

書叢小學科會社

編主麟秉劉 松炳何

略論學理法會社

著 特 滂
譯 揆 鼎 陸



行發館書印務商



社 會 科 學 小 叢 書

何 炳 松 劉 秉 麟 主 編

社 會 法 理 學 論 略

Roscoe Pound
陸 鼎 揆 著

商 務 印 書 館 發 行

中華民國十五年十一月初版
中華民國二十二年九月國難後第一版

(三三一三)

社會科學
小叢書
社會法理學論略一冊

The Scope and Purpose of the

Sociological Jurisprudence

每冊定價大洋肆角

外埠酌加運費匯費

版 翻
權 印
所 必
有 究

Roscoe Pound

原著者 陸鼎揆

譯述者 何炳松

主編者 劉秉麟

發行兼印刷者 上海河南路商務印書館

發行所 上海及各埠商務印書館

(本書校對者除秉全)

吳序

距今已有十年的光景了！那時敝百和我同蘇東吳法學求學。有天晚上我跑到敝百的宿舍裏去談天，他正在那裏讀書。我問他讀的什麼書，他就將那本書給我看，我把那書名一念，知是柯拉 (Kohler) 的法律哲學 (Philosophy of Law)。我當時覺得很希奇。『法律哲學！』天下果有這種的奇書嗎？敝百看見我那般少見多怪的模样，便笑道：『你真是個鄉下人！你一天到晚讀你的現行法 (positivelaw)，你可知道現行法是法律的骸骨，法律哲學才是法律的精神嗎？你研究法律，連法律哲學都不去涉獵涉獵，豈非枉做了一個法律學生？』

可見敝百向來對於法律哲學的興趣非常的濃。他研究法學的態度，實在可佩！這次他把美國哈佛法科教務長滂特氏所著 *Scope and Purpose of Sociological Jurispru-*

dence 譯成漢文，硬要我撰一篇序文。他說：「你從滂特來，應知滂特志。請你將滂特老夫子的法律哲學提綱挈領地陳述一下罷！」我對他說：「關於滂特夫子的法律哲學的大概，我會撰論文一篇，『The Juristic Philosophy of Roscoe Pound』登載於義利納愛法律雜誌（Illinois Law Review）。滂氏念了那篇批評，頗引我為知己。所以把滂氏學說陳述一下，倒是容易的事情；可是我的脾氣是對於一個題目不高興做二篇文章。所以我的序文祇限於二個方面：一方面把社會學派的法學在法律哲學史上的地位討論之。一方面把滂氏的一切巨著開列一下，以供學者參考。」

一 社會學派的法學在近世法律哲學史上的地位

本書可分為兩大部分：前半部係滂氏述人家的學說，後半部係述自己的主張。可是專靠這本書我們不能完全了解社會學派的法學的地位，因為滂氏是個有主見的法學家，所以他陳述人家的學說，往往不能和盤托出——前人的學說有和滂氏的主張相同的，滂氏就大加以發揮；如和他的主張不相干的，他簡直置之不論。他的方法大約和孔子刪詩書相髣

髯的。由此而觀，前半部書不可當作一部法律哲學史讀——他是社會學派的法理的前驅罷了。讀者念完了這本書，恐怕容易得著一個錯誤的印象——以爲別的學派已變爲明日黃花了，惟有社會學派法學可算是金聲玉振。事實上不是這樣的。我以為從十八世紀末葉到如今，法律哲學的大宗派凡六個。

(一)歷史派的法學——Savigny, Maine

(二)哲學派的法學——Kant, Hegel, Krause, Ahrens, Miller

(三)分析派的法學——Austin, Ihering, Holland

以上三派是屬於十九世紀的。現代的法學也可分爲三大派：

(一)新歷史派的法學，即社會學派的法學——Erlich, Holmes, Saleilles, Pound, Cardozo.

(二)新哲學派的法學——這派又可分三個支派：一曰新黑智爾派，Kohler爲其代表；二曰新康德派，Stammler和Del Vecchio爲之代表；三曰新經院哲學派，Geny爲之

代表。

(三)新分析派——這派尙在醞釀之中；一時還沒有強有力的代表。簡言之，此派根據於新唯實論的邏輯；主張用科學方法來研究法律的現象。使法學變成一個真正的科學。舊分析派從事於形式上的分析；新分析派從事於實體上的分析。此派雖然還沒有具體的方針和組織，然而與此派精神相近的，已不乏其人。在德國有 Wurzel 在美國有 W. W. Cook。我自己是絕對主張這派的。對於這派的目的和方法，當另行發揮。

從以上所述，可見社會學派的法學是現代三大宗派之一。我不能認他爲集法學之大成。不過我對這派有相當的敬意就是了。

二 滂特氏巨著一覽表

滂氏著作宏富，卜勝枚舉。其散見於歐美法律雜誌和叢書的，有下列諸篇：

“Maxims of Equity”—*Harvard Law Review*. June, 1921.

“Common Law and Legislation”—*Harvard Law Review*, April, 1908.

- “Interests of Personality”—Harvard Law Review, March, 1915.
- “Juristic Science and Law”—Harvard Law Review, June, 1918.
- “Theories of Law”—22 Yale Law Journal, 114.
- “The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines, 27 Harvard Law Review, 195.
- “The End of Law as Developed in Juristic Thought,”—27 Harvard Law Review, 605; 30 Harvard Law Review, 201.
- “Justice According to Law”—13 Columbia Law Review, 696; 14 Columbia Law Review, 1, 103.
- “Mechanical Jurisprudence”—8 Columbia Law Review, 605.
- “Equitable Relief Against Defamation,”—29 Harvard Law Review, 640.
- “The Theory of Judicial Decision”—36 Harvard Law Review, Nos. 6, 7, 8.

“Liberty of Contract”—Yale Law Journal, May, 1909.

“Revival of Personal Government”—Annual Report of the Georgia Bar Association (1920).

“Philosophy of Law in America”—Archiv für Wirtschaften und Rechtswissenschaften (1913-1914) Band VII, Nos. 2-3.

“Courts and Legislation”—Science of Legal Method, p. 202.

“Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”—Harvard Law Review, June, 1911, December, 1911, April, 1912.

“Legacies on Impossible or Illegal Conditions Precedent”—Illinois Law Review, May, 1908.

“Theory of Interests”—Papers and Proceedings of the American Sociological Society, Vol. XV (May, 1921).

“Judge Holmes’s Contributions to the Science of Law”—Harvard Law Review, March, 1921.

“Jurisprudence”—In “History and Prospects of the Social Sciences,” pp. 444-479.

滂特真是一位才士！近年以來，差不多沒有一年不出部驚天動地的書。今將滂氏重要的書開列於後：

1. Readings in the History and System of Common Law, 1913.
2. Reading in Roman Law and the Civil Law and Modern Codes as Developments Thereof, 1914.
3. Outlines of Jurisprudence, 1920.
4. The Spirit of Common Law, 1921.
5. Introduction to Philosophy of Law, 1924.

6. Interpretations of Legal History, 1923.

7. Law and Morals, 1924.

滂特氏著作雖多，而他的立足點始終沒有大更動，所以念了本書，就可略知滂氏的趨向了。

吳經熊一九二六年五月一日

自序

夫人不能捨羣而存，是以有社會。不有度量分界以區處條理於其間，以解紛而避爭，則社會無以成，是以設制度以治之，作法律以齊之。社會之始成，其人事也簡，交易稀，而其俗猶樸，是以治之之具亦簡。逮乎人事日繁，交易日衆，詐僞亦隨之以日起，由是而昔之簡者，不足爲今之治焉。若改之，則人事日以變易，合乎今日之用者，或不旋踵而又無以適應乎明日，則是改不可勝改也。而且法者，所以示之國中，使人人知所以立身處世之道，而爲日用之所不可缺也。是以法貴乎定，定則民日與之習，皆知有所自守，而其爭日少。若數數改之，則民既不得日日取法而習之，則是不啻爲之陷阱而誘之，使蹈其隕，蚩蚩者固將無以措其手足也。爭日多，罰日不暇給，則民且將輕法而日事於爭，而法乃失其效矣。是故法者，多所變，則民且不足與之習，而人輕法，人事日乖，而無以收法之效；一成而不變，則社會日進，而法猶泥古，將不足

以應人生日用之求。由是而法與社會日趨而離遙，而立法之本旨盡失矣。是故法者，不變則失其用，多變又易損其信，變與不變，各有其弊，夫惟能變而又不損其信，不變而又善適其用者，而後法之能事盡矣。歐洲自羅馬法大行，而法基遂立，及拿破崙法典既成，而法律乃入成熟時期。若英美習慣法系，自維廉定國纂統，以迄於今，垂有七八百年之歷史，其成熟之度，亦固無慚歐陸。顧十九世紀以後，工業大盛，社會生活，迥異於昔，人事之繁，十倍蓰，是以執往昔之陳典而以之御今，皆有扞格不入之患，而二三執法，固多浸淫於舊章，熟聞於往說，則又往往株守曩例，盲乎今變，於是刻舟求劍，膠柱鼓瑟之病，顯然見矣。若英法治精神，冠絕寰宇，尊法之習，根深蒂固，斯其執法之司，對茲三尺，尤不敢輕有出入，稍隨羣俗，故其扞格之弊尤顯。是以當世學者，皆精研覃慮，思匡其患，斯則社會法理學之所由作也。斯說要旨，以爲法之本意，既在求平，苟使因墨守章句而遂轉失公平，則是本末倒置，胡貴有法，是以守法之吏，貴在因法以求平，而不當捨平以言法；而行之之道，則在詳審世變，默體注意，以古就今而不以今就古，以法就人而不以人就法，則法之形雖不常變，而其用無窮，以之應人事之變，固將

無往而不自適者也。蓋歐之法制成熟既久，末流之弊，勢所不免，若社會學派之說，誠今世匡時之良藥也。至於吾國，則三代遺風，素重禮治，庶人以上，恥言律令，法治思想，吾所未有。逮乎晚近，海禁既開，漸感舊章之陋，始有新令之頒。際此法治萌芽之始，但當勉追申韓商李之術，先樹棄灰收木之信，公孫僑之治鄭，猛以濟寬，諸葛亮之相蜀，嚴以明分，則庶乎人知懷刑，而昔時弁髦法令之頹俗，可以漸革，人民之法律之形象既深，相率自納於軌物，則民主政治，乃有實現之可能矣乎！若今之基礎未立，而即欲效步西鄰，遽言弛法以就人事，是奚異於抱薪而救火也已。世之明達，當弗河漢斯言。

中華民國十五年三月陸鼎揆識

譯例

一 本書著者滂特博士 (Roscoe Pound) 爲美國哈佛大學法科掌教實爲現代法學界泰斗。美之人民，偏重於實際而忽視理想，故其治學，不免有支支節節之病，而於法律學則尤甚。滂氏深鑒其弊，是以竭力着重於理想方面。美國法學至晚近，乃亦漸漸注意於法學的哲理方法，蓋實滂氏有以啓之也。滂氏窮賅典籍，博極羣書，是書雖寥寥數萬言，而內之關於其本國之習慣法系，外之歐洲大陸數百年以來之法學趨向，靡不歷歷在目，如數家珍，亦以見氏之無所不窺者矣。譯者以是書爲討論近代法學思想惟一傑作，是以亟譯之，以餉國人，俾留心斯學者，讀滂氏之書，而知有所趨向焉。

一 是書原名爲 The Scope and Purpose of the Sociological Jurisprudence (社會法理學之範圍與緣由)，分載於哈佛大學法律評論 (Harvard Law Review,)

Vol. XXIV, No. 8-10) 中，茲爲簡括起見，譯名爲「社會法理學論略」。

1 Sociological Jurisprudence 一名辭，若依其本義而直譯，應譯爲社會學的法理學，顧其名似殊欠雅馴，今譯爲社會法理學，雖或有含糊之病，而因日人已早有此稱，其於吾國，亦多有稱道之者，是以卽沿其稱，以符從衆之義。

一 是書引證今古著作，幾逾百種，蓋滂氏每有論述，輒必示其言之有所自出，以爲依據，腳註之多，譯不勝譯，苟欲盡取其註而譯之，則其註將多於正文逾倍，是以今皆略而未譯。惟就其引證原文者，則於其證文之下，註明原書何名某頁，以便參考。所以然者，則因國內關於是類典籍，殊付缺如，愚雖譯之，讀者固亦無處可覓其書，以爲參證，不免枉耗精力，多費篇幅，而無補於實際。至於好學深思之士，必欲按圖索驥，則原書具在，不難一覽而得也。

一 是書原文頗爲晦澁，雖英美學者讀之，亦覺其過爲沉悶，蓋以滂氏學問淵博，取精用宏，一字一句，皆有命意，不容稍涉於浮泛，說理既務於精微，是以體裁難求其暢達。譯者學

問讀陋，愧未能達其萬一，讀者苟欲明其全書命意所在，當求之於文字背後，掩卷細玩，則或庶幾得之。

一 東西文體迥乎各異，而譯事之難，尤在於二者意思表現之方法之不同而已。例如在英文原文中，其文句之裝置，極爲明顯，而苟依其裝置置之吾國文字，則必覺其顛倒錯亂，不復可解，此則爲溝通東西學術之莫大障礙也。譯之爲用，在於以本國之文，說他國之學，使不解者，以是而得解而已。若使讀其譯者恍惚迷離，莫知所說，讀之結果，仍爲不解，則亦奚用其譯。譯者鑒於此端，是以下筆之時，力求淺顯明白，先務於達，再求其真，苟逢原文晦澁之處，亦必勉求明顯，雖有因辭害意之病，亦有所不顧，庶幾不背逆譯之本旨焉。

一 是書脫稿以後，承友人張君勸吳德生二君詳爲校閱，多所指正，極爲感謝。

目錄

上篇

發端

法理學之派別與其治學方法

一

一

分析學派

三

二

歷史學派

九

三

哲理派

一五

四

社會學派之發生——社會哲理派

二二

中篇

五

社會功利派

三二

六

新康德派

四一

目錄

一

- 七 新黑格爾派……………五二
- 八 法蘭西自然法則派之復活……………六〇
- 九 經濟史觀……………六六

下篇

- 社會法理學……………七三
- 一 機械論時期——實證哲學派……………七五
- 二 生物學時期……………八二
- 三 心理學時期……………九二
- 四 大成統一時期……………一〇〇

社會法理學論略

上篇

發端 法理學之派別與其治學方法

今古法學者之門戶，至晚近乃始得稍稍隨其所說之法律性質與觀念及其治學方法而別之爲三大派：茲三派者，卽哲理派，歷史學派，分析學派是已。哲理派又得析爲三宗：其一，十八世紀之自然法則派，此派發生於法蘭西，盧騷派蓋得代表之，而美利堅之法學思想方面，亦頗不乏其代表；其二爲玄學派，十九世紀前期之哲理派屬焉；其三爲社會哲理派，屬此派者，其說猶多互相出入，而其能臻實用者，實惟新黑智爾派而已。歷史學派中，更得別爲德意志歷史學派，其治學方法爲哲理的（實亦不乏玄學的）與歷史的；英吉利歷史學派，其

方法爲比較的與歷史的。若分析學派，亦有新舊兩宗之別，舊派之方法，純爲分析的；新派則兼有歷史與分析方法。法學上之趨勢，至於今蓋有捨棄曩昔專於一種方法之舊術，而趨向於合各種方法而冶於一爐之概。顧於此運動中，各派往往不免受其時代與風氣之影響。質言之，則習近性之作用，實於各派占大勢力焉。若德意志歷史學派者，以德意志之學風，趨重於哲理方法，而其時代適又爲玄學派所籠罩，故茲派之哲理色彩，與歷史色彩相等。若英吉利之歷史派，實崛起於分析派所駕御之時代中，故其方法爲比較的與歷史的；而斯派之代表，且自視其治學方法爲對於分析派而發生之補充方法，原不以獨立門戶自居，故當其批評哲理派之時，往往自附於分析派焉。其在美利堅，十八世紀之自然法之原則，因人權保障規條與司法權得監察立法機關之制度而確定其基礎於憲法之中，而分析派則猶在萌芽時代，故美利堅之歷史派，接近於原有之哲理派者不乏其人。在英吉利，則因近今反對分析派之趨向發生，而使分析派學者，有不得不傾於歷史方法之概。在德意志，則雖有文法之興盛，而不足以引起分析派之獨樹一幟，僅使原來之哲理派與歷史派二派之學者，漸探分析

方法而已。若舊有之哲理派，則除意大利與蘇格蘭而外，因哲學之衰落，而漸有化爲歷史派之傾向，直至晚近哲學復盛，乃始不復有此傾向也。

吾儕於此許多舊派衰亡之中，有一希望焉，卽一新派之出現是已。吾儕之希望，有許多徵象足證其爲不虛。法學者今固漸由殊塗而趨於一致，或者欲自其舊有之派別，而另闢一新徑，雖或未嘗彰然言之，而其實乃日進行於無形之中。特證之以近今之徵象，則此新派之發生，決非由舊有學派之變化，而實由一新信條之創造而出現。此方與未艾猶在形成中之新學派，吾儕欲賴以促進法學思想者，可稱之爲社會法學派。

一 分析學派

分析派學者之治學方法，在集合各種已發達之法系而就其共同之目的，方法與意義，爲比較的研究，其研究也，係就其成熟之形式方面而分析其系統，原則與綱目；此種方法，蓋法律學中一最舊而亦一最新之方法也。耶令（Jhering）稱法律學之始現於羅馬，其最初

