

龐特著
雷賓南譯

社會科學史綱

法第

九

學冊

246



商務印書館發行

上海图书馆藏书

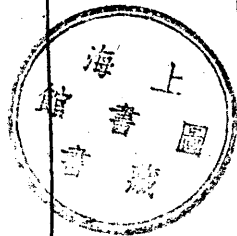


A541 212 0014 7965B

R. Pound 著
雷賓南 譯

社會科學史綱
第九冊
法第
學册

商務印書館發行



國立中央圖書館藏

第九册目錄

一〇 法學 五八一

(一) 法學歷史 五八一

(1) 希臘哲學 五八一

(2) 羅馬法 五八二

(3) 現代法律科學的開端 五八三

(4) 現代法律科學 五八四

(二) 現代法律科學之特性 六一六

(1) 功能之態度 六一六

(2) 法律與道德相互關係之理論 六一七

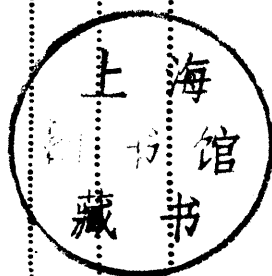
(3) 預防直道之運動 六二〇

(4) 執法趨於個別化之運動 六二一

(5) 法學與其他社會科學協作運動 六二二

(三) 法學在今日所有主要問題 六二五

(1) 利益之估計 六二五



(2) 法律與行政之關係·····	六二九
(3) 法律行為生效之限度·····	六三一
(4) 搜查社會事實之方法·····	六三三
(5) 法典編纂·····	六三四

一〇 法學

Rascoe Pound 著 雷賓南 譯

一 法學歷史

(1) 希臘哲學

法學問自成爲一專門科學，關於此旨，法學 (jurisprudence) 殆與其他科學同，即同導源於希臘哲學。是故今代律師在其心目中所有法律，自希臘人視之，並無特別殊異於其他社會制裁力。試就字源觀察，希臘原文所
有名字，譯之以今代語言而成爲所謂「法律」(law) 者，最初只解作倫理的風習，宗教之儀式，人類概觀中之律
例，法律的規則，以至社會制裁的全體。原來古代希臘的市府國家本爲一個因政治而組織的社會；此類社會自以
血統爲組織基礎之社會演進而出，因之，前者與後者，極有密切關係。於是，介於同族與異族間社會及政治上之爭
執，遂以傳習於部落中之法律，與製定於政治社會中之法律，兩者對立之形式出現。此種競爭，實足以招惹古代希
臘哲學家之注意。同時，希臘與外人部落所有倫理習慣與法律之差異，以及希臘本身各市府之差別，亦足引起希
臘哲學家之注意。就商業交通所見及，處處有殊風異俗，却無兩處可以相同。縱使就本地所有經驗省察，同一市府

可以在異世中具有各不相同的法律規矩。凡此種種特殊情形至足以昭示一件事實，即是：法律秩序不過造成於製定法規或傳習典訓，而此項法規或典訓最後還須受政治當局者武斷權力之支配。此類觀念，顯然可使彼等認爲公衆安寧發生危險，倘若更就當日所有時勢觀察，寡頭政治與民主政治方在競勝，個中所含危險尤爲昭著。因此之故，當代哲學者遂不能不在服從的習慣與政治當局的意志之外，爲社會制裁別求確實之根據。彼等乃自觀察自然界中常在而普遍的現象，而求得社會制裁之根據。根據此項觀察，法律之目的，原來在於維持一種理想的社會狀態。於是，所謂法律秩序，不外要使各人在理想的希臘市府政治社會中各就本位而已。權利與法律，皆以和諧爲基礎，具有普遍之約束效力，非個人意志所能束縛者也。（註一）

（2）羅馬法

希臘衰微，羅馬代興，羅馬法家乃將希臘哲學家所有關於法律之基本思想，致諸實用。是以乍士丁尼安法經（*Institutes of Justinian*）特爲公道下一定義，卽爲公道者，具有常在的與一定的目的，依之人人可以各得其所。換言之，當代所有社會秩序，卽以分別派定各人名下所應得者於各人，務使人人在本分內各得其平。所以大凡希臘哲學家所謂自然權利，卽依天道而得到的義理，一入羅馬法家之手，俱變成所謂自然法律。自然法律爲何？卽人類意象中之一宗具有普遍性之法律原理，從事物的自然性得來，由之，人類社會可以發見法律之根本及事理之準規，依之，人類社會可以促進法律事務之發展。自有此項理想標準，羅馬法家遂出盡全力，務使現行法律庶

幾能追蹤而上，以求兩相符合。此爲一種難能可貴之嘗試，依之，羅馬法律遂以造成其經典時代。迨至此時，一種科學的，哲學的，及法家的造法藝術實替代羅馬共和國向來所慣用之立法方式而興起。(註二)

(3) 現代法律科學的開端

現代法律科學，起於十二世紀中意大利大學之法律研究。爲此項研究背景者，尙有羅馬帝國繼續存在之一種法家理論，以中世紀之帝國實無異於奧古士丁 (Augustus) 君士坦丁 (Constantine) 乍士丁尼安時代之帝國。於是，羅馬民法 (corpus juris) 實可以視同一種現行法規，雖現代帝國亦受治理，隨之，所有在基督教義支配下之國均應受約束。惟其如是，十二及十三世紀中之訓詁家 (glossators) 即將該項法律本文，逐條逐節，加以解釋，復加以詮譯，此外復將原有案情加以區別，再將此類區別造成法式或規程。此爲法家所有活動之開端。迨至十三世紀中葉，所謂註疏 (Glossae) (即許多註疏家歷來所加之解釋) 被彙集成帙，遂獲取羅馬法經解 (the Glossa) 之名。自此之後，法律本文之分析工夫遂蔚然成大觀，而逐條疏解之功用幾歎觀止。

更自十三世紀後半期以迄十五世紀，法律學者乃別開生面，而從事於解詁之學。解詁家實依據註疏家所已下工夫，而加以根據形式邏輯及經院哲學上之推闡，因之，註疏家所用方法本來極爲簡單，而一入於解詁家之手，遂成十分繁賾。是故註疏家祇須將本文整理使成系統，而解詁家却要再輸入一定系統於法律的主題與法律之各部份。

十五世紀之末，學術復興，哲理思想復盛，而人文研究又復起，凡此種種動機俱足以創造許多科學理論，而引起法律的科學研究。就中尤以人文學派爲能於法律的科學研究上開闢新路。申言之，人文主義者不斤斤於研究羅馬法之本文或標題，而着意於審問與明辨法律全體。惟其如是，古牙士（Cujas, 1522-1590）遂成爲法律史學之先導；董桌拉士（Donellus, 1527-1591）對於法律全體始作有系統之考究，其後十九世紀中之分析學派崛起，當研究羅馬法系時，尙時時師法董氏。

法律以維持和平爲終局之原始觀念，顧入於中世紀，此項意思復興起於日爾曼法律。希臘哲學家之法律觀念，以維持原有社會狀態爲法律之目的，後來此項思想又由希臘而傳入羅馬。顧在希臘人的心目中，社會固是靜止不動，但依理想而改變之事，惟傳至中世紀，社會之靜止狀態不惟有威權之基礎，且由禮俗所維持。因之，自羅馬遺下之法律遂成爲一宗戒令體系，申之以威權或禮俗，均以維持一成不變之社會爲事。在十三世紀中，哲學家開始討論及於權利與法律在哲學上及宗教上之基礎，及法律之效力。因之，哲學宗法學遂成爲神道學之一重要部份。綜括以觀，哲學及羅馬法律之歷史研究，及法律之系統研究，已爲新法律科學開其先路，迨下文所提示之兩項重要事變發生時，此項科學即成立於世。（註三）

（4）現代法律科學

第一款 自然法派

當宗教革命之際，法律理論之神學基礎被毀。於是，法學遂不復受神道學束縛，而得到解放。迨入於十七世紀的前半期，學術界所傳來之金科玉律，即所謂帝國一向具有繼續存在性，從而羅馬法應繼續有效者是，亦被摧翻殆盡。於是，法律亦不復受乍士丁尼安法經束縛，而得到解放。其結果爲：法律科學及法律戒令之威權祇有建築於理性之上，而且除理性外再無別種基礎。此爲法律的一種解放運動，而運動之最高度實結晶於十八世紀中之自然法律一派，其影響至今代尙無止境。此派宗師常作一種主張，即謂：法律之完善系統，可以根據自然法律之原理而構成；至於此類原理之源泉，則應從一個抽象個人所有天性用理性推究而得。因之，依此項主張的推行所至，勢必使法律與某一特殊著作家認爲應有之法律混爲一談，且受本於現行法律及現有社會秩序而起之成見之影響。惟其如是，此項使法律觀念與倫理條件相合之嘗試，實具有一種解放力量，依之，創作的立法在現代世界中遂成獨步，幾乎前無古人，後無來者。遲至今日，十八世紀中之哲學宗法學尙繼續分裂而孳生未已。（註四）

第二款 十九世紀各宗派（註五）

第一項 歷史學派

依時代先後以挨次論述，歷史學派法學在十九世紀各宗派中爲最先成立。本派法學之創立者及主要代表爲薩維格尼（F.C. von Savigny, 1779-1861）。倘若再進而尋求其淵源，我人當不能不歸功於康德哲學；康德既盡力排斥十八世紀哲學所用方法，造成法律直道之新概念，此項概念互十九世紀一百年間，爲衆所接納。倘若

加以分析，歷史派尙可分爲兩枝，其一爲德意志學派；其二爲英吉利學派。前者常用歷史的及哲學的方法，後者由緬因 (Sir Henry Maine, 1822-1888) 所創立。其所用方法常爲歷史的與比較的方法。歷史派法學在十九世紀下半年中，曾以不同之形式，盛行於歐羅巴大陸與亞美利加。

歷史派法家考究社會制裁之全體；申言之，彼等並不拘泥於社會中之政治社會所立之一種制裁力，彼輩以爲法律終極言之，非人力所能強造成功。立於法律戒令之背後，依彼等見解，常有社會壓力不斷地發生作用，使人不敢作奸犯科。彼等在國家之強制後，尋求服從之習慣，深恐同輩憎惡之心理，輿論及社會所立的直道標準。在彼輩視之，風俗習慣卽爲法理之典式。彼等在哲學上所佔地位大抵師法黑智兒 (Hegel) 之哲學。因此之故，此派法學除以歷史方法治法律外，常喜以一種理想詮釋法律史。或爲倫理之理想詮釋，依此項詮釋，所有法律史不過是一部實現正義思想之記載；或爲政治之理想詮釋，依此項詮釋，所有法律史又不過是一部實現自由思想之記載。是故緬因嘗有一名言，卽謂：法律歷史原來不過是記載人類社會自人人安居原有限定身分時代而進入自由訂立契約時代之史書。此語卽可作爲後者之例證。(註六)

第二項 玄學派法學

哲學派法學，入十九世紀而後，流爲玄學派。此派法學在大陸國家中，實與歷史派法學平分天下；不過至於十九世紀末年，除意大利及蘇格蘭外，歷史派乃佔有全局耳。玄學派所努力者，在求出法理的一部體系，依之，庶幾得到整理法律之基礎，又得到批評法律制度，及法律大義以至法律戒令之準規。此類體系，係從正義一基本概念，或

直道之某種基本公式，演繹而得。故在法律的成分中，凡有關於法律目的與爲法律準規之基本概念者，不論其爲傳統思想或時流意見，皆爲此派法家所願亟急着意者。倘若專就法律的理想成分構思，彼等甚表同意於歷史派法家之主張，即謂：法律經人尋出，而非經人造成。關於法律戒令之研究，不甚措意於此類戒令之倫理及道德基礎。前代英美法家往往忽視玄學派法學家，此大誤也。我人須知彼等之懸想並非全爲海市蜃樓，而毫無實際結果。其實，歷史派法學正義思想，即取自玄學派法學家，因以發展法律史之倫理詮釋。且彼等又予歷史派法家之自由觀念以充實之內容，歷史學派固認定自由觀念乃隨法律發展而實現者也。惟其如是，玄學法家因以確定法律之政治詮釋之方針。玄學派法家藉歷史學派而予法院判決及法律制訂以巨大之影響。(註七)

第三項 分析派法學

自然法律學派中衰以後，歐洲大陸遂有歷史學與玄學兩派出現。在英國方面中，勃拉克斯東 (Blackstone) 實爲反對自然法律學派之健者，而由其學說，英國分析法學實以肇興。此派之創始者奧斯丁 (John Austin, 1790-1859)，爲熱烈信仰功利主義之人。願以法學本身論，分析法學家完全與哲學脫離關係。所以本宗法學之所着意者，惟在於已經發展之法律系統，恰如現行法律所表現者，而其在實際上所用工夫亦惟欲分析此項法系所有法律制度，法律戒令，及法律概念，而由此爲一個有普遍性的法律科學徵集材料焉。此派僅研究世界已經發展至成熟程度之法系，例如，在大陸方面之羅馬法及其支流，以至日爾曼法律；又如，在使用英語國家中，亦有羅馬法

