

一之書叢學法

究研學哲律法

著 熊 經 吳

社 譯 編 學 法 海 上

行 發 局 書 記 新 堂 文 會

中華民國二十六年一月再版

有
著
作
權

總發行所
分發行所

上海
北平
漢口
長沙
廣州
河南
馬首
三路
河北
琉璃
廠
南通
陽通
街
永漢
北
路

著
作
人
發
行
人
印
刷
所

吳
經
熊
社

徐
寶
魯

會
文
堂
新
記
書
局

會
文
堂
新
記
書
局

會
文
堂
新
記
書
局

法律哲學研究——全書
一冊

實價四元

費加埠

法律哲學研究目錄

中國舊法制底哲學的基礎.....一

一 天人交感的宇宙觀.....三

二 道德化的法律思想.....一

三 息事寧人的人生觀.....二一

新民法和民族主義.....二七

三民主義和法律.....三九

甲 法律和民族主義.....三九

乙 法律和民權主義.....四四

目錄

法律哲學研究

二

丙 法律和民生……………五五

唐以前法律思想底發展……………六一

法律之多元論……………七七

斯丹木拉之法律哲學及其批評者……………八七

一 緒論……………八七

二 斯氏法律哲學之源流……………九一

三 斯丹木拉法律哲學之批評……………九八

(一) 社會學派之批評……………九九

甲 馬克斯衛伯 (Marx Weber)……………九九

乙 甘度羅維士 (H. U. Kantorowicz)……………一〇四

(二) 哲學派之批評	一一四
甲 韋來可斯基 (G. W. Wielkanski)	一一四
乙 排恩德 (Julius Binder)	一一九
丙 保羅奈拓 (Paul Naterp)	一二一
(三) 法學派之批評	一二四
甲 雷閃沙例義 (Raymond Saleilles)	一二四
乙 弗蘭錫斯義尼 (Franco's geny)	一二六
丙 龐德 (Roscoe Pound)	一三〇
(一) 對於十七世八紀理性論之批評	一三一
甲 斯丹木拉	一三一

法律哲學研究

四

乙 龐德·····	一三二
(二)對於歷史法學派之批評·····	一三四
甲 斯丹木拉·····	一三四
乙 龐德·····	一三六
(三)對於分析法理學派之批評·····	一三九
甲 斯丹木拉之批評伊埃林之法之目的論(Ihering's purpose-theory of Law)·····	一三九
乙 龐德之批評奧士丁之法之命令說(Austin's Command-theory of Law)·····	一四一
(四)對於唯物的解釋法史之批評·····	一四四

甲	斯丹木拉之批評馬克斯(Marx)	一四四
乙	龐德之批評亞當勿汝克士(Brooksa Lams)	一四六
(五)	對於自由制法運動之批評	一四八
甲	斯丹木拉	一四八
乙	龐德之個人政府之復活(Rivival of Personal government)	一五一
(四)	結論	一五九
	新民法侵權行為責任的兩種方式	一六一
甲	過失責任	一六一
乙	無過失責任	一七一
	六十年來西洋法學的花花絮絮	一七九

導言·····	一七九
(一) 爲法律奮鬥·····	一八六
(二) 法律和文化·····	一九〇
(三) 法律的定義·····	二〇〇
(四) 打倒機械化的法學·····	二〇八
(五) 法治的限制·····	二一六

法律哲學研究

吳經熊著

中國舊法制底哲學的基礎

法制是法制，哲學是哲學，兩者好像一在天之涯，一在地之角，絕對不會發生什麼關係的！但是仔細研究起來，隨便那一國的法制總有幾個主要的哲學觀念做牠的背景的。卽就我國舊法制而論，有許多特異之點，實在使外國的法學家莫明其所以然，最近我在美國演講，有幾位對於比較法學有興趣的同事向我提出許多疑難雜題，例如中國舊法制何以民刑不分？法治主義和權利觀念何以不見發達？男女的終

身大事何以不給他們自己作主，並且幾千年來中國的青年何以如此老實，對於婚姻二字總是忸忸怩怩地怕羞？還有個有趣的問題，就是爲什麼立春以後秋分以前不得判決死刑？這些問題來勢之健，好像屈原的「天問」一樣，實在把我嚇了不止一跳！原來關於此類問題，其答案絕對不能在法制以內去找，要在法制以外去轉念頭。我現在要把所答覆他們外國學者的話略爲說給讀者諸君聽聽。但是我要預先聲明，我的答案祇能騙騙外國人，在國內學者的耳朵裏也許是不值一笑哩。簡單說，我的答案是：我們研究比較法制，絕對不可專在零星的法律現象裏頭做工夫。這樣攢牛角尖是沒有出息的。我們研究一個法制，先要找到幾個總樞紐；才能觸類旁通，左右逢源；而所謂總樞紐就是貫

統那個法制的哲學背景。中國舊法制的哲學背景。從下列三點觀之。可以得其大概（一）天人交感的宇宙觀；（二）道德化的法律思想。（三）息事甯人的人生觀；現在按照上列的三點稍稍加揮。

