

唐表民著

法律之謎

商務印書館印行

唐表民著

法
律
之
謎

商務印書館印行

中華民國三十三年五月初版

(23237 渝粉)

法律之謎

渝版粉報紙

定價國幣玖角

印刷地點外另加運費

著者 唐表民

重慶白象寺

發行人 王雲五

印刷所 商務印書館

各埠

發行所 商務印書館

本報特許營業
版權印刷
所有必究
本報特許營業

敬以這小冊紀念 父親，當我

寫此書時，他正在重病之中。

自序

法律是什麼？這是法律哲學上爭論了一百多年而仍然沒有得着答案的大問題，這裏所發表的，便是一篇討論這個問題的文章。

本來共分五章，前四章分別介紹各派學說，其中自然法學派，歷史學派，分析學派的主張，是大家早已知道的。只有新興的唯實學派，因為牠所研究的，不是法律本身，而是「裁判過程」(judicial process)，似乎還沒有人把牠看成討論法律性質的學派，我卻大膽地把牠列入。

結論一章，是我對於這個問題的看法。在寫文章的當時，我自以為這個看法頗為妥當，可是當我以後研究憲法學時，便發見了新的困難。近年環境的變動，使我不能繼續地和書本接觸，因此，對於這個問題，我暫時只能抱着這樣一個不成熟的見解。

就內容說，這書很覺草率，其最基本的原因當然是由於作者學力不足，但是另外還有兩個原因。第一、這篇文章是我前年在國立武漢大學研究法律哲學時寫成的，我那時寫這篇文章的目的，只是在把牠作為自己在書本中旅行的「心影錄」，並沒有懷着將向來向社會請教的動機，因此使牠在許多地方沒有具備學術論文應該具有的精細。第二、本書所討論的問題，牽涉太廣，並且近來各學派又有許多新的發展，在國內，我們不容易找着完備的參考材料。

我是很知道這本小冊子的淺薄的，現在之所以把他發表出來，一方面是希望可以因此得着法學界先進的批評和指導，另一方面是我覺得國內關於法學理論的書籍太少，這本小冊子。或許不是全無用處的。

此外，我應該在這裏向李浩培先生表示深切的謝意，因為當我寫這篇文章時，他不但借給我許多國內不易得着的材料，並且時常給我鼓勵。

作者，一九四二、三、一、寫於江北任家花園

引言

「在英或美國的法律學校裏，沒有一個對於考試稍有準備的學生，會躊躇去給「完全及永久之土地所有權」(estate in fee simple)一個定義的；但是，在另一方面，法律家獲得知識的機會愈多和從事研究法律原則的時間愈長，當他碰到什麼是法律這個表面很簡單的問題時，他所感到的躊躇便愈大。」(註一)

這是三年前死了的英國大法學家鮑拉克(Pollock)在他成爲法學權威以後所說的老實話。我們在第一次聽到教員講解法律的定義時，總是很自負地相信自己已經懂得什麼是法律。然而當我們知識日廣泛，認識日深刻時，我們的腦子也就日漸糊塗了。這話不是故意說出來使初學法律的人洩氣的，我們可以說，自有法律科學以來，除了那種智識慾望不其遠大的人以外，恐怕沒有一個法學家不是爲這個問題煩惱了的。

在未有的文明的時代，人類的思想幾乎全部爲迷信的成分所佔據。雷、電、風、雨等離奇的自然現象，他們或許以爲是神和鬼怪的仁慈的表現，或許以爲是彼等憤怒的表現；天災疾病死亡等現象，他們也認爲是上帝對於人的懲罰。他們的思想和行動除了恐怖神的意志以外，是絕對自由的。正因爲對於神的恐怖，他們在行爲時，有敢做的，有不敢做的，於是形成一種爲迷信所支配的行爲規則。在這時代，那種驅邪治病的「術士」(medicine-man)同時兼任了原

始的科學家、傳教士、和立法者。在這種情形下的人民，思想是十分簡單的，他們雖服從迷信所給與的行爲規則，但他們並不考究這種行爲規則之法律的意義。在他們的智慧生活中，我們找不着「法律科學」這樣東西，因此也不發生甚麼是法律這個問題。等到人類理智漸開，於是他們憑理智來解釋事物了。他們知道「善」和「惡」，「是」和「非」及「應該」和「不應該」的區別；在行爲時，他們便服從「善」「是」和「應該」的。他們之所以服從「善」「是」「應該」，或許因爲他們認爲這些是神所命令的，或許以爲是人類理性本來知道的，或許以爲是有益於個人或者社會的，或許單純地以爲那是應該的。這樣，他們擯棄了向來迷信所支配的行爲規則，這種行爲規則，便是後來學者所說的「自然法」。從希臘經羅馬，中古直到理性主義盛行的十七八世紀，這種自然法繼續不斷地支配着人心。雖然在政治比較進步的地方，政治上的首領會頒布許多命令以支配人民的行爲；但一方面因爲大家以爲這種命令須以自然法爲根據，一方面因爲大部份地方政治的落伍，人民很少受到政治勢力的支配，自然法在人類的智慧生活及行動上面，仍然操着甚大的控制力量。在此階段中，人民雖有了「自然法」的法律觀念，然而由於實在法的研究還沒有發達，所以仍舊很少發生「什麼是法律」這個問題。（註二）

可是到了十九世紀的初期，情形便不同了。一八一四年歷史學派首先在德國興起，對於自然法學說加以無情的攻擊，於是向來自然法獨霸法學領域的局面便被打破了。一八三二年前後，奧史丁又繼承邊沁和霍布思的學說，提倡一種實在法（Positive Law）的法律理論，而形成

了分析學派，從此時起，法律科學中成立了鼎足三分的局面，開始了法學上近百餘年來的大論戰。後來英國的歷史派興起，大陸也傳入了分析派的法律思想，二派思想雖然融貫了許多，但是直到今日，他們仍然保持着各自獨特的主張。

從十九世紀末期到現在，由於社會法學派的興起，法律科學轉到了一個新的趨向。社會法學者注意法律的目的，他們「不研究法律是什麼，只研究法律做了些什麼——法律在社會上所產生的影響」。因此，他們鑽向判例中去尋求法律，而提倡一種「行為主義」(Behaviorism)或者「唯實主義」(realism)的法學理論，以與自然法學派，分析學派，歷史學派對抗。

現在參加「法律是什麼」這個論戰的，似乎主要的還只有這四個學派。(註三)本文企圖首先闡述這四個學派的根本理論，再進而加以分析和批評。不希望回答「法律是甚麼」？只希望說明我們對於這個問題應採一種甚麼樣的態度。

註一：Carter, Law: Its Origin, Growth, and Function (1907) P, 9.

註二：c. f. Robson, Civilization and the Growth of Law (1905) Part, I, II.

註三：現任英國倫敦大學教授，歷史派學者 Robson 企圖將法律和「自然法則」放在一起解釋，也是一種新趨勢。參考：Robson, Ibid, Part III. 並參閱 M. Ginsberg,

The Concept of Juridical and Scientific Law, Politica 1939, March.

目錄

引言

第一章	自然法學派	一
第二章	歷史學派	二
第三章	分析學派	三五
第四章	唯實學派	五一
第五章	結論	六七

第一章 自然法學派

自然法觀念（註一）起源最早，各時代學者所給與牠的意義，也最不一致；因此我們要想知道在自然法中法律的意義，須從各種時代的學說中去探求：

一、希臘時代的自然法

人類倫理價值及法律價值的觀念，乃是文明進展到一個相當的地步而後有的產物。在希臘初期，人類的思想充分瀰漫着宗教氣氛，倫理和法律觀念全為迷信和感情所支配。稍後，所謂「知識階級」興起，乃脫離傳統宗教思想的牢籠，而從各方面去尋求倫理和法律觀念的基礎，於是有了客觀主義（objectivism）及主觀主義（subjectivism）的產生。前者以為宇宙間有一個客觀的正義標準存在，後者則以為正義為人的意志（human choice）所產生。主張宇宙間有客觀的倫理標準者如畢達哥拉斯（Pythagoreaus 582—500 B.C.）。主張正義為由人的意志所產生的如黑拉克里塔斯（Heracitus 535—475, B.C.）及風行一時的詭辯學派（sophists）勃羅塔哥拉斯（Protagoras 481—411, B.C.）則說「人為萬事的準評」（註二）至此，主觀主義可說盛極一時。後來蘇格拉底（Socrates 469—399 B.C.）調和這兩個極端，而將較為客觀的「善良公民（Virtuous Citizen）的一致見解」來代替個人主觀的武斷。（註三）這種主觀主義和客觀主義的爭論，雖然沒有提及法律或自然法，但却是後來法律哲學上大門爭的發軔，

並且給自然法下了一個有力的註腳。

至蘇格拉底，自然法觀念乃漸顯著。他以為「國家的法律決定什麼是正義的行為，並表示什麼是公正；不成文的普通的神的命令決定道德的範圍，這種命令不包括在法律之內」。(註四)可見在蘇格拉底看來，在我們所謂「實在法」之外，還有一種神所命的普通的道德規則，這種規則，並不能當法律之名。

到了亞里斯多德 (Aristotle 384—320 B.C.) 客觀主義又漸抬頭。亞氏將「公正」分爲「自然公正」及「法律公正」二種。自然公正便是客觀主義的公正觀念。他說：「公正分爲二種：一爲自然的，一爲法律的——自然公正，不論在何處均有其力量，並不因人民的意向而存在。法律的公正則本無一定，但一經規定，則生效力。……任意或因方便而定的公正，好像量物的測度；量酒及穀的測度各地並不相同，整買時，測度便大，零買時，測度便小。」(註五)同樣，他將法律也分爲二種，他說：「我所說的兩種法律，一種是『特別法』(Particular Law)，一種是『普通法』(Universal Law)。特別法乃各個社會制定以適用於其構成分子者，有爲成文的，有爲不成文的。普通法即是自然法」。(註六)特別法所規定的公正，乃是一種形式的公正，若這種形式的公正與實質的公正相違背時，亞氏以爲應用「平衡法」來救濟。(註七)可見亞氏承認於實在法(特別法)以外，還有一種不因時間地位而變更的普通法存在。因此，他實在提出了法學上的二元論的主張。

但是什麼是亞氏所說的宇宙法或普遍法呢？他在其所著的政治論（Politics）中認為國家乃由個人、家庭、鄉村、社會等，四個階級進化而來。因為人類依「自然」（或依本性）是一種政治的動物，國家也即是「自然」的創造物。同樣，他認為法律也是根據「自然的理性」而產生。（註八）

亞里斯多德以後，「斯多德」學派（Stoic school）更進一步揮發，自然法。「斯多德」學派主張一種「自然的生活」（natural living）——即依據自然的理性而實行的生活。「斯多德」學派的創造者澤羅（Zeno 約 310 B. c.）抱一種世界主義的理想，以為人類都是兄弟，因此各社會中不應有不同的法律，而應該有同一的生活和同一的法律。此種共同的法律即是理性，其重要元素之一，則為「衡平」（equity）。因此，「斯多德」派以為公平不基於人訂的法律，根源於自然，而成功於法律與自然理性合一的一元主義的理論。（註九）不過斯多德學派也認為這種見解只是一種理想，他們以為假使人類都是理性的動物，則此種理想的自然法，便將成為實在法。由此可知斯多德派雖倡公平和法律都統一於「自然理性」的一元論，但他們並不忽略當今社會上所通行的各種五花八門的法律制度，所以，在實際上，他們的見解與亞里斯多德的二元論並沒有什麼區別。

二、羅馬時代的自然法

羅馬的自然法觀念，有二種淵源：一是當時的歷史事實，一是當時的法律思想：

(A) 事實的自然法

所謂歷史的事實，便是指當時「萬民法」(Jus Gentium)。萬民法產生的原因有三：(一)羅馬人開拓疆土，征服很廣。羅馬人的權利常較被征服者為高，故在當時有一國民與一非國民的區別，羅馬人不願以其民法適用於非國民。(二)被征服的人及遠道來貿易的人，也因為習慣不同，而不願受羅馬民法的拘束。(三)羅馬為當時商業會集之地，各國來此經商者極衆，交易頻繁，於是形成一種根源於理性及公道觀念的習慣。在這種情形之下，當時法官既然不能適用羅馬民法以判案，自然也不願適用外國的法律，於是只得依據本國及外國所公認的理性，公平、認實、等原則以判決案件。後來處理此種案件多了，判例中的原理原則集合起來，於是構成一個與羅馬民法并立的法律系統。又因各種法律乃各國法律共同精神的總體，并且不分國籍地適用於各國人民，所以被稱為「萬民法」。(註十)其後，羅馬法學家如根拉(Gaius)波拉(Paulus)馬西安拉(Marciannus)等企圖根據萬民法以改良民法，又恐萬民法不為人民所信仰，乃稱萬民法即是自然法。至此，希臘時代理想的自然法，被認為一種實在法了。

(B) 理論的自然法

在理論方面來建設自然法的，要算西塞羅(Cicero 106-48. B.C.)西塞羅繼承斯多德學派的理論，以理性與自然為萬物之源。他說：「真正的法律(即自然法)，乃合於自然的純正理性者。牠的效力為普遍的，牠並且是不變和永久的。……我們自己即是這種法律的解釋者。」

在羅馬及雅典不會有不同的法律，在現在及將來也不會有不同的法律；所有的只是一種永久不變適用於一切時代一切國家的法律。」（註十一）他以為「理性乃由宇宙間的自然（或宇宙的性質）（the nature of the universe）引導而來，牠使人為公正的行為，不犯錯過。這種理性並不因我們將他用文書制定，即行生存，牠實與神的意志俱來，所以這種真正的法律乃是一種神的純正理性（the right reason of supreme jupiter）。」（註十二）可知西塞羅認為宇宙間有一種永久不變可以適用於一切國家的法律存在，此種法律乃與神的純正理性以俱來。神及人類與其他生物之所以不同，在其有自然所賦與的理性，這種理性，即是法律的泉源。不過我們要注意，西塞羅雖倡言宇宙間這種至高無尚的自然法，但他並不是完全抹殺客觀的事實的。他說：「因為我們的討論常與普通人的推理相關聯，所以我們有時也應採一種通俗的說法，對於用成文表達其意志命令或禁止給以法律的名稱；因為這是一般人所給與法律的定義。但在決定什麼是公平時，則讓我們根據先成文法及國家若干年而存在的「最高法」（*extreme law*）。」（註十三）在這裏，我們可以看出西塞羅所說的自然法，只是在一種「不通俗」的方式下討論法律所得的結果而已，他的自然法的理論大體上仍舊是亞里斯多德以來法律二元論的繼續。

