

大夏大學法律叢書

法律哲學原理

上海大東書局印行

580.1
642.6

3

法 律 哲 學 原 理

高 柳 賢 三 著 汪 翰 章 譯

2 9 3 1

上 海 大 東 書 局 印 行



3 0663 7987 0

弁言

本書，係對初學者以說明法律哲學大綱之目的而執筆者也。本書原係企圖在數年前完成，然以他種事情之羈絆，遲至今日始行問世。其中只一部份，曾發表於社會科學叢書第五篇「法律哲學」之中，然為編幅所限，不克提示法律哲學全部之機構，本書即係集全部而發表之者也。

法律哲學究應處理如何事項，迄無何等定說。因之，予則就予所認為妥當之處，自由取捨材料，作一法律哲學輪廓之敘述。誠然，關於特殊問題詳細之研究，自非本書所企圖。又，予雖承現代諸家之教訓，而有所學習，卻未嘗一一對照，且未對各家作詳細之論評。本書所欲言者，亦只將理論之歷史的背景，竭力闡明之而已。開始，予原欲以詳細之註釋，而敘及古今法律哲學者之各種理論與本文所述之關聯，並各理論之批評，然而如斯企圖，隨即發見將使本書過於龐大，有超越本書目

的之情形，故全部省略之，他日有機會時，當將以上計畫，全部發表。

本書殺青之後，亦覺尙有應討論而不曾討論之事項，以及說明上尙有須改正之處，然姑且持此付梓，以待他日訂正之機會。

昭和四年十月五日於東京帝大法學部

次夏大學
法律叢書

法律哲學原理 目次

第一篇 緒論

第一章 法律哲學之對象及任務……………一

第二章 法律哲學之研究方法……………八

第一節 研究方法之一般……………九

第二節 法律哲學之研究方法……………一三

第三章 法律哲學與其他學問之關聯……………一九

第二篇 法律哲學之歷史

第一章 希臘哲學……………三二

第一節	初期	三二
第二節	詭辯派	三五
第三節	蘇格拉底	三八
第四節	柏拉圖	四一
第五節	亞里士多德	四七
第六節	司徒雅學派	五五
第七節	伊壁鳩魯派	五八
第二章	羅馬之法律家	六〇
第三章	基督教及中世法律哲學	六七
第一節	基督教教理	六七
第二節	教父時代	七一
第三節	煩瑣哲學派	七三

第四節	皇帝黨之著者與社會契約理論	七八
第四章	近代之法律哲學	八四
第一節	文藝復興	八五
第二節	馬基雅佛里與波丹	八九
第三節	古洛鳩斯	九五
第四節	霍布士	一〇二
第五節	斯賓諾莎	一〇七
第六節	蒲芬多福	一一〇
第七節	洛克	一一三
第八節	萊布里茨杜瑪覺士烏爾夫	一一八
第九節	韋科與孟德斯鳩	一二六
第十節	盧梭	一三四

第十一節 康德……………一四一

第三篇 法律哲學之體系

第一章 法律之概念……………一六四

第一節 緒論……………一六四

第二節 法律規範之認識……………一八二

第三節 法律規範及道德規範之認識論的地位與其關聯……………一九一

第四節 法律規範之構成要素……………二〇二

第一項 一般性……………二〇四

第二項 命令性……………二〇六

第三項 強制可能性……………二一一

第五節 權利……………二一九

第六節	法律關係與權利主體	一三四
第二章	法律之發現	二五一
第一節	社會	二五二
第二節	國家	二六四
第三節	成法	二八〇
第四節	成法之起源	二九七
第五節	成法之法系的展開	三〇七
第一款	總說	三〇七
第二款	東洋之法系	三〇九
第一	埃及法系	三〇九
第二	美索不達米亞法系	三一三
第三	希伯來法系	三一八

第四	回回法系	三二二
第五	印度法系	三三〇
第六	中國法系	三三七
第七	日本法系	三四二
第三款	西洋法系	三五三
第一	希臘法系	三五三
第二	羅馬法系	三五八
第三	日耳曼法系	三六四
第四	海商法系	三六九
第五	迦崙法系	三七三
第六	革特法系	三七八
第七	斯拉夫法系	三八三

第八	近代羅馬法系	三九一
第九	近代日耳曼法系（英國法系）	三九九
第六節	成法進化之原理	四〇五
第三章	「律之合理的基礎	四一八
第一節	正義感情	四一九
第二節	批判的考察關於法律基礎之理論史	四二一
第三節	自然法存在之論據	四四三
第四節	自然法與成法之交涉（成法秩序尊重之意義及限界）	四五七
附錄索引目錄（人名件名對照表）		一一三二

法律哲學原理 目次

大夏大學
法律叢書
法律哲學原理

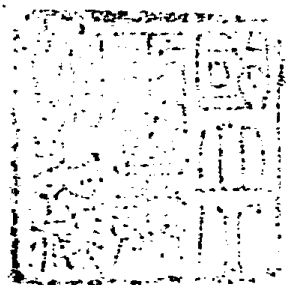
第一篇 緒論

第一章 法律哲學之對象及任務

法律哲學
在哲學上
之地位

法律哲學者，哲學之一部分也。由古典的見解言之，哲學乃研究事物之一普遍性一者，此說果能採用，則在法律被研究其普遍相之限度內，可稱法律為哲學之對象。

哲學又可謂為「第一原理」之研究。蓋第一原理，即表現事物之普遍相者也。當「實在」與「思惟」被作為對象而研究其第一原理時，「理論哲學」於是乎成立；反之，當「行動」被作為對象而研究其第一原理時，「實踐哲學」於是乎成立。



實踐哲學爲研究人類行動之第一原理者，又可分之爲狹義的「道德哲學」與「法律哲學」。「道德哲學」及「倫理學」一語，多有用之於與「實踐哲學」同義者，亦有就狹義方面用之於與法律哲學相對立者。總之法律哲學，可稱爲實踐哲學或廣義的道德哲學倫理學之一部。

法律哲學
在法學
上之地位

「法律學」一語亦用之於廣狹二義上。自廣義言之，法律學原含有「法律科學」與「法律哲學」二者之意義；然就狹義言之，則法律學一語，乃用之於與法律哲學相對立者，僅具「法律科學」之義。法律科學，在法律之特種相上施行研究；而法律哲學，則研究法律之普遍相，是爲二者之差別點。歷史上所表現之各時代各國民各民族中，皆有法律體系——以拘束之形式，規律特定國民或民族生活之習慣及法律之一體系——存在。往往因民族之不同，因時代之不同，而法律體系亦各異其狀。法律科學，卽以此等各不相同之特種法律體系爲其研究對象者也。如所謂羅馬法，英國法，日本法之類，卽爲法律科學之研究對象。且法律科學

在研究上，又必然發生分化而各以此等體系中之一部分爲其對象，如憲法學，民法學，刑法學等研究是矣。由是以觀，法律科學，蓋欲在特種性上研究法律，而法律哲學，則欲超越此等特種性，從事於明瞭法律之概念，即研求各民族各時代之法律體系所適用之法律普遍性質也。若借康德所云者言之，則法律科學所研究者爲「權利問題」，（在一定之體系上，被確定爲法律者何？）而法律哲學所研究者爲法律概念。（一般所謂法律者何指？）然既欲明瞭法律之普遍性質，同時，即須明瞭法律與道德之關係，權利，權利主體，法律關係等項之關係。是等概念之決定，亦構成此項法律研究之一部。

法律哲學
之邏輯方
面

若認以上之研究，爲法律哲學之邏輯方面，則法律哲學，尙有其第二方面，此可稱之爲現象論方面，即法律現象之全部統一研究也。

法律哲學
之現象論
方面

成法者，不僅於特種國民中，發生於特種例外之要素，乃一切時代一切國民所共通之現象，常爲具備同一性之人類性所必然產生。換言之，一切特定成法之秩

序，不僅有其特種發生原因，亦有一般發生原因。故法律現象之研究，每要求從法律科學所試行之特種方法中，更進而視法律為一般人類全體之現象以把握之。吾人若欲互動靜兩方面以把握法律現象之全部，則必須研究一切人類之法律史，務在起原及發展上展望法律之生命。是種研究果否可能，或有疑之者，然一方面，人類社會必有或種之法律體系；他方面，則一切民族之法律體系，具有至多之共通要素，此二事實，即為人類性根本同一之證明，同時，亦所以示該研究之可能性也。法律哲學之此種研究，稱之為「法律歷史哲學」亦可，蓋此乃一哲學的研究，超越於特種民族之法律史及以此法律史為對象之法律史學者也。此之謂「超歷史的研究。」

法律哲學
之合理方面

法律哲學，在法律之邏輯研究及法律之現象論研究或歷史哲學研究而外，尚有合理之方面。

人類之精神，對法律不採完全被動之態度。蓋各人精神上，對一定之成法秩序，

非僅視爲事實而承受之已也。尙具有批判及評價之機能。換言之，人各有其「正義感情」。基於此正義感情，遂發生第三研究。

法律科學之性質上，具有敘述成法之作用。法律科學之務在完全記述「存在」法，此堪稱最適合其自身之本質，且其價值亦視其記述之正確程度如何而定。然而既研究「存在法」，同時即不能不研究「當爲法」及正義之問題，是爲法律理想之研究，成法秩序之合理性及正當性之批判的思惟。法律哲學之第三研究題目，即爲思考與「存在法」相對立之「當爲法」，思考與經驗的實在相對立之理想真理。故法律哲學具有下述之三種任務：

法律哲學
之對象及
任務之概
要

三方面之
相互關係

- 一 闡明法律之邏輯的、普遍的特質；
 - 二 闡明法律之歷史的發展基礎及其一般特性；
 - 三 思考法律所作爲合理基礎之正義理想，由是評價成法之秩序。
- 以上三方面，雖各屬個別之研究，然相互間實保有密切之關係。法律之邏輯研

究，即爲現象論研究及邏輯研究之前提，具有限定其對象範圍之機能；而法律之歷史發展，終亦歸於表示向正義理想方面之前進。故法律哲學之說明法律之起原及發展，同時即具有論證正義理想之機能。換言之，即歷史的事實與思惟的理想，有合一之傾向。此在某種意義上，直可謂之當然之事。蓋無論在歷史上創造法律，或思考法律所作爲合理基礎之正義，均由吾人之一「內心活動」爲之也。

法律哲學
之革新機能

吾以爲在統一上展望法律之歷史，深考其理想，同時熟察此二者之密切關係所在之處，此點上即伏有法律哲學之一「革新機能」。蓋法律哲學爲承認法律理想成熟之準備，導理想之要求於歷史的實現者，雖從來之法律哲學中，亦充滿此機能也。歷來大哲學家所施於政治進步及法律秩序之革新上之偉大活動，歷史上有極多之實例。如希臘哲人之著述，尤其彼等之自然法思想，使羅馬市民法爲之革新；英法美各國之革命，皆受法律哲學著述之刺戟；近世私法，一般皆與自然法學者之唱說有密切關係；古洛鳩斯所著之一「平時及戰時法規」，在確立國際

法律哲學
之起原

法上有偉大作用；白卡利亞及其他人道主義哲學者，對於刑法改正上曾抒其偉大貢獻，此皆歷史上之顯著事例也。至於現代法律哲學之具有是種機能，凡熟察各國「法律哲學家」及其法律秩序之關聯者，均能知之矣。

關於法律哲學之研究，自古代已不絕爲之，此蓋基於人類精神所固有之要求，既非無益之努力，亦非獨斷之思惟也。尤其關於法律之合理基礎問題，正義問題，自古已爲深刻之研究。現行法是否正當，施行命令之權威有無正當性，此爲古代思想家間已經論辯之問題，由此義言之，則法律哲學，直可謂由成法與自然法相對立之問題所生者矣。

法律哲學
之名稱之
起原

自然法問題，在成法真達於科學分析以前，已爲學者間爭論之點，故謂法律哲學發達於法律科學之先，可也。然「法律哲學」之名稱，乃近代之名稱，其被使用也，不過百餘年，向稱之爲「自然法學」。誠然，「法律哲學」一語，古著中似有用之者，但其爲人普遍使用，則自十九世紀初葉爲始。當十九世紀之初，對形而上學

思想，亦即對自然法，普遍發生強烈之反感，於是認為法律哲學，不應以抽象的理，想為其研究對象，應以具體的實在，歷史的成法為其研究對象。此種反動傾向之發生，自有其相當理由存在，蓋因舊自然法學者，每將形而上學的思惟用於不可用之時，陷於忽視歷史資料之弊也。吾人對此反動傾向之積極主張，提倡尊重歷史，尊重事實，（即法律有現象學的研究之必要）固承認其為真理，然對其消極主張，輕視「思惟」，忽視絕對正義之問題，則反對之。要之，「法律哲學」之名稱，雖為對自然法而起之反動，然以其具有廣泛意義，故不問其內容何似，縱在承認自然法之時，亦可由此名稱表現之也。

「法理學」

日本通常稱「法律哲學」為「法理學」，其避「法律哲學」而用「法理學」一名稱之理由，縱無歷史之根據，然究因「法理學」一語，具有與「法律哲學」同等廣泛之意義，故用之亦無礙也。

第二章 法律哲學之研究方法

第一節 研究方法之一般

研究方法
之意義

研究方法云者，蓋指吾人思惟爲達到真理而遵循之「道路」或「過程」言之。故研究方法者，乃吾人思惟在努力於達到認識真理之際，必須遵守之規則全部也。

研究方法
之二大別

研究方法，可大別之爲二種。蓋吾人爲獲得一般原理，固可由各個事實出發（歸納）然爲達於各個事實，又可由一般原理出發（演繹）

歸納法

吾人有時由具體觀念出發而達於一般認識，此方法卽爲歸納法，僅於吾人依賴經驗（僅能提供特定事實之認識）之時用之，吾人由是種經驗遂引出一般

完全歸納
與不完全
歸納

歸納法有完全歸納與不完全歸納之分，當其所根據者爲被觀察之事實全部時，名爲完全歸納；若其所指示者爲一種蓋然的真理，超越於被觀察之事實而包

含尙未觀察之事實時，則名爲不完全歸納。

演繹法

演繹法——三段論法爲此法之最典型者——所經之途，適與此相反。蓋演繹法者，以一般認識爲基礎而達於具體認識也。演繹的論法，爲兩個前提及結論所成立。所謂兩前提，卽「一般前提」（大前提）與「特種前提」（小前提）「結論」卽將一般前提適用於特種前提所得者。

演繹的學問與歸納的學問之區別之相對性

大凡學問，可因其研究方法之不同而區分之爲「演繹的學問」與「歸納的學問」。但此種區分，亦不過具相對之價值而已。蓋無論何種學問，通常皆將此二種邏輯過程併用之也。所謂歸納的學問，因其進步發達，亦有成爲演繹的學問之傾向，尤其在達於歸納的結果之後，爲再獲得其他具體事實之認識，每以此等結果爲基礎而用演繹法焉。例如天文學在根據極多之經驗而建立「引力法則」之後，已顯然獲得演繹之性質矣。故此二種方法雖可區別，然絕非互相矛盾者也。此二者所具之性質，不在互相排斥，而在互相補充，二者間實有結合之可能性。吾

人於從事若干觀察之後，即達於歸納上所發見之一般原理，再以此原理為基礎而用演繹法，遂得更進行其研究。

經驗之真理與合理之真理
經驗之真理僅指示一定之事實
合理之真理指示必然法則

大凡真理皆有二種，此為吾人必須注意之事。第一為經驗之真理，此係根據外部觀察而成者；第二為合理之真理，此係由吾人之理性所直接派生者。經驗之真理，雖指示一定之事實以一定之方式發生，然究非指示是等事實，不能以異乎此之方式發生也。例如鵠鳥為白色之結論，雖屬經過一定時期之經驗的真理，然究非表示異於此色彩之鵠鳥不能存在也。蓋事實上，白鵠乃在澳洲發見者。故經驗之真理之為物，係指示在特定時期內之經驗的研究上，事實僅以一定之方式出現也。反之，合理之真理，非經驗所能打破者，此為指示思惟之必然法則之真理，而事實則常服從此法則。

合理之真理雖可恆常信仰而對於經驗

職是之故，吾人對於合理之真理，雖可恆常信仰，而對於經驗之真理，則往往不能不展開其懷疑之眼光。若以具有經驗基礎之一般真理為不動真理，斯有害於

之真理則
須展開懷
疑之眼光
煩瑣派之
誤點
培根所起
之反動之
真意義

未來之經驗，煩瑣哲學派之謬點，即在於是。夫煩瑣派，固曾思惟一定之原理為永恆不變之物矣，然其後據經驗之所得，已論證此等原理（如「自然不容真空」之原理）之誤謬。培根以反對煩瑣派之故，遂歷陳演譯法之弊害，高唱歸納法之優長。演譯法之最有名代表者為亞里士多德，然實際上，可謂亞里士多德並未為煩瑣派所正確了解。由於煩瑣派之誤謬解釋，遂使文藝復興期之哲學，顯具反亞里士多德之色彩。於是布魯諾，忒勒鳩士，坎巴列拉，培根等學者，起而為經驗的方作辯護，形成亞里士多德之反對派。然彼等所反對者，實為煩瑣派對亞里士多德所立之誤解方法，於亞里士多德固無尤也。

演譯法與
歸納法之
相輔

演譯可以利用歸納；同時，歸納亦可利用演譯，且非互為利用不可。經驗之觀察，經驗之實驗，含有一定之合理的原理。例如自然科學，即努力於依觀察及實驗以求發見現象之因果關係。此種自然科學之過程，雖為歸納的，然其歸納法之根基上，則有演譯之前提存在，即所謂「一切事實不能無原因」之前提也。此種原理，

法律哲學
亦須歸納
法與演譯
法併用
關於研究
法律哲學
之邏輯概
念演繹法
著效

乃吾人在經驗前亦承認其確實之真理。吾人在先天上，已知各現象須有其原因，即將來之現象亦然。吾人雖不就一切情形以實驗之，雖不知一切現象之爲何，亦察知此種原理之真理，有絕對確實性。在此種因果之概念上，吾人具有超越一切經驗之原理，蓋特定經驗，僅能指示一定之事實，爲一定之原因所決定；不能指示一切事實須有其原因也。然吾人爲發見各個事實之原因，又須不假手於何種預斷，而使用歸納方法，事實觀察，實驗方法矣。

第二節 法律哲學之研究方法

以上爲關於研究方法之一般概念，若進而將此一般之方法論，適用於法律哲學，則吾人直可謂法律哲學，亦應併用以上之方法。就法律哲學之邏輯方面研究——即規定法律之概念，法律之普遍特質——而言，演繹法尤爲顯著有效，蓋吾人欲依合理之分析，以發見法律認識之可能性所被決定之條件也。吾人須依邏

在研究法
律之合理
基礎上演
譯法亦占
優越地位

輯分析之方法，以確定吾人自身思惟上所固有之基準，經驗對於此事，雖貢獻吾人以某種輔助，究不能成爲吾人研究之基礎。吾人必須具有一種理性的透察，將法律與其他歷史表現（如宗教道德等）相區分，以明法律之爲何物，而經驗則僅有抑制是項理性思惟之作用。關於研究法律之合理基礎，（即法律之最高理想問題）演譯法亦占優越地位，蓋各人當進行是種理想之探求時，惟有超越事實而依賴純正理想，方能理解及認識評價原理也。經驗之觀察，提供吾人以事實，其事實或適合於由是規定之理想，或與之相背馳，此乃指示「存在」一物，非指示「當爲」一物也。吾人爲到達當爲之基準，須由先天之原理（人類精神之自律性）出發，作演繹之進行，而是種原理，如後所述，惟有由人性之超經驗的思惟以演繹之。於是事實不能不爲是種超經驗之原理所評價，因而已成事實之成法亦然。

關於法律
之現象論
研究歸納

至於在法律之現象論研究上，則歸納法占優越地位。蓋此爲觀察法律之歷史開展，研究法律之現象理論者也。爲完成此研究而搜集事實，探討異民族之法律

法占優越地位

制度，終不能不在經驗上研究之。然此種研究，仍以或種合理之原理為前提，如區別法律現象與其他現象之法律概念，關於發見法律發展上之歷史關聯所用之因果概念，是也。

此種方面之研究，直須具自然科學者之態度

在此方面之研究上，吾人須完全採取自然科學者之態度，關於特定制度，特定事實，不能自執偏見。吾人須知在任何國民，在任何時代，成法皆屬於現象世界，故不能不承認其為一種自然事實，亦即不能不承認其為充分之因果理由所決定，與經驗的實在之其他一切形相皆關聯。吾人若欲不至將某特定現象或現象一般，誤認為現象所必然服從之法則或評價基準，即須探求成法之相對性之意識。無論何種成法制度，（即如發達之羅馬法，英美法等）均不能對其他法律制度選作原型法，模範法。一切成法，均應與其所由發生之歷史要素相關聯而考察之，分析之。依同一之理由，無論何種法律制度，亦不可視為無科學研究之價值而棄之。以此之故，吾人蓋不可僅誇極少數之事實（如僅誇某國家之現行法）而與

任何成法皆不能選作原型法
任何法律制度皆不能排除

以絕對之價值，以自陷於錯誤也。

發生方法
與比較方法

法律之現象論的研究上所用之歸納法，可細分爲發生方法及比較方法。前者用於觀察成法之原始形相，後者用於比較相異之法律體系。

發生方法
須爲比較
方法所補充

發生方法，在提供特定國民之法律發展之認識上用之。然特定國民之法律，每以偏頗片面之某種特質出現，故發生方法須爲比較方法所補充。吾人因比較相異國民間之成法，乃能察知此等成法正表現其相異之發達形相。夫人類非成一大集團而具惟一之規律體系者，乃已分裂爲若干集團，而各集團之歷史發展，殊非同時並駕齊驅者也。故吾人欲知進步法則之原始形態，可取他民族之成法而參考之。例如吾人所知之古代羅馬法，殘留父權家庭制度及詳細訴訟形式等項，當可窺見是等殘物，乃由長期之歷史發展所形成。然吾人尙不能因是等殘物而知正確之歷史。但吾人欲再設此等制度之原始形態，舍用間接方法外無由。即參照劣於羅馬文化之各民族（古代或現在）中所正表現或已表現之確實制度，以

此遂能推定歷史前之羅馬法中各制度，當亦如是。此種推定，當非武斷之假設。凡一國民之歷史，決未完全消滅，往往有舊形相之某種要素殘存其間，是種殘存物之自身，縱不能理解，然一經比較，即明瞭矣。過去時代之法規及法律的確信，必爲某種形式，此形式雖在今日，亦尙存續，絕不至於完全消滅；特其後與添加之要素相混合而成新形態，故多難明瞭認識耳。然若注意研究，則識別法律體系中所存之各發達階段之要素，達於某點固可能也。換言之，在法律體系自身中，常能發見該體系之形成史。彼一見毫無意義之殘存物，正對於已經消失之世界，能放光明者，可忽乎哉。無意識的傳統所保存之形式，不拘於成文法而存續之習慣等項，皆可依以再設過去時代之全部法律秩序。是種再設過程，當彼在一定之文化階段上，僅以例外而出現之斷片殘存物，於文化低等之民族間，成爲複雜有機體系之重要部分而活動時，尤爲可能。例如關於「列斯滿齊匹」與「列斯內克滿齊匹」之區別之起原問題，因觀察財產共有制之原始諸形態，而知移轉某種財產時，

必須集團代表之參預，極爲重要。

人類法律
史之可能
性之保障

因發生方法及比較方法之有助於歷史研究，吾人遂有將來敘述「人類法律史」之可能性，此種記述之可能性，已由各國民間法律發達之類似性所保證矣。

各國民法
律上之靜
的及動的
類似點
自然劃
性

在此方面所施之觀察，乃論證重要之真理者，即論證人類之精神爲一，其發達則服從同一法則也。吾人在毫未互相交通之民族間，發見同一之制度。此等民族，已依同一之根本確信，同一之過程，以創造同一之制度矣。然此等類似點，不僅在靜的形相上可見；同時，在動的形相上（即制度之同樣發達過程中）亦能見之。

法律之受
繼性

各民族雖未互相交通，亦能存在自然的劃一性，此外亦應注意於歷史的交通影響之存在。由於此影響，遂使某國民之法律體系，移植於其他國民中焉。各國民均能承受其他國民之法律，加以適當之變更而成自己之法律。蓋法律不僅爲民族之現象，且爲人類之現象；各法律體系，皆具有可以適用於其他國民（創造此法律之國民而外之國民）之要素也。是種移植成例之最顯著者，厥爲德國受繼

羅馬法、美國受繼英國法、日本昔時受繼中國法、現代受繼西洋法等等。

是種法制之移植與融合之現象，決非歷史上例外之現象，凡特定國民之法律，鮮有不受其他國民之法律所影響者。例如羅馬法自身，亦曾吸收地中海其他各民族之法律，現在各國憲法之基礎，皆建於英國之公法上。

受繼性與
自然劃一
性之問無
矛盾

法律之受繼性與法律之自然劃一性之間，並無何等矛盾存在，此吾人所應注意者也。人類之精神根本同一，故受繼他國民之法律有可能，且亦有益。若果法律制度，僅適於特定國民，僅適用於特定之歷史環境，則法律制度無受繼可能性矣，相異各民族之法律體系，各構成絕對相隔別之統一體矣。然而事實則否。各國民之成法中，存有反映人類之共通性質之某種普遍要素，因之互相移植而成之融合為可能。歷史交通，乃貢獻調節於人類法律者，其根本之基礎，即存乎人類性之同一。

人類性之
同一

第三章 法律哲學與其他學問之關聯

學問與認識之統一性

法律哲學之輔助學科與法律科學之關係

一切學問與認識，歸於惟一不可分之人類精神。故此等一切學問，一切認識之間，互有密切之關係。學問者，構成統一體，構成有機之一體者也。然本書考察特別與法律哲學保持密切關係，為法律哲學研究之重要資料之學問，乃必要之事也。由此觀點言之，則此等學問，可視為法律哲學之輔助學科。

法律哲學，與狹義之法律學（即法律科學或成法學）立於極密切之關係上。當說明法律哲學之概念時，已觸及此點矣。法律哲學所研究者，為法律上之普遍要素，法律之根本原理。法律科學或成法學之終點，即法律哲學之起點。法律哲學對於法律科學，以法律之概念為始，提供各種根本概念，根本合理基礎。即法律哲學將法律科學上之特種規定，就邏輯上綜合之，統一之；又將法律之歷史生命，全部描而出之。（此與法律史學將各個成法體系之歷史，作個別研究之事相對峙。）期對法律之歷史生命，提供一般之說明，且由更高之見地以評定成法。故法律哲學，雖主張其離開法律科學之獨立性及自律性，然亦與法律科學保持必然之

關聯。法律哲學與法律科學爲互相補充者，一方面，法律科學必須求其自身之指導基準於法律哲學；他方面，法律哲學當其發見是種指導基準而欲以之適用時，亦不能蔑視歷史的實在。例如法律之邏輯概念，普遍概念，每不能不與各個法律現象相對照而反省之檢討之；且不能不思惟此等現象爲在歷史發展中占其地位者；不能不因法律現象適合於理想正義之原理之程度而評定之。但此等思惟過程，原以法律現象自身之知識爲前提者，故法律科學與法律哲學，乃可以共存且不能不共存者也。吾人欲承認法律哲學之不可無，斯不能否認法律科學之重要性，反之，亦不能因承認法律科學不可無之故，遂否認法律哲學之重要性。

對於法律哲學之研究，又不能不在其與「理論哲學」之關聯上行之。理論哲學爲研究實在與思惟之根本原理者，前已一言及之矣。法律哲學爲思惟法律之普遍性，即不能不使法律之概念，與世界觀本體觀相調和。例如理論哲學當研究認識之根本原理時，其所欲解答之問題，即爲「認識果可能乎？」「如何而後認

識可能乎？」對認識應與以如何之價值乎？」至於法律哲學，當其欲規定法律之概念時，亦同樣發生認識之問題。蓋法律之普遍概念之價值（即法律）實在乎？抑不過一名稱乎？此問題乃法律哲學所應研究者也。無論此等問題如何解決，總之須以思惟之研究即哲學之理論為前提。故法律哲學與一般哲學尤其認識論之密切關係，可謂極明瞭也。

法律哲學
與心理學
之關聯

法律哲學與「心理學」亦有密切之關係。心理學為研究人類之精神事實及其法則之學問，法律哲學之與心理學有密切關係者，蓋以法律為精神事實之故也。法律何以為精神事實？法律乃作社會生活之人類所具之確信及其所行之評價之產物，故法律為精神事實。吾人欲理解法律之起原，亦須明瞭心理過程之性質，精神活動之性質。至成法確定之後，成法之命令規範，向於個人意識而求其服從，法律至此遂復歸於創造法律之精神。再則法律之進化，亦係成之於心理世界；成法所被評價之基準——理想，在其一定形相上，亦屬於心理世界。

柏拉圖已認正義之分析，爲心理學之基礎。此不獨柏拉圖爲然，任在何種性質之思惟體系上，皆能發見心理學理論與法律學理論之間，常有並行不悖之關聯。例如吾人若認人類之行動，就本質言，動機爲經濟理由所決定，由此概念出發，即產生法律基於經濟之結論矣。然若論證與純經濟動機不能關聯之其他傾向，如識別正邪之感情，存在於人類之精神中，用以批判右述之心理學的前提，則同時又必批判彼欲以經濟爲法律基礎之理論。茲可取霍布士之理論爲例而觀之。霍布士曾謂人類原爲利己之物，故自然狀態卽爲萬人對萬人之戰鬥，苟欲抑制此種利己心，必須有無限之物質力。彼蓋視國家爲消滅個人力量之機械而思惟之者也。換言之，彼深信個人之權利，個人之自由，對於國家不能存在。據霍布士之意見，若果承認個人之權利與自由，卽不殊於發揮個人之利己心，終將廢止國家，復返於自然狀態矣。霍布士更進而否認個人判斷正邪之正確性，其意以爲是種判斷，惟國家能有之。吾人對於此說，當可謂其禁止個人判斷正邪之點，原含心理學

之誤謬。蓋從人類之意識中，奪去意識自身之一根本機能，終不可能也。至於視人類爲完全利己物，亦可謂之爲心理學之誤謬。蓋人類之具保存自己之本能，固屬不可否認之事實，然同時尚有保存種屬之本能，亦爲不可否認之事實也。社交性，同情心，犧牲自己等感情，乃人類精神中所內在之固有機能，爲經常存在之動機。人類之性情，乃在利己心與利他心併存之基礎上，表現其發展者。尤其法律，常含有承認他人之人格之意。卽法律之本質爲超個人的，以克服與擴大個人之利己心爲前提。吾人若取是種觀點，歸之於自然，則可見政治組織，並非以強制陷於禽獸相食狀態中之人類之簡單機械而存在者，實爲人類精神之自然產物。惟其如是，故不能不謂法律哲學與心理學之間，顯然存有密切之關係。

法律哲學與實踐哲學之間，亦有密切之關係。實踐哲學，爲研究行動之根本原理，如自由，義務，善等概念者；而法律亦屬於實踐概念，行動之規律原理。實踐哲學之可分爲法律哲學與道德哲學，已如前述。但此兩者間，常有並行不悖之關聯存

在。法律哲學之研究，常與道德有牽涉。欲在邏輯上為法律下定義，即不能不將其與道德嚴行區別，蓋兩者易於混同也。至於研究成法之歷史進化時，吾人即發見道德觀念與法律制度，往往並行發展。成形之道德體系，照應於成法之體系而存在。吾人當研究法律之理想時，亦發見其不過為「善」之理想一形相焉。

其次，試研究法律哲學與社會學之關聯。

社會學，因學者間對其學問性質之見解，至不一致，故問題甚為複雜。就其他學問言，至少其存在之自身，無可懷疑；然就社會學言，則其存在自身，亦成問題。

在十九世紀以前，固亦有社會現象之研究，但「社會學」之一學科，尚不存在。開始從事於名為社會學之學問者，即孔德，彼因發表「實證哲學」六卷（一八三〇—一八四二）而成此新學問之始祖。孔德及其他社會學者，為社會學之存在權利所作之辯護理由，大體如左：

在現象中，可以認識法律現象，道德現象，宗教現象，言語等種類。然此等現象，一

方固各有其特質，同時亦具共通之性質。蓋此等現象，惟在人類之共同生活（即社會）存在之限度內，始有可能。換言之，此等現象，皆爲「社會現象」，「社會現象」各皆有其心理起原與歷史形態。蓋此等現象，以個人的要素，心理的要素之結果，發生於社會，隨時代之經過而爲歷史之變化。若此等社會現象，具有同一之起原與同一之形態，則吾人之不能不研究其相互關係，吾人因觀察此等現象之關聯，觀察其相互之影響，觀察一切社會現象間之調和意義（孔德所謂之 *Concensus*）遂能達到社會及其生命並發展法則之概念與其統一之說明。社會學之對象，可謂卽在此點，據其創設者孔德之意見，社會學，應將經濟學，宗教學，道德學等研究社會事實之特定形相之一切學問，集而綜合之。此等學問之中，法律哲學亦存在，法律哲學應爲社會學卽研究社會現象之一般科學所包攝。

此處當發生一種疑問：集合社會之一切事實而研究之學問，非已成爲「史學」而存在者乎？社會學者對此或作如下之答復。社會學，非如史學之爲單純敘述之

學問，且欲爲之提供說明，此學問不以認識事實爲滿足，且欲研究其法則。然疑者對此答案，當仍疑之曰：是種學問，非既以「歷史哲學」之形式而存在乎？歷史哲學與社會學之區別，果何在乎？社會學者或將如此答之曰：此處有方法論上之重要差異。蓋孔德乃一欲用實證方法以構成歷史哲學者。孔德以前之歷史哲學，通常使用演繹法，欲在歷史中發見某一般概念之證據。彼等欲先造一般概念，再依歷史事實以充實其內容。孔德則反是，彼依客觀之自然科學方法從事。彼由自然決定之基準出發，認爲各種事實，均須因其與他種事實間之因果關係而說明之。然社會學之任務，假如卽在於此，當又引起疑問曰：此豈非社會科學之各部門，皆能依同一基準而研究之乎？非創設新科學無必要乎？例如就研究法律而言，非能在其與經濟、宗教等等之關聯上，作因果的研究乎？

雖經孔德及其後社會學者之努力，然社會學既以事實之集合研究爲主，則此皆已成其他科學之研究題目矣。再就社會學之綜合意圖而言，似已含在歷史哲

學之概念中。即令對於研究方法，已加變更，若果對象仍屬同一，則新學問有無創設之必要，實堪致疑。

如上所述，雖社會學之學問地位，尤其與各種社會科學，史學，歷史哲學之關聯，迄今尚有疑問之餘地，究之十九世紀以後之社會學運動，已刺戟並指導社會現象之更廣泛之因果研究，其功不容沒也。

就其與法律哲學之關聯而言，即令承認社會學為社會現象之一般科學之概念，而法律哲學，亦當仍未吸收於社會學之中。蓋社會學，常以現象學而存在；而法律哲學之任務，則在於處理現象理論，同時，又在於研究法律之邏輯概念，法律理想之決定也。社會學並非作此等研究之學問，乃以根本原理，邏輯基準為前提而觀察事實者。其所研究者為存在而非當為，故法律哲學不能為社會學所代替。然亦可謂法律哲學之現象論方面所研究者，與社會學為同一之趣旨。法律哲學欲理解法律之起原及歷史發展，此種研究在某種意義上，具有亦得稱為社會學之

法律哲學
與經濟學
之關聯

研究性質。蓋法律哲學，須觀其法律現象與宗教現象，道德現象，經濟現象等等之關聯；須在其廣泛之關聯上，研究法律之實在也。關於此種研究而言，法律哲學採用所謂社會學方法。然就其他二方面言，社會學則或以法律哲學為基礎，或竟與之無關係。法律哲學之邏輯方面（即法律之概念）固為社會學之前提，然法律之合理方面（即法律之理想）則與社會學無關係。蓋社會學為研究事實問題者，至於理想之問題，非其本身所研究也。

法律哲學與研究財富之社會的分配之一經濟學，一亦有密切之關聯。一定之事實，同時兼具法律形相與經濟形相者甚多。（例如交換，所有權）在甚多之場合，可視法律為形式，經濟乃充實其內容者。然此非謂可視法律為經濟所決定也。不過法律與經濟之間，時多並行不悖之關聯而已。是種並行關係，基礎建在人類性質之上。

法律哲學

法律哲學與研究國家行動形式之一政治學，一亦有密切之關聯。國家活動，成

與政治學
之關聯

立於立法活動及行政活動（司法活動，亦廣義之行政活動）故政治學可分爲「立法學」與「行政學」。政治學，以法律哲學所定之一般概念，原理及理想爲前提，努力於適用此等原理，此等理想於現存之環境。故政治學之地位，介於法律哲學與法律學之間。政治學若蔑視法律哲學，將陷於單純之經驗主義；（因其缺乏指導原理）法律哲學若蔑視政治學所提供之事實，亦將陷於單純之烏託邦。（因其缺乏與實在之關聯）

此外，法律哲學尙與研究社會現象之其他各種學問相關聯，茲不具述。

第二篇 法律哲學之歷史

了解歷史一事，在一切學問研究上，均爲有益之舉。至於哲學方面，考察歷史之工作，尤有顯著之重要性。蓋因哲學研究上，過去爲生於現在之中者，不知過去即不能知現在也。在現代，爲考察對象與議論對象之哲學諸問題，乃係至少在其萌芽形態上，已經引起古代思想家注意之問題。吾人於瞻望哲學之歷史時，即觀各種邏輯之實驗，展開於其中。因之吾人可借過去之經驗，而推知由一定之前提出發，可達於若何之結論，或不能不達於若何之結論。吾人賴此不蹈過去之覆轍，可利用其貢獻，以精進於創造更完全之體系。歷史所提供於吾人之觀察，推理，分析，乃過去研究者共同活動之產物，殊非一人所能勝任之事業，此種產物，對於吾人之哲學考察，實與以不可或缺之輔助者也。

法律哲學之歷史，乃對吾人指示法律及正義之問題，曾在一切時代被考察者，

此卽指示是種問題，並非技巧問題，一時問題而是人類精神之自然要求日常要求也。然法律哲學之考察，在古昔非以自律之形式而表現，乃以混合神學，倫理學，政治學等考察之形式而表現。法律被視爲超越人類權威之神之命令，故法律可作信仰之對象，不能作學問之對象，議論之客體。在是種情形之下，成法被視爲不許評論之神之命令，既存權威被視爲神之表現者。法之成爲議論之客體，學問之對象也，蓋自人類之批判精神醒覺時爲始。

以下試就西洋法律哲學之歷史，特別爲由希臘至康德之法律哲學的考察之歷史，一述其梗概。此乃爲第三篇法律哲學之體系作豫備之考察也。

第一章 希臘哲學

第一節 初期

「哲學國家」

希臘有堪稱「哲學國家」之價值。蓋希臘在古代，卽已於哲學之領域，完成可

初期之希臘思想傾向於物理的自然之問題
伊奧利亞學派

驚之發展矣。然當希臘思想之初期，其考察尙未及於倫理問題與法律問題，惟曾向物理的自然之問題注意耳，最古之伊奧利亞學派（紀元前六世紀）欲使萬物還元於一定之原素（水、空氣、火等）依以說明外部之現象。塔勒士、亞諾芝曼德諾士、亞諾芝曼尼、赫拉克內特斯、恩白德庫勒士等，即屬於此學派。但此等思想家之理論，並未在法律哲學史上，取得十分重要之地位。

埃勒亞學派

與伊奧利亞學派殆係同一時代之埃勒亞學派，如塞諾法內士、巴門尼底斯、埃勒亞之哲諾西、薩莫市之美利瑟斯等思想家，亦曾進行其欲從更深刻之方面，解決此同一物理的自然問題之嘗試。蓋此等思想家，將外部之現象，提高達於形而上學之概念，以爲本體是惟一永恆不變之物。彼等以爲只能承認惟一之區別，如「存在物」與「非存在物」之區別。彼等以爲「動」、「發展」之概念，不過爲一種錯覺而否認之；以爲生死發展，是不可能者。

畢塔哥拿斯學派

與法律哲學有密切之關係者，當時爲畢塔哥拿斯學派。吾人對於畢塔哥拿斯，

畢塔哥拿
斯之生涯

無論就其生涯言，或就其理論言，均不能知其底細。彼之所教傳者，全爲口述，其自身援筆而書之事，似未之見。彼之理論，僅能據其門徒所遺之斷簡殘篇，以及亞里士多德對彼所施之攻擊而知之。畢塔哥拿斯學派之費洛勞士（與蘇格拉底同時）所著之書，在是種不能多見之資料中，特別重要。此人所著之斷片，多數尙被保存。畢塔哥拿斯在紀元前五八二年生於薩莫市，移住於南義大利之克羅特內市，（現在之科特羅拉）就彼處組成說教團而獲得彼之教義皈依者。此教團爲由貴族輩所成之團體，彼等在畢塔哥拿斯之下，服從嚴格之宗教訓練，道德訓練。但畢塔哥拿斯，不久遂受政治嫌疑，逃於美塔本特市，死於紀元前五〇〇年之頃，此教團不曾繼續長時期。

畢塔哥拿
斯之根本
思想

畢塔哥拿斯理論之根本思想，卽在於認萬物之實體（或本質）存於數，故數之原理，卽爲事物之原理。彼以爲天體運行之原理，聲音之高低及音與音相調和之音樂原理，皆由此數學之概念發生，政治亦發生於數之原理。蓋畢塔哥拿斯之

「分配的
正義」之
萌芽

見解，視正義爲算術之關係，以其在於「均分」「均等」也。以爲由是遂發生報應，交換之事實與其處理之適應。後代亞里士多德所唱之「分配的正義」之理論，其萌芽即存於畢塔哥拿斯此種概念之中。

第二節 詭辯派

注目於精
神認識倫
理之問題
者爲詭辯
學派

注目於人類精神之問題，認識之問題，倫理之問題者，紀元前五世紀之詭辯派學者也。由勃洛達哥拉，郭爾基亞，奚庇亞士，卡里克內士，托拿喜瑪可，勃洛兌利斯等成立之詭辯派學者，是一羣思想家及雄辯家，其所唱之理論，雖不盡同，究有許多相共通之特徵。詭辯派之理論，不能直接得之，吾人僅能由其論敵之著述中間接獲知彼等之唱說。是種資料之主要部分，爲柏拉圖敘述蘇格拉底與詭辯派論戰之「對話篇」。詭辯派具有可驚之推理力與舌戰力，巡迴各街道以處理一切論題，視反對當時一般所承認之傳統信仰爲得意，高唱其過激之理論。

時代的背景

關於詭辯派之理論所應注意者，即彼等之時代，乃一喚起民衆自覺之時代，此時代懷疑於向不懷疑之「權威」，予「權威」之礎基問題以議論及批判，使傳統信仰爲之動搖。此現象，可與希臘政治紛亂之背景相關聯而理解之，詭辯派學者之工作，即與此等政治鬭爭相關聯而爲之者也。

詭辯派之個人主義主觀主義

詭辯派爲個人主義者，主觀主義者。依彼等之見解，人各有獨特之認識事物方法，眞具客觀的普遍價值之學問，不能成立，惟有個人意見可以存在。勃洛達哥拉常謂「人爲萬物之尺度」，此有名之格言，即表人各有其獨特之實在觀也。此種見解，一見似與康德所謂「人類精神爲萬物之尺度」一語相酷肖，然此乃用於與康德所云完全異義之上者。康德認爲「人類之精神，就一切個人言，必然屬於同一」，在康德方面，所謂人類精神爲萬物之尺度之一事實，並非破壞學問所得而有之普遍價值者。蓋彼以爲主觀諸形式，指導實在之某方面，即經驗皆受是種形式之規定也。彼意此等形式，普通適用於一切思惟之主體。反之，在詭辯派方面，

「人爲萬物之尺度」與康德之見解相差

絕對的正
義之否定

則認爲惟有各個人相異之意見，可以存在，眞「學問」爲不可能之物。

詭辯派否認一切客觀之眞理，故又以爲絕對之正義不能存在。彼等以爲法律畢竟是相對的，是乃可變之「意見」之表現，乃「絕對權力」與「力」之表現。合乎權力者之氣味，卽爲正義。托拿卡喜瑪諾士提出「正義爲善乎抑惡乎」之問題而答之曰：「正義，在受之者爲善；在行之者卻非善，因賢人常追求自己之利益也。」因之詭辯派在道德論方面爲懷疑論者，與其謂彼等爲建設者，不如稱爲破壞者。然彼等使人注意於人類所固有之問題，關於人類精神之問題，在此點上，確與吾人一大貢獻，此不可蔑視者也。彼等之擾亂人心，固屬確論，然其對於向所視爲當然而不致疑的若干問題，喚起批判之精神，實爲有價值之點。最初提出正義有無自然之基礎之問題，提出法律所形成之正義，是否亦爲自然所構成之正義之問題者，卽彼等也。彼等率以否定之態度解決此問題，彼等認爲自然所構成之正義若存在，一切成法卽不能不爲同一之物，以此論法對該問題作否定之解

詭辯派之
貢獻

理想主義
哲學之醱
酵素

決。但詭辯派所解決者雖係消極的，而其促進此問題解決之點，吾人固不得不承認有很大之重要性。蓋由詭辯派予以消極的解決之後，更由其他哲學者予以肯定的解決之故。換言之，詭辯派者，實使希臘偉大理想主義哲學發展之醱酵素也。是種理想主義哲學，因蘇格拉底，柏拉圖，亞里士多德之光榮姓名而表現。彼等之理想主義哲學，是人類思想史上不可多覩之思想的飛躍，亦即希臘享受哲學國家之榮譽所由來也。

第三節 蘇格拉底

對抗詭辯派之偉大論敵，即雅典之蘇格拉底。（紀元前四六九——三九九）與其謂彼為理論學者，寧稱之為達觀之哲人。蘇格拉底亦如詭辯派，自己並無著述流傳，吾人不過由他人之一引用一中，得知彼之理論。但傳彼之言行者，即為彼之讚揚者，此點蓋異於詭辯派之理論由其論敵所傳也。關於了解彼之為人之資

蘇格拉底
之方法

料，有柏拉圖之「對話篇」及芝諾芳之「蘇格拉底追想記。」就中最重要者，即柏拉圖之「對話篇。」但對話篇內，蘇格拉底之思想，爲門徒柏拉圖之思想所掩蔽，不能與之相區別之處甚多。此種情形，在對話篇之後部，尤其爲然，開始之部分如 *Apologia*（辨論），奧特孚洛內，克利托內等，所傳蘇格拉底之言詞，較爲忠實。蘇格拉底以一種獨特方法，進行其論爭。其方法爲何？即提出若干問題，對之作解答，由是引出種種單純之結論，彼對於詭辯派之領會萬事之自矜，稱之爲「不識。」彼就外觀上極單純而實際極困難之問題，對彼等發質問，以譏諷傷彼等之感情，使彼等陷於混亂，蓋欲由此方法，間接使詭辯派不能不與自己之意見一致也。蘇格拉底將其研究集中於「人」之一點，近於詭辯派學者。蘇格拉底高唱人「自知」，但其結論則與詭辯派之結論適相反。彼嚴別感覺與理性之分，極論雜多性，可變性，個人之憶想，主觀的偶然所支配之感覺的印象，應與視爲萬人所必然共通之知識即理性之產物相區別。因之說明吾人不能不由感覺世界，飛躍

感覺印象
與理性之
產物

而達於合理的，概念的綜合。於是蘇格拉底遂教人求「真」原理。

知行一致
學德一致

蘇格拉底認知與行，學問與美德，爲不可分之一體。因後者僅爲前者之適用，「德」是被承認，被適用之「真」。

觀正義自
身

彼所對於以上一般知識之見解，亦適用之於法律知識。吾人每於各個事物之外，必見優越於此之普遍。只見正確之若干事項，各個之法律命題，而不見「正義」之本身者，斯不過「意見之愛好者」，非「知識之愛好者」。在意見之客體即經驗世界之矛盾衝突外，有學問之客體即統一的合理世界存在。哲學即爲愛好學問之表示。

理想的哲
學之創始
者

王張尊重
法律

對於優越

因之，蘇格拉底可稱爲理想的哲學體系之創始者。彼未將彼之思想建立一個體系，固與柏拉圖有異，然與詭辯派之實踐的懷疑主義相對抗，則指示關於倫理學之哲學的方法論。彼對於詭辯派所輕視之法律，則教人尊重之，不僅教人尊重成法，即神所銘刻於人心中之規範，亦應尊重。於是蘇格拉底表白對優越的正義

的正義之
信仰
市民服從
國法之義務

殉教

倫理學建
設者之一
人

之信仰，以爲凡不待成法之制裁與成文之形成而具有拘束性之優越的正義，皆須信仰之。據蘇格拉底之意見，服從國家之成法，爲市民經常之義務。善良之市民，爲不使不良之市民，受刺戟而違犯及於善良之法律，對於惡劣之法律，亦須服從。蘇格拉底始終忠實於此原理，當其以輸入新神，腐化青年之理由，受死刑之判決時，儘有脫獄之可能，但彼仍服從此判決，泰然仰藥自盡。所謂輸入新神之攻擊，蓋因蘇格拉底唱說爲神之靈感所動也。然彼之所謂神，卽爲彼之一「良心」，特其主張，外觀上有違反當時宗教之嫌，遂與敵人加以加害之口實。彼之臨死不懼之態度，使後世之人讚美不置，因尊之爲後代一切身殉主張之先驅者。至於蘇格拉底之教人發見行動之合理的原理，吾人又可視彼爲倫理學建設者之一。

第四節 柏拉圖

蘇格拉底之高足柏拉圖（紀元前四二七——三四七）之著述，以對話之形

式爲之。其對話，乃描畫其師蘇格拉底與其弟子或論敵詭辯派論戰之情形也。故柏拉圖哲學體系之全部，外觀上似爲蘇格拉底其人之體系。然蘇格拉底其人，並非哲學體系之創造者。蘇格拉底雖有深刻之哲學考察，但彼卻未創設彼自己之哲學全體系。

著述
故柏拉圖所描畫之蘇格拉底，非歷史上之蘇格拉底，大部分即爲柏拉圖其人。柏拉圖著述中關於法律哲學之範圍，其重要資料爲「國家論」、「法律論」

國家論中
所表現之
柏拉圖思
想
「政治論」三節所成之對話篇。其中最重要者，爲第一對話篇之國家論，彼在此篇內敘述其理想國家。柏拉圖以爲須在「國家」中認取「正義」。蓋彼曾謂正義，在國家方面爲大字所書，反之，在個人方面爲小字所書，故尤易於認識之也。

國家觀
國家在柏拉圖眼中，可謂之一種大人。國家爲完全之有機體，完全之總合。國家爲由各個人所構成之全體，其爲組織體也，與人類之身體由各種器官所構成，全器官相合而維持身體之生命相同。無論在個人方面，或在國家方面，須有調和之

調和
德正義
國家之組
織

支配；是種調和，依德以達之。正義爲最高之德，因正義乃各部分間之調和關係也。正義要求人各注目於終極目的，進行自己之本分。柏拉圖取個人爲喻，將國家爲詳細之說明，故謂彼之國家概念，建立於心理學之上也可。彼以爲在個人有三種機能，卽理性，勇氣，感覺。理性掌命令，勇氣掌行動，感覺掌服從，各有其機能。同樣，在國家，有三種階級之成立。賢人任命令，武士任社會防衛，勞動者爲國家執役。國家不能不爲表現知識之階級卽哲人所支配，猶如個人之爲理性所支配。

國家之自
己充足性
國家目的

個人之執役於國家，服從國家，其原因在於個人之不完全，在於自己之充足性有缺陷。吸收一切，支配一切，自己充足之完全存在，乃是國家。國家之目的甚普遍，各個人之全部生活，包括在國家目的之屬性中。國家以萬人之「德」所造之萬人「幸福」爲目的。但此外有必須注意者，卽希臘哲學上，「幸福」與「德」爲一致之物，非如在近代哲學上，兩者爲對立之物也。蓋因希臘哲學以幸福爲服從德之靈魂之作用，卽服從其自己之性質之靈魂所活動。故國家包括一切表現形

國權無限
制
態上之個人活動。國家之任務，即在於增進一切形態上之善。國家之權力無限制，在市民之個人意志上，不能見何物，一切均在國家之抑制下。此種國家有絕對權力之概念，適與近代哲學者所主張國家活動，應有一定限界之理論（如康德之

與近代哲
學相對立

法治國家）相對立。柏拉圖之國家概念，在希臘思想界占優越地位。因希臘人以國家第一是有教育者之機能。吾人就柏拉圖之「國家論」中，見有關於此點之長篇議論。據柏拉圖之意見，教育方法，第一為「音樂」（含初步文學教育）及體操。其中音樂使靈魂接受善與美之情緒。第二為數學（包含星學）最後則為「科學」。「哲學」之訓練，此乃對最有能力之人而為之。柏拉圖特別注重市民之政治教育。彼以為可從曾受特別訓練之人物中，精選最優秀之人，委以國政，此項人物之年齡，未滿五十歲者不宜。執政者對於此市民之最高職務，應專心一意以任其事。

市民之政
治教育與
精擇為政
者

否定個人

在柏拉圖之國家概念上，個人的要素，為社會的，政治的要素而犧牲。在此概念

與中間社
會團體

上，所謂人各有其生來之固有權利之思想，絲毫未之或見。國家爲絕對的支配者。柏拉圖又爲發揮政治的社會之能率，使成爲強有力之物，遂抑壓個人與國家間之中間團體。彼高唱廢止私有財產及家庭制度，此卽共產公妻之主張。所以，柏拉圖爲一期望完成國家之有機統一與調和之人。但以上所述者，仍只適用於哲人階級與軍人階級，換言之，只適用於參與公共生活之人。故不能不謂彼之思想，與近代共產主義思想，有相當之距離。總而言之，在柏拉圖眼中，個人之人格，不曾受適當之承認。例如柏拉圖之著述中，竟無一處攻擊奴隸制度。故認柏拉圖之理論爲近代社會主義之先導者，誤也。柏拉圖對其理想國家之建設，係由哲學倫理之動機出發，非由經濟動機所引起，此應知之者也。

以上爲柏拉圖「國家論」中所述之重要思想之大略。「法律論」爲較後之作，有與國家論不同之特質。「法律論」非如「國家論」之敘理想，自是研究歷史的實在之現實特質。在「法律論」中，表現彼之實際的透察力。柏拉圖在國家

「法律論」中所表
現之柏拉圖思想

論中，認爲賢人不能不專賴其知識以行國家之統治。然若果以智識支配世界爲前提，則成法當成爲無用之物。但一旦展望現實，則成法之必要，卽時明瞭矣。「法律論」中之對話，理想世界不若現實世界被表示之多。但「法律論」中之根本原理，與「國家論」中所表現者，大致相同。柏拉圖對國家賦與教育之機能。彼以爲法應依被治者之了解而強制之，法律中應附加說明法律目的之解釋。彼又以爲刑事法應具「矯正」之性質。彼視犯罪者爲病人，刑法爲治療犯人之手段，刑罰爲治療之藥品。但社會亦因犯罪者而染病，故在謀社會安全之必要時，卽對於不能矯正之犯罪者之處理，應爲一般之福利而「隔離」之，「抑制」之。關於此點所應注意者，卽柏拉圖之思想，與近代刑事人類學派之思想有差異。刑事人類學派，以犯罪爲生理上墮落之產物，反之，柏拉圖則認犯罪爲理性之欠缺，犯罪者之病患，爲不知真理與缺德。

尊重個人

在「法律論」中，個人較之在「國家論」中受尊重。「法律論」中既不反對

被治者之
了解

柏拉圖之
國家法律
思想與歷
史

柏拉圖之
政治思想
的實際目
的

私有財產，亦不否認家庭制度。階級制度之成爲流動的，人民之選舉，官吏之責任等項之被承認，亦可謂爲彼之承認個人自由作用之表徵。但柏拉圖對個人雖爲某程度之讓步，而其理論之重心，卻仍在國家。分配財產及規定婚姻者爲國家，因教育而定詩歌及音樂之規則者亦國家，規定宗教之儀式者亦國家。

在法律論中，有歷史之敘述。（如關於法律發生上之可驚研究）經驗的實在之知識，亦較「國家論」中爲更豐富之表示。但在「國家論」中，「國家」雖以純理想之概念而表現，然亦屬於希臘之一都市國家」之理想化，就此點上可以見其歷史之關聯。柏拉圖主張惟有最優秀分子行使統治權，始能防止國家之消滅，此蓋與詭辯派之懷疑主義及當時政治煽動式之傾向相對抗也。故彼之政治思想，亦應認爲具有實際目的，具有時代之歷史基礎。

第五節 亞里士多德

亞里士多德之傾向

亞里士多德（紀元前三八四——三二二）生於司徒格勒，師事柏拉圖者二十年，其後曾為瑪基頓王子亞歷山大（後之大王）之傅。亞歷山大即位之後，亞里士多德即在雅典郊外柳開溫設一學校。彼之學問所包者廣，涉及各種方面，許多科學，皆可謂始於亞里士多德。彼以前之著述，大部分已失散，故不能確知其在何種範圍內，得力於他人之著述。彼所秉賦之天才，有與柏拉圖不同之特色。柏拉圖之傾向，較為思考的，而亞里士多德之傾向，則重事實之觀察。然就哲學之根本問題言，亞里士多德卻未離柏拉圖之觀點，故普通謂彼二人為立於反對立場之論敵者，當係誤也。誠然，亞里士多德之排斥柏拉圖之某種理論，確屬事實。然世人每謂彼師弟之間，釀成嫌隙，此不僅誇張之傳說，似亦添加之捏造也。總之吾人對於彼二人，均不能不認之為形而上學者，理想主義者。

文獻

就法律哲學方面言，重要資料，即為彼所著之「政治學」與「倫理學」二書。「倫理學」有三種流傳，即 *Nicomachea* 倫理學，*Eudemia* 倫理學，大倫理學 *Nico-*

亞里士多德之國家觀

omochia倫理學確爲亞里士多德之手著，至於 *Eudemica* 倫理學，恐爲其弟子姚德摩士之著述。大倫理學，乃前兩著中之摘要。「政治學」共八卷，全部皆流傳。「憲法論」一包含對於百五十八種憲法之記述，大部分已散失，惟雅典憲法，近已發見。亞里士多德亦如柏拉圖，認最高之善，是由德而生之福祉，國家並非單純之合意結合，乃必然之團體。國家非爲完成特定目的而造成之一時的社會，乃以德與一般之幸福爲目的之有機的完全結合。國家是以人性之完成爲目的之社會。國家在邏輯上，爲先於個人而存在者，正如有機體之先於彼之各個部分而存在。換言之，猶如離身體不能考察手，無國家之個人，亦不能思考。

法律觀

國家依法律規定其市民之生活。故法律爲規定個人之生活全部者。蓋個人非屬於個人者，乃屬於國家者也。亞里士多德以法律之內容爲正義，對正義進行深刻之分析研究。據彼之見解，正義之原理，在於「均等」。以爲此乃以相異之方法適用者。因之，亞里士多德遂進行正義之分類。第一爲分配之正義，榮譽及財富之分配之正義均等

正義之分析的研究

均等

分配之正義

分配適用之，此其用意，在於使社會之各員，因其價值而受領其本分。據亞里士多德之意見，若A與B之價值不相等，則A與B不能受相等之物。彼以為此乃從承認均等原理上所生之當然歸結，若對於不同之價值，予以平等之待遇，則均等原理被破壞。分配之正義為比例之關係，雖稍涉技巧，而亞里士多德則為之定義曰：「幾何學的比例。」

糾正之正義

第二為糾正之正義，即在人與人之種種交易上，發揮糾正作用之正義。在此場合，均等原理雖亦適用，然係以不同之形式而適用之。蓋此場合，若在客觀上計量「損害」或「利益」，即視人的要素為均等，而計量「物」及「行動」之客觀價值，即可。亞里士多德稱是種尺度為「算術的比例。」

此種正義之目的，在使有相互關係之二當事人，立於平等之地位。故當事人之任何一方，均須避免過不及而領受。故此種正義之定義，為介在損害與利益間之中間物。但此等損害及利益之語義，應由廣義上理解之。此不僅適用於「任意的」

乃至「契約的」關係，即由犯罪而生之關係——亞里士多德所謂「非任意的」關係，亦適用之。因犯罪與刑罰之間，須有正確之適應也。糾正之正義，對於一切種類之交換及違法行為均適用之。

吾人對於此點，須更進而加以詳細之分析。糾正之正義，可從兩方面觀之。第一，為依一定之尺度以決定流通關係之形成之機能，所謂「交換之正義」者是。第二，為右尺度有某種爭議時，置於審判官之權威下而強制之之機能，此蓋司法之正義也。犯罪表現之時，糾正之正義，方以司法之形式而出現。其目的在於將一方當事者所蒙之損害，反乎另一方當事者之意思而補償之。反之，在交換或契約上，此正義則以當事者之規範而顯其作用，或不須審判官之強制行動。

論
衡平之理

亞里士多德深知以抽象之法律，適用於具體事由之困難，於是為緩和正義之嚴格性，承認衡平之觀念為法律適用之基礎。彼為說明此概念，曾喻衡平於軟性物質所成之規矩。法律為形式的，抽象的，故欲為適切之適用，必須乎適應。此適應

即為衡平，以亞里士多德觀之，衡平可達於變更法律之程度。

個人及中間團體與國家之關係

關於國家與個人之關係，柏拉圖不承認中間體之團體，以為全部應吸收於國家之內；反之，亞里士多德則欲維持是種中間團體。彼雖以國家為社會生活之最高綜合，然卻視為不使家庭、部落及村落之類中間團體消滅之綜合。彼以為由家庭而部落及村落，因村落之統一而都市遂以發生，即希臘之國家發生。亞里士多德之承認此等社會生活上之中間團體，此顯示其歷史感較柏拉圖尤為敏銳之處也。

家庭制度及私有財產制

柏拉圖之廢止家庭制度及私有財產之思想，為亞里士多德所激烈反對，曾努力於攻破其說。在此點之對照上，兩哲學者之不同之特質，遂鮮明表現。亞里士多德以科學精神與柏拉圖之純思惟的絕對理想主義相對立，彼重觀察，期在事實中，探求其相對之理由及其漸次發展之各階段。彼認家庭為男女、兒童及奴婢所成立，此乃由自然所成立之永恆存在之社會。由家庭之結合而生村落，由村落之

結合而生國家，具完全自治力（主權）者，厥惟國家。國家爲其他部分社會之目標，乃自然之產物。個人若離開社會，則成爲人類之上或人類之下之物，人類卽不能不變爲動物或神也。

亞里士多德觀奴隸之現象而爲之辯護，其所提之理由，卽爲無自治能力之人類，應服從於他人。彼又從實際必要之立足點上，證明奴隸之效用。據亞里士多德之思想，以爲國家在養育特權階級上，必須有從事於物質的工作之階級，特權階級由是有從事於優異形態之活動，尤其從事於政治之可能。在古代，一般皆認奴隸在國家爲不可缺之要素，羅馬國家之基礎，亦建於奴隸制度之上。大建築物皆爲奴隸所建造；市民之能參與公共生活，從事於文學、學問等者，皆奴隸之賜也。奴隸爲軍事征服所生之結果，許多有教育之奴隸，特別爲希臘人，對其主人爲文化上之服務。在羅馬，奴隸或執祕書之役，或爲教師，或從事於書店之事業。就是種情形觀之，吾人對於亞里士多德認奴隸爲必要之點，可有某程度之理解矣。亞里士

多德又謂「紡者之絲車，若能自動於織機之上，奴隸即可廢止。」此語蓋亦表示其充分理解當時奴隸之經濟機能者。降至後世，產業之進步，機械之發達，始為廢止奴隸制度之貢獻。但縱令吾人在某種歷史階段上，承認奴隸制度之必要，縱在此相對之意義上，承認亞里士多德之說有價值，然彼認奴隸制度絕對正當之理論，終難承認也。吾以為奴隸制度為違反人格權者，此人格權應視為各人之自然權，至於主張某種人陷於自然的奴隸命運，殊非正確之言。

憲法集

柏拉圖描畫國家之抽象理想，亞里士多德則以現存國家之憲法為主而考察之。彼之憲法集，是非常具有歷史價值之文書，然不幸如前所述，大部分已歸散失，所存者小部分而已。

亞里士多德之政治學

亞里士多德之「政治學」，一雖亦論述普遍性質之問題，然可視為說明政治制度與自然條件之關聯。彼不求絕對的善，而求相對的善，對照不同之事實之要素，探求何者為最良之政體。彼又為最先指出立法權，司法權，行政權之區別者，以為

論三權分立
君主政體
貴族政體
共和政體

僭主政體
寡頭政體
庶民政體

司徒雅派
與鳩利克
士派之關

國家之憲法，乃此三種權力之規律。此三種權力爲一人所行使乎？抑爲少數特權者所行使乎？或爲億萬人所行使乎？因行使者之不同，遂生出君主政體，貴族政體，共和政體之區別。於是以為若在億萬人之福利上行使權力，任何政體皆善；若在支配者之個人利益上行使權力，則以上之形式，遂成爲僭主政體，寡頭政體，庶民政體。（依今日之用語，則爲暴民政體。）

第六節 司徒雅學派

司徒雅派爲鳩利克士派所派生。鳩利克士派之主要代表者爲安地善，門弟中有提奧基內士者甚著名。提奧基內士初爲高爾期亞之門弟，後爲蘇格拉底之學生。彼在蘇格拉底門下對其他弟子，特別對柏拉圖持反對之態度。鳩利克士派認德爲惟一之善，德即在謙遜，禁慾，寡慾上。聖人殆無慾，常人之所欲者，聖人皆輕視之。彼派只服從德之法律，至於其他法律即成法，非所顧也。故彼派以世界爲家，作

世界之市民，爲一視同仁者。鳩利克士派由此觀念出發，遂蔑視一切法律習慣，對國家取消極態度。彼等之目的，蓋欲從社會之羈束中解放市民，使其復歸於自然狀態之原始單純生活也。

司徒雅派與鳩利克士派立於密切關係之上，其創始者爲芝倫，始於紀元前三〇八年在雅典設教時。司徒雅之名稱，出於芝倫所曾設教其處之雅典市門之名。在芝倫之外，屬於古司徒雅派者，有克勒安地及克里西坡等後繼者；在後司徒雅派中，則有鄒塞多里奧，（紀開羅之師）續爲塞內加，埃配庫退特，奧勒柳士之輩出。

聖者之理想

司徒雅派以征服一切情慾，擺脫外部影響之聖者爲其理想。以爲人類擺脫外部影響之後，方能達於與自己相調和即眞自由。此種聖者之理想，司徒雅派雖主要是依蘇格拉底之理想而使之人格化者，但亦不能不謂其爲各自之理想。因此乃正當理性所表示之處也。司徒雅派又以爲有支配世界，同時反映於個人之良

自然法

心之「自然法」存在。人類之本性，有此種具普遍價值之自然法。據司徒雅派之見解，倫理學之最高原理，即為「因自然而生活。」

世界市民

司徒雅派因右述之普遍的「自然法」之概念，結果主張撤廢國境，人皆為世界之市民。（此點雖為鳩利克士派之唱說，而司徒雅派則以更高之意義理解之。）正如柏拉圖為都市國家而抑壓家庭及私有財產，司徒雅派則為世界國家而抑壓各個國家。在司徒雅派以前，確立個人屬於國家之原理，雖已是政治之最高理想，而司徒雅派則開始提倡廣泛之人類道德。司徒雅派之理論，主張有任何壓制所不能抑壓之自由存在。人如服從其本性，（即戰勝情慾而擺脫之）即為自由。在此意義上，「自由人」與奴隸之間，並無何種區別。於是彼等又主張一種「人類社會」之存在。此人類社會應超越政治的國家之範圍，基於與人性同一之性質及與人性相一致之合理法。由此點言之，在司徒雅派中而有埃配庫退特之為奴隸，奧勒柳士之為皇帝，意義殊深。

