

台港及海外中文报刊资料专辑

法学研究

第 1 辑

1987

书目文献出版社

出版说明

由于我国“四化”建设和祖国统一事业的发展,广大科学研究人员,文化、教育工作者以及党、政有关领导机关,需要更多地了解台湾省、港澳地区的现状和学术动态。为此,本中心编辑《台港及海外中文报刊资料专辑》,委托书目文献出版社出版。

本专辑所收的资料,系按专题选编,照原报刊版面影印。对原报刊文章的内容和词句,一般不作改动(如有改动,当予注明),仅于每期编有目次,俾读者开卷即可明了本期所收的文章,以资查阅;必要时附“编后记”,对有关问题作必要的说明。

选材以是否具有学术研究和资料情报价值为标准。对于反对我四项基本原则,对我国内情况进行捏造、歪曲或对我领导人进行人身攻击性的文章,以及渲染淫秽行为的文艺作品,概不收录。但由于社会制度和意识形态不同,有些作者所持的立场、观点、见解不免与我们迥异,甚至对立,或者出现某些带有诬蔑性的词句等等,对此,我们不急于置评,相信读者会予注意,能够鉴别。至于一些文中所言一九四九年以后之“我国”、“中华民国”、“中央”之类的文字,一望可知是指台湾省、国民党中央而言,不再一一注明,敬希读者阅读时注意。

为了统一装订规格,本专辑一律采取竖排版形式装订,对横排版亦按此形式处理,即封面倒装。

本专辑的编印,旨在为研究工作提供参考,限于内部发行。请各订阅单位和个人妥善保管,慎勿丢失。

北京图书馆文献信息服务中心

法 学 研 究 (1)

——台港及海外中文报刊资料专辑(1987)

北京图书馆文献信息服务中心编辑

季啸风 李文博主编

陈汉章 选编

书目文献出版社出版

(北京市文津街七号)

北京百善印刷厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

787×1092毫米 1/16开本 5印张 128千字

1987年10月北京第1版 1987年10月北京第1次印刷

印数 1—5,000册

ISBN 7-5013-0062-3/D·17

(书号 6201·5) 定价 1.40元

[内部发行]

目次

廿世纪中国法治发展之回顾与前瞻(一、二、三)

略论中西民主法治思想之相通

现代社会与法治建设

现代国家的法治策略

公务员应有的法治观念与责任

我国国家赔偿法简介(上、下)

过渡期香港法律的改革(待续、续完)

香港司法机关的权力

香港青年人的法律问题

台湾地区青少年犯罪状况暨犯罪因素与防制对策

少年法试验观察制度之研究

电脑的法律问题与资讯立法

经济犯罪的特性及其防制对策

中国公司法应有的原则(上、中、下)

大众传媒与隐私权

隐私权

光华寮返还事件:(日本法院判决要旨介绍)(外国法令介绍)

曹日新 一

张载宇 一四

谢瑞智 二六

苏承钦 三一

《检验》资料室 三三

陈国卿 四〇

梁定邦 四三

陈文敏 一

陈文敏 四

刑事警察局 四五

林渭祥 一六

杨崇森 五二

林山田 五九

王友金 六一

吕光 六五

谢仲明 六九

陈彩霞 七〇

廿世紀中國法治發展之回顧與前瞻 (一)

兼論西方法治傳統之主流

紐約州立大學政治學教授 ● 曹日新

整部人類的歷史都呈現這麼一個趨向：在昇平盛世的時候，感到倫理制度非常的優越；但在烽火繁亂的時候則不免感到污斑點點，甚至一無是處，不破不立，多破多立。這種主觀多於客觀；情感重於理智的態度，人人都或多或少沾有幾分，也是可以原諒的。但諒解不等於說就應任由它去。法國剛故的一位哲學家馬里旦 (Jacques Maritain) 曾說過，一個人的自由多賴於他的爭取；他愈爭取——主要是自由意志的爭取——他則愈能主宰自己的人生生活。同樣，人的理智也是如此；愈控制自己的情感，他則愈理智。

在今日中國人談任何文化與社會問題，都不免處在上述第二種情形之下：因而心情是激動的，靈魂是痛苦的，思想有時也是混亂的。因為自過去的一個半世紀以來，自從一八四二年鴉片戰爭失敗，中國億萬人民就生活在喪權辱國的國際恥辱和草菅人命的內患的災難之中。

最不幸的是當中國社會本身在停滯萎萎的時候，西方則當方興未艾之際，它乃打破中國的門戶專權掠地。基於這是歷史上第一次和另一個有高度文化的民族有全面的及官方的接觸，中國不知所措。在對付外來的侵襲上，一直在走彎曲的路線。開始時仍是夜郎自大，只向西方的「船堅砲利」認輸。當時名臣張之洞，李鴻章推出「中學為體，西學為用」的第一次向外借鑑的半開放政策。這種只知其一不知其二的片面政策註定要失敗的。後乃有康有為梁啟超的變法運動。認識到「船堅砲利」的物質文明是離不開支撐它的政治體系和法律制度而能尖端起飛的。但是，他們和光緒皇帝一起醞釀的宮廷政變被袁世凱告密而流產了。慈禧為加強她的個人權勢，把義和團從山東的山溝裏請出來，向世界宣佈中國統治者的愚昧與固執。這一舉惹起的八國聯軍攻佔了北京且幾乎瓜分了中國。雖然最後慈禧也覺悟了，要訂制一部憲法。但是清廷要的是西方獨裁的普魯士加上專橫的大和民族式的君主集權而不是真正有制約性的君主立憲政體。這就激起革命，決定全盤推翻那個法家在秦始皇稱帝後創製的延續了兩千多年的政體及其與儒家混浴之後所倡導了兩千多年的社會。那些革命家先是要全盤西化，把德先生與塞先生請進來（民

主與科學）；幾經挫折失望之後，其中一些人轉而要全盤引進另一支西方的學說——馬列主義下的無產階級專政。

孫中山、蔣介石先生們吸取了前者全盤西化失敗的教訓，而創制一個混合體，其體制仍在台灣示範。今日的鄧小平、胡耀邦、趙紫陽先生們吸取了後者全盤馬列失敗的教訓，在探索一條「有中國特色的社會主義制度」。假使「實踐是檢驗真理的唯一標準」的話，我們還要等待未來的實踐。因為，雖然台灣與大陸在不同尺度的進展上比各自過去的治理有所進步，但是當我們去和日本相比——日本在一個多世紀之前還是比中國落後的小學生——那麼中華民族，尤其那些握有釐訂國策的執政者，有理由感到羞愧得無地自容。

法治與傳統

中國之所以落後，是因為沒有積極的政治領導者及沒有和平的政治環境。政治上的混亂出現了法制的崩潰。握有政權的人任所欲為，無法無天。

這些現象就使一些愛國份子及惡意的政治宣傳家不加分析地歸咎於「封建傳統」。可是，在事實上，即使在這最混亂的時代，中國人民仍是循規蹈矩，安份守己的。他們的生活從沒有像英哲霍布士 (Thomas Hobbes, 一五八八—一六七九) 所杜撰的人吃人的「自然狀態」。混亂無法的現象只是存在各個政府的各個階層。好像階層愈高，法律虛無主義則愈猖獗。善良的中國人民所受的影響是巨大的。因為他們所循之規所蹈之矩不但朝令夕改，且面對以「言」代法的莫測「指示」。因此，這種「上無道揆也，下無法守」①的狀態帶來了慘絕人寰的「十年浩劫」。不但使歷史倒退，且踐踏了億萬人民的生命財產與人格尊嚴——也包括那些獻身革命的志士。

