

社會科學論叢

第十輯

目錄

論概念法學·····	王伯琦
牛津哲學對法學之影響·····	馬漢寶
論吾國國民被徵財產權益之國際法律保護·····	劉甲一
現代經濟成長理論·····	陸民仁
論經濟發展之國內資金的籌措·····	施建生
春秋時代的外交·····	傅啓學
一九五六年的蘇伊士運河事件·····	黃祝貴
大陸灘制度之研究·····	劉伯倫
附錄：經濟統計資料	

國立臺灣大學法學院印行

中華民國四十九年七月三十日出版

社
會
科
學
論
叢

第十輯

徵稿簡章

一、本刊爲不定期刊物預定每學年一冊

二、本刊由國立臺灣大學法學院同人編著院外來稿亦所歡迎每篇以二萬字至四萬字爲宜

三、來稿不論著譯均所歡迎譯稿請附原文

四、來稿不論文體唯一律加標點符號

五、來稿一經刊載酌送本刊及抽印單行本若干

冊

六、來稿寄臺灣臺北市徐州路國立臺灣大學法

學院院長辦公室代收

社會科學論叢第十輯

定價 新臺幣四十元

中華民國四十九年七月三十日出版

編輯者 國立臺灣大學法學院

發行者 臺灣臺北徐州路二十一號
國立臺灣大學法學院

印刷者 臺北市中山北路一段六七號
清水商行印刷工廠

電話：四五九二四號
四五九二八號

代售處 全國各大書局

論概念法學

王伯琦

本文係得四十八年國家長期發展科學委員會之補助而完成之研究報告第三章中之一部。特依合約規定註明如上。

(一) 概念法學的由來——德國概念法學的由來——法國概念法學的由來

(1) 概念邏輯在法學上的地位——什麼是方法——肢體活動的方法——心智活動的方法——方法的進步

(2) 概念邏輯的濫用——科學原則的相對性——謝尼 (F. Geny) 的批評——幾個實例

(3) 概念法學在吾國——吾國對於概念法學的免疫性——傳統文化上的原因——現行法律上的原因——一個實例

(一) 概念法學的由來

概念法學這個名詞 (Begriffsjurisprudenz)，為德國十

九世紀的一位法學家耶令格 (Jhering 1818-1892) 所創。這

是一個很不好聽的名詞，意思是對當時一般研究法學方法的諷

刺和攻擊 (註1)。德國自十九世紀初歷史法學派興起之後，邏

輯萬能的觀念，即非常囂張。據薩維尼 (Savigny) 的說法，

法的唯一基礎，就是大眾意識，成文法一經制定，習慣法一經

成立，他們就成爲一個獨立的有機體，以其自身的力量，就能

自滿自足，執法者祇需運用邏輯予以適用就可以了，縱或有所

缺漏，用類推方法即可彌補一切 (註2)。次之，德國在新民法

制訂以前，各地法律的複雜混亂，不可言喻，已故吾國法學家

王亮疇先生曾說，這樣一種不正常的情形，而能維持這樣久的

時間，實是一個迷 (a legal mystery)，無從解釋 (註3)。

不過我們倘使要求一個解答，或許就因爲耶令格所稱的概念法

學，盛行於德國的緣故。在這樣雜亂無章的情形下，只能用先

驗的概念，建立起許多抽象的原則，再用嚴格的邏輯，來建立

其法律系統，這亦就是他們所說的 Juristenrecht。因此他們

雖沒有統一的法典，却有一套很有系統的法律原則及理論，概

念法學在德國所以特別流行者以此，他們的這種雜亂狀態所以

能維持者，或亦以此。

這一現象，不僅在德國如此，法國於十九世紀初訂立了一

套法典之後，成文法至上法典自足的觀念，亦不免油然而生。

他們認爲這是他們革命精神的表現，理性智慧的創作，視之如

至寶，奉之爲圭臬。拿破崙第一次見到 Toullier 所著的一部民

法釋義，不禁勃然大怒，認爲這樣一部完美的法典，再何庸解

釋。這不僅一世之雄的拿破崙是如此，羅馬時代優帝法典訂立時（534 A. D.）的優司丁尼帝，奧國約瑟夫法典（Josephinisches Gesetzbuch 1786）訂立時的約瑟夫第二，普魯士國法（Allgemeines Landrecht 1794）訂立時的非立特第二，

均曾命令禁止或限制私人或法官解釋法律。到最近一八八七年德國新民法第一次草案中，仍不免有這種意識的表現（註四）。

拿破崙前有所承，後有所繼，亦無怪乎其有此優越感了。這或許是當時帝王的自我陶醉，一般學說方面，承襲了十八世紀自然法思想的餘緒，對於新法典的批評解釋，仍多憑其一己的見解，自由發揮，而實務方面，因為民法典第四條既明文規定法官不能拒絕審判，遇有疑難或缺漏時，也只能參酌個別情形，自謀解決。不過到了十九世紀的中葉，法律的抽象形式，經過幾十年的運用，漸漸與其實質分化，一般學說已深受法典的薰陶，認為法的唯一淵源，就是成文法，而在法律的運用方面，認為只須把幾個法律概念，用嚴格的邏輯演繹或類推，即可滿足一切。如 Valette 在其所著民法讀本中曾說：從法典訂立迄今七十年來，倘說有一案件在法律規定中完全找不出根據，這未免是奇聞（註五）。又如 Huc 曾說：超出法律以外的事件，實是奇少，法官只要運用類推解釋，總可得到適當的解決（註六）。