人類社會

自由

第七節 伊壁鳩魯派

伊壁鳩魯派與啓列雷派

與司徒雅派對立者，伊壁鳩魯派也。此派出於啓列雷派。（亞歷斯特坡在啓列雷所設立）據啓列雷之見解，快樂爲惟一之善，除由快樂之目的而發生者外，別無義務之基礎。

伊壁鳩魯

伊壁鳩魯於紀元前三〇六年在雅典設教，繼續講學至其逝世之二七〇年爲止。彼由啓列雷派之思想出發，與快樂說以更合理之發展。伊壁鳩魯非如司徒雅派，謂德爲最高之目的，德不過完成幸福之手段而已。於是與司徒雅派之道德相對待，而宣明功利的乃至快樂主義的原理。於是此二學派之思想所表現之二種不同之中心概念，遂形成後代各學派間不絕論戰之焦點。伊壁鳩魯之自身爲聖者。彼唱節制爲得快樂之第一等德，據彼之見解，吾人既不能求何種快樂，亦不能避何種苦痛，惟有在得最大量之快樂，最小量之苦痛上行動。此種行動上，帶有功

節制

快樂之質
的區別之
萌芽

「友誼」

利之計量及計算。無節制之原則，即爲縮短生命，戕害身體，減少快樂能力。在此意義上，伊壁鳩魯遂規定倫理之規範。伊壁鳩魯派又顯示快樂之質的區別，質的階段理論之萌芽。啓列雷派惟思考身體之感覺，而伊壁鳩魯則置重於精神之快樂及苦痛。伊壁鳩魯認「友誼」爲最大之快樂，此乃顯示其理論之非物質主義。然由此快樂之階段中，卻生功利主義自身之批判，蓋吾人若認快樂有高低，則不能不求選擇之新基準。蓋最高之善，即良心之滿足，雖受身體之苦痛，亦可完成之，此已非量的基準而爲質的基準矣。在此點上，吾人已屬超越單純之快樂說。

伊壁鳩魯
之國家理
論

關於伊壁鳩魯之國家理論，尙有一言之必要。伊壁鳩魯否認本性上人爲社交物之說，以爲人原處於與他人不絕爭鬪之狀態上。但此爭鬪因產生苦痛之故，遂爲國家之創立所消除。故伊壁鳩魯認法律爲功利的約束，國家爲合意之結果。若此結合所作爲目的之利益，一旦不存在，則隨時皆可破壞之。吾人於伊壁鳩魯此種理論中，得見後世之與置國家基礎於人性上之柏拉圖、亞里士多德之古典的

社會契約
理論之萌芽

理論相對立之社會契約說，於此已萌芽矣。此種萌芽於伊壁鳩魯之契約說，如何發展於中世及近代之處，俟後詳述之。

第二章 羅馬之法律家

羅馬人之
特色

羅馬之哲
學

羅馬人不長於哲理。在猶太，宗教為精神活動之最高對象，在希臘，則精神活動之最高對象為哲學，反之，在羅馬，則此活動對象為法律矣。就法律言，羅馬人之能力及技能，遠在他民族之上。固然，在羅馬亦有哲學之流派，但均由希臘所派生。凡希臘之一切學派，羅馬各皆有其代表者，如埃配庫洛士派之代表者卡魯士，在其「詠自然」之詩中說述其師之理論；司徒雅派則為塞內加及奧勒柳士所代表。然羅馬人中之使哲學通俗化，構成希臘思想與羅馬思想之中介者，以紀開羅（紀元前一〇六——四三）為最顯著。彼之成為知名著作家，雖由於美麗之文詞，雄辯之口才，而其思想之內容，固完全希臘式也。由法律哲學之領域觀之，彼之重

文獻

要著述，卽爲 *De republica*, *De legibus*, *De officiis*, *De finibus bonorum et malorum*, *Tusculanae disputationes* 等，就中 *De republica* 殘留者僅約三分之一，乃一紀開羅之特色。

八二二年發見於瓦特康之宮殿者。*De legibus* 是未完成者，此乃紀開羅自身未竟其功也。紀開羅不能謂其屬於特定之學派，彼以其師鄢塞多里奧所宗之司徒雅派爲始，受各種學派之影響，可謂之折衷理論。彼之著述第一二兩種之標題，雖爲柏拉圖式，而其內容則可謂爲亞里士多德式及司徒雅式。其中將優美之希臘哲學之根本思想，以明晰、典雅，且爲羅馬人易於理解之形式表現之。紀開羅又常訴於健全之常識，一般人之信念等項，此亦所以使彼之文章通俗者也。然彼之主張，其要點卽在於法律非基於人類之偶然意志，而是爲自然所規定。彼亦如司徒雅派之唱說，主張一種基於人之內部構成而表現普遍理性之永遠法存在。彼因反對懷疑論者由萬物之可變性，相對性出發，認爲絕對正義不存在之主張，而向之挑戰。（尤其對於卡爾內亞德）彼對此種懷疑派議論之駁斥，謂一切成法，均非

合於正義者，如其一切成法合於正義，則壓制者之法律亦成法律矣。法非基於獨斷之意見者，其背後，有爲人類之良心所證明之永恆的，必然的自然之正義存在。「自然之正義」之觀念，乃紀開羅奮其雄辯而唱說者。彼又以爲自然法，與在一切民族間所發見，爲民族相互關係之基礎之所謂「萬民法」，立於密切關係之上。因萬民法之基礎，建於各民族所共通之要求上也。又以爲基於各民族之特殊需要，而「市民法」遂以存在，此爲特種民族中所行之法律。於是彼遂認爲此等自然法，萬民法，市民法之間，無矛盾之存在，經爲同一原理之階段的決定。

國家亦自然之產物

據紀開羅之觀察，國家亦爲自然之產物，此蓋產生於人類之趨向社交性及政治的共同生活之自然本能也。

司徒雅派
哲學對於
羅馬法律
家之影響

羅馬法學者，多受有哲學之修養，而希臘哲學體系中之最受羅馬歡迎者，卽爲司徒雅派哲學。蓋因司徒雅派之哲理，最適於羅馬人之嚴格氣質，且因司徒雅派之世界的，全人類的理想，在羅馬帝國建設中已有某程度之實現。因之，萬人所共

自然法概
念成爲羅
馬法學者
之潛在主
義

自然法與
衡平之關
聯

法律進化
要素之自
然法及衡
平

通之自法然之概念，遂成羅馬法律家之一「潛在意識之信仰」，以至構成其成法之諸概念之基礎。成法之基礎爲「自然的理性」。此乃離個人之偶然意志而永恆不變之自然法，自然法非人類之技巧所造成，乃因人類之行爲而受變化之法則，其特色爲劃一性。自然法之概念，又與衡平之概念有關聯。「衡平」原係指示「均等」者，即均等處理，將均等事物及均等關係，作均等之處理之謂也。此乃於事物之差異及偶然外，要求承認事物之根本同一性之基準。

因之，衡平之觀念及自然法之觀念，遂成法律上之進化要素。成法是含有偶發的，放恣的要素之自然法之一形態。羅馬法律家，因時地之條件及功利之考察，充分認識特定法規之變化，採取特定形態之事項。但彼等猶深刻探求法律之基礎。彼等欲以特定成法法規，與其自然之基礎相對照，依以消除法規之不調和及不平等，在糾正其中所在之不公平非合理之處之形式上完成之。使成法與自然法相對立，此非構成破壞成法之基礎者，殆爲促進成法之改革變更。斯種成法之改

革變更，例如當審判上適用法律時，則依「衡平」以達之。而且事實上，羅馬之審判官，較之近代國家之司法官，尤有廣泛之自由裁量權。換言之，即有較多可以求之於衡平之機會也。當羅馬之布律特兒就職之際，為表示其任期中所應採取之方針而發表佈告，此事實即傳是中之消息者也。

自然法，以理論之最高基準而存在，由是種基礎之自然法，派生特定之法律原理。如根據自然而言，則人皆自由平等之原理是。（依司徒雅哲學之說）羅馬法律家依此理由，遂認奴隸制顯然違反自然法。但彼等又據「萬民法」為奴隸制作辯護，認奴隸制為一切民族之習慣。又，所謂「正當防衛權」亦以自然法所派生之法律原理，為羅馬法學者所承認。

烏壁魯斯
之自然法
定義

烏壁魯斯，與自然法以其他學者所不能見到之獨特定義。彼以為自然法，乃一自然指示於一切動物者。此定義，蓋欲將自然法之效力，擴充及一般動物也。然烏氏此種定義，不過將法律之基礎，存於事物之性質自身中之事實；在人類方面

所最發達之動機，其萌芽雖下等動物中亦存在之事實，以簡潔之形式表現之而已。

萬民法簡題

關於羅馬人之法律思想，其最重要之問題，即為萬民法問題。在第一意義上，萬民法，即適用於外國人之法規全體，即外國人相互間，外國人與羅馬人間所適用之法規。是種適用於國際關係之法規，其發生之理由，蓋因羅馬人之固有法，備嚴格之形式，遂有規律是等關係而較單純之法律之必要。故在此意義上，萬民法則是以涉及外人關係事件之規律為目的之便宜規定。在第二意義上，萬民法，即指處理涉及外人事件之過程上所生之成果之法規而言。最初，羅馬人非認萬民法優於固有法之市民法，殆認其為劣等法律也。以為是種法律，非如市民法之曾經洗練，乃係較素朴之法律。然希臘哲學之研究，使羅馬法律家，認萬民法中所存之單純性為更自然者而尊重之。彼等至是遂認萬民法中，有成為自然法之反射之優越性存焉，認萬民法為萬民所共通之第一次的要求之表現焉。因之，萬民法遂

具「一切民族所共通之成法」之意義。於是經驗之事實，漸具哲學之意義，而「自然法」(普遍、永恆、劃一之法)、「萬民法」(在各種不同之成法中所發見之共通要素)、「市民法」(以傳統之成果而具特性者)之三分類生。

其後，「萬民法」與「自然法」漸呈被混用之形式，此不可不認識者也。但「萬民法」之概念，由羅馬人之歷史經驗所生，本質上為羅馬之思想，而「自然法」之概念，則為希臘哲學所固有之希臘概念，此可察而知之事實。此二概念，雖外觀上時而互相矛盾，時而互相一致，然卻不能不視二者為具有不同之意義之物。二者所立於同一基礎之理論，往往至於不能相容，在此形式上，二者遂表現其對立。例如羅馬法律家，固認奴隸制為違反自然法者，蓋依自然法之觀點，人皆以自由人而生存，但在各民族之習慣上，即在萬民法上，則以奴隸制為應承認者而辯護之，此顯著之事例也。此事例，即係指示「萬民法」與「自然法」之二概念，雖在羅馬法律家本身，亦作不同之思惟。

羅馬法律家之貢獻

羅馬法律家，在純哲學，純理論之抽象論上，無所擅長。彼等之長處，即在運用成法，適用法規，認識永遠不變之邏輯的要求與不斷變化之實際的要求，巧於調節之。彼等對於傳統的，歷史的法律制度之形式，表極大之崇敬，不作急遽切斷歷史繼續之行動，且不忘具體生活與事物之本性，於順應新要求之內容中，使用精微之技術，以促進法律制度之進步。此為彼等最大之貢獻。（在此點上，羅馬法律家酷似近代之英國法律家。）希臘哲學與羅馬法學，可謂為古代文化提供於法律哲學之二大泉源。

第三章 基督教及中世法律哲學

第一節 基督教教理

發生於巴勒斯坦而成爲宗教的道德的教之基督教，經數世紀而及於歐洲大部分，對於法律及國家之概念，引起深刻之變動。然此教理，原非具有法律，政治之

基督教理之第一次的目標

意義者，殆可視爲具有純道德之意義。基督教所崇拜之博愛原理，其目標不在於改革政治及社會，欲改革人心而純化之，是其第一次之目標。誠然，基督教的前提之附隨原理，必然引出各人之「自由」「平等」「人類社會統一」之概念，但基督教之教義，直接上並非以反抗成法秩序爲其主旨。例如奴隸制度，且未見基督教之反抗，殆以其爲人類之制度而尊重之也。其教義之所宣明者，僅謂依神之法律，人類平等而已。及至「教父」時代，奴隸制且被視爲可以祝福之機會。蓋認奴隸應習慣於忍耐及對主人之服從，主人亦應習慣於對奴隸之溫情也。彼等不擁護廢止奴隸有必要之說，竟依慈悲博愛之基督教原理，教奴隸以甘此命運之事。基督之所教，本質上爲「非政治的」，其所教——雖其後使用於擁護教權上之教訓，亦如是——原皆以純精神之意義而使用之者。耶穌云：「余非爲受事奉而來，乃爲事奉而來；」又云：「吾等之王國，非現世之王國；」又云：「屬於凱撒者，請與凱撒，屬於神者請與神；」又云：「租稅爲應納於國家而不應納於教會之物，

基督教及
於政治法
律之影響
法律與宗
教之融合
混同

教會不能納租稅，因教會不應管理現世之事物也，「此皆表示是種傾向之訓示。然基督教理，對於後世之政治法律以及政治學法律學，固有極大之影響。基督教所生之第一結果，即為復活會見於原始法中之法律與宗教相融合相混同」之一事，此即使人類事項之合理研究問題，與宗教之信仰及皈依問題相混同也。此因希臘哲理之發達，曾被分離之二方面，於是不再分離，復歸於法律進化初期中之混同狀態。人類之理性，遂被所謂「天啓」所限定，此「天啓」乃被承認其為所謂人格的神支配世界之一種信仰之連鎖者。法律被認為神之命令，國家被視為神之施設，認為神之意志，非由理性之活動所認識，乃由天啓而被認識。認此乃不可論證而可信任者，可依信仰而承受之者。後代因哲學及古代文化之復興而喚起人類之自覺，馴至使彼認法律為離神學而發生於人類之性情之希臘式理論，復活於世，此說蓋已伏其根矣。（谷洛鳩士已明白唱說云：即令認為神不存在，而自然法仍存在。）

教會對國
家之新概
念

基督教所生之第二結果，即爲產生教會對國家之關係上之新概念。在古代，個人之上惟有國家存在，個人爲一善良之市民，一切皆作爲捧獻於國家之最高義務而服之。人類以作市民爲本質，在古代國家皆如是。然自有基督教以後，在作善良之市民上，則以不同之他種目的，即超凡世的目的，投於個人之前。終極之目的，已非「國家生活」，乃在獲得永遠之福祉。此即天降之福，由服從神之意志，屬於教會之行動而得之者。古代之時，宗教立於國家之下，爲國家之附屬，降至中世，則認教會立於國家之上矣。蓋以爲國家任地上之事，教會任永遠之事也。故國家反被視爲宗教目的之手段，教會之附屬。教會主張其優越於國家之自律的權威，於是政治關係之問題，較之古代尤增其複雜性，蓋於「市民」與「國家」之外，又加入「教會」矣。

人類同胞
之理想

基督教之根本原理——因神而生之人類同胞之理想，較古代希臘之理想尤爲廣泛。希臘人未見國家以上之物，惟因司徒雅哲學之出現，始有萬邦一家之理

社會勢力
之基督教

想。但司徒雅哲學，在若干點上，可視爲基督教之前驅。基督教之理想，及其成爲歷史之要素，社會統制之原理也，則具一切政治規律所必然帶有之一「特質」與一「限制」。其爲一「社會勢力」也，非具普遍之力量，殆成爲對立於其他社會勢力之社會力耳。在政治上，教會儼然以一黨派而主張自己之利益，以教皇黨與皇帝黨相對抗而主張自己之利益。

第二節 教父時代

教父時代
與煩瑣派
時代

中世之基督教哲學，可分之爲二時代，即教父時代與煩瑣哲學時代。教父時代者，即由教會之教父確立教義及信仰規條之時代也。煩瑣哲學時代者，即借助於希臘哲學以完成教義之時代也。由於一部分復歸於希臘哲學，而基督教教義之發展，在一定之限度內，遂有可能。

教父時代，自基督之起原，繼續至夏列曼大帝（八〇〇）之時。但此八百年之

時期，又可以尼西亞會議（三二五）爲分界線，細分之而爲二時期。在十二使徒以後之教父中，雖有騰托里亞，庫勒門特，拉坦秋士，安布魯鳩士等人，而其最重要之教父，則爲奧古斯丁。（三五三——四三〇）彼有多數之著述。彼生於努米底亞（阿爾幾利亞）之他加斯迭，後爲僧正，逝於伊破那。彼在「神國論」中，展開

其關於國家及法律之理論。就此著述中，頗能認識古代希臘之國家觀與基督教之國家觀相對立。奧古斯丁描寫教會與國家之絕對對立性，認爲國家之基礎，並非立於自然之必然性上，實爲罪惡之結果，原罪所派生之惡物。在原罪以前，君主，司法官，私有財產，均不存在。故「地上之國家」（即國家）其自身中最初即有缺陷。國家之建設者，即是殺人者。國家因人類離信仰而存在，故「地上之國家」

地上之國家處於爲神國所代

替之命運。陷於將爲「神國」或天國所替代之命運。結局，惟有一「神國」能處於支配地位。據奧古斯丁之意見，神國者，即指構成神國之信仰者之團體也。故信仰者，已先天的決定其命運，將隨神爲永遠之支配。

國家應服
從教會

地上之國家，在其導人與人之間於維持和平之點上，具可嘉之目的。但地上之國家，將經常服從真正國家之一教會。一結局，地上之國家，遂為神之支配所代替而消滅。奧古斯丁之如是對於地上之國家抱悲觀之思想，蓋為彼時代之政治經驗（蠻人侵入羅馬帝國）及彼之親近諸人所影響也。大概奧古斯丁之解說基督教義，極為峻酷嚴正。（例如以「一定命論」而評斷人類之大部分，永久不可拯救。）彼之政治哲學，亦呈示極端禁欲主義，超世主義之勝利。在否定國家之價值之奧古斯丁之概念中，超世的要求被提高，而一切人類的價值則被蔑視。奧古斯丁欲在歷史中，認識神之攝理之完成。例如羅馬被蠻人占領之中，彼認為此乃神之裁制之前兆。要之奧古斯丁之一神國論，可稱為基督教之觀點上所作之歷史哲學論文之嚆矢。

超世主義
之高唱

第三節 煩瑣哲學派

基督教理
與希臘哲
學之調和
爲煩瑣派
之意圖

吾人在煩瑣哲學派中，可覩回向古代希臘之一部復活之傾向。中世前半期所已忘卻或蔑視之希臘哲學著述，至中世後半期，復呈被尊重之形式。然希臘哲學，此時係爲人以教義之偏見進行研究，而煩瑣派之苦心積慮，即在謀基督教義與希臘哲學之調和。此點乃構成煩瑣哲學之根本特質者。希臘哲人之被尊崇者，以亞里士多德爲最。然既在基督教教義之前提下研究解釋，其結果，亞里士多德之真義，未必明瞭。此點即爲引起後代反對煩瑣哲學之伏根，蓋至文藝復興期，而反亞里士多德之傾向遂出現矣。（例如培根）其一原因，即亞里士多德爲煩瑣哲學所固定化獨斷化之故。煩瑣派學者，其使基督教教義與希臘哲學相調和而施之解說，呈示可驚之巧妙。尤以構成微細「區別」及詳細「分類」之敏銳與其邏輯之技能，爲彼等之特別卓越處。煩瑣哲學於維持基督教義之性質中，又欲依合理之分析而使之生動。關於此種努力，希臘思想之影響甚顯著。

在煩瑣哲學之重要代表者亞奎納（一二二五——一二七四）理論中，此例

尤其顯著。彼之最大著作「神學總覽」，即彼之時代之學問系統之要綱，彼由是取得天主教理論中之最優解說者之地位。

亞奎納

永遠法自
然法人定
法

亞奎納提供基督教思想之組織體系於吾人，茲於此處只述其與法律哲學有直接關係之部分。亞奎納之法律理論及政治理論之根底，可謂在其法律之分類。彼分法律為三種，即永遠法，自然法，人定法。永遠法為支配世界之神之理性，此乃由天啓而獲得之神之意志，吾人須依信仰而承受之。自然法為人類可依其理性而認識之法，乃永遠法之不完全而且部分的映寫。換言之，自然法者，人類依理性而解釋永遠法者也。人定法為人類之發明，此即自然法之特種適用。人定法，係以「結論」或「決定」而由自然法抽出之者，即可由自然法之前提，或依三段論法，又或就自然法中為一般所承認之處使個別化而抽出之者也。

違反永遠
法及自然
法之入定
法效力

由此區別所生之實際問題，即為人定法雖在違反永遠法及自然法時，吾人仍須服從之乎？抑否乎？亞奎納對於此點，以為即令人定法違反一般之福利時，即令

因之而引起損害時，吾人仍須服從之以維持秩序。但人定法如在違反神之命令時，例如責人以信奉邪教之人定法，吾人則不能服從之矣。

國家理論
之特質

亞奎納之國家理論中，顯然表現彼與亞里士多德及奧古斯丁之差異。亞奎納以爲國家係爲滿足人類之要求而必要之自然產物。此乃由人類之社交性所派生，得離原罪而獨立存在。國家具確保人類社會生活之安定，增進一般福利之目的，乃係神國之縮圖。亞奎納之此種國家概念，即取奧古斯丁之理論而改造之者。蓋奧古斯丁之根本概念，即國家隸屬於教會，國家爲教會之附屬，故須經常服從教會，助教會以達其目的，此思想在亞奎納方面，亦同樣見之。在亞奎納方面，亦謂反抗教會之國家，即係缺乏正當性，此種國家不能容許其存在。教皇爲神之權力之表現者，有處罰國王之權利。教皇能使人民脫離服從君主之義務，有取消人民對君主所發之忠誓之權利。此點在中世政治史上，構成極重要之點。

亞奎納之國家理論如上，彼之理論中，可謂含有重大之缺陷。彼僅說「權威」

自由之否
定

而不說「自由」，蔑視人民之爲人民之權利，蔑視政治自由之保障。此種缺點，雖已在希臘之理論中存在，但在中世紀，則因承認教會之直接且無限之抑制力，及於人民之「思想」與良心之範圍，以致更走極端。故倘以中世之此種理論爲前提而承認之，則教會對人民之良心之一切強制的干涉，皆屬正當，而法律與道德之間，無何等之區別矣。道德於是在法律化之形式上表現，於是備具法律之形式與法律之效力。於是人類對支配世界之權力，完全被認爲受動者，於是人類已非法律權威之創定者，僅爲必須服從法律之物。於是人類之自律性，無論在理論世界（縱爲意識之主體）或在實際世界，均不被承認矣。

亞奎納之理論，蓋欲犧牲其他之一切權力，尤其犧牲國家之主權，以確立教會惟一之絕對權力也。故對此教會干涉之主張，起而爲反動之國家獨立之主張，斯亦理所當然事所必至者矣。況羅馬國家之傳統尙生存，羅馬國家在理論上，尙繼續其爲羅馬帝國，而此帝國又係在中世人之思想中，承認其爲國家之優越國家。

教會與帝國之對立

因之，中世之政治生活，遂以「教會」與「帝國」二者爲中心而活動。於是就此二種最高權力之關係，據聖經之原文而鬪其表徵的議論。在路迦之福音書中，伊德奧曾設二劍，此即兩種權力，其一爲現世界之權力，他一則爲靈界之權力。此種二元論，固教皇黨與皇帝黨兩派均所承認者也。但前者則認此二權力，皆由神使之派生，惟教會爲神之意志之直接解釋者，國家只依教會而間接具此權力，故教皇有令皇帝退位，予以處罰之權利。反之，後者卻認俗界之權力與靈界之權力，相並而存，所謂宗教權力，乃係另外由神直接授與之權力。

教皇黨與皇帝黨之論爭

第四節 皇帝黨之著者與社會契約理論

皇帝黨之理論

皇帝黨之理論，其主旨即爲使國家之主權，脫離教會之干涉，此乃受羅馬帝國之理想所刺激而生也。此理論尤以但丁（一二六五——一三二一）之一「帝政論」中爲最提倡。但丁亦使用煩瑣式的論法，即用比喻，表徵，微妙之邏輯，暢破外

但丁之帝政論

貌似無辯駁價值之議論。彼在其第一卷中，基於形而上學的理由，即所謂「統一」之優越性，實際的利益（平和之確保）之理由，說明爲全人類而有政治的統一之必要。其次在第二卷中，論述羅馬國民承神授與支配世界之權，羅馬國民之繼承者，當然可以君臨世界。最後在第三卷中，論國家與教會之關係，主張在俗界之範圍內，皇帝離教會而獨立。但丁在論證此等諸點上，使用離開現實而僅具比喻價值之論法。例如彼對於太陽（被用以代表教會權力）及月（被用以代表帝國，因月從太陽受光）之議論，以爲縱令承認此種比喻，亦不能視爲皇帝之從屬性之證明。因月之存在及其活動，非從太陽受得者，不過受太陽之助而已。皇帝雖受教會之恩寵之光，然究非破壞皇帝之獨立性者。但丁又就歷史的議論，即欲由君士坦丁之權利賦與（爲歷史上可疑之事）以引出教會之絕對權力之議論，進行其論駁，彼並不主張此歷史事實之本身有可疑，卻論證君士坦丁具有拋棄支配權之權力。彼蓋以爲是項權力贈與之行爲，乃不法之舉，故帝國之權利，並不

因之而減少。

馬西利烏
之人民主
權論

與但丁同時代而立於同一傾向之學者中，有奧坎（一一七〇——一三四七）及馬西利烏（一二二七——一三四三）此二人中，馬西利烏尤爲重要。馬西利烏數度其困苦之生活。彼雖於一三一三年受任巴黎大學總長，然卻爲皇帝黨之一強硬論文家，以盧多衛喜對抗教皇約翰十二世之精神，投入政治論爭之漩渦中。彼在其題名「德芬索爾」之著述（一三二四）中，主張教會隸屬於國家以重建和平。彼認政治權力之根源爲人民，由此概念出發，遂以爲支配者即君主，常受法律之拘束，君主若違反法律，亦當受制裁。依彼之觀察，人類間之主要混亂原因，即爲攘奪權力之教皇，爲因篡奪而漸伸其權力之教皇。教皇及僧侶，均不應有強制的管轄權，彼等並未具有強制遵守神法之權利，其對異端者之科罰，但能由國家之法院宣布之。於是發生於古代之國家主權之概念，再由馬西利烏所主張。彼蓋以爲君主不但離僧侶階級而獨立，且有管理國家領土內所發生之一切事

項之正當管轄權，故有管轄神官及宗教上各事項之權。此即回向古代思想之復歸。在古代羅馬，宗教係一種官職，係一種公共機關，決非離國家而與之相對立之權力。

馬西利烏
之社會契
約說

馬西利烏之著述中，關於描寫社會契約說之點，實有注意之價值。社會契約說，雖在詭辯派及埃配庫洛士派之間，可觀其萌芽，但其在法律哲學史上占重要地位，似自馬西利烏始。社會契約理論，至十八世紀之終，因各種學者之見解而有種種之說明，於是由此理論中，引出相異之實際的結果，而政治思想之分野，於以分焉。然此等相異之議論，雖流傳者甚多，而其所擁護之根本前提，則皆為國家生於契約。換言之，關於社會契約之效力及條款，雖有爭議，而對於社會契約本身之存在，則毫無疑義也。

社會契約
說之大綱

社會契約說之大綱，大體如左。在人類歷史中，曾有國家尚未形成以前之時期，此為社會契約說首先承認之前提。在此時代，人類無法律，無權威，無支配者，完全

處於自由放任之狀態。此種在法律外或法律以前之狀態，謂之「自然狀態」。於是此種意義之狀態，爲人作種種之描寫。學者中，或以此爲和平時代，幸福時代，遂稱自然狀態爲樂園；或又以爲自然狀態乃曝露於種種危險中之最不幸狀態，在此狀態中，各人利己心不受何項限制，任何人之自由，皆無保障。但此自然狀態，至某時期即歸消滅。於是主張前說者，以爲此即破壞人類之純潔及幸福狀態之原罪之結果；主張後說者，則認此乃由於避免自然狀態上人類放縱所生之危險損害而起之結果。要之自然狀態在一定時期告終，人類因構成社會而從事於拋棄自然狀態，固各學者所一致承認之點也。於是「自然狀態」移於「社會狀態」。此種過程，係由「結合契約」所生者，因結合契約而人類遂負尊重鄰人，在和平道上謀生存之義務。由於此種契約（或在稍次之時代）人民（結合契約之結果，一羣烏合之衆遂構成「人民」）遂服從其所指定之支配者。此亦在契約之形式上爲之，謂之「服從契約」。此種「服從契約」，究與「結合契約」同時，抑

社會契約
說之意義

在其後所締結，學者間各執一說。

採用社會
契約說之
各種動機

右述社會契約理論之最要意義，即在論證政治權力由人民所派生之點，在承認人民主權之點。若果承認支配者之權力受之於人民之前提，則人民隨時可以收回此以條件賦與之權力，實為極易論證之事理。尤其在支配者不完成其契約上所負之義務時如是。反之，如另一派學者之所主張，亦能謂社會契約之結果，人民全失其「自由」與「主權」。此種議論，蓋以專制君主之權力為其基礎者也。社會契約理論，學者採用之者甚多，而採用之動機及目的，則各有不同。例如十五世紀之庫薩拉（一四〇一——一四六四）為著 *de pace seu Concordantia fidei* 之大哲學者，此書即為後日觸動布魯諾者。彼欲使帝王之權力無效，遂採用社會契約說，而社會契約說，即成教會對俗權而鬭爭之武器。在此意義上，所謂耶穌社派學者，曾借社會契約之理論，對抗國家權力而主張教皇之權力。（如十七、十八世紀之柏拉米諾，莫里拉，馬利亞納，蘇亞勒士等學者。）新教之學者，為進攻絕對

主義，亦採社會契約說。但其採用之目的則不同，因彼等認爲國王之權力，乃由原始契約所限制者，故對於一定之事項，尤其對於宗教之自由等，不應加以干涉，遂用社會契約說作其立論之根據。此派學者中之最有名者，卽爲布哈南，朗格，亞特休士等。

社會契約
與人民主
權

但大體上，社會契約說之第一目的，在於確立人民主權爲絕對無限之權力。其次則爲努力於決定社會契約在法律上之效果，以及社會契約之條款。此卽研究人民究已保留何種權利，在何種時所，何種方法上，可行使此保留之權利也。於是「個人之權利」形成，此卽所謂存在於自然狀態者，在「社會狀態」中亦務令存在之權利。（自由平等）他方面，又表現出欲在社會契約之形式中，確保國家權威與安定之傾向。由此遂漸生近代法治國家之概念。

第四章 近代之法律哲學

文藝復興
之意義

第一節 文藝復興

因以上學者之輩出，吾人遂由中世之環境而入於近世之環境。蓋因社會契約理論之形成，已爲文藝復興之一表象，爲對人類精神之一切活動方面，提供新趨向之回轉之一結果也。文藝復興，在十二世紀之終，已開始其一部分，至十五世紀尤爲顯著，在十六世紀尙繼續其命運。文藝復興，本質上爲批判精神由獨斷主義之桎梏所抑壓所窒息中獲得解放之表現。在中世紀，人類被視爲應服從外部之法律者。人類不被認爲法律之創造者，而僅被認爲受法律之適用之被動的主體。在學問範圍內，亦不被承認研究之自由。對「權威」須嚴格服從，不許有絲毫之懷疑。換言之，彼時在嚴格之精神的他律主義所支配之中也。反之，時至文藝復興，則主張精神的自律主義。

文藝復興
之外部要
素及內部
要素

此種轉向，係爲各種要素所決定。此等要素，或爲內部之要素，或爲外部之要素。此種轉向，在某種意義上，在某種形式上，亦可視爲回向古代人生觀之復歸。

外部之要素，第一當舉者，即一四五三年，君士坦丁堡為穆罕默德二世所占領，而東羅馬帝國滅亡，甚多學者移居於西羅馬帝國，特別為義大利。此等學者精通古典，使古代國家即異教國家之精神復活，與基督教之超世的精神相對待，喚起新一人本主義之精神。第二為印刷術之發明，使思想之迅速傳播有可能。第三，即為偉大之地理發見，尤其美洲之發見，對於人類之活動，開闢新天地，使豫見經濟的大變動之可能性。較深之內部原因，即為新科學之宇宙觀，即科白利體系，將聖經之記述所根據之托勒米體系（以地球為宇宙中心說）顛覆。此種科學進步，產生重大之結果：將支配中世之人類中心主義所犯之許多誤謬，剔而出之。地球並非一般所深信之宇宙中心，實為極小之一片土塊，此論證使已經固定之宗教神話因而動搖，已經固定之宗教教義遭受批判，結果，遂開始泛神論之傾向。

科學的宇宙觀

新教運動之興起

文藝復興之精神之一重要表現，即為盎格魯薩克遜系諸國內所完成之宗教改革——新教運動。就此方面言，亦曾喚起批判精神，主張在信仰範圍，個人有極

度之自由。宗教改革者，概爲宗教家，彼等志在反抗教會之權威，彼等蓋信無須任何中介者而可以禮拜神也。故在宗教之分野內，亦對抗傳統的教義，而主張個人意識之自律性。

哲學上之
解放運動

笛卡兒

此種解放運動，在哲學之領域，更有顯明之完成。正式代表文藝復興之哲學者，爲特勒西奧、布魯諾、甘霸內等。其次，卽出現笛卡兒與培根。此二人，各在一方面成爲近代哲學之真正建設者。笛卡兒以個人意識爲出發點，否定教義之權威，否定一切傳統的意見。彼否定一切，懷疑一切之認識，只認彼之思惟之存在，爲惟一有確實性者，卽彼之所謂「我思故我在」也。彼以爲棄去彼之認識及一切經驗，則宇宙無何物存在，認一切事物皆爲理性所派生。因此，彼蓋近代哲學之理想的，合理的，批判的方向之建設者也。培根適由笛卡兒之反對思想出發，彼欲依據「觀察自然現象」而復興科學。彼反對演繹法而擁護「歸納法」，反對三段論法而主張「實驗」。在培根以前，物理學曾因亞里士多德之著述而傳習，但真實之科

培根

學研究，卻爲亞里士多德之「權威」所阻害。至是由培根之努力，而實驗的，實證的，經驗的方法，遂以確立。笛卡兒與培根之方法論，雖有互立於反對之兩極之形式，然培根之方法，仍以承認人類理性之認識力（離教義而獨立）爲前提，即以理性研究現象，發見真理之可能性爲前提，此應注意者也。

政治狀態
之變化

欲充分觀察所謂文藝復興此廣泛之現象，不可看忽當時政治狀態上曾起大變化之事。新理論之發達，即係與此種政治變化相照應。中世之時，有多數之小國存在，而此等小規模之政治團體，皆直接間接服從二最高權力——「教會」及「帝國」。但此種狀態，逐漸發生變化，教會與帝國，遂均徐徐失其政治勢力矣。在是種階段上所組織之封建制度，既已解體，曩在封建制度之下，諸侯不能不求於兩大權力之一者，（時而屬於教皇黨，時而屬於皇帝黨）今則因封建制度之崩潰，形成脫離教會及皇帝之政治支配之大國，大王國矣。在理論之範圍內，法律問題，政治問題，亦因之而在異於中世紀之新基礎上，以新形態提出之矣。此即在與

政治問題

之提出形
式之變化

古代希臘提出問題方法相似之新基礎上，討論新形態之問題，換言之，問題之中心，已移於個人與政治的社會之關係如何，國家內部之治者與被治者之關係如何，非如中世之討論教會與帝國之關係矣。煩瑣派之理論如二劍說，已完全失其意義矣。對此新形態之問題，一方有主張不惜犧牲人民之自由，以確立國家主權者（絕對論者）；他方則有寧犧牲國家之安定性，而主張人民之權利者（民主主義論者，自由主義論者）。法律亦已不在神學之基礎上被研究，而在人類的，合理的基礎之上被研究。古羅鳩士，即此新傾向之創始者。但吾人卻不可忘其先輩，已有多人表示文藝復興之特質之著述也。古羅鳩士之先輩學者中，有二人尤可注意。此二人者，一為馬基雅佛里，一為波丹。彼等雖非處理法律哲學之根本問題者，然其所研究之政治理論，殊有可以注意之處。

第二節 馬基雅佛里與波丹

馬基雅佛里
其特色

馬基雅佛里者（一四六九——一五二七）與其稱之爲哲學者，不如稱之爲政治家。彼是以近世之精神，處理政治學之先導中之一人，蓋彼之政治學，乃離一切教義之偏見，而建基礎於歷史的，心理的觀察之上者也。彼爲一實際家，具有極敏銳之現實感。當其處於不能不離實際政治而爲私人生活時，始開始其主要之著述。彼之著述中，最優者爲「提多士·李維前十卷」（當係指所著羅馬史——譯者）論綱，「君主論」，「戰術論」三書。彼所作爲問題而研究者，即在可以確保國家安泰之條件爲何。彼以其深刻之透察力，分析古代史（即至李維爲止）羅馬君主之政策，由是始投光明於此問題之上。馬基雅佛里爲研究現實之最敏銳者之一人。彼分析充滿情慾與惡行之現存人類，以尖銳之眼光，觀察事實的條件而考察之。彼目擊分爲多數小國之義大利慘淡情勢，計畫祖國統一之實現。彼所用之方法，常爲歸納法及歷史觀察法，按照該時代（彼之時代）之實際狀況，研究如何而後能形成獨立之義大利國家。彼不採取何種道德上之豫斷，惟指示

謂道德的
助言係以
諷刺形式
出之者實
爲曲解

其所認爲在達到追求之目的上，即在達到義大利國家之統一上，實係最有效之方法。彼有時對於企圖完成義大利之統治之國王，不惜爲暴力與詐術之勸導，確係事實。此種方法，在彼之時代，固爲一般所通行，但彼之爲此應受道德所非難之勸導，實投暗影於其著述中者也。馬基雅佛里主義，爲「目的使手段正當」之格言所概括，遂頗具惡劣之意義。關於此點，鄭提列，盧梭，浮士可羅等學者，以爲馬基雅佛里對君主所進之道德的勸言，係以諷刺之形式出之，宗旨在消滅此等在實際政治上所用之不正手段，因而使人民防禦支配者之奸計。此等解釋，當非正確之見解。若謂馬基雅佛里，對彼之時代大勢，曾作判斷與解釋，自屬正確觀察，蓋彼抱一定之政治理想，日惟計慮在一定之狀況下，何種實際力量，爲實現其理想之所必要耳。故「君主論」並非視爲道德的著述而作，殆需要由歷史上批判之也。彼之所欲言者，惟在如何而使義大利，亦如當時之英法，能形成一民族的國家，於是爲特別刺戟義大利之君主而出此舉。

馬基雅佛里之「君主論」非若盧梭之所謂對政治支配者之壓迫而發之諷刺，殆為說明君主須作救主，說明在解放義大利之意義上，無論如何犧牲義大利，有依征伐行統一之必要。

波丹

過渡時代之學者中尙有一可注意者此其人即為法國之波丹（一五三〇—一五九六）彼之主著為「共和論」（一五七六）六卷。（此書後經波丹本身譯為拉丁文）波丹並非獨斷的，殆以合理方法處理國家組織者，故彼可稱為新政治學之先導者中之一人。馬基雅佛里與波丹之間，固有其差異，而兩者間之若干點，則可謂之類似。第一，兩者均以觀察事實為基礎；第二，兩者均為直接之具體目的所推動；第三，兩者均為絕對主義者，此三點即兩者間之類似點也。波丹之著述，以鞏固法蘭西王國為其直接目標，其著述之最重要部分，即為「主權論」。

波丹與馬
基雅佛里
之類似點

主權之理
論

在中世紀，主權之概念，不能充分確定，因中世之主權概念，外部的要素（特別為神政的要素）與封建的要素相結合之故也。（即主權者一方被視為神之代表

立法權

者，同時又被混同於私有財產權。）波丹以爲無論任何國家，均不能不有惟一不可分之優越權力。（無主權即無國家）據波丹之見解，主權之特質，即爲一絕對性。一與「恆久性」，主權作用之最要者係立法權。但制定法律者，不能處於法律之下，因立法者在法律之上也。故主權者，僅服從「神法」及「自然法」。波丹雖承認神法及自然法之支配，但關於已成之秩序，則以爲主權必然是絕對物。主權者優越於法律，對主權者，只能有義務之存在，不能有權利之存在。故某種學派所主張之「革命權」，不能存在。個人自由之保障不存在，彼以爲自由乃因國家之權力而犧牲者。在此點上，彼之唱說實有缺陷。蓋吾人縱承認主權之外部獨立性之前提，斯亦可在個人自由，法律保護之形式上表現，主權之本質的限制之可能性，非可排除者也。然此更高之問題，乃立憲國家發達之基礎，其解決俟於論述後一時代時論之。波丹又於立法權之外，列舉其他包含於主權概念中之權力及權利。例如宣戰媾和權，恩赦權，貨幣鑄造權，課稅權，公用徵收權等是也。

宣戰媾和
權恩赦權
貨幣鑄造
權課稅權
公用徵收
權

具有以上之特質之主權，可屬於君主，可屬於人民，可屬於貴族團體，此波丹之言也。波丹視主權與政府爲同一物，（與盧梭相反）區別主權或政府爲三種形式，即君主政，貴族政，民衆政。某種學者——如亞里士多德，紀開羅，馬基雅佛里——以爲混合的形式，亦能存在，波丹則排斥此說，謂與主權以不可分爲本質之根本概念相矛盾。彼定主權之所在，視立法權（主權之最重要表徵）存於何人之手，此須就各種情形加以檢討，在立法上，假如人民具有最重要之作用時，則統治者爲民衆政。

君主制之辯護

其次，波丹檢討此等政體各有之得失，主張當時在法國所行之君主政體，較爲優長。彼認爲君主政體上，以「惟一性」爲特質之主權，實爲自然之表現。

租稅論

此外，波丹之著述，詳細討論特種問題，例如論租稅。就此種方面觀之，波丹可稱最初之財政學者。波丹又就法國當時所起之新舊教徒間之激烈鬭爭，說明宗教寬容的必要。就此點言，彼亦有強烈之近代色彩。然由其他之點論之，彼固未嘗脫

宗教的寬容論

惡魔之影
響星之影

波丹之動
機

及於孟德
斯鳩之影
響

離中世之特質，觀彼所書之「惡魔之影響」，「星之影響」等，即證此言之非虛。波丹與馬基雅佛里相同，其先亦為政治家。彼常以實際為目標而處理其問題，故彼考察加強國王權力之各種條件，研究何種更適宜之條件，係使國家之活動發達者。彼又提倡法律順應於自然狀態之必要。（例如論氣候與法律之關係）此最後之部分，實波丹與孟德斯鳩以刺戟者也。

第三節 古洛鳩斯

在法律哲學上，具較直接之重要性者，即古洛鳩斯（一五八三——一六四五）其人也。彼曾於一六二五年，發表「平時及戰時法規論」三卷。前述之諸學者，皆為處理特種政治問題之人；反之，古洛鳩斯之特色，則在其論究一般之原理，以建完備之系統，故彼為一般人稱為近代法律哲學之開山祖。但就此點上言之，亦尙有二三二人可視為彼之先輩，如奧登德夫，黑明，威克拉，即是。古洛鳩斯與此數人，皆

欲成爲一切人類所適用之普遍原理之理論的解說者。彼之前項著述之標題，當然爲彼表示其在特種上，以國際法爲目標者，即欲以之決定戰時及平時國際間之法律關係者也。

鄭特列與古洛鳩斯

國際法之著述，在彼以前亦曾有之。在牛津大學執教鞭之鄭特列（一六〇八逝世）尤其中之有名者。鄭特列於一五八八年所發表之「戰時法論」顯示其爲系統的敘述戰時國際法之最初著述家。鄭特列之著述，不爲人知者甚久。古洛鳩斯記載此書時，雖全不加以重視，然彼實大利用此書矣。鄭特列在其爲法律家，只有優於古洛鳩斯，斷不較之爲劣。然古洛鳩斯欲由國際法之特種問題，達於一般之哲學原理，此則是其優點，換言之，彼不僅爲法律家，亦一哲學家也。彼縱無大獨創性，而其能爲系統之著述，仍由於此種哲學者之素質。

彼之著述

成爲哲學

古洛鳩斯之著述，其所以成爲哲學者，因彼喜作實際的考慮，此不可忘者也。彼明瞭認識國際法之體系，應置於與成法諸體系所固有之基礎不同之基礎上。蓋

者由於政
治背景

彼以前之時代，而且通中世紀，皆如上述，各國家之上，有二大權威，即「教會」與「帝國」之存在。國際關係，亦可視為受此二權威所規定者。但在古洛鳩斯時代，此二權威，事實上已失其重要性，世界的帝國及世界的教會之理想，已歸消散。於是不能不發見一與從來相異之基礎，以決定自律的國家間之法律關係，因此等國家雖為一定之領土所限定，然在其領土內則有絕對主權，而國家之相互間，則立於平等關係之上也。古洛鳩斯於是復歸於古代哲學，尤其研究亞里士多德，以構成是種規定。換言之，亞里士多德之所謂人類之本性為社交的，具有形成政治的社會之命運，此根本理論彼已承受之矣。彼以為法律可建於合理的（不根據天啓）基礎之上，即以為可用合理的方式，論證法律與人之社交性相合，使社會的共存有可能也。彼之此種理論，大體上，表示法律論之基礎，已離神學而獨立。故古洛鳩斯，可稱為最初明白主張法律脫離神學原理之學者。彼在其「平時及戰時法規論」之序文中云：即令無神之存在，即令神不主持人事關係，想自然法亦

脫離神學

必存在。

自然法如何能被認識乎

如何認識自然法乎？古洛鳩斯指示二種方法。一爲「先天的」方法，即哲學的方法；一爲後天的（經驗的）方法，即通俗的方法。就哲學的方法言，在一定之事物，被證明其必然適合於合理的社會性質時，自然法即被認識。就經驗的方法言，當一定之事物，被一切人或開化人所正確信認之時，自然法即被認識。但古洛鳩斯自身認爲第二方法不完備，僅具蓋然的價值而已。蓋其意，以爲在用第二方法認識自然法之先，必須理解一切民族之成法，此在事實上甚困難也。更重要之點，即爲自然法縱被蔑視時，亦不失其固有之價值。

契約不可侵犯之原理

古洛鳩斯在構成法律之人類共存之諸條件中，特別高唱契約之不可侵性。彼以爲若不承契約之不可侵性，則社會不能成立。古洛鳩斯認爲統治者之正當性（彼將此置於契約之基礎上）與國際條約之不可侵性，即由此原理所派生。

社會契約

古洛鳩斯認政治組織之國家，爲契約所構成，故彼又可視爲社會契約論者。但

古洛鳩斯雖用社會契約之理論，而彼之所謂社會契約，則爲經驗的意義上之社會契約。在此點上，彼之社會契約理論，與其他較進步之社會契約論者之理論，趣旨殊異。在古洛鳩斯以前及以後之其他學者，欲以國家之基礎，置於契約之理想的典型之上，在彼等觀之，契約爲理念，爲前提，爲規律原理，未嘗以之爲歷史事實而理解之。此種認識之點，可視爲契約理論之進化的發展。然在古洛鳩斯觀之，則社會契約乃表現歷史事實者，因而不僅存在惟一之社會契約，隨現實政治組織之不同，亦有不同之契約存在。古洛鳩斯以爲一切政治組織，皆先有與之相適應之契約，故基於是種契約，而一切制度，一切統治者，遂皆具正當性。

故古洛鳩斯認社會契約爲外部行爲，係由特定時代之輿論或環境等所派生，非派生於人類之固有性。由自然所派生者，惟人類之社交衝動，至於社會應採如何形式，則是委之於人類之偶然意志者。

古洛鳩斯之主旨，即在排斥所謂人民常有回復其原始主權之權利之說。（亞

爾托鳩士）故彼以「公準」之形式，宣言契約由自然法而成立之社會契約之觀念，在古洛鳩斯觀之，此不過對人民論證其服從主權者為永久之義務耳。彼於必須證明義務之存在時，即以社會契約之理論為之作基礎。統治者之活動，由臣民之同意所支持，社會契約者，即此事實之一不許反證之推定也，一種「擬制」也。換言之，彼之社會契約理論，即在論證人民對壓迫之暴君之反抗，在「同意阻止違法性」之理由上，皆非正當之舉。然社會契約之理論，一旦被理解為如是經驗的，非合理的意義，則必遭逢致命之反駁，而為不能支持之議論。但所謂反駁者，乃係反駁社會契約理論之被視為經驗之事實，至於被視為合理的，規律的原理而理解之社會契約體系，則非所宜駁也。

吾人對於古洛鳩斯之理論，第一可指摘者，即為社會並非國家始於契約之歷史的證據，並非熟慮之結果所派生，殆以自然之事實而發生者。合意之性質，乃因社會生活之漸進而表現，個人之行使自律權及其對法律之承認，乃遠在原始的，

古洛鳩斯
之社會契
約論批判

非人格的團結性之後始表現者也。第二，假令承認古洛鳩斯之前提，試問最初所結之契約，果依何種理由而拘束後代之人乎？後代人對於過去所爲之契約上之關係，不從新承認而能拘束之乎？第三，社會契約上之同意，果基於自由意志乎？契約之內容果適法乎？此實有檢討之必要者。契約惟有在不受何等強制，而基於自由意志所締結時，方能具拘束之效力。然在某種民族爲其他民族所征服時，則契約或爲虞生命之危險而締結，或爲征服者不顧對方之意志所強加於一方之支配。此若貫以「同意」、「承諾」之理論，當不能不承認其無效矣。要之古洛鳩斯，蓋爲確立臣民之服從義務，而欲置絕對價值於所謂社會契約之假定事實（並未成爲事實而存在）之上者也。就此理由觀之，古洛鳩斯體系上之社會契約之前提，可謂未具何等合理之價值，不過僅爲維持現狀而設之「方便」耳。

國際條約

古洛鳩斯之理論，就其關於國際條約之部分言，實具較大之效果。彼欲將法律之理念，輸入於國家間之關係中，蓋彼曾論證國家間所締結之條約，具有法律之

效力，依自然法而具拘束力也。彼以爲當中世之權力衰頹之後，國際社會漸以新形式而形成之時代，因此觀念之發展，最能成就國際法之發達。古洛鳩斯於此等一般原理之外，又提議對於交戰慣行加以革改，講求緩和各種戰爭所施之慘酷之策，制定平時及戰時狀態上之各種特定國際法規。故由彼觀之，「戰爭」亦非具體的提倡

古洛鳩斯
之價值

事實狀態，而成爲一種法律的——當然爲不完全的——制度矣。古洛鳩斯之意圖，其中心亦可謂在於此點。彼在其著述中，揭出各種豐富之歷史實例，實可謂彼在原理之解說上，不如其在事實之解說上之成功也。彼在其著述所表現之博學，誠可驚歎。在近代，自不與古洛鳩斯以巨大之哲學價值，但彼在當時所生之影響，確能謂之偉大。彼雖不正確，而其爲一國際法之開山祖，一則固一般人所深信。義大利之哲人名韋科者，稱彼爲一全人類之法律家，「此種敬稱，洵爲適當。」

第四節 霍布士

霍布士理
論之時代
的背景

霍布士與
波丹馬基
雅佛里之
類似點

較古洛鳩斯更哲學而更具敏銳之頭腦之思想家，即爲霍布士（一五八八—一六七九）其人乃法律哲學上之一最重要者。彼之由此見地而成之著述，有 [De Oive] 及 [Leviathan] 二種。彼所生活之時代，正英國爲內亂所紛擾之混亂時代，吾人欲理解霍布士理論，不可不知此點。彼在一種得以完全支配一切個人情慾，支配國內鬪爭之強大絕對權力上，覓出救濟國家之途者，蓋根據此種理由也。故彼成爲絕對主義理論家。在此意義上，彼之理想，近於波丹及馬基雅佛里。波丹，馬基雅佛里及霍布士之著述，均欲使其自國之法，義，英之王國形成，遂成爲強固各該國家之力量，此其一致之點也。

霍布士之引出其政治理論之哲學前提，大要如左。人類之本性上，並非社交的，利己實爲人類之本性。人類每只追求自己之利益，對他人之利益則漠然不生感覺。彼以爲人類若果係受本性所支配，則人與人間之鬪爭，將爲永久不可避免之事。因各人在犧牲他人方面求自己之利益也。在政治組織開始以前之人類狀態，

即統治者尙不存在時之狀態，實爲「萬人與萬人戰」之狀態。在此種自然狀態上，各人之權利無規定，彼時有一萬人對萬物之權利。」因此，霍布士遂主張脫離社會契約此不幸而可厭之自然狀態之權利。然此惟有依據內容上，爲人各放棄其在自然

狀態中所固有之無規制之自由之契約，始有可能。此種放棄，且須爲全部而無條件者而後可；否則當復歸於原始之無政府狀態，即復歸於放肆的利己主義之支配。故一切人類，應放棄其固有之權利，而以之交於制定法律，決定正邪，適法不適法之區別之主權者。故國家係因人爲之創造而成立者，在個人之上具無限權力，爲人民不能對之主張何種權利之萬能機械。故具有絕對權力之國家，爲防止個

位教會之地
人間之爭鬪上所必要之物。霍布士對於教會，亦高唱國家之權力，不承認教會以

其法規對抗國家之法規，此蓋由於國內之和平，不至爲宗教的理由所擾亂之故也。

霍布士與

由是以觀，在霍布士之觀察，亦如古洛鳩斯，認社會契約爲和平秩序之要求之

古洛鳩斯
之異同

產物。古洛鳩斯，雖將社會契約之原因，置於防止個人之欲求流於放肆之共同生活之要求上，然彼由此種劃一之原因中，引出社會契約之劃一內容，而以為社會契約，能因各種情況而成立各種形態。反之，霍布士則與社會契約之內容以特定之性質，以為社會契約，惟存於個人對權威之無條件服從上，國家乃代表個人，集中個人之權利於己身者。蓋由古洛鳩斯觀之，個人權利之完全放棄，乃社會契約之無限種類之一而已；反之，由霍布士觀之，則是種絕對放棄，實為客觀的理性之結果，而客觀的理性，即使個人權利之絕對放棄，成為一切之政治組織之必然的且根本的前提者。蓋霍布士體系上之理性之格率，雖為提供社會契約之前提者，而社會契約，其後卻被置於理性之格率外。社會契約不能被認為基準，不能認為社會契約，對於政府之正當性，加有何等之限制。彼以為個人對於社會契約之目的之公權力，絕對服從，實以不可取消之連鎖而存在，由於此種連鎖，其後公權力，遂不僅為保護臣民之安定與和平而活動，且能為傷害之活動。

霍布士之
批判

故霍布士者，專制主義之最典型的代表者也。霍布士之誤謬，存於其理論之基礎上，即其欲將人性限定於利己主義上之點也。近代之研究，已明瞭利他利己均屬自然的，蓋一切生物，於其保存自己之本能而外，尚有保存種類及對他人之同情。對個人行動有一定限制之「社會生活」，實為人類謀生存所必要之第一條件。人類具社會的本能而生，在原始時代及未開民族之間，猶且非若霍布士之所假定，純為一個人與個人爭。「彼時雖為褊狹之範圍所限制，而社會感情仍行其支配。蓋吾人即在是種集團間，亦發見戰爭乃集團間之表演。再就動物言之，動物亦如達爾文所指摘者，具有社會的本能，若無社會的本能，種族即當滅亡。」

由法律政治方面觀之，霍布士體系上所存之根本缺點，即在其為滿足秩序之要求，滿足和平之要求而完全犧牲自由之點。和平惟其容許個人自由之發展，故在是種限度上有價值。盧梭謂霍布士能見和平於「牢獄」中，殊為正確之見解。彼因過於畏懼「放肆」與「無政府狀態」，故完全抑制自由。故謂霍布士之體

系，猶如保險費之超過保險物之價格，可也。

第五節 斯賓諾莎

與霍布士具多種類似點之思想家，即為荷蘭之斯賓諾莎。（一六三二——一六七〇）與著述

斯賓諾莎之重要性在一般哲學上

「倫理學」二種。但前者未覩其完成。斯賓諾莎之重要性，與其謂其在法律哲學上，不如謂其在一般哲學上。彼之一般哲學之背景，基礎在絕對一元論之概念上，就此點言，彼之影響於謝林格及黑智兒者亦甚大。斯賓諾莎主張只有惟一之本體存在，即彼之所稱為「神即自然」者。彼以為世界上所發生之一切事象，皆此本體之表現，故本體為絕對完全者。彼因此排斥價值之差別。吾人所認為不完全之物，亦係由本體決定其必然者，故本體在自然世界為完全之物。斯賓諾莎由此立場，將自然法與物理的力作同一視。就此點言之，彼近於霍布士。據彼之見解，吾

與物理力
為同一

人對於任何事物，均不能謂其絕對不正確。在自然世界中，一切被意欲被行動之事項，均屬正當。一在自然世界中，不正乃不可思惟之物。一蓋彼既將自然法與物理的力及必然性作同一視，所以頗易被視為等於否定自然法。既將人類之本質，還元於必然性，其所生之結果，當然成爲否定法律的評價之一切行動之基準及規範。由必然性之尺度考察，人類之本質，常成消極物。於是如暴力與詐偽等行動，亦因其爲自然所決定而謂之爲正當矣。

保存自己
之動機所
形成之法
律基礎

斯賓諾莎爲再度發見法律的評價之原理，遂不能不假定自然狀態，由於但因人之理性而行動之人類合意，在一定時期內停止。據彼之觀察，此種變遷，乃由人類精神之根本動機所起，即由保存自己之動機所起。蓋以爲人類爲避免各人無限制行使其力量所生之危險，合意於但依理性而生活，於是構成國家之起原。此即判定萬人權利之統一權力所由生。然於此有一疑問焉。是種契約，果具若何之價值乎？若果人類在各種場合，以採取一定行動之形式而受自然之決定，換言之，

常以根據自己之最多利益而行動之形式受自然之決定，然則是種拘束，能成爲所課責之一種義務乎？斯賓諾莎承認此種困難，彼認爲右述之契約，其價值由遵守此契約所生之各人利益所規定。故彼承認各人在認爲於己有利時，則各人可成爲此契約之破壞者。但此種保留，假令在維持彼之體系之邏輯性上爲必要，然因其奪去右述之契約之客觀效力，故受契約規定之法律體系被其破壞。於是法律再還元於單純之事實關係，成爲僅依各個人之力而決定之專斷命令。

國家權力
之規定

斯賓諾莎以國家支配個人爲其前提，其所以對此前提極忠實者，蓋以其具強大力量之故，以爲國家之權威，在其具有使其效力發生實力量之限度內，實屬正當。斯賓諾莎由此前提出發，以爲國家對於良心想，不能予以限制，此非就法律言，或就合理言，爲不可能之事，乃係在物理上不可能。蓋因思想之性質上，爲不能糾正者，即認侵犯自由爲不可能，故存在也。此種對於思想自由之規定，雖有歷史的重要性，然以之作思想自由之基礎，則不充分。蓋既認思想自由爲物理上不可

對於良心
及思想自
由之根據

功績

侵犯者，則反抗壓迫思想自由之主張，豈非多此一舉乎？縱令思想之自身爲不能壓迫者，而在物理世界之表現，思惟主體之生活上，壓迫固可能也。然斯賓諾莎主張國家權力之受自然限制，實屬有功之點，其後杜瑪覺士所主張之法律與道德之區別，可云此其先導。

第六節 蒲芬多福

霍布士與斯賓諾莎之理論，結合法律與力於一個概念之上，與此理論相對抗而固守人類社交性之原理之學者中，有蒲芬多福（一六三二——一六九四）其人。彼爲自然法學派馳名學者之一人。但彼完全不能稱爲以新見解對自然法理論有所貢獻者。彼所著之「自然法及國際法論」（一六七二）「人類及國民之義務」二書，並非就彼以前之學者所確立之諸原理，加以更改者，殆爲古洛

能社交的本

鳩斯及霍布士之理論之折衷。依蒲芬多福之觀察，人乃由社交的本能成立社會

共同之和平及安定
自然狀態
之理論

者，（此點與古洛鳩斯同）但此社交的本能，卻由利益所派生。（此點等於霍布士）於是以為國家之目的，存於「共同之和平及安定」上。蒲芬多福詳論自然狀態（即政治的社會以前之狀態）之理論。人在自然狀態中，雖曰自由平等，但就其權利言，並無何種保障，常曝露於危險之中，故不能不服從主權者而形成國家。在彼之理論上，關於自然狀態之概念，亦可察知其有國家成立以前之歷史時代之社會，與無國家之人類狀態之假設觀念之混亂。在第一意義上，是乃終於不可維持之歷史寓言；在第二意義上，是則為假設的合理的原理。（在第二意義上，自然狀態之概念，可認為邏輯的便利論，蓋吾人由是可明瞭社會秩序成為必要之理由也。）然一切自然法學派之論者，（蒲芬多福亦在內）關於自然狀態之概念，皆動搖於此兩種不同之意義間。故自然法學者之自然狀態說，其中雖含真理，究易於被人論駁。自然法學者，將歷史的寓言之形式，提供於理想的前提，至於不與歷史事實相關聯而主張是種前提之事，不曾為之。故彼等可謂之半理想主

義者，似而非之歷史主義者。彼等之方法論，缺乏明晰，不脫於不完全之域。

確立自然法與成法之區別

固有權與獲得權之區別

然自然法學，至蒲芬多福而備極完全極詳細之系統，確屬事實。蒲芬多福作法律與神學之區別，且使自然法與成法之區別劃然。彼認為自然法具獨特之優越性，在有國家以前即存在，常維持其支配力；而成法則必須服從之也。以為自然法，即指導成文立法之規範。蒲芬多福又作固有權與獲得權之區別。（此係由邏輯上調和自然法與成法之區別者）固有權，為人未構成社會以前，處於孤立狀態之人所具之權利，此權利，無論如何之共同生活上皆存在。獲得權，為人在作一定之社會（家庭或國家）之一員之限度內，由人所付與之權利。在蒲芬多福此種思想中，顯然權利問題較義務問題為重，此種高唱權利之體系，可云至十八世紀之終，皆構成自然法派之特色者。

蒲芬多福之價值

蒲芬多福之體系，非顯示偉大之創造者，前已言之矣，故萊布里茨對彼，曾有作法律家作哲學者皆貧乏之酷評。然彼之著述，其處理問題之方法，極明瞭而詳細，

故永不失爲自然法學派中之有力學者。彼之著述，雖稱自然法學派之瑰寶也可，謂爲一切理論之集粹亦可，又能稱之爲自然法學之泰斗。

第七節 洛克

十七世紀
英國思想
家之傾向

在十七世紀之英國，處理與當時形勢相關聯之政治論爭之著述，較之系統的著述，純思惟的著述爲多。英國革命，完成於十七世紀（一六八八）由是遂確立人民及議會對於國王之權利，由是遂形成垂範於後世各國之英國憲法。當時英國學者之著述，多與此立憲運動相關聯。前述之霍布士，代表專制主義之傾向（著「家長權論」之斐爾瑪亦同）反之，米爾頓，錫德利，洛克，此三人則爲代表自由主義傾向之學者。

米爾頓

米爾頓者，以詩人而兼政治著述之人也，曾於一六五一年，著「英國民辯護論」一書。此書爲對萊丁大學教授薩爾瑪修而作，因薩爾瑪修曾爲查理一世作辯護

也。米爾頓主張出版自由，良心自由，以暗殺暴君爲正當行爲。

錫德利爲「統治論綱」(一六九八)之著者，此書係彼被絞殺後數年方刊行之遺著。彼在此書中，擁護人民主權，駁斥斐爾瑪之學說。斐爾瑪之「家長權論」中，曾唱政治權力爲亞當所派生之說，認爲政治權力發端於父權，由繼承而傳授，其說後爲洛克所駁斥，盧梭亦於「社會契約論」中非笑之。錫德利以學者而兼思想之身殉者，且爲刺戟盧梭之一人，此誠堪吾人記憶者也。

洛克

對於自然狀態及社會契約之理論，作理論的貢獻之學者，以洛克(一六三二——一七〇四)爲尤重要。彼爲對霍布士之專制主義傾向，最能表現民主傾向，自由主義傾向之學者。在其精神上，在其結論上，均與霍布士爲顯著之對立。霍布士由自然狀態及次於自然狀態之社會契約之前提，作君主專政主義之基礎，洛克則由此同一之前提，論證主權者之權力上所應有之法律的限制。彼於一六八九年，發表「統治二論」一書。彼恰如盧梭之影響法國革命，亦影響英國革命。洛

洛克與霍布士之對照

著述

認識論

克於其占一般哲學之重要地位，尤其占認識論之重要地位之著述「人類悟性論」中，論述認識爲感覺及反省所構成，（反省者，卽就感覺所得之觀念而行心理作用者也）惟此二者始構成認識力。此理論尤係對生得觀念說而發。

洛克之政治論

自然狀態
卽社會狀態

洛克之政治著述，以論證與辯護已在英國實現之民衆政治爲主。洛克與霍布士之說相反，以爲人類原係社交物，無社會，卽無自然狀態之存在，就人類言，自然狀態卽社會狀態。彼認霍布士所云之一萬人對萬人戰一之狀態，實係違反現實之想像的產物。在洛克所思惟之自然狀態，人類已有一定之權利存在，如自由權，勞動權——亦卽財產權（洛克以勞動規定財產權）是，所缺者，堪以保障是種權利之權威耳。彼以爲欲獲得是種權利之保障，卽欲獲得政治組織，個人必須承認拋棄自然權之一部，而立於一定之限制下。此承認卽爲契約之由來。然被付託是種公權者，不能任意行使，因是種公權，爲保護個人之權利而與之也。主權者若或濫用此公權力，則屬違反契約，人民可卽收回其原始之主權。臣民所服從之法

自然權之一時拋棄

律，以統治者遵守社會契約為條件。由此觀之，洛克之社會契約理論，其精神可謂在於政治拘束之一「相互性」矣。

政治拘束
之相互性
國家

洛克以為國家對自然的放肆，非否定之而係限制之者，個人惟在能使國家之形成，為其權利及自由作保護機關之限度內，犧牲其權利及自由。

洛克之社
會契約說

洛克亦認社會契約，係以事實且屬歷史事實而表現者，不過此種事實，被其視為「合理化」耳。洛克與古洛鳩斯及霍布士之論證方法，外觀上無異。彼為論證國家之活動，不能不依據於一定之原理之點，不逕於理性中求其基礎，而索之於國家之起原中，即視為此種起原之結果而表現之也。於是國家之歷史的形式之問題，與欲依國家活動而實現之理想之問題，即欲構成國家之正當性之基準之理想問題，為錯誤之合理主義所混同。將事實提高為原理，與應作理性之前提者以歷史事實之形態，此點在洛克亦甚顯著。洛克雖認社會契約為事實，然卻視為最合理之事實而記載。人類非所謂因外部之必需而構成政治社會，不得已絕對

國家活動 之限界

服從權威者，非所謂因自然狀態之不便及危險，對權威有無限制的服從之必要者，因之洛克以爲對公權力之服從，非無條件者。服從條件，爲各個人入於政治的共存之政體之根本要求所表現，此種要求，卽是項政體之不可免除之基礎條件。以設定公權力歸於人民之同意，其結果卽引出如下之理論：設定公權力之一人民之意志，在公權力之上，保存絕對優越性，隨時可以撤回，隨時可加變更。於是遂主張人民之意志爲主權者，政府之正當性，則爲人民同意之尺度所測量。他方，所謂個人爲實現一定之目的，遂依其意志活動而造成國家之前提，又引起一種主張，認爲公權力具有充實完成此目的之義務，不准在是項目的之外或違反是項目的而行使公權力。於是社會契約之前提，遂帶理想的規範之特質。國家已非單純之力量之表現，其本質上必然不能不保障個人之權利。

洛克理論 之具體展開

洛克又有詳細展開其理論，將憲法構成一種體系之功績。彼曾提倡權力分立論，此理論後由孟德斯鳩所完成。彼又解釋全體之國民權利與個人之市民權利。

洛克之位

彼實一先於盧梭之最偉大學者，盧梭亦曾宣稱洛克「依據其自身之原理」而處理社會契約。曾由馬西里烏與莫拉可馬基所開始之方向，雖一時被霍布士及其他絕對論者所轉換，但至洛克則為系統的、合理的解說矣。洛克又由國家與教會分離之理論出發，主張宗教的寬容，亦一可記之事。

