

著名世界譯漢

現代法學之根本趨勢

著拉木丹司

譯忻季張

商務印書館發行



Rudolf Stammeler 著
張季忻 譯

譯世
名著

現代法學之根本趨勢

商務印書館發行

譯者序

研究法律而不探求法律的根源，對於法律的眞面目總是茫然。譬如盲人摸象，雖然覺觸其枝節，終不見其眞相。這探求法律根源的學問即稱爲法律哲學。

有一班從事法律實務的人以爲這些關於澈底的眞理的探求偏於抽象，不合實用。這就無異井蛙窺天，自局一隅。美國卡陀沙在他的名著法律之進化一書內，有一段說得好，他說道：

「在你們看來尋求澈底的眞理是不中用，不合實際的。這也許是不錯，因爲你們錯認了你們的職業就是你們的目的。可是你們一旦遇到了較深的問題，你們終究要覺得研究澈底的眞理不是完全沒用，反之，無論研究其他什麼東西，都沒有這樣有用的了。」

看了卡氏之言，那一班自局自限的人，也許可以把眼光放大一些了罷。

要知道法律的部門雖多，其實法律還是整個的，其部門不過整個中的各部分。而法律又是宇宙人生的一部分現象，宇宙人生也是整個的，法律又不過是這整個中的一部分。知法律的部門而

不知法律的整個，固然不能算懂得法律，就是懂得法律的整個而不知宇宙人生的整個，則法律自法律，宇宙人生自宇宙人生，對於法律真面目終還是依稀影響呢。由此，更可見得研究法律哲學的重要了。因為，真正的法律哲學大概終不可與宇宙人生分了家罷。

司丹木拉爲近代德國數一數二的法律哲學家，也是世界的有名法律哲學家。他的學說自成一家言。世人都公認他爲新康德派的領袖。本書內所論述的都是關於法律根源的探求。看了本書不但可以了解司氏在法律哲學上的供獻，對於近代法律哲學思想之遞變，也可得到一個概見。學者讀了本書，對於法律的真面目，大概總有些發明。司氏作品，國內尙少翻譯，故譯者擇譯是書。

司氏的見解是否可以算得已經探到法律的真面目，譯者淺陋，不敢多說。而司氏也恐怕不想學者與之強同。不過司氏的治學態度，總想在這一部分學問上有所邁進，可以斷言。所以如本書十一章吳經熊博士的見解縱使與司氏頗有出入之處，正惟其治學態度與司氏如出一轍，司氏還是稱頌備至。學者若能於本書文字之外，體會出司氏的治學態度，譯者愚見，當爲司氏所欣樂罷。

司氏道：『快樂在於追求目的，學者可引以自慰罷。』譯者願以此言與讀者相勉。

原作者者概略

司丹木拉 (Rudolf Stammeler) 爲柏林大學教授。法律家兼法律哲學家。生於一八五六年二月十九日，在海孫 (Hess'n) 的愛爾斯非特 (Alsfeld) 地方。學於乾孫 (Giessen) 及潑雪克 (Leipzig)。一八八〇年初爲立潑雪克大學法律教員，一八八二年被聘至馬堡 (Marberg)。一八八四年至乾孫，一八八五年在海爾 (Halle) 任民法及法律哲學教授。曾與柯拉 (Joseph Kohler) 在柏林大學 (University of Berlin) 同事二年，一九一九年柯拉死後，仍充該校教授。他所出版的二十餘種書中，在實用方面的有『羅馬法全書實習的入門』(Praktische Pandectenübungen fuer Anfänger) (Practical Exercises in the Pandects for Beginners) (一八九三)、『羅馬法理判例輯要實習的入門』(Praktische Institutionenübungen fuer Anfänger) (Practical Exercises in the Institutes for Beginners) (一八九

六) 第二版於一九〇一年出版，名為『羅馬法的問題』“Aufgaben aus dem römischen Recht” (“Problems in Roman Law”)。一九〇二年出版『初學民法的練習』“Übungen im bürgerlichen Recht fuer Anfänger” (“Exercises in Civil Law for Beginners”)。一年後又出版『高級民法實用課程』“Praktikum des bürgerlichen Rechts fuer Vorkurse” (“Practical Course in Civil Law for More Advanced Students”)。在學理方面有『論歷史法學的方法』“Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie” (“On the Method of Historical Legal Theory”) (一八八八) 『經濟與法律』“Wirtschaft und Recht” (“Economics and Law”) (一八九六) 現代法律哲學叢書所譯的『公道論』“Die Lehre von dem richtigen Rechte” (“The Theory of Justice”) (一九〇二) 『法律科學的學理』“Theorie der Rechtswissenschaft” (“Theory of the Science of Law”) (一九一三) 『法律與法律科學的性質』“Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft; die Zukunftsaufgaben des Rechtes und

der Rechtswissenschaft' ('Nature of Law and of Legal Science; the Future Problems of Law and of Legal Science') (一九一三)『現代法律與國家的學理』'Rechts und Staatstheorien der Neuzeit' ('Theories of Law and State of the Modern Period') (一九一七)『法律與教會』'Recht und Kirche' ('Law and Church') (一九一九)『法律哲學教科書』'Lehrbuch der Rechtsphilosophie' ('Text Book of the Philosophy of Law') (一九二二)『現代法學上之根本趨勢』'Grundzaetzliche Richtungen in der neueren Jurisprudenz' ('Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence') 以上之書大部分均已再版，三版或四版。

司氏早年作品偏於法律實務方面。這一時期的書籍都是辨別是非問題，供法律學生之用。這些書籍與大陸上之判例彙編相當。但當十九世紀後葉，歷史法學運動已竟其功，且結晶於偉大的德國民法，司氏即移其目光於那時代的法學問題，從事於探求，什麼是現實的公道。歷史法學派只知研究過去的法律是什麼，就忽略了法律性質的玄學問題；而十九世紀的哲學派浸沉於玄學的

空想，此爲耶陵批評的不遺餘力。可是耶氏不能提出一適當的哲學基礎。可爲進一步的研究，所以司氏就觀看他的機會了。關於公道的理想，他追師康德而成爲前世紀理想主義復活的領袖。他是新康德派的創建者，被公認爲現時大陸法學家中的最偉大者。他是一個實際的理想者。他雖注重於公道是什麼的哲學問題，但更注重於公道怎樣由法律實現的實用問題。這理想須由觀察現行法律而達到，而現行法之行使肯受其時其處的社會理想所支配。關於這層，這位大陸法學家的哲學，與美國大理院的法律哲學大有不謀而合之處，尤其在霍爾姆斯的判案意見中，更可概見。

本篇所論係大陸法律思想趨勢的最新學說。

目錄

第一章	啓明時代的德法家	一
第二章	自然法	一四
第三章	理智法	二四
第四章	歷史法學派	三五
第五章	社會法學派	四七
第六章	否定法律論	五五
第七章	法律的實在論	六六
第八章	法律的經驗論	七六
第九章	自由法律運動	八五

第十章 法律的批判說……………九九

第十一章 法律哲學之問題及方法論……………一一三

現代法學之根本趨勢

第一章 啓明時代的德法家

德國接受了羅馬法之後，法學上就發生了許多新的問題。

在十五世紀之末，全歐大陸已完全接受了羅馬法、寺院法，以及朗勃的封建法 (Lombard feudal law)。

事實上當羅馬法在東方自君士坦丁向北推行之時，也就是自南自西向德推進之日；但這些事實與我們的問題沒有多大的關係。不過我們應該明白的就是無論在那一帶地方，到處都有盡量熟諳那種外國法律的必要。

當那時，中世紀最強有力的德皇已兼任了羅馬皇帝。大家都承認他是歷代羅馬帝皇的合法

承繼者。本來羅馬法是羅馬皇的法，現在就算爲德帝國的普通法而適用了。但是鄉鎮人民對於他們的無關緊要之事件，還是拘泥於德國古代的舊法。他們謹守傳統之力非常堅強。所以凡有衝突發生，羅馬法也未常佔優勢。更其在夫婦財產法、土地法、森林法、畜牧法、以及城市手工藝習慣各方面，大家都設法保存發展那本國法，並且無論什麼地方，如果此種企圖有所成就，本國法總是優越於所謂德帝國的普通法。

我們所以不厭其詳地敘明上述的幾樁重大要事，無非使我們可以明瞭那將要討論的一種根本趨勢（註一）。實際法學上有個問題，就是要照着過去時代的法律來解決當時環境之下的爭執，並且在時代的觀念與舊法規之間，求個調和適當的辦法。這種問題無論那種法律制度都會遇到，不過程度上略有不同罷了。任何法律決不僅是昨日或今日的產物。所以我們要尋求一個普遍有效的方法，可以解答我們上述的問題。因此，我們研究啓明時代（註二）的實際法學，實與現代以及將來都有重大的意義。

本書各章的討論都集中於我們的目的，去研究那種所謂根本的公道，因此，可以解答具體問

題的方法的普遍性，就必須加以深切的注意。凡個人之一切行爲以及意思的表示，都以其內心態度爲依歸。在研究任何時代任何民族的法律，我們也須着眼於那種內心態度，因爲具體法律的敘述和探討，都是以是種態度爲衡量的。

對於我們提出的問題，那時代的內心態度從兩方面表現出來，更其在司法上審判案件之時：（一）判決例產生新的制度，而表面上還是根據着公認爲權威的意見；（二）法院以一種新的意義去解釋陳舊的法規，完全與他們時代的立法相和諧。

（一）現今文明國家的法規中，都有一種很普通的規定，就是失蹤人死亡之宣告。羅馬法上，此種規定是沒有的。德國接受了羅馬法之後，這層就發生困難。一個人失蹤了，沒有人知道他在什麼地方，也不知道他是死是活，可是他卻有財產存留着。那末，這種財產應如何處分呢？有一個薩克遜法院就去引用聖經，以爲救濟。舊約上有一節說道：吾們的生命爲七十年（詩篇九十章十節。）這個法院就採用了。因此，一個失蹤人，假定尙活着已滿七十歲，就分三次去傳他到案。第三次他仍舊不到案，法院就宣告他爲死亡。這樣辦法漸漸爲大衆所承認，不多幾時，德國的法院竟一律適用。時

至今日，立法者且都採爲一種不可動搖的法律制度，不過大同小異罷了。

在現在商業上有個很重要的問題，就是情勢之變遷對於契約的影響。凡因大戰而受着影響的國家，那個問題更爲迫切。在從前通常情形之下，所成立的契約，要把他履行，總有一方面感到極大的困難，及負擔重大的損失，那末，他究竟有沒有請求撤銷契約之權呢？這個問題在二百餘年前也照樣發生過，稱爲情勢變遷之原則（*Clausula Rebus sive Stantibus*）。依此原則，許多學者承認，凡情勢有重要變遷，應認許撤銷權之行使。他們的主張是根據一個羅馬學者的一段簡約的意見。他說道：『無論誰必須承認那權利發生時的情形什麼樣；現在還是那樣，笛笛士（*Titius*）方負法律上的責任。』此種見解在李善（*Leyser*）所著之普通法的研究一書上，主張最烈。那時代其他學者則極力反對之，主張契約的義務應有拘束力。實在這問題有兩方面的：在一方面看來，契約不過是一種達到有限的目的之有限的方法；在他方面看來，無論誰得以他人之然諾爲準，也是必要的。在商業生活方面，除非契約有拘束力，任何計算將爲不可能，而合法之交易必受阻礙。不負責任一語，在惡劣情勢之下，對於任何要約會發生的，確是可以把通常商業上的交易致於死命。

在十九世紀，時代較爲寧靜了。從前契約須受情勢不變遷之限制，人們也就漸漸地忘卻了。凡關於民法的著述，此種契約的限制簡直不再提及。在較新的幾部法典上，如一八〇四年的法國民法，那個問題就沒有規定，如一八六五年的薩克遜民法第九六三條，則明白規定不得因情勢變遷而撤銷契約。最新的法典，如一九〇〇年的德國民法，以及一九一二年的瑞士民法，也有同樣的規定。這兩部民法中，凡可以因情勢變遷而主張契約撤銷權，只限於所列舉的幾種：例如雇傭契約，可以因重大理由而撤銷；又如債務契約，可以因債權人財產的毀損而撤銷。

(二)關於我們在上面所述的第二點，我們可以舉請求權之移轉爲例。在羅馬法上最初請求權是不得由權利人移轉的，可是權利人可以把請求權的利益讓渡於第三人，而第三人雖並不直接取得請求權，卻能享受那間接的利益。這種辦法形成了一種畸形的制度。至德國接受羅馬法後，德國的法家以爲這不過是羅馬的一種迂迴曲折的曲解，於是乎他們的見解就進一步，而主張那承受人依照他們的法律，實已成爲真正的權利人，以前的權利人卻因移轉而拋棄了他的請求權。此種見解實際上確是一個妥當的結論。雖然，在十九世紀中，人們對於羅馬法的認識較爲深切，而

前述關於請求權移轉的複雜見解，竟風靡一時。這種見解在理論上及實際上保持了許多時候，直至現代普通法的學說興起，以及上述德國及瑞士二部民法產生以後，那請求權移轉的簡捷方法，方纔確定了起來。

還有一種，係上述(一)(二)兩方面混合起來的，例如代理的學說。關於這層，在羅馬法上最初也以爲凡人祇能爲他自己去訂立契約，負擔義務。直接的代理是少見的，祇有關於財產之取得，遺產之承受，以及其他很少數的案件，纔見到了那種觀念。可是學者間也疑義百出，意見紛歧。最感困難的一件事，就是奴隸的經營商業。奴隸是爲主人取得財產的必要工具，可是不能使主人受拘束。但他方面又因爲奴隸並無在法院內被訴之資格，以致所訂立之契約不能完全拘束他。但是假定那主人特別授權於奴隸，使他去從事於一種特定的任務，那末，那主人對於奴隸的道德上的責任，就須負保證之責，並且可以被訴。又如主人將財產交給奴隸使用，或使他爲船舶的船主，或委他爲房屋或財產之管理者，主人也須負同樣的責任。從這幾種法理之中，德國的法家就演述出這現代認爲一種普通原則的直接代理制度。

在我們所討論的趨勢中，我們曾說到李善（Leyser）是一個領袖。他是前海母脫特（Helmstedt）及威登堡（Wittenberg）二大學的教授，生於一六八三年，死於一七五二年。希爾脫（Schilter）（一六三三年至一七〇五年）及斯端克（Struck）（一六四〇年至一七〇一年）二人均爲他所師承。希氏曾在一佳作內敘述德國法院內羅馬法的應用。斯氏在他所著『羅馬法的今用』（*Usus Modernus Pandectarum*）一書中，也討論過同樣的問題。這是大家知道的，那全部的趨勢卻就以那書的標題爲其特質。

那末，從科學的觀點上，這是什麼意思呢？而上述數種現象中，包含些什麼共通的重要概念呢？凡因環境的變動，根據着情勢變遷之原則而撤銷已成的契約，那當然是個重大錯誤。要知道依照那個原則，無非引用契約內的一條款來打破契約罷了。果然，有的契約也許有這類條款的。如其這樣，就並沒有什麼問題了。但假定所係爭的契約，對於情勢之變遷，沒有用條款來規定，到後來當然不可以強爲加入。我們目前所討論的問題是契約內特定的結果的變遷，並不是怎樣解釋一種含混的意思表示。如其沒有法律上的根據，司法者憑什麼權去加以干涉？什麼地方可以劃個界

線，使債務者可以從那裏起，得因情勢變遷而拒絕履行？

先就第二個問題加以討論。現代最高法院的判例中，有的主張凡債務者因履行而非瀕於破產 (Economic ruin) 不可，那末，他拒絕履行就可認為適法，然這種主張是要不得的。也許債務者不但可以履行係爭的契約，而且還有一些餘裕。契約的性質豈可因財富的多寡而隨之轉移。無論債務者的經濟能力可以應付，或不可以應付，那契約的本身及因契約而發生的法律關係，決不能因之而有所不同。反之，若攏統地說情勢變遷即可發生一撤銷權，也是皮相之談。有人說，情勢一朝變遷，則不是交易的重要性失去。與原意成爲相反，就是履行的經濟性完全改變，所以撤銷權是根據這種事實的。此種理解仍然使我們茫無頭緒。至於通常的見解，以爲應就特定的案件的情形而爲之解決，也空泛之至，徒使我們覺得沒有一種標準的原則罷了。

可是要尋求一個普遍的標準原則，可以解決具體的法律問題，而不能以一句簡約的文詞來表現的，須從下述的研究中演繹出來。在我們的案件內，那債務者主張，要他依照所訂的契約履行，實在很不公平。事實上，契約這件東西，即使是具備一定的原因，依照法定的方式，原也不是個個都

有法律上的拘束力的。契約的自由是有相當限制的。最普通的限制就是那法律行爲不得有背於善良風俗；換句學理的話講，就是法律行爲的內容不得顯失公平。這個爲文明國家所是認的古羅馬法上的原則，就可用來解決我們所討論的問題了。這原則是根據着那事實，即初始各方是很公平的；但到了後來，因情勢之變遷，不免產生一種法律情境，使一方得對於他方享受過當的利益。如其能夠證明一種契約確有那樣情形，那末，簡直可以像契約內從始已經訂明一般，不再認他有法律上的效力了。

但此種能求得一個滿意解答的可能方法的討論，當然先要善良風俗這個術語有個正確的定義。我們先要弄清楚，所謂法律上公道的觀念究竟包含些什麼普遍的特質。實際法學派在他們的『羅馬法今用』一書中，對此種批判的研究，好像不生問題。這派學者卻主張要解決那個問題，不必用深切的思考。這是他們獨標異幟的地方，甚至今日和他們同派的也隨聲附和。所以由這派所代表的現代法學上之趨勢，不過爲後來許多高深的趨勢開其端罷了。雖然如此說，他們治學的方法，對於他們那一類的科學的探討，倒大有鼓勵的力量。

從上述這個情勢變遷之原則一例中，我們可以看到，根本的改革，甚至於法律制度的革命，也不必把法律變更，纔可以發生。我們上舉之例也已表現出來，凡要明白那種改革，可以從現存的舊法律中去探求。但探求之時，須以真正科學的正確性去從事。可是對於社會實際生活內容的變革，卻須從法官判斷案件的要害處，加以緻密的觀察。我們若把一國家在某時代的判例觀察一下，當能承認，時代初期的問題與末期的問題必大相懸殊。現存的法律制度雖然可以完全不變，但是統治於法律者的法律關係中，就有許多顯著的現象，在那法律之中及其施行之下，漸漸發展起來。且這種現象都隨時間之推演，而表現出不斷的變化和改革。

現在再引證幾個現代法律實務上的有趣的例。

現代各種法律制度都承認羅馬法上公司與組合的區別。前者是人的集合體，以獨立之主體對外，而超然於各個組織的份子。在一個組合，就是關於組合與第三人的問題，那組成份子也不過成爲一個團體，而暫時有種個人的關係罷了。各國立法對於這種區分，各有歧異。德國民法規定，公司之組織須依照法定的條件，方認爲有法人資格。凡公司要從事商業之經營，那創設者必須先向

國家領到公司的特許。若從事於其他的事業，就只消向法院依法註冊，即可取得公司的資格。甚至即使不遵照這種法定的條件，在那創設者及其組織份子間，仍舊可以算爲一個公司，而不是組合。但在這種情形之下，卻並沒有法人的存在；那公司是沒有法律上的資格的，既不能享有財產，也不能向法院起訴。當德國民法訂定之時，那立法者以爲這種沒有法律上資格的公司總沒有多大實際上的效用。那裏知道事實上卻適得其反，現在什麼卡特咧 (Cartels)，波而咧 (pools)，新迪開脫咧 (syndicates)，以及托拉司咧 (Trusts) 大多是有公司性質的團體，卻並沒有法人的資格。許多壟斷的契約常常是那些沒有法律上資格的組合所訂立。這種事實也常見於現代商業生活的各種重要方面。又如動產使用權，在近代的法典上，都有嚴密的規定，在德國好許多方面，就不大適用，然在繼承法上倒反漸見重要，很有把遺囑承繼取而代之之概。配偶的連合遺囑對於生存者頗覺累贅，所以已漸廢止，而趨向於訂立分別遺囑了。至於商法方面，凡有研究的都知道那種佣金交易漸漸減少，而代以他種方法了。

