

王伯琦法學論著集

王伯琦 著

國家圖書館出版品預行編目資料

王伯琦法學論著集／王伯琦著．--初

版．--臺北市：三民，民88

面； 公分

ISBN 957-19-2922-8（精裝）

ISBN 957-14-2268-1（平裝）

1.法律-論文，講詞等

580.7

87005050

網際網路位址 <http://www.sanmin.com.tw>

◎王伯琦法學論著集

著作人

王伯琦

發行人

劉振強

著作人

劉振強

發行所

三民書局股份有限公司

臺北市復興北路三八六號

地址／臺北市復興北路三八六號

電話／二五〇〇六六〇〇

郵撥／〇〇〇九九九八——五號

三民書局股份有限公司

印刷所

三民書局股份有限公司

門市部

復北店／臺北市復興北路三八六號

重南店／臺北市重慶南路一段六十一號

初版

中華民國八十八年一月

編號

S 58466①

基本定價

拾貳元

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

ISBN 957-14-2922-8（精裝）

代序

三十多年來，父親的書籍、文章及手稿隨著我留學、就業、歸國、返美的一再搬遷而多次被裝箱入櫃，越洋跋涉。數十年中我也曾好幾次取出閱讀，希望能將父親去世時尚未完成的法理學著作續成出版。但每每在閱讀之後感到學疏識淺，自慚形穢，而又再次裝箱。

近年來退休之後，再把父親的遺作拿出來閱讀，心中頗有感觸。從一九八二到一九九二的十年間，我在臺灣從事國際商務的法律工作。在處理業務時，深深感到國人與西方人對法律性質及功能認知的不同是溝通及商業交往的最大障礙，而最困擾的是法律的不確定性。但在從事實務工作時，是以解決特定問題為要務，無暇思考問題背後的一些根本癥結，因此往往是見樹不見林。在國內、外做了廿幾年法律實務工作後，再重讀並咀嚼父親分析我國法治問題的幾篇文章，確是別有一番滋味在心頭。

父親在四、五十年前最憂心的是我國的法治前途。他在民國四十四年發表的「當今中國法律二大問題的提出」一文開頭便說：「近年來覺得中國法律方面的問題，愈來愈多，愈來愈嚴重，縈迴心頭，不知從何說起。但歸根究底，基本問題不外二個：一是採自西洋的現行法律，在其以個人觀念為基礎的內質上，與吾國傳統觀念間發生了矛盾，一是採自西洋的現行法律，在其以邏輯體系為運用的方法上，與吾國傳統觀念間起了矛盾。」他在「法治與德治」一文中更指出：「……我覺得法治在我們中國所以至今還成為問題，沒有能真正實現，我們的傳統德治觀念實在是一塊絆腳石。」「人治與法治是相通的，講人治亦就是講德治。」而人治與法治之所以不能相容是因為「法治的真正涵義，是統治者的一切行為應當依據法律。」（見「中國法治的前途」一文）。

在民國四十年代滯鬱的客觀環境下，父親一再為文，旁徵博引，苦口婆心地呼籲「建立獨立人格觀念及維護邏輯體系」，認為「這是民主法治的靈魂，要使我們的國家追上時代的對症之藥。」（見「法律上實務與學說的距離」末

段。) 他期期以為不可而力加評斥的是時人將近代西洋道德之法律化作為我國法律道德化的理由，把西洋法律的社會化作為否定獨立人格的藉口。（見「從義務本位到社會本位」一文，並參閱「歐洲近代法律思潮與中國固有文化」一書。）

父親在民國五十年過世，不及見到臺灣的經濟起飛，政治解嚴和相關連的法律上的變動。今日民主的臺灣，當然和四十年前的臺灣不可同日而語。這是「家祭勿忘告乃翁」的可喜現象。但是，我們的法治問題解決了嗎？法律的邏輯體系在我國生根了嗎？我們的社會是仍落在法律之後還是早已飛越在法律之前？「人治」的問題還存在嗎？法治在中國人的社會中真有根深蒂固的困難嗎？近年來臺灣經濟的急速國際化對法治起了怎樣的影響？我們除了走向法治還有別途嗎？

啟中幾十年來為五斗米折腰，未曾在學識上下工夫，不敢有續貂之想。謹將父親遺作匯集整理，予以出版，以供法界先進參閱思考。

王啟中

民國八十七年於臺北

王伯琦先生生平

王故教授伯琦先生，江蘇宜興人，生於民前三年，卒於民國五十年。

先生幼年就讀家鄉養初小學，父親經年供職在外（先生尊翁王辛南先生精通英、俄文，時在東北工作），祖父母寵愛異常，雖極聰敏，甚愛玩耍，功課只是平平。直至就讀上海民立中學時，得良師益友之激勵，始發憤努力，終日埋首苦讀，甚至廢寢忘食，常是班上第一、二名。如此數年，奠定良好學業基礎，更對讀書發生濃厚興趣。

