

萬 有 文 庫

第 二 集 七 百 種

王 雲 五 主 編

比 較 法 律 哲 學

(二)

密 拉 格 利 亞 著

朱 敏 章 徐 百 齊 譯

上 海
圖 書 館
藏 書

商 務 印 書 館 發 行

萬有文庫

第二集七百種

總編纂者

王雲五

商務印書館發行

上海圖書館藏書



A541 212 0004 3732B

比較法哲學

(二)

密拉格利亞著
朱敏章 徐百齊等譯

漢譯世界名著

071855

第六章 法律演繹觀念的實際基礎——發展與分裂

七六 心靈的其他屬性

心靈不僅具有知識，也有嗜好欲望和意志。它是一種理論的和實踐的程序。肌肉的系統在生理上適合於實踐的程序。接着每一印象之後，即有一次肌肉的收縮或反射動作，由神經所傳達，並且它不是所受打擊之單純的機械的結果，而是在器官的奮張中獲得它的形式和標準。印象不是感覺，反射動作不是嗜好。嗜好是一種心理狀態的狀態，在其中有一種趨向快樂和避免痛苦的趨勢。反射動作乃是一種生理的活動，不能與一種趨勢相混。嗜好又轉而改變刺激，就它的不定性而論，是同樣主要的根本的感覺和同樣的運動中的感覺性，關於後者洛斯基米尼曾經說到。成爲實際行動的乃是感覺。

七七 本能

嗜好之第一種具體的和特殊的表現是本能，就是一種不自知其目的與手段的趨勢。它的目的，是不假先前的經驗的憑藉，使需要得到最好的滿足。許多生物學家與生理學家以謂本能的來源，乃出於獸類對環境的適應，這種適應最初是出於必要的，以後成爲有用的經驗而存在下去，最後乃成爲物種的一種遺傳的和有機的習慣。不錯，在一般的適應中，無論遺傳學說主張遺傳有多大的作用，我們在植物及動物中，總常需要一種可以受外界環境影響的性質。現在這就由習慣及遺傳所假設；它歸爲一種深奧的原有的動力，在我們的情形中，歸爲一種保持快樂避免痛苦的先在的趨勢——一種動物的特質。經驗論者自己已經把心靈白片說放棄了。

七八 欲望

嗜好發展的第二種狀態是欲望，一種趨向吸引心靈的表象的傾向。在欲望之中，有目的的認識，但無手段的選擇，因爲目的與手段的關係，不是由表象而習知，乃是由我們的內部狀態和外部客體早已實驗的聯合通過思考而習知的。因之與熱情不同的愛，是先假定表象的嗜好之間接的形式。愛是一種終久的、有目的的、客觀的嗜好；熱情同樣亦是一種誘導而起的狀態，因爲它可以推

到情操，但它是一時的嗜好或猝然的感受，沒有什麼鄭重的打算，並想不到刺激它發生的對象。相反，愛則有一個固執以求的堅定目標。它總是追求目的，又如逐漸汎濫、河岸的河流，自身成爲一條路徑，一如康德所說的，同時熱情則如突然衝破堤壩汎濫地面的水流。愛是人的一種屬性，行爲之一種典則，亟切以求的目標。熱情是獸類所共有的，是情感的激動。

七九 意志

嗜好之第三種也是最高級的狀態就是意志，亞里斯多德曾加以討論，因爲它雖爲一種誘導而起的力量，卻分享理性的性質，從嗜好的自身而產生。依照他說，在意志或理性的嗜好中，乃可發現目的的決定和手段的選擇。在低級及高級的嗜好官能中，即在本能，欲望意志中有一種共通的因素。這就是自發性，是在於我們內部而非在於我們外部的一種原理。在本能方面，目的即現在我們面前，與知識並無連接。在意志方面，目的卻是中介的，它經過思考的手續，有時立之爲行爲的一種必須和普遍的決定因素。如果目的是最高的人類目的，它一定是必須的，和普遍的。亞里斯多德的着重這個概念，一、如否倫鐵諾在哲學講詞所指出的，對於最高目的，並沒有置論的餘地，

所欲置論的，乃是在我們能力之中的手段，那就是關於起源於我們內部的事物。斯賓塞把意志當作一種較為複雜和遲緩的反射動作，他實在把生理的狀況和心理的狀況混在一起了。在反射動作方面，先有一種印象，接着發生一種肌肉的動作；在本能方面，可以看到一種由遺傳及有機體習慣而同在的印象複雜體，和一種肌肉動作的總和；在意志方面，一種刺激可以誘致好幾種鬪爭的心理狀態，最後占勝利的一種，就是所希望的一種。本能的行動，由於自動聯念的結果必定是直接，而自動的行動必定是中介的，往往是很遲的，因為在各不同組的表象之間，先有一番的爭鬪。印象既非感覺，因此像我們在前面所說過的，反射動作不是一種趨勢，也不是傾向、嫌惡或嗜好。演化不僅是一種量的進步，而是一種品質趨於更完美化的進步。依照斯賓塞說，在反射動作與意志之間，只有一種複雜性多少不同的量的差別，和速度多少不同的機械的差別。另一方面，如果說內部狀態的衝突，受一種機械的聯念法則所統御，那麼我們就不能說明這個事實。（亞里斯多德曾經指出由經驗所證明的，）關於手段的考慮，限於我人所能接受的權力範圍以內，而並不擴展到我們能力以外的東西。

一種單純的趨勢，便是快感或痛苦的感覺的直接的反響，並無知識爲之附隨。真正的名符其實的欲望或嗜欲，包括回憶一種心理狀態的企圖，那就是一種具有知識的趨勢，但單是嗜欲中的知識，只是處於旁觀地位的力量，它的存在完全出於刺激的客體，它的名字即自客體而來。在實際活動的此種狀態中乃有知識，但缺乏考慮；衝動和情緒占支配的地位。另一方面在意志中，知識和思考一樣的活動，理性可以阻止衝動，可以把欲望的對象總括化，聽任實際客觀的經驗的評斷。它與情緒不同。馬西觀察，意志之起常是一種禁制的行爲，因爲它阻止、節略和改變衝動的力量使之成爲觀念作用，以一種逆轉的程序，由觀念作用而變爲衝動，變爲行動，而達到實現。這裏就是不自願的與自願的意向的差別。前者根據於表象的力量和表象力量所運使的情操之上。後者乃自理性而得，因爲表象之力不夠強，它的氣勢已爲禁制的行爲所削弱。李博在人格之缺陷書中就三種觀點討論意志；視之爲衝動的力量，因爲它是一種觀念運動的勢力，與在前的活動不同；視之爲禁制的力量，或者由創造相反的衝動，或者憑藉恐怖以阻遏情緒，以制止行動；和視之爲表示主體深

異性質的個體反應的方式。決意的主要原因，不是動機的衝突，而是性格。要是說這是不確的，那麼越是思想豐富的人，就將越是比較躊躇寡斷。性格是器官的心理的啓示，一部分是原始的，一部分是誘導而起的。那麼這番理論就與斯賓塞的相同，因為它根據於演化的原理之上，把出於自動的現象，作爲刺激與反應間不一貫的例證。但它包括對英國哲學家學說的一種重要修正——承認一種實際主體的必要，他主動選擇，意志即自他而發生；這基本上是一種積極的事實，但如果你同斯賓塞一樣，把它當做動機衝突的一種結果，那就變成了消極的事實。像意志那樣多變化和複雜的現象，決不能以一種單純的矛盾觀念便可解釋。因爲，如此較大的矛盾，即將使最大的寡斷產生出最大的決斷來。不管李博所顯示的活動的需要，他的意志作爲一種禁制的勢力而論，乃消極的，因爲它是恐怖的結果。真正的積極的出於自願的禁制，並不是由一種顯著的情緒去支配或阻止一個衝動，而是憑藉知識的領導與理性的發展。李博把單純的嗜欲與意志混在一起，因而就想在意志之外，構成性格的概念。病理的經驗，對於心理學的研究無日不提供珍貴的材料，顯示給我們凡缺乏知識或知識僅處於旁觀地位之處，就沒有意志可言；知識如停止作用或不積極，則意志亦

有同等程度的減弱。自願的行動，由於缺乏把衝動變為觀念力，復由觀念力變為衝動的力量而就毀壞了。關於前一種缺乏能力的例證，如各色各種不能抵抗的衝動，不自覺的如瘋癲和歇斯底里的衝動，自覺的如偶有的縱火，謀殺，偷竊的傾向。後一種缺乏能力的特別的例證，為意志力之消失，在這種狀態下，一個人的心理官能仍舊清醒，運動的機構也無損害，但受此種病症侵害的人，除非在劇烈的痛苦之下，便不能下決心。

八一 機會必然為因果性的結果

意志不是中性的放縱，也不是一組行為中絕對創始性的力量，它的決定不是沒有動機。因果的原理要求一組的前因後果，凡同樣的原因與同樣的條件，即產生同樣的結果，這個概念，適用於各處。中性的放縱破壞了這個因果的連鎖。它是一種不連續的因素。它並不假定任何前因，轉注成爲一種謬妄的觀念，即若干相同的原因，乃有產生不同結果的可能。承認原因結果的無定限的進步，將以一種自成一格之原因而終結，但並不說自成一格之原因，就是不定的。它也許是內部及外部的必然性。變遷的事實，並沒有以任何方式（甚至部分地）表示出一種絕對的開始，因爲

能力是繼續長存的，中間僅經過變化而已。結果的離異性，不特不足以顯示出一種中性力量的存在，無寧顯示出條件及產生出它的原因的複雜。中性的放縱是偶然的意志，因為如從哲學的見地，偶然亦有它的原因，所以偶然的意志亦必有其原因。機會與因果律並不相反，而是表現出多種事實的一種相合性，這種事實的偶然的組織，分開來看可以作為各自獨立的。這就是許多哲學家所接受的組列偶性說，溫德爾朋德在機會論證曾加以說明。他說，如果發展只是連鎖的必須相接之單純的一環，那麼就沒有機會的可能。但事實上我們看見許多發展的線索，互相接觸、混合、割裂，而型成我們稱之為世界進步的那種奇異的複系。在線索所接觸之點，也就是常有新線索相與連接的地方，顯示出兩種事實，時間空間相符而並無因果的關係。依照吐柯在亞里斯多德的偶然概念的話，理由是並不缺乏的，他認為與亞里斯多德學派 (the *stagirite*) 的意見大致相同。亞里斯多德不否認每種結果必有其原因，而是認為因果的連鎖，可以為別種原因所產的額外事實所打斷，與第一組原有的事實並無因果的關係。此種偶然事物的原因的數目，是不定的，因為可以影響或加入為一組因果連鎖的線索，也是不定的。因之如果相合是一種事實，那麼也同別種事實一樣，它

應該有一種存在的理由，所以在因果律的範圍以內，不能去除相合的現象和偶然的意志。去承認一種空泛的不定的活動，一種自願同時不自願的勢力，一種決定自己意志的意志，都是與心理抵觸的。來布尼茲有過一種深刻的觀察，是衆所周知的；人類並不是因決意而決意，而是因作爲而決意，因爲如果他是爲決意而決意，決意就將展轉相繼沒有終止。知識對於超越行動範圍的或只是一種可能性的力量，不能給予佐證。這樣一種可能性，只能由推理而引申。簡單的知識包括主體和意志，但意志及動機間的關係構成爲一種推斷。知識只證明，如果有作某一事的意志，事就可以做成，此外不能證明什麼了。在許多例證之中，它以動機昭示我們；有時雖不能昭示給我們，但並不說沒有動機。忠告、祈告、威脅、法律、承諾和協定，皆具動機的作用，表示自己支配較強動機力量的期望，或當困惱時有選擇決意的機會和必要，皆可成爲動機。放縱的信仰，乃是以原因動機以後並不立即有行動，而行動的深度不一定與原因的深度相等而起的；由於某一種的不連貫，乃即相信之爲絕對的獨立。另一方面對客體之微弱的欲望和流動的荏弱的誘惑，很容易不加顧問，而接受一種不定的中性放縱的力量；後者根本上是非道德的原理，因爲一種不理動機的意志，亦即是

不理善或惡的意志本身。

八二 動機 性格的定義

意志必先假定一原因，至少也得假定一個動機。外界的原因，受機體的激動性所修正，它指揮有機體的行動，決定意志。當它為心理所代表時即成為動機，在這種情形之下，它具有真正的動機的特質，那就是說非動機的本身，乃是心理所代表的動機，即它在心靈中的產物。心理的活動，自原因變為動機而開始。每一個人都為他自己而形成他的動機，因為每一人皆不同地代表他用以增減能力的外界刺激。最初只有一種孤立的行動，隨後在主體方面發生一種續作此種行動的便利，這種行動如果強烈地反應，即稱之為習性。習性乃自行動之一或多種部分的習慣中產生，由此乃創造出特徵的輪廓和特質。如果特徵的特質與一種最高的意志同列，受最高的意志支配，那即是性格。從此接着，心理的活動在變原因為動機外，提高動機成為一種法律的重要性，形成習慣，並且是所有同列的和隸屬的決意之有機原理。性格與天性、氣質、癖性不同，雖然這種名詞與它也並不完全陌生。天性建立於有機系統的變異狀況之上和建立於一種系統超越另一種系統之上，例如

肌肉系統之優勢。氣質乃是接受性與神經自發性不同性質合成的結果。癖性可以推爲天賦的同情心憎惡心，和冷淡性。性格是組成的；而天性和氣質，則從一生下來便已存在了。性格在青年期出現，其他則任何年齡皆有。性格不能自動的組成。事實上有許多人，雖然各具特徵的特質，卻並沒有性格可言。天性、氣質和癖性，是人所共通的。性格先假定有自發性。其他則先假定有必然性。在性格中，所有建立於機體以上的自然因素，以及外界環境的勢力，都同時包含一種物理的和道德的性質。從我們僅在於合作的活動中，或改變或創造新勢力的行爲中，可以得到許多東西。動機的概念與自由意志的概念並不矛盾，與偶然的意志或放縱並不同義，因爲動機要求一種內部改變的行爲或心靈之充分的贊許。這一種行爲，是對原因之具實踐價值的一種判斷，它愈申展和延長，責任的增加愈多。但從我們行動中所產生的合作、變化和創造的行動實體，不必一定有行爲，但無論如何具有迅速行動的動機。一方面，自由或自由意志被列示爲一種分異的力量和相反的部分，在其下可以發生變原因爲動機，和創造行爲規則及型成習慣的事，也可以不發生。另一方面動機並不存在。換言之，必須保持動機必要力量及立意完全自立，不把嗜欲與意志含混，尤其不墮落爲不定

論，如果動機的力量與意志的力量是同一的，那麼所有的是必然性而非自由，如果嗜欲受衝動所支配，那麼即無意志。主張主體不用理性而增或減動機的力量，就不啻承認無定和空虛的勢力。當然，意志之決定一種行動，總附有一種動機，但一種自願行為之動機，並不如馬西所告訴我們的，可以自變為行動，但只是一種觀念和思想，一種評價的判斷。觀念所有的衝動最少，受主體的動因能力所推動，於是外形上乃有在數種理由之中選擇一種的事，這種理由沒有衝動的力量，表示出不同的可能性。立意乃是由反省、判斷、抽象觀念作用累積而起的能力的行為，附有一種勉力的情感或趨勢，即是一種潛伏的活動，克服障礙和發展，成為自我的實現。主體並不必然地得到這種能力，因為它是與意志習慣一起組成的；這種意志習慣或者處於思考期中，或者處於出自知識力量之獨立的衝動實際趨勢組列中。能力是由那一種的自由一點一點完成的，那種自由並不缺乏動機，只缺乏準酌考慮的自主性。主體能夠先定它的決意，和很遠使為它籌備，增加而不至減少它的自由，因為合而給予意志以經常指導的單個行為乃是自由的。黏着力愈大和因而更大的性格的勢力，其附隨的負責性亦愈大，因之如果衝動的優勢不是一種自然的現象和自然的一種結果，自動

得到的責任，因為行動之非為一種片刻的決意的結果，而為一種前定和固定意志的產物，故更為增加。

八三 機會和統計學

道德事實乃是社會有機體一般經常狀況的結果，道德事實之規律性與終常性，給這個問題以另一種方式。它提出了這個問題，究竟道德的統計，究竟不能使人類自由意志的概念與一般法律的概念相調和，根據後者人民生活每一年的每一定期，都有同樣數目的犯罪，複雜性相同，種類相同，甚至犯罪的方法亦相同，無罪與判決間的比率相同，私生的數目亦相同。我們必須考慮道德事實的規律性，既不是絕對的，也不是與外力之不動性相等的，而是相對的，包納有變化可能和可以改造的社會及歷史的原因。使人類及社會尤其在已有文明的時代中，發生一定犯罪比率的，不是地球及氣候條件的不變性，而是不變的、知慧的、道德的及經濟的諸條件的複雜性，它們纔產生出某一時期數目大致相等的犯罪。我們現在還遠不能在道德的系統中，建立具有真正永久性及其一般性的特質，如存在於物質系統之中的，這種特質，在有重要物質及生理因素的物質中，那就

是說，在人口的統計理論中和在人類測量學中，比較易找出開特雷學派，以其機械學及天文學的傾向，企圖由更着重憑藉於外部和內部的關係，說明道德現象的常性，宣稱這種現象的必然性乃見於複雜性中，同時差別，個人的質調和自由，則存在於組成社會本質的人之中。德洛比歇在他道德的統計與人類的自由意志的書中用一種倒轉的方式推闡，表明道德統計中的常性，雖說它是有變化可能的諸原因之一種結果，卻不是一種事實；一個所謂平均的人，他代表作某種事及不作某種事者間的關係；自統計的觀點作某種事的習慣，乃倚賴於人一般的及種族的性質，和社會條件及他特殊個人的特性。習慣之產生或不產生一種行為，看當時衝動的力量，和自理性及文化的優性所養成的抵抗程度而定。這種條件發生變遷平均人所表現的常性即將不克實現。他更說，道德統計不能答覆自由意志的問題，因為它雖則可以說明行為的比率，卻不適於考核行動之心理的動機。奧丁革在他的道德統計學中以這種統計學的經驗為根基而研究社會的倫理，他的出發概念，是以人為自由及負責的生物，因無數的關係與社會發生連結。奧丁革在社會事實的規律性中，看出一種直接的天命的支配。在這一點他與蘇塞密爾區相同，而與只相信自然及物理法則的

開特雷不同但他不承認舊神學家所說的宗教的前定，或哲學家所說單純的放縱，但接受陸宰的原理，認意志的自由而無動機乃是謬妄的。他相信個人的道德生活交互透入於社會愈深，負責生存的意識亦愈將增加。德洛比歐和其餘人的否認道德統計學這一方面的效能，是很對的。意志自由的問題，並不是統計學的適當對象，因為它可以推到人類的活動，而人類的活動，乃是須道德科學的全體加以推究的。凡有人類行動之處，根本上為生理的自由問題即因而發生。它已與哲學和神學一樣的老了。道德統計學研究實在，以意志之決定的外部行為，作為一個單位，而並不作為意志之可能性，後者是心理學的主題。道德統計學只能否認沒有動機的放縱，因為在人類的行為中，衝動和動機總常發生，但它不能否認自由意志。向統計學乞助以否認自由意志的人，以決定的內部必然性，置於由平均而表明的一律性之上，自複雜的結果以至於個別的事實，同時把現象之外部情形與現象自身含混起來，這是不對的。他們想結果之相對的常性，足以排除自由因素結合的無限的變異，因之常性如庫爾諾在或然與機會學說之研究中觀察的，當因素有位置及獨立行動的自由之時就比較更大，因為在那種情形之中，可能個別變異中間的補償成為更充分更完全的總

之必須爲相同因素的性質下一定義，以求得到一個結論，而這個定義一定不屬在社會科學及統計學的領域以內。

八四 最高之善

意志是理性的嗜欲，和以此而趨向於實現人類的目標。亞里斯多德說，人類的目標在於他的福利，即他的快樂，因爲人是一種精神的和有機的主體，所以快樂中間包括良好行爲，良好生活，義務和快樂。爲行爲最高目的所在的真正人類之善，要求情操、執情、利益屈服於理性之下。這樣的設想，善纔可以不至與斯多學派的脫去熱情的自由心靈相混，不至於與初期基督教徒世界敵對的精神相混。也不至與康德所說的抽象形式意志相混，後者祇在自行控制和自重地與感覺傾向任何連繫保持距離時纔是自主的；同時它也不能與伊壁鳩魯學派的單純快樂或功利主義者的利益混爲一談。從最合於人性的善之概念出發，情操與嗜欲並不與道德意志矛盾相反，而是構成它的具體性。依照布盧諾和斯賓挪莎，善乃是熱情運動轉爲合理傾向之適當變化。意志是有力地自主的；它包括我們情操、情緒及利益的總體，和使它們聽受心靈的支配。祇有在這種條件之下，可以

得到道德的自由，道德的自由是爲品德或作善的習慣所實現的。亞里斯多德把品德置於具忠告考慮作用的某程度之理性和習慣之中，既不太過也不是不及，即也不張喻過實，也不故意省略。他說，它不在於熱情，能力，科學或藝術之中。熱情是情操之突然激動，大抵倚賴於有機狀態或氣質之上，實在不值得追咎，也不值得贊揚。一種能力是由自然所賦予的，品德則是由學習而得。科學告訴我們以善惡，但品德是善之實踐。藝術顯示我們以行動之外部，但品德予內容以一種價值。他更說，品德不出自自然，因之不是一種能力；它也不是全無自然的憑藉，但它應該包納人的全部，不應置於一特殊的部分，即使是他存在之最顯貴的部分。快樂，善，最高目的或品德，必先假定自足，即人的自給狀況。當缺乏這種自給時，他是不快樂的；他沒有達到目的或善，他不能成爲真正有品德的人。自給是在社會中，在生命及情操的交感中，在討論共通觀念和文字中得到的。人天然傾向於這一點，所以被稱爲社會的動物。並且亞里斯多德學派說，任何共通的善，皆能使人團結生活，和促使他們趨向社會的生活。從此即可以引申說，倫理學乃是政治學的一部分，要沒有社會生活，快樂和品德就不可能。我們現代人，說道德和利益受理性的支配，與表示社會存在的文字、文化、習慣和教育

是脫離不了的，也正是表示同樣的意思。心靈由文字，教育及文化的幫助而得發展，意志受爲善的教育時，卽有有效的自由。人從一個單純的個人，發展成爲一個道德的主體和社會的公民，在社會之中，他得到了一種關於他自己的充分知識和具體的獨立性。因之在倫理學中，心靈的根本活動之顯現，是因爲道德的必然性，內在於善的觀念之中，而且不能是有機需要，習慣和情操的結果。道德的必然乃是自由設想的人類目的。它是中介的和經過思考的目的，在本能中沒有它的蹤跡，它只能從精神的深處如實際的知識之中產生出來。自然只給我們以生命和保持生命的一種趨勢。它纔在生命之上，加上以快樂作爲我們的目的，顯示我們以社會生活的利益，但這種目的之倫理的必然性和它們的普遍性，卻是思想的產品，思想給予此種可感覺的物質以形式。不錯有機的需要，習慣和道德情操都是先存的事，但這些東西尚不夠解釋道德概念的發生。當然人最初是由追隨自私和社會的衝動開始的，後來始習於行爲，因之他對於爲他個人生存的利益和他人利益而值得做的行爲，他的知識與他同儕的知識乃是符合的；依照某種變異的標準加以贊助或申斥，這種標準最初是加至他身上的，但後來把它變化爲一種普遍的原則，由習慣變成了一種義務；因

之他傾向於作他所應做的事，因為他已經發現出生存及社會情操趨勢和公民社會中的倫理必然性了，如否倫鐵諾在書中所引的。

八五 道德與法律乃是倫理學的部分

人類之善，乃是正當行為及正當生活，和使嗜欲及利益聽命理性之統一，它假定共同生活的先在，為倫理學之一目的。倫理學，從這樣的廣義去理解，包括普遍的決定和意志及行動之最高原理。道德和法律乃倫理學之部分，因為善大抵可以在知識關係的深奧性中發展，另一方面表現於人同人，和人同事物的外部關係之中。第一，韋科說，心靈為保持它的領域，必須防禦貪婪和建立倫理的品德和道德的範圍。第二，心靈變為標準或比率，在其中必須劃分均平於人之間的功利，這就是法律的觀念。法律的物質是功利，它的形式或標準則自精神的深處產生。在這一點，再表現出精神之高度的原始的綜合的活動，這種精神見於情感、表現、思想和嗜欲之中，而是人格的基礎。黑智爾的概念與韋科的概念相同，因為主體和客體（黑智爾稱之為道德行為或意志）如斯巴文塔在黑智爾的倫理學說之研究所表示的，外部表現為法律，或內部被說明為道德的起源。法律是外

