

论法律之概念^{*}



* 《北大社会科学季刊》第 6 卷第 3 期，1936 年 9 月。

在思想上对于“法律是什么?”这个问题存有一个概括的意念,这就是对于法律之概念。这个问题依吾人对于法律性质之认识之不同,其内容随时代而异。在普通法学著作中,类多以对于法律之分析为解决这个问题之途径。但分析之著效,施于一时一地之法律则然。法律有历史,有它的沿革;若仅就分析一时一地之法律之所得而概论之,必不能说明法律之全体。对法律想得到一个正确的概念,宜从两方面去探求。一方面,求了解现代各派法学关于法律性质之说明;另一方面,求了解法律概念变迁之历史。前者是横的研究;后者是纵的研究。



先述法律概念变迁之历史。过去之分析法律者揭示了两个概念，视为构成法律之成分。一个是法律之命令成分——强制成分、制定成分、立法成分。另一个是法律之习惯成分——命令成分所由发生之成分，为期较早之成分。各国法律，其实际制度无不具有这两个成分。制定法变为习惯法，习惯法每成为制定法：二者递遭变迁，互为因果，更替不息，以成法律发达之历史。例如，在罗马法，当东罗马皇帝查斯提年编纂大法典的时候，他把共和时代及帝政初期之立法不看作立法，而看作习惯之一部。在英国法，想参考最著名的立法——大宪章（Magna Charta），并无人去看大宪章的条文，而只参考法学家寇珂氏（Coke）之名著。在美国法，美洲殖民时代之英国法令，美国法院认为是习惯法。即在我中国，历朝之颁布新法，都是以前朝旧律为依据。这些都是制定法变为习惯法之明证。

习惯法亦常变为制定法。例如，现代各国之商事法规都是源于商习惯；我国前清乾隆年间所定之修例章程五年一小修，十年一大修：“例”一经修订即变为“律”。

法律之习惯成分与命令成分，其基础不相同。习惯成分源于法院判决所循由之一致的途径及其所依据的关于法律之意见。这实在是法学思想之习惯的方式。惟在思想上，对此若作一概说，往往不说习惯成分基于法学思想之习惯的方式，而谓习惯成分是基于“理”，基于“情”，基于“理性”，基于“人情”的。因此习惯成分便认为是合理的成分。罗马法在极盛时代有这种观念。罗马大法学家保罗氏（Paul）谓法律用语之意义内涵丰富，而公平合理为其涵义之一。英国法学家寇珂氏谓理为习惯法之生命，法律无它，唯理而已。我们中国亦有此说法。周秦时代有“法”自“理”出之理论；明朝薛暄文清公要语中有“法者，因天理，顺人情，而为之防范禁制”的话，其论调亦正相同。别一方面，法律之命令成分历来是基于主权者之意思。英国十八世纪大思想

家霍卜士氏(Hobbes)谓“法律成于权威,非成于真理”乃西洋法律之强制观念之名言。我国周秦时代管子谓“法者所以与功惧暴;律有者所以定分止争;令者所以令人知事”,韩非子谓“法者编著之国籍,设之于官府,而布之于百姓者也”,此类辞调亦正说明法律之命令观念。

因为法律含有命令和习惯两个成分,所以凡法律发达 to 相当程度之民族,其文字类多有两个不同的名词,以表示这两个不同的观念。例如拉丁文法律一名词有 *jus*, *lex* 两个字;德文有 *Recht*, *Gesetz*;法文有 *droit*, *loi*; 意文有 *diritto*, *legge*; 西班牙文有 *derecho*, *ley*。

前一类名词特别含有正义公道之道德观念。细分之,得三义:(1)正直;(2)法律上或道德上之权利——国家为保证抽象的公平正义而予以承认之要求;(3)法律,实现公平正义原则之规则之全部。换句话说,前一类的名词之意义本是道德上的公平正义,却用以表示法律之概括的意义。法律发展或法学思想发达之时代,常用这类名词表示法律。后一类名词,其主要意义是制定的规则,却也用以表示法律之概括的意义。立法正盛之时代,常用这类名词表示法律。例如,罗马法在极盛时代,用 *jus* 而不用 *lex*。欧洲大陆在今日,立法盛行,后一类名词渐有代替前一类之趋势。惟英美法表示法律之概括的意义的只有 *law* 一个字。这是因为英国法开始发达之时,正在蛮民族征服了英格兰之后及中央威权已经确立之时,其法律只有命令之意义而不含有道德之意义。欧陆各国在十七世纪之前,中央威权尚未树立,当时又皆采用罗马法,而罗马法固用 *jus* 以表示法律,所以欧陆各国之用名词与英国不同。在我们中国,汉文中也有意义与这相类似的用语。例如,广义的有“礼”、“法”二字;狭义的有“律”、“例”二字。“礼”以“善良风俗”为基础;“法”以国家命令为基础。儒家主张以“礼”为统驭社会之重要规则,法家主张以“法”为统驭社会之重要规则。此类争辩,其原因当系法家赞成以君权安定社会,故主张用“法”,儒家忧虑君主之暴虐,故主张尚“礼”。“礼”、“法”二字之辨,实即法律之习惯成分和命令成分之辨。思想上“崇礼”与“尚法”之争,或“礼法”联作一个名词,皆由于此两种观念之常相激荡。“律”“例”二字在我国旧时法律用语

