

中华现代学术名著丛书

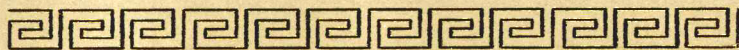
法律哲学导论

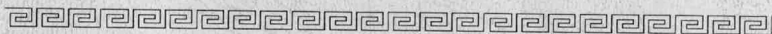
居正 著



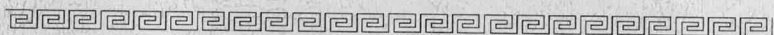
创于1897

商务印书馆
The Commercial Press





中华现代学术名著丛书



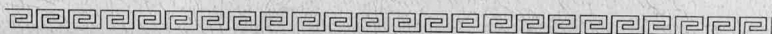
法律哲学导论

居正 著



商务印书馆
The Commercial Press

2012年·北京



图书在版编目(CIP)数据

法律哲学导论/居正著. —北京:商务印书馆,2012
(中华现代学术名著丛书)

ISBN 978-7-100-08887-9

I. ①法… II. ①居… III. ①法哲学—文集 IV.
①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第013656号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

中华现代学术名著丛书

法律哲学导论

居正 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-08887-9

2012年12月第1版

开本 880×1240 1/32

2012年12月北京第1次印刷

印张 4% 插页 2

定价: 19.00 元

出版说明

百年前,张之洞尝劝学曰:“世运之明晦,人才之盛衰,其表在政,其里在学。”是时,国势颓危,列强环伺,传统频遭质疑,西学新知亟亟而入。一时间,中西学并立,文史哲分家,经济、政治、社会等新学科勃兴,令国人乱花迷眼。然而,淆乱之中,自有元气淋漓之象。中华现代学术之转型正是完成于这一混沌时期,于切磋琢磨、交锋碰撞中不断前行,涌现了一大批学术名家与经典之作。而学术与思想之新变,亦带动了社会各领域的全面转型,为中华复兴奠定了坚实基础。

时至今日,中华现代学术已走过百余年,其间百家林立、论辩蜂起,沉浮消长瞬息万变,情势之复杂自不待言。温故而知新,述往事而思来者。“中华现代学术名著丛书”之编纂,其意正在于此,冀辨章学术,考镜源流,收纳各学科学派名家名作,以展现中华传统文化之新变,探求中华现代学术之根基。

“中华现代学术名著丛书”收录上自晚清下至20世纪80年代末中国大陆及港澳台地区、海外华人学者的原创学术名著(包括外文著作),以人文社会科学为主体兼及其他,涵盖文学、历史、哲学、政治、经济、法律和社会学等众多学科。

出版“中华现代学术名著丛书”，为本馆一大夙愿。自1897年始创起，本馆以“昌明教育，开启民智”为己任，有幸首刊了中华现代学术史上诸多开山之著、扛鼎之作；于中华现代学术之建立与变迁而言，既为参与者，也是见证者。作为对前人出版成绩与文化理念的承续，本馆倾力谋划，经学界通人擘画，并得国家出版基金支持，终以此丛书呈现于读者面前。唯望无论多少年，皆能傲立于书架，并希冀其能与“汉译世界学术名著丛书”共相辉映。如此宏愿，难免汲深绠短之忧，诚盼专家学者和广大读者共襄助之。

商务印书馆编辑部

2010年12月

凡 例

一、“中华现代学术名著丛书”收录晚清以迄20世纪80年代末,为中华学人所著,成就斐然、泽被学林之学术著作。入选著作以名著为主,酌量选录名篇合集。

二、入选著作内容、编次一仍其旧,唯各书卷首冠以作者照片、手迹等。卷末附作者学术年表和题解文章,诚邀专家学者撰写而成,意在介绍作者学术成就,著作成书背景、学术价值及版本流变等情况。

三、入选著作率以原刊或作者修订、校阅本为底本,参校他本,正其讹误。前人引书,时有省略更改,倘不失原意,则不以原书文字改动引文;如确需校改,则出脚注说明版本依据,以“编者注”或“校者注”形式说明。

四、作者自有其文字风格,各时代均有其语言习惯,故不按现行用法、写法及表现手法改动原文;原书专名(人名、地名、术语)及译名与今不统一者,亦不作改动。如确系作者笔误、排印舛误、数据计算与外文拼写错误等,则予径改。

