过失。故如无反证,推定其为有过失,已与“德民”离开一层。那么大体

上多从“德民”的我国新《民法》，岂有更加远离“德民”而不许反证此种过失推定之理。（二）如新《民法》之意为绝对推定者，则必有“以过失论”或“视为过失”等字样。今无此等字样，则其推定之容许反证，可以思过半矣。（三）我新《民法》之视“不知法律”（ignorance of law），不如他国法律之不容情，故今所言的过失推定，亦得解释为得以反证为较合理。例如我国《刑法》虽不以不知法律为免责之理由，但仍可为减轻之理由。

## 二、无过失责任

蒲轮教授(Professor Bohlen)曾于其所著《道德上助人的义务为侵权行为责任之基础论》(*The moral duty to aid others as a basis of tort liability*)说：

虽则自来法律不承认补偿无过失所致损害的义务，但难保将来之不加以承认。诚然普通法(Common Law)并不想强行一切道德上、伦理上或博爱的义务，但大家都承认凡伦理的和道德的观念，其非因一时感情冲动所生之暂时的主张，而于一民族思想信仰上有真确固定之地位者，则自然的必然的将来法律责任的观念要披上这种伦理的或道德的色彩。<sup>①</sup>

谁知在普通法国家有的一种法律趋势，在我国新《民法》中却实现了——虽只有很少二点可言。这不是值得注意的事情吗？

我们在前面已经看到，新《民法》规定受雇人因执行职务不法侵害他人之权利者，须由雇用人与行为人连带负赔偿责任。但选任受雇人及监督其职务之执行已尽相当之注意，或纵加以相当之注意而仍不免发生损害者，雇用人不负赔偿责任。此我国新《民法》第一八八条第一

<sup>①</sup> Pohlen, *Studeis in the Law of Torts*, p. 339.

项也。《德国民法》的规定就止于此。但我新《民法》则更进一步的规定：“如不能依前项规定受损害赔偿时，法院因被害人之申请，得斟酌行为人与被害人之经济状况，令行为人为全部或一部之损害赔偿。”这一项规定结果，虽与普通法相去不远，但为责任之基础者，则彼此各异。申言之，普通法上的责任是从一种关系(relation)发生，至过失则不问也；而我新《民法》上的责任，则起于正义公道(ex aequo et bono)，且责任的范围极富于伸缩性(extremely elastic)。刑法上有所谓刑罚之个人化者(individualization of punishment)，此则为民事责任个人化(individualization of civil liability)之适例，两者真属遥遥相对。

还有一例，请申言之。我新《民法》第一百八十七条规定：“无行为能力人或限制行为能力人不法侵害他人之权利者，以行为时有识别能力为限，与其法定代理人连带负损害赔偿赔偿责任。行为时无识别能力者，由其法定代理人负损害赔偿赔偿责任。”“前项情形，法定代理人如其监督并未疏懈，或纵加以相当之监督而仍不免发生损害者，不负赔偿责任。”此则前已谕及矣。《德国民法》亦止于此。但我新《民法》则更进一步的规定：“如不能依前二项规定受损害赔偿时，法院因被害人之申请，得斟酌行为人与被害人之经济状况，令行为人为全部或一部之损害赔偿。”“前项规定，于其他之人在无意识或精神错乱中所为之行为致第三人受损害时准用之。”

于此有值得注意者，即《德国民法》的起草者，初亦引用“虽无过失，但为公平起见，亦得令负赔偿损害责任”原则。但此原则终遭摒弃，今则只见于我新《民法》耳。

上述的新责任，我们将加以什么名称呢？余意可命为“准侵权行为”(quasi-tort)。我知道“准侵权行为”这一个名词有好几种用法。例如铃木(Ringwood)说：“假使有一律师被人委任，而不去执行其所委任的职务，或不经意地去执行。在此种情形之下，可因其违背契约，对他提起不履行契约之诉(action ex contract)，或因不执行或不经意的去执行所委任的职务，对他提起侵权行为之诉(action ex delict)。”这种案件，有些学者，称为“准侵权行为”。又如萨芒德(Salmond)所著书里，

侵权行为一词,其意乃为“拟制的侵权行为”(Fictitious Torts)。① 又有些大陆法国家(Civil Law countries)因为分别侵权行为和准侵权行为的结果,其意更难辨别。华生公(Lord Watson)说:“真正的侵权行为(delicts Proper)包括一切违法之受刑事制裁者。准侵权行为一词,则指违反成文或不成文法而不生刑事结果,且非因违背明示或默示的契约者而言。”在爱斯加拉所著的《中华民国大理院之民商事法理概说》(*Escara's Recueil des Sommonaires de la Jurisprudence de la Cour Supreme de la Republique de Chineeu Matiere Civile et Commerciale*)一文,亦有这样分类。在德国普通法(Pandectenrecht)对不论过失的责任,仍命名准侵权行为。

依余之见,过失责任,应命名为侵权行为,过失之于侵权行为,犹意思一致(consensus)之于契约;故正如准条约(quasi contract)之无须合意而因公平起见使其发生与真正条约同一之结果,则准侵权行为虽合意而因公平起见使其发生与真正条约同一之结果,则准侵权行为虽无过失,但为公平起见,仍使发生与正直侵权行为之结果,事同一例也。

---

① Burdick, *Law of Torts*, p. 55.



## 第三部分

---

- 关于现今法学的几个观察
- 六十年来西洋法学的花花絮絮
- 孟子的人性论与自然法
- 斯丹木拉之法律哲学及其批评者
- 罗斯科·庞德的法律哲学
- 《社会学法学的范围与目的》序
- 《法学文选》序
- 《法律教育》序
- 法律教育与法律头脑



# 关于现今法学的几个观察\*

- 一、现今的时代精神概观
- 二、法学的开放
- 三、法律的渊源论——从一元的到多元的
- 四、司法的艺术——从古典的到浪漫的
- 五、结尾的几句话

---

\* 本文原刊《东方杂志》(1934)第31卷第1号。作者文前原注：“这篇论文的范围是限于英美德法奥荷等国的。所以许多话不能适用于意大利和苏俄两国的法学。这两国似乎各有各的中心思想的。前者置法律于唯心史观之下，后者则将法律建设于唯物史观之上。”——编者注

影响了法学。固然也有许多法学家对于文学有相当兴趣的；但是他们把文学只当作一消遣品，谁也不会想到将文学上的教训适用到法学身上去的。在法学中间，复分为许多部落。于是有民法、刑法、商法、诉讼法、国际公法、国际私法、宪法、行政法、和法制史之类的专家。其中也会再分成比较更小的地盘。譬如民法中就会有债权法、物权法、亲属法、继承法等等的专家。债权法中，复分成契约法，侵权行为法种种的专家！这种办法自有它的长处，就是能使一个研究范围当中的细微曲折都描写出来。但是流弊也是不免。第一，注意小处，便会忘记大处。这叫做舍本逐末！法律的各部分的共同之点和互相联络的线索是怎么样的？法律对于人生能有什么贡献？法学在一切知识中处什么地位？这些问题都被忽略了。结果是那般专家变成有学问的痴子。第二，因为各专一科的缘故，他们就往往把界限划得太严格，久而久之，以为这些界限是自然的分界。风不进，雨不出；两个疆域之间是永远不会发生关系的。但是在事实上，当然有许多模棱两可，不容严格地归到那一类的现象；这些事实正因不便于分类的缘故，就为各专家所唾弃了，于是成为一种“三不管”的怪现象。生活是不能牢笼在几个现成概念当中的。专家尽管守着他们所心爱的概念，同时生活在不断地变迁，创造新鲜的花样；于是那和概念格格不相入的事实一天多似一天，结果不免对那一成不变的概念革起命来，推翻旧有的秩序，暂时遂陷于混乱的状态了。

因为要纠正法学的孤独化的趋向，现代的法学家大都很注意法学和别的学艺的关系。他们当然也很注意法律和其他社会势力的关系。我们只看一看下列书籍或论文的标题，已可略见这个趋势的一斑了。

《法律和道德》(Pound, *Law and Morals*, Chapel Hill, 1923)。

《法律的社会和经济问题》(Pound, "Social and Economic Problems of the Law", *The Annals of the Academy of Political and Social Science*, Philadelphia, March, 1928)。

《逻辑方法和法律》(Dewey, "Logical Method and Law",

*Philosophy and Civilization*, pp. 126~140)。

《法律和社会科学》(Nathaniel Cantor, "Law and the Social Sciences", *American Bar Association Review*)。

《法律和人种学》(Huntington Cairnes, "Law and Anthropology", *31 Columbia Law Review*, pp. 33~55)。

《法律和文学》(Cardozo, "Law and Literature," *Yale Law Review*, July 1925)。

《医学如何能帮助法律》(Cardozo, "What Medicine Can Do for Law", an Address)。

《法律和心理》(Vinogradoff, "Law and Psychology", in his *Historical Jurisprudence*, Vol. I., Chapter II)。

《法律和政治理论》(Vinogradoff, "Law and Political Theory", in his *Historical Jurisprudence*, Vol. I., Chapter IV)。

《法律和现代心理》(Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*)。

《霍姆斯法官和非欧基里特的法律思维术》(Jerome Frank, "Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking", *Cornell Law Review*)。

以上数种是英文的著作。我们再试看看几种法文的著作的标题：

《法律和浪漫主义》(Bonnetcase, "Science du droit et romantisme", Paris, 1928)。

《债权关系中道德的规律》(Ripert, "La règle morale dans les obligations civiles", Paris, 1927)。

《法律哲学和社会科学》(Hauriou, "La philosophie du droit et science sociale", dans *Revue du droit public et de la science politique*, t. XII., pp. 462~467)。

在德文也有下列著名的著作,可以代表上述法学的“门户开放”的趋势:

《论法律为文化现象》(Kobdr, *Das Recht als Kulturercheinung*, Würzburg, 1885)。

《经济和法律》(Starnrner, *Wirtschaft und Recht*, Berlin, 1921)。

《法学的宇宙观》(Bozi, *Die Weltanschauung der Jurisprudenz*, Hannover, 1911)。

诸如此类的题目,在现代的法学出版界中是最通行的。从前的法学的一种自给自足,和其他的学问“老死不相往来”的态度,在现在已一变而为“社交公开”的状况。我在这里,因为限于篇幅,不能就一切的关系加以相当的发挥,只拟略为讨论法学和心理学的关系。

旧式的心理学是专用内省的方法的。它的中心点是几个永久不变的“本能”。它所讲的“人”已是一种设想,是抽象的,不是具体的。那“人”的“本能”更是双重的设想了。

现代的心理学的用实验的方法的。它并不假定什么,只是把实验的结果从实地,客观地记录罢了。它不承认那从抽象的“人性”演绎出来的永久不变的普遍有效的“本能”。它只观察人们的行为,它只研究行为和环境的实际影响和关系。假如发现人们的行为有互相类似之点,那些类似之点也是从观察上和用归纳的方法得到的结果,并不是起先就假定一个先天的“人性”再从这个“人性”用演绎的方法推出了许多必然的结论。假如一个人的行为有预料的可能性,那预料的可能性也不过是根据这个人的习惯,并不是他的鬼魅似的“灵魂”所指使的。我们所认为“当然的”事情,大多数是习惯作用。俗言道:“习惯成自然”,这句话是很有见地的。我们所“习以为常”“司空见惯”的事物,便认为“自然的”,非此不可的,文明的,道德的。对于其他的事物,总以为不自然的,偶然的,野蛮的,不道德的。假如我们肯悉心研究一切

惯习的形成,就不至于有于成见了。

康多儿博士在他的《法律和社会科学》一文里说:“说法律是理性的产品,这是个迷信。我们如果知道法律制度的稳固性实在建设于人类的行为的习惯性,那个迷信就将不攻自破了。”

传统的刑法学家大都以自由意志为出发点。他们理论是:人是有自由意志的,所以对于他的行为要负责的;这就是刑罚的理由。这里,他们是很显明地受了内省派的心理学的影响。照康多儿博士看来,这种心理学还没有脱离神学的羁绊。

我个人的意思也是和康博士一致的。我以为刑罚用不着建设于自由意志的基础之上。我们的古代的大思想家邓析也曾透彻地说过了。他说:

天子人无厚也,君子于民无厚也。……何以言之?天不能屏勃厉之气,全天折之人,使为善之人必寿,此于民无厚也。凡民有穿窬为盗者,有诈伪相迷者,此皆生于不足,起于贫穷,而君必执法诛之,此于民无厚也。<sup>①</sup>

我们的所以用刑罚的缘故,并不是因为人类有自由意志,却因为如其不然,将无以维持我们认为值得维持的社会秩序了。这样说法岂不直截了当;何必硬要把自由意志这顶时代落伍的红缨帽儿套在人们的头上呢?

本来没有一个时代的法学是不受当时的心理学的影响的。不过,有的时节心理学达到了一种自足的,呆滞的状态;法学家便会把心理学的结论当作天经地义的原则,便盲目地把整部的法学建筑在那太过简单化的心理学的上面。十九世纪的个人主义的法学就是犯了这个毛病。它的心理根据就是一个削尖了头颅的孳孳为利的“经济人”。在这样的时代,法学和心理学的关系是潜在的。

<sup>①</sup> 《邓析子·无厚篇》

有的时节——现代便是个很确当的例子——过去的心理学的原则根本发生摇动；这个震荡迟早会牵连到法学身上的。于是大家对于法学和心理学的关系，便注意起来了。

文化的进展，好像走的是一静一动的行程。静久则动，动久复归于静。现在似乎是动的时代哩！

### 三、法律的渊源论——从一元的到多元的

在思想，亦如在实际生活，人们谁不想一劳永逸？哪个喜欢游魂似的在半空中飘荡着！随风转流，逐物移意呢？哪个不想把我们四周的万有不齐的现象使之统一化，整齐化？哪个不要一管独无二的关键开进天地的宝库？哪个不希望用一个简单的方式解答宇宙的哑谜？哪个不愿意用一个万应散式的药方来消除人生的一切苦痛？哪个不羡慕在思想的市场永远守着一只只此一家并无分设的老店？

孔子说：“吾道一以贯之。”否则如何能踏进“无惑”，“知天命”和“耳顺”的境地呢？孟子说：天下“定于一”。老子说：“天得一以清，地得一以宁，神得一以灵，谷得一以盈，万物得一以生，侯王得一以为天下贞。”<sup>①</sup>“一”的魔力大矣哉！它差不多具有一种不能抵御的吸引力！

可是，思想进展的行程，大都受两种相反相成的势力的牵制。一种是向心力，一种是离心力。向心力产自心理上的统一的要求，因为没有统一，就不能得到安定。离心力产自实际生活的变迁，因为新事实的发现往往能打破现成的统一。当初或许还可以用穿凿附会的伎俩克服反抗的事实，到后来例外的案子太多了，于是不能不舍弃那尊贵的理论来迁就那卑下的事实。屈尊迁贵，是出于不得已的，所以合久必分，分久必合；虽则第二次合的时候，那分成当然比较那第一次的更复杂的了。

以上是讲普通的一元论。现在我们可以专讲法学的一元论了。

---

<sup>①</sup> 《老子》第三十九章。



在十七、十八、十九三世纪,没有一派的法学家不是一元论的。尤其关于法律的渊源到处发现一元论的倾向。

(甲)自然法派<sup>①</sup> 这一派盛行于十七八世纪中。他们大多数是用理性的方法,根据“人性”的特质,演绎出永久不变,普遍有效的原则。那时进化论还没有出世,他们都相信“人性”是一成不变的,凡是人自有其“所以为人”的道理在那里。所以只要能发明“人性”的特质,就得到了建设一切法律的最稳固的基础。但是他们的出发点虽然是同一的——就是所谓“人性”,——他们对于“人性”的论调却是绝不一致的。比方,那世称国际公法鼻祖的格老秀斯(1582—1645)主张“人性”的特质就是“好群心”。根据着这个发现,他就结论凡是合于好群心的一切行为,即是合于自然法的——例如守约。反之,凡是和合群心背道而驰的一切行为,即是违反自然法的——例如用暴力侵害他人。在个人间的关系如此,在国际间的关系也是如此。法律不以国家为疆界的。因为法律是从好群心流露出来的,而国家不过是合群的形式之一种,所以国家亦得受法律支配。

这是何等纯粹的,何等高超的一个学说!“人性”为中心点,一切法律围绕着这个中心,一刻不能出轨。“人性”俨然是一个恒星,“居其所而众星拱之”。

可是“人性”是那样地简单吗?“好群心”是真是“人性”的“特质”吗?霍布斯(1588—1679)就不是这样主张了。依他的看法,“人性”的特点是“互相顾忌”。“大家和大家战斗”。那便是人类的自然状态。法律应该尽量地限制这个情形,能执行这个使命的法律便是自然法。自然法对于自然状态的一个纠正的方法。他的根本的大前提是各人应该保全自己的生命。他说:“自然法则者,即理性所发明的一个规

<sup>①</sup> 参见 Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*; Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law*, Chapter V, Stammer, *Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence*. 在中文方面,可参考张翼若:《自然法观念之演进》,载武汉大学《社会科学季刊》,第一卷第一二两号,及燕树棠:《法律与道德的关系》,载武汉大学《社会科学季刊》,第一卷第一号。张君的文内引征了许多关于自然法的书籍,读者可按图索骥,这里因限于篇幅,只得从略。

要更换一次宪法；因为前代人所制定的宪法，它的生命当然须和前代人同归于尽。<sup>①</sup>我举捷氏的话，不过要证明当时思想上的一种通行的风气。在这个场合，我们也难怪萨氏的反动。他是一位比较稳健的法学家，他的不能轻易附和那些急进派的主张，是势在必然的，但要贯彻他的反对，他当然要想出一种学理以自圆其说。所以他竟会上诉于“民族灵魂”。他的意思是，现代的人们在民族的汪洋无际的大海中不过是一种暂时的波澜罢了。个人想和民族抵抗，那是鸡子攻泰山焉得不破呢？

但是萨氏虽逃出理性的一元论的牢笼，他自己却又跳入“民族灵魂”的一元论的藩篱。最可笑的是他一方面提倡用历史的方法来研究法律，一方面却又捧出一尊神秘不堪的“民族灵魂”。他自己也承认这个灵魂是形而上的，而且不能用文字上的证据来证实的。（见他的巨著《现今的罗马法》）<sup>②</sup>他所列举的惟一的证据是心理的。他以为假使没有民族魂在人人心中促醒一种共同的思想，那么，怎么会有公认的法律呢。人们又没有订过社约，而同时却不约而同的承认一种法制，这是何以故呢？岂非冥冥中有一个超个人的灵魂在斡旋于言论之外，在唤醒人们的信仰？民族灵魂定不是那永远不涸的泉源，永远光辉的太阳，而一切的法律现象岂不是从那泉源中涌出来的支流，从那太阳射出来的光线？这是个多美的幻景呀！可惜只是个幻景！

萨氏的社会心理学实在是太幼稚了。我们如果要说明一种习惯的形成这其间的原因是极为复杂的，——例如人们的惰性、迷信、服从心、模仿心、社会经济的环境、偶然性，等等——怎么能用一个不可思议的独往独来的灵魂来搪塞呢。萨氏是反对自然法派的，但他，自己却又偷天换日地捧出一个民族魂来，其结果是和自然法派一样的朴素。再有一层，对于历史的方法本来没有可议之处。但是我们如果把他当作了研究法律的不二法门，结果就会堕于泥古不化的境界，——

<sup>①</sup> Pound, *Interpretations of Legal History*.

<sup>②</sup> Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1841.

正如德国的大诗人歌德所咏的：

法律和权利正同恶疾一般，  
永久不疗地，在遗传，在延蔓。

这一节的诗，萨氏虽然也曾在他的巨著《现今的罗马法系》（第一卷，四十二页）中引征过的，但是他说这不能归责于历史的方法的。诚然！但专恃历史的方法，摒弃其他的方法，其流弊却是如此。霍姆斯法官说的好：“我们知过去的连续是不过势所必然的罢了，但绝非道德上的义务。”<sup>①</sup>因为既是必然之势，那又何用我们的担忧呢，我们尽管放心地用别的方法去改进我们法制罢了！

（丙）分析派的法学 十九世纪的分析派法学家是以当时的现成法制为张本的，其目的是在于各种法律中寻出共同之点，而加以分析。他们再也不顾法律的过去，更不谈法律的将来，只研究现在的法律而且于现在法律中只研究抽象的部分，例如，权利的元素，法律的种类及其形式上的排列。很像植物学家有时在整株的树上横截地割一块下来，洞幽烛微地观察那块木头的内部组织，纹路的布置、浆质的成分和微生物的性质等等的现象。这个当然也是研究的一个方法，其实用是不能否认的。

但是我们不可忘记这不过是许多方法其中的一个。若以此奉为法理学的独一无二的方法，那么法理学就变成一种狭而又浅的学术了。然而，有一位分析派的法学家——荷兰氏——竟将法理学定义为“一个研究现实法律的形式科学”。<sup>②</sup>法理学对于立法的方针是不赞一辞的。

这是关于他们的立场和方法的。在内容方面，他们更是带着一元论的色彩了。他们认为一切的法律是国家所制定的。每个国家中，有

① Holmes, *Collected Legal Papers*.

② Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 13th Ed., p. 13.

个政治上最高的权威；法律便是从那个权威流露出来的。

这派的鼻祖——奥斯丁氏——说：<sup>①</sup>法律是由一个独立国家中在政治上居上位者对于在政治上居下位者所设定的一种规范。

仔细分析起来，这个定义是在逻辑上站不住的。所谓政治上居上位的和政治上居下位的，这已经是一个法律上的区别了。哪个是在上的，哪个是在下的，哪部分是发号施令的政府，哪部分是应受指挥的人民，这些岂不是属于宪法范围以内的问题么？要说宪法是法律，那么，上述的定义似乎太狭窄的了，因为他不能包括宪法。要说宪法不是法律吧，那么，法律的观念似乎又太狭窄的了。比方，在英国，那至高无上的立法权是属于所谓“皇帝在国会中”(King in Parliament)，但一般法学家却认为这个立法权之寄托是英国宪法上的一个根本原则。我们似乎不能任意地说宪法不是法律之一种。但是这个宪法原则是哪个制定的呢？

再进一步说，所谓“独立的国家”也是一个法律上的概念。现今的国家大概多已承认有服从国际法的义务了。即使在实际上有违背国际的行为，但是它们总也强词夺理地否认有什么违背的地方。这就可证明国际法是大家认为有法律的效力的了。但是奥斯丁氏和荷兰氏都不承认它为法律，以为不过是一种国际间的现实的道德罢了。

从前有一位国际公法专家华尔凯儿氏<sup>②</sup>在他的《国际法史》中批评奥氏，说他的定义在逻辑上或许是可通的，但在实际上却是不可通的。依我的看法，非但在实际上，即使在逻辑上，奥氏的定义也有瑕疵的。因为他用法律上的概念制定法律的界说，这何异说“法律者乃一种合法的规范也”？况且他对于不合于他的定义的法律，一概否认其为法律，这也未免太武断了。现代的法学家对于法律的定义有一个根本的改革。他们大都认为法律是一种有实行的盖然的规范。这个界说似乎比较地切于事实的了，因为无论于国内法或于国际法都

<sup>①</sup> 关于奥氏学说可参考 Brown 所著的 *The Austinian Theory of Law*。

<sup>②</sup> Walker, *History of the Law of Nations*。

能适用的。但是关于这点我拟在本文的另一节里详细地讨论,此处无用赘说了。

在这里我所要交代明白的就是,即就国内法而论,也不能说一切法律是“那政治上居上位者”所制定的。法律的渊源不一而足。民间的习惯和法学权威者的意见,对于法律的总和实在有很大的贡献。《瑞士民法》第一条便开宗明义地说:“凡在本律文字或精神以内的事件,都受本律的支配。在没有法律规定可以适用的时候,则法官依据习惯法而为裁判。假如没有习惯,即依据如他为立法者时所欲订定的规范。在这个场合,他是取法于公认的学理和判例的。”我国的民法第一条说:“民事,法律所未定者依习惯,无习惯者依法理”,这不是对于法律的渊源抱一个多元的观念吗?倘若有人非难我说:这两条不都是法律的条文吗?法官之所以可承认习惯和法理,还不仍然根据条文吗?我将回答道:即使没有这种条文,在实际上法官也照样地承认并适用习惯和法理的,不过暗藏一些罢了。所以这些条文是表白性质的,是叙述现实的事实的。尤当注意的是《瑞士民法》在这条里面简直一点没有应当如此做去的语气,只说法官是在如此做的。

#### 四、司法的艺术——从古典的到浪漫的

在十九世纪中,无论在大陆法或在英美法,亦不拘什么学派,对于法律有一个最通行观念,便是,法律是先案件而存在的。“法律不追既往”这个格言,是共和的原则和法治的基本概念所要求的。倘若先有案件发生,然后临时设定法律,那么,在人民方面未经受了相当的通知,任凭法官们主观的公道观念临时裁判,这不又是专制了吗?

这不又放弃法治而重行人治了吗?

因为有这种先入为主的成见,所以法学家大都非自觉地相信法律——现行的法律——是能概括一切事实的,是天网恢恢,疏而不漏的。虽然有时他的指示在表面看来不见得那样清楚,但是我们如果推

敲到底，总会找出一条可以适用于目前的案件的规范。总之，是无须临渴掘井地来创造的。

（甲）英美法系 在英美有所谓“普通法”，那是取之不尽，用之不竭的。鲍尔特文法官就说：“普通法关于任何上点，——至少在理论上——是在任何一案发生之前，早已存在的并可适用的。”<sup>①</sup>卡儿脱儿氏更透彻地说：“司法官当然不能立法。至于每件案子，总已有一个现存的规范可以为判决的根据，这也毋庸置疑的。我们只要尽心竭力去搜讨就是了。法官和律师都是这搜索法律的事业上的伙伴。和那待判决的案件相仿佛的例子都举出来了。类似之点都指明了。人们的习惯也是重要的暗示。已定的根本原则当然也在这个搜索中有力帮助。末了，一个可以适用于本案的规范寻绎出来了。在这个程序中，我们发见很明白的四点：（一）整个的程序不外搜探法律而已，（二）所要寻的是公道的法律，（三）大家潜默地假定在探寻的伙伴之间公道的感觉的一致，（四）探寻的地盘不外习惯，商情，人民的生活方式，和先前宣布的规范。”<sup>②</sup>

总之，搜寻法律是同小孩子的捉迷藏的玩意儿一样的。案情无论怎么新奇，总是能在现存的法制中间找出一条藏匿着的可以适用的法律来的。法律是完成的，是包罗万象的，是遍被的慈云，永远覆在社会一切的上面。

这个理论是朴素极了。法律的日新月异是不可否认的事实。难道我们可以说现在的普通法已潜存于中古时代的普通法了吗？

最近二十年间，美国的最高法院遇到劳资纠纷的案件往往在推事间不能一致的见解。有许多案件，九位法官之中，五位是主张甲说的，四位是主张乙说。判决当然是从多数的意见。不过问题是难道那四位推事都是饭桶，竟会有眼不识泰山地连现存的法律都找不到吗？如果这样，他们的侦探的能力未免太幼稚了。

---

① Judge Baldwin 的话引自 Pound, *Juristic Science and Law*, *Harvard Law Review*, Vol. XXXI, p. 1047.

② Carter, *The Actual and Ideal in the Law*.

