

社會科學叢書

何炳松劉秉麟主編

法 學 史

滂 恩 著
雷 賓 譯

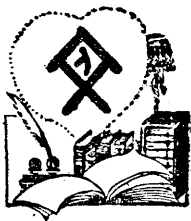


商務印書館發行

上海图书馆藏书



A541 212 0002 8666B



鴻英圖書館

登記 12.98.7
書碼 34.019/P.87
到期 23/5/31
價格 30
備註



書叢學科會社

編主麟秉劉松炳何

法

滂恩著
雷賓南譯



史

~~1588529~~

譯者序

前在民國十六年，即一九二七年，譯者曾經將滂恩教授的著作之一，譯成『法學肄言』，並印行之以問世。今年春間，商務印書館復以此書譯漢事相託，譯者深喜得到此項機緣以逐漸介紹滂恩先生的法律學說於邦人君子，隨即接受之不辭。顧因一面講學於南京中央大學與無錫民衆教育院，一面從事於研究各國成人教育及整理舊有稿件，此書的譯述遂不免時受延宕。幸戴雪先生的『英憲精義』的譯事得於本年夏間竣工，譯者纔有相當機會以譯完此書。然而在譯事的進程中，倘若不有老友赫士別格（Carl Herzberg）時備諮詢，與吾妻晨夕相助，譯本完成尙不知在於何日耳。茲當脫稿之始，謹將譯漢原委敘述，以當序文。

民國十九年雙十節日雷賓南沛鴻序於滬寓

法學史目次

第一章 法學歷史·····	一
第一節 希臘哲學·····	一
第二節 羅馬法·····	三
第三節 現代法律科學的開端·····	四
第四節 現代法律科學·····	六
第一款 哲學宗之自然法律派法學·····	六
第二款 十九世紀各宗派·····	七
第一項 歷史宗法學·····	七

第二項 哲學宗之玄學派法學·····	九
第三款 分析宗法學·····	一〇
第三款 二十世紀各宗派的先導·····	一二
第四款 社會哲學宗之各派·····	一五
第一項 人羣功利派法學·····	一五
第二項 新康德派法學·····	一七
第三項 新黑智兒派法學·····	一八
第四項 自然法律學派在法蘭西之再起·····	二一
第五款 經濟的詮譯·····	二三
第六款 羣學宗法學·····	二六
第一項 機械時期·····	二六
第二項 生物時期·····	二七

第三項	心理時期·····	二九
第四項	聯合時期·····	三一
第五項	羣學宗法學的進行計劃·····	三三
第二章	現代法律科學的特性·····	五六
第一節	功能的趣向·····	五六
第二節	法律與道德相互關係的理論·····	五九
第三節	預防直道的運動·····	六三
第四節	執法趨於個別化的運動·····	六四
第五節	法學與其他社會科學協作運動·····	六六
第三章	法學在今日所有主要問題·····	七一

第一節	利益的計值·····	七一
第二節	法律與行政的關係·····	八〇
第三節	法律行爲生效的有限性·····	八三
第四節	搜查社會事實的方法·····	八七
第五節	法典編纂·····	八八

法學史

第一章 法學歷史

第一節 希臘哲學

法律學問自成爲一專門科學；關於此旨，法學（*jurisprudence*）殆與其他科學同，即同導源於希臘哲學。是故今代律師在其心目中所有法律，自希臘人視之，並無特別殊異於其他社會制裁力。試就字源觀察，希臘原文所有名字，譯之以今代語言而成爲所謂『法律』（*law*）者，最初只解作倫理的風習，宗教的儀式，人類概觀中之律例，法律的規則，以至社會制裁的全體。原來古代希臘的市府國家本爲一個因政治而組織的社會；但此類社會仍自從因血統繫屬而成立的社會演進，因之，前者與後者，極有密切關係。於是，介於同族與異族

間之相互爭訟實形成傳習於部落中之法律，與製定於政治社會中之法律，彼此競勝。這種競爭實足以招惹古代希臘哲學家的注意。同時，他們復注意及於希臘社會中，所有制裁的殊形異態，譬如，希臘與夷狄部落所有倫理與法律固然相異，即在希臘本身中之各個市府，其所有者仍各不相同。就商業交通所見及，處處有殊風異俗，却無兩處可以相同。縱使就本地所有經驗省察，同一市府可以在異世中具有各不相同的法律規矩。凡此種種特殊情形至足以昭示一件事實，即是：法律秩序不過造成於製定法規或傳習典訓，而此項法規或典訓最後還須受裁成於政治當局的武斷權力。誠如是，公衆安寧實不免時有危險存在，倘若更就當日所有時勢觀察，貴族政治與民主政治方在競勝，個中所含危險尤爲昭著。因此之故，當代哲學者遂不能不在服從的慣習與政治當局的意志之外尋求社會制裁的別種基礎。此項基礎他們旋自觀察自然界中之一種常在而又普遍的現象尋出。根據此項觀察，他們遂歸納於一個要旨，即是：法律的終局原來只要對於一種理想的社會原有狀態加以維持。於是，所謂法律秩序不外要將人類在理想的希臘市府中之政治社會所有相互關係依

禮法而加以整齊，使之有條不紊。是故禮與法實以和諧爲根本。他們自然具有普遍的約束效力。初不受成於常人的意志。（註一）

第二節 羅馬法

希臘衰微，羅馬代興，羅馬法家乃將希臘哲學家所有關於法律基本的思想，致諸實用。是以乍士丁尼安法經（Institutes of Justinian）特爲直道下一定義，即謂：直道具有常在的與一定的目的，依之人人可以各得其所。換言之，當代所有社會秩序即以分別派定各人名下所應得者於各人爲先務，而直道實如天秤然，務使人人在本分內各得其平以去。所以大凡希臘哲學家所謂自然權利，即依天道而得到的義理，一入羅馬法家之手，俱變成所謂自然法律。自然法律爲何物？是在人類意象中之一宗具有普遍性的法律原理，從事物的自然性得來，由之，人類社會可以發見法律的根本及事理的準規，依之，人類社會可以促進法律事務的發展。自有此項理想標準，羅馬法家遂出盡全力，務使現行法律庶幾能追蹤而上，以求兩相符合。此爲一種難能可貴的嘗試，依之，羅馬法律遂以造成其經典時代。在此時

代中，一種科學的，哲學的，及法家的造法藝術實替代羅馬民國向來所慣用的立法方式而興起。（註二）

第三節 現代法律科學的開端

現代法律科學何自起？起於十二世紀中之意大利大學的法律研究。立於此項研究的背後，尚有羅馬帝國的繼續存在之一種法家理論，依之，中世紀的帝國實無異於奧古士達（Augustus）君士坦丁（Constantine）乍士丁尼安時代的帝國。於是，羅馬民法（*corpus juris*）的本文實可以視同一種現行法規，雖現代帝國亦受治理，隨之，所有在基督教義支配下之國均應受約束。惟其如是，十二及十三世紀中之訓詁家（*glossators*）即將該項法律本文，逐條逐節，加以解釋，復加以詮釋，此外復將原有案情加以區別，再將此類區別造成法式或規程。此為法家所有活動的開端。迨至十三世紀中葉，所謂註疏（*glossae*）（即許多註疏家歷來所加的解釋），被彙集成帙，遂獲取羅馬法經解（*the Gloss*）之名。自此之後，法律本文的分析工夫遂蔚然成大觀，而逐條疏解之用功幾歎觀止。

更自十三世紀後半期以迄十五世紀，法律學者乃別開生面，而從事於解詁之學。按實言之，解詁家實依據註疏家所已下工夫而加以名理及哲理上之推闡，因之，註疏家所用方法本來極是簡單，而一入於解詁家之手，遂成十分繁賾。是故註疏家只要將本文整理使成系統，而解詁家却要再輸入一定系統於法律的主題與法律的各部份。

幸而在十五世紀之末，學術復興，哲理思想復盛，而人文研究又復起，凡此種種動機俱足以創造許多科學理論，依之，法律的科學研究亦以惹起。就中尤以人文學派為能於法律的科學研究上開闢新路。申言之，人文主義者不斤斤於研究羅馬法的本文或標題，而着意於審問與明辨法律全體。惟其如是，古牙士（Curias，1522—1530）遂成為法律史學之先導；董桌拉士（Donellus，1527—1591）對於法律全體始作有系統的考究，其後十九世紀中之分析學派崛起，當研究羅馬法系時，尙時時師法董氏。

法律以維持和平為終局本是初民社會所有思想，顧入於中世紀，此項意思復興起於德意志法律。希臘哲學家所有思想則比初民社會較有進步，而以維持原有社會狀態為法

律的終局，後來此項思想又由希臘而傳入羅馬。顧在希臘人的心目中，社會固是靜止不動，但此項思想仍然受事實的支配而時時有所變易；惟傳至中世紀，社會的靜止狀態不惟造成於威權，而且維持於禮俗。因之，自羅馬遺下的法律遂成爲戒令的一宗體系，申之以威權或禮俗，均以維持一成不變的社會爲事。在十五世紀中，哲學家開始討論及於權利與法律在哲學上及宗教上所有基礎，而且及於法律的效力。因之，哲學宗法學遂成爲神道學之一重要部份。綜括以觀，哲學及羅馬法律的歷史研究，及法律的系統研究，當在下文所提示的兩項重要事變發生從而一個新法律科學得以成立之始期，實爲新時代（註三）的開路先鋒，而報知此項科學行將蒞臨。

第四節 現代法律科學

第一款 哲學宗之自然法律派法學

當在宗教革命之際，法律理論的神道基礎被毀。於是，法學遂不復受神道學束縛，而得到解放。迨入於十七世紀的前半期，學術界所傳來之金科玉律，卽所謂帝國一向具有繼續

存在性，從而羅馬法應繼續有效者是，亦被摧翻殆盡。於是，法律亦不復受乍士丁尼安法經束縛，而得到解放。其結果是：法律科學及法律戒令的威權只好建築於理性之上，而且除理性外再無別種基礎。此為法律的一種解放運動，而這種運動之最高度實結晶於十八世紀中之自然法律一派，其影響至今代尚無止境。此派宗師常作一種主張，即謂：法律的一個完善系統可以根據自然法律的原理而構成；至於此類原理的源泉則應從一個理想的個人所有天性推究出來。因之，依此項主張的推行所至，所謂法律必須與某一特殊著作家所以為法律應該如何的想像相符合，此外惟須略受變動於現行法律及現有社會秩序所有成見而已。惟其如是，此項嘗試實具有一種解放的力量，依之，創作的立法在現代世界中遂成獨步，幾乎前無古人，後無來者。遲至今日，十八世紀中之哲學宗法學尚繼續分裂而孳生未已。（註四）

第二款 十九世紀各宗派（註五）

第一項 歷史宗法學

依時代先後以挨次論述，歷史宗法學在十九世紀各宗派中爲最先成立。本宗法學實被創立與提倡於薩微尼（F. C. von Savigny, 1779—1861）。倘若再進而尋求其淵源，我們當不能不歸功於康德哲學；誠以在一方面，康德（Kant）既盡力於排斥十八世紀哲學所用方法，而在他方面，康德更造成直道的基本概念，此項概念亘十九世紀一百年間，概受接納。倘若加以分析，歷史宗尙可分爲兩學派；其一爲德意志學派；其二爲英吉利學派。前者常用歷史的及哲學的方法。後者被創立於梅因（Sir Henry Maine, 1822—1888），其所用方法常爲歷史的與比較的方法。倘若以地域的散佈論，歷史宗法學在十九世紀下半期中盛行於歐羅巴大陸與亞美利加。

歷史宗法家所以治法學之方法是在於考究社會制裁的全體；申言之，他們並不拘泥於社會中之政治社會所立的一種制裁力，依之，他們的法律概念遂以畫地自限。他們以爲法律原來是一種東西，在長期間以內，不能以人力強造成功。立於法律戒令的背後，依他們的見解，常有社會動力不斷地起作用，於是，人們乃不敢作奸犯科。所以他們常要追尋國家

的責效力而及於服從習慣，同人的憎惡心，公意，及社會所立的直道標準。倘若必欲爲法律示一實例，他們必首舉風俗以爲證。他們在哲學上所佔地位大抵師法黑智兒（Hegel）的哲學。因此之故，此宗法學除以歷史方法治法律外，常喜以一種理想詮釋法律史。試徵實例，則有所謂倫理的理想詮釋；而依此項詮釋，所有法律史不過是一部實現正義思想的記載。再徵實例，又有所謂政治的理想詮釋，而依此項詮釋，所有法律史又不過是一部實現自由思想的記載。是故梅因嘗有一名言，即謂：法律歷史原來不過是記載人類社會自人人安居原有限定身分時代而進入自由訂立契約時代的史書。此語卽爲其確證。（註六）

第二項 哲學宗之玄學派法學

哲學宗法學之宗風，入十九世紀而後，流爲玄學派。此派法學在大陸國家中，實與歷史宗法學平分天下；不過至於十九世紀末年，除意大利及蘇格蘭外，歷史一宗乃佔有全局耳。玄學派所要努力處是爲求出法理的一部體系，依之，庶幾得到整理法律的基礎，又得到批評法律制度，及法律大義以至法律戒令的準規。至於此類法理的由來係從正義的一個基

本概念，或直道的一個公式，演繹而得。故在法律的成分中凡有關於法律的終局與法律的準規之基本概念者，不論其爲傳統思想或時流意見，皆爲此派法家所願亟急着意。倘若專就法律的理想成分構思，他們甚表同意於歷史宗法家所主張，即謂：法律經人尋出，却不經人造成。關於法律戒令的研究，與其措意於此類戒令的責效力，毋寧措意於此類戒令的倫理及道德基礎。凡此種種行爲玄學派法家常努力做去，窮年矻矻，未嘗或息；顧英吉利及亞美利堅法家前輩之生於前世者往往腹誹之，而置之不理。這是誤解，亦是過舉。我們須知此類懸想並非概同海市蜃樓，而至於毫無實際結果。其實，他們的玄理亦嘗給歷史宗法學以正義思想，隨之，此宗法家即得以發展所謂法律史的倫理詮譯。而且，他們對於歷史法家所有自由的觀念亦嘗充實其內容，由之，此項觀念乃得隨法律的發展而實現。惟其如是，玄學家實能確定歷史法學所有法律史上之政治詮譯的進程。而依此進程，法院的判決，法學者的著作皆受絕大響影；此雖爲歷史法家所建樹，然實由玄學家開其端。（註七）

