

清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

二十世纪汉语文明法学与法学家研究专号
第四辑



清华大学出版社

清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

二十世纪汉语文明法学与法学家研究专号

第四辑

清华大学出版社

北京

内 容 简 介

本书为“二十世纪汉语文明法学与法学家研究专号”，着眼于二十世纪的中国法学和法学家，或阐述历程、道尽艰辛；或分析制度、总结得失；或研究人物、梳理思想；或总结法律教育与法学翻译。作者中既有像已故的吴经熊、蔡枢衡这样的法学大家，亦有海峡两岸汉语法学界的中坚与新锐。此外，本书选刊了一组译文、演讲、评论、资料和书评，内容广博，形式灵活，兼容思想性与可读性，想必读者多有共鸣。

本书适合法学研究者和法科学生阅读，对于法官、检察官、律师和政府法律官员等法律实务家，以及关心法学的其他学科人士，亦有参考价值。

图书在版编目(CIP)数据

清华法学·第四辑，二十世纪汉语文明法学与法学家研究专号/许章润主编. —北京：清华大学出版社，2004

ISBN 7-302-08345-2

I. 清… II. 许… III. 法学—文集 IV. D 90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 025070 号

出版者：清华大学出版社 地 址：北京清华大学学研大厦
http://www.tup.com.cn 邮 编：100084
社 总 机：010-62770175 客户服务：010-62776969

责任编辑：方 洁

封面设计：汉点公司

印 装 者：清华大学印刷厂

发 行 者：新华书店总店北京发行所

开 本：170×255 印张：24.25 插页：2 字数：436 千字

版 次：2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 7-302-08345-2/D·109

印 数：1~3500

定 价：40.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题，请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话：(010)62770175-3103 或(010)62795704

清华法学

第四辑

目 录

二十世纪汉语文明法学与法学家研究专号

本刊特稿

- 1 吴经熊/法律教育与法律头脑
- 5 蔡枢衡/中国法学及法学教育

论 文

- 26 杨奕华/中国人文精神与两岸法学研究
- 40 许章润/书生事业 无限江山——关于近世中国五代法学家及其志业的一个学术史研究
- 71 黄静嘉/戴炎辉:朴实谨严、开一代宗风的大师——略述其生平及其对法史学、法学教育及司法进步的贡献
- 81 曾建元/跨越东与西——吴经熊的人与法律思想素描
- 123 饶戈平/王铁崖和中国旧约章编纂
- 130 苏 力/当代中国的法学著作翻译——从制度或经济学的角度考察
- 150 叶俊荣/法律学学科成就评估报告
- 162 俞 江/司法储才馆初考
- 176 邓建鹏/健讼与息讼——中国传统诉讼文化的矛盾解析

译 文

- 201 [美]约翰·H. 兰贝思著 何美欢译/信托法的合同基础

- 244 [日]下森定著 钱伟荣译/日本民法中的债权人撤销权制度及其存在的问题
- 254 [日]宫本健藏著 金春龙译 于敏、韩世远审校/日本的安全照顾义务论的形成与展开
- 272 [日]渡边达德著 钱伟荣译/日本民法中的合同解除法理——以因债的不履行而产生的法定解除为中心

演 讲

- 279 张伟仁/学习法史三十年
- 288 冯 象/法学院往何处去

资 料

- 297 屠 凯/清华大学的法学教育
- 309 张 群/清华图书与法学图书馆

评 论

- 311 凌 斌/法学翻译批评的病理学进路
- 330 徐 昕/人类一思考,上帝就发笑

书 评

- 354 陈新氏/钟赓言:《行政法学总论》
- 370 王绍喜/卡尔·N. 卢埃林:《荆棘丛》



法律教育与法律头脑

吴经熊

编者按：本文原载《教育杂志》(刊期待考)，嗣又发表于《法令周刊》1935年第239期。王健博士于1998年盛夏酷暑中在国子监(首都图书馆)查阅资料时偶然发现，因不得复印，由李政女士抄录而得。王健、李政伉俪出此家藏，本刊得予重刊，谨此致谢。

《法令周刊》发表时，附有作者题记，曰：

“此篇本为教育杂志所作，刊载该杂志第二十五卷第一号，兹以法律教育问题，在我国现状下，无论在教育方面，司法方面，关系均颇重要，故特再付本刊，期与读者共同商榷焉！——作者”

