

現代
法

學

著 璩 汝 杵

刊
店 書 月 新

現 代 法 學

梅 汝 璈 著

上 海
新 月 書 店 印 行

580.496
279

現代法學目錄

第一章 現代法學的背景

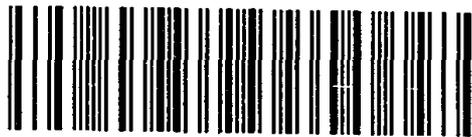
~~~~~希臘羅馬之法理思想~~~~~

## 第二章 現代法學的起源

## 第三章 現代法學的歷史和派

〔一〕十八世紀之自然法派

〔二〕十九世紀之三大派



3 0647 4483 6

三民主義青年團  
中央幹部學校圖書館

001342

I 歷史派

II 玄學派

III 分析派

「三」二十世紀之各派

I 社會哲學派

(1) 社會功利派

(2) 新康德派

(3) 新黑智兒派

(4) 法國新自然法派

II 經濟史觀派

### Ⅲ社會學派

- (1) 社會學派的意義和特點
- (2) 實證哲學(機械論)時期
- (3) 生物學時期
- (4) 心理學時期
- (5) 綜合統一時期
- (6) 社會學派的傾向和批評

## 第四章 現代法學的趨勢

### 「一」關於法學研究方面

I 機能研究的趨勢

II 合作態度的趨勢

〔二〕關於法律應用方面

III 個別應用的趨勢

IV 預防主義的趨勢

〔三〕關於法律觀念方面

V 社會觀點的趨勢

VI 處分有限的趨勢

〔四〕結論

【附錄】參考書目

580  
279  
2

# 現代法學

梅汝璈編

## 第一章 現代法學的背景

~~~~~希臘羅馬之法理思想~~~~~

今日西洋之談任何學問的，差不多都要祖述希臘；因為希臘是西洋文化學術的淵源，猶如春秋戰國之於我國一樣。然而像我們今日之所謂的「法律學」，在希臘時代却還沒有。希臘當時之所謂「法」，乃包括宗教之法，倫理之法，道德之法，國家之法，及一切節制社會



(南)

與人羣行爲之法而言，非如我們今日所了解，必依國家權力之執行而後纔能稱之爲「法」。

希臘是以城市爲國家，所以他們每一個城市都是一個有組織的政
治團體。然而這種團體雖具國家之規模；但從許多方面看來，實仍未
脫血族社會之痕跡。是故當時希臘的宗族思想和國家觀念，於無形之
中，便現出一種在政治上社會上競爭的現象。這是凡研究過希臘史的
人都能隱約看見的事實。在法律上，牠們便成爲部落固有的舊習慣
與國家頒布的新法令之互相抗衡。這種抗衡和競爭的現象極爲當時希
臘哲學家所注意。此外還有一件事也爲他們所注意的，這便是希臘人
的法律和非希臘人(Barbarians)的法律差別之大，及希臘各國間之法

律互異之甚。不但如此。就是希臘一國之法律，也常因時代之演進，而變化無定。凡此種種現象，都給了希臘哲學家一個極深刻的印象。他們覺得法律之爲物乃是一種空泛無標準且得爲當權者任意變更的東西。法律既無一定之標準且得任意而變更，牠對於社會秩序危險之大，自不待言。況且希臘那時『寡頭政治』與『平民政治』的競爭正烈，法律自難免不爲黨派所操縱而利用爲政爭的工具。希臘哲學家很以爲憂。於是他們便出來倡一種法律須固定的學說，以爲社會秩序之保障。這種學說是根據於「自然」，所以叫做「自然法說」。牠的意思是說國家的法律是呆板固定的，一如自然界之定律：春往夏至，秋去冬來，有條不紊，而不容絲毫人力之勉強於其間。本此學說，則法

律之極終目的要不外維持社會現象的「恆態」(Status Quo)，而牠的效用亦不過是使國家社會中之各分子恪守其自己固有的地位而已。在這種思想之下，人民一切之法律權利都算是天賦而來，與萬物並存，決非任何他人的意志所能增削。這是希臘法理哲學之中心觀念，也即是希臘人「自然法說」的基本理論。

羅馬承希臘之後而變爲了西洋文化之中心。然而牠的法理思想却沒有多大可觀，因爲羅馬人注重實際，非若希臘人之精於哲學。但是真正的法律學必建築在現實法律之上，而羅馬現實法之美備爲亙古所未見，牠實是建築真正法律學最良善的基礎。

所以，在希臘時代純爲法理思想者，到了羅馬時代便變爲現實之

法制了。這是因為羅馬的立法大都是運用希臘之哲學觀念的緣故。試看優司丁尼帝之「法學階梯」(Justinian Institutes)。牠對於法律上的「公平」(Justice)之解釋說：公平之目的無他，使各人得他所應得的而已。換言之，公平者即社會分子各守其「固定」之權利和義務而不得互相越俎侵犯的意思。所謂「固定之權利義務」者，乃是與生而俱來，自然之所賜。希臘人的自然觀念到此時便變為「自然律」(Natural law)了。「自然律」乃是一種理想的，普遍的宇宙原則，而為國家社會立法所當奉為標準的。羅馬法之發達也可說不過是當日立法者努力於達此標準的成績而已。

在希臘時代立法原不過法家傳授的一種技術，到了羅馬時代牠便

變為一種科學的，哲學的研究了。

第二章 現代法學之起源

希臘雖以哲學著名，羅馬雖以法制見稱；然而現代法學却不始於希臘羅馬時代而始於十二世紀。按十二世紀的時候，學術界有一奇特之學說，這便是「羅馬帝國之廣續說」。根據此說，則中古所謂之羅馬帝國即是上古羅馬帝國之廣續；亦即奧格士達 (Augustus)，康士坦丁 (Constantine)，優司提林 (Justinian) 諸帝的後裔。照這樣說，羅馬古法在此時之羅馬帝國及一切奉行羅馬教的國家當然發生直接的效力，自不待言。於是一般的法律學者都奉羅馬之「法令大全」

(Corpus Juris) 爲聖經；補苴罅漏，不暇餘力。因此，而有所謂「解釋家」，「評論家」，「博古家」三派相繼出現。茲分述之：

(1) 解。釋。家。 (Glossators)。——這派產生最早，盛行於十二和十三世紀。他們的方法，至爲簡單。他們首將「法令大全」中之每章每節逐加註釋，晦者明之，簡者詳之。更將法典中之案例分別異同，製爲定則，或格言，以便誦覽。從現代眼光看來，這種成績乃法學家最初步之工作。然在當時，他們却以爲法學家之能事祇盡於此。迨至十三世紀的中葉，這班解釋家之著述得以集爲一書，名曰「註解彙集」 (The Gloss)。至此，羅馬「法令大全」之註解和分析的工作，可算大備了。

(二) 評論家 (Commentators)。——這派又名「義大利學派」(Italian School)，乃繼「解釋派」而產生，盛行於十三世紀末葉，十四世紀及十五世紀。解釋家的工作祇限於法典章節和字句之攷據，前面已經說過。「評論家」却不然。評論家將法典之內容分爲若干門類和問題，而對於每門每類或每一問題都以形式論理 (Formal logic，即演繹邏輯) 之方法和經典哲學 (Scholastic philosophy) 之態度去研究牠，使成系統。這派的治學方法和範圍都比解釋派爲完善。然而形式論理和經典哲學究非真正之科學方法，實仍不合現代的精神。

(三) 博古家 (Humanists)。——此派乃繼評論家而起，盛行於

十四世紀至十六世紀。那時歐洲「文運復興」運動正熾，哲學思想亦極發達；於是法律觀念便也不免受其影響。博古家便在這個當兒應運而出。博古家對於法律之全體現象和根本理論，常作科學的探討，以求得其適當和合理的原則，非若解釋家或評論家之祇於法典中作章句或片段之研究者可比。我們有真正之法學，實從此派起。世人常呼之爲「法蘭西學派」(French School)，實則此派的鼻祖亞爾西達士(Alcijatus 1492—1559)乃是一義大利人。繼亞氏而起的有古賈(Cujas 1522—1590)氏及唐納喇(Donellus 1527—1591)氏。他們都是這派的巨子。古氏是法律史之拓殖者；而對於全體法律現象作分析之研究

者，則當推唐氏爲第一人。迄後十九世紀學者對於羅馬法作分析之研究猶不能不祖述於唐氏。其貢獻偉大，可見一斑。

上古時代對於法律的觀念，本很簡鄙。法律要不過一種維持人民之和平而使彼此間無復仇舉動的東西而已。這種粗淺的觀念，在希臘時代，本已絕跡。然自羅馬滅亡以後，牠却又隨着日爾曼民族的法律而復興，風行歐洲，頗盛一時。等到十二世紀以後，學者爭相研究羅馬法典，這種觀念又漸歸於消滅。希臘之法律思想此時遂得以復興，因爲羅馬法典的成立多半是根據希臘的哲學思想的。（說見第一章）希臘哲學對於法律之見解，說法律之目的是在維持社會之「恆態。」（Status Quo）。然而希臘哲學家所謂社會之「恆態」乃是根據

一種理想的，普遍的自然法而來。等到中古世紀羅馬法復興以後的時
候，他們便不以爲然了。此時所謂之社會「恆態」乃是根據於「神
權」和「習慣」而來，與希臘哲學之原意大相逕庭。此時的法律便被
看做一種神權所授和習慣所構的制度，而用來維持社會固定之現狀
的。在十三世紀的時候法學成爲神學之一重要部分，其原因卽在此。
後來因爲羅馬法研究之普及，哲學思想之進步，和宗教之改革等原
因，法學乃得脫離神學的範圍。關於這點，我們下章有詳細的討論。

第三章 現代法學之歷史及派別

【一】十八世紀之自然法派

我們前面說過，希臘的法理思想是「自然法」的思想，而羅馬的法制亦多本乎「自然法」的觀念（說見第一章）。但是他們所謂的「自然法」乃是宇宙間之普遍的理想之法則而為立法者所當奉為標準的，和我們此處所述盛行於十八世紀之現代「自然法」觀念雖名同而實異。因為現代自然法派之學說是拿人類自然狀態（State of Nature）為立論之根據，意謂人類在國家法律未成立以前便已有「自然律」之存在，

爲支配其行爲的標準。他們並不如希臘哲學家所主張，宇宙間果有一超然的，理想的，普遍的法則存在。所以他們的自然法學說乃純就人性和歷史立論，和希臘時代之含純哲學的意味者迥然不同。我們對於這兩種自然法學說的區別首當認清，不可混爲一談。

歐洲自馬丁路德(Martin Luther)所倡宗教改革運動成功之後，法學於是遂得脫離神學之範圍。十七世紀末葉，「羅馬帝國廣續說」旋亦宣告破產；於是羅馬法有效說亦立隨之而消滅。優司提尼帝之「法令大全」(Corpus juris)當亦失其威權。有以上兩種之緣因，(法律之學獨立及羅馬帝國廣續說之破產)，歐洲的法律和法學便得到一種絕大的解放。先前奉「威權」和「習慣」爲法律之泉源的，到了這

個時候也都以「理性」爲法律的無上及惟一之根據了。這種解放運動風靡全歐，盛極一時。到十八世紀自然法派鼎盛時，便可稱爲登峯造極。自然法派的勢力，在今日法學中，還可看見。牠在法理思想史上具有不磨之地位，那是不用說的了。

自然法派之系別很多。他們的學說也不很一致。要而言之，他們大都承認人類在沒有國家狀態以前是生存在一種自然狀態之中。自然狀態之存在非有何不可思議的原因，實是人類之天性（即人性）使然。故自然法派又爲絕對之「人性論」者。他們對於前人之「神授」「天意」等說是深惡痛絕的。

然而，人類爲什麼要脫離自然狀態而結爲國家呢？他們的答

案是，「因為他們有契約」。所以自然法派大都同時又是「民約論」(Social Contract)者。至於人類為何而有「民約」，則各派之解答不一。浩布思(T. Hobbes, 1588—1679)一派認自然狀態為醜惡殘忍。人民生存其下不能安居樂業。於是他們便相約而結為國家，蓋欲藉此以避免那種醜惡殘忍的自然生活。盧騷(J. J. Rousseau, 1712—1788)一派便不以為然。他們承認自然狀態為美善安樂。在那種狀態之下，人民適皆享受平等自由之權利。他們相約而結為國家實是為得要保持並促進這種美善安樂的自然生活。界乎浩布思和盧騷兩派學說之間者，還有洛克(J. Locke 1632—1704)一派。這幾派對於人類古初自然狀態及國家結合原因之認識雖不相同，然他們對於國家法律之要求

則無二致。因為他們都是自然法論者，主張國家之法律必須合乎「自然」而後纔可稱為良善的法律。所謂「自然」並非別的，「人性」而已。所以自然法之制定，必須準乎人類之理性。然「人類」乃一廣泛的名詞，而「理性」又是一虛渺的品質。是故什麼是「人類的理性」，「乃一極不容易解決的問題。自然法派說人類的理性當由「抽象人」(abstract man) 中求之。然而什麼是「抽象人」，則更飄茫難言了。所以其結果則所謂自然法者，要不外各家自己所認為最理想，最合意的法律而已。在這種學說之下，各家對於法律內容之觀念，自不一致。然而自然法派的功蹟却很偉大。因為他們把法律建基於人類理性之上，實足以一掃中古時期拘泥於威權及習慣的積習，而啓發近代創造

