

LAWYER DIGEST

6 律师 文摘

2006·第六辑·总第二十四辑

主编
孙国栋



要目:

- | | |
|------------|-------------------------|
| 梁定邦 | 律师的诚信 |
| 燕树棠 | 自由与法律 |
| 叶铁桥 | 吴湘韩 丛玉华 一个地方中院院长的“前腐后继” |
| 方流芳 | 学术剽窃和法律内外的对策 |
| 罗纳德·J. 艾伦等 | 相关性、证明力和规则403危险性 |
| 朱树英 | 律师事务所异地拓展战略与核心竞争力 |
| 张仁善 | 中国近代法律精英的法治理想 |
| 萧公权 | 宪政的条件 |
| 贺卫方 | 具体法学的追求 |
| 彼得·梅尔 | 无处不在的律师 |

中国法制出版社

律师文摘

2006·第六辑·总第二十四辑

6

学术顾问 江 平 梁定邦 张思之
邓正来 贺卫方

编辑委员会 王才亮 田文昌 池英花
刘 宇 刘桂明 杜佐东
杨泽延 周荣炽 薛济民

执行编委 谭 礴 刘海蛟 董志军
李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 广东华律师事务所
北京才良律师事务所
北京京都律师事务所
北京易和律师事务所
江苏圣典律师事务所
重庆百君律师事务所
信捷投资担保有限公司
浙江海通联合律师事务所
美国纽约州刘宇律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2006 年.第 6 辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2006.12
ISBN 7-80226-056-6

I.律… II.孙… III.律师—丛刊
IV.D916.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 009314 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京市清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2006 年 12 月第 1 版

印张/11.5 字数/210 千

2006 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-056-6 定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码:100031 传真:66062741

发行部电话:66062752 编辑部电话:66026587

邮购部电话:66033288 读者俱乐部电话:66026596

《律师文摘》征订启事

《律师文摘》是国内第一本以法律职业共同体为主要读者的大型文摘类连续出版物,每年六辑,由江平、梁定邦、张思之、邓正来、贺卫方先生担任学术顾问。文摘以“提升律师人生境界,提高律师业务水平”为宗旨,以“促进中国律师业的成熟与进步,推动中国民主与法制化进程”为己任,秉承“独立之精神,自由之思想”的编辑理念,博采众家之长,荟萃中外经典,竭诚营造中国律师的精神家园和权威论坛,选文突出思想性、国际性、前瞻性,是广大律师提高职业素养和业务能力的优秀教材,也是社会各界了解律师业的一个窗口。《律师文摘》创办近五年来,在法学界和法律实务界影响日益扩大,受到广泛赞誉。

《律师文摘》定价 16 元,全年 96 元,2007 年已开始征订。另外,编辑部还有少量 2002 年至 2006 年已出版的各辑刊物,2002、2003 年每年四辑,每辑约 28 万字,定价 25 元;2004 年四辑每辑约 19 万字,定价 16 元;2005、2006 年每年六辑,每辑约 20 万字,定价 16 元。欢迎广大律师及各界人士订阅,同时希望您将慧眼选中的佳作惠赐本刊。订阅时请将书款(免收邮寄费)通过邮局直接汇至编辑部。