燕树棠先生在他的《法律教育之目的》^①一文中说得再妙不过。他说法律教育的目的就在养成法律头脑。

怎么才能养成法律头脑呢？燕先生说有四个必备的条件。第一须要有社会的常识，第二须要有剖辨的能力，第三须要有远大的思想，第四须要有历史的眼光。

我对于燕先生的主张是完全赞同的。不过我在这里要声明的是，“法律头脑”一语在传统上说起来似乎是指剖辨的能力而言的——就是所谓核名实、辨异同的工作。待我举出一个很有意思的例子：

汉景帝时，廷尉上囚：防年继母陈，杀防年父，防年因杀陈。依律杀母以大逆论，帝疑之。武帝时年十二，为太子，在帝侧，遂问之。对

^① 参见《法律杂志》，第七卷第二期，110~116页。

曰：“夫继母如母，明不及母，缘父之故，比之于母。今继母无状，手杀其父，则下手之日，母恩绝矣；宜与杀人同，不宜以大逆论。”^①

这段故事，确否无从考证。我们如果假定它是确实的，那么我们可以断定汉武帝这个人是有“法律头脑”的了。因为他能把亲生母亲与继母辨别得清清楚楚。这岂非能尽核名实、辨异同的能事了吗？

燕先生把“法律头脑”这个概念扩充了。在他的手里，它的含义变得更丰富，更有意思的了。这也是一个正当的办法；因为概念的含义本来不是一成不变的，而是与历史的过程有密切的关系。在十九世纪的西洋法学中，分析派是比较最占优势的，所以“法律头脑”(legal mind)也就是“分析头脑”(analytical mind)罢了。到了现在，法学家大都承认要知道法律的真相，除非研讨它的社会基础、历史背景和它的目的和理想。所以“法律头脑”的概念也得改变一下，方能符合现代的学术上的要求。

在燕先生列举的四个条件当中，我们尤须注意第三和第四两项——“远大的思想”和“历史的眼光”。他在上引的文章里已经有简单明了的讨论，可是语焉不详，我在这里专就这两个要件比较详细地发挥一下。

一、远大的思想

我们教授法律，目的并不仅在产生一般的法律实务家，将来毕业之后，挂牌当律师，解决个人的职业和生活问题。这当然也是法律教育的所有事，但是法律教育的目的不仅在此，我们要知道一切教育有三等不同的而同时又互相补充的目的在那里。第一是求实用，第二是满足求知欲，第三是对于人生的总价值的促进。这句话是对于一切教育都可适用的，法律教育当然也不例外。不仅如此，在法律教育的立场严格地说，这三等目的是不可分的，是混而为一的。法律是实际和理想的会合点。法律凭着实际的力量促进人类的理想——好像一朵荷花种在泥土之上，而不染泥土，而同时却又少不得泥土。总之，不知道法律的目的，也就是不知道法律不能用“为求知而求知”的态度去研究法律，也就是不能致法律于实用。

我们可以举一个实例来证明上述主张之不误。我国“民法”第一条就开宗明义地说：“民事法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”这是明明揭出民法的三个渊源：条文、习惯和法理。法理是和条文、习惯成一个鼎足之势的。不懂法理，也就是不懂民法，至多也不过是一知半解。但是什么叫“法理”？

^① 《折狱龟鉴》(光绪壬午署内藏版)，第四卷，1页。

法理不是从天上掉下来的,只能在法律和人生的关系里面去找。人生的理想,也就是法律的理想了。要达到人生理想,当然不能专恃法律的力量。可是法律总也是主要工具之一种。这里面就发生了三个重要问题。第一,人生理想何在;第二,对于实现人生的理想,法律的贡献何在;第三,法律在种种所以促进人生理想的工具中处于什么地位,如何和它们分工合作。我们教授法律学生的时候,一定要时时刻刻使他们注意到这些问题,并且帮助他们推求对于这些问题的解答。燕先生说得好:“办理俗事的任务而有超俗的思想,此乃法律教育不可少之要件。”但是我要进一步说:有了超俗的思想,才配办理世俗上的事务。因为识得法外意,才算识得“法内意”。这句话是似非而是的真理。