三、中世紀的自然法

西羅馬滅亡以後，歐洲走入了基督教極盛的時期。當時多數的學者，都成為所謂「宗教家」（*ecclesiastics*），這輩學者的腦子裏除了上帝以外，別無他物。他們以為「絕對單一的上帝

萬于宇宙萬物，并且在宇宙萬物之前存在，而為一切生物的唯一泉源歸宿。神的理性為宇宙的天命 (ordinance for the universe)，存在於一切表顯的事物中。」(註十四)因此創出類似老子的「萬物源于二而歸于一」(註十五)的玄學理論。根據這新理論，他們主張法律是上帝意志的表示，而將「自然法」(Law of Nature)「上帝法」(Law of God)視為一物了。(註十六)

不過，這個時期的學者雖主張自然法便是上帝法，但是他們并不以為宇宙間除了這種自然法以外，便沒有第二種法律存在。伊西多 (Isidore) 說：「法律或為神的，或為人的。神的法律根據理性，人的法律根據習慣；故人的法律各國不同，因其須適應各國情形的緣故。」(註十七)又格來歎 (Gratian) 也說：「人類用兩種工具來統治，那便是自然法和習慣。自然法存在于法律及福音 (Law and gospel)。」(註十八)很明顯地，他們不是法學的一元論者。

此時期發揮自然法最透澈的，要算亞塊納 (st. Thomas Aquinas 1228—1274) 和格來歎 (Gratian) 二人。亞塊納以為宇宙為「神的理性」(divine Reason) 所統治，因此，塵世間的政府和法律，都是神的傑作。在這裏，有一點值得注意的：格來歎以為自然即是上帝的命令，所以自然和上帝法完全沒有區別。但亞塊納則不如此。他以為自然法乃人類適用上帝法的結果，正如羅馬的高民法是適用平衡法 (Law of equality) 的結果一樣，牠的本身

并不是上帝法。他說：『法律（註十九）者，乃理性的命令，其目的在為公益，而為負有管理社會的責任的人所制定頒布的。』（註二十）又說：『所謂自然法并不是其他的東西，乃理性動物適用永久法的結果。』（註二十一）亞塊納在宗教氣氛高漲的中世紀，仍能撇開前人的學說，把自然法和上帝法分開，這不能不說是他獨到的地方。

依亞塊納的意思，法律可分為四類：（註二十二）

一、永久法——統治宇宙的法則，存于上帝的心（上帝法）。

二、自然法——理性動物適用自然法的結果（永久法的具體化）。

三、人法——依據其理性從自然法中推出的原則，用以適應社會上實際需要的法律（與我們所說的實在法相當）。

四、神法——聖經中的祕示（Law of Revelation）。

由這樣的分類，我們可以看出：（一）一切法律都源於上帝法，（二）實在法乃是上帝法的應用。可見亞塊納不僅主張法律的二元論，而且是一個多元論者。他將此多元的法律，統一於上帝法，認為上帝法為一切法律的淵源，可見他所主張的不是法律的一元論，而是法律的淵源問題。

四、宗教革命以後

中世紀宗教思想籠罩一切，人們的智力完全沒有自由運用的餘地，可以說，是「術思想的禁錮時期」(Age of Bondage)。但是宗教革命以後，隨着宗教革命而來，關於法律政治諸問題的討論，無疑地給了當時的思想界一個大刺激。就是以後盛行的關於國家主權的各種學說，也大都在這時播下了種子。(註二十三) 被人稱為法律哲學中的笛卡兒(Descartes)的老格秀斯(Hugo Grotius 1583—1645)(註二十四)便在這思想大解放的時代產生了。

老格秀斯的自然法的特色，在透過以前的上帝法而高舉理性主義的旗幟，(註二十五)以為自然法是理性的產物，因此形成所謂「理性學派」(Rationalistic School)。他以為人類也不過是動物的一種，與其他種動物不同的地方，在於人類有許多特具的性質。這許多特性中的一種便是「好羣」(a desire for society)。他認為這種特性便是斯多德派所說的「家族天性」(domestic instinct)或「同類意識」(feeling of kindred)。(註二十六)他說：「此種保持社會的傾向，乃為法律的泉源，亦即適當意義的自然法的泉淵。」(註二十七)又說：「自然法乃真正理性的命令(dictate of right reason)，此種命令根據某種行為是否合於人類的理性，以指示其為道德上的要求，抑為道德上的墮落。」(註二十八)人類是有理性的，自然法只是正直理性的命令，與上帝的意志完全沒有關係。善惡區別，要看的他是否合于理性而定，并非神的意志所能左右。「上帝權力雖大，但還有不可及的地方。……上帝不能使二的兩倍不等

於匹，同樣，他也不能使本質上壞的東西變爲不壞。」（註二十九）所以自然法具有不可變和不可毀二種特性。

老格秀斯對於法學的貢獻，除了揮發自然法以外，還有一種更重要的，那便是在人類理性的基礎上建立了國際法的觀念。

萬民法在羅馬時代，是指當時適用於各國人民間的關於財政婚姻契約等私法關係的習慣而言，所以是與當時羅馬民法平行的一種法規。後來那些不同種族的人民被同化了，這雙重的法律制度也被統一起來，到了這時，所謂萬民法乃指一種理想法律而言而與自然法不能明白區分了。在中古時代，民族和法律制度非常複雜，很類似羅馬時代的情形，於是萬民法又發生了牠原有的效用；此時的萬民法是指流行於各社會間的一種習慣。到了老格秀斯，萬民法的意義便成爲管制各國間交涉的國際法了。（註三十）

老格秀斯以爲民法係爲多數個人的利益而存在，國際法乃爲多數國家的利益而存在；國家之所以服從國際法，並不是由於此種法律對牠有利，乃由於一種傾向社會的天性所趨使。所以在他看來，國際法和國內法一樣，都是人類好羣天性的產物。這種好羣的天性乃自然所賦與，因此，推到終點，法律是自然的產物。

繼老格秀斯之後發揮理性主義的自然法的，要算布風道夫（Samuel von Pufendorf 1623—1694）。依布氏，自然法的根本要義在輔助社會生活及保障人類的安甯；所以，凡可以養

成互助性格的行爲，都是自然法所許可，而有害於此種理性的行爲則爲自然法所禁止。換句話說，自然法的目的在保持及增進人與人間的社會生活 (Socialness)。布氏大體上繼承老格秀斯的學說，但有兩個不同點：(一)老氏的自然法爲純正理性的命令；而布氏則更論到自然法的目的在維持和平的共同生活，所以帶有幾分功利主義的彩色。(二)老氏以爲「自然法」與「神法」截然沒有關係，但布氏的思想，則有幾分神學色彩。他以爲上帝的意思決定什麼是善什麼是惡。因此，老格秀斯的理性主義雖經布氏發揮許多，却被布氏加入了一些功利及神學的成分。(註三十一)

屬於理性派的法學者，到十八世紀又有康德 (Kant, 1724—1804) 斐希德 (Fichte, 1762—1814) 黑格兒 (Hegel, 1770—1831) 等幾人。這些學者雖像老格秀斯布風道夫一樣，尊重法律的理性的要素，但他們都是唯心派的哲學家，並且也受了盧梭的「國民公意」的影響，因此，他們所說的理性與老格秀斯所說的受之於自然的純正理性不同，而爲有在於人類意志的理性。

宗教革命以後，除了上述的理性學派對於自然法觀念有很大的貢獻以外，還有一些政治學者從另一觀點來討論自然法。這一派的代表人物有霍布思 (Hobbes 1588—1679) 洛克 (Locke 1632—1704) 及盧梭 (Rousseau 1712—1778) 等。

一般學者認爲霍布思是根據自然法來發揮社會契約的最有力的人；以爲他的自然法觀念「

條分縷漸」，較以前學者的主張，令人易於捉摸。他說：「一條自然法，乃理性所造的格言及普遍的規則。依據規則，個人被禁止爲損害自己生命及放棄保持其生命的物資的行爲……」（註三十二）在霍氏看來，人類在原始的「自然狀態」中是互相殘殺的，爲了使個人能和平地生活，便須限制個人的自由。自然法的任務即在締結社約以限制個人自由，所以法律的根本用途，即在担保社約。在社約成立以前的自然狀態中，戰爭紛亂，自然法雖存在而無實效。社約成立以後的政治社會中，有法律（Civil Law）以治理一切，自然法被其代替。所以也沒有作用。（註三十三）霍氏是一個君權論者，他主張自然法的目的，乃在辯護君主的權力，所以，他在主張這種用意，在保證社約的自然法以外，更主張一種由權力所產生的實在法。依我們看來，霍布思不是一個自然法學者，而是一個實在法論者。（註三十四）即使他真正主張在實在法外，另有一種自然法存在，他也不過和亞里斯多德一樣，是一個法學的二元論者，而不是純粹的自然法的信徒。

霍布思的自然法，在洛克看來，是一文不值的。洛克主張的自然法，不僅在自然狀態中有效力，即在政治社會中，也有他的威力。他說：「自然狀態中，有自然法以維繫之。自然法爲理性，拘束一切的人。依自然法，一切個人均爲平等獨立，個人不應爲侵害他人生命財產的行爲。」（註三十五）在自然狀態中，司理自然法是個人，在政治社會中，則爲政府機關。

盧梭對於自然法有充分的發揮，不過他以爲人類有保持自己生命及憐憫他人痛苦二種天性

，自然狀態中的自然法，即以這二種天性為基礎。

五、近代的自然法

十八世紀理性主義的自然法，經過歷史派和分析派的無情攻擊以後，聲勢大減。（註三十）可是分析法學盛行的結果。人們有了只重形式的極端傾向。為着反抗這種形式主義，崇拜理性的人們，又提倡理想的法律了。

(A) 狄驥 (Leon Duguit)

狄驥一面反對理性學法基於自然權利的自然法理論，而又反對基於國家強制力的法律。他另外提倡一種在時間上先國家而存在，在效力上不依國家強制力執行的法律。他說：「我們堅決地相信有一種存在於個人及國家治者與被治者以上的法律規則 (La règle de droit)，這種法律規則，同時拘束治者及被治者。」（註三十七）他把這種規則建築在「社會聯立關係」(social solidarity) 的理論基礎上。他以為人類有一種分工合作的天性，人類要在這種分工合作的社會中，才能滿足他們的需要。這種分工合作以滿足共同的需要，即是他所謂「社會的聯立關係」。這種分工合作的社會生活，是個人生活的最高理想，因此個人負有加強和促進這種社會聯立關係的義務。由這種義務中，他引出三條人類行為的規則：（註三十八）（一）一切為社會聯立關係的目的所要求的行為，個人都應遵守，個人不應妨害目的在完成社會聯立關係的行為，並且應在一切可能範圍內合作，以求其實現。（二）應防止一切違反社會聯立關係的行為。

(三)個人應互相合作以實現社會聯立關係。他說這種規則並不是一種道德規範，而為一種法律規則。(註二十九)無論國家及被治者都應服從。他又以為社會聯立關係是一件可以觀察得到的事實由這種社會事實中引出來的行為法則，乃是一種實在的法律，自然不能和以前的自然法同日而語。同時，只要有社會存在，即有社會聯立關係產生，因此也產生這種行為規則。所以這種法律規則，乃是先國家而存在的。

那是很顯明的：狄驥雖認為最高的法律是由社會聯立關係中引導出來的規則，但他也只認這規則是一種「最高的規則」，並不是認為除了牠以外，便沒有第二種法律。他說：「在文化進到相當地步的社會，尤其是在現代的社會，統治者常訂立實在法，此種法律常被認為主權意志所創造的客觀法，但我們已經知道牠們不過是「法律規則」的敘述，及保持這種「法律規則」所實施的手段。」(註四十)在另一處地方，他說：「事實上，立法者並沒有製造法律的權力，他們只能訂立及宣布一種規則，使其生效。其邏輯的結果是：一切違背客觀公平的法律或其在不在將法律規則 (*la r'eglade droit*) 付諸實施的法律，都是沒有價值，沒有執行力的法律。」(註四十一)可見狄驥仍然繼承着亞里斯多德以來的二元論。

(B) 葉尼 (Fromco's Gény)

葉尼也和狄驥一樣，不以個人為觀察的對象，而由人類的社會生活出發，結論到一種超越現實法的較高的法律。他以為「社會」是價值觀念的唯一對象，「如果自然法的任務在範圍人

的行爲，牠不應忘記人類在社會中很少以個人的資格出現，而主要是以社會一分子的資格出現。他在社會中和其他的人發生不斷的接觸和關係。簡單的說，由法學的觀點看，人不是像魯濱遜樣的孤立的人，而是一種社會人（*Homme social*），因為惟有對於這種社會人才有加以權利和義務的必要。」（註四十二）人類生活在社會中，必然地發生種種相互的關係，此類關係乃由控制人類行爲的物理的，心理的，道德的，社會的，及形而上學的各種因子發出。自然法也是從此種因子中產生的。這種自然法雖超越人們的經驗，但人們仍可以覺察得到。他以為法律應以自然法爲淵源，自然法不僅可以彌補現實法的罅漏，而且是現實法發展的基礎。他說：「法律乃管制人們相互發生關係時外部行爲的規則的總體。此規則乃受自然及正義觀念的鼓舞……社會制裁的保障……目的在保護社會的安寧者。」（註四十二）

(C) 克拉布 (Hugo Knabbe)

像狄驥一樣，克拉布也撇開主權的觀念而建立法律的最高系統。他以為法律乃人類正義觀念或正義感情 (Feeling or sense of right) 的表現。這種正義感情乃一切價值判斷的標準，「一切法律，不論是實在法，習慣法及普通的不成文法，都以牠爲基礎。制定法如果不以牠爲基礎，便不是法律。」（註四十四）這種法律即使事實上被遵守，也沒有效力。他認爲強制並不是法律觀念的要素，一種本來不合乎正義感情的要求的規則，強制力也不能賦與他一種法律的性質。組織不合法的立法機關所訂的法律，或立法機關誤計人民的正義觀念所訂的法律，都不具

備法律的性質。因此，一條規則不因立法者的制定或法院的執行而具有法律的性質，牠是否具備此種性質，要看牠是否爲人民正義感情的要求而定。這樣，克拉布將「女性的感情主義」(feminine emotionalism)代替「男的的智慧主義」(masculine Intellectualism)而爲法律的精神了。(註四十五)

由於上面的敘述，我們可以看出自然法的發達，是一部艱難的歷史。在希臘時代，神學型的理性自然法盛極一時，到了羅馬時代，因爲萬民法的興起，自然法觀念，被減失了許多，到最後，竟被視爲一種實在法(萬民法)了。在中世紀，宗教盛行，自然法變成了上帝法的別名。經過這次大厄運，自然法事實上已經名存實亡。等到宗教革命發生，繼之又是文藝復興，思想獲得自由以後，於是才興起了理性主義的自然法。然而，十八世紀以後，國家主義興盛，政治活動走入一個新階段，因而引起了新的法律思想。在這時期，自然法受盡無情的攻擊，差不多快要到沒落的地步，可是到了近代，建築在社會學基礎上的自然法觀念，又相當興盛了。

註一：「自然法」一詞在普通用語中有二種意義：一爲道德的自然法，一爲物體的自然法。Bryce 分別二種自然中「自然」二字的意義又頗爲精細。他說：

“In the latter, nature, meaning the aggregate of natural phenomena, is passive, and obeys laws set to her; whereas the expression ‘law of nature’ represents her as the power which makes and prescribes laws”

Studies in History and Jurisprudence, vol. II, P, 561. Haines 以為 "Natural" 一字用於 natural sights, natural justice, natural law 等語句中，其意義之義又為 Rational, reasonable, in accordance with nature, in agreement with ancient custom. (The Revival of Natural Law Concepts, 1930, P, 4, note, 1.)