即爲以最簡陋之分析方法治法律。而依里沙伯時代之法學家，其治學方法，亦不外「就同以取異」。特此方法之適用也，必先有穩定的法律系統存在而後始能着手。是以此方法惟能適用之於已發達之法系中。必其法系已屆成熟時期而後分析方法乃得實驗。因成熟之法律系統，其法律之產生，往往由於正式的立法手續；斯分析派之理論，所以多偏於積極論及命令論也。此派以爲法律者，可以出於人造。其最淺顯之方式，即爲奧司丁（Austin）之「法律者命令也」之主張是已。至最近邴定（Binding）耶令（Jhering）輩出，始稍易其觀念，以爲法律者，乃國家所設立或承認之行爲準則或規範也。或又以爲此準則或規範，雖發生於社會而確立自國家之司法機關者也。此派之根本主張，認法律爲「人類有意識的逐漸確定的意志，所蘊結而成之物」。茲派之特點，可以略舉如下：

一 茲派僅就已發達的法系而研究。

二 茲派認法律爲立法者有意識的造成之物。

三 茲派認定法律背後必有強制力束縛力之存在；以爲法律之權威，端賴有司法機關

之執行而始成立，是以凡無強制機關者，皆不得爲之法律。

四茲派認國家之法令爲正宗之法律。惟美利堅之分析派法學者，則未嘗堅持此種主張。而其觀察實略有似於歷史派者，此則美之立法事業之不發達，實爲其影響焉。

五茲派之哲理觀念多偏於功利主義及結果論。

明乎分析派上列之特徵，則其治學方法之狹陋，蓋顯然見矣。英之歷史派，盡力指斥分析派法律概念之誤謬，以爲不應單純以已發達的法系爲其對象。社會派者，更反對分析派之治學方法，而認爲有坐井觀天之弊。蓋分析派之法律學，其內容實不過取自羅馬法系及英國法系之法律原理而已。彼以其分析並比較該系統所得之原則，對於一切事物，加以試驗。由是不期遂與歷史派歧途同歸，使法律學成爲一種概念之科學。舉一切法律上之新景象而皆強納之於舊原則中，認一切之「新」皆係由舊物中演繹而出，此其結果遂不免忽略法律之目的方面。以其墨守各種原則之故而遂忘法律爲實用之具矣。分析派學者，因努力於形式上的完成，而遂反自受其拘束。實際上之公平，不復爲其所欲達之目的。此派之目

的，惟在求已成立之原則中的邏輯的實質，由嚴格的演繹而充分發展。使法律本身達於十分確定之境界，由是法庭之判決，皆可先求而得，而不容絲毫之遊移。德之法學者甘托洛維實 (Kantorowicz) 於其 *Gnaeus Flavius, Die Kempf und die Rechtswissenschaft* 一書中描寫茲派之觀念曰：

法學者最流行之理想，為一最高之法官，曾受有高深學術之訓練者，高坐於皋皮之上，而有極精密覆雜之思想機械，為其利器；國家之法典，陳列於其座前。無論何種真實的或假定的案件，皆可質之於彼。彼將運用其純粹的邏輯術與祕密的技能——惟其本人所能了解——示汝以絕對準確之判決。為當時立法者之所預定者。p. 7.

此種理想之實現，事實上當然為不可能之事，夫欲根據於一部法典或法例，而用機械式的手腕以奉行成法，此其嘗試，終必歸於失敗者已。

分析派之命令說，縱使證之以已成熟之法統中所設之律例而確合乎實際，然充其量，則足以使一般立法者或執法者，由是而專務於條文或判例本身之上之功夫，而益忽視立法

方面重要之職能，不知於其制法之時，一方應使其適應理性之要求，與人類行為之便利，他方又應求其適應社會進步之要求。自條頓人民，習聞羅馬人之教訓，謂彼能就固有之典籍中，製造或變更法律，其易有若繕錄之者，而法律乃生一大變化。事固有相類者，自法學家悟會可以由已成熟之法例中，以推演法律條文以後，及一般人民覺悟可以不必拘泥法例而制設法律以後，而法律亦生同一之變化。當世人視法學上之詭辯為普通的人類理性之假定標準之說明，而視法律為普遍原則適用於特定情形之時，由是前者可以不必審問一切前提，而後者則必須設於一定前提之上。及命令說既成為法律上之真理以後，乃不旋踵而更進而成為造法之真理。蓋自所謂「主權者之意志即為法律」之論既立，而此主權者果為何人，實已無足輕重。在昔固可為羅馬之君主，而由其法律專家為之代表。在現代又可以為美利堅合衆國之人民全體，而由其國會之司法委員會為之代表。願吾人苟信任任何條文，但須一經主權者之公布，即可成為法律，則其勢且必有無數大背於事理而不可行之法律出現。然事實上則固不然，由經驗言之，則惟有能使執法之際，適於排難解紛，而在在以理性

爲前提者，而後其法律乃始得充分發生效用。在一定範圍以內，社會之意志，對於某種私人關係之處分，固亦有肯定之公論可得而依據。顧此亦惟限於大體方面而然，其勢固未必能事事皆有一定之意志可得而據也。是以對於法律上大多數問題，惟有於維持法律之劃一與確定性之中，允許司法者運用其素習之理性，與開明的訓練的公平觀念，以解決一切紛糾而已。命令說之由來，大抵爲任何國家立法時期之自然結果。顧造法者，最不宜於崇信此等論調，或爲其所拘束。若習慣法系之執法者，則尤不可存此等見地於其胸中，以爲法律乃得而任意自立，而非必就已存之法律而尋求之宣布之者也。命令說之本身，固不因近代造法之趨勢，而遂成爲真有價值之學說。顧一事件之舉行，往往可以深受學說方面之影響，由是而其說遂久假不歸者。法律之爲物，非若宇宙之自然現象，僅憑乎觀察與原理之發現，以符合於其事實也。法律者，不僅受過去與現在之支配，而且又受立法者與司法者個人意志之支配；而個人意志，則固又隨各人自有之理想之支配者也。法律之設立與執行，因非爲貫徹個人之主張而然，而實欲藉是以達到社會之目的者也。是以僅說明法律如何而制成與

施行，實無補於實用。蓋法律之根本問題，不僅在以何方法制成之與施行之，而尤在如何而可以由此以達法律本身最大之目的。並對於此種機能應採何種概念，應當其責任者，得向此方面充分進行之。吾人對於此端，當然認實驗派之主張為最健全者。蓋真實的法學原理，與真實的法學方法，必為可以發生實際的良效者。

二 歷史學派

歷史派法學者，其治學方法，為對於法律、法系及法律原則方面之來源與發展，為比較的研究。此派之治學方法，實為三派中最後發達者，是以其方法至今猶在渾噩之狀態中。十六世紀初葉之意大利學者古耶（Cujas, 1522-1599）實為此派之鼻祖，而此派之能自樹一幟，蔚然成為法學上之一大派別者，則始自德意志學者薩維納（Friedrich Carl von Savigny, 1779-1891），蓋不過十九世紀初葉事也。

歷史派學者之學說，其與哲理派相同而與分析派相衝突者，即認法律僅可以由吾人

發見而不能任吾人自造是已。於此其與哲理派所不同者，則爲從何方面而發見之一問題。哲理派以爲法律者，乃依公平與正直之原則，而表現爲條文者也。歷史派則不然，以爲法律者，乃係人類經驗所結晶而成之人類的或社會的、行爲公例，逐漸的發展而最後乃成爲條文者也。故此派否認法律爲由人羣有意識的、確定的意志之所產生。此派懷疑於立法機能之價值，以爲其所爲者實無殊緣木求魚，以期達不可達之境。此派以爲法律之生機，實存在原有之法律典籍與法律例案之中，人民之生活其始表現而成爲法律慣例者，不斷的發展與變遷以適合於其時代之生活狀態，而法律於以成焉。

視之分析學派，歷史派之特徵可以略舉如下：

- 一、斯派趨重於法律之既往，而不甚注重於現在。
- 二、斯派認法律之爲物，非由意識所造成；而終久亦永不能由意識所造成。
- 三、斯派注意於法律背後之社會勢力，以爲法律之權威，乃人類之服從性，同羣之好惡心，羣衆感情，與輿論，或社會之公平標準所相合而成。

四、斯派所認為真正之法律，為習慣或造成法律慣例與判例之習慣的判決方法。

五、斯派之哲理觀念，大多數傾向於黑智爾學派；此則半因斯派發生之時正為黑智爾派全盛時代，半亦因兩派實有根本相同之觀念。

世多謂黑智爾之哲學，實乃適合於為歷史法學派之哲學者。惟無論如何，黑智爾之哲學因為一種專門學者之哲學。特以其風行於英之大學中，又適合美國法學者反對立法之心理而得其信崇，是以影響於法學思想方面，蓋非細焉。

由社會學觀察之，歷史派治學方法之弱點，蓋適與分析學派相同。歷史學派之治學方法，同一的為演繹方法；先下一確定的，武斷的，外形的標準，然後從而推演與試驗一切現存之原則焉。裴羅采瑪以為，以歷史學派自身，缺乏其哲理故，是以當德意志歷史學派推翻十八世紀之自然法學派之根據以後，乃不得不仍保存其方法，而代以別種根據。歷史學派蓋無此力量，亦復無此志願，自造一新哲學，以代自然法學之哲學。茲派惟能向羅馬法系中，德意志法律制度中與其後來之發展史中，用歷史的推演術以尋覓法律之性質而已。其在美

利堅，則以歷史的前提爲根據之自然法則派，更變本而加厲。美利堅派之惟一根據，蓋不外於一般美利堅法學者所墨守之習慣法，而亦卽十七世紀十八世紀與十九世紀初葉之英國法例而已。美之學者，乃崇奉之以爲其法律之自然法則，舉凡法律上之一切新境象與新原則，皆必經此種標準之試驗，以爲取捨。而大多數法庭之解釋法令，亦大抵皆以此爲根據。卡韜 (Carter) 嘗謂吾儕不如認承立法者之設立新法令，實並非欲於習慣法以外，有何創造，而實僅就舊有之原則而重新頒布之而已。不寧惟是，因法庭獲有審定法令是否違憲之權力，與人權宣言之久，已成爲一種根本法令故，法庭於是往往欲以此種宣言之精神，納入於現代社會法規之中。以沿習的例案法中之一切重要概念，已成爲吾儕法律學中之根本義故，是以不僅一般之法學家必當奉以爲其圭臬，卽立法者，社會學者，犯罪學者，下而至於勞働首領，商業人物，亦皆必以此爲從違取捨。當各邦法律委員會相集而謀起草各邦一律之商法時，頗有人提議修改現行法例者，於是多數遂詆毀其法案，以爲必不能有何效果，而徒足以肇法律上之紛糾，增商業前途之危害。是時有一委員宣言，彼不願受立法機關之質

問，而強作違心之答覆，謂此草案之內容，並不盡爲一時之理想，而實爲二年以前，各邦所固有之法律原則云。於是即有法律教授在雜誌上聲斥是人，謂其所云是不啻鼓吹背棄現行之法例，而欲全憑根據於事業習慣之理想而立新法也。事有相同者，美之人民，嘗欲根據於商人之通行習慣，而立一合夥法令，以改善現有之合夥法。於是多數法學教授，皆起而反抗，堅主向來與商人意見相反之法庭判例，仍須容納於此新法令之中。此類法學家，對於訴訟法方面，亦持同一之見。各邦之訴訟法，雖屢經改正，而每次頒行以後，法庭之法官，因素來惟習於舊法，是以往往對之持懷疑之態度。而坐使其不能充分達改良之目的。由是大多邦中，雖有新訴訟法之頒行，而訴訟方面仍不改其舊貫。嘗有一法庭，毅然不從他邦之例，而以進取的態度適用新法律之精神；即復大受法學家之攻擊，謂其判決實爲不當。文中引證舊判例以批評之，以爲訴訟方面相沿的與精要的原素，並不因有新法令而遂毀棄，而亦決不能毀棄云云。邦之從事於法律職業者，則亦因素習於舊法例故，而遂不期公認以爲自然之法則。此等趨勢，更因學術界方面，完全爲歷史學派所籠罩，而遂變本加厲矣。德之學者伯倫

知理。嘗因批評薩維納，而指斥歷史學派之弱點曰：

因了解吾人現在之立足點而研究已往，固爲治學所必要；惟爲決定吾人前進之方向，而考量將來，固亦有同等之重要者也。一切法律，惟爲現在者，方有真實之價值。若既往者，除卻其影響於現在以外，固無何種價值也。若將來者，則除卻其已有一部包含於現在以外，亦尙未有其實在也。是故所謂現在，實乃既往與未來所相結而成；惟有現在乃爲真實的。然而歷史派，則往往忽視其一部份焉。

夫所謂法律乃爲人類行爲之規則，由經驗而發見，而於是漸成爲例者，其說固亦有時而然耳。事固不必盡然者，法律之發展，往往亦有由比擬而得，以其適有所相類，而遂以此概彼，互相引用；此則在法制史上，實不乏其例。法律思想之陳述，其遵此而發展者，其事甚顯。是皆因事實上之便宜，與社會上之經驗而發生者。若合夥法律之由來，卽爲其絕好之一例。當羅馬之法律家，從事於設立合夥法原則之時，其惟一之類比，在法律上可以引用者，卽爲家屬之財產共有制；在一家戶死亡以後，其遺留之財產，成爲不分析的遺傳物；於是商業合

夥之法律關係，遂與承繼財產之共有，居於一相同之地位；其後雖有更類似之私法人制度之發達，而法律仍保留此種趨向；羅馬法學家，始終未能拋棄此原有之類比。是以東羅馬帝司加浮拉（Caevola）認利益與損害之均平分配，與投資之等分，為合夥之必要條件。而羅馬法上亦始終主張合夥財產，為共有財產；合夥之債務，為個人債務；其訴訟亦為合夥股東私人之訴訟。即現代之大陸法律，在普通民法法典中，亦仍多保守此種原則者。惟在商法法典中，已漸認合夥為一種法律團體。其在習慣法（指英美法系）方面，對於此端，不幸而忽視商人之習慣，而反追隨大陸法系之後塵。由是在此形成時期中之英美商法，其所容納者並非根據自己之經驗，而實效法蘭西與荷蘭之法制，間接的乃取材於羅馬共和時代之習慣法者也。是以大多數承認法律之為物，通常並不能表現人民行為之習俗，而祇能表現例案或法律思想之沿習方法。二者固皆以純粹的法律的習慣為其根據也。

三 哲理派

哲理派學者之治學方法，爲對於一切法律，法系，及特殊之原則與制度，研究及批判其哲學上及道德上之根據。此種方法，實爲法學上最古之方法，而在今日，抑亦最久遠而不易之方法。法律學之發生，蓋實始於羅馬共和後期時代，是時羅馬法律家始與希臘哲學者互相接觸。羅馬法律家於是合比較法學與哲理辯難而成爲所謂萬民法則，拋棄習慣與形式之拘束，而純取決於理性而更成爲所謂自然法。降及近世，至十七世紀而哲理派乃始大盛。十七十八兩世紀之法律學，蓋完全爲哲理派之法律學。至十九世紀而法律學方面之哲理派，乃隨其他之哲理派，而同入於衰微。至最近而又生反動焉。哲理方法之在德意志，今日雖未能恢復舊時之勢力，而至少已重行獲得其立足地。其在法蘭西與意大利，則哲理派原來保留有幾分之勢力。若今日法蘭西，則哲理派實佔最有力量之地位，而爲其法學上之命脈者也。

以視分析派與歷史派之方法，哲理派之特徵，可略舉如下：

一、茲派之注意於已往及現在，不如其着重於理想的未來之甚。

二、茲派雖亦同情於歷史派之說，謂法律惟能尋出而不能杜造。特以爲既經尋出以後，則可以——因事實上之便利而且必須——勒之成文，而納入一定格式之中。

三、茲派注意於法律內面之哲理的與道德的根據，較之注意於其權威爲重。

四、茲派並不單着重於任何特種之法律。

五、茲派之哲理派，原甚龐雜。是以與其爲之一個派別，不如認謂一羣之哲理派也。

對於英美之法律家及法律學者，而欲其留心於哲學方法，實爲不易之事。英美學者，所以不信任哲學方法，蓋實由於誤以十九世紀前葉之玄學派，當作哲理派之法學者也。因一般人之厭倦於十九世紀初葉之過度的理想論，而發生反動。更因哲學者所期望之一根據於神祕的邏輯原則以詭辯的玄學方法來釋明宇宙一切現象——之試驗失敗。由是至十九世紀中葉，而哲學本身遂失卻其信用，而爲一般人所輕視。玄學派的法學，未幾而亦遭同樣之輕視。斯英之法學者，所以高唱法理學與法律哲學完全無關之論，蓋實由此種時代而發者也。特依憑於空洞之原則，而建設空洞的系統者，固不得謂爲理派法學惟一之形式。勃來

斯 (Bryce) 以爲十九世紀後葉之德意志法學者，一方面雖拋棄其自然法則論 (Naturrecht)，而他方面則用歷史派與分析派之治學方法，而仍以哲學態度出之。勃來斯蓋亦承認哲理派之始終存在者也。蓋自然法則論，原非惟一之法律哲學，吾人不能認哲理派之法學，卽爲克樂斯 (Krause) 埃倫 (Ahrens) 羅道 (Röder) 陸勒綿 (Lorimer) 之法學，猶之吾人不能認分析派之法學，卽爲惟一無二之奧司丁 (Austin) 的法學。法律學最近之趨勢，表示在此新時代中，有一種根據於現實的的法律哲學 (A philosophy of law that is) 有成立之可能。夫法律哲學之所以不能見信於一般法學家者，蓋實由於欲以玄學的方法，以代替法律學上一切方法之試驗失敗之故。以其對於哲理派方法之希望太奢，信用過甚，由是往往爲其所誤。若英吉利之對於分析派方法，蓋亦有同樣之弊病。以前之法律家，對於奧司丁學說，務爲極端的盲從。至於今而奧氏之學說，又有極端的拋棄之概。最近英美學者，對於法律哲學之態度，吾儕可以從其輕視分析派之態度，而預料其法學思想又有復歸之傾向矣。