据以上所说,就可知道自然科学(Naturwissenschaft)和文化科学(Kulturwissenschaft)的不同了。自然科学的最后目的当然也是在促进人生的理想。但研究自然科学的时候,并不需时时刻刻联想到人生的利害关系。文化科学可不同了,因为人生的利害关系就为构成文化科学的对象的一个重要分子,在自然科学,评价的作用是超然的;在文化科学,评价的作用是内在的。尤其在法律科学,更是以评价为骨髓的。法律学乃是权衡利弊的科学,如果没有高超的标准,怎么能够得到一种公正的权衡呢?

二、历史的眼光

关于历史的眼光的重要,燕树棠先生有下列的叙述:

法律问题是社会问题之一种。社会问题是社会整个问题。不明社会的过去,无以明了社会的现在,更无以推测社会的将来。学习法律,必须取得相当程度的历史知识,才能了解法律问题中所占的位置,才能对于其所要解决问题为适当的解决。学习法律的人,必须能够把眼光放大,才能把问题认识的清楚。近年来法学的发达,历史的知识供给很多的帮助,其效果业已影响实际法律之适用。

这段言论,和我向来所主张的法律的相对论是如出一辙的。法律是和时代相对的。比方,封建时代的法律和个人资本主义时代的法律,当然是不可同日而语的;个人资本主义时代的法律和三民主义时代的法律又是不同的了。法律的相对论本来是最简单的道理,可是从前西洋的法学家惑于绝对的自然法论和天赋人权说,竟会对这种显而易见的现象熟视无睹,一味主张法律的绝对性和普遍有效性。比方,美国制定宪法的时候,还是农村经济的国家,在十九世纪中工商业的发达非常迅速,遂一变为工业经济的国家。最近二三十年以来,美国最高法院解释宪法中的各种自由权——尤其是契约自由——就发生了两派不

同的学说。一派是守旧的,他们主张拿从前的解释作为宪法的真诠。另外一派叫做社会法学派,法官中如荷墨士(Holmes)、白兰特士(Brandies)和卡铎锁(Cardozo)都是这一派的健将。^①他们主张解释宪法当以社会的情形为前提。同一个法律的概念——譬如契约自由——因时代的不同,尽可有不同的解释。现在的解释之反映现在的时代要求,正和从前的解释反映从前的时代要求一样的有根据。他们的学说,是和中山先生在民权主义里所说“权利是时势和潮流所造出来的”的话,是不约而同的。

绝对的自然法论和天赋人权说既经推翻了之后,研究法律惟一的门径是社会历史的方法,即使再要提倡自然法,也不能任凭玄想去寻出一种万古不灭、普遍有效的一种法律。自然法是法之时者也。所以我曾说:“自然法是适合社会情状的,实事求是的,具有先见,能促进文化,使其于最短期间之内,从现有的地位踏进比它高一级境界的一种法律。”法律教育的最高目的就在帮助学生寻出这种法律。如果不能找到这种自然法,那就是没有法律头脑了。

^① 现在一般通译为霍姆斯、布兰戴斯和卡多佐。——编者





蔡枢衡

编者按：本文系已故蔡枢衡先生（1904—1983）20世纪30年代末、40年代初撰写的一篇论文，部分内容曾分别发表于《当代评论》、《云南民国日报》和《新动向》，并收为自刊《中国法理自觉的发展》（1947）第四章。文中所论虽系60年前的情形，却依然不失其鉴戒意义。本刊特予重刊，以飨读者。

一、中国法学的病和药

时代赋予我们的任务是批判。批判不是批评。批评是把批评者任意构成的理想作标准，把一个孤立化了的对象来作分析或综合的研究，以判断对象之一部或全部的是非善恶。这个全过程常常是演绎的。当作批评标准的大前提，常被当作了自明或既明之理。这种自明或既明之理，假定不是天地间的大道理，或者虽是大道理，而是抽去了时空对象固有特性的一般的道理。任何严密的考察，都白费气力；任何深刻的判断，假定说对了也是偶然撞着的——谁也不担保字字是珠玉，句句是真理。兼之，批评的标准和被批评的对象间，并不一定有什么内在的关联；二者间也许保有一种内在的关联；或者竟如风牛马之不相关。有关联的场合之结论，容许即是关联之暴露；不相及的风牛马，却不是批评者的强力所能拉拢或结合的。还有一层：把关联间的对象孤立化了来讲话，本质上是把假定的对象作对象，不是把真正的对象作对象。所有的话，都会和真的对象不相干。硬把对于假的对象之认识当作认识了真对象，最是冤枉不过的事情。至于批评者本身的背景，常常暴露着逻辑、认识论和世界观三者之间互相不一致，也是不容忽视的所在。