律的总和有极重要的贡献的。

其他的法学家如狄骥氏在他的《拿破仑法典以后民法的迁变的统观》，如 Hauriou 在他的《公法的原则》，如客露埃氏在他的《法的健全和律的衰弱》，如摩来因氏在他的《事实对于法典的革命》，如雷拿儿氏在他的《法律逻辑和常识》和《律的价值》，如婆纳卡士氏在他的《法学和浪漫主义》，如助萨郎氏在他的《权利的性质及其相对性》——无不对于传统的学说有所攻击。<sup>①</sup> 虽则他们自己也许有立场上的出入——有的是属浪漫派的，有的是带些玄学的气味的，有的是想用科学方法来改造法学的，有的是以事实为出发点的，有的是以道德为前提的——但是，他们对于旧式的古典派的法学，总是众口一声地表示不满。最能揭示现今的法国的法学的风气的是惹尼所引自莎士比亚的诗句：

宇宙之大，无奇不有，  
你的哲学，梦想未周！

德国的法学家如爱儿利舒氏在他的《法律逻辑》和《自由的判决和自由的法学》，如柯拉儿氏在他的《成文法的解释》，如格墨林氏在他的《法学到哪里去》；福喀士氏在他的《法律和真理》，又如奥国法学家吴次儿氏在他的《法律的思维术》——他们对于那限于三段论法的解释

① 兹将上述各家著作的原文依次开列如下：

Duguit, *Les transformations généraux du droit privé depuis "le Code Napoléon"*.

Hauriou, *Principes du droit public*.

Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*.

Morin, *La révolte des faits contre le code*.

Renard, *Le Droit, le logique, et le bon sens*.

Renard, *La Valeur de la loi*.

Bonnecase, *Science du droit et romantisme*.

Josserand, *L'Esprit des droits et leur relativité*.

方法无不加以抨击或甚至于嘲笑。<sup>①</sup> 爱儿利舒说得最有劲：

在人们的天赋才知中，逻辑的精细是最无出息的了。在我们德国的神话里面，魔鬼往往是个很会辩论的论理学家，这其中确含深远的意思。

## 五、结尾的几句话

读者念完了本文，也许会不耐烦地提出质问道：“你的题目是关于现今的法学的，可是所论却是多数关于过去两三个世纪中的法学，这岂不犯了文不对题的毛病了么？”我的回答是：现今是个过渡时代，所以法学也只是带着过渡时代的色彩，这个时代的法学当然是批评方面、破坏方面居多，而建设方面、组织方面，即使有的话，也是很少。而且不见得有多大的力量。一切正在酝酿，震荡，扰攘——这便是现在法学的状态。换言之，对于过去法学的批评，即是现今法学大部内容之所在。就大体而论，现今的法学是趋重于情感的，以“变”为前提的；正和过去的趋重于理知，以“不变”为前提的法学针锋相对。

荷兰国有一位很著名的公法学家克拉白氏，他对于法学的进化有一段颇饶兴趣的言论。依他的看法，法学的进化经过三个阶段。第一个阶段是恃着盲目的历史上的推移；第二个阶段是凭着理知；现在已经跨进了第三个阶段，叫做情感主义的时代。这些论调当然是很时髦的，确能代表一般浪漫派的法律思想。

---

<sup>①</sup> 书目的原文如下：

Ehrlich, *Die Juristische Logik*.

Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*.

Kohler, *Auslegung der Rechtswormen*.

Gmelin, *Quosque*.

Fuchs, *Recht und Wahrheit*.

Wurzel, *Das Juristische Denken*.



我对于浪漫派的和多元论的法学,并没有什么批评。我认为这些现象是在过渡时代所不能免的。但是酝酿到了相当时间,情感所打出的新路线,情感所涌出的新要求,理智又要来做一番整理组织和建设的工作,使成就一个新的系统。那时节法学又将由浪漫的从新转入古典的了,由多元的从新转入一元的了。这并不是说过去的历史将重演一遍。那是不可能的,因将来的古典的法学当然已经受了现在的浪漫主义的熏陶,它的组织材料也当然比较地充实化了。同样,将来的一元论也得以现代的多元论所发见的种种事实为张本而建设一个能够吸收并且调和各种新的和旧的分子的体系。

照我的观察,法学的进化并不是循着一条直线的——如同克拉白氏所说。进化的路程似乎是一条曲线——一条螺旋式的曲线。这条曲线也不是个铁轨,因为在历史上往往有一种不可逆料的势力突然发生,能使法学暂开倒车,或突飞猛进,或甚至于开出别的路线,和上述螺旋式的曲线不是完全同一个方向的。

从前德国的大诗人歌德对他的崇拜者爱格门说:“在一种主张被推翻了之后,对于什么是真理便会发生疑惑。但疑惑是可暂而不可久的。它不过给人心以一个刺激,使其为进一步的讨论和尝试,于是新的立足点又发见了,而人心又可获得一种满足和安慰。”

疑惑的境界绝非人心久安之地。破坏之后,必有建设。将来的建设的具体方式,诚然难以预见;但是我敢大胆地说我们如果要建设新法学,那么先须完成下列两部工作:

(一) 第一个工作是建设一个法律的方法论。法律是一种估量和权衡利害的学术。它的目的不仅是发明事实。也许证据学的目的是发明事实;但是证据学只是法律的一部分。发明了事实之后,就要对这些事实加一个评判;习惯才是法律的神髓的所在。既然如此,法律的方法——评判的方法——当然和自然科学的方法不同的了。因此,我们不能径将自然科学的方法拿来适用于法律的裁判。我们必须悉心研究并改良法律的方法。这就是法学的任务之一种。

(二) 第二个工作是建设一个法律的目的论。法律既是估量利害

的学术,那么法学的一种重要的任务是在评判法律的估量是否有当。

但怎么才叫有当?要解答这个问题,就须假定一种标准。这种标准似乎不能求之于法律之内。因为法律不过是促进人生的价值的一种工具。这里就发生二个问题:第一,人生的价值和意义在那里?第二,法律怎么才能尽量地促进和充实人生的价值,并随时随地提高人生的意义。

# 六十年来西洋法学的花花絮絮<sup>\*</sup>

## 导言

- 一、为法律奋斗
- 二、法律和文化
- 三、法律的定义
- 四、打倒机械化的法学
- 五、法治的限制

---

\* 原刊吴经熊：《法律哲学研究》，上海法学编译社出版，1933。

## 导 言

从十九世纪的末叶到现在——在这五六十年的过程中间——律学和法律思想经过许多的变化和进展。我们敢断言在法律史上再没有一个时期要比这个更有意义，更饶有兴趣的了。法学的花开得万紫千红，呈一种欣欣向荣的气象，足使我们学法律的可以在这个伟大华丽的园子里，寻花问柳，优游忘倦，大有不知老之将至的境界。我记得杜少陵有一首绝美的诗云：

黄四娘家花满蹊，  
千朵万朵压枝低。  
留连戏蝶时时舞，  
自在娇莺恰恰啼。

近世法學簡直可和黃四娘家裏的園子斗媚爭妍。一群法學家，他們思想的敏捷和立論的神妙，恐怕也不亞於那留連戲蝶；他們鳴聲的幽雅、腔調的靈變更何讓於那自在嬌鶯呢！

我們試靜靜地回顧一下，在最近六十年的光景，法學弄得何等熱鬧。在德國有耶林(Ihering)、柯拉(Kohler)、斯丹木拉(Stammler)、愛立希(Ehrlich)四大家，在法國有薩賴以(Saleilles)、惹尼(Gény)、狄驥(Duguit)、好裏烏(Hauriou)、都都隆(Tourtoulon)諸名家；瑞士有胡白爾(Huber)，意大利有龍勃羅梭(Lombroso)，奧國有吳次爾(Wurzel)，英國有梅因(Maine)、泡洛克(Pollock)、霍爾譚(Haldane)，美國有霍姆斯(Holmes)、魏格摩(Wigmore)、龐德(Pound)、卡多佐(Cardozo)。這邊是限於最著名的法學家，其餘二等角色和後起之秀實在是同春汛的暴發不可勝數。不啻惟是，這個時期的後半截還產生出三個在法律史上各樹一幟的民法典——《德意志民法》、《瑞士民法》和《蘇俄民法》。所以無論在理論方面或在實際方面，這個時期可說是富於創造性的。

目今我們的青年也漸漸地注意於法學，這一班的生力軍前程正未可限量，在最近的將來或許也能急起直追，在世界法學場上獨樹一幟，自成一個偉大的系統。將來執法學的牛耳的，究竟是哪個民族，還是在未定之天呢！從前我國法學所以衰落的緣故，是在一般聰明才智之士大夫都將畢生精力花在文藝的上頭，而對於法學不是加以輕視，便是漠不關心。在初唐的時候，法學总算稍見起色，因為《唐律》是一部奇書。它一方面集以前的律例的大成，一方面為以後的律例的楷模。但是《唐律》以後，法學的進步就此停頓了。在詩人白樂天的時候，去《唐律》初出時(永徽四年，合西曆六五三年。按：《唐律》完成雖在高宗的朝代，但太宗末年已經開始準備了)不過一百五十年的光景(白氏生於西曆772年，卒於西曆846年)，可是法學已墮於萎靡不振的狀態了。白氏雖是個詩人，但他對於法學例有相當的關顧。他曾作一篇策論講刑法之弊，開頭就說：

臣伏以今之刑法，太宗之刑法也，今之天下，太宗之天下也；

何乃用于昔而俗以宁一，行于今而人未休和？臣以为非刑法不便于时，是官吏不循其法也。此由朝廷轻法学，贱法吏，故应其科与补其吏者，率非君子也，而多小人也。（见《四部丛刊》本《白氏长庆集》第十七册，第五页）

“轻法学，贱法吏”——白氏这话对于法治凋敝的原因实在是一针见血。唐朝已经如此，后来更是自郅以下，不值批评了。

哪料到了今日，一般人士非但不轻视法学，并且对于一切法律问题觉得大有兴味；茶后酒余时常以法律案件来作谈助。舆论界对于法律更有一种很好的缘分，各地的小报差不多没有一天不载有讼案的描写和批评；海上的大报也多辟有法制专栏；或曰“法坛”，或曰“法言”。书坊中之识时务者对于发行法学的书籍无不钩心斗角，互相竞争；法学家当中稍负时望或有一艺之长的——他们的文章大有求过于供之概，真同韩退之所说“盖有幸而获选，孰云多而不扬”的一般模样。在这个适宜的并且鼓舞的环境底下，我国法学再不能发达，尚待何时？法学的过去属于西洋，法律的将来或许属于中华。

写到这里，我忽然想到我的题目是关于法学的过去，非关法学的将来。我对将来的热忧，险些儿使我忘却本题，现在何妨闲话少说，言归正传。可是在这里篇首，我还要提出一个郑重声明：在这六十年中间，法学的潮流和趋势，实在是千头万绪，如同一部二十四史，不知从哪里说起才好。况且法学的进化，绝对不是一线相承的。我们所研究的现象并不是像许多珠子串在一根绳上，可以按次描摹的，因为时间好比是一片大海，法律思想好比是这大海上的不尽的浪花；东西南北无往而非浪花，忽起忽落，推移不息。所以我们对此不容易加一个有统系的、前后一贯的叙述；只能写出几个比较值得注意的印象，以冀唤起读者的趣味罢了。

总之，我这篇文章不是整桌头的“四京四水”，可以请客的菜，不过是只可和二三知己同吃的“随意小酌”而已。目前我的朋友俞君颂华和凌君其翰为《申报》月刊创刊号索文于我，我既贸然答应下来了，不

得于百忙中東拉西扯敷衍塞責，疏漏之處，在所不免，還請讀者諸君曲原。現在我將所要討論的節目列舉于下：

- (一) 為法律奮鬥
- (二) 法律和文化
- (三) 法律的定義
- (四) 打倒機械化的法學
- (五) 法治的限制

## 一、為法律奮鬥

我們都知道《申報》是創辦在同治十一年，就是西曆一八七二年。這一年在新聞事業上不消說是很有意義的，恰巧也是法學上很重要的那一年。因為那時在德國倒出現了一本風行全球的小冊子。題目叫《為法律而鬥爭》(*Der Kampf ums Recht*)。這部書是著名法學家耶林氏所做的，出版後脛炙人口，諷誦一時。截至一八八六年為止，已譯成十七國文字。目今已至三十國了(中國至今迄無譯本，據凌其翰博士語我，他本已譯就一部分，我希望他能完成工作，以為該書六十周年紀念)。書中開宗明義第一句就說：“法律的目的是和平，然欲達此目的，除奮鬥二字，其道未由。”我們保障自己的權利，就是維護法律，也就是保全社會的和平與秩序。在表面上看來，健訟非社會安寧之所喜。所以從前中國儒家不贊成法治，也莫非顧慮“刀錐之末，將盡爭之”的情形。殊不知沒有爭訟，就沒有運用法律的機會；而法律的生命，就在運用。依照耶林氏的主張，我們對於刀錐之末，也應爭個明白；並非為自己的利益，實在為保障法律。好像孟子說孔子“為禮也，非為肉也”的一般心理。總而言之，非法治無以維持社會秩序，非爭訟無以完成法治。凡是法律的忠實信徒，必須為自己的權利竭盡力奮鬥。退讓一步，即是不忠實；放棄一絲一毫的權利，即是法律的叛逆！

耶林氏言論的透辟和徹底，簡直可以和我國春秋戰國時代的法家並駕齊驅哩。

立場和地位，姑置勿論，但就他們的具体主張之最有精彩者而加以發揮。

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

那麼，文化的目的究竟是什麼？文化的目的凡二：一曰內心修養（或完成人格，發揮仁道），一曰克服自然界。他說：“無所不知，無所不能，致知格物以御自然，那就是文化的最高理想！”法律既是文化之一部分，不消說也應以文化的理想為理想。雖則法律的力量有限，但也應在可能範圍之內盡量地促進文化，盡量地消滅和減少一切文化上的阻礙。

法律何以能發揮仁道？比方，欲達世界大同的目的，就非創立一個超國界的法制不可（按：超國界的法制，比現在所謂國際法更進一步），如此，國際間的仇視就可漸漸地減少，並且可以合全世界人類的精力和才能來做建設的工作，——國與國之間不復採取侵略和自殺政策了。從一方面看，這種統治全世界的法制，尚有待乎人類道德的進步和內心的覺悟，但從另一方面看來，這種法制，也未始不可促醒人類的覺悟。所以法律和文化的互相為因果的。

法律何以能協同文化克服自然界？柯拉認為文化生活中有兩種不同的元素：一種是理性的，一種是非理性的。理性的部分應予以發揮光大；非理性的部分，應加以制服或沖淡，化大為小，使其不甚為害。所謂非理性的部分，即盲目的偶然性。我們之所以不能隨心所欲、一步登天的緣故，就在宇宙間有此種非理性的成分之存在。這些非理性的、足以為文化的阻礙的物事，不一而足，例如民族所處的天然環境，



不测的祸患,尤其是时间和空间。时间和空间是最不留情的、最残忍的东西。假使没有时间的间隔,我们用不着发生“前不见古人,后不见来者”的感慨了;假如没有空间的阻隔,我们也就不会感受离别的苦痛,以至黯然销魂了。也用不着“举头望明月,低头思故乡”了,更不至于有“投军别窑”的一种不快的情境了。照柯拉的意思,这两个文化的劲敌,虽然不能完全征服,可是那足智多谋的人类,历长时期的奋斗,已经把它们在相当程度以内消毒了。譬如,文化幼稚时代,人类既不能写字,又不能写照,所以人们一死之后,连踪影都不见了。那残酷不讲理性的时间,似洪水地将人们的遗迹洗得干干净净!后来文化渐渐地进步,人类能写字,将自己的思想传给后人;写照的方法,能使祖宗的容貌长久印在子子孙孙的脑海中。到近世,照相术和留声机,又发明了;千年之后,或许人们还可瞻仰梅兰芳、荀慧生的风采,还可听见谭鑫培、余叔岩的音调,我们大家请平心想想,如果现在能从留声机中听得孔子哭颜回的腔调,或庄子鼓盆的声音,岂不妙哉。如此一想,就能感觉到科学之昌明对于人类幸福的贡献了。

这许多话都是讲科学,于法律似乎绝无关系。法律如硬要与科学认亲眷,岂非“富贵青山有远亲”么?

但是法律也用不着掠科学之美。法律诚然不能发明拍照术、留声机、无线电、飞艇,以及其他各种足以冲淡时间和空间阻挡力的方术,可是法律却能从旁奖励和保障科学上的种种发明。

这边是仅仅乎讲到法律对于文化间接的贡献。有的地方法律能直接克服空间和时间。譬如法律能允准在甲处的人作住乙处的人的代表。这就是法律直接的克服空间之一例。关于时间,我们也可举一例,“民法”第七条:“胎儿以将来非死产者为限,关于其个人利益之保护视为既已出生。”以未生视为既生,岂非将未生既生间的时间一笔勾销了吗?还有照柯拉的意思,我们凭藉债权法的工具,能使未来的资富为现在所用。譬如,我要买一件东西或创办一桩事业,可是现在没有钱,预料要待几年之后才能有如许之钱。假使没有债权法,必须待等有钱之后,才能买所要买的东西,办所欲办的事业,岂非做了时间

的奴隶了吗；有了债权法，我现在已能向有钱的人情商借款（他肯不肯借，又是一个问题），订立合同约于几年之后还给他，同时只须付他利息。他如果还要多一重保障，我或者可以找一个保证人替我作保，或者就将我所买进的东西，或举办的事业抵押给他作为担保品。如此办法能使我——没有现款或现款不够的我——马上可以买我所要买的东西，办我所要办的事业。这岂不是在相当范围之内推翻时间的专制？所以柯拉说债权法是现在用以举起未来的杠杆，因为债权法能使现在预支未来的资富，那萧条的现在一变而为殷实化了。戏法人人会变，各有巧妙不同，那债权法可谓懂得克服时间、利用未来的巧妙了。

我写到这里，忽然想起一个很有趣味的例子。我们不常听见“麻衣债”吗？有些富家子弟，因为他们的父亲还在人世，财政权还不是操在他们的手里。但作他们的“牛马”的朋友，已是风前之烛，迟早是要一双空手见阎王的，所以他们有所恃而无恐地尽管向人家借钱，即以穿麻衣的时候为清债之期。他们的父亲还没有死——美中不足——但他们能凭藉着债权法的力量，使他们活的父亲在相当程度内等于已死！这也是征服时间。文化生活中，除时空外，还有一种非理性的势力，应尽量制服或冲淡的，就是人生之无常。虽然《太上感应篇》开头就说：“祸福无门，惟人自招”，但人生世间，也确有一种没有把握的，并非自招的祸祟。俗言道得好，天有不测风云，人有旦夕祸福。不测的事情，既不能绝对预防的，那么，我们只好退而求其次，还是保险吧。我们虽然不能“保全福事”（甬语），但是我们应当在可能范围之内预先想法冲淡祸患的毒质。你怕你的房子被火烛烧脱吗？那么请快些保火险；你怕你的轮船遭险恶的风浪吗？那么赶快保水险；你怕你自己遇不测后，你的妻子挨冻饿吗？那么趁早些保人寿险（至于谁能保险那保险公司一定爽爽快快地赔偿你，那是另一问题）。诸如此类都是法律苦心孤诣地替人类于无法之中想法子，于此可以看见“法律”的“法”和“法子”的“法”确有深切的关系，我们可以总括一句说：法律是克服文化生活非理性元素的一种法子。

附注：柯拉氏生于1849年，卒于1919年，平生著作不胜枚举。本节所论

系取材于他的《法律哲学》(*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*), 1909年出版(现有再版), 于1914年译成英文, 选为“近世法律哲学丛书”之一, 及《民法概论》(*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*), 自1906年至1915年陆续出版。柯拉氏所最反对的是耶林, 说他是一个没有哲学意味的头脑(*Eid unphilosophischer Kopf*)。文人相轻, 古今中外, 如出一辙。但平心而论, 柯拉的才学, 确在耶林之上。即就东方文化而言, 他也有深切的研究, 尤其对于老庄之学颇有认识; 而耶林则道听途说, 殊嫌肤浅。

### 三、法律的定义

以法律为文化生活中的一种法子, 虽然也是很有意义的看法, 但是这句话绝对不能当作法律的定义, 因为它不惟能适用于法律的头上, 也能适用于其他文化现象, 例如宗教、论理、政治、经济, 乃至于一切的自然科学。须知法律自有法律的特性, 能将法律的特性倾筐倒笈地说出来, 才成一个定义。这个定义, 到了那擅长细心分析的斯丹木拉氏的手里才始成功。斯丹木拉氏生于1856年, 现已76岁了, 还是在柏林大学当教授。现代法律哲学家中, 以斯氏的学说为最有系统。他主张法律哲学的主要任务是发明和制定关于法律的普遍有效的原则和定义。他的最重要贡献有两点: (一) 法律的定义; (二) 公平的原则和定义。

第二点的贡献, 大家认为是他对于法学最大的劳绩。他的杰作《公平的法律论》(*Die Lehre von dem Richtigen Recht*)是1902年出版的, 它的影响绝大, 无论英美德法俄意, 凡是讲法律哲学的总是讨论到这部书的, 有的是服膺它, 有的是批评它, 还有许多简直不懂它而硬要说它。平心而论, 这部书意思虽然很简明, 而文字实在不容易懂得。前几时我的一位学生邱汉平博士曾经费了许多工夫将它的总论翻成汉文, 使我越读越模糊了, 实在这部书根本不能翻译的。即就其题目而论, 英文的译本(也是“近世法律哲学丛书”之一, 其中附有拙作“斯丹木拉及其批评者”)译作 *The Theory of Justice*, 已经离原意思甚远了。因为德文 *richtigkeit* 和 *gerechtigkeit* 有分别。前者是“对的”的意

庞氏是很表同情于耶林氏的目的论,他主张法学是展舒社会生活的一种工具。谚云:“工欲善其事,必先利其器。”但在“利其器”之前,还有一番根本的工作,就是仔细考究那个工具的性质,它的长处,和它的短处。譬如一把斧头,不能用以修表;一根麻骨,不能用以为杖。法律不是无所不能的。法律到底是怎么样一种工具,它的能力的限制在什么地方?法律学家对于法律能力之种种限制首先要认个清楚,才能知己知彼,百战百胜。初学法律的人们,往往将法律当作法宝看待,以为社会万恶只要有一条法律去取缔它就就行了。只要有一条法律,就可以禁酒;只要有一条法律,就可以禁烟;只要不准人家去取赎被绑的肉票,就可以禁绝掳人勒索。诸如此类,都是把法律的问题看得太简单了,而把法律的能力看得太无边了。殊不知法律亦有时而穷,有待其他的社会科学来弥补其不足。韩退之说的好,以法为楹,以稀芩引年,是不可能的。

那么,法律的限制究竟是有几种呢?照庞氏的分析,共有五种。

第一,是确定事实的困难。法律的裁判自然须以事实为其对象,但是事实的真相是很不容易证明的。法官不是神仙,自不能事事得其真相,更不能洞察人心。况且法官是很忙的,每日有案件审理,我们不能希望他们尽毕生之力在一二件案件上做工夫,也不能希望他们在未得真相以前将案件永远悬而不结。所以失入失出的地方,在所不免。但是与其失入,毋宁失出。《书经》里有一句警语:“与其杀不辜,宁失不经。”西洋也有一句同类的格言说:“宁可使十个有罪的人脱漏法网,不可使一个无辜的人冤枉受罚。”我们理想上的公道要求有罪有罚,无罪无罚,可是在实际上,因为证明事实真相之困难,这个理想未见能完全实行。这也是没有法子的事情,——所谓哑子吃黄连,有苦无处去申。

第二种限制是有许多道德上的义务法律不能强之使行。法律只能革面,不能洗心。这就孔子所谓“道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格”。

第三,人类越趋文明,利害关系越复杂,而侵害法益的方法也随之日趋高明和巧妙。所谓道高十丈,魔高百丈!法律要对付种种日新月

异的规避方法——鬼魅伎俩，——是谈何容易的事情！

第四，有许多法律规定的义务，事实不能强制执行的。譬如，夫妻有同居之义务，但是一造对于他造反目时，被害人不能要求法院派几个司法警察去管门。有一位外国律师告诉我一桩很有趣的经验：有一次，一对夫妻间稍稍发生一种不睦的情形，一造想要离婚，后来经律师调解，总算言归于好。但是他们硬要律师替他们订立一张和好合同，到规定同居的一点，有一造忽然发问道：“每个月须行几次房事，才始可算尽了同居的义务？”那律师竟至瞠目不知所对！原来对于人事上的义务既不能“提了鹅头饮水”，更不能用金钱来赔偿。所谓心病还须心药医，那号称万能的金钱也有时而穷的，而法律所最能为力的莫非是命令人家支付一些金钱罢了。

第五，法律不是一部自动机器，还须有正当的人才去运用它的。黄梨洲说的“有治人，无治法”，虽然说得是片面一点，但也有一部分真理。我们可以说“虽有治法，如无治人，也是不中用的”。我们实不能不表同情于孟子“徒法不足以自行”的话。法官的人格和学问，对于法治的兴衰关系至至：主张者能使法律完美，而不能使法官个个聪明正直，这份工作还须仰恃于善良的法律教育和道德熏陶的理想法官，除正直无私之外，还须有一种独特的聪明，随时于无形中修正法律——寓立法于裁判之中——，使法律能适应那千变万化的环境。从前顾亭林先生说得好：

前人立法之初，不能详究事势，豫为变通之地。后人承其已弊，拘于旧章，不能更革，而复立法以救之，于是法愈繁而弊愈多，天下之事，日至于丛脞，其究也耗而不行，上下相蒙，以为无失祖制而已。（《日知录》卷八“法制”章）

这就是说，以立法权立法，不如以司法权立法。法律好比一所房子，应随时加以修理，加以洗刷：漏的地方应弥补，旧的地方应调换，每日黎明即起，洒扫庭除，这样才始不负祖宗置产的苦心。法官的任务，

# 孟子的人性论与自然法\*

- 一、人性本具善端
- 二、人性的四端
- 三、自我本性的实现
- 四、一些实际的应用
- 五、孟子论法律与道德

---

\* 原载吴经熊：《法学论文选译集》，洪玉钦译述，台北，“中国文化学院城区部法律学系”，1978。

孟子见梁惠王。王曰：“叟不远千里而来，亦将有以利吾国乎？”

孟子对曰：“王何必曰利？亦有仁义而已矣。王曰：‘何以利吾国’，大夫曰：‘何以利吾家’，士庶人曰：‘何以利吾身’，上下交征利而国危矣。……苟为后义而先利，不夺不餍。未有仁而遗其亲者也，未有义而后其君者也。王亦曰仁义而已矣，何必曰利？”<sup>①</sup>

虽然孟子时常论及仁和义，但他不仅是一位社会理想主义者。由于他在哲学上的实在论(Philosophical realism)，所以能够宝贵这些美德。在中国思想史上，他所以配享永恒盛名，在于对人性和自然法的透辟见解。他的根本出发点就是：人性即为上天所赋予的禀赋，因此它的本质是善的。孟子的整个思路是与《中庸》的开宗明义相一致的。《中庸》的作者，若非子思，便是他的学生，他们都是孟子的老师。《中庸》开宗明义便曰：“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教。”孟子将此一存有论上的洞识，安放于目的论的结构中，他说：“尽其心者，知其性也。知其性，则知天矣。存其心，养其性，所以事天也。”<sup>②</sup>

因此，天命、人性和教化三者，形成一个一贯性的连续体。自然法乃人类理性所体识的原则，因其适用于永远变迁的环境中，不断扩张的人事关系，而获得更进一步地发展。

孟子对人性的看法如何呢？他虽然以人性本具善端的根本洞识为出发点。可是像这样的一个命题，面对人世上那么多的邪恶，能站得住吗？一些事先的说明是必要的。

孟子所指之人性的意义，就是与鸟兽有别的做人基本特性，他并未否认人类与其他动物所同具的要素或自然的倾向。例如他说，食和色乃人类二大欲，但是食与色属于较低级的情欲，并非构成人之所以为人的特质。德性和智性才构成人类的真正本性，失去了这些本性，

① 《梁惠王》(上)。

② 《尽心》(上)。

便与虎狼无异。

孟子曰：“体有贵贱，有小大；无以小害大，无以贱害贵。养其小者为小人，养其大者为大人。”<sup>①</sup>为了证明这句话，孟子又说：“饮食之人，则人贱之矣，为其养小以失大也。”<sup>②</sup>换言之，我们并非为食而生，而是为生而食，对孟子而言，“生”就是活得像人一样。

孟子又指出人性向善的基本目标，来解释人性本具善端的理论，即使它的实践或破坏有赖外界因素的决定。在《孟子》一书中的这一章节，诚值得全部援引：

公都子曰：“告子曰：‘性无善无不善也。’或曰：‘性可以为善，可以为不善；是故文武兴，则民好善；幽厉兴，则民好暴。’或曰：‘有性善，有性不善；是故以尧为君而有象，以瞽瞍为父而有舜，以纣为兄之子，且以为君，而有微子启、王子比干。’今曰‘性善’，然则彼皆非与？”

孟子曰：“乃若其情，则可以为善矣，乃所谓善也。若夫为不善，非才之罪也。”<sup>③</sup>

孟子提出常性的理念(idea of normality)，更进一步地阐明他的理论。他认为“常性”是渊源于天赋的规范或雏型，铭刻于各类生物上。他从《诗经》引出一节有意义的诗句如下：“天生蒸民，有物有则。民之秉彝，好是懿德。”<sup>④</sup>

孔子赞赏这一节诗句曰：“为此诗者，其知道乎！”对此，孟子曾加一妥切的注解，他说：“故有物必有则；民之秉彝也，故好是彝德。”<sup>⑤</sup>

人与人间，非必要部分可有不同，必要部分则不能有本质上的差异。可以有程度上的差别，绝无种类上的不同。否则二者即不能称得上同类。

①②③ 《告子》(上)。

④ 《告子》(上)引《诗经·大雅·丞民》。

⑤ 《告子》(上)。



形，一定会向他伸出援手”<sup>①</sup>。孟子与吾人虽相距二千四百余年，但人类在本质上却保有相同的人性。

孟子继续说：“恻隐之心，仁之端也；羞恶之心，义之端也；辞让之心，礼之端也；是非之心，智之端也。人之有四端也，尤其有四体也。有是四端而自谓不能者，自贼者也；谓其君不能者，贼其君者。有四端于我者，知皆扩而充之矣，若火之始然，泉之始达。苟能充之，足以保四海；苟不充之，不足以事父母。”<sup>②</sup>

此一人性的四端，能无限的发展。因此，孟子并不认为，人性排斥教化。相反地，如果人性未加培养，它将陷于堕灭，这就说明“恶”的存在。孟子强调培养人性的重要，可从他的下列一段话中看出：

牛山之木尝美矣，以其郊于大国也，斧斤伐之，可以为美乎？是其日夜之所息，雨露之所润，非无萌蘖之生焉，牛羊又从而牧之，是以若彼濯濯也。人见其濯濯也，以为未尝有材焉，此岂山之性也哉？虽存乎人者，岂无仁义之心哉？其所以放其良心者，亦犹斧斤之于木也，旦旦而伐之，可以为美乎？其日夜之所息，平旦之气，其好恶与人相近也者几希，则其旦昼之所为，有梏亡之矣。梏之反覆，则其夜气不足以存；夜气不足以存，则其违禽兽不远矣。人见其禽兽也，而以为未尝有才焉者，是岂人之情也哉？<sup>③</sup>

### 三、自我本性的实现

因为孟子用理性和德性来观察人性的本质，所以他不是一位唯理主义者。一方面，他把人性论奠基于存有论上。二方面，他崇尚实际，了解人性四端的发展与充实，逐渐培养之必要。

<sup>①</sup> Hall, *Living Law of Democratic Society*, p. 75, (Bobbs-Merril, 1949).