第三項 分析宗法學

自然法律學派中衰以後，在歐羅巴大陸中遂有歷史與玄學兩派出現。惟是在英格蘭中，黑石 (Blackstone) 實爲反對自然法律學派的健者，而由其學說，英吉利分析宗法學實以肇興。此宗法學的創始者倭士丁 (John Austin, 1790—1859) 實爲一個熱烈信仰功利主義者。顧以法學本身論，分析法家完全與哲學脫離關係。所以本宗法學之所着意惟在於已經發展的法律系統，恰如現行法律所表現，而其在實際上所用工夫亦惟欲分析此項法系所有法律制度，法律戒令，及法律概念，在其中卽以構成一個有普遍性的法律科學的成分。惟其如是，惟有世界法系經已發展至成熟程度者，此宗法家方欲加以研究；不然則否。試徵實例；例如，在大陸中則有羅馬法及其支流，以至德意志法律；又如，在使用英語國家中，亦有羅馬法及其支流以至英美常法系統。他們對於法律的見解，以爲法律只由立法者的意志造成；至於立法者究爲立法機關或爲司法機關則可以不必論。他們覺得法律戒令本身原無固有威權，其威權實來自立於此類戒令的背後之力量與制裁，而此項力量與制裁實寄附於國家內之司法機關。惟其如是，凡有不見執行於法院的誠約皆不能稱爲法律。倘

若必欲得一具體例證，他們常喜提出國會的法案以示例，因為此項法令就是一種法律戒令，確為國家的意志所表現。（註八）

第三款 二十世紀各學派的先導

以方法論，十九世紀各宗法學概以法律本身為基本，便欲造成一個法律科學。此項觀察對於歷史宗及分析宗法學尤為確切，因為他們均要依據法律所有空間性與時間性，以鑑別法律而研究法律。至於哲學宗法學誠能立心要在外界構成一個考究法律的準規，但其實際上之所成就至屬有限，是故從羣學的立足點觀察，分析方法，當被用為唯一研究法學的方法時，至少可有兩項惡果，第一，分析宗所用功力實足以招惹耶令（Jhering）的譏評，而被稱為『概念的法學』（jurisprudence of conceptions）。是以縱有新生事變，其解決方案仍自一向傳下的一定概念演繹得來。至於以法律終局為立場而審問其前提，又以法律終局為立場而評議其結果，這兩層工夫多受忽略不為。（註九）第二，以法律為主權者的命令之理論常足以誤引立法者或法院於歧途，申言之，載於法案中之規則，或記於成

案中之判決，本不能隔絕社會而存在；但依着命令的理論，他們便自形滿足；故當在立法與下判決時，立法者與審判員不復參證之於理性的要求，人類行爲的急切需要，及社會進步的蘄求。（註十）至於歷史方法，當被用爲研究法律的惟一方法時，亦犯同樣毛病。第一，此項方法常陷歷史宗法家於一種過舉，即是從歷史上因研究傳統法律而發覺的主要概念歷史宗法家往往認爲一切法律的基本概念，因此之故，凡有改進的法律而未嘗緊步追蹤於向來所有進程者，必遭反對。（註一一）較嚴謹地說，該項方法常使他們誤認法律史上之偶然事實爲必然法理，或誤認一定範疇爲具有普遍的法律。（註一二）第二，歷史宗法家又嘗師法玄學派太過，於是在使用玄學方法時不免過於玄虛與執滯，其結果遂使法律哲學在十九世紀後半期中門戶之見甚深而至於聚訟紛紜。況且在使用玄學方法時，他們並不要用之以批評傳統思想，却要用之以爲維持此類思想的根據。其結果是此類思想，倘若從倫理基礎以根究，必無立足餘地；惟有明白地認之爲理之當然，此類思想轉可以取得極堅固防禦工事。（註一三）

因此之故，法學界在前世紀的末葉，遂不得不歸納於一個結論，即謂：在歷史、哲學及分析三個方法之中，無一方法可以完全自足。是故在大陸歐羅巴方面，歷史方法與玄學方法常互爲表裏，依同樣傾向，分析方法實因而發展。是故每當分析方法正在進行之際，一個『法律的概括理論』之足以比擬英吉利分析宗法學者，常平行於法律哲學或歷史宗法學。方今法學在英格蘭中，歷史宗法家與分析宗法家即極力互相讓步，而至於互相了解。由是，各種公有運動之同時進行於兩派法學者實隨二十世紀而進展。就中却有一主要運動實以哲學爲皈依，由之，不但法律哲學得以復生，而且社會哲學的法學之新宗派，亦得以崛起。此外又有一主要運動更以羣學爲宗主，依之，法律制度的功能理論得以進展。申言之，一切法律制度俱依各種社會科學 (social sciences) 的見解，而研究其作用。不寧惟是，此項運動還要引進我們於一種考究且與前時特異，即是在前時，每逢考究法律秩序，我們大抵注意於法院所以維持這種秩序的法律事件；在今時我們不過要將法律秩序看做社會制度之一種。(註一四)

第四款 社會哲學宗之各派

第一項 人羣功利學派法學

十八世紀中之法律科學，常要從存在於抽象思想中之個人所有天性，紬繹一切法律原理。十九世紀中之法律科學却要向存在於抽象中之個人所有意志，取決一切法律行動。至於今日法律的個人主義漸次衰替；人羣哲學漸次代興。即遠在前世紀的末葉，人羣哲學宗法學早經成立於歐羅巴，其後乃徐衍爲三派。倘依成立次序敍之，第一爲人羣功利學派。是故在哲學一方面，此派法學本出於英吉利功利主義，但別傾於新方向而發展。更在法家的淵源方面，此派法學實與分析宗法學相聯屬。其實此爲一種運動起於反應十九世紀中之歷史的及玄學的法學而進展。故以方法言之，此派法學所用者實爲分析方法與人羣哲學方法。爲着歸納於原理與構成概括觀念起見，他們特對於在當時當地現行的法律，下一番研究工夫。但他們並不得到此類原理及概括觀念爲止境，再進一步，他們還要依法律的終局所有（註一五）立場而試驗其實際效用。耶令（Rudolf von Jhering, 1818-1892）

實爲此派的主要領袖，他對於法律科學在各方面所有進展均有特殊貢獻。試徵實言之，在今代法律思想中，共有三個重要特徵，實造成於他的學說。其一爲對於概念的法學之排除，這是要說：從今以後，概念的分析再不能被用爲一種方法以繙釋法理而成爲判決訟案的根據，復不能被用爲一種方法以應用法律的戒令。其二爲切實主張一個法律系統所保證的各種利益，至於外表的法律權利之主張却可以稍爲弛縱。其三爲司法行政的理論。此項理論一向俱受歷史宗及分析宗法家所忽視，甚至被故意屏棄不屑道。第二種特徵在今代法學中尤有重大關係。是何以故？則以此項主張實要離開法律的性質之研究而側重法律的鵠的之研究之故。卽此一着，耶令實能於法學上別開一新生面，而開闢一新田地。此項創作的結果至能轉移法學者的視聽，離開權利而改向利益。利益爲何？牠們是人類的各種主張，要求或需要，卽是法律的目的物，對之，凡一法律秩序必須保其平安，與求其滿足。權利又爲何事？倘若專就分析宗法學的解義立論，牠們不過是一種手段，由之，利益的保證從而實現。（註一六）

第二項 新康德學派法學

士探姆列 (Rudolf Stammler, 1856 -) (註一七) 爲新康德派之創始者，復爲其領袖。在昔耶令既因於分析宗法學所已成就而繼續前進；今茲士探姆列亦因於哲學宗法學所成建樹而廣續前功。從大處觀察，新康德派所用方法實爲哲學的與社會學的方法。從成效觀察，新康德派對現代法律科學之貢獻，共有四端。其一，此派法家曾經轉移法學界的注意，由倫理與某一抽象戒令的關係而向於倫理與戒約在被用於司法時所有關係。其二，他們復着意於構成當代所有社會理想，依之，即以尋出及提示法律中之一個原動力所在，而此項原動力一向均爲十九世紀理論所忽視。其三，他們於造成平允規則的理論之外，特加入訴訟須得平允判決的理論。其四，他們對於法律戒令的應用實能給我們以一個完善理論。最後一層貢獻在今代尤爲切要。是何以故？則以其能矯正法律的名理思想故。倘若我們能明白法律的執行並不等於名理的構思，更不等於依着一定法式以作成機械式的推理，我們自能深知灼見這層貢獻蓋有造於司法界不淺。是故士探姆列所爲確能恢復法

蘭西人所謂司法的理想主義於法學。這是要說司法的理想主義是一種努力，依之以尋求法律應與之相符合的理想，不得不休；牠又是一種嘗試，依之，人類所受治的法律秩序及法律終局得以羅列於目前。誠如是，士探姆列在法律哲學上之貢獻，正可與康德在知識理論上之貢獻，兩相對稱。康德既將知識論中所有問題敘明，復為學者將其中所有困難解釋。士探姆列亦然；他實能明白翹示我們以一要旨，即謂：我們在法律哲學上所有問題決不是抽象的直道與抽象的規則之問題。此一要旨正與十九世紀所主張者截然相反。是故十九世紀法學常以為倘若規則在抽象思想上而為平直，則司法之能事已盡，至於其所得結果究為平直與否殊可以不必置問。士探姆列則反是；他時常教訓我們以一旨，即謂：凡遇有法律戒令，縱使求之社會理想而適合，又使能依此類思想所有見解以執行，我們仍須於實在例案中求問其平直效果。（註一八）

第三項 新黑智兒學派

依照成立的年代先後以立論，人羣哲學宗之第三派應為新黑智兒學派，而此派法學

的代表人物實爲柯列 (Josef Kohler, 1849—1919)。(註一九)新黑智兒學派所用方法，蓋於哲學之外，加入歷史。其實，此派法家特以十九世紀歷史宗法家所已成就者爲基礎，而向前推進耳。倘若就其特徵觀察，共有四事，至值得注意。第一，法律一物，依他們的見解，只是某一國人民的文明在過去時代所遺的產品，同時又是他們將古代文明變通以求適應今代文明的嘗試。關於此旨，柯列與歷史宗法家，有互相默契者一點，即是：法律事理原自古代先民傳下，將欲應付今代所需，此類事理必須經改變；顧人爲的成就終屬有限，未可遽存奢望。惟其如是，法律事理本爲我們所使用，却能限制我們。所以歷史的繼續性便成爲我們所有行事的限制條件。不過柯列在此際仍能認識法律之不能靜止。文明既然不斷地變遷，法律亦必隨之變遷，以求應付目前要需。這是要說，我們必須將古代所遺下的法律事理，加以變通，庶幾此類事理不至阻礙文明的進步，還要促進文明。第二，柯列的教訓務使我們對於某一國人民的社會史，具有深刻了解，而且使我們知曉社會史與法律所有密切關係。若在古代，法學者殆惟注意於政治史以至政治史與法律的關係而已。第三，柯列對於法律戒令

獨能以羣學的眼光爲之詮譯，遂依之以造成可以使人注意的詮譯及應用理論。是故依「求出立法者所有意志」的理論，當在引用百年以往的法典時，個中所有作用殆包含一種假說的意義在內。試徵實例，例如，一八〇四年的法蘭西民法法典，一八一一年的奧土特梨安法典，或在十八世紀中宣布的人權請願書，凡此種種文書皆是一種壽世的立法，在其中隨處皆有可爲法院推究的題目，初不止滿載定實的條文而已。因此之故，此類立法必須以社會學的眼光詮譯，而視之如同社會的產品。第四，軻列在法學上之最大貢獻是在於他的方法，依之，當時當地的文明可被造成法學的假設陳義。是故依此項方法，在世間任一文明的運行之下，我們均須首先假定權利中之某幾條大義，經爲此一特種文明所承認。惟其如是，法家的重大責任遂以惹起。此項責任可分析爲兩層步驟：第一層，法家須尋出，復以公式表明這些法學的假設陳義；第二層，依據此類假設陳義，他必須構成一定準規，及若干理想。自此之後，造法者庶幾有所根據以立法；司法者庶幾有所根據以運用法律事理而下判決；法學家庶幾有所根據以開展法律事理而著書立說。綜括以觀，這是一種建立方法論的

嘗試，其成就遠大至非前人所企及，而依據此項方法，任一法律秩序，當在法律戒令的實際運用與發展之際，得以綱舉目張，宛然如繪，而一一羅列於目前。（註二〇）

第四項 自然法律學派在法蘭西之再起

自民法法典頒布於一八〇四年以後，法蘭西的法學大致傾向分析宗派。至於自然法律依舊被篤信謹守於學校中之講習，但不過虛有其表而已。既而，玄學派法學漸興，幾有取自然法律學派而自代之之勢，但無幾時，歷史宗法學崛起，自樹宗風，四方響應。迨一入二十世紀，不佞法律哲學漸恢復從前所有勢力，而且社會哲學宗各派法學極有獨步一時之氣概。此類運動當不免催促自然法律的復活。（註二一）這種復活狀態共以三派學說出現；其一再造與擴大新康德學派的法律上之理想主義，其二為法律的新煩瑣哲學之發生；其三為實驗主義與羣學相混而成的法律哲學，在哲學上蓋與機械羣學為近似。第二派學說之倡導者實為余尼（François Geny, 1861— ）。蓋在昔時，亞乖拿（Thomas Aquinas）視個人的基本為道德主體。而在今日，余尼却視社會生活為一種道德現象。立於煩瑣哲學

的基礎之上，余尼實要指示我們以周行，依之，我們對於法律的那一種重要成分，更能澈底了解。所謂重要成分爲何？牠是構成於傳習學說所主張的法律的終局，及社會的與法律的秩序。（註二）第三派學說的主唱者便是杜基（Léon Duguit, 1859—）杜基根據一個社會互賴的原理，並視之爲『從察觀得來的與證實的一件實事』遂以創立實驗派的自然法律學說。由此學說，他演成一個理想的法系，恰如斯賓塞爾（Herbert Spencer）從他所主張『平等的自由法律』理論演成別一新法系，依杜基的見解，這種社會的互賴性之所由成實起於我們同是人類的一種事實，因之，彼此所有利害大抵相同。抑自產業革命而後，分工已成爲產業社會的基本事實，於是，社會的互賴性益以深進一層而不可磨滅。故得如下方的社會的互賴性之兩項方式：其一成於利害相同；其二成於分工制度。此兩項方式之互賴性皆是從察觀得來的與證實的兩件實事。惟其如是，法律誠不能不責望我們以時刻留心此類事實，以決定行爲的可否，故法律的基本原理只是：凡有社會的價值之事項，法律以爲可爲；凡有反對社會的價值之事項，法律以爲不可爲。約言之，他所有法律及社會

