

東吳法聲

二十八年夏季號

要目

黑格爾「法律哲學」的「奧伏赫變」論

論許丹穆拉氏的法律哲學

動員法治精神

對於正當防衛之新見解

一顆子彈的犯罪根據

償債基金

過分利得稅與戰時之財政經濟

私權概論

英美契約法中約因之意義

四馬路

亦 哩 度 飯 店

美 餐 至 問

諸 君 幸 毋 相 疑

午 膳 一 元 二 角

晚 膳 一 元 六 角 半

一 一 八 〇 九 : 話 電

總 辦 唐 以 木 簡 意 惟

有健全之體格

始有健全之精神

請速加入

司梯倍來體育館

上海麥特赫司脫路

二一五弄二八號

TAKE PHYSICAL EXERCISE
IF YOU WANT BETTER

HEALTH
AND
FIGURE

BEGIN RIGHT NOW
IN

The Stembera Institute of
Physical Culture
28 Lane 215, Medhurst Rd.
Cr. of Bubbling and
Medhurst Rds.



華華雜誌公司

專售 歐美書籍 各國雜誌

售 高等文具 教育玩具

總公司——上海四川路三九一號
分公司——靜安寺路一六五二號

天昌祥西服號
靜安寺路一六二號
電話二九六二五

M. LITVAK

The best Tailor in town.

They give you dignity!

Be a Lawyer of Power.

Order Now!

Finest Fabrics

Latest Style

126 Bubbling well Road

Tel. 91652

中國青年會西餐部

上海四川路五九九號

電話一五一九〇

豐盛大菜 價廉味美
宴客零吃 均隨尊便
蛋糕西點 色色俱全

法學雜誌

第四十五期

論著

我的學問方法攻究主題

民法第一〇〇一條但書之檢討

種類債權特定後債務人得更變給付否

北同海損之檢討

後漢刑法志略

論遺產之分析

僱傭關係論(Master and Servant)

