



法律民族化的檢討

孫曉樓

法律民族化運動者，即自我立定自我 (Das Ich setzt ursprünghch schlechthin sein eigenes Sein) 的法律運動。① 有自我的

奮鬥，而後可以有自我的成功，一國文化的發揚光大，決不是傲然自大，目空一切的自滿自足，所可成就的，也決不是妄自菲薄，人云亦云的自暴自棄，所可見功的。無論研究何種學術，首須認識我們自己的歷史，即我祖我宗所遺傳給我們的是什麼，次在認識我們現有的環境與國際狀況。假使我們的祖宗，遺傳給我們的是不好，是沒有價值，或甚至有危害我們現在環境的生存，那末棄之惟恐不速，固不庸有一些流連。假使我們的祖宗，遺傳給我們的是好是有價值，甚至有益於我們現在環境的生存，那末我們做子孫的，即不能發揚而光大之，亦當寶之藏之，以為後來者倡。

109853

我們自甲午戰爭以後，漸漸地喪失固有的德性及自己的自信力，

東方雜誌 第三十四卷 第七號 法律民族化的檢討

談學術者無論其為自然科學，抑社會科學，每喜崇尚歐美之文化，於中國固有之民族性及社會狀況，類鄙棄而不屑一顧，這也無怪國聯教育考察團攻擊我國內的學術界說：「現在中國的大學生，對於世界各國似皆有相當認識，獨於本國乃茫然不知，是誠大不幸事。」② 又說：「中國大學之農科教授，對於世界其他各地之農業狀況及方法，所知極詳，惟應用其知識於中國之狀況及方法時，反而感覺困難。」③ 唉！世界知識，外國科學，在二十世紀之現代，是不應當沒有的，不過我們學以致用，不注意自己而專注意人家，不研究自己而專研究人家，研究人家而並自己都忘卻了，這種忘本逐末的動向，影響於中國三千餘年的法律思想者甚大，中國法律的全般歐化，即大陸法系化者亦在於此。夫大陸法系與英美法系於立法的技術上，固不失為我國之先進，而有可供吾人參考的價值，然是否係中華民國所需要的法律？是否係中華民國所應有的法律？英儒法律史學家霍爾感斯 (Holdsworth) 說：「羅馬法對於英國法律雖非藥劑亦非毒品，依時代與需要之不同，視為輕微藥材，

109854 爲小量之採取，藉資滋補。」^④霍氏斯言，雖爲英國而說，亦不啻爲中國而說；執是以觀，歐洲大陸法作我們的滋補品則可，作我們的飯米則不可。

前年司法部召集全國司法會議，根據着該會的決議而成立中華民國法學會，謀發揚中國固有之文化，建立中華新法系，形成與大陸英美鼎足爲三，其宣言的綱要中，有一段文字說：「誠以我國法律，唐清固集大成，而其始爲有系統之研究，則遠在秦漢以前，漢書班志，諸子九流，已著法家之目，而後之談政治者，每不能離此而獨立，其原則與條理，在在可爲取鑑。不宜妄自菲薄，跬步學人，本學會敢揭堯斯義，以爲切磋之準繩。」^⑤這一段文字，可以說是中國法律民族化運動之先聲。不過建立中華法系是多麼一件偉大的事業，也是多麼一件艱苦的工作。這使命的完成，當然不在日本的學者身上，更不在歐美的學者身上，而在我中華民國法學者的身上。中華法系的能否抬頭，與大陸英美兩法系鼎足爲三的稱雄於世界，要看中華法學者有無推行法律自我觀念的決心勇氣與毅力。德儒耶棧 (Rudolf von Jhering) 說：「法律之目的，是和平，達此和平的方法是奮鬥……法律的生命是奮鬥，是一種民族、國權、階級、個人的奮鬥。」^⑥羅馬民族沒有阿爾比安 (Ulpianus) 與伯平利安 (Papinianus) 等五大法家自我的奮鬥，不能創造羅馬法系。日爾曼民族沒有拜頁 (Beyer) 歧爾克 (Gierke) 自我的奮鬥，不能建立日爾曼法派。盎格羅撒克遜民族，沒有勃拉克頓 (Bracton) 與柯克