第八節 萊布里茨，托瑪覺士，烏爾夫

萊布里茨

德國哲學之昌隆，可云開始於萊布里茨時代。（一六四六——一七一六）但

在一般哲學上之重要性

萊布里茨在法律哲學上，不及其在一般哲學上之重要性。彼在認識論上，反對洛克說，曾於一七〇四年，以法文著述「人類悟性新論」一書，以反對洛克之理論。已如前述，洛克駁斥生得觀念之理論，認為感覺乃認識之母，認識惟依感覺而存在，故認識之基礎須置於經驗之上。反之，萊布里茨則擁護原始的理性之屬性存在，在說，認為理性有其自身所固有之形態，一定之概念由是派生，經驗不能派生是

萊布里茨
之法律思
想

種概念。萊布里茨在其重要著述之一「單子論」中，進行宇宙之考察，主張宇宙之定命的調和。存在於宇宙中之事物，一切皆有理由，一切皆為善。（現存之世界，係一切世界中之最善者。）彼又在其他處所，例如在「辨神論」中，檢討如何方可將富於慈悲之神之存在與人生之惡及悲哀，調和於無間，藉以為神作辯護。

萊布里茨兼為法律家。彼於青年時，曾著「法學研究新方法論」（一六六七）一書，其目的在於擴充法律學之範圍，改善法律學之方法。彼在此書中，提議集合世界一切民族之法律，開始為比較法之研究。又在其一六九三年著述之一「科特克士·油力斯·根齊姆·德布洛瑪特庫斯」一書之緒言中，作實踐哲學即行動規範之分類。若謂其所論之目的，為欲限定法律之範圍，尚不如謂其意在表示欲擴充法律之範圍較適當也。蓋彼認道德為更廣泛之法律焉。萊布里茨區分善為三種階段，有關於神之善，有關於人之善，有關於國家之善。第一階段之善為「敬虔」，第二階段之善為「衡平」，第三階段之善為「法律」，即「嚴正法」。彼又以亞

里士多德之概念為基礎，以普遍之正義，分配之正義，交換之正義等名詞，作此等倫理的世界之分類之特徵。此三名稱，適與羅馬法之格言所謂「生活於正直，」一予各人以其應得之分，」不妨害別人」之三命題，前後相映。在萊布里茨之偉大體系中，不能見法律與道德或宗教之明瞭區別，於是此等已為其他學者所欲克服之名詞間之混亂，乃再現於萊布里茨之手。萊布里茨又在其他處所，以道德的力作權利之定義，使其與所謂道德的必然之義務相對峙。

萊布里茨承認法律（狹義）有強制可能性，此點有注意之價值，蓋此概念以後所具之重要性頗大也。

杜瑪覺士

將法律與道德，作系統之區分，此應歸功於萊布里茨同時之杜瑪覺士。（一六四五——一七二八）杜瑪覺士為啓蒙時期之代表者，在德國文化史上占重要地位。杜瑪覺士以啓蒙之精神，致力於使哲學用於實際目的上。彼在其著述，主張代拉丁語以德語，主張提倡社會的方法，邏輯的方法，使科學與神學相分立。彼因

熱心於提倡「科學自由」，被迫離其故鄉萊浦季西而避往哈列。彼在哈列協助哈列大學之建設。彼所著之一「伊士特丟齊奧內斯·油力斯布魯頓特耶·德維內」(一六八八)係祖述蒲芬多福之思想。彼於一七〇五年發表「*Fundamenta iuris naturae et gentium*」一書，其中始明確而嚴正劃分法律與道德之區別。彼之目標，以政治為主。彼指示國家支配權之限界，以防法律之強制，侵害個人之良心自由。杜瑪覺士對於該時代之實際問題，頗多奮鬥，攻擊拷訊、巫女、異端者之審判等事，主張宗教及良心之自由。彼為完成此實際目的，對其實際問題之主張，提出學理上之證明，以學理說明有國家所不能干涉之範圍。

杜瑪覺士將行動規範及適應於行動規範之學問，區分為三類，即倫理學、政治學、法律學。此等互異之行動規範，固應區分，然其所具之目的則一，福利而已。關於此統一目的之自身，彼不能謂為達於高度思想者，惟彼對此目的所具各種規範之分類，可云極有重要性。彼以「正直」為倫理學之原理，「合宜」為政治學之原

理，「正義」爲法律學之原理。「正直」卽倫理學之根本規範，蓋卽所謂「以望人爲汝行之者，汝自身行之」之意義，換言之，不可以個人之立場行意欲，須設身爲他人而意欲之也。此卽意志之一般化及純化過程。（卽後代康德之無上命令之形式）「合宜」之規範，卽所謂「以望人爲汝行之者，爲他人行之」之意義，此卽功利的實踐規範。「正義」云者，卽「不欲人之施於汝者，汝亦勿施於人」之謂也。此其意，蓋表示政治爲積極活動之物，法律則爲消極的命人以勿害他人也。

法律道德
區別論

行動之規範，被分爲上述之三類，而其中之主要對立者，則爲道德與法律，杜瑪覺士關於此點之思想，大要如下：道德僅關係主體之良心，以獲得內心之和平爲宗旨；法律則規律己與人之關係，確立共同生活之秩序，其根本原理卽爲確定勿害他人之義務。由於此種區別，杜瑪覺士遂以道德的義務爲關於意志卽「內界」者；反之，法律則以外部的和平爲目的，故僅關行動之外部方面卽外界。因之法律

的義務，惟有仰賴「力量」維持其效用。凡在良心範圍內發生之一切事項，不能強制，因無論何人，皆不能對其本身用力，亦即就自己之本身言，就內部之行動言，法律的義務不能存在也。在內部行動之範圍，惟道德的立法行其支配，法律機關之國家，不能侵入良心之範圍，亦不能命其為特定信仰之信奉。法律的義務之能行使強制者，蓋因強制在關於外部行動時，能加於他人也。杜瑪覺士稱法律的義務為「完全義務」，至於道德的義務，因其不能強制之故，則稱之為「不完全義務」。

上述之杜瑪覺士之學說中，凡其後由他學者說明之道德與法律間之一切差別，均已提示。例如就康德之理論言，大體上，亦不過重複杜瑪覺士之說而已。然杜瑪覺士所形成之原理，不能認其全屬正確。第一，內部行動與外部行動，不容許有絕對之區別，一切行動，皆同時既為內部的又為外部的，即一切行動，皆有心理的要素與物理的要素也。由是言之，當然不能謂內部行動為道德所規律，受法律之

規律者惟外部行動。法律與道德均係以一切行動爲對象之普遍規範，不過道德以考察行動之內部的要素爲出發點耳，然亦更進而考察外部的要素。法律亦然，雖以考察行動之外部的要素爲始，然亦更進而考察其內部的要素，況考察行動之心理的要素，在法律範圍內，亦屬重要之部分。（法律非行動之純機械的規律）第二，法律有強制可能性之原理雖正確，然直可視爲由法律之本質——客觀性，主體相互性，社會性之概念所派生者。第三，稱道德的義務爲不完全義務，此點不正確，強制可能性，不過爲法所特有之制度之一形態，而道德的義務，亦帶有制裁性，如良心之制裁，輿論之制裁，卽其左證。故道德的義務，其自身亦應稱爲完全義務。

烏爾夫

其次，再就萊布里茨之弟子中，舉述最有名之烏爾夫。（一六七九——一七五四）彼將其師之哲學通俗化，著有啓蒙書籍甚多。彼之法律哲學上之重要著作，有「自然法」（一七四〇——一七四九）八卷。其著作多煩瑣派式，獨斷式之

「完成」

法律與道德

色彩，此應為康德之批判所修正者也。烏爾夫以為實踐哲學即道德與法律之根本原理，乃「完成」之觀念。人有完成自己，促進他人完成之義務，此義務同時即是權利。此在一方面為道德的必然，而在他方面又為道德的可能性。據烏爾夫之見解，權利不過為完成自己所固有之義務之能力，故法律為容許者，道德為命令者；法律為一列庫斯·白爾米西維亞，「道德為一列庫斯·蒲列塞特維亞。」烏爾夫之理論，將道德的義務與法律的義務相混同，此點實有批判之必要。蓋道德之所禁止者，法律多容許之，故道德的義務與法律的義務，無一致之可能。且法律不但具容許之性質，且具命令之性質。由此觀之，烏爾夫仍如萊布里茨，對於法律的義務與道德的義務，尚欠明瞭之區分。烏爾夫亦採用人類社交性，社會契約等傳統之理論，從事於「固有權」（在自然狀態中之權利）與「獲得權」（在社會狀態中之權利）之區別，以固有權為照應於人之本性所具之普遍義務者。

固有權與獲得權之區別
合理主義之濫用

烏爾夫濫用合理的方法，將經驗之事實，即事實之觀察，即惟依經驗方能達到

之諸概念，以合理的方法引而出之。於是招致對合理主義之反感，此種反感，自可視爲對濫用合理主義而發，斯不能不謂爲當然之事也。

第九節 韋科與孟德斯鳩

法律之合理主義的基礎與發生的問題

以上諸學者，以處理法律之合理基礎之問題爲主，而忽於檢討歷史的發生論的問題，即歷史的既存現象之法律問題。換言之，彼等皆以法律爲理念爲思惟的原理而研究，不研究「存在法」而但研究「當爲法」也。歷史問題，至十九世紀始獲重視，此種研究，實與法律哲學之各種理論以大搖撼。但在十八世紀之末，已有學者尤其有兩學者，已豫觀歷史問題之存在矣。特以其先人而知之故，彼等遂不爲當世所充分理解耳。此二人者何人？即韋科與孟德斯鳩也。

韋科

著作

那不勒斯人韋科者，（一六六八——一七四四）生平著述甚多，而最重要者有二：一爲一七二〇年以拉丁語發表之「普遍之法律原理及統一目的」一爲

一七二五年刊行之「關於行動共通性之科學原理」，後者再版於一七三〇年，復於一七四四年著者逝世之後數月，印行第三版。韋科之思想，誠屬偉大而天才者，惜其敘述稍形混亂無次，理論中雖深含真理，而混入之誤謬亦多。韋科之根本意圖，即為調節哲學與語言學。（韋科以特別意義使用「語言學」之名詞，彼所稱之語言學，即指關於人類事實之廣泛學問而言，包含一切歷史之產物及各種文化之文書。）據韋科之見解，語言學為關於事實之學問，哲學為關於理念之學問，即關於永恆的，合理的，不變的，非偶發的學問。於此二思想之方向間，即於「事實」與「理念」間設關聯，是為韋科之中心意圖。彼不滿於從來之學者，將其努力限於哲學而忽於語言學，不研究具體物而但研究抽象物，不研究事實而但研究理念，（即不滿於自然法學者之缺乏對歷史感對實在之注意）故彼欲論證此二者之關聯調節。韋科以為人類之精神，為構成此二活動之根基者。彼認人類之精神，非但產生理論即哲學之原理，且產生事實即歷史之原理，在此點上，設哲

新科學之
基礎

學與語言學之調節。(彼謂自然法爲人的理念，同時亦即人的事實。)彼謂「人類之世界，即人類所造之事實，故其原理不能不於吾人自身之精神中尋之，」揭此原理乃至格率，以作其「新科學」之基礎。韋科所謂「攝理」之反影，即吾人之精神，遍在於世界之理性，故人的事實之發展，一方具有必然的，宿命的特質，同時又具有理想的意義。理性所發見之永恆真理，必然因人類而實現於其歷史過程之中。故韋科以爲自然法與成法，非可使其對立者，此二名詞，不過表示同一實在之二形相耳。於是彼遂在法律內區別二要素，一曰真，一曰確，以真爲合理的要素，以確爲既成的要素，此要素又與「權威」相適應。

韋科以爲人性包含三種機能，曰「智」，曰「意」，曰「力」，猶之個人精神之存在，諸民族所共通之精神亦存在。蓋彼欲在人類精神之發達與諸民族所共通之變化間，發見不絕之並行現象也。彼欲集合諸民族生活之各種要素，即法律，宗教，藝術，商業等所有方面之資料，構成心理的人類史；欲觀察一切地方，一切時代

人類精神
之發達與
諸民族所
共通之變
化

之人類——有時雖係斷片的非系統的觀察——藉以發見歷史的法則。彼以確信斷言此等法則，此等法則之爲物，雖亦顯示彼之基於直觀之可驚之透視力，但常有陷於錯誤之時。章科之缺點，卽在其意圖將龐雜之事實，強納於一定之法則，一定之體系中，換言之，卽在過於系統化。故對彼所作之歷史事實之解釋，須以批判精神觀察之。彼之欲調節歷史與理念，調節事實與理性，此種不絕之意圖，足使其對事實爲不正確之解釋。例如彼由人類精神爲同一性之原理出發，否定法律之歷史的受繼性，彼既以爲僅用人類精神爲同一性之原理，足能說明法律習慣之一切類似性，故彼否定一切「受繼」性。又如彼又否定羅馬十二銅表法之規範，受繼於希臘人之說。此種未成定讞之歷史問題，姑作別論，而法律之受繼可能性，在歷史上，固已確切至某程度矣。然此種事實，決不有損於人類精神爲同一性之原理，且可作其論證，此亦吾人所應注意者也。蓋受繼可能性之一事實，必然先定人類精神之根本同一性，若無人類精神之同一性，則特定民族之制度，在其民

否定法律
之受繼

族以外無何等意義，對於他民族不能適用矣。

循環發展
之理論

韋科又編成人類循環發展之理論。據其說，有三種狀態存在，所謂「神時代」、「英雄時代」、「人類時代」者是，此蓋與「神政」、「貴族政」、「民衆政」之三種政治形態相照應者也。韋科以爲此三狀態，周而復始，人類則依次經過此三狀態。彼爲論證此種思想，曾集甚多之歷史事實，於古代中求近世歷史之類似，以中世之原理爲「神時代」，認封建制度中有新「英雄時代」。此說雖有片面之真理，然若將其提高爲普遍原理，以之與進化理念相調節，卽困難矣。是蓋發源於一種宿命主義，將達於各民族皆由其運命所形成之結論。此不但不適應於實踐理性之要求，且必至於與客觀之歷史事實不符合。

韋科之價
值

韋科之著述，雖有以上之缺點，然其中頗多先見，且在心理的基礎之上，提供人類之偉大歷史哲學之梗概，斯亦有極大之價值也。近代社會學者，常以韋科爲先覺者之一人。彼所研究之性質，在當時因不合時宜，經一世紀後始著其名。

孟德斯鳩

對抗合理的方法而重歷史的方法者，尙有其他人物，孟德斯鳩（一六八九—

一七五五）是也。孟德斯鳩所著之「法律精神」（一七四八）享名高於韋

韋科與孟
德斯鳩之
比較

科之著述。韋科與孟德斯鳩之間，雖有共通之點，然亦有顯著之差異。孟德斯鳩對於事實之處理，較爲正確，較爲明晰，文體亦較典雅，但就處理一般原理言，孟德斯鳩又無韋科之深刻。吾人由是可謂孟德斯鳩優於分析方面，韋科優於綜合方面也。孟德斯鳩之著述，直可謂之斷片的，欠偉壯之系統的意圖。

孟德斯鳩
之根本思
想及其方
法之特色

孟德斯鳩之根本思想，即在法律一爲事物之本性所必然派生之諸關係。一但彼不將法律關係，作一般之處理，直行各個法律制度之檢討，於特定事實及狀況之基礎上，行法律制度之考察。彼將各民族之法律制度，作爲歷史之產物而研究，對各民族之法律及習慣並政治的社會的諸關係，加以微細之分析，用以論證決定此等事項之理由及要素，高唱法律發生上之自然要素，尤其氣候之重要性。彼考察法律之自然的形成，考察法律如何發生於社會之中，如何不能不順應環境

之條件。彼之著述之最大功績，雖在其使用歷史方法之一點，而其譽望則殆由政治理論而來。

區別政體

孟德斯鳩區分政體爲三種，曰「共和政」，曰「君主政」，曰「專制政」。（此區別與亞里士多德之區別不一致，亞里士多德認爲「專制政」乃墮落之形態，故須捨棄之。）孟德斯鳩對於各該政體，承認其各有特種原理（即動力）所謂「德行」、「榮譽」、「恐怖」者是。共和政爲市民之公益而盡職，即以德行爲前提者，此又視主權之爲全國民所有，抑爲國民之一部分所有，區別之爲民衆政，貴族政。孟德斯鳩以爲君主政之心理的基礎，在於愛好特權與榮譽，故以「榮譽」一語表現之。專制政之基礎爲「力」，因之維持此政體之心理的基礎，即爲「恐怖」心。孟德斯鳩此種巧妙之區分，其後竟引起極多之辯論焉。

權力分立

「法律之精神」一書，所以特別著名者即在一「權力分立」之理論。孟德斯鳩研究英國憲法之結果，以爲英國真有政治之自由。於是提出問題，討論此種自由

孟德斯鳩
之功績

基於何者，使此種自由成爲可能之條件及要素爲何，深信依據權力分立之原理，可以構成自由之根本理由及其保障。彼爲權力不至濫用，闡發權力應由權力所限制之原理，說明在成立相互限制上，有組織國家諸權力之必要。故彼劃分國權而使其互相獨立，各以之歸於不同之人管理。此卽英國憲法所表現之點也。然孟德斯鳩所行之英國憲法之分析，不但不正確，卽彼所用之權力分立之方法自身，亦不正確。第一，權力不能爲劃然之分立，因其與主權之統一性相矛盾也。問題不在各種權力之分立，殆在因機能而區分其機關耳。且機關之區分，亦不能如孟德斯鳩所行之絕對劃開，機關若僅充實三種機能之一，卽不能充分完成其機能，事實上，必有交錯存在於其間。然就權力分立之原理言，自含有真理於其內，第此真理並非新真理，已爲亞里士多德與洛克示之於前矣。三權分立之理論，應解爲表現國家意志之立法，司法，行政三形態之意義。立法者適用其所立之法而執行之，是乃威脅人民之自由者，此理論指而出之，功莫大焉。

孟德斯鳩之理論，雖未必正確，而其注意於近代憲法之根本原理，功固不可沒也。孟德斯鳩又描寫立憲君主之理想國，對於將此點上之英國思想，普及於歐洲大陸之事，頗有貢獻，故享「立憲主義之父」之稱。孟德斯鳩以英國為模範，主張立法權應歸人民之代表者及貴族之集會，而對於行政權，則主張應歸於不可侵犯之君主。然彼認為君主之行政權，應由有責任之大臣行之。

第十節 盧梭

孟德斯鳩
與盧梭

既認孟德斯鳩在傳播英國思想於歐洲大陸之點上，於十八世紀思想史中占重要地位，則盧梭（一七二一——一七七八）對於躍動於十八世紀之民衆意識中之思想，與以明晰而合理之表現，亦同為占重要地位之點也。彼可稱為該時代之代表者，其對於時代之要求及理想之解釋，迥非當時人所能及。彼之深刻之感受性，對於正義理想之一貫之熱情，以及對於現實與理想之隔離而起之最強盛

關於人類
不平等之
根本起原

之意識，可謂是其優異之特質。盧梭之活動，向各方面進行。就教育言，彼在其題名（Emile）愛米兒為該小說中兒童之名——譯者——之小說中，基於「返於自然」之觀念，提倡捨棄錯誤之行爲，擬制之行爲。在法律哲學之範圍內，彼之所著，尤以「人類不平等之根本原因」（一七五三）及「社會契約論」（一七六二）二書為重要。此二書互相關聯，相輔相助而構成盧梭之法律哲學體系。

第一種著述，企圖將人類之一般，描而出之。（大部分為假設）其中所發展之理論，即為人類原本自由平等，在森林中單服從自然之命令，度其極單純之生活。（所謂自然狀態）其意以為在此第一期內，人類尚未受文明之污染也。人類原屬良善，蓋人類之以良善物而生於世界，亦猶之一切自然物之屬於良善也。彼又以為人類在此狀態中，大享幸福。然則人類如何而失此幸福之狀態乎？於是盧梭求文明之起原，以此為脫離自然狀態之墮落。彼謂人類不幸之最初原因，起於强悍之徒壓迫他人，封鎖一定之原野，謂「此為自己之物。」（因之盧梭可視為共

產主義思想之先驅）因私有財產而生政治支配，於是人類之情慾趨向於支配，而違反人類之本質——自然的原理——之不平等與技巧的統治生焉。換言之，彼蓋指摘自然的構成與人類之社會條件間之尖銳對立也。於是特別關聯於當時之政治狀態，以描寫人類之苦痛所由來之各種惡及不正，作此論述之結束。

社會契約論，乃繼續上述之見解者。彼之第一種論述，深慨乎人類之失自然狀態而成不平等之社會狀態，在社會契約論中，則更進而求實際問題之解決矣。彼以爲既已入於文明狀態，卽不能再返於自然狀態，亦猶老人之不能再返於青年也。彼以爲政治社會之不可撤回，實係不能否認之事實，故不主張復返於自然狀態，而惟緩和手段卽返於自然狀態之代用手段之是求。若將其說要而言之，則可云：原始時代之幸福，存乎自由平等之享有，故發見可以回復此二自然權力於文明人之方法，換言之，將政治組織改組，使其符合於自然權之規範，實爲重要之問題。盧梭欲將自然狀態所被支配之自由平等之原理，輸入於社會狀態之中，用以

社會契約

矯正社會之過惡。彼提倡一種包含此等原理，計其實現之政治組織，在是種必要上，彼遂深入於當時一般所承認之社會契約之觀念中。盧梭以爲社會契約，須有明確之特定內容。於是盧梭主張依社會契約之概念，行此問題之解決，彼說明其條件，即爲一發見對抗社會力而防衛保護各構成員之人格與財產之結合形態，各人雖依是種結合而結爲全體，但皆係服從其自身，如以前之自由人然。一換言之，社會契約，乃表現一種理想形態之政治組織，欲個人之自由不減少也。社會契約之內容，在盧梭認係先天所決定，非如古洛鳩斯之視爲偶然的也。此其意，在指示政治上確立自然狀態中人類所固有之自由平等權，乃係必然的，且其意亦止於是耳。

社會契約 論之眼目

社會契約，非關於國家歷史之發生者，亦非表現現存國家之事實上之組織之宗旨。社會契約論之目的，在使理想與事實對照。盧梭所云之社會契約，不曾存在於歷史上，此彼之所熟知也。事實殆與社會契約相反，惟其如是，故盧梭有一社會

契約論」之著作。盧梭爲將自然狀態中之人類權利，完全保存於社會狀態之中，遂指示如何有構成法律秩序之必要，其意蓋在主張合理的必然性也。盧梭以爲社會契約，並非歷史的真理，而是理性之要求，規律之前提。彼在「社會契約論」中，對於此點縱無明確之斷言，而按其思想體系之全部精神觀之，社會契約之原理，爲具有純合理的意義者，實無致疑之餘地。此雖後爲康德以哲學的正確所形成者，然亦可云盧梭已在此意義上思考社會契約矣。在盧梭，非如以前之學者，以錯誤之見解，認爲社會契約爲過去之事實，此則彰明較著者也。彼於宣言現行法（成法）不正確之後，復作指示「正當法」之努力，故世之解釋社會契約論爲歷史事實，依此解釋以批評之者，可謂大錯而特錯矣。

自由平等
權

構成盧梭之政治組織之出發點，作其政治思想之基礎者，自由平等之自然權也。惟有實現此原理，國家方有其存在理由；惟有實現此原理，國家之組織，方符合於真確之國家，符合於自然的合理的正當之國家。自由及平等，在國家不能不承

認者，此非由於國家發生於契約之故，實因自由平等之權利要求承認，國家遂發生於契約之故。在此點上，盧梭之見解，與彼以前之一般社會契約論者，有根本之差異焉。盧梭以前之社會契約論者，以國家內之人民權利為契約行為之結果；反之，盧梭則以為所謂契約之形式，乃是種權利之結果。於是經驗之立場被克服，社會契約已非事實，非基於特定人之意志者，實為事物因自然而確定之必然，由個人之天賦人權而來之推論。於是盧梭之契約理論，遂有規律的乃至規範的意義，遂成思惟理性為符合於人類本質者之政治組織之普遍典型，現存制度之評價基準。

如何思惟
社會契約

盧梭以為社會契約，須作如下之思惟。個人有一時將其權利付託國家之必要，國家又改易名稱，再以此等與於人民，（已非自然權而為國法上之權利）因之人皆無所謂特權，平等遂以確保。個人又因其但服從個人之自由所綜合之國家，以保存其自由。於是由於自然權與國法上之權利之一種更改，人民得從國家獲

得自然所確定之權利之保障。

夫盧梭非認個人自由，依社會契約而真行讓渡者。自由爲人類之本性，人不能拋棄其本性，（拋棄自由之契約無效）故自由非可得而讓渡者也。社會契約，僅爲一種邏輯過程，認個人之權利，集中於國家，而在更堅強更確實之形式上發生耳。此種結果，人皆有如自然狀態中之自由平等，所不同於自然狀態者，惟受自然狀態中所缺乏之「保護」而已。個人惟服從個人參與形成之「普遍意志」，盧梭以爲法律不過爲普遍意志之表現，並非特定人之命令行爲，凡不基於法律即不基於普遍意志之表現，一切均欠正當性。真正之主權，存於是種普遍意志上，故主權不屬於特定人或特定之團體，經常而且必然屬於人民。盧梭如是規定人民主權之後，遂否認人民之代表，以爲主權應爲直接之行使。（參看 *Referendum*）

人民主權

盧梭與法國革命

主權不許讓渡，不許限制，不許分割，縱使行政權，委託於特定機關或個人，而主權仍常存於人民之手，人民隨時皆能收回其主權。

法國革命之標題，即以上述之原理為基礎者，固然法國革命，亦受有孟德斯鳩之影響，而盧梭之思想，以普及於法國之故，實不能不謂為發動革命最有力之條件也。

第十一節 康德

康德之地

以成法形成人類及人民之權利，是法國革命所完成之重要歷史事實。然當時在理論之分野，亦同樣有個人權之強烈主張。盧梭在政治分野所成功者，康德在思惟分野亦完成之。在政治領域，個人被認為原理，在認識領域亦如是，而表現是種思惟的克服者，即康德其人也。

康德法律
哲學與自
然法學派
之關係

康德在法律哲學上，不曾大出新機軸，其所完成者，即為依嚴正方法以匡正自然法學派之理論，在理論上，予古來思想以更完全更明晰之形式。自然法學者，肯定其所謂法律之基礎，在於人之性情之正當原理，彼等不但將此正當之原理，理

解爲合理的原理，且欲與以歷史的意義；欲將只能視爲邏輯過程而理解之原理，表現爲經驗之過程。於是彼等描寫神話式之故事，提供嘲笑之資料於後世。但自然法學派，爲達於被其理解爲個人權利之綜合之國家，遂由個人出發，此觀念實含深刻之真理，雖其欲依歷史的議論以破壞社會契約之處甚多，而此終非所能擊破之命題也。康德對於法律哲學之功績，可云在其消除歷史的與合理的二者間之混亂，肯定自然法原理之理論的及規律的價值。在洛克與盧梭，於混亂形式之中，亦屬潛有此概念者，然康德則明白肯定此點，思惟社會契約爲表現國家之法律基礎之純正理念矣。

「合理法派」

就康德糾正自然法派方法之誤謬一點言之，可謂自然法派因康德而終，「合理法派」因康德而始，「自然法」遂爲「合理法」所代替。然謂康德所完成者，不過匡正已由盧梭完成大部分之方法而已，此實適當之論也。

康德在一

康德雖非近代哲學之創始者，但至少亦是其偉大之復活者。哲學因康德而入

般哲學中
之重要性

於新時代，各種哲學之潮流，皆以彼爲出發點，「唯心論」無待言矣，「經驗論」
「實證論」亦在彼之體系中覩其萌芽，稱爲彼之更完全之發展，故彼之爲近代
最偉大哲學者，實無疑也。彼之全部生活（一七二五——一八〇四）之大部分，
皆捧獻於專心思索。彼不離其生長之故鄉開利西士堡，在嚴格訓練之下，從事於
哲學之研究，構成廣大深遠之體系，處理最困難之問題。康德之重要性，在法律哲
學上者，不如在一般哲學上，尤其在認識論之範圍。其重要著作，有「純粹理性批
判」（一七八一）「道德之形而上學基礎」（一七八五）「實踐理性批判」
（一七八八）「判斷力批判」（一七九〇）此外，對法律哲學所著之書，最重
要者，卽爲「永久和平論」（一七九五）「法律理論之形而上學原理」。

在一般哲學之範圍，康德代表新方向，所謂批判主義者是。批判主義，乃克服經
驗的獨斷主義及形而上學的獨斷主義者也。康德始而成長於獨斷傾向最强之
烏爾夫之合理主義哲學影響下，烏爾夫之合理主義，對於理性之力抱無限之信

仰，以爲可依思惟將一切以演繹法引而出之。此獨斷之合理主義，信一切均爲可以認識之物，不定人類理性之限界，而議論「精神」、「世界」、「神」等之問題。彼等主張「精神不滅」、「宇宙無限」等等，此主張並無何等之論證，且不能作何等之論證，特自以其獨斷之方式承認之耳。康德一時顛倒於此種哲學之後，繼爲英國及蘇格蘭之經驗的傾向，尤其休謨之懷疑的，經驗的哲學之教訓所救出。此等經驗派之學者，對於吾人之合理的觀念之價值，抱深刻之懷疑，尤其對於爲科學之基礎之「因果」原理，懷疑更大。彼等致疑於因果之原理上，果有客觀之價值否？吾之依據事實之檢討，果能容許確實肯定因果律乎？蓋外部之觀察，僅示事實之繼續，非表示事實相互間之必然關係者，此雖表示一定事物之發生，然非排斥異乎此之他事物之可能發生者，必然性實不能就事實即經驗發見之也。（康德後謂是種原理，非從事實發生，乃從理性引出者。）於是休謨之懷疑主義立場，喚醒康德之「獨斷的迷夢」，於是康德對傳統之獨斷主義，懷疑之經驗主義，

均加批判，而造成批判主義之體系。

認識論

康德以研究吾人之認識條件及限界爲前提，彼之出發點，既非對理性之信仰，亦非所謂吾人之精神，對經驗完全處於接受之地位，不能達於普遍之域。

認識論之主觀要素與客觀要素

彼從事於主觀要素及客觀要素之區別，以爲一切認識，皆顯示客觀規定與主體之關係。（一切經驗，以構成經驗者爲前提。）實在不能如實投入於吾人之精神中，乃在吾人所能認識之範圍，服從吾人精神之法則者，固受某種變更者也。吾人所理解之實在，僅在吾人悟性之形式上表現。悟性之方式，與一定之印象於被認識之客體，適如手之與印象於其所握之處然。「物自體」者，即受印象於主觀之形式者也。

「物自體」

他方，由此一切認識包含以上之關係之前提出發，遂生離開主觀之規範，其自身不能被認識之結論。換言之，「物自體」或「絕對」，乃不能認識者也。吾人僅能於吾人所得理解之限度內，認識實在，即僅能作爲「現象」以認識實在。

康德區別認識之形式（主觀的）於認識資料，在認識形式中，又別為使感性知覺（直感之形式）成爲可能之形式與使邏輯作用即判斷成爲可能之形式。

（理性之形式）使感性知覺成爲可能之形式，係空間與時間，空間與時間並非存於外部之物體，不過思惟之條件。存於感性世界者，一切皆有限，而空間與時間則無限。空間與時間，非從經驗派生者，乃是經驗之前提條件，若空間與時間而果爲物體，則吾人將知覺之，認識之，並能以之與其他空間時間相更代，此不合理之事也。

理性之形式即範疇

因果範疇

感性知覺之形式（直感形式）而外，有範疇即理性之形式。康德分此範疇爲四種，曰「量」，曰「質」，曰「態貌」，曰「關係」。此四種各又被分爲三種，於是範疇乃成十二種矣。此等範疇中之最重要者，即「因果」之範疇（據叔本華云，惟因果之範疇，爲惟一可以維持者）惟此因果之範疇，爲使自然科學成爲可能者。經驗之自身，未曾提供因果之原理，雖屬事實，然此事實，究無妨於因果範疇之

爲理解，集積，規律經驗之所提供者之機能的方式，於是休謨之懷疑立場，爲康德所克服。

分析判斷
與綜合判
斷

康德分判斷爲分析的與綜合的二種。分析判斷者，以客語當然爲主格之概念所包含之意義而屬於主格之判斷也。故客語非達於新概念者，僅將已經確定之概念闡明之，例如「一切物體皆爲外延的，」此命題中之客語所謂「外延的」者，乃已包含於所謂物體之主格概念中者也。至於綜合判斷上，則客語在主格概念之外，例如「一切物體皆有重量，」是爲綜合判斷，蓋所謂有重量之客語，未包含於所謂物體之主格概念中也。

先天判斷
與後天判
斷

康德又於經驗之外，而區分爲由純正思惟所得之先天的判斷與由外部經驗而得之後天的判斷。後者常是綜合判斷，因之指示由經驗而新生者，即不包含於主格中者。分析判斷，常屬先天的判斷。（不須經驗而認識客語包含於一定之概念中。）

先天的綜合判斷果存在否

然則先天的綜合的判斷之爲物，果能存在乎？換言之，無經驗僅理性，果能提供新概念乎？康德對於此點，雖作肯定之答復，但僅就形式概念而肯定之耳。即謂數學，幾何學，雖爲先天的學問，然於分析判斷之外，復含綜合判斷也。自然科學中，由經驗所處理之具體的，偶然的概念，雖云繁多，然亦含有先天的概念，即普遍的必然的真理焉。

吾人於主張「全部較一部尤大」之時，即構成先天的綜合的判斷；吾人於主張「一切現象皆不能不有其原因之時」，即宣示先天的綜合的判斷矣。蓋吾人雖無經驗，亦能將此命題形成爲基於確實理性之真理也。

形式的主觀的要素，非從經驗派生者，乃係先於經驗而使之成爲可能者，實具必然性，普遍性者也。反之，認識之質料的要素，由經驗所派生，具有個別性，偶然性，故形式的要素，惟在關於可能的經驗之範圍始適用。絕對即康德之所謂規範者，不能成爲認識之客體，所謂認識物自體者，不合理也，因認識常以「關係」爲前

認識之質料的要素由經驗所派生

提之故。吾人之判斷，若超越某種經驗之可能性，則不能適用於科學。在事實中所未發見，且不能發見之「精神」，「神」之概念，乃不許吾人作判斷者。精神不滅乎？宇宙在時間上具有「始」「終」乎？是有限界乎？自由之意志能存在乎？神果存在乎？吾人對於此等問題，能作完全相反之答復，能作肯定之答復，亦能作否定之答復。蓋關於此種形而上的概念，非經驗所可能矣。康德為明瞭此等問題，各論證為命題與反對命題二者，例如「宇宙在時間上有始期」，「空間有限界」，「宇宙關於空間與時間，均屬無限」等等。於是彼之結論云：科學惟有關於現象方能成立，理性之範疇，惟有關於現象方能適用。因之認識為相對的，但康德雖以認識為相對的，而其立場卻非懷疑論之見解。蓋康德以為認識在其固有之限界內，必然屬於劃一的，對於一切思惟之主體，乃完全適用者也。康德又以為「人乃萬物之尺度」，但其所謂「人」者，乃視為認識之主體，視為普遍人而思惟之者，完全異於蒲諾達哥拉以「各人（個人）為萬物之尺度」，僅承認個人之獨斷及

可變的意見，否定學問之可能性。

康德倫理學之一般特質

對於行動上之絕對之關聯

次就康德之體系中，觀察倫理學一般之問題。人類非但具思惟之機能，且具構成行動之機能。在理論上認識「絕對」，雖為不可能之事，但較之主體依行動而認識之時，尙處於良好之狀態，行動乃具有理論的認識所不能提供之「絕對確實性」者。吾人在行動之世界，居於輝煌之宮殿中，吾人於此能明確把握先天所規定之物，對吾人具絕對價值之物。是種先天之原理，與其謂之處於意識之中，寧謂其有如天啓，與其謂之為認識，寧謂其為「絕對」之光輝。斯乃以斷言示吾人以當為之事與不當為之事之「絕對」天啓也。此原理，即「義務之法則」也。因之，康德主張實踐理性優於理論理性。屬於活動主體之人，其為認識之主體，不如其與「絕對」相接觸之成分多。

功利主義批判

康德在其「實踐理性批判」中，最排斥基於「功利」之倫理體系。彼否定行動之最高規範，在於求福利之見解，因福利僅屬可變的要素也。道德根本異乎功

利之爲物，異乎提供快樂之物。若依功利而行動，則行動已失其道德之性質。道德乃離功利而獨立，優越於功利者。道德乃以絕對方式從事於命令者，實係要求尊重，發出不能破壞之訓誡之嚴肅聲音。道德乃欲賦與普遍性質於吾人之行動者也。蓋康德所命名爲「無上命令」之道德法則，其採取之形式，卽「按汝之行動之格律，能具有成爲普遍的立法原理之價值之情形而行動」也。其意以爲吾人之行動，不能爲特種衝動所發動；吾人之個人行動，不能與人人皆可能之行動相矛盾。

以上爲純形式的原理，此非提供何等實質的教訓者。此非指示應爲何事，乃指示應以如何意志而行動；指示應以義務之意識而行動，應按特種行動能符合於普遍的立法之情形而行動也。例如竊盜與倫理相矛盾，因盜賊之意既在取得財產權，同時亦卽財產權之否定，故不合於普遍原理，反乎「道德之法則」。

康德此種主張，決非其所新創者。此種由彼之形式而來之道德法則，蓋傳自司

徒雅之倫理，基督教之倫理等等也。不過彼之表現方法，以哲學論，較爲嚴格耳。

無上命令
與自由
神靈魂之
不滅

康德之獨創性，即存於此。思惟無上命令之價值之方法。彼之言曰：「有二物焉，常以新的驚歎充實其精神，此即輝耀於吾上之星辰與存於吾內之道德法則也。」

「此法則，此義務，乃吾人所有之最確實者，吾人對一切皆能懷疑，惟此爲不可疑之物耳。在康德以前之一般倫理學者，先設「自由」之概念，次設義務之概念，即因自由之一定方法而命令行使之道德法則。又有甚多之倫理學者，由「神」存在之根本前提出發，置道德法則之基礎於其上。康德乃轉變其順序，由最確實之「無上命令」出發，以爲自由非先於義務者，實爲義務所生之一結果，無自由，則無上命令恐不合理矣。故無上命令之 Corollary。（即由定理所直接派生之命題，有譯之爲「系一者」——譯者）終不能不承認自由。自由爲形而上的概念，乃不能與以理論的論證者。（若認爲可能，則成爲認識絕對矣。）吾人惟在實踐之世界，不能不信爲自由，蓋無自由，則不能思惟義務意識也。於是依理論的純正理性

批判，而含有疑點之一自由，「在實踐之世界，又以吾人之道德意識之要求而再被主張矣。

同樣，康德又以無上命令之Corollary，承認「神之存在」與「精神不滅。」蓋康德以爲理性對於行動，必然要求賞罰，無神則賞罰不能實現矣。然康德體系之基礎，常爲無上命令，此無上命令，亦可謂之優越於現象認識而存乎吾人之精神中之活的絕對也。

倫理學之
細分

道德

以上爲康德倫理學之一般特質，吾人茲更深入其細分之問題。

康德在道德與法律間置明顯之對立，即在區別行動之動機（康德之所謂內部行動）及行動之物理的形相（康德之所謂外部行動）上，置兩者之區分基礎也。在道德方面，惟行動之動機爲重要，關於行動之物理的結果，道德毫不介意。故某種行動在以道德意志爲之之時，斯爲道德的，即以尊重道德法則爲動機之時，斯爲道德的也。換言之，道德法則之自身，不能不是行動之動機，即重要之點，在

於以服從義務之意識，道德之法則而活動也。縱令結果同一，若非以尊重道德法則爲基礎之行動，不能謂之道德的；依情慾衝動，感情而爲之行動，即屬不道德。康德此種「嚴格主義」，稍形極端，蓋因其未在純正動機與不純正動機，尊貴之感情與劣賤之情慾間，置何等之區別也。例如同情之感情，能使吾人爲不尊貴之行動，故是乃絕對不道德。又若對友人之愛情，導於利友人之行動，此與純利己的感情可同等，故是種感情，依康德觀之，與利己的感情均之爲不道德。此種嚴格主義之理由，實因康德對一切情慾之支配皆懷疑之故也。換言之，康德確信可以支配吾人之自身者，爲理之規定，非感情——無論若何高尚之感情——之規定也。故康德以爲一切衝動，皆由理性所規律，一切之感情，必須置於理性之下。道德要求克服一切情慾即感覺的感性，要求純正之自律即服從義務之普遍法則之決定。

關於康德此種嚴格主義之道德論，已有甚多之批評。曾有研究康德之詩人席勒爾者，曾作諷刺之名句，其言曰：「余甘爲友人盡力，但不幸乃因傾向而爲之者，

故使余苦於悔悟非道德的行動之念。一大體康德對此諷刺易於解答，即感情爲錯誤之指導者，友情應從屬於正義，不能僅以關心友人之故而爲友人盡力。義務之確立，本質上爲普遍的。康德蓋達於嚴格主義之極端矣。彼蓋回憶司徒雅式道德之特質，於當爲之事與不當爲之事之間，置絕對之區分，不曾考慮中間階段者也。然縱令形式原理，承認道德法則之優越性，究不能不承認在情慾之間，有因其利己程度之多寡，因其道德之價值而置區別之可能焉。（此點已爲密爾及其他英國哲學者所研究。）

法律
僅係關於
物理形相
者

康德以爲法律，僅是關於行動之物理的形相者，即認法律爲應考察實現於外部之行動者，與決定行爲及不行爲之動機問題相離者也。法律之此種機械的概念，雖非新概念，（杜瑪覺士之理論）究屬不可擁護者。因法律決無不處理動機之理也。使康德而爲法律家，必理解法律之各部門中，考察動機爲如何重要之事，至少亦必對於在斯種前提上建法律與道德之區分，深思而熟慮之矣。法律雖亦

往往有小不注意於動機之態度，但究非表示法律不顧心的要素之事實。無論在刑法上，在民法上，心的要素均極重要，且行動之法律的評價，若不溯及於意志，即屬不可能。誠然道德由考察動機出發，而及於考察外部之形相，反之，法律則採相反之過程。但此僅爲置重於何方之問題，若其排棄一方則不可也。就此點言，吾以爲康德之理論，有不能不修正者。

強制可能
性

康德於指示法律惟關於物理世界，即僅關於行動之外部結果之一點後，遂主張法律與道德不同，以強制之可能爲其本質。此即主張力不能行使於意志之上，良心爲力所不及之領域也。彼以爲思想之性質上，原爲自由。吾人承認康德之結論，其本身實屬正確，但係由他方面以達此結論者，即來自法律之相互的，主體的，客觀的特質者也。道德惟關於主體，是乃一方的。法律爲關於二個主體之關係，乃行動之相互的限制，如有侵害是種關係者，法律即對抗是種侵害而活動。故應認法律的決定，常是對於其他主體而具保護某主體之行動實現之可能性者。

共存之格
率

據康德之觀察，法律乃屬於規律人類之外部行動，使其共同生存成爲可能者，故彼爲法律之定義曰：「法律云者，各人之意志，服從自由之普遍法則，能與他人之意志共同存在之條件全體也。」在此定義上，（共存之格率）成爲最高倫理價值之自由概念，被其主張。各人之自由應被尊重，不能視各人爲物或手段而思考之，處理之，應視爲自己之目的而處理。自由爲生來之自然法。（自然法學者所作之「自然權」與獲得權之區分，爲康德所維持矣。）康德又以爲自然權，概括在此自由之中，自由爲超越現象世界之最高價值。人若單是現象，則人與屬於自然之一切物，均之爲宿命的。人在其帶低級形相之範圍內，當然屬於自然，故彼爲決定的，一切行動在其爲現象時，必然係從一定之前提所派生，此可證明者也。（在此意義上，康德是決定論者。）然他方，人乃優越於自然的因果之世界，能作自己決定者。思惟在其發生於主體之自律的存在之範圍內，具超越現象世界之意義。人服從道德法則——此乃結合於人自身之本質上之絕對原理——在作自

已決定之範圍，是自由者。當行動發生時，行動是屬於現象世界者，斯表現為現象，表現為決定的矣。如是，遂成功自由與決定論之調節。此理論雖稍涉抽象，但根本上，不能不謂為正確之理論。

尊重自由權

尊重自由權，雖由康德哲學體系之本質而來。同時亦可謂受盧梭之影響，此其自認之點也。彼曾謂「有一時代，信最高之價值存乎理智，人生之最高目的存乎認識，盧梭打破此迷夢，使人確信優越之物即自由與道德」，是其明證。對理論理性而主張實踐理性之優越之康德理論，其成立蓋由來於此也。

國家概念 上之社會 契約

就國家之概念言，康德亦顯然受盧梭之影響。社會契約理論，明為康德所接受。康德以國家為一依法律法則而生活之多數人，一而此多數人，又不能不被思惟為依契約即一切人之意志而結合者，在此意義上，契約遂成規律原理，即不成其為歷史事實，而成為評判國家正當性之規準。盧梭對於社會契約理論所與之真意義，其為如是也無疑。然由哲學上言之，與其謂盧梭為理論的，寧謂之為浪漫的，

彼之貶抑煩瑣派式之微細邏輯，專門哲學者之技術傾向，正表示其非依系統的思惟而直依衝動的感情以言之也。故彼屢陷於矛盾，不曾正確形成彼之理論。完成此方面之功績在康德。吾人讀盧梭之詩，所受之印象，殆如讀一神祕之故事然。實際上，人類在任何時代，皆非依契約而結合，社會之起原，適存於離意志而獨立。但盧梭僅欲示評價之原理而已，彼之真意，在於指示國家以其組成員之同意，自由之一致為前提也。

康德削除彼以前之社會契約理論上之一切模糊及矛盾，而為明晰之考察者，即國家不能不依社會契約之理念而構成（非已被構成者，亦非正被構成者）之點也。（契約為國家之法律的基礎，理性的前提，國家不能在承認個人權利之基礎上組織，即不能不以人民自由之綜合而組織。）

權力分立

康德又接受關於權力分立之立憲主義哲學者（洛克，孟德斯鳩，盧梭）之理論。立法權不能與行政權相混同，立法權惟人民有之（人民主權）但憲法惟依

「共和主義的」

行政權能委託統治機關之權力分立及立法權歸於人民，始具正當性。以康德之用語言之，憲法乃「共和主義的」。但康德之所謂「共和主義的」，非指特定之統治形態而言，此不可忽者也。

國家的目的

「法治國家」

康德認為國家之目的，單是法律保護，國家對於市民，惟真確保其享有市民權利之任務，不能指導個人之活動，國家依保護個人自由以充實其機能。在此意義上，國家不能不為「法治國家」。所謂父權國家，神政國家，作教育的道德的指導，助長經濟的福利之國家，非康德所不承認者。就此點言，可謂與柏拉圖，亞里士多德欲以決定人生諸形態之機能，教育的，道德的機能，附於國家之主張，成尖銳之對立矣。在康德之時代，既存之國家，例如就宗教信仰言，仍有干涉之舉，故康德以為是種干涉，乃係對於自由之威脅。康德之純粹自由主義，在其欲限定國家之機能於最小限度之點，雖其哲學之前提不同，而結果則與斯賓塞等之議論一致。

刑罰

就刑罰言，康德反對以功利主義之目的，（防衛社會，改善犯人）作刑罰之基

永久和平
論
形成單一
國家爲人
類之任務

礎之理論。康德以爲刑罰之自身本爲善，因刑罰係主張被破壞之義務法則者，而具倫理的必然性也。（關於刑罰之絕對理論。）

最後就康德一七九五年發表之小冊子名「永久和平論」者一言之。此書所言者，乃關於國際法之哲學原理。康德主張人類之任務，在於形成單一之國家。此時代雖尙遼遠，而傾向於是種方面之事實則不能否認，此目的之被完成，蓋無可疑。就此點言，康德之理論，亦屬關於規律之原理者，即關於指示方向之合理的基準者也。彼認國際法之形式，等於國內法之形式。現在之國家，乃鬪爭時代之要素所綜合之結果。個人（以歷史的正確言之，可謂個人及各種種族）間，曾長期相鬪爭，終則在是等個別的要素之上，遂能設定對立於該要素之統一的權力。康德依從彼之時代之用語，以爲無上命令，使個人不得已而連結於國家的共存之統治，因而個人遂克服自然狀態，國家亦然，亦同是不能不受無上命令所支配者，故有國家自身必然克服現在狀態之時代到來。即猶之個人之鬪爭已終止，國家之

戰爭當亦終止。換言之，各國家不能不脫離自然狀態（可稱法律前之狀態）服從「戰爭不可存在」之無上命令，以構成「世界國家」。

完成永久
和平之方
法

康德不惟指示此所謂人類之法律的統一之永遠理想，且欲指示可以完成此理想之方法。彼闡明一種可以確保永久和平於人類之國際條約之條款。彼於「確定的條款」之外，揭示此種條約之「預備條款」，即趨向於避免國際紛爭之目的之一定格率。此種格率，縱無現實實現之可能，而其上卻有一定之法律性質。就此點言，康德與法律哲學之傳統，尤其與古洛鳩斯之著述，有密切之關聯。康德亦如古洛鳩斯，依彼之理論，與國際法之成法的進步以顯著之刺戟。康德主張雖在戰時狀態，和平之可能性亦可維持。又以為信義，誠實，無論如何場合均應承認，故在戰時亦須尊重條約。（例如休戰條約）若使交戰雙方之相互尊重有減少之虞之戰爭手段，康德反對使用，例如煽動叛逆，暗殺俘虜，散佈傳染病，毒污飲用水等，皆在禁止之列。

康德又以爲國家相互之關係上，常須顯現一定之法律的原理，例如任在何時，不能認國家爲財物，故不能依繼承，買賣，或交換之形式取得之。彼又以爲任何國家，依暴力以干涉他國之內政，爲法所不許。（不干涉之原則。）

人類之進步

康德深信「人類之進步。」彼之時代乃所謂惟個人能進步，人類不能進步之理論，處於優勢之時代。康德對於此說，以康德式之理論與之對抗。彼以爲吾人若具有向人類最高之善協力之義務，則吾人不能不信仰吾人之努力非無益者。因之，吾人不能不以吾人之義務之 Corollary，承認人類之完成可能性之信仰。若不信仰義務完成之效果——即令此爲如何遼遠之事——則所謂拘束於義務之感情，不具何等之意義矣。

第三篇 法律哲學之體系

第一章 法律之概念

第一節 緒論

法律哲學之第一任務，前已言之，即規定法律之邏輯概念也。

規定法律
概念之困
難

法律者何？就近似者言之，乃人所共知之事，但正確規定法律之概念，實極困難。其困難之狀若何？但觀法律之概念，雖有極多之研究，而至今尚未達於為一般所能承認之結果，斯可知也。康德曾謂「法律學者，至今尙探求法律之概念之定義，」此語仍能移而用之於目前。然此種研究雖云困難，究屬不得不為之研究。蓋一般人之近似的法律概念，在其用於某特定之目的時，或亦充分，然視為學問的認識，則不充分矣。法律之普通表現形態，任何人皆易認識之，但問題一旦達於規定法

法律之概
念不能不
是可能的
經驗之極
度
歷史提示
法律之繁
多性

成法之繁
多性與否
定普遍的
法律概念

律概念在認識之世界之地位，決定其根本的要素，與類似於此之其他概念相區別時，於是發生重大之疑慮與困難，而此疑慮與困難，迥非一般之概念所能克服者。故欲解決此問題，必須有關於法律之系統的研究，此研究殊非法律科學之所得而為之也，蓋法律科學之目的，已為法律的實在之一部之成法所限定之故。反之，法律之邏輯概念，不能不包容一切之可能的法律體系。是不能不為普遍的，若借批判哲學之語言之，即不能不為可能的法律經驗之一「極度」也。

關於規定法律之概念，若向歷史中求之，則其回答繁多，不能觀其一致。蓋歷史示吾人以古代至現代各國民間所表現之法律的規律，法律制度之繁多性，特定時代之國民，以獨特之方式決定其法律。故歷史非提示法律之為物於吾人者，乃提示為數至多之法律體系於吾人者也。

在歷史認識較今日遠被限定之古代，亦未有不承認此點者。由歷史的觀察所生之成法之繁多性，遂生懷疑乃至否定普遍的法律，普遍的法律概念之存在之

詭辯派

懷疑派

第二第三
經院學派十六七世
紀之法國
懷疑派

運動。所謂法律爲可變的，獨斷的，此事實乃使詭辯派蔑視法律權威之最有力之議論。懷疑派之哲學（以皮倫爲領袖）亦因指摘各種法律體系間所存之矛盾衝突，論證認識一般之不可能。懷疑派所作爲一切批判應中止，即吾人應守「沈默」之主張之基礎。十議論中，其一即爲制度、習慣、信仰、法律之矛盾。由此事實出發，遂演繹爲任何事項，並非其自身正與不正，惟有將其關聯於一定之制度、法律、習慣，方能作批評。此種懷疑之傾向，其後又在第二第三經院學派中復活。（雖無皮倫之懷疑主義如是徹底）彼以希臘外交使節居於羅馬之啓列雷之卡納德，其邏輯曾騷動羅馬，此歷史上有名之事實也。卡納德亦認正義非基於自然，彼以爲寒暑甘苦等名詞，因其基於自然也故不變，而正不正等名詞，與此殊異。此種見解，至十六七世紀，又爲法國之懷疑派，以近代之形式提供於世。蒙旦曾致疑於「世能有因橫渡江河而不成爲犯罪之善行乎？」巴斯噶亦謂「緯度三度之差異，乃推翻一切之法律學之事實。」

懷疑的否
定爲過渡
之思想形
相

笛卡兒之
格率

然懷疑的否定，雖以歷史上之周期而表現，究亦不過一過渡之思想形相而已。懷疑論不能使人類之精神滿足，因人類之精神，其自身中有實在與思惟之不可破壞之證據也。此基礎非易於毀棄之者，縱令人已陷於極端懷疑之中，此仍不可得而動搖，即笛卡兒之所謂「我疑故我思惟，我思惟故我存在」，即我以思惟之

懷疑的否
定後所起
之新建設
事業之共
同目標

懷疑的否定而後所起之新邏輯的建設事業，能基於不同之基準，以不同之方法，達到之完成之，而事實上，蓋已如是完成之矣。然其所具之目的相同，即皆欲依合理的，統一的原理，以超越經驗世界之矛盾，亦即欲將歷史上所表現之法律繁多性，統一於恆常的，普遍的概念也。

歷史的繁
多性引起
自然法之
認識

一切時代之懷疑論者，爲論證自然法之不存在，其所使用之同一之議論，其他思想家竟爲論證自然法之存在而復使用之，此堪奇異之事實也。歷史中所展開之相互矛盾之各種制度之可能性，使此等思想家，提高其思想達於較高之真理，

即使彼等得一基準以認識絕對的理性的正義，實優越於離既存之制裁而獨立之事實之流轉。蓋認正義為絕對物，可謂之意識之根本要求，否則將達於真理與正義，繫於各人之意向之誤謬結論矣。紀開羅已認識是種結論之錯誤，彼之言曰：「假使立法者或昏君，宣布殺人與強盜為正當行為，然則殺人與強盜，從此即為正當乎？」又曰：「認法律制度中所存之一切事項為正當，是謂愚人。」

認識自然法之諸形
式以不同之
方法達到
自然法
自然法權
威之基礎
建築之差
異
關於自然
法與成法
之關係之

絕對的正義之基準，稱為自然法，此乃被思惟為建立基礎於事物之本質的構成上，非基於立法者之單純意志而成者也。此種思想，係以不同之方法，有時且為相反之方法而達之。時或以對成法之反感，主張訴之於優越的正義；時或由於認識各民族間之法規之一致性，而暗示自然法。再就論證自然法權威之過程言，亦時而議論具宗教之色彩；（例如謂自然法基於「天啓」）時而以純合理的理由，證明其存在。（例如古洛鳩斯謂神縱不存在，自然法仍存在。）又如自然法與成法之關係，亦因歷史的要素之不同而以不同之方式思惟之，有時認自然法與

思想之差
異
自然法之
思想常伴
於人類之
思想

成法之間，有不可踰越之鴻溝在；有時如羅馬法學者，即認自然法為成法之一種，黑智兒認兩者為同一實在之二種形相。但從來自然法之思惟中，雖有如是重要之差異，而自然法之思想，則常伴於人類之思惟，方法及議論雖有種種色色，其結論終歸一致，此堪驚歎者也。

康德法律
理論與斯
賓塞法律
理論之一
致

就此問題言，康德之法律理論與斯賓塞之法律理論，終歸一致，亦屬顯著之事實。此二人各從不同之前提出發，康德出發於純正理性，斯賓塞則出發於生命之外部法則之經驗的觀察。然此二人所到達之自然法，其形式殆為同一，在康德為「汝之意志自由之行使，應依據能與他人之自由共存之普遍法則，在外部行動之」；在斯賓塞則為「各人惟在不害他人之同樣自由時，能自由為其所欲為。」彼對自然法持反對論者，有謂自然法未必為事實所確認，斯不過觀念上之物而已，蓋自然法雖以為人應自由，而現實上則有奴隸存在。此即在自然法非成法之點上難之者也。然自然法，其本質上不必與成法屬於同一，斯不過以當為之原

認自然法
僅是觀念
而非事實
之非難

理被主張耳。縱非現實之存在，亦表示其爲「存在」，因其活躍於理想上，故存在也。縱在事實上違犯時，亦以理想而存在。違反屬於現象之世界。但此並非滅去優越於現象之自然法也。

以自然法
之理想代
於法律之
概念之錯
誤

然若信自然法之理想，能爲法律之邏輯概念所替代者，亦不能不謂之大誤。自然法體系，亦屬於一種體系，在邏輯上，乃係與其他體系並行者，應與其他體系同爲法律之普遍的、邏輯的概念所包容。主張法律之理想，與規定法律之概念，本爲兩事。法律之概念，不僅包理想之體系已耳，一切之法律體系，均不能不在其包容之中。

康德之法
律定義不
能謂爲法
律之概念

視理想爲概念，此不能不謂之錯誤。例如康德之法律定義，卽爲「各人之意志，依自由之普遍法則而能與其他一切人之意志共同存在之條件全部」，此定義可云適於自然法之定義，亦可云適於指示法律之理想，但不能謂之爲提供法律之概念者。若以此定義爲法律之概念而理解之，則結論將達於法律未嘗存在矣。

考察各國
民之法律
所共通之
要素是達
於統一概
念之方法

亞里士多

蓋歷史的法律體系，皆與康德此定義相脫離也，因之吾人遂不能不從法律之範疇中，排棄此等不承認一切人之均等自由之體系。例如羅馬法，依奴隸制度而否定均等自由之法則，遂成爲不應被認爲法律之物。若用此方法，恐終不能滿足吾人之學問要求矣。故法律理想之問題，與法律概念之問題，顯然有區別之必要焉。

冀求克服法律之經驗的多樣性，以達於統一概念之其他方法，即爲考察一切國民之法律所共通之要素。亞里士多德爲對峙懷疑論者之議論，已用此方法。懷疑論者曰：物之屬於自然者，與時地無關係而同一，故火在波斯，在希臘，皆燃燒。然法律則因時因地而異，故法律不屬於自然。亞里士多德爲克服此困難，遂區別法律之可變部分與恆常部分。由自然所派生之部分，一切國家皆共通之；至如發生於各國之情形與偶然條件之部分，則爲特種的，僅能適用於特定之國家。此種爲亞里士多德所思惟之共通於各國民之法律概念，其後在羅馬成爲「萬民法」。查士丁尼之「法律教科書」中所表現之名句云：「爲法律習慣所支配之一切

紀開羅

近代之研究

國民，一部分使用其獨特之法律，一部分使用全人類所共通之法律，「此語即顯示「萬民法」之概念者也。紀開羅亦承認一切國民之法律之類似，以「人類之偉大類似」之語，表現此事實。近代之研究，已證明此等哲學者之意見正確，依於廣泛觀察各國民之法律類似性，論證成法非如懷疑論者所云之如是相異。於是吾人可以承認歷史展開之傾向，正趨於各國民成法間之一致融合；一致點，終有占勝利之傾向。於是吾人不能不注意於各國民之特種發展，將使人類之法律總匯漸次發生，換言之，應注意其時不僅有靜的一致，且有動的一致也。

不能在此基礎上定法律之概念

此種考察，在法律哲學上有重要性，故對於懷疑主義主義之理論，得有充分之駁斥。然若在此基礎上，定法律之概念，則不能獲滿足之結論。蓋研究各國民之成法所共通之要素，必然限於法律的實在之一部，故不能依是種研究以達於邏輯的統一。共通要素之外，常有不能歸於共通性之要素殘留。吾以為除去此等不調和之要素，排之於法律概念之外，在學問上不能謂之正當。故依此方法所得之法

律概念，非包容一切之法律經驗者，因而不得謂之真法律概念。欲法律概念之真爲客觀的，斯不能不包括全實在。此乃不能不照應於法律現象之全形態者，若僅照應於法律現象之重要形態，不可也。

法律概念
之存在

以上考察之結果，法律的實在之內容，不能作爲定法律概念之基礎，已彰彰明矣。法律的實在，爲其自身之性質上爲被約。此乃多種多色者，受特定之變化流轉，其上有由其可變之要素，定法律概念之困難存焉。但吾人能以如下之形式，提出問題：法律的實在，繫於其內容乎？抑或法律的實在中，存有不變之要素，因此不變之要素遂能規定法律之概念乎？

若深加注意，則是種不變要素爲存在之物，爲吾人思惟所固有之物，當明瞭矣。吾人每將不同之命題，有時且將相矛盾之命題，均認爲法律之命題。吾人每將相互不同之現象，均作爲法律現象而包於同一範疇之中。爲能達於此點，吾人不能不有優越於繁多性之法律概念。此概念乃邏輯之形式而有客觀之價值者。蓋因

法律之概

念有客觀
之價值立
於主觀之
基礎上

其照應於實在之故也。然此概念又有主觀之基礎，因其為吾人精神所固有之故也。此種形式的要素，必須求之於吾人之精神中。吾人曾欲向歷史中求法律之普遍的性質，但歷史不過與吾人以相矛盾之回答而已，此不過示吾人以不同之命題，不同之制度及動搖，發展，變化耳。故吾人對於規定法律之概念，承認向外部探求為無益之舉，不能不就吾人自身探求之。吾人應為奧古斯丁之叡智所喚醒，彼之言曰：「勿觀外部，宜入爾自身中，內心之中有真理存在。」此種方法論之原理，引起解決許多依外部觀察所不能解決之哲學問題，此原理對於規定法律之概念，亦不能不適用之。

奧古斯丁

因多樣性
之事實而
證明概念
之存在

法律之邏輯的普遍形式之存在，已如前述，因法律之多樣性之事實而證明。吾人若能承認相異之制度為法律的，若能承認法律自身為多種多色者，為變化者，則吾人即因此種承認之本身，而承認有所謂法律之不變概念矣。多樣性乃以統一為前提者。吾人在云法律發展之時，即已承認一定之繼續性，已預定有某物能

此種概念
非法律之
命題
又非法律
之理想

法律概念
之符號
與法律命
題之關係

法律命題
上常鑄有
式法律之形

使循發展過程而進行之事，成爲可能，能使繼續出現之法律現象，包容於同一範疇之中。換言之，不同之制度，與規律以法律性質之事實，卽爲統一概念之存在之證明。此種概念，不過具形式之意義而已，其自身究非規則或法律命題也。（若其爲規則或法律命題，則已具特定之內容，已缺普遍性矣。）此種概念，又非法律之理想，換言之，卽非對立於法律之歷史事實而較完全之正義決定也。（若其爲正義之決定，則已是特種之某物，因而具有具體之內容矣。）此種概念，乃一切法律命題均能發見之要素，其內容如何，不成問題。邏輯形式，非示何者爲正何者爲不正於吾人者，乃示吾人以主張正不正之意義爲何也。換言之，此卽法律性之符號。法律之邏輯形式，與各個法律命題卽法律經驗之事實之關係，應如何思惟之乎？

第一，法律命題，法律經驗之事實，常不能不鑄法律之形式，否則非屬於法律經驗者。故邏輯形式，可在一切之法律表現發見之。此乃指示各個事實所必然內在

之普遍要素者，至於各事實之內容，非所顧也。一切具體之法律經驗，對邏輯形式爲偶發的。形式爲恆常之物；反之，內容爲可變之物。

吾人可由法律經驗中，引出法律之邏輯形式乎？若以嚴格之意義理解此問題，則吾人對此不能不作消極之答復。法律經驗，不能與吾人以形式即法律之普遍概念，因經驗常爲特種物之故也。在法律經驗之各場合，形式雖存在，然常爲可變的，偶發的要素，即常以其內容爲伙伴；吾人僅依經驗的規定（即法律現象）之觀察，不能決定法律之形式概念，因法律經驗之規定，以法律之概念爲前提也。當吾人觀察歷史事實之一般，欲就其中分出法律之事實時，所能區分何者爲法律的，何者非法律的者，乃係依據吾人精神所固有之某種概念而爲之。故區分之基準，在邏輯上先於觀察，先於事實之蒐集。故欲依歷史方法比較方法，以達於法律之概念者，不能不謂爲錯誤之企圖。就其他問題言，歷史方法比較方法，自屬非常重要。蓋吾人依此方法，可回答法律之發生在何時，在何場所，在何過程之問題。然

法律概念
之價值

問題即爲
「普遍」
之問題

此不能解決法律爲何之問題，欲解決此問題，必須作合理之研究。

吾人更須進而考察此種邏輯形式之價值如何之問題。所謂此種形式爲實在乎？抑具有實現的存在乎？即此問題也。此問題，一見似易解決，然實爲極困難之問題，因其觸動古來哲學者所議論之「普遍」問題也。換言之，問題之眼目，即爲普遍果實在乎？抑否乎？若以此種廣泛之形式提出問題，則不獨屬於法律哲學之領域，實係哲學全體之問題。此問題在希臘思想上，曾占重要地位，因希臘一切之認識論，均以此問題爲中心也。依蘇格拉底之見解，使真學問成爲可能之邏輯過程，即將各個感覺的事物，提高爲不變的，理性的事物之一事。蘇格拉底以爲意見依賴感覺；反之，學問則依賴彼非依感覺所能知而具有最高實在之普遍概念。此種方法論之主張，爲柏拉圖所採用，且以詳細而完全之形式發展之。柏拉圖曾區別實在世界（觀念世界）與感覺世界（即彼所謂實在與非實在相混同之世界）

蘇格拉底

柏拉圖

所謂實在世界者，即純理性的，換言之，非感覺之對象，乃理性之對象也。柏拉圖爲

置觀念世界於超越的世界者，以爲感覺世界，不過是其不完全之反射而已。換言之，彼以爲吾人所目擊所接觸之事物，不過理想世界之影，不過理想世界之不完全之反射。例如吾人具所謂「人類」之觀念（作爲普遍性）而具體之人類，各個之人類，卽爲反射此普遍之人類者。惟其此種成爲人類之普遍性，故爲具體之人類。此種普遍之「人類」，吾人雖不能依感覺以知之，但此人類實存在者，乃較之各個死滅之個人尤偉大之實在。柏拉圖關於各種概念，皆支持此理論，因而關於正義，亦支持此理論。彼嘲笑世人惟認識特定之正當事物或不正當事物，不認識普遍之正義。成爲絕對觀念之正義，是較之各個具體的相對的正邪之主張，遠爲確實之實在。彼以認識某具體之正當事物或不正當事物爲滿足，而不認識成爲普遍觀念之正義者，柏拉圖以爲是不得謂之「知識之愛好者」，實不過「意見之愛好者」而已。柏拉圖之理論，由亞里士多德加以若干之修正。亞里士多德承認普遍觀念之客觀存在，以之爲表現最高之實在者。柏拉圖曾置之於超越的