<sup>②</sup> 《公孙丑》(上)。

<sup>③</sup> 《告子》(上)。

不论在我们的内性生活上培养自然法,或在政治社会上将自然法适用于人事关系上,我们都应以忍耐和谨慎的心情实践它。人性的四端如同植物的种子,必需假以时日,才以发芽、生长和成熟。关于此,孟子以一通俗的比喻,来强调人性四端充量发展的重要。他说:“五谷者,种之美者也;苟为不熟,不如蕪稗。夫仁,亦在乎熟之而已矣。”<sup>①</sup>

人类的职责,就是充量地实现本性;此一职责,直至理性和德性的涵养,其影响力足以充塞和统辖全身才算大功告成。正如孟子所说:“君子所性,虽大行不加焉,虽穷居不损焉,分定故也。君子所性,仁义礼智根于心,其生色也晬然,见于面,盎于背,施于四体,四体不言而喻。”<sup>②</sup>

在人类本性的自我实现上有趣的一面便是:人类的本性为“气”<sup>③</sup>所逐渐扩充与融合。孟子所称的“气”与柏拉图所说的意性(*passionate or spirited principle*)<sup>④</sup>是相一致的。孟子与柏拉图均认为,若要节制人类难驯的欲性,意性或气必须与理性相结合。没有获得“气”的协助,人类的本性就像一位毫无权力的君主。

孟子曰:“夫志,气之帅也;气,体之充也。夫志至焉、气次焉。”<sup>⑤</sup>因此,他的忠告是:“持其志,无暴其气。”<sup>⑥</sup>他更进而解释说,盖“志一则动气;气一则动志也”<sup>⑦</sup>。使气配义,持气以资志是件要事。孟子明确地指出,当气为义所滋养时,气便被提升至一个较高面,而且将作无限量地成长,永不衰败。根据此一说明,我们始能清楚地了解孟子下列的

① 《告子》(上)。

② 《尽心》(上)。

③ 《公孙丑》(上)。

④ 柏拉图认为,人性可分为三部分:理性、意性与欲性。理性与欲性冲突时,“意性应与理性立于同一边”。此在其所著《共和国》(*Republic*)一书的第四篇,有完整的叙述。柏拉图和孟子看法的近似,是值得注意的。孟子亦认为,人性分为三部分:(1)义理;(2)气;(3)欲。在修身方面,一切端赖气与义理的结合。气与义理的结合是透过“志”,志是植根于理性的。同时,志与气的关系是比理性较为直接密切。

⑤⑥⑦ 《公孙丑》(上)。

一段话：

我知言，我善养吾浩然之气。……难言也。其为气也，至大至刚，以直养而无害，则塞于天地之间。其为气也，配义与道；无是，馁也。是集义所生者，非义袭而取之也。行有不谦于心，则馁矣。<sup>①</sup>

养气是终生的工作。虽心中必须时常谨慎戒惧，但不必杞人忧天，以致变成一位矫枉过正者。孟子举出一个很好的比喻，来警告欠缺耐性的人。他说：“无若宋人然：宋人有闵其苗之不长而揠之者，芒芒然归，谓其人曰：‘今日病矣！予助苗长矣！’其子趋而往视之，苗则槁矣。”<sup>②</sup>孟子接着评论说：“天下之不助苗长者寡矣。”<sup>③</sup>事实上，孟子在耕耘心田方面，发现二种土包子。他说：“以为无益而舍之者，不耘苗者也，助之长者，揠苗者也——非徒无益，而又害之。”<sup>④</sup>

#### 四、一些实际的应用

到此为止，我已经讨论过《孟子》一书中，有关修身的主要部分。要而言之，孟子教导我们：人类的最高尚工作便是做一个人。我们对“天”应先尽本性，而且我们立身行事，应对“天”负责。“天”赋予一切人类相同的本性，它是善的。人类的本性在动态方面，可由人性的具有四种善端而表露出来。这四种善端成于天命，所以是人性所自发的。既属自发，即非有意识的内省所得之结论。然而当它们逐渐成长，就好像移植在心上的有意识的目标。我想，这就是孟子所说“仁义礼智根于心”<sup>⑤</sup>的意思。孟子以为我们仍旧能够从本性的隐藏到理性的显现，重新恢复失去的向善的初始倾向，特别是在黎明时分，良心

①②③④ 《公孙丑》(上)。

⑤ 《尽心》(上)。

比白天更为清明,因为在白天,人们受许多事物的搅扰。

经常提及原始的发展目标(original orientation)是必要的,这并不是因为我们不需完全的发展,而是由于我们想确言,我们是在正确的方向中成长,而此一方向是受我们原始的发展目标所决定的。

什么是完全地成长?它的意思就是本性的逐渐充实。独有本质并不构成存在上完整的人。因此,认识我们的本质,其意仅能说是用本性去充实存在上的实有。从本质上的善至存在上的善,是一长远的天路历程,对孟子而言,一切哲学和学问的主要工作,便是寻求在自觉的长远过程中,立身处事的适当方法。当然,忠于本性,我们必须为善避恶。对孟子而言,为善的意思,便是实行仁义礼智诸德,避恶的意思便是不做违背这些德性的事。这便是自然法,我们似乎从它的大纲中清楚地看出。但当我们面对生活上的具体情况时,便会产生难题,而在何种特殊情况下,才是实行仁义礼智,亦不易有一正确的答案。往往似乎是合于仁的,可能是不合于义的;似乎是合于智的,可能是不合乎礼。决定一个具体问题的正确解决方案,并非直接发自内心,而是像《孟子》一书中所广泛叙述,需要多加思考和正反辩难。事实上,在孟子与君王、朋友和门人讨论问题时,孟子即运用一切先天与后天所获得的智慧和知识,同时他常以广博的学术和经验,作为推论基础的归纳法。

孟子是一位天才。对于他,我惟一隐讳的是,有时他似乎对于他的看法过分自信。他不像孔子,绝不承认本身的错失。一位常站在对的一边绝不认错的人,他的立身行事,必然会出现某些错误。<sup>①</sup>

然而孟子最吸引人的地方,便是不管其言论是对的或错的,绝不放弃说明何以深信其所采取的途径。更重要的是,在大多数场合,你会觉得孟子所采取的立场有一必然性,或者至少在他的立场中,具有真理的坚实核心。

<sup>①</sup> 例如,孟子对于墨子的批评是很肤浅的。他是受情绪的影响。墨子的“兼爱”并非“等爱”,而是“博爱”,承认有差等的爱。但孟子并未予墨子公正的申诉机会。

他所以能用自由和坦诚,提出人类高贵的观点,主要是因为他深信真正尊贵的天性。对他来说,有二种不同的尊贵,即人为的尊贵和天然的尊贵。人为的尊贵,公卿大夫、政府名流属之,它是短暂的,亦非固有的;而天然的尊贵,在乎能行仁义忠信,乐善不倦,因此它是一切人之所以为人者均可分享的,所以它是永恒的和固有的。<sup>①</sup>此外,授予公卿大夫和政府显要名位的本身并非目的,而是为达臻人类幸福所采用的方法。他说:

民为贵,社稷次之,君为轻。是故得乎丘民而为天子,得乎天子为诸侯,得乎诸侯为大夫。诸侯危社稷,则变置。牺牲既成,粢盛既洁,祭祀以时,然而旱干水溢,则变置社稷。<sup>②</sup>

因此,在人类这一面,人民是最后的主权者,统治权源出于此,同时人民的幸福是施政时首应考虑。

在孟子与齐宣王一段有名的对话中,孟子以信托关系来阐释政府的理论,他认为受托人未尽职责,信托人可将其废除。他说:

“王之臣有托其妻子于其友而之楚游者,比其反也,则冻馁其妻子,则如之何?”王曰:“弃之。”曰:“士师不能治士,则如之何?”王曰:“已之。”曰:“四境之内不治,则如之何?”王顾左右而言他。<sup>③</sup>

又有一次,齐宣王问孟子说:“汤放桀,武王伐纣,有诸?”孟子对曰:“于传有之。”曰:“臣弑其君,可乎?”曰:“贼仁者谓之‘贼’,贼义者谓之‘残’。残贼之人谓之‘一夫’。闻诛一夫纣矣,未闻弑君也。”<sup>④</sup>

梁惠王与孟子的对话,并未比齐宣王与孟子的对话痛快。孟子在谴责梁惠王欠缺民生的长远计划时,问梁惠王曰:“杀人以挺与刃,有

① 《告子》(上)。

② 《尽心》(下)。

③④ 《梁惠王》(下)。

以异乎？”曰：“无以异也。”“以刃与政，有以异乎？”曰：“无以异也。”曰：“庖有肥肉，厩有肥马；民有饥色，野有饿莩：此率兽而食人也。兽相食，且人恶之；为民父母行政，不免于率兽而食人，恶在其为民父母也！仲尼曰：‘始作俑者，其无后乎！’为其象人而用之也。如之何其使斯民饥而死也？”<sup>①</sup>

孟子并不期望君王养民；而是期望君王不要征召人民扩大战争，干扰农事，同时期望制定一些有益的法律——我们称其为社会立法——以便保护国家的天然资源。从孟子所主张政府应做的最起码工作之一些实际措施，可以证明他并非空想家。他说：“不违农时，谷不可胜食也；数罟不入洿池，鱼鳖不可胜食也；斧斤以时入山林，材木不可胜用也。谷与鱼鳖不可胜食，材木不可胜用，是使民养生丧死无憾也。养生丧死无憾，王道之始也。”<sup>②</sup>

惟独生活的最低程度有所保障，政府始能进一步实施教育计划，以修饰仪态礼节，教导道德责任。政府的功能之一，便是完成和保障各个人均有时间和自由，以为修身和实现完满人性的条件。“天下之本在国，国之本在家，家之本在身。”<sup>③</sup>

孟子的哲学可称为“存有论上的人本主义”。一切的法律和政策均为了最充分的理解上帝所赋予的人性。对孟子而言，忠于此一天赋的本性和充分地理解它，即系侍奉上帝的惟一方法，而亦为获得幸福的惟一方法。他曾引用《诗经》上的二行诗句，而这二行诗句正可概括他的哲学：

永言配命，  
自求多福。<sup>④</sup>

在这里，必须指出二点，以澄清孟子所了解的“天命”的意义。首

①② 《梁惠王》(上)。

③ 《离娄》(上)。

④ 《离娄》(上)第四章引《诗经·大雅·文王》。

先,孟子所指的“天”,恰好是“上帝”的别称。这可从下列的言论中加以证明:“天将降大任于是人也:必先苦其心志,劳其筋骨,饿其体肤,空乏其身,行拂乱其所为。所以动心忍性,增益其所不能。”<sup>①</sup>因此,天具有无上的智慧和长远的目的,换言之,理智和意志是构成人格的二种成分。

其次,“命”一词有各种不同的意义,此乃由孟子和其他同一学派的孔子主义者对它的认识而得知的。第一种意义是:一种关于个人或群体的特别任命或选派。此一意义可从上述孟子的言论得到证明。第二种意义是指一般天意所定之事(命定的),如当我们说,天化育一切,甚至包括整个的宇宙在内。就人类而言,天赐给人类生命,使人类灵肉一体,具备肉体上和精神上的能力。第三种意义是一种特别的“禀赋”、“性质”或“规范”,铭刻于各种生物上,构成它们的本性。我们所提及与人性有关的“天命”,只有第三种的意义是最适合的。此可由下列命题加以证明:“天命之谓性”。

换言之,它并非上帝创造的意志(creative or providential will),而是他的规范意志(prescriptive and normative will),铭刻于人类,构成人之所以为人的本性:自然法的原则便是渊源于此一本性。

下列的章节,在孟子的人性和天命论中是属于头等重要的,然而为了捕捉此一章节的真正意义,我们必须指出,“性”和“命”这二个名词的用法,具有不同的意义:

孟子曰:“口之于味也,目之于色也,耳之于声也,鼻之于臭也,四肢之于安佚也,性也,有命焉,君子不谓性也。仁之于父子也,义之于君臣也,礼之于宾主也,智之于贤者也,圣人之于天道也,命也,有性焉,君子不谓命也。”<sup>②</sup>

在此应指出者,本章节的第一部分,“性”的意义是指存在上的人

① 《告子》(下)。

② 《尽心》(下)。

性(existential nature of man),而不是本质上的人性(essential nature of man);而“命”的意义是指上帝所定之事。在第二部分中,“性”是指本质上的人性,而“命”是指上帝的规范意志,铭刻于人类内心深处的法律。仅有后者构成人性,因为那是上帝赋予人之所以为人的东西。然而孟子发现“命”字有其他意义,所以宁愿称“命”为“性”。此非意味孟子离开上帝而言“性”,只是就人而论,发挥他的天赋稟性,就是服从上帝意志的最適切途径。更特别的是上帝植根于人性的四端,必须加以培养和充量发扬。如果我们专心致力于这项工作,我们一定会成功,因为上帝绝不让我们身负重担,而不赋予我们完成它的力量。因此,道德常是可以追求得到的东西,而身外之物,如财富和名誉,则不归我们掌握。全部章节可摘要如下:追求天爵,定可获天爵。不要追求人爵,一方面因为不能以追求的方式获得。二方面因为它不是一种内在的价值,即令我们应该获得它。三方面,事实上人生的变化,甚至于像财富和名誉的身外之物,无一不是在上帝掌握中,但是它们并非我们所要专心追求的东西。孟子用一具有深长意义的句子,总括地说:“莫非命也,顺受其正”<sup>①</sup>。

## 五、孟子论法律与道德

孟子并非法学家。他原是一位道德哲学家。可是他了解法律在一国政制中的重要。他说:“上无道揆也,下无法守也,朝不信道,工不信度,君子犯义,小人犯刑,国之所存者幸也。”<sup>②</sup>在另外一个场合,孟子说:“上无礼,下无学,贼民兴,丧无日矣。”<sup>③</sup>孟子所主张的是道德与法律的结合。他说:“徒善不足以为政,徒法不能以自行。”<sup>④</sup>然而孟子就像大多数的孔子主义者,有一种把古代的统治者理想化的趋向,因此他喜欢旧章甚于新律。他引用《诗经·大雅》“假乐篇”的诗句:“不愆

<sup>①</sup> 《尽心》(上)。

<sup>②③④</sup> 《离娄》(上)。



不忘，率由旧章。”并批评说：“遵先王之法而过者，未之有也。”<sup>①</sup>

孟子过分强调家庭的连带和孝道，有时候产生连他自己也不易解决的难题。因为有许多场合，家庭的私益和国家的公益可能发生冲突。一个这样的难题，为孟子的学生桃应所指出。桃应问孟子说：“舜为天子，皋陶为士；瞽瞍杀人，则如之何？”孟子曰：“执之而已矣！”“然则舜不禁与？”曰：“夫舜恶得而禁之？夫有所受之也！”“然则舜如之何？”孟子的回答是他所特有的，他说：“舜视弃天下犹弃敝屣也。窃负而逃，遵海滨而处，终身诉然，乐而忘天下。”<sup>②</sup>

我深信孟子本人是会这样做的，可是我就不能相信是否君王不经辞职即可放弃公职。总之，君王并非私有财产，可以像破烂一样任人抛弃。

过分强调家庭关系的孔子主义，对于公共安宁和秩序，遵致不少困扰。例如，一个儿子报杀父之仇，被认为是神圣的义务。远在被法律禁止报私仇之后，人们仍然认为这样做是对的。法律与道德观念的冲突，在整个中国史上，是一个极严重的问题，一直到约百年前，人们才逐渐了解报私仇是一种错误的行为，甚至于从道德的观点来看。

虽然孟子并未鼓励报私仇，但他似乎认许它的存在。例如他说，如果你杀别人父亲，别人亦会杀你的父亲。

孟子坚持父母死守丧三年的传统习俗。这也可证明孟子把自然法的一种权宜措施当为它的一条根本原则是错误的。过于强调自然法，往往导致反乎自然的结果。例如，在中国许多朝代的法典中，有一则规定，即父母死后要是在三年之内夫妻生小孩的话是犯罪的。直至十四世纪，一位君主发现这一规定反乎人性，才把它废止。

总而言之，孟子的自然法哲学与西洋最优等的自然法传统——以柏拉图、亚里士多德、斯多亚学派（Stoics）、圣·多玛斯（St. Thomas Aquinas）、虎克（Richard Hooker）、格老秀斯（Hugo Grotius）和柏克（Edmund Burke）为代表——大致相似。在哈佛大学教授怀尔德

① 《离娄》(上)。

② 《尽心》(上)。

(Wild)所撰《柏拉图的现代敌人和自然法论》(*Plato's Modern Enemies and The Theory of Natural Law*)一书中,曾提出下列的二个问题:“什么是自然法理的精确意义?在西洋思想史上,谁是它的真正代表性人物?”<sup>①</sup>在一番详细的考察后,他举出它的真正代表人物所主张的共通具有的五项根本要点,虽然他们在比较不重要的立论上有所不同。我现在要用自己的观点,指出真正的自然法哲学之五项标准:

1. 规范不是人造的,它们是渊源于宇宙的客观秩序,而这一宇宙的客观秩序必须以上帝为最高的制定者为先决条件。

2. 各个“实有”(being)均被赋有本性,此一基本的构造是其他同类所共同具有的。与伦理学和法学有关的“实有”是人。自然法是以人性和受此一人性所决定的根本倾向为基础。

3. 那些根本的倾向是扩张的、活泼生动的,同时需求更进一步地发展和充实。在孟子的哲学中,我们所看到的四种善端,如果未受阻扰,将依照它们的内在目标,发展为成熟的美德。

4. 有鉴于令人困惑的力量,所以这些倾向需要理性指引它们朝向本然的目标发展。此一任务的达成,孟子认为应以心为指针,同时需争取“气”性的协助。

5. 目的的获得被认为是一件应该完成的事,亦即人性的最高实现,同时也是实现上帝意旨的方法。孟子说:“万物皆备于我矣。反身而诚,乐莫大焉。”<sup>②</sup>

无论东西方,没有比孟子的哲学,更能满足上述诸标准的。

最后,让我们比较孟子人性本具善端的观点,是否与天主教堕落的本性观相适合。关于此,我想援引教皇庇护十二(Pius XII)的一段话来加以说明:

不论如何,教会一直肯定与人类有关和适合人性之事务的价

<sup>①</sup> 怀尔德:《柏拉图的现代敌人和自然法论》,103页。

<sup>②</sup> 《尽心》(上)。

值。她很明显地去发扬和安置它们,毫不踌躇。教会并不承认,在上帝的眼光中,人仅是腐败和罪恶。相反地,在她心目中,原罪(Original Sin)并不影响人类的良知良能,人类仍旧保存其智慧和自由的天生灵光。

禀赋此一本性的人,无疑是被原罪所影响,而使他失去了神妙和不可思议的禀性。人类必须尽力遵行自然法——而且更靠着仁慈基督的有力协助——人类才能够活得上无负上帝的光荣,下无愧人性的尊严。<sup>①</sup>

当然,孟子并无“原罪”的观念。但我们从其只谈人性本具善端,而不说人性本善,以及从其一再强调人类应该致力于人性本然倾向的实现,我们便会惊奇孟子的见解与天主教哲学家的是多么近似!另一方面,关于孟子主张人性本具善端之观点所遭遇的难题,以及人性在杰出的中国哲学家中看法的不同,表明不仰赖上帝的启示,对于此一难题不可能有一完满的解答。正如《诗篇》第三六首《活泉》所示:“吾人沐浴灵光内,眼见光明心怡然。”<sup>②</sup>

(洪玉钦 译)

① Address to Philosophers participating in the International Congress of Humanistic Studies, on September 25, 1949.

② 原文参阅吴经熊,《圣咏译义》,21页。

# 斯丹木拉之法律哲学及其批评者\*

- 一、绪论
- 二、斯氏法律哲学之源流
- 三、斯丹木拉法律哲学之批评
- 四、结论

---

\* 原刊吴经熊：《法律哲学研究》，上海，上海法学编译社出版，1933。

屏诸度外可矣！未有一人能知真理之全体或善之全体也。各人仅能于其所处地位，获其观点。故犯人病人亦有其特殊之启示也。各人忠其所得，求其所有，慎毋以其一见之知，统括全体可也。

——威廉·詹姆斯<sup>①</sup>

## 一、绪 论

德之法律思想，历长时期之发达，至斯丹木拉(R. Stammler)而登峰造极。此犹美百余年之法律进化，及社会的法理学派(Sociological Jurisprudence)始集其大成也。此绝非偶然之事也，其中有其原因焉。吾人稍为之追究，即可得其所在矣。哲学之在德，

<sup>①</sup> William James, *Talks to Teachers on Psychology and Students on Some of Life's Ideals*, p. 246. 詹氏哲学之要点，似非全在于实验主义，于放任论较有归也。今日吾侪一反从前视人生为固定地图(map)而视为活动跳舞(dance)，此实一好现象也。在旧派之人或以此为非，然据余个人数年之嗜好，热心寻求真理，不期然与哈孚洛克·伊利(Havelock Ellis)所言者吻合，虽其言容有过当。其言曰：“我人在中国。亦仅中国耳，现在文化中得艺术(arts)为其中坚。易言之，其文化之生存系于艺术，道德亦然也。”(*The Dance of Life*, 1928, 第27页)。吾人深冀今世为一哲学融合且宽大之世也。

犹社会学之在美也,各具特色,莫与伦比。<sup>①</sup> 法家生于斯境,就其便者应用之,此必然之事也。因之,其著作大半受其听众之影响,与其所得而决焉。彼辈思想之源流,鲜能逃出“接近法则”(Law of Propinquity)之范围。换言之,其思想之色彩不外其所接近者也。若夫发扬其所得,即视途而行,渐序而进,以少受外界之反抗为则。据此而言,则法律哲学(Philosophy of Law)非幻想空谈,凭空杜撰,有其根底在焉。若一幅画离开背景,尚能存其天然美丽者,可谓绝无其事。纵令吾人表同情于 Court of Windyville 之言,曰:“思想也者,无有止境之物,具有普遍之物质也。”<sup>②</sup> 吾人仍未可承认其论断,谓哲学家之住所,普遍于世界,无一定之固土,得随处而逢会也。

斯氏法律哲学,非幻想也,非凿空之论也;其一生精力,为欲解决近代德国法律及经济生活之实在与切要问题也。稍涉其书者,固可批评氏之哲学,或摒弃之无遗,亦无不可,然此非所以知氏之苦心孤诣也。吾人应从其底蕴之所在研究之,发觉其使氏急欲解决之点,方不负其苦心,而表同情于此伟大之法律哲学家也。以此之故,吾人应先叙述氏法律哲学之由来;盖不如此,吾人即不能使氏与其批评者俱得一公平之判断也。

## 二、斯氏法律哲学之源流

德国十九世纪之哲学史,为一部畸形百出变态朕兆之史也。此时期之哲学家,有肆力向善恶之外追求真理焉;有欲超越公平与不公平

---

① 世界哲学之最发达地,当推德意志也。如康德(Kant)、黑格尔(Hegel)、叔本华(Schopenhaur)、尼采(Nietzsche)等,皆为伟大哲学家,贡献哲学不少。吴氏谓为德国之特产,非过分之言也。美国建国至今,为时不过百余载,而物质之进步最速。晚近以来,思想进步尤可惊人。社会学为彼邦人士所争诵,此派势力在美最盛且强,故社会学谓为美之特殊物亦宜也。——译者按

② Wigmore, Professor Muensterberg and the Psychology of Testimony, in *Illinois Law Review*(1909), p. 430.