論到實務法學派的活動，他們的問題無非是怎樣改善已成的法律，這只消用習慣法的方法

也就可能了。可是要做到這點，必須那個法律制度先承認那種立法的方法。這又非得長時間而又普遍地承認一種司法的慣例不可了。上述失蹤人死亡的宣告，不受限制的權利之移轉，及直接代理等數例，就是那一種情形。但是假定一前無先例的案件發生，而法院竟創設一個法律的條理，而予以引用，此種場合，那情形究竟是怎樣的？

有人辯解道，凡以一種新的解釋去解答承襲下來的法律，那當然是可以的。法典經過了悠久的時間，這種嘗試是難免的。法國上訴院院長拜落蒲潘（Ballot-Beaupré）曾有一段極有趣的說明。在法國民法典百年紀念之時，他討論那具有百年歷史的法典與現時代的關係，他曾表示他的信仰道：若立法者處今日之世，必以他們今日立法之精神去解釋法律，所以我們以這種精神及意義去解釋法律，正是合於他們當時立法的精神。這層應加以更深切的探討。

要知道法律一經頒布之後，就超然獨立於立法者之外。所以要探討有疑義的法律的真義，和立法的人簡直並沒有什麼關係。他們所立的法已成爲一個獨立的整體了。所有的問題，祇是法律的目的。因爲要使他在現實的世界實行，他就須得特定人的承認。過去時代的法律應經現在立法

權者的接受和認可。這樣接受了下來，難道就不能把他更改嗎？而法官判案之時，就非得依照他以為當時立法者的原意不可嗎？這就很難說了。要變更現存的法律，在現代的憲法上就規定許多條件。不依照這種條件，就不發生法律變更的問題。否則，照現代法律哲學的口吻說來，那種變更就是杜撰了。可是這種見解當然和我們那位上訴院長的意見大相逕庭了。

照上面的研究看起來，從啓明時代起，在法院的實務上所表現出來的趨勢，若加以一番批判的思考，要發生許多有趣的問題。但對於這種問題原想得到滿意的結論，吾們應更澈底地研討一下。本書以後各章，當在法律哲學思考方面，加以更深一層的研究。

(註一)趨勢二字係譯德文 *Richung* 一字，與運動，思想派，思路等詞相當。

(註二)啓明時代即懷疑時代。這一時期內，在宗教，科學，哲學以及法律的園地內，都提出疑問，自十七世紀中葉迄十八世紀中葉，至凡爾太 (*Voltaire*) 纔登峯造極，繼起者即浪漫主義時代。

第二章 自然法

凡人對於環境覺得煩悶抑塞之時，就要避去日常生活的煩擾，而逃遁到自然去。他要在自然母親的懷裏，尋求些生活上痛苦的慰藉。凡是不能在他人那裏得到的，也不能由他個人企求得着的安慰，自然都能給他。所以他要追求那自然的生活。好在他以為自然要他怎樣辦，他都能遵守。於是他對於規律他生活的現實法，和適合自然的法則，漸次感到一種強烈的對比。

這樣看來，也無怪此種對比早在法律的園地內發生了。亞里斯多德 (Aristotle) 曾在他的尼古曼欽倫理學 (Nicomachean Ethics) 一書中，討論政治的公道，尤其在那書第五卷第十章中，他把自然的公道凌駕於實際的公道。怎樣是自然的公道，怎樣是制定法的公道，斯多亞派的學者 (The Stoics) 在討論法律學說之中，曾極力研究。這種研究和他們全部哲學上的主張有密切的關係，歇爾登勃朗 (Hildenbrand) 在他的古代法律哲學第五〇五頁中，曾有智巧的說

明。據斯多亞派的見解，萬物都須隨順自然而生活。他們以為自然是最高法的表現，人生萬事都須依附着他，就是法律的制定和國家的創建也逃不了這個例呢。

這裏我們所要解答的問題，羅馬人也曾經用過一番心思才力。他們的民族好像是為天所授命來發展實際的法律。他們以巧妙的感受，竟得到了一種使法律適於公私生活的藝術，得到了此種藝術，他們使很複雜的法律問題清清楚楚地歸入各類，由此可以很有系統地去研討一切法律，他們每解決一個困難的法律問題，先抽出一個簡單的原則，然後很透澈的分析牠。他們經典派的法學者，尤其是第二世紀那些法學者，在研究各個案件之時，卻能注意到一切法律的基本概念。據雪爾塞（Colerus）說，他們簡直以為這應當是公平和正義的藝術。但是羅馬人終究沒有把他們思維的方式，流傳給我們一種批判的解釋。他們原來不是哲學家啊。他們所傳述的基本概念卻還是依附於希臘呢。即以法律的概念一問題而論，也很明顯了。他們無非把希臘哲學家，尤其是斯多亞派的文詞，用拉丁文來重演一下罷了。因此，崇尚自然的問題，為希臘人所未能解決的，羅馬人也絕無貢獻。在羅馬法的淵源中，雖有自然法和市民法之區別，可是造成自然法的法學家祇不過見到，

許多法律制度既爲各民族所同有，則必須基於人們一種自然的天性罷了。

在中世紀，大學者湯姆士阿規納（Thomas Aquinas）（死於一二七四年）的政治學說曾風靡一時。他也把實際法和自然法互相對立。前者是人的創造物，各種民族有各種不同的形式。反之，自然法是自然公布的產物，換句話講，就是天道（eternal divine law）在人類中表現出來的形式。雖然上帝的意志原是完全無缺的，可是人們因生存的缺陷，所有天賦立法的理智也只能在相當限度之內表現出來。但據湯氏之意，凡在這範圍之內所表現出來的，就有許多法律的原則和制度可以歸納起來，成爲自然法。

從上面的論述看來，只知自然的觀念而信賴之，仍使我們茫無頭緒。其實，在西歐的文字中，自然（Nature）這一個字已經作爲性（essence）解釋了，那我們的思想就可比較的清明一些。據邏輯家說，物性就是他的一切經常的特質的總和。關於本文——即法學思想之根本趨勢——此種對於自然之信賴，可以從兩個觀點上加以研究。即探求人之性，或法律之性。這二種探求早已有人用過一番心思。自然法的探索，非走入這二者之一的思路上去，那問題的真面目就不能清清楚楚。

楚地顯露出來。

首先能真實領會上述這個問題的就是那有名的荷蘭人，名為格魯帝(Hugo Grotius)（一五八三年至一六四五年）。他很清楚地把那個問題提出來。依他看來，問題是什麼是人性的切要的特質。在這個問題上就可把一切法理的討論打一個堅固的基礎。凡是實際法律能與人之常性中的那種切要特質相和諧的，就可認他為完全正當了。格氏以此方法，對於自然法首先得到了一種真實清晰的觀念。這樣一來，我們就可下一個自然法的定義了：自然法是內容與人性相和諧的一種法律。格氏既深信他的方法，他很想拿他來解決那整個的公道問題。所以他把自然法的問題完全脫離了宗教的色彩。他說道，他的演繹自然法的方法，就是無神論者也必加以首肯。所謂人性之主要特質，格氏深信就是他所已發見的社會性(*appetitus societatis*)。依他看來，這就是個人在社會中企求和平生活的衝動，也就是傾向於一種團體生活的衝動，此種團體係以理智為基礎所組織的。凡是與此種衝動相和諧的都屬於自然法——譬如契約之遵守，與此相抵觸的就是過誤，——譬如對於他人之侵害，因此，他們纔有一種自衛的自然權利。這種學說既以人之通性為出

發點，那末，要證明某種特定的原則是否是一種自然法，只消看那個原則是不是爲一切民族所適用。格氏之言當然還是着眼於萬民法（*jus gentium*）這是羅馬人用以規定其聯盟國間之邦交的那種法律制度。我們看格氏竟用了他的方法，成就了一種完備的法律制度，那更可概見了。

格氏是以國家間的法律關係爲其學說之對象。他以為法令之是否正當，既要看他是否與人之通性相和諧，那末，反之，凡是人類聚集之處，自然法的原則當然是可以一律適用的了。若把國家的界限限制法律的概念，是沒有理由的。原來國家的本身也不過特種法律的集合。以邏輯眼光看來，國家須以法律概念爲前提。既是他不過爲那法律概念適用之一種，那末，法律當然是超然於國家了。所以法律是把國家互相拘束着，而在其適用之時，當然凌駕於他們之上。這樣，格氏就成爲現代國際法的創建者。數世紀以來，人們都已感覺到這點。此種拘束多數國家的法律概念當然早經存在。在古代的大使法和平條約，及通商條約之中，已可見其端倪。孟德斯鳩氏曾說道，即愛路寬（*Iroquois*）也有一種國際法。但格氏以科學上之成功，把那概念系統地敘述出來，纔能創建一種空前的國際法。

究竟格氏的概念後來具備什麼方式，不在本文範圍以內。自格氏以後，自然法制度之發展詳情如何也非我們之目的，毋庸贅述。我們祇要把格氏所提出之問題及其方法，後來如何變遷之經過，略為敘述，然後看他們在現時代應佔個什麼地位。

關於格氏提出的問題，人家就很反對他的所謂人性之特質。不過問題還是照樣保存着。差不多有一世紀之久，大家都極力研究，究竟什麼是人性普遍的特質。雖然此種學風漸漸地衰微了去，可是甚至到了現在還沒有完全消失呢。

據英國名哲學家霍布士 (Thomas Hobbes) (一五八八年至一六七九年) 的主張，人性之切要特質是對他人之恐懼。無論誰都怕他的鄰居，因為他的鄰居是極容易侵害他的。因此，那句著名的格言，所謂一切與一切戰爭是人類之自然狀態，就發生了。法律的問題是在制止這種情狀；凡是能夠盡這種職能的法律就是自然法。

奇怪得很，研究自然法的學者，要想解答格氏的問題的，沒有人能提出一個答案，可以長時期得到普遍的稱許。就是現在居於領袖地位的德國自然法學的代表者也有同樣情形。

潘芬道夫 (Pufendorf) (一六三二年至一六九四年) 以爲人性的特質是脆弱之感念 (imbecillitas)。湯麥士 (Thomasius) (一六五五年至一七二八年) 的見地就適得其反，以爲人之通性在於追求長壽和愉快生活。在本章所討論的趨勢中，時時有種種不同的主張發生出來，如利己心咧，公共之趣味咧，浪費咧，奢侈咧，等等。

常常有人把幾種同時並舉。到了後來，竟形成了一種完備的心理體系，如福立安 (Fourier) 之主張。他說道，人們是爲三種循環不已之衝動所支配着：第一叫作開勃立司 (Caliste) 就是想以個人之力，達到某種懸想的目標之欲求；第二叫作攀皮弄 (Papillone)，就是見異思遷之意念；第三叫作康派悉脫 (Composite)，就是求自信自覺之奮鬥；到了第三個，那個衝動的程序又重新周而復始了。

那種觀點的分歧遷移不是偶然的，也不可歸咎於人性之脆薄。因爲根本法律的概念原是先要求得一個絕對普遍的目的，而以之解決一切具體的問題。假定這種指南要在人人具備的真實易見的特質中去尋求，那末，還應當提出一種生理上的證據來，去證明他纔是。可是人們的本能生

活只是些變動不居的欲望的資料。這種生活也必然是常常動蕩無定的。要是我們只在那外面所表現的加以說明，萬萬不能理會他的。反之，我們必須要抽象地透視到正當行為的絕對一致性，成功一種觀念。問題是要把一切可想到的絕對相和諧的行為想出來。這一層如其做不到，就萬不能因估量他種行為的方法，來估量特種的行為了。本文之結論，就要致力於創建此種方法。

雖然擁護自然法的人之意見甚不一致，而自然法本身也缺少科學上之根據，但他確是法律發展的過程中一個極重要的因素。他常常輔助實際法律之不足，而予法院判決以自由。在這種場合，他確是成爲一種模範。在現在還適用的一八一一年的奧國法典中，曾提出一個問題，就是凡案件未經法律所規定，也不能以比附的方法加以解決的，法院當如何進行。其第七條就這樣規定，『凡案件尚有疑義之時，就當審察一切事實，加以充分之考量，而依自然法的原則判斷之。』

至十九世紀，在法學的園地內，自然法的討論就衰微了下去，而歷史法學即代之以興。在現代的判例中，講到自然法的就很少數了，譬如德國大理院判例第十八卷第一八頁，有這樣一個判例：凡著作人有一種自然權利，以其著作原文之全部或一部出版。若有人增減或變更其原文而抄襲

之時，即認為侵害對於原著作所享之權利。

要擁護這一類理論之時，常常以權利之自然意義為其藉口。在民間之風尚中，此種藉口更不時引用。人們都歡喜把他們的主觀感覺與實際法律的制定相提並論。現在仍舊還有用這種辦法來擁護或補充法律呢。著名的皮士麥（Bismark）屍體照相一案，就是這麼樣一樁案件。有二個照相師跑到富立特立起（Friedrichsrube）地方，賄通了門警，攝了一張屍體的底片。皮氏家屬就提起訴訟，請求銷毀那張片子。最高法院判決原告勝訴，其理由完全以反對的結論將與「權利之自然意義」相抵觸一點，為其論據。

但是這種理論是不充分的。其實，這種假定的權利並不是與生俱來。孩提之童那裏知道什麼是公正的以及不公正的法律呢。要得到這種知識，充分之印象及傳授之經驗是必要的。人類全體能得到公道理想的發展，也是這麼樣情形，當然是無可疑義的了。照有批判力的人看來，所謂權利之自然意義，不過是一種機會，以及對於權利之機會的概念，或機會的估值罷了。這種對於權利之自然意義的依賴，當然要以根本公道的概念為前提。其實，這裏所包蓄之意義不過是說：我為一種

不可剖解之力所支配。由此，我可以推得一種根本公道的判斷罷了。

關於人之自然直覺以及人性的全部學說，雖然影響於政治、國際法，以及法律和國家之發展，非常廣大，但這個根本趨勢，對於解決現代法學上之問題，卻沒有多大關係呢。

第二章 理智法

大家都信仰理智是有創造力的。據此概念，人們只消思想得有條理，就可以適應他的生活，以及他的環境的生活。要創造法律制度，使人們能享受自由快樂的生活，那尤其是理智的職能了。這種見解實是根本錯誤。

理智的職務在於把觀念這個字的確切意義，定一個界說。依本書第二章所述，觀念是指一切經驗的整體的意思。所有經驗應看作各相和諧。在能感覺的實際方面，觀念是不能存在的；若是他存在的話，意義上就發生矛盾了。可是在可感覺的實際方面，他雖不存在，他終究是具體經驗的指引呢。

由此，我們可以推知『公道的觀念』不是創造的。

觀念之本身不能產生慾望的資料。他的職能是由各種不同的可能性之選擇中，去尋求一條

正當的途徑。各種不同的可能性是放在我們面前的。他們常常受歷史的限制，而須隨時加以選擇。在我們把現代所遇到的困難闡發之際，暫且先將用語研究一下。這也可使得那些有關根本的事情客觀地清楚些。

我們應分別概念 (notion) 與觀念 (idea) 的不同。概念是指各個獨立體中之共通的心影。每種概念是一部分影象。他既包括同類的特質，那末，只消參看那種特質，那概念所示之心影即可普遍地加以認定。因此，所謂法律之概念就是指著人類意志之一種性質，即是人類努力之一部分的常性。他與其他的意志的方式是不同的，如道德的意志，習尚的意志，以及專斷的意志。每種概念在各個表示中，就可完全實現出來。他所具備之思想的一致性，在每個特定的事件，都可見到。譬如凡有一個法律現象之時，那法律概念當然是完全具備着的。

觀念與上述之意義就很不同了。這裏的問題是要把一種特定事件，與一切可見之事故的全體相和諧。不但觀念本身不是特定經驗的對象，而且那假定的事件也永不能完全解決。雖然如此，那觀念還須很懇切地去探索。從前有個譬喻很是適當，他把觀念譬北極星，航海者須以之為目標，

並不是要到他那裏去靠岸，不過在陰晴之天，向着他馳行罷了。

這種名詞及其區別溯源於希臘哲學，而常被入含糊誤用。希臘名詞中 category 一字，在一切文明的文字中，已有了譯名；英文譯爲 notion，德文譯爲 Begriff 等等，至於 idea 一字，在任何文字中，還沒有譯名，只是把希臘文照着他的原意原文拿來用罷了。

和上述的主張相對立的，可以拿英國大法官摩爾所著烏托邦一書作爲代表，此書以拉丁文寫成。於一五一六年出版，常爲人所稱引。此書內容既爲人所常道，我們只消略加敘述，以便就本文加以批判的討論。大家早經知道，烏托邦島原是一個理想的共產國家的幻境，其制度基於各種私有財產的否定，大家每天都有工作六小時的義務，各種商業的廢止，以及生產物的由政府官吏所分配。生活的全部使之依照統一的計劃。子女很多的家庭當分一部分子女給沒有孩兒的家庭，房屋當每十年重行分配，一切居民當同時睡覺，起身，休息及吃飯。從社會觀點，這是泊勞克拉司 (Procrustes) 的園地。對於血肉的人們，對於具有種種不同氣稟與才能，欲望與傾向的人們，摩爾實際上卻沒有說什麼。

說這種奇想係導源於柏拉圖，實是大錯。要知柏氏論述國家的著作內，並沒有什麼烏托邦，祇不過申論那些重要的思路，爲各個立法家以及憲法所須注意的。他以人民生活於其中的政治情狀應該良善的一原則，爲其出發點。所謂良善，還是指着質而言，依柏氏之意，以量來列舉主觀的利益，以爲建設國家的基礎，倒是不應當的。他說統治者應切戒自私自利的慾望情緒，還是這個意思。所以他們既不許有家庭，更不許有財產。可是此種規律是不適用於一般人的。柏氏尤其不像摩爾這樣，要求強制量的一致。柏氏之對話，描寫在漢克爾神柱（*Pillars of Hercules*）對面的神祕的亞脫能司（*Atlantis*）島，果然尚有片斷遺留下來。然柏氏不過因愛國之赤忱，以之恭頌故鄉雅典，以及追仰其民族祖先之崇奇罷了。這裏我們卻無從得到什麼特種的法律制度，可以爲烏托邦之模型。

由此看來，摩氏之烏托邦大概還是自己的理想。他所描寫的適與當時他所深知的英國政情正相反對。這個幻形卻是從他的歷史的回想中產生出來。追蹤他的人很是不少，但沒有一個能與之並駕齊驅，甚至皮來梅（*Bellamy*）的回顧（*Looking Backward*）（一八八七年）一書也難

等視並觀。

現在我們且看對於一切烏托邦的一般批判結論是怎樣的。他們都是幻想的結構品，但是發明他們的都想使之大大影響於法律及其適用。他們的特點是在任意地發明一種具體社會生活的資料。前已說過，他們是以歷史的經驗爲出發點，並以之爲建設之根據。甚至他們表面上雖然不是這樣，實際上當然還是如此。他們所設想的人是具備一定性質的，與實際經驗中的人大不相同，他們就把那種人配置於一種生活方式的各方面，可是此種生活還是由發明者的幻想所產生。所以烏托邦常常很能激厲思想，卻沒有科學的價值，因爲製造他們的原料的本身並沒有實際的根據。所以雖然他們能激厲自來一般讀者，對於法律及其論述，並沒有什麼影響。不但立法是受其他思想的影響，判斷案件也大反烏托邦的理論；不但如此，如下文所述，法院對於由實際社會情形推斷的結論，倒是極力地膠執着呢。

在啓明時代曾有一種企圖，要以科學的方法，闡明那法律材料的自由選擇主義。吳爾福 (Christian Wolff) (一六七九年至一七五四年) 卻以武斷的方式啓發這種主義。他做了好幾本

的書，討論各種人生的問題，書名是『理智的思想』。他主張在法律及道德的園地內，誰都應該促進他個人以及他的鄰人至於至善。究竟這種主張可以參證些什麼意思，他並沒有加以批判的思索。不過在政治方面，就由他的教義，發生了那所謂開明專制的學說。

