

高承元教授著

正負法論

辯證法的法律學方法論

附譯 Kelsen 純粹法論之法律基本觀念

居心



正負法論

辯証法的法律學方法論

高承元教授著

戰後訂正再版

廣州東華東路均益路七號

高承元律師事務所發行

再版序

正負法論係我於民國二十年在成都講學時所嘗試創作。廿一年，以「法律學之根本改造」之標題發表於讀書雜誌。廿六年，畧加訂正，用筆名景善印行單行本，仿英人以 Junius Brutus 名義發行其名著 *Vindiciae contra tyrannos* 之意。適抗日戰爭起，首都疏散，僅少數印本發郵寄出，餘多葬送兵燹中。值茲行憲伊始，自由之中國正在發展中，學術之自由，尤屬當務之急；遂改用本名，益加訂正，重刊問世。

著者，三七、一、一〇、

初版序

法律之史的發展，係依着辨證法而進行，一般辨證唯物論的社會學者已經不少說明了。法律之本質，係依着辨證法而存在，此原則雖包含於辨證唯物之中，可是從來沒

有人道破。

Verdross 首先指出矛盾法之存在。但他不是站在辨證唯物論之立場，所以到底不能發見矛盾是法律的本質，法律之固有性，而僅僅視為偶有性。所以他發見矛盾法，不過拙射之偶然命中，而非邏輯之必然結論。我之發見矛盾法，乃應用辨證法研究法之必然結論，這是我與 Verdross 不同的地方。

我本來受業於 Kelsen, Verdross。當我回國之初，大抵本着他們的學說——邏輯法論——來講學。至民國十五年受着廣州武漢革命環境之影響，對於辨證唯物論漸漸發生信仰。民十八九年，為政治犯，遁逃于香港上海，益潛心研究辨證唯物哲學，然而法律學說方面，業師之流風餘韻尚未失其支配力；於是時，時感到自己思想系統之矛盾。民十九受成都大學之聘，教授國際法學，便自發生一大疑問：將仍以邏輯研究法為演講之根據麼，則不特不能得到自己思想系統之統一，而且對於許多國際法學理上問題不能解決。躊躇者久之。忽然乃大覺悟：覺到用唯物辨證法來說明法律，是我的唯一任務。然此乃破天荒之嘗試，世界任何國學者未嘗替我們披荆斬棘。於是窮半

載之力！從十九年六月至十二月——殫思積慮，而後漸漸證實此臆說。於是試依此方法解決國際法問題，皆迎刃而解。進一步，更用此方法研究其他諸法律，皆可觸類而通。於是乃毅然嘗試創造此辨證法的法理學。民二十，用此法在成大講演國際法及其他法律。其後更綜合以前研究之結果，在暨南復旦諸大學講法律哲學，未竣而輟。爲欲早日聽各方之批評，先將講義第二篇法律學方法論付印，以期引起各方正負之言論，而使此學得以早日達於成熟。

辨證法法理學之產生，乃帝國主義沒落時期必然之產物；而其誕生於一個「苦力」民族內，尤非偶然。以著者之淺薄，其嘗試容可失敗。然此學之成功，必隨世界無產階級之發展而操左券，這是無可疑的。辨證法法理學之成立，不過世界無產階級之法律鬥爭在思想界之反映，並不是某一個學者思想上之創造。

著者，二六，七，一四。

表 誤 勘

頁	行數	誤	正
二	四	根本的根矛	根本的矛
二	六	反爲進化	反變爲進化
二	十三	辨証法的	辨証法認識論的
五	十	所不得	所以不得
八	十二	allgemeine	allgemeine
九	四	看見行律	看見法律
九	八	在於德國	在德國
十四	一	可浸的	可侵的
十四	二	浸蝕	侵蝕
十六	二	法律規條	法規
十八	六	國家意志	「國家意志」
廿五	三	少含有	少含有
廿九	五	研究之外：	研究之外 (註一)：