及其支流以至英美常法系統。彼輩以爲法律由立法者意志造成；至於立法者或爲立法機關，或爲司法機關。彼等認爲法律戒令本身原無固有威權，其威權實來自立於此類戒令的背後之力量與制裁，而此項力量與制裁，實寄附於國家內之司法機關。惟其如是，凡有不見執行於法院的誠約皆不能稱爲法律。彼輩以提出國會之法案爲法律之典型，蓋此項法令卽爲一種法律戒令，確由國家意志所執行者也。（註八）

第三款 二十世紀各學派的先導

以方法論，十九世紀各派法學概以法律本身爲基本，造成一種法律科學。此項觀察對於歷史派及分析派法學尤爲確切，彼等均依據法律所有空間性與時間性，以鑑別法律而研究法律。哲學派法學立意在外界構成一個考究法律之準規，但實際上僅組成法律本身之批評。從社會學的立足點觀察，分析方法，當被用爲唯一研究法學之方法時，至少可有兩項惡果，第一，分析派所用功力實足以招惹易希令（Jhering）稱之「概念的法學」（jurisprudence of conceptions）。是以縱有新生事變，其解決方案仍自一向傳下的一定概念演繹得來。至於以法律目的爲立場而審問其前提，又以法律目的爲立場而評議其結果，此兩層工夫多因忽略不爲。（註九）第二，以法律爲主權者命令之理論，常足以誤引立法者或法院於歧途，申言之，載於法案中之規則，或記於成案中之判決，本有隨時修正之必要，今依命令的理論，立法與下判決時，立法者與審判員便將不復參證理性之要求，人類行爲之急切需要，及社會進步之要求。（註一〇）至於歷史方法，當被用爲研究法律之惟一的方法時，亦犯同樣毛病。第

一、此項方法常使歷史派法家於一種過舉，即是從歷史上因研究傳統法律而發現之主要概念，歷史派法家往往即認爲一切法律之基本概念，因此之故，改良之法律，若不合於其想像之向來所有進程者，皆在反對之列。（註一）更具體言，該項方法常使彼等誤認法律史上之偶然事實爲必然法理，或誤認一定範疇爲具有普遍性之法律。（註二）同樣玄學派之方法，在使用之時不免過於玄虛與執滯，其結果遂使法律哲學在十九世紀後半期中一蹶不振。況且在使用玄學方法時，彼等並非用之以批評傳統思想，而在爲傳統思想尋求根據。其結果此類思想，倘若從倫理基礎以根究，必無立足餘地者，今因玄學上之思辯，轉可而取得堅固之防禦工事。（註一三）

因此之故，法學界在前世紀末葉，遂漸覺歷史、哲學及分析三個方法之中，無一方法可以完全自足。是故在大陸歐洲方面，歷史方法與玄學方法常互爲表裏。分析方法亦逐漸發展，與英國分析派法學相類之『法律的概括理論』得與法律哲學或歷史派法學鼎足而立。在英國方面，歷史學派法家與分析派法家即極力互相讓步，而至於互相了解。同時，新起之運動使兩派法學者成爲二十世紀之特徵。其中之一種運動，以哲學爲皈依，由之，不但法律哲學得以復生，而且社會哲學的法學之新宗派，亦得以崛起。此外又有一主要運動，更以社會學爲依據，法律制度之功能理論得以進展。申言之，一切法律制度俱依各種社會科學（social sciences）之見解，而研究其作用。不甯惟是，此項運動更使我人於考究法律秩序之時，不復完全注意於法院所以維持此種秩序之法律事件，尤在於以法律秩序視爲社會制度之一種，社會學之影響，方如日之升，於是乃有社會學派法學焉。（註一四）

第四款 社會哲學派

第一項 功利學派法學

十八世紀中之法律科學，常圖自抽象之個人天性中，綉繹一切法律原理。十九世紀中之法律科學，則以一切歸之於抽象之個人意志。至於今日法律的個人主義漸次衰替，社會哲學漸次代興。即遠在前世紀末葉，社會哲學派法學已成立於歐洲，其後乃徐衍為三派。倘依成立次序敍之，第一為功利學派。在哲學一方面，此派法學本出於英國功利主義，但別傾於新方向而發展。在法家淵源方面，此派法學實與分析派法學相聯屬。其實此為一種運動，為十九世紀中歷史的及玄學的法學之反動。故以方法言之，此派法學所用者實為分析方法與社會哲學方法。為求原理與構成概括觀念起見，彼等對於在當時當地現行之法律，下一番分析工夫，復進而就法律之目的，試驗原理與概念之實際效用。易希令 (Rudolf von Jhering, 1818-1892) (註一五) 實為此派之主要領袖，對於法律科學在各方面所有進展均有特殊貢獻。在今代法律思想中，共有三個重要特徵，實皆由其學說所造成，其一、為對於概念的法學之排除，不復以概念的分析為綉繹法理而成為判決訟案根據之方法，不復作為應用法律戒令之方法。其二、為切實主張一個法律系統所保證之各種利益，至於外表的法律權利之主張皆比較不甚注意。其三、為司法行政之理論。此項理論一向俱受歷史學派及分析宗法派所忽視，甚至被故意屏棄不屑道。在今代此項特徵之重要性正日增不已，而第二點尤為重要。易希令離開法律性質之研究，而側重法律目的之研究，實能於法學上別開一新生面，而開闢一新田地。此項創作結果，能轉移法學者之視聽，離開保障法律之概念機構，而改向法律保障之利益。利益為何？即人類各種主張，要求或需要，亦即法律之目的物，法律秩序即在求其滿足與保障。權利一事，

就分析派法學之解釋，不過實現保證利益一目的之手段而已。(註一六)

第二項 新康德學派法學

斯坦姆勒 (Rudolf Stammler, 1856-) (註一七) 爲新康德派之創始者，復爲其領袖。在昔易希令既推

進分析派法學，今茲斯坦姆勒則以新康德派社會哲學，建樹哲學派法學。從大處觀察，新康德派所用方法實爲哲學的與社會學的方法。從成效觀察，新康德派對現代法律科學之貢獻，共有四端。其一，此派法家曾經轉移法學界之注意，由倫理與某一抽象戒令之關係而向於倫理與戒約在被用於司法時所有關係。其二，彼等着意於構成當代所有社會理想，依之，即以尋出及提示法律中之一個原動力所在，而此項原動力一向均爲十九世紀理論所忽視。其三，彼等於直道規則的理論之外，特加入訴訟須得平允判決之理論。其四，彼等對於法律戒令之應用，實能給我人以一概括之理論。最後一層貢獻在今代尤爲切要。蓋我人須知法律之執行，並不等於邏輯之推演，決非依一定法式以作成機械式推理之如是單純。是故斯坦姆勒實爲法學恢復法國人所謂司法的理想主義。是即指追索法律企求符合之理想，俾統御人類之法律秩序及法律目的得以羅列於目前。誠如是，斯坦姆勒在法律哲學上之貢獻，正可與康德在知識論上之貢獻，兩相對稱。康德既將知識論中所有問題敘明，復解釋問題之真相。斯坦姆勒亦然，彼能明白昭示我人，法律哲學上之問題，決非抽象的直道與抽象的規則之問題。此一要旨正與十九世紀所主張者截然相反。十九世紀法學常以爲：倘若規則在抽象合於平直，則司法之能事已盡，至於其所得結果究爲與直道合否，殊可以不必置問。斯坦姆勒則教訓我人，凡遇有法律戒令，縱使適合社會之理想，又能依此類理想而執

行，我人仍須於實在例案中求問其是否產生直道效果。（註一八）

第三項 新黑智兒學派法學

如依照成立年代的先後而論，社會哲學派之第三派應為新黑智兒學派，而此派法學之代表人物實為科勒（Josef Kohler, 1849-1919）（註一九）新黑智兒學派採用新哲學及歷史方法。此派法家更推進十九世紀歷史派法家之成就。此派共有四點，至值得注意。第一、法律一物，依彼等見解，為某一國人民過去文明之產物，同時又為以過去文明結果適應現代文明之嘗試。關於此旨，科勒與歷史派法家，有互相默契之一點，即是法律事理原自古代先民傳下，將欲應付今代所需，此類事理必須經改變；顧人為成就終屬有限，未可遽存奢望。惟其如是，法律事理本為我人所使用，却亦能限制我人。歷史之繼續性為我人所有行事之限制條件。不過科勒在此際認識法律之不能靜止。文明既然不斷變遷，法律亦必隨之變遷，以求應付目前需要。是即謂我人必須將古代所遺下之法律事理，加以變通，庶幾此類事理不至阻礙文明進步，而能促進文明。第二、科勒之教訓務使我人對於某一國人民之社會史，具有深刻了解，而且使我人明瞭社會史與法律間之關係。按諸過去，法學者所注意者，僅為於政治史以及政治，史與法律之關係而已。第三、科勒對於法律戒令獨能以社會學眼光為之詮釋，遂依之以造成可以使人注意之詮釋及應用理論。是故依『求出立法者意志』之理論，當應用以解釋百年以往法典中判決理由之發展，不免包含想像之功夫。例如，一八〇四年的法蘭西民法法典，一八一一年的奧地利法典，或美國十八世紀中宣布之人權法案，凡此種種文書皆是一種有永久性之立法，可為法院推究之題目，初非條文之集合而已。因此之故，此類立法必須

以社會學眼光詮釋，而變之爲社會之產品。第四、科勒在法學上之最大貢獻，在於以當時當地文明造成法學假設之方法。世間任何一種文明，皆假定某種權利之原理，法家之責任即在尋出，復以公式表明此種法學之假設陳義；復依據此類假設陳義，構成爲法律必須遵循之標準，及若干理想。造法者亦可根據以立法；司法者根據以運用法律事理而下判決；法學家根據以開展法律事理而著書立說。一法律秩序，在法律戒令之實際運用與發展之中，爲一重要因素，科勒之方法，最能對法律秩序，作確切明白之敘述。(註二〇)

第四項 自然法律學派在法國之再起

自一八〇四年頒布民法典以後，法國法學大致傾向分析宗派。至於自然法律在正式之大學講習中仍被篤信，但不過虛有其表而已。既而，玄學派法學漸興，幾有取自然法律學派而自代之之勢，但無幾時，歷史派法學崛起，自樹宗風，四方響應。一入二十世紀，不但法律哲學漸恢復從前所有勢力，而且社會哲學各派法學極有獨步一時之氣概。此類運動當不免催促自然法律之復活。(註二一)其所取形式有三，二、一修正與擴大新康德學派法律上之理想主義，二、法律的新煩瑣哲學之發生；三、爲實驗主義社會學相混而成之法律哲學，在哲學上蓋與機械社會學有關。第二派學說之倡導者實爲琪尼(Francois Geny, 1861—)。蓋在昔時，阿奎那(Thomas Aquinas)視個人之基本爲道德主體。而在今日，琪尼却視社會生活爲一種道德現象。立於煩瑣哲學基礎之上，琪尼使我人對於法律之某一種重要成分，更能澈底了解。所謂重要成分爲何？即對於法律目標，及社會的與法律的秩序之傳統見解是也。(註二二)第三派學說的主唱者爲狄驥(Leon Duguit, 1859—)。狄驥根據社會互賴之原理，並

視之爲「從觀察得來的與證實的一件實事」，遂以創立實驗派之自然法律學說。由此學說，遂演成一理想之法律系，恰如斯賓塞 (Herbert Spencer) 從其「平等的自由法律」理論中引申而出者相似。依狄驥見解，此種社會之互賴性之所由成，實起於我人同爲人類之一種事實，因之，彼此所有利害大抵相同。抑自產業革命而後，分工已成爲產業社會之基本事實，於是，社會之互賴性益以深進。故此兩項方式之互賴性，皆是從觀察得來，且爲我人所證實。法律即在使我不背於此類基本事實。法律之基本原理，應規定凡行爲具有社會價值者，法律始加許可，凡反對社會價值者，法律予以禁止。約言之，彼所有法律及社會秩序之理想境界，爲一所理想化之產業都市與其附屬之鄉村，在其中人類彼此均一致團結，以從事於最有益之大量生產。(註三)

第五款 經濟之詮譯

緊隨社會哲學派法學與社會學派法學之興盛而追蹤並行者，尙有一種運動，雖則不能建立宗風，然而對於一八九〇年以後之法律思想，極有感應勢力，而且至今尙未衰歇。歷史學派法學常將法律史所載法律事理，視爲某一理想展開或實現之記錄。故其歷史之詮譯爲唯心性質。倘若此理想由倫理的立足點立論，如正義之觀念，此種詮譯便成倫理之詮譯。倘若更從政治的立足點立論，便可得政治之詮譯。稍後，實驗學派崛起，人種學與生物學之詮譯隨之而興，在十九世紀末葉會盛行一時。以一個理想爲主腦而解釋法律史上所遭逢之法律事理，此類嘗試之最後一着，尙有所謂經濟之詮譯。經濟之詮譯倡於馬克思 (Marx)，時爲一八五九年，但遲至一八九〇年爲