那種趨勢，在法律實務方面，就產生了不少重要的結果。立法者以爲自己是法律的萬能創造者。在適用法律時的獨立裁判似乎是畫蛇添足，或者簡直是很有妨害了。制定法律既有了假定的絕對自由，在法官和律師方面，同時就缺少了那同樣的自由。大佛蘭特立克 (Frederick The Great) 對於那著名磨坊主人阿諾一案所下的判斷，把那原則最明顯地表現了。有一個地主把經過他地上的溪流改成了魚池。他把水閘關了的時候，下流的磨坊主人就沒有水可供磨機之用。法院判決道，一個私有溪流的所有人毋須顧及其鄰人。大佛蘭特立克發了狂怒，就以非常之手腕，平反其事：他懲罰那判案的法官，並把那魚池取消了。

不但如此，他就此發表了一新法典的計劃。他覺得缺點並不在財產權，以及鄰人權利學理上規定之不當，乃在法律之制定不曾依據着理智與習慣。這樣就產生了那普魯士法典，於一七九四

年公布。這是近代法制史上剛性式法典的第一個先例。

廣義說起來，每一條法律當然是剛性的，因為法律是祇有用法條的方式來表現的。一個法條即是一個假擬的判決。它具有某種前題，某種結論。所以每個法律的宣告總是採取剛性的方式呢。

剛性的名詞這一個術語，也有用為其他較狹之意義的。凡法律的宣告和真實案件，或至少和假擬案件的特定案情，發生密切關係的地方，就用那個名詞。與此種名詞相對立的，就是法律名詞的抽象式（或柔性式）。依此方式，那法律意志的內容表述的比較擁統一些。這也不過是一種相對區別罷了。雖如此說，凡是一種立法，大概也差不多是這樣的。我們曾經說過，那普魯士法典大部分是用剛性的方式的。譬如契約的要約應該在下次郵遞時答復，或用馬車答復，或用馬車答復，而要約人須受俟至下次郵遞時之拘束。如其由個人之代理人而為要約，或要約的人是一個公司，或一個組合等等，就當適用特別規定了（普魯士法典第一編第五章第九六節）。別的法典上所用的柔性式是加入一句，依照通常情形（德國民法典第一四七條）如其法律的方式是剛性的，常有成爲具文之虞。善於立法之人，則就各種情狀之差異，二式同時兼用，而以適當之方式，配置於適當

之場合，以顯其能。倘有不知適從之時，那柔性的方式總妥當一些。福立時老人（Old Fritz）主張，法家和他的冥思玄想決無可取一說，實是錯誤。不受拘束的立法者以理智立法一學說，對於法律和公道的普遍概念，卻曾發生絕大影響。這裏我們不但斤斤於立法的技術，並且對於各個法律實際上的根本問題，也欲有所啓發，因此我們須進而研求盧騷（Jean Jacques Rousseau）的學說。

盧騷的民約論（一七六二年）影響於人類歷史，至為偉大，幾非他書可及。他的基本觀念，以為法律的秩序應該認為秉賦平權的人羣間之社約。社會之目的就是社會全體的快樂。盧氏稱此為民意。這個名詞常被人所誤解。大約盧氏的意思，這並不是對於法律原始狀態的解釋，他實是想到整個法律的系統的概念罷了。盧氏民意一說，我們不應從量上去觀察，以為這是全體民衆，或是大多數國民的意志；反之，我們應當從質上去觀察，就是指一種特定的欲求，為各個人所同具，並超脫於各個人之私意而言。所謂私意者就是一種欲求，係以各個人或各個民族之福利為前提的。

由盧氏學說之根本原則，所演繹出來的法律的概念和觀念，現在正可加以研討了。但對於這二種，這位法律哲學家並沒有得到滿意的結論。

盧氏想把法律的概念從專斷命令的概念區別出來。盧氏此種企圖，與法律和道德之區別，以及法律和習俗之區別的問題，是不相干的。他以為法律是一種社會的規則，而與所謂民意相適合的。這種見解徒引人入迷了。因為法律的概念是表示人類意志的一部分，而此意志可依特種情態加以限制。法律所以與專斷命令不同者，是在法律於有效期間內是不可侵犯的，不得以有權勢人的個人喜怒而有所動搖。法律是有永久性的規定，不是隨着個人之情緒而逐案制定的。因此，法條的概念正是和專斷命令相對待。所以柔性的法律是否適合理想的目的，常常是一個未決的問題。不公正的法律的確是有的。盧氏學說之反面就毫無根據了。這因為對於概念和觀念沒有弄清楚緣故，可是此種錯誤，即近今學者亦所不免呢。

盧氏始終沒有把公道的觀念完全弄清楚。這因為盧氏也不能脫去當時時人之通病，他的學說也就不能不落幸福主義的窠臼了。在啓明時代，為快樂而奮鬥簡直是人類意志的最高原則。直到康德這類要不得的觀念纔根本鏟除了。若說滿足人類慾望的主觀意義的快樂就是具備客觀意志的法律，實是極端的矛盾，康德就老實不客氣指了出來。果然，人們可以追求快樂，促進幸福，但

這是他努力的目標，不是他努力的法律。此中意義，好比以履行個人義務的絕對原則，而纔能得到快樂相同。可是盧氏總是照上述民意之公式，側重於幸福主義。實則他以爲問題是只在志願的事物所具共通的特質如何，究竟是不是客觀上公平的；至於快樂，不應與公平意志的根本法相提並論。所以社會生活之各方面須以純潔社會的概念爲指歸，也非盧氏所是認。

末了，盧氏以爲能制定一種理想法，實爲他整個的理解中所產生的又一絕大錯誤。他的公法原則包括許多特種規律，關於立法的，投票的以及其他具體的問題的。但是以理想法而含有具體的內容，更有絕對的效力，且又爲放之萬民而皆遵，俟之百世而不惑，這法的本身就是一個矛盾了。因爲具體的內容，卽是對於某時某地人們特定需要所爲的規定。那種問題既以環境爲前提，當然是隨着環境爲轉移了。要知只有判斷之形式的方法，纔有絕對意義，譬如上述公平觀念之概念作用。

上述自由造法者的學說，以及確能創造理想的又兼具體的法律制度的學說，時至今日，仍深入於人心，而公平意旨的最高原則在於尋求快樂，與物質的舒適之見解，其努力也至爲廣大。欲究

其說，非一言二語所能盡。然此問題各國皆受其影響。因爲人類沒有進步則已，如其要進步，當然是
在思想的領域之內呢。

在法律實務方面，大概總是避免這種要不得的條理。但又常常走入了反對的極端。十九世紀
的一般文化發展史上，就發生此種現象，這層當於第八章法律的經驗論中，再加以討論。

在十九世紀，產生了幾種學理上的趨勢，正和民約論相反對，則不啻爲後來學說之先河。那種
趨勢，該在次章論述吧。

第四章 歷史法學派

在法學方面，歷史法學派之流行爲時至長，尤其在德國。此派之學說奇特，起於十九世紀初期，與所謂浪漫主義相關聯。

浪漫主義之特徵在於信仰精魂。人之周遭有他種精魂的東西，與人之靈魂種類不同。這一概念也使適用於各民族。所以每個民族是一個具有精魂的獨立的實體。他是被認爲一個有生命的東西，超然於其中的各個分子。因此，自成整體的國民精魂是世代相承。其實這是一個現實有限的東西，又是一成不變。這在民族的全體分子中產生共通的確信。這種確信普及於智能生活之各方面，一旦涉及了法律，這確信的本身就是法律。

依上分析，所謂民族的獨立人格一說可以直溯至漢特（Herder）。他所著『詩歌中民族之呼聲』一書內，充滿這種概念。這是『民族』其精神纔表現於詩歌之內，個人不得認爲創造者，而

只有在民族的詩歌內，所謂個人是湮沒而遺忘了。輒近在哲學史方面的討探纔知道希陵 (Schelling) 也有同樣的見解。至薩維尼 (Savigny) 方把這種見解灌輸於法學方面。這件事情之所以發生還有一個特別原因。

這是一千八百十四年的事。那時經立潑雪克 (Leipzig) 一戰，德意志脫離了拿破侖之羈絆。究竟政治上因此將發生些什麼結果還沒有確定，可是要回復到一八〇六年以前的政治秩序，似乎也很困難。當那時候，有個德國志士，係赫德爾堡 (Heidelberg) 大學教授，名叫提波 (Thibaut) 的，很精通民法以及康德哲學。他發表了一部小冊子。他主張頒布一現代統一的民法典，以為鞏固統一其祖國的手段。他說，那傳統的民法在形式與實質方面均有欠缺。羅馬的民法典曾經帝國採為普通法適用的，是用外國文字寫成，而其真本也無從稽考了。這部法典是以過去的一個時代為背景，那時代的政治的以及經濟的狀態當然是截然不同。且其內容常常是不能確定而多紛歧，其中又混雜後來許多地方的或普通的法律。

依據那種強有力而無可否認的事實，要提出一種反對的主張，實在很不容易。可是薩維尼卻

反對提波，另闢新蹊。他促人注意他所主張的法律與立法關係的一說。他以上述浪漫主義爲其出發點。原來造法的不是立法的人，實是國民精魂。立法的人不過把國民精魂所曉諭的寫出來罷了。要達到這個目的，他必須先對於國民精魂的真義，加以精密系統的研究。可是當那紛論之時，這種學識完全沒有。所以薩氏的小冊子就名爲「今代要求立法和法律科學的呼籲。」

時日遷移，那時代的爭議已成爲明日黃花。薩維尼的主張在那時候居然成爲定論，因爲政治狀態實在不能採取其他途徑。但是前世紀末期，因德民法典的頒布，提波的主張也見諸實行。可是那時所發生互相攻訐的見解並不消失，常常你攻我伐，直至今日。許多有名的法家以及歷史法學家如沙姆 (Sohm)，達安 (Dahn)，基克 (Gierke) 等終其生都自承爲薩氏所創的歷史法學的信徒。今日凡善於觀察者，可以在許多國家和民族中，發見浪漫趨勢的復活。由此可見對於法學上的歷史趨勢，有一種清晰瞭解，無論爲了立法或爲了法理，總是很重要的。所以我們先要進一步看看那種學說的結論，那我們纔能以批判的態度加以審量。

剛纔我們所說的結論有三方面。

(一) 依照歷史法學派的信徒，在法律進化歷程中，習慣法是優越於立法。當我們要問究竟二者之中那一種較為適合於特定歷史的境界，我們每每就得考量這法律進化的雙重方式。一方面有人說，習慣法是不確定的東西。要知道他的時候，祇有叫人來證明某種習俗在某處早經繼續存在好久了。但是一個人或者這樣說，第二個人意見也許正相反對，到了第三個人簡直莫明其妙了。但信仰習慣法的答辯道，所有能夠證實的習慣法，其適應商業以及商業生活的需求確乎較為活潑簡捷。立法就不同，常常是迂緩滯鈍的。反對者回答道，尚有另一方面不宜忽略，法條的內容總有較為確定的界說，而法律的確定性得因以促進。依據法律的目的，解釋一含混的條文，比較估量某種含義較簡的習俗，確乎是前易而後難。要攻破這一點，信仰習慣法的答辯道，條例是呆板的，對於各個案件的特情就不十分顧及。

那種辯難對於鼓吹法律浪漫觀的人，終究搔不着癢處。此種人的見地以為法律不過是國民精魂的表現。所以問題只在於用那一種法律的表現方法，纔能把國民精魂的意志確切地顯示出來。他們以為在習慣法中最能透視國民精魂，所以在代表此派學說的看法，承認習慣法並非是一

個便利的問題，換句話講這不是對於特種問題的討論，而是承認他們所主張的對於整個法律以及國家生活的根本概念。可是近世法律的發展卻不利於習慣法。雖然，若說各個習慣法只有經過立法的承認纔能發生效力，倒也不爲人們所首肯。要在一個法律制度內成立整個的習慣法，纔須經立法的准許，正和用條文來立法的方法相同。攻擊習慣法，贊成周密立法的辯難，像上面用談話式所表現出來的，在現代法律生活中，確然是愈趨激烈。一八八八年德民法第一次草案第二條就是個實例，那條文規定：「習慣法之適用以條文有特別規定者爲限。」這樣看來，歷史法學派的信徒說，採取這一條條文，倒不如拋棄全部起草計劃，也並不驚奇：在第二次草案裏，那條文就暫爲擱置，但後來也始終沒有提及。

自薩氏以後，大家都傾向於制定包羅萬象的法典。數世紀之內，並沒有幾多創制的法典出來，卽其明證。在別的地方，別的国家，只是承襲那已成法典，也是那個原因。這裏的問題倒並不是創制法典時的立法困難，簡直是根本是否可能的問題。因爲照上面所述浪漫觀的看來，創造法律的那不是那立法的人，卻是那國民精魂呢。

(一) 這個法律學說的第二個結論是法學者應注意法律進化的歷史過程。這樣關於特定的法律問題以及法律制度所含的國民精魂的重要意義，纔能予以正確的認定。國民精魂的本身，不能像別的事物一般，以科學的審量，作為一特定對象。但照上的分析，其認識是很重要的，而要達到這個目的，除求之於歷史過程中不時的表示之外，也沒有別的方法。爲了這個緣故，——實在就是因爲從基礎的前提的演繹——在現代法學上，這全部的根本趨勢就稱爲歷史法學派了。

爲哲學基礎的浪漫主義，在吾們所討論的那個時代，對於全部智能生活，影響甚大，極堪注意。那時代文化史的各部分都有此種現象，尤其在語言科學方面。此種浪漫概念在一切其他的學術上，甚至對於外國語言的研究，比較的早就消沉了，可是在法學方面就久持下來，直至今日。加司脫 (Gustav Freitag) (1855) 所著的一本諷勸多趣的小說，名沙爾與海平 (Soll und Haben) 內述一事，可以引爲適例。這個故事內，一個主要角兒講述他小住在美洲的經歷。他說，他怎樣和黑足種的印第安人相熟了，而他又學他們的語言。一個儒雅的學者在聽他講話，就說道，他們是雪華克 (Sioux) 種，在黑足種 Ja 這一個音是不同的。講話的人聽了甚爲希奇，那學者卻又滔滔不絕

地說道：『欲了解人們認爲了不得的東西，所謂國民精魂者，語言之知識有極大科學上的效用。』

(三) 欲對於歷史所昭示的真實法律，有一種客觀的批判，嚴格地說，是不可能的，此爲歷史法學派由其學說之前提所演繹出來的第三點。因爲法律不是人類意志的產物，乃是一共同的確信。是種確信爲國民精魂所喚起而與之相呼應。所以薩維尼結論道，拒絕歷史的產物是不可能的。想像起來，立法者果然可以誤會國民精魂的啓發，而加以錯誤的表示，但爲法律觀念設一獨立之意義，萬不能容許。固然人們可以辯稱，欲公道之實現，在人類意志方面，——即在法律的意志方面——就呈現一特別使命，然歷史法學派的主張就要加以駁斥。

上述的主張常常受到各種立腳點不同之攻擊，其中尤以耶陵 (Jhering) 反對最烈。耶氏之學說當於第七章論述之。實則歷史法學派之學說雖風靡多時，殊非定論。此派學者之主張也未一致，因爲其學說之主要因素所謂國民精魂者，其意義還是言人人殊，莫衷一是。茲更就下列各點加以考量。

(一) 國民精魂被認爲一個特別獨立存在的東西。這當然與百年前浪漫主義的純正假定相

適合。個人地位的重要極不注意。他的確信不過看作那整個心理現象的表現。所謂整個心理現象，依上所述，當然不能加以科學的認定；但他的在經驗界之實在性係由其喚起共同確信的事實爲之明證。所以國民是一個自然物，而其精魂是個特定的整體。

然而這種理論不但神祕而晦澀，且兼具不能調和的矛盾，而與因果律也大相衝突。因爲如其國民精魂要在經驗界產生確信，他的自身之成爲因，必爲他因之果。現在既然要稱之爲一個經驗的事實，而同時又看他爲一個因，而這個所謂因又非其他附屬因所產生，則此種試探自與任何科學的必要條件有不能調和的衝突了。

(二) 上述之根本概念另有一不同的見解，以爲國民精魂者係人類團體的羣態。所謂團體者可認爲一形神俱備的實體。於是團體的羣意識與個人的羣意識得同時並存。這種實體存在的假定，徒使人走入生命之謎，正和對於個人的問題一樣。

基克 (Gierke) 很想用那種方法保全歷史法學派之根本概念。但我們不能表示同意。

意識的一致性須包含統理個人實際的經驗內容的可能性。此種可能性係任何思維及反省

的條件。可是那種一致性決不能成爲認識的對象，否則，又須預擬一統理一切觀念的可能性爲之前提了。原來科學的討論必須以邏輯的前提爲起點。

這樣，特殊的生命一致性纔能直接推證，而不致於陷入曖昧模糊之域。現在我們可以把我們自己所必須認定的意識概念推及於他物。沒有這種概念的溝通，則另一同具生命的精神實體的概感即沒有意義了。要這個推證在科學上站得住，必須捨此之外，其對象即無法懸猜。然後這推證纔能適用到普遍的人類呢。但我們可以設想一人類社會的概念，具有永久統一性的特質而並沒有什麼自意識。因爲社會之合成在於追求共同的目的——這就是人與人間相互而努力。

人類團體的概念中並無所謂具體的實體概念，而各個特殊團體也與之相同。否則，這樣的集合就成爲存在於空間的一個物體。這當然是不對的。我們並不因爲他非官覺所能感觸，就否認人類團體空間的存在，但因爲所賴以審定這些團體的概念的實際特點中，不能發見形狀的三度標幟呢。

(三)國民精魂既不是一種原始的普遍的獨立的東西，又不是人類團體的一種性質——與

自然人同時生存的特殊物體——那末祇有認爲人們自身的通性。因此，所謂國民精魂者不過是共同確信的基礎的一形容詞，爲一民族中，今代的或後代的所有份子所具有。而且這既爲一民族中各份子的性質，就得由繼承而遺傳下去了。

人以自然物而生於世。當其初生，必具有各種天賦之情性，而須培植滋長。這種情性當然是由父母祖先遞傳而來。要得到關於這類科學知識，我們必須就自然科學、生理問題，以及生物研究方面，加以探索。可是父母祖先並不僅受種族與血族的影響。種族之間，常相雜居婚嫁。所以若以爲遺傳的情性係一種特定的自然個體，得在一民族中世世相承，歷久不變，其說實不可通。這根本精神的存在，凡要在國民精魂中探求的，誰也不能求得。

(四) 在各個團體內，如血族民族之類，所發見的民族特性，那就不同了。人的特性表現在這種團體內，是比較地一致。其存在也絕無問題。但他們是隨時變遷，常受各種外力所影響。如因實用科學的進步，或國際商業的盛衰等結果，所產生種種不同的生活習慣，更如種族之混合婚嫁，以及其他種種歷史的事實。在一民族之內，因階級及環境而產生種種變化，甚至共同的民族特性，常因這

種階級及環境的國際性而受到影響。

諸如此類，皆爲各個生活者所應加以注意之事。然對於此種常變的事物，我們並不涉及一普遍有效的論據，而欲加以衡定，猶如批判的法律哲學所須供獻者。

綜上論述，我們對於個人與社會之關係，這纔有了一個正確的瞭解。

人各處於一生活方式之中，而其方式爲社會所影響，爲歷史所演化。他的生存狀態深受那裏所發生的印象所渲染。因人與人的關係，卽有文字、習慣、法律爲重要的因素，這些東西爲歷史的社會生活的表徵，受歷史的影響，時代的遷演，實變化不居。各個因素隨時影響推動那社會生活，其方法及力量也許各有差別，但必有所影響與推動，可以斷言。

若以爲人們的社會生活卽爲各個獨立單位的個人的總和，那當然是不對的。反之，若認人類生存的社會性爲一實物，並以之與個人的總和相對照，好如一樣特別有生的實體一般，而且喚起人們的確信，要也無所依據呢。