秩序的理想圖畫只要表現一所理想化的產業都市與其四周鄉村，在其中彼此均一致團結起來，以從事於最有效益的大量生產。（註三三）

第五款 經濟的詮譯

與緊隨社會哲學宗法學與羣學宗法學的興盛而追蹤並行者，尚有一種運動，雖則不能建立宗風，然而對於一八九〇年以後之法律思想，極有感應勢力，而且至今尚未衰歇。將欲明白這種運動的發端，必須溯源及於歷史宗法學。原來此宗法學常將法律史所載法律事理，視同一個理想的展開或實現於過去歷史之上。於是，此宗法家對法律史所下詮譯常屬於唯心主義一派。倘若這個理想是從倫理的立足點立論，而集中於正義的思想，這樣詮譯便成倫理的詮譯。倘若這個理想是從政治的立足點立論，我們便得政治的詮譯。稍後，實驗學派崛起，人種學與生物學的詮譯隨之而興。此項詮譯蓋盛行於十九世紀末葉。凡此種種運動之所由發展皆造因於法學者的嘗試。嘗試何事？即欲以一個理想為主腦而解釋法律史上所遭逢之法律事理是。至於此類嘗試的最後一着，尚有所謂經濟的詮譯。經濟的詮

譯倡於馬克思 (Marx)，時爲一八五九年，但遲至一八九〇年爲止，此項詮譯並不能惹起多人的注意。迨至十九世紀的末後十年，以經濟思想解釋歷史的運動忽盛行於大陸國家，旋復影響及於法學。其在合衆國，法學思想從前尚無有此項彩色；有之，自羅斯福的進步主義 (Rooseveltian progressivism) 盛行時代 (1900—1912) 開始。而一經輸入之後，此項運動的勢力迄於今日尚在不斷地進行。試加以分析，法律史的經濟詮譯可分三項方式：其一爲惟心主義派；其二爲機械的實驗主義派；其三爲惟實主義派。第一派與黑智兒學派相關連，誠以黑智兒派中人嘗將法律史視同一個經濟原理得以逐漸開展的記載。於是所謂法律，依他看來，不過是順着名理以推闡一個經濟原理，庶幾人類的欲望從而滿足。第二派的理論常爲機械的社會學者所倡導，於大陸國家依他們的見解，經濟定律爲社會發展所必由的公例，而法律又爲在經濟定律運行下所生的結果。其在合衆國，亦嘗有人設法推動此派人物與分析宗法家聯合。依他們的詮譯，凡法律皆爲人類以一定意識造成；他們特創爲許多法律戒令，依之，統治階級的需要庶幾得以滿足。惟其如是，一切法律皆產生於經濟

的動機。第三派以爲我們必須留意國內極有勢力的集團在當時當地所抱目的，而這些目的又一概決定於經濟的迫切需要。所謂法律只是權力的表現；所謂權利亦不過是權力的表現。因之，法律問題便是權力的問題。每逢國中有權力的人物括示他們的目標，而造爲普遍應用的條文，我們便得到法律的大義或原理。總而言之，所有經濟的詮釋各派見解，倘若從羣學的立足點觀察，均難逃前世紀法學所受譏評。是故在一成不變的自然法律之下，又在於歷史的前定主義之下，法律的基本概念實構成桎梏交加的一個法學體系，而在經濟的詮釋之下，其所生結果並不末減，而且加甚。本來經濟狀況能相助又能限制當時當地所有理想達於完成；此則無人敢於否認。而且此類理想，當正在構造之際，經濟勢力往往能與以極大助力或極大打擊，於是，經濟的考慮實足以影響此類理想之構成者不少。倘若我們要替某一國文明作爲法學的假設陳義，我們當不能棄置經濟的考慮於不聞不問，誠如是，經濟狀況至足以影響及於自古代傳來的法律各部份至無疑義。雖然，此項影響不但是間接，而且是遼遠；此又不可不知。而一向自古代傳來的法律成分，在法律中，無論如何，究爲其

最重要部份。(註二四)

第六款 羣學宗法學(註二五)

羣學宗法家所以研究法律之方法是在於留心法律的作用，而不措意於法律的抽象內容。所謂法律，自他們的見解觀察，只是一種社會制度，半尋出於經驗，半造成於意識。正因此牠是一種社會制度，所以牠可受人力改進。此宗法家並不斤斤根尋法律的責效力所在，反之，他們却要考察法律所必須服事的社會終局。他們對於法律戒令，法律原則及法律制度，一概要就其所有功能研究，至於法律戒令所有法式，自他們示之，不過是一種方法，依之一定目的可以達到。自哲學立論，他們屬於實驗主義派，又屬於新惟實主義派。他們所運用者為一種實用主義的方法，此項方法與各種玄學的出發點相符合。

羣學宗法學在此際尙未達於成熟時代。牠在演進的程途中已經越過三個時期，但每一時期所有特徵仍有許多存在於現代法律思想。此宗法學如今正在進入於第四時期。

第一項 機械時期

在十九世紀前半期中，科學思想的中心點一概集中於宇宙的機械作用。是以對於事理的觀察，論者常有採用算學及物理學的見解之傾向。人們常要探討機械定律，因為此項定律實為事物所從出，又因為此項定律仍足以約束這些事物的存在及運行。這樣就是實驗哲學在第一時期中對於法律所抱見解；這樣亦是羣學宗法學在第一時期中所有思想。不過此項思想傳入於羣學較早。傳入於法學較遲；而且當此項思想離却法學時，較其離開任何地方時，皆為最後。倘若推求其故，我們不能不溯源及於歷史宗法學的感覺力。誠以具有機械性質的羣學所有理想，對於歷史宗法家所主張的大義，似乎深相契合。雙方蓋同從法律的演進而觀察法律。是故歷史宗法家發見玄學定律於法律的變遷之背後；機械社會學者則代之以物理公例。雙方的活動蓋不期而得到同樣效果，因為司法的或立法的創制力皆被屏除於兩種活動以外。綜括觀察，具有機械性質的羣學在法學上的成就至僅，即不過為否定工夫。至於肯定工夫他們殊未能有所建樹。（註二六）

第二項 生物時期

自達爾文 (Darwin) 以後，進化理論成爲科學思想的中心點，於是，生物學上之類推遂有無上威權。此項變遷未幾亦牽動法學，惟較後耳。是故在第一時期中人們嘗有依物理科學的公例以建國及立法的嘗試；迨一入第二時期中，他們即繼之以努力創造政治的生物科學與法律的生物科學。嚴格地說，這兩個時期並不似涇渭的分別，牠們在許多地方仍有互相重疊之處。所以機械羣學對於法律的解釋，比之生物的羣學對於法律的解釋，在內容上觀察，仍然不過大同小異，其結果僅等於物理科學的術語與生物科學的術語相互替代。試加以分析，此一時期仍可以再被區分爲三節。第一節屬於機械方式，在此方式中，思想仍舊，惟名稱一概被易以生物的術語。法家之屬於此式者以生存競爭的理論爲出發點，由之，再進而求其與十九世紀中之玄學派法學及歷史宗法家所揭櫫大義互相脗合。他們所以引導我們，比之玄學派及歷史宗所以引導我們者，蓋殊途而同歸。所以此輩法家有言：法律的終局只要維持自由競爭，依之，不適者在勢必至受自然淘汰。此語的用意即是在於用社會的生存競爭，以促進天擇。

生物時期中之第二節屬於人種學方式。當是時，初民社會的法律制度常受尊視爲通。今代法學之關鍵。惟其如是，法律的原始便爲萬能。將欲得到法律進展的基本原理之默示，學者只要研究初民部落所有社會的及法律的制度便足。（註二七）

生物時期中之第三節屬於哲學方式。法家之屬於此方式者常欲依據一定生物學原理，例如，社會的與反社會的競爭生存，又如，爲爭生存而起的階級衝突（此仍可依生物學詮譯而被視作生存的競爭之一種，）以構成一個完全系統。（註二八）至於以法律爲階級鬭爭的產物之理論，牠在生物的羣學派法學中實爲最重要特徵，且能發生一重大效果。效果爲何？即法律大義在運行時所發生之實際不平等是。誠以此類大義產生於十九世紀的抽象想像，納繹自一種假設的天然平等狀況，却要應用於一個現實社會，在其中，自經過產業革命之後，階級的區分特著。惟其如是，依功能理論以研究現代法律遂獲取無限效益。（註二九）

第三項 心理時期

有三種繼續發生的感應力焉，其運行所至，極能移轉羣學宗法家的視聽，使之傾向於心理學。其一爲集團心理學的研究，由之，法學及政治學的心理運動遂以惹起。其二爲社會科學的臨前戰線之完全變易，於是，心理的力量之實在，比之物理的力量之實在，一體齊觀。其三爲達特（Tarde）能成功求出模倣性的心理或社會定律，又能成功表證模倣性在法律制度發展的進程中確爲一重要原動力。三種感應力之第一種實發動於基爾茄（Gierke）的偉著，在其中作者獨能探求集會的律令及法律人格的性質。（註三〇）此力的運行生出重要效果多端，其中之一便是：法律責任各項理論取得社會的及心理的外觀，而法律的責效亦取得社會的及心理的基礎。（註三一）三種感應之第二種實與華德（Lester F. Ward）的著作有關；此類著作，入於本世紀的最初十年，始招惹法家的注意。至於達特本人原爲律師，故第三枝感應力之及於法學者不但是直接，而且是立刻生效。（註三二）迄於今日，社會心理學，在法學各宗派中，佔有重要位置，而心理學本身，在社會宗法學中，依然是一個強大運動。是故關於審判員的世界觀之研究，法學作家的世界觀之研

究，以至司法的及法師的思想之心理研究，在今日皆成爲法家的主要活動。（註三三）在歐羅巴大陸中已有無數文章發揮及闡明此旨。不幸，英美兩國法學世界對於此項特殊活動，尙寂然無聞。

第四項 聯合時期

羣學宗法學，自一九〇〇年開始，卽有一新時期發軔。但試加分析，此一時期尙可分爲兩層步驟：其一，較早的步驟，爲羣學各派在方法上之大聯合；其二，較遲的步驟，爲各門社會科學之大聯合。在十九世紀末年，所有法學家盡能領會一要旨，卽是：諸凡一切法律思想及各個自形滿足的方法，無一能單獨行動以做出一個法律科學的應有工作，復能奏全功。稍後，他們更多有一層覺悟，卽以爲：倘若法律科學真要做到相當效果，牠必不能悄然獨立。迄於今日，他們莫不承認一事，卽是：生於十九世紀中之法家極力主張法學分立於其他科學以外，只是大錯。抑以前世紀在科學上所有傾向，大抵要將各門社會科學造成鐵桶一般的組織，各自爲政，復各不相謀；於是，各科學對於法學本身亦只有聽其自生自滅，而法學所有

問題其他科學即亦不願過問。復在別一方面，法家亦故步自封，並造成自足態度，甚至對於與法學相關的別種科學所有問題及其所得結果，不願與聞。如此錮閉行爲，常使法家在解決法律問題時，懷抱極狹隘，而又偏私的眼光及見解。惟其如是，法律所以應付社會的終局問題，甚爲落伍；法家關於承認甚至感覺該問題的存在亦爲遲延；法律思想與庸衆思想又十分隔絕，入於本世紀最初十年尤爲顯著；凡此種種流弊大抵造因於法學的遁世。

迄今回溯前時所有聯合運動之經過，此項運動大概造端於歷史宗法學所主唱的法律史之政治的詮譯。自有法律史之政治的詮譯，法學與政治學始而相會面，繼而相合作。稍後，有經濟的詮譯起，又復有新黑智兒學派所倡導的文明的詮譯繼起，於是，法學與經濟學所有相互關係；更覺密切。迄於今日，羣學宗法家乃反覆申明一旨，即謂：完全分離，自願，自滿的法律科學之成立在事實上爲不可能。他們終始宣稱法律秩序不過是社會制裁之一方式；除非置之於社會現象全體中而後加以考究，此項秩序必無從澈底明白。雖然，茲事體大，非一手一足所能爲力，因之，尙有許多事端急待各國學者努力做去。試一回顧合衆國，在其

中，我們幾乎尚未開始積極工作。惟其如是，生在現代，尚有律師敢於固守舊日見解，即以爲：我們所有十八世紀的人權草案，倘再有司法判決以歷史的常法補充其內容，仍可作爲倫理學及經濟學的經典。（註三四）

第五項 羣學宗法學的進行計劃

羣學宗法家現在方極力促進下列計劃的全體或一部份之實現：

(1) 研究法律制度及法律原則所受於社會的實際效實。耳理儲 (Ehrlich, 1862-1922) 在此項研究中爲開路先鋒，而且他所作『布柯微拿 (Bukowina) 的法律研究』即是一個最好榜樣，由之，我們可以知所取法。

(2) 爲立法事業的準備而作羣學的研究。

(3) 研究最有效的方法，依之，法律戒令得以見諸實行。（註三五）

(4) 研究司理直道及審判訟獄的方法。（註三六）

(5) 著成一部羣學的法律史；研究前代所有法律戒令，法律原則及法律制度的社

會背景及其效實，並考察此類效實所以能成立之由來。

(6) 當法律戒令方在被運用時，確切認明此項戒令應爲個別適用的重要。

(7) 在使用英語的國家中，須有司法部之設立。

(註一) 關於本節所論，參考下列各書：

(1) 亞理士多德著 *Nicomachean Ethics*, (尼可馬加士編訂的倫理學) 本卷五全卷，卷八第七章，又第二至第四章；

(2) 亞理士多德著 *Politics*, (政治學) 卷一第一及第九章，第十三章，卷三第四第五章，卷四第十二章；

(3) 柏拉圖著 *Republic* (共和國) 卷二原有頁數三六八頁，卷三原有頁數三九七至三九八頁。此外參考 *Berolzheimer*, (*別魯穢海參*) *The World's Legal Philosophies*, (*世界法律哲學考*) 四六至七七頁。關於希臘法律，參考 *Vinogradoff*, *Historical Jurisprudence* (*歷史宗法學*) 第二冊。

(註二) 關於本節所論，參考下列各書：

(1) *Cicero*, *De Officiis* (*義務論*) 卷二十二頁；

(2) *Cicero*, *De Republica* (*共和國*) 卷一三三頁；

(3) Berolzheimer, (別管磁海麥) World's Legal Philosophies, (世界法律哲學考) 七八至九二頁;

(4) K. Hildenbrand, Geschichte und System der Recht und Staatsphilosophie (法律與國家理論之歷史及其體系) 一三一至一三五節又一四三至一四七節;

(10) M. Voigt, Das Jus Naturale, aequum et bonum, und Jus Gentium der Römer, (自然法律與羅馬萬民法) 第一冊一六節, 三五至四一節, 四四至六六節, 八九至九六節。

又參考 W. W. Buckland, Text Book of Roman Law, (羅馬法) 五二至五五頁; E. Pollock

(普洛克) History of the Law of Nature, (自然法律史) 載於普洛克的法律論文集, 三一至七九頁。

(註三) 關於法疏家的歷史, 參考下列各書:

(1) F. C. Savigny, (薩微尼) Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (中世紀羅馬法歷史第五冊, 二二二至二四〇頁);