之区别焉；有以主观的辩证法(Dialectic Process)<sup>①</sup>为宇宙立法焉；有视历史为经济势力之归点焉。此等思想，在今日之公平态度学者视之，鲜有当于心者，况斯氏生于此种环境之下，四围空气，几乎闭塞氏之理智，幸天赋其道德及哲学天才，不为融化。唯我主义也，物质主义也，帝国主义也，风行一世，倡靡一时，氏出而呼曰：唯我主义也，物质主义也，帝国主义也，皆非也，遂创新说，力言曰，国家之上有法焉，法之外有正义焉。冲破黑暗，法律哲学经彼出而光明，故称氏为曙光之哲学家，非过当之言也。“深夜而言群牛皆黑”，斯错念迫其走出，独树一帜，此观念即其哲学之初梯，而渐次束制其后来之哲学范围也。

然氏不但为富于正义感情之人，且具有科学家之天资也。故其哲学创作，具有科学与批评性质，亦必然之事也。然此居其哲学之强弱点焉。吾所谓强者，乃今日之思想非有确定与理性根据不可也。盖欲在批评与实证论时期构成正当与正义，其人非具此等精神，超乎同时代之人，不可与言也。氏即有此精神焉。而其哲学之弱点，亦居于是，盖欲纯以论理之论据，建设真理，实为难能之事也。往往有一种真理，诚为吾人本能之所认，然不能凭逻辑方法以证明之，既不能证，而偏求所以证之，欲免牵强可得乎？

苟氏以“幸福在求中得之”<sup>②</sup>一言用于智识之根本及其构造，则许多烦难问题及误解不致发生。总而言之，理想智识之难达，犹理想生活之难现也。

以上所言，吾非谴责吾师斯丹木拉也。<sup>③</sup> 欲用科学之方法，建设良心之信仰，此非大思想家之所为乎！试观詹姆斯之著根本经验主义也

① 辩证法，亚里士多德谓创自芝诺(Zeno, 古希腊埃利亚派 Eleatio School)之重要哲学家，大约生于西纪前 489 年。“Dialectio”原意为讨论(Disoussion)而已，今即成为哲学名词。芝诺、柏拉图、康德、黑格尔等人之哲学对于 Dialect 之概念尤为重要。参见 W. T. Stace: *A Critical History of Creek Philosophy*, 55 页。——译者按

② R. Stammler, *Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence*, 21 *Michigan Law Review* (1923), p. 889.

③ 德生博士曾在柏林从斯丹木拉游，故尊其为师也。——译者按

(radical empiricism),其动机非所以战胜旧日之经验主义乎?名为根本经验主义,其实则天路历程之旧题新做耳。吾之敬友赫尔姆(Judge Holmes)亦同此向。<sup>①</sup>彼每以“犬儒”(cynic)或“恶人”(bad men)验证法之效力,惹尼(Francois Gény)尤为明显之例。彼热望其自然法之大厦建筑于实验主义之上。杜度隆(Tourtoulon)始则非难目的论(Teleology),终则大讲自由意志。庞德之著书也,引用群籍,注之又注,阐之又阐,尽其无穷之博学,以为其先天之真理为后盾。柯拉(Kohler)较诸其同辈,似更独断。盖柯氏之于智识忽滋无忍耐探索之心,甚至失其平衡态度,终则如孩童之高呼曰:苟上帝之天堂为虚缈,诗如哑子,艺术如盲人,则智识之鹄的,果安在也?<sup>②</sup>

如上之例,吾可引之于无穷,然所举深足与吾人知近代文化之情形矣。而科学犹吾人之正妻,然吾人之私情每寄怀他物。此哲学之所由也。夫哲学犹试练所也,其间与吾人之疑团与希望参半。吾人尽力之所逮,如嬉如诚,亟求二者之平衡。如罗素(Bertrand Russell)所云:哲学家皆视科学与神秘主义为必要者也。使此二者和谐,不致背戾,则为彼辈终身之努力,而哲学之为哲学,正以其不定之故,其趣味有胜于科学或宗教者以此。<sup>③</sup>

斯氏即如是人也,其哲学之努力亦如是也。彼深觉人生之哑谜,彼有科学之精神,故弗洛伊德(Freud)谓此种精神有求确定之能力与建筑之才能;其最后之确实,或未可得也。<sup>④</sup>氏虽未与人生究竟之相当解决,而吾人仍可问氏之哲学成功有无在哲学范围之内也。其哲学犹半路屋,介乎实在(reality)与心(mind)之间。诚如牛郎织女之假鹊桥

① 赫尔姆即霍姆斯,现为美国大理院推事,与德生博士友善。彼甚敬慕霍氏。曾著《霍姆斯之法律思想》(*The Juristic Philosophy of Mr. Justice Holmes*)一文,为彼邦人士所推许。——译者按

② Kohler, *The Mission and Objects of Philosophy of Law*, 5 *Illinois Law Review* (1911), p. 422.

③ Russell, *Mysticism and Logic and Other Essays* (1918), p. 1.

④ Freud, *Introductory Lectures on Psychoanalysis*, trans. by Joan Rivier, 1922, pp. 39~40.



而相会也。<sup>①</sup>然氏之问,非吾人能否包括法之全般实体也,乃吾人以论理方法能缚得若干问题也。

### 三、斯丹木拉法律哲学之批评

自斯氏哲学问世,随之而起之批评不胜枚举。赞成者有之,非难者有之,吾人欲于此区区片纸,穷尽二派对氏哲学批评之言论,罗而列之,事实难能。举其重要者,有 Bergbohm, Kraemer, Simmel, Fraenkel, Eleutheropulos, Tonnies, Brutt, Wieland, Duncker, Moor, Laskine, Schepper, Lask, Weber, Kantorowicz, Barth, Vorländer, Natrop, Radbruch, Croce, Génny, Saleilles, Beroizheimer, Kohler, Pound, Simkhovitch, Tanon Wselikowski, Breuer, Binder, Kaufmann, Saner, Mayer, Hocking 等人,为便利叙述起见,吾人可分批评为三类:(一)社会学派之批评;(二)哲学派之批评;(三)法学派之批评。各派以三人代表之。韦伯(Weber)、康特罗维茨(Kantorowicz)与沈柯必虚(Simkhovitch)代表社会学派;韦来可斯基(Wielikowski)、排恩德(Binder)与乃杜伯(Natorp)代表哲学派;法学派即可以萨例义(Saleilles)、惹尼(Génny)和庞德(Pound)三人代表也。

#### (一) 社会学派之批评

##### 甲、马克斯·韦伯(Marx Weber)

近世社会科学之情形,舒摩尔教授(Professor Shamble)叙之精详,其言曰:

近世唯纯科学主义之持论。谓叙述事实,绝不该评断事实之价值。其言为斯学派重要信条之一,尽人知人。惟若严格履行此信条,实为困难之尤者也。虽然,此信条在于形式科学法规上之

<sup>①</sup> R. Stammler, Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence, 21 *Michigan Law Review*(1923), p. 901.

重视,乃不因此而逊色也。此派实代表牵强事实、附会臆断之思想派所生之反动。当十八世纪之秋,轻视事实,胡乱评断之风极盛。入十九世纪,思想界即发生反动之潮流,专门注意叙事,为此派之中贤信条。觉察二派思想之异殊,固不能以数字了之。然其大情,即一为注重评断,一为注重事实。旧派喜欢评断,不顾事实,故捏造事实以助偏见者有之。然新派之趋势,不许事实受点评断,则未免矫枉过正矣。<sup>①</sup>

藉此,吾人可以领会韦伯氏之评论矣。盖彼即代表唯纯科学论派(Scientific Purism)之人物也。韦氏谓仅自然科学可得正确与客观之条件,他若社会科学(Cultural Sciences)(直译为文化科学),之受范于目的(ends)与规范(norms)之域,事事基于主观,故不能有正确与客观也。氏则不以此论为然,彼谓自然科学与社会科学均受客观原则之支配,未可重前轻后也。自然科学有因果律(the law of causality)固矣,然社会科学亦有目的原则(Principle of teleology)范围之。<sup>②</sup>故社会科学之为科学,未可妄非其无正确与客观也。在韦氏观之,经济政策也,社会政策也,皆不能筑在科学基础之上,以其所有判断“随时代文化性质之不同与夫人类思想之变迁而异殊也”。<sup>③</sup>氏应之曰,诚然。然据此即曰社会科学不能成为科学,强非其无客观原则,则氏所不敢赞同,为氏所欲辩者也。纵令韦氏之言谓评断价值随时代地域而变迁为是,客观原则已在其中矣。韦氏未见科学之客体(objective matter)与关于此客体之命辞(proposition)之分别,毋怪其陷于迷罔,吾人一观自然界之万物,何一非流动变化者乎?夫物理上之根本律所解释者,不外其关系及“假定”(ifs)而已,其于因果律未稍变也。故社会科学之主观标准(subjective standard)纵令有所变更,而其为必变也无疑,但于目的原

① 舒摩尔:《社会科学意义》(1910年芝加哥版),214页。

② Stuart, Valuation as A Logical Process, 见杜威:《论理学说之研究》(1909年芝加哥版),227页以下。

③ Diehl:《马克思·韦伯之生平及著作》,载《经济季刊》(1923),第18卷,94页。

则无关也。苟能明分客体与命辞之区别,自然科学与社会科学之客观,无异也。盖所有命辞受裁于二条论理原则:一曰接离原则(Principle of Disjunctive),即一命辞不能同真伪也;一曰交换原则(Principle of Alternation),即一命辞必须真或伪也。

自然科学与社会科学,莫不皆受此论理原则之制裁。斯韦氏之说未可因自然科学而非社会科学也,盖二者客观之所由同源,不同者岐耳。源同而流岐,因岐而曰不出于同源,吾人知其不可也。纵使氏之说有攻击之瑕疵,亦不能斤斤乎其说也。必也根本疑惑此论理原则之主体方可,然此即攻击一般科学矣,斯非韦氏之本心可知。反之,若韦氏直曰自然科学乃具正确及客观之模型,则未免同时陷于太武断与怀疑。平心论之,此亦非韦氏一人之过也,凡主唯纯科学论者,莫不堕此双关罗网也。

#### 乙、康特罗维茨(H. U. Kantorowicz)

康氏之称赞斯丹木拉也,在于贡献法律科学,其功千古不灭。十八世纪之自然法派与十九世纪之历史派之流行,深入人脑。斯氏出而破之,另建其普遍方法,以判定法之公道及良善,而限于时代与地理。<sup>①</sup>此氏不灭之功也。康氏分而陈之,论其贡献法学有二:第一,先觉近代法理学改造之必要;第二,独树一帜。主张法理思想应从事于创定“具变动内容之自然法”(natural law with a changing content)<sup>②</sup>,此二者为氏之大功。其与今世法家之激动及方向,犹舟行大海之有指南针也。然康氏论其功,亦仅此而已矣。渠之意,谓斯氏虽提出此问题之方向,被用之尚未正鹄,且未顺其途径也。总之,斯氏应得之功,在于引起问题之注意,非在于解决也。然欲解决此问题,亦非批评方法所能济也。

斯氏之批评方法既不足以解决问题矣,康氏究以何法代之耶?此吾人所急欲明者也。康氏之意,以为吾人“须以历史的实在方法

① 康著 *Zur Lehre vom richtigen Recht* (1909年柏林版), 9页。

② 康著 *Zur Lehre vom richtigen Recht* (1909年柏林版), 37页。

(historic realistic methods)辅助探究历史上系统的法律主观理想足为可靠者;须解释其间之因果关系;须视达到目的效力之大小定其重要次序;应摒除主观判断思想(idea)本身价值之见解;不可臆定法律条文与其理想符合;仅可视此等条规满足某时代文化对于公道情感(sentiment of justice)之程度;而此公道之情感,须为心理的分析”。<sup>①</sup> 康氏此段文字,余固未能十分领会其意,举吾所知者言之,则其主旨不外乎此:理想不能以其内值(intrinsic value)判之,应视其现实目的之程度定之。此言骤观之,美矣,足矣!然吾人进一步究之,则知其如老孙之跳不出如来手掌。照康氏所言,其于问题实未与丝毫之解答也。亦不过去甲代乙,换汤不换药之交换式耳。苟理想为达目的之工具,则我人之问题转向何者为目的之所欲达,及如何达此目的矣。其离解答之途如初也。故此种思想并无引导吾人以正途,所以致此者,亦必然之势也。白氏(Berolzheimer)经验派之人物也,且曰:危哉,情感法理学也!<sup>②</sup> 盖此派之法家既遭“思想恐惧”(idea-phobia)之遗毒<sup>③</sup>,遂否认各种科学之客观实在,是故其派自身之学说亦在否认之列,然此种思想,犹省山悲剧之重现舞台。吾人可勿戒域!

且也,康氏批评斯氏为从苏格拉底之分类也。既分智识与良善并行而峙,愚与恶对待成名,则其说陷于架空理想矣。盖在“应当”之范围而定客体;则此客体无具实在,既无实在客体,安能适用其“实在的”方法(Realistic method)?岂并百挟泰山以超北海,欲无饥而去食,欲东而西行之类者乎?<sup>④</sup> 康氏之非斯氏以此也。然康氏之所非,其错舛正与韦伯同,俱以客观的实在,仅自然科学有之,荒谬错误,在韦氏文中余已谪之,毋兹重赘。惟此种素朴之思想,非再予以攻击不可,故吾引约翰逊(Johnson)之言以代余文,其言曰:

① 见 Berolzheimer Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart, (1911年柏林版)。

② G. Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906年 Heideberg 版)。

③ 见 Tourtouion, Philosophy in the Development of Law, Cohen 序(英译本,“近代法律哲学丛书”之一),23页。

④ 康特罗维茨书,26页。

居今日而言心理学或社会科学家之叙述的或原因的记载材料，吾人不可不先与何者标准分别也。此种区别，实居重要。盖今日之不少著作，其内论莫不欲以伦理建筑于心理学或社会学之上，遂有以因果叙述评价，变换其本来面目矣。<sup>①</sup>

### 丙、沈可必虚(V. G. Simkhovitch)

沈可必虚，曾受业于斯氏之门，近代研究马克思主义之专家也。从各方面观之，沈氏在1904年批评斯氏贡献经济思想界之论，可为最平正之言也。吾今录引数段较显之文字于下，畀诸读者，成勿以为沉繁无序也：

斯氏对于马克思主义之态度，多与凌格(Friedrich Albert Lange)对于形上学的物质主义派(Metaphysical materialism)之态度相仿佛。氏甚敬重马氏之经济理论，其敬重也，非仅地域或学理上者，且有实际显明之效也。彼以马氏之言论反复伸述，使不攻自破，以其矛攻其盾，此马氏信徒不得不拜服投地也。

一八九五年秋，即氏之大著初次问世也。题曰《法律与经济之关系》(Wirtschaft und Recht nach der Materialistischen Geschichtsauffassung: Eine Sozial philosophische Untersuchung)

斯氏之称赞马克思学说也，谓其远胜于历史派与伦理的历史经济派(Ethico-historical school of Economics)不知几千倍矣。前者牵强神秘历史事实，后者即混淆主观目的，莫辨东西，此二派之不如马氏主义，而亦马氏理论凌驾二派之上也。

马氏主义之根本公式，错在论理也，盖马氏既明白生产为人类生活之表式(technique)，独不知此表式乃在自然科学所论列者也。苟此表式非从抽象立意，而为达到人类社会欲望之工具，则外表之形式若法律若民众若习惯，已早显于此。社会生活除此之

<sup>①</sup> 约翰逊：《论理学》(1921年剑桥版)，226页。

会主义之思想,从事于理想之社会公道(social justice)为彼辈之正鹄,今即向此正鹄理想力事运动,以冀将来之收获。大矣哉!斯氏哲学之影响也!①

## (二) 哲学派之批评

甲、韦来可斯基(G. W. Wielikowski)

斯氏别意识(consciousness)为二要素:一曰印象(impression,德文 wahrnehmen);一曰意志(will,德文 wollen)。印象者,即吾人对于某项之感觉,领会,或记忆之谓也;意志者,即吾人对于某项之欲望,希冀或试为之谓也。吾人之会话“我知道了”即有印象要素在焉;若言“我将要去做”即有意志要素在焉。斯氏之法律概念则据此而分析,故由此印象与意志推出之结果如:

意识——印象(impression)——意志(will)  
 个人(individual)——社会(social)  
 劝诱(inductive)——强迫(compulsory)  
 任意(arbitrary)——共守(invulnerable)(不得随意改易与侵越)

故其结论是:

法=共守的、强制的、社会的意志。

苟意识之分类无舛误,斯结论当无异议也。法律既非印象,自必属诸他项。惟韦氏之疑问不在于法为意志或印象,在于斯氏之分类欠确。渠献其正确分法如次列:

心意生活	{	意志(will)
		评价(valuation)
		应当(oughtness)
		印象(impression)

① 沈著之《斯丹木拉》(1904年)《教育杂志》,250~251页。

法即意志,韦氏谓未当也。渠谓“意志乃不过一种目的之排列,预定目的而列法,其于法之生活尚未尽也。在法之生活中有许多现象实滋于纯粹感情,故许多法律出于非自觉者也。今以意志即法,则以小涵大,其未尽法之总类可知。”<sup>①</sup>此未包含意志之法亦法也,今斯氏之法之概念未有之,岂非有瑕疵乎!故吾人除此而外,应注意及本能及良心之势力,与非自觉之评断,庶几法之意义弥满美足焉。此韦氏之意也。

斯氏应之曰:“所谓应当亦不过意志之正者耳。所谓评价乃量某项方法达到一定目的之效劳程度而已”<sup>②</sup>,是二者均可包含在意志之内,今韦氏剖分之,不亦徒劳乎?且于原意未稍加变也。夫吾人之所谓意志,非必意志皆具自觉者也。小鸟见儿童之近也,飞而避之。其飞避甚自然,实无意识之可言,然共为意志一也。吾人习仿邻人之行为,不能谓非意志。故曰:意志包含自然而行,及有意识之动作也。惟若外界事物不足引起心之冲动,则无意志之存在。盖意志之行为必有外界之影响如得见之。

或曰:韦氏之批评,异于斯氏之所言,以二人所怀者异也。正题既分,则二者之争点必不同,此必然之结果也。斯氏所谓“法”,乃指法之“总类”也,故其法之概念在此。由此概念分析其主要及界别性质要素,而为论理上之“法”所必包者也。法一缺此主要性质要素之一,则不得谓之“法”。个别有缺此,亦不得视为法,<sup>③</sup>在韦氏方面乃欲求法之实质要素,何者应人,何者不应入于欲立之法。此二人所怀者异也。然韦氏之批评亦未可尽非也。其得著之处,在于指出概念之外尚有客观的参照也。所谓客观参照(objective reference),乃指实在之法律言也。此与某评家之言正同。其言曰:法之概念,必也先有法以为思科焉。<sup>④</sup>

① 韦来可斯基: *Die Naukantianer in der Rechtsphilosophie*, 66 页。

② 斯丹木拉著之 *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 55 页注⑧。较详之答复,请阅 *Zeitschr Rechtsphilosophie*, 159 页以后。

③ *Keyne, Formal Logic* (1906 年伦敦四版), 23 页。

④ 请阅 *MLR* 第 21 卷, 536 页。

## 乙、排思德(Julius Binder)

韦氏评斯丹木拉之言论,排氏未与赞同也。排氏质问斯氏凡二点:第一,意志既为经验之物,则凡法律之定义为经验的而非纯粹的,以意志涵于法也。<sup>①</sup> 第二,公道与正法(just and law)之观念同一也。既无绝对正法之可言,则绝对公道(absolute justice)无由立也明矣。<sup>②</sup> 氏答曰:所谓意志,非特定之意志也,乃一般意志也。易言之,则合一意志之必要性质而后称为意志也。<sup>③</sup> 意志既非特定,其非经验的不喻自明。法律即意志,即此之谓也。至于第二点,乃排氏淆乱不分有以致之。盖正法难冀完整,吾人知之。不特此也,且时常附有实际条件之限制,不得发症,故不能蓄含绝对纯粹共通之观念,不亦宜乎?虽然,制定法(positive law)不能达绝对公道之理想,然并不因此而无绝对公道之思想。<sup>④</sup> 此排氏陷于论理上之错误也。

以余观之,第一点之疑问,亦可别面答之。纵令其言“意志为经验之物”无可抵赖者,我人亦不能武断,谓凡定义中涵有“意志”之字即必为经验之物也。“法律等于意志”之公式,其间关系实有普遍效用性质。即使法律与意志一词为经验的,而二者之关系并不因此而为经验的,于此见之。康德有云:“智识初发自经验固矣,然所有智识非以此则皆来自经验也。”<sup>⑤</sup>兹限于篇幅,吾不能细述之。

## 丙、保罗·奈拓(Paul Natorp)

斯氏之思想,奈氏实表无穷之敬焉。在其批评《法律科学原理》(Theory of Legal Science)文中,尽露其推崇发挥言辞。细涉奈氏之批评,实藏蓄婆心,亟望斯氏保持其青年时代第一大著《经济与法律》(Wirtschaft und Recht)之气概及态度,该斯氏之《法律科学原理》

① 排思德著之 *Rechtbegriff and Grundlage der Stammlerschen Socizalphilosophie* R. Stammler, 58 页。

② 排思德著之 *Rechtbegriff and Grundlage der Stammlerschen Socizalphilosophie* R. Stammler, 214 页。

③ Keyne, *Formal Logic* (1906 年伦敦四版), 63 页, 注①。

④ Keyne, *Formal Logic* (1906 年伦敦四版), 206 页, 注③。

⑤ 康德著之《纯理之批评》英译本序。



(*Theorie der Rechts wissenschaft*)<sup>①</sup>批评家识其为过分的抽象,此论是非,奈氏则搁置之不问,其所望者欲免此讥评而已。夫奈氏赞赏其著之末论,实微嫌上部之未臻善也。

奈氏与斯氏思想之不同,盖有因焉。已往数年间,奈氏之思想转向感情,克利福(Cliford)所言“宇宙感情”(cosmic-emotion),斯奈氏思想所向往者也。斯氏不然,孜孜不倦其论理思想,琢之磨之,几以科学为宗教。奈氏信乎歌德(Goethe)言内之真理,其言曰: *Nichts ist drinnen, nichts ils draussen, deun was innen, das ist anssen*,<sup>②</sup>然斯氏自献之佳言“具变动内容之自然法”为不可批评之神秘,今且摈弃氏思想之锻炼改造,于兹见之。<sup>③</sup>

### (三) 法学派之批评

#### 甲、雷冈·沙例义(Raymond Saleilles)

沙例义者,宣传斯氏之“具变动内容之自然法”之得力分子也。前已言之,斯氏早已废弃此观念,似无批评之必要,惟二子思想,取而较之,亦甚有趣,爰述其要领于此。

在于斯氏,“自然法”不过一种理想耳,然一至沙氏,则别有其用。彼变易自然法为“感情”(emotion)。感情者,心理的要求也,靡不受此影响。其盘踞人心,于兹见之。沙氏曰:

历史学派之衰败也,谁曰不宜? 彼宗不入自然法之为法,否认社会学的根本原则。夫领袖世界者,非欲望乎? 然人类亦有求

① 奈拓著之 *Kantstudien*, 78~79 页。

② 见奈拓著之 *Die deutsche philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen* (1921, Leipzig), 24 页。

③ 在初版之 *Wirtschaft und Recht* (1896) 第三十三节名曰 *Ein Naturrecht in einem wechselnden Inhalte*, 及至 1906 年再版, 即改为 *Die oglichke eines adjective richtigen Rechtsinhalte*。其变更理由在于“自然法”(natural law) 一词之两义。严格言之, 法皆制定者也。Naturrecht niecht 或 Postivisch des Recht 皆同, 毋判分之必要。以余之意, 此字不妨义用之。故吾人言 *jusnaturale* 较 *lex naturalis* 为普遍也。

公平之欲望焉。此欲望虽情感之属，而其不可破坏则一也。<sup>①</sup>

观其言，则知沙氏为功利主义者流。盖功利之心，不觉溢于言辞之间。夫沙氏所言，固未合斯氏之论也。惟其诚恳之意，殆足表其热忱。斯氏之爱真理也，甚于众意(popularity)，此其思想超越之所在也。沙氏实一创作思想家也，吾人知乎凡创作思想家常不配为使徒，其为沙氏之同病欤！

乙、弗兰锡斯·惹尼(Francois Gény)

康德者，近代哲学家之第一巨子也。其哲学之影响，至渊且巨。众贤绰氏为“普鲁士的休谟”(Prussian Hume)，另有一派批评家号氏为“柏拉图式的梦人”(Platonic Dreamer)。<sup>②</sup>今者，斯丹木拉盖近世之法家也。不顾惮劳，以繁复错综之人事社会，罗而列之，混而和之，分而析之，务达微妙。无怪乎其同康德之命运也。怀疑派之论斯氏哲学也，谓为一片异奇之“建造信心”(Make-believe)也。独断派之论斯氏也，谓其如不幸及夜之寻求者之追求未知主宰也。前者嫌斯氏之武断，后者则讥斯氏之认未尽也。惹尼，后一派之论者也。其思想倾向神秘及宗教方面，实一宗教的法家也。彼之崇奉“信仰”也甚于“智识”；彼之信“直觉”也甚于“论理的思想”。吾人欲明其对斯氏之批评，不可不先晓其自然法大厦之基础也。彼曰：

以经验为基础，辅以理性力之解释，则吾确认兹所言矣。吾认宇宙构结之基础，二元也，或多元也。吾认唯神论及其必然之果也。吾认人与他种动物之根本不同也。吾认人类灵魂之不灭也；吾认其根本自由也，吾认其向主宰为极高之路站也。<sup>③</sup>

盖氏所与吾人者，非哲学之言也，实一片纯粹信条也。兹信条未

① 沙例义：*École Historique et Droit Naturel*，96页。

② 见 Boutroux, *Historical Studies in Philosophy*(1912年伦敦版)，262页。

③ 惹著 *Science et Technique en Droit Prive Postif. II*(1915年巴黎版)，356页。

必即伪,惟其不合于法律哲学之理论则甚明。

若于斯氏寻求启示,所得恐失望而已矣。<sup>①</sup> 盖斯氏非预言家乃一沉思学者,批评思想家,稟智能好奇之心;此为其感情之明显者也。即如其公道观念,乃不过认为一种“思想”(Reflection),非可谓之创作或自动力也。简要言之,斯氏之公道观念,乃欲吾人之思想,尽于智识范围之内而已。

由此观之,惹氏与斯氏之不同者性情。孰是孰非,在于吾人性情之倾向,未可妄为臆断也。至论宇宙之构合,则属于人生哑谜之问题,不可不慎也。夫人生哑谜之待猜,在于个人,故此问题可搁置之不论。然若有人欲得“哲学的”指导此事,吾不揣冒昧,敢为读者介绍美国大理院推事荷尔姆斯之言,其言曰:

吾人以宇宙育生吾人,包含吾人,大于吾人,则足矣。吾人所信所爱以此也。苟吾人之生存非若域外之神,而为宇内之人,则吾人有无穷,后焉。吾人之价值在此矣。一粒之沙同也,然试问人知其领会一粒之沙乎?<sup>②</sup>

天堂虽乐,无级可登。徒包玄思,于事何补? 故吾人宁弃天堂之理想,回复人间之实际社会,向较切于实质者行之,宁弃乌斯邦之理想,从我人可能之志向焉。

### 丙、庞德(Roscoe Pound)

吾读法律思想史之极有兴趣者。厥惟斯氏之法律哲学,不期然与社会学派之法律哲学得同一之结果也。况斯氏与社会学派之法学,殊途同归,岂非学术上极可玩味者乎? 且学术之阐明也以此。既激起我人之奇愕,曷不可不究之! 闚门而窥,所得者有限。故吾人若能静研探讨,窥其

① 此处原件不清,编者据吴氏英文原稿斟酌译出。英文原文附于施塔姆勒(斯丹木拉):《正义理论》(Rudolf Stammler, *The Theory of Justice*, translated by Isaac Husik, New York, The Macmillan Company, 1925), 571 页。

② Patton, *Development of English Thought* (1899 年纽约版), 390 页。

全豹，则另建综合可冀矣。今胪论二派之批评于此，以资比较焉。

第一，对于十七八世纪理性论之批评

甲、斯丹木拉

斯氏曰：

所谓启明时代之十八世纪，乃一人类主义之世纪也。斯时“自由立法者”之学说，风起云涌，猛厉一时。人民心理以为有理性之公道观念，立法者即可现成条文，放诸实行。大有“一呼百诺”之势，何其希望若是之极也！此种思潮，至法兰西革命而登峰造极。延至今世十八世纪之思想尚未澄清。其遗毒之深有如是者。惟此思想之不合于科学世界，可毋待论。盖欲立一法也，吾人常注及“感觉的现象”(sensible appearance)，然感觉世界之变动未有不受支配于因果律者，故绝对“自由立法者”之思想遂与近世科学之公例相拮抗，则其失败也宜矣。当康德哲学之未入世也，尚可风靡一时，犹天之骄子。及康德哲学出，当头一棒，往之沉醉迷梦者，俱揉眼光明之下。而此理性思想遂幽禁天牢，当其铁窗风味矣。<sup>①</sup>

