

吴经熊:法律的基本概念 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_90_B4_E7_BB_8F_E7_86_8A__c122_485599.htm

一、绪论 研究法学的方法和研究别种科学是一样的。先把那根本上的原理彻底悟会了，其他的枝叶问题就可不劳思索，迎刃而解。比方代数、几何、物理、化学都有确定的公式和定例；学者根据那种公式和定例就可解释各种变化无定的问题。要是没有那种公式和定例，就要觉得头绪纷纭，顿时无从着手，怎能造出一种科学的统系呢？但其间有一异点就是代数、几何、物理、化学都属于自然科学；那自然境界上的现象如影随形，都有定理可以推测。法律学并非自然科学，乃是一种精神界的科学，乃是社会科学之一部分。精神是一样活动的东西，吾人难以捉摸，其变化亦复神妙非常，与天然现象大不相同。要在精神界的科学上作个公式下个定例，那个公式和定例断乎不能如八八六十四和 $H_2O=H_2O$ 的呆板且绝对。何以故呢？因为人的精神是自由的，海阔天空没有人可以捉摸得到，想做什么就要做什么。那“想做什么”是个因，那“就要做什么”是个果；因既活动，果亦不免随了活动。所以自然界只有现象，精神界则有事业。自然科学的问题是“究是怎样？”其答案是个发明，其所证明的是“有因必有果”；精神界科学的问题是“应是怎样”？其答案是个创作，其所奉为信条的是“有志就成”。万物的进化是在天演；人事的进化是在猛进。宇宙间惟有人心是最灵活，既难束缚又难察量。那自然的“光”“热”“电”虽然奇妙，然还可以用各种科学艺器来确定他的度数；人心的“光”“热”“电”（知、情

、意)那是更属奇妙了，没有什么科学仪器可以用了来察量其度数。照这样说，那人的心理果为一种不可研究的东西吗？人心既不能研究，精神界上的科学就没有什么公式和定例之可言了！那又不然的。人心虽不能用有形的仪器来推察，却可用无形的仪器考查他一下。在精神界上的科学，我们所以用以察量短长，评判是非的仪器都是无形的；虽然无形，其真确和稳妥倒不让那有形的仪器。法律学既是精神界科学之一部，自然亦有一种无形仪器即是标准。标准拿定了，就不难再造公式和定例。

二、法律的标准 从前孔子曾经说过：“礼云礼云！玉帛云乎哉？乐云乐云！钟鼓云乎哉？”现在我也要依样葫芦说句话：“法云法云！条文云乎哉？”玉帛是礼的用，非礼的体；钟鼓是乐的器，非乐的本；条文是法的骸，非法的魂。所谓“体”所谓“本”所谓“魂”，都是标准之别名。礼的标准可以用一“敬”来代表他；乐的标准可以用一“和”字来代表他；法的标准却用个“理”字来代表他。所以“敬”、“和”、“理”是治礼、乐、法的人所以用以察量短长，评判是非的利器；靠了那种利器，善恶真假即可一辨而知。天下固有不敬的礼，不和的乐，不合理的法。但便是礼其所礼，乐其所乐，法其所法，并不是我心目中的礼、乐、法了。这种礼乐法，即使能够冒着礼乐法的名横行一世，那也不过是暂时的。以历史的眼光看来，却是无足轻重，在不足挂齿之例。现在休论礼乐，且先以法学讲来并与海内外学者讨论一下。方才不说法的标准是个“理”字吗？这个理字先要讲得明明白白才可免得有隔靴搔痒的毛病。中国宋明诸儒为了这个理字，质难辩论，曾用了一番苦工。但其结果真理愈弄愈涩，门户之见亦愈弄愈多，说来亦觉可怜

得很。清代诸儒以为前车可鉴就起了一个大反动！这个反动在中国思想界至今尚占势力。欧美十八、九世纪诸法家亦想专恃一个理字来解决一切法学上问题。现在二十世纪的一般法学巨子新近也起了一个大反动。全世界思想家正似不约而同对于这个理字大革命起来！我现在还有这样大胆来拥护他吗？但是诸君要晓得，二十世纪并不是无理的世纪，只是二十世纪的理，和中国宋明诸儒脑筋中的理，和欧美十八、九世纪诸法家所坚持的理不同罢了。据我看来，宋明诸儒的理和欧美十八、九世纪的理是个照照灵灵不可捉摸的理，其流弊就像戴东原先生所说“启天下后世人人凭在己之意见而执之曰理，以祸斯民。”又如顾亭林先生所说：“置四海困穷不言，而讲危微精一！”二十世纪的理是个实事求是的理，固非玄想中之理，又非书本中之理，却是社会日常行事中之理，东原先生所谓“情之至于纤微无憾，是谓理”是了。因为除开实事，就无是非之可言；除开人情，就无真理之可言。情即是理，理即是情，情和理固属一而二，二而一的，万万不可分离而讲。俗语所谓“人情人理”却是一句佳话，能入情便能入理了。俗语又说“王道不外乎入情”，真是千古不能改易的话。三、法理的性质“法律的标准是理”这句话似极简单，但仔细想来倒发生了一个疑难问题，就是说：“这理还是天经地义，万劫不磨的呢？还是随地推移，随时变迁的呢？”换句话说来说，这理还是绝对的呢？还是相对的呢？照我看来，理是绝对的也是相对的。怎么说呢？待我引几个法律格言明白的解释起来。比方我们常常说：“法律应该是公平的”，从其抽象方面看来，这句话是永远不可改易的，因为法律如不公平，即失了法律的命意了；但从其实质方