註一.. Berolzheimer, the World's Legal Philosophy, P, 59.

註二.. Ibid, P. P. 58, 59.

註三.. Ibid, P. 59.

註四.. Ethica Nicomacha, Oxford Press, (1931), BK, V, ch. 7 P, P, 1134b—1135a.

註五.. Rhetoric, (1924) BK. I ch. 13, P. 1375b.

註六.. Ibid,

註七.. Ibid, P. P. 73, 74.

註八.. Ibid, P. P. 75, 76.

註九.. Ibid, P. P. 75, 76.

註十.. *Ius Gentium* 和現在的國際法不同。Bryce 說..
 “They (羅馬人) called it the law of nations or of mankind, not in the sense of law valid as between nations but as being the common of general

Law……”

(Studies in History and Jurisprudence, vol. II, P, 572)

註十一·De Republica, Traus, ny O.W. Keyes (1928),

BK, III, XX, P, 211.

註十二·De Legibus, BK, II, IV, P, P, 381-383.

註十三·Ibid, BK, I, VI, P, P, 317-319.

註十四·Gierke, Political Theories of the Middle Age, P, 9.

註十五·老子第三十九章·「天得一以清，地得一以甯，神得一以靈，谷得一以盈，萬物得一以生，侯王得一以為天下正。」

註十六·在中世紀以前主張自然法為神意表現的人，並非沒有，如西塞羅等便是，不過他們的態度不像這時代的學者那麼堅強和露骨罷了。

註十七·Bryce, Ibid, P, 594.

註十八·Ibid.

註十九·Aquinas 所謂自然法為 *lex*，與以前學者所說的 *ius* 不同。因前者出於理性而後者出於意志（命令）。參閱武大社會科學季刊張奚若著自然法觀念的演進。

註二十·The Summa Theologia, Part II, P, 8.

註三一·Ibid, P, II. 他對於永久法的解釋說：

“Since the divine reason's conception of things is not subject to time…… Therefore it is that this kind of law must be called eternal” (The Summa Theologia, Part II, P, 10.)

註三二·Ibid, P, 84 並參閱張奚若著自然法觀念的演進。

註三三·Pollock, Essay in the Law, P, 49.

註三四·World's Legal Philosophy, P, 115.

註三五·在他以前，有些西班牙的神學者已經脫離上帝法的觀念而建立一個基于自然狀態的自然法，參考·Haires, Revival of Natural Law Concepts, P, 18.

註三六·De jure Belli et pacis, vol, 1, Prolegomena section 6.

註三七·Ibid, Section, 8. 老格秀斯所謂自然法為 *Fus Naturale* 而非 *les Naturalis*. 其分別見註十九。

註三六·Ibid, vol,I, chap, 1, P, P, 10-13.

註三九·Ibid.

註四十·在老格秀斯以前，於 *Fus Gentium* 之基礎上建立國際法觀念者還有 *Suarez*

Gentium 等，但老氏發揮國際關係諸原則較以前學者倍覺精密，故學者尊之為國際

法始祖。

註三一：c. f. *World's Legal Philosophy*, P, 126.

註三二：Levi than (1904) ch. 14, P, 83.

註三三：參閱張奚若著自然法觀念的演進。

註三四：作者不僅不能同意一般學者認霍布思的自然法觀念爲「條分縷析」的見解，並且也不敢相信霍布思是一個自然法論者。試看他的話：

“The laws of nature are not properly laws, but qualities that disperse men to peace and to obedience. When a commonwealth is once settled, then they are actually laws, and not before, as being then the command of the commonwealth.” (*Leviathan* P, 138) 並參閱第三章。

註三五：Civil Government, Book II, ch. 2.

註三六：參閱後面第二三章。

註三七：Mcderm *French Legal Philosophy* (1921) P, 947.

註三八：Ibid, pp, 289-293.

註三九：Ibid, P, 205.

註四十：Ibid, P, P, 342-3.

註釋十].. Traite de droit constitutionnel, III, P, 661

註釋十一].. Science et technique en droit prive positif (1915) vol. 2, P, 18

註釋十二].. ibid, vol, 1, P, 51

註釋十三].. Krabbe, The modern idea of the state P, 47

註釋十四].. Haines, Revival of natural law concepts, P, 276

第二章 歷史學派

自然法學派的法律思想，不管牠發達到那一個時期，都有一個顯著的共同特點，那便是他們的方法是演譯的。在希臘羅馬時期，「自然的理性」成爲他們的出發點；中古時代，「神的意志」成爲一切法律的淵源。到了宗教改革以後，人類思想上枷鎖被擊碎，於是自然所給與人類的「理性」便被認爲法律的最後根據。這個時代的學者認定人類理性作用的萬能，以爲立法者用不着考慮過去傳統的法律習慣和資料，只要根據理性的指示，便可訂出一部完備無疵的法典，法官只要機械地去運用牠便是了。在這種理論之下，興起了歷史上瘋狂的立法運動。菲得內克法典（*Cade of Frederiek the great* 一七四九年開始起草，一七九四年完成並實施，奧大利亞法典（一七一一三年設計。一七六九年起草，一八一一年實施），及法國民法典（一八〇〇年起草，一八〇四年實施）都在此時訂立。但到了十九世紀的初期，這種運動遇到一個極大的打擊，那便是本章將要敘述的歷史學派的突起。

一八一四年來比息之戰後，德國由拿破崙的鐵掌的重壓下爬出，而開始從事於民族統一運動。此時海得堡（*Heidelberg*）大學的教授李保底（*Thibaut*）主張編訂統一的法典，作爲促進及保障德意志民族獨立的手段。他的理由是當時德國自羅馬傳來的民法典有三種缺點：（一）非用德文書寫，內容不可靠。（二）羅馬時代的社會經濟情形與當時德國不同。（三）此法典的內

容殘缺不全，且有以後各地方的法律叢雜其中。這時歷史學派的創造者（註一）沙芬尼（Savigny 1779—1861）爲着反對李保底的主張，乃發表他的名著「論代立法及法律科學的任務」（*Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*）。他以爲法律乃「民族精神」^② *Volksgeist* 的表現，非人的意志所能創造，於是形成了歷史學派。

歷史派的法學理論雖在一八一四年沙芬尼那本小冊子發行的那一瞬間興起，但牠的淵源却很早。這可分三方面來說：（一）在羅馬時代有一種民族法（*national law*）的觀念，這種觀念否認一切超民族的法學理論——無論他是羅馬法中的「全人類的成文理性」（*Ratio scripta for all humanitas*）也好，或自然法中的「自然理性」（*Ratio naturalis*）也好。歷史學派的理論，可說是這種民族法觀念的復活。所以巴克（E. Barker）稱歷史法學派之對於自然法，爲「民族對於自然的叛變」（*an nation revolted against natura*）（註二）。（二）歷史派的興起和當時德國所風行的浪漫主義運動（*Romantic movement*）有密切的關係。此種運動根源於古代德國民族的鄉村生活，可以說是一種民族主義運動。浪漫主義者提出民族精神（或民族靈魂）的觀念，認爲這種精神使民族超出於各構成分子之上，而爲一個近似有生命的獨立體。民族的構成分子雖有死亡，民族精神並不消滅。他們以爲法律和文學一樣，都是這種精神的表現。民族精神使人民有一種共同信仰（*Common conviction*），這種共同信仰即是法律。

（三）歷史學派的興起和十九世紀歷史學的盛行也有極大的關係。歷史方法的影響，不僅在法律

科學中甚大，在經濟及政治學中也一樣的顯著。

現在我們再進而敘述這個學派對於法律的理論。歷史派法學起源於德國，但很快地便傳到英美，並且在那裏有很大的勢力：

(一) 德國的沙芬尼

在沙芬尼以前，休哥 (Hugo, 1768—1844) 教授便重視法律的歷史要素和經驗的方法。他以為「法律是整個民族生活的一部份，我們只有在民族生活中才能了解法律。」(註三) 所以歷史派的法學思想，在休哥時代便已相當顯著，但到沙芬尼則更為昌明了。沙氏以為世界上各個民族，各有牠的特性和特殊的傾向，這種特性和特殊的傾向隨時都很顯著地在那個民族的生活中 (national living) 表現出來。表現在人民的日常起居行動方面，成為民族的風格 (manners)。表現在他們交換思想時，成為那民族特有的語言文字。表現在他們的社會生活或政治生活時，便成為他們特有的制度和組織。表現在文學和藝術方面，便成為那民族特有的文學和藝術。法律也和一個民族的風俗、語言、組織、及文學藝術一樣，為那個民族的特性和傾向的表現。這種特性和傾向便算所謂民族精神。法律既是民族精神的表現，而不是人類理智的產物，所以只要一羣人已經形成一個民族，便會有法律產生，而不必要一定的文化水準。所以他說：「在有更可考的時代，法律便成一定的形式而存在。這種法律和語言、風俗、組織一樣，是那個民族所特有。並且，這些現象並非單獨存在，牠們只是一個民族的特性和傾向的表現罷

了。產生這些現象的，並不是一種偶然的事實或專斷的意志，而是一個民族的共同信仰（Common Conviction）及一種潛在的同類意識（Kindred Consciousness）』（註四）這種民族特性和傾向乃是歷史的產物，一個民族在某一時代產生特殊的性質和傾向，等到時代變了，他們這種特性當然也會變更。法律是這個特性的表現，因此；「法律因民族的生長而生長，因民族的強大而強大，因民族的消滅而消滅。」（註五）

法律既是民族精神的表現，所以沙芬尼以爲製造法律的是民族精神；立法者至多只能宣佈法律的存在和確定法律的內容，決不能製造法律。沙芬尼說：「一切法律原來是存在於『行爲的方式』（manner）內面。用普通但不正確的語句來說，習慣法便是在這種行爲的方式中造成。……由一種靜靜地活動的力造成，而不是立法者的專斷意志造成。」（註六）因此他以爲習慣法是最標準最理想的法律，李保底的制定統一民法典的主張，在他看來，不啻是幼稚和愚妄。

沙芬尼在法律的本質方面，一反從前的學說，爲後來的法律學者開墾一豐饒的耕地，這種功績實在是難能可貴的。但他對於法律的功用的見地，却不脫十九世紀初期的玄學氣味。他以爲法律「乃劃定一定境界，使人在此境界內安全並得自由行動的規則」（註七）。他和康德一樣，用一個抽象的個人自由作爲最高的鵠的。於此，我們可以看出他所受的玄學影響的重大，難怪有的學者要把歷史學派的前期和形而上學的自然法放在一起了。

德國歷史派的學者，除沙芬尼以外，還有右西達（G. F. Puchta 1788—1866）哈里斯（F. Harris 1819—1880）乾斯（E. Gans 1797—1839）等，他們的學說與沙芬尼大同小異，這裏不再介紹了。

(一) 英國的梅因（Sir Henry Maine 1822—1888）

英國歷史派的法學思想，雖受了德國學派深厚的影響，但牠多少地反映出了英人着重的實際的民族性。同時，在沙芬尼的時代，達爾文的學說還沒有出世，沙芬尼並未曾受過進化論的洗禮，所以他的歷史的傾向，可說全是十九世紀初期玄學思想的作用。梅因則不同，他不僅有進化論的思想，而且懂得科學的方法。因此，他與兩個雖同樣有歷史的傾向，但二人思想的基礎和方法全然不同：沙芬尼的企圖，是在以玄學理論為基礎來建設一個一貫的法學理論，再根據這個理論演繹地去解釋其他一切法律現象；梅因的目的則在用科學的歸納方法來考究歷史，以便尋出法律進化的一貫徑路。所以他的企圖主要在將科學方法灌輸到法律學中來（註八）。他說：『我所走的途徑，乃在探尋文明人類的制度的實際的——與幻想的假定的相對的——歷史。當我在一八六一年的前幾年開始這種工作時，那景況是模糊的，在某一點以外的路線，是被基於一種自然法或自然狀態的假定的演繹的理論阻礙了。』（註九）正因為梅因的目的在用科學方法研究法律制度，所以他對於法律的性質的理論並沒有特殊的貢獻。

對於奧史丁以主權觀念為中心的法律思想，梅因用兩點來批評：第一，奧史丁的法律觀念

中沒有「秩序」(order)和「人民公意」(Public Opinion)的觀念，而二者是構成法律觀念的要素。第二，奧史丁法律觀念沒有時間和空間的限制，因此不能適用於法律不源於主權者的命令的社會，或同時有幾個統制者的社會。(註十)他以為法律不是一個單純的主權觀念可以解釋的。牠包括宗教的、倫理的、政治的觀念，同時也與習慣、傳統及模倣有關，不能以一種單純的功利理論去解釋牠。(註十一)他說：『……奧史丁式的分析所發生的錯誤觀念，與：使經濟學者因惱的錯誤觀念性質相同。正如經濟學者可能僅僅由人類致富的慾望出發，而忽略天性的衝動及其他動機的存在一樣，奧史丁的弟子也會被使得忘記主權不只是一種「力」。我們說法律是主權者的命令，我們的意思也不像將牠看成一種統制力的那麼簡單』。(註十二)