乙、庞德

哥罗秀(Grotius)之权利定义曰：权利者，即其赋与人之特定品质，以定其占有某物或为某项行为，而限于正当范围之内也。欧洲中世思想，视法律之存在。一为保护人对物之权力，一为保护社会制度所赋与个人之行为权力。哥氏之法律观念，乃以法律为维持及认效个人所本有之道德品质利此等道德品质，为吾人之理性所认得者。故吾人应有对物之管辖权力及为相当之行为。此法律存在之效用也。……

<sup>①</sup> 《密歇根法律评论》，第21卷，899~900页。

十七八世纪之学说,混淆“利益”(interest)与“法权”(legal right)二语,是其弊也。“利益”乃离法而独立,详言之,即虽无法律,亦有利益之存在也。而法律权利则不然,乃法所赋与之利益,详言之,即此利益随法而生者也。夫法律确认利益之全体或一部而维护此确认之利益,实与法律所赋与行此确认利益之权利,截然两分。乃彼宗不之察焉。混杂不清,莫辨皂白。前者乃为利益之受法确认者;后者则为行此确认利益之权利,且此权利限于确认范围而已,理至明也。所谓“自然权利”(natural right)乃指利益为吾人应当维护者也。易言之,即此种利益为人类应当满足之要求也。此种权利,固非政治社会所创赋。然稳健之法理思想者,莫不视“自然权利”为法之概念者也。夫所谓法权,乃法律所赋与个人或团体保护利益之适于确认者之工具。故曰法权出诸法,故曰出诸政治国家。而自然权利之崇奉推扬,犹洪水猛兽之不可抑,以其专制不亚神权之赋国君矣。<sup>①</sup>

## 第二,对于历史法学派之批评

### 甲、斯丹木拉

“民魂”(folk-Spirit)咸谓一种独立存在之生物。种独立存在之生物。斯言也与前百余岁浪漫主义(Romanticism)之受正统派之专擅也正同。个人之意义,湮灭殆尽。其一切之“确信”(conviction)莫不视为此组结灵魂现象之运用而已,……此种言论也非特神秘及自身暧昧不堪,且反乎因果法则也,苟民魂可产生相当“确信”于此经验之世界,则其身为一有限之动因,而又为他种原因之果,然既视其为经验之物矣,今又视为原因之一,且其因本身非藉他种原因造成。是其与今世任何可能科学发生不可调和之冲突矣。

<sup>①</sup> 庞德:《习惯法之精神》,1921,91~93页。

夫视人众共同生活为各个人之总和,及视各个人为独立单位,固错乘之观念也。然欲使人类社会之存在性质变为实在生动之物及分立与各个人之总和,认其为独立生存人格,以之唤起各个人之必要确信,则亦无正常理由足信也。

虽然,历史法学派,亦非皆无足取焉。彼宗以法律之发展视限于历史,以制定法之正常意义须溯往源流,乃得由衷之论也。而此已足,毋须妄加无谓之神秘说话及言传自浪漫派,盖浪漫主义之箝制法律科学及实际法律,已属长久,受毒之深,更无论矣。<sup>①</sup>

## 乙、庞德

欲知十九世纪历史派之中坚法律思想,吾人不可不先明其由来也,所以然者,实由于斯时哲学时代之活动的创作的法理思想之反动,然此非尽因也。详而析之,使其反动之原,实肇于斯时自然法之末路思想,吾人可从二面观之。(一)由于制宪及不信任传统政治制度与不信任时代之情形也,此法律革命所以然于此时代也。(二)由于信仰理性万能之足以立法也。

此至十八世纪末叶及十九世纪初年之修订法典,势未稍衰也,……白克(Burke)反动斯时法国革命之思潮。感政治科学另建观念之必要。此思想也,即后来历史学派之法律观念也。前十四岁之萨维尼(Savigny)论文行世,咎锅(Cuoco)列入政治史。平心言之,白氏之反应法革命,实有直接影响萨维尼也……

夫历史法学派之承此思想也,盖百余年于兹矣。吾人始恍悟其实非历史派也。盖以法律历史为材料之绝对供给;以进步自有根底,若理性,精神之进步是已;以单一因素为法律历史变迁之惟一原因;以单一观念即可尽法律现象之记载。总之,此派思想,实受“景象之幻觉”(illusion of Perspective)纲罗无遗。当吾人回溯

<sup>①</sup> 《密歇根法律评论》,第21卷,651、653~654页。

已往法规,判例及法律名著也,乃观其如何实用于当时情形,如何处理斯时制度,如何以为目前问题之用及如何处理所现于眼前者。简言之,即藉以往较现在也。然非谓现在所观者,曾为已往所应用之于任何时代者也。命意所在,不外以已往条文表示吾人对于现在法律问题之理想反应而已。故吾人回溯已往之法,必也为之解释方可。然而历史学派之解释,纯为一块过去历史。克罗西(Groce)言重为“历史著述”,非过分之批评也。……

虽然,历史学派亦未可尽非也。“继续不断”之说,是此派之特长也。彼宗以专门思想之因袭法为继续者也,以艺术之因袭规则为继续者也。故欲应用于特殊情形之社会,或以新之方法达人类之新欲望,或以新之方法达人类之固有欲望,则此专门思想及艺术规则实为强有力之制限,法制之材料所不可或缺者也。<sup>①</sup>

### 第三,对于分析法理学派之批评

#### 甲、斯丹木拉之批评伊埃林之法之目的论(Ihering's purpose-theory of law)

伊氏著《法之目的》(*Purpose in Law*)一书,乃论法之立,依目的的两制定者也。

伊氏释目的(purpose)曰:目的者,即利益与有限目的之谓也。彼描叙社会与个人自我主张之目的,思欲成一“社会的机械”(social mechanic)故其所谓目的,乃使意志行动之原力。然意志之行动,半恃乎报酬及强迫,半恃乎义务及爱护。但其全体之行为,则由于法。故法者为政治团体之势力也。伊氏之精要思想于此。在渠者之讨论此题文字,尤足使吾人一读之价值。其理想之社会领袖(social ruler)有如下言。其言曰:以其自己之利益为指导……收罗人生之一切规则,示其正途,使其可由其权力得最大

<sup>①</sup> 庞德:《法律史解释》,1923,12~13,19~20,43~44页。

利益也。(译者节译此语)

伊氏法律哲学之所以终连也,在于目的概念之未有正确意义。意义既误,则其哲学筑在错舛基础上,是其败也必矣。使以目的为“心理的因果”(psychological causality),遂堕入自然科学之纲,未越一步。夫因果律者,乃表显物体已变动之系统公式之方法,而现在之一定,视过去之如何以为衡。然吾人之所谓‘目的’,则注意及将来之事。故选择正当方法以达将来之正鹄也。……

然法非目的所创也。法者乃目的之一种特别表示也。<sup>①</sup>

## 乙、庞德之批评奥斯丁之法之命令说(Austin's command-theory of law)

生民之初,威权之观念,莫不言自神焉。斯时文化未启,思想粗糙,故视威权为神所赋与,莫敢抗逆也。若《汉穆拉比法典》谓为日神所制定赋与人君也;若摩西法谓上帝所制定也;若与纽法(The Law of Manu)谓由马纽之子受乃父之指示而制定也。此最后之例,即为法之命令说之信条也。论法者曰:法也者乃政治组织社会所发表之命令,而以强行权力为后盾,以使在下之服从也。此为罗马共和时代之法家对于法之观念也。及至十六七世纪法国律师为公家服务者,亦因袭往说,近世公法之观念即据此也。溯自一六八八年以还,斯说遂与哥克(Coke)之国会为最高权力说相调和,而为今日政治组织之圭臬。及后美国独立革命,继以法兰西之革命,尔时人民,莫不欲去旧代新,民众均向平民政治树建公共主权(Popular Sovereignty),此英之正统政治思想,已有响应之颖。然不率何种政治革命,其结果也,皆于法律背后立一不可侵犯之威权,以为一切法令之所由也。故举凡一国之典律,定判公道之条规,皆直接或间接出自此最高权力之主体……由是观之,

<sup>①</sup> 《密歇根法律评论》,第21卷,784~785页。



近代法律思想之变迁,不外去往昔之神权或自然赋与之法典观念而代之国家或人民而已。实则最高权力,不啻政治上帝”也。既以国家或人民为政治上帝,具有无限之权力,则今言之不同者,解释此威权之主体而已。在昔为神或天,在今为国家或人民。其于根本观念,未稍改也。此种思想之结果,遂产生法律稳固之要求甚于法律之宜变动。不但此也,且否认法律变动者亦有之。虽然,昨日之法,未必适用于今日之社会,将何以处之?既否认法之变动,时代又不能无变动,是则进退两难,于是牵强解释条文,以勉强符合时势。若法律假定,亦无非此目的。及至法之全部非不变不可,解释既不适用,遂藉政治上帝以创定新律。<sup>①</sup>

#### 第四,对于唯物的解释法史之批评

##### 甲、斯丹木拉之批评马克思(Marx)

唯物史观论者曰:社会经济者,社会生活物质之中心也。所有社会之一切组织及构造,靡不视此生产及分配之情形为转移,法不过存此经济之上耳。故若社会经济有重要变迁,则法律必随之而改变,以符时代之需要。……

统观此派之全部讨论,乃尽以社会经济及生产交易为基本理论。然则何谓社会经济,此问题未尝提及。苟持论此说者有思及此问题,其答案将曰:社会经济者,乃共同努力之事也。然则共同互助努力之可能,果何恃乎?必也有聚同讨论之机会,有合意及有次序规则等条件方可。故若无订劳动契约之法律可能,则所有问题若工资之贵贱,工作之情形,税收定则,及罢工等,均可置之度外,无讨论之必要也。苟法未有明文确认私产及货币,则工资之高低,非分内所讨论也。由是言之,社会经济,生产及分配,乃

<sup>①</sup> 庞德:《法律史解释》,1923,3~4页。

然若绝对不许立法者利用制定条文,使增加社会之状况,则未免咬文嚼义,限于呆板不顾事实之弊。此自由立法运动所持之理论,而欲言人所当为者也。若夫法之效力未能收获良好酬报,是必软性法制也无疑。……惟此种观点,若以必要为度,不为过分之推崇舆论(prevaling opinion),则其言甚切当也。晚近法规多有“良意”(good conscience)或“平衡”之条文,以为判决案件之示导。注释此种条文者,其诠释“良意”即曰:“判决例案须依良意行之。良意者即舆论之所谓良意也”。……史乘所载,莫不示吾人在此舆论度活,受惑之甚有如是哉。康德曾自问:何谓启明之实乎?曰:“能勇往用汝之领会,是启明之箴言也。”信夫!<sup>①</sup>

## 乙、庞德之个人政府之复活(revival of personal government)

法律历史之全部,乃提示吾人关于今日运动之意义及其由来。历观史乘,人类社会随时进步,而法律亦在此继续进化路程,由简而繁,由粗而细,由狭而广,以是利益之范围渐次扩大,增多之利益渐次维护。而此扩大与维护二事,乃继续发展无已。在原人时代,法律所及者,仅一部分之利益。此利益即社会安宁与秩序是已。及至严法时代,遂扩大此昔日保护范围:由狭隘之社会安宁与秩序至一般普遍范围。此发展也,酿成个人安宁与团体安宁相对峙;普通安宁与政治组织之行为相对立。自兹以还,法律渐属进化,迄自然法时代,则因昔日之已确认利益范围而扩张之,除确认已存保护利益外,更维护道德之利益;人人负有善良意思为道德上之义务。至成熟时期之法律,一方面确认道德上之社会利益,一方面则力固社会一般安宁及幸福而广大之;关于财产之取得,及交易之安宁,均展扩其范围。近世经济社会则以此为基础焉。然扩张利益之进化路程,以过渡时代为显著。故逢法纪败坏

<sup>①</sup> 《密歇根法律评论》,第 21 卷,873 页以后。

时代之后,法律所确认利益之范围。必更前发展且广大也。准斯以谈,则现在及将来之显明利益将为个人生活之社会利益,何言乎个人生活之社会利益也?曰:即个人之要求有尽量之道德也,有尽量之社会生活也,有尽量之生命也,此利益也,为社会之利益所必确认及维护者也,……若此等要求,现存之法律未克成功,吾人不可以其不能而即全盘推翻之也。此问题,乃法家之职责,应从严讨论后起之利益,加以智能之考虑,庶几良法美意,得臻成功;个人利益,得以完整,斯为社会之福利,人群所当焚香庆祝者也。<sup>①</sup>

以上所引原文,已足明二子思想之不同。就其言论综合之,别设一新系流之思想,吾将待诸他贤。然吾于此比较之观察,不可不有所言。故吾胪论其端,畀诸阅者,其于本文或有裨益万一乎?

吾人一观斯氏之批评言论,则知斯氏每论一事必以因果律与“同一律”及“矛盾律”之论理原则为标准。彼以此为战具,以否认别派之言论或滴其味于因果律或斥其隐于论理之荒唐悖谬。夫仅以因果律或论理之智识固未能建设新理论(doctrine),然以此攻击愚昧及悖谬之学说,已绰绰有余。

而庞德所持兵器,大与斯氏相反。庞氏每以“反动”、“影响”、“利益”、“关系现象”、“调和”、“发展”等词表其评论。庞氏欲反一理论也,必先示明其为反动某种运动,因某运动之未有大碍于社会也,故反动不久自灭;或滴斥某派学说之陷于“现象之幻觉”,而不适于用;或论其结果之不宜。诸如此类,皆为其评对方之法也。

要之,斯氏所持之方法,本下列二项为前提:第一,因果律与同样及相反论理原则皆有绝对的效用;<sup>②</sup>第二,斯原则为吾人不可愚昧者

① 庞德《个人政府之复活》(1920年)录自 *Annual Report of the George Bar Association*, 21~23页。亦可参阅 *The Nature of the Judicial Process* 第三讲。

② 例如:

Good conscience(良意)=good conscience(良意)

Good conscience(良意)≠good conscience(良意),由舆论而定之良意是已。

如霍姆斯所言,我们可以说舆论对法官的影响只具必然性,而不具负担性。

也。当苏格拉底之饮鸩也，彼知其必死于毒也。夫知而饮也，乃彼不顾其死也。苟苏氏以其所饮者为补剂，则苏氏死于愚，将貽笑万世矣。然苏氏知而饮之，此所以成其名。是故智识为道德与英伟之由立条件。乃十八世纪之学说不察焉，盲言理性(reason)犹万灵药膏，背因果法则而行，故其行为非吾人所宜仿也。

庞氏之方法，别含意焉：第一，谓吾人在暂时期间知某项之需要也，知某项之不需要也；第二，谓吾人欲免除错误，应顾及法律进化之客观原素也；第三，谓此原素有连互关系，盖由于因果律或他客观原则也。

由此观之，二子所用方法之结论，则各人方法之起点。斯氏有云：“论理与心理学乃互相补阙者也”<sup>①</sup>，即此之谓。然若有人以心理学为哲学之基本方法，使其与论理独立，是亦未可非也。何则，以二者均非所宜也。易言之，乃最后之结果，非论理亦非心理，实另一物焉。于是斯氏当辨别其言“论理与心理学互相补阙”一语，庶几分明也。

吾人暂搁置综合思想，此余已述之。惟各派之信徒，以“彼不反我者即与我”已足。言至此，敢为介绍韦摩尔(Wigmore)之论文(*Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae*)<sup>②</sup>，畀诸研究法理学者。盖此文列举法律所涉论者不过六个别之“心的活动”(mental activities)，然此非谓数个活动可以同一及同时发生，此吾人所不可忽也。今再申詹姆斯之言于此，以作余之结语焉。其言曰：

夫格物者，致知之源也。此致知之始也渐，其行也顺。知一物之极理也，即知宇宙之全体矣，盖一物之近远，靡不与各物有关系焉。故欲尽知此一物也，必也知其所有关系之物，然其关系为关系之一部耳。于是知一隅者，知一隅已；以其知一隅也，故所余者皆愚矣。<sup>③</sup>

① MLR, Vol. 21, p. 901.

② HLR, Vol. 30, p. 812.

③ 《心理学原理》，第2卷，332页。

## 四、结 论

本文终矣。吾今作一表，以示斯氏法律哲学之全体，为余之结论。

甲	乙	丙	丁
知识	社会哲学	法律史观	法之应用
怀疑主义 (韦伯)	个人主义 (司弟拿)	机械主义 (萨维尼)	法即公道
伦理实在主义 (斯丹木拉)	社会唯心主义 (斯丹木拉)	批评的目的论 (斯丹木拉)	公道由法
独断主义 (柯拉)	社会主义 (马克思)	目的论 (伊埃林)	公道即法

(丘汉平 译)

# 罗斯科·庞德的法律哲学\*

- 一、法律哲学问题
- 二、庞德对于不同法律史解释的论述
- 三、对于法律史的工程学解释
- 四、庞德的社会利益理论

---

\* 本文翻译过程中,参考了狄润君的中译本,狄氏译本载《震旦法律经济杂志》,第3卷第5、6期,1947。

本文原刊于《伊利诺伊法律评论》(*Illinois Law Review*),第18卷,1924年1月,285~304页。翟志勇译。

宣称：“法必须稳定，但不能静止。”<sup>①</sup>这听起来像个悖论，但事实却是如此。坚固而稳定的社会秩序是人类进化不可或缺的条件，但与之相对的是，人类要进步，就必须变革其法律。因此，稳固性与变动性这两种特质，并无可疑之处；问题毋宁是，二者能否协调一致。换句话说，我们能否同时给予两者存在的可能？庞德的回答是肯定的。他诉诸他所所谓的“社会工程师”，他认为，经由对法律的巧妙处理，我们既可以维护社会秩序，同时也可以使法律适应社会进步。法律“必须依照它所调控的现实生活的变化，不断地被省察，不断地被修正”。<sup>②</sup>进而，他要求立法者、法官和法学教师给予不断的警惕和努力。他倡导此种努力，因为他深信其功效。在法理学领域，他处处宣扬一种功能主义态度。和耶林(Jhering)一样，他憎恶概念法学，希求一种现实法学。总之，他对稳定性和变动性问题的解决是实用主义的，因为他不在意这些观念的逻辑适恰性，而是看重其实际设计的可行性。他说：“经由不断的尝试和挫折，至少在一部分旧有材料的基础上，谨慎打拼出一条新的道路。”<sup>③</sup>从他的参照系观之，法律即为满足人类欲望的有用工具，即为提升人类文明的杠杆；其价值的品评，不是由于其符合某种抽象的理念，而是由于其能在具体实践中促进人类的福祉。稳定性与变动性的调和，不是通过一次逻辑论证即可一蹴而就、一劳永逸的；而是法律专家在“训练过的直觉”的帮助下所执行的日常工作。

一个哲学家的地位很大程度上由他提出问题的方式所决定。庞德提出问题的方式立刻表明其为实用主义者。在实用主义者中，庞德和约翰·杜威(John Dewey)最为类似。杜威之于庞德，犹如 Natorp 之于施塔姆勒(Stammler)。由于这个关联，我禁不住要引用亚瑟·K. 罗杰斯(Arther K. Rogers)在《1800 年以后的英美哲学》一书中对杜威

① 庞德：《法律史解释》，剑桥，1923，1 页。中译本由邓正来译，中国法制出版社 2002 年出版。——译者注

② 庞德：《法律史解释》，剑桥，1923，1 页。中译本由邓正来译，中国法制出版社 2002 年出版。——译者注

③ 庞德：《法律史解释》，剑桥，1923，4 页。中译本由邓正来译，中国法制出版社 2002 年出版。——译者注

哲学的精妙概括：

实用主义经验地适用理智，以解放行动。希求一个成长而非停顿的世界；思想非为既成事实的复本，而为社会进步的实际方法。此方法不仅使我们从蒙昧主义的不变理念中解放出来，也使我们从过去对新奇或毫无原则的自由的零星需求中解放出来。此乃一种理性进化的逻辑；对于环境中新事物持续不断地保持警惕，而对于过去，并无不适当的屈从，新和旧之间同时以有序而适度的方式相联系。<sup>①</sup>

此段对杜威哲学的描述，亦足以描述庞德的哲学。我之所以引用这段话，不是要表明他们中一人依赖于另一人，而是要表明他们当时有共同的哲学倾向。正如非纵览马堡学派(Marburg School)的新康德哲学，不可能理解施塔姆勒；或非熟稔当时法国思想中的社会连带主义运动知识，不可能完全领会狄骥(Duguit)的学说；如果不把庞德和当时所谓的实用主义思想倾向相联系，我们也不可能认识到庞德的真实地位，<sup>②</sup>此点证明了法律与哲学的相互依赖。

## 二、庞德对于不同法律史解释的论述

庞德是一个彻头彻尾的工具主义者。如果他将法律视为工具，则他会将法律理论视为制造工具的材料。对他来说，无论是唯心主义的法律史解释还是唯物主义的法学史解释，均有其功用，在庞德自己的体系内，两者均有恰当的位置，都执行着恰当的功能。他从前者找到

① 亚瑟·K. 罗杰斯：《1800年以后的英美哲学》，391页。比较桑塔亚纳(Santayana)的评论：“理性不是用来复述世界的，而是用来完善世界的。”参见《理性生活》(The Life of Reason)，纽约，1905，第5卷，52页。

② 对社会连带主义感兴趣的人可以阅读纪德(Gide)和瑞斯特(Rist)：《从重农主义到当代的经济学说史》(A History of Economic Doctrines from the Time of the Physiocrats to the Present Day)，理查德译，波士顿，587~614页。



了使他的机器得以运转的促动力,从后者找到了使他的机器得以运转的车轮。

过去几个世纪的法律哲学的历史可以概括如下:

(1) 法学上的唯心主义:目的论的视角。

A. 伦理学解释重点强调权利观念的价值。

B. 政治学解释重点强调个人的自我做主和自由的价值。

(2) 法学上的唯物主义:机械论的视角(mechanical views)。

A. 人种学和生物学之解释注重地理环境和种族心里对法律发展的影响。它们将法律看作一种社会现象,与所有其他社会现象相联系。它们之间互为因果。

B. 经济学解释断言,法律的发展依赖于经济的发展。

统而言之,第一类法律理论盛行于十七、十八世纪,而第二类盛行于十九世纪。庞德面对的问题是:我们如何使用各种解释呢?他通过诉诸所谓的“司法能动主义”(Juridical Activism)将整个问题简单化。他剔除了其中任何可能导致政治宿命论和司法悲观主义的成分,接受了其中可以策动人们创造活动和有意识地“创生法律”(law-making)的成分。然而,这并不意味着他接受了从萨维尼(Savigny)那借鉴来的表述:“不可名状的促动”(unenlightened impulse)。<sup>①</sup> 尽管庞德仰慕自然法的黄金时代,但他并不赞成“十八世纪的观念,即认为文明为某睿智的立法者或富于创见、精神崇高之人从外部建构的”<sup>②</sup>。庞德是一位十足的科学家,深信“除了全能上帝之行为,创造绝非无中生有”<sup>③</sup>。创造性的活动绝不能离开物质材料,而是以其为条件,受其限制的;但是,创造性的活动可以使活动服务于有益的目标,适应新的环境。在庞德

① 萨维尼:《论立法与法学的当代使命》(Vom Beruf unsrer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft),1804年;英文本由海沃德(Hayward)翻译,书名为*Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*,其中短语“Unerleuchteter Bildungstrieb”被译为“blind rage for improvement”。——该书中译本由许章润翻译,中国法制出版社2001年出版。——译者注

② 庞德:《法律史解释》,剑桥,1923,17页。

③ 庞德:《法律史解释》,127页。

的体系内,法学上的唯心主义,因其指引性,故采取积极的原则(positive principle);而法学上的唯物主义,因其限制性,故采取消极原则(negative principle)。于此,已经毋庸说明,二者对于创造活动同样不可或缺。打个比喻来说,观念起到风帆和舵的作用,用于调整善端和增强力量;而物质存在,因其因果关系之负担,则充当压舱之物。斯毛尔(Small)教授迫不及待地问:对于设计和建造吊桥而言,难道还要争论一下万有引力法则不成?<sup>①</sup>

总之,庞德对待过去法律理论的态度,就像沃尔特·惠特曼(Walt Whitman)——一个美国人中的美国人——诗句中所表达的:

I dare not proceed till I respectfully credit what you have left,  
wafted hither;

I have perused it, own it is admirable(moving awhile among it);  
Think nothing can ever deserve more than it deserves;  
Regarding it all intently a long while,—then dismissing it,  
I stand in my place, with my own day, here.<sup>②</sup>

庞德最大的优点在于,他知道如何摄取他人的思想。他受益于前人的努力,在他身上,你可以明显发现萨维尼、奥斯丁、耶林、萨莱耶(Saleilles)<sup>③</sup>、柯勒(Kohler)、施塔姆勒、霍姆斯的影响。<sup>④</sup> 在他的体系

① 参见斯毛尔:《蒂堡与萨维尼的论战》(The Thibaut-Savigny Controversy),载《美国社会学杂志》(American Journal of Sociology), XXIII卷,723页。

② 参见道顿(Dowdon):《英语文学研究》(Studies in English Literature),其中有一篇关于惠特曼的文章。

③ 法国法学家,十九世纪法国科学法学代表人物。

④ 有四篇文章,我们可以将其看作是法学思想新纪元的征兆,按年代顺序排列如下:柯勒(Kohler):Das Recht als Kulturerscheinung,1885;施塔姆勒(Stammler),Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie,1888;霍姆斯(Holmes):《法律之道》(The Path of Law),1897;萨莱耶(Saleilles),Le Code Civil et la methode historique,1904。——其中霍姆斯《法律之道》中译本由许章润翻译,载《环球法律评论》(北京),2001年秋季号,322~332页。——译者注

内,存有分析法学派、历史法学派和哲学法学派的精髓,而正是那合理而稳健的主导性品质(leading-tone),使得这部吸纳了如此多样而相互冲突的观点的作品得以维持平衡和同统一。

这部分不说说亨利·梅因爵士(Sir Henry Maine)就不够完整。庞德对梅因的历史研究,颇为崇敬。但梅因“从身份到契约”的著名公式,庞德却不能接受,可能是因为梅因的论述听起来有点像黑格尔学派。但是我斗胆说,梅因心里的意思或许是:“法律秩序已经从机会(chance)进化到选择(choice)”。如果从这个意义上解释,则梅因的公式为庞德有意识行动之哲学提供了佐证。<sup>①</sup>

### 三、对于法律史的工程学解释

庞德并没有从我们前已述之的各种法律史解释径直跳到自己的解释上,而是用了一座桥梁。任何工程成为可能之前,工程师必须首先登台亮相。因此就有了“伟大法律人的解释”(great-lawyer interpretation)。庞德认为,法律材料既已存在,随时任由我们取用,但是“不时有专横之人,在既存的资料和可用的方法之间作出选择,并将其选择强加给他的时代,如此这般,就为后人的工作标定了材料”<sup>②</sup>。但庞德的解释并未到此为止。他说:“我决不会主张把伟大法律人的解释作为对法律现象的阐明,作为撰写法律历史的一种方法。我所主张

① 无论如何,庞德的法律哲学不应被理解为对相反公式的支持:即从契约到身份。这可能源于对“status”一词粗心大意的使用。我要把读者的注意吸引到 De la Montanya 一案(De la Montanya v. De la Montanya, 112 Cal. 115.)的法庭观点中:“status 这个词的确切含义,无论是派生的还是在诉讼程序中界定的,都不能用来指单纯的关系,status 意味着关系,但不仅仅是关系。”当 Dicey 说“工人关于工伤事故补偿的权利已经不再是契约(contract)问题,而是身份(status)问题时”,他犯了个错。——参见《十九世纪英国的法律与公众观念》(Law and Public Opinion in England during the nineteenth Century), 284 页。在这一点上,我同意波洛克(Pollock)的看法,通过法律适用而出现的责任(obligations)不能等同于身份(status),否则,身份(status)便等同于社会控制了。