於是，鄧小平先生，當他親身飽嚐這種無法無天的後果之後，於一九七八年的中央工作會議上，作了以「解放思想，實是求是，團結一致向前看」

爲題的講話，政策性地說明了「爲了保障人民民主，必須加強法制，必須使民主制度化、法律化。」他並深誠「使這種制度和法律不因領導人的改變而改變，不因領導人的看法和注意力的改變而改變。」（《鄧選》一三六頁）

② 如果這種法律虛無主義及其後果來自「封建的流毒」，那麼這個浩劫就不能稱爲空前的——因爲它只是流毒。如果我們可以向「封建」制度問罪的話，歷史證明，中國不是法律虛無主義的國家，而是一繁文縟禮過多；它不是一朝令夕改的狂妄獨尊，而是像錢穆先生說的過於拘泥於法律。每朝的創制立法，後人不敢更動或很少更動。（錢穆：《中國歷史得失》一四二—四三）。

③ 他說：由歷史事實平心客觀的看，中國政治，重在一向偏重於法治的，而西方近代政治，則比較偏重在人治。何以呢？因爲他們一切政制，均決定於選舉，選舉出來的多數黨，就可決定一切了……故說它重人。我們的傳統政治往往一個制度經歷幾百年老不變，這當然只說是法治。法治之下，人才就受束縛了。……這就是中國政治沒有起色的根源。

我們在此並不一定要接受錢君對法治所下的定義，而只在指出「封建」時代不是一個無法無天的時代，它也不可能遺留下法律的虛無主義。

我們不能否認在歷史上，呈現過法制崩潰的現象，我們也不能否認在長期的歷史上數次出現過暴虐無度的獨裁者，但是，和西方相比，中國的傳統及傳統的中國並不見得更混亂，更罔顧人權。研究中國法制史的瞿同祖先生，雖然反對中國文化的主潮「儒家思想」，雖然他在求證傳統的中國法律是爲階級服務這一方面下了很多功夫，他也無意中提供了傳統中國講法治的史實。④縱使如此，我們也不必同意他的解釋。

在此東西對比之下，總易使人把中國近代的法律虛無主義與西方近代的法治在時間上予以普遍化；也就是說以今度昔，尤其以暫短之今度漫長之昔。⑤我們應當歷史地看待問題。以西方來說不必溯自遙遠的上古，在歐洲的近代史上，在民主之母的英國就產生了獨夫亨利第八。他能爲了納妾（休妻）脫離原有的天主教會另創新教，沒收教產，處決不順從的人。他的名首相即著《烏托邦》（理想國）的穆爾（Thomas More），爲了保持他宗教的信仰而被砍頭的。在歐洲大陸法國的路易十六，則更上一層樓變稱一朕即國家。美國在一七七六的獨立宣言上控訴大英帝國有這幾句話：

當一個政府惡貫滿盈，倒行逆施……人民就有這種權利……來推翻那樣

的政府……現今大不列顛王國的歷史，就是一部怙惡不悛，倒行逆施的歷史……在我們各州建立一種絕對專制的統治。……⑥

法國大革命前夕，爲了徹底廢除專制而發表了《人權宣言》。其開宗明義就說：

組成國民議會的法蘭西人民的代表們，考慮到對人權的無知，忘却或藐視，是公衆不幸和政府腐敗的唯一原因……⑦

還有當代的聖索里尼、希德拉及模仿他倆的日本的東條，哪一位不把自己置於法律之上，又哪一位不生活在一個有完備法制體系的社會及受到許多人的支助？所以西方的法治並非一慣常現象。西方現在的法治成果也不一定

是它傳統的賜予。而它的傳統——就像中國一樣——有精華也有糟粕。

但在西方法律史上，從遠古經中世紀以迄近代強調法治是一主流。

還有一個容易忽略的錯誤觀念應當說明。社會上的活動份子，尤其熱心愛國的革命份子，常常把人民的幸福與法政秩序劃等號。這是錯誤的。法律與社會秩序充其量也只不過提供一個適當的，共同生活環境。生活實質的幸福不是法治與良政能給予的。例如人對愛的追求，有愛情本身的規律；人對知識的追求，有追求知識的客觀規律；人對生命意義的追求，有其獨立的滿足方法。假使法律與政治權力出而干預，不但它們越出了自己能力的範圍，

還進而剝奪了人格的尊嚴，抹殺了基本人權，在這上述情況下縱使法政權力有高尚的意向，它們還是形成了一個集權主義。但實踐的歷史經驗只見到權力的濫用，而沒帶來幸福。當國家吞沒了社會，社會不是更完滿，反而更窒息了，僵化了癱瘓了。所以法治只是生活的手段，追求幸福的必要的外在條件，而不是生活的目的。

西方法治的傳統

無疑地，今日西方法治的語彙、概念、精神、與理想有其悠久的淵源。

那個淵源不管是否落實到具體的生活上了，也不管落實了多少，但它總是一個推動力，吸引思想家，鼓舞行動者。在這個意義上，我們也可以說西方今日的法治是以其傳統爲基礎的。因此，只有認識它的過去，才能透徹地瞭解法治今日的內容與真諦。假使我們想在中國重建法治社會秩序，向西方的歷

史及實踐的經驗去借鑑是有深長的意義及碩大的益處的。

希臘法治觀念的起源

西方文化的發源地是希臘，就如博登海姆（Edgar Bodenheimer）加州大學戴維斯學區，現已退休）教授引述尼采的話說：「當我們論及希臘，我們就無意中談到今日與昨天。」^⑧也就是說西方人的思維方法、問題的結構及其解決的途徑都是依據希臘的思想家所規定下來的方式，昨日如此，今日亦如此。法律思想是希臘、羅馬兩大文化主流中的主題，當然它也是西方文化中最重要的一個構成因素。不認識西方的法律思想就不能透徹地瞭解西方過去與今日的社會生活及政治生活。從某方面來說，法律結構是西方政治、經濟、社會的下層建築，它依據獨有的規律支持、疏導及指引其他的活動的方向，同時它也為達到政治、經濟、社會理想的工具。羅馬人在法律的整理及實踐上提供了不朽的貢獻，可是希臘人給予了法律以理論的基礎，且影響了整個羅馬帝國的法律的思想與制度。到了中世紀，這兩大主流又滲入了從猶太教脫穎而出的基督教。這三大文化主流匯聚成西方的從中世紀迄今的十七個世紀的精神生活系統。每一主流對法律都有突出的貢獻，其影響力有時三者並駕齊驅，有時此起彼伏，這樣週而復始。

希臘法律思想的胚胎形態見於其最古老的文獻（荷馬）與（赫西阿德）（Hesiod）兩部史詩上。前者約成於公元前八百多年，後者略晚一百年。這兩部史詩都把歷史與神話穿插一齊。希臘人把生活中每一重要的方面都托付給一個神去主宰及處理。法律當然也不例外。在該史詩上法律是通過啓示而賜予人的神的意旨；這些意旨作為人們行為的規範。奧林匹克眾神之主宙斯（Zeus）給予人類一個最大的恩惠，那就是法律。人有了法律就不像天上的飛鳥，地上的走獸及水中的游禽一般，弱肉強食。人們就因而把和平的秩序建立在公平的原則上，不走而挺險自相殘殺。而讓社會來作權威性的支配。

在希臘的原始時期法律和宗教也是混淆不分，但是他們却把物理規律與人生行為的原則清晰地劃分開：前者的世界叫物理（Physis），後者的世界叫法律（Nomos）。物理制約沒有理性的實體；法律制約有理性的行為。前者的規律不受主觀意志的移動；後者的規範可以自由意志去做抉擇去履行或違犯他應遵循的規範。所以無理的實體沒有責任，責任只能來自有理性的能