的自由的立法精神。

自然法派的鼻祖要推葛羅鐵士。(Hugo Grotius)(1583—1645)。

浩布思 (Hobbes) 洛克 (Locke) 和 盧騷 (Rousseau) 三氏是這派最著名的領袖。此外，斯賓羅查 (Spinoza)，普芬朶夫 (Pufendorf) 吳佛 (Wolff) 和 爾泰，(Voltaire)，孟德斯鳩，(Montesquieu) 及 康德 (Kant) 等，於這派的色彩都很濃厚。即稱他們為自然法派，恐怕也不算厚誣呢。

【二】十九世紀之三大派

工歷史派

十八世紀為自然法派的全盛時代。等到十九世紀的初葉，該派學

說已不爲人所重視而現衰落之象。其中原因雖多，而自然法學說本身之有不少缺點，實其主要者之一。我們嘗說自然法說之最大貢獻是在解放當時人民拘泥於權威和習慣之思想，而創造以人性立論之自由的立法精神。牠在法律思想史上所以具有不磨的地位，也就在這點。但這不過是一時的作用和效果，而其學說之本身則殊缺乏永久的科學的價值。按自然法說的基本理論是「人性論」和「民約論」二者，前面已經說過。民約論之非歷史的事實，已爲學者所公認；而人性論流弊所及，又足使人馳聘理想，專務空論，使法律變爲一空泛無標準之物。因爲這樣，自然法說到十八世紀末葉已漸爲人所不滿意。同時，「歷史派」「玄理派」及「分析派」便應運而生，演成十九世紀之三

大學派。

以時間論，三派中當推歷史派產生最早。我們且先述歷史派之梗概。

歷史派的中心觀念，即在認法律僅可由我們從人類社會或國家之歷史事實去發現，而不能由我們以獨立的意志去創造。換言之，法律乃人類經驗所結成之人類的或社會的行爲公例，因逐漸的發展而成爲條文規例者。故歷史派最注重民族歷史事實之演化，而輕視國家立法機關之效能。他們最注重法律背後之一切社會制裁，（如人類之服從心，同羣之好惡心，社會之輿論力，羣衆之公道心，等等），而否認政治組織之法律創造力。以歷史派的眼光看來，法律者要不過民族

的習慣而已；而立法機關的效能也不過是將這種種習慣整理爲條文而已。

歷史派的創始人大家都知道是薩威尼 (Savigny) 氏。然古加 (Cujas, 1522—1590) 氏之法史研究及康德 (Kant 1724—1804) 雪林 (Schelling) 二氏之哲學思想，對於這派的影響亦非淺鮮。古氏是十六世紀「博古派」之鉅子。以歷史方法研究法律原則者，當推他爲第一人。康氏首創「法律公平」 (Legal Justice) 之標準，說法律公平之目的乃在使個人自由得最大之發展；但這種發展却以不侵害他人之自由爲界限。這個學說一出，自然法派之理論方法遂受一根本之打擊。迄後十九世紀各派得謀自然法派而代之，康氏實與有功。雪氏乃

最初主張「國家有機體說」(Organic Theory of State)之一人，謂國家乃一有機體而生存於宇宙之有機體中，如同人一般。他對於法律，不承認宇宙中有一已發達之自然法，而承認法律爲此有機體（即國家）演化中之一方面的表現。雪氏雖不是常人所認爲歷史派重要人物，然他的國家有機論之學說却給了歷史派一個堅強的基礎。

在薩威尼氏之前還有一個人也是歷史派的先驅者，這便是游葛(Hugo)氏。游氏亦力擊自然法說而主張國家有機論。他說法律是民族精神之表現，而基於民族之「法律共信」。故民族之法律共信乃真正之法律本質。根據此說，玄理的演繹方法，其重要祇限於形式方面；而法律之內容則舍從歷史及經驗方面求之，沒有別的办法。

游氏雖是歷史派的先驅，且古氏，康氏，雪氏等對於這派也都不無相當的貢獻；然集歷史派之大成而使其蔚然成爲法學上之一有勢力學派，則不能不歸功於薩威尼（Karl von Savigny, 1779--1831）氏。世人常以薩氏代表歷史派，並非無因。薩氏對於現實法之起源和演化，至有研究。他說秦古之時，人民之有「法權」猶如他們有語言習慣一樣。語言習慣和法權等現象，就實質言並非數物，而是一物（民族之活動）之數方面的表現而已。所以法律與民族之關係乃是有機的，一如語言習慣然。薩氏說：法律是與民族同生長，同繁榮，同衰滅的東西。又說：法律之產生雖不全由於習慣，但必根據於當時所公認之普通現象。所謂普通現象乃合人民之共同信仰和習慣而成，法

律要不過加之以一種特殊的形式而已。故法律乃人民心理活動之結果，而非立法者武斷的意志之命令。據薩氏的說法，一切的現實法都可稱爲「公意法」，(Popular Law)，因爲他們都建築在民族的公共意志之上。

與薩氏相呼應而亦爲歷史派之重要人物的，還有一位浦合陶(Pufendorf)氏。浦氏嘗說法律乃民族精神之表現，公共活動之成績。故法律之機能不屬於個人，亦不屬於家庭，而屬於全民族。這樣看來，法律信條和道德信條的性質，迥然不同。道德信條得爲一人所有，一家所有，或一民族所有；且得因一人而異，因一家而異，因一民族而異；而法律信條則祇能爲一民族所有，祇得因一民族而異。換

言之，法律乃全民族之共信，全民族之產物，全民族之財產。和浦氏這種學說相彷彿而也算歷史派之巨子的，還有哈謨（Harns, 1819—1880）氏。他也是一位著名的德國學者。

歷史派除德國諸人外，尚有所謂「英國歷史派」者。這派的代表是梅因（Sir Henry Maine, 1822—1888）。梅氏嘗提倡以現實法之研究來求得法律沿革之定則。他所著的「古代法論」膾炙人口，固不失為研究歷史法學之重要材料。但他對於歷史派學說本身的具體貢獻，則不及薩維尼氏遠甚。

正玄學派

十九世紀的初葉，在歐洲大陸上能和歷史派相抗衡的祇有所謂

的「玄學派」(Metaphysical School)。但是玄學派的命運極短。到十九世紀末葉的時候，他已不是歷史派的勁敵了。那時全歐洲，除了意大利和蘇格蘭以外，全都屬於歷史派的版圖。玄學派此時已成「強弩之末」了。緣玄學派之起，乃繼承前此之哲學派而來。原來以哲學爲治法學之方法，由來甚古。希臘哲學家的自然法觀念，說宇宙間有一理想的，不易的普遍原則；然推求這種原則，自捨用哲學方法外，其道莫由。羅馬立法鼎盛時代秉承希臘的哲學思想，拋棄習慣和形式的拘束而純根據於法理和自然，以完成其「萬民法」(Jus Gentium)。這也是運用哲學方法的先例。中古時代之神學的法律學更包括哲學的法律學於其中。等到十七世紀法律學既得脫離神學而獨立，於

是哲學的法律學益見昌明。十八世紀的自然法派。說法律應當根據於人類良善的理性，其具哲學之色彩尤為濃厚。

十九世紀初葉。因自然法派的衰落，法學家便分裂成爲三派，前面已經提過。其中繼續運用哲學方法去治法學的便是「玄學派」，和當時的「歷史派」「分析派」形成三足鼎立的模樣。

玄學派之目的乃在想用玄學的方法求得一理想的原則，而以這原則爲使法律系統化的基礎和批評法律制度，法律學說及法律條文的根據。這種原則的求得乃是拿一種根本觀念，如同「權利」「自由」等，做出發點。然後以演繹的方法去發揮推演牠，使成系統。所以這派的學者對於一切的現實法律最注重其論理的道德的背景，亦即當時

人民對於法律目的之觀念和理想。他們批評法律制度的好壞也是根據於這種觀念和理想。他們既注重法律之理想和觀念的方面，所以他們對於法律亦祇認為僅可發現而不能造作。就這點而論，玄學派的主張蓋與歷史派完全相同。歷史派說法律是民族習慣和信仰之進化；玄學派便說法律是人類理想和觀念之推演。這兩派對於法律實質之認識雖各不同；然他們反對法律可由主權者意志之命令而創造，則無二致。

黑智兒 (George Wilhelm Hegel, 1770-1831) 對於玄學派的影響最大。黑氏是近代一偉大之哲學家，和康德齊名。他嘗說世界進化的本質乃在人類的「意志」，而人類意志的進化又可分為三期：第一期是主觀的意志期，是即個人之武斷的，非道德的意志發展之期。第

二期是客觀的意志期，是即國家之公衆的，道德的意志實現之期。第三期是絕對的意志期，是即自由之實現及擴充而完成爲「道德」之期。故以黑氏的學說看去，宇宙進化不過是自由發展的程序；而世界歷史亦不過是人類解放的途徑而已。至於法律，牠乃是人類進化中的一重要階程：個人的主觀意志由此而得達到團體的客觀意志，客觀的意志（即自由）由此始能成爲國家。「道德」則惟在國家纔能完成，且惟藉國家纔能完成。故法律直接所以完成國家，而間接便是完成道德。惟其有道德，所以個人得超越他偶然的單獨的存在而成爲全體之一部分。成爲全體之一部分之後，個人纔能發揮其「真我」，而世界纔對的極終目的纔能達到。

黑智兒對於法律的觀念既如上面所說。他對於法律學的貢獻可注意的，還有幾件：（一）汎神主義（Pantheism）及汎理主義（Panlogismus）。（二）歷史主義的進化論。（三）非個人主義。（四）「文化國」主義。他嘗說：「有理者實在，實在者有理。」國家和法律既是實在，故亦當然有理。法學家無證明其有理之必要，祇要認識其實在便夠了。二十世紀「新黑智兒派」常有比較法學研究的傾向，殆即萌芽於黑氏這種汎神主義汎理主義的學說。黑氏又說法律並非一永久不變的東西，而是進化中之一階程。他對於歷史主義進化論的傾向，已很明顯。黑氏這種說法，牠本身雖非科學的；然而牠可以傾覆自然主義的法學之基礎而闢科學的法學之途徑，其功蓋不可泯。黑氏又主張非個

人主義。他與康德不同之處，以此爲最重要。康氏以個人爲其哲學之中心，而黑氏則僅視個人爲進化的生活之初步。他嘗說：進化完成後之意志非個人之意志；進化完成以後之自由非個人之自由。至於他的文化國主義，說國家不僅是法的正義之實現，而亦是道德之最高實現。所謂道德之最高實現，即不外解決時代觀念所發現之一切文化問題而已。這種說法，可以打破狹義的法治國主義。新黑智兒派的巨子郭納(Kohler)高唱法律爲文化產物，文化工具之說，即發源於此。

繼黑智兒之後而於玄學派也具有濃厚色彩的尙有克樂塞 (Krause)，斯道魯，(Stahl)，艾倫 (Ahren)，甘斯 (Gans)，達恩 (Dahn)，黑伯 (Herbart)，羅道 (Föder)，羅勒綿 (Lochner)諸氏。最

近二十世紀中又有所謂「新黑智兒派」者出，以郭納氏爲領袖。他們的學說本書後面有專題討論，此處不贅。

III 分析派

自十八世紀末葉「自然法」學說破產之後，歐洲的法學界便分化成了三派，我們前面已經說過。在歐洲大陸上相對峙抗衡的爲「玄學派」和「歷史派」；而在英國獨樹一幟的則爲「分析派」。十九世紀之分析派所以又叫「英國分析派」的原故，便即在此。

分析派的治學方法是要集合世界上已經發達了的各法系（如羅馬法系，英國法系）而就牠們的法律之目的，內容和意義爲比較的研究，以求其相同相異之點。他們的研究方法是分析的，即是將各法系

已成熟之形式方面而分析其系統，綱目，原則和條理。他們的方法既重分析，所以他們研究的範圍就不能不祇限於已發達之各法系，因為非如是則不能獲得顯著的成績。這是分析派第一個特徵。分析派既注重形式，所以他們承認法律也只限於立法者之意志所造成且賴國家強制力以執行的，否則不足以稱為法律。換句話說，從分析派看來，法律不是別的，國家之命令而已。這是分析派第二個特徵。有以上的兩個特徵，故分析派所研究的材料，至為有限；而其對於法律的觀念，尤其偏狹。世人常有譏笑牠是「坐井觀天」，「知其一而不知其二」的，並非完全無因。

分析派的代表大家都承認是奧司丁 (Austin) 氏。然而分析方

法的產生則遠在奧氏之前。十二和十三兩世紀的「注釋派」之研究羅馬法，即已開應用分析方法之端。迨後之「評論派」，「博古派」，「探用這種方法的更多。唐納喇 (Donellus) 氏對於法律嘗以分析的研究著稱於世。耶梭 (Therino) 氏說法律學始於羅馬的意思，便是指羅馬時代的法家已經能夠運用簡單的分析方法。果然如此，則分析方法之淵源便更久遠了。然而在十九世紀以前，法學家之運用分析方法乃是偶然的事實。其以分析為研究法理之惟一方法，且使之巍然成為法學之一大宗支者，則不能不算是從十九世紀的「英國分析派」起。