入大學時，因感我國急需法律人才，乃報考以法科著稱之東吳大學。民國二十年畢業，是年夏即赴法國留學。豈料抵法甫三天，即發生日軍入侵瀋陽之九一八事變。先生之尊翁自東北南歸，籌措長子留學費用頓見困難。先生之姑母王祖蘊為我國早年留學德國獲博士學位之第一位女土木工程師。當年留學時曾受三兄辛南先生之資助與鼓勵，此時見先生為可造之材，慷慨給予經濟援助，使先生能順利完成學業。先生在法數年，刻苦努力，獲法國巴黎大學法學博士學位後，於民國廿五年返國。

先生歸國後任職浙江省政府視察，辦事明敏果斷，負責任勞，公正無私，深得長官朱家驊先生之器重。抗戰開始，江浙危急，先生轉徙重慶，任職軍事委員會參事室。廿八年應聘為昆明國立雲南大學教授，廿九年兼法律系主任，並同時執行律師業務。抗戰勝利，朱家驊先生，時長教育部，一再促返南京，始東旋任教育部參事。此時大陸情勢逆轉，先生隨教育部遷廣州，復在中山大學任教。卅九年來臺後曾一度任司法行政部參事。但先生志在學術工作，終覺為教育服務最為適宜。因此於四十二年懇辭司法行政部職務，仍回教書崗位，專任國立臺灣大學法律系教授，並兼任母校東吳大學教職。此後數年，得償宿願，過其恬靜單純生活，潛心教育、致力著作。

先生治學態度極為嚴謹，務求尋根究底，其著作理論淵博深厚，概念清晰透澈，而文字深入淺出。先生除專攻民法外，晚年對於法律哲學之研究尤為著力，所發表之專論，語重心長、哲理淵深。先生執教，對學生更是諄諄

善誘，極其認真，反覆例證，析理精審，務期了解而後已。故其講課深受學生歡迎，非本班之學生亦爭相旁聽，因而學生提早到教室「佔位子」成為先生授課時之特殊現象。

先生性剛直，律己以嚴，但待人寬厚，處世謙和。惟體質素弱，留法返國後不久即染肺疾，時病時愈，常常抱病從公。民國五十年三月，先生宿疾復發，猝逝於臺大醫院急診室。享年僅五十三歲。

先生之夫人儲隱然女士賢慧勤儉。先生去世後獨力執家，教育兒女，於民國七十四年在臺逝世。先生遺二子二女，現居美國。長女王啟中習法，民國七十一年至八十一年曾在臺從事國際商務法律工作。

先生之著作有：「民法總則」、「民法債篇總論」、「民法概要」、「民刑法概要」、「近代法律思潮與中國固有文化」、「權利相對論等」。

王伯琦法學論著集

目次

代序

王伯琦先生生平

壹、法律哲學與法理學	1
貳、法學，科學乎？藝術乎？	13
參、論概念法學	25
肆、自然法之復興與概念邏輯 ——兼論私法的解釋及法源	53
伍、法治與德治	103
陸、從義務本位到社會本位	115
柒、狄驥的實證主義	131
捌、謝尼的解釋成文法	147
玖、成文法的解釋	163
拾、習慣在法律上地位的演變	179
拾壹、判例與學說	213
拾貳、法律上實務與學說的距離	217
拾參、論自然債務 ——吾國民法上自然債務體系之試擬	227

拾肆、法律行為之無效與不成立	243
拾伍、契約責任與侵權責任之競合	251
拾陸、法律行為之標的及目的	269
拾柒、權利之濫用	279
拾捌、中國法治的前途	287
拾玖、當今中國法律二大問題的提出	291
貳拾、司法官的進德修業	299

壹、法律哲學與法理學

一、法律哲學的興衰

法律哲學是研究法律的普遍基本原理的學問。我們普通研究的法律，如羅馬法、大陸法、英美法、或民法、刑法、憲法、國際法等等，乃就特殊時、地、或特定門類的實證法予以研究的學問，稱為法律科學。法律哲學，則是研究其普遍基本原理的學問，其中可以包括三個部分：第一是法的定義問題。什麼是法？其中又以法律與道德的關係問題為最重要。第二是研究法律在歷史上演進的基本原理，稱之為“Métahistorique”。第三是研究法律的正當性，亦就是研究法律應當如何的問題，稱之為“Déontologie”。所以法律哲學是研究法律的普遍定義，探求其歷史發展的基本軌跡，並評定其正義價值的學問（註一）。

