

法語

阮毅成著

商務印書館發行

法語

阮毅成著

商務印書館發行

中華民國二十九年十月初版

(53005)

☆ 法

語 一

每冊實價國幣壹元伍角

外埠酌加運費匯費

版權所有
翻印必究

著 作 者

阮 毅 成

發 行 人

王 雲 五
長沙南正路

印 刷 所

商 務 印 書 館

發 行 所

各 埠 商 務 印 書 館

(本書校對者鮑嘉祥)



自序

自國際私法論於二十七年七月，由商務印書館出版以後，我便蓄志寫一本法學的專書，題名為法語。我家三世習法，而我自己於十九歲起迄三十三歲止，曾繼續學習、研究、教讀法律的學科，寫作法學的書籍、論文垂十五年，未嘗間斷。即從政以後，於法令的推行不獨隨時探討，抑且用入行政，無不以勵行法治為己任。我應當將自己對於法學的見解心得，貢獻於讀者，我覺得這是我的責任，也是義務。

我祖父於洪楊亂後，習幕治民，惟所任縣事為江北著名繁苦的阜寧；復因捕盜努力，致與鄰縣失歡，開罪當時江蘇臬司，終致罷官。其後兩到兩江，雖曾得張之洞氏的賞識，終於鬱鬱而回。晚年詩酒豪放，儻蕩不羈，遺著有求牧芻言及誰園詩集，均嘗以木版印行。關於他一生的言行，李詳（審言）先生所撰，曾熙（農髯）先生所書的阮君墓誌銘中，敘述甚備。我父親於清季變法圖強之時，棄幕習法，主持法政學校，任律師、議員及行政工作，共達三十年，對於社會的實際貢獻，非常鉅大，但因他本人向持「述而不作」之說，故除於任教員時所編各科講義外，甚少專文論著。我曾在他逝世以後，於民國十七年春間廣為搜集，印有阮性存遺墨一冊，分贈親友。他平生最有價值的寫作，可以說是十五年未嘗間斷過的日記，從民國二年開始，直至十六年十二月十三日病危不能握筆為止。未嘗中斷一日。最後幾個月的已經是扶病在床上所寫，其後便不能握管，至次年一月二十一日，遂由三十年的氣管枝炎

宿疾而肺病而肺結核而腸結核，終至不起。還有便是他執行律師職務時所經辦的案卷，前後二十年，一字一語，一事一據，均是經過他自己的精詳研討而得。民國初年以迄國府底定東南，民刑諸法均無定典，而他以近代治學的方法，參以老吏斷獄的筆墨，所論固無不切當。這兩大部份的寶貴材料，我曾與何炳松（柏丞）先生接洽，可以由商務印書館爲之刊行，祇因我自己在南京工作，無暇可以回到杭州整理。抗戰以後，杭州淪於敵手，所有日記、案卷、連同他平生一切手稿，他與友人來往的信札，及他從事教育、司法、政治、民衆運動的許多重要的文獻，均全部被燬，整理出版的志願，永久無法可以實現了。關於他一生的言行，幸尙留有沈鈞儒（衡山）先生所撰的事略，余紹宋（越園）先生所撰的墓表，讀之可以知其大概。

至於我自己的半生生活，其屬於中學時代以前的，我曾寫過一篇我個人十年來學生生活的經過，載民國十二年春杭州新吾學會出版的新吾週刊。另又於民國十七年春，寫過一本從浙江新潮到新吾學會（百合書店出版），敘述我和一般同志從事學生運動及文化運動的經過，自信記載十分忠實。而我自民國八年元旦起，一則因爲父親命我讀曾文正公日記，并須做劄記；二則目覩父親自己對於日記的勤謹，乃亦每日自記日記，一直到民國二十五年三月二十三日奉令出仕爲止，也從未間斷。其中自民八以迄民二十月，且每日經過父親的批閱潤改，在這前後繼續十八年的日記中，我除曾將在歐洲求學時所記關於治學的一部份，彙爲旅歐讀書日記摘錄，在南京鍾山書局出版的國風半月刊第一卷第八期至第二卷第九期發表；與民國二十四年五月二十一日的日記，曾在茅盾主編的中國的一日發表外，其餘原稿本均原存在京杭寓所。抗戰以後，遂亦因京杭失陷，連同我父親與我