張耀曾

應時

曹傑

魏文達

丘漢平

鄭保華

王亢侯

各國法學名著摘要

譯叢

蘇俄刑事訴訟法

日本刑事訴訟法

轉載

決算法

遺產稅暫行條例

非常時期過分利得稅條例

孫曉樓

李欽后

法學雜誌

第六卷

目錄

論著

釐訂法律學系標準課程之檢討

海上撈救之商權

破產法上特殊取回權之研究

辨證書證真偽之方法

探證法制比較論

中國契約法與英美契約法之鳥瞰

孫曉樓

魏文達

王仲桓

蔣禮泉

王亢侯

徐肇慶

譯叢

判案方法之性質

蘇俄刑事訴訟法

日本刑事訴訟法

各國法學名著摘要

轉載

王世熊

孫曉樓

李欽后

東吳法聲 一九三九夏季號 目次

編者的話

黑格爾「法律哲學」的「奧伏赫變」論
論許丹穆拉氏的法律哲學

你同意嗎

中國哲人的法律觀

動員法治精神

從國際法上的國際制裁談到國際盟約第十六條

漫談憲草第八條

對於正當防衛之新見解

犯罪關於生理上之原因種種

我國緩刑制度之研究

一顆子彈的犯罪根據

自殺是否犯罪

格老秀斯的戰爭與和平之權利（法學名著精髓）

債權基金

過分利得稅與戰時之財政經濟

戰時外匯之漲落問題

監獄學ABC

不要，犯罪的阻礙

罪犯大學

被遺忘者的法庭

紐約近郊防止犯罪的方法

可笑的法

私權概論

馬林

黃家

學思

林利和

劉戟

程樹榮

王少襄

黃紹芝

周克傳

愚公

王沉

仲馬

田岳

張茂鵬

鄭鵬

莊繼旦

江合譯

零妮譯

萍子譯

英譯

兀薦譯

徐通修譯

楊家聲

法律與宗教
英美契約法中約因之意義

你寫了多少

法律的民衆基礎

現行之婚禮儀式及其商榷

南非洲聯邦圖書館立法綱要

從看戲和看報而引起的對於法律的雜感

名師傳語

法律圈外

讀田中佑吉著近世法醫學

介紹英漢法律辭典

讀羅著社會科學概論法律章

中國民法及票據法的德文譯本

「民法總則註釋」評介

英譯的中國民法

參考資料

戰時法規

決算法

訴訟費用暫行規則

遺產稅暫行條例

非常時期過分利得稅條例

最高法院設置分庭暫行條例

戰爭發生後司法院解釋彙集

修改兵役法二案

校聞

同學消息

翁傳慶

徐肇慶

鍾算

山主草

慕友信

喻友信

徐遜修

仲馬

林蘭

愚公

行者

伯至

楊家聲

羅會章

立信會計叢書

簿記類

簿記初階
初級商業簿記教科書

李文杰編
陳文麟施仁夫編
四角五分
九角

習題詳解

高級商業簿記教科書

潘序倫編著
二元二角

實習題應用文件簿冊

習題詳解

英文高級簿記會計

潘序倫編著
三元二角

普通會計類

會計學 潘序倫編著

第一冊二元
第二冊二元四角
第三冊二元六角
第四冊二元

習題詳解

會計學教科書

潘序倫王澹如編
三元二角

會計學概要

李鴻壽編著
二元五角

習題詳解

股份有限公司會計

潘序倫著
四元五角

習題詳解

決算表之編著及內容

黃組方編著
三元

決算表之分析

黃組方編著
排印中

決算表之分析與解釋

潘忠甲譯
排印中

無形資產論

楊衆先著施仁夫譯
一元五角

會計問題

施仁夫唐文瑞編
上下冊精裝各四元
平裝各三元

審計類

審計學

潘序倫顧詢編著
精裝三元八角
平裝二元九角

審計學教科書

潘序倫顧詢編著
一元五角

查帳報告書及工作底論

顧詢錢邁激編
二元五角

審計實習題

唐文瑞編
排印中

成本會計類

勞氏成本會計

潘序倫譯
三元

習題

實習題應用簿冊

一元
九角

陀氏成本本計

改編排印中

習題詳解

施仁夫譯
四元

成本會計教科書

潘序倫譯
二元

政府會計類

政府會計

潘序倫王澹如編著
三元一角

實用官廳簿記

吳蔓編著
二元九角

會計審計法規

王逢辛編輯
三元

專業會計類

銀行會計

顧準編著
精裝三元三角
平裝二元三角

總習題應用簿冊

一元四角

習題詳解

顧準編著
三元

銀行會計教科書

顧準編著
一元六角

鐵道會計

張心激編著
四元

交通會計

張心激編著
二元七角

各業會計制度

潘序倫編 第一二集各二元四角

其他

所得稅原理與實務

潘序倫李文杰編著
一元五角

會計數學

李鴻壽編
三元八角

會計名辭彙譯

潘序倫顧準著
一元

黑格爾「法律哲學」的「奧伏赫變」論（註）

馬 林

（一）引言

（二）黑格爾著作「法律哲學」的時代背景

（三）黑格爾「法律哲學」的退化性理論批判

（四）黑格爾「法律哲學」的進步性理論的接受

（五）黑格爾「法律哲學」的繼承任務
（註）法律哲學（Grundrissen der Philosophie des Rechts 20）「奧伏赫變」係德語 Aufheben 的譯音

即某一概念一面在有條件地消除一面又在批判地保存和融化之意
中文有人意譯為「揚棄」——見恩格斯著費爾巴哈與德國古典哲學的末日

編者硬要我寫一篇關於黑格爾法律哲學的介紹。「介紹」工作是不容易的。雖然這可以純客觀的陳述，但純客觀了，每每使讀者忽略了他的精采部份。所以我主張是要「奧伏赫變」地介紹——何況這是黑格爾哲學，何況這是黑格爾法律哲學呢。於是我選定了「黑格爾法律哲學的奧伏赫變論」這個題目。

目。

一 引言

研究黑格爾，並不是單純地盲目崇拜黑格爾。研究黑格爾哲學，應批判地認識其理論根據，否定地接受其理論精華，這是卡爾給我們的指示，也是庸俗的形而上學者，研究黑格爾所忽略的地方。時代決定我們所需要的黑格爾，是在今日起着進步作用的黑格爾，所以對黑格爾哲學特別是他的法律哲學，我們有高揚其進步性，客觀性，而批判其限制性，和反動性的必須，這或許是費爾巴哈留給我們的教訓吧。

舉一例說吧，新黑格爾派的學者，自命為把握着黑格爾的傳統，然而誤解黑格爾哲學的地方很多，他們中間有人描寫黑格爾成一個「生之哲學」甚至為「非合理主義」的哲學家，在這裏，他們都忽略了黑格爾世界觀和形而上學本身內容的矛盾，和黑格爾會反對「生之哲學」底直觀和體驗，主張合理思辨之優越等，和「非合理主義」論辯的戰績。黑格爾最容易給人所誤解的是他「法律哲學的著作」，在那裏，他露骨地表現了無

批判的實證主義，反動地合理化了普魯士君立立憲政制，並提出有機體說，反對個人主義，強調國家主義。（——有人竟因此說黑格爾是個十足的國家主義哲學家。）這個錯誤，是發生在對黑格爾沒有整個性的了解，忽略這是黑格爾完全喪失過去表顯的進步性，而走入反動期底著作，他們把「法律哲學」上的黑格爾，直捷地認為本質的黑格爾了。這更說明了在我們介紹黑格爾法律哲學怎樣地需要「奧伏赫變」呀。

甘柏石介會這樣談說過：「我們理解黑格爾，不是為黑格爾而理解黑格爾。而是為着我們的進步而理解黑格爾」，由是我們研究黑格爾法律哲學，更應把握着正確的方法論，然後是其所應是。非其所應非；在他最反動的著作裏，一方認識其錯誤，一方攝取他的進步。但我們要注意的，是不要把他的理論孤立化地研究，而須配合着歷史的必然性和社會組織上層建築的交互作用。

弗里持立舒·恩格斯說：「政治的，法律的，哲學的，……以及其它等等，都是隨着經濟底發展而發展，但它們中間是彼此影響着的，而且也能影響到經濟基礎。」又說

：「……一切的社會，都為必然所支配，此種必然之內在與外形的表現，即是偶然。」普列哈諾夫做著結論說：「人類底活動，不是自由的，而是必然的，換言之，是有規律性的，能為科學的研究對象的。」當然我們決不是唯經濟史觀，把社會的現象全部納入經濟的範疇裏去，但我們研究黑格爾法律哲學，先把黑格爾寫作該文時的時代背景研究一下是必須的，正確的。

二 黑格爾著作「法律哲學」的時代背景

「為歷史服務的哲學之任務，便首先在揭露其非神怪姿態中自己外化之正體，于是天國底批判，轉變為地上底批判，宗教的批判，變為法律底批判，……在法蘭西及英吉利。問題是政治經濟學。或社會對財富之支配；反之，在德意志却叫號着國民經濟學，或私有財產對國民之統治……德意志底法律哲學，及國家哲學，是和公的近代的現代，保持着平準（*Al Pari*）之唯一德意志歷史……」（卡爾黑格爾法律哲學批判導言）因此黑格爾放棄過去具有啟蒙的，民主的，進步性底哲學範疇。而反動地發揮和封建的普魯士妥協的理論，無批判地承認其存在的合理性，和無上性，形式上已無疑是退化性