亞里士多德

中世紀之
爭論
普遍先於
事物與存
於事物之
中

世界；而亞里士多德則思惟其爲各個體所遍在之物。故亞里士多德，不承認觀念與現象之分離，即不承認觀念與觀念所被體現之具體事物之分離。由於柏拉圖與亞里士多德之理論相對立，至中世紀遂發生爭端，或從柏拉圖之見解，以爲普遍先於事物；或則從亞里士多德之主張，以爲普遍存於事物之中。此問題曾使煩瑣派學者迷惑，彼等將柏拉圖與亞里士多德對立，極端高唱兩者之理論差異。其實，柏拉圖與亞里士多德，同爲主張普遍觀念之客觀實在者，就此意義言，兩人皆爲「實在論者」矣。

安瑟倫
亞柏特及
亞奎納
名目論
洛瑟里及
奧坎
惟一之實
在

但就上述之差異，可在柏拉圖式實在論與亞里士多德式實在論之間，劃一區別。可謂柏拉圖式實在論之代表者，爲亞俄斯塔之安瑟倫；而亞里士多德式實在論之代表者，則爲亞柏特及亞奎納。與柏拉圖式及亞里士多德式之實在論相對立者，則有一「名目論」，此理論之主要代表者，即爲洛瑟里及英國哲學者奧坎。名目論以爲觀念不過是「名目」，並非何等實在者，惟一之實在，實係具體的，感覺

亞伯拉耳
之「概念
論」

的物體。與名目論雖非同一而在「觀念」上否定非主觀而為客觀之普遍性之點上，則有與之一致之理論，此即亞伯拉耳所開始之「概念論」也。此理論大體上為心理學之理論，意在說明概念之形成於主觀精神之中。此理論以為概念乃反射感覺的物體之精神者，是其事後之總匯。

康德之批
判

發生問題
與認識問
題之嚴別

此問題，其後更因後起之學者而有各種發展形態，茲姑不論，現惟就康德之批判所表現之此問題之發展，一言之。一切認識問題，至康德而具新意義，因之普遍之問題亦然。康德將發生問題與認識問題，為明瞭之區別。後以為發生之問題，即觀念之起原問題，乃屬於第二次者，其注意完全置於此等觀念之價值問題上。故彼對於認識之各種要素，着眼於其所具之機能，價值，而將其作階段之排列，認為認識之某要素，是必然的，先天的，非派生於經驗者。蓋以此等要素，是使經驗自身成為可能之條件也。彼以為若果經驗因其特種性偶然性之故，不能發生此等要素，發生此等普遍的，必然的要素，則不外於吾人承認此等要素，為吾人自身所固

有之物，爲先天之物矣。但此仍不妨於此等觀念，在發生世界，在經驗世界，因經驗而漸次明瞭之事實。觀念之起原問題，非已解決於先天性之理論者，蓋此種先天性之理論，乃屬於邏輯方面而非屬於時間方面者也。

在經驗中，應以邏輯識別超越於經驗自身之形式的要素，因此等之要素，爲經驗之條件也。各種經驗事實，其上皆刻有超乎其特種內容，使吾人得以理解經驗之普遍基礎或原理。

「生得觀
念」之修
正

康德之批判之意義，大體如上。康德之批判，有修正從來生得觀念之概念之功績。舊生得觀念說，以爲生得觀念，常不能不存在於吾人之精神中；反之，康德則以爲必然的先天的要素，非在心理上先於其他要素而表現者，不過在邏輯上具普遍之價值，表現一切可能之經驗之條件及限度而已。在康德以前，萊布里茨已謂吾人亦不能不研究吾人之生得觀念，即謂吾人不能漸明吾人精神所固有之概念也。吾人依此生得過程，遂認識吾人內中所已存在之物矣。

康德理論
之適用於
法律

若以此等原理適用於法律，則吾人可認為法律之普遍概念，邏輯上，乃先於法律經驗即各個法律現象者。法律之經驗，實即法律概念之適用及實現，故邏輯上，此乃對法律概念而生之結果事實。法律命題，因其帶有成爲法律之邏輯形式，普遍形式，故爲法律命題。若離此與內容之可變性無關係之形式，則任何法律經驗，皆非可能者矣，因其缺乏可歸於法律範疇內之性質也。法律之邏輯形式，乃先天的事實，此事實構成法律經驗之一般之條件及其限度。

第二節 法律規範之認識

成法律概念之中心者，規範之概念也。規範爲法律世界與道德世界所共通之概念。

規範以全
體性之行
動爲對象

規範以人之行動（行爲或不行爲）爲對象。換言之，規範無論在道德方面，在法律方面，常只對行動適用。正邪，合法不合法等道德批判及法律批判，往往只能

行動之概
念

下之於行動上，不能下之於純自然現象。故規範之概念，與行動之概念有不可分離之關係，因之有先就「行動」之性質考察之必要。

行動，一方面是屬於自然世界之現象，他方面是基於人之意志之現象。即行動成於二要素。第一，為外部之要素，乃屬於自然世界之客觀的外部表現。第二，為內部之要素，乃屬於心靈世界之主觀意志。在某種現象表明人之意志時，於此始有行動存在。此二要素，立於一體不分之關係上，可謂意志與外部表現，實係單一行動之二形相，不能視為立於連續因果關係上之二事實。

所謂內部
行動與外
部行動之
區別

分行動為外部行動與內部行動，原為極普通之方法，但嚴格言之，此種區別，殊不正確。純內部行動即不表現於自然世界之行動，乃不可思考者；無內部要素之外部行動，亦不得而存在。若行動而完全無心理之要素，直為純自然界之現象，非行動也。常識上，雖以為就外部可否認識之點，能作兩者之區別，然此種常識的區別之標準，不能謂之正確。即就所謂內部行動言，亦以種種形式表現於自然世界，

所謂可否由外部認識之語，蓋比較言之也。再就所謂外部行動言，終不能由外部以認識之者，爲數亦多，不因是而此等行動即成內部行動，實極明瞭之事。故吾以爲置二者之區別，於由外部能否認識之點上，乃不可能者也。

行動之內
部要素與
法律

行動之內部要素之性質，即決定行動之意識及意志之程度，在法律科學上，發生重要之差異，此不待言之事也。例如法律對於此等內部要素之不完全之行為，不科刑罰，是矣。但刑罰不過爲法律之效果之一，即令不科刑罰，而法律固可評價某種行動爲不法。純外部行動，即不具備內部要素之行動，原不存在，故縱有缺乏幾分內部要素者，仍能成爲規範之對象，仍能受法律之評價。以爲一法律不顧動機，一即以爲行動之內部形相，非法律所處理之問題，此見解雖屢爲人所提倡，但就嚴密之意義言之，此說殊非正當。此說即爲區分內部行動與外部行動，而以法律爲僅於處理外部行動者之思惟方法，未將行動視爲全體而處理之也。然法律爲對於全體上之行動，與以評價，必然不能不考察此刺戟行動之動機。在原始時

代之法律中，動機即行動之內部要素，雖已受極重大之處理，而法律意識愈發達，則動機即內部要素之差別，在行動之評價上，益被視爲重要矣。就現在之法律言，例如關於犯罪行爲，刑法上亦以「犯罪意志」之存否爲極重要之點。再就私法之範圍言，亦十分承認契約上之「意志」之存否，占有理論之「心素」之重要性。總之法律雖有多少之差異，而行動之內部形相，則向係被考察者，且亦不能不爲法律所考察也。

法律不顧
行動之內
部要素之
說之批判

提倡法律不顧行動之內部要素之說者，以烏壁魯斯所謂「不罰思想」之格言作例證。然所謂法律不罰思想者，非謂法律不以思想爲對象也。刑罰爲法律之禁止所生之特種制裁。原則上，法律不禁止思想之活動，何況罰之。然所謂不禁止者，謂其合法也，非謂其不爲法律規範之對象。現在各國已承認其爲自由權之客體，而歷史上，思想之自由，不被承認爲權利，反受法律上嚴格之制裁之時代，亦有之。凡此歷史之事實，非明示行動之內部要素，亦非法律所不顧者而何？

但思想屬於道德之領域，不在法律範圍內之說，既特別爲近代哲人斯賓諾莎，杜瑪覺士，康德等所熱心主張，其中伏有充分之意義，自屬無疑。彼等用此表現方法而真欲言之者，實際上，殆爲法規之變革。意在使思想之自由獲認爲個人之權利。卽彼等之真意，特別在使人民確保其當時爲宗教所壓迫之思想自由上之個人權利，使國家對於人民之思想自由，不發揮其強制力。換言之，欲擴充個人權利之範圍以對抗國權，斯爲彼等之真目的。故論爭在法律世界中搏戰，論點不在思想之自由，屬於法律範圍內乎，抑在其外乎？構成法律規範之對象乎，抑否乎？論點殆在思想之自由，合法乎，抑不合法乎？承認其爲權利乎，抑否乎？惟彼等爲達此目的而將法律與道德之差別，置於所謂思想與外部行爲之一種對象上之區別上，其所使用之外部表現，自身不能謂之妥適。倘認所謂內部行爲，本質上不許作法律之考察，則爲思想自由而經過數世紀之奮鬥，以及此等哲人爲爭思想自由而編著之哲學理論，將全無意義矣。若以爲法律之本質上，不能干犯思想之自由，則此

等哲人欲置合理限界於國家活動上之目的意圖，將全無意義矣。惟其思想亦能受法律之抑制，故或以承認思想自由之形式，或以否認思想自由之形式，以處理之。今日立憲國中之多數國家，皆承認思想自由爲人民在憲法上所被賦與之根本權利，而思想自由，遂成爲法律保護之客體矣。

由以上之所述，吾人欲作一結論，否認法律與道德之適用範圍，本質上不同之說。法律與道德之對象，並無量的區別，兩者皆不能不視行動爲全體而評價之，不過評價之觀點有異耳。

既明瞭規範之對象，（因之法律規範之對象亦然）爲人之全體上之行動矣，吾將更進而闡明規範（因之法律規範亦然）不屬於自然世界，而屬於價值世界之一事。

規範爲評價人之一切行動，區分正與不正，合法與不法者，故不能以一切行動之所共通之性質，作規範之基準。基準者，須求之於區別諸種行動之要素中者也。

規範屬於
價值世界

例如「力」乃一切行動所共通之要素，故「力」不能作規範之基準。規範乃屬於價值世界者，不能與自然的實在相混同。規範屬於異乎「現象的實在」或「現象的實在之可能性」之世界而超乎其上之世界。規範為超自然之基準。某種行動之在現實上被作為，此乃顯示其實現於自然界之可能，至如該行動之合乎規範與否，合法與否，完全屬於別一問題。規範非因對現象世界反射而存在者，縱在現實世界上被破壞時，仍能維持其存在。

自然法則
與規範之
差異

由此點言，自然界之法則與行動之規範，不能不加以充分之區別而意識之。自然法則，須為經驗世界之總匯，對於自然界之現象，無有不適合者。倘以為違反自然法則之事項，能出現於自然世界中，則此自然法則，已失其為自然法則之價值矣。反之，行動之規範，非由經驗世界派生其價值者，此乃指示如斯「當為」之事，非指示如斯「存在」之事者也。故規範愈被違犯於自然世界，則此規範之意識，愈在吾人內中為堅強之活動。違反規範之外部行動，非破壞規範之自身者，在某

種意義上，亦可謂反提高其爲規範之價值。規範以被破壞爲其本質，惟其能被破壞，故存在。倘規範而爲不能被破壞者，則揭出規範之事，爲無意義矣。規範不作何等用矣。

不法先於
法律之說

然亦有以爲極端思考此點之不法行爲之概念，先於法律概念之見解。例如叔本華，卽謂不法之概念，乃真實之實證概念，正義或法，不過是其否定律。誠然，法律或正義，若無其反對名辭不法，不正之概念，固不能思考，而不法，不正之概念，若無法律，正義之概念，亦不能思考也。認不正爲先於正者，此乃蔑視邏輯之必然性之思惟方法。誠然，歷史事實上，本有一定之障害行動發生後，遂成爲刺戟而完成一種尙未被意識之法律規範之確定者，但此種場合，在評價是項行動爲不法行爲上，亦不能不先有法律之確定。不法與法律之確定，可思惟之爲同時者。

將力與法
律同視之
說

視「力」與「法律」或「正義」爲同一之思想，從來以種種形式表現之。然此乃在邏輯上充滿矛盾之表現方法，不過以譏笑之語句，表明正義或法律之不

存在而已。若果法律與力爲同一，則正邪，合法不合法之區別，早已消滅矣。從來作是種思惟方法之主要學者，蓋欲在一般上或特定方面——關於特定之事項，或特定之時代——否認正義之存在也。以爲「正義最適於強者」之柏拉圖國家論中所表現之希臘詭辯派之論法，蓋表明正義不過是一名詞，實際上乃不存在者之否定意義耳。至於近世之霍布士，以自然狀態爲力所支配之世界，亦可視爲與此同一之見解。然霍布士之真意，在示法律評價發生之後，始於社會生活上，表現法律上之正邪，卽就霍布士之思惟方法言之，亦爲指示法律既存在，則法律非單純之力，而有力之評價存焉。最近之龔普羅衛等之學說，卽屬認法律爲力之結果或其合成之見解，此亦立於同一之傾向。然縱依此見解，認法律爲通過權力者之意志而出現於現實世界者，吾以爲一切之力，非皆爲合法之事者也。葉林格、梅恩等法律史家，以爲認原始法有力與法律之區別者，乃欲適用近代法律思想於古代法律之誤，實際上，現代法律所有之特種意義，是長期歷史發展之結果。依此

原始法無
力與法律
之別之說

法律規範
表現超自
然之真理

見解，縱認原始時代，暴力之作用，在使法律發生上，有重大之作用，然既認某種力為正當或合法，則不能不認此種力為受某種規範之支配者。若非是種規範所承認者，則法律應被視為不曾存在之物。吾人不能思考法律之不存在。法律既存在，則不能不認之為超越於力之價值判斷。

故法律規範非表現自然之真理者，乃表現超自然之真理者也，乃表現超越於現實的實在之真理，企圖評價實在之理想者也。此種評價，常就人類之行動而為之，故可謂之實踐之評價。

法律規範
與道德規
範之認識
論的地位

人之行動，可思惟之為複雜之規範體系所規律之物。就歷史上觀察，各時代亦各有是種規範體系。是種規範體系，雖為甚多之規範所構成，然其中有根本之統

一。

成爲第一
原理之倫
理規範

可作吾人之行動之規範者，惟一之統一的倫理規範（若在廣義上使用所謂倫理之名詞）也，吾於此，不能不以此倫理規範之存在爲前提。此倫理規範，乃指示行動「須如是而後可」之原理，乃成爲統一原理之「耶特斯」也。

倫理規範
上之二評
價形相

上述之統一的倫理原理上，有二種評價形相。換言之，人類之行動，由二方面成爲評價之對象。第一，人之行動，可由爲此行動者即行動主體之方面評價之。由行動主體方面觀之，其可得而爲之一切形式之行動中，適合於倫理之原理者惟一。其他之一切行動形式，皆須視爲違反倫理規範者而排棄之。此種場合，彼視一定之行動爲可爲者而選取之，此種排棄其他均屬彼所得而爲之行動之選擇，乃基於主觀之根據而來者。如是被適用之倫理原理，乃示某種之必然性——積極的或消極的必然性——者，此即「道德之義務」也。此種場合之相對立者，即「可爲之行動」與「不可爲之行動」，此二名辭，常僅適用於行動主體之自身。

法律評價

然人之行動，又可由異乎此之立足點評價之，此即不使一定之行動，與爲此行

動之人即同一行動主體之其他可爲之行動相對立，而使其與他主體行動相照應以考察之之謂也。換言之，即爲人之行動之客觀考察。在此方面之考察上，所謂被照應之名辭，遂異於以前之場合，而行動規範之形式，亦自不同。此場合，對立於一定之行動者，已非同一主體之其他行動，而爲其他主體之行動矣。換言之，由此方面所加於行動之評價，乃以數個主體之行動爲對象者。認定某種行動，在是種客觀意義上，適於倫理之原理，此乃僅爲認定其他主體，不能作與此不得兩立之行動而已。即其他主體，不得妨害行動主體所得而爲之行動也。換言之，對於行動主體之行動可能性，置有客觀之限制。此即法律規範也。

不許第三
評價形式
存在

行動之評價形式，邏輯上，盡於主觀的與客觀的，道德與法律的，不能容許第三形式之存在。「習慣」是守某種規範之事實，就此意義言，該規範或爲道德規範，或爲法律規範，二者必居其一，決無新範疇之規範。「禮儀」雖亦被揭爲特別之範疇，然當其採取規範之形式時，應入於以上二範疇之一。「宗教」既取可成行

兩規範之
根本關聯

動評價規範之信條或教義之形式，亦可分解於道德規範或法律規範也。

若在右述之前提下，說明廣義倫理規範之主觀規範即道德，與客觀規範即法律之根本關聯，則其形式如左。

道德規範
只能於法
律規範內
存在

道德規範，常存於法律規範之內，處於法律規範外之道德規範，不能存在。在特定之體系中，某種行動於其行動主體為道德上之義務時，其他之主體，在法律上不能妨害之。若認其他主體所為之妨害為合法，則該倫理體系即成不調和之矛盾體系，對行動不能示何等之規範矣。故某主體所視為道德上之必然之選擇，常不能不是法律上之可得而為者。換言之，不能不認人人皆有依從道德之義務而得之法律上之權利。

薛知微

對此主張，或亦有人如薛知微之所云者而云之，謂法律在某種場合，防止吾人之道義義務之行使，而道德亦有強人為法律所禁止之事之時，此非事實乎？表面上誠如其說矣，然此種場合，實因兩種互相矛盾之倫理體系（廣義）混合存在

合於法律
規範之行
動未必即
屬道德的

兩規範爲
不可分之
統一

也。假定吾人對於某一成法體系，主張新道德義務（例如革命之義務）則此種場合，吾人乃因主張是種新道德義務，同時又以主張新法律上之權利爲其前提者也。反之，不能謂適合於法律規範之行動，亦必適於道德規範。法律乃指示行動之可能性者，非指示必然性也。即某種行動主體，須就法律上准許之多數行動中，選其一而爲之也。法律雖包含道德之必然性，然此必然性之爲何，法律不指示之。法律規範，不過指示各主體行動之境界線，指示其不可踰越之限界而已。

道德規範與法律規範，乃立於極密切之關係上者，不許於其本質之考察上，與兩者以各別之性質。如亞倫士之所謂「道德規範爲絕對者，不變者，超越時地者，而法律規範，法律之命令則爲相對者，可變者，一殊非正確之見解。既承認相對的，可變的法律矣，則可承認與之相應之相對的，可變的道德，如奧士丁之所謂「既存道德，又若離歷史所規定之相對的，可變的道德，而承認絕對的，不變的道德，則應承認與之相應之絕對的，不變的法律，至少亦不能不承認可以完成絕對道德義

務之絕對法律權利也。蓋因兩規範之間，實有不可分離之統一存在之故。

理論史的
考察

「法理學
之喜望峯」

法律與道德之關係論，原爲學者間視爲法律哲學之中心問題而熱心討論之矣，因之，獲稱爲識別各種法律哲學體系之特色之試金石。葉林格稱之爲「法理學之喜望峯」。此乃法律哲學之航線中最危險之暗礁，法律哲學之觸此暗礁而破碎者，爲數甚多。

原始時代

就歷史言，關於區別二者之理論，長期間不曾組成。在原始時代之社會生活中，習慣爲倫理規範之最重要形式，習慣爲道德規範與法律規範所混同之規範體系。此時代，社會生活之規範，具主觀之性質乎，抑具客觀之性質乎？強人遵守習慣之事，究以如何之形式行之，達於如何之程度乎？此皆極不明顯。祖宗所傳之習慣，以權威籠罩各個人，道德，法律，宗教，皆融合於此渾然一體之習慣中。經時既久，法律遂漸次具備其特種性，與其他規範有分化之勢，然以希臘之文明，尙未見其將法律與道德爲充分之識別。卽就希臘哲人之著述觀之，亦不能發見其中有關於

希臘時代

法律特性之嚴密理論。在某種意義上，號稱希臘思想之典型如柏拉圖者，曾就主觀上思惟正義爲德，且爲最高之德矣。至於國家之概念，在希臘人時代，亦不甚在。法律上思考之，而直在道德上教育上思考之，於是國家所設之法律，遂亦被視爲指示正當生活之南針矣。

羅馬時代

羅馬時代，法律規範離道德規範而遂其異常之發達，此盡人皆知者也。然羅馬時代，仍未構成區別法律與道德之精確理論。羅馬人對於道德與法律之關係，果否具有正確之觀念，實屬問題。有學者根據於不能在羅馬發見其對於此點之明確理論之理由，或因羅馬法學者於法律之定義中，使用「生活於正直」，「善及公平之術」等完全道德之語句，遂謂羅馬人不曾充分認識此種區別，然吾以爲依彼等所遺於後世之實績羅馬法體系觀之，彼等對於二者之區別，已具正確之認識，殆無疑義。吾以爲由羅馬人而法學者之鮑魯士所謂「合法之事，未必卽爲道德行爲」之語觀之，可謂理論上亦已認識二者之差別矣。

中世紀

中世教父之理論及煩瑣派哲人之理論中，亦未將此區別形成一種理論。在此等人之理論中，可觀適與希臘相反之現象。希臘人直認法律為道德所吸收，受道德之處理；而中世則直認道德包括於法律之中，即視法律為行動之普遍規範，使道德含於其中也。於是認為法律之中，有神法與人法之區別，有嚴格法與衡平法之區別，有完全法與不完全法之區別，等等。彼等所作之此等區別，由某種意義言之，亦非不能視為代替法律與道德之區別者也。

近世
杜瑪覺士

以理論組成兩者之區別者，杜瑪覺士（一七〇五）當為先輩。杜瑪覺士雖在學問上處理此問題，而其動機殆為政治的。彼之時代，乃確立個人之自由，尤其思想之自由，良心之自由，為國家行動設限界之舉，特別被視為必要之時代。於是彼以道德為關於「內部人」者，法律為關於「外部人」者。

杜瑪覺士之論述方法，不能謂其正確，前已言之矣，然彼之所說，實已觸及根本之點。彼之透察道德為主觀之良心問題，法律為社會生活之客觀規律問題，可謂

康德

費希特

有功。杜瑪覺士之學說，從之者甚多。康德之理論，亦不能超乎其上。康德亦僅由杜瑪覺士繼承其過於將法律規範外部化之傾向，不曾更進而論證二者之基礎。費希特更將杜瑪覺士及康德二人所倡之二者之區分，作極端之論證，謂債務者無論窮至如何程度，債權者對之皆可要求強制執行，法律既承認此點，故法律規範與道德規範之間，有不可踰越之矛盾衝突。法律對於道德所禁止之行為，亦能命人爲之。至費希特以後，對此極端嚴別之理論，遂起反動，高唱二者之共通點，二者之基礎之統一性及其融合性。現在反對二者之嚴別論之傾向，仍極強烈。

近世之傾向
理論史批

茲將吾對於右述之理論史之立場，概略言之如下：

(一) 吾對於費希特之視法律與道德爲本質上互相衝突者之嚴別論，反對之。吾以爲法律與道德，皆爲行動之規範，具共通之基礎。規範對象之行動，獨一無二，故謂規範互相矛盾，乃邏輯上所不容許。道德所禁止者，法律雖多准許爲之，然此非所以示道德與法律之二規範，互相矛盾也。

(二)如杜瑪覺士等將區別之標準，置於被適用之客體上，而求之於「內部人」一「外部人」此說吾亦不服。吾以爲二者之區別基準，只應求之於觀點之差異，求之於兩範疇之邏輯地位之差異。

倘以上之根本見解爲正確者，則由此生出兩者間之如左之差面。

二規範之
差異
(一)出發
點之差
異

(一)就行動之評價言，道德爲出發於行動之內部形相者；而法律則反是由行動之外部形相出發。道德之評價，乃關於從活動於主體之良心內之若干不同行動中，加以選擇之問題者，故其評價，自以行動之內部要素爲出發點。反之，法律之評價，係規定社會生活之客觀秩序者，數主體行動相互間之接觸，衝突，乃表現於自然世界者，故法律之評價，以行動之外部要素爲出發點。但法律之評價，當然由行動之外部要素而及於內部之要素心理之要素，否則不能視行動爲全體而評價之。道德之評價亦然，亦不僅以考察行動之動機爲滿足，必須將其實現之外部事實，亦探入考察之範圍。二者之差異，在出發點而不在對象，二者之對象，皆爲

人類之行動全體。

(二) 強制可能性

(二) 強制可能性，爲只能屬於法律之特性。法律爲數個主體行動之限界，故其中一人超越此限界之事，當然包含別一主體拒絕此種侵入之法律上可能性。即法律常承認二主體間之相互關係，對於A之義務，當然賦與B以強制A守此義務之權能，A如違犯此義務，則B有與之抵抗之法律上可能性。縱令事實上無此抵抗，亦不能不謂之法律所許之抵抗。

無完全不
完全之區
別

是項強制可能性，雖屬二者之差異中之一，然不能因此即謂法律方面，較道德爲完全。或謂法律上之義務，得爲力所強制，故完全，道德之義務，不能因強制而實現，故不完全，將完全不完全之區別，如此使用，可謂不適當。強制可能性，雖爲法律之特質，然制裁之事，在道德上亦有之。若以外部之強制，爲僅屬於法律之制裁，則道德上有其他種類之制裁，如良心之苛責，朋輩之批評——大體上，可視爲個人良心苛責之反射——等項，是也。

(三) 確
定性

(三) 法律較之道德具有確定性。法律者，所謂規定境界線者也，故不能非確定者。反之，道德乃以活動於個人之良心內為主者，不必有如法律之採取規則形式之必要。法律如倫理規範體系中之脊髓，對社會生活為大綱之原理。故亦可謂社會生活上必需不可缺之規範，採取法律之形式，其他之規範，則惟採取不確定之道德形式。故李內克之所謂法律為「最小限度之倫理」，其見解吾以為由此觀點言之，實有意義。即法律為構成社會生活之基礎條件之倫理體系之一部，在此意義上，是種見解殊為真理。由此意義言之，又可謂「古人之由無法律之社會不能思考之觀點出發，而謂有社會必有法律」，此格言亦含真理也。

第四節 法律規範之構成要素

法律規範之概念與權利之概念間，有密切之關聯。法律規範為規定二個以上主體之行動限界者，乃其客觀之調節，是為人之社會生活，共同生活之規範。法律

規範，對於是種主體之一方，與以要求別一主體之能力（即權利）對於別一主體，則責以與此相照應之義務。故法律與權利，乃相互立於密切關係之上者也。此二概念，實屬同一本體上不同之二形相。歐洲大陸諸國之用 *ius*（拉丁語）*Recht*（德語）*Droit*（法語）等同一名辭，以表現法律規範與權利之二概念，直可謂為表示此二概念之密切關係者。但此二概念，應區別而認識之，乃不待言者也。英語為識別此二概念，使用 *Law*（法律）與 *Right*（權利）二語，日本亦有區別之表現。羅馬人亦已將「行動規範」與「行動能力」區而別之。（但「行動規範」一語中，亦可包含道德規範，嚴格言之，用於識別此二概念，非適當之表現。）近世歐洲大陸，則以所謂「客觀法」「主觀法」或以所謂「客觀意義之法律」「主觀意義之法律」等稍覺迂迴之名辭，區別此二概念。

在本節，余擬對於成爲法律規範概念之構成要素及特質之一般性，命令性，以及強制可能性，作一考察，至次節再決定權利之概念。

第一項 一般性

一般性即為雖
 一般性者，可謂之非法律規範之必然之特質。吾人可思惟以各
 個關係為目標之法律規範，但此種法律規範，鮮有發生，大體上，可謂法律規範具
 有一般性。法律規範，非以特定之個人，特定之關係，為具體對象者，殆於抽象上，以
 視為典型之人，視為典型之關係，作其對象也。

具體實在
 之法律規
 範之一般
 性
 由於法律規範之一般性，發生法律着眼於社會生活之常態，蔑視其特別形態
 之傾向。然具體實在之世界，一切現象皆具相異之特性，具體實在世界之各種事
 實，皆由其自身所特有之要素成立，與一切構成其他事實之要素不同。嚴格言之，
 完全同一之契約，遺囑，婚姻，不會存在。但法律對於無限差異之實在世界，使用可
 以劃一處理一定之現象全體之法律範疇。於是被形成之一般的，抽象的，有時為
 機械的，此種法律規範作大前提，具有個性，特種性之具體事件作小前提，而法律
 規範乃適用於實在之世界。

必需一般
性之理由

法律規範之一般性，依法律規範必然規律將來之關係一點觀之，又爲不可避
免之事。法律規範須先於事件而存在，既有先於事件而存在之必要，斯不能不蔑
視偶發的，例外的情形，而着眼於一般的，常態的關係。故法律秩序之安定，可云須
有法律規範之某程度之抽象固定性。

然如是而成立之法律規範之一般性，由法律之實際運用上觀之，不絕發生困
難。縱認法律規範既已存在，亦不能謂複雜之人生所提供之一切場合之解，當然
包含於該法律規範之中。必需不絕努力於將抽象之法律規範，適用於具體之實
在。若以爲抽象之一般法律規範，僅對於具有個性，特性之各種事項，爲機械之適
用，其所達之結果，將如羅馬人之所謂「法之極，卽害之極」矣。

此種法律之一般性，與事項之具體性，特種性之牽涉問題，在法律史內畫一大
波紋，此乃人所共知者。亞里士多德之倫理學第五卷第十節所揭之「衡平」論，
是論及此點之古典的表現，羅馬之布律特，依「自然法」以變更羅馬市民法之

「衡平」
理由與自
由法理論

「法之極」
卽害之極

實績，英國大法官於「習慣法」體系之外，發展「衡平」之體系，此等皆係歷史上以此問題為中心之顯著事實。又，最近之自由法論，其他一切形相上之所謂法律釋論，均係企圖解決此法律規範之一般性所生出之問題之努力。

第二項 命令性

命令性
命令性
法律規範
之普遍特
質

法律規範之本質上，具有命令性。換言之，未具命令性之法律規範，吾人不能考察。法律之概念，已如前述，至少為趨向二個主體者，對一方與以權利，對別方要求其照應於此權利之義務。要求義務，即為命令，故命令性，本質上與法律概念相結合。故單純事實之主張，可謂缺乏法律規範之性質。他如「忠告」「勸誘」等項，亦可謂為缺乏法律規範性者。

為確實把握命令性為法律規範之要素，茲以之按照法律現象而由二方面檢討之。

事實之陳

(一) 古代之立法中，特別混入缺乏命令性之事實陳述與意見主張，此人之

述包含於
法律中之
歷史事例

所深知者也。至如古代之聖經內，宇宙發生論及歷史之故事，與法律規範混然雜陳，亦屬事實。即如羅馬，其被認為有法律效力之「法學入門」內，且記載羅馬法全史。再如法國革命時期，制定「法國人民承認神之存在與靈魂之存在」之形式之法律，更爲膾炙人口者。但是種故事與主張，本身並非具法律規範之性質者，不能以之作否認法律規範之命令性之論據。

現代法典
之法律表
現形式與
命令性

(二) 法律規範之本質上，是否具有命令性，更可按現代各國法典之外部形式所形成之各種分類以檢討之。

命令法規
與禁止法
規

法規分爲命令法規與禁止法規二類。要求從事於一定行爲之法規，謂之命令法規，命人不作一定行爲之法規，謂之禁止法規。

此種分類，對於法律具有命令性之命題，非成爲反證者，彰彰明矣。一切法規，皆爲一方含命令，他方含禁止者，雖云命令法規，實含禁止作用，雖云禁止法規，實含命令之意，不過表現之形式，有消極與積極之差而已。

第一次的法規與第二次的法規

法規又有第一次的法規與第二次的法規之別。直接表示行動規範之法規，是第一次的法規，須與第一次的法規相關聯而始有規範之意義者，是第二次的法規。

第二次法規之第一例證，厥為廢止法規，此乃用以廢止或限制現行法規之效力者。廢止法規之本身，非能構成意義者，惟與被廢止之法規相關聯，方明其規範之內容。第二例證為說明法規，即為一定之名辭或概念下定義之法規。例如日本民法第八十五條所載：「本法所謂物者，指有體物而言；」又，第八十六條第三項所載：「不記名債權，以動產論，」是也。此種法規之自身，雖未具命令性，然與他種法規相關聯而定其限界，由是間接獲得命令性矣。

准許法規

其次成爲問題者，即准許法規也。法律於某種場合，僅以准許一定行動之形式而記載，故法規雖有命令法規與准許法規之稱，而所謂准許法規，則有二種情形。其一，立法者不注意於命令所向之主體方面，反而着眼於該義務者之對方。以賦

與一定權能之形式而表現命令。如日本民法第二百〇六條之所載：「所有者，在法令之限制內，對其所有物，有使用，收益及處分之權利。」卽是其例。准許所有物之使用，收益，處分者，其反面卽爲禁止所有者以外之人之侵害。其二，准許法規，有適用其他法規或加以限制之意義。此乃在一般之禁止存在之時，爲對於特定之人或特定之關係，不適用此禁止法規，而以准許法規行之。如日本民法第六百五十一條之所載：「各當事者對於委任，隨時皆能解除之，一卽其例也。此種規定，其意義可謂在於限制契約不能因一方當事者之意志而解除之原則。故以上二形式上之所謂准許法規者，亦不能不謂之具有第二次的命令性。

強施法規
與任意法規

最後，然則所謂強施法規與任意法規之區別，其爲法律規範命令性之反證乎？強施法規，乃不問當事者之意志而適用之法規，或在一切場合，絕對適用，或因當事者欲得一定之結果，要求服從此法規。反之，任意法規，乃於當事者不表示反對之場合用之，時或於當事者之意志表示不完全不明瞭之場合，呈現說明或解

釋之法規之外規，（解釋法規）時或於當事者完全未表示意志之場合，呈現補充之法規之外規。（補充法規）任意法規，一方面，其宗旨雖在補充當事者之意志表示不完全或欠缺，同時，立法者又從是種場合之法律關係之性質，當事者利益之調節，及一般福利上，設此法規，此不可忘者也。補充法規，有設於與特定之交易相關聯者，如日本民法第六百十二條之所載：「租借人非得出租人之同意，不得將租借物轉租之，」即其例證。又有互一定之法律施設之全體而設者，例如關於法定繼承之規定是也，若無遺囑所為之特別規定，皆適用之。

任意法規
之存在能
為法律命
令性之反
證乎

任意法規之存在，一見似為否認法律之命令性之證據，實不然。欲明瞭此點，應注意於內在於法律規範之命令，常以一定事實之存在為假定。即某種法律規範，其所表示之條件充滿時，適用之，換言之，法律之命令，假設之命令也。一定之前提存在時，一定之命令即適用之，而當事者曾否表示一定之意志，即為前提條件之一種。此點在所謂任意法規之場合，為該法規適用之前提。任意法規之活動範圍，

開始卽爲此種前提所限定。此非礙及是種法規之命令性者，命令之限界，乃呈示於該法規之自身內者也。故嚴格言之，任意法規亦屬強施法規。強施法規，不能因當事者之意志而變更，雖云眞理，而任意法規，亦非因當事者之反對意志而變更。此法規之自身者也。不過任意法規適用之前提條件，被變更而置於適用範圍之外耳。故任意法規，亦可謂之具有命令性。又有所謂「公法不許因私人之合意而變更之強施規定」者，此命題在嚴格意義上固正確，然在其非對於私法亦可適用之命題之意義上，殊不正確。日本民事訴訟法第二十九條關於合意審判管轄之規定，在嚴格意義上，則爲強施法規，而見於民法中之所謂任意規定，亦爲強施法規。此乃法律規範之命令性所生之當然歸結，不能以此點爲區別公法私法之標準，不待言也。

要之，所謂任意法規之存在，決非可以否定法律規範之命令性之證據。

第三項 強制可能性

強制可能
性
強制可能
性
為法律
之普遍特
質

與法律規範之命令性有密切關係者，強制可能性也。

法律規範，以強制可能性為其本質。法律規範之此種性質，亦該規範之邏輯性質所當然派生者。法律為規定主體間之行動境界線者，故是種境界線受侵害時，反抗此侵害之可能性之概念，亦不能不謂為本質上，乃與法律之概念相結合者也。所謂強制可能性，為法律之概念所固有之點，至杜瑪覺士始明瞭論述之。不過杜瑪覺士置法律規範與道德規範之差異於此點，而認法律之義務能強制，故完全道德之義務不能強制，故不完全。此種以完全不完全之名辭，為法律義務與道德義務之特徵一事，前已言其不適當矣。康德亦將強制之概念，採入於其法律理論之內。在康德以後，關於強制是否為法律規範之要素一點，發生激烈之論戰。吾以就此點之反對論而反省之，問題斯明瞭矣。

反對論之
反省
(一) 法律
者非因其
強制力而

(一) 或有人謂法律之被尊重也，原則上為自發的，非因其強制力而受尊重者。引起尊重法律之心理動機，與其謂為外部之強制，寧謂其在於他方面，自發的

由於自發
之動機之
說

尊重法律一事，若不被遵守為原則，而至於不絕需要強制，則法律秩序之存在，不可能矣。故強制為例外之現象，故不能不離強制之概念，而獨立思惟法律規範之概念。況現在用外部強制之場合，已屬較少，將來當更減少，至完全社會，或毫無強制之使用矣。然則可謂是種場合，既無強制之必要，故無法律規範之存在乎？

吾以為右述之論法，其中雖含不少之真理，但其結論，不能謂之正確。法律規範在極多之場合，為自發的所尊重，確屬事實。此由法律之起原言之，亦甚明顯。蓋法律發生於習慣之形式，因反復於一定之行為而形成，其時尚無真正之強制機關也。且法律既為人所尊重，即無強制之必要，此亦無可疑者，故一旦想像法律為人所自發遵守之狀態，則無用強制力之機會，明矣。然所謂法律規範具強制可能性者，乃謂違犯是種規範時，則強制為可能也。換言之，乃由違犯為可能之前提出發者也。法律規範上，常有被破壞之可能性。法律以力破壞之，其性質上有可能。惟其有被破壞之可能性，故法律規範存在。故吾人不能不認為與被破壞之可能性

同時，常有外部強制之可能性。所謂法律規範帶強制可能性者，當然非否認防止違犯法律規範之其他純道德動機之存在。如論者所云之是種場合，事實上殆屬原則的，在是種場合上，法律規範之強制，猶之法律規範之侵害之為潛在形相，亦僅帶潛在形相也。

(二) 或在事實上困難之說

(二) 或又有人謂當法律不為自發的所遵守之時，而在外部強人以遵守，事實上殊為困難。法律上之強制，不能制止破壞法規之人，此乃通常之事，法規一旦被侵害，即不能回復其原狀矣。論者為證明此點，尚引若干之實例。例如畫家與人結成繪畫之契約，其後不履行，法律不能強制該畫家使其繪畫。又如證人隱瞞事實不言，法律即不能強制其作真實投告之義務。債務者無財力時，債權者即不能實現其權利。於是由此事例，認為法律帶強制可能性之立場，不能維持矣。

反對論所引之上項事例，皆其尤者，但此非擊破法律帶強制可能性之命題者也。吾人對此反對論，不能不力主區別二種概念之必要。其一為現實強制之概念，

他一爲強制可能性之概念。若或主張現實強制爲法律之要素，則現實世界有一事不能強制時，此立場卽不能維持矣。然法律之要素，非現實之強制而爲強制之可能性，而爲強制之法律上可能性。此乃潛在之強制，並非現實之強制。卽當人作違法行動時，法律有反抗是種行動之可能性也。正如法律之超越事實世界，卽令法律在事實世界上被違犯時，仍非否定法律之成爲理想價值而存在者；違反法律之行動，不能作事實之強制時，亦非否定法律之強制可能性之存在也。

關於法律在事實上，不能防制違反法律之行動一點，尙應區別兩種場合而考察之。

第一，防止違反法律之行動，常屬困難，然法律以代用方法救濟之。其代用之方法，或採損害賠償之形式，或採刑罰之形式。第一方法之爲代用的，毫無疑義，然卽就第二形式言之，亦因一切刑事法規，皆帶有與之相照應而成其前提之規範，須此規範被破壞時，始科以刑罰，故仍可視爲具有代用之性質。此等場合，強制非直

接實現，乃以代用之形式實現者也。

第二，有時雖代用之救濟方法，亦不能採用。如債務者無力履行賠償時，犯人犯罪後而罹精神病時，是矣。然此等場合，雖無強制之事實，而法律之可能性，究屬存在。例如對於無力償付之債務者之權利，在債務者力能履行償付以前，實以潛在的債權而存在，一旦債務者之資力回復，此債權即回復其現實力矣。

總而言之，法律規範之強制可能性，在事實世界，雖遭遇之困難頗大，然不足以減少法律規範之理想價值，亦不失法律之強制可能性。

(三) 或又有人謂強制力若屬於國家，則行此強制力者即為國家，故國家自身不能服從強制。因之法律之強制可能性，至少在是種場合為例外，此即表示雖謂法律未帶強制可能性亦可也。

(三) 國家本身不能服從強制之說

以上之論法，乃關聯於立憲國家之君主地位而為之者，其議論實觸及公法之根本問題。此在承認公權即人民對國家之權利之法規上，實一問題也。當公法之

範圍，外觀上，只有被強制存在，人民對於國家不能施行強制之時，即論者之所云矣。但此種場合，須更分別考察之。某種場合，可思惟人民之公權，對國家爲不能強制者，此種場合，可視爲真意義之法律規範不存在。反之，某種場合，國家承認對於自己強制之可能性，如近代立憲國家，賦與對國家之司法救濟手段，是也。此種場合，法律之規範存在，而且強制可能性，亦因國家之承認而存在。故僅指強制可能性，有一定之限界，超越此限界，即不存在，此殊不足以攻破強制可能性爲法律之必然要素之命題也。不但如是，且不能不更進而論證此等領域，確有法律規範之存在。故以上之議論，亦不能攻破法律規範必帶強制可能性之命題。

(四) 國際法中無強制之說

(四) 或又有人謂國際法未具強制之機關，故未帶強制性，然則視強制可能性爲法律之必然要素者，未免失之狹隘矣。

吾人對於此點，可作如下之答復。第一，現在之國際法中，既依國際習慣，國際條約等法源，提供可以確定法律規範內容之手段，及以報復，爭戰等項實現之手段

矣。誠然，現在力優於各國家之國際裁判機關，尙僅粗具端倪而未充分完備，然此實因國際法尙在形成過程中也。現在形成國際法之過程，亦即國內法之發達歷史所示之同一過程。正如國內法之歷史發展上，曾形成優越於血統團體之裁判機關，而優越於各國家之裁判機關，現亦形成中也。然國際法因尙未充分發達之故，強制遂未表現為完全之形式，成形國際法既在形成過程中，故強制亦在形成過程中矣。將因法律自身之完成，而強制亦完成，此可得而云者。法律發達與強制發達之照應，實存於此。

(五)私
法上亦有
自然債務
之說

(五)或又有人謂私法之範圍內，亦有所謂自然債務者，此未帶強制性者也。關於此點，可以答之如下。自然債務之具有法律價值，惟在如此之範圍內，即債務者任意履行債務之時，被認為有效之清償，若再由債務者方面請求退回不當之利得，斯被否認，惟在此範圍內方有法律之價值，此外僅屬於道德之義務矣。故在此場合，亦可云惟有強制可能性所存在之範圍內，始有法律規範之存在也。

(六)親屬中有強制性之說

(六)又有謂某種場合，有道德義務與法律義務相交錯之法律制度存在者。其例曰：就親屬法上之關係言，往往可觀不許強制之事項。(如夫婦同居之義務)但此等場合，若認親屬法中之某種權利為不許強制者，實係誤解，此時當然應視親屬制度，家庭制度，不僅包含法律的連鎖，且包含道德的連鎖，實係道德的，法律的制度也。

就以上所作各方面之考察言之，無強制可能性之場合，法律規範即不存在，可謂構成法律與強制可能性不分離之概念者矣。

第五節 權利

法律規範
本質上創
造自由

法律規範之具有命令性，前已言之矣。因之外觀上，似表現為否定個人自由，至少亦限制個人自由之形式。但細審之，則其外形上，雖表現為自由之否定，自由之限制，而本質上，實為主張自由，創造自由者也。當法律不存在以前，不能有真自由

自然之自由與真自由

之存在。蓋個人之單純行動可能性，得受他人之擾害，殊非真正之自由。真自由，惟在自然行動可能性帶有保障，要求他人尊重之場合，方始發生。法律之命令，其目的即在於確保是種行動可能性，護衛是種行動可能性。

法律之禁止與自由

法律對於主體之一定行動，（積極行動或消極行動）以禁止待之之時，以反抗該行動之意志待之之時，實不過欲確保其他主體所照應於此之自由而已。被禁止之行動，雖成法律上不可能之行動，而其他主體適應於此之自由，固被主張其可能性，保障其可能性矣。換言之，此自由在法律之世界，成爲可能矣。法律所不禁止者，即法律所允許者，不但允許已耳，且保障之，護持之也。依法行動者，得要求他人不妨害其行動。服從法律規範，實權利存在之必要條件。蓋個人活動之受保護者，因其受法律所限制也。由此意義言之，紀開羅所謂「吾人惟其自由，故爲法律之僕。」

服從法律爲權利存在之必要條件

權利爲

通常認權利爲賦與於各主體之行動限界，即畫圓圈於各主體之周圍者也。此

於各主體
周圍之圓
圈

種見解，大體正確，惟尙有應注意之點：法律之命令，普通爲一種「條件的命令」之事實。法律之命令，在其實際適用上，以一定之要件爲前提。此等要件之某種，成自外部之自然條件，（如一達於成年）是）其他種類，則成於賦與以權利之主體或與此主體立於法律關係上之人之意志活動。（如締結契約是）法律之命令，普通既爲條件的命令，結果主體之地位，遂受不斷之變化。故欲以權利爲限界或爲圓圈而表現之時，此限界此圓圈，對主體並不固定而常爲流轉之物，常採不同之形態，因法規適用之前提——內部條件或外部條件之變化，或擴大，或縮小，此不可忘者也。

此種圓圈
對主體爲
流轉的

權利之二
要素
內的要素

權利常由二種要素所成立。第一要素，爲適合於法律命令而在其限界內之行動可能性，此可稱爲權利之內的要素。第二要素，爲他人妨害行動之不能性及反抗其妨害之可能性，即要求他人尊重自己之行動之可能性，此要素乃關於他人者，故可稱之爲外的要素。權利之概念，即由此二要素所成立。故權利非單純行動

外的要素

權利之定義

權利之二要素之隱現
相對權
或對人
或對物
顯著的要素
或對世
或對時
顯著的要素
或對人
或對物
誤解之關係

之可能性，因其可與生理的可能性相區別也。生理可能性（所謂自然的自由）較法律可能性（所謂法律的自由）為更廣泛之概念，但法律的自由，雖為較狹之概念，然具較高之價值，因其帶有尊重之要求也。故權利為賦與於各主體之行動能力；反之，對他人則為責以照應於此之義務。

權利雖成自以上之二要素，然時或第一要素以顯明之姿勢表現，時或第二要素表現顯明之姿勢。例如在稱為「相對權」或「對人權」之債權權利時，第二要素特別顯著。吾人可直接而明瞭認識與權利主體相對待者，即為義務之主體，要求所向之主體。此兩主體直接相對峙，反之，如稱為「絕對權」或「對世權」之物權權利，吾人雖能直接認識權利主體，而與此主體相對待之其他主體，則不能直接認識之矣。例如在所有權之場合，外表上所表現之姿勢，似為人與物之關係，曾有學者作如是之思考。然此種思惟方法，不能謂之正確，蓋法律關係，常應視為主體相互間之關係也。欲承認人與物之法律關係，勢必容許物對人負義務之

在所有權
場合之外
的要素

嚴格言之
權利均為
相對權

將絕對權
之概念僅
限於外的
要素之誤
解

「所有權
為法規之
圓圈中之
孔穴」

不合理觀念。但雖在所有權之場合，亦易論證所有者之要求所向之主體之存在。此種主體，即為所有者以外之其他一切人。所有權以對一切人之一般要求為要素，普通此種要求，表現為絕消極之尊重。（有時亦帶積極之義務）故嚴格言之，權利均可稱為「相對權」。所謂「絕對權」，亦可視為往往帶有一般不可分化之相對義務者。

然若將絕對權如所有權之概念，僅限於此種外的要素，斯亦誤也。即不可視所有權僅為對於所有者以外之一切人，禁止利用一定之物件也。此種概念，在適用於一切人之法規，僅對所有者不適用之點上，遂歸於所有權之概念。所有者，並非有所謂利用物件之積極內容之權利，不過不禁止其利用而已。如以並定谷之所云者言之，則「所有權為法規之圓圈中之孔穴」，然對於此說，可論證對他人作要求之要素，不過權利之外的要素，至於內的要素即行動能力，實亦不可蔑視者也。此種行動能力，具積極之內容，正如在其他之權利上，雖絕對權中亦能見之。要

之，外的要素與內的要素，在任何權利上皆存在，惟因權利種類之不同，此二要素之表現方法遂異耳。

權利之動態與二要素之隱現

關於權利之動態，換言之，關於權利被主張之各種形相，亦可為同一之區別。權利被尊重之際，即現內部之要素，積極之要素，而對他人作要求之方面，則可謂反在潛藏之姿勢上存在。然一旦權利受侵害之威脅，或已受侵害，主體之法律上之限界，已受擾亂之時，則外的要素即屬於此同一主體之要求之要素，勢必抵抗侵害，或對侵害人為有力之主張。權利於是對於侵害者或欲侵害者，強施之，保護之。於是構成權利要素之要求可能性遂實現。

「訴權」

訴權非新
權利實原
權之新表
現

權利在此形相上之具體表現，技術手段，即為「訴權」。訴權可云「武裝之權利」，對於權利否定之自己防護，自己主張，即在是種武裝之形式上為之。訴權果為實體法上之侵害所生之新權利乎？抑不過該權利之新表現乎？此為爭辯已久之問題，在具體之法律制度下，事實上雖有視為「新權利」而用於技術概念之例，

然由本質之考察上言之，由權利之邏輯性質，根本概念之考察上言之，不能不認訴權爲原有權利之新表現而已。

釋明此點之事實卽主體自身在防護自己之權利上，通常必然採取 Initiative。

在防衛權
利上有個
人發議權
之必要

在法律防衛不委之於個人而委之於國家之較進步的發展階段上，促進國家司法行動之權限，仍委之於個人。換言之，在個人權利之保護上，存有個人之協力。由他方觀之，則個人爲防止其個人所關之範圍內，發生法律秩序之擾害，往往不能疎於監視。昔者羅馬人謂「法律爲注意深刻者而書，」「法律與以補助，」此語實欲表現此思想者也。就此點言，又應注意一切國家，一切時代所得而觀之一正當防衛權。一卽當國家之救濟所不能及，惟個人能排除現實之不當侵害時，個人能行使其以力抗拒之正當防衛權也。司法行動，不過對於正當防衛，並一般非司法之救濟方法，係一豫定更完全之政治秩序之完備技術而已。司法行動，乃更完全更有力之手段。但此行動不過主張法律，保衛權利已耳，實亦權利之外部表現

之一形態也。

法律規範
與權利之
相關關係

「客觀法
」
「主觀法
」

要之，權利與法律規範，乃立於一體不分之關係上者，一方面權利惟關聯於法律規範，始能存在，同時，法律亦不過自然的自由之限制，換言之，不過權利之承認而已。法律雖表現為強制命令，而其效果，則為保護自由。法律為客觀之要素，權利為主觀之要素。就此意義言，歐洲大陸之法律家，以「客觀法」「主觀法」之語，表現法律與權利之概念者，蓋有根本意義矣。兩者在本體上為同一，由此觀點言之，殊可思惟法律為「命令形式上之自由之調節」也。

葉林格一
派對權利
之定義

關於權利概念中之理論，可注意者為葉林格一派之權利概念，即「利益說」也。關於權利之利益說，後雖為葉林格自身修正其理論，且由其信徒加以種種之修正，然此派之理論，在置權利基礎於利益之一點上，究屬一致。葉林格一派思惟方法之根基，建於近代欲使法律學成為更實證的，更功利的，更內容的學問之傾向上，其特色在於更如實研究法律之具體的實在，以及各種法律制度之直接目

其根底

「法律所保護之利益」

葉林格之法律概念

「在強制形式上確保存社會之生存條件」

「國家所確保之社會生存條件」

葉林格學派之功利與其限

的。葉林格謂「目的為一切法律之創造者，」此語可視為表徵是項傾向之格言。關於由是種立場觀察權利之一點，葉林格亦注目於構成意志內容之目的。意志之目的，就意欲之主體表現功利的某物，即對該主體為「利益」也。人不能單純從事於意欲，往往意欲某事項，故視意欲之內容為權利之要素。故葉林格以「法律所保護之利益，」作權利之定義。

葉林格對於「法律」之概念，亦適用此同一之思惟方法。彼認為法律亦如權利，為確保某利益，某功利的事項之手段。因之為法律下定義曰：法律者，「在強制形式上確保社會之生存條件」者也；又曰：法律者，「國家所確保之社會生存條件」也。

葉林格所代表之學派，其主張含有重大之意義。第一，一切成法，與其所行之社會之經濟環境，心理環境，立於不可分離之關係上，以實證方法，以自然科學方法，闡明此等關係之工作，為法律學將來所愈益不能不完成之方面。第二，一切之法

律施設，各皆具實踐之機能，各皆有存在之理由，可以就目的上，機能上，說明之。法律施設之目的，在其為長期之傳統而存續之場合，殆屬本能的，其目的殊易忘之。然此種法律施設之目的，機能，不為遵守之人所認識之一事，並非否定該目的自身之存在者，此種目的乃能以科學方法研究之者也。故葉林格一派之思想傾向，在此二重意義上，不能不謂為正確之傾向。但就邏輯上構成法律概念，權利概念，言之，若直欲應用是種實證研究之結果，即生無理之事實。此種研究所生之歸納的結果，僅可視為蓋然的，近似的結論而尊重之，不能以之克服或代替邏輯上，演繹上，內省上，所思惟之法律概念，權利概念。吾人應由此立場，以批判之方式，檢討葉林格所構成之法律概念及權利概念。

所謂「社會之生存條件」者，乃模糊之概念，若解為社會

葉林格用以表現法律之終極理由之「社會生存條件」云者，乃極模糊之概念。若將此概念解為社會之存在形態（不論善惡）為欲使一切社會規律皆包含於其中之意義，則此概念，未具何等意義，而目的在於企圖確定此理論之法律

會之存在
形態即不
具何等意
義
若解為「
健全條件
」或「符
合於社會
福利之條
件」則其
善則其為
獨斷的矣

性質，被置於未決定之狀態矣。（即頽廢期之社會，亦能有法律秩序，且在現實上有之矣。）若解此概念為「健全條件」或「符合於社會福利之條件」之意義，斯承認法律之定義中，以易受批判所顛覆之樂觀的概念為要素矣。蓋任何時代任何國民之法律制度，均不能謂為趨向於社會之福利者也。若其如是主張，斯為一種獨斷之主張，此與其反對之主張，謂制定法律者，常以自己之利益，自己階級之利益為目的之語，同屬片面之觀察，殊不能贊同之也。

縱退一步，亦如葉林格認「確保社會之生存條件」之形式，對於決定法律之真實目的，實屬充分，然此形式，果為法律自身之定義乎？誠問題也。大凡目的之決定，即為手段之決定乎？機能之表示，即為充滿是種機能之機關之表示乎？吾恐當問題以此種一般之形式提出時，無作積極之答復者。某物之目的，非其物之自身，殊無容疑。比亞林謂防火災盜竊而保護貴重之物品，此雖表示金庫之目的，但僅此不能作金庫之定義，斯語良是。法律之目的亦然，縱認法律之目的為保護人之

縱認法律

之目的為保護利益，但亦不能成爲法律之邏輯的定義，葉林格之批判

葉林格之利益概念不明瞭

一切功利不能爲權利之內容

利益，但此究非與吾人以法律之邏輯的定義者也。吾人可思考法律爲使現在或將來之福利成爲可能之手段，然卽就此立場觀之，福利自身之非法律，亦甚明也。

對於葉林格以所謂「利益」之要素爲基礎之權利概念，亦須與以批判。利益之一語，在葉林格爲具有廣泛之意義者。此不獨指具有金錢價值之利益，乃指一切對於主體爲有用之物而言也。此乃功利之全內容，一切供吾人之用者皆是。葉林格亦認原始時代，曾有以害爲利之事。故葉林格之利益概念，乃極不明顯之概念，不能謂爲闡明權利之概念者。一切事皆可是利益，一切事，其自身皆非利益。

縱認權利常與功利有關聯，而一切功利的，非構成權利之內容者。此乃葉林格自身所不能不承認之點也。有在人類生活上，爲最重要之利益，然不能求法律保護之事，此乃無可疑者。（人之生命，本質上，必須法律以外之物理條件，生理條件，等等。）又，縱在法律之保護爲可能，且爲有力之活動時，而僅照應於法律所保護之諸種利益之權利，亦非可以創造者。普通在公法之範圍，利益尤爲不定數。欲明

此點，但就刑事法，規律國家機關之行政活動之行政法規，以保衛國家領土爲目的之軍事法規，考察之，即充分矣。處罰犯人，正確經營國家之財政作用，保衛國境而使之安全，實爲一切國民之利益。然各人非具有與之相應之權利者，各個人對之無要求之能力。

葉林格所作權利定義之改造

以上既認爲有法律所保護之利益而無照應於此利益之權利之事存在，葉林格遂不能不於權利主義之中，增加新要素矣。彼以爲欲權利之存在，則委利益保護於具有利益關係之當事者，誠屬必要之事。蓋認個人之爲其權利內容所由成立之利益保護而取得 Initiative，爲權利存在之要件也。因此，葉林格遂以一利益之自律的保護，一爲權利之定義。葉林格此種修正，乃對於現實加以忠實考慮之結果而認爲必要者，此修正有極深之意義。葉林格派之學者，大概皆從此修正之定義。特別爲李內克，雖維持葉林格之根本概念，維持其利益之概念，然猶以爲僅此尙不充分，遂更解權利爲「經個人意志之承認，而法律加以保護之利益」焉。

「利益之自律的保護」

「經個人

吾人由此折衷說，（因其採入意志與利益二要素，故曰折衷說）將再達於意欲可能性，強制可能性之概念。

意志之承認而法律加以保護之利益（李內克之意義修正）

以上之修正，於利益之要素外，復加個人意志之要素，葉林格蓋已間接捨其基於利益之定義，較基於意志之定義為優之見解矣。葉林格初以為意志缺乏之場合，亦有權利之存在，雖為意志無能力者，亦具有權利。彼以為此等意志無能力者，亦具有利益，實為無疑之事，故謂權利之本質，其基礎必須建立於利益之上。但因以上之修正，彼遂不能不棄利益說之外觀上所具之優點，而承認主體所具之關於其利益保護採取 Initiative 之可能性上，有權利之特色。不能不肯定個人之意志，為權利之要素。於是視為葉林格之最初理論所已克服之困難，即意志無能力者之場合，依然未之解決而置之矣。然此種困難，殊非一般所信之如是重大者，蓋對於無能力者之場合，可認其法定代理人之意志，為無能力者之意志之替代，故權利與意志間之必然關聯，雖在是種場合，亦能維持也。

葉林格說
之功過

葉林格之法律理論，高唱權利之社會背景及心理背景，使人對於成法與社會之相關關係，深加注意，又因鼓吹切實考察法律制度之目的之科學精神，而為「社會法學」之先導，此其偉大之功績也。彼之權利論，亦有一面之真理。如謂權利具有利益之內容一點是，謂意志無目的不能活動之一點是。然由此點而引出視「目的」與「意志」，「利益」與「權利」為同一之議論，則誤矣。李內克曾謂人非單純視聽者，乃視某事或聽某事也。然所見所聞者，與視覺及聽覺並不同一。同乎此理，人因為意欲某事者，但此某事決非意志之自身。意志之目的既非意志利益亦非權利。

文多夏之
意志說批
判
「法律所
保護之意
志之力」
「意志之
支配」

考察權利之本質，應以意志為中心，不應以利益為中心，以上之所述，當已闡明此理矣。但權利概念之要素之意志，又非可解為現實之意志者，乃應解為意欲可能性者也。就此意義言，文多夏所作之權利定義，曰「法律所保護之意志之力」，曰「意志之支配」，不能不謂其缺乏正確性矣。在權利之存在上，意志之現實支

配非必要者。不知不覺而具有權利之事實，亦嘗有之。不但此也，尙有與意志相反而具有之事實。拒絕收受償付之債權者，依然爲債權者，債務者在未清償以前，（依成法所規定之手續，或「提供現物」，或「寄存」）仍爲債務者。不得人之允許而橫斷其土地，即令所有者不加禁止，亦構成侵害他人之財產權。但此等例證，非推翻右述關於權利概念之理論者，蓋權利之要素，非「現實之意志」而爲主體所承認之「意欲可能性」，此種可能性，在是等例證上常存在也。

第六節 法律關係與權利主體

法律關係
之概念

已如前述，法律常作二人以上之結合，使一方具有爲一定之意欲，一定之行動之權利者，他方負有照應於是種權利之義務者，兩相關聯。此種關聯，是謂法律關係。故法律關係之定義，可謂之二個以上之人格者間之關係，在此關係上，一方得要求一定之事項，他方須擔負爲此一定事項之義務。

法律關係
與自然關係

法律關係，可謂常有某種物的基礎。（經濟的，道德的，其他。）法律非創造此等關係者，不過將自然所構成之關係，決定之，或規律之而已。法律不過因承認「存在物」，規定相互要求之限界，而賦與形式於是種關係耳。

法律關係
重複交錯

法律關係，往往重複交錯，有一人而同時兼為權利者義務者之事實。（如當事者雙方均負擔義務之契約。）不惟如是，且各個人成爲多數權利義務之主體，立於多數之法律關係上，故法律關係，爲結成人與人間之複雜關係者，猶之結合社會生活全體之網也。

結合社會
生活全體
之網

能動主體
與被動主體

法律關係，常有二種主體，一爲有能力，可作要求之權利者，一爲應受拘束之義務者，即「能動主體」與「被動主體」。同一主體，往往同時既爲能動主體，又爲被動主體，此事已於上述矣。「權利主體」之一語，是能動主體之意義，能動主體，又爲法律用語之「人格者」一名辭所表現。

權利主體
人格者

何人能爲
人格者乎

何人能爲人格者即權利主體乎？此問題也。權利，本質上爲與意志即行動相結

「人類」

所謂人類
爲自然
格者之原
理

以上之原
理非歷史
上所必承
認者
奴隸

合者，故權利主體，僅能存於自然具備意志能力，行動能力之人，其理由殊易理解。此等本質的心理要件，第一可於「人類」見之。人類乃於自己之內心，具有規律自己行動之自然條件者，有課行動之方向與限界於自己及他人之能力。換言之，人能向他人要求其對自己之一定態度，又能對他人承認自己擔負採取一定態度之義務。因之，可云各人爲自然提供意志能力者，故得爲權利主體。

然以上之原理，非常爲歷史上所承認之原理，曾有極長之時期，承認法律上所否定其人格之二種人。一爲「奴隸」，一爲「外國人」。例如羅馬法認奴隸爲「物」。然此種視「奴隸」與「物」爲同一之比較，乃係獨斷，實則此種類推，並未受嚴格之遵守。關於奴隸之待遇，曾經承認某種基於尊重奴隸之爲人類之性質之緩和理論。成法體系，爲此尊重自然人格之要求所驅迫，承認某種制度，由是遂至少間接且在一定之限界，承認奴隸之人格。例如在羅馬，奴隸爲「宗教之宣誓」，負「自然義務」，有一「特有財產」，能與其主人立於債權債務之關係上。於是奴

隸又因就特有財產中，付一定之金額於其主人，遂獲得被解放之可能性。司徒雅派之哲學者，以及司徒雅哲理教養下之羅馬法律家，曾認奴隸爲背反自然法之原理者，彼等認爲自然法之原理上，一切人皆自由，惟法律能拘束之，此可注意者也。此種基於理想或理論之要求之主張，在法律更進化之階段上，遂成成法之原理，完成「奴隸之廢除」。

外國人

關於外國人部分，亦完成同一之進化。在初期，承認外國人不受法律保護之原理，人格之承認，惟賦與一定數之社會集團之組成分子，不屬於此等社會集團之外國人，被認爲與放浪之禽獸無別。但不久，即有外國人亦間接經由內國人而得法律保護之傾向發生。於是又依國際條約而規律外國人之法律保護，時或依一般之原理而承認外國人之法律保護。此種傾向，特別因「財物交換之必要」而增進。在原始時代，「商業」亦爲法律進化之重要原因。至於現代更進步之立法，外國人享有與內國人同等之私法上之權利，故外國人與內國人之平等，殆可謂

之瀕於完成。惟政治權利上，尚有兩者間之差別，此乃各國家獨立存在一事所生之邏輯的結果，當「世界國家」尚未成立之先，恐不能去此差異也。現在，或因相互主義而承認享有私法上之權利，或廢除是種條件而基於絕對平等主義以承認之。且承認人類雖無國籍，亦為權利之主體。換言之，人類之為人類之性質，已被認為在認識其為權利主體上，乃充分之要件矣。此種思想之表現，於「自然人」之一法律名辭中見之。

集團
承認團體
為人格者
之基礎

在個人之外，又承認集團亦為權利主體，所謂「法人」者是。此與自然人同屬自身中有可以構成人格之自然要素，即意欲能力。吾人為理解此種超個人的團體之存在，以解決關於此點之理論上之多種困難，可先由如下之事實出發：某種目的，為超越個人之力，超越個人之生命者，非個人所能完成。

由於此種目的，某種團體遂自然形成。（非單純之機械結合）此種團體，有其自身之組織，有離其組成分子而獨立之人格。此等團體人格者，其自身不能於生

理上存在，常經由構成該團體之個人而行動。但此種場合，個人非以自身之名義行動，乃以社會集團之機關而行動也。集團之人格與個人之人格有區別，集團之權利及財產與個人之權利及財產有區別，而團體之存在自身，亦離屬於此團體之個人之存在而獨立。蓋個人雖死亡，雖爲其他個人所替代，而集團則仍進行其自身之目的以存在也。

法人學說

吾人如欲更明瞭理解以上所概要之點，卽有檢討種種關於法人性質之思惟方法之必要。吾人如何能離自然人而獨立思考法律上之主體之存在乎？此卽必須檢討之問題，實法律家及哲學者所感困難之一問題也。

說法人擬制 薩威尼 批中

或曰：法人者，原不過立法者之「擬制」耳，此問題可以簡單解決之。此說之擁護者，如歷史學派之健將薩威尼卽是。由此說言之，法人乃國家所創造，其存在純爲技術的。此種理論之不充分，第一，自其絲毫未說明國家之點觀之，卽可了然。國家爲實在者，殊無可疑。吾人不能以吾人之視覺，觸覺等感覺，察知國家之存在，固

無待言，但任何人（尤其法律家）皆不疑其存在，亦無何人將國家與構成國家之物質的，特種的，可變的要素，混而爲一。故吾人倘以爲法人非自然存在之物，而僅視之爲國家在技術上，擬制上，創而出之者，則國家爲何人所創造之問題，將發生矣。吾人將不能不云國家亦與生理上之人類不同，故國家亦屬一種「擬制」也。如是，則國家所創造之「法律」亦屬「擬制」，凡意識世界之一切事項，無往而非擬制矣。然吾人倘一旦又認國家爲實在者，則此種例外之承認，即說明法人擬制說之全部皆破壞矣。蓋此種例外之承認，實即表示可能思惟團體之人格爲實在的也。