在十八世紀的時候，英國有一位布拉克斯東 (William Blackstone) 氏，是一個極著名的法學家。他嘗用分析的方法著成其偉大的

「英法釋義」(Commentaries on the Laws of England)一書。世人不察，因此遂認布氏爲英國分析派之鼻祖。實則布氏受自然法說的影響至深，常混法律與道德爲一談，且認違反道德之法律爲無效。他這種學說，和正統分析派之命令說當然是大相逕庭了。邊沁 (Jeremy Bentham) 氏嘗反對布氏之說，但他對於法學別有見地，自成一家，不屬於分析派之範圍。邊氏死後，奧司丁 (John Austin, 1790-1859) 氏之名著「法學範圍論」(The Province of Jurisprudence Determined) 出世，英國分析派之學說遂得大盛。那時是一千八百三十二年。世人都認奧司丁爲分析派之代表，實非無故。

奧氏之學說是合「功利派」(Utilitarians) 的基礎和「現實論」

(Positivism) 的原則而成。對於國家之起原，他主張功利論。對於法律之範圍，他主張現實論。他嘗遊學於德，而對於德國理想派的玄理學說則甚厭棄。但是他究竟未能全脫德國法學家之蔭翳，而受游葛 (Gustav von Hugo) 氏的影響尤為深刻。他著述中常有「現實法律哲學」的名稱出現，殆即祖述於游氏。

奧氏之治學方法乃形式的論理的，和浩布思 (Hobbes) 氏酷似。對於名詞定義之清晰邏輯推理之嚴緊最為注意。奧氏對於主權學說則力使其脫離其論理的及歷史的背景。更以抽象之方法，建設一種「命令說」的法律主張。「命令說」之法律主張非他，即是承認法律之全體都是由國家主權者之命令所構成。換言之，國家之主權者乃一切

法律之惟一泉源；而法律學之能事亦惟在分析這些主權者的命令（即法律）而已。至於主權者爲何而有某種命令，某種命令是否公平允當，牠歷史的論理的或社會的背景如何，那都不是法律學所宜問的。

奧氏對於「民約論」很不滿意。他說國家之發達乃逐漸的而非驟然的，乃由於人類對於政府功用之認識的逐漸增加，而非由於契約的驟然締結。人民之所以能生存在政治團體裏，非由於有形之同意，實由於服從之習慣。凡能受多數人民之服從而無須服從他人者，便叫做「主權者」。主權者即是國家，而國家亦即主權者。故從奧氏看來，主權者與國家並非二物，實乃一物之二形。然而主權者不是一國帝王，也不是人民的全體，而是實際上能有政治權力的某一部分人。

主權者的威權在法律上是絕對的，因為最高立法權牠本身決不能受任何更高法律之限制。主權者非但是一切法律權利之泉源，且是一切法律自由之創造者和保護者。

對於「天然權利」之說，奧氏也極端反對。他說人類一切的權利都是法律所賦與，而受國家之保護和限制；世間固無所謂「天然權利」。他對於法律的定義，說法律乃「在上者」(Superior)對於「在下者」(Inferior)之命令。牠之所以有拘束力而為「在下者」所服從者，乃由於「在上者」有能力可以對於違犯其命令者處以刑罰的原故。政治上之「在上者」(即國家之主權者)所發的命令便是「現實法律」(Positive Law)，亦即惟一真正之法律。其他一切非政治的「在上者」所

發之命令都不能稱爲「現實法律」，而祇能稱爲「現實道德」(Positive Morality)。從奧氏看來，不但社會之風俗，習慣，輿論，禮節，儀式，等等，屬於現實道德；卽所謂之「國際公法」和「憲法」也只能稱爲現實道德而不能稱爲法律。何以？國際公法之所以不能稱爲法律者，乃是因爲牠缺乏一有力之「在上者」爲之執行而使各國遵守。憲法之所以不能稱爲法律者，乃由於世界上不能有更高的權力可以立法去建設主權者之本身而使其服從。

奧氏說法律形式不必一致：有的是條文，有的是判例，有的是習慣。條文是主權者意志之直接命令。判例乃主權者委托法庭所宣布，故爲間接命令。但習慣之能稱爲法律者，必須先經主權者之允

許，否則不能成爲習慣法。因爲「主權者之所允許卽其所命令」，故習慣法亦主權者之間接命令。由是以言，無論法律之形式如何，然非經主權者直接或間接之命令則斷不能稱爲法律。世人稱奧氏爲極端之命令論者，決非無因。奧氏在他所著的「法學範圍論」極力主張法律學之職務祇在分析現實法律。除此之外，一切都非牠所宜問。

奧氏的學說很爲當時法律學者所不滿。在大陸上，牠遭歷史派的反對尤爲熱烈。因此分析派在大陸上始終不得佔若何位置。奧氏死了以後，英國法學界裏師承其說者頗不乏人。晚近之波羅克（Herbert Pollock）和何蘭德（Thomas E. Holland）二氏可算是分析派的「後起之秀」。

【三】二十世紀之各派

十九世紀三大派的大概，我們前面已經說過。然而這三派有一個共同的缺點，這便是他們都想以法律本身為獨一無二之基礎而建築其全部之法學。這種毛病，分析和歷史二派所患比玄學派更厲害；因為這兩派都主張以一時一地之法律本身的意義為批評該時該地之法律的標準。這種主張是錯誤，自不待言。玄學派表面上雖嘗想於法律本身之外別求一玄學的法律標準，然而實際上則他們所謂玄學的法律標準要仍不外由法律本身所求得。這點我們於論玄學派時便已明白了。

分析派，玄學派和歷史派既都孳孳於法律本身求法律標準；故以社會學的眼光看來，他們都有莫大的缺憾。我們且分開來看看：

分析的方法固不愧爲研究法學良好方法之一。然而把他當做法學上惟一的方法，如同分析派所堅持者，則必定會有下列兩種惡果：

(一) 產生耶陵 (Marino) 氏所謂之「概念論的法律學」(Juris prudence of Conceptions)——即對於一切的新現象和情形都以固有之舊概念用演繹的方法去處置，而對於這些概念之正確與否和其所產生之結果是否與其目的相符則不甚注意。

(二) 分析派的「命令說」適足使立法者和司法者藐視法律及判例當適合理性之需要及人類進化和社會遷變之要求。

分析方法既不能爲治法學之惟一方法。但若以歷史方法爲治法學之惟一方法，如同歷史派所主張者，則亦有下面的二大錯

誤：——

(一) 歷史派學者誤認由歷史之研究從舊古法律所得之概念和原則當然爲一切法律之普遍的概念和原則。於是對於一切法律上之改革，凡不與他們所承認之概念和原則相符合的，他們皆持反對。

(二) 歷史派誤認法律史上之偶然現象爲法律史上之普遍現象。非但分析歷史二派有上述之錯誤，即認玄學派的方法爲治法學惟一的方法，那也有莫大的危險。因爲有兩個原故：

(一) 玄學方法之應用過於抽象和機械。其結果可使世人對於法律哲學之信仰減低。

(二) 玄學方法之作用常爲固有之舊學說舊原則辯護，而缺乏批評的精神。因此使許多不適時代應歸淘汰之學說原則反得苟延其生命。這實與玄學派之本旨相違背。

分析派，歷史派及玄學派既皆具缺點，有如上述。所以到了十九世紀末葉，學者已覺純用一派之主張爲治法學的方法必非善策。於是，在歐洲大陸上，歷史和玄學的方法嘗相輔爲用。迄後分析派和所謂「法學通論」派（即 General Theory of Law）與英國分析派所研究之內容相似）亦漸發達。至是，三派方法遂相行並用而無衝突。其在英國，歷史派和分析派此時也漸具調和的趨勢。

在這三派方法調和之外，此時更有兩種重要的新運動發生，而

演成二十世紀法學上之兩大宗派。其中一種運動是以哲學爲中心原動力。結果是在使法律哲學之復興，而產生所謂之「社會哲學派」(Social Philosophical School)。其他一種運動則以社會學爲中心原動力，認法律爲社會制度之一種，而對於一切法律制度均以社會科學之方法，作機能的研究。這種研究，因近日社會科學進步之迅速而愈形發達。「社會學派」(Sociological School)的法學之所以能在二十世紀獨放異彩，便是這個原故。現在讓我們把這兩大派分開來研究。

Ⅰ 社會哲學派 (Social Philosophical Schools)

十八世紀的自然法派想由抽象的個人理性中，求得宇宙間之一切現象。十九世紀的各派則想由抽象的個人意識中，演繹出宇宙間之

一切事理。等到現在，這些根據於個人主義的法律哲學，因為時代的變遷，都已不爲人所滿意。起而出來替代牠們的，首爲以社會爲基礎之「社會哲學」。然而，社會哲學中的派別很多。十九世紀末葉在大陸上已形萌芽的，計有三派。以時間論，當推「社會功利派」爲最早。請先述其梗概：

(一) 社會功利派 (Social Utilitarians)

社會功利派的代表，大家都知道是德國耶陵 (Rudolf von Jhering 1818-1892) 氏。以貢獻論，自以耶陵氏爲最大。然以時間言，則功利派的思想在英國早已獨樹一幟。當時提倡最力的要算邊沁 (Jeremy Bentham) 氏。邊氏說法律的目的乃在增進「最大多數之最大幸

福」(The greatest happiness of the greatest number)。他既以此爲出發點，則他到達於社會政策的「指導立法主義」實是當然的趨勢。顧在當時的英國，所謂最大多數乃中產商人階級。因此邊氏便說各人都該置之排擠之列。換句話說，邊氏的社會政策「放任主義」(Laissez-faire)的社會政策而已。放任主義雖不是功利主義必然的結論，然在英國自經穆納(John Stuart Mill, 1808-1873)祖述發揮之後，牠的勢力極大，頗能支配十九世紀末葉的政治思想。這種個人的功利主義能使法學與實際生活相接近，且能使立法學成爲重要的獨立科目。這些不能不算是牠顯著的功績。然而牠說法律的目的是在保障個人幸

福，而以幸福爲「增進快樂」和「排除痛苦」兩者相持而成之結果，並視個人爲計算快樂與痛苦之自動機，這種說法未免蔑視人類的道德性情，且偏重人類之共通性而忽略其差異性。總之，邊氏功利主義的根本理論，從道德和科學的立場看來，都不無缺點，不能令人折服。

邊氏的功利主義既是「個人的」功利主義，有如上述；故我們不能認他是「社會哲學」之一派。功利主義之能成爲社會哲學中的一重要派別，實從耶陵氏起。我們認耶氏爲「社會功利派」的鼻祖和代表人，並非偶然。

耶氏雖是繼承英國功利主義的哲學系統，但他能夠改絃更張而發揚光大之，使其成爲「社會」哲學的一重要派別。這是他的特功，

而非邊沁所能及的。他在他的名著「法律目的論」裏說「目的是全部法律的創造者」。又說天然界的因果律是機械的，而人類意志的因果律則是心理的。我們對於天然界之現象常用「因為」(Weil, because)一語出之，而對於人類的行為則用「所以」或「為要」(Zum, in order to)一語出之。這是因為人類的行為都有其目的的原故。但是目的是什麼呢？不客氣的說，就是為自己謀利益。然而個人的利益常同他人的利益相牴觸；由牴觸更進而相結合。所以這種結合是有目的的組織。國家的機能，法律的作用都不外乎是在這個地方。考其結合之基礎，大約有二端：(一)「我為我而存在」的利己主張——即自私心和自利心。(二)「世界為我而存在，我為世界而存在」的倫理主張——

——亦即博愛心和義務心。這兩者相結合便成爲國家。法律要不過國家之一種規範和制裁而已。然規範和制裁僅是法律的外形，而非法律的目的。法律的目的則當在牠的內容中求之。換句話說，牠是爲得是要保障社會的生活條件和社會的公共利益。

在邊沁爲個人利益的，到耶陵手裏便變爲社會利益了。在邊沁爲個人的利己主義的，到耶陵手裏便變爲社會的功利主義了。耶氏之所能駕乎邊氏之上而在法學史上獨具不磨的地位者，便由於此。論者常說耶氏對於法學上之創造力不在歷史派泰斗薩維尼之下。按耶氏原爲羅馬法學的泰斗，早已明瞭「概念論的法律學」之無裨實際。因此，他便發願創造一富於實在性的法律學。這是耶氏社會功利主義最

初的動機。顧耶氏學說的成功和他個人的人格也有密切的關係。耶氏之爲人實是一個天生的法學家。他對於世間一切的問題和人生日常的事件，都具得有一種法律的觀念或解釋。他的公平和是非的思想差不多是與生而俱來。所以他雖沒有從事於實際的法律生活而却能解決法律方面之任何困難的問題，且能完全着重於客觀的公平和是非之意識，不陷於大陸派學者所走入的歧途。這是耶氏所以能在大陸上獨放異彩的原因。

有批評耶氏學說的說：「以目的爲全部法律之創造者的根本思想能否成立尙是疑問。至於他所謂「人類行爲皆因目的而定」的前提，在心理學上顯是錯誤。卽就法律現象看來，如習慣法和判例法，

便不能說他們是因目的而創造。又如制定法也不能說起草者和協贊者的目的即是法律的目的。這種偏重目的的見解尙未能完全脫離理性哲學之範圍。這是牠不求科學的正確之短處。不但如此，就是所謂「法律有目的，而其目的爲利益」的論調，也是屬於法律的內容論而非法律之本質論。以言乎法律學說，這些都是牠的大缺點。」