的表顯，要是辯證地考察其錯誤的社會根源，我們迅速地會發現他那時代環境的特殊，形成他思想內容的趨向俗物主義的原因，因而及其形式；中間自有恩格斯所說必然性的存在。他自己決沒有這樣的「自由」去決定這個大轉變。

（一）拿破崙的戰功，對那時普魯士說來，在學術上，是有相對的進步底貢獻，把自由主義的思想。帶給了普魯士學生，使市民階層慢慢地抬頭，向封建階層進攻，可是當拿破崙失敗了。全歐便招來了反動期，革命的波浪到處壓下去，東歐封建勢力又呈着安定狀態。維也納會議後，法國的市民與封建勢力妥協，普魯士又把憲法復古，同時更強行着反動政策；反抗這種反動壓迫的，不就是市民階層而是帶浪漫主義色彩的知識階層，于是引起了空前的學生運動。黑格爾持涅等便假着警察的力量，封閉學校。並嚴格地監督教授和學生們，同時更準備着思想的對策。在一八一七年終，宗教教育底監督機關，改成了教育部，並任命了偽自由主義者的亞爾頓斯坦為教育長，他亞爾頓斯坦第一箇最惡辣的主張，便是把他以為「不知史的漸進底必然底正確發展過程」的浪漫自由主義者們（學生教授們）善加思想上的誘導。能担当這個誘導責任的人，他們以為只

有那位黑格爾了。黑格爾便這樣的做了柏林大學教授，填着菲希德的虛位。黑格爾第一篇演說便道：「世界底現實變革底時代已經過去了，思想考察底時代已經來了！」換句話說：「普魯士政制變革底時代已經過去了，你們還是考察你們的思想吧！」

（二）德國產業日趨發達，市民社會隨之而興，他們為了避免英法產業的壓迫，而擴大其自身的發展。自然地需要與有力的國家——普魯士——妥協，或受某種程度的庇護。拿破崙化德國為其殖民地後，德國產業大受影響，軟弱的德國的市民，不可避免地向着有軍隊的封建勢力投降了。

（三）德國在那時還是四分五裂的國家，為要求產業的發展，統一觀念，是德國市民及知識分子底最大要求，這種要求的實現，非由普魯士和奧大利的力量是不為功的。

（四）這時候的普魯士，社會上呈現着皇帝和貴族（同時是大土地領主）激烈的鬥爭。皇帝要打倒貴族底封建勢力和特權，而造成集權的中央政府，非和市民們暫時共同其利害不可；因此自十九世紀以還，二次不顧貴族們的反對，頒佈農奴解放令，這個社會的解放，各國本來都由民主革命來完成任務的，在普魯士却通過了君主立憲而實行，所以兩次的解放令，都是極形式而空洞，頒

布的目的，也非模實的解放，而是爲造成強力的中央集權，和獲得多量的優秀的士兵，增大農民納稅力的；——但無論如何，這二次解放令，對市民底發展，多少具有助力，市民階層的黑格爾。便反映着不得不與封建勢力妥協的姿態了。

(五)大市民(即黑格爾所屬階層的市民。因與小市民——勞動生產者羣，即所謂第四階層——相對而言，故稱大市民亦稱第三階層)的革命性是保守的，而進步也具有限制性。在英法已充分表現於市民階層取得政權後的行動中；在普魯士一般知識階層對法國革命中雅各賓黨之要求自由，已失去了同情，而黑格爾也不免對德謨克拉西極度表示畏懼性，且在王政復古期，竟然把這大市民所具的限界性公然形象化而與封建勢力結合了。

(六)那時候普羅士社會上現實的對立。尚未明顯化。英國的失業和貧窮問題也由獲得殖民地而暫時解決了，但市民社會的發展的本質，必然會生出矛盾和對立，在黑格爾著作「法律哲學」的前年，曼徹斯底屠殺發生了，騎兵殘殺了數十名反抗的勞動者，但市民階層的黑格爾決不能把市民社會發生的偶然的現象的矛盾，反映爲它本質的必然的矛盾。

三 黑格爾「法律哲學」退化性

理論的批判

(甲)——黑格爾對於浪漫主義的駁斥

黑格爾喪失他青年時代及邏輯學時代底批判性，而跨進無批的實證主義，最顯著的表顯，莫過於他對浪漫主義代表弗里斯演說的駁詰，他把浪漫主義正當的革命性，和它具有的小市民底劣根性，一同否定了，黑格爾非難弗里斯感情主義，是正確的；但他的「一切的生命，是叢下方，即民衆湧出的」，前進見解，認爲「無忌諱地述說」，却是黑格爾肯定普魯士底封建現實的表現，也就是他陷於反動階段的具體表現。

(乙)——黑格爾對於封建的認識

(一)大市民階層的黑格爾，由君主貴族政制和民主政制二勢力結合的君主立憲制裏觀察國家最高形態。他提出了「實體統一」的問題，說君主權，行政權，立法權，雖同爲國家權力之一，但君主權有決定的意義，三者爲一種「觀念的統一」，在自身之內，包含諸契機，他們的存在，只有在全體理念上被規定。

(二)行政權他解釋爲把遠離一般國民意志的超越的官僚政治合理化，他強辯着官僚都是公正，優秀的，他把行政權的演繹，

變作專制的辯護書。

(三)他證明國家中貴族的必然性，因爲貴族「這個階層以土地所有爲其生存基礎，從而其特殊性，既有自身底意欲，同時又有君主底要素所含有的自然規定」，他們能調和君主權與國會間敵對的「理性關係」。又因這個階層經濟地位優越而得能盡率政治，所以黑格爾說：「貴族是個善良的階層，它的本質底命定是政治活動，所以有不經選舉而得國會席次的權利」。這種證明。無疑是普魯士實況底經驗的敘述，但黑格爾自己以爲是概念自身的自己證明。他的矛盾，是使生而具有特權的自然物，在最合理的國家中，把合理的事物都從屬其下。

