

羅光全書

冊十九之三

中西法律哲學之比較研究

臺灣學生書局印行

# 序

四十年前，我在羅馬曾經研究過法學，還曾經考取教會法學博士，對於羅馬法很有研究的興趣，希望回國後能在大學教授羅馬法，買了一些法律書，還買了拉丁文的羅馬法典。後來因為第二次世界大戰爆發，又因戰後中共叛國，不能返歸祖國，我的研究興趣，改為研究西洋文學，又改為研究中國哲學。所買的法律書則是「束之高閣」，蓋滿塵埃。第二屆梵蒂岡大公會議在一九六六年閉幕後，教宗保祿六世成立修改教會法典委員會，進行修改教會現行法典，我被任為專家之一。十二年的工夫，我參加了修改法典的工作。（這本法典，於一九八三年二月二十五日教宗若望保祿二世纔公布。）修改法典的工作，雖強迫了我回憶一些法學智識，但是沒有再引起我的研究興趣。

中華文化復興運動推行委員會為紀念民國成立七十年，決定編印中華叢書，叢書中有哲學部一項，哲學部的書中有中西法律哲學比較研究一書，沒有人願意寫；因為國內研究哲學的人，雖對於中國具有法律哲學思想的家，都有加以研究，然都沒有研究西洋法學。我因

負責中華文化叢書哲學部分的召集人，既找不到著作人，便自己答應撰寫。

開始寫作時，似乎並不很難，漸漸寫到西洋法律哲學部分，便感到心中空虛，沒有西洋法學的確實智識。於是急請羅馬傳信大學法學院院長施森道教授，替我搜買有關法律哲學的書籍，又往輔大法學院圖書館借相關的書，幸而收到了十餘種參考書，連我自己所藏羅馬法和中國法律的書，共有二十種，我乃有了膽氣繼續寫，而把書寫完。

本書的內容，只有三章，論法律的意義，論自然法，論人爲法——民法。內容則包括法律哲學所有的問題，祇是在講述時，力求明瞭簡單，所以字數不多，乃是薄薄的一冊書。

現在，我雖然不研究法學，然而我卻喜歡法律；因爲我天性喜歡秩序。生活的秩序，雖由習慣養成，然而需要把習慣當作規律，勉力遵守，日常生活的秩序才能養成。

一個現代文明國家，事事都應有秩序，秩序就是法律。可是我們中國人偏偏不喜歡守法，處處講人情，事事找法律漏洞。因而社會生活給人的印象，就好比臺北的圓環擠滿汽車，一片紊亂。而且中國人的天性，又好一窩蜂式地趨向新奇或有利益的事，工商業者是這樣，學生選課也是這樣，更不用說婦女的時裝了。

爲矯正這種習氣，須提倡法治。中國歷代儒家都攻擊法治，以爲法治就是嚴刑峻法，實

實際上「法治」和「仁政」是並行不悖的，而且「法治」足以擴充「仁政」的意義和效果。在科學發達的社會裏，事事科學化；社會生活的科學化即是守法。

從我這冊小書裏，大家可以領會到這一層的理論。

羅光序於天母牧盧

民國七十二年正月廿八日

# 中西法律哲學之比較研究

## 目 錄

序	I
第一章 法律的意義	一
第一節 中國法律的意義	一
一、儒家	一
1. 孔子重禮不重法	三

2. 孟子	六
3. 荀子	七
二、法家	一二
1. 法是一國人民的生活規律	一三
2. 法是國家公佈的法令	一五
3. 法是規定名分的	一九
4. 法有刑罰	二二
<b>第二節 西洋法律的意義</b>	二六
一、古希臘和古羅馬的法律思想	二六
二、中古士林哲學的法律觀念	三二
1. 法律的意義	三二
2. 法律的分類	三四
3. 法律的創制與修改	三五

4. 法律的效力	三六
三、近代的法律思想	三七
四、現代的法律思想	四三
五、比較研究	四六
1. 法律和倫理關係	四六
2. 法律爲人生的規律	四八
3. 法律爲治權者所頒佈	四九
4. 法律的目的爲公共利益	五〇
<b>第二章 自然法</b>	<b>五三</b>
<b>第一節 中國法律的基礎——天理</b>	<b>五三</b>
一、中國法律的基礎	五三

二、天理	六二
三、自然法	六四
四、常道	六九
五、義	七三
<b>第二節 西洋法律哲學的自然法</b>	七六
一、性律（自然法）的演變	七六
1. 古代	七六
2. 中古	八二
3. 近代	九〇
二、自然法的意義	九五
1. 意義	九六
2. 普遍法律	九九

三、人權	一〇四
四、比較研究	一〇六
<b>第三章 民法（人為法）</b>	一一一
<b>第一節 法律發展史</b>	一一一
一、中國法律發展史	一一一
二、西洋法律發展史	一一三
1. 羅馬法系	一一三
2. 天主教法系	一二四
3. 日爾曼法系	一二五
4. 大陸法系	一二七
5. 英美法系	一二八

第二節 立法權	一二九
一、中國法學的立法權	一二九
二、西洋法學的立法權	一三六
第三節 法律和倫理的關係	一四三
一、中國法律思想	一四三
二、西洋法律思想	一五二
第四節 法律權利的主體——人	一五六
一、中國法律的權利主體	一五六
二、西洋法律的權利主體	一六五
三、比較研究	一七〇

第五節 刑罰的意義	一七三
一、中國法律哲學的刑罰意義	一七五
二、西洋法律哲學的刑罰意義	一七八
三、中國法律哲學的犯罪行為	一八三
四、西洋法律哲學的犯罪行為	一八八
五、比較研究	一九三
結論	一九七

# 第一章 法律的意義

## 第一節 中國法律的意義

### 一、儒家

法律為民生的規律，為民眾生活的一部分，不是抽象的玄理，儒家的思想乃是講論人生的思想，被人稱為人文主義，在人文主義裡法律必定有它的地位，儒家便不能不講論法。

法字的本義，在說文上說：

「灋，刑也。平之如水，以水，為所以觸不直者去之，以鷹去。」

法是用為判案的，兩方發生了爭端，一方傷害了他方，主持判案的人，用「法」作標準，判斷誰是誰非。古法字為灋，從水，水面常平，法即是在一方受傷害時，恢復他的權

利，使權利平等，不容以強劫弱，以眾暴寡。廡，古稱爲一種和牛相似的獨角獸，具有靈性，在兩端相爭時，以角觸不直者，使去。所以，「法」又象徵爲指斥不直的人，除去他犯罪的行爲。

在古代法和刑的意義相同，刑的古字爲型。這個型字，有模型的意義，在前些年，鄉裡人造土磚時，以水合泥，用木製的井，架在泥上，劃成方方的土泥，晒乾了，便是土磚，古刑字和古法字，都是會意字。法，乃是爲判案的模型，即是標準，《說文》說：

「法，刑也。模者，法也。範者，法也。型者，鑄器之法也。」

古法字也作金，在說文裡這字是「模範」的意思。

法，爲刑，在開始時，祇是模範的意思。後來，因爲刑是鑄於鼎的法，法都帶有罪罰之義，法就被視爲是刑法。因此，普通來說中國的法律都是刑法，就是因著這種意義。

## 1. 孔子重禮不重法

「子曰：道之以政，齊之以刑，民免而無恥。道之以德，齊之以禮，有恥且

格。」（論語 爲政）

孔子和孟子的政治理想，在於教民爲善，所以主張德治。德政以教育爲主，教育使人心向善，可以達到人心的是倫理的規律，刑法則祇能使人因怕罰而不爲惡，並不能教人甘心去行善，孔子便說因著刑罰而不作惡，是「民免而無恥」，以禮去教人，人纔會甘心避惡，則是「有恥且格。」

按照孔孟的思想，人的生活規律爲「禮」，孔子曾說：「非禮勿視，非禮勿聽，非禮勿言，非禮勿動」，乃是仁。禮爲倫理規律，教人行善避惡。禮的規律不僅規定人和人的關係，也規定每個人和自己的關係，但是人有私慾，有些私慾強的人，倫理規律對於他們有時可以不發生效力，他們就對社會的秩序予以擾亂。國家爲保障社會秩序，乃將「禮」的規律中有關社會秩序的，明文規定刑罰，藉著刑罰嚇阻人去破壞社會秩序。刑罰的實行，是在已犯法以後。

「禮者，禁於將然之前；而法者，禁於已然之後。」（大戴禮記禮察）

「禮不下庶人，刑不上大夫。」（禮記曲禮上）

禮不下庶人的禮，為禮儀之禮，並不是倫理規律之禮，教人為善，不分上下。刑不上大夫，也不是絕對的，祇是大夫以上的官犯法，須奏明皇上，由皇上定罪。

禮法的分別，為儒家哲學思想的一重要概念。原因就在於以「法」為刑法，《中庸》記孔子的話說：

「凡為天下國家有九經，曰：修身也，尊賢也，親親也，敬大臣也，體群臣也，子庶民也，來百工也，柔遠人也，懷諸侯也。」（中庸第二十章）

九經所要的，都是禮，孔子主張以禮修身，以禮治國。「敦厚以崇禮。」（中庸第二十七章）孔子對於禮，他說：

「雖有其位，苟無其德，不敢作禮樂焉，雖有其德，苟無其位，亦不敢作禮樂焉，吾說夏禮，杞不足徵也。吾學殷禮，有宋存焉。吾學周禮，今用之。吾從周。」（中庸 第二十八章）

「子曰：周監於二代，郁郁乎文哉，吾從周。」（論語 八佾）

孔子治國以禮，夏禮和殷禮都不可考，孔子乃說自己治國就追從周禮。孟子的思想和孔子相同；然而對於「法」的意義，則有新的見解。

「孟子曰：離婁之明，公輸子之巧，不以規矩，不能成方員，……故曰：徒善不足以為政，徒法不能以自行。詩云：不愆不忘，率由舊章。遵先王之法而過者，未之有也。聖人既竭目力焉，繼之以規矩準繩，以為方員平直，不可勝用也。」（孟子 離婁章句）

## 2. 孟子

孟子講「規矩」，講「規矩準繩」，這是指的治國的制度法規。因為孟子說「遵先王之法而過者，未之有也」，「先王之法」指著先王的法制，孟子沒有說「遵先王之禮」，可見孟子以治國須有法制，否則就沒有治國的標準，沒有規矩，不能成方圓，沒有法，就沒有治國的制度。孟子以「法」為治國的標準，不從決獄方面去講「法」，「法」的意義便擴寬了。孔子以「禮」治國，目標是教人為善；禮便是治國的制度。孟子以治國的制度在於「法」，並不是反對孔子，因為他處處也講「禮」，例如他要求齊魯的諸侯以「禮」接待他；但他對於治國，則主張井田制，樹桑養蠶，五十歲衣帛，七十歲食肉，使人民上可以奉養父母，下可以畜養妻兒，然後整庠序之教，這一切乃是法制而不僅是「禮」。然而「法」的意義和精神，都應合於「仁」。

「孟子曰：三代之得天下也以仁，其失天下也以不仁；國之所以廢興存亡者亦然，天子不仁，不保四海；諸侯不仁，不保社稷；卿大夫不仁，不保宗

廟；士庶人不仁，不保四體。」（孟子 離婁上）

仁，是「禮」的意義和精神，孔子以非禮弗視聽言動爲仁。法便應合於禮，法是禮的制度。孟子有時講古代的法制，例如北宮錡問周室的爵祿制度，孟子答說「然而軻也，嘗聞其略也。」（萬章下）爵祿的制度，係屬法制，然也有禮的規律。在孟子的思想裡，人生的規律爲「禮」，然爲治國，則應有「法」，法爲禮的制度。

### 3. 荀子

普通常以儒家講「法」者爲荀子；荀子主張性惡，因此，須以刑法以改正人的惡性。在荀子的書裡，有〈性惡篇〉，〈禮論篇〉，〈樂論篇〉，又有〈王制篇〉、〈法行篇〉。從這幾篇去研究荀子的思想，荀子還是重禮的。在〈法行篇〉開端就說：

「公輸不能加於繩，聖人莫能加於禮。禮者，眾人法而不知，聖人法而知之。」（法行篇）

孟子以公輸的繩墨爲先王之法，荀子則以爲禮。禮，即是人生之法。眾人守禮以爲法，

卻不知道禮的意義，聖人則知道禮的意義。禮的意義是什麼？

「禮起於何也？曰：人生而有欲，欲而不得，則不能無求，求而無度量分界，則不能不爭。爭則亂，亂則窮。先王惡其亂也，故制禮義以分之。」（

禮論篇）

「禮」的意義，在荀子的思想裡，為生活的規律，不僅是倫理道德的規律，也包括社會秩序的制度，荀子說沒有度量分界，則必發生爭端。禮為度量，即是生活標準。這種意義和「法」的意義相合。

「故繩者，直之至；衡者，平之至；規矩者，方圓之至；禮者，人道之極也。然而不法禮，不足禮，謂之無方之民；法禮，足禮，謂之有方之

士。」（禮論篇）

在這裡荀子提出「法」字，冠在「禮」字上面，以「法禮」和「足禮」相配。這個法

字，不是法律的意思；若像普通所說「禮法」，法家便是指著「法律」；「法禮」的法，應是「守」的意思，即是「守禮」；「足禮」即是「守禮勿缺」，在這段文據裡，荀子以禮爲人道的極至，和繩衡規矩的意義相同，即還是以禮爲生活規矩。由此可知荀子也是以法爲刑法，通常的法規爲禮。

「聽政之大分，以善至者待之以禮，以不善至者待之以刑，兩者分別，則賢不肖不雜，是非不亂。賢不肖不雜則英傑至。是非不亂則國家治。若是名聲日聞，天下願，令行禁止，王者之事畢矣。……故法而不議，則法之所不至者必廢；職而不通，則職之所不及者必隊。故法而議，職而通，無隱謀，無遺善，而百事無通，非君子莫能。故公平者，職之衡也，中和者，聽之繩也。其有法者以法行，無法者以類舉，聽之盡也。偏黨而無經，聽之辟也。故有良法而亂者，有之矣，有君子而亂者，自古及今未嘗聞也。」（王制篇）

荀子把禮和刑分得清楚，乃治國的大事。「以善至者，待之以禮，不善至者，待之以刑。」願意受教的人，以禮去待他們，不願意受教的人，便用刑去對待。刑即是法，作爲決

獄的繩衡。在決獄時，有法必依法律而決案；沒有法律條文時，則「以類舉」，因著「類舉」，後代乃有條例，例如「大清律例」。

荀子又說：

「禮者，貴賤有等，長幼有差，貧富輕重皆有稱者也。……德必稱位，

位必稱祿，祿必稱用，由士以上，則必以禮樂節之，眾庶百姓，則必以

法數制之。」（富國篇）

這種觀念，即是《禮記》所說：「禮不下庶人，刑不上大夫。」禮為節，法為制，禮和法的用就不相同，節為分成以序，制為加以制裁。

「故不教而誅，則刑繁而邪不勝；教而不誅，則姦民不懲；誅而不賞，則勤屬之民不勸；誅賞而不類，則下疑俗儉（險），而百姓不一。」（富國篇）

禮以教民；然而有姦民不受教，則應以刑法去制裁。刑法不僅規定罰，也規定賞。國家

的刑賞必定要有法，纔可以一切都平衡。

「國無禮則不正，禮之所以正國也。譬之猶衡之於輕重也，猶繩墨之於曲

直也，猶規矩之於方圓也，既錯之，而人莫之能誣也。」（王霸篇）

三代的時候，國家的制度稱爲禮，如孔子所說夏禮殷禮周禮。這種禮在後代稱爲法律。因此，在秦漢以前，禮和法的意義不相同，禮包括了法制，法只指刑法。到了秦漢，國家的一切法律都稱爲法，禮則指著禮儀。法制和禮儀又稱爲典，例如大明會典，大清會典。

戰國的時代，禮制已亂，各國諸侯乃重法，魏李悝作法經，秦國用商鞅、李斯等法家，治國不用禮而用法了。漢朝雖想採用道家思想，以無爲而治，蕭何祇約法三章，漢武帝雖一尊儒家，罷黜百家；然而中國的政治已走上了法治的途徑，法在中國的政治史上便佔了重要的位置。

## 二、法 家 (一)

法家重法不重禮，起於實際的需要。在戰國諸侯爭霸的社會裡，禮樂已廢，王制不存，爲著治國便靠著刑法。而且王制既不存，禮在社會失去了制裁力，政府的制度則都依據法令，法便代替了禮的意義，成爲社會生活的規律。

「凡事皆歸於一，百度皆準於法。」（尹文子）

從這裡就可以看儒家和法家在思想上的不相同，荀子曾說天下歸於一，一是禮；尹文子說天下歸於一，一是法。禮法的所以不同，在於法有刑罰以爲後盾，不守法，即受刑罰的制裁，不分士大夫和庶民。

「故明主慎法制，言不中法者，不聽也；行不中法者，不高也；事不中法者，不爲也。言中法，則辯之；行中法，則高之；事中法，則爲之；故國治而地廣，兵強而主尊，此治之至也。」（商君書 君臣）

這段和孔子所說的話雖然相彷彿，然而精神完全不一樣。孔子說：「非禮勿視，非禮勿聽，非禮勿言，非禮勿動。」商鞅則反孔子以禮為標準的思想，而以法為生活的標準。雖然孔子所講的是私人的修身，商鞅所講的是治國平天下；然而修身為治國之本，孔子以禮為修身的標準，也以禮為治國的標準；商鞅以法為治國的標準，也以法為修身的標準。

「明主之所導制其臣者，二柄而已矣。二柄者，刑德也。何謂刑德？曰：

殺戮之謂刑，慶賞之謂德。為人臣者，畏誅罰而利慶賞。故人主自用其

刑德，則群民畏其威而歸其利矣。」（韓非子 二柄篇）

明主以刑賞導引臣民，臣民因著刑賞而守法，守法成為他們的私人生活，法便是他們生活的標準和規範。

## 1. 法是一國人民的生活規律

在古代的儒家思想裡，法雖有模型的意思，然實際上法是指著刑法。法家則保守了法的

原本意義，以法為生活的模型，一國的人都應遵守。

「法者，所以齊天下之動，至公大家之制也。」（慎到 見馬繼 繹史 百十

九卷）

天下的人，都遵守一個行動的模型，這種模型就是法。法的目的，在於「齊天下之動」，如尹文子所說：「凡事皆歸於一，百度皆準於法。」

在這種關於法的意義，有一點我們應該注意，即是法的社會性，也就是法的外在性。法是為整齊一國人民的行動，為國家的公共制度，法便帶有社會性和外在性。法所管的範圍是外在的行動，內心的行動則不能管，禮，乃是倫理道德規律，能管人的內心。人守禮，應誠心守禮，儒家所以特別講「誠」。法家則不管人信不信，願不願，祇要求人在行動上守法。孔子所以譏刺說：「民免而無恥。」

在西洋的法學裡，法律和倫理律的分別，在範圍上，倫理律管人的內外行動，法律則祇管外在的行動。在內在的行動上，可以合於倫理而不合於法，在外在的行動上，可以不合於法而合於倫理。在中國的法家思想裡，這種區分雖然不很明顯，真正的區分意義則有：

「明主者，一度量，立表儀，而堅守之；故令下而民從。法者，天下之程式也，萬事之儀表也。」（管子 明法解篇）

在官場裡，有所謂公文程式，各類的公文有一定的方式，作公文時，照類套上去就是了。法，便是社會行動的方式，大家都要照樣去做，否則，就要受刑法的制裁。法，所以是行動的模型。又法稱謂方式和儀表，乃指著外面的模型，不干預內心的行動而言。

儒家以禮為人生活的規律，也就是行動的模型。然而法家認為禮的制裁力有限，不能成為萬事的儀表；而且儒家常說「禮不下庶民」，便不能是「天下之程式」。因此法家以法為「天下之程式也，萬事之儀表也。」

## 2. 法是國家公佈的法令

法不是禮，禮根於天理，天理在人心，禮的規定由人心天理出發。人按照良心，可以知道禮的基本原則。但禮既若然社會一般人的生活規律，禮便應該由國家的負責人去制定。

《中庸》說：

「雖有其位，苟無其德，不敢作禮樂焉。雖有其德，苟無其位，亦不敢作禮

樂焉。」（中庸 第二十八章）

制禮的人，要有高尚的德行，心能知天理，能按天理而制禮。然也要有國君的職位，沒有國君的職位而制禮，禮不能行於全國。故中國的禮，由古代的聖王所制定。周公制禮，因周公有聖人之德，又有宰臣執政的權位。孔子雖是聖人，他則祇說學習殷禮和周禮，又說他自己遵從周朝的禮。

法，應該由國君規定而公佈，儒家、法家都同樣地主張。法既是人民行動的模型，當然應該由治理全國的君王予以規定，又予以公佈，使全國人民都知道，然後才能遵守。而且法帶有刑罰，刑罰應該使人民知道；否則，不知而罰，便是無故傷民。

「法者，編著之圖籍，設於官府，而布之於百姓者也。」（韓非子 難三篇）

人君規定了法律，應把法律條文歸於法典。三代沒有法典，便「編著之圖籍」。這種圖籍是國家政府的圖籍，不是私人的著作，「設於官府」，也是法之爲法的一個條件。然而設於官府，不是爲收藏，而是爲「布之於百姓」，法不公佈，不成爲法。

「令未布而民或爲之，而賞從之，則是上妄予也。令未命而罰及之，則是上妄誅也。」（管子 法法篇）

公佈是法之所以成爲法的重要條件，古代是這樣，現代更是這樣。現在若是立法院通過一項法律條文，經過總統簽署，若總統沒有明文公佈，這項法律仍舊不成爲法律。唐朝長孫無忌進唐律疏議表說：

「虞帝納麓，皋陶創其彝章。大夫之述三言，余篆騰其高軌；安眾之陳九法，玉牒播其弘規。」

「金篆」和「玉牒」都指著古代的圖籍，「騰」和「播」都有廣播的意思。他們進呈律疏：

「撰律疏三十卷，筆削已了。實三典之隱括，信百代之準繩，銘之景鐘，將二儀而並文，布之象魏，與七曜而長懸。」（唐律疏議表）

所謂「銘」，即是「編著之圖籍」；「布」，即是「布之於百姓」，長孫無忌指出了「法」之爲法的兩種條件。

清乾隆帝御製《大清律例》上諭，說：

「古先哲王，所為設法飭刑，布之象魏，懸之門閭，自朝廷達於邦國，共知遵守者，惟是適於義，協於中，弼成教化，以洽其好生之德，非徒示之禁令，使所知畏懼而已。我列祖受天明命，撫綏萬邦，頒行大清律例，仁育義正，各得其宜……予一人恭天成命，監成憲以布於下民，敢有弗敬。

」（大清律例會通新纂 文海出版）

這道上諭，說明了「法」的性質和條件。「法」的性質，應合於義，「適於義，協於

中」，「協於中」乃是合於中道，不過也不不及，不過於嚴也不過於鬆弛。「法」的目的，在於禁惡，然也有益於教化。「法」的條件，要「布於下民」，由皇帝頒佈。法律既公佈了，就按公佈所定期限，產生效力，人民對於法的知識不影響法的效力，換言之，不論人民知道與否，只要觸犯了法，一樣地受刑罰。

### 3. 法是規定名分的

孔子最重正名，以為是治國的首要任務。有名就有職務權利，名的職務權利稱為分。一個人在社會裡有了一種名位，例如稱為父，稱為子，稱為村長，稱為縣長等等，便有這個名稱的職分，就是有了名分。孔子極力主張以禮來規定名分，禮是分，把人民按照上下次序分列各種關係。孔子說：

「名不正，則言不順；言不順，則事不成；事不成，則禮樂不興；禮樂不興，則刑罰不中；刑罰不中，則民無所措手足。故君子名之必可言也，言之必可行也。君子於其言，無所苟而已矣。」（論語 子路）

孔子不是在講邏輯論理，或是名和言的關係，而是在談名和實際生活的關係，即是名分。

「齊景公問政於孔子，孔子對曰：君君，臣臣，父父，子子。公曰：善哉！

信如君不君，臣不臣，父不父，子不子，雖有粟，吾得而食諸！」（論語

顏淵）

孔子正名的標準，是按照「禮」的標準去定。父親應該做什麼？兒子應該做什麼？

「禮」曾經規定「人義」：

「何謂人義？父慈，子孝，兄良，弟弟，夫義，婦聽，長惠，幼順，君仁，

臣忠；十者，謂之人義。」（禮記 禮運）

人義便是名分的標準，禮按照人義規定每個名分，法家認為「禮」的規定沒有效力，人民多不遵守，乃主張以法律去規定。若有不守者，則科以刑罰。

法家講「形名」之學，形爲名之所指，名實要相符，這是邏輯學的名學，形爲刑罰，名爲法，法和形要相合，法律的效力才能建立。這是法學上的名學。在邏輯學和法學之間有社會學，社會上的名稱，有社會上的職分，職分便是名的形，這是社會學上的正名，孔子和法家都講這種社會學上的名分。

「用一之道，以名爲首，名正物定，名倚物徙。故聖人執一以靜，使名自命，令事自定。……不知其名，復修其形。形名參同，用其所生。

二者誠信，下乃責情。……君操其名，臣效其形。形名參同，上下和調也。」（韓非子 揚權篇）

要使社會安定，社會行動應有一定的標準，標準由政府規定。無論什麼事，都有一個名稱；每個名稱，都有自己相稱的職責。這樣，「使名自命，令事自定」，社會乃安寧。

「今一兔走，百人逐之，非一兔，足爲百人分也，由未定也。由未定，堯且屈力，而況眾人乎！積兔於市，行者不顧，非不欲免也，分已定矣。分已定，人雖鄙不爭。故治天下及國，在爭定分而已矣。」（慎子）

一件東西，若沒有規定是屬於誰，大家都去爭；一樁事，若沒有規定屬於誰，誰都不去做，這樣社會就會亂了。治國的君王，便要頒佈法律，規定名分。

「法之所加，各以分。」（慎子）

法就是規定名分。名分，在現代的法學名詞裡，就是權利和義務。社會上的一個名稱，就有這個名稱的權利義務。例如「所有權」，有自己的權利義務；「婚生子」，有自己的權利義務；「縣長」，有自己的權利義務；債權，債權人，選舉人，被選舉人，都有各自的權利義務；這一切都由「法」規定。法家並不反對儒家，只是以法去補禮之不足，強化禮的效力，因為法帶有刑罰。

#### 4. 法有刑罰

儒家和法家對於法的意義，雖有不同，然都肯定法帶有刑罰。儒家以人生的規律為禮，

禮的規律對於社會生活最關切的而附有刑罰，便是法。法家以法既是人生規律又帶有刑罰，禮則是倫理的規範。法有刑罰，為加強制裁的效力。人性偏於惡，若僅用禮去教導，守禮者不多，國家不能治；則必定強迫人民不去作惡，強迫的方法即是刑罰。

「為國者，反民性，然後可以與民咸。民欲逸而教以勞，民欲生而教以

死。勞教定而國富，死教定而威行。」（管子 侈靡篇）

法家所以任法，所重的就是在刑罰，刑罰帶給人一種傷害，人便怕懼。因著怕懼的心便不敢作惡。孔子指責這種避惡，不是甘心避惡，而是逃避刑罰，心裡並沒有嫌惡作惡，「民免而無恥。」法家認為治國的人，第一求社會的安定，人民不作惡，社會就安定了，不必問人民不作惡出於何心。

中國歷代的法律，都帶有刑罰，國君制定法律常由刑罰方面著想。漢沛公劉邦入關，「召諸縣父老豪傑曰：父老苦秦苛法，久矣。誹謗者死，偶語者棄市，吾與諸侯約，先入關者王之，吾當王關中，與父老約法三章耳：殺人者死，傷人及盜，抵罪，餘悉除秦法。」

（史記 漢高祖本紀）

約法三章，為蕭何所辦，法在當時指著刑法。所謂秦法苛刻又繁雜，即是說秦朝的刑法

多而苛刻，漢高祖盡取消這些刑法，只留了三條。

清乾隆帝製定《大清律例》的上諭也說：

「古先哲王，所為設法飭刑。」

制立法律，飭有刑罰，乃是古代君王的慣例。因而中國歷代的法律，常被看成爲刑法。然而在法律的內容裡，並不完全是刑法，也含有民法，且具有國家的憲法。例如《唐律》的職制含有國家基本法的成份，戶籍則含有家庭婚姻的法規。《大清律例》也有職例，又有戶役、田宅、婚姻關於民法的條例。古代法律在條文的前段，有行動規律的規定，後段規定刑罰。例如《大清律例》對官文書稽程的律文說：

「若各衙門，遇有所屬申稟公事，隨即詳議可否，明白定奪回報。

若當該官吏，不與果決，含糊行移，互相推調，以致耽誤公事者，杖八十。其所屬將可行事件，不行區處，而作疑申稟者，罪亦如之。」（大清律

例卷六 吏律公式）

上面一段，規定官吏遇有下級請示，應立即明白答覆。這是普通法規。後面一段則是刑法，規定了刑罰。

中國現代所行的法律，法律的觀念，接受西洋的法律觀念，法律是人民行動的規律，刑法祇是法律的一部分。

「律」字，在《說文》裡是「律，均布也」。段玉裁注說：「律者，所以範天下之不一而歸於一。」普通稱爲音律，是一種音階，使歌聲有同一的標準。也用於法，稱爲法律。在《易經》師卦的爻辭說：「師出以律。」孔穎達疏說：「律，法也。」律，乃國家明文規定的法，秦商鞅改稱法爲律，漢蕭何有九章律，而後有唐律、明律、清律，爲中國歷代的法典。現在則「法律」兩字連用，指著國家的成文法。

「法律乃經一定程序，以國家公權力來強制實施的人類社會生活的規範。」(一)在這種意義裡，沒有包含自然法。

## 第二節 西洋法律的意義

西洋的法律有多數的系統，西洋的法學也分成多數的派別，對於法律的意義，各派也不相同。

### 一、古希臘和古羅馬的法律思想

在古代希臘，法律和神律相合，稱為 *Seins*，相符於印度梵文 *Dharma*，由神所啓示，作人類生活規律的原理，古希臘又用 *Dicos*，為指自然律，自然界具有既定的次序，依照次序，「自然」以內在的創造力造生萬物。神啓示人生規律，稱為 *sika* (*Dike*)，這個名詞也是尊神的女兒，掌管爭訟。這句話的意義為「說明」，為「服從」，即服從爭訟案件的判決。因此，發展為服從規律，遵守習慣。

柏拉圖以法律和倫理規相同，倫理使人成為「高尚人」，即是「君子」，「君子」乃是正義的人，正義為法律的基礎。

亞里斯多德稱「正義人」爲 *Sikaov*，這句話來自希臘文 *Sikaē tiv* 意義是分成兩半，和中文的「中」相同。裁判官稱爲 *Sikaō pvs*，即「平分官」的意思。(二)因此，法律的意義，是使兩不相等使成爲相等的標準，或使過與不及成爲中的理由，或平等的規律。在亞氏的哲學裡，法律包括在倫理以內，倫理不是像柏拉圖所講的理想模型，而是由意志所成就的東西。意志乃是自由的基礎，有自由意志纔有倫理，有倫理纔有法律，守法便是自由意志的活動。這種思想在近代西洋法律哲學裡具有相當的影響。

古羅馬的文化，以羅馬法爲中心；羅馬法乃古羅馬帝國的一種特徵。古羅馬的文字爲拉丁文，拉丁文裡法律稱爲 *Jus*。這句話有人稱爲來自正義 (*Justitia*)，有人說來自命令 (*Jussum*)，有人說來自綑綁 (*Jungere*)，又有人說來自印度梵文 *yos-yaus*，因爲最古的拉丁文有 *Jaos-Jous*。但是現在無法證明何者是正確的。

羅馬人區分法律爲「客觀法」和「主觀法」。「主觀法」爲客觀法給一個人的一項權利，要求別人作一項行動，權利相當於 *Jus*，「客觀法」爲國家所定的法規。

在羅馬法的傳說中，有巴彼尼亞對法律的定義，他說「法律是公共的規律，明智人的意見，罪犯的懲罰，國家的共同規定。」(四)又有古羅馬法學家烏爾彼亞 (*Ulpianus*) 所引車爾索 (*Celsus*) 的定義：「法律是善及公平的技巧。」(五)這兩項定義中的第一項定義，是由希臘來的；解釋了法律的一般意義，第二項定義則祇說明法律的用途，在這二項定義和說明

裡，法律和倫理混合在一起，希臘人不加區分，羅馬法學家則漸漸加以區分。法學家保祿（Paulus）說：「凡可以做的不都是正當的。」（non omne licet honestum est.）