梅因雖承認奧史丁所加於法律的特性，但他仍以爲習慣法是離開主權觀念而獨立存在的。分析派學者想利用「凡是主權者允許的，即是他命令的」的話來將習慣法納於命令的範圍以內的企圖，在梅因看來，只是一種文字的舞弄 (A mere artifice of words)。(註十三)法院的適用習慣法，不僅沒有懷着去命令牠的動機，而且也未曾意識到這一點。梅因既主張這種習慣法的權威，因而他已像德國學派一樣，認爲法律是一種民族特性 (National peculiarities) 的表現。(註十四)不過他所謂民族特性與德國學派所主張的民族精神或民族靈魂，却顯然不同：(一)他的民族特性乃由觀察所得，是歷史的產物，絲毫沒有玄學的氣氛。(二)這種民族

特性是進化的，與玄學的民族精神截然不同。不過我們要注意：雖則因梅承認進化的可能，但他仍舊充分地表現了歷史學派保守的脾氣。他說：「我們的心理的、道德的、物體的固定部份，是社會的最大部份。雖說世界上某一部份人類社會的變動是最顯明的事實；但社會對於變動的抵抗力很強，使這種變動不致快得令我們不能確定其重要、特性，及一般趨勢的地步。」（註十五）

（二）美國的卡特（James Coolidge Carter 1827—1905）

在美國，卡特是這一派的代表。卡特是沙芬尼的三傳弟子，所以他的見解和他的老師差不多如出一轍，不過在他的老師已建的體系中，加入一些新的材料罷了。

分析派學者以為只要主權者訂定法典，使人民知道何者應做何者不應做，而依之行爲，社會的秩序安甯即可保障。所以邊沁主張以法典教授學生。他得意地說：「如此，則在不妨害其他其功課的範圍內，可使公立學校的學生，在十六歲以前，對於其本國的法律，比今天在司法界中把頭髮弄白了的律師還要熟悉。」（註十六）對於這種見解，歷史派的學者是極端反對的。卡特在他研究古代及近代社會後，下着斷語說：「我們的結論很顯明地是：在各種不同的情形下，習慣（Habit and custom）供給了人類行爲的規則。牠們正如以前統治古代的原始羣及現在住於巴達哥里亞（Patagonia）及澳洲荒野的蠻人一樣，仍然有力地統治着現代文明人。」（註十七）他以為人生而有觀察其行爲之效果及趨吉避凶的本能，當人發覺其行爲引起他

人憤恨及報復時，他以後便避免此種行爲，大家都選擇不引起他人不滿和報復的行爲，結果對於各種情形應爲如何的行爲，大家互有一種共同的認識和慣例，於是便產生了習慣（Custom）（註十八）。習慣是什麼呢？他說：「習慣的最簡單的定義，乃是在同一的情形下，一切人的行爲的一致（Uniformity of conduct）」（註十九）這種習慣，便是卡特所說的法律。

卡特用科學的眼光來分析習慣，由這種分析中我們可以看出他所說的法律的性質。習慣乃多數行爲的一致，而行爲乃身體的物體性的活動，這種活動一定有一種思想或感情（Thought or feeling）爲其原因。此種思想或感情乃由環境作用於我們的神經組織而產生，所以，在同一社會中，只要人的神經組織及他們的環境相同，則他們의思想和感情一定相同，因而他們的行爲也相同（卡特說這種相同不是絕對的）。（註二十）但是環境和人的神經組織是各地不同的，所以思想和習慣也隨地方而不同，因此便產生了民族的區別。（註二十一）卡特在形式上雖不像沙芬尼一樣捧出那個帶有玄學色彩的「民族精神」來作法律，但他所主張的，在實質上也是一種以民族精神爲骨髓的民族法。

法律即是習慣，而習慣又是由受環境及人的神經組織所左右的行爲集合而成，所以「除了能够控制環境及人的組織的因素而外，沒有其他的因素可以控制習慣。用立法來制定法律是不可能的，……法律不能直接由人的行爲制定，也不能由人的行爲改變或廢止。」（註二十

卡特所指的法律，似乎僅限英美所流行的普通法，所謂制定法，在他的眼中，並非妥當意義的法律。他說：『我已說過，奧史丁的法律定義，僅能適用於立法。但我覺得我們不如說立法是主權國家的形式的成文表示為好。當國家達成一個有意識體時，牠具有意志，這種意志的表示行為……便是普通所謂立法。此種表示，都被別人稱為法律，但牠們都不是我心目中所說的法律。我已指出，國家為有許多事務須做的「大社團」(Great Corporation)……：：：牠僅可用書面宣布其意志，但這種宣布，並非嚴格意義的法律，因為牠們的目的並不是直接拘束私人交易時的行為(The conduct of men in their dealing with each other)。此種法令，只是國家在處理特殊事務時的社團意志的表示。』(註二十三)因此，他認為立法的功用，限於方法方面，如憲法的任務在創設行政立法司法等機關，劃定政治區域，規定中央與地方的關係。其他如選舉法，公路及鐵路保護法，社團法，公共衛生法，刑法，及關於營造物的規程等，都是公法的範圍。「國家是一個大的公社團，牠須處理許多事務，因而制定許多條文；這些條文雖為法律的形式，實際上與普通團體記錄其行為的備忘錄無異。」(註二十四)羅馬、法國、德國、及許多美州的邦雖也有成文的民法典，但這並不能構成一種例外。因為這種法典中所制定的法律，並非立法行為所創造，牠們大都老早已經存在，立法行為不過加牠一種執行力罷了。立法對於私法，只有促其統一及使其易於發現的功效，牠雖有時可

助習慣的執行，但如果違反習慣，便沒有效力。（註二十五）

由上面的敘述，我們可以看出卡特所說的法律乃指拘束「私人交易間的行為」的規則，他雖不明白否認公法法規是法律，但却明白告訴人家：「這不是我心目中所說的法律」。

關於法律的目的，他幾直接承受沙芬尼的見地，間接繼承康德的主張，認為在保障個人的自由。他以為生命本身即是一個最高的目的，法律的任務便在使個人達到這個目的，而要達到這個目的，個人的自由，便是最重要的條件。因此他說自由是「人類幸福的最精彩的一份」(The choicest of human blessings)。他以為這種自由，不僅其他的個人不應侵犯，就是國家也不應侵犯；因此，他決定了國家立法權的範圍 (the province of legislation)。（註二十七）

其次，卡特對於公平的理論，也值得一提。自然法學者所說的自然的公平，他是極端反對的。依他的意見，公平也是習慣的產兒。他說：『我們把公平看為一種情感時，乃指對於各人都應做的事的感覺。那便是……對於習慣地被人做的事情的感覺。因為如不依習慣要求他人為某事，則不能稱為公平。』（註二十八）又說：『人類為了避免他人憤恨或報復等行為，於是只得為大家都以為適當的行為，這種行為，便是所謂公平的行為。』（註二十九）可見他所說的公平，不是超乎現實永久不變的公平，而與亞里斯多德所說的「習俗的公平」(Conventional justice)相當。公平既是習慣所要求的，所以全社會的人都參加了這種公平的創造；因此卡

特認爲牠最合於社會的需要，較任何由少數人專擅意志決定的，當然要優良得多。

註一：有以 Hugo (1768-1844) 爲歷史派始祖者。參考，*World's Legal Philosophy* P, 212.

註二：Barker, Introduction to Gierke, *Natural Law and the Theory of Society* (1884) P, Li.

註三：ibid, P, Liii.

註四：of the vocation of our age for legislation and jurisprudence, Trans by A. Hayward (1831) P, 24.

註五：ibid, P, 29.

註六：ibid, P, 30.

註七：Systems des Rechts, 1, P, 332.

或 Carter, *Law; Its Origin, Growth and Function*, P, 6.

註八：c. f. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Maine* 20, *Law Quarterly Review*.

註九：Early Law and Custom, 192, or ibid P, 121.

註十：c. f. *Early History of Institutions*.

註十 …c.f. 20, L, Q, R, P, 123.

註十一… Early History of Institutions P, 361

註十二… ibid, P, 364

註十三… c.f. 20, L, Q, R, P, 124——

註十四… Ancient Law, P, 116

註十五… 與 Carter, Law: Its origin, growth and function (1907) P, 224

註十六… ibid, P, 119

註十七… ibid, P, 224

註十八… ibid, P, 122

註十九… ibid, P, 123

註二十… ibid, P, 161

註二十一… ibid, P, 130

註二十二… ibid, P, P, 229, 230

註二十三… ibid, P, 116

註二十四… ibid, P, P, 117—118

註二十五… ibid, P, 133

註二十七·ibid. P, 185, 並參閱 Lectures IX

註二八·ibid P, 157

註二九·ibid, P, 159

第三章 分析學派

自然法學派的玄學的法律思想，在德國引起了歷史派的反動，同樣在英國也引起一種反動，不過這種反動是在另一個方向而已。英國人向來是一個著重實際的民族，他們不像德意志人那樣好玄想。因此，中世紀以後，自然法在大陸進入了一個新的黃金時代，而在英倫三島，却仍是不見生氣。分析派的興起，固然一方面是對玄學的自然法的示威，但其另一方面的意義，則為英人現實主義民族性的表現。

自然法的法律是理性的表現，我們只能發覺法律，而不能製造法律。現實主義的英國分析派學者，對於這種虛無飄渺的構想，是不感覺興趣的。他們只知道英皇所頒佈的法律。他們以為法律乃「君主的命令」，因而提倡所謂「法律命令說」(The imperative theory of law)。這派學說的發展，我們可以分三個時期來敘述：

發揮這種學說最透澈最完全的是奧史丁(John Austin)(1790—1859)。一般學者便以奧氏為分析派的創造者。其實，在奧氏以前發揮法律命令說的，有霍布思(Hobbes 1588—1679)和邊沁(Bentham 1748—1832)等。奧史丁對於分析的貢獻，只在發揮霍布思和邊沁的學說。(註一)

霍布思的政治學說雖帶有幾分玄學氣味，但他究竟是一個擁護君權者，因此，法律在他的心目中，不是理性的表現，而只是力的表現。他說：「人們將理性的命令看成法律，那是不妥當的。妥當意義的法律，乃為握有統治權者的命令。」（註二）邊沁則以為法律為命令或命令的撤銷，「（註三）他極力主張功利主義的立法論，以為立法的目的在求最大多數的最大快樂，把「功利」（Utility）看成了立法的最高鵠的。

奧史丁根據霍布思及邊沁的學說，用他的分析方法來觀察社會上一切規範人類行為的規則。在他的有力的分光鏡下，許多從來被人認為法律的規則，都露出他們的原形了。

奧史丁以為「法律」二字在平常的用語中，有時牠的意義是妥當的，有時却不安當。他說：「妥當意義的法律，乃是命令的一種（a species of command）法律既是一種命令，……所以法律的制定者必定是一個特定的理智者或一羣特定的理智者。」（註四）合乎這種條件的，依奧氏的意見解有二種：（一）上帝對於人類所立的「神法」（或上帝法）（Law of God）。（二）人類自己所立的法律（human law）。他說：「因為上帝法是明示或默示的命令，所以是特定的來源發表，而可以稱為適當意義的法律（law properly so-called or law proper）。」（註五）

人法又可分為兩種：（一）政治上居上位者對於居下位者所立的法律，這種法律奧氏特別稱為「實在法」或「嚴格意義的法律」（Positive law or law strictly so-called）。（二）非政治者居上位者，或雖為政治上居上位者，而非立於此種地位所頒布的法律。「實在法是被三種人

訂立的：(A)政治上居上位者，如君主或主權機關。(B)較低級的政治上居上位者。(C)執行法律權利的私人(註六)但歸根結底一切實在法都是主權者的命令。較低級的政治上居上位者及執行法律權利的私人，雖直接地訂立實在法，但他們立法的權力，為主權者所賦與，他們所立的法律，不過是主權者「迂迴的命令」(Circuitous Command)罷了。

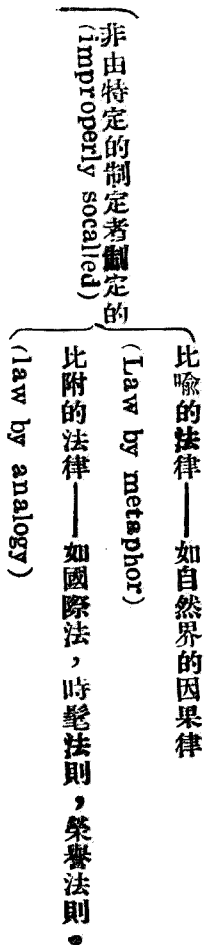
執行法律權利的私人，在執行權利時的行爲，也是法律，這是奧史丁特有的見解。他以為：個人在執行法律權利時所立的法律有爲負有法律上的義務而訂立的，有爲純由其自由意志訂立並未負有法律上的義務的。前一種情形所訂的法律，他稱爲純粹的實在法(Positive law purely or simply)。在後一種情形所訂的法律，他稱爲「實在法」與「實在道德」的混合，因爲他以爲這種法律，自一方面去看，是實在法；自另一方面去看，則爲實在道德的規則(Positive moral rule)。(註七)

奧史丁所謂妥當意義的法律，是表示這種法律有一個特定的制定者。他所謂實在法或嚴格意義的法律，是指這種法律，爲人所制定，以與上帝法相區別，有時又專指政治上的法律而言。(註八)根據這種標準，奧氏以爲國際法和「時髦的法則」(Law of fashion)及「榮譽的法則」(Law of honor)一樣，不僅不是實在法，並且也不屬於妥當意義的法律的範圍。依他的見解，時髦和榮譽的法則，並不是特定的主權者所訂定，牠們只是不定多數人的意見或感情表現。既沒有一個富有權威的主權者立於國家之上，以訂立支配國家行爲的法律，國際法自

然不是妥當意義的法律，而只是一種「國家間流行的感情與意志」的表現。奧氏以為如果我們將這種感情或意志的表示視為法律，那只有說牠是「比附的法律」(law by analogy)了。

除了國際法，時髦的法則和榮譽的法則外，還有一種法則，也只能稱為不妥當意義的法律，那便是自然界那種因果律(如地心吸力)。這種法則，奧亦稱之為「比喻的法律」(Law by metaphor)。

在這裏，有一點可以注意的，即奧史丁對於法律的分類，是完全看頒布這規則的人是否為特定的個人，是否為政治上的居上位者為標準的。如果我們將他的分類排列起來，可得下面的圖解：



法律

(Law)

由特定的制定者制定的
properly so-called

神法 (Law of God)

非政治上居上位者或非執行法律權利的私人所制定的

—如會社的規則 (rules of a club)