批判和批评相反。批判过程是事物发展过程之摹写。批判的标准是事物内在的矛盾之一端，不是事物外在的东西。批判的结果或结论，便是矛盾一端

之发展,对立的关系之变化,不是和事物本身绝无因缘的概念之捏造。批判不是全部毁弃原物,而是推陈出新。批判的对象不是抽象的,而是具体的;不是主观捏造的,而是客观实在的;不是假定为孤立的,而是现实关联中的。对象保有现实所有的一切关联。总而言之,批判的对象是客观实在的对象,批判的结果便是现实的和可能的二者间的关联之暴露,也就是合法则的发展之预言。

中国法学之批判,需要明白病象和原因。质低量微是中国法学的病象。量微的情形怎样?微到法学每一部门不能找到一二册书,或一二册较好的书。低到什么程度?低到这国那国的条文都晓得,问起中国相当的规定竟茫然。大学法律学系中的中国法制史科目,常常不易找一个主观上兴味浓厚,客观上胜任愉快的教授。以及通行的见解,认为“总则”的学问硬比“分则”大,都可当作显著的旁证看。这样的质和量,形成了中国法学的贫困。

抽象说来,法律没有切实施行,从而很少研究如何修正或解释的机会,以及实务和理论之缺少合作,都是可能成为法学质低量微的原因之一,不过不是本质的因素。具体观察,这和中国法学质低量微的原因根本不相干。从一方面看,实践虽是理论之发展或深刻化,并且可因实践之困难,使理论获得益趋正确完全的机会;理论之超于正确与完全,却不一定需要实践逢着困难。活生生的一切现实,便是理论的渊源,也是理论自己反省或者评价的标准或机会。最低限度的初步理论之构成,是不需要并且不能等到实践发生困难的。这是先实践而发生的问题。中国法学质低量微问题之本质,不在不够最大限度的成就,而是没有成功最低限度的成就。

从另一方面看,我们固然见过在《惩治盗匪暂行条例》第一条第一款所谓“掳人勒赎者”之前提下,有过“勒赎罪以勒赎为构成要件之一。虽曾否得财于犯罪之成立毫无影响,而其掳人之时,必预有得财之意思……”[最高法院二十二年(1933年)上字第229号判决]。这样的判例,虽产生于现行刑法第347条“意图勒赎而掳人”之规定,可是也会听到因为中国现实社会没有夫妇财产制的事实,主张删去民法中关于夫妇财产制规定的见解。这是显然告诉我们:法律和国家政策以及风土人情不相合,不一定即有益于法学之长进。至于实践和理论之所以缺少合作,半因没有这种需要,半因理论幼稚。实务不求理论帮忙,当然不会合作;理论没有获得支配实务的权威,当然没有合作的表现。

司法没有完全独立,以及监督之不严,最多只使司法不能实现其应有的理想与尊严,决不能成为阻碍法学发展的原因。司法的尊严之维护是政治问题。尊严不存在,虽可降低民众对于司法的信仰,毫无损于学者对于法律理论之探求以及法学之发展。