以自由意志做抉擇的人類。到了元前五世紀，法律規範才和宗教戒規分開。法律就被一部份詭辯家（Sophist，也叫智人）當作人主觀的意志常因利害關係而變更。所以一些詭辯家就認為法律是強者的意志，沒有什麼神聖性，只有不犯法才是愚人。可是這些有啓蒙性的疑慮與質問，因其內容詭詐而沒變成主流。其主流卻來自畢達哥拉斯（Pythagoras，元前五八一—五〇〇）一派。他學說的特徵在於把數學原理與實體原理劃等號。對畢氏來說正義就是等數。去世不久的羅馬大學法律哲學教授戴爾維基奧（Cicero Del Vecchio）說亞里均德的正義觀就起始於畢氏的公式。^⑨

畢達哥拉斯和孔夫子同時（孔子元前五五一—四七九），他影響了蘇格拉底（元前四六九—三九九）。蘇格拉底的思想通過了他名弟子柏拉圖的對話而流傳下來，蘇氏諄諄勸導人們克己復「禮」（法）。他把法律分成成文法（亦稱實証法，Positive Law）與不成文法。一般講來不成文法指習慣法，不過在這兒指的是人應恪守的客觀存在的規則。後來的法律思想家把這種規則稱作自然法（Natural Law）。我們所要注意的是這自然法不是大自然運行的客觀規律，而是只限於人能以自由意志去實踐的那一部份規則。這觀今到中世紀聖奧斯及聖多瑪斯才詳細的澄清並將宇宙所有的規律加以清晰地分類別類。蘇格拉底強調不成文法更應遵守，因為那些規則則是神祇寫在人性上的，它們是永恒而又放之四海而皆準的。

柏拉圖（前四二七—三四七）稍晚於中國的墨子（前五〇〇—三九六），生於一個勢力日益衰微的雅典城邦的一個貴族家庭。他參與過雅典抗拒斯巴達的長期戰爭，但當他在廿多歲聽到蘇氏的「街頭宣道」之後就「立地成佛」的追隨着他。柏拉圖是西方哲學史上最放光彩的一位，他深湛的智慧與引人入勝的文藝哲學著作迄今仍為各大學閱讀、討論及研究的對象。

在他早期的著作中，他極度傾向賢人主政的「一人治」。他認為治者應是哲學家（賢人）。^⑩在他們處理爭訟的時候應享有碩大的自由斟酌權，不應受成文法的約束。^⑪他又在中期所寫的對話《政治家》上闡明「一人治」的理由。他說：

向所有的人頒佈的指令從不可能包含對每一位都是最恰當的；在一固定時期內不會制訂出一個法令對社會中每一份子的好處與適當性都是最精確的。人個性的區別，行為上的差異，還有那人類事務經常的出爾反爾

，使得制訂對所有人在任何時候都毫無保留地生效之法律的藝術是不可能達到的。

(柏拉圖《政治家》二九四六頁)

因而，他說：

最好的事情不是把主權給予法律，而是給予一個深湛王政的藝術及有一高度「智慧的人」

(同上)

這可表明了柏拉圖極端提倡人治了吧？至少有一部份人認為如此。也有的把他「人治」學說做為個人的獨裁的理論武器。因之，在一九八五年去世的名哲學家爾波柏(Karl Popper，一九〇二—一九八五)於他在一九三八年所著的《開放社會及其敵人》中第一個批判的對象就是柏拉圖，第二個批判的就是他自己剛放棄的馬克思主義。^⑫可是，柏拉圖所提倡的「人治」，雖不受法律的拘束，但不是一張叫執政者荒淫無度，恣意橫虐的許可証。他所指的「人」是有客觀的條件的，他所指的「治」是有一定的內容的。「人」要聖(有高超的道德)還要賢(有絕頂的智慧)。「治」的內容是履行「正義」。大陸學者也承認「柏拉圖的法律思想以正義(或公正)為出發點並以正義為歸宿。」並指出：

正義和法律的關係，一直是西方法律思想中的重大課題。(《理想國》即俗譯《共和國》)自始自終都是圍繞正義來討論問題的，所以此書又稱為《論正義》。柏拉圖認為法律是用來維護正義的身段……^⑬

註

- ① 孟子曾批評當世：「上無道揆也，下無法守……國之所存者幸也。」(見《孟子·離婁上》)
- ② 《鄧小平文選》(一九七九—一九八二)，(北京：人民出版社，一九八三)，一三六頁
- ③ 錢穆：《中國歷代得失》(香港：南天書業公司代銷，民四十五再版)一四二—三。
- ④ 瞿同祖在一九四七發表了《中國法律與中國社會》(上海商務)。後來到美國，英譯該書於一九六一年在巴黎出版。一九六六他返國定居碰上了文革，多年沒有著作。一九八一年，北京中華書店重印該書。在他返國前就已各處發表論文評擊傳統社會及儒家。如他在《Chinese Class Structure

re Anal its Ideology》載於費正清編輯的《Chinese Thought And Institutions》上(芝加哥：芝加哥大學出版社，一九五七)。論及孟子反對苛捐雜稅提倡仁政時有下面那麼一段話：

「那不等於說統治階級應該放棄在人民身上的特權。儒家所強調的人民不當被剝削到上不能養父母，下不能養妻子而已！換句話說，剝削應該輕微、合理。」(第二四一頁)。

談到他對傳統主流的儒家有這樣的認識，無怪他向毛澤東認同搞「階級鬥爭，一抓就靈」了。

⑤ 這裏並沒排除近代存在着一小部份保守份子不加批判地歌誦傳統，這些人多為老者退居台灣；也沒排除一小部份唐德剛先生所稱的「覺醒的一代」。這一代既不盲目抱殘守缺地醉心於傳統，也沒有被西方的思想價值異化過去；他們在政治上既不參與當權黨派，在思想上也毫不受各式各樣的教條的束縛。

⑥ 錄自《外國法制史資料選編》(下)(北京：北京大學出版社，一九八二)四四一頁。

⑦ 同上，五二五頁。

⑧ 見埃德加·博登海姆(Edgar Bodenheimer)·《法學：法律哲學與方法》(Jurisprudential: The Philosophy And Method of Law)(麻州劍橋：哈佛大學出版社，一九七四·再版)，第四頁。

⑨ 見喬治戴爾維基奧(Giorgio Del Vecchio)·《正義：一個歷史及哲學的論述》，詳見下註⑩，第四十九頁。

⑩ 見《共和國》第四篇，四七三節。

⑪ 同上，第四篇，四二五、四二七節。

⑫ 波柏也有被譯成漢文的。莊文瑞及李英明兩位合譯的中文版則稱為巴柏。(台北：桂冠圖書公司，民七十三，一九五四)。波柏生於維也納，希特拉興起反猶，故在一九三五年去英，後在紐西蘭及英國教書。早年曾是社會主義馬克斯的信徒。該書引起西方哲學界及政治學界幾十年的爭論。

⑬ 《西方法律思想史》(北京：北京大學出版社，一九八三)，第二十九頁。該書為法學教材編輯部編，主編為張宏生包括北大及人民大學教法律思想史的教師們。

(原載：中報月刊(港)一九八六年 八一期三四—三七頁)

廿世紀中國法治發展之回顧與前瞻(二)

兼論西方法治傳統之主流

(紐約州立大學政治學教授) • 曹日新

但是，為柏氏辯護的人更多，為他辯護的倒不一定主張「人治」，而在說明柏氏的意向及思想發展的階段，當歷史的經驗使柏拉圖認識到他朝夕盼望的聖賢在人間尚未出現，也許永不能出現時，他就退而求其次，為「第二等好」的理想社會重新鉤劃一幅藍圖。於是他就在八十歲左右的高齡時斷斷續續的寫下了一部最長最後的對話《法律論》。在那上面，他則強調執政者應是法律的僕人，執法時不能對人，只對事向法律負責。他說：