(Human laws)

人法

政治上居上位者所制定——如制定法 (statute)

實任法
es. by-laws

(Positive Law)

執行法律權利之私人所制定——如父母對於子

女的命令。

奧史丁以為法理學的對象，只應該限於實在法。現在我們再進而敘述在奧氏眼中，這種實在法的本質是怎樣的。如前面所說，實在法是主權者的命令。但是什麼是「命令」呢？奧氏下着定義說：「在你對我表示或通知我應為某行為或不為某行為的意思時如果我不依從，你便加我以痛苦；那末你這種意思的表示或通知即是命令。」（註九）這裏對於違反命令所加的痛苦，便是「制裁」(Sanction)。命令之所以與其他的意思通知不同，在於命令者有制裁的希望和權力，奧氏以為這種制裁的希望和權力，是構成命令的要素。因此，如果甲對乙下一個「命

令」，則乙便有遵從這個命令的「義務」，如果乙違反這種義務，則甲便對乙加以「制裁」。要這三個步驟都連在一起，才構成奧氏所說的命令。所以奧氏認為「命令」「義務」「制裁」三者是不可分離的。這樣，我們可以看出奧史丁所謂法律，是加一種義務而以制裁強制其執行的命令。頒布這個命令的，是一個特定的主權者。

奧史丁雖認一切法律都是主權者的命令但並非以為一切的命令都是法律。有的命令只對被命令者要求特定的行為或不行為，這種命令，奧氏稱為「特別命令」(Particular Command)，這種特別命令便不是法律，因為法律有普通性，只有要求一串行為 (a course of conduct) 的命令，才是法律。這種要求一串行為的命令，奧氏稱為「普遍命令」(general command)。

如前面所說，奧史丁的理論是：一切法律都是政治上居上位者對於居下位者的命令，這種命令要求一串的行為，並且對於居下位者加一種義務及當他違法時加一種制裁。但奧氏以為例外還有三種法律，並非命令：

(一) 宣布及解釋實在法的法律：這種法律的任務只在解釋已經生效的法律；他只解釋已經成立的法律對於被命令者所加的義務是什麼？並非對他加一種新的義務，所以不是命令。

(二) 廢止法律及解除已成立的義務的法律：這種法律取銷已生效的法律的效力，及解除牠所加於被命令者的義務。牠允許以前的被命令者為命令所禁止的行為或不為命令所要求的行為

• 所以這種法律有時被稱爲「允許的法律」(Permissive law)，這稱法律不是命令，而只是命令的撤銷。

(二)效力不完全的法律 (imperfect law or law of imperfect obligation)：這種法律沒有強迫人民履行牠所加的義務的制裁，立法者僅通知一種希望，而不表示加以一種制裁的願望，所以這種法律不是命令。(此種法律羅馬時代有之)

分析派法律命令說的理論，到了奧史丁已達到了最盛的時期。自後德國歷史派的勢力漸漸侵入三島，分析派的學者受了不少的影響。一八七四年梅因發表其著名的「古代法制史」對於奧史丁的學說加以嚴厲的抨擊後，英美的理論法學家大都有歷史派的傾向。

二、

這種傾向最顯著的表現，便是這時期的法學家大都相當重視法律的「實施」而不堅持以奧史丁的「制定」觀念爲區分法律的標準。奧史丁以爲一切法律都是主權者直接或迂迴的命令，換句話說，我們要判定一條規則是否法律，只要看制定這條規則的人是否一個特定的主權者或是這個特定的主權者所授權的機關或個人。自從法律的歷史研究興起以後，這種見解很明顯地不能適用於全部社會。許多社會的法律，只是一種習慣，並沒有經過主權者命令，而自然爲人民所遵守或爲法院所適用。在這種事實的教訓下，分析派的學者自然不能不部份地容納歷史派的意見了。安遜 (Anson) 說：「法律乃國家所規定而將實施的行爲規則，爲着牠的實施，國家

並採一種統一的刑罰。』(註十)這樣，多少地放棄了「法律命令說」的見解了。(註十一)
 闡述奧史丁學說最有力的要算何藍得(J. E. Holland)。何藍得對於法律的分析，我們可以用下面一個圖來說明：(註十二)

自然界的法則

法律

人類行為的規則

沒有權力去執行的——如拘束心理狀態的倫理規則

時髦的法律(Law of fashion)

榮譽的法律(Law of honor)

道德規則(Law of morality)

自然法(Law of nature)

神法(divine laws)

有權力去執行的

非特定權力執行的

特定權力執行的人法——適當意義的法律(Human

Laws)

我們以這個表和前面奧史丁分析法律觀念的表對看，可以發覺他們二人實在沒有多大的不

同，其唯一不同之點，便在於他們分類時，一個從法律的制定者出發，一個從法律的執行者出發。何藍得以爲妥當意義的法律只有「人法」一種。他說：「妥當意義的法律，乃人類外部行爲的普遍規則，由特定人的權力執行，這個權力乃是一個政治社會中許多人的權力中的最高者。」（註十二）奧史丁的法律是由一個政治社會的最高權力者所頒布，何藍得的法律是一個政治社會的最高權力者所執行。

何藍得與奧史丁不同的地方，不僅在於著重法律的執行一點。更明顯的是他對於習慣的看法與奧史丁大異。依奧史丁的看法，法律是主權者所制定，所以習慣要變爲法律，須要經過主權者的制定；換句話說，習慣要在法院適用他以判決案件以後，才具有法律的性質。何藍得則不同意這點，他說：「經法院適用的那種習慣；不僅向將來發生效力，並且有溯及既往的效力。」因此暗示習慣在被法院承認以前即是法律。奧史丁所持的反對見解，是與事實不符的。……他的錯誤在視國家承認的日期在法院認此習慣爲妥當而適用的一瞬間。」（註十四）可見他是認爲習慣在被法院適用以前即具有法律性的。但是隨後他又說：「合理習慣的法律性質，不因合理習慣的存在而發生，乃因有國家給與此種習慣以法律的效力的明示或默示的表示而發生。」（註十五）在這裏，我們可以看出承受了兩種矛盾思想的何藍得是左右爲難的。他一方面要主張習慣的法律的性質，一方面又要承認國家權力的優先。（註十六）

三、

到了這個時期，法律觀念的重心移到了法院。命令說極盛的時代，法律是主權者的命令；後來安遜何藍得將法律看為國家權力所執行的規則，但是這個抽象的國家在實質上仍然與所謂主權者沒有什麼區別。到了第三個時期，學者便脫離了國家或主權者的論據，而以為法院所適用的即是法律，因此，法律的命令的成分便減殺到了相當的地步了。戴雪(Dicey)說：「英國的法律即指英國的法院所承認及實施的一切規則及格言而言。」(註十七)沙滿得的法律定義是：「法律是國家於執行公平行政時所承認及適用之規則的總體。換句話說，法律乃法院所承認及遵守之規則。」(註十八)

最能够代表這個時期的思想的，要算美國的葛萊(John Chipman Gray)。葛萊生長在經驗主義(Empiricism)盛行的美國，因此他的法學研究多少受了自然科學方法的影響。他雖不像現在盛行美國的唯實主義者(Realists)那麼急進，甚至去否認一切法律和判例的法律性，但經驗主義所給與他的訓練，使他不肯武斷地去說一切法律都是國家或者國家的法院所制的或者執行的。他本着分析派學者的態度，應用科學方法，主張一種不够急進，但也不算保守的法律理論。(註十九)

像唯實主義者一樣，葛萊認為一切制定法在未經法院解釋以前，都不是法律。他以為這些條文，不過是「死的文字」(dead words)湊集而成，須要法院給牠以生命，牠才有意義。他說：「一個國家或團體的法律，乃指此團體(國家)的司法機關的法院制定，用以決定法律

權利及法律義務的規、之總體。」(註二十)在葛萊心目中，法官為法律觀念的中心。就這樣，他在經驗主義的指示下，輕輕地把奧史丁主權者的觀念移到法官身上去了。在法律的性質及淵源 (The nature and sources of The law) 一書中，他曾二次提起何墨斯 (Justice Holmes) 的話來證明法官的重要。何墨斯說：「誰有解釋成文法及口語法 (Spoken laws, 的絕對權利，他便是真正的立法者——真正的立法者並不是那首先寫或說法律的人。」(註二十一)葛萊雖不及唯實主義者那麼急進，却崇拜唯實主義者的導師。(註二十二)

葛萊怎樣辯護法官立法的權威呢？當法官要判決一件案子，而沒有成文法及先例可以依據時，他便只有依據自己對於道德的意見來判決。如果法官的意見與慣例及習慣不一致時，法官應依自己的意見而為判決，不應顧全慣例及習慣。他說：「法官判案時，如果健全的道德觀念要求有利於原告的判決，法官是否應該這樣判決呢？又實際上，他是否這樣判決呢？要不然，他有什么理由來辯護他去違反自己道德觀念判案呢？……如果法官故意犧牲他自己公正的意見去依從慣例，是不是委棄職務呢？」(註二十三)我們平常總以為習慣是法律的淵源，但實際上，法律的淵源不是習慣，而是法官的意見。「法院常常依習慣判案，因為社會常以為習慣是公平的，而且因為法官也具有他所生長的社會的感情及偏見，所以習慣和法官的倫理信條常是一致的。到了二者不一致時，二者之中，到底那一種是真正的法律淵源，便判然分明了。」

(註二十四)

葛萊雖認定法律是法官判案時制定的規則，並未會忽略立法機關的權威。他以爲法律的淵源（法官依據判案的規則）有六：（一）國家由立法機關所頒布的命令，（二）判例，（三）本國低級法院及外國法院對於同一案件的判例，（四）條約，（五）由舊案中類推而得的新原則，（六）官法的意見（習慣）。（註二十五）這樣又顯出他的分析派的本色了。

註一·c.f. Vinogradoff, *Outline of Historical Jurisprudence* (1920, P, P, 115—116)

註二·Laviathan (1904) P, 110

註三·Principles of morals and legislation P, 330

註四·Lectures, Campell's ed. 1869, P, 182

註五·ibid, P, 183

註六·ibid,

註七·ibid, P, 185

註八：關於 Austin 對於 ‘proper’ ‘positive’ ‘strictly so called’ 等字的用法

，學者的解釋頗不一致，參閱：Brown, *Austinian Theory of law* (1906, P, P, 34, 35 附註，及 Eastwood, *Austinian Theory of law and Sovereignty*

註九·Brown, *ap, cit, P, 5*

註十·Law and Custom of the Constitution (1886).

註十一·直到今日，仍不少著重「制定」觀念的學者。如相信盧梭「人民公意」說的學者，認爲法律是國家意志的表示··

“The will of the state concerning the civil conduct of those under its authority.” (Woodrow Wilson, *The State*, 1898).

許多學者認定法律是立法機關所訂定··

“A command proceeding from the supreme political authority of a state and addressed to the persons who are subjects of that authority” (Amos, *Science of Law*, 1874).

“It is the general body of rules which are addressed by rulers of a political society to the members of that society and which are generally obeyed” (Markby, *Elements of Law*).

“A Law (Loi) is a rule established by authority, which, according to the political institution, has the power of commanding or prohibiting, or of permitting throughout the state. A Law, truly and properly so called, is a rule sanctioned by the public power, a rule civilly and juridically obligatory.”

“Law (droit) is the result, or better, the aggregate or totality of these rules.” (Demolombe, *Cour de Code Napoleon* 1845).

“Obligatory rules of conduct, general and particular, established for men by the temporal sovereign.” (*Varielles Pommier*).

“Law is the legitimate order given to a human subject individual and collective, bound to execute to the profit of another subject (entitled to claim from him the execution thereof) that an external fact be followed by another external fact in default there of by a third, and so only with prescribed application of physical constraint to certain links in their chain” (Boquin, *La Science Jurisdiqne Pure*, 1922).

維也納學派大法學家克爾遜 (Kjelsen) 以一個「原始假定」代替奧史丁的主權觀念，其精神與分析學派極相近似。

註十一…c. f. *Jurisprudence*, (1924) Chapters 1, 2, 3.

註十二…*Ibid*, pp. 41-2.

註十三…*Ibid*, pp. 60-1.

註十四…*Ibid*, pp. 62.

註六：作者將何藍得單獨敘述的目的，在表示歷史派對於分析派的影響。其實，就大體說，何藍得和奧史丁二人的見解並沒有多大的區別。不但何藍得在將法律分類時，曾經提過「制定」的話，奧史丁也頗着重法律的「執行」，這由他對於「命令」一詞的定義可以看出。在奧史丁的用語中，執行便是「制裁」(Sanction)。

註七：on Private International Law as a Branch of the Law of England. 6, L. Q. R. P. 6, 並參考他的 Conflict of Laws (1927) Introduction, 及 Law of the Constitution (1885)。

註八：Jurisprudence, Parker's ed. (1937) pp. 49.

註九：c. f. Modern Theories of Law (1933) pp. 1, 5, 6.

註十：The Nature and Sources of the Law, pp. 82.

註十一：參考·6, H. L. R., pp. 33. 脚註及 The Nature and Sources of the Law, pp. 49, 103, 104.

註十二：唯實主義源於 Holmes 見第四章。

註十三：Some Definitions and Questions in Jurisprudence 6, H. L. R. pp. 30-1.

註十四：Ibid, pp. 31.

註十五：Ibid, pp. 28-31.