古羅馬人指示法律，常用 *Jus*；爲了說明一件合於法律的事，則用 *Justum*（應該的）。這個字本來的意思，乃是正當的或正義的，然而合法的事不一定就是正義的，所以祇能說是「應該做的」。「應該做的」在自身的目標上，本來也有正義的意思，就是使爭論的事，得到公平合理的解決。爲著法律的目標，古羅馬人常用 *aequitas*。這一字的意思是公平，是中道；然而因爲法律並不能常是公平的 *aequitas*，遂變成了「情理」或「權變」的意思了，就是實際的環境使法律的嚴厲可以減低，有中國人普通常說的合於情理。古羅馬人很看重法律，不喜歡講情理，而常講「義」（*Justitia*）。「義」在中國儒家是自我修養的善德，我做我該做的事，即孔子的正名。在古羅馬及後代歐洲的倫理和法學裡，「義」是對於旁人的善德，如烏爾彼亞所說：義德是長久不變的意願，願給每人自己應有的事物和權利，因此猶思定尼亞皇（Justinianus）在他的法典裡聲明說：法律的規誡是：合理的生活，不傷害他人，給每人自己應有的事物和權利。(4) 這些規誡在社會的許多制度裡，可以說是公共的；但是在法律裡更顯得明顯，更具有效力。

古羅馬帝國最看重公民資格，羅馬帝國的公民纔是法律的主體，奴隸和外邦人祇享受很

少的權利。公民權利的法律稱「民法」(Jus civile)。「民法」分爲「公法」和「私法」。按照烏爾彼亞的思想，「公法」處理有關羅馬帝國的事件，「私法」處理有關公民私人利益的事件，但是這種解釋並不完全正確，因爲有一些有關公民私人和政府或社會的事件，則屬於「公法」。「私法」又分爲三類：「自然律」(性律)(Jus naturale)，「民族公法」(國際公法)(Jus gentium)，民法(狹義民法)。這三類法律，前兩類常放在一起，因爲民族公法代表自然律；狹義民法則和前兩類相對待，因爲狹義民法完全是人造的法律。

古羅馬法學家以法律的起源，最初來自人的良知。人生來爲合群的動物，合群共居時必然要有一些基本的規律，這些規律爲人性良知的要求。愈進化的人，愈高尚的人，愈能體會這種良知的要求。古羅馬的法學家最能明瞭這種要求，用法律的解釋把這些需求表達出來。他們的法律解釋產生法律的效力。

在法學方面，西塞老(Ciceio)的思想可爲古羅馬法學的代表。法律的泉源不來自人，而來自神的意旨，意旨表現於「自然律」；「自然律」成形爲「民族公法」。法律的精神在於「公正」(Honestas)，「公正」的標準爲「公平」(Aequitas)。「公平」，則積成「義」的善德，倫理和法律便結合在一起。古羅馬的倫理學家塞耐加(Seneca)也以倫理和法律相連。

在第四世紀和第五世紀時，北方和東方的蠻夷民族，入侵羅馬帝國，古羅馬的法律制度被破壞得蕩然無存。但是在這時候，天主教的倫理，已經傳遍帝國。賴著教士們的努力，蠻夷民族逐漸歸化，羅馬法的制度和精神乃由天主教會的「教律」(Jus Canonicum, Canon Law)去繼承。「教律」在歐洲中古社會裡約束力很強，駕凌各國法律以上，日爾曼法系也受影響。聖奧斯定乃是結束古羅馬思想而開啓中古思想的神學和哲學家，他也有他自己的法學思想。

聖奧斯定曾寫過一本歷史哲學書，書名為《天主之城》(De Civitate Dei)。教會和國家為兩個獨立的團體，各有獨立自主的政權。教會照顧教友的精神利益，國家照顧國民的現代利益，然而精神在物質之上，教會的權力便在國家之上。各民族都為天主的受造者，互相平等，民族間的法律，便是「民族公法」，一個國家之內和多數國家之間應有維持秩序的「和平」；「和平」就是神聖的秩序，秩序以法律而顯，這種維持秩序的法律必是合於理性的，理性為人的專用品，合於理性的才可以存在，不合於理性的則不能存在，「惡」便不是實有的存在物，而是理性的缺點。聖奧斯定說：

「何沉人由於本性律法，傾向與人團結，並在可能範圍內，與一總人和睦。

連惡人亦奮鬥以得和平，若可能的話，使一總人服從自己，奉事自己一

人。」(V)

「肉身的和平，是各部分有系統的聯合。……：有理智靈魂的和平，是思想與活動中有秩序的和平。……：人間的和平，是眾人戮力同心。……：一切事物的和平，是有秩序的安寧。」(VI)

「善人不但不能害任何人，且當阻止或懲罰罪惡，使受罰者因罰而改正，或使別人不敢仿效。」(H)

「家庭是國家的原始及其一部分，一切原始有其特別的目標，而部分是為整體；所以家庭和平，有關國家的和平；一家之中，主人同僕人能和平同居，有關一國內人民之和平。為此，家主當依國家的法律，管理自己的家庭，使與國家的和平互相吻合。」(I)

齊家而後治國，本是中國的政治哲學，聖奧斯定也有這種主張；然而中國齊家以禮，聖奧斯定齊家以法；因為古羅馬社會有奴隸制度，天主教雖改變了羅馬法不以奴隸為人而為物的法律觀念，然主人和奴隸的關係，仍照法律而實行。

聖奧斯定的這些有關法律的觀念，對歐洲後代的法學發生很多的影響。

## 二、中古士林哲學的法律觀念

歐洲中古的思想，以天主教思想爲主流，神學哲學思想結晶在「士林哲學」(Philosophia scholastica)內，士林哲學的大師，爲聖多瑪斯。

聖多瑪斯在神學大全 (Summa theologica) 的第一編的第二部，從第九十問題到第九十九問題，討論法律。先討論法律的意義和法律的分類，法律分爲神律，自然律，人律；次則討論法律的效力，法律的創制者，法律的改變；最後討論猶太教的摩西舊律。最後這一個問題和我們的研究沒有關係，其他的問題則都有關係。

### 1. 法律的意義

聖多瑪斯在第一編第二部的第九十問題，分成四節，討論法律的意義：法律是否屬於理智的？法律是否常要爲公共的利益？是否每人的意願都可以創制法律？法律是否應該頒佈？

(出)

法律是人類生活的規範，人類生活的第一規範是理智。理智引人趨向目的，目的使人行動。沒有目的，人不會行動，不行動便不需要規範。理智既是人行動的第一基礎和第一動力，理智便也應該是人行動規範的基礎；因此法律應該是屬於理智的，法律便應是合理的。

法律常要是為公共的利益。人的行為有一個最後的目標，是為追求幸福。幸福的條件，在於有秩序的和平。和平的秩序要求每一份子為全體而貢獻，每一份子的行動規範便該常為公共的利益。為每一個人的利益，每一個人自然的傾向去追求，為社會的公共利益則需要法律，規定每一個人追求的責任和方式。

每一個人都追求公共的利益，然而不是每一個人都可以創制一種行動的規律，所以不是每一個人可以創制法律，而祇是對社會負責的人，才可以有創制法律的權。

法律為公共的利益，強迫社會的每一個人都要遵守；因為法律是行為的規範。人為遵守行為的規範，人該知道這種規範，因此法律應該頒佈，使眾人能夠知道。

聖多瑪斯乃給法律一項定義：

「法律是理智的一項規定，為追求公共的利益，由負責管理社會的權力人所頒佈。」(註)

## 2. 法律的分類

法律從來源和性質方面，分爲三類。第一類法律爲「永久律」(Lex aeterna, Divine Law)。「永久律」管衡整個宇宙，存在於天主的理智中，法律是什麼呢？是治理團體的人對於團體所設的規律。整個宇宙的存在具有自己的規律，乃是一件明顯的事。宇宙爲天主所造，並承天主的管理。宇宙的規律便是天主管理宇宙的道理，天主管理宇宙的道理乃是天主的理智，天主的理智必定是永久不變；因此宇宙的規律永久不變，稱爲永久律。所以稱爲永久律，乃是從天主方面說，因爲天主是永常的存在。若從宇宙方面說，宇宙則不是永久的；因爲宇宙有始有終。但是從宇宙開始到宇宙終結，即是宇宙存在時，宇宙規律常存在而不變。就是在宇宙開始以前，宇宙終結以後，天主的理智中常有這個宇宙，也就常有宇宙的規律。(崗)

第二類法律爲「自然律」，或稱「性律」(Lex naturalis, natural Law)，這種法律是人類的規律，來自人性，所以稱爲性律。人爲宇宙的一部分，而且爲最高的一部分。宇宙既有規律，人類怎麼沒有規律呢？人類的規律爲宇宙規律的一部分，宇宙規律具在宇宙萬物的天性中，人類的規律也就具在人性中。人是有理性的，人的心靈能夠認知，因此人性的

規律人便能夠認知。這種認知來自人性，乃是天生之知，孟子所稱的良知(๕)，為分別善惡。

第三類法律稱為「人爲法律」(Lex humanae, Human Law)或稱為「後天律」(Positive Law)。人類的生活由理智指揮，理智有理論的理智，有實踐的理智；理論的理智在推論時根據最普遍的原則，推演出來結論：實踐的理智在實踐生活裡也根據最普遍規律，推演一些結論，作為行爲的規律。因此，人類根據自然律(性律)規定一些實際的規律，這些規律就是「人爲法律」或「後天法律」。(๕)

### 3. 法律的創制與修改

法律爲人在團體生活中的規範，法律便是團體的規範，團體的規範必由負責管理團體者去創制。「神律」的創制者是天主自己，因為「神律」是天主理智的行，「自然律」爲先天律，來自人性，應由造生人類的造物主而創制。「人爲法律」的創制，應爲國家的領袖。

「神律」爲永久不變的法律，沒有修改，「自然律」也不能修改，祇能有演進。「人爲法律」當然可以有修改；而且在創制法律時所有的條件改變了之後，法律爲應合時地，應該有所修改。修改的權力在於創制法律者的手中。

#### 4. 法律的效力

法律的效力，不在於使人爲善？聖多瑪斯說：法律或是純粹使人爲善，或是按照條件使人爲善，負責管理的人創制法律是爲公共利益，目的應是使人爲善；團體的份子，歸屬於管理的權力便該服從法律，服從也是使人爲善。在這種情形下，法律是純粹使人爲善。但有時法律並不是合於理或合於正義，而祇是爲團體一些人的利益，在這種情形下，法律祇是在保護社會有秩序的條件使人爲善，即是使社會不亂。(a)

法律的效力可以分爲四類：第一類，命令行善；第二類，禁止行惡；第三類，准許中性行爲（無善無惡）；第四類，刑罰的恐懼。(b)前三類的效力，爲倫理的效力，在上者發號施令，都因著這三個目的，他的命令之便有這三類的效力。在中國古代所有的「禮」，是具有這三類效力的規範。第四類效力，爲刑法的效力，也是中國古代「法」的效力。

在古代和中古時代，法律和倫理連結一起，兩者都是使民向善。法律便應合於理，合於義，即是法律不能違反倫理。近代法律和倫理分野，許多法律違反倫理道德，法律的效力不能由倫理原則而來，祇能由社會利益而來。

對於「自然律」（性律），聖多瑪斯詳加討論，我們在下面一章特別提出研究。

### 三、近代的法律思想

西洋哲學的近代時期，起於笛克爾的「我思則我存」方法；西洋法學的近代時期，則起於克洛基烏（Hugo Grotius 1583-1645），克洛基烏一翻古代的法學學說，以法律來自「自然律」；「自然律」不來自造物主天主的意旨，而是來自人性的要求，人因生活需要結成團體，又因團體需要而創制法律。他的法理學是社會利益說；社會利益的要求，也是人性合理的要求；因此，他的法理學又主張人性的要求以理智為本。克洛基烏論「法」（Jus）有三種意義：第一種意義為「正義的」（Justum），第二種意義為權利，第三種意義為法律。在第三種意義裡有「民族公法」；「民族公法」不是「人為法」而是先天法，因為當時沒有國際組織以創制國際公法。克洛基烏按「民族公法」討論戰爭與和平。

從克洛基烏的法學，興起兩種法學派：一派以理智為法律的基礎，為理智法學派；一派以社會需要為法律根基，為社會法學派。

理智法學派在第十七世紀，有德國多瑪西烏（Christian Thomassius 1655-1728），多瑪西烏的法學名著為論民族公法的書。(a)他研究法律的根源，肯定法律來自人天生的三種慾望：幸福的慾望，痛苦和死亡的逃避，佔有的慾望。這三種慾望若沒有理智予以指導，必常

發生鬥爭。因此，國家的元首，按照理智的指示，規定法律，以維護社會平安。國家元首創制法律不能任意而行，而要按照理智的指示。他反對絕對的君主專制，法律不以君主的意志為根基，而是以理智為主。多瑪西烏把「法律」分作三類：第一類是正義的（*Justum*），第二類是合理的（君子的）（*Honestum*），第三類是適合身份的（*Decorum*）。法律和倫理相連而不相分，法律的效力不來自人類的社會契約，而是來自人性的天生權利和義務，他不贊成英國霍布斯的社會法學派的意見。因著人性的天生慾望，人的天生權利和義務可以歸併到三項原則：第一，「己所不欲勿施於人」；第二，「己所欲則施於人」；第三，「欲人爲者己亦爲之」。由第一項原則，建立「自然律」，反對任何人傷害和平。由第二項原則，建立「人爲法」，積極保障和平。由第三項原則，建立倫理規範，使人心有內在的和平。

德國近代的思想，常趨向於形上的理論，反對英國的實徵論。在法學方面，康德和黑格爾都主張理智法學。

康德的法律哲學思想和他的實踐理性哲學相連，而且是實踐哲學的一部分。倫理規律爲人性的先天命令，人人都應服從。因著倫理規律的先天命令，便應有「自然律」。「自然律」不是爲追求享受，也不是追求利益，而是爲求人的社會生活合於理智。人生存在社會裡和旁人一定發生關係，所發生的關係爲權利和義務。權利和義務的關係可以分成四類：

人和沒有權利義務的「存有」所具法律關係。

人和具有權利義務的「存有」所具法律關係。

人和祇有義務而沒有權利的「存有」所具法律關係。

人和祇有權利而沒有義務的「存有」所具法律關係。

在這四類法律關係中，祇有第二類的法律關係可以成立。因為，第一類沒有權利和義務的「存有」，乃是物；物不能是權利義務的主體，而是權利義務的對象。第三類祇有義務而沒有權利的「存有」，乃是奴隸；奴隸也不是權利的主體。第四類的「存有」乃是至尊之神——天主。天主不和人在同等的法律關係內。

人的法律關係，不來自社會生活的經驗，社會經驗告訴我們，人的社會生活常能發生鬥爭。然而這種經驗並不能產生法律，法律之來，來自理智的要求，理智昭示人們，為能和平安全地在社會內生活，人應該團結在一個國家內，服從國家元首的命令，元首的命令創制法律。

人天生的權利祇有一個，就是自由，人生來有權利按自己的意願去行動，從「自由」的天生權利然後生出其他先天的權利。人使用自由該當合理，成爲一個君子人。萊布尼士曾說法律的目標使人成爲「好人」，康德說法律使人成爲「君子」。(4)

康德的倫理學以實踐理智的命令爲基礎，這種命令一定有內在的理由，這種理由便是法

律的理由。倫理道德的規律，由實踐理智向每人發命令，人祇有服從；法律的規律，由實踐理智向國家元首發命令，元首再接受命令而創制法律。法律便是實踐理智的命令，由國家元首而頒佈。

黑格爾的法律哲學和他的歷史哲學相連，他的歷史哲學又和他的整套哲學相連。黑格爾的哲學是純理性哲學，凡是「存有」，都是合理的，不合理的不能存在。存在是在變遷之中，變遷按著正反合的辯證式進行。正是絕對精神，也就是絕對理性，反是絕對精神的外在表現，是絕對精神的非我，也就是宇宙，合是宇宙在精神上的自覺中，經過藝術、宗教、哲學而回到絕對精神。在這種精神自覺的過程中，國家是一個必需的因素。國家的目的，在於保障宇宙精神在人類的自覺能夠繼續發展。人類精神的發展，即是自由。在人類的歷史裡，國家和法律並不常是合理的；因為歷史上的國家，在古代不給人民自由，到了現代，國家才許人民自由。國家的法律，在形上的抽象方面說，如同國家一樣是合於理的，因為是為保障人的自由；但是在實際的內容和形式上，則不合常理。德意志的國家政府則已進於完全的境地，為理想的國家。法律所以應該是理性的指示，使人在追求自由中，顯示精神體的意義。

康德和黑格爾都是理性法學派，法律的理由於在於人的理性，法律的標準也在合於理性。

另一派的社會法學派，發展在英國和法國，英國霍布斯（Hobbes 1588-1679）討論國家

政權，以人自私的慾望必引起戰爭，因每人既有慾望以追求一己的利益，每人便自然去排除他人。為保障人的和平生活，便要結成國家，由國家以法律使人人可以安心生活，不怕他人的侵害。國家由人民的社會契約而成，國家政權來自人民的契約，人民以契約把治理的權力交給國家，國家便有全權治理人民，法律乃是國家治理人民的工具。

英國經驗派哲學家洛克 (Locke 1632-1704) 設想人在最初的時期，每個人都是自由的人。全世界的土地和物件，供人使用。每個人用自己的勞力可以佔有土地和物件作為自己所有，建立每人的「所有權」，為保持「所有權」每人可以排除他人的侵害，且對侵害的人予以懲罰。然而在這種狀態中，每人的「所有權」僅由自己去保持，不能夠有安全感。於是大家組織國家，要求國家來保障人的自由和「所有權」，人所交給政府的權力，祇在保障人民的權利。國家的權利便是有限度的權力，不能是集權的專制。

奧斯汀 (John Austin 1790-d. 1859) 為英國法學的首創人。他講法學時，說明法律廣義的意義，是一個握有治國權力的理智者，給一個理智者所製定的規律。這種廣義的法律所有的目的在於制定一種規律，此種規律的創制者為一有理智者，規律的接納者也是具有理智者，這種廣義的法律包括上帝給人所定的法律和人給人所定的法律，上帝所定的法律，不宜稱為「自然律」，而應稱為「神律」。「人為法」即是後天法，後天法分為兩類：一類為政權所定的法律，就是狹義的法律，一類由習慣所造成，稱為習慣法。法律的制定，在於創制

法律者的命令，命令之能成爲命令，不採霍布斯所說，因著有賞罰，因爲賞不能成爲命令，只是一種許諾，許諾對於接納的人，不成一項義務，惟獨罰才是一種命令，因爲罰不是許諾，而是一項遵守的義務。(三)

法國大革命時代，孟德斯鳩 (Montesquieu 1689-1755) 爲法國革命思想的主動者。他反對君王專制、主張民主自治，把國家的權力，分爲立法、行政和司法三權，以防止獨裁的專制。法律乃是國家治權的工具，都是後天人爲法。

盧梭 (一七二一——一七八八) 本是浪漫派思想家，然而在政治思想上，他主張社會契約說。人在原始文明時，是最自由，最善良，最平等的，每人靠自己的工作，活得很幸福。可是每個人不能單獨生活，一定要和別人發生關係，於是便產生不平等。生產的工具，增加了人的生產力，也增加了人的不平等境遇，於是發生鬥爭。爲防禦鬥爭，人乃結成國家，共相訂立社會契約。國家的權力來自社會契約，法律爲國家所創制，而不是自然地來自人性。

孔德 (Auguste Comte 1798-1857) 爲一位實徵主義的學者，曾寫成一本論實徵哲學的書 (Cours de Philosophie Positive)，共六冊，然而他並不是哲學家，而是社會思想家。他研究人類歷史的發展，分爲人權，君權，民權三個時期，又分學術思想的進展，爲神學、哲學、科學三個時期。人類的智識都靠經驗，對於自然律，人不能夠認知，祇能經驗到自然

律的效果。人類的生活由社會環境去限制，國家的法律也是依據社會的環境而定。孔德為現代社會學的創始人，他也發展了社會法學的思想。個人的自由和幸福，不能成為法律的根據，所謂「自然律」乃是一個人的幸福要求；因此，法律乃是以社會團體為基礎，是社會團體的規律。

#### 四、現代的法律思想

現代西洋的哲學思想為多元的思想，然而各方面的趨勢都趨向於適應變動的現實人生，排除傳統的抽象形上架構，注重變動的現實人生，排除「神律」和「自然律」，祇看重人為的法律，新康德主義和新黑格爾主義在法學上，特別注重法律的目的，由法律的目的而爭論到創制法律的根本因素是理智或是意志。葛勒（Joseph Kohler 1849 - 1919）為新黑格爾學派的主流。新康德學派的主流，則有史當勒（Rudolf Stammler, 1856-1938）。

社會法學派在現代的法學思想中，佔有重要的地位，這派學者的代表有易黑林（Rudolf von Ihering 1818-1892）。他從研究人的行為動態，以自然界的因果關係在人的行為上，乃是目的和行動的關係；人的一切行為都由目的（動機）而發動。人的行為常為追求利益；

但若私人的利益，妨害大家的利益。結果本人也將受害。若私人的利益和團體的利益相符合，則私人也將受益。因此法律的動機在於社會的利益。一個國家為求團體的利益，是有組織地去進行，法律便是這種為求社會利益的工具和途徑。易黑林的社會利益為法律動機的思想，在美國有彭德（Roscoe Pound 1870-1964）作傳揚人。彭德為哈佛大學的法學院院長，被稱為當代美國法學的首領。彭德曾作一文，說明「社會利益」的意義。他把利益從主體方面看，分為三類：私人利益，國家利益，社會利益。這三類的利益的出發點，都是利益主體的生存。私人生存有所要求的利益，國家生存有所要求的利益，社會生存有所要求的利益。但是這三方面的要求，並不能常分辨得清楚，而且常常滲合在一起。社會利益在普通法律上常被視為「公共政策」（Public Policy）。「公共政策」乃是國家的安全，憲法的保障，政府的基本政策，對於這些社會利益，私人利益便缺乏法律的保障。因此，在一切的法律中，有一種社會利益常是法律的動機，即是大眾的安全，普通法學家都認為法律的動機，在於保障私人的自由，然而私人自由的保障一定要在社會安全之中纔能實現。法律便是制定社會秩序和安全的方法。(三)

現代西洋的思想，由科學稱霸，新興的社會學和歷史學結合成一種「唯史論」（Historicism），將一切歸於歷史之內，歷史乃是時間的變遷歷程。法律也是歷史的產物，

一方面以歷史環境為法律的因素，一方面以法律隨歷史而變。基督教的一位法學家史達爾（J. Stahl 1802-1861）代表誓反教的思想，也代表歷史法學派。從歷史法學派而有實徵法學派（Positivism）。這派的代表為墨爾克（Adolf Merkel 1836-1896）他的思想看來是唯心主義，然而實際則是實徵主義。他認為人心有為工作而得報的慾望，這種慾望在事實上常得其反，善人常遭厄運；因此，應該有一種方法可以更正這種狀態，國家乃創制法律。法律不是由人性而生，祇是由國家而創制，法律的意義在作為秩序的原則。胡賽爾的現象學（本質學）興起後，在法學裡也產生了現象學法律哲學，以薛勒為代表（Max Scheler 1874—1928）以價值論用之於解釋法的意義，價值是物的本身存在，由人的感情去直覺，法為人類人格的表現。海德格（Martin Heidegger）雅士培（Karl Jaspers）等存在主義的學者，又主張實在論的法律哲學，以人具有實際存在，一般意識，精神三要素，法律的價值要包括這三面的意義。但是，另一方面，有些法學家，認為這些學說，都不能解釋清楚法律的意義，乃主張綜合法理說，因為從法律本身的分析，看到法律須由三種因素組成：社會事實，法律規範和社會倫理。三者都進入法律的意義中。這種思想，稱為綜合法理學說。我國法學家吳經熊氏也主張這種學說。

## 五、比較研究

在上面的幾段，我們可以看到中西法律學家對於法律的意義所有的意見。我們所舉出的法律學家雖然祇有幾位，然都是代表人物。我們就上面所簡單介紹的思想，可以作一個扼要的比較研究。

### 1. 法律和倫理關係

第一點，法律和倫理的關係，互相密切。中國歷代都以法為補「禮之不足」，禮是倫理的規律，約束人的行為，禮的效力為一種倫理制裁力。倫理制裁力一方面是人的良心的獎勵或譴責，一方面是社會人士的稱譽和侮辱。但是有許多人害怕倫理的制裁；於是國家的君主為保持國家的平安，乃創制法律，以刑罰作為制裁。至少不怕倫理制裁的人會怕刑罰的制裁而不去作惡。

西洋古代的法學家，在希臘古羅馬和中古時代，也以法律和倫理相結，由倫理的規律而

有法律，又以法律的目的在於引人爲善。到了近代，西洋法學家才把法律和倫理分離。一方面是社會法學派，以法律來自社會契約，來自社會生活的需要。社會生活的需要不常和倫理相符，例如目前因著減少人口的需要，准許墮胎。另一方面是國家萬能的法學派，以國家爲權力的主人，國家願意做什麼都可以；這種專制獨裁的集權政府，便能創制許多違反倫理的法律。例如德國希特勒和俄國的史太林以及中共的毛澤東。然而在西洋的法學傳統裡，天主教的士林學派，則常堅持法律和倫理應當「分」而不可「離」。許多法律條文和倫理無關，但是法律卻不能反對倫理。

中國當代有些法學者，接納西洋法學的影響，也主張法律和倫理不相連，倫理的範圍爲私人生活，法律的範圍爲社會生活。這種思想的影響，造成兩種意識形態：第一，法律爲外在的形式主義，內心和法律完全分離，守法祇是外在的形式，正是孔子所說：「民免而無恥。」第二，沒有法律的禁止，便一切都可以做。目前社會上的許多經濟犯罪，就是這樣造成的。

法學家吳經熊教授在他的一冊英文著作《正義之源》(Fountain of Justice)中，寫了兩章，即第十九章論「文字與精神」，第二十章論「價值的等級」。法律的條文具有最高的價值，要求條文的執行。然而在執行時卻不能違反倫理的常規。吳教授舉了一個事例：在一八八九年，紐約州法庭有一樁案件，一個十六歲的孫兒，爲預防他的祖父修改遺囑，就毒

死祖父，被法庭判爲罪犯。律師卻替他要求執行祖父的遺囑，把遺產歸於謀殺遺囑人的罪犯，法官判決遺囑的執行不合理，不能執行，因爲倫理的常規是不能讓一個人從自己的罪惡中取得利益。再一點，對於法律的價值，法律是爲人，而不是人爲法律。

## 2. 法律爲人生的規律

中西的法學家都以這一點爲法律的特性。我國古代以法爲模型，模型雖可以解釋爲判案的標準，同樣的案件依照同樣的法律去判決；然而法律的模型，最重要地是在於給人民一種行動的模範。西方法學家也都注重這一點，他們有的說法律來自統治者的理智，有的說法律來自統治者的意志，有的說來自社會的需要，這一切都祇注意到法律的根源。若論法律的意義，大家都認爲法律乃是人生的一種規律。吳經熊教授論法律的定義說：「比較起來，一種最完全的法律定義，還是聖多瑪斯所說的定義。法律是理智的一項規定，爲追求公共的利益，由負責管理社會的權力人所頒佈。」這條定義兼顧到法律的本性、目的和經歷。法律的本性在於和理智相符合，法律的目的在於爲公共利益，法律的經歷，在於經過創制，頒佈，判決，執行，以逐步達到目的。這條定義包括各種的法律：永久律，自然律，人爲律，以及

天主啓示的古約神律和新約神律。」(三)

### 3. 法律爲治權者所頒佈

中外法學都肯定法律要由團體的治權人頒佈，這裡有兩個重點：一是治權人，一是頒佈。中國歷代的法律都屬刑法，刑法一定要由皇帝創制，刑法上沒有規定的事，則可以援用「條例」。中國古代皇帝的權力是無限的，在事實上可以制定任何法律。但是在理論上，法不能反對禮，漢朝以經義解釋法律，法律和倫理便不能衝突，皇帝便不能製定相反經義的法律。

西洋古代的法學不承認皇上的無限權力，古羅馬帝國的標語是「參議院與羅馬公民」(Senatus Populusque Romanus, SPQR) 法律的頒佈是以參議院和羅馬公民的名義而頒佈，當羅馬皇集權專制的時代，皇帝採有獨裁的實權，可以制定一切法律。但是古羅馬以法律爲特色，靠著法律以統治大帝國，皇帝隨時可以頒佈不合人道的命令，但是制定跟傳統羅馬法相違反的法律則很少。

#### 4. 法律的目的爲公共利益

中國歷代皇帝制定法律，都是爲治國安民，使判案時，官吏有一定的依據，不能任意傷害人民。這種目的當然是爲國家的公共利益。西洋法學家則都明明指出法律的目的是爲公共利益。

西洋法學從古到今，都常注意「正義」(Justice) (拉丁文 *Justitia*) 法律名爲 *Jus*。正義名爲 *Justitia*，兩字的根源相同。正義的意思則在於「公平」(*Aequitas*)，公平是使每人的權利相等，不要因人的傷害而失去公平。在受傷害時，要使兩方再得其平，每人取得所應得的。中國古代的法字「灋」，就是求平的意思。所以義字在中國法律中雖不明標出，實則爲一重大因素；而且儒家重義不重利，公共利益的利字則不見於中國的法律，因爲儒家認爲有義就有國家的公共利益。

西洋法學家對於公共利益的解釋，則常跟著自己的哲學思想而有不同。中國以義爲重，則法律不能反對倫理，西洋社會法學派，功利法學派，唯物辯證法學派，則以國家和社會需要爲主，則法律便有違反倫理的條文。法律和倫理的相連，爲中國法學的傳統性；在西洋古代法學和天主教法學裡則常有，在現代法學裡則互相分野。

註：

- (一) 羅光 中國哲學大綱 上冊 頁三三〇 臺灣商務印書館 民國六十八年 第四版。
- (二) 涂懷登 法學緒論 頁一〇四 華視文化公司 民國七十一年。
- (三) Aristotele, *Ethica a Nicomaco*. V. ed. Marietti. 680, 30.
- (四) Papinianus. L. I. D. I, 3.
- (五) Ulpianus. L. I. Pr, D. I, 1.
- (六) Paulus L. 10. A. I. D. I, 1.
- (七) 參考 Pietro Bonfante. *Istituzioni di Diritto Romano*. 羅馬大學 第十版。
- (八) 聖奧斯定著 吳宗文譯 天主之城上下冊 臺灣商務印書館 民國六十年版。
- (九) 同上，第十九卷 第十二章。
- (十) 同上，第十九卷 第十三章。
- (十一) 同上，第十九卷 第十六章。
- (十二) St. Thomas, *Sum. Theol.*, I - II, q. 90.
- (十三) St. Thomas, *Sum. Theol.*, I - II, q. 90. a. 4.
- (十四) St. Thomas, *Sum. Theol.*, I - II, q. 91. a. 1.
- (十五) St. Thomas, *Sum. Theol.*, I - II, q. 91. a. 2.

- ㊦ St. Thomas, Sum. Theol, I - II, q. 91. a. 3.
- ㊧ St. Thomas, Sum. Theol, I - II, q. 92. a. 1.
- ㊨ St. Thomas, Sum. Theol, I - II, q. 92. a. 2.
- ㊩ Ch. Thomusius, Fundamenta inris nature et gentium exsensu communi deducta in quibus secernuntur principia honesti initi ae decori, Halle 1705.
- Ⅱ Kant, There is only one innate right, (Law and Philosophy, Reading in Legal Philosophy, ed. by Ed. Allen Kent, Englewood Cliff. New Jersey.
- Ⅲ John Ausiy, The Province of Jurisprudence determined. (Law and Philosophy, Ⅱ-1. )
- Ⅳ Roscoe Pound- A Survey of Social Interests. (Ed Allen Kent Law and Philosophy, Reading in Legal Philosophy. )
- Ⅴ Ⅱ-1. Ⅲ | | .

