

評王伯琦先生著 《近代法律思潮與中國固有文化》

許家馨*

王伯琦，《近代法律思潮與中國固有文化》（台北，法務通訊雜誌社，民國 82 年 4 月五版）

壹、前言

評論王伯琦先生的著作是一項艱鉅的工作。無疑地，這是一部大氣魄的作品。儘管篇幅不大，但是他處理的問題所涉及的層面卻極為深廣。他不只要對中國傳統的法律精神做出廣泛的考察，並歸結出其特色，更要比較西方近代法制發展的歷程，掌握西方法律精神的基調，進而針對我國近百年來繼受西方法制迄今，做出回顧與診斷。這是一項浩大的工程，儘管困難，卻極為重要。

王伯琦先生此書寫於民國四十五年，距今已逾四十年。然而，他在 40 年前深刻的觀察與思考至今對我們仍有極大的啟示。以希爾士(E. E. Hirsch,德國法律社會學家，以「作為社會變遷的法律繼受」一書享譽於世)的話來看「（以法律繼受而言）我們必須計算 30 至 50 年的過渡時期」¹。但是在法律繼受的漫長旅

* 國立政治大學法學碩士

1 引自林端，《儒家倫理與法律文化》，巨流，民國 83 年，頁 203，註二。

途中，30 至 50 年對於與在民族思想傳統上與西方迥然相異的中國或台灣來說，毋寧是太短了。從這裡，我們也可以看出，王伯琦先生這本書出版至今，在漫長的法律繼受過程中，也只不過是經過了一段短短的時程罷了。

王伯琦先生此書的出發點是想要針對到本書寫作當時為止，我國對外國法繼受的過程做一番檢討。他心中的問題是：「自國民政府成立南京後，整套的西洋最新立法，很順利的就移植進來，行之幾近三十年，似乎未曾覺其有所扞格。西洋的法律制度在中國生根了嗎？我們的法律觀念與西洋二十世紀的新思潮接軌了嗎？」（序言，頁 2）說得更精細一點，他認為：「據我個人觀察，仍是有些貌合神離。」（序言，頁 2）。此書重點就在於指出哪裡「貌合」，哪裡「神離」，進而提出他認為應該如何「合」其「神」的方向。這本書之議論無疑是針對一些沒有體察到東西法律精神的差異，以為被引進的西方法律與我國傳統文化若合符節而沾沾自喜的人而發的。所以，這本書儘管詳加敘述近代我國所繼受外國法為何「貌合」於我國傳統文化，其著重點仍在強調中西法律之「神離」處。

王伯琦先生憂心忡忡地指出，許多人沒有搞清楚中西法律文化的不同，在兩個方面誤以為我們可以放心地接收西方當前的思潮。

在法律內涵方面，這等人誤以為西方社會法思潮與我國強調家族團體不重個人的傳統相似，以為「剛好泰西最新法律思想和立法趨勢，和中國原有的民族心理，適相吻合，簡直是天衣無縫。」（頁 25）另一方面，則有人認為：「近年來中國社會已漸漸由禮治轉入法治，人與人相接時，不重禮而重法，人與鬼神間，人與大自然間，均失去其和通。人人忘記了習俗中應該有禮，以致人生無樂趣，社會無重心，而共產黨更在蓄意破壞傳統的禮樂，破壞歷史的精神。所以我們今天正應當努力研究，如何復興禮樂。」（序言，頁 3）言下之意，似是要翻轉法治而回復禮治，對於王伯琦先生而言這是他不敢想像的。王伯琦先生很清楚，這兩種意見，表面上前者擁護新制，後者擁護舊制，然而，二者同樣出於對於西方法治精神的誤解。他認為，誤解的關鍵之一，就是忽略了西方法律中所蘊含的「獨立人格觀念」。基本上，他認為正因為我們的法制與國民性仍然缺乏獨立人格觀念，所以我們切不可誤以為中國法制與西方法制已然接合無礙。他認為

我們更應認清唯有提倡獨立人格觀念，才能建立社會的秩序，而非重蹈覆轍，回到以往禮治的老路上。

在法律執行方面，王伯琦先生認為，這些大放厥詞者又誤西方當代法律與道德的重逢，與我國自來不重法律邏輯思惟，任意引進道德判斷的傳統相近。而忽略西方法學所深深蘊含的邏輯性與科學性。