地址:北京市昌平区东环路 136 号方舟书苑《律师文摘》编辑部

邮编:102200

收款人:梁小玲

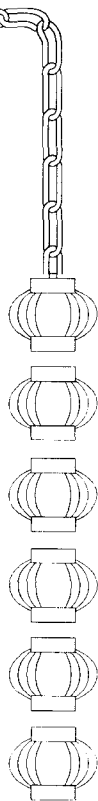
电话/传真:010-80111302

电子信箱:lushiwenzhai@126.com

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- 于绪刚 北京市大成律师事务所高级合伙人(北京)
王志学 辽宁省四洋律师事务所高级合伙人(沈阳)
孙伏龙 河北省太平洋世纪律师事务所主任(石家庄)
朱元涛 北京市正见永申律师事务所合伙人(北京)
刘文君 广东省经天律师事务所合伙人(深圳)
刘彤海 河南省尊严律师事务所主任(濮阳)
刘建锋 北京市丹宁律师事务所执行合伙人(北京)
许兰亭 北京市炜衡律师事务所律师(北京)
李俊华 上海市建纬律师事务所昆明分所主任(昆明)
张 勇 南开大学法学院副教授(天津)
张星水 北京市京鼎律师事务所主任(北京)
杨 斌 北京市五环律师事务所律师(北京)
肖树伟 北京市天驰律师事务所合伙人(北京)
陈惠忠 广东省星辰律师事务所主任(深圳)
周 强 北京市正见永申律师事务所律师(北京)
欧永良 广东省合盛律师事务所主任(广州)
赵红亮 北京市兰台律师事务所律师(北京)
贺宝健 浙江省海通联合律师事务所主任(杭州)
胡祥甫 浙江省金道律师事务所主任(杭州)
秦 兵 北京市汉卓律师事务所合伙人(北京)
徐 彬 北京市首信律师事务所主任(北京)
潘志强 北京市华一律师事务所合伙人(北京)
贾承霖 北京市世纪律师事务所合伙人(北京)
梁 晨 北京市中瑞律师事务所合伙人(北京)
韩 良 南开大学法学院副教授(天津)
彭 航 北京市天平律师事务所合伙人(北京)
董 箫 河北省世纪方舟律师事务所副主任(石家庄)
谢重基 北京市雍合律师事务所律师(北京)
曾祥一 重庆市索通律师事务所合伙人(重庆)
霍 健 中国海洋石油总公司集团公司副总经理(北京)
戴勇坚 湖南省万和联合律师事务所董事会主席(长沙)



律师的诚信

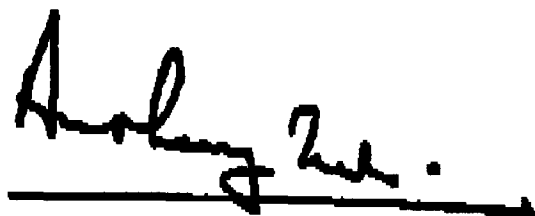
我从1976年到现在当了30年的律师。我在美国、英国、香港都执业过。在中国大陆没有当过律师,但是接触过很多很多的法律业务。对律师的要求,其实最简单、最核心的一个要求,不单是他的专业能力,而是他的诚信。对律师诚信的要求其实比任何一个行业都高。为什么是这样呢?律师在法律制度中是一个核心的角色。在这个角色之中,整个制度,包括你的客户、法律制度、社会都是依靠这个专业人员来引导走向正轨。如果一个社会不走正轨的话,那就会乱。因此律师来引导各界皈依正轨,是非常重要的一个角色。但是诚信本身不是一个抽象名词,不是一个抽象概念。其实在我们日常的业务之中,对诚信这个词本身应该有具体的要求。那么什么是具体的要求呢?我今天只说三点。

第一,就是制度的要求。律师本身是制度的重要一环。在中国当律师可能不需要宣誓,但是在欧洲、在英国、在美国当律师,要每个人读一篇誓词。就是要宣誓的,要宣誓效忠法律制度。那么律师必定要引导别人守法,碰到不法的行为必须要给他纠正。这种情况下,就是律师对制度的诚信,是非常重要的。如果是律师本身对制度没有诚信,或者是走捷径的话,那么整个制度都会歪曲。而且,律师本身不能走得很远。

第二,对自己的诚信,对自己的要求。有很多《管理学》里面说,你做一件事可能花80%的力气进去,只能得到20%的效益。但是你花20%的力气得到80%的效益的话,你应该选哪一边?所以你应该来选择最有效益的东西去做。但是法律业务是一个例外。每一宗案件、每一个文件你都必须做到十全十美。为什么呢?法律不能允许漏洞。所以每一个律师不论做什么案件、起草什么文件都必须要做到十全十美,对自己负责任,不能有任何走捷径的方法。当律师是没有捷径的。

