

各科研究小叢書

王雲五
周道濟
主編

法律思想研究

何孝元著

臺灣商務印書館印行

政法研究科名

政法研究科
政法研究科

法律思想研究

1954年

法律思想研究

D909

19

D909

3

各科研究小叢書

王周 雲道 五濟 編主

何孝元著

法律思想研究

臺灣商務印書館發行

中華民國五十九年十月初版
中華民國七十年四月二版

各科研究
小叢書

法律思想研究

一冊

基本定價五角正

版權
所有
翻印
必究

著者 何孝

主編者 王雲

周道

發行人 朱建

孝雲道建

元五濟民

印刷及
發行所

臺灣商務印書館

股份有限公司

臺北市重慶南路一段三十七號

登記證：局版臺業字第〇八三六號

編印各科學研究小叢書序

任何事物無不有時空之關係；時間造成歷史，空間劃定範圍；因之，欲研究一種事物，既須認識其範圍，尤當明瞭其演變，前者爲概論，後者其歷史也。

余嘗謂對一科學術之入門，當如初履某地，先宜認識輪廓，其步驟首如乘航空器低飛，或登當地最高之建築，從高處俯瞰，辨別方位，默記特徵。次則馳騁通衢大道，從平面而辨認要點，視鳥瞰稍狹而加詳。最後，則徒步於若干特區，徐徐辨認特定之街道與建築。此其大較也。吾人對於一科學術之開始研究，先之以概論者，其意義亦猶是也。

余認爲文化之形成，由於累積，浩浩黃河，起於涓滴；嶽嶽泰山，始自細壤，正所謂作始也簡，將畢也鉅；從而研究一科學術，必須探其本源，窮其演變，俾從演變之中更謀發展。於是一科之小史尙焉。

對於時間空間既有相當認識，在實體上已略具規模；然研究之方法，猶有待於注意。研究目的在發見真理，與獲取新知。如研究得法，則真理易明，新知易致。近代科學昌盛之始，學者特重方法；十七世紀之初期，英國培根氏之新工具，與法國笛卡爾氏之方法論，同為研究方法之先河，亦即今世盛道之科學方法初基。科學方法多端，視其研究題材而異其需要。然其中有若干共同原則，為任何研究之題材所必具；一則因求真而對於舊說之懷疑；二則因懷疑而用種種方法加以研討；三則外在研討之結果，須繼以內在之思考與推理；四則推理之初步先視為假設，然後繼續研究以至於無懈可擊，始視為結論。

余近年重主商務印書館，為應讀書界急需，原擬首二年內以整理重版原在大陸刊行之著作為主，自第三年起，再從事於新著譯之印行。今歲首尚在第二年度，唯鑒於讀書界之熱情反應，乃提前計劃新著譯之推展。余之計劃有二，一為「人人文庫」；二為「各科学研究小叢書」；前者雖以重印大陸版各書為大宗，但亦盡量蒐羅當代海內外新著。後者則清一色為新作，擬以短小之篇幅，作精要之撰述，每書敘述一學科，中分概論小史與研究方法三部分，深入淺出，言簡意賅，期引導青年學

子對現代世界學術獲一鳥瞰的印象，並略知研究之途徑，俾進而激發其專精縱深之探討。第一階段擇定三十種，皆爲主要科目，分約專家學者撰寫，陸續印行，將以廣徵讀書界意見，對體例上徐圖改進。然後進至第二階段，續撰三數十種，分科由廣而狹，迄於百種爲度。惟以所約皆爲專家學者，而在臺專家學者多兼數職，無暇集中寫作，故進度頗較計劃爲緩。唯就目前約定之作者而言，無論在國內國外，皆能積極從事，共襄斯舉，此誠當前學術界難能之現象，而足以樂觀者也。茲當本叢書印行伊始，爰綴數語，以告各界。海內鴻碩，幸有以教之。

中華民國五十五年七月一日王雲五識

法律思想研究 目錄

第一編 概論	一
第一章 法律之本質	一
第一節 法律之意義	一
第二節 法律與道德	五
第三節 法律與宗教	八
第四節 法律與政治	一〇
第五節 法律與經濟	一一
第二章 法律之演進	一三
第一節 法律之起源	一三