上面的批評雖不無道理；然而耶氏對於法學的貢獻，則殊偉大。綜其重要的，約有三端：

(一) 否認「概念論的法學」方法爲應用法律原則的惟一方法。換句話說，便是不承認牠爲運用法律材料於實際案件上的惟一方法。

(二) 注重法律制度所獲得之實際的「利益」，而不重獲得這種利益之形式的「權利」。這點至關重要，也就是耶氏「目的論」之着眼點。在耶氏以前，學者只知道注重於「權利」，而不知所謂「權利」者要不過是取得實際利益的手段方法而已。

(三) 提醒世人對於法律執行方面的注意。這點更爲重要。因爲法不能自行，故立法者必須於其執行的方法深加研究，然後法律纔真能達其目的。在耶氏以前學者只知道鑽研於法律典章條文之中，而對於法律之能否實行反不計及。等耶氏出來提倡之後，世人纔漸漸注意到這個問題，而立法學的範圍也就從此別開了新生面。

(2) 新康德派 (Neo-Kantians)

二十世紀各派的發生是對於十九世紀盛極一時的歷史派之反動，猶如十九世紀各派之勃興是對於十八世紀自然法派之反動一樣。上節所說的「社會功利派」乃對於歷史派之反動而傾向於分析派的。我們現在所要講的「新康德派」乃對於歷史派的反動而帶有濃厚之哲學派色彩的。至於歷史派本身的精華則有所謂「新黑智兒派」爲之保存並發揚光大（說見下節）。

康德把法學放在道德基礎之上，而用一固定的理想標準誘導法律之進程。他嘗說全部之法律史卽是「自由」之發展史。但是康氏所主張的「自由」，其立論只注重個人而缺乏社會之觀念。牠的流弊所

及，將可引起個人與社會之抵抗，而認國家的功用止於保護，經濟政策必取放任。這種學說危險之大，自不待言。況且康氏把「自由」之一抽象觀念獨斷為法律之理想標準，而墨守其「法律為普遍不易之自然法主義」，這也是他的一個大缺點。

新康德派却想補救康氏這種種的缺點，而使他的學說得以重光。他們鑒於康氏的理想法是不變的，於是遂提倡一種「變化的內容之自然法」的學說。他們鑒於康氏的理想偏重個人，於是遂又提倡一種「行為規範的內容應適合於當時的社會理想」的主張。新康德派既以「社會」的意義來潤色康氏之觀念的理想主義，故牠得成爲「社會」哲學的一派。

新康德派的代表是斯丹穆納 (Kudolf Stammler) 氏。斯氏起於

十九世紀的末葉。那個時候，歐洲大陸上因為社會狀況和經濟生活的劇變，便有無數的新法律出現，從而有無數的新原則發生。在這種時候，舊有的歷史材料則降居於不甚重要的地位。更因為時代的要求，司法的必須有充分的權力和廣闊的自由，使他們對於複雜的新工業社會所發生的各種糾紛能夠隨機應變以達到公平之目的。由是立法者便設了種種的原則，以使司法者有寬大斟酌之餘地。譬如「善意」「衡平」等觀念，皆依良善道德之標準，隨其所處理案件之情形，而得權衡其輕重。這樣，新方法之需要便發生了。因為舊時之極端的邏輯法則既廢，而十九世紀之歷史派和玄學派的方法又成了強弩之末。處這

種情形之下，新哲理派發生的機會便到了。所以十九世紀末期，遂有哲學運動之復興，而斯丹穆納氏乃得應運而起。

斯氏既不願蹈自然法派空中樓閣之幻想，又不願效歷史派刻舟求劍之拘泥；於是他便求得一折中的辦法。他的方法是捨去永久的絕對的公平，而求相對的時代的公平。他想設一種自然法而有生生不息之內容的。如此，則滋長在法律史中之一切觀念都能自動變化，以適應此生生不息的時代要求。然而這種自然法是什麼呢？質言之，牠不是別的，而不過是「時代的社會理想」而已。

斯氏嘗指摘以前法律學之以法律本身為根本觀念之謬誤，說法律學究屬論證「人類社會生活之社會哲學」。但是他所謂社會生活非

指實質的集合而言，乃指受外部的規律支配之共同生活而言。所謂外部的規律，即是法律。故斯氏的法律學是純法律學，而同時却又是社會哲學。有非難他的，便說：「這兩者（即純法律學和社會哲學）果能充分調和與否，很是疑問。又如他以社會生活爲法律根據而說明社會理想，在我們的社會法學的新理想主義看來固是一大卓識。然既論社會生活，求社會理想；而又不欲放棄其形式觀念；這大概是不可能的事情。斯氏自身一面否認內容的自然，一面又於一切方面說奴隸制度，一夫多妻制和專制政體等爲不正當法。這是他矛盾的地方。」

斯氏的學說雖不無可訾議的地方；然而他在今日法學上之貢獻則極偉大。美國法學家彭德（R. P. HoND）曾舉其貢獻之大者四端，

如下：

(一) 喚起世人注意倫理對於法律之關係乃在法律的執行方面，而不在抽象的法律規則方面。

(二) 創造「時代的社會理想」的學說；使世人對於十九世紀所忽略的法律中之一重要成分，加以注意。

(三) 提倡公平裁判說，主張不但法律須公平而且每個案件之裁判亦須公平。

(四) 創造應用法律的學說。

以上四項之中，最後一項尤為重要。因為應用法律，非如前人所想像僅靠機械的形式的邏輯便可成功的。斯氏這種學說實足使法學

中重增一種法國人所謂之「法學上的理想主義」(Juridical Idealism)，——即努力於求得一切立法所應適合之理想；而同時對於法律制度和法律目的復思求一清晰之標準，使法律之應用與推求都有所憑藉。論者常說斯氏於法律哲學貢獻之大不在於康德「認識論」之下，因為康氏指示我們以知識問題之所在，而斯氏則指示我們以問題不在抽象原則上之抽象的公平而在實際應用上之實際的公平。十九世紀的學者都以爲只要法律條文是公平的，那單一案件之實際裁判是否公平，可以不問。斯氏便不以爲然了。他認法律條文上之抽象的公平，其價值很小。我們所當注重的應是各案件中之實際的公平。而這種實際的公平又必以當時社會之理想爲標準。這是斯氏最重要的貢獻，而

發前人所未發的。

(3) 新黑智兒派 (Neo-Hegelians)

以時間論，「新黑智兒派」之出現在社會哲學各派中當數第三。我們前面說過，社會功利派和新康德派對於歷史派都不滿意，而前者傾向分析派的方法，後者則具哲學派的色彩。新黑智兒派便不同了。這派對於歷史派非但不持反對，且能繼承其精髓而發揚光大之。我們記得黑智兒氏高唱「文化國主義」之說，謂國家不僅是法律的正義之實現且是道德之最高實現。所謂道德之最高實現者，乃不外解決時代觀念所發現的文化問題而已（說見前章）。新黑智兒派便拾取其說而發揮之，遂蔚然成爲二十世紀社會哲學中之一重要學派。

新黑智兒派之代表是郭納 (Josef Kohler 1849-1919) 氏。郭氏的學問堪稱近今全世界法學家之泰斗。他於法學界中最可驚異的，便是其學問之淵博與精深。他對於任何學問都能包羅萬象，而同時却對於各門又能為深邃之研究。這是任何人之所不及的。郭氏是發起研究比較法學史之創導者。他不僅對於普通之法學史是學術上的泰斗，而且於分門別類之專門法學史也佔領袖者的地位。郭氏所研究世界史的範圍又不限於一二次古代民族之法律史，而且他對於許多民族之法律史都能言之縷縷，如數家珍。不但如是，郭氏對於他本國現行法中，若破產法，專利法，等，也是全國的泰斗。對於刑法方面，他也有極重要的貢獻。於德意志民法典，他會有鉅大的著作去論述牠。同時，對

於現代之法律哲學方面，他更能領導許多學者為積極之運動。郭氏學問之奧博如此。現代法學界中實無人能與之相比擬。因為他的學問無所不包涵，無所不精進，所以他能合各種法律智識而總匯之，使成系統。這確是旁人所不能的！

郭氏對於斯丹穆納氏所倡新康德派的學說很不滿意，說牠缺乏歷史的價值。然而他對於正統歷史派薩維尼 (Savigny) 之學說也不完全贊同。因為薩氏認法律為一民族智慧之產物乃無意識的人類活動之結果（如語言然），而郭氏却認法律是人類以往文化及繼續不斷的修正之嘗試以適應現在文化之產物。郭氏最服膺黑智兒「法律乃文化之一現象」一句話。他的全部學說即以此為出發點。世人稱他為「新黑智

兒派」，也就是這個原故。其實除此而外，郭氏和黑氏不同的地方，所在甚多。譬如黑氏說法律是理性和論理的產物，郭氏便不以為然。郭氏說法律只是一種文化現象，具有歷史的關係，而以民族文化為其基礎。他並證明「世界歷史是」論理和非論理的結合」，而主張用實驗的方法，從人種學，社會學，經濟學，及各種社會科學方面，研究各民族之文化。他這種主張對於後來的比較法學和人種法學之發達，影響很大。

批評郭氏之學說的說：「郭氏之缺點在偏重由過去自然發達而來的文化，而於未來的文化和法律之關係尙不能充分說明。他專心於人種學的法制起源論，而忽視法律文化之人為的方面。例如說刑罰之起

源是復讎，這本是人類學之研究。郭氏却受此種研究所拘束，而固執「刑罰報復主義」。這便是他的一種毛病。至於指摘這種缺點而想轉換郭氏法學靜的理論方面於動的實際方面者，則有鮑魯雀瑪 (Berolzheimer) 氏。鮑氏爲郭氏之後進，也屬於新黑智兒派。新康德派之法學有復歸於純哲學的傾向，而新黑智兒派之法學却有轉移於社會學的傾向；這是兩派相差異的地方。」

彭德 (Pound) 氏嘗論新黑智兒派，說牠最可注意的地方，共有四端。——

(一) 新黑智兒派認法律爲一民族以往文化之產物及使此文化能適應現在文化之種種努力的結果。這派和歷史派相同，都不承

認我們的努力有很大的效果；因為我們所使用的材料都是以往的文化，我們所能盡力的惟在使此以往的文化能夠適應現在的環境，庶幾文化得繼續向前推進而無阻礙。捨此而外，我們實無能為力。

(二) 新黑智兒派喚起世人注意於社會史之研究和社會史與法律制度的關係，不像以前的人只知注重政治史和政治史與法律制度的關係。

(三) 新黑智兒派對於法律定則創一社會學的解釋和應用。我們常見法曹於百年或數百年之後而猶經經於求「最初立法者之真意」以為裁判之標準。這種努力，殊為可笑。譬如法蘭西一八

○四年之拿破崙民法典，或一八一一年之奧國法典或十八世紀美國之人權請願書 (Bill of Rights) 等等，牠們祇可認為司法裁判上之圭臬，立法上之永久成績，而不可拘泥於其呆板的法律條文。因為這樣，新黑智兒派遂認法律條文為社會的產物而使其受社會學的解釋。

(四) 新黑智兒派最大的貢獻是創造一時一地之「法律標則」(Jurid Postulates) 的學說。他說一時代一文化之中必定有若干的權利，或原則為一般人所認為當然的。法學之能事則在尋獲這種當然的權利與原則而名之為該時該地的「法律標則」，以為當代立法者及司法之規模。這是郭氏學說中最重要之點，亦

即他在法學上最大的貢獻，因為在郭氏以前，世人對於法律之創設和應用均茫茫然，從來沒有，也沒想有，一清晰的規模或標準。

(四) 法蘭西自然法之復興

十八世紀的自然法派以法蘭西爲其發祥地，猶之於十九世紀的歷史派以德意志爲其發祥地，分析派以英吉利爲其發祥地一樣。然而法蘭西自一八〇四年拿破崙法典頒布之後，學者都聚精會神於分析的工作。哲理的法學雖沒有完全消滅，然已不爲人所樂習了。那時的歷史派雖是風行歐陸，盛極一時，而在法國則始終未佔重要位置者也就是這個原故。

等到十九世紀的末葉，哲理派的法學在法蘭西却復有重新發展之運動。其中原故，共有三個：（一）受耶陵氏所提倡「法律應與人生一致」之運動的影響；（二）受法國社會科學飛騰進步的影響；（三）「受法律條文之引用須有極大之伸縮性」學說的影響。因為有以上三種原因，哲理派法學之新發展遂興，而「自然派」復活的機會也就應時而起。

據夏莽（Charmont）氏所說，這種新運動的發生當以蒲當（Bois-Jolly）氏為先鋒。因為蒲氏在一八九一年曾發行「個人法與國家」一書，就個人主義者對於國家的態度而加以評論。他的主旨是在推翻個人與國家之對抗。他的立足點則就法國的人權宣言而發揮其自然法則

的政治理論，認定法律之基礎必須築於理性之上。由此看來，蒲氏之說實已接近於十八世紀自然法的旨趣了。較之近今之哲理派以理想主義的解釋為中心的雖大有分別，但他能啓二十世紀新自然法復活之端，其功績已經是不小了。

然而二十世紀新自然法的思想和十八世紀自然法的思想，迥然不同。關於這點，夏莽（Charmaut）沙乃依（Saleille）和譚莫駒（De Hoque）三氏的著作中言之最詳。三氏都是近今法國的著名學者，而同時又是新自然法派的中堅人物。

夏莽氏說：「近今的自然法則，論其意義，却和曩昔的大有分別而建築於一絕不相同的基礎之上。二者之間確有很大的變化。新派的

學說可以和進化論，功利論互相融洽，而且還沒有以前那種呆滯拘泥的習氣。新派所謂之自然法乃是一種有流動不息的實質的。他們承認社會與個人實是互相依賴的。對於法律與個人觀念，他們取調協而不取對抗之態度。所以，在這種變化之中，法律的理想主義不但沒有削弱，而且牠的力量和範圍反都增加了。」