法律哲學這個名詞是比較近代的。在十九世紀以前，自然法就是法的最基本的原理，講到法律哲學，就是自然法。不過十七、八世紀的自然法，純粹是形上學（Métaphysique），所有歷史上及現實的事實，一概拋開，全憑各人主觀的理性，創造許多理想的正義原則，來規範人的行為及社會關係，而作為實證法追逐的目標。到了十九世紀，由於各種科

註一 Georges Del Vecchio, *Leçons de philosophie du droit*, pp.1-4, “La philosophie du droit est la science qui définit le droit dans son universalité logique, recherche les origines et les caractères généraux de son développement historique, et l’apprécie d’après l’idéal de justice tiré de la raison pure.” 其他法律哲學之意義，參閱 Berolzheimer, *The world’s legal philosophies*, p.1, note 1.

學的發展，引起了猛烈的反抗，法律哲學這個名詞才被採用，但與自然法的概念，始終是不可分的。如亞倫(Ahren, 1808-1872)的一本「自然法論」(Cours de droit naturel)，就把自然法與法律哲學認為是同一的東西，而自一八三七至一八九二年的五十餘年中，曾發行二十四版，翻譯成七國文字，由此足見自然法的思想，在十九世紀亦並未斷絕(註二)。

在十九世紀，經驗主義(Empirisme)及實證主義(Positivisme)隨自然科學之發展而興起。認為科學的研究，必須排除先驗主觀的概念，必須放棄演繹的方法，而從實際的經驗中，用歸納的方法，始能切實獲得事物之真理。所以認為自然法的概念全是虛幻的、形而上的，根本不能成為建立科學的基礎。因此，在實證法之上，再無其他更高的理想原則需要研究，法律哲學，到處遭受蔑視。在德國歷史法學派的觀念下，法律就是民族精神或大眾意識的表達，立法者或司法者祇須予以發現宣示，沒有什麼更高原則需要考慮。法國受了成文法至上觀念的影響，十一世紀以後的注釋法學(École d'exégèse)又復擡頭，認為唯一的法就是成文法，一切法律問題的解決，均須以立法者意思為依歸，司法者不能考慮到法律之是否正當。加之以社會法學派的勃興，受了自然科學，尤其是生物學的影響，認為法律僅是為了社會自己的利益用以減少生存競爭的工具，一切正義理想全被抹煞。英美則是分析學派的天下，結果亦如出一轍。所以在十九世紀的一世紀，幾乎談不上有什麼法律哲學。我們知道，社會的現有秩序是靠實證法來維持的，實證法是社會的安定力量，同時亦是一種保守力量，十九世紀的法治秩序，就全靠這一力量建立的。不過社會的現實是停留不住的，因此，法律亦不得隨之而變。既要變，

註二 “La philosophie du droit ou droit naturel est la science qui expose les premier principes du droit, conçus par la raison et fondés sur la nature de l'homme considérée en elle-même et dans ses rapports avec l'ordre universel des choses.” Ahren, Cours de droit naturel, cité par Del Vecchio, op. cit. p.4.

就必須要有一個指導的基本原則，而要有一個基本原則，就不得不講哲學。所以到了十九世紀末期，法律哲學又復興起，形而上的觀念雖然不能不有，而歷史及其他科學上的成果，亦不容忽視（註三）。如德國新康德派的領袖史丹木拉 (Stammler)，就以現實社會的生活，為其正義觀念建立的基礎。他認為行為規範能合於社會的理想，即是合乎正義，而其所謂社會的理想，就是具有自由意志的各個人的共同生活。所以史氏自己雖否認是自然法的信徒，雖不信有一種固定不變永恒的自然法，但他顯然仍承認有一個確信的人類行為準則，亦就是內容變化的自然法 (A natural law with a variable content)。又如法國的狄驥 (Duguit) 雖盡力排斥十九世紀的形而上觀念，而代之以社會連帶 (La solidarité sociale) 觀念，但終不得不承認社會大眾的正義感覺，應當是社會連帶的基礎。至如謝尼 (Geny) 所倡的科學的自由探討 (La libre recherche scientifique)，更是高舉自然法的旗幟。