自己前後三十年所收藏的書籍文獻，全部成爲焦土。現在回想那十八年的日記中，曾有若干段極詳細生動而深刻的描寫，均爲我過去力學力行的重要轉捩點，或爲歷次辛苦奮鬥的血淚文字，現在已無法使之再現。即能本諸事實的記憶重寫一過，亦斷不能再有當時所寫的生動而深刻。且讓那些人世間的許多陰狠、仇惡、卑鄙、無恥、永久成爲焦土吧！又何必再從文字上使之複現呢？自民國二十七年一月我交卸浙西四區專員起，至七月再奉命長浙江民政廳止，我又曾續寫了七個月的日記，現在尙保存着。其中關於我的家世、家庭、求知、服務及兩次出仕的經過，都會作簡要的追述。惟因其餘部份，牽涉現在的人物事件太多，故不擬有將其公開發表的一日。

說到我半生的寫作，如單行本及長短篇論文等，其在留歐以前的，均見於我自己的文字著目（百合書店出版）。自民國十七年秋赴歐以後，以迄民國二十五年六月止，均見於正中書局出版之毅成論法選集附錄三。自二十五年七月迄二十七年七月，均見於國際私法論自序。

但其中有當更正的，即在東方雜誌第三十五卷發表一文，於發表時將原題論地方行政機構改爲抗戰中的地方行政機構。又在民意第三十五號發表的一文，於發表時將原題關於民衆組訓改爲如何組訓民衆。再有當時漏列應行增補的，即時代公論第一一八號所發表的爲大學生鳴不平，第二二號的大學畢業生職業運動。金陵大學校刊第一一五五及第一一五六號的中國司法之改造。中外月刊第二卷第一號的今日的中國。中國日報二十五十年十月十日的熱烈的慶祝與懇摯的希望。西京日報二十五十年十月十日的建設西北的必要與目前的主要問題。嘉興民衆教育館國防與政治專號的國防與保甲制度。民意第十六號的顛倒事實的報道，第二十六號的望江南，第三十三號的保甲與自治（浙江自治麗水版第一期轉載），第三十號的愈戰愈弱的日本。武漢日報二十七年七月的保甲制度的問題。至於國際私法論出版以後，我所寫的有保甲制度的價值，載同年八月的東南日報。一年來浙西游擊戰區各縣之政治設施，載金華戰地半月刊二十八元旦號。戰時行政的趨勢，載浙九區政工人員講習會會報（浙江自治麗水版第七期轉載）。民政廳施政報告（二十八年五月一日及十一月十五日先後在浙江省臨時參議會報告文，均曾由民政廳印成單行本）。浙江省之戰時民政（浙江省教

育文化事業委員會薪膽叢書之一。保甲制度與地方自治（在浙江省黨務幹部訓練班講，曾由黨幹班印成單行本，浙江自治麗水版第十一、十二、十三、十四期曾轉載。）地方行政叢書總序（浙江自治麗水版第十五期曾轉載。）地方行政問題序（見浙江省地方行政幹部人員講習所出版地方行政叢書之一。）浙江省戰時警官講習班各期同學錄序四篇，戰時警官講習之意義，戰時警官講習之收穫（均見浙江省戰時警官講習班同學錄。）戰時警察之訓練及其任務（浙江警察第四期。）警察政治訓練之重要及要點（在浙江警察政訓人員訓練班講。）抗戰期間如何奠定自治基礎（金華大風週刊第九七期，第九八期。）抗戰二週年有感（二十八年七月七日東南日報。）抗戰二週年（新力週刊總第七十一號。）禮運大同與民生哲學（二十八年七月份縉雲報。）抗戰建國中衛生人員的責任（浙江自治麗水版第十六期。）浙江省地政之過去與將來（見前引地方行政叢書之十二。）我對於「九一八」八週年紀念的感想（二八，九，一八，於潛前方週報。）抗戰建國綱領解釋（二十八年三月至五月在浙江省地方行政幹部人員講習所講。）幹部與幹部領導（二十八年九月二十六日在中央政治學校畢業生同學會浙江省會員大會講。）浙江省臨時參議會二屆大會休會致詞（二十八年十一月東南日報。）奉召南嶽（同上。）這其中大部份是由我講演，而經他人紀錄的稿本，故文字體例多有不同。

近二年來所寫的文字，偏於政而略於法，自然是因爲工作上的關係。因而想及我所蓄志要寫的法語專書，恐難有全部新撰的時間。自己原擬在法語中所論述的各項，多數在昔日所發表的文字內，均已有所觸及。不如將那些文字重新彙集，明其次序，刪其重複，補其罅漏，正其謬誤，一樣地可以成爲一本有系統的專著，足了我的心願。