沙乃依氏更申論法律內容應常變不息的意思。他說：「不變的事情只有公理之必須實現。我們應該依照社會公理和社會秩序之權度而使人人各得其平。但是什麼是我們的權度，什麼是社會的公理，和什麼是社會秩序，這都是不能預言的。這些東西，惟有視法律所接觸的社會事物而隨時定之而已。社會事物常變動不息，常進化亦常嬗

蛻；所以牠們特爲權度的，也祇有常時變換。社會事物實爲其樞紐了。捨此之外，若各人所懷的各種概念，如公理，如權力，如自由，如社會權利及私人權利，如與此類對抗勢力中不斷的爭鬥方面，牠們所給之分量都是確定權度社會公理和社會秩序的樞紐。然而分量之爲物也是一種變換不定的東西，——

譚莫駒 (Demogue) 氏論理想在法律上之重要，尤爲精到。他說：「無論歷史派的價值如何，又無論社會學之重要如何，更無論社會學者最後能否納一切事物於進化律之中而研究之；然而我們始終不能不相信理想這種東西是不可須臾離的。我們要知道，在人類活動之中，還有自覺心與意志是其不可少的要素。人的活動卽是由此而出

發。假使我們否認這種要素的存在，那便是想以物質的定律和行爲的規則相提並論，而視法律學爲一種圖解的學問而已。這樣的看待法律學，那還能做造法者之指導呢！」

還有一位杜驥 (Leon Duguit) 氏，是法國當今法學界的鉅子，也屬於新自然法派。但是他的學說異常新穎，頗爲一般人所服膺。他的自然法主張乃根據於「社會的互相依賴」(Social interdependence) 之說而來。杜氏認「社會的互相依賴」是一確定且已證明了的事實。他的全部學說和理想都是以這個事實爲出發點，猶之斯賓塞的全部學說和理想都以「平等自由律」爲其出發點一樣。所謂「社會的互相依賴」，據杜氏之意，輒有兩種：(一) 由於利益相同的互相依賴，例

如我們都是人類的分子。(二)由於社會分工的互相依賴，例如某人是工，某人是商，某人是農。杜氏認這兩種的互相依賴都是確定無疑的事實，而第二種（即分工）尤其是今日工業社會的基礎。法律不過是使我們適合於這種事實的工具而已。所以法律的基本目的當在使人人都盡力於利社會之事而不做反社會之事。杜氏理想中的社會制度是一個由許多完善的工業城市所組織的國家，而這些城市和國家又常以促進生產使出品增加為其職使。杜氏既以此為着眼點，他醉心於現代工業社會可以概見。他的學說之所以為一班人所矜喜者，或即在此。

II，經濟史觀派

經濟史觀倡自馬克斯(Karl Marx)。然而牠的影響之侵入法律學

則在一千八百九十年以後。以勢力論，經濟史觀實在不足稱爲一派。但是因爲牠是用單一觀念解釋法律史者最後之一種，而且牠的影響迄今還沒有完全消滅；所以我們對牠不能不略爲具述。

自古以來，用單一的觀念或見解說明全部法律史的，據彭德（Pound）氏之承認，可以分爲六派。卽是：（一）理想主義的法律史派；（二）宗教的法律史觀；（三）政治的法律史觀；（四）人種學的法律史觀；（五）文化論的法律史觀；（六）經濟的法律史派。但是在沒有詳述法律史觀各派的主張之前，讓我們先看看普通史觀各派的主張。

彭德氏說，自古以來，學者對於普通史的解釋，可分下列七

派——

(一) 理想主義的史觀——這派以黑智兒的學說爲代表。牠主張以思想和感覺解釋一切歷史的發育。

(二) 宗教的史觀——這派認宗教爲人類進步之中心及人類發展之決定力。

(三) 政治的史觀——這派以亞理斯多德(Aristotle)爲鼻祖。亞氏的學說在英美思想中的勢力最大。其說之要旨在認歷史之演進是由於政治制度上之由絕對主義而趨向自由主義的運動。

(四) 唯物的史觀——這派倡是魏戈(Vico)和孟德斯鳩(Montesquieu)而大成於柏古(Buckle)。至那齊兒(Ratzel)氏，其說益

見昌明。這派之解釋歷史說牠的主宰是物質的環境。所以他們只用物質上的緣因，如氣候，飲食，土地，等等，來說明社會之發展。

(五) 人種學的史觀——這派和上面唯物史觀派相彷彿，牠們不同的地方便在這派重視民族性格，智慧，和人種對於社會的影響。

(六) 文化的史觀——這派認人類文化的發展是人類進步的原動力，並認人類之目的不外努力於發展文化，

(七) 經濟的史觀——這派以馬克斯為代表。她的主旨在認「經濟制度為歷史之疇範。歷史本身惟有依經濟之發展而解釋。」

對於通史的解釋，其派別和主張既如上述。現在讓我們看看各派對於法律史的解釋——

(一) 理想主義的法律史觀——這派認「公平」觀念的發展爲一種人生的和道德的現象，由一切法律條文，判例，立法，及原則中表現之。所以這派欲求一公平或是非觀念之玄學的或哲理的根據，而建設其法律學。十九世紀的玄學派便以此爲其立足點。歷史派之承認玄學論也是以此爲立足點。

(二) 宗教的法律史觀——這派想在宗教思想之發展和宗教制度之中求法律進步之樞紐。德國斯達兒(Stahl)氏曾大規模的作此類試驗。旁人也往往有就法律史中之一事一端而發揮的。然

而他們的效果很小。

(三) 政治的法律史觀——這派的主旨是在假定由「桎梏而向自由，由身分而向契約」之運動爲法律發展及社會發展之鎖鑰。這派實爲理想主義之一派，因爲他們承認全部法律和法史都不外是自由觀念之表現和發展而已。因此，他們便主張增進自由是法律最大之目的，而所謂法律學直可以當作「法律的自由」之科學看待。

(四) 人種的法律史觀——這派學說是蒲士特(Post)所首倡。牠在所謂「生物學期的社會學」一時期內，最爲社會者所崇信，這派注重法律制度和法史中的人種環境，而認人種的特性是各

種族之法律制度和法律進化的決定力。蒲氏原不自認其學說爲完備，而不過聊備一格而已。這派解釋的方法則純粹是由經驗立論。但是也有捨經驗論的方法而另從理想論方法着手的，因爲他們常假定各民族都有一定的法律智慧，而認各民族的法律制度之發生卽係牠們各有的法律智慧之表現。

(五) 文化論的法律史觀——這派以新黑智兒派爲中堅，說國家不僅是法的正義之實現而且是道德之最高實現，所謂道德之最高實現，要不外解決時代觀念所發現之一切的文化問題而已。這派於法律則認其爲一民族以往文化之產物及使此以往文化能適應於現代社會之種種努力的結果（說詳前節）。

(六) 經濟的法律史觀——以單一觀念解釋法律史的，當以經濟的法律史觀爲最後一派。牠的發生當然是受了馬克斯唯物史觀和階級鬥爭等學說的影響。在十九世紀最後十年的大陸法學思想中，這派也很佔相當的勢力。亞丹慕 (Brook Adams) 還以這種學說來解釋英美之法律史。他說法律是社會上最有力階級之意志表現，由經濟的動機而決定的。所謂「公平」觀念並不受理論上發展的影響。法律條文這種東西乃完全是有力階級，於能以其意志加之於社會弱者之範圍以內，爲自利的目的而設的。換言之，法律要不過社會中之強者富者用以侵壓弱者貧者的工具而已。這種學說之挾有「命令說」的意味，實與分析派

完全相同。

彭德氏嘗批評法律史觀之各派，而對於經濟史觀攻擊最苛。他說：「……其中以挾帶命令說色彩之極端經濟史觀最爲偏見。我們試看歷來法庭判例的內容，其中法庭和法律的理想主義，其創設或適用於人生行爲規則者，往往能超脫於有力階級或普通社會中的任何階級觀念之外。其或雖是某種有力的社會階級所設之純粹的法律習慣；但經法律家用邏輯方法應用之結果，於是與此階級的利益反相妨礙者，則也往往可見。凡這種種，都可證明這派學說之陋，而欲強以之爲法律學的基礎或認作法律史的哲理，實適足以暴露其見解之淺狹。絕對的永遠的公平之理想是以前法學家和法官所欲憑藉的標準，使法

庭所引用的法律能庶幾符合於此理想。不論其崇信如何錯誤，而在古典時代中牠實是最有力的理想。至於古典時代，牠實是世界兩大法系之發育時代。這種理想，亦即羅馬法之自然法則時代和十七十八世紀歐洲大陸方面之自然派時代之原動力。牠又是英國衡平法院之產生時期，衡平法庭之發展時期，和美國的習慣法之成立時期。及採用英國案例法中之習慣原則以適應需要時期之原動力。經濟史觀的根本原則，欲以歷史為根據，而實為歷史所推翻。這種原則之所想解釋的，其對象實非法律而為立法，且為無足輕重之立法。但是提倡牠的人却想由此而尋覓其途徑。因為這個原故，所以他想解釋的，類皆法律發展中最軟弱的部份。我們須知道：由來司法者所欲求得的公平，實

較命令說的經濟史觀者所主張的，相差正不知幾何。我們於此應當明白：人類的意志決非單個的原因可以使其活動。舉凡習慣，意氣，一時意外的事情，及其他種原因，甚而至於與自身利害相反的，都可支配其意志。司法的事情既付於一羣專門職業家之手，而他們這些人又是浸淫於長久歷史的各種原則之中且挾有一公理之理想與一有系統之學術以爲之用；則我們決不能認他們的意志可以爲單純的原因所支配。換句話說，我們在這個地方決不容忽視精神上的自動力。這種力量是超越於任何機械的因果之上的。這也就是新黑智兒派和法蘭西新學派的法者之所以要着重心理學方面，而社會學者之所以努力於社會心理學的原故。至於經濟史觀者的主張，其有存在價值的部份，郭納

(Kohler)氏早已包納無遺了。」

III, 社會學派 (Sociological Jurisprudence)

(一) 社會學派意義和特點

我們前面已經說過：在十九世紀的末葉，法學界有兩種重要運動發生，而演成二十世紀的兩大宗派。其一種運動是以哲學為原動力，結果是在使法律哲學之復興，而產生所謂「社會哲學的法律學」。其他一種運動則以社會學為原動力，認法律學為社會學的一種，而對於一切的法律制度都以社會科學的方法作機能的研究。因為近今社會科學進步之迅速，故此種研究愈形發達。「社會學派」之能在二十世紀獨放異彩，便是這個原故。

社會學的法律學，其各派的主張我們上章已經分別略有說明。這裏讓我們再研究研究所謂「社會學的法律學」(Sociological Jurisprudence)，以下簡譯爲「社會法律學」之大意。

社會學派注重「法律爲社會學則，法律現象爲社會的現象」的事實。他們主張用社會學的方法來研究法律。這派思想的起源是發端於社會學鼻祖孔德(Comte)氏之「實證哲學」(Positivism)孔氏說我們的知識只限於現象界，而以採用自然科學的方法來闡明各種現象及其相互關係爲哲學之任務和界限。所謂知識都是歸納的，相對的。只需這種相對的知識便足充人生之用。所以實證哲學只以認識自然法則之內容爲滿足。至於自然法則的說明，他們却認爲不可能之事而放棄

之。他們堅認國家爲社會之一種形式，法律爲社會之一種現象。因此，他們把國家學和法律學都吸收在，並包羅於，社會學之中。

社會學派的主張雖發源於孔德的「實證哲學」，然而經過最近數十年的修正和進步，却早已脫離了牠舊日的窠臼而改換了牠本來的面目。所以在現在而認孔氏學說爲社會學派的代表或特徵，那便是大錯。然而現在社會學派的特徵爲何？彭德氏嘗把牠和別派比較而求得下列四端：

- (一) 社會學派注重法律實際的作用，而不注重牠抽象的內容。
- (二) 社會學派視法律爲社會制度之一種，並且可以用人類的聰明睿智時時去努力改善。他們並認尋求這種努力之最善方法是

法律學的職志。

(三) 社會學派着重於法律所欲致力之社會目的方面，而不着重於法律的威權和制裁方面。

(四) 社會學派主張律例應視為指導司法者之參考，使達社會公平的目的地；而不應把牠當做呆板的型範看待。

社會學派的法律學和社會學有兩點是很相同的：(一) 二者都是發源於孔德的「實證哲學」。(二) 二者進化中所經過的程序相同。

現在我們且把社會法律學進程中的各時期，分別敘述一下：

(一) 實證哲學（機械論）時期

「實證哲學」(Positivism) 是創始於孔德 (Comte)。牠主張注

重社會的法律現象之記述，而放棄其說明和批評。牠對於國家現象和法律現象，也就同對於一般自然界現象一樣，祇作機械的觀察而否認其由人力造成的成分。孔氏本是一個數學家，而十九世紀上半葉的科學思想又最注重物質宇宙的機械性。那時一般人的心理都迷信顛倒於「機械定律」。這種定律是可用數學來表明的。自然界的動作都爲牠所操縱。在這個時代，差不多無論何人都懷有一數學的觀念於其胸中。他們總想找一種數學的或機械的定律來處理萬事萬物。這類的思想，在最初實證派的法律哲學和社會法學派的初生期都易發現。這大概都是受了孔德學說的影響。