最后，律师必须要向社会付出诚信。对社会付出诚信是什么呢？就是你当律师是为社会服务的，不单是为你的客户服务，你是一方面引导客户本身守法、另一方面为整体社会服务。当然首先是为自己的利益。但是自己的利益与社会的利益通常来说都是一致的。所以很多律师事务所，包括很多国际事务所都会花一点精力、或者他们的资源来做一些社会公益的事务，包括为穷人服务。我觉得这是对社会本身的一种诚信，是很重要的。这是跟我们中国的历史文化没有一点冲突的。我们大家都知道，每个人在念小学的时候都念叨这句话，“大学之道，在明明德”。那么问题就是你是社会的一员，而且是最重要的一员的话，你的最大的任务就是来发挥社会本身的一种道德诚信。法律工作者在这方面，我觉得应该是很核心的一种概念，一种理念。

(本文节选自梁定邦先生2006年7月29日在北京市大成律师事务所重庆分所开业庆典仪式上的致词，根据录音整理，未经本人审阅)

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Andrew Zeh.", is written above a solid horizontal line.

卷首语

律师的诚信 / 梁定邦

学术论坛

法理沉思 001 自由与法律 / 燕树棠

事件剖析 009 一个地方中院院长的“前腐后继”

叶铁桥 吴湘韩 丛玉华

013 安徽巢湖四名学生蒙冤事件调查 / 黄 勇

热点话题 018 学术剽窃和法律内外的对策 / 方流芳

业务进阶

以案论道 039 最高额保证合同中的“期间” / 陈刑天

证据适用 044 相关性、证明力和规则 403 危险性

[美] 罗纳德·J. 艾伦等著 张保生译

业界瞭望

执业前沿 084 司法鉴定期望结束乱局 / 赵 蕾 苏永通

他山之石 088 百年磨成的赔偿法则 / 小 夏

管理之窗

职业素养 093 论律师的法律信仰 / 刘卫东

体制创新 098 律师事务所异地拓展战略与核心竞争力 / 朱树英

105 浅析律师事务所法律服务质量管理 / 赵曾海 解 淳

企业文化 114 过度的“商业化”倾向是形成律师文化的障碍 / 李大进

史海钩沉

百代风流 117 中国近代法律精英的法治理想 / 张仁善

返回现场 130 张献忠的一桩公案

——从成都大慈寺屠戮士子事件说起 / 耿 法

法苑撷英

- 随 笔 133 宪政的条件 / 萧公权
136 具体法学的追求 / 贺卫方
139 破除专业教育的迷信
——与贺卫方教授商榷 / 薛 涌
141 无处不在的律师 / [英]彼得·梅尔 著 张 勤 译
144 欧洲的司法是怎样独立的? (外一篇) / 李永君
- 书 评 149 表达自由的法律界限 / 张耀杰
155 我眼中的刘桂明
——《法治天下》读后感 / 徐家力
- 观点汇粹 157 解决“征地坑农”、“拆迁扰民”是构建和谐社会的迫切任务
(共5篇) / 王才亮等
- 人物集锦 160 何家栋等7人

编读往来

- 162 《律师文摘》是律师的精神食粮 / 王 工
162 关注年轻律师的成长 / 张 凌

编 后 记

06年总目录

Contents

Preface

The sincerity of lawyer / by Liang Dingbang

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

Freedom and Law / by Yan Shutang (001)

Event Analysis

Corruption of Presidents of a Local Intermediate Court

by Ye Tieqiao, Wu Xianghan, Cong Yuhua (009)

An Investigation of the Incident Four Students were Wronged in Caohu, Anhui Province

by Huang Yong (013)

Hot Topic

Academic Plagiarism and Counter-Measure in and out of Law / by Fang Liufang (018)