(在新建的殖民地裏)我們堅持那侍奉上天最高的職位應該給予那個最遵守現行法律的人……他(們)常被稱為「統治者」，不過假使我叫他(們)為法律的僕人，我并非標新立異，而因為我深信國家之興亡全繫於此……假使法律受制於權威……在我看來則國家的滅亡是指日可待的了；不過假使法律是主人，政府是它的奴隸，那麼前景就充滿了希望。人們則可享盡上天賜予國家(這一制度)的恩惠了。^⑭

早在四十五年前，格倫·莫羅在一次美國哲學年會西區主席就職的報告演詞上就替柏拉圖爭辯了。他採用的題目即《柏拉圖與法治》(Plato and the Rule of Law)。^⑮但柏拉圖的所謂法治研究是什麼？以及他認為什麼機構應該建立起來才能使之見效？這兩個問題就構成了他整個的論文，他的意見是一柏拉圖在他的晚年——假使在青年時沒有的話——浸沐在他民族的傳統裏，不依賴任何漫無節制或絕對的權力；而把法律至上(The sovereignty of law)的「信念」作為政治理論的基礎。^⑯

最近一位英國的哲學家 R. E. Stalley 斯特利，在他所著的《柏拉圖法律論導論》^⑰上有好幾處批判了波柏的解釋及評論。在其第十六章，題為《法律的封閉社會》(The Closed Society of the Laws)，針鋒相對地駁斥

了波柏的論點，斯特利的結論是這樣的：

雖然《共和國》一書被廣泛地閱讀，但應該說《法律論》對實際的政治有更大的影響。在柏拉圖去世後「其中」某些建議被希臘採用；不過，「他的」法律至上的理論以及其所附帶的均衡政治學說却有永恆的作用。通過了像亞里士多德、波利比尤斯(Polybius)、孟德斯鳩等思想家(原文為 Wines)，它對近代民主之發展起了深刻的影響。^⑱

我們在此不專門研究柏氏的法律思想，只在說明在希臘哲學黃金時代，其文化，其文化代言人怎樣看待法律。希臘的法律制度及政治措施並沒有給西方多大的影響，但是其制度及措施後面的理論，却永恆地支配着西方的政治意識。這有些像中國古代的《周禮》上的典制，自秦始皇廢封建以來，即一去不復返；可是其中的均田、均富、守護相助的成已達人的思想在每一個中國人的社會心靈上打下不可磨滅的烙印。

亞里士多德(公元前三八四—三二三)

在柏氏尚未從「政治家」的中期過渡到《法律論》晚期時，從他創立的雅典書院就有一位高足穎脫而出，來自希臘北部的青年，名叫亞里士多德。他和儒家的亞聖孟子(三七一一二八九之前)是同時代的人。他對西方法律政治思想的影響要比他的老師柏拉圖還要深遠；也就像孟子在政治思想比孔子的影響還要顯著一般。亞氏生性深沉穩健沒有同他老師走過一大段彎曲的「唯心主義」的浪漫思路。

在亞里士多德的思想裏正義的雙層觀念變得明朗，清晰和科學化了。一方面柏拉圖式的普遍而涵攝諸德的正義觀繼續發展；但另一方面把正義只當作一條社會生活的原則在亞氏手下具體化了。^⑲「正當的」(Just)戴利維基

奧解釋說，它在本質上與相等（*equal*）一樣。那就是，一個代表中間的尺度，從它到太多與太少是等距離。因為這個尺度必須存在於每一個德行上（它在定義上常常就是中庸（*mesotē*）），所以正義，一般地說來，它涵攝諸德。」⁽²⁰⁾

畢達哥拉斯學派最大的貢獻就是給正義一個隱形的內含。正義是兩個對立物的相當性（*Correspondence*），及其主要對社會行為的適用。這種相當並非相同，同等不是一致，以公平的（*just*）正義的）價格來論，一隻蘋果不會用來換另一隻蘋果；它是用來交換和一隻蘋果有相當的價值的另一件東西，如一包茶葉。但是人們所需的價值不僅限於物質。許多技藝及精神、情感上的價值有同樣的，或更大的需要。對社會的有所貢獻，或對社會有所違害都在這個正義的天秤上決斷。這樣以來，亞氏就把正義的個別面做了一個分類別的工作：分配的正義，與平均正義。後者又再一分为二稱為交換的正義，及刑罰的正義。分配的正義是將世界上的價值「適當地」按貢獻的比例分配給社會上多個份子⁽²¹⁾，交換正義是社會多份子根據自己的需要「適當地」的以有換無，刑罰的正義是「適當地」糾正對社會的違害。⁽²²⁾

還有一個極其重要而又影響千古的分類是自然正義與人為正義⁽²³⁾（英譯為 *conventional*，中文平常譯做約定俗成）。⁽²⁴⁾自然正義基於人性；人為正義是社會的意志。這兩個範疇雖然很早就瀰漫於古希臘的文獻裏，但亞氏把它們有意識地分別例舉而又加以學理上的討論，此後在西方的法律思想史上對其承認與否及其間的關係是個爭論不休的問題，天賦人權、民權，及歷代大革命的宣言上（除掉集權主義者是例外）都訴諸於自然正義（自然法）這個觀念。

對我們來說最重要的還是他對法律的本質及功能的看法。亞氏不似他的老師，他一向給予法律崇高的價值。為他法律是正義落實的工具，是正義的體現。所以他說「法律也有好壞，或者是合乎正義或者是不合乎正義。」⁽²⁵⁾以此推論在合乎正義的時候，「法律恰恰正是免除一切情慾影響的神祇和理智的體現」⁽²⁶⁾所以法律當其合乎正義的時候是理性的自然流露。但是人又皆有獸性，所以他的行為不盡為理性的流露，不盡合理⁽²⁷⁾。有鑑於此，亞里士多德便認為：

「西方早崇尚法治的人……（他的所謂）法治包含着兩種意義：已成立的法律獲得普遍的服從，而大家所服從的法律又應該本身是制訂得良好的法律。」⁽²⁸⁾

因而「法治的核心問題是『普遍的服從』、『良好的法律』」。（同上）還有：亞里士多德非常強調國家執政人員要嚴格執行法律。在他看來，「執政者應憑城邦的法度」行事，凡是法律有明確、詳細規定的理所當然要嚴格執行；凡是法律不週詳的地方或者沒有明確規定的，就要按照法律原來的精神，公正的處理和裁決。」（同上）

台灣中國文化大學的詹文雄先生在他的《希臘政治思想史》上也有類似的評語如下：

亞氏堅信法治是優於人治，……法治觀念所蘊含之精義有三：第一，政府在於謀求人民福利……第二，政府是按照法律而統治，而不受擅斷命令之拘束，暗示政府亦不能蔑視憲法的規定與習慣。第三，立憲政府之統治自願的公民……所以法治的觀念乃是亞氏留給後世的最重要的遺產。⁽²⁹⁾

羅馬對法的貢獻

就如同中國的春秋戰國時代，哲人賢士相繼登上了歷史的舞台創造了永垂不朽的燦爛的文化，同時期的希臘也產生了哲人（說辯家），蘇格拉底、柏拉圖與亞里士多德。但是中國隨着封建制度的瓦解，秦始皇一統天下，政治失去了客觀現實制衡的力量，而人民也失去了思想言論的自由。從此中國的思想家再也沒有像孟老夫子以一種自尊自重當仁不讓的豪邁氣派去當面教訓當權派的不仁不義了。希臘從沒有像中國建立過一個強大的帝國，只不過在文化大放光明後而長期淪亡於異族的統治之下；先是亞里士多德的學生亞立山大父子的南侵、聯合、併吞、與擴張，繼之是公元前第二世紀羅馬的征服。