(Coke) 等自我的努力於前，與孟斯非爾特 (Mansfield) 勃拉克斯 (Blackstone) 等繼起的奮鬥於後，也不能樹立今日之所謂英美法系。中國法律民族化運動的能否成功，全視我中華法學者今後的努力。

法律民族化運動的第一點，是在謀民族性本位的發展，一國有一國的民族性，一民族有一民族的法律 (One people, one law)。德儒薩維尼 (Savigny) 說：「一國之法律應依民族精神爲依歸。」^⑦有羅馬民族的特性，而後能發揚羅馬法系的光榮；有日爾曼民族的特性，而後能流露日爾曼法派的異彩；有盎格羅撒克遜民族的特性，而後能形成英美法系的偉大；所以民族性是法律的魂魄，法律是民族性的軀殼，沒有民族性的法律，幾等落魄之人，其危險性爲何如。德國以民族性法 (Volksgesetz) 稱一般的法律者，蓋在於此。

不過什麼叫做民族性？據我看來，民族性是一國至高無上的倫理觀念，這種至高無上的倫理觀念，是千年一體地深印在整個民族的心底。政治可以革命，經濟時有變遷，然而民族性依然故我，很不容易動搖。德儒非希德 (J. G. Fichte) 說：「土地經濟政治組織，皆非形成民族之要素，所謂民族，乃一神聖的道德的組織，民族之要素，在有特殊的道德以表顯其民族性者，惟民族性之自身始具有復興之力。」^⑧這是非希德於一八〇六年德國慘敗於法後所提倡民族化新教育的呼聲。

實可以爲我國現在法律反民族化的警鐘。

我中華民族既有五千餘年之歷史，有四萬五千萬之男女同胞，而在這四萬五千萬同胞之中，無形中有一種高尚的倫理觀念，在日常生活中統制着，所謂「守望相助，疾病相扶持」的互助觀念，所謂「孝悌忠信，禮義廉恥」的道德觀念，所謂「刑期無刑，必也使無訟」的感化觀念，無論鄉村都市，農家田間，無時無地都流露着此種至高無上的倫理觀念。夫法律與道德既由分離論而趨於關係論，則中國法律，自應因勢利導，以民族德性爲骨幹，使之益趨於鞏固而繁榮；不意今之倡言歐化司法者，惑於法律的世界性，侈談迎合世界潮流，使中國法律全般日化德化，「刻薄寡恩」，「錙銖必較」，深染着危險性的權利爭鬪主義之色彩，將中國固有民族性的優點，摧毀殆盡，不亦大可惜哉。

我國法學者劉世芳氏以「不忍人之心」「和平性」「大公無私觀念」及「信義」等，爲我民族之四大德性，而爲歐化司法所缺乏者，彼於「歐化司法與中國民族性」一文中有一段文字說：「上述四種爲我民族之德性，自古迄今已深銘人心而未衰替，實爲吾民族之遺產，吾輩當如何愛之珍之，維之保之，光大而增華之，乃今妄求歐化，是不啻助狂飈暴霖以折其幹而拔其根。」^①日本刑法學者小野清一郎氏，於其所著「論中國新刑法」一文中，也有一段文字說：「中華民國新刑法，惟事步武德意志及日本一九二〇年之刑法改正草案，果得謂爲適合於時勢的立法乎？余殊懷疑甚深。夫中國有中國的固有文化，特