以上，是王伯琦先生在此書中的問題意識，以及他的基本的回答。以下，我將對王伯琦先生此書的理路，稍作介紹。

貳、本書內容介紹

本書基本上可以分為三個部分。

第一部份：是第一及第二章，介紹我國法律思想的梗概及近代法制變革的特質。

第二部份：是第三到第六章，介紹西方法律思想流變，說明與我國之基本精神的不同，並指出超前立法的出路。

第三部份：是第七到第十章。主要說明法學嚴格性與科學性在西方並未因法與道德的交匯而消失，但在我國卻從未出現。最後並提出他對法學性質的看法。主張我國的法學必須進一步嚴謹化。

在第一部份當中，第一章首先釐清我國傳統法律思想上的一個核心爭論，也就是人治和法治的爭論。他將各種關於人治與法治的說法分類，將這場爭論中的模糊部份剔除，而聚焦於他認為德治與人治說真正的衝突所在。而這乃是審判是否可以依據道德規範而不拘泥於法律。第二章王伯琦先生分析中國近代法制變革的特質，認為這個變革的層次已不侷限於技術層次，乃是提升到最根本的原則層次，也就是「新舊觀念之格格不入」的問題。清末之變法已觸動到傳統法律與道德秩序的核心精神了。然而，儘管法律之基本精神有如此大的變革，何以我國民法施行數十年來似乎沒有發生多大的窒礙呢？「是否這法典與我們的社會真的兩相融合了呢？」（頁 24）王伯琦先生在第二章末了問出了本書的核心問題。

在第二部份第三到第五章裡面，王伯琦先生藉著對於西方法律發展的考察，

慢慢引出他對西方法律精神的看法，作為與第一部份所分析出來的，中國的法律傳統相對照的基點。基本上，他認為自十七、八世紀以來的西方法學思想發展，乃是以有理性的個人為出發點。無論是自然法、歷史法學、分析法學或社會法學都沒有改變這一個基調。所以，他在第四、五章中，強調近世西方的社會法學很容易被中國法學者誤以為與中國的民情相符，因為社會法學看似揚棄了以個人為出發點，充滿了個人主義的西方法律傳統，轉而開始強調社會對於個人的重要性，強調必須限制個人的權利以增進社會整體或他人的利益。

然而，王伯琦先生認為，二十世紀以來的社會法學乃是建立在個人的基礎上談社會，並且在強調權利的前提下來提倡義務。這與中國思想傳統中，個人與權利的觀念幾乎微乎其微的情況大不相同。所以，吾人不可誤以為，中國與西方的法律已經在一個會合點上了。其實這個表面上的相合並非全無道理，王伯琦先生以一個很有趣的說法道出其間的差異：「不過這件天衣雖是無縫，但是件狐裘。西洋的時際已屆隆冬，體質已剩了點皮骨，穿上這件狐裘非常舒適。我們的季候乃是盛暑，體質亦浮肥不堪，穿上了這件狐裘，看來雖是漂亮，終不免覺得發躁。」（頁 43）對於這段打趣的比喻，王伯琦先生在第四章中對我國民法有具體而精闢的分析。他以民法第一八七條無行為能力人或限制行為能力人侵權行為，法定代理人之連帶責任仍以尊重無行為能力人或限制行為能力人之獨立人格為特色，與繼承編中廢除宗法制度，男女平等繼承來說明現行民法與我國傳統道德觀念之巨大差異。「人格概念是西洋法制的第一塊基石，……。但是，這是對我們固有文化的揚棄，固有道德的反叛，與我們的倫常觀念，是相背道而馳，水火不能相容，……」（頁 49）。

到目前為止，貫穿一到五章的另外一個軸線是法律與道德的關係。這是我們必須特別注意的。王伯琦先生以法律與道德之分合作為解釋西方法律發展的一個模式。然而這個模式的作用似乎不甚清楚。因為，他一方面說西方法律的精神一直都是以個人人格獨立為核心，而這也是他們的道德精神的核心，一方面又說法律與道德有所分合。那麼法律與道德的分合到底如何影響了西方法律與道德一貫的獨立人格精神呢？這似乎是王伯琦先生沒有清楚鋪陳的地方。而且，對於所謂