② 庞德:《法律史解释》,1923,128 页。

坦率地讲,庞德是一位“有偏私”(interested)的思想家,但其工程学解释拥有“行星系解释”具备的全部优点。庞德的解释更贴近生活事实,因为它不但考虑了无数复杂的作用力和因素,而且兼顾了人类意志。人类意志也可以作为一种作用力,其区别于其他作用力之处在于它的选择性(selective)。为了阐明我的意思,除了“行星系类比”,我们再设想一个飞行中的飞行器。飞行器在每一瞬间的位置可以说是相互冲突的力综合作用的结果(为了免于争论,我们姑且假定时间可以分成瞬间,空间可以分成点)<sup>①</sup>,但说到底,它仍然是人类的创造。相同的,任何地域的法律在其进化的每一阶段,都是相互冲突的力相互作用的结果,但它同样是人类的一种制度,被人类或有意识或无意识地发明创造,以满足人类的需要;言及无意识的创造,听起来很离谱,但事实上,上古时期人类所用的工具,大多为无意识的创造;他们将他们自己的工具尊崇为上帝赐予的神圣礼物。这充分说明,他们并没有意识到这些工具是他们自己的发现创造。古时的法律也是如此,虽为人类所创造,但却认为是上帝赐予的。工程学解释忠实于愿意,因为在工具制造的历史中,我们可以发现所有相应的法律制定的进化阶段。但我想特别指出,法律进化尚不及工程进化;因为,在一个器物崇拜已经不复存在的世纪,我们仍以为法律为我们神性祖先赐予的神圣之物,认为权利源于逻辑而非社会功用。从职业的观点视之,我总是认为法律的进化在于不断地返回现世与现实(secularization)。法律已经由宗教、政治、道德中世俗化出来,随之而来的是法律从逻辑概念中解脱出来,这将随着逻辑从所有不相干的东西中净化出来而发生。诚如施塔姆勒在《法律科学的理论》(*Theorie De Rechtswissenschaft*)中提出的,概念的法学(a conceptual jurisprudence)有其合理性,因为它认为自己只是法律科学的抽象部分,并不涉及影响生活的具体细节;但另一方面,“概念法学”(The Jurisprudence of

<sup>①</sup> 做出如此的假定,我们一定不能被理解为陷入了芝诺关于飞行之箭的谬论。对于我们来说,运动是真实存在的事实,和我们可以做个假设这一事实一样的真实。

Conception)<sup>①</sup>则欲垄断整个领域,将事实与形式混淆,将生活与逻辑混淆。和新康德派一样,这点正式庞德所憎恨的。

至于庞德的工程学解释能否成为将来法律进化的安全导引,我想这个问题很好回答。没有人确切地知道将来的事情,工程学解释的可靠之处在于,它并不担保将来的进步,因为进步与否,很大程度上有赖于将来的工程师的能力与技术。

#### 四、庞德的社会利益理论

哲学并不提供动机,但它向人们表明,在从事他们想做的事情上,他们不是傻子。<sup>②</sup>

——霍姆斯:《法律论文集》

在上一部分,我大胆指出,从职业的观点视之,法律的进步在于不断地返回现世与现实(secularization);我还暗示了将法律从逻辑的概念中解脱出来的愿望。我的意思是,我们虽然可以从逻辑方面研究法律,但绝不能将法律等同于逻辑,更不能将其等同于宗教、政治和道德。<sup>③</sup> 将法律看作是上帝的意旨,则人类将变得崇拜神灵(divine)、故步自封(immutable)、狭隘偏执(intolerant)、难以忍受(intolerable);将法律看作是皇帝的权威,则法律将变得恣意妄为(capricious)、专横无理(arbitrary)、压榨胁迫(oppressive);将法律看作是道德感的指示,则

① 我们一定不能忽略被庞德冠以这个名字的具体案件。他的《机械法理学》(《哥伦比亚法律评论》,1908年12月),包含了概念法学失败原因之纲目。关于法律概念的机械适用,参见E. D. 迪金森(E. D. Dickinson)的文章,Les Gouvernement ou Etats non reconnu en Droit Anglais et Americain, *Revue de Droit international et de Legislation comparee*, 1923, pp. 2~3.

② 原文为:“Philosophy does not furnish motives, but it shows men that they are not fools for doing what they already want to do.”——译者注

③ 法律是人类社会一种自然(natural)现象,一种特殊的社会控制形式,区别于其他形式。它是一种精神以外(extra-mental)的东西,具有客观的现实性。较之逻辑不能推演出宇宙,逻辑也不能推演出法律来。

化地处理连续性、无限性、因果关系这样的抽象概念<sup>①</sup>，但一涉及社会改造问题时，就只能根据冲动、需求、目的、创造活动和有效行动等话语说；他一刻也不能忍受一些学者“残酷无情的逻辑”，他们欲用此逻辑证明在大战中青年人是“为一些冷酷无情的抽象目的而不可避免地牺牲”<sup>②</sup>。鲁道夫·施塔姆勒，可能是历史上最富逻辑思想的法学家，在讨论法律的最终功用和法律哲学问题时，总是不厌其烦地谈论如何通过适用方法以达到目的。<sup>③</sup> 我的用意所在是，不能因为一件事情偶然存在或偶然可以逻辑地解释，即可获得我们的赞同，但也不因我们的偏见而反对它。事物的实然问题与应然问题迥然不同。逻辑合理性与道德正当性源于全然不同的根基，应该截然分开。例如，在逻辑上完全可以说：

所有的人都是罪人，  
保罗是人，  
因此，保罗是罪人。

但这并不意味着保罗应为罪人。<sup>④</sup> 同样，从 $1+1=2$ 这个公式，并不能因而得出结论，以为一个错误再加上一个错误就是一对错误。这对于法律亦然，法律已经存在的事实，即便追溯到远古时期，并不意味着它将继续存在。施塔姆勒探寻 *das Recht des Rechtes* 或 *the raison*

① 我指的是其著作《我们关于客观世界的知识》(*Our Knowledge of the External World*)，伦敦，1922。就我们的目的而言，他关于原因(cause)概念和自由意志适用问题的演讲很重要。

② 罗素：《社会改造原则》(*Principles of Social Reconstruction*)，伦敦，1917，247~248页。

③ 施塔姆勒将法律定义为一种 *Zwecksetzung*，或一种目的的安排(purpose-arrangement)。

④ 当我偶然提及保罗时，我想起了圣保罗，在他给罗马人的使徒书中，非常生动地描写了他内心在实然与应然之间的斗争(第七章)，在我看来，总的来说，这是人类历史的表征。

d'être of the law;<sup>①</sup>庞德则探求法律在社会中的功用。你施行一部法令,不是仅仅因为它是一部法令,而是此时此地的社会利益要求它被施行。在此种情形下,就事实而言,两者并没什么大的差别,方式不同而已。其重心在于施行时从自我为中心的法令移转到社会利益之上。至少从职业的观点视之,在法律思想上的变革上,其重要性和剧烈性,一点不逊于天文学上的哥白尼革命。<sup>②</sup>再者,在一些疑难案件中,法律并非现成,仍在生成过程中。<sup>③</sup>因此,法官是遵循社会利益理论的导引,还是遵循“概念法学”的导引,在实践中确实会形成很大的差别。因为,前者使我们参照法律的目的,有意识地调整法律;而后者则过多依赖于逻辑大帝的干预。如果我们撤下法律的狮子皮,我们发现里面竟是一头毛驴,它应为我们服务,而非使我们困惑和恐惧。霍姆斯已经指出了这头老驴应走的道路;施塔姆勒则指出了最终的目的地;庞德则为毛驴开列了清单,指出途中应处理的各种各样的差使。这里,我们把注意放在差使上,马上研究这些差使为何种东西。

前已述及,庞德是一位彻头彻尾的实用主义者,他的法律哲学是“不问原初事物(first thing)、原则、‘范畴’和假定的必要条件的态度,只关注最终事物、成果、结果、事实的态度”的具体体现。<sup>④</sup>就是这种注重实效的性情,既引领伦理哲学家詹姆斯(James)将真理看作“善

① *das Recht des Rechtes* 是恰到好处的表达,不能用英语再现;英语中的“the right of the law”最贴近原意,用 right 这个词,有道德辩护的意味。Bergbohm 批评这个词过于含糊,参见 *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, 146 页。但我想,恐怕是他给这个词赋予了太多含义。

② 约翰·C. 格雷在他非凡的著作《法律的性质和渊源》(*The Nature and Sources of the Law*)中,1909 年第一版(1921 年第二版),对法律采取了现实主义视角。他认为,制定法不是法律,仅仅是法律材料,有待法院将其具体明确化。他说:“事实上,法理学和哲学一样,不是正式的科学,因为骨架、肌肉和神经是哲学研究的主题事物,所以行为、人的自制和事件就是法理学研究的主题事物。”(145 页)这成了社会学法学的预言。

③ 参见温斯洛 Winslow, C. J., *Borgnis v. Falk Co.*, 147 Wis. p. 327.

④ 詹姆士:《实用主义》(*Pragmatism*), 45 页;同时参见杜威:《达尔文对哲学的影响,及其他关于当代思想的论文》(*The Influence of Darwin on Philosophy, and Other Essays in Contemporary Thought*), 纽约, 1910, 13 页。

(good)之一种”,复驱使法学哲学家庞德将权利包含在利益之下。詹姆斯问:如果真理不是有价值而且有益处的,人类为何寻求它?庞德问:如果不是为了权利背后的利益,人类为何寻求行使权利?从概念上来讲,所有权利都是平等的,对一项权利的侵害,无论这项权利包含的实质价值多么微小,都像侵害其他权利一样,是一件严重并应受到谴责的事,因为它构成了对所有权利的潜在威胁。这种推理方式,是在保护个人权利以防止政治权力专横干涉的社会需求中自然产生的。它作为对抗专横政府的安全保障,相当成功地发挥了它的作用。虽然权利在很大程度上是人类自我保护本能的产物,但时至今日,整个局面似乎是,权利已经自觉地结成同盟,达到了一种休戚与共的效果,并且与“专断、枉法这两个恶霸”抗争到底。在相互联合与相互支持中,他们寻得了力量,一旦神圣同盟的成员之一遭受侵害,就会激起整个同盟的愤怒。于此可见,现在备受一流法律思想家责难的“概念法学”,曾经也是人类的忠诚的仆人。耶林虽然反对概念法学(Begriffsjurisprudenz),但在其《为法律而斗争》(Struggle for law)一文中<sup>①</sup>,也不自觉地谈到权利的主要动因。他甚至认为被害人主张权利是他的责任,甚至在实质上不值得去主张权利的情况下,亦是如此。因为,维护他的个人之权利,也就是在维护整个法律,因此对维持社会秩序作出了贡献。“在此种情形下,放弃意味着对一种共同理想的背叛,因为它会助长共同敌人的势力,使其更加胆大妄为、厚颜无耻。当专横与胡作非为重新抬头,即表明负责维护法律之人,未曾尽责”。<sup>②</sup>因此,在审慎地防护我们自己的权利的同时,我们也在服务于社会,因为,这样可以使社会上的侵权、犯罪以及其他违法之行为,降至最低限度。(诚如耶林恰如其分的说法:“就人类的本性而言,毫无疑问,就防止不公正的发生而言,坚决地反抗要比简单的禁止更有力

① 耶林:《为法律而斗争》(The Struggle for Law),约翰·J. 拉勒(John J. Lalor)译,芝加哥,1879。

② 耶林:《为法律而斗争》(The Struggle for Law),约翰·J. 拉勒(John J. Lalor)译,芝加哥,1879,68页。



量,后者和道德戒律一样没有强力。”<sup>①</sup>另一方面,很显然,一些人的单纯、怯懦是奸诈、狡猾、强横者欺诈愚弄他们的诱因。<sup>②</sup>总之,耶林所述的要旨在于,我们必须保护我们自己,与一切专横、不公正的行为作斗争,以便维持公共秩序与和平。)耶林从社会的视角来看待个人权利,个人权利不过是达到社会目的的一种手段。这为庞德的社会利益理论铺平了道路。

对于庞德来说,同耶林一样,权利的最终确认,不在于权利本身,而在于社会对行使权利的需求。如果社会利益要求行使权利,那么,它也能够要求限制权利,或者甚至废除权利。需要采取哪一种措施,取决于该社会特定时期的具体情形。我们必须时刻铭记在心的是,法律的一项基本作用在于保障一般民众,抵御在某时某地拥有压迫和愚弄民众的权力的一方的专断和压迫行为。权力在性质上不一定是政治的,也可能为宗教、文化或经济上的。进一步来说,权力是一个相对概念;在更广泛的意义上而言,权力和强迫(*duress*)一样,是相对于被压迫一方的心理状态而言的。因此,举例来说,我们可以这么说,一个人的困境便意味着他事实上的不自由,也就是说,他没有处于正常的心理状态中。关于此点,*In re Janvrin*(1899)174 Mass. 514. 一案是很好的说明。在该案中,争点即是 St. 1897. C. 336, Sec. 1 的规定是否合乎宪法,该规定修正了《都会供水法令》(*Metropolitan Water Supply Act*)第 23 节(St. 1895, C. 488)。《都会供水法令》中规定了一个规划,即除了制定法另有规定外,禁止州议院十里以内的城市或城镇居民,利用当时尚未利用过的水源之水作为家用。首席法官霍姆斯,代表法庭发表评论说:“此项禁令,若长期存在的话,会通过赋予专营权,把过度索取费用的权力交到现在为这些城市或城镇供水的自来水公司。”很显然,为了应付这种危险,修正的部分规定:“城中的

① 耶林:《为法律而斗争》(*The Struggle for Law*),约翰·J. 拉勒(John J. Lalor)译,芝加哥,1879,70 页。

② 参见《乌尔比安的学说汇纂》(*Ulpian in Digest*),1V, 3, 1; 庞德:《罗马法读本》(*Readings in Roman Law*),第二版,4 页。

选民代表,或认为所收取的水费侵害到自己权益的任何人,都可以通过申请状的形式,向最高法院提出请求,要求将费率确定在合理的范围内。”虽然主要问题表现在政府权力的分立上,但我们对法官的附带意见颇感兴趣:“没有人会质疑,立法权限可以要求自来水公司必须按照一个合理的费率向其用水人供水”。此点证实了我的论断,即法律所应防范的滥用的权力,本质上不一定是政治性的。)一切权力都可能被滥用。法律的作用,即在于防止任何权力行使过程中的专断滥用。但是,问题在于依据何种标准来判断一项权力的行使?在合理与专横之间,将如何划分界限?庞德的标准是:它是否能以最低程度的利益牺牲确保利益的最大化?他拟设的社会利益大纲如下:<sup>①</sup>

(一) 一般安全(general security)

平安(safety)

健康

和平与秩序

交换财产的安全(security of transactions)

占有财产的安全(security of acquisitions)

(二) 社会制度安全

家庭、政治、宗教

(三) 基本道德

(四) 社会资源的保护

自然资源的使用与保护

受赡养者与残疾人的保护与教育

对罪犯的改造

经济上需要帮助者的保护

<sup>①</sup> 更为全面的阐述参见庞德:《社会利益理论》,载《美国社会学协会文件与文汇》(Papers and Proceedings of the American Sociological Society),XV卷,1921;及《普通法精神》(The Spirit of the Common Law)中的“司法经验主义”(Judicial Empiricism)一章,波士顿,1921,166页以下。

(五) 一般进步

1. 经济进步

- a. 财产在出售和使用上免受限制的自由
- b. 自由贸易
- c. 实业自由
- d. 鼓励发明

2. 政治进步

- a. 批评自由
- b. 思想自由

3. 文化进步

- a. 科学自由
- b. 文化自由
- c. 鼓励文学艺术
- d. 鼓励高等教育
- e. 改善审美环境

(六) 个人生活

上述利益的价值,并非一旦确定便终生不变,而是随着时因和地域而变化的。一般来说,每一项的价值升降都与此时此地的需求直接成正比。比如说,在战时,一般安全的社会利益(平安、和平、秩序)就要凌驾于其他利益之上;在落后的国族,一般进步的社会利益就会被赋予相对较高的价值;在文化水准高而道德水准低的国家,对基本道德和社会制度安全方面的社会利益的重视,则是最好的解决办法。在工业主义可能窒息人性,将人类转变为虽然强大,但毫无生机与灵性的机器的国家中,(在我看来,这是人类所遭遇的最可怕的灾难)则应特别注重个人生活与文化进步的社会利益;物质文明与文化是二种不同的东西。在贫瘠之地,保护社会资源的社会利益,自然应给予极为重要的考虑。事实上,社会利益理论,可以适用于一切情形和所有复杂的环境,当然,有必要做些说明,即着重强调一种并不意味着忽略其他种。社会利益理论甚至并不否认人类自然权利之崇高学说以及浪

漫的“概念法学”的功效。比方说,对于一个内忧外患的民族,统一行动最行之有效的激励方式,莫过于自由、平等、博爱的理想。虽然那些提出此种气势磅礴、激动人心的理想的国家,因久已享受独立与富强,或已忘却它们的有益影响,但对于此等落后民族仍富有意义。在我看来,一切有益的东西都是正确的。总之,据我所知,作为立法理论和司法判决的导引,现今还没有其他理论能像社会利益理论如此精妙、如此广博、如此稳妥。

每一诉诸法庭之争议,最终都涉及社会利益的权衡与平衡;因为,依照庞德的观点,个人利益可以用社会利益加以表述。举例来说,庞德说:“在社会利益的关照下,权衡在占有财产的安全和交换财产的安全中的个人利益时,必须考虑到每个人个人生活中的社会利益,因此,必须限制需求的法律强制,使其与人类的生存条件和谐统一。”<sup>①</sup>在这点上,Borgnis v. Falk Co. ([1191] 147 Wisconsin 527)一案为最佳之阐述。在该案中,法院支持了《威斯康星州工人赔偿法令》的“可择性”方案,首席法官温斯罗(Winsrow)代表法院发表了社会学的见解,而非推行绝对合同自由的极端逻辑教条主义。再者,每一争端主题的性质,在权衡、平衡过程中,可以看作一时的权宜之计。庞德说:“在财产法与商法的争议中,一般安全中社会利益的经济形式——占有财产的安全、交换财产的安全——是控制(controlling),机械适用既定且详尽的规则,或僵化地从既定前提概念中推倒,是一项明智的社会工程……用柏格森(Bergson)的话说,我们正处在这样一种智识领域中,其特征表现为具有‘掌握一种情形下的一般性因素,并将此因素与过往情形联系起来’的力量”<sup>②</sup>。另一方面,在涉及到道德品质、个人行为或事业行为的合理性的争端中,就应采用个别化的方式。于此,“我们必须注意每一案件中的特殊因素,并且要求‘精确把握由本能(直觉)支配的

① 庞德:《社会利益理论》,载《美国社会学协会文件与文汇》,42~43页。

② 庞德:《法律史解释》,1923,154页。

特定情形’”<sup>①</sup>。换句话说,此处要求对社会利益更为精妙的平衡,我们必须依赖法官“经过训练的直觉”。这就让我想起霍姆斯法官在 *Lochner v. New York* 一案中的附带意见:“一般性的见解 (propositions) 不能决定具体的案件。具体案件的裁决依赖一种比任何清晰的重要前提更为精妙的判断或直觉。”<sup>②</sup>总之,虽然明智的社会工程利用机械节省人力,但其绝非全然免除了人类的监控。

对于司法行政中适用社会利益理论时的确定程度和明确程度,是不可避免要提出的问题。社会利益理论并非一个严谨的逻辑理论,从中可以作出明确的推理,那么,它是否会为法官留下过多恣意妄想的空間?是否将使一切个人权利毫无保留地屈服于模糊的、不明确的社会利益考量之下?这个问题提的非常好,因为它促使我们更加深入地思考这个问题。让我们假设——事实上这是不可能的——将来一切案件,甚至到最微细之处,都可以被预期,我们可以通过明确的条文事先确定它们。在这种情况下,我们似乎处在一种绝对确定的状态下。但即使如此,确定性也只是“一种幻觉,确定并非人类之定数”<sup>③</sup>。因为,谁能担保将来的法官会全然遵从我们的命令,或不会错误地适用我们的规则,甚或有足够的想像力,可以将我们预想和记录的情形与他们面前实际发生的情形识别清楚?在记录与现实之间,有一道宽阔的鸿沟,一方确定并不意味着另一方也确定。从规则到实际适用,我们必须用“意念”(will)、“想像”(imagination)在鸿沟之间架起桥梁,“意念”、“想像”比逻辑思维更为精细、更为不确定。无论我们如何试图使法律确定、明晰,法律的最终适用,仍要留待“意念”与“想像”的悉心呵护。如果说逻辑学可以保证理论的确定性及其正确性 (validity),那么惟

① 庞德:《法律史解释》,155页。无论是由于柏格森的影响,还是由于当时一般性的哲学氛围,时代的因素被引入法理学,作为一种新的维度。参见庞德:《机械法理学》(*Mechanical Jurisprudence*),载《哥伦比亚法律评论》(*Columbia L. Rev.*),第8卷,817页。其中,他着重强调“迟来的正义等于不正义”的观点。

② 198 U. S. 78. 这是霍姆斯的“即兴之作”(chances utterances)之一,在我看来,这如同歌德的 *Gelegenheitsgedichte*(即兴赋诗)一样,充满创造性与智慧。

③ 霍姆斯:《法学著作选》(*Collected Legal Papers*),181页。

距今已有十年的光景了！那时，叙百和我同在东吴法科求学。有天晚上我跑到叙百的宿舍里去谈天，他正在那里读书。我问他读的什么书，他就将那本书给我看；我把那书名一念知是柯拉(Kohler)的《法律哲学》(*Philosophy of Law*)。我当时觉得很稀奇。“《法律哲学》！”天下果有这种奇书吗？叙百看见我那般少见多怪的模样，便笑道：“你真是个乡下人！你一天到晚读你的现行法(positive law)；你可知道现行法是法律的骸骨，法律哲学才是法律的精神吗？你研究法律，连法律哲学都不去涉猎涉猎，岂非枉做了一个法律学生？”

可见叙百向来对于法律哲学的兴趣非常的浓。他研究法学的态度，实在可佩！这次他把美国哈佛法科教务长庞德氏所著

(二) 新哲学派的法学——这派又可分为三个支派：一曰新黑格尔派, Kohler 为其代表；二曰新康德派, Stammler 和 Del Vecchio 为之代表；三曰新经院哲学派, GénY 为之代表。

(三) 新分析派——这派尚在酝酿之中, 一时还没有强有力的代表。简言之, 此派根据于新唯实论的逻辑, 主张用科学方法来研究法律的现象, 使法学变成一个真正的科学。旧分析派从事于形式上的分析；新分析派从事于实体上的分析。此派虽然还没有具体的方针和组织, 然而与此派精神相近的, 已不乏其人, 在德国有 Wurzel, 在美国有 W. W. Cook。我自己是绝对主张这派的。对于这派的目的和方法, 当另行发挥。

从以上所述, 可见社会学派的法学是现代三大宗派之一。我不能认它为集法学之大成。不过我对这派有相当的敬意就是了。

## 二、庞德氏巨著一览表

庞氏著作宏富, 不胜枚举。其散见于欧美法律杂志和丛书的, 有下列诸篇:

Maxims of Equity, *Harvard Law Review*, June, 1921.

Common Law and Legislation, *Harvard Law Review*, April, 1908.

Interests of Personality, *Harvard Law Review*, March, 1915.

Juristic Science and Law, *Harvard Law Review*, June, 1918.

Theories of Law, *22 Yale Law Journal*, 114.

The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines, *27 Harvard Law Review*, 195.

The End of Law as Developed in Juristic Thought, *27 Harvard Law Review*, 605; *30 Harvard Law Review*, 201.

Justice According to Law, *13 Columbia Law Review*, 696; *14 Columbia Law Review*, 1, 103.

Mechanical Jurisprudence, *8 Columbia Law Review*, 605.

Equitable Relief Against Defamation. 29 *Harvard Law Review*. 640.

The Theory of Judicial Decision. 36 *Harvard Law Review*. Nos. 6. 7. 8.

Liberty of Contract. *Yale Law Journal*. May. 1909.

Revival of Personal Government. *Annual Report of the Georgia Bar Association* (1920).

Philosophy of Law in America. *Archiv Für Wirtschaften und Rechtsphilosophie* (1913—1914) Band VII. Nos. 2~3.

Courts and Legislation. *Science of Legal Method*. p. 202.

Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review*. June. 1911. December. 1911. April. 1912.

Legacies on Impossible or Illegal Conditions Precedent. *Illinois Law Review*. May. 1908.

Theory of Interests. *Papers and Proceedings of the America Sociological Society*. Vol. XV (May. 1921).

Judge Holmes's Contributions to the Science of Law. *Harvard Law Review*. March. 1921.

Jurisprudence. in *History and Prospects of the Social Sciences*. pp. 444~479.

庞德真是一位才士！近年以来，差不多没有一年不出部惊天动地的书。今将庞氏重要的书开列于后：

1. *Readings in the History and System of Common Law*. 1913.
2. *Reading in Roman Law and the Civil Law and Modern Codes as Developments Thereof*. 1914.
3. *Outlines of Jurisprudence*. 1920.
4. *The Spirit of Common Law*. 1921.
5. *Introduction to Philosophy of Law*. 1924.



6. *Interpretations of Legal History*, 1923.

7. *Law and Morals*, 1924.