止，此項詮釋並未惹起多人之注意。迨至十九世紀的末後十年，以經濟思想解釋歷史之運動盛行於大陸國家，旋復影響及於法學。其在美國，法學思想從前尚無有此項彩色；有之，自羅斯福進步主義（Roosevelian progressivism）盛行時代（1900-1912）開始。而一輕輸入之後，此項運動勢力迄於今日尚在不斷進行。試加以分析，法律史之經濟詮釋可分三項方式：其一為唯心主義派；其二為機械的實驗主義派；其三為惟實主義派。第一派與黑智兒學派相關連，誠以黑智兒派中人，嘗將法律史視為某一經濟原理逐漸開展之記載。於是所謂法律，依彼視之，不過滿足人類欲望一經濟原理之邏輯的推演而已。第二派之理論在大陸國家常為機械的社會學者所倡導，依彼等見解，經濟定律為社會發展所必由之公例，而法律又為在經濟定律運行下所生之結果。在美國，亦嘗有人設法推動此派人物與分析派法家聯合。依其詮釋，凡法律皆為人類以一定意識造成，法律戒令，在於滿足統治階級之需要。惟其如是，一切法律皆產生於經濟之動機。第三派以為我人必須留意國內極有勢力之集團在當時當地所抱之目的，此類目的一般由經濟迫切需要所決定。所謂法律與權利只是權力之表現。因之，法律問題便是權力問題。國中有權力之人物括示彼輩之目標，而造為普遍應用之條文，我人便得到法律之大義或原理。總而言之，所有經濟詮釋之各派見解，倘若從社會學立足點觀察，均難逃前世紀法學所受譏評。是故在一成不變之自然法律之下，或在薩維克尼之極端學說之下，結果使法學成為呆板無比，而在經濟詮釋之下，其所生結果並不未減，而且加甚。經濟狀況之能相助決定當時當地所有之理想，此固無人否認者也。經濟之考慮實足以影響此類理想之構成。倘若我人為某一國文明作為法學之假設陳義時，當不能棄置經濟考慮於不聞不問故，經濟狀況對於自古代傳

來之法律各部份，無疑有重大之影響。雖然，此項影響爲間接且遼遠的性質。而自古代傳來之法律成分，在法律中，無論如何，究爲其最重要部份。（註二四）

第六款 社會學派法學（註二五）

社會學派法家所注意者在於法律之作用，而不措意於法律之抽象內容。所謂法律，自彼等見解觀察，只是一種社會制度，半出於經驗，半成於意識，而可以人力加以改進者也。此派法家並不斤斤根尋法律之制裁力所在，反之，彼等常考察法律所必須服事之社會目標。彼等就功用之見地，以觀察法律戒令，法律原則及法律制度，至於法律戒令所有法式，自彼等視之，不過一種手段而已。自哲學立論，彼等屬於實證主義派，又屬於新惟實主義派。彼等運用一種實用主義之方法，此項方法與各種玄學之出發點相符合。

社會學派法學在此際尙未達至成熟時代。在演進程途中已經三個時期，每一時期所有特徵仍有許多存在於現代法律思想之中。此派法學如今正在進入於第四時期。

第一項 機械時期

在十九世紀前半期中，科學思想之中心點一概集中於宇宙之機械作用。是以對於事理觀察，論者常有採用算學及物理學見解之傾向。人常探討機械定律，以此項定律實爲事物所從出，同時又統御事物之存在及運行。此即實驗哲學在第一時期中對於法律所抱之見解；亦即社會學派法學在第一時期中所有思想。不過此項思想傳

入於社會學較早，傳入於法學較遲。而此項思想之與法學脫離，亦較其脫離其他部門爲後，此則不能不謂爲出於歷史派法學之影響。機械性質之社會學所有觀念，對於歷史派法家所主張之大義，似乎深相契合。雙方蓋同從法律之演進而觀察法律。歷史派法家於法律變遷之背後，發見玄學之定律；機械社會學者則代之以物理公例。雙方之結果相同，皆排除司法或立法之創制力。綜括觀察，機械論社會學在法學上之成就，僅爲消極之清除工作，在積極方面實未能有所建樹。（註二六）

第二項 生物時期

自達爾文（Darwin）以後，進化學論成爲科學思想之中心點，於是，生物學上之類推遂有無上威權。此項變遷稍後亦影響於法學，是故在第一時期中人常有依物理科學之公例以建立國家及法律科學之嘗試；迨一入第二時期中，卽有創造政治的生物科學與法律的生物科學之嘗試。大體上，兩者在許多地方皆有互相重疊之處。最早之機械社會學對於法律之解釋，僅爲採用生物科學之術語而已。在此階級之中，共有三種形式，第一種屬於機械方式，在此方式中，思想仍舊，惟名稱一概易以生物學術語。法家之屬於此派者，以生存競爭之理論爲出發點，由之，再進而證實十九世紀中之玄學派法學及歷史派法家所揭櫫之原則。此輩法家有言：法律之目的在於維持自由競爭，依之，不適者在勢必至受自然淘汰；法律之意思亦卽在於用有秩序之社會淘汰，以促進天擇。

次爲人種學方式使生物學之類比，有更進一步之發展。有一時，初民社會之法律制度常受尊視爲通今代法學之關鍵。惟其如是，法律之原始便可說明一切，研究初民部落所有社會及法律之制度，便可明白法律進展之基

本原理。(註二七)

生物時期中之第三種可稱爲哲學方式。法家之屬於此方式者，常欲依據一定生物學原理，例如，社會的與反社會的競爭生存，又如，爲爭生存而起之階級衝突（此仍可依生物學詮釋而視爲生存競爭之一種）以構成一個完全系統。(註二八)以法律爲階級鬭爭產物之理論，爲生物的社會學派法學中之最重要特徵，曾發生一重大之結果。即使人注意於法律學說在運行時所發生之實際不平等是。誠以此類學說產生於十九世紀之抽象想像，純粹自一種假設的天然平等狀況，而欲應用於一個現實社會，在現實社會中，自經過產業革命之後，階級區分固已十分顯著矣。惟其如是，依功能理論以研究現代法律遂獲取無限效益。(註二九)

第三項 心理時期

有三種繼續發生之力量，使社會學派法家之視聽，傾向於心理學。一、爲團體心理學之研究，由之，法學及政治學之心理運動遂引而興起。二、爲社會科學陣線之完全變易，於是，心理勢力之自然實在，與物理勢力遂一體齊觀。三、塔得 (Tarde) 揭示模倣性之心理或社會定律，表明模倣性在法律制度發展的進程中確爲一重要原動力。第一種影響，實可溯源於吉耳啓 (Gierke) 之偉著，書中作者研究結合之定律及法律人格之性質。(註三〇) 其結果之一，便是法律責任各項理論轉向於社會心理學一路，而法律之制裁亦取得社會及心理之基礎。(註三一) 第二種影響實與華德 (Lester F. Ward) 之著作有關；此類著作，入於本世紀之最初十年，引起法家之注意。塔得本人原爲律師，故其對於法學之影響，不特爲直接，且立刻發生反響。(註三二) 迄於今日，社會心理學，在法學各宗

派中，佔有重要位置，而心理學本身，在社會學派法學中，依然爲一大動力。是故研究審判員，法學作家，以至司法的及法官思想之心理研究，在今日皆成爲法家之主要活動。註三三在歐洲大陸，已有無數文章發揮及闡明此旨。不幸，英美兩國法學世界，對於此項特殊活動尙寂然無聞。

第四項 聯合時期

社會學派法學，自一九〇〇年開始，即有一新時期發軔。此一時期又可分爲兩層步驟：其一、較早之步驟，爲社會學各派在方法上之大聯合；其二、較遲之步驟，爲各門社會科學之大聯合。十九世紀末年，所有法學家盡能領會一要旨，即是：諸凡一切法律思想及各個自形滿足之方法，決不能以單獨行動擔負一個法律科學之應有工作。彼等覺悟，即以爲：倘若法律科學而能產生相當效果，必不能悄然獨立。迄於今日，彼等莫不承認，即是：十九世紀中法家極力主張法學分立於其他科學以外，實爲一大錯誤。前世紀在科學上所有傾向，大抵各門社會科學造成有類鐵桶之組織，各自爲政，復各不相謀；於是，各科學對於法學本身亦只有聽其自生自滅，而法學所有問題其他科學即亦不願過問。復在別一方面，法家亦故步自封，並造成自足態度，甚至對於與法學相關之別種科學所有問題及其所得結果，不願與聞。如此錮閉行爲，常使法家在解決法律問題時，懷抱極狹隘，而又偏私之眼光及見解。大部分由於此種關係，使法律不能追蹤社會所立之目標，法家亦不能立時認識或接受此種目標，致法律思想與公衆之思想十分隔絕。此類在本世紀最初十年最爲顯著之現象，大抵造因於法學之故步自封。

促進法學與其他社會科學關係之運動造端於歷史派法學所主張之法律史之政治詮釋。自有法律史之政

治詮譯，法學與政治學遂互相合作。稍後，有經濟之詮譯起，又復有新黑智兒學派所倡導之文明的詮譯繼起，於是法學與經濟學發生密切之關係。迄於今日，社會學派法家反覆申明，謂完全分離，自顧，自滿之法律科學，在事實上為不可能。彼等始終宣稱，法律秩序不過為社會制裁之一方式；除非置之於社會現象全體中而後加以考究，此項秩序必無從澈底明白。雖然，茲事體大，非一手一足所能為力，因之，尚有許多事端急待各國學者努力做去。在美國方面，工作尙待開始。生在今代，尙有律師敢於固守舊日見解，即以我人所有十八世紀之人權草案，倘以司法判決之歷史常法補充其內容，仍可作為倫理學及經濟學之經典，落後蓋可知已。（註三四）

第五項 社會學派法學的進行計劃

社會學派法家現在方極力促進下列計劃之全體或一部份之實現：

(1) 研究法律制度及法律原則之實際社會影響。愛列區 (Ehrlich, 1862-1922) 在此項研究中為開路先鋒，彼所作布柯微拿 (Bukowina) 之法律研究可為我人取法之最好先例。

(2) 為立法事業之準備而作社會學之研究。

(3) 研究最有效之方法，依之，法律戒令得以見諸實行。（註三五）

(4) 研究司理直道及審判訟獄之方法。（註三六）

(5) 著成一部社會學之法律史；研究前代所有法律戒令，法律原則及法律制度之社會背景及其效果，並考察此類效果如何發生。

(6) 承認法律戒令，個別適用之重要。

(7) 在使用英語的國家中，須有司法部之設立。

(註一) 關於本節所論，參考下列各書：

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

(2) 亞理士多德著政治學 (Politics)，卷一及第九章，第十三章，卷三第四章，卷四第十二章；

(3) 柏拉圖著共和國 (Republic)，卷二、三、六、八、九、卷三、三九七至三九八頁。此外參考柏洛茲亥謨世界法律哲學 (Berolzheimer, The World's Legal Philosophies)，四六至七七頁。關於希臘法律，參考 Vinogradoff, Historical Jurisprudence 歷史宗法學

第二冊。

(註二) 關於本節所論，參考下列各書：

(1) 西塞羅著義務論 (Cicero, De Officiis)，卷二、十二頁；

(2) 西塞羅著共和國 (De Republica)，卷一、三二二頁；

(3) 柏洛茲亥謨著世界法律哲學七、八至九二頁；

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

(5) 華格特自然法律與羅馬萬民法 (M. Voigt, Das Jus Naturale, aegnum et bonum, und Jus Gentium der Römer)，

第一冊一六節、三五至四一節、四四至六六節、八九至九六節。

又參考白克蘭羅馬法 (W. W. Buckland, Text Book of Roman Law)，五二至五五頁；樸洛克自然法律史 (F. Pollock

History of the Law of Nature)，載於樸洛克法律論文集，三一至七九頁。

(註三) 關於注疏家的歷史，參考下列各書：

(1) 薩維格尼中世紀羅馬法歷史 (F. C. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*) 第五冊 (二二二至二四〇頁)；

