

社會科學小學叢書

何炳松 劉秉麟 主編

社會法理學略論

滂特著
陸鼎揆譯



商務印書館發行

社會科學小學叢書

何炳松 劉秉麟 主編

社會法理學論略

Roscoe Pound
陸鼎揆 著譯

商務印書館發行

中華民國十五年十一月初版
中華民國二十二年九月國難後第一版

(三三一二)

社會科學叢書
社會法理學論略一冊

The Scope and Purpose of the

Sociological Jurisprudence

每冊定價大洋肆角

外埠酌加運費匯費

版 翻
權 印
所 必
有 究

Roscoe Pound

原著者

陸鼎揆

譯述者

何炳松

主編者

劉秉麟

發行兼印刷者

上海河南路商務印書館

發行所

上海及各埠商務印書館

(本書校對者滕秉全)

集

吳序

距今已有十年的光景了！那時敍百和我同東吳法學求學。有天晚上我跑到敍百的宿舍裏去談天，他正在那裏讀書。我問他讀的什麼書，他就將那本書給我看，我把那書名一念，知是柯拉 (Kohler) 的法律哲學 (Philosophy of Law)。我當時覺得很希奇。『法律哲學！』天下果有這種的奇書嗎？敍百看見我那般少見多怪的模样，便笑道：『你真是個鄉下人！你一天到晚讀你的現行法 (positive law)，你可知道現行法是法律的骸骨，法律哲學才是法律的精神嗎？你研究法律，連法律哲學都不去涉獵涉獵，豈非枉做了一個法律學生？』

可見敍百向來對於法律哲學的興趣非常的濃。他研究法學的態度，實在可佩！這次他把美國哈佛法科教務長滂特氏所著 *Scope and Purpose of Sociological Jurispru-*

dence 譯成漢文，硬要我撰一篇序文。他說：『你從滂特來，應知滂特志。請你將滂特老夫子的法律哲學提綱挈領地陳述一下罷！』我對他說：『關於滂特夫子的法律哲學的大概，我曾撰論文一篇，"The Juristic Philosophy of Roscoe Pound" 登載於義利納愛法律雜誌 (Illinois Law Review)。』滂氏念了那篇批評，頗引我爲知己。所以把滂氏學說陳述一下，倒是容易的事情；可是我的脾氣是對於一個題目不高興做二篇文章。所以我的序文祇限於二個方面：一方面把社會學派的法學在法律哲學史上的地位討論之。一方面把滂氏的一切巨著開列一下，以供學者參考。』

一 社會學派的法學在近世法律哲學史上的地位

本書可分爲兩大致：前半部係滂氏述人家的學說，後半部係述自己的主張。可是專靠這本書我們不能完全了解社會學派的法學的地位，因爲滂氏是個有主見的法學家，所以他陳述人家的學說，往往不能和盤托出——前人的學說有和滂氏的主張相同的，滂氏就大加以發揮；如和他的主張不相干的，他簡直置之不論。他的方法大約和孔子刪詩書相髣

髯的。由此而觀，前半部書不可當作一部法律哲學史讀，——他是社會學派的法理的前驅罷了。讀者念完了這本書，恐怕容易得著一個錯誤的印象——以爲別的學派已變爲明日黃花了，惟有社會學派法學可算是金聲玉振。事實上不是這樣的。我以爲從十八世紀末葉到如今，法律哲學的大宗派凡六個。

(一)歷史派的法學——Savigny, Maine

(二)哲學派的法學——Kant, Hegel, Krause, Ahrens, Miller

(三)分析派的法學——Austin, Ihering, Holland

以上三派是屬於十九世紀的。現代的法學也可分爲三大派：

(一)新歷史派的法學，即社會學派的法學——Erlich, Holmes, Saleilles, Pound, Cardozo.

(二)新哲學派的法學——這派又可分三個支派：一曰新黑智爾派，Kohler爲其代表；二曰新康德派，Stammler和 Del Vecchio爲之代表；三曰新經院哲學派，Geny爲之

代表。

(三)新分析派——這派尚在醞釀之中；一時還沒有强有力的代表。簡言之，此派根據於新唯實論的邏輯；主張用科學方法來研究法律的現象。使法學變成一個真正的科學。舊分析派從事於形式上的分析；新分析派從事於實體上的分析。此派雖然還沒有具體的方針和組織，然而與此派精神相近的，已不乏其人；在德國有 Wurzel 在美國有 W. W. Cook。我自己是絕對主張這派的。對於這派的目的和方法，當另行發揮。

從以上所述，可見社會學派的法學是現代三大宗派之一。我不能認他爲集法學之大成。不過我對這派有相當的敬意就是了。

二 滂特氏巨著一覽表

滂氏著作宏富，勝枚舉。其散見於歐美法律雜誌和叢書的，有下列諸篇：

“Maxims of Equity”—Harvard Law Review. June, 1921.

“Common Law and Legislation”—Harvard Law Review, April, 1908.