还有一种被人批评过的见解。就是以为中国法学落后的原因,是由于中国

经济状况不及先进的国家。这种见解,本质上不脱机械论的圈套,自是显而易见。不过,值得声明的是:法治和法学是两件事,不可并为一谈。单从法学说,经济状况不发达,可能成为中国法学不发达的原因;中国法学不发达,却和中国经济状况落后没关系。——否。中国的经济状况实较中国的法学更前进。中国的社会经济是国际帝国主义经济之一环节。帝国主义经济是高度发展的工商业的社会经济。数十年来的中国立法所采之法例,都是这种社会经济所产生的立法。换句话说,数十年来中国的新法律,都是次殖民地性质的中国社会经济之反映。可是中国法学人士接触每一新法之后,常常是骂的多而捧的少。捧的理由固然是由于新法适应世界最新思潮和最新法例;骂的原因却是因为不合农业的国情,陈义过高,以及法文之所规定不能求之于社会现象等。假使法学能够跟着法律跑,并且跟上了,法学的内容应该已是既新而且充实,达到了随手一攀,即可抓住中国法之次殖民地性质的地步。法之次殖民性质是中国数十年来的新法与生俱来的属性。这个属性和中国社会经济之次殖民地性质是一脉相通的。中国法学不能发现——至少是没有发现中国法律固有的属性。究是社会经济阻碍法学发达?还是法学赶不上社会经济?事实不是已经明确答复过了吗!

中国法学之所以质低量微,是由于法学者大家怕难。这只是一种信口开河的聪明话。姑勿论把怕难当原因,容易落入观念论的窠臼。并且数十年来的中国法学史绩中,虽然少有值得称道的成就,尤其没有划时代的著作,但若自另一方面看,也绝不是绝对没有聪明才智之士涉足其间。若说法学者畏难不进,不仅有意无意委屈了若干法学先进,并且根本不符事实。

然则中国法学质低量微的原因何在?我以为第一是社会不需要;第二是学人的能力不够大。法律是国家社会生活的规范,法学是法律规范的知识之渊藪。过着国家生活,何故不需要法学?又何能不需要法学?这都是应有的疑问。虽然我们知道有些人因为没有法律知识,连自己的生活也过不完。也知道常有大学法政经商毕业生出去做事之后,感觉法律知识不够的痛苦。并且知道还有不少好学深思的实务家深感法学著书的内容浅而不深,略而不详,常有遇着问题什九找不着答案的困难。这些都是需要法学的事实——尤其实务家之所要求者,更是真正狭义的需要。不过,假定看透了问题不在不能、不需要,而在有了代用品,则现象的症结,也就可以了然胸中了。

数千年来的中国是农业社会、专制政治、道德世界。农业社会生活之特征是和平而与人无争或不争。专制政治的法律是秘密,绝不容许民众知其然和所以然。结果成了司法者的裁判即是法律,裁判之外无法律,也无由知道裁判适用范围外的法律。道德世界的要义是自律。自律的标准是善良的风俗习惯。

不自律或违反善良风俗习惯的制裁是明骂暗骂,众人不齿,社会地位低下,导致活动困难。二十世纪中国的环境虽然围绕着近现代的工商业社会,中国社会自身对内却还保有着浓厚的农业社会色彩,用不着把个人作单位、把竞争作前提、把法治作理想的近现代的法律。换句话说,现实的中国社会并不十分需要现代中国所有的各种法律。既然不需要这类的法律,阐明这种法律的法学之有无好歹,当然都是无关痛痒的事情。

假定有些问题成了司法裁判的对象,因此发生了若干对于法学的需要,关于现代各种法规有过若干修养的人们,大都会把自己固有的知识当作三段论法的大前提,应用于问题之解决。即或没有什么修养,年轻的不妨查着条文望文生义,或者查一查逐条解释的著作;年老的不妨找个壮年的作顾问。假定既查不着,又问不着,便不妨向上级机关来一个悬案待决,请予解释的代电:天大的需要也就从此化为乌有了。要法学何用?然而这还都是比较忠实的办法。假定仗着误判不负任何责任的国家制度作靠山,拼了上级撤销自己的判决,甚或预期着上级法院撤销自己所为的判决,不管法律上应该如何,乱判一气,也是妙法。这种情形,连法条都成了无用的长物,还要法学何用。

民众既不大需要法学,法官又不大需要法学,偏巧近代的现代的学问之一面,无不或多或少带有商品的性质。法学不长进,又好像工厂不去改良市场不大畅销的商品。这样,决定了中国法学必然停滞在质低量微的状态,况且还有十余年来抑压法学教育的教育政策为之推波助澜!