哲理派雖不免於入於苛碎與謬誤，而其哲理方法之理性化的勢力，固實有不可否認之價值。在文明國家中，吾人固萬不能捨程式以行法。此程式者，蓋用以實現公平與正理之思想，而亦所以增進公平與正理之一種工具也。而因吾人久習於此種程式之故，往往遂漸忽視其宗旨，忘卻其命意。而認此程式，乃實爲其自身而存在。是以自司督克司 (Spencer) 以來，人類常有返歸於「自然」之呼聲，以補救倫理、政治、法律各種思想之拘泥於形式之危險。而所謂自然，則實不外乎理性與是非之原則而已。夫以哲理派所主張之法律應以理性與時代之是非觀念爲指歸，與彼輩之堅持法律之所以爲法律，因其本身之以理性爲標準故，實爲法制史中最堅強之解放力也。

哲理方法，同時亦有一種重要功用，補助分析派與歷史派，以試驗對於釋明及贊成已往之法例方面後來所杜造之理由。分析派與歷史派，於此嘗能揭破此種「理由」，而爲吾人毀棄之。惟此派有時對於應打破的舊套，亦復反爲辯護，而用類比的方法，使其更爲發展者。二派往往以完善的理由，加之於此等舊物之上，從而承認其成立。若此之弊，惟有以是非

與公平爲其標準而批判之，乃可以不爲其所蒙蔽。其實即一般輕視哲理派法學之學者，在其各人之法學思想中，無不自有其一種法律哲學爲其根據。最顯之例，卽爲一般從事於法律職務者，心目中所承認之自然法則。此等現象，充滿於吾國之判決書中。至於分析派與歷史派，實爲哲理方法之最大仇敵。然大都崇信其自有之自然法則。特法學家既不能自擺脫於法律與法律原則之哲理觀念，則不如有意識的明明白白運用之，猶較爲善耳。

以前之哲理派，一方面雖曾有上述之長，而他方面亦有三種流弊焉。第一，茲派與他派，有時犯同一之病，而不免有過分機械的運用其方法焉。在哲理派方面，此種弊病之由來，在趨於過度的抽象性，以純粹抽象之是非觀念判斷一切，而對於法律上一切獨斷論與習慣，不能爲切實的批判或改善之；而徒斷斷於空泛的籠統論；對於法律上一切實際方面，終乃棄而不論矣。又因吾人大都依賴哲理派學者而追從其所謂是非觀念以爲法律之目標，故其流弊遂乃更甚。不寧惟是，哲理方法，往往易入於囫圇吞棗之弊，由是而引起無窮之紛糾。最甚者卽爲自然法則與自然的是非觀念。此等觀念，雖對於法律思想之解放，有極大之感

續。而有時固亦嘗爲法律思想方面最大之障礙。復次哲理方法與其他方法犯同一之病者，卽爲對於一切法例不能切實批判其內容，而反代爲捏造理由，以張其聲勢。由是或種法例，苟一探討其根據，卽萬不能存在者；因此而反能存在於法律思想中。一般不諳法律之哲學家，而欲治實體的法律制度與其關係，尤最易蹈此弊病。彼自知批評一己所不甚明瞭之物，爲危險之事；於是乃不得不從而事事稱譽之。最顯之例，卽爲黑格爾之稱道契約上損失逾半數 (*Laesio enormis*) 之通則。黑格爾謂：

依契約自身之概念而言，則契約上損失如逾半數，卽足以取銷其契約。蓋契約當事人當其授付其契約標之物之時，自應聽其占有同等量數之物權。是以損失之量如逾半數，則應以重大損失論，而聽其作廢也。 *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (2 ed.) 115.

所謂損失逾半與數量相等之法例，在現代德意志法律中，固早已廢止矣。更有他種情形，足以使哲理方法，蹈同一之流弊者，人類之通性，對於素所習見之制度，往往承受之而無

疑。以是吾儕於許多自然法則論中，常見其所謂自然之大部份，乃即此等法學家個人所素習之制度方面之根本原則，而彼輩乃從而稱道之而已。若此之例，不一而足。是以十七世紀中之大陸法學者，其所謂自然法則，乃實不外由羅馬法方面理想上之發展而已。蓋羅馬法者，乃此類法學者所素最習熟之法制也。其在英美方面，習慣派法律家心目中的自然法則，亦不外為習慣法方面理想上之發展物。當個人主義之哲學與經濟學發生以後，美利堅之法學家，亦皆羣起而高唱習慣法的個人主義。法律家與法庭，堅持其契約自由論，雇傭危險論，與同伴傭工通例諸端，凡此實與實際生活毫無關係者也。蓋十九世紀中，美利堅法官所服膺之十八世紀的自然法則論，在法理學上，實最不合於實際者已。

四 社會學派之發生——社會哲理派

綜上述三派一致之情勢而言，其在今日，法律學之趨勢，方始就外表上之類似之事點，起而分辨其異同。同時又一致為確定其疇範與別異之試驗。蓋就一統系中之法例，而分別

比較之視之比較此統系與他統系之法例，及對於統系全體，而互相比較，則亦一步之差而已。如是比較方法，實爲國家法學（Jus Continuum）固有之理論。而於相當限度以內，抑亦其實態也。在吾國法系（習慣法系）中，屬於此類者，則自福脫司戈（Fortescue）而還，十七世紀中衡平法之發展，與商習慣法（Law Merchant）之誕始，實此趨勢之明徵也。自比較法學之趨勢發生，更有哲理法學繼起而追隨其後。於是羣始倡法律不外乎理性之論矣。自是以還，而如克葛所目謂之人造的理性與法庭之判決，羣皆以爲應一一受理性嚴格之磨勘。法例之成立，不事因其已通行於一法統系中故，或有類同之法例存在他法統系中故，即謂其根據已足。法例者，尤必脗合於自然的——即不限於法律的——理性而後可。苟有所未愜，則必當修正之務使合於理性。或者且當由理性以推演法例。若此蓋爲當時自然法則論有力之理想也。自格魯器（Grotius）以還，其論大行於歐陸。其在習慣法方面，則鍾十八九世紀之際，若勃拉克、司頓與私淑其學之法學講師，亦皆往往就陳舊之法例，而斷斷然以理性爲之解釋焉。繼哲理派之趨勢而漸生反動者，則爲分析派之出現。斯派既出，而一切所謂

理性之價值皆一一重經其審究，以之試於類同之事件，而觀其成績。又詳察其理性本身之邏輯的規模，及其所解釋之法例，果能至若干程度而猶得自圓其理，百試而不爽。顧究其實則是尊理性之本身，固皆多出於牽強附會，在歷史上理論上皆罕有根據。是以一經試驗，即復不能立足。甚者往往攜其辯護之法例而同去矣。蓋分析派之興起，往往爲法律上之批判時期，抑且往往爲制法以改良制度之時期也。是以當羅馬舊制衰廢之時，一時饒有價值之私法法典，紛然而雜出。蓋即受此種趨勢之影響而然。其在德意志，因同樣運動之發生，而年代悠久之羅馬主義，從此衰落。德意志新法典由是誕生。在習慣法系中，分析派之時代即爲法制改善運動時代，爲之倡者，則爲邊沁（Bentham）。至今而其勢未衰焉。與分析派趨勢同時並起，而或先或後之者，則往往爲歷史派趨勢。此則因其同爲哲理派之反動故也。吾儕所最習見者，即爲古典派之羅馬法學——若拜司之時代——其變遷固不待贅述。在德意志則歷史派先分析派而發生。在法蘭西則後之而發生，其在英吉利則亦得謂後分析派而發生。考歷史派之性質，其功用往往爲揭破哲理派所設之強牽之解釋。從而推翻其虛僞之哲

理。顧歷史派之功用既已圓滿以後，而哲理派則又輒乘機而起。而事實上亦實有此需要焉。此則因分析派與歷史派之方法，一經積極適用以後，法律本身又逐漸樹立無數固定的武斷的外形標準，而法律乃日向於機械性方面過度發展。如是則固非哲理派莫以救其流弊也。就近代之法學思想史全部而言，分析派法學之在今日實為全盛時代。歷史派法學則在最近之過去為其圓滿時代。若哲理派法學之全盛期則在自宗教改良時代至十八世紀為止之一段時期中。而在十九世紀則為茲派最衰微之期。至最近而始萌芽漸發。而於最近之未來且將再估重要地位無可疑也。自十九世紀末葉以還，因各種政治學經濟學與社會科學之發達，而法律學上又起一新趨勢焉。此趨勢者，今且已確立其基礎於歐洲大陸。斯即社會派之趨勢是也。

此新趨勢之最初發生，蓋實起於制宰德意志法學界之歷史派法學。歷史派始以歷史方法治近代之羅馬法。繼而又羣起考究全埃及安民族之法律制度而欲改造近代羅馬法。由出之埃及安民族法系（Utrecht）而在此種運動進行之時，同時學者所研究之幅員

漸加廣大。而歷史派法學者遂進而爲人種的研究。而柯賴所稱之世界法制史至是產生矣。其始此種廣闊之歷史法學，不外爲一種人種比較法學，至最近乃變化而成社會學派法學。自德意志國家主義派既佔勝利，羅馬法之勢力在德意志學術界方面下降以後，德意志法學者，始起而爲廣闊的歷史搜探。於是新式之法學著作用歷史方法比較方法研究各種民族之法制者，逐漸發達。同時羅馬法派之學者，亦受其影響而主張研究羅馬法制史，應先探討巴比倫民族之法律制度焉。

同時他派之學者從哲學方面以達到同樣之境界者，若但痕 (Dun) 於一八七八年，跋 蒲斯德 (Post) 所著之一書中，極力主張科學的法律哲學，應當築其基礎於比較法律史之上，並謂哲學派的法學者，不應僅限於羅馬法與德意志法制史中尋求材料，而應利用一切民族之法律生活。在其一八八三年重版之著作中，渠嘗自述其法律概念，而渠之意見，實正與今之德意志學者之特點相同。近今德意志學者之特長，即在着重於法的秩序 (Legal order) 之一點。從法律而達到其目的，而法律自身實僅爲一種手段。因是法學者但求說明

法的秩序，而不求下一法律之定義焉。但痕雖會下有法律之主義，而彼認法律不外為社會之一種制度。未幾又有芮尼（Nazi）者，當哲理派猶在全盛之時，在意大利著書反對歷史派與自然法派之立足點。而與但痕取同一之態度。主張法律學應以比較人類學與人種學為其基礎。此種擴充哲理派根據之嘗試，與同時擴充歷史派根據之嘗試。實隨社會科學之早期而俱進。其後槐特乃始起而主張心理學之應為社會學之根基，其重要無殊於種源學與人類學。懷賴乞克則欲從分析派之立足點方面，以擴充哲理派之根基。懷氏以為法律哲學，實亦法學思想之科學。故此種科學，惟有從法學者之實際方法中求之。於此則柯賴實為其領袖者。柯賴雖若追承黑格爾之學說，而其實柯氏所取於黑格爾者，實僅黑氏所主張是非與法律乃文化之一現象之一語。柯氏從而申引其意。而一方着手於歷史與種源學上，他方着手於已成熟之法律制度之分析，同時復使二者時時處於密切之關係。以治其法律哲學。由此以肇始其哲理派之法學運動。彼自認其法律哲學，為對於法律進化歷程之一種哲學的研究。依柯氏之意見，歷來派法學與哲理派法學。今已容納於社會哲理派法學之中，而

失卻其本來面目矣。

此種運動，因他種學術中同時盛行比較方法，其進行乃益迅速。當十九世紀末葉，無論何種科學，皆希望從此種方法中獲得偉大之成績。菲理曼(Freeman)且認以為比較方法之發生，實為近代學術上最大之成功。曾有一時期中，比較方法視為法學上最善方法，而勝過其他一切。此等過分之讚許，至今猶繼續不絕。至於分析方法與歷史方法，則因其為治法學之方法，更必須為比較的。若法律史乃為發現與闡明特種法律制度或某種制度之特項原則之學術，固不能即認為歷史法律學。若英之分析派與歷史派，則固自始至終從比較方法入手。在大陸方面，若德意志法，則當十四五世紀時，嘗一度停止其發展。故當時尚未受有何種刺戟而覺其有與他種法系比較之必要。不寧惟是，大陸法學者，生活於自十二銅碑以來有不斷的歷史之法律制度之下，彼其所應治之法學，幾四倍於其所有之法律。不若英之法系，其年齡不過六百餘年。且其制度內容，嘗因改良運動之發生，而屢受立法者之清除，汰其糟粕而採其菁英。此所以英之法學者，乃有餘暇，以攻錯於他系之法律，而研究其發展也。

而亦以是之故，當大陸法學者初用比較方法之時，其爲變化，乃不啻法學上之一種革命。特其結果亦不外昔之歷史方法與哲理方法，今則以比較方法輔助之而已。蓋舊方法而能出以新用，則較之新方法，往往更合於科學之需要。若純粹的比較方法，而不由分析歷史或哲理諸術以運用之，則其成效必甚微渺。薩維納嘗言，大陸法學者之治學，應取舊羅馬法之條文，與中世紀及現代由羅馬法而產出之法律，一一比較之。薩氏於其羅馬法一書中謂：

除少數事實以外，當吾人有各種對照的條律，陳列於前之時，吾人往往自然的出之以選擇。蓋比較觀念之運用，實自吾人孩提之時，卽已有之。當幼童聞人稱述戰爭史之時，彼輒問人何者爲善，而何者爲惡。(System des heutigen römischen Rechts, I, Preface.)

就廣義的哲理派而汎言之，茲派蓋實包含三部份不同之學派，此三部者，卽爲十八、十九、與二十世紀三時期之法律哲學是已。在法蘭西與美利堅之盧騷學派，美利堅舊派之政論者，與受勃拉斯頓學說影響之英美法律家，皆屬於初期之哲理派。若玄學派，在近今之愛

爾蘭，在意大利法蘭西，皆有其代表。即若德意志之少數克魯斯派，與黑格爾派，亦皆可入於茲派。凡此皆屬於二期之哲理派。若三期之哲理派，亦可稱為社會——哲理派，則又分爲三支，第一爲新康德派，茲派之傾向爲哲理的與社會學的。第二爲結果論者，或功利派，其傾向爲分析的與社會學的。第三爲新黑格爾派，其傾向則爲歷史的與社會學的色彩。蓋歷史派學者之分象，與哲理派正復相類。前者今已分爲舊派與社會學派兩支。後者則亦分爲玄學派或自然法派，與社會——哲理派兩支。而二派中之新派，至今乃不易辨別其異同。其所異者，實爲二者原來之出發點而已。美利堅之於今日，則自命爲社會學派者，雖罕見其人。而實際上採用社會學方法者，往往不乏其選。而此等學者，所以不願自居於其名之故，則有如史穆爾教授 (Professor Small) 所言：

德意志之社會科學，實能溶解一切之人類經驗之關鍵於其中者——其效能視之英或法，實猶遠勝。是以德意志人，並不覺有凝結此流動社會學之必要。德意志人嘗以爲，且亦至今仍以爲苟或勉強湊集此種人類經驗之屬於各種科學中者，而使成爲

獨立之程式，無乃徒壞其社會科學之本質而已。故德意志人之不肯單造一社會學，實自有其理由。蓋因其各種分立之社會科學，實際上乃能互相接近，互相爲用，而無殊於單一的科學者也。(The Meaning of Social Science, 82.)