第二節 法律之發展·····	一七
----------------	----

第二編 小史·····	二一
-------------	----

第一章 西洋學者之法律思想·····	二一
--------------------	----

第一節 哲理法學派·····	二一
----------------	----

第二節 自然法學派·····	二六
----------------	----

第三節 歷史法學派·····	三七
----------------	----

第四節 分析法學派·····	四〇
----------------	----

第五節 比較法學派·····	四二
----------------	----

第六節 社會法學派·····	四三
----------------	----

第二章 中國固有之法律思想·····	四六
--------------------	----

第一節 中國固有之法律與道德觀念·····	四六
-----------------------	----

第二節 中國固有之衡平與誠信思想·····	五八
-----------------------	----

第三節 中國固有之自然法思想·····	六七
---------------------	----

第四節 孔子之大同理想·····	六九
------------------	----

第三章 現代法律思想之發展趨勢·····	七一
第一節 法律與道德之重新結合·····	七二
第二節 社會本位思想之日趨發達·····	七四
第三節 衡平與誠信原則之擴大適用·····	七六
第三編 研究法·····	七九

第一編 概論

第一章 法律之本質

第一節 法律之意義

關於法律之意義若何，歷來學者言人人殊，很難得一妥當之定義。茲先就各說略加敘述，再依吾人之見解，下一比較概括而切合時代之定義。

一、神意法說 以爲法律乃爲直接或間接本於神之意旨而制定之規則。在古代神權思想鼎盛時期，神意法說頗爲流行。蓋其時基督教流行甚廣，神權觀念極其濃厚

，法律思想，亦多受其影響，一般神學者，如奧古斯丁（Augustine）、亞奎納士（Aquinas）等，莫不認國家與法律乃依神之計劃與安排而產生，將宗教與法律混爲一體。此說現已因人類智識文化之長足進步，而自然淘汰，自不足採。

二、命令法說 以爲法律乃爲主權者對於人民所下之命令。例如英國哲學家霍布斯（Hobbes）認爲妥當意義之法律，乃爲握有統治權者之命令。分析法學派大師奧斯丁（Austin）亦認爲法律乃爲統治者對於被統治者所設定之規範等是。此說說明君主專制國家之命令卽法律，雖不無見地，惟命令與法律，成立之程序迥然不同，則甚爲顯然。命令說徒重形式，而忽略實質，實有偏而不全之憾。

三、正義法說 以爲法律乃爲人類應行遵循之正義。如格勞特士（Grotius）是。誠然，正義之理想，係法律秩序所由存立之基礎，法律秩序，端在奉行此一理想。惟法律之成立，並非以符合正義爲絕對必要之要件，所謂惡法亦係法，雖其內容不合於正義之要求，若經合法程序制訂頒行，仍可有效成立，人民須負有遵守之義務。故此說仍有所偏。

四、強者法說 以爲法律乃爲強者支配弱者之工具。法律之前，人人平等，乃爲

法治國家最基本之原則。因此，所謂強者支配弱者，純係社會之病態，並非正確之法律觀念。

五、歷史法說 以爲法律乃爲民族精神之產物，立法者只能宣佈法律之存在與確定法律之內容，而不能創造法律，因此，習慣法係最標準與最理想之法律。歷史法學派大師薩威尼（Savigny）即持此見解。此說重視法律之社會文化背景，雖可說明法律之變遷與進步，尙不能概括法律之全部意義。如成文法乃爲近世國家法律之主要來源，歷史法說對此即無以作解。此說忽略此種人爲制定之因素，亦不足採。以上各說，或因時代變遷，已不合現代思潮，或因有所偏失，無法說明法律之全部意義，顯不足採。依吾人見解，法律乃爲人類社會生活之規範，而依國家公權力強制實行者也。茲分析說明如左：

一、法律爲人類社會生活之規範 所謂規範，乃指示人類實現一定目的之法則也。與自然法則不同，自然法則，係支配自然界之必然的因果律，不爲人類之意思所左。規範可分爲二種，一爲技術規範，一爲社會規範。前者如衛生規則、建築方法等是，純係指示吾人一定之方法。後者則爲使人類適應生存，其生活所應遵循之法

則。蓋人類不能離群索居，勢必共營團體生活，亦即社會生活，於是個人與個人間，個人與團體間，遂發生種種錯綜複雜之關係，或有權利關係，或有義務關係，此種關係，倘無常軌以範圍之，不免釀成衝突，紊亂不已，形成霍布斯（Hobbes）所謂「混爭一團」之局面。因此，遂有社會生活之規範產生。關於社會生活之規範，原不僅法律一端，即宗教與道德，亦為人類生活之規範，不過法律為人類生活規範之最顯著者。