Liard 更乾脆的認為純粹的法學家是幾何學家，純粹的法律教育有純粹的邏輯辯證（註七）。在這種情形之下，習慣固無立足餘地，正義觀念社會需要更無考慮必要，自然法的餘緒，於焉告斷。

不過時代是進步的，社會事物，不斷的發生變遷，成文法以有限的條文，在立法當時，已難網羅一切，將來的變遷更難逆料。至於習慣法之形成，更非一朝一夕之事，新事物不斷發生，無法等待習慣法形成再謀解決。加之邏輯的推演，亦屬無濟於事，因為演繹的結論，決不能超越其前題原則的範圍，不能有新的創建；類比推理，雖足彌補一部的缺陷，但其所涉範圍，究屬有限。因此，到了十九世紀末葉，引起了劇烈的反抗。在德國與奧國，有所謂自由法運動（Freies Recht）風靡一時；在法國，亦有所謂科學的自由探討的說法（La libre recherche scientifique）。這可說是法律方法學方面的一次大革命，其影響於本世紀之法學者，至為深鉅。

到了今天，尤其在臺灣，提到概念法學，幾乎人人唾棄，認為二十世紀的法學，不能再講概念邏輯了，應當對社會事物，直接加以觀察，自由的加以探究，不要受許多既定原則或邏輯格局的約束，方能適應社會生活的需要。這話聽來，固然很

有道理。但是，我們現在研究法學，就用不到概念邏輯了嗎？我們真可以遂心所欲，不受拘束的自由探討了嗎？概念邏輯，在我們今天的法學上，是否還有什麼地位？我們的自由，到底可以自由到怎樣的程度？這些都是須要稍加釐清的問題。本文對於這些問題，不能作全面的討論（註八），茲將概念邏輯在法學上的功用畧加說明，並就倡科學的自由探討的一位法學家謝尼（François Geny）對於概念邏輯的批評，擇要予以介紹，再就吾國情形表示一些我個人的感想。

（註一）耶令格倡利益法學之說（*Interessenjurisprudenz*），而謂當時盛行之法學為概念法學。Cf. Geny, *méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, p. 345-346, 394

（註二）*Traité de droit romain*, Savigny, trad. Guenoux, t. I, p. 279-280

（註三）*The german civil code*, Chung Hui wang, *Historical introduction*.

（註四）德國民法第一次草案第一條規定類推的應用，加之第二條禁止習慣的採用，則成文法至上，邏輯可以彌補一切的觀念，表露無遺。這一條規定，於定案時已被刪除。

（註五）Valette, *Cours de droit civil*, t. I, p. 35, "...on a tout ignoré, surtout depuis 70 ans qu'il serait bien étonnant de trouver un cas resté tout à fait en dehors des prescriptions législatives"

（註六）Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. I, p. 165, "Les cas, dans lesquels la loi est véritablement unstrifiante, sont extrêmement rares, et presque toujours un"

argument d'analogie fournira au juge un principe de solution."

（註七）"Le juriste pur est un géomètre; l'éducation purement juridique est purement dialectique" L. Liard, *L'enseignement supérieur en France*, 1780-1893, t. II, 1894, p. 397, cité par Geny, *op. cit.* t. I, p. 55.

（註八）關於這些問題的全面討論，作者由國家長期發展科學委員會四十八年度補助，已完成一份八萬餘字的報告，本文即係內中之一部。

（一）概念邏輯在法學上的地位

講到概念與邏輯，這確是西洋文化的特徵。我們今天有這樣一個燦爛的世界，不得不歸功於概念邏輯，而一切科學能有今天的成就，更是概念邏輯之賜。概念邏輯為什麼有這樣大的功效？他究竟是些樣一個性質的東西？說來亦很簡單，不過是種方法而已。我們要達到任何一個目的，必須使用一種方法。所謂方法，就是把我們的動作在時間上作一個安排（註一）。譬如我要吸一支香煙，須先把香煙拿起放在嘴裡，而後燃火柴。這是比較好的方法。倘先燃火柴，再拿香煙，亦是一種方法，但可能香煙還沒有送到嘴，火柴已熄了而沒有達到目的。所以方法與時間是二個不可分的觀念。上帝是永恒的，或許不必使用方法，但如其人格化了，而要達到一個目的時，仍須要用方法，他須先創造天地，而後再創造男女萬物。至於在時間裡生活的生物，更無不須要使用方法，他必須把他的多數動作，在