- "Interests of Personality"—Harvard Law Review, March, 1915.
- "Juristic Science and Law"—Harvard Law Review, June, 1918.
- "Theories of Law"—22 Yale Law Journal, 114.
- "The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines, 27 Harvard Law Review, 195.
- "The End of Law as Developed in Juristic Thought,"—27 Harvard Law Review, 605; 30 Harvard Law Review, 201.
- "Justice According to Law"—13 Columbia Law Review, 696; 14 Columbia Law Review, 1, 103.
- "Mechanical Jurisprudence"—8 Columbia Law Review, 605.
- "Equitable Relief Against Defamation,"—29 Harvard Law Review, 640.
- "The Theory of Judicial Decision"—36 Harvard Law Review, Nos. 6, 7, 8.

“Liberty of Contract”—Yale Law Journal, May, 1909.

“Revival of Personal Government”—Annual Report of the Georgia Bar Association (1920).

“Philosophy of Law in America”—Archiv für Wirtschaften und Rechtssophie (1913-1914) Band VII, Nos. 2-3.

“Courts and Legislation”—Science of Legal Method, p. 202.

“Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”—Harvard Law Review, June, 1911, December, 1911, April, 1912.

“Legacies on Impossible or Illegal Conditions Precedent”—Illinois Law Review, May, 1908.

“Theory of Interests”—Papers and Proceedings of the American Sociological Society, Vol. XV (May, 1921).

"Judge Holmes's Contributions to the Science of Law"—Harvard Law Review, March, 1921.

"Jurisprudence"—In "History and Prospects of the Social Sciences," pp. 444-479.

滂特真是一位才士！近年以來，差不多沒有一年不出部驚天動地的書。今將滂氏重要的書開列於後：

1. Readings in the History and System of Common Law, 1913.
2. Reading in Roman Law and the Civil Law and Modern Codes as Developments Thereof, 1914.
3. Outlines of Jurisprudence, 1920.
4. The Spirit of Common Law, 1921.
5. Introduction to Philosophy of Law, 1924.

6. Interpretations of Legal History, 1923.

7. Law and Morals, 1924.

滂特氏著作雖多，而他的立足點始終沒有大更動，所以念了本書，就可略知滂氏的趨向了。

吳經熊一九二六年五月一日

自序

夫人不能捨羣而存，是以有社會。不有度量分界以區處條理於其間，以解紛而避爭，則社會無以成，是以設制度以治之，作法律以齊之。社會之始成，其人事也簡，交易稀，而其俗猶樸，是以治之之具亦簡。逮乎人事日繁，交易日衆，詐僞亦隨之以日起，由是而昔之簡者，不足爲今之治焉。若改之，則人事日以變易，合乎今日之用者，或不旋踵而又無以適應乎明日，則是改不可勝改也。而且法者，所以示之國中，使人人知所以立身處世之道，而爲日用之所不可缺也。是以法貴乎定，定則民日與之習，皆知有所自守，而其爭日少。若數數改之，則民既不得日日取法而習之，則是不啻爲之陷阱而誘之，使蹈其隄，蚩蚩者固將無以措其手足也。爭日多，罰日不暇給，則民且將輕法而日事於爭，而法乃失其效矣。是故法者，多所變，則民且不足與之習，而人輕法，人事日乖，而無以收法之效，一成而不變，則社會日進，而法猶泥古，將不足

以應人生日用之求。由是而法與社會日趨而離遙，而立法之本旨盡失矣。是故法者，不變則失其用，多變又易損其信，變與不變，各有其弊，夫惟能變而又不損其信，不變而又善適其用者，而後法之能事盡矣。歐洲自羅馬法大行，而法基遂立，及拿破崙法典既成，而法律乃入成熟時期。若英美習慣法系，自維廉定國纂統，以迄於今，垂有七八百年之歷史，其成熟之度，亦固無慚歐陸。顧十九世紀以後，工業大盛，社會生活，迥異於昔，人事之繁，十百倍蓰，是以執往昔之陳典而之以御今，皆有扞格不入之患，而二三執法，固多浸淫於舊章，熟聞於往說，則又往往株守曩例，盲乎今變，於是刻舟求劍，膠柱鼓瑟之病，顯然見矣。若英美法治精神，冠絕寰宇，尊法之習，根深蒂固，斯其執法之司，對茲三尺，尤不敢輕有出入，稍隨羣俗，故其扞格之弊尤顯。是以當世學者，皆精研覃慮，思匡其患，斯則社會法理學之所由作也。斯說要旨，以爲法之本意，既在求平，苟使因墨守章句而遂轉失公平，則是本末倒置，胡貴有法，是以守法之吏，貴在因法以求平，而不當捨平以言法；而行之之道，則在詳審世變，默體注意，以古就今，而不以今就古，以法就人，而不以人就法，則法之形雖不常變，而其用無窮，以之應人事之變，固將

無往而不自適者也。蓋歐之法制，成熟既久，末流之弊，勢所不免，若社會學派之說，誠今世匡時之良藥也。至於吾國，則三代遺風，素重禮治，庶人以上，恥言律令，法治思想，吾所未有。逮乎晚近，海禁既開，漸感舊章之陋，始有新令之頒。際此法治萌芽之始，但當勉追申韓商李之術，先樹棄灰收木之信，公孫僑之治鄭，猛以濟