## 第二章 自然法

法律哲學上一個基本的問題，是「自然法」問題。西洋法學家從古到今都研究了這問題，在近代第十八世紀和第十九世紀時，似乎使問題消失了，法學家都否認有「自然律」；然而「自然法」並沒有被廢棄，在第二十二世紀又重露頭角，仍被認為法律的根基。在中國的法學上沒有「自然律」的名詞，但是有一個意義相同的「天理」。中國歷代法律家都承認法律的根基乃是「天理」。

### 第一節 中國法律的基礎——天理

#### 一、中國法律的基礎

中國儒家常以禮法相連，都是人生的規律。禮的範圍為倫理範圍，法的範圍為刑賞的範

圍，兩者的範圍雖不同，對於人生的意義則相同，都是人生的規律。法和禮的關係，常由一句話去表示，即「法補禮之不足」。所謂不足，不是指禮的本質有不足，而是指禮的效力有不足。禮的效力為倫理的制裁力，倫理制裁力有時不能見效，治國的君主乃按禮的原則制定一些規律，加上違法的懲罰，稱為法。法的制裁力為外在的懲罰，由國家政府去執行，這種制裁力便常能實現。

「禮者，禁於將然之前；而法者，禁於已然之後。」（大戴禮記 禮察）

「是故王法，不廢學校之官，不除獄理之吏，欲令凡眾見禮義之教。學校勉

其前，法禁防其後。」（王充論衡 率性）

禮和法的關係，胡適曾說：「儒家的禮和後來法家的法，同是社會國家的一種制裁力，其中卻有些分別。其一，禮偏重積極的規矩，法偏重消極的禁制。禮教人應該做甚麼，應該不做甚麼，法教人甚麼事是不許做的，做了是要受罰的。第二，違法的有刑罰的處分，違禮的最多不過受君子的譏評，社會的笑罵，卻不受刑罰的處分。第三，禮與法施行的區域不同。（禮記）說：禮不下庶人，刑不上大夫。」（一）

禮的基礎爲天理，〈禮記〉上說得很清楚。

「夫禮，先王以承天之道。……是故夫禮，必本於天，殺於地，列於鬼神，達於喪祭射御冠昏朝聘。故聖人以禮示之，故天下國家可得而正也。」

（禮記 禮運）

「故聖人作則，必以天地爲本。」（禮記 禮運）

「大禮與天地同節……禮者，天地之序也。」（禮記 樂記）

「禮者，天理之節文也。」（朱子集註論語 顏淵篇）

禮，爲人生的規律，人爲宇宙的一部分，人生的規律便是宇宙的運行規律的部分。〈易經〉說：

「易之爲書也，廣大悉備，有天道焉，有人道焉，有地道焉，兼三才而兩之故六。六者，非它也，三才之道也。」（繫辭下 第十章）

宇宙運行之道，爲天道地道，合起來，稱爲天地之道，更簡單一點，就稱爲天道。天道

在《書經》裏常稱爲天命，天命乃對人事的安排而言。上天對於人事有所預定的安排，這種安排稱爲天命。宇宙運行之道，也由上天所定，因而稱爲天道。道，本是道路。道路的意義在引導人去行走，也就是行走的軌道。天道便是宇宙運行的軌道。軌道即是一種規範。

宇宙間有天道，爲中國最古的一種基本思想，《易經》講宇宙萬物的變，變易一定要有規律，才能有《易經》所講的常，循環，時中。否則，沒有規律的變易必定是亂動，亂動便沒有研究的可能；而且《易經》以天地變易之道去推究人事吉凶，更是不可能了。

「天地之道，恒久而不已也，利有攸往，終則有始也。日月得天而能久照，

四時變化而能久成。……觀其所恒，而天地萬物之情可見矣。」（《易經

恒象）

「易與天地準，故能彌綸天地之道。仰以觀於天文，俯以察於地理；是故知幽明之故，原死反終，故知死生之說。」（《繫辭下 第八》）

天地萬物，人物生死都有變化之道，這種道在天地萬物的本性上，是種先天之道，是種自然之道，故稱爲天道。天道既是天地萬物運行之道，也就是天地萬物變化之理。即是普通

所說「爲什麼是這樣變」？因此也就爲理。

「天有常道矣，地有常數矣，君子有常體矣。君子道其常，而小人計其功

。」（荀子 天論）

常道即是理，宋代學者乃通稱理或天理。張載可以看看爲宋朝理學家中第一位明白講論天理的人。他說：

「所謂天理也者，能悅諸心，能通天下之志之理也。……舜禹有天下而不能與焉者，正謂天理順致，則得性命之正。」（正蒙 誠明篇）

「順性命之理，則得性命之正。」（同上）

天理即性命之理，性命之理可以暢通萬物。人若順性命之理，則得性命之正，與萬物相通。程頤卻開始把天、理、心，解爲意義相同，祇是觀點不同。

「伯溫又問二子言心性天只是一理否？曰：然！自理言之謂之天，自稟受者言之謂之性，自存諸人言之謂之心。」（二程遺書三 二程遺書二十二上）

伊川語錄八上）

「萬物皆只是一個天理，己何與焉！至如言天討有罪，五服五用哉！天命有德，五服五章，此都只是天理自然當如此，人幾時與？」

「天理云者，這一個道理，更有甚窮已？……是佗之無少欠，百理俱備。」

（二程全書一 二程遺書二上 二程語錄二上 頁十三）

天和理，意義相同，理是人性之理，從來源方面說，理稱為天理，因為是先天的，即中庸所說「天命之謂性。」然而天理連在一起，結成一個名詞，則指宇宙的理，即「百理俱備」。

朱熹接納了程頤的思想。

「伊川言在物為理，凡物皆有理。蓋理不外乎事物之間，處物為義。義，宜也。是非可否，處之得宜，義也。」

「在物為理，處物為義。理是在此物上，便有此理；義是於此物上，自家處置合如此，便是義，義便是箇區處。」（朱子語類 卷九十五）

「處物為義」，禮和法都要合於義，義的根基則是理。理為物性之理，義為處事之理。一事之理，來自事物的本性，也就是本性之理。

宇宙萬物有天理，為宇宙變易的規律，人性具有天理為人生活的原則。聖人心靈清明，可以知道天理，乃按天理而作禮。

「是故法象莫大乎天地，變通莫大乎四時，縣象著明莫大乎日月，崇高莫大乎富貴，備物致用，立成器以為天下，利莫大乎聖人，探賾索隱，鈎深致遠，以定天下之吉凶，成天下之亹亹者，莫大乎蓍龜，是故天生神物，聖人則之；天地變化，聖人效之；天垂象，見吉凶，聖人象之。河出圖，洛出書，聖人則之。」（繫辭上 第十一章）

「聖人有以見天下之賾，而擬諸其形容，象其物宜，是故謂之象。聖人有以見天下之動，而觀其會通以行其禮，繫辭焉以斷其吉凶，是故謂之文。」

(繫辭上 第八章)

聖人按照天理作卦，卦象徵天地的變易。聖人能夠作卦，因為「聖人有以見天下之賾。」禮是代表天理，由聖人而作。《中庸》說：

「雖有其位，苟無其德，不敢作禮樂焉。雖有其德，苟無其位，亦不敢作禮樂焉。」（中庸 第二十八章）

朱熹作註，引鄭玄的話：「鄭氏曰，言作禮樂者，必聖人在天子之位。」儒家的傳統常是這種思想。朱熹說：

「禮，時為大。有聖人者作，必將因今之禮而裁酌其中，取其簡易易曉而可行，必不至復取古人繁縟之禮，而施之於今也。」（朱子語類 卷八十四）

「聖人有作，古禮未必盡用。」（同上）

聖人制禮，因為聖人心靈清明，能知天理，聖人按天理而制禮。禮的基礎便在天理。法以禮為基礎，法的基礎，便也是天理了。《唐律》說：

「法家之律猶儒家之經，五經載道以行萬世，十二律垂法以正人心。道不可廢，法豈能以獨廢哉。」（唐律疏議序柳贊）

法以正人心，好似儒家五經的道，道為禮的根本，法則以禮為根本；因此道不可廢，法也不可廢。又說：

「然則律雖定於唐，而所以通情乎人情法理之變者，其可盡唐而遽止哉。」（同上）

律可隨時而改，然律之法理則常在。這種法理根之於天理。中國歷代的法學，都以法的基礎乃是天理。

## 二、天 理

研究天理，爲中國哲學的一個重要問題。我們現有的古代典籍爲五經。《書經》在年代上說，可以算是最古的書。《書經》講述人生之道，常用「天命」和「天道」。人屬於上天，人生活的規律由上天所定，上天所定的生活規律，就是天命和天道。天命指上天爲一項特別事件所有規定，天道則是上天所定常規。

「有夏多罪，天命殛之。」（湯誓）

「今予發，惟恭行天之罰。」（牧誓）

「天敘有典，勅我五典五惇哉；天秩有禮，自我五禮有庸哉。同寅協恭和衷哉。天命有德，五服五章哉。天討有罪，五刑五用哉，政事懋哉懋哉。天聰明，自我民聰明；天明畏，自我民明威。達于上下，敬哉有土。」（皋

陶謨）

《湯誓》和《牧誓》說明湯王和武王遵行上天的命令，起兵反抗桀紂。這種天命，爲對

一事所特發的命令。〈臯陶謨〉篇中說明上天和法律的關係。法律的來源，是由於上天的規令，「天敘有典」，即天所定的倫次有一定的常理，「勅我五典五惇哉」，隨時匡正我們五常之性，使人皆能厚於五常之性。「天秩有禮」，天所定的爵秩，有一定的禮制。「天命有德，五服五章哉」，天定有德的人居在爵位，有五等的服制。「天討有罪，五刑五用哉」，上天懲罰有罪的人，用五種刑罰。這種思想，以禮法來自上天的旨意；禮法的創制，乃是依照上天的命令。

到了孔子的時代，天道的表現，表現在宇宙的運行裏，聖人創制禮，乃先觀察宇宙間的現象，看到自然界的天地之道，然後創制禮典。〈易經〉和〈禮記〉都是這種思想。

〈中庸〉則說：「天命之謂性，率性之謂道，修道之謂教。」（第一章）由宇宙自然界的天道，進入了人性。〈易經〉講天地人之道，天道在天，地道在地，即是自然界的天道在於自然界，人道便該在人。在人，即是在於人性。從〈中庸〉開始，人的天道便是人性。朱熹說：

「天生蒸民，有物有則；只生此民時，便已命他以此性了。」（答陳衛道書）

朱子大全卷五十九 答陳衛道書

理學家便以理代表性，理又代表天。人的天理在於人性。朱熹和陸象山就這一點說，有些爭執。朱熹以理在人性也在萬物，人爲行事須要研究事物，然後知道人性之理，即是說先格物然後致知。陸象山以性和心相等，理都在人心，而且說「人外無理」。心能知，反心自問便能知道天理。無論兩人所主張的是對或不對，但是兩人都主張人性是天理，人爲行事須按照自己的人性去行事。

### 三、自然法

中國哲學或法學，沒有「自然法」或「性律」(Natural Law) 這個名詞，但是在事實上說，中國古代思想裏有「自然律」。「自然法」這個名詞，是西洋哲學和法學的名詞，意義是指著自然界的規律或人天生的規律。在拉丁文裏這兩種自然律有兩個不同的名詞，自然界的自然律，稱爲 *Lex naturae*，即自然界的法律。人天生的規律，稱爲 *Lex naturalis*，即人性的法律。拉丁文 *Lex naturalis* 相當於英文的 *natural law*。所以西洋法學所講自然律乃是人性律，或簡稱性律。

中國哲學上有「人性律」的事實，因爲理學家以人性爲理，理即是人生活之道。《中

庸》說「率性之謂道」，人生活的規律，在於按照人性，人性便是人生活的規律，這種規律即是「人性律」或自然法。

西洋法學講自然律，以自然律爲「人爲法律」的基礎。我們已經研究過，中國的法律爲禮的一部分，禮則以天理爲基本。天理在於自然界，又在於人性。自然界的天道地道便是自然界的「自然法」。人性的天理，便是「人爲法」的「自然法」或「人性律」。

春秋戰國時，天下紛亂，民德已衰；然而當時尙有賢人主張遵守天道以治國，孔子和孟子奔走呼籲，還有其他在朝廷或在野的人，也常乘機向人君進言。《左傳》季梁諫追楚師：

「臣聞小之能敵大也，小道大淫。所謂道，忠於民而信於神也。」（桓公六年）

### 《左傳》，周鄭交質：

「君子曰：信不由中，質無益也。明恕而行，要之以禮，雖無有質，誰能間之？」（隱公三年）

在政治上應講道義，道義不是人爲的法律，而是人們共同的嚮往；人們共同嚮往一項原則，這項原則必定出自人們的天性。這就是「道」，「道」可以稱爲「自然律」。

道家常講道，以道爲宇宙的根源，又以道爲行爲的規範。法家管仲和韓非都崇尚道家，他們以道爲人性的規律。

韓非子說：

「道者，萬然之所然也，萬理之所稽也。理者，成物之文也。道者，萬物之所成也。故曰：道，理之者也，物有理，不可以相薄；物有理不可以相薄，故理之爲物之制，萬物各異理。而道盡稽萬物之理，故不得不化。不得不化，故無常操。無常操，是以死生氣稟焉，萬智斟酌焉，萬事廢興焉。」

（韓非子 卷六 解老）

「道者，萬物之始，是非之紀也，是以明君守始以知萬物之源，治紀以知成敗之端。」（韓非子 卷一 主道）

「故先王以道爲常，以法爲本。本治者，名尊；本亂者，名絕。」（韓非子 卷五 飾邪）

管仲爲法家的政治家，他主張重法，不講形上的法理；然而他講到「道」：

「人之生也，天出其精，地出其形，合此以爲人。和乃生，不和不生。察和之道，其精不見，其微不醜，平正擅勾（胸），論治在心，此以長壽。」

（管子 卷十六 內業）

「天覆萬物，制寒暑，行日月，次星辰，天之常也。治之以理，終而復始。

主牧萬民，治天下，蒞百官，主天常也。治之以法，終而復始。……終

而復始，故天不失其常，則寒暑得其時，日月星辰得其序。主不失其常，

則群臣得其義，百官守其事。」（管子 卷二十 形勢解）

從上面所引《管子》和《韓非子》的文據，我們看到他肯定「道」是最高的規律，在「道」以下有「理」。「道」是「萬理之所稽」，即萬理的根源。這一觀念有似於西洋法學的「神律」，即造物主治理萬物的「觀念」。「道」是總理，是宇宙萬物的本源。「理」是每一物之理，可以和儒家所說的「性理」相同。

管子說：「天覆萬物……治之以理，終而復始。主牧萬民……治之以法，終而復

始。」天治萬物以理，人主牧萬民以法，理便是天治萬物的自然規律。

道家最重自然，反對人爲。老子且以道法自然。（道德經 第二十五章）所謂「道法自然」，並不是說道以上有個自然，而是說道的變化有自然的規律，以自然的規律爲法。道家便承認有自然規律。這種自然規律不祇在「道」之中，也在宇宙之中，又在人之內。人要事事以「自然規律」爲生活規律，不要再造人爲的規律，老子既反對人爲的禮，也反對人爲的法。雖反對人爲的禮法，他承認有自然規律。

儒家的法典，說明人爲法的重要，因爲人爲法是和性理相連，法來自性理。

「法家之律猶儒家之經，五經載道以行萬世，十二律垂法以正人心。道不可

廢，法豈能以獨廢哉！」（唐律疏議 序）

以經和律相比，經是載道，律是垂法。道爲人生之道，即「率性之謂道」，即是「性理」，範圍人生，和法相似。道乃是自然規律。

西洋法學者，有人由「義」的存在而推到「自然律」的存在。義爲法律的目的，也是法律的基礎，法律該是正義的，法律又是爲維持正義。義便不是法律所造成的，卻是在法律之

先，義是什麼呢？義是每一物體按照性理所應該有的，義假設了性理。性理從人生規律方面說，即是「性律」。

## 四、常 道

自然性理爲道，爲性理。道在道家方面說，一定是常、不變。性理或人生之道在儒家方面說也是常，也是不變。這一點在中國哲學和法學上沒有問題，可是在西洋法律哲學上則成爲一個複雜的難題。

老子在《道德經》第十六章，講「道」的常：

「夫物芸芸，各歸其根。歸根曰靜，是謂復命。復命曰常，知常曰明。……  
……知常容，容乃公，公乃王，王乃天，天乃道，道乃久，沒身不殆。」

（道德經 第十六章）

王弼注《道德經》說：「復命則得性命之常，故曰常也。」這種常，不是講「道」的本

體，而是講萬物的變化。「道」的本體是常，老子曾說過：

「有物混成，先天地生。寂兮寥兮，獨立而不改，周行而不殆，可以為天下

母。」（道德經第二十五章）

道的本體常在，本性也不變；但是道的本體則有變化，若不變化，則不能「生一，一生二，二生三，三生萬物。」（道德經第四十二章）韓非子說：「萬物各異理，而道盡稽萬物之理，故不得不化，故無常操。」（卷六 解老）「道」的常和變，可以用中國哲學的兩個名詞來講，「道」之體為常，道之用則變。「道」之體為常，尚有兩種意義：一，「道」的本性是常；二，「道」變化的原則則是常。從法學方面說，「道」之常，指「道」的變化原則不變。這種變化原則，乃是人類生活規律的依據。韓非子說「故先王以道為常，以法為本。」（卷五 飾邪）

儒家以天理為常，不變，且不能變。（繫辭）說：「易簡而天下之理得矣。天下之理得，而成位乎其中矣。」（繫辭上 第一章）朱熹注說：「成位，謂成人之位。其中，謂天地之中。至此，則體道之極功，聖人之能事，可以與天地參矣。」（繫辭）又說：「易與天

地準，故能彌綸天地之道。」（繫辭上 第四章）易為天地的變化，天地變化之道就是天地之理。「易簡而天下之理得」，易的變化在基本上說非常簡易，簡易的理即是天地之理。天地之理在於一，一則常。

「天地之道，貞觀者也。日月之道，貞明者也。天下之動，貞夫一者也。」（繫辭下 第一章）

朱熹注說：「貞，正也，常也，物以其所正為常者也。……天下之動，其變無窮；然順理則吉，逆理則凶。則其所正而常者，亦一理而已矣。」天下之理祇有一個，後來宋朝理學乃講「理一而殊」。

《中庸》講「率性之謂道」，認為道不可離，不可變：

「道也者，不可須臾離也，可離非道也。」（第一章）

「天地之道，博也，厚也，高也，明也，悠也，久也。」（第二十六章）

朱熹注說：「言天地之道誠一不貳。」

「故君子之道，本諸身，徵諸庶民，考諸三王而不繆，建諸天地而不悖，質諸鬼神而無疑，百世以俟聖人而不惑。」（第二十九章）

朱熹注說：「百世以俟聖人而不惑，所謂聖人復起，不易吾言者也。」這兩句話是孟子的話。（孟子 滕文公下）儒家的傳說常常肯定天理不變，因為人性不能變。

法家主張法可以變，而且應隨時而變；然而天道性理則不能變。

「臣事君，子事父，妻事夫，三者順則天下治，三者逆，則天下亂；此天下之常道也，明王賢臣而弗易也。」

「治也者，治常者也；道也者，道常者也。殆物妙言，治之害也。」（韓非

子 卷二十 忠孝）

治天下的良法，在於維持天下的常道。常道為大眾所守的原則，這種原則出乎人性，像普通所說：「俟諸百世而不惑，放諸四海而該準。」

## 五、義

天地之道，使天地萬物的變化適合時地，〈易經〉乃講時中。人生之道，使人的生活，合於時地，得於中庸。時中和中庸的意義，即是事事物物各得其所，這正是「義」。孔子常講治國首先要正名，正名就是求義。

中國古法字為灋，意思為不平之中求平，以觸角獸觸有罪者使償罪，使被害者受損的權利可以恢復，如同水流時，把水底的不平河底在水面上成爲同一水平。西洋法律哲學講「平」(aequitas)「平」是「義」的表現。〈易經〉的時中和〈中庸〉的中，也有「平」的意思。

中國古代解釋「義」常用「宜」。宜是適當，相稱，適合，恰好。一件事物稱為宜，一定不是指著它的單獨存在，而是指著它和其他存在的關係。宜，是這種關係恰得其當，例如我現在所站的位置恰當，即是我站的位置和周圍的人物所處的位置，發生的關係適當。所謂

適當，當然要有一種標準。在普遍的層次說，標準是物的性理；在社會的生活的層次說，標準是禮和法。禮和法的基本在於性理，性理為自然律；因此，為求「義」和「平」，應該有自然律。社會的關係隨著時代的變遷常起變化，關係的形式時時處處都有不同；然而關係的基本原則必常不變。父子關係的基本原則為「父慈子孝」，這項原則隨時隨處都一樣；「父慈子孝」的方式，則常不同。所謂相同的原則，即是來自「自然律」。

生存的關係，可以從兩方面去看：一方面，從我主體方面去看，一方面從非我客體方面去看。從我主體方面去看，義是指著我所有應該做的或可以做的事，即是我自己的權利和義務。從非我客體方面去看，義是指著我對於別的人物所應該做的事。「義」常包含這兩方面的事，因為關係常有兩點：起點和終點，起點為主體，終點為客體。中國古代的倫理學，常從主體方面去講「義」，義稱為養我。孔子正名，呼籲每個人在自己的地位上，做自己應做的事。正名為養我，養我的標準為「禮」。孔子說：「非禮勿視，非禮勿聽，非禮勿言，非禮勿動。」孔子嚴格地分別義利，義順從禮，利徇從私慾。義便成為公義，利乃成為私利。

法家解釋利，注意對他人的關係，從非我的客體方面看。韓非子說：

「義者，君臣上下之事，父子貴賤之差也，知交朋友之接也，親疏內外之分也。臣事君，宜下懷上；子事父，宜眾親貴；宜知友朋之助也。宜親者，

內而疏者外宜，義者，謂其宜也。」

「禮者，所以情貌者，群義之文章也，君臣父子之交也，貴賤不肖之所以別也。禮者，外節之所以論內也。故曰禮以情貌也。」（韓非子 卷六解

老）

義，爲人際關係得宜。主體的我對於非我的客體，凡禮所規定該做的都做。這種義爲倫理的義，基礎在於禮，效力是倫理的制裁。依照倫理的義制定法律，規定每人的權利義務，這一種權利的關係爲法律的關係，帶有刑法的制裁。

中國法律哲學雖沒有「自然律」的名詞，但有「自然律」的實際意義。道家以「道」爲最上原則，包括宇宙一切事物之理；儒家講天道，天道即爲宇宙最高原則。每物分有「道」之理或天道之理，成爲每物的性理，性理常在不變，爲人行動的規律。從規律上說即是「自然律」。由「自然律」產生人在生存上所有關係的原則，合於原則便是「義」。義爲宜，時中而適當。人君立法不能違反性理自然律，否則不義。治國以不義之法，國必亂。孟子說：「義，人路也。」（告子上）

## 第二節 西洋法律哲學的自然法

### 一、性律（自然法）的演變

「自然律」或「性律」(Lex naturalis, natural law)在西洋法律哲學上爲一重大的問題。從上古到近代，西洋法律哲學都肯定有自然律，作「人爲法」的基礎，近世紀西洋法學者則大都否認「性律」，祇承認有「人爲法」，當代許多法學家又重新回到「性律」。歷代對這問題的爭論很多，對「性律」的解釋也多不同。

#### 1. 古代

在希臘古代的法律思想中，法律被認爲神的恩物，是神給人類所定的秩序。法律所以是「神律」，稱爲Themis。Themis爲太陽神的妻子，由他們夫婦生出Dike。Dike乃是正義，也是人世的法律。

古希臘哲學家赫拉克利圖斯 (Herakleitos a. c. 544-484) 現在留有一殘簡，這殘簡中說：

「誰講論理智，應該對世物的共相，堅持不變，較一座城市堅守自己的法律，還要堅定。一切人為的法律都由唯一的神律所滋養和支持。這種神律權衡一切，完備一切，超過一切。」<sup>[1]</sup>

在這殘簡中明明指出人為法律須有一個基礎法，基礎法乃是「神律」。神律的觀念在畢達哥拉斯 (Pythagoras. a. c. 570-469) 學派中也很明顯。神在人的心中，刻有法律；人心的法律為「人為法」的根本，國王制定法律時也應兼顧人心的法律。在荷馬 (Homeros) 和赫西奧 (Hesiodos) 的史詩中也常申訴到神的法律。先期的希臘思想家，沒有分別清楚「神律」和「性律」，以兩者都是神的旨意。

蘇格拉底 (Sokrates. a. c. 470-399) 區分法律為成文法和不成文法，成文法為城市國家的法律，不成文法為人心的法律，由神所定。這種不成文法律，即是「性律」。

柏拉圖 (Plato a. c. 428-347) 建立觀念世界，在觀念世界的觀念永久存在，正義為一永久觀念，人世界的一切正義都是分有永久正義觀念的意義。永久正義觀念便是人世法律

的基礎。人的人性分有正義的觀念，人自然體會什麼會合於正義或不合於正義。人性的正義觀念，便是「自然律」。人爲認識正義，生來具有理智，按著理智作事，即可合於正義。後代許多法學家把理智和自然律相混，以理智就是自然律（性律）。

亞里斯多德 (Aristoteles. a. c. 384-322) 在倫理學方面，制定了幾項大原則：第一、人常爲一個目的而動，人的最後目的爲完全的幸福。第二、幸福在於人養成各種善德，以發揚人的人性。第三、正義的善人分兩種：一種是按人性的義人，一種是按國法的義人；按人性的義人，他按人性而行事，他的善來自人性；按國法的義人，他按國法而行事，他的善來自國法。國法爲人君所立，是外面的規律，隨著時地而變。人性的善則根據人性的規律，人性的規律常不變，隨時隨地都一樣，亞氏所立的人生目的，後代許多法學家常引用，以人生幸福爲法律目的。

享樂主義伊壁鳩魯 (Epikoros. a. c. 341-270) 主張人生的目的在求享受快樂，國家政府由人民共同結盟而成，任務就在於爲人民謀利益：在法律前人人平等；這種平等的要求，乃是「自然律」的要求；然而「人爲法」卻常違背「自然法」的這種要求而使人不平等。

斯多噶派的齊諾 (Zeno Kition. a. c. 336-264) 以泛神論的思想解釋宇宙，神爲宇宙的生命，生命是理智，理智指揮宇宙的變化，指揮變化的理智即是宇宙的本性。人有自己的

人性，人性爲人的理智，理智的指導即是法律。齊諾主張「率性而行」，遵守神在人心所定的律。按照人性，人成爲一個團體，一個國家，這個國家爲世界大同國。

古羅馬國爲法律思想極盛的時代，希臘的「自然律」思想繼續在羅馬法學家發展。西塞老 (Cicero. a. c. 103-43) 繼承斯多噶派的思想，主張有一共同的「自然律」，常存不變。「自然法」在人性上爲一種內在的動力，好似一種「善端」，能發展爲各種善德。法律的意義應從人性去追求，而不是由國家法律所構成。公平，正義，常是羅馬法官解釋法律的標準。西塞老爲解釋「自然律」的性質，以「自然律」來自「神律」，造化宇宙之神對於宇宙的變化，規定了變化的規律；這種規律分佈在宇宙萬物裏，而成爲「自然律」。這樣「自然律」有三種意義：性律，理智律，神律。神爲宇宙的理智，理智爲物的本性，理智的指導爲性律。由性律而生「民族公法」(Jus gentium)，再生「民法」即國家的法律。

塞能加 (Seneca D. C. 4-65) 爲古羅馬的思想家，他承認有「性律」，「性律」爲人性理智的規律，因著這種規律人人彼此都是兄弟，彼此平等，行動應合乎正義。但因爲人們不常遵守「性律」，國家乃制定法律。塞能加以爲人類在初民時期，依照人性而動，事事以人性爲準；往後，人類漸爲慾情所牽引，漸漸違反「性律」，「人爲法律」逐起而代替「性律」。

古羅馬的法學家，卡尤烏 (Gaius II sec.) 把法律區分爲兩類：「民法」、「民族公

法」。民法爲國家的法律，係後天人爲法；民族公法則爲人性對於人類彼此的關係所有的規律，每個民族都應遵守。保祿 (Paulus II sec.) 則區分法律爲「民法」和「自然法」兩類。「自然法」常在而不變，常合於正義，「民法」爲各國家各城市的法律，彼此可有不同。烏爾彼亞 (Ulpianus 去世於公元二二八年) 區分法律爲三類：「自然法」、「民族公法」、「民法」。「自然法」爲人性物性所有規律，無論人和物，都有這種規律。兩性的結合即是由這種規律而來。民族公法爲人類的公共規律，和自然律不同，因而不能用於禽獸。民法爲各國的法律，由國家首長所定，和自然律及民族法不完全相同。

上面三位古羅馬法學家，在法律的區分上，意見不同。卡尤烏和保祿區分爲兩類，烏爾彼亞卻區分爲三類。前兩位以自然律和民族公法，意義相等，烏氏則否認這點。前兩位以自然律乃是理智律，爲人類所獨有，烏氏則以自然律爲人物所共有，乃一種自然的衝動。因此，在中世紀和近代的法學家中，產生了混亂。

古羅馬時期一位法學家厄爾莫基亞 (Ermogenianus IV sec.) 仍區分法律爲：「自然法」、「民族公法」、「民法」，以自然律爲初民的簡樸規律，民族公法爲進步人類的共同規律，民法則爲國家法律。厄氏接納西塞老以初民爲善良樸素人類，依照人性而生活。後來，人類慾望加多，規律乃變複雜。最後，有了國家政府，便有國家的法律了。

古羅馬法學家承認有自然律，但不以「自然法」爲一完整的法律，而祇是人類理智的評判規律，這種規律的基礎是正義，正義所求的爲公平。因此，一切人爲法律不能違反正義，法律的執行在求公平。自然律乃是人的自然狀態，即人的常情，違反自然律即違反人的常情，人自然可以覺察得到。

第四世紀時，羅馬帝國成了信仰天主教的國家，同時來自北方各處的蠻夷民族，群起攻擊帝國的主權。這時候的思想，已經由希臘的傳統開始基督信仰的傳統，在西洋思想史裏，稱這時期爲「教父時期」。「教父時期」的思想，以聖奧斯定爲代表。

聖奧斯定因著自己一生的經驗，常以惡和善相對峙，在一個人身上有善惡的對峙，在一個社會裏有善惡的對峙，天主造人，按照自己肖像所造，所造的人爲純淨的善人。人受造的觀念在天主心中，爲永恒的觀念，又是對於人的永恒規律，這種永恒的規律乃是「神律」。原始的人不幸經不起天主所定的考驗時期，違犯了罪，罪惡破壞了人性的完美，惡乃進入了人心。人心雖然知道本性的規律，人卻沒勇氣常常遵守，而常傾向於惡。聖奧斯定在青年壯年時期，是在淫慾中生活，後來悔改前非，受了洗禮，獻身教會，成爲司鐸和主教後，克己苦身，齋戒終生。他自身體驗慾情的凶惡，所以他肯定人若沒有天主的恩祐，不能行善。但是他也肯定人性有先天的規律。天主在人性上印有「性律」，「性律」如同一種吸引力，使人歸向自己的根源，認識人性所定的是非。人性爲理智的人性，理智是天主的肖像。人做

事合理，便合於「性律」。聖奧斯定和希臘斯多噶派及羅馬西塞老的思想有所不同。前兩者將「神律」和「自然法」相混，聖奧斯定則將兩種法律區分明白。又說明人對「自然律」即性律不是如同斯多噶派所說為人的良知，而是天主的啓示。西塞老曾以神為理智，聖奧斯定以天主有理智又有意志，天主是造物主，又是救世主，因為天主愛人。因此「神律」和「性律」不僅是天主所想，也是天主所願意的。

「教父期」間別的教父也都承認有「性律」，「性律」為天主向人類的訓誨，性律由人類的良心而顯露。人因有「性律」乃能辨別是非。

教父的思想，把造物主天主和「性律」相連在一起，「性律」來自天主，代表天主對於人類的希望。但是人的慾情能把「性律」掩蔽，須有天主的恩祐，人纔能執行「性律」的命令。天主的觀念和「性律」的觀念緊緊相連，對於後代法學家的「性律」思想，影響很大。

(三)

## 2. 中古

歐洲中古的思想，為士林哲學的思想。在士林哲學成立以前，在法學界有法典家。中古

的法典，以「克拉基亞諾法典」(Decretum Gratianum) 爲最重要。

克拉基亞諾爲第十二世紀人，逝世於公元一千一百六十年。曾在當時最著名的法學中心波洛讓 (Bologna) 大學任教，大約於一一四〇年到一一五〇年的十年時間，他編纂了一本法典，蒐集天主教會的法律，作天主教教律 (Jus canonicum) 的古本。中古時代的歐洲法律，由天主教的教律作領導；天主教教律繼承羅馬法的系統，支配當時歐洲各國的國法。克拉基亞諾法典，爲現在研究「教律」的人，乃是一種寶貴的資料。

在法學方面，克拉齊亞諾沒有新的創見。他如聖依西多洛 (Isidorus 560-636) 區分法律爲三類：「自然法」、「民法」、「民族公法」，也抄用聖依西多洛的話加解釋，「自然法」爲一切民族的公共規律，印在人性上，不是人所創製。「民法」爲一個民族或一個城市的法律，由執政者所定。「民族公法」爲各民族所公用。三類法律中，以「自然法」爲最重要，「自然律」常合於理性，遍於全人類，而且常久不變。在「民族公法」以前，已有「自然法」，「民法」有衝突時，須以「自然律」作解釋。「自然法」來自造物主天主，印在人性上，由理智加以認識。

「巴黎法典」(Summa Parisiensis 1160-1170) 以「自然律」和「神律」相混，「神律」有「摩西律」有「新的福音律」。但是在初民時期，初民樸素，所守規律即是「自然法」。

「科倫法典」(Summa Coloniensis 1169-70) 區分法律為兩類：「神律」、「人爲法」。「神律」分爲四種：「自然法」、「摩西律」、「新的福音律」、「教律」(Jus canonicum)。「人爲法」區分爲兩種：「自然法」、「人爲法」。「人爲法」有「民法」和「民族公法」。在這冊法典的思想，「自然律」是人性的自然衝動，有時和禽獸相同。

「慕尼黑法典」(Summa Monacensis 1175-1178) 對於「自然律」分析最複雜，竟分出四種「自然法」：第一種爲一切物體在本性上所有的動力，按照這種動力，一切物體自求生存。第二種「自然法」爲動物的物性衝動，和古羅馬法學家烏爾彼亞的解釋相同。第三種「自然法」爲理性動物辨別是非的理智，這是古羅馬法學家佳尤所說的。第四種「自然法」爲自然神律，乃是天主給人性所定規律，這和克拉齊亞諾所說相同。實際上，第三種自然法，爲後世學者所稱「自然法」。