不过话说回头,商品市场之需要,虽可促进生产之发达和改良,然而商品性只是法律知识之一属性,不是属性之全部。这中间,固不妨为学问而学问者之自由深造,也不妨已有深邃学问者之囊锥脱颈。然而,教室的讲义几乎是千篇一律,法学书籍什九是刻板公式,法学论文中除了学究式的文章外,不是今人说古话,便是中国人传播外国人对外国说的话。再不然,便会常常幼稚得难以形容。这显然不是需要不需要的问題使之然,而是充分暴露着学人的能力不够大。

怎样的能力才够大?这是很难解答而又必须解答的问题。法学是法的意识之体系。中国法是中国社会的现象和形式,中国社会是中国法的内容和本质。现象、形式、内容和本质,都是中国法学对象之一因素。成文法国家当作现象和形式的对象——法条虽然是成文;当作内容和本质的对象——社会却是一本不成文的书。这本不成文的书,内容上是千头万绪,性质上还像神话中的无字天书。正确理解这本书中有关事项的能力,便是法学人士所需要的能力之最低度。换句话说,合理的法学家不仅需要能懂成文的法条,并且需要能懂不成文的活生生的现实社会。这是法学人士起码的能力。假定根本看不见这本不成文的书,学问的境界至多只能做到行商从贾,决不会到设厂制造的地位,自然

不会成为中国法律意识的生产者。假定理不清这本书中的千头万绪,学问的对象便算抛弃了十之七八。从而所有的见解,未必都是中国法的真意识;假定只懂外国教授的著作,不明中国社会的现实,算作有眼无珠,大概不为过分。若见外国教授重视各自本国的现实,不知因而重视中国的现实,或竟跟着外国人只知有外国的现实,煞有介事搬到中国来讲,好像这就是关于中国应有的话,要想叫人不会因此想起举一反三的话,却是一件很困难的事。假定非以外国法名家的中国法学家,或者号称研究中国法律者,对着中国法说的不是中国法中所含有的话,那算挂着羊头卖狗肉。在某国某大学教授、法学博士说如此这般的前提下,产生不出中国法的意识来,好像羊头决不能使狗肉变羊肉。还有一层,意识是认识对象的结果。这种认识的性质,思维的部分多为感性的所在。意识的体系,也是逻辑的产物。所以认识不能超出直观的境界,固不失为能力不够的表现;不必要的矛盾前后簇出,也是能力不够的一明证。

形成够大的认识能力之因素怎样?这是法学者自己应有的修养如何的问题,也是应有的知识之程度和范围如何的问题。抽象说来,应有的知识之程度和范围是被历史阶段和学问的性质决定的。主观上虽因各人的聪明才力和环境之不同,不妨造詣各有深浅广狭的差异,客观上特定时空中应有的学力之质量范围自有一定的标准。假定要求法学者对于法学以外的学问保有各该部门最高的水准以上的知识,固然不合理;硬把某些部门排压在法学者应有的知识之范围外,也是错误的看法。我们不能抑且不必逐一列举和法学有关的学问之部门,但却不妨认为,任何知识都和法学直接、间接保有或深或浅的关系。这是现代知识的教训,也是近代式的中国法学的历史之启示。

清末民初是近代式的中国法律的学问之初期。这时的法学分野,几为日本留学生所独占。最初留日习法是速成;进专门部和本科是以后逐渐发展的现象;本科毕业之后再进大学院,至今还是不多见。虽然不妨肯定认为日本法学没有进到独立创造的阶段之见解,不一定是知彼之谈。自明治维新以来,日本法学虽然日在猛进中,法律哲学之发达,远落法律科学之后,确是事实。假定我们愿意把留学国的法学和留学生所得的学问,分作二事看,我们不妨认为:留日习法者很少成就了各人留学当时所可能获得的成就,自然也没有达到留学当时日人所已成就的水准。因此,注释或解释条文虽不必是日本法学最高的成就,若把注释或解释条文中心主义当作留日习法者的作风之共通的特色,大概不会引起十分猛烈的反响,或不平之鸣。

随着政治、经济以及教育政策之转变,中国法学界逐渐可以发现留学英美研究法学者之存在。我们虽然充分觉得英美的法律哲学和法律科学是不易分一的东西,每一学人的主张或法院的裁判,都是规范性和法律观融成了一片,