(2) R. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft (德意志法學史) 第一冊, 一〇二至一〇五頁;

(3) J. Brissand, Histoire générale du Droit Français (法蘭西法律通史) 第一冊, 二一〇頁;

(4) G. Salvioi, Storia del diritto Italiano (意大利法律史) (第八版) 一〇八至一一三頁。

關於解說家的歷史，參考下列各書：

- (1) Calisseo 在大陸法律史叢書中所著“General Survey,” (法律歷史綜觀) 一四二至一四七頁；
- (2) 薩微尼著，(中世紀羅馬法歷史) 第五冊，五五三至五五六頁，又第六冊一至二五頁；
- (3) R. Stintzing 所著，德意志法學史，第一冊，一〇六至一三三頁；
- (4) J. Brissand 所著，『法蘭西法律通史』二一三頁以下。

關於人文主義者的歷史參考下列各書：

- (1) 大陸法律史叢書中之法律歷史綜觀，二五二至二五九頁；
- (2) R. Stintzing 所著，德意志法學史，第一冊，一三三至一五四頁；
- (3) G. Salvioii 所著，意大利法律史 (第八版) 一二四至一三一頁。

(註四) 關於解放法學於神道以外的傑作，下列兩書，當爲最有力：

- (1) N. Hemmingson (Hemmingius,) *De lege naturae apodictica methodus* (自然法律論) (1562)；

(2) H. Grotius, *De iure belli ac pacis* (戰爭及和平法律論) (1625) 此外再讀關於 Hemmingson, 的序論 (見 G. von Kaltenborn 所著 *Die Vorläufer des Hugo Grotius*, (格羅體士的先驅者) 第二冊, 三一頁) 及 Grotius' *Prolegomena* (格羅體士的導言) 第一一節 *Whewell* 的英譯本最便瀏覽)。

關於法學被解放於乍士丁尼安法律以外的傑作，允推下列一書：H. Conring, *De origine iuris Germanici* (日耳曼法律原始) (1643)。書中第二十一至二十七章及第三十二至三十四章極爲重要。參考 R. Stintzing 所著，*德意志法學史*，第二冊，一至三一頁，又一六五至一八八頁。

關於自然法律學派，參考下列諸書：

- (1) 格羅體士著，*戰爭及和平法律論* (1625) 第一冊，一頁，三至六頁，八至一一頁，第二冊，一頁；
- (2) Pufendorf, *De iure naturae et gentium* (自然法律及萬民法) (1672) 第一冊，第七章，第六節至第十七節，第四冊第四章；
- (3) J. J. Burlamaqui, *Principles of Natural and Political Law* (自然法律及政治法律的原理) (1747) 部甲第五章，第十節，及第十章第一至七節 (用 *Nugent* 的英譯本)；
- (4) E. Vattel, *Law of Nations* (萬民法律) 卷一第二章第十五至十七節 (英語譯本甚多，復有相歧出處)；
- (5) W. Blackstone, (黑石) *Commentaries on the Law of England* (英格蘭的法律解詁) (1765) 第一冊，三八至四三頁；
- (6) T. Rutherforth, *Institute of Natural Law* (自然法律探原) (1754-1756) 卷二第五章，第一至第三節。

參看別魯磁海麥著，(世界法律哲學考)一一五至一三四頁，又一四一至一五六頁；又參看 D. G. Ritchie, Natural Rights (自然權利論)第三章。

關於合衆國中之自然法律學派，參考 O. G. Heinnes, "The Law of Nature and Federal Decisions"

(自然法律與聯邦法院的判決)載於耶路法律雜誌第二十五冊，六一七頁。(1916)

(註五)關於法學方法論與法學宗派，參看別魯磁海麥所著，(世界法律哲學考)第五章及第七章，F. Pollock, (普洛克) Oxford Lectures (牛津演講集)一至五六頁，F. Pollock, (普洛克) Essays on Jurisprudence and Ethics (法學與倫理學論叢)一至三〇頁，J. Bryce, (柏萊士) Studies in History and Jurisprudence (歷史與法學研究)第十二篇論文，P. Venorjrdoff, Historical Jurisprudence, (歷史法學)第一冊，一〇三至一六〇頁；R. Pound, (磅恩) "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence" (羣學宗法學之範圍與旨趣)載於哈佛法律雜誌第二十四冊五九一頁。

(註六)關於歷史宗派參考下列各書：

(一) F. C. von Savigny (薩微尼) Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung zur Rechtswissenschaft (立法及法學之現代任務) 第一及第二章 (用一八四〇年出版的第三板原本，或用 Hayward 的英譯本)原書初版於一八一四年；

(二) A. W. Small, "The Thibaut-Savigny Controversy" (薩微尼與體包之筆戰)載於亞美

利堅羣學雜誌第二十八冊七一頁；

(3) H. S. Maine (梅因) 所著, 『古代法律』第五章；

(4) H. S. Maine (梅因) 所著, 『制度的遠古歷史』第十三講。

關於此宗法學的批評, 參考下列各書；

(1) 別魯磁海麥著, 『世界法律哲學考』二〇四頁；

(2) N. M. Korkunov, (柯苦娜夫) General Theory of Law (法學通論) (Hastings 的英譯本) 一一六至一二二頁；

(3) R. Stammler, (士探姆列) Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie (法律的歷史理論之方法) 出版於一八八八年；

(4) E. Lambert, Etudes de droit commun législatif (普通立法的法律之研究) 第一冊, 一二七至一四一頁；

(5) R. Saleilles, "L' école historique et droit naturel" (歷史宗法學及自然法律) 載於一九〇二年民法季刊第一冊一〇頁；

(6) R. Pound (磅恩) Interpretations of Legal History (法律史之各家詮釋) 第一講, 出版於一九二三年；

至於法律史的倫理及政治詮釋，仍可參考勞恩所著『法律史之各家詮釋』第二講及第三講。
 (註七)關於玄學派法學，參考下列各書：

(1) G. F. W. Hegel (黑智兒) Grundlinien der Philosophie des Rechts (正義哲學概論) 原書出版於一八二一年，其後訂正於 Gaus, 時爲一千八百四十年，迨至一千九百一十一年而又有新訂正本，卽爲 Lasson 所校訂者出現。英譯本出版於一千八百九十六年，爲 Dyde 所譯，其譯名爲 Hegel's Philosophy of Right (黑智兒之正義的哲學觀)。

(2) H. Ahrens, Cours de droit naturel (自然法律講義) (1837) 原書第八板出於一千八百九十二年，在同年該書以七國文字印行，共歷二十四板；

(3) A. Boistel, Cours de Philosophie du droit (法律哲學講義) 原書初次出版於一千八百七十年，重新訂正於一千八百八十九年；

(4) J. Lorimer, Institutes of Law (法律精理) 原書初次出版於一八七七年，二次改訂於一八八〇年；

(5) A. Lasson, Lehrbuch der Rechtsphilosophie (法律哲學入門) 出版於一八八二年；

(6) W. G. Miller, Lectures on the Philosophy of Law (法律哲學講義) 出版於一八八四年；

(7) W. R. Herkless, Lectures on Jurisprudence (法學講義) 出版於一九〇一年；

(8) T. H. Green (格林) Principles of Political Obligation (政治責任原理) 此書原載於格林的哲學全著內，其後翻印於一九一一年，爲單行本。

關於此派法學的評論，參考下列各書：

- (1) J. O. Gray (格雷) Nature and Sources of the Law (法律的性質及淵源) 第七至第九節；
- (2) 柏徠士所著，『歷史與法學研究』六三一至六三四頁；
- (3) F. Pollock (普洛克) 所著，『法學與倫理學論叢』二八至三〇頁；
- (4) N. M. Korkunov (柯苦娜夫) 著，法學通論 (Hastings 的英譯本) 第四節；
- (5) K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (法律科學與法律哲學) 第六至第十五節；

(6) 滂恩所著，法律哲學導言，第一講。

(註八) 分析法學之傑作允推 J. Austin (傑士丁) 所著 Jurisprudence (法學)，以一千八百三十二年初板，又以一千九百一十一年五板。除上書外，參考下列各書：

- (1) F. E. Holland (荷蘭) Elements of Jurisprudence (法學綱要)，初出版於一八八〇年，至一九二四年而有十三次訂正板；

(2) J. W. Salmond (薩勒門) Jurisprudence (法學)，初出版於一九〇二年，第七次出版於一九

二四年；

(3) W. Markby, Elements of Law (法律綱要) 初出版於一八七一年, 第六次出版於一九〇五年；

(4) W. J. Brown, The Austin Theory of Law (傑士丁法律理論) (1906)；

(5) F. Pollock (普洛克) First Book of Jurisprudence (法學初階) 初出版於一八九六年, 至一九一八年而有第四版；

(6) 格雷所著, 『法律的性質及淵源』, 一九〇九年初板, 一九二一年再板；

(7) K. Binding, Die Normen und ihre Uebertretung (準規及其違犯) 第二冊, 初板於一八七二年, 再板於一八九〇年；

(8) E. R. Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe (法學基本原理之批評) 出版於一八七七年與一八八三年之間；

(9) E. R. Biorling, Juristische Prinzipienlehre (法理精義) 出版於一八九四年與一九一一年之間；

(10) F. Somlo, Juristische Grundlehre (法學基本原則) 出版於一九一七年；

(11) E. Roguin, La Science Juridique Pure (純理法律科學) 出版於一九二三年。

至於批評此派法學之著作, 可閱下列各書：

(1) 梅因著，『制度的遠古歷史』第十三講；

(2) F. Berolzheimer 著，『世界法律哲學考』九一一頁；

(3) K. Bergbohm 著，『法律科學與法律哲學』一二至二〇頁。

(註九)關於概念的法學，參考下列各書：

(1) R. von Jhering (耶令) Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (法學中之莊諧語) 第十板本，二四五頁以下；

(2) O. W. Holmes, Collected Papers (法律文存) 二三一頁以下；

(3) 滂恩著 Mechanical Jurisprudence (機械法學) 載於哥林比亞法律雜誌，六〇五頁以下；

(4) 滂恩著，『法學史之各家詮釋』一一九至一二四頁。

(註十)關於法律的命令理論之流弊，參考下列各書：

(1) A. B. Parker, "The Congestion of Law" (法律之駢枝) 載於亞美利堅律師公會報告，第二十九冊，三三三頁以下；

(2) H. Schofield, Essays on Constitutional Law and Equity (憲法與公道論叢) 第一冊，四二至四三頁；

(3) 滂恩著，『契約的自由』載於耶路法律雜誌第十八冊，四五四頁。

(註一一)試觀商法在合衆國中以現代業務興盛之故，亟需改善，顧此事乃大受反對於國內法律教師，卽此可以概見法家之鋼鐵於傳習的學說。參考 F. M. Burdick, "A Revival of Codification," (編纂法典的復興)載於哥林比亞法律雜誌第十冊，一一八頁。

(註一二)將欲得到多少實例以資解證，參考滂恩著，『羣學宗法學之範圍與旨趣』載於哈佛法律雜誌第二十四冊，見五九二頁，六〇一至六〇四頁。

(註一三)實例看同上論文，見同上雜誌第二十四冊，六〇九至六一一頁。

(註一四)關於法學在前世紀與本世紀過渡時期中之蠖蝨，參考下列書報：

(一)W. Schuppe, "Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie" (法律科學與法律哲學)載於國際比較法學協會年鑑，第一冊，二一五頁；

(二)J. Kohler(柯列) *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte* (法律哲學與普通權利史)第八節；

(三)滂恩著，『羣學宗法學之範圍與旨趣』載於哈佛法律雜誌第二十四冊，見五九二頁，又六一一至六一九頁。

(註一五)耶合的著作之與此處論旨有關復極爲重要者提示如下：

(一)Der Zweck im Recht (法律鵠的論)(1877—1883)原書至一九〇四年而有第四版，其第一冊曾

經 Husik 於一九一三年譯成英語，題名“Law as a Means to an End”(法律工具說)；

(2) 法學中之莊諧語，初版於一八八四年，九版於一九〇四年。

(註一六)關於人羣功利主義學派，參考下列書報：

(1) 柯枯娜夫著，『法學通論』(Hasings 的英譯本)第十三至十四節；

(2) 耶令著，『法律工具說』(Husik 的英譯本)，附錄一及附錄二；

(3) 滂恩著，『羣學宗法學之範圍與旨趣』見哈佛法律雜誌第二十五冊一四〇至一四七頁；

(4) 別魯盛海麥著，世界法律哲學考，三三七至三五一頁；

(5) R. Stammler (士探姆列) Wirtschaft und Recht(生計與法律第二版本，五七八至五八四頁。

(註十七) Stammler (士探姆列) 的重要著作列舉如下：

(1) Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie (法律的歷史理論之方法) 出版於一八八年；

(2) Wirtschaft und Recht (生計與法律) 初版於一八九六年，四版於一九二二年；

(3) Lehre von dem reinigen Rechte (直道原理) 出版於一九〇二年；

(4) Theorie der Rechtswissenschaft (法學理論) 初版於一九一一年，再版於一九二三年；

(5) *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (法律哲學教本) 初版於一九二二年, 再版於一九二三年。
 (註一八) 新康德派法學在英語中有一譯本, 書名為 *The Formal Basis of Law*, 其作者為 *G. Del Vecchio*, 其譯者為 *Lisle*。該譯本出版於一九一四年。

將欲得到此派法學的底蘊及其所受批評, 參考下列書報:

- (1) *P. Vinogradoff, Common Sense in Law* (法律中之常識) 第十九章;
- (2) 滂恩著, 『羣學宗法學之範圍與旨趣』載於哈佛法律雜誌第二十五期一四〇頁;
- (3) 別齊磁海參著, 『世界法律哲學考』(Skold 的英譯本) 三九八至四二頁;
- (4) *B. Croce, Historical Materialism and the Economics of Karl Marx* (歷史的唯物觀與馬克斯經濟學) 第二章;

- (5) *H. Kantorowicz, Zur Lehre vom rechtigen Recht* (直道理論研究);
- (6) *F. Geny (余尼)* *Science et technique en droit privé positif* (私法的科學及藝術) 第二冊, 一二七至一三〇頁。

(註一九) 柯列 (Kohler) 的主要著作提示如下:

- (1) *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte* (法律哲學與普通法律史) 載於 *Holtendorff* 的法學叢考第一冊, 其第六版印行於一九〇四年, 第七版印行於一九一三年 (惟此版與前此各版均

異；

(c) Lehrbuch der Rechtsphilosophie, (法律哲學教本) 初版於一九〇八年, 三版於一九二二年, 其英譯本係 Albrecht 由初版所譯, 書名 Kohler's Philosophy of Law (柯列的法律哲學), 以一九一四年出世;

(e) Moderne Rechtsprobleme (今代法律問題) 初版於一九〇七年, 再版於一九一三年;