歷史法學派主張的要義寄於二點：卽一切法律的發展以歷史的制限爲依據，而欲明白每個

實際法律的真義，祇有就其根源加以探索。然此種主張固無須引據由浪漫主義而來的神祕觀念，蓋這一觀念於科學及法律實務方面，早有不良之影響呢。

第五章 社會法學派

瓦特 (WARD) 在其所著『同時代的社會學』一書內 (一九〇四年) 關於社會學一名詞的意義，搜集了不下十二種之多。其實對於這個混泛的名詞，他還可以搜集許多訓義，這許多訓義就表示了這個名詞並不能作為人類學問一特定部分的術語。不過從這種種不同的訓義之中，有一個特定的傾向倒是很可注意。這就是以依據自然科學的方法來探討這物質的世界以及某種深遠的推理方法，這些方法，甚至近代法學中的極不重要，極個別的問題，也須受其指引。

這裏就先要說到唯物史觀了。這是差不多人人都聽熟了。影響最大的是在政治方面，在這一方面，大家都知道，這就是社會主義的學理的基礎。現在我們講到近代法學之根本趨勢，把那個學說略為論述，倒也很有意思。

唯物史觀是哲學的唯物論之一部分。這論的骨幹是主張世間一切的根本原素就是物質及

其運行。物質甚至支配人類的意識。這主張的無可逃避的錯誤不必遠求，只消看著名的唯物論史作者朗其（Friedrich Albert Lange）曾說道，物質及其運行的表象終究還是個心影呢。假使有人把他們從他們的原位上，分析出來，僅作為人類智識的對象，那末，簡直一無所有了。要知人類能認識，不是物質，反之，物質及其運行的觀念卻須以意識的統制為前提呢。

唯物史觀就是想把上述的唯物論應用到社會生活方面，這是在十九世紀中葉由馬克斯（Marx）開其端，那時的時代性正是風行自然科學的人生觀。可是上述朗其的作品內，還沒有注意到。這個趨勢是把社會經濟看為社會生活的質料。社會的結構與組織完全建築在生產物的生產方法及分配方法之上。法律不過是那超然獨立的社會經濟之上層建築。後者一有重要變遷，法律就必然地跟着改變。

此外唯物史觀的論調對於法律概念，就沒有多大見地。法律的概念與其他的概念，如道德的習俗的，專斷命令的，究竟有何區別與關係，也並沒有什麼討論。關於公平概念的問題，馬克斯派的學者不過說，什麼纔是公平，其見解胥隨情勢而轉移，且必須追逐經濟現象的自然路徑。當然這裏

面有一點輕忽那法律與公平概念的氣味。法律與公平的概念好像是站於次要的地位，也就沒有深入探究的價值了。但是整個的社會的唯物主義的觀念實在並沒有多大價值。此種觀念既不透，又沒有嚴謹的思考，對於我們討論的題目也佔不到什麼重要的地位。略予探索，不難加以證明。

唯物史觀是以生產與交易的社會經濟為其論據，但社會經濟究竟是什麼，這個問題，卻始終沒有確定的論斷。假定此派的代表者能提起這個問題，那末，他們就必然可以見到，這就是合作力。但要有合作力，就必須以討論，合意及規制等為條件。假使不能依法訂定一個勞工契約，就無法可以討論到罷工，工資的高下標準，勞工的狀況，或稅則的制定；而法制上沒有關於私有財產或幣制的規定，則價格之高低也不成其問題了。社會的生產既須以合法交易為根據而推行，則生產物的分配也何獨不然。所以社會經濟者無非是實行某種特定的法制罷了。

凡是經驗的概念都是複雜的，合作力的概念亦然。為使智慮清晰而把某種經驗加以分析，則其分子相互間的關係並不同等重要。有幾種為他種所依附；換言之，若沒有前者，後者簡直無從設想，或者正相反對。所以要思考一個物體，就不能離開那三度的概念，否則連幻影都沒有了；倒是具

體的分子可以不管，而那三度的空間概念終須保持。

若依此方法而推求合作力的組成分子，則法律所促成的秩序可能性纔是其具體表現方面的邏輯前提，此種合作力具體表現之中，纔有所謂社會經濟。由此可見法律並非社會經濟的上層建築，不是依自然律而存在，帶有些神祕性且無可訓義的東西；用一句成語來說：法律是社會生活的要素（Forma—essential element）；也可以說，法律是社會生活的資料，而為討論一切經濟制度的邏輯前提。這樣看來，以法律概念為一個科學問題，而加以批判的闡明，還是很切要的。

其次，關於公平觀念的問題也並無不同，唯物史觀者祇以為公平的觀念的適用是隨人、隨階級、隨民族、隨時代而不同。此種主張，那一個加以否認？然而這卻不能不使我們對於各種紛歧之中的共通概念下一個界說。如其沒有共通概念，就無從比較其歧異，而且也無從肯定有什麼歧異了。假定說某人感到而宣說某事是公平的，具有理智的就不得不問，他所謂公平者是什麼意思？如其不領略那所依據的根本概念——概念的發起每每不期然而然地——而單單着眼於某種情狀下的所謂公平，那就無濟於事。所以公平觀念須怎樣下一個界說，纔能使之明確，這一問題，也須與

上述法律概念一般，把他提出，那纔可以因其共通作用而整理混雜的史跡。

單用自然科學的推論方法，是不足以闡明的。向來所習用的都是機能的推論，而不用機械的推論。有一種國家機能說，把國家的組織結構與人身比擬並論，把國家的機關比擬人身的機能。都納（Toennies）把中世紀閉戶自足及取足以近鄰的城市（Walled City）比之爲一個有機體；而把近代的大都市比之爲一架機械。近時司脫納（Steiner）及他的人身學派（Anthroposophic School）提出那『社會有機體的三層結構』學說，譬如人身之有頭部、胸部、及消化系，社會有機體也同樣可以分作文化的、政治的、以及經濟的各部門，各自獨立，各具規律。照此學說，不但法律的經濟的部門何以能離文化的部門而獨立設施，未曾加以闡明，就是經濟律得離開法制一點，也如上文所論，萬難成立。

凡是要用機能的生命上引申出來的推論方法，從事法理的討論，就當先問有機體的概念有沒有思考清楚。上述各家著作就並未闡明這概念的界說。要知道有機體乃是一個集合體，他的各部分都是相依相成。這個事實千古不易，而有機體應作如是解，也由來已久。康德（Kant）在他的

判決力的評論一文內，闡明的尤其精到。機械就不如此了；譬如一隻錶，一架機器等等。機械的各部分並非互相滋養，也並不天然的相依相成。就科學的思考而論，機能的以及機械的概念完全屬於自然科學的領域。法律和社會問題的討論根本是屬於善惡是非的義理的領域，自然科學至多不過供作譬喻罷了。昔時亞力伯（Mennenius Agrippa）當一班平民退回聖山（Sacred Mount）之時，向他們演說，就用這有名的腹與支的比喻。但是凡遇到什麼嚴正的科學真成爲問題時，所有例證就不可存一偏之見，法律學在探究公道的概念及觀念的場合，前已說過，是屬於人類意志的科學，而此種科學的探索當然要獨闢蹊徑呢。

輒近關於法律學方法論的討論之中，有種所謂社會法理學異軍突起，其旨趣不尙理而切用。這一學派的理論可以說是從半截裏說起。這派的目的不在貢獻什麼根本的法理，不過切實審察法律與經濟以及生活的錯綜，而使實務上得一南針罷了。這派與其他學說稍有出入者有二點。

一方面有一種要求要法理學着眼於經濟的切要而研討法律。對於此種要求，每個法律裏所含蘊的各種法律的概念，倒很相宜。概念意義的決定，應當就其與國家經濟有何關係加以思考。特

殊的法律制度，客觀上是否妥善，尤應就經濟的立場衡量之。

此中對於經濟與法律的關係，不免具有一種牽強附會，或完全謬誤的概念。凡法律的原則必然含蘊着社會經濟的活動力的可能性，因為這種活動力無非是某種基本的法律制度的實施罷了。但是每種具體法律裏所含蓄着的意義，卻不能就其實際適用上可以研求而得，凡對於法律之實用上加以觀察的，雖然可以格外明瞭那立法所企求之目的，以及此種目的是否已經達到或竟相背馳，可是此種目的的決定及其解釋完全是另一問題，早發生於法律適用的考量之先，且兩者各自獨立的。

有許多人專以經濟的緣故來衡量法律制度或法律的要式的價值。我們對於這個事實的癥結不可忽略。這種經濟的緣故大概不外乎所謂生活的及商業的需要。但後者的含義甚狹。其意不過指着個人的欲望和趣味罷了。究竟這些是否有法的效力，開頭就成爲問題了，假使我們祇把較廣義一點的個人欲求，以爲衡量之標準，我們也祇能得到一極有限的解決。這樣一個解決，若爲法律所認許，不免發生進一層的爭論。最終點就無從到達，除非設定一界標以爲進程之指引。專就經

濟的經驗立論，則社會經濟制度的統一概念完全不能滿意的。此種基本概念當然是隱藏着的，且由此也可求一解決。但是問題終究只要把那公平觀念的性質，以及其得適合於特定事件的可能性，加以探索。

與上述這一類所謂社會法學派相對照的，另有一類多增一義，主張在各種事件中，將那活的法律，加以探索闡明。此義就是要在實施法律之時，觀察實際上發生些什麼。所適用的是什麼原則，而那些原則在各類案件發生些什麼效果？此外，現行法制中，什麼條理規則是鮮有，或沒有實際效用的？這一類問題當然要提起的。對此加以探索，至有趣味。即對於立法一事，亦大有貢獻。至於要測定某時期法院的判決有什麼收穫，那對於隨時發生的各類問題及其與早期所發生之間問題間的變遷的線索，尤須大加注意。（見第一章）

可是這些都屬於特種司法問題的領域。要由此求出什麼原則來，未免離題過遠。上面所論之一說，果然想到科學的法學研究之正式方法；然通貫全部的問題，不過在特殊案件中，怎樣可使法律作用的具體結果得了改正。所以這一說是不足以認為現代法學上之一種根本趨勢的。

第六章 否定法律論

一個證人到庭作證，他未曾宣誓之前，法官警告他不得僞證，要他舉起右手，背誦法定的誓言。他就說不願宣誓，因為宣誓爲聖經所絕對禁止的。法官對他說明這宣誓是種法定的義務，可是他還是固執成見。他被懲處了，他受了懲罰，仍舊堅決拒絕。有時法庭對於這類情形頗感棘手，每每不得不許其不宣誓而爲證。

那末，爲什麼會有這種頑抗呢？要知其理，這就當闡明本文，即闡明與此問題有關係的審量法律的根的正確態度。這裏就當申述那舊約了，這書內稱頌法律與公道之處，不一而足，又甚典麗。恐怕所有稱頌法律的文辭之宏偉奇雅，萬難與先知以賽亞（Isaiah）比美。他對於毀法者，自私利者，加以醜詆惡罵；換言之，就是對於那些，以奸詐獨斷之術，用法毀法，一視其己之所欲的人詆毀，「公道的效果是和平，而公道的報酬是永久的安寧與穩固。」（以賽亞三十二章十七節。）

可是一個拒絕宣誓的人，對於那種說法全無印象。就是保羅在羅馬書內所說，人必須服從權力一語，也不能對於他有什麼效力。他終究要回復到他的主張，即應先於人而服從上帝。關於法律本身的效力，他簡直完全不承認。這類案件可不必遠求。在世界大戰時，某種宗教團體的會員拒絕參加戰役的，就數見不鮮。他們所引用的教條以爲他們免役之理由的，其意義或者與他人所解者不同，但我們的問題，卻是要研究合法命令，是否僅因合法一點，其效力就可超越其他一切規章。

英國當十年以前，正在高唱女子參政，那班主張參政權的婦女暗殺內閣大臣，打毀博物院珍藏，以及從事其他暴動，她們都以爲是正當行動。她們宣言道，法律是經男子所制定的，當然不能拘束婦女。可是很奇怪，有一回，他們又主張有權推派代表謁皇帝，她們宣言道，依憲法，有權應由皇上接納，並申訴她們抑鬱不平之見。

上所舉例，不過就各個案件，對於法律發生疑問。這些都從具體經驗上所發生，而且都是反對某種性質的法規罷了。但在過去八十年間，發見一種趨勢，簡直全部否認法律爲合理。這就是所謂無政府主義。無政府主義之闡述，對於研討一般的法律根本原則，甚有啓發之功效。但本文僅述其

學理的基礎，至於無政府主義者的實際政策則略而不述。

現在要講的是蒲魯東 (Proudhon) 及司脫納 (Stirner) 二個學者的學說，二氏在各時期，各不同方面，否定法律。

蒲魯東 (一八〇九——一八六五) 所獨創之見，是假定一種自然秩序爲人類社會生活。依他的見解，人類相互的交接正像一羣蜜蜂，或一羣螞蟻，可以自然推行。在這種社會生活的基礎上，自然而然而有一種與法律相和諧的確定適合性。只消放任人們完全自由，一切都可調順和適。所以用強制方法及法律，用警察及軍隊的國家實是阻害天然自由以及善良社會情狀。

有人要問，照這樣絕對自由的概念，繁複的商業怎樣進行呢？解答這個問題，蒲氏就建議一種『交換銀行』的制度。生產者可以自動聯合起來成一大團體。每個團員應將他的生產品交到中心處，在那裏換取一張估值相同的勞力券。他持了此券，可以到那雜貨棧房掉換日用物品。蒲氏想用這樣方法廢止錢幣及利息，並使各人得享充分自由。在一八四八年這種交換銀行曾在巴黎組織過，會員數額近一萬二千人。但這銀行的壽命不長，因爲蒲氏遭了政治的追訴，被判處有期徒刑。

後當他出獄的時候，已成爲殘廢的人了。後來所有關於交換銀行制度的較爲切實的計畫，卻沒有什麼重要了。

現在我們再來研究蒲氏概念的學理基礎。因爲錯解社會生活的概念及其需要，他的概念簡直一無可取。假使我們把各個人看爲離羣獨立的單位，而只有他的主觀欲望須加考慮；那末，問題只在他的內心生活了。這樣，社會的問題根本還沒有發生。但是我們一朝談到與人相處的羣的生活，那社會問題就隨之而來了。怎樣限制人與人之交接，使無妨於彼此，也就不可避免。而公意的概念即刻發生。因爲個人的目的在他人以爲是方法，而他人的目的在那個人又以爲是方法，一種分明特異的意志就產生了，與各個人意志的總和顯然不同。這就是社會生活的需要了。

概念之所以需要，因爲其性質不可棄捨，在使吾們的內心生活整齊一致方面，實屬不可或缺。人的社會生活的概念就是這麼一回事。在哲學史中，自然常態的確是常常談到的，那裏個人與他人全無關係。大都相信用這種分析敘述的方法，我們可以逐漸明白人類社會的真諦。但所述自然狀態的概念不過稍述其端。假使思考得澈透一點，我們就不得不調和各個人的目的。要這樣，就非

得加以限制不可，即是使各個意志歸服於一個統治的總意志之下。

反之，凡依據魯濱孫飄流記而爲之嘗試，是不可爲訓的，因爲他由社會來，而經過一番飄流之後，又回到了那裏。而且當他從吃人的手裏救出了那年青的印第安人，二人相依爲命地生活着，那社會生活就開始了。

蒲氏應用交換銀行的制度，使社會生活爲可能；嚴格地說，他還採用法律義務的制度。那所謂自由締結之契約明明白白是創設義務的。前述全部制度完全建築在私有財產制及契約義務之上。像蜂羣，蟻羣，馬羣，牛羣那樣的天然自由，簡直連夢想也沒有想到。問題已是把各人的總合目的放在義務之下，以保持整齊的關係。蒲氏與其同道對於錢幣的攻擊，參照他們的全部政綱，好像是偶然的事罷了。欲明他們對於法律的概念及敘述的根本趨勢，不必於此中探求，可以斷言。

司脫納（一八〇六——一八五六）在他的『個人及其財產』一書內所說的，比較蒲氏的學說，有條理的多了。司氏對於作者姓名用一假名，叫作開司伯司米脫（*Kaskar Schmidt*）。這書對於權力大加攻擊，不但對於在上者如此，凡是涉及權力的概念一概反對。照他的意見，不應該有

什麼法律，也不應該有什麼道德或宗教。對於一切事物的應付，當一任個人之意欲。要把任何客觀的法律或責任來拘束他的思想或意志，一概加以反對，這個澈底個人主義的作者當然沒有見到自身極端的矛盾。他主張只消主觀適宜即是客觀正當。在這一說上，司氏對於他的學理，就像古代詭辯家，無異作繭自縛。假定沒有什麼客觀地正當，那末他的學說也就不能有客觀的價值了；這樣，誰也不懂，為什麼他要創此學說，對人聒噪呢？反之，若果有客觀地正當這麼一回事，為特定概念的要素，我們就當以批判思維去決定，在什麼通常情形之下，那有智慧的人能得此客觀的要素。

本文目的只論司氏之結論，即法律與其強制力不能認為正當。法律之治不問被治者的意思。所以法律僅因公布之故，就限制個人的絕對自由。上面說過，照司氏的意見，應付一切事物應憑個人主宰，所以主權者的任何根本權力是不能承認的。司氏把這個理論演為這樣一個方式：個人與國家是寇仇；法律與其強制性存在一日，要在社會問題中求進步是不可能的。

他自問道，結果是怎樣呢？不是社會生活就停止了嗎？是不是一切交接，一切親誼，一切基於情愛，基於結合的情事都消滅了嗎？這層司氏也不首肯。他不願由他的學理所得的結論與蒲氏學

說的必然結論歸於一致。他頗以爲社會生活必須而且必然永久存在，但他卻反對使之受法的規律。他把他的社會秩序的概念述成一語，即人所稱道的『個人主義者的聯合。』

要明白個人主義的真義，非加以概念的探究不可。人類生活在社會的方面誠然須受種種規律所拘束。每個人都生活在這些規律之下，是不待深論的。我們自有生以來，即受禮節、道德、習尚、風俗，以及一切日常生活規律所拘束，這種種雖沒有法的意味，卻爲人人所習行，現代法理學家把這些纂集起來，稱之爲習俗條規。其特徵就在於其效力係寄託於受其拘束者的認可。這些所以成爲規律，大都還是受之者的樂從。司氏之見是不錯的，他以爲法律就不是這樣了，其特徵係在於上陵下的絕對主權。每個人是在每一法制下產生的，且不由自主地受其拘束，法律也許稍稍予以自由，但只能在所規定的條件之中。

所以我們可以把上述問題演成這樣：在原則上習俗條規與法律究竟那一種是優越？粗看，好像習俗條規是可稱爲優越的，因爲這不限制個人自由，而法律就不同了。法律所賦與個人的不過是相對的自由，而且惟其法律爲追求目的的工具，他所給予人之自由也就隨時不同了。因爲法律

還要加人以義務呢。甚至於應尊重鄰右的權利這一法條——這是因爲法所制定而不是因爲個人所欲——就使人沒有要求絕對自由之餘地了。

原則上的優越實在是屬於法律的。法律之所以優越，因爲法律責任的方式，比較習俗規律的方式，適用時來得確定，不問社會條規內容之如何切實。

在社會意志的各種方式之中，只有法律具備常恆拘束力的性質。習俗規律——實際還是獨斷的命令——寄託於個人的意欲及純粹主觀的好惡。法律之所以成爲正當，根本還是因爲能維護社會生活的安定。若沒有法律做一個基礎，要爲這歷史所決定的實際社會生活的內容，謀什麼客觀的改進，簡直是萬不可能。所以法律，在其概念的特性上，爲人們社會生存秩序所不可缺少的要件。

嚴謹的學說之實際利益，並不在於指明什麼要求，且須即刻付之實行，倒是因其成了一種前提，——也許常常是不知不覺地——爲解決具體問題所依據。學說在統治世界呢。當我們有一名副其實的學說，——就是一種統一審定的方法，得以整理隨時發現的事實——實際上重要的東