（一）天人交感的宇宙觀

我國民族向來所持的宇宙觀是以人事解釋自然界（擬人論），再拿這個人事化的自然界來做人間世的模範！所以在表面上是個超然人生觀，其實是個擬人論的宇宙觀。口口聲聲說是人法天，的確確却是天法人，至少也是人法法人的天！周易繫辭開宗明義就說天「天尊地卑，乾坤定矣；卑高以陳，貴賤位矣」。〔見光緒丁亥閏夏點石齋遵

阮本重校印十三經注疏並梭勘記周易注疏卷四第一頁）這豈不是先將人世間的尊卑觀念不知不覺地影射於本來沒有什麼尊卑區別的天地，再將這個非自覺的宇宙觀奉爲人事上的模特兒！其結果是：本來相對的原則一變而爲天經地義的了。換言之，空間的高低，本來不過一種自然現象，但是，在貴族思想家心目中，也就是尊卑貴賤的藍本。尊卑貴賤是宇宙間原來存在的區別，是天造地設的，不是人類所始創的，居上位的人們背着天地的招牌來穩固他的地位；一般民衆也漸漸地被他們催眠了。

這個貴族式的宇宙觀影響於我國法制的地方很多。現在祇須舉其最顯著的幾個例子，讀者諸君一定可以三隅反了。

(一)比方，舊律名例中均設有「十惡」一門。十惡中的第一項便是謀反。反就是擾亂宇宙秩序的意思。所以唐律疏議解說謀反二字說：

『案公羊傳云，君親無將，將而必誅，謂將有逆心，而害於君父者，則必誅之。左傳云，天反時爲災，人反德爲亂；然王者居宸極之至尊，奉上天之寶命，同二儀之覆載，作兆庶之父母，爲子爲臣，惟忠惟孝，乃敢包藏凶慝，將起逆心，規反天常，悖逆人理，故曰謀反。』

換言之，謀反不但是觸犯政府，簡直是將整個兒的宇宙給倒反了，這是何等重大的罪孽；所以認爲十惡之首。現代的刑法對於內亂罪雖然也有相當的處罰（參考中華民國刑法第一〇三條）但是在理論上

和上述唐律疏議所云實在不可同日而語了。

（二）天地雖然不能講話也不能寫字，但是種種現象可以給我們摹仿。比方一年有四季；在春秋兩季，正是萬物生長的時候；一交秋季節氣，就有一股肅殺之氣——諸君可也記得歐陽修的秋聲賦——；到了冬季萬物都收藏起來了。我們做事，也要合乎時令。所以唐律有「諸立春以後秋分以前決死刑者徒一年」的規定。（見光緒十七年春錢唐諸可寶書唐律疏議第三十卷第十頁）天地正在生長萬物的時候，我們人類怎麼可與之背道而馳呢？說起來倒也有幾分道理。但是這些玄妙論調，也有時而窮，諸君請看下面關於隋煬帝的事情，便知其中弱點了。

帝嘗發怒，六月欲棒殺人。大理少卿趙綽固爭曰：『季夏之月，天地成長庶類，不可以此誅殺。』帝報曰，『六月雖曰生長，此時必有雷霆，天道既於炎陽之時震其威怒，我則天而行，有何不可？』遂殺之。（見沈家本歷代刑法考總考第三卷第十四頁）

這樣看起來，天地實在是一面明鏡，你看進去是怎麼樣的人，他看出來也就是怎麼樣的人，假使照的是一隻狗，我可以保險影出來決不會變成一隻老鼠！中國向來的宇宙觀是素樸極了，好像劉姥姥在鏡子裏看見她自己的尊容，也道是另有一人。孔子和儒家實在是中國文化史上的劉姥姥。

（二）尊卑貴賤的階級既是在宇宙間註過冊的。不用說也是永古千

秋不可磨滅的區別。所以舊律名例均有八議之目：就是議親，議故，議賢，議能，議功，議貴，議勤，議賓。這些八種有犯罪的時候，法律特別優待他們。比方唐律規定「諸八議者犯死罪皆條所坐及應議之狀先奏請議議定奏裁」。照唐律此條下原註「議者原情議罪稱定刑之律而不正決之」。（第二卷第一頁）觀此可知我國舊律是以不平等爲出發點的。所以無論主奴父子夫婦間的關係，都是有上下尊卑的分別的，而法律上的待遇也因之而異趣了。關於此點王寵惠先生曾經淋漓盡致地描寫過的『主居上，奴居下；父居上，子居下；夫居上，婦居下。上者獨享其權利，下者獨負其義務』。實有這個情境。原來中國宇宙觀是以乾坤二字爲總樞紐。乾是陽的，坤是陰的。陽是尊高的，坤

是卑下的。紅樓夢當中有段極有意味的論調待我來引證一番，爲本節告個段落：

「……湘雲聽了，由不得一笑說道，「……天地間都賦陰陽二氣；所生或正或邪，或奇或怪，千變萬化，都是陰陽順逆；就是一生出來，人人罕見的究竟道理，還是一樣。」翠縷道，「這麼說起來，從古至今，開天闢地，都是些陰陽了。」湘雲笑道，「糊塗東西，越說越放屁。什麼都是些陰陽？況且陰陽兩個字還只是一個字，陽盡了就成了陰，陰盡了就成了陽，不是陰盡了又有一個陰生出來，陽盡了又有個陽生出來。」翠縷道，「這就糊塗死了我。什麼是個陰陽？沒影沒形的！我只問姑娘這陰陽是怎樣個樣兒。」湘雲道，「這