部自由的帝國；道德是內部的自由。依此方式，法律觀念是從理論及實踐的雙重原則演繹地出發而發現。這類原理本質上是哲學的，把法律哲學與一般哲學連繫起來。它們是科學的基礎，科學表示出適當意義之正義的最高理性。一種的法律的哲學，如果獨立於在此章及前章中所側重的兩個母身概念之外，即將不成為一種哲學。至多它只能成為研究成文法律的形式導論。法律哲學是，而且必然是哲學的一部分，無論其所必需的特殊研究有如何大的發展，都是如此，把這一點牢記在心中是很有用處的。

八六 成文法是命令的和禁制的

法律是福利之標準或均衡，它予人以命令或禁止。它由命令而規定什麼所應該做的，因而可以得到均衡，法律的命令同時是積極的和消極的。它要求人的尊敬，允許他享有屬於他的，禁止他有違犯的行爲。福利的平衡，如沒有個人及社會人的觀念，和人格的原理，決不能成功。在命令與禁制之間，有一容許帶，受排斥、命令和禁制所承認，它歸根並不需要一種理性法則的公式。一種准許法的可能性，見於現行法之中，後者取消了禁制而准允獨立的權利，或者准許在某種可疑的法律

權利中有所行動。因之莫特士狄納斯的話，法令是絕對的命令，可以指現行法，但僅能一部分應用於哲學法則。當法律最後分析起來是命令或禁止時，它祇是爲一個人規定決定的權利的數量和品質，用此權利他可以達到他基本的目的。它建立了個人的「他的必要的範圍。」法律所既不命令又不禁止的，是對人的狀況和利益並無必需的複雜體。這種複雜體成爲「他的不必需性」之範圍。按着這，如果行爲與命令或禁制的法律有關，即成爲一個義務的問題，一個人如果覺得自己在實現它的道德及法律必要中，他即可合理的希望，在執行義務時不至受到什麼阻擾。就在以法律作爲軌範的意義上，纔得到了最初的法的義務，後來變成爲作爲一種能力或勢力的法律。但行爲如果就其與法律的允准相關而論，乃是純粹有行動自由的。在這一方面，法律之在作某種事的能力中的起源，其有所作爲者，或者並不由於義務使然，倒是爲方便而致，由此乃有責任及尊敬他人權利的必要。凡想便利而作某種事的人，當然不會去違犯倫理的法則，法律即是倫理法則的一部這很容易瞭解的。這個理論之指法律責任和法律爲一種能力作用，而非道德的責任，後者常概據目的假說的公正之上，與別人的權利沒有相關關係，因之也不難瞭解了。如果它有的，它即變

成了法律的。一種行爲在法律上有行動的自由，在道德上卻可以是義務的，因為我們可以指出，在這一種的假說中，乃是道德先在而非法律責任的問題。就我們所已經說的，接着就可以說法律就主觀的意義而言，不能全部歸之於允許的，如洛斯米尼和塞特爾在他的倫理學中所設想的。前一位把它定義爲作某種愉快之事的能力，假使不損害他人，即受道德法則的保護。但一種權利，往往是作人性必需之事的合法要求。在較高級關係的組列中，法律權利和責任間的連繫更爲嚴格。在其中可以看出屬於一個人的力量，一如他之有實現它職責的程度。例如一種公共職責的行使，構成爲威權的權利，但它起初是一種義務。第二、關係的系列降下，切近可許的範圍，聯繫就變成不大密切，最後竟至完全消解。個人具有一種家庭性質的某種權利，家庭性質雖能與道德責任相關聯，卻並不即假定先在的法律責任。

八七 法律是約束的和和諧的

如果法律是善，可以在人同人，及人同事物的外界關係中實現，那麼邏輯地推論起來，它包括潛在的強制，是同在和生活和諧的原理。關係的外象即包括行動；使體質的及心理的強制成爲可

能；那就是體力和恐嚇。強制乃是反對頑梗意志，執行法律的手段。它是法律的勝利的表象。武力爲法律服務時，即失去了它的盲目和殘暴的屬性，發展成爲一種道德的力量。由強制而來的正義的勝利光景，決不能與沒有了拘束的自然勢力的勝利等量齊觀，因爲，它是在自由實體世界中統御一切的道德勢力，如謝林所說的，在它之前，自然活動就讓步了。習慣以稱及刀代表正義。有稱而無刀，即流於孱弱無力，有刀而無稱，即成爲暴力。法律之爲同在和和諧的原理，如果我們設想每人各得其所，即無不和或衝突的終久動機，就可明白知道。部分對社會大整體的友誼，是由實現利益的均衡而保存的。道德福利乃是終久友誼的唯一基礎。正義是公民生活中真正的吸引力。亞里斯多德從另種的觀念，即沒有共通的生活即不能設想品德，而達到同樣的結論。他說到個人的品德，例如節制，勇敢，和謹慎；但在這些中他所看到的僅爲嗜欲及理性的一種混合。依照他，正義包括所有其他的品德，爲倫理學的基本，因爲它較其他更清楚地顯示普通生活的要求。每個人都可以不顧他人而勇敢，而謹慎，而節制，但另一方面，除非在社會中，即無公正之可言。社會自需要而產生，因爲個人並不是自給的；需要促成互相服務及行爲和事物的往來。互相往來，即發生平等的要求，這種

平等是正義的原來形式。因之共同生活，品德及道德的基本條件，沒有正義便不能支持，而正義不過是完全的品德。洛斯米尼嘗試從法律的定義中撤除社會的概念，甚至取消真實同在的概念，但他到底不能脫離一種可能的同存觀念，因為人類同存觀念與正義的聯結乃是非常的真實。他說，「讓我們主張，假使人類只有一個人，法律觀念仍將存在，」接着他討論他與另外可能的人之間的假設關係。無疑，可能的同存是一種最高的抽象，超乎此，我們勢必至放棄一切瞭解法律的企圖。但道德福利，品德和法律觀念，先假定完整理解的共同生活；那就是公民社會和真正的共存，祇有在共存狀態之中，纔可以得到自知及真正的自由，以及它們由集體活動而累積的無數物質的知慧的及道德的附屬品。換言之，具體及積極的共同生活，乃為倫理發展所必需。洛斯米尼把可能共存的概念置於一邊，而在他的法律定義中，把法律視為個人的活動或主體的活動，求助於社會及真正同存的概念，因為這一種對人行爲的支配，祇在有充分自我知識及自由中纔得發展。

八八 法律爲演化所支配

把法律認爲同存和生命和諧的原理，就等於把它當做有機的原理，因之，就使它受所有有機

體皆遵守的演化一般法則的支配。演化的意思，是新屬性的發展，職能的逐漸分化和部分之繼續的自主化，和形式的複雜性越發明顯，連貫和條件具備。法律之遵守演化法則，因為它包攬關係之數目繼續增加，因時日之過去而更爲明顯，最初由感覺，繼而由幻想，最後終由理性所形成。法律逐漸進步，和努力克服在途程中所遭遇的抵抗。韋科說，法律之目的，即在抵抗私人之反對。從耶陵我們得到一種重要的關於法律鬭爭的理論。他說「法律有似自食其子的農神(Saturn)」，因為它創造和毀滅法令，制度和利益。」它由加援自己，抵制日常錯誤和犯罪的勢力，以保持它的實際形式。因之法律的表象，作爲軌範而論，也脫不了鬭爭，因為習慣皆由克服阻難而建立。法學在信仰的差異和法令的矛盾中向前進步；我們今日的法令，很可以稱之謂議會中辯論的結果。耶陵未曾討論到爲主觀所理解的權利的鬭爭。爲權利的鬭爭，應由受損傷人格的感情所鼓動，不應單由於經濟的利益，關於經濟的利益儘可有妥協的餘地，除非經濟利益之外對人格發生了一種傷害。在防衛一個人的權利時，所有生命的道德條件都一起參加，因之鬭爭在個人方面對於自己成爲一種責任。鬭爭也是個人對社會的一種職責，由他的抵抗，保持整體及安全，維持法律的勢力和使它不至

無效。國家之最大的充分的力量來源，在於個人的健全有力的法律情操，因為已有有勇氣敢爲他們的權利和保護人格而鬪爭的人，纔會感受到愛國的情操，或在國家尊嚴受侵害時積極參加國家的事務。

八九 演化法則顯示法律的發展程序

爲法律所歸屬的演化原則，給我們以它的邏輯地區分的原理或標準，法律的最初形式無疑一定最爲簡單和抽象，即最不複雜的。因爲社會秩序中的各分子，用自動的行爲，達到他們特殊的目的，所以法律的最初形式一定包括私法的關係。公法的關係比較少簡單和抽象，這種關係的發生，在於人以公民的資格，而非以私人的資格，藉一種有秩序的權力以實現普遍的目的。國際法的形式更爲複雜，它先假定列國的共存，和諸國和諧相處的大同原理，後者韋科曾有所發揮。法律的演化與人格的演化並行，並且在某種程度以內是同一的，（因爲最初都是單一的，繼而爲集體的和政治的，最後爲國際的，）因爲人格的觀念乃是法律的基本原理。

九〇 私法與公法的差別

關於私法及公法的區別，我們必須說，除了在前節所引，先由阿楞斯所指出，後來德爾朱代斯在法學辭彙亦曾發揮的它們各自的目的和手段性質的標準外，別無其他可以接受的標準，因為它只能處於關係的主體或它實行的手段之中。如果差異在於個人的或政治的主體，那麼邏輯的結論即是說，以國家爲首的道德的實體，將不能以任何方式參加私法，但同時在許多例證中，它們與個人卻有傳統的關係，並且在它們的特殊性質的容許程度以內，作私人主體的行爲。如果它在於動作中，由一種私人的動作和保護的關係是個人的，而受一種公動行動所保護的關係是公衆的，我們就有了一種極外表的標準，即給法律以力量的方法，這種力量在沒有設想出實現手段以先，無所謂公與私。我們所曾着重的特殊的及普遍的目的，在羅馬人對私法及公法的定義上並不完全陌生，前者建築於私人福利之上，後者建築於公衆福利之上。私人的或一般的功利，常包括於統御人類世界的目的原理或目的論標準之中。要把私法的範圍，歸爲對真正的和適當的福利作一種合理的統制，那是不可能的，因爲公法亦抱有同樣的目的。由比例平均化或由一種租稅的規定而得的權利，伸及真正的福利和一種財產，法律服務的權利或義務。福利爲私法的唯一質料，基

本上關涉一種財產價值的權利。無論其主體之爲一私人，一道德的實體或一國家，它給予法律關係以特殊的特徵，例如，一個公民對不公正支付的稅有要求賠償的權利，如國家得享有出賣或出租某種東西的價格，因爲在兩種例證中，都是一種有經濟價值的福利的問題。選舉權、良心的自由，和國家徵納稅收的權利，都不是私權，不含經濟的福利，而是廣義的福利或利益。這是加巴的理論，他指出相信私權僅出自自願的和契約的行爲之錯誤。它由這種行爲所產生，但它的起源，卻亦見於單獨的合法及不合法行爲中甚至見於公法中。損害一經發生，即使是超契約的，在受害者中即產生一種私權；賠償的責任，（如果國家收用時，國家爲公衆福利應負責任）與一個財貨被剝奪的人具有私權或經濟權利相應。

九一 個人與社會人是密切地互相貫通的

當然在私法中特殊的意志居於顯著的地位，它的範圍以爲任意法所束縛爲限，但也不應相信個別的福利便是排外的和唯我的，因爲人乃生活於社會之中，因之他的意志，須受一般意志的限制，他的利益爲全體利益所調劑。相反，一般意志在公法中居於命令的地位。它不受經特殊協議

而起的修正。在公法中，凡有行使能力的人就有使用它的義務，這個原理是嚴格的。但也並不是在所有的例證中皆同樣的嚴切，在公法中並無行使選舉權利的義務。事實上私法與公法之間，並無數學地固定的疆界，因為法律的發展包括所有人，個人和社會。具體中的私人與集體是分不開的。

九二 法律是歷史的

對於私法及公法中順序的方法有各種的意見，斯督克注意在法律兩部門中的方法，與立法者心理的性質，和由主體、客體、及權利的獲得、行使、和喪失的絕對特徵而形成的觀念的同列，不能脫離。不過在私法中，形式的因素，一般化的活動和方法的程序（後者在於連結法律的原則與人性）佔優勢，因之私關係是很簡單很典型的。另一方面在公法中，歷史的因素曾有一種大發展，變異性居於顯著地位，因之邏輯理論因素的系統化，乃不若追索事實之重要，而居於次要的地位。拉班特說民法的方法在格律中是強的，在公法中它們便不大重要。我們對於民法的觀念，必先予以一番考查，因為必須將為私法所特具的所有特殊因素和特質，一起排除。現在，如密切注視這兩種的意見，和把唯一可歸於成文法和它技術結構的觀念丟開，我們必須記得法律無論其為私的，公

的或國際的，總常是一種人類的觀念，那就是說一種在歷史中發展的理想原理，並不包含於一種單純的邏輯結構之中。我們必須視它為一種真實的活的形成體，它常根據於人性之上，可由此而解釋所有各民族生活（構成歷史的全景）中的它的豐富狀態及形式。因之在研究法律中，不能把歷史的因素與理性的因素分開。假使說在私法中總括化的活動較為發展，形式的部分較為顯著，並不就是說法律的這一部門不是一種歷史的形成體，只是說所注意的關係，不若公法中的那樣複雜和富於變化。假使我們承認私法中的關係比較少複雜和少變化，那麼形式因素之優勢，將不至惹起我們的驚異。另一方面，公法先假定較高級、廣泛不變的關係，因之顯然形式的因素和總括的活動比較少顯著，雖說這一種關係也是根據於人性的共通原理。如果公法的關係更為高級，包括新的因素，則私法中的簡單概念在公法中就沒有多大輕重。繼由確切化和完全化而產生的真實演化的運動，它們即將被廓清。換言之，應該有一種變化。因之它們的廓清，乃是已失去它價值的東西的減免和新東西的增加。民法在這一種工作中曾經活動，曾有深切的改變。

演化的法則，在以一般形式示明的關係的範疇中可以觀察出來。每一種法律關係，要求一個主體和一個客體。人是主體，是權利及義務的主體。由於他性質的必然，他受推促而將外物屈從於他的意志之下，爲了要使必須及有用的物體有繼續的互相往來的交換，乃使他自己與別人發生連繫。接着這個，乃有私法中的五種範疇：人格法律、財產法律、義務法律、家庭法律及遺傳法律。顯然遺傳的觀念建築於家族的觀念之上，而家族的觀念，又轉而建築於關於事物或個人關係發展的一種活動的觀念之上；這一種活動可以歸至人自身的原理，是每一種法律關係系統之開始和根基。

九四 民法及商法

私法分爲民法與商法。商法爲私法的一種形式，私法與義務的權利有適當的關聯，因爲它的關係包納自個人意志而得且與集體目的和諧的特殊目的與手段。商法之需要，因爲日常生活之原理和商業之特殊規則，可以予商業生活以便利性、敏捷性和鞏固性。它是特殊的，但不是例外或特權的，適用於所有的商業行爲和全體的商人。

九五 公法

家族乃是國家的胞體，是高級和完全的人類結合。現在我們必須先明示國家的基本結構，次則它的性質，它的行政，以及特別由行政權力及政府所擔負的行動。國家有執行法律的義務，以防止任何趨向違反它訓誡的行爲。同樣，它也有決定程序爲兩造宣布法律，及爲社會利益而懲處違犯者的義務。從此可以看出，公法的範疇，廣義的說來是憲法的、行政的、刑法的、司法的或程序的法律。嚴格的說，公法包括憲法和國家的行政。程序法、先假定私法、公法及刑法的存在，因之乃最爲複雜。刑法先假定國家的組織和一切法令，如有違反此種法令者，卽由它處理。行政法對憲法的關係，亦猶如功能之與結構；但公法之最簡單的關係乃是憲法的。這並不是說，對於憲法理論中的職能，全不加以注意。這種理論之中誠然有功能，但它們都是政治性質的。當我們說憲法的目的爲國家的結構，而行政法爲處理國家的職務時，並不把結構排除之於行政以外，而是以一般的方式說明憲法主要地是靜態的，而行政法則較爲動態的。

一般的說，國際法統御國家間的關係或一國公民與另一國公民間的關係，自身分成公法與私法兩部分。國際公法包括國際人，他們的所有，義務及行爲等範疇。行爲的權利與戰爭的權利和中立及和平的權利是同一的，戰爭包括國家間的爭執和消滅及解決爭執的方法。在這一方面我們可以注意自不大複雜的至較爲複雜的間之進步，因爲戰爭先假定和平的常況，各國間根據於國格之上的財產權及義務的存在。因爲屬於不同國家的個人關係，根據於民族的共同性質，它們的共存與團結之上的最高級的原理，所以國際私法之不能使人相信先於國際公法，正與證明私法先於公法的理由相同。但我們不能承認國際私法與私法絕對的相同；那就是說，國際私法先於國家公法。私法本質上是國家的。它由各國的立法者所執行，而國際私法乃是國外的。一由民族的一般意志所推動；另一在應用之時需要他一民族之公開或默然的同意。私法因國民意識的不同而有差別；國際私法爲對國家所陌生的法令或法律的適用性，在發生爭執之時，它趨向於建立同一的軌範。

九七 該雅斯和查士丁尼的三分法

關於私法三分法的最後一種觀察，由該雅斯所提出而為查士丁尼所着重：即認為法律之全體可分為屬人的部分，屬物的部分，屬訴訟的部分。有許多次曾經指出，它並無理性的價值，因為它並不根據於法律關係的基本性質，而有把家族關係併入私人權利，把遺傳併入財產權利，把程序併入行為法則的弊病。但三分法對於制度前來源之法律區分，卻有很大的歷史價值。羅馬法典編纂委員 (*Decemvirs*) 第一表有一定數目的程序規則。(傳訊 *De in jus vocando*) 羅馬護衛軍的書諭亦以關於同一主題的名號「訴訟」開始。羅馬法典以法律之若干一般的命題開始，提供具有不同名目及法權之帝國官員的描寫，與法典編纂委員第一表同一題材的第二書的第四名目 *De in jus vocando* 即由此而來。從而可以看出，來源之起處即該雅斯和查士丁尼的終處。美因在他早前提過的書中，追究這種和原始法律的記錄兩者間的相同，表示出這一點上的大相同，因為沙利加律 (*Lex Salica*) 開始即說到一個法院中的引證和憑契。愛爾蘭法律的特點，即其一大部分專論程序，程序之原則，是司法權的由協定的原來行為，繕寫而呈於法官之前。馬拏及內拉大法典先述法官及程序，祇後來纔論及法律及可為訴訟題材的東西。無疑在最初，審判權之

組織及程序有非常的重要性，因為爲了使人服從，和形成一種法律意義的質料自有組成習慣的必要。懲罰和法官的觀念，對於文明開始時的人民意識有極大的影響。當服從的習慣一經形成，法律的支配一經建立，社會的合夥結合了，心靈發展了，懲罰及法官的觀念成爲習例，將如邊沁所說，成爲法律關係本身的儀則，實質法的一大支持力量。探雅斯的三分法，代表這個第二方面，表明超過舊法律系統的一種觀念的進步。

此
页
空
白

第七章 主要法律定義之批判的分析

九八 兩種的定義

關於法律機構的主要定義，不是關於法律的合情的內容，就是關於它的合理的形式。在前者中我們必須提到霍布斯、斯賓挪莎、盧梭、功利主義者、及實證主義者的定義，在後者中我們必須提到康德及赫爾巴特的定義。所有這些定義，都僅表示出充分理解的法律觀念之一種特徵因素而已。

九九 霍布斯的法律定義

霍布斯接着培根，申述宇宙之間除物質和運動外，便一無所有；思想與情感可以互相交換；而我們的內部秩序的現象，可以用聯想的法則來解釋。他在政治論巨靈中所推闡的倫理概念，以自衛的趨勢，爲正義、感恩和虔敬等義務的基礎；由於實踐那種義務，避免了人人相惡的一般鬭爭。

在自然狀態之下，每一個人都有任意作爲的權利，因之就有人與人相爭之一般的鬭爭，強力是決定是非的方法。在此種狀態之中，並無確定的相互對等關係，因亦無義務可言。由於無限制的恐怖，自衛的趨勢，和保護榮譽的需要，纔強使人們成立了一個基本的協定，由這個協定中產生出一種絕對的權力，聽它來決定正義和榮譽。這種絕對的權力，後來又經宗教信仰所認許。因之，依照霍布斯說，法律自身並不是一種倫理的原則，而是與倫理學一樣，乃是用以終止一切人類所從事的可怕鬭爭的一種外界的工具。最後的分析起來，又回復到斯拉昔馬殊的思想，後者視正義爲最強者之權力，而不問正義的真正價值和道德性質。柏拉圖反對斯拉昔馬殊的主張，認爲權力之作用在於保護弱者，並舉醫生對於病人的權力，和船長對於船上旅客的權力爲例。霍布斯的學說，雖然側重於榮譽的保護，表示出某一種高等的因素，但它確立了本能的優勢（經倫理上打算的幫助），從受情感壓迫之心理狀態中推求法律的出處，企圖由荏弱或恐懼的盲目勢力，建立一種法律的系統。當然法律不應荏弱，不應爲無刀爲後盾的尺度。它應該有威力；但不足以因而使我們相信它的本質就是怯懦的恫喝。不過，霍布斯注重法律關於保護人性中倫理及社會因素的一面，是值得

稱許的。

100 斯賓挪莎的法律定義

斯賓挪莎在他用幾何學說明倫理學及宗教國家論兩書中所下的法律定義，在一方面與霍布斯的學說極其相近。斯賓挪莎把「思想」和「擴延」統一為實體的一種超然和積極的成份，作為「自因」(causa sui)的；他認為一切皆自這兩種無限的賦性發展而出，把它們同宇宙或物之總和(natura naturata)加以區別，後者的特殊對象是單純的方法和想像的對象。實體就是上帝。實體是絕對的，不受一切有限事物所決定，自身就是自身的原因，因之是自由的。祇有上帝是自由的，人是不自由的，他的存在不是由於他性質的獨有的必然，而只是一種方法，因其為方法，所以是受他種方法所限制和決定。人是一種具有自由幻象的日然勢力。熱情、慾望、和嗜好支配着人的行動。法律並非由理性而由嗜慾所產生。法律是種人性的勢力——一種與使一切事物存在和維持其存在的相同的力量。自然的勢力就是自然的法則。上帝是萬能的，有支配一切的權利。在因情欲而產生的人間的鬭爭中，一個人的勢力因別人的力量而中和，由此其力量即歸抵消，因之

乃無安全可言。由於保全一個人自己的力量，需要，於是乎有了結合，在結合本身中的個人的力量，因權利之增加而亦有所增加。國家是最龐大的結合，似乎是全能的，傾向於保障安全的共存狀態。因之在這個理論中，法律並非一種倫理的原則，而是出於受同意所支持，通過威力、機械的因果關係，及自然勢力而發生作用的自衛趨向所產生。此處，國家也就是一個絕對的帝國，它的目的，即在於終止由貪念和情慾而生的人間的鬪爭。自然的勢力，在法律的發展中雖然能與法律協力同行，和使之有效力，尤其如果得有同意支持的時候，但就自然勢力本身言，卻不能即成爲法律。當法律在一種結合中實現時，它纔因它的實現性而獲得力量，「力因結合而增強」，但斯賓挪莎自相矛盾地，又提出了若干修正前面發揮的學說和充分合於真理的概念。我們應該注意這些概念，像塔利奧在斯賓挪莎的法律概念論中所注意的，因爲它們代表珍貴的真理的胚種。如果斯賓挪莎否認人有自由，另一方面他卻不得不承認人是具有自由的，因爲人由體質與心靈所組成，而心靈是不可毀滅的，它分有實體的終久不朽性，把一切事物推因於上帝。他有支配實情、慾望、嗜好的能力，支配它們的功夫愈深，意志愈提高愈淨化，即與上帝愈切近，在這一點上，人便達到了他的目