當希臘失去了政治上的獨立自主之後，他的思想家也把注意力從政治之參與轉移到道德之內省了。在希臘化的時代芝諾（Zeno，公元前361-264）所

創的斯多噶學派流入了羅馬，在羅馬的共和國及帝國時代起了廣泛的影響。羅馬對西方的影響極其深刻。其對法律的貢獻主要在法制的技術上，即在法律的制訂、解釋及適用上。其制訂之大成體現在公元五六五年完成的查士丁尼（Justinian，也有譯成賈斯蒂尼安）的《國法大全》。其中部份後來影響了十三世紀英國布拉克頓（Bracton）的巨著《英國的法律和習慣》（*Treatise on the Law and Customs of England*）及《拿破崙法典》之制訂。在解釋上，羅馬產生了職業的法學家及律師。因着這些法學家淵博的知識，不但司法官向他們徵詢意見，而其意見有時有法律的效力。在公元一九八——二三五近四十年間羅馬產生了聞名千古的五大法學家：蓋尤斯（Gaius, 117—180）、保羅（Paulus, 121—180）、烏爾班（Ulpianus, 170—228）、伯比尼安（Papinianus, 213?—前）以及毛特思（Modestinus, 200前後）。在適用上，羅馬的司法官從採用法律的屬人主義的，各民族適用其固有法律，進而研究比較各國法律制度而形成萬民法（*Jus Gentium*）。萬民法一方面證實了自然法理論上普遍法則之存在，一方面給後世的國際法奠定了基礎。

但是在法律思想上，羅馬人不予重視，也無多大創建。其法律思想宛如其哲學思想深受希臘化時代的斯多噶派影響。在羅馬的法律思想家中最早越出眾的是西賽羅（Cicero, 元前106—43）。事實上許多斯多噶派的思想因原文散失而靠西賽羅的引證、簡述而遺留下來。

雖然所有西方法律思想史的著作都不能遺漏西賽羅，但總的看來，他在法律哲學史上創造性的地位並不高^①，不過他的歷史任務卻是空前的。他上承希臘末期的法律思想，下啟十七世紀歐洲近代的思想^②。

學者經常把西賽羅，以及影響他的斯多噶學派說與自然法三者併聯。因為在他的《共和國》（*De Re Publica*）裏有這麼一段經常被引用的話：

真正的法律是與本性（*natura*，自然）相符合而正當的理性。它有普遍的適用性，歷久而從不變更。它指導應做的事，禁止不良行為。任何企圖去改變或取消它都是一種罪惡，同時它是不可能全被廢棄的……（我們）只有一個主人與治者，那就是在我們所有人上面的天主，因為祂就是這個法律的締造者，頒佈者及執行的法官。（見第三章，二十二節）。

另一句近兩千年來法學家常引用的話就是他給正義（公正）所下的定義。這個定義雖極其抽象、簡要，但其留下了可以爭辯餘地及其可以不斷更新的內容。他說：公正（正義）就是給予每人應該屬於他的東西（*To Sine Even, Me His Due*）。^③我們也可以四個字去表示：即「予人應有」。

北京的西方法律思想史專家，雖然照例把西賽羅按馬列觀點，評為「奴隸主貴族階級的法律思想家」，並照例肯定「他的全部法律思想，都是為維護和促進羅馬帝國的擴張提供法律根據」^④或者「是一套地道的折衷主義的稀泥」。……是論述反動的貴族主義政治統治」，^⑤但是他們仍給予西賽羅很大的篇幅。^⑥尤其在一九八三年出版的《西方法律思想史》它比《西方政治法律思想史》晚出兩年。隨着思想開放的發展也就更實際。^⑦更有意義的是其論述的重點是西方的學者不是那麼強調的，而確是中國目的奇需的。茲錄於下：西氏依據自然（人性）提倡人類平等，解放奴隸；國家之存在在為人民謀福利，否則「它就會失掉真正國家的性質了」；「政權機關是受自然法管轄的；換言之，法律高於權力，是法治不是人治」。這兒更指出法治的精神說：「西賽羅在《法律篇》中有一段精彩的表述「因為法律統治執政官，所以執政官統治人民。……執政官乃是會說話的法律，而法律乃是不會說話的執政官」。又引了「西賽羅……一句名言，為了得到自由，我們才是法律的臣僕。」及「……政府不是要人不服從，而是不應當永遠服從一個人」。在西賽羅的國家論中，他們看到了「無論統治者與被統治者都以「服從法律為美德」的論調。

除掉強調了他的法治思想外還突出地描述了西賽羅為了避免獨裁而設計的民主選舉與政府內部制衡的作用。但是他們對西賽羅貢獻的結論和一些西方的法律哲學家不同。他們說：

從法律思想的領域來說，法學真正從古典政治學分離開來，做為獨立的科學，是羅馬法學家的創造，而西賽羅的功績實為開端。^⑧

當代法國巴黎大學法律哲學家維萊却認為將法律之特殊性指出，併將與倫理分開的是亞里士多德，而不是西賽羅。相反斯多噶學派，尤其是西賽羅反而又把法律學拖回到倫理學去了。^⑨另一位巴黎大學法律哲學教授艾伯特·布里莫（*Abel Brimo*）表示同意維萊的看法。^⑩

姑不論這點學術上的爭論如何，無疑地，西賽羅繼承了希臘「正統」的法治主義及民主制度的思想，且深刻地影響了近代歐洲的法政哲學。

註

- ⑭譯自Plato, *The Laws*·特雷弗·桑德斯的英譯本(Penguin Books·一九八二年印·第一版一九七〇年出)·第一七四頁。
- ⑮格倫·R·莫羅·《柏拉圖與法治》載於《哲學學報》(The Philosophical Review)·第五十卷·二期·一九四一年三月份·一〇五—一二六頁。
- ⑯全上·一〇七頁。
- ⑰R. E. Stolley, *An Introduction To Plato's Laws* (Great Britain Bari Blockwell, 1983, Distributed By Hackett P. Co., U. S. A.)
- ⑱見上·第一八四—一五頁。
- ⑲見喬治·戴拉維基奧(Giorgio Del Vecchio)·《正義·一個歷史及哲學的論述》(Justice: An Historical And Philosophical Essay)·A·H·坎貝爾(Campbell)教授從意大利文譯成英文(愛丁堡·愛丁堡大學出版社·Edinburgh University Press·一九五六第二次印刷·原文一九二四年出版)·第二二三頁。
- ⑳全上。
- ㉑亞里均德·《尼各馬可倫理學》·第五章·第三節·一一三九·十一二十·參閱The Basic Works Of Aristotle, ed. Richard Mc Reon (New York: Random House, 一九四一第十九次印刷)·第一〇〇七頁。
- ㉒全上·一一三—一二五·一二三—一三〇·第一〇〇七—一八頁。
- ㉓全上第五章·第七節·一一三四—一三五〇—一三五〇四。
- ㉔在中國大陸專攻西方政治思想史的學者中·已去世的吳恩裕先生曾把西方的Convention——他前後一致地譯作約到俗成四字——和自然作了相對比的解釋·見其《西方政治思想史論集》(天津·人民出版社·一九八一第三十九—四十二頁)