頁	行數	誤	正
廿九	十二		(註一)見 Kelson Reine Rechtslehre (純粹法學)第一章第 七節劉燕谷譯本十頁 至十二頁
卅一	十三	(裁判成 解釋)	(裁判或解釋)
卅七	二	離婚	雜婚
卅九	七	貴實	寶貴
卅九	十一	之父—夫	之父—夫
四〇	二	綠帽	綠帽
四〇	九	交與他人	交與「他人
四七	十二	改變 參	改變：參
五三	十二	然當時	惟當時
五六	二	使得	這樣，使典權人得
六一	七	搖喊	搖篩
六一	七	乾擺擺	乾脆擺

目錄

一、引論·····	一	因果法學·····	一九
二、近代法理學產生之背景及其根本謬誤·····	三	概念法學·····	二〇
自然法學·····	三	純粹法派·····	二〇
現實法學·····	五	辨證法的方法·····	二五
分析法派·····	七	矛盾法論·····	二六
歷史法派·····	七	三、創設一個辨證法的法理學之嘗試·····	三〇
社會法派·····	一〇	聯繫互動律之適用·····	三〇
理性法派·····	一〇	矛盾合一律之適用·····	三一
法律根據論——意志說與法律意識說·····	一五	定律在勞工法上例證·····	三三
方法論·····	一八	定律在民法上例證·····	三六
目的法學·····	一九	定律在行政法上例證·····	五八

同著者新作

中國親屬法闡微

此書用唯物辨證法說明中國民法親屬編，並搜集新舊判解例，指出其矛盾統一的狀況，闡明現階段性生活現象與本質，並徵引歐美及蘇俄婚姻及家庭制度細為比較，為最新穎形態之親屬法讀本。

定律在刑法上例證·····	六四
定律在憲法上例證·····	六六
兩重政府——兩重法律·····	七二
定律在國際法上例證·····	七六
否定的否定律之適用·····	八〇

潛變突變律之適用·····	八五
結論·····	八七
附錄一——罷工權在國法上發展·····	一
附錄二——Meleis 純粹法論之基本觀念·····	二五

(一) 引 論

法律關係是社會之上層建築。社會之基礎即生產力與生產關係已經發展到帝國主義沒落時期之階段，當然法律關係也跟着發展到這個形態，一面舊的資本社會底法律規條 (Clauses of law, Rechtsaetze) 恍惚還在開其燦爛之花，而他方反對的矛盾的反資本社會的新的法律規條又同時滋長着。同它對峙起來，大有道高一尺魔高一丈之勢。尤其法律學是鍛鍊法律觀念 (Rechtsidee) 與辯護法律關係的社會的時代的工具，他必然要跟着社會生產關係向上發展。

自十七世紀以來，從自然法學派起所謂近世法律學，都是資本社會的法律學。這些法律學在過去的各個時代已經盡了他們相當的使命，已經替他們時代底主人辯護過他

們底壓迫的與搾取的生產秩序；而且隨時進步，隨時改善，以緩和反對的新興階段的感情與反抗了。到了二十世紀帝國主義沒落的時期，新興的階級之勢力已經快要代替舊勢力掌握世界的統治的時候，那舊的法律學在他的根本存在條件——資本制度——之下已經到了無可改善無可進步的情況了；他的一切教義，便與社會意識表現着根本的根矛盾。於是他的『曲學阿世』之伎倆和『向壁虛造』之妄想便完全在這個矛盾之下暴露出來：他不特對於人類社會進化無絲毫利益而反爲進化的障礙物。在這個時候，我們再用不着什麼自然法學，歷史法學，社會法學，理性法學種種形形色色的資產階級的帝國主義者的法學了。我們要站在被搾取階級之立場站在被壓迫的『苦力』民族的立場上，創造一個新的足以推進人類社會進化的鼓舞被壓迫民族與被搾取階級之革命意識與感情而堅定其革命的信仰的一種法律學，這種法律學便是我以『苦力民族』——這是帝國主義者給我們中華民族的一個切當的徽號雖然他們存着一個輕侮的觀念——的一份子來嘗試創造的『辯證法律學』，將現行的種種矛盾的法律關係，放在辯證法的基礎上來研究的。