對於積極哲學，與社會法學之關係，則當於討論社會——哲理派之後，然後論之。

中篇

五 社會功利派

法律學上劇烈之變化，蓋實始自社會功利派之捨法律之性質而言法律之職志始。就此點而言，則斯派首領羅特爾夫耶陵（Rudolf Von Jhering, 1818-1892）之學說，其挾有創造新局面之能力，蓋不在於歷史派之薩維納之下。耶氏原爲羅馬法學之泰斗，特彼早看透概念論的法律學之無益於實際，即歷史派所建設於舊羅馬法系上者，而發願欲造成一實在性的法律學。鍾其時立法事業方積極的發展於德意志方面，而成爲法律之惟一新生機。此種傾向，固與歷史派之根本立足點勢不並存者也。因時代之影響故，耶陵之哲學上立足點，自然而歸向於目的論，猶之邊沁之法律論，其實乃立法論，自然而歸向於功利論，其情蓋相類也。人之生活，既勢不得不受目的之支配，故耶氏主張此種團體生活之科學，必須

應用一種目的論的方法以爲入手功夫。彼以爲法律學者，若僅知法律常在發展狀態中，猶未足爲盡其能事。更應進而透澈法律常向何方而發展，爲何種職志及何種目的而發展。而後法學者方得謂盡其責任。彼不認法律原則及制度，能聽其盲目的自由發生作用。法律之爲物，決不能自由發展，而實受人類意識所支配，以達到人類之目的者。彼常謂當吾儕釋明外形的事物之時，吾人往往用「因」(because)之一語以明之。而論述人類行爲之時，則用所以(in order to)一語申明之。由此可見「所以」一語之不能離人類意志，猶之因爲一語之不能離外形的事物也。更由是而可見適用於人類意志方面之因果律，卽心理上的因果律實卽一功用之律也。耶陵根據於此點而建設其功利論的法律哲學，以推翻專務空論之哲學。彼謂法律並非爲是非觀念所造成，而實是非觀念爲法律所造成。法律之爲物，僅有其一種根源，卽功用之一實際根源而已。蓋哲理派的法學者，注力於法律史方面之理想的釋明；以爲一切法律原則，乃由吾人所發現，而勒之成文者。歷史派法學者，則以爲人爲規則，乃由吾儕之經驗所發現，由此發展而成確定的條文者。耶陵則以爲吾人所發現者，乃爲

達到人類目的之一種手段，由吾人意識的支配，而成爲法律之一物者也。

社會功利派之成功，蓋與耶陵個人之人格，有密切之關係。耶陵之爲人，實爲天生而成之法學家。彼對於世間一切問題，爲人生日用之事件，皆常抱有一法律觀念。彼之公平與是非之觀念，實不啻同有生以俱來，故彼雖未嘗從事於實際的法律生活乎，而彼卻能解決理論方面之一切難題，而不至與大陸派學者走入同一之歧道。同時有文夏德 (Windscheid) 者，與耶氏齊名。惟其主張，則與耶氏迥異。文氏以爲法律之爲物，一方面雖爲一種制度；而他方面則乃由理論上的推演而得的結論也。若耶陵則完全着重於客觀的公平與是非之意識。彼以爲法官不特應依照法律以求達公平，而更應着重於公平方面，以求達到法律之目的。彼嘗欲依據此等宗旨，而創一法律方面之新統系。耶氏之對於歷史派之概念論的法律學，所以痛下攻擊者，卽在此也。

自十九世紀後半期以還，德意志歷史法學派者之羅馬法學離實際生活愈趨愈遠。彼其學說，實已完全成爲一種學者之空論。猶之吾習慣法派中之承受危險原則，契約自由論，

職業選擇權利等，將毋同。而彼其所以成爲空論者，則由於此等學說，全爲由法學史上所演繹而來之論斷。是以對於現實之社會，毫無意思，而缺乏實在之價值者也。耶陵爲對抗此等學究式的法律學故，欲另造一實在性底法律學。在此法律學中，一切法的概念，皆完全以其結果與其實際上之適用而試驗之。亦由此而爲去取，而絕不僅由羅馬法學史與德意志學史中用邏輯方法推求以出。耶陵此種運動之詳史，固爲歐洲法學史方面之事件，吾儕無庸贅述。惟其所引起此種大變化之治學方法，則實爲近代法律學方面別開生面者也。可登堡 (Sternberg) 謂：

自耶陵確定法律之根本論題，以爲法律概念乃爲人而設，而非人爲法律概念而設。由是而法律學乃始築於一堅固的實在主義之基礎上。而此種基礎，實亦爲各種科學，尤其爲實用科學所需要者也。法律學之爲物，決不可不與現實方面時生接觸，何者，法律學之大問題，卽爲如何而適應現在所需求之公平與是非也。而所謂公平與是非，則必容納之於有組織的科學的秩序之中，而後法律乃得盡其職志。由而適應此時代

中人類之發展。所謂人類之發展，亦即人類現存之公平觀念所引出之法的材料也。使法律概念之內容，而不能與此種公平觀念相應合，則其概念之內容，必須改革之。蓋此等概念，苟非非真，亦必已甚陳腐也。吾儕決不能為保存舊有組織之故，而強現存之公平觀念使就範籠，蓋如是乃不啻引人類而使還至一自然法之境界也。（Allgemeine

Rechtsthere, I, 190-191.)

耶陵之功效論的方法，對於法律學方面，發生一重要之結果焉。即注意於由法律所獲得之實在利益，而不重視由法律所獲得之空洞的權利是已。法律之效用，始乎許人以行為。吾人乃得由此行為中，而推求與觀察所謂權利之一物焉。行為既為行使權利之惟一途徑，而權利則又為享受法益之惟一手段。是以自然權利之問題，一變而為如何以保護法益之問題。由是完全着重於道德及政治旨趣方面，而並不着重法律的旨趣方面。其在耶陵以前，法律學之理論，偏重於個人主義方面。法律之作用，認以為不外調和各個人之意思而設。而使各個人皆有極大範圍之自由行為。此實為哲理派與歷史派相同之見解也。若耶陵之法

律論，則爲偏重於社會方面者。其在十八世紀，羣認法律爲個人用以對抗社會之工具。此實爲美利堅權利宣言書之本旨也。耶陵則以爲法之爲物，乃由社會所建設，由是而個人得藉以各獲得其法益，而以受社會所承認者爲限度。耶陵之理論，雖受許多哲理方面之非難，而其根本立足點，並不爲之而搖動。蓋自法律概念而趨重於如何維持法益與保護法律關係之一方面，而昔之個人主義論，遂以推倒無餘矣。

耶陵之學說，對於刑事政策方面，亦發生極大之影響焉。依耶氏之說，則刑罰之設，不應依所犯之罪而定，而應依犯罪者之性質而定。耶氏之所謂手段的刑罰（Zweckstrafe），吾儕慎毋誤認爲即功利主義的刑事政策也。薩萊（*Sattelles*）嘗謂若吾人認此二者即爲一物，則真不能了解耶陵之真意，與其所謂目的之意義，一切有機性官能之魂靈；若法律亦即其一。所謂對抗報復主義刑罰之手段的刑罰，必不能即認爲一種功利派的犯罪學手段的刑罰者，其意不外欲以刑法爲達到社會目的之一種手段。是以刑事政策，應當以社會目的爲指歸。惟當注意於將來，而不必拘泥於舊套。薩萊所謂昔之刑罰，乃完全爲機械的數理的

報復性質，既不涉於已往，亦無問於將來。若今之刑罰，乃完全為達到一定目的之手段也。晚近意大利之人類學派與社會學派的犯罪學者，對於刑事政策學說之革命，亦有莫大之貢獻。若社會功利派之法學者，則於其討論法律學之際，亦嘗反覆言之。而持以為法律學大改革之一部分焉。

耶氏治學方法，最後之影響，則為命令說之漸漸復興。此等態度，已逐漸盛行於晚近法學著作中。蓋彼既認定由社會方面承認各人之利益，由而規定各人之權利以保護之。其結果則勢必認法律乃有意造成之物，而非可以僅僅尋出者。由是吾儕可以預揚此派之學說，即非傾向於命令說，亦必歸入於分析學派。以是晚近德意志法學界所發生與英之分析學派相類之立論，半因雖受德意志法典編纂之影響，而半亦稟受耶氏效果論的方法之影響者也。吾儕所認為奧司丁式的論調，晚近流行於德意志法學界方面，蓋不可勝數。譬如討論公法是否亦為真正的法律；國際法之為法律，究達何種程度；對於習慣之成為法律，認為仍由國家賦予以權威而後成；又如爭持以為任何機關雖能制成法律性的規則；而其法律

性之成立乃實由國家所給予；若此之類，比比皆是。此種傾向於分析學派之學說，最顯於社會功利學派方面，並及一般法理學中。蓋耶氏學說之影響於法理學，較之影響於法律哲學爲尤深。奧司丁學說之所以發生，蓋實受當時英吉利立法方面之革新運動之影響甚深。若耶氏則亦相同。耶氏之學說，爲其同時代之法學改革運動，因此而使歷史派之羅馬法學一蹶而衰者，蓋有密切之關係者也。蓋凡對於澈底的革新，抱熱烈之感想者，往往不免傾向於命令說方面，而欲恃正式立法爲其惟一之希望。以爲惟有由社會全體意志之正式的發表（即立法）而後彼輩所懷抱之意見，乃始有容納於現在法律制度之中之希望。

耶氏之爲人，與其認其爲哲學者，不如認其爲法學者。當十九世紀之末葉，耶氏所處之時代，是時又爲哲學最衰落之時期。故耶氏學說之哲理方面，實大足以有指摘之餘地。此層吾且留於他處討論之。惟吾今所欲批評耶氏者，卽耶氏對於法律學之發展程序中之最重要之要素完全抹煞，而此端則理想派之流，最能真切認識，而亦持之最堅強者。吾儕從法學史方面而看出公平與道德之理想，實爲法律學發育時期之最大之一動力。而耶氏之學

說，則無異於英之分析派，與其謂爲法律學說，毋寧謂之立法論，誠有如裴魯崔瑪所謂：

使法律而完全以社會幸福爲念，則其勢必將重視行政以代法律，政治效能觀念，將起而代公平之觀念。是以在效果論之制宰之下，吾儕惟有法律之規條，而實無法律可據矣。(Rechtsphilosophische Studien, 143.)

社會功利派，必將以爲現代之趨勢，實傾向於行政方面。因其能應時代之需要，而增進達到社會目的之路之故。然其實此種趨勢，並非無其先例，在十六七世紀時代之英國法律，因同一之理由。而法律與行政間之權衡，有時趨重於此而畸輕於彼，有時則畸輕於此而畸重於彼。蓋實時時互相爲輕重。而嚴格的引用條文以維權威，與寬大的適用法律以求公平，亦成爲同樣之互爲輕重。惟欲由行政論的法律而硬認司法與行政卽爲同一之物，則其錯誤，無異於習慣法學者之欲由司法論的行政，而證明二者爲一之誤謬也。

顧耶氏之學說，在社會學派之法學中，實有不可磨滅之價值存焉。蓋自有今之注意於實際生活之法學者出世，而後往昔陳朽之法律學說，認法律爲個人自由之標的，與個人意

志之界限，類是種種者，始以推倒無餘。耶氏嘗譏笑持概念論的法學家，謂其宛若身處於法律概念之洞天中，而其座右則有一機械，能從每一概念中，求出九萬九千九百九十九個之邏輯的結論。其實此種法學家，在美利堅正可謂大有人在。彼高坐於臆皮之法官，際此社會現象與經濟現象今昔迥殊之狀態之下，猶復斷斷於權利均等論與契約自由論者，固比比皆是。苟使其法律概念而能明了法律為達到社會目的之手段，其法律原則而為何以保全社會公私之利益，則治法律學自必不能忽視實際生活方面。是故於此種法律學說之下，單純的抽象理論，決無從討論法律上之問題。法律學史之效能，在昭示吾人某項原則，某項法例，如何解決具體的問題於已往，而又如何使吾人能決定用何方法以處於現在之地位。而決非徒供給吾人幾許自足之法律原則，由是而可以用嚴格的演繹，求出一切之規則者也。

六 新康德派

新康德派之發生，實為哲理派復興之徵兆。其在英吉利，由對於十八世紀之自然法則

論之反響，而有分析學派之出現。繼之而興，而同時亦爲對於分析學派之反響者，則爲歷史學派之產生。若哲理派，則同時乃完全消滅。其在德意志，則嘗有玄學派之發生，以助自然法則派之不足，惟其效果甚微。至後而有歷史學派出現，以代有哲理派之地位。至若晚近德國各派之法學，蓋皆又爲對於歷史學派之各種反動也。此種反動之結果，則爲傾向於分析學派之社會功利派之出現，與帶有濃厚哲理色彩之新康德派之出現是已。至若歷史學派本身之精粹，則有新黑格爾派爲之保守而張揚之。英德兩方法學思想之變遷，其最可注意者，卽爲當兩國哲理派崩潰之時，適爲兩國編纂新法典之際。於是舊有之法律原則，或則完全廢棄，或則全部改造。蓋當法律本身，有大規模變更之時，而法律學說亦必同時有捨舊謀新之呼聲出現。在法學史中，已屢見而不一。在此種情勢之下，分析學派之學說而苟運用未當，則因其常帶有命令論之觀念，往往易入於偏激之弊。徵之往迹而發見歷史學派，亦固有同一之缺點。蓋因歷史學派本身，原下有一定之限制，而不能超脫於其外。由而彼之學說內容，雖原有相當程度之自由，而亦爲此種限制所抵銷。其在德意志，歷史學派之限制，可分爲兩

層：(一)承認一種玄學的方法，由一假定之根本觀念中，以推求其全部之制度，其結果則為從歷史上所發現之原則中，嚴格的運用推演功夫。(二)拘守於學術上舊物，而惟泥於羅馬法之舊籍中，為歷史的搜探。其在英吉利，其歷史學派，亦有相似之限制。以是僅成為分析學派之輔助物。若美利堅，則因其司法制度方面，重視舊例而輕成文法，由是學者大都傾向於薩維納之學說，而其拘泥於古典派的習慣法，遂成為學術界之風氣。多數學者，認為吾儕現在法律上所適用之一切原則，或條例，至少亦已包涵於十六世紀時代之英國例案中。雖使當時猶未列於其年鑑之內。分析派與歷史派之流弊如是。若哲理方法，則務在避免此等情形。此二十世紀所以哲理派又有復興之希望者也。至於果能重建哲理派之法律學，以救二派拘泥條文之弊，而使天下重有公平與理性者，其將在新康德派乎。

十八世紀自然法則派之法學者，往往夢想法律之為物，可以依照空洞的公平原則而隨時全部改造。夫法律制度，原為經過長久的歷史的發展而後成之物。是其假想，固未免去事實甚遠。若歷史派則又適得其反，茲派之意見，不免矯枉過正，而遂欲否認人類對於法律

之發展與進步有爲意思的助長之可能。而其實歷史之本身，卽能證明其不確。十九世紀之最後二十餘年，有無數新法律出現於世界，從而有無數新原則同時發生。而舊有之歷史的材料，於此時代，幾經修正者，降而居於不甚重要之地位。更因時代之要求，而使執法者，必須有比較充分的權力，與廣闊的斟酌範圍，使其能對於複雜之新工業社會組織所發生之糾紛，隨機應變以達到公平之目的。由是立法者乃設種種原則，使執法者得於引用法文之際，有寬大之斟酌。譬如善意，衡平，依照良善道德之標準，隨其所處理之案件之情形，而權其輕重等是也。職是之故，而新方法之需要於以發生。蓋苟無新方法之適應此等新境界，則舊制度下之極端的邏輯法既滅，代之而興者，其將爲隨意懸擬而已。歷史派之法律學，既不足以適應此種現象。而十九世紀前葉之玄學派，又已消滅。於此而新哲理派發生之機會至焉。於是當十九世紀末期，哲學運動重興之際，而史丹墨賴 (Rudolf Stammler) 乃應時而起。史氏之術，誠有如其批評者所言，既不欲蹈自然法則派空中樓閣之幻想，又不願效歷史派刻舟求劍之拘執，於是而乃爲折衷之辦法焉。史氏之方法，在捨永遠的絕對的公平，而惟求

相對的與時代的公平。彼欲設一種自然法則，而有生生不息之實質者。如是則滋長於法律史中之一切觀念，能隨時而自變化，以適應此生生不息之時代之需要焉。

史丹墨賴之原則，今茲爲吾人所欲論者，皆包括於其 *Lehre von dem richtigen Recht* 一書中，譯言由法律而得之公平論 (*Theory of Justice through Law*) 是也。此其特異之點，則在異乎吾人習聞之依照法律之公平 (*Justice according to law*) 是也。史氏於其書中，說明其義曰：

所謂自然法則者，不外乎此法則之內容，能表現人類之自然而已。吾所謂由法律而得之公平，蓋欲建設一種法律，以表現法律之自然性者。(史氏書九十五頁)

又曰：

一切自然法則之理論，皆不外各人欲依其主張以造成其理想法典之計畫。而此法典，皆涵有一永不變更的絕對的有效的法律內容。若吾則不然，吾之用意，則在發現一種具有普遍效力的方法，由此種方法，而可以支配由法律原則所供給之材料而已。

此等原則，又必隨時代而發育，因經驗而變化，同時又可以批判與取捨此種材料，務使其有能合於客觀的公平之性質者。（一一六頁）

史氏分別兩類之支配法律條文之方法；一種方法，則拘泥於此種偶然採入於法律之條文，而株守其字句，認定其為法律惟一之目的。其他一類，則為

注意於了解所欲適用之條文之真義，而使成為達到一定目的之手段，從而考量此手段對於事實上之實在價值，與從事於批判法的標準之實質。（一三頁）

是以吾人所應解決之問題，即為

決定於何種情形之下，在一特殊之法律標準內方能謂其於實際引用方面，已涵有公平之性質於其中。（二七頁）

吾儕必應搜尋用何方法而可以求得一可靠之判斷，於以知此公平之特質，是否存在於其中。於是史氏乃進而討論由法律以求公平與道德自然法則仁慈是非觀念等等之關係。此種議論，粗視之似未免成為老生常談。特自史氏引起此新問題以後，而昔之舊論，又另

有其新價值。往時吾儕亦常數數稱論法律與空洞規則對於道德及人生哲學之關係。至於今則其問題不在於上述之關係，而在由法律條例以維持公平與道德等之關係。史氏以謂法學者今日之問題，實爲兩端：其一爲合於公平與是非之條文之成立；其二則爲實用此條文之方法是已。哲理派法學之變換其所討論之對象，實爲晚近法學上最重要之發展。較之僅僅發揮片面的理論者，蓋不可同年而語已。

史丹墨賴第二種之重要供獻，卽爲其所主張以社會理想作爲由法律以求之公平之權度。自昔吾儕法律之權度，皆爲個人主義的。法學者欲以個人之自由平等與幸福作爲根本概念，從而演繹其所謂公平之法律。自功利主義者出，而其說始一變。功利派之主張，欲以社會全體幸福爲公平之出發點；而以此公平施之於各個人之行爲方面。史氏之原則，實出自康德。並不注重於各個人之自由意志，而注重於此許多自由意志所集合而成之團體。史氏以爲於此團體之中，吾人應當調協各個人之目的，而使法律範圍以內之一切可能之目的皆能達相當之了解。以史氏之理論與史氏所從出之康德學說相對照，其參差殊爲明顯。