二、法理學名稱的由來

我們現時各大學的法律學科中，並無法律哲學這個名詞，而列有法理學一科。法理學這個名詞，來自日本。日本人為什麼不用法律哲學這個名詞而用法理學呢？據穗積重遠的意見，認為「法律哲學之名稱，實由歧視實驗科學與形而上學之思想而生，易招誤解。且因此後所述之自

註三 “The modern philosophy of law thus discards the conception of an original natural law, and holds fast to constituted law as conditioning the nature and origin of justice, in contrast to the older conception in which an ideal abstract law set up as supreme, and positive law was made a derivative product. The modern view recognizes positive law alone, but seek to find in it and though it the permanent ideal concept of justice. The two present a common content but divergent attitudes.” Berolzheimer, op. cit. pp.8-9. 關於自然法之發展，參閱拙著「近代法律思潮與中國固有文化」，第二〇—三一頁；四一—四九頁。

然法學說，亦有其法律哲學之歷史，故日本法學界之先覺，另創用法理學之名稱焉。」（註四）如上所云，法律哲學這個名詞之採用，始於十九世紀，他一方面是在避免對過去純形而上意識的自然法的攻擊，一方面與後起的經驗的實證的思想當然不能相容。所以他說法律哲學之名稱，由歧視實驗科學與形而上學之思想而生，固屬實情，不過這一名詞，同時亦表示既不漠視經驗及現實，亦不完全放棄形而上的意識，而是踏在過去及現實的經驗上，來建立其形而上的意識。這一立場。創用法理學名稱之日本先覺，諒亦不致於排斥。所以我想日本人創用法理學這個名稱，主要的用意，或是在排斥自然法這個概念。因為我上面說過，歐洲的所謂法律哲學，與自然法的概念始終是牽連的。

法理學這個名詞，或是從“Jurisprudence”翻譯而來的。這個字在英法德語裡都有，但意義各有不同。法語“Jurisprudence”僅指法院的判例而言。德語“Jurisprudenz”的意義較廣，指全部的法律科學而言，學說判例均包括在內，亦可說就是法理學，但與法律哲學則大有不同。英語的所謂“Jurisprudence”則與法律哲學相混了。如奧司丁(Austin)的名著 *Province of Jurisprudence determined* 在其死後就稱為 *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*。但就其內容而論，仍是相當於德國的法理學，並不是真正的哲學。又如Black氏「法律辭典」對“Jurisprudence”的解釋亦說：“The philosophy of law, or the science which treats the principles of positive law and legal relations.” 在法國，其所謂“Jurisprudence”僅指判例而言，與法律哲學固相差甚遠。即在德國，其義雖廣，但仍多不同。Binding, Biering, Adolf Merkel, Jellivek等，曾想把抽象的法律科學(Abstract legal science)亦就是法理學，來代替法律哲學，但二者的範圍及內質均各不同。如Berolzheimer所云，抽象法學祇能產基本的法律概念，不能成為哲學，這與一般生理學不能成為自然哲學(Philosophy of nature)一樣。法學家在法理學的範圍內，止於批判

註四 穗積重遠，「法理學大綱」，李鶴鳴譯，第四頁。

分析許多基本概念，而這正是哲學家真正工作的開始。哲學家的工作，需要建立起這些基本概念與一般哲學的關係，法理學僅顧到法律基本概念的形式建構，法律哲學需要考慮到這些概念的實質的基礎及本質（註五）。

法理學與法律哲學混淆的情形，在英美最為顯著（註六）。在十九世紀大陸法律思想的發展，是歷史法學派興起，對自然法學反抗，乃是革新勢力對保守勢力的反抗。英國十八世紀法學的宗師勃拉克斯頓(Blackstone, 1723–1780)是崇尚自然法的，首起反對者是邊沁(Bentham, 1748–1832)。他力主法律成文化，對於傳統的習慣法，主張要依一定的目的予以改革。邊沁的主張雖沒有成功，但影響英國的法學思想，卻是很大。奧司丁(Austin, 1790–1859)的分析法學，即由此而產生。他認為法律是主權者的命令，所以唯有實證法才是法律，於是所謂法學，僅是

註五 “But abstract legal science yields merely basic juridical conceptions, and no more affords a philosophy of law than does general physiology afford a philosophy of nature; in both cases the constructive material is provided but nothing more. The two disciplines differ both in content and in intent. Jurisprudence comprises fundamental legal conceptions apart from their specific concrete formulation; the philosophy of law applies to the field as a whole as well as to its divisions. The jurist critically analyzes the fundamental conceptions within the field of jurisprudence and stops where the true work of the philosopher begins; that is, with the establishment of the relations between the juridical conceptions and the general philosophic systems in which they are comprised, and from which they are derived. Jurisprudence considers the formal constructive side of such conception; the philosophy of law considers their material basis and essential nature.” Berolzheimer, op. cit. pp.11–12.