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

(3) 勃列索特法蘭西法律通史 (J. Brissand, *Histoire générale du Droit. Français*) 第一冊, 一一〇頁；

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

關於解說家的歷史, 參考下列各書；

(1) 喀列西 (Calisse) 在大陸法律史叢書中所著法律歷史綜觀 (General Survey), 一四二至一四七頁；

(2) 薩維克尼著中世紀羅馬法歷史第五冊, 五五三至五五六頁, 又第六冊一至二五頁；

(3) 斯丁靜所著, 德意志法學史, 第一冊, 一〇六至一三三頁；

(4) 勃列索特所著, 法蘭西法律通史二二三頁以下。

關於人文主義者的歷史, 參考下列各書：

(1) 大陸法律史叢書中之法律史綜觀, 二五二至二五九頁；

(2) 斯丁靜所著, 德意志法學史, 第一冊, 一三三至一五四頁；

(3) 薩爾維奧利所著, 意大利法律史, (第八版) 一二四至一三二頁。

(註四) 關於解放法學於神學以外的傑作, 下列兩書, 當為最有力。

(1) 亨明格森 (N. Hemmingen, 即 Hemmingius) 所著之自然法律辨 (De lege naturae apodictica methodus) (1562)；

(2) 格老秀斯戰時及平時之法律 (H. Grotius, *De iure belli ac pacis*) (1625)。此外再讀關於亨明格森之序論, 見 喀爾敦本

(G. von Katenborn) 所著 格老秀斯之先驅者 (Die Vorläufer des Hugo Grotius, 第二冊, 三二頁) 及 格老秀斯的導

言 (Grotius' Prolegomena 第一一節 Whewell 的英譯本最便瀏覽)。

關於法學被解放於乍士丁尼安法律以外的傑作，允推下列一書：考林日耳曼法律原始 (H. Coomans, *De origine iuris Germanici* 1648.) 書中第二十一至二十七章及第三十二至三十四章極爲重要。參考斯丁靜所著德意志法學史第二冊，一至三一頁，又一六五至一八八頁。

關於自然法律學派，參考下列諸書：

- (1) 格羅體士著，戰時及平時之法律 (1625) 第一冊，一頁，三至六頁，八至一一頁，第二冊，一頁；
- (2) 普芬陶夫自然法律及萬民法 (*Pufendorf, De iure naturae et gentium* 1672) 第一冊，第七章，第六節至十七節，第四冊第四章；

(3) 般拉瑪癸自然法律及政治法律原理 (J. J. Burlamaqui, *Principles of Natural and Political Law* 1747) 部甲第五章，第十節，及第十章第一至七節 (用 Nugent 英譯本)；

(4) 范德爾國際法 (*E. Vattel, Law of Nations*) 卷一第二章第十五至十七節 (英語譯本甚多)；

(5) 勃拉克斯東英格蘭法律解詁 (W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England* 1765) 第一冊，三八至四三頁；

(6) 盧沙福斯自然法律探原 (T. Rutherford, *Institute of Natural Law* 1754—1756) 卷二第五章，第一至第三節。

參看柏洛茲亥著，世界法律哲學，一，一五至一三四頁，又一，四一至一五六頁；又參看列奇自然權利論 (D. G. Ritchie, *Natural Rights*) 第三章。

關於美國中之自然法律學派，參看赫因斯自然法與聯邦法院之判決 (O. G. Heinnes, *The Law of Nature and Federal Decisions*) 載於耶魯法律雜誌第二十五冊，六一七頁 (1916)。

(註五) 關於法學方法論與法學宗派，參看柏洛茲亥所著，世界法律哲學第五章及第七章；橫洛克牛津演講集 (*Oxford Lectures*) 一至三六頁；橫洛克法學與倫理學論叢 (*Essays on Jurisprudence and Politics*) 一至三六頁；白費士歷史與法學研究 (J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*) 第十二篇論文，維諾格拉陶夫歷史宗法學 (P. Venogradoff, *Historical Juris-*

prudence), 第一冊, 一〇三至一六〇頁; 龐特社會學派法律學之範圍及宗旨 (R. Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence), 載於哈佛法律雜誌第二十四冊五九一頁。

(註六) 關於歷史宗派參考下列各書:

(1) 薩維格尼立法及法學之現代任務 (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) 第一及第二章 (用一八四〇年出版的第三版原本, 或用 Hayward 英譯本) 原書初版於一八一四年;

(2) 司馬爾薩維格尼與體包之筆戰 (A. W. Small, The Thibaut-Savigny Controversy) 載於美國社會學刊第二十八卷七一頁;

(3) 緬因所著, 古代法律 (Ancient Law) 第五章;

(4) 緬因所著, 制度初期史 (Early History of Institutions) 第十三講。

關於此派法學之批評, 參考下列各書:

(1) 柏洛茲亥謨世界法律哲學二〇四頁;

(2) 考科諾夫法學通論 (N. M. Korckunov, General Theory of Law) (Hastings 英譯本) 一一六至一二二頁;

(3) 斯坦姆勒法律歷史理論之方法 (R. Stammler, Über die Methode der geschichtlichen Rechtslehre) 出版於一八八八年;

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

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

(6) 龐特法律史之各家詮譯 (Interpretations of Legal History) 第一講, 出版於一九二三年; 至此法律史的倫理及政治詮譯, 仍可參考龐特所著, 法律史之各家詮譯, 第二講及第三講。

(註七)關於玄學派法學，參考下列各書：

- (1) 黑智兒正義哲學概論 (G. F. W. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts) 原書出版於一八二一年，其後一八四〇年，由高斯 (Gaus) 訂正，迨至一九一一年又有新訂爲正本，卽爲蘭孫 (Lasson) 所校訂者出現。英譯本出版於一千八百九十六年，爲懷特 (Dyde) 所譯，其譯名爲黑智兒之正義哲學 (Hegel's Philosophy of Right)。
 - (2) 亞倫斯自然法律講義 (H. Ahrens, Cours de droit naturel, 1837) 原書第八版出版於一千八百九十二年，在同年該書以七國文字印行，共歷二十四版。
 - (3) 鮑后斯特爾法律哲學講義 (A. Boistel, Cours de Philosophie du droit) 原書初次出版於一千八百七十年，於一千八百八十九年重新訂正。
 - (4) 路立美法律精理 (J. Lorimer, Institutes of Law) 原書初次出版於一八七〇年，二次改訂於一八八〇年。
 - (5) 拉孫法律哲學入門 (A. Larsson, Lehrbuch der Rechtsphilosophie) 於一八八二年出版。
 - (6) 密勒法律哲學講義 (W. G. Miller, Lectures on the Philosophy of Law) 於一八八四年出版。
 - (7) 漢克里斯法學講義 (W. R. Herkless, Lectures on Jurisprudence) 於一九〇一年出版。
 - (8) 格林政治責任原理 (T. H. Green, Principles of Political Obligation) 此書原載於格林的哲學全著內，其後翻印于一九一一年，爲單行本。
- 關於此派法學之評論，參考下列各書：
- (1) 格雷法律之性質及淵源 (J. O. Gray, Nature and Sources of the Law) 第七至第九節；
 - (2) 白費所著歷史與法學研究，六三一至六三四頁；
 - (3) 懷洛克所著，法學與倫理學論叢，二八至三〇頁；
 - (4) 考科諾夫著，法學通論 (Hastings 的英譯本) 第四節；

(5) 梭格波姆法律科學與法律哲學 (K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie) 第六至第十五節；

(6) 龐特所著，法律哲學導言，第一講。

(註八) 分析法學之傑作尤推奧斯丁所著，法學 (Jurisprudence) 以一千八百三十二年初版，又以一千九百一十一年五版。除上書外，參考下列各書：

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

(2) 薩爾蒙法學 (J. W. Salmond, Jurisprudence) 初出版於一九〇二年，第七次出版於一九二四年；

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

(4) 布朗奧斯汀法律理論 (W. J. Brown, The Austin Theory of Law 1906)；

(5) 懷洛克法學初階 (First Book of Jurisprudence) 一八九六年初版至一九一八年而有第四版；

(6) 格雷著，法律的性質及淵源，一九〇九年初版，一九二一年再版；

(7) 平定準規及其違犯 (K. Binding, Die Normen und ihre Ubertretung) 第一冊，初版於一八七二年，再版於一八九〇年；

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

(9) 俾爾林法理精義 (Juristische Prinzipienlehre) 出版於一八九四年與一九一一年之間；

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

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

至於批評此派法學之著作，可閱下列各書：

(1) 編因著，制度初期史第十三講；

(2) 柏洛亥茲著，世界法律哲學九一一頁；

(3) 梭格波姆著，法律科學與法律哲學，一二至二〇頁。

(註九) 關於概念的法學，參考下列各書：

(1) 易希令法學中之莊諧語 (R. von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz) 第十版本，二四五頁以下；

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

(3) 麗特機械法學 (Mechanical Jurisprudence) 載於哥倫比亞法律雜誌，六〇五頁以下；

(4) 麗特著，法學史之各家詮釋，一一九至一二四頁。

(註十) 關於法律的命令理論之流弊，參考下列各書：

(1) 帕幹法律之駢枝 (A. B. Parker, The Congestion of Law) 載於美國律師公會報告，第二十九冊，三八三頁以下；

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

(3) 麗特著，契約之自由，載於耶魯法律雜誌第十八冊，四五四頁。

(註十一) 試觀美國商法以現代業務興盛之故，亟需改善，願此事乃大受國內法律教師之反對，即此可以概見法家之錮蔽於傳習的學說。參考

白狄克編憲法典的復興 (F. M. Burdick, A Revival of Codification) 載於哥倫比亞法律雜誌第十冊，一一八頁。

(註一二) 如欲實例，可參考麗特著，社會學派法學之範圍與宗旨載於哈佛法律雜誌第二十四冊，見五九二頁，六〇一至六〇四頁。

(註一三) 實例看同上論文，見同上雜誌第二十四冊，六〇九至六一一頁。

(註一四) 關於法學在前世紀與本世紀過渡時期中之嬗變，參考下列書報：

(1) 索澂法律科學與法律哲學 (W. Schnuppe, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie) 載於國際比較法學協會年

鑑，第一冊，二一五頁。

(2) 科勒法律哲學與普通權利史 (J. Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte) 第八節；

(3) 麗特著，社會學派法學之範圍與宗旨，五九二頁，又六一一至六一九頁。

(註一五)易希令的著作之與此處論旨有關復極爲重要者提示如下：

(1) 法律編的論 (Der Zweck im Recht, 1877—1883.) 原書至一九〇四年而有第四版,其第一冊曾經 Husik 於一九一三年譯成英語,題名法律工具說; (Law as a Means to an End)

(2) 法學中之莊諧語,初版於一八八四年,九版於一九〇四年。

(註一六)

(1) 考科諾夫著,法學通論 (Hastings 的英譯本),第十三至十四節;

(2) 易希令著,法律工具說 (Husik 的英譯本) 附錄一及附錄二;

(3) 龐特著,社會學派法學之範圍與宗旨,見哈佛法律雜誌第二十五冊一四〇至一四七頁;

(4) 柏洛茲亥著,世界法律哲學,三三七至三五二頁;

(5) 斯坦姆勒生計與法律 (R. Stammler, Wirtschaft und Recht) 第二版本,五七八至五八四頁。

(註一七)斯坦姆勒之重要著作列舉如下:

(1) 法律的歷史理論之方法, (Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie) 出版於一八八〇年;

(2) 生計與法律,初版於一八九六年,四版於一九二二年;

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

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

(5) 法律哲學教本 (Lehrbuch der Rechtsphilosophie) 初版於一九二二年,再版於一九二三年。

(註一八)新康總派法學在英語中有一譯本,書名爲 The Formal Basis of Law, 其作者爲 G. Dal Vecchio, 其譯者爲 Lisle. 該

譯本於一九一四年出版。

欲得到此派法學之底蘊及其所受批評,可參考下列書報:

- (1) 微諾格拉道夫法律中之常識 (P. Vinogradoff, Common Sense in Law) 第十九章；
 - (2) 龐特著，社會學派法學之範圍與宗旨，載於哈佛法律雜誌第二十五期一四〇頁；
 - (3) 柏洛茲亥讓著，世界法律哲學 (Szold 的英譯本) 三九八至四〇二頁；
 - (4) 克羅齊歷史唯物論與馬克斯經濟學 (B. Croce, Historical Materialism and the Economics of Karl Marx) 第二章；
 - (5) 坎吐洛威茲直道理論研究；(H. Kantorowicz, Zur Lehre vom rechtigen Recht)；
 - (6) 琪尼私法之科學及藝術 (F. Geny, Science et technique en droit privé positif) 第二冊一二七至一三〇頁。
- (註一九) 科勒的主要著作今提示如下：
- (1) 法律哲學與普通法律史 (Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte) 載於賀爾曾陶夫 (Holzendorf) 編，法學叢考第一冊，其第六版印行於一九〇四年，第七版印行於一九一三年，惟此版與前此各版稍有不同；
 - (2) 法律哲學教本，(Lehrbuch der Rechtsphilosophie) 一九〇八年初版，三版於一九二二年，其英譯本係亞爾伯黎 (Albrecht) 由初版所譯，書名科勒之法律哲學 (Kohler's Philosophy of Law) 以一九一四年出世；
 - (3) 近代法律問題 (Moderne Rechtsprobleme) 初版於一九〇七年，再版於一九一三年；
 - (4) 法學導言 (Einführung in die Rechtswissenschaft) 初版於一九〇一年，五版於一九一九年。
- (註二〇) 關於新黑智兒派法學，參考下列書報：
- (1) 柏洛茲亥讓著，世界法律哲學 (Szold 英譯本) 四二二至四三二頁；
 - (2) 龐特著，社會學派法學之範圍與宗旨，見哈佛法律雜誌第二十五冊，一四〇頁又一五四至一五八頁；
 - (3) 龐特著，法律史之各家詮譯，一四一至一五一頁；
 - (4) 琪尼著，私法之科學及藝術，第二冊一一一至一二六頁。
- (註二一) 關於自然法律學派的復興參考下列書報：