蓋當於康德與其門下諸人之前之問題，不外爲法律與自由之關係之一問題。若吾儕則一方既生於此立法潮流盪湧之時代，從而外形的束縛與強制實爲勢所不能免。故空言理性與理想的公平之哲學，決非現實法律之哲學。他方則吾儕既生活於此羣治之時代之中，則法律之武斷性與權威性之基礎，決不能單築於權力與個人最大限度之自由行爲之上。然則外形束縛與個人自由行爲，果將如何而始得解和之乎。此一問題，實爲十九世紀中法學者對於法律基礎在哲學上討論之中心。康德之答案，則爲設立一法律之公平（Legal justice）其義爲對於一切人民之精確的同等機會，毫無絲毫外形之損益之意。康德認法律之束縛爲手段，而人民之自由爲其目的。是故人民應聽其有完全之自由行動，惟因維持人與人間之調協的共存之故，得依照普遍的公律，而設立相當之限制。對於此種純粹個人主義之論調而以個人意志爲其中心者，史丹墨賴乃代之以社會的公平論。不注重於個人意志，而注重於個人目的。惟個人意志之申張即爲個人之目的者，則在例外焉。史氏學說與今之普通所謂社會的公平（Social justice）之關係，吾人極易觀察。史氏學說與康德學

說有聯帶關係者，即爲認定此團體爲有自由意志的人類之團體。而於是主張各個人之自由意志，在法律上萬不容忽視。史氏根據此點，而設立四項原則，以爲由法律而支配公平之標準。此四原則之大要如下：

一、毋以一意志而受他人之武斷的意志的壓迫。

二、各個法律上的要求之容許成立，必當以對方負義務者，仍能有同爲人的生存爲惟一之條件。

三、無論何人，不得無理由的擯除於共同利益之外。

四、法律上賦予之各種管轄權力之平允與否，當以受管轄者仍能有同爲人的生存爲惟一之標準。

史氏認上述四條原則，並非爲一種自然法形式之規律，而實乃一種法律成立之前提。凡立法者，皆當依照此四前提，而進行。此四前提者，不過爲吾人之嚮導，使吾人由是得從法律方面而求得公平之處置。是故此前提不僅爲政治上與立法上之原則，抑且爲適用法律

條文之根本條件也。吾人於引用條文之時，務當依照此種精神而使法律之實質能達到公平之目的。史氏對於此規程，稱之為依社會的理想與法律的根本原則而假定法律上之問題。史氏於是說明法律之全部，以證明一部法律史中，任何實在問題，皆得適用此前提，而使其獲得公平與客觀的有效。一言以蔽之，史氏所以昭示吾人者，實不外為社會公平之法律論[III] (A legal theory of social justice)

史氏學說之價值，其在法律學中，蓋已為舉世所公認。柏魯脫謂：

史氏在法律哲學中之地位，蓋不亞於康德在認識論中之地位之重要。自康德出而前之一切形式上學說，皆為其所推翻。自史氏倡由法律以達到公平之論出，而前之法律學中一切獨斷論，皆經是試驗而失敗矣。由今以往，一切之法律哲學，將必以史氏之學說為出發點。猶之康德以後之認識論，不能不以康德之說為出發點，蓋無可疑也。

(Brütt: Die Kunst der Rechtsanwendung, 118.)

鮑魯爾崔瑪雖隸屬於新黑格爾派，而對於史氏立於批評者之地位，然其論史氏亦甚

得其公允。鮑氏謂：

史氏之學說，於近代法律哲學中，實占甚重要之地位。吾人讀其法律之公平論一書，該氏對於自然法則之根本問題，獨能發現公平的法律問題，及是非觀念之判斷問題，實為創造現代新公式之第一人。

吾儕甚感謝因史氏之努力，而使法律上與經濟上之普通原理中之許多問題，皆得有哲理上之根據。同時氏對於舊式的法律哲學與立法論，能為妥善之修正，而使新舊之兩方若暗合符節。如氏之所謂由法律而達到公平，氏自認為與羅馬法中之所謂衡平 (Æquitas)，或自然的比例，及德意志民法所謂衡平 (Equity)，或衡平的辨別，或善意的處置，實出於一轍者也。總而言之，氏之主旨，不外欲使法律與是非之意思，時相顧而已 (Law, congruent with the idea of right.)

在社會派法學中，史氏之學說，其重要者有三點焉：

(一) 史氏之學說，其能使吾儕益堅信於努力之功效，蓋與耶陵之道相同。史氏能對於

促迫社會公平之有意識的努力，供給以一堅固之哲理根據。而所謂此有意識的努力，即社會學者所要求法律學與立法學二者，須一致的合作是也。

(二) 史氏以社會論的法律哲學，代舊有之惟一有力的個人主義的法律哲學。並造成一法律的社會公平論。

(三) 史氏於主張設立公平的規則以外，益之以對於每一原因而為公平的判斷之主張。由是而引起法律條文之引用問題。此端當於下章詳論之。惟吾人所應注意者，則此問題已成現代法學著作中焦點是已。

七 新黑格爾派

德意志歷史派法學之傾覆，雖其所有之歷史的治學方法，亦暫因之而掩色。固卒未與之而俱滅。蓋茲派之失敗，初不肇於其真正的歷史治學方法，而實全由他種原因之所致也。歷史方法本身，實良方法也。苟能善為運用，且可使法律與人生常趨於一致。其效能無劣於

他之方法。蓋依此方法而進行，則法律者於其執行公理之際，原無殊於一正套之經驗。由是可以指導吾人辨別何者為實際有效能的，何者則否；何者得以求得公平，而何者則否。故無論其為立法求根據，抑或為依照立法之原來精神而解釋及引用法律，捨卻對於法律條文及原則為充分的歷史上之了解以外，蓋無他道可以代之。而於引用條文於事實之際，為更甚。無論其法律出於何種形式，於此惟有採取已往之司法及法律方面之固有的經驗，度長絜短，依現代之精神，而加以相當之修正，而後乃始不失於繩墨。吾人敢言，使現代之法律學，而竟亡是術，則法律學之內容，視之前世紀之末流之歷史派法律學，必且更無可取耳。若最近之比較歷史方法，原為就舊有之歷史方法放大而成功者。彼其方法，尤為吾人對於任何哲學論而非玄學論，欲為澈頭澈尾之批判功夫，所不可缺少之利器。故新黑格爾派，最可稱述之功績，即為能保存並發展應有之歷史方法是已。茲派之學者，能善用其方法，對於法律學為有步驟的研究，而使其與法律哲學家種學人類學經濟學發生正當的關係焉。故茲派實有充足理由，足以自命為十九世紀德意志之哲理派與歷史派之承繼人也。

本派之領袖，實爲約瑟夫柯賴 (Josef Kohler)。柯氏之學問，堪稱現代全世界法學者之泰斗。彼其於法學界中所最可驚異者，卽爲其學問之淵博與精深，對於無論何項學問，皆能包羅萬象，而同時卻對於各門，又能爲深入之研究，此實爲任何人所不可及者也。柯氏爲發起研究比較法學史之創導者。彼不僅對於普通之法學史，爲學術上之泰斗，抑且於分門別類之專門法學史中，柯氏亦占一領袖者之地位。柯氏所研究世界法學史之範圍，又不限於一、二古代民族之法律史，抑且對於許多民族之法律史，柯氏皆能言之縷縷，如數家珍。不寧惟是，柯氏對於其本國之現行法中，若破產法，專利祕法，皆爲全國之泰斗。於刑法方面，亦有極重要之供獻。對於德意志民法法典，曾有鉅大之著作論述之。而同時對於現代之法律哲學方面，更能率領許多法學者，爲最活動之運動。柯氏對於法律學之如是其博奧，蓋於現代法學界中，實無人能與之相比擬。以其學問，無所不包涵，無所不精進，斯其所以能合各種之法律智識而總之成一個系統，此則固他人所不可能者也。

柯氏學說之主要點，有三端應注意者。其一，柯氏認法律爲民族文化之產生物。其二，柯

氏論比較法律史與法律哲學有不可分之關係。其三，柯氏解釋與引用條文之方法。

柯氏認史丹墨賴之新康德派的法律哲學，爲缺乏歷史的價值者。而自取黑格爾之說，謂「法律者乃文化之一個現象」一語，以爲其學說之出發點。顧柯氏並不依此一義以演繹其全部之學說。而另以人種學比較法學比較法律史爲其根據，而從經驗方面以進行其功夫。薩維納謂，法律者，乃一民族之智慧所產生之物。是物也，其爲有意識的人類意志之結果，猶之語言之爲同樣的結果，將毋同。柯氏則不然，氏以爲法律者，乃人類以往文化及不斷的爲修正底嘗試，以求適合現在文化之產品也。彼對於修正之進行，一方面亦未嘗否認人類有意識的努力之存在。特氏認人類文化方面之一種法律假設 (*Jural postulates*) 於目前的時代之中，乃不知不覺而成的。吾人祇能發現之，而設法使現實之法律，與之歸於一致焉。以彼又爲一法律學之史學家，是以彼亦承認「努力之效果」底限制。此努力之效果者，即吾人欲賴之以範型一切遺下之文物制度，使之適合於現在文化之需求者也。於是一方面欲其能促進文化，而他方面又求其不致爲將來文化之障礙與壓迫者也。因文化乃係

不斷的向前而進行，是以修正之爲用，更爲不可或缺之物。總而言之，因文化乃動的而非靜的，前進的而非停止的，是以法律者——文化之一個現象——其勢亦萬不容其停止在一狀態中也。

柯氏於其法律哲學 (Moderne Rechtsprobleme) 一書中謂：

法律決不能常住在一狀態中，而必須時時修正，使其本身能與任何時代之前進的文化，互相適應。且必須如是修正，使文化方面各種不斷的要求，時時足以有自己表現之餘地。(第二頁)

柯氏之所謂文化，果作何解釋耶？於此柯氏在其現代法律問題一書中，下一定義曰：

文化者，乃一種寄託於人類中的一種權力之發展。發展至一形式，使人類之目的得以表現者也。(Moderne Rechtsprobleme, §1)

史穆爾教授 (Professor Small) 於其普通社會學一書中，其論文化之意義最明晰。

其言曰：

文化之一名詞 Kultur 依德意志人之意思，果作何解釋耶？考之德意志之典籍，則德人之用此名詞，其意義亦未能一致。惟此名詞，固自有其技術方面的意義。於此則吾人不得不爲之定一界說。第一，文化者乃一社會所已有之一種情勢或成功也。依是解釋，故文化決不能屬於個人的。吾儕日常所稱受文化的人（A cultured person）一語，實已不合乎德意志人之原意，而用此字者也。無論於何事物方面，亦無論吾人如何名之無時無地，皆有一社會所共有的現象存焉。此現象者，迥異於個人方面之現象。其內容則爲生活狀態中之思想與行爲之適應是已。德意志人且區別文化（Culturre）與文明（Civilization）之不同。以爲文明者，乃社會對於人類原始的衝動方面所已有之繼續增加的統御也。文化者，乃科學與藝術，對於自然方面之統御也。是故文明者，乃實吾人所稱爲政治之一方面；而文化者，乃吾人現有之技術的裝飾，「文章典物」之全部，其在於智識方面，則爲降服與利用自然界之一切方法與智慧，此則不盡包括高度之社會化者也。（General Sociology 58-60）

〔附註〕裴魯爾瓊瑪，以其新黑格爾派之法律哲學解釋文化一名詞之意義曰：勒席司 (Lexis) 嘗下文化之定義，謂文化者，不外藉人類精神的與道德的權力之發展與表現，以使人人得超出於其自然環境之上也。若勒席司所言之文化，蓋非指其情狀而言，而乃就其為發展之根源而言也。所謂文化，乃一種情狀或結果者。蓋就人類發展方面某一種之時期而言之。於此發展期中，人羣結合於法律及國家之下，其初則以宗教或玄秘之說為其結合中心，而終則端賴於思想與藝術之交換以結合者也。(Berolzheimer-Archiv für Rechts und Wirtschafts-philosophie, III, 195-196.)

因柯氏為歷史派學者，故主張治法律學，必先了解一民族之社會史及其與法律之關係，就其往者而言，則又必研究其政治史及其與法律系統之關係。柯氏以為法律史最足以助吾人總觀法律精神之全部，而此固法律哲學之惟一基礎也。由比較研究之結果，而吾人得着手治世界的法律史。此法律史者，將昭示吾人。

法律在歷史上發展之狀況，及其與文化史之關係。並示吾人以人類文化受法律約束以後，而得若何之結果。如何而人羣文化受法律之影響，如何而法律能促進文化之向前進行。「柯氏法律哲學與世界法律史」（第八節）

由柯氏之言，則吾人固得由歷史而證明法律之必須繼續生長。並得由歷史而尋出其生長之方法，與發展之方向。不似十九世紀學者之欲以歷史證明法律之常在有意識的變化狀態中之無稽者也。

而柯氏學說之最有介紹之價值者，則爲其社會派的解釋，與引用法律之主張。今摘其要如左：

吾人忽視造法方法之社會學的旨趣，實爲法律學上至不幸之事。吾人對於歷史方面，已信其爲民族全體所造成，而非個人之力量。何獨於造法方面則又認爲一二造法者個人之力所由成歟？吾人於此乃全忽視此造法者，實爲時代中之人物。充滿其時代之思想，浸潤於其時代中之文化，及其當時之環境，其一切之動作，皆依其受當時文

化所支配之觀察與概念而進止；其意見之發表爲文字或語言者，亦皆有數百年之歷史在其後面者，其文字語言之意義，皆經數千百年語言之發展底社會學的歷程而確定，決非其一個人之人格，得以左右之者也。是故於解釋立法之時，而必欲以造法者自身之意志爲其權輿者，是誠誤解世界史上之事實，不能以歷史的眼光觀察者。若是則當然不應任其存在於法律學。是故言解釋法律之正當方法，則條文決不應依照造法者本身之意志與思想而解釋。而應社會學的解釋之，應視此法律爲全民族之出產物，而解釋之。造法者，不過爲此全羣之喉舌而已。（柯氏 *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, § 38.）

八 法蘭西自然法則派之復活

就法蘭西法學上之趨勢言，薩維納之歷史派勢力，嘗確樹其旗幟於法。至於哲理派，雖在十九世紀之一時代，不斷的時露其光燄於法學著作中，而未至爲法學界所拋棄，特其勢

力則至卑不足道。惟歷史派在法國之地位，固遠不如其在德國之能主宰一切，蓋法蘭西自十九世紀之初，卽有其法典。此法典者，凡世界各國苟有新法典之編纂，皆無不取之以爲型範。直至一九〇〇年德意志法典告成，而其勢始漸殺。是以歷史派法學之在法蘭西其惟一之事業，祇在推翻十八世紀之自然法則論而已；捨此以外，無所施其技也。誰亦嘗以其力壓倒法律學的理想主義於一時，特爲之主動力者，乃積極主義者與舊式之法蘭西社會學者。此輩於十九世紀末葉，實爲法蘭西法學思想方面之指導者。降及近今，自耶陵首起提倡「法律應與人生一致」之運動，及法蘭西之社會科學之積極的發展，加以因此而發生「法律條文之引用應有極大之伸縮性」之宣傳，由三者之結果，而哲理派法學乃重新發生新的發展焉。特法蘭西之發生此運動，實不僅爲對於歷史派之反響，抑亦對於實證論者及舊式之社會學者而發生之反響也。依夏蒙（Charmont）之意，此新運動之發生，蓋起自一八九一年蒲唐（Beudant）之個人法與國家（Droit individuel et l'état）一書出版之日始。顧蒲唐之書，不過就個人主義者對於國家之態度而評論之。若欲認以爲此新運動之先

鋒，猶有未當。當其時政治的理想主義方始，蒲唐之主旨，實欲推倒個人與國家之對抗說。其立足點則在就人權宣言方面而發揮其自然法則之政治論。認定法律之基礎，必須築於理性之上。蒲唐之說，實已重歸於十八世紀之自然法則派。視之近今之哲理派，以理想主義的解釋論為其中心者，蓋大有判別者也。若哲理派之發生，當以史丹墨賴著經濟學與法律學（*Wirtschaft und Recht*）為其嚆矢矣。至一九〇一年薩萊（*Salieles*）就是書而為之評註，於是法蘭西之哲理派乃始產生矣。史丹墨賴之「自然法則而有流動之實質」之主張，表面上實為自然法則新舊二派之連絡者。顧二派除名義上相同而外，其為含有批評的態度與努力於理想，則與任何哲理派，皆固一致者也。

於此可注意者，吾人所認為足以轉移法蘭西法學趨嚮之著作，其著者固非以法律哲學自顯。十九世紀之末葉，有蒲司諦（*Boistel*）者，根據於個人主義之人格尊重原則，而演繹一法律制度。其書蓋實新式的玄學派法學也。稱舉史丹墨賴之學說以與之對抗者，實為屬於歷史派之法學者；其人且為比較法律學之領袖也。故自然法則派在法蘭西方面之重起，