中，义颇紧严。“律”指国家正式颁布的“一定不移”的法律条文。“例”指“因时制宜”资以补充律文缺欠的成案。“律”“例”二字大部分用作两个名词；然有时也合用作为一个名词。这种用语的变化当亦是法律之命令成分与习惯成分两个观念离合不定之结果。

法学家之以定义表示他们的对于法律之概念其道虽多端；他们的对法律所下的界说，总不能逃出命令和习惯两个观念之范围；其不同盖由于受了当时当地流行的法律观念之影响。法律之定义向来是法学家争论之焦点。我们研究法学家的法律定义之变迁，是明瞭法律性质之初步。欧美法学名著之中讨论这问题的以高古诺夫(Korkounov)及庞特(Pound)两氏之著作为最精。庞特氏把西洋历来法学家的法律定义之变迁分为五个时代，每时代系以名家的法律定义，藉以开明法律概念之变迁。兹摘要述之。

第一，希腊时代

庞特氏把人类的法律史分为五期。即氏族法期，严格法期，自然法期，法律之成熟期，最后到现在为法律之社会化期。希腊之法律发达系在严格法与自然法之间的状态中。希腊之实际的法律不算很发达；他们的法律哲学远超过于他们的法律。他们的哲学确定了罗马法之途径，而罗马法学为西洋现代法学之开宗，所以希腊当时对于法律所下之界说，在法律发达史上占重要的地位。

希腊的起首的法律制度只是一种幼稚的制度。它的发达只到了严格法期，还没有超过了那个时期。当时雅典虽也有所谓平衡法院，其平衡法却极粗浅。希腊法律发达之过程可分为三期。起首，国王奉承天意神意定立法律。这是幼稚社会的法律观念。后来，国王依据习惯判断人民间之争讼；当寡头政治实现，王权衰微之时，且有由判例构成之习惯法。此类习惯开始为僧侣之习惯，少后为阶级之习惯。到了末后，因民众要求公布法律，才有了制定法——正式颁布的立法，类似罗马之十二标法。这种制定法在起首不过是旧有习惯之宣示与确定，希腊人却因此见出了些道理。他们以为这种制定法虽没有变更了习惯，但假若制定法有了变更，习惯当要随着变更。他们于是开始知道

法律是可以依人的意思加以改变的。他们开始知道“变法”。西洋古代史里边最著名的梭伦立法,就是以人力变法的开端。梭伦当时允许雅典人民,他能给他们所欲承受的最好的法律。在人类进步的历史上看,人知道他们能变法,这是人类的一个大进步。

梭伦立法,在当时认为是写在书册上的人类的最高智慧。于是哲学家开始发问:一个人的行为是否因其合于法律,便认为正当?抑是行为与法律二者都合于法律以外的较高的标准,才算是正当?雅典的思想家藉诺风氏(Xenophon)谓雅典所制定之法律本身即是正当的,行为若合于立法者之意思,便是正当。但是在另一方面,亚里斯多德氏就说,法律必须合于永久不变的道理和标准,才算是正当的法律。依斯多亚派(Stoics)的主张,人力所制定之法律必须合于较高的标准,必须合于天然的正义,才得认为是正当。其中含有两个观念。一是说,法律是国家所认定的颁布的人类之智慧;一是说,法律是永久不变的正义公道。希腊法律最盛的时期是在纪元前第四世纪,是梭伦及李克格斯二氏的造立时期,是立法之时期。哲学家与实际法律接触,正可以促进法律之进步,所以有此两层的法律观念。后因马基顿及罗马征服了希腊,希腊的法学之发达遂告终止,惟因得罗马法学家之信奉,希腊这种法学思想后来仍出现于罗马法。

希腊思想界对于法律之定义约有三种主张。一种是以法律为制定法。这是纯粹的立法观。藉诺风氏谓“国家统治者于考虑何者应为,何者不应为之后而有所制定”,那即是法律,就是这一派的思想。第二种是把法律之永久的或合理的基础看成一种定律。例如,斯多亚派有名的哲学家克哩西布斯氏(Chrysippus)谓法为“贯通一切事物之大经而为治理全部宇宙之神之所共者”。第三种是以上两种意义之结合。例如,希腊有名的雄辩家德磨紫呢氏(Demosthenes)当其在法院慷慨辩护之时,给了法律一个非常的意义。他说:“法是神之所创,神之所赐,圣贤之教,扶正抑非之术,并为国家全民所宜依以为生之公意。人人之所以应该服从法律,此即为其重要之理由。”此种看法,实含有以下数义:(1)法律是神之所赐;(2)社会明哲之人之训诲,浸假而为礼