Business Step

Theoretical Discussion on Cases

The "Term" in Guarantee Contract of Maximum Amount / by Chen Xingtian (039)

Application of Proof

Relevancy, Probative Force and Danger of Article 403

by Ronald J. Allen, etc. [U.S.A.], translated by Zhang Baosheng (044)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Judicial Expertise Expects to End Chaos / by Zhao Lei, Su Yongtong (084)

Stones from Other Hills

Rule of Compensation Ground through 100 Years / by Xiao Xia (088)

Window of Management

Professional Attainment

On a Lawyer's Belief in Law / by Liu Weidong (093)

Systematical Renewal

A Law Firm's Developing Strategy in a Strange Place and its Core Competence

by Zhu Shuying (098)

Simple Analysis of a Law Firm's Quality Management of Legal Service

by Zhao Zenghai, Xie Chun (105)

Culture of Enterprises

The Excessive "Commercialization" Tendency is the Obstruct of Forming Lawyer Culture

by Li Dajin (114)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Celebrity

The Legal Masters' Ideal of Rule by Law in Modern China / by Zhang Renshan (117)

Returning to Scene

Zhang Xianzhong's Case / by Geng Fa (130)

Cream in Law Garden

Essay

Conditions of Constitutionalism / by Xiao Gongquan (133)

Pursuit of Specific Jurisprudence / by He Weifang (136)

Do away with Blind Faith in Professional Education / by Xue Yong (139)

Omnipresent Lawyers / by Peter Mayle[U.K.], translated by Zhang Qin (141)

How European Justice was Independent / by Li Yongjun (144)

Book Review

Legal Limit of Expression Freedom / by Zhang Yaojie (149)

Mr. Liu Guiming in My Eyes / by Xu Jiali (155)

Viewpoint Collection

It is a Urgent Task of Constructing Harmonious Society to Solve the Two Problems

"Cheating Peasants in Commandeering Land" and "Disturbing People in Pulling down and Removing" (5 Articles) / by Wang Cailiang, etc. (157)

Collection of Personage

Seven Persons Including He Jiadong (160)

Between Editors and Readers

Lawyer Digest Is a Lawyer's Spiritual Food / by Wang Gong (162)

Paying Close Attention to Young Lawyers' Growth / by Zhang Ling (162)

Editorial Postscript

目录翻译 屈 新

自由与法律

燕树棠 *

近年来,我们常听一般人说:“不自由,毋宁死!”这显然是个人主义的自由的极端的呼声。又常听说:“只有团体的自由,没有个人的自由!”这显然是否认个人之自由而迷信团体的能力之主张。也常听说:“法律之内有自由,法律之外无自由。”这是主张“法治”的普通的旧话。这都是在思想上所引起的不同的见地。实际上也有不少的情形牵涉到自由问题。近年以来的解放运动——学生运动,妇女运动,恋爱自由,结婚自由,等等——都是个人自由的表现。再一方面,如所谓爱国运动,所谓民族解放,以及正统政党和反动政党之组织与活动,皆表示个人自由与团体自由之区别。这些现象都证明我们社会里边人与人彼此间的关系因个人的行动而发生了冲突,因此而发生的问题都可以牵连到自由问题里边来。

泰西的历史,自从希腊,经过罗马、中古,以至现代,尤其是近代,许多的实际社会问题,莫不以自由为中心。他们思想界关于自由的著作之多,真是可以车斗计算。英国有一个历史学家爱克顿氏(Acton)写《自由之历史》,开章明义的头一句话就说:自由,好像宗教,自从希腊的雅典种下自由之根,经过两千五百年,到现在收自由之果,自由在这长期之内,固然构成善行之动机,同时也是各种罪孽之护符。可见在西洋,这自由关于人生的祸福亦非浅鲜。

