

唐表民著

法律之謎

商務印書館印行

唐表民著

法律之謎

商務印書館印行

中華民國三十一年五月初版

(23237 渝粉)

法律之謎

渝版粉報紙

定價國幣玖角

印刷地點外另加運費

不	不	不	不	不	不	不	不
特	特	特	特	特	特	特	特
許	許	許	許	許	許	許	許
有	有	有	有	有	有	有	有
究	究	究	究	究	究	究	究
所	所	所	所	所	所	所	所
必	必	必	必	必	必	必	必
權	權	權	權	權	權	權	權
印	印	印	印	印	印	印	印
翻	翻	翻	翻	翻	翻	翻	翻
版	版	版	版	版	版	版	版
不	不	不	不	不	不	不	不
特	特	特	特	特	特	特	特
許	許	許	許	許	許	許	許

著者 唐表民

發行人 王雲五

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

各

地

敬以這小冊紀念 父親，當我

寫此書時，他正在重病之中。

自序

法律是什麼？這是法律哲學上爭論了一百多年而仍然沒有得着答案的大問題，這裏所發表的，便是一篇討論這個問題的文章。

本來共分五章，前四章分別介紹各派學說，其中自然法學派，歷史學派，分析學派的主張，是大家早已知道的。只有新興的唯實學派，因為牠所研究的，不是法律本身，而是「裁判過程」(judicial process)，似乎還沒有人把牠看成討論法律性質的學派，我卻大膽地把牠列入。

結論一章，是我對於這個問題的看法。在寫文章的當時，我自以為這個看法頗為妥當，可是當我以後研究憲法學時，便發見了新的困難。近年環境的變動，使我不能繼續地和書本接觸，因此，對於這個問題，我暫時只能抱着這樣一個不成熟的見解。

就內容說，這書很覺草率，其最基本的原因當然是由於作者學力不足，但是另外還有兩個原因。第一、這篇文章是我前年在國立武漢大學研究法律哲學時寫成的，我那時寫這篇文章的目的，只是在把牠作為自己在書本中旅行的「心影錄」，並沒有懷着將牠來向社會請教的動機，因此使牠在許多地方沒有具備學術論文應該具有的精細。第二、本書所討論的問題，牽涉太廣，並且近來各學派又有許多新的發展，在國內，我們不容易找着完備的參考材料。

我是很知道這本小冊子的淺薄的，現在之所以把它發表出來，一方面是希望可以因此得着法學界先進的批評和指導，另一方面是我覺得國內關於法學理論的書籍太少，這本小冊子。許不是全無用處的。

此外，我應該在這裏向李浩培先生表示深切的謝意，因為當我寫這篇文章時，他不但借給我許多國內不易得着的材料，並且時常給我鼓勵。

作者，一九四二、三、一、寫於江北任家花園

引言

「在英或美國的法律學校裏，沒有一個對於考試稍有準備的學生，躊躇去給「完全及永久之土地所有權」(estate in fee simple)一個定義的；但是，在另一方面，法律家獲得知識的機會愈多和從事研究法律原則的時間愈長，當他碰到什麼是法律這個表面很簡單的問題時，他所感到的躊躇便愈大。」(註一)

這是三年前死了的英國大法學家鮑拉克(Pollock)在他成爲法學權威以後所說的老實話。我們在第一次聽到教員講解法律的定義時，總是很自負地相信自己已經懂得什麼是法律。然而當我們知識日廣泛，認識日深刻時，我們的腦子也就日漸糊塗了。這話不是故意說出來使初學法律的人洩氣的，我們可以說，自有法律科學以來，除了那種智識慾望不其遠大的人以外，恐怕沒有一個法學家不是爲這個問題煩惱了的。

在未育文明的時代，人類的思想幾乎全部爲迷信的成分所佔據。雷、電、風、雨等離奇的自然現象，他們或許以爲是神和鬼怪的仁慈的表現，或許以爲是彼等憤怒的表現；天災疾病死亡等現象，他們也認爲是上帝對於人的懲罰。他們的思想和行動除了恐怖神的意志以外，是絕對自由的。正因爲對於神的恐怖，他們在行爲時，有敢做的，有不敢做的，於是形成一種爲迷信所支配的行爲規則。在這時代，那種驅邪治病的「術士」(medicine-man)同時兼任了原