- (1) 沙爾蒙自然法律之復興, (J. Charmont, La renaissance du droit naturel) 出版於一九一〇年;
 - (2) 提摩古私法之基本意念, (R. Donogno, Notions fondamentales du droit privé) 出版於一九一一年;
 - (3) 提摩古現代法國之法律哲學, (Modern French Legal Philosophy) 載於現代法律哲學叢書, 而為其第七册;
 - (4) 龐特著, 社會學家法學之範圍與宗旨, 見哈佛法律雜誌第二十五册, 一四〇頁, 又一五九至一六二頁。
- (註二) 琪尼之主要著作提示如下:

- (1) 私法之詮釋方法及淵源, (Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif) 初版於一八九九年, 再版於一九一九年;

- (2) 私法之科學及藝術, (1913—1924)

(註三) 狄驥主要著作與本題有關者, 可以提示如下:

- (1) 國家目的法及現行法論, (L'état, le droit objectif et la loi positive) 一九〇一年出版;
- (2) 社會法律個人法律, 及國家之變遷, (Le droit social, le droit individuel, et la transformation de l'état) 一九〇八年出版, 第三版於一九二一年;
- (3) 私法嬗變論, (Les transformations générales du droit privé) 一九一二年出版, 有英譯本, 載於大陸法律歷史叢書中, 見該叢書第二册第三章;
- (4) 國家政府, 及其役吏, (L'état, les gouvernants et les agents) 一九〇三年出版;
- (5) Les transformations du droit public (1913), 拉斯基 (Laski) 為之譯成英語並命名曰: 法律與現代國家 (Law and the Modern State).

此外尚可參閱下列書報:

- (1) 布期著狄驥法律思想, (The Jurisprudence of M. Duguit) 載於法律季刊第三十二册, 一六八頁;

(2) 拉斯基著，主權問題研究 (The Problem of Sovereignty, 1917) 第一章；

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

(4) 狄驥著，公務之概念 (The Concept of Public Service) 載於耶魯法律雜誌第三十冊，四二五頁以下。

(註二四) 法律史的經濟詮釋之要旨，可求之於下列書報：

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

(2) 亞丹姆斯意向之今代表念 (The Modern Concept of Animus) 載於青袋 (Green Bag 1707) 雜誌第十九冊第十二頁以下。

關於此項學說的批評，參考下列各書：

(1) 龐特著，法律史之各家詮釋，第五講；

(2) 龐特著，法律哲學導言，一八三言以下；

(3) 克羅齊著，歷史唯物論與馬克斯經濟學。

(註二五) 關於社會學派法學參考下列論文：

(1) 龐特著，社會學派法學之範圍與宗旨，載於哈佛法律雜誌第二十五冊四八九頁；

(2) 愛列區孟德斯鳩與社會學之法學 (E. Ehrlich, Montesquieu and Sociological Jurisprudence) 載於哈佛法律雜誌第三十九冊，五八二頁。

(註二六) 關於社會學學派之第一時期，參考下列各書：

(1) 斯賓塞著，直道論 (Justice) 在一八九一年出版；

(2) 白魯傑法律與社會科學發凡 (B. Brugi, Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali) 初版於一八九〇年，四版於一九〇七年；

- (3) 柯孫提尼法律哲學與社會學 (F. Cosentini, *Filosofia del diritto e sociologia*) 初版於一九〇五年；
- (4) 伊章根法律之詮釋方法論 (P. Vander Eycken, *Methodo positivæ interpretationis juridicæ*) 初版於一九〇七年。

關於此派學說的批評，參考下列各書：

- (1) 柏洛亥茲著，世界法律哲學考 (Szold 的英譯本) 三五一至三七四頁；
- (2) 考科諾夫著，法學通論 (Hastings 的英譯本) 二六五至二六六頁；
- (3) 沙爾蒙 (J. Charmont) 之著作，見現代法蘭西法律哲學，六五至七三頁。

(註二七) 關於人種學派之法家學說，參考下列各書：

- (1) 包世德法律原始 (A. H. Post, *Der Ursprung des Rechts*) 初次出版於一八七六年；
 - (2) 包世德法學始基 (Bansteine für einen allgemeinen Rechtswissenschaft) 初次出版於一八八〇年；
 - (3) 法律之基礎 (Grundlagen des Rechts) 初出版於一八八四年；
 - (4) 人種法學 (Ethnologische Jurisprudenz) 初出版於一八九四與一八九五年之間；
 - (5) 柯倫拔克法律之自然基礎 (L. Kuhnlenbeck, *Naturliche Grundlagen des Rechts*) 初出版於一九〇五年。
- 對於此派學說的批評，以陶吐隆 (P. de Tourtonloe) 之書為最佳。此書曾由黎特 (Road) 譯成英語，取名法律發展中之哲學思想 (Philosophy in the Development of Law) 並於一九二二年出版，評語見譯本七五至一三三頁，又見法語原本八〇至一七三頁。

(註二八) 關於生物哲理派法學，參考下列各書：

- (1) 列佳特法律思想探原 (G. Richard, *Origines de l'idée de droit*) 初出版於一八九二年。
- (2) 伐加羅法律與國家之基本 (M. A. Vaccaro, *Le Basi del diritto e dello stato*) 係一八九三年出版，法語有譯本，其名稱為法律及國家之社會學基礎 (Les bases bases sociologiques de droit et de l'état) 出版於一九九八年。

(註二九)以法律理論爲階級鬥爭之產品之要旨，詳下列各書：

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

(2) 法律之社會問題 (Über die sozialen Aufgaben des Rechts) 初版於一八九五年，三版於一九一〇年；

(3) 薩爾維奧列民法法典對於無產與勞動階級之遺囑 (G. Salvio, I difatti sociali del codice civile in relazione alle classi nonabbienti ed operarie) 以一九〇六年出世。

(註三〇)吉耳啓之重要著作闡揚此旨者列舉如下：

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

(2) 人類結合之實在性 (Das Wesen der menschlichen Verbände) 三三至三四頁；

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

(註三一)參考萃林納克國家理論通義 (G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre) 第二版本，八九頁以下又三三四頁以下。

(註三二)參考塔得法律之變化 (Les Transformations du droit) 原書初版於一八九四年，六版於一九〇九年，可參證梵尼法律哲學講義 (I. Vanni, Lezioni di filosofia del diritto) 初版於一九〇一年，與一九〇二年之間，四版於一九二〇年；格拉塞列民法之社會學原理 (R. de la Grasserie, Principes sociologiques du droit civil) 初版於一九〇六年。

(註三三)關於法家在近代所有此項活動，參考下列各書：

(1) 善捷法學世界觀 (A. Bozi, Die Weltanschauung der Jurisprudenz) 初出版於一九一一年；

(2) 完萃爾法家思想 (K. G. Wurzel, Das juristische Denken) 初出版於一九〇四年，原書中有一部譯成英語，選入 The Science of Legal Method，載於現代法律哲學叢書第九冊，四二一至四二八頁；

(3) 愛列區著，法家名理 (Die juristische Logik) 一九一八年出版。

(註三四) 關於在聯合時期中之社會學派法學，參考下列各書。

(1) 愛列區社會學與法學 (Sociologie und Jurisprudenz) 初版於一九〇三年；

(2) 坎吐洛威茲法學與社會學 (H. Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Sociologie) 出版於一九一一年；

(3) 勃洛理爾斯法律與羣學 (R. Bruggelles, Le droit et sociologie) 出版於一九一〇年；

(4) 路林法律科學導言 (H. Rollin, Prolegomena a la science du droit)；

(5) 愛列區著，法律之社會學基礎 (Grundlegun der Sociologie des Rechts) 出版於一九一三年；

(6) 柯孫提尼法律哲學 (E. Cosenzini, Filosofia del diritto) 出版於一九一四年；

(7) 康斐爾特法律通義與法學 (J. Kornfeld, Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz) 出版於一九二一年；

(8) 卡屠沙法律之生長 (B. N. Cardozo, The Growth of the Law) 出版於一九二四年。

(註三五) 關於進行計劃第三項的理論，參考下列書報：

(1) 龐特著，建立社會學家法學之需要論 (The Need of a Sociological Jurisprudence) 載於美國律師公會報告第三十一冊，一九一一年出版，又載於青袋 (Green Bag) 雜誌第十九冊，六〇七頁以下。

(2) 派雷法律與貧民 (E. A. Parry, The Law and the Poor) 一九一四年出版，見原書二四八至二四九頁；

(3) 斯密直道與貧民 (R. H. Smith, Justice and the Poor) 一九一九年出版；

(4) 龐特著，現代都市之司法行政 (The Administration of Justice in the Modern City) 載於哈佛法律雜誌第二十六冊三〇二頁。

(註三六) 關於進行計劃第四項，參考下列各書報：

(1) 卡屠沙司法手續明微 (The Nature of Judicial Process) 一九二一年出版。

- (2) 琪尼著，詮釋方法論 (Methode d'interprétation) 第二版本第一冊第七節；
- (3) 名法之科學 (Science of Legal Method) 載於現代法律哲學叢書而構成其第九冊；
- (4) 刑名方法論 (Les Méthodes juridiques) 此為法蘭西法家演講集，出版於一九二一年；
- (5) 赫爾威格審判員之判決心理推究 (A. Hellwig, Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung) 出版於一九一四年；
- (6) 愛薩克律師之思維術 (N. Isaacs, How Lawyers Think) 載於哥倫比亞法律雜誌第二十三冊，五五五頁以下。

二 現代法律科學之特性

(1) 功能之態度

近代法學最重要之進步，或即由分析之觀點而改爲功能之研究。世界所有現代法家，無不搜討及估量法律制度及在活動中之法律原則的社會影響。惟其如是，彼不惟研究書本上之法律，而且研究在行爲中之法律，更進一步追究二者之如何相異及何以相異。自今以後，治法學者不再學前人一味比較法律戒令之抽象內容，反之，極力研究此種法令在社會中之運行狀況，及其在社會中所生效果，並比較其實際應用。治法學者不再視法律爲自行開展及實現人類經驗中某一理想之事物，而視之爲可以人力改進之事物，我人必須負起責任，務能求出所以運用及加以促進之最善方法。此種運動，追蹤現代思想中之實用主義或工具主義，且要成爲後者之一部。生於今日之法家，誠不欲預先構成硬性之法律假定，從此根據邏輯引申出必然之詳情細節，而阻步方興未艾之進步焉。

功能態度之重要特徵之一，是即承認書本上法律與行爲中法律之區別。十九世紀中之法學家，皆一致不理法律執行之問題，例如：分析派法學以法律爲主權者命令之結晶，認定法律之執行於法家無關。倘若法律戒令不能實行，此爲執政機關之過失，此項機關之改進不在其研究範圍以內。又如歷史派法學，以法律爲一國人民在處

理直道時所有經驗之表現，或爲民族經驗中玄學的直道原理之開展，亦具同樣見解，不問法律之執行。自歷史派法家看來，常法規則之存在，卽足以證明其有效力，不用他求。至於議會立法，無非將已經存在於社會之事物，以刊載於法令檔案而已，倘若不然，假使立法者竟欲妄議新法，未免枉費工夫。在哲學派法學，在其心目中僅有一個問題，卽正在被考慮中之法律戒令，依抽象理想觀察，是否合於直道，若然，則此派法學家便認爲有善因者必有善果，而且此項抽象直道實爲人人的良心所同有，故當此項戒令見諸實行，只須返而求諸良心，便無推行不動之理。法學在如此際會之下，只能成爲書本上之法律科學；此種方法，一至法律事業大爲進展與立法活動極顯著的十九世紀，便足以促進書本法律與行爲中法律之大區別，此項區別，在各國中，尤以美國所見者尤爲最顯著。