的他的「默識」(acquiescentia)和意志乃和上帝的一樣自由。布盧諾在他的「Eroici Furi」一書中，也同樣推闡着精神自由及其與上帝結合的概念。根據斯賓挪莎思想的這個新方面而言，法律不是一種自然的和機械的勢力，而是人用以接近其合理目的之一種潛能(potentia)。這種目的，在普通生活中和在國家（建築於理性之上的一種聯合）中是可以獲得的。「法律並不是自然的權力，卻是基於理性，而此理性，卻是社會共同生活與國家的目的。」斯賓挪莎更申說：「國家之最大目的為自由。」

一〇一 盧梭的法律定義

盧梭在他的民約論中，以不可讓與的自由原則為出發點。根據這樣一種的原則，他想解決下面的問題，即找出某一種的政治結合，在這種結合中，自由是不可讓與的，每一個人服從國家，即等於服從自己，個人為社會的利益，完全和交互放棄全部個人的權利；從這種結合，乃產生用自由同意的支配全體或個別意志的普遍意志，而形成不可讓與、不可分割、不可代表的主權。由多數票所表現的普遍意志，是法律的根源，因之法律可以歸源到多數者的決議。盧梭的普遍意志，本質

上既與理性沒有關涉，最高的倫理觀念遂爲羣衆的放縱和逸樂所代替，而與根據人之道德本性繼續權衡利益大小輕重者不同；而實際上法律卽就人的道德本性。在這一方面之下，盧梭的定義，乃論法律之合情的內容。這個定義中準確的部分，乃是如以前羅馬人所說過的人民全體的共同意思 (*reipublicae sponsio*)，他們認爲法律或多數人之意志，是人民生活中法律的具體和有效的表現。

一〇二 功利主義的法律定義

詭辯學派，彼多克薩斯、伊壁鳩魯、愛爾法修、邊沁、穆勒都是功利主義的偉大代表。他們都企圖在快樂與痛苦中求得道德的真理和正義，從特殊的個別利益出發，而達到一般的利益。霍布斯和陸克雖不常爲人稱做功利主義哲學家，也表示出同樣的傾向。到了穆勒，對於他所採取的這種學說，我們纔有了一種真正的科學的說明。在他的功利主義一書中，他否認道德根據於理性和先驗的因素之上，遵從經驗的和歸納的理論，乃是根據於快樂的感覺。快樂的感覺概括化時，就形成爲功利或實用的觀念；經驗增加於行爲的惟一目的，就是快樂，或一種脫免苦痛和在數量及品質方

面皆有豐富享受的生活。享受的品質和它的數量，祇有在因有機會和嗜好而具有比較的方法者的傾向上，始能發現。快樂是真實的，而且是唯一的善。人之希望具有品德，最初僅視之為獲得快樂的一種方法，以後品德本身纔成了可欲的東西，正好比一個人爲了希望得到償報而示惠於人，但以後就習慣而成爲當然。但除非私人的利益和公衆的利益一致，即不能達到完全的快樂。個人的利益如果沒有他儕輩的護持，沒有全體的幫助，便不能有大規模及安全的發展。一般的利益是發展私人利益的必要條件，同時也是私人利益的一種保障。從此乃有行爲善惡的差別，行爲而可以促進全體利益者，就是善的行爲，行爲而可以妨礙全體的利益者，就是惡的行爲。這種智識是逐漸點滴發展的，以同樣方式乃有道德情操的出現。它的因素包括：願與儕輩和好相處的本能的欲望，人類休戚相關及維持自我狀態之不可能的概念，與他人合作的習慣，以及文明的影響。在文明中發現出義務的原則和自然法則的基礎。功利的觀念與正義的觀念並不衝突，後者乃是前者的一部分。正義(jussum)一詞的語源，顯示出這樣一種觀念的根源，是立法的規定。法律制定的觀念，先於正義的觀念，後者的內容是最爲切迫的和必要的功利。因之，所有正義的事件的確都是功利

的事件，但其中最迫促的，都是出於人類需要的事件。正義的觀念，包括有三種的觀念：一、合於某種社會慣例的行爲，二、懲戒違反社會慣例行爲之法律，和三、由法律所給予、由法律所保護的某種人的權利，如果違反法律，即課以一種懲罰。與這一種正義觀念相應的，有一種複雜的情操，它是自衛的衝動及同情傾向所結合的結果。第一種衝動，產生一種因加於自己身上的攻擊而起的憤恨，後一種傾向，引起對加於他人身上的攻擊而起的憤恨。我們常希望危害他人的人，身受他自己所造的危殆的痛苦。這種的情操，加上上述的三種觀念，決定了對不合一般及特殊利益行爲的懲戒的限制。

一〇三 穆勒定義的批評

這個理論的重大缺陷，在於想在邏輯方面，用歸納法求得一切，在倫理方面，想由習慣得到一切。其實大家都知道，歸納法並不能說明理論原則的必然性和普遍性，而習慣則常是一種機械的不自覺的連續行爲，不能產生出義務或倫理的必然性來。在穆勒的心中，對品德本身的追求，公正不偏，犧牲，等等，都是心理習慣的結果。義務者，就是組成道德情操各因素之繼續和有力聯合的結

果。一個人自己利益以及別人和全體利益間的調和，也是同樣原因的結果。倫理學的惟一原則，是諸心理狀態的內部聯合，祇爲趨向快樂憎惡痛苦的傾向所調節，與理性並無固有的聯繫。事實上，這種精神的享受，如知識、自由和獨立，我們之所以要享受它們，並不是在於它們的實質的利益，而在於它們的精神（情緒）的力量以及增加一個人快樂的或然性。這種利益的偏好，在穆勒看來似乎只是一個趣味的問題，祇有對各色各種享受具有特殊體驗的人纔能加以決定。我們不妨注意，爲滿足享受而培植的心理活動，可以爲了思想產生快樂，因而使一人設想過火，反把它們毀了。但必須記牢，穆勒在有幾處說得很明白，偏好的原因，乃在於人類尊嚴的觀念或情操；假使他們思想的話，每人都能夠領悟及珍視這一種的利益。這樣一種的自由，穆勒捨棄了他的系統，在他採取一種比經驗的快樂論（empirical eudemonism）爲優越的原則時顯出了一種矛盾。但穆勒對於這一點的思想是動搖的，即使人類尊嚴及較高級利益的觀念，亦有賴於情操的品質；這種情形發生於多數情形中；因之矛盾並無永久的性質。在穆勒，不像邊沁那樣，把私人及一般公利的調和當作事實，而把它作爲內部（精神）狀態的一種聯合所創造的需要，是一種進步的心理習慣的基

礎。追求全體福利以及個人自己利益的義務，別無其他的基礎，因之理性及道德的必然性乃與心理的必然性互通。但對於如何自一個人自己的福利而引導至別人的福利，中間的過程問題，卻仍舊沒有解決，因為快樂是一種絕對屬於身受的人所有的狀態，把快樂加以概括化，乃產生功利的觀念。快樂是不固定的，變化最多，受神經系統及各種基本感覺的無定限的改變。一個人的快樂決不是別人的快樂，同一的快樂，享受者每次所感的也不全相同。在這種方式中，沒有自利我主義轉變至博愛主義的路徑。並且以謂人類的整個欲性，皆集中於快樂一事之上，實際上並不準確，因為本能的活動，在它初次出現之時，初無快樂作它的先導，人類從不缺乏自存及由愛而在他人心中再生存下去的傾向。在穆勒看來，法律是積極性法律和懲罰的產兒，雖然它的內容着重另一種更高級的原則。必要的福利，最後分析起來，應該由理性所承認，因為只有後者纔有確定「正當的需要」(summa necessarium)的資格。但在穆勒的思想學說中，最迫切的福利是由感情的量及深度來評斷的，而是立法者方面試驗和積極估算的結果。在組成正義的兩種基本的和自然的情操之中，沒有一種包含有組成法律的精密的度量或均衡。為惡而作惡的自私衝動，確然是不道德的，

但如果一種同情心，其根據的固定和平等的標準，因本人與受害者關係而異，這一種同情心，也同樣不合於道德。

一〇四 功利主義爲法律的材料

雖有上面所述的種種缺點，功利主義包含有一部份的真理，因爲福利（如果不作爲一種原則，）當然是法律的內容或質料，正如意國派哲學家及法學家所一向常設想的。羅馬的法學者申說「福利」（*utilitas*）是民法的基礎，公法和私法的區別，卽在於前者以公衆的福利爲重，後者以個別的福利爲重；但福利依照彼狄斯說僅爲「發生物的權利」，因爲法律的基礎爲「自然物」「自然人」「自然比率」。在羅馬人中，雖然以重實踐輕玄想的方法討論法律的各方面，但仍保持某一種倫理的性質，那是從「美善、衡平、善意、良德、或美德」而來，而是依據如執政官（*praetor*）戶籍官（*censura morum*）等制度的性質之上。經院學派說法律應該發展共同的福利。在布盧諾的心中，法律應爲真理之神聖陽光所燭照，應該趨向於有用。韋科認法律爲功利的一種準衡。羅馬諾西與哲諾未西、斯配達里利、及拉姆普累提同意，將法律解釋爲一種合於道德秩序的功

利制度。洛斯基米尼視之爲一種受道德法則所保護的求幸福的能力。

一〇五 對功利主義的批評

美因對於邊沁的歷史理論，表示異議。依照後者的說法，不同的社會，爲合於它們的改變的一般福利的觀念，各有不同的法律；因爲依照美因看來，福利誠然是促致變遷的一種有力的原因，但非唯一的原因，變遷實受與功利概念與傾向不同的新觀念及情操的影響所促成。美因的批評，以謂新的觀念和情操常可追原到對福利的新瞭解形式和新的福利觀念，是確實的，值得考慮，可供有力的考核。當然所有的人類和社會，都期望至善，要是把爲了善本身而期求善，及爲了用處而期求善合混起來，則我們就無法辨別和承認那種稱爲功利主義的特殊思想系統了。功利主義是快樂論的一種。它的辨別善惡的標準，祇限於（或者主要限於）可感覺的方面，善惡之的程度，看善或惡實現後所產生結果的品質和數量而定。美因根據別種的理由，對於以邊沁的功利主義，作爲一種倫理及法律的系統，表示異議，他相信在立法的領域方面，採取這一種系統，並不說在道德的領域就也須加以接受；他相信一個人可以在立法上爲功利主義者，而在道德上則非功利主義

者，或者包含矛盾，或並不包含矛盾。但在此處邊沁並不錯，錯的倒是美因。不過可以注意的，正由於他所注意的對象的性質，在於將福利作為一種材料，所以在法律研究中不得不討論到倫理學中的非功利現象。

一〇六 斯賓塞的演化說

斯賓塞在他的倫理學的基準事實一書中，與邊沁及穆勒同意，承認行為之目的在於快樂或福利，但並不採取他們用以獲得這個結論的方法。這兩位哲學家的方法是歸納的。但斯賓塞指出，如果我們不能用演繹法求知一件事實為什麼是另一件事實之必然的誘導物的理由和方法，則行為的軌範決非是科學的。經驗告訴我們，某種行動產生善果，某種行動產生惡果，和表示出行動的軌範，但並未告訴我們這種緣由的方法或理由。我們必須以一個原則作出發點，這個原則，可以作人及所有生物之物質及道德生活的一切事實的根據。這個原則就是「力的持續」(persistence of force)。每種存在物都傾向於維持它的力之均衡，及抵抗破壞均衡的因素。存在物之集合及取得享受的能力，它的發展與存在物對外界環境的適應能力成正比關係。但適應是行為的

法則。所有有知覺生物的行為的目的，即在於保持他們的個人及種族的生存和共存。共存代表同類的互助；要是一種行為，不能完成共存的目標，亦即不能完成前兩種目標。祇有在人類中，這三種目標的和諧關係有最完善的發展，因之個人福利與公衆福利的相合，實為生物法則之一種不可避免的結果。人和他的行為，是內部及外部力量間許多次適應的最後產物。一個人如果想到倫理法則和生理法則之如何緊密的結合一起，沒有一個能感到驚異。自印象中產生出感覺及交替動作；感覺有快樂的苦痛的，就人為有知覺的生物而論，它具有伸長前者的時間和停止後者的傾向。因為覺得共同生活是愉快的共同生活的偉大的福利性就被發現了。因而就形成了社會的傾向，經過長期的習俗及遺傳，它變而成為一種本能。從社會的本能，就產生出在同情心總名之下的各種情緒。同情心是使個人生存之最大發展成為可能的一種協意和合作。從這樣一種衝動，所產生的行為，需要複雜的表現，而自自私心所產生的行為，具有即目的的目的，那就是享受目前的快樂和逃避逼迫的禍害，因此預定是單純的表現。從這一組倚賴社會狀況的自私的動機，例如對復仇、法律或輿論的恐懼，又有另一類包含於行動之非偶然的，非外來的而是自然的結果之中的動機。

例如悲苦，羞愧，不顧個人自己的福利而對其鄰人，對他的幸福的傷害。這種發展習慣及遺傳等動機的複雜性，成爲道德的情操，不受以一種威權爲根據的動機的支配。我們越看到同儕的快樂，社會越自軍事的變爲工業的，同情也越自增加。在初期，社會專致意於自己的生存，對於個人的發展，僅加以次要的注意，它正忙於爲自衛的戰爭和奮鬥。後來社會變成爲工業的，它的生命所受的威脅減少，其存在得有保障；到了此時，保護各不同勞作範圍內個人的行動，纔成了它的主要目的。因此，人類的行爲，結局乃由一種自我的利他主義所統御。

一〇七 斯賓塞理論的批評

研究斯賓塞學說的人，所觀察到的第一件事，便是歸納的或演繹的功利主義實質上並無異致，兩者都顯出感覺違反內部秩序及生存之真價值，而傾向於超越理性之優勢，假使它遇到多人的贊許，這是因爲它合於多數人的所習熟的作爲，並非由於合他們應該行的作爲。追求快樂避免痛苦的單純的嗜欲的傾向，決不能藉習慣、遺傳，或者一般藉最大的多變化的適應，忽而變成爲道德的法則和義務。第一、所有這種因素都缺乏倫理法則與義務的必然的和普遍的性質；這種特徵，

非僅思考所能給予，也非追求它的本質深度之人所能發現。聯念及適應，並未領我們脫出心理學的精神必然性的領域。因之，在斯賓塞的系統中，我們可以注意到我們在穆勒的學說中早已指出的東西：義務根據於更爲複雜、和更爲代表的情緒之更大的效率，那就是說根據於情操的品質。自身的適應，決不能是人類行爲的最高法則，因爲，道德固然是在日常生活中所發展，和應該感到它的影響，但說道德受自身的存在，和由理性所示的原則所統御，也是同樣的準確。理性供給人以準則，在這種準則以內，可以考慮個人及社會的特殊情況，使個人的利益與公衆的福利併合。不過準則的限度，不能完全由環境所決定；它們也不能完全是外部的。適應的學說，不能推演爲真實的倫理的動力，真實倫理動力能爲時代的先驅，和着重有待實現的高尚的理想，因爲適應學說帶有一種政治的性質，它把在假定的社會狀況之下與個人利益在某種程度相合的傾向別人之幸福的行爲，稱之爲善。它也不會解決快樂變爲一般福利的問題，因爲快樂保持它的自私和排外的性質，除非憑藉一種高級的原則，這種自私和排外性不能加以調和和修正。斯賓塞在私人利益及公衆利益相對立之兩極之間，發生一種和諧的關係，並且以保持個體、發展種族、和共同存在這三種目

標的混合，轉變而成爲一種生命的自然法則。但他並不能因此而創造出倫理的必然性，倫理的必然實在是在思想的唯一產物。爲了要得到義務及權利的觀念，就必須使理性推進和發展，不能把理性改變或貶低爲一種依賴感覺傾向的利益的估算。所有的功利主義者，現代的實證論者，和唯物論者，都把法律的基礎置於生命的事實之上，置於種族的和社會本能的有機要求之上，因之都未能予它的原則以一個真正的說明。生活之需要和它的用處是道德及法律的材料，沒有人懷疑；也沒有人懷疑社會本能、共同信仰、習慣、遺傳之爲正義及品德的條件，這幾種因素成爲日常生存的偉大的聯絡組織。問題乃在這種因素的形式和它們的不能在理性以外所發現的原則。古人曾談到一種用意在於滿足生命直接需要、自衛、男女的結合、繁殖、及兒女的培養的根本法則。在這種根本法則中，那就是斯多學派所說的「自然的先決條件」中，如韋科所說，人類期望他自己的生存。但他們也注重一種「次要的或間接」的法則，那就是斯多學派所謂的「自然的後果」在其中，如韋科所說，理性是支配的力量，人類期求着知識。從自然法則而來的這一部份，是更爲直覺的，和統馭着第一部分，給它以堅實的特性。在這種差別中，我們又可看出在我們所視爲最先的和在自

然所視爲最先的之間的亞里斯多德學派所說的差別。對於我們，感覺占第一的位置，對於自然，則爲理性。現在我們必須找出這個自身第一的基本原則。

一〇八 斯賓塞的人類下正義說

斯賓塞在新近的公道一書中，推闡他的倫理法律觀念。他把道德法則與宇宙之最普遍的法則相連起來，使倫理學成爲更演繹的，在這個理論以後，他開始就說到一種動物的道德和一種人類下的正義。道德及人類行爲是一般行爲的一部份，那就是說，是各種存在物的行爲全部結果之一部份，各種存在物各自適合它們自己的目標。在獸類之中，比較完善之行爲，有促進更長更豐富、更完全的生活的趨勢；而與保障及綏延種族的兩種原則發生關係。第一、後嗣在尙不能自行照顧以前，有自然的保護，第二、成熟者應該理會他自己的作爲的利害關係。人類下正義的意思，是指每一個體皆受他性質和狀況的結果所支配。它因組織的進步而進步。一切存在物之基本法則，是行爲及結果間關係之法則。接着就有（本質上相同的）另一種規定期限度的普通生活的法則。第二種法則，命令一個人用以追求利益避免禍害的行爲，應該受必要的限制，就是要使同儕方面亦有

施同樣行爲的自由。於是乃有第三法則。以限制第一種法則之應用，在某種環境之下須爲種族而犧牲個體。人類不正義是人類下正義的發展。根本上和本質上，兩者具同一的性質。都是一個整體的部分。一般的說起來，正義的特徵，在於把自己的利益置於關係的社會限度，及種族或社會健康的聯繫之下。在各種爲演進產物的社會情操中，可以發現出正義的情操。正義乃是自私情操的滅絕，一種動物在抵抗對它自然生活的行爲所加的限制時，便發生了自私的情操；正義也可以變成爲利他行爲的目標，利他行爲爲多少先須有同情心的豐富的發展，與自動合作的情境有更適合的關聯。但在正義的真正利他情操發展以前，先有『近利他』情操 (pro-altruistic sentiments)，它是真正利他情操的發展的條件，包含真正利他情操的胚胎，例如報復、嫉恨、復仇及苦痛的畏懼。正義的情緒，免不了和正義觀念發生密切的關係，正義觀念者，乃是它的標準。這種觀念，有兩種因素，一是積極的，一是消極的，第一是創造出不平等的自由。因爲個體如有不同程度的優劣，即應受各別的待遇；消極的因素，是每一個體活動範圍的限制，由此每人都被認爲平等。由正義觀念所統括的法律的根本原則，非歸納的產物，而爲「先驗的」真理 (a priori truth)——數百代相傳下

來的經驗。經驗的功利主義者誇張歸納的力量，對於任何必須設定的它的主要觀念，都不能加以把握。個人及全體皆應趨向於全部的幸福，以及各人皆有享受幸福的同等權利，這種觀念皆非演繹的，而為先驗的。成文的法律即根據這種正義的原則而訂製。

一〇九 對斯賓塞人類下正義說的批評

斯賓塞的公道一書，並沒有改變他在倫理學的基準事實中所包括的理論，結果批評可以同樣適用於二者。如果義務不能由嗜欲的傾向、習慣、遺傳或心理的聯念而產生，它決然不能自動物生活中求得。一種道德的動物是不可設想的，因為動物決不能瞭解一種有必然性及普遍性的義務，必然性普遍性乃是理性的唯一產物。即使斯賓塞也承認，人類的理性，加上知識和自由意志纔能認識個人之均一和生活之必需，成為道德與法律的基礎。義務正是人類所知道、所珍貴、所期望的東西的必然性。所謂獸類的義務，是全無意義的，因為獸類並無真正的知識；或自由的意志。這個浮泛的語詞，常用以敘述獸類有機的要求或習慣及馴養的結果。事實上並無人類下正義的存在，因為正義乃是一種品德。它是一種憑藉知識和自由意志，以實現理性法則的習慣；這種理性法則

的作用，在於權衡屬於人性本身的各種利益和權衡人性個別表現方法（個人的、社會的及集體的形式）中的利益的輕重大小。義務和正義都是在演化中呈現的事實，並不是一下便有力的出現在人及人類社會生活之前。兩者因為皆為突現而非合成的事實，所以皆是特殊的產物；它們各有自己的特性和原理，這種原理，祇能由抽象和不定的方式，始可歸納為宇宙之共同的特性和普遍的法則。正義之自利及利他的情操，其建築於人性之上，亦如正義觀念之兩種因素（自由及個人活動之交互限制）之建築於人性相同。一個野獸在它精力發展遭遇阻礙時的感情，與一個人在剝奪他的能力時的憤怒，是兩樣東西，物種的利他情操，與因認識了人與社會間性質的一致而產生的利他情操，是不同的；後者乃是智慧與意志的合作。可以解釋的自由，顯然是一種與獸類的能力不同，而且比獸類能力更高級的原理，也更超乎自我和自然性的感覺。對一切獸類分子的生存限制，與人類生存中所包含的社會聯繫制度，完全不同。斯賓塞因為不能看出演化運動中的特殊分化，因之就犯了把屬於演進程序中不同範疇的事實和觀念，混在一起的錯誤。他把有機體的要求，自然之盲目的和必然的趨勢，嚴格的自然的適應，與義務、品德與純粹的人類的事實，混淆起

來了。他把人性中的特性和潛在的能力，置於演化程序的最前階段。他把對子女的本能的愛護及成年獸類稟賦遠見的行為，與本乎自由意志成爲一種義務且爲責任之根源的對後嗣的賢明愛護相提並論。此處我們可以觀察出比較的濫用，和對未知因素及態度之矯揉造作的預料，這我們在前面討論知識的解釋時已經注意過了。最後我們必須指出，斯賓塞回復到康德所下的法律定義。他說他的思想之與康德相合，完全出於偶然。在一八五〇年他寫「社會靜學」時，他並不曉得康德關於法律原理的著作，到很多年以後，他纔發現有康德著作的存在。康德與斯賓塞間唯一的真正差別在於這一點：康德在他期望爲法律下定義時，他的目光沒有超越人類世界抽象概念以外，而斯賓塞發現出一種道德的獸類和一種人類下的正義。我們將在下面看到，康德絕不承認這種倫理學的企圖。

一一〇 理性爲演化的產物

毫無疑義道德必須先假定生物學和聯念。聯念提高生命的力量，和成爲一種更高系統之事實的直接條件；那就是歷史的發展。歷史就是人類種族的生活紀錄。由於人類性質的演化，乃引導

而產生思想，世界上最偉大之動力。現在，即使是實證論者，也並不以謂對於現在社會環境的適應包括倫理學的全部，他們承認歷史的進步和一種與人類生活之完善的觀念日相切近的趨勢。在他們看來，倫理學是一種不僅追求道德事實的法則的實踐科學，而且是決定改變道德事實的最好方法，以求達到在當前尚未實現的完善的實踐科學。這種倫理學的革新的和趨向完善的工作，代表從自然和從現存事實的解脫，如安圭利所指出的。它爲自由作先容。機械的必然性和機會，把我們行動中的道德價值一起剝奪了。一種科學的定命論，其實就在它概念之中，即包括有內在的變異的力量。這樣一種的力量，最初是出於自然的，接着就變爲自覺的活動，趨向於社會生活進步的目的。歷史的經驗和文化的影響如增加，由參照理想的未來和珍視現有狀態而產生的改變行動動機的力量，在個人和社會也就增加。此處即爲自由之真正的根源。但如無認識的活動和思考，即不能充分瞭解自由，認識的活動思考成爲和增加主體在衝動時的適當的能力。自由乃根據於理性之上，後者可以由歷史經驗的累積而說明，但並非是歷史經驗的單純的結果或全部。