西，還是這審定的方法，而並不是爲方法所決定的事實。一般人誤解以爲是那事實，是不對的。一個信仰無政府主義，並堅持習俗在原則上是優越的人，與一個相信應認法律爲正當的人，關於純粹法律問題，在意見及結論上，是不能相同的。同樣，本章開始由司法及行政上所引之例更值得深切注意了；並且要解決這些狹小問題也須依據那根本趨勢，與個人的法律概念須受其指引及決定者，無異的。

無政府主義在政治方面怎樣消長，可不是在本章範圍以內。大家都知道，在政治方面發生二種趨勢，係採用蒲氏與司氏的學說，而欲以一部分參入立法的，一種就是無政府共產主義。其主張在創建自由團體，廢止私有財產，使人民相處如手足。從這樣立場就進行『行動的宣傳』和這主義相映輝的，是個人主義的無政府主義。後者主張一種自由社會，仍舊有私有財產的。這主義的理想，要由人類文化進步來實現。關於否定法律的二種學說在現代已不甚重要；例如在美國自一八八七年以來，就有七個黨徒，爲了無政府主義的暴動，在芝加哥被殺。在討論現代法學的根本趨勢的時候，那重要性的減少每容易被忽略。

有一個有趣的問題與本文論題很相關切的，在三十年前由沙姆（Sohm）重新把他討論起來。這就是對於法律與教會的關係在原則上應如何審定，及我們是否可以假定一種教會法的存在，等爭論。沙氏很精於教會及法律的歷史，所以站在一定的立場。他說，教會法和教會的特性相刺謬。教會的性質是精神的，不能以法律來規律，因為後者是世俗的；可是教會的性質雖和法律相反，一種教會法卻終究發生了。

沙氏的解釋本來要成爲闡述教會法的一篇完善論文，預備收入彭亨（Binding）所出版的計畫得很大的法律論文集內。但沙氏之書，與其他幾種相類的作品一般，始終沒有完篇。那第一卷書在一八九二年發行。這卷書承沿上述原則，在歷史沿革方面敘述教會的性質。第二卷書要闡明法律的性質怎樣和教會的性質相反，但始終沒有發表。沙氏死後，在一九一八年發行了一部小冊子，除稍加訂正外，不過重敘第一卷內的基本概念。另一方面，沙氏於一九一四年，在一篇短文內，題名世俗的與精神的法律（見恭頌彭亨的文集內），回復到我們現在討論的問題，採納了著者關於法律概念的主張，而對於我們辯別法律與習俗的見解也很同情，但是他還是堅持他以前宣布

的基本原則。不過這些原則終究經不起批判的詰究呢。

宗教的生活迫使同一信仰者結成團體，縱使各個都歸附於上帝。個人得到宗教的稱頌，只爲在禮拜及贊嘆上帝之時。要因習的教義傳下去，要思想及精神一代代地沿襲下去，那非有一種宗教情緒的形式上束縛，及本此情緒之組織不可。但是宗教團體的成立不可認爲是偶發的個人自由意志的結果。教會必須着眼於相互之利益及進步，而予以適當主持。所以教會必須假定爲是一個常恆持久的團體——這就是說，要把教會的成立看作期望有法律和秩序。

第七章 法律的實在論

名爲實在論的學理趨勢，是要在法律與道德的發展中，瞭解那實在內容及其傾向。從文學方面觀，這派須直溯到二個代表，即甘希孟（Kirchmann）及耶林（Jhering）。

一八四八年甘氏以「法理學沒有價值稱爲科學」爲題，演說了一次，名就大噪。他說了三種理由反對法律可以成爲科學。法律的材料是常在變遷中，不如自然科學的一成不變；法律不但生長在認識中及了解中，並且還在感覺中；法律須經公佈，其內容亦然。究竟他所謂科學是怎樣意義，他卻避而不述，所以他的論題簡直空中樓閣。他以能利用的演講時間過於短促爲詞。但此後他又活了好多年，卻始終沒有把那論文中的缺憾補充起來。

他出版了那部名作「哲學圖書考」，至今尚有訂正本發行。一八六九年他在這集內收入了一篇名作，題名「法律與倫理的基本概念」。

甘氏在那文內，論述法律和倫理的學理，係用歸納方法。他拿了種種歷史事實，再由此抽繹出法律來。由此工作，甘氏就不期然而然地反對道德是根源於金科玉律或是天意。倒是君主和人民是不受道德拘束的權威者。道德的本身還是寄託在他們的命令。所以道德當然隨處隨時而不同。這所以不同的原因有三種：智識的增加，克服天然力的進步，及生活情形的變遷。這一層可以同樣適用於法律及倫理。惟其道德是變動不居的，所以不能說那一時或那一民族的道德比那一種好，而分別那一種是真是偽，是high是low的，都是妄談。要衡量各時代各民族的道德是不可能的；標準是沒有的；既沒有標準，各民族法律及倫理方面如何進步的概念就談不到了。

甘氏的討論中有兩個問題還互相混雜，沒有弄清楚。在法律與倫理方面的道德概念之意義，以及在歷史方面怎樣應用這概念的方式，他是沒有分清楚的。現在所用道德的這句話，應當作為權利解釋，就是原則上的權利。甘氏討論法律與倫理的基本概念就用這個意義。那麼，他的意思是不是說，這一個在邏輯上有一定意義的概念，也是變動不居的嗎？

這一說，恐怕就是他的意義，雖然他沒有明白說出；因為凡是他在討論到『純粹的方式』總

是期期以爲不可。假定他的主張是這樣，他就不免犯了一個嚴重的錯誤，爲清晰思想的致命傷。他就見不到那方式和決定的方法是相同的。無論那一個，凡是內心生活有秩序的，必定有一種使其秩然不紊的一定方法，否則，錯亂的結果是不能避的。以方法一致的特性而論，一個方法應用的分歧——就是慾望內容的分歧——是無關緊要的。

那些方法使我們思想上有秩序的，其本身難道是分歧嗎？縱使這樣，那些方法還是要一律包括在一個較爲寬廣的概念之中。甘氏把各種不同道德的見解都稱爲「道德」的。他用一個「概念」來包括那些，當他覺得要注重這概念各種用法的時候。假定這些見解都含蓄在那「道德」的「概念」之中，卽是「根本的善意」的概念，那末，這概念就應當弄得明白，顯然成立，使得他在邏輯上必然包括那些見解。

甘氏既能從善意的各種不同見解中，推演出些結論來，那末，也可以從外表現象的正當解釋的種種不同見解中，推論沒有自然科學之存在。因爲甘氏沒有對於科學的概念下一個定義，現在就自受其害了。若使他徹底探究這「純方式」的問題，他當能明白科學是以絕對統一方法來整

理我們的意識的。因此，一方面須以批判的思考很清楚地認明這絕對統一方法的可能；另一方面認明這一方法，在一切內心生活中，不論意向什麼或了解什麼，是不可少的。所以甘氏的論文對於我們的目的以及對於人類欲望的內容，毫無供獻，所有者不過一些糟粕的成見罷了。

怎樣叫做『道德』的，就是說，怎樣纔在原則上稱爲『善意』固然異見紛歧，卻也並不是沒有標準。凡能照着個人純意志的概念，統一指引每個意志的動向，即是標準之所在了，實際上每個人在判斷某個意念是否正當之時，總是這樣的。這個指引意志的統一方法是爲一切可想像到的企圖的標準。用了這個方法，就可得到個一定的判斷，至少是關於某個道德律，以及具體法律意志的價值的大小。

甘氏對於這最理想主題的了解，無異自塞其路，因爲他僅僅懂得歸納方法而不知其他。那當然是不夠的啊。

歸納法不足以爲法律的『概念』下一定義的。先搜集許多法律經驗，再抽繹出共通點來，以此方法爲可行的已不乏其人。但這個方法有一個根本錯誤。凡以一種法律經驗與另一種法律經

驗對比研究的時候，胸中早有一個法律概念的成見，這個事實每被忽略了。那末，學者除以法律經驗爲其研究材料外，還能知道什麼？

公道 (Right) 的觀念決非理智的歸納方法所可審定。歸納方法不過整理具體現象，使之歸類。在法理學方面，這個研究方法必須以一堆歷史法律材料爲前提，其方法不過闡明此種材料如何建立之過程罷了。所以對於當前的問題，歸納方法不過一種詳盡的研究而已，假使某種主要資料缺少了，歸納方法即不能發生任何作用，法律的認識的及判斷的純方式斷非用歸納方法所可尋求出來。

如此看來，忽略了根本的思考，其錯誤的影響雖在極細微的場合，也至深且切。歌德 (Goethe) 的話真不錯，他說道，單純的錯誤固無傷，錯誤的思想就有害了。

在法律上主張實在論趨勢最烈的是耶林 (Jhering)。他是十九世紀研究法理學最有趣人物中之一，他生於一八一八年至一八九二年，當其少時，從蒲太 (Puchta) 爲師，而爲一歷史法學派的信徒。後來他離蒲太宣告獨立，成爲敵對，在他那本『爲法律鬭爭』(The Struggle for Law)

小冊子中，他的敵對色彩尤其濃厚。那是一篇演講，於一八七二年發表，後又印書發行。這書通篇文格都係耶氏之清新流暢。寂然產生共通信仰的國民精魂這一神話（見第四章）他已確信其妄誕不足採。他說，法理與法制的發展並不像拉丁文內，字頭律一樣。法律因鬪爭而發展，而各個人須由鬪爭得其權利。其說一立，演繹益深。他即立一原則道，在一切情形之下，爭奪權利為各個人的道德上義務。這是他對於自身及社會的絕對義務。若蔑視這個義務，個人人格的觀念就消失了，而法律秩序也失其存在了。

反之，頗有人指摘這一說未免過分。這是側重每個法律的爭辯必有其弊而說的。但是要駁倒耶氏之方式，我們必須深入一些。耶氏的意思是否包括一切實際法，他沒有弄得明白。看他對於這點的堅決語氣，可以推度他是這樣的意思。果真這是他的意思，我們就當想到，一切法律不能因為與法律這概念相適合，其內容也就是良善的。一種法律的具體條規斷不能成為人類意志的最高原則。這些條規是現實的；這就是說，這些都是有限制的性質，並為環境所限。為這好像根本公道的法律而爭鬪，是否為一絕對道德的義務，至多成爲一個問題。尤當注意的，凡是爲了一種法律的各

種爭辯及程序，總是個別的事件。可是這樣一個具體事件萬難與那絕對相關的條理的概念分離。反之，這是因認明意志的純粹而說，萬勿以一事為生存之中心，倒是人生之良箴呢。這樣看來，凡爭一種法律，必其所保護之權利，在原則上有應當保護之理，纔能認為正當；即在此種情形之下，也不可為此一事所迷，不顧人格犧牲一切呢。

「羅馬法律在發展各階段上之精神」一書為耶氏之傑作。這位聰明作家的天才在此書內充分流露。他把這具法律天才的羅馬人各重要歷史時代及秉賦的特性，很生動的抽寫出來。對於各種細目的見解，學者未必與耶氏表示同意；但此作之激發流麗卻也沒有人發生異議。可是書中方法完全為敘述的，不過就現成歷史材料重加整理罷了。雖無人否認此書之價值，然耶氏尚覺不愜於心。

他在敘述羅馬法理學永久貢獻的時候，就引起了法理方法的學理的整個問題。他把法律的科學研究法與分析化學相比較。這簡直可發一笑。欲求深造，我們必須研求那純粹基本概念，憑此我們可以有意無意地依法思慮。欲就原素上求得一致的範疇，斷非敘述具體歷史經驗所能為功，

因爲此種經驗尙有待於那種範疇爲之整理。耶氏當亦知之。所以他忽中斷「精神」一書之著述，由歷史轉而從事於法律哲學。於是那精妙歷史作品永不完卷。

這位勤奮無厭的作者在一八七七年卻另外發表了一種新作的第一卷，名爲「法律中心之目的」不久第二卷也出來了，但始終沒有完篇。耶氏的作品統是這樣不完篇的。這位白髮蒼蒼的學者曾經激動過不少人，當臨終時，對於所作事業，頗覺不愜於懷，這倒很令人發生悲感。我們讀他的「法理學之莊諧」一書，可以見耶氏所受影響的觀念概略。有許多方面爲他所不滿意的，實爲客觀的批判者不得不贊同。耶氏之法律哲學爲人所樂從者，實非淺鮮。

法律爲目的所支配這一原則，係「法律中之目的」一書之前提。所謂目的者，耶氏的意思是指種種利益及有限的結果而言。他敘述社會的目的及個人的我見，想由此創出一種「社會的機械」，他以爲目的之爲物類如槓桿，是用來推動意志的，其中一部分就是賞罰，一部分就是仁愛及義務之心。但是全部的作用因法律成爲強制政治制度而推動了。

耶氏以其嚴峻格調，固持這最後的思想。他的作品內有一段申述這一點的，頗有一引之價值。

耶氏以下一段文來編述他的「社會王」的理想：「這個人主義者頑固心狠，唯圖己私，老於世故，深達人情，爲己謀慮，頭頭是道。」

上述耶氏所述法律哲學的計畫是失敗了。這失敗可以預見的，因爲他對於目的的概念所下的定義是不適當的，他把這目的解爲「心理的因果關係」。所以他沒有超越自然科學的範圍，因果律者是一種方式方法，用以整理已發生的物質變化。這樣確定的現在是用過去的名字來衡量的。對於目的就不同了，係着眼於將來。這是爲達到將來目標選擇現在的適當方法的一樁事，所以現在被將來所決定了。對於感覺及意志不能有第三種方式，因爲離開過去與將來就無法知道現在。他方面，在科學概念的發展中，我們須認明感覺及意志兩者。依科學概念的所謂意志，必須加以特別討論。人類意志的內容，紛歧萬分，必須以絕對統一的方法加以整理。若用物質變化係前因之果這一方法，從事於此，就毫無價值了。所以耶氏所選擇的格言道，目的是法律的創造者，簡直全無意義了，法律非目的所創造，卻是宣佈目的的東西呢。耶氏因不用批判的方法，於是始終不能求得那普通有效的法律概念了。

這位學者（耶氏）對於公道觀念的說明，也沒有成功。如上所述，他於此假定爲那「強制的政治制度」。這就與那可想像的公道概念顯然衝突。耶氏想求出一個絕對準確的方法，得以估定各種法律的價值。但是以個人私益爲主要這一原則，決不能作爲這樣一個統一確定的標準。要曉得問題中有那一一致性的要求。這就得成爲一個原則，足以調和一切可設想到的意志。所以我們當前的問題是要使得個人的事業與一切事業的全部不相妨害。只有這樣，一種事業纔可稱爲合於原理。我們所說的全部當然沒有實事可驗；並且也沒有實體可見。如本書他處所述，這不過一觀念罷了。實際上凡判斷什麼法律問題，每個人都要用這觀念的。所以法律哲學之旨趣在於闡明上述理想的觀念，並使人們於實際生活中明知其價值。於是乎結果我們就不得不放棄這簡單的實在論一說了。

第八章 法律的經驗論

經驗論是懷疑論的一種。這二種主義都不承認內心生活有什麼根本的支配力。但兩者承認的方式就不同了。

懷疑論是絕對不承認的。自從希臘哲學家潘洛（Pyrrho）創此論之後，就影響到了法律問題。大約紀元前一五五年，加尼斯（Carnades）在羅馬發表兩篇演講，一篇贊美公道，第二天晚上演說第二篇，卻否認公道的意志得客觀確定。於是這一個趨勢漸漸得勢，真偽善惡的概念視為個人私見，互相混雜不清。這一主張漸漸散播，在歷史中時時發現。但我們曾經說過，這是不值得鄭重討論的。這論既以是非之分為不重要，當然是要不得的。

經驗論從另一方面解剖那個問題。他拿住意識的物質方面，並想用科學方法來解決。但科學的特點在於那方式方法，用了這方法，經驗的主要事物可加以規律決定。不用一個一定的方式方

法來研究印象及意念，就無法從事於科學。所以我們不得不重申前論，亟須對於這方式方法的性質有個明晰了解。這又非得對於具體事件的統一理解的可能，加以批判思考不可。

如上所述，經驗論卻否認這可能性。而以種種方法申述其義。

第一在科學研究家個人方面，他總以為不必研求科學的根源及根本的方法。他說，他是從事於實用。材料已是廣泛得很，非用全力，休想弄得明白。他實無暇去研究科學的方式根源。這是大約當十九世紀中葉，黑智兒（Hegel）的哲學衰微之後，普遍的內心態度。黑氏想創述一系統學說，藉以說明認識及一切了解的內容。他把研究者所能知道的什麼都演述出來；照他看來，人類歷史已經四期而完全，他這一個時代是四期中的老年期，所以歷史至此已無可繼續了。一般考據家卻不滿於這個主張。他們覺得他是侵犯了他們所研究的材料，並且黑氏以及他這一派對於康德（Kant）所創建傳授的方式與資料的根本差別，加以抹殺，他們也能約略預見其錯誤。

一八六二年在自然科學方面，出現了一個第一流的研究家，他主張思考智識的方法根源。這個人名叫海姆司（Helmholtz），他在海得堡（Heidelberg）大學當教授時，發表了一篇有名演

講，論述自然科學與其他科學的關係。他以清晰的說明，有力的論斷，向經驗論挑戰。他說，倘使沒有懂得那使科學所以成爲科學的基本概念與原則，學者就無權主張其學術爲科學的。他的詞鋒銳利，幾乎使人難以置答。另一方面，他把誇大經驗論一層歸咎於黑智兒方法的正當反動，可是這後者，對於實際研究的妨害，不如對於哲學的一般地位之甚。但這位自然科學家又從哲學問題的正當要求轉了向，而對於用批判方法，創建一科學應用上不可少的假定，也忽視了。

有灼見的海氏是承認這層的。因爲他很著重於自然科學的哲學根據，竭力主張回到康德。他想由此深入全部的內心生活，並爲科學找到個真正根據，他是很有理由的。同時各方面都在高唱回到康德，與這位科學家幾乎風馬牛不相關，可見得他的主張並不突兀。例如那時有著名的唯物史作者朗其 (Friederich Albert Lange)，以及後來萊孟 (Otto Liebmann)，在一八六五年所作的康德以及他的愛皮貢尼 (Kant And His Epigoni) 一書。

後來大家很疑惑，這三位遠見的人有沒有完全懂得那位偉大的哥尼堡 (Koenigsberg) 聖人。可是這層實無關痛癢，因爲他們的功績決不爲了這疑惑的成立而減色。不過自從一八七一年

之後，學術的研究探索確有一個轉變。那一年柯恩（Cohen）這部『康德的經驗的學理』出而問世。照作者及許多人的意見，這一部書可以傳播康德的批判哲學，並使人完全明白。這是要把超越的思想有別於玄學的討論以及心理的觀察。用邏輯分析法求得一概念，這概念的一般成分須作爲其個別實質成分的要件；切不可把系統的問題與產生的問題相混雜；換言之，在探究一思想內所包含的什麼的時候，不要同時再問這思想如何發起；這都是很重要的。從那時起，各處都產生很豐滿的哲理的文學。初起，法理學並沒有從這裏得到什麼利益。法理學的一般趨勢還是側重於實際，自限於法律園地內歷史經驗的有限材料。有一位剛正的批評家曾說道，這學術之拘泥，好像一條尺蠖，只知道吃葉，絕不顧問樹木賴以生長的根幹。在純粹個人的計劃上，這也是習見的情形。法律經驗論在這學術的底層，實不能樹立一明晰的學理系統。這個人的研究者頗以其所務之範圍爲足，只願涉獵那必須的幾個指示原則。他的涉獵這些原則，還是帶着出主入奴的氣味，不願逸出專門法理學的範圍。假定一爭執經界的事件發生，必須能置身事外去解決，這事實被忽略了。若不用比喻說，上述的理路須以法律的概念爲前提，這不是單單討論法律的制度條文以及這些的

歷史所可辦到；法律意志爲整個人類意志的一部份，必須知其息息相關，纔能明白；並且要這樣明白，斷不是憑着專門研究所可濟事的。

梅克爾(Adolf Merkel)(一八二六至一八九六)的學說之能滿足哲學的求智慾，比較那種嘗試好得多了。這位奇特的犯罪學家想以法律普通學理來代替法律哲學。他以為把歷史的現成法律材料歸納起來，當可求得普通概念及原則。這種就是廣泛接受的見解。文啓(Windscheid)在論述羅馬會典一文的開頭一部中，表示意見道，現代法學的一重要任務，就是要儘量把具體法律材料歸納起來。