雖然，書本上法律與行爲中法律之離異，倘若專就法律執行觀察問題，固已嚴重，但尙有甚於此者。在法律史上有一極可異之現象，卽爲名實相異是。是故法律定理儘可以獲取新義解，法律術語儘可以變易舊有界說，抽象之法律陳言儘可以失去原有意義，而增加一新意義，顧法律書籍仍裝模作樣，使人在表面上觀之，仍以爲法律依然固定而未經變易。因此任何宗派之法律科學，倘若僅就書本中所有者以尋求法律，將必徒然看見文字與規條，而不能覺察使書中內容得以表現，及予以重要性及活動力之根底。(註一)

(2) 法律與道德相互關係之理論

在十九世紀中，法家常有三個問題，相與聚訟不休。其一爲法律之性質；其二爲法律對於道德之關係；其三爲

法律歷史之詮譯。迄於今日，第一問題，已易爲法律之終局或目的之討論；第二問題，併入法律在社會制裁全體中究佔何種位置之一問題而連同討論；第三問題亦被視爲文明史中所有重要問題之一個問題而已。三者之中，惟法律對於道德所有關係一問題向爲法學上之戰場所在，值得我人特別注意。

法律與道德，在自然法律之經典理論中，常被視爲一體；此項經典理論卽成爲美國公法之正統理論。是故勃拉克斯東 (Blackstone) 常將『倫理或自然法律』兩名並提互換，彷彿該兩名只是異音同義之字。所謂自然法律，依其解釋，實爲一切義務之準規，依之，所有法律戒令均受裁成；又由之，所有法律戒令方可以獲得威權與力量。威爾遜 (James Wilson) 爲美國憲法起草員之一人，又爲大理院之審判員，嘗於一千七百九十年至九十一年之間，爲費城大學 (College of Philadelphia) 演講法律，發表其法律講義。在其開端，威爾遜特反覆闡明法律責任之道德基本，而並及於自然法律。自然法律，依威爾遜之見解，實爲具有普遍性道德原理之體系；法律不過爲其口舌，而代其宣示於文字。十九世紀法家矯枉過正，特將法律與道德對峙，甚至屏絕立法及倫理的批評於法學領土以外。

分析派法家分析實際存在之法律戒令及法律制度，以求構成具有普遍性之法律科學。彼等在實際上亦嘗提出各種理想之楷模。但此類理想非倫理性質。分析派法家之理想，成立一在邏輯上爲互相依倚復自成有條不紊之體系，在其中所有因人類相互關係而可能惹起之爭端及其解決方案，無不綱舉目張，一切具備。惟就其真象考察，此類依邏輯而構成之理想，比之十七及十八世紀依倫理而構成之道德戒約之概念，正犯同一毛病；申言之，

兩者距離事實，均是甚遠。其實，倘若再進一步分析，我人發見倫理要素，在實用時，絕未嘗受屏絕於司法行政以外。分析派法家不外以武斷之假說，籠罩及遮蔽法律過程，使我人不能覺察其所爲究屬何事，而且誤引我人於一種不幸之嘗試，即勉強將許多殊異事實納於簡約之一條邏輯規則之中，而至於削足以就履。

歷史學派法學，竭力提出『風俗』以替代十七及十八世紀法家之所謂道德。風俗係逐漸生長；不能以定貨式而預先做成以備出賣。因此之故，法律亦須生長；決非人造。立於公布條文之後，實有真正法律，由於社會中之一個主要理想，自然蠶蛻出來。因而遂以歷史代倫理哲學作爲解釋此主要理想之工具。該理想爲一切法律戒令所從出，且爲其實際行爲之準規。此類之道德自然不歸入法家的研究範圍以內。

同樣哲學派法家在十九世紀中亦有同樣舉動。不以法律戒令爲道德原理之宣示及頒布，反之，竭力於分離法律與道德，而使之兩相對峙。較近時期，又有一新運動發生。迄於今日，社會哲學各派莫不有屈屬法律於倫理之傾向。例如，社會功利主義一派即謂法律之目的在於保證利益。因此之故，我人對於此類利益，必須加以選擇，又對於此類利益所應受之制限，必須加以規定，而且對於此類利益之相互跨越及相互衝突，必須加以評價，而維持其均衡。在加以選擇及加以評價之際，甚至在立法，或下判決，或著書立說之際，我人必須向倫理學請求嚮導之原理。道德成爲評判利益之準規；法律依此準規所定高下程度而加以限制。誠如新康德派所謂：我人須以法律爲工具而求取直道。但倘若要達到此項目的，我人必須首先構成本時代所有之理想。果爾，我人在此際至少可得到逐漸擴大內容之一宗自然法律。但此種理想乃在法律以外發展者，而實爲道德之理想。倫理學決定目的之所在，而法

學則討論達到目的之手段，就此點言，法學實隸屬於倫理，新黑智兒派則更進一步，即統將法學與倫理兩者均隸屬於文明之歷史之下。但此項理論，依其在實行上所得結果觀察，不外使法學概須倚賴一個科學以行事，而此項科學，倘若自現代式倫理哲學家視之，必爭爲倫理學所有者也。簡約言之，現代所有趨勢羣傾向於一種主張，即謂：法學與立法決不能以截然劃清之界線而分離，兩者又各須受命於政治的及社會之倫理。（註二）

（3）預防直道之運動

預防直道此時剛在開端。原來在過去時代之常法系統中，預防之設備幾乎絕無僅有；反之，歷史上常有一種成見，十分嫉視預防之治療。惟至近代，乃發生有力之運動，思於立法上作先事預防之舉措。同時，司法方面亦有擴大禁格狀用途之傾向，不寧惟是，自從市法院設立於各大都市以後，已漸次設有各處法律顧問局，市民可以前往詢問自己之權利，不復如從前徒在暗中摸索，不幸犯有過失以後，只得徒呼負負。雖然，此類爲民事訴訟而設置之預防直道，固能對於將來法律發展，具有重大關係，但目前所有事業仍是微乎其微。預防直道之最大用處，在於刑法領土範圍以內。就此方面言，少年法院實已造福不淺，因爲此項法院，對於年少無知者所有過舉，不但哀矜其情實，而且追尋及於所以犯罪緣由而預爲之計，以防再犯。此外，復有行政機關所設立之道德裁判與假釋制度，雖歷受反對處於窘阨狀況之下，組織既不周密，設備又不完好，然而仍能有多少成就。不過除此類設置以外，所有關於刑事上之預防大抵出於義舉。此誠爲一大缺陷。由此觀之，法家在預防直道方面之研究，將以之創造新方法，新戒

令與新工具，實爲現代法律科學中最有希望事業之一種。(註三)

(4) 執法趨於個別化之運動

前世紀之法律科學既漠視司法行政之要素，因之，除卻以機械式之邏輯應用嚴謹規定之法律戒令外，此項科學復竭力於屏絕一切法律事務。顧在今日，法律思想發生一大變化，現代法律科學不但認明行政要素之重要，而且竭力要求法律戒令在應用時之個別化。現代都市社會，以經濟組織複雜化之故，特要求詳明立法，以提示何者可爲與何者不可爲，復要求精幹行政以導人於安全而避開艱險與爭端。兩者皆從事於先事預防。比之事後精查或事後補救，當勝倍蓰。是故此類立法在許多地方極有裨益於行爲，正猶中分大路之界線，與在交叉馬路中劃出之安全界線，極有裨益於摩托車之御者，而如此精幹行政極有補助於無量數之活動，恰如交通警察之立於街角者極有補助於御者與行人。交通警察之工作，所以能著極大之効力，實由於個別的指揮及引導，而迥異法律戒令之概括指示。在今日產業社會之中，許多事務必須以個別方法處置，而在過去村野的農業社會，固無需者也。當人類相與交接之處極爲稀疎時，法律規則所有概括宣示與渾涵決斷，儘可以應付司法之急需。當交接點大爲複雜以後，有如今日一般大都市生活之下所遭逢者，在此際各個人之權利主張實不免時時相互跨越，處處抵觸，於是嚴謹之分界線，精密之差別待遇，自屬迫切需要。顧此類分界線與差別待遇必不能由含混之法律規則所提示。關於此項研究之文章，近年來在各國皆爲量至夥。(註四)

(5) 法學與其他社會科學協作運動

除現代法學富於創造精神，崇信發明活動之重要，傾重功能之旨趣外，且進而要求社會科學間之分工合作。此為社會學派法學在聯合時期中所有之一特徵。但在今日，此項特徵已不限於社會學派法學，而散見於各宗及各派法學。現代法家概能認識一要旨。即是，除為研究及申說之便利外，各種社會科學之間並無明白清楚之分畫界線，一如前世紀法家所稱者。倘若有組織之知識各部門，各討論社會生活之一部份，但在其外周，仍不免互相跨越。我人如僅見各部門之中心點，此種分析之區別誠然十分確鑿。但除非統觀各部門及明瞭其間之關係，我人對於各部門之中心，不能有澈底了解，至於中心點外常發生爭辯之領域，則更無從索解。故社會科學各部門必須合夥；若從法學自身立論，所有其他社會科學務須與法學成為夥計。否則，倘若我人必欲提出社會制裁之一部，並依據分析標準而劃定其界限，復應用其自有見解，自有材料及方法，我人所得結果，無論在表面上如何合於邏輯，終不免於武斷，除適用於抽象理論外，更無別用之可言。

(註一) 關於本節論旨，參考下列各書報：

- (1) 愛列區活法律之探討 (E. Ehrlich, *Erforschung des lebenden Rechts*) 載於西摩勒爾 (Schmoller) 之立法年鑑 (Jahrbuch für Gesetzgebung) 第三十五冊，一二九頁以下，出版於一九一一年。
- (2) 愛列區布柯徵拿居民之活法律 (Das lebende Recht der Völker von Bukowina) 出版於一九一三年。
- (3) 不現愛列區諸教授在者那徵薩研究講座中之活的法律研究 (W. H. Page, *Professor Ehrlich's Ozernowitz Seminar*)

of Living Law) 載於美國法律學校協會第十四次年會報告四六頁以下，一九一四年出版。

(4) 龐特著，執法論 (The Enforcement of Law) 載於青袋 (Green Bag) 雜誌第二十冊，四〇一頁以下。

(5) 龐特著，書本上之法律及行爲中之法律 (Law in Books and Law in Action) 載於美國法律雜誌，第四十四冊一二頁以下。

(6) 威爾由關於西方水源各宗判決案而表現之施政方針 (S. F. Weil, Public Policy in Western Water Decisions) 載於

加理福尼亞法律雜誌一一頁。

(註二) 關於本節論旨，參考下列各書：

(1) 龐特著，法律與道德 (Law and Morals) 一九二四年出版。

(2) 奧士汀著，法學第五講。

(3) 邊沁 (J. Bentham) 著，立法之理論與立法之原理 (Theory of Legislation, Principles of Legislation) 第十二章。

(4) 格雷著，法律之性質及淵源，第六四二至六五七節。

(7) 卡塔法律之起源，生長及功能 (T. C. Carter, Law, Its Origin, Growth and Function) 第六講。

(6) 亞摩斯法律科學 (S. Amos, Science of Law) 第三章。

(7) 格林著，政治責任之原理，第十一至三十一節。

(8) 考科諾夫法學通論 (General Theory of Law) (Hastings 的英譯本) 第五至第七節。

(9) 科勒著，法律哲學 (Albrecht) 之英譯本，五八至六〇頁。

(註三) 關於本節論旨，參考下列各論文：

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

(2) 森得蘭補救權利在現代之演進 (E. R. Sutherland, A Modern Evolution in Remedial Rights) 載於密西根法律雜

誌第十册六九頁以下；

(3) 包佳特預告之判案 (E. M. Borchard, The Declaratory Judgment) 載於耶魯法律雜誌第二十七册一頁以下；

(註四) 關於本節論旨，參考下列各書報：

(1) 琪尼著，詮釋方法論，第二版本，一九一九年出版；

(2) 龐特著，法院與立法，轉入名法之科學 (Science of Legal Method)，該書為現代法律哲學叢書之第九册；

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

(4) 倫桑審判之藝術 (G. Ranson, Essai sur l'art de juger) 一九二二年出版；

(5) 坎吐洛威茲法學爭辨 (H. Kantorowicz, Die Kampf um die Rechtswissenschaft) 一九〇六年出版；

(6) 白路脫應用法律藝術 (L. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung) 一九〇七年出版；

(7) 薩里爾執法個別化之趨勢 (R. Saleilles, Individualization of Punishment) 原書由澤斯脫羅 (Jastrow) 夫人譯成

英語，見譯本第九章；

(8) 龐特著，法律準規之實際施行 (Administrative Application of Legal Standards) 載於美國律師公會報告第四十四册，四