一一一 康德的法律定義

康德的法律定義，我們前面已經說過，是以法律的抽象的合理形式爲對象的定義中之一種，在此處我們可以加述，他的信徒斐希特和赫爾巴特的定義，也屬於同一類。康德指出智識是一種極複雜的事實，是一種併合感覺的及知慧的因素的結果，必須視之爲完整的全體，不能如陸克及來布尼茲那樣，僅討論它的若干部份。陸克只注意於知識的一部份、感覺，而期望解決知識的問題，另一方面，來布尼茲將他的全部學說，根據於另種心理因素之上。依照康德，由於應用適用於經驗的直覺之單純概念，知識或經驗是可能的。這種概念並不是固有的，美麗的出於造作的，它們是心靈之本來的作用，而是我們的精神之認識的活動。它們稱爲範疇，因爲它們是徵集現象的樞要，故非由經驗所產生，所謂現象；所謂現象就是指事物的外相。它們不是常在變遷的具體的和經驗的知識之函數，而是不變的超絕的知識的函數。因之經驗就先得假定範疇的存在，唯範疇使思想成爲可能。如果這是經驗的性質，即可知人之心靈並不能知道物之本身，即本體，只能知道它們的外形，即現象。在他的純粹理性批判中，他處理知識的問題，把知識歸納爲兩種主要的因素：感覺與先驗的作用。在他的實踐理性批判中，他處理道德的問題，後者在於感覺所示的兩極端和在道德法

則之中。他首先把那種以倫理決定的動機在於物質的實踐原理，一切加以排棄爲合於這種實踐原理起見，道德行爲之價值，乃由他們的結果，由對它們結果之估算所衡量。意志之唯一動機爲快樂，倫理學之基礎，純粹爲經驗的性質。從這類的原則以推尋源流的他律的思想系統，例如快樂主義及功利主義，因爲建築於本性爲偶然及特殊的條件之上，所以不能解釋道德的、必要的、及普遍的原則。因之，當一種理性的因素提高爲一種原理時，往往構成爲一種他律的思想系統（例如當把廣義的以及與人類較高級賦能保持和諧關係的快樂，作爲一種原理時，）因爲一種行爲乃在於滿足一種外部的幸福論的理由，或一種經驗的動機，而品德成了實際審慎之準則的結果。在康德看來，真正的道德需要一種由純粹形式法則所自律的意志。意志可以給自身以法則，因爲他是自由的，獨立於感覺世界的決定原因以外。意志給予自身以法則的特性，使它自己與外界對象分離，那就是自主性。自主的意志，即道德之不可或缺的條件，無論那一部份都是由自己所決定，是自主的，不藉助於外象。因之，法律乃意志所產生，同時因爲法律是純粹形式，所以它是唯一直接決定意志的因素。吉阿不利在倫理原理的形態論中說，依照康德，道德原則應爲可以適用於全部理性

的一種共通法則。它應該是普遍的、必要的、並且具有一種命令的性質，並非爲便於行爲之目標及結果的假設的命令，而是無上的和絕對的命令。法則存在於爲意志所已決定的東西之中，其決定並不出於外部的目的，而出於爲法則所包含的和諧與功利。法則必須無條件的服從，但在知識中，範疇除非應用於直覺，便沒有價值可言。自我不至由於沒有範疇而成爲盲目，不至沒有直覺而成空虛。康德聯合這兩個條件，而把視爲整個的認識之可能，置於直覺和範疇、感覺和知識的原來綜合的統一原則之中。在道德的領域中，這兩個條件是絕對相反的。它們並不一致，形式不必經適用於經驗的材料，自有其價值。因之在純粹的理性和實踐的理性之間，就缺乏和諧。認識力本質上是現象的和相對的，它不涉及於事物的本身。祇有自由意志，纔促使我們趨向於本體，即超越感覺的實在。本體並不稱爲一種物象，也不能使之存在於實踐的系統中。由於這一種方法，就產生了自由、靈魂不朽及神三種概念，作爲實踐理性的條件，那就是道德意識的要求而非知識的要求。純粹理性包含若干的矛盾，足以毀滅它們的理論的價值。在預述了這種討論以後，我們可以說，康德之決定具最大純粹性的倫理原則，和給予義務以一種無條件的絕對的價值，實值得極大的稱譽。康德

之倫理學是建設的和必要的，與古代人的敘述的倫理學不同，後者乃建築於自然及習慣之外部因素之上。

一二二 康德學派倫理學

康德的倫理學是抽象的和形式的，因為道德法則、義務及意志之自主，都缺乏實質的內容。人類不僅具有理性，也具有感覺及嗜欲，但在康德的理論中，卻把人完全看做理性，它對於感覺的任何傾向，矜誇地放棄了一切的忠順。事實上，在意志放棄漠然的態度，與欲望、情感、利益鬭爭，並把它們征服及轉變為理性之時，纔能算是自主的。真正的自由，乃是意志之積極活動的結果，並不在於單純的抽象之中。亞里士多德派的幸福論和康德派的形式主義，在人性完善的一點，有其邏輯上的關聯。幸福論給我們以內容，命令的範疇給我們以形式。在這一種融和狀態中之快樂，已非康德所辯論反對的倫理學的經驗原理，而是將本能及利益處於理性統御之下的必要性的結果。認所有予道德原則以內容的一切系統，皆建立於幸福（快樂）之上，皆可歸納為唯我主義，是不確的。人性有向它目標而進的趨勢。這個目標就是善，即是人的純善。人的目的是他的純善或福利，因之

法律乃包括在他的把感覺的因素屈從於理性之中。這種屈服一經實現，我們就有了快樂（*contentment*）。快樂是完善的人類行為之必然的附屬品，而非意志的動機。目的的觀念，乃自人性之基本性質中得來，因之乃具義務的性質，構成爲無上命令；它的具體性，當康德說到必須把理性當做根本的而非中間的時，已經說明了。康德的保含形式的倫理原則的無上命令，其實是沒有用處的；它判定一種正當的行為，可以變成爲法則，可以作爲無論何時無論何地的行為規準，但是它沒有說明什麼是應該做的。每一種行為的正當性，可以產生出一種普通的準，則但接着並足以證明行為便是道德的。如果這種準則成爲普遍的話，行為將成爲不可能，顯而易見又將不能不求助於不合實際的結果的估計。例如法律禁止定約的背棄；但如果這個法律成爲普遍的準則，則根本將無定約的可能。康德自己就用這種方式而辯論，卻沒有想到他之乞助於行為之結果，而依照他的前提，這原是不允許的。當然普遍性是倫理原則的基本特徵，但它就足以成爲它全部的起源或質料麼？

一一三 康德的道德是抽象的

理論的抽象性，在前引的吉阿不列書中，也從另一方面表示出來了。康德把所有的道德都根

據於自明的純粹意志之上，對於它的具體由來，絕不加以注意。另一方面，亞里士多德深知目的（善與快樂）先得假定祇有在共同生活中纔可得到的自主，因之，他與其他希臘哲學家一樣，結論說倫理學原是政治學的一部份。依照他，除非個人意識與社會意識透澈貫通，道德即不可能。但康德脫離這種立場，而處於主題本身範圍以內，不顧它的具體的位置。亞里斯多德的思想，在今日已為演化論所復活了，演化論的根據，在以倫理學為政治學之一部和企圖說明道德，認它為由於自然的，精神的，遺傳的，和社會的原因所交合之形成。演化論的倫理學，從道德意識中得到它的基準材料，它說明了道德事實的實際發生，但不能解決道德的問題。道德法則的先驗性是與在生物學，歷史學及遺傳中的先驗性大不相同的。道德法則是必要的，普遍的，因其為必要與普遍，故不能為經驗的結果。但心理範疇及直覺形式的先驗性，既不排除經驗知識的組成，因之對於道德之具體及歷史的起源而作的演化的及倫理的解釋，如果使之成爲一種類乎學說的系統，或關於道德意識的材料，就可以加以接受，以補充倫理行爲可能性的學說，和補充倫理原則之性質存在於人類目標之中的學說。

一一四 康德的法律觀念是抽象的

在康德的學說中，法律觀念是形式的。在他看來，法律是同時存在的多種情形的總和——每一個人的意志及通過一種普遍的自由法則的全體意志的總和，至於這種總和及這種普遍法則的具體性包含的是什麼，康德卻沒有告訴我們。因之法律乃成了一種純粹抽象的原則，不管事物系序的真實歷史關係。洛斯卡尼對於康德的法律學說，不過四種觀察。第一、任何人期望法律存在於人之共存的可能性中，尚不足成爲行動正義性的因素。在增進共存狀態的自然法則之下，仍能有一種錯誤的行爲，對於共存狀態，人類既無作惡的能力，人就沒有作錯誤行爲的道理。第二個觀察可以作成下面的公式：即使在不法行爲之全部總和將有效地毀壞共存狀態時，它們的所以不法，將決不限於那一點而已。不違棄共存狀態，並非構成行爲及法律正義的因素，而祇是它的一種徵象，正就是普遍性的特徵。第三、普遍性是很混糊的，有加以解釋的需要，因爲普遍性有絕對的與相對的，在絕對的普遍性之下，一種行爲無論如何正當，如全體人一起去作，它即將轉而毀壞共存狀態，例如每人都去作靴，那麼誰留下來墾地呢？或者普遍性是相對的，即視成爲問題的那個人的

處境而定，雖然在同樣處境內容許一切人作同樣的行動，但因同樣的情況決不會再現所以就沒有可以破壞共存狀態的不正當行動。最後，第四種觀察，我們不能說如果任何行動顯然是正當的和無害於共存狀態，因而就應當讓所有人皆自由採行，它的成爲一種權利尚有一種必需的條件。一位父親由於他的父權可以阻止他兒子的最正當的行動，雖則這種行動如果普遍的話，將不至破壞共存狀態。但兒子的這種行動，就對他父親的關係而言，不能稱爲真正的權利。論理上，共存狀態和自由的限制，乃是實現合理的或權衡利益輕重的結果，而不成爲它的本質。在康德看來，國家的任務即在於規制自由之共存，只注意保護的法令，即法律與警務。但在這位德國哲學家看來，它終不失代表一種理性的必然性，國家誠爲契約的產物，但其產生並非出於矯揉造作，因爲正如他說，人只有在國家中纔能護得真正的自由，平等及獨立。這種概念的自身，就包含着修正其學說的胚胎，把國家的終極性限於人及財物的保護。同樣，深切注意於形式的最高命令的本身，我們可以找出某種積極性的痕跡，或以意志爲最高絕對目的的原則，這種目的，要求各人的尊敬和全體的自由。

一一五 斐希德的法律定義

康德學派在條件限制的狀況下的法律觀念，在斐希德自然法概論書中有更進的開展。他說自我應該承認自身為自由的實體；那就是說，應以別人自由的概念而限制自己的自由。法律上的關係，就是指存在於兩個有理性的人之間的關係，兩人各抱有對他人自由的概念，以他人將限制他的自由為條件，而各人自限其自由。在此處形式主義，極為明顯，因為視法律有限制自由實體的可能，可是為法律出處的積極的最高原則究竟包含些什麼，仍常有待於決定。因為自由是形式的，所以斐希德的最高命令「要自由」也是形式的。在康德道德行動，根據於對必然的普遍的法則之諧合，在斐希德，則推源之於自我的行動，在行動中先經過確信和接着經過一種相互的熱誠和亢奮。但斐希德沒有說這種確信的寄託所在，或者更可說因為它是道德的一種條件，他沒有表明它的內容。依照康德法律的自由，從它的產生起，便為普遍的自由所限制，在斐希特，它的起原在於自我的個別真實存在，它寄託於感覺世界中唯一目的之理性存在物的求進步的權利中，它的自身，一如固着於它的強制力，不受什麼的限制，假如不是一個自我必須承認另一個自我，那麼自我

即將使自身具有不受限制的力量，因之當它用自己的力量限制其他自我的力量時，即自然節制了它自己的力量。在理性的人類中，有為義務而愛義務之心，有對自我及對同儕的愛，一被稱為一種趨勢，具有絕對的義務性質，另一被稱為一種力量，因為可以歸納至排除任何法則的無限自由。因此沒有同樣的性質。這種的主觀主義和倫理的相對主義，是斐希德思想系統的一種直接結果。

一一六 赫爾巴特的定義

赫爾巴特認為哲學就是概念的精練。哲學分成為三部分：邏輯形而上學及美學。邏輯只求概念的明晰，不問它們的內容。形而上學的部分，注意於內容，和清理它們中間所包含的矛盾，使它們成為整個的和給予它們以證明。美學包括一組可歸於心理特種情況，可歸於快樂及痛苦的一組概念和判斷，在理論的和美學的判斷之間，有這種的差別：前者給予事物以認識，追求它們的價值，後者並不問它們的價值，只限於表示它們的快樂及痛苦。許多美學的判斷，皆由贊許或申斥某種行動的倫理判斷所組成。進入美學的倫理學，不能假定任何的命令，因為一種命令即包含有做或不做，什麼的義務因之道德乃是一種形式的概念，不能像康德所說的歸於一種命令，但可以歸為

五種實際的模式的概念：（意志與它自己動機的諧合，）完善的概念（我們的意志行動廣度及深度間的和諧，）仁慈的概念（自己意志與他人意志的諧合，）法律的概念（若干意志對於一個對象以求避免一種鬭爭的諧合）和平等的概念（功績與報償間的調和，）如果具備所有這種調和的形式，即將有一種表示贊許的倫理判斷，如否，則就有一種表示申斥的倫理判斷。這種模式亦具動機的作用。自五種實踐的觀念，乃有五種社會的觀念：從完善的觀念乃有教育的制度，從仁慈乃有行政制度，從法律乃有司法制度，從平等乃有酬報制度。赫爾巴特在他實踐哲學概論中所表示的學說，顯然根據在最誇張和絕對的形式主義之上，把任何的內容，排出於倫理的原則之外。倫理學被剝奪去了行爲的義務，它們缺乏法則論，祇存在於審美的範圍或感覺界和形式的和諧之中。法律及其規定，無疑有阻止衝突及鬭爭的傾向。但它不能歸納爲一種避免衝突及鬭爭的單純的軌範，因爲它是由一種形態轉移至另一種形態的力量，傾向於維持一個決定的外形，和應付在中途所遇的障礙。法律並沒有在鬭爭以外的審美性質，鬭爭就是它的生命。真正的美並不從附隨的因素產生，而從靈魂的深處，從努力及活動中產生。調和與諧合乃爲法律的抽象形式，或者

毋寧說是它的實現的結果，與共存狀態相同，但它們不能成爲它的原理。法律，與反對者鬭爭和克服反對者，建立繼反對不正而起的和平，這種和平一方面增加法律自身的力量，成爲超出畏懼的力量，另一方面給予它以更大的光榮和美麗。

一一七 克勞西和阿楞斯的定義

克勞西在法律與自然法系統或哲學概略和阿楞斯在自然法與法律哲學所下的定義，主要的缺點在於把法律的全部要質，包括在條件限制性的單純概念之內。事實上克勞西和阿楞斯，把法律定義爲自由條件的有機複雜體，乃在於和諧地實現人類的命運，實僅表示了條件的一方面，而把法律貶低爲一種僅代表手段的單純結合。當然法律提供人以生活和發展的條件，和保護他的優點，但也必須把它認做至善原則的實現，因而以較高的形態參與於無條件性之中。該厄在 *Geschichte und der System der Rechtsphilosophie in Grundzügen* 中以爲特楞得楞的定義，說法律爲行爲的普遍決定性的複雜體，這種決定性使人類社會可以保持及完成爲一種倫理整體和它的特殊部分的形式，實在同克勞西一鼻孔出氣。如果這種行爲的普遍決定性，認

做它的實現的必要條件，如特楞得楞堡所說的和烏利際在自然法中所依照的，那麼該厄是不錯的，那就是說，在關係民族法時，它是合倫理的，具有適於一個有機整體的力量。但這個解釋如經接受，法律即將喪失它的本質，成爲實現倫理目的之一種手段，純粹的倫理學將成爲法律中倫理的一部。因之它的強制力，亦將無形之中而被否認，因爲在純粹道德界中，本來是不容威力的存在。因之，如果行爲的普遍決定性的複雜體，可以視爲外部自由的思想系統，那麼特楞得楞堡的定義，與前面所述的黑智爾的概念就將無異了。實際上，特楞得楞堡的法律的特種本質，是不精確的，可以加以雙重的解釋。

一一八 法律是一種倫理的原則

所有上面所考查過的定義，皆包含部分的真理，這從對各種定義的分別批評中可以看出。法律是一種倫理的原則，有其內在的形式，亦有其物質的內容。柏拉圖、亞里斯多德、斯多學派、羅馬哲學家和國際法學者，聖托馬斯、第格老、秀斯、韋科、黑智爾、洛斯米尼，及特楞得楞堡已經表示，法律之形式爲理性；它的質料則爲生命的需要，物種的要求，功利，如現代唯物論者，實證論者，伊壁鳩魯

派邊沁及穆勒所明白說明的。法律必先假定文字、習慣、遺傳的日常生活，如亞里斯多德、穆勒、達爾文主義者和斯賓塞所特加說明的。在它的實現中，從斯拉普馬殊所說的威力中，從霍布斯心理的壓制力中而得到它的價值，而成爲斯賓諾莎所說的全部的力量或聯合的力量。依照盧梭法律由多數的意志而具體表現。它的結果在韋科和耶陵所說的鬪爭以後，成爲自由之限制，康德及斐希德的定義，及赫爾巴特的和諧說，即根據於這個基礎之上。最後，因爲法律是一種較高的倫理原則，所以如克勞西及阿楞斯所設想的，它供獻及保護人類生活及人類趨於完善的必要條件。

此页空白

第八章 法律道德與社會科學

一一九 成文法與道德社會科學經濟學政治學有關聯

在我們用演繹的、歸納的和批判的方式確定了法律的觀念以後，我們必須表明理性的法律與道德、社會科學、經濟學、政治學、成文法的關係。法律畢竟是一種倫理的研究，因之最好便開始考查它同一般倫理和與特殊道德的關係。

一二〇 道德和法律原來是一樣的

在原始時代，必須有一種全權的、擴張的、單個的、不可分的勢力，把所有的人類活動包納於某種限度以內，和執行服從及常態行爲或巴佐特所說的合法的統系。這就時韋科所說的波利非密的日子。在他們之中，精神與道德的懲戒和司法與法律的懲戒，沒有分別；心靈尚在幼稚時期，極其混雜，尚無分析及抽象的能力。在變異、分析及自由的時代以前，常經歷有不變的劃一、單調、混亂和

奴化的時代。因之，在這種時代中去找尋與道德分別的法律的踪跡，是徒勞而無功的。這兩個名詞的混淆，甚至下垂至希臘羅馬時代，其時精神已自自然的桎梏中解放出來，由藝術及哲學思考而給予以新的生命。事實上，希臘城市國家的法律，不僅支配公民的外部活動，且趨向於與它們的深切的意志互相貫徹，不把動機與行爲分離。例如按照柏拉圖說，正義主要地乃在於內部行爲之中；亞里斯多德祇把那些希望和實現公正的人纔稱爲公正者。在希臘，把法律被歸入於正義的普遍概念之中，所以無表示法律的一詞。

一二一 羅馬人分別法律與道德

羅馬的哲學家與法學家把道德與法律分開來，但這種分別並不常是切實清晰的，它也缺乏一種明白宣布的思考原則所有的那種力量。法學家承認道德的事實和加以區別，如卡普瓦諾在他的 *Primi del Diritto Romano* 中所指出的。依照法學家，差别的理由在於道德行爲之自然性和法律行爲之必然性。

一二二 中世紀道德與法律之差别的消滅

在中世紀並沒有出現這種差別，因為教會支配着人的精神生活，成爲國家的靈魂；國家失去了古代的和古典的意義，迫而成爲教會的形體。教會欲考查人的聖魂，在聖宗教裁判中包納有世俗權力的強制手段。精神上的罪孽變成爲犯罪——異教的罪孽成爲最大的罪惡，有待於用最有效力的防禦和最有力和可以爲法的鎮壓加以消滅。但非法的要求激起了一種反動，良心自由的原則初在意大利繼在其他諸國出現。白魯諾主張不影響於國家和平的行爲或事業，不應受懲處。後來，格老秀斯側重一種嚴格的和完全的權利，它包括權力、財產、要求份內的可許性，和一種包納品德、寬大、和酬報的不完全權利。他把法律與道德兩詞歸爲一種法律，所以他沒有用那麼多話來把法律與道德區別開來，但我們不能否認，這種在不完全和完全的法律條件中兩名詞之廣泛概念，實爲後來特殊分化的根源。普通法理學要論，自然法與萬民法，及 *De Officio Hominis et Civis* 的著者浦芬多夫，把內部義務，置於理論及自然法則的外部義務之下，阻止了哲學的進步。來布尼茲在他著名的法理學新方法論文中，改正這種錯誤，從神學的統制中取出內部的義務，而代置之於道德哲學之中。托馬西烏斯在自然法與萬民法的基礎中，真正的把不完全的和不可

強制的義務與完全的強制的義務分開，前者可歸入於心理的內部和平，後者保持外部的和平。康德在他的常規的形而上學論中，視道德與法律的統一為一種科學，包納倫理的及法律的觀念之原理，但當他說道德在處理內部行為及動機，可以自己的方式命令法律所命令的，同時法律處理與動機無關的外部行為，不能執行道德的教訓，由此他就得到了它們絕對分離的知識。道德的立法，它的動機，在於義務絕對概念之中；法律的立法，祇需要行為與確定軌範的符合。麥希特加以申述，即使無人抱有一種好的含意，法律仍將繼續存在，單是物質的力量就可給予法律以存在的權利。

一三三 法律與道德的混淆或分離都是錯誤的

混淆或分離表示兩種極端：混淆乃是原始時期或靜止時代的表徵，分離乃是近代散漫的分析的產物。動機不能與行動盡同，純粹意志不能與行為盡同。內部的自由不能與外部的自由相同，因為一件事物的內容與外相，是不相同的。因之如把道德與法律混淆，就使所有的道德皆成為強制的，給了動機自身以一種價值，而對於法律關係領域中它的結果及行動並不給予以價值。另一

方面，如把兩者分離，就毀壞了兩者間的自然聯繫，把它們從原來的綜合中排除出來。在動機及行為中，在意志及工作中，在內部及外部自由中，有具倫理行為的人的存在。分離是不能加以接受的，因為在法律及法令之消極的和禁止的教訓之中，道德的精神是積極的，以求達到教育之高尙目標，或建貞潔和習慣之溫和，或加強靈魂和精神，如特楞得楞堡所說的。禁止在某種情況之下舉行婚姻的法律以及禁止軍法審判的法律即表明所述的兩個目的。說法律不顧動機是不確的，因為在契約遺囑構成法及犯罪中：它是考慮動機的。法律只對表現於行為之中的動機加以考慮，並且不像道德那樣，討論它的本身。國家與法令，如果受一般怨恨的威脅，它們就無久存的可能。真理是如此：道德與法律既不能加以混淆，也不能加以分離，只能加以辨別而相當承認它們共通的起源。這種起源可以在古代人普遍的實踐哲學中和在實現人類目標及他的最大規模福利的倫理學中找出來。倫理行為、人類目的及善之實體，皆是感覺、利益、功利受理性支配之過程的結果，這在前面我們已經說過了。這是哲學家說的普遍正義，非道德或法律，而是它們的啓始的統一體。柏拉圖派的正義與特殊的品德同列，規定它的領域於每一官能。亞里斯多德的普遍正義是品德的整體。

法律，如由格老秀斯所給予的廣義的說法，包括道德及法律。抵制貪婪和評量不同功利的人類理性的真正力量，在韋科看來，是兩種學問的原理。黑智爾承認廣義的法律，乃自主觀的及客觀的意志的混淆而產生，而包括兩者。羅馬諾西討論同樣意義的法律；即，作為緩和人類行為的軌範而言，它是自事物之真實的和必然的性質而出。洛斯米尼以法律的正義作為普遍的正義之一部分。我們在前面已經觀察到，如果屈從於理性之下的過程在內部意識中佔優勢，和見於動機本身的範圍之中，我們乃有道德；另一方面如果它處理人與人或人與事物的外部關係，我們乃有了名符其實的法律。道德與法律乃是倫理學的兩枝，是實現人類目標或倫理實體的兩種方法。因之接着：道德不是在意識之中完全的，而表現於行為之中，因為它們常是一種倫理的實體，既為一實體就有一個外面。另一方面，法律不能歸為一種完全外形和儀式的實踐，而無任何基礎或動機，因為它也是倫理的實體，因之本質上包含某程度之內容。倫理行為、主觀及客觀意志的符合，和感覺因素之受制於理性，皆不能為絕對內部的或絕對外部的，因為它們是人類整個的結果，為所有一般的善之發展。道德總括行動，但主要包括意志，道德伸及意志，但它與行為特別有關。它們既是倫理學的