論概念法學

時間的先後上作一安排。所以不僅人要使用方法，下等動物亦要使用方法。如老鼠偷蛋，一隻老鼠先把蛋用四足抱住，再仰臥在地上，另一隻老鼠然後咬住他的尾巴拉着走，他們偷蛋的目的達到了。這一時間上先後的安排必須要得當，否則不能達到目的，至少亦是事倍功半。第一隻老鼠倘先仰臥，或許就根本抱不起這蛋，不能達到目的；倘第二隻老鼠先咬住第一隻的尾巴，當然仍可達到目的，不過第一隻的行動先受了牽制，而且多受了被咬住尾巴的痛苦，不是一種好方法。因此，第一種方法比較最好，而所謂最好者，就是最簡單而最便利，老鼠就採的這種方法。不過動物雖能使用方法，但僅是本能的，對使用方法這回事，或許全無意識，更不能有所創造或加以改善。人爲萬物之靈，是具有理性的動物，非特有肢體上的活動，且有心智上的活動，非特能有意識的使用方法，且能創造方法，改善方法，而其使用方法之良窳，與其對時間觀念之強弱，有絕對的關係。有人說我們中國人的時間觀念很薄弱，所以不講究方法，這或許很有道理。

我們要以肢體動作達到一個目的，既不能不用方法，要運用心智，探求真理，當然更不能不用方法。而方法之爲物，必須求其簡便，愈簡便，愈省時間，愈省精力，而愈易達到目的。

四

。如何能使方法簡便呢？曰，建立概念系統。宇宙間萬百事象之錯綜變幻，非夷所思，倘都靠經驗個別具體的來認知或了解，勢必極爲艱苦而有限，所以祇能用抽象的形式，來代替真實的事物，再從其抽象形式上求其了解，就比較方便得多。譬如我們要知道二個物體所佔空間的形狀如何，大小如何，位置如何，這是很難由經驗體會出來的，縱使能體會出來，亦不會很準確，所以我們就從所有一切物體中提出點，線，面三種元素，由點了解其位置，由線了解其大小，由面了解其形狀，把這些概念組織起來，再尋求其關係，我們就立下一個原則：二個三角形，倘二邊一樣長，其夾角一樣大，則其另一邊亦必一樣長。這一邊不論是一個湖的二對岸，一座山的對麓間，或任何其他情形，這條線有多少距離，就可以用這樣抽象的方式來了解。A與B二個物體的關係，用A'與B'的方式來代替，找出了A'與B'的關係就可知道A與B的關係。爲什麼要這樣間接的兜個圈子呢？因爲A'與B'的關係比A與B的關係簡單得多，方便得多(註二)。這是中學裡講的平面幾何學，亦就是大學裡研究科學的方法。過去有許多人強調研究法學的方法，就是幾何學，我們今天當然不能再作如是觀，但其基本規格，大致相差不過(註三)。法學是在人羣社會關係中尋求其真理的學問。這種關係

更是萬分複雜，更須要建立概念和原則。如君嚴臣忠，父慈子孝，兄愛弟敬，已所不欲不施於人，這都是些概念和原則。但是這種概念和原則，過於浮汎，難於把握，更難切實使之實現，所以又建立了法律上許多簡明確切的概念和原則。譬如吾國民法第九十二條規定，因被詐欺或脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。這裡面包括了詐欺，脅迫，意思表示，撤銷等概念，用這幾個概念組成這樣一個原則之後，則不問表意人是承諾人或要約人，解除權人或選擇權人，物權行為人或債權行為人，一切之法律行為當事人，只要是受了詐欺或脅迫，就得撤銷，實際上所可解決的問題，無慮萬萬數。不過這裡面的幾個概念的含義，必須釐定清楚。何謂詐欺？何謂脅迫？何謂撤銷？受詐欺脅迫者得撤銷，強暴又如何？第三人行使詐欺者應如何？債務人詐害債權人者又如何？諸如此類的相關問題，都須有個界說，這就有賴於學說上的理論來補充。我們再舉一個純技術性的管轄問題來講，其中概念邏輯，更見重要（註四）：譬如凡百權利，必須有一主體，凡人皆為權利之主體，而惟人得為權利之主體，這是權利主體的基本概念。人可分為自然人及法人，法人又可分為公法人與私法人。所謂法律關係，乃為存在於二個主體間之關係。從這幾個概念建構上，我們

論概念法學

又可把法律分為公法與私法，公法是規定公法人與公法人間，或與私人或私法人間法律關係的法律，私法是規定私人或私法人相互間法律關係的法律。因此，縣與縣有了土地糾紛，是公法人與公法人之間之關係，應當依公法處理，不能到法院打官司，私人與私人間有了土地糾紛，應當到法院打官司。在這樣一個簡單的例裡面，我們就可看到概念，原則，理論發生的作用：縣與縣有了財產上的糾紛，我們就可確切的迅速的知道不能到法院打官司，因為二方的權利主體都是公法人，而法院是國家對人民行使司法權的機關。更進而我們知道公法既有規定公法人與公法人間，及公法人與私人間法律關係的二種，那末縣與縣之間的土地糾紛應當依規定行政區域的法律來處理，不應當依規定人民與行政官署間法律關係的訴訟法及行政訴訟法來處理。倘使腦子裡沒有這樣一個簡單概念網的組織，當事人當然要弄得焦頭爛額，手足無措，而憲法，訴訟法，行政訴訟法，民法，院組織法等等的法律，在效力上亦要消極的打了折扣。由此我們可以先瞭解一些概念邏輯在法學上所占的地位。