第四章 唯實學派 (Juristic Realism) (註1)(註11)

關於法律的見解，到了分析學派，可說已經到了十分具體的程度。在分析派學者的心目中，法律是載在紙上的條文。這樣，法律不僅可以思考得着，並且和自然界的物體一樣，可以由我們看見甚至接觸了。這種「適當意義」的法律，其意義是否真正適當呢？如果這種看得見摸得着的物體便是法律，那末，運用這些物體的法官，或受過物體支配的人民，不是同樣變成了死的物體嗎？對於這種機械主義的法律觀的第一個反動者，便是葛萊 (Gray)。如前章所述，葛萊雖然繼承了分析派的法律思想，但他却反對「死的文字」便是法律。在他看來，這種死的文字要經過法官在判案時「與以生命」的程序，才能稱為法律。這樣，他一方面削弱了條文的權威，另一方面又減少了法官的機械性。葛萊雖樹起了反動的旂幟，但企圖澈底地一舉推翻分析派的理論的，要算唯實學派。依葛萊的見解，分析派的死的條文，可以經過法官的還魂魔術，使之成為法律，但在唯實主義者眼中，死的條文，便永遠沒有復活的可能，因此，永遠不能變為法律。

唯實主義者的基本態度是一種「唯實主義」(Realism)，唯實主義者的根本信條是：「忠實於自然，精確地記述實在的事實，而不記述幻想的希望或認為應該的事實。」(註3)在這種基本態度下的法律科學，便是以法律秩序的一切實在事象作為研究對象的基礎的科學。

唯實主義者反對以前的「觀念的法理學」(Jurisprudence of Conception)，而企圖用觀察的方法來研究實在的法律事象，因而提倡一種「實在法理學」(Jurisprudence of actuality)。在這種基本的態度下，唯實主義者在處理一個具體案件時所關心的問題，不是條文的規定怎樣，而是：(一)對於這個案件，法官將要做些什麼？(二)在這個案件中，那一些因素為法官所重視？(三)在過去相同的條件中(即法官重視的因素相同的案件)，法官的處理怎樣？(四)如果此案與過去的案件相同時，有些什麼因素，使法官服從以前的判決，(五)有些什麼因素使法官為新的判決，這種因素有多少強？(註四)他們以為條文對於法官應為如何行為的規定，並不是法律；所謂法律乃是對於上述這些問題的回答的總體。(註五)所以，在唯實主義者心目中，法律只是對於法官在具體案件中將為如何行為的預測。上述的那些問題，各自構成預測的一部份。這些零細的預測(如果都是正確的話)歸納起來，便形成一個總預測，這個總預測便是法官將要宣布的判決。這樣一來，法律是包括許多小預測的大預測了。

唯實主義的先導者是何塞斯(Justice Holmes)(註六)，何塞斯曾經在法律之路(The path of the law, 1892)一文中說：「如果你只想知道法律，而不想知道其他的東西，你必須探一個壞人的眼光來看牠，而不可探一個好人的眼光來看牠。因為壞人只注意法律的物質的效力來決定自己的行為，而好人則根據良心的制裁為自己行為的標準。……許多編著教科書的人會告訴你：法律與麻沙秋色茲(Massachusetts)或英國法院的判決是兩樣不同的東西，

法律是一個理性的體系 (System of Reason)，法律是由道德規則式格言中推演出來的規則。但是如果你採取我們的朋友——壞人——的看法時，你將發覺他並不十分注意這種格言或推演出來的原則，他所注意的，乃是英國法院或麻沙秋色茲的法院在事實上將為如何的行為。我是十分同情這種見解的。對於法院在事實上將為如何行為的預測——沒有其他更重要的事實，便是我所說的法律。』(註七)何墨斯法官以為法律和道德的分野，正如講求道德的人和一個市井流痞對於他們行為規則的分別相同。一個講求道德的人在行為時，不但注意他們行為是否合於法律，並且還注意到他的行為是否為社會流行的道德觀念所允許，如果他的行為可為道德觀念所准允，那他便不會那麼行為了。所以他所注意的主要為道德問題。至於一個市痞便不同了，他在行為時，只知要達到目的，決不會選擇手段。他的行為只要可產生不利於他的法律效果，他便認為妥當。所以，他所注意的不是行為是否為道德觀念的要求，而是他的行為是否會引起法律上的制裁。他在行為時，預先推測法院對於他的行為將有什麼樣的制裁，這種預測，在何墨斯看來，便是法律。

唯實主義者繼承了何墨斯的見解，認定法院將為的行為便是法律。他們以為法律條文在實際案件中很少拘束法官的效力，因此，我們研究法律科學，不能以條文為對象，而應該以唯實的態度來觀察法官在具體案件中所為的行為。在唯實主義以前，法律是具體的，明確的，載在紙上的條文，在唯實主義的思想下，法律變成了未可知的法官在實際上將為的行為。這種思想

上的大轉變，胡藍克（Serome Frank）先生喻為「非歐的法律思想」（non-Euchdean legal thinking）。在非歐思想的根本態度下，「教條被塵俗化了。牠被視為一種假定，但沒有一個假定是神聖的。……非歐思想的態度是：探討隱藏了的假定，考慮代替的假定，並且根據下面的標準以選擇新的假定：（一）簡單，（二）與實在事象的關係，（三）幫助發覺尚未觀察得到的實在現象的可能性。」（註八）將這種思想適用在法律方面，則「法律事象的最重要的條件」，為牠們存在或可能存在。因此，法律的教條和假定，必須合乎事實。法律思想家不應認為自己在研究純粹數學（pure mathematics）。由法律假定中依邏輯方法誘導出來的推論，必須與實在事象相符，否則這種法律假定便是錯誤的。」（註九）何墨斯將法律思想的中心由條文搬到法院在特定案件中所為的行為，他變為法律思想中的哥白尼（Copernicus）了。（註十）

唯實主義者雖同樣崇拜現實，同樣歌頌何墨斯在法律思想的移心運動中的功德，但他們彼此的思想並不是完全一致。我們可以粗率地將他們分作三個派別：（一）心理的定命主義，（二）現象主義，（三）懷疑主義。這一個發育沒有完成的學派的學者間，除了基本態度一致外，他們的論點似乎還沒有發展到成爲一個學派的地步。正如路渥林（Llewellyn）先生所說：

「這是很清楚的，那裏並沒有一個由唯實主義者組成的學派，並且也沒有將產生這樣一個

學派的象徵。他們不是具有共同信條的一羣，他們也不討厭紛歧——雖說不希望會有紛歧。人們新加入這一羣時，獲得一種新的工具刺激，……：但加入久了，却常常彼此興趣不同。正如胡藍克說的：「他們只在對於以前學說的否定懷疑及好奇心等基本態度上是關聯的。」（註十一）

（一）心理學的定命主義 (Psychological Determinism)

近代心理學發達的結果，使法律科學的進展，受到一個極強烈的刺激；學者不僅對於法律史的演進給以心理學的解釋，（註十二）並且對於從來被認為金科玉律的法官依條文以判案的事實，也給予一個懷疑的否定。以前研究「裁判過程」(judicial process)的人，只要把法官的判決和那特殊案件中的事實連結起來，便得着了說明。現在這樣是不够了。「研究關於其他人類行為的科學的人們，已經把法官的行為和「種族特質」，「身體構造」，「生理狀況」，「心理適應」，「人格」，「智慧」，及「同時代的文化」等連聯起來。」（註十三）在這樣嚴格的分析下，心理的定命論者認為所謂理性並不是在判案前決定法官行為的因素，牠的功用只是在事後作為法官行為的辯護。真正決定法官行為的，乃是各個特定法官的心理的因素。因此，他們認為造成「裁判過程」(judicial process)的，不是法院或許多法官，而是一個孤另另的法官。這個法官在處理案件時，不僅判例和法律不能影響他，就是和他同事的法官，也不能左右他。他判案的唯一的根據，便是構成他的心理狀態的各種因素 (idiosyncrasies of

particular judge)。註十四)

在這種心理的定命論者的剖析下，成文法不是法律，判例也不是法律，他們所主張的乃是一種活的法律。胡藍克先生說：『在任何一個外行人看來，對於任何一組事實的法律，乃指法院對於這組事實的判決而言。在法官爲此判決以前，沒有關於這組事實的法律存在，此時所有的只是法學者的意見。但這種意見並非法律，而只是對於將來判決的一種猜測。』（註十五）

(二) 現象主義 (phenomenalism)

除了從心理學的觀點來否認法規的價值，以達到「唯實」的目的外，我們又有一種更純粹的唯實主義。這種唯實主義的主張者，不由什麼觀點來證明什麼是「不唯實」的。他們以爲一種現象的意義，便存在於現象本身，我們只能由牠的本身去推求牠的意義。「知識並不是一個評價的或批評的行爲，而只是實在 (actuality) 的一種存在的方式」。因此不僅一件事物的現象是實在，即關於這現象的知識本身，也是實在。這是現象主義者的根本態度。在這種理論下，只有「裁判過程」及「行政過程」中的每一個單獨的現象才是實在，在這種變動不居的單一現象的後面，並沒有其他具有永久性的東西。法律規則本身如果是一種現象，則這種法規現象只是許多獨立的裁判及行政行爲的集合。這些連續的現象彼此間並沒有關聯。所以，經常存在的並不是法律，這種法律經過法官的適用，在那適用的一小段時間裏所表顯出來的現象，才是

法律。這樣一來，現象主義者認「法官所爲」便是法律了。（註十六）

（三）懷疑主義 (Skeptical Realism)

從第三條路以達到唯實主義——法官所爲才是法律——的，便是懷疑主義。懷疑主義者的根本態度是從唯實的眼光來懷疑裁判過程的規律性；他們懷疑法官的行爲有一貫的系統；懷疑法律在法官判案時的效力；懷疑裁判過程十分客觀化的可能性。

我們可以說唯實主義派的大部份學者，都是屬於懷疑主義派。（嚴格的說，心理學的定命論者及現象主義者都是懷疑主義派，因他們也同樣地懷疑裁判過程的規律性，他們和懷疑主義派不同的地方，在於他們除了這種懷疑的根本態度外，還有一種特別的見地。）他們所用的論點雖各有不同，但是基本態度却是一致。在這裏，我們可以將發揮這派學說最透澈的胡薩克 (Jerome Frank) 的見解作爲代表。

胡薩克是徹底懷疑一般學者所主張的關於裁判過程的全部理論的。因此他同時懷疑：法官的行爲有一貫性，法律有拘束法官的效力，及裁判過程可以客觀化三件事實。他以爲在一個具體案件中，如果我們用 F 代表該案的法律事實，R 代表對付這些事實的法律，D 代表判決，依「形式法」(formal law) 的理論，D 是依下面的公式得着的：

$$R \times F = D \quad (\text{法則} \times \text{事實} = \text{判決})$$

在這樣的情形下，讓我們假定對於任何一組法律事實，都有確定的法律來對付牠（胡薩克

申明這種假定顯然是錯誤的)，但是在審判中事實是可以爭辯的，非到審判終了，我們不能斷定事實是怎樣的，因此也不能預先知道判決的內容。胡藍克以爲「在關於F有爭辯的案件中，這個決定D的F，並不是真正發生於訴訟當事人間的事實，乃是法官所幻想發生的事實。」（註十七）在上面的公式中，D是隨F而變的，F既是法官所想像的，所以D也是法官所想像的了。

在有陪審制度的裁判過程裏，陪審員直接和證人及律師接觸以認定事實，再由法官宣讀關於這案件的法律，陪審員便根據這種事實和法律以制定判決，所以在有陪審制度的案件中，判決的產生也可用 $R \times F = D$ 來表示。但是實際上如何呢？胡藍克先生說：「法官關於法律的議論，陪審員是不能了解的。大部份的陪審員告訴我們：法官宣讀的法律在陪審員實是被忽視了的，陪審員的判決。常常是「賭博技術」(gambling technique)的產物。他們並沒有分別法律和事實。……在實際上，並無所謂法官的R及陪審員的F，而只有一個陪審員的D。判決乃是一個混合物，等到牠產生以後，「形式法」將牠分爲一個F和一個R。」（註十八）在這種懷疑的X光的照耀下，所謂「公平行政」是醜態畢露了！

然則在懷疑主義者的觀察下，法官的判決是如何產生的呢？胡藍克爽快地答道：「乾脆的說，法官用一個「衝擊」(hunch)來決定什麼是公平，正當，便利，……但是這個「裁判衝擊」(Judicial hunch)是由什麼產生的呢？我們的回答必定很含糊：形成法官的人格無數

個刺激的影響。如果你歡喜數學公式的話，你可以用S代替刺激，P代替法官的人格，D代替判決，你便可以得到「SxP=D。」（註十九）這樣，他用對於法官的刺激代替法律，用法官的人格代替事實來決定判決，而形成一種「衝擊法律論」（‘hunch’， theory of law）了。胡藍克給與這個「衝擊」的定義是：「法官對於一切證人所給與他的各個刺激——觸及法官（或陪審員）的偏見，固僻，先見等的刺激——的綜合的回答」。（註二十）因為他以為人的性質和愛好是環境的產物，同時也是受環境的轉移的。法官既是一個人，便免不了要受他特殊環境的影響，因而形成一種特殊的人格。在審判時，如果證人所提供的材料，特別適合於法官的脾氣，法官便以這證人的話為真理，而依之判決了。因此，他認為判決是證人的刺激作用於法官的人格之產物，而造成「SxP=D」這個公式。在這種理論下，法律只是一樣無用的怪物。「假如我們剝去蒙在法律身上的獅子皮，我們便可以發見牠是一個驢子；牠不但不能使我們驚駭和炫昏，並且是應該為我們服勞役的」。（註二十一）

上面所舉的，只是唯實主義的三種立論的方式，正因為唯實主義者目前還沒有形成一個統一的學派，這一種方式，當然不能包括全體唯實主義者的主張。唯實主義者對於法律觀念的共同態度，我們可以歸納成下面三點：

一、他們崇拜自然科學的方法，主張法學家研究法律應和自然科學家對付自然現象一樣，用歸納的方法，研究其間的因果關係，而把「是」（is）和「應該是」（ought to be）替

時分離。(註二十一)賓漢(Joseph W. Bingham)說：「法律的疇範較任何幻想中的制定規則，來得廣泛和複雜，牠和其他的科學一樣，是一個自然科學的疇範。具體事實的串聯及其結果，乃供觀察和預測的外部現象。」(註二十三)在這種態度下，法規和法律原則(Rules and principles)，只是和這種類似自然科學的研究過程中，爲着便利起見所採用的工具。「牠們只是被用來分類及經濟地流通已經聚集了的法律知識的智識工具(mental tools)」，正如在其他科學中採用「定義」和「原理」一樣。」(註二十四)他們對於法律的見解，可說是由這種基本態度中引導出來的。

二、法律不能影響法官判決案件。這是唯實主義者對於傳統思想的最無情的攻擊。極端的唯實主義者以爲判決的成立乃是根據一個「裁判衝擊」，比較溫和的唯實主義者也只承認法律是引導法官判案的一點「閃爍的微光(a flickering light)」(註二十五)法律只是死的文字，「一條特定法律的意義，要在考察活的現象——行爲——以後，才能表現。」(註二十六)法官對於這種死的文字，到底是否會「與以生命」，那便是一個「或然」(Probability)了。

三、所謂法律乃指那各個判決的連續而言(jaw as a series of single decisions)。昨天的法律沒有拘束法官今天判案的力量，同樣，今天的判決也不能拘束明天處理性質相同案件的法官。法律乃是今天法官所爲的行爲。這種用行爲來表示法律的見解擴張的結果，不僅政府的行政行爲被認爲「法律的最後表現」，並且因爲政府行爲是基於國民同意或輿論的，於是一般

人民的行爲也會被認爲法律的一部份了。(註二十七)(註二十八)

註一：近代社會法學派不大注意法律性質的討論，社會法學派者只關心法律做了什麼？(what it does)，而不注意法律是什麼(what it is)。Pound 說……

“But in a general way, it may be said of the sociological jurists as compared with the nineteenth century schools that they are concerned not so much with the content of a body of law as with its working. They think of it not as necessarily made or necessarily formed but as a social institution which may be improved by conscious effort, whether its content is made or formed or both. They do not think of either custom or statute as necessarily the type of a law but regard the form of legal precepts as but means to ends which are of more importance.” (Encyclopaedia of the Social Sciences, (1932) vol. VIII, P. 483)。唯實學派只是此派的一個分支，但物的態度與社會法學派相比，却已經相去很遠。e. f. Gustav Radbruch, Anglo-American Jurisprudence, 52, Law Quarterly Review pp. 541, 542.