“自由”在西洋历史上虽系一种极大的动力,而思想界把自由认为是一种社会理想,却晚在十八世纪之末——以康德氏(Kant)为自由的第一个功臣。自康德以后,讲历史的,以人类的历史为实现自由之过程——以人类的进化,最初的一步是取得“国族自由”,继而取得“政治自由”,最后取得“社会自由”等等类似的说法。讲道德的,以自由为“义务”的根据——个人“应为”或“应不为”都是源于自决,惟因自决,才受拘束而负责任。讲政治的,以实现个人之自由抵制政府之专横为政治之大原则。讲经济的,以放任主义为增进和促进个人经济能力之不二法门。讲法律的也自然要用“自由”这一个理想

* 燕树棠(1891~1984):中国近代杰出的法学家和法律教育家。历任北京大学、武汉大学、清华大学、西南联大法律系教授暨系主任。曾参与起草“六法全书”,主撰“亲属法”。

给法律一种概括的说明。近年以来社会主义虽给自由理想一种打击,而其结果只能说是给自由理想加上了一种限制,限制它从前的那种绝对的意义而已,不能否认了自由理想。极端的社会主义者——共产主义的老前辈——拉萨尔氏(Lassalle)说:法国大革命以前,欧洲有团结而无自由;法国大革命以后,欧洲有自由而无团结;第三阶段的改革,欧洲应当得到团结与自由。共产主义的老祖宗马克思氏(Marx)也谓:个人发展之自由为全体自由发展之条件。可见极端的社会主义者并不否认个人自由之理想。

现在我们略得自由问题之大意,不必再加申述。兹只就自由观念与法律思想之关系作一简单之说明。

欧洲,在十八世纪之末十九世纪之初,思想上所要解决的大问题,即是法律与自由之关系。当时有两种情形引起这个大问题:第一,当时是专制政体之时代,又是立法盛行之时期;第二,当时为民权发展之时期——法国大革命以自由为革命主要的要求。一方面呈露国家外界的压制,一方面表现个人动作之自由。如何融洽外界的强制与个人的自由这种冲突的现象,是十九世纪法学上的大问题——是十九世纪在哲学上谈论法律者所不能逃避而必须解决之难题。康德氏以为:关于个人之行动应该扫除外界一切不自然之障碍和阻挠,使着人人随便享有生活之竞争;个人动作之自由是人生之目的,其对个人动作所加之限制实为达此目的之手段;故对个人自由所加之限制,正所以保证个人最大限度之自由,他所谓自由是意志之自由,个人之行动实在是意志之表现。他以意志为中心点,而认定自由的意志为正义公道之基础——他以为自由的意志是一个人自己对自己之认识,是实在,所以可以为推断之根据。社会上人与人的冲突,实系众多自由的意志之冲突;若使众多自由的意志彼此融洽,自然就没有冲突;即有冲突就应有解决之方式。他的方式是:人人享有同等的意志自由。若人人享有同等的意志自由,众多的意志,自然就能融洽,彼此即可同时并存而不相冲突。康德氏认为这是公道,这是法律之目的。

法学在十九世纪,因研究的方法不同,普通分为哲学、历史、分析三派。这三派都离不开康德氏的思想。到了二十世纪——到了近二三十年以来——法学虽受别种社会科学的影响,也并没有完全抛弃自由之观念。兹将三派对于自由之说明略述如下:

第一,哲学派。

这一派以自由——以个人行为的自由——为基础,把康德氏自由的意志之说推论到实际的效果。他们以为一个人真正的存在是自由意志的存在。他们这样的说法:一个人在社会里边,所以构成社会的一分子,所以有独立的存在,只是因为他能够以自己智力之自由运用指使自己筋肉之自由活动,

并能够为他这种活动占一部分的空间,那才算是有独立的存在。这种自由活动受一分的限制,即是个人独立存在的可能减少了一分;若是这种自由的活动全部受了拘束,即等于个人的独立存在完全消灭;即等于一个人的生命丧失了它的要义而只剩下了物质的生命,不啻只留下了一块行尸走肉。