「里本法典」(Summa Lipsiensis 1186)，卻舉出七種的「自然法」：

第一種「自然法」爲動物的性律，如同種相生。

第二種「自然法」爲可行或不可行的命令，不是天主明文所定，而是自性如此。

第三種「自然法」爲天主給人類所定的明文規律，如「摩西律」、「福音律」。

第四種「自然法」爲人心對於善惡所有的自然判斷，即是良知。

第五種「自然法」爲理智對於善惡的判斷，特別對於不信天主教的人，沒有「福音律」，然能分辨善惡。

第六種「自然法」爲「己所不欲，勿施於人」。

第七種「自然法」爲人心的愛。這種律爲「私律」。

上面所述七種「自然法」，可以看爲「自然律」的七種解釋。第一種解釋爲古羅馬法學家烏爾彼亞的解釋，其他六種解釋，乃「教父時期」教父們對於「自然律」的解釋。

聖賴爾孟多 (S. Raimondus de Penafort 1175-1275) 西班牙人，爲一位法學家。奉教宗額我略九世的命，編纂了教會法典，稱爲額我略九世法典。在他所著《法學通論》(Summa de Jure Canonico) 討論「自然法」，舉出五種：

第一種「自然法」，爲物體的自然傾向，如同種相生。

第二種「自然法」爲男女兩性相結合的自然慾望，爲動物所共有。

第三種「自然法」爲人類理智的自然判斷，例如人之常情。

第四種「自然法」爲「神律」，即天主所有明文規定。

第五種「自然法」爲「民族公法」，爲一切民族共同的先天規律。

以上所列舉各種法典對於「自然法」的解釋，大致相同。當時法學家都承認有「自然法」，祇是神學的風氣很普遍，在「波洛讓大學」和「巴黎大學」法學的理论和神學相連；

因此，「自然法」和「神律」相混，沒有分辨清楚。到了士林哲學興起，聖多瑪斯便將「自然律」觀念澄清了。

在教會法典學家研究法學時，有神學學者研究神學，研究的方法，以哲學為基礎。在開始時，這種研究是簡樸的，局部的，及至到了第十三世紀，有幾位著名的神哲學家如聖大亞爾伯（S. Albertus Magnus 1206-1280）和聖文都拉（S. Bonaventura 1221-1274）著書立說，士林哲學乃成一大學派，聖多瑪斯（S. Thomas d' Aquino 1225-1274）則集大成。

聖大亞爾伯和聖文都拉沒有直接研究「自然律」的問題，祇在研究別的問題時，間接討論到。聖文都拉在研究婚姻問題時，討論娶妾是否違反「自然法」，他舉出「自然律」的三種意義：普通的意義，「自然法」是「摩西律」和「福音律」所有的規律。專有的意義，「自然法」是一切民族的公法，按照理智而規定，最專有的意義，「自然法」是動物的自然傾向。聖大亞爾伯在討論「善」時，說到了「自然法」。他以「自然法」為理智的判斷，就是理智判斷何者該做，何者不該做。他解釋「自然律」時，列舉三點：一，「物性看作為物性」，「自然律」為動物生育的天性，即烏爾彼亞諾所說的自然律。二，「人性看成為理性」，為「自然法」的本性，即人性所有基本規律，普遍又不改變。三，「理智和人性」，「自然律」為由基本規律所產生的直接規律。聖大亞爾伯在「論」的書中，研究倫理的基本

原則，說明這些基本原則來自人性，即是「自然法」。人天生具有理論的理智和實踐的理智，理論的理智因著天生的基本原則，能夠分別真的錯的；實踐的理智因著天生的基本原則，能夠分別善的惡的。因此，「自然法」屬於人的理智。

聖多瑪斯在他的著作中，多次講到「自然法」，但在「神學大全」第一部分的下編討論得很清楚。在這下編的第九十三問題，討論「神律」；在第九十四問題，討論「自然律」；在第九十五問題，討論「人爲法」。

「神律」爲天主最高的理智，人的理智可以知道些許，爲一些法律的根源，一切受造物都屬「神律」的統治，人的一切行動也屬「神律」的管轄。因此，「神律」不是「自然律」，「神律」爲天主自己的理智，天主的理智規定宇宙萬物的規律。「神律」是存在天主之內。對於人，天主可以將所規定啓示給人們，例如「摩西律」的十誡，新約「福音律」基督所定的規律。在這些「神律」中有些屬於「自然律」，有些不屬於「自然律」。因此，聖多瑪斯不接納以往教父和法典家所說「神律」等於「自然律」。

「自然法」爲「性律」，爲說明「性律」，先該說明「性」。聖多瑪斯在「龍巴爾多思想註疏」(Commentarium librorum sententiarum P. Lombardi)舉出「性」的三種解釋：

第一、名詞的意義，性從生，意義是人類的生育。

第二、物理的意義，表示生的效力。

### 第三、形上的意義，表示存在的實體。

聖多瑪斯說明人性天生追求成全自己的傾向。這裡所講的人性，不是形上本體論所講的存在實體，而是人在生活裡所表現的本性，不是抽象的人性，而是實體的人性。具體的人性，是人內心所有的一種傾向，傾向於追求人自己的成全。

「自然法」或「性律」乃是這種內心傾向所成的規律，這種規律對於人的實踐理智，有如理論理智所有的最基本定律。人在推理時常以最基本定律作為基礎，作為根源，由基本定律推出其他理論；人在行事上也常以「自然律」作為是非的基本原則，從這種基本原則再建立其他道德規律。「自然律」對於一切的人應該是一樣的，因為來自人的人性，由內心的天生傾向而表現。人在推理時，容易看到最基本的定律，例如一件物品不能同時又是這個又是那個，又例如我不能同時是我又不是我。在人的生活行動裡則不能大家都看到是非的基本原則，因此在行動上各人的判斷常不相同。但是在不相同之中，總有相同之點，例如不可做惡事，應該做善事，又例如應該愛父母；這種規律乃是大家所共有的。至於何者為善，何者為惡，又至於若何愛父母，大家的看法不相同，這就已經不屬於「自然律」了。

「自然法」是否能夠變，聖多瑪斯答說：「自然律關於大家公共的規律不能變，因為公共的規律不能被滅除。但是也可以有變，即可以加多一些可加的規律，而且公共規律的部分

執行，有時因著具體環境的要求而暫時停止。」「自然律」是否能變為法律哲學上一個爭論不休的問題，在下面我們要討論，討論時，將解釋聖多瑪斯的主張。<sup>(四)</sup>

聖多瑪斯問說：「自然法」是否可以從人心裡消除？他答說：「自然律」的公共規律不能從人心裡消除。好比王陽明曾經說過良知不能消除，就是習慣作賊的人，你說他作賊，他心裡還覺得很害羞。但是在公共規律的一些結論，則可以從人心消除，或是因著一個人的錯誤思想，或是因著社會的壞風俗。<sup>(五)</sup>

聖多瑪斯的哲學以理智為主，凡事都要合於理，「自然法」為造物主天主所定，因為天主以這樣是合理的。「自然法」也是合於人的理智，又是人的理智所能知道的。

在士林哲學派裡，出現了董思高（Dun Scotus 1266-1308），董氏以意志為主，倫理的規律和自然律所以是這樣，不是合於天主的理智本性，而是因為天主願意這樣。這些規律不能上攀天主的本性，祇是天主的意志願意這樣規定。所以按理說天主也可以作另一樣的規定。

董氏的這種思想在後代影響頗大，許多法學者以意志為法律，康德也近於這種思想，而主張君主獨裁的人，更以君主的意志作法律的基礎和範圍，即所謂「命令法」。

歐坎（Wilhelm Ockham 1285-1349）更加重了董氏的主張。他既主張意志為法律基礎，又主張唯名論，否認一切普遍公共的觀念。因此，他不承認以人性為基礎的「自然律」。而

祇有以天主的意志為基礎的「自然律」。法律的根據就是意志，意志可以變更，無所謂不變的物性。違背自然律並不是違反人性理智，祇是違背天主的旨意。後代經驗論和唯物論的法學者便都承襲歐坎的思想，把「自然法」弄成了後天的規律。

歐坎可以說是中古法學思想的結束人，他開啓了近代法學思想。他否認了普遍觀念，便打破了思想的一元化，造成近代西洋哲學思想的多元化。

### 3. 近代

中世紀的歐洲，雖然神聖羅馬皇有如春秋時代的周朝皇帝，沒有統治歐洲各國侯王的實權，然而神聖羅馬皇在政治上尚保存著歐洲一統的政治形態，而羅馬教宗則具有號令歐洲的神權。在十六世紀路德由天主教分裂，創立新教，各國侯王群相效尤，破毀歐洲宗教上和政治上的一統，興起了歐洲的個人主義，各國侯王紛紛獨立。個人主義影響了近世紀的法學。

克洛基烏（Hugo Grotius 1583-1645）主張對於「自然法」，應研究國家的起源，一切法律不來自天主，而是由人所定，每個國家創制法律，法律來自國家的權力。國家創制法律，是國家元首願意創法，不管合不合理，所以稱為「命令法」。但是，「民族公法」不來

自一個國家。「民族公法」的起源就是「自然法」。國家權力的起源，來自人民的公約，人民公約發自人性合理的要求。「民族的公法」不由一個民族所規定，所以應稱為「自然法」。他寫了一本書，研究戰爭與和平，就是他討論「民族公法」的著作。戰爭為違反社會的安定，社會的安定便是「民族公法」的基礎，也就是「正義」。

布芬鐸爾夫 (Samuel von Pufendorf 1623-1694) 根據克洛基烏的社會需要，研究國家成立的法理，又根據霍布斯的人人相殘的惡性，以國家為保障的思想，成立他自己的學說。布氏以人的自私心很重，造成人的個人主義，個人主義若沒有一種堤防，人將不能生活，於是便出現了國家。「自然法」不以形上的人性為基礎，而以人心的傾向經過理智的反省為出發點。啟蒙時期看重理智，布氏和這時期的法學者，以理智代替上帝，一切以理智為依歸。理智所代表的為人，人在文藝復興時期成為宇宙的主人，人為主人便發展個人主義。個人主義不喜歡接受普遍不變的規律，便不接納傳統的「自然法」。

理智在康德和黑格爾達到最高峰。康德以理智處理一切，在理論方面，先天的範疇為一切理智工作的架構，在實踐方面，實踐理智的要求，產生宗教和倫理。「自然律」不是人性先天的形上次序，而是從實踐理智的要求所得的結論。康德曾以實踐理智的要求產生了宗教信仰，相信上帝為倫理根源；然而人不能認識上帝，因而也不能知道上帝有何規律。倫理和法律的先天原則，也祇是實踐理智的要求。這種抬舉理智至上而又限制理智力的學說，結果

使理智成了盲目的理智，後來馬克思排除了理智，換上辯證的物質，並沒感覺到對人生有什麼不便。

黑格爾以理智為絕對的精神，為宇宙的「我」，宇宙乃是絕對精神的表現而成的「非我」。「非我」的唯一企圖，在於恢復自我的精神自覺。「自然法」為精神自覺的一種外在保障。宇宙「非我」為恢復精神的自覺，乃爭取自由。由君主獨裁進到民主國家，國家即是人為爭自由的保障，法律乃是國家為保障自由的方法。

黑格爾是傾向君主制度的哲學家，贊成國家的集權，讚揚日爾曼國家主義。

反對國家集權的學者，則有法國革命派的學人，如盧梭、孟德斯鳩等人。這派學人相信人性天生為善，初民生活為幸福生活。後來文明進步，人民為營團體生活乃結約而成國家政府。人民公約為國家權力的根源，也是法律的根源。個人主義在法國革命時期，爆發成為殘暴的社會，需要拿破崙的專制獨裁才得平靜而有紀律。「自然律」是初民時期沒有法律，然而能夠幸福地生活的自由。到了國家時期，則是人民要求自由平等的人權。

這個理智的個人主義時期，所講的「自然律」和中世紀士林哲學所講的「自然法」大不相同。士林哲學的「自然律」是以形而上的人性為基礎，和天主的「神律」相連，對於一切人有同樣的效力。理智的個人主義所講的「自然律」以個人的心理要求為基礎，不假定有天主

主的存在。他們以各人的立場，主張人應有社會生活；然而人的社會生活不是來自人的本性，而是來自生活的利益。人按人性說並不是社會性的動物，而是具有社會生活的潛能，人可以渡社會生活。因此，同樣「自然法」不來自人性，而是來自生活的利益。

在這個時期，「自然法」的觀念還沒有被拋棄，因為「民族公法」是存在的。當時的法學者都承認有「民族公法」，又承認沒有一個在各民族以上的國家能夠有權訂立「民族公法」。「民族公法」便代表一種先天的法律，出於人先天利益的要求。

另外還有一個問題，即是倫理和法律的關係問題。倫理講正義，正義按國家法律而定，然而法律本身應當合於正義，然後依照法律才有正義。否則，若是法律不合於正義，則依照法律行動就會違反正義。法律所根據的正義不出自人造的法律，應屬於人造的法律以先和以上，這種正義便是先天的正義。先天的正義應來自先天的規律，先天的規律便是「自然法」。啓蒙時期的唯理個人主義，都不願把先天規律即自然律歸之於天主，不承認「自然律」由天主所定，而牠「自然律」歸於人的理智，歸於人本性利益的要求。

在啓蒙期唯理主義以後，有浪漫的唯情主義，然後便產生唯物的經驗論。這已經是第十八世紀和第十九世紀了，科學萬能的思想也已經盛行。

「唯史論」的思想遍佈到各種學術內，形上本體論已被廢棄，一切都由人的歷史漸漸積成。倫理規律沒有先天的基本規律，而是在歷史的演變中，漸漸積成社會的倫理規律，然後

又隨著社會歷史而變。同樣，法律沒有先天的「自然律」作基礎、作根源。法律乃是歷史的結果，歷史以社會的環境漸漸形成法律的條文。這種思想還有浪漫主義的色彩，另一種趨勢則是「利益主義」或「實用主義」，一切從實用的效果去評價。「實用主義」評論法律不從形上的或理論的原則出發，而是從實用的需要和實用的利益去估計。這樣先天的「自然法」便被拋棄了。馬克思集唯物論和經驗論的大成，以形上為不可知，以一切為物質，以物質為自動，物質自動維辯證的規律。在辯證唯物史觀的思想裡，形上的「自然律」根本沒有立腳的地方。

反對形上自然律的經驗派，應說是從霍布斯 (Hobbs) 開始，一直到奧斯汀 (J. Austin 1790-1859)。他們主張法律為國家的命令，命令來自國家元首的意志，因為元首願意這樣發命。同時，認為法律的動機不是在於「因為」，而是在於「為著」。法律不是因為人性正義的要求，而是為著人民或國家的利益而制定，「利益主義」或「實用主義」便不容許「自然律」的存在。

但是在第二十二世紀，歐洲的形上學在哲學界上又抬了頭，「科學萬能」的口號已經讓「科學的哲學」所替代。在法律哲學界「自然律」也重新被承認。如當代的法學者倫曼 (Heinrich Rommen) ㊄、鄭助福 (A. P. d'Entreves) ㊅、畢佐尼 (Reginaldo

Pizzorni) (c) 及吳經熊 (d) 都明明主張「自然律」為法律的根源。但是，法理學家對於自然法的意義則都不相同。例如現象論法學家柯因格 (Helmut Coing) 解釋自然法說：「介在法理念與實證法之間，具有一定道德內容，且應實現於社會秩序，以助法理念，使其實現各種道德要求的『法秩序之輪廓』，即係自然法。」 (H)

## 二、自然法的意義

西洋法律哲學討論「自然法」，所謂存廢的主張，都因內容問題而生。內容問題則由哲學思想而發，歐美哲學趨勢一有變遷，法律哲學也隨著起變化，「自然律」的內容也就有不同，同時便產生「自然律」存在與否的不同主張。

「自然法」的內容意義，第一是自身的意義，第二是普遍的效力，第三是不變的特性。我們就這三點，在下面加以說明。

## 1. 意義

在古羅馬法學家，有兩種不同的意見。尤思定尼盎的法典（Justinian Digest）在第一編裡，收集了古羅馬法學家對「自然法」的定義，烏爾彼亞諾（Ulpianus）區分法律為三類：「自然法」、「民族公法」、「民法」。「自然法」是物性所教給一切動物的；這種律不是人類所特有，而是屬於一切動物的。「民族公法」是人類所守的法律。這就很容易懂得「民族公法」與「性律」不相同，因為後者屬於一切動物，前者則屬於人類。另一位古羅馬法學家卡尤烏（Gaius）分法律為兩類：「民法」、「民族公法」；「民法」為各城各國所有的法律，「民族公法」則係全人類的法律。羅馬法學家保祿（Paulus）說大家講法律可以有不同的意義：可以稱法律為常久公平善好的，便是「性律」，可以稱為法律為一城一國人民所有的，便是「民法」。

古羅馬法學家對於「自然法」有兩種不同的看法，一種是以「自然法」為一切動物所有的天然傾向或衝動，一種是以「自然法」為人類所有的公共規律，即是「民族公法」。

中古的法學家，雖然承繼了古羅馬法的學理，然已加有天主教的信仰，克拉基亞諾法典（*Decretum Gratianum*）成於公元一一四〇年，在開端便說人類受法律和習慣所統制。「自

然律」是在舊約和新約所有的。天主教法學家承認有「神律」，爲天主所直接啓示者。然而他們中有人將「神律」和「自然律」相混。克拉基亞諾法典便是這種思想，這種思想來自神學。在上面我舉出了中古的其他法典對於「自然律」的意義，思想分歧。

巴黎法典以「自然法」和「神律」相同；科倫法典分神律爲四類，「自然律」爲四者中的一種；慕尼黑法典講四種「自然律」；里本法典竟講七種「自然法」。聖賴孟多爲額我略法典的主編人，他舉出五種「自然法」。這些「自然法」的意義，乃是結合古羅馬法學家兩派的思想 and 天主教神學家的思想而成，有動物的天然衝動，有天主的神律，有民族公法，有人類的理智。聖多瑪斯則釐定了中古法律的區分法，區分法律爲三類：「神律」、「自然法」、「民法」。

「神律」爲天主掌管萬物的觀念，對於人類特有規律，在舊約和新約裡明令公佈。「神律」爲一切法律的根源，永不變更。

「民法」爲人爲法，由管理城市政權或國家政權所創立。「民法」應以「自然律」爲基本，可隨時代而變。

「自然法」，稱爲「性律」，因爲由人性而生，所有規律都具有自然性，一定隨時隨地都應遵守。這種規律的表現，由人所有天生傾向而表現，人也自然可以知道，並不必學習。這種規律的目的，在於使人所有自性所需要的成全可以實現。

「自然法」所以稱爲「性律」，因爲來自人的本性。人的本性即是人之所以有人格的基  
本理由，人有人格必定有根本的理由，這些理由乃是現代所講的人權。爲保障人權應有的天  
生的規律；這些規律就是「性律」。

「自然法」的根源，來自「神律」。聖多瑪斯曾說：「自然律」爲「在理性受造物內所  
分有的一部分永久律（神律）」。(4) 人爲天主所造，天主爲掌管人類的生活，一定有祂的觀  
念，這種觀念即是「永久律」，天主掌管人類的觀念，對於人類即是規律。這種規律刻在人  
的本性上，人的理智自然可以知道，稱爲「良知」；而且又由人天生的傾向或衝動，在生活  
裏表現出來。人類的天生傾向或衝動常表現人類天生的一項需要，這種需要常是爲成全人自  
己。因此「自然法」乃是人性的需要。

近代的法學家爲什麼否定「自然律」呢？第一因爲哲學家否定了人性，英國洛克休謨都  
主張人性爲不可知，康德也祇承認實踐理性的必然要求。人性既不可知，人性便不存在。又  
有哲學家主張人性是人對自己的承認，人性爲表示人是什麼。這種人性已經不是本體論的人  
性，而是認識論的認識，爲人理智的成果，不是先天的本性。從這種哲學的理論，當然便不  
能有「自然律」或「性律」了。但是這些法學家，否認了人性，卻肯定人有天生需要。這種  
需要或者是個人的，或者是社會的，因著這種需要國家制定了法律；天生需要成了法律的根

本，便可以稱爲「自然律」。然而天生的需要既沒有人性作基礎，天生需要成了生理和心理的衝動，爲什麼有這些需要呢？便講不出理由了。另一點，國民對於法律有判斷的權利和義務，有些法律不合理，違反正義，按良心說應該不遵守；例如墮胎法是違反生存權人的不義法律。假使沒有「自然律」，國民分析法律，判斷合不合於正義時，用什麼標準？若有標準，這種標準，應該是國民所公有，也是國民所「不學而知」的；這豈不就是「自然律」嗎？有人說這是人的理智，大家常說一切要合於理，所以「自然法」就是人的理智。然而理智是能力，理智知道一事合不合理時，先該有一個評判的標準。評判的標準乃是天生規律。

## 2. 普遍法律

西洋法學家所以主張有「自然律」，有兩方面的理由：第一方面，宇宙萬物的變化，都有一定的規律。在生物上，有天然的傾向或衝動，例如飲食男女的慾望。初民的生活沒有法律，完全按天然的傾向。這些天然傾向就是「自然律」。第二方面，國家社會的法律應該有個根源和基本，不能僅祇靠君主或國家立法機構的意旨而定。若是國家元首或立法機構爲法

律的全部根源，則他們願意立什麼法就可以立什麼法，因此，在國家法律之上，必定有一種更高的法律，作爲國家法律的依據。這種更高的法律乃是「自然法」。「自然律」刻在人性上，人法來自造物主，爲造物主所規定，造物主規定自然律時，是按自己的觀念，造物主創造並治理萬物的觀念，即是「永久的神律」。

近代法學家反對有「自然法」的人，所持的理論，也可以分作兩類：第一類理論是認識論的哲學理由，人的理智不能知道超越感覺的客體，人性便不是人認識的客體，人性既不能爲人所知，「性律」也就不能爲人所知。國家社會的法律不能用一種不能爲人所知的法律作爲根本，否則等於沒有根本。第二類理論是實用主義的哲學理由，國家法律的根本來自人類基本的要求。康德曾說倫理規律，宗教信仰上帝的存在，國家法律，都是人的實踐理智之先天要求。人爲了生活先天就要求有法律，法律乃是人的生活所必需的。社會思想的法學家則說法律是人類社會生活的先天需要。人爲了生活，先天性的要結成團體，社會團體生活爲人類的先天要求；既然先天要求社團生活，社會生活按本性說就是法律生活，法律便是人的先天要求。盧梭卻說社團生活不是人的先天要求，而是人爲保障自己生活，自由地結成團體；自由的結成爲人類的協約，協約爲社會的根本，也是法律的根本。但是若要追究根源，所論人的個人先天要求，或是社團的本性要求，都是來自人性，一切在最後都要以人性爲根

源。至於自由協約作為社團的根本，則沒有達到根本的意義。自由結合的真正意義，是可以結合，也可以不結合，有些人可以在社團中生活，有些人可以不在社團內生活。但是在實際上不是這樣，一切的人必定要生活在社團裏，社團生活便是人的必然要求，必然要求來自人性，所謂自由協約，祇是說人類願意在社團內生活，也願意選擇一種社團的形式。然而我們也知道社團形式的選擇，也並不是人隨便可以自由選擇，而是受歷史環境的許多限制。至於說人性不為人所知，則是一些哲學家的意見，我們的哲學則主張人可以知道自己的人性。

一種作為國家社會法律的更高法律，即是「自然律」或「性律」，來自人性，「自然律」便應該是普遍法律，普遍兩字包空間和時間兩方面的普遍性。普遍法律即是隨時隨地常是一樣的法律，也就是說「自然律」是不變的。

「自然法」是不變的，在古代的法學家，是他們一致的主張。聖多瑪斯把「神學大全」的第一編的上編，提出兩個問題：「自然法」對於一切的人是不是一種？「自然法」可不可以變？聖多瑪斯把「自然律」的空間普遍性和時間普遍性分開討論。關於空間的普遍性，他答覆說：「就自然法的最基本而又為人所共知的原則說，對於一切的人，自然律是一樣的；所謂一樣，在認識上是一樣，在善惡上是一樣。然而對於由人所共知的規律所引伸的個別結論，則有些不是一樣。」(由)人的理智在理論方面，在實踐方面，對於基本的原則，隨地常是一樣，因為都是必然的原則。對於結論，在理論方面，結論是必然的，所以各地也是

一樣；在實踐上，結論是偶然的單獨行爲，各地民族和個人的看法便可以有不同。「自然律」或「性律」的共知之基本原則是「行善避惡」，但在具體事件上何著是善，或怎樣是善，大家的看法便可以有不同。

「自然法」在時間上可不可以變？聖多瑪斯答覆說：「自然律（性律）在基本的公共原則是不能變的，因為不能將原則減少。但是能夠說自然律可以變，即是可以對基本原則增加一些有益的部分；而且還有時因著環境的關係，公共基本原則在有些部分上不能完全遵守，乃被減去這些部分」(四)

在本性方面，「自然律」是不變的，而且也不能變，否則人性就變了。但是在外在方面可以變，有時可以加些有益的部分，因為在一個時候，社會大眾都有這種要求，例如中國孝道的奉養父母，中國人認爲孝養父母乃子女的天職。有時又可以因著環境的關係，「自然法」的一部分不能實行，例如古時的多妻制，本來反對「自然法」的一夫一妻制，然而在舊約聖經裏天主也允許了以色列人的多妻制。

這種主張，聖多瑪斯採取中庸之道，不偏於「自然律」絕對不能改，也不偏於「自然律」本性可變。「自然律」在本性是不能變的，然而在實施上可以有改變，可以增多，可以減少。

近代法學家的趨勢，則趨於「沒有不變的法律」，「自然法」或者不存在，或者是可變的。人性是人類對自己的認識，這種認識隨著人的學術境地而增高，近代人類對於自己的認識較比古代人已經好的多了。若是「性律」以人性為根基，人性的意義既變，「性律」也就變。關於這一點，反對派的學者說，人類對人性的認識，從古到今沒有出現錯誤的認識，以人總是人，祇是發現認識不完全，後代有所改正。因此，人性的基本認識沒有改變。近代主張「性律」可變的法學家，以法律都是應人的需要，人的需要常隨時代而變。反對派的學者說，具體上的需要隨時代而變，人類基本的需要則常一樣，例如飲食男女之慾，時時相同。

現在的時代是「相對的時代」，一切都認為是相對的，沒有常存不變的，這是理性主義，個人主義，意志主義所造成的趨勢，因此，倫理道德律也是相對的，沒有不變的道德律。倫理道德律既然變，自然律也該隨時而變。因此反對宗教信條，反對形上學。但是最近半世紀，歐美的宗教信仰又漸活躍，宗教信條重加肯定。形上學也漸次復活，「自然法」的意義又重新被接納。

聖多瑪斯以「自然法」或「性律」為人類天生的傾向。所謂天生傾向，不是生理或物理的傾向，而是形上本體的傾向。形上本體的傾向，在於追求本體的成全。本體的成全是按照人本性的意義，因此，「性律」乃人求本體成全的傾向，這種傾向為人天生的生活規律。凡

是人都是一樣。在這一方面說倫理規律和自然法律乃是相同，兩者都是人性對於本性成全的天生傾向；然而兩者有所不同，即是「自然法律」是關於「義」一方面的天生傾向，倫理規律則包括人類生活的天生傾向。

### 三、人 權

近代法學家，因著個人主義，實用主義，經驗主義的思想，否認「自然法」；但是同時卻特別肯定「民族公法」，稱之為「國際公法」，又強調人類天生的「人權」。法國革命派的議會在二七九年八月廿六日，通過了人權宣言。「人權」的名詞和「人權」的權利都列在各國的憲法上。現在的國際組織「聯合國」又重新公佈人權宣言。承認這些「人權」為一切人天生的權利。

在古代和中古法學家的思想裏，「民族公法」就是「自然法」；因為這種法律不是由於人類的任何機構所規定。當時在各國政府以上，沒有一個超於國家政府的機關，也沒有超於國家政府的權利，可以創制各國政府應遵守的公法。雖然歐洲中古有神聖羅馬皇，有羅馬教宗，具有超於歐洲各國政府的權力，然也只限於歐洲，這種法律便要來自人類的人性，所以

人權是以人性為基礎，又因此人權為每個人所有，而且每個人所有的人權都是同等同樣的。現代的法學者以國際公法來自各國的公約，因著公約而有「國際聯盟」和「聯合國」的國際機構，人權宣言的約束力來自國家的公約。然而大家都承認「人權」並不是「聯合國」宣言所造成的，「人權」在古代和中古已多少被人承認，而且各國政府應該遵守公約的責任，來自高於「聯合國」的一種法律。這樣說來，「人權」和「聯合國」宣言的約束力都要以「性律」為基礎。

「自然法」基於人性，人性對於生活的要求，是為追求自性的完成。因此人的生存權乃是人性的第一項要求，人性的第二項要求是，人對於生存有平等自由的權利，其他居住自由，職業自由，婚姻自由，信仰自由等權利，乃是第一項和第二項基本要求的直接結論。第一項基本的要求，即「生存權」，在古今中外都被承認，承認的範圍則有不同。第二項基本的要求即對生存權的平等自由和所有直接結論，不直接為人所知，因此在古今中外便常被人所承認。這也就是聖多瑪斯所說的「自然律」可以變的情形。

但是現代許多法學家，以人權代替「自然律」，在名詞上他們稱「人權」為「自然律」，然而實際上他們的「自然律」就是「人權」。現代的西方社會是理性的個人主義的社會，事事求合於理智，合於個人的利益。「人權」乃是個人利益的根基，所以稱它為「自然律」，「律」就是「權利」，而不是「規律」。在古羅馬法學裏，法律的名詞有兩個：「*ius*

和 *Lex*，前一個名詞的字義為行動的權利，後一個名詞的字義為行動的約束。但是在用前一個或後一個名詞時，兩個名詞的意義都包涵在內。近代的法學家如克洛齊烏和布芬鐸爾夫，則特別強調：權利的意義是主體的行動自由，約束是客觀的行動規律，兩者互相分離，不要相混或相涵。現近的法學家更變本加厲，講「自然法」就是講天生的人權，而不是講「自然規律」，跟中世紀以及古代法學家所講的「自然法」不同。

英國哲學家霍布斯雖然是實徵主義者曾經否認這種說法，認為主觀的權利，包涵有客觀的規律，客觀規律也包涵主觀的權利。因若是主觀的人權，沒有客觀的法律，人權便沒有根據和規範。因此，主講天生人權，就應該主張有「自然法」。(四)

#### 四、比較研究

中國歷代以法律的基本為禮，禮的基本，則為天理。天理乃宇宙萬物運行的規律，可稱為「自然法」。天理在中國哲學思想裏，從《易經》到宋明理學，一脈相傳，為形上本體論和倫理道德論的重要觀念。法律哲學和倫理學相連，以形上本體論的「性論」作基礎，宇宙萬物的天理便成為法律的根源。由宇宙萬物的天理轉到人性的天理，人性就是天理，理學家

簡稱為理，理是人生存的理由。人的生活便以理為規範，人性之理也就是人的「性律」。中國的法學從未否認天理，也沒有否認「自然法」；祇有當代的法學者，追隨西洋法律哲學的思想，纔有人不接納「自然律」。

在「自然法」的存在上，西洋法學較比中國法更清楚，很明瞭地提出「自然律」的觀念。古羅馬法學家和中古法律哲學家堅定地肯定「自然律」的存在。中國古代法學沒有提出「自然法」的名詞，祇講「天理」，天理在事實上有「自然法」的意義。

關於「自然法」的意義，《易經》以天理包括天道地道人道，天道地道即是宇宙萬物運行的自然規律，意義較西洋「自然法」的涵義為廣。古羅馬法學家烏氏以「自然律」為動物的天然傾向或衝動。《易經》的天理則包括本體界和自然界的宇宙運行原則。所以「自然律」祇是天理的一部分。聖多瑪斯以「自然律」以人性為根本，「自然律」的意義是人性對於自己的成全所有的天主追求。人性生來是一個完全的人性，但不是靜止不動的，而是常追求自性的發展，以達於理想的成全境界。人為追求自性的完全，天生有一些必要的權利，別人務須尊重。「自然律」即是人性追求自己的成全所有的必然途徑。中國《中庸》講誠，誠是忠於自己的人性。這種忠於人性，不是靜止的呆忠，而是積極自強的行。至誠的人既發展了自己的性，也發展萬物的性，以達到參天地化育的仁境。這兩種思想在精神上是相合的。

天理不能變，不受時間空間的限制。中國哲學家從來沒有解釋這種不變的理由，也沒有

解釋不變的程度；中國的法學祇接受了這種哲學思想。西洋古代和中古的法學，都肯定「自然法」的一致性，因為「自然律」來自「永久性的神律」，《中庸》說「天命之謂性」（第一章），天命應解釋為「上天之命」，然宋明理學家解釋為「天生之性」。不過若追究上去，「爲什麼人有天生之性」？《中庸》和《詩經》書經連結起來，則《中庸》的「天命」應解釋爲《詩書》的「上天之命」。

西洋古代和中古的法學都承認「自然律」不變，因爲一方面承認物性人性不能變，一方面承認「自然律」來自「永久的神律」；這一點和中國傳統的天理思想相合，近代和現代的法學家因著實用主義和相對論，主張沒有不變的法律；這種思想也影響了中國當前的法學思想。

註 . .