(4) Einführung in die Rechtswissenschaft (法學肄言) 初版於一九〇一年, 五版於一九一九年。

(註二〇)關於新黑智兒派法學, 參考下列書報:

(1) 別魯磁海參著, 『世界法律哲學考』(Szold 的英譯本) 四二二至四三二頁;

(2) 滂恩著, 『羣學宗法學之範圍與旨趣』見哈佛法律雜誌第二十五冊, 一四〇頁又一五四至一五八頁;

(3) 滂恩著, 『法律史之各家詮釋』一四一至一五一頁;

(4) 余尼著, 『私法的科學及藝術』第二冊一一一至一二六頁。

(註二一)關於自然法律學派的復興, 參考下列書報:

(1) J. Charmont, La renaissance du droit naturel (自然法律的復興) 出版於一九一〇年;

(2) R. Demogue, Notions fondamentales du droit privé (私法的基本意念) 出版於一九一

一年;

第七册；

(3) *Modern French Legal Philosophy* (現代法蘭西法律哲學) 載於現代法律哲學叢書，而爲其
第七册；

(4) 邊恩著，羣學法學之範圍與旨趣，見哈佛法律雜誌第二十五册，一四〇頁，又一五九至一六二頁；

(註二二) 余尼 (Gény) 的主要著作提示如下：

(1) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (私法的詮釋方法及淵源) 初
版於一八九九年，再版於一九一九年；

(2) *Science et technique en droit privé positif* (私法的科學及藝術) (1913—1924)

(註二三) 杜基 (Duguit) 的主要著作之與本題有關者，可以提示如下：

(1) *L'état, le droit objectif et la loi positive* (國家目的法及現行法論) 出版於一九〇一年；

(2) *Le droit social, le droit individuel, et la transformation de l'état* (社會法律個人法
律，及國家的變遷，初次出版於一九〇八年，第三版於一九二二年；

(3) *Les transformations générales du droit privé* (私法嬗蛻論) 出版於一九一二年，有英譯本，
載於大陸法律歷史叢書中，見該叢書第二册第三章；

(4) *L'état, les gouvernants et les agents* (國家政府及其役吏) 出版於一九〇三年；

(5) *Les transformations du droit public* (1913) 拉士奇 (Laski) 爲之譯成英語並命名曰 "Law

and the Modern State' (法律與現代國家)

此外尙可參閱下列書報：

(1) W. J. Brown. "The Jurisprudence of M. Duguit" (杜基的法律思想) 載於法律季刊第三十二號，一六八頁；

(2) H. J. Laski, The Problem of Sovereignty (主權問題研究) (1917) 第一章；

(3) 杜基著 "The Law and the State" (法律與國家) 載於哈佛法律雜誌第三十一冊，第一頁以下，

(4) 杜基著 "The Concept of Public Service" (公務的概念) 載於耶路法律雜誌第三十冊，四二五頁以下；

(註二四) 法律史的經濟詮釋之要旨，可求之於下列書報：

(1) Brooks Adams, Centralization and the Law (集權與法律) 第一及第二講，原書出版於一九〇六年；

(2) B. Adams, "The Modern Concept of Animus (意向的今代概念) 載於青袋 (Green Bay) 雜誌第十九冊第十二頁以下 (1907)

關於此項學說的批評，參考下列各書：

(1) 滂恩著，『法律史之各家詮釋』第五講；

(2) 滂恩著，『法律哲學導言』一八三頁以下。

(3) B. Croce 著，歷史的唯物觀與馬克斯經濟學。

(註二五)關於羣學宗法學參考下列論文：

(1) 滂恩著，羣學宗法學之範圍與旨趣，載於哈佛法律雜誌第二十五冊四八九頁；

(2) E. Ehrlich, (耳理儲) "Montesquien and Sociological Jurisprudence" (孟德斯鳩與羣

學家法學)載於哈佛法律雜誌第三十九冊，五八二頁。

(註二六)關於羣學宗派的第一時期，參考下列各書：

(1) 斯賓塞爾著，『直道論』(Justice)在一八九一年出版；

(2) B. Brugi, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali* (法律與社會科

學發凡)初版於一八九〇年，四版於一九〇七年；

(3) F. Cosenzini, *Filosofia del diritto e sociologia* (法律哲學與羣學)初版於一九〇五年；

(4) P. Vander Eycken, *Methodo positivadel l'interpretation juridique* (法律之詮釋方法

論)初版於一九〇七年。

關於此派學說的批評，參考下列各書：

(1) 別魯磁海麥著，『世界法律哲學考』(Szold 的英譯本)三五一至三七四頁。

(2) 柯苦娜夫著，『法學通論』(Hastings 的英譯本)二六五至二六六頁；

(3) J. Charbonat 的著作，見現代法蘭西法律哲學，六五至七三頁。

(註二七)關於人種學派的法家學說，參考下列各書：

(1) A. H. Post, Der Ursprung des Rechts(法律原始)初次出版於一八七六年；

(2) A. H. Post, Bausteine für einen allgemeinen Rechtswissenschaft (法學始基)初次

出版於一八八〇頁；

(3) Grundlagen des Rechts(法律的基礎)初出版於一八八四年；

(4) Ethnologische Jurisprudenz(人種法學)初出版於一八九四與一八九九年之間；

(5) L. Kuhlbeck, Natürliche Grundlagen des Rechts(法律的自然基礎)初出版於一九〇

五年。

對於此派學說的批評，以 P. de Tourtoulon 之書爲最佳。此書曾由 Read 譯成英語，取名“Philosophy in the Development of Law”(法律發展中之哲理思想)，並於一九二二年出世。批評語見譯本七五至一三三頁，又見法語原本八〇至一七三頁。

(註二八)關於生物哲理派法學，參考下列各書：

(1) G. Richard, Origines de l'idée de droit(法律思想探原)初出版於一八九二年；

(2) M. A. Vaccaro, *Le Basi del diritto e dello stato* (法律與國家的基本) 係一八九三年出版，法語有譯本，其名稱為 *Les bases bass sociologiques de droit et de l'état* (法律及國家的羣學基礎) 出版於一九九八年。

(註二九) 以法律理論為階級鬥爭的產物之要旨，詳下列各書：

(1) A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volklassen* (民法與無產階級) 初版於一八八九年；四版於一九〇八年；

(2) A. Menger, *Über die sozialen Aufgaben des Rechts* (法律的社會問題) 初版於一八九五年；三版於一九一〇年；

(3) G. Salvioi, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi nonabbienti ed operaie* (民法法典對於無產與勞動階級之遺憾) 以一九〇六年出世。

(註三〇) 基爾茄 (Gierke) 的重要著作闡揚此旨者列舉如下：

(1) *Deutsche Genossenschaftsrecht* (德意志集會法律) 第一冊一頁；

(2) *Das Wesen der menschlichen Verbände* (人類結合的實在性) 三三三至三四頁；

(3) "Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatstheorien" (公法與最新國家理論的基本觀念) 載於公法統編第三十冊三〇四頁。

(註二)參考 G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre (國家理論通義) 第二版本, 八九頁以下又三三四頁以下。

(註三)參考 G. Tarde, Les Transformations du droit (法律的變化) 原書初版於一八九四年, 六版於一九〇九年。比較 I. Vanni, Lezioni di filosofia del diritto (法律哲學講義) 初版於一九〇一年。一九〇二年之間, 四版於一九二〇年。R. de la Grasserie Principes sociologiques du droit civil (民法的羣學原理) 初版於一九〇六年。

(註三三)關於法家在近代所有此項活動, 參考下列各書:

(一) A. Bozi, Die Weltanschauung der Jurisprudenz (法學的世界觀) 初出版於一九一一年;

(二) K. G. Wurzel, Das juristische Denken (法家思想) 初出版一九〇四年, 原書中有一部譯成英語, 選入 The Science of Legal Method, 載於現代法律哲學叢書, 第九冊, 四二一至四二八頁;

(三) E. Ehrlich (耳理儲) Die juristische Logik (法家名理) 以一九一八年出現。

(註三四)關於在聯合時期中之羣學中法學, 參考下列各書:

(一) 耳理儲著 Sociologie und Jurisprudenz (羣學與法學) 初版於一九〇三年;

(二) H. Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Sociologie (法學與羣學) 出版於一九一一年;

(三) R. Bruggelles, Le droit et sociologie (法律與羣學) 出版於一九一〇年;

- (4) H. Rolin, *Prolegomenes à la science du droit*
- (5) 耳理儲著, *Grundlegung der Sociologie des Rechts* (法律的羣學基礎) 出版於一九一三年;
- (6) F. Cosenzini, *Filosofia del diritto* (法律哲學) 出版於一九一四年;
- (7) J. Kornfeld, *Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz* (法律通義與法學) 出版於一九二二年;

(8) B. N. Cardozo, *The Growth of the Law* (法律的生長) 出版於一九二四年。

(註三五)關於進行計劃第三項的理論參考下列書報:

- (1) 榜恩著, "The Need of a Sociological Jurisprudence" (建立羣學家法學的需要論) 載於亞美利堅律師公會報告第三十一冊, 一九一一年出版, 又載於青袋 (*Green Bag*) 雜誌第十九冊, 六〇七頁以下;
- (2) E. A. Parry, *The Law and the Poor* (法律與窮人) 一九一四年出版, 見原書二四八至二四九頁;

(3) R. H. Smith, *Justice and the Poor* (直道與窮人) 一九一九年出版;

(4) 滂恩著, "The Administration of Justice in the Modern City" (現代都市的司法行政) 載於哈佛法律雜誌第二十六冊三〇二頁。

(註三六)關於進行計劃第四項, 參考下列各書報:

- (1) B. N. Cardozo, The Nature of the Judicial Process (司法手續明微) 一九二一年出版;
- (2) 余尼著 Méthode d'interprétation (詮釋方法論) 第二版本, 第一冊, 第七節;
- (3) Science of Legal Method (名法的科學) 載於現代法律哲學叢書而構成其第九冊,
- (4) Les Méthodes juridiques (刑名方法論) 此為法蘭西法家演講集, 出版於一九一一年;
- (5) A. Hellwig, Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung (審判員的判決心理推究) 出版於一九一四年;
- (6) N. Isaacs, "How Lawyers Think" (律師的思維術) 載於哥林比亞法律雜誌第二十三冊, 五五頁以下。

第二章 現代法律科學的特性

第一節 功能的趣向

倘若要在今代法學中摘取及翹示最重要的進步，我們會須提出自分析研究而改爲功能研究的變遷。大地以內，所有現代法家，無不搜討及估量法律制度及在活動中之法律原則的社會效實。惟其如是，他不但研究書本上之法律，而且研究在行爲中之法律。更進一步，他還要根尋這兩種法律怎樣相異及爲什麼至於相異。自今以後，治法學者不再學前人一味比較法律戒令的抽象內容，反之，他極力研究這些法令在社會中之運行情景，及其在社會中所生效果，並仔細比較他們的實際應用。又自今以後，治法學者不再視法律爲一種東西，只可以自行開展及現實人類所有經驗中之一個理想，反之，他卻視之爲一種可以人力改進的事物，於是他必須自負責任，務能求出所以運用及指揮此項功力的最善方法。這是一種運動，牠要追蹤在現代思想中之實用主義或工具主義所有運動，而且要成爲後者

之一部。生於今日的法家誠不欲固拒將來所有變易，而預先構成硬性法律的假設陳義，依之所有應用節目一概從名理上之鐵的定律推闡出來。

功能的趣向具有一重要特徵，是爲合於書本上之法律與在行爲中之法律間所有區別的識認。原來十九世紀中之法家，在宗派的別異當中，卻同抱一種見解，即對於執行法律問題概置之不理。是試徵實例，例如分析宗法學，在倡言法律爲主權者的命令之結晶以後，便概想法律的執行於法家無與。倘若法律戒令不能實行，這是執政機關的過失，而此項機關的改進不在他的研究圍範以內。再徵實例，例如歷史宗法學，在提示法律爲一國人民在處理直道時所有經驗的表現之後，又在提示法律爲直道所有一個玄學的原理得到開展與實現的經驗之後，亦具同樣見解，而以爲法律的執行不關己事。所以自歷史宗法家看來，常法的規則之存在即足以證明其有效力，不用他求。至於議會立法，他以爲不過是一種例行手續，依之，凡已經存在於社會的法律之被尋見者得以刊載於法令檔案。倘若不然假使立法者竟欲妄議新法，他未免枉費工夫。更進而論及哲學宗法學，在其心目中只有一個問

題，即謂正在被考慮中之法律戒令，依抽象理想觀察，已經是正直否？倘若已是正直，此宗法學便概想及於有善因者必有善果，而且此項懸想的直道實為人人之良心所同有，故當此項戒令見諸實行，只須返而求諸良心，便無推行不動之理。惟其如是，法學在如此際會之下，只能成為書本上之法律科學；因之，這種方法，雖入於法律事業大進展與立法活動極顯著的十九世紀，依然足以促進書本上之法律與行為中之法律兩相分離。此項分離，在各國中，尤以合衆國所遭逢者為最顯著。

雖然，書本上之法律既與行為中之法律有如此離異，倘若專就法律的執行觀察，固是為害極烈，但其為害尚不限於執法的範圍。即在法律史中尚有一極可異現象焉，即為名實相異。是故法律定理儘可以獲取新義解，法律術語儘可以變易舊有界說，抽象的法律言陳儘可以失去原有意義，而增加一新意義，顧法律書籍仍要裝模作樣，使人在表面上觀之，仍以為法律依然是固定而未經變易。因此之故，大凡任一宗一派法律科學倘若僅能於書本中所有者以尋求法律，將必徒然看見文字與規條，而不及覺察箇中究藏有何物，足以造

出許多程式，及偉大動力，依之此類書本乃可以得到其切實內容，（註三七）而持之有故與言之成理。

第二節 法律與道德相互關係的理論

在十九世紀中，法家常有三個問題，相與聚訟不休。其一為法律的性質；其二為法律對於道德之關係；其三為法律歷史的詮譯。迄於今日，第一問題已易為法律的終局或目的之討論；第二問題將被併入法律在社會制裁的全體中。究佔何種位置之一問題，而連同討論；第三問題亦被視為文明史中所有重要問題之一個問題而已。三者之中，惟法律對於道德所有關係一問題向為法學上之戰場所在，值得我們特別注意，故詳加研究於下方。

法律與道德，在自然法律的經典理論中，常被視為一體；稍後，傳至合衆國，此項經典理論即成為亞美利堅公法的正統理論。是故黑石（Blackstone）常將「倫理或自然法律」兩名並提互換，仿佛該兩名只是異音同義之字。而所謂自然法律，依黑石所解釋，實為一切義務的準規，依之，所有法律戒令均受裁成；又由之，所有法律戒令方可以得到威權與力量。