分枝，它們在起源上不能爲互相矛盾的，兩者都不能完全抽離行爲和意志。

一三四 道德及法律的分離

有些人相信，在道德與法律之間有一種分離，有時有一種矛盾。例如，一個人可以合法地破壞他在道德上應該遵守的承諾。債主可以殘暴地對付不幸的無罪的債戶，把他的全家趕出去，然而這類的事在道德上卻是不合的。任何人都可以揮霍他的產業，過着荒唐的生活，但道德禁止揮霍和放蕩。債戶可以向債主拖欠，這種行爲是合法的，但是不道德的。但所有這些例證，都證明一件事：道德與法律各有不同的範圍，是分離的，但非互相矛盾的學問。固然，一個人違棄約言，可以僅在道德上不合而與法律無背，但亦有人遵照道德履行約言，而不背法律的。如果真有一種對立的話，如卡發格那利在近代法律哲學論書中所說的，尊重道德將（雖則不是一定）違反法律。在一種根本權利的例證中，兩者是並無矛盾的，因爲法律基本上是允許性的。如果法律規定債主必須向不幸的債戶訴訟，那時纔有一種真正的矛盾。人除了常尊重別人的意見和受社會及政治秩序的限制外，他在私人行爲中有自由的權利，得憑其喜歡處置他的財物。因之，他並無揮霍及荒唐的權利，

他只有不受干涉的處置及私人行為的權利。因之假說遵守法律而無一種好的用意，其間並無矛盾，因為有一種倫理上完備的行為，可以用於各方面，好似好的用意附隨着合法行為一樣。如果有時用意與行為不調和，那是看兩種領域和學問的差別而定，但如果真有矛盾的話，則在一種行為之中兩個條件便無符合的可能。洛斯米尼所謂不道德的權利是相對的，而非絕對不道德的。換言之，當法律不禁止一種非理性的或錯誤的行為，當它允許因為不能有證據而冒充為善的行為時，當它因為基本權利而不禁止一種不道德行為時，它是不道德的。

一二五 洛斯米尼未曾清楚瞭解道德與法律間的差別

如果說一方面洛斯米尼消滅了道德與法律間真正矛盾的可能，另一方面，他對於這兩個名詞的概念，並不常常確切。我們前已指明，他把法律的範圍歸於正當的範圍，而不注意於法律的義務，義務乃是「准許行為」的先存條件，在處理人格的基本目標時，法律出命令或加以禁止，但根本上另有一種做或不做法律所命令或禁止事物的義務，這種義務是法律的，在履行義務時，有一種不受障害的合法權利。依照洛斯米尼的概念，法律的領域不如其所應有的大，因之他沒有站在

準確確定兩種科學界限的路上並且，洛斯米尼置重法律福利內容中特殊的差別，好像一般之善，作爲一種倫理的目的而言，並不包納與理性貫徹的快樂。善乃自感覺因素受理性的支配而來。倫理學包含幸福論，並不模仿一種像康德所說的抽象形式的和空泛的原則。在道德中，幸福的内容，更可歸於心理之內部情操；在法律中它更注重外部的福利，但這不是說道德與功用無關，或法律與快樂或不快無關。這不過是一種因素較另一種因素占優勢而已。

一二六 以有用忠實公正爲善之三方面的學說

卡爾在他的法律之生命中說有用、公正和忠實乃是善的三方面。有用由與物質有關的連繫而與人的感覺相應，從物質中他得到生活的資料。公正與人的社會性相關，具強制的性質，因之使公民社會成爲可能。忠誠乃是善之與人類精神及道德部分最密切相關的方面，它的發展趨向於完善化。忠誠不是強制的，是經自由的發展而實現的，成爲由有限以趨向於無限的一種欲望和渴望。有用是公正的質料；公正成爲它的形式。依照這個學說，道德並無真實的福利內容，因爲忠誠的觀念並不包含有用的與保守的。忠誠乃是絕對的、理想的、先驗的、演繹的客體。有用是相對的感覺

的、後驗的、歸納法的客體。然而道德之善應該有一種物質的感覺的基礎，這種基礎可見於快樂及廣義的有用中。人類的完善化，非保存一種有倫理意義的事物即不可能，因之應該由道德所討論。忠誠與公正，皆是一種人的觀念，皆經演繹和歸納而決定。道德一如法律有其相對的方面，兩者都是科學的部分，依維哥說，是哲學及歷史的部分。這個學說中法律與道德的差別，根本上與洛斯基尼所指出者相同，因為法律乃由有用及忠誠的聯合而產生，同時道德與有用不相關涉。

一二七 法律領域的增加

隨着時間的過去，法律的目的及受法律統御的關係，數量上隨而增加，而且發展得更為錯綜和複雜。法律管理了在先屬於道德範圍的目的。例如習慣的酬飲和虐待動物，在今日皆須受罰，在過去皆祇聽道德的處分，這不是說法律的逐漸一點點吸收道德，而是在它自己的發展之中，它把理性上屬於它範圍以內的關係，置於它自己的支配之下。不是法律剝奪道德以占取優勢，僅是它收回它所固有的產業。另一方面，法律的領域越增加越擴大，同受演化法則統御的道德領域也愈擴大。道德主題的內部自由和自主，因深密的倫理關係之發展和增加而更為發展。個人的性格由

此有具體的表現，同時顯見他性質及氣質之逐漸構成的困難。外部及內部的自由，與情緒之更高級的發展，和觀念之接近真善、公正相應。人的勢力只受他意志所限制，而他的意志又受他知識的限制。在這一點巴克爾與斯賓塞的意見不一致。巴克爾在他的英國文明史中說，僅觀念受進步法則所統御，道德情操和意志乃是靜止的。斯賓塞說行為並不為知識所決定，因為人自己違他所習知者而動作，相反倒是行為與習慣有賴於情操。但巴克爾的學說，麻痺了思想之精神創造的運動，如果意志而非思想、心靈和實踐理性，則一種意志之後來的變遷即不可能。巴克爾所處的位置，承認整個感覺神經的行動，而否認反省的現象和感覺之變為運動或趨勢。他的墮入於此種錯誤，是因為他太把理論側重於道德界中思考保持相同的或絕少變化的事實，而未曾予新的變化以一種真正的估價。無疑，宇宙及性的重要因素，比起他種因素來，變化要比較少些，但此較少之變化卻有更大之價值。有機體之頭，其變化較手足的變化要少，但當變化發生時，它的重要性卻較大。心靈的變化較代表人之本質的意志的變化為多，但意志的變化，在人類生命中卻更為重要。這是巴克爾常常錯誤的學說中的真實的地方，如習慣及情操之繼續變異性所說明的。斯賓塞對巴克爾的

主要觀念表示異議，但他用的理論實在毋寧在肯定巴克爾的觀念。說心理並不決定行爲，因爲人常違其所習知者而動作，實在是採用了一種錯誤的準則，因爲在這種例證之中，觀念常是行爲的引導。觀念是陳舊的（另一歷史時期情操，熱情，利益所產生的意見，）但終極它們總是觀念或行爲的引導。我們不能否認，觀念自身常是荏弱的，其力量與精力乃自熱情的理性或衝動而來。但衝動如不由藉情操而活動的心靈的引導，以達到衝動的目標，那麼它即將成爲盲目的偶然。穆勒說如持上面的說法，不啻說船之到達彼岸，是由於汽力，而不由於火力。感覺或衝動的刺激，與汽相同，而知慧則可與火相比。

一二八 倫理學爲一種社會科學

前面已經表明，倫理學活動於一種廣義的社會和政治生活之中。這是希臘哲學家尤其是亞里斯多德的思想，在近代人中，黑智爾告訴我們，有效的倫理精神不僅須先假定單是行爲與善之法則相符合，並且要求對善本身的確信，因爲事實上儘有沒有這種確信而尊敬法律的，和有這種確信而不尊敬法律的。不過這種確信，不應以一種主觀的、偶然的和易變的方式表，而應是實質的，

必然的，固定的；那就是說表現於倫理習慣、事物之共同程序和社會精神之中。社會精神是諸心靈的集合；它是一種自覺及自由的狀態，因之不應把它認之為一種單純的素質，或個人所集合的無關的統一體，而應認之為一種主體、精神或人格。一待個人集合結果的社會出現，它即以一種原因的形式出現，個人憑此而加入團體，因之社會不能視為一種單純的素質，而應視之為一種主體或人格；因之接着，個人不能歸於單純的方法，歸於純粹的偶然。主體最初是家庭（一種根據情操的結合），它變成了公民社會（關係及私人或家族利益的單位），最後成為理性居最高地位的家。

一二九 韋科認之為一種社會科學

實現倫理學的共通生活或社會，今日已為一種特殊科學的研究對象。一種社會科學的概念，在韋科的心中是並不陌生的，雖然他在新科學中宣言他承認神在道德及政治（即日常習慣）事件中有先見之明，他相信這一種學說的可能，因為這個公民社會乃由人類所造，因之在人類心靈本身的變形以內可以也應該找出它的原則，依那不勒斯派哲學家，（Neapolitan philosopher—

pher) 神明中知識和行爲乃是相同的東西；人分享有此種神明的性質。人與神的差別，在於人創造這個世界，依照他自己的原則，而並不知道它，甚至相信他所做的正與它相反。由於神明之慈愛的智慧，神明利用人的自然習慣，從它們特殊的和受限制的利益中，產生出適應種族保存的這種豐盛的結果。人類希望滿足他們的獸欲，和散播他們的種子，但他們企圖的結果，卻爲婚姻的貞潔從此而產生家庭；家長對於受他蔭蔽的人希望操有無限的父權，因此而產生了市鎮；貴族希望濫用他對大衆的自由，馴而變成爲法律之順民，從此而有平民的自由。做出這些的都是心靈，因爲人是以智慧去完成它的。它不是由命運作成的，而是經過選擇所作成的。也不是機會，因爲它們會由繼續動作而進步。維哥所說的神明不是一種任意和超絕的無建立科學可能的原則，而是出現於習慣之中的。它是終久的理性並不以直接的，不可理解的，神奇的方式影響於人。它由自然習慣而創造一切，常在於提高人性和不斷增加它發展的總積。韋科在敘述神明的動作時側重人性及心理的深奧法則。這種敘述，使以日常世界爲人所造，因之人可以瞭解它的科學的那種高貴的真理，更爲明白。

蘇塞密爾區和重農學派多少承認一種社會科學的可能。蘇塞密爾區是第一個在各種社會事實，如出生、婚姻、死亡等中發現固定秩序之一人。這種秩序內在於這些事實之中，唯它有一種命定的性質。在此處我們看出一種以通常手段經過人而實施的定命，它不能稱之為完全超絕的原理，因為蘇塞密爾區派的奧亭革所說的定命確然不是超絕的。利維挨爾和內木爾，曾識到社會的一種天然秩序，尤其在他們表明經濟及其他社會現象間密切關係之時。但清楚地和準確地把社會學從他種社會科學中分開來，給予社會學以正當的概念的，是實證學派的創始者和領袖孔德。在他看來，社會學是直接建築於生物學之上的最後一種科學，它分成社會靜學和社會動學兩部分。靜學是社會關係的理論，動學是社會進步的理論。在孔德學派的心目中，如利特累在 *Science au Point de Vue Philosophique* 中所見的，單純的生物學，很難說明某種低等動物的多少頗可奇異的聯合，和高等動物間羣集的現象，完全不能說明根據於創造羣象的能力之上的社會及歷史的演化，這種能力為共同生活所具有，這種羣象則可以而且必須知道。這樣一種的

能力表現在傳統思想、紀念物、及著作之中，可以以四個階段來討論：需要的階段，人與家庭、社會及自然勢力關係的階段，詩歌藝術的階段，和抽象知識的階段。利特累指出，創造一種知識的遺產是純粹社會學的，生物學中並無可以代它的東西。習慣和遺傳，可以幫助社會的演進，卻不能創造或指導它。利特累把社會學作爲一種社會物理學。斯賓塞在我們前引的書中，謝富勒在社會軀體的構造及生命，拉撒路和斯泰恩塔爾在民族心理與語言科學雜誌中，把它視爲一種社會的生理學和心理學。巴克爾、拉布克和泰勒爾在初民文化中發表的意見，以及依照這種說法的巴佐特，都把它看做原始野蠻狀態至近代文明的一種自然歷史。雷圖爾諾在他的人種學以後之社會學把它根據於人種誌之上。得洛柏特在他的實證哲學與社會學論叢中，接近孔德和利特累的意見。一種民族或社會的心理學的合法性，在此種討論中並無地位可言，因爲許多見於生命及歷史中的現象，非個人心理的活動和態度所能說明，只有由一種社會的或民族的原則始能瞭解。韋科描寫此種原則，視之爲一種活的而非盲目的形式，因爲機會並未移轉或強迫人脫離他們的原始的自然程序，在這種程序中，他們利用適當和已備的材料，造成在其中他身心俱極活動的國土。已備的材

料，是適當的宗教，適合的文字，土地，事物的名字，適當的武器，因而適當的帝國，適當的主宰者和法律，有了這種適當的因素，乃有真實的自由，由於真實的自由，乃構成真正的共和國或國家。

一三一 斯賓塞是偉大的社會學家

斯賓塞是對社會學最後提供最偉大最圓滿的著作的人，他貢獻對個人單位的相互關係和他們的集合的研究，他表明人類羣體的結構、產生、發展和職能。為社會發端的人類共同行動，倚賴於人性的一般性質，和各不相同種族及個人的特殊性質。社會科學有三種的阻礙，客觀的、主觀的和混合的。客觀的困難起於社會現象之富有極端複雜性，它們數量的不定，和它們在時間和空間上的極大分布。主觀的困難或者出自觀察者的知力，或者偏向於將事實附會於自己的觀念和情感。或者缺乏廣泛的瞭解，或者出於感覺如仇恨、愛好，不耐而起的偏見。第三種困難由觀察者所處的位置不同而起，因此而產生愛國、階級、政黨及宗派的偏見；斯賓塞在社會學研究中對宗派之見曾有精確的分析。斯賓塞在社會學原理中說，超有機的或社會的演化，一部分由外界環境一部分由人羣單位的性質決定。外部的因素，如氣候，土地的形式，它的構成和動植物。內部的因素可歸為組

成社會之個人的組織，情操和知力。在原始時代，外部的因素，居優勢的地位；在文明時代，情形恰巧相反。除了原來的外部及內部因素，我們必須承認有間接的或誘導而起的因素，是社會演進自身所生的結果，例如人口的增加，各社會團體的交互影響和哲學的，科學的，司法的和政治的進步。社會學是諸科學中最複雜的一門，必先有諸科學之存在，尤其是那些與它有密切關係的科學，如心理學與生物學，因為心理及生理的事實直接自社會中發生。由於與個別有機體的類比，可以推斷社會是一種有機體。社會羣體的發展隨所有主要體積而發展，它的繼續的量的增加附隨着結構的複雜化，更細密的分工，和更廣泛更精確的共存。任何人都可以把原始社會的職事的結構及共存狀態與一個進步社會的職務之結構和發展相比較而證實這種理論，社會由各生命的因素所組成；那就是說由個人所組成，一如生物之為其他有生命個體之統一體相同。在血中移動的球狀體和自生物身上割下的表皮細胞，在水中繼續生存，就是這一點的證據。個人有生有死，甚至制度可以消滅，社會卻繼續存在；一如血液，皮膚，細胞時有更新，而生物體卻繼續存在。社會有三種主要的屬性，生產的、節制的、和分配的。生產的或消化的基本上是工業的，變原料為滋養的質料。節制

的給予社會以對外界及其他羣體的關係，提供防禦及保護的作用。分配的由交易手段及運輸所代表，接連第一種與第二種屬性，正如動物有為滋養的質料的內部器官，有與外界接觸的外界器官，及溝通兩者的脈管器官。生產的及節制的器官，一般而言即內部的與外部的器官，關係極為密切，互相支助，及程度因獸類及人的水準趨高而更為顯著。分配方面也是如此，它祇在其他兩者的複雜如差別化已經充分及完全時，纔行發展。社會亦如所有個別的有機體一樣，受生存競爭及最廣義的競爭法則之支配。

一三二 社會學為社會哲學

把社會學作為研究社會有機體的各種因素和形式，表明它的結構，發展，功用的學問，有人指出這是一種百科全書的學問，吸收各種的社會研究，不能成為個人心理的研究或思考對象。梵尼在他的實驗批評的社會學大綱中說，除非把社會學看做諸社會科學的哲學包納諸社會科學基本原理的一種綜合的理論，（這種基本原理就各研究單位的個性和能力範圍而組織化，）相當承認科學分工的有效果的法則，社會學是不可能的。研究社會事實的各不同形式，屬於諸社會研

究的範圍。社會學研究與完整的社會有機體之結構、職能、平衡、運動、發展有關的基本最高原理；各特殊社會科學限於與已有關的現象界，探討前此所及的法則，不必構成一種一般的精密的社會理論，一如穆勒所指出，那是社會學的專門職責。諸社會科學對社會學的關係，一如知識各特殊部門對哲學的關係，哲學在於探求最高的原理和根本觀念的連接點。斯賓塞和謝富勒都未曾說及此點，孔德的注意偏向於社會學而忽略了其他的社會研究，但穆勒和意大利學者中梵尼，看出了這一種關係。社會學作為一種哲學的理論而言，它的任務在於應用宇宙的法則於共同生活的現象，決定它們的形式與適當形式及特性的關係。社會是一種在歷史中發展的倫理的有機體。它是一種倫理的有機體，因為它的整體和因素，是自覺的自由的人，他們的存在或為相互的目的和手段。它在歷史之中發展，因為它的生命即是人性的進化。社會不是一種單純的生物的及心理的產物，因之它的進步並不單純地包含在有機的和心理的變異之複雜體中。它是一種倫理的歷史的產物，是一種突現的而非結果的事實，它的進步和運動與文明同調；那就是說與人類實體中精神因素占自然因素的優勢同調。社會進步，有超乎斯賓塞所說的超有機進化者；它是時間中的發

展，是歷史的動力。從此可以看出，社會不能由生物學及心理學說明。社會存在之適當品質，如視之爲一種倫理的歷史的有機體，就超出了這兩門的科學的能力之外。我們必須記得演化中的新形式，一方面包括前見的形式，一方面呈現出一種特殊的高級的性質。相同性及一種單純勢力的原理，不能給予一種圓滿的說明，因爲由此祇能表明數量的而非真正性質上的差別。它們發展的進步，和它們更複雜的形式的繼續完全化，仍舊暗昧不明。

一三三 社會學必須討論羣體和單位

假使我們承認斯賓塞所表明的社會及有機體間的類比，我們不得不結論說，它是一種真正名符其實的有生命的實體，但我們必須不要忘了社會是一個整體，一種倫理的有機體。用柏拉圖的話說，抽象的人，乃是由有限之人的因素而密切結合的結果，人自身即是根本的。在倫理的社會中，個人集合聯絡和互相加強（如特楞得楞堡所說）同時整體組成爲各部分，分配於個體之間。加強的觀念，包括經個人的特殊目的而促使個人能力的增加；以及組織的增加，包括通過整體的普遍思想和目標的實現。加強和組織應該相持而行。一種違反組織的加強，是自私及破壞性

意趣的占取優勢；違反加強的組織，即等於犧牲部分。如果社會是一種倫理的有機體，物理及生理法則的類比和應用，應該在我們前面關於演化法則所指出的限度以內，加以接受，且受其支配。我們並不欲否認一種社會物理學或生理學的存在，但我們的意思，是說，兩者皆引申入倫理學而非倫理學申入兩者。所有根據於生物學研究的社會學研究，都可這樣說，這可從謝富勒和其他人的著作中看出。

一三四 法律為社會學的一部分

人類單位和它羣體間的關係和後者的結構，發展，及功用，就它們之歸為個人和羣體自身的行動，和向外實現善的法則而言，都有一種法律的方面。在這一種情形中的法律，一如在其他情形中相同，是進衡或範圍和保護的性質。一方面它是社會因素及整體的份所應為的原理，另一方面由它的保護，阻止部分的生命的发展不使羣體受到阻擾。倫理的有機體要求單個的及集體的活動或人類行動，因之受法律規制的支配，是力量及組織之正當策劃。因之，法律哲學乃是社會有機體、最高原理的研究，尤其要研究它對人類活動的方面。如果不曉得社會的奧妙的結構，功用，和社

會發展的法則，它是不能影響爲理性（那就是法則）所容納的準衡，也不能應用於共同生活的現象。同時也不能否認正義參入社會因素或勢力的組成之中，雖然它也許是一種間接的引導而起的因素。正義之爲一種因素，意思是說倫理的原則出現在感覺的因素之後，但它具有更大的內在價值。

一三五 社會學不至爲一種法律哲學

阿狄哥在道德與實證學派和社會學中把正義的自然組成，視爲社會有機體的特徵。在他看來，正義是這一種有機體的特定力量，可以與社會觀念相合而解釋，根據於希望自由行動受理性支配的人的性質之上。從這一個觀點，社會學自身歸成爲法律的哲學。即使不願承認這一種的同一，但不能否認兩者間的關聯是密切的和實質的，各先假定其對方的存在。法律哲學，視之爲一種發生的演化的學說，視之爲一種以法律之人性觀念爲根據的學說，必須研究各社會因素。這種社會因素，參入法律事實和法律觀念的自然組成之中。法律的事實，本質上是一種社會的事實，因爲法律在社會外就不可能。就特殊的觀點，就人與人及人與物的外界關係而言，在這種關係中，人類

之善與均衡的法則及保護的原理互相調和而實現，法律事實實爲主要的社會事實。如果這是社會事實的性質，那麼法律哲學既研究這一種的事實，是一種趨向於完善的實踐科學，很明白就不能管社會的因素和公民社會所企求的阿狄訶曾說及的理想性。此處又可見到韋科關於自然法律的兩種淵源的深切信仰，和對社會生活之必然性及功利性的分析。法律是在社會中產生發展的。它爲社會所變化，常企圖達到人類知識所表明的理想。社會學，或者稱爲把各別社會研究的基本觀念的系統化的科學，不能討論社會有機體整體而不論法律的最高原理。社會科學的哲學和社會的一般學說，先假定法律的哲學，因爲沒有法律，社會就不可想像。

第九章 法律與社會經濟及政治

一三六 研究經濟學的開端

格老秀斯、韋科及康德對於社會經濟制度，就其與法律最高原理的關係之點，並不加以研究。我們大致可以說得，自然法最早期學者，專注意於人的主要權利，而於人的活動所加的物的本性，卻忽視了。經濟的科學此時尙未誕生，惟距出世之期則已不遠。佛爾夫於其自然法的科學方法論一書中，僅述及事業、入境、人口及行乞。在彼之後，以巧妙的姿態討論，經濟學與社會經濟之間的關係的哲學家，當推羅馬諾西，他把最確實的經濟原則，轉變為嚴正而不可少的法律與自然而必要的責任的議論。在他的心裏，以為經濟的完善，當發端於要求個人的穩定財產的農村生活，藉着法律的平等，使幸福的享受能有較公允的普及。它的基礎，是商業自由的概念，據他說這是公法與私法上自然之理，是租稅的平等分配，與階級隔離，其結果乃係最多數人間社會價值的普及，或生

產能力的獲得。國家有權干預人民私事，其結果必致多數人的幸福因少數人的利益而被逐漸犧牲。

一三七 早期的德國經濟哲學家已爲人們遺忘

黑智爾、特楞得楞堡及阿楞斯，曾就理性法則的關係，觀察社會的經濟制度。黑智爾曾說及公共財富，勞力，社會階級，商品價格，貧困，入境及法人的管理。特楞得楞堡討論過農田法與森林法，藝術與商業法，交易，保險，財富及人口。阿楞斯研究過每個哲學的法律理論的經濟情勢。但較輓近的德國經濟學者，卻不復仰賴於黑智爾與特楞得楞堡。他們以非常審慎的態度，引證阿楞斯之說，以顯示經濟學與現代法律哲學間的關連之點。社會學者有時僅提及黑智爾之名。其主要的理由，於他們作品的大相迥異的特性中，可以見之。在黑智爾與特楞得楞堡二人的著作中，哲學成爲有力的因素；其在阿楞斯的著作中，則詳於細節的討論；至於理論上的要素，則並無多大的發展。嚴格說來，黑智爾與特楞得楞堡並不是法學家。阿楞斯則法學家的風度甚於哲學家。但此外尚有第二個理由在。這兩位哲學家，曾經實驗主義派斥爲形而上學者，而實驗主義派則在歡迎寬大哲學的人