(二)近代法理學產生之背景及其根本謬誤

在說明我們『辯證法律學』具體的提案以前，我們先要把近代法律學說作一鳥瞰，把他們之矛盾，曲解，玄想，和他們發生之時代背景，逐一指示出來。

近世之法律學說可以大別爲自然法派 (Naturrechtsschule; School of law of nature) 與現實法派 (Positive Rechtsschule; School of positive law. Positivism) • 而後者又細別爲(一)分析法派 (Analytische Schule; Analytical school) • (二)歷史法派 (Historische Schule; Historical school) • (三)社會法派 (Soziologische Schule; Sociological school) • (四)理性法派 (Vernunftrechtsschule) (五)邏輯法派 (Formale Logismus) 或純粹法派 (Reine Rechtslehre)。

自然法學 發生於十七世紀，爲資產階級進行革命時期之法律學說。因爲歐洲十

五六世紀之封建的末期，超經濟的剝削關係仍然存在，財產權還沒有確實的保障，故代表資產階級之學者便造爲「天賦人權」之說，對於國內專制侯王，要求新興資產階級之解放，要求政治上自由，要求財產權神聖；而英人假名「*unius Prutuf*」之暴政抗議（*Vindiciae contra tyrannos*, 1579），*Locke*（1632—1704）之民政兩論（*Two treatises on civil government*, 1680），與法人 *Rousseau*（*Jean Jacque*, 1712-1778）之民約論（*Le contrat social*, on principe du droit politique, 1762）便是代表的名著。他方新興工業國家——卽某地域或某民族之資產階級——爲要求海運之自由與民族的生產秩序自己支配的自由，對於國外海上豪霸（如西班牙葡萄牙）與陸上豪霸（如路易十四時代的法國）提出抗議；於是在荷蘭有 *Grotius*（*Hugo* 1583-1645）之海洋自由論（*mare liberum seu de jure quod Batavis competit ad indiciana commercia*, 1609）在日爾曼有 *Pufendorf*（*Samuel*, 1632-1694）之自然法及萬民法（*De jure naturae et gentium*, 1672）。他們的主旨便是反抗當時封建的秩序，所以提出一個超然的「自然法」來對抗「現實法」（*Positive law*），說這自然法起於國家組織以前，存於人類自然狀態之上或包含於理性之中，有超越時間空間的普遍價值，有比各國現實法更

優卓之效力，甚至說現實法也只在與自然法適合時才有效力，否則人民可以不必服從。像這樣橫衝直撞獨往獨來視當時封建社會現實法律如無物底一種新法律觀念，的確是資產階級民主革命的唯一武器。他們竟然在這個法律學說影響下得到了完全勝利。

等到——約十九世紀初葉——資產階級政權穩固以後，這個煽動革命的法寶反變爲他自己的危險物了。因爲在民主革命當中，無產階級也與資產階級同時由「身分」Stand的區別解放出來了（法律之前人人平等）。而且資產階級往往利用無產階級去打先鋒——如與封建階級巷戰之類——愈使無產階級的氣燄繼長增高。資產階級可以利用自然法來反抗封建階級的法律，難道無產階級不可以同樣利用自然法來反抗資產階級的法律麼？所謂以子之矛攻子之盾。這樣自然法便變爲資產階級背上芒刺了。

資產階級爲防範這個危險物之再度爆發，所不得不急急提出一個反對的新的法律學說：爲代替那個破壞現實法律的觀念，便提出一個遵守法律的觀念；代替那革命的法律觀念，便提出保守的法律觀念：這便是所謂

現實法學。從這新學說的觀點來看，自然法並不是法律，只有現實法纔是法律。

自然法不過是一個空想，至多也不過一個理想罷了。其實自然法的確是一個空想，一個騙術。自然法論與其說是科學的理論，無甯說是一種宗教的信條，所以鼓舞民衆狂熱地向封建階級實行革命的一個手段。自然法之最大謬誤在以下二點便可以見得：——

(一)自然法係離開社會上或歷史上事實而存在，其唯一根據只在於人類理性（或實踐理性），無論說此理性係出於人類之自然狀態（如康德以前自然法派之所主張），抑或說此理性係出於人類心靈（無上大法命令——如康德之所主張），都不免流於空洞而苦於量度。其結果必至「一人一義，十人十義」。法律之最大目的，是要把一切時時刻刻變動的人類相互關係相對地固定起來。若果「十人十義」，漫無客觀的標準，還成什麼法律？