註二：代表唯實主義思想的主要著作有：Frank: Law and the Modern Mind, (1931)。

Robinson, *Law and the Lawyers* (1935); Arnold, *the Symbols of government* (1935); Llewellyn, *The Bramble Bush* (1920)。其次零散論文甚多，分載 *Harvard Law Review*, *Columbia Law Review*, *Yale Law Journal* 等雜誌。

註三：Pound, *The Call for a Realistic Jurisprudence* P. 44, *Harvard Law Review*, P. 697.

註四：C. F. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35, col. L R P, 839.

註五：Ibid.

註六：Goodhart 教授謂 Holmes 下那個著名的法律定義的用意，在區別倫理與法律，並不是在給「法律」一個哲學的分析，而斷定唯實主義者未曾注意到那定義的上下文。(c. f. *Modern Theories of Law* 1933, P. 10.)。Holmes 下這個定義的直捷目的，雖在區別法律和道德，但他是否認為這便是法律的適當定義，我們一時無從查考。不過，如果唯實主義派的理論在學理上可以成立，則即使他們引錯了 Holmes 的話，也於他們的理論無害。因為，我們決不能對一個聰明的私生子說他不聰明。

註七..10, H. L. R. pp. 459-461。很奇怪地，Holmes 這種預測的法律論竟與拉丁文 *Jurisprudentia* 的原義相吻合。*Jurisprudentia* 從 *Jus* 及 *Providere* 二字而來，前者的意思是法律，後者的意思便是預測。

c. f. Wu, *Judicial Essays* (1928) P. 6 Note 1.

註八..Mr. Justice Holmes and non-Eudidean, *Legal Thinking* 17, *Council Law Quarterly*.

註九..*Ibid.*

註十..*Ibid.*

註十一..Llewellyn, *Some Reality about Realism*, 44, *H.L.R.*, pp. 1533-4.

註十二..e. f. Pound, *Interpretations of Legal History* (1929) P. 78.

註十三..Moore Hope, *An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking*, 38 *Yale, L. J.*

註十四..c. f. Pound, *The Call for a Realistic Jurisprudence*, 44 *H. L. R.* pp. 704-7; *Fifty Years of Jurisprudence* 51 *H, L, R.*, (1938) pp. 735-90.

註十五..Frank, *Law and the Modern Mind* P, 46.

註六〇…c. f. Fifty years of Jurisprudence; the Call for a Realistic Jurisprudence.

註六〇…Frank, What Court Do in Fact, 26, Illinois Law Review, (1932) pp. 648-649.

註六一…Ibid, pp. 651-652.

註六二…Ibid, p. 655.

註六三…Ibid, p. 656.

註六四…*法律與經濟學十論*中論社會目的論。

Juridical Essays, p. 13.

註六五…c. f. Llewellyn, Legal Tradition and Social Science Method (1912) pp. 90-99.

註六六…Bingham, What is the Law, 11, Michigan, Law Review (1912) p. 11.

註六七…Ibid.

註七八…*輿論* Dr. Kirchwey 著譯。頁 21, H, L, R, (1938) p. 793.

註七九…Llewellyn, A Realistic Jurisprudence-The Next Step. 30 Columbia L.

Review, p. 444.

註八〇…Llewellyn, ibid, pp. 435-437.

註八一…對於唯實學派批評得最嚴厲的，要算 Joseph L. Kunz。他在 the Vienna

School and International Law" (New York University Law Q. R. vol. 13, 3570) 一文中有一段極饒興趣的敘述。唯實主義者以為法官將為的行為便是法律，他說「法官」乃是實在法體系下的一個概念，並不是可以用自然科學的方法觀察得到的。他結論說：

"In a word, if Professor Cook tells us that he is interested in what the judge will do, he introduces, in a disguised manner, the whole nomativity of the law, because it is the law alone which makes a man judge. And if we are interested in what the majority of the Supreme Court will do, it is *only* because the positive law prescribes the majority will decide. If the positive law would prescribe the decision must be taken unanimously, we would at once be interested, not in what the majority but in what all the judges will do."

第五章 結論

一、一元主義

上述四個學派對於法律，各有他們一貫的態度。英國分析學派的學者，不管他們認為法律是主權者的命令也好，國家所執行的規則也好，或法院所適用及承認的規則也好；（註一）他們有一個共同的特點，便是認為法律與國家或主權間有不可分離的關係。他們只認那種含有力因素的規則才是法律，合得上這個標準的，只有由國家制定或者承認的各個法規。因此，他們認為法律便是各個法規的集合（the law is an aggregate of laws）。這樣，分析派的學者把其他與他們所說的法律相似的行為規則，都排諸法律的領域以外，而自以為決定了法理學的範圍（註二），或達到了「堅固的事實基礎」上面。（註三）分析派學者這樣把全部注意力集中在各個法規上，無疑地是犯了一種錯誤，正如沙滿得（Salmond）自己所承認的：「大多數英國著作家在下「法律」的定義時，總是企圖去回答什麼是「一條法律」（what is a law，而真正的問題，却是「什麼是法律」（what is law）。」（註四）

在唯力主義的分析派學者眼中，「力」不僅在法律的制定一點上表現，並且也在法律的執行上面表現出來。對於這種看法，歷史學派是堅決反對的。歷史派學者認為法律是一種習慣，

因此不是主權者在五秒鐘內制成，而是由連年累月的集團生活中生長出來的。德國歷史派的「民族靈魂」是歷史的產物，英國歷史學派和其他許多學者的「民族特性」也是歷史的產物。這種歷史產物的流行，可以說是社會上不知不覺的事實，決不是主權者權力強制的結果。這一派學者大都是著重法律的歷史研究的。他們知道：在原始或野蠻的社會，政治組織沒有發達，社會秩序全靠道德、宗教、倫理、等觀念來維持，此種觀念普遍地發展，到了由全體人民遵守時，即形成了一種行為規範。這是歷史派學者在古代社會中所發見的法律，也是他們在近代社會中所認識的法律。因此，他們所說的法律，不是分析派學者所說的法規的集合，而是指社會統制 (Social control) 的一切力量而言。(註五)

自然法學者則以為法律不是可以由人的意志自由創造的，也不是由民族生活中生長的，牠本來便存在於宇宙間。立法者並不能製造法律，他的功勞只在發見這種法律，並且宣布牠的存在而已。這一點，是一切的自然法學者共同一貫的態度；不管他們以為法律是神意的表現，自然理性的命令，人類理性的顯示，或社會生活的要求。

法律是本來存在的呢？逐漸生長的呢？還是一時制定的呢？是理性呢？習慣呢？還是法規的集合呢？對於這些問題，唯實主義者是絕不關心的。因為無論分析派，歷史派和自然法派的學者把法律看成一樣什麼東西，在唯實主義者看來，對於實際判案的法官，這樣東西是不能發生一點「閃爍的微光」更大的威力的。在他們心目中，只有法官（甚至行政官）在實際判案

時所爲的行爲，才是法律，除了這種行爲能够當法律之名以外；如果我們要把法律和習慣看成法律，那只是欺人自欺！

對於這四種「唯我獨尊」的一元主義，我們用不着驚駭。人類是社會的動物，人類的思想行爲，一方面構成社會的一部份，另一方面却又處處受了社會的牽制，法律思想家自然也不能例外。

一個時代的思想和那時代的社會環境及思想主潮的關係，正如「型」(figure)與「基」(background)的互爲表裏。龐德(Pound)論法律思想的變遷說：

「法學研究的方法和成見(Preconception)常隨整個智識態度(intellectual attitudes)的變遷而變遷。在十七十八世紀，人們把社會現象各部門知識的總體看成哲學；在十九世紀，人們把牠看成歷史；到了二十世紀，人們又把牠看成科學。這種變動，表示一嶄新的學問的興起，或表示某種新智識興趣的產生，這種興趣誘導其他領域的學者用這種新知識去解釋以前的學問。當哲學方法盛行時，法理學被稱爲哲學；當歷史學方法流行時，牠又被視爲歷史，在實證主義(Positivism)和社會學方法的統治下，牠便成爲一種科學。」(註六)

在知識不甚發達的希臘羅馬時代，宗教統治的中古，理性主義流行的十八世紀，人們以自然法來解釋當時的法律現象，來維持社會人心；在十九世紀初期立法運動盛行的英國，用權力來說明法律；在歷史學極盛的時代，把法學扭向歷史的解釋；在以判例法爲主的美國，來懷疑

制定法的效力；這些都是很自然的事。這四個學派的思想家，各自生長在特殊的思想環境裏，或是完全沒有和別的思想接觸過，或即使接觸過，也因為他們成見太深，常常有意或無意地拒絕其他的思想。這樣一來，便造成了一種嚴格分立的一元主義。並且，人類是有好勝的本性的，因此，各派的學者更本着「唯我獨尊」的態度，非薄異己。何墨斯說的好：

『對於浪漫騎士，你同意他的情人是一個漂亮的女郎，那是不够的——如果你不承認她上帝曾經創造及將要創造的最美的女郎，你必須和他決鬥。一切人都有極強的優勝慾求，沒有方法可以達到這種目的時，可憐的人便利用飲醉來達到牠。』（註七）

二、各派主張，各是一樁事。

思想是人類用他的智力創造出來以解釋現象的工具，社會科學中的「原理」「定義」是這樣，自然科學中的「定律」也是這樣。（註八）在人類理智不甚開明的時代，人們往往用一種假定來解釋一切現象。在最早希臘時代的思想家中，泰爾斯（Thales）用水，安拉細滿德（Anaximander）用「無定」（the infinite）來解釋萬物。而安拉細門斯（Anaximenes）則以為空氣是一切事物的根源。（註九）不過到了現在，這種幼稚的見解是毫無價值了。法律科學中的一元主義，似乎也不可諱言地犯着這種幼稚病。一切一元主義者都把自己的注意力集中在某一特定的點上，而把集中注意力於其他點上的見解目為邪說。一百多年來關於法律性質的大論戰，可以說完全起於各派學者假定他們在討論一樣東西，而實際上他們在討論中從來沒有碰

頭。

分析派學者是由觀察一個進步的政治社會出發的，他們曾經鄭重地聲明：法理學是「實在法的科學」(the Science of positive law)。(註十)歷史派的學者是由觀察原始的野蠻社會出發的，他們認為：在原始社會中，因為沒有分析派所觀察的政治社會存在，習慣代行了法律的職務，有現任的政治社會中，一部份的法律仍舊是習慣。他們或者認為這種習慣事實上是被人民遵守的，因此便是一種「法律」；或者認為立法機關所制定的法律，如果違反這種習慣，這種法律便沒有效力。(註十一)分析派的學者則以為這種習慣，須要經過國家的承認或法院的執行，始能說是法律。所以他們的爭論是：事實上被人民遵守的習慣，歷史派學者以為應該將「法律」這個簽條 (Label) (註十二)貼上，而分析派學者則以為只應該把這簽條貼在曾經法院執行的習慣上面。

自然法學派所關心的，乾脆地說，並不是「法律是什麼」，而是法律的背後是什麼。他們的主張並不是「法律是理性」，而是「法律是理性的表現」。(註十三)並且，像一般學者常常提到的，自然法學者所討論的對象，不是實在法，也不是習慣，而是一種「應該的法律」(law ought to be)或「希望的法律」。他們所認識的法律，乃是合乎理性的法律，對於違反理性要求的法律，不管他是否習慣，也不管他是否由立法機關制定和實際上生效與否，他們堅決地拒絕將「法律」這塊簽條加上。(註十四)

古德哈 (Goodhart) 教授認為唯實主義者所犯的錯誤，在於將法律和「公平行政」(administration of justice) 兩個觀念混在一起，因而否認實在法是法律。(註十五) 我們認為這種看法雖然表明了唯實主義思想的來源，但並沒有澈底地說明唯實主義者的立場。唯實主義者不是分不清法律和公平，而是故意要把牠混在一起。他們覺得普通人所謂法律，雖說形式上非常完整，但法官判案時是否遵從牠，却是問題。如果法官不遵從牠，則這種未被法官遵從的法律，便不是法律，他們便拒絕將那寫有「法律」二字的簽條加與牠。所以他們所說的法律，是那種實際上發生效力的法律。

在現實的社會中，我們可以同時找到這四個學派所認識的法律——分析派的由立法機關制定的法律，歷史學派的由人民遵守而形成的法律，自然法學派的理性法，唯實學派的實際上生效的法律。因此，由我們看來，過去一百餘年關於法律性質的論戰，好像在戰場上，本來沒有敵意的友軍，因為誤認軍旗而發生一場惡鬥一樣。各學派見解的歧異，並不單純是由於他們的方法，觀點，或者趨向有差別，而主要是因為所討論的對象根本不同。正如挨沙格斯 (Zacharyn Isaacs) 所說：「不僅是三個瞎子對於象的描寫的不同，而是他們對於象本身的概念不同。」(註十六)