②⑤亞里均德政治學第三篇·十一章·一二八二B九—十(吳壽彭評·北京·商務一九八一第二次印刷)·第一四八頁。

②⑥全上·第十六章·一二八七A三十三—三十四·英譯第一六九頁。

②⑦全上二十九—三十一節。

②⑧見《西方政治思想史》(詳見註十三)·第五十一—五十一頁。

②⑨詹文雄·《希臘政治思想史》(台北·聯鳴文化有限公司民七十·一九八一)·第二九九—三〇〇頁。

③⑩見哈羅德·伯曼(Harold J. Berman)·《法律與革命》(Law And Revolution) (麻省劍橋·哈佛大學出版社·一九八三)·第一二三頁。

③⑪見谷春德呂世倫·《西方政治法律思想史》(沈陽·遼寧人民出版社·一九八一)第五十二頁。

③⑫見米歇爾·維萊(Michel Villey)·《近代法律思想之形成》(La Formation De La Pensee Juridique Moderne) (巴黎·孟克田出版社·Les Editions Montcheireien, 一九七五)·第四六〇頁。

③⑬《論善惡之宗旨》(De Finibus Bonorum Et Malorum)第五篇·廿三節。

③⑭見註⑬·第六十七頁。

③⑮見三十一·第五十三頁。

③⑯在西方法律史上論西賽羅佔近十二頁·五十七—六十八頁·比論柏拉圖多一頁·但比亞里均德少四頁。

③⑰(A)《西方政治思想史》已於今年再版。著者谷春德教授為人民大學法律系副主任將再版上冊贈給作者。僅上冊幾大於原著之兩倍·但因海運來美故尚無機參考·作者相信隨着思想之自由化·在觀點上一定有些改變。

③⑱全上第六十八頁。

③⑲見註三十二·第四十三—四十四·四六一。

③⑳艾伯特·布里莫·《法律與政治哲學之主要流派》(Les Grands Courants De La Philosophie Du Droit Et De L'Etat) (巴黎·A·伯道尼出版社Editions A. Pedone, 1978 修正版)第四十頁。

(原載：中報月刊(港)一九八六年八二期五八—六一頁)

廿世紀中國法治發展之回顧與前瞻

兼論西方法治傳統之主流 (一)

紐約州立大學政治學教授

· 曹日新

基督教對法治思想的貢獻

基督教是繼承、發揚、世界化了的猶太教。猶太人通過歷代的先知自認是天選民族，直接領受造物主的誠命與恩惠，並期待救世主從其民族中降世拯救他們於困難之中，耶穌基督以宣講及行實證明他即其期待之救世主，並倡言任何人按其良心行事及接受他的證詞，即「福音」，即為天選之人，姑不論其是否為猶太人或異邦人；又他所要建立的王國是信仰的倫理的王國，不是世界上為了維護共同生活秩序而建立的權威性的政權。但是猶太教的長老及社會不但沒有接受，且將他釘於十字架以褻瀆叛國罪名把他置於死地。但是他的門徒以口傳及筆錄記載下來有關他的大事及思想。十六世紀由馬丁路德等人反對由傳統的宗徒所遺傳下來的這個宗教組織及其承授下的全部傳統而創立了新的宗教派別。從此西方的思想分裂對近代的法律與政治秩序帶來了極大的影響。傳統的基督教叫公教（Catholicism）或天主教；分裂出去的稱抗議教（Protestantism），中文譯成基督教，這兩者都是基督教。雖然有不同程度的區別，但都繼承且接受了猶太教及基督福音的基本精神。

原始基督教在猶太遭到迫害，一部份教徒被宗徒之首聖伯鐸（彼德）帶到其宗主國，羅馬帝國的首都去佈道，經過三個世紀的迫害與殘殺，終於三九二年被羅馬皇帝狄奧多西一世（Theodosius I）宣佈為國教。基督教肯定有一個人格且超越一切的造物主，萬物及人皆為其所造，萬物及人存在的原理即他的意志及智慧表現。人的良心——倫理意識；辨

別良善，抉擇取捨的活動機能——是上主刻化在人性上的，姑不論多壞的環境都不能將之根除（雖然可被隱蔽）。又人的精神單位——靈魂——是長生不死的（死為分解，失去存在。靈魂是單純實體不能分解，故不能死亡。）當其和肉體辭別後即按其在上界天堂或下降地獄。善的道德行為是按着造物主的意志及智慧的行為；惡的道德行為是反叛造物主的意志及智慧的行為。所以人的構成是一個造物主的不完整的反射，因為人也賦有意志及理智。人通過兩層渠道去認識造物主的意志及智慧：一是通過自然的理智活動；二是通過造物主直接的啟示，即超自然的或稱超性的。基督教堅持這兩者不但可能衝突，且相輔相承。但其前提是假使人的自然理性沒有錯誤及啟示是真正的造物主的啟示而不是偽編的。

從這個最基本的信條上衍生出幾條基本的法律與政治原則：

一、人格的尊嚴是絕對的：任何世上的權威都不能制訂法律叫人違背他的信仰，強制人改變他的思想，約束人追求真理的自由。

二、人是平等的：人世間因財產、權威……等等而製造的不平等不能抹滅，人在上主前一律平等，上主只看善與惡。

三、自然倫理與超自然誠命高於任何法律。

上述的不完全的從聖經上總結出來的幾條基本原則經過中世紀的整理而加以理論化及系統化，在這個工作上最有影響的是聖奧古斯丁及聖多瑪斯兩人。總的說來聖奧古斯丁把柏拉圖的學說加以宗教的洗禮及修正而繼承下來；聖多瑪斯則將亞里士多德的學說加以宗教的洗禮，及修正而繼承下來。聖多瑪斯是集三者（希臘、羅馬、基督教）之大成。

聖奧古斯丁

聖奧古斯丁 (St. Augustine, 354-430) 生於北非，青年時代浪漫多才。卅多歲時在米蘭和主教聖安布羅修斯辯論後，即皈依基督教，並立即晉升為主教。其後他一生為基督教的神學、哲學及默觀生活提出了不朽的貢獻。據說傳教士獨身生活，及修道會的創立都是從他開始的。

他把柏拉圖的觀念 (Idea)，絕對超越的存在實在體，引用為造物主智慧上的事物與範。他把斯多葛派的宇宙的普遍規律 (Universal cosmological law) 命之為永恒法 (eternal law) ①。這個永恒法即造物主智慧上的統理宇宙的規律。換言之，永恒法即世界萬物藉以存在及運行的規律之總和。這個總和一方面反映了造物主創造宇宙的一面，又一方面反映了造物主的意志。自然規律是造物主願意的，也是合乎他的智慧的。這永恒法中一部份制約沒有理性的受造物，該受造物必然地順從其規律，如星球之運行，化學成份之組合，物理份子之運動……等等。它的另一部份制約有理性的人的活動。在制約人的活動的部份上，這些規律可以有所違反。這部份規律叫自然法 (natural law)。故自然法是人類參與宇宙永恒法的一部份。

聖奧古斯丁，可能基於其青年放縱生活之經驗，是一個政治法律的悲觀主義者。他認為政治權威與法律強制之需要來自原罪。古聖經上記載之原罪使人的理智變為模糊，使人的意志變為薄弱。單純地教誨不足令人棄邪歸正。這個論點並沒有被其他的及其後的基督教神學家全部接受。可是他並沒有認為有了自然法及聖經上的誡命就可滿足了。社會上仍需要制訂法律調節純社會生活。這個人為的世俗法律不許違反自然法，相反而應使之實現。自然法的原理雖放之四海而皆準，可是在適用上，隨着千變萬化的具體環境而因時制宜。人間立法者不需要也不該強制人民實踐自然法上所有的命令；也不需要及不應該禁止自然法上的全部禁律。人間立法的宗旨應該只限於建立社會的和平及秩序使其構成份子能適當地追求他們現世的及永恒的生活目的 ②。他對和平的定義對後世有很大的啓發，他說：「和平就是秩序之穩定」 (tranquillity in order)。聖奧斯是基督教教會裏第一個提出永恒法與自然