十九世紀的法學，就充滿了這樣的觀念組織，直到現今，相差並不很多。讀者知道，我在上面舉的二個例，是我們的現行法，亦是一般講法學者不能不講的理論，這與十九世紀的法

論概念法學

學，沒有什麼不同。而且我可說，我們的科學愈進步，我們的概念將愈抽象，原則祇有愈廣汎，邏輯亦祇有愈嚴密（註五）。倘使我們要看到他無概念非邏輯的另一面，應當回溯到十九世紀更前去。我們對於外界事物所得的意識，最初的來源是由於感覺，由感覺的認識再在心智上抽象化，概念化，而成為一種智識。不過這種心智上抽象化的概念，很難把握，所以又需要把他具體化，具體化之後再進一步抽象化概念化，而又再具體化，如是循環不已，而表現了我們人性的複雜性及統一性。從法律方面講，我們意識的具體化，首推方式化（*formaliser*），就是把我們的意識用言語文字等方式表達出來。羅馬時代有許多法諺及 *Stipulatio* 中像演劇背臺詞那樣的方式，即屬此類，我們民間亦流行許多古訓，諺語，如「初嫁隨父母，再嫁由自身」，「嫁出門的女兒，潑出門的水」（在母家不能再享任何權利），亦是同一種法律意識的具體化。另一種意識具體化是儀式化（*Symboliser*），如羅馬時代的 *Mancipatio*，買受人要拿一個金屬片把天平打一下，再交付出賣人，這一儀式完成後，所有權就移轉了。我們儀禮中所載的一套儀制，更是五花八門，像是演戲，亦屬此類。這是二種很粗陋的意識具體化的方法。接着又是進一步的概念化，就是把各種不同或相同

的事物，分種別類，建立概念，更聯繫各種概念成立規範，原則，更進而把他們系統化，這樣抽象而抽象，概括而概括，以至於有一整套法典的訂立（註六）。我們的法律進步到今天，而有這樣抽象概括的原則，嚴密而有系統的組織，是累積人類數千年的心血得來的。我們試翻閱一下我們的舊律，與現行法一比，其中最突出的差異，應當是概念邏輯（註七）。

（註一）“Avoir une méthode, c'est fractionner son activité dans le temps.” Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*. p. 45.

（註二）Poincaré, *Valeur de la science*. p. 262 et s.

“L'expérience nous fait connaître des relations entre les corps: c'est là le fait brut. Ces relations sont extrêmement compliquées. Au lieu d'envisager directement la relation du corps A et du corps B, nous envisageons trois relations distinctes: celle du corps A avec la figure A', celle du corps B avec la figure B', celle des deux figures A' et B' entre elles. Pourquoi ce détour est-il avantageux? Parceque la relation de A et B était compliquée, mais différerait peu de celle de A' à B' qui est simple. La relation entre A et B était une loi brute, et elle s'est décomposée: nous avons maintenant deux lois qui expriment les relations de A et A', de B et B'. C'est l'ensemble de ces principes qu'on appelle géométrie.”

（註三）羅德（Pound）於三十五年來華時曾告作者說，在他主持哈佛大學法學院的經驗中，學生的成績，一般的講，與其數學程度成正比例的。

（註四）規定管轄問題的法律，是純粹技術性的法律，必須用嚴格邏輯推演。

（註五）“Si le seul but digne de l'activité humaine est la conquête de la vérité, nous ne pouvons nous rapprocher de ce but

inaccessible que par des synthèses toujours plus vastes." Emile Borel, *L'espace et le temps*, p. 39.

"La science a donc le tempérament abstrait et centrifuge;..... Les opérations de la science rationnelle sont une constante réduction de lois expérimentales et de théories fragmentaires au même dénominateur; ce commun dénominateur, c'est l'unité de l'esprit humain, miroir, croit-il, de l'unité du monde." Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, p. 79.

(註六) "Plus la connaissance sensible et concrète s'efface, dans une discipline donnée, devant la connaissance rationnelle, plus cette discipline devient scientifique." Renard, *op. cit.* p. 89.

華德閣 Renard, *Le droit, La justice et la volonté*, 6me conf. *Le droit et sa technique*, p. 133-140.

(註七) "For the most part primitive law is made up of simple, precise, detailed rules for definite narrowly defined situations, It has no general principles. The first step toward a science of law is the making of distinctions between what comes within and what does not come within the legal meaning of a rule. But a body of primitive law also often contains a certain number of sententious legal proverbs, put in striking form so as to stick in the memory, but vague in their content." Pound, *An introduction to the philosophy of law*. p. 101.

(三) 概念邏輯的濫用

我對抽象概念，邏輯系統講了這些好話，當然是表示對他很仰慕，因為我是個中國人，對於自己文化裡缺乏的東西，更是看得希罕，更是仰慕。但是，我的仰慕是以其為方法而仰慕

的，我們當然不能把方法就當成了目的。在另一方面，用這方法是否能十足達到我們的目的，當然亦還是問題。因為概念是概括抽象的，其本身並不只是真實（註一）。好像一個人的照像，照像不就是人，不過其中不無真實的成分而已。所以建築在概念上的科學原則，不會完全符合真理，其間的距離究有幾何？誰亦不知道。不過我們可以說，其綜合的範圍愈廣，其原則愈抽象，所含的真理亦愈多。數學是最抽象概括的科學，其與真實間的距離亦最近，物理化學已是以數學的量來表示質的科學，其所表示的質是否真實，已是問題，地球自轉一週為二十四小時，水是氫二氧一，這是真實嗎？狄愛姆（Duhem）曾說：物理原則是差不多的數學（*la théorie physique est un mathématique de l'à-peu-près*）（註二），當然就不完全真實。不過這還是就自然科學而言的，自然秩序是全受因果律支配的，被必然的不變的普遍定律所控制的，我們是否知道這定律固屬問題，但其定律是存在的，而是確定不變的，那是沒有問題。自然科學家運用其理性智慧設定的原則，雖不能說就是自然秩序中存在的真理，但自然秩序中存在的真理既是固定不變而普遍的，則只要能擴充其原則的普遍性，總可以逐漸接近真理（註三）。至於社會秩序，就牽涉到了人的問題，各個人有其