而威爾遜 (James Wilson) 實肇承黑石遺緒以發揮而光大之。本來威爾遜本人嘗爲合衆國憲法的起草員之一人，又爲大理院的一個審判員，故其生平所有言論及著作至足著意。他嘗於一千七百九十年至九十一年之間，爲費列爹微亞大學 (College of Philadelphia) 演講法律，而發表他的法律講義。在其開端，威爾遜特反覆闡明法律責任的道德基本，而並及於自然法律。自然法律，依威爾遜的見解，實爲具有普遍性的道德原理之一個體系；法律不過爲其口舌，而代其宣示於文字。十九世紀法家矯枉過正，特將法律與道德對峙，甚至屏絕立法及倫理的批評於法學的領土以外。

試觀分析宗法學。此宗法家竭力於分析實際存在的法律戒令及法律制度，由之，卽欲以構成具有普遍性的一個法律科學。誠然他們在實用上亦嘗提出各種理想的楷模。但此類理想決不來自倫理。是故分析宗法家所翹舉的理想，在名理上爲互相依倚，復自成有條不紊的一個體系，在其中所有因人類相互關係而可以惹起爭端及其解決方案，無不綱舉目張，一切具備。惟就其真象考察，此類依名理而構成的理想，比之十七及十八世紀依倫理

而構成的道德戒約之概念，正是同一毛病。申言之，兩者距離事實，均是甚遠。其實，倘若再進一步分析，我們自然發見倫理的要素，在實用時，絕未嘗受屏絕於司法行政以外。所以分析宗法家的行事不外以武斷的假說，籠罩及遮蔽法律過程，使我們不能覺察其所為究屬何事，而且誤引我們於一種嘗試，在其中我們要勉強將許多殊異事實納於簡約的一條名理規則之中，而至於削足以就履。

再觀歷史學宗法學。此宗法家蓋嘗竭力提出「風俗」以替代十七及十八世紀法家之所謂道德。風俗係逐漸生長；牠們不能以定貨式而預先做成以備出賣。因此之故，法律亦須生長；決非人造。立於公布的條文之後，實有真正法律，由於社會中之一個主要理想，自然蟄蛻出來。誠如是歷史遂替代倫理哲學而被用為解明這個主要理想的工具。而該理想又為一切法律戒令所從出，且為其實際行為的準規。因此之故，所謂道德自然不歸入法家的研究範圍以內。

又觀哲學宗法學。此宗法家在十九世紀中亦有同樣舉動。惟其如是，他們遂不欲學十

八世紀本宗前輩的思想言論，一概以爲法律戒令不過是道德原理的宣示及頒布，反之，他們卻竭力於分離法律與道德，而使之兩相對峙。雖然，此但爲前世紀所有事耳；其實在較近時期，哲學宗法學正在提倡別一新運動。迄於今日，社會哲學宗內之各支派莫不有屈屬法律於倫理的傾向。試徵實例，例如，人羣功利主義一派即謂法律的終局是在於保證利益。因此之故，我們對於此類利益，必須加以選擇，又對於此類利益所應受的制限，必須加以規定，而且對於此類利益的相互跨越及相互衝突，必須加以評價，而維持其均衡。在加以選擇及加以評價之際甚至在立法，或下判決，或著書立說之際，我們必須向倫理學請求嚮導的原理。由此觀之，道德是評判利益的準規；法律依此準規所定高下程度而加以限制。是故新康德派亦謂：我們須以法律爲工具而求取直道。但倘若要達到此項目的，我們必須首先用歸納法以構成本時代所應有的諸種理想。果爾，我們在此際至少可得到逐漸擴大內容的一宗自然法律。雖然，我們的極大希望還不止此；我們務須於法律範圍以外，發展這些理想。申言之，這些理想還是道德的理想。誠如是，則所謂法學隸屬於倫理實具有一要義，即是：倫理

須決定目的所在，依之法學特爲其工具以兼程趨赴。至於新黑智兒派還要前進一步，卽統將法學與倫理兩者均隸屬於文明的歷史之下。但此項理論，依其在實行上所得結果觀察，不外要使法學概須倚賴一個科學以行事，而這個科學，倘若自現代式的倫理哲學家視之，必爭爲倫理學所有。簡約說，現代所有趨勢羣傾向於一種主張，卽謂：法學與立法決不能以截然劃清的界線而分離，而兩者又各須受命於政治的及社會的倫理。（註三八）

第三節 預防直道的運動

預防直道此時剛在開端。原來在過去時代的常法系統中，預防的設備幾乎絕無；僅有反之，歷史上蓋常有一種成見，十分嫉視預防藥劑。惟至近代，乃有一極得力的運動，思於立法上作先事預防之舉措。同時，司法方面亦有擴大禁格狀的用途之傾向，不寧惟是，自從市法院設立於各大都市以後，我們漸次設有各處法律顧問局，從之，各個市民可以詢知自己的權利，不復如從前徒在暗中摸索，不幸而做錯了事只得徒呼負負。雖然，此類預防直道之爲民事訴訟而設置者，固能對於將來法律發展，具有重大關係，但目前所有事業仍是微乎

其微，而未盡預防直道之大用。然則預防直道之大用究在何處？簡直說來，牠是在於刑法的領土範圍以內。在此處少年法院實已造福不淺，因為此項法院對於年少無知者所有過舉，不但哀矜其情實，而且追尋及於所以犯罪緣由而預爲之計，以防再犯。此外，復有行政機關所設立的道德裁判與誓約制度，雖則存在於窘阨狀況之下，組織既不周密，設備又不完好，然而仍能有多少成就。不過除此類設置以外，所有關於刑事上之預防大抵出於義舉。此誠爲一大缺陷。由此觀之，法家在預防直道方面的研究，將以之創造新方法，新戒令與新工具，實爲現代法律科學的最有希望事業之一種。（註三五）

第四節 執法趨於個別化的運動

前世紀的法律科學既漠視司法行政的要素，因之，除卻以機械式的名理應用嚴謹規定的法律戒令外，此項科學復竭力於屏絕一切法律事務。顧在今日，法律思想正在起着一大變化，是以現代法律科學不但認明行政要素的重要，而且極力要求法律戒令在應用時之個別化。按實言之現代都市社會，以經濟組織的複化之故，特要求詳明立法，以提示何者

可爲與何者不可爲，復要求精幹行政以導人於安全而避開艱險與爭端。兩者皆從事於先事預防，比之事後精查或事後補救，當勝倍蓰。是故此類立法在許多地方極有裨益於行爲，正猶中分大路的界線，與在交叉馬路中劃出的安全界線，極有裨益於摩托車之御者，而如此精幹行政極有補助於無量數的活動，恰如交通警察之立於街角者極有補助於御者與行人。不寧惟是，交通警察的工作，所以能著極大效力之故，實爲個別的指揮及引導，而迥異法律戒令的概括指示。誠以生在產業社會之中，人們有許多事務必須以個別方法處置；而此項方法殊可以不必用於較純樸的，村野的過去農業社會。當人類相與交接之處極爲稀疏時，法律的規則所有概括宣示與渾涵決斷儘可以應付司法的急需。當交接之點到處羅布，有如今日大都市的生活一般之下所遭逢，在此際各個人的權利主張實不免時時相互跨越，處處抵觸，於是，嚴謹的分界線，精密的差別待遇，自屬迫切需要。顧此類分界線與差別待遇必不能以法律的規則提示出來。誠如是，關於此項研究的文章乃應急需而紛紛出現於各國。（註四〇）

第五節 法學與其他社會科學協作運動

富於創造精神，崇信發明活動的重要，傾重功能的旨趣，現代法學猶以爲未足，且進而要求社會科學全體會員的全國動員與分工合作。這是羣學宗法學在聯合時期中所有一個特徵。但在今日，此項特徵已不限於羣學宗法學，而散見於各宗及各派法學。現代法家概能識認一要旨，即是，除卻爲研究及申說之便利外，介於社會科學的各個會員間，沒有明白清楚的分畫界線，一如前世紀法家所試行。倘若人間知識專就關於社會生活的一部份立論，可以從各個圓面中心點觀察，被人看見各組知識，紛呈異象，我們須知各個圓周線仍不免互相跨越。當我們徒看見圓面中心點，而且只一味注視圓面中心點，這種分析的區別誠然是十分確鑿。不過就是這一中心點；我們終不會澈底了解，至於由這一中心點而畫成的圓周線內所有許多甌脫地方，我們更不會完全明白；倘若真得到明白及了解，除非我們時時準備從這個圓周蕩入別幾個圓周而參觀遊覽必不成功。因此之故，所有社會科學必須合夥；若從法學自身立論，所有其他社會科學務須與法學成爲夥計。如其不然，倘若我們必

要提出社會制裁的一部份，並要依據分析標準而劃定牠的界限，復要試用牠自己所有智慧，牠自己所有材料及牠自己所有方法，我們所得結果，無論在表面上如何合於名理，只是武斷而且除適用於抽象理論外，更無別用。

(註三七)關於本節論旨，參考下列各書報：

(1) E. Ehrlich, "Eriosschung des lebenden Rechts" (活法律之探討)載於 Schmoller 的立法年鑑 (Jahrbuch für Gesetzgebung) 第三十五冊，一二九頁以下，出版於一九一一年；

(2) E. Ehrlich, Das lebende Recht der Völker von Bukowina (布爾微拿居民的活法律) 出版於一九一三年；

(3) W. H. Page, Professor Ehrlich's "Ozernowitz Seminar of Living Law" (耳理儲教授在者娜微磁研究講座中之活的法律研究) 載於亞美利堅法律學校協會第十四次年會報告四六頁以下，一九一四年出版；

(4) 湯恩著, "The Enforcement of Law" (執法論) 載於青袋 (Green Bag) 雜誌第二十冊，四〇一

頁以下；

(5) 滂恩著“Law in Books and Law in Action”（書本上之法律及行爲中之法律）載於亞美利
聖法律雜誌第四十四冊一二頁以下；

(6) S. T. Weil, “Public Policy in Western Water Decisions”（由關於西方水源的各宗判
決案而表現的施政方針）載於加理福尼亞法律雜誌一一頁。

（註三八）關於本節論旨，參考下列各書：

(1) 滂恩著 Law and Morals（法律與道德）一九二四年出版；

(2) 倭士丁著，法學，第五講；

(3) 邊沁（J. Bentham）著 Theory of Legislation, Principles of Legislation（立法的理論與
立法的原理）第十二章；

(4) 格雷著，法律的性質及淵源，第六四二至六五七節；

(5) J. O. Carter, Law, Its Origin, Growth and Function（法律的起源、生長及功能）第六講；

(6) S. Amos, Science of Law（法律科學）第三章；

(7) 格林（T. H. Green）著，政治責任的原理，第十一至三二節；

(8) N. M. Korkunov, General Theory of Law（法學總論）（Hastings 的英譯本）第五至

第七節

(9) 柯列著，法律哲學 (Albrecht 的英譯本) 五八至六〇頁。

(註三九) 關於本節論旨，參考下列各論文：

(1) 滂恩著 "Preventive Justice and Social Work" (預防直道與社會服務) 載於一九二三年社會服務懇親會報告，一五一頁以下；

(2) E. R. Sunderland, "A Modern Evolution in Remedial Rights" (補救的權利在今代之演進載於米詩干法律雜誌第十冊六九頁以下)；

(3) E. M. Borchard, "The Declaratory Judgment" (預告的判案) 載於耶路法律雜誌第二十七冊一頁以下。

(註四〇) 關於本節論旨，參考下列各書報：

(1) 余尼 (F. Gény) 著，詮釋方法論，第二版本，一九一九年出版；

(2) 滂恩著，法院與立法，輯入名法的科學 (Science of Legal Method)，該書為現代法律哲學叢書之第九冊；

(3) J. H. Wigmore, Problem of Law (法律問題) 六五至一〇一頁；

(4) G. Ransson, Essai sur l'art de juger (審判的藝術論) 一九一二年出版；

- (5) H. Kantorowicz, *Die Kampf um die Rechtswissenschaft* (法學爭辨) 出版於一九〇六年;
(6) L. Britz, *Die Kunst der Rechtsanwendung* (應用法律的藝術) 出版於一九〇七年;
(7) R. Salalles, *Individualization of Punishment* (執法的個別化之趨勢) 原書爲 Jastrow 夫人譯成英語, 見譯本第九章;

(8) 勞恩著 “Administrative Application of Legal Standards” (法律準規的實際施行) 載於亞美利堅律師公會報告第四十四册, 四四五頁以下。

第二章 法學在今日所有主要問題

第一節 利益的計值

爲着依據法律戒令以求取各種利益起見，我們必須首先將急求滿足的利益，加以概括，又加以分類。原來人間利益本是繁賾而又雜出，將欲得到法律的承認，這些利益必須被概括於一定程式，依之，一定界限庶可以劃分。於是再進一步我們必須就所有程式而稱其重量，計其價值。在此際，我們必須極用小心於此項舉動，勿使概括公式轉得以犧牲利益本身，而至於作法自斃。我們當構成概括公式時必須處處踏實地步，惟從各種取求 (claims) 及各種要求 (demands) 的事實構思。況且生於今日，我們儘具有相當把握，以評衡人間所求取，而不至有極大偏私流弊。誠以現代世界文明各國所有經過報告的司法經驗，及古代世界所有法院與法家的經驗之結果，一一具載於法律專書，可以覆按。這些書籍詔示我們以何種取求經已得到，及如何得到，又通知我們以何種取求未經得到，甚至未受承認，但正

在環請法院以求滿足。既做了這番評衡工夫以後，我們就可以將這些利益括成公式，分爲類別。再進一步，我們尚須爲之計值。倘能如此做去，我們庶幾能够精選這些應受承認的利益；規定界限，在其中他們即被法律承認而各得其所；發明及製成工具，依之，這些利益就可以陸續取得。

遠溯古代，從前最通用的方法只要根據自然法律的理論，而演繹之，以構成所謂『自然權利』的一個體系。然而此輩法家從不編訂人間一切利益，使成爲目錄，復不從這些實際現象，加以分類，又加以作界，使成爲系統。傳至十九世紀，其時所有主要思想仍不外使用演繹方法，依之即以紬繹所謂『絕對權利』。而且這些絕對權利同具有如此嚴密界說，仿佛他們因此就不能互相抵觸，復不至互相跨越。自應用方面觀察，這種方法常被用以判斷勞動與資本間之爭訟，而屢次造成一條絕路（an impasse）的結果。兩造相關，各有取求，各有文章道理，而且此項爭訟的理由，當寫在紙上時，各能成爲絲毫不可移動的權利。兩造各站在自己所有絕對權利的立場，往往只能看見自身，而不看見他人，此項爭訟的和解遂成