法這個範疇及其關係的人；同時也是第一個從理論上提出道德與法律之區別及其關係的人。

聖多瑪斯

聖多瑪斯 (或稱托瑪斯，也有稱他的姓的叫亞奎納或阿奎納。原文為 Thomas de Aquino, 1226-1274)。他是基督教中，尤其天主教教會中影響最深最廣的一位神學家及哲學家。他和聖奧古斯丁為天主教兩大精神支柱，可是兩人的出身、個性完全不同。聖奧古斯丁出身於小康之家；聖多瑪斯則出身貴族。聖奧古斯丁十五、六歲就渡淫穢的生活，而聖多瑪斯在此年齡則決定獨身修道。當家庭派一裸體妓女銜入其室引他返俗時還被他逐出。聖奧古斯丁的母親却日夜祈禱盼望她的兒子棄邪歸正。聖奧古斯丁到七十四歲才辭世，而聖多瑪斯在四十八歲即辭世而別。可是世上頗有同他留下那麼成篇累牘的著述。

聖多瑪斯的法律思想主要表現在他《神學集成》裏 (Summa Theologiae) (《論法規》) (第一卷第二冊第九十至一百八問題) 及《論正義與法律》(第二卷第二冊第五十七及其後的幾個問題) 上面，也表現在他對亞里士多德倫理學及政治學的評論上及其他著述上。

聖奧古斯丁建立了一個總攬天地人三才者的體系輪廓，可是因着他對人性的軟弱過於強調，就沒有同希臘的哲人一般地重視理性。又因為理性承受了原罪的效果常受蒙蔽而分辨不清是非，所以能真正領導人歸真向善的是神學及其解釋者教會。這種思想在中世紀的上半葉佔了主導地位，一直到聖多瑪斯，他把理智的功能恢復到了希臘古典哲學時代所給予的地位，從這點上看，他對近代思想的貢獻是碩大的。但是，就像維萊教授講，「不知恩」的近代，並沒有歸功於他。③

聖多瑪斯的法律思想是他對天地人所作的思維系統裏的一個環節，不略窺他整個的體系，就難瞭解他法律思想的基礎。從哲學及法學系統的整體來看，他受亞里士多德的影響最深。可是，雖然在形上學及法律與政治的思想上他承受了亞氏的系統，他思維的出發點與最終點却與亞氏不同，同時在倫理社會科學上他對亞氏作了補充。

在講聖奧古斯丁的時候，我們提到基督教所區分的自然與超自然的關係：從認識論的角度看，自然界是理智能認識的世界；超自然界則是理智不能達到，却由神所啟示的認識。這兩者或者相接，或者平行。也就是說啟示告知理智所能達到的終點以後的實質知識。例如亞里士多德從理智（或理性）推論，因有現實必有神的存在。但神的主要屬性為何？與人的關係又如何，就不能推論出來了。猶太的古經，基督的新經權威則肯定地告訴了有關這兩個問題的知識。所以啟示繼續，補充了理智。這兩者有時平行，例如人能以理智推論出不許殺人，說謊，盜劫，新古經上也皆有造物主直接給予的如此的命令。在亞里士多德的思想系統裏神只是存在的第一原因。他的「神不是造物主也不是維護者」④在聖多斯繼承且發揚光大了這思想，說人「自然」地嚮往着神，沒有啟示就不能滿足人之所以為人的自然的要求，即，永恒而無限的福祉。

一法是人們賴以導致某些行動和不作其他一些行動準則或尺度……但人類行動的準則和尺度是理性……理性在指導着行動以達到它的適當目的……（達到它當當目的）就是一切活動的第一原理。」

這段摘要可謂是聖多瑪斯在神學集成上論述法律的第九十題上的一個序言。⑤這幾句看似簡要，但蘊含了豐富的哲理。

「理性至上」是近代哲學的前提也是中西傳統所強調的，人的行動要依理而為，誰也會認識到這個「理」不是亂來的，它要有根據。「理」在這兒只表示唯人獨有的官能。這個官能有能力去認識應該做的事。什麼是應做的事呢？為什麼要做呢？這不但是法律上的一個基本問題，它還是倫理上的基本問題。

活動是一種變化。變化即從潛能到現實。因此，活動這一事實就標誌着尚未達到現實的一種缺失，一種需要。世界上一切都在變化這一事實就哲學地說明了世界是一個沒有達到現實的世界。換句話說，就是一個沒有達到成全的世界。相反，造物主不變，因為他是完整無缺的。

活動要達到的現實究竟是什麼？茲先不提其內容，從變化（活動）的形

式來講，其趨向的現實，即其目的。一切在變化的萬物都在「追求」其「固有」的目的。「固有」即適於該實體之潛能而先天需要的目的。潛能趨向其固有目的之活動（之變化）乃為其自然之趨向。所謂本性（nature）即指一個實體（Substance）尚未達到其完整的存在形式，加上其自然趨向及自然追求的（先天決定的）目的。有時，本性也指上述三種成份之中的任何一種。將此公式適用於人，如問人性是什麼？人性就是他尚未達到成全的現實存在，加上他自然的趨向及他先天固有的所應追求的目的。

宏觀的說，宇宙所有的實體都各自按照其規律（自然趨向的典範）運行（活動）。這個宇宙存在的形式，其運行之規律及其趨向之目的都是造物主智慧（理性）的表現。（智慧的表现是個抽象的說法。茲以淺例說明。如一位婦女織毛衣。在織之前，她要想想打什麼樣的花紋，什麼樣的尺寸。這個「造物」的構想就是「先天」的典型，「先天」的目的。毛衣這件產品就是她「智慧」的表現。）這個宇宙實體運行規律之總和即永恒法（Eternal Law）。在這萬物中，有些實體「必然地」按其規律運行。這些實體沒有思考及選擇的官能。也就是沒有理智與意志。但有另一些實體賦有理智與意志。也就是有認識其自身客觀實體存在形式及運行規律的能力及部份行動自由的意志。這個實體就是人。人有一部份實體的形式及活動是只能認識不能選擇的：如人受地球吸引力之約束，血液循環之速度的規範等等。但另一部份既可認識又可選擇，如看見掉上有一隻他人的蘋果。雖你不該拿人家的東西，但你仍可偷去。人性從狹義的意義講只包括人能認識且可自由選擇的那部份生命，這部份生命包括人之所以為人的倫理生活。人的倫理生活規律就是自然法的全部內容。倫理學上的善也即自然法上的善，它能真正滿足需要的對象，它是能真正使潛能變成現實的必需品。在這個意義之下，善或必需品都是先天決定的或固有的。一個存在的實體都是被決定的，不是自選的。給予其實質存在的實體叫動力因。一個動力因可生他因，如父為子之動力因，祖又為父之動力因，最後上溯至第一動力因，即造物主。所以一切皆生於一，神（造物主，上帝，天主……等等人所加諸的稱呼）。人的善的內容（即

滿足需要的內容——是神決定的，那個善也就是人的幸福。這都屬倫理生活的範圍，因此也都屬自然法的範圍。這樣聖多瑪斯重新肯定了聖奧斯定的結論：自然法是人類永恒法的參與。這樣天地人之造物主、永恒法、自然法就構成了一个和諧有序整體。