個別性，社會秩序就不像自然秩序之具有普遍性，人是有意識的，有理性的，其與任何事物間的關係，都可自作主宰而具有特定的目的，所以亦不像自然秩序受因果律之支配而具有必然性，社會科學家要運用他們的智慧來建立一個原則，普遍的適用於各個不同而隨時變移的具體事物，其與真理間的距離就能相去甚遠了。譬如統計，這是就許多個別現象折中而求得的結論，這是最抽象的結論，亦是最靠不住的結論。美國杜魯門當選總統，全出於民意測驗結果之外，是統計的一次嚴重失敗。香煙是癌症的原因，這是由統計得來的結論，所以人們不相信，公賣局的香煙仍有銷路。馬克思認為自由經濟導致資本之集中，由此推論，集中到最後必然一切歸了國家，而出現共產。今天我們看到的結果，恰恰相反。法律科學所追求的真理是正義 (Justice)，正義這個理念，更是流動不居而更不明確，在社會規範之中，惟有道德規範是最接近正義，其間的關係，有如數學之與自然界之真理。至於法律乃是具有普遍性及確定性的原則。以之來追求這樣一個流動不居的真理，其間的距離就可想而知了。不過天下事利弊總是相乘的，管子曰：「求多者其得寡……禁多者其止寡，令多者其行寡……故未有能多求而多得者也」(法法篇)。禁必欲止，令必欲行，法令是要

能普遍確切施行的，所以他的標準是一個上不及堯舜，下不為桀紂的中人，在其適用時，亦祇能在普通一般情形下有其準確性。這不僅在規律社會秩序的法律為然，就是規律自然秩序的科學原則，亦不能完全合乎真理，我們在上面已有申述。所以我們對於法律上的原則，祇能希望做到忍受最小限度的不正確，而求得最大限度的便利(註四)。這最小部份的不準確，龐德 (Pound) 稱之謂依法律謀求正義不可避免的副作用 (an inevitable by-product of justice according to law) (註五)。

吾國晉朝的一位大法學家杜預，早在千餘年前就指出了這點，真是難得。他說：「法者，蓋繩墨之斷例，非窮理盡性之書也，故文約而例直，聽省而禁簡。……唐刑之本在簡直，故必審名分，審名分者必忍小理。……今所註皆網羅法意，格之以名分，使用之者，執名例以審趣舍，伸繩墨之直，去析薪之理也」。(晉書本傳，上律令注解類；程樹德九朝律考下冊九頁，摘新唐書藝文志杜預傳)。他這一段話，把法律的性質及作用，真是一言道破，尤其他所謂「法非窮理盡性之書」，「審名分者必忍小理」這二句，更是西洋從來法律哲學上討論的主要課題。

但是可惜得很，在十九世紀，西洋的法學家把概念邏輯上

的真理看得太重了。社會不斷進步，正義的目標亦隨時移動，杜預所說必忍的小理，可能變成了不可忍的大理，龐德所說的不可避免的副作用，可能抵銷了很大部份的正作用。巴司脫（Pasteur）說，正確的科學原理可以預示將來發生的新事物，不正確的則不能（註六），這是就自然科學的原理而言的。至於法律科學上的原理，縱使其為正確，亦無法預示將來，因為他所追求的目標是變移不測的。所以謝尼（Gény）在批評傳統解釋方法時說：這種方法在充實法律的內容，以及使許多衡平原則（如己所不欲不施於人之類），可以確切致於實現方面而言，當有其需要而極為正當，其流弊則在於把暫時的主觀的概念，當作了客觀的永久的真實，因此而把全部實證法的系統，納入特定的幾個邏輯類型之中，成為剛性的教條，不能適應正義或社會生活的需要（註七）。他又說：這種原則原理的建立，可使運用法律，易於下手，當然不可否認，不過這些普遍性的原則，全是主觀的假設，而是以並不真實的概念為基礎的。倘使法學和數學一樣，那是沒有問題，無奈法學是要解決社會現實生活問題的，倘用這種完全抽象的公式來演繹，如何能適應呢？縱使說社會是個有機體，但一個有機體各部分間的關係，亦不是一種邏輯的關係，生物學上應用的方法，就不是邏輯（註