他们以为自由的意义,在消极方面是表明不受抑制,不受限制,即是说抑制的不存在;积极方面含有沉静、思索、想像、涵养、联想、信仰,凡人类之伟大所需要所依据之条件都包括在内。所以,自由,在正面表示充实个人存在之品质,而反面表明为增进人人最大限度之自由对全体所需要之必要的限制。个人自由,若为全体之利益,一定受有相当的限制,但这种限制之程度时代与时代不同,社会与社会不同,从来没有万世不变的定则。

一个人,在一个时期,在一个国家之内,法律容许他所享受之自由之全部,统名之为“权利”;人人为尊重这样受限制之自由所负的对等的责任,统名之为“义务”。夫妻之自由,父母对于子女之自由,因亲属法而有了确实的界限;他人对于他们这种亲属关系可以行使之自由也因此而受了限制。这就是说:夫妻,子女,以及其他的人之权利义务就因此割分而有了定限。刑法保障个人的安全;犯罪行为是一个人不当的行使自己之自由而侵犯他人之自由,所以刑法要加以否认,加以禁止。财产法承认个人财产之享用而与以财产权,同时就使他人负了不得侵犯他的享用之义务。这一类的权利普通名为对世权——是对于一般人的权利,一个人——权利人——的自由因此而扩充,而其他一般人的自由却因此而缩减。因契约而发生的权利就不同——当事人一方之自由增多而他方之自由就按比例而减缩;或双方当事人各各之自由,有的地方都增多,有的地方都减少;而其余一般人之自由却不因此而受影响。换句话说,一个人对亲属之意志所享有之支配权之范围,因亲属法而确定;一个人关于物对抗于一般人所享有之支配权之范围,因财产法而确定;一个人对特定人所享有之支配权之范围,因契约法而确定。

这是因法律之效力除去不确定之状态,而增助个人之活动。所以这一派的法学家说:法律普通的效力是增大一个人对物行使支配之领域。他们的意思是说:法律扩充个人实际所享有之自由。

但是,一个人在法律上享有了权利,就含有他人的自由受了限制——这一个人自由活动的范围之增加,即是他人自由活动的范围之减少。这种结果是在各种政治组织之下所不能避免的;各各人之自由所受限制之程度,全靠立法者以保证全体最大限度之自由为标准,而自行斟酌决定。这立法问题自然是一个顶难的政治问题。自由向为政治上坚决的要求,其理由即在乎此——一个人的自由,除增进全体之自由而外,不应该受任何之限制。

这是十九世纪的哲学派以自由之理想对法律所下之说明——普通之说

明。近二三十年以来,法学思想略有变动,都有了社会的彩色——群的彩色。有的法学家虽不否认自由观念,但主张人类的生活需要是比自由还重要的东西。例如所谓“新康德派”德国的法学家司坦木拉氏(Stammler)虽不抹杀个人自由意思之地位并谓吾人社会团体为有自由意志之人民所凑成的社会团体,而坚持个人之意思不应以武断的方法而加以蹂躏,但他所注意之点不在融洽个人与个人彼此间之自由,而在融洽社会团体中的众多之意志。换句话说,他的说法不以个人本身为中心,而以社会因个人的存在而所有之利益为要点。所以他的结论是主张所谓正义公道包含在四个原则之内——(一)一个人对他人要求履行义务之请求权为须以义务人能保持他的人的生活为限;(二)一个人对于他人之支配权,必须以受支配之人能保持他的人的生活为限,才能存在;(三)不应以武断的方法,排斥同人参与公共利益或拒绝同人参加公共事项,而必须以社会利益为标准;(四)法律所许之支配权,在被支配人能有人的生活限度之内,方为合理。他的意思是说个人之自由固然重要,而个人之社会的生活与道德的生活更加重要。