- (一) 胡適 中國哲學大綱 上册 頁一百三十六。
- (二) 殘簡第一一四 見於 Die fragmente der Vorsokratiker (VII. Ed.) 3. Voll Berlion 1956.
- (三) 關於這一段自然法律史 參考: Reginaldo Pizzorni Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso Citta nuova editrice 1978 Roma.
- (四) S. Thomas Summa Theologica I-II q. 95 a. 5.
- (五) S. Thomas Summa Theologica I-II q. 95 a. 6.
- (六) Heinrich Rommen Die ewige Wiederkehr Naturrechts. (L'eterno ritorno del Diritto naturale Ed. Studium Roma 1965.)
- (七) A. P. d'Entreves Natural Law Hutchinson University Library London 1970.
- (八) Reginaldo Pizzorni Attualita del Diritto naturale. Universita Lateranese Roma 1971. Il Diritto naturale dalle oringinia S. Tommaso d'Aquino Universita Latteranese Roma 1978.
- (九) John C. H. Wu Fountain of Justice Meiya Publication Taipei 1971.
- (十) 洪遜欣 法理學 民國七十一年 臺北 頁一五二。

- ⊕ St. Thomas, *Summa Theologica*, I-II, q. 91, a. 2. (Participatio legis aeternae in naturali creatura.)
- ⊕ St. Thomas, *Summa Theologica*, I-II, q. 91, a. 4, "Una est apud omnes lex naturae quoad prima principia omnibus communia, et secundum reeritudinens, et secundum notitiam; licet quoad propria aliqua ex communibus deducta, eadem apud omnes non sit. 77"
- ⊕ St. Thomas, *Summa theologica*, I-II, q. 95 a. 5 "Lex naturae quomois est . inmutabilis quoad communia legis naturae praecepta, quia nihil ei subtrahi potest; mutabilis tamen dicitur esse, dum multa utilia ei superaddi possunt, et nonnulla propria subtrahi quae legis observantiam paotemporum varietate, impedire possunt."
- ⊕ A. P. d' Entreves, *Natural Law*. p. 61. Huchison University Library. 1970.

## 第三章 民法（人爲法）

聖多瑪斯區分法律爲三類：「神律」，「自然法」，「民法」。「神律」和「自然法」乃是法律的基礎，爲不成文法。「民法」則是成文法了，而且是一般人所稱的和所守的法律，所以是人所立的，也稱爲「人爲法」。從法律哲學的觀點去看，有幾個基本的問題：第一是立法權的問題，誰可以有權立法？立法權從何而來？第二是法律和倫理的關係，法律制裁力的範圍。爲深入這個問題以內，加以比較研究，先要知道中西民法的發展史。

### 第一節 法律發展史

#### 一、中國法律發展史

中國的法律在《書經》裡就開始，《書經》的《堯典》（古文作舜典）說：

「象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，怙終賊刑。欽哉！欽哉，惟刑之恤哉！」

〈臯陶謨〉說：

「天敘有典，勅我五典五惇哉。天秩有禮，自我五禮有庸哉，同寅協恭和衷哉，天命有德，五服五章哉，天討有罪，五刑五用哉。政事懋哉懋哉。」

這兩篇是虞夏的書，爲中國古籍裡最早的篇章，紀述虞夏朝代的情狀。虞夏已經成朝代，中國已進入國家組織。既有國家，當然要有法律，上面所引第一段，是關於刑法的記述，第二段是關於禮法的記述。在記述刑法的一段裡，分列典刑，流刑，官刑，教刑，贖刑，又舉出由過失犯而得赦，因固執而重刑。可見刑法在當時已經有良好的原則了。在記述禮法的一段裡，明明提出「神律」和「民律」的關係，「天敘有典，……天秩有禮！」屈萬里註說：「天敘，天所定之倫序，……天秩，天意所定之爵秩也。」（尚書釋義 中華

文化供應處) 天定倫序，表現在我們的五典五惇，天所定的爵秩，表現在我們的五禮。天人的關係，在《書經》裡表現很密切。

中國成文法的開始，在法律史認為魏國的李悝。(一)李悝儒者，受業於子夏和曾申，曾為魏文侯的老師，作《法經》六篇。所謂成文法，乃是法典，不是指頒布法律，在唐虞時代，帝王已經頒佈法令，然而將這些法令收集成書則起於李悝的《法經》。《唐律疏議》卷一說：「魏文侯師李悝，集諸國刑典，造法經六篇：一，盜法，二，賊法，三，囚法，四，捕法，五，雜法，六，具法。」《法經》早遺失了，現有一些殘篇，中間有道士，女冠，僧尼的名稱，乃是後人偽作，或改編。《史記·秦始皇本紀》說秦始皇更定刑名：「三十有七年，親巡天下，周覽遠方，遂登會稽，宣省習俗。……秦聖臨國，始定刑名，顯陳舊彰，初平法式，審別職任，以立恒常。」秦始皇規定了幾樁有關法律的事：釐定了刑罰的名稱和施行刑罰的罪，規定了訴訟的程式，審別了官吏對於受理審定罪的職別。這是現代所謂訴訟法和刑法。但是秦朝法律沒有律書流傳下來。

《史記·高祖本紀》《前漢書·高帝本紀》和《刑法志》都說：「漢興，高祖初入關，約法三章。……其後四夷未附，兵革未息，三章之法不足以禦姦，於是相國蕭何☆據秦法，取其宜於時者，作律九章。」九章律有盜律，賊律，囚律，捕律，雜律，具律，戶律，興律，廐律。《晉書·刑法志》說：「蕭何定律，除參夷連坐之罪，增部主見知之條，益事

律擅興廐戶三篇，合爲九篇。」九篇即是沿用了魏李悝《法經》的六篇，加上新造的三篇。九章律現在流傳下來的，可以考證的尙多。這部律書可以算作中國歷代法典中最早的一部。

漢初叔孫通定朝儀，禮儀和律令同錄臧於官，稱爲「傍章」，共十八篇，作於惠帝時。篇中有朝覲宗廟的禮，有吉凶喪祭的禮，都和律同列。漢時，禮和法不分。

東漢，章帝時，陳寵替鮑昱撰《辭訟比》七卷，《決事都自》八卷，鮑昱奏上皇帝，公府奉以爲法。這兩部書屬於訴訟法，說明用類比法判決。有諸多罪，刑法上沒有列名，判案的官吏援用類比的法律以判罪，當時類比法的援用非常紊亂，無所適從。鮑昱乃奏上這兩部書，官吏們就奉爲法典。後來註釋的人，寫的註釋竟有兩百萬字，官吏們誰也沒有時間去讀。皇帝逐下令祇用鄭玄的註釋。

魏晉南北朝的法律，仿襲漢朝九章律，然也有所改變。《晉書·刑法志》說「魏武帝定甲子科，又嫌漢律太重，故令依律論者，聽得科半，使從半減也。」魏朝重編法典，爲《新律》十八篇。《唐六典》卷六註說：「魏氏受命，參議復肉刑，屬軍國多故，意寢之，乃命陳群等採漢律爲魏律十八篇，增蕭何律劫掠，詐僞，毀亡，告劾，繫訊，斷獄，請求，驚事，償贓等九篇也。」但是這部法典，在隋朝時已喪亡。

晉代的法典，有秦始皇新律，《晉書·刑法志》說：「文帝（司馬昭）爲晉王，患前代律

令本注煩雜，……於是令賈充定法律令，與太傅鄭沖，司徒荀顛，中書監荀勗，中軍將軍羊祜，護軍王業，廷尉杜友守，河南尹杜預，散騎侍郎裴楷，潁川太守周權，齊相，郭頌，都尉成公綏，尚書郎柳軌，及吏部令榮邵等十四典其事。就漢九章增十一篇，仍其族類，正其體號，改舊律爲刑名法例，辨囚律爲告劾繫訊斷獄，分盜律爲請贖詐僞水火毀亡，因事類爲衛宮，違制，撰周官爲諸侯律，合二十篇，六百二十條，二萬七千六百五十七言。」但是這部法典在唐代以後就遺亡了。

宋代沒有編纂法典，齊則編有永明律，然沒有公佈，兩朝沿用晉律。梁武帝編梁律，以蔡法度主編。法度奏請組織編輯會，以尚書令王亮等參議，編定法典二十篇。一曰形名，二曰法例，三曰盜劫，四曰賊叛，五曰詐僞，六曰受賄，七曰告劾，八曰討捕，九曰繫訊，十曰斷獄，十一曰雜，十二曰戶，十三曰擅興，十四曰毀亡，十五曰衛宮，十六曰水六，十七曰倉庫，十八曰廄，十九曰關市，二十曰違制。蔡法度等又刪訂梁令三十卷。梁律的大綱和晉律相同，條文和解釋則多有異。

陳朝法典陳律，沿襲梁律，稍爲加重處分名教的罪犯。隋文帝則編有關皇律，集六朝刑典的大成，開唐律的途徑，爲一重要法典。隋煬帝又編有大業律令。

以上的法典，都是殘缺不全。中國現存的古代法典，第一部是《唐律疏議》。唐朝的法律，有律，令，格，式。《唐書》卷五十六《刑法志》的注釋說：「唐之刑書

有四：曰律，令，格，式。令者，尊卑貴賤之等數，國家之制度也。格者，百官有司所常行之事也。式者，其所守之法也。其有所違，及人之爲惡而入於罪戾者，一斷以律。」

現存的唐律爲永徽律。在這部法典以前有武德格律。格爲唐高祖武德元年所頒，律爲武德七年所成。又有貞觀律，爲唐太宗貞觀十二年所定，減少死刑。《唐六典》卷六注說：「比古死刑，殆除其半。」

永徽律，唐高宗永徽四年（公元六五三年）頒行天下。編纂的工作，由永徽二年開始，由長孫無忌、李勣、于志寧、褚遂良等十七人負責。編纂律十二卷，再修律疏三十卷。長孫無忌作進律疏表，表上講述以虞舜以來，律法的簡史，後來說到唐代：「大唐握乾符以應期，得天統而御歷。……律增甲乙之科，以正滂俗。禮崇升降之制，以振頹風。蕩蕩巍巍，信無得而稱也。伏維皇帝陛下，體元纂業，則天臨人。……仍慮三辟攸敷，八刑尙密。平反之吏，從寬而失刑，次骨之人，舞智陷網。刑靡定法，律無正條，微纒妄施，手足安措，乃制太尉揚州都督監修國史上柱國趙國公長孫無忌，……撰律疏三十卷，筆削已了。謹詣朝堂，奉表以聞。……永徽四年（公元六五三年）十一月十九日進。」

唐律分十二卷：名例，衛禁，職制，戶婚，廐律，擅興，賊盜，鬥訟，詐僞，雜律，捕亡，斷獄。南北朝時梁代的梁律分編十二卷，每卷的名目和唐律相同的很多。唐律沒有自創

名目，而是沿襲前代律書的名目；但是在區分上更簡要，把內容相同的各卷合併爲一：例如梁律的「盜劫」和「賊叛」，合爲「賊盜」；梁律的「形名」和「法例」，合爲「名例」；梁律的「繫訊」和「斷獄」，合爲「斷獄」。把不必要而又不清楚的卷取消，再歸併到相關的卷內，這樣使法典的分章更形精簡。唐律的特色，附有疏議，疏爲律文的解釋，議則解說律法的應用。以往法律沒有歸定刑罰時，法官可以援用類比法，然而所見不同，斷案歉公平。「徽纒妄施，手足安措。」唐律附有疏議，規定援用類比律的程式，「譬權衡之知輕重，若規矩之得方圓。」（唐律卷一名例疏）《唐律疏議》便成爲中國法典的模範。

五代爲國家分裂時期，社會紛亂，國君多用重刑，沒有制定法典，惟有後周世宗顯德五年（公元九五八年）頒佈了「刑統」。《舊五代史·刑法志》說：「其所編集者，用律爲正；辭旨之有難解者，釋以疏意；義理之有易了者，略其疏文；式令之有附近者，次之；格勅之有廢置者，又次之；事有不便與該說未盡者，別立新條於本條之下；其有文理深古，慮人疑惑者，別以朱字訓釋。至於朝廷之禁令，州縣之常科，各以類分，悉令編附。」祇可惜這部刑統，在宋代以後已經佚亡了。

宋朝繼承五代的統制，雖天下已經一統，國家在北宋開始的幾位君王治理之下也相當安定，然仍舊沿用五代的刑罰，常是嚴刑重法。對於法典則屢有編纂。《宋史·刑法志》說：「宋法制因唐律令格式而隨時損益，則有編敕。一司一路一州一縣、又別有敕。……神

宗以律不足以周事情，凡律所不載者，一斷以敕，乃更其目曰敕令格式，而律恒存乎律之外。」宋朝的律書，祇有宋太祖的《建隆重定刑統》，這部刑統的編目和唐律相同。宋朝的敕編則很多，又有敕令格式同編。

元朝以蒙古族入主中國，雖沿用中國舊律，然保有蒙古習慣法，且重軍律。元英宗至治三年（公元一三二三年）頒佈「大元通制」，纂集元世祖以來的法制事例。書中關於刑法，則沿用唐律的篇目。元順帝至正六年（公元一三四六年）頒佈「至世條格」，共二十三卷，所有篇目為祭禮、戶令、學令、選舉、宮衛、軍防、議制、衣服、公式、祿令、倉庫、廐牧、田令、賦役、關市、捕亡、賞令、醫藥、假寧、獄官、雜令、儒道、營繕、河防、服制、站寺、權貨。這部通制，包括國家的法令。後來明清兩朝則編有「會典」和「律例」。明朝的法典較比唐朝的法典更完備，收集了五代和元朝的法律經驗。明太祖編纂「明令」和「明律」。《明史·刑法志》說：「明太祖平武昌，即議律令，吳元年冬十月命左丞相李善長為律令總裁官，參加政事楊憲傅瓚，御史中丞劉基，翰林學士陶安者二十人為議律宜，諭之曰：『法貴簡當，使人易曉。若條緒繁多，或一事兩端，可輕可重，吏得因緣為姦，非法意也。夫網密則水無大魚，法密則國無全民。卿等悉心參究，日具刑名條目以上，吾親酌議焉。』每御西樓，召諸臣賜坐，從容講論律義。十二月書成，凡為令一百四十五

條。」《明史·刑法志》又說：「（洪武六年）其多詔刑部尚書劉惟謙詳定大明律。每奏一篇，命揭兩廡，親加裁酌。及成，翰林學士宋濂爲表以進曰：臣以洪武六年冬十一月受詔，明年二月書成，篇目一準於唐……採用舊律二百八十八條，續律百二十八條。舊令改律三十六條，因事制律三十一條，掇唐律以補遺百二十三條，合六百有六條，分爲三十卷。」但是這部律典在當時並沒有用，現在也不傳。洪武三十年（公元一三九七年），明太祖更定明律。《明史·刑法志》說：「蓋太祖之於律令也，草創於吳元年，更定於洪武六年，整齊於二十二年至三十年，始頒行天下。日久而慮精，一代法始定，中外決獄，一準於三十年所頒。」這部律典分名例律，吏律，戶律，禮律，兵律，刑律，工律，共七篇，每篇再分律目，例如戶律分戶役，田宅，婚姻，倉庫，課程，錢債，市廛。每律目下更分律條，即每條法律。這種分法已近於科學化。

明孝宗弘治十五年（公元一五〇二年），編定《大明會典》。孝宗御製序文說：「朕祇承天序，即位以來，蚤夜孜孜，欲仰紹先烈。而累朝典制，散見勅出，未會於一，乃敕儒臣，發中秘所藏諸司職掌等書，參以有司之籍冊，凡事關禮度者，悉分館編輯之。百司庶府以序而列，官各領其屬而事皆歸於職。名曰大明會典，輯成來進，總一百八十卷。」這部書編定後，沒有頒佈，孝宗去世。武宗於正德四年（一五〇九年）重校《大明會典》。萬曆十五年（公元一五八七年）明神宗重修《大明會典》，在御製序文說：「賴天之靈，社稷之

福，國家閒暇，及時而明刑政，乃命儒臣重明修輯，芟繁正譌，益以見行事而折衷之，蓋闕有十二歲，其書始成。」《大明會典》和《唐六典》相同，全書以官職分卷，每卷載相關之  
法文事例。

清朝以滿人入主中國，接納漢族的文化，放棄原有的簡陋軍法，仿效明朝。清世祖在順治三年（公元一六四六年）編纂「大清律集解附例」，御製序文。序文說：「朕惟太祖太宗創業東方，民淳法簡，大辟之外，惟有鞭笞。朕仰荷天休，撫臨中夏，人民既眾，情僞多端。每遇奏讞，輕重出入，頗煩擬議。律例未定，有司無所稟承。爰勅法司法廣集廷議，詳譯明律，參以國制，增損劑量，期於平允，書成奏進，朕再三覆閱，仍令內院諸臣，校訂妥確，乃允刊布，名曰大清律集解附例。」例爲判例。律無明文，以往若有同樣案件已被判決，所有判詞，援引爲例。康熙皇帝曾校正大清律，又制定「現行則例」。清代皇帝對於大清律歷代都有增損。高宗乾隆五年（公元一七四〇年）御製《大清律例序》說：「朕……簡命大臣，取律文及遞年奏定成例，詳悉參定，重加編輯，揆諸天理，准諸人情，一本於至公，而歸於至當。折衷損益，爲四百三十六門，千有餘條，凡四十七卷，條分縷析，倫敘秩然。……」清律分篇，和明律一樣，律目也相同，條文則有增損。

清朝的會典，始於康熙，康熙皇帝於康熙二十九年（公元一六九〇年）頒佈會典。雍

正，雍正二年諭令內閣重修，於雍正十年（公元一七三二年）頒佈。乾隆皇帝在乾隆二十年（公元一七六二年）再頒佈一部新會典，嘉慶十七年（公元一八一二年）頒行《嘉慶會典》。《嘉慶會典》共八十卷，比以前幾部會典卷數較少，因採分注法，原文簡要，注文詳細。

道光以後，中國和西洋各國的交通已開，彼此間民事刑事案件交涉已多，西洋的法律思想輸入了中國。清末清朝試行變法，改編刑律。在新法沒有編好以前，把大清律例加以刪節，名爲「大清現行刑律」，於宣統元年頒佈。新刑法草案，大清民律草案，都沒有公佈。民國成立後，政府致力編定各種法典，現在稱爲六法。現行的法典，已採納西洋的法律思想和法典分類法，中國傳統法律思想所存留者不多。

整個一部中國法律史，都是刑法變制史，歷代會典則是行政法規。然而在歷代刑法中，包含有民法的重要部分，如所有權，行爲能力，婚姻法等。法典的行政法規則又涵有憲法和禮儀習俗。在世界法系中，中國法律自成一系列。

## 二、西洋法律發展史

### 1. 羅馬法系

西洋的法律應以羅馬法為始祖，羅馬法雖接納希臘古代的法律，然整個法系為羅馬法學所自創。這種法律有深奧而完備的法學作基礎，有明瞭而簡賅的分類，構成歐洲兩千年的法律系統，近世雖由大陸法系所接替，然其特性仍存留在大陸法系內。

古羅馬國在開國以前，有三種民族同居，同居在現今的羅馬城。當時的羅馬為七座小山，三種民族分據在七個山頭，各自稱一國，各有各的國王，三國中有一個稱為 *Rames*，這種民族建築一座堡壘，本以種族的名稱為名，後來名字的系字母 *a* 改為 *o*，在語後的改為 *g*，乃變為 *Roma*（羅馬）。羅馬在紀元前七五三年建國，併合了其他兩種民族。然而建國的年代、屬於一種神話，三個民族的併合，乃逐漸進步，並不是一舉而成。

羅馬法的歷史可以分成三個階段：第一個階段為民法時期（*Jus Quiritium*），以「十二銅表法」作代表。第二個階段為「民族公法」時期（*Jus Gentium*），以「法官法」為代

表。第三個階段爲「東方羅馬法」時期 (Jus *elIenum-romanum*)，以「猶思定法典」爲代表。

民法時期，由羅馬建國到紀元前一世紀。「十二銅表法」公佈於紀元前四五年，代表這個時期的法律。這個時期的法律爲一個農業社會的法律。國家的範圍很少，國內組織以家庭爲主，家庭以上有家族，家族而後有國族。法律的契約多以宗教儀式而肯定，有如誓言。「民族公法」時期，由紀元第一世紀到第三世紀，羅馬帝國形成了一大帝國，統治全歐洲和北非以及小亞細亞，在羅馬帝國內，有許多民族，羅馬法祇承認羅馬人爲羅馬公民，爲羅馬公民適用羅馬法。非羅馬公民的羅馬帝國人民和外僑，由法官斟酌習慣法和法理而判斷，這些判詞漸成爲「民族公法」。「東方羅馬法」則自羅馬皇東遷公斯當定堡以後，採納了希臘的習慣法以入民法，全羅馬帝國人民都爲羅馬公民。

羅馬法的形成，以第二時期的法官和法學家的貢獻最大，而所成的法規，都是民法。第一部的法規爲「人稱法」(De *Personis*) 規定法律權力的主體和人爲的能力。第二部分爲「家庭法」(De *Familia*)，規定父權、婚姻關係和監護。第三部分爲「物權」(De *Rebus*)，規定所有權、產權的建立和遺棄，也規定奴隸的身分。第四部分爲「債權」(De *Obligatiombus*) 規定契約法，猶思定尼讓皇帝 (Justinianus) 編纂羅馬法的法典，成爲羅馬法的典型。①

羅馬法有三種原素或因素，第一種為古代留傳的「十二銅表法」，第二種為羅馬共和國政策體性法學者的意見，第三種為羅馬皇帝所頒佈的敕令。羅馬法的特徵，在所制定的成文法規，常以法理為根據，法規的形成為抽象的公式，具有統一性。研究羅馬法者，是研究羅馬法的法理。

## 2. 天主教法系

在第五世紀時，北歐的哥德族，南方的法蘭族，東方的斯拉夫族瓜分了羅馬帝國的政權，漸漸組織新興的王國，神聖羅馬皇雖有帝國皇上的名位，實權則操在各國諸侯君主的手裡。在神聖羅馬帝國時期，雖有西班牙和法國君王被封為神聖羅馬帝，但是最多而有權力的神聖羅馬皇多為日爾曼族。因此中世紀的歐洲法律已由羅馬法系轉成日爾曼法系。但是在羅馬法衰微後，天主教會的教律代興。天主教教律稱為 *Jus Canonium*。在中古時因著教會在歐洲的領導地位，羅馬教宗位居歐洲盟主，在神聖羅馬皇以上，天主教律乃為各國所接受，且為各國法律的模範。

天主教教律繼承羅馬法的法理，在體系上也承接羅馬法的體系。在中世紀時，所有法典

爲天主教大公會議和教宗敕令的編纂，前面在論「自然法」時已經提到。正式的法典，則是現行法典，公布於紀元一九一六年十二月四日。一九六二年教宗若望二十三世召開第二屆梵蒂岡大公會議，同時宣佈修改現行法典。一九六六年大公會議已畢，教宗保祿六世組織法典改編委員會。經過十五年的編纂，教會新法典於一九八三年二月廿五日公佈。新法典的法理和律文分類仍繼續以往法典所有。非教會人士評論教會法說：（一）教會法庭因公正廉潔，並採「彈劾主義」，影響後世司法制度頗大。因當時世俗法院腐化，而教會法院則係在教堂神前行之，故俗方亦樂於就審，以求公正判決。（二）寺院法（教會法）「禁止決鬥裁判」，並提倡衡平法；故現代之「法前平等」，「正義平等」，以及國際法上之「國家平等」等思想，均已於寺院中孕育其胚胎也。（三）

### 3. 日爾曼法系

神聖羅馬皇帝爲日爾曼族的國王時，羅馬法已衰頹，歐洲大陸乃多受日爾曼法系的影響。日爾曼法在初期爲野蠻民族的法律，到日爾曼族成爲國家而割據羅馬帝國領土的時候，乃將蠻族的習慣法演變爲國家法。但祇行於日爾曼人，對於留住國內的羅馬人，則適用羅馬

法。神聖羅馬皇帝查理曼大帝以後，歐洲大陸各諸侯，紛紛建立王國，法國和西班牙的勢力更盛。這些王國重振羅馬法，造成「大陸法系」，日爾曼法祇留存於英國，後來再流行於美國，變為「海洋法系」或「普通法系」。

日爾曼法系的「特徵」，可以足與羅馬法系對照論列如下：

1. 在法律的「形式」上，日爾曼法為分散的具體的不成文習慣法。此點，較之羅馬法之為統一的抽象的成文法形式，適得其反。

2. 在法律的「實質」上，日爾曼法「團體主義」的法律，故憲法，行政法，自治團體法，職業團體法等公法觀念發達；而在日爾曼法中，因無所謂「人」的抽象觀念，惟有自其為團體之構成員之人格的實在體中，取得法律上之地位。此點亦與羅馬法之以個人為中心，私法觀念發達者，二者成一鮮明之對照。

3. 在法律的「精神」上，日爾曼法依「身分」為基礎而重在其法律上之「義務」，此乃日爾曼法之封建法制的精神所在；故同時，日爾曼法又極富「地方色彩」。較之羅馬法之精神，乃以個人「自由」意志為基礎，而重在法律上之「權利」，並具有「國際法」色彩者，自又為一相對之特徵。(四)

#### 4. 大陸法系

歐洲文化在蠻族入侵時期，陷於黑暗之中，祇在天主教會的教堂和修院中，教士實習拉丁文，抄寫拉丁古本，延續了羅馬的文化，蠻族定居建國以後，天主教在歐洲設立大學，研究文學、哲學、神學和法律。巴黎大學以神哲學著名，義大利的波洛讓大學 (Universit di Bologna) 以法律馳名歐陸。神聖羅馬帝國瓦解以後，法國勢力漸盛，國內的博爾吉大學 (Universit di Bourget) 為研究法學的中心。然羅馬法的研究在歐陸各大學都為重要課程，而天主教的教律又繼承羅馬法，羅馬法乃再為歐洲大陸各國所接受，形成歐洲的大陸法系。法國路易十四權力鼎盛，頒佈商法、海洋法、民刑訴訟法、殖民法。拿破崙一世又頒佈民法。法國法律藉這位兩位皇帝的勢力，遂盛行於歐陸和殖民地，成為拉丁民族的法系。德國皇帝的政治勢力在殖民地雖不及法國，然在歐洲則控制北歐。德國也由羅馬法而制訂德國的大陸法，以實行於德奧比荷和北歐等國。大陸法系乃分成兩系，南歐及義大利和南美洲屬法國法系，北歐屬德國法系。日本變法，採德國法系。中國的現行法典，多採自日本，故和德國瑞士法律相連。

大陸法系的特徵和羅馬法系的特徵，許多點相同。在形式上採成文法典方式，民刑及訴

訟等法都有法典，法官的判例，祇能用為補充法規之不足。在精神上著重權利義務的「人稱」，「人稱」有行為能力，行為能力以自由意志為基礎，有人為能力則負法律責任。

## 5. 英美法系

日爾曼法施用於英國，由英國傳用於美國，自成一系統。日爾曼法由北歐「撒克遜」族傳入，後來又有法國「諾爾曼」的法律也傳入，英國法律便有這種法的遺傳。英國和歐洲大陸有一水之隔，原屬羅馬帝國；然在神聖帝國時，英王已即成國主。到亨利八世脫離了羅馬天主教會，自立為教主，英國法便獨立成一法系。

英美法系以普通法 (Common Law) 為主，普通法由「判例」造成，「判例」既經習用，遂成一種習慣法。美國雖接受普通法，然在解釋上則有不同。美國法更多變動，更積極，更開放。吳經熊教授曾說：「當普通法到新世界，它的青春和氣力日新又新，視線的範圍也加寬。英國法很有深度，但總不免具有島國的視線，英國法到了美國法家的手裏，它的氣息廣闊，而又保持了原有的深度。」<sup>(五)</sup>

## 第二節 立法權

民法由人所立，乃是人爲法，誰能立法？爲一個法律哲學的問題。法律就源起來說，自然法出自天然，天然不受人的約束，所以應由造物主所立。人爲法由人所爲，便應有立法者。立法者能夠立法，是因他具有立法權。現在我們就立法權的問題，研究中西法學上關於這一點的思想。

### 一、中國法學的立法權

按照儒家的思想，禮和法有所分別。禮範圍人生，使各種人際關係有善的次序，建立倫理道德。禮以天理爲基礎，制禮的人必定能通天理，識人情；這類的人乃是聖人。聖人雖能制禮，然應具有影響社會人士的力量，不然不能成爲範圍社會生活的禮規。

「子曰……：雖有其位，苟無其德，不敢作禮樂焉。雖有其德，苟無其位，亦不敢作禮樂焉。」（中庸第二十八章）

《集註》說：「鄭氏曰：言作禮樂者，必聖人在天子位者。」《周禮》，傳爲周公所作，因爲周公代行天子的職權。但是孔子的教訓，後代成爲經義，具有禮的威權，國王立法行政不能有所違背，故有人尊孔子爲「秦王」。

立法的權屬於國君，從《書經》已有證明，後來法家更講得很清楚。《書經·虞夏書》說：

「象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，怙終賊刑。……帝曰：皋陶，蠻夷猾夏，寇賊姦宄，汝作士，五刑有服，五服三就，五流有宅，五宅三居，惟明克允。」

《書經》所言的刑法，爲皇上所立。皇上吩咐臣下謹奉刑法以治民，法家管子說：

「為人君者，修官上之道，而不言其中；……是故能象其道於國家，加之於百姓，而足以飾官化下者，明君也。」（管子 君臣上 卷十）

注者說：「象，法也。謂能本道而立法。」爲人君者即是皇上國君，國君應「象其道於國家」，依據治國之道立法，使全國遵守，官吏奉作規矩，人民守法而歸於善。

「天有常象，地有常形，人有常禮，一設而不更，此謂三常兼而一之，人君之道也。分而職之，人臣之事也。……然則上之畜下不妄，而下之事上不虛矣。上之畜下不妄，則所出法制度者明也；下之事不上不虛，則循義從令者審矣。」（同前）

人君治理臣下不妄，在於所出法令，明白清楚，臣下和人民謹守法令。故制定法律，爲人君的權利和職責；臣下和人民祇有遵守法律的義務。

韓非子說：

「法者，憲令著於官府，刑罰必於民心。賞存乎慎法，而罰加乎姦令者也，此臣之所師也。」（韓非子 定法 卷十七）

法，由官府去公佈，官府所公佈的，是人君所規定的法律，臣下奉作師傅。

「故明主之治國也，明賞則民勸功，嚴刑則民親法；勸功則公事不犯，親法則姦無所萌。」（韓非子 心度 卷二十）

法家主張嚴刑峻法，故人君立法務嚴，執法必信。再加以權術，乃能駕馭臣下。從漢朝一統天下之後，每一朝的法典，都由皇帝頒佈。

《史記·律書》說：

「王者，制事立法。物度軌則，壹稟於六律，六律為萬事根本焉。」

法律為一國人民的規範，立法的權當然歸於一國的首領。人君為一國之主，他便擁有立法權。

人君的立法權由何而來？這又是法律哲學的一個問題，也是政治哲學上的一個問題。

中國歷代的法家和政治家都主張人君的立法權授自上天；因為人君是上天所立。中國的歷史哲學有「天命史觀」，即是中國歷代的人君，都自稱「奉天承運」，奉天命而踐皇帝

位。「承運」即是順從自然的氣運，氣運就是象徵上天的意旨。

「天佑下民，作之君，作之師。」（書經 泰誓上）

「萬章問曰：『堯以天下與舜，有諸？』孟子曰『否！天子不能以天下與人。』然則舜有天下，孰與之？』曰：『天與之。』」（孟子 萬章上）

「萬章問曰：『人有言，至於禹而德衰，不傳於賢而傳於子，有諸？』孟子曰：『否！天與賢則與賢，天與子則與子。』」（孟子 萬章上）

這種思想，在歷代的學者中和社會民間都常存在，沒有人正式提出反抗或懷疑。當代有些學者舉出孟子的話為證明民權的思想。《孟子·萬章篇》又說：

「萬章曰：『天與之者，諄諄然命之乎？』曰：『否！天不言，以行與事示之而已矣。』曰：『以行與事示之者如之何？』曰：『……使之主事而事治，百姓安之，是民愛之也。天與之，人與之。』」（孟子 萬章）

上)

孟子又曾說：

「民為貴，社稷次之，君為輕。」（孟子 盡心下）

孟子的這種「民心」和「民貴」思想，在《書經》裏已經有。「民心」指者上天選立君王的一種方式。

「天聰明，自我民聰明；天明威，自我民明威。」（皋陶謨）

「天所善惡與民同，天心由於民心。」（甘誓）

人心的向背，代表天心的向背；人心可以說是代表天心，舜王、禹王因民心所向而登皇位，他們的權力則授自上天，而不是由人民所授。蕭公權在他的《中國政治思想史》裏說：

「孟子民貴之說，與近代之民權有別，未可混同。簡言之，民權思想必含民享、民有、民治之三觀念。故人民不祇為政治之目的，國家之主體，必須具有自動參與國政之權利。以此衡之，則孟子貴民，不過因民享以達於民有。民治之原則與制度皆為其所未聞。」(六)「民貴」在於人君的地位在上天的心意中，是為人民服務。人君代天行道，行政的目的，為養民教民，以人民的福利為重，而不是為人君的私人享受。因此「民貴」不代表「民權」，不是指的人民擁有治理國家的權，人君是代民治國。中國歷代的政治思想，都是以皇上「代天行道」即「代天治民」。