別於刑法，是有最古文化的傳統之邦訓，其文化的傳統，縱在今日已非盡可因襲，而其精神雖在今日尚有值得發揚而光大之者，予以爲尙不少。然而民國之立法者，輒容易捨棄其傳統而不顧，此予所引以爲遺憾而頗不可思議者……」^②「花落訟庭，草生囹圄」這是中國司法本有之美績，試問英美司法如何？德日司法如何？中國司法歐化後又如何？「訟案山積」而已，「囹圄充塞」而已，「民怨飛騰」潛伏着世界的慘殺而已。劉氏謂：「妄求歐化，不啻折幹而拔根」者，豈得爲過。

三

法律民族化運動的第二點，是在謀社會性的發展，原來法律的法則是社會的法則，法律的現象是社會的現象，沒有社會的實質，不能有法律的形式，美國法學者龐德（Pound）氏謂：「法律是社會的機械，^③法學者卡獨索（Cardozo）說：「法律的目的是社會的福利」^④日本法學者穗積重遠說：「法律是社會生活之規範」^⑤其他二十世紀的社會法學者亦高呼着「社會利益」（Social Interest），「社會需要」（Social needs），「社會功利」（Social utility），「社會要求」（Social claim），幾無時無地不以社會二字爲其中心觀念，所以我希望我們的法律，於保持我民族性之外，還要注意於我國的社會性，謀如何適應時代的需要，與夫社會的風俗習慣經濟狀況及人民之知識程度。韓非子說：「法與時轉則治，治與世宜則有功」^⑥所謂時轉世宜，便是法

律社會性的表現。良以有一時代的社會，然後有一時代的法律，不是一時代的法律，來創造一時代的社會；社會需要八十分的法律，你給他七十分的法律是不足夠的。不足夠，社會上不免發生許多病態。反過來說，社會上需要七十分的法律，你給他八十分的法律，是不融化的。不融化，社會也不免發生許多病態。所以我們要求法律適應中國的社會，不可不注意左列的數點：

一、不強求法律的統一 法律在一個統治權之內，是應當統一的，一國的法律不統一，那末各自為政，於行政的效率上一定發生很多的阻礙。不過法律的能否統一，還要看人民的知識程度風俗習慣的是否統一，假使一國之內，甲省有甲省的特殊情形，乙省有乙省的特殊情形，那末甲乙兩省的法律，當然有不能強使盡同之處。我們看到英國不禁止蘇格蘭(Scotland)適用大陸法，美國容許羅易藉阿那州(Louisiana)適用法國法，這便是法律適應社會性所不可避免的事實。若必欲使法律放棄其原有社會的特殊性，而強之與人盡同，或強之與人盡不同，便失去其社會性的本位。

我國幅員如此廣大，人口如此衆多，交通如此不便，邊疆各省之風俗人情知識程度與沿海各省之風俗人情知識程度相去何止二三十年。沿海諸省談男女平等，內地各省談三從四德，沿海各省行飛機汽車，邊境各省猶茹毛飲血，一方面刑法制定配偶通姦的平等，一方面青島湖北同鄉會宣言反對危文繡的再醮，然而民法一千二百

二十五條刑法三百五十七條適用之於沿海各省者，亦適用於內地各省，邊疆各省，以劃一無二的法律適用於大不統一的社會，這樣決不能使法律適應社會；所以我認為除掉憲法、刑法、法院組織法、及其他關於國家政權之立法應予統一全國外，其他諸種法律如民法商事法等，應由中央政府斟酌情形，訂立簡單的統則，至於詳細的法規，則由各省政府根據各省的社會情形及法院的判例以制定之。薩維尼說：「法律非由創造而成，若僅就一般法典之編纂，謀達統一之目的，適與作辭書以統一國語相同。」^①所以要想以法律來統一法律，是不可能的，這是如何使法律適應社會該注意的第一點。