另於每一節之前，將本節內容所依據的自己昔日所寫文字，註明原題及原登載刊物，復於每段之後，保留原撰作的年月日，以便查考。這樣，雖係彙集舊作，然既已重加整理剪裁，使成系統，即與通常的論文集不同。至內容雖不敢謂足以包括所有的法律問題，惟凡屬本人自信有精密研討或獨特見解的各端，實亦均已羅列在內。

我國古法學家楊子，有名著法言，法國名法學家孟德斯鳩，有偉作法意。楊子之言，不爲後世所重，而孟德斯鳩的思想，卻深影響於世人，爲歐美近世法制的基礎。彼此的盛衰強弱，豈爲無因。我在本書中，所以不憚煩瑣，再三喚起大家努力於中國法系的復興，中國本位法律的建設，並再三說明中國須成爲一法治的國家，方爲革命建國的終極。題名爲法語，豈敢意附先賢，名比偉著，亦惟表示願爲本位法律與法治國家的建設，作發聾振聵的言「語」者，與負弩前驅的工作者而已。

二八，十一，十五，三十五歲生日，於方巖。

國立音樂學院教授 歐陽學外 楊子 謹識

目次

一	法學的原理.....	一
(甲)	現代法學.....	一
(乙)	法學三家.....	八
(丙)	法與國家.....	一七
二	法學的研究.....	二六
(甲)	怎樣研究法律學.....	二六
(乙)	怎樣研究民法.....	三四
三	法制的溯源.....	四六
(甲)	刑法親屬法溯源.....	四六
(乙)	中國古代訴訟法.....	四八
(丙)	中國法律發達史.....	五五
四	法律的建設.....	六一

(甲) 法律的改造·····	六一
(乙) 法律新階段·····	六四
(丙) 法律的建設·····	六九
(丁) 法學會綱領·····	七三
五 法律的教育·····	七八
(甲) 初高中的公民法律教育·····	七八
(乙) 大學專科的法律教育·····	八九
(丙) 司法官的訓練·····	九六
六 司法的問題·····	一〇〇
(甲) 司法院組織及職權問題·····	一〇〇
(乙) 行政與司法關係問題·····	一〇八
(丙) 司法經費問題·····	一一二
(丁) 法院組織問題·····	一一六
(戊) 廢除檢察問題·····	一二三
(己) 限制上訴問題·····	一二七

(庚) 陪審採用問題	一三六
七 法治的精神	一四二
(甲) 法律法治的意義	一四二
(乙) 法律智識的普及	一五〇
(丙) 守法精神的平等	一五三
(丁) 公民的法律訓練	一五六
(戊) 達到法治的途徑	一五九

法語

一 法學的原理

本節內容，係採自法與憲法（商務印書館新時代法學叢書比較憲法第一章），現代法學的派別及其趨勢（政問週刊第四八號），錢九威譯烏利五著憲法學精義等文。餘如中華民國訓政時期約法（商務印書館實用法律叢書之（一）科學分類論（光華書局出版）），政法論叢（時代公論社出版），現代法學的趨勢（中央政治學校校刊第九五期），論契約自由之新限制（法律評論第四九五期），立法院大會將討論憲草（時代公論第一二九號），我們快要有憲法了（時代公論第一三四號），法律與事實（時代公論第一四八號），法律學的方法論（政問週刊第十六號），法律學的目的論（政問週刊第三十二號），論制憲四要（二五、五四、南京中國日報），憲法草案（新精神（二五、八二五、東南日報）等，亦可參考。

（甲）現代法學

所謂現代法學，其時間的範疇究屬如何，自應先行確定，有人以為現代法學係起於十二世紀中之意大利大學法學研究，最早有十二世紀的羅馬民法註疏家（Glossators）將法律本文，逐條逐節，加以解釋，復將原有案情加以分類，造成若干法式或規程。其次有十五世紀的訓詁家，依據註疏家所已下的功夫而加以名理及哲理上

的推闡，將一定的系統輸入於法律的主題及各部份。再其次，以十五世紀末葉的文藝復興，而有十六世紀初年的法律的人文學派，如 *Cujas*, *Donellus* 着重於法律全體的審問辨明，作有系統的研究，而不再斤斤於羅馬法的條文標題，遂以開十九世紀分析法學的先河。