他對於封建制的認識，無異在肯定許多封建遺制的存在。

(丙)——黑格爾對民主制的認識

黑格爾說：「政府對於國會的態度，本質上不應是對立的，相信這種敵對關係底必然性的人，實在是可悲的謬誤」。所以黑格爾在這裏已放棄其辯證法觀點而主張國家是澈底調和的統一體，又因黑格爾最底視官僚階層的，所以他認爲國家對政府，不惟不對立，且無監視職能，政府即無國會也會治國。國家是現實存在的東西，黑格爾給與它的哲學的定義，可說是國會是國家對於破壞的

羣衆的一種安全瓣。換言之，國會爲單純的政府或君主與人民間的媒介機關。所以憲法便被解釋爲「本質上是媒介的體系。」國會具有有限的部分的立法權。而這給是和最高決定底歸屬之君主底契機及最客觀的最熟悉政務的行政權所共有的。總之黑格爾在對民主制的認識中，還植有對封建制認識錯誤之毒。而認人民是愚昧的，官僚是賢明的，他的一切民主制觀察，也都植根于此。且時以「媒介」「調和」「二點經緯其間，作爲他「法律哲學」的特質，同時他敘述了普魯士國家底現行制度，而以之視爲國家質永久性質。

(丁)——黑格爾的有機體說。

(一)以人民意志分離國家視之爲超越的東西，這是黑格爾法律哲學底顯著特性，也是國家與市民社會本質上不同的原因。他以爲那種以市民間的利害關係歸結得來的國家，不過是「外面的國家」，「悟性的國家」，真的國家在高平市民社會底秩序上，是超越市民社會而存在的。他把自己的有機的哲學的國家觀，與盧梭底原子論的契約國家觀，相對立，同時再把有機說和康德的自自然法對立，其實自然法和有機說，本質上還是同樣，還是同樣不能認識市民社會的本質，而僅是機械的原子的理解。看出社會階層哲

對立，所不同的僅是二說的時間因子，自然法是德國市民在德國革命前的理論，即此封建國家鬥爭的市民底社會理論，以社會的成員爲國家的基礎。有機體說是法國市民奪得政權後，德國市民底理論，即與封建國家妥協的反動市民底社會理論，把一切市民權利沒入國家之中。二說是相應承的。

(二)現在我們來討論有機體說自身的缺陷：法律哲學裏黑格爾喪失了動的邏輯底初髓，而轉成終止的，調停的，詭辯的，觀念的，死的統一體。本來有機說底思維，對於無統制的原子論的自然法，爲有組織的全體思維，應是更高的東西，但是實上黑格爾的有機說，却成了反動的東西，放棄了動的否定的路，而死抱住凝固的殭硬的方面，抹殺了國家社會上的對立和否定過程，一味把國家社會的一切契機視爲媒介的調停的；肯定他底時代爲最後的階段。這原是他的哲學體系中的絕對精神作的怪而形成他法律哲學有機說的本質錯誤。

(戊)——黑格爾的非歷史主義：

(一)理論和歷史的分離，及非歷史主義，也是黑格爾法律哲學的特質。但歷史和理論的統一，本是黑格爾辯證法的本質，但在法律哲學上，他說：「但是國家一般或寧是各個特殊的國家，其法律及諸規定之歷史

的起原，是甚麼呢？又曾是甚麼呢？國家最初是以家長關係，恐怖或信賴，團體等等發生的嗎？或這些國家底法律底基礎根據怎樣作爲神的法，制定法或契約習慣等等而被意識地把握，確定呢？這些問題對於國家本身底理念，是無關係的，若就這兒專門論述的學的認識看來，這些東西寧是單純的現象，史學的事實。」換句話說：論究國家和法律底起源，是無用的，所與底東西，本身是絕對的，他這裏把現象和本質分離，又把他邏輯學中辯證法優秀的特質——歷史和理論的統一——放棄了。

(二)一切法律現象，離開了當時歷史事實，決不能理性地理解的，然而我們的黑格爾這樣地說：「裁判官及裁判，歷史地看來，是採取族長關係，權力或任意選擇底形式發生的。但這對於事象底概念不重要。從王侯及統治者方面考察，裁判底創造如豐。哈勒爾在所著「國家學底復活」上所企圖的，僅作爲任意的好意或恩惠底事件是無認識的，在論究法律及國家時，主要地是論究這些制度一般地爲理性的東西，即自地而且對自地是必然的，其發生創設的形式，在考察其理論的根據時，不成問題」這是他無批判的實證主義又表現。法律從（歷史的）主體離開，使它憑空地發展着，他以爲法律不是有特殊利害的一定階層的，而是在其自身上發生的普通者，法律常自稱爲超越特殊利害之普遍的東西，這只是經驗的事實。在「法律哲學」上，法律道德始終是作爲與特殊和個別對立之一般而理解，決不是作爲與特殊

對立之特殊而理解，他看了本質的對立。事實上法律的概念恩格思講得最澈底：「在近現代史上，國家，即政治制度乃是從屬的原素而公民社會，即經濟關係界，則是主要的原素根據，舊的觀點——黑格爾也是這樣——則適相反：：同樣公民社會的一切要求，不管當時是那一個階層統治着，必然要通過國家的意志，以法律方式取得普遍的意義：：在近代史上，國家的意志大體上是受公民社會隨時變動的要求，是受某一階級更歸根結蒂說是受生產力和交換關係的發展所決定的——（恩格思著費爾巴哈論），因此法律道德宗教及其他一切意識形態事實上都是通過統治階層意識的東西。」

