

書叢法政

網大學理法

著原遠重積穗

述譯鳴鶴李



行發館書印務商

政 法 叢 書

穗積重遠原著
李鶴鳴譯述

法
理
學
大
綱

商務印書館發行



上海圖書館藏書



A541 212 0001 7601B

緒言

一 本書係著者在東京帝國大學擔任法理學講座時所編之講義，惟根據一學年授業經驗，著爲斯學，公刊問世，非不自知其爲時尙早，然如能藉此獲得師友之叱正，以資今後之修改，抑亦著者與學生之大幸也。

二 是書係講義體裁，對於自己之說明與學生之思索，務期留有餘地步。而講授時間，一學年爲三十星期，每星期各三小時，故本書以簡單爲第一要義。雖曰簡而不明，爲著者不文之所致，然言而不盡，則本書當然之性質也。

三 是書全體所用之主要參考書，列記如左。至於供一部分參考之書籍論文，書中隨處引用，或避免煩瑣而留在講授時補足之。本書所述，有時姑從通說，介紹先覺所論，有時故爲立異，大膽主張未成熟之私見，是卽講義之所以爲講義也。

穗積陳重博士 法理學講義筆記 (明治四十年份)

Pound: *Outlines of Lectures on Jurisprudence*, 2nd. ed., 1914.

A general Survey of Events, Sources, Persons and movements in Continental Legal History, 1912. *The Continental Legal History Series*, Vol. I.

Great Jurists of the World, 1913. *The Continental Legal History Series*.

Miraglia: *Comparative Legal Philosophy*, 1912. *The Modern Legal Philosophy Series*, Vol. II.

Harns: *Rechtsphilosophie*, 1889.

Berolzheimer: *System der Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, II. Bd., 1905.

Stinzing-Landsberg: *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 1880-1910.

Korkounov: *Théorie générale du droit*, 2éd., 1914.

法理學大綱

目次

第一章 法理學之意義……………一

第一節 由法律學定義觀察之法理學意義
一 學問的知識
二 法律現象之學問知識
三 科學與哲學
四 現實法學與法理

學
五 法理學乃特別哲學
二 科學與哲學
四 現實法學與法理

第二節 由法律學研究方法觀察之法理學意義

六 法律學之研究方法
七 法理學之研究方法

第三節 由法律學範圍觀察之法理學意義

八 法律學之範圍

第二章 法理學之分派……………八

九 法理學之五派
一〇 法理學分派比較表
一一 哲學派分派比較表
一二 社

目次

一

會哲學派分派比較表 一三法理學史之意義

第三章 分析派之法理學……………一五

一四分析法學 一五布拉克斯頓克里斯將邊沁 一六奧斯丁 一七波羅克

第四章 哲學派之法理學……………一九

第一節 純哲學派

一八純哲學派之主張 一九純哲學派甚少

第一款 希臘之法理學

二〇希臘哲學與法理學 二一客觀主義與主觀主義 二二關達哥拉斯赫拉克里
托詭辨派 二三蘇格拉底 二四柏拉圖 二五亞里士多德 二六希臘法理

學之根本思想

第二款 羅馬之法理學

二七羅馬之法理學 二八西塞洛

第三款 神學的法理學

二八奧格斯庭 二九阿奎納士

第二節 自然法派

第一款 康德以前之自然法派

- 三〇自然法派之意義 三一自然法派之根本主義 三二格羅傑士 三三反對
- 暴君論者 三四友尼斯布魯脫士布卡南 三五亞爾托幾斯瑪里亞納 三六浩
- 布思 三七斯比諾查 三八普芬朶夫 三九陸克 四〇盧梭 四一民約
- 論之內容 四二自然法說之影響 四三對於自然法說之批評 四四自然法說
- 之價值

第二款 康德以後之自然法派

- 四五康德之民約論 四六對於康德法理學之批評 四七斐希特 四八斐希特
- 思想之變化 四九波希爾

第三節 社會哲學派

第一款 新康德派

- 五〇新康德派 五一對於科學的傾向之反動 五二對於法律學分化之反動
 - 五三斯達穆拉之純法律學 五四斯達穆拉之社會哲學
- 第二款 黑智兒及新黑智兒派

五五薛林格 五六黑智兒 五七黑智兒之特徵 五八郭拉

第三款 實利派之法理學

五九邊沁 六〇耶林格 六一耶林格之功績

第五章 歷史派之法理學……………六三

六二歷史派法學之勃興 六三提波與薩維稜 六四歷史法學派之民族精神說

六五歷史派之缺點 六六科學的歷史法學

第六章 比較法學……………六九

六七比較法學之發達 六八比較立法學 六九人種學的法律學 七〇比較法

學之研究法

第七章 社會學派……………七三

七一孔德 七二實證學的法律學 七三生物學的法律學 七四心理學的法律

學 七五綜合的統一的傾向 七六社會法學 七七社會學的研究方法 七

八社會法學之批評 七九社會法學自足論 八〇自由法說

第八章 法律之進化……………八八

八一社會 八二復讎 八三復讎之限制 八四賠償 八五扣留 八六私
力之公權力化 八七法律之進化

第九章 法律之本質……………九七

第一節 通說

八八技術規範與倫理規範 八九法律規範與道德規範 九〇法律與道德之關係

第二節 自說

九一技術規範亦成爲法律 九二道德規範亦成爲法律 九三禮式規範亦成爲法

律 九四法律乃由社會力強制實行之社會生活規範 九五與命令說之差異

九六法律與自然法則

第十章 法律之內容……………一二八

九七法律所保護之利益 九八由法律執行正義 九九法治之進化

第十一章 法律之形式……………一三七

一〇〇現實法與自然法 一〇一固有法與繼承法 一〇二法律之「淵源」

一〇三慣習法 一〇四判例法 一〇五成文法 一〇六法典

第十二章 法律之本位……………一五七

一〇七法律之本位 一〇八由義務本位至權利本位 一〇九法律以外之權利與

法律上之權利 一一〇由權利本位至社會本位

法理學大綱

第一章 法理學之意義

第一節 由法律學定義觀察之法理學意義

一、學問
的知識

二、法律
現象之學
問知識

一 法律學者，法律之學問知識也。學問知識云者，即謂就某現象之獨立知識（即經驗）加以綜合分析類彙組織，抽出其現象之通性，以認識其根本原理及其在萬有現象中之位置也。

二 法律現象，因時與地而千差萬別，大則法制之根本主義，小則法規之體裁形式，古今東西，不一其軌；且法律之爲物，原具流動性質，得因君主一朝之命令或議會一夕之決議而制定之改廢之，蓋有難期其必然適用必然制裁之

「不確實性」也。故法律現象欲如自然現象之成爲學問知識之對象，原不適當，時或有謂法律現象之學問知識不能成立者焉。然千差萬別之法律現象中，實自有其系統與通性在，人爲之制定與改廢，亦不能謂其完全出於人爲，其適用與制裁之例外「不確實性」固不足以妨害法律之法則性質也。故法律現象之學問知識，謂爲困難則可，謂爲不能則不可。或可謂正因其困難而更形重要也。

三、科學與哲學

三 關於學問知識，可分爲兩段考察之。第一段卽所謂科學知識 (Science)

第二段卽所謂哲學知識 (Philosophy) 是也。從來學者多視此兩段爲兩種各別之學問，並認定基於經驗之實驗科學 (experimental science, die empirische Wissenschaft, Erfahrungswissenschaft) 與基於思考之哲學或形而上學 (die philosophische Wissenschaft, Metaphysik) 兩相對立，然予以爲此兩者之分界不甚明確，故於此點排斥此所謂二元主義 (dualism)，而依據一元主義 (Monism) 者也。蓋經驗與思考，不能獨立成爲學問之基礎。無思考之經驗，徒勞無益。無經驗之思考，近於空想。必於經驗之結果，加以思考，始得謂爲完全

之學問也。故就現象之經驗，加以綜合分析類彙組織，以抽出其現象之通性，屬於學問之第一段，稱之爲科學；就其經驗之結果，加以思考，以認識其現象之根本原理，確定其在萬有現象中之位置，屬於學問之第二段，稱之爲哲學。是卽所謂科學與哲學，固非各有其不同之對象，吾人原可就同一事物作科學的研究，作哲學的研究，且必如是而後學問始能完成也。故所謂科學之中不能完全無哲學，而哲學又必須從科學出發焉。兩者之分界雖爲過渡現象而不能截然區別，然就其着眼之處下哲學之定義，則可謂：「哲學者，根本原理 (Grundprinzipien, mother-ideas) 之學」也。所謂根本原理之屬性有二：其一爲普遍性，其二爲根本性。普遍性者，謂其原理可貫通其對象之全體，而不限定於局部；根本性者，謂其原理在其對象之各種原理中，屬於最上一級也。是故哲學又可謂爲現象之「普遍的根本上知識」(universal and ultimate knowledge) 焉。至各項科學之總和，尙非吾人知識之全部，必更加以由哲學得來之普遍的根本上原理，而後學問始得完成也。

四、現實
法學與法
理學

四 關於法律學，亦可分爲上述兩段考察之。各種法律現象（即 a law 或 laws）之研究，乃法律之科學，稱之爲現實法學（die positive Rechtswissenschaft, Wissenschaft des geltenden Recht）。茲所謂現實法學，其中不包括法制史及具體的立法論。即研究在現實具體已經存在、或現時存在、或應當存在之法律現象者也。基於此現實的具體的研究之結果，更進而研究法律自身之根本原理（即 the law, or the possible ideas of law），認識法律現象在萬有現象中之位置，是爲法律之哲學，稱之爲法理學。西洋法學者，皆用法律哲學（Rechtsphilosophie, philosophie du droit, legal philosophy）之名稱，固無不當，但哲學之名稱，實由歧視實驗科學與形而上學之思想而生，易招誤解，且因此後所述之自然法學說亦有其法律哲學名稱之歷史，故日本法學界之先覺，另創用法理學之名稱焉。是則法理學者，即法律現象根本原理之學問，即 spirit of the law, esprit des lois, Geist des Rechts 之學問也。而法律歷史哲學（Rechtsgeschichte philosophie）及立法學（Science of legislation）亦屬之。至所謂法學通論（Re-

chtsenzyklopädie, general jurisprudence) 及法理學史 (Geschichte der Rechtsphilosophie) 則非法理學也。

五 哲學爲普遍的根本上之學問，已如前述。但茲所謂普遍的根本上之原理，亦有相對之意義。萬有現象之全體，固有普遍的根本上之原理，而於萬有現象中占居一部分之一羣現象，在其範圍內亦有其普遍的根本上之原理也。前者之學問，爲一般哲學；後者之學問，爲特殊哲學 (special philosophies)。法理學即關於法律現象之特殊哲學，介乎現實法學與一般哲學之間。法理學者之任務，在根據一般哲學之原理，以說明現實法學之結果。故踟躕於現實法學之範圍，或深入於一般哲學之範圍，皆非法理學之所有事也。

第二節 由法律學研究方法觀察之法理學意義

六 今日通用之法律學研究方法，有左列五種：

(1) 分析的方法 (analytical method)

- (2) 歷史的方法 (historical method)
- (3) 比較的方法 (comparative method)
- (4) 社會學的方法 (sociological method)
- (5) 哲學的方法 (philosophical method)

七、法理
學之研究
方法

七 上述各項研究方法，皆為法律學研究方法之一，若惟用其一，尙不能完成法律學。又如謂現實法學可專用分析的方法，法理學可專用哲學的方法者，亦屬不當。現實法學與法理學，其研究之方面不同，故主用之研究方法自不得不異。即前者主用分析的方法歷史的方法比較的方法，後者主用哲學的方法。而近年逐漸採行之社會學的方法，在現實法學固有必要，同時在法理學亦不可缺。即就法律現象之分析的歷史的比較的研究之結果，再加以哲學的社會學的綜和批評，根據新理想主義 (Neidealism) 以研究法律之靜態及動態，乃法理學之任務也。所謂新理想主義，實可謂為現實的理想主義 (realistic idealism)。蓋法理學實係研究基於法律現實 (das Seiende) 之法律理想 (das

Seinsollende) 者也。

第三節 由法律學範圍觀察之法理學意義

八、法律學之範圍

八 法律學之範圍，除普通所稱「法律學」者外，尚有左列各方面之學問。

- (1) 立法學 (die gesetzgebende Wissenschaft, science of legislation)
- (2) 法律心理學 (Rechtspsychologie und Rechtscharakterologie)
- (3) 法律倫理學 (Rechtsethik)
- (4) 法律教育學 (Rechtspädagogik)
- (5) 法律美學 (Rechtsthetik)

此等學問亦應用於現實法學，而其自身亦係以法律為對象之法理學的研究也。故法理學如不併用純哲學的研究與社會學的研究，且不包括此等學問者，即不足以稱為完全之法理學。由此可知法理學，決不止於所謂法律形而上學 (Rechtsmetaphysik) 之境也。

第二章 法理學之分派

九、法理學之五派

九 按照前章所舉法律學之五種研究方法，而法理學派亦可分爲左列五派。

(一) 分析派 (Analytical school)

(二) 哲學派 (Philosophical school)

(三) 歷史派 (Historical school)

(四) 比較法學派 (School of comparative jurisprudence)

(五) 社會學派 (Sociological school)

而哲學派又分爲次列諸派。

(1) 純哲學派 (Metaphysical school)

(2) 自然法派 (School of the law of nature)

(3) 社會哲學派 (Social-philosophical school)

(a) 實利派 (Social utilitarians)

(b) 新康德派 (Neo Kantians)

(c) 新黑智兒派 (Neo Hegelians)

10 法理學分派比較表

——此表係由美國哈佛大學教授鮑恩特 (R. Pound) 博士之法理學講義揭載，惟於其中加入鮑氏所不承認之比較法學派，而體裁與排列亦略有變更。

一〇
理學分派
比較表

對 象	(一) 分析派	(二) 哲學派	(三) 歷史派	(四) 比較法學派	(五) 社會學派
惟考察已發達之法制。	由此以求批評現實法律之理想標準。	考察法律之現在，尤注重過去。	比較研究場所不同兩種以上之法制。	考察法律之抽象內容，尤注重法律之作用。	

著 眼 點	法 律 觀
<p>著眼於法規背後之權力及強制，法律之制裁由國家司法機關執行，缺乏執行力者非法律。</p>	<p>視法律為制定的或裁判的立法者有意識之創造物。</p>
<p>較之法規之制裁，尤著眼於其倫理的基礎。</p>	<p>謂法律非由於創造而由於發見，此點與歷史派一致。</p>
<p>著眼於法規背後之社會的壓力。由服從習慣，國民公憤，公衆感情，輿論或正義之社會的標準中以求制裁。</p>	<p>謂法律為有意識之創造物，而結局則不能創造。</p>
<p>注重建立法律系統，以探究其異同之理由。</p>	<p>視法律為地理的人種的產物，並留意於未開化人種之習慣亦得成為法律。</p>
<p>法律之社會目的，較之制裁，尤為注重。</p>	<p>視法律為人類智力所能改良之一種社會制度，而法學者之任務，即在於發見促進並指導此種智力之最佳手段。</p>

哲 學 觀	形 式 論
<p>此派之哲學見解為實利派的或目的論的。</p>	<p>以成文法為典型的法律。</p>
<p>含有種種複雜之哲學見解。在十九世紀以黑智兒派或<u>克拉塞派</u>為多，在今日有屬於社會哲學派者。</p>	<p>不必問其法律之形式如何。</p>
<p>在原則上屬於黑智兒派。</p>	<p>以構成慣習，裁判慣例，或判例法之判決慣習等形態為典型的法律。</p>
<p>實驗派。</p>	<p>不問法律之形式如何，務期多蒐集材料。</p>
<p>哲學的見解頗異。其主要者屬於社會哲學派及實用主義派。</p>	<p>由作用上觀察法律之理論，規定，及其根本主義，視法律之形式僅屬手段。</p>

一 一 哲學派分派比較表（錄自鮑恩特法理學講義）

<p>(1) 純哲學派</p> <p>由法律之某單一根本觀念，演繹法律家所能使現實法與其適合之一般有效原則之總體。</p>	<p>(2) 自然法派</p> <p>由抽象的人性，演繹一般有效原則之總體，欲布衍此等原則，形成一自足的法典。</p>	<p>(3) 社會哲學派</p> <p>求現實法之「理想的方面與持久的方面。」</p>
---	---	---

一二一 社會哲學派分派比較表（同上）

一二一、社會哲學派分派比較表

	(a) 實利派	(b) 新康德派	(c) 新黑智兒派
<p>傾向</p>	<p>分析的且為社會的</p>	<p>哲學的且為社會學的</p>	<p>歷史的且為社會學的</p>
<p>代表者</p>	<p>耶林格</p>	<p>斯達穆拉</p>	<p>郭拉</p>
	<p>(1) 「觀念法學」之打破。 (2) 對於法制所保護之利益，較對於由法制保護之權益。</p>	<p>(1) 由道德倫理與抽象法規之關係，轉移其注意於此等事物與依據法規執行正</p>	<p>(1) 以法律為國民文化產物之學說。 (2) 關於「比較法制史」</p>

利，尤爲注重。

(3) 其學說謂刑罰與其適合於犯罪之性質，不如適合於犯罪人，尤爲恰當。

(4) 容納「認定法律之命令觀念之近代大陸思想」。

義之關係。

(2) 其學說以社會思想爲依據法規執行正義之標準。

(3) 於「關於造成正當法規」之學說，再加以「關於就事件作正當判決」之學說。

與「法理學」之關係之學說。

(3) 關於法規之社會學的解釋與適用之學說。

一三 法制史與法理學史之非法理學，已如前述。然非爲「法源史」

(Quellengeschichte) 而爲「文化史」(Kulturgeschichte) 之法制史之研究，則

可以成爲法理學之一部分；又不專事介紹學說內容之「學說史」(Dogmen-geschichte)，而成爲專事探究法律觀之變遷及系統之「方法史」(Methoden-geschichte) 時，則法理學史亦可成爲法理學之重要項目。且法制史雖另成一科，而在法理學史上，通例皆視爲法理學之一部分，故於次章以下，以本書之半

充之。著者所注重之處，不在於說明某學者曾爲某說，而在於將各種應有之法律觀作系統的批評，以準備構成自己之法律觀也。

第三章 分析派之法理學

一四 研究法律而分析現實具體之法象 (The positive law) 闡明其成分組織，以認識其成爲法象之通性之法律觀念，此乃應有之方法。而採用此方法之近代之分析法學，實可謂已發端於註釋學派 (Glossators)。彼註釋學派係於十九世紀意大利之波羅尼亞 (Bologna) 使羅馬法之研究復活者也。然其後因自然法派勢力過於強大，視分析現行法規爲極其卑近之事，以爲此種研究與其謂爲屬於法學，不如謂其屬於法術，故彼培根 (Francis Bacon, 1561-1626) 雖夙已用其實驗哲學論樹立分析的研究之基礎，而至十九世紀爲止，仍鮮有採用此法以論法理者。

一五 近代之分析法學，自入十九世紀以後，即已勃興於英國。可稱爲英國法學之鼻祖者，厥爲布拉克斯頓 (William Blackstone, 1723-1780)，然彼仍

不免受自然法學之影響，其所著「英法釋義」(Commentaries on the Laws of England, 1765-70)之序論中，混同法律法則與道德法則，卽其明證。惟自一七九三年至一八〇九年，刊行該書之第十二版至十五版之克里斯將 (Edward Christian, 1758?-1823)對於此點，其意見與布拉克斯頓不同，彼謂道德法則上之正邪與法律上之正邪，往往不必一致。又曾爲布拉克斯頓之聽講生之邊沁 (Jeremy Bentham, 1748-1832)，亦反對乃師之說，彼謂法律係由於「依據國家實力處罰犯罪者之威嚇」而實行之國家命令。此實爲分析法學之基礎觀念，但邊沁對於立法學較對於現行法論尤爲注重，另成一派。迨邊沁歿後之一八三二年，奧斯丁 (John Austin, 1790-1859)之「法學範圍論」(The Province of Jurisprudence Determined)出世，英國之分析法學遂以確立。奧斯丁實布拉克斯頓之最嚴酷批評者，彼批評布氏「違反道德之法律無效」論爲足以陷於無政府之學說，而主張惡法亦可成爲法律，實分析派中之最能分析者也。

一六 奧斯丁定法律學之界說，謂「法律學爲現實法律之學」(Juris-

prudence is the science of the positive law)；而法律學之任務，在答復 *What is law?* 之問題，不在答復 *What law ought to be?* 之問題；法律學之對象，惟爲現實法——卽人定法；一面排斥自然法論及其他哲學的倫理學的見解，一面排除立法論。此種學說，自今日觀之，似乎極其簡單，並無奇異，然在自然法學久已盛行之當時，實爲提倡法律學革命之新說。世固有謂分析法學非法理學者，然其論法律之本質一事，實含有法理學在內，其立論確有一面之真理，至少在其對抗獨斷的研究而確立實驗的研究一點，於法理學亦大有功勞也。惟此種學說之缺點，失於範圍過狹，其由此可以直接了解者，僅爲關於法之靜態之原理，而於法之動態無與焉，故不得謂此爲法理學之全部也。其法律之定義，亦僅能適合於已發達之法制 (*Developed systems of law*)，尙未能完全說明法律之概念。又如一面謂法律爲國家之命令，一面又排斥立法學，亦可謂爲不正當之狹隘見解也。

一七 奧斯丁之後，英國法學者多師承其說，以迄今日。而英國分析派今

日之代表，則爲波羅克(Sir Frederick Pollock)。彼極力排斥哲學的倫理學的見解(是爲分析派綱領之一)，力言法律與道德之區別，其所論較之此派先師之奧斯丁，尤爲徹底。彼之言曰：「余不承認法律家應比他人更成爲道德哲學者之理由。」又曰：「法律意義上之正邪，惟在國家所許可或禁止之處耳，豈有他哉。」

第四章 哲學派之法理學

第一節 純哲學派

一八、純
哲學派之
主張

一八 純哲學派之主張，將現實法學與法理學截然區別；謂法理學非實在（das Seiende）之學，乃理想（das Seinsollende）之學；非現實觀察（Wirklichkeitsbetrachtung），乃價值批判（Werthbetrachtung），與其謂爲法律演進之學，不如謂爲法律目的之學；卽爲與現實法（das positive Recht）相對之正當法（das richtige Recht）之學，而其對象卽成爲法律目的——例如「正義」（Justice, Gerechtigkeit）之單一觀念也。

一九、純
哲學派甚
少

一九 以上所述，爲哲學派法理學者之共通基礎觀念。然論法律時，純哲學的研究，轉形困難，故近世哲學派，大都直接或間接感受自然科學及社會學

之影響。是以自然法學派及社會哲學派，在法理學史上占有重要地位，而純哲學派則鮮。又近世法理學者固亦有屬於純哲學派者，然以與其他二派相提並論爲宜，故於本節略述由古代迄宗教改革時代之哲學的法理學。

第一款 希臘之法理學

二〇 法理學發源於希臘哲學。而法理學之特別哲學，在此時尙未分化而出。惟一般哲學中已有法理學的一方面，且於此方面相當注重而已。

二一 希臘哲學中，客觀主義 (objectivism) 與主觀主義 (subjectivism) 早已對立。客觀主義，主張正當行爲之客觀標準存在；主觀主義，則主張如此標準不存在，而正當行爲，依人之選擇而定。此二主義在法理學的方面之應用，卽理想法主義與人定法主義也。

二二 客觀主義之代表者爲達哥拉斯 (Pythagoras, about 582-500 B.

C.)，彼由其數理哲學論客觀的正義。然主觀主義之赫拉克里托 (Heraclitus, about 535-475 B. C.) 同時而起，謂任何物皆不實在，惟有發生與消滅而已。

二〇、希臘哲學與法理學

二一、客觀主義與主觀主義

二二、達哥拉斯、赫拉克里托之學派

二三、蘇
格拉底

二四、柏
拉圖

除變化一事外，任何物皆非永久的實在的。此種傾向逐漸盛行，終達於詭辯派 (Sophists) 之極端，其代表者布洛達哥拉斯 (Protagoras, 481?-411 B. C.) 乃有「人爲萬物之矩矱」之言。

二三 反抗此極端主觀主義之弊害者，則爲蘇格拉底 (Socrates, 469-300 B. C.)。然彼未復返於純粹客觀主義，唯排斥各個人之純主觀的判斷，而以「一切善良市民之半客觀的判斷」爲正當行爲之標準。而體現此標準者，卽爲國家之法律，故遵守國法，乃道德上之要求也。

二四 成爲希臘哲學之代表而其法理學的色彩最顯著者，則爲柏拉圖 (Platon, 429-348 B. C.) 之哲學。柏拉圖傳承其師蘇格拉底之衣鉢，置其哲學於倫理的基礎之上；謂德義可以學而致，而教育則必經由國家始能得之；國家之目的，不在保護個人之利益及適合個人之需要，而在於發現以正義爲主義之道德生活；卽謂國家爲最高無上，而個人人格則歸入於國家之中，因而描寫適合於彼之哲學之理想共和國焉。「此正義如何在國家發現」之抽象原理，

二五、亞
里士多德

即屬於哲學之法理學的方面，蓋可謂為純哲學派法理學之一典型也。

二五 亞里士多德 (Aristoteles 384—320 B. C.) 之哲學，與柏拉圖哲學

之為理想的相較，則為實驗的，惟於根本主義則無所異。彼謂國家先個人而存在，必先有全體，始能考察其構成分子之部分。彼最有名之「人為社會的動物」一語，其意非謂人類因有社交性故集合而構成國家，蓋謂在觀念上當然成為構成社會之分子也。而正義惟於國家始能達成，至個人則為隸屬於國家之構成分子，應服從國法者也。

二六、希
臘法理學
之根本思
想

二六 要而言之，柏拉圖及亞里士多德等希臘哲學之法理學的方面，實受下列三種思想所支配。

(1) 審美心 (die ästhetische Phantasie)

(2) 目的觀 (teleologische Welt- und Naturansicht)

(3) 不自由意志 (Determinismus)

希臘哲學，注重調和全部以完成一美術品，因此犧牲其分子而欲以同一

模型構成之。國家乃此項美術品之一，其所體現之思想，即爲正義。而此正義非觀念上之正義，乃人情上之正義，非賦與各人以其所屬物之正義，乃由各人請求其觀念上所必要之物之正義也。何以謂此爲正義？以國家爲人類之目的故也。其目的之爲物，非意思之目的，乃人性自然之目的。故個人不問其意思之如何，必須爲國家之構成分子，以參加於此目的之完成。奴隸亦由此理由承認之。至於法律，乃此觀念上之「必要」，當然存在。非意思之要求，乃認識之對象，個人不問其意思之如何，必當遵守。是則希臘之法理思想，其結果仍歸結於純粹客觀主義也。

第二款 羅馬之法理學

二七 羅馬時代，關於法理學而有可觀者極少，蓋以羅馬人不如希臘人之精於哲學也。然如謂真正法理學須建立於現實法學基礎之上，則由此見解言之，精緻之羅馬法，實成爲法理學發達之根本，彼希臘一般哲學中僅占居一方面之法理學，經羅馬法之應用，始成爲特別哲學而啓其發達之端緒，此種說

明或亦未嘗不可。羅馬法雖素以嚴格見稱，而彼完全缺乏個人自由觀念之希臘哲學純客觀主義，至羅馬法出始略見緩和，此可謂爲後世主觀的法理思想之張本。羅馬之法理學者，有著名之西塞洛（Cicero, 106-43 B. C.）其人，彼亦無甚獨到之處，惟繼承希臘哲學而應用之於羅馬法者，則以彼爲第一人，故彼於法理學史上可以占一位置也。

第三款 神學的法理學

二八 基督教傳播愈廣，羅馬教會勢力漸趨強大，因而中世紀之法理學，遂帶有神學的性質焉。奧格斯庭（St. Augustinus, 354-430）提倡神政主義（Theocracy），謂世界本應爲受神法（lex divina）支配之單一「神國」（Civitas Dei），但因人類之原罪墮落，始有受人定法支配之「地上人國」（Civitas terrena）出現。此即現在諸國家也。故國家及法律，究屬「不得已之惡事」（Mala necessaria），惟爲神國完成之過渡手段，及聖教與和平之擁護者，方有存在之理由耳。即「地上人國」應由代表神國之地上教會統督之，當在神國實現之時

消滅者也。此種神政主義，爾後雖略見緩和，國家可不在教會之下，而得與之並立，以分任神政之一方面，但就大體言之，神學的法理學之第一要義，不視國家爲最高機關者也。

二九、阿奎納士

二九 阿奎納士 (Thomas Aquinas, 1228-1274) 謂萬有皆受神意支配。而此神意之爲物，非「隨意」乃「定意」是之謂永久法 (lex aeterna)。此永久法中支配人類之部分，謂之自然法 (lex naturalis)；人因欲適用自然法於特殊事實而創定之規則，謂之人定法 (lex humana)。然法雖分爲三種，而以自然法爲永久法之一部，以人定法爲自然法之適用，窮其究竟，則萬法當歸着於永久法，人定法又須適合於自然法，因而人定法苟不適合於神意——即永久法，不得謂爲正當。要之，神學的法理學之第二要義，在使國家與法律，基於神意。此亦可謂爲純哲學的法理學也。

第二節 自然法派

三〇、自然法派之意義

第一款 康德以前之自然法派

三〇 自然法派者，即謂現實法上存有普遍不易之理想法而爲其模範標準之學派也。此乃普通之說明，雖非謬誤，但不切當。蓋此種思想自古即已存在，如就此說明而言，則柏拉圖及亞里士多德亦爲自然法派，阿奎納士且有「自然法」之言，而羅馬法亦有此種自然法之觀念也。然普通所謂自然法派，實不含有此等中世以前之法理學派在內。其與純哲學派根本不同之點，在「人類之自然狀態」(Naturzustand, state of nature)爲立論之基礎。彼爲造化主義，此爲人性論；彼爲主他主義，此爲主我主義。自然法派普通之議論，謂人類之古昔爲自然狀態，人類之今日爲國家狀態；自然狀態非由神意或人意而存在，乃基於人性之自然狀態，而國家狀態則爲人類由契約構成之人爲制度。即自然法論者大都同時又爲民約論者也。自然法派中約有兩種議論：一則謂自然狀態爲善美，以使國家狀態復返而與其適合爲理想；一則謂自然狀態爲醜惡，國家狀態實因迴避此醜惡之自然狀態而生。兩者之立論雖異，而其由人

三一、自然法派之根本主義

類自然狀態出發以描寫其理想的國家狀態及理想法則一也。

三一 自然法主義，已無純哲學的及純理論的性質，此其與中世以前理想法主義不同之點也。蓋當時之人，因宗教改革 (Reformation) 及文藝復興 (Renaissance) 二事，解放中世以前各種之束縛，脫離柏拉圖亞里士多德及教會之權威，已啓自由研究之新機運，故此派自然狀態之議論，雖屬缺乏科學根據之空想，實爲自由研究之產物，且感受爾時逐漸勃興之自然科學及個人主義之影響者也。質言之，自然法主義係下列兩種主義之表現。其一爲自然主義 (Naturalism)，即與希臘哲學之目的觀或中世神學之超自然主義 (Super-naturalism) 不同，而以自然爲最高決定者也。其二爲實利主義 (Utilitarianism)，即脫離希臘哲學中世神學之國家主義道義主義，而注重個人利己性者也。

三二 可稱爲自然法派之鼻祖者，厥爲格羅傑士 (Hugo Grotius, 1583-1645)，彼由其名著「平戰條規論」(De jure belli ac pacis, Paris, 1625) 被稱爲國際法之創始者而負有令名。彼之創建國際法而離去各國現實法以赴

三二、格羅傑士

於共通之自然法，乃極自然之歸趨也。彼置自然法基礎於人類天性之上，謂自然法乃「上帝即不存在猶能存在」之普遍不易之大法，乃因其行爲之是否適於人類社交性及道理性以爲判斷正邪標準之「性法」也。人類之社交性（*appetitus societatis*）——即自愛並愛他之天性——雖能使其由自然狀態移於國家狀態，而形成其國家狀態之唯一方法，則爲人類之相互契約。而自然法即命人遵守契約者也。故國家者，即以「謀公共利益而各自享受權利」爲目的之自由人之完全結合也。

三三、反
對暴君論
者

三三 如上所述，格羅傑士雖爲民約論者，而民約論則非由彼所創造。蓋謂國家及法律由契約而成之思想，自古即已存在，迨至十六世紀，自由思想民權論漸盛，遂有「反對暴君論者」（*Mornarchomachi, Tyrannomachi*）之學派出，反抗古來之君權絕對論，君權神授論及當時各國之虐政，提倡人民主權之思想，謂君主權基於君民之契約，人民可得而限制之，又謂暴君爲違反契約之人，人民有放伐之權。故此種反對暴君論，實賦與民約論以學說的體裁者也。

三四、友
尼斯布魯
脫士
布卡南

三五、亞
爾托幾斯
瑪里亞納

三四 暴君放伐論之可爲模範者，則爲一五七九年在愛丁堡用友尼斯

布魯脫士 (Junius Brutus) 假名發行之「暴政抗議」(Vindiciae contra Tyrannos) 一書。是書謂君主之統治權，由君民間之契約而生，人民以君主應保護人民安寧幸福爲條件，移付主權於君主，約定對君主服從，君主如不遵守此條件，卽爲暴君，人民有放伐之權。是年，蘇格蘭之布卡南 (George Buchanan, 1506-1582)，亦於其所著「蘇格蘭人之統治權」(De jure regniapud Scotos)，作相同之言論。

三五 民約論已由君民統治契約論 (Herrschaftsvertrag) 移爲人民社會契約論 (Gesellschaftsvertrag, Vereinigungsvertrag, contractus societatis)。友尼斯布魯脫士及布卡南屬於前者，以後所述盧梭之民約論，屬於後者。而此種變遷之過渡的代表者，則爲德國之亞爾托幾斯 (Johannes Althusius, 1557-1638)，彼於其所著「國家論」(Politica, 1603)，並認此兩種民約，而偏重社會契約，據以爲國家及法律之基礎。故學者間有謂彼爲民約論之創始人者。然社會

契約論，在當時已爲其他學者所唱導，英人胡卡 (Richard Hooker, 1554-1600) 之「教會政治論」，日斯巴尼亞人瑪里亞納 (Juan Mariana, 1536-1624) 之「君主論」，已於亞爾托幾斯之先論之矣。尤以瑪里亞納所論，社會契約論之色彩漸趨鮮明，同時又以自然狀態各人之自由平等作民約論之根據，由此而開社會契約論與自然法論合併之基。至於亞爾托幾斯所論，雖比此等爲完備，然以彼爲社會契約論之創始人，則爲不當，蓋以其書與友尼斯布魯脫士所論相較，尤有學理論的性質，故寧可視彼爲完成民約論者之一人也。

三六、浩
布思

三六 然同用人類自然狀態及社會契約爲根據之自然法論者中，亦有與「反對暴君論者」作相反之結論者，即英人浩布思 (Thomas Hobbes, 1588-1679) 是也。浩布思之爲人，後人評爲「最理論的而最矛盾的思想家」 (der folgerichtigste und paradoxeste aller Denker)。彼之著作，有「市民論」 (De Cive, 1642) 「列維亞桑」 (Leviathan, 1651) 「人性論」 (Human Nature or the Fundamental Principles of Policy) 等書。據彼所論，謂人性爲惡，一人之自

愛心恆與他人之自愛心衝突，人類之相互關係，非爲平和親愛，而爲猜疑恐怖 (homo homini lupus)。而在自然狀態中，因各人平等，萬物共同，故不免有「人與人之戰爭」 (bellum omnium Contra omnes)。然在如斯狀態，各人對於萬物皆有權利，而實際則又無權利，故不適合於「以生爲無上善，以死爲無上惡」之自愛利己性，於是人類皆欲離去此戰爭狀態 (status belli) 而移於治安狀態 (status pacis)，乃憑藉契約，將各人固有之全部自由讓渡於某一人或數人，遂以形成國家。此自由讓渡爲絕對的，故由此而生之國家主權者之權力亦爲絕對的，臣民遵守國法之義務亦爲絕對的。至於革命及暴君放伐等事，浩布思則因其有解除社會契約復歸於自然狀態之嫌而否認之，彼謂暴政比無政府爲善 (Tyranny is better than anarchy)，蓋謳歌君主專制政治者也。浩氏所論，要謂國家爲人類自保性 (Sui conservandi studii) 之要求，而國家之支配，惟絕對專制能適於人類自保之目的。卽由自然法出發而歸着於一個意思之專制，而法律終成爲主權者任意之命令也。其根據自然法主義而引出人定法主義

之結論，乃浩布思「似是而非之說」(Paradox)；此種矛盾，固爲自然法論者所通有，而於浩布思則尤特別顯著。然就民約原因論而言，則格羅傑士之社交性說與浩布思之非社交性說相較，在理論上，後說較前說尤爲有力。如謂人類具有營社會生活及建設國家之天稟，則無須特立契約之商量行爲，亦得以發生國家，故此說之結果，實可以引導於國家自然發達說。反之，如假定成立社會建設國家之性質原非人類所固有，則人類之營團體生活，苟非由於外部之強制，必基於利害協商之合意。此浩布思學說所以稱爲「論理的」之原因也。

三七、斯
比諾查

三七 浩布思之矛盾，乃自然法學者之矛盾，其學說亦不失爲自然法說之一典型。至於斯比諾查(Spinoza, 1632-1677)之「實力說」(Machttheorie)，雖多少感受浩布思之影響，亦以國家及法律作爲基於人類利己性之契約之產物，而實則完全與自然法說分離者也。彼所謂「大魚吞細鱗之權利」，原非法律意義上之權利。其「國家之存在權」亦同爲實力而已。彼謂力爲權利，各人得爲其所得爲。故凡不法之事無有，所謂不法，唯不能之事耳。法之淵源，在國

家之前爲個人之實力，在國家爲其實力之命令。國家之於立法期其平衡，非上級權威之要求，乃政策上之便宜。卽不承認理想自然法與現實國法之對立及其關係也。故因其契約說之故而列斯比諾查於自然法論者之中，實屬謬誤，蓋彼乃非自然法論者之模範也。

三八

然感受浩布思之影響而又復返於格羅傑士本系者，則爲普芬朵夫

(Samuel von Pufendorf, 1632-1694)。據彼所著「自然法及萬民法」(De jure naturae et gentium, Lund, 1672)之說，人類之「固有性」原爲自愛性，然因要求神助人助之自保之必要，遂兼備「得有性」卽社交性是也。而其社交性輒有被自愛心壓倒之傾向，故僅憑社交性，不能卽導入國家狀態。人類之自然狀態，非戰爭狀態乃平和狀態，惟此平和狀態頗不確實，何時發生禍亂，難以逆料，故人類爲豫防此災害計，乃由兩個原約及一個中間決議以建設國家。卽依全體一致合意之結社原約(Pactum unionis)以組成團體，次依團體人員之多數決議(Decretum)以決定政體，最後則締結奉其政體以服從主權之

服從原約 (pactum subjectionis) 也。而此服從原約，非若浩布思所謂將各人自由絕對讓渡，因而國家主權不得流於絕對專制。要之，此種折衷說之通弊，固不如浩布思所論之徹底也。又其置法律根柢於神意之點，較之格羅傑士之純法律論，亦有所不及。故普芬朶夫未能於自然法說上闢一新論，而就其在大學開始教授自然法之點言之，彼實係自然法之祖述者宣傳者也。

三九、陸克

三九 宗教改革及文藝復興以後之自然法論，與古昔之自然法論不同，

多少感受自然科學及個人主義之影響，此已具述於前。至代表此特徵而最顯著者，則爲英人陸克 (John Locke, 1632-1704)。彼非若其他自然法論者之爲理性派 (Rationalist)，乃根據於「一切知識淵源皆爲經驗」之感覺論 (Sensationalism)。彼於其「民政兩論」 (Two Treatises on Civil Government, 1680) 作自然法論，主張自然狀態之事實的存在，但其論法則爲「殺滅論法」，先研究現在國家狀態，由其中減除國家發達之結果，以推知國家以前之自然狀態。據彼所說，在自然狀態中，各人自由，因先占及勞動而享有財產，又有防止他人

侵害之必要程度之處罰權。但此自由 (freedom) 非自恣之意，乃獨立 (independence) 之意。故欲保全此各人之獨立，必須限制各人之自恣。自然狀態爲缺乏此種保障之不安狀態，故有去此以移於國家狀態之必要。然自然狀態中之各人皆自由平等，非經承諾，同等者中之一人無可以爲他人首長或裁判官之理。故其移於國家狀態，卽不外依據各人間之契約以設立國家團體。如此大眾設立團體之時，該團體遂得成爲一個體而有權力，成爲一個體而行動。而行使其權力之方法，則因團體人員多數之意向而定，正如物體之運動方向，因其所加最大力之方向而定也。故各人依設立團體之契約，而負有服從多數決議之義務。然此契約又非若浩布思所謂將個人全部權利，絕對移於國家政府。其委任於政府者，惟爲立法權、裁判權及刑罰權，且以保障個人自由及財產權所必要之範圍爲限。卽彼之學說之中心，在於尊重個人自由及財產權。是蓋一面說明英國近世自由主義的立憲政治之根本思想，一面又成爲美國獨立之理論的基礎也。當時菲爾麥 (Robert Filmer, 1653) 之遺著「族父權論」 (Patriarcha,

1680)曾代表一種「族父權說」(Patriarchal theory)謂國家由親族團體擴大而成，陸克之「民政兩論」即所謂「族父權說」之駁論也。兩者之學說，成一有趣之對照，菲爾麥以古推今，而陸克則以今推古。然就自然狀態論而言，則寧以前者爲正當。

四〇、盧梭

四〇 民約論的自然法學說，至盧梭(Jean Jacques Rousseau, 1712-1778)

而登峯造極，遂以成爲法國革命之理論的根據，然自經此次大實驗而失敗之後，其勢力乃驟見衰弱焉。故盧梭非如世人所稱之民約論創始者，乃民約論之完成者也。彼於一七五三年曾發表「人類不平等起源論」(Discours sur l'origine de l'inégalité des hommes)之論文，先論究自然狀態。此論文景慕人類自然狀態爲自由平等之黃金世界，人之身體的不平等，乃自然所定，而其政治的不平等，則基於「人約」(le consentement des hommes)，故彼之態度，對於此人約結果之國家法律文明等項，則咀咒之否認之，而大聲疾呼「復返於自然」。但爾後一七六二年，彼於其名著社會契約論 (Du Contrat social, ou

Principe du droit politique) 則一變而用人約以說明國家及法律而承認之。彼先設一問題曰：

「假定有一種合同形態：以構成分子全部之力保障各構成分子之身體及財產，且各構成分子於構成合同之後，仍如未構成合同以前，除自身以外，並不服從他人，而能保持其固有之自由。然則此種合同形態當如何？」

彼以為社會契約說可以解決此問題；各人依據社會契約，讓渡其自身權利之全部於共同體，再由共同體讓受同一之權利，故於自身之權利毫無所失，而共同體復加以權利之保障也。彼之議論，與格羅傑士、浩布思等拋棄自己固有權利之全部或一部之主張，與陸克絕對保留權利一部之主張，皆不相同。契約者之人民之總意 (volonté générale)，由此社會契約而生。此與各人意思之總和 (volonté de tous) 不同，乃獨立之總我 (moi commun) 也。由形態之方面觀察，是為國家，由作用之方面觀察，是為主權。而法律則係此人民總意之表示，即法律

四一、民
約論之內
容

之淵源爲社會契約也。

四一 民約論先發達爲統治契約說。蓋此種思想，起原於民權對君權之反抗，故先著眼於君民關係。然統治契約上一方之統治者，既非個人而爲民團，即不得不發生民團起源之問題。其成爲此問題而表現者，即社會契約說也。爾後民約論者，大都兼論此兩種契約，至普芬朶夫乃完成複數契約說。但盧梭則絕對否認複數契約說，所謂統治契約，非雙務契約，不過一方行爲之委任，其堅持社會契約一點，始終一貫。彼之成爲民約論者而占有代表之位置，實此單一契約說之故，就民約論言，彼之學說實最純粹者也。

四二、自
然法說之
影響

四二 康德以前之自然法說，以自然狀態論及社會契約說爲內容，其於世界歷史，實發生非常之影響，此乃著明之事實也。蓋當十七八世紀之時，胚胎於自然法說之君主放伐及革命之事頻起，彼美國獨立，自一六二〇年十一月十一日「The Mayflower」號船中之盟約起，至一七七六年七月四日之「獨立宣言」(The Declaration of Independence)止，殆皆說明並實行陸克之民約

論者也。其次發生之法國大革命，亦可謂激發於盧梭之自然狀態論，而仿照美國獨立前例以繼承陸克之民約論者。雖曰法國革命結局歸於失敗，轉成爲自然法說所以衰微之原因，而打破中世紀之束縛沉滯以轉移人文發展之大功績，實有賴於自然法說不少。自然法說，除此等政治上之影響以外，又於法學史上闢一新紀元。蓋一方則顛覆純哲學的法理論，打破以國家法律及人權直接出於神授之思想，遂以展開端緒，使法律根據於自然現象社會成分之各人之性情理性及意思，雖曰缺乏實證，誤作結論，而其論法則已略具自然科學之傾向。其在他方，則杜絕固執過去滿足現實之因循思潮，示人以超越過去歷史及現在制度之理想，遂以成爲法制革新之刺激。若再具體言之，則使國際法發生，使法理學獨立，及間接促進法典編纂之機運是也。基此數端，則格羅傑士以及盧梭，實可以永久感謝者也。

四三 然民約論的自然法說，以言乎學說，則非「事實的」，且非「論理的」。茲分別列舉於左。

(一) 非「事實的」諸點：

(1) 說明所謂自然狀態之事實的存在，而謂原始人類爲自由平等獨立，此與事實相反。

(2) 認定自然狀態與國家狀態之間有截然區別之階程，而謂人類由彼此毫無聯絡關係之前期狀態，一躍而移於協同團結之後期狀態，此與事實相反。

(3) 歷史上無依據民約建國之實例。有之，唯近世美國獨立耳。然此實爲民約論之影響，不得據以爲民約論之根據也。

(4) 原始時代無契約。契約乃稍見發達之社會之產物。先民約而後社會，實顛倒事實上之次序。

(二) 非「論理的」諸點：

(1) 謂完全獨立自由之個人（又如某論者謂爲性惡而互視如豺狼之個人）於無社會無國家無法律之自然狀態任意締結契約，而

自然法乃命其遵守契約者，此矛盾之論也。

(2) 民約論者所最苦心研究之處，即在於說明當事人間之契約，如何能拘束其後裔。雖有「當然繼承說」、「默認說」、「契約更新說」等假說，然皆不免於強辯。彼詹弗遜 (Thomas Jefferson, 1743-1826) 所謂「國家之生命限於人類一世」之說，雖得強合於論理之關節，但與真實之國家觀念相去愈遠。

四四 如上所論，民約論的自然法說，以言乎學說，終不能成立，已屬明瞭，至其所謂自由平等及尊重民意等根本主義確含有一面之真理，而適合於時勢與人心，此學說之所以風靡一時而使人文發達受其大影響者，決非偶然也。大凡說理想而真能成爲抽象絕對者，其事至難。蓋不滿於現實之人，其描寫理想的自然，假託過去之事實而謳歌堯舜禹湯文武，至忘其所以而高唱事實的存在，此決非不自然之思潮也。故吾人不能以其事實謬誤之故，而於自然法論之理想的方面，亦一笑置之。例如盧梭以法律爲國民總意之表示之說，以言乎

所謂“ought to be”之論，至少有一顧之價值也。

第二款 康德以後之自然法派

四五 德國之自然法說，自普芬朶夫以後，經托馬知斯(Thomasius 1655—

1728)福爾夫(Wolff, 1679—1754)而次第表示純理想的傾向，至於大成此傾向而轉換自然法說者，康德(Immanuel Kant, 1724—1804)是也。然康德在其他方面，又顯然感受盧梭民約論之影響者。彼於其「法律學原理」(Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797)論國家之起源曰：

「人民由此將自身構成國家之行爲……原約(der ursprüngliche Kontrakt)是也。由此原約，全人民中之各人，因成爲共同團體(即視爲國家之人民)之份子而再欲取得之之故，乃拋棄其外部的自由焉。然此不能謂國家中之各人因某種目的而以其天賦之外部自由供犧牲也。蓋各人因欲於法律的隸屬(die gesetzliche Abhängigkeit)——即一種合法狀態——取回相等之自由，故完全拋棄其自然無法律之自由(die wilde gesetzlose

Freiheit) 也。何則此種法律的隸屬，由各人自己之立法意思發出者也。

此言殆與盧梭民約論之言相同。然康德異於盧梭之點，則有前論中用中點線省略之部份，即「但其實，該行爲之合法，僅屬由此所能考察之該行爲之觀念而已」一段是也。即康德所以必須謂國家及法律發源於契約者，乃理性要求之假定 (Postulat der Vernunft) 固無須證明民約之歷史的存在。是故盧梭之民約論乃想像的事實論，而康德之民約論乃觀念的理想論也。

四六 然康德之民約論雖曰「觀念的」而即其所謂「無正義狀態 (status iustitia vacuus) 之自然狀態由原約變爲正義狀態之國家」一點言之，即其所謂「使國家及法律之基礎依據人類理性及意思」一點言之，即其所謂「關於國家及法律之「無上命令」(der kategorische Imperative) 究屬離於現實法之理想法」一點言之，則康德實可謂爲轉移自然法之代表。其排斥英法自然法派之自然主義與實利主義，而根據於「正義」(Gerechtigkeit) 之倫理的觀念，以糾正自然法說一部份之謬誤，而於哲學及法理學上開一新生

面，實彼之大功績也。學者間有擬彼爲蘇格拉底者，未必不相稱也。吾人之新理想主義，亦有賴於此種傾向焉。惟康德之法理論，實基於以個人意思自由爲前提之「理性的個體實在之自治」(Autonomie des vernünftigen Einzelwesens)絕對個人主義如不容納即不得承認，人類因有兩性關係、血統關係、及經濟關係，決不能成爲個體的實在，且人類因遺傳感應及其他事變，轉成爲物質的個體，須受「應服從之自然律」所支配，不能絕對自治，故絕對個人主義，在理論上及實際上皆不能徹底。是康德之議論，在根本上已有謬誤。故吾人所應採取之途徑，非盧梭之想像的事實論，非康德之觀念的理想論，乃事實的理想論也。

四七 與康德並行者，則有斐希特 (Johann Gottlieb Fichte, 1762-1814)。

四七、斐希特

彼之學說雖有仰賴於康德之處，但直接感受盧梭之影響頗多，其所著「自然法原論」(Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien 1796)，較前述康德之書先出版。彼與康德同以自由爲根據，謂「各人生而自由，除彼自身以外，任何人皆無課彼以法規之權利」，因謂國家及法律之基礎，乃各人臨時所表

四八、斐
希特思想
之變化

示之自由承諾，國家之目的，在於實現個人之自由及「原權」(die natürlichen Urrechte)。是彼之議論，乃極端之自然法的社會契約主義，其與康德之議論同為觀念論而非事實論。即不於國家之前或國家以外求自然法之實在，亦不於事實上求社會契約之締結也。其所謂「原權」，究屬學理上之擬制。其所謂民約，非「實質的」(materiell)乃「形式的」(formell)，非「構成的」(konstitutiv)乃「說明的」(deklaratorisch)。

四八 然斐希特之思想，至晚年似有變化。蓋康德及初期斐希特之思想，為個人主義，又為「法治國」(Rechtsstaat)主義。其法律觀念，謂法律得因其自身而絕對存在，即康德所謂「國家解散之時亦得處獄中最後之殺人犯以死刑」之思想也。然後期之斐希特，則離開個人 (das Ich) 而漸注重於民族 (Menschengattung)，以民族之維持發達為國家及法律之目的，且不以國家為不變不動之觀念而視為一種發展物。此即以後所謂「文化國」(Kulturstaat)主義之傾向也。斐希特又設財產契約 (Eigentumsvertrag) 之觀念為民約

(Staatsbürgervertrag) 之一部，謂國家之組織，須認定各個人爲經濟主體 (Wirtschaftsobjekt) 而保障其生存權 (Recht auf Existenz)，至其結論，則唱「商業上之鎖國主義」(Der geschlossene Handelsstaat, 1800)，謂國家因用法律規定物價及職業，及得以均分享樂財，應禁止與外國通商。是卽由絕對個人主義出發，而樹立國家社會主義之先聲也。蓋斐希特此種新傾向理論上之轉機，在於經濟上應用康德尊重個人價值之主義，而其在感情上之轉機，則由於當時德國人愛國心之發達也。

四九、波
希爾

四九 其他德國近世大哲學家赫爾巴特 (Herbart, 1776-1841) 及霍耶

浩爾 (Schopenhauer, 1778-1860)，亦唱自然法的民約論，但未脫浩布思性惡說之窠臼，多不足道。至十九世紀後半期之法國，乃有師承斐希特衣鉢而另闢生面之學者出焉，卽波希爾 (Emile Beausiire, 1824-1889) 是也。據彼所著「法律原理」(Les Principes du droit, 1888)，謂自然狀態與社會狀態，非若從來學者所論之爲「續發的」，乃爲「共存的」。人營社會生活，同時又營自然生活，

其不受社會法則支配之處頗多，即當受自然法之支配。而從來民約論者之依社會契約以說明社會起源者，誤也。社會非因契約而始立，乃因其構成分子間之契約而存在。其契約爲默認之約，而繼續更新者也。是則自然法論，於此已完全脫出歷史的態度而移於實證的態度矣。

第二節 社會哲學派

第一款 新康德派

五〇 康德置其法理學於道義基礎之上，而以理想標準誘導法律，此其優點也。惟其立論絕對注重個人，無「以社會爲社會」之觀念，遂以引出社會爲獨立對抗的個人之總和之結論。因謂國家作用止於保護，而經濟政策惟在放任，其範圍未免過狹，且將「自由」之抽象觀念，獨斷爲法律之理想標準，以墨守「法律爲普遍不易」之自然法主義，此其缺點也。於是乃有一新學派出現於最近之德國，而雄視於法律學界之一方焉。此新學派主張「康德還原」

(Rückkehr zu Kant!)，而於康德之法理學加以改良，設「變化的內容之自然法」(ein Naturrecht mit wechselndem Inhalte)之觀念，謂「行為規範之內容，在其適用之切合於社會理想時，方為正當。」是為新康德派，因其用社會的意義潤色觀念的理想主義，故得名之為社會哲學派。

五一 新康德派之思想，可謂為一種反動傾向。蓋當十九世紀之後半期，自然科學的及歷史學的傾向，漸佔優勢，惟着眼於法律之現實的變遷的方面，至對於法律之本質，動輒有唱導「法律不可知論」(Rechtsagnotizismus)及「法律定義危險論」(Omnis definitio juris periculosa est)之形勢，故受康德感化特深之德國法學者，其不嫌於此種科學的傾向，而抱有「康德還原」之思想，乃當然之事也。

五二 新康德派之思想，又可謂為對於法律學分化之反動傾向。蓋當十九世紀之後半期，法律學隨其發達而次第分化，法律各部門之中，皆有從事專門研究之學者，而其研究亦漸趨獨立，如民法刑法法國國際法等各專門學者，

五一、對
於科學的
傾向之反
動

五二、對
於法律學
分化之反
動

殆無不自立其專學之「總論」，而按照所謂「地方的需要」以作法律本質論、權利論、義務論焉。此種研究，在其範圍內固有必要或便利，而其弊則不免妨害法律觀念之統一及安定。雖有學者欲用「法學通論」以挽救此弊，然僅屬全部法律學之總括概說，仍未能充分達成法律觀念統一之目的。於是俾亞林 (Bierling, geb. 1841) 乃採用賓登格 (Binding, geb. 1841) 之「規範說」 (Normentheorie)，試作超越各項法學之抽象法律論，彼於其「法律原則論」 (Juristische Prinzipienlehre) 之中，謂「法律係在某共同團體營共同生活之各人互相承認其為共同生活之規範者。」此種法律定義，固不免受人指摘，蓋一方面失於過泛，未能確定法律法則與道德法則之區別，而他方面又失於過狹，致引出「無承認能力者亦得為權利主體」之結論也。雖然，彼之反對現代專門法學的傾向，而成為指示反動的法理學的傾向之主動人，其功實有不可磨滅者。新康德派，即此反動的傾向之表現，而祖述賓登格者也。惟賓登格之原則論有一缺點，即其依據「有法律則有社會」之論理方法之形式論是也。新

康德派則有一優點，即其依據「有社會則有法律」之批評方法之理想論是也。以此理想論補正彼形式論，實此派之特徵也。

五三、斯達穆拉

五三 新康德派之代表，爲斯達穆拉 (Rudolf Stammler, geb. 1856)。彼謂一切學問，皆須由含有普遍認識 (allgemeingültige Erkenntnisse) 之原則出發，而法律實質之法規法制之研究，不能達於普遍認識，故其所謂「純法律學」(die reine Rechtslehre) 之對象，必須爲法律形式之法律觀念 (das juristische Denken)。彼注重於實質 (Stoff) 與形式 (Form) 之區別，謂自然法說之缺點，在於不論形式之普遍不變而論實質之普遍不變。故彼承認法律實質並非普遍不變，而對於法律發生及發達之研究亦不排斥，惟非彼之「純法律學」之任務耳。依彼之意，如不先獲得純法律觀念，即無由論法律之發達。至彼之法律觀念，非爲實在，乃形而上學的論理的「思維方法」(die allgemeingültige Art und Weise des juristischen Denkens) 也。彼謂人之意識有「認知」(Wahrnehmen) 與「意欲」(Wollen)，法律觀念非認知而爲意欲之一種。意欲有「無手段意

欲」(Wollen ohne Mittel)與「期成意欲」(das wirkende Wollen)。前者爲希望(Wünschen)倫理屬之，後者即法律也。意欲又有「單意欲」(das einfache Wollen)與「複意欲」(das mehrfache Wollen)。複意欲又分爲「個別意欲」(das getrennte Wollen)與「結合意欲」(das verbindende Wollen)。自然法論之謬誤，卽在以法律爲個別意欲之總和，而不知法律實爲結合意欲也。然而法律在結合意欲中，又爲確實永久不變之意欲，在其自主之一點，與「隨意」(Willkür)不同，在其有強制力而不可侵犯之點，則與風俗禮儀等「因襲規範」(Konventionalregeln)不同。卽法律與道德風俗禮儀等之差別，不在內容或目的而在形式也。斯達穆拉所謂法律乃確定不變之普遍法律觀念者，卽此「不可侵的自主的結合意欲」(das unverletzbar selbsherrlich verbindende Wollen)也。基於此法律之意欲性，而有權利主體及權利客體之論；基於法律之結合性，而有「權原」及法律關係之論；基於法律之自主性，而有主權及服從之論；基於法律之不可侵性，而有合法及違法之論。是爲斯達穆拉之純法律學，可知其

專尚形式論理也。

五四、斯
達穆拉之
社會哲學

五四 然斯達穆拉一面又指摘從前法理學以法律爲根本觀念之謬誤，謂法理學究屬論證「人類社會生活合法性」(Gesetzmässigkeit des sozialen Lebens des Menschen)之社會哲學。但彼所謂社會生活，非指實體的集合而言，乃受外部的規律支配之共同生活也。其外部的規律卽爲法律，是爲社會生活之形式；「社會經濟」(Sozialwirtschaft)卽人類以滿足需要爲目的之協力，故爲社會生活之實質。此形式與實質，同一重要，雖曰「不受規律之實質之規律屬於空虛，無共同生活規律之社會經濟觀念屬於亂雜」，然吾人亦得專用其形式方面爲學問之對象。是卽法律學也。而社會生活之窮極目的——卽「社會理想」(das soziale Ideal)——爲「自由意欲人之共同團體」(Gemeinschaft frei vollender Menschen)，卽他律的法律，結局必歸着於被治者意思所發之自治法。窮其究竟，要不外爲盧梭及康德之思想也。至斯達穆拉所謂之「正當法」(das richtige Recht)，一面爲適合於此社會理想之法律，一面又爲與法律

根本觀念合致之法律。即彼之法律學爲純法律學，同時又爲社會哲學也。此兩者果能充分調和與否，尙屬疑問。又如彼之以社會生活爲法律根柢而說明社會理想，此在吾人之社會法學的新理想主義觀之，固爲一大卓識，然既論社會生活，求社會理想，而又不欲放棄其形式觀念，殆屬不可能之事。斯達穆拉自身，一面否認內容的自然法，一面又於一切方面，謂奴隸制度一夫多妻制度及專制政體等爲「不正當法」，是其矛盾也。故德國最近法理學書著者之拉布爾希 (Gustav Radbruch, Grundzuge der Rechtsphilosophie, 1914)，彼雖屬於斯達穆拉之系統，但指摘斯達穆拉之缺點，而將現實法學與法律哲學截然分離，謂法律哲學爲不能用實驗方法解決之純觀念之學，蓋已復返於純哲學主義矣。

第二款 黑智兒及新黑智兒派

五五 與康德一派用主觀見地觀察法律之思潮相對立，而具有用客觀見地觀察法律之思想者，實開端於薛林格 (Schelling, 1775-1854)。彼之哲學，

五五、薛林格

在其由一原理以演繹萬事（即法律亦在內）之點，雖與斐希特之哲學相同，但其原理非爲自我（das Ich）而爲絕對（das Absolute），非爲個體意思（der individuelle Wille）而爲「絕對意思」（der absolute Wille）。其所謂「絕對」（即 Gott），非觀念，亦非組織，乃生活（ein Leben）也。是即所謂天地生生之理，而「絕對」則能生活，能進化，能發現。故萬物皆爲生活體有機體，法律亦然，實爲「人類自由之客觀的有機體」（der objective Organismus der menschlichen Freiheit），不外爲「神之進化」（Evolutionen Gottes）之一發現也。此「絕對」進化之各種發現卽爲歷史，薛林格之得稱爲歷史哲學者，以其注重此點也。彼之不以法理學爲自然法學而以爲「發達之法學」（Erkenntnis des Geistes des gewordenen und werdenden Rechts），其對於歷史派法學者，實有打破自然法主義門戶之功績，然彼自身則非實驗的歷史法學者也。

五六 大成薛林格之傾向者，乃與彼同時之黑智兒（Hegel, 1770-1831）。

黑智兒之哲學，規模甚大，一切自然及歷史皆包括其中，法理學卽其一部份也。

薛林格所謂之「絕對」即黑智兒所謂之「精神」(Geist)。精神分三段進化，即主觀的精神 (subjektiver Geist) 客觀的精神 (objektiver Geist) 絕對的精神 (absoluter Geist) 是也。第一段為精神在個人之發展，第二段為精神在國家之實現，第二段為精神之歸原於美術宗教哲學。精神之實質為自由，自由實現與擴充之狀態為「道義」(Sittlichkeit) 進化，即此自由之發展與完成；世界歷史，即人類之解放歷程 (Emanzipationsprozess der Menschheit) 也。至於法律，實為此進化之一階程，主觀的個體意思，由此成為客觀的個體意思，客觀的精神 (即自由) 於此始能達於外部的實在而成為國家之前提。而道義則惟在國家方能完成，且惟有藉國家方能完成，故法律可謂為極重要之一階程，法律與客觀精神內部實在之倫理 (Moral) 相結合，是為道義；個人惟有超越其偶然的個體存在而成為全體之一部，轉能發揮其真面目，「世界之絕對的窮極目的」如此始能達到。

五七 關於黑智兒之法理學，有可注意之點四：第一，即其汎神主義汎理

主義(Pantheismus, Panlogismus)是也。彼之言曰：「有理者實在，實在者有理」(Was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig)。故國家及法律當然正當，法學者無論證其正當之必要，惟認識其有理足矣。後述新黑兒智派之比較法學的傾向，即萌芽於此汎神主義汎理主義。第二，即其歷史主義進化論的傾向是也。謂法律並非普遍不變，不過為進化之一歷程，彼於此點顛覆自然法主義之根基，其自身雖非科學的，實則已為科學的法律學關一進行之途徑。第三，即其非個人主義是也。康德以個人為其哲學之中心人物，而黑兒智兒則視個人為進化的生活之一份子，其所謂意思，非個人之意思，其所謂自由，非個人之自由也。第四，即其「文化國」主義是也。彼謂國家不僅為法的正義之實現，而為道義之最高實現。而所謂道義之實現，即不外解決時代觀念所發現之文化問題。即打破法治國主義之狹隘，而大有影響於以後之法律學也。

其方法僅限於演繹。至於傳承此長處而補充此缺點者，則爲新黑智兒派 (Neuhegelianer)，郭拉 (Joseph Kohler, geb. 1849) 卽此派之代表也。黑智兒以法律爲理性及論理之產物，而郭拉則高唱法律爲文化現象 (Kulturerscheinung)，具有歷史關係，尤注重民族文化 (Kultur eines Volks) 爲法律基礎之事，並論證「世界歷史爲論理及非論理之結合」，主張用實驗方法研究各分族之文化。此種研究，對於比較法學及人種學的法律學 (die ethnologische Jurisprudenz) 之振作發達，實大有影響。然郭拉之缺點，在偏重過去自然發達而來之文化，而於未來文化與法律之關係，尙未能充分說明，蓋專心於人種學的法制起源論而忽視法律文化之人爲方面也。例如謂刑罰之起源爲復讐，此乃人類學的研究，彼則受此種研究所拘束，而固執「刑罰報復主義」(Vergeltungstheorie)，排斥「目的刑主義」(Zwecktheorie)，是卽其弊病之一端，又可謂與其學說所依據之文化國主義相衝突也。至於指摘此缺點，而欲轉換郭拉法理學之靜的理論的方面於動的實際的方面者，則爲柏洛海麥 (Fritze Berol-

zheimen)，彼爲郭拉之後進，亦屬於新黑智兒派者也。新康德派之法理學，有復歸於純哲學之傾向，而新黑智兒派之法理學，則有轉移於社會學之傾向，此兩派之差異也。

第三款 實利派之法理學

五九 德國之法理學，偏重倫理，且帶有宗教色彩，至於英國之法理學，則根據於實利主義，其提倡者爲邊沁（Jeremy Bentham, 1748-1832）。邊沁以增進「最大多數之最大幸福」(the greatest happiness of the greatest number) 爲法律之目的，尤注重於立法，由此出發點而言，其到達於社會政策的指導立法主義，實爲當然之歸趨，蓋在當時之英國，所謂最大多數，乃中等商人階級，因此邊沁謂各人爲其自身幸福之最良判斷者，而以排除一切障礙個人自由之限制，爲法律之目的。此放任主義 (laissez-faire)，雖非實利主義必然之結論，然自經穆勒（John Stuart Mill, 1808-1873）祖述以後，愈有勢力，遂能支配十九世紀末葉以前之英國政治思想。此個人的實利主義 (individual utilitarianism)，

使法律學與實際生活接近，而以立法學爲其重要之項目，此其功績顯著之點也。然其謂人生之目的在於保障幸福，而以幸福爲「增進快樂」與「排除苦痛」兩者相待而成之結果，並視人類爲「折算快樂與苦痛之自動機」而蔑視其道德性情，且偏重各人之共通點而忽略其差異點，此種根本理論，由道義的見地言，固難贊成，卽就科學的見地言，亦不能首肯。

六〇 繼承英國式實利主義之系統，而於德國法學者中放一異彩者，則有耶林格(Rudolf v. Jhering, 1818-1892)其人。彼於其所著「法律上之目的」(Der Zweck im Recht, 1877)中，曾提出「目的爲全部法律之創造者」(Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts)之論題而言曰：自然界之因果律雖爲機械的，而人類意思上之因果律，則爲心理的。人非爲 *Wohl* (故) 而行爲，乃因 *um* (因爲) 而行爲。無無目的之意思，無無目的之行爲。各人雖皆爲自身之目的而謀利益，而人生則實爲自身目的與他人利益之結合也。此種結合，並非先天存在，而出於人爲，卽組織自我之目的爲全體之目的」(Zweck der

Gesamtheit) 乃國家之作用，乃法律之效用也。此「目的之組織」(Organisation der Zwecke) 所由實行之事項有二：其一為利用「我為我而存在」之「利己的」自己主張」(die egoistische Selbstbehauptung) 之報酬及強制；其二為基於「世界為我而存在我為世界而存在」之「倫理的自己主張」(die ethische Selbstbehauptung) 之愛與義務心。法律即其國家的強制之組織，故規律與強制，在法律雖不可缺，而規範及強制——即法律之形式——非法律之目的，而法律之目的乃在其內容。法律之內容，在保障社會之生活條件（生命之維持、繁殖、勞動及交易），而此社會之利益，即法律之目的也。

六一、耶
格林之功
績

六一 耶林格變更英國式個人的利己主義之形式，使其傾向於社會的實利主義 (Sozialutilitarismus)，以社會目的之社會利益為標準，建設一種解釋法律適用法律及從事立法之「利益法學」(Interessenjurisprudenz)，實使爾後社會學的法律學及刑事學之新傾向，大受其影響。然其「以目的為全部法律之創造者」之根本思想，能否成立，尚屬疑問。其所謂「人類行為皆因目

的而定」之前提，在心理學顯屬謬誤，即就法律現象觀之，如慣習法及判例法，亦不得謂其必因目的而創造，又如制定法，亦不能謂起草者及協贊者之目的即爲法律之目的也。此種偏重目的之處，尙未能完全脫離理性哲學之範圍，是其不要求科學的正確之短處。不寧惟是，即其所謂「法律有目的，而其目的爲利益」之論，亦屬於法律之內容論，而非法律之本質論，以言乎法理學說，此其大缺點也。要而言之，耶林格之功績，在改良邊沁實利主義之利己的個人的缺點，而使其變爲社會的道義的一事是也。蓋耶林格以前之法理論，皆爲個人主義。所謂法律之目的，則務期使各個人取得最大之自由活動範圍，以調和各個人之意思。故當十八世紀之時，一般人皆謂法律爲個人向社會請求得來者。自耶林格出，則謂法律乃社會爲社會目的而創造，而個人則不過由此取得一種手段，以保障其在社會所容許之範圍以內之自身利益已耳。彼雖尊重權利，而權利仍不外爲保障個人利益之手段，個人利益之保障，非其自身目的，乃因達成社會利益保障之目的而採取之手段也。由此言之，則後述法律由個人本位

權利本位至社會本位之變遷，實耶林格有以啓其端也。此外耶林格之著作中，其大有貢獻於法學界者，則爲彼之羅馬法精神論 (Geist des römischen Rechts, 1852-58)。彼因此而具有最後之 Romanist 之稱。然彼之對於羅馬法，亦視爲達成目的之手段。彼之發動機，即「通於羅馬法而仍在羅馬法之上」也。故耶林格之羅馬法論，不免有舊瓶盛新酒之譏焉。

第五章 歷史派之法理學

六二、歷
史法學派
之勃興

六二 歷史法學之必要，萊布尼茲 (Leibnitz, 1646-1716) 夙已提倡，法律之歷史觀，亦見於薛林格之法理學。此種思想，自十九世紀以後，忽呈具體化，在德國則產生歷史法學派 (Die historische Schule)，而具有壓倒自然法學派之勢力焉。彼忽視時間空間之自然法說之非歷史的弱點，遂經此史學的傾向所打破，而對於自然法說所表現之法國革命之反動，與德意志各國因被拿破崙蹂躪而生之國民自覺，實為歷史派勃興之近因。拿破崙由德國敗退之一八一四年所以成為德國歷史法學派之紀元者，非無故也。且此派議論之最初發現，適當德國提倡復興統一論之時，其成為自然法說之反對論而發出者，亦可謂為有興趣之現象也。是為有名之「薩威稜與提波之爭議。」

六三 一八一四年，赫德爾堡大學教授提波 (Thibaut, 1772-1840) 著

六三、提
波與薩威
稜

「德國一般民法典之必要」一書，論德國民族之統一，須由法律之統一始能成就，並提倡共通法典之編纂，爲當時之先務。彼主張此項法典，須排除外國法之成分，尤宜排除羅馬法，使適合於德國之民俗，而法典之根本，則須依據正義及理性。蓋提波雖代表當時之國民的自覺，但乃受自然法論所支配也。提波此論，適合於時勢之要求，成爲德國復興方策之名論，幾有風靡一世之概。然當時柏林大學教授薩威稜 (Karl Friedrich von Savigny, 1779-1861)，則於是年著「立法及法學上之先務」一書，反對提波之說，謂法律乃可以成立之物，非可以造作之物，正如國語之在國民中自然發達，非立法者所能製作以授諸國民也。欲期德國民族之法律統一，必先統一德國民族之法律思想，若惟欲憑藉一般法典之編纂以達成其目的，猶欲編纂辭書以統一國語也。薩威稜此種旨趣，對於提波之說，實爲有力之駁論。因此提波之說，卒未爲當時所採用，但薩威稜之論，亦未絕對否認法典之編纂，不過以爲時機太早，歷史的法學的準備尙有必要也。故爾後經歷八十年之爭論與究研，遂以成立一八九六年之德國民法

典，此法典係兼用提波與薩威稜之學說而成者也。

六四 在薩威稜之前，則有傅葛 (Hugo, 1768-1844) 彼否認自然法說，謂法律之內容，必須由經驗及歷史中採取之，實歷史派之先驅也。此說至薩威稜發表前述論文時，始見完整，復與同時之普夫達 (Puchta, 1798-1846) 相呼應，其學說之勢力，乃頓呈興盛之象。此種學說，自其研究方法觀之，即為歷史法學，自其內容觀之，又可稱為「民族精神說」。即謂法律為民族精神之發現，而基於民族之「法律確信」 (Rechtssubstanzierung des Volks) 也。法律確信，即法規存在及有效之確信，為民族的心理狀態，薩威稜與普夫達亦以法律確信——即民族的心理狀態——為法之本質，謂慣習、學說、判例、法文等事，惟為其所謂民族法 (Volksrecht) 之發現狀態。例如歷史派所視為最重要之慣習法，非以其為慣習之故而成為法律，乃因其為法律之故而成為慣習。而法律則又當「與民族同生同長同亡」者也。是則歷史法學派之特徵，即民族的心理的發達的法律觀也。

六五、歷史派之缺點

六五 歷史派的學說，其大有貢獻之處，在匡正自然法學說之缺點，振興實驗的法律學，且資助各國國法之發達整頓，然以言乎學說，則可謂尙未完備也。茲指摘其各種缺點，略述於次。

(一) 其著眼於國民特性也固宜，然遺忘法律上存有人類通性之事，不無遺憾。

(二) 其視民族卽國民，以言乎「一民族一國家一法律」(Ein Volk, ein Reich, ein Recht)之理想論，固有一面理由，然不必與過去及現在之實際一致，歷史派轉不免有「非歷史的」之譏。

(三) 法爲法律確信之定義，係循環論法。如不承認法律觀念之豫先存在，卽不能如此立論。但如承認法律觀念之豫先存在，則結局仍歸着於一種之自然法。

(四) 法律爲國民精神之議論，與實際不合。慣習法或可以如此說明，但所謂「法曹法」(Juristenrecht)及制定法(Gesetzesrecht)，則不必皆然。如謂

「不其然」者非法律，則畢竟不能超出自然法論之外。

(五) 說明法律之發達性，固爲歷史派之大貢獻，然法律之永久性亦不宜忽視。又如謂法律應爲無意識之發達，不應爲有意識之發達，其論失於狹隘。關於此點，對歷史派作最有力之反對論者，爲前述之耶林格，彼所謂法律皆爲有意識的目的律之產物，固屬謬誤，而歷史派所謂法律皆爲無意識的因果律之產物，亦屬同樣之謬誤。法律固爲國民精神之發現，但同時又可以指導並教育國民精神也。

(六) 歷史派最注重慣習法，爲其議論當然之結果。然現代各國之趨勢，則與此相背而馳，而愈益傾向於制定法主義。

六六 薩威稜採用羅馬法爲其歷史法學的研究之對象，蓋以羅馬法爲德國所繼承，而成爲一種普通法(Gemeines Recht)也。然其後愛希霍倫(Eichhorn, 1781-1854)雅各卜格里姆(Jakob Grimm, 1785-1863)威赫爾格里姆(Wilhelm Grimm, 1786-1859)輩之主張，則與薩威稜不同，以爲法律如爲國

民精神之表現，則德國應研究其固有法之德國法。於是德國歷史派之中，遂有「羅馬派」(Romanisten)與「德國派」(Germanisten)對立之形勢。當其始也，「羅馬派」則遠溯其法源於未經德國繼承之羅馬法，「德國派」則遠溯其法源於未繼承羅馬法以前之日耳曼古法。迨後兩派因逐漸研究繼承羅馬法以後之德國法律狀態，對立之形勢始見緩和，至民法編纂之大業告成，已無對立之痕跡矣。同時英國方面，則有梅因(Sir Henry Maine, 1822-1888)其人，著「古代法論」(Ancient Law, 1861)及其他書籍，提倡用實驗法以論法律沿革之原理。其次梅特蘭(Maitland)等出，則提倡英國國法之重要，以期成立其英法系統。要之，今日之歷史法學，與薩威稜普夫達之歷史派已不相同，其性質亦一變而為科學的性質，即由歷史的現實法學出發而漸進於歷史的法理學也。

第六章 比較法學

六七 注重法律爲地理的人種的產物之事實，而揭舉場所不同之數種法制，以作實驗的比較研究者，是爲比較法學。蓋自近世以來，國家與國家之對立，日益顯著，通商航海之事業，日益興隆，殖民政策，次第發達，比較言語學，逐漸進步，此等事實，爲法學者增添不少之研究資料，彼比較法學卽由此發達而成爲一種專門學問者，其有可以期待於將來之處實多也。世固有謂比較法學惟爲一種法律學之研究方法者，然邇來專用此種方法研究法學之專門學者，實繁有徒，彼等且欲綜合此比較研究之結果，以作成法律本質論焉，卽謂比較法學派爲一獨立學派，固無不可也。比較法學之中，亦有兩方面。其一爲開明各國法制之比較研究，謂之比較立法學 (la législation comparée)；其二爲古今未開化民族法制之比較研究，謂之人種學的法律學 (die ethnologische Jurispru-

denz)。

六八、比較立法學

六八 比較立法學，盛行於法國。此派學者現在之代表，當爲拉姆伯爾 (Lambert) 羅甘 (Roguin) 諸人。然法國對於各國法制之比較研究，其較之此等專門學者而更有大貢獻者，則爲一八六九年在巴黎設立之「比較立法學會」及一八七六年用部令設置於司法部之「外國立法調查會」。彼一八九四年設立於柏林之「國際比較法學經濟學協會」及一八九六年設立於倫敦之「比較立法學會」皆取範於法國者也。此種比較立法學，其最後之目的亦在於法律本質論，至其目前之任務及效用，則在謀國際私法的裁判之便利，供國法之創制補充或解釋之參考，及供給「世界法運動」(Weltrechtbewegung) 之資料也。

六九、人種學的法律學

六九 人種學的法律學，盛行於德國。其創始者實爲巴可芬 (Bachofen, 1815-1887) 逮波斯特 (Albert Hermann Post, 1839-1895) 出，始著成數書，使斯學在法律學中得以成爲獨立之科目焉。現今此派之中心爲郭拉，已如前述。此

學派之研究，今尙未脫斷片記述之境，然由此種實驗的研究而歸納之，亦未嘗不能構成綜合的法律本質論也。至於比較法學之法理學的價值，與其謂爲存於比較立法學，不如謂爲存於人種學的比較法學也。惟此派學者所易引起之謬誤，即在固執於法制起源論，而忽視其在現社會之任務，又如對於所謂現代野蠻人與原始人類相類似之假定，亦未免相信過甚也。

七〇 比較法學之研究法，可分爲次列三種。

第一 國別比較法

第二 人種別比較法

第三 法系別比較法

國別比較法，注重於法律爲地理的產物之事實，以國法爲比較之單位。此方法係法國式比較立法學所採用者，其效用雖多，但僅能用以研究各開明國家之法制。惟有應當注意者，各開明國家之法律，大都由固有法及繼承法之兩要素而成，又如聯邦制之國家，一國以內，往往有數法並存之事，如以國境爲界

限而比較法制，亦未必適當也。

人種別比較法，注重於法律爲人種的產物之事實，以每一人種之法律爲比較之單位。此方法即德國人種學的比較法學之研究方法，用以研究未開化社會之法律，甚爲適當，而於開明國家法律之研究，亦足以補充國別比較法之缺點。惟研究開明國家之法律時而惟用人種別比較法，尙不充分，故結局仍須兩法併用也。

法系別比較法 (Genealogical method)，係日本穗積陳重所提倡，而於一九〇四年報告於美國「遜特爾伊司」之萬國學藝會者也。此方法以「一國法律由固有法及繼承法二要素而成」之事實爲根據，以繼承法（子法）及其所取範之他國法（母法）兩者間之系統的關係（法系）爲比較之單位，以研究其法源法境及法勢等事者也。至世界之主要法律，則可分爲七大系而比較研究之。所謂七大系者，即中國法系、印度法系、回回法系、羅馬法系、日耳曼法系、斯拉夫法系、英法系是也。

第七章 社會學派

七一、孔德

七一 近時德法兩國，有稱爲社會學派之一派法律學者。此派注重於「法律爲社會法則及法律現象爲社會現象」之事實，主張用社會學的方法以研究法律。其思想之起源，實發端於社會學鼻祖孔德（August Comte, 1798—1857）之「實證哲學」。孔德謂吾人之知識惟限於現象界，而以採用自然科學的方法闡明現象及其相互關係，爲其哲學之任務及界限。即謂知識皆爲歸納的相對的，惟用此相對的知識，即可以充人生之用，故其實證哲學惟以認識自然法則之內容爲滿足，至於自然法則之說明，則以其爲不可能之事而棄置之。故以國家爲社會之一種形式，以法律爲社會之一種現象，而定其研究之對象，因而吸收國家學及法律學於社會學之中。即孔德之實證主義，就其所根據之認識論而言，雖與康德派之論相似，而就其非個人中心主義非權利本位主義

一事而言，則完全不同。據孔德所論，個人惟負有對於社會之義務，無所謂個人之權利。又就其注重社會之一點言，雖與黑智兒派相似，而就其輕視國家及法律之特別意義一點言，則完全不同。其闡明法律之出發點非個人而為社會之事實，使法律學得有社會學的新生命，厥功甚偉，惟其所謂使實證的社會學包括國家學及法律學之企圖，則在「國家為特別社會而法律為特別社會現象」之性質上，終難於實現也。

七二、實證學的法律學

七二 社會學的法律學，與社會學相同，亦發端於孔德之實證哲學，但以後則漸與實證哲學及社會學分立，遂至獨立而成為社會學之形態。其發達之途徑，亦與社會學之發達相同，歷經實證學的傾向、生物學的傾向、心理學的傾向，而今則進於綜合的統一的傾向。所謂實證學的傾向者，即注重於社會的法律現象之記述，而放棄其說明與批評，其對於國家現象及法律現象，亦若對於一般自然現象作相同之機械的觀察，而否認其由人力造成之成分。蓋以當時之自然科學的傾向與法律學上之歷史學的人種學的傾向有所關聯也。代表

此思想者，爲奧人格姆普洛伊特 (Gumpłowicz, geb. 1838)。彼謂國家乃「由社會元素（非個人，亦非家庭，而爲社會階級）之自然法則運動而發生之社會現象」，謂社會學不能批評其價值。即彼之社會學之優點，在證實團 (Gruppen, Massen, Klassen) 爲社會之元素。而其缺點則在於偏重此一方面之真理，而完全忽視個人，且惟著眼於階級鬭爭，而輕視人類之道德方面也。

七三 十九世紀後半期之社會學，顯然帶有生物學的傾向。是即達爾文 (Darwin, 1809-1882) 進化論之影響，而應用此進化論於社會學國家學法律學等方面者，在英國則有斯賓塞 (Herbert Spencer, 1820-1903)，在德國則有赫克爾 (Ernst Haeckel, geb. 1834)。今日社會學者法律學者中之具有此種傾向者亦不少。此學派對於國家及法律，作生物學的說明，以代替物理學的觀察，而欲應用進化論中生存競爭、自然淘汰、人爲淘汰、適者生存等之理論，以說明國家及法律。此種研究，以言乎國家及法律之起源論及發達論，實兼有自然發生論及人爲創造說之優點，而就其具有科學的形體一事言之，則較之其他學說

尤爲進步。惟此派學者，亦有一種通弊，例如尼采（Friedrich Nietzsche, 1844—1900）動輒陷於「社會的優者主義」（Social aristocracy），謂國家及法律之任務，在於指導自然淘汰及助長適者之生存，此實吾人所難首肯者，蓋國家及法律之任務，實在於抑制生存競爭，限制自然淘汰，以保障不適者之生存，即必須「歸着於社會的劣者保護主義」也。是即近來所謂「法律之社會化」之重要傾向也。

七四 其次，社會學及法律學，又具有心理學的傾向。法律學者之具有心理學的傾向者，爲德國之基爾刻，社會學者之具有心理學的傾向者，爲美國之烏德，至法國之達爾特，始構成其心理學的法律學焉。

基爾刻（Otto Gierke, geb. 1841）爲「德國法派」之法律學者，彼於其大著「德國團體法論」之部首，即標明「人之所以爲人，在於合羣」之義，其表示社會法學的態度，與從前以個人意思爲基礎之法理論，正相反對。彼之「團體說」（Genossenschafttheorie），謂人類各種協同團體中，有團體人格團體意

思之存在，而此團體人格團體意思，又與個人人格個人意思不同，此種卓見，實引起法人論之革命，且同時啓發心理學的法律學之新傾向。鄔恩特 (Wundt, geb. 1832) 智德爾曼 (Zitelmann, geb. 1852) 及 葉林古 (Jellinek, geb. 1851) 等大學者，同屬於此種傾向，且皆發表其有價值之心理學的法律論焉。

烏德 (Ward, b. 1841) 提倡所謂「動的社會學」，謂社會之本質爲心理力。心理力與物理力同爲實在的，且爲自然的。而一切社會現象之真實原因，卽此心理力也。故社會學之基礎，不在於生物學，而應於心理學求之。吾人對於自然之態度，須分兩種，一爲學生之態度，一爲主人之態度。若惟觀察自然作用之無意識的表現，尙不充分，蓋社會學之終極目的，在研究其應用自然力於社會目的之有意識的心理作用也。是蓋可謂爲社會法學之有力的基本觀念也。

應用社會心理學說明法律現象之學者中，其最顯著者，莫如達爾特 (Gabriel Tarde, 1843-1904)。彼以模倣爲社會之基本事實，謂言語美術法律制度等一切文化之發達，皆發於人類之模倣性。至其所謂「社會卽模倣」之命

題，吾人雖不能完全同意，而其著眼於模倣爲社會一大勢力之事實，良可欽佩，關於法律之發達，模倣亦爲其一大要素，此固不容忽視。卽達爾特之模倣論，可稱爲心理學的社會法學之著例也。

七五、綜
合的統
一的傾
向

七五 然自前世紀末葉以來，社會學者之中，從烏德爲始，已逐漸覺察上述實證學的方法或生物學的方法或心理學的方法，皆不能完全解決社會學之問題，必須綜合過去所已實行及將來所能實行之一切方法，方能成就完全之社會學。故今日之社會學者有言曰：「社會學僅能有一種，不能有多種，卽將來之社會學，應以統一舊日社會學各派之研究爲其特徵，故吾人宜利用經驗所得之部份的片面的瑣碎的知識，以建設更適合於全部經驗之總論，而其目的，則在就人類之相互關係，說明其事實，且了解其意義，藉以成就其指導人類生活之事業。」此種議論，實表示孔德時代所已有之統一傾向也。（參看 Small:

General Sociology, 1905; The Meaning of Social Science, 1910)

七六、社
會法學

七六

其在法律學，最近亦有此種綜合統一之二傾向。其一，否認法律學

從來所用種種研究方法（註譯方法爲尤甚）之自滿的態度，而力言社會學的方法之重要；其二、否認法律學自身之自滿的態度，而主張將法律學作爲社會學之一部份。從前之法律學，惟注重於法規（僅爲法律生活現象之一）之研究，謂此種意義之法律學，足以獨立的說明法律現象，實屬謬誤。故其結果，不僅爲法律學之不幸，且法律不能與社會之目的並行，裁判官又不能了解社會之目的，或拒而不納，遂使法律生活與事實生活不能一致，誠社會之大損失也。於是乎將來之法律學，必須以社會學的方法爲主，必須成爲社會學之一部份，必須脫離概念法學論理法學而成爲目的法學利益法學，故不能使法律變爲「由上孔注入事實由下孔抽出判決之自動機械」而必須研究可以成爲實際生活法則之「活法律」（das lebend Recht）而適用之。以上所述，乃此派傾向之要領，自名爲「社會法學」（Rechtssociologie），卽就其與法規之關係以研究社會生活之學問也。此種傾向，係因不滿意於從前立法及裁判之事實而生，與所謂「自由法運動」（Freirechtbewegung）同時而起。至於社會法學之著

述而應當注意者，茲因年代之次序，略舉於次。

- 1899 Geny, *Méthode d'interprétation.*
- 1903 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft.*
Zitelmann, *Lücken im Rechte.*
- 1906 Gnaeus Flavius (Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft.*
Ehrlich, *Soziologie und Jurisprudenz.*
Grasserie, *Les Principes sociologiques du droit civil.*
- 1907 Bozi, *Die Weltanschauung der Jurisprudenz.*
- 1908 Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz.*
Duguit, *Le Droit social, et droit individuel et la transformation de l'état.*
- 1909 Fuchs, *De Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Juris-*

Prudenz.

Oertmann, Gesetzszwang und Richterrfreiheit.

Sinzheimer, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft.

1910 Brugelles, *Le Droit et la sociologie.*

1911 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie.*

Stampe, *Die Freirechtsbewegung.*

Rolin, *Prologomènes à la science du droit.*

Demogue, *Les Notions fondamentales du droit privé.*

Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence,*

Harvard Law Review, Vol. 24, 25.

Ehrlich, *Die Erforschung des lebenden Rechts.* Schmollers

Jahrbuch, XXXV.

1912 Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung.

Fuchs, Juristischer Kulturkampf.

Duguit, Les Transformations générales du droit privé.

Charmont, Les Transformations du droit civil.

1913 Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts.

Cosenhini, La Reforme de la législation civile.

七七 社會法學，尙在草創之期。學者雖說明其必要，但尙未論及具體方

法。據鮑恩特 (Roscoe Pound) 所綜合者而言，今日社會法學者之主張，歸着於

左列六點。

(1) 研究法律制度及法律學說所及於實際社會之結果。

——例如關於成文法之各種規定及其學說之各種主張，則研究如

此規定或主張於社會有何利益？又研究其如爲反對之規定或主張

於社會有何損害？或須就法規的社會現象作統計學的調查。

(2) 關於立法準備之社會學的研究

——從來之立法準備，以內外法制之分析的比較研究爲主。然惟用法律自身之比較研究，尙不充分，故法律之社會作用之比較研究，更爲重要。

(3) 研究使法規發生實效之手段

——法規之要，在於施行。然法律施行方法之學問的研究，爲從來法律學所無，苟缺乏此種研究，不僅不能達成各法規當面之社會目的，且不能保障法律全體之社會目的。

(4) 社會學的法律史學

——法制史不當如從前之惟以法規史(Quellengeschichte)爲限。法律學史亦不當以學說史(Dogmengeschichte)或方法史(Methodengeschichte)爲滿足。必須注重研究其法規或學說與當時社會狀態經濟狀態之關係，卽以社會史爲主也。

(5) 對於各種事件作有理而且正當之解決

——法會法學者，謂從前法學爲挽救法規之論理而犧牲其適用之平衡。結局，法規惟成爲裁判官之一般的指南針，而裁判官得於法規以外，藉科學的自由研究，「發現」基於事物本性之法律。是卽所謂「自由法說」此主張之一部份，已經瑞士新民法第一條採用，有如後述。

(6) 法律目的之有實效的成就

——是卽社會法學之終極目的，前述五項之研究，不過爲此終極目的之手段。

七八 社會法學，要不外下列四點。第一、較之法規之抽象的內容，尤注重法規之作用。第二、視法律爲人類智力所能改良之社會制度，而以助長并指導此種智力爲其任務。第三、較之法律之制裁，尤注重法律在社會上之目的。第四、不視法規爲一定不變之規範，而視爲引導於社會上正當之結果之指南針。質

言之，即留意於「國家爲社會法律爲社會現象」之事實，而研究論評法律與社會狀況及其進步之關係者也。其先社會而後個人之根本觀念，所謂正論，其所論者，大致可以採用。尤以提倡用社會學的方法研究法律學，爲此派之大功，其貢獻於將來者甚大。惟社會法學說，係因不滿意於從前之法律學說及裁判而生，轉不免有失其正鵠之弊病。其第一弊病即社會學的方法自足論；其第二弊病即極端之自由法說也。

七九 社會法學者，謂已前法律學惟知就法律之內容抽象分析，固執其所謂法律學的方法 (*méthode juridique*) 而故步自封。然今則彼派自身，亦專用其所謂社會學的方法 (*méthode sociologique*) 而陷於同樣之弊病。夫法律學原應兼有關於法律內容之知識及關於法律在萬有現象中之位置之知識。以成爲法規之法律爲對象而研究者，爲從前之法律學的方法，以成爲社會現象之法律爲對象而研究者，爲最新之社會學的方法，法律學必須兼用此二種研究方法，方能成爲完全之學問，若惟堅持其一而自足，未免失於狹隘。惟所謂

法律學的方法，已爲從來之法律學所專用，至於採用社會學的方法以研究法律，實有未經開拓之沃土，故余於此點，則左袒社會法學。至於國家雖爲社會之一種，然爲特別之社會；法律雖爲法會法則之一種，然與其他社會法則之性質不同。故國家學及法律學，應用特別之方法，使其成爲獨立之學問。如因法律爲社會現象而惟用社會學的方法從事研究，而使其包含於社會學之中，此則不能表示同意者也。

八〇、自由法說

八〇 「自由法說」有打破孟德斯鳩三權分立主義之卓識。蓋法律原不能舉現在及將來之一切生活需要悉網羅而規定之，所謂「法規之無缺陷」(Lückenlosigkeit der Gesetze) 一事，原不可期，而裁判官又不能以其無規定而拒絕判決，故裁判官之應有補充法律之權能，乃當然之事理也。從來法律學，或假定法律之無缺陷(Lückenlosigkeit des Rechts)，或援用立法者之意思，或容許作擴張解釋及類推解釋，究不外默認裁判官之立法行爲也。然法律無缺陷之假定，究屬空論，其未依憲法上之手續言明之立法者意思，亦非法律，而擴

張解釋及類推解釋，其根據與範圍甚不明確，故不如正堂堂承認裁判官有補充法律能力之爲愈也。至於自由法說，謂裁判官有變更法律之權能，法規之對於裁判官，不過爲指南針或教科書，惟知注重就各項事件作正當持平之解決，而不知一般的「法律安定」(Rechtssicherheit)之更爲重要，轉抹煞法律之社會目的，實可謂一大謬見也。余以爲瑞士民法第一條之規定，對於此問題能作最適當之解決，雖無明文規定，而裁判官亦具有同一程度之補充法律能力也。(參看明治八年太政官佈告第一〇三號裁判官事務心得第三條)其規定如次。

『關於文字上或解釋上凡在本法規定之法律問題，皆適用本法。』

未經本法規定時，裁判官得依據慣習法，如慣習法亦不存在時，裁判官得自爲立法者，依據其可以設定爲法規之處所而裁判之。

但關於前兩項，裁判官須根據於確定之學說及前例。

第八章 法律之進化

八一、社
會

八一 法律爲人類的現象，爲國家的現象，又爲社會的現象。本書所介紹各派之法律本質論，皆惟注重於此三方面之一，尙未足以究明全部之真理。抑所謂人類國家社會三者，雖爲各不相同之物，而其實又非各不相同也。人類如不構成社會，卽不能生存，不能繼續，不能發達。從前學者之研究，多謂人類因生活上之必要始構成社會，然據近時之研究，則已逐漸證明彼爲人類祖先之某種哺乳動物，當其發達至於可稱爲人類之程度時，卽已構成社會而生活矣。是卽可謂社會先個人而存在，而個人則爲社會進化之產物也。而在人類之生存、繼續、發達上，最適當之社會狀態，卽爲國家，人類及各種制度（宗教道德禮儀言語美術等）皆在社會之內進化而來，且直接或間接助長原始社會進於國家狀態者，卽其自身亦惟於國家之內，方能發達而趨於完成，最後且將於一定

程度一定範圍內誘導全世界全人類之社會生活焉。法律亦人類社會之產物，社會生活之法則也。當人類社會未成爲國家以前，法律之爲物，或當存在，然原始社會之有法律，實爲國家開始發生時之狀態，法律亦隨國家之發達而完成者也。時至今日，規律全體社會生活之全世界的全人類的法律，亦已發達至於一定程度一定範圍矣。

八二 然則人類社會法律之起源果如何？據近時社會學者之研究，法律之起源，始於復讐。蓋原始社會之人類雖已共營社會生活，而其社會之範圍不大，組織亦不完全，故各個人多不能仰賴社會之扶助及社會之保護，不得不謀自給自衛。其自衛作用中之最主要者，則爲復讐。復讐云者，卽身體財產受有侵害之人或其親友對於加害者或其近親，則亦損害其身體財產以報復之之謂也。此種舉動，係合於人情之要求，且於以後之侵害又有威脅的豫防之作用，其於原始社會秩序之維持，最爲有效，故復讐遂至被稱爲美德，而成爲被害者或其近親之義務也。而在原始社會中，經營最鞏固之團體生活者則爲血族團體，

故個人的復讐，又轉變而為血族團體的復讐 (Blood feud) 焉。因一人之被害，而所屬之血族全體從事復讐，因一人之加害行為，而所屬之血族全體感受報復之危險，雙方皆根據其血族團體連帶責任之觀念，而復讐一事遂以成為有組織之行為。此種團體的復讐，較之個人的復讐，更為有效，同時又可以鞏固血族團體內部之團結，而成為社會進化之一階程也。

八三、復讐之限制

八三 復讐一事，其在原始社會，對於個人之生存及種族之維持，固為必要之自衛作用，但如於同一團體之內濫行復讐，則障礙團體之繁殖，妨害團體之治安而弛緩其團結力，因而危及其團體之存在。故當統治一團體之公共權力，漸形顯著，且其團體範圍次第擴大而有多數血族團體從事共同生活之時，復讐一事遂漸受限制焉。關於限制復讐之主要事項，大略如左。

(1) 限制復讐之程度 此為限制復讐之最古方法，即以使加害者受相等之損害為限度，而承認復讐為正當者也。所謂「以目償目，以齒償齒，以手償手，以足償足」之反坐法 (Lex Talionis)，曾見於「哈謨刺比」法

典（一九五條——一九七條二〇〇條）及摩西之法律（舊約全書出埃及記第二十一章之二十三至二十五節。）今人或有謂此爲古代法苛酷之一證者，然不如謂爲起源於限制復讐也。

(2) 限制復讐者之範圍 卽謂非被害者或其近親，不得復讐也。

(3) 禁止未經許可之復讐

(4) 限制復讐之期間

(5) 禁止非現行之復讐

(6) 禁止再復讐

(7) 設定「避難市」 在原始社會，不問加害者是否出於故意，一律實行復讐，因而有時生出苛酷之結果，故摩西法律等古法，設有「避難市」(City of refuge, asylum)之制度。凡非有故意而殺人者，得避往其市內，而免於復讐。至於故意殺人者，亦避往其市內時，則由該市之長老或會衆審判之，認爲無避難資格時，則出其人於市外而交付於復讐者。（見

舊約全書出埃及記第二十一章三十四兩節。見民數記略第三十五章之第九至三十二節。見申命記第十九章之二至七節及十一十二各節。卽此種制度，一面限制復讐，一面又爲刑事裁判之起源也。

團體之公權力，雖如此限制復讐，而在社會略見進化之後，仍公認復讐之事，有時且援助復讐者搜捕相手方俾易於復讐者。然此亦爲公權力對於私力制裁之干涉，而復讐則已漸次進化而成爲公力制裁之刑罰矣。古代刑法，所以採取反坐主意，所以有擬於決鬪裁判等私力制裁之訴訟手續，所以必以被害者或其近親爲裁判之要件，所以設定使被害者或其近親執行刑罰之制度，所以當時刑罰趨於苛酷者，要皆爲復讐手段之進化歷程也。

八四 除限制復讐之範圍及方法以外，其作爲緩和復讐維持和平之手段而開始施行者，則爲以賠償代替復讐之制度。此種制度，隨經濟狀態之進步而推行日廣，顯然減殺復讐之習俗。當其始也，願受賠償而打消復讐與否，由被害者方面隨意決定之，但其後團體之公權力，漸有強制被害者方面領受賠償

之傾向，如係故殺等之重大侵害，被害者方面固有選擇復讐或領受賠償之權，如係過失殺等之輕微被害，則被害者方面不得拒絕領受賠償。終則一切被害者皆不得拒絕領受賠償，惟加害者不實行賠償時則可以復讐耳。至於賠償之多寡，其始亦由雙方當事人協定，其後則受公權力之干涉，終則按照侵害之種類及程度或被害者之身分階級，制定法律，豫定有等差之賠償額。哈謨刺比法典，已有詳細之賠償金額之規定。又如盎格魯撒克遜古法之 *Wergild* 制度，亦其最著名者也，此種賠罪制度，後更分化而成爲刑法之罰金制度，及民法之損害賠償制度。卽此亦可窺知由私力制裁至公權力制裁之進化也。

八五 民事法之起源亦始於復讐，由前段所述，大略可以推知，惟此方面有更可注意者，則爲扣留制度。是爲財產上之復讐，卽受他人所損害或他人對我不履行義務時，則以私力扣留加害者之妻子（在原始社會，妻子爲夫親之財產）或財物之謂也。而此種扣留方法，又分爲三期進化。

第一期 立卽領有扣留之財物以充賠償，藉平憤怒。

第二期 以扣留物爲擔保品，強制相手方賠償或履行義務，如相手方不承認此要求，即沒收扣留物。

第三期 由扣留物之原主請求返還其扣留物，訴諸團體之首長或長老等，仰承其裁判扣留之當否。

此第三期爲民事訴訟之端緒，法律先由訴訟法而發達，而初期民事訴訟之原告，反以不履行義務之加害者爲多。即此可以窺知由私力救濟移於公權力救濟之進化。

八六、私
權力之公
權力化

八六 此種由私力制裁私力救濟移於公權力制裁公權力救濟之進化，乃世界各民族原始社會通有之事實，此在人種學及法律史上已略有證明者也。其進化之端緒，如前所述，爲公權力對於復讐或扣留之干涉，而爾時裁判之目的，不在於求公正之裁決，而在於平和之維持。然民族團體逐漸強大，則凡謀叛、瀆神，以及違背婚姻法等有危害於團體存在之基礎之罪惡，則用團體之公權力而直接自動處罰之，於是始知復讐之足以紊亂團體秩序而發生種種顧

慮，始知從來認爲個人私事之事物亦足以變爲關係於團體存在之公事，而取得種種經驗，積此種種經驗與顧慮，兩相期待，而法律遂以逐漸完成焉。故當民族團體稍具國家形態而君權次第強大之時，則法律之進化頓形顯著，一面禁止復讐，一面又不能藉個人間之賠償以免於犯罪之制裁，於是私鬪族鬪，漸趨消滅，遂以完成所謂法治國之狀態。學者稱此現象爲私力之公權力化。

八七 要而言之，法律實因社會力公權力而發生而發達者也。人類在其生理組織上，非營共同生活，不能存在，且人類所以有今日之繁榮者，亦正因其於共同生活一點，較之其他動物具有特長故也。據今日學者所研究，人類當其進化之始，卽已營共同生活，卽如野蠻人類，亦無有不組成社會而生活者。然社會非羣居，必須有一定之組織統一。其組織統一之中心，或爲親權及族長權，或爲宗教威力，或爲個人之智力體力，而結局則必因社會成分之各個人有機力之聯合，而且有一種力量，內則謀社會之組織統一，外則抵禦他種之社會。此種力量，稱之爲社會力，及社會進化而成爲國家之政治的社會時，則經由其政治

組織而發現之社會力，稱之爲公權力。而社會爲共同生活，共同生活必有法則。此共同生活之法則，爲其社會繼續發達之要件，故社會力公權力必至大顯其作用，其法則中之適於用社會力公權力強制實行者，則採強制實行之手段。由社會力尤其公權力而強制實行之社會生活法則，卽爲法律。而有適當法律之社會——卽共同生活法則適當的強制實行之社會——由適者生存之原則而繼續發達，惟其能繼續發達，故強制實行某種共同生活法則之事，更形重要，因果循環，遂以現出今日之國家及法律焉。

第九章 法律之本質

第一節 通說

八八 人爲理性的動物，具有概括之能力。故其有意識之活動，不惟受具體觀念所支配，即當其欲實現一定目的而實行其所必須履行之一切行爲時，亦必受指示此類行爲之法則所指導。此等法則，總稱之爲「規範」(norms)，大別之爲「技術規範」(technical norms)及「倫理規範」(ethical norms)兩種。

技術規範者，指示人類實現一定目的之行爲方法之法則也。例如衛生之法則、教育之法則、文法之法則、建築之法則等，皆爲技術的法則，人類所希求之目的有若干種，而技術規範亦有若干種。而遵守此種種技術規範之結果，僅能

實現其一定之目的，至於人類活動之其他目的，則不必援助其實現，有時或且妨害其實現也。

人生之目的甚多，目的與目的之間常不免互相衝突，且人類因有關於自身與外物與時間之限制，不得不放棄其欲實現全部目的之希望。於是乃有就各種目的實行選擇之必要，故當其犧牲某種目的而先事選擇某種目的時，必須有指導的原則以指示其關於此項行爲之標準。此種指導的原則，即爲倫理規範，即因謀人類全部目的之同時實現，以決定人類各種目的之相互關係之法則也。各人技術上之優劣，由其實現某一定目的之能力多寡而測定之；各人之德義，由其了解各目的間相互關係以施行選擇之當否而判斷之。

倫理規範，係對於各種目的所定之界限。因規定各種目的之形式（即其相互關係間之形式），使各種目的得以同時實現。然其目的自身，則惟遵守適合於其內容性質之技術規範，即可實現。故此點而言，技術規範與倫理規範之間，又可作實質規範與形式規範之區別。

技術規範之數目，因人生目的之數目而定。至於倫理規範，在規定各目的間之關係，故對於人類活動之一切表現，對於人類生活之一切方面，必然歸着於一致，即倫理規範之特徵爲單一概括，而技術規範之特徵爲複雜多端也。

技術規範，在示人以實現一定目的之手段，故人之遵守技術規範與否，由其人對於該目的之主觀價值而定。反是，則人類必然服從於調和其活動對象之數種目的之法則。蓋人類既欲同時實現數種目的，即不得不希望有調和存於其間也。是故技術規範爲任意的，而倫理規範則爲義務的。

個人不遵守技術規範之結果，惟不能實現其對象之目的而已。此種怠忽之點，既不影響於其人之他種活動，亦不影響於其人以外之社會全體。然若不遵守倫理規範，則破壞其人全部之調和，不惟影響於其人之全部生活，同時又關係於社會全部之利益。大凡人類之利益，皆集中於兩個中心。此兩個中心，即個人及社會是也。一切倫理規範，不問其根本主義如何，必規定此兩類利益之關係。社會對於個人各種目的之不相調和，或個人利益與社會利益之互相衝

突，不能漠不關心。蓋個人目的與集合的社會目的之間，存有一定關係，社會對此實有利害關係存乎其間。故社會希望各個人遵守倫理規範，有違背者則加以責難，如事關重大，即從而處罰之。是以倫理規範，不能委諸各個人之主觀判斷。其規範具有命令之性質，其遵守具有客觀義務之性質也。

然就技術規範與倫理規範之內容而言，兩者之差異，又可以從另一方面觀察之。技術規範之內容為客觀的。所謂某一定目的之成就，即利用自然力實現其目的之意。但自然力之作用，常為永久的。故了解一羣現象之法則時，則此時之技術規範，即成為該自然法則必然之結果。是即技術規範之內容，因客觀事實而定，惟採用與否之關係——即人與規範之關係——則由主觀而定耳。至於倫理規範，則非自然現象必然之結果。各個人在主觀上評定人類活動之各種目的，而依據各人之個人的傾向，以決定各目的間之相互關係。故各人之必須準據倫理規範以調和其全部活動，雖為客觀的必要，而倫理規範則具有客觀的性質。

八九 法律具備倫理規範之一切徵候。法律之遵守，於實質上之目的，無

直接之必要。法律惟限定構成社會生活內容之各種實質的利益及活動之範圍。非爲特種目的而定之規範，實全部生活之規範也。又其內容，亦非自然法則必然之結果，時間空間各不相同之法律，或則相異，或則相反，此徵之事實可以瞭然者也。然法律非倫理規範之全部。其與法律並立者則有道德焉。卽倫理規範可分爲「道德規範」(moral norms)及「法律規範」(legal norms)也。

人生各種目的之完全充分實現，乃不可能之事，因人力及手段均有限制故也。故各人如欲於各種目的之中施行選擇，則對於各種目的及各種利益，不能不作相對之估價。而表示此估價之標準者，卽爲道德規範。道德規範，係調和個人一身所希求之各種利益之法則，故對於孤立於社會生活以外之個人亦可適用。惟實際上此種孤立之個人並不存在。構成人類活動之主要目的之多種利益，不受個人的存在所支配，而受社會生活之一般狀態所支配。蓋惟有我而無他人，卽不能存在，故不能惟依據個人利益而行動，而必須顧及他人也。

人一旦與他人發生關係時，不惟彼自身之各種利益互相衝突，即其自身利益與他人利益，亦不免互相衝突。各人利益既不免互相衝突，今欲用同一標準，設定調和與秩序於其間，其事頗難。蓋對於多數人利益並立之事實，而適用一種道德標準，必其標準為社會全體所公認，方可見諸實行也。且此時之共通標準，亦僅能決定各個人間之關係之大綱，而不及決定其細目。至於各人行為之細目，結局仍由主觀標準決定之。人類活動之各種目的，互相混合，互相錯綜，互生關係，互相隸屬。問題之關於個人一身各種目的之估價者，尚不困難。個人自身固可以整理其個人的目的，明瞭其相互關係也。然就自身之目的或利益，與他人之目的或利益，比較估價，則其事頗形困難。蓋我對於他人之目的所得了解者，僅為外部之徵候，而不及了解其主觀細目，且缺乏對於其細目之知識，亦不能就其目的作完全之估價也。

故各個人間之利益互相衝突時，如同同一道德標準以規律之，尚不能於其利益之間，設立確定之關係。蓋各人之利益，或相同等，且吾人之道德觀念，不

相統一，而各人公認之道德標準，又難發現，故各個人間不同之利益，惟就其間施行選擇，設立等差，仍不能充分調和。必也在其範圍以內，就各人利益之間，劃定各人利益所能實現之界限，而後各人利益，方可望同時實現。於是人類之活動，必須遵守兩種法則：第一法則，指示各人行爲估價所需要之道德標準；第二法則，劃定自身利益與他人利益所能實現之範圍。此兩種規模，其希望各人利益之得以同時實現，完全一致，其爲倫理規範則一也。然第二法則，與第一法則（即道德規範）不同，非指示估定利益（即區別善惡）之標準，惟在自身利益與他人利益衝突之時，示我以實現利益之範圍而已。劃定此種利益之規範，即「法律規範」也。

是故道德指示估定利益之標準，法律劃定實現利益之範圍。基於此種根本區別，而道德與法律又有種種差異，茲分述於次。

（一）法律規範惟支配我與他人之關係，不支配我與我自身之關係。道德規範反是，則規定對於自身之義務。

(二) 法律規範之適用，以自身利益與他人利益相對抗為條件。因而法律規範之遵守，惟當他人利益同時存在時，成為義務的。如他人利益限制我之利益，而他人因遵守法律將我解除之時，則法律已非義務的。反是，道德上之義務，對於他人因履行義務而具有之利益，全無關係。

(三) 道德規範之遵守，為絕對義務。至由法律規範而產生者，則有權利及與權利相對待之義務。權利，即在法律規範所劃定之範圍以內實現一定利益之能力也。當他人對於與我之利益相競爭之利益而具有權利，其由此權利發生之要求，我必與以滿足，而滿足此要求之義務，即法律上之義務也。故權利與義務，確相對待，權利消滅，義務亦消滅。

(四) 道德規範，係關於良心之規定；法律規範，係關於外部行為之規定。因而道德雖不容外力作用之強制，而法律則有時必用強制。蓋強制雖不能左右信念，然能支配外部行為也。

(五) 要而言之，道德規範，可謂為個人的法則；而法律規範，則可謂為社

會的法則也。

九〇 以上爲俄人哥爾古諾夫 (Korkunov) 學說之梗概，大致可以稱爲代表從來法律本質論之通說。其立論之基礎與理論之徑路雖各不相同，而近世各種學說，則有一致之點，即謂法律爲人與人之外部關係之規範，而劃定各人利益之界限，保障在一定範圍內實現其利益，並禁止超出其範圍也。哥爾古諾夫之說，對於此項理論之說明，實可謂詳細明確也。

如於純粹論理上澈底究明此法律本質論，則其所得之結論，必謂法律與道德爲內容絕不相同之二物，而其間無必然之關係。即如十八世紀前後之個人主義學說，否認法律與道德之一切關係，謂個人與他人並無關係，而有絕對之自由，而各個人間之關係，由各人任意自由之行爲而生，故法律僅須設定個人自由不受他人自由侵害之界限，即爲已足，至各人自由之內容如何，各人如何使用其自由，則作爲道德問題焉。最初明示此種區別者，則爲托馬知斯 (Christian Thomasius, 1655-1728)。彼以「己所不欲勿施於人」爲法律之根

本原則，以「人對彼自身所欲爲者，汝亦對爾自身爲之」爲道德之根本原則。此種個人主義學說，實對於當時教會壓迫及國家干涉過度之反動而生，謂此係由於混淆道德與法律而生之弊害，實則法律惟在設定個人自由之外部界限，不宜深入於個人自由之內部，彼基於一定道德宗教主義之立法，實爲壓迫個人自由壓迫良心自由之原因，故法律惟有完全不涉及道德，最能適合於自由主義。此個人主義學說之大略也。

然在實際上，法律不能完全與道德分離。如強欲分離，必至釀成所謂「法之極乃害之極」(Summum jus, summa injuria)之大害。蓋個人非孤立而絕對自由者，即社會亦非個人之自由合意創造而成，因而各個人之間所謂自由之界限，結局仍非由個人之自由合意而定，乃由社會存立之要求（即各個人之社會的連帶關係）而定，故成爲法律本質之利益界限，如對於各種利益不作道德的估價，亦不能劃定也。又，法律惟在劃定行爲之外部界限之理論，亦與實際不合。法律往往不能不設置多少動機於計算之中。此或可謂爲今日法律

優於古法之一點。如注重契約之形式，而以真意之合致爲契約成否之中心點，又如決定加害行爲之法律性質時，不僅依據加害之結果而依據加害者之造意，皆其例也。

於是反對法律道德分離論而起者，則有道德法律合一論。至於明示此種經過而有興趣之事實，則莫如斐希特之言論，彼於一七九六年之「自然法原理」中，則提倡前說，而於一八一二年之講義（System der Rechtslehre）中，則轉而提倡後說。其後學者，或謂道德與法律同爲「道義」（Sittlichkeit）之一方面，或謂法律在規定其實現道德所指示之目的之條件，或謂法律爲道德之極小限，或謂法律爲形式而道德爲內容。要之，此派意見，皆在於以法律爲道德之實現也。

然而事實上不能專視法律爲道德實現之點，亦頗爲顯著。（1）法律之內容，在實際上不僅爲道德法則。例如法律行爲形式之規定，訴訟手續之規定等事，其完全與道德分離之處亦多。（2）道德觀念，人不一致，故不能於法律使

其在一致之點實現之。法律且轉有保障道德觀念宗教思想等自由之規定者。(3)反是，正因各人道德觀念之不一致，而引起法律規定之必要者。道德與法律之隨社會進化而分化，職此故也。

於是法律本質論之通說，既不左袒道德法律分離論，亦不贊成道德法律合一論，即謂法律與道德各有區別而又有關係者也。是即哥爾古諾夫之說也。

第二節 自說

九一、技術規範亦成爲法律

九一 上述通說，區別技術規範與倫理規範，以法律屬於倫理規範，且謂法律爲劃定各個人間實現利益界限之外部關係之規範，故技術規範不能成爲法律，如以技術規範爲內容之法律，不得謂爲真法律，此其所達到之結論也。然就現時法律之實際觀之，以技術規範爲內容之法律，亦不能謂爲無有。就日本現行法規而舉其顯著之例，如最近改正之造船規程，係以純粹之技術規範爲內容，儼然一造船小教科書也。又如鐵路建設規程、鐵路轉運規程、鐵路信號

規程、電氣工事規程等，皆爲同種之法規，而所謂行政法規中，此類亦多。又如關於帝國議會及其他會議團體、裁判所及訴訟、與學校教育等之重要法規而包括技術規範者亦不少。然則如斯之法律，係以不能成爲法律之事實作爲法律者，果可謂爲惡法，謂爲形式的法律乎？是不然也。抑哥爾古諾夫所論技術規範與倫理規範之區別，雖屬正當，而其所論由此種根本區別而生之兩者惟性質上之差異，吾人殊難首肯。如所謂「個人不遵守技術規範之結果，惟不能實現其對象之目的而止，既不影響於其人之他種活動，亦不影響於社會全體」之議論，顯係謬誤，在社會連帶關係愈趨密切愈見推廣，而自然力之利用愈呈盛況之今日，個人如不遵守技術規範，有時對於社會全體之利害，大有關係，社會對此，決不能完全漠不關心，故某種技術規範之遵守，反爲社會所特別希望者。故其所謂「倫理規範具有命令的性質，而技術規範之遵守則委諸個人主觀判斷」之結論，不甚正當。即技術規範之遵守，不必悉委諸個人任意爲之，有時可以成爲義務，具有其必要也。其次所謂「技術規範之內容在客觀上確定，而

倫理規範之內容在主觀上確定」之結論，吾人亦不能承認。蓋倫理規範，係由人爲有機體之自然事實而產出之社會生活法則，故亦得在客觀上確定之，此與技術規範實無以異；同時，技術規範，亦因其基本之自然法則，尙未能充分了解，故亦未必在客觀上確定之，此與倫理規範亦無以異。卽二者同爲可以確定而又未能確定者，惟有程度上之差異耳。故對於某種技術而成爲其標準之技術規範，當其未能確定而周知之之時，亦不得謂社會之中心力完全無加以指示之必要也。於是乎前述以技術規範爲內容之法律，亦不得謂爲無理謂爲無用也。法律規範爲倫理規範之一種，故謂技術規範爲完全異其管轄之別種法則，其根據頗覺淺薄也。

九二、道德規範亦成爲法律

九二 又如分倫理規範爲道德規範及法律規範兩種，認定兩者之間有分工之區別，而爲內容各異之別種法則，此種議論，吾人亦不能同意。茲分述於下。

第一、通說所謂以道德規範爲指示「調和個人一身所希求之各種目的」

之標準，其所定之範圍固屬正當，但未免失於狹隘。道德因有社會始成爲社會生活之法則，故所謂「慎獨」「自彊」之教訓，不過爲社會要求其個人完成個性而已，言忠言孝言愛言信，皆屬道德規範中之主要道德，與其謂爲個人一身之準則，不如謂爲各個人間之關係之準則，尤爲切當。而法律規範，則重在規定各個人間之關係，故道德與法律，決不如論者所謂之爲分工的，其在人生之主要範圍內，實互相錯綜者也。例如刑法之內容，殆全爲法律規範，而同時又爲道德規範，固無俟贅言，卽如憲法民法等法律規範之根本原則，結局亦歸着於道德規範也。夫個人一身各種目的之調和與各個人間各種目的之調和，原非全無關係之二物。指示個人對其自身各種目的選擇估價之道德規範，如不顧慮自身與他人之社會關係，亦不能確定，且調和各個人間各種目的之道德標準，亦不能成立。故欲以此點爲區別道德與法律之標準，實謬誤之甚也。

其次，通說所謂法律規範在規定各個人間之關係之議論，在大體上尙屬正當。惟法律亦非絕無以道德規範（卽關於個人一身之準則）爲其內容者。

如禁煙法禁酒法，卽其一例，又如禁止虐待動物之法律，亦不能謂其規定各個人間之關係也。蓋如前所述，個人之利害與社會之利害，互相關聯，故個人關於自身之道德行狀，亦出於社會之要求，如於必要而可能之程度，採爲法律規範之內容，亦不能謂爲悖理也。是此點亦爲前述道德規範與法律規範區別論未能充分明確之一證。

最後，通說所謂「法律爲個人自由活動之範圍實現利益之界限」之定義，實由「自由人權論」「各人敵視說」(Bellum omnium contra omnes)等個人主義舊思想而生，亦有不切合於法律真諦之處。個人自由之保護或限制，卽令構成法律之內容，亦非法律窮極之目的，而法律之真實任務，實在於社會生活之規律。而就人類社會生活之內容觀之，各人之目的或利益，固多互相衝突互相競爭之事，然其互趨一致之方面，亦同時存在，此各人目的及利益互趨一致之事實，實社會生活之真髓也。故所謂「法律係對於各個人間互相衝突之利益所定之界限」之定義，以言乎法律中之物權法債權法等財產法規，固

爲適合，然大之如國家小之如法人夫婦親子等共同團體之法規，若亦適用此定義，則不僅牽強附會，且有背於此等制度之根本精神矣。

由此言之，則所謂「以調和一身各種目的及劃定各個人間實現利益之範圍二事，作爲區別道德規範與法律規範之標準」一說，在其根本上已大有謬誤，故哥爾古諾夫依據此根本區別所列舉之道德與法律之差異，亦未能澈底，茲逐條糾正之如左。（參看九九條）

（一）法律規範，亦非絕無支配我與我自身關係之事。而道德規範之支配我與他人之關係者，反成爲普通事實。

（二）卽屬道德上之義務，亦有因他人之免除而消滅者。又法律上之義務中，其不因他人之免除而消滅者亦頗多。卽如國家，亦不得完全免除一切法律上之義務。國家如完全免除法律上之義務，則國家亦化歸烏有。

（三）謂權力爲法律規範之產物，雖屬正當，而權利與義務確相對待之論，殊不確實。在沿革上，權利觀念之發達，乃在義務觀念之後；且在其本來性質

上，無對待權利之義務，或無對待義務之權利，亦能存在。即不能因法律上之義務亦有成爲絕對的之事實，而視爲道德與法律之顯著差異也。

(四) 謂道德爲良心之規定，法律爲外部行爲之規定，此亦僅有一面之真理，且易引起危險之誤解。蓋道德在由良心方面規律行爲，法律在由行爲規律陶冶良心。二者之目的，結局一致。而適用外部之強制與否，究屬程度問題，就直接之狹義觀之，法律規範亦有不與外部強制並行者，就間接之廣義觀之，道德規範亦藉外部強制以行之。

(五) 要而言之，道德規範與法律規範，同爲社會的法則，皆非個人的法則。

九三、禮
式的規範
亦成爲法
律

九三 就人類行爲之準則言之，技術規範與倫理規範之外，更有禮式。禮

式，在技術上似乎迂遠，且無必要，而直接又無倫理的意義，可謂爲形式規範，但對於共同生活秩序之維持，在一定程度上亦有其必要。故成爲社會生活法則之法律，亦得以禮式的規範爲其內容，在中國古代，此種法律，頗爲注重，此人之所周知也。即如今日之日本，例如皇室祭祀令等關於皇室之法規，多以禮式爲

內容，其他法規亦有相似者（例如服忌令議院法第五條。）故謂「法律爲劃定各人利益範圍之法則」之定義，及謂「法律爲倫理規範之一部份」之分類，對於此種法規，亦不切合。

九四 綜合以上之批評，可知從來法律本質論之缺點，即以法律爲倫理規範之一部，使與道德對立，因而謂其與技術規範不相容是也。其實法律亦有以技術規範爲其內容者，且在人生之主要範圍以內，技術規範與道德規範，往往有互相錯綜之事，故以如此之內容定義，尙不能確實說明法律之本質也。吾人對於法律之定義，曾於前章言之，卽如：

「法律者，社會生活規範之由社會力尤其由公權力強制實行者也。」
以言乎法律之概括定義，自信以此爲最適當。此定義實根據社會進化論的法律起源論，已於前章略述，茲更就此定義分析說明之。

（1）法律者，規範也。卽行爲之準則也。在同一事情之下，常要求爲同一之行爲，又對於在同一事情之下已爲之同一行爲，常使其發生同一之效果。故對

於各種具體事件之處分，卽令用法律之形式爲之，亦非法律也。又爲因果律之根源而非因果律之說明者，規範對於此點，亦與自然法則不同。

(2) 法律之內容，乃社會生活之規範。卽在社會生活上成爲必要而其遵守出於社會所要求之時，則關於利用自然力之純技術規範，亦得成爲法律；又社會生活之爲物，乃依一種大技術，故關於社會生活之技術規範，亦得存在，尤多成爲法律之內容。如關於國家各種機關及公私法人組織之法規，卽其顯著之實例也。至於道德規範亦屬於社會生活之規範，且係構成社會生活根本之重要規範，故於必要時採爲法律之內容，原屬當然之事。又社會生活之規範中，除技術規範以外，更有禮式及其他習俗的規範，此在必要時，亦得成爲法律之內容。

(3) 茲所謂規範，乃廣義之行爲準則，非限於狹義之命令及禁止。法律之大部份，固可謂爲命令或禁止，但亦不必盡然。例如保障信教自由之規定，如因先佔無主物而使其取得所有權之規定，從反面言之，或可附會爲對於第三者

之命令或禁止，而從正面言之，則不得謂命令或禁止成爲該法規之骨格也。卽如債權法物權法之規定，其原因所在之處，雖爲對於他人之命令或禁止，然今日所注重之點，則在保障權利者得爲一定之行爲，且使其行爲發生一定之效果也。卽法律不必須爲「必如是」(Sollen)之規定，而得爲「可能」(Dürfen oder Können)之規定，卽以「許可爲某行爲」或「得由某行爲取得某結果」之事實爲內容者也。蓋構成社會生活之人類行爲，不僅在「經命令許可之行爲」及「被禁止不爲之行爲」兩方面，而隨意之行爲與不爲，亦得存在也。而此隨意之行爲，或其結果之取得保障，有時亦成爲社會生活上之必要。雖不能如某學者所云：「一切被許可之行爲，卽爲被命令之行爲，」然經由特別威力之許可，實與命令及禁止有同等之價值，同得成爲法律之內容也。

(4) 法律云者，社會生活規範之經強制實行者之謂也。社會生活規範，在其直接之第一次，尙未成爲法律，必也此等規範中之某種規範，曾經強制實行，然後此種規範，始成爲法律之第二次規範也。故從來法律本質論，其視道德與

法律爲同一平面上互相對立之社會生活規範之種別，實爲其謬誤混雜之根源。強制實行之意，即謂因受外部某種力量以適用規範之個人，被要求遵守規範，否則即受制裁，有時被補正不遵守規範之結果，或於履行被許可之行爲時使實現豫定之結果也。法律上所謂「強制」(coercion, Zwang, Contrainte)即此是也。社會的規範，皆與社會的強制並行。即屬道德規範，亦不得謂其無強制。而此種強制，至確實由社會之中心力發出之時，其規範則成爲法律。然社會生活之規範中，在其性質上亦有不適宜於用強制者，又有在社會生活上無實行強制之必要者。故社會生活之一切規範，不皆成爲法律。

(5) 法律者，由社會力，尤其由公權力強制實行之社會生活規範也。社會係由有機力之聯合所產生之繼續共同生活狀態，故社會之中，常有因其構成份子之各個人有機力之聯合而產生一種社會力，以統一其社會。此社會力逐漸成爲社會之中心而日趨顯著，是爲社會發達之徵候，社會發達至於一定程度，而其社會力之保持發現，如成爲有組織之形式，則其社會稱爲國家，其社會

力稱爲公權力。自道德規範爲始以至其他社會生活規範，皆成爲社會生活之產物發生而出，且由社會力而維持其存在。但社會力如認定遵守某種社會生活規範，於社會生活特別重要而強制實行之時，則此種規範與其他未經強制實行之規範，其性質不同，其效力亦異。此規範卽法律是也。其社會至於成爲國家，其社會力至於成爲公權力之時，而強制實行之規範遂成爲法律之事，乃最顯著最完全之現象。然在未能成爲國家之原始社會中，法律亦得存在，且既經認定國際社會成立之時，則國際法亦不得謂爲非法律。至於國家之中，其成爲法律規範之強制實行方法者，則有刑罰、民事上之強制執行、及行政上之強制執行等具體強制手段。論者固有以此等具體強制手段之存否，爲區別法律與否之標準者，然在國法之規定中，其不與此等具體強制並行者亦不尠。此種事實，在國家根本法之憲法上，亦最爲顯著。強制實行，不必具有具體強制手段之意，蓋謂規範之遵守，由社會國家之實力作最後保障也。因有此最後保障，故具體強制手段亦有效果。是以憲法具有最大之強制力，而國際法亦不失其爲強

制實行之共同生活規範也。

(6) 此定義之最大利益，即道德與法律之區別及其關係，最爲明瞭一事是也。道德與法律，不能作爲倫理規範之二部，而謂爲互相對立內容各異之別種規範，實則道德規範當其強制實行之時，亦可成爲法律規範也。道德規範所以有強制實行之必要，且得以強制實行者，以其爲社會生活規範故也。但道德規範之中，亦有無強制實行之必要者，亦有因其性質不適用於強制實行者，故一切道德規範，非皆能成爲法律，惟其有強制實行之必要且適用於強制實行者，得成爲法律而已。同時，道德規範以外之規範，如禮式的規範習俗的規範技術的規範之類，其成爲社會生活之規範而有強制實行之必要且適用於強制實行者，亦得成爲法律規範也。是則法律爲道德之實現云云，僅有一面之真理，其實法律非道德全部之實現，且道德之實現亦非法律之全部也。故社會生活規範中，有強制實行之必要且適用於強制實行者，則強制實行之，此即法律之目的也。而在其強制實行之社會生活規範中，其重要之一部份，實即道德規範之一部份

也。

(7) 某種道德規範成爲法律規範時，其規範之遵守，成爲法律上之義務。然其規範之遵守，原爲道德上之義務，不因其成爲法律與否而略有變更也。又如技術規範、禮式規範、風俗規範等之遵守，其自身雖非道德上之義務，然經法律規定之時，則其遵守即成爲法律上之義務。而法律之遵守，乃社會道德之重要義務，故原非道德上之義務者，亦因其成爲法律上之義務，而同時取得道德上之義務之性質也。是以道德上之義務雖不皆爲法律上之義務，而法律上之義務，則皆可謂爲道德上之義務。由此種意義以總括道德規範與法律規範，則可稱之爲倫理規範。

(8) 對於道德與法律之區別及其關係，作如此之觀念，實有防止道德法律合一論及道德法律分離論所生各種弊病之利益。道德法律合一論之弊病，在傾向於法律萬能主義，而欲使一切道德上之要求皆化爲法律。道德法律分離論之弊病，則又陷於他種意義之法律萬能主義，而以不違背法律爲盡其能。

事。然據吾人之道德法律關係論而言，法律上之善惡，不外爲道德上善惡之一部，而善爲不足，惡非不足，故法律上之善，乃善之一部分，如僅行法律上之善，尙不足以盡其善，然如犯法律上之惡，則在道德上必已成爲惡也。例如有時效之制度，乃主張道德法律合一論之人所不能容認者，但在主張道德法律分離論之人，則以爲可因時效以取得權利或免除義務而恬不爲怪也。但就吾人所主張之道德法律關係論言之，則可以闡明有時效之制度之精神，且可以了解並不能因時效而解除道德上之義務也。

(9) 於是所謂「惡法亦法也」之命題，卽不能不加以排斥。如謂「惡法亦法」，則不守法之事，轉可以成爲道德上之善，此種觀念，實爲吾人所不取。法之所以成爲法者，並不僅在於由公權力強制實行之形式，乃在以社會生活規範之內容爲其必要之前提也。故其內容違背社會生活之要求時，此亦僅爲形式上之法律，不得不謂爲非真法律也。惟就他方面言之，法律之安定，亦爲重要社會生活之要求，而社會生活規範未於客觀上確定之時，則以公權力加以承

認而強制實行之，此在法律上亦有一種效用，故其內容違背社會生活要求之事，如未至彰明較著而經客觀上確認之時，即不得以某種法律爲惡法而斷定其非法律也。

(10) 「法律係社會生活規範之由公權力強制實行者」之定義，對於統括說明法律學各部門之任務一層，亦有便利。蓋普通所謂法律學——即分析的現實法學——在於分析說明「公權力現在如何強制實行何種社會生活規範？」及「社會生活規範因此取得何種特別性質？」等問題。立法學在研究「如何強制實行何種社會生活規範」之問題。歷史法學在探討「過去何種社會生活規範如何強制實行」之問題；原始法學（人種學的法律學）在窮遡社會生活規範所以由公權力強制實行之起源。至於法理學，則論證社會生活規範由公權力強制實行之作用之抽象原理者也。

九五 謂「法律係由社會力尤其由公權力強制實行之社會生活規範」之定義，或與所謂「法律爲主權之命令」之定義相混淆相類似。此所謂「命

九五、與
命令說之
差異

令說」(the imperative theory)乃容易思維之觀念，在實際上曾經從來學者所通用，至於確立此學說者，則為前述之奧斯丁。總合此一派之觀念，其法律之定義當如左。(參看 Austin, Province of Jurisprudence Determined, 1834; Markby, Elements of Law, 1871; Amos, Science of Law, 1874)

「法律云者，即謂一獨立政治社會中之政治的優者，對於政治的劣者，表示關於其行為之希望及使犯者受惡報之旨趣者也。

其所謂政治的優者即為主權者 (sovereign)，其所謂希望之表示即為「命令」(command)，其所謂惡報即為制裁 (sanction)，要而言之，法律不僅為主權者用制裁強制實行之規範，且為其所制定之命令也。然對於此「命令說」亦有左列各種之批評。(參看穗積陳重之法理學講義)

- (1) 命令說為形式論，不顯示法律之實質。
- (2) 以慣習法為命令，未能得當。
- (3) 以法律為主權者之命令，與歷史上之事實不符。

(4) 以法律爲主權者之命令時，則不能說明主權者何以亦服從法律之理由。

(5) 以法律爲命令時，則引出國際法非法律之結論。

(6) 以法律爲命令時，則引出解釋法宣言法廢止法等即非法律之結論。

(7) 法律由人民之總意或社會之需要而生，非由個體意思而出。

(8) 命令說適於說明義務本位之法律，而不能說明權利本位之法律。

(9) 命令說有語原學上之謬誤。

因有上述各種批評，故英國分析派之法律本質論，近來曾加以多少改良，不曰「主權者制定 *enact* 之法則」而曰「主權者強制實行 *enforce* 之法則」，不曰「主權者強制實行」而曰「裁判所強制實行」。然如此仍未能充分辨明上述各種之批評。吾人之定義，以法律爲強制實行之規範一點，雖從近世分析派之觀念學來，而立論之基礎，則以強制實行之規範之實質爲社會生活規範，以強制實行作用之原動力爲社會力。關於此點，實與新舊分析派之定

九六、法
律與自然
法則

義，其出發點完全不同，故前述對於命令說之批評，無一與吾人之定義相合也。

九六

關於法律與自然法則之區別，學者間議論紛歧。舉其要者，約有兩

說。其一，謂法律係由意思發出之命令，故與自然法則完全不同。此種觀念，從來似有勢力。其二，謂法律爲必然關係之表示，故與自然法則並無所異。此說在近時亦有力。兩說雖各有一理，然吾人對此，不能無所間然。蓋法律之內容，乃社會生活之規範。法律強制實行之原動力，乃社會力也。而人類之營社會生活也，其隨社會生活而起者，一方面則有社會生活之規範，他方面則社會力因而發達，因而凝聚，無一非自然現象也。法律所由根據之意思，乃生物界人類之有機力，法律成爲命令之基礎，乃有機體之人類生活上之要求。由此種意義言之，固可謂法律爲自然現象，而法律現象受自然法則所支配，然謂法律爲人爲現象，故非自然現象，即不得以自然法則律之，此謬論也。且正因其如此，而法律現象得以成爲科學研究之對象也。至如視法律規範即爲自然法則之說，吾人亦遽難首肯。自然法則與法律規範，皆爲現象之一致反復 (uniformity of phenom-

(*causa*)——即必然的因果關係之表示，關於此點，兩者實無所異。而法律存在之理由，亦在於此同一現象之反復。殺人者必被判刑，落體必直下。若謂殺人亦無被判刑之事，則落體不直下之事亦不少，但其不被刑不直下之理由，實有所以然之原因，決非偶然之事。然物理學者所謂落體直下，僅為自然現象之認識的表示。法文中，有殺人被判刑之規定，亦為此現象之希望的表示。關於認識，惟在於當否之問題，至於希望，則更生實現之問題。而法律係由社會力保障而強制實行之希望，因有此希望，故此現象遂以實現。是故所謂自然法則，乃必然的因果關係之記述，而法律則為必然的因果關係之原因。雖同稱為 *causa*，而兩者之種類不同，其差異亦頗為顯著。故以法律為事物自然關係之論，以言乎法律淵源論，固有可取，以言乎法律規範之本質論，則失其正鵠。如此，法律現象雖為自然現象，而法律則非自然法則，轉成法律的因果關係之原因，是即吾人所以用現實的理想主義為法律學根據之由來，法律及法律學之價值，實在於此。

第十章 法律之內容

九七、法律所保護之利益

九七 法律之內容，爲社會生活之規範。社會生活所以有規範，蓋欲謀社會全體及各個人人類生活之安全美滿，質言之，卽在於保護社會利益及個人利益也。吾人雖未於法律定義之中採用保護利益之觀念，然當詳細說明法律內容之時，從法律所保護之利益一方面加以觀察，實爲最便。據鮑恩特所言，成爲法律內容之利益，大略如左。（參看 Pound, *Outlines of Lectures on Jurisprudence*, 1914）

第一、個人的利益

（一）人格

（A）身體

（B）名譽

(C) 信仰及意見

(二) 親族關係

(A) 財產——財產繼承及由遺囑之處分

(B) 職業及契約之自由

(C) 約束利益

(D) 與他人之利益關係——「結社權」——契約的、社會的、職業的、

公務的、親族的。

第二、公的利益

(一) 法人之國家利益

(A) 人格

(B) 物資

(二) 社會利益保護者之國家利益

第三、社會利益

(一) 一般的安定——安全、健康、平和秩序、交易之安定、取得之安定。

(二) 一般的道德

(三) 社會制度之安定

(四) 自然力之利用及保存

(五) 殘廢者及需要扶養者之保護

(六) 個人道德及社會生活

九八、由
法律執行
正義

九八 法律非自然法則，故因時因地而有變化，不必永久不變。而其因時

與地所生變化之最大者，則在於某種社會生活規範之成爲法律與否一點。卽如前條所列各種利益，亦不必其恆成爲全部法律之內容。抑所謂使各個人於社會各得其所而取其所當取與其所當與者，乃法律之目的，法律家所稱爲「正義」者是也。法律者，卽「正義之執行」(administration of justice)也。然正義之執行，不僅由法律爲之。大凡執行正義之原動力有三：一爲宗教；二爲道德的輿論；三爲國權。而由國權執行正義，亦非由全部法律執行正義，而得有因

臨機應變之處分裁量以執行正義也。彼裁判官者，雖爲最著明之執行正義機關，然此機關亦得存於法律以前，或先乎國家而存在，故法律實因限制裁判官之自由裁處而發達者也。是以正義之執行，有依據法律者（*justice according to law*），有不用法律者（*justice without law*），因時因地及因充任執行正義之人，而兩者之範圍，互爲消長。蓋社會生活規範之全部，不盡適於用法律強制實行，同時法律之中，有法律之利益，並有法律之弊害，不必可以常用也。法律之利害，大致如左。（參看 Pound, *Outlines of Lectures on Jurisprudence*, 1914）

法律之利益

- （一）法律能使豫知執行正義之途徑。
- （二）法律防止個人的判斷之謬誤。
- （三）法律防止充任執行正義者不正之意圖。
- （四）法律對於充任執行正義之人，與以表示其社會確定的倫理觀念之標準。

(五) 法律對於充任執行正義之人，與以其先人全部經驗之利益。

(六) 法律得以防止社會的及個人的最大利益受價值較少之直接利益所犧牲。

法律之弊害

(一) 法律對於人事作一般概括之制定，不顧及個人性格，且不免在適用之時流於專斷。

(二) 法律學及法律組織之發達，帶有不以法律為手段而以為目的之傾向。

(三) 法律更產生法律，已發達之法律組織，常於規範不能行之處設立規範，有侵入執行正義之正當範圍之傾向。

(四) 法律係表示確定的倫理觀念，故在過渡時代，不能適合於現在已進步之觀念，且多少含有不適合於現在需要或現時正義觀念之成分。

九九 法律一面有永久性，他面又有變化性；同時，一面有自然性，他面又有人爲性。成爲法律基礎之社會生活規範，基於「自然」而發生而發達，卽其進化而成爲法律，亦有由於自然發達而成者，例如慣習法是也。然在另一方面，社會生活規範之構成，亦含有人爲的成分，至其成爲法律之事，則大部分出於人爲作用也。譬如採取何種社會生活規範爲法律，以及用何種形式使成爲法律，此事間接則由社會之輿論定之，而直接（且其結局）則由該社會當時主持正義執行之人之智慮而決也。故當人智發達，當法律本質及目的得以正當了解之時，則由法律執行正義（卽所謂「法治」）之範圍，亦隨而進化，隨而發達焉。今就其進化之趨勢大略觀察之，大致循左列次序發達而來者也。（參看 Pound, *The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines*,

Harvard Law Review, 1914)

第一期，古代法時代 (Archaic Law)——雖無專制君主命令之成文法，但慣習法甚爲重要，且法治尙未及於社會生活之全體。

第二期、嚴格法時代 (Strict Law) —— 由主權所定成文法執行正義之範圍，漸次擴大而普及，而於法文之嚴格解釋及適用，尤為努力。此事，一面為國家鞏固主權強大之結果，他面又成為鞏固其國家強大其主權之必要條件。

第三期、自然法及平衡法時代 (Natural Law and Equity) —— 是為對於嚴格主義之反動，又為世界的國際社會的觀念發達之結果，故發生以自然法 (*jus naturale*) 平衡法 (*jus aequum et bonum*) 萬民法 (*jus gentium*) 補正國法之思想也。其着重之點如左。

- (1) 尊重個人人格，尊重個人為權利主體。
- (2) 實質較形式尤重。
- (3) 尊重信義 (*good faith*)
- (4) 使無不正當之利得 (*unjust enrichment*)

第五期、法律社會化時代 (Socialization of Law) —— 迨社會生活愈益複

雜，而社會政策之必要，漸形顯著，則集合主義 (collectivism) 代個人主義而興，自由放任主義廢，而國家干涉主義行。於是法律成爲社會生活規範之真面目，遂以發揮，而法律亦將由個人本位轉於社會本位矣。是爲現在之趨勢，名之爲「法律之社會化」。老幼者與貧窮者之社會的保護法，及以「集合契約」爲中心之勞動法等，皆成爲此新傾向之重要活動方面。而在此新傾向中，舊日法律上之大原則，亦受不少之變更及限制，茲略述其左。

- (1) 財產權行使之限制——禁止權利之反社會的濫用
- (2) 契約自由之限制
- (3) 處分權之限制
- (4) 債權者或被害者之請求權完全滿足之限制
- (5) 無過失損害賠償責任——對於被僱者行爲之僱主責任
- (6) 從來觀念上認爲共有物 (res communes) 或無主物者，則作爲公

有物 (res publicae)

(7) 保護關於一家屬所存在之社會利益

第十一章 法律之形式

一〇〇、
現實法與
自然法

一〇〇 吾人所謂法律，係指「現實法」(the positive law)而言。現實法者，即由某現實社會之中心力已強制實行或正在強制實行之法律規範也。故所謂「自然法」其非法律，固不待言。然若將論者所謂之「自然法」及「性法」等作為社會生活之原則規範解釋之時，則又不如極端現實法論者所云「自然法完全與現實法無關而為法律學上無意義之空想法」也。蓋法律不外為此原則規範細目之具體化，故自然法得成爲此原則規範之基礎，立法者可據以制定現實法，裁判官於缺乏現實法之時，亦可據以下裁判，而現實法如違背自然法（即社會生活之根本原則）而趨於顯著時，即不得謂爲法律也。

一〇一 法律爲一定社會之現實規範。故法律內容而採取該社會內部成爲社會生活結果發達而來之規範者（即固有法）可謂爲純粹之法律也。

101、

歷史派之所謂法律，卽此種法律也。然此歷史派之主張，不必與歷史上之事實相符。古來甲種社會中所發生發展之法律，其移爲乙種社會之法律之實例頗多。是爲法律之繼承，其法律稱爲「繼承法」，而法律中母法子法之系統以生。慣習法的繼承最著之實例，則爲十三十四世紀時德國繼承羅馬法之事。立法的繼承最著之實例，則爲比利時意大利等國繼承拿破崙法典之事。而日本維新以後之立法，亦可謂爲法律繼承最著之實例也。以如此之繼承法，果亦可以謂爲該社會之法律乎？夫個人既無孤立之事，則某民族的或國家的社會，亦非可以絕對孤立，而實與其他民族的或國家的社會共同構成人類社會者，故其因受其他民族的或國家的社會之進步發達所刺戟誘導而亦進步發達，實社會生活當然之現象也。法律之繼承，亦不外爲此人類社會發達之一種現象而已。惟其所繼承之處，則爲法律規範之細目形式，至其實質內容之基礎，仍存於該社會內社會生活上之必要。法律之所以成爲法律者，惟在依據社會之需要以規律該社會之社會生活耳。至其細目之形式，則不問其爲自然發達之社會

法則，或爲聖賢垂教之道德法則，或爲專門家所計畫之技術法則，或爲外國所完成之法律法則也。是故繼承法實可謂爲該社會之法律，唯其輸入之外國法，苟對於該社會並無需要，且不適合於其社會生活時，斯爲惡法，不能發生法律之實際效力耳。至於法律所以有繼承之事實者，則因法律爲人爲制度，又基於人性及社會生活之自然狀況而來者也。

一〇二 現實法之分類，固可採用種種之標準，有由其內容區別者，有由其通行之範圍區別者。然法律之所以成爲法律，在於由社會力強制實行一點，故以其由社會力強制實行之狀況爲標準，則可以將法律分爲慣習法判例法成文法三種，此實最重要最適當之分類也。是即學者所謂「法律之淵源」或「法源」(sources of law)之問題。此語之意義，因各學者之應用而有種種不同。或指法規之材料而言，或指法規形成之原動力而言，或指法規形成之機關而言，或指法規形成之形態而言。最後之用法雖似乎爲一般人所通用，然與語義相去太遠。不如謂爲「法律之形式」(forms of law)爲宜。

一〇三、
慣習法

一〇三 慣習法者，因社會之慣行而發生之社會生活規範，於不文之原狀，由社會力（公權力）承認爲法律規範而強制實行者也。抑慣習之社會生活規範所以發生，乃社會生活當然之現象，實基於尊重先例藉資依據之人性傾向而來者也。是卽所以利用先人經驗而期社會生活安定之原因，可謂爲社會生活之一種要件，一面基於人類之尙古心及模倣心等類之心的原因，一面又發於感應遺傳等類之物的原因。而慣習之所以發生所以繼續，究係客觀上適應於社會之必要，且其適應又經社會多數人在主觀上所認識者，有時雖不免因此主觀認識之謬誤，致使發生之慣習，有不合於所謂適應社會生活必要之客觀要素者，然如此之慣習，在其性質上已非真正之慣習規範，不能發生繼續之效力。因此，視其依據此客觀基礎與否，可以區別爲「成爲法律基礎之慣習規範」與「迷信慣習或流行」兩類也。

慣習之自身，具有規範力。因有規範力，故得以慣行。卽對於慣習之違背，必加以多少制裁也。制裁之中，有內的制裁與外的制裁兩種。內的制裁，卽違背者

自身不快不安之念。外的制裁，即社會上一般人對於違背者所施之責難與摺斥。而違背者感受處世上之不便與不利，亦可謂爲制裁之一種。然此一般的制裁，尙未足以強制實行其慣習。吾人不能以其有此種社會制裁，遽謂慣習爲法律，亦猶不能以其有同樣之社會制裁而遽謂道德法則爲法律也。而道德法則不必其皆成爲法律且必須成爲法律，同樣，慣習亦不必其皆成爲法律且必須成爲法律也。學者或以多年慣行之事實作爲慣習法之基礎，而謂「因其爲慣習故爲法律」(, [Es ist rechtens, weil es Gewohnheit ist.])。夫慣習規範之存在，固爲慣習法之必要前提，但慣習法所以成爲法律之直接基礎，則在於社會力強制實行某種慣習規範以期各個人遵守之作用。即適於強制實行且於社會生活上有特別強制實行必要之慣習，因公權力之作用而成爲慣習法，非僅因其爲慣習之故而成爲法律也。

於是乎所謂「慣習法之基礎由國權承認」之說，遂以盛行 (Anerkennungstheorie)。此說在大體上固然正當，然以「承認之受動作用」而說明之，

尙未中肯，蓋必有強制實行之自動作用，始可謂爲法律也。其次所謂「由國權」一語，未免失於狹隘，吾人欲改用「由社會力」一語以補充之。又慣習之由國權作用而成爲法律，事誠有之。但慣習法在社會形成爲國家以前卽已存在，而在此國家以前之原始社會中，慣習法實最有意義，最有勢力。蓋「原始人爲慣習之奴隸」，而原始社會重要之社會生活規範，其發達而爲慣習者頗多。而在他方，表現社會力而爲社會之中心者，例如部族之酋長及村落之長老等，尙缺乏制定成文法而施行之之權力知能，故彼等之統治作用，自當於該社會所行之慣習中，選擇其重要而又自信便於團聚其社會之慣習以強制實行之，有時酋長長老假慣習之名，施行其所希望之規範於社會者亦有之。然當社會之中心力漸趨鞏固且有組織之時，則國家遂以形成，因國權之發達，乃顯出成文法滋長而慣習法衰微之傾向。尤以慣習具有民族的及地方的特徵，故國家之範圍愈益擴大時，則對於福祿特爾所謂「每更一驛馬卽易一法律」之不便，乃有免除之必要，而以排斥慣習法統一國家生活爲目的而制定成文之事，亦不少也。

至於助長此「尊重成文法壓抑慣習法」之傾向者，實爲自然法說。自然法論者，主張現實法之上存有永久普遍之理想法，希望使現實法與自然法相一致，而其所謂自然法，畢竟依據人類之理性及自由意思，故採爲理想法實現之手段，遂以達到於成文法尊重主義。尤以十八十九世紀之交，基於各國所流行之自然法主義之法典編纂，皆整理從來之地方慣習法，網羅於法典中而統一之，其目的在杜絕將來慣習法之發生，且多以明文否認慣習法之發生及存在。例如一七九四年之「普魯士普通國法」，一八〇四年法國之「拿破崙法典」，一七八六年奧國之「約瑟夫法典」，皆屬於此類。故十九世紀之初，遂現爲成文法萬能時代。

然反抗此大勢而復興慣習法之觀念者，則爲德國歷史派。此派謂法律非人工之創造物，乃民族的自然發達之產物，由此主張言之，其歸着於慣習法尊重論，乃當然之事。此派始祖傅葛及薩威稜，各著有慣習法論，而以慣習法論著名者，則爲普夫達。普夫達於其名著慣習法論，不僅將慣習法與成文法並立，作

爲獨立之法律形式，且高唱慣習法爲成文法之前提。此種結論，在大體上實爲打破成文法萬能之謬誤之正論，然吾人對於彼及其同派之慣習法本質論，則在根本上有難於首肯之處。彼等由所謂「民族的法律確信」卽爲法律之一般法律本質論出發，謂由「法的必要感」(Das Gefühl rechtlicher Notwendigkeit, opinio necessitatis)所生之慣習卽爲法律，以前述「因其爲慣習故爲法律」之命題爲謬誤，而改爲「因其爲法律故爲慣習」(Es ist Gewohnheit, weil es rechtens ist)。此種論法，轉陷於非歷史的態度，前已論評之矣。若由吾人之見解而言：「法的必要感」之所以發生，實由於慣習中有重要慣習在社會生活上有強制實行之必要，而慣習法之所以完成，則因社會力或公權力據此以承認其慣習而強制實行也。

其在近代，又有由民主主義見地推重慣習法之傾向，其與此種傾向相關聯之學說，卽以慣習法之基礎置於人民總意或合意之上者是也。然慣習法不必皆爲民主的，而成文法亦不必皆爲專制的。蓋爲免除慣習法之壓制，而實行

民主的成文法之事例亦不少也。而慣習法又非完全有意識的發生而出，實則無意識之成分轉成重要，故以人民總意爲慣習法基礎之學說，殊欠妥當，至於以人民對於慣習認識之一致作爲合意，尤屬牽強附會。且就他方面而言，契約觀念之發達與慣習法之效力，實有背道而馳之傾向也。

要而言之，慣習法乃慣習之經社會力強制實行者也。夫社會之中心力，對於違反慣習之人加以壓迫與制裁，以強制實行其慣習，乃必然可以期待之事，人民因有此期待，而至於繼續遵守其慣習時，則通常成爲社會生活之慣習，由是成爲法律規範之慣習，是卽慣習法也。而社會發達至於成爲國家狀態，則因國家公權力所承認而強制實行之作用，或則確認慣習法之存在及其效力，或則助長慣習進化而成爲慣習法之作用因而完成之也。

此慣習法確認或完成之作用，經由國家各機關而顯現。譬如立法機關對於一般或特別事項，用成文法承認慣習法對於成文法有補充效力或變更效力之事例亦不少。就日本而言，法律第二條之規定有云：「不違背公共秩序或

善良風俗之慣習，以經法令規定所承認及關於法令中無規定之事項爲限，與法律有同一之效力。」是卽承認慣習法之補充效力，且規定法令得就特殊事項承認慣習之變更效力也。此承認變更效力之作用，實例頗多。又如商法第二條之規定云：「關於商事，本法無規定者，適用慣習法，無商慣習法者，適用民法。」是卽承認商慣習法對於商法之補充效力，並承認其對於民法之變更效力也。此等規定，在法文之體裁上，似乎慣習可因此成文法之規定而成爲慣習法也。此種助長完成作用，在實際上非不能顯現，惟此等規定之根本旨趣，在確認已成慣習法之效力，如法例第二條，雖無規定，然余信亦可以顯出同一之效果。論者或謂：如此經成文法規定以構成其內容之時，已非慣習法而爲成文法矣。此說未嘗不當，然採取某種社會生活規範以構成法律規範，在成文法在慣習法原無所異，而成文法之特徵，在其規範內容經用成文整理而確定之；慣習法之特徵，在其內容未經明文確定而聽其由慣行自然發達，故惟由成文法規定其存在及效力，亦不因此而失其爲慣習法之資格也。

慣習法之承認及強制實行或其助長完成之作用，又由司法機關及行政機關顯現之。譬如裁判所適用某慣習法以作判決，或行政官廳準據某慣習以行處分，亦可謂爲對於該慣習最有力之承認及強制實行作用也。其次，裁判所或行政官廳，準據某種慣習以作判決或處分，至於反覆援用之時，亦有使該慣習成爲慣習法之助長完成作用。最後，因裁判所或行政官廳反覆實行同一之行爲，而一種慣習法因以發生，此雖常有之事，然寧可謂爲裁判所或行政官廳之立法行爲也。

於此有一難問題，即「慣習法果有變更或廢止成文法之效力與否」是也。如前述民法各條，已於成文法上承認慣習法之變更效力，毋庸置論，在其反面，對於成文法規定之反對慣習法發生時，當然不能變更或廢止成文法，亦屬通論，蓋如法例第二條已有禁止反對慣習法發生之規定也。然各項法規，原不能要求其永遠有效，其可以用將來之法律實行變更或廢止，乃可以豫期之事，而此項將來之法律，則不問其爲成文法或慣習法，當無絕對之差異也。然若某

種成文法之規定，已不適於爲社會生活規範，而反對慣習法應社會之要求而發生時，則此種大勢，豈一紙禁止法規所阻止乎？即令成文之規定具在，而禁止反對慣習法發生之事，又已明言，其能妨礙反對慣習法之發生，固無疑義，然窮其究竟，仍有不能抑壓反對慣習法之發生者。蓋成文法之所以被廢除者，實因有後來之成文法起而代之，或因其其實質上已成爲「惡法」不能不實行廢止，或因有反對慣習法發生故不得不廢除也。世固有謂成文法之所以廢除，實由多年未施行之故而然者。然多年未施行之事實，尙不足成爲廢除成文法之原因，惟成文法之規定不適合社會生活之要求，確爲成文法消滅之原因，至所謂因多年未施行之故而成文法始遭廢除者，實則因其爲「惡法」之故，已失其效力，或因反對慣習法之發生而被廢除也。

一〇四、
判例法

一〇四 判例法 (case law, judge-made law) 者，裁判所判例之成爲法律規範者也。此種判例法之最顯著者，莫如英美法。英法中之規定如下：

(1) 上級裁判所之判決，當以後發生同一事件時，拘束下級裁判所。

(2) 控訴院以下之裁判所，不因其自身或同級裁判所所作判例，受法律上之拘束。但此等判例對於此等裁判所事實上之權威頗大。

(3) 最上級裁判所之貴族院，受其自身所作之判例所拘束。是即得由裁判所之判決以產生判例法也。而判例法雖不得改廢成文法而受成文法所改廢，但英國至近時為止，歷經採用「以判例法為原則法以成文法為補充法」之主義，故在現時，英國法之大部分，仍由判例法而成。所謂普通法 (common law) 者是也。

然在歐洲大陸各國及日本，原則上裁判所不受其自身或同級或上級各裁判所所作之判例所拘束。即如日本裁判所構成法第四十九條之規定，究不外表示大審院得於慎重審議之下推翻前判例者也。然在如此制度之下，判例法仍得發生。如某裁判所下某判決時，同一裁判所對於以後發生之同一事件，有援用同一旨趣之判決之傾向，又其他裁判所，如無特別之反對理由，亦可蹈襲其判例。尤以上級裁判所有判例之時，下級裁判所雖可作反對判決，但恐被

上級審破毀，故不欲立異。而人民對於同一事件，亦豫期有同一旨趣之判決，遂至規律其行動。此時之判例雖無法律上之拘束力，但有事實上之拘束力。基於此拘束力而同一旨趣之判決，反覆實行，因以產生判例法。拿坡崙法典所以實行於久遠，此判例法實與有力焉。此世人之所周知也。又如先年日本大審院之婚姻豫約有效之判決，以言乎現行民法之解釋論實可謂爲有力之反對論，然其在實質上成爲適合社會生活要求之判決，則似乎可以謂爲判例法形成之基礎。世固有謂此種判例法爲慣習法之一種者。然判例法係由一定之國家機關以一定形式而有意識的作成者，其與慣習法之立足點根本不同，故寧可謂爲由裁判所之立法行爲而發生者也。

「裁判所之立法行爲」一語，或引起從來法律家之驚訝與責難。然裁判官較之成文法原爲最古之制度，初期法律，可謂爲由慣習與判例發達而成，因而裁判官不僅爲已存法律之適用機關，卽在由成文法限制其自由裁量能力之今日裁判官，猶保留其當初之立法的權能。而裁判官不僅爲限於該事件之

仲裁人，其是非曲直之判斷，係根據一般原則，故因其一事件之裁判而產生其可以適用於以後發生同一事件之規範，決不可謂為不合理也。又北美合衆國之高等法院，具有審查決定成文法在憲法上有效無效之權能，對此問題，亦為頗堪注意之現象也。

一〇五 成文法者，其內容經用明文制定為一般規範之法規也。法律為一般的抽象的規範。然其始則不須制定為一般的抽象的規範。蓋以慣習法及判例法，係由個別的具體的實行或裁判集積而成為一般的抽象的規範者也。法律雖先成為慣習法或判例法而發生而發達，但在慣習法，其存在及內容時有不明瞭不正確之遺憾，在判例法，則為具體事實所拘束，有不能充分普遍之短處。兩者皆成為已成現象之結果發生而出，不能追隨社會生活之急速進化以適合於新文化之新現象，故有共通之缺點。故當社會生活漸趨擴大漸形複雜而迅速發達之時，若惟用慣習法及判例法，不能應付對於法律規範之社會需要，於是成文法之必要與便利，乃日益增大。又就其他方面而言，關於言語文

章論理組織之人類智能，逐漸進步，而社會之中心力，又凝聚於一人或數人之社會的先覺者及指導者，既具有法律制定施行之權力，又因整頓其國家的政治組織，而設備法文起草審議之機關。由是成文法遂發生發達而占居法律之主要部分焉。是以今日各國，概以成文法爲基本法，以慣習法及判例法爲補充法。即素以慣習法判例法爲基本法之英國，近時成文法之勢力亦顯然增大矣。是蓋當然之趨勢也。然偏重成文法而忽視慣習法及判例法之弊病，亦不能不加以反省。成文法之利弊，實爲前述法律利弊中之特別顯著者，蓋成文法之尊重，著眼於法律之人爲性，而容易陷於忽視法律自然性之傾向也。

法律之自然性固不容忽視。然法律人爲性之頗爲顯著者，乃成文法之特徵，而法律之指導及助長之作用，亦惟於成文法最能發揮。尤以成文法之形式，可謂爲完全係於人爲。夫實質爲本形式爲末，固爲當然之事，但就法律而論，實質與形式同一重要，成文法所以成爲成文法者，實在於此。至關於成文法之人爲的形式，其在實際上負第一之責任者，固爲法案起草人，而法文究應如何起

草，亦可成爲法律學（立法學）研究項目之一。英國立法學家伊爾貝特（Courtenay Ilbert）曾揭舉下列標準爲法案起草者之指南針。（參看 Ilbert, *The Mechanics of Law Making*, 1914）

- （1）著手起草法案之前，須先通曉構成其內容之事項。
- （2）起草法案時，須顧慮議會通過之便宜及行政運用之便宜。
- （3）章節款項之區分，須使人容易了解法律。但過度之細目，須當迴避。
- （4）各文須盡其所能以謀簡單。
- （5）迴避列舉。
- （6）法文所用之言語，務期正確。然不可過於用專門語。
- （7）定義爲危險之事，須注意用之。
- （8）爲明瞭意義起見，不可使用超過必要以上之語句。
- （9）指稱相同事物時，不可用不同之語。
- （10）對於相異之意義，不可用相同之語。

一〇六、
法典

一〇六 法典者，即將關於某範圍內一種事項之法規全部，作論理的組織的排列編纂之成文法之一種形式也。質言之，即具有法效之一科法律書也。法典編纂，為國家大事業之一，各國對於此事業，皆有其有興趣之歷史，又現今各國各科法典之存在，對於法律之遵守、適用、研究、教育，皆有多大之便利。是實為法律界一大現象，故對於其利弊及編纂方法，必須加以充分研究。關於此項問題，穗積陳重之「法典論」甚得要領，茲摘錄其要目於下。

第一 法典編纂反對論

(一) 絕對的非法典論

- (1) 法典不能追隨社會之進步。
- (2) 法典不能包括法律之全體。
- (3) 法典不能止於單行法之必要。
- (4) 法典非止於裁判例之必要者。
- (5) 法典編纂，不必能減少訴訟。

(二) 關係的非法典論

第二 法典編纂之目的

(一) 治安策——例如羅馬之十二銅表。

(二) 守成策——例如日本北條氏之貞永式目，德川氏之百個條，唐律明律等；如中國列朝之法典，英領印度之法典。

(三) 統一策——例如拿破崙法典，德意志帝國法典，意大利王國法典。

(四) 整理策——例如羅馬諸帝之法典。

(五) 更新策——例如日本明治時代之諸法典。

第三 法典之體裁

(一) 沿革體——以置訴訟法於法典首部爲其特徵。

(二) 編年體——例如羅馬之 Novellae，俄國之諸法典。

(三) 韻府體（辭書體）——美國梅利蘭州法典。

(四) 論理體——Institutionensystem（羅馬式）與 Pandektensystem

法理學大綱

(德國式)

一百五十六

第十二章 法律之本位

一〇七、
法律之本位

一〇七 法律之本位者，即成爲法律中心成爲法律立足點之觀念也，如法律而爲純粹自然法則，則可以成爲其中心之觀念，當不存在。又如法律而爲純粹人爲規範，則可以成爲其中心之觀念，當爲永久不易，或爲流動無常。然法律係基於自然之人爲規範，故有可以成爲其中心之一定觀念存在，而其觀念，即爲法律之本位，隨社會之進化而變遷者也。

一〇八、
由義務本位至權利本位

一〇八 認爲法律本位之普通觀念者，權利是也。現代人之共通心理，皆以法律爲權利之規定，以法律學爲權利之學。至於學者之中，則有唱「法律與權利同時存在說」者，即謂法律爲「客觀的權利」，謂「權利爲主觀的法律」者是也；又有唱「權利先存說」者，即謂「法律在擁護或限制已有之權利」者是也。然此兩說，完全與社會進化史法律發達史上之事實相反。權利之觀念，

實在人類社會進化至於一定程度以後，成爲法治之產物而發生而發達者，有法律之處不必有權利存在，固不能將權利作爲先法律而存在之觀念也。夫人類社會之進化，在其第一步之團結現象上，其首先發生者，當爲義務之觀念。社會之中心力，因要求履行此義務，而後法律始生。是即義務先法律而存在，而法律先成爲義務本位而發生滋長也。而最初發生滋長之義務，乃對於社會中心力之最高機關之服從義務，其服從之結果，更以確定對於同一團體中其他人員之法律義務焉。至於權利之觀念，又成爲對於此同一團體人員之義務之結果而發生，成爲個人與最高權力對抗之結果而確定，而發達者，是以法律乃由義務本位移於權利本位焉。

一〇九 義務先法律而存，權利後法律而發，此在理論上亦可得而解釋焉。學者之論權利本質者，或言自由，或言意思，或言利益，故每易導入權利先存說之範圍。例如德爾恩堡（Dernburg）所作權利之定義，謂「權利即總意認爲屬於一個人且加以保障之生活財貨之所有」，並主張「法規雖保障權利整

一〇九
法律以外
權利與
法律上
之權利

頓權利而不能創造權利。」若就吾人之見解而言，吾人雖不用法律萬能之意義而謂法律可以創造權利，但知權利之基礎，確在於各人之利益（即對於生活財貨之所有），而自由之觀念與意思之支配，實為誘導權利發生之原因。然利益、自由、意思三者，吾人殊不欲謂之為權利。夫稱法律以外之利益主張為權利，固為命名者之自由，但法律以外之權利與法律上之權利，兩者之差異僅屬種類上之差異，非如法律以外之義務與法律上之義務兩者之為程度上之差異也。抑規範乃行為之準則，以規定義務為主者也。故社會的規範與社會的義務，實同時存在，又可謂為同一現象之客觀與主觀。而社會的規範成為法律的規範時，社會的義務雖因而成為法律的義務，但其履行之要求惟有增加一層強壓之程度之差而已，其於義務之性質固無所變更也。然權利非規範之必然的要素，而規範之不與權利並行，寧可謂為規範之常態。例如道德規範即屬於此類，蓋道德乃義務之規定也。至所謂「道德上之權利」，即對於他人履行義務之一種希望與期待，究不過為利益之主張而已。此利益之主張經法律保障

時，即發生權利。而權利則不僅主張利益而止，又得要求適應其主張之物質的支配，得要求他人行為與不行爲，或要求其關係之變更與維持，其結果遂至具有一種可能性，而促進規範之由社會力（公權力）強制實行，以期貫徹其利益主張，此種可能性即爲法律付與於人格之特別屬性，故利益之主張，經法律之承認與保障，其性質當大生變化，是即法律以外之權利與法律上之權利亦有顯著之差異矣。由此種意義而言，則權利亦可謂爲法律之創造物也。

一〇
由權利本
位至社會
本位

一一〇 權利如此因社會生活規範由社會力（公權力）強制實行而成爲法律上之重要觀念，其較之義務，更進一步，能發揮法律所以成爲法律之實質，故今日法律之由義務本位移於權利本位，乃當然之事也。故吾人雖不同意於彼杜基（Duguit）之權利否認論，然此實反抗近時權利本位之思想而起，有傾於義務本位思想之趨勢，彼以「權利之行使同時又爲義務」之思想之漸趨顯著，亦可謂法律思想發達之一傾向。即權利非法律之絕對的本位，法律之進化，亦非由義務本位移至權利本位即爲極致也。抑法律之所以強制實行

義務及擁護權利者，非以強制實行義務及擁護權利爲其最後目的，不過爲達到最後目的之手段耳。其最後目的，即社會生活利益之保護與促進是也。故法律非爲義務本位，亦非爲權利本位，必須爲社會本位，方能有理想之法律，此固無庸多贅，然理想非一蹴可幾。在個人不自覺時代，法律爲義務本位。至個人自覺時代，法律爲權利本位，故非進於社會自覺時代，法律不能爲社會本位也，今則第三期已肇其端。故今日法律之解釋，自當爲社會本位。今日法律之適用，亦當爲社會本位。今日之立法，亦當爲社會本位。因而今日之法理學，自亦不得不爲社會本位也。

上海图书馆藏书



9541 212 0001 7601B

政法叢書
法理學大綱

此書作者版權翻印必究

中華民國十七年十二月初版

每冊定價大洋陸角

外埠酌加運費匯費

原著者 穗積重遠

譯述者 李鶴鳴

發行所 上海寶山路
商務印書館

發行所 上海及各埠
商務印書館

Political Science Series

OUTLINE OF JURISPRUDENCE

By

HOZUMI

Translated by

LI HO MING

1st ed., Nov., 1928

Price : \$0.60, postage extra

THE COMMERCIAL PRESS, LTD., SHANGHAI

ALL RIGHTS RESERVED