有的法学家——所谓新黑格尔派(New Hegelian)珂拉氏(Kohler)谓人类现有各种制度之存在重于个人之自由。各种社会制度,如文字,如家庭,如婚姻,如商业组织,如政治组织等等,都有长久历史的背景,都是一个社会文化之表现。历史虽是进化的,而各民族在各时期,都各有那一个时代的“法律之定则”。个人生存于社会制度之中,社会的需要当然重于个人自由。

所谓社会学派的法学家,例如美国的庞德氏(Pound)也不重视自由问题,他以法律的目的在支配和保护各种利益,而个人自由亦不过法律所要保护之利益之一种而已。按他的说法,法律为保护社会生活,就必须保护公共安宁、公共卫生、公共道德、工商自由、言论自由以及其他各种公共利益,以维持和增进社会的生存;法律为保护个人的生活,就必须保护个人的身体、名誉、信仰、夫妻的关系、父母与子女之关系、财产、工作自由、缔约自由等等个人的利益,以维持个人之躯体、交际、精神、经济,各种个人的生存。他的意思是说:法律的整个问题不在个人自由之实现,而是在个人与社会两层生活所需要的利益之分配与保护。再例如,法国的法学家狄骥氏(Duguit)简直的以社会理想——所谓“社会联立”的理想(idea of social solidarity)代替了自由理想。他说:第一,个人有社会的需要,这种需要非共同的努力不能满足;第二,个人有各别的需要,这种需要非彼此交换及彼此分工不能满足(solidarité par similitudes et solidarité par division du travail)。这种两层的联立支配个人在社会中的一切关系。所以个人在社会里边生活,只有分工与合作,实在只有义务,而没有所谓权利与自由。若说自由,只能说是指着为社会联立而尽力发展自己之活动之自由——这是履行义务之自由。他完全不相信个人独

立行动之自由。

第二, 历史派。

十九世纪的历史派的法学家尊奉黑格尔氏的哲理, 谓法律为自由理想之实现, 他们相信人类彼此关系的完善的境界是自由的境界。他们从法律的历史上证说: 法律规则、法律原则以及法律制度, 在它们的历史上都是一步一步的不断的实现自由之理想。他们相信这是由历史上所证明的真理, 所以他们说: 法学是自由之科学。这种信仰的结论是: 因为相信自由是美善, 所以各种对自由之限制即是弊害; 各种法律规则都是对自由之限制, 所以这些法律规则都是有弊害的东西, 但是“必要的弊害”——假设自由没有最低限度之限制, 在人与人欲望冲突状况之下, 自由的实现是不可能的。

从这种观点写法律史的法学家, 最有名的有两位——一位是德国的普哈台氏(Puchta), 一位是英国的墨恩氏(Maine)。普哈台氏写西洋的政治及法律制度的组织, 从巴比伦、埃及, 中经希腊、罗马, 直到现代的西欧, 他指明这一脉相传的长期的人类的经验, 都是连续的实现自由之理想。墨恩氏的大著《古代法》(Ancient Law)更是我们熟知的, 他对于法律史的解释有一句名言是“由身分到契约”(from status to contract)。他说: 人类在进程之中, 自由理想实现的方法, 就是由身分演变而进入契约。他的意思是说: 在幼稚社会之中, 一个人在法律上的权利义务之发生不是由于他自己的自由意志而是由于他在社会上所处的地位——所处的阶级。法律规则、法律原则、法律制度, 慢慢的变化, 渐次承认一个人的权利义务之发生, 不由于他所处的地位, 而由于他自己所欲之行为。例如说, 夫妻的关系, 在幼稚社会之中, 是因宗教的仪式或实际的占用而发生, 渐渐的变化, 而由于男女双方的合意而成立。家庭, 幼稚社会的大家庭有家长家属尊卑之分, 在法律上享有不同的身分, 因而有不同的权利义务; 渐进到小家庭, 除缺乏判断力的未成年人及疯癫人而外, 在法律上彼此都处于平等的地位; 主仆的关系, 始于奴隶制度, 主人与奴隶之间完全没有自由表示之可言, 到了社会进步之后, 主仆的关系完全因雇用人与受雇人双方同意而成立。的确! 就罗马法的历史看来, 实在现有墨恩氏所说的那种趋向——身分(status)制度的破坏; 个人责任之基础以意思代替形式; 法律行为之成立以意思为要件; 契约法之发达由于当事人真实意思表示之承认; 侵权行为法以故意与过失为侵权行为成立之要件; 继承法之承认死者之遗嘱; 这些法律现象都给与墨恩氏的主张一种有力的证明。