始的科學家、傳教士、和立法者。在這種情形下的人民，思想是十分簡單的，他們雖服從迷信所給與的行爲規則，但他們並不考究這種行爲規則之法律的意義。在他們的智慧生活中，我們找不着「法律科學」這樣東西，因此也不發生甚麼是法律這個問題。等到人類理智漸開，於是他們憑理智來解釋事物了。他們知道「善」和「惡」，「是」和「非」及「應該」和「不應該」的區別；在行爲時，他們便服從「善」「是」和「應該」的。他們之所以服從「善」「是」「應該」，或許因爲他們認爲這些是神所命令的，或許以爲是人類理性本來知道的，或許以爲是有益於個人或者社會的，或許單純地以爲那是應該的。這樣，他們擯棄了向來迷信所支配的行爲規則，這種行爲規則，便是後來學者所說的「自然法」。從希臘經羅馬，中古直到理性主義盛行的十七八世紀，這種自然法繼續不斷地支配着人心。雖然在政治比較進步的地方，政治上的首領曾頒布許多命令以支配人民的行爲；但一方面因爲大家以爲這種命令須以自然法爲根據，一方面因爲大部份地方政治的落伍，人民很少受到政治勢力的支配，自然法在人類的智慧生活及行動上面，仍然操着甚大的控制力量。在此階段中，人民雖有了「自然法」的法律觀念，然而由於實在法的研究還沒有發達，所以仍舊很少發生「什麼是法律」這個問題。（註二）

可是到了十九世紀的初期，情形便不同了。一八一四年歷史學派首先在德國興起，對於自然法學說加以無情的攻擊，於是向來自然法獨霸法學領域的局面便被打破了。一八三二年前後，奧史丁又繼承邊沁和霍布思的學說，提倡一種實在法（Positive Law）的法律理論，而形成

了分析學派，從此時起，法律科學中成立了鼎足三分的局面，開始了法學上近百餘年來的大論戰。後來英國的歷史派興起，大陸也傳入了分析派的法律思想，二派思想雖然融貫了許多，但是直到今日，他們仍然保持着各自獨特的主張。

從十九世紀末期到現在，由於社會法學派的興起，法律科學轉到了一個新的趨向。社會法學者注意法律的目的，他們「不研究法律是什麼，只研究法律做了些什麼——法律在社會上所產生的影響」。因此，他們鑽向判例中去尋求法律，而提倡一種「行為主義」(Behaviorism)或者「唯實主義」(realism)的法學理論，以與自然法學派，分析學派，歷史學派對抗。

現在參加「法律是什麼」這個論戰的，似乎主要的還只有這四個學派。(註三)本文企圖首先闡述這四個學派的根本理論，再進而加以分析和批評。不希望回答「法律是甚麼」？只希望說明我們對於這個問題應採一種甚麼樣的態度。

註一：Carter, Law: Its Origin, Growth, and Function (1907) P, 9.

註二：c. f. Robson, Civilization and the Growth of Law (1905) Part, I, II.

註三：現任英國倫敦大學教授，歷史派學者 Robson 企圖將法律和「自然法則」放在一起解釋，也是一種新趨勢。參考：Robson, Ibid, Part III. 並參閱 M. Cinsberg, The Concept of Juridical and Scientific Law, Politica 1939, March.

目錄

引言

第一章	自然法學派	一
第二章	歷史學派	二
第三章	分析學派	三
第四章	唯實學派	五
第五章	結論	六

第一章 自然法學派

自然法觀念（註一）起源最早，各時代學者所給與牠的意義，也最不一致；因此我們要知道在自然法中法律的意義，須從各種時代的學說中去探求：

一、希臘時代的自然法

人類倫理價值及法律價值的觀念，乃是文明進展到一個相當的地步而後有的產物。在希臘初期，人類的思想充分瀰漫着宗教氣氛，倫理和法律觀念全為迷信和感情所支配。稍後，所謂「知識階級」興起，乃脫離傳統宗教思想的牢籠，而從各方面去尋求倫理和法律觀念的基礎，於是有了客觀主義（objectivism）及主觀主義（subjectivism）的產生。前者以為宇宙間有一個客觀的正義標準存在，後者則以「正義為人的意志（human choice）所產生。主張宇宙間有客觀的倫理標準者如畢達哥拉斯（Pythagoreans 582—500 B.C.）。主張正義為由人的意志所產生的如黑拉克里塔斯（Heraclitus 535—475, B.C.）及風行一時的詭辯學派（sophists）物羅塔哥拉斯（Protagoras 481—411, B.C.）則說「人為萬事的準許」（註二）至此，主觀主義可說盛極一時。後來蘇格拉底（Socrates 469—399 B.C.）調和這兩個極端，而將較為客觀的「善良公民（Virtuous Citizen）的一致見解」來代替個人主觀的武斷。（註三）這種主觀主義和客觀主義的爭論，雖然沒有提及法律或自然法，但却是後來法律哲學上大門爭的發軔，