到了辛亥革命以後，君主制度改成了民主制度，政治以「三民主義」為基礎。主張民權。三民主義的民權主義分別「政權」和「治權」，政權為人民所有，治權為政府所有。政府的治權來自人民。立法權屬於政權，又屬於治權。屬於政權，立法權由人民代表行使，所以立法委員是民意代表。立法權屬於治權，因為政府以法律治理國家，所以立法院制定的法律要由總統簽署後公佈，纔能有效。然而法律的成立在於公佈，因此，正式的立法者，乃是總統，所以立法權操之於總統。

民權的思想來自歐美，歐美國法學家對於民權的來源所有意見並不相同。孫中山先生在〈民權主義〉第一講裏批評盧梭的天賦民權說：認為不合理。「但就歷史上進化的道理說，民權不是天生出來的，是時勢和潮流所造就出來的」。

## 二、西洋法學的立法權

西洋法學以立法權屬於治權，誰有權治國，則有立法權。立法權便是政治權的一部分。政治權的來源，學者的意見，可以分成兩類：一類以統治權來自造物主天主，一類以統治權來自人民。這兩類的每一類又分許多派別。

西洋社會學者和政治學者，常說國家治權的演變經過三個階段，即神權時期，君權時期，民權時期。這種三分法，是按治權的使用形式和執行治權者而區分，即神權、君权和民主。若按法律哲學的政權來源說，則祇有兩類：一類以治權來自天主或上帝，一類以治權來自人民。來自上天的治權說可以包括神權、君主和民主三個形式制度，來自人民的治權說則祇包括民主制度。

古希臘和古羅馬，都常以統治權來自上天神靈，執行統治權者對神靈互責。希臘荷馬的古詩，羅馬韋琪理 (Virgilius) 的述事詩，充滿天人的關係，歌讚民族始祖為神的後裔。就是在希臘和羅馬的民主制度時，治權也是授自神靈。柏拉圖以「神為萬物的準則」，亞立斯多德以自然法為人為法的基礎。

歐洲天主教繼承古希臘和古羅馬的文化，在法學上更加肯定治權來自天主。新約若望福

音述說基督和總督比拉多的對話。

比拉多對他說：「你對我也不說話嗎？你不知道我有權柄釋放你，也有權柄釘你在十字架上嗎？」

耶穌答說：「若不是由上賜給你，你對我什麼權柄也沒有。」（若望福音第十九章

第十節——第十一節）

「由上賜給你」，是說「由上天賜給你」。基督說明統治權是由上天所授給。總督從皇帝接受治權，皇上由上天接受治權。這個原則成天主教政治學和法學上的基本原則。聖奧斯定以天主的理性，就是法秩序的本身。

統治權的目的，在於使整個國家有次序地追求人民的福利，制定法律使全國人遵守，對違反法律的人予以懲罰。全國的國民沒有一個人能夠具有這種權力，既然全國的人都沒有這種權利，不能因為集合在一起就有了這種權力。一群瞎子，每個人都看不見，不會因為許多瞎子都聚在一起，就能夠看見。一切私人都沒有治理國家的權，國家的主權便不在於人民，國家的主權在於國家，國家的團體為人類根據人性的要求而成，國家的主權便來自創造人類的造物主天主。國民祇能制定執行治權的制度。君主制度，是人民承認君主執行治權；民主制度，是國民選舉執行治權的總統。皇上和總統所有的治權不是來自人民，而是直接來自國家，間接來自造物天主，人民祇能規定皇上或總統正式成為元首的制度，按照制度而登基的

皇帝或被選的總統，就是國家的合法元首，合法元首由國家取得統治權。國家在法理上不是土地也不是人民，而是一個具有統治自己權利的團體。合法的元首由國家取得權力。

國家團體稱爲「完全的團體」，是自己具有治理自己的一切主權，這種主權不是由外面的一種主權所授予，否則不是一個獨立國，而是一個附庸國；又不是由於國民所賦予，否則主權可以由國民予以限制。國民對於國家主權所有的權，是在於規定行使的方式。一國主權行使的方式，可以和別國不同；但是所有的國家，對於自己所有的主權都是一樣，稱爲天賦的主權，本國的人民和別的國家，都應承認。好比每一個人，都有天賦的人權，每個國家都該承認。天賦的權不來自人，而是來自造物主天主。

但是不相信有神，或是不相信統治權來自造物主的人，他們對於統治權的來源另有解釋。解釋雖有多種派，別然都可歸併到社會源起說：以統治權來自社會。

國家爲人類所需要的社團，關於這一點，現在大家都承認。「無政府主義」者和「世界主義」者，雖然反對國家或反對政府，但是他們仍舊承認全世界應有一種權力，可以治理全球的人。那就是說全世界的人成了一個國家或一個社團，社團的需要仍然被肯定。

國家團體的來源怎樣，有的法學家說來自人性，人的天性就需要這種國家團體；但是此種需要的發展，是按照歷史的進展而造成的。統治權的根本，在於人的人性，統治權的形成

是歷史的進化品。

有的法學家或社會學家則說國家團體的形成，不是來自人的天性，而是純粹來自歷史的進展，統治權也是歷史的進展所形成。又有學者則以國家團體來自人民的公共合約，稱為民約，人民大家聚齊一起，共同決定組成國家。國家的統治權或主權便來自「民約」。

社會來源說的主張雖多派別，對於國家主權的來源在基本上則相同，即是來自人民。在法理上說，一個團體由團員組成，團體的權力由團員授予。所以團體的全體大會為最高權力者。同樣，國家的權力也在於人民，全國人民為國家主權的主體，由人民以適當方式交與政府。

然而，就是從法理上說，這一主張不合法理。普通的社團，所有的權力不能超過團員的權力；如要有超團員的權力，則必需由上一級的團體，即政府所授予。國家的權力，則超過人民所有的權力，人民既然沒有這種權力，怎麼能夠以這種權力授予政府呢？社會來源說的學者說，國家的權力來自國家，國家的團體既然組成，團體的本身需要這種權力，所以稱為天賦主權，而以人民為主體。國家團體的來源，或是來自歷史的演進，或是來自民約；然而這兩種來源，都不能說明「天賦主權」的來源，最後，便歸之於「自然說」。好比，人權來自天賦，天賦即生來就有，生來就有，即自然而有，而不是人為而有，而不是人為而有。國家的主權也是國家生來就有。

克洛齊烏 (Grotius) 和 布芬鐸夫 (Pufendorf) 以人生來有「合群性」，天生的「合群性」使「國家團體」爲人性的要求。「合群性」便是主權的來源。

鮑丹 (Jean Bodin 1530-1596) 和 馬嘉維理 (Nicola Machiavelli 1461-1527) 以君權至上，君權至上因爲國家至上，君王由國家取得至上權力，握著不可分配的立法權。

斯賓諾撒 (Spinoza) 和 霍布斯 (Hobbes) 講自然法，以人生性有自衛的能力，能力就是主權。國家的產生，則是基於共同生活的需要，以「社會契約」而結成。

盧梭主張國家由於人民以「民約」而成立。人本性是善的，人在自然狀態中，平等幸福。然而自然狀態實際上不存在，人的實際生活處處受到危害；因此，大家結合成一團體，以求保障，以求秩序，法律於是產生。

洛克相信人的理性爲法律的基礎，每個人具有自然道德律，也具有自然權利。爲謀共同的生活，人們同意屬於一個政治團體。

邊沁 (Jeremy Bentham 1748-1842) 創功利主義。他和休謨一樣反對以理性爲法律基礎，而以情慾爲基礎。人情所貪望的爲快樂。法律的目的，在於使人取得快樂。

反對英國學派的康德，以法律爲道德的理想，爲引導社會生活走入道德和自由的世界。道德爲實踐理性的要求，道德的命令爲絕對的命令，這種命令爲「你必須如此行事，使得你

的意志規律，常為普遍立法的原則」康德以國家的產生，基於一種契約。

達爾文和斯賓塞根據進化論的原理，以人類社會係因進化而來，法律的基礎是時間，時間的結果是進化的經驗。

孔德以社會哲學家的姿態講論學術的演變，法律是人在社會善盡職責的經驗，經驗由進化而成。

另一位社會進化論的學者杜克漢 (Emile Durkheim 1858-1917)，主張法律是由於社會為改善生活所採取的步驟，立法權是由社會進化而形成。

社會法學派在現代德國的代表黑林 (Rudolf von Ihering 1818-1892)，以法學理論有兩個重點，即是「目的」和「鬥爭」，「目的」創造法律，創造法律必須奮鬥。立法權力乃是社會生活的要求，不是人的本性所要求。

當代美國的社會法學家，有彭德 (Roscoe Pound) 和荷謨士 (Oliver Holmes 1841-1935)，以社會利益為法律的基礎，所以社會的地位最高，國家則歸屬社會。

在德國方面近代的法學，以歷史法學派為盛。這派反對自然法的自然基礎，以歷史演進作法律根基。歷史的演進，造成了「民族精神」。歷史法學的代表為薩維尼 (Friedrich Karl von Savigny 1779-1861)。他將歷史和法律混而為一，法律的資料，由一國的過去歷史所供給。立法者雖為「人民」，然實則為一個單位，即是政府元首。

近代英美法學有「分析法學派」，這派的代表為歐斯丁（John Austin 1790-1859）。他分析法律的意義，以法律為一個獨立完全的社會之政府元首所制立，政府權力即為法律的淵源。

當代新士林哲學法學思想，代表天主教的法律哲學。這派思想家中可以卡特陵作代表（Victor Cathrein 1845-1931），他為一倫理學家，肯定天主教為神律及自然法的立法者，人為法的立法權，由造物主天主所授。

西洋的立法權，依照學者的意見，或來自造物主天主，或來自人性的自然表現，或來自社會的進化，或來自歷史的演進。這些思想現在也影響中國的法學思想。(4)

中國傳統的法學思想，以立法權為皇帝的治權，皇帝的權力授之於上天，和西洋的神授立法權說相同。

## 第三節 法律和倫理的關係

法律和倫理的關係，由法律的本身而起，牽涉到法律的意義。研究這個問題，必須由法律的意義開始。最後的結果，則是法律有沒有良心的制裁力。一般都說，法律的制裁力，祇能達到外面的行為，不能達到人的良心。這裡所談的法律，當然祇是「人爲法」；若說「神律」和「自然法（性律）」，則必定是有良心的制裁力。

### 一、中國法律思想

孔子在《論語》裡說：

「道之以政，齊之以刑，民免而無恥；道之以德，齊之以禮，有恥且格。」（論語 為政）

《朱熹集注》說：「愚謂政者，爲治之具；刑者，輔治之法；德禮，則所以出治之本，

而德又禮之本也，此其相爲終始，雖不可以偏廢。然政刑能使民遠罪而已，德禮之效，則有以使民日遷善而不自知。故治民者，不可徒恃其末，又當深探其本也。」

孔子對禮法的觀念，影響後代的儒家很深，後代儒家所以常重禮而輕法，就是因爲禮是倫理規律，使人心避惡向善，以作惡爲可羞恥。法則祇預防外面的惡行；人民因怕刑罰而不犯法，心裡並沒有誠心不作惡。心裡不守法的心，和外面守法的行爲，並不互相衝突，可以同時存在。

法律和倫理的關係，還有另外的一面。法律是不是要以倫理作基礎？立法者是否可以制立違反倫理的法律？這兩個問題互相聯繫。

中國歷代的學者，都以禮爲法的基礎，人君立法不可以違反「禮」和「道」。道爲人生之道，禮爲人生規律，兩者都是倫理的本質。

大戴《禮記》說：「禮者，禁之於將然之前；而法者，禁之於已然之後。」

禮禁於前，法禁於後，前後相通，不能互相衝突。兩者都有勸民避惡的效力。荀子說：

「人無師無法，則其心正其口腹也。」（荀子 卷二 榮辱篇）

荀子以法和師並舉，教人爲善；若人沒有師沒有法，則心從口腹的慾，將淪爲禽獸。荀子解釋禮法的源起在於「義」。「義」指定每人的名分，名分是每人的職責，名分的條文就是禮法。

「水火有氣而無生，草木有生而無知，禽獸有知而無義，人有氣有生有知，亦且有義，故最爲天下貴也。力不若牛，走不若馬，而牛馬爲用，何也？曰：人能群，彼不能群也。人何以能群？曰分。分何以能行？曰：義。故義以分則和……君者，善群也。群道當，則萬物皆得宜。」（

荀子 卷五 王制篇）

荀子的這一段話，很相似西洋的社會法學者的話。人生而義，義爲道德，由義而有禮法。法爲行義，法和倫理的關係便很密切。荀子在〈富國篇〉說同樣的話：「人之生不能無群，群而無分則爭，爭則亂，亂則窮矣。而人君者，所以管分之樞要也。」

管子說：

「義者，謂各處其宜也；禮者，因人之情，緣義之理，而為之節文者也。」

故禮者，謂有理也。理也者，明分以諭義之意也，故禮出乎義，義出乎理，理因乎宜者也。法者所以同出，不得不然者也。故殺戮禁誅以一之也。故事督乎法。法出乎權，權出乎道。道也者，動不見其形，施不見其德，萬物皆以得，然莫知其極。」（管子 卷十三 心術上）

管子的話和荀子的話很相近，都以義為禮法的基礎，禮法的意義，都在於使人有分，各得其所。義，出於理，理在宋代學者的思想裡為人性，所以義出乎人性。這樣，把禮法和人性關連起來，禮法的根源乃是人性。權，不是權力，而是權宜。「法出乎權」，法是按照時地的需要，規定名分職責。法的基礎本來是義，義為倫理的德。管子卻又說「權出乎道」，道為道家的道，即無為而無不為。人君在權衡時宜，要制定法時，應該守無為而無不為之道。

### 韓非子說：

「是故禁姦之法，太上禁其心，其次禁其言，其次禁其事。今世皆曰，尊主安國者必以仁義智能，而不知卑主危國者之必以仁義智能也。故有道之主，遠仁義，去智能，服之以法，是以譽廣而名威，民治而國安，知用民之

法也。凡術也者，主之所以執也；法也者，官之所以師也。」（韓非子

卷十七 說疑）

韓非子講治國之道，在用法以術，不要用「仁義智能」。這豈不是主張法律和道德分野嗎？然而韓非子所講的是人君治國之術，以法爲本，不重仁義智能，而不是講法的本身合不合於仁義。但是「術」的性質，和仁義不常相合。韓非子說：「聖人之所以爲治者三：一曰利，二曰威，三曰名。夫利者所以得名也，威者所以行令也，名者上下之所以同道也。」（韓非子 卷十七 說使）這三者：利，威，名，不屬於仁義。所以法家所重的法，便不以仁義道德爲標準，而是以一時的利害爲權衡。但是歷代的君主，傳統地以儒家的思想爲依據；因此，歷代君主制定法律時，常以仁義道德爲根基，不敢違背。

董仲舒且以《春秋》之義，作爲法律的準繩。他說：

「春秋之所治，人與我也。所以治人與我者，仁與義也。以仁安人，以義正

我。……故春秋爲仁義法，仁之法在愛人不在愛我，義之法在正我不在

正人。」（春秋繁露卷八 仁義法）

「天之生人也，使人生義與利；利以養其體，義以養其心。心不得義不能樂，體不得利不能安。義者，心之養也；利者，體之養也。體莫貴於心，故養莫重於義。」（春秋繁露卷九 身之養重於義）

董仲舒不講論法律，然而他講治國，治國以仁義，仁義的實施在於法。法便是代表仁義。

《唐律疏議》卷一，名例，疏說：

「律者，訓銓訓法也。易曰：理材正辭，禁人為非曰義。故銓量輕重，依義制律。尚書大傳曰：丕夫天之大理。註云：奉天之大法。法亦律也，故謂之為律。」

《唐律疏議》明白說出：「依義制律」，義是「禁人為非曰義」，「為非」是違反倫理道德，做不該做的事。「不該做的事」，是不合於自己名分的事。

同處又說：

「德禮為政教之本，刑罰為政教之用，猶昏曉陽秋相須而成者也。」

「德禮」為倫理道德的規律，「刑罰」為法律的規律，德禮為本，政罰為用，兩者相須而成。法律和道德的關係便是本和用的關係。

《大清律例》所有皇帝所寫的序，前後都注意律的「平允」，「平允」為合於正義，不輕不重。順治帝所作序說：

「爰敕法司官，廣集廷議，詳譯明律，參以國制，增損劑量，期於平允。」

書成奏進，朕再三覆閱。仍命內院諸臣校訂妥確。」

康熙帝作序說：

「國家設立法制，原以禁暴止姦，安全良善。故律例繁簡，因時制宜，總期合於古帝王欽恤民命之意。」

雍正帝作序說：

「雍正元年八月，乃命諸臣將律例館舊時纂修未畢者，遵簡西曹，殫心蒐輯本進呈。朕以是書，民命攸關，一句一字，必親加省覽，每與諸臣辯論商榷，折中裁定，或析異以歸中，或刪繁而就約，務期求造律之意，輕重有權，盡識獄之情，寬嚴得體。」

乾隆帝作序說：

「象刑有典，肇見虞書，其用之道，則曰欽曰恤曰明曰允，一篇之中，三致意焉。武王告康叔以用其義刑義殺。……惟是適於義，協於中，弼成教化，以洽其好生之德。……我列祖受天明命，撫綏萬邦，頒行大清律例，仁育義正，各得其宜。」

這幾篇序文，說明國家立法，一為禁暴安良，一為弼行教化，使人人各安其分。這就是

「義」。刑罰的規定，以罪的輕重為依據，罪的輕重和名教有關，這又是「義」；因此，「輕重有權」，「寬嚴得體」，都在於以「義」為準繩。這就表示法律是以倫理為基礎，不能違反道德。

但是法律雖以倫理道德為本，然兩者不相同也不相混。唐柳宗元的〈駁復讎議〉指出兩者的界限。「蓋聖人之制，窮理以定賞罰，本情以正褒貶，統於一而已矣。響使刺讞其誠偽，考正其曲直，原始而求其端，則刑禮之用，判然離矣。」（河東集 卷四）

白居易說：「人之性情者，君之土田也。其荒也則薙之以刑，其闕也則蒔之以禮，其植也則獲之以道。故刑行而後禮立，禮立而後道生；始則先道而後禮，中則先禮而後刑，終則修刑以復禮，修禮以復道。故曰：刑者禮之門，禮者道之根，知其門，守其根，則王化成矣。」（長慶集 卷四十七 策林）

明朝葉良佩的〈刑禮論〉說：「夫刑法者，禮之輔也；禮者詎潤，而法者震躍；禮者身軀，而法者手足；禮者主君，而法者弼佐，彼此相須以為道，蓋闕一不可焉者也。」

儒家的傳統思想，以禮法不相同，禮為本，法為用，兩者相輔相須，以治國安民。楊鴻烈在〈中國法律發達史〉書裡，引王世杰教授的話說：「中國向來是道德與法律的界限沒有十分畫清的。……但中國的法典範圍儘管甚廣，而凡道德思想之著於經義而未被法典包括，或法典之所定而未能符於經義者，則經義之效力往往等於法律，或且高於法律。這種情

形在去古未遠的漢代，有董仲舒輩據春秋經義以決獄等事可爲左證。漢代以降，形式上雖或不曾似漢代明認經義可以決獄，實際情形固亦如此。」(八)

## 二、西洋法律思想

西洋古代的法學，承認有神律和自然法，以神律和自然法爲人爲法的根據，常常肯定法律和倫理的關係。

蘇格拉底以善就是真理，守法律就是善。因爲法律應該是公正的，在實際上法律能夠是不公正，然而人仍舊應當遵守。

亞里斯多德以「正義」爲法律思想的中心。正義有公義有私義，又有「贖補正義」，法律的目的爲保護公義，刑罰則爲補償因犯罪而被傷害的正義，所以有「贖補正義」的意義。

古羅馬政治家兼文豪西塞老 (Cicero) 主張有神律和自然法，「人爲法」必須合乎神律，也不違反自然法。古羅馬的法律家都以「法」(Jus) 和「正義」相關連，正義 (Justitia)、正義的 (Justum) 在原文上都合「法」(Jus) 的語根相同。合法的便是正義的，也便是善的。法律和倫理互相關連。

聖奧斯定隨從柏拉圖的哲學思想，以萬物有理想觀念，然不自成一理想觀念世界，而是在造物主天主以內。天主的意志就是「永久法」，也就是「神律」。人爲法以永久法爲基本和模範，法律決定不能脫離倫理。

中古「士林哲學」由聖多瑪斯集大成，中古的法學也由聖多瑪斯結成系統。

法律有「永久法，即神律」，「自然法」，「人爲法」。人爲法以永久法爲標準，又以自然法爲模範。法律的目的是爲人的福利。人爲法來自自然法。

「人爲法」使人爲善，有三種效力：令人行善，禁人作惡，許人做不善不惡的事。三種效力的基礎在於正義。法律應該是正大光明的，正義的，可能的，而且是明瞭的，緊要的，爲公益的。這一切條件，按照時間，地區，以及民族的習俗和傳統而定。

「人爲法」不能由私人制立，而是由一個團體或是代表團體的人。「人爲法」的法律不爲私人而設，是爲大眾而設；不是人的私事而設，是爲大眾有關的事而設。

「人爲法」的效力，祇達到守法者的行爲，不能達到求法者的意願，他在心中可以不願意守法，在外面的行動上卻守法。政府不能因爲他心中不願意守法而予以懲罰。因爲「人爲法」所命令或所禁止的，是外面的行爲。但是從良心方面說，並不是人心常可以不願意守法。聖多瑪斯區分法律爲合理的或不合理的，合理的是合於倫理的，不合理的是不合於倫理的。合理的法律，在人的良心上發生效力，人心應當願意遵守，否則有倫理方面的事；不合

理的法律在良心上不發生效力，人應當不遵守；除此，因著不守這種法律將產生更大的社會不安。

聖多瑪斯因此肯定「人爲法」一定要有倫理價值。法律的目的，在於使人爲善，爲達到這種目標，法律本身應當是善的。「人爲法」的標準在於「永久法」和「自然法」，這兩種法的創制者爲造物主天主，絕對是善的；人爲法者應合於自己的標準，則應該是善的。

法律是合理的，即是合於正義的；正義是兩樁事物間的關係，在於平衡。正義有先天的自然正義，有後天的自然正義。先天的自然正義，是事物本身的正義，例如你拿人家多少錢，就還給人家同樣多的錢；後天的人爲正義，由私人或多人所同意指定的。後天的人爲正義，可以表現於法律；這種後天正義不能違反先天的自然正義。

聖多瑪斯的法律思想在後代的士林哲學思想的法學中，常被接納。在士林哲學以外，主張有自然法的學者，也贊成法律須有倫理價值。

但是主張實徵論以社會進化爲國家權力根基的法學者，常以社會利益爲法律目的，社會利益有時可以不符合倫理道德，例如現在的離婚法、人工節育法和墮胎法都是爲社會一時的利益而制立，實則不合倫理道德。從另一方面說，主張實徵論的學者，也主張倫理道德爲民族習慣和傳統所造成，民族習慣和傳統在起初開始時，因著當時人的需要而生，人的需要因

著時間或地域而有改變時，倫理道德也就要改變。看來不合倫理道德的法律，乃是新倫理道德的開始。

邊沁 (Bentham) 和奧斯汀 (Austin) 在第十八世紀和十九世紀初期，代表社會利益主義，提倡「實際的法律」和「理想的法律」，應當有分別，「理想的法律」是符合倫理道德正義的法律，「實際的法律」則是符合社會利益的法律。可是，這種主張卻助長了獨裁的專政制度，例如希特勒、史太林、毛澤東。現在英美的法學者便開始反對這種法學主張，如美國的荷爾墨 (Holmes)、英國的哈特 (H. L. A. Hart 1906-)，另外是德國的法學家，因有納粹政府濫用法律的痛苦經驗，極力反對不合倫理的法律。英美法學家雖同情德國法學家的意見，然而法律和倫理是分開的，法律應該符合倫理，以達到揚善除惡的目的。法律符合倫理，便也具有倫理的制裁力，控制人的良心；若法律不符合倫理，法律便失去了倫理的制裁力，僅祇控制人的外面行爲，人在內心可以反對法律，法律便失去自己的目的。

## 第四節 法律權利的主體——人

法律爲人的行爲規範，規定人應當怎樣行爲，何者可以做，何者不可以做。可以做的是自己的權利，不可以做的是自己的義務。法律在原理方面，便有一個權利和義務的主體問題：什麼人是法律權利的主人？誰可以行使自己權利？行使權力的行爲是什麼樣的行爲？另外一個法律行爲的問題，即是刑法意義的問題：刑罰有什麼意義？我們把權力行爲和刑法意義兩個問題，分爲兩節來成研究，在這一節裡，我們研究權利的主體和行爲；在後一節裡，我們研究刑法意義問題。

### 一、中國法律的權利主體

從羅馬法開始，凡是民法，必有重要的兩章：一是論人，一是論物。論人，是論權利的主體；論物，是論權力的對象。我們中國傳統的法律，採取刑律的模型，中間雖包含有民法，仍舊是以刑律的模型而列成條例。因此，在中國古代法律裡，權利的主體，沒有明白的

規定；但是，卻不能說中國法律沒有權利主體。

按照羅馬法，權利的主體，或是自然人，或是法人。法人是仿效自然人，由法律賦予權利；自然人，則天生為權利的主人，法律祇承認這種地位。

中國歷代的法典，關於這點沒有明文規定。祇有一項原則：「禮不下庶人，刑不上大夫」（禮記曲禮上）；然而這一項原則不是普遍的原則，因為庶人也有家禮，婚禮，喪禮，大夫以及各品的官若犯法，要受刑罰；而且這一項原則也不是關於人民權利的原則。不過，從這一項原則，我們可以看到中國古人對於人的身分所有的觀念。

按照孔子的思想，禮是把人在社會裡分成各種等級。《禮記》說：

「夫禮者，所以定親疏，決嫌疑，別同異，明是非也。……」

人生十年曰幼學，二十曰弱冠，三十曰壯有室，四十曰強而仕，五十曰艾服官政，六十曰耆指使，七十曰老而傳，八十九十曰耄。七年曰悼，悼與耄，雖有罪不加刑焉。百年曰期頤。……

禮不下庶人，刑不上大夫。」（曲禮上）

這些禮制都不是法律，但都成為法律的基礎，規定了人身分的一些權利義務。例如父

子，夫婦，兄弟，各有各的身分，各有各的權利。但是這種種身分，不是法律行爲的基本身分，基本身分在中國古代法律上有兩點可以表現出來，即是奴隸和未出生的胎兒。

奴隸是不是法律權利義務的主人？

中國古代沒有奴婢的階級，但是有奴婢的制度。中國古代沒有奴婢的階級，因為沒有人生來是奴婢，也沒有人終身必定要是奴婢。但是有奴婢的制度，因為實際上有奴婢，奴婢的身分和普通不同。

古來古代奴婢的來由，不外兩種：一種是由買賣而成，一種是由刑罰而成。中國古代社會允許因貧而賣子女爲奴婢，法律不加禁止。《漢書·賈誼傳》說：「今民賣僮者，爲之繡衣絲履，納之閒中。」《嚴助傳》：「歲比不登，民待賣爵鬻子，以接衣食。」這種賣子女的風俗，直到清宣統元年，纔頒佈了「禁革買賣人口條例」。

中國古代的刑律，規定一些罪犯的家人，籍沒爲奴婢，稱爲「官奴」。

《周禮·秋官司厲》說：「其奴男子入於罪隸，女子入於春槩。」

鄭司農說：「坐爲盜賊而爲奴者，輸於罪隸。」

《周禮·秋官罪隸》說：「坐爲盜賊者其孥，男子入於罪隸，女子入於春槩。」

程德樹在《九朝律考》的《漢律考》，考證律文說：

「罪人妻子沒為奴婢，黥面。坐父兄，沒入為奴。」<sup>(九)</sup>

〈唐律·賊盜篇〉規定：

「諸謀反及大逆者皆斬。父子年十六以上皆絞。十五以下及母女妻妾祖孫兄弟姊妹，若部曲財田宅，並沒官。男夫年八十及篤疾，婦人年六十及廢疾者並免。」

〈大清律例〉卷二十二。〈刑律〉謀反大逆條規定：

「凡謀反及大逆，但共謀者，不分首從，皆凌遲處死。祖父父子孫兄弟及同居之人，不分異姓及伯叔父兄弟之子，不限籍之同異，年十六以上，不論篤疾，皆斬。十五以下及母女妻妾姊妹，若子之妻，給付功臣之家為奴，財產入官。」

漢律盜賊坐爲奴者，有定期，期滿後爲良民。唐律清律因謀反而沒爲奴婢者，若不過赦，則終身爲奴婢。民間被賣者爲奴婢者，可以贖身。

奴婢的身分，不是權利的主體，而是權利的客體。他們自身沒有權利，而是屬於主人的財產，可以由主人典賣贈與。就是婚姻，奴不能娶良人爲妻。《唐律》卷十四《戶婚篇》規定：「諸與奴娶良人女爲妻者，徒一年半，女家減一等，離之。其奴自娶者亦如之，主知情者杖一百，因而上籍爲婢者，流三千里。即妄以奴婢爲良人，而與良人爲夫妻者，徒二年，各還正之。即奴婢私嫁人，與良人爲妻妾者，準盜論，知情娶者，與同罪，各還正之。」《疏議》說：「人各有耦，色類相同，良賤既殊，何宜配合。」奴婢的身分，較比普通一般人低得多。《大清律例》卷九，戶律婚姻也有同樣的規定，祇是刑罰不同。「凡家長與奴娶良人女爲妻者杖八十，女家減一等，不知者不坐。其奴自娶者罪亦如之。家長知情者減二等。因而入籍爲婢者，杖一百。若妄以奴婢爲良人而與良人爲夫妻者，杖九十。各離異改正。」

和奴婢的身分相彷彿的，還有幾種人，即番戶、雜戶、部曲。番戶同於官戶，《唐律疏議》卷三說：「官戶者，謂前代以來配隸相生，或今朝配沒，州縣無貫，唯屬本司。雜戶者，謂前代以來配隸諸司職掌，課役不同百姓。依令老免，進丁受田，依百姓例。」番戶和

官戶，即是籍沒爲役者的後代，他們都要等待皇帝的詔令或法令以免除這種身分，而成爲良民。《唐書·職官制》說：「都官郎中員外郎掌配役隸，凡公私良賤必周知之。凡叛逆相坐，沒其家爲官奴婢。一免爲蕃戶，再免爲雜戶，三免爲良民。」在雜民戶裏還包括樂工優伶。這些人也都不能和良民爲婚，也不能赴考。若犯了徒刑或流刑者，可留在本司專業，加杖一百或兩百。《唐律疏議》卷三，〈名例〉說，「諸工樂雜戶及太常音聲人，犯流者二千里，決杖一百，一等加三十。留住，俱役三年。若習業已成，能專其事，及習天文，並給使散使，各加杖二百。犯徒者準無兼工例，加杖還依本色。」《唐律疏議》卷十二，〈戶婚〉說，「諸養雜戶男爲子孫者，徒一年半。養女，杖一百。官戶各加一等。與者亦如之。若養部曲及奴爲子孫者，杖一百。各還正之。」又不能和良民通婚，《唐律疏議》卷十四〈戶婚〉規定：「諸雜戶不得與良人爲婚，違者杖一百。官戶娶良人女者亦如之。良人娶官戶女者加二等。」

在中國古代法律上所有良民和賤民兩等，賤民即是奴隸、部曲、蕃戶、雜戶。不過，這些身分都可改變，或因皇上的詔令而免，或因贖身而改。在賤民的身分時，不是權利的主人，僅是有生命權，主人和旁人都不能擅殺。《唐律疏議》卷二十二，〈鬥訟〉說：「諸奴婢有罪，其主不請官司，而殺者，杖一百。無罪而殺者，徒一年。諸主毆部曲至死者，徒一年，故殺者，加一等。其加愆犯，決罰致死，乃過失殺者，各勿論。」

普通一般人都是良民，良民即不是賤民，都是權利的主體，即使尙未成年，也不例外。中國古代法律沒有遺產制，祇有分家制。在分家產時，若兄弟中有人已死，祇留一遺腹子，還沒有生，也應當爲遺腹子保留一份家產。

有權利，是權利主人；但並不能就因此而有法律行爲。法律行爲在先假定行爲人自己可以負責，自己可以作主。因此法律上常規定一定年歲作爲成年人，成年人纔可以有法律行爲。

中國古代的法律關於「成年」的法規，沒有明文規定。這是因爲中國古代祖父母在時，不能別籍異財，即是不能分家。既是同居在一家裏，家裏的財產由家長處理。家屬對於財產除家長同意外，不能有法律行爲。關於婚姻，子女須有父母之命，自己不能有自行結婚的法律行爲。若父母不同意，婚姻就要離異。