爲絕對不可能之事總而言之十九世紀所有法學方法不管從那一條路進行同歸宿於一個絕對權利的方式，在其中某幾種取求陡增聲價，再無磋商餘地。然而此不過在理論爲然耳，在實際上這些權利仍不免用這一程式或那一程式以求調和及解決。早知今日，何必當初？我輩後起，在此際，誠可以憬然知返矣。

自耶令 (Chering) 出，絕對權利的演繹方法漸次衰微，一種依據法律的終局以評衡各項取求及要求的方法代之而興。這種方法，在社會哲學家法家的領導之下，衍爲多項方法；其中有四式至值得特別注意。

依社會功利主義派所見，社會的終局，足以決定法律發展的進程；因之，法律的本體只以歷來所有不斷地糾正行爲及調解行爲構成。而此類行爲的方式及內容又從古代所遺留法律事理，爲着了應付社會的終局所要求之故，加以改造而成功。在此際，社會的終局變成法律的終局，而法律的終局即成爲各種取求或要求在計值時所必依的準規。誠然，社會功利主義派亦有許多武斷主張，尙有待於心理學及羣學的糾正。但無論如何，他們在法學

上畢竟有一大貢獻，即是從前法律的發展是盲進，又是無意識的進步；社會功利主義派法學乃大聲疾呼，喚醒我們，使我們從今以後，做聰明行事，又做成有意識的法律事業。不寧惟是，他們還要催促我們想定法律的終局及法律的外延，依之，法律的終局即可隨法律的戒令在實行中而盡情發展。所以每逢社會功利主義派提出忠告，使我們務必根據一定法律的終局以評衡某幾項利益，此項忠告至少能使我們觸起一個感念，因而自問，即謂：我們在過去時期亦會想定何為法律的最後目的，而又能隨時將其指出否？

再依新康德派所見，我們在計算此類利益的價值時，應以當時當地所有社會理想為標準。誠如是，我們將不難得到一個隨時生長及變易其內容的自然法律。至於所有法律問題，我們尚須綜覽之以一個社會理想，及由此理想推闡出來的各項基本原理。是故士探姆列 (Stamler) 以為這個社會理想可以一語表示之如下，即謂：牠是一個概念，依之，任何個人的終局，無論如何不同，都可以和諧發展於一個自由意志的民社之內；隨而諸色人等，凡受約束於同一法律之下者，其所有個人的終局無不包容。所以一切要求或取求的計值

只應比照一定限度，而在此項限度以下，凡各項取求之曾經得到者均有所以促進此項和諧於民社，又在此項限度以內，凡同受治於國法者，均得有相當機會以實現其個人的終局。

又依新黑智兒派的方法，我們在計算此類利益的價值或評衡取求時，應比照一定限度，而依此項限度，這些利益或取求且又均能維持與增進文明。必須如是，然後人類社會一向對於自然界的征服或人性的克服，得以維持；然後人類權力得受促進而盡力發展。更將此項方法詳加申說，大凡一切取求應測定於在當時當地所有文明的法律產品，即所謂法律的假設陳義是。而依此項陳義這些取求均須受概括而成爲一定程式，以爲之分類而作界。抑此項陳義既以社會的文明爲淵源，於是這一個文明的思想還須對於這些概括的取求作末後審判。倘若他們能有所裨益於文明，法律即加以承認及保證；不然則否。由此觀之，新黑智兒派所以迥異於十九世紀的哲學宗法學者實在於一要旨，即是：前者要問這些取求究竟能對於文明有所增進否，或能增進之至於若干程度；後者要問他們能對於抽象的自由有所增進否，或能增進之至於若干程度。以方法論，前者還要比後者爲更明白詳盡。

此外，尚有一個關於利益的計值方法，爲杜基（Duguit）所陳說。依杜基的見解，所謂『取求』（claims）人間社會本不應齒及。凡人只應常時以義務爲懷；此類義務應依社會的功能，而概括之於一定程式，又應依社會的互賴性，而判別其輕重緩急。按實言之，他們應受裁成於由分工而起的社會互賴性。所以人生有最重最急的義務，是爲維持分工，而又協助之，使能成爲社會互賴的基本。綜括以觀，杜基蓋能用現代產業社會，爲其哲理基本，因之遂以作成一種理想的主張，即以爲在這種社會中生產效力能增加至於最高限度便是法律的終局。至於取求應以『集團的取求』（group claims）爲標準而加以概括，而又加以評衡。世間不應有所謂我對於自由的取求；反之，世間惟應有一種社會的取求，即謂我及其他各人，在我們的生產活動中，及在其他與之有互相連帶關係的活動中，不應橫被阻礙。此爲杜基的主要思想。顧自鄙見觀察，杜基對於斯賓塞爾所用的方法似乎尙未能有多大改進。是故在斯賓塞爾所計劃自然權利的方案中，一切取求的價值之估計應比照一定限度，而照此限度，這些取求必須能維持及促進社會中之天然利源的開發，又須能維持及促進基

於個人所有自由創制能力的產業活動之發展。杜基師法其意，特於所定方案中提出自然義務以替代自然權利。惟當其主唱此項義務時，產業制度實已達於成熟之候，故杜基獨抉出這個時代的特性，即所謂『生產的效能』(productive efficiency)爲法律的終局。而依照此項終局，杜基遂得以試驗一切事物的效用，而一一爲之計值。

我們對於社會功利派所用方法可以貢獻兩項批評。第一，此派的方法混用利益的兩種意義；其一爲取求或要求；其二爲優勢(advantage)。概括言之，凡人要申明一種取求，因爲此項取求，果能到手，便成一種優勢。凡人對於此項取求，加以拒絕，是則不外對於這種優勢提出異議，因之，遂將此項取求擱起，斬而不與。第二，此派的方法蓋預先設定所有社會優勢可以不勞而獲；申言之，牠以爲立法者，審判員，或法家必能自然而然地念及社會優勢，而當然與以維持。謂予不信，盍觀合衆國法院歷來關於所謂『相當法律手續』(due process of law)一要旨的判決，由之，讀者即可想見這個預定的意思在實際上不知生了幾許流弊。這個預定的意思足以引導立法者與審判員一齊設想，即以爲：他們所有關於社會優勢

的一種不經意而得的思想，得自家庭，得自朋友，或得自他們在經濟上之關係，最好用之爲立法的或推究法理的根據。這個預定的思想又足以引導審判員設想，即以爲他們所有關於社會優勢的一種不經意而得的思想，自是法律的根基，對之，立法者不應持異議；倘若竟有異議，審判員當然有權以宣布之爲違憲又爲不合理。

總而言之，現代法學亟需一個方法論，依之，所有哲學家各派所有出發點庶幾概能利用。雖然，倘在事先非得到各宗各派同立於社會優勢的一個哲理或一條大義，法學又必不能枯坐以待一個完善的方法論之產出。試觀在十八世紀中本來已經有了一個創作的方法，至可適用，徒以當代哲學家又各有所宗主之故，遂至聚訟紛紜，莫衷一是。再現在十九世紀中，本來一個有組織的而又有系統的方法在根本上已經成立，但當代法家又各以極端別異的哲學身分來，與這個方法相會。顧此特在理想方面爲然耳；倘若專就實際行事考察，法院與法家，亦嘗於根據社會優勢以申明各項取求或要求之後，都能做出了多少嘗試，依之，即欲以至少犧牲而盡量取得社會利益。這是實用主義派的倫理要義，向爲詹姆士

(William James)所倡導。倘若就哲學本身立論，此項要義自是一條妥當的倫理準規，我們可無待深論。卽就法學方面立論，此項要義亦是一條適於實用的法律準規，應同爲法院與法家所依據。其實這條準規在實際上已成爲公認天秤，依之，歷來法院及法家，雖則假裝之於許多理論的面具之內，實得以評衡時相軋轢的各項取求。故在此際，我們對於法家只有一件責望，卽是：從今以後，將如何使我們能於有意識地認明此項方法的實際運用，又如何使此項方法得到更確實的形式，這就是法家的惟一責任。無論在於何時，無論在於那種調和與糾正及和解行爲而又有關於法律秩序之際會，他總應常時記取社會利益，而盡量申明其優勢。這是他所應抱持的宗旨，至於在應用時，其所有進行細目必須由實驗方法做出。申言之，只有嘗試與錯誤的方法，纔能使各項調和及糾正行爲從極小犧牲中而取得極大社會利益。這是有待於實行而做出來的事件。本來從大體觀察，逐一法系對於各項取求所生多端軋轢，概自有其可能的解決方法。這是比較法律學所給與我們的教訓。這樣亦是歷史宗法學歷來極喜歡稱道的一條求取真理的大義之要點。

第二節 法律與行政的關係

在司法行政的全部歷史中，常有兩種反對的趨勢運行。其一是概括的趨勢，在其中所有案件皆援引一定範疇之統於概括的公式者以爲斷，至於個別案件的特殊事實均被忽視。其他是個別化的趨勢，在其中逐一案件皆被看做獨立單位，而其判決案惟依照案中所特殊事實以交下。這是兩項極端趨向；往往在某一時期中此長彼消，而在別一時期中此消彼長。但在實際上，司法行政究以折衷行事之時爲較多。是故在十九世紀中，個別化的趨勢被擯，幾乎受法律史完全不理會，甚至法律史還要發生一種假定，即以爲，凡有此項傾向皆成非法。至於今日，反應漸起，於是，遂漸次多見各國爭設立行政法院，在其中所有法律的應用方式皆爲個別化；加之，行政法院的權力及管轄權亦日見擴大。由此觀之，法學所有主要問題之一即爲如何糾正這兩種趨勢之走於極端。換一句話說，這個問題便是直道的司理應如何劃分爲兩部；使其一專司折獄，其他專司法律上之行政事務。

此一問題實爲法學上許多爭訟的核心。譬如，從古以來，法律的性質常是一個經多人

討論的問題，但此類討論歷來概無結果，倘若推原其故，這是由於論者未能將什麼是法律一問題，連同其他相關問題，或爲舊有，或爲新生，一概納入上方所列問題的範圍，而視之爲這個較大的問題之一部份或一格局，然後加以個別分析而繼以綜合觀察而已。試將此類爭端條舉，則除法律的性質外，尙有關於常法與立法的爭訟，法律與道德所有關係的爭訟，法律與公道(equity)所有區別的討論，法院與陪審委員團所有職掌的討論，又有究竟訴訟程序應遵照嚴定的規則，或應略加變通而參用廣泛的司法裁決權之爭訟，更有刑罰的個別化運動及由此項運動所惹起的爭訟，最後還有在大陸歐羅巴上向來所常時聚訟紛紜於法律戒令的應用之一個重大問題。凡此種種爭訟似乎紛呈萬象，其實不過發端於一體。這是要說，這些爭端都不過惹起於這個較大的問題，（即所謂司法行政究竟應多用法律的規則或多用裁決權力的問題）而相與構成其一個格局。

從大體看來，這樣問題原來只是區分部屬而判別孰應被用與孰應被舍的一個問題。是故關於以下事項，例如，遺產及其繼承權產業的利息及其交付，商法的處務，法律責任的

產生，遭逢及讓渡等等事件，以這些事項的處理有關於社會利益之故，隨在隨時成爲立法的絕好題目，而建立極有效力的立法。但在其他方面，凡有糾正及調和行爲，不關有形的利益，但惟牽涉人類行爲的道德問題者，立法在此處少有如何建樹。

依同理解釋，我們可以明白了解在各個別異法系之下，近來常設有專司，專以使法律的應用取得個別化的效果爲事；顧在其中所有案件的處理大抵爲關於道德方面的個人所有行爲；至於財產的及商法的訟端絕少干涉。

原來法律的戒令本不盡屬於同類，有如十九世紀的分析宗法學所云。是故伴着規則，伴着財產法的類似規則，法律推理所依據以成立的各項前提（各項法理）尙有許多準規並行不悖。此類準規是行爲的確定法度，應在法院的指導之下而應用。試舉實事以示例，則有相當謹慎小心的準規，可以被應用於疎忽行爲的訟事；復有準情度理的服務準規，可以應用於公用事業的處務規程；復有受信託人的平允行爲的準規，一向存在於公道（*equity*）之中；此外關於營業所受限制的法律更有合理的準規。其在羅馬法，亦有關於謹

守信誓所需用的誠信準規，又有存在於用益權的法律（the law of usufruct）所有關於此項權利的使用準規，凡爲一個善良君子應依之以行事；更有關於契約行爲所有過失的準規，對之，凡爲一個正直而又勤敏的家長必不輕於干犯。凡此種種準規在其中常有通情達理的意念澈頭澈尾，因此之故，他們在應用時即不免隨時、隨地、隨際會而有所變異。這是要說，道德要素實蘊蓄於此類準規，而且居其多數。於是，凡遇有應用牠們的機緣所在，與其使用演繹的名理，毋寧使用常識或凡人所有的道德判斷力。惟在此際，我們應有注意者一事，即是：凡遇有關於買受產業或交割產業的保證事件，此類準規絕未嘗應用。申言之，牠們不有什麼用處於財產法或商法。顧在別一方面，凡有發生於行爲的訟事，或有發生於冒險從事的行爲之訟事，此類準規就成爲折獄的法律淵源。（註四二）

第三節 法律行爲生效的有限性

對於法律而抱持功能的態度有一效用，依之，足以使我們改變向來所有關於法律行爲的有效範圍之問題一種見解。申言之，在於今代這個問題實被改變而成爲下列問題，即

謂：以司法行政爲工具，我們所能行爲有效者爲何事？本來從過去法律思想觀察，我們嘗以爲法律的範圍應有名理的或玄理的界限。在這種思想運行之下，某事與某事必應受法律限制，因爲這種限制的方式實由於一個基本概念，即玄理上所稱爲自由意志者，紬繹出來。其他各事法律儘可以不管，因爲在此處中自由的制限不能依名理以成立。簡約說，法律只是自由的一個理想之表示或實現。於是，法律的範圍應被測定於一個準則，而成爲下列問題，即是在擬議中之法律規條，對於抽象的個人自由，發生如何關係？倘若此項規條果能增進抽象的個人自由，牠就應受裁可。但以每一法律戒令皆足以限制自由之故，無論任何戒令，非經裁可，不能任其出世。而且裁可之方尚須嚴定：其一固須不許任何法律障礙抽象的個人自由；其二尚須要求這種法律能增進抽象的、自在的、個性發展，而達於其至大限度。

在如此構思方式的運行之下，我們對於自由的實體當然忘卻。誠以在此際我們心目中之自由並不是阿杜(John Doe)或阿魯(Richard Roe)於某時某地中應能毫無限制而盡情發展其個性，卻不過是一個抽象的人物之自由發展，而且此人既不親接現實