二、法律為強制實行之規範 人類生活之規範，又可分為任意與強制二種。道德規範屬於前者，其遵從與否，全憑個人之選擇，縱有違反，亦祇能受個人良心或一般輿論之譴責，別無何種力量可強制其必行。而法律規範則屬於後者，經國家立法機關制定而公布施行之法律，固有強制力，即未經國家制定之合理習慣或法理，亦具有規範人類生活之效力。如我國民法第一條：「民事法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理」。可見習慣或法理與法律具有同樣的效力，如有違反之者，均得以外部之力而強制實行之。

三、法律為依國家公權力強制實行之規範 法律既是強制實行之規範，此種強制

實行，僅國家始有此種權力，私人相互間絕無此種權力，國家爲法律之制定者、執行者及維護者，如有違反法律者，惟有國家有處罰或制裁之權力。此種權力，即爲國家統治權之行使。

第二節 法律與道德

法律與道德，皆爲社會生活之規範。惟法律與道德之關係，究屬如何，迄至現在，尙無定論，猶爲學者爭論不決之問題。有謂法律與道德根本不分，法律即是道德，道德即是法律者；有謂道德與法律根本不同，應截然分開者；有謂法律與道德之內容，雖有不同，但其本質，並無二致者。聚訟紛紜，莫衷一是。茲就法律與道德之關係及區別說明如左：

一、法律與道德之關係：

法律與道德之關係，學者主張不一。如英儒布拉克斯頓（Blackstone），不僅認法律與道德係屬相連，且以法律爲道德之一部分，違反道德之法律爲無效。個人主義學派，則認道德與法律係屬分離。主張法律所規定個人之自由，僅以不侵犯

他人之自由爲限。而個人之自由應如何行使，則純屬道德問題。湯麥西士（Thomasius）且以「善良」係人類之道德範圍，「公正」則係宇宙之自然規律。道德與法律，非僅不相聯繫，且屬漠不相關也。其後，分析法學派之奧斯丁（Austin），則不僅主張道德與法律分離，且進而主張法律與道德對立，「惡法亦係法」也。至現代各法學派，則莫不承認法律與道德有不可分離之關係。法儒狄驥（Duguit）更反對權利中心思想，提倡義務本位之法律，且主張權利否認論，撮其學說之要旨，亦無非使法律與道德合流也。

其實，法律之目的，端在維持人類社會生活之秩序，道德之作用，則爲引導人類內心向善，二者實息息相關，不可分離。法律固足以補道德之不及，道德更足以救法律於無形。德儒耶林納克（G. Jellinek）曾謂「法律爲最小限度之道德」，龐德亦謂「法律爲道德之一部分，亦即維持社會秩序不可或缺之一部分」。足徵法律與道德，關係密不可分也。

二、法律與道德之區別：

法律與道德，其本質俱源於社會意識，且同爲人類生活之規範，兩者之關係，

至爲密切，已如上述。惟其間仍有其差別存在，歷來學者對此看法亦不一。茲列舉其說，而大別之爲三種如左：

第一說認爲法律爲依主權之力，以強制其遵守；而道德則依良心之力，以維持之。是說以主權之力，強制其遵守與否，爲法律與道德之區別。大體言之，固爲正當，但精密觀察之，則仍不免於誤謬。例如國際法，本爲國家間之規約，國家既爲最高之主權者，即令一方有違反規約之行爲，亦決不能以他一方之主權，而強制其遵守也。

第二說認爲法律由國家所制定，而道德則基於人類之確信而發生。是說祇知制定法爲法律，而不知習慣法亦爲法律，且道德固基於人類之確信而發生，而習慣法亦係由人類之慣行之法律的確信而發生。循是言之，則國家之制定與否，殊不足爲兩者之區別，且人類之確信，不僅可發生道德，並可產生法律也。

第三說認爲法律僅支配人類外現之行爲，而道德則規律人類內在之意思。是說以法律制其外，道德律其內，固有道理。然人類外現之行爲，往往有爲法律雖在所不禁，而道德則不能容者，例如當事人訂婚後，一方成爲殘廢，他方得解約是。又內