所以自然法論之「自然主義」與「理性說」都與法律之本質根本矛盾。(二)自然法係超於時間空間而普遍地存在，一成而不易，此點與人類實際生活絕不相容。人類所需要的法律，必需適合於一定時間與一定社會之特殊情形；缺乏時間性與空間性等具體內容底法律於人類生活一無所用，反足供野心家之玩弄與附會。自然法本身既然有這一大缺憾，資產階級的學者便可以乘間抵隙得而甘心。自然法從此就送入墳墓去了；資產

階級反動時代之法律學說——現實法派——從此一躍而獨霸法學講壇了。

分析法學 便是工業先進國——英國——資產階級對無產階級戒嚴的學說。Austin

(John 1790-1899) 說：「法律是主權者之命令」，「惡法亦成爲法律」(一)。他對所有自然法論立法論及一切哲學的倫理學的見解，統統排斥，而以爲法學家之任務僅僅在於分析現行法律之因素而演繹其義：質言之，不過爲主權者——自然是議會主權——之命令作注疏罷了。這是維持舊秩序之最頑固的態度。此派可稱爲英國之傳統法學，也正是英國資本主義之反映。至今還有不少學者頂着他們的老招牌，如 Holland, Pollock。

歷史法學 是德國資本主義之反映。德國資本主義發達較晚，德國資產階級勢力不如英國資產階級之雄厚，所以不得不與舊封建勢力相對地妥協。歷史法學反對自然法論「統一性」與「普通性」之主張，一方面固然爲德意志封建諸侯辨護他們的割據，他方也是爲德意志民族資產階級抗議法國資產階級之侵略。所以拿破崙由德國敗退之一八一四年，即成爲德國歷史法學派之紀元。是年 Heidelberg 大學教授 Thibaut (1772-

(一)見法學範圍論 The Province of Jurisprudence Determined, 1832.

1840)著「德國一般民法法典之必要」(2)一書，主張共通法典之編纂爲德國民族統一之前提。柏林大學教授 v. Savigny (Karl Friedrich. 1779—1861) 著論 (3) 駁之，謂法律乃可以「成長」(自然發達之意)之物，而非可以「造作」之物。Thibaut 持自然法論，Savigny 主歷史法說。因爲當時 Baden 國鄰近歐洲工業中心地(萊因流域)，得風氣之先，Thibaut 代表南方急進的資產階級，故要求絕對的統一。反之普魯士工業發達較晚，封建勢力尤大，Savigny 代表北方緩進的資產階級，故不憚遷就普魯士王室而與之妥協。總之，在當時工業落後之德國，含有革命性的法學還是要推自然法派，歷史法派到底不能不算做反動的學說。

但是從別一方面看——離開政治之見地而純從法律研究方法着想——則歷史法派也有他的特別功能。他不特認定現實法律一點脫去了自然法派之空想，而且認定法律係民族歷史發展之結果，發見法律之「動性」，首先從「動」的方面研究法律，更是比分析法派進

(2) Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches fuer Deutschland.

(3) Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. (立法及法學上之先務)

步的地方。

然而歷史法學到底是資產階級的法學，他一到了發明「法律是變動的」這個原則之後，他的進步便到了盡頭之處，他再不能越雷池一步了。法律其實不止是變動的，而且是矛盾的。而且他的變動之根原就在方矛盾。只看見法律之變動而不看見行律之矛盾，便是根本沒有懂得法律變動的真意義。然而一旦要想了解法律之矛盾，就非了解「階級鬥爭」不可；因為法律之矛盾完全建築在階級鬥爭之基石上面。可是這樣露骨的研究，自然不是資產階級學者所樂於從事的。

在國際法方面，英國之歷史法學派發達更早。但完成之功則在於德國學者。在這裏值得說明的，就是英國十七世紀以來之歷史法派在國際法方面也自有其特殊之意義。因為當時英國以海軍霸占北海，荷蘭工業資產階級欲打破英國海上特權，以便利其海外貿易，所以有 Grotijs 「海洋自由論」出現，而自然法實為其武器。英國資產階級欲保其海洋獨占利益以排斥荷蘭資產階級，故 Selden 拿閉海論 (mare clausum, 1635) 來答復他，而其立腳點便是歷史法學。同時英人 Zouche (1590-1600) 亦以歷史法派為國