社會，復不受壓迫於實際的經濟生活。因此之故，遂有法院嘗作莊嚴地宣示，特謂一個雇工本要向一間公司商店照數找取支票，詎意此項行動竟受逆阻於一宗武斷，而失卻行動應有的自由。當其作此項宣示時，審判員正色而談，儼若系想中所有契約的自由當真於實在生活上尚有半券，可以隨時取出以相對，而左右符合如一券，使成完璧。

顧在今日，法律思想已大變，我們只要專在法律的範圍所受實際制限着想。申言之，我們在今日能領會一旨，即是所謂有效的法律行爲，以我們的司法器械具有天然缺陷之故，終有一定界限，此類天然缺陷本是繁多，姑舉三數項以示例；則有各種困難應起於法律所被要求以應付極難測定的事實，又有許多困難來自多數義務的不可捉摸性，一時不易以外力強制執行，又有許多爲難處生於侵害權利的行爲之巧妙方法，其事實雖爲法律所必誅，其結果常能逃脫法網；又有爲難處生於法律機械本身，往往對於許多人類關係，甚至許多嚴重過舉，實無應用的可能性而加以處置；末後更有極難處，起於法律戒令不能自己施行，而必執行之責尙有待於個別的生人。因爲有了如此種種困難，一切人間利益，雖則在倫

理上或社會理想上立論，必應保證，願以法律機械的能力有限之故我們終不能一一如願以取求。

由此觀之，此項困難實存在於機械，而不存在於玄理所表證的或名理所遺下的障礙力。倘若機械修治，我們或者可以多有所作爲，或者更能有所改進。如其不然，我們亦不當一味責難於法律。法律之外，其他社會制裁的工具尙須利用。在此際，法律所能爲的只是維持秩序，務使其他工具得以運行有效。雖然，當我們作如此說法，我們所抱持的態度，實迥異其他諸人所抱持的態度，依之，一種玄理的或名理的障礙物，儼然如在目前，只要行使最小限度的干涉，便可阻止抽象的自由發展。後者對於同人的欲望之受抑及其取求之不能滿足，當然可以覺得自己是乾手淨腳，復不負任何責任。申言之，他們儘可自告無罪而毫無愧色。誠以他們在此際儘可以徵引法律概念在蘊蓄中之自限的意思及目的，替自己的不行爲作辯護。至於前者對審判員的本分決不能作如此怠惰思想，以求規避。是故每當我們念及有效的法律行爲之所以受限制，非關社會工程自立界限，卻關法律機械尙爲未善，我們隨

即負有義務以考察此項機械究是何物，如何及何故不能遵照我們的希望以行事。末後，我們還要尋問一事，即是：原有工具是否可以改進；抑或別種新工具必須創出以圖代用。

第四節 搜查社會事實的方法

於今代法律科學中，存在一個重要問題，即是：立法者在未立法前，審判員在未下判決前，法家在未構思法律戒令前，亟須得到社會事實，以為根據；因之，此類事實果將賴何種法律工具以求取；此為十分難事，不易解決。唯其如是；歷來羣學宗法家遂不憚反覆以申說此一要旨，即謂：在所有立法及詮釋法律及應用法律的工作中，我們務須注意於社會事實，因為法律必須依事實以進行，而事實又必須依法律以解決。（註四四）故社會事實的搜查至為必要。無奈在合衆國中，此類工具至屬缺乏。試觀司法行政的統計，本為法院成績的評價所必需，現在剛要創始，（註四五）而刑罰統計至今尙未進行，還有待於着手辦理。（註四六）其尤要者便是；每逢法院被人請求，出而依照憲法所保證的『相當法律手續』一要旨，以解釋現代各種社會立法，審判員必須深明社會狀況，然後不至僨事；因之，適當的報告方法

務必及早尋出。(註四七)

誠然，在合衆國中聯邦與各邦亦嘗設有司法機關，顧通常所謂司法部不過能供執政的法律顧問，爲國家因民事而受訴時之代表，又爲國家在刑事訴訟時之提起公訴人。至於聯邦政府中之司法部，若以之作一個檢舉機關看待，最爲得力。但除卻上列功能以外，適合衆國之內，無論聯邦或列邦政府，無一處有相當組織以執行下列職掌，即是：考察本國法律制度的功用；考察法律的應用與施行；搜討凡有關於失出或失入的判決案及其所以致此之理由；留心於新發生事變及心究所以應付此項新發生事變的善法；分析各項立法，而研究孰能完成所求達之目的，孰不能達到目的，及何故不能，因之，對於立法者今後所有立法，與執法者今後所有行法，庶幾能有所忠告。討論至此，或者將有答辯，並謂：在合衆國國會中或列邦立法機關中，亦嘗設有各種立法委員會以資臂助。但我們須知現代各國所有司法部，其職掌至爲複雜，又極爲專門化，決非任何立法委員會所能企及。(註四八)

第五節 法典編纂

末後，法律的形式改善問題，亦爲重要。其實，在使用英語的國家中，法律的形式實爲其最大弱點所在。誠以此類國家的法律之大部份成爲報告的判決案，在其中固然有利，但亦有弊。其有利處是在法律的具有軟性；其有弊處是在於法律的缺乏確實性。是故有許多問題，在某一法院的管轄權之下本經決定，而在別一法院的管轄權之下則否。縱有決議亦會經各處通過，但將來尙見遵用與否，無人能知之。不甯惟是，同一事件，在別異的法院管轄之下，可以得到許多別異的判決案，因之，遂有許多問題其所用以解決的規則紛然雜至，復互相競勝，雖以設立最久的法院遇之，亦感覺難於抉擇。此外，尙有一弊端，卽是，紛繁不可以理董的法律至足使人費時失事。凡遇訟事發生，必欲尋出適當法理，以作斷案，在此際，所部工作至多，所費時間亦不少。末後，更有一難事在，卽是，凡遇有以立法機關的法案確定一項法理之際，在判決案中往往不易尋出及確定何爲法律的基本要旨，遂致將欲應用於此項法理之法案不易起草。明明是一條久置不用的規則，或一種久置不用的制度，但其殘餘物尙有殘光返照，而足以介紹一個不合理的法律成分於立法，於是，以形式的不合理爲因，

遂得實質的不合理爲果，而惡法孳生羌無窮期。不寧惟是，法院的成案法與立法機關的法案，對於同一事實，有時還要造成兩個法律戒令，其一關於事實全部，其他關於其零星部份，於是，法律的混亂現象益以惹起而不可究詰。

在十九世紀中葉，正當立法改良運動達於最高度之際，嘗有一種強大運動以要求編纂法典於英格蘭及亞美利加。其實編纂問題爲英吉利法家聚訟之點，直至一八七五年爲止，而在合衆國大約一直達於一八八〇年。顧自社會立法開始，又因介於至一八七五—一八九〇年之間，一方面有司法法案 (the Judicature Act) 通過於巴力門，他方面又有審判規則修改於法院，於是訴訟程序法大受改革，其結果遂使此項運動中斷於英格蘭。其在亞利美加，此項運動大抵極盛行於紐約，而與斐勒的法典草案 (Field's draft codes) 有關。徒以各宗草案至爲粗陋，此議遂寢。及於近代，此項議論復起於英格蘭，事垂起矣，又以歐洲大戰而遭擱置。其在合衆國中，此項運動仍在隱伏時期，但以我的意料所及，編纂的事實必不可免，故法典編纂將來必成爲亞美利堅法律問題之最重大者之一。而在此際，一種私

家編纂，爲亞美利堅法律研究社所主持，正在進行未已。將來此項私家編纂或可成爲亞美利堅法典之先導。（註四九）

（註四一）關於第一問題的討論，參考下列各書報：

（1）勞恩著，法律哲學導言，第二講；

（2）勞恩著，"A Theory of Social Interests"（社會利益的一個理論）載於亞美利堅學會論文及討論集第十五冊一六頁以下，係一九二二年出版；

（3）B. N. Cardozo 著，法律的生長，第二至第五講；

（4）M. P. Follett, Creative Experience（創造的經驗）第十四至十七章；

（5）J. Charmont, "The Conflict of Interests Legally Protected in French Law"（在法國法律保護中之各項利益的軋轢）載於伊利奈法律雜誌，第十三冊四六一頁以下；

（6）W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung（法令，行法，與適雷鵠的之考慮）出版於一九一三年；

（7）P. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz（法律的施行與法學的利益理

論) 出版於一九一四年;

(8) E. Stampe, Grundriss der Wertbewegungslehre (價值理論運動的要義) 出版於一九一二至

一九一九年間;

(9) 余尼著, 證譯方法論, 第二版本, 第二冊, 第二百零二節;

(10) 杜基著, 私法的演進論, 經譯成英語, 並載於大陸法律歷史叢書第二冊, 第五卷;

(11) 杜基著, 社會法律, 個人法律與國家的變遷, 第二版本, 一九一一年出版。

(註四二) 關於第二問題的討論, 參考下列各書報:

(1) 滂恩著, 法律哲學導言, 第三講;

(2) 滂恩著, 『法律準規的實際施行』, 載於亞美利堅律師公會報告, 第四十四冊, 四四五頁以下;

(3) N. Isaacs, "The Limits of Judicial Discretion" (司法的裁決權之制限) 載於耶路法律雜誌

第三十二冊三三九頁以下;

(4) R. von Laun, Das freie Ermissen und seine Grenzen (自由裁決及其制限) 出版於一

九一〇年。

(註四三) 關於第三問題的討論, 參考下列各書報:

(1) Spinoza, Tractatus Politicus (政治學專論) 第十章, 第五節;

(2) W. Markby, Elements of Law (法律綱要) 第四十八至五十九節;

(3) J. W. Salmond 著法學, 第三十節;

(4) 邊恩著 "The Limits of Effective Legal Action" (得力的法律行為之制限) 載於亞美利堅律師公會雜誌, 第三冊, 五五頁以下, 又載於倫理學的國際雜誌, 第二十七冊, 一五〇頁以下;

(5) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre (政治學通論) 第二版, 八九頁以下, 又三三四頁以下。

(註四四)關於社會統計的重要, 參考下列各書:

(1) O. W. Holmes, Collected Legal Papers (法律文章叢錄) 一六七頁, 又一八四頁;

(2) P. Vander Eycken, Méthode positive de l'interprétation (詮釋方法論, 一〇九頁以下);

(3) H. Kantorowicz 著, 法學與羣學, 五至七頁。

(註四五)關於司法行政的統計在合衆國中之現況, 參考下列報告及論文:

(1) 詩加古 (Chicago) 市法院歷年報告;

(2) S. B. Warner, "Procedural Delay in California" (折獄在加利福尼亞邦之延誤) 載於加利福尼亞法律雜誌第八冊三六九頁以下。

(註四六)關於刑罰統計在合衆國中之現況, 參考下列各書:

(1) L. N. Robinson, History and Organization of Criminal Statistics in the United States

(刑事統計在合衆國中之歷史及組織)出版於一九一一年;

(2) Cleveland Foundation, Criminal Justice in Cleveland (克理扶締市中之刑事司法)一九二二年出版。

(註四七)社會統計的重要當以瀏覽下列兩種文書而益信;這兩種文書均爲合衆國大理院審判員白蘭戴士 (Mr. Justice Brandeis) 當充律師時爲辯護而作成的法律說帖;其一載於 Miller v. Oregon, 208 U. S. 412; 其二載於 Richie v. Wayman, 244 Ill. 509。又參考下列書報:

(1) W. F. Willcox, The Need of the Social Statistics as an Aid to the Courts (社會統計在法院中之需要)出版於一九一三年;

(2) J. G. Palfrey, "The Constitution and the Courts" (合衆國憲法與法院)載於哈佛法律雜誌第二十六冊,見五〇七頁,又五二五至五三〇頁。

(註四八)關於第四問題的討論參考下列各書報:

(1) 邊沁全集,第九冊,五九七至六一二頁;

(2) T. A. Nash, Life of Lord Westbury (西布理壽主傳)第一冊一九一頁;

(3) 滂恩著 "Jurisic Problem of National Progress" (民族進步的法律思想問題,載於亞美利堅學雜誌第二十二冊,七二一頁以下;

(4) 邊恩著 "Anachronisms in Law" (法律中之不合時宜的事理) 載於亞美利堅司法學會報第三冊, 一四二至一四六頁;

(10) Report of Lord Haldane's Committee on the Machinery of Government (英國一九一八年荷勒點委員會關於政府的機械之報告)

(11) B. N. Cardozo, "A Ministry of Justice" (司法部的設立之建議) 載於哈佛法律雜誌第三十卷五冊一三三頁以下;

(12) Lord Birkenhead, Points of View (庸言) 第一冊, 九二至一三〇頁。

(註四九) 關於第五問題的討論, 參考下列各書:

(1) Lord Birkenhead 著, 庸言, 第一冊, 一五〇至一九〇頁;

(2) J. F. Dillon, 法律的起原, 生長及功能, 第十一及十二講;

(3) Law and Jurisprudence in England and America (英格蘭與亞美利加中之法律與法學) 一七八至一八七頁;

(4) 傑士丁著, 法學, 第三十九講, 又關於編纂法典之各條補註;

(5) H. Oliphant, The Relation of Current Economic and Social Problems to the Restatement of the Law (現代經濟及社會問題與法律的再行纂修之關係) 此為紐約政治科學研究院的原稿之重印本。

參考書舉要

書目提要，除本書所列舉者外，尚散見於其他法學書中，學者必須注意及之。譬如，P. Vinogradoff 在他的歷史法學（Historical Jurisprudence）中即輯成極可寶貴的書目提要，見原書第一冊三七三至三八四頁，以一千九百二十年出版。F. Cosenzini 在他的法律哲學（Filosofia del diritto）（係一千九百一十四年出版）中，亦於每章之末附有極重要書籍及論文的目錄。後者所載書目，對於哲學宗法學者尤為切要。近今亞美利堅法律學校協會方有現代法律哲學叢書之編輯，書中隨處附錄引用的書籍雜誌，學者可以參考。此外，尚有兩書，對於法律的發展及法律哲學的主要宗派，窮原竟委，而各作成一個綜合觀察：其一存在於 R. Pound, Interpretations of Legal History（法律史之各家詮譯）其二存在於 F. Berolzheimer, The World's Legal Philosophies（世界法律哲學考）。

社會科學叢書

法學史

此書有著作權翻印必究

中華民國二十年七月初版

每册定價大洋叁角

外埠酌加運費匯費

原著者 滂

譯述者 雷賓南恩

發行人 王雲五

印刷所 上海寶山路商務印書館

發行所 上海及各埠商務印書館

Social Science Library

JURISPRUDENCE

BY ROSCOE POUND

TRANSLATED BY BINNIE LOUIS

PUBLISHED BY YEN NG

1st ed., Nov., 1931.

Price: \$0.30, postage extra

THE COMMERCIAL PRESS, LTD., SHANGHAI

All Rights Reserved

上海圖書館藏書



A541 212 0002 8666B