四五頁以下。

三 法學在今日所有主要問題

(1) 利益之估計

爲依據法律戒令以求取各種利益起見，我人必須首先將急求滿足之利益，加以概括分類。人間利益繁賾雜出，如欲得到法律之承認，必須以一定程式加以概括，庶幾可以劃分一定界限，然後再權衡其輕重價值。在此際，我人必須極用小心，勿使概括之公式轉以犧牲利益本身。我人當構成概括公式時，必須處處踏實地步，惟從各種取求 (claims) 及各種要求 (demands) 之事實着手。處於今日，現代世界文明各國所有經過報告之司法經驗，及古代世界所有法院與法家之經驗之結果，一一具載於法律專書，可以覆按，故我人具有相當把握，調查人間各種之取求。此類法律典籍，詔示我人以何種取求已經得到，及如何得到，又告知我人以何種取求尚未獲得，甚至未受承認，正在要求法院之加以滿足。在調查工夫以後，我人即可以將此種利益括成公式，分爲類別。再進一步，我人更爲之權衡計值。結果我人即可選擇承認之利益；規定法律承認之界限，並設計實行此種利益之工具。

古代最通用之方法，爲根據自然法律之理論，演繹成所謂「自然權利」之體系，絕不羅列人間一切利益，不從實際現象，加以分類作界，使成爲系統。至十九世紀當時主要思想，不外使用演繹方法，依之即以繇繹所謂「絕

對權利。』此種絕對權利具有嚴密界說，其本身與其函義因而不能互相抵觸或跨越。在判斷勞動與資本間之爭訟時，即常採用此種方法，屢次造成僵局（*impasse*）之結果。兩造相闕，各有取求，各各以爲不可移動之權利。兩造各站在自己所有絕對權利立場，往往只能顧及自身，遂使爭訟和解成爲絕對不可能之事。十九世紀所有法學方法，雖途徑不一，同歸宿於絕對權利之方式，其中常以某幾種要求具有絕對性，不容有商量之餘地。然此不過在理論爲然耳，在實際上此類權利仍不免以某種方式以求調整及解決。

自耶令出，絕對權利之演繹方法漸次衰微，根據法律目的以評衡各項取求及要求之方法代之而興。此種方法，在社會哲學派法家領導之下，衍爲多項方法，其中有四式值得加以特別之注意。

依社會功利主義派所見，法律發展之進程，爲社會目的所決定。法律本體以調整行爲及折衷行爲構成。而此類行爲又從原來關於社會目的之法律事理，取得方式及內容，如以社會之目的，作爲法律之目的，則權衡估量各種權利要求者，等於權衡估量社會之目的。武斷之功利主義主張，誠有待於心理學及社會學之糾正，但無論如何，彼等在法學上畢竟有一大貢獻，即是：從前法律之發展爲盲進的，不自覺的；社會功利主義派法學乃大聲疾呼，促使我們自覺的，以高明之方法處理法律事業。不寧惟是，彼等又使我人認識法律之目的及法律戒令在實行中推進法律目的之範圍。當社會功利主義派主張，我人務必根據一定法律目的以評衡某幾項利益時，不啻提出下列之問題，即謂：我人究竟有無可稱爲絕對之目的。

再依新康德派所見，我人在計算此類利益之價值時，應以當時當地所有社會理想爲標準。因之我人乃有一

個隨時生長及變易其內容之自然法。律法律問題，遂包納於社會理想，及由此理想推闡而出之各項基本原理之中。是故斯坦姆勒以爲這個社會理想可以一語表示之如下，即謂：社會理想爲一種概念，依之，任何個人之目的，無論如何不同，皆可以在一個自由意志之社會中和諧發展，信如此，凡受約束於同一法律之下者，其所有個人之目的，皆將包納。因此，個別之要求，是否正當，即視其能否促進此種之和諧狀態；在法律以下之各種目的，蓋無有不包含於和諧狀態之中者也。

又依新黑智兒派方法，我人在計算此類利益之價值或評衡取求時，應以維持與增進文明之程度爲斷。換言之，視其能否維持人類對於自然界之征服或人性之克服，是否能使人類權力有最高之發展。更將此項方法詳加申說，大凡一切要求，應以在當時當地所有文明之法律陳義爲斷，且依此項陳義將要概括而成爲一定程式。概括之要求，最後復須經文明概念之考核。我人所欲問者，即概括之要求，在十九世紀之哲學派人，究竟能否對於文明有所增進，能增進之至於若干程度；後者即要追究其對於抽象之自由有所增進否，或能增進之至於若干程度。以方法論，新黑智兒派當較後者爲更明白詳盡。

此外，尚有一個關於估計利益之方法，爲狄驥所建議。依狄驥見解，所謂「取求」(claims)非我人所重視，我人以義務爲懷；此類義務應依社會之功能，概括之於一定程式，又應依社會之互賴性，而判別其輕重緩急。按實言之，應受由分工而起之社會互賴性所考核。人生最重最急之義務，爲維持分工，而又協助之使能成爲社會互賴之基本。狄驥會敘述一理想之產業社會，以爲在此種社會中生產効力能增加至於最高限度，即是法律之目的個別

之取求應以『集團之取求』(group claims)爲標準而加以概括，而又加以評衡。世間不應有所謂我對於自由之要求，反之，世間惟應有一種社會之要求，即謂：我及其他各人，在我人之生產活動中，及在其他與之有互相關連之活動中，不應橫被阻礙。此爲狄驥之主要思想，實際上對於斯賓塞所用方法似乎未能有多大改進。在斯賓塞所計劃之自然權利方案中，一切要求之價值的估計，以其能否維持及促進社會中天然利源之開發，及能否發展基於個人所有自由創制能力之產業活動爲斷。狄驥處於產業制度已達成熟之時代，乃有自然義務之綱要。狄驥抉出其時代之特徵，即所謂『生產之效能』(productive efficiency)爲法律之目的，以此爲試驗一切事物之標準。

對於社會功利派所用方法可以提出兩項批評。第一、此派方法混用利益之兩種意義：其一爲取求或要求；其二爲優勢(advantage)。概括言之，凡人要求一種要求，因爲此項要求，果能取得，便成一種優勢。凡人對於此項要求，加以拒絕，是則不外對於此種優勢提出異議，因之，遂將此項取求擱起，斬而不與。第二、此派方法假定社會優勢毋待證明早已存在之事，立法者、審判員，或法家本於直覺自然能予以理解，試讀美國法院歷來關於所謂『相當法律手續』(due process of law)一要旨之判決，即可見此種觀念在實際上之流弊。此種觀念引導立法者與審判員認定彼等，關於社會優勢由不經意而來之思想，得自家庭，得自朋友，或得自經濟上之關係，即可用爲立法或推究法理之良好根據。又足以使審判員設想，即以爲：彼等所有關於社會優勢之自覺的個人見解，可爲法律之根基，對之，立法者不應持異議；倘若竟有異議，審判員當然有權以宣布之爲違憲又爲不合理。

總而言之，現代法學亟需一個方法論，將所有哲學家各派所有出發點，能兼收並蓄，倘各派對於社會優勢不能有一之哲理或原則，法學必不能枯坐以待完善方法之產生。在十八世紀中，僅有一創作之方法，而哲學之派別至夥；在十九世紀根本上亦僅有一有組織的而又有系統之方法，但當代法家又各以極端別異之哲學立場，採用同一方法。就法院與法家之實際行爲而言，亦嘗於根據社會優勢以申明各項取求或要求之後，曾多少以自覺之精神盡力嘗試，欲以至少犧牲而取得社會利益。此即實用主義派之倫理要義，向爲詹姆士（William James）所倡導。其說作爲倫理標準，是否妥當，我人無須深論。就法學方面立論，此項要義實爲適於實用之法律準規，事實上歷來法院及法家，卽以此項準規以評衡時相軋轢之各項取求，此外不過加以若干理論藻飾而已。故今日法家之責任，卽在使我人自覺的認識由實際得來之方法，且使之愈益精確。無論在於何時，無論在於何種有關法律秩序之調和與糾正及和解行爲中，彼總應常時記取社會利益。而盡量申明其優勢，至於應用時之細目，自須由實驗方法做出。申言之，祇有以嘗試與錯誤之方法，纔能使各項調和及糾正行爲從極小犧牲中而取得極大之社會利益。此大體上爲實行之事。本來每一法系對於各項取求所生多端軋轢，各自有其可能的解決方法，此固比較法律學所昭示我人者也。是亦爲歷史派法學最自負之多種學說中某一學說之要義。（註一）

（2）法律與行政之關係

在司法行政全部歷史之中，常有兩種反對之趨勢，其一爲概括之趨勢，所有案件皆援引由概括公式統御之

以爲斷，而忽視個別案件之特殊事實，其他爲個別化之趨勢，在其中逐一案件皆視爲獨立單位，而其判決案惟依照案中所有特殊事實爲根據。但在實際上，司法行政往往折乎其中。在法律史上，該兩種趨勢，常有此長彼消之象，一時概括化之趨勢占優勢，有時個別化之趨勢居先風，在十九世紀中，個別化之趨勢被擯，法律史完全不加理會，甚至法律史假定此項傾向之非法。至於今日，反應漸起，於各國之爭設立行政法院，在其中所有法律之應用法式皆爲個別化；以及行政法院權力及管轄權之擴大，可以見之。法學所有主要問題之一，卽爲如何糾正此兩種趨勢之各走極端。換言之，卽如何劃分折獄與法律行政間之領域。

此一問題實爲法學上許多爭訟之核心。法律性質之問題，常爲討論之對象，但此類討論，歷來概無結果，推原其故，由於論者未能將何爲法律一問題，連同其他相關問題，或爲舊有，或爲新生，一概納入上方所列問題之範圍，而視之爲此較大問題之一部份或一格局。事實上此類爭執，如除法律性質之爭執外，有關於常法與立法之爭執，法律與德道所有關係之爭執，法律與公道（equity）所有區別之討論，法院與陪審委員團所有職掌之討論，又有究竟訴訟程序應遵照嚴定規則，或應略加變通而參用廣泛的司法裁決權之爭執，更有刑罰的個別化運動及由此項運動所惹起之爭執，以及歐洲方面聚訟紛如之關於法律戒令應用之爭執。其實不過爲一較大問題（卽所謂司法行政究竟應多用法律規則或多用裁決權力之問題）之各面而已。

從大體看來，問題卽在於區別。關於遺產及其繼承權，產業之利息及其交付，商法之事務，及訂立法律責任之產生，遭逢及讓渡等等事件，以此種事項之處理有關於社會利益之故，隨在隨時成爲立法之絕好題目，而建立極

有效力之立法。但在其他方面，凡有糾正及調和行爲，不關有形之利益，但惟牽涉人類行爲之道德問題者，立法在此方面少有如何建樹。

依同理解釋，我人可以明白了解在各個別異法系之下，近來常設有專司，專以使法律之應用取得個別化效果爲事；顧在其中所有案件之處理大抵爲關於道德方面之個人所有行爲；至於財產及商法之訟端則少干涉。

法律之戒令本不盡屬於同類，有如十九世紀分析派法學所云者。此種規則之外，以及與財產法類似之規則，法律推理所依據以成立之各項前提（各項法理）之外，尙有許多準規是行爲確定法度，而爲法院指導或應用之標準。試舉實事以示例，則有相當謹慎小心之標準，以應用於疎忽行爲之訟事；準情度理之服務標準，可以應用於公用事業之處務規程；復有受信託人平允行爲之標準規，一向存在於公道（equity）之中；此外關於營業所受限制之法律更有循理之標準。其在羅馬法，亦有關於謹守信誓所需用之誠信準規，用益權法律（the law of usufruct）中所有關於此項使用權利之準規，凡爲一個善良君子應依之以行事；更有關於契約行爲所有過失之準規，對之，凡爲一個正直而又勤敏之家長必不輕於干犯。凡此種種準規，在其中常有通情達理之意念，因此之故，在應用之時即不免隨時，隨地，隨際會而有所變異。其中大部分皆包含強烈之道德要素。於是，在應用之際，所需者非演繹之邏輯，而爲常識或凡人所有之道德判斷力。此地我人可注意者，此類準規不應用於關於買受產業或交割產業之保證事件，申言之，在於財產法或商法中無地位之可言，顧在別一方面，凡關於行爲或企業行爲之訟事，此類準規即成爲折獄之法律淵源。（註二）

(3) 法律行爲生效之限度

對於法律而抱持功能之態度，其效果之一使我人改變向來所有關於法律行爲有效範圍之見解。至今日問題已變爲如以司法行政爲工具，我人所進行爲有效者爲何事？過去我人嘗以爲法律之範圍，有邏輯或玄理之界限。某事與某事之爲法律者，整列成系統者其整列之方式實出於一個基本概念，即玄理上所稱爲自由意志。其他各事，法律不加過問，因爲在此處，自由之制限不能由邏輯引申而出。簡約言之，法律只是自由理想之表示或實現。用以發現法律範圍及主題之標準，乃爲在擬議中之法律規條，對於抽象之個人自由，發生如何關係？倘若此項規條果能增進抽象之個人自由，即可稱爲正當。但每一法律戒令皆足以限制自由之故，故有待證明其正當；證明正當之道，尙須嚴定其一固須不許任何法律障礙抽象之個人自由，尙須要求能增進抽象的，自在的最大限度之個性發展。