並且給自然法下了一個有力的註腳。

至蘇格拉底，自然法觀念乃漸顯著。他以為「國家的法律決定什麼是正義的行為，並表示什麼是公正；不成文的普通的神的命令決定道德的範圍，這種命令不包括在法律之內」。(註四)可見在蘇格拉底看來，在我們所謂「實在法」之外，還有一種神所命的普通的道德規則，這種規則，並不能當法律之名。

到了亞里斯多德 (Aristotle 384—320 B.C.) 客觀主義又漸抬頭。亞氏將「公正」分為「自然公正」及「法律公正」二種。自然公正便是客觀主義的公正觀念。他說：「公正分為二種：一為自然的，一為法律的——自然公正，不論在何處均有其力量，並不因人民的意向而存在。法律的公正則本無一定，但一經規定，則生效力。……任意或因方便而定的公正，好像量物的測度；量酒及穀的測度各地並不相同，整頁時，測度便大，零頁時，測度便小。」(註五)同樣，他將法律也分為二種，他說：「我所說的兩種法律，一種是『特別法』(Particular Law)，一種是『普通法』(Universal Law)。特別法乃各個社會制定以適用於其構成分子者，有為成文的，有為不成文的。普通法即是自然法」。(註六)特別法所規定的公正，乃是一種形式的公正，若這種形式的公正與實質的公正相違背時，亞氏以為應用「平衡法」來救濟。(註七)可見亞氏承認於實在法(特別法)以外，還有一種不因時間地位而變更的普通法存在。因此，他實在提出了法學上的二元論的主張。

但是什麼是亞氏所說的宇宙法或普遍法呢？他在其所著的政治論（Politics）中認為國家乃由個人、家庭、鄉村、社會等，四個階級進化而來。因為人類依「自然」（或依本性）是一種政治的動物，國家也就是「自然」的創造物。同樣，他認為法律也是根據「自然的理性」而產生。（註八）

亞里斯多德以後，「斯多德」學派（Stoic school）更進一步揮發，自然法。「斯多德」學派主張一種「自然的生活」（natural living）——即依據自然的理性而實行的生活。「斯多德」學派的創造者澤羅（Zeno 約 310 B. c.）抱一種世界主義的理想，以為人類都是兄弟，因此各社會中不應有不同的法律，而應該有同一的生活和同一的法律。此種共同的法律即是理性，其重要元素之一，則為「衡平」（equity）。因此，「斯多德」派以為公平不基於人訂的法律，根源於自然，而成功於法律與自然理性合一的一元主義的理論。（註九）不過斯多德學派也認為這種見解只是一種理想，他們以為假使人類都是理性的動物，則此種理想的自然法，便將成為實在法。由此可知斯多德派雖倡公平和法律都統一於「自然理性」的一元論，但他們並不忽略當今社會上所通行的各種五花八門的法律制度，所以，在實際上，他們的見解與亞里斯多德的二元論並沒有什麼區別。

二、羅馬時代的自然法

羅馬的自然法觀念，有二種淵源：一是當時的歷史事實，一是當時的法律思想：

(A)事實的自然法

所謂歷史的事實，便是指當時「萬民法」(Jus Gentium)。萬民法產生的原因有三：(一)羅馬人開拓疆土，征服很廣。羅馬人的權利常較被征服者為高，故在當時有一國民「與一非國民」的區別，羅馬人不願以其民法適用於非國民。(二)被征服的人及遠道來貿易的人，也因爲習慣不同，而不願受羅馬民法的拘束。(三)羅馬爲當時商業會集之地，各國來此經商者極衆，交易頻繁，於是形成一種根源於理性及公道觀念的習慣。在這種情形之下，當時法官既然不能適用羅馬民法以判案，自然也不願適用外國的法律，於是只得依據本國及外國所公認的理性，公平、認實、等原則以判決案件。後來處理此種案件多了，判例中的原理原則集合起來，於是構成一個與羅馬民法并立的法律系統。又因各種法律乃各國法律共同精神的總體，并且不分國籍地適用於各國人民，所以被稱爲「萬民法」。(註十)其後，羅馬法學家如根拉(Gaius)波拉(Paulus)馬西安拉(Marcianus)等企圖根據萬民法以改良民法，又恐萬民法不爲人民所信仰，乃稱萬民法即是自然法。至此，希臘時代理想的自然法，被認爲一種實在法了。

(B)理論的自然法

在理論方面來建設自然法的，要算西塞羅(Cicero 106-48. B.C.)西塞羅繼承斯多德學派的理論，以理性與自然爲萬物之源。他說：「真正的法律（即自然法），乃合於自然的純正理性者。牠的效力爲普遍的，牠並且是不變和永久的。……我們自己即是這種法律的解釋者。」