但是子女不能一生都是被父母監臨的人，一生不能有法律行爲。除家中財產和有關家務外，子女已成年，便可以自主。子女到什麼年齡爲成年人呢？古代禮儀上有冠禮，然而冠禮的年齡，法律上沒有規定，祇在禮儀上有。《曲禮》上說：「二十曰弱冠。」《左傳》襄公九年說：「國君十五而生子，冠而生子，禮也。」注說：「冠，成人之服，故必冠而後生（子）。」普通一般人，年二十而冠，國君則十二歲而冠。天子諸侯則十九歲而冠。《淮南

子·汜論訓》注說：「國君十二歲而冠，冠而娶，娶而生子。武王崩時，成王年十三，後一年，管蔡作亂，周公東辟，王與大夫盡弁，以開金滕之書。時成王年十四，言弁，明知已冠矣。」荀子·大略篇》說：「天子諸侯子，十九而冠。」楊慎注曰：「先於臣下一年也。是知士庶方二十而冠。」二十而冠，為中國古代禮儀風俗的慣例。《曲禮》上稱二十為弱，但又說「二十冠而字，……女子許嫁，笄而字。」注說：「成人矣，敬其名。」因此，冠以後，應該可以行使法律行為。然而，行使若何行為，則禮和法上都沒有規定。研究中國法律史的學者如楊鴻烈的《中國法律發展史》，討論「行為能力」時，以服國家徭役的年齡為行為能力年。例如他講漢律的行為能力說漢高祖時二十三歲而「傳」<sup>(H)</sup>，景帝改為二十始傳。顏師古注《漢儀》說：「傳，著也，言著名籍給公家徭役也。」討論唐律人為能力年，引用通典說「二十為丁」。韋皇后則以二十二成丁。天寶三年制二十三以上成丁，廣德元年制百姓二十五成丁。<sup>(H)</sup>宋朝則《宋史·食貨志》：「其丁口男夫二十為丁」，慶元條例「諸男年二十一為丁。」<sup>(H)</sup>明朝按《明史·食貨志》：「太祖即位之初定賦役法，丁曰成丁，曰未成丁，凡二等。民姓生籍其名曰不成丁，年十六曰成丁，成丁而役，六十而免。」清朝《大清律》卷八《戶律戶役》：「脫漏戶口」條註說：「人年四歲即附籍，十六以上曰成丁，始當差役，十以下曰幼。」成丁，對於國家有義務服役，就如現今服兵役。服役的年齡作為法律行為年，還不是一個很明白的法律原則。中國古代有「冠」年，有成年，有成丁

年，法律沒有規定何者爲行爲能力年。這也是因爲中國古代的家庭制度，凡關於家庭的事，由家長作主。因此對家中的財產，家裏的人都沒有行爲能力，除非有家長的同意。對於家庭以外事，家長允許一個家人在外面行事，不論他年歲是已冠，或已成年，都有行爲能力。若是一家沒有男人，女人管理家務，她的行爲能力也很有限，關於財產的契約，依照習慣，需有近親男子的代理。

中國古代法律，以刑律爲主，沒有民法的條文；因此律書法典上沒有「論人」和「論物」的規定，權利的主體和行爲能力，都沒有明文的規定，一切都賦之於習慣。現行的民法則仿效西洋民法，這一切都規定清楚了。

## 二、西洋法律的權利主體

爲研究西洋法律的權利主體，我們可以用古羅馬法作爲例證。古羅馬法乃是歐民法的根源，雖然現代大陸法不走古羅馬法的系統，但是根本法理還是和羅馬法相同。

在古羅馬法，權利的主體爲人，祇有有人才能做權利的主體，所以權利的主體稱爲「人」，即是有人稱的人 (Persona)。

「人」，是已經出生的人，活著的人。沒有出生或者死嬰出胎，都不成爲權利主體。然而，對於繼承權，則已經懷孕的胎兒，能爲相對的繼承權主體。等他出生了，便成爲正式的主體，若是死嬰則所保留的繼承權利也就消滅。胎兒在受孕時，母親有合法婚姻關係，或是自由人，即使母親失去了合法婚姻關係或失去自由，胎兒生出爲婚生子女，爲自由人。若是在受孕時，母親沒有合法婚姻關係，或不是自由人，但若是胎兒出生時，母親有合法的婚姻關係，或是自由人，胎兒出生爲婚生子女，爲自由人。

不是一切的人都是權利的主體，古羅馬法附加了幾個條件：第一個條件是自由，一個人爲作權利的主體，應當享有自由的身分，即是自由人，而不是奴隸。在古羅馬法，自由人和奴隸，兩者的身分，分得很清楚，自由身分乃是權利主體的基本條件。

在自由人中，按照羅馬的「家庭法」，又分爲「自立人」和「屬下人」。「自立人」爲家主，「屬下人」爲家屬。家屬對於家庭的產業和家庭事務，沒有權利。

爲成權利主體的第二個條件是羅馬國民；「國民」的身分，也是權利主體的基本條件。古羅馬帝國的領土，首先是義大利，凱撒大帝東征西伐，征服了整個歐洲，也征服了英吉利。但是羅馬帝國的國民，祇是原先的義大利居民，在公元前四十九年，國分身分證給了居在義大利北部的法蘭西人，以後漸漸也給與住在義大利以外的羅馬帝國人民。公元後二二年羅馬皇加拉加拉（Caracalla）承認全羅馬帝國的人民都是羅馬國民。

僑居羅馬帝國的僑民，有介於國民和奴隸中間的法律身分，對於私人的權利都有，但是沒有法律的保障。古羅馬帝國強盛以後，商業發達，僑民增多，羅馬法承認「國際法」（民族法）所給予的權利。

奴隸在古羅馬帝國乃是一種社會制度，爲法律所承認。奴隸在民法上不屬於「人」，而屬於「物」，即不是權利的主體，而是權利的客體。奴隸沒有權利，而是主人權利所及的「物」。

奴隸是一種身分，這種身分不自立自主，而爲自由人服役。服役的觀念爲完全的服役，一切聽主人的指揮。然而有時奴隸也可能沒有主人，不過他的身分仍舊留在服役的境遇上。

奴隸當然沒有權利，但不是沒有權利的人都是奴隸；因為僑居羅馬帝國的外國僑民，也沒有權利。奴隸在服務上相等於「物」，在民法上屬於「物權」；在另一方面，奴隸是人，人性和物性不同，主人待奴隸應當以人相待，不能完全看為一種物件，沒有人性。

奴隸的成因，最古的和最合於羅馬法的是「戰俘」，戰敗的軍隊和國民，被羅馬人俘虜回國，作為奴隸。第二原因，是生育，奴隸所生育的子女，常是奴隸。古羅馬人所以製造一種奴隸制度，最後奴隸眾多，卒至於造成一種嚴重社會問題，是因為羅馬國民人數少，地方大，工作多，需要勞力的人。雖然在第四世紀時，羅馬人已信仰天主教，天主教聲明人人平等，然而還是不能立時廢止奴隸制度，祇能漸漸進行。羅馬人也因此造成勞動的價值觀，以勞心為高，勞力為低；勞力乃自由人的工作，勞力為奴隸的工作。

奴隸身分的改變，是主人的「解放」。一個主人，聲明解放自己的一個或多數或全數的奴隸，奴隸便成自由人。解放的方式歷代法律所有規定不相同，但必須有法定或習慣法所定的形式。被解放的奴隸，不能立時成為羅馬國民，所有的權利仍有限制；然而身分已變，是自立自主的身分，而不是服役的身分。

奴隸被認為家庭的份子，可以參加家庭祭神的祭祀，可以葬在家庭的墓園；但沒有繼承權，也不能有財產權，可以彼此結婚，也可以和自由人結婚；然而婚姻不受法律的保障。在訴訟法上，奴隸不能訴訟人，也不能作證人；犯了罪，當然受刑法的懲罰。

古羅馬法有「法人」的制度，作為權利的主體。「自然人」是天生的，自然是權利的主人；「法人」為法律所承認的團體，予以人的法律的身分，可以作為權利的主體，稱為「法人」(Persona juridica)。法人中最早的為「社團」，社團為多數人的組織，共同追求一個目標，具備法定的條件，成為權利和義務的主體。後來羅馬人信仰了天主教，捐獻動產和不動產作為慈善事業的基金，這種基金也可以被法律認為法人，作權利義務的主體。

(五)

古羅馬法的權利主體——「自然人」和「法人」，流傳到後代的法律；而且我們當代的民法，都詳細有規定的條文。中國現行民法也接納了這種法律觀念。奴隸的制度在古羅馬帝國崩潰了以後，後代歐洲各國的法律，都廢棄了這種奴隸。祇有在北美實行了一個時期，林肯解放黑奴也取消這種制度。

一切權利的主體，在理論方面，可以按自己的意思，處理自己的權利；但是從事實的本身說，有些人自己的理智力不能使自己作自己的主人，如幼童，如神經錯亂的人，這些人沒有行為能力，古羅馬法關於人的行為能力，有明白的規定。

古羅馬法在先期區分青少年為婚前期青少年(impueri)和成婚期青少年(Puperi)。從生理方面決定青少年是否可以結婚，年齡不能一定，後期羅馬法(尤斯定尼律法典)規定

男青少年爲十四歲，女青少年爲十二歲。婚前期青少年又分爲孩童和青年，未滿七歲者爲孩童，七歲以上到成婚期者爲青年。孩童沒有行爲能力，一切由監護人代理；因爲他不能運用理智。青年可以在監護人同意之下，使用行爲能力，但若所行合法而又爲他有益，即使沒有監護人同意，行爲即屬有效。成婚期青少年有法律的行爲能力。但是爲防制成年人欺騙無經驗的青少年，後期羅馬法乃規定二十五歲的例外法，即法官可以取消未滿二十五歲青少年的債務，又可恢復未滿二十五歲的法律地位 (*Restitutio in integrum*) 即是聲明一切可以改變未滿二十五歲青少年的法律地位之行爲無效。後代的歐美民法則改用「成年」，作爲行爲能力的根據。

古羅馬的成婚期青少年，和廿五歲以上的少年或成年人，不是都有行爲能力，或至少不能有全部行爲能力。第一種沒有全部行爲能力的人是家屬 (*Familias*)：因爲古羅馬法強調家長權 (*Paterfamilias*)，家屬對於家中財產和事務沒有行爲能力，一切由家長作主。婦女因著結婚，成爲丈夫一家的家屬。在先期羅馬的婚禮中，還有一種成爲家屬的禮儀，還要古羅馬神廟的教士主持。婦女既是家屬，就使成爲家長的妻子，仍舊還是家屬的身分。因此，婦女在古羅馬法沒有全部的行爲能力而且較比成年的男子家屬還少，男子家屬對於公職公務具行爲能力，女子則沒有，但是女子的地位較比奴隸高得多，而且比古希臘女子的地位也高。後代歐美的法律，沒有保存古羅馬法的家長權，因而沒有家長和家屬的法律地

位，只有成年人和未成年人的地位，而女人和男人在民法上是平等的。

### 三、比較研究

民法的根源和標準為「自然法」，自然法的主體是人，而以人性為根源。自然法是人性的天理，是人生活的規律；自然法乃是人性帶來的法律，以人為主體。民法既是來自「自然法」，民法的主體當然應當是人；因此民法的權利義務之主體便是人。自然界的萬物，都有自己的物性，都依照物性而變化，物性為天理，《易經》稱為天道地道，在法理上稱為自然的規律，也稱「自然律」(Leges nature)。但是自然界的萬物，不稱為權利義務的主體，因為萬物沒有權利義務，而且不能夠有權利義務的根源在於自由，沒有自由的萬物，天然按照物性而動，自己不能作主，雖不能作主，自己物性的發達，天然能夠成就。即使發生阻礙天然發達的現象，也是一種不可抵抗的外力所造成，不能說侵害權利。唯有人有自由，可以按照人性生活，也可以不按照人性生活，為保障按照人性的生活，不被外人所侵害，乃有權利義務的產生。因此，權利義務的主體乃是人。

中西的法律上，明白地或隱微的都肯定人是權利義務的主體，民法的總則裡就規定人的

「人格」(Persona)。中國古代法律沒有民法的條文，便沒有「人格」的規定。然而中國法理承認法律是爲人而設立，法律所定的權利義務，當然要以「人」爲主體。歐美的法律有民法的部分，便對於「人格」有明文的规定。

歐美的法理在傳統的思想，接納天主教教義的思想，即人人都是天主的子女，大家平等，不可分奴隸和自由人；奴隸的制度乃能取消。中國的法理遵循儒家的思想，以四海之內皆是兄弟，故中國沒有奴隸的制度。

在歐洲傳統的法律哲學，「人格」在法學上非常重要。人既是權利義務的主體，也就是法律的主體。人生來具有「人權」，爲保障「人權」人乃結成國家，把保障人權的責任交給了政府。國家政府不是權利的主人，也不是法律的主人。國家政府具有制立法律的威權，法律的目的則是爲保障人民的權利。因此人的「人格」，立在國家政府之先，先有「人格」，而後有國家政府。國家政府制定憲法，規定人民享有人權，這種人權不是由憲法而來，而是由天生而來，憲法祇是予以承認。憲法爲國家的基本法，別方面的法律，都以憲法爲根基，憲法則以「自然法」爲根本。別方面的法律便不能剝削人民的權利，祇能加以合理的限制。近世紀歐美的法理學，主張國家的威權不能是無限的，也不能是至上的，人民的合法利益，即人民的「人格」，應當是國家威權的範圍，也是法律的界限。中國儒家的政治哲學本來是以人民福利爲君權的目標，君主代天行道，而「天地之大德曰生，聖人之大寶曰

位；何以守位？曰仁。」（易經 繫辭下 第一章）儒家的仁政，就是愛民保民的政治。

在法理上，中國和歐美對於「人格」的法律地位，原則上相同；在實行上，則法律制度有些不同，古代西方的法律在民法上的制度，較比中國古代法律的制度更明瞭，更穩定。

## 第五節 刑罰的意義

法律在古代中國思想裡所有的意義，在於維持社會的秩序。人類的社會為許多人共同生活的團體，彼此在生活方面的利害，常有互相衝突的時候，因而發生爭端。避免爭端，古代聖賢定有禮制，規定每人的行動規律。然而禮的制裁力，祇是倫理方面的制裁力，表現在良心上和社會人士的評議上。但是有些人，對於利害的敏感，超過對於良心和社會評議的制裁，衝破禮制的範圍，製造社會的紛亂，傷害別人的權利。君主乃制定法律，以刑罰作為制裁，以避免社會的紛亂。從中國古代的法理說，法律是帶有刑罰制裁力的規範，法律便常是刑法。在西洋古代的法律哲學裡，法律為維護正義，指出合於正義的行動規範。若是有人不守正義的規律，便定出懲罰的刑罰，這種帶有刑罰的法規，稱為刑法。刑法所以是正義規律的一部分，不是全部的正義規律，而祇是保障正義的部分。

刑法的意義在於定有刑罰，沒有刑罰便不是刑法，但不是帶有刑罰的法律都是刑法。有些商法，也帶有刑罰，卻不是刑法。刑法是因著犯罪，刑法的意義，在實質上是規定犯罪與刑罰。犯罪和刑罰兩者互相區分，《書經·舜典》記載「流宥五刑。鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑」，分別犯罪的種類，《史記·五帝紀本》記載賊，貪，賄，墨等等罪名，區分罪的種類。後代的法典把罪和刑罰區分明白，以罪的種類作為法典分篇章的標準。

罪是什麼呢？罪是一項行爲，這項行爲觸犯刑法的規定，應得刑罰的懲罰。刑法常是爲保持正義，這種正義或者是私人的正義，或者是公共的正義；侵犯私人的正義，在於侵害私人的權利；侵犯公共的權利，在於擾亂公共的秩序，使大家的權利陷於危險。罪所以是違反正義。

刑罰是因罪而有的，而且是爲醫治罪的流毒，修改罪的壞效果。同時，罪又是因刑法而成立的，沒有一條法律規定某某行爲是違法行爲，連帶規定相稱的刑罰，則沒有違反這條法律的罪，也就沒有懲罰這項行爲的刑罰，並不是因爲某種行爲是犯罪行爲，而加以刑罰，而是因爲對於這種行爲法律定有刑罰，所以這種行爲是罪。

刑罰的意義和罪的意義互相關連，在形式上，先有刑法而後有罪，即先有罰而後有罪。若是沒有刑法的規定，罪就不成立。然而在實質上，罪是先有的；即是一項行爲本身違反正義，侵略私人或公共的權利，立法者認爲這項行動破壞社會秩序，因而制定法規，加以禁止，予以懲罰。就是那些違反保安法的行爲，例如違反交通規則的行爲，在倫理方面不成爲罪過，然而在社會生活上，是一種破壞團體生活的行爲，仍舊是倫理方面的過失。所以，罪和刑罰的關係，在倫理方面，罪先於刑罰；在法理方面，刑罰先於罪。

在法律哲學上，先研究刑罰的意義，然後研究犯罪的行爲。

## 一、中國法律哲學的刑罰意義

中國古代的法，在形式上都是刑法；在法理上，學者也常以法就代表刑法。刑法定有刑罰，刑法的意義，便是刑罰的意義。

法字的古字爲「灋」。《說文解字》解釋說：

「灋，刑也。平之如水。萬所目觸，不直者去之。」

刑法的意義，在於衡平，使兩橈不平的現象，能夠拉平。衡平的標準，爲正義，刑法把破壞正義行爲所造成的缺憾，予以填平。刑法的意義，有「恢復正義」的意思。

《管子·心術篇》說：「殺戮禁誅，謂之法。」

桓寬《鹽鐵論》，《詔聖篇》說：「法者，刑罰也，所以禁強暴也。」

禁暴，爲預防破壞正義的行爲，以維護社會的秩序，保障正義的權利。刑法便有「預防犯罪」的意義。

從禁暴的反面去看，則是維持秩序，保障正義。刑法給人民劃出一條路線，指示人民不

能向這方面走。這種指示對於人民具有兩種作用：一種作用是規範作用，一種作用是教育作用。這兩種意義在民法上，非常顯明，民法教人怎樣行動；然而中國古代的刑法，在內容裡，含有民法的實質。因，中國古代的法家，常以刑法爲行爲的模型，以教民爲善。

《管子·明法篇》說：「法者，天下程式也，萬事之儀表也。」

後漢劉熙的《釋名·解典藝》說：「法，逼也，偪而使有限也。」

《韓非子·二柄篇》說：「明主之所導制其臣者，二柄而已矣。二柄者，刑德也。何謂刑德？殺戮之謂刑，慶賞之謂德。爲人臣者，畏誅罰而利慶賞。故人主自用刑德，則群臣畏其威而歸其利矣。」

慎到說：「法者，所以齊天下之動，至公大家之制也。」（見馬鑰史 百十九卷）

刑罰的本義，在於恢復正義，以求平衡。犯了法的人，傷害了別人的權利，因此應該補償。補償就是恢復正義，以求正衡。

刑罰從法律方面去看，有預防的意義。人心總是怕吃苦，對於刑罰，人人都怕。因爲怕刑罰，便不敢犯法而傷害正義，社會秩序乃藉以保全。

既然刑罰使人怕，逼著人守義，刑罰也就有教育的意義，教人行善避惡；而且在具體的事上，知道何者可行，何者不可行。刑罰的教育雖是強迫的教育，像孔子所說：「民免而無

恥」；但是至少人民不會去作惡。法家所以主張嚴刑峻法，便是施行「強迫教育」。

刑罰的意義和目的，有了理論上的基礎，立法者才能制定刑法，以刑罰懲罰犯罪的行為。中國古代的政治哲學，以人君有責維護國家的秩序，又有責保障人民權利。國家的秩序或在私人方面或在公共方面，被一種行為所破壞，人君有責去懲罰犯罪的人，使他再不敢犯罪。預防犯罪的目的，成了中國古代刑法的主要意義和目的。

《大清律例·順治皇帝御製序》說：「爾內外有司官吏，敬此成憲，勿得任意低昂；務使百官萬民，畏名義而重犯法，冀幾刑措之風，以昭我祖宗好生之德。子孫臣民其世世守之。」

《康熙皇帝上諭》說：「國家設立法制，原以禁暴止姦，安全良善。故律例繁簡，因時制宜，總期合於古帝王欽恤民命之意。」

《雍正皇帝上諭》說：「今據將所纂全稿進呈，朕逐一詳覽，其有應行駁正者，已一一批示。但明刑所以弼教，關係重大，著九卿會同細看，務期斟酌盡善，以副朕慎重刑名之意。」

高宗《乾隆皇帝御製序》說：「古先哲王所為，設法飭刑，布之象魏，懸之門閭，自朝廷達於邦國，共知遵守者；惟是適於義，協於中，弼成教化，以洽其好生之德，非徒示之禁令，使知所畏懼而已。」

上面所引《大清律例》所載清朝皇帝的話，說明刑法的意義和目的，在於預防；因為教化也是一種預防作用。教導人民怕受刑法，不敢作惡犯罪；這種教化，表示立法者愛民的心情，不願意看見他們受刑罰的痛苦。

另一方面，制定刑罰的標準，是「適於義，協於中」，作惡傷害了正義，刑罰便以正義為標準，以恢復平衡。但是中國常注重中道，因此刑罰若因合於義而太嚴，則按中道以求協調。中國常說「合情合理」。

## 二、西洋法律哲學的刑罰意義

古羅馬法以民法為主，刑法的發展略後。在古羅馬時，犯罪和瀆神相混，按宗教習慣定刑罰。後來在羅馬帝國時刑律和宗教習慣分開，刑罰不為補償瀆神的罪，而是為補償犯罪對於社會正義的傷害。

羅馬法分犯罪為「私人罪」和「公共罪」；「私人罪」傷害私人權利，「公共罪」傷害公共權利。犯罪者須加賠償，以衡平所造的傷害。古代的刑罰，祇有死刑，或者是刀殺，或者是獸吞，或者是石擊，或者是推下石巖等刑罰，後來死刑可改為奴役、礦工、鬪劍。徒刑

在當時不是刑罰，祇是一項政治措施，流刑在羅馬帝國時代成爲刑罰，以後可以用罰款替代。古羅馬法沒有系統的刑法，刑罰條文分散在各種法規裡。

古日爾曼民族的刑法，制定一種嚴厲的懲罰制度，以法律爲和平及秩序，犯罪行爲傷害了和平及秩序。罪或者是「私罪」或者「公罪」，「私罪」侵害了一個團體或一個家族的權利，「公罪」侵害了全體人民的權利。侵害全體人民權利的罪人，成爲全體人民的仇人，被棄於法律以外，無論誰都可以殺他。侵害了私人團體的罪人，成爲被害團體的仇人，可以被這團體的人殺害。(4)

後代，西洋的刑法學者，講論刑罰的意義和目的，分成兩大派：一派主張刑罰的意義在於「報應」，另一派主張爲「預防」。

「報應可謂社會對於犯罪人爲惡的反應，以刑罰來報應犯罪，用刑罰的痛苦來衡平犯罪的惡害，一方面可以實現正義的理念，另一方面可以增強『倫理的力量』，用以形成社會大眾的『法意識』，以建立社會賴以爲存的法秩序。」(4)

「報應」的思想以「罪」爲絕對目標，使刑罰和罪相聯繫，刑罰的意義完全在補償

「罪」的傷害，沒有另外的目標。這種思想成爲刑罰的絕對思想，由康德構成系統的理論。他以刑罰爲倫理意識的範疇命令，刑罰和罪行絕對相連，不由立法者的意願而成立。(六)黑格爾繼承了康德的這種思想，從他自己的哲學思想出發，以邏輯爲主要關鍵，認爲刑罰具有邏輯辯證上的必要性，權利是「正」，侵害權利的罪行爲「反」，刑罰乃是恢復權利的「合」。這種合由再否定而成立，罪是罪犯對法律，刑罰爲對罪犯的享受的否定。兩層否定都是破壞，刑罰便是破壞的再破壞。黑格爾的這種思想影響了德意志的刑法。

報應絕對理論造成了刑法的僵硬性，沒有適合情理的活動性。又依罪惡的客體價值，把刑罰分成了梯層的階級，都不符合現代的要求，因而便有預防思想予以修改的綜合刑法論。

預防的刑法思想，首先認爲報應的思想不能解釋刑罰的目的；因爲「犯罪行爲所造成的惡害，常是極爲嚴重的，儘管如何公正地以刑罰加以報應，但也無法對此業已成爲事實的惡害加以彌補或回復犯罪行爲尙未發生時的原狀。因此，預防的思想乃應運而生，希冀刑罰在報應惡害之外，同時亦能發生預防犯罪的功能。如此，方可防害於未然，避免無以彌補的犯罪惡害。所以，刑罰也就成爲預防犯罪的有效手段之一。」(四)刑罰的意義和目的，不是由於罪惡本身的必然性，而是由於國家對於犯罪的必要反應。由這種必要性權衡罪惡，不像報應思想以侵害正義的程度爲標準，而是以罪惡對社會的危險性爲標準。危險性爲外在的現象，

不是絕對的，而是相對的，預防思想便成爲刑罰相對思想。

預防理論由德國費爾巴哈 (Paul Johann Anselm von Feuerbach 1775-1833) 結成一學理論，注意「一般性預防理論」。德國另一法學家李士特 (Franz von Liszt, 1851-1916) 則注重「特別預防理論」。「一般性預防理論」，以刑罰的一般恐嚇性爲理論基礎。犯罪即有刑罰，刑罰爲痛苦，痛苦使人害怕，刑罰對於大眾一般人發生儆戒和嚇阻作用，便可以預防犯罪。費爾巴哈在其一八二八年出版的《刑法教科書》(Lehrbuch des Peinlichen Rechts, 10 Aufl. 1828.) 第八章說明「任何一種的『法律破壞』皆顯示出與『國家目的』相左的事實。所以，國家有權而且具有義務來加以制止。此等制止的工作祇能經由強制性的作爲來完成。『生理上的強制』並不足以達成此目的，因此尚須加以『心理上的強制』；因爲所有犯罪行爲都有其出於慾望的心理形成因素，而此慾望的本能衝動是可以經由心理的強制加以排除。也即是讓人知道，其犯罪行爲是無可避免地帶來痛苦，而此痛苦還比不以犯罪行爲而致本能衝動未能滿足的痛苦還要大。一個正常的人都會衡量計算這兩種不同痛苦的程度，必須忍受本能衝動未能滿足的痛苦，而不致於受到較高份量的刑罰痛苦，則對具有犯罪傾向的人就在痛苦程度的比較上產生心理的強制作用。這種構想可經由刑法的刑罰與刑事司法的執行刑罰，而使其實現。」(A)

但是這種思想有個實際上的缺點，許多犯罪的人，不想刑罰的痛苦，而有僥倖的心情，

順從慾望的衝動，膽敢犯法。而且大多數犯罪的人常出於衝動，事前並沒有冷靜地權衡酌量；因此預防的功效便不能實現。若是刑罰絕對理論使刑罰過於僵硬，刑罰相對理論則使刑罰過於嚴峻，以強調恐嚇的作用。

李士特乃提出「特別預防理論」，不以恐嚇作用為目的，而以再教育為目的，使受刑人能夠「再社會化」、「刑罰應不祇是為報應作用，以加予犯人的痛苦來均衡其罪責，而應是如何使犯人能夠再度適應社會共同生活而成為社會有用的組成員。因此刑罰的種類與內容，應依據達成再社會化的需要程度而決定。」<sup>(5)</sup>

李士特同時的義大利法學家費利 (Enrico Ferri 1856-1929) 倡導以「社會責任」替代「道義責任」。當代義大利法學家格拉馬蒂卡 (Filippo Gramatica) 和法國當代法學家安瑟爾 (Marc Ancel) 主張刑罰以社會危險性為標準，使刑法盡量人道化。

可是，從古到今，而又是當前社會大眾所要求的正義，在預防理論中沒有得到滿足，犯罪所以對社會有危險，乃是因為違反正義。罪惡的本身具有傷害正義的特性。刑罰對於這項基本特性，不能輕忽；因此，便有「綜合理論」。

刑罰綜合理論，主張「刑罰的科處，應如絕對理論中的報應與贖罪思想所主張者然，係依據刑事責任原則而定。同時，在罪責的範疇中，也顧及一般預防及特別預防理論的主張。

換言之，在犯罪行為與犯人罪責的公正報應所允許的刑罰範圍中，務必保持一般預防與特別預防的目的構想，一方面均衡犯人所為的惡害，滿足社會大眾的正義需要，另一方面則威嚇社會大眾與犯罪人；同時，並矯治犯罪人。因此，科處刑罰的理由，首先是犯罪個人罪責的報應與贖罪，其次才是對犯人的影響與教化（即個別預防）及對具有同樣犯罪傾向者的威嚇，即一般預防。」<sup>(4)</sup>

### 三、中國法律哲學的犯罪行為

罪，在基本上說是一項行為，從效果上說是對正義的一種傷害；沒有行為當然沒有傷害。刑法上所針對的罪惡，即是一樁犯罪的行為。犯罪行為的成素，先有犯罪的意識，次有犯罪的行動，又有刑法的禁止和刑罰的規定。刑法的規定，為形式的犯罪；犯罪的行動，為主觀的犯罪；正義的傷害，為客觀的犯罪。三方面的成素合起來，乃有一項完全的犯罪行為。

犯罪的行為，傷害正義，因而招致刑罰；這種行為的成立，應當假定犯罪行為的責任，即犯罪的人自己要負行為的責任。為負責任，犯罪的人有自由可以主宰自己的行為。自由則

假定作行爲的人，明白行爲的性質和後果，又有願意作這行爲的意願。因此，罪，區分爲客體罪和主體罪：客體罪爲犯罪的行爲，主體罪爲犯罪的意願；客體罪有客體的責任，主體罪有主觀責任。執法者判決刑罰時，或祇看客體的罪，不考慮主觀的責任；或者考慮主觀的責任，以加重或減輕刑罰。

中國歷代的刑罰，祇看客體罪和客觀責任，既有了犯罪行爲，就根據犯罪行爲判罰，不考慮犯罪人的意願。在古律上沒有因犯人的犯罪意願而減輕刑罰。

《唐律》有八議，以減輕死罪：

「一曰議親，二曰議故，三曰議賢，四曰議能，五曰議功，六曰議貴，七曰議勤，八曰議賓。」

《疏議》曰：

「此名議章。八議人犯罪者，皆條錄所犯應死之坐，乃錄親故賢能功勤賓等應議之狀，先奏請議。依令，都座集議，議定奏裁。」

「八議」，爲八種客觀的事實，若犯了死罪的人，有八條中的一條，就可以奏請皇帝，減輕刑罰。

親，爲皇帝袒免以上親，及太皇太后，皇太后總麻以上親，皇后小功以上親。

故，爲皇上的故舊。

賢，爲賢人君子，言行可爲法則。

能，爲整軍旅，蒞政事，師範人倫。

功，能斬將擄旗，或率眾歸化，匡救艱難。

貴，爲有執掌，爲職事官，有爵位。

勤，爲大將吏，夙夜在公，或遠使絕域。

賓，爲先代的後裔，封爲國賓。

這八議的事，都是客觀的身分，不是主觀的責任意願。八議可以將刑罰議減，是依從客觀的身分。但是《唐律》又規定許多條件，限制八議的應用，因此，在事實上，可以獲得減刑者，「流罪以下減一等。其犯十惡者，不用此律。」

《大清律例》也有「八議」，名例和《唐律》一樣。爲執行「八議」，律文規定：「凡八議者犯罪，實封奏聞取旨，不許擅自勾問。若奉旨推問者，開具所犯乃應議之狀，先奏請議，議定，奏聞，取自上裁。其犯十惡者，不用此律。」

還有一種客觀身分，可以不負刑事責任，這種身分爲年歲，七歲以下，七十歲以上。年齡的客觀身分所具理由，則是主觀的犯罪意願，因在法定的這兩種身分的人，理智和意志都薄弱，減除了犯罪責任。

《禮記·曲禮》說：「八十九曰耄，七年曰悼。悼和耄，雖有罪不加刑焉。」

《周禮·秋官司刺》說：「一赦曰幼弱，再赦曰老耄。」

中國舊律還有一種罪罰，完全不講主觀的責任，祇看客觀的身分，即連坐的罪。

《唐律》規定：

「諸謀反及大逆者皆斬。父子年十六以上皆絞，十五以下及母女妻妾，祖孫兄弟姊妹。若部曲資財田宅，並沒官。男夫七十及篤疾，婦女人年六十及廢疾者並免。伯叔父兄弟之子，皆流三千里，不限籍之同異。」（唐律