奧國學者龔伯羅畏 (Gumplovicz) 氏很能代表實證派的思想。

在他的著述中，他嘗斥批評爲無用。他說：「社會學之爲學，牠對於自然界應當免除批評的功夫。社會學之所以貴的，全在牠能敘述事實和能使那些事實適合於定律而已。」

美國亞丹姆 (Adams) 氏，也是醉心於機械論者。他在他的「集中化與法律」(Centralization and Law) 一書中，曾說過：「法律的組成是由生存競爭而起的各種勢力衝突的結果。各人的要求既必有一單一的喉舌而使其表現，於是各種的力量便不能不混合。由此而成的混合，我們叫牠做主權者的意志。法律是主權者的意志，就和由離心力與向心力所牽制而成的恆星軌道相同。所以法律和恆星軌道都是必然的結果，那是無疑的。牠們二者之與公平是非的抽象觀念立於同樣

的關係，那也是無疑的。」這種說法是多麼澈底的機械論者的精神！

機械論一方面要追尋歷史派的舊套，而一方面又另以一種理由主張努力之無効。這種學說實無可取。但在別的方面，牠對於法學也有所貢獻。巴魯崔瑪(Berolzheimer)氏且稱其為有無限的價值。這派所盡力的，大約有兩件事：(一) 確認團體階級和多元結合(Co-operative plurality)之重要，從而推翻個人主義派的出發點和十九世紀法律學中原子論的立足點。(二) 指示我們以法律和社會現象關係之重要。然而要拿牠當學說看待，則機械論見解之狹仄，固不值識者之一笑。

(三) 生物學時期

十九世紀最後的三十年，法律學者和社會學者都用生物學的眼

光來觀察一切的事物。有的是承襲其義，有的却僅是假用其名。牠們都是受了達爾文（Darwin, 1809-1882）進化論的影響。因為自從達爾文出來之後，進化論便成了科學思想的中心。牠先是由自然科學而侵入於語言學，更進而適用於社會制度，宗教制度。最後牠纔襲入到法律學裏。

英國的斯賓塞（Herbert Spencer），德國的赫克爾（Ernst Haeckel）都是以進化論說明社會國家和法律現象著稱於世。即在今日的法律學者和社會學者中，他們具生物學色彩的也很不少。這派的主張乃在對於國家和法律作生物學的說明以替代物理學的觀察，而想應用進化論中「生存競爭」「自然淘汰」「適者生存」等理論來解釋國家及

法律。這種研究，在說明國家的起源和發達上，實兼有自然發生論和人爲創造說的優點。若就其具有科學的意味而言，牠似乎比以前任何其他學說都較進步。

生物學期中的社會法律學，有一種所謂「人種學派」的。他們學說的大意，我們在論經濟史觀派的時候已經略微提到。這派是蒲士特(Post)所首創，注重法律和法史中的人種之環境，而認人種的特性爲各種族的法律制度和法律進化之決定力。蒲氏原不自認其學說爲完備。他解釋的方法是純粹由經驗立論。但也有人捨棄經驗論的方法而另從理想論方面着手的。他們假定每個民族都各有其一定形式的法律智慧，而認各民族法律制度之發生卽是其各有之法律智慧的表現。

除「人種論派」之外，還有拿「階級競爭」爲出發點的。關於這種學說的批評，我們在論經濟史觀時亦曾提過。但是這種學說很能引起一般人的注意。彭德氏對於這種現象，曾有一番解釋。他說：

「今日的社會，因爲工業發達的原故，各種懸殊的階級有如春筍茁起。對於這種社會，如果仍適用其十九世紀以還由抽象方法而推演出來的法律原則；那牠們的作用必大異於從前，而不平均的狀態便豁露而顯陳了。現在所謂的社會主義的法律學大都是向這方面努力進行。

「近代法學家中從確定法律內容與工業階級之關係而研究法律的當推孟歌(Anton Menger)爲首。近代歐洲大陸各國的法典，除了德國的以外，當牠們編纂的時候，現代工業大都還沒有發達。因此，勞動問題

故不能容納於此法律之新世紀中。孟氏常取法律所予以保障之利益和法律所未予保障的利益，相為比較。其實，他所謂法律未予保障的利益乃由於法律成立的時候此等狀態還未發生，法律實無從去規定牠們。然而主張階級鬭爭說的却認為牠們是全置勞動者的利益於不顧。這種說法律實全與事實相背。拿法蘭西的法典便可證明。當牠編訂的時候，牠未嘗不是以百年前法學者的眼光而下筆。那種法律實足代表百年以前之時代背景。然而所謂工業階級，那時並未發生。其他若大陸各國的法典，若英美的習慣法，牠們於抽象方面都很可以代表曩昔理論的平等觀念。却是牠們未必盡合於現代因工業發達而發者之各種階級的社會狀態。

「社會主義派的法學者，由研究法律和社會階級的關係，更進而倡法律之社會學說。就這一端而論，牠對於法律學上的貢獻是不可忽視的。」

此外，更有所謂「有機體論」之生物社會學法。他們的學說實不啻一純粹的哲理派，但以生物學的口吻出之且加以空洞的社會化而已。

彭德氏曾批評過生物學時期的社會法律學，他說：「生物學之全盛時代在法律學中既已凋謝。我們對於這派如果加以公允的鑑評，便覺得牠所持的進化論之寬放化的效果，由舊有之堅硬的機械式而解放出來的，和生物論之對於歷史派和舊時生物學所遺留下之絕對觀念

的寬放效果，牠在法學方面確能進一步觀察。但除此以外，其成效却很小。生物方面的事實對於法律本身雖不無微渺的因果，但他却不是法學家所必須研究的因果。……托都隆說得好：「天擇論這種東西，對於任何部份的法律，不論牠在理論方面或實際方面，都不足以爲根據」。

日人積重惠遠氏對於這派的流弊，亦有所論列。他說：「……惟這派的學者也有一種通弊。譬如尼采動輒陷於「社會的優者主義」，說國家和法律的任務是在指導自然淘汰和助長適者生存。這是我們所不能贊同的，因為國家的任務實應爲抑制生存競爭，限制自然淘汰，以保障不適者之生存。這便是必須歸於「社會的劣者保護主義」。

這也就是近來所謂「法律社會化」的重要傾向」。

(4) 心理學時期

社會法律學經過生物學期之後，又有心理學的傾向。德國的基爾克 (Gierke)，美國的華德 (Ward)，法國的達德 (Tarde) 都是這派的中心人物。從這三氏提倡之後，而所謂的「心理學的法律學」纔蔚然成爲一派別。

心理學的法律學之產生是受了三種勢力的影響。這三種勢力可用基爾克，華德，達德三氏的學說來代表。簡單說來，這三種勢力便是：(一) 根據基爾克之說，從事於團體人格和團體意志之研究，於是便引起了法律政治哲學方面的心理學運動。(二) 根據華德之原

則，說精神的力之爲現實的與自然的與物質的力無異，而且牠是一切社會現象的真因。因此便引起了社會科學的治學方法之革命。（三）達德之認彷彿模性爲法律制度之發達的最要原因，並其所發見之心理學的「模彷彿性定律」。

（一）基爾克（Otto Gierke）爲「德國法派」的法學家。他在他的名著「德國團體法論」（Das deutsche Genossenschaftsrecht）之開端，便說：「人之所以爲人，以其有羣。因其能羣，所以不但能使存者增加其勢力，而且因爲其羣是永久的不隨個人而生滅；於是而得合過去和將來而使之呵成一氣。由是人類的歷史纔有發展之可能」。觀此，可見基氏之表示社會法學的態度和從前以個人意思爲基礎的法理

論，恰恰相反。他的團體說主張人類各種協同團體中有團體人格和團體意思之存在。這種團體人格及團體意思又和個人人格及個人意思完全不同。這種卓見很足引起法人論的革命。同時，牠却又可啓發心理學的法律學之新傾向。

翁德(Wundt)和葉令納克(Jellinek)二氏也是這派的巨子。他們的學說頗能和基氏的互相發明。翁氏說：「國家不是法律所必需的。法律所必需的是一團體的存在。這個團體，因為內部的思想和利害一致的原故，而能夠產生羣的意思。法律因此便可實現」。翁氏這種說

法，大足爲國際公法的根據。葉林納克之論社會，說：「社會是人與人間心理關係之和，而表現於外界者。」他又說，法律之要點有三：（一）法律是人類互相對待之外界的行爲規範。（二）法律是由一已知之外現的權力所發生的規範。（三）法律之束縛力是由外現權力爲之保證。所謂「外現權力」，表面上雖是政治的，而其實則完全是心理的。質言之，所以能爲法律，全賴有社會心理爲其後盾。

（11）華德（Ward）提倡所謂「動的社會學」（Dynamic Sociology）說社會的本質是心理力。心理力和物理力同是實在的，且是自然的。一切社會現象之真實原因，都是根據於這種心理力。所以社會學不應當在生物學而應當在心理學中求之。我們對於自然界的態度應有兩種：

一爲學生的態度；一爲主人的態度。如果我們只是觀察自然作用之無意識的表現，那還不夠，因爲社會學之極終目的是在研究應用自然力於社會目的有意識的心理作用。要之，華氏的主旨是在以心理學爲社會學的根據，而不欲事事依賴生物學。我們不但應該知道無意識的自然界如何動作，而且應該知道心靈上如何動作，因爲這部份的自然體（即心靈方面）之能爲我們所用實無異於物質方面的自然體之能爲我們所用。自葉氏這種「努力有效說」成爲社會學和政治學的信條以還，於是舉世都不以法學思想中「努力無效」之觀念爲然。法學界所引起的不滿意和法律改善呼聲之激進，從來沒有比這再厲害的了！

（三）達德（Gabriel Tarde）是法國著名的法律學者。他所著的

「模仿性定律論」(Les Lois de l'imitation)對於法學上的影響很大。達氏以模仿為社會之基本事實，說語言，法律，法律制度及一切文化之發達都是根據於人類的模仿性。非特如此，他還倡「社會即模仿」的學說。這點雖頗為人所不滿，然其着眼於模仿為社會一大勢力的事實，則殊為卓識。法律之發達，模仿實其一大要素。這是任何人都不能忽視的。

彭德氏嘗批評心理學期的社會法律學。他說：「總而論之，因為早期的心理學運動，於是耶林(Herling)氏所主張的造法論和歷史派所主張之非造法論始得稍稍調協。華德氏之說出，實證派之靜止的理論遂受死刑之宣告。及達德出，我們纔知道如何去斷定造法和尋法的

方向。社會心理學之在今日，不但在社會法律學中占重要地位。舉凡法律思想之方式，法學家之世界觀念，法律學中治學方法之心理，等等，莫不和社會心理學有密切的關係而各有其特別研究的必要。」

(5) 綜合統一時期

近今的社會學者漸漸覺悟各派所持的學說都很偏頗而不足為社會學惟一之治學方法。於是便有所謂「綜合統一」的傾向「發生。因為與其株守於一偏的見解，反不若盡取各種社會科學的方法而治之於一爐。華德氏嘗綜各派的原則，計凡十二，而慨然指之說：「這十二項原則，實無一應遭拒絕；且無一不是社會科學中的合法部分。凡這些不同的宗派，不論其已成立或仍在萌芽之中，實好像有若干的細流都

向同一方向流去，卒而會成爲一條大河似的。社會學之終必成爲一偉大的科學，便是以此。照華氏的說法，可見社會學方法之綜合統一非但必要，且必實現。

社會學既有綜合統一的趨向，社會法律學自亦不能不蒙其影響而有同樣的傾向。這種傾向的表現有兩方面：（一）否認法律學從來各方法之自滿的態度而力言社會學方法之重要；（二）否認法律學自身之自滿的態度而主張將法律學當做社會學的一部份。因爲有這種種新傾向，法律學於是遂得一絕大的解放而另具其新生命。真正之社會的法律學，由此纔算開始。

（6）社會學派的傾向和批評

社會法律學派現今仍在草創期中，所以學者的見解亦多互異之處。然而我們決不能以其見解之互異而否認社會學派之存在或其前途之光明。美國法學大家彭德(Pound)氏嘗綜合這派學者所共同堅持的六大要點。我們且把牠們備錄於此，以下社會法律學之傾向：

「(一) 社會學派應先研究由法律和法律原則所發生之實際的社會效果。——康安祿慰慈(Kantorovitch)氏說過：「我願不信此說的人，試先讀德意志民法典中之任何一章，然後閉卷自思。假使此法典中所定的條文而適得其反，則其對於社會生活所發生的影響爲害如何。再試一讀各種法學教本其他注疏論叢判例報告等等，我們便知道這類的問題往往已具有答復。其未具答復的，亦復不少。以民法方面

的統計完全缺乏，所以我們對於民法的社會功能，尤其是牠所以欲盡力的計劃，毫無可考。譬如我們但知民法上載有五種婚姻財產的方式。然而這五種方式對於社會生活所常常遇見的數目關係和牠們地域上的分割，則我們却不得而知之」。

「(二) 社會學派應以社會學的研究和法律學的研究二者並進，以爲立法之預備。——往昔通行的科學方法不外就各種的法律爲分析的研究而已。因此比較的法律研究遂被認爲造法的最佳基礎。然而，只是就法律本身而互相比較以爲立法的基礎總還不夠。同時，我們必須探究法律的社會作用和牠在實行的時候所發生的實際效果。