庞德氏著作虽多,而他的立足点始终没有大更动,所以念了本书,就可略知庞氏的趋向了。

吴经熊

一九二六年五月一日

近年来法律学校,很有一种蓬勃的趋势,研究法学的人,也比以前踊跃得多。被儒教压服了几千年的法学,居然露出了一息生气,因此浸淫在这法学圈子里的人们,就愈感觉到法学著述的缺少,不能满足一般求智欲望。学问的供求,原也和商品同一列,求的方面,固然需要大量的购买力;供的方面,尤其需要大量的生产力;然后引起了一种供求的磨炼,出品就逐渐的精良,享受就逐渐的丰富。现在我们看看法学市场,太惨淡了。求的方面,有无量数的青年学子伸长了颈子等着待哺。但是供的方面,力量是太薄弱了,生产是太稀少了,我们现见这种现象——辜负着现成的大量购买力,更不容迟误这种千载难逢的机会——这一种心绪,就催起了编辑本书的

## 《法律教育》序<sup>\*</sup>

---

\* 本文是吴经熊为孙晓楼《法律教育》一书所作的序。

社会的事实,是法律的根本,所以造成许多不合宜的法律学者,于中国是没有什么贡献的。再有一种是极端的消极派,他们因为现在许多研究法学的人,对于国家社会没有什么贡献,所以对于法律教育抱很怀疑、很消极的态度,好像法律教育于中国是不需要的,甚至主张法律学校应当裁并或停办。

当然,在中国的现状中,自然科学的人才于复兴中国是很重要的,然而社会科学的人才,尤其是法律人才,更是重要。因为国家不以法治,什么事情,都不上轨道,无论自然科学发达到如何程度,决不能使国家发达的,即使有自然科学的杰出人才,毕竟是一筹莫展,英雄无用武之地的。孙晓楼博士在本书中有几句话说道:“法律教育的得失,有关于国家的盛衰”,这话并非过言。

博士任国内法律学校讲座有年,对法律教育如何改良,尤其关心,前此东吴《法学杂志·法律教育专号》就是他编的。近又以其平日研究法律教育之心得,编集成书,共分十五章,对于中国法律教育的弱点,及其种种的补救方法,凭其经验观察,成《法律教育》一书,学理事实,互相参证,披阅之余便了然于国内法律教育之内容,与今后应采之方针,深觉此书一出,不但使一般读者对于法律教育能得深切的了解,同时藉此可以唤起教育界的注意。他的结论,当然他并不希望人家奉为金科玉律,不过这部著作实在可认为研究法律教育的开路先锋。所以我乐为之序。

吴经熊

于上海二十三年(1934年)九月十二日

燕树棠先生在他的《法律教育之目的》<sup>①</sup>一文中说得再妙不过的。他说法律教育的目的就在养成法律头脑。

怎么才能养成法律头脑呢？燕先生说有四个必备的条件。第一须要有社会的常识，第二须要有剖辨的能力，第三须要有远大的思想，第四须要有历史的眼光。

我对于燕先生的主张是完全赞同的。不过我在这里要声明的是，“法律头脑”一语在传统上说起来似乎是指剖辨的能力而言的——就是所谓核名实、辨异同的工作。待我举出一个很有意思的例子：

汉景帝时，廷尉上囚：防年继母陈，

---

<sup>①</sup> 《法律杂志》第七卷第二期第一百一十页至一百一十六页。

杀防年父，防年因杀陈。依律杀母以大逆论，帝疑之。武帝时年十二，为太子，在帝侧，遂问之。对曰：夫继母如母，明不及母，缘父之故，比之于母。今继母无状，手杀其父，则下手之日，母恩绝矣；宜与杀人同，不宜以大逆论。<sup>①</sup>

这段故事，确否无从考证。我们如果假定它是确实的，那么我们可以断定汉武帝这个人是有“法律头脑”的了。因为他能把亲生母亲与继母辨别得清清楚楚。这岂非能尽核名实、辨异同的能事了吗？

燕先生把“法律头脑”这个概念扩充了。在他的手里，它的含义变成更丰富，更有意思的了。这也是一个正当的办法；因为概念的含义本来不是一成不变的，而与历史的过程有密切的关系。在十九世纪的西洋法学中，分析派是比较最占优势的，所以“法律头脑”(legal mind)也就是“分析头脑”(analytical mind)罢了。到了现在，法学家大都承认要知道法律的真相，除非研讨它的社会基础、历史背景和它的目的和理想。所以“法律头脑”的概念也得改变一下，方能符合现代的学术上的要求。

在燕先生列举的四个条件当中，我们尤须注意第三和第四两项——“远大的思想”和“历史的眼光”。他在上引的文章里已经有简单明了的讨论，可是语焉不详，我在这里专就这二个要件比较详细地发挥一下。

## 一、远大的思想

我们教授法律，目的并不仅在产生一般的法律的实务家，将来毕业之后，挂牌当律师，解决个人的职业和生活问题。这当然也是法律教育的所有事，但是法律教育的目的不仅在此，我们要知道一切教育有三等不同的，而同时又互相补充的目的在那里。第一是求实用，第

<sup>①</sup> 《折狱龟鉴》(光绪壬午署内藏版)第四卷第一页。

二是满足求知欲,第三是对于人生的总价值的促进。这句话是对于一切教育都可适用的;法律教育当然也不例外。不仅如此,在法律教育的立场严格地说,这三等目的是不可分的,是混而为一的。法律是实际和理想的会合点。法律凭着实际的力量促进人类的理想——好像一朵荷花种在泥土之上,而不染泥土,而同时却又少不得泥土。总之,不知道法律的目的,也就是不知道法律不能用“为求知而求知”的态度去研究法律,也就是不能致法律于实用。

我们可以举一个实例来证明上述主张之不误。我国民法第一条就开宗明义地说:“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”这是明明揭出民法的三个渊源:条文、习惯和法理。法理是和条文、习惯成一个鼎足之势的。不懂法理,也就是不懂民法,至多也不过是一知半解。但是什么叫“法理”?

法理不是从天上掉下来的,只能在法律和人生的关系里面去找的。人生的理想,也就是法律的理想了。要达到人生理想,当然不能专恃法律的力量。可是法律总也是主要工具之一。这里面就发生了三个重要问题。第一,人生理想何在;第二,对于实现人生的理想,法律的贡献何在;第三,法律在种种所以促进人生理想的工具中处于什么地位,如何和它们分工合作。我们教授法律学生的时候,一定要时时刻刻使他们注意到这些问题,并且帮助他们推求对于这些问题的解答。燕先生说得好:“办理俗事的任务而有超俗的思想,此乃法律教育不可少之要件。”但是我要进一步说:有了超俗的思想,才配办理世俗上的事务。因为识得法外意,才算识得“法内意”。这句话是似非而是的真理。

据以上所说,就可知道自然科学(Naturwissenschaft)和文化科学(Kulturwissenschaft)的不同了。自然科学的最后目的当然也是在促进人生的理想。但研究自然科学的时候,并不需时时刻刻联想到人生的利害关系。文化科学可不同的了,因为人生的利害关系就为构成文化科学的对象的一个重要分子,在自然科学,评价的作用是超然的;在文化科学,评价的作用是内在的。尤其在法律科学,更是以评价为骨

髓的。法律学乃是权衡利弊的科学,如果没有高超的标准,怎么能够得到一种公正的权衡呢?

## 二、历史的眼光

关于历史的眼光的重要,燕树棠先生有下列的叙述:

法律问题是社会问题之一种。社会问题是社会整个的问题。不明社会的过去,无以明了社会的现在,更无以推测社会的将来。学习法律,必须取得相当程度的历史知识,才能了解法律问题中所占的位置,才能对于其所要解决之问题为适当的解决。学习法律的人,必须能够把眼光放大,才能把问题认识的清楚。近年来法学的发达,历史的知识供给很多的帮助,其效果业已影响实际法律之适用。

这段言论,和我向来所主张的法律的相对论,如出一辙的。法律是和时代相对的。比方,封建时代的法律,和个人资本主义时代的法律,当然不可同日而语的;个人资本主义时代的法律和三民主义时代的法律又是不同的了。法律的相对论本来是最简单的道理,可是从前西洋的法学家惑于绝对的自然法论和天赋人权说,竟会对这种显而易见的现象熟视无睹,一味主张法律的绝对性和普遍有效性。比方,美国制定宪法的时候,还是农村经济的国家,在十九世纪中工商业的发达非常迅速,遂一变而为工业经济的国家。最近二三十年以来,美国最高法院解释宪法中的各种自由权——尤其是契约自由——就发生了两派不同的学说。一派是守旧的,他们主张拿从前的解释作为宪法的真诠。另外一派叫做社会法学派。法官中如荷墨士(Holmes),白兰特士(Brandies)和卡铎锁(Cardozo)都是这一派的健将。<sup>①</sup> 他们主张解

<sup>①</sup> 现在一般通译为霍姆斯、布兰戴斯和卡多佐。——编者注



释宪法当以社会的情形为前提。同一个法律的概念——譬如契约自由——因时代的不同，尽可有不同的解释。现在的解释之反映现在的时代要求，正和从前的解释反映从前的时代要求一样的有根据。他们的学说，是和中山先生在民权主义里所说“权利是时势和潮流所造出来的”的话，是不约而同的。

绝对的自然法论和天赋人权说既经推翻了之后，研究法律唯一的门径是社会历史的方法，即使再要提倡自然法，也不能任凭玄想去寻出一种万古不灭、普遍有效的一种法律。自然法是法之时者也。所以我曾说：“自然法是适合社会情状的，实事求是的，具有先见，能促进文化，使其于最短期间之内，从现有的地位，踏进比它高一级境界的一种法律。”法律教育的最高目的就在帮助学生寻出这种法律的。如果不能找到这种自然法，那就是没有法律头脑了。



1920年,22岁的吴经熊(英文名约翰)从中国的东吴大学法学院毕业后,来到地处安阿伯的密歇根大学攻读法学博士学位。他的一位老师称他为天下奇才。在密歇根大学获博士学位后,吴经熊相继在巴黎大学、柏林大学和哈佛大学法学院从事研究工作。

回国后,他担任过法学教授、法官和民法的编纂审订工作。吴经熊后来成为了出色的外交家、哲学家、学者和国际法权威。作为《中华民国宪法》的主要制定者,吴经熊曾任职于海牙常设仲裁法庭。1947年至1949年曾出任中国驻梵蒂冈大使。

1949年,共产党政府执政后,吴经熊一家人移居美国,并在美国 Seton Hall 法学院担任教授职务。1968年退休后回到台湾。

尊敬的霍姆斯大法官：

春天我还在安阿伯，而现在我却身处巴黎。让我来告诉您我是怎样来到欧洲大陆的。在密歇根时我从事着国际法和比较法的研究，教授们对我的研究颇感满意。因此他们的推荐使我获得了由卡内基国际和平基金提供的奖学金，这项奖学金让我自己选择研究机构，我就选择了巴黎大学。因此来巴黎是我自由选择的结果。这使我又一次想起您的教诲，即人世间并无宿命论，“人类可以有意识地、明智地把握自己的命运”。我将利用在巴黎的学习机会，尽可能地多读多写，尽量仔细观察，深入思考，因为作为一个中国人，我要拯救我的国家，启蒙我的民众，振奋我的民族，使中华文明跟上时代的步伐。

造成中华文明停滞不前的因素颇多，其中之一是观念上存在着错误，即认为承续过去是一种神圣的义务；它无视这样的事实：赋予过去这种神圣权利如同国王的神圣权利一样毫无根据。

信中附有我的一张照片。我出生在上世纪的最后一年。凑巧的也是您发表题为《法律与科学及法律中的科学》演讲的那一年。我正带着无穷的乐趣读着这篇演讲词。我们年龄差距大，但相对永恒而言，年岁与世纪无足轻重，我们的故土遥距天涯，但相对宇宙而言，海洋与陆地又算得了什么呢？我渴望得到您的友情。因为普罗维登斯<sup>①</sup>使我们萌发了同样的兴致。您是人老心不老，而我却人未老，心已老。

尊敬您的，顺从的仆人：

约翰·吴

1921年11月23日

于法国巴黎

<sup>①</sup> 美国港口城市。——编者注

**我亲爱的吴先生：**

听到你说你刚满 24 岁,就不再年轻时,我便忍俊不禁。一个人到了 60 岁后,都还可以说是年轻,而且 80 岁前也不算老。自去年夏天以来,虽然我同以往一样渴望年轻,但上楼梯我只能一步一个台阶,而且步履蹒跚,去藏书楼都要坐电梯了……可两年前,我却能一步两级台阶,跑上去。不过,从某种意义上说,一个人年满 24 岁后,也确实不再年轻,到了这个年龄,他的看法应受到尊重,他同他人享有平等的权利,至少,他不会被人呼来唤去……

你大概和我一样发现,思想的形成并不是件难事。难的是如何用语言将思想表达出来。每个群体,乃至每个人,一旦形成了明确的思想模式,就或多或少掌握了一种特殊的语汇,外行需要花时间才能理解。在听取有关铁路运输、专利、海事案件的种种法庭辩论后,我无数次感到自己愚蠢至极,而又一次次发现一旦掌握了这些专业用语,任何疑难案件就会迎刃而解。由于案件推理的前提不确切,有人永远都会对许多案件没把握,但是,一切案件均类似其他,只要你挺身而出,鼓起勇气,了解了真相,你就会弄清其中法律问题的症结所在。

你忠实的 O. W. 霍姆斯

1923 年 5 月 14 日

**亲爱的霍姆斯大法官：**

现在我的情绪十分低落,想继续获得卡内基国际法奖学金的申请落空了,这显然是我对哲学过分感兴趣造成的,但是一个人的兴趣是与生俱来的,无可救药的,即使是失去奖学金也在所不惜。

仰慕您的仆人:约翰·吴

1923 年 6 月 2 日

## 亲爱的吴先生：

你因失去卡耐基奖学金而感到失望，对此我深表遗憾，但这也许是件好事。对理想或对有理想的人的考验就是看他在困境中对生活是否还抱有美好的希望，因为人在春风得意之时，难免要高谈阔论。记得在安提坦<sup>①</sup>战役前，我曾这样想，或是对某个军官这样说：要是能舒舒服服地吃上一顿早餐，然后叼着香烟边走下楼梯，边戴上手套，再跨上一匹马，风驰电掣般地跑在 Beacon 大街上，一群女士在阳台上向你挥舞着手绢，那该是多么惬意啊！而当时的情况却是肠胃欠佳，还要在雨地里露宿一夜，第二天一早便饥肠辘辘地蹚过一条小溪去与敌人作战。这就是生活。我希望你对哲学的兴趣——哲学，一旦钻研进去，其乐无穷——不会致使你过于远离具体问题。我对哲学的看法也就是于个别之中了解一般，这很可能是老生常谈，不过你要是能理解任何个别都不亚于其他任何说明此一般的事物，则此种老生常谈绝非一般之常谈可比，关键在于条件，有的人能看出其统一性，而有的则未必，这完全取决于他们本身的才能……

你忠实的 O. W. 霍姆斯

1923 年 6 月 16 日

## 亲爱的霍姆斯大法官：

几天前，我产生了一个念头，想冒昧地劝你写一部自传，就像歌德、米勒和其他诗人与思想家曾做过的那样。一个伟大灵魂在世界舞台上的出现，会迫使后人去研究他。人生的外在事物，如你是否参加过内战，是否在内战中负伤，你曾写过多少案件的判决意见等，是很容易弄清楚的，但一个人的心路历程需要批评家和传记作家去探究……

<sup>①</sup> 1862 年发生在波托马克河一带的一次战斗。——编者注

您能为此事请一年的假吗!

您无用而又最仰慕您的仆人:约翰·吴

1923年8月15日

亲爱的吴先生:

你热情洋溢的来信使我感动至深。

我应该继续我的工作,直至自己意识到体力不能胜任为止,这就是我对你建议我写自传的答复。只要我能将自己的体力调整到最佳状态,我就要将它投入到工作中去,一个人如何对待他所选择的事业,也就是他道德风范的最佳表现。生活既已将我卷入到法学之中,我就应当全力以赴,尽我力之所及,一丝不苟地来展现这一行业的美好前景,以表明它是举世之间至高无上的事业。这听起来似乎有点自负,但却真实地表达了我的希望,以及当我被召去起草一些临时法规时的心情。哪怕只是解决一些细小的问题,我也乐此不疲。

自上封给您的信寄出之后,我又思索起有关思想形式的问题。无论形式这一概念的价值何在,形式的惟一用处就是表达思想内容,正如啤酒罐的惟一用处就是表示它是装啤酒的(或其他任何合法的液体),只对啤酒罐冥思苦想,也不能将啤酒从罐中想出来……

你忠实的 O. W. 霍姆斯

1923年9月20日

尊敬的大法官:

六月中旬,我将启程返回自己的故土……中国正处于一场大革命

**我亲爱的吴：**

你收到此函之前，可能已听说我的发妻已亡故了，她不仅带走了我生活的一半儿，同时也给我留下了遗言。我和她同龄，88岁高龄，已来日不多了。我或许还可以多干一两年，但我很担心，我已无力再做出更多的成绩。当然她的去世是否就会有如此之大的影响，我倒不一定这么看，不过我深信造化的神奇，命运乃至其他可能的因素却并非如此。我于是低下头来，默默祈祷上苍……

你永远的 O. W. 霍姆斯

1929年7月1日

于比屋利庄园

**我亲爱的吴：**

两卷《1929 民族美术展》画册已收到，颇感高兴……每幅画，情感表现得如此细腻，惟妙惟肖——有的苍劲有力，有的极富诗韵，不过有些东西我还不不懂。有几幅画明显是受西方文化的影响——不知这是否是件好事。非常感谢，恐怕你的善意让你破费了。

你亲爱的 O. W. 霍姆斯

1930年3月12日

**尊敬的朋友：**

您对美术的评价，如同您发表的所有评价一样，既简明又中肯。您发现绘画中蕴藏着诗歌吗？宋代最伟大的艺术批评家之一苏东坡正是这样评价唐代诗画家王维的，他说：“王维的作品是诗中有画，画中有诗”，这句话因其深邃的内涵后来成了一句经典名言。您很委婉



# 《吴经熊氏宪法草案初稿试拟稿》

[民国二十二年(1933年)六月以个人名义发表]

## 目 录

- 第一篇 总则
- 第二篇 民族
  - 第一章 民族之维护
  - 第二章 民族之培养
- 第三篇 民权
  - 第一章 人民之权利义务
  - 第二章 国民大会
  - 第三章 中央政制
    - 第一节 国民政府
    - 第二节 总统
    - 第三节 立法院
    - 第四节 行政院
    - 第五节 司法院
    - 第六节 考试院
    - 第七节 监察院
  - 第四章 地方政制
    - 第一节 省
    - 第二节 县
    - 第三节 市
  - 第五章 中央与地方之关系
  - 第六章 财政及财政监督
- 第四篇 民生
  - 第一章 国民生计
  - 第二章 国民教育
- 第五篇 宪法之保障

## 第一篇 总则

第一条 中华民国为三民主义共和国。

第二条 中华民国之主权属于人民全体。

第三条 具有中华民国之国籍者为中华民国人民。

第四条 中华民国人民无男女种族宗教出生阶级职业之区别，在法律上一律平等。

第五条 中华民国之领土依其固有疆域。

第六条 中华民国之领土非经国民大会议决不得变更。

第七条 中华民国之国都定于南京。

第八条 中华民国国旗定为红地左上角青天白日。

## 第二篇 民族

### 第一章 民族之维护

第九条 国内各民族均为中华民族之构成分子在政治上一律平等。

第十条 中华民族以正义和平为本但对于国外之侵略强权政府应抵御之。

第十一条 他国以武力侵占中华民国之土地不得以媾和或订立和平条约割让之。

第十二条 秘密条约为民族主义所不容应认为无效。

第十三条 中华民国与各友邦缔结条约，应基于国际平等、互尊重主权之原则，其有违反此原则者应设法修改或废除之。

第十四条 国际法上公认之规章凡不背本宪法之精神者，视与中华民国法律有同等之效力。

第十五条 国内之弱小民族应扶植之，使有实行自治之能力与充

内将执行原因告知其本人或其关系人并移送于该管法院审问本人或其关系人亦得声请该管法院于二十四小时内向执行机关提审。

法院于前项声请不得拒绝执行机关对于法院之提审亦不得拒绝。

违反前三项规定者均以私禁论罪负担损害赔偿之责。

第二十五条 人民除现役军人外不受军事裁判。

第二十六条 人民有居住之自由其居住处所非依法律不得侵入搜索或封锢。

第二十七条 人民有迁徙之自由非依法律不得停止或限制之。

第二十八条 人民有集会结社之自由非依法律不得停止或限制之。

第二十九条 人民有秘密通信通电之自由非依法不得停止或限制之。

第三十条 人民有言论著作及出版之自由非依法律不得停止或限制。

第三十一条 人民有信仰宗教之自由非依法律不得加以限制。

第三十二条 人民之财产非依法律不得查封或没收。

第三十三条 人民之财产因公共利益之必要得依法律征用或征收之，但应予以相当之补偿。

第三十四条 人民有依法请愿诉愿及为行政诉讼、国事诉讼、民事诉讼、刑事诉讼之权；

国家为扶助人民伸张正义起见，得设法律专员指导诉讼程序及出庭辩议；

国家为巩固人民权利，减少人民诉讼起见，应设公证人励行公证制度。

第三十五条 人民有依法律应考试之权。

第三十六条 人民有依法律监督财政之权。

第三十七条 中华民国人民之权利，除本章规定者外，凡无背本宪法之原则者均承认之。

第三十八条 本章前列各条所称限制人民自由或权利之法律，非

为维持公共利益或避免紧急危难所必要者，不得制定之；其超过必要之程度者亦同。

第三十九条 戒严之法律超过维持公共利益或避免紧急危难必要之程度者无效；

宣告戒严应得立法院之同意，如遇有紧急情形时得于宣告后通知之，但经立法院表示异议者应即撤销。

第四十条 人民有依法律纳税之义务。

第四十一条 人民有依法律服兵役之义务。

第四十二条 人民有依法律服公务之义务。

公务员应由国家予以保障，保障法另定之。

## 第二章 国民大会

第四十三条 中华民国国民大会依左列方法选出之代表组织之：

一、县选举。每县及其同等区域选出代表一人，但人口超过百万者得增选代表一人；

二、市选举。市人口每三十万人选出代表一人。

第四十四条 国民大会代表之选举以普遍、平等、直接之方法行之。

第四十五条 中华民国人民年满二十岁者有选举代表权；年满二十五岁者有被选举代表权。

第四十六条 国民大会代表之选举法另定之。

第四十七条 国民大会代表之任期为三年，于每届常会开会前六个月选定之。

第四十八条 国民大会于每三年之三月一日自行集会一次，其会期为一个月，但有左列情事之一者得开临时会：

一、国民代表三分之一以上之联名通告；

二、国民政府之牒集。

第四十九条 国民大会之主席由代表互推之。

第五十条 国民大会代表之职务于次届常会开会之前一日解除之。

第五十一条 国民大会之职权如左：

- 一、选举罢免总统副总统、立法委员、监察委员、司法院院长副院长、考试院院长副院长；
- 二、罢免国民政府之其他公务员；
- 三、提出法律案于立法院；
- 四、复决立法院所制定法律；
- 五、决定宪法之采择施行及修正；
- 六、受理人民之请愿；
- 七、审核国民政府之政治报告；
- 八、解决国民政府提请解决之事项；
- 九、对于国家大政方针提出意见；
- 十、对于国民政府提出质问。

国民大会对于前项第五款之职权应有全体代表三分二之出席，出席代表三分二之同意始得行使。

第五十二条 国民大会之议决不得涉及左列事项：

- 一、变更国体；
- 二、移转主权。

第五十三条 国民代表有按照其所代表之县或市多数人民之意见提出议案于国民大会之义务。

第五十四条 国民代表不称职时得由原选举区域随时撤销其代表资格，其程序另以法律定之。

第五十五条 国民代表在会议时所为之言论及表决对外不负责任。

第五十六条 国民代表除现行犯、内乱犯或外患犯外，在会期中非经国民大会许可，不得逮捕监禁之。

第五十七条 国民代表大会之组织法另定之。

### 第三章 中央政制

#### 第一节 国民政府

第五十八条 国民政府由总统及立法行政司法监察考试五院组

织之。

第五十九条 国民政府对于国民大会直接负其责任。

第六十条 国民政府以总统为对内对外之代表。

第六十一条 国民政府之国务会议由总统与五院院长组织之，以总统为主席，行政院各部部长、各委员会委员长、法院各委员会委员长依各该院院长之提请，得列席国务会议。

第六十二条 具有左列性质之事项由国务会议解决之：

- 一、与二以上之院有共同或牵连关系者；
- 二、需要二以上之院合作或互助者；
- 三、院与院难以解决者；
- 四、关于简任以上公务员之任免者；
- 五、其他依法应付国务会议解决者；

第六十三条 公布法律由总统以国民政府之名义行之。

第六十四条 国民政府发布命令由总统依法署名并经主管院长之副署行之。

第六十五条 五院院长均得依法发布命令。

第六十六条 国民政府编制预算决算统一会计统计。

第六十七条 委任以上之公务员由各该长官提请国民政府任命之。

第六十八条 国民政府组织法另订之。

## 第二节 总统

第六十九条 中华民国国民年满三十五岁完全享有公民权者得被选举为总统。

第七十条 总统之选举应本下列之原则其详以法律定之。

一、经国民代表二百人或省民代表三百人或五省以上之法定团体提名于国民大会者为选举总统之初选候选人。

二、初选候选人应提出国事应与应革之政见书于国民大会。

三、经国民大会初选后以得票最多数之前六名为决选候选人。

第七十一条 决选时以得票最多数者当选为总统次多数者当选

为副总统票数相同时由国民大会复决之。

第七十二条 总统与副总统之任期均为六年不得连任。

第七十三条 总统因故不能视事时由副总统代其职权。

总统与副总统俱不能视事时由行政院院长代行其职权。

第七十四条 总统应于任满之日解职。如届期次任总统尚未选出或选出后尚未就职次任副总统亦不能代理时，由现任副总统暂代；现任副总统亦出缺时，行政院院长暂代。

依前条及本条之规定行政院院长代行总统职权时，其期限不得逾四个月。

第七十五条 总统为中华民国海陆空军大元帅，统率海陆空军。

第七十六条 总统代表国民政府对外宣战或媾和应依立法院之决议行之。

第七十七条 总统代表国民政府与外国缔结条约或协定，非经立法院之同意不生效力。

第七十八条 总统就行政院所辖之事项与行政院院长对于国民大会连带负责。

第七十九条 总统除犯内乱或外患罪外，非经罢免或解职不受刑事上之诉究。

第八十条 总统、副总统之岁俸以法律定之。

### 第三节 立法院

第八十一条 立法院为国民政府最高立法机关。

第八十二条 立法院设院长副院长各一人由立法委员互选之。

第八十三条 立法院立法委员之名额不过二百人其任期为三年连选得连任。

第八十四条 立法院开会时以院长为主席。

第八十五条 立法院有议决法律案预算案大赦案宣战案媾和案条约案及其他关于重要国际事项之权。

第八十六条 总统及行政司法监察考试各院院长得向立法院提出法律案。

第八十七条 总统与五院院长或二以上之院长对于立法院已议定之法律案得于公布前联名提请复议法院复议后仍持前议者不得再交复议。

第八十八条 总统及五院院长副院长、各部会长得于立法院列席发言,但无表决权。

第八十九条 立法委员于院内之言论及表决对外不负责任。

第九十条 立法委员于执行职务时,除现行犯外,非经立法院之许可不得逮捕或监禁之。

第九十一条 立法院议决之法律案国民政府应于送达后十五日内公布之。

第九十二条 立法委员不得兼任中央政府地方院府各机关之职务。

第九十三条 立法院组织法另定之。

#### 第四节 行政院

第九十四条 行政院为国民政府最高行政机关。

第九十五条 行政院设院长副院长各一人,由总统提交国民政府任命之。

第九十六条 行政院设各部会分掌行政职权。

第九十七条 行政院各部设部长、次长、各会设委员长副委员长各一人。

第九十八条 行政院会议由行政院院长与各部部长、各委员会委员长组织之,会议时以行政院院长为主席。

第九十九条 左列事项应经行政院会议议决:

- 一、提出于立法院之宣战媾和或条约案;
- 二、提出于立法院之法律案;
- 三、行政院所属之概算案拟定预算案及行政预算案;
- 四、行政院所属委任以上公务人员之任免案;
- 五、行政院各部间不能解决之事项;
- 六、与二以上之部有共同或牵连关系之事项;



七、需要二以上之部合作或互助之事项；

八、应提交国务会议解决之事项；

第一〇〇条 行政院组织法另定之。

#### 第五节 司法院

第一〇一条 司法院为国民政府最高司法机关。

第一〇二条 司法院设院长副院长各一人，其任期均为三年，连选得连任。

第一〇三条 司法院设最高法院及各级法院掌理司法，审判事务设专部掌理司法行政事务。

第一〇四条 关于特赦、减刑或复权事项，由司法院院长提请国民政府议决行之。

第一〇五条 司法院院长监督所属法院裁判之执行。

第一〇六条 最高法院有统一解释普通法令之权。

第一〇七条 特别法院非本宪法所许可者不得设立，但军事法院不在此限。

第一〇八条 法官依据法律独立审判，不受非法干涉。

第一〇九条 实任法官非受刑罚或惩戒处分或禁治产之宣告，不得免职；非依法律不得停职、转任、减俸。

第一一〇条 司法院组织法另定之。

#### 第六节 考试院

第一一一条 考试院为国民政府最高考试及铨叙机关。

第一一二条 考试院设院长副院长各一人，其任期为三年，连选得连任。

第一一三条 考试院得设部会办理考试及铨叙事务。

第一一四条 左列资格应先经考试院考试铨定之：

一、公务人员之任用资格；

二、公务人员之候选资格；

三、专门职业或技术人员之许可资格。

第一一五条 考试院组织法另定之。

### 第七节 监察院

第一一六条 监察院为国民政府最高弹劾及审计机关。

第一一七条 监察院设院长副院长各一人由监察委员互选之。

第一一八条 监察委员之名额不得过五十人,其任期为三年,连选得连任。

第一一九条 监察院设审计部掌理执行预算及其他财务事项之事前审计、事后审计及稽察事务。

第一二〇条 审计部设部长次长各一人,以长于会计学术并富有经验者充之,由监察院院长提请国民政府任命之,其任期为十年。

第一二一条 监察委员于执行职务时所发之言论对外不负责任,但于故意诬陷他人者不在此限。

第一二二条 监察委员于执行职务时除现行犯外,非经监察院之许可不得逮捕或监禁之。

第一二三条 监察委员不得兼任中央政府地方政府各机关之职务。

第一二四条 监察院组织法另定之。

## 第四章 地方政制

### 第一节 省

第一二五条 省设省民代表会,代表全省人民行使省政权。

第一二六条 省民代表会由全省各市县参议会选出之代表组织之。

第一二七条 省民代表会于每年之八月一日自行集会一次,其会期为一个月,但有左列情事之一者得开临时会:

- 一、省民代表三分之一以上之联名通告;
- 二、国民政府或省长之牒集;

第一二八条 省民代表会之职权如左:

- 一、选举省长省参议员;
- 二、向中央提请罢免省长;

- 三、向省长提请罢免省政府所属之公务员；
- 四、向立法院提出法律案；
- 五、向立法院提出法律复议案；
- 六、受理人民之请愿；
- 七、审核省政府之政治报告；
- 八、对于省政府提出质问；
- 九、就与本省有关系之事项向中央提出意见；
- 十、其他依法律应属于省民代表会职权范围内之事项。

第一二九条 省设省政府以省长及所属各行政长官组织之。

第一三〇条 省长受中央之指挥执行省内之国家行政。

第一三一条 省长代表省民处理省务监督全省县自治。

第一三二条 省长由省民代表会选举三人提请国民政府择一任命，之任期三年，连选得连任二次，但未达完全自治之省其省长由国民政府直接任命之。

第一三三条 省长经省民代表会全体代表三分二之出席代表三分二之同意，得请中央政府罢免之；

中央政府得将罢免案发回复议。若经省民代表会复议后仍持原议者，中央政府应即将省长罢免。

第一三四条 省设省参议会由省民代表会选举之，省参议员组织之。

第一三五条 省参议员之任期三年，每年改选三分之一，连选得连任。

第一三六条 省参议会之职权如左：

- 一、议决省预算决算及募债事项；
- 二、议决省单行法规事项；
- 三、建议省政兴革事项；
- 四、审议省长交议事项；
- 五、其他依法律应属于省参议会之议决事项。

第一三七条 省民代表省长省参议员之选举法，省民代表会省政

府省参议会之组织法,另定之。

## 第二节 县

第一三八条 县设县政府,以县长组织之;县长由县民选举后提请省长转由国民政府任命之。

第一三九条 县长受省政府之指挥综理全县政务,其任期为三年,连选得连任。

第一四〇条 县设县参议会由县民选举之县参议员组织之。

第一四一条 县参议员之任其为三年,每年改造三分之一,连选得连任。

第一四二条 县参议会之职权如左:

- 一、议决县预算决算及募债事项;
- 二、议决县单行法规事项;
- 三、建议县政兴革事项;
- 四、审议县长交议事项;
- 五、其他依法律应属于县参议会之议决事项。

第一四三条 县民得依法行使罢免、创制、复决之权。

第一四四条 县长、县参议员之选举法,县参议会县政府之组织法另定之。

## 第三节 市

第一四五条 工商繁盛人口集中之地得依法律所定标准设市,直隶中央或省政府。

第一四六条 市设市政府,以市长组织之;市长由市民选举后,其直隶中央之市应提请中央任命之;其辖属省政府之市应提请省政府任命之。

第一四七条 市长视其市之所属受中央或省政府之指挥综理全市政务,其任期为三年,连选得连任。

第一四八条 市设市参议会由市民选举之市参议员组织之。

第一四九条 市参议员之任期为三年,每年改选三分之一,连选得连任。

第一五〇条 市参议会之职权如左：

- 一、议决市预算决算及募债事务；
- 二、议决市单行法规事项；
- 三、建议市政兴革事项；
- 四、审议市长交议事项；
- 五、其他依法律应属于市参议会之议决事项；

第一五一条 第一百四十三条之规定于市准用之。

第一五二条 市长市参议员之选举法、市政府市参议会之组织法另定之。

### 第五章 中央与地方之关系

第一五三条 中央与地方采均权制，凡事务有全国一致之性质者划归中央；有因地制宜之性质者划归地方。

第一五四条 左列事项由中央立法并执行之：

- 一、国籍；
- 二、民法、刑法、诉讼法；
- 三、司法；
- 四、国防及军制；
- 五、外交及侨务；
- 六、考试；
- 七、历度量衡及其他全国应有一致规定之计算制度；
- 八、币制及国家银行；
- 九、国有财产、国税国债及其他关系中央之财政事项；
- 十、邮政电报及其他国营水陆空交通或运输事业；
- 十一、国家工程及关系全国之建设事项；
- 十二、国营独占专卖及其他国营经济事业；
- 十三、商标专利特许及其他全国应有一致规定之经济权利事项。

第一五五条 左列事项由中央立法执行或由地方执行：

- 一、监察；

- 二、户籍；
  - 三、土地制度；
  - 四、地方政制；
  - 五、教育及文化；
  - 六、移民及垦殖；
  - 七、财政及财政监督；
  - 八、银行保险及其他金融事业；
  - 九、卫生防疫及医药；
  - 十、矿业森林及渔业；
  - 十一、两省以上之水陆交通及水利；
- 其他应有全国一致规定之事项。

第一五六条 凡未列举于前二条之事项由地方立法并执行之，但其性质与中央及地方均有关系者，得由中央立法执行或委托地方执行，或由中央规定原则由地方立法并执行。惟在中央未有表示以前其管辖权属诸地方。

第一五七条 中央对于地方所征租税为维持公益或保护民生起见，得以立法程序制定原则以资遵守。

第一五八条 地方之天然富源与大规模之工商事业因资力不足不能由地方单独发展或兴办者，中央应予量力协助，所获纯利中央与地方政府各占其半。

第一五九条 海陆空军属于中央依法律征集之，其驻在地以国防地带为限，地方政府不得自置军队、设立军官学校及军械制造厂。但为维持地方治安得设警备队。

中央除对外战争不得调遣警备队。

各省非至自力不能平复内乱时不得请求国军援助。

第一六〇条 地方政府所制定之法规与中央政府依本宪法所规定之法律抵触者无效。

## 第六章 财政及财政监督

第一六一一条 各级政府之岁出岁入均应编造预算，其预算在中央

须经立法院之通过，在地方须经其参议会之通过方得执行之；其执行应具备簿据执行之结果，应编造决算由监察机关审覆，分别定其责任并公告之。

各级政府之冲刷预算及总决算均每一会计年度办理一次。

各级政府预算会计决算之范围及程序法律定之。

第一六二条 左列各款事项在中央政府非经立法院之议定，在各级地方政府非依法律并经其参议会之议定，不得为之：

一、税赋捐费、罚金、罚鍰或其他有强制性质收入之设定及其征收率之变更；

二、公债之募集及增加公帑负担之其他契约之缔结；

三、授予专卖独占其他特权契约之缔结或取消；

四、属于公营之专卖独占或其他有营利性质事业之设定或取消；

第一六三条 中华民国国境以内一切货物有自由流通之权，各级地方政府不得禁阻之；

关税应于货物出入国境时征收之，并以一次为限；对于国内货物之流通不得设置关卡，以任何名义征收通过税。但因改良水陆道路而对于通过舟车征收之使用费不在此限；

出产税、消费税或其他对于货物征收之税捐，其征收之权属于中央政府，各级地方政府非因中央之委托不得征收之。

第一六四条 交通运输及其他公用事业之属于公营者，其价格在中央政府应由立法院议定之；在各级地方政府应由其参议会议定之。

各级政府之公营事业均以营业管理办法管理之，得自行筹措其经费而负担其债务。但其净盈余或净亏空仍应编入总预算。

公营业之预算会计审计及决算程序以单行法律规定之。

交通运输及其他公用事业，非由中央政府经营者因国防上之紧急需要，得由中央政府临时管理之。

第一六五条 预算中对于应举办之事项其完成之期间在一年以上者，得设定继续经费；

对于每岁支出之数额永久不变之事项，得以法律设定恒久经费。

## 第二章 国民教育

第一八六条 中华民国之人民教育之机会一律平等。

第一八七条 实施教育时人格之培养与其他目的并重。

第一八八条 已达学龄之儿童至少应使受六年之免费基本教育。

第一八九条 未受基本教育之人民应一律由国家设法施以免费补习教育。

第一九〇条 已受基本教育成绩优异或有特殊天才而无力升学者,中央或地方政府经考验后应设法补助之俾得受中学以上之教育。

第一九一条 担任基本教育之教员应予以保障并从优待遇。

第一九二条 中央与地方应宽筹教育上必需之经费并保障其独立。

第一九三条 私立学校成绩优良者应予以奖励及补助。

第一九四条 各学校教员应受检定方法以法律定之凡检定合格之教员,应予以奖励及保护。

第一九五条 华侨教育应予奖励及补助。

第一九六条 全国公私立学校应设置免费及奖进品学优而无力升学之学生。

第一九七条 关于学问及艺术之研究有发明及特殊成绩者,由国家奖励并保护之。

第一九八条 学术之研究思想与社会秩序无直接妨害者,应保障其自由。

## 第五篇 宪法之保障

第一九九条 凡法律与本宪法抵触者无效。

第二〇〇条 本宪法非经四分之一国民大会代表或四分之一之省民代表会或四分之一之省职业团体之提议并经国民大会之议,决不得修改之。



丙、有五年以上行政或司法经验；

丁、经考试或铨叙合格。

第二〇七条 国事法院之评事中研究法律者至少应占五分之二，研究政治及经济者至少应各占五分之一。

第二〇八条 国事法院设院长副院长各一人，由各评事互选之。

第二〇九条 国事法院之评事非经国民大会过半数代表之出席，出席代表三分之二之赞同，不得罢免之。

第二一〇条 除前条规定外，国事法院之评事非经监察院立法院之联合弹劾，再经监察院立法院最高法院所合组之委员会之惩戒，不得免职、停职、减俸或调任，但受刑事处罚或受禁治产之宣告者不在此限；前项合组之委员会由监察院、立法院各推二人，最高法院推五人组织之。

第二一一条 国事法院之评事，除现行犯外非经最高法院之许可不得逮捕或监禁之。

第二一二条 国事法院之评事为现行犯被逮捕或监禁时，逮捕或监禁之机关须于二十四时内将逮捕或监禁之理由通知最高法院。

最高法院接到前项通知后应即为许可与否之表示。

第二一三条 国事法院之决定或命令由该法院自行执行或嘱托中央或地方政府机关执行之，中央或地方政府受前项嘱托者应于予执行。

第二一四条 国事法院之组织法国事诉讼法达宪法另定之。

参考文献

所列仅限本书直接征引者,概分为中文和外文两大部分,依典籍、著作、论文归类,各类按作者姓氏拼音字母或外文字母顺序排列。

---

## 中文部分 一、典籍

《白氏长庆集》

《国法大全》

《道德经》

《邓析》

《光绪新法令》

《韩非子》

《旧约》

《老子》

《礼记》

《论语》

《孟子》

《诗经》

《十三经注疏》(光绪丁亥闰夏点石齐尊阮本重校印)

《慎子》

《唐律疏议》

《祥刑古鉴》

《新约》

《意林》

《易经》

《折狱龟鉴》(光绪壬午署内藏版)

《中庸》

约翰逊:《论理学》,剑桥,1921。

### 三、论文

张奚若:《自然法观念之演进》,载《社会科学季刊》,第1卷,第1、2号。

迪尔:《马克斯·韦伯之生平及著作》,载《经济季刊》,第18卷,1923。

胡适:《人权与约法》,载《新月》。

梁立:《宪草初稿中的国际趋势和外交权》,载《时事月报》,1933年9月。

钱端升:《波兰新宪法》,载《社会科学月刊》,第2卷,第2期。

孙科:《立法院议订宪法案经过概略》,载《中央日报》,1936-05-05。

《〈宪草〉的精神》,载《中央日报》,1933-07-11。

《实行宪政之意义与国民应有之常识》。

《修正〈宪草〉经过》。

Simkhovitch:《施塔姆勒》,载《教育杂志》,1904。

燕树棠:《法律与道德的关系》,载《社会科学季刊》,第1卷,第1号。

《法律教育之目的》,载《法律杂志》,第7卷,第2期。

## 英文部分 一、著作

**Bonnecase**, *Science du droit et romantism*.

**Boutroux**, *Historical Studies in Philosophy*, 1912, London.

**Brown**, *The Austinian Theory of Law*.

**Burdick**, *Law of Torts*.

**Carter**, *The Actual and Ideal in the Law*.

- Cruet**, *La vie du droit et l'impuissance des lois*.
- Duguit**, *Les transformations g n rals du droit privé depuis "le Code Napoléon"*.
- Dewey**, *The Influence of Darwin on Philosophy, and Other Essays in Contemporary Thought*, 1910, New York.
- Esmein**, *Droit Constitutionnel*.
- Ehrlich**, *Die Juristische Logik*.
- Ehrlich**, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*.
- Flavius**, *Dor Kampf um die Rechtswissenschaft*.
- Francois Gény**, *Science et Technigue en Droit Prive Positif*, 1915.
- Freud**, *Introductory Lectures on Psychoanalysis*, trans. by Joan Rivier, 1922.
- Fuchs**, *Recht und Wahrheit*.
- Garner**, *Political Science and Government*.
- G ny**, *Method d'interpretation et les sources der droit positif privé*.  
*Science et Technigue en Droit Prive Postif*. II, 1915, Paris.
- Gide**, **Rist**, *A History of Economic Doctrines from the Time of the Physiocrats to the Present Day*.
- Gmelin**, *Quosque*.
- G. Flavius**, *Dor Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, Heideberg.
- Graham**, *New Governments of Central Europe*.
- Graham**, *The New Governments of Central Europe*.
- Gray**, *The Nature and Sources of the Law*, 1909.

- Hayes**, *A Political and Social History of Modern Europe*.
- Hall**, *Living Law of Democratic Society*. Bobbs-Merrill.  
1949.
- Hauriou**, *Principes du droit public*.
- Havelock Ellis**, *The Dance of Life*, 1928.
- Headlam-Morley**, *The New Democratic Constitutions of Europe*.
- Heinrich Rommen**, *The Natural Law Papers*.
- Hobbes**, *Leviathan*, Every Man's Library.
- Holland**, *The Elements of Jurisprudence*.
- James Legges**, *The Life and Works of Mencius*, London, 1875.
- J. Arthur Thomson**, *Darwinism and Human Life*, 1920.
- Josserand**, *L'Esprit des droits et leur relativité*.
- Julius Binder**, *Rechtbegriff und Grundlage der Stammler-schen Sozialphilosophie R. Stammler*.
- Kantorowicz**, *Zur Lehre vom richtigen Recht*.
- Keyne**, *Formal Logic*, 1906, London.
- Kohler**, *Auslegung der Rechtsnormen*.
- Merz**, *History of European Thought in the Nineteenth Century*, Vol. IV.
- McBain and Royers**, *The New Constitutions of Europe*.
- Morin**, *La révolte des faits contre le code*.
- O. W. Holmes**, *Collected Legal Papers*.
- Ogg**, *Introduction to American Government*.
- Patton**, *Development of English Thought*, 1899, New York.
- Paul Natorp**, *Die deutsche philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, 1921.  
*Kantstudien*.

- Droit Anglais et Americain”, in *Revue de Droit international et de Legislation comparee*, 1923, 2/3.
- Haines**, “The Revival of Natural Law Concepts”.
- Kohler**, “The Mission and Objects of Philosophy of Law”, in 5 *Illinois Law Review* (1911).
- Leo XIII**, “Libertas Praestantissimum” 20 June 1888.
- Roscoe Pound**, “The Rejection of Liberalism”, *University of California Chronicle*, July, 1929.
- “Juristic Science and Law”, *Harvard Law Review*, Vol. XXXI.
- “Mechanical Jurisprudence”, *Columbia L. Rev.* Vol. 8.
- Small**, “The Thibart-Savigny Controversy”, *American Journal of Sociology*, Vol. XXVIII.
- Stammler**, “Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence”, in 21 *Michigan Law Review* (1923).
- Thibant**, “Uber die Notwendigkeit eines allgemein bürgerlichen Rechts für Deutschland”.
- Tourtouion**, “Philosophy in the Development of Law”.
- Wigmore**, “Justice Holmes and the Law of Torts”, 29 *Harvard Law Rev.*
- “Introduction to Albertsworth, *Selected Cases and Other Authorities on Industrial Law*”, Chicago, 1928.
- “Professor Muensterberg and the Psychology of Testimony”, in *Illinois Law Review* (1909).

# 索引

本索引按条目汉语拼音顺序排列,同一音序下的条目按首字母音序排列,后面的数字为本书页码,其中罗马数字为“序”和“编者说明”部分的页码,阿拉伯数字为正文页码。外文条目单列,排在最后,按外文字母顺序排列。

## A

阿尔弗德·诺斯·怀特海 Ⅷ  
阿维拉的圣特雷莎 (St. Teresa of Avila) Ⅸ  
爱默生 Ⅶ  
爱沙尼亚 134、164  
《爱沙尼亚宪法》 134、164  
爱斯加拉 185  
爱格门 211  
埃姆斯 181  
埃德蒙·伯克 300  
埃利希 209、215  
埃利亚派 (Eleatio School) 251  
奥利弗·温德尔·霍姆斯 Ⅸ、Ⅺ、18、29、47、48、49、50、100、175、180、215、225、252、264、282、288、297、300、309、318、323~334  
奥斯丁 204、269、282

## B

巴黎大学 Ⅺ、324、326

《白氏长庆集》 216  
鲍德温 206  
邦内卡斯特 209  
北洋大学 Ⅺ  
边沁 7、99  
庇护十一 30  
庇护十二 41、42、247  
《比较宪法论》 123  
《比较宪法》 150、153  
宾德 253、261  
柏林大学 Ⅺ、222、324  
柏拉图式的梦人 263  
伯恩斯坦 258  
波士顿大学 Ⅺ  
波特兰大学 Ⅺ  
波伦 183  
《波兰新宪法》 116  
波洛克 215  
柏格森 Ⅳ、16、296  
柏拉图 232、238、246、251  
《柏拉图的现代敌人和自然法论》 246

- 柏克 246  
 布兰戴斯 49、318  
 布鲁克斯·亚当斯 271
- C**
- 蔡元培 140  
 曹琨 150、154  
 岑春萱 144  
 《超越东西方》 V、VI、IX  
 《阐学的黄金时代》 VI  
 查士丁尼 299  
 成文法派 IV  
 《成文法的解释》 209  
 程树德 77  
 程德全 147  
 陈灵海 113  
 陈其美 147  
 陈公博 153  
 陈德荣 191  
 陈霆锐 230  
 《赤壁赋》 102  
 《纯理之批判》 261  
 慈禧 144
- D**
- 大卫王 37  
 《大总统选举法》 147  
 《大清律》 22  
 《大厦》 87  
 《大清现行律》 90  
 《大清新刑律》 93  
 《道德经》 VI、38  
 《道德上助人的义务为侵权行为责任之基础论》 183  
 《道德与法律》 194  
 但丁 VI  
 戴东原 6、7  
 戴雪 298  
 戴鸿慈 144  
 戴传贤 151  
 《德国宪法》 130、134、164  
 《德意志民法》 173、177、182、184、215  
 《德意志法典》 223  
 《邓析子》 75、197  
 邓析 197  
 蒂博 201  
 狄骥 4、215、209、280  
 迪尔 254  
 丁道原 19  
 狄斯蒙德 35  
 底莫西士 232  
 东吴大学 324  
 东吴大学法学院 12  
 董仲舒 68  
 杜少陵 214  
 杜威 254  
 《多元宇宙》 81  
 《多元国家》 81  
 《都会供水法令》 293  
 《对的法律论》 223  
 《东方杂志》 114、189、230



- 端方 144  
段祺瑞 150、151
- E
- 厄斯金(Erskine) 17
- F
- 《法学丛稿》 13  
《法学文选》 307、309  
《法学杂志》 313  
《法学到哪里去》 209  
《法律杂志》 315  
《法律哲学》 222、302  
《法律哲学研究》 Ⅷ、172、178、  
192、248  
《法律的艺术》 Ⅷ  
《法理学》 Ⅷ  
《法理学通论》 225  
《法律的基本概念》 4  
《法律的思维术》 209  
《法律哲学研究》 55、71、95、213  
《法律哲学概论》 225  
《法律的社会和经济问题》 194  
《法律和社会学》 195、197  
《法律和人种学》 195  
《法律和文学》 195  
《法律和心理学》 195  
《法律和政治理论》 195  
《法律和现代心理》 195  
《法律和浪漫主义》 195  
《法律与经济之关系》 257
- 《法律哲学和社会科学》 195  
《法律中的目的》 218  
《法律史观》 226  
《法律史解释》 278  
《法律科学的理论》 287  
《法律论文集》 288  
《法律教育》 311  
《法律与科学及法律中的科学》 326  
《法律逻辑和常识》 209  
《法律逻辑》 209  
《法律和真理》 209  
《法学的宇宙观》 196  
《法学论文选译集》 25、43、231  
《法学和浪漫主义》 195  
《法令周刊》 105、314  
《法的健全和律的衰弱》 209  
《法律史解释》 270、272  
《法国论》 15  
《法国的高等教育——自一七八九  
年至一八九三年》 207  
《法意》 126  
法家 9  
法律的动力学(legal dynamics) 13  
法律的静力学(legal statics) 13  
法即公道 276  
梵蒂冈 V、324  
分析派的法学 203  
分析法学派 283  
冯玉祥 150、153  
傅霖 63  
弗洛伊德(Freud) 252

富克斯 209

## G

《改造》 3

哥伦比亚大学 6

格老秀斯 26、27、199、200、246、265

格拉塞里(De La Grasserie) 285

歌德 203、211、262、329

《个人政府之复活》 274

《根本经验主义》 251

《共和国》 238

《工人赔偿法》 101、176

《公平的法律论》 222、223

《公法的原则》 209

公道由法 276

公道即法 276

顾亭林 6、229

顾孟余 153

国立政治大学 19

《国会组织法》 150

《国民代表会议条例》 150、151

郭兰英 323

光绪 143

《光绪新法令》 146

荀慧生 220

## H

哈佛大学 12、246、324、334

《哈佛法律评论》 181、227、230

哈孚洛克·伊利 249

韩国岭南大学 Ⅷ

韩国圆光大学 Ⅷ

韩非 23、61、76

《韩非子》 76

韩退之 216、228

《汉律考》 77

《汉穆拉比法典》 269

海牙常设仲裁法庭 324

海德堡大学 201

何世桢 230

亨利·梅因 200、283

黑格尔 4、250、251、327

黑格尔学派 283

洪德 15

洪玉钦 25、43、54、231

《洪范》 74

《红楼梦》 59

华懋生 307

黄梨洲 10、161

霍布斯 27、199、200

霍兰 203、204

霍尔特 298

霍尔谭 215

《霍姆斯大法官的法律哲学》 47、  
49、252

《霍姆斯与侵权行为法》 181

《霍姆斯法官和非欧基里特的法律  
思维术》 195

沪江大学 Ⅷ、2

贿选宪法 150

后天理性(artificial reason) 35

胡适 140、153

胡汉民(展堂) 89、139、151、  
169、177

胡克 246

胡贝尔 215

怀尔德 246

《活泉》 247

## J

吉尔森 46

《机械化的法理学》 227

季康子 74

冀贡泉 153

交换原则(Principle of Alternation)  
253

《教育杂志》 28、259、314

《建国大纲》 125、159、169

建造的心 263

江阴缪 63

杰利内克 161

捷非儿生 201、202

接近法则(Law of Propinquity)  
250

接离原则(Principle of Disjunctive)  
255

《解释的方法和私法的渊源》 208

《近代国家的自由》 170、171

《近世法律思想的趋势》 230

《经济学与法学》 45

《经济季刊》 254

《旧约》 X、33、34

咎锅 267

## K

卡特 206

卡内基(卡纳奇、卡耐基) 4、324、  
326、327

卡多佐 35、215、318

《科学与现代世界》 8

康德 37、47、250、251、261、263

康德学派 46、47

康有为 143

康震 Ⅷ

康多儿博士 197

康特罗维茨 253、255、256

《抗日救国纲领草案》 158

柯勒 215、219、220、221、222、224、  
276、282、302

孔子 6、27、36、54、74、121、162、  
198、209、220、224、229、234、  
243、252

克吕特 209

克利福 262

克罗西 268

科克 269

寇伯 40

## L

拉斯基 4、170、171

老子 7、8、38、198

《老子》 198

劳克赫斯大学 Ⅷ

兰格 257

雷奋 147

雷纳德 209

- 李德兰(友悌) I  
 李秀清 Ⅷ  
 李政 314  
 李嘉熙 323  
 李鸿章 143  
 黎元洪 147、149  
 利亚儿 207  
 《礼记》 122、163  
 《立法院议定宪法案经过概略》 117  
 《历代刑法考》 58  
 利奥十三 28、30  
 利雪的圣泰蕾兹(Ste. Therese of Lisieux) Ⅶ  
 历史法学派 30、200、283  
 梁任公 10、77  
 梁惠王 232、233、242  
 梁立 190  
 铃木大拙(D. T. Suzuki) Ⅵ  
 铃木 184  
 凌其翰 217  
 《临时宪法》 134、169  
 《临时执政府组织令》 150  
 《临时政府组织大纲》 147、155  
 《临时约法》 147、154、155  
 林端 Ⅷ  
 龙勃罗梭 215  
 卢梭 107、124  
 卢静仪 Ⅷ  
 鲁滨逊 224  
 陆鼎揆(叙百) 230、301~302  
 《论语》 24、73、74  
 《论所谓立宪》 139、169  
 《论法律为文化现象》 196  
 《论理学说之研究》 254  
 《论理学》 257  
 罗摩 124  
 罗朗 208  
 罗曼 30  
 罗素(Bertrand Russell) 252  
 《罗马法的精神》 218  
 《罗马法读本》 293  
 《逻辑方法和法律》 194  
 吕复 123  
 《律的价值》 209
- M**
- 马堡学派 280  
 马君武 147  
 《马克思·韦伯之生平及著作》 254  
 马克思 257、270、276  
 马克思主义 257、258  
 茅祖权 153  
 门格 4  
 孟德斯鸠 15、126、327  
 孟子 36、198、231~247  
 《孟子》 36、232~247  
 梅特(J. de Maitre) 15  
 梅汝璈 191  
 梅狄生 201  
 梅兰芳 220  
 梅因 215  
 《美国的法律哲学》 278

## 《法律哲学研究》

本书度集吴氏法学著述廿五篇，概分为三大部分，依用《法律哲学研究》书名刊行。吴氏与霍姆斯大法官的部分通信和著名的《吴氏宪章》，作为附录，一并收刊，裨供研究吴公身世与心迹。通观全书，既有关于法的基本概念和法律精神的抽象阐释，亦有对于具体法制的比较观察，而平章人物、梳理思想谱系，更是作者的功力所在；或探研民事立法与宪政进阶，或钩沉法意、叙说心曲，无不将人生与心一并道来，使法意与法制交相印证，尽付于诗意图笔。由此，作者提供的不仅是一桩思想个案样本，同时，并记载了二十世纪汉语法学的曲折心史。

ISBN 7-302-09927-8



9 787302 099277 >

定价：40.00 元