（已）——市民社會底矛盾

黑格爾不能歷史地看法律，自然也不能階層地看法律，又不能視國家為對立物的統一。但以客觀的必然的契機，植根于資本主義社會底根本構造中，黑格爾認識了市民社會上貧困的必然性，及貧困底勞動階層反抗困必然性。可是大市民的革命認識，多少具有界限的，他對勞動者暴露了恐怖，把為歷史必然範圍之勞動階層，完全混同于流氓及賤民之中。為一切時代，一切社會上存在的，單純社會的偶然的非本質的東西。他大體上落了他們的歷史性，近代會社上的必然性和本質性。英國殖民地的獲得，暫時解決了社會階層對立的尖銳化，這是黑格爾不視法律社會國家為階層對立的東西之客觀條件的最大理由，但也意外地客觀地洞察了市民

社會。正如亞當·斯密李嘉圖之流。

四 黑格爾「法律哲學」進步性理論的接受

（一）黑格爾法律哲學進步性理論，主要的表現是在和浪漫主義鬥爭上，試看他「法律哲學序言」我們可接受二點理論：

（A）黑格爾主張社會底道德和法律內容的客觀性和合理性，嚴格地批判浪漫主義代表弗理斯的主觀底感情底理想主義——以故意背反現在一般妥當承認的事物為自由。

（B）批判浪漫主義的小市民底劣根性——輕蔑合理思維，以感情神祕夢等導入哲學。

（二）在法律哲學上他也以其特性的，現實的，而且實證的態度，考察法律國家及市民社會，並與浪漫主義哲學底觀念的，主觀的，感情的態度對立，這是優越的史觀。

（三）他批判豐·哈勒，把法律和裁判為支配者底任意的善意和恩惠，認為「無認識的」。——（見上）這是進步的把握着歷史的批判，雖然他自己的理論仍喪失了歷史主體。

（四）黑格爾自己雖未意識把握着階層的意義和使命，但也意外地客觀地反映了事實。他也認識市民社會發展的貧窮必然性，和無產者反抗的必然性，可惜他錯估了無產者的歷史意義，把自己限制于大市民的意識裏。

五 黑格爾法律哲學繼承的任務

黑格爾臨死悲痛地對他的弟子們說：「我底弟子中沒有人理解我，理解我的只是一個米什勒（Michele）但他也理解我得不好的。」可見繼承黑格爾的大弟子米什勒也不是正統的。至于餘者黑格爾的右派，中派或是左派費爾巴哈更無論了。但當時的卡爾才十三歲又五個月呢。黑格爾悲痛他死時沒有繼承人，也是時代決定着的，自黑格爾死後，歐洲正式走上了資本社會的大道，動的邏輯被厭惡了，庸俗的觀念論代替了物質論，康德休謨柏克萊抬高了原有的地位，接着便來了直覺哲學，實用主義，：：他們不惟不理解黑格爾同時更歪曲他的哲學，攻擊「奧伏赫變」了的，正確地把握着他革命傳統的學說，市民哲學家對他的態度，正如市民經濟學家對李嘉圖一樣。

黑格爾哲學不是純粹市民的，他有反市民的成份。我們所處環境，是一個急需改造的市民社會，我們要科學地認識它說明它，我們決不能如十八世紀底物質論者那樣徒事咒咀，卡爾說：「哲學，只是用不同的方式來說明世界，但問題是在改變世界呵！」——（卡氏：費爾巴哈論綱十一）所以正統地繼承黑格爾的，定是與市民對立的學者，不僅是反映社會變革的理論，並要從事社會變革的理論和實踐統一的學者。思想的辯證發展自然適應于實際的辯證發展，所以繼承的使命和任務當是與市民對立而且預備否定它。

論許丹穆拉氏的法律哲學

黃 家

當代新康德派的大宗師，世界著名法學者德國許丹穆拉氏（R. Stammer），他的法律哲學，或是說他的法律學底哲學基礎，是十足觀念論的，是十足兩元論的。這自然一無可異之處，因為他所祖述的康德（I. Kant），無論在哲學方面，或是在法學方面，都是一個標準的觀念論者和二元論者，一脈相承原是必然的結果。

我們先來看許氏法律哲學中的觀念論底因素，那麼非常明顯的，從許氏對於法律的基本認識或解釋中就可以看出來了。什麼是法律呢？許氏的回答：『法律是一種不可違背而是自在的，無數的自由意志相印相成而得到的一個意志底綜合表現。』簡單的說，法律就有一定的意志底反映，也就是為意志所決定的。這正和康德所說的沒有什麼二樣：『法律是各式各種境遇的總匯，在各式各種的境遇下，每一個自由的意志都可以儘量的表現，這我們可以概括地稱它們為法律的自由。』這是完全全把法律看做是一種自由意志的外化，而和黑格爾的以之為絕對精神的外化是名異而實同的。羅倫託基（Eol and R. Toulke）在他的法律哲學一書上曾

作這樣的解釋說：『他的見解（指康德的）是謂，法律係求說明社會裏各個分子的行為，而這種行為乃被限制於某種外因的。這個外因在另一方面正又帶給各個分子以最大可能限度的相等的自由，所以也就是說明自由意志的存在，而這只是只有應用了所謂純粹的理性方能做到的。』

許丹穆拉氏在他的好幾個著作中，像早期所寫的論歷史學派的方法，和較晚的法律與法律學原理及法律學基礎教程等，都有同樣的敘述。從而康德所發現或說是假定的純粹理性，又終於在許氏的法律哲學中重現。『法律假使沒有一種內在的理性作為它的架構，而只是在感覺和經驗的圈子裏馳騁，那麼它的成為科學將是不可能的』，許氏不止一次的這樣告訴我們。

可是康德在純粹理性後面又加上了一重限制，或者可以說是添了一條尾巴，那便是他認為純粹理性必須是先驗的，必須是超感官的。換一句話說，它必須是與生俱來，而不是植根在經驗界裏的。這一個解釋在康德自然是有着必要。非如此他就不足以解決絕對知識和真理的問題，也即是不足以解決理