們中收有不少的信徒。經過此番責難後，他們倫理的法律的與經濟的觀念，是否與財富研究的實際運動相合，便沒有人去注意到了。阿楞斯則不然，由於其理論之不甚受形而上學之嫌，因得明白依附於此財富研究運動的旗幟之下。

一三八 阿楞斯的經濟學說

阿楞斯贊助輓近的經濟科學運動，這是很明顯的事。他說，人在自然力扶助之下，憑藉其自己的力量，所要完成的，為善的原則，經濟學是一種倫理的科學，就是受這善的原則支配的。人是財富的主體與目的；人兼具個別性與社會性，所以經濟學的意向乃在表明指導財富的生產、交易、分配及消費中個人的與集體的行為的法則。經濟學的法則與物理學的法則，並不同一，因為道德的法則，與道德法則為其部分的社會的法則，乃有關於人亦即自主動物的法則。康德、斯密司、巴斯提阿及巴克爾關於國家的職務的學說，阿楞斯並不表示同意，因為在他看來，這只是抽象的消極的；他認為此偉大人格的建立，其動機不但在人與有體財產的保護，且為修養與文化的維持。在彼之意，國家應排除個人活動充分發展的程途中的障礙；甚至更應以直接而積極的方法扶助之。

一三九 黑智爾的經濟學

讀了黑智爾的法律哲學概論，我們起初很以為他接受私人利益與一般利益絕對而必然的相合的概念，並以經濟的法則譬諸單純的自然法則。他說，倫理的世界，除家庭外，表現着原子的錯綜性，因為家庭社會中的共通利益，分化而為許多特殊的利益，但此特殊的利益，復可歸於一致，至此它們便不期然的互相扶助。於此個人利益的敵對狀態中，卻有着一般而必要關係的錯綜性。這種情形，與太陽系的偉觀，略相類似，行星的運動，在肉眼看來，是很不規則的，而科學研究的結果則斷定其精密的現象。在一研究黑智爾關於團體與文明社會的理論之後，我們卻應改變原來的判斷，因為經濟的法則，在他看來，是社會的與文明的，並可化為倫理的法則。在黑智爾之意，文明社會乃是倫理精神的形體。經濟法則是倫理法則，但它關係於今日所謂政治團體的發育，或滿足需要的物的總和。這當然是倫理學，但卻是自然倫理學，與社會靜力學極為接近，與生物學亦不甚遠。這是很可以明白的，因為在說及倫理法則的時候，同時注重於其不可知及自然發生，並不有所矛盾。在黑智爾之意，國家不僅有着保護生命與財產的職務，且須治理倫理世界，並實現文化與幸福的

目的，而不致破壞表現於從事事業、職業及一般活動的個性的原則。特楞得楞堡分別着兩種理論，就是自然的經濟理論與舊意義的政治的理論。第一個理論，爲亞當斯密司所創，淵源於精力，而此精力則發動於個人物理的與倫理的需要。除商品的價格外，它否認一切的價值，並視國家僅爲一個保護者。第二個理論則認個人活動的價值，須視國家的內部目的而定，國家乃代表倫理組織體，應保護脩養與教育的要素，使免受商品多變的虛妄的價格的損害。兩種理論，都犯着不充分、片面與專斷的毛病，因爲前者僅注意到經濟價值，後者僅注意到政治原則。我們不得不需要一個較高的學說，以調和此兩個極端的理論。此一學說，得名於倫理組織體，於此組織體中，各部分過着全體的生活，但自有其一己的人格。部分就是個人，全體就是抽象的具有一個民族形式的人民。特楞得楞堡拒絕接受個人主義支配下形成的國家的觀念，而認之爲一個高的人格，其功用在於發展一切人的能力。

一四〇 經濟學的內容短少了倫理的成分

我們可以看到，直到近幾年前，許多學者都以爲經濟學是和倫理學、政治學及歷史完全各別

的一種科學。培雷格利諾洛西 (Pellegrino Rossi) 是這班哲學家的領袖，據他們的意思，一個

人只在適用經濟理論於藝術的實驗範圍，而非於純粹財富學的領域，纔能夠並應該注意到此種學問的原理。及至今日，學者的見解已有改變；政治社會學派提及經濟學的倫理原則；實驗主義者把經濟學降格爲以生物學與進化論爲基礎的社會學中的一章，歷史學派則欲把它變爲一個事實的科學。還有不少的經濟學者，則反對此三個改革學派，仍竭力擁護舊的概念。這三個學派，是否以他們的學理與方法，尊重經濟學的獨立？或者，古典學派的門徒，保存經濟學的獨立性，是否較善？經濟學當然是財富的科學，但它不得不仰賴於人性與物理的、生物的、社會的、政治的情狀，至一般條件下並須仰賴於歷史的因素。所以，經濟學必須以動作原子的錯綜性爲其基礎，而顯示其對於財富的影響，但不應特別的並就他們的立場研究他們，並抽出其本性而研究之，因爲這樣勢必僭奪了其他科學的任務。這種種的事由，就經濟學者的立場而言，只代表着設想的前提而已。倫理學，以生物學爲基礎的社會學，政治學及歷史，如果僅目爲設想的前提，經濟科學的自治性絕不會有所損傷的，因爲自治性並不就是孤立的意思。但若這些學問與經濟學混淆一起，以至於使後者變

爲一個文明倫理學，一個真正的社會學或政治學，自然史或甚至工藝學，經濟史或統計學的一分支，經濟學的獨立性就不免被動搖了。這一點必須充分加以注意研究，因爲它雖不能認爲法律哲學上的適當主題，而對於一個與法律有着多重密切關連的重要科學，卻頗有助於其適當概念的形成。

一四一 經濟學與倫理學的關係

經濟學以財富爲其客體。財富歸因於人的活動，所以政治經濟根本上是一種實用的科學。最實用的科學則爲倫理學，它就工作的自然目的，觀察其適當的法則，而此自然的目的則是人的善或完善。據此，則經濟學實爲最廣泛與最普通意義的倫理學的部分。人性，其目的，及完善的概念，實包括於財富概念之中。事實上，財富就是滿足吾人需要並可以交易或爲工作客體的動產或物。這是很顯然的，要是沒有人的行爲，沒有他的創設或生產滿足資料的活動力，沒有包括可以交易的客體在內的這種資料，財富是不能想像得到的。但我們的需要活動及客體，要是不研究到它們與人性的目的間的關係，以及它們相互間同等與主從的地位，是沒法了解的，因爲目的構成了一個

真正的人世，於此每個人據有其應得並能夠行使人的權力的地位。在遂行這些集結一起的目的中，在滿足感覺與心的意向中，幸福是存在着，它包括快樂與義務，並代表完善的狀態。亞里斯多德學派的所謂幸福，就是人的幸福，倫理學的對象，而財富，或經濟的繁庶就是幸福的部分。在財富中，人類有着關於有用的可交換的物的幸福。在這點上，我們就遇着了經濟學的倫理原則，此一原則我們不能加以忽視，而且要是不否認一切實用或理論的學科上的共通基礎，我們也沒法擺脫此原則。此原則亦不致使這些學科混淆不清，因為它只表明它們間近似的性質，而不及其他。如果經濟學完成人在財富上的善，則稱謂適當的所謂道德學乃計劃着意識親密上的善，而法律亦即以人的善為利益的準則或比例，並為人與人間外部關係的保證。而且，這一切的科學，都淵源於倫理學，這真正的一般的實用哲學。以此原則為出發點，我們可以發見，洛西的理論是如何的謬誤，他不會看到財富、繁庶與倫理完善間的因果關係；而在另一方面，我們也可以看到明該提（Minghat）

(三) 的理論是如何的正確，他知道幸福非伴以義務不可，而經濟學亦即幸福科學不能與倫理學相分離，且須隸屬於其下。有時，非倫理的關係亦會變成經濟的，例如不道德物的熱烈追求，但此乃

病理狀態及邪心與惡俗的結果。在這種場合，自然界的物體被倒行逆施着，經濟現象在人力的推動下遵循着它自己的法則。但若此種推動常常或者較一般的與倫理學相違反，經濟學必將背離其原來目的，而不復爲真正的人的科學。經濟學不能與善惡無關，因爲人是主體，而善惡當然不能與人性無關。凡足以喚起與發展人的能力的一切事實，對於財富決不會無影響的。財富既以人性爲前提，則經濟學自不應全然立基於個人利益的意向，而更須兼顧（不過其程度稍遜而已）足以影響於財富的其他個人的與社會的意向。在個人利益以外的本能中，由尊嚴或禮儀的認識而發生的情緒，以及因自由與獨立的需要而引起的情緒，我們可以把它們辨別出來。至於家庭的情感，愛國心及宗教心，則應置於社會的情緒之列。

一四二 政治學與倫理學的關係

依據希臘哲學家的見解，倫理學須賴政治學之助，而始得臻於完善。事實上，除非在某個社會中，人因教導或脩養之功，獲得對於自身及其四週景物的知識，並能藉教育之力，指示其意志於趨向理智的目的之途，要不然善是不能得到的。日常生活或文明社會，乃是真正的具體的美德（道

德學的對象，人與人間善的比例，以及法律具有的保護原則等，必不可少條件。不但如此，它尚是爲一般的倫理學一部分的經濟學的前提。經濟學所關涉的是財富，財富有賴於貨物的交換，而貨物的交換又有賴於貿易與日常生活。沒有勞力的合作與分野，生產事業便不能發展，而合作與分野這兩種事實根本就含有社會性在內。撇開了社會，財富的流通與分配。這念頭我們是不能有的。而在另一方面，要是沒有安全、衛生與教育上複雜的社會性設施，自由的經濟活動也只是一個空想。社交往來，供給一種不斷增加的心智上的光明，並予個人以獲得新的結合與權力的機會，因爲它能進行與自然間的鬭爭而獲勝利，並削除後者對於人類所掌握的優勢。它完成個人精力所不及的行爲，有時並憑藉其壓制的作用，促成特殊與一般利益所遲遲其行的合意。在上述最後的一個場合，社會的存在，雖不足爲經濟學的先決條件，卻也不失其爲經濟學上的原則，且是適用於工業統制的一個適當的原則。但除了這一個例外，籠統說來，治理社會組織體的法律，無疑是不在經濟學者的職權範圍之內，所以不屬經濟學的領域。縱然經濟學已被認爲社會學的一分支，在他看來，它們仍不失其爲前提的特質。經濟學爲倫理學的一部分，而應在後者的界限內發展着，但這

決不能作為倫理學的全部應與經濟學混為一談的理由。社會學對於社會經濟學者是一個研究的前提，這是因為母體科學當然是從出科學的淵源的緣故。

一四三 經濟學生物學的關係

經濟學是倫理學的分支，與生物學有着密切關係，與其他自然科學的關係則較為疏遠。經濟學與生物學之間的第一個關連之點，就是亞里斯多德的自然占有慾，換言之就是自然發生的視為已有的活動，此在動物與人均無所異，凡是社會組織體中為個人生存所必需而有用的物體，必有此種活動力寄跡其間。在亞里斯多德之意，此種物體的豐富構成所謂財富，所以他的「占有慾」乃置入於其經濟學中。斯多學派西塞祿普利尼（Pliny）、塞爾薩斯（Celsus）、阿爾柏塔斯馬格那斯、托馬斯阿奎那及尼福（Nifo）諸人，承認並有幾處敘述人獸的這種活動結果的共有的事實。嗣後重農學派詳細研究此擴張自然法概念的物理、社會與經濟制度之間的相互關係。佐雅（Giorja）很無條理的顯示獸的經濟職能與人的經濟事實之間類似之點，同時並指出其相異的原因。佐雅（Giorja）之後，在意大利學者中，有科奈提得馬提斯把一切關於動物的經濟職能散亂的研

究材料，蒐集而整理之，並寫了一篇關於低級民族與原始文化社會中經濟事實範式的論文；有此研究材料以爲助，他並試欲作成經濟社會學的初期論料，而特別着眼於英格蘭姆（Ingram）的規範。他相信經濟學的任務，乃在覓取人類生活從動物學上的發端以至最文明的進化過程中視爲已有活動的狀態，並決定其法則。他依賴於經濟學，來顯示效用與需要的意識的適應工作，最初由自然器官完成之，其後憑藉器具之助，終則由以貨物變爲金錢的交換方法完成之；我們知道實驗學派，對於獸的經濟職能與人的經濟事實之間的密切聯繫，有着透澈的說明，但我們並不承認，由動物以至於人的視爲已有的活動的演進程序，其研求的責任，應由經濟學者擔負之。經濟學者應祇研究人的經濟職能，並以生物學對象的動物經濟職能爲設想的前提，而僅略及二者間關連之點。進化的新產物，根原於在前的形體，這固然是不錯的，但凡有特種差異之處，即不能視爲同一。這也是很對的。在這一種例子中的新產物，應就其本身特殊的原素及特異的性質研究之。在經濟學中，生物學上的視爲已有的活動，已有轉變，而取得一個新的意義。獸的生活中經濟職能的需要、精力及效用，並非就是人的生活中經濟職能的需要、活動及利益。人的需要，並非限於物質的，並且

還是心智的與道德的，也不純粹是個人的與集體的，且還是私人的與社會的。人的物質需要，因心的影響力而大受改變，並且產生各色的進取的格調。心受着全般性的感化，雖發自特殊性的知識，卻並不受制於一時的單個印象。道德乃由意志的力所創設，此意志力足以拘束衝動力，並依理性判斷之。所以，個人的需要，並非就是個別的人的需要，共存的需要，也並非就是社會的需要。我們知道，一個人乃多於一個單純的個人，而社會也多於共存。此外，心指導下的人的活動，發育着繼續受制於自然力的思想，並主要是具體與抽象人的個人的。利益並不是盲目與模糊意向的簡單效用或滿足，而是有體與無體財富，商品或交換的客體，此即人的社會所以異於動物的羣之處。前面說過，人的倫理目的或完善概念，從經濟事實的一切原素中，是很顯然的。像這種事實的特性，對於經濟學者，只構成了設想的前提。他必須認識它們，但無須加以詳細的分析。它們的分析與論證，乃屬於其他倫理學科的工作，正猶初期專用職能的說明屬於自然科學的領域然。

一四四 經濟學與生物學之間的另一環

經濟學與生物學的第二個聯繫，可於人口的學說中得之，因為此理論包括生理的與社會的

要素，因此與兩個相異功能的條件與原因有所關連。人口的學說有統計說與經濟說之別。統計說乃就人口的內在要素研究之，就人口生存的實際方法或其發展狀態所由遵循的定律，加以闡明。經濟說則就人口與生活資料的關係研究之，為馬爾薩斯所倡議。這兩種學說有着相互的關係，因為我們如果不注意社會的與經濟的原因，便不能詳盡討論人口的狀態與變動，如果不知道人口變動的理與姿態，也沒法充分研究生存與生計間的關係。目前有一種趨勢，欲為人口的全部研究，特闢一個獨立的園地。此新的學科，曾在不少的名義下，就一個社會的或生物的觀點，經過種種的研究工作，但人口的經濟說則逕與經濟學結不解緣。我們不可忘卻，人乃是經濟學的主體，他的增殖能力不能謂與社會的財富制度無關。達爾文與斯賓塞二人曾把馬爾薩斯的人口論改造成一個有機性的一般定律，這是誰都知道的。馬爾薩斯看到貧窮深刻的一般原因，乃在於人口的過剩，而人口的過剩，則由於現存生活資料的缺乏，於是猛烈的生存鬭爭不免發生。但正如美塞達格利亞 (Messedaglia) 所云，他停步於此原因之前。達爾文與斯賓塞認不平等與鬭爭為事實，於此事實中，進步的曙光與自然的閃光仍可發見，其結局是人類的完整，或至少其遲緩而逐漸的轉變。

有了這一個大前提，則經濟學者研究人口問題，應多從社會的立場而少從生物的立場下功夫，這是很明白的事。他無須分析一個有機性的定律，而祇須說明它適用於人的可能性，特別是它的制限與管理。一般的法則，對於他只是一個設想的前提。例如，經濟學者先概括的考慮着斯賓塞的人口原理，以爲其生物的前提，隨乃轉而特別研究人口影響於財富的定律。當然，一切的有機體，無論植物與動物，都受破壞力與保存力的支配，而此兩種力量又具有相生相尅的作用。一個族類如果有了異常的繁殖，其結果常會使破壞力佔着優勢；例如食料的缺乏，空間的限制，或與仇類發生鬪爭。在另一方面，保存力的消長，常與生殖力適成逆比，所以凡在最蕃生的地方，生殖母的自保力亦必最爲薄弱，這事實我們也不能否認的。有機體的構造越是複雜而各別，生活標準，越是高昂，其增殖率也就越是低小。但在經濟學中，此生物的原理不須再予研究，而僅須注意於一個特殊的新的限制，及意識的自由，的適應於樊尼所謂預防的重新平均分離原則。此原則不復爲有機體的，斯賓塞曾忽視了此點，它是一種先見，是馬爾薩斯的道德節制，人口的倫理原則。此原則，就其全部功能而觀，乃藉以補正爲其基礎的馬爾薩斯學說的缺陷，顯示文明時期並不罕見的一種事實的理論；

換言之，就是次於生活資料增加的人口增加。我們知道馬爾薩斯曾經說過，生活資料每一度的增加，必繼以人口的同等增加。人類的繁殖速度，如果超出了生計的方法與限制，乃有生存競爭的發生；自然的與歷史的法則，否認因較適應於生存競爭的人佔優勢而產生的進化可能性，上述的原則，與此定律，並不背馳。此外，在文化的繼續進展中，生存競爭並不中止，較適者的優勢亦未減弱。但競爭的範圍則有轉變；一個人不復僅為生命的保存而奮鬥，且為人的每種利益而奮鬥。至於競爭的狀貌，亦不復如古代之為生存而作殘忍的殺戮；它已一變而為爭競與較進步生活中一切利益的追求，而成了警告，就是警備的局面。

一四五 經濟學與歷史的關係

經濟學乃以人性的法則為前提。人性並非靜止而不發展，卻受一個恆久的繼續的進步的內心運動所驅策，由於此種作用，它便逐漸取得它應具的姿態，而接近於其一己的理想。此種運動，就是人類或其歷史的生命。經濟學又以社會的法則為前提；原來社會是一個有機體，它運動着，並完成一個進化的工作，此進化的軌跡，取決於三種要素，一種是外表的情況，例如氣候與地勢，一種是

內在的原動力，具有一個生理的心智的與道德的特性者，還有一種是此進化所產生的原動力，斯賓塞稱之為傳來的原動力，例如人口的增加，法律與政治的進步，及文明的增進。人性與社會既在歷史上移動着，人的經濟活動也就不能自外於進步的定律，由於此種作用，它恆久的分割為許多的職能與動作，彼此間常取得密切的聯絡。此經濟活動伸展於巨數的物，並藉每個人為方法之助，變為較聰明的，自由的與有勢力的。提及研究這些活動的科學，我們不能忘卻韋科的兩個「金科玉律」：一個是說物的性質非別，就是它們在某個時間與某個方法下的產生；另一個就是，此研究工作，應開端於其所討論的事件開始的時候。他說及的開端，乃是人類的開端，而不是生物的開端。這就是此位那不勒斯哲學家嚴格分析社會生活的貧困的對象。因此，經濟學須以歷史為前提。我們謂歷史為經濟學的前提，絕不想把財富科學降格為經濟的歷史及統計，轉變為單純的事實敘述，或充其量更易為一種討論關於經濟事實狀態的哲學論文。經濟學果作如是觀，必不復為一般定律或範式的科學或研究事業；它必然僅成為具體的個人現象的一個實驗上的蒐集。經濟學如果一變而為關於財富的經濟狀態的哲學論文，它即不復能研究內在的原素，並將與歷史的哲學

部分混爲一談。原來所謂歷史爲經濟學的前提，其意乃指由社會的或歷史的事實的歸納，與歷史非無關係而言。但我們認歷史爲經濟學的開端與補充此舉既無損於演繹法的作用，亦未因而使我們放棄一般定則與範式。此外，它並不排斥真正或理想的原則，祇因爲它乃開端於肯定及現實，而心乃由特殊趨向於一般。理想的真實雖不表見於事實，亦不能與之混爲一物，卻仍寄跡於其中。理應如何，從過去與現在的事實中，可以分曉，套着章科的話來說，範式見之於變化，恆久見之於暫時。一方面，爲本身有着矛盾的現象，而犧牲法律或義務，這固然是不合理的；而在另一方面，徘徊於抽象與形式的思想之空幻，超越且無關於生活的理想中，也是有乖常理的。於此場合，所曾經是的以及現在是的，以視不變的一般概念與嚴正的範式，實不足道。

一四六 經濟構成社會的條件而非社會的原因

我們知道，經濟事實並不是原始的，乃起原於自然心理的與歷史的原素及外界的勢力。就社會生活爲經濟學的一個職能的意義而言，經濟事實並不佔有優勢。若謂一切社會事實產自經濟事實，而道德學、宗教、法律、政治學及科學爲其結果，這是不對的。馬克斯、古姆普羅維赤 (Gumplo-

W. G. S. 羅利阿諸人，就抱着這種見解，他們卻忘記了，就使最簡單的社會事實，亦必淵源於許多的原因，而且一經產生，即反應於此種原因，並能改造它們。前此我們會數度重視於社會現象的巨大複雜性，這是物理的、心智的、道德的、法律的、政治的、宗教的及歷史的，這每一種情形的結果。例如，利益的世界主義，因自由貿易而有增進，或因保護政策的重現而受挫折，於此我們可以見到人類博愛的倫理概念。這顯示了一個基督教或異教的經濟學常是可能的，但欲設想一個佛教的幾何或回教的代數，這是不入情理的。凡是世界主義存在的地方，它顯然發生一種影響力，而改造它所由形成的原因，因此，我們可以說，目前博愛的倫理概念，視前已有所異了。在這一種事實發展以後，此概念獲得新的原素，並扮取一個較具體而敏感的形態。從某一點看來，經濟事實係以所由產生的社會原因的全體為前提；而從另一點看來，它是屬於較高級事實發展的條件。如果有機的力，特別是胃納的力有所缺少，則心意及想像的力亦必不會存在。如果生活的需要並未略有滿足，則科學研究之類的工作也就永遠不會發生。一個財富分配的確定方法，乃某些法律的與政治的制度的前提。但經濟事實，僅為社會生活與文化的條件，而不是它們的決定原則，正猶胃納之非為天才靈

悟或意志堅強或富於情感的原因者然。此原則乃爲心或思想。如果有着一個優越的社會原動力，我們不應由文化的低落狀態中，而應由其較高狀態中覓取之，在那裏可以找到一個原則，以全部先在狀態爲條件，但卻對於每個狀態有着一種影響，改造它們，並予以較大的意義與價值。祇有能夠如此。它於最後始行出現，並需要其他一切條件爲其前提，但它於出現後又把它們變形而改造之。用心觀察社會事實的規範，常受制於一個片面的方法，如果把經濟的要素撇開不提，整個的社會事實是沒法研究的。在此窄狹的理論中，人的生活與歷史是不能了解的。

一四七 法律與經濟學的關係

法律的內容，有很大部分是關於經濟的事件，因爲法律是一種量器，是利益效用及財富的比率。它非提及利益不可，但嚴格說來，它對財富及效用則無關涉的必要。有種倫理法律的關係，對於以爲客體的財富、利益及效用，毫不相涉，且亦不能定一物質的價值。德國學者，如丹克瓦特（Dankewardt）及柏姆巴威克（Böhm-Bawerk）輩，抱着一種錯誤的見解，他們想把法律科學改建於經濟生活的絕對基礎之上。明該提（Minghetti）於其公共經濟與道德法律的關係一書中，告訴