「(三) 社會學派應研究如何能使法律發生實效的方法。——我

們對於這層，以前全沒有注意。我們祇知聚精會神於造法方面的研究，以爲法律一經成立以後便能自動的執行似的。不但對於成文法是如此。就是我們（指英美）認法律主要部份是包在判例裏面的，也是作如是想。我們對於法律學所下之全部功夫即在編成一貫的，邏輯的詳密的判例法。我們的法律典籍中之主要部分不是初審官所賦與訴訟當事人之公平，而是高級法官籍訴訟事件而發表的法律意見。我們只憑紙上的意見去評定法律，而對於實際上當事人所受的效果則絕對不問。但是法律的生命實在完全寄託在執行方面，所以法律最重要的問題還是應該切實研究如何可使每年鉅帑的法律典籍與法庭之解釋能夠發生實際的效用。

「(四)社會學派應認社會學的法律史爲達到法律目的所必需。

——這種法律史不僅是研究法律如何進化及發達，和以前人把牠當法律學材料看待，而且應該搜探各種法律原則所已發生之社會效果並如何可以發生這樣的效果。所以康安祿慰慈(Kantorowicz)主張我們應該另治一種新法律史。這種法律史與以前舊的完全不同，因爲以前的法律史乃完全捨卻同時的社會史和經濟史而單就法律的條文和原則方面纂其統系，好像法律變化之由來都可以完全由已往的法律現象中搜求似的。我們的新法律史決不想用有統系的演繹方法於已往的法律中求出一切問題的答案，好像牠所治的法律是一毫無缺陷毫無衝突之組織似的。我們的新法律史要說明以往的法律，於如何之社會的經濟的

和心理的狀態之下，得以逐漸發育；如何則法律之本身和這種種狀態得互相調協，互相適應；又至何限度，我們便能夠以法律本身為進行的基礎。要這樣，然後纔有產生我們所想得到的結果之希望。

『（五）社會學派對於每個案件都應求合理的公平的解決。——單一的案件，在以往往往因為想樹立法律之確定性至一不可能之程度的緣故，坐而受犧牲的確是不少。關於這點，晚近法律學者的論著很多。社會學者大抵都主張「法律之衡平適用」說，認法律不過是引導司法者向公平的路上走的指南針而已。在一定範圍之內，司法者應可便宜行事去理各種事件。如此，法律乃可不背乎人情；而人民所求顯的公平，纔可實現了。

「(六)社會學派之目的是要使已努力的更加努力，務使法律所以設立之本旨得以達到。」

日人積重惠遠氏批評過社會學派的學說。他說：「社會法學要不在外下列四點：第一，較之法規之抽象的內容，注重法規的作用。第二，視法律爲人類智力所能改良的社會制度，而以助長和指導這種智力爲法學之任務。第三，較之法律的制裁，尤注重法律在社會上的目的。第四，不視法律爲一呆板不變的規範而視爲引導於社會上正當結果之指南針。質言之，社會學派注重於「國家爲社會，法律爲社會現象」的事實，而研究討論法律與社會狀況及社會進步之關係。他們先社會而後個人的根本觀念，即所謂正論，其所主張的大致都可採納。」

至於提倡用社會學的方法來研究法律學，尤爲此派之大功。其貢獻於將來者很大。但社會法學之學說，因係不滿意於從前的法律學說和制裁而生，轉不免有失其正鵠的弊病。牠的第一個弊病便是社會學方法自足論。第二個弊病便是極端的自由法說。

社會法學者常說以前的法律學只知就法律的內容抽象分析，固執其所謂法律學的方法 (*Methode juridique*) 而故步自封。然而現在他們自己却只專用其社會學的方法 (*Methode sociologique*) 而陷於同樣的弊病。原來法律學本應兼有關於法律內容之知識和關於法律及萬有現象中的位置之知識。以已成爲法規之法律爲對象而研究的，是從前之法律學的方法。以成爲社會現象之法律爲對象而研究的，便是新

近之社會學的方法。法律學必須兼用這兩種研究方法纔能成爲完全的學問。若祇是堅持其一而矜矜自足，那便未免失之狹隘。但是所謂法律學的方法，已爲從來法律學所專用。至於採用社會學的方法去研究法律，那却是未經開拓的沃土。所以我於此點，願左袒社會法學。然而國家雖說是社會之一種，牠却是一種特別的社會。法律雖是社會法則之一種，但與其他的社會法則之性質不同。故國學家和法律學應當用特別的方法使其成爲獨立的學問。如果因爲法律是社會現象便只用社會學的方法去研究牠而使牠包含於社會學之中，那是我們所不能表示同意的。

「自由法說」有打破孟德斯鳩三權分立之卓識。因爲法律原不能

舉現在和將來之一切生活需要都悉羅而規定之。所謂「法規無缺陷」一事，是不可期望的。但是裁判官又不能因為牠沒有規定而拒絕裁判。所以裁判官應有補充法律之權能乃是當然的事理。從來的法律學，或假定法律之無缺陷，或援用立法者之意思，或容許作擴張之解釋，究竟都不外乎默認裁判官之立法行為而已。然而法律無缺陷的假定，究屬空論。其未依憲法上手續言明之立法者意思，亦不是法律。而擴張解釋和類推解釋，其根據和範圍又不明確。職是，反不如正堂堂堂承認裁判官有補充法律的能力倒是好些。至於「自由法說」，謂裁判官有變更法律之權能，法規之對於裁判官只是一種指南針或教科書，他們只知注重就各項事件作正當持平的解決而不知一般的「法律

安定」(Rechtssicherheit)之更爲重要，那是抹煞法律之社會目的，實
是一大謬見。」

社會法律學雖不免有上面所說的缺點，然而較之以前各派偏執一
見的已經是優勝多了。況且他們的學說現在還只能算是在創草期中，
今後倘能加以妥善的修正，牠的前途是不可限量的！

第四章 現代法學的趨勢

在前面幾章裏，我們把現代法學的背景，現代法學的起源，和現代法學的歷史與派別都大概的說了一下。由我們所說的，我們便知道現代法學不但比以前的法學有很大的進步，而且牠還天天在那裏進步不已。現在，我們根據那些進步來觀察牠將來的趨勢。

現代法學的趨勢，可以從三方面觀察。讓我們將牠們分開來看
看：

【一】關於法學本身的研究方面

在這方面的趨勢，最顯著的厥惟兩種：一是由分析的研究而趨向於機能的研究；一是由自滿的態度而於趨向合作的態度。茲分述之於後：

Ⅰ 機能研究的趨勢

對於各種法律制度和法律定則由作分析的 (Analytical) 研究而趨向於作機能的 (Functional) 研究法這只怕要算是現代法學上最顯著的進步了。以前的人以為，學之能事只是在能把書本上的法律定則和法律制度整理得有邏輯，有系統便算完了。他們對於這些定則和制度在社會上的實際效用是完全不顧的。換句話說，他們只管書本上的法律內容之理論分析，而不管那些法律之對於社會上的實際效能。所以，

在他們看來，法律的執行問題是法律學所不應該過問的。法律學只要能使法律在邏輯上有系統便算完事。試看十八世紀盛極一時的「自然法派」，他們祇求法律之能夠合乎抽象的個人之理性。至於法律能否在實際上施行，那是他們所不問的。十九世紀的三大派，其學說雖不同，然而他們對於這點却甚一致。「分析派」固無庸說，即「歷史派」「玄學派」亦莫不然。「分析派」認法律皆主權者之命令，而法學家的能事却在分析這些命令。如果這些命令不能實行，那是執行工具之未善，不是法律本身的過錯。「歷史派」說法律是人類經驗之逐漸發展。這種發展是自然而然的，並不靠人類執行的力量。所以法律的執行問題是無須乎過問的。「玄學派」說法律是一種玄學上的理想原

則之逐漸地自己實現。因此，他們的問題只是一個：這條法律是不是抽象地公平？如果牠是抽象地公平，那牠便是理想原則的自己實現。牠不但能夠自己成立，並且可以自己實施；因為牠本身的那種公平已足爲他能夠實施的保證。至於實際上牠究竟能否真正實施，那却是他們所不理會的。

由此看來，二十世紀以前的法學簡直可以叫做書本子上的法學，因爲牠祇注重分析書本子上的法律而不研究實施上的法律。

現在我們的趨向便大不相同了。我們現在法學裏的各派中，無論是「社會功利派」也好，「新康德派」也好，「社會法派」也好，他們對於法律的執行問題都是異常注重的。我們不只是一要研究書本子上

的法律。我們還要研究實行上的法律。我們不只是和以前的法律家一樣，專研究法律原則和法律制度在理論上的邏輯系統。我們還要研究牠們在實行上的機能，作用。我們對於每種法律原則和每種律制度都要先看看牠的機能作用是什麼。牠在實際上能不能產生我們所希望於牠們的機能作用？如果不能，爲何不能？

我們知道，有許多法律在書本上看來是很合理，很正當的。但是在實行上牠們却是等於具文。甚至於牠們在實際上的效用和在書本上的效用恰恰相反。譬如禁酒，禁娼等事。如果你只分析牠在書本上的條文而不研究牠在實施上的功效，那種研究是白費氣力的。又如在我國刑法裏，關於「假釋」「緩刑」種種的制度均有很堂皇的規定。但

是在實施上牠們却等於具文，絕不能產生我們所希望於牠們的効力。以前的法學認為只要條文上整齊好看便算了，其實行上能否生效我們却不必問。這種態度是我們今日所不取的。我們現在認為書本上的法律之價值甚小，而實行上的法律之價值却甚大。換句話說，我們現在對於法律不只是注重分析其內容，而還要研究其機能。這是現代法學很重要的一个特徵。

II 合作態度的趨勢

由於我們前面所說的現代法學對於法學研究的觀點之改變，於是法學本身的態度也便改變了。以前法學的態度是很自滿的。牠以為專用牠自己的方法，就牠本身的材料，便可以建築一完善之法律學。從

前的法學家認法學是一種獨立的科學，牠與社會學，經濟學，政治學，社會心理學，和其他各種社會科學的關係是很遼遠的。這種態度當然還是分析的研究之產物，因為他們以為法學之能事祇是在研究法律本身之內容。

現在我們却不如此想了。我們現在對於任何法律制度和法律原則都要研究牠的機能，——即是牠在實際施行上所產生的效果如何。因為我們要做這種的研究，我們便不能不和其他一切的社會科學合作。譬如我們要研究一個法律制度的經濟效用，我們便不能不借重經濟學。我們要研究一個法律制度的社會效用，我們便不能不借重社會學。我們要研究一個法律制度的心理效用，我們便不能不借重社會心理學。

倘使不如此，那我們的研究便決不會成功的。所以，近來在學術界裏有一個所謂「各種社會科學的合作運動」(Movement for the Team-work of all the Social Sciences)。這種運動，在今日之「社會法派」裏提倡尤力，因為他們原本承認法律學為社會學之一部份(說見前章)。他們這種的主張，我們可以表相當的同情；因為廣義的社會學本可包括一切的社會科學。社會科學本是研究整個的社會節制的。倘使我們硬要勉強將牠劃分為許多水洩不通的部分而固步自封地單就每部分本身裏面去研究；那簡直是「閉門造車」，結果是沒有不失敗的。

總之，現在的法律學者都不認為法律學是和十八十九世紀的人所主張者一樣，可以專用牠自己的方法，建築在牠本身的材料上的。牠

必定要和經濟學，政治學，社會學，社會心理學及其他一切的社會科學通力協作，方才能得着圓滿的效果；否則法律學不但永遠不能脫離其以前那種分析的意味，而且必永遠無進步之可言了。

這種覺悟所引起的變遷，便是我們所謂的「由自滿的態度而趨向於合作的態度」。這種合作的態度和前面所說的機能的研究有極密切的關係，因為要作機能的研究必定要與各種社會科學相合作。不與各種社會科學相合作，那機能的研究是萬不會有成效的。所以這兩種趨向是互相關聯的。牠們現在雖還只是在萌芽時代，然而我們敢說牠們是今後法律研究中的兩種最重要的趨勢。

【二】關於法律的應用方面

關於法律的應用，現在也有兩種很明顯的趨向：一是由攝統的應用而趨向於個別的應用；一是由事後的救濟而趨向於事前的預防。茲分別說明於後：

Ⅲ 個別應用的趨勢

在以前的法學裏，法律的應用問題是很不重要的。他們以為法律只須能適合於邏輯上的系統，牠的執行是決不成爲問題的。這種觀念不但上古中古是如此，就是十九世紀的學者大都還是這樣想的（說見前章）。然而自從「社會功利派」的創始人耶稜（Thering）氏和「新康德派」的創始人斯丹穆納（Stammeler）氏出而提倡之後，世人對於法律之應用和執行問題纔漸漸地注意。

在法律執行的歷史裏，我們可以看出兩種顯然相反的趨向：一種是擁統的趨向，一種是個別的趨向。在擁統的趨向之下，他們對於一切的案件都是用普遍的原則和方式去解決。至於每個案件中的特別事實，那是他們所不問的。在個別的趨向之下，他們便把每個案件都看當做單一的，牠的解決全應依照牠本身的特殊事實。這兩種趨勢在歷史上有的時期是這一種佔優勝，有的時期是那一種佔優勝。在古時君主獨裁法治未昌的時代，個別的趨勢本最盛行，因為那時的司法者對於各案件之裁判是很自由的。迄後大家覺得這種辦法很危險，於是便有所謂「法治主義」，而擁統的趨勢却佔優勝了。至是，大家以為祇要法律制度和法律原則本身是公平的，那單一案件裏所得到的結果