性論和經驗論二者所遺留給他的矛盾。而康德在知識論裏的武器，許氏又把它應用到法律學的領域裏來，因此就主張要求一個『放之四海，準之古今，無往而不適的法律底先驗概念』，也就是想望確定一個法律的內在底不變標準或格式。

這樣，一切觀念論者的心緒和企圖，都在許氏的法律哲學裏表現得一覽無遺了。他們不願在客觀現實或社會根據裏認識法律，他們不願在人類歷史的發展過程裏去認識法律，而一味的只是想要在頭腦或幻想裏創造法律，在意識的深處去找求所謂法律的『真髓』，但真髓卻不會在那裏的。

進而我們更看到許氏的法律哲學，在表面上果然他自稱是『社會一元論』，可是在實質上却是澈頭澈尾的『心物二元論』的。這又正像康德一樣，在認識的主體和認識的客體中間，斷然劃了一條不可逾越的鴻溝，而認為是絕對不相聯繫的二個孤別獨立的存在，許氏也提出了他的『法律有着一個格式，但格式以外還有着一個實質』的理論。在他認為：格式是永恆的，不變的，始終存在於我們底理性中的，因此正是我們在前

面所提到的先驗的純粹理性，而他方面實質却又是不斷的變化和發展的。於是，法律的格式就知法律的實質採取二種不同的姿態而出現着，同時也就是朝着二個不同的方向進行了。這裏可以看出，許氏是不明瞭「格式」和「實質」只是一個東西的二面，在這個世界之內，決不可能存在一個無格式的實質，但同樣不可能存在一個無實質的格式，把它們二者分別起來理解是根本不能想像的。而假使承認了實質是變化的，那麼格式必然也跟着變化，不變的格式只能包容不變的實質，而不能包容變化的實質，何況世界上就根本沒有所謂不變的格式和不變的實質。在此地，二元論的矛盾和錯誤，又被無掩蔽的暴露了出來。

二元論再跨前一步，很自然的就陷入于不可知論的陷穽中去。康德是如此，許丹穆拉也是如此，所以正像康德一方面承認了物自體的存在，他方面却又否認它的可知性一樣，許氏也同樣一方面認為法律有着一個確定的概念，但他方面又申述它是永遠捉摸不到的。

許氏從這樣的一個哲學基礎出發，自然更會犯了不少其他的錯誤：譬如既經承認了經濟是實質，法律是格式，可是却又否定經

濟決定法律的意義，相反的却認為經濟是隸屬於法律的，經濟的作用是不能超越了法律底格式的，這就完全是形式決定內容的形而上的觀點。同時目的論的氣味，也貫串在他的全部學說之內，而以個人的目的為法律發展的底內在線索，這些都是一個觀念論者所必然發展到的結論。

上面是我們對於許丹穆拉氏的法律哲學底一個輪廓的批判，但同時我們自然不會抹殺了他對於這一時代的法學底有力的貢獻，好像給予自然法學派和歷史法學派的猛烈底抨擊，指出自然法學派的「一成不變」底獨斷概念的錯誤，以及糾正了歷史學派完全無視於主觀能動性的缺陷等，可是許氏究竟還是爲他的時代和環境所限制，不能接受并應用一種更新正確的哲學，來作爲他研究法律的基礎。

我很想用一個可笑的軼事來結束這篇文章，有人把許氏的『拿唯物史觀來研究法律』，是根本不懂法律』的一句話，去問另一個接受了新哲學理論的法學家，他的回答很妙：『那是不懂唯物史觀者所說的話。』

你同意嗎？
學思

魯東氏：世界著名的第一思想家，社會主義者，法國蒲
 裏梭說：『財產就是贖物。』因此法律學者在什麼
 裏引伸就是保護贖物的說：『你同意
 實際上是保護贖物的說：『你同意
 嗎？』

嗎律不法和怒也的法會學士
？是會律殺嫉許心律沒說前
只消呢傷忌有理也有主此美
有滅；等等名是可犯罪在國
進的；事，譽不以罪共本哈
化。講的所，可無和產院佛
，一到，以也形爭，的大
只切這怎共許變中執說講學
有歷裏樣產有換消，人演法
擴中，可社性的滅沒類裏學
大事讓以會情。的有只說院
的實我說裏的共。犯要：教
，說是也變產：罪沒一務
都，能會化社；和有馬長
你證法够有，會可爭財克龐
同律律不爭如的是執產斯德
意法是要執喜人人，就的德

然在能上的時的將
貝，合生教應時作來
有到理理育用消用私
消這道上，科滅：有本
滅時解的羣羣，：制社
候決病衆方文將度會
。律他態受法化來一科
。法的都社組程的廢學
你還然日會絳度社除的
同用望益生經必會法著
意來，滅消濟然，律作
嗎幹犯少的，提陪便上
？什罪，薰並得級上這
麼就每陶實很和掉樣
呢不個，施高政地寫
？會人心普，治主着
當存都理普同既要一

中國哲人底法律觀

林利和

一 引言

東方文明和西方文明，雖或有共同的淵源，但是自從五千年前文化軌道開始分出兩條以後，直到十九世紀中葉，就始終相互隔離地，反映各別的背景，用不同的方式演進着。不過，演進底路線固然兩樣，某幾種智識總體却不謀而合地，共同存在於兩種文明裏。可惜「命名」Nomenclature 和「方法」Methodology 既然全異，要從中國古書裏整理出和西洋某一學術完全相當的一種「學術遺產」，祇有將所有的書，都放在一個熔爐裏，用西洋「方法」提煉過，才有成功的可能。然而這種艱難的工作，非經許多學者探討幾十年，是不容易得到什麼頭緒的。作者不學無術，不敢修談中國的法律哲學，姑且以「中國哲人底法律觀」命名這篇。