吾以爲法人擬制說，實出發於實證的預斷，即惟以吾人之感覺所能認識者爲實在之理論。此種過當之預斷，對於理解法律之真實本質，實有妨害。法律，本質上爲超感覺的，非盡於單純事實之內者，其本質即在展開爲理想的決定，此點前已言之矣。法人擬制說之根本立足點，又存於惟以生理之人類（惟在爲實在之人）

爲能有權利之思想上，但此說又承認不屬於生理的人類之權利存在，於是矛盾生焉。欲克服此矛盾，僅謂權利主體爲擬制的，似不充分。既謂權利主體爲擬制的，同時，亦即吾人謂權利主體不存在也。

尙有所謂「無主體之權利」說，在邏輯上，洵大膽之主張也。此說鑒於上述之難點，及法律之他部分所表現之困難，欲以權利無主體而能存在之主張克服之。例如文多夏謂權利雖爲意志之力，但非人格的，意志之主要，在權利之存在上不需要，惟在行使上需要之，故意志之主體可缺。布令茨又由同一之思惟方法，區別「屬於人之財產」與「爲目的而存在之財產」以後爲自律的，無何等之主體。先就文多夏之說檢討之，吾以爲縱認法律之力，在能屬於不確定人之意義上，可謂之非人格的，而在能缺主體之意義上，不能謂之非人格的。在揭出無主體之權利有可能性之證據之事例（承繼人不明之承繼財產，贈與人付出之債權）上，吾人雖不能察知主體於現實，但吾人卻預料主體之存在，可視爲已經預定主張。

權利之人者也。據文多夏德之理論，是種場合，乃應視爲絕對缺乏權利主體者，吾以爲此非正確之見解。

布令茨說
之批判

布令茨之說，乃欲使兩種本質上不同之概念，成爲一致，而勉強變更此等概念之真意義者也。彼一方欲將財產人格化，用以提高物達於權利主體之地位，他方又欲將人與物混同，用以降低人至於物之地位。吾人無意志——現實意志，可能意志——即不能思惟目的，故布令茨之一目的財產——之概念，惟在思考有目的者之場合，構成意義，若離人之要素，意志之要素，則毫無意義矣。法律常使兩個人格者相關聯，使一方之人格者，結合於意欲可能性，使他方之人格者，負擔與此可能性相照應之義務，吾人須由此一般之原理，以觀察是點，若果直將此名辭適用於物，斯完全無意義矣。（物既無意欲可能性，亦不能受拘束。）此種一般原理，惟適用於有行動能力之人格者，始有價值。故無主體之權利說，吾人因其與權利之本質概念相矛盾，不能與以承認。

葉林格之
財產歸屬
者說

葉林格不同意於無主體之權利說，以財產所歸屬之個人，即真實享有此等法人之財產者，為權利之主體。彼以為法人不過一種以分配財產為目的之居間的形式，技術的手段而已，不過一種使從此等財貨取得利益之個人與其他個人發生關聯之手段而已。以為如此思考，可解決法人論之困難。以為抽象化之法律上團體，非享有何等利益者，故非權利之主體。利益屬於個人，故權利現實上亦屬於個人。

葉林格說
之批判

此種理論，可用區別權利享有與權利自身之理由攻破之。權利非享有，乃要求一定之享有之能力可能性。享有為權利之結果，非權利之本質。故團體之人格，應與財產之享有者或管理者，別而論之。

尚有喬治一派之理論，以一切之法人歸屬於國家，惟認國家為法人格。此種理論，以為組織而成國家之社會，具有應完成之一定目的。此等目的，雖能由不可分之組織體所完成，而實際便宜上，創造若干第二次的組織體，以為惟一之組織體，

爲完成各種目的，劃分爲極多部分，而與各部分以自治之個性，此等包含於國家中之第二次的組織體，卽爲法人。由此一說，則只有惟一之主體存在，此主體卽國家。組織爲國家者國民也。各法人僅爲代表國家之機能者，是種機能，國家雖能直接行使，然國家不自行使而委之於其他組織體。此等組織體乃國家所創造者，真主體仍爲國家。

喬治說之
批判

以上之理論，亦不得謂之正確。蓋吾人卽令承認法人之目的，普通以公益爲目的；法人惟其爲國家所承認，故爲法人，然此說果能爲充分之理由，以思惟國家爲此等法人之真主體乎？依此論法，則就個人之權利言，亦將否定權利主體屬於個人，蓋成法體系上，個人之權利，基礎亦建於國家之承認上也。欲正確理解權利主體之性質，不在於考察出發點而在於考察到達點，考察權利離國家而人格化之點，考察新組織體與根本統一體之分離。吾人對於同一財物之行政管理之分化與新自律的團體之創造，不能不加以區別而思惟之。自律的組織體，已分離於國

家之根幹，故其自身爲存在者。

以上對於各家所作之法人本質之思索，已爲批判之考察，約而言之，大體如下。

關於法人
理論之結
論

以上所批判之各家學說，不過程度有差異而已，其具否定之意義則同。法人爲實在者。然此非感覺所能察知之實在，乃理性所能認識之實在，猶之法律之實在，爲理性所能認識之實在也。法人有自然基礎爲其基礎。卽，法人有強有力之具體要求之一團。此卽團體所由形成之基礎。團體爲表現現實機能之活力，法律非創造團體者，不過規律團體而已。法律之規律，不過承認團體而已，非創造團體者也。此種超個人之目的，爲數甚多，故法人亦可分爲各種各類。至於超越意欲可能性，行動可能性，個人意志之新意志，乃在法律承認以前，自然發生者，法律不過承認之，爲之定限界而已。

法人存在
之二要件

法人所能存在之條件，可以分之爲二。第一爲社會的實在，卽關聯於一定目的之自然的意志能力，行動能力；第二爲此種社會的實在之受法律承認。但此點上

然法
人之
與自
異

有應注意者，即至少在成法之形相上，個人雖為權利主體，而法律之承認仍屬必要。個人與團體所不同之點，惟在個人為人類，故通則上，國家直認其為權利主體，反之，關於團體方面，原則上，各種場合皆須得國家之承認。若不行此區別，則法律關係之安定，勢將破壞，因團體未必直接為他人所認識也。

國家
人格
以存
在之
事實
承認
自己
即足

關於上述之原則，國家被認為例外。國家為權利之最高主體，國家之存在，為其他一切法律之存在條件。故國家無他人承認之必要，以存在之事實承認自己即足矣，此不同於其他法人者也。國家之本質的要素，在其自律性，若依據於他人，則非國家矣。（因缺乏主權即最高權力之故）國家以國家而主張自己，同時又以法人而存在，此種能力，本質上，原包含於國家之身內。有似國家而處於國家之下者，為他種公法上之團體，如日本法制下之府縣市町村，是也。

公法
法人
私人
之區
別

如是，遂表現公法人私法人之區別，但此種區別，根本不得謂之重要。在某意義上，一切法人，皆為國家所承認，不絕立於國家之統制下，故能謂之公者。但狹義上，

營利法人
公益法人

社團法人
與財團法
人

社團法人

公法人，乃指行使統治權之法人，如國家及處於國家下之各種行政團體而言。再就私法人言，亦能爲目的在於營利之「營利法人」與非營利的「公益法人」等之區別，然此等區別，僅有相對之價值，對於法人之根本考察，無重大意義。

反之，所謂社團法人與財團法人之區別，可謂根本考察上之重要區別。社團法人爲多數人之結合，因此種結合而生團體，其團體之人格與存在，離個人之人格與存在而別爲一物。故社團法人，雖其組成分子之生理的人類有死亡或變更，該社團法人仍繼續其同一之存在。爲社團法人而行動之人，非爲其自身從事於行動，而係代表該團體之機關而行動。個人之財產，權利，義務，與團體之財產，權利，義務，有劃然之區別。總而言之，社團法人，爲法律上之自律的存在，具有其自身之行動可能性。在某意義上，社團法人可以權利主體而與自然人相同，不過必須承認某種屬於自然人之權利而不能屬於團體之權利。（如各種親屬權）故社團法人方面，第一次的要素，雖爲人的要素，同時，亦有第二要素之物的要素，此由團體

所屬之財產所表現。

財團法人

財團法人，乃係由其設立者（捐輸行爲者）之不可撤回之行爲，爲一定之目的而提供之財產，此爲永久或非特定期間存續之財產。意志要素，（爲權利主體之存在所不可缺者）亦如社團法人之情形，非由個人意志之心理結合所規定，係由捐輸行爲所表現。此種行爲，（捐輸行爲）乃不可撤回之行爲，具有離捐輸行爲者之生理的生命而獨立之客觀價值。與此人的要素相並，有爲完成此目的之財產所表現之物的要素，在財團法人方面，與社團法人方面之情形不同，物的要素特別現出明顯之姿勢。此種財產，必須當然管理，是項管理，由實現捐輸行爲之意志之自然人爲之。但財團法人之人人格，與管理其財產之個人人格，完全各別。

社團法人
與財團法人
之比較

在社團法人，個人有更積極之機能。可在個人指導之下，依一定之方法，變更其組織及完成目的之手段。在財團法人，永爲外部所指定之意志所支配，原則上，個

社團法人
有一支配
機關
團法人有
財
「奉公機
關」

人不能變更其規律。故堯則夫。柯拉所謂社團法人有一「支配機關」財團法人有「奉公機關」者，其意義殊正確也。但是種區別，亦為嚴格意義所不許，亦僅有相對之價值耳。

要之，權利與意欲能力之概念，有不可分離之結合。但以一定之目的為目標之數個意志之結合，並非此等意志之合計，實為產生新存在者。如在社團法人之場合，即係由各種個人之結合而新心理的存在遂發生者（與協力於其修成之個人意志之合計不同）是為法律的存在之基礎。國家僅為承認既已形成之團體者，一切組織體，一切集團，均由不同之活要求所偶發的形成。

法人之物
的要素與
人的要素

一切法人，均有物的要素與人的要素。無物的要素之人類結合，即謝孚列所謂之一「精神主義的錯覺」，同時，無人的要素之財貨結合，亦可謂之唯物主義的錯覺。在社團法人之場合，人的要素，為發生於特定個人意志之結合之新意志所表現，然亦不許缺乏物的要素，至少在可能上，潛勢上存在。因之不能不決定其財產

之取得方法。(例如由於組成員之出資)吾人殊不能思惟無財產能力之法人也。

財團法人
之要素

在財團法人方面，人的要素潛伏，物的要素表現特別顯著之姿勢。但人的要素仍存在，如前所述，由捐輸行為者之意志所表現。捐輸行為者之意志，因其不可撤回之行為而成自律的，客觀的，當其存續中，係以財團法人之意志而存在。此種設立者之意志，乃財團法人所有之權利之主體，而管理財團法人財產之自然人，即此同一之意志，即其代表者。此種代表者，所由因其連續存在而維持有機之總合者，蓋因有捐輸行為者之意志所表現之統一目的，存於其處也。

法人之消滅
解體

不能完成
目的

法人之存在，雖有永續性之外觀，但亦能不存在。法人亦如自然人，當其成立要素消滅時，或以不構成統一體之方法而解體時，自然歸於消滅。但法人在一定之期間，雖充實法人機能之個人有缺員時，如是種機能，以表現其行使要素之形態，而於物的條件中有基礎，則法人仍能存續。法人消滅之他種原因，即為不能完成

其目的。

性
之失
法人
目的
合法

當法人之本來目的，已失合法性之時，從事於本質的考察，更屬重要。法人永遠係為國家所承認者，國家常在法人之上維持統治機能。國家對法人能與以承認，亦能撤銷其承認，故法人背反社會之目的及時代之文化之諸要件時，即可施行撤銷。

更
法人
之變
合併

依同一之理由，法人有時有變更，合併之必要。此種場合，乃對於法人之人的要素，物的要素，與以不同之調節，不同之組織也。

第二章 法律之發現

以上所述，乃法律的評價之認識論的地位，並由此而來之法律規範之普遍的特質，法律與道德之交涉，以及權利，權利主體等之概念也。吾人更不可不進而考究法律之發現之所謂成法體系，係在人類歷史中如何開展之問題。此為法律現

象論之研究，故可呼為法律歷史哲學一類之研究。吾人應以之為前提，而闡明社會，國家，及成法之性質。

第一節 社會

社會之概念

社會云者，是使多數人為結合的生活行動，且使形成與各個人相異之新而且優的統一體的連鎖，或關係之一團也。

社會係以自然的事實為共同生活之必然性所決定

社會乃自然的事實；自然的規定，蓋由各人與他人為共同生活之必然性所決定者也。人若度孤獨的生活，離社會而生存時，則如亞里士多德所云：「非禽獸，即神靈。」即不為人以下之物，必為人以上之物。人既已為人，即須與他人結合，即須屬於社會。德人沃特·季革於其「德國團體法論」卷頭上云：「人之所以為人者，乃人與人之結合，」亦係表現此意義之真理也。實際，人呱呱墮地之時，即為屬於社會之時，此非基於任何人之意志，乃必然的屬之於社會者也。人屆自覺之時，即

人生長於社會之中
人存在於社會之中

全之形態，畢竟人之生活常係行於集團中者，決非孤獨之生活也。如霍布士「萬人對萬人戰爭」(個人與個人間之戰爭)之假設，現實實不曾存在。雖原始社會之戰爭，亦係行於集團相互之間，所以縱就具有反社會的外觀所謂「戰爭」之現象言之，亦係發見以「社會概念」為前提者也。

使社會狀態與自然狀態對立之自然法學說

有人曾云，尚有長期對立於「社會狀態」之一「自然狀態」而舉凡一切自然法派，皆於此假說之上，建立其理論。即假定有一自然狀態在社會形成之前，個人與其他個人之生活狀態，並無何等連鎖或關係，自然法派學者即由此假定出發。然此假說若用之於某一歷史的時代，換言之，若理解為經驗的意義，實係錯誤之至。蓋既如洛克所云，人之自然狀態，直為社會狀態之故。

然而此種對立，由主張此說之某學者觀之，卻與上述之意義不同。即彼上所述者為抽象的，假說的推理過程，而彼等蓋由此推理過程，以社會生活，社會連鎖之結果，從表現於人世界之一切事項上屏除現實的人而研究人者也。是蓋一種論

蒲芬多福

理的過程，其主旨乃在藉一反對論法，而闡明社會存在之理由，即闡明社會存在必要之由來者也。此種方法，恰與物理學者所用之方法相同，即物理學者因要證明「引力法則」（不可避的存在）之結果，遂假設一引力法則不存在時之狀態，而說明引力法則的存在。吾人於此意義中，即可理解自然狀態與社會狀態之對立論，且由此可以明白自然法派學者的真意之所在。蒲芬多福於其「人類之自然狀態」一論文中，及其大著「自然法及國際法」之中，云「於社會之外，超越一切社會而作考察，即考察毫無技術與制度時之人的精神狀態」亦在於說明自然法學者之意圖。而自然狀態有假說的價值之意義，因盧梭而更有明晰的表現。盧梭雖然主張有思惟自然狀態之必要，卻已無躊躇的申明「此狀態未必存在。」至在康德及其以後之哲學者，此假說之旨趣，更有明確的表現。

盧梭

康德的社會之物的基礎中的動物中的社會萌芽的形態

社會之物的基礎，乃生物學的第一，即為「生殖」的事實所表明。此生物學的基礎之於社會的重要性，即由動物中所見之社會的萌芽形態，亦可證明。即社會

者，不僅爲存在於人類之事實，而社會生活中之某現象，乃爲一般動物界所存在者也。更廣義的言之，社會者，乃存在於有機的世界者也。尤其在蜜蜂，蛾，海狸之中，此等現象，竟有極顯著的程度表現。例如在蟻的共同生活之中，竟至於存有軍事的行動，分業，社會的階級之區別，奴隸制度等等。所以達爾文竟云較蟻之頭腦更可驚之原子，恐不存在於世界。所謂「動物社會」，現代且有許多社會學者作詳細的研究，例如愛士畢納所著之「動物社會」。

彼等由斯研究，於「人的社會」一現象上，放了光明。

動物社會
與人類社會
之差異

然而動物社會與人的社會之間，卻有顯著的差異存在，乃不可忽略之事。而所以發生此差異者，乃基於人之更高尙的心理性情也。人有形成合理的抽象的一般概念之能力，而「言語」即爲適應此能力之機能。言語爲傳達觀念之手段，因此，人能與時代相異之人繼續的會話，即因各時代之努力，與經驗之結果，可傳於次一時代之謂。如是，遂能誕生「文化」與「進化」，進化性者，可稱爲在人的

社會之本質

社會與動物社會相區別的要因中最重要之一。

機械的社會觀與有機的社會觀

社會者，自然的現象也，在個人既認為必然的生活狀態，吾人更應進而更正確的決定其性質。關於此點所成爲問題者，即由多數人結合所生之總合，究爲「機械的總合」耶？抑亦「有機的總合」耶？之點。換言之，社會者，單爲人的總計耶？即單爲互相獨立部分之集合耶？（機械的社會觀）抑亦與部分的數學的結合相異，而尙具有以上之物，即尙有其自身生命的新的存在（有機的社會觀）之問題。

有機體之意義

所謂有機體者，乃成於部分之集合體也，而其集合體之各部分，各皆擔任相異之機能，由該各部分之協力，而維持全體之生命，此之謂有機體。有機體之中，有內部的統一，借用亞里士多德之言，即 *Entelecheia*。即有機體者，乃有其自身目的之存在也。有機體之不同部分，皆集中於此同一目的（即全體之生命）之下，故各部分之各種活動，各種機能，亦係傾向於此目的者也。社會者，由此意言之，頗似有

社會頗似
有機體

機體。組織社會之各人，對於社會，恰與有機體之各部分對全體之關係一樣。（儘管不完全同一。）

有機的社
會觀古來
即已存在

將社會視為有機體之見解，自昔就已存在，而有時亦有過於誇張之處。然而社會與有機體之比較，畢竟只是一個類推法。將有機體與社會絕對的視為同一，亦可謂之錯誤，蓋於兩說之中，果如後說，則有顯著的差異之故。

柏拉圖

柏拉圖將國家（國家由希臘人觀之，乃社會之典型的形式）定義為「巨人。

亞里士多
德

「亞里士多德云，國家者，先於個人而存在者也，恰與全體先於各部分而存在者相同。所謂「先」者，自係邏輯的先之意義。（例如手者，不得以為是離開其所屬有機體的人類而獨立生存之物，個人以其生存條件而豫定社會之存在者，亦與世同。）此思想亦曾表現於羅馬人中，例如紀開羅，塞內加，聖保羅等是其代表。中此，安瑪士，亞奎訥斯之思想中，亦有此種表現，至在近代哲學，更覺有種種新的展開了。

羅馬時代
中世
近代哲學

有機的社會觀之二種形態的理想主義的歷史學派謝林格黑智兒物質主義的孔德

斯賓塞

有機的社會觀，時而以理想主義的形態表現，時而又以物質主義的形態表現。例如歷史法學派則解之爲理想主義的，以爲各民族者，皆各有其獨特之魂，獨特之精神者也。即在視社會爲精神的邏輯的有機體之故。而謝林格，黑智兒等一派學者，概係代表此傾向者也。反之，其他思想家，例如孔德，斯賓塞等，是於較嚴格的生物學的或物質主義的意義上，理解社會者也。孔德之特別高唱社會的有機性者，乃在建設新科學，即社會學，而欲研究與個人生命相異之新生命。即社會，可以視爲優於個人自身世界之世界的自然的形成。斯賓塞亦係生物的社會觀，以社會比擬於有機體之一組織，而說明社會階級之區分。孔德及斯賓塞之長處，吾人所應牢記，乃在單純的比擬之點。即在認識生物學的有機體（個人）與社會的有機體之區別之點。然此區別，卻爲斯賓塞派之一般人所忘卻，視兩者爲同一之傾向，竟非常顯著。例如「社會體之構成及生命」著者謝孚烈，顯爲下一豫斷所籠罩，即詳細研究解剖學之後，隨即研究社會生活，將照應於個人器官之一

謝孚烈之極端論

切器官，都可求之於社會生活中之豫斷，因之，彼竟試設了極獨斷的比擬。（如所謂社會的環節，社會的神經等。）斯亦近代社會學不信任之一原因也。

有機的社會
會觀之妥
當性與其
限性與其
社會與有
機體之類
似點

所以，有機的社會觀之限界誠有規定之必要。以上，有機的社會觀雖趨於極端，而於社會與有機體之間，頗還有類似之點，故於排除機械的社會觀上，尙得爲充分之根據。即，第一，社會者，與構成社會要素之人，具有獨立之生命也。人則隨時代而代謝，而社會卻無與於這種個人之變化，而存在，而維持其形態者也。換言之，社會是以其自身之樣式而誕生，而成長，而死亡，故其生命是遵其自身之軌道也。所以記載個人生命之事，並不成爲記載社會生命之事。第二，在構成社會之人的相互間，有必然的關係存在，故各人可由這種必然的關係，即感覺自己乃屬於全體所生之一結果。於是有爲一定的共同目的之連帶關係，互助關係存在。即於是有與超越個人之目的相關聯之各種活動規律。各人之努力，非只對個人本身要求而來，同時且係對不定之他人之要求而來。換言之，誠如杜侃所云，其中乃有一社

會的分工，「乃有各機能與共同生活之「組織」也。

社會與有機體之差異
外形的差異

吾人一方固要認識存於社會與有機體間之此等類似點，同時須如斯賓塞所云，要認識社會與真正有機體之間的差異。該差異可大別之爲二，第一，是比較外形的差異，社會並非同於有機體之不可分的全體。部分者，非占不動之地位也。部分達到某一程度，係可動的，係有「自律性」與「獨立性」者也。且隨社會自身之進化，此「自治性」與「獨立性」亦從而增加之。故在有機體上所不存在之某現象，卻在社會上可以存在。（如人口移動或自殺等）然如單由有機的社會觀，乃不能說明之現象。

內部的差異

第二差異，乃比較精神的種類，故可稱之爲比較重要的差異。卽在有機體之中，只能有一個目的存在，是爲全體之生命。各部分要在維持全體生命上有所貢獻，纔有價值，卽各部分係僅爲此目的而存在者也。在社會之中，社會爲人之幸福而周旋，於人之生命上成爲必要之條件。至各人則均有一其自身之目的，「有其絕

柏拉圖亞里士多德之否認人格價值

對價值。存於社會與有機體間之此種本質的特質，尤其適用於法律上有重要性。吾人如果完全缺乏人格價值之概念，即不能思惟法律體系。有機的社會觀如果照樣採納，吾人遂能否認人格價值，而將人格僅視爲一種手段。故將社會視爲有機體，沒分曉的保留此說之社會學者，勢必陷入此種錯誤。又如柏拉圖與亞里士多德雖係另一表現之形式，要亦係從有機的社會觀之概念，對於人的人格價值不能有妥當之估定（如彼等承認奴隸制是）者也。

社會成於複雜之連鎖

有機的社會觀之另一缺點，即在容易發生「社會者，基於生物學的連鎖，或僅基於單一的，同種之關係者也」之思想。然而社會關係，並非成於單一的關係，實將許多相異之連鎖包含於其中之複雜的體系。且據事實的觀點，亦非一個社會（全體社會）之存在，且可看出許多社會（部分社會）之存在。由於觀察社會的實在情形，吾人即可發見人也者，並非基於一種樣式，或唯一標準之結合，乃基於相異樣式，相異標準，相異目的之結合也。

由於血緣
之連鎖
由於地緣
之連鎖

由於經濟
活動之連
鎖
由於信仰
之連鎖
由於法律
之連鎖
社會結合
之樣式無
限

「社會階
級」之相
對性

因而具有各種典型之社會，吾人亦可得而發見。第一種連鎖為血緣，而由此種關係，所謂母系社會與父系社會因而發生。第二種連鎖為地緣，因地緣又可發生其他之類似點。（如言語，習慣等之共通。）且由此種連鎖發生民族的社會。又，人可因財之生產分法，分配方法，即因職業，經濟的活動而結合，於是經濟的社會成立。又，人因信仰而結合，於是宗教的社會成立。至因法律的連鎖而成立之社會，即國家於是成立。如是，社會遂表現為複雜之連鎖體。所謂人之社會的結合樣式之數目，與自然中化學的化合之樣式相同，有無限存在者，即包含此種意義之真理者也。因此，各人於其生存上，於其活動之諸種形相上，若顧及其所被結合之社會的連鎖，彼將發見直與無數之社會有關聯之情形。

果作如是想時，吾人應當承認「社會階級」概念之相對性。社會之劃分為階級，固毫無疑義。然而這種分類，乃由各種標準之分類，故不可不慮及因標準之為何時，而同一人可屬之於不同之階級中。

第二節 國家

法律的連鎖與國家

如右所述，如果社會概念以其一般性之故，係將一切種類之連鎖包容於其中者，則於此連鎖之中之有特別重要性，且備明確之特質者，乃「法律的連鎖」或「政治的連鎖」，而由斯連鎖所締結之團體之最重要者則為國家。因而國家者，社會之一形態也。若以社會為「屬」，則國家即可謂之「種」。社會者，固可稱為社會的連鎖之全部，然而國家對於社會，則立於唯一連鎖之上。單是國家，非唯一之社會，且不得稱之為社會中之最大形態。雖有一種社會形態（如宗教的社會，民族的社會）亦得較之國家包容更多數之個人（直及於相異之國家）然而，國家雖非最大之社會的連鎖，卻可稱為最重要最強固之連鎖。蓋法律的或政治的連鎖，於社會生活所有其他連鎖之形成上，更有強大之作用，且係正確的規定此種連鎖之形態故。其他社會的連鎖，均受國家強烈之影響，其範圍，其基礎，均不

單是國家
非唯一之
社會
亦非社會
中之最大
形態
最重要之
連鎖

可不適應於爲法律的或政治的連鎖之國家。

多數個人須在國家之中，且以國家之故，纔能爲自治的存在，纔有行動能力，於其生活上，纔被給與統一的調和的方向。真正之綜合，即依各個人結合之新的存在，纔被構成。因而國家不僅單爲「權利之主體」，且至少在對內方面，爲最高權利之主體。一切其他權利主體，不問其爲個人，或社團法人，或財團法人，總之爲要在法律上獲得權利主體之地位，須得國家之承認。

國家之定義

從來對於國家之定義，有多種多樣。最簡單者乃康德之定義，彼以國家爲生存於法律的法則之下之多數人的集合。黑智兒稱爲「倫理的理念之實現」，又「於自己本身上已覺醒之倫理之本體」，總之是幽深莫測之定義。最近如杜葛所下之定義，乃「固着於一定土地，强者對於弱者施行其意志之一集團」，更係強烈的帶有物質主義的色彩之定義。

康德與杜葛

本質上着 予若着眼於國家之本質，其定義則如下：「國家者，乃一團人類之共同生活得

眼之國家
定義

以實現之法律秩序之主體也。此定義之主旨，一方表示社會與國家之根本的區別，同時又表示國家之人格。國家成於法律秩序，國家者，社會之脊髓也，各種社會的組織，均以此脊髓為中心而配列之。要以國家為中心，而成員之共同生活所構成之複雜關係，纔各占其相當之地位。故國家亦可稱為「社會之權威的表現」。

成形國家
之構成要素

若由比較現實的，且係由現代成形國家之觀點觀之，國家者，係成於三種要素，即「國民」、「領土」、「法律的連鎖」是。前二者為物的要素，大概可稱之為「事實的」前提。第三為形式的要素，乃邏輯上最重要之要素。

國民

最小限度
之數

所謂國民者，構成國家之多數人類也。國家與社會一切其他之形態相同，一定數量之個人實為必要。古來關於國家之成立，有所謂最小限的必要人數之議論，卻無何等科學的價值。某學者曾表示人數要有數學的最低標準，（如一萬人）然而此種標準，單為經驗的標準，而於學問上，自不用規定此種數學的標準也。吾人在學問上所能言者，單在離開其他外部之權力而有完全之組織，有得能營目

律的生活之必要的人數。最少數之個人，得以構成「家族」或「血族團體」，然而國家係以更大的分化，並機能之分配爲必要者也，因之國家之職責，就在促進人類生活一切形態上之發展，確保個人之自律性。又，構成國家之人類，縱有變化與代謝，而國家之人格，卻不因之變更，此爲應注意之事。國家之人格，係無關於其成員數目之增減等而存續之者，是又表示國家不單爲個人之總和，而表示新的存在者也。

國民與民族之差異

「國民」之名詞，固被用之於各種意義，然於其元來之意義上，係國家之構成員，即爲政治的連鎖所結合之多數人之謂也。再如在政治的連鎖之外，換言之，縱無政治的連鎖，卻亦有由一定自然的連鎖而結合之處，即「民族」是。故「民族」與「國民」者，非可混同也。民族者，乃基於一定自然的連鎖之社會的總合體，若分析此種自然的連鎖，則人種的起源之同一性，應列在第一，其次如「文化」、「歷史的傳統」、「習慣」、「言語」、「宗教」等之同一性，則視爲此種連鎖之要

民族中自
然的連鎖
之分析

素。然而其中許多標準，未必皆與現實相應照，因而此等標準，不能稱爲構成民族概念之要件。例如卽就第一標準所謂人種的起源之同一言之，現實上亦不能成爲民族概念之標準。蓋自伊古以來，卽常有人種混合之故。此種混合，乃由軍事的征服，人口移動，商業等所必然引起之事。因而所謂全純淨的人種者，卽令在下述狀況之下，卽社會的結合，從古如斯，且因政治的連鎖而更加堅強之場合（如大和民族，斯拉夫民族等）亦不存在。因而若將所謂人種的起源之同一性概念嚴格適用時，其結論必係在現實世界上，所謂民族者，概不存在。至不能將第二次的標準嚴格的適用於民族概念，更無待言。

民族概念
之二要素

予以爲民族之概念，大概可於二種要素之基礎上把握之。第一爲心理的要素，卽思想感情之一致。此爲對共同運命之信仰，而此信仰，因過去歷史共通之記憶而日強。構成「民族的意識」者，卽此也。其他要素，乃語言，可稱爲第一要素之外部的發現。言語之同一性，爲通數世紀社會共同生活之證據，卽表示個人相互間

國家與民
族

調和，理解之存在，使社會關係容易締結，思想感情容易傳達者也。不僅此也，同時又將文化的傳統包含於其中。因之，爲心理的要素之民族意識，及爲其外部的發現之語言，大概乃構成民族之概念者也。

國家可得定義爲「民族之法律的規律」乎？此定義爲意人馬志尼所提倡，故在國際法上至成爲意大利學派之根本原理。然而國家乃單是基於法律的連鎖者，故縱然缺乏其他社會的連鎖時，亦可存在。又民族，乃成於自然的要素，故縱然缺乏政治的總合，亦可存在。因之上述之定義，不能認爲正確之定義。但亦有一點，卽所存於此理論中之真理者，各民族雖不卽爲國家，而同一民族卻有構成同一國家之傾向。民族包含多數之自然的連鎖，是卽共同生活之表現。而法律的連鎖，亦係共同生活最堅固，最完全之形態。因而行共同生活之各民族，且須構成政治的總合，而於其共同生活關係上，賦以妥當的法律的規律，使此種關係發展爲法律的關係，至在法律上獲一撐持。於是由此意義言之，縱然主張民族乃國家所以

建立之自然的基礎，亦有一種真理存焉。

在民族與國家間存有矛盾時，則衝突易起。然而此兩者，卻有成爲一致之傾向。卽在一方，以國家爲生活之統一故，故努力形成民族，而於其自然的要素上，給以統一之影響。此現象在一切時代均可認出，而在近代北美合衆國，此現象更其明顯。在他方，亦可看到民族想形成爲國家之一種努力。民族之要有適合於自身生活的法律的規範之傾向，雖因時代而異其程度，卻係常存之事實。民族努力成爲國家之情形，於十九世紀更加繁勝，故在十九世紀，多有主張國家爲「民族的國家」者。而且民族的意識，至今尙強，是又不可忽視之點。

民族的國家
領土

國家之第二要素，乃領土。領土者，一定之土地，與國民立於不可分離之關係者也。若無此要素，縱如何爲多數人之集合，亦不得構成國家。因此種集合，不過乃一時的集合之故。例如遊牧民雖可視爲國家之萌芽，而尙不能視爲真正之「國家」。國家所以必須領土者，正因固着於土地之事，於法律關係之確定性上爲必要條

件之故。

領土主權

國家行使權力於領土上，須與行之於國民者相同，所謂「領土主權」者此也。領土主權在現代，可知係與土地之「私的財產權」有明確之區別者也。然在某時代，兩者卻有混同之處。尤其在封建制度之下，凡政治的主權者均視之爲土地所有者，所以租稅不能與地租有明確的區別。然在近代國家，殊不許有此混同。

法律的連鎖

國家之第三要素，乃法律的連鎖。第一第二之要素，是國家之物的要素，而此第三要素，從對國家真正與以成爲國家之形式，及成爲國家之特質之本質的法律哲學上看來，實爲最重要的要素。構成國家之個人，由國權所決定之相互的權利義務之連鎖，而被結合。而且此一概念，可使之與成爲法律的規範之特質之命令性與強制可能性相關聯，而加以考慮。如上所述，法律規範既含有命令性，因而既定之法律亦當有命令性。然則於一定國家內發布命令者，果何人乎？又如上述，法律者，在本質上具有強制可能性者也，然則於一定之國家內實施強制者，果何人

法律的連鎖
與命令
性及強制
可能性之
關係

乎？將此等機能於現實上完成之者，乃為法律秩序主體之國家自身也。形式上之成法規範，係由國家派生，蓋因國家表現為最高權力，且係有「主權」者之故。主權之概念，與國家之概念相應照。若無主權，則不成為國家，至少亦非完整之國家。所謂半主權國家，即保護國，隸屬國等，乃國家不完整之姿態。

對外主權
與對內主權

主權得視為兩方面，由外部視之，以一國家不能服從於他國家之故，故稱之為主權者；（對外主權）由內部視之，以國家在土地及國民之上有統治權之故，故亦稱之為主權者。（對內主權）

主權來自
內部
國家為個
人意志之
總合
個人權利之

然而主權非來之於外部，乃來之於內部者也。即主權，乃國家構成員意志自身之所產。換言之，國家者，乃個人意志，個人權利之總合也。即個人權力之總合，表現為權力最高之表現，故主權在構成國家之組成員自身中自有其淵源。盧梭之「普遍意志」，即道破此意義之真理者也。即在吾國（日本）天皇之主權，亦因在歷史上被認為此種普遍意志，而為吾國國體之精華，故亦有其本質的價值者也。

國體之精
華

國家之目的及機能
希臘之國家觀

關於國家之目的或機能之理論，可歸之於二種典型。第一種典型，乃為希臘哲人之國家觀所表現之理論，由此理論，則國家之目的或機能，將成為廣泛無涯，所謂包羅所有形態之善，依普遍的德而達到普遍的幸福者此也。又據此種理論，國家一方則須補助一切形態之個人生活，一方且又不可不抑制之者，故所謂國家者，非獨立的個人活動之領域也。柏拉圖之國家概念，乃即如斯。（柏拉圖視國家為一大教育設施者）未幾，此概念雖有被緩和之形勢，然已屬亞里士多德之思想矣。

中世

以上之國家概念，不僅盛行於古代，且尚存續於中世。且據某種觀點，在中世，有時國家之權能，竟較古代尚為無限制之權能。蓋因中世對於個人之良心，國家亦可抑制之之故。迨近代初期，大王國被形成以來，循此同一之傾向。於是「警察國家」發生。對於宗教的活動無論已，即對個人經濟的活動，國家竟亦直接干涉之。此理論之結果，乃有「國家專制」與「抑壓個人自由」之發生。

近代初期
之警察國
家

文藝復興
期

至文藝復興時，與此相對立之他種傾向，乃在個人良心之回復，即以自由，且更以宗教的自由之主張爲其本質。亦可視爲探索國權之限界之一種嘗試。而此種目的，竟由各種理論而被貫徹。例如社會契約理論，法律道德之區別論者是。此等理論，外觀上雖係純理論的，而規定國家權力之限界，實爲其主要的實際的目標。是種傾向，即抑制國家權力，伸張個人價值之傾向，由法國大革命，特由大革命初期之歷史的事實而被承認。同時，康德又以同樣之意義構成其法律理論。如依康德所云，國家唯一目的，即在保護法律，確定自由。即據康德所云，國家乃不能顧及善之一般或公益者，且在理論上亦無由顧及之，即國家只有消極的任務者也。康德以爲國家，只可視爲法律秩序之保護者，確保法律實現，防止法律之被侵犯，乃其唯一目的。康德此種思想，是以所謂「法治國家」（與「警察國家」相對立）之形式表現之者，同於康德此種法律的個人主義之理論，亦可見之於斯賓塞

康德之法
律國家

斯賓塞之
理論

個人主義之中。斯賓塞較之康德更爲極端，且邁進此傾向，而視國家爲「極勉強

最近希臘
觀念之復
活

「文化國
家」

杜葛所云
「公共職
務」之國
家

奧邊海馬
之「經濟
國家」

以上諸說
中孰為正
確

康德「法

之物，「國家之限界，須盡量使之仄狹，（如斯賓塞所著之「國家對個人」）而且據斯賓塞所云，歷史所詔示於吾人者，乃個人逐漸從國家獲得解放之過程也。對於此種個人主義的理論，最近又有他種傾向之出現。然而此新傾向，由某意義言之，乃繼承古代國家之觀念，而將增進文化之任務，增進勞動之任務委之於國家者也。例如費希特之思想，（尤其表現於「商業的封鎖國家」中之思想）以及國家社會主義的國家理論者是。又如最近，杜葛將國家機能求之於「公共職務」，奧邊海馬之以經濟國家代替法治國家者，亦表示同一傾向者也。如以上之各種傾向，均係基於歷史的經驗之主張，然則孰為正確？其中何種理論為最能表現近代國家之傾向？何種理論係必須實現者？觀於此點，予意達到有折衷的，中間的外觀之結論者，乃正確之觀點也。然而此種結論，雖亦呈現為折衷之外觀者，實可視為較優之總括也。

在康德「法律國家」概念之中，含有某種之真理。即彼所詔示於吾人者，係國

律國家
中所含之
真理

國家活動
擴張之傾
向

個人亦增
加其活動
之範圍

家不可不尊重個人之權利，如個人權利被減縮時，則須限制國家之活動。其中更有意義者，乃在警戒國家不得漫然干涉個人之良心，不可妨害個人「創議」之點也。個人主義的理論之此部分之真理，已為歷史上所證明。然而此一真理，又切勿視國家為不必注意於社會經濟或文化之問題，以及增進社會之福利者也。尤其於此意義之中，現代國家卻有擴張其自身之活動，並完成更多機能之傾向。個人活動因文化之發達，而常增加新的形態，即於個人活動之中，包羅較廣泛之形態；為個人活動最高調節者之國家亦然，必至包羅活動較多之領域，且係必須包羅者也。現代國家之活動，日益複雜，日益擴張其活動範圍，此傾向之外的表徵，可於許多區處見之。例如在近代國家，豫算之可驚的增加，即其最顯著者也。同時立法竟成爲繼續的機能，亦其一例。此等事實，概係表示現代國家在許多新的方面增加其干涉之意。然而同時，卻有不可忽視之點，即個人並不因此而減少其活動範圍，且遠增加了以前不爲國家所承認之自治範圍。由此點觀之，國家減縮個人

權利之活動能力，卻反有逐漸減少之傾向。此等情形，雖然容易爲人所忽視，卻係翔實的觀察現實之後所不得不承認之事實。

國家如何
始能表現
爲一法律
國家？

予亦主張近代國家，必須爲「法律國家」者也。然而予主張之法律國家，卻與康德所主張者不同。即所謂國家必須成爲「法律國家」者，其意義並不在保護法律爲國家唯一之目的，乃在國家必須立於法律基礎之上，依法律之形式而行動之者也。國家固能包羅任何活動，且必須積極的增進社會之福利，然而國家之行動，亦須適合於法律形式，故其行動亦與個人之行動無異，即其基礎亦須建之於法律之上。予以爲果係如此解釋，始能達到兩種相對立之理論之統一，同時亦可與歷史的進化之事實一致。如是，「社會契約」之真理，庶於此次得以確立。社會契約理論，由於神話的要素而受損傷。實際，其本質的意義，乃國家在本質上爲人民權利之總合之謂，即由「普遍意志」而承認此等權利，爲國家活動之普遍的原理之謂。所謂普遍意志，在其目的（即以任何形態之善爲目的）上，不受

社會契約
之真意義

何等限制。而所謂限制者，僅爲內部的限制，乃從意志必係普遍的之一語派生者也。所以其意義，亦只存於下述範圍，卽其基礎建於承認萬人有同等之自由之範圍內。

國家之本質的及可變的要素

國家之本質的意義，卽在法律的連鎖上之各組成員的權力總和之點。而且如果理解爲此意義時，則於黑智兒所云「潛伏於自然中之世界精神，遂覺醒於國家之中」之點，諒亦有真理存在。

然爲成形國家之物的要素之國民及領土，須知乃本質的國家之外部的，可變的要素。固然在現代，民族的國家爲原則的形態，同時，國家亦有逐漸採取此種形態之傾向，而且此種形態之國家，亦成爲最重要，最有力。然而人類歷史，亦曾經過與此相異之既定國家者，蓋不得不承認之。如希臘之都市國家，中世之準世界國家者是也。

成形國家

爲成形國家之現代民族國家，在歷史的產生上有其重要性。吾人必須以此種

之史的重
要性

歷史的規定爲基礎而搜索之，彼爲歷史的繼續性自身之要求。然而同時，吾人又不可以其物的要素，且可變的要素之部分，誤認爲國家本質的要素。所謂「國家主義」者，在高唱國家之本質意義內雖云正當，然如欲以歷史的可變的要素，儼然躋之於本質的普遍的意義上者，誤也。在國家無上主義之名下，曾有幾回對於法，對於普遍意志，對於本質的意義之國家而一試冒瀆者乎，乃吾人所熟知者也。

成形國家
之機能
之重要性

現代成形國家之民族國家，不僅有歷史的重要性，且須承認彼在機能上亦有充分之意義者也。然在現世，法律的連鎖，不僅單存在於其範圍之內，且係顯現於更廣之領域，例如存於成形國相互之間，而爲法律的連鎖之成形國際法，乃其發現形態之一者也。關於國際法之本質，有二說焉，一係國際法者，須得成形國家之承認，始有效力，遂由此理由，而視國際法爲國內法之一部；（國內法之優位）一係國際法者，爲國際團體固有之法律，當然有拘束成形國家之力。（國家法之優位）茲二說者，係使成形國家與成形國際團體作對立考察時之一種矛盾理論，

成形國際
法

國內法優
位說與國
際法優位
說

國際的
法律秩序
形態之
問題

從歷史的國際政治的方面着眼，雖爲重要之論爭，究非國家理論之本質的問題也。又，此等國際的法律秩序之形態，將來究採單一國家之形態抑採聯邦的形態？在國際政治的考察上雖係重要問題，然在國家理論之本質的考察上，相信兩者均爲可能之目標，均以可變的要素爲中心之論爭者也。

第三節 成法

法律與成
法

第一章所論法律規範之普遍的特質，不僅單適於成法。法律規範，無論其在未成爲成法之前，或在已失其爲成法之性質之後，總依然具有爲法律規範之性質。例如「法律案」雖然尙非成法，卻具有法律規範之特質。同樣，卽令是被廢止之成文法，亦存有法律之邏輯的特質者也。

成法之概
念

成法者，卽對於一定時代之一定集團之生活，作有效的規律之法律規範體系也。卽成法乃成於現實的通行，現實的有效之法規。而且成法之此種特質，應離開

成法之價值問題而想像之。所以成法即令藉良心要求，正義理想之古典的說法，而謂爲反於自然法者，然而彼既已有效的規律一定集團之生活，仍無妨於其爲成法。法律之得爲成法，只須遵守之者爲必要且優越之社會意志。因而「成法」與「理想法」之概念，不能不分別想像之，法律之概念，乃包羅成法與理想法兩者也。

成法究取如何形式而出現之問題爲「法之淵源」問題所討論，此際如欲求其詳，當然非本書之企圖。然如由其發現形式最重要之「習慣法」與「成文法」二者，而說及成法之性質，當最可明白其由來，故以下對於二種之淵源試略述之。

習慣法者，社會意志最初之發現形式也。

雖在最素樸的社會生活之中，吾人亦曾發見直爲本能的遵守之一種習慣的規範。此等規範，有爲特定之行動，以不斷反覆之形式而表現於外部者，然亦不盡於此。斯行動雖係一種不分明之行動，然而總是伴隨深而且強之「義務」觀念

習慣法之
內部的要
素與外部
的要素

原始社會
習慣法之
成立與其
威力

者也。換言之，行動常被循環，乃習慣法成立之外部的要素。然而止此，習慣法尙未成立。須於該行爲被反覆之時，且爲不得不依從之一種意識或確信所支持。是爲習慣法成立之內部的要素。羅馬人所謂「意識一般」或「意識必然」者是也。在初期社會，此種習慣法之權威甚強。初期社會，個人直爲全部歷史的性質所支配，由其祖先而來之傳統的習慣，則以爲必須遵從，決無捨棄之可能性也。卽以爲凡由古來所爲者，今則均應爲之。然在初期社會，關於習慣能有是項權威之情形，在理解上，應當涉及三種心理的要素。第一是模倣；第二是習性；第三是對於酋長權威之宗教的信仰。模倣之所以發生者，因「率由舊章」之行動，最爲容易。故又所以依從習性者，因遵照自己舊日之所爲，亦最爲容易之故。又如酋長之權威，由於原始的宗教，尤其因對死者亦有處罰、復仇之力之信仰，而更加强。而此種祖先崇拜之觀念，自亦有力使酋長所揭示之規範得以永垂。

持異議者

構成集團意識之心理的要素，卽該集團之各種感情與希望，自必反映於習慣

與優越社
會意志

法之中。關於共同生活要求之爲何之一問題，亦係集團構成員所抱之觀念，作爲事實而表現於習慣法之中。然而此等觀念，卻未有例外，直爲一般人所承認之觀念，雖亦有持異議與反對者，然而表現於習慣法中之觀念，當可視爲反映該集團之優越的社會意志者也。

德國歷史
法學派之
一般理論

對習慣法性質之問題曾放異彩者，乃德國歷史法學派之習慣法論也。德國歷史法學派，從十八世紀末葉以至於十九世紀，頗爲興盛，至成所謂「歷史的傾向」之流派。「歷史的傾向」之中，有三大潮流，如謝林格，黑智兒等之哲學的傾向，邦羅，梅斯特等之政治的傾向；德國歷史法學派之歷史的傾向是。總之任何一派，均係對前代極端合理主義的傾向之一種反動運動。上述之歷史法學派，因爲在直接上無哲學的或政治的目標，故在本質上還可稱之爲純科學的運動。顧其理論，在間接上，卻與謝林格，黑智兒等之哲學的前提有交涉，同時且與政治的方面亦有關聯，蓋亦事實使然也。

對歷史法學派之勃興而與以刺戟者當推巴克之法國革命論（一七九〇）法國革命家欲將一國之憲法由理想的抽象的原理制定之，巴克則於此著述中大加非笑，巴氏以爲憲法者，僅由長期歷史的完成所能制定之物也。然而巴克雖可稱爲歷史法學派之先驅，究竟該學派之真正建設者，不能不推德國之佛哥，薩微尼，及布孚德三人。而三人中最重要者，自然就是薩微尼。（一七七九—一八六一）

任教職於海德堡之鐵伯，曾於一八一四年，發表「德國有統一民法之必要」一小冊子，主張德國聯邦有共通統一的法典編纂之必要。反之，當時任柏林大學教授之薩微尼，亦於一八一四年，發表「對立法及法律學之現代任務」一有名之小冊子。薩微尼在此小冊中，不僅反對法典編纂，由某點言之，且係對成文法一般均表明反對之態度者也。彼以爲成文法者即死物，能使法律固定，且並法律之發達亦從而沮滯之。彼又以爲法律者，乃生長於爲國民法律確信之直接表現之

習慣中者也。所謂「國民確信法律」之名詞，當係從謝林格，黑智兒之哲學的傾向中派生之特種概念。蓋據歷史法學派言之，則於各國民各有其獨特之精神與獨特之魂，而表現於道德，法律，藝術，言語等之中。至就法律之淵源言之，恰與言語之淵源相同，言語初非由一二文學家之制定，方其始也，本係直接偶爾發生，迨既發達之後，始由文學家於既存之言語中，確立其原理與原則；法律與言語之成功，亦無二致，初亦非由立法家之制定與創造，乃本能的且簡直為無意識的創造，發現於事實上之慣行中者也。以後，始由法律家加之以技術的完成，於法律家之後，始又由既存之習慣而制定成文法。因而所謂成文法者，纔有第二次的機能，故有時反而有害也。

成文法者，僅由國民之法律確信所制成之原理而使之固定耳，而法律之真正淵源，僅係人民之慣行。歷史法學派根據此種理由，遂爾反對法典編纂。依彼等之意見，法典不僅無益，且有害焉，蓋因其為成文法之系統的總合之故，勢必有更大

之固定性，曠日持久，且能沮滯法律之進化，並偶發的發展者也。

歷史法學派此種理論的傾向，大概與今日所謂「自由法派」之所再提倡者同一步驟。尤其葉尼熙之提倡研究「活的法律」與其視爲高唱成文法，無寧視爲高唱人民法律意識直接所產之研究。而歷史法學派之此種傾向，促進法律歷史的事實之研究，因各民族之特種情形而考究其發生，此點乃爲其功績。關於此點，歷史法學派較之所謂自然法學派之疏忽成法與歷史之客觀的研究者，實可云爲一大進步。然而歷史法學派之理論——至少於其極端的形相上——中，有若干缺點。即：

(一) 歷史學派之高唱成法之研究，雖云正當。然而排除法律之普遍的特質與正義之內省的考察，當非正當之見解。若據歷史學派之理論，則吾人對一切歷史的所產，常不得不取被動之態度，然而卻與吾人意識中之批判的要求相矛盾，卻是法律的進步之否定也。又在搜集爲歷史的研究資料之法律的事實時，亦不

可不有劃分法律的現象與非法律的現象之規準。而給與此種規準者，即法律自身之概念也。

(二) 歷史學派關於習慣法以及一般法律之淵源之理論，亦有偏頗之弊。即其理論就法律發達之初期而言，固云妥當，然就較進步之形態而言，殊失當也。習慣法苟係法律之原始的素樸的形態，畢竟成文法即得視為係以更優良，更發達之批判的意識為前提而來之優良形態。又，所謂成文法只有包括習慣所產之機能者，僅係最初之時代，因在以後，亦曾以自律的淵源而有改正習慣法之機能故。

(三) 歷史派理論之其他缺點，乃關於法律發達之浪漫的抒情詩的概念。即在歷史派理論之中，常以所謂國民法律確信之概念，視為神祕的，且有視為正當的之傾向。然而所謂國民之法律確信，畢竟不外個人意識及意志之綜合，故關於此點，想到謝林格以生存競爭之一形態之所謂「權利鬭爭」之現實的概念，來對抗歷史派神祕的概念之處，蓋有甚深之意義也。關於成法之成立，亦無有絕對

的一致，或來自神祕世界之所謂統一的「靈感」者；無寧有相異意見之對立，與相異意志之衝突者也。成法即爲此等不同意志之結合。即成法者，當可視爲表現特定時代之優越的合成意志，社會意志者也。

對於習慣
法理論之
貢獻

以上所述者，雖可視爲歷史派理論中之諸種缺點，然而歷史派對於成法之歷史的研究之與以刺戟於法律學上高唱成法之重要，深刻認識成法之因時空而異其趣者，乃其功績也。尤其關於習慣法之理論，不將習慣法視爲單反復某一行爲之事實，而謂其背後尚有所謂法律確信之內部的要因，此點更爲歷史法學派之最大功績。至彼等完全忽視心理學的分析，竟將法律之內部的要因，所謂國民之法律確信，視爲神祕的浪漫的且抒情的存在，此一缺陷，固應據社會心理學的考察而加以修正之一方面也。

成文法

成文法，是依據表現集團之合成意志或社會優越的力之機關，所命令之意識的法律思想。在一方爲「思想」，在他方爲「命令行爲」，將「論理的決定」與

「權力行爲」包括於其中。

政治上所組織之集團之合成意志，表現於成文法之中。「法律者，國家之共同約束也，」此種定義，雖係關聯於羅馬人之特種立法形式而被形成，而以廣義的成文法之基礎言之，亦可視之爲社會的合意。唯其合意，亦有種種形式，有由直接承認該立法之形式，或由間接支持立法權力之形式而成爲合意者。

成文法要公布於人民，纔有強制力之說，乃近代國家之通則。顧公布之目的，雖在使大眾通曉立法之內容，而在事實上，此目的究難達到。茲且無論要之在法律公布之後，人民則被擬定爲知之者，而適用「法律之不知者，不許之」之一原則，試就立法言之，第一，立法者大概即係表明該法律活動於大眾意識中之謂，同時亦可謂爲立法者，在原則上，並不與人民法律意識之根本確信相矛盾也。然而此種理論，在具有詳細技術內容之法規中，雖有許多不能適用，要之，即令在此種場合，與之相反之原則，即以各人通曉法律爲效力發生之要件，在法律的原則上，

「法律之不知者，不許之」之一原則

畢竟難以採納也。當適用法律之時，必須一一證明是否人人皆通曉法律，此種情形，乃妨礙法律秩序之安定者也。第二，公布之目的，並非要一切人民都現實的曉得所公布之立法，其目的，寧可視爲各人得知之者也。

安東門格
對上述原
則之批評

安東門格於其「民法與無產階級」之第一章中，曾經論述此原則爲有產階級之特權，於無產階級毫無利益者也。有產階級受法律知識之機會多，誠如門格所云。即在有產者一方藉受高等教育得以嫻習法律，他方即令發生某項問題時，亦可持金錢獲得法律家之辯護，然於無產者均係不可能之事，蓋事實使然也。因而門格主張（一）應由教育而普及法律知識；（二）應多設義務法律相談所，迨問題發生時，於無產者亦可與以必要的法律上之幫助；（三）特殊場合，往往亦有由於法律之不知所生之結果，亟應增加和緩此等情形之規定，並講求增加此等規定手段。然而應受立法之適用者捨棄所謂「法律之不知者不許之」之原則本身，而以通曉法律爲成文法之效力發生要件，不得不謂爲不可能者也。

成文法究
係向於一
般人民抑
向於國家
機關

有關於成文法之理論的問題，而提出下述問題者，即立法究向之於何人，係向之於人民全體？抑徒向之於國家機關？謝林格乃主張後說者也。然由後者之理論之邏輯的結果，即係僅由所謂立法存在之事實，則將不發生各人遵守之之義務，故只有在特定人破壞立法之時，將維持立法之義務，或將對違反者負責之義務，課之於國家機關耳。此種理論極為技巧，不足探固無論矣。誠然，遵從立法之義務，亦因對國家機關之關係與對人民之關係而異其趣，然而立法既然存在，二者均宜向之也。

或云，如精神病者，白癡，小兒等，均係無理解法律之能力者也，若立法向之於彼等，自屬可笑之事，故立法者，乃單向之於理解其意義，感覺其拘束力之人者也。然如仔細觀察，即令具有完全能力之人，亦有多不知立法之存在者，然而該立法之對此等人依然有其效力，故此種見解亦不徹底。如此種見解更使之徹底，勢必使法律之效力發生，皆依各人之知悉與否以為斷。此種情形，將不能維持法律秩序

之安定，蓋已如上所述。因而立法即對無能力者亦可適用也。惟於此等場合，如或不處罰其行爲，或得取消其曾經締結之契約，雖所承認者僅爲部分的特別法律效果，然而是種無能力者之行動，依然不失爲違法性，即他人縱然妨害，亦無關係之一種法律可能性，依然存在者也。

由以上之考察，立法應向之於法律秩序之一切構成員之一原則，邏輯上當屬正當者也。

以上所述成法之二種形態，均係表明社會意志，並集團之法律確信者也。不僅是習慣，即令是成文法，亦不單是表現特定個人之立法者之意志。如果若此，即不能有效的規律該集團之生活。成文法之基礎，亦係建立於社會意志以及應受立法之適用者之法律確信上。唯於成文法場合，法律規範之發現，非直接，乃間接耳。即成文法乃由立法者所制定之也。然而立法者之制定該成文法，亦只有在爲社會意志並人民之法律確信所支持之範圍內，方可作有效之活動。即於成文法與

習慣法與
成文法之
關係
兩者無本
質的差異

習慣法與
成文法何
者有優越
力之問題
非本質之
問題

習慣法之間，本質上雖有差異，要亦不過發現社會意志之方法之不同耳。

關於成文法與習慣法之關係，亦有云孰具有優越力者，此問題當亦非本質的問題。即一般均以爲於中世紀之末，近代初期，即於專制政治之時代，習慣法之效力，乃發之於立法者暗默之意志。此說與所謂法律係主權者個人所產之思想，本質上有密切之關係。即如據此說，則只有成文法爲唯一真正之法律淵源，習慣法不過爲認識立法者之意志之一間接手段之第二次的淵源耳。此說雖然流行很久，亦爲歷史法學派所駁詰，已如上文所述。歷史法學派否認法律規範爲個人的所產之說，因而遂否認習慣法係由立法派生其拘束力之說。於是遂以習慣法爲第一次淵源，成文法爲第二次的淵源。如以上對於此問題之理論，固可截然劃分爲二種傾向，然而此問題決非本質的問題，畢竟是因時代，或法律之各部門而不得不異其趣之相對的問題也。

因時代而
異

原始時代，法律規範之大部分，均以習慣法之形式表現，因而關於此一時期，歷

史法學派之主張，極爲正確。然於初期極疏陋之成文法，卻已有逐漸增加其範圍和重要性之傾向。迨人之意識開明，發達，遂亦發生要以明確之形式，規定社會生活規範之要求。如是，法律規範遂由偶發的，非反省的表現形式，移之於意識的熟慮的表現的形式，即於確定法律上，有相當之機關發生。即「法律家階級」發生，或解釋習慣法，或解決疑難之事例，竟至抽出一定之規則來。隨後，「立法機關」亦於是成立。爲立法機關所制定之成文法，初亦不過將發之於習慣法者，加以摘要或綜合耳。然而以後，卻因刪訂從來所存法律規範之情形，遂至成爲自律的創造的活動。然而立法機關雖云確立，而習慣法依然與之相並，以補充之形式出現。因而注意於此種時代時，所謂習慣法係由立法者之意志發生拘束力之理論中，蓋在相對的意義上亦有道理者也。

又，兩者關係不僅因時代而異，即於現代法律體系，亦因其部門而不同。例如在國際法之中，因國際立法機關尙未完成，故國際慣例尙有大作用，正與國家未成

門而異

立之前，血族團體之相互關係中注重習慣法者相同。誠然，將來如國際聯盟之超國家的機關一屆充分的發達，則國際成文法當占比較重要之地位。又如在刑法之中，習慣原被輕視者，故立法乃重要之法律形式。是從所謂保障人民之自由，限制國家活動範圍之近代政治的要求出發，故立一原則，即成文法無規定者，犯罪不成立，蓋亦防止習慣刑法之成立者也。在刑事訴訟法與民事訴訟法之中亦然，亦以同一理由要求確定之法律，故成文法較之習慣有重要之作用。在民法之中，習慣法卻猶有相當之威力。因為民法關於國民日常生活之規範者至多，故只注重統一的法規，而輕視地方的習慣者，必使當事人感受酷遇。因而習慣法之力，還不得不相當承認。在商法範圍之內，一方由商事交易之安定上，固須成文法；而一方則因商事交易之性質上，商人間發生習慣法之機會者甚多，故習慣法之地位，還不得不充分承認。我（日本）商法第一條之一關於商事，本法無規定者，適用商習慣法，無商習慣法者，適用民法，一蓋亦調節法的安定之要求與依慣性之伸

縮性之要求之妥協的規定者也。然而實際，在吾國商習慣法雖有此規定，卻猶有廢止商法明文之判例。（如依付以白紙委任狀記名股票之讓渡的股份流通之商習慣與商法第一百五十條之關係）由此，即可知習慣法之力之於此部門，有何強力之作用。

現代於成
文法視為
重要之理
由

在近代國家，立法機關係繼續的活動者，故如輿論之力，人民之法律確信等，均較之以前容易而且迅速，採取成文法形式之機會自多。因而成文法成爲法律典型的，形式之強烈傾向者，亦無足怪。又，成文法爲確定的，固定的，反之習慣法則爲不確定的，流動的。而在近代之社會組織，當然特別需要法的安定。故即由此點觀之，成文法之成爲法律通常形式之傾向，亦必甚強。在此種情形之下，均以爲只有成文法爲法律之第一淵源，習慣法乃派生的第二淵源者，自無足怪。因而對於習慣法，是否有刪訂成文法之力之問題，應解之爲消極者亦係通說。而且在我國之下，法例第二條云「不違反公共秩序或善良風俗之習慣者，無論法令有無規定，

均與法律有同一之效力，一是種規定，即可引爲習慣法無刪訂成文法之力之根據。然由根本上言之，此規定之於習慣法究竟無刪訂成文法之力之問題，尙未與以根本的理論之解決。因設立此規定者爲立法者，而此立法權自身之限界，本質上尙成爲問題之故。換言之，法例第二條自身，不能因習慣之變更而隨之變更耶，卽此尙成爲問題之故。因而在理論上，此問題尙爲未解決之問題。然而現時就某場合，某事項看來，習慣法亦曾有刪訂成文法之例，惟於現代，不得承認反乎成文法之習慣法，或可云爲大體之傾向也。

習慣法與成文法，均係以成法之形式表現社會意志者也。兩者之間，並無本質的差異，唯據以上各種理由，在現代成文法乃籠罩習慣法者也。固然，在現代，成文法仍受習慣法之協助，然而成文法，卻不爲習法慣所籠罩。

第四節 成法之起源

成法起源
之問題
純經驗的
問題

純史學的
研究與比
較法的研
究

遊牧社會
母系社會
父系社會

成法起源之問題，乃純經驗的，純歷史的問題。而闡明此問題之主要資料，乃在過去紀錄與現在未開民族之觀察。固然，現在未開民族之狀態，與現在文化民族初期之狀態，自不能獨斷為同一之狀態。而且以從來對於現在未開民族之觀察，極不真確之故，在若干法律史家之間，均有輕視此種資料之傾向。然而關於文化民族初期之記錄，卻與未開人習慣間相似之點頗多，且所殘留於之文化民族之舊記錄中者，多為斷片的法律制度，反之，未開人之法律規範，尙能以活規範作全部的觀察，故於法律之起源上，與以不少之光明。因而純史學的方法與比較法的研究，關於相輔而研究成法之起源問題上，可謂為不可或缺者也。

據從來流行甚久之說，法律的組織之第一形態，為父權的團體。蓋以男子家長為中心，最高權力屬之於男子血族團體所表現者之謂。然而對於此說，畢竟因新研究之結果，而已發現了很大之疑點。現在新研究之結果，最初之社會生活形態，為遊牧社會。即當時人之生活，為遊牧的，逐水草而居之者，因而農業亦不發達，故

巴霍芬

以狩獵及漁業爲生活之手段，彼等生活於亂婚狀態之中，還無確定的法規。然後逐漸土著，農業開始，於是原始的亂婚狀態，至爲血統關係之永續的承認所代替。然而此血族關係之承認，最初乃認母爲中心者也。或因子與母之連鎖，較之子與父之連鎖更密切。且或因母較之父，更容易認識之故。如是，於遊牧社會之後，乃有母系社會發生。卽此種社會之中心者，乃婦人也。然而所謂母系社會者，與其謂爲婦人之社會的或政治的優越，毋寧謂爲血族關係乃以母爲中心而決定之也。而於最初搜集母系時代存在之歷史的證據者，乃巴霍芬於一八六一年所發表之「母權論」。此說較之父權說之更有理由者，除上述生理學的議論之外，且於法律史的記錄之中，有許多注重於古代母系親族之例可考。例如達希特之「日耳曼誌」中所載，母方之叔父，亦有不劣於父之權力者，殆其一例。又如屬於結婚場合者，有新郎離其所屬之家，而入於新婦所屬之家之習慣，又如酋長依婚姻而取得酋長之身分時，則因妻之死亡而失其地位，凡此種種，均係證明有此種社會

之存在者也。然迨以後，父則以家長而爲社會生活之中心，於是譜系遂以父爲中心而序列。卽父系社會，或父權社會於是乎發生。因而據此見解，則發達之順序，乃遊牧社會，母系社會，父系社會。

然而此種發達階級之說，究竟對於各民族是否均適當，尙不曾爲人所證明。尤其關於母系存在之說，尙有許多疑問。例如長期研究亞里安族，尤其印度人之社會者英人梅恩氏，乃反對巴霍芬說，而擁護從來父權說者也。反之，德人波士德氏，

梅恩

又因研究很多未開民族之結果，曾經搜集很多用爲母系之主要證據。關於此點，發達順序可視爲因各民族之特別情形而稍有不同者，或許在某一民族，父系社會爲原始形態？在他民族，且大多數之民族中，母系社會其在先乎？固然，關於此問題尙須有充分之研究，然而此點無論如何解決，要之原始法律秩序之基礎建立於血統關係上之點，殆無容疑也。而且此種血統的團結，往往以宗教的形式象徵之，例如所謂爲「圖騰」之象徵者是。「圖騰」通常取「動物」之形，爲表示同

血族團體
中習慣之
威力

一種族之記號，同時且爲崇拜之目的物者也。

於如斯形態上成立之集團，可呼之爲「血族團體」或「家族團體」。而在此種集團之中，習慣之威力頗強。構成集團之各個人，都以爲對於祖先傳來之家風習慣，有遵從之義務者也。此等習慣，即法律的、道德的、宗教的規範之渾然一體。習慣固因各個人之習性及模倣之動機而被形成者，然如違反習慣時，則由觸犯祖靈之一種宗教的信仰之力，加以維持，蓋已如上所述。此種習慣，使屬於同一血族團體之間，發生強烈之團結力，並密切之相互扶助。因之，第一，如家族團體之一人被其集團以外之人之侵害時，則不僅被害者一人，即被害者所屬之全集團對加害者所屬之全集團，均須施行復仇。即復仇，常係集團的施行者也。第二，加害行爲發生於家族團體之內時，對加害者之排斥，亦係以極端之形式舉行。即加害者一切權利，盡被剝奪，視之若獸類然，任何人殺害之，均無關重要者也。而且是項排斥，通常是以宗教之嚴格的形式發布之者，故其殘酷，迥非後代「追放」之類所能

集團的復
仇之二形
態

比擬。是種集團的復仇，在當時之社會被稱爲美德，且視爲義務。而復仇之方法，雖在當時，且直以數學的正確性，要求對於犯行之報應。「於眼者償以眼，於齒者償以齒，於手者償以手，於足者償以足」之所謂反坐法者。正表示此思想也。

然而此種復仇一盛行，則流血不已，血族團體亦必偕亡。所以未幾，緩和的傾向發現，卽由「贖罪」方法以代復仇。而此方法，當事者或爲選之於長老間之仲裁人自由判斷所判定，亦有判之於所謂「贖罪率」者。此點實爲國家發生之前驅

之一重要事實。然於此時間，尙無使血族團體斷念復仇之超血族團體的權力者，故「贖罪」亦只行之於「任意的」「合意的」場合。然而是種贖罪之事，將因對共同之敵而行政擊的或防禦的戰爭，而需要結合幾個集團之力時，自必日益繁盛。由此意義言之，戰爭者，亦可謂爲「平和之母」也。軍事的行動，勢必需要訓練與協力，至少，亦需要暫時中止內爭。戰爭之時，因曾將保持集團平和之法律秩序賦與人民之故，亦可視爲自然錫予之好機會。由於是種戰爭之目的，數個血族