在羅馬及雅典不會有不同的法律，在現在及將來也不會有不同的法律；所有的只是一種永久不變適用於一切時代一切國家的法律。」（註十一）他以為「理性乃由宇宙間的自然（或宇宙的性質）（the nature of the universe）引導而來，牠使人為公正的行為，不犯錯過。這種理性並不因我們將他用文書制定，即行生存，牠實與神的意志俱來，所以這種真正的法律乃是一種神的純正理性（the right reason of supreme jupiter）。」（註十二）可知西塞羅認為宇宙間有一種永久不變可以適用於一切國家的法律存在，此種法律乃與神的純正理性以俱來。神及人類與其他生物之所以不同，在其有自然所賦與的理性，這種理性，即是法律的泉源。不過我們要注意，西塞羅雖倡言宇宙間這種至高無尚的自然法，但他並不是完全抹殺客觀的事實的。他說：『因為我們的討論常與普通人的推理相關聯，所以我們有時也應採一種通俗的說法，對於用成文表達其意志命令或禁止給以法律的名稱；因為這是一般人所給與法律的定義。但在決定什麼是公平時，則讓我們根據先成文法及國家若干年而存在的「最高法」（*extreme law*）。』（註十三）在這裏，我們可以看出西塞羅所說的自然法，只是在一種「不通俗」的方式下討論法律所得的結果而已，他的自然法的理論大體上仍舊是亞里斯多德以來法律二元論的繼續。

三、中世紀的自然法

西羅馬滅亡以後，歐洲走入了基督教極盛的時期。當時多數的學者，都成為所謂「宗教家」（*ecclesiastics*），這輩學者的腦子裏除了上帝以外，別無他物。他們以為「絕對單」的上帝

萬于宇宙萬物，並且在宇宙萬物之前存在，而為一切生物的唯一泉源歸宿。神的理性為宇宙的天命（ordinance for the universe），存在於一切表顯的事物中。」（註十四）因此創出類似老子的「萬物源于一而歸于一」（註十五）的玄學理論。根據這新理論，他們主張法律是上帝意志的表示，而將「自然法」（Law of Nature）「上帝法」（Law of God）視為一物了。（註十六）

不過，這個時期的學者雖主張自然法便是上帝法，但是他們並不以為宇宙間除了這種自然法以外，便沒有第二種法律存在。伊西多（Isidore）說：『法律或為神的，或為人的。神的法律根據理性，人的法律根據習慣；故人的法律各國不同，因其須適應各國情形的緣故。』（註十七）又格來歎（Gratian）也說：『人類用兩種工具來統治，那便是自然法和習慣。自然法存在于法律及福音（Law and Gospel）。』（註十八）很明顯地，他們不是法學的一元論者。

此時期發揮自然法最透澈的，要算亞塊納（st. Thomas Aquinas 1228—1274）和格來歎（Gratian ——）二人。亞塊納以為宇宙為「神的理性」（divine Reason）所統治，因此，塵世間的政府和法律，都是神的傑作。在這裏，有一點值得注意的：格來歎以為自然即是上帝的命令，所以自然和上帝法完全沒有區別。但亞塊納則不如此。他以為自然法乃人類適用上帝法的結果，正如羅馬的高民法是適用平衡法（Law of equality）的結果一樣，牠的本身

并不是上帝法。他說：『法律（註十九）者，乃理性的命令，其目的在爲公益，而爲負有管理社會的責任的人所制定頒布的。』（註二十）又說：『所謂自然法并不是其他的東西，乃理性動物適用永久法的結果。』（註二十一）亞塊納在宗教氣氛高漲的中世紀，仍能撇開前人的學說，把自然法和上帝法分開，這不能不說是他獨到的地方。

依亞塊納的意思，法律可分爲四類：（註二十二）

一、永久法——統治宇宙的法則，存于上帝的心（上帝法）。

二、自然法——理性動物適用自然法的結果（永久法的具體化）。

三、人法——人依據其理性從自然法中推出的原則，用以適應社會上實際需要的法律（與我們所說的實在法相當）。

四、神法——聖經中的祕示（Law of Revelation）

由這樣的分類，我們可以看出：（一）一切法律都源於上帝法，（二）實在法乃是上帝法的應用。可見亞塊納不僅主張法律的二元論，而且是一個多元論者。他將此多元的法律，統一於上帝法，認爲上帝法爲一切法律的淵源，可見他所主張的不是法律的一元論，而是法律的淵源問題。