但却不妨说:有些留学英美习法者特别重视了哲学的属性,特别忽视了规范的成分。并且因为英美法律不采成文的缘故,使留学英美习法者虽未至于不承认条文是法律的形式,却也充分暴露了对于成文法之过分不理解,不易首肯成文法和习惯法仅有形式的不同,以及两种形式间的伯仲关系。因此,英美法学的现实,虽并不是只有空论,没有规范,若把过重理论、过轻规范和成文,当作留学英美习法者的作风之共通的特色,我虽不敢说不会有不平之鸣,可是我的良心始终执拗不过经验的启示。

不过成文法国家的法律形式是条文,没有条文便不成其为法律。法制之发生的意义在于规范性,没有规范性的理论只是法律的理想或理想中的法律之内容。研究中国法律而鄙视条文,漠视规范性,这是若干留学英美习法者的内在矛盾之所在,也是留学英美习法者所以自己否定其自己固有作风的特色之根苗。根本不要条文,专研既无来龙又无去脉的法理学,固然是矛盾的二极之一胜利的表现;把法理学当作不相干的东西,捧着六法全书对本宣科,望文生义,或者更进一步,追随留日者的作风,从事条文之整理或体系的叙述,也是留学英美习法者自己否定固有作风的特色之表现。成文的中国法形式,决定了留学英美习法者必然自己否定自己固有作风之特色。

随着时日之经过,中国法学界中有了留欧习法者的足迹。德法系统的法律都是条文。德、法的法学著作中常常是理论与实际打成一片的,解释书中充满而且浸透了法哲学的气氛;法哲学中常常有形无形显露着他的基础是条文。不过,解释条文地方,虽然比较易接受;含有哲学成分的地方之理解,必须预有哲学的修养。我们虽然觉得德、法的法学著作常比日本的法学著作质高品优,却还没有发现留欧习法者的基本教养,硬比留日习法者都深厚。法律科学和法律哲学打成一片的著作之理解和接受,留日留欧一样难。基因语文之不同,也许留日者之理解比较容易些。

历史过程虽是留英美者的作风否定留日者的作风,留英美者的作风又复自己否定成为反对物,这个反对物得到留欧者之推波助澜而日益发展,形成更进一步,行将统一留日英美二者作风的特色之倾向,可是现实的事实,却是留日者的作风、留英美者的作风以及留欧者的作风,共处一堂,互相补益,互相形克。这现象,尽管不免有人会骂我牵强附会,我仍愿意认为这是中国次殖民地性质之法学界的表现。

抗战最后胜利后的中国是独立自主的民族国家。独立自主是民族自我意识的表现和基础。民族意识以及独立自主之法学的表现,应是把中国的法律和中国的社会当作法学的对象,从事认识,构成体系,并且哲学性和规范性并重,理论和事实冶为一炉的作风。

二、中国法学之贫困与出路

人类社会生活不可或缺而又最为人所漠视的东西是法律。成了人类社会的行动之指南针,同时又最为人所看不起的知识或学问,也是法律知识或法学。这是事实,并且是常识。这是矛盾,同时也是真理。假使世界真有永久普遍的真理,这事实应是第一个适切的例证。我们虽然明知没有永久普遍的真理,同时不能不承认这种矛盾现象却是古今中外所在皆是的事实。

一切都是因果关系或交互换用的产物。不可或缺、指南针、看不起、漠视等,都是某种原因的结果。这些结果的发生,都有他的根据和条件,必然性和偶然性,大体来说,使之成为不可或缺和指南针的原因是国家生活;至为漠视的原因是因为有了代用品而不需要或不合需要,或合需要而丝毫不感缺乏。现代中国法学使人看不起的原因很多很多,法学自身之贫困却是重要因素之一。

法学自身贫困是原因,被人看不起是结果。这是客观事实的反映,是抽象的把握,也是思维性的认识。感性的认识中,不会含有因果关系和时空。单纯感性的认识,决不能把贫困和看不起二事联起来。贫困和看不起间的因果性,虽不妨是纯粹主观的幻想或错觉,也可说是客观的真理。因为只是抽象的把握,这中间自然容许各观察者间所认识的贫困情形,有着质和量的差异;看不起的态度,也可有种种的不同。我们不能叫每一个因认为贫困而看不起的人,作一回述怀。所以,只有将最一般的原因——贫困之最本质的原因,加以考察,才是可尽的能事之最大范围。