卷第十七 賊盜一）

《大清律例》在卷第二十二，〈賊盜〉上，有同樣的連坐罪斬，祇是刑罰加重。清朝文字獄，有殺九族的案例。

連坐的刑罰，在法理上不能稱爲共犯，因爲連坐的人沒有和首謀者表示過同意犯法。而且律文上對於共犯，有明文的規定。

「凡謀反及大逆，但共謀者不分首從，皆凌遲處死。祖父子孫兄弟及同居

之人，不分異姓，及伯叔父兄弟之下，不限籍之同異，年十六以上，不

論篤疾廢疾，皆斬。」（大清律例 卷第二十二 盜賊上）

律文明明分別共犯和連坐，共犯和首犯共罪，皆凌遲處死，連坐者處斬。徐朝陽的《中國刑法溯源》（臺灣商務印書館）和韓忠謨的《刑法原理》都沒有討論中國古律的連坐刑罰。從法理上說，祇能假定謀反和大逆的罪，傷害國家的正義最大，故罪最重，爲補償國家正義的傷害，刑法乃非常凶，以至於連坐犯罪者的親屬。在古代刑法上，刑罰的執行不考慮主觀的責任，祇憑客觀的罪行即定罪，故對於連坐的刑罰，也就不考慮連坐者的主觀責任。舊律所定的十惡，加重刑罰，是按罪的客觀情形而定。十惡的罪都是對於公共的正義大有傷害，即是大大破壞社會的秩序和安定。《唐律》所定的十惡：

「一曰謀反，二曰謀大逆，三曰謀叛，四曰惡逆，五曰不道，六曰大不

敬，七曰不孝，八曰不睦，九曰不義，十曰內亂。」

唐以前和以後的律典，都有十惡罪大名，十惡爲大罪，十惡大罪的刑罰加重。但連坐的罪，祇有謀反和大逆。

現行刑律，則採納西洋刑法的法理，考慮犯罪的主觀責任。刑法的加重或減輕，都按責任的輕重而作裁決。

#### 四、西洋法律哲學的犯罪行為

古羅馬法和日爾曼法，對於刑罰的裁決執行，都祇看客觀的犯罪行為，不考慮主觀的責任。近代的西洋刑法纔注重犯罪的責任。

首先，刑法法理說明犯罪行為成立的要件。一項犯罪行為的成立有客觀的要件和主觀的要件：客觀的要件，第一，要有客觀的行爲，第二要有禁止這種行爲的法律，第三，要有法律規定的刑罰。主觀的條件要有犯罪的責任。

客觀的行爲，有行動的行爲，有不行動的行爲。行動的行爲是生理上的動作，如動手搶

人的財物；不行動的行為是行動的缺乏，即該行動而沒有行動，如棄養家人。

禁止一些行動的法律，可以刑法，可以不是刑法。國家關於社會安定方面，定有許多禁止行動或不行動的法規，違反法規的人可以受罰款或拘留的處罰，然而這些法規並不是刑法。刑法乃是國家在法典裡，規定的刑法，規定有刑罰。

法律規定了刑罰，為「罪」成立的要件，沒有刑法，便沒有罪；沒有刑法，也沒有刑罰。

犯罪行為的客觀條件，容易決定，因為是客觀的事實，主觀的條件則不容易權衡。

關於犯罪的責任，可以從三方面去考究：第一，犯罪者有否行為能力，對行為負不負責；第二，犯罪者對於犯罪行為不認識，是不是明知故犯；第三，犯罪者對於犯罪行為是否自由，是否被內力或外力的逼迫。

行為能力即是責任能力，因為行為能力是法律行為能力，不是生理和心理行為能力，生理和心理方面的行動，在青少年的時期已經能夠實現，但是法律行為的能力，法律常定有成年期，成年期的規定，是假定成年人的理智和意志已經達到成熟境界，對於自己的行動可以負責。然而犯罪行為的責任，不能以成年期為定；因為未成年的也可以犯罪，犯罪就違反正義，傷害社會秩序，在未能運用思考以前，普通法定十四歲以下，不負行為責任，在十四歲以上，在十八歲以下，則已能運用思考，則不能完全不負責。既然有責任，雖然不是全部

責任，也應當有所懲罰，懲罰常為教化性的刑罰，藉以預防罪惡的再生，因而對於負監督青年的人，缺乏教養的不行動負責任，也能予以懲罰。

第二方面是對罪惡的認識，即犯罪人對於自己的違法行為，知道是一項壞罪。普通說「不知者無罪」，這是在倫理方面的犯罪，不知道是罪惡而犯，在主觀良心上沒有罪。然而刑法以客體罪責為罪，則雖不知是犯法而犯法，仍舊有罪，仍舊受罰。因此，所謂對犯罪行為的知識，不是指對刑法的認識，並不要求須要知道犯刑法才有罪，更不需要知道受到那種罰才受刑罰。但是犯法的人，至少應當知道自己犯法的行為是一種不好的行為。這種知識，對普通人來說，都假定具有；祇有對於一些神經不健全的人，則可以缺乏。因此，在刑法上乃有「神經缺憾」一事，作為減輕或卸除責任的因由，「精神障礙在如何情形下始影響行為能力，就立法技術而言，各國立法例頗不相同。大別言之，有下列三種方式：

(一) 生理方式，依此方式之立法，純以生理學為出發點，標明影響責任能力之生理原因。如法國刑法第六十四條謂行為時在心神喪失之狀態者，不構成重罪或輕重，即屬此例。

(二) 心理學的方式，依此方式之立法，純以心理學為出發點，標明影響責任能力之心理的原因，如謂行為時欠缺是非辨別力或常態的意思決定力者，不負刑事責任之類。……

(三) 混合方式，此一方式兼採生理的及心理學的觀點，首先確定影響責任能力之生理原

因，再標明由此原因所生之影響責任能力的心理狀態，乃較新之立法例。」(三)

在學理方面，精神缺憾使人不能運用理智，自己不知道在做什麼，自己不是自己的主人，對自己的行為，當然不負責任。精神缺憾在事實上所有的程度不同，程度最高的，使人完全失去理智的作用，也就失去責任能力。有時缺憾程度不致喪失理智，然而阻礙理智的行動，則按阻礙程度的大小，減小責任能力。

有時，一個人精神健全，卻因特別事故，對於犯罪行為理智沒有知識，如酒醉後失性殺人，或臨時出車禍傷人。這個情況，稱為「過失犯罪」，責任減輕，刑罰也減輕。

第三方面，犯罪者的自由，是在意志上受得壓力否。一個人對於自己的行為負責，應當是在自由的情況下行動，才對自己的行為有責任。犯罪者的意志可以受到外力的壓迫，也可以受到內力的驅使。外面的壓力是身外的一種壓力，強迫他行動。通常外面的壓力不能使人完全失去意志力，故祇能減少責任能力，也祇能減少刑責。內面的壓力則是慾情的傾向，遺傳和習慣的慾情，可以減少人的自由。但是慾情的減少自由，並不能減少刑責，反而加增刑責，如屢犯即加增刑責，如凶暴。至於遺傳的犯罪傾向，也大都併入神經錯亂一項內，看作減輕刑責的原因。

從罪的本身方面去看，刑責可以加增或減少。罪的本身有質的方面和量的方面。罪的性質從所傷害的正義去區分，正義的對象為權利，權利的性質各不相同，罪的性質也就不相

同。如生命的權利，財產的權利，貞操的權利，名譽的權利。傷害這些權利的行為所造成的罪就不相同。這些不同性質的權利所有的價值，不完全平等，有高有低，傷害這些權利的罪也有高低，罪的高低導致刑罰的加減。罪的性質又可以因犯罪者主觀方面的身分或意向而不同，親屬相姦和普通人相姦，兩者的罪不相同；警察搶劫和普通人搶劫，兩者的罪也不相同。罪的性質既不相同，刑罰也可以有加減。

刑罰的加減，還可以由罪的量予以權衡。罪的量，在刑法家的學說中各不相同。西洋傳統的法律哲學家，或主張罪的量由權利的傷害去評量，或主張由犯罪人的惡意而去評量。近代的實證主義法學家則主張罪的量，應按每個犯罪人的生理或心理狀態以及犯罪時的具體環境而定。這種主義把罪的量和責任能力相合一起，以責任的大小作罪量的大小。罪量的大小決定刑罰的大小(三)。近代一般的思想趨向，在於尊重個人的人格，犯罪行為的責任便不祇就客觀的事件而論，所注意的乃是主觀方面的條件，然而也不能使主觀條件超過客觀事實。例如一九八〇年刺殺美國雷根總統的罪犯，竟以主觀的條件判為無罪，使世界法學界震驚。

## 五、比較研究

中國古代法律哲學以「法」和「刑」相混，「法律」等於刑法，法的意義和目的是模型和教化，因此刑法的意義也是行爲的規範。但是法學的古字「灋」又有衡平的意思，法是在判案時使正義的傷害能夠補償，以求平衡。這就牽引到刑罰的意義了。

西洋的刑法爲法律的一種，刑法爲定有刑罰的法律，以防制侵犯正義和破壞社會秩序的行爲。刑法和刑罰不能分離，沒有刑罰便沒有刑法，沒有刑法也沒有刑罰。

在這一方面，中國古代的法律都帶有刑罰，因而外國法學者認爲中國古代祇有刑法；然而中國的舊律在內容上有部分民法和國家行政法的條文，因而不能純粹看作刑法。

刑罰的意義，中國古代法律哲學以刑罰爲補償罪債，衡平正義，又爲禁止暴亂，預防犯罪。這種意義在西洋歷代法律哲學裡，則明白標出，一種爲報應，一種爲預防。中國古代偏在預防以禁暴，西洋古代則偏於補償以罰罪。然而兩種意義中的任何單獨提出，都不能概括刑罰的意義，兩種意義並合在一起，才可以說明刑罰的意義和目的。

對於犯罪的行爲，中國舊律和西洋古羅馬法以及日爾曼法都注重犯罪行爲的客觀條件，就客觀的犯罪行爲而論罪，以致中國乃有誅九族的連坐罪。西洋近代和現代的刑法，則注重

犯罪行為的責任，從犯罪者主觀方面的條件去判案，現在且運用最新的心理實驗，以造成犯罪心理學以求判罪的公平。從法律哲學去講，這種立法是合理的；因為罪是一項行為，行為的責任是主觀心理而成的，理智，意志，情慾都是行為責任的因素，審判犯罪行為時，不能不審衡主觀的生理和心理狀態以決定行為的責任。中國的現行刑法，已採用西洋刑法的原理，注重犯罪行為的責任能力。西洋刑法原理成熟在中國法律哲學以前，然而今日中國法律哲學已經採納西洋刑法原理，為時並不太晚。今後雙方刑法的趨向，將更趨向看重責任的主觀條件。

在刑罰的種類方面，中西古代都重死刑和肉刑，殘酷已極。近代西洋刑法漸次減除肉刑，當代已經多有除去死刑。中國現代刑法也除去了肉刑，祇保留了死刑。刑法的趨勢，也將趨於限制自由之徒刑及剝奪公權的能力刑。刑罰的意義是加予痛苦以贖罪禁暴，現代人的心理，逐漸看重人格，愛尚自由，已經不能忍受對於身體的殘害，對於自由和公權的限制，已經感覺夠為痛苦，可以實現刑罰的意義。

法律哲學上還有一個刑法問題，即是政府施予刑罰的權力。國家制定法律，強人遵守，乃為社會大家的利益，然而刑罰給予受罰者痛苦，國家為何有這種權力。另外是判決死刑，殘殺受刑者的生命，這種權利由何而來。國家施行刑罰之權，由保障正義和社會秩序而來。

罪，傷害了正義，刑罰爲衡平正義。受刑者的痛苦，乃是正義的補償。判決死刑，因爲死罪所傷害的正義，大於生命，而且爲預防罪惡，祇有判決死刑。

註：

- (一) 參考楊鴻烈 中國法律發達史 商務印書館 民國十九年初版。程樹德九朝律考 商務印書館 民國二十三年國難後第一版。
- (二) 參考Pietro Bonfante-Istituzioni di Diritto Romano. Università di Roma, 1934.  
Silvio Perozzi-Istituzioni di Diritto Romano, C. E. Vallardi, Milano 1928. Pietro de Francini, Pioria del Diritto Romano, 3 Vol. -E. A. Giuffrè, Milano 1941.
- (三) 涂懷登 法學緒論 頁五三 華視文化公司 民國七十一年。
- (四) 涂懷登 同上 頁六七。
- (五) John C. H. Wu. Fountain of Justice, Taipei Mei Ya Publ., P. 117.
- (六) 蕭公權 中國政治思想史 上冊 頁九六 聯經出版社 民國七十一年。
- (七) 參考劉鴻蔭 西洋法律思想史 維新書局 民國五十九年。
- (八) 楊鴻烈 中國法律發達史 上冊 導言 頁四。

- (九) 程樹德 九朝律考 上冊 頁八一 商務印書館 民國二十三年。  
楊鴻烈 中國法律發達史 上冊 頁一百三十七。
- (十) 同上，頁五百〇六。
- (十一) 同上，頁六百二十七。
- (十二) 同(十一)。
- (十三) 參考Fr. Roberti, *De delictis et poenis*, (Introductis). Roma, 1938.
- (十四) 林山田 刑罰學 臺灣商務印書館 民國六十四年 頁四八。  
參考韓忠謨 刑罰原理 民國六十一年 頁二十一以下。
- (十五) 林山田 同上，頁五二。
- (十六) 林山田 同上，頁六六。
- (十七) 林山田 同上，頁七四。
- (十八) 林山田 同上，頁八四。
- (十九) 韓忠謨 刑法原理 第四章第二節第一款第二項精神障礙。  
參考Fr. Roberti, *De delictis et poenis*, N. 39-40.

## 結 論

### 一、

很簡單地研究了中西法律哲學的比較，可以作一段簡單的結論。

無論中外，各國民族都有自己的法律，法律的形成，都和各種民族的文化思想相關，成爲民族文化的一部份。

中華民族的文化思想以儒家爲宗，儒家主張仁道，治國以仁，仁便養民教民。養民教民首重在於教，教民爲善，儒家乃重禮而輕法。故在儒家的思想裏，只講「禮」。然而人口加多，生活環境日趨複雜，人心貪慾加強，社會的秩序，就不能僅靠倫理道德的「禮」以維持，事實上中國歷代皇帝都制定「法」。法的制定，爲補「禮」和「習慣法」的不足，加強強迫遵守的效能。因而「法」便帶有刑罰，而形成刑法。歷代的刑法都很嚴厲，歷代也有君王屢次下詔減輕刑罰，又有宰臣上書請改編刑典。

中國古代的「法」，乃人民生活規範的一部份，人民生活的規範則稱爲禮，「法」便以

「禮」爲根據。「禮」爲倫理規律，產生倫理制裁，以「天理」爲根基。制禮的人爲先代聖王；聖王因是聖人，心神純潔，不受慾情的掩蔽，看清天理的性質，按照天理制定人的生活規律；因是皇上，能有權力，頒佈禮規，使人遵守。

中國古代的法便有不變的原則，原則即是「天理」。「天理」爲宇宙變化之道，《易經》稱爲天道地道。宇宙變化之道，爲宇宙萬物變動和化生的規律，即是自然界的法規（*Law of nature*），自然的法規，不是人所制造，乃是先天所有，或說自然而有，或說由造物者上天之命。自然的法規，長久不變，終始循環，白天黑夜，春夏秋冬，千代都不變。由天道地道而有人道，人爲宇宙萬物的一份子；這一份子因得天地的秀氣而生，具有靈明的心，可以知覺，可以主宰。然既爲宇宙萬物的一份子，宇宙萬物運行的道理，也必是人的生活之理，《易經》八卦的每卦，由三爻而成，三爻代表天地人三才，三才代表萬物，萬物的變化之道，便是天道地道人道。因此自然的法也應行於人，人的生活也有先天的規範，這種規範就是人道。人道爲先天所有，乃稱爲天理。宇宙萬物的自然之法，具備在每一物的性裡，每一物自然而順性而動，《中庸》說：「誠者，天之道也。」（第二十章）人的天理也具有在人的性上，《中庸》說：「天命之謂性，率性之謂道。」（第一章）人性的天理即是人的自然法（*Natural Law*），因人有能知的心靈，人對於自己的天理，便能知道；知道天理的知

識，稱爲「良知」。人的生活係以天理爲規範，順從人性天理而行，即是「率性之謂道」，也就是《中庸》所說：「誠之者，人之道也。」

然而天理所定的規範，只是最簡單的基本規律。孟子說人有仁義禮智的四端，只知道要行善避惡。爲人的整體生活，須要有人制的禮法。

西洋法律哲學爲西洋文化的一部份，西洋文化以天主教信仰爲基礎。羅馬帝國的文化由天主教繼承，發展而爲歐洲各國的文明，文藝復興時，路德分化了天主教而成基督教。天主教和基督教都信宇宙爲天主上帝所造，天主上帝在創造宇宙以先，胸有成竹，宇宙萬物的運行規律已在天主之中。這種規律稱爲「神律」(Divine Law)，也稱爲「永久律」(eternal law)。天主按照這種「永久律」創造了宇宙，給宇宙萬物有規定了運行的規則，規則具在萬物的物性上，稱爲「自然法」，對於人，也在人性上規定了生活的規定，稱爲「自然法」。「自然法」爲人類生活的基本法，包含倫理和民法的基本原則，以「永久律」爲基礎，長久不變。西洋傳統的法律哲學常主張有自然法，作後天的「人爲法」(Positive Law)之根基。

自然法和天理，異名而同實，爲法律哲學的重要觀念，近代和當代的西洋哲學企圖廢除，使法律成爲完全相對性的規律。

古羅馬法學家講法律的基礎時，提出「正義」的觀念，正義是給與每個人所當有的權

利。中國古代思想家，如孟子說「義，人路也。」義的養我，指示我生活的道路。人的生活按就本性說就是社會性的生活，因為生活是相連的，最基本的相連，是生命的來源，即是父母，和生命的繼續，即是子女。由父母而再父母，由子女而再子女，又由旁系而到兄弟姊妹，生命的關係結成一個關係網，這個關係網因生命的傳遞，愈傳愈大，愈傳愈遠。這種生命的關係為天然的關係，雖藉著人為而成，然關係的基礎必為先天的基礎。因為生命既是有多方面的關係，關係必定要有適當的範圍，在適當的範圍裏有天然的次序。這種天然的次序，便是「天然的正義」。人生在天然的生命關係中，天然感覺到這種關係，天然覺到彼此的關連，天然便有彼此相關的愛心。所以孟子說：「仁，人心也。」愛心之仁為人心的本來面目，「仁」是生命的聯繫，「義」是生命的次序。倫理道德以「仁」為基礎，法律以「義」的根基。因此，法律哲學必須講「自然法」。

近代和當代法律哲學中，有些派別，如社會法學派，實證主義法學派，唯心主義法學派，實用主義法學派，現象主義法學派，存在主義法學派，都對「自然法」加以攻擊。這些學派的理論雖有不同，然大致不出乎兩點：第一點反對「人性」，第二點反對自然法的不變性。反對人性的學者，以為「人性」為不可知的對象，只是哲學家的幻想，或者是人對「人」的認識。這些理論不是法學上的理論，而是哲學上的理論。實證主義由英國發生後，

影響了整個的近代西洋哲學，人類的認識能力限制在感官以內，不能感覺的客體，或者是存在，或是不可知。唯物認識論，唯心認識論，現象論認識論，都以人的理智沒有能力可以直接認識超於感覺的對象，產生出各種不同的結論。「人性」當然是超於感覺，當然被列為不可知，或被認為不存在。但是，我們人的常情和常理，都認為每一物必有自己成立的理由，人是一個人，必定有人之所以為人的理。人之所以為人之理，不能隨便由人所造，也不能隨便由人去解釋。物不能認識自己，要由人去研究，由人去解釋。自然科學研究宇宙間的物體，所得的認識，隨著科學的研究而進步，後代的知識改正前代的知識。我們人有理智，可以自己認識自己。認識的成果隨著理智的運用而增進。但是人對自己的認識，有天生的二種基礎，孟子曾講良知良能，良知良能就是人天生的認識。王陽明講良知，西洋士林哲學講良心，也就是人對自己的先天知識。一切萬物雖沒有理智，然而天生就自然順從物性而存在，而變化。人為有理智的動物，人的生活要受理智的指導。假使人為指導自己的生活，都要學習以後才能有指導的知識，則不學的人就不能知道自己指導自己。所以人應該有天生的基本生活知識，為指導自己的生活，必要對自己有基本的知識。孟子以人心的良知良能為人性，就是人對自己的基本知識為人的本性。基本知識只是良知良能，不是「人性」，良知良能的本體便是人性。

人對自己的認識，是隨著人類的學術進步而增加，而且也能改正；然而人對自己的天生

基本知識，今天的人和幾千年前的人都是一樣。人有本性，本性也不能變。

人和人的關係，是生命的關係，以生命的本體為根基，即是以人性為根基。人性所有的關係，乃是先天的關係，先天的關係有先天的次序，次序即是關係的性質，附在關係上。這種先天關係的次序，就是人性的「性律」，即是「自然法」。

反對自然法的學者，以人性不可知道，自然法當也不能知道。他們由人類歷史去研究，以為人類的法律，都是在歷史的演變中，隨著時代由人所造的。原始人類有神律，因為那時是神權時代，所謂神權，由宗教領袖所造，後來有君權時代，法律由酋長和君王去制定；最後是民主時代，法律由人民去制造。這些變遷只是形式的變遷，法律的內容歷代也有不同，然而在本質上有幾點是相同的：第一，承認有立法的權力和服從法律的義務，無論立法者是司祭，是酋長，是君主，是人民，社會都應該有立法權，立法權由誰而來，如何樣行使，那是另一個問題，最基本的問題，為人類的生活應有立法者，又應服從立法者所定的法律。否則，便沒有法律。第二，立法者應有一個基本的標準，為創制法律；這個基本的標準是維持公共生活的秩序，保障大家的權利；這個基本權利就是正義。名稱可以不同，內容則是一樣。

盧梭以為人性本善，初民的生活完全按照本性而生活，「性律」或「自然法」即是初民

的法律。康德以「性律」或「自然法」為理智的產物，倫理為「實踐理智」的必然性要求，法律的性質也為實踐倫理的性質相同。盧梭和康德承認有「自然法」，但不承認來自造物主天主。

十九世紀時，實證主義的法律哲學否認「自然法」，以「人為法」為唯一法律，人性為不可知，造物主為迷信，法律的根源在於社會的立法權。法律由立法者所造，隨時代而異，不能有超乎社會立法者的另一更高的法權。奧斯汀 (Austin) 的「分析法學」以「人為法」為唯一的法律，法律哲學只在分析研究「人為法」。共產主義將社會生活的要求，作為倫理和法律的基本，社會生活需要秩序，倫理和法律便是為適應社會的需要。黑格爾的唯心論以「理智」為一切的根源，凡是合理的就必存在。倫理和法律乃是「理智」的產物。存在論的法律哲學以人的本性即是自由，人努力創造自我，倫理法律都是人自由的創造物。這些學說都否認「自然法」，都肯定法律是人所創造，人是法律的唯一根源。(一)

然而，問題是在往上一層，人為什麼需要法律？社會為什麼需要法律？這些需要來自先天，則是「人為法」有一先天的需要。這種先天的需要不就是「自然法」的一項內容嗎？人的理性創造法律，社會的需要創造法律，階級的鬥爭創造法律，自我的創造創造法律，這不和司祭，酋長，君主，人民創造法律，一樣的法權根源嗎？但是，無論誰在創造法律，一

定要解釋立法權的根據和來源，這豈不是「自然法」的另一項觀念嗎？立法者無論是誰，立法的目的是法律的基本意義，都是在於追求維持社會的秩序，保障所願保障的權利；這豈不又是「自然法」的一個重要觀念嗎？十八世紀和十九世紀的西洋哲學，否認形上學，然而每一種學說自己卻成爲一種形上學，例如數理邏輯，語言邏輯，唯物辯證論都盡力攻擊形上學，自己卻自命爲一種不可推翻的形上學了；因爲哲學沒有形上學不能成立，也不能講。這些學派所攻擊的只是傳統的形上學，而不是形上學自身。但是傳統的形上學即是形上學的正式表現；因此近世紀西洋哲學攻擊傳統的形上學，就等於攻擊形上學自身。大家都說形上學已經摧毀，不復存在了，幸而傳統的形上學，換了形式，仍舊繼續存在。攻擊自然法的學說，也是攻擊傳統的自然法，因爲自然法既是法律的基礎，怎麼可以不存在呢？假使基礎不存在，法律不也就沒有了嗎？立法權的原由，需要法律的理由，維持生活的正義，這些觀念在任何一派的法律哲學裏都應該有。這些觀念又都超乎任何一派法律的觀念，在任何一派法律觀念之先就存在。這就表示這些觀念乃是先天的觀念，不是由任何一派法律哲學所能造，只能由法律哲學的派別去解釋，因此，無論那一派的法律哲學都假定有「自然法」，只是「自然法」的解釋，則各有不同；而且甚至被解釋等於不存在，而被否定。

中國歷代哲學思想都承認有天理，也都承認有人性。老、莊雖然主張無爲，然而都主張

按照人性天道是自然無爲。佛家雖然否定每人的人性，以爲是空是假，然而卻又承認有一真我，真我的性有本體。中國的法律的哲學則以儒家和法家爲根據，儒法家兩家都承認人性天理；天理即是「自然法」或「性律」。中國歷代不能有反對天理的法律，也不能有反對禮的法律。現代中國法律哲學，接納歐美的法律思想，造成否認自然法的趨勢；但也有法學者主張綜合自然法和實證法的關係，而互相聯繫。洪遜欣說：「申言之，法既係社會統制之特殊手段，則性質上屬文化的世界之事物；文化的世界又以人類之固有自立的，自然本性的生命原理爲其終極之存立基礎。於是法不論是自然法或實證法，均以人類之固有自立的、自然本性的生命原理爲核心，兩相互涉，而組成法之整個規範領域。其結果，事實上亦得以考察人類在特定時代與社會之各種約束下發展生命之方法，觀察自然法與實證法之互涉關係。」（一）但是兩者間的關係，不是平行的關係，而應是上下層面的關係，自然法居在上層，實證人爲法居在下層；自然法乃是人爲法的根源和基礎。

反對自然法的不變性，爲近代西洋學術的一種風氣；這種風氣乃是一種大的「相對性」風氣的一部份。倫理規律隨時隨地而異，法律更是隨時隨地而變。實證主義的法律哲學以立法者爲法律的根源，立法者爲創制法律視當前社會的需要而定；社會的需要，乃是一個團體在具體的環境裏所覺得的需要；具體的環境因時因地而不同，所以不能有千古不變的法律。就法律歷史去看，各國有各國的法律，各時代有各時代的法律，法律爲文化的成素，也是文

化的效果。每一種文化，有自己的法律。目前法律的趨勢，東西各國的法典漸趨相同，然仍舊反映各國的傳統和實際環境，不相同的條文，仍舊不少。因此法學者的主張，都主張法律是變的。

不主張有自然法的學派，當然主張法律常變。因為「人爲法」可以變，而且必然變，乃是大家一致的主張。主張法律不變的學派，只是主張「自然法」的不變。中國歷代的學者，沒有人主張天理可變的。西洋自然法學者堅決主張「自然法」不能變。聖多瑪斯曾經明白探定這種主張；但是他也主張「自然法」有變的可能，即是自然法的解釋，自然法範圍可因著學術的發展而有增加和充實，就似人對人性的認識和解釋，也可以隨著學術而增進。

## 二、

普通實用的法律都是「人爲法」，「自然法」只是一些法律基本原則。「人爲法」的原則，通常具體地在憲法上條陳出來，憲法的條文直接或間接地反映「自然法」的內容。

在憲法第一點被肯定的是人權。人權是人的基本的自由權利，人權就是「自然法」的內涵，人的基本自由權利，是「生存權」，每個人有權利保障自己的生命，又有權力謀求自己

的生存；這就是法律的起點。

在憲法上指出法律的範圍，立法者創制法律有甚麼範圍？法律的本身有甚麼限制？

若是立法者爲法律的唯一根源，立法者的意志便是法律的範圍，他願意制定什麼法，就可以制定。古今的專制獨裁者，就是以自己的意志爲立法的根由。在中國古代，皇帝的權利無限，可以任意頒佈法律，但是在原則上，皇帝不能制定違反「禮」的法。皇帝的立法權來自皇天上帝，上帝選立君王爲「代天行道」，天的道即是天道，即是天理；所以皇帝的立法權受天理限制，天理爲立法權的最大範圍。「代天行道」爲教養人民，爲人民謀福利，皇帝行使權力的目標，爲倫理的「仁」，孟子所以常講「仁政」。法律爲皇帝治國的最重要的工具，法律便以「仁政」爲目的。這種目的也給法律指定了一個範圍，法律的範圍，是在人民的福利以內。法律在本身說，不是一種福利，而是自由的種種限制；因爲法律規定行爲的方式，有了方式，行爲便不能隨便，一定要遵從國家所定的方式。若是刑法，則還要強迫遵從，不遵從便有刑罰，刑罰乃是肉體和精神的痛苦。但是就法律的目的說，法律是一種福利。人的生活是在群眾中的生活，群眾的生活若沒有規定的形式限制，則生活沒有秩序，生活必亂。生活若是亂了，便是不能有幸福；因爲亂了必爭，爭了必互相侵害，互相侵害還有什麼幸福呢？刑法的刑罰，在本身說，乃是痛苦；在目的說，是爲保障權利和秩序，也是爲人民的福利。

若是一種法律或一條法規，就本身和目的說，都不是為人民的福利，只是為剝削人民，這種法律就不是法律了。僅僅為剝削人民的法律，有沒有強迫力？人民應不應該遵守？這一點牽涉到法律和倫理的關係。法律的內容不能違反倫理，違反倫理的法律可不可以成立，是不是有效？倫理的規律，人人都該守，事事都該守。倫理不僅是私人生活的規律，也是人民公共生活的規律。一個從政的人，在私人生活上應該守倫理規律，在政治行為上也應遵守倫理規律。政治不是在倫理以外，更不是在倫理以上。法律和倫理互相區分，倫理的範圍大，法律的範圍小；倫理的制裁力弱，法律的制裁力強。但是兩者不能互相分離，法律應該常合於倫理。有些法律，為治安而用，本身對倫理沒有關係。例如汽車行左行右，紅綠燈指示或行或止，都沒有倫理的善惡。可是這些法律的目的，則會有倫理的善惡；行車的左右，紅綠燈的號誌，都是為社會生活的安寧。但是有些法律，本身反對倫理道德，例如墮胎的合法化，離婚合法化；這些法律應不應該遵守呢？

本身和倫理沒有關係的法律，因為目的是善的，成為善的法律，當然具有效力，人民應該遵守。本身違反倫理的法律，不能有強迫的效力，人民不應該遵守。遵守是惡，國家不能強迫人民作惡。違反倫理的法律，經過合法的程序而制成，本身是成為法律；但是因為本身是惡，私人或團體都不能強迫人作惡，違反倫理的法律，便沒有強人遵守的效力。法律的成

立，是法定的程序；例如在中華民國，是立法院的通過，總統的頒佈。法律的效力，則在於法律的善惡。

普通有一項原則：「法律只治外，倫理則治內。」法律的對象是外面的行動，倫理的對象則是內心。立法院的權力以外面行動為範圍，內心的行動在法律以外；因為社會的秩序，是外面的行動的秩序，內心的行為若不表現於外，不會影響社會的秩序。法律的效力，要是有形可見，可規定懲罰。假如只有內心的行動，外面沒有形跡，便無從予以判決。倫理的規律，支配人的整體生活；外面行為和內心的行動，都是生活的表現，內心的行動便也有善惡；善惡的批評，是人的內在良心。有人主張遵守法律的義務，不是倫理的義務，只要人在外面行動守了法，就滿足了守法的義務；至於內心願不願意守，不是法律問題，只是倫理問題。但若是法律的條文，是合於倫理的條文，甚而或者和倫理的條文一樣，對於這種法律條文，僅僅外面的守法，內心不能願意守，否則有倫理之「惡」，國家權力當然不能追究。同時，違反倫理的法律條文，內心不願守，則有倫理之惡，但在外面，國家權力強迫人民遵守，不遵守者必繩之以刑法；人民在外面的行動，因著政府的壓力，便也能設法逃避遵守法律的責任。

「人爲法」爲一代人民意識的表現。人民的時代意識，是爲適合當前的具體環境而結成，環境一變，人民的時代意識也就隨著變。時代意識既然變了，適合時代意識的法律當然

也變。所以「人爲法」一定是可以變的。

然而在隨時代而變的法律裏，一定有不變的基本原則。這些原則是人性的基本權利和社會的基本正義。《易經》說易是變易，又是不易。變易的是「人爲法」，不變者爲自然規律。宋代理學家常說：「動中有靜，靜中有動」，動是變，靜是不變，法律有變的部分，有不變的部分。

在現代的社會裏，社會生活日趨複雜，許多新的法規，都應運而生。將來人的一舉一動，都將有法律的限制。人類越講自由，自由的法規越多。法律和自由，本來是相對的；但是，兩者又是相成的。自由因法律而受限制，因著限制，自由乃得保障。中國人素來不重視法律，又不喜歡守法，因著不守法，社會生活常產生許多紊亂現象。爲使中國進入現代化的國家，社會生活能有秩序，必須培養守法的精神。

註：

- (一) 參考 *neginaldo Pizzoni-Filosofia del Diritto. Universita layteranense. 1971.*  
pp. 128-150.

- (二) 洪遜欣 法理學 一九七一年 頁四一八。