爲了科學的學術，去找一個堅實基礎的種種嘗試之中，總沒有把思慮及判斷的純方式和憑這方式所研究的材料辨別清楚。學者總是把這一層忽略過去，而不知其重要。方式是整理內心生活的邏輯的確定方法。爲各種科學工夫的前提。覺識這種純方式而又能明知其任務是一個很清楚的問題呢。我們從事這層的時候，毋須再歸納具體的材料。這歸納固可使我們洞見材料的真實，但斷不能使我們明了邏輯思想的純方式呢。

所以梅氏以及後此的經驗論者想以「法律的普通學理」來代替法律哲學是錯誤的。這不是一個選擇這個拒卻那個的問題啊。

所謂法律的普通學理者，不但是就某個法律體系的内容加以研究，由此中的個別觀念抽繹出比較普通的觀念來，並且還就幾個體系加以比較研究。知道了這層，上述的話就可完全明白了。比較法就是應用法律的普通學理這學說。這方法，一如其名所示，是就幾種法制加以研究，尋出那種歷史上一再發見的法則。做這類工夫的時候，所發見的相類的問題，必須就各不同法制中，以同一方法或不同方法，去解答。把各種不同法律體系的材料加以比較是很重要的。在比較之下，對於自己的體制益知愛好，也許遠勝於局於一隅之時。且比較法實為立法上極有益的準備。可是法律的科學研究法的限本方法不能用那個方法來求得，卻是為那個方法的邏輯上前提。專事比較各種不同法制的內容既不能求得那根本而重要的法律的概念，也不能求得那公道的觀念。

非將相對主義的趨勢一提，這討論不能告一段落。考其原流，可以直溯到孔德(Comte)（一七九八年至一八五七年）所創的實際主義(Positivism)，這一主義在意大利得到不少信徒。近

時德國的乾林納 (Jellinek)、穆勒爾 (Mueller-Erbach)、萊羅 (Radbruch)、韋勃 (Weber)、朋迭克 (Bardik) 等諸人都稱爲相對主義者。他們的學說又互相不同。這幾位作家的共通特點在於否定各個概念的絕對有效性。不能有什麼東西能超越普通的相對性。這就是說，只有有限性質的主觀評價。這一主張是刺謬而又薄弱呢。

這裏所討論的見解的本身倒要求一絕對意義。這見解正是代表了所謂絕對的學理。換言之，這就是一個概念，不因個別具體經驗而成立，而對於一切經驗是無條件地有效的。所以就是照着這個假定，一絕對原則還是存在的：這不是把各個絕對原則一古腦兒否認，不過表示只這一個原則——一切事實都是相對的——是有絕對效力的。絕對原則的概念並沒有完全丟掉，不過保留起來與那有限而相對的個別事實相對照罷了。但是一旦承認了絕對原則與僅有相對意義的有限的個別事實有區別，我們就不可以只否定相對性係絕對實體爲止境。我們須得把這區別以批判方法弄個澈透。這裏我們當重提蘇格拉底 (Socrates) 的發見，他對於特殊的具體經驗的混亂，就提出統一研探的概念。一致的概念是促成科學的可能，由這一概念，纔能確切地把相對性合成

一體，沒有合成一體的過程，就只有一堆混亂的零碎事實，一無成就了。

絕對統一概念的特點與特殊事實的區別我們並沒有不能懂得的理由。康德的批判哲學直截地把問題及方法敘述出來，將永遠成爲不朽的功績了。這位思想家對於法律及社會生活問題沒有完備的供獻。我們想把如何能夠解決所述之問題的思想線索的概略寫出來，以結束本文（見第十章）。

純粹主觀性質的評述斷不能成爲結論。假使有人以爲像那普遍有效的概念及公道的觀念始終是不能決定的，那末，正如一個生成懷疑者，不信各個概念有普遍效力的一般，他也不能建立他這一個主張。

近時有一班淺見的人說，關於個別問題的細目，所用的具體方法是否客觀地適當，尙可以判斷；但一旦超越了這思考的範圍，就只有私見充塞，而沒有別的了。這奇僻的主張可以從心理方面加以解釋，創這一說的總是生長在經驗論的空氣中，除了材料，他無所知的；這一說是不能成爲真正科學的根本方法的。科學不是別的，就是一切印象及需求的完全一致性的產物。也許這完美的

結果永難求得，然我們總得懸這理想以爲奮鬥無已的情緒。這就是上述的『觀念』即是一切經驗中的絕對和諧的內心表象。相對主義不願承認這個觀念，是要不得的，不透澈的，凡以爲要弄明白這一『觀念』並使之在這狹小現實的世界內顯示其效力，是不可能的，這一說是沒有證明，也不能證明的。事實上自當把那反面的說出來。這就是批判的理想主義的使命了。

第九章 自由法律運動

凡由東方旅行到巴黎，離這都城不遠，須經過一小鎮，地名淺渡閃萊（Chateau-Thierry）。這地方在古今軍事史上常常提及，又是童話作家蘭芳登（Lafontaine）的產地，此外，這地方就大有人知道了。現代這地名卻因法國的法理學而著稱於時。那邊的法院由一位麥諾院長（President Magnaud）主持，他在那裏用一特異方法執行他的司法職務。爲了他所代表的學理方法，略爲把他說一說，是有價值的。

麥氏起初之引人注目，是因爲判決幾件刑事的著名案件，與法蘭西的舊習慣相衝突。在淺渡閃萊地方有一個工廠的工人居住在那裏，她靠着作工養活她自己，她的母親以及她的孩兒。有一次她工作沒有了，她跑到一個富有的親戚那裏，這親戚是個做麵包的老關，想求他尋一個賺錢多一些的事情。他把她趕了出來。這個少婦當臨走的時候，順手拿了一個麵包藏在胸口。但是她拿時，

給看見了，於是被捕起來，送解法院。照許多刑法的制度，法院可以認這案件是出於窮困而免罰的。就是依照一五三三一年嘉爾第五（Charles V.）的刑法第一六六條也規定，因餓極竊食，應從輕處斷。法國刑法上可沒有為基於窮困案件的一般規定。只有輕微事件有特別困難情形，司法慣例可以因犯者為窮困所驅，不能自主的理由，加以寬恕。麥氏之審理那個案件，態度尊嚴，毫不猶豫地下一個放膽的判決。他在那個判決的理由內說道：這可怕極了，一個有組織的社會內的一分子，而且是一個家庭的母親，並不因自己的過失，竟然連麵包也被剝奪；這樣一個案件法官當然要用人道來解釋法律；飢餓之痛苦，加之愛子之憂慮，當然使犯者精神失常，那裏還談得到犯罪的故意呢；被告人宣告無罪。

所說的那位法學家是初審法院院長。這法院之上是愛明司（Amiens）的上訴審法院。那個法院所見的前提和麥諾不同。其見解拘泥於法條。所以就撤銷那無罪之判決，改判處罰。但麥諾的主張不是輕易可以使他改變的。他還是固執着他的一般概念而適用於民刑事事件。有一個叫化子爲了討飯被捕，照嚴峻的法國法，是要科罪的，麥氏又用了前述判決的理路，在理由中把討飯與懇

求大膽地加以分別，釋放了那可憐的叫化子；另外一樁流氓案件也照樣辦理。在民事方面，他許可被詐欺誘拐的未婚妻得請求損害賠償，大約與德國民法第一三〇〇條的規定相同，但法國民法上沒有婚姻預約的條文，當然不見有這樣一個請求權的規定。關於法國的各大鐵路公司，凡涉及運輸契約，他主張必須限制其契約自由。關於夫妻財產的法律，他以爲不適用法國法上動產共有權的規定。否認夫有絕對的管理權；此外相同的例還有許多。

麥氏爲了他的前進的立足點，受到了許多熱忱的讚許，也遭着許多強烈的攻擊。許多人看他模範的法官，許多人說他的判決是主觀的獨斷。一九〇八年有一次他在茅根（Morgen）德文報上，很詳盡地說明他所服膺的一般學理。若把他的話來批判的思考一下，是不能覺得滿意的。他的側重於仁慈人道，並不能供獻什麼切實方法，以之解決我們當前的問題。在社會生活之中，只能從那一個拿來給這一個，或者至少不給那一個。法官對於一方優容仁慈，也許就是對於另一方以及整個社會的重大殘酷。我們看所選的幾句警句，並沒有把上例實際情形中要貫徹的理想，加以啓迪的發揮。麥氏的各個判決的內容，是否可以較好，較有理由的論點爲基礎，並不重要，現在無須

加以討論了。這位法院長所服膺的根本的思想線索的問題，甚至他自己也沒有適宜地解釋明白。差不多二十年以前，在德國地方發生了一個趨勢，稱爲『自由法律運動』。知之者甚衆，卻與麥諾沒有關係，也很明顯地並沒有知道他。擁護這運動的，對於德國因私法的頒行所造成的法律狀況，很不滿意。他們主張法官應有較大的自由，宜少受條文的束縛。他們用了狂熱的世界革命家所慣用的激烈之詞，攻擊特種司法判決，找出種種錯誤，種種偏狹之詞，又把這些謬誤看爲通則，而末了想建立一種立法及司法判決的澈底學理，就是上面所說自由法律中『自由』這名稱所表現的意義。

無論那個把那些陳說重讀一下，必然覺得那裏所表現的見解，十分晦澀。這不是改革者的過失。實在這自由法律運動的條陳並沒有經那些代表說得明白。所以也無怪那些討論他們的主張的要推度，鼓吹自由法律的人想使法官超越法條。於是這討論就轉到，這是否一好結果，這一點了。但是他們是否要使這法官與法條的關係成爲已定了的論題，還不免疑問；當時他們並不主張什麼改變或廢止法律的實權，而自由法之目的尤其不在重植什麼類於羅馬執法官的職權。

那羅馬執法官在幾世紀中是執掌民法的機關。當羅馬內外事件在興替劇變的某個時期，他的活動消沈了。幾世紀中欽納司 (Janus) 神的廟總是開着，使人可以祈禱和平；奧格司太司 (Augustus) 皇帝是第一個得了個好機會，把這廟關了。內部爲了貴族的特權，即包含於公民權一名稱 *Civitas* 之內的權，爭執非常利害。起初貴族與平民爭；後來兩派聯合和第二階級的拉丁尼 (Latini) 及第三階級的丕來曷立尼 (Peregrini) 爭，甚至又單獨和奴隸爭。在那些騷動時候，斷難用立法來實行澈底的改革。所以沒有國會或類似的組織。有幾種國民會議，依三人團，百人團或部落選舉的，只有這些會議的命令在創製及修改法律。所以那執法官在執行民事管轄權時，須負起促進法律使適合時代需要的任務。凡法律不合時代或有欠缺，他在職時，就有權任意廢止之。法律的本身依舊沒有變動。大家知道那執法官只有執法行政之權，沒有立法權的事實。上年累月之後，這些執法官漸多採用他的前任者在職時勅令的適當部分。

現代的人要詰問，那些羅馬人怎麼會對於執法官的司法裁量的廣泛自由，相安而處呢？據史家的指示，對於獨斷判決的主要防護是一般事件的輕微，這些事件的本身就是各個案件中的制

限還有訴訟程序的公開，平常總在市場的露天，護民官得否決執法官的命令之權以及對於不規行的嚴峻制裁，在在都可加以防止。當共和之末，我們可以看到幾多法律，旨在廢棄執法官的職權。依照制定的法律，每個執法官須嚴密遵守在職時所發之命令，不得任意獨斷地違反。

依上敘述，羅馬執法官的活動不能作為自由法律運動所建議的模範。這運動的觀念是要隨案自由的法律。假使法官須受他的先例拘束，這還是遵守一定條規的另一方式。但是他的自由所包含些什麼呢？什麼束縛他須擺脫呢？用些什麼有系統的方法來行使他的職權呢？

我們已經說過，對於這些切要問題，那些自由法律運動的代表者並沒有提出什麼答案，可以確切明白地表示自由裁判的可能。雖然這舉證責任應由他們擔負，我們卻不妨加以探索。在這樣探索之時，我們須得辯別兩事的界限：第一是提創自由法律者的實際要求，這是反對現狀的；第二是一種嘗試，欲使法律得自由探求，作為司法機能，在學理上的正當方法。

(1) 凡是處理法律問題，或裁判這些問題，常須考慮二種處置方法。第一是法律的特別規定。這就是指那憲法和民刑法典的條文，許多特別法，特別規則以及風俗習尚與司法慣例。這許多集

合攏來名爲制定法。和這些對待的是法律的另一種方式。凡有關於特種法律問題的爭執，必須到了爭執發生之時，當事人、律師、推事纔能決定何種法律原則可以引爲案件的根本公平裁判。所謂法律的另一種方式即根據這一原理。自古以來，這一原理可以適用於許多含義相同的名詞：如良心、道德、天理、正義、節制、正見等等，用這一方法來決定的法律，我們稱之爲選擇法。

我們先所說的制定法還須加以分別。每每這制定的條規具有絕對的強制力。在近時法律中——假如德國民法第五四四條——就有條文規定，凡不合衛生房屋的租戶，得不通知房主，即行遷移，事前知情，或拋棄反對，不影響於此項權利之行使。通常法條上都不許鐵路以契約免除某種義務。依照羅馬法及現代法，凡契約條款，訂定債務人不負詐欺責任的，是無效的。然照普通原則，制定法不是剛性的，而是柔性的。有時某種情狀，因私人的訂定，適用法條，與條例內所規定者不同。又有條例中規定一裁判原則，除限制其適用於案件之時，不准違背良心，等等，並不准有重大過誤外，不受其他限制。

從這裏，我們可以見到要求自由法的真意了。這是要求制定法沒有絕對強制力。一切法律須

是柔的，不許有什麼例外。無論在什麼情形之下，適法的決定須就各案情狀，絕對以良心為根據。

初看，這好像不是沒有理由的，但卻經不起批判的審究。在嚴格的形式上，某種要件及結果必須遵守的，這一概念為許多法律制度所根據，例如匯票及支票。這種要式，一部分依據於法律的文字，假使加以忽視，就不管毀壞這些制度的要素。若說加以毀壞，就可以有利於法的秩序，令人費解。還有其他制度，每因形式得使法律確定。在許多國家採取土地登記制度的，某種法律地位存在的推定，須以登記為根據。還有其他公共登記，例如商業註冊，公司註冊，夫妻財產註冊，都是這樣的。還有另外情形，須以要式防止偽造，尤其關於遺囑的規定。條例上要式的強制性，雖然在許多方面很不便利，在另一方面卻可以使法律事情得客觀確定。關於時間的普通法律要件，照例就不能用良心的考量來代替。一個人是否已經成年，不能就各個案件，依照良心，加以無條件地裁判。個人需要有拘束力的普通規定，得因特別情形偶然不予遵守，例如羅馬法中「寬容年老者」(Venia aetatis)及現代類似的規定。時效這一制度的本身，客觀上就不免可以疵議之處。固然「百年之非不能成爲一時之是。」但是形式確定的要求，個人不得過久怠忽其請求的感覺，日遷月移，事物證據

之益難搜求，在在不得不就各種案件，設定時間的形式限制，甚至司法程序之進行亦不得不加以時間的限制了。

經驗告訴我們那些所謂法律外行人，即偶然爲了數事發生法律問題的人，是側重於形式要件的。關於這層，只消想想普通當事人對於租賃契約，買賣契約，等等怎樣解釋的，就可明白了。自十八世紀之後，所有文明國家，在刑法上都規定，犯罪之處罰，以行爲時法律有明文規定者爲限。對於違反良心的人，不能即剝奪其生命與自由；只有條例上有具體拘束的規定，纔許處罰。但損害賠償之訴就不然了。一九〇一年，德國爲了解決紛爭的偷電問題，須得通過一種關於濫用電力的特別處罰條例。受害人金錢損害的請求，就毋須借助於特別法；民法上規定足夠應付了。德國民法第八二六條這樣規定：『以違反善良風俗的方法，加害於他人者，應負損害賠償的責任。』若視一切刑章爲暫時規定，對於犯行，不論是否合於條文，均得依自由裁判處罰，究竟是否有利，甚是疑問。

一切文明民族的法律制度都承認契約自由的根本原則。通常這不是很明白的表現出來。但在羅馬的十二表法，美利堅合衆國憲法第一條第十項，一九一一年瑞士債務法第十九條，以及現

行的一九一九年八月十一日德國憲法第一五二條就可見到的。其他的法條，以這根本原則爲當然，只用限制的詞句述及之。可是立法者常把這些限制分二層述之。一方面他說，所有法律事件，若是要有效的話，不得違反善良風俗。但他在許多特別規定中，又進一層說，那些事件是禁止的，否則即絕對無效。屬於這類的，是複利之禁止，質權人不能因債務已屆清償期而取得質物所有權的原則，私生子拋棄撫養權的無效，拋棄作成或撤銷遺囑權的不可能。這類案件，數之不盡，立法者都以前過去經驗爲依據。他是在竭力保護那些容易被壓迫的人，甚至於不惜違反他們的承諾，爲了這個目的，他就利用強制的規定了。

這些討論的結果就得了這結論，即立法者須利用二種可能方法——絕對強制規條的訂定，以及由當事者任意選擇根本公正原則。柏拉圖 (Plato) 誠能見到這二種方法，並在對話政治節內，加以考量。他以爲有王者統治（包括法官）能洞明隱微，是最好。因爲條例斷難顧到一切案件，預爲詳細規定。在他方面，也萬不能有人與各個人終身相處，而爲這個人規定的恰巧適當。所以爲國家處理政事須得像處理軍事學校或一般教授體育那樣了；固不能爲各個人的便習。各別訂

立規條，卻只能訂定適宜於大眾的通則（政治，二九三B——三〇一B）在他的對話中論到法律的，他又說道：法律爲人所必需，而人的生活必用法律規定。若說當初人類來到這世界，天理充塞，不用法律，常行正道。那簡直是夢話。所以我們決定要贊同規條與法律，「雖然這不能對付一切，但有什麼事情發生，總有正規可循了」（法律八七四f）。

良善立法者所用兩個方法的界線，很不容易決定，使永無疑義。維護施行正義及公道的這個終極目標，他須刻刻留心的。因此，在某種情形，他許可得寬泛的自由選擇適當的法律，而在另一種情形，他竟用肯定強制的條文了。實則各個人處理自己的事件也是這樣的。照主張「自由法律」者的意思，爲謀社會福利，絕對禁止立法者採用強制規定的方法，不過創主義者的偏見罷了。這簡直在削弱我們的法律秩序，而又沒有什麼利益可企圖呢。

(2) 這自由法律的趨勢當然包含一個主要的學理核心。因爲每個主張及目的表示，分析到末了，必然有個核心要發見的。每個這樣的學理要點，須以表示者的根本態度爲依據。但是這要點每每是不弄清楚的。現在所討論的現代法學上的運動，以爲案件若自由裁判，是有千利而無一

弊的。

假使這主張僅在反對「流行見解」的偏重，倒很不錯。現時這些見解常被作為權威而引用。許多較近條例的註釋，在解釋條文內應依良心或公道裁判的規定時，就這樣說：「所謂依照良心者，即是依據關於良心的流行見解。」這理解顯然是在圓圈內打轉，而不自覺。什麼是公正與平衡的問題，固不能使一最高法院反復的解釋為即思想得公正與平衡的人的見解。要知這理是缺乏批判的及方式的理解呢。

在實務方面，我們常可看到，對於同一爭點，兩個法院竟下二個絕對不同的判決，各個的見解都以為是依照着「流行的主張。」有時候關於那些極可辯難的問題，有同樣情形發生的。例如娼寮的出賣，其賣價自以依照淫業的估值為正確，果然一個法院依着「流行主張」認為這樣一個契約無可疵議，可是另一法院就否認其有法律上效力，而其論據也是所謂「流行主張。」究竟什麼主張是「流行」的，休想弄得明白。若分析一下，這所謂「流行主張」還是歌德（Goethe）在浮士德（Faust）內所說「那位先生的私見」罷了。