二、文義的通俗 法律文義，貴在淺顯，然後可使一般的人民通曉，然而我們現在的法律，有很多的字句，譯自日文德文，奇旨奧義，佶屈聱牙，已失掉社會上習用之意義，不但一般人民無從解釋，即律師法官立法專家，亦不免常常發生疑問，這樣一種神祕性的專家性的東西，叫普通的民衆可望而不可接，已失掉社會上習用之意義，而失去法律文義的社會性，我們要法律適合我國現在一般人民的需要，則於法律文義上，應如何使之通俗化，文句用白話，句讀用新式標點，法律名字以中國一般社會上所已習用者為原則，這是如何使法律適應社會該注意的第二點。

三、法令的減少 我國在過去二十年中，立法機關可以說天天在那裏編訂法律，創製法律，同時各行政機關也時時在那裏頒布法

令，以致法令多如麻，我們拿立法院最近編輯的「中華民國法規彙編」十三大卷，僅就各卷之總目以讀之，已足令人目眩而神迷，有一部廿四史無從說起之概，夫法律愈嚴密，法律愈硬性，法律愈硬性，那末要牠適應本國各地現實的社會情形，是不可能的，這是如何使法律適應社會該注意的第三點。

四、法律的穩定 要法律適應現實的社會，當然不能一成不變。惟法患其不能行，不患其不能成，在未成之前，應如何慎重將事，冀成爲適用之法律，於既成之後，應如何努力實施，冀成爲中國有效之法律，而使之有相當程度的穩定。龐德(Pound)教授說：「法律是要穩定的，但不能呆板，太呆板固失掉牠的社會性，不穩定也失掉牠的社會性。」^①我們現在的法律，在過去的十數年中，實在不穩定了，就民刑訴訟法以觀，前後已有四次的變動，^②其他單行法規之有局部條文的更動者，實猶不止此數，以如此多變的法律，繩我少變的社會，要人民知道法律的現狀已不易，將何以適應現實的社會生活，這是如何使法律適應社會該注意的第四點。

五、訴訟手續的便捷 民刑訴訟手續貴在迅速敏捷然後可以便利人民的訴訟，而減少當事者之痛苦。現在的訴訟手續，因爲文書的繁雜，簿冊的記載，機關的周轉，表格的填註，以致許多民刑案件，可以受理而不受理，可以當庭判決而不判決，可以立刻執行而不執行，可以直接自訴而不直接自訴，原可一審終結，今必二審三審，原可一

月解決，今必一年半載。被告因訴訟的稽延，精神上物質上所受的損失，往往較法院所判處罪刑的苦痛爲大，這樣已失了司法公正的原義，且訴訟手續繁雜，民衆不能直接運用，這是如何使法律適應社會該注意的第五點。

六、司法機關的簡單 司法機關愈複雜，手續的周轉愈繁，經費的虛耗愈大，司法的人才也愈不能集中，這是當然的結果。試看現有的司法組織，刑事公訴案件必須經過一警察機關，二檢察機關，三法院，四高等法院，五最高法院，至少要經過五次的審訊，五個機關的周轉，然後可以達到最後之判決，被告羈押的延長且不談，祇就這五個機關的周轉，訴訟的稽延已可想見了。況且既有自訴的制度，又設公訴的機關，不特虛糜國帑，益且蹂躪人權，已失了我國古代所謂「早結輕刑」的本旨，^③這是如何使法律適應社會該注意的第六點。

吾人既推定人人應知道法律 (Every body is presumed to know law)，同時又堅持不知法律不能原諒 (Ignorantia legis neminem excusat) 之定則，故文義的深奧，手續的繁雜，組織的重疊，皆足爲法律適應社會的離性力。歐美各國司法之爲世詬病，致人民咸受着無窮的痛苦，而怨聲載道者，即在於此。今爲適應中國社會的需要，免蹈歐美司法的覆轍起見，則民族化的法律，於文義的通俗，數量的減少，立法的穩定，手續的便捷，組織的簡單，與夫適用之不能強求統一，皆在應行注意之列。