面看来，公平二个字的内容却随着时代思想变迁的。比方中国古时以出妻为极公平的事，曾参的妻服事曾参的母亲稍稍不周到一些，曾参就把她驱逐出了。当时曾参得意洋洋，以为做了一件极正当极公平的事。照我们眼光看来，不觉为曾参的妻代抱不平，因为我们的脑筋中只有离婚的事，没有出妻的事。再说句游戏的话，将来人人也许以出夫为公平也未可知的。无论如何，我们可说公平的实质是没有一定的。但我们须注意，那公平的实质虽然变化不测，然而公平的名目是永远存在的，所以形式上讲来，法律的标准却是绝对的。再有个法律格言说：“公共幸福为无上之法”。这句话又是形式上绝对的，实质上相对的。幸福的定义不一而足，随吾人的人生观而变的。伊壁鸠鲁以身心逸乐为幸福，庄子以逍遥世外为幸福，老子以无为为幸福，孔子以大同为幸福，杨朱以一毛不拔为幸福，耶稣以杀身救人为幸福，边沁以“最大多数的最大快乐”为公共幸福，汤武以“匹夫匹妇皆被其泽”才算公共幸福。但以上所举都是个人幸福观的不同。笼统而讲，一时代有一时代的幸福观，和别的时代迥然不同。既是这样，我们可说幸福的名目虽然不变，幸福的实质却是各时各别的。再有一个法律格言说：“享受自己的权利，以不损害别人的权利为限。”又是形式上绝对的，实质上相对的。权利的名目不变，而权利的内容却是无定。最显而易见的就是专制时代人民的权利的范围比在共和时代狭窄。只是无论什么权利即使我们现在所梦想不到的权利也不可越出“不损害别人的权利”的限制，所以我说形式上这句格言是绝对的。以上三个引证可使我们晓得抽象的理和实质的理名和实的辨别。抽象和实质有形式和内容关系，两方面须要并

重；因为没有形式，内容就要捣乱了；没有内容，形式就成枯竭了。抽象的理是天经地义，万劫不磨的。实质的理却是随时推移，随地变迁的。抽象的理可以求之于通常人的心中，比方我们所已经提起过的格言“公共幸福为无上之法”，即使五尺童子，也可用了他的良知良能来断定这话是对的。但我们如果问他什么是公共幸福，他就一时不能回答了。他也许回答道：“公共幸福就在个个人有饭吃，有衣穿，有屋住，并且个个人也受教育。”但是“衣”“食”“住”和“教育”不过是普通的名词。从实质方面而讲，衣食住和教育仍是各时各别的。太古的时候，“兽革木叶”，也算是衣；“茹毛饮血”，也算是食；“穴居野处”，也算是住；“钻木取火”，也算是教育。那时候生活简单，人事省略，只用了结绳的政，偃皮的礼，日中的市，像刑的法，已足足可以应时势的需要了。后来生活程度逐渐增高，文明也随之长进，直到现在，物质上和精神上的文明日上，所以法律也势必至于一天复杂一天。法律的简单和复杂，随时势而变；但是万变之中，自有一个不变的真理在里面。《尚书吕刑》所说“惟齐非齐，有伦有要”，意思就是说，天下没有常法，惟法律的精灵却是无始无终，和天地并存。过去如是，现在如是，将来亦复如是。欧美法家所谓自然法和老子所谓常道，照我看来都是指示那宇宙间的一点精灵，他们的意思并不是说法律不可变，乃是说正为宇宙间有这个精灵，所以法律能够时时进步，时时生长。凡研究法学的人不可不懂此理。《商君书更法篇》说得好：“法者所以爱民也，礼者所以便事也，是以圣人苟可以疆国不法其故，苟可以利民不循其礼。”又说：“常人安于故习，学者溺于所闻，此两者所以

居官守法，非所与论于法之外也。……前世不同教，何古之法？帝王不相复，何礼之循？……各当时而立法，因时而制礼，法以时而定，制令各顺其宜，兵甲器备，各便其用；臣故曰，治世不必一道，便国不必法古。……”所谓“法之外”即法外意。法外意就是自然法和常道的别名。