五、原书为直(横)排繁体者,除个别特殊情况,均改作横排简体。其中原书无标点或仅有简单断句者,一律改为新式标

点,专名号从略。

六、除特殊情况外,原书篇后注移作脚注,双行夹注改为单行夹注。文献著录则从其原貌,稍加统一。

七、原书因年代久远而字迹模糊或纸页残缺者,据所缺字数用“□”表示;字数难以确定者,则用“(下缺)”表示。

目 录

第一篇 法律哲学导论	1
第一章 概说	1
第二章 法律哲学之概念及其思辨	6
第三章 生存观念与自由、和平、正义	14
第二篇 司法党化问题	22
第三篇 为什么要重建中国法系	47
一 引言	47
二 殷周及其前期法律萌芽情形的检讨	48
三 法律思想蓬勃的一个时期	60
四 儒家学说对于历代法律的影响	64
五 重建中国法系的趋向	73
六 结论	93
第四篇 宪法上之权与能	95
一 引言	95
二 权能之分划	95
三 有权无能与有能无权之弊害	97
四 权与能之合法运用	100
新旧译名对照表	107

居正先生学术年表	110
先君行述	居浩然 115
一段鲜为人知的民国司法志	江照信 120

第一篇 法律哲学导论

第一章 概 说

一、哲学因求知真理而发生

人为万物之灵,其所追求者,自应为充满正义、自由、和平之社会及世界。然而古往今来,万国并峙。人类相争相研,时而和平,时而战争,时而讴歌盛世,时而兴叹季衰。兴亡陈迹,更仆难数,岂非宇宙无私,人生有感,法哲思想,未臻普遍健全欤。欧洲自文艺复兴,宗教改革以还,人类思潮,已有丕变,继之工业革命,科学昌盛,人生观点,复异昔时,风声所播,弥漫全球。解决人生之惑,穷物致知之理,此固哲学之一般使命,然导人类于康衢,使规范人类最重要工具之一之法律,日趋光明灿烂,则舍法律哲学,奚将焉属。盖哲学二字,其语源本含有爱求真理之意,实吾人求知不已之总称,故哲学为形而上学,乃钻研探求确乎不动之真理,而超越经验实在之学也。夫人之心灵,罔不有知,天下之事,莫不有理,若于理有未穷,即吾知之有未尽也,致吾之知,穷事之理,且更就已知之理而益穷之,以求至乎其极,使表里精粗靡有遗,豁然贯通而无间,此之谓知之至也,亦即哲学之任务也。

二、中国古代之法哲学思想与欧洲之法哲思想

我国古代法哲思想,导源自古,自唐虞三代以至周末,自伏羲、文王、周公、孔子,以及老、庄、杨、墨,荀子、孟子等学说,何莫非探讨维系人群生活法则之思想人物。例如荀子云,凡事行(正利而为谓之事,正义而为谓之行),有益于理者为之,无益于理者废之,夫是谓之中事。凡知说有益于理者为之,无益于理者舍之,夫是谓之中说。天地之道非君子所顾问,以其无益治乱也。比中而行,一事一说,必求有利于人群,使去乱而从治。荀子之说,实为人群之需要而求治,固已情见乎词矣。惟自儒家学说昌盛以后,法哲思想,遂归纳于道德意义的宇宙,又以宇宙的秩序与人俱存。故云天生烝民,有物有责。大学八目,前五目是求个人生活合于道德秩序,后三目是求社会生活合于道德秩序。故其所云之修齐治平,无非求个人生活、社会生活合于道德秩序而以天下归仁为极则,此种以实现道德目的之法哲思想,数千年以来,遂孕育成为中华民族所崇信之最高价值。厥维道德价值,彼之本体为至善,证以“大学之道,在明明德,在新民,在止于至善”,以及“人心危微,道心危微,^①惟精惟一,允执厥中”之薪传,何莫非由此观点出发,虽其论衡方式不同,但亦自成一贯之体系。且儒家之所谓仁义,与欧洲法哲学家所谓正义,用语虽殊,究其内涵,则又有殊途同归之意味也。

欧洲自希腊哲人倡始哲学以还,治法律哲学者接踵相望,派别

^① 《尚书·大禹谟》原文为“人心惟危,道心惟微”,此处引用有误。——编校者注

之繁,议论之多,令人迷离摸索,不胜枚举。骤观之,俱有所是,细审之,则各得一体,正如释迦牟尼佛与盲人论象之故事相同。其间能把握人类之心灵,揭发宇宙之秘密,示人类思考之正轨者,固不乏人,但过于偏执,失于诡辩之蹊径者,所在多有;披沙拣金,继往开来,斯固后起学者之责也。然而无论为何种派别之法律哲学,自然法哲派与历史法哲派,实践法哲派与理论法哲派,比较法哲派与批评法哲派,立论基础,虽各有特异之点,但其钻研之对象,在就规范人类法律之本质及其真实价值,而求其极则,则无不同。例如欧洲最早之法律哲学家妥马斯,即曾谓法律乃为满足人的功用及人的欲望而存在。又如罗马法学家乌耳彭,亦谓法律乃令人尽自己义务之一种常恒不断处分。此皆表示法律具有道德力,且为道德的价值,德学者怀克氏更谓法律为道德之产品。是则中西法哲思想,固亦无重大悬殊。