法律是一種社會制度；它和整個人類社會底其他方面，都有不可分割的聯帶關係。所以，一個思想家底法律觀，必然基於形成他底思想底基礎的「方法論」Epistemology。有些哲人具體地談到法律底由來，意義，價值等問題；有些哲人却一句話也不提到法律

或政治；但是，他們底法律觀，既然本應是構成他們整個思想體系的一環，未嘗不可以邏輯地被推求出大概來。假使要澈底明瞭中國哲人底「法律價值論」Teleology of Law 底史的發展，自然有將那些「隱在的」Implicit 輪節檢出，使它們和「顯現的」Explicit 輪節密接成一條的必要。爲了這篇文章篇幅有限，作者不能系統地一概敘說，以下祇東麟西爪地斷片地講述罷了。

二 道家與法家底源流關係

老子底政治方法，是「清靜而民自化，無爲而民自正」。所謂清靜無爲，往往被人指爲消極主義，甚至被拿法和佛家底出世觀念相提並論。細細想來，這是大謬不然的。他說：「道常無爲而不爲。」損之又損之，以至於無爲，無爲而無不爲矣。「粗看起來，「無爲而無不爲」簡直是不通。但是他又具體地說過：「天下神器不可爲也！爲者敗之，執者失之。」「以其上之有爲也，是以難治。」「聖人無爲故無敗，無執故無失。」所以他所講的無爲，是不造端滋事，而不是消極地擱置一切。是避免不必要的，當初

所無的工作底發生，而不是不負責任地逃脫不願應作的工作。是防範事端於未生之前，而不是敷衍事端於既生之後。老子想使世界一切人事都簡單化起來，事端既少，糾紛也因之而少，無謂的痛苦和犧牲自然可以減去許多。

楊朱生在孔子之後，和墨子同時，也是道家的一個宗師。孟子說：「楊子取爲我，拔一毛而利天下不爲也。」但是他所講的「爲我」，絕不是自私自利地損人利己。列子楊朱篇載，他說：「古之人，損一毫利天下，不與也。悉天下奉一身，不取也。」又說：「智之所貴，存我爲貴。力之所賤，侵物爲賤。」「人人不損一毫，人人不利天下，天下治矣。」他認爲假使每個人都安分守己地專管他自己的事，不越俎代庖地將精力消耗在別人的事上；那麼每人權限底分界，一定可以被清楚地劃開，而侵凌爭奪等無爲糾紛，也必然無從產生了。他既然嚴防任何人侵犯別人，試問有誰還能自私自利呢？莊子更將道家理論發揚光大。老子和楊朱，都認爲文明愈進步，事端愈多，而痛苦底來源也愈多。所以聽從每人底自然傾向，

就是除却困擾的不二法門。所謂「聖人」，專在庸人自擾地，將人性矯揉造作成半後天性甚至全後天性的東西，簡直是欲益反損。所以，莊子馬蹄篇說：「夫殘樸以爲器，工匠之罪也；毀道德以爲仁義，聖人之過也。」又說：「夫赫胥氏之時，民居不知所爲，行不知所之；含哺而熙，鼓腹而游，民能已此矣。及至聖人，屈折禮樂以匡天下之形，縣鼓仁義以慰天下之心。而民乃始踴跂好知，爭歸於利，不可止也。此亦聖人之過也。」

莊子讓玉篇說道：「道之真以治身，其緒餘以爲國家，其土苴以治天下，」足見他以爲每人應多作私事，少作公事；對一事用力的深淺，應和此事與他關係深淺成正比例。道家自有其政治理想，何嘗抱出世主義？道家理論，必然建立於一個主觀的基礎觀點上：聰明人大抵都是壞人，好人却多半是笨的。由於人類先天慾望底驅使，和後天環境底引誘，人人都昧下良心，自私自利地作歹事。有作惡的能力的人，肯不作惡的，就不是沒有，也一定是鳳毛麟角。笨人之所以不作惡，不是不願作，不肯作，而是不能作，不會作。所以，從這基礎觀點，還可推出下列兩個命題：

第一：人人既然都有做壞事的傾向：要防患未然，絕不能教育感化。因爲這種傾向

，決定於先天的氣質和後天的環境。人類文明愈進步，人的智力水準愈提高，於是慾望更多更強，藉以滿足慾望的手段也愈多愈歹。同時，生活現象愈複雜，外界的引誘愈多，而激起做壞事底動機的來源也愈多。人類底進化，必須使其開倒車，至少，要使其煞車。要維持文明現狀，必須積極地樹立和平安定的秩序，消極地免除任何人侵犯別人底權界，而擾害秩序。由於這種原因，劃清權界，懲惡勸善的法律是不可少的。

第二：莊子胠篋篇說：「天下之善人少，不善人多。則聖人之利天下也少，而害天下也多。」聰明人既是不能信賴的，人才的政治絕對行不通。笨人治國，如果沒有法律做爲工具，又無從着手。所以，道家既不贊成人治，就得主張法治。道家祇提出綱領，法家詳說了條目。道家祇說出形而上的理想，法家却道出藉以實現道家理想的，形而下的方法。近人江瑔著讀子卮言，說百家都出於道家。雖不完全可信，但法家出於道家，可證以史記老莊申韓列傳：「申不害，京人也申子之學，本於黃老，而主刑名。」和「韓非者，韓之諸公子也，喜刑名法術之學，而其歸本於黃老。」