四

以上所述的法律民族性和法律社會性，都是法律民族化運動上所亟應注意之點，或有以爲法律的民族性，可以包括法律的社會性。不過我認爲民族性是偏於縱的，社會性是偏於橫的，民族性是久長性的，社會性是暫時性的，民族性是統一的，社會性是區域的，兩者不能混爲一談，近代社會法學派之努力，可以說是側重在橫的區域的社會性的努力，似又不能包括我所主張民族化運動的根本目標。

不過我所說的中國法律民族化，並不是主張中國法律的完全復古化，我也很希望中國法律能現代化，惟所謂法律的現代化，並不是像戴在他人頭上的花，可以取下戴在我們的頭上的，是要拿中國固有的民族性與夫現實的社會性做材料，做基礎，用西洋科學的方法來整理來改善。一方面涵育滋養，任其本性之發展，以永天年；一方面修剪耕耘，將民族性社會性的有害於國家之生存者除去之，有益於國家之生存者珍之藏之，發揚而光大之。英儒霍爾感斯說：「要移植一種法律制度，非難事，不過要搬運那種法律制度所依據而繁榮滋長的環境，是不可能的；法律制度好像是一種極嬌嫩的植物，一定要有適宜的土壤與氣候。」^①一國民族的特性社會的現狀，便是法律的氣候，法律的土壤，中華法系之花，能否燦爛發放於將來，還當視我研究法學者之有無鑑別法律土壤之能力，與適應此法律氣候的方法。作者因有鑒於國內法學者專重法律制度之移植，而忽視法律土壤與氣候之鑑別，因於中國法律之民族化略述數點，以就正於國內法學者之前。

四六

^① 德國於一八〇六年戰敗於法國後，因人民失自尊之性，當有哲學者非希德 (Johann Gottlieb Fichte) 即以「自我」爲復興民族之先聲，以提高國民之自信心，其所謂「自我」即以根據自己來決定自己的本位運動。

^② 國聯教育考察團報告書第三章第一八四頁。

^③ 同上。

^④ 見徐砥平之譯語，兩大法系之進展與特質，中華法學雜誌第八期第四三頁。

^⑤ 見中華法學雜誌（中華民國法學會主編）第一卷第一號。

^⑥ John J. Lalor 之英譯本 *Jhering: The Struggle for Law p. 1.*

^⑦ Savigny: *System des heutigen römischen Rechts.*

^⑧ 見飛君翻譯「非希德對德意志國民演講」第三頁。

^⑨ 參閱拙作「今昔法律的道德觀」法學雜誌第六卷第二期第一三九頁。

^⑩ 劉世芳法學雜誌第九卷第三期「歐化司法與中國民族性」。

^⑪ 小野清一郎評中國新刑法「劉陸民之譯語」見中華法學雜誌第一卷第一期第四〇頁。

一期第四〇頁。

^⑫ Rescne Pound: *Administrative Application of Legal Standards, 44. Rep. Am. Bar. Assn., p. 449.*

^⑬ Cardozo: *The Nature of the Judicial Process, p. 66.*

^⑭ 穗積重遠：法理學大綱——歐陽翰譯本第一〇一頁。

^⑮ 見韓非子心度篇。

^⑯ 參閱 Savigny: *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechts wissenschaft.*

Rechts wissenschaft.

^⑰ Pound: *Interpretation of Legal Cambridge, p. 1.*

^⑱ 所謂民刑訴訟法四次的變動，即由各級審判廳試辦章程，民刑訴訟律，民刑訴訟條例，舊民刑訴訟法至新民刑訴訟法等是。

訴訟條例，舊民刑訴訟法至新民刑訴訟法等是。

^⑲ 參閱拙作「我國檢察制度之評價」法學雜誌第九卷第五期第六〇頁至第六六一頁。

至第六六一頁。

^⑳ Holdsworth: *Some Lessons from our Legal History, pp. 84-85.*

84-85.