八）。所以在一方面，概念邏輯雖是科學，亦是法學的特徵，沒有概念邏輯，就不成其為法學，在另一方面，概念邏輯亦成為法學的枷鎖，往往使法律與社會正義脫節，而其癥結所在，就是把方法當作了目的。法律科學之所以異於自然科學者，就在這目的觀念。既講目的，當然就發生價值問題。自然科學能把自然現象解釋清楚，能找出其中的因果關係，已是盡其能事，法律科學則是以實現正義為目的的。法律上的原則原理能使正義實現，固是最好，而在一般情形下，應當能辦得到的，縱有多少些出入，亦是不可避免的副作用，我們應當忍受，但若盲目的使用方法而不顧目的，當然就發生了流弊，這也就是謝尼所謂「抽象邏輯的濫用（Abus des abstractions logiques）」。不過說也奇怪，學法律的人，似乎獨擅抽象，尤其是學民法的。我們試翻閱一本任何民法學著述，滿紙術語，語語邏輯，沒學過法律的人，當然是不知所云，就是有些訓練的人，亦難一目了然，總得要費些思考，把這些抽象概念就具體事物體會一番，方能真正瞭解。但是學法律的人，往往忽略了這一番體會。這是病態？我說這是常態，這是學任何科學的人的常態。倘使就每一個抽象公式，要逐步的回溯到具體事物求其了解，那末科學原則的功效就全喪失了。我在上面曾說，科學原

論 概 念 法 學

一〇

則的效用，首在便利，可以節省思考，如其仍要從頭加以思考，又何貴乎其有科學原則？譬如說，契約以當事人之意思表示一致而成立，這是一個極簡單的原則，學法律的人要知道的是何謂意思表示？何謂要約？何謂承諾？明示與默示是否一樣？怎樣才算一致？意思表示一致了，契約就成立，不一致，即不成立。契約成立了，就要發生拘束力，雙方有依約履行之義務，乃屬當然。我們倘使問一個學法律的人，法律為什麼要規定契約當事人有履行之義務？他可很快的回答說，因為雙方當事人意思表示一致，契約成立了，當然就要發生效力的，這是一個很完滿的答復了。倘再問他為什麼法律規定雙方意思表示一致就要成立契約而發生效力呢？他要稍費思索了，但他仍可很自然的回答說，根據契約自由之原則，雙方意思既屬自由表示，就應當受拘束。倘再打破沙鍋問到底，為什麼自由表示的意思，在法律上就要受拘束？這個！這個問題不屬法律範圍了，他祇能這樣脫身了。他這樣脫身的態度對不對呢？我認為沒有什麼不對。法律科學，到此為止了。意思表示一致也，債務人之給付義務也，契約自由也，都是些抽象公式，法律科學上研究的，到此為止了。我最後一個問題問為什麼自由表示的意思在法律上就要受拘束？意思是問自由意思成立的契約，是否就

是正義的實現？這個問題，學法律科學的人很少去考慮。所以講到契約問題，祇談到意思表示是否自由？是否一致？這是法律。但是我們知道，雙方當事人的自由意思，在一般情形下雖可得到自然的平衡，而合乎正義，但在某些特殊情形下，可能與正義離得很遠，倘使株守了契約自由之原則，用邏輯推演，勢將根本違反了法律的目的。謝尼在批評濫用邏輯時，曾舉了三個例（註九），藉以說明法國當時的學說，如何在濫用邏輯，而由此我們亦可以看到謝尼所反對的概念邏輯，究竟是指什麼情形而言的。

他舉的第一個例是關於權利之主體的 (*Sujet des droits*)。他說：任何私權都是為人的利益而設定的，這是極簡單明瞭的事，由此而建立了權利主體的概念，這對於闡明法律的規定及補充其缺漏，很有用處，倘能嚴守其附合事實的範圍，當然無可非議。但那些教條主義者則不然，他們從權利之主體上推論，認為任何權利，必須有一現時存在的主體，於是而獲得如下的結論：在權利發生時，如其人尚未出生，即不能享受權利。就純邏輯而言，這是沒有問題，就普通情形而言，權利發生時，應當已有一個主體存在，亦沒有問題。但倘有繼承開始，或對胎兒為遺贈或贈與，胎兒亦就不能享有了嗎？曰，不然，

民法第七二五條及第九〇六條規定，關於繼承遺贈及贈與，未出生之胎兒亦得享受。這無非是針對事物需要而為之規定。由此而論，如其再有其他情形，為胎兒之利益需要享有權利，而無背於公共秩序時，胎兒又何嘗不能享有。如民法（法民）第一〇四八至一〇五〇條，一〇五三條及一〇八二條等，規定在某種特殊情形下，胎兒可以享有權利，這都是就實際需要而為之規定，並無邏輯問題存乎其間。但傳統的解釋，則認為這些都是邏輯上原則的例外規定，既是例外，則法律必有特別規定，無規定者，即不能隨意增設。但謝尼認為既講邏輯，立法者亦不能增設例外而變更邏輯的結論。所以法律的這些規定都是就實際情況需要而為之規定，並非邏輯上原則或例外的問題。傳統方法為求其邏輯上的一貫，又建立了一個法人的概念，這更是一種主觀的假想，毫無客觀事實的根據，在這個法人的概念發明以前，許多同樣的集合體不是早有其法律地位了嗎？這種完全為了邏輯上的需要而虛構的東西，徒足以引起許多不必要的問題，而阻礙法學的進步，如對於法人的人格之解釋，衆說紛紜，莫衷一是，合夥及夫妻共同財產是否法人，更是爭論不休。