有時候關於商業生活的法律問題，怎樣才是適當解決的通行概念，還可以相當決定。並且有時候條例的本身也指示應當顧到那些「流行主張」。例如關於附屬物是否應認爲主物的從物這問題，許多條例就這樣規定的。個人爲便捷起見，總請教專家，大抵是徵取商會或其他合格機關的意見。這就無異使一人服從另一人的判斷，而受其拘束。自奧格司脫司帝（Augustus）時起，那羅馬人就承認那回答律（*Inrespondendi*），即法院須受特權法學者的意見的拘束。在德國爲案件簽註意見的辦法實行的很久了。訴訟當事人得要求法院把全案卷宗提付法學教授會研究，而法院須受其判斷的拘束。所以現代條例上頗有指示的規定，就是那種問題法官不得自行裁判，而須參酌商業生活的通例。

但法官一旦須受這條例的拘束，他就得放棄自己的判斷。可是主張儘管「流行」也許未必良善。那一些迷信及妄誕，不是由「流行主張」在歷史上保存下來？自保羅（Paul）致哥林多（*Corinthians*）書以來，我們所談善良風俗這舊名字，爲法律事件或惡劣行爲所不得違反的，不當注意於後面二字，而當注意於前面二字——即風俗是良善呢，還是不良善呢。關於這，只有用批

判的方法與思維，纔能澈底解決。追求所謂正義的決定，與柏拉圖所說的勇德至有關係。康德（Kant）問了什麼纔是明哲的問題，又很乾脆的說道：『勇而能用自己之智，即是明哲的精義了。』

末了，現代法學上的自由法律運動，在反對偏重『流行主張』一點，縱使有些供獻，而關於這方面的持論果然也不無見地，但在要求裁判方法的自由，以為有什麼確實解決，都是錯了。主觀的情見是要不得的，要是這樣，個人的判決即得托詞於『至少是情境的不幸』這話了。法官所宣示的判決必須是客觀地正當的。東方的獨斷不應當移植到此土來。但是沒有一個思慮周密的方法，客觀地正當判決就沒法擔保其必有了。依上文論述（見第二章）個人不能依據於飄浮的情緒的，所以要能確切證明一法律意志的客觀地正當纔是一切的基礎呢。

第十章 法律的批判說

任何主張，凡是爲法律的根本原則的，必須有一定說，這是上面討論的結果。並且只有法律的探討與整個的科學相調和，這定說纔能成立。所以我們是從蘇格拉底 (Socrates) 所述的根本概念說起，這是當他發見科學的可能時說的。大家知道，他把人的全部內心生活分爲二類。一是偶然的混雜的，所包括的是些零散的印象和感觸，另一是依着統一的方法排列得很整齊的。在後者情形之下，我們處理各種事件，就當依照一個絕對的定法。科學研討的特性就在一部或他部知覺的統一處理的概念。所以希臘人有科學的概念而沒有充分發揮。在數學方面，當然他們已奠定了不朽的基礎，柏拉圖在學會入口處的格言是有名的，但數學的自然科學直到近代纔發揚的。古人都是專心致力於廣義的倫理學。就是人的意志學，狹些說，就是對治過與惡的正義學；再狹一些說，就是對治外面行爲的善良內心生活的學說。蘇格拉底說，個人當能證明情緒內容的是非，這條理多

被引述，又常被誤解的，就是這領域內的學說。

古代雖致力於這方面的研究，但關於內心生活的發展顯有許多缺憾。得天獨厚的希臘民族對於人道固然有不少創造的貢獻，而所有的專門法理學卻不足稱述的。目的的審定以及人意的當否的探討，他們就直入於「觀念」之域。原來他們實際上致力於的還是國家的政治及公共生活。所以他們沒有用方法的式樣來作成「法律的概念」的，以及現成法律的特質的概念；這就是說，他們沒有以法律的概念的結構及歷史的演變，造成法律的科學。而且希臘哲學雖然很致力於公道的觀念，終沒有把這緊要概念的性質確定什麼適當的界說。觀柏拉圖國家一書的第一冊，這層尤其顯然無疑。這位大思想家極其明顯地指出，什麼為公道的性質中所不能包括的。他說若把國家僅僅建築在個人利益的總和上，是不能得到良好社會情狀的。（見第三章）但是我們要藉以求得那觀念意義的中心思想是什麼呢，這一問題的答案還是無從得到。

羅馬法家的論述中，其結果如出一轍。他們的事業與希臘人所不同的就在建立實際法律的科學。他們就無限分歧的法律材料演出清晰的概念。他們竟能把這材料通盤整理，束成幾個原則，

並且以統一的方法，澈底加以分析。他們在法律的言論中是以異常的直覺，致力於基本正義的，但是就所有的遺著中，還是找不到法律觀念與概念的確定學說。

由上論述，可見即在晚近也沒有達到較好的結果。中世紀與現代所有要闡明法律思想的根本概念與原則的一切努力，均須排除許多障礙。直到康德（Immanuel Kant）的批判哲學出來，爲真正的學理思考打了一個基礎之後，這層方纔可能了。康德堅持，凡所思考，其始必須問，可否由此思路求得一定的結果。他主張所有爲求得普遍有效原則，所需要的條件，應弄個明白。這懂得那一般適用的確定方法，就是構成哲學思考的特質。但是康德在自然科學及人生哲學方面所成就的奇術，在法律與公道的研究方面就沒有鏗而不捨。他的文章的結構還是徘徊於舊的自然法與理智法。他並不應用那批判哲學的創造式的概念，也不演出法律概念與判決的純方式制度，他只是把那具絕對效力的詳細的原理，加以演述——闡述錢幣與出版法的學理，又闡明遺囑應依自然法而有優先效力等等。繼承康德的也未脫此窠臼。

現在我們想照着所述各大思想家的意思，爲法律哲學這一定的制度，試述其根本概念。本篇

的中心文章就在闡明法律的批判說，這一說的特長可由下述關於方法的特點而顯著，方法有二：

(一)方式與資料之區別；(二)概念與觀念的區別。

(一)要整理一堆混雜的事物，必須依照一定的計畫。沒有這樣的計畫，即圖書館或檔案也都無從整理。人的內心生活也何嘗不如此。我們已經說過支離雜亂是要不得的，而必須依一根本系統加以整理。可是假使我們一時用一種整理方法，一時又用另一種，我們就永不能釐然一貫了。照向來的詞句，這邏輯方法，我們稱之為概念的方式；由此而所整理的智能，我們稱之為概念的資料。上述方式與資料意義的區別是求取清晰思想的敲門磚。這層固然為大家所承認，但是同時這區別又常為謬解之源。

方式與資料的對照，有八或者不許有顯然分野。但這二種是一切實事概念的分子，他們常是聯繫着，不可一存一亡。原來這方式不可認為是一個空容器而把資料往那裏放。如上已明，他們原是同時顯現，互相聯繫，他們之發現無非就已存之綜合，加以批判的分析。這綜合如何發生與系統分析的問題無關。這裏，系統的與產生的這二種思路必須互相分清劃開。就我們全部經驗來說，印

象與感觸是綜合的，而就這些合成的經驗中，可以區分爲貫通的方法，以及爲此所支配的事實。這一原理爲本章論述之出發點。

由上說明，可以明白方式這名稱不宜與內容牽混。所謂一概念的內容是與其他概念有所區別的特質。就這內容，纔能區分方式與資料來。這裏所注重的不是文字的應用，只是要發明那個要點，就是我們思想內容的批判分析中，我們在辨別三個不同的概念：即概念的綜合的對象，以及此中的方式與資料。

這樣說來，要發明方式的成分，換言之，即貫通的邏輯方法，並不發生什麼天生的心影問題。我們的討論並不要探求概念內容是何處來的，只是要問這是什麼，怎樣纔能貫通明白。而且沒有一個心影的內容可以證明爲天生的。每個概念的內容是先由生活經驗而得到的。祇有求取的企欲可以算是天生的。

方式，即貫通的方法，可以單獨討論；資料，即概念的成分，就不可這樣單舉，因爲整個概念所以有意義的條件，不可不加以探討，否則，整個概念就得毀壞了。當我們提及質權，雇傭，遺贈夫妻財產

權，放火或訴訟程序等法律制度，常以法律概念為前提。沒有這個概念，那些制度的其他意義也失所根據了。可是我們倒可以不提質權、雇傭、遺贈、夫妻財產權、放火或訴訟程序，而能闡明法律概念呢。批判方法所要求的標準可以這樣衡定：就是一個概念的那些成分，是為其他分子邏輯上所必需的，沒有那些，整個的心影即歸消失，或正相反對？那些成分可以去掉而仍得保留其他成分，加以單獨審究！

依這格式從事批判的研究，則在討論同一事物之間，那方式的概念是一再發見的。買賣契約的一般概念是各個買賣的邏輯前提，所以從後者就能明白區別方式與資料了。但是買賣契約的概念是依附於契約的一般心影，而這心影，一如一切法律術詞，最後分析起來，又是依附於一般法律概念的。因此，這方式的，即概念的要素，還可以區分為有限方式與純方式。前者是依附於其他較高方式的東西。凡是一實體包含在那些心影之內，就有這類方式了。純方式就不然，這是貫通的概念的方法。法律與公道的概念是在這一類內。

依據這些原則，那反覆申論的問題，即是否能絕對性的認定，可以解決了。答案是，純方式的

制度是具有絕對效力的，只有依此，一般智能生活纔能秩然貫通。這樣整理了的一切知覺，須能這樣貫通，纔是客觀地正確。果然知覺包含着可變與常變的限定的可覺材料。新印象與願望隨時發生，其因事而異之性質尚難明瞭，並需要現成知識的改變，而且對於常見不變的材料，也得以進一層的思想，了解的程度纔能改正進步。無論那一種情形，就可稱為科學的進化。關於法律，這些觀察可印證理智法的可能，如上文已說（見第三章）。昔時要求得有限內容的理想法律的努力，完全是徒然的。要一種法律，以有限之內容而適合於一切時間，一切民族，是無從設想的。法律問題亦是如此，只有純方式纔具備概念的絕對效力，並可由此依照一定的計劃，整理法律的經驗。

（二）法律思想的純方式就是法律的概念與法律的觀念

概念與觀念的區別已詳述於上（見第三章），簡單再說一下，概念者是各個對象的共性；觀念者是一切可覺對象的單純心影。概念所解決的問題在於認識一類不變的特性，由此審定問題對象的統一心影；觀念所解決的問題，在於示明所想對象的一切印象與感觸的總和。概念所審定的各對象，終完全與之相當。在每個顯示中，概念是完全可證實的；觀念當然不是一限定的對象，為

感官所覺觸的，並且永不可在實驗中證實，但是可作為一定點，猶如可望而不可即的星辰。

關於法律，茲將進而申述這必要區別之如何發明。

在做這功夫，切須記住，在我們思考的兩面——確實的一面與理想的一面——我們只取貫通的純方式為研究主題，如其要這功夫成功的話。所以在敘述法律的概念或觀念中，凡單是材料性的東西必須除外。

依隨這程式是並不容易，因為事實上法律這個字——一旦問及其一定概念——就有二種情形，用法不同。第一是以抽象概念為前提；這是不過分析方式的概念，藉以整理整個具體經驗。其次就是抽象概念適用於個別事件的問題。這就產生實際法律了。這「實際」性質的加入，在表示這限定意志的內容是轉成合法了。因此，實際法律的根底；顯然必有抽象的法律概念存乎其間，為一部分人類事業的不變性。所以從事於闡明這貫通的方法的性質，是要集中思考法律意志的抽象概念了。

大多討論這法律概念的人並不這樣做。他們之從事於如上述的闡明，不過敘述歷史上依他

們所見的法律。他們竭盡智慮浸沉於這絕望的初步工夫，想窺探其根源，而所見不過法律的抽象概念是與其歷史上的適用相聯繫，這一個雷同的原則。果然，所求取的，是要實行的法律合於法律的概念。然所謂意志的效力是在其能施行於現實。也許這效力存在於各種類別的抽象意志：如禮義，風俗，律例，暴力。若要說明一概念與他概念不同的常性，我們不能把那共通的說入，就我們這目的講，這是個緊要的錯誤，因為法律概念所有的那一類特性的問題，性質上是知識的批判，而意志的效力乃入於心理的探討。要知關於這個問題，並不是一樁概念內容的客觀性質的事情，而是牽涉到了人，他們是因客觀假定的概念，主觀地受到了影響的。

我們尚不能詳述抽象的法律概念的常性；我們只能演述應遵守的思考方法的大綱。

人類的一切經驗可別為知覺與意志。現在就過去看，是前因與後果，而就將來看，是為目的選擇方法。卻沒有第三種可能性了。然而法律屬於意志之域；其概念即完全出乎外面世界的知覺之外。為要探求普遍有效的方法的可能，我們就得把互為目的與方法的概念的關係，弄個明白。個人是無限目的與方法之相續中的單位，否則，即是各人之目的為他人之方法，他人亦然，互相反覆。可

是我們並不要在這裏研求什麼欲求的內容。在第一種情形之下，就涉及了個人的內心生活，爲所謂道德所規律；在第二種情形之下，就涉及多數人的羣生活，社會問題就發生了。無疑地法律是社會意志下的東西。抽象的法律概念在下列情狀中發生的。爲了一羣人的種種目的的集合，不期然就有種外在的規律加之於他們。他們之遵守，或是客觀地恆久性的，或是依照隨時的主觀的意欲。這主觀的意欲或本於一集團的人，或本於統治的第三者；一種是沒有真正義務的風俗，另一種即統治者的命令，不問是那一個或多少個。未有社會集合的客觀恆久的狀態，法律概念即無從發生。這樣看來，法律是純粹原理制度的一部分，用在管理知覺，但是循這思路，純方式的概念就消隱了。我們且離開與目的及方法有關的原則相互關係的抽象研討，而入於可覺的欲求的對象。然而法律之本身——依其抽象概念式——是一種人的意志，有別於倫理，習俗，專斷。這是表示神聖的不可侵犯的集合的意志。

關於公道的觀念，情形就不同了。與依照一定有限的同類特性把意志分析這辦法，相對照的，如前已述問題是在使一切欲望與意志相調和。我們是以一切可覺意志的無限全體完全和諧的

概念爲出發點。所以志願的內容之可稱爲根本正當，須與目的的總和相適合。這就只有管理各個意志的根本法，不是出於主觀的欲望，纔有可能。在人類生活的歷史的現實上所存在的，當然只是些條件附的目的。實際表示上，一切志願是有限的；我們無從離去主觀的欲望。然這裏並不是欲求對象的問題，只是依照管理各個欲望的根本的，探求可以包含那些的統一概念。這裏卻不可忽略那不同之處：這根本概念還是個人的私欲呢，還是着眼於與一切其他意志內容完全和諧這觀念，意在所謂普遍有效呢。

當然這類思考在日常生活中，不是自動產生的。凡是坦白無私的人，或爲他人利益而願犧牲一己的人，必爲人人所稱頌。但是這些例子對於思考的批判式並不常有補益。個人所受物質情形的限制卻是甚大。我們現在想把那可爲一切欲望之準繩的絕對統一概念，弄個明白。我們之從事於此——依照批判哲學的整個根本概念——並不想創建一新的道德律或相類的東西。也不想爲意志及行爲定什麼公式——我們只是要清清楚楚指出那根本的判斷，這是爲每個有思想的人所本具，並反覆習用，但大抵是用而不知罷了。哲學家之任務不在新創獨斷，而在放大眼光。

當一個人被任爲一個孤兒的監護人時，他必然要考慮幾個問題：他將送他到什麼學校，將來爲他擇些什麼行業，其教育大概當怎樣引導。這些事情一切孤兒是不能相同的，但是豈可因此就說只有什麼『相對的』，沒有什麼別的了嗎？不是有一普通責任凡任監護之職者所應遵守的嗎？對於這失父母之養的孩兒，他應當爲這受監護人之利益，忠誠處理其事務。這是適用於各個職務的一個方式的概念通於每個案件的，這就是個標準，可以判斷那職務之執行是否適當。誰都能想像怎樣纔是一公正的法官，信義的商人，勇敢的兵士，等等。問題是：什麼概念爲各個人類意志的統一中心。這是意志純粹的概念。我們以爲可爲標準的，是一個意志，不受個人私見所拘絆。我們之爲此說，意思並不是把人的志願分爲二類，即限定的意志與純粹的意志。如前所述，經驗之領域中只有限定的意志，不過貫通的方法——就是學術上所謂純方式——需要純粹意志的概念爲統一的標準，只有這可以貢獻這絕對統一的見解。

應當先說明的已告終了。現在只要就已經建立了的基礎，用以述明公道觀念的界說。於此，我們必須記得意志的純粹的概念，即爲志願的最高廣律，可以適用於人類意志的一切樣式，縱使這

些樣式因各類概念的性質不同，而互相差別。法律的意志所包括的是互為方法的目的的總合。那末，假使這總合要加以純粹的判斷指導，完全個人的主觀志願即不能為根本標準，並以之審度總合意志的內容，這些演述不過說明一概念，為談公道者所本具習用而不知。他的意思，以為一人不應為他人所欺罔，大家應互相尊重各人的利益。這樣，我們就得到一純粹團體的主要概念。這不過是一個觀念，永不可以經驗的。這模樣，前曾述及，猶如一星，可為行路指南，並可指向一定之域。所以公道者是法律意志的指引，使之依照純粹團體的概念。

這些是法律批判說的基礎。假使問題是這樣處理，而所示之方法也照樣應用，任何思想家可就這基礎多所發揮。他將得到「法律概念」的更明晰的概念，與上述原則的意義尤其切近。並可觀察人類歷史中，這「觀念」是如何，何時，何地發見的。他還可以思考這純粹意志的「觀念」與其他的關係，尤其關於法律事件，及一般社會生活。這些事情，一任各人就自己之興趣從事。教授法律哲學的只能貢獻些有待各人發揚的可能性。這事業是不容易，而且目的的達到也非極大努力不可。「快樂在於追求目的，」學者可引以自慰罷。（註一）

(註一)本書英譯本第一章至第十章由特來克 (Joseph H. Drake) 與沙德爾 (Burke Shartel) 自德文譯成英文。第十一章係在吳經熊博士於第二十一卷密希根法律評論上發表了「霍爾姆斯推事的法律哲學」那篇文章後，纔寫成的，由吳博士與司丹木拉商榷而譯成英文。德文「der Begriff」一字根據司氏在「二十一卷密希根法律評論」上之意見，在英譯本前十章均譯爲 notion，但在第十一章這一字即譯爲 Conception。

譯者按，本書內均譯爲「概念」二字。

第十一章 法律哲學之問題及方法論

一

凡是哲理的討論，必須正確地考察問題之適當的提出及其演述的根本方法。僅側重於經驗的學術，就不必如此了。後者有其特種材料，可加以試驗，分析並始終以之為題材。這樣，就無須多麼注意到一切科學的調和緻密。大概對於那班學理者，只想執著一些特種科學的必須條件的，這也足夠了。

關於哲理的思考，那就不同了。法律哲學就是這樣。在這個領域內，對於這裏論述的問題的全體，沒有一個概見，就休想有些微成就。這就可見是要把那根本問題及程式弄個明白的。

不涉及最要的方法問題，簡直不能有什麼嚴謹的法律哲學，現在已有了許多有趣的研究，皆

以方法問題爲核心。近時吳經熊博士在他那篇『霍爾姆斯的法律哲學』文章內，見本年三月份密希根法律評論，把這問題論述得非常精妙。這應得適當的注意。這文把問題的根本把握住了，而且獨具隻眼，精到絕倫。尤其欣幸的，這是法律哲學領域內的作品，由此而發揮廣大，於人類整個的進步當有強有力的助益。世界正爲學理所統治，即含有統一使命意義的學理，依此，各個思想的人在規律，衡定，那經驗的材料。無論是有意或無意，他總依據於這一致性。我們必須以批判的態度，對於這調合的統一方式，加以思考。