超血族團
體的權力
(國家)
之成立

體，勢必以最強最勇敢之人爲指導者，任之以全軍之指揮，終至是等集團遂爲其人所統一。

此超血族團體的權力，初亦不過軍事的且一時的性質，久之，雖於平時，亦至繼續而成爲永久的權力。將軍且兼政治的君主，以至於攝行裁判並立法。然而此種變遷，乃由各種理由所促成。第一，維持內部的平和實爲必要，非此，則不能對外部作有力之活動。因而權力者調停爭議，而以獎勵贖罪之方法，代替致血族團體間分離之復仇。第二，則爲伴隨於君主與臣民之關係之心理的順應。即於將軍之周圍，已發生僧侶的階級，於將軍之權威上又加之以宗教的神祕性。尤其該將軍有了殊勳之後，則使其威嚴，權力，均可維持，均可加高，終則至於世襲。而且死者之崇拜，以及恐怖死者靈魂之復仇等心理的要因，益加使軍事的酋長之權威，永續有力。第三，戰爭雖云終了，而爲確保被征服者之服從，確保戰爭時之虜獲，且爲避免將來之危險起見，勢必要求軍事的組織之永續。第四，集團愈有統一的訓練，則征

服他集團之可能性愈多，因之無此統一之集團者，終歸淘汰，直可視爲達爾文式邏輯之一要因也。由以上種種原因，遂至於各血族團體之上，形成更廣泛，更複雜之團體。於是其基礎已非置之於血統上者，乃一政治的「團體也。於是開始出現由一定之人民與一定之土地，並習慣及君主之權力所形成爲法律秩序之一國家。」然此國家成立之過程，並非一蹴而就，乃逐漸經過若干之困難而完成者也。蓋血族團體與中央權力之間，曾經有長期之鬭爭。血族團體則爲維持自己之權力，不惟不服從中央權力，且反抗之。又，中央團體在開始時，亦尙未成爲完全之主權者，藉以貫徹自己之主張，故於某程度上，使血族團體之自治得以保留。

國家內仲
裁制度之
逐漸的發
展

如上所述，在血族團體時代，卽已發生以仲裁及贖罪代替復仇之傾向。迨國家成立時，國家則助長此種傾向，卒因國家之力，至使仲裁制度成爲永續的組織。如是，國家對於兩造，乃係努力禁止私鬪者，惟在初期，尙不能使國家的裁判成爲強制，因之當時之裁判官，寧亦仲裁者耳。其判決須由當事者承認，始奏實效，故非依

國家之強制力，而使從之者也。雖然，即在當時，確保判決效力之間接方法，亦尙以各種形式存在之，例如使當事者對於判決之服從宣誓於神明者，卽其一例。而此等宗教的儀式之於當時社會有很大之威力，乃不言而喻者也。要之國家以超血族團體的權力，獨占裁判權，且能強制之使服從其判決者，乃長期歷史的所產。卽在今日，國家所難控制之處，依然還保留私的復仇之觀念及自力救濟之制度，乃人所熟知者也。

現代國際法之類似

現代之國際法，當要經過類似以上之過程。與集個人而爲血族團體，集血族團體而爲國家之同一社會生活之原理，正活動於現代諸國之關係中。然而就現代之國際關係言之，此過程還係極幼稚之狀態。卽於國際社會上，尙無超國家之組織的中央權力。各國家頗有似於復仇時代之血族團體，當時之一「復仇」卽今日之一「戰爭」。然在現世，戰爭已由仲裁制度與調停制度之發達，亦有逐漸被和緩之傾向。而仲裁在最初雖爲任意的，非強制的，然於一定範圍，已有逐漸表現爲強

制的傾向。國家間之爭執，大部分若爲一種超國家的機關所解決，則將採取與國家發之於超血族團體的組織之同一過程。

法律與宗教之分化

國家成立後，法律亦逐漸由宗教的要素上分離出來。在原始時代，法律具有宗教的性質。法律家與僧侶階級一致，因而法律與神法亦被混同。法律的規範視爲神之命令，違法行爲即視爲獲罪於神——宗教的罪惡。又原始的訴訟手續，乃與宗教的儀式有連繫者，例如證據法中，且還混入神保護無罪者，懲罰有罪者之觀念。原始社會所見之盟神探湯，及其他所謂神裁制度等者，即其一例。而法律與此等宗教的要素分離，以純人類的制度，以社會生活之規範而自律的發展者，乃長期歷史的發展之結果。

法律與道德之分化

同時，法律與道德之分離，亦已發生。原始時代之習慣，乃法律規範與道德規範所成之渾然體，道德的義務與法律的義務，限界不明，因而義務違反時之制裁，亦不確定。然而以後，此二種倫理的規範之特質及限界，以及各規範固有之制裁，亦

至逐漸被認識，被區別了。

成法能與道德作個別之認識，能營自律的作用而至以獨立領域爲學問之對象者，乃介有長期歷史的徘徊之結果也。

第五節 成法之法系的展開

第一款 總說

成法者，表現爲特定政治的社會之規律，是其原則也，即國家之法律，自係最明顯之史的存在。而且觀察成法之史的開展，亦能以表現於人類史上之諸國爲單位而觀察之。然而關於觀察成法之開展上，比較有益之觀察方法，自係超越特定國家之興廢之法系的觀察。蓋特定國家之存在，固與成法概念有不可分離之結合，然如注意於其內容，其中且可認識有超越特定國家之「法系」存在。而且諦視此種系統，並認真瀏覽成法之史的開展時，則一方對於將來真正「人類法律

史」之建設，乃進一步準備工作，同時亦爲因果上歸納法律進化之一個豫備的工作。

關於此等法系之完全的研究，當係研究財產法，契約法，親族法等之個別的法規，進而至於該制度之分析與比較，然本編所述者，亦只法系自身發展之輪廓耳。

記述世界諸法系，予擬便宜上大別之爲東洋法系與西洋法系。

東洋法系
與西洋法系

諸法系中現在勢力最强者，乃西洋法系，尤其近代羅馬法系與英美法系，此固一方由於西歐人之國際政治的優位，他方亦蓋由該法系自身之價值者也。該法系所以有價值者，卽（一）非爲與特定之「宗教」或「民族的習慣」相結合，而爲純人類的制度者；（二）其法律技術均較之其他法系有顯著之發達，尤其重要者，乃注重個人人格者也。該法系之所以有勢力，而至內容上逐漸克服其他法系者，其主要之理由或卽在此。東洋諸法系，對於西洋諸法系何處有優之者？是乃東洋文化對西洋文化何處有優之者之問題一形相，蓋有興味之課題也。然就

實際問題言之，或將歸於下述之問題，即長期間生活於東洋諸法系之民族，係如何襲用西歐之法律體系？如何現實運用西歐之法律體系者？又如何從兩者融合中誕生新興之法律體系者？問題或將歸之於此者也。

第二款 東洋之法系

第一 埃及法系

埃及之文化

埃及之文化，孕育於豐富之尼羅河。埃及最繁榮之時代，云於此河畔約有二萬之都市存在。埃及曾有雄偉典雅之藝術，此可證之於人面獅之像與金字塔者，因而為埃及人生活之根底之埃及法，當亦屬高度發達之類者，邇因「埃及學」研究之發展，已逐漸在闡明中。

埃及法之歷史的記錄，直可溯及紀元前四千年之前。埃及之國王，乃唯一最高之統治者，蓋兼立法，司法，行政之統治也者。（自然，行政與司法是被混而為一者。）據埃及之傳統，人類最初之立法者，乃「米尼斯」。（紀元前三三世紀時）「立法者米

尼斯

米尼斯「象徵」牡牛，「克利地之」米諾斯，「印度之」摩拏，「亦係最初之立法者，三者之名稱不僅類似，且均係象徵視爲神聖動物之牝牛者也是。殆偶然一致者乎？或其間亦有關係者乎，尙不明白。爲法典制定者國王之名，亦相傳有若干個。而其中最著名者，乃漢漠哈比（紀元前三世紀時）也。此等法典，相傳是以手卷而置之於法庭公案者，然迄今竟無一殘存，誠法律上之一大遺憾也。然而法典以外所殘存之法律的記錄尙多，故吾人對於埃及之法律的文化，亦可於某程度上窺之者也。埃及四千年之歷史中，依次使用之文字，有象形文字，僧侶文字，通俗文字，希臘文字四種，象形文字時代之法律文書之彫於加拉克殿堂者，有拉密斯二世與侵入者希特族王之媾和條約（紀元前十四世紀）乃最古最著名之

拉密斯二世
世之媾和
條約

遺囑上關
於法律行
爲之文書

國際條約者也。至僧侶文字，所殘存者，有安盟漢特三世之遺囑。又如通俗文字，所殘存者，乃關於婚姻契約，土地及家屋之諸證書，借券，買賣，遺言，並其他之文書。再如希臘文字，從紀元前三世紀亞力山大王之征服埃及以來，在羅馬人，亞刺伯

裁判記錄

人征服者之下，通行於埃及者約數世紀，故裁判紀錄之以希臘文字紀載者，尙保存若干。由於是等紀錄之發見，而吾人遂可獲得埃及法之某種程度之知識。

婦人之地
位

埃及法中特別引起後人之注意者，乃婦女之法律地位較之其他古代法系有更高之地位者也。而此種事，曾現之於紀元前四世紀之婚姻契約中。即其中所載者「汝已以妾爲汝之妻矣。汝遂以二銀斯推特半之聘禮贈於妾。妾厭汝，施於汝之愛遠遜於他人，與汝離婚之時，妾以聘禮一半還汝，妾又於婚姻中所取得全財三分之一與汝。」由此可以證明埃及法律之關於財產權，以及離婚之爲婦人所發動之點，亦已達於高度之文化，且係有強大婦權之唯一人種者也。然據紀元前二世紀時之婚姻契約書觀之，卻係夫方先發動之離婚，此時妻不得攜回婚姻中所取得之財產，妻僅攜回婚姻時之粧奩，即於離婚時，夫方可將粧奩還之於妻。蓋可視爲在希臘法，羅馬法，及摩罕默德法等影響之下，埃及法逐漸受薰染之朕兆也。

死者之裁判

表徵埃及初期裁判之最顯著者，乃以象形文字描於蘆葦紙上之一「死者裁判」之一繪圖也。此種裁判，係先將死者之魂引之於日神阿希里之前，於是在四十二名陪審官之前受審。此等判官，分別擔任各種刑法中之各種犯罪，而宣讀其罪狀，於是死者之魂，或有作下述之答案者，即「余不曾作強盜，」「余不曾作竊盜。」每一答詞完畢之後，則將死者之心臟放在天秤上，而以正義女神瑪脫之羽毛作砝碼，已而書記宣告「無罪，」死者之魂既屬無罪，於是阿希里之子賀洛斯，則攜之於日神阿希里之前，而呈報其經過。關於「死者裁判」中各種犯罪之宣讀，以及宣告無罪之方法，竟與近代西非洲土人之「毒杯神裁」為同樣之形式，故埃及初期刑事裁判之表徵，已於比較法上加增了重要性。

訴訟手續

關於埃及刑事民事之裁判，曾經發達因書面審理主義之詳細手續，由古記錄之發見而明白。尤其關於刑事裁判，尚殘存若干記錄可以窺知裁判之完全狀況。其中記錄更有名者，乃紀元前十二世紀，由拉密斯三世所成立之特別法庭之關

於大逆罪之裁判記錄與墳墓發掘罪之記錄也。關於民事裁判，迄未發見，然紀元前十四世紀拉密斯二世時所謂「米斯對克衣」事件之破片，亦尙殘存，因之亦可知爲屬於發達之一類也。又希臘歷史家迪德羅之埃及裁判與希臘都市裁判之比較，亦頗有興味。彼之埃及裁判，無盡律師職責之雄辯家，全部均係基於書面審理主義者，彼曾由此考證埃及審判之方式。

埃及法系
之衰頹

埃及從紀元前八世紀以來，卽內亂頻仍，以後遂至迭被亞紇，波斯，希臘之侵襲，而埃及法因以衰頹。且因羅馬人之征服，政治亦失其獨立，遂至立於羅馬法影響之下。七世紀後，更因亞刺伯人之征服，埃及人又支配於回教與其法律之下。現在又立於法蘭西法支配之下。關於發掘之古記錄中所表現之特定制度，法規，果爲埃及之古法乎？抑係來自希臘法，羅馬法，亞刺伯法者乎？諸問題尙爲埃及學者爭論激烈之問題，然而埃及人之法律生活，早已非六千年前之面容矣。

第二 美索不達米亞法系

美索不達
米亞之文
化

美索不達米亞文化，繁榮於幼發拉底斯河與底格里斯河之兩大流域間，以奄有南北加地亞之巴比倫，與北方亞敘之尼尼微爲中心地。關於該地文化之貢獻者，前有突列里亞族之亞美尼亞人，後有塞族之亞格達人，亞敘人，亞刺美亞人等。吾人由表徵於巴貝爾之塔之偉大建築，並數多殘存之記錄，而觀其精巧之藝術的文學的作品，並可驚之商業發達狀況，可知美索不達米亞文化，亦屬於很高級者也。而爲是等文化基礎之法律，在許多點上亦有富於近代的色彩者，蓋由「亞敘學」之發達，而逐漸明白者也。

在美索不達米亞法律的文化之中，尤其惹起世界之注目者，乃一九〇一年在波斯舊部蘇薩，爲法人摩爾根所發見，現保存於巴黎洛維爾圖書館之漢拉比法典（紀元前一二二世紀）然而數年前，發見於黏土板上者，有一斯美尼亞法典之斷片，乃屬於紀元前二十五世紀者，故於從來所發見法典之條文上爲最古之法典，而且在所發見之斷片中，尙可藉以理解聖經（路加傳十五章第七節）上關

斯美尼亞
法典

於浪子比喻之法律的關聯，即可理解此比喻係關於釋放兒子之手續者，故尤爲世人所注意。

漢拉比法典

漢拉比法典概刻之於八呎石柱上，約成於三百條之法典也。因較之希伯來法典，摩挐法典更早千五百年，殆條文完全可知之法典中世界最古之法典也。刻於石柱上者，有陽刻之像，右方之座位，爲日神沙曼，立於左方而由日神授之以法典者，乃國王漢拉比。此圖正與在埃及並希伯來者同，均係表現神授法之思想者也。而且漢拉比因不欲使弱者受強者欺凌之故，曾宣言應與孤兒寡婦以平安。並因訴訟亦須根據此法典之故，故將此石柱建於執行審判之日神宮殿前，而昭告之於大眾。漢拉比法典，涉及刑法，親族法，財產法，商法等法律生活甚廣之領域，故爲極貴重之發見。一九〇〇年所發見一部分之亞敘法典，乃漢拉比法典後約經過一千年之法典，而希伯來之古記錄，後於亞敘法典者約五百年，因而可比較塞族法律相異時之發達階段。例如關於離婚，在埃及法，乃婦方對夫離婚者，而在塞族

亞敘

之法律，據各個發達階段看來，均係夫方向妻離婚，如漢拉比法典，則夫於離婚時，有返還粧奩費於其妻之義務；亞紇法典，則夫於離婚時，可任意退還若干粧奩費於其妻；希伯來法，則關於夫之返還義務無何等之規定，此關於離婚之大較也。

法律行爲
的文書

商業之發
達

又於泥板上以楔形文字所載各種法律行爲，例如表現各種法律生活者如不動產移轉，借貸，消費借貸，動產買賣，寄託，夫婦財產契約，養子，代理，合名公司，貨物兌換券等文書之發見，可知美索不達米亞人之法律生活，已屆如何發達之形態者也。且於是等文書中得知法律生活之最顯著者，乃其商業發達之狀況。關於銀行發達之情形，由最近所發見從紀元前七〇〇年至三〇〇年繼續營銀行業者「葉基比」家之記錄，可以明白。又由此記錄觀之，亦可知尙有指定付主之票據。又如持交付主之期票，亦已發見於紀元前二十二世紀記錄之中。雖無類似股份公司之組織，然關於合名公司契約之內容，曾有如何之發達，已爲許多記錄所證明。其他如所謂特約，經紀等之繁盛，亦可窺見一般。

裁判

裁判，初係由國王及僧侶行之於宮殿者，然於紀元前二十二世紀漢拉比王之時，亦曾任命非僧侶的裁判官，至在都市門前或市場上施行裁判。然而由宗教的裁判向世俗的裁判之推移，可認為是與統一南北巴比倫之後，由此制定共通法典之事相相應者也。關於特定事件，係國王親裁，或係一種上訴手續，而仍使宰相裁判者，要之以下還有裁判所之組織。在巴比倫之大都市，係市長為裁判，在鄉區，則為區長，村長，長老等作裁判。而且尚有錄供之書記存在。由於紀元前二千一百年以來所殘留之若干裁判所記錄，即可明瞭使民事的裁判有何等發達之手續法者也。刑事的裁判記錄雖尚無殘留者，然由非法律學的文學之中所表現之記述，間接亦可窺知一般。

手續法之
發達

亞敘法系
之消失

巴比倫文化，在當時均駕乎其他各民族之上。蓋正因其有高級之文化，有巨大之財富，故為勇猛之東方民族所垂涎。於是從漢拉比以來十五世紀，紀元前六世紀巴比倫王拿布地竟敗降於波斯王西魯斯之手，隨又遭逢若干侵襲，紀元前一

世紀爲希臘人所征服，因而巴比倫法遂爲希臘法所代替。於是漢拉比法典，豐富之法律的記錄，亦寂然殘存者約二千年。

第三 希伯來法系

希伯來之
文化

希伯來文化，最初爲游牧的，其次成爲農業的，最後始成爲商業的。即其中心地亦因時代而不同，如由亞刺伯遷至埃及，巴勒斯坦，巴比倫，隨又復遷至巴勒斯坦。同時，其文化程度，亦較其他塞族之美素不達米亞人更爲單純，蓋係進步程度之低者也。希伯來法之發達，大概可分之爲三期。

第一期，即由紀元前十二世紀至五世紀之時期，即爲摩西，大衛，梭羅門，愛尼亞，

大流爾，喬夏，葉哲吉爾，雷勒米亞，葉志那輩之時代，舊約聖書上所載摩西之五書，即表現於創世紀，出埃及記，利己記，民紀數略，申命記中之傳說與法典，是其法源者也。然而此期最重要之道德的法律的文書，當推摩西之「十誠」。一是乃摩西在

亞刺伯之西萊山上，所受之於耶和華，而寫成法律二表者，蓋最簡單之法典也。摩

摩西十誠

西之五書，乃人所稱爲古法者。是五書以近代研究之結果，知已經過五世紀，而爲逐漸形成之物。其最初之部分，宛然爲一亞刺米克「語」所寫成，然於此期之終，以由逐漸的發展所蓄積之結果，至用新希伯來語書之。該書於紀元前三世紀，由亞力山大尼亞之學者譯爲希臘文，而用希臘語所書紀元五世紀乃至六世紀時代之「申命記」，迄今尙存在焉。

裁判

此期之裁判，最初雖係由國王之親裁者，而以後，亦已逐漸委之於僧侶階級矣。是亦與當漢拉比王之時，裁判委之於非僧侶階級之手者，可爲顯著之對照也。且傳聞開最高長老會議所謂「聖赫達」，並開耶列米亞並其他豫言者政治犯裁判之寺院宮殿，亦建之於此時代中。同時成爲名判官之表徵，且以裁判二婦人之爭奪兒童聞名者之梭羅門，亦屬於此期之傳統者也。

第二期

第二期，係由紀元前四世紀至紀元三世紀之時期。此一時期，在理論上雖云保持神政，然而猶太人已失其政治的獨立，遂至每况愈下，而立於波斯，希臘，羅馬保

聖赫達

護之下。且由其內政言之，政權亦已由國王移之於長老會議之大聖赫達矣。大聖赫達成於七十一人，且亦可視為最高裁判所。此外，在耶路撒冷並其他之大都會中，有成於二十三人之聖赫達者，以下則為三裁判官所組成之若干村裁判所。是等裁判官，概係選自深諳法律，而已在宗教法學校受有訓練者也。而且裁判所不會停止判決之記錄，故在此期希伯來法之所以發達者，即由宗教法學校對於該記錄加以討論之故，裁判所之判決手續，歷來係僅由口傳者，以後始取記錄之形式。後雖立於羅馬主權之下，而亦有二世紀間保存其自治，然自耶穌時代以來，政治的紛亂之結果，於是都城耶路撒冷竟於紀元七十年為羅馬皇帝推烏斯所陷落，於是希伯來人之自治消失，希伯來法在國民的法律體系上遂失其存在。

宗教法學校

第三期

第三期，從紀元三世紀到五世紀，此時期最可注意者，乃希伯來於紀元前三世紀以來判例學說之蒐集，即「大沐德」之編纂也。「大沐德」者，成於二種，一係希伯來文之「米希拿」，當屬編纂於紀元三世紀之一條文；一係亞刺米克文

大沐德之
編纂

文之「格麥那」爲紀元四世紀乃至六世紀之間所編纂之註疏文也。「米希拿」係爲法家尤達所編纂者，蓋於前期深諳法律之洗列爾王，以及二世紀法家亞吉巴等之在法律學校所編纂者而改訂之也。爾後三世紀間，率皆經由「米希拿」之條文，而在宗教法學校中有過熱烈之爭執，而是等討論與爭議之蒐集，完成於四世紀之耶路撒冷地方，並五世紀之巴比倫地方，是謂「格麥那」即註釋之書也。

「大沐德」在記錄裁判官及法家所討論之點，並依據判決，而於合理上展開法理之點，可比之於羅馬法，回回法，並英美法；在記錄法家等之判決，並所詳細議論之點，亦不失爲法學之貴重文獻。

猶太人之
放浪

至六世紀，猶太人已完全散漫於各地，故希伯來法亦不能不認爲已屬消滅之一體系。然而法學者輩，尙有以希伯來語，或亞刺米克語發表著述者，蓋亦傳希伯來之法律的傳統者也。例如十五世紀居住於北非之邁摩尼德，是其顯著者。故希

大沐德之
批判的研
究

伯來民族雖係流離於世界者，然其宗教生活，家族生活，商業生活之共通習慣，仍由希伯來法而得維持者也。自入十七世紀，國民主義確立於歐洲各國，國家以統一領土內之民族，並語言之結果，希伯來語雖於猶太人亦已成爲第二國語，然而同時，「大沐德」之批判的研究，與由各國文字之翻譯，亦被完成。而希伯來之古法所稱爲「朶那」者，則深鎖於「西萊郭」祭壇上「約櫃」之內。且於每安息日，在各「西萊郭」誦讀「朶那」，蓋長老輩迄今仍欲維持摩西之法典也。不僅只此，尤其於家族關係之領域，希伯來之慣行，且對於現代屬地主義之法制，仍然於屬人法上拘束各地之猶太人者也。

然而猶太法由法系言之，畢竟係伴隨猶太人之流離而失其存在者。該法之特質，爲宗教的，排外的，且在維持其原始法的特質之一點。

第四 回回法系

回回文化者，以亞刺伯爲發祥地也。亞刺伯人係塞族之一派，於七世紀摩罕默

化

德出現之時，尙營極素樸之生活。然以其民族的特質之帶有宣傳的傾向，勇敢性，智的吸收力之故，故使亞刺伯在世界文化史上奏了極大之貢獻。摩罕默德者，乃一反抗亞刺伯人之傳統的宗教，而提倡其道德的一神教的教理之豫言家也。而且彼之遭遇危害，亦與其他豫言者相若，遂與其弟子遷居於麥地那。然至亞刺伯國民信奉此宗教時，其中心地遂遷之於麥加。

摩罕默德教以其教徒之熱烈信仰，並以其「聖戰」之故，倏忽間竟布滿東西，即於摩罕默德死後（五七〇——六三二）約一世紀，遂已東達之於印度，西達之於西班牙。同時，亞刺伯語即已代替希臘，拉丁語，而成爲喜馬拉雅以西，地中海沿岸教育，商業所通用之語，大帝國之建設亦於是成。此大帝國之首都，已從敘利亞之大馬色，遷於美索不達米亞之巴格達。以後，似又於波斯，埃及，西班牙等處，建立了各種中心之地。

於是在由九世紀至十三世紀歐洲之一黑暗時代，一亞刺伯人乃至薩刺森人，

遂將當時文化荷之於雙肩焉。其科學的，藝術的，哲學的活動，亦曾非常激昂。然自十三世紀文藝復興以來，回教文化殆若停滯者然。

回教法

回教法與在猶太者相同，均係基於「神啓」，即回教法係基於「可蘭」者也。即法律竟成爲與宗教不可分之一體。回教之體系，有若中世加特力教之教義者，均係基於神之天啓，蓋以宗教的，政治的，法律的體系冶於一爐者也。

法源

回教法之法源，是爲「可蘭」，「摩罕默德言行錄」，「法律家之著述」等。

可蘭經

可蘭經雖由摩罕默德以亞刺伯文字之一之克斐克語書之者，然於以後，仍以近代的勒士基語書之。至七世紀半，哈利發佛摩爾，曾制定可蘭經之標準的條文三篇，乃存留迄今之唯一可蘭經。而此三篇中之一篇，今尙保存於大馬色。

摩罕默德言行錄

可蘭經之中法律的記載極少，於是堪以補充第二法源者，乃摩罕默德之言行錄也。摩罕默德曾爲裁判官，故彼云「以文盲千人從事祈禱，尙不及法律家一人對於『薩誕』有力。」又云「神如欲加惠於其造物之一時，神將使之學法律，而

使之作法律家，「由此即可表示彼之如何注重法律。然而摩罕默德言行錄中之主要者，乃九世紀由亞爾·布格尼所集成之「薩熙」，雖在現世，亦稱爲有力之法源。

法律家之著述

回教法之第三法源，爲法律家之著述。摩罕默德雖爲政治的指導者之活動，且兼攝司法者，然而尙不只此，蓋亞刺伯人與羅馬人相同，乃大部分具有法律之天性者也。在摩罕默德以後二世紀，不僅司法與行政完全分離。且有許多專門法學者接踵而起。而於十世紀時，法律理論之精微體系，遂被完成。是等法學者之著述，當屬回教法有力之法源。是等著書中條文之最古而現尙存留者，乃七六〇年時，戰德·伊朋·亞尼之著書，是書於一九一一年，發見於米蘭之安布羅甲圖書館，蓋一六五〇年之抄本也。

回教法律家之分派

回教法律家，以後曾分爲若干派別。是等學派之分立，恰與廣大回教帝國之於地理上分立相似。即希亞派專門支配波斯，馬利克派支配地中海及中非，哈尼化

派支配土耳其，土耳其斯坦，敘里亞，西部亞刺伯及印度之一部，夏菲派支配南部埃及，南亞刺伯，中亞細亞及荷領西印度。其中唯馬利克，哈尼化派，夏菲派等三派稱爲正統派，至希亞派則稱之爲異端。此外，在中央亞刺伯雖尙有亨白爾派，而卻無力。

式著書之樣

各派學者之著書，皆採各種之樣式。或以法典的形式，爲法規簡單之解說。其中最有名者，當推馬利克派之嘉索爾於一三六〇年所出之「穆庫塔沙耳」，過去六百年間註釋此書之數者竟達七十。又如蒐集似羅馬法之公認法律家之法律學者之意見，其最有名者，乃「福達哇亞列姆基利」，是爲一六五〇年之著述。或者爲法律理論的著述，如哈尼化派佛郎亞天引亞尼所著之「赫達亞」(一二〇〇年)是。「赫達亞」中之信託理論恰是表示回教法律家之銳敏性之一好例。

摩罕默德時代之記錄，通常係書於鞣革上者，然有時亦曾使用駝骨，羊皮，蘆葦

法律行爲
的文書

紙等等。自九世紀以來，纔使用紙，而如法律行爲的文書，且係黏合若干張紙而成者。其明顯之例，乃爲近今所發見，所保存於開義羅國王裁判所中約一三五呎家產製定之信託證書者是也。由此等文書，尤其關於不動產移轉觀之，即可知精細之技術已有如何之發達也。

司法制度
加帖

摩斯列姆之司法制度，係極發達之一種者。摩斯列姆之法律家，成於「加帖」與「瑪玦帖」。加帖者，裁判官也。裁判官之地位，極被尊重，殆與在英國者相同。而其傳記，逸話傳於後世之情形，亦與英國相若。其傳於後世之裁判格言，其中亦多有興味者，例如一千年前，哈利發奧馬爾，對於「加帖」之訓示是：「若於今日之判決，與昨日所判決者異其趣，而此種情形且係適當時，則毫不可躊躇，而遵守此種真理。因爲真理是永久的，與其固執錯誤，孰若立返真理之爲愈。」是亦令人想起「自由法的」裁判理論之一種者也。現今，摩斯列姆裁判官之如何被重視，已爲若干旅行家所證明。「瑪玦帖」者，法學家也。彼輩之職責，恰如位於古代羅馬

瑪玦帖

之公認法律家與近代之律師者然。裁判官選擇瑪玦帖意見之一而採用之，瑪玦帖之意見固有成爲法源者，然而瑪玦帖係爲當事者一方之所請求，故裁判官在職權上，罕有徵求其意見者，必其意見書爲他一瑪玦帖之意見書所反駁，兩者之爭辯完結時，然後裁判官才擇一而採用之。要之一「加帖」與「瑪玦帖」均係受嚴格宗教法之嚴格訓練後，所能達到之地位。自在十六世紀蘇理曼皇帝之下，設立蘇理曼大學以來，各地之宗教法大學，甚形發達。現在爲回教法研究之中心地者，乃開義羅大學也，其學生從非洲西海岸，或從馬來羣島而來者約及萬人，故現今摩斯列姆法之著述，大部分係在開義羅出版者也。

法學教育

「帝問」
裁判

關於摩斯列姆之司法之可注意者，乃哈利發在「帝問」所行之裁判也。而此裁判多係刑事裁判。哈利發係於其官廳賜見者，故集合於廳中，請求哈利發裁判者甚多。無論何人，都可請求哈利發與犯人以處罰。此種裁判，係專斷的，即西歐人所謂爲「東方之正義者」，又如亞刺伯傳說中，所謂哈利發哈論亞爾刺錫德之

有名裁判傳說卽此「帝問」裁判之謂也。然而此裁判於抑強扶弱之點，洵有專制國保障弱者權利之作用。此裁判之在地方，則委之於地方官所謂「哇利」與「拍夏」。此種刑事裁判，在英法荷所轄之回教領域，固係代以西歐式刑法法典者，然在廣泛之回教地域，依然現實的適用。

回教法之
發達停止

回教法至九世紀已發達極點，伴隨十三世紀之政治的勢力消失，而因之停止其發達。且自十七世紀以來，回教之地域，亦至逐漸立於西歐列強政治的支配之下。卽印度埃及已屬英國，東印度已屬荷蘭，亞爾吉爾，摩洛哥之一部以及突尼斯已屬法國。又摩洛哥之一部已屬西班牙，布加刺已屬俄國。同時，巴爾幹半島亦已成爲各獨立國，卽東西非洲亦已罹於被英、法、德、意分割之運命。雖然，回教法於此等政治的支配之下，依然得以維持其生命。

歐化傾向

最近回教法之歐化傾向甚強，土耳其已於三十餘年之前採用西歐式之商法，至土耳其共和國以來，此傾向益加猛晉。新憲法制於一九二四年，確定法律與宗

教之分離，而廢止舊時回教法之裁判所，採用西歐式之各種法典。尤其民法法典，即土耳其民法，幾全部採之於瑞士民法法典。波斯亦遵歐化之傾向，其民法法典之制定，多得力於法人。阿富汗在其英主亞美爾、亞美那之下，正亦試行同樣之改革。

第五 印度法系

印度之國
情

超過人口三千萬，被稱爲「人種大博物館」之印度，僅主要之語言已達二十五種，若就地方語計之，當不下三百種。約七十五年前，在英人已編纂了裁判所用之法律字彙時，至不得不以九種文字來對照英語之法律譯文。因此之故，印度之法律亦因地方的人種上而有不同，雖於政治上，除印度總督直轄地之外，尚有屬於七百自治酋長支配之土地。

各色人種
之侵入印
度與其影

印度，至少曾有六次受異族之侵入。如於紀元前二十世紀時，則有亞里安人；紀元前六世紀則有波斯人；紀元前四世紀則有希臘人；從十一世紀至十五世紀，則

響

爲土耳其人，從十五世紀則爲蒙古人，從十八世紀之半，則爲英吉利人，此印度被異族侵入之大概也。其中波斯人與英吉利人之侵入，法律上尙無關重要，而土耳其人蒙古人之侵入，於輸入回教之點，法律上誠爲重要，其影響，至使印度人約五分之一適用回教信徒之法律。英人在政治上，置印度於英國支配之下，固於公法與商法之領域，與以影響者，然而各種舊習慣，卻仍聽其存在，因之只有第一次侵入之亞里安人種，始能視爲誕生其固有之法律體系者也。

亞里安人種所成就之法律體系，可大別之爲婆羅門法與佛教法二者。

亞里安人種之法律體系
婆羅門法

婆羅門法之基礎，卽以梵語所書之「摩拏」法典是。而此法典中，尙有所謂「四姓」之階級區別，卽（一）僧侶階級；（婆羅門）（二）武士階級；（刹帝利）（三）庶民階級；（吠舍）（四）賤民階級（首陀羅）是。此階級制度爲婆羅門法之特色，雖現在亦不曾打破階級制度。

此外，印度諸部落之村落社會，其自治依從來之傳統而被承認，似尙存有解釋

各地方的習慣之地方的裁判官者。而支配村民日常生活大部分之法律，即爲是等地方之習慣，是等村落之裁判所，究竟情形如何，尙無由知之，僅由奧地所遺村落裁判所之痕跡而想像之耳。

婆羅門法
由婆羅門
之法律家
而發達

婆羅門法者，由過去二千年間婆羅門法律家而發達之也。婆羅門法律家，一方則以其所有體系之基礎置之於摩拏法典上，同時卻又採入各地方之習慣。於是在添加各種地方的習慣之色彩上，成立婆羅門法之各種學派，蓋與回教各派之成立相似者也。此輩法律家，一方改釋摩拏法典，一方又批評他人之解釋，而促進法律之成就。自英吉利人統治印度以來，遂使彼輩做從來酋長之所爲者，而編成一部各派學說之所謂「大家斯圖」。其中最有名者，乃爲威廉·約翰氏所指導，而編纂法學者學說彙集之「江干拉沙」也。

裁判

婆羅門法律家者，通常供職於酋長之宮庭，而襄助酋長之裁判者也。（摩拏法典之中，當酋長執行裁判時，亦必有通吠陀者之人之婆羅門相隨，蓋以保障裁判

之神聖性也。有關於酋長執行裁判之訴訟手續，而爲曾經發達之一種者，由紀元六〇〇年一普尼哈斯拍提一法律書之記載，可以明白。至處刑方法而出於印度地方色彩者，乃施於象之刑罰。又如民事訴訟，如被害者企圖絕食，則使加害者從宗教恐怖而滿足被害者要求之點，固亦使梅恩並其他觀察者惹起注意之一法也。

婆羅門裁判之情形，早已爲若干旅行家所記載。在由古代及中世人之觀察，誠亦有傾向於贊美婆羅門之裁判者，然在近代人之觀察，寧是傾向於指摘其賄賂，僞證等之事實，而非難之者也。

婆羅門法
之復活

從十一世紀至十八世紀，在回教支配下之印度，婆羅門法僅僅視爲被征服者之習慣，寧是被輕蔑之者，故於此際，婆羅門法學之發達亦遭停止，然印度之爲英人統治以來，由於英人仍令土人由其舊習慣而生活之特種殖民政策之結果，於是婆羅門法又復活，而且關於印度人案件之裁判，尙羅致婆羅門法學者而襄助

英國之裁判官。尤其一七八六年，威廉·約翰氏就任印度法官以來，彼於酷嗜印度文學之際，竟發見摩拏法典，由是以英語譯之，於一七九四年公之於世，因而梵語之重要性，亦爲西歐之學者所承認，於是於比較言語學上引起刺戟，土俗學上發生革命。

當英人初於印度執行裁判時，宗教的印度法學者之著述，竟誤認爲印度各部落現實所通行之法律。然從十九世紀下半以來，尤其關於土地制度、家族制度、相續制度、階級制度等，竟發見地方的習慣，恰係第一次的法源，而婆羅門法學者之著書，才爲第二次的法源。同時關於婆羅門法學者之著述，係表示「當爲法」，非表示「存在法者」之情形，亦已明白。然而，究竟是等法學者之著述，已多被英譯，係依判例及勅令而承認其拘束力者也。由於所謂「英印法典」之制定，其商事交易一方固係接受英國化法律之支配者，然而他方印度人日常生活之大部分，依然在婆羅門法支配之下。

佛教法
子悉達多王

紀元前六世紀，中印度之北有釋迦族者，誕生一天才，即由悉達多王子創造佛教，遂逐漸傳播於各地，迨紀元前二五〇年時，因阿育王之皈依佛教，佛教就已帶政治的法律的意義。阿育王之祖父，即東部摩揭陀國王稱爲江朶拉格不達者，從亞力山大王退卻之後，逕已收服西北地方，而其領土遂東屆彭加爾，西屆阿富汗斯坦，北屆喜馬拉雅山，南達迪康，儼然一大王國也。

阿育王

阿育王於紀元前二七〇年在位，王曾發布三十或四十道之勅令。阿育王之勅令，是以較梵語更古之摩揭陀語出之，乃表示爲基於佛陀教之達磨體系者也。達磨，與埃及之一瑪脫，一羅馬之一浮士一相似，均爲廣泛的宗教道德之大法，然而使佛教發展之達磨，且并包含法律於其中者也。即打破婆羅門之四姓階級，以達磨爲統一世界之轉輪王之理想體系，正亦包含於其中者也。且由阿育王所用之摩揭陀語，佛教直越印度之國境，而普及於緬甸，暹羅，中國，及東印度諸島。後由摩揭陀語進展爲拍利語之時，緬甸，錫蘭，暹羅之法律書，似乎均係拍利語所書者。然

及佛教之普

佛教法在
印度消滅

在印度自身，從紀元五世紀至八世紀之時，佛教之勢力已失，自九世紀以來，婆羅門教又至支配全印度，所以關於佛教法以後之發展，勢不能不求於印度以外。

緬甸之佛
教

緬甸之佛教，早經傳入，然至認之爲國法者，乃始於十二世紀。自十二世紀至十九世紀，其間或由僧侶，或由裁判官，要之稱爲「達磨脫哈德」之法律書者，均係拍利語書成，以後才以緬甸語書之。而其基礎乃佛教，故可稱爲佛教法最純粹之形態。然而仍以婆羅門之摩拏法典稱爲第一法源。

暹羅之佛
教法

暹羅於紀元前，已受印度人之侵入，而傳之以婆羅門教。然而從紀元十一世紀至十四世紀之時，亦有來自印度之佛教徒，故此期乃兩教相傳，結果遂至發生婆羅門法與佛教法之融合。即關於宗教，階級及行政上，婆羅門教雖被排除，卻仍保存關於民刑法之婆羅門著述。安南，直可視爲爲中國法律思想所支配者。要之在暹羅，東浦寨，及安南，其帶有各地方色彩之法律，均係發達於婆羅門，佛教，中國思想等之基礎上也。

安南

然入二十世紀以來，暹羅之法律，已藉日美法國等法律顧問之力而歐化焉。

第六 中國法系

漢民族

漢民族係元來居於黃河流域者乎？抑係移住民乎？若係移住民，究於何時移住於黃河流域者乎？今尙不明也。或者以爲係由巴比倫、埃及、印度等古代文化民之移住者，然皆無由徵信。又如關於所謂三皇五帝，由夏殷至周之歷史的傳說，究係何時由「神話」進至歷史者，今尙不明也。自周幽王之時代，即自西曆紀元前七六六年以來，或者得能認之爲一歷史，一因詩經中記載之日食確有天文學的考證之故，然如以前傳說之時期，究於何時期可置之於歷史之始期乎，亦因各人之判斷而有不同也。然而漢民族雖有若干次受異民族之征服，若干次受異民族之政治的支配，至與其文化相接觸，然卻仍由漢民族強烈之保守性與其堅強之家族制度，亦曾維持從來道德的法律的傳統約亙三十世紀者，而此傳統，雖於日本、朝鮮、安南之法律的傳統亦有強烈之影響。

禮主義與
法治主義
之對立

中國由所謂「禮」之概念，可以理解宗教的、道德的、法律的、規範之一體，禮之概念，亦曾因與法律分化而縮小其範圍，然在當初，乃極廣泛之規範體系也。當戰國時倫理學的政治學的理論極爲隆盛，由與孔子學徒相對立之學派之激烈鬭爭之結果，遂有禮治主義與法治主義之對立，王道與霸道之對立，奉法治主義之學徒，則被稱爲「刑名法術」之家，甚爲世人所輕侮，雖然在歷史的發展上，法治主義亦曾爲政治的支配者所採用，同時「法律」領域亦不得不日形擴張，然而孔子所謂「道之以政，齊之以刑，民免而無恥，道之以德，齊之以禮，有恥且格」之思想，在決定中國法系之特質上，誠可謂爲一要因也。

中國法系
之特色

以對法治主義之反感而及於中國法系之影響，第一應舉出者，卽行政與司法常被混同，至妨礙司法獨立之發達也。是爲中國現代司法制度之通弊，始爲現代法律家所指摘者也。第二，在裁判上，成文法之地位極輕，卻反注重於裁判者具體的妥當之認識。蓋卽對法治主義而注重人治主義之儒家思想之表現也。第三，不

若希臘羅馬有律師或法廷雄辯家之發達。第四，關於民事的爭議，調停和解之思想非常發達，故於裁判中以及裁判之外，多有利用之者，誠妨礙如謝林格所云「一爲權利而戰」之思想之發達也。此種場合，寧是重視雙方當事人之面情。第六，成文法除去關於行政組織者之外，直維持刑法的形態迄於近代。即無刑事法與民事法之區別，無刑事責任與民事責任之區別，而法典之條文，常是伴隨刑罰之規定者也。法典所命令之處，即人民行爲之規範，因而違反之者，即以爲應受道德上之刑罰，此種思想，當係道德與法律未加分化之表徵。而以上各點，均於日本法系之法律思想上有大影響也。

周禮

中國立法史上占重要之地位者，乃周代聖賢所創制之「周禮」也。據云作之於周公，凡關於人事百般，均受所謂宗教的，道德的，法律的規範之渾然一體者「一禮」之指示。於其歷史的事實上雖云可疑，且於嚴格之意義上雖非法典，然在長期支配中國法系之法律思想之點，固有重要性也。

嚴格意義上之法典之最古者，即在戰國時代，魏文公之臣有李悝者，所作之「法經六篇」，係成於所謂盜法，賊法，囚法，捕法，雜法，具法等等。以後，漢蕭何因而增訂之，加戶律，興律，廩律，而成律九篇，三國時，魏之新律則爲十八篇，晉律則爲二十篇，以後遂有傾於詳細之規定焉。

律令格式

唐代在律令格式上立法似有相當之整齊，乃亦爲我國（日本）立法之母法，然而現今尙不能知其內容。在律令格式之中所謂律者，僅由唐高宗永徽四年（西曆六五三年）之「唐律疏義」而知之，至其令之格式，可從散見於和漢各書之內者而知之。然於一九〇六年以來，由盧革（德人）史丹隱（英人）貝利我（法人）大谷光瑞（日人）等以燉煌爲中心，從西域鳴沙石室中所發掘之文書，發見律令格式之斷簡，曾惹起各國法律史家之興味。然而云爲法律之再興，卻未完成。

宋代制定之法典，數量上似不在少，然於宋末佚散者多，故其內容尙不明。在征

法 服國民——蒙古人支配之元代，其政策，係依然尊崇孔子之教者，故尙未傷及中

大明律 國之法律思想。而在元代，亦聞制定有所謂元律者。至在明代，則有一大明律，一在

大清律 清代則一有大清律，一要之，均與前代法典保持密切之歷史的關聯者也。

如是，現且不必提及規定行政法的組織之法典（例如會典）之歷史，總之法典均係限於刑事法之領域，民事法還未嘗法典化者也。諒亦或則委之於「禮」，或則以地方的習慣法，職業的團體之習慣法而發達，或則間接由刑事規定所強制之也。所以如由散佚之古典，古文書，或習慣調查，判例之科學的調查等，而於批判上敘述中國法系之史的發展者，其前途尙遙遠也。

歐化

清室既屋，中華民國遂於一九一二年成立，且於一九二三年，制定歐美式之中華民國憲法，中國人在近代羅馬式法律思想影響之下，且愈覺有撤廢治外法權之必要，而近代的法典之完成，亦正在準備中也。然而究以如何形式能與傳統的中國法系相調和，乃將來之問題也。

第七 日本法系

日本法系
之五期

日本法系之發達，可分爲五期。第一期，起建國迄大化改新；第二期，起大化改新迄鎌倉幕府成立；第三期，起鎌倉幕府成立迄德川幕府成立；第四期，德川幕府時代；第五期，明治以後之時代。

第一期

在第一期，日本才形成一個氏族社會。即概括於氏中之氏者，乃社會的、經濟的、法律的單位。而天皇之氏，乃「氏」之中最受尊敬者也。然天皇並非直接行使支配權。成土地於人民之上者，乃通過氏後，始能行使共同祖神之祭祀，戰爭，裁判之權能也。官職由「姓」之制度，並氏位之高下，而世襲的分配於各氏之中。

法律者習慣法也。與宗教的、道德的規範不分，所稱爲「ツミ」者，一方爲罪惡，同時即爲犯罪。裁判亦係神裁，而有所謂「神誓」或「探湯」者，要之此期之社會與其法律，殆與其他原始社會之原始法無異焉。

然而此種強固之氏族國家，亦已逐漸趨於軟弱之過程。大和民族占領之領域，

既已逐漸擴張，因而地方之氏，更加發生獨立之傾向，遂使氏之紐帶軟弱。此外伴隨與大陸交通之經濟思想之發達，則認明氏族的共產制之不妥當，尤其接觸佛教以來，遂促進個人之覺醒，因之使爲氏族制基礎之祖先崇拜思想動搖，又自接觸儒教之後，遂更提高國家的統一之思想。

由是等複雜之要因，從氏族國家向中央集權的國家之推移，遂藉大化改新之日期而實現。

憲法十七條

此期之終，即推古天皇之時（西曆六〇四年）厩戶皇手制定所謂憲法十七條者，是爲我國最初之成文立法也。但其內容，與其視爲法律的，毋寧視爲道德的，在此點上，或可比之於摩西十誡與摩挈之法典也。而如所謂「敬三寶」、「上和下睦」、「上不禮則下不整」等，又如所謂「以得利受賄而斷獄者，則有錢之人必勝訴，無錢者必敗訴，貧民將若何」，由此等語中，可以窺見佛家之思想；同時所謂「國無二君，民無二主」、「國家永久」等國家主義之思想，自亦儒教王道政

治思想之表現也。再由政治上觀之，如爲氏族國家到中央集權國家之先驅，卽「天皇中心」一君民協和一之根本思想所表現之處，亦有重要性。

第二期

第二期，從大化改新（西曆六四六年）以來，於是成立以皇室爲中心之中央集權的國家組織。皇室雖然於短期間，不僅爲名義上之支配者，且係事實上之支配者，然而未幾，卽出現與西洋之馬幼爾、湯姆氏相似之藤原氏，竟以攝政關白之名義而掌握實權。在此時期之後半，劃一之土地制度與地方制度，逐漸破壞，至出現若干與西洋之一馬律爾一相似之莊園，莊園之領主，亦收養若干從臣與士卒，寔至行使裁判權，固非藤原氏之政令所及也。由是，封建制度之確立，經已準備。

大化二年
之詔勅

孝德天皇大化二年（西曆六四六年）之詔勅，在日本或可稱爲最初嚴格意義之成文法。由此詔勅，於是一切人民明白直屬於天皇，又因廢止「姓」制，並官職離開氏之聯繫後，才有天皇直轄之行政組織，又設立所謂班田制度，於是土地從來屬於氏者，茲則屬於天皇之最高所有權。於是貢獻始成爲普遍徵發之貢獻。

律令

而爲此政策所編纂之法典之律令，固此期最重要之立法也。如近江令（西曆六五五）大寶律令（西曆七〇一）養老律令（西曆七一八）者是。近江令殆全部佚散，尙不明其內容，大寶令亦僅於古傳記中引用之令義解者保留其逸文。然而養老律令大部分尙存，世人呼此律令爲大寶律令。

律令在日本立法史上自係重要，然而大部分均係以唐律爲軌範者，猶之現行之民，商，刑諸法典之以歐洲法典爲軌範者一樣，蓋繼受法也。誠然，當編纂時，自亦顧慮我國之習慣，而加以適當之變更者，然在大體上，自係模倣唐制者也。是項律令，曾於長期間爲我國刑事法，民事法之基礎。

律令法發展之方法
格式

此期律令法之發展，係成於三方面，第一，在格式之制定，所謂「格」者，乃改正律令而補充之者也，「式」者，施行細則也。格式中之有名者，當推嵯峨天皇弘仁十年（西曆八一九）之弘仁格式，清和天皇貞觀十年（西曆八六八）之貞觀格式，醍醐天皇延壽五年（西曆九二七）之延壽格式，前二者固已失傳，然於延

應例

審格式中，尤其延壽式，大概可得而知也。第二爲判例法，尤其檢非違使之「廳例」一爲有名。據傳貞觀後，有由使廳公務上所制定之左右檢非違使式，檢非違使私抄，廷尉式，檢非違使要覽，並類聚檢非違使之命令，勅令等書，然迄今尙不詳其內容，唯聞係由此改訂律令之規定者也。一說係由儒佛二教之影響，因而以廳例廢止死刑，以寬大爲懷者也。第三爲明法博士之鑑定書，卽所謂「勘文」一（勘狀，勘

勘文

錄）者是。而藤原通獻之法曹類林二百三十卷者，乃勘文之搜集也。明法博士乃官吏之一種，一方當律令之教授，他方關於裁判之實際問題，則貢獻其意見，然其學風，恰有似於波羅尼亞註釋學派之學風，以只在字句之穿鑿，尙未組成理論的學說者，尤其令義解撰定之後，令之解釋一固定，而其學風遂日益墮落。隨又編成一種教科書，參考書等，係爲一般人通曉律令格式之書，如崇神天皇之時，大判事明法博士坂上明兼所撰之法曹輯要（三卷）者是。而此種書迄鎌倉時代之後，愈出愈多，如裁判輯要，金王掌中抄，王條簡要抄，裁判要訣等是。

教科書

第三期

第三期，係起鎌倉幕府成立（西曆一一九二）迄德川幕府成立（西曆一六〇三）之時期。此期間可比之於歐洲中世。一方，則逐漸確立基於土地之領有而行使司法行政之國主，領主，城主等地方的分權之政治狀態，即封建制度已逐漸確立，他方，佛教寺院，不僅於精神的，社會的，經濟的有大力，且因其領有土地之故，至在政治上，法律上亦有重要性，同時，皇室之實權，經已完全失墜，只名義上為日本之最高支配者耳。是種狀況，恰與歐洲封建領主，教會之對立於羅馬皇帝者相同。

此期法律
對立之系
統

在此時代初期之法律中，相對立之系統有三。第一，直屬於朝廷之土地與人民，則受律令系的法律之適用。（公家法，朝廷法）第二，直屬於幕府之土地與人民，則受幕府制定之法典系法律之支配。（武家法）第三，在寺領之中，則採用由前期發達而來之莊園習慣法。（寺院法，地方法）

然據實質觀之，三者均係互相影響者也，而且習慣法被視為主要之法源，成文

法被視爲例外者，蓋由可以比於英國之習慣法與成文法之關係者故，所以三者於其現實法律生活之規律上，尙可視爲無大差者也。

在公家法，則以律令格式爲根本，唯於此時代，亦由所謂禁令，新令之名義，具有呼爲格之性質之詔書者，加以部分的改正。寺院法者，係由全院同人之合議，其所成立之誓書，公約等，則爲成文法的立法，故高野山文書，觀心寺文書，石清水文書等，洵爲寺院法之重要史料。武家法中之最重要者，乃貞永元年（西曆一二三二）爲執政北條泰時所制定之貞永法典也。貞永法典之制定，乃律令制定以來重要之法典編纂，故武家法不僅適用於鎌倉時代，且適用於足利時代。其在大體上，一方可將王朝逐漸發生之習慣法成爲成文法，同時於律令格式及寺院法上當亦有影響者也。貞永法典制定之後，改正之，補充之之單行法，迄室町時代，係以命令書，奉達狀，佈告，指揮狀等之名義而發布之者也。

在此期之後，尤其在應仁之亂以後，將軍之威令不行，元來被任命爲地方警備

官之各守護，則皆自稱國主，以其行政區域爲自領，而奪取寺院之所領，互相爭鬪，幾無已時。而在此等領內，所謂國法或家法者，竟係各地方所制定。如大內壁書，今川假名目錄，塵芥集，武田信玄家法，里見家法等者是也。蓋是等國法或家法，概係倣之於貞永法典並其他武家法者，故朝廷法，寺院法一消滅，幕府法遂亦不行。豐臣氏固統一天下，而施行中央政府之立法者，然而法律之大部分，均係託之於是等國法或家法者也。

第四期

第四期爲德川幕府之時代。（西曆一六〇三——一八六八）在此時期，德川幕府確立中央集權的封建制度，實施防止諸侯勢力增大之各種政策，設定複雜之階級制度，壓制言論出版之自由，且干涉到私人經濟之生活，一面藉鎖國主義，他方藉獎勵保守的朱氏學派之情形，而致力於其現狀之維持。然由其實質觀之，此時之政治組織，雖係封建的色彩，究係帶濃厚警察國家之色彩也。雖然，此種政治組織，畢竟以維持互三世紀治安之故，故亦曾敦促文藝、美術、經濟的諸設備之

發達，而於經濟學說上竟亦成就相當之理論。然而在其後期，卻因此平和的氛圍氣所釀成的國民生活之發展，與外國之交通，而此警察國家的「政體」自身，究亦不得不趨於衰亡之地。

此期前半之立法事業，主要的可視為德川幕府確立中央集權的封建制度的政策之表現。誠然，在各藩中亦有施行其家法者，然若除去如加賀之前田，薩摩之島津等大藩之外，而諸藩法在其內容上，亦逐漸與幕府法令無異焉。至如「寺法」「宗法」等之寺院法，村落之自治的「村約」，「屠戶等之一屠戶法」，「丐頭等之一丐頭法」等，寧可視之為例外，大概此期之法律，係帶有中央集權之特色也。

德川時代之立法事業，始於德川家康制定關於諸侯規律之元和元年之武家諸禁令，並關於皇室，公卿之規律之公家禁令，隨後，才逐漸制定關於武士規律之諸禁令，關於寺院規律之各種寺院禁令，關於取締皇莊百姓之鄉村禁令，關於東京商人之規律之街市治安，喪服令等。且係以無數之佈告，通告，附箋，牌示等發布

武家禁令
公家禁令
武士禁令
寺院禁令
鄉村禁令
東京之治

安喪服令
訴訟規則
之定例書

之者也。

然而此時最大之立法事業，乃由將軍吉宗所制定之訴訟規則之定例書（西曆一七四二）是書成於上下二卷。上卷有八十一條，所蒐集者為德川時代最高裁判所之執務規則，司法警察，訴訟手續等之記錄與佈告也。下卷有三百條，係以從來之判例為基礎而編製之者，蓋大部分刑罰規定也。俗稱此下卷為則例書百條，迄明治初年曾有若干之訂正，乃刑事判決之基礎。則例書百條，其中載有一右趣旨為上所規定，奉行之外，不能有他見者也。一等語，蓋亦「民可使由之，不可使知之」政策之表現也。則例書百條關於刑罰之部分，因係不令民知之故，故犯罪之部分，通常是以佈告等方法布之於世者也。於是關於所犯何罪，應課以何種刑罰之事，幾成爲「公然之祕密」。

如上文所述之立法，概係公法，刑法之範圍，至於私法領域上，習慣法已屬主要之法源。此其所以不能法典化，因而只可稱爲是注重前例，是一種由判例法發達

判例法

而來之物。蒐集此種民事判決者，有所謂「裁許留」（元祿十五年至慶應四年之民事判例）與「別居留」（寶曆九年至慶應二年間之判例）者，然均爲大正十二年之震災所淹滅，其內容僅由抄本而知其一部分耳。又關於刑事判例，亦有所謂「判決例類集」者，亦因大震災而致消失。

中國法系
與日本法
系之關聯

由大化改新以來至明治維新期間所發達之日本法，或有謂爲中國法系之一部者，或又謂爲獨立之法系者，議論極不一致。誠然，日本法襲用中國者甚多，法律的用語與夫制度之骨幹，亦係中國法之影響。又如中國裁判以官僚的色彩太重之故，故不若希臘羅馬有「雄辯家」或「律師」之發達，因之日本在德川末期雖有所謂「訴訟師」者，亦未成爲公認之制度。又如裁判官在裁判上有廣大之自由裁量權，以及將民事爭議在裁判之上或裁判外試行和解的解決之傾向，皆因不明法律與道德之界限故，因之亦可視爲非向純法律科學之理論的發展者也。然而如果得能完成第二期以來通各時期所存在之法律行爲文書，以及裁判

慣例之批判的研究；同時中國法系之科學的研究，亦已完成時，庶可於此問題大放光明。是爲現在及將來之日本法制史家努力之中心者也。

第五期

第五期，起明治維新迄現在。此期，日本曾以可驚之速力承受歐美之法律。除國體，皇室，親族，相續等之部分外，幾全部皆由繼受法所改造。而且日本法律學之內容，亦正在西歐式意識形態之下開展中。是將以如何形式，與土著法及由中國傳來之繼受法相融和？以如何形式完成新製？乃將來之問題也。

第三款 西洋法系

第一 希臘法系

希臘民族

表現於歷史上之希臘民族，乃百有餘之獨立血族團體，或都市國家，並非業經統一，立於唯一支配者之下之國家也。各血族團體雖均有其酋長，而其裁判，卻非若埃及巴比倫之帶專治的或神政的色彩，乃由民衆會議之執行，而帶有甚強之民衆的色彩者，殆其特色也。希臘法系，起紀元前十三世紀，即始於荷馬時代，迄紀

元四世紀，即被羅馬法系吸收完淨之時。

記錄上希臘最古之血族團體，云棲於地中海中之克利地島，傳聞希臘最初之立法者米諾斯，曾於紀元前十七世紀君臨斯島。據希臘神話觀之，米諾斯係由主諾斯

神薛烏斯授之以法律者，然而米諾斯時代之法律的記錄，尙不曾發見。但希臘現存之最古法律，均係屬於克利地島者，是乃前五世紀哥地那之市法。哥地那之市法，大概發見於五十年前，係刻之於三十呎長方形之壁石上者也。其中第一節，是

關於奴隸之裁判方法，以下部分即第二十五節乃至三十九節，是關於財產相續之記錄。哥地那法發見之時，曾引起學界甚大之驚異。

紀元前七世紀，雅典有梭倫其人，蓋有名之立法家也。傳聞在梭倫時代，制定人民集會之法律，皆刻之於木板，銅板或石板上，保存於雅典衛城所謂「亞克羅波

里斯」之中。然而等記錄，已完全失傳。僅由對照「德謨斯特內斯」並其他雄辯家之演說，纔於雅典及其他都市國家之法律，間接知其大概耳。

法律行爲
的文書

又關於法律行爲的文書，所殘留者亦極少，實遠遜於埃及或美索不達米亞之殘留者也。唯關於不動產讓渡，不動產借貸，金錢借貸，水道包工契約等尙殘留少許，但徵之此等文書，可知希臘人之法律生活，亦有相當之發明也。

裁判
民衆的
色彩

希臘之裁判，在其豐於民衆的色彩之點，特別顯著。民衆裁判之萌芽，本已早見之於荷馬詩中，而於貝尼苦列斯（紀元前四五〇）並德謨特斯內斯（紀元前三五〇）之時代，雅典之裁判，更有最顯著之表現。

陪審裁判

雅典之裁判，以由人民集會之裁判，卽以一種陪審裁判爲特色也。

亞里斯特法蘭斯於其一雲之訪問者一中，載雲之訪問者指問雅典市之時，而答「是地不能認爲雅典，因該處不曾設立陪審裁判之故，」由此觀之，卽係暗示陪審裁判之於雅典生活上有如何之重要者也。雅典每年曾有六千餘陪審員名簿之編製，通常之場合，則於此名簿中籤選二百零一人，在特別之場合，則於此名簿中籤選千人，千五百人，乃至二千人之陪審員。於是無論法律問題，或事實問題，

均可決定於是項人民大集會之陪審。爲法律專家之陪審官，無有抑制陪審者，乃以投票之結果而判決之也。亞里斯多德於其「雅典憲法」之中，（第六十三章乃至第八十九章）關於陪審手續亦有詳細之記述，又其運用之狀況，由柏拉圖「伯羅達哥拉斯」中所表現蘇格拉底之審判，並諷刺家盧霞洛之對話劇——「二度之追訴」等，亦可間接知其大概也。至於此等裁判開庭之地點，概係有名者，如以刻雅迪南像聞名之費特亞，彼之象牙橫領事件之裁判，即在安哥拉市場；又如曾以貝尼苦列斯逞雄辯而聞名之布匿克斯山，以及使徒保羅向雅典人說教（使徒行傳第七章）之樞密院，皆曾經作裁判之場所，如「伯羅達哥拉斯」中所載「成功謝金事件」之裁判，即行之於樞密院者也。是等場所，一方可作政治的演說或立法之地，同時又可作裁判之地也。

關於此種民衆的陪審裁判，與其謂爲注重嚴格之法規，毋寧是注重案件之具體的正義者，因而由於此種陪審之理智與感情發爲「法廷之雄辯」頗爲發達。

在理論上，訴訟當事者本可自己辯論，而因「代筆」或代辯之職業已屆發達，故於訴訟擁擠之時，致法廷亦竟許代辯家輩出庭辯護。此時，代辯家等所占之地位，恰與現今之律師相當。而且由此等代辯家或代筆者所向法庭之演說或訴狀，直於希臘法上成爲最豐富之資料。希臘裁判之有名於後世，卻非一般「法律學者」或「裁判官」，乃作代辯者之「雄辯家」或「代筆者」也。其中如代筆者李夏士，代辯者德謨斯特內斯，洗貝尼德等之演說，殆後代法律家所常爲研究，嘆美者也。

希臘法系
之消滅

要之希臘人關於法律合理的基礎之問題，雖於後代有異常之貢獻，然關於成法之發達，只亦扮演極小之腳份耳。倘亦與希臘民衆的裁判方法有密切之關係乎。希臘人之藝術，文學，哲學（包含法律哲學）等，足爲萬世之師表。又希臘語傳播甚廣，且於長期間占有勢力，如果希臘之成法及成法學亦因之發達，則影響於後世者豈不甚大，無如希臘人之天才，不曾傾向於此方，所以希臘之法系，亦伴隨

亞力山大大帝國之滅亡而滅亡。

第二 羅馬法系

羅馬大帝
國之建設

羅馬移住者以其五世紀之征服，遂至支配全世界，而有羅馬大帝國之實現。且以其建立成法之天才的根性，故對於被征服之民族，均曾與以「巴克斯·羅馬那」之福祉。關於羅馬人在成法學之貢獻上，羅馬文化且已超越羅馬帝國之運命，而於人類法律生活上給予最強烈之影響。謝林格在其「羅馬法之精神」上，開首即云「羅馬已三次支配世界，三次統一民族。一次是由羅馬民族之武力，而達到國家統一；二次則在其沒落後，引起教會之統一；三次則為中世承受羅馬法之結果，致有法律之統一。」洵係一語破的之言，而膾炙於人口者也。

羅馬法之歷史，可由紀元前六世紀達於紀元八世紀，然而大別之，可以分爲三期。

第一期

第一期為共和政府時代。羅馬法之最初目標，當係所謂「十二表法」十二表

十二表法。法。自身雖不曾被保存，然由其他初期之遺物，吾人得於間接中知其內容。十二表法之主要者，乃「訴訟手續」之規定，是點可與摩西十誡單爲道德的規範之表明者相對照。

法律之記錄

羅馬人先以蠟板，蘆葦紙，羊皮等保存其記錄，隨後又於可垂永久之大理石，銅板等上，刻以重要之法律，乃使一般人得以周知之手段也。且聞記述此種法律者達三千銅板，均係保存於羅馬之特別建築中。惟是項銅板殆已全部佚失，只於羅馬帝國其他地方，發見一二殘存之記錄耳。例如「列克斯·幼尼亞·米希巴利斯」（紀元前四世紀）「列克斯·格尼迪維·幼尼耶」（紀元前四五）之斷簡等屬之。

法律行爲的記錄

又如法律行爲的記錄，舊者已全部佚失，故所存者，一在愷撒征服後數世紀間，發見於埃及蘆葦紙之中，係羅馬法以希臘語傳布於埃及者；一係從杜萊魯斯帝所征服之加爾巴夏地方發見，然均屬於後期甚久之物也。例如在大亞爾卑魯斯

所製之「不動產買賣證書」(紀元一五〇)在埃及所製之羅馬斯「遺言書」(紀元一八九)者屬之。

裁判

羅馬裁判，以「福爾馬」爲中心，此外呼爲「巴希利加」之建築物，或係特爲裁判所建者也。而是項羅馬「法廷」之遺物，今尙可見於曾立於羅馬支配下之各地。然如重要之政治犯，則行之於「福爾馬」或戶外。在共和政府之初期，須由人民大集會，始能直接施行裁判，以後遂至較小之集會，亦可施行裁判。甚至只由元老院，或特別陪審，或「普烈特」與其補助者所施行。然在共和政府時代，是等裁判機關，畢竟尙係一平民裁判所，所以裁判所仍係決定事實問題與法律問題者也。因之此期之雄辯家所扮演之重要腳份，亦與在希臘者相同，卽所謂「巴圖魯斯」者是也。雄辯家若係政治家而兼律師者，當時最被尊崇，如何亭休，紀開羅等，其最著者也。法律知識固屬重要，若尤能雄辯者，更係「巴圖魯斯」最重要之資格。在法律發達之初期，固亦有所謂法學者，然而畢竟不能超過日耳曼民族中

雄辯家

第二期

所謂「判決宣言者」之水準。

羅馬法第二期，始於帝政時代。第一期在民衆裁判的氛圍氣之下，成法學之不能充分發達，殆與在希臘者相似。然於此期之終，呼爲陪審之雄辯家，已逐漸失其裁判舞臺之地位，而專門的「裁判官」與「法學者」遂已逐漸占重要之地位。至帝政時代，陪審制已裁撤，裁判不論其爲民事或刑事，概只由稱爲「布律特」者執行。於是北自英吉利，南迄巴勒斯坦，均由羅馬之「布律特」依羅馬法而執行裁判。至於重要刑事事件，則由皇帝親自審理。而此期裁判之膾炙於人人者，乃紀元九〇年，在德彌天魯斯皇帝之前所行之哲學者亞保羅烏斯之刑事裁判，並紀元三三〇年在雅典之一詭辯派「裁判」，及在耶路撒冷之耶穌裁判者是。

在奧古斯都皇帝之下，裁判所必須依據公認法學者之意見書，此事於確立羅馬法理上至關重要。奧古斯都之此種政策，於法學發達上有很大之作用，是亦羅馬法與希臘法發展方向之差異之一大原因者也。

公認法學者

羅馬法學
之隆盛期

羅馬法學之隆盛期，乃紀元二三世紀。此期羅馬之法律的才能，已有無上之發達。裁判獨立於一般行政之外，非民衆的裁判，乃專門法律家之裁判，非宗教的裁判，乃純世俗的裁判。而且專門法學者，則於系統上整理法律的原理，同時竟發生以研究法律爲目的之法律學校，以後幾有日益增加之勢。此期在多數法律家中，尤其在裁判官上，幼魯斯至可記憶者也。渠曾統一從來各地各時爲普烈特所審理之訴訟，而編成一部訴訟手續規則，藉以統一之。在法學者，尤其巴標魯斯，烏壁魯斯二人，亦至可記憶者也。巴標魯斯關於查士丁尼之「古法摘要」中，或於五大法律家中，有意見相差之處，則據己之說；又如彼因不枉己之說以循人，至爲喀勒帝所殺，而成爲殉教的學者，以上數點，乃大可紀念者也。又如烏壁魯斯云：「正義云者，乃規定各人當然之權利之恆常不斷之意志也。」誠爲萬古不易之格言，殊堪紀念。又法律學教授如公迪魯斯其人者，亦難忘懷。彼研究辯護術殆二十年，彼所著之一「律師教育」，犀利之處，迄今猶爲律師輩所欣賞。又如關於系統的著