我們，古代的哲學家有着一個立基於比率之上的秩序制度的觀念，並欲把它變為道德與文明制度的範式。特爾斐（Delphi）的「勿使過度」的聖言，彼塔哥拉數的理論，柏拉圖的辯證，西塞祿的「保持比率」的格言，都表示出這班哲學家如何把此概念置於科學及藝術的基礎，它取得一個教義的尊嚴並與天神的觀念相聯繫，於是在中古時期的神學者的教義，及權威學者的著作中，把握住其自己，丹第就是其中之一，他認法律包括比率。現代的實驗科學，從天體的大運動中，或從化合力最精密的化合中，覓取比率的法則。此法則在歷史的一般研究及一切社會科學的各部門中，亦應加以考慮。這一切原動力的最大生產，最善分配，最佳貿易，最適消費及最優同格，均得之於比率的法則中。欲維持土地、資本與勞力間的比率，我們需要科學的研究，勤勉及沈着的辛苦操作。欲維持人口與生存資料間的比率，我們需要預慮與財富。欲維持生產與財富、國內外貿易、現款與信用交易間的比率，我們需要供求、誠實與信用的精確判斷力；而欲維持供給與需要間的比率，我們需要商品的真正評價，節制及禁戒。在這一切情事中，正義及他人權利的尊重，實為秩序。良好的忠實的文明社會中必要的條件。以明該提（Mingheti）的概念為出發點，法律顯然是一個比率，它

本身尚包括另一個比率。在明該提 (Minghetti) 的心中，法律無疑是商品的比率，因為他認比率的概念為物理與倫理科學的對象，支配着宇宙間的秩序。經濟的比率，無正義便不能實現；這在一方面是我物與爾物的量器，另一方面則為保護的原則。法律乃是在每個外界利益、社會效用及完善，亦即在財富的生產、變動、劃分及消費的場合，個人活動的相互強行及倫理統一體組織的軌範與擔保。法律的本質，不止財富一種，即實現或可以實現於人與人間及人與物間外部關係中的人類幸福的一切形態，亦包括在內。法律的經濟內容，可見之於三個分類中。在私法上，可見之於財產權，它的取得方法，契約，家屬關係及遺產繼承中；在公法上，可見之於公民的昌盛與財富間的關係，及政治與管理機構中。而在國際法上，正如安托尼俄沙羅雅 (Antonio Scialoja) 所云，國家的人道與民族間的正義，也可供作未來的發展與考慮，而成爲嚴格經濟打算的結果。較晚近的法學者，誰都不能不知道或注意到經濟學的法則，因為它們實支配着法律與立法對象的很大部分。

一四八 政治學的定義

依古時學者的見解，政治學包括着國家的全部科學。柏拉圖認哲學爲高貴的藝術，並謂政治

學乃介於理論學科與實用學科之間；又謂政治家即為科學家。亞里斯多德把一切關於國家的學問，都歸入政治學的領域。及至今日，摩爾（Mohl）於其政治學大辭典中，布隆智利（Bruntschli）於其萬國主義中，及荷爾曾多夫（Holtzendorff）於其政治學原理中，則已把政治學的概念加以限制，並一致承認之為關於國家之目的及完成此目的適當方法的科學。荷爾曾多夫（Holtzendorff）以明顯的謹嚴態度決定其意見，他認政治學並不包括司法行政在內，因為這應該是法律科學的對象。在意大利學者中，洛斯基米尼對於政治學亦作同一界說；他認為這種學科應致意於社會目的，並說明國家在其權限內所握有關於此種目的之工具，及使用此種工具最妥善的方法。

一四九 政治學是一個實用的社會科學

政治學的論題，乃有關於社會事實的一個單一情狀，換言之，它研究國家所命令的社會生活的終局，及獲得此終局的較妥善的方法。政治學是一個異於社會學的特種科學，就其哲學研究的立場，討論一些基本的定律，並把它們包括於社會組織的較概括的定律中。它從這些定律中，取出國家行動的指示原則，此原則具有命令的方式，而成為實用的規範。所以，我們可以很適當的說得，

政治學並不是社會學的部分，而是一種實用的社會科學，以社會一般學理的結果爲其基礎。洛斯米尼有過一個很重要的結論，這是不容我們忽視的，於此結論中，他告訴我們，政治學並不是社會學的部分。他相信文明社會是一個趨向於某個預定目的的本體，並把政治定則，依其關係於社會本體的運動所欲趨向的目的，其運動的定律或勢力，而加以區分。關於他在政治哲學中所載此種定則的分類，在這裏實有扼要敘述的必要。這些定則，由結果之點觀之，可述之如下：假定政府審慎維持並發展社會生存所賴的一般勢力；此勢力鞭策政府致力於使社會昌盛，而產生人類所倚畀的相當安寧，原來知足的公民，其生活是安適而寧靜的。此一般勢力，爲一切物理的心智的與道德的勢力錯綜的結果。後一種的勢力，刻印其特徵於物理的與心智的勢力，而構成此一般勢力；並賦予其特有的性格。在任何社會中，總有着四個劃時代的紀元；在第一個時期中，社會開始生存，因此它關懷於大體，而不及偶然的情事；在第二個時期，亦即社會生活圓滿的時期中，偶然的情事爲人所注意，但社會仍不遺忘其大體；在第三個時期中，人注意偶然的情事，而不及於大體，衰微的現象於以發生；在第四個時期中，人僅念及偶然中更偶然的情事，而渾忘了社會的大體，並認此一切偶

然的特徵爲真正而有效的。在此時期，社會便陷於巨大波瀾與猛烈爆發的危境，很易趨於滅亡。此一般勢力或社會的大體，在一個時期，可以包含着物理的勢力，在另一個時期，可以包含着審慎與敏銳，終於包含着正義的原則。此由社會本體的特性所決定的定則，可略作範式如下：政治凡足以使社會最接近於其天然的正常的結構者，是優良的，其足以使社會與其本性分離者，則是惡劣的。所謂自然的結構，就是人口與財富間，財富與權力間，社會權力與物質勢力間；社會的及軍事的權力與科學間，以及科學與道德間均衡的結果。由運動的定律推闡而得的定則，韋科已有啓示，但因缺乏不同民族的各種社會變形的材料，未能加以充分演述；此定則可轉述如下：政治手段，凡與社會自然運動的定律相調和者，是優良的，其有背於社會本性者，則是惡劣的。至言滿足，社會必先致力於生存，次乃致力於權力、財富與歡樂。真正的滿足，乃存在於道德及正義。善的進步是一件事，一般的進步是另一件事，正猶之進步與運動之間有差異然，原來運動的步法，爲前趨或後退，爲向前或越過，或爲一種混合的前進。我們必須把人性在其心智發展及社會外部形態中的運動，與道德的及幸福主義的運動，加以明白的區別。至於最後的一個定則，可於社會直接與間接勢力的研究

中表現者，可歸納爲如下的結論：政治手段，凡能以最少的費用與困難，完成社會至善者，就是最優良的。一個社會，在特定時期，物理的心智的與道德的勢力，其與社會統一體相互間的影響及關係，從政治道德統計的精確尺度中，可以表現出來。

一五〇 政治與道德的關係

政治目的與手段，不能是不道德的，因爲它們乃與人類安全的最高原則有關。道德法則，與個人或集合人的真正利用或恆久利益之間，並無也不能有矛盾的存在。國家是一個倫理組織體，所以它的有效工作，不應與誠實公正的原則相背馳，這種原則並不是剛性的定式，但含有一種確實性，在生活中，於變化多端的機會下發展着，在人的活動的不同場合中，常隨種族年齡與地域的關係而發生種種變化。如法律然，政治不能與倫理分離，亦不能與之混爲一物，而簡直是各別的。我們如果相信政治與法律相分離，這是因爲受了兩種偏見的支配：第一，依舊相信政治的藝術，乃以權力管理的物質資料的積儲，國家私利的效用，及其他國家的破壞或滅亡，爲其對象；第二，混公共道德與私人道德爲一物。第一個偏見，無異否認國家的真正定局，及人民道德與法律上的共有概念。

原來人民只要能適宜於進步，他們的人性必可逐步有所發展。第二個偏見，與倫理原則的性質不相一致，因為它可各別的適用於不同的場合，並由每個場合獲得一個新意義。例如，個人可以犧牲他的生命，但國家必須保存它的生命。謀殺、襲擊、財產的毀壞、誹謗及攔路搶劫，在個人為之，就成了重大的犯罪行為。但在戰爭中，此種行為，為國家的利益，而受到准許，國家並有權以不合法或不道德的行為圖利；收容叛徒與利用間諜，就是這一類的例子。一個政治家可以作惡的方法圖利；例如貪婪、自私、虛誇、或率直。不過作惡的行為，須先有機會，隨後可加利利用，但凡誠實的政治家則不應出此。政治的藝術，就一個藝術的立場而論，與欺詐、惡意或暴力，並不同一，因為它的任務乃在社會的不同事故中，把一個異於倫理學但本質上並不與之背馳的科學的原則，付諸實現。政治的藝術，可使政治家認識人性與社會的法則，領悟形勢於一瞬間，估量一個行為的近果與遠果，發展國家與社會勢力的相互影響，並適應其行為於變化無窮的事故，以從每個機會中獲得最大的利益，而完成他預定的目的與理想。所以，政治學亦有其理想方面的職責，它是一個實用的學科，並致力於活動的完善，在此點上與倫理學同。真正的政治，並不是一個唯物的不道德的殘忍的藝術，也不是一

個詩意的空想的感情的學問，它卻含蓄着高尚的倫理及社會的目的，其完成有待於最合時的便宜的與有效的手段。什來厄馬赫說過，一切的政治，乃存在於行爲的效能中。而行爲的效能，包括着兩種要素：有關於終局的要素，及有關於效能的要素。僅僅終局一物，它只是一種抽象物與急務；僅僅效能一物，它只表現一種事實的原因，相關的從屬的力量，於此，原已存在的一切事物，得以發展，此外則一無所有了。

一五一 政治學包括政治手腕

布隆費利 (Bluntschli) 謂政治學爲國家生活狀態下的科學，公法則爲國家存在狀態下的科學。政治學致力於國家的目的與手段。公法則建立它法律上的同格。從這一個定義看來，這是很顯然的，政治學必須與憲法相一致，否則一個深刻的不合理的矛盾現象必將滲入於國家的生活中。此種見解，只在理論方面是對的，因爲在事實上，一個憲法常老過於它的效用，而變成一個陳舊的拘束的形態。於此場合，政治學當然不應受阻於此種形態。政治學，也就是國家在生活狀態下的科學，於此情形，乃致力於鼓勵在進化中法律的承認，此種承認，足以激發集體的意識，並致力於算

奪此明日黃花的憲法，較圓滿發展不成文法的淵源，以完成並加強新的成文法。一個憲法，制定法，或律令，乃事物某個時期在社會的某種情狀下的特定地位的結果，但當事物的地位有所更易，社會的情狀有所變遷的時候，它便失去其存在的理由。就政治學的立場看來，憲法、制定法與律令乃是一些手段，因此不能視為不變的形態。爲了過去無用的不合理的觀念，而犧牲幾世代人的自由與生活的利益，這是不應該的。但撇開這種變化不談，再來討論政治學與公法的本身，這兩種學科，包括着國家的整個本質，這是我們不能否認的，這國家的本質，不但是法律與文化的目的的高尚結合，且具有以有着物理上、經濟上、心智上、道德上與宗教上共通利益的各階級個人爲其基礎的一個文明社會的形式。國家這一個名詞，有着廣義與狹義兩種意義。就廣義來說，一個國家包括文明社會在內；就狹義來說，它是異於社會的東西，正猶一個單純的團體異於政治的團體然，但它仍不失其爲一個人格。社會的概念，包括由個人以至國家或毋寧謂爲由家庭以至國家之間的一切集體組織。摩爾 (Mohl) 布隆智利 (Bluntschli) 斯坦因及格奈斯提 (Gneist) 所下的社會定義，就是指的這種嚴格的適當意義下的社會。甚至黑智爾亦認社會爲一個利益結合的團體，於此組

織之下，自動的互相扶助，異於家庭。亦異於國家，而介於二者之間。當我們把社會代表着包括各個集體組織與中間級機關的一個組織體的時候，這時的所謂社會，意思是指的各種集團與階級，它們各自致力於生活中的不同對象，並代表着共通的利益。這些對象，隨着滿足的資料而異，或爲物理的，或爲經濟的，或爲心智的，或爲道德的，或爲宗教的。這一切對象，各自發展着，甚至彼此間陷於鬭爭的狀態，但因它們原來都產生於人的活動，而人的活動本質上初未互相仇視，所以它們常趨向於互相貫通與調和。國家就產生於這種生活利益的團體之上，它是某個人民的法律上的人格；抽象的人，形成一個民族的特殊的人。國家把包括一切發展於社會關係中的人性的法律，付諸實施。國家可稱之爲社會結合的法律上的形體。此外，它也是利益與階級鬭爭的一個自然的節制者。因此，社會的政治的與法律的科學之間，顯着有些差異：第一種的科學，乃以廣義的與適當的意義下的社會爲其直接對象；第二種的科學，以國家爲其對象；第三種的科學，以法律爲其對象。社會學以國家爲其間接的研究對象，原來國家與社會是兩個不可分離的東西；政治學也研究着社會。至於法律科學，我們知道，它雖然以法律爲其直接對象，但若撇開社會與政治科學不提，亦不能獨自

有所成就。政治要是沒有公法，它就缺乏了具體的形體與制度；公法要是沒有政治，它也就成爲偶然的法律上的組織體，換句話說，就是不以國家及其工具的終局的認識爲其基礎的一個法律上的資產。真實而有生氣的國家，乃產生於政治與公法具體的融合之中。國家的觀念，如果包含着生活而存在的國家，如果它是有關於確實的一般性及真實的最高原理的要素的一個結果，它便成爲哲學上的觀念（一個人性的觀念，正如韋科所云。）依此意義的國家，纔是法律哲學的適當對象，它改造它的結合，劃分爲政治與公法，決定它的價值，並置之於與其他構成最一般的法律基本觀念的關係之中。

此
页
空
白

第十章 理性法與成文法——淵源及適用

一五二 理性法與成文法之間的差異

前面說過，法律乃由真正與確實所構成。它是觀念與實在；它是一個理性的原則，發展於生活的階段中，因時因地而適應其一己於人民的特殊情形。法律，就其為一個可領會原則的立場而觀，於其以為實現場合的歷史形態中，未有充分發展，因為這種形態與法律的內容並不相等；於是乃有繼續求取進步的奮鬥，以支配制度與法律，鞭策它們趨向於較一般及較合於理性的目的。理性法乃直接以真正為基礎，且是一般的。真正，就其一般化與歷史的觀點，而不就其各別部分觀察與研究，它發展於確實之中，它的證明也就存在於確實中。在另一方面，成文法則直接以確實為基礎，並具有一個特殊的性格，因為此乃民衆或國家意識苦心經營的成就。確實與真正並非無關，——它是真正的外附。所以，理想的要素可覓之於成文法中，正猶歷史的要素可覓之於理性法中。然成

文法的確實，乃是法律觀念的一個分離的零碎物，是實在的一部分，與哲學的部分亦即一般的實在並不同一。我們必須記住，哲學所欲說明的，並不是這一種或那一種的實在，而是知識本身的實在。

一五三 理性法的信念

前面說過，在亞里斯多德以前的希臘哲學家，曾趨向於一個超於成文法的法律的概念。亞里斯多德顯示過自然正義與成文正義之間的區別。在他看來，正義本身是一個一般的測量標準，別於成文正義或國家的正義。後者只能是成文法上的或基於自然的決定；此即法律上的正義所以異於自然的正義者。我們已曾說過，依西塞祿的見解，自然法依據於正義的理性，市民法則與社會的理性有關。西塞祿區別萬民法與自然法，視前者為具有成文法的形式，為一切人民所共守，並認正義理性的原則即存於其中。但西塞祿思想的全體註釋者，卻不同意於此。起初羅馬人只承認他們自己的法律，就是市民法。其後他們與其他人民間的種種關係中，發見一切法律中，有一部分是同一的，並設想着一個一般的成文法，即為各國人民所共同的萬民法。在時代的前進與心的發展

中，民法學者把萬民法根基於自然理性，並界說之如下：「自然法乃基於人類共認的自然理性。」更後他們的見解越變普通化，並得到一個結論，認萬民法之外，尚有一個更廣大更恆久的法律的存在，就是這自然法。阿爾彼安界說之爲「自然最適合於吾人的意思」塞維笛斯塞佛拉（*Cervidius Scaevola*）及保盧斯（*Paulus*）界說之爲「公平而良好的東西。」控制自然的先在與後果觀念的斯多學派勢力，即貫徹於此定義中。

一五四 不同法律的淵源

聖托馬斯把成文法，人爲法，與自然法及永久法相區別。第一種法律爲「人類所發見者」應當是自然法的一部分，而自然法則又爲永久法的一部分，爲「神的存在的理性」，「永久智慧的理性」與「神的意志」實爲同一。這一種區別，顯示着中古時期哲學理論的進步，於此自然法完全以啓示聖語中顯示的神意爲其基礎。菲羅謨西歸爾非於其成文法的概念中，明白告訴我們，自然法當文藝復興與宗教革命時期，開始失去其神學上的特質，並變爲較密切聯結的法律。梅蘭吞、俄爾頓道普（*Oldendorp*）罕明格（*Hemming*）及文克勒（*Winkler*）的嘗試，顯示着一種新的變遷。

老秀斯否認聖經爲自然法的淵源，並承認卽在上帝不存在的場合，法律亦有存在的可能性。自然法乃產生於保證一個安寧社會的正當的理性；民法則發生於人的共通意志。霍布斯認自然法爲如此，爲「正義理性的法則」，它要求安全，且爲一個擔保，而成文法則爲最高意志的結果，與自然法相調和，以維持安全。在餘人的見解，則認自然法爲自然與恐怖狀態中的原始法律，成文法適與之處於相反地位。

一五五 理性法與成文法的比較

浦芬多夫從神的命令中覓取法律的基本原理，並使科學在這裏採取一個後退的步驟，和在討論道德與法律的關係時同。聖托馬斯與佛爾夫二人都相信自然法以人性爲基礎，成文法則產生於意志或合意；又，前者乃由理性所賜予，後者則由國家所制定。非羅謨西歸爾非從盧梭的學說中，顯示區別的胚種，因爲不可割讓自由的原則乃是自然的定律，人民的意志乃是成文法的原則。康德絕不懷疑的把理性法（創設外部立法的規範的錯綜物）與成文法（現行制定法的集合），此種法律乃依據於理性支配下的立法機關的意志，加以嚴格的區別。斐希德從成文的或歷史

的法律中，見到自然法的實現。謝林以理性的原則爲出發點，他認理性與理想及真實爲同一。此項工作他不賴辯證方法而藉簡單的覺知以完成之。他把這兩個名稱之間，所有的同一異點，置於其理想與真實間的體系中，實則理想與真實二者原爲一物。在他的意思，成文法爲自然法的必要形式。黑智爾顯示着合理法以一般原則爲基礎，而成文法則取決於國家特徵、宗教及人民文化的程度。成文法與理性法並互相抵觸，不但如此，理性法且逐漸出現於成文法中。黑智爾又謂成文法有關係於理性法，猶優帝學說彙纂之於法學階梯然，只在這一點上，他是錯的。這個比喻很壞，因爲優帝學說彙纂與法學階梯都是關於成文法的論述，前者是完全的，後者則僅備法科學生之用。

一五六 理性法與成文法的區別——實驗主義者的意見

關於理性法與成文法的區別，實驗主義者的意見頗爲紛歧。斯賓塞於其人與國家中，認自然法乃以生存的一致與恆久狀態爲其基礎。其他的實驗主義哲學家則痛加評擊，謂其背離歷史的真實，與變動的法則及認識的關係狀態相抵觸，且僅從生物學方面觀察人。有些學者謂斯賓塞此種概念乃他早年社會靜力學中理論的遺物，依此理論，道德與法律係以神的觀念的實行爲其基

礎。上帝預定人的幸福，而此幸福則賴生存的不變定則的遵守以獲致之。這些定則，表明原因與結果間，行爲與效果間的關連，並必要的決定何者爲善與惡，何者爲公允與不公允。性能的運用，如爲人類幸福所不可缺，則運用它們的義務與權利，實淵源於此幸福。樊尼就抱着這樣的見解，他把斯賓塞的學說扼要敘述，同時並謂這種絕對的倫理制度不能計及實在的缺陷，所以代表着理想人性的定則；又謂在此位英國哲學家的後期學說中，除神學與結果學的概念外，尙留存着一個起因於生存狀態的道德與法律的內在理性及非由國家創設而由自然建立關係產生的定律的觀念。我們還可以說得，此觀念在斯賓塞的最後一本書正義中，有着明白的闡述。斯賓塞在這書的序言中說，他先欲說明正義，凡屬於超自然制度的一切假定，均予提出。他把國家制訂的成文法，與相等於社會理想的絕對真正與公允的自然法或可能法，加以區別。他說，這一種的法律，乃以人的本性爲其基礎，人則依理性的指示而自由決定其意志。樊尼承認一個以生存的必要狀態及物的構造爲其基礎的法律，並謂此種概念乃自然法舊說的真正部分。

成文法的第一個主要淵源，就是習慣，它以人民的法律情緒及其所表現於外的某種不變的普通動作爲其存在條件。阿爾彼安云：「習慣是人民久已默認遵行的規則。」社會中發生一個需要，而要求一個合法的承認。其始，這種需要，係由暫時的孤獨的動作滿足之，稍後，社會中乃產生一般的信念，認此滿足爲必要。同一的動作，由社會中較多數的人，以一致與不變的方式，反覆爲之。於是，「習慣行之既久，漸成爲人民全體確認的同意行爲，」而有習慣法或不成文法的出現，而賴習俗以表見之。奮鬪與適應的因素，介入此種程序，但此直接程序的直接特性是無疑的，因爲它全然是直覺而無反省力的，絕不需要國家的特殊機構。有時候，此無反省力與無意識的程序，其開端爲一個個人的有意識的動作，他人則起而做效之。琉喜阿斯楞丟勒斯（Lucius Lentulus）。奧古斯都（Augustus）及拉皮奧（Labio）的例子對於羅馬法中關於遺囑附錄的影響，誰是不知道的？一地方言，強行於一個民族，或由其自動採用，其結果成爲一國的語言，這豈不是常見的事實？一種模樣或一個個人特性，在模倣精神強烈的時期，如果特別加以喧染，並足以吸引他人的注意，不是常會變成一般人的表率？以上述的理論爲前提，則註釋者的意見，認習慣的本質存在於動作的本身

及學說中者，浦克塔認習慣完全以一般信念爲基礎者，以及薩文宜在近代羅馬法的體系中的見解，其與事實大相背馳可知。習慣必包括着信念及恆久的一般效用的兩種概念，它們與一個基本原則及一個外部表見有着相互的關係。習慣猶成文法然，必須包括真正，這也是很明顯的事。換言之，它必須是理性化，在進步的時期中並須承認爲法律，庶幾可具有一個強行的力量。

一五八 原始習慣異於一般習慣

但如上所述的習慣，是特殊的，並且早已是一個獨立的法律形式，是故乃後於一個單一的不可分的絕對的權力（巴佐特曾作此說）所定的原始習慣，此權力傾向於形成法律性的結構，並如韋科所云，使殘酷野蠻的波立斐密（Poliphemi）歸於順服。在法律的習慣與規範以前，在教會以前，有着另一種的習慣與規範，依斯賓塞的見解，乃隸屬於禮儀的部門。美因於其古代法中謂荷馬的西密斯（Themis）是神聖的，感通神與君主的決定；謂接連的這種決定，在同一的場合便創設了習慣；又謂在荷馬的作品中，「法律」νομος這一個字是找不到的，法典編纂者的神的任何概念也是沒有的。他引證格羅脫（Grote）的某些按語，似乎前所未聞；其始爲英雄的時代假借神

權的君主政治，往後則爲貴族政治，在東方爲宗教的，在西方爲軍事與社會的，其時貴族有解釋法律的特權，習慣法於以開始。來斯特(Leist)於其希臘意大利法律史中，認成文的教令，先於習慣的形成。班塔利奧尼 (Pantaleoni) 於其古代法的一個問題之討論中，痛詆美因關於荷馬的理論，但他承認這位英國學者的意見無疑的可適用於較遠古的荷馬以前的時期。在這裏，值得我們道及的就是，美因第一個告訴我們，教長君主裁判反復的結果創設了習慣，其後又使我們瞭然於在另一方面這種裁判卻是習慣的結果。但關於此種習慣的起原或其形成的方法，他卻毫未述及，因爲他只研究着包括教長社會的比較進化的時期，而並未追溯到開端時期。美因觀察着一個早已形成的法律；他清除了此法律與其他社會勢力特別是宗教之間的混淆之處，但他只以法律性習慣已出現的時期爲出發點。現在，欲回述到沒有普通習慣的法律最初起原的時期，已不可能，此普通習慣，輓近學者多數認爲規定的結果，其後法律的結構漸次建立並加強着，其他各不相同的特別習慣，諸如純粹的法律性習慣之類，自然的開始存在。除非人先獲得服從某種規範的慣習，習慣規範的遵守當然是不可能的。古代的人，除非在一個嚴厲威壓的懲戒之下，是絲毫不願服從任何