註六 關於十九世紀以後英美法律思想的演變，與大陸思想的比較，參閱Gustav Radbruch, *La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent*, *Archives de philosophie du droit*, 1936, no.1–2, pp.29–45.

概念、原則、分類等等形成的研究，與正義道德，全不相關。因此，法律應當如何的問題不再發生，而法律哲學也就沒有了（註七）。分析法學的所謂法學可分為三種：一是特殊法學 (Particular jurisprudence)，這是以一個特殊國家的實證法為研究對象的。第二是比較法學 (Comparative jurisprudence)，這是以二個以上國家的法律為研究對象。第三是一般法學 (General jurisprudence)，這是就全世界所有各種法系加以比較的研究。這第三種的比較研究，似乎是不可能的，不過其所謂全世界，是指已成熟的文明國家的法律而言的，而已成熟的文明國家的法制，不外羅馬法及英美法二個系統，所以實在說來，第三種與第二種沒有什麼分別（註八）。由此我們可以看到，分析法學派之所謂法學，脫離不了實證法的範圍。奧司丁以後如Holland, Salmond, Markly等，均是英國分析法學的健將。Holland而且認為法律中的許多基本概念，從分析一個特定時間的法制，即可獲得，不必要比較分析多種的法制。他說：「如文法裡的所有格，各種語言都有，如何表示雖有不同，但所有這一概念（形式，Form），乃是共通的。」就法學而論，如時效(Prescription)這一概念，在各國法制的經過時間等等雖有不同，但這個概念是共通的（註九）。這更

註七 “The science of jurisprudence (or, simply and briefly, jurisprudence) is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodness or badness.” Austin, *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*, t.I, p.172.

註八 Cf. Gray, *The nature and sources of law*, pp.133–136; Austin, *op. cit.* 31–32.

註九 “Whether the possessive case of a noun substantive is expressed by a specific modification of its termination, or by prefixing to it a specific preposition, is a question of the matter of language; but that the possessive idea, however variously expressed, yet finds some expression or other in every family of human speech, is a proposition which relates to linguistic form.” Holland, *The elements of jurisprudence*, 13th edit. 1924, p.6.

充份表示了法學的研究，僅止於實證法中的重要概念。又如美國有無上權威的法學家Story的名著Equity jurisprudence(1835)其中僅是討論到衡平法院所適用的原則，其所謂“Jurisprudence”與法語的含義無別，僅指判例而言了。而英美的判例亦就是法律，所以“Jurisprudence”又往往被用作“Law”的代用字。如法國法即稱為“Jurisprudence of France”。甚至法醫學稱為“Medical jurisprudence”，牙醫規則稱為“Dental jurisprudence”那就更不成其話了。由於此一觀念的混淆，在教育上亦發生了重大的影響。他們的法理學既僅是實證法中重要概念的研究，就成為法學的啟蒙學科，就是Introduction to the science of law，如Pollock的First book of the theory of law，就是這種著述的典型。我們在一年級有法學導論這一科，或許就是根據這一觀念而來的。倘使涉及到純粹抽象的法理，當然就不適宜於初學了，現在臺灣還有人爭論法理學應在一年級教呢？還應在四年級教？這亦是由於混淆了法理學與法律哲學的性質，而發生的不必要的爭執。總之，從奧司丁以後，分析法學的思想統制了英國，法學僅是實證法基本概念的研究，這些概念的基礎及本質，根本置之不顧，因此，法律與正義觀念，全然分開，法律是否正當的價值問題沒有了，法律哲學就無從產生，自然法的思想，亦就無立足餘地了。Salmond曾說：「所謂自然法，在質在量，都是一種可怕的學問。」（註一〇）Bryce亦說：「這種學問，華而不實，窮世難盡，致力於這種學問，我們的生命太短了。」（註一一）

英美法學，除分析法學外，受梅因(Maine, 1822-1888)歷史法學的影響亦甚大。英國德國的歷史法派，都是受了自然科學的影響，認為從歷史的經驗中，用歸納方法取得其進化的原理，這才是科學。不過德國的歷史法學注重於羅馬法或日耳曼法古代法的研究，英國的歷史法學則

註一〇 Salmond, Jurisprudence or theory of law, 1902, 8th edit. 1930, p.14.

註一一 Bryce, Studies in history and jurisprudence, 1901, vol. II, p.172 sq.