三、法律哲学在指示现在或未来法律应寻之途辙

夫如是则法哲之内涵可得言矣,即法律哲学,正以过去或现在之一切法律,未能尽合于人类所应追求之理想,吾人为追求理想之实现,故不断予以思维,多面探求。故法律哲学之内涵,并非准备对于成定法之承认,而系就历史上昭示之事实,指示人类对于现代或未来法律方面应寻之途辙。法哲学之思想家,即瞻顾此类事实,深考其奥窍,而为激浊扬清,阐明真理,俾人类之法律秩序更加进步。例如柏卡里阿提倡人道主义而有刑法之改正,胡戈格罗邱斯为使国际关系在平时及战时有一定规范可寻,而有平时及战时国际法之确立,即其显著之事例也。惟是吾人之所谓法律,毕竟为人

类之产物,即法律为人类而存在,亦为社会而存在,因人之生活不能脱离社会,故欧洲古代成语有“有社会即有法”,此语乃强调法与社会之关系。吾人亦可言,有法即有社会,更可言,无社会即无法,而社会之构成,以及国家之组织,乃至国际关系之确立,则又纯为利己与利他之结合。故利己的自利心与伦理的爱他心,实为构成社会组织国家、确立国际关系之动力;利己利他间之调节平衡,又为维系社会国家国际生活之枢纽,此枢纽为何,即法是也。法律与人类社会,既不可须臾离,且无论其人类为文明或野蛮,亦不问其为何种肤色人种,咸均有其赖以维持生活秩序之法度,故如文化低落之爱斯基摩人亦有其社会组织之法度,此项法度在彼等之社会,亦无异于法律也。然而古往今来,过去与现代之法律,不特因时代之不同而异,且更因历史背景而有殊,环宇之类,各国各种之法律多矣,兹欲于千差万别之中,就性质悬殊之法律,求其最终之极则,获一正确之基本观念,使之放乎四海而悉中,准诸万法而不违,衡于百事而悉当(即所谓普遍妥当),此又法律哲学之使命也。盖法律之本质,法律之目的,法律之方法,亦理论法律哲学之基本问题也。

四、法律哲学与其他学问之牵联

世间一切学问与认识,均有不可分之关系。所谓认识,不特与心理学发生牵联,且与社会学、经济学及政治学等,亦莫不有密切之关系也。譬如关于哲学上思维之体系,心理学的理论与法律学的理论之间,常有并行之关联情事,而正邪之识别,亦仅能于吾人心理方面始得其论据。至于法律哲学与社会学之关系,则更深切,

盖社会学乃讨论社会诸般现象之学问,而法律哲学则又系研讨现象理论之学问,换言之,乃研究法律之论理概念,及决定法律理想之学问也。然欲达此鹄的,不仅与社会学发生关系,即为已足,且更与政治学、经济学方面,亦发生同样之联系。因经济上之形态常影响及于法律之形态,且法律之形态更可决定经济上之形态,而法律哲学对此两者间之形态,实具有指导及促进之作用也。至政治上之立法、司法、行政诸种活动,以及我国于一般政治学上之三权活动以外,国父孙中山先生创导之五权并行活动,亦莫不与法律哲学有关。诚以无论为三权或五权之政治组织,若欲使之运用不失其均衡原理,合理地保持其制衡作用,俾其相互间连接运用,发挥整个国权活动之功能,如日月经天,众星运轨,不失其序,亦必有赖于法律哲学之指导。再如过去之《国际联盟规约》,以及现在《联合国宪章》中之原则及目标,无非希望在国际关系上建立国际伦理规律的基本形式(杜鲁门语),此种国际伦理,微法律哲学作之指针,亦难期畅顺无阻也。盖社会学、政治学、经济学以及《联合国宪章》充其极不过认识经验的真理,而法律哲学则在认识合理之真理,经验之真理,常引起吾人之怀疑;合理之真理,则增强吾人之信赖也。从可知法律哲学在其最进步之意义上,并非墨守陈规,局促一隅,在其牵联关系上,实与整个人类文化史、宇宙观、人生观上均有微妙之连带作用也。

第二章 法律哲学之概念及其思辨

一、法律哲学之概念

法律哲学之概念,乃指示一种对象,藉以探求法律之理想,及其真实价值,并从此以求法律之一般妥当性。

法律哲学之对象,既为阐明法律理想,法律之真实价值,故法律哲学非如一般法学,就既存之法律而为探讨,而系就理想可能方面考察法律之绝对价值。试以哲学的价值与经验的价值二者间之观察方法,迥不相同。经验价值论者,乃以经验之实在,为唯一的实在,从而仅认可经验的法律实在而已;反之哲学则由实在的绝对价值内容而观察实在,而非由于经验的事实内容而观察经验,换言之,并非对于已存在者而为探讨,乃对于可存在而为探讨也。故法律哲学乃穷究法律之绝对意义,于现行法外探究法律价值与其它众多之价值关系为目的,藉使法律之价值愈加显著,法律之理想,愈益崇高,法律之普遍妥当性、正确性,愈增显明。