理性有自然的能力去認識自然法，所以「人類行動的原則和尺度是理性」，而「法（又）是人們賴以導致某些行動和不作其他一些行動的行動準則或尺度」，所以法是理性的表現，或理性的流露。可是這個法有不同的層次，有最高的原理與最低的適用。最高的原理是永恒不變的，因為如果那個原理一變，即那個賴而存在的實質也就變了，就不再是它本來的實質了。那個實有的存在就被抹滅了。但它的運用却當依賴具體的環境，因時制宜。聖多瑪斯肯定最「基本的自然法」（也即倫理規範）是人性的一部份，人之對它認識及適用之自然有如飢而思食，渴而思飲，那個法就是「行善避惡」。由此而推，在第二階層也是全人類都認可的普遍一致的規範，雖然在特殊的情況下能有例外：如勿殺人，勿盜劫，勿撒謊，勿行邪……但當這個原理愈向下推演，愈接近具體事實，人就愈能因着理智的曖昧，或意志的脆弱，或私慾偏情的控制，而在認識上犯錯誤，在行動上因循苟且。因此只有自然法是不能滿足個人及社會生活的需要。社會生活不但需要消極地解決糾紛，避免衝突，還要積極的增進集體的幸福，這就需要社會立法，社會的立法在技術的名詞上叫實證法或人為實證法。

還有，在超自然的生活上，即不屬於自然理性的活動範圍，神親自授予行動規範，這種規範叫神為實證法。總括起來這就構成了始於聖奧古斯丁終於聖多瑪斯的法的四分法：

一、永恒法；二、自然法；三、神為實證法；四、人為實證法。

但是倫理的法規和法律不同，因為法律只涉及倫理法規的一部份：共同利益。同時它的形成因素也不同。聖多瑪斯在第九十題第四節上給法律下了這麼一個定義：

它不外乎是對於種種有關公共幸福的事項的合理安排，由任何負有管理之責的人予以公佈。

這個定義包含了四個要素：公共幸福、理性、職權及立法手續。

公共幸福是個人幸福的一個方面及必要的客觀條件。但公共幸福從不能抹滅個人基本的幸福，每一個人都有他與生俱來而不能自選的生存目的——去完成超自然的現實，去與無限的造物主吻合。有關公共幸福的立法需要強制性的運用。所以它需要權威。但權威的極限由公共幸福的內容來決定；如翻過來叫公共幸福的內容由權威來決定就本末倒置了。公共幸福是自然法要求的一部份，所以人為實證法應以自然法為原則而制定，又為了保護自然法而成立。

法律需是合理的安排不必贅述，因法律就是理性的表現。

法律不是任何人個人的命令，法律之制定權屬於人民整體或他的代表。在第九十題第三節他說：

……安排有利於公共事務，乃是整個社會或代表整個社會的某一個個人的任務。

法律必須佈之於公的道理是這樣：聖多瑪斯說法律是加諸於人的規範與尺度，假使不知其規，怎能義務去遵守？⁴⁶

我們在陳述基督教對法治思想的貢獻時沒有單獨涉及正義的名詞。事實上「正義」這個觀念也如它在希臘羅馬的思想系統上一般貫穿着聖奧古斯丁及聖多瑪斯的倫理學及法學。他倆人都接受古典時代對正義的界說：予人應有。聖奧斯丁有一句常被引用的話，他說：「一個國家失去了正義就變成了一羣大強盜」。⁴⁷這是他對羅馬帝國侵佔埃及亞立山大城的行動而言。在該章的結尾他講述了一個有關亞立山大本人的故事。有一個海盜給亞立山大大一封信，上面說一個人被稱為海盜因為他只強佔了海上的一小部份，假使他攻佔了全世界他就被稱為皇帝了。這有如中國俗語上說的「成者為王，敗者為寇」可是聖奧古斯丁不能接受這個有名無實的名稱。正義是國家之所以成為國家的要素。可是他正把正義不僅適用在社會生活上而還涉及個人生活及宗教生活。假使正義是予人所有，天主不應有他的份嗎？一切由他創造，所以最後一切應歸屬他。因此他說一個沒有真正的宗教的國家也不會有完整的正義生活。

……

聖多瑪斯《在神學集團》的第五十七、五十八兩題上論述正義。他把正義當作一個倫理上實踐的德行之總稱。但其狹意的意義則採取且重申了羅馬《國法大全》上給正義下的意義，即「經常永久予人應有的意志。」他除了採納了亞里士多德的正義觀外還繼承了聖奧古斯丁的宗教正義觀。他得到這樣一個結論：不合乎正義的法律，不是真正的法律。不是真正法律的規範對人的良心沒有約束力。在違反基本正義時，人絕對要反對，如命令人背棄自己的信仰，殘殺無辜的人民……等等。可是在不違反基本正義時，假使反對國家命令產生的惡果大於服從，則可服從之。

上面簡述了以五位思想家代表的西方法律傳統的主流。這個主流對後來

註

④見卡爾·J·弗里德里克(Carl J. Friedrich)·《歷史透視中的法律哲學》(The Philosophy Of Law in Historical Perspective) (芝加哥：芝加哥大學出版社·一九六三再版)·第三十五、四十一—四十三頁。

④羅德里蓋斯·莫利耐洛(Rodriguez Moliner)說：

第一個將「希臘、羅馬、猶太思想」各種成份縮壓成一個有系統的單位的人就是聖奧斯芝。他企圖在新柏拉圖主義及斯多葛學派的哲學上使柏拉圖的永恒的觀念理論與斯多葛學派的永恒法及自然法能和基督教的教義相和諧。見《當代歐洲思想上的自然法與歷史》(Derecho Natural e Historia En El Desarrollo Europeo Contemporaneo) (馬德里：私法學報出版社Editorial Revista De Derecho, 1973)·第四十四頁。

④見④第四十頁。

④見④·第一五九頁。

④弗特烈·科普爾斯頓(Frederic Copleston)·《哲學史》(A History Of Philosophy) (紐約：達博戴出版社Doubleday, Image Edition, 1962)·第二卷第二冊·第一二八—二九頁。

思想的發展與社會的發展有深切的關係。姑不論其各自學說的是否完整或殘缺，正確或錯誤，它們從正反兩面決定了西方法律及政治討論的範疇與方向。不用說，這些思想家的理想從未實現。而且在西方漫長的歷史上，我們目睹與之相反的史實。但也不容否認西方的法治在近代的世界上，我們目實地更廣泛及更深刻，值得我人反省、研究、借鑑。縱使近代的事實是如此我們也沒有具列上述的法治思想有必然變成事實的根據。比較史告訴我們，西方在過去的法治實踐上並沒有比中國或其他文化區域更完美。換句話說，縱使有了法治傳統的思想，也不能保證就有法治的實踐。

(全文完)

④聖多瑪斯《神學集成》的體裁是問答式的：把主題提出之後便列舉所有可能的質問，然後再逐一地解答，這是對第一個質問的答覆。

a 見《聖多瑪斯主要著作》(The Basic Writings Of St. Thomas Aquinas 安東·佩吉斯(Anon C. Pegis)·編註·(紐約：倫道木出版社Random House, 1945)·第二卷·第七四四頁。

b 中譯引自馬清槐譯《阿奎那政治著作選》(唐特雷弗A. P. D'Entrecco 為英文本編輯) (北京：商務一九八二第二次印刷，一九六三第十次)·第一〇四頁。

c 台灣商務可能出版了呂穆迪翻譯的聖多瑪斯的《神學集成》。其第三卷《論萬事》中應有法律論但尚未見該譯文。

④第九十題第四節的中段。

④聖奧古斯丁《上帝之城》(The City Of God)第四章第四節·英文版即W. J. 奧次(W. J. Oates)編輯《聖奧古斯丁主要著作》(Basic Writings Of Saint Augustine) (紐約：倫道木出版社Random House, 1948)·第二卷·第五十頁。

(原載：中報月刊〔港〕一九八六年八三期六七—七二頁)