二

在法律哲理的思考中，對於接觸着的偶然事件，應當先加思維，並非不可思議之舉。每個人呼吸於司法空氣之中；而生活，動作並托命於法律。由實際經驗上，他積得一些法律知識，以之應用於特種案件。這些一知半解就成爲所謂法律的情感。有人稱之爲『自然』的法律的情感。這情感與日常生活的事事物物結不解緣，並藉此而判斷之。這就是美國的高明代表法學家霍爾姆斯法官

(Justice Holmes)所說，「測度法庭在事實上將如何裁判的一種預言。」

但是人非生而有法律的情感的，孩提之童那裏知道什麼法律與公道。而且，這情感的發展並不照着一個統一的程式，可以用嚴格的科學方法寫下來。每個人處於無量無定的複雜情形之下。所以一切嘗試，凡是建立在這法律情感的脆弱基礎之上，總是偶然的主觀的。

雖然近代法學者創議以文化標準為出發點，還是不能補偏救弊。大家以為文化標準者是許多規條的總和，可以就一民族中集成，而具有相當的共同意見。但是這種所謂共同，根本就不可靠。投票表決一層固不在問題之內，不過縱使這樣嘗試，結果只是完全混亂罷了。由主觀之積集，我們實無從求得客觀的。

照蘇格拉底所創論，柏拉圖在對話中所闡揚，客觀正當這概念係表示一種質，而不是一種量。這是人類智識及意志的通性。其用處是在統一的概念下整理經驗的材料。因為統一的思想是人類一般智識及努力的根本的最高的理想。我們的問題就要述明那常恆的條件，在此之下，一個印象或志願得與其他材料相調和。

這層並不因為必須考量文化標準這主張而受到影響。凡是以這主張為滿足的實未見到問題的根本。誰都可為『文化』隨便下定義；而且妄誕自命為着客觀正當的一種努力。假使有人主張這是研究價值的一種努力，實際上也沒有多大分別；因為由此主張，我們可以求得一客觀標準，以之審量其價值。

三

此外，還有一路有趣的思想，其出發點在於追問法律之是否存在。在上述吳博士之論文內，可以見到。

這思想在求得法律事件的普通有效的智識的可能，爲了這是涉及司法問題，就必須提出一特別概念；因為司法問題與其他人類努力的問題應當加以區別。但是又因為所論的是普通有效，這就高超於一切特殊規條的立足點。只有法律哲學纔能勝此任務，因為這是以法律思想的純方式為骨幹的。這要點當略加闡述。

我們的經驗都是在調和狀態中互相牽連的東西。不但自然現象是這樣，人類的志願也何獨不如此。即我們所欲建立的法律概念有不能逃此例。爲要明了我們內心生活的材料，我們須加以分析。但是沒有綜合，就不能分析。原來有結纔能解啊。

側重於這點方法的思想，哲學中批判的思考就自別於專事分析的；尤其法律的批判說自別於分析法理學了。因爲後者主張以分析爲依據，不期然就忽視必要的綜合。但是只有由綜合之中，科學的探討與剖解這問題纔得充分顯露光彩，而根本的演述方法也可求得，在批判的分析中，我們切不可忘掉綜合，如前已述，這是一切分析的必要前引。

由此思路，我們可把意中所有之事，辨別出雙重性狀。

A、問題對象的任何概念的一種成分就是那對象的單純性。這是依止界限而存在的單一材料，而可以感官覺觸的。其特性即寄於此，而有幾個思想家以爲力量也在於此。可是反面，這也是弱點之所在。

許多人所以側重於這些特性，是因爲可以顯示直接形態。一個有思想的人的各個思考都以

覺觸爲始。他的興味常爲覺觸所驅策；他總是爲之束縛，而永不能完全解脫。

浮士德的著者說道：『我們所應爲者，是堅苦卓絕，負荷世間的重擔。』(Uns bleibt ein Erdenrest zu tragen Peinlich) 這就是我們生存中覺觸成分的力量。

依照批判的分析，我們稱之爲生命的資料。這概念肇始於古希臘人。這是他們纔指示世界的目光注意於這深入的區別，所有值得稱爲科學的，均以此爲立足點。

B、但是這所謂資料是脆弱而無能。這是需要我們研究的材料。若信資料爲無上，不免根本錯誤。資料是盲目的，其本身即完全沒有活力。要使之有所成就，須輔之以方式。

所以方式應當與資料對舉。這是整理的方法。其任務係以統一方法整理審定覺觸的資料。這又是希臘人纔把握住這必要，而以明晰之詞顯示其特質。

總之，方式與資料的區別爲一切批判的科學之必要基礎。

每個觀念，凡是要表示着把握着一事件的，必包括所說的二種成分。沒有資料不具方式的，而所謂方式這整理貫通方法，只在用時可以見到。

猶如我們上面所論資料，方式之特性亦然，爲力量之所在，而許多人看來，也是弱點之所在。

方式之力量在於一致貫通的德性。沒有這，資料就只一堆混亂。而且我們也無從想像一無方式的資料。資料一成，名一立，方式也就具備了。

但是須記住方式不過一種整理貫通的方法。這不是由覺觸的實體而發生。大概這就是許多人所以不能懂得方式的緣故。他們寧願局於資料之分析，但他們卻不曉得沒有方法的程序，也斷難從事呢？所以處處能認明判別方式與資料，須別具隻眼。有人雖善於觀察覺觸的世界，而無目得見方式的，並不鮮見。這就是蘇格拉底說：『知道你自己』這訓示用意之所在也。所以主要的工作不在發見新的資料，此中無可創建的。我們生命的資料常備爲我們所支配；可是自然以之貢獻我們，係在一定方式。主要的問題還當如上所述，借助於批判的分析，明了那方式。

所務既明，即當爲進一步重要的區別。方式有二種：（1）限定的；（2）純粹的。

限定方式者是整理一有限事件的方法，這是一特定對象的統一概念。「狗」這一概念就是一限定概念。這在審定覺觸的特定對象的資料，所以一切覺觸對象的概念都是限定的單位。有時候我們稱之謂經驗的概念。其要點在於離去覺觸印象，就失其意義。與這相對的，即智識與意志的純方式。這是統一的方法，可適用於各個經驗。這是一般智識可能性的條件。不限於認識個別的覺觸印象。譬如「因」的概念是認識的純方式，因為外界的一切變遷均可由此而貫通，不問所貫通的是那個覺觸印象。本文所論既為法律哲學之問題及要旨，則限定方式與純方式之區分，當然是根本重要的。現當轉入本文。

五

我們在這法的世界中所有之大部分生活，總是先與範圍有限的問題相接觸。所受理的終是特定人間為了一定的對象的爭執。他們依據實際規條，但規條常就其微小之處而予解決。縱使判斷的公正固不可缺，實際上常是着眼於相對原理。

研究這類實際法律問題當然不是枯燥無味之事。所謂實務者就是精詳近在目前的個別案件。本章第二節內所述經驗的語調易與實務相牽連。甚至有人想從這樣處理特定問題中演出一種學理。這種學理即稱爲經驗論。頗有人相信單用經驗的概念即可得到滿意的解決呢。

但是這是一種錯誤。凡是像經驗論者那樣主張一種學理的，不期然就想造成一種科學。可是不用一種具有絕對效力的正確方法，沒有什麼科學是可能的。擯拒純方式的制度而探求科學智識，或我們所從事的法律智識，簡直是極端刺謬。(Contradictio adjecta)

這些理論，尤其可適用於法律的概念的問題。法律的概念把一切法的經驗束成一個單位。這即是前第四節內所述的純方式。貫通的法律型式係代表一種人類意志的方式性質。所以我們的任務即就那概念的特點而敘述之。這就是說，我們必須以清晰之詞述明那統一的思路，這是要系統地處理法理學，所不得不依從的。這樣法律之性即可顯露，猶如一物之性即係各常恆定分的合一。

但是每個思想的與努力的方法只在具體適用時，纔入於覺觸的現實。法律的概念將全失其

意義，除非能把握住人類意志的一定型式，而充爲一種標準。由此考量，法律這名字就有第二種意義了。

六

法律這名字的第二種意義涉及於條規及判例。在審量一定社會秩序，所謂司法秩序者，纔見其面目；而其顯示之處寄於法典的條文，請求與駁斥，判例或命令等方式：這一切都稱爲法律。

這許多名詞的特點係具體意志的顯示。這裏問題內所述的是限定的志願，即所謂司法的志願。這些意念總是互相牽連關涉的概念。他們包括二種成分：(1)從資料觀點，即爲一具體的意志，(2)從方式的觀點，即爲司法的性質。

這問題還有一種看法，即一切司法的功用無非方式的法律的概念的實施。這方式的法律的概念是一切條規與判決的邏輯前提，我們已經說過，這是一純方式，也即是邏輯的型式，以之整理一切材料的。單要明白這方法的型式是很可能，依學術的習用，這是稱爲純方式，與實用無關的。可

是實用之時而不顧及這相涉的邏輯方式，簡直是不可能了。若用而不覺，倒並不影響於客觀的事實。從時間觀點上看，批判的分析果然不是最先發見。但一至分析，也不過就原來以思想束合的，加以判割罷了。這不過把有待邏輯的審定的，從已經這樣審定的，區分出來。但是所成爲問題的常是邏輯的關係。這關係既不是一種世間繼承，也不是一種因果聯繫。換句話講，我們的意思並不是說，法律的概念在歷史上先發生，而實用在次。我們毋寧說，我們邏輯地看他們是一互相牽連觀念的整個。這一種資料與方式的分別，只就邏輯的關係，纔能顯現。

現在我們無須從事於因果律的思考。大抵在現代自然科學的影響之下，必然的審定的問題，常常與因果的審定的問題，混爲一談。其實，後者不過是必然的一般概念的一種型式。現在的研究，我們在手的是邏輯的必然的問題。依這意義，我們纔說方式的法律概念是每個具體司法意志的必然前提。

在探討法律的概念中，所討論的結果，我們須理會二個完全不同的趨勢或見解。許多誤解都是由不顧法律的二方面這可悲事實而引起。一問到司法意志的方式的意義，這就是一個與實用

不同的問題。譬如有人很正當地說，一切政府的終極目的是法律與公道，假使有人問這些是什麼，我們所用以解答的方法，應當與我們所用以思考美法、德法或他法的實際內容的方法，有所不同。詩篇中說：『審判要轉向公義，心裏正真的，必都隨從。』（詩篇九四，十五）這節的意義，只有就法律哲學纔能體會；因為這裏所謂法律不過是一種純方式，用以平衡人類的願望與努力，並沒有涉及歷史上這個或那個法律的明文。

所以，一切法律哲學的討論，先須確定法律這名字的二種意義內，所用的是那一種。

七

上述吳博士之論文（見第一節）所爲之有味的擬議，指歸於同一的思路。這文以法律之存在問題爲出發點。其主張法律的主要性應從我們的整個知覺中探求一層，至爲正確。根本的問題即法律是什麼？那批判基礎的答案可分爲二層：這是概念的（邏輯的或因果的）也是覺識的（心理的或經驗的）。

這樣把問題提出與我們設問之方式，即實際法律所包含的是什麼，完全吻合。解答這個問題，我們說，那實際的法律一方面包括歷史的意志的特性，而他方面包括司法概念的方法的方式。

研究法律的存在即是對於實際法律複雜觀念的測驗。吳博士所提出的一點，即研究歷來法律的實際的或經驗的成分必以心理方法行之，完全正確。他方面，對於實際法律的覺識的成分加以系統的討論，以及分類的敘述，應由邏輯爲之，也並無不是。我們對於這稱之爲法學的構造。其任務係以因果的類別，系統地審定指明法律的種種史的內容。這些法理學的純粹類別的作成，就屬於法律哲學的領域了。因爲這是一個問題，非僅僅復述法律的實際內容所可解決。這裏所繫屬的是法律的主體及客體，法律的原因及關係，法律的超越及從屬，而最後與法律適合及不適合的種種類別。這些類別皆是專門法理學的純方式。就每個法律的爭點，我們都可以發見的。譬如甲因乙違法留置某物，而對於乙請求返還，這一案件之內，上述的八類就都具備了。

現在就來了法典技術的一般學理的問題了。條文的種類應依其一般差別而區分。牠們總是因果的或抽象的；前因後果明白敘述的即稱爲因果的；比較說得含糊一點的，即稱爲抽象的。良善

的立法當並用二類。立法者應記住，要預測將來的一切案件及一切法律的問題而盡予規定，是不可能的。他應得留一些地步與當事人、律師及法官，使他們對於將來發生的案件，得因時制宜。他應當訂立一些規定善良風俗、公平、誠實等條文。他應得概括地規定不得非法侵害他人之權利。

上述之問題通常爲律師、法官及立法者所不期然而然見到的，若一加體察，卽知其解決有待於邏輯的思考。我們須把這些思想顯露，而以理智去衡度。而且這樣從事之時，莫使與個人的心理狀態牽涉。

上面雖然那樣申述，而吳博士所主張那一部分司法的研究，卽他所謂覺識的觀察，當指歸於經驗的研究而應以心理學從事的，我們還是與他十分同情。因爲這些實際法律的覺識成分，要使我们研究其歷史過程中的起源與變遷。

八

一個法律的實際特質是那時候起來呢？自遼古以來，人們總是就法律本身以外的超絕主權，

以解答這個問題。關於這層，計有三種著名的學說。

第一，一切古文化的民族總是用間接神聖的志願的名詞來，解答他們法律的實際內容。在多神教的民族中都有這類趨勢。東方獨神教者也何獨不然。在舊約中，一切法律與戒條都以耶和華之權力為根據。而在可蘭經（Koran）中，我們也見到幾多條規歸源於阿蘭（Allah）之意志。在現代耶教國家這種信仰也不完全消逝。可是，具有比較進步的宗教概念的，這就不適合了。司法的意志絕對是人間的。所有一切憲章與法律，唯有人間負責。在某種意義下，對着硬的事實，探求客觀的公平，固然是神聖的任務。『爾當止於至善』這格言，這裏倒也相稱。但是我們不可盲於這事實，即依此訓條而從事之材料，在其演變之中，祇應以人間的情狀，加以解釋。

十九世紀為啓明時代，過分偏重於這人間的思想，而提創立法者絕對自由。大家相信只消理智認為是公平的，那立法者一下就可於立法中實現其理想。這情緒結晶於法國的革命，直至現在，這澎湃的潮流尚未完全消退。但是這整個的觀念在科學上是要不得的。依覺識的方法要產出法律的實際內容，我們須得取材於覺觸的現象。但是在覺觸的世界中，簡直沒有變遷不是為因果原

則所支配。所以，立法者絕對自由的觀念不免與現代科學的公認真理，正相刺謬。在康德的批判哲學中曾露曙光，而現在這觀念應列入骨董之肆了。

在十九世紀那國民精神的浪漫的主張發生了，將上述觀念取而代之。每個民族都被認為與個人相同，有一個精魂。大家信仰這國民精魂對於個人就喚起一類共通確信。這信仰影響於法理學至大，而民族法律的觀念即導源於此。這所謂歷史法學派的教訓蔓延許多地方，且至今尚留存不少。但這是基於一種神祕與混亂的概念。社會為一心理的實體的觀念，並無科學的根據。民族者無非是有社會關係的團體；而一民族的特性係由歷史情狀所促成。這些情狀永遠是隨時遷變的。由此可見那司法研究的覺識部分，即研究司法意志的實際內容的演進過程，祇能就社會各份子的心理生活着手。一個實際法律內容的特性係由歷來顯著的歷史環境演變出來。所以從事於社會心理學的研究倒是必要了。社會心理學可為一純粹敘述的科學，確切說明由社會各分子中所得的共通意見，確信及志願；或為一解釋的科學，研討那調和的真正原因。對於這研究心理學的意義與方法，我們尤有所說。

心理的研討與智識的批判學理頗有不同。後者取定一個觀念而僅就其質加以分析。心理的思考即不然，乃就觀念與特定人間求其關係。凡是根究一人怎樣會產生某種概念或意志的過程，其觀察就有心理的意味了。這就不啻爲一明鏡，可以看出歷史過程中實際法律的產生與變遷，且有雙重方式。其第一方式是在審定某個人或某羣人怎樣產生特種司法的努力。這裏的問題是努力的資料。其第二方式是在審究某種努力是否具備公道的性質與法律的效力。所謂法律的效力即是實施的可能。實施也有二個方式：第一由在上的強迫，以及心理所審定的在下的服從；第二由雙方面同意，那經過批判思考的命令是與法律概念吻合的。

所以心理學與認識論須互相輔翼。可是認識論的思考須具邏輯前提。因爲一個觀念未與一特定人發生關係之前，早先見了。公道與否的判斷不受心理學的影響，這一層欲人信仰也無須辯難。這是因爲問題中的思想，必與整個人類智識與意志相調和吻合的。

他方面，以「邏輯的前提」而論，我們纔可說這是對的。所謂邏輯前提者就是觀念的那部分，爲意中所不可缺的，否則整個的觀念當即消失。譬如，法律的概念是典當，強盜，兩合公司等等的邏輯前提。沒有後者，法律概念不妨仍舊留存；但反之即不行了。思想的批判精闡爲心理的論述的邏輯前提，其義正同；這就是說，思想與特定人的聯繫。

近來一般趣味過分偏重於心理學這邊。批判的研究不常被棄於腦後。霍爾姆斯法官所說的（上文吳博士論文所引）「法律的生命係經驗而非邏輯」看來不免含有錯誤。其錯誤在其所見爲「或此或彼」而不是「亦此亦彼」。其實批判的思想與心理的研究二者，應並尚纔是。但不先浸沉於前者，即難妥適從事於後者。只有學理纔能糾正不知不覺的努力；只有學理纔能使之指歸一定方向。學理爲人類生命之主，沒有一個凡夫可以離之而獨立。性質上這是與學校內所謂邏輯相同。感官感覺的資料，縱使認爲一種力，是盲目的，沒有意義的；這是邏輯的方式纔助成其或然的存在，此中包括實際法律的內容，其正當力量及其價值。

現在以數語說明我們討論的結果。

爲使學理的明晰，我們不得不將我們生命所寄以活動的複雜觀念，加以批判的分析。我們必須把分子的調和錯綜中的綜合明白地提出來，而將此中所謂純方式的邏輯的思想認明。

爲了實際的應用，我們需要方式與資料的統一。前者之入於覺觸的現實，係因其爲資料的輔翼，而沒有相稱的方式，後者將無意義了。可是我們的立場倒並不是需要什麼一完全稱配的整體。

純方式以二種情狀入於法理學的領域。概念與觀念的普通分別也可適用於法律的園地。

一對象的概念就是其本身的統一性，有別於其他對象。我們必須注視那常恆的情狀，由此可以統一地想像那對象。沒有一個對象可以獨立認識。這須得一種綜合，並須與其他對象相對比，纔能識知。但這並不是說，只要其本身的統一性還是明白，一個對象即不能以概念全部表示出來。

法律的概念亦然。這可加以確定，以別於道德、風俗以及專裁決斷。法律係代表不可侵犯權的

外表總和。凡具此意義，一種司法的意志就完全顯現。每個實際法律的內容總是充分包括法律的觀念。

但當我們概念地決定我們智識與意志的各個對象時，我們還是不能得到以科學探求的絕對統一。這裏就須思考那觀念了。這觀念纔能使概念的審定事物歸於絕對和諧。這絕對和諧當然不能從現實產生。這是個永不能完全解決的問題；但雖如此，這問題是不可棄置的。

在法理學上，公道的觀念，與法律的概念左右不離。一切能設想的司法問題，必須依公道的觀念使之完全和諧。這可為史實的南針。這些史實必使之有一種客觀公正的結果，雖然永不能達到絕對公正的狀態。這就是為什麼我們說，一切政治的終極目的是法律與公道呢。

概念地審定的法律包括權力。在外國有一種誠樸的偏見，以為法律與權力是互相對立。其實，牠們是互相輔翼。法律而無權力即等於無物；權力而無法律即非正當。

公道的觀念必然包括那激勵的神聖的仁愛這成分。『仁愛是使法律美備。』仁愛促使人們抑制一己，順從正當意志的命令，這些命令，即是在人類社會生活中，表示公道的理想工作的方式。