但以現代法學而遠溯至十二世紀，所佔時間未免太長。故另有人以爲所謂現代法學，當係指一八〇四年法國拿破崙法典頒佈後之各種法律學的研究。其所以以拿破崙法典爲分際者，因一則拿氏法典爲現代成文法典最早集大成者；二則十八世紀法國大革命前後的法學思想，拿氏法典已可網羅無遺，將後此所發生者，一與比較，即可於近二百年法學，得一全豹。在此時期之中，又可分爲前後兩期。前期即爲十九世紀，其時法學的主要派別可分爲歷史學派，玄學派，分析學派；後期則爲二十世紀，爲今日正在演進中的各家。最後，尙有人以爲現代法學應自二十世紀開始，蓋在十九世紀與二十世紀之交，在法學上有二個極顯著的事實，足以爲劃時代的標準，其一爲德國新民法的頒行，正在一九〇〇年，以較拿破崙法典遲後將近百年，關於最近一世紀的法學上的新知識新方法，較之法國民法已大有進步。其二爲社會法學的興起，所有前世紀所已認定的法學方法與原則，幾全部被重新估定價值。但即以二十世紀法學爲範圍，亦不能將十九世紀的各學派全然捨棄不顧，因世紀的更易，與時代的進展，牽連不斷，只能爲說明上的便利計略予劃分，究非有截然的界限可以樹立。在十九世紀中，歷史法學派最早產生，而其哲學的淵源則導於康德。康德造成正直的基本概念，影響於法學，遂分爲二支。其一爲法國學派，以 *Savigny* 爲鼻祖，用歷史及哲學的方法；其二爲英國學派，首倡者爲 *Maine*，用歷史及比較的方法，而總稱爲歷史法學派。

此派的特點有二：其一，法律非人力所能強造，乃由不斷地社會動力發生作用而形成；其二，以一種理想詮釋法律的歷史，以爲法律史不過是一部實現正義思想的記載。

十九世紀的第二重要學派爲玄學派，係自十八世紀的哲學派變化而來，其所努力之點，即在求出一部法理的體系，永流所及，遂幾完全偏重於玄想與虛擬，不切實際。第三爲分析法學派，乃英國於自然法學衰微後所產生者，倡之者爲 Austin，以爲國家之起源屬於功利；而法律係主權者的命令，純粹出於人造。

綜觀十九世紀法學的特點，即在欲以法律本身爲基礎，而造成一個法律科學，殊不知法律只係社會的規律之一種，并不能閉關自守，而與其他社會科學間樹立壁壘，不相往來。歷史方法每易使人誤認歷史上的偶然事實即爲定理，凡有改進而與往事不合者，咸期期以爲不可。分析方法過重概念，而法律乃主權者的命令一語，尤招致若干無謂的枝節問題。玄學方法不免過於玄虛執滯，得不到事實的證明，且與社會生活現象，相去日遠。

自二十世紀開始，法學即入於一新的時期。試加分析，此時期又可分爲兩層步驟：其一，爲社會學各派在方法上的大聯合；其二，爲社會科學的大聯合。在十九世紀末年，所有法學家已咸能領會一個要點：即一切法學派及其所用方法，無一能獨力完成法學的工作；其後，更覺悟到昔日法學家閉關態度，實係極大錯誤。昔日因爲故意造成科學間的壁壘，以致於各社會科學對於法學，聽其自生自滅，而法學上的問題，其他科學亦咸不願過問。另一方面，法學家亦故步自封，對於相關的科學問題及進步，不去與聞。於是法學家在解決法律問題時，大都抱極狹隘而偏私的見解。因而對於社會上的問題，法學家的感覺較他人爲遲鈍，對於社會問題的解決，其答案爲落伍，法學思想

與社會思想，十分隔絕。

法學與其他科學相聯合，是二十世紀法學的唯一特色。法學與政治學的聯合，始於歷史法學的法律史政治詮釋，至 Kelsen 的國家法律合一論，集其大成。法學與經濟學的聯合，始於馬克思，但其引人注意，則始於里智兒。法學與社會學的聯合始於孔德，而至今日大為盛行。

對於二十世紀法學，通常固亦有強分為若干派別者。但學派形成，原非短時間事，今日而言某人學說如何則可，即目為學派尚屬過早，次則近代各法學家，其思想方法固有不同，然因「法學廣化」之結果，各家間的區異已不若前此之深，彼此之異同參半，并非截然有別，茲故以人為單位，而分述各家的學說大要如次：

(一)唯實主義者狄驥 狄氏早年，本是個斯賓塞主義者，其後改崇孔德。但狄氏以為孔德不許人類認識力涉及玄學與批評範圍，仍不能算是澈底的唯實主義者，而只是個現象主義者。