其實，「法律」這樣東西是沒有生命，不能說明牠自己是什麼的。「法律」這兩個字，也沒有牠本來的意義，牠的意義完全是人們所給與的，因此，我們也可以任意地用牠來代表什麼

東西。從法官的觀點看，法律是判案時所根據的規則；從每一個私人的觀點看，牠是行爲的規則，或加於某種行爲的結果；從律師的觀點看，法律便是預測司法行爲或行政行爲的基礎；從法學家的觀點看，牠便是一些供研究的材料。因此，自然法派，歷史派，分析派，及唯實派所給與法律的定義，並不算十分紛歧，在實際上，我們可以由各種觀點去觀察，而給牠更多的定義（註十七）。「法律」這個名詞我們也可以用牠來代表任何的東西。牠可用在自然科學中的「牛頓定律」（Law of gravitation）「因果律」（Law of Causality），可以用在經濟學中的「格來歇定理」（Gresham's law），也可以用在論理學中的「相同律」（Law of identity）「和矛盾律」（Law of contradiction）。在法律科學中，牠至少可以有四種意義：（一）由國家制定或承認以作爲司法和行政行爲的規則。如我們說「法系」（Systems of law）及「法律的公平」（justice according to the law）時，法律二字的意義，便是如此。（二）法律秩序或整個社會統制的體系（the system of social control），如我們說「尊重法律」及「法律的自由」。（三）一切以官吏的資格所爲的行爲（all that is done officially）。（四）包括上述三種意義，如說「法律與道德」「法律科學」時所指的意義是。（註十八）

「法律」這兩個字，既然本來沒有什麼意義，牠的意義完全是人們給與牠的，那麼，分析學派可以把牠看成法規，當然歷史法派可以把牠看成法律秩序，自然法派可以把牠看成理性的表現，唯實主義派可以把牠看成官吏的行爲。法學家要對本來可以由各方面去觀察的「法律」

這樣東西，限定一個觀察的方向，或對本來沒有意義的「法律」這兩個字，加以一定的意義以拘束牠的用法，那是固然的。（註十九）爲着使他人不誤解，我們在用法律這兩個字時，應該隨時聲明我們所給與牠的意義。（註二十）斬甯彩（W. Ivor Jennings）教授說的好：

「除了在特定的上下文以外，「法律」二字是沒有一定的意義的。邊沁很久以前說過：「沒有一個字的本身是有意義的」。……假若我們用「法律」這個名詞，我便有給以定義的義務。但是我的定義，只滿足我對於這個字的用法，這種用法，對於別人是沒有拘束力的。如果我給牠的定義不包括國際法在內，我不能說國際公法不是法律，我只能說，國際法不是我的定義中的法律。並且，當我在兩個不同的地方用「法律」這個名詞時，我也不一定要給與同樣的意義。在事實上，法理學家給法律以定義的企圖，是無益的。他們如果爲着科學的精確和劃一起見，要給法律以定義，他們自然可以給牠一個定義；但這樣他們是爲牠發明了一個意義，而不是說明牠已經具有的意義。」（註二十一）

四、

和其他的科學一樣，在現在的法律科學中，似乎無疑地也要讓我們用多元主義來代替一元主義。一元主義者所見到的是部分的真理，要將這些部分的真理集合起來，而後才成一個完滿的真理。實在法佔各國現行法律的大部，我們在研究法律科學時——如果我們是研究整個法律科學的話——便不能撇開牠。歷史派對於法律科學的貢獻有三方面：（一）將原始或古代人類法

律生活的情形告訴我們；(二)說明法律和一個民族的歷史背景，及由此背景所產生的民族特性有相聯的關係；(三)說明現在大多數國家的民法，尤其是英國和美國的普通法，是一種習慣。他們這些主張都是真理，只要我們是在研究法律科學的全部，是不能缺少這些真理的。自然法的主張也有二：第一、只有合於理性的要求的才是法律；第二、一切法律都應該合於理性的要求。實在法未必完全合於理性；這是事實，但我們不能因此便認為法律可以不合於理性。認非理性法不是法律的自然法學者，固然不免有超越現實的嫌疑，但是研究法律的人應該著重他的理性的因素，實在也沒有否定的餘地。在人類善良天性泯滅，強力盛行的時代，自然法往往幫助人民來反抗強暴，自然法在歷史上的這種功績，是常常被法律學者讚頌的。

從研究裁判過程出發的唯實主義者重視法律的實際效力，這是每一個注意法律目的論的學者應該同情的。法律是為達到某種目的滿足人類某種需要而存在的，如果牠可以不生效力，如果牠可以等於「紙上具文」，唯實主義者便可以說牠不存在，因此也就沒有什麼「法律」了。除非是極端的形式主義者，我想不會有人認為紙上的文字遊戲即是法律。所以，從這一點看，唯實主義者對於「法律」這個觀念的貢獻，實在是不可忽視的。不過唯實主義者單純地根據效力一點來下法律的定義，而完全忽略他種因素，他們所犯的錯誤，似乎較其他的一元主義者更為嚴重。

龐德先生認為三個學派所研究的時代對象根本不同：分析派學者研究現在已經發達了的法

律制度，歷史派研究過去的，自然法學派研究將來的。（註二十二）這種看法，似乎不一定真確。我們在前面說過，歷史派法學家不僅以歷史上的法律爲他們的對象，同時也以現代大部份國家的民法和英美的普通法爲他們研究的適當範圍。自然法派的法學家，不但研究將來的希望的法律，並且也集中注意力在現行的法律制度。我們以爲三個學派所討論的，不是對象不同，而是觀點的不同。分析派學者認定法律應該有「力」的制定和執行（*sanction*）；所以他們所觀察的是法律的制定和執行，亦即是法律的「力」的因素。歷史學派着重法律的歷史成因，所以他們觀察的是法律的歷史因素。自然法派注意法律的理性成分，他們所觀察的是法律的理性因素。我們以爲說明一樁事物，雖不必說明牠的過去，現在和未來，但對於構成這樁物件的各種因素，則應該都說到。如果有一位朋友問擺在桌上的鏡子是什麼，我們不能因爲牠的外緣附了一層鉛絲，便說牠是一個鉛架；不能因爲牠的背後有一片厚紙，便說牠是一片紙；我們也不能說牠是一塊玻璃，或者一層水銀。倘若我們要就牠的構成分子來說明牠的話，便應該回答：那是一片鍍着水銀，背後附着一層厚紙，而用鉛絲附裹及撐持……的厚玻璃。歷史派學者抓住法律的歷史因素，便說習慣即是法律，他們所犯的錯誤等於我們回答朋友說：鏡子是一個鉛架。自然法派學者發見了法律的理性因素，便自以爲看見了「法律」的全豹，斷然地排棄其他一切因素——其他更爲重要更爲確定的因素，而把那個量不確定的理性看爲法律，難怪有些人要嘲之爲「空氣中的法學理論」（*Jurisprudence in the air*）。（註二十三）

我們雖不能說理性是法律的唯一因素，但却應該承認他是法律的一個頗爲重要的因素。原始法律制度的形成，雖大都不是由於人類理性的動機，但在立法運動盛行的今日，我們由立法會議的會議錄中，可以發見許多法律都是人類理性活動的產物。並且，近代學者幾乎全都承認法律的功用，在維持社會的正義公平，如果法律本身不包含正義公平等理性因素，牠怎麼能達成這個任務呢？完全否認法律的理性因素，豈不是完全否認我們有根據自己的理性以改善法律制度的可能嗎？

只看見法律的力的因素的分析學者，以爲只要經過了國家制定及執行的就是法律，這等於說有一頭兩手兩足的便是人，他們不知道在百貨商店的大玻璃櫃裏還有一種沒有脈膊橡皮人。他們以爲法理學的目的爲「分析法律的最重要的原則 (the first principles of law)，而不考究牠的歷史來源及倫理的意義和妥當與否。」(註二十四)或「在不涉及善與惡的條件下對於法律規則的研究。」(註二十五)但是，在實際上，大多數的法律都有牠的歷史背景，一切法律都是根據倫理觀念的要求來處理社會上的事象的。如果我們討論法律時，可以「不考究妥當與否」，可以在「不涉及善惡的條件下」，則我們試問所討論的是法律，還是別的東西呢？把「實質科學」和「形式科學」截然分離，而建立「法律的純粹科學」(the pure Science of law)的克爾遜 (Kelsen) (註二十六)告訴了我們什麼呢？巴統先生說：「實在的，我們自克爾遜的方法論中獲得的，不是法律觀念，也不是法律進化的理論，而僅僅是「邏輯思想的

形式原則」(the formal principles of logical thought)而已。』(註二十七)試問我們所希望知道的法律，是不是這種「邏輯思想的形式原則」呢？除了邏輯而外，分析派的學者更告訴了我們一些什麼呢？

我們認為構成一樁事物的概念，有二種因素：一是物的本身，一是這件物在宇宙間所處的地位，或是牠和外界所生的關係。物的本身有形式和實質二方面，我們在說明「人」時，應先說明他的外形及內部的生理構造，這是形式的人；再應說明他的精神活動，這是實質的人，如果我們僅知道形式的人，則將以為人和其他禽獸的區別，只是形狀上的，這種觀念是不是可靠呢？又如果我們只知道形式上及實質上的人，而不明瞭他和外界的關係，則我們或許要懷疑人是地球上最下等的動物，也未可知。所以，假如我們要對一個從來沒有到過地球上的東西說明人是什麼時，我們在說明人的本身（實質的和形式的）以外，還應該說明牠是地球上最進步的動物，是地球上的主人。假若我們只告訴牠構成「人」的概念的三個因素的任何一個，或只告訴牠兩個，而忽略其他任何一個時，這個從來沒有到過地球上的東西，一定不能澈底地明瞭人是什麼。僅看到制定或者執行的分析派學者，只看到法律的形式要素，他們只討論形式的法律。僅看見理性及歷史成因的自然法派和歷史派學者所討論的，只是法律的實質因素，或實質的法律。這些單純地根據許多因素中的一個來下法律的定義的人，在他們的觀點上看雖不算什麼錯誤，但是，無疑地，他們只是些「坐井觀天」的一元主義者。

要完滿地說明法律的意義，我們認為應該從上述三個論點出發。從形式上看，今日大多數的法律，是國家立法機關制定或法院執行的規則，這是分析派學者觀察得相當透澈。從實質上去觀察，立法機關制定法律或法院執行一種規則，一定根據公平正義的原則及民族習慣，在這一方面，我們不能不感謝自然法派和歷史派的學者給我們開闢一塊園地。但是我們僅明瞭法律本身，還不算完全了解他，必須更進一步，觀察他在宇宙間的地位。從他和外界的關係看，法律是一個社會為達到維持並發展社會生活的目的，以規範人民外部行為的方式所採用的一種制度。所以法律在社會中担負了一種維持和發展社會生活的任務。自然法，分析，及歷史三個學派完全忽視這一點，而近代的社會法學派則把法律科學轉到了這一個方向。（註二十八）構成社會法學派一支的唯實學派在這一方面而努力，是值得其他三個學派的學者注意的。所以，我們認為要完滿地說明法律的意義，不是任何一個學派本着他們孤陋寡聞的見地所能做到的，必定要他們互相合作才可。

並且，我們更應該注意二十世紀的學術趨勢。大致說來，十九世紀是一個「學術傾向專門化的世紀，其他的科學如此，法學也是如此。所以，在法律科學的領域中，有民法、刑法、商法、國際公法、國際私法、憲法、行政法……等類的專家。在法理學的領域中，又有自然法學派，分析學派，歷史學派等不同的系列。然而，二十世紀是一個思想交混大流行的時代，一切科學，不管自然科學也好，社會科學也好，都不能再像以前一樣，故步自封地守着自己原來

的營壘。究化學的人不僅須要研究物理和數學，並且還須要一些社會學和經濟學的知識；學經濟學的人，也應該讀法律、政治、和地理，數學等科學。同樣，法律學生也不能死守着前一個世紀的領域，而應該研究政治、經濟、社會學、心理學、人類學等等的學問。法律科學是與法律以外的許多科學相關聯的，我們說明法律，也須得將這些科學所給與法律的意義說出。因此，我們不僅認為分析派，歷史派，自然法派，唯實學派等四個學派應該通力合作，並且希望他們更能接受其他的科學可能給與他們的幫助。為着論明「法律」這兩個字的意義，我們以為應該這樣，為着法律科學的進展法律制度的改善，我們以為也應該這樣。

——一九四〇年十二月七日脫稿於樂山

註一·Vinogradoff 對於這種說法下了一個嚴厲的攻擊。他說：“A definition of law starting from their action would therefore be like the definition of a motor-car as a vehicle usually driven by a chauffeur” (Common Sense in Law p. 320.)

註二·Austin, the Province of Jurisprudence determined

註三·Markby, Elements of Law (1889) p. 12.

註四·見 Joseph, H. Resle, A Treatise of the Conflict of Laws (1935) vol. I.

p. 22.

註五…c. f. Vinogradoff. *Historical Jurisprudence* (1920) p. 119. Pound, *Jurisprudence* 參 *Encyclopaedia of Social Science* (1932), vol. 8.

註六…*Encyclopaedia of Social Science* vol. 8 p. 477.

註七…*Collected Legal Papers*. p. 310.

註八…c. f. Robson, *Civilization and the Growth of Law* (1935) Part, III.

註九…c. f. Wu, *Juridical Essays* p. 197.

註十…*Holland Jurisprudence*.

註十一…參閱第二章。

註十二…這是 Pound 的用語。見 *Law and the Science of Law*, 43 *Yale L. Journal* P. 528.

註十三…參閱前面第一章，在那裏，作者曾經隨時指出自然法學者並不否認實在法，他們全是法學的二元論者。

註十四…參閱第一章。

註十五…*Modern Theories of Law*, (1935) P. 9.

註十六…*Schools of Jurisprudence*, 31, H, L, R, P. 378.

註廿九·c. f. Pound, *More about the Nature of Law* in *Legal Essays in Tribute to Memmar*.

註廿八·Ibid,

註廿七·Hugo Grotius 企圖下法律的定義爲：“the sum of the influences that determine decisions in courts of justice” (c. f. the *Encyclopaedia Britannica* 14 ed. (1929) vol. 13, p. 1980)，這樣的定義，不但不能說明法律是什麼，反而使我們更覺糊塗了。

註廿六·作者覺得吳經熊博士的“*The Theory of Three Dimensional Law*”亦有相當意義的。參考·*Juridical Essays*, p. 1.

註廿五·*Modern Theories of Law* p. 83.

註廿四·c. f. the *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 24, H, T, B,

註廿三·Vinogradoff, *Common Sense in Law*, p. 235.

註廿二·Salmond, *Jurisprudence*, p. 5.

註廿一·Allen, *Legal Duties*, p. 15.

註廿·c. f. *The Pure Theory of Law*, 50, *Law Quarterly Review*。當 *Lantaryacht*,

Kelsen's Theory of Law (*Modern Theories of Law*).

註釋F. G. W. Paton, *Whither jurisprudence* 譯 *Politica, march, 1933, P, 20*
註釋K. c. f. Pound, *The scope and purpose of sociological jurisprudence, 24, 25,*
H, L, R,