箴規的。由美因重述的格羅脫 (Grote) 按語，乃是陳舊之物，韋科的著作中可以找到，他的關於古代神權的觀念，爲一般人所知道的。韋科謂習慣乃以例的方式存在於法律之前，法律則爲一般的；又謂神父的習慣實先於十二銅表法而存在。他又謂加於荷累喜阿斯 (Horatius) 的刑罰，乃古人習慣的一個例子；謂寡頭政治乃受治於習慣，古人習慣的保守與不可變性實爲此政治的基礎。此一紀元的法律，是一件神祕的東西。美因認在上古時代，習慣的存在，並不需要社會權力的承認，這話是很不錯的。法律自然的表現於習慣之中，沒有人會爭論着它形式上的效力，在這時期也沒有會要求國家對它的承認。在此種法律淵源需要國家承認的概念發生以前，心的普遍發展與事實的深刻分析，是需要的。這一種概念，乃是理性時期純粹思慮的產物。但原來雖無這種承認的事實，習慣雖亦僅憑藉己力而獲得其價值，無須政府的核准，其後它卻經人闡述，漸成明確，效力亦見加強，更因政府機關與制訂並適用法律的法學者的工作結果，使其無關宏旨的要素漸次消失。在羅馬，精研法律的主教學院及市長，有解釋法律之權。其始，隨侍印度與希臘君主之側的詩人，熟知此班君主的裁決，便成爲當時習慣的保管者。學院時期以後，民法學者乃出而以清除、發展並提淨

此法律的第一個模糊淵源爲其使命。

一五九 制定法增多後習慣漸失其重要性

及至有史時期，自然理性有了充分發展，祇代表着法律直覺的習慣，不復能保有其舊日的範圍及效力。當一般原則的思想佔勢，公力的組織發達的時候，習慣不復能有廢止法律之力，如在羅馬時代然。時至今日，民法學者的格言不復可信：「習慣已彼認爲一種默示的同意，其效力相等於立法，並能修改明示的制定法。」在刑法中，習慣已完全失去其支配力，因爲犯罪凡未經法律明文規定者不能處罰；在民法中，也只在任意規定的部分，它才保有其勢力。但在國際法與商法中，習慣卻有着顯著的發展；原來在國際法中，法典的編纂猶付闕如；在商法中，法典的編纂不得不採用一個極普通的特徵，庶幾不致妨阻貿易生活無限制與恆久變易的結合，並利用含有商業利益的世界主義色彩的通常的有用習慣，以維繫不同民族於一起。

一六〇 學理的研究爲法律的第二個淵源

成文法的第二個淵源，爲學說或法理學，它代表着對於制定法的科學研究，及習慣所表現的

一般信念。但它常被視爲習慣法與立法的直接與補充形式。它在法律方面的作用，其始是實用的，並表現於「法庭的慣例」或「類似於判決效力的永久情狀」中；其後乃以註釋與系統化的方法而變成理論的。法理學的使命在解釋現行的法律，以衡平法補充之，並提示採用新原則的必要或便利。解釋的意義，就是以適當的認識方法，了解並轉述立法者的意旨。我們如果要了解一切的法律，不但須解釋意義模糊的法律，正如苦勒利（Borrelli）所云，即意義明晰的法律，亦須在解釋之列。解釋，通常乃就其效能及起原的要素，以區別之。講到它的要素，解釋可說是字面的、邏輯的、歷史的或系統的，胥視法律的文義而定，並以立法當時的情形與立法意向的複雜性而爲轉移；關於效能，它是陳述的、擴張的，或限制的；關於起原，它是司法的、科學的或立法的，胥視其作者之爲法官、解釋者或立法者而定。多尼羅（Donnello）稱此種分類爲通俗的；薩文宜則認爲怪異的。他們謂一切解釋爲智者的自由作爲，含有研究的陳述的特徵，它利用前述的四種要素，此要素只是一些方法，而不是種類或形態。現代法典規定，法官不得以法律含義模糊爲藉口而拒絕適用，他須參照法文的字面意義及立法者的意旨，而就此法律下一解釋，如遇不能依精確的法文意義而爲裁判時，

他可援引同類的判決例，以爲裁判的依據。如遇疑難案件，不能依前述方法裁判時，則應依法律的一般原則裁判之。這種原則，並不是抽象的自然法或理性法上的原則，而是成文法的哲學上的原則，就一般而論，卻就是法律哲學的一部分。所以，法律學及其哲學，也就變爲法律的淵源，並與習慣及制定法，共同構成了一民族的法律遺產。

一六一 法理異於習慣

既如上述，則布盧美於其法律全書中認法理僅爲習慣法的一個反影，顯然是有誤的；斯塔爾於其法律哲學中，馬累查爾（Marzoll Bluhme）於其羅馬法制度大綱中，及布朗斯於其法律科學全書中，否認它是法律的淵源，當然也是不對的。甚至從歷史方面說來，這種見解也是不確實的，因爲在有些實例中，某些規則因了科學的工作，曾有着實用的效能。凡扣尼希（Warnkönig）於百科全書中，及薩文宜謂類推解釋並不是擴張解釋的一種，因爲前者填補一個裂口，後者則擴張法律的意義。類推解釋的許可，乃由於一種概念，認法官對於法律不能拒絕適用，而非由於解釋的嚴格原則。在類推作用中，以一事與另一事同等，結論就可獲到，在這裏，如果二者同等，前一事的

定則便不是一般的而是特殊的，如在例外的情形與「單一法」的情形中然。除解釋外，法理以衡平法補充法律，此衡平法與法律絲毫不相抵觸。亞里斯多德說過，衡平法是一個較良好的裁判，異於法律裁判，並改正之。與法律字面的狹小的形式相反對的，乃是法律的本身。西塞祿謂「現實法是衡平的。」塞爾薩斯 (Celsus) 界說法律科學為「至善與衡平的藝術；」保盧斯 (Paulus) 之語亦然，彼謂自然法包括「永久的至善與衡平。」羅馬民法學者恆以為「適法」寓於法律的字句中。「口頭的與文字的法律」須以「衡平」為其基礎。除「衡平」外，尚有「嚴正的法律，」「嚴格而詭辯的法律，」「狹隘的程式」及「殘酷的法律。」「衡平」是「適中的，自然正義的，合於人類理性的。」羅馬法的整個歷史，提示此由「合法」至「至善」的前進運動，於此，類例的「擬制」形式，足以脩正法律的實質，而不變更其形式，佔着很重要的地位。最後，法理表明其改革的願望，這是法律機關一個長期注意的精密的實際研究的結果，並鼓勵立法的脩改與新法典的制訂。

一六二 制定法為成文法的法第三個淵源

成文法的第三個淵源，像習慣般的獨立，但不像法理般的僅為補充性質，較二者更為確實而

一般，同時是反映的，這就是制定法。這是國家或構成國家的人民的最高意志的表現，依羅馬界說可稱爲「國民全體的意志」，爲「共同信條」。制定法是一個獨立的淵源，因爲它是社會最高權力直接與形式上的效果；它是反映的，因爲它是立法者與法學者深思熟慮的結果。它較習慣與法理更爲確實而一般，因爲它是一個固定的抽象的方式，爲盡人所理解，離去法官的解釋與研究學的討論而獨自存在。在學問的準備與發展中，它和法理頗相關連；它和習慣也有關係，因爲最初的材料常由習慣所供給，其後則較傾向於科學的基礎以構成之。它並非出生於岩石與林木，一如柏拉圖所云，它卻以實際爲其基礎的許多自然與歷史的情狀爲其前提。在這裏，值得我們提及的就是，以制定法界說爲國家最高意志的表現，常會引起誤會，而我們必須避免一切關於制定法關係的可能發生的誤會。英國分析學派，以邊沁與奧斯丁爲代表。謂就制定法而言，法律的觀念，是最高權力及其威壓力的觀念，是不可分離的；這種觀念，於上述制定法的定義中已可見之。美因對於分析學派的見解，並不贊同，他以爲此定義如果適用於文化的前進狀態亦即成熟的司法制度，是很精當的，如果適用於文化的較早時期，卻就不很正確了。在上古時期，法律並不是立法機關的

產物，乃寄跡於受人崇拜的習慣的複雜性中。它們的義務性質，並不有賴於最高權力的威嚇作用，而是產生於輿論及宗教信仰。我們在前面已經說過，美因不曾看到權力、威逼及義務，在一般習慣時期，即已存在，惟其形態模糊不明而已，由此一般習慣中，各種習慣發達着，法律性習慣即在其中。一般習慣包括一切規範，此規範嬗變而為有力的慣例。習慣產生一種權威，遵守習慣的義務則與恐違已死祖先意思的心理有關，此班死者的靈魂實支配着人的行為。這概括的恐懼心理，就是一種威嚇力量，在輿論監督下的行為中，很佔着一點勢力。這三個概念，包括於制定法的觀念中，並不是突然發生的，卻在最遠古的時期有着它們的先因，是故依韋科之意，研究的工作應以此遠古的時期為其出發點，因為研究的事物原是從那個時候開始存在的。

一六三 制定法並不獨自發育

關於制定法與環境之間的關係，我們必須記住，謂法律與制定法的構成，可視為事物不賴外力或掙扎而憑自力運動的自然的無意識的遲緩的產物，這似乎是一種誇大之詞。此自然發動中，也不須有着一個過分的動作。韋科說過，人的世界，乃因心的變化而發展着。其結果，我們勢必歸功

於思慮的因素。一般承認，歷史學派贊同此種誇張之說，這種事實可從立法論的著者孔德的理論中見到，此外也可從許多實驗主義的學說中體會出來，他們視立法者為時代的繕寫者或書記員，及習慣的登錄者，並視立法程序為一頁自然史。這意見要是不錯，則科學僅有敘述事實的責任，而無給予忠告的義務，因為制定法勢將成為真正的權力，孟德斯鳩所謂自然的關係，決定一個民族生存與發展的方法；如此，則吾人借重於立法者，必將成為徒勞，有求於他，勢必也是枉然。這些理論也有一部分不錯，這是無疑的：就是，環境影響着人，在上古時期並且支配着他；自然規定了人，予以特性，使其類似，但並不使其同一（正如喬培爾底所云。）制定法顯然須與空間時間的情狀及人民的習慣相合。關於這點，當然沒有問題，但其後到了一個時期，人開始反抗，並採取報復手段，支配它們，改造並變易它們的要素與勢力，而走上文化之路。在第一個時期，思慮或心佔着優勢，人類的解放開始，人對自然征服的第二個周期即開其端；——第一個周期乃自然對人的征服；——這兩個周期，從個人的生活中可以見到，他無異是人類生活的摘要者。在法律中，自然介入而以其全部影響力臨人，但人亦挾其思慮及自由變化的活動力置身其間。制定法，由於人力，在某個限度內得

能產生改造的作用；環境與經驗證實如此。到了成文法的淵源在質量上增加的時候，我們便愈不易見到人受制於自然的事實。當立法的範圍擴張的時候，制定法改造環境的權力也就增加，因為這時科學盛行，借科學以俱來的則有自由。我們已經說過，前述的學說在理論上並不正確，因為發展包含勢力，而要是沒有克服障礙的觀念，勢力的觀念也就不能認為圓滿。這些學說，在歷史方面也是不對的，因為法律乃於殘忍的對照與競爭之間，覓取其前進的途徑。此種理論尚有一個害處，就是足以導人於遲鈍之境，因為它們認事物能賴自力以履行一切，而不甚需要或甚至絕不需要人的協力。

一六四 法律必須是明白精確與無疑

特楞得楞堡說過，制定法應以莊重而尊嚴的語言出之，因為它是倫理的意志，亦即超越感情的意志。它的用語必須簡略而和平（因為它是有力的意志），且易為盡人所了解，猶通俗言語然。社會意志的表示，必須謹嚴而銳利。概念的謹嚴，常受定義謹嚴的限制。在科學中，定義顯示着概念的範圍。在法律中，定義的作用不只如此而已，它決定限界及法律關係，並代表一個真正的創造力。

「在民法上，一切定義是危險的，事實上它們並不是不能推翻的定義」——這一個古訓，不啻告訴我們，欲把易變的生活關係，包括於一個明白而謹嚴的概念中的困難，但精確定義的不可或缺，又誰都不能否認的，這種定義，實為法律確實性的保證，使法律上的裁決得以保持其境界。所以，法律上的定義，有時只是陳述的，也有時是創造的；也有時定義中並不包括概念的一切本質，而只含有一個要素或它的特殊標記，這種情形也不是沒有的。

一六五 法典

制定法增多後，編纂的工作漸覺需要。編纂的工作，有為私人的，有為公家的，有依年代的次序而編成的，也有依內容分類而編成的。編纂工作完成後，漸感到另一種的需要，就是包括一切司法制度與法律的系統與組織的法典的完成。法律的編纂，包括許多法律，但它們仍各別存在；法典的編訂，則包括一個單獨的制定法，它的內容涉及法律領域的大部分。有些人誤信法典乃為政治目的，非為科學理由而編訂，因為法典的需要常與認識領域內系統化的深切要求相混淆，而顯示於充分發展的科學思慮的時期。這種見解仍不足以妨阻法典的編訂，以扶助人民的教育，並使他們

團結一起。編訂法典的現代觀念，最初出現於十八世紀之際，嗣後漸次成爲文明國家的一般而有力的願望，此乃由於當時法律中極度的紊亂，發生極大的不平等現象，各人的心理不免感覺綜合的需要。格老秀斯學派抱着一個自然的一般法律觀念，認成文法應盡量與之同化，故絕對不主張法典的編訂。來布尼茲指出編訂法典的必要。在普魯士，要求過一個以理性爲基礎的歷久不易的地方法規。在奧地利，要求過一個有關理性的一般法則的平等而穩定的法律。在這些時候，一般相信羅馬法爲「成文理性」或「自然法」的實現。法蘭西法典乃立基於自然法堅固的根據地及共和國純潔的領地上。普法之役，使愛國情緒爲之復蘇，並使提普懷着一個德意志法典的願望。薩文宜反對此事，因爲他和他的學派，認編訂法典爲法律的硬化，爲不以歷史淵源爲基礎的概念佔優勢的原因，爲平凡註解的誘因。他們一致承認，在前一世紀的初葉，如果德國已編訂一個法典，則法律必不能獲得像今日般廣大的科學發展。在德國動議編訂法典的當時，薩文宜所稱可能的危機，誠有其事。但他泛指一般法典的編訂，都有着這種惡影響，這可以說是對的嗎？薩文宜卻並不完全拒絕法典的編訂，因爲他在現代立法與法學的任務出版後的有些後期作品中，曾謂在有

些場合，法典的編訂，是無可非難的。但除了這些不常有的場合以外，他是法典的仇敵，這是無可否認的；須知法典的編訂，足使理性時代的法律，收最高綜合之功，它並不是法律的結晶體，因為法典編訂後，它的各部分仍可常依經驗的結果而加以改正，或全部予以修訂，一如吾人今日所見者。今日正有一種企圖，欲把法典立基於生活與社會的歷史情狀之上。此種法典，不復僅以理性的原則為其基礎。自法律被認為人的概念後，舊日的自然法概念已不復佔着優勢。現代科學，致力於人的觀念的歷史。它包括着觀念依於事實的系統化，它編訂法典，並使它們顯示人的關係的真正狀態，阻止空想的或純粹主觀的意念的侵入。至謂法典法律，就其全體而論，其科學的註釋，為絕對平凡註釋之物，這種見解，也是不能贊同的。

一六六 法律與空間

理想的原則，換言之，就是法律所包括的實現於人的生活與意識中的事物比率或量度，需要共存與連續，空間與時間。但若空間與時間為法律發展的兩個條件，法律沒有它們，勢將成爲一個純粹的抽象的論理觀念，那末它們當然不是法律的原因了。法律常是一個超越共存與連續概念

的原則。以法律與空間視爲同一，無異以人與居留地，與人的活動資料的自然，混爲一談。以法律與時間視爲同一，亦無異以法律的本質易爲一個暫時的形態，而使不公正有時成爲合法。培柏於法律科學全書中，曾謂空間對於法律有着兩個關係。從某一個立場看來，空間是一個地域或範圍，於此，法律以成文法的形式，有着管理權。如果成文法是羣衆意識及國家意志的表現，則我們可以推論着它是地域的，其效力伸及於全部領土，與國家本身的最高權力同；但有時私人關係因外國法而存在，非「本籍法」而僅「所在地法」有其適用，例如特別是在適用國際私法的場合，此時這制定法的地域性觀念便不能有其適用。從另一個立場看來，空間可認爲人力可伸展以遂行其目的的資料，在這裏我們可以看到自然科學與法律之間的聯繫，此聯繫依相關自然物體的性質，而具備種種不同的特色或姿態。

一六七 法律與時間——追溯力

在開始討論到法律與時間的關係的時候，就發生了追溯既往的嚴重問題。法律是否僅統治未來，或者亦涉及過去？關於這一個問題，說得最爲透澈的，要算拉薩爾，於其取得法制度中的理論，

加巴於法律溯往學說的研究中曾加以澄清與推衍。拉薩爾謂新法律對於既得權利不生影響。因此既得權利乃在舊法律保護下履行義務而獲得者。於此場合，如果承認追溯力的存在，這無異冒犯了個人自由所應有的尊重原則。其實此概念在拉薩爾好久以前，早已由特楞得楞堡加以發揮，他認正式的或公認的法律爲自由的基礎，既得權利即受它的保護。制定法的正式法律，與個人的既得權利，是互相支持與扶助的。但拉薩爾續云，一個新法律，如果涉及個人的本身或其特性，就個人由其行爲獨立的立場，仍是含有追溯性的。無論這些特性直接有賴於自然法或成文的社會法，或由新法律以正確或不正確的態度考慮之，上述的原則總歸是不錯的。例如，廢除奴隸與家臣制度的法律，對於過去亦有適用，因爲它尊重這些制度所曾否認的人格。決不會有一個官能上的真正既得權利，爲成文法所給予，而與自然法顯然相矛盾者。加巴接受拉薩爾的學說，但增補而修正之，使其備一個顯著的個人主義的特徵。依照此位意大利學者的見解，獲得權利包括任何凡可作經濟估價的可容許的行爲，而行使於一個物體使成爲產業的一部分者。拉薩爾只看到行爲的可許，而忽視了其他的要件。但若謂一個獲得權利僅從一個個人的行爲與意志發生，亦不可信，因

爲它亦可直接或間接由法律發生的。在加巴的心裏，每個權利就是一個獲得權利，這是一個行爲的結果，如果這權利依行爲完成時的法律，可有一個經濟價值，則在新法律通過以前，給予價值的時機雖未到臨，此行爲在完成時仍是合法的。完成的行爲，可有三類。第一類是人的意志的結果，此意志欲藉「無主物」的取得或與他人的合意，以創設一個特定的權利。第二類行爲也是有意的，但並不包括創設權利的企圖，惟若由法律規定時，權利亦即因「法律的救濟而發生」例如在犯罪案件中，或甚至更明顯地在「因侵權行爲而發生債權的案件中」。第三類行爲，卻是無意或偶然的權利從這種行爲中，因「法律的救濟」而發生例如在土地添附的場合。我們對於加巴這些合理的修正案，如果以其依據於本問題較詳盡的研究，而接受之，則拉薩爾的學說及其修正案，可扼要述之如下：一個法律，如果它影響到一個個人有意或無意的行爲或所完成的事實，而此行爲或事實依完成當時的法律可給予或創設一個獲得權利時，它是沒有追溯力的。於此場合，法律不溯既往的理由，乃存在於因果原則中；前述的行爲與事實，應受它們開始或完成時的法律統治。在這裏，原因並不是時間，而是事實與行爲所受統治的法律的控制。如果這是一個人格的問題，是一個人及

其本質屬性的新而較高概念的問題，那末新法律，就有追溯既往的效力，因為一個個人不能以其意志或異議而妨阻法律的向上之路。人與其官能觀念的新而較合理的宣告必須能變更社會狀態，並達到圓滿實現的目的才行，在同一的社會與時間，而有着人與其基本能力的兩個概念存在，這是乖謬而矛盾的。

一六八 追溯力的錯誤法則

其他關於追溯既往的學說，其科學的與理論的價值，均較次劣於加巴告訴我們的拉薩爾學說。有些學說，認追溯力應視立法的用語而定，遇有可疑場合，則推定其有追溯力。這並不是合理的標準，而只是一個推定的方式。我們所要討論的，乃是一個立法機關所應遵守的原則，伸延新法律的活動於過去，抑僅限制其適用於未來。一個新法律，雖因其較為優良，而得適用於過去行為的結果，其適用的準則，至少亦應以有關於既得權利者為限。有許多人以為一個法律，如果涉及公共秩序或禁止行為，即應有追溯既往的效力，他們卻不曾想到，在與個人利益的對照下，欲嚴格劃出公共秩序與社會利益的境界線來，是不可能的。這一個標準是不確定的，因為既得權利的尊重，乃是

社會利益與公共秩序的問題。二說均不足恃，因為一個新的刑法，雖含有公共利益的性質，卻常無追溯既往的效力。這是很明顯的事，含有公共性質的法律概念，常合於追溯既往的較複雜的觀念，而適應社會的要求，至於私人性質的法律觀念，則常與既得權利及不溯既往的觀念相關連，以滿足個人的要求。但科學卻覓取一個較高的原則，一個至上與終極的條理，它是明確而固定的。有些學者謂禁止性的法律是追溯既往的，因為禁止的特徵必然的攜追溯力與俱，因而演繹出一個定則，此與公共秩序的概念，相去已不甚遠。薩文宜區別着兩種法律，一種是關於權利取得或個人能力認許的法律，另一種是關於權利存在或不存在及一個制度的承認的法律。屬於第一類的新法律，不能破壞既得權利，如新法律影響行為能力然；屬於第二類的新法律，則有追溯既往的效力，例如廢止私鬪的法律。有人指出，這個區分，其標準抽象而不固定，常犯着模稜兩可的毛病，例如同一個法律，從個人的立場看來，是一個取得的法律，而從客體的立場看來，則是決定權利存在的法律。一個權利的存在或不存在，一個制度的合法承認，與我們適才提及的公共秩序及社會利益，極相類似。

一六九 有追溯力的刑法——損害賠償

當權利尙未成爲不可改變的時候，法律對於簡單的希望、或期待，並不加以過問。其於制定法所賜予的僅僅的權力亦然，直至它們所根據的事實發生時。如果此事實業已發生，就有一個真正的既得權利存在，新法律便不影響及之。在刑法上，如果說到一個犯人的既得權利，這是不正確的。凡屬於犯人者，於他決不會有經濟價值的存在。一般說來，它只能容許爲犯人的「財產」而未取得「既得權利」的意義。雖然如此，最寬大的法律，不問頒布的先後，均有適用，這個格言實具有衡平法上的價值。衡平法在暫時的法律的範圍內，有着恆久的控制力，在這裏，它可以研究系爭兩造的辯解，個人就其既得權利的辯解，以及社會就其一般安寧與進步的立場的辯解。社會的主張，根本上並不是大多數人的要求，也不是因法律變更而受益的人的要求。特楞得楞堡說過，凡要求變更並因而受益的人，對於法律的犧牲者，應賠償其因此所受的損害，這樣才是公允之道。如果這是一個簡單的個人權利的問題，例如一個階級特權或利益的禁止，便無損害賠償的餘地，因爲以黃金易得光榮，是一件不光榮的事；但若這是一個財產的問題，則法律的變更，不應不費勞力不予補

償，而使原來受益的人蒙其損害。換言之，獲得之事，是不應有的。英國政府，於廢止殖民地的奴隸制度時，予蓄奴者以相當補償，並責令被解放的黑奴至某個時期內，仍充其舊主人的僕役，爲其操作，此舉兼顧雙方利益，至堪欽佩。

上海图书馆藏书



A541 212 0004 3732B