四、法律和文化

英国人有句话说道，“法为人而设，人非为法而设”。这话说得很通。法律本来不是目的，却是一种手段。手段的好坏，全视他的功效怎么样而定。法律既是手段，他的目的究竟是什么呢？简单说来，法律应该以人类的目的为目的。那么什么是人类的目的呢？我可以说，人类的目的在于促进文化。所以法律的目的，亦在于促进人类的文化。文化两个字包罗万象，极其广大。凡是人类精神上和物质上的一切活动，无不包括在内。仔细解拆起来，文化含有二个重要的意思，缺一不可：第一是对于人的本性而讲，就是以理胜欲；第二是对于人的环境而讲，就是用知力驾驭自然势力。大家必须将政治、法律、哲学、宗教、科学、文学，和一切的社会学分业组织，通力协作起来；切不可互相排轧冲突，以致糜废精力，阻碍进步。学者最当注意就是不可将自己所研究的学问当作促进文化的独一无二的手段，以为别种学问都与文化无关紧要，一律可以废除的。比方，治经济的说政治和法律无用，治科学的说哲学和宗教不行，诸如此类过情的抨击都是见识浅陋的明证。中国春秋时代儒家和法家互相争论，几以为法律和道德是柄凿不相入的。不知法律自有法律的作用，道德自有道德的作用。离之双美，合之两伤。我现在想想，中国文化不如泰西文化的发达，原因甚多，但其中最重要的就在于道德和法律二途没有分业的组织和协作的缘故

。法律既为促进人类文化的一种手段，人类文化既为随了时代变迁的东西，那么，我们自应创造活法，废止死法，创造动法，废止静法，庶几文化不至停滞，人类亦得以进步了。梁任公先生说得好：“……造时代之需要既去，而制度之遗蜕仍存，则国民能力必为此种逾时失效之制度所限制，而萎缩其一部分。”所谓遗蜕，即是精神的反面，没有精神的法律死法就是黄梨洲先生所说的“非法之法”了。法学家的本分就在一面革除那种死法，一面创造活法出来，以扶助文化事业。譬如我们中国人缺乏个性，大半多由旧家庭奖励倚赖性质所致，我们终要想个法儿将这种过时失效的制度改革一下。法律、经济、宗教、教育各部分都当联络起来，将那习惯、旧观念一概扫尽。到了二、三十年之后，也不怕个性不尽量发展了。个性既经发展，真正的合群精神和协作能力方能实现，文化事业自然容易发达了。再如我国近来天灾人祸屡见不鲜，推其原因都在于科学不讲究，教育不普及，交通不便利；我们不能改造天然环境，所以反被他束缚和压制；不能用人定胜天的精神来解放自己，所以永远做了迷信的奴隶。那真是最可痛哭流涕的一件事。若然各种学问，前者唱邪，后者唱许的联合起来，用知力来驾驭自然势力，一面除掉国家的公害，一面兴起国家的公益，方才可使学问与社会幸福的关系一天密切一天，那文化事业自然不至有名无实了。

五、法律与历史 说到此地，我心里却发生一个疑难问题，就是历史亦是科学之一种，但历史是专载过去的文化事业的，我们要用什么方法才可利用历史上的教训来帮助现在的文化事业呢？过去的人类一定曾会用过种种手段，利用他们过去的法律、政治、教育、经济等等成就他们的文化事业。但

是他们究竟用过怎么样的法律，怎么样的政治，怎么样的教育，怎么样的经济简单说，怎么样的一切制度呢？这个问题的答案可完全求之于历史。但这个答案并不是历史的主要教训。因为只能晓得过去时代所用的种种制度而不懂他们所以用那种制度的缘故，不但于学问上无益，并且于事实上也要产出泥古不化的祸害来。我们必须利用过去人类的经验和阅历来改良现在的社会，万不可把一部历史死读，转以蒙蔽现在时代的需要。历史好比是祖宗遗产，我们能把那种遗产当作资本金用来经营新事业，扩充旧根基，才算得荣宗耀祖，光大门楣了。否则将所有遗产，一概藏在地坑中，守株待兔，何益于事？我们自身或者还可以糊涂过去，但我们的子孙就要受我们泥古不化之累了。俗语说“宁生无赖子，莫生守财奴”。因为无赖子一定很有才干，一朝醒悟还有发财的希望。那守财奴真是一个糊涂虫，却是全无希望的。依我看来，历史曾供给给我们许多极宝贵的教训，但其中最有价值的就是人类的文化事业，是由无数的解放运动积聚而成。解放可分为三种：（一）肉体上的解放，这是关于衣、食、住的问题。例如抑洪水，驱猛兽，除荒灾，御饥寒，以及现在的均产主义和劳动神圣主义，都属此类。（二）知识上的解放，这是关于科学和哲学的问题。以大学所说致知格物为宗旨，并用评判的精神、怀疑的态度来研究一切学问，庶不致溺于迷信和习尚，致闹出种种惨剧来。（三）精神上的解放，这是关于爱的问题。爱贵自由，不贵强迫。例如结婚的自由，乃是男女爱情上的解放；宗教的自由，就是天人交通上的解放。笼统说来，凡一切法律，如他的性质是属于解放的都是合理的法律，如他的性质是属于压制或束缚的就是不合理的