蓋有三因焉：其一，由於史丹墨賴學說之影響。其二，由於十八世紀之哲理派與玄學式的哲理派之死灰重燃。其三，則由於比較法學派者之崇信理想主義的解釋方法是已。

法蘭西之新法學思想，吾人可於下列之摘錄中略窺其大要。薩萊於其上述著作中謂：其所不變者，則爲公理之必須實現是已。吾人應依照社會公理與社會秩序之程度，而使人人各得其平。顧何者爲吾人之權度，何者乃爲社會公理，又何者乃爲社會秩序，固莫得而預定之者也。凡茲種種，惟有視法律所接觸之社會事物，而隨時定之已。社會之事物，常變動而不息，常進化亦常嬗蛻。故其恃之以爲權度者，亦惟有常變耳。社會之事物，固爲其樞紐矣。捨是以外，若各人所懷之各種之概念，如公理，如權力，如自由，如社會權利，與私人權利，如對於此類對抗勢力中不斷之爭鬪方面其所予之分量，蓋皆爲確定其權度，社會公理，社會秩序之樞機。而分量之爲物，亦常變換不定者也。（Saileilles' L'ecole historique et droit naturel 載於 Revue trimestrielle de droit civil, I, 80, 98.）

夏蒙於其自然法之新潮 (La renaissance du droit naturel) 一書中謂：

近今之自然法則論，其意義蓋迥殊與曩昔，而築於一絕不相同之基礎之上。二者之間，實有甚大之變化焉。新派之說與進化論功利論，皆能融洽而無間，而無前日呆滯拘泥之習。新派之所謂自然法，固認其有一流動不息之實質者。承認社會之與個人，實為互相依賴者。對於法律之與個人觀念，取調協而不取對抗之態度。故於此變化之中，法律的理想主義，不僅未削弱，抑且加增其力量與範圍焉。217—218

但慕葛 (Demogue) 嘗言，或其書中至少有此意思，新法學的理想主義，但求尋覓「一時代之理想」而未嘗努力於一絕對理想之實現。是故歷史派與哲理派之興於法，猶之歷史派與分析派之興於英也。歷史派法學者起而摧毀自然法則之偶像，且進而證明由抽象之原則以演繹一無所不能用之模範法典之無實效，固誠是矣。特其欲為現在與將來而覓出一切之法律原則，其為無實效，將毋同。故二者之立論，欲其切合於事實，則必更有所以自廣者焉。至於現今，哲理派之學者，乃不得不信法學理想之含有相對性。而歷史派學者，亦

不得不信是非與公平之觀念，實爲法律方面發展時期中之主動力；以及法律之必當適合於實在生活，更不得信舊有之物，未必足以應付現在之需要，而承受任何之批判。是以吾人乃發見一新派之法學者，一方面保存與適用歷史方法，而同時他方面又保存與適用哲理方法。以其一釋明現存法律之內容，而以其二批判之。歷史之作用，使吾人了解現有之事物，並知何以應付其將來。哲理之作用，則使吾人明瞭將據何權衡以判斷是非曲直，並窺見法律本身與此權衡能相符合者，果已至若干程度焉。

實證派與舊式社會學派之機械的觀念，至於今皆已擯棄無遺。蓋二者之說，充其極且必與曩昔歷史派之流弊相同。皆導吾人入於不變之一境界者也。但慕葛常謂：

不論歷史派之價值如何。又不論社會學之如何重要，更不論社會學者之最後，以爲彼能納一切事物於進化律之中而研究之，願吾人終不能不信理想之不可須臾而離。要知於人類活動之中，猶有自覺心與意志爲其不可少之要素，人之活動，即由之而出發。使吾人而否認此要素之存在也，則是欲以物質界之定律，與行爲規則相提而並

論。而視法律學爲一種圖解之學而已。如是而論法律學，烏足以爲造法者之指導。
(Les notions fondamentales du droit privé, 22.)

蓋自有社會學方面之心理運動發生以後，於是而法學方面，乃有自然法則派之垂絕而復續。其事固非偶然也。

九 經濟史觀

近代法律學與政治學經濟學之關係，既日以密切。於是而馬克思之經濟史觀，乃有侵入法律學方面之趨勢。惟其事雖或時有，而欲希望其占若何勢力，則固遠甚。迄於今其在法律學上之影響，猶甚微薄。惟吾既已列論現代法學思想之各派，則於此亦姑略述其概，以備一格。

歷史觀之爲現代學術界所承認者，其類有七：其一爲理想主義的史觀，以黑格爾之學說爲最。是派之主旨，要以思想與感覺解釋一切歷史的發育。其二爲宗教派的史觀，是派認

宗教爲人類進步之中心，及人類發展之決定力。其三爲政治的史觀，是派蓋以亞里士多德爲其鼻祖；亞氏之學說，在英美政治思想方面，勢力最深；其方法亦最盛行於是二國；其說之要旨，蓋認政治之進步，實由於政治制度上之由絕對主義而趨向自由主義之運動，此運動之進行係漸進而又固定者。其四爲唯物史的史觀，是派倡於惟戈（Vico）與孟德斯鳩（Montesquieu），而大成於蒲葛爾（Buckle），至拉齊爾（Ratzel）而其說益明晰。是派之解釋歷史，求其主宰之因於物質的環境方面，以物質上之緣由如氣候、飲食、土地、種種以說明社會的發展焉。其五爲人種學的史觀，是派與上述物質的史觀，初若無所殊別，惟其不同之點，則在重視民族性格與智慧及人種對於社會方面之影響焉。其六爲文化史觀，是派認人類文化之發展，爲人類進步之原動力，並認人類之目的，不外努力於發展文化。其七則爲經濟史觀，是派以馬克斯爲其主人，其學說之主旨，在認「經濟制度爲歷史之疇範，歷史本身惟有依照經濟之發展而解釋之焉。」

對於通史之解釋，有上述如是諸派，至於法律學及法律史之解釋，則其說至少有六。而

法學者之派別，亦可依其所守之說而爲之分門別類焉。是六說者：其一爲理想主義的法學觀，是派認定公平觀念之發展，爲一種人生的與道德的現象，由一切法律條文判例立法及原則而表現之。是以茲派欲求一公平與是非觀念底玄學的或哲理的根據。其結果則或欲因此而建設其法律史或欲從而建設其法律學。十九世紀之玄學派法學者，卽以是爲其立足點。而歷史派之承認此種玄學論，亦依此爲其立足點者也。其二爲宗教的法律觀，是派求法律進步之樞機於宗教思想之發展與宗教制度之中。德之司督兒 (Stahl) 曾大規模的作此類試驗。其餘亦往往有就法律史中之一事一端而發揮之者。顧其結果甚微。其三爲政治的法律觀，其說爲吾人所最熟聞。是派之主旨，假定由桎梏而向自由，由身分而向契約之運動，實爲法律發展與社會發展之鎖鑰。故是派實爲理想主義觀之一派。認一部法律與法律史中，不外爲自由觀念之表現與發展而已。由是而遂主張以增進自由爲法律最大之目的，而所謂法律學者，可當作爲法律的自由之科學看待。有若羅勒密 (Lorimer) 所說：

法律學之最密接的客體，此客體者，卽其所欲求之分立的科學，卽爲自由是已。

(Institutes of Law, 353 1888)

其四爲人種學的法律觀，首倡是說者爲浦斯脫 (Post)。此說於所謂「生物學的社會學」一時期內，最爲社會學者所崇信。是派注意法律方面的人種之環境，而認人種的特性，爲各種族中之法律進步與法律制度之惟一決定力。是派與孟德斯鳩物質的解釋，乃至經濟觀，文化觀，實有密切關係。有若浦斯脫所謂是說實由校正上述各說而成者也。浦氏原未自認其說爲完備，而不過聊備於一格。其解釋之方法，則純粹由經驗而立論。顧亦有捨經驗論的方法，而另從理想論方法著手者。蓋彼實假定每一民族各有一定形式之法律智慧，而認各民族之法律制度之發生，卽係其各有之法律智慧之表現。其五爲新黑格爾派之文化論的法律觀，已於上章論之。上述諸派之說，其風行於美利堅者，惟理想論與政治論二派，而尤以後者爲最占勢力焉。

最後爲經濟的法律觀，有亞達姆 (Brook Adams) 者，嘗以是說說明英美之法律史。
(亞氏之作有 Centralization and Law, The Modern Conception of Aminus)。

彼以爲法律者，實爲最有力之社會階級之意志表現，由經濟的動機而決定者也。所謂公平觀念，固毫不受理論上之發展與法律進化之影響。而法律條文者，完全由有力階級於能以其意志加之於社會之弱者之範圍以內爲自利之目的而設定者也。是派之學說，其挾有命令說的意味，蓋與分析派相同。奧司丁之立論，除以有力階級之功利觀念，代亞氏之所謂自利心以外，其餘實無所異也。命令說之論調，捨此二派以外，蓋無有襲之者。而茲派之中，亦有不採命令說，而其說大體相類者。如克洛司（Croce）之論是也。克氏謂：

無論何民族之真正的法律史——此所謂法律者，謂實在執行之法律，而非法典中之條文之謂。若條文之爲物，僅能認爲具文而已；——不外即其民族之社會史政治史而已。換言之，凡法律史亦必即爲經濟史一部需求與工作之歷史而已。（*Ricuzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, 46.）

就上述諸派之必法各以其說爲法律學之中心而言，則誠有如史穆兒教授所謂，彼其論列，實皆對於社會法則之一時的見解而已。是中尤以挾帶命令說色彩之極端經濟觀，最

爲偏見。吾人試察歷來法庭判決之內容，其間法庭與法律的理想主義，往往創立或適用超脫於有力階級或普通社會中任何階級之觀念的外。於人生的行爲規則者，蓋不一而足。其或雖係某種最有力之社會階級所設之純粹的法律習慣，而經法律家用邏輯方法發展之結果，由是而於此階級之利益，反爲其妨礙者，則亦往往而見。凡此種種，皆足以證明其說之陋，而欲強以爲法律學之基礎，或認作法律史之哲理，適以暴其見解之淺狹者也。絕對的萬古的公平之理想，爲往昔法學家及法官所欲憑以爲標準，使法庭所引用之法律，能庶幾符合於此理想者，不論其崇信如何錯誤，而在古典時代中，實爲最有勢力之理想。至於古典時代，又爲世界兩大法系之發育時代。此理想者，實爲羅馬法之自然法，則時代與十七八世紀歐洲大陸方面之自然法學派時代之原動力；又實爲美國方面衡平法庭之產生時期，衡平法之發展時期。與美國方面之習慣法成立時期，及引用美國例案法中之習慣原則以適應需要時期之原動力。此理想之根本原則，欲以歷史爲其根據者，而實爲歷史所推翻。此原則之所欲解釋者，其對象實非法律而爲立法，並實爲無足輕重之立法，而倡之者且將欲由是

而尋覓其新路，以是之故，其所解釋者，類皆爲法律的發展中，最軟弱之部份。吾人要知公平之司衡者，其所欲求得之公平實較之命令觀的經濟觀者之所言，正不知其相去幾何。吾人於此，當知人類之意志，實非單個的原因，可以使之活動。舉凡習慣，意氣，與一時的意外之事，及其他種原因，甚而至於與自利相反者，皆可支配其意志。夫以管理公平之事，而付之於一羣專門職業之掌中，彼其人皆浸淫於有長久歷史的許多原則之中，挾有一公平之理想，與一有系統之學術以爲之用，則吾人決不能認其人之意志，得爲單純之原因所支配者也。換言之，吾人於此決不容忽視精神上的自動力，此其爲力固超越於任何機械的因果之上。此新黑格爾派與法蘭西新派之法學者，所以欲着重心理學方面，而亦社會學者之所以努力於社會心理學也。至於主張經濟觀者之學說，其可存之論，則柯賴固已優爲之矣。

下篇

社會法理學

社會法理學，迄於今蓋猶在形成時期之中。近代社會學者之派別，殊爲紛歧。若社會法理學者，因反應社會學諸派學說之故，而其見解亦以互異。顧初不得以其見解互異之故，而吾人遂能否認社會法學派之存在，或法律學中之社會學的方法之存在。猶之不能因哲理派法學者之議論迭出，而遂得否認哲理方法之存在，其理蓋相同也。

社會法理學之與社會學，有相同之點存焉。二者皆根據於實證哲學者之學說而產生。彼其初皆根據於孔德（Comte）之實證哲學，而爲繼續的發展。至於近今，則二者皆已能脫離其原來之窠臼，而自成其說。顧猶有主張社會法理學，應視爲實證派之哲理法學派者。若裴魯雀瑪謝蒙仍主此論。其餘則有因社會學派之思想，無論在普通社會科學方面，或法理

學方面皆曾經過一人類學及人種學之時期，於是有認社會法理學不外爲一種以人類學人種學爲根據之法律學者。若台爾范希河 (Del Vecchio) 則嘗主是說。換言之，卽前者認社會法理學實爲一種機械的法律觀，以法律爲社會力方面一種不可變易的機械性之產品；而後者則認社會派法理學爲一種人種學的法律觀，以爲彼其所謂法律學實由古代制度之比較研究，或總集純粹形容的社會科學方面之法律材料，而發展以出者矣。其在於今，對於社會法理學持批判之態度者，猶主此論。社會法理學之足以與人以口實者，蓋以其於萌芽時代之中，此派之發展，往往有偏向於社會科學之一部份者，或側重於一面的研究而抱持一種之解釋者。顧此其爲病，不獨於社會派爲然也。蓋凡法律學上之一切學派，皆未能免於是病。若分析法學派，則以嘗過偏於命令說，而使人厭聞矣。若歷史法學派，則以力求適合於薩維納之造法觀念，而今乃入於衰落時期矣。若哲理法學派，則亦以其說之漸合於前世紀之玄學方法，而見棄於英法諸國矣。若社會法理學之成立，原非出於一旦；或者且以爲茲派猶未及成立之期。茲派之學說，自發生至今，蓋其時期蓋已歷經更迭，其間頗有未成

熟而即萎謝者，有迄今猶在討論之狀態中者。吾人而欲明了此派之學說爲何物，或欲從而批判之者，則尤不可不先區別茲派之諸期。而熟知其內容。顧諸期之區別，僅能就其大體而劃分之。其劃分也，以其本身之分限，原非十分明晰，故自不免有牽強割裂之缺憾。此則因茲派學說之發展，首尾不逾半世紀也。約而言之，社會派法理學，自出世迄今，蓋已歷三期。而此後且將入於第四期中。此四期者爲：（一）機械論時期；（二）生物學時期；（三）心理學時期；（四）統一時期。

一 機械論時期——實證哲學派

世稱孔德之社會學，實有類於社會機械之工業學，乃研究一種無生命之力，用以推動時代之轉輪之教科書也。蓋孔德者，一數學家也，而十九世紀之上半葉，其時科學思想之中心點，最注意於物質宇宙之機械性。一般人之心理，皆顛倒於定律「機械定律」之一物。此定律者，得以數學而表明，自然界之動作，皆爲其所操縱。是以於此時代，無論何人，皆懷有一

數學的觀念於其胸中。彼輩欲尋出一種數學的或機械的定律，萬物依是而生存，諸事由是而處理者。此類思想，於最初之實證派法律哲學中，及社會法學派之初生期，皆易發見。若是者，蓋皆受社會學之始創者學說之影響也。而在法律學方面，其易爲此學說所攝引，及其影響之比較長久者，此實受歷史派勢力之支配。社會學者之治法律學，有同乎歷史派法學者之方法。自其進化方面以窮究其變化，而斷定其變化之發生，實與社會本身之變化有密切之關係。歷史派學者，始由是而發見其背後之玄學的定律。而社會學者，則以物質的定律代之。其結果蓋相同焉。二者皆抹煞舊有之是非觀念，與夫法律學或立法方面之理想主義矣。

其後又有所謂法律社會學出世，其方式亦復無殊。其主旨欲以經濟學說明一切法律的經驗；前述之經濟的法律觀，即是類也。此派欲以實證哲學的態度，建設一種定命的自然法則。舊式之自然法則，其目的在搜尋永久不變之原則，而務使法律與之符合。若此所謂自然法則，則欲搜尋一種規則，以制宰法律的發展，而務使法律與此發展相符合，而亦自然符合。不論在何情形之下，凡百狀態之存在於法律中者，皆因此類規則運行之結果而存在，因

此類規則之運行而法律乃變化。其變化也，亦必依一定不易之規則而進，有若自然界之受物理定律之支配者然。在美利堅方面，以此種學說極端發揮者，不乏其人。若亞達姆之書是也。亞氏於其集中化與法律（Centralization and the Law）一書中謂：

法律者，乃由生存競爭而起之各種力之衝突之結果而成者也。各人之要求，既必有一單一之喉舌，以使之表現。於是而各種力，乃不得不混合。由是而成之混合，吾人稱之謂主權者之意志。法律之爲主權者之意志，與由離心力與向心力牽制而成之恆星軌道，將毋同。是故法律與行星軌道二者，皆爲必然之結果，無可疑也。而二者之與公平是非之抽象觀念，立於同樣之關係，亦無可疑也。P. 23

亞氏又謂：

凡百勢力，始皆常在衝突之中。及其欲求表現，而於是遂不得不混合。混合之結果，而法典（Corpus Juris）以成。此法典之所向，又必爲能制宰一切之力方面，依其勢力之大小，而定其角度。纖毫不謬……

主權者之爲用，傳達機關而已，喉舌而已。此喉舌之形式若何，名稱若何，皆無關於實際。社會之合併力，或由先知者爲之表現，若馬粹思之授耶教信條，或由君主爲之表現，若該撒之立大法，或則由金錢的寡頭政治爲之表現，若英之巴力門。雖其傳達之者不同，而其結果則一也。社會中之宰制階級，不問其爲僧侶暴君權臣武夫或資本家，必皆欲型範法律使之便已。而每一時代之法典，亦必力求與公平之理想相接近。其所謂公平理想，又必與其時代中之宰制階級，最有利者也。P. 63-64

讀亞氏之論，而社會學中之機械時期，其內容可以窺測無遺矣。機械之時期，在社會科學方面，至於今蓋已在過去期中。惟在法律學中，猶有其遺跡之存焉。史穆爾教授曾有中肯之批評曰：

史賓塞爾所倡之社會學，無殊於認一切社會科學爲天神之轉輪。吾人惟能說明之，而決無從假定其能爲人所組織及統御者也。

共伯祿會茲 (Gumpowicz)，於其早年討論貴族社會之著作中，嘗斥批判爲毫無實

用。其言曰：

社會學之爲學，其對於自然界，必當免除爲批判之功夫。蓋社會學之所以爲貴，全在其敘述事實與夫能使其適合於定律而已。

共氏所持之理由：蓋認

社會現象，必隨人類之自然現象，與人類相互關係間之自然現象，而定者也。

(Small's General Sociology, 86.)