在此種思想方式支配之下，我人對於自由之實體當然忘卻。我人在心目中之自由，並非某甲或某乙於某時某地中應能毫無限制而盡情發展其個性，卻不過是一個抽象人物之自由發展，而且此人與現實社會，與經濟生活，完全不生關係。因此之故，法院莊嚴宣示，謂雇工可以向公司商店照數找取支票，而事實上則受人爲法例之阻止；法院彷彿以謂工業社會真有選擇之自由；彷彿玄想中所有之抽象的契約自由，當真存在於實在生活中者。

願在今日，我人僅注意於法律範圍之實際限制。有效之法律行爲，因司法機構本身之缺陷，此類缺陷，或起於

應用法律於極難測定之事實，或起於多數義務的不可捉摸性，一時不易以外力強制執行，或起於侵害權利行為之巧妙，其事實雖為法律所必誅，其結果常能逃脫法網；或起於法律機構本身，往往對於許多人類關係，甚至許多嚴重過舉，無應用處置之可能；或起於法律戒令之不能自行施行，執行之責尚有待於個人擔負。因有如此種種困難，一切人間利益，雖在倫理上或社會理想上立論，必應保證，願以法律機構能力有限之故，我人終不能一一如願取得。

由此觀之，此項困難在於機械，而不在於任何玄理所表證或邏輯所加置之障礙。機構改良以後，我人或者可以多有所作為，或者更能有所改進。如其不然，我人亦不當一味責難於法律。法律之外，尚須利用其他社會制裁之工具。法律所能為者在於維持秩序，務使其他工具得以運行有效。雖然，當我人作如此說法，我人所抱持之態度，實迥異其他諸人所抱持之態度，彼等認為，欲以法律保障刑權，法律本身除為促進抽象自由發展所必要之最少干涉外，即有玄理上及邏輯上之障礙，後者對於同輩欲望之受抑及其取求之不能滿足，當然可以脫清干係，不負任何責任。彼輩可以自告無罪，毫無愧色，彼輩可以徵引法律概念本身包含之不變及永久的制限性，為本人不作無效行為之辯護。根據我人之思想，則審判員決不能規避其責任。我人以為有效的法律行為之所以受限制，非社會機構自身有制限性，而由於法律機構之尚為未善，因之將促使我人考察此項機構之究竟，如何及何故不能完成我人之預期之效果。最後，我人將追究，原有工具是否可以改進；抑或別種新工具必須創出以圖代用。（註三）

（4）搜查社會事實之方法

今代法律科學中，有一重要問題，即是立法者在未立法前，審判員在未下判決前，法家在未構思法律戒令前，亟須得到社會事實，以爲根據；因之，此類事實果將賴何種法律工具以求取，此誠爲一大問題，歷來社會學派法家不憚反覆，主張在所有立法及詮釋法律及應用法律之工作中，我人務須注意及善加利用社會事實，因爲法律必須依事實以進行，而事實又必須依法律以解決。（註四）在美國即如司法行政之統計，本爲法院成績評價所必需，而現今始爲人注意（註五）刑罰統計則至今尙未進行，有待於着手辦理。（註六）其尤要者，當法院依照憲法保證之「相當法律手續」一要旨，以解釋現代各種社會立法時，審判員必須深明社會狀況，然後不至僨事；因之，通悉社會狀況之方法應及早成立。（註七）

在美國中通常所謂司法部，不過供行政官吏之法律顧問，爲國家因民事而受訴時之代表，又爲國家在刑事訴訟時之提起公訴人。聯邦政府中之司法部，爲組織嚴密之檢舉機關，但除卻上列功能以外，無論聯邦或列邦政府，無一處有相當組織以執行下列職掌，即是：考察本國法律制度之功用；考察法律之應用與施行；搜討凡有關於失出或失入之判決案及其所以致此之理由；留心於新發生事變及研究所以應付此項新生事變之善法；分析各項立法，而研究孰能完成所求達之目的，孰不能達到目的，及何故不能，因之，對於立法者今後所有立法，與執法者今後所有行法，庶幾能有所忠告。在美國國會中或列邦立法機關中，亦嘗設有各種委員會以資臂助。但我人須知現代各國所有司法部，其職掌至爲複雜，又極爲專門化，決非任何委員會所能擔負。（註八）

最後，尚有法律形式改善之問題。在使用英語之國家中，法律之形式實爲其最大弱點所在。此類國家之法律，大部份成爲報告之判決案，在其中固然有利，但亦有弊。其有利處是在法律之具有軟性；其弊處在於法律之缺乏確實性。是故有許多問題，在某一法院管轄權之下本經決定，而在別一法院管轄權之下則否。一處之決議，不能必他處之同樣遵用，不寧惟是，同一事件，在別異的法院管轄之下，可以得到許多別異之判決案，因之，遂有許多問題，其所用以解決之規則，遂呈龐雜紛如之象。雖以設立最久之法院遇之，亦感覺難於抉擇。此外，紛繁不可以理董之法律，至足使之費時失事。凡遇訟事發生，必欲尋出適當法理，以作斷案，在此際，所部工作至多，所費時間亦不少。未後，更有一難事在，即是，凡遇有以立法機關之法案確定一項法理之際，在判決案中往往不易尋出及確定何爲法律之基本要旨，遂致將欲應用於此項法理之法案不易起草。明明是一條久置不用之規則，或一種久置不用之制度，但其殘餘物尙然殘光返照，而足以介紹一個不合理之法律成分於立法，於是，以形式之不合理爲因，而產生實質之不合理，而惡法孳生，羌無窮期。不寧惟是，法院之成案法與立法機關之法案，對於同一事實，有時造成兩種法律戒令，其一關於事實全部，其他關於其零星部份，於是，法律之混亂現象益盛。

在十九世紀中葉，正當立法改良運動達於最高度之際，英美會發生要求編纂法典之大運動。至一八七五年編纂問題常爲英吉利法家聚訟之點，而在美國大約一直達於一八八〇年。顧自社會立法開始，又因介於一八七五至一八九〇年之間，一方面有司法法案 (the Judicature Act) 通過於國會，他方面又有審判規則修改於法院，於是訴訟程序法大受改革，其結果遂使此項運動中斷於英國。其在美國此項運動大抵極盛行於紐約，而與斐

勒之法典草案 (Field's draft codes) 有關係。徒以各宗草案至為粗陋，運動漸告泯滅。及於近代，此項運動復起於英國，又因歐洲大戰而遭擱置。在美國，此項運動仍在隱伏時期，要求編纂之運動，將再度發生，當在意料之中。故法典編纂將來必成爲美國法律問題之最重大者之一。而在此際，一種私家編纂，爲美國法律研究社所主持，正在進行未已。將來此項私家編纂或可成爲美國法典之先導。(註九)

(註一) 關於第一問題之討論，參考下列各書報：

(1) 羅特著，法律哲學導言，第二卷；

(2) 特麗著，社會利益之一個理論，(A Theory of Social Interests) 載於美國社會學會論文及討論集第十五冊一六頁以下，係一九二一年出版。

(3) 卡屠沙著，法律之生長，第二至第五編；

(4) 博勒特創造之經驗，(M. P. Follett, Creative Experience) 第十四至十七章；

(5) 沙爾蒙在法國法律保護中各項利益之軌跡，(J. Charmont, The Conflict of Interests Legally Protected in French Law) 載於意大利法律雜誌，第十三冊四六一頁以下；

(6) 萃林納克法令，行法與適當的之考慮，(V. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung) 出版於一九一三年；

(7) 赫克法律之施行與法學之利益理論，(F. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz) 一九一四年出版；

(8) 斯丹普著價值理論運動之要義，(E. Stampe, Grundriss der Werbewegungslehre) 出版於一九一二至一九一九年間；

(9) 琪尼著，詮釋方法論，第二版，第二冊，第二百二十節；

(10) 狄驥著，私法之演進論，經譯成英語，並載於大陸法律歷史叢書第二冊，第五章；

(11) 狄驥著，社會法律，個人法律與國家之變遷，第二版，一九一一年出版。

(註二) 關於第二問題的討論，參考下列各書報：

(1) 龐特著，法律哲學導言，第三講；

(2) 龐特著，法律準規之實際施行，載於美國律師公會報告，第四十四冊，四四五頁以下；

(3) 愛薩克司法的裁決權之限制，(N. Isaacs, *The Limits of Judicial Discretion*) 載於耶魯法律雜誌第三十二冊三三九

頁以下；

(4) 朗氏自由裁決及其限制，(R. von Lamm, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*) 出版於一九一〇年。

(註三) 關於第三問題的討論，參考下列各書報：

(1) 斯賓挪莎政治學專論，(Spinoza, *Tractatus Politicus*) 第十章，第五節；

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

(3) 薩爾蒙著法學，第三十節；

(4) 龐特著，法律有效行為之制限，(The Limits of Effective Legal Action) 載於美國律師公會雜誌，第三冊，五五頁以下，又載

於倫理學的國際雜誌第二十七冊，一五〇頁以下；

(5) 萃林納克政治學通論，(G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*) 第二版，八九頁以下，又三二四頁以下。

(註四) 關於社會統計之重要，參考下列各書：

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

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

(8) 坎吐洛威茲著，法學與社會學，五至七頁。

(註五) 關於司法行政的統計在合衆國中之現況，參考下列報告及論文：

(1) 芝加哥 (Chicago) 市法院歷年報告；

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

(註六) 關於刑罰統計在美國之現況，參考下列各書：

(1) 洛平遜美國刑事統計之歷史及組織，(L. N. Rebinson, History and Organization of Criminal Statistics in the United States) 一九一一年出版；

(2) 克里扶密市中之刑事司法，(Cleveland Foundation, Criminal Justice in Cleveland) 一九二二年出版。

(註七) 社會統計之重要，當以瀏覽下列兩種文書而益信；兩種文書均爲美國大理院審判員白蘭特士 (Mr. Justice Brandeis) 充律師時爲辯護而作成之法律說帖；其一載於 Muller v. Oregon, 208 U. S. 412；其二載於 Richie v. Wayman, 244 Ill. 509。又參考下列書報：

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

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

(註八) 關於第四問題之討論參考下列各書報：

(1) 邊沁全集，第九冊，五九七至六一二頁；

(2) 奈盧西布理爵士傳，(T. A. Nash, Life of Lord Westbury) 第一冊一九一頁；

(3) 龐特著，民族進步之法律思想問題 (Juristic Problem of National Progress) 載於美國社會學雜誌第二十二冊，七二一頁以下；

(4) 龐特著，法律中不合時宜之事理 (Anachronisms in Law) 載於美國法學會報第三冊，一四二至一四六頁；

(5) 英國一九一八年荷蘭點委員會關於政府的機構之報告 (Report of Law Haldane's Committee on the Machinery of Government)

(6) 卡屠沙設立司法部之建議 (A. Ministry of Justice) 載於哈佛法律雜誌第三十五冊一三三頁以下；

(7) 般肯赫特著庸言 (Lord Birkenhead, Points of View) 第一冊，九二至一三〇頁。

(註九) 關於第五問題之討論，參考下列各書：

(1) 般肯赫特著，庸言，第一冊，一五〇至一九〇頁；

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

(3) 英美之法律與法學 (Law and Jurisprudence in England and America) 一七八至一八七頁；

(4) 奧斯汀著，法學，第三十九講，又關於編纂法典之各條補註；

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

參考書舉要

書目提要，除本書所列舉者外，尚散見其他法學書中，學者須注意及之。譬如微諾格拉道夫 (P. Vinogradoff) 在其歷史法學 (Historical Jurisprudence) 中即輯成極可寶貴之書目提要，見原書第一冊三三七至三八四頁，以一千九百二十年出版。柯孫提尼 (E. Cosentini) 在所

著法律哲學 (Filosofia del diritto) (係一千九百一十四年出版) 中，亦於每章之末附有極重要書籍及論文之目錄。後者所載書目，對於哲學家法學者尤為切要。近今美國法律學校協會方有現代法律哲學叢書之編輯。書中隨處附錄引用的書籍雜誌，學者可以參考。此外，尚有兩書，對於法律之發展及法律哲學之主要宗派，窮原竟委，而各作成一個綜合觀察：其一見於龐特所著法律史之各家詮釋 (Interpretations of Legal History) 其二見於柏洛茲著世界法律哲學考 (The World's Legal Philosophies)。

上海图书馆藏書



A541 212 0014 7965B

中華民國二十九年七月初版

(3826.11)

社會科學史綱法第九冊

每冊實價國幣伍角

外埠酌加運費匯費

原著者 R. Pound

譯述者 雷賓南

發行人 王雲五
具沁南正路

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館
各埠



版權所必究
翻印必究

(本書校對者徐壽齡)

G 四一三六上