原来理想及经验系两回事,而事实上,或运用上,常发生交流作用,即经验可产生理想,而理想亦可指导经验也。

基于上述概念,可知法律哲学与普通之法律学,其研究对象,截然不同:即一般法律学,乃仅就各种现行法律分门别类为钻研之对象;而法律哲学,则以认识法律本质、法律理想为对象。盖法之认识基础中,含有多种之问题,即法之本质及目的、方法若何,设昧于此等认识,则难了然于现行法律,亦不过于白纸黑字之法条有部

分理论认识而已,究未认识法律为何物也。由此等不加哲学思考而相成法律理论,非仅有冥行摘埴、盲人瞎马之讥,且贻害于人群亦复不浅。设若吾人思考透过法律现象以追求其泉源,运用哲学上的思考,组成完备之理论,庶能指导规范人类之法律于康衢,法律哲学亦即因此而存在也。不特此耳,任何种类之现行法律,其形成势必受其国民文化之影响,若仅以文化现象知识而认识法律,则其认识为不充分,故必须就法律之评价、法律之理想为总括之认识。庶此种认识,乃能于将来法律之进步,具有最高之指导力量也。

所谓法律之理想,当然有别于玄想,故法律哲学所讨论者,非乌托邦,而系人世可能实现之理论也。惟所谓法律,古往今来,议论多矣,古代自然法哲学派误认天壤间别有完全无疵之理性法存在,且信由抽象的价值体系可产生亘古不变之法,不特忽视历史及时代之关系,而且忽视法律之拘束性,更不知法律实渊源潜伏于人类团体之权威也。故自然法哲派之说,不能认为中鹄,在欧洲法哲思想中,其见解较近实际者,厥惟柯勒氏之说。彼认为“法律即秩序,故其步趋须与文化潮流配合,法律又如文化,因时间空间有差异,而且必须因应时代文化之要求,夫如是法律方能促进文化而不阻碍文化,故世间亦无永久不变之法”(参照柯勒氏著《法律哲学》第二版,第11页以下)。据此以论,则法律之理想可得而言矣,即(一)一国之法律必须与其国历史风俗配合,(二)须可反映其国人民之生活状态,(三)须适合其国人民政治上社会上之要求(参照拙著《为什么要重建中国法系》一书88页)。

我国为三民主义民有、民治、民享之民主国,载在宪典,国人服膺。而三民主义纵的方面,继承尧舜禹汤文武以来先圣先贤一脉

相传的道统,横的方面,博采世界群哲的学说;是则在我国今日之情形下,自应以三民主义为法哲思想之最高理想,实亦无疑之事。缘其内涵,中正和平,精深博大,且网罗人类生存幸福之泉源也。或谓以立国主义,属入法哲思想,殊觉不伦者,殆亦未明法律理想之涵义也。诚以理想之意义,不外人类活动趋赴之目标,三民主义,孕育我国固有文化,兼蓄西方良模,既为国人所崇信,亦即为国人所共趋赴之鹄的,以之作为法哲学之最高理想,詎复足异。不特此也,欧洲法哲学家,常以正义为法哲之理想,所谓正义依亚里士多德之说,乃道德中之理念;正义本身,更区别为分配正义与回复正义,且为之定义云,“正义即中庸,故任何人不得要求多于与自己相当者,亦不得少于自己相当者”。此正义之观念,又与我儒家仁义之涵义无殊,且亦不出孙中山先生遗教之范围,兹以其主义为法哲思想,有何不可。抑有进者,人类同此圆颅方趾,此心同,此理同,其求正义自由和平繁荣之愿望,亦无不同。三民主义之内容,实含有正义、自由、和平、繁荣之各种条件,与《大西洋宪章》所宣示者,亦相契合,是此主义不仅为我国人所景崇而应以之为法哲之理想,世界其它民族,若了然此主义之真谛,亦当共认之为法哲学之理想也。近代科学进步之结果,及原子说之成功,自然科学已登峰造极。然而科学究竟不能解决一切,柏格森分本能与智慧为善恶之直觉主义,及重行轻知、反抗理性之哲学,以及培根所创知识即权力之说,究无补于现代及未来人类之困厄,必赖此中正和平三民主义之法哲理想,始能导人类于康衢,而不致趋于极端,否则尼采之权利哲学,将抬头于今世也。