亞氏之書中，亦有同樣之精神焉。其言曰：

對於此問題之道德方面與政治方面，非吾儕法律家所欲過問者也。蓋法律家之職志，惟在承認一切存在之事實，而理涉意外發生之事件而已。吾儕所欲過問者，惟對於法典方面競爭之效果。法律既爲各種勢力衝突而生之牽制力，是以最後必然的向強者之一方而進行，而成爲勝利者之王冠，蓋無疑也。132-133

由分析方法與歷史方法所發生之實際效驗，因而影響於立法之基礎方面者，其在社

會法理學派，則更變本加厲。彼以爲法律者，實爲無可免之一種牽制力。不論其爲立法抑或尋法，立法者或法官，惟有依照社會中之宰制階級的實際的志願，以行事而已。十八世紀之學說，雖對於法律之根本（*fundamenta*）不容其變動，而猶許吾人一審其最高組織方面之究竟，使得努力於各部之與其理想的計畫，歸於一致。彼固猶承認立法者與執法者，實各有職務。至歷史派則遂否認立法者之真正職務。及實證哲學派出，而執法者之職務，亦被否認矣。後者不僅認立法之無實用，雖非根據於歷史派同樣之理由，而且目執法者爲同一無實用。是以茲派所成就，乃完全爲消極性者。雖已助同他派而廓清一切，而固未嘗能有所建設也。蓋由宰制的社會有機體之表示，而創造或授予之法律標準，固未能必其實現於法系中也。羅馬法中之法律行爲原則，與英美法中之侵權行爲法，皆不得成爲世界之法律。則以其背後有一宰制的社會力量存在之故也。不寧惟是，借使法律之中而果有此類之社會勢力存在，然實際上亦不過留一空痕而已。蓋凡論法律，而忽視法學者與執法者嘗有一絕對的與永久的公平之理想存於其胸懷，時時務欲使其所執行之法律，切近於此理想，同時又

忽視法律的史迹，若習慣的原則，及習慣的哲理方法之類，則誠盲於無論何時代中之決定法律內容之主要力者也。夫一時代中之訓練，與反應階級利益之社會，其足以影響於公平之理想固矣。特趨向於公平理想之努力，實為階級利益加入於法律之最有力之阻遏也。在任何時代，一社會中之宰制階級之自私自利觀念，其足以控制法律者，蓋惟限於命令式的部份。此則立法方面是已。顧亦以是之故，斯立法事業之在法律的發展中，不能占有重大之地位也。

初生期之社會派法學者，一方面追蹤歷史派之舊套，而以另一理由主張努力之無實效，此其說固無可取也。顧他方面亦嘗對於法學方面，有所盡力。裴魯雀瑪且稱道其為有無限價值之貢獻焉。茲派之所盡力者，蓋有二端：（一）茲派學說確能認清團體階級與多元結合（compact plurality）之重要，從而推翻個人主義派之出發點，及十九世紀法律學中原子論的立足點。（二）昭示吾人以法律與社會現象關係之重要。因茲派主張社會組織之形式，非武斷的人造的事實。社會之為物，非人類所得而創造。社會發展之途徑，必須依

照於確定之定律，猶之宇宙之必須爲物質定律所支配相同。法律與法的制度，以其爲社會現象之一面，故其發展，亦惟有依同樣之定律而進行。因其見解之狹仄，而遂引起另一學派之發生。欲就更廣大之基礎，而爲同樣之研究焉。此則社會——哲理派之所由起也。

二 生物學時期

十九世紀之最後三十餘年間，法律學者開始以生物學的口吻觀察一切事物，或僅假用其名，或更承襲其義。蓋自達爾文之造時代的學說出，而進化論乃成科學思想之中心。此概念者，自自然科學而侵入言語學，由是而改造之。更進而適用於社會制度史宗教制度史方面。最後乃卒襲入法律學焉。於是一「物理學的國家學」之試驗發生以後，且繼之以自然科學的國家學，與自然科學的法律學。機械論的社會學之後，而繼之以生物論的社會學。有一時期中，二說且交相爲用。若史賓塞爾之社會學，卽其例也。惟多數之批評者，皆指史氏實非純粹的進化論者。社會派法學之始以生物論爲其立足點也，蓋亦相類。法律學者，是時皆

爲天演論所折服，生存競爭之定律，以其暗合於由歷史派或積極哲理派之影響而發生之信仰，於是幾成法律學上之根本原則。其說之結果，蓋與積極派殊途而同歸。引吾人以達於同一之結論。認定法律之目的，在使人人得於有秩序的有規則的狀態之下，皆有自由活動之機會。使弱者以是而淘汰以去。且使天擇之定律，得由有秩序的社會方面的生存競爭之繼續進行焉。近今「法律之社會化」之法學運動所以發生，則社會自覺心之反對此種學說，實乃其最大原因也。

於生物學時期中，社會派法律學，蓋嘗歷四種形式，（一）機械論派，上章已詳論之。（二）人種學派，（三）哲理派，（四）有機體論派，茲就（二）（三）（四）三者，分別論之。

法律學者，因發揮與適用進化論之故，由而有一時代過度的信託古代法律。有一派之學者，起而研究古代人民之社會與法律制度，欲以尋覓法律學之根本實錄，與法律發展之定律。彼以爲彼能於古代人民中，發現一切之材料，以說明社會一切事物。是以說明現在法

律系統之材料，亦當然得於此中求之。茲派之著作，吾已於他處述及之，並稱道其能廣歷史派與哲理派治學方法之功。茲所欲言者，即因其學說之發生，一方面引起以人種之名義解釋法律學與法律史之試驗。此端已於上章論之。他方面則又引起治法律學之真實方法，當從社會學者所稱之人文地理方面下手之論。換言之，即法律科學，應以形容社會學之大綱，為其基礎是已。平心論之，往昔之治學方法，若歷史派與哲理派，皆未免拘守於其材料方面固矣。顧人種論與人文地理方法，則亦未能認為社會派法學者惟一之工具。猶之二者之不能認為普通社會學者之惟一之工具，其事相同也。社會學者有言：

若吾人單認不發展時期中之人——周圍於此人的方面之一切可利用之證據，皆忽視之，——可以供給研究人類性質方面之主要材料者，實乃大惑也。（Small,

General Sociology, 100.）

今欲單認此人的社會制度，可以供給研究法律系統方面之惟一的或主要的材料者，其感蓋相同也。惟近今從過度的適用人種學方法，而發生之反動，則亦似有矯枉過正之嫌。

若託都龍 (Tourtoulon) 所言：

人種之各自有其遺傳性，又各受其遺傳性之影響，與個人同，固矣。若法律之爲物，乃完全社會之事，而非個人之事也。法律者，羣之出產品也。由羣之方面，所放射而出之思想，則無從受生理學方面的影響。此則以其思想乃係由他思想所發出，而非由一有機體所發出之故。是以人種之勢力，實無從影響於制度方面。白種也，黃種也，黑種也，苟有同等之發展，而處於同一之地位，則亦必產生絲毫無殊之法律可知也。顧於其各個色種方面而言，則猶有其白黃黑之殊異焉。(Tourtoulon, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, 85.)

託氏以爲單個的性格混合於羣之後，另有羣的性格成立固矣。特個性未必以其合於羣，而遂自喪其原有之性格也。夫認法律爲能毫不受人種方面之影響者，是無異對於一羣醉人所通過之法律，而認以爲與各人之醉不生關係者也。此派之說，猶未能盡其研究之能事乎。顧此派能反人種論者過甚之說，其功亦有足多者。近今雜種民族與法律之關係壹問

題，在世界各地中，日加重要，法律之與雜種民族，因其內部之思想紛歧，而不能有共同的目的，故，是以其效殊為明顯。又古代法比較研究之結果，而知自自然法則派傾覆以後，吾人乃未免過於重視法律學原則之相對性。富埃（Fehr）於其比較哈苗萊皮（Hammurabi）法系與薩列克（Salic）法律之後，作而曰：

超脫於人種及民族之外，人類之中，必有共同有效之條件，以支配法律之產生焉。社會生活之精神方面，法律於以而產生者，其對於人種及民族蓋決不如歷史派所臆斷，而有何密接之關係者也。於完全殊異之民族之間，而其法律亦時不乏有相同性者。此則惟有以普通的人類基礎以解釋之而已矣。（Hammurabi und das Salisches Recht, 136.）

生物——社會學的哲理派之學說，雖其方式各異，而大都根據於天擇論而產出。於一方式中，認法律之發展乃係由法律制度法律原則之衝突或競爭而成。彼其能存在於此衝突競爭中者，必其最適於促進民族進步之效用者也。由是之說，法律乃成一綜合之工具。彼

其主旨，惟在保障其所屬之羣之繼續與進步，使其不受內部任何分子之障礙，或外部仇敵勢力之障礙是已。是派之中，且有承襲玄學派之故智，而依是學說以推演其全部之法律系者。若烈卡特 (Richard) 之論，則法律方面一切之功用，皆不外因免除衝突之緣由，而加以一種禁阻的干涉手段而已。是以社會因禁人以暴力或詐術奪人已有之物，於是而懲竊盜，劫掠，而設所有權焉。契約之設，惟在免詐虞失信之事發生。法律所以承認善意正真之契約，正所以遏詐虞失信之事而已。平心論之，社會法學派中，此種學說之陋，蓋無殊其所模仿之玄學派之學說。而此種學說之所以出於若是態度者，蓋法學思想方面近習性之作用，實其厲階矣。吾人當知玄學派之於法蘭西，迄十九世紀之末葉，其勢猶甚盛也。

另一方式之生物——社會學的哲理派，則以種族競爭論，或種族觀念競爭論，爲其立足點。此方式已於人種的法律觀中，詳論之。此外更有一方式流行頗盛者，則以階級競爭論爲其出發點。此方式之立論，不似機械式的社會學，認階級競爭爲法律統系之全部實質，而能機械式的操縱之。而僅認其因競爭之故，足以發生天擇之效果，由是不適宜於生存之制

度或規則，皆淘汰以去。或則種族或國家，因不能保存及發展適宜之制度規則，而本身遂受其淘汰焉。就階級競爭方面而倡天擇論者，當推范卡羅 (Vaccaro)。范氏以爲法律者，皆由社會階級之競占最高地位而產生者也。顧彼未嘗認法律之惟一功能，徒在表示當時宰制階級之意志，若亞達姆「以爲戰勝者之王冕」之論。范氏之主旨，迥異於經濟史觀者命令說的解釋，而認法律之功能，爲決定人羣互相生存之條件，使人人能適應社會之環境者也。若是之論，直是就玄學派歷史派固有之說，而出之以社會學的口吻而已。顧亦有判然殊異於二者在，蓋范氏實側重於法律之相對性而立論也。范氏以爲：

由法律所授之相互生存之條件者，非所謂「當然」之條件，以之保證人人最大之可能的福利者也。而實由一定的歷史時間中，因人類之動與反動，而發生者也。

(Les bases sociologiques du droit et de l'état, 452.)

吾前已言，上述之相對論，其功固足以導吾人推倒公平之絕對觀，及根據於假定的根本法律概念而成立之死方法。特此意義之適用，亦有矯枉而過正者。今也固無人能依據自

羅馬共和以還任何一時代中之人之動與反動，以釋明遺囑法中之不可能與不法之前提條件之原則之冗長的歷史也。又決無人能據債權階級之權力論，以解釋債務者責任免除之原則，其冗長與廣漠之近代史，與因法律及輿論之偏袒債務者之故，而偏袒債權者之形跡，遂有消滅之趨勢也。而類此種種問題，其在法律系統及法律學中，以視夫生命短促之刑法條文，彼主張階級競爭說之流，所據以自圓其說者，蓋重要遠甚。由是可見其說之無據矣。顧此種學說，頗能引起一般人注意者，則以今之社會，因工業發達之故，各種懸殊之階級，有如春筍而苗起。對於此種社會而仍適用其十九世紀以還由抽象方法而推演之法律原則，其作用乃大異於昔，而不平均狀態乃豁露而顯陳矣。今之所謂社會主義派之法學者，大都皆專向此方面努力進行焉。

近代法學家中，從確定法律內容與工業階級利益之關係，而研究法律者，當推孟歌（Anton Menger）爲首。近代歐洲大陸各國之法律，當其重纂法典之時，蓋大都皆在現代工業發達之先，惟德國新法典，乃其例外。由是勞動問題，未嘗能容納於此法律之新世紀中。

孟歌取法律所予以保障之利益與未予以保障者，相爲比較。其實其所謂未予以保障者，乃因法律成立之始，此等狀態實未發生，斯法律乃無從爲之規定也。而主階級競爭說者，則認法律爲全置勞動者之利益而不顧，其說實全背事實者也。若法蘭西法典，足以爲其明證。當其編訂之際，固悉以百年前之法學者之目光而下筆，斯其法律，實代表百年以前之時代背景，而其時所謂工業階級，固未發生也。其次若其他大陸法典，若英美之習慣法，彼其抽象方面，亦皆代表曩昔理論的平等觀念。是以未能盡合於現代因工業發達而發生之各種階級底社會之狀態也。歐洲是派學者之論調，在美利堅之社會服務者中，亦頗有其同調者。若恩特勞 (Andler) 於其序孟歌 (Recht Auf den Vollen Arbeitsertrag) 一書時謂：

不衛生之住屋，昂貴而又須先給之賃金，商店管理規則之壓迫，工作之時間與方法罰金，凡此種種，蓋皆以契約自由之假定而行之者也。然而自由則固剝奪矣。

社會主義派法學者，由研究法律與社會階級之關係，更進而倡法律之社會化說。就此端而論其對於法律學上之貢獻，固不可忽視焉。

其次有有機體論式之生物社會派者，其學說實不啻一純粹之哲理派，而以生物社會學之口吻出之。如富愛勒 (Fouille) 謂：

自然史之定律，固推之任何國而不惑者。蓋因國家既爲一自願同意之工場，斯其同時亦必爲一自然之有機體。

富氏以爲由國家制度而產生之自然史之定律，法律制度固亦包括其中。富氏之引用其學說也，其方法蓋無殊於玄學派者。彼所下之法律之公式，爲：

實體的與完全的法律，同時爲理想亦爲現實者，不外爲最大限度之自由個人一律平等，而同時卻與社會有機體之最大限度之自由實力與利益能相行而不背而已。由是觀之，其說實無殊於玄學派之公式，而加以空洞之社會化者也。

是以若古倫勃克 (Kuhlenbeck) 「對於遺傳論之法律——哲理的及批判的評值」之著作，蓋亦僅能認爲哲理派，而不能列入於社會派也。

至於今，社會——生物學之全盛時代，其在法律學中，既已凋謝。吾人對於是派之社會

法理學派，苟加以公允之鑑評，則覺其所持之進化論之寬放化之效果，由舊有之堅硬的機械式而解放以出者，與生物論之對於歷史派及舊時生物學者所遺下之絕對觀念之寬放效果，其在法律學方面，確能進一步而觀察。特捨是以外，其成效蓋殊微也。生物方面之事實，其於法律本身固不無其微渺之因果，特原非法學者所必須研究之因果也。公平（依法律執行之目的之意義而言）公共秩序，法律秩序，即德意志人所謂之（Friedensordnung），若是者，雖皆可以認為天擇程序中，一種前向的文明化的作用，使生存競爭得依規律而前進者。若刑法之為物，更易認為從事於天擇之職能者，顧吾人若由是而觀察法律，則吾人已舉社會學法律學本身明顯之狀態，而皆忽視之乎。善夫托都隆之言曰：

天擇論之為物，對於任何部分之法律，不論在理論方面，抑實際方面，皆不足為其根據者也。

● 三 心理學時期 (Les principes philosophiques de l'histoire du droit, 82.)

社會法理學者之折而入於心理學也。蓋受三種勢力之影響焉。此三種勢力者，可以以三人代表之。卽喬基 (Gierke) 華特 (Ward) 泰特 (Tarde) 是也。此三勢力者，簡言之，則其

(一) 從事於團體人格與團體意志之研究，於是引起法律政治哲學方面之心理學運動；

其(二) 根據華特之原則，謂「精神的力，其爲現實的與自然的，視之物質的力無異，而且爲一切社會現象之真因。」於是而引起社會科學底治學方法之革命；其(三) 泰特之認模仿性爲法律制度之發展底最主要原因；並其所發見之心理學的與社會學的模仿性定律。

喬基既爲德意志的法學者，故表面上其學屬於正宗的歷史派。而其時歷史派又皆爲羅馬學者，以有是良好之環境故，至少亦半受其影響，是以一方面其治學方法偏於歷史派，而一方面卻能超脫於歷史派之玄學方法，與其牢不可破之舊習。是以其說一反當時盛行之論調，以個人意志爲法律學上一切討論之出發點，而劈頭卽以社會學的口吻出之。喬氏於其團體法一書中，開端卽謂：

人之所以爲人者，以其有羣也，以其能羣，是以不寧使存者能增加其勢力，而且以

其羣之爲永久的，而不隨個人而生滅，於是而得以合過去與將來而使之呵成一氣；由是而人類之歷史，乃有發展之可能焉。（Das deutsche Genossenschaftsrecht, Vor

I, I.)