謝尼舉的第二個例是物權與債權的區分。他說：人生於世

，需要有物質的生活，而需要有財產，那是很顯然的事實。如何能達到這目的呢？一種是由物直接取得其利益，是為物權；一種是由他人之行爲間接取得其利益，是為債權。這一區分很正當，對於法律的系統化亦很有幫助。但是學說上對於這二種權利，又加上許多主觀的先驗的概念，如說物權有追及效力，優先效力，對世效力，債權沒有。這些不同之點，不知從什麼邏輯推論出來的？有人可以回答說，因為物權是直接的絕對的存在於物的，而債權僅能對特定債務人主張，祇能間接的及於其財產。但這些豈非正是這二種權利區分的理由，又為什麼要說追及優先對世呢？這亦徒足表示其故作虛偽而已。如不動產租賃權為債權，但法律規定其有追及效力（法民第一七四三條），這又將如何解釋呢？有人又說這是例外情形，原則仍是原則。但邏輯是不會讓步妥協的，稍加破壞就是全部垮台（註十）。謝尼舉的第三個例是關於財產這個概念的（*Le patrimoine*）。這是 *Aubry et Rau* 的創作（註十一）。他說財產是人格的附屬，是一個人格者法律上力的表現，而由此得到下列三點結論：①財產是一個整體，有不可分性，②不能與其主體分離，無論以生前行爲，或死後行爲，不得讓與，③祇能由繼承移轉，因為繼承人是被繼承人人格之繼續。這些理論的權威性，

雖至今不衰，其建構雖極精巧，但終究僅是一個虛空的概念，而一個很簡單的真實，無謂的被變質而破壞了。把一個人的各種權利及債務，當作一個整體看，當然有其需要，對於繼承財產之移轉，債務人財產之強制執行等等，均有助於了解，但與人格觀念一混之後，非特無益，且極有害。無益者，有許多情形他自己亦無法解釋，有害者，阻礙了實務上的發展。

以上是謝尼舉的三個例，我大致是意譯的，沒有加入什麼補充或自己的意見。不過其中有些地方沒有詳細解釋，讀者或還許不能十分了解其攻擊重心之所在。我再另舉一例，加以較詳的說明。如即時取得 (*en fait de meuble possession vaut titre*) (吾民八〇一條，法民一二七九條)，目的在保護公眾利益交易安全，其理至明，其情至真，以之來解釋這個原則，其理由亦足够堅強了。但在法國的傳統學說上必須把他納入另一個系統，似乎任何一個原則不能有獨立存在的理由。所以有的說這是即時完成的時效 (*prescription instantanée*)，有的說這是法律上的視為 (*présomption irrefragable*)，有的則說是法律上的推定 (*présomption simple*)，有的更說這是法定的取得 (*acquisition lege*)。第一說與時效觀念完全衝突，既說是時效，應當有期間之經過，即時與時效二個觀念就是

矛盾的。第二第三兩說，更起爭執。二者同是一種假設 (*présomption*)，一不容反證推翻 (視為)，一可容反證 (推定)。就立法的真意而言，當然不容反證，但亦無法說這一定不是另一種 *présomption*。實務上就至覺為難，於是用了個取巧辦法，先認定這是 *présomption simple* (推定)，但認為其所推定者為無瑕疵之占有，並非推定其所有權，故如其占有在事實上為無瑕疵，即無法以反證推翻。實則這個原則之適用，原是必須以無瑕疵之占有為要件的，這一圈子兜過來，等於說這是 *présomption irrefragable* (視為)，這是多麼無聊。至於第三說，更是等於沒有說，這當然是因法律有規定而取得的，用不着多講這一句，這不成其為一種解釋。實則這一原則，乃是自明之理，目的在求交易之安全。為什麼定要把他納入一個邏輯系統，作種種無謂的解釋呢？畫蛇添足，徒使解決實際問題增加困難而已 (註十二)。

從上面這幾個實例裡，我們可以看到謝尼所厭棄的概念邏輯，是指那一種情形而言的了。他不過是說概念與邏輯，不能濫用，並非是把概念與邏輯排斥於法律科學之外 (註十三)，正和權利濫用一樣，說權利不能濫用者，正是承認權利觀念之存在，決非予以排斥。謝尼對此曾屢次鄭重聲明，同時還在一個

小註裡爲耶令格 (Jhering) 剖白。他說很有些人認爲耶令格排斥概念法學，法學上不要概念邏輯了，那是誤會。他有些地方爲要說明邏輯辯證方法與目的論的方法之對立，把一方的壞處講得過分些罷了，況且耶令格自己對於這點亦曾有過申明的（註十四）。但是濫用與否的界限在那裡？怎樣才算正當？如何謂之濫用？我想謝尼之所謂濫用，與一般之所謂濫用，含義並無不同。所謂濫用，就是違反了目的。最明顯的，如權利之濫用，就是行使權利而違反了權利之目的。吾民法第一四八條規定：行使權利，不得以損害他人爲主要目的。行使權利是一種方法，目的在於取得生活上之利益，在其行使之時，多少不免於人有所不利，在我自己的土地上建起一所樓房，鄰居家裡的光線就受影響，那是沒有辦法的事，那是「不可避免的副作用」，土地所有權的目的，本來就是給所有人造房子的。但是倘我毫無意義的築起一垛高牆，目的即在遮蔽鄰居的光線，這就違反了土地所有權的目的了，是之謂權利之濫用。法學上的概念邏輯，亦僅是一種方法或技術 (technique)，目的在於實現正義，倘使把目的置之度外，儘量在求概念的確切及邏輯的一貫上下功夫，是之謂濫用邏輯。所以謝尼說：這種抽象邏輯及主觀概念的法律技術，在科學理論的建立，固有其必要，此