极端的形式主义——甚至超形式主义,似乎是现代中国法学贫困之一因素。这是成了常识的事实:法学人士对于每一新人首先要问的是什么资格?哪国留学?懂得几国文字?什么学位?这个人的学问和报酬待遇等之评价,常常完全决定在这几个条件上面,学问本身不必再问——问了怕也未必真识货。资格和学位,理论上是学问的表现形式,也是学问质量的一个属性。不过,这种理论的真理,限于学问、资格和学位真有内在关联的时候;限于名之为名,不失其实之为实的时候。假使把形式的资格和学位作出发点来推论学问,推测结果的真理,谁也知道是偶然的,而不是必然的。不从学问推论学位资格,而从学位资格推论学问,这是倒转了的真理,是形式主义。在形式主义的支配下,法学不贫困是偶然的,贫困因而被人看不起,却是内在的必在性之表现。

留学的经历所能表现的,只是特定人和特定地域接触过。经验上,留学是获得学问的一个条件。不过,留了学的人不一定有学问,也是经验的教训。还有另一方面的经验是:没有到特定国家留过学的人,可能有着发生于特定国家

的学问。这些经验综合起来的结论是：留学和学问间没有内在的必然的关联。硬把和特定内容——学问没有内在的关联的事情，当作学问的形式，这是超形式主义的笑话。留学不是法学，而竟替代了法学的学问。法学的内容，哪能不贫困？

语文只是表现思维的形式，不是思维的本质，也不是表现的思维之全体。语文之了解不成问题，同时就是语文内容的接受不成问题的时候：大体上只限于浅近和常识事项。法律意识是常识的反面，是深刻而抽象的思维。语文的能力，只是使法学学问趋于深刻丰富的抽象可能性。真要达到深刻丰富的目的，还须相当质量的专门知识作基础，因此，语文能力绝不是特定人的学问深浅丰歉的测量器。把外语能力和法学学问混同起来，这是混同了抽象的可能性和现实性两个范畴的结果，也是真理之伪造。把伪造的真理当标准来行事论学，法学没有在这个情形下灭亡，只是被人看不起，总还算是不幸中之大幸。

外语能力就是学问，这只对于以外语为目的的人是真理，这是显而易见的事。所以比较开明一点的人，不唱“惟外语论”，只认为外语对于法学人士是一把刀。这可名之曰刀的外语观。骤然看来，这似乎是真理，可是假使标出“外语是不是刀？”问题求答案，必可获得两种相反的认识，各有充分的理由：假使认为学外语的过程，只是一个小窃剽窃他人成熟的园果田禾的过程，那么，外语可以算是刀；假使认为学习外语的过程，是在把握他人的成果，并且考察成果发生成熟的经过和一切有关的条件或事物，以为用作自己培植之借鉴，那么，外语只是到达特定园地去参观的路线中的一桥梁，绝不是刀。

我们充分感觉外语的重要性——或者竟比刀的外语观之怀抱者，还要看得确切著明些。同时决不要忘记外语作用的限界性。语文的本质是形式，语文的认识是感性的，语文的认识其自身，没有包含时空和因果性的认识，也不包含思维过程的启示。语文之了解，只是语文所含内容一部分的了解，另一部分的了解，需要求助于各人固有的学力或预备知识。学力不够，语文懂了也徒然。我们觉得外语要紧，然而也觉得预备知识或固有学力，尤其要紧。我们觉得法学不是可以剽窃成家的，外语不是惟一重要的本钱。

这是无可讳言的：刀论外语观，虽是一个不长进、没聪明、荒谬绝伦的认识，这种违反真理的认识，却已产生了很大的恶果。刀的外语观实践之结果：第一，使外国整个的法律知识，成了残肢断臂；第二，使外国活的法律知识，成了知识的僵死。法学是法律的思维体系，体系的内容是自给自足，互相关联的。体系之产生和存在，是把特定阶段的历史成果作基础，特定社会现实作背景的。思维体系的本质是形式，体系的历史性和社会性，一面虽浸透了体系的每一末梢，同时，思维体系的所有者，却常常是一字不提或言而不详的。特定思维体系的