幼魯斯

巴標魯斯

烏壁魯斯

公迪魯斯

凱烏斯

述者尙有凱烏斯其人，彼所著之「法學指南」，距彼死後幾達三百年，依然用爲教科書，惟關於此事約十四世紀間無由知道，發見此事才百年耳。凱烏斯之「法學指南」，其具體的規則之一般化，分類，系統化等，於近代意義法律「學」的努力的點，至爲顯著。如彼所云「吾人所行使之權利，一切均關於人物，或訴訟」之分類也者，卽令不完全，要之，乃長期支配法律學之分類者也。彼於法律有邏輯的一體之整理，因而羅馬法對於近代法學才有特別之貢獻，在此點上，凱烏斯之名堪以永久不忘者也。

第三期

羅馬法之第三期，起紀元三世紀迄八世紀，卽後期帝政時代也。此期分爲羅馬帝國與東羅馬帝國，羅馬已二度受哥德人之包圍。於是北意大利之那文那，爲西羅馬帝國之中心地，至東羅馬帝國之唯一中心地，乃拜占庭。蓋希臘文化曾顯現於拜占庭者，所以拜占庭之法律家，係以希臘語運用羅馬法者也。東羅馬帝國終於紀元五五〇年，因查士丁尼而根據「學說彙集」，「法規集」，「法學指南」

等，遂至完成一部「法典全集。」是乃以德利波魯斯爲領袖，拜占庭法律家等十人努力之結晶也。然而意大利竟爲北方諸民族所攪亂，於是無論「加皮特」所藏之法律記錄，或古典的「福爾馬」與「巴希利加」均歸消滅。而爲羅馬法律傳統之結晶之法典全集，亦暫歸沉寂，於是羅馬法體系遂暫時消滅。

第三 日耳曼法系

日耳曼人種

在紀元四世紀所謂民族大遷徙之時，日耳曼人種已住於歐洲之東北部一帶。如日耳曼神話中所記載，彼輩蓋係好勇冒險，常從事於掠奪的征服者也。一因武力而取得者，爲吾人之權利，一從彼輩此種格言中，亦能想像其生活。北方之海賊威競庫斯，東方之陸賊哥德，以及昂格魯，薩克遜，佛蘭克等，自然均係崇尚武力之一團民族。彼輩蓋已充分具有爲感受南方文化者所稱爲「野蠻人」之素質者也。

第一期

歷史上所載日耳曼之裁判，係非僧侶的，雖然彼輩亦有法律秩序之神名「朶

裁判之民衆的特色

耳，「正義之神名「浮士德」者。實際此等神號，單是一個表徵，並非僧侶法或神法，而與在埃及、巴比倫、猶太、印度者一致。不僅此也，日耳曼之裁判，直與古代希臘羅馬相同，且係民衆的。誠然，關於血族團體之裁判，固係酋長所執行者，然而血族團體間之爭議，係以人民之集合之所謂「亞爾·亭克」行之者也。亞爾·亭克行於戶外之森林，附近有一所謂判決之小山，「判決宣言者」居之，於是相爭之當事者開始辯論，當「判決宣言者」宣布判決時，於是若干自由集會者，或以叫喚，或以劍擊盾等表白其贊否。然而，是種裁判，其主要之爭點係以訴訟手續爲中心者也。在英吉利海峽有一「愛爾·沃夫·曼」迄今，法律尙由長老裁判官（鐵木斯特）在「天烏爾德·熙爾」之上宣讀者也。再於一九二一年冰島重起獨立之時，丹麥王登「亨克維亞尼爾」法律之山，傳聞民衆曾吹喇叭以相迎，是亦足想起日耳曼森林之民衆的裁判者也。

法律者胸

當時之法律，是所謂胸法，即存於「判決宣言者」之胸中者也。古來有所謂「

法也

第二期

夫索克「之原始的記號，係銘於石柱與武器之上者，然而並非爲記錄法律之用。起四世紀迄八世紀，乃有民族之遷徙。於是日耳曼民族遂移住於現今之德意志，法蘭西，荷蘭，比利時，英吉利，蘇格蘭，西班牙，葡萄牙，意大利等處。彼輩日耳曼人與曾經羅馬化之革特人通婚姻，一方吸收羅馬之文化，同時則排除羅馬帝國之支配，而維持其法律傳統，而構成其政治的組織。至九世紀蘇理曼之時，西歐直可呼爲日耳曼人之天地者也。

屬人法

此時期之法律，爲「屬人的」，因爲此輩移住者，一方遵守其傳統的法律；同時竟又允許從來羅馬化之住民，暫時遵羅馬法而生活之故。又於此時，日耳曼人之習慣，才開始現之於文書，而查理克佛蘭克之「查理加法」，（六世紀）卽是項

查理加法

文書之最古者也。又如羅德爾之倫巴底法典，（六世紀之半）西班牙之一阜姆？幼德就姆」（七世紀之半）者，亦屬之。在其他日耳曼民族之間，是項法典亦於九世紀完成。唯在斯堪狄那維亞，迄十世紀尙未與基督教相接觸，故此一過程，竟

遲至十二世紀之古拉丁法典以後。

第三期
蘇理曼之
改革

至九世紀，日耳曼之世界，一時曾爲蘇理曼所統一。於是修正其治下各種族之法典，以無力之一「拍爾曼」代替民衆的人民集會。嗣又續遣使節於各地，使之檢閱裁判狀態。蓋此種情形，殊於英國陪審制度之起原有關係者也。

從屬人法
到屬地法

從九世紀至十五世紀之間，日耳曼諸種族已成土著，而從事農業之經營，於是屬人主義之法律，已覺不適，隨因封建制度之發達，遂不得不由屬人主義一變而爲屬地主義。

地方的法
典

蘇理曼帝國之瓦解，歐洲天地，幾爲數千封建領主之分立狀態所屏蔽，各領主竟各有其裁判權。而且各地方均各有其法律，法典亦成爲地方的法典。卽已出現法蘭西，荷蘭，德意志，英吉利等之各項法典規集。所有王領，公領，莊園，都市，村落等，各皆有其法規集，各社會階級，卽僧侶，貴族，農民，市民，商人，職工等，亦似各有其法規。此爲極端地方主義之支配時代，蓋除少數勅令外，幾無共通法律之可言也。

通俗的法
律書

唯於此時期，通俗的法律書流行尚廣，蓋可注意之事也。其中最有名者，乃「謝慈芬法庭」之裁判官聶布可所著之「薩克森塞比革爾」也。是項法律之「鑑」一至十三世紀時，以法語出版者，約三四種，以德語出版者，亦有三四種。此種書係以普及廣大地域之宗旨而編之者，故至以「民衆法律書」作普遍之流行。

裁判

當時之裁判爲民衆裁判，雖亦係領主與其代理者爲裁判所之主宰者，然而其中列席者，卻係平民裁判官。當時之裁判，已不決於自由人之集會，乃決之於其代表者之爲平民裁判官者也。英之「脫姆斯梅因」或「嗟拉斯」，德之「謝慈芬」，法之「耶休維安」等皆屬之。

法律行爲
的文書

此期法律行爲的文書，係由「拉丁」語寫成者，而瑞士聖高盧之僧院中，是項證書之被保存者尚多。

日耳曼法
之衰歇

日耳曼法在歐洲大陸，多爲羅馬法與迦崙法所抑制。然而日耳曼的法律傳統，因在英國有特別的發展，遂亦昇於世界的法系之上。因之，若要探究日耳曼法以

後之發展，則吾人之目光，不能不注於英國法系。

第四 海商法系

地中海與
海商法

地中海沿岸，伊古以來，即為海商之發祥地。如推羅，西頓等之腓尼基海岸都市，以及洛芝島等，皆與海商法歷史有不可分離之關係也。地中海海岸海商之唱霸者，先為腓尼基人，其次為希臘人，逐漸因商業之發達，而其中心地遂又移於歐洲之西北部。海商法因十七世紀國民主義之發達，至被吸收於國法之中，然在以前，海商法係以超國家的法律而繼續其獨立存在者也。昔曾有人向安多尼皇帝，關於被亂船事件請求判決時，皇帝答曰：「朕乃朕領土之最高支配者，然而海之支配者則屬於習慣，因而此事件可決之於洛芝人之海法。」由此段記錄觀之，即係表示此項法律體系之超國家性也。

腓尼基人

有史以前，腓尼基人之中，當亦有海商法之存在，然其記錄迄未發現。縱係紀元前四世紀極為繁榮之洛芝，而其海商法亦無何等之記錄存在。所知者，僅傳聞有

洛芝海法 洛芝之海上規則而已。唯以後數千年間，關於海商法，仍呼之爲洛芝法。

亞馬菲法 因商業之西遷，於紀元十一世紀，那不勒斯附近至有亞馬菲法典之通行。當時，

威尼士，比薩，琴諾亞等處，亦係商業繁榮之地，自宜各有其海商法，然而被尊爲共通海商法者，仍爲亞馬菲法典也。亞馬菲法典久經佚失，於一八三四年，始發見於古文書之內。

商業之中心地，更向西移，至遷之於巴塞洛。而巴塞洛之法典，呼爲「康梭拉士迭爾馬列」，乃創於十三世紀者也。是項法典於一四九四年才付印，而巴黎國立圖書館以及他處，尙有寫本保存。該法典有二十章，極爲詳細，而且此法典被譯爲各國文字，通行者殆達五世紀。

阿列崙法 同時，十三四世紀爲北方商業中心地之比斯開灣，卽以阿列崙島之名而呼爲

阿列崙法典者，係由英格蘭，蘇格蘭，侖巴底等北方航海家所使用之也。阿列崙在十四世紀之寫本，曾發見於記載英之蘇藏布東之舊習慣之一「沃克書」中。

威士畢法典

阿列崙法典通行於歐洲西北方者，達數世紀，然而其間又有以波羅地爲中心之漢薩同盟，該同盟幾乎支配西自漢堡，普列門，東達諾維科羅德之北部地方。於是漢薩同盟遂做阿列崙法而製成一部威士畢海法。

法典編纂之過程

然而，中心地雖已由洛芝移於亞馬菲，巴塞洛，阿列崙，威士畢等處，而是等法典在內容上，畢竟成爲一體系而完成其歷史的發展者也。而且是等法典，於若干場合，或亦具體的事件判決之結晶，故如阿列崙法之被呼爲「海之判決」，其內容當亦有具體的事件之決定觀者也。又如各海港中，由海運業者「基爾特」所立之特別裁判所情形，亦可明白。然因裁判記錄毫無殘留，故是等法典，究竟是否係判例法結晶之點，尙不明白。再如漢薩同盟，其有近代意義之創造的立法情形，亦毫無疑意。要之表現於是等法典中之海商法體系，係爲離開領土的國家，而以超國家的海運業者之習慣法的存在，由自治的機關而運用之者也。

海商法吸

十七世紀，特別是法律之國民化時代。一方由地方分權的法律移於中央集權

收於國法
之中

的法律之傾向；他方由於迦崙法並近代羅馬普通法逐漸被吸收於各國國法中之傾向，因而海商法亦被吸收於國法之中。

是種過程之萌芽，已見於十六世紀之丹麥，即爲腓烈特尼克二世之海法典（一五六一）入十七世紀，在瑞典則有格雷斯登九世之海法典（一六六六）在法國則有路易十四世之海事勅令（一六八一）在丹麥則有格雷斯登五世之法典（一六八三）蓋包含海商法者也。右述法國之海事勅令，係宰相科伯特作爲國法統一事業之一部而實現之者，故係最優者也。至入十八世紀，在荷蘭有羅德爾達姆海事勅令（一七二一）之制定，普魯士有海事勅令（一七二七）之制定，西班牙有畢魯伯勅令之制定（一七三七）威尼士有海商法典之制定（一七八六）英國從十七世紀至十九世紀之間，海事裁判權亦逐漸由地方裁判所移於國家之裁判所焉。迄十九世紀，海商法已於各國商法典之中獲得一地位。然在海商法被吸收爲國法之一部之過程中，因科學之進步，遂又引起海運業

海商法之

統一

之革命，致海運業成爲世界的。故如船舶所有者，保險業者，商人等由利害關係所結合之團體，均感各國法律相異之不便，於是發生海商法之國際的統一運動。一八九七年設於安德華埠之私人團體如國際海法會與國際法學會，即是建立世界的海商法體系之一個努力，遂至完成關於海難救濟，船舶所有者之責任，船貨憑單等法規之統一。如一八九〇年有名之「安德華埠規則」，又如一九二一年海牙會議上關於船貨憑單所採用之統一法規，蓋其顯著者也。此項統一法，不論依條約而成爲各國之法律與否，要之事實上有拘束海運業者之力也。舉例言之，蓋若拒絕接受業被採用基於海牙規則之船貨憑單，畢竟即係由海運業脫退者也。於是海商法在現代，又重行回復古來之超國家的色彩。

第五 迦崙法系

迦崙法之
勢力

羅馬之僧正，早已被認爲聖彼得羅之繼承者，至呼之爲「祭司長官」。自五世紀以來，遂不僅於基督教會之上，且於俗界諸侯之上，亦有優越的支配權。是種神

政的支配，從九世紀至十三世紀之間，已達於最高點，然已維持至十七世紀才趨衰歇。當時西北從冰島，格林蘭，東至塞爾維亞之廣大地域，均係生活於此神政之下者也。

古勒迪魯
斯法典

將數世紀積累而來之教皇命令，僧侶會議之決議等，編為一個有系統之物者，乃一一四〇年，有名之一「古勒迪魯斯法典」也。是書因在波羅尼亞大學作教授之用，僧侶古勒迪魯斯曾費最大之努力，始克完成。雖係一私人之編纂，然極為便利，因之迦崙法之體系，才告完成。是書因係擁護教皇之權力者，故極得教皇之好感，尤其教皇所依之為武器者，乃在對抗當時羅馬皇帝尤斯特魯斯之專於擁護法典全集。由是，迦崙法遂與羅馬法相並，而在新興諸大學之中，亦有迦崙法學者講授迦崙法。十四世紀初期，在波羅尼亞大學講授迦崙法之約翰·安得尼者，乃迦崙法最有名之學者也。彼之愛女名羅薇娜者，曾代彼講授寺院法，伊每值授課時，則以慕蒙其面，蓋不欲使學生因注意彼之美，而忽略其課程者也。此事迄今尚傳

約翰安得
尼

爲波羅尼亞大學之佳話。

一三三四年，教皇格雷苦尼九世命聶孟德編纂古勒迪魯斯法典以後所出之新命令，作爲公法典佈之於世，所謂「德克列大利亞」者是也。由是，凡未經採錄於「古勒迪魯斯法典」並「德克列大利亞」之中者，概廢止之，於是以私人編纂之「古勒迪魯斯法典」亦已獲得公共之認許。其次，在他連登會議之後，一五

八二年，由格雷苦尼十三世之命令，又以「古勒迪魯斯法典」並「德克列大利亞」以後之法令集爲基礎，而制定所謂「寺院法」，成爲迦崙法之一般的基礎。

在教皇權力隆盛之時，其權力曾達之於僧俗兩界，即國王在外觀上且亦隸屬於教皇者也。教皇之立法，直及於各個人之日常生活，其處罰權所行使之範圍，凡

下自農民，上至各國之君主皆屬之。英王約翰曾對「大憲章」署名者，而教皇殷諾森三世則嚴斥之，而宣布「大憲章」之無效，蓋其最顯著之例也。又如在教堂內所開之「異端裁判」，一直將歐洲之天地置之於恐怖狀態之下，如加萊之裁判，

大羅喀之裁判，蓋其顯著之例也。然而教會裁判所之大有貢獻於裁判及法律之發達，卻又不可漠視者也。即在當世之世俗裁判所，乃素樸的，非進步的，而且異常腐敗；反之教會裁判所，則比較純潔，比較有能，且係代表比較進步的傾向者。教會曾禁止決鬪裁判，且於刑事訴訟上，至為彈劾主義之基礎，在民事訴訟上，至為英國衡平法之訴訟手續之基礎。再如超越國境，高唱「基督教徒」之一觀念，是亦以「基督教徒法」頓成爲國際法成立之基礎者也。又如近代法律原則之一「法律的平等」思想，所云政府者，非君主之私有物，乃國民福利之寄託之近代立憲君主制之基礎觀念，亦有賴於迦崙法者也。又如不可因貧富而枉法之所謂「正義均等」之原理，亦曾明白表現於聖亞維士之美麗逸話中。

迦崙法之
衰歇

然入十四世紀以來，因政治的法律的國民主義之興起，於是教皇所及於俗界之權限，亦漸遭蠶食。如法國在路易十一世之下，英國在愛德華一世之下，國家的裁判權日益強大。尤其十六世紀如路德，諾克斯，嘉爾文等宗教改革家出現以來，

他連登會議

羅馬教會早已失其爲世界的政治的權力之地位。一五四五年，曾在的羅爾山中他連登開最後之世界的僧侶會議，集會者達三百人，集會期越十八年。蓋討論涉及迦崙法之全般立法者也，然於此會閉幕之後，以各國勃發「普羅的斯登」運動之結果，羅馬教會之世界的霸權，遂以衰歇，而各國之國法，竟有最高之拘束力。教會之世俗的裁判權，亦遭各國之否認。在法國，是由十四世紀以來之各種立法廢止之者，更由一七九〇年之革命會議，於是教會裁判所全遭廢止。在英國，是由亨利八世（一五三二——三四）之各種立法，廢止教會之裁判管轄者也。

至十九世紀中葉，迦崙法更有修正之必要。元來教皇於數世紀中所發布之命令，積累非常之多，其中如要分別何者當廢止，何者爲有效，殆要調閱數世紀之文書。不特此也，當調閱各種文書時，首先應注意者，教皇之世俗的管轄權，已經消失，風俗習慣亦已變遷。然而羅馬教會之宗教的努力，卻不因此而沮喪，仍欲超越歐洲之天地，而普及於全世界。於是一九〇四年，教皇佩亞士設一編纂委員會，命嘉

僧院法典

斯伯里爲委員長，集全世界僧侶之力，着手於法典編纂事業。畢竟十二年努力之後，即於一九一七年五月二十七日，由教皇伯尼迪克達公布僧院法典。此法典不僅係編纂之者，且係近代的意義之創造的立法，以明晰之拉丁文書成者也。然而該法典在實質上，要亦不過作教會內部之訓練，充信徒之道德律而已。

「欽利里」之宮殿，中世曾充民事裁判所，所謂「薩克那羅馬羅塔」之房宇；開僧正最高會議，所謂「加伯那塞士泰納」之建築物，今尙巍然峙立於羅馬市之中。惜乎！中世發於教皇廳之世俗的世界的權力，殆成烟雲。現今之羅馬教會，亦僅以其優美之神學，僅於其信徒上發揮宗教的道德的勢力，聊自遣興而已矣。

迦崙法之現狀

第六 革特法系

革特族

紀元前七世紀之時，革特諸族已占領歐洲西北部之廣大地域。（因爲當時，日耳曼諸族已居住於東北地域。）然於紀元五二年，自韋爾新，傑德利克斯在亞列甲被愷撒軍攻破以來，遂失其政治的獨立，更於紀元八世紀受日耳曼之征服，於

革特族之
古法
德內慈

是革特人已失其人種的個性。後由羅馬，日耳曼，革特等三種族之混同，而法蘭西國民，英吉利國民於是發生。然而此外之革特人，即居於威爾士，愛爾蘭，北部蘇格蘭及不列顛之地域者，仍與其他種族相孤立，而繼續其原始的牧羊生活。在羅馬征服前之革特法制，吾人可於愷撒之「高盧戰記」中窺知之。至於充任僧侶，魔術家，教育者，歷史家，詩人，法律家之職務，而分化於各專門「德內慈」之團體，自係幫助酋長有力之團體也。而為革特人集會場所之石砌廢跡，今尚殘存於英吉利及法蘭西，是種廢跡之最能被保存者，乃在英國索魯斯伯里附近之「史登亨地」。然而革特文化之中心地，卻在加魯奈克平原，該處亦有石砌之遺跡。所有「德內慈」之總會，每年均於加魯奈克之平原上舉行。

德內慈法律家之判決，均依宗教或魔術之威力執行。彼輩威力之於革特人，有無上之勢力。然在羅馬征服之後，裁判遂操於普列特之手，而德內慈法律家遂至絕跡。彼輩之法律的傳統，吾人所得知者，概係若干記憶之遺留，尚無記錄可憑，惟

威爾士與愛爾蘭兩處，似尚保存革特法傳統之記錄，因而吾人非注意於此方面不可。

愛爾蘭法

布尼風

至五世紀之半，愛爾蘭法係由口傳授者，即所謂「德內慈主義」之時代也。德內慈法律家，在愛爾蘭被稱爲「布尼風」，由布尼風裁判上，藉可憶及當時牧羊生活之若干裁判傳說。當紀元三世紀之半，有君臨於大萊之大王名科爾馬克馬加德者，實爲最初法律書且係一種刑法典所謂「列博爾·愛克爾」之著者也。然當科爾馬克王之時，愛爾蘭尚無文字，此書自係更經過若干世紀之後所寫成者也。

列博爾·愛克爾

大習慣

愛爾蘭人之有文字，蓋在與基督教接觸之後。四三〇年時，聞有布教者聖巴德立克至愛爾蘭，始諷勸國王奧利尼以文字形式記載習慣法。而後世所稱爲「巴德立克法典」，即「大習慣」之書，乃於首府突爾所編纂者也。是書之編纂，係由三酋長，三僧正，三布尼風之協力，然而最有力者，乃布尼風裁判官達布達之力也。

是書之文字，係純革特之文字。

從六世紀至九世紀之間，愛爾蘭殆全部基督教化，亦因當時爲民族大遷徙大混亂之時，故愛爾蘭至爲宗教及文藝之中心地。於是此期，革特之法律的傳統從來以口傳授者，今則以文字記載，至有若干法律書出現。然而當時所記載者，並非「大習慣」，「列博爾·愛克爾」及其他法律書，法典等等，寧可視爲學生之教科書也。是等書籍之讀法，因係布尼風之奧祕，故翻譯此書之事業，至成爲英國政府之事業，畢竟以其譯讀困難之故，竟以五十年之長日月，始完成由數百枚羊皮寫成之法律書之翻譯。

威爾士法
哈威爾法
典

威爾士最初之法律書，約在十世紀，所謂威爾士王「哈威爾·札·古德」之法典者是也。是以酋長，僧正，法律家之集會所編纂之習慣，被保存者尙有三原本，然而其中最珍重者，乃稱爲「里維耳·迭克」一本，卽書風典雅之本，該法典中載有如斯之字句，卽「法律以三事約束萬人：作正直生活之事，勿施煩累或危害於他人之

事；規定各人所有物之事。」在「法典」復活之前，竟有此項字句發見於此種法典之中，誠屬可驚之事，諒亦後代寫本所附加者也。

爲革特法之二支系之愛爾蘭及威爾士之法，已逐漸衰退，迄十六七世紀時，殆已絕跡。

威爾士法
之消滅

在諾曼征服後二世紀之間，威爾士人則據西海岸之山，以對抗英吉利之侵略。至一二一五年制定大憲章時，威爾士英主羅琳大王，曾與英吉利之豪族共同對抗約翰王，而其代價，則於大憲章上設一第五十六章之規定，即關於威爾士土地之爭執，須依威爾士法判決之。於是威爾士法得以暫時保存。然由一二八四年，愛德華一世之拉德蘭條例，威爾士遂屬於英國國王，威爾士之政治的獨立，於是永久失墜。雖在拉德蘭條例開首載有，威爾士法可使之仍舊存在，而威爾士法亦似可保存其一部者，然依一五三五年亨利八世之法律，乃係掃除威爾士之習慣，唯英國之法令習慣是從者，因而保持殘喘之威爾士法，遂遭滅絕之運命。

愛爾蘭法
之消滅

英吉利法之輸入於愛爾蘭，蓋在亨利二世及約翰王之時，然亦不過通行於英國官吏之駐在地——愛爾蘭東海岸之貝婁地方而已。至亨利八世及依里薩伯女王之時，關於愛爾蘭之征服固係着着猛晉者，然而愛爾蘭法至少在名義上尙能通行。然於一六一三年，詹姆士一世招集愛爾蘭議會之時，遂由此議會宣言廢止布尼風法。至在都伯林建立英國法院之後，英吉利法於是通行。

愛爾蘭人固守其過去之政治的法律的傳統，其力甚強，其時甚久。一八四三年，沃康列爾亦曾計及愛爾蘭之獨立，然而終爲失敗。唯於最近，「愛爾蘭自治國」已經成功，且已於一九二四年設一高等法院。於是革特式之法律語又經復活。然而此法院所適用之法律實質，已非古代布尼風法，乃英吉利法也。

第七 斯拉夫法系

斯拉夫族

斯拉夫族之發祥地，似在加里夏之沼地。然其一部移住於西，而爲波希米亞之支族；一部移住於北，而爲波蘭之支族；一部移住於南，而爲塞爾維之支族；一部移

住於東，而屬俄羅斯之支族。彼輩所居之領域，殆占歐洲三分之二。構成斯拉夫族之十二乃至十五斯拉夫支族之大部分，多與自北自西或自南而來之他種族相混同。斯拉夫族概具有優良的內省的天賦之根性，曾發生若干偉大之思想家，藝術家，音樂家。然而彼輩之非現實性，遂常使彼輩對於理想作不斷之爭鬪。要之彼輩之缺乏政治的妥協性，足可與昂格魯薩克遜人種爲明顯之對照。於是由此種性質所發生之政治的紛爭，外敵之侵入，與比較進步之法制作不斷之接觸等等，遂使純斯拉夫式之法律體系無由成立。

波希米亞

移住於波希米亞之斯拉夫族之古法律，無有殘存者，唯於布拉克之捷克族所傳婦人裁判官李布沙關於遺產事件之裁判傳說中，可窺斯拉夫式之風格耳。波希米亞受日耳曼人之侵入甚早，波希米亞之主要都市，亦似成於日耳曼之移民。彼日耳曼人從事商業者甚多，故此等半日耳曼的都市之多少法律，至成爲商法之一淵源。其中所謂布立雍法律書（一二四三）者，乃中世最有名之法律書，迄

布立雍法

律書

烈殼烈門
德諾魯姆

今尙保存於布立雍。然而裁判所之判決錄雖有多少保存，而其內容至爲貧弱。十四世紀流行於苦覺羅那地方，以拉丁文寫成之「烈殼烈門德諾魯姆法」，乃聘自意大利，而成於羅馬法學者之手，其中明明可以看出係受羅馬法復活之影響者也。同時，德意志皇帝，波希米亞王加羅一世，曾發布「邁斯達斯加羅尼那」(一三四六)蓋欲以統一法律者，然遇貴族等之反對，至一三五五年，遂不得不宣告無效。以後三世紀間，波希米亞遂陷於加特尼教與普羅的斯坦之宗教的爭鬪，並日耳曼與斯拉夫之人種的爭鬪之混亂狀態中。至一六二一年遂失其獨立，至奧布斯堡王朝之下，捷克之法制遂逐漸德意志化。世界大戰之結果，捷克斯拉夫則成爲獨立國，亦似可改造其法典者，然其法制，早已非斯拉夫式之法制也。

捷克法之
德國化

波蘭

波蘭受日耳曼人之侵入亦早，故日耳曼法之影響甚大。而此輩日耳曼系之商人等，不僅於該都市有商事裁判所，且其上訴，尙須提控於以薩克森商法爲中心地之馬格第堡。一三四七年加希密爾大王，曾制定「威希利加憲章」而圖國家

威希利加
憲章

之統一，然而「威希利加憲章」雖可稱爲波蘭之國民法，寧亦立於羅馬法影響之下者也。尤其當時之法律及裁判記錄，顯係用拉丁文記載者。未幾，一波蘭之貴

紐斯察哇
憲法

族反抗國王，遂於一四五四年，使國王加希密爾四世又制定「紐斯察哇憲法」。

尼貝魯姆
維業德

紐斯察哇憲法亦可呼爲波蘭之「大憲章」，然而實際乃由貴族團體所輸入之寡頭政治。於是彼輩貴族則降其農民爲農奴，使之立於國民之外，則獲得在領主裁判所行使裁判之特權。一五〇五年，在勒登議會上，因曾採用議會之行動必須全會一致之所謂「尼貝魯姆維業德」之規則，於是新法律之制定，即陷於不能，

科納耳斯
基

同時，政治法律亦無由進步。至十八世紀，曾誕生有名之法律家數人，尤其如史達尼斯羅·科納耳斯基者，曾以一人調和波蘭一切繁雜之法律，而使之法典化者也。然以政治的紛爭之結果，波蘭竟爲列國所分割。一八〇八年，波蘭在拿坡崙支配之下時，曾施行拿坡崙法典。拿坡崙法典在拿坡崙慘敗之後，在俄領波蘭時，仍然通行。世界大戰之結果，波蘭人亦曾試行改革其法制，然亦不能超於羅馬法式之

拿坡崙法
之施行

外。

巴爾幹

紀元六世紀時，移住於南方巴爾幹之斯拉夫族，以其擁擠於深山幽谷之地理的環境之關係，於是塞爾維亞人，保加利亞人，克羅雅德人，門的尼格羅人等，常常從事於人種的部落的爭鬪。南方保加利亞則有牧羊者居之，然因韃靼人之侵入甚早，至支配階級亦為混血之韃靼人。西方達爾馬西亞之海岸地方，大概係純斯拉夫種，然因東與希臘帝國接觸之關係，自受希臘式羅馬法之影響；西則接受十二世紀以來在波羅尼亞，那文那之意大利羅馬法復興之影響。因之雖係此一地域，亦無有使斯拉夫式法律體系發達之機會。

斯巴刺達
法典

達爾馬西亞之斯巴刺達公領地之斯巴刺達法典（一三一—二）乃由意大利羅馬法之影響，而以拉丁文書成者也。其他地方，則又立於拜占庭文化影響之下。韋業爾伯尼公領地（阜姆海洋中之韋業尼亞島）之韋業爾伯尼克法典（一三八—八）由古刺科尼特語寫成，塞爾維亞之斯迪芬篤中央法典，乃由希尼尼克語

韋業爾伯
尼克法典

寫成者也。尤其後者可斷為受羅馬與希臘式法律之影響，其寫本尚保存於波希米亞之布刺哇國立博物館中。十五世紀時，巴爾幹半島為土耳其帝國之一部，當然在回教法影響之下，至使波士尼亞之薩萊磨成為回教法研究之中心地。十九世紀，巴爾幹受奧國之支配，於是又立於羅馬法影響之下。一八四四年，塞爾維亞離土耳其而獨立之後，所採用之民法法典，係取範於奧國之民法者也。世界大戰之結果，隨奧匈之解體而出現之由哥斯拉夫（塞爾維，克羅雅德，斯拉夫王國）之法律，亦早已非斯拉夫式之法律矣。

俄羅斯

俄國之斯拉夫族，早已獲得政治的統一與獨立。然而俄國亦不曾發達純斯拉夫式之法律體系，蓋亦日耳曼，斯拉夫，希臘，羅馬式法律之混合體系也。

俄國之斯拉夫族，亦曾於紀元前九世紀，遭逢來自斯堪的拉維亞之日耳曼人之侵入。彼輩侵入者專營商業，主要是販賣奴隸，故俄國最初之法律文書，即為畿輔王與烈古之通商條約。十一世紀，烏拉地密爾公遵奉拜占庭式之

畿輔王與
烈古之通
商條約

亞羅斯拉夫法典

基督教，故於此時，至以希臘文字來寫斯拉夫文。而所謂「亞羅斯拉夫法典」(一二〇〇年)乃希臘教之僧侶爲「教會裁判所」所編成者，該法典一方則以羅馬希臘之法律書爲藍本，一方則成於日耳曼，斯拉夫，羅馬，希臘之各種要素，固極簡陋之法典也。

十五世紀，遂統一從來畿輔，諾維科羅特，莫斯科處等之分立，且驅逐韃靼人，而建立以莫斯科爲中心之中央集權的封建制度。而茲事之成功者，乃伊凡三世大王也。彼與最後之希臘王女結婚，而使俄國爲希臘帝國之繼承者。彼建立有名之克里姆林宮殿，以之作行政司法之中心。至伊凡四世，則被呼爲「沙」之尊號。(一五五〇)伊凡四世之苛政暴行，史家記載極詳，至遺下後來俄國式專制政治之典型。伊凡四世雖亦製有法典，(一五五〇)然以如斯之專制政治，自難促進法制之發達。所以十五、六世紀俄國之裁判方法，乃極簡陋者也。

伊凡四世之法典

十七、八世紀之俄國，爲專制的官僚主義之時代。而爲如斯制度之貢獻者，乃亞

力希士皇帝也。亞力希士由其賢宰相萊覺今之助，至使常在樞密開最高法院之「篤馬」與國民集會之一「哲姆斯基·索博爾」均成爲贅物，而將立法、行政、司法通集中於「沙」之手。萊覺今編成一部稱爲「亞力希士法規」之簡單法規，是法典成功於羅馬法、迦崙法影響之下，成爲爾後二百年間法制之基礎。十八世紀之初，彼得大帝曾爲整理繁瑣之勅令及地方的法律，覺有編纂法典之必要，雖曾幾度設立立法委員會，迄不能得輿論之維持，故至一八三五年，尙無何等效果。

然自英主尼古拉一世卽位以來，得宰相米開爾·斯伯蘭斯基之有力襄助，法院於是完成。一八二六年，尼古拉帝任斯伯蘭斯基爲立法委員，組織立法委員會，該委員會費四年間之光陰，搜集一六四九年以年「亞力希士法規」三萬一千條之法律，再配之以年代，而分爲四十八卷出版。再六年之後，又依據上項資料而完成「法律集」十六卷，遂於一八三五年一月一日施行。此後則每十年出一新版，而加入十年來之法制。

亞力山大
一世之改
革

亞力山大一世，在上述基礎上，試行法律之內容的改造。即於一八六一年解放農奴，一八六四年改革裁判制度，使之成爲近代的規模。亞力山大帝且猶企圖實體法之改造，故於一九〇三年，則制定刑法典，一九〇七年，則將新民法法典提交於『篤馬』，於是俄國之司法，遂已逐漸帶上西歐的色彩矣。

俄國革命

一九一七年，俄國新式革命成功，則制定共產主義的蘇維埃聯邦憲法，廢止從來一切法規，隨後又以施行新經濟政策之故，除制定民法法典之外，又制定各種法律。然其準共產主義的法律體系，仍以羅馬式之法術技術表現，殊非斯拉夫式之法律思想也。

第八 近代羅馬法系

近代羅馬
法之三期

近代羅馬法之歷史，可以分爲三期，第一期爲羅馬法復興時代；第二期爲羅馬法適應時代；第三期爲各國法典化及其法域擴張之時代。

第一期

羅馬帝國約於五世紀間滅亡，因而尤斯特魯斯之法典亦被遺忘。然於十二世

註釋學派

紀，又以波羅尼亞爲中心，重行研究尤斯特魯斯之法典，其中心人物則爲伊尼魯斯。在當時之北意大利，一切學問都呈復興之象，然其重心尤集中於法律學，而其法律學且係集中於「法典」之條文者也。爲伊尼魯斯所創立之法律學派，都稱之爲註釋學派，而其方法恰與漢學家研究四書五經者相同，不僅此也，且與近代哲學者研究康德之原本一樣，就原文本身而研究原文之意義。於是法典之條文上，遂由此輩學者附上若干之旁註。於是所書於羊皮上且附有旁註之「法典」條文，幾散遍於歐洲各地。迨十五世紀末葉，印刷術發明以來，法典亦以旁註式之形式付印，一四八四年，在紐崙堡所印刷之版，卽該形式者也。

第二期

第二期係羅馬法適應於具有日耳曼的封建的習慣之日常生活時代。在第一期，法典之研究乃純粹科學的，而於此時期，遂至帶有應用科學之色彩。代表此種傾向之學派，則呼爲後期註釋派，或解釋學派。屬於此學派之學者，不僅在法律學校充教授，且由於作法律上之鑑定，至與實際問題相關連。彼等應訴訟當事者之

巴圖魯斯

請求，而出席法庭，其意見則用爲裁判所之判決理由。莎士比亞之一威尼士商人「中之一鮑夏」之地位，卽傳遞此中之消息者也。因而彼等關於條文之解釋，皆是傾全力於實際問題之適應。而代表此學派最有名之學者，爲巴圖魯斯（一三五〇）究竟渠之表現若何，由其將法律學校課目分爲本文，旁註，及巴圖魯斯三項，自可明白。

羅馬法與
裁判所

由巴圖魯斯及其他學者之努力，至於使復活之羅馬法與裁判所之裁判保持聯繫。如法意裁判所之宏大建築，至以「正義之宮殿」之名稱呼之者，卽適合於此新興之氣運也。雖在現時，所殘存者如「巴篤牙」之法庭（一四二〇）「雷菴」之法庭（一四〇〇）以及巴黎「巴萊特糾斯退斯」（十四世紀以來，單作法庭用）等等，皆上述傾向之藝術的表徵也。

羅馬法研究之中心地，從伊尼魯斯以來，在意大利者約三百年。而在此期間來自歐洲各地之數千學生，畢業後自以其智識傳播於其故鄉，同時，意大利法學者

羅馬法研
究中心地
之移動

則以教師之資格而受聘於西北歐洲，於是羅馬法之智識普及，而法律學校亦普遍發達於西班牙，法蘭西，德意志，荷蘭各處。所以羅馬法研究之霸權，十六世紀在法國，十八世紀在荷蘭，至十九世紀則已移向德國矣。

法蘭西

法國羅馬法研究之中心人物，爲古牙糾斯（一五二二——一五九〇）與杜雷爾斯（一五二七——一五九一）二人。註釋學派學風之結果，解釋極不一致，至使學者只能理解羅馬法之一小部分。於是當煩瑣哲學之末日，感哲學的活動與法學教育之必要之一般人道主義者，遂努力疾呼道：「回到原本去。」其中，尤其如杜雷爾斯者，直欲據一切原文重行建立系統者也。後期註釋學派只有關於各部間之系統化，而此輩乃欲全部試行系統化者也。所以杜雷爾斯於展開羅馬法「體系」之點，自有其特色。如是，法國學風對於意大利學風，於羅馬法研究上可云已開新方面。

法國學風

荷蘭

入十八世紀，霸權已移向荷蘭。於是盧德，休爾丁，韋業德等一般羅馬法學者續

荷蘭學風

出，至使荷蘭學風代替法國學風而風靡一時，且有來自蘇格蘭之學生，而留學於雷亨者，是亦促進異於英國法系之蘇格蘭法系之發達者也。

德意志

入十九世紀，霸權更移於德意志。原來德意志自十三世紀以來，亦有許多學者就學於意大利或法蘭西，此輩學者歸國之後，或爲官吏，或設立法律學校，（海德大學之設立法學部，在一四九七年）已而此輩學者又彼任命爲裁判官。羅馬皇帝亦曾以政治的理由，獎勵羅馬法之研究，如於一四九五年設立之一「神聖羅馬帝國裁判所」，其中裁判官之一半雖屬各地之君侯，而另一半則屬羅馬法學者。然在德意志，則與意大利法蘭西不同，因日耳曼的法律傳統尙強，即該地尙存有從來「謝慈芬法庭」之故。在日耳曼傳統與羅馬法之爭鬪中，畢竟羅馬法以其優良技術之故，已在德意志立於優勝地位，而在德意志大學通羅馬法之法學部教授，且爲法庭徵求其意見，其意見至有法之效力。唯以此種爭鬪之故，彼輩握羅馬法學之霸權，遂至終十九世紀至其中心人物，則爲薩威尼，（一七六九——二

八六一)文德夏(一八一七——一八九二)葉林格(一八一八——一八九三)等三人。

英國未成
為中心地

英吉利未有成為羅馬法研究中心之機會。十二世紀之半，傳聞波羅尼亞大學之惟加利烏斯，曾渡英國而講學於牛津大學。似乎波羅尼亞之法學書籍，當必廣佈於英國，又如十三世紀，布拉克登所著之「英吉利之法律及習慣」中，似亦關於波羅尼亞之「亞佐」一書，受有強烈之影響。然而英國以其固有法律養成所之機關素行發達之故，故英國之裁判所特別發展日耳曼的法律，而走入另一方向，因之羅馬法在大學之研究亦以不振。於是日耳曼的法律傳統，在英國獨能抵抗羅馬的法律的傳統之征服，至有確立唯一近代「日耳曼法體系」之榮譽。

羅馬法成
為普通法

復活之「法典」適應於社會情形，散布於各地，至在歐洲大陸成為一般法或普通法。然於裁判實際上，此普通法僅為第二次的法源，因各地尚有日耳曼的色彩之地方，且係適用在先之故。此普通法原非「國家的法」，故在第三期，則從

第三期

歐洲各國日耳曼的法律傳統與羅馬的法律傳統上，發生統一普通法之一國家法一之運動，如十九世之法典編纂運動者是。

法典編纂

普魯士之
土地法
典
拿坡崙法

法典編纂運動，先為弗列特立大王所創行。制之於一七八〇年，從一七九四年迄一九〇〇年行於普魯士之「普魯衣傑斯土地法」是者也。然而法典編纂運動之最顯著者，自不能不推「拿坡崙法典」。

法國之編纂法典，蓋以涉及三世紀之準備的勞作為背景者也。十六世紀，杜母南曾欲對法國全國作成單一之法典，然而尚非其時。十七世紀，科白特為路易十四世之宰相，曾努力於此方面，而民事訴訟法，刑事訴訟法，商法，海商法，殖民地法等悉已法典化，所缺者唯民法耳。十八世紀，為奧里岸之一教授，且具有五十年法官之經驗之波迪耶爾者，曾發表其搜集民法全部之書三十六卷，蓋已表示法國民法有統一的規律之可能性者也。所欠缺者，只一政治的統一的立法手段而已。於是此一事業，至拿坡崙時，即被完成。當時，不僅係理論家波特尼與實行家杜輪

血等之努力，且由法國全部法官律師之盡力，若干專門家委員會之會議，報告書之提出，議會討論之後，拿坡崙法典始行完成。一九〇四年，民法法典竣事，其次，刑法，商法，民刑訴訟法等亦已次第完成。然而拿坡崙法典之完成，殆於世界均有影響，所以當拿坡崙禁錮於聖赫勒島之時，曾云「予有四十回戰爭之勝利，皆非予之光榮，因自滑鐵盧敗北以來，若干戰勝之記憶，概行抵消之故。然而尚有毫無磨滅，且係永久生存者，乃予之民法典也。」此一感想中自含有若干之真理。

其他各國
法典之編纂

其他，民法之法典化，在奧國則於一八一一年，在荷蘭則於一八三八年，在意大利則於一八八八年，在德國則於一九〇〇年，在瑞士則於一九〇八——一二年。以上，入於法典化之近代羅馬法，或以其學術的優越性，或以其政治的理由，在歐洲大陸諸國無論已，其影響且及於南美諸邦，並日本，中國，土耳其，暹羅等國。又如立於英美統治之下，介乎英吉利法系之中，如蘇格蘭，格別古，內加拿，南非等，亦立於近代羅馬法系統之下。總之羅馬法與回教法系，英吉利法系相對，而成爲現

代世界之三大法系者也。

第九 近代日耳曼法系（英國法系）

諾曼征服
前之英吉利

伊塞耳巴
特法典

愛茵斯法
典

亞爾弗列
特法典

加留特法
典

諾曼征服
後

諾曼征服，英國以來，關於日耳曼法系之發達至為重要。在諾曼征服前之英吉利，已受革特人，羅馬人，丹麥人，薩克遜人等之侵入。而其法律狀況與裁判狀況，亦與同期歐陸日耳曼種族之設施相照應。英吉利最初日耳曼式之法典，為坎第印古斯王伊塞耳巴特之法典（六〇〇年）是與大陸所定之「查尼加法」為相同之過程。惟是等法律，在大陸者係拉丁文，反之在英國，則為日常使用之國語，此其特色也。以後隨又有威士特薩克遜王愛茵斯（六八八——七二六）之法典，亞爾弗列特大王（八七一——九〇一）之法典，以及比較完全之加留特（一〇一七——一三五）之法典。

然於諾曼征服後，即從十二世紀至十四世紀時，英吉利比之大陸，法律早經統一，竟能克服大陸走入極端地方主義之傾向，洵於日耳曼法之歷史為一重要之

事實。

此固一方以英吉利爲島國之故得從大陸孤立，因之其習慣亦易於統一，然而他方，大部分固可視爲威廉一世與其繼承者政策之結果也。

威廉一世曾努力使其所征服之英吉利，不行大陸之分權的封建制，而行有力之集權的封建制。而爲此努力之一表徵者，卽「風土記」也。是爲威廉從課稅之

必要上，所製新領土之國勢調查，而在大陸，從未有類於此項之企圖。而且威廉一世所持之論據，卽英吉利之土地，無論直接或間接，一切須受之於國王始能保有者也，自係集權的封建制思想之表現。

威廉一世之後繼者亨利二世並愛德華一世，皆遵此政策，由國家的立法，而防止地方的裁判權之地方化。而表徵此裁判之統一化者，乃倫敦「威士特敏士特大廳」也。威士特敏士特大廳，一一九九年，爲威廉路法斯所建立，自一三〇〇年以來，六世紀曾有爲中央裁判所之用。又如由巡回裁判制度之確立，而使「國王

法學院

之裁判」普及於全國，是亦助長法律之統一者也。

關於英國之由國家的判例法而構成「習慣法」之舉，「法學院」之發達，誠爲一大要因。法學院始於十四世紀，蓋法律家等之「基爾特」也。現在所存者，僅「林康斯印」、「古列斯印」、「印那天布爾」、「密脫爾天布爾」四個爲其總稱，然在隆盛時代，此種團體曾達十四以上。「法學院」即中世式之法律學校。而其講義與擬律，均有實際的特色，因有裁判上實際經驗之故。屬於此基爾特之法律先達，則呼爲「塞獎特亞特羅」，且許冠以「白帽」。所以裁判官必需選任於「老白帽」之中，又且當成爲「塞獎特亞特羅」之時，必以授講義於學生爲要件。要之保持法學教育，律師，裁判官間密切之關係之法律家基爾特者，於習慣法之發達上，頗有力者也。

法學教育
律師裁判
官之聯絡

年報

自十三世紀終葉以來，所出判例集之「年報」，至可注意。「年報」初係發行抄本，於十五世紀之末，始行印刷。而如一二七〇年至一五三〇年三世之判例

集，雖於現今法律家，亦爲貴重之法源。

布拉克登
之著書

又如布拉克登於十三世紀，即已公布「英吉利法律及習慣」一書，是爲英國法之最初「教本」。布拉克登曾爲長期之法官，渠曾讀過於一世紀前甦生之「法典」，故能採用羅馬法的用語與羅馬法的概念，然其實質，仍係英吉利裁判慣行之記述也。布拉克登之書，至爲通行，乃英國裁判官用以統一英國習慣法之有力資料也。

抵抗羅馬
法侵入之
理由

所以，由十二世紀迄十四世紀逐漸確立之「習慣法」，在十五世紀與十七世紀之間，頗能抵抗羅馬法之侵入。

然則自十三世紀以來，得能支配西歐日耳曼的法律傳統之羅馬法者，何以不能支配英吉利。是由於兩大要因，第一，爲英吉利人之島國根性乃至愛國心；第二，乃堅強且組織化之法學院之傳統也。

十五世紀，十六世紀之歐洲大陸，羅馬法所以強有力者，蓋有一政治的要因，即

查理斯五世從羅馬教皇獲得世界的管轄權者是也。然在英國，一方如亨利八世則對抗教皇，而主張獨立，同時英國人之愛國心在法律方面，則由固執其「習慣法」而爲愛國之表現，而最能表現此傾向者，即浮特斯鳩之「英國法頌揚論」。

浮特斯鳩

是書發表於一四八二年，其中曾指摘大陸法之劣點，而頌揚英國法之優點。至十六世紀，愛德華·郭克反對羅馬法的傾向更強，而堅持英國之法律傳說。如渠竟以極陳腐之李特爾登之「特尼亞」論，推爲世界「最完全之著作」，蓋卽此消息之透露者也。

郭克

習慣法之傳統

然而尙有更强之要因，則爲以「法學院」爲中心之「習慣法」之傳統也。在大陸日耳曼法之領域，日耳曼法未嘗組織化，技術化之法官亦寥如晨星。未有教授日耳曼法之學校，且又無曾經統一之日耳曼普通法。所以不能抵抗來自法蘭西，意大利之博士，蓋因彼輩經已學習技術上組織化之羅馬法故。反之在英國，則英吉利法早已統一，且係技術上有組織之法也。如以法學院爲中心之法律家團

體，其中份子無論何人，在政治上與社會上，均係有力支配階級之子弟也。故以一法學院，而對於羅馬法之侵入至成爲一個要塞，至將「日耳曼法的傳統」一肩承當。

英吉利法
系法域擴
張之理由

於是不曾爲羅馬法所支配，且由其個性發達而來之英吉利法，遂有在世界上擴張其法域之運命。此亦有二種要因，第一，係英吉利法自身之合理化，近代化；第二，即英之世界的殖民。

英吉利法
之合理化

衡平法理

商習慣之
吸收

倫英吉利法僅係李特爾登之「特尼亞」論之原始日耳曼的法律，當亦不能。在世界上擴張其法域。然而英吉利法卻因「衡平法裁判所」之嚴格性之緩和，與商習慣法之吸收等，一方不失日耳曼的特性，同時且能使其自身合理化，近代化。關於此過程上可記憶之法律家，則爲愛德華·郭克，佛蘭西斯·培根，約翰·塞耳汀，威廉·馬萊，滿斯費爾德，威廉·布拉克斯登等等。

殖民

英吉利人自十五世紀以來，已殖民於世界各處。因之英吉利法遂流行於各殖

民地。現今除少數之例外，其法域內已奄有英大帝國之各部並北美合衆國，猗歟盛哉。

第六節 成法進化之原理

成法之流
轉性

成法縱然在社會生活上占獨特之領域，要之成法決非維持不變不動之狀態者，彼固不斷變化，發展者也。換言之，成法之生命乃具有不斷之流轉相者，故成法雖通行於一定期間，轉瞬則當爲與之相異之成法所代替。吾人若將成法世界作歷史的回顧，或地理的展望時，可以發見無盡之變化。所謂法律因時代與環境而變化，而爲相對之物之理論，由此點觀之，固包含真理者也。

因恆常的要
常的要因，已無庸贅述，變化者，固以之爲機軸而顯現者也。
成法之無窮變化與時常革新，可從兩方觀察之。

生活環境
之變化與
成法

第一，在因時代與場所之生活環境之差異。由生活環境不同所呈之差異，自必反映於成法之上。如地理的要因，人種的要因，社會心理的要因，經濟的要因，戰爭，移民等之各種要因，係構成是種環境者也。成法亦為社會現象之一，而社會現象均係互相關聯者，故此等環境之變化，至為成法自身從而變化之要因，斯固無容疑者也。成法之變遷與此等環境的要因之關係，係從來屢被人研究之一方面，如孟德斯鳩所著之「法意」，在由此方面觀察成法上，洵近代最重要之著作。十九世紀所發達之社會學各派，彼等之研究雖各有偏重於一方之嫌，要之將此等關聯之比較正確知識遺給我們，其功績頗大。尤其所謂「唯物史觀」關於經濟組織與成法之關聯，竟與解放無產階級之所謂實際的社會運動並政治運動相結合，關於經濟與法律之關係，曾喚起世人最大之注意，於此方面之研究上與吾人以刺戟之情形，固人所皆知也。

第二，成法之變化，可從他方觀察之。即法律者，係人之精神活動，因人之精神本

精神之進化與成法

身一變化，而爲其發現之成法，亦隨之變化。所以由全局觀之，人類之精神乃進化者也。此前提如被允許，則其所產之法律，於全局上亦可視爲進化者也。

人類退化說

然而「進化」觀念係比較的近代的觀念，斯不可不注意。在各民族間所長期支配者，曾有與此相反之思想。如稱黃金時代不在將來，寧在過去，此一理論，自係人類逐漸墮落，逐漸退步之理論也。舊約聖書「失樂園」之教義，亦可視爲此理論之表現。又如中國人所謂「堯舜之世」與「桀季之世」之一種見解，自亦屬於此種理論之表現者也。又在歷史哲學之中，亦曾流行進化與退化之交互說，循環說等等。反之進化說，至十八世紀之半，始逐漸形成。關於此點曾給以一定標準者，乃法人杜葛也。渠將人類進步視爲萬物之連鎖，尤其視爲基於文化繼承之偶發的發展。嗣後，孔德塞在其「人類精神進化之歷史圖梗概」(一七九三)上，敘述進化時，將人類史分爲九期。渠之理論，在科學上固有若干不真確之點，然其見解畢竟無異於杜葛，故其熱心之論述，傳聞爾後曾於孔德多所啓發。又在德國，

循環說

杜葛

孔德塞

康德

於同一時代，康德亦有同樣之理論。即渠以爲完全之政治組織，曾爲自然所隱匿，人類之歷史，即在此目的之完成。康德此種形而上之世界歷史觀，一方則有規律之價值，即將人類複雜之行動組成一個系統，若糸之被編成者然。又在他方，所謂進化之理念，則視爲吾人良心之要求。即渠乃基於以下所述，即「吾人活動之義務，苟在將人類入於更完善之域者，則吾人不可不希求此種事業之實現。」

謂人類社會之變化，常是向完成之域而前進者，此種信仰，乃十八世紀末葉迄十九世紀形而上的傾向之表現。然在近代，則有自然科學的反形而上的強烈之反動出現，如右述進化之理論，亦受嚴厲之批判，至有否認之、限制之之傾向發生。梅恩以爲法律之形成達於某程度之後，（習慣法取成法之形式而加確定時）人類社會之大部分遂停滯不前，其中僅某社會始覺有進化之必要。誠如此說，遂又分爲「停滯社會」與「進化社會」，而彼之「法律之進化，由身分移於契約」之有名理論，遂只適用於寧可視爲例外的「進化社會」而已。要之對於「進化

梅恩之停滯社會之進化理論

人類之全部進化
為成法進化之基調
成法進化之指導原
理
(一)從無意識的到意識的

「思想之此一反動，不能不充分承認關於此問題，實有促進批判的考察之功績。吾人不能斷定一切民族，概係同樣之進化，況於想像在進化之途者，一若人類皆可成爲一般大之個人，此種思想，尤其不當。人類可分爲各種集團，而其各個歷史之發展，係個別的，非同時的。所以當將各種集團生活作個別之考察時，當可發見有呈長期停滯之狀態者，又基於不同之歷史的情況，亦不無退化之例。然由全部觀之，在全部傾向上，究不能不承認「進化」之事實。又如康德所云，吾人亦可認識歷史爲完成被隱匿目的之一過程。人類精神中有隱藏之能力和機能，乃逐漸被發現者也。在法律之中亦然，人類精神中之本質的特權，因其發達，開明，經過一定時間之後，亦必爲人所承認。同時，且又成爲成法進化之基調者也。

在如斯前提之下，成法進化之一般原理，可列舉如下。

(一)成法之進化，大概係表示由無意識的創造向意識的創造之進化也。成法與言語相同，係創之於偶發的，非創之於意識的意圖。原始人關於可爲其準據

之習慣法，並無明確之意識，僅由此滿足其本能而已。以後，漸由法學者與立法者闡明其理由，遂至有目的的創造或完備其成法。（由於判例法或成文法等）而且法律技術愈有緻密之發達，則成法之社會的機能，愈將為有力之活動。誠然，縱在現今，一切人類之行動，亦非概係意識上所能企圖者，即本能之世界，尚於此中有強烈之活動，而且此本能之世界，或者永遠不會消失。然而愈係意識的製定之成法，則於法律世界之中，更能鑑別理智得以活動之妥當部分，與本能得以活動之妥當部分，而因以構成可適用於鑑別上之法律技術。

(二)從特
種的到一
般的

(二)成法之進化，大概係表示由特種的成法向一般的成法之進化也。在成法發達之初期，每一成法每每有僅限於特種民族，不能適用於他民族之特性。隨因戰爭，征服，商業等之外部的機緣，而各民族之相互的理解遂至逐漸接近，因之成法之適用範圍亦至擴大，成法之性質亦至逐漸帶一般性。而此一般化之傾向，殆因人類精神在終極上有同一理性之一內部的理由，而被保障者也。為羅馬市

（三）向法
律之性質
及社會機
能更完全
之適應
1 個人的
要因與社
會的調節
之因素
進化

成法之羅馬市民法，因逐漸與他民族之接觸，並希臘思想之影響，至成爲人類的，一般的，即至於以羅馬法之體系爲其他民族所繼承，縱於吾國（日本）竟亦成爲吾人日常生活之法律的基礎之可驚事實；又如適於昂格魯，薩克遜，及諾曼民族之英國普通法，因英國國民之世界的交通與基督教的思想之影響，至成爲世界的英國法體系，現在世界財富有三分二以上支配於此法律體系之下之此一事實，以及此兩大法系，互丟棄其特種性而傾向於世界法確立之機運等等，概係表示從特種的成法向一般的成法之進化也。

（三）成法之進化，係表示向法律自身之性質，並其社會的機能之更完全適應之傾向也。此點分說之，則如左。

（一）成法向其內在之個人的要因與社會的要因之更完全之調節。成法之歷史，常以如何可調節人類之個性與社會性之事爲問題，即以如何可調節個人之自由活動與社會的結合爲問題也。而且經過機械的全部主義與機械的個人

主義之極端修練後，成法始逐漸進於機能的協同主義。施行極端之個人主義後，極端之全部主義遂被提倡，施行極端之全部主義後，於是極端之個人主義亦被提倡。由是，成法進化，係與其內在之個人的要因更完全之調和。

2 特種的
要與一
般的因
之要一
調節之
進化

(2) 成法之進化，向存在於其中之特種的要因與一般的要因更完全之調節。如上所述者，若從全局着眼，則成法雖係由特種的成法向於一般的制定法者，然以特種的要因常存於成法中之故，故成法者，亦常以特種的要因與一般的要因爲必要也。而且由一般的要因之逐漸的承認，同時，特種的要因之在基礎上，更可認識到微妙之點。若不顧慮社會生活，而拘泥於一般性，則成法勢必缺乏具體的妥當性，又如專拘泥於特種性，則必墮於低級之特種主義與地方主義。於一般的要因之逐漸的承認之基礎上，與特種性之更完全調節之情形，乃表示成法之進化者也。

3 從特權

(3) 成法之進化，由特權的向於機能的。所謂向於機能的之意義，即成法至

的到機能
的之進化

能逐漸對個人，集團，及國家之各個機能而適應之之意也。換言之，成法非以個人，集團，或國家之權利，當作該特權而施行保護，乃作為服務於全社會之機能而保護之者也。

4 向成法
形成之關
聯之擴大

(4) 成法之進化，係關於成法形成後，受其適用之人之更一般的，更意識的之關聯。在此意義上，為梅恩法律進化之法則之所謂「從身分移於契約」之名言，須在與梅恩相異之意義上，始為妥當。蓋於成法之中，並非契約觀念更能普遍適用之意義，乃關於法律之形成上，由直接間接之同意，即由服從於此法律之人等所規定，在此種意義上乃為真也。今日，由於所謂社會立法，而契約自由之範圍，益受限制，竟反而呈現「由契約向身分」之外觀。而且若將「契約」解為法律技術的概念之契約意義，則據梅恩進化之法則言之，此現象固不得不謂之退化。然而規定契約自由範圍之所謂社會立法，乃由法律秩序之構成員對於社會生活之共同利益之一個更關切的自覺，故於此意上，自不能云為是與此種進化相

違背者也。由此意言之，成法亦可謂為係逐漸由輿論之力所形成。而且構成全社會之個人並集團，愈因其與成法之形式有關聯，遂愈能使之關切自己之欲求，且於其欲求之社會的機能，愈能使之給以妥當之評價。

5 向社會
理想實現
之傾向

(5) 成法有超越現在，趨於社會的理想之傾向。成法不可單視為社會環境之反射，乃在社會環境上發生作用，導社會於高尚理想之吾人精神之創作。因之吾人於成法之中，可以發見有超越現在，導入將來社會的進化之傾向。所以成法不僅趨於現實之完全適應，且係趨於人類所普遍，即吾人正義心之法律自身之性質——由外部強制之手段所保障所成為規範之性質——之允許範圍內之實現者也。

以上係由人類精神進化之一前提，表示成法進化之一般的原理者，此種原理係一方與法律概念相照應，他方與法律之合理的基礎相照應者也。

成法進化
然而成法之進化，尚須由另一方研究之，即着眼於因果的形相，所表現於成法

法則之歸納的研究

此種研究之困難

圓形回轉說螺形回轉說天體

發展中之進化法則之歸納的研究也。如係缺少此方之研究時，則法律之現象論的理論，將有缺少現實性之虞。而於此種研究，其主要之方法自係歸納的方法。於是吾人遂由成法之形態，制定之機關，家族之組織，財產，繼承，責任等之具體的規範或制度出發，隨卽分析的，比較的，仔細觀察其因時間與場所之變化，且考究其與地理的，經濟的，心理的並其他要因之關聯，由是達到爲成法進化之一般原理。是種研究自然遇着重重難關，吾人須承認之。蓋是種研究雖亦以原始民族之法律，古代及近代文化國民之法律史料，並人類學，土俗學等他科學研究之結果爲基礎者，然而迄今，是等研究本身尙未充分完成之故。因之從來試行此方面之研究，而如歸納所謂「法律進化法則」之學者之結論，尙不免不完全，且已受法律史家猛烈之非難者也。

法律發展之由此方觀察之假說，第一，則爲韋科之「圓形」回轉說。其次，則有古立夫及哥德所提倡之「螺線」回轉說。古立夫所畫於螺線上之圓，其上下均

運行說

係相等者，然在哥德，則所畫於螺線上之圓，乃逐漸擴大而上者也。又如近時威克莫亞氏之「天體運行」說，係以惑星運行法則之推測，說明法律之發展也。以上諸說，雖然概係打破俗人「直線的」進化之見解者，究竟關於此方面之研究有幾何之價值，尙係一個疑問。

梅恩

比較具體的，實證的之研究，則爲梅恩，渠對於法律形式之進化過程，分爲判決時代，習慣法時代，古代法典時代，而法律在此等時期，亦僅係偶發的發展，以後，始能審慎周詳，以「擬制」，「衡平」，「立法」之方法而發展。此有名之理論，係以希臘法，羅馬法，及英吉利法爲主要之資料者。其構成爲歸納的之一點，大有導於此方面之更實證的，更實際之研究者也。在吾國，如故穗積陳重男，曾由梅恩之刺戟，而邁進於此方面之研究，且於廣泛計畫之下，豫定出「法律進化論」六卷，然而才出第一部法原論之一部，至爲遺憾。然而「法律形式」之進化，於其「原形論」中所已經發表者，較之梅恩之資料更加豐富，且尙可視爲有更詳細之論述。

穗積

古勒斯里

也。然如穗積氏直接處理「法律現象變遷之理法」第二部之一「法勢論」尤其「發達論」毫未發表，殊為可惜。又法人古勒斯里於其「民法之社會學的原理」中，關於法律進化者曾有二十八則。分析的揭出如斯詳細之法，則在此點上，大可用為研究之刺戟，然其結論，亦曾蒙非科學的之非難。

從來研究之不完全與唯一的研究方法及世界的協力之必要

要之從來之研究，一方，其資料或單以亞里安系之諸法系為基礎；他方於處理更廣泛之資料時，或則缺少資料之批判的檢討，或則將特定法系之法規與其體系自身脫離，而試行無批判之比較，因之對於此方面之研究，其信用已經掃地，然關於範圍較狹之比較研究上所構成之理論（例如梅恩）係在歸納上之一有力「假說」，且較有價值性，故當涉及更廣泛之範圍時，此假說乃證明是否正堂之一有力標準者也。又如企圖涉及廣泛範圍之比較研究（例如波士德、郭勒、穗積）即暗示此種歸納的研究，僅由涉及廣泛之範圍，而得以確保成法進化原理之妥當性者，吾人亦須承認其開拓之價值也。又如以為在現今狀況之下，此種研

究尙非其時，雖係消極的見解，要之對於急切製就結論而欲建立殊勳者促其反省之價值，亦不得不承認。所以現今最重要之事，並非各種學者之一「結論」自身，寧在確立關於進化法則之純科學的研究方法，而且尤須注意者，其實現須羣策羣力始克有濟也。

詳細且正確討論如斯純科學的研究之計畫者，尙不數覯。唯意大利學者馬沙列勒之方法論，則爲從來表現此方法論者之拔萃，在示以極細緻之科學的步驟上，殆有研究之價值者也。現今固可揭其大綱而作吾人之參考，然於此處且行割愛，唯於此方面之研究現在尤感必要者，只提示劃一的研究方法之確立，與基於該方法之確立之世界的協力而已。

第三章 法律之合理的基礎

法律哲學應當研究之第三問題，爲法律之合理的基礎。吾人不僅研究成法之

顯之最古問

存在，且須研究此種成法之是否正當？換言之，即研究成法是否有存在之權利之問題也。是為法律「正當性」之問題，即優於成法之「正義」之問題，元來「法律究竟依自然而存在，抑或依制定而存在」之問題，即為古希臘哲人所提出之法律哲學的問題，爾來幾經二千數百年之紛爭，迄今尚為未解決之問題，而且又為法律哲學最重要之問題，因而吾人盡最後之一章來作此方面之考察。

第一節 正義感情

不可否認
的法律感
情之存在

吾人衷心之中，有非由外鑠，而如吾人所固有者，伊何物乎？是即鑑別正邪第一次之機能也。是之謂「法律感情」，或「正義感情」。且為探究法律合理基礎之問題之出發點。

法律感情
來自外部
的事實說

或者以謂我輩之法律感情，乃由外鑠者，即以為活動於吾人意識中之判斷，評價等，不過由外部世界所成就的判斷，或評價之反覆，因之吾人之法律的評價，僅

亦爲體現於我輩所服從之成法秩序中評價之反射而已。然而此種見解，嚴格說來，蓋亦顛倒本末之論也。蓋法律秩序，在本質上只有成爲我輩意識之表現，始得說明，而成法亦有社會的聰明與社會的意志之產物故。

法律感情
之自律的
存在

法律感情係與成法相獨立，而自律的存在者，此事由吾人之法律的批判，法律的評價，得與含於成法中之法律的評價相異之一事實所證明。或謂只有國家得能評價正邪，故成爲人民得憑自己之標準而有如斯評價之權利者，誠對於國家爲一大冒瀆，是種主張雖亦包含某種真理，然在本質上，不能不謂爲不可能之主張。如吾人自律的鑑別正邪之意識，卽在某種場合，吾人感覺成法之不當之機能，雖國家亦不能防止之，撲滅之也。固然，就一般場合言之，我輩之法律的感情，亦承認係與成法的評價一致者，然而有時此種一致亦至破裂，遂與成法相對立，而仍有吾人滔滔不絕之法律感情或正義感情，斯固吾人所經驗者也。

又，吾人之法律感情與成法，果然常係一致者，則成法向進化之刺戟，必至抹消，

且至惹起停滯，於是吾人亦不得不否認法律歷史之進化概念。實際言之，吾人必須承認，吾人意識中所固有之法律感情，乃第一次的，且自律的活力，是為法律進化之第一淵源。

第二節 批判的考察關於法律基礎之理論史

懷疑論與
實證論

否認為法律固有基礎之自律的正義感情，是種見解，從古迄今，迄未中斷。如據此種見解，則法律者，不過力或權力之表現，此外迄無何等理想之基礎者也。

伊奧尼亞
派

古代希臘哲人中，如伊奧尼亞派之亞爾革羅斯，即稱正義非係依自然而存在者，乃依制定之法律而存在者也。此種理論，已為詭辯派所支持。又如杜勒啓希米路斯所云「正義者，僅於強者為有用之物，」斯語最能表現彼等之思想。此種思想，以後為新亞加迪美派所支持，在近代，又為孟德斯鳩與巴斯噶所提倡。關於此等懷疑論可注意之點，不論其表現之形式如何，要之其本質的意義，乃在否認優