但是, 有几位法学家对于墨恩氏的概论很有些驳辨。英国的鲍洛克氏(Pollock), 戴西氏(Dicey), 麦提蓝氏(Maitland)对他的主张都有些批评。鲍洛克氏说: 若用墨恩氏的身分契约说, 说明财产法, 大致不差; 若用以说明人法就有些不妥当。例如, 现代的婚姻虽因男女双方当事人的契约而成立, 但实

际上,无论何国的法律都不承认当事人可以以婚约自由的定明结婚、离婚的条款;在法律上并不把婚姻看作合伙;各国的立法也没有这种的趋势。再者,一个人的成年不成年也不是完全以有无判断力为标准;未成年的人即便有判断力,他不能同他的父母或监护人订立契约,承认他的成年;成年人也不能同他的父母或监护人订立契约,承认他为未成年。这些问题不只是关系他本人的利益,实在是社会的;公共的安宁及第三人的交易的便利之重要程度,超过了当事人处分自己事务之自由。戴西氏谓现代劳工赔偿法所以承认工作要求损害赔偿之权利实在是因身分而所得,并不是因契约而取得,并不得以契约取消这种权利。这些立论都是反驳墨恩氏的主张——证明个人的权利义务不能都归纳到契约范围之内;假设归纳到契约里边也不能完全由当事人自由的处置。墨恩氏因观察人类各民族的政治法律制度之同点,所以主张人类的进化是由身分到契约,以证明自由实现之真实。但麦提蓝氏研究法律的历史,观察到民族的品格、智慧、制度,实有根本相异之点,所以认为不应该定下一个狭隘的概论。

第三,分析学派。

十九世纪的分析学派的哲理源于宾塞木氏(Bentham)的功利主义。他是主张立法的人,是主张改革社会的思想家。他的立法的标准是要问立法是否增进人类的幸福,并以谋个人最大之幸福为法律之目的。但是什么是幸福呢?能享自由,便是幸福。一个人必须享有最多之自由,才算有最大之幸福。所以从消极方面说,立法应该除去个人行动自由之障碍;从积极方面说,立法应该扩充契约之范围及实行契约之责任。这种观念全是基于康德氏之自由思想。

分析学派研究法学之材料不及历史学派之丰厚,而理论又不及哲学派之有彩泽,所以到十九世纪之末二十世纪之初,颇呈枯窘之状态,常受攻击,不受欢迎。即如英国鼎鼎大名的分析学派的法学家荷兰氏(Holland)所著的《法学原理》(Elements of Jurisprudence)一书亦不过把分析学派所已经研究之结果给它一个简明之要论而已。近二十年来美国有一派的法学家自命为纯粹的分析派,重整旗鼓,另开新径——不谈空理,只分析法律之基本观念,以求实际的功用。他们对于自由问题又别有见地。他们虽有许多的论文,有精辟的大著的只有高古徕氏(Kocourek)一人。

按高古徕氏之说,法律是规则,是国家制定的规则,当然有强制力;法律使着人与人彼此的关系标准化,当然支配个人的行动,但并不是支配一切的行动。个人的行动,在法律上说,可以分为三种——“必为的行为”、“能为的行为”、“得为的行为”。所谓必为的行为是在法律上必须为的积极的行为或必须为的消极的行为。这一个人在法律上必须行为,就说他有“义务”。所谓