法律了。但是我们要记得人类的解放决不是一朝一夕，就可完全办到的，各时代既有各时代的弊病，各时代即有各时代的解放则文明程度大有高低，二则时代思想各有差别。即据欧洲法制史而论，也曾经过种种专制的解放。第一步是人类脱离教会的专制而得解放，第二步是脱离贵族的专制而得解放，第三步是脱离君王的专制而得解放，第四步是脱离法律的专制而得解放。我们须晓得不但人治有专制，即法治亦有专制的。法治自然比较人治略带些客观的色彩，然而那种客观有时也靠不住的。完全的客观，非以社会上真实情形来做对镜不可。法律不过是医治社会毛病的一种科学。我们看病下药固然不可将自己主观的意思来作标准，但亦不可专恃一定不易的老药方来作标准那老药方虽然比我们自己的意思稍稍客观一点，但从前造那老药方的人终究也不免有些主观的意思夹杂其中；所以为尽善尽美的计莫如先将医学的原理彻底研究，然后再对症发药，那才算纯粹的客观了。治法学也应对症发药，因地制宜，为一种独一无二的方法，切不可泥古不化，辜负了法律的本来命意。现在美国法院解释宪法中“自由”一个名词，很有研究的价值。例如资本家和劳动者订定雇佣契约，资本家方面应允每天付工价若干，劳动者方面应允每天作工十二小时以为报酬。后来国会通过一条法律，规定劳动者订定契约不得过每天八小时工作的限度。资本家见了那种法律就大肆攻击，说这是与宪法上赋予的自由权违背了。他说“宪法既担保一切行动自由，那订契约的自由，亦是行动自由之一部分，我和劳动者只要双方情愿，各无异言，国家何能干涉我们的自由？宪法是神圣不可侵犯的，现在解释宪法，应当根据从前手订宪法的人的见解。”法院

的主张和辩辞大概可略述如下：宪法是十八世纪的人物所订的，那时实业没有发达，资本和劳动的阶级自然无从发现。那时的工作多带农工的性质，每天即使做十余小时的工，也不至妨害身体的强健。现在工厂内的工作容易使人困疲，每天过限八小时，即与卫生大有妨碍，终究非社会的幸福。现在时代的情形和需要都为那订宪法的人物所梦想不到，所以十八世纪的自由的定义断乎不能适用于现在时代，因为个人所享的自由权，当以不损及社会为限度。这是从“法律的专制而得解放”的一个佳例。这个解放是由法学和社会学结合而产生出来的。纯粹的法治主义不免有种种流弊，必须用治社会学的手段去补救他。中国古时有一位慎到可算主张纯粹的法治的代表。他说道：“法虽不善犹愈于无法，所以一人心也。夫投钩以分财，投策以分马，非钩策为均也，使得美者不知所以美，得恶者不知所以恶，此所以塞愿望也。”“法虽不善犹愈于无法”这两句话或者还通得过去。因为法治终究比人治稳当一些，以钧石权衡定轻重，终究比以心裁轻重靠得住一些。然而既有了法律，就不可不防法律的专制。法律要是不善，在人民的主观方面或者还可稍“塞愿望”，然而从真正的客观方面看来终归仍旧有不平的事实，所谓“塞愿望”，恐怕也是画饼充饥、望梅解渴罢了。总而言之，我们定要指使法律服务人类，不可使人类做了法律的奴隶。换句话说，法律应当本着文化的需要而定，切不可和文化作对敌！

六、结论

以上所论偏重于法律的动力学（legal dynamics），而忽略法律的静力学（legal statics）。法律虽然时时进化，但在一个时期中央总有一组规定的法律使吾人得藉以“居官守法”。只是这部分的法学不在这篇文章范围之

内。况且现在中国正处过渡时代，自然贵动而不贵静，贵创作而不贵谨守，进一步说，我们即使要守，也恐无法可守。至于“什么法律才配中国现在的情形”这个问题，非一人所能回答。我们学者须要联合起来研究社会的情形和需要，待社会的情形和需要研究出来了，就不难再想更正和补救的方法。这篇文章不过为治法学的人定一个方针罢了，至于方针之好不好，我很希望海内外学者的评判。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com