孟德斯鳩
巴斯噶

於成爲事實之成法之絕對的正義者也。

霍布士

與其稱爲懷疑派，毋寧稱爲實證派之霍布士，彼主張只有國家係決定正邪者，法律係與國家而俱來者也。因之霍布士之主張，在本質上遂成所謂法律者，僅爲權力之表現，此外再無合理之基礎者也云。

基爾希曼
一派

又，近代代表實證派之一流派，如德國基爾希曼一派之見解，以爲法律之基礎在尊敬，殆與上述者相同，即所謂對權力者尊敬之見解也。如據此見解，則自律的正義理想，便不存在，個人有生以來，便係具有對於權力者之服從心者，故只有對權力者之一種心理的適應，才爲個人所樂從，於是個人即依其合理的反省，而無由對抗支配者。斯所說述，雖與上文表現方法不同，要之皆係否認優於成法之正義者也。

批判

懷疑的理論與實證的理論，其表現的形式雖有積極的與消極的之差，要之在否認優於成法秩序之正義之點，均無不同，因之對於此等理論之批判，可以合而

(一) 視正義與成法為同

爲一。

(一) 此等理論之特色，即在視正義與成法爲相同者之點。此種態度，無論對於個人或社會，在發達初期固係屢見者也。原始社會殆與兒童時代相同，要鑑別何者係被命令之事，何者係屬當爲之事，殊覺困難。然而不久，無論在個人或在社會生活，均被喚起批判的精神，即所被命令之事是否正當，已獲得此種批判之能力。即吾人不以認識成法存在之事實，認識權力者命令之事實爲滿足，還要檢討該成法或權力者命令之正當性，是種情形，固爲吾人意識之必然的要求者也。

(二) 成法之多樣性

(二) 此等理論根據之一，爲成法之多樣性。即懷疑論者從各種成法體系相互不同之點，遂有以下之結論，即有絕對價值之唯一法，迄未存在。

然而在吾人經驗範圍之內，卻有與此理論相矛盾之事實。即成法之多樣性，姑不具論，要之其中常常存有法律的規範與法律的評價。在一切時代，鑑別正與不正之要求，無不存在者，即令鑑別之樣式有變化，有變遷，而此種鑑別自身乃常存

在者也。

又如成法之多樣性，亦不無被誇張之傾向，蓋有二種理由。第一，即就法律言之，其一致點，率皆視爲當然，唯有差異則特別爲人人所注意；第二，即如所謂差異者，亦不了解該差異並非本質的差異，乃外觀的皮相之差異。換言之，縱係同一法律的概念，法律的原理，亦不了解亦因所適用之環境不同，便呈現不同之形相。且就一般言之，法律現象同一性之事實，較一般所相信者還更爲明顯之情形。由現代比較法學研究之結果，而愈加明白。即據此種研究，則於古代民族之間，或於地理環境相異之諸民族間，相同之法律制度，所發見者更多。不僅此也，尤須注意伴隨法律之進化，而共通之點勢必日益加多。

皮相之觀察者，僅僅高唱成法之差異，而其差異，在本質上係由同一概念派生者之情形，卻有被漠視之傾向。所謂「復仇」，「乍見之下」，一若與近代法律思想根本相矛盾者，即所謂自力救濟制度，一若與制裁委之於國家之近代法律概念不

相容者，因之遂有將該二種思想視爲尖銳之對立，而云昔所認爲神聖之義務者，今則目爲犯罪而處罰之。如蒙且與巴斯噶之議論，殆卽此種論法也。然若加以更深之考察，則在國家未發生之原始時代，確保人類生命不可侵犯之唯一制度，卽在復仇，對於犯罪者之處分，只能爲此種形式之表現，決非與今日法律秩序之根本要求相矛盾者也。

(三)正義
之解釋因
人而異說

(三)爲此等理論之一根據者，乃關於何者爲正義之一問題，係因各人而生不同之解釋之事實也。然而此種事實，並不成爲證明正義之問題爲不可解，法律的標準，完全爲權力者偶然之意欲所決定之事實。討論正義之問題，以及逐漸訂正誤謬之一事實，卻係表示人類精神可達之於客觀的知識者也。否則雖爲數學，且係極初等算術之問題，亦可依據錯誤往往是可能之理由，而云達於數學的真理爲不可能之事，不僅此也，關於其他自然科學亦然。

人類精神之不滿足於任何成法的決定，常欲訂正誤謬而達於正義之努力，卻

可謂爲打破懷疑論的或實證的理論之充分證據。

唯物史觀

詭辯派

馬克斯及
恩格斯

此外尙有爲實證的理論之一形相之唯物史觀。此理論之萌芽，雖已見於希臘哲人，特別見於詭辯派之中，然在近代，則由馬克思於其「經濟學批判」上，將此種理論形成，隨後又由恩格斯並其他論者則更使之發展。即依據唯物史觀，則一切社會現象，即道德，法律，宗教，藝術等之諸現象，皆立於唯一根本基礎之上，而根本的基礎者，乃經濟現象也。其他一切之現象，皆爲經濟現象所決定。因之成法亦非建立基礎於人類精神之上者，不過爲生活之經濟的要件，即不過爲財貨之生產及分配方法之結果而已。在社會之經濟的構成基礎上，決定宗教的，道德的思想形態，同樣，法律的思想形態亦由此所決定者也。成法亦與一切其他觀念形態相同，皆爲外部的第二次的派生。換言之，對於根本的經濟的要因爲一個「上層建築」，「附隨現象」。因之，因基礎的要因之經濟的要因一變化，是等「上層建築」，「附隨現象」亦隨之變化。

批判

對於唯物史觀之批判，固可與對於懷疑論，實證論用同一之批判，然關於唯物史觀應特別注意者，有以下諸點。

(一)「附隨現象」

(一) 上所述之真理，即在指摘成法與經濟之間存有密切之關係一點。即在高唱無數法律現象，同時即為具有與經濟的形相同一實在之一形相之點。然而主張成法為經濟之「上層建築」，成法係從經濟派生之第二次的「附隨現象」者，非正當之見解也。經濟的事實，其基礎亦係建於人類精神之上，如為衷心活動之感情，要求，並其他傾向之結果者。是要之經濟價值之觀念，經濟進化並技術進化等之觀念，離開人類精神之後亦無由存在者也。因之，主張成法與經濟有共同基礎之情形，雖云正當，又云成法與經濟同時發達之情形，在許多場合雖係真理，然云法律係由經濟派生者，非正當之見解也。

(二) 成法與經濟之關係不一，定是並行

(二) 存於成法與經濟間之並行的關係，雖亦存於若干法律現象之中，然而終不能說一切法律現象，皆有如斯並行的關係。成法，有時卻離開經濟而獨立存

的

在，例如在「良心自由」之權利場合，而云此種權利亦具有經濟的內容者，寧非強辯？在更高領域之中，法律係與經濟離開，而為獨立之表現也。

(三)原因
與條件之
混同

(三)上述理論之缺陷，畢竟在混同原因與條件之點。經濟的要因之存在，在許多地方，因為心之要求，傾向等以一定之姿態發現於實在世界之必要條件，然而決不能謂經濟的要因，即為創造心之要求，傾向之原因（必要且充分之條件）也。根本的要因，自係在人之一心。

如上述理由，即包含於唯物史觀中之正義否認論，吾人自不能承認之。

歷史主義
之理論

歷史主義之理論，在之自律的正義優於成法之問題上，所持之消極的性質，亦與懷疑論並實證論關於此點之理論同一歸結。歷史主義將成法之基礎，放在與得能決定基礎之要因之關聯上，且高唱成法係於歷史的環境上為相對的之點。然如具有上述特質之體系，係各種各色者，某場合則採取純科學的相對主義之形式，某場合則採取理想主義之形式。

歷史主義在高唱成法須有歷史的研究之點，自屬彼輩之功績。然而歷史主義對於吾人現今所考慮之問題，亦有若干缺陷，即歷史主義漠視價值判斷之問題，或直以歷史的所存在者，即視為有正當性之根據。實際，即令已經說明歷史的事實與其關聯，而歷史的事實之價值問題，依然存在，即其正當性之問題依然殘留。單是歷史的說明之探討，不能達於正義之基準。因之對於歷史主義，亦可以批判懷疑論及實證論者而批判之。即人類之精神，僅以單純事實之認識，係不能滿足者也。除事實世界之認識外，尚存有價值世界認識之要求，而且法律在本質上，乃屬於價值世界者也。誠然，如懷疑主義及實證主義則以法律目為權力者命令之一種個人事實，而歷史主義則以法律目為集團的事實，集團的過程，集團的所產，在此點上，自係一個進步，然而根本的缺陷，並不能因此而被除去。

功利主義
之理論

啓列雷派

功利主義之理論，由於將正義視同功利，故亦否認法律基礎之絕對的正義。功利主義之理論，固早已為啓列雷學派所提示，隨又因伊壁鳩魯學派，遂更發

伊壁鳩魯
派邊沁斯
賓塞
功利之二
義

展為合理的形式，至近代，更為邊沁、斯賓塞等所訂正。

「功利」之觀念，具有形式的、抽象的意義與實質的、具體的意義。在第一意義上，功利則表現為手段與目的之關聯，故為用以達到某一目的之一切情形，關於該目的上可呼之為「有用」，可呼之為「功利的」。一如於此意義上理解功利主義，乃一無何等實質之內容者也。蓋目的既無確切之表示，則何者為有用，何者為功利的，一切皆不明瞭之故。在第二意義上，功利可視為滿足個人之本能且用以給快樂於個人者。在此意義上，功利主義便有其自身之實質，因而具有一定之特質。

個人的功
利主義

在第二意義之功利主義中，有若干缺陷，其大部分早已為康德所指摘。功利之事與正當之事，不一定係一致者，此種情形，固為吾人之良心所明白承認，吾人之良心，不斷有分別自己物質的利益之要求與義務之要求。即吾人且以犧牲自己之物質的利益為善，而有尊重他人權利之義務之感。如此種倫理的、主他的、非功

社會的功
利主義

利的動機，且可見之於原始時代者也。尊重他人之權利而不相侵犯，此種念頭固非發之於利己者，乃吾人在法律上承認與功利觀念有獨立之價值故也。

又由功利原理出發，亦不能解決爲自己之利益與爲他人之利益之對立問題。蓋此點亦爲功利主義者自己所承認，故功利主義者更企圖將個人的功利概念，換作集團的或一般的功利之概念，社會的功利之概念，而欲擴大此理論之基礎。然而捨棄個人的功利基準，而換以社會的功利之情形，畢竟已捨棄功利主義之立場。如果快樂，並個人本能之滿足爲惟一之善，然則吾人何以要將自己本能之滿足，牽就於他人本能之滿足？各人爲自己而犧牲他人，盡量獲得更多快樂之情形，豈非更爲邏輯的？吾人何以要爲集團之快樂而努力？有應爲之何等道德的義務？果承認此義務者，則功利主義之本質，勢必打破，而法律之基礎，亦已不屬於功利主義矣。要之，嚴格意義之個人的功利主義，乃與內在於吾人良心之事實相矛盾也。又如所謂社會的功利主義，亦不能說明自己之利益何以要因他人之利益

而受犧牲。且不能提示調節利己與利他之基準。因之，功利主義不問其爲個人的功利主義，或社會的功利主義，要之，均非表示道德及法律之真正基礎者也。

功利主義之理論，幾全部爲斯賓塞所改造。斯賓塞以一「合理的功利主義」而與邊沁之一「經驗的功利主義」相對峙。斯賓塞以爲法律之基礎雖係功利，然而不可理解爲快樂主義的意義，應理解爲生物學之意義。即可視爲係向遺傳環境與生存條件之一「種」之適應，即渠以爲法律者，乃由進化逐漸達到，亦一生物學之表現也。

生物學的 功利主義

斯賓塞之功利主義，較之邊沁欲以正義感情，正義理想還元於個人之功利的計算之功利主義，誠爲一個進步。因爲此種計算，係將吾人行動之將來結果，一切都要豫知之故，實際上當不可能。斯賓塞則於法律給以生物學的基礎，蓋欲以道德的意識及法律的意識來說明人類過去經驗之總和，而戰勝此難關者也。如依此種標準，則關於各種行動之個人的計算，遂無必要。即個人則爲由遺傳所繼承

之氣質，應當作如何之行動，可探之於先天的自己之中。

然而斯賓塞之此種嘗試，尙不充分。斯賓塞固係以比較包容的種之經驗，來代替只限於個人之經驗者，然於生物學的意義之必要條件，畢竟常常除事實之表現以外，再無其他，因之，我輩不能由此抽出可以規律我輩行動之規範來。即由某行動爲增進自己及他人生命之保存及發展，他行動則妨礙之之事實，不會發生選擇前一行動之倫理的義務。要之只有以一定之目的（例如人類生命之價值，人格之價值）爲善，爲正當目的之事作前提，吾人才能應用關於行動之外部的結果之知識。

斯賓塞蓋深信將倫理學基礎置之於因果法則之上，係完成一大進步者也。然而在本質上卻是一個錯誤。因果世界，自不能與我輩以評論，如由因果觀之，一切事實概係均等者也。如由因果之考察出發，吾人希望達到一定之結果，自能主張一定之行動。然而由斯基準，究竟此種結果自身，是否有道德的或法律的價值？又

達到此結果之我輩行動，是否爲我輩之義務，卻不能表示。

斯賓塞之功利主義，蓋欲對於倫理學，法律學而適用與自然科學相同之方法也。然而自然科學與倫理學，法律學等，在本質上乃爲相異之物。在自然科學，僅以事實之觀察爲滿足，然在倫理學，法律科學，且猶有所觀察事實之評價之必要。由自然科學之標準所研究之現象世界，與倫理的義務觀念之世界不同。經驗復經驗，任憑如何詳細，要之不能從經驗的世界引出倫理的或法律的規範來。因之所謂合理的功利主義，亦不能解決法律之合理的基礎之問題。

自然法派
之理論

由以上關於法律基礎之簡單批判的考察，如懷疑主義欲否認法律之合理的基礎之一切嘗試，如各種形態之實證主義及歷史主義欲將法律基礎求之於外部事實之一切企圖，又如功利主義欲將法律之基礎歸之於「功利」之上，要之皆不充分。法律真正之基礎，且其究極之基礎，畢竟仍須求之於我們自身之中。我輩關於法律之究極基礎，須與蘇格拉底相同，即要有一「汝應自知」之聰明。且須

自然法理
性法及正
義

立即返於紀開羅「法之性質者人性之反射也」之所主張。於是我輩藉古典的表現方法言之即爲返於「自然法」之問題也。自然法又可爲想像「理性法」且又可視爲「絕對的正義」之原理。自然法之觀念乃由本體論的方面之表現方法；「理性法」之名稱乃由方法論的方面之表現方法。至「正義」之觀念則由該觀念之「特質」的觀點之表現方法。

來自希臘
之自然法
理論概觀

自然法理論之根本的，且本質的特色，係於成法之外，承認有表現正義理想之他法存在之點，即承認有由自然派生之他法存在之點。自然法之思想，乃由古代希臘羅馬而來之傳統的思想。自希臘哲人之批判的內省發達以來，遂已承認於「成法全體」（即成文法或習慣法之全體）之外，尚有由自然所派生之法。而且還有學者對於某學派所云「正義者，不外成法之產物」之語，而云正義者，係依於自然而成爲正義者也。於是亞里士多德，遂至形成「依於成法之正義」與「自然的正義」之區別。此外，尚有詭辯派學者以原始時代且比較幸福時代會

經支配人類之自然制度之意義，來與成法相對峙。爲希臘哲人，尤其亞里士多德所承認之自然的正義與成法的正義之區別，已爲羅馬法學者所繼承，即於「市民法」及「萬民法」之外，自然法之觀念尙爲彼等所承認。彼輩以爲自然法者，派生於事物之本質，乃爲自然的理性所承認之比較完全法，而成法不得不以之爲根據者也。是即被認爲自然之普遍的、恆常的法則。中世，由希臘羅馬傳統而來之自然法觀念，率皆雜以神學的思想。即無論於煩瑣哲學派之中，羅馬註疏派之法律家中，或迦崙法學者之中，均係採自然法之觀念者也。然入十七、八世紀，此古典的傳統的自然法之觀念，大爲復活，於近代生活形成上有極大之影響。至使後代史家對於此時期，與以「自然法時代」之名稱。此自然法之復活，可由兩方面觀察，即一方爲近代哲學特質自我覺醒之表現，他方爲宗教的及政治的解放運動之理論的表現。是曾於近代生活構成上盡極大之任務，固爲人所熟知也。自然法觀念自見於古洛鳩斯之「平戰法規」中之系統的敘述後，如英之霍布士，洛

克，和蘭之斯賓諾莎，德之蒲芬多福，萊布尼慈，杜瑪覺士，烏爾夫等，皆以所謂自然法學者而支配一代之人心也。而且此學派之理論，迄盧梭之社會契約論一出，已達之於最高潮。

十七八世紀之自然法學派

關於十七、八世紀各自然法學派之特質，已詳載於第二編中，然而各自然法體係雖亦各有其特色，要之承認優於成法之自然法之點，即於成法之外，尙承認有由自然派生之法，即可由正當理性得以認識之法，具有絕對的、普遍的、恆常的效力之法，此點乃爲古代自然法思想之繼承，可謂爲此學派之一般的特色也。又如將此種自然法求之於所謂自然狀態上規律人類之法律，又將所謂「自然狀態」求之於未有構成政治的社會之前之原始社會者，雖亦係古希臘詭辯派學者之見解，然亦可謂爲十七、八世紀若干自然法學者之特質的見解也。

批判

關於十七、八世紀之自然法學派，應注意以下各點。

(一) 於成

(一) 自然法學者依據古典的傳統，而於成法之外，還承認有優於成法之自

法之外承
認自然法
者係正當
之認識

然法，在此點上，自係正當之認識。關於此點，十九世紀之實證主義、歷史主義，對於為意識所要求之自然法而加以冷笑或漠視者，非正當之見解也。而且根本上，將正當自然法之認識，用似是而非之實證的或經驗的形式來說明，是為批判的嚴正之欠缺，於是至十九世紀，竟有自然法學說不被顧及之一原因。然而卻亦不可由此，遂至忽視十九世紀關於法律現象之真正實證的或歷史的研究之更優良的貢獻。換言之，自然法學者之根本的理論的缺陷，在乎不能鑑別因果之世界與價值之世界，並混同「存在法」與「當為法」之點。姑無論此種混同由某一觀點言之，亦不無自然法之優點存在，然由純學問的立場言之，固亦由後代之批判觀念論所應修正之缺陷也。

(二)「自
然狀態」
之假構

(二)自然法學者不將所謂「自然狀態」當作理論的概念去說明，偏作歷史的時代去處理。即彼等分為原始時代與次於原始時代之社會時代。而且彼等之所謂自然狀態者，係指此原始時代而言也。然而同時，彼等又說此自然狀態實

社會狀態之模範。即彼等將理想與現實之關係，不作爲超經驗的問題去處理，偏作爲發生論的歷史問題去處理。即將最高法之自然法，不直接求之於人之本質，反以爲是由人類過去之狀態派生者，換言之，彼等爲要確立其理想，遂不得不於歷史的實在上求根據。由此點言之，自然法學者雖非完全帶經驗主義的傾向，要亦含有大部分者也。所以自然法學者之中，竟有將神話的過去之理想，描寫爲實證的，然亦僅於實證的假面之下描寫而已。彼等以爲在過去當中，實包含現代以上之真理，因而所謂進步者，即係復古，即返於原始時代而已。

描寫神話的，架空的自然狀態，而欲依以說明「當爲法」之心理，固不難理解也。即第一，彼輩在當時，曾厄困於當時宗教的，政治的，法律的狀態之下，而宗教的，政治的，法律的解放，乃彼輩所熱望者也。故爲達到此目的，遂假設有一「當爲法」曾實現於某種經驗世界，於社會心理上蓋極有效之事也。因爲將過去理想化，求黃金時代於過去者，乃從來之傳統思潮，已浸潤於人心甚深之故。然而尙不止

此第二，得以一個理想推之於純粹之形式上，尙要有很大之努力，即在哲學的內省純熟之後，始能達到之境地。且描出自然狀態之歷史的經驗的時代，而探求理想於其中之心理的過程，乃人之意識由現象之認識，到觀念之認識，由事實之認識，到規範之認識之中間的發達階段者也。在原始時代，人們要由從來之慣行上，區別或認識何者爲「當爲之事」，殊覺困難。而此種區別，蓋亦伴隨批判的意識之發達而逐漸達到者，要之此亦非一蹴而就，且其先尙要設一假想的事實，爲由此達到理想世界之一階段。換言之，是即使超越事實之理想趨於容易之一間架，質言之，即意識之間架也。是種例子，在過去不在少數，即在現今，亦不乏其例。然而敏銳之批判的精神，一被喚起，因之如於假想的自然狀態之中探求理想之誤謬，亦必爲人所識破。所以此種自然狀態說虛構之動機，由以上之考察，固亦可以充分之同情理解之者，然而伴隨歷史的研究一發達，畢竟不得受駁斥也。然有對於自然法派思想之一種反動，彼等且否認此架空說之背後，存有爲規範意識之

(三) 人性之認識不是本質的

自然法，即絕對的正義本身，而只將吾人之眼界傾注於現象世界上所表現之成法，蓋亦不能不謂為只看到真理之一面，而忘卻他方面之獨斷論者也。

(三) 自然法學者將法律基礎求之於人性之點，可云為正當之方向也。然而即在此點，自然法學者亦有陷於經驗的解釋之弊。如霍布士之人性觀，即以爲人者，原係利己者也，彼之自然世界中禽獸相食之說，即爲人性偏頗之心理的分析。再與之相反者，則有古羅鳩斯，渠以爲人者，原係有社交性也，要亦不過提示人性之一傾向耳。與霍布士相同，均係拘束於特種經驗之理論，未免不充分也。又如蒲芬多福折衷於兩者之說，亦不免於人性解釋之淺薄之非難。要之此輩學者注意於人性，雖係正當之方向，然關於人性本身之解釋，卻不能出乎經驗世界以外，畢竟在本質上有不能把握人性之缺陷。

(四) 具體的自然法體系之可變性

(四) 自然法學者不僅當作哲學之原理，當作意識之必然的要求，而主張恆久不變之自然法，且主張構成具有特定內容之詳細的法律體系，而以之作恆久

不變之自然法。彼等將此種自然法適用於實際生活之努力，自屬無可非議，然由此適用所制定之規範體系，則常為時空所制約。故於其中賦以恆久不變之性質者，在哲學上非正當之主張也。誠然，將此種自然法之適用，具體的作系統之表示，此種情形，於法律秩序之革新上，亦有極大之影響，然而在理論上，畢竟難以維持。關於此點，在各種形態之「相對主義」內，亦不無真理也。

要之十七、八世紀自然法之理論，使自然法對立於成法之古典傳統的繼承，固屬正當，然而當說明自然法時，竟無批判的借用實證的經驗的要因來說明，在哲學上自係根本之缺陷。結果，則假設一歷史的事實，而構成其體系，遂至妨礙客觀上認識長期間法律之歷史的生命。即由彼等對於發生論的歷史的問題給以規範的意義之故，遂使事實之認識顯然為理論之認識所掩蔽。此種傾向，同時必又發生歷史的思惟者恰選出適合於其政治的實際的主張之歷史的事實之傾向。以歷史的事實之客觀的描寫為目的，如十九世紀歷史派之貢獻，並比較法律學

之發達，恰是對於自然法學此種缺陷之修正。又當彼等將法律根據置之於人性時，竟將人性求範於其原始的、素樸的形態，即與動物共通之人類機能的形質，換言之，竟以成爲現象之人，成爲全自然之一部之人性爲標準，而有輕視人類聰明，並高尚性情之傾向。且於原始的形態中所見之社交性並利己性，來試探法律之基礎，尤其應被修正之點也。所以由康德以來之批判觀念論關於此點之修正，吾人不得不承認之。由是我輩之問題，即在如何意義上可以把握自然法之問題。

第三節 自然法存在之論據

因果的自
然觀

經驗的實在全部果能呼之「自然」，一是則在此意義上，人亦自然之一小部分也。且當作經驗的實在全部去想像之自然，更正確言之，即由因果觀點所見之一切現象之關聯。即非將各現象視爲個別之現象，乃認爲必然還有決定各現象者，換言之，還有先於各現象之其他現象，在此關聯上去考察者，乃因果的考察也。若

由此種觀點則一切現象皆結合於「必然性」形相之下。各現象一方為先於該現象之其他現象所決定，同時又為對於將來現象之原因。各現象由其一方成為原因，同時又成為結果之情形，是為全實在，全自然之一要因素也。

如此種自然觀，可呼之為物理的自然觀，因果的自然觀，或機械的自然觀。是為近代社會特別流行之自然觀，蓋因培根排斥亞里士多德終極原因之理論，而成為自然科學方法論之此種自然觀更加徹底之後，遂至日益促進近世自然科學與技術之異常發達。同時在法律世界，亦有與此相同之自然觀，即在十九世紀以來，促進實證的研究之發達者是也。

由此種自然觀而達到最徹底之哲理者，乃斯賓諾莎也。彼關於人類之行動，亦係嚴格與以因果之說明者也。彼以為人類精神之活動，嗜好，感情等，皆應與所謂自然現象作同樣之考察。即彼以為對於人類之行動，只能竭力理解之，評價非所宜也。試看彼之一人之行動，不可冷笑，不可悲哀，不可鄙棄，只宜理解」之名言，最

因果的自
然觀之限
制
(一)因果
之基準自
身不能由
具體的經
驗派生

足表示彼基於機械的自然觀之徹底態度者也。據彼之見解，在自然中所以看出不完全之物，可憎之物者，並非由於吾人理性之判斷，乃由於偏見之判斷也。缺點不在自然本身之中，乃在評價者之無知。斯賓諾莎此種見解，若其立場係以因果的自然觀為唯一之真理者，固極合邏輯者也。在因果世界中，任何現象均可於自然中探出其地位，故由此意義言之，則一切現象皆為自然的。其中並無原則的與例外的之區別，純潔與腐敗之區別，自然的與人工的之區別，健康與病態之區別，善惡之區別，因一切現象皆為自然的之故。

如以上對於自然之見解，應注意以下各點。

(一)所謂「因果」之基準自身，並非派生於吾人之具體的經驗。因果關係固能適用於具體的經驗上，然卻不可視為係由此派生者，只可視為思惟之必然的要求，理性之一機能。因吾人所以理解各現象一定係有其原因之現象者，固非由吾人對一切現象有具體的經驗之後，而始知之者也。一切現象之原因為何？吾

人縱未一一施以具體的經驗，要之「一切現象必有其原因」者，自可明白。換言之，因果之概念者，乃超越經驗所提供之證據之原理也。蓋經驗所示於吾人者，現象固然有特定之原因，然而所謂現象有必然之原因者，並未提示於吾人。而且科學的自然觀，機械的自然觀，因果的自然觀之所以存立者，乃由其基礎建於不待有現象之經驗之吾人之確信，即建於因果原理得能普遍適用之一種確信上。在此意義上，康德稱「理性為自然之立法者」，「無理性則無所謂自然」，乃正當之見解也。

(二) 因果關係只能適用於現象，而由此之自然觀，亦不過與吾人以關於現象之比較的外部的知識而已。A 現象僅能由 B 現象說明，B 則僅由 C，C 則僅由 D 始能說明，蓋因果之連鎖，乃無限繼續者也。是所示於吾人者，只為連鎖之實在，而因果的自然觀，卻未有示及此連鎖之「始」「終」。蓋只能認識有始，即係認識無原因之結果，只能認識有終，即係認識無結果之原因故。

（二）不能
指示「終始」
與「終始」

(三)不能指示一本體之概念與起原

(三)因果之法則，只於實在之形態有意義，即僅於實在發生之變化有意義。因果法則假定有惹起此種變化之一本體。然而本體之概念，本體之起原，卻不會從因果法則出來。因果法則只能說明由某一存在樣式到他存在樣式之變遷過程，卻不能使之由無而生有。所以當適用因果法則之時，不能不以不依於具體經驗之本體為前提而前進。

(四)不能評價事物之價值

(四)如上所述，因果法則者，不能評價事物之價值者也。因果法則係使現象為系統之連鎖者，故當然排除現象間質之差異。因果法則所考察者，不及於新者，優者；比較複雜者，只於具有舊者，劣者，單純者性質之範圍內，若於實在相異之程度，價值等之評價，殆不可能。倘若吾人在實在上承認向比較完全形態之逐漸的向上，是則吾人之認識，已超於因果認識範圍之外。因而吾人之認識對象愈由劣等存在之形式進於優等存在之形式，則僅一因果法則，在把握真相上遂不適當。於自然之機械的，因果的或物理的概念之外，還有與此相異之自然概念，是可能目的自然觀

呼爲超物理的，形而上的，或目的的之概念也。自然之形而上的概念，與物理的觀念同係必然的，蓋亦爲吾人意識固有之要求，吾人精神之一機能故。實在者，一方可視爲係服從於將一切現象不可分的結合於因果的決定之中者，同時又係指導實在之進行過程，即依逐漸的發展，而又可視爲導於新而且高之形態之一種偶成的滔滔不盡之力也。於此意義上之自然，乃活現宇宙全體，表現爲無限發展形態之「活原理」也。此之謂「本體」，乃規律萬物，於萬物之中賦以傾向，機能，目的之內部之「理性」也。

如此種自然觀，係由亞里士多德，紀開羅等之思想家，而爲古代希臘羅馬之傳統的，自然觀，且又係支配中世之自然觀。然如笛卡兒，紐頓等近代哲學者，對於此種自然觀，則高唱機械的自然觀，尤其斯賓諾莎之自然觀，遂至徹底排除此種超物理的目的的自然觀。

然而目的的超物理的自然觀，亦非與因果的物理的自然觀相矛盾者，寧可謂

的自然觀
相輔而行

爲補充之，完成之者也。蓋因形而上的自然觀並未打破因果的關聯，反而是由因果關係全體表示終極關係，終極價值之發生故。在量的形相之下，前者與後者之關聯，原因與結果之關聯固係永續者，然而此外在一切自然發展上，還有質的增加，因之上述之關聯，遂被顛倒，即第二名詞反較第一名詞爲優，因第二名詞對第一名詞，至成爲目的對手段之關係故。

自然之因果觀與自然之目的觀，均係基於意識之必然的要求者也。因之在學問的研究之原理上，因果的觀點不僅適於無機物，且適於有機物，譬之不僅適於物理學，且適於生物學者也。又不僅適於所謂自然科學，即於所謂文化科學，亦無不適合。蓋在法律範圍之內，法律現象之因果的關聯，亦可由此研究之。十九世紀以來，基於此種觀點之法律學的研究，固不得不承認之也。而且在吾人通曉一切條件之場合，猶之我等得能豫言日食與月食一般，故在法律世界，此種豫言當亦

又自然之目的觀，當吾人研究對象愈由無機物進於有機物，且進於更高之存在形態時，則愈有必要。蓋於有機體之中，其各部分對於全體不可認為係單以偶然共存之關係而被連鎖之物，必係各部分各因其機能而於維持全體生命上協力者也。因各部分不可單視為原因，乃應視為因特定之目的所構成之手段故。如斯目的，不僅表現為機關與機能之照應，且應事情之變化，而有確保此機關與機能之照應之不斷順應也。然而自然之目的觀，不僅適於此種優等存在形態，當亦適於無機物世界，並全實在者也。

「我」在
自然之地
位

如由目的的自然觀，則客觀的實在表現為價值體系。蓋由此種觀點，自然者，係以更高之存在形態，為宇宙發展之原理也。即為發育萬物，且組織之，分化之，將較高之特質與較銳敏之力而賦之以理性。久之，則表現為有感情與意欲之主體之我之精神。換言之，實在者，逐漸覺悟之主體也。初本表現為無意識之狀態，隨後則逐漸表現為意識之主體，我在自然中之地位，遂由此決定。一方我則被認為自然

之一部，被認爲自然形成過程之終極點。同時在他方，我則以思惟主體而使我反映於自然，將自然包容於全部我之中，以我之思惟決定自然之地位，且因而理解之。

如據此種最高之觀點，則全實在者，早已非外部之存在，乃我之機能，我之表現也。我之意識，由進化順序言之，固係表現爲最後之名詞者，然於邏輯上固爲第一次也。蓋若離開我之意識，則任何事實，任何現象，任何經驗，均爲不可能之故。若有爲經驗之主體，則任何經驗皆不可能。未有認識事實之主體，則無所謂事實。未有反映現象之主體，則現象無由存在。於是，我——不是經驗的人格之我，乃成爲思惟機關之我——則被主張爲絕對的自律的原理。

在吾人自身中認識宇宙之原理，不僅有邏輯的價值，且成爲倫理學（廣義）之基礎之本質。若將吾人行動單認爲因果的意義之自然現象時，則爲宿命的，不容有何等之評價。須將吾人之行動與主體相關聯，即與絕對的原理相關聯，才會

有倫理的價值。即須付以狹義之倫理學與法律哲學之基礎，才有可能。

必然論與
自由意志
論對立之
克服

若由因果的自然觀之立場，則一切皆為宿命的，而所謂自由，亦若為原因結果之一連鎖，而受壓制。人類行動亦以屬於自然現象之故，亦必受其決定。即由此種見地，則對於一切行動之價值判斷，均將失其意義。因其行動亦不過為自然的必然性一要因之故。然如因果法則自身，為主體固有之意識所主張，所表現，由因果法則而調節其經驗與行動者，認為是主體時，於是自由遂又以完全之姿態而出現。因果的決定之必然的連鎖，非破壞我之邏輯的第一次性及其絕對性者也。因為因果法則為意識所規律，所包含之故。由是表現於自然概念中之因果與自由之對立，遂至克服。

我之絕對
性與倫理
的最高原
理

如將人類行動從經驗的方面着想，即由因果的形相着想時，吾人雖可因此構成歷史，卻不能構成哲學。固然，道德與法律，亦能與以因果的說明，即存於道德，法律，環境外部條件之間之關聯，亦有論證之可能。然而此種論證即令完成，畢竟只

倫理的最
高原理必
然採取二
種形相

有部分的說明，非表示道德與法律真正之姿態者也。是猶研究偉大畫家之繪畫，僅由研究繪具之化學的構成，無由獲得真正之理解者相同。使倫理世界之正當見解成爲可能之唯一原理者，乃我之絕對性乃主體對客體之優越性，乃尋於我自然之外，通過理性而適用集中於我之全實在之機能，此爲主體固有之本質，最高意義之人性。此超經驗的機能，在心理上，被主張爲自由及責任之意識，在主體則爲最高之法則。非爲自然力之手段，乃爲「有始」「有終」之自律的存在之行動，非感性的動機所能動彈，寧作爲支配者之行動，非爲經驗的個人之行動，恰恰相反，乃爲獨立規範人之行動，即由我之絕對性普遍性之意識，換言之，由其他一切主體之本質與同一我之本質意識之行動，乃爲此最高原理所要求者也。

如上述之行動法則，必然表現爲二種形式，其一爲道德，其他則爲法律。

(一) 上述最高之原理，由主體之一方觀之，則表現爲道德的義務。斯義務者，即戰勝外部的動機，感性的衝動，而對於自己行動與以普遍性之義務也。換言之，

人所應盡之義務者，乃人超越其個人之外部的存在，而以原理，合理的普遍的存
在，使他主體之本質與自己合一之行動也。道德的行動者，即依從良心之行動者，
係於經驗世界上，超乎構成其個性之一切，而將我於永遠姿態上把持之者也。良
心者之行動，即為人類本身所固有之行動。良心行動者之意志一純化，即成為絕
對的。由於從經驗的到超經驗的，從感性的到合理的，從特種的到普遍的等等，主
體遂於自己本身之中，覓得萬物之普遍原理，且由我之決定而包容全宇宙。一切
道德體系，皆以個人良心表現為普遍結合之過程。孔子稱「己所不欲，勿施於人」
「耶穌稱「己所欲者，則施之於人」，至康德則更為哲學之表現，而云「汝之行
動，須遵普遍的立法之原理而行動」，皆道德的義務之謂也。

(二) 以上，係就具有最高原理之主體方面所見之意義，然此最高原理，同時
又具有主體相互的意義。自然得被包容於我之意識中，已如上述，是為批判觀念
論經已闡明之初步原理。若更加推進此批判的思惟，遂至不以常我為主體，而以

自然法概
念之成立

我爲客體，卽能以他我思惟爲主體也。如由此見解，則對於我者，並非單純之客體，同時且爲主體之客體。而且爲第一名詞之主體，則表現爲對於他主體之客體。認識他人爲主體之事，卽認識自己爲客體之事。如此種思惟情形，不能不謂爲意識自身之要求。如果承認吾人不考慮外界之存在者，非派生於特定物之經驗，乃由意識之必然的要求之上述立場，則於我之外，以我爲客體之他我存在之認識，亦不能不謂爲非由吾人對特定個人經驗，乃由我之意識自身之要求也。於我之外有他我存在之認識，卽以我爲客體之認識，換言之，在他形相之中展望我者，乃我之意識本身之必然的要求，而成爲法律的認識之基礎也。由是，於主體之中悟及以自律的原理而行動之義務時，同時關於他主體，亦必發生此道德的義務之完成，他人不得妨害之之要求。因之，最深意義之人格不可侵犯之法律的權利，遂由此發生；同時，不可妨害他人之道德的義務完成之要求之法律的義務，亦必發生。於是遂發生絕對的法律上權利義務之關係，而絕對不變之「自然法」概念，亦

由此成立。若據其他觀點，是之謂「理性法。」又據其他觀點，是爲絕對的「社會正義之原理。」

法律之基礎建之於人之本質的性情，蓋與道德無異。所不同者，僅不由主體方面觀人之本質，由客觀的立場，且由相互主體的立場觀人之本質之點而已。換言之，人之本質的性情，須在成爲社會生活關係之規準，之基礎範圍內，始有法律的意義。所謂「各人皆得要求任何人不以感性的世界之手段相待」之格言，如理解爲此種意義時，即係成爲永遠真理之自然權之表明。十七、八世紀自然權之體系，如果只在表現此種思想之範圍內，自不能不謂爲正當。然而所謂自然法派之學者，竟列舉各種之自然權，而理解爲固定的，經驗的，遂至引起自然權相互間之矛盾。是由將自然權，或自然法不由超經驗的立場去理解，而在爲經驗的時空所制約之各種成法的權利義務上，欲與以永劫性與不變性之錯誤也。

要有對人格本質之相互的尊重；各人復返於真我之人格的努力之相互的尊

重；各人使其隱匿之機能與能力爲盡量發展之相互的尊重，於是永遠不變之絕對的自然法，始得成立，絕對的普遍的社會的正義之原理始得成立。

於以上所述之意義中，予固承認爲意識之絕對的要求之自然法概念之優於成法之正義存在者也。

第四節 自然法與成法之交涉（成法秩序尊重之意義及限

界）

社會的規律，取法律之形式而表現。各社會皆有其自身之法律。而此種法律，則爲成法。是乃優越的社會力之表現，在歷史上被主張，被適用之法律，此種成法，如在上述第一義之自然，即在因果世界上探得其地位之一意義上，一切皆可稱爲自然的。成法者，基於經驗之事實也，因而可當作現象去說明，去理解。然而如爲第一二意義之自然，即在超經驗的，形而上的，目的的意義上，則未必爲自然的。此二方

面之觀察，固不可混同之也。對於理想之真正尊重，亦無漠視成法之因果的研究之必要，反之，理想亦非常常於經驗的實在上實現之也。吾人在人類法律史上，亦不能否認有反於正義之成法存在。然而爲絕對的意識要求之自然法，縱令事實上受侵害，縱爲成法所否認，亦係存在者，而且在此種場合，更可大顯其光彩。又如惡法，亦不失其爲法律，因其具有爲法律之特質故，是在法律上，亦不可不施以因果的研究。理想與現實的實在之一致，非若自然法學者可求之於原始時代，應求之於較進步之形態。吾人在法律史上，終可豫期經過各種誤謬之後，而自然法自必逐漸實現，在終極上，且係獲得勝利者也。人之本質，伴隨人性知識之發展，自會逐漸實現。人之自身中，雖然貯有供其發達之目標，然而爲達於人之此種本性，還要有經驗的活動。

成法者，誠如人云「成法乃正義觀念之歷史的沈澱物，一係自然法或正義之特定的，部分的，且不完全之發現也。因之只爲自然法或正義發現之一形式。正義

原理之不能包括於爲歷史的事實之成法中，由吾人意識中對於成法不斷發生正義之絕對的要求之事，自可明白。成法一方在歷史上爲不斷之變化，一方得維持其生命者，乃由滔滔不盡之意識的絕對要求之正義，常對於成法加以不斷之變化與革新之故。

自然法與
成法之一
致

所以爲正義之經驗的，歷史的決定之成法，縱然所表現者，非正義之終極的且最高之形態；又成法縱然係暫時的，有必然受變更之運命，要之成法爲內在於吾人意識中之正義要求之某程度之實現，固無可否認者也。因之正義與成法之關係，單在其對立相上把握，自嫌不足，還要在其一致相上把握。正義與成法在某點上成爲一致之情形，據古來一依從成法者則爲正義一之事實，自可明白。此種理論自亦含有誤謬，故尙須依據關於正義與成法之關係之批判的考察而加以訂義與成法之間如沒有一致點，即兩者如果常立於對立之關係，然則依從成法者，則爲正義之一種思想，當亦不能支配人心如斯也。即令批判的精神覺醒，據我等

正。然而正之經驗，得知正義較之成法更有優越性，要之對於成法之尊重，在一定限制之下，固爲吾人正義意識要求之一表現也。據表現於柏拉圖之基利斯特列斯中之蘇格拉底之議論，卽蘇格拉底以爲成法卽令殘忍不正，要之市民有遵守之義務，卽於結合市民與祖國之自然連鎖求其根據也。關於尊重成法之此種古典的議論，固亦不免近於極端，要之爲道破一面真理之情形，固無可否認也。而且杜瑪士亞奎納關於此點之議論，吾人亦還有參考之價值。亞奎納將一切「人定法」分爲正當之人定法與不正當之人定法。前者係發生於「永遠法」者，故有拘束吾人良心之力。又將不正當之法，分爲二種，第一，係違反神意者，例如強迫崇拜偶像的壓制者之法律，以及其他一切違反神法之法律，在此種場合，則不可違從之定法；第二，單係違反人類福利之法律，在此種場合，雖之不正然爲避免誹謗與秩序紊亂起見，亦不得不遵從之，唯於不惹起誹謗與較大之損害中，不遵從之亦無不可。基於以上之思想，亞奎納以反逆爲違反法之統一性並一般的利益，卽

在原則上應非難之也。然如因對抗他人之反逆，而防衛公共福利之情形，卻又不可呼爲反逆者。因而在壓制政府之場合，如斯對抗政府之情形，不謂之反逆。亞奎納此種理論，係以反抗暴君正當與否之一問題爲中心，至成爲後來議論之中心者，乃人所熟知也。亞奎納之議論，固亦不甚明瞭，而關於成法尊重之範圍與限定所下之考察，乃值得考究者也。

吾人對於
現行法律
秩序之態
度

然則吾人關於成法與正義之關係之一問題，即吾人對於現行法律秩序之態度，應當如何決定？大概或可摘要如次。

第一，我等關於現行法律秩序中所存之正義，不可不保持之，防衛之。成法秩序之中，有與吾人正義意識一致之部分。而對於此部分防衛一切攻擊，乃吾人正義意識本身之要求也。

第二，吾人不必傷及現行法律秩序之骨幹，而努力於其革新。在成法秩序之中，尙存有若干革新之餘地。即任何法律秩序，皆有不破壞其自身，而使革新可能之

安全瓣存在，故吾人可通過安全瓣而試行革新，此為研究成法者所熟知也。現實之成法秩序若施以比較的考察，亦有此種安全瓣已充分完備之法律秩序，與僅有極貧弱之安全瓣之法律秩序。而前者比之後者，其成法秩序之逐漸的革新，自更為容易。然而此為另一問題，吾人總要盡量通過此安全瓣，而滿足現行法律秩序革新之要求。

第三，在某場合，成法秩序則陷於腐敗已極之病的狀態。即陷於與為成法秩序生命之淵源，即與為意識根本要求之正義不能兩立之狀態。在此種場合，唯一方法，只有不文法對成法之戰，即洛克所謂「訴之於天」者是。正義在此種社會，係採自律的形式而發現。然而所謂「戰」與「訴」之前提要件，第一，須是正義之根本要求，在成法秩序之下完全不能達到，且已陷於頹廢之程度。第二，要由訴之於天而達到現行法律秩序之破壞，亦須嚴格將自己立於正義尺度之下。正義者，自己之超越也，即於他人之形相中展望自己，使自己服從於超我的尺度之謂。是

乃犧牲，獻身。所謂「世界縱已沉沒，正義尙凜然存在」之格言，固不可不解爲「自己縱沉沒，世界縱沉沒，正義尙凜然存在」之意義也。成法秩序之無安全瓣，一定要由訴之於天而始獲得爲意識絕對要求之正義之情形，亦爲罕有之事。而且革命與戰爭之爲自己利益，之爲避免自己之義務，而行於正義假面之下者亦不知幾許，固吾人所習見習聞也。然而如果在具備以上之要件時，則正義之自律的發現，理論上不得不謂爲正當者也。

輕率的破壞成法者，乃傷及自己人格尊嚴所由來之根本條件也。

然而正義不僅在成法秩序之尊重。卽並非單在消極上適應於成法秩序者也。吾人尙須洗耳靜聽爲意識根本要求之正義之密語，正義之永遠舞臺，其場面卽爲正邪之戰，吾人於此，應不斷爲正義而奮鬪。吾人不僅單依從成法，且須協力發育之，革新之。成法之尊重，固其一形相，然徒一形相耳。由吾人精神中日日發生正義感情之活躍，吾人宜以今日之成法秩序爲基礎，而創造將來更完全之成法，是

乃自然法對成法秩序之根本要求也。

—完—

附錄索引目錄（人名件名對照表）

三畫

大憲章	Magna charta
大流爾	Danier
大馬色	Darnascus
大衛	David 希伯來神裁後開始之王，在紀元前十一世紀。
大彼得	Peter the Great
大流爾書	Book of Daniel 舊約聖書豫言者之一。
大沐德	Talmud

四畫

- 孔德 Comte 1798-1857 法國哲學者，社會學者。
- 文德夏 Uindscheia 1817-1892. 德國羅馬法學者。
- 文藝復興 Renaissance
- 牛津 Oxford
- 公迪魯斯 Quintilianus 35-95. 羅馬批評家。
- 巴勒斯坦 Palestine
- 巴斯噶 Pascal 1623-1662. 法國數學者兼哲學者。
- 巴圖魯斯 Bartolus 1314-1357. 義大利法學者
- 巴霍芬 Bachofen 1815-1887. 瑞士考古史，法制史學者。
- 巴標魯斯 Papinianus 羅馬法律家
- 巴格達 Bagadad 在底格里斯河左岸之一大都會。
- 巴塞那 Barceona 今屬西班牙沿地中海之都會。

巴克斯羅馬那 Pacis Romana

叔本華 Schopenhauer 1788-1860 德國哲學者。

五畫

可蘭經 Coran 約千一百一四篇，乃弟子等集教祖所說之訓話也。

尼尼微 Nineveh 亞敘之首都

尼古拉 Nikonus

匈牙利 Hungary

幼哥斯拉夫 Yugo-Slavia

幼魯斯 Iulianus 君士但丁帝之甥，初信基督教，即位後，則背之。

加皮特 Capitol 加皮特尼山上所建之聖廟。

加地亞 Chaldaeae 先爲從巴比倫西南到波斯灣之地名，到加地亞人

占領巴比倫之後，才稱巴比倫爲加地亞。

加希密爾大王 Casimir the Great 1309-1370。波蘭國王。

加萊 Galileo Galilei 近世自然科學創始者，因奉科白尼地動之說，被禁錮於羅馬。

加特尼教 Catholic

加爾文 Calvin 法國新教徒。

布利哈斯佩第 Brihaspati 祈禱之主，信仰之主，與婆羅門同義。

布孚德 Puchta 1798-1846。法國法學者，屬歷史法學派。

布律特 Pretor 羅馬時代執政官之稱呼。

甘霸內 Campanalla 1568-1639。義大利哲學者。

古洛鳩斯 Grotius 1528-1645 荷蘭法學者。

古羅雅德 Great

古勒迪魯

Decretum Gratiani

斯法典

皮倫

Purphon 紀前 365-275. 希臘哲學者。

卡納德

Karneades 紀前 241-129. 希臘懷疑論者。

比亞林

Bierling 1841-. 德國法學者。

比斯開灣

Biscay

他加斯迭

Tagaste 在非洲北岸，奧古斯丁生於此地。

白卡利亞

Beccaria 1738-1794 義大利法律哲學者。

白魯諾

Bruno 1548-1600, 義大利天文學者。

司徒雅派

Staic 紀元前二世紀，哲學之一派。

六畫

朶那 Thora 希伯來古法。

朶爾 Thor 法律秩序之神。

貝尼苦列斯 Perikles 希臘哲學者。

印那天布勒 Innar Temple 英京兩法學院之一，爲中世騎士之舊址。

寺院法 Corpus juris canonici

西萊山 Sinai 突出紅海北端之山名，紀前一四九一年，摩西曾於此

地傳授有名之十誡。

安地善 Antisthenes 紀前 444-369。鳩利克士派之祖。

安布魯鳩斯 Ambrosius 紀前 340-397。基督教教父。

安瑟倫 Anselm 英國煩瑣派哲學者。

安盟漢特 Amemhat

安哥拉 Angora 小亞細亞中部，今爲土國京城。

安多尼

Antonius 羅馬五善帝之一。

米爾頓

Milton 1608-1674. 英國詩人。

米希拿

Mischna, 元來之意義爲教，後轉而有法律之意，卽成於二世紀末猶太教之不成文法律之謂。

米尼斯

Menes 相傳爲天神後裔，初居亞洲，後居埃及，建埃及王國。

米諾斯

Minos 希臘神話中克利地島之王。

米蘭

Milam 意大利北部倫巴地之首府。

米得天布勒

Middle Temple 英京兩法學院之一，爲中世騎士之舊址。

休謨

Hume 1711-1776. 英國實證主義哲學者。

伊壁鳩魯

Epikouros 紀前341-270. 希臘哲學者

伊尼魯斯

Imenius

伊奧尼亞派 Ionian School 紀前六〇〇年以來，起於希臘殖民地伊奧尼亞之一羣自然哲學者。

七畫

沃特·季革 Otto Gierke 1841. 法國法學者，在法律哲學上，有社會法學傾向的先驅之一。

沃康列爾 Oconnell 主張愛爾蘭獨立之志士。

沙曼 Samas 日神。

沙 Czar 前俄皇之稱呼。

亨白爾派 Hambalites

亨利八世 Henry VIII 149-11547.

希亞派 Shiahs 意義爲與黨，即黨於教王亞利之義。

- 希特人 Hittites 住於幼發拉底斯河之游牧人。
- 何亭休 Hortensius 羅馬雄辯家，後曾爲執政官。
- 君士但丁堡 Constantinople 博斯博魯斯海峽之都會。
- 邦羅 Bonald 1753-1840. 代表法國傳統主義的天主教哲學者。
- 克利地 Crete 地中海東部之一大島，爲古代希臘殖民地之一。
- 克勒安地 Kleantes 紀前 300-233. 司徒雅派之哲學者。
- 克里西坡 Chrypsippos 紀前280-207. 司徒雅派之哲學者。
- 吠陀 Veda 婆羅門教典。
- 李維 Livius 紀前 59-紀後17. 羅馬歷史家。
- 那不勒斯 Naples 義大利之一城市。
- 那文那 Ravenna 義大利鮑河南岸之都會。
- 杜侃 Durkheim 1858-1917 法國社會學者

杜葛 Turgot 1727-1781. 法國啓蒙期政治家，經濟學者；百科全書家之一。

杜母南 Dumoulin 1500-1566. 法國反封建制度，反習慣法之法學者，爲現代民法學之鼻祖。

杜萊魯斯 Trajanus 56-117 羅馬五善帝之一。

杜瑪覽士 Thomasius 1655-1728 德國自然法學者。

努米底亞 Numidia 非洲北岸之古國，今爲阿爾幾尼亞。

芝諾芳 Xenophanes 紀前 400年時。雅典著名之學者。

芝倫 Zenon 紀前 490-430年，埃勒亞學派之學者。

坎巴列拉 Cumberlandana 1631-1718 英國神學者兼哲學者。

- 門格 Anton Menger 1841-1906；奧國法學者，講壇社會主義者，法的社會主義主張者。
- 門的尼格羅 Montenegro，巴爾幹半島之一地方，一九一八年，合併於波斯拉夫。
- 阜姆 Rijm
- 東方正義 Oriental Justice
- 法典全集 Corpus Juris civilis
- 法學院 Inns of court
- 彼得 Peter 基督十二弟子之一。
- 拉密斯 Ramses
- 的羅爾 Tyrol 現屬意大利，歐戰前屬奧。
- 波丹 Bodin 1530-1596；法國哲學者。

- 波羅尼亞 Bologna
- 波蘭 Poland 1918年獨立。
- 波希米亞 Bohemia 現爲中歐捷克斯拉夫之一部。
- 波斯尼亞 Bosnia 巴爾幹半島之西北部，今爲幼哥斯拉夫之一洲。
- 波迪耶爾 Pothier 1699-1772. 法國民法學者。
- 波特尼 Portalis
- 波羅的 Parthia
- 阿奎納 Apuinas 1227-1274. 煩瑣派哲學者。
- 阿爾幾尼亞 Algeria 非洲北岸，現屬法國。
- 阿希里 Osiris 日神
- 孟德斯鳩 Montesquieu 1689-1755. 法人。『法意』著者。
- 亞當 Adam 神話上人類始祖之名。

- 亞歷山大王 Alexander 紀前 336-323。
- 亞特休士 Althusius 1557-1636 德國自然法學者。
- 亞里斯多德 Aristoteles 紀前 384-323 希臘哲學者。
- 亞諾支曼德 Anaximandros 紀前 611-528. 希臘哲學者。
- 諾士
- 亞諾支曼尼 Anaximenes 紀前 588-528. 希臘哲學者。
- 亞歷斯特坡 Aristippos 紀前 435-355. 啓列雷學派之祖。
- 亞爾革羅斯 Arkhelaos 雅典人。
- 亞刺美亞 Aramean
- 亞敘 Assyria
- 亞克羅波尼其 Acropolis. 希臘頭等都市之義。
- 亞力希士 Alexis

亞保羅烏斯 Apollonios 希臘宗教的哲學者，豫言者，魔術者，

亞里斯特法蘭 Aristophanes 紀前 446-358. 希臘最傑出之喜劇詩人。

亞力山大尼亞 Alexanderia 爲馬基頓亞力山大大王所建立之都會，其數凡七十。

亞俄斯塔 Aosta 意大利都市。

亞柏特 Albertus 1193-1280. 德國煩瑣派哲學者。

亞倫士 Ahrens 1808-1874. 德國法律哲學者。

亞伯拉耳 Abaelardus 1079-1142 法國煩瑣派哲學者。

亞爾托鳩士 Althusius 1557-1638 德國法律學者。

鐵伯 Thibaut 1772-1840. 海德堡大學教授。

夏菲派	Shafites
敘里亞	Syria 地中海東部之海岸地帶。
風土記	Doomsday book
查理士 V	Charles V. 1500-1558.
拜占庭	Byzantium 今之君士但丁堡。
威士特敏士 特廳	Westminster Hall 倫敦國會議事堂近傍之大廳。
帝問	Divan 以皇帝爲議長之議政會。
保加尼亞	Bulgaria 巴爾幹中部，面黑海之國。
哈尼化派	Hanifetes
哈普斯堡	Habsburg 舊奧大利皇室之名稱。
哈利發	Caliph 亞刺伯語王之意義。

哈利發·奧 Calph Omar

美爾

革特 Celte 英國土著。

科白尼 Copernicus 1473-1543. 近世天文學之祖。

科白特 Colbert 1619-1683. 法國宰相。

查斯丁尼 Justinianuf 東羅馬皇帝。

約翰 Johnes

約翰大克 John Tulock 英格蘭教會之人。

柏拉圖 Platon 紀前 427-347. 古代大哲學者。

柏拉米諾 Bellarmind 1543-1621. 義大利神學者。

耶穌社 Jeusrit

耶和華 Jehovah 希伯來唯一之神。

- 耶列米亞 Jeremiah 古代猶太王國之豫言者。
- 勃洛達哥拉 Protagoras 紀前 485-415. 詭辯派哲學之祖。
- 姚德摩士 Eudemos 希臘哲學者沒於紀元前 354 年。
- 紀開羅 Cricero 紀前 106-43. 羅馬共和時代最後之大政治家。
- 洛克 Locka 1632-1674. 英國哲學者。

十畫

- 烏璧魯斯 Ulpian 二世紀——三世紀. 羅馬五大法學者之一。
- 烏爾夫 Christian Wolff 1679-1754. 德國啓蒙哲學者。
- 拿布地 Nabonadins 巴比倫王，紀前五百三十八年降於波斯。
- 格別古 Quebec 北英加拿大之都市。
- 格雷苦尼 Gregory

格麥那

Gemara

哥地那

Gortyn 屬克利地島，1863, 1880, 1884年，曾行過法制調查三次。

哥德人

Goth

倫巴地

Lobardy 北義大利古代之一區域。

殷諾森

Innocent

紐崙堡

Nurnberg 德國巴威利亞之一都會。

浮士德

Forseti, 正義之神。

惟加利烏斯

Vacarius

基爾希曼

Kirchmann 1802-1884. 德國法理學者，哲學者，司法官。

盎格魯薩克遜

Anglo-Saxon

馬基雅佛利

Machiavelli 1496-1527. 義大利政治學者。

- 馬西利烏 Marsilius
馬利亞納 Mariannu 1536-1623 歷史學者。
馬志尼 Mazzini 1805-1872 義大利國家主義者。
馬律那 Manar 英國莊園制。
馬格第堡 Magdurg 德國葉伯河中流之都市。
馬利克派 Malikites
馬幼爾。湯 Major Donnus 佛蘭克王國米羅賓王朝之宰相，後遂握國內
姆士 實權，取米羅賓王朝而代之。
席勒爾 Schiller 1759-1805 德國詩人。
恩白特庫勒士 Empedokles 紀前490-430。希臘哲學者。
庫薩拉 Cusanus 1401-1464。德國哲學者。
埃配庫退特 Epiktetos 紀後 60-138。司徒雅派之哲學者。

埃勒亞

Elea

奚庇亞士

Hippias 紀前 430 年時詭辯派之一，曾說法律戕賊人之天性。

韋科

Vico 1668-1735. 義大利歷史哲學者。

孔德塞

Condorcet 1743-1994. 法國自由思想家，且爲百科全書家之一人。

十一畫

培根

Francis Bacon 1561-1626 英國哲學者。

梵語

Sanskrit

喬夏

Jasiah

婆羅門

Brahman

賀洛斯

Horus 日神阿希里之子。

荷馬

Homer 古代希臘之詩人。

梭倫

Solon 紀前 639-559, 古代希臘七賢之一，以立法著名。

都柏林

Dublin 愛爾蘭首都。

麥底那

Medina 亞刺伯之一市，近紅海，以穆罕默德之墓在此處而得名。

麥加

Mekka 亞刺伯西部之一都市，回教教祖穆氏以五七一年生於此市。

貢普羅衛

Gumpłowicz 1838-1910. 奧國社會學者兼公法學者。

梅恩

Maine 1822-1888 英國國際法教授，古代法學者。

梅斯特

Maistre 1754-1821 法國傳統主義哲學者，法國大革命時，與反動之天主教派相結合，主張教皇與教會之絕對權。

笛卡兒 Descartes 1596-1650. 法國哲學者。

密爾 John Stuart Mill 1806-1873. 英國正統派經濟學者。

啓列雷派 Cyrenaics 以亞里斯多德門人歷歷斯特坡爲祖之學派。

費特亞 Pheidias 紀前 488-432. 希臘大雕刻家。

費希特 Fichte 1797-1879 德國半黑智兒派哲學者。

莫里拉 Molnia 1535-1600 西班牙天主教神學者。

畢塔哥拿斯 Pithagoras 紀前 540-500. 古代希臘哲學者。

郭爾基亞即高 Gorgias 1853. 英國宗教家。

爾期亞

康德 Kant 1724-1804. 德國大哲學者。

康梭納·特 Constitutio del mare

迭爾·馬列

十二畫

- 達希特 Tacitus
- 達爾馬希亞 Dalmatia 亞得利亞海之東北岸，1918年劃爲幼哥斯拉夫之一部。
- 捷克 Chzechs
- 捷克斯拉夫 Chzecho-Slovakia 戰後之新共和國。
- 祭司長官 Pontifex maximus
- 普列門 Bremen 在今德國威塞爾河口五〇哩之上。
- 普羅的斯坦特 Protestant, 基督新教徒，本義爲反抗之義。
- 滑鐵盧 Waterloo
- 凱撒 Caesar

- 凱烏斯 Caius 110-180. 羅馬法律家。
- 高等律師 Sergeant at law 英國中世之高等律師。
- 斯賓諾莎 Spinoza 1633-1677. 荷蘭哲學者。
- 斯賓塞 Spencer 1820-1903. 英國哲學者。
- 蒙旦 Montaigne 1533-1592 法國文藝復興期之懷疑論者。
- 奧邊海瑪 Oppenheimer 1864-. 德國現代社會學者，經濟學者，關於
國家之成立，取征服說。
- 奧坎 Ocean 1300-1349. 英國煩瑣派哲學者。
- 奧里岸 Orleans, 在法國中部，洛亞河北部之一都市。
- 奧古斯都帝 Augustus
- 萊布里茨 Leibniz 1648-1716. 德國哲學者。
- 萊丁 Leyden

萊浦季西即萊 Leipzig. 德國之一都市。

比錫

斐爾瑪 humer 1604-1653. 英國王權絕對論者。

猶太 Judaea

塔勒士 Thales 640-546 紀前伊奧尼亞派之始祖。

十三畫

雷亨 Leiden 荷蘭萊茵河畔之都市。

愛士畢那 Espinas 生物社會學者。

愛德華一世 Edward I.

愛爾蘭 Ireland

雅迪南 Athene 爲希臘十二神之一，即智能之神。

福爾馬 Forum 爲加皮特岡之偉大建築物，一切大典均於此處舉行。

瑣羅門 Solomon 大衛之子。

路得 Lither

路易 Louis

聖保羅 Paulo 基督教最初之傳道者。

聖赫達 Sanhedrim 爲貴族僧侶支配全猶太政權及司法權之一種會議。

聖赫勒島 St. Helena

鳩利克士派 Cynics 蘇格拉底學派之一。

塞內加 Seneca 前14-後65. 羅馬司徒雅學派哲學者。

塞爾維亞 Servia

葉尼熙

Ehrlich 1862-. 德國法學家屬社會法學派。

葉林格

Jhering 1818-1892. 德國歷史法學派之法律哲學者。

十四畫

詹姆士一世

James 1560-1625

漢薩同盟

Hanseatic League

漢拉比

Hammurabi. 巴比倫王，塞種人，紀元前 2000 年時。

瑪脫

Ma-ät 埃及正義女神頭上所飾之蛇翼。用以招死者之魂，

而引於日神之前者也。

瑪開德里亞

Macedonia

卽瑪基頓

十五畫

鄒塞多里奧 Poseidonios 紀前 135-50. 司徒雅派之哲學者。

畿輔 Kieff 東歐脫尼葉北河之西岸。

德利波魯斯 Toribonianus 東羅馬帝查斯丁尼之宰相，編纂法制有名者。

德彌天魯斯帝 Domitianus 51-96.

德謨斯特內斯 Demosthenes 紀前 384-322. 希臘最優秀之政治辯論家。

摩揭陀國 Magadha

摩斯列姆 Moslem 回教信徒。

摩拏法典 Manava-Srututa-Sastrua

摩西 Moses 希伯來人之豫言者，相傳於紀元前 1320年，率族人

回到巴勒斯坦。

- 謝林格 Schelling 1775-1854. 德國法學者
- 謝孚烈 Schaffle 1831-1903. 德國經濟學者，社會學者，主張社會有機體說。
- 樞密院 Areopagus. 梭倫以後樞密院之稱。
- 邁摩尼德 Maimonides 中世猶太人之哲學者。
- 諾曼人 Norman 即北人(North-man)之意義；居斯堪的那維亞半島，爲日耳曼人之一種。
- 諾惟科羅特 Novograd 俄國博爾加河畔之一都會。
- 諾克斯 Knox 1505-1572, 蘇格蘭宗教改革者。
- 鮑魯士 Paulus 第三世紀人羅馬法律學者。
- 錫德利 Sidney 1622-1683. 英國共和主義者。
- 霍布士 Hobbes 1588-1679. 英國自然哲學者。

薩爾瑪爾修

Salmasius 1588-1653. 法國博物學者。

薩刺森人

Saracens 亞刺伯一部族之名稱，在西歐人稱來，則有東方人之意，東洋則稱之爲大食人。

薩微尼

Savigny 1779-1861. 德國法律哲學者。

盧梭

Rousseau 1712-1778. 民約論者。

盧多衛喜

Ludvig

十七畫

薛知微

Sidgwick 1838-1900. 英國實用主義哲學者。

薛烏斯

Zeus 天地主宰之神，希臘十二神中之主神。

穆罕默德

Mahamet

二十畫

蘇理曼

Suliman 土耳其皇帝。

蘇薩

Susu 波斯舊都。

蘇格蘭

Scotland 不列顛島之北，1707年，合併於英。

蘇格拉底

Sokrates 紀前 470-399。希臘哲學者。

蘇亞勒士

Suarez 1548-1677。西班牙神學者。

蘆葦紙

Papyrus

三十一章

柳開文

Lukeion 在雅典郊外，亞里斯多德曾在該地講學。

Entelekheia

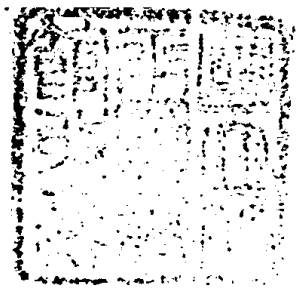
亞里斯多德欲改造其師柏拉圖之二元論的世界觀，曾說質料（亞氏視質料為潛勢，即有可能性）與形相相結合之後，可以實現出來。而此質料之實現，即呼為 Entelekheia。

法律哲學原理 附錄

三三

(完)

中華書局出版



版出局書東大海上

物讀律法

解釋艱深的法學疑義
貢獻切實的法學常識

法官·律師·學生·民衆·不可不備

完全專家學問的結晶，
科學整理，精密校勘，
明快暢達，切合實用

刑事訴訟法	刑法	白話解釋違警罰法	戰時國際公法問答	平時國際公法問答	國際勞工立法	破產法原論	違警罰法通詮	商標法釋義	刑法釋義	刑事訴訟法釋義
一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊
三角	三角	二角	三角	五角	六角	七角	一元五角	四角	一元八角	一元四角
六折	六折	七折	六折	六折	九折	九折	九折	七折	七折	七折

中華民國二十一年正月初版

法律哲學原理 (全一冊)

△(定價大洋二元四角)

(外埠酌加郵費匯費)



版所翻必
權印有究

發行所

著者 譯者 主編者 校訂人 發行人 發行者 印刷者

高柳賢 汪翰 汪翰 孫浩 石孫 沈駿 上海北福建路二號
大東書局 上海四馬路九十九號
大東書局 上海北福建路二號
大東書局 上海北福建路二號
大東書局 上海北福建路二號

大東書局