外更可促進實務上的進步，而導致新問題的解決，充實法律制度的內容，在這種意義下，邏輯的建構，在一切實證法的方法上，占有主要的地位。不過有一個條件，就是不要忘記這都是主觀的想像的，在科學上僅是假設 (hypothèses)，只有在合於法律的目的及實際生活的範圍內，方可接受，否則即應放棄（註十五）。他又說：「所有一切的弊病，由於沒有把正義或功效的原則 (principes de justice ou d'utilité)，與技術方法分清。原則是普遍的，不變的，惟在適用的枝節方面，因社會情況而有不同。至於技術方法，乃是以主觀概念爲基礎的，僅是科學上的假設，其存在的理由，惟在使原則實現，所以非在合乎實現其目的的範圍內，毫無價值可言」（註十六）。

謝尼的這些意見，確是十分衷懇。耶令格 (Jhering) 有些話怎樣過份而使人發生了誤會，我不清楚，不過謝尼的話說得很清楚，他每要批評到概念邏輯的流弊時，總必先講幾句概念邏輯的必要及重要性，他的用意，或許就唯恐讀者像對耶令格一樣發生誤會吧？實則概念邏輯上的真理，雖不就是全部的真理，但要求真理，不能不用概念邏輯，這在自然科學是如此，社會科學亦復如此。原則之設定，像是錢幣的鑄造，一塊銀元上面刻了七錢二分，內中是否真的含有七錢二分白銀？未必

論概念法學

一四

見得，但我們使用的時候，既是很方便，亦就不必多問了，倘使沒有這樣的鑄造，要就每塊銀子考問其是否十足紋銀，秤準分重，那就非銀樓專家莫辦。我們把一塊銀幣當他七錢二分紋銀使用，不過是爲了便利，稍許不足些，亦只得忍受。但倘這銀幣裡含的銅或錫太多了，敲敲不響，看看不亮，倘有人仍把他當着寶貝收進，那必定是個大傻瓜，倘使把他仍當七錢二分銀子使用，必定遭人厭棄唾罵，不會有人接受了。所以在運用概念邏輯的時候，雖不必要擺出銀樓專家的姿態，但亦應當具有小市民的識見，不論他是一個原則或是一套理論，倘其無補於事物真理之獲得，就應當放棄。放棄了之後怎樣呢？當然要另謀出路。出路在那裡？謝尼所指出的一是成文法以外的其他法源——習慣，判例，學說；次之，就是他所倡的科學的自由探討了。關於這些，只能待有機會再作討論了。

(註一) 關於此點，各家見解亦有不同。(1) 如 Descartes 認為科學的定律就是真實 (réalité)，理性構成的定律與經驗律 (lois expérimentales) 是相等的。所以依這派的意見，科學上的概念有其實質上的價值。(2) 如 Edouard Leroy 相反的把經驗與理性相對立，認為科學定律並非真實，科學的定律僅是獲得真理的工具，譬之捕魚的網，而並非就是魚。(3) 如 Newton, Duhem, Poincaré 等認為科學的概念，乃是真實事物的表現 (représentation) 他與真實並非同一，僅是真實的影子，其中有些真實，似乎是真實，但不就是真實。雖不全是真實，但總有些真實存乎其間，科學愈進步，其概念愈接近真實。參閱 Renard. Le droit,

la logique et le bon sens. 2^{me} conférence, La valeur des théories. P. 58-64.

(註二) Duhem. Théorie physique. P. 214-215.

(註三) Renard, op. cit. P. 65-66. "Le progrès de la science rationnelle est une approximation constante de l'inattingible nature des choses," P. 61.

(註四) Renard, Le droit, la justice et la volonté. P. 131 "Nous ne demandons pas à nos représentations juridiques d'être exactes. Nous leur demandons seulement de réunir au mieux deux qualités à peu contradictoire: le maximum de commodité compatible avec le minimum d'inexactitude."

(註五) Pound. law and moral. P. 79.

(註六) "Le propre des théories erronées est de ne pouvoir jamais pressentir les faits nouveaux... Le propre des théories vraies, au contraire, c'est d'être l'expression même des faits, d'être commandées et dominées par eux, de pouvoir sûrement prévoir des faits nouveaux." Descour, Pasteur et son oeuvre. P. 167.

(註七) J'irai plus loin, et j'admettrai volontiers que les principes, soit trouvés dans la loi, soit dégagés des volontés particulières, soit suggérés par l'équité, gagnent souvent une plus grande sûreté d'effets et une plus puissante fécondité d'action, à revêtir, par abstraction et généralisation, la forme technique de conceptions proprement juridiques, qui les sépare des contingences de la vie pratique, pour les constituer à l'état de forces créatrices autonomes.

En quoi consiste donc seulement l'abus, que je signale ici, dans les procédés logiques de la méthode traditionnelle? Cet abus consiste, si je me trompe, à envisager, comme douées d'une réalité objective permanente, des conceptions