莊子天道篇說：「古之明大道者，先明天而道德次之；道德已明，而仁義次之；仁

義已明，而分守次之；分守已明，而形名次之；形名已明，而因任次之。因任已明，而原省次之。原省已明，而是非次之。是非次之，是非已明，而賞罰次之。」又說：「書曰：『有形有名，』形名者，古人有之，而非所以先也，古之語大道者，五變而形名可舉。九變而賞罰可言也。驟而語形名，不知其本也。驟而語賞罰，不知其始也。倒道而言，忤道而說者，人之所治也。安能治人。驟而語形名賞罰，此有知治之具。非知治之道。可用於天下，不足以用天下。」可見莊子認爲法律是一切原理原則歸納而成的最後結晶，而絕非可以粗製濫造的。法律底意義既是如此，有了法律，一切人事底處理必然可以簡單化起來，系統化起來。「清靜無爲」的理想，便可以實現了。

清初李恕谷（璣）作學忘篇，說：「治有道乎？曰：有。有全道，有偏道。何全何偏？曰：全者王道；偏者，清靜也，刑名也。其道如何？曰六府三事（六府指水火金木土穀，見尙書大禹謨。），教養兼舉，可以光四表，格上下者，王道也。清靜則休養元氣，護惜民物，不妄生一事。是謂黃老之學。刑名則強公室，杜私門，因名核實，令行禁止。是謂申韓之學。曰：三者固各分乎？曰：分之中亦有合焉。王道，兼清淨刑名者

也。至於清淨，未始不附王道以行也。不附之不治，而清淨中亦有刑名。刑名，未始不附王道行也。不附之不治。而刑名中亦有清淨。但其握要，有所在耳。曰：亦有弊乎？曰：王道無弊，行王道者弊也。清淨之弊為虛談，虛談而廢弛。刑名之弊為苛酷，苛酷而乖離。然亦有似弊而實非者，牽制文義如漢元，紛更制度如王莽，賊王道者也。怠棄萬機如明神宗，賊清淨者也。殺人若刈草管如高津，符生，賊刑名者也。非流弊也。李恕谷這篇，自說是因顏習齋存治篇作的。他們雖都是儒家門徒，但是將王道當作清淨和刑名的中和產物，却是創見。因它很足表現道家兩家互相表裏的關係，所以附帶地在此敘說。

二 儒家底法律觀

前節所述的道家底基礎觀點，和儒家的恰巧完全相反。孔子說：「性相近也，習相遠也。」雖然不會明指人性底善惡——總認為人性大致上都可改進，化育成健全的人格。孔子又說：「上智與下愚不移。」還承認有不易感的頑固份子存在着。孟子索性說：「人性之善也，猶水之就下也。人無有不善，水無有不下。」孟子以為真有天性的，人一定願做好人，壞人都是些因被外界引誘而失去本性的人。道家祇怕人太有知識，玩出許多滑頭滑腦來。儒家祇怕人沒有知識，不能學好。所以，儒家雖不否定法律底消極價值，但是總當它是一種去不掉的討厭東西。儒家底法律觀，有下列幾個要點：

一，人性是可以為善的聰明人——聖人都是心理上有優越發展的人，必定能專做善事，所以政治是以人才為基礎的。人是有靈性的動物，應當兼用情感理智兩方面。盲目地專心死守自己為己制作的法律，未免是削足適履，作繭自縛。以人情權衡事宜底輕重先後，較能適應多變的情況。所以人治優於法治。

二，為了維持社會秩序，促進人民幸福，根本上還應教養人民。法律是祇能治標的，不澈底的方法。儒家看出了壓力愈大，反抗力愈大的原理，覺得專用嚴刑峻法的統治者，必然要崩潰的。嚴刑峻法，固然可在短時期內將被壓迫階級馴服，但是這有如抱薪救火，暗暗地反植下了無窮的禍根。孔子說：「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。」既然無恥，就不免有作惡的動念。有了作惡的動念，而迫於嚴刑峻法，不敢作，一定給個人精神以莫大痛苦，使他當有機可乘時，再來挺而走險。所以，要使人人有恥，為保障社會安穩的先著。但是養民實在更比教民重要。論語：「子適衛，冉有僕。子曰：『庶矣哉。』」曰：「既庶矣，又何加焉？」曰：「富之。」曰：「既富矣，又何加焉？」曰：「教之。」如果人民底生計問題沒有解決，那麼即使明知不應犯法，也不能不犯的。這種被逼的，不得已的犯罪，絕不應由犯罪者負責，而應由不良社會負責，或是，更澈底地說，由那些造成不良社會現狀的罪魁禍首負責。孟子說：「若民則無恆產，因無恆心，苟

無恆心，放辟邪侈，無不為已。及陷於罪，然後從而刑之，是罔民也。」孟子的確看透了惡劣統治階級逼大眾到不死不活的路上去的變相殺人術。

儒家認為法律是有備無患的；是良好政府盡了教養人民的全責後，對付那些窮兇極惡份子的最後一着。它底功用是輔助的，預防的。

三，立法底原則：論語：「子貢曰：『如有博施於民，而能濟眾，何如，可謂仁乎？』」子曰：「何事於仁，必也聖乎！堯舜其猶病諸。」孔子又說：「君子喻於義，小人喻於利。」義者，宜也。政治所應追求的對象，既是「博施」「濟眾」，自然一切措施，都以求得此對象，為前提。所謂義是公衆的利，是邊沁 Bentham 所講的最大多數人的最大幸福；而所謂利，却指個人自私自利而言。孟子說：「亦有仁義而已矣，何必曰利。」董仲舒講：「正其誼不謀其利，明其道不計其功。」義利兩字，都當按上列解釋。所以立法底基本法則，自然是祛除自利，求得公利——「義」了。儒家實際上是主張功利主義的，不過所謂「利」，改稱做「義」，以別於自利的「利」罷了。荀子：荀子講性惡，所以粗看來好像是法家。他底大弟子韓非，就將他底學說變通成法家話。但是，他所謂性惡，不是說人性根本不能做好事，而是說人性不願做好事。他主張用禮矯飾擾化人性，使人行善。所以他底學說，表面上雖違反儒家原則，實際上是符合的。

(未完)