狄氏認為人類社會的主要現象，即人永遠是他人的聯體，人不能離開社會而生存，這便是所謂「社會共存」的關係。人既願與他人在此社會中共存，就必須服從「社會共存」所加於人的規則（法的規律）。基於這社會共存的學說，因而發生「權利否定說」及「社會職務說」。即所謂權利的內容，不是個人的利益，亦不是個人的意志，而是一種社會的職務，德憲之於財產權，俄憲之於工作權，已充分地受這一說的影響。

(二)「制度原理」說者烏利五 烏利五與狄驥本同出於法國社會學家鄧慳之門，但二人同反對鄧慳團體意識高於個人意識之說。烏氏以為一種社會團體的存在，是由於相同目的一種共同信仰，再由意識上的共同

信仰造成制度的親密性，構成一個「大我」，而這個「大我」仍只是一種協力合作的團體，並非上一層的統治團體。烏氏說：「一種權力創造出一種制度，這種制度便成為習慣，且更於這種制度身上支維着那種權力，然後用了制度底名義去創設法律。」——是曰習慣的同意。

(三) 法律國家合一論者凱爾遜 凱氏的思想，多少受了菲希德黑格爾與馬爾培等的影響，故與狄驥全然異趣。凱氏只從事於建立合乎科學理論的基本原則，而不考究法律價值的本體。其結果狄氏主張國家係爲了社會的職務，應受法律的拘束；而凱氏則主張國家與法律合一。凱氏說：「國家精神上的特性，即是一種『規則的系統』，國家的命令是由這些規則的客觀價值組成的，實與國家內人民的意志與需要無涉。」「國家與法律實在只是分不開的一物，國家的行爲只是法律秩序的人格化。」

(四) 社會法理學者滂德 滂德認爲「法律秩序不過是社會制裁方法之一種，除非置之於社會現象全體中而後加以考究，此項秩序必無從澈底明白。」故法學的研究，須注意到法律制度及法律原則所受於社會的實際效果；探求最有效的方法，使法律的規定得以見諸實行，並於實行時，確切地認明個別適用的重要。滂德舉例說：「交通警察立於街角，極有助於車輛駕駛者與行人，但其所以能著極大功效，實因係屬個別的指揮與引導，與法律規定之爲用概括的指示不同。在產業社會之中，不如過去農業社會之純樸，人們有許多事務必須以個別方法處置。滂德更堅決地主張法學須與其他社會科學合作。他說：「倘若人類智識專就關於社會生活的一部份立論，好像是從各個圓面的中心點觀察，則各組智識，紛呈異象。但我們須知道徒看見或一味注視圓面的中心點，我們

終不會澈底了解。要能了解，必須同時知道各個圓周線係不免互相跨越的，必須從這個圓周時時遊覽入於別個圓周，方能得有結果。否則我們所獲得的，無論在表面上如何合理，只是武斷；而且除適用於抽象的理論外，更無別用。」

(五)經濟基礎論者 近代以經濟基礎而論斷法學的，每易流入唯物史觀一方面去。他們認定法國革命係第三階級的革命，故初期資本主義以個人自由為特色，將國家的干涉縮小到最低限度。近代民法的脫胎於羅馬法，不是因為羅馬法在理論上優於其他法系，乃是因為其理論適合於當時的物質條件，換言之，即因為他是個人本位的民法。至十九世紀末期，因為資本主義的內在矛盾日益擴大深刻，於是在經濟上，由自由競爭的產業資本主義，轉變為獨佔的金融資本主義；在民法上，團體本位起來代替個人本位。但這只是量的轉變而不是質的轉變。他們認定：「法律只是經濟基礎的反映，但各時代的法律亦確實促進了各時代經濟基礎的發展，故二者之間實有交互的作用，因而研究法律制度，必須與經濟基礎相結合。」他們又認定：「二十世紀的各派法學，僅在轉變前時期的法律，使其能適應金融資本主義的社會，只能說是一種改良主義。但是法律大都是一個階級為擁護該階級的利益，支配榨取其他階級的工具，故除了被支配榨取階級，採取革命的方式，起來推翻支配階級以外，支配榨取階級為着本身的利益，決不會放棄它政治上的支配，和經濟上的榨取。所以以立法政策挽救資本主義的危機，只是一種幻想。要想解決整個的社會問題，唯一的方法，只有重新建立合理的社會，才是真正的出路。」關於這一類論者，我們不必遠求諸外國，就在本月份出版的法律評論第六七九期上，汪瑄的近世民法理論之發展，與東方