自然一定也是會公平的。

現在法學家却覺出這種思想是完全錯誤。因此在法律應用上個別
的趨勢又有復興的氣象了。這其中最大的原因當然還是由於現在的經
濟組織和社會生活大大的改變了。換句話說，牠便是由於現在的經濟
組織和社會生活比以前的複雜得多了。在以前很簡單的農業經濟下的
鄉村生活裏，法律原則的攏統應用還不致於發生很大的困難或很大的
不公平。然而現在工業經濟下的城市生活，和由於這種生活所產生的
極繁瑣極複雜的社會現象裏，如果我們要只靠法律原則之攏統的應
用，那是很難達到公平的目的的。即如拿「契約自由」(Freedom of
Contract) 一事而論，以前的人認為牠是法學裏天經地義的原則。然

而在勞資階級懸殊的社會裏，要應用牠在勞工契約上，那一定會發生不公平的。這是因為勞資的訂約力根本就不平等，所以「自由」適足使勞工吃虧。這點可以證明法律原則之搆統應用在今日的社會裏是很危險的。

因為現在社會狀態和經濟生活的變遷，所以學者多主張關於法律之應用不能只靠一些普遍的原理原則，用機械式的邏輯推理，來解決一切；而應具有個別化的意味。所謂個別化者，即是除了要使法律原則公平之外，並且應使每個案件所得到的實際結果都要公平。斯丹穆納 (Stammler) 氏於法學最大的貢獻，便是這點。他於主張設立普通的公平的定則之外，更主張對於每一案件都要為公平之裁斷。他認為

在定則條文上之抽象的公平，其價值甚微；而在實際案件中之實際的公平，則最值注意。這個問題現在在西洋有很多著作討論。牠差不多已經成爲法學問題的中心了。

今日「社會學派」中還有些人提倡一種所謂之「自由法說」，主張司法官有自由裁判和變更法規的權力；法規對於司法者只能算做一種指南針或參考書而已。這種學說的得失，我們在上一章已經提到，此處不再贅述。然而，不管牠得失如何，牠可以代表一種法律應求個別化之極端主張，那是毫無疑義的。

Ⅱ 預防主義的趨勢

法律應用上第二種重要的趨向，便是由事後的救濟主義而漸次變

爲事前的預防主義。

以前人的思想以爲法律的目的在民事方面是解決糾紛，在刑事方面是懲罰罪犯。所以非待案件發生以後，法律不能有多大的應用。換句話說，法律底目的只在事後的救濟。至於事前的預防，那是他們所不願管的。

現在的趨勢却不同了。現在的法學對於預防主義是特別注重的。各國對於各種預防主義的設施正在積極提倡，不暇餘力。在歐洲大陸上，這方面的進步異常迅速。在英美，因爲他們對於預防主義的救濟有一種歷史上的偏見，發達因而比較地困難。然而近日却有長足的進步了。例如在英美許多法區裏，他們現在都特別設立得有法

規，允許法院能有預示性的擬判(Declaratory Judgment)——即是在訟事沒有真正發生以前，當事人可以預請法庭宣告假判，以取決他們相互的權利義務。此外衡平法(Equity)上的預禁令(Injunction)適用範圍之大事擴充，也是一種明證。而且現在各大城市裏都正在起首設立一種司法顧問機關，以便人民可以用很簡便的方法預先明瞭他們底權利義務之所在。凡此種種，皆可表示現在各國關於民事方面都在想法子努力於預防主義的設施。

然而，預防主義在民事方面所成就的較之在刑事方面所成就的却少得多了。在刑事方面，近數十年來牠確有驚人的進步。這當然是因為刑法底目的已由報復主義而進於預防主義的緣故。所以各國在近年

來的種種刑事方面的新設施，如少年法庭，感化教育，緩刑制度，保釋制度，等等，都是以預防主義爲其極終目的。我們看看蘇俄的刑法典和最近日本的新刑法，便可知這種進步所到的程度只怕五十年前的人夢想都不曾夢想到了！

以上關於法學研究和法律應用上的幾種重要的趨勢。最後，讓我們看看現代法學對於法律的觀念有什麼新傾向。

【三】關於法律的觀念方面

現代法學對於法律本身的觀念，也和以前大大的不相同了。以前的法學對於法律的觀念都是以個人爲出發點；現在的法學却漸漸以社

會爲出發點了。以前的法學認法律處分爲萬能；現在的法學却認有效的法律處分爲有限。這兩種趨勢在現代法學裏是很重要的。茲分述之於後：

立社會觀點的趨勢

由上一章「現代法學的歷史」看來，我們知道十八世紀的自然法派是拿抽象的個人理性爲其學說中心；十九世紀的各派却以個人意識爲其學說中心。他們的派別和主張雖多不同，然而其以個人爲出發點則無二致。但是二十世紀的各派却和牠們大不相同了。社會學派是以社會爲中心，固不待論。即社會哲學各派，他們也莫不以社會觀點爲立足。例如以前邊沁（Bentham）所提倡的功利主義是以個人爲出發

點，現在二十世紀耶梭（Jhering）所提倡的社會功利主義却以社會爲其出發點了。以前的康德主義是以個人爲出發點，現在二十世紀斯丹穆納（Stammler）所提倡的新康德主義却以社會爲其出發點了。至於新黑智兒主義和法國的新自然法主義，亦莫不以社會的意味來潤色他們的學說。總之，在現在的時候，法學中的各派都爭先恐後地要拿「社會」爲其中心，再也找不出像十八十九世紀各派所主張的純以個人主義爲其出發點的了。

因爲法學上有這種趨向，於是法律觀念上當然也就有同樣的變遷。以前的法律都是以個人利益爲前提，現在的法律却漸漸以社會利益爲前提了。譬如「天賦人權」「個人自由」這些東西，十八十九世

紀的學者多認其爲天經地義。現在我們對於牠們却不那樣地尊重了。我們承認這些個人的權利和自由不是絕對的，而是要爲社會利益所限制的。如果社會利益不允你享受某種權利，那你便不能享受。譬如「私有財產權」。以前的法律對牠保護得異常周密，簡直是認爲神聖不可侵犯似的。然而現在的觀念却大變了。近來歐洲好些國家的新憲法都限制個人私有財產之數量，不得超過一定的額限。至於私產的享受和使用，各國新民法中也都有很嚴格的限制。關於這點，我們隨便翻閱各國新近的民法典（尤其是蘇俄的民法典）關於物權的規定便可明白。這些都可證明我們對於法律的根本觀念已經改變了。以前老是拿個人利益爲中心，現在却漸漸的拿社會利益爲中心了。

Ⅴ處分有限的趨勢

從前有人譏笑過英國的國會，說牠除了不能把男人變爲女人，女人變爲男人以外，什麼事情都可以做。以前的人對於法律的觀念，差不多也是如此。他們以爲法律是萬能的，什麼事情都以用法律去處置。我這種說話也許是太過分。當然，他們所謂萬能並不是絕對的萬能。他們也承認法律處分是有相當的限制的。不過他們的限制只是一種邏輯上或玄學上的限制。他們認爲無論何事都可以用法律去處置，只要牠是能從一個玄學上的定則（如自由之實現）用邏輯演繹得出來的。然而有些事情却不能拿法律去處分，因爲牠們不能從這種玄學上的定則演繹出來。所以，照他們看來，法律處分之範圍的標準完全要

看那種處分是否合乎那抽象的玄學上的原則。譬如那原則是抽象的個人自由。如果某種法律處分牠能促進那抽象的個人自由，牠便有存在的價值。否則牠便沒有。然而，他們不知道這種抽象的玄學上的標準有時却與事實完全不合！例如以前的法庭對於各種的勞工立法每懷有一種敵視的心理，因為牠們認為這些立法都是侵害個人的契約自由。我們現在看看他們那種的說法當然可笑，因為他們不明白現在資本主義經濟組織之下，勞工者之契約能力根本就不是自由的。

現在我們却不和從前人那樣的想了。現在我們承認法律處分有一種實際的執行上的限制，而非一種抽象的玄學上的限制。我們明白：因為我們的司法工具有種種的缺點和困難，所以有許多事情是不能

用法律去處分的。這種缺點和困難是非常之多，而且非常之大。例如應用某種法律的時候，有許多事實是無法確定的。又如有許多在道德上很重要的義務，却是不能用外界壓力去執行的。又如有時法律雖有規定，但是避免那些規定的各種方法非常巧妙詭譎，以致法律無從執行的。凡此種種，都是實際執行上的大困難。還有一層：法律之執行必須靠人，而人之智力品行却都有種種的弱點，有時是很不可靠的。因為這種種的原因，所以我們承認有許多事情簡直是法律所不能做的。換句話說，我們現在承認有效的法律處分是有限的。

我們現在認識的法律處分之限制和以前人所認識的法律處分的限制不但性質上有絕大的區別，而且還有一個很重要的實際上的分別。

以前人認法律之不可能是絕對的，永久的；因為牠們是玄學上邏輯上所不許的。我們現在所承認的法律處分之不可能却是相對的，暫時的；因為牠們只是由於司法工具上的缺憾所致。什麼時候我們能夠把這些工具改良，什麼時候我們的法律處分之範圍便可擴大。以前的人對於法律不能處分的事情或法律不能滿足的要求，可以不悖良心地說：「你們不在我的管轄範圍之內，我是不必過問的」。現在我們對於這些事情和要求却不能那樣容易地對付。我們對他們只能說：「我們的工具現在還太差，不能幫助你們。」這兩種說法精神上是根本不同的。照以前的說法，我們對於那些未滿足的要求和事情是可以袖手旁觀，不聞不問的。照現在的說法，我們對於牠們不但應有抱歉的感

覺，而且要時時刻刻設法努力改良我們的工具，以便牠們有被滿足的一天。換句話說，現在我們對於法律處分之限制應該天天使牠縮小；而使牠縮小惟一的辦法便是盡力改良我們的司法工具而使其日有進步。所以現代法學對於司法工具之改良是非常注意的。牠正要設法努力使牠們天天進步。司法工具一進步，有效的法律處分之範圍自然也就擴大了。這是現代法學很有希望的一面。

【四】結 論

縱觀以上所說，我們知道現代法學差不多在各方面都有很顯著的進步。在法學本身的研究方面，牠是由分析的觀點而進步到機能的觀

點；由自滿的態度而進步到合作的態度。在法律的應用方面，牠是由攏統的應用而進步到個別的應用；由事後的救濟主義而進步到事前的預防主義。在法律觀念方面，牠是由個人的出發點而進步到社會的出發點；由法律處分萬能的觀念而進步到法律處分有限的觀念。當然，我們並非說這些種種的進步可算到了止境或是已經有了很大的成績。我們不過說現代法學的進步是向這幾條路上走罷了。有的確是走了不少的路程，有的却還只是在動身呢。

參考書目（以著者姓名字母先後爲序）

- (1) Adams, Centralization and the Law.
- (2) Adams, Modern Concept of Animus.
- (3) Aristotle, Politics.
- (4) Austin, The Province of Jurisprudence Determined.
- (5) Barnes, History of Social Sciences (Jurisprudence, by
Pound)
- (6) Berolzheimer, World's Legal Philosophies.
- (7) Charmont. La renaissance du droit naturel.

(8) Croce, Historical Materialism and the Economics of

Karl Marx.

(9) Demogue, *Notions Fondamentales du droit prive'*.

(10) Duguit, *Law and Modern State*.

(11) Fouillée etc, *Modern French Legal Philosophy*.

(12) Hegel, *Philosophy of Right* (Transl. by Dyde)

(13) Holland, *Elements of Jurisprudence*.

(14) Jhering, *Law as a Means to an End*.

(15) Kohler, *Philosophy of Law* (Transl. by Allrecht).

(16) Kohler, *Moderne Rechtsprobleme*,

- (17) Korkunov, General Theory of Law.
- (18) Laski, Problem of Sovereignty.
- (19) Montesquieu, Spirit of Law.
- (20) Plato, Republic.
- (21) Pollock, Essays in Jurisprudence and Ethics.
- (22) Pound, Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence.
(Harvard Law Review, vol.24,25).
- (23) Pound, Interpretations of Legal History.
- (24) Pound, The Need of a Sociological Jurisprudence (Green
Bog, vol.19).

- (25) Pound, Introduction to the Philosophy of Law.
- (26) Pound, Outlines of Lectures on Jurisprudence.
- (27) Ransson, Essai sur l'art de juger.
- (28) Rousseau, Social Contract.
- (29) Saleilles, Individualization of Punishment.
- (30) Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und
Rechtswissenschaft.
- (31) Spencer, Justice.
- (32) Stammer, Theory of Justice.
- (33) Tarde, Les Transformations du droit.

- (34) Vecchio, the Forma. Bases of Law.
- (35) Vinogradoff, Historical Jurisprudence.
- (36) Vinogradoff, Common Sense in Law.
- (37) Wigmore, Problems of Law.
- (38) Wurzel, Geny, in the Science of Legal Method.
- (39) 積重惠遠：法理學大綱（商務印書館譯本）
- (40) 滂恩：社會法理學論略（商務印書館譯本）
- (41) 近代大陸法律思想史（商務印書館出版）

現代法學

一九三二年八月初版

實價五角

著作者 梅汝璈

發行者

上海四馬路
新月書店
北平米市大街

版權所有

48
453

1