俗；(3)法律存于永久的绝对的推理；(4)法律是在人与人彼此关系上为大家公认之公意。此种看法所不能包含者只有一义，即主权者之命令。法律为主权者之命令，这种法律观念始于东罗马帝国之立法。德磨紫呢氏时代，盖尚无所谓法律之政治的主义。德氏生于习惯支配之时期，故对于法律尚无明确的观念。罗马法律初期之思想家西斯楼氏(Cicero)，其处境略同，有类此之态度；但实异。

第二，罗马时代

罗马法学上的法律之定义，最早的是出于西斯楼氏之手。他生长于习惯支配之时期，其时正是“万民法”发达之时期；又是正当帝政初期自由法学思想之发达开始影响严格的法律之时期。所以在他的定义中能表示出命令与习惯两种观念——威权之观念与正理公道之观念。他说：“法律成于自由，命其所当行，禁其所不当行，而为最高之理。”他的意思是说，法律一方面是正义公道，另一方面是禁令与命令之条告。一方面说明了法律之道德的成分，另一方面并表明了法律之强制的成分。

罗马法的极盛时代，是在由第一世纪至第三世纪这一个时期，这是罗马法之造法时期，是罗马法之黄金时代。在此时期，西斯楼氏之强制观念全部被排除；法学家坚持正理公道之观念。轻视威权，重视正理，是此期的特色。有名的法学家，如克鲁苏氏(Colsus)，谓法律为“判断是非曲直之艺术”，如乌尔皮氏(Ulpian)，谓法律为“公平不公平之学问”。此期的法律定义，丝毫不含有威权之意义，其所说明均着眼在 jus 而不在 lex。

从第三世纪中叶以后，罗马法极盛时代渐成过去。自第三世纪之后半叶迪欧克勒深皇帝(Diocletianus)即位时始，至查斯提年皇帝，为帝政立法之时期，立法成为法律之要点；lex 渐成为法律之通用名词。犹如在欧洲近代，自第十七世纪以至第十九世纪之末，Recht, droit, diritto, derecho 等字在德、法、意、西班牙等国，为法律之通用的名词；近年来因欧洲各国都入于立法之时期，loi, legge, ley 等字在法、意、西班牙逐渐成为法律这个名词之普通用语。其意与罗马之 lex 相同。

东罗马皇帝查斯提年的大法典,其中以《法律初步》(Institutes)及《学说汇编》(Digest)两部分最为重要。前者实为第二世纪之产物,后者实为第三世纪之法律之再见。所以罗马法在第六世纪不能说它有独特的理论。

从第六世纪至第十二世纪,lex的地位确定,成了法律的通用之名词。Isiderus Hispaleusis谓“jus是法律之总名,lex是分名。前者包括立法与习惯,后者则为书面的立法。习惯是长久之习俗,于立法有缺欠之时,习俗因沿习久了,成为权威,固亦是一种立法”。Father Peter在第十一世纪申述罗马法时亦谓“jus是判断良善正直之艺术,因朗君之承认而为lex”。在此时期,日耳曼各民族有所谓野蛮法典(leges barbaronum),查斯提年大法典亦认为立法。当时的思想是把制定法认为真正的法律;jus只是道德上的名词,立法有缺欠时所援引之大法。一般思想家对于jus和lex虽未作明确的划分,但他们想到制定法,如罗马法或野蛮法典,总是说lex,想到jus,总认为是道德上的名词。

第三,由第十二世纪至第十七世纪

这是指着自意大利保洛那(Bologna)大学之有法学复兴,至十七世纪的大思想家格楼替乌司氏(Grotius)出,中间五百多年,欧洲思想上对于法律的概念之变迁。在此时期,法学思想受了三种势力之影响:(1)查斯提年皇帝的大法典;(2)亚利斯多德的哲学;(3)耶稣圣经及教会之威权。当时欧洲大陆的法律有两个成分,一是罗马大法典,一是西欧各民族之习惯。大法典认为有效力之法规,始被认为lex。第十二世纪欧陆的大思想家为Gratier,他说,“凡法律具包括立法与习惯。立法为成文之立法。习惯为长久之习俗”。其意出自Isidorus,非源于罗马法。此种法律定义,正与当时之法律制度相合。依当时的英国法律之状态,判例法正在发达;虽然是仅有习惯法而无立法,但有强健之中央政府为法律之后盾。同时,英国法学家还受了欧陆之影响。十二世纪的一位英国法学家Glauvill即曾谓,“凡国王之所悦者具有法律之效力。英国法律虽未笔之于书册,亦可称为法律,若因未笔之书于册,

即不以为法律,是重笔记而轻人民之情理与造法者之理性”。

在第十三世纪,欧洲法学思想有回到罗马法学极盛时代“以法为理”之趋势。尤其在当时的思想家 St. Thomas Aquinas 的著作中表现出这一点。他对于西洋思想界的影响,直到现在依然存在。有许多思想家,其所主张的理论,每是对于当时当地的大问题所为的解答。他也是这一类的思想家。当时有两个重要的法律观念凿枘不能相容。一个是日耳曼民族的旧观念,谓君王之上有法律,君王亦受法律之支配。国王统治人民,国王同时受上帝的法律之统治。他们原没有想到国王是罗马的大皇帝,也不曾想到国王是十七世纪的法国的元首。他们把法律视为神圣的绝对有拘束力的东西,国王之行使统治亦须依法。另外一种观念即是希腊的哲学。亚利斯多德及柏拉图两氏之哲学盛行于当时,有许多人相信法律是主权者造法之结果,国家是造法的,不只是对法律之承认。Thomas Aquinas 意在折衷这两种冲突的观念,因而区别实行法与自然法。实行法欲其有力,必须使合于自然法。他把自然法分为永久法(*lex aeterna*)与常然法(*lex naturalis*)。永久法为神圣智慧支配宇宙之理。常然法为人性之大法;虽根源出于天,但因发于人类之情理,故只统治人之行为。他解说这个道理,道:永久法是对“物”之法,其意是“必须”,但人为万物之灵,参预神圣之理智,自有理性,故能表现常然法,常然法之意为“应当”。他所说的自然法与罗马法所说的自然法不同。依罗马法学家所想象的自然法,人或物因具有天然的固有的特性或特质,故能适合于一定的地位。谓人或物,盖示并无人物之分。Aquinas 划分人物,其理论盖混合了宗教与哲理。依亚利斯多德氏之哲学,法律是国家所制造的东西。阿克那氏则谓:法律虽为国家所制定,其所以能够得到实在之效力,乃全在其映照自然法。这样的说法是把国家制定法律之事实与主权者须受超越自己之法律之拘束这两点,欲其融洽。

阿克那氏之法律观念是立法之观念,但重视神明之立法而不重视国家之法令,盖因常然法超乎一切人的权威之上,国家之实行法只是常然法之映照与承认而已。他的学说之势力直至宗教革命之时

期,尚未少替。由第十五世纪英国的法学家佛台斯苦氏(Fortescue)之谓“法律 *lex* 为令人为善禁人为非之神圣的制裁”,可以想见之。所谓神圣的制裁,是指国家受自自然法所给与之制裁。这种说法是要人相信一切实际法规应该以理为准;自然法出于理,所以国家法令须以自然法为准。第十六世纪之西班牙宗教法学家苏阿来氏(Suarez)亦谓:“自然法 *naturae lex* 是出于理之规则,出于自然法之人造法律,始具有法之理,人造法律遇有与自然法不合之处,那就不是法,而是乱法。”欧洲法学思想的动向自是又转趋于以法为理之观念,至第十七世纪而大盛。

第四,第十七、十八两世纪

这是指着由荷兰哲学家格楼提乌司氏(Grotius)至德国的康德氏(Kant)这个时期中法律观念之变迁。这个时代,自格楼提乌司氏一六二五年的大著之出现开始。他集了前贤之大成,由旧日自然法剔除了宗教的基础,代以哲学的、合理的基础。这一点是西洋思想史上的一件大事。此期还有一件重要的事,就是德国学者康苓氏(Conring)推翻了罗马大法典具有立法威权之中古观念。他从历史证明当时的神圣罗马帝国并不是旧日罗马帝国之一部,因为东罗马查斯提年皇帝的帝国没有延长到这个程度。罗马大法典向来不是西欧各国的立法;其所以有立法的威权,原因只是由于各国接受它,认其为立法。这种情形在哲学上不能认为满意。因此,在思想上就发生了一个大问题,即罗马法之哲学的基础到底是什么?哲学家解答这个问题,甚易利用当前现有的材料——“自然法”理论,遂谓法律规则必须合于自然法。从格楼提乌司氏以后,所谓自然法不复认为基于至高无上之威权,而认为以“理”为基础。因此,自然法被认为“理”的自然法(*jus naturale*)——适应人类构成与人类社会之急需的情理之所当然,而不再被承认为具有立法威权之自然法(*lex naturale*)——至尊的立法者之制定法。从此以后,理法之法 *jus* 的观念又盛行起来。这种情形发生了两个效果:(1)实行法变为个人相互间的关系之“理”之适用;(2)罗马大法典所以为当时之实行法,由于其本体具有合理性。第十七世纪法国有一位大