喬氏三團體論，其爲對於十九世紀的個人主義的法律學重大攻擊也。視之姚令之利害論將毋同。彼主張團體之爲物，實自有其真實的人格者。團體者不僅爲無數個人之和，於和之外，而且另有物在；其人格之成立不寧爲法律的假說，抑且爲明確之事實。團體又自有其意志，此意志者，異於此羣內個人之意志，而抑又真實不虛者。彼又主張法律非能創造人格，而僅能就已有者承認之。猶之人之爲人，法律亦僅能承認而不能創造相同也。而團體之行爲能力則與個人之行爲能力亦同，法律亦唯能承認之而不能創造之。喬氏之爲此說也，蓋不僅就法人說方面而起革命，抑且爲最大之團體而創樹新論，即今之國家是也。就其說則團體意志，不僅未弱於個人意志，抑且視之而更重要。團體之動力，視之個人之動力，二者皆有同等之價值；皆必須顧慮而說明之者。若馮德（Wundt）所謂：國家者，非法律所必需

者也。法律之所必需者，爲一團體之存在。此團體者，因內部之思想與利害一致之故，而能產生羣的意志焉。由是法律卽以實現馮德之說，大足爲國際公法之根據者也。

因此派之法律哲學，由個人意志而趨於團體意志，由而捨個人心理而側量團體心理，其結果遂不得不着重於相對論。顧同時他派之法律哲學，亦有倡是論者。馮德於法律哲學概要一書中，力主其說。馮德以爲法律之進程，實不外爲民族心理之進程也。是以猶之其他一切精神的創造物，法律常在，抑且將永遠繼續於變的一進程之中。馮德謂：

法律之常在變化中也，與人之自身相同。今有人焉，乃欲揉法律而使成爲一抽象的無所施而不當之制度。此其愚蓋與希望創設一世界語之計劃，無以異也。

其次因此派學說之影響，而法律學中之債權法，遂轉而趨入於社會——心理學方面。換言之，卽社會心理學的權威論之產生是已。耶令納克 (Jellinek) 之定社會底界說也，謂爲是乃人與人間心理關係之和，而表現於外界者也。耶氏之說，實採取分析的觀察法，而爲近今德意志一般著作界所通行者也。耶氏論法律之要點有三：

(一) 法律者，乃衆生互相對待之外行底規範也。

(二) 法律者，乃由一已知之外現的權力，所發生之規範也。

(三) 法律者，乃一種規範，其束縛力乃由外現權力爲之保證者也。Jellinek：——Al-

Igemeine Staatslehre, 325.

鄢氏以爲規則之所以遂爲法律者，以其始卽爲規則也。權利之所以得爲法律所承認者，以其動作之際，有規則在於其後者也。此其論蓋以爲法律之得以成立，全賴有心理的效率之保證故。換言之，卽政治之權力者，當其立法之際，有社會——心理力爲之後盾，使其所立之法，得以生效，而爲行爲之動機。是以雖與個人之動機相衝突，而無礙其爲法。鄢氏之論法律與國家之關係，及其論權威之性質，蓋皆有類於德意志立法運動時代所發生之命令說，而加以必要之修正者。鄢氏所倡之社會——心理的保證之概念，由是而法律得以發生效力，與夫法律之所以爲法律，蓋實爲心理學運動中最大之貢獻焉。

法學思想中，既已從內的方面而發展心理學的趨勢，同時心理學運動，更向外的方面

而進行，使其趨勢益爲遼遠，而另啓一新方向焉。當生物學時期之際，機械式的社會學者，堅主其靜止的概念論而牢不可破。自華特既起，而局面乃全變，昔之機械的概念，遂摧廢無餘矣。當一八八三年之際，是時史賓塞之社會學，方盛行於世，華特猶起而倡社會力實以精神方面爲其骨幹之論。是時研究社會科學者，惟知求社會進步之定律爲其急務。以爲社會科學之爲物，僅能以觀察自然界之自己實現化爲其止境。華特以爲自然界之所以能自己實現化者，實由於自然界中，有意識之部份而無意識之部份動作而然也。是以社會科學若僅限於研究與觀察，猶未足盡其能事。吾人對於自然界，應取兩種之態度，其一爲其學生，其二爲其主人翁。吾人必當研究明瞭一切有效能之社會力。惟吾人如是研究之後，非能卽知社會力之工作之效果也。特得以就其所知者，而利用之以達到社會之目的而已。總而言之，懷特之本旨，在以心理學爲社會學之根據，而不欲事事依賴於生物學方面。吾人不惟應知無意識的自然界，如何而動作，而並當知心靈之如何能與人類狀態之無意識的因，合而動作。蓋此部份之自然體之能爲人所利用，無殊於物質方面之自然體，能爲吾所利用也。蓋自懷

「努力底功效」之說，成爲社會學與政治學方面一種信條以還，於是舉世乃皆不憚於法學思想方面與法律判例方面，所浸潤之十九世紀之「努力底無用」之觀念。法學界所引起之不足，與法律改善之呼聲之激進，未有若是其甚者也。

同時法律學上，另受一更密切之影響者，則實肇於泰特 (Gabriel Tarde, 1843-1904) 之著作。泰特者，精諳律例之學，始任警察法官，先後歷十八年，繼遷法蘭西法部統計司主管，並任法蘭西學院哲學教授講座。其著作之負盛名於法學界者，有模仿性定律論 (Les Lois de l'imitation)，法律學之變遷 (Les transformations du droit)，皆甚有價值。又著有刑戮哲學，已譯入犯罪學叢書中。泰氏重要之作，大都皆涉於哲學社會學門。華特既倡精神的動因爲一切事物之主要之說，泰氏更起而研究此動因之內容，而欲尋求支配此動因之根本原則。此原則者，實爲宇宙哲學之一。泰氏以爲其內容實爲普遍的不斷的重覆作用，而在社會方的形式則爲模仿性。由觀察文明之發展，語言藝術法律制度之進化，泰氏斷定模仿性乃其最普通之動因焉。於是泰氏乃進而着手披考模仿性之心理學上與社

會學上的定律。

社會學者之能示吾人以正論，何者實爲法律方面最有旨趣之部份，泰特實第一人也。以常人之目光觀之，立法之爲物，盛者獨占重要之地位。若泰氏以其爲法律家故，是以深知法學著作與判決例之同爲重要。法律上沿習之原則，與夫推理之方式，使法律得以承往而接來者，亦有同樣之價值。法律中之條文，舊者固亦往往刪廢修改，而新者往往增盛行蔓，而時亦復棄而不用；自十七世紀以還，始之篇章斷句之條文，至今日而因情勢變異，或者乃擴之而自成爲獨立法令者，不一而足；顧其變化雖如此，而吾之習慣法，自克（Coke）至今，皆有一貫之系統相承續。就法律上思想與推理之方式言，則英吉利也，北美合衆國也，加拿大也，澳斯屈理亞也，固莫不百慮以一致。而百年以往之與百年以來，其亦必一致也，將毋同。若羅馬之法律習慣，自三世紀乃至十二世紀，蓋始終相繼而合一。此習慣者，乃至後來歐洲大陸之法律中，亦飽含其方式與色彩。就吾之習慣法中之習慣而言，則舉凡衡平法，海洋法，商習慣法，皆莫不深印其痕跡，而於一切立法，亦皆能溶化之以歸於一致焉。

總而論之，因早期之心理學運動，而於是姚令所主之造法論，與歷史派（非造法）之見解，乃始得稍稍調協。華特之說出，而積極派之靜止的理論，遂受死刑之宣告。及泰特出而吾人乃始知如何而斷定造法與尋法之方向之綱領矣。社會心理學之於今日，固不僅於社會法理學中占重要地位，舉凡法學思想之方式，執法者與法學家之世界觀念，法律學中治學方法之心理，凡此皆莫不與社會心理學有密切關係。而各有特殊研究之必要者也。其在英美，不幸而舉此種學問，皆以付之於不諳法律學之人，若陸史教授（Professor Ross）以法律家而著社會心理學一書，其書又以英美法為其背景，此其價值，正不知抵若干部舊套的分析派歷史派之法理學也。

四 大成統一時期

洎前世紀之末，社會學者漸悟各派所執之說，皆不足以蓋社會學之全體，以為與其株守於一偏之見，不如盡取各種社會科學而混之以為一氣。未幾華特起而歷舉當時所號稱

爲主要之社會學的概念，或單一原則，數凡十二。之十二原則者，當時主張其原則之各派，固無一不各自認許其爲社會學之魂魄者也。華特於其書中，嘗論此點曰：

之十二原則者，實無一可以拒卻，而實亦無一非社會科學中合法之部分也。凡此不同之宗派，與夫其他諸派，不論其已成立，或猶在萌芽之際，實有類於若干之細流。固皆同趨於一途，卒乃合而爲一巨川者也。社會學之終將成爲一偉大之科學，蓋必不能捨乎是者矣。

至於晚近，學者不惟曉然各派學說之應連合而歸一致，使社會學期達於大成，抑且深知社會學本身，與其他社會科學，亦實有連絡之必要。以爲凡此分門別類之學科，實亦不外爲一般關係社會方面之科學底治學方法上之分野而已。是以爲統籌全局起見，社會科學亦有混一之必要也。

上述之二潮流，其在社會法理學方面，亦同受其影響焉。學者至於今，已漸悟原來社會法理學中各派之學說，皆不免有窺一斑而執爲全豹之弊，與夫各主其說而趨於極端之非

計；且更覺悟法律學因與其他社會科學相互隔離，遂使其獨守於一隅，而自以爲知足。此則不僅爲法律學本身之不幸，使其因是而祇能以狹小與偏向的眼光觀察一切，抑且由是使法律常有退化之患，而不足以適應社會的目的。而因從事於法律職務者見解之迂緩，不能承認或察見此種目的，遂使法律思想與民衆思想，對於社會改善問題，不能一致，而宛然有鴻溝之劃分焉。晚近之舉世對於現有法律程序，所以常懷不慊之論，不外皆因法學思想與法學方法之不合時宜而發。若此者蓋實由法律學與其餘社會科學之不能趨於一貫之咎也。最近社會科學之漸趨於相互接近之運動，其造端實由法律學與法律史之政治解釋論而起；是則歷史派實尸其功，而以英爲尤甚，由是而政治學與法律學，始漸趨於互通。同時新黑格兒派所倡之文化解釋，其結果使法律學與經濟學益爲接近。彼其以法律哲學與經濟哲學并爲一題，斯其明證也。社會法理學者，至今日而皆堅主社會科學實爲單一性而不可分裂者，而法律學之自集中與自滿足，實爲不可能之事。願世界諸國，於此趨向，猶非努力不爲功。其在美利堅，則晚近乃始肇啓其端。學者猶僅知稍治歷史以助其法律學之考究而已。

蓋至十七世紀而法律史乃始成爲正統之課目，猶之十八世紀而法律哲學，十九世紀而經濟學乃始成今之正統，其相去固非遠也。菲里曼 (Freeman) 嘗言，昔之法律學教授：

往往誠其學校中將近畢業之生徒，必須能回答英王威廉戰勝者 (William the Conqueror) 於一〇八六年，在沙落士勃萊開大會時，初以封建制度介紹於英國。史學家苟駁斥其謬，則法律家必以嚴肅之態度，答以彼乃法律門之監試人，而非歷史門之監試人也。

事實固能求之於編年史中，若法律則惟有求之於勃拉司頓 (Blackstone) 書中。惟勃拉司頓之書，乃爲顛撲不破之根據。是以凡勃拉司頓所言，渠以法律監試人之資格，決無從異議之。(Freeman, Methods of Historical Study, 73-74)

若近今霍爾姆斯 (Holmes) 皮奇魯 (Bigelow) 愛姆斯 (Ames) 梅脫蘭 (Maitland) 諸人固能使吾人對於法律及歷史有較聰明之觀察者也。顧晚近法律家認十八世紀之權利法案，爲最可依據之政治學倫理學與經濟學之科本者，蓋猶甚通行焉矣。

結論 社會法理學最近之局勢

今日社會法理學者，所欲解決之主要問題，即爲對於造法方面，對於解釋與引用法律方面，如何而使其可能並如何而強迫之，使其益加注意，且更敏捷的注意於法律所必須接觸與其常因之而適用底社會事情。更詳言之，彼輩所堅持者，共有六點：

(一) 第一，應先研究由法律與法律原則所發生之實際的社會效果，康妥祿會茲

(Kantorowicz) 有言：

吾願不信此端者，試先讀德意志民法法典中之任何一章，然後掩卷自思，苟使此法典中所定之條文，而適得其反，則其對於社會生活所發生之影響，爲害又何如耶？更試一讀一切法律學教本，與其他注疏書論叢判例報告等，則知此類問題，往往已有其答覆者有之，其未能答覆者亦比比然也。以民法方面之統計完全缺乏故，是以吾儕於民法底社會功能，絕無可考。尤以其所欲盡力之計畫爲甚。試舉一例，吾人但知民法上載有五種方式之婚姻財產底區域，顧此五種方式對於

社會生活所常常遇見之數目關係，與其地域上之劃分，吾儕皆不得而知之也。

(二) 第二，爲應以社會學的研究與法律的研究，二者相行並進，以爲立法之預備。往昔通行之科學的方法，不外就別種之法律，爲分析的研究而已。比較法律研究，因通常所認爲造法之最佳之基礎。特僅就法律本身而互相比較之，以是爲其立法基礎，猶有所未足。同時更必須探究其社會的作用，以及其行用之際，所發生之效果焉。

(三) 第三，應研究何以能使法律條文發生實效之方法。吾人於此昔時蓋全未注意及之。吾人惟知貫注其精神於造法方面之研究。以爲法律一經成立以後，即能自起而執行。此不特成文法爲然，即就吾儕所認爲法律最重要之部分包括於判例者，亦復作如是想。吾人對於法律學方面所下之全套功夫，即在編成一貫的邏輯的詳密的判例法。吾之法律典籍中主要之部，不爲初審官所賦予於訴訟者之公平，而爲高級法官藉訴訟事件以發展之法律意見。吾儕惟憑其紙上之意見，以評

定法律。而對於實際上當事人所受之效果，絕不過問。顧法律之生命，實完全託寄於執行方面。是以法律最重要之問題，即爲切實的研究，如何而可使每年鉅帑之法律典籍與法庭之解釋，能發生實效是已。

(四)最後吾人認以爲達到法律之目的所必需者，爲社會學的法律史。此法律史，將不僅研究法律如何而進化而發達，若前之祇以法律學材料視之。而且將搜探種種法律原則所已發生之社會的效果若何，並如何而能發生若是之效果。是以康安祿會茲主張吾人應另治一種新法律史，異於前時之完全捨卻同時之社會史與經濟史，而單就法律之條文與原則方面纂其統系，一若法律變化之由來，完全得於已往之法律現象中搜求之者。此法律史，決不欲嘗試證明有統系的演譯方法而得於已往之法律中。求出一切問題之答案，一若其所治之法律，乃一毫無缺陷毫無衝突之組織也者。而將說明以往之法律，如何而於社會的，經濟的，與心理的狀態之下以逐漸發育，又如何而法律之本身與茲種種狀態互相調協，互相適

應。又至何限度而吾人能以法律本身爲進行之基礎，或則捨棄之，夫然後而有產生吾所欲得之結果之希望焉。

(五)其次則爲訴訟上之每一事件，皆應求爲合理的公平的解決，此等單個事件，其在昔時，往往因欲樹立法律之確定性至一不可能之程度之故，坐是而受犧牲者，比比皆是。晚近法律學者，對於此點，論著甚富。大抵社會派法學者，皆主張「法律底持平適用」之論。以爲律者，不外爲有司之南針，引之以向公平之途而已。是以執法者，當於一定範圍以內，聽其便宜行事，以處理各種事件。如是而人民所求顯之公平，乃可以如願以償，而法律乃不背乎人情矣。

(六)上述諸端，皆不過涉論其手段。至於本派之目標，則在使已努力者益爲努力。務使法律所以設立之本旨，得以實踐。

總而論之，社會派法理學者，欲取法律之典章，原則，制度，視爲社會現象而爲比較的研究。更就其與社會情態社會進步所發生之關係而評論之。以茲派之內容而與他派相較則

其特點有五焉：

(一)茲派着重於法律之作用，而不着重於其抽象的內容。

(二)茲派視法律為社會制度之一，以為是固得以人類聰明睿智之努力，時時以改善之。茲派且認尋覓促進此努力之最善方法，為其惟一之職志。

(三)茲派着重於法律所欲致力之社會目的方面，而不着重於法律之力的方面。

(四)茲派主張律例應視為指導執法者使得達社會的公平之用，而鮮以呆板的範型看待。

(五)茲派之哲理觀念，殊為混雜。茲派始屬於積極哲學宗，及晚近則多附麗於社會哲學宗者。此宗與社會法理派，於主要學說方面，頗多相同而不可分者。慕阿 (Moo-rye) 教授嘗謂，「實驗主義運動之發展，將使今後一般人皆能以實驗主義的觀念與方法，對於每一問題，為系統的精密的適用，而不專務於普通原則之討論。」顧今之士大夫，其喜為原則之討論也猶昔，而實驗主義的法律哲學，猶有俟於將

來。若實驗派之學說果起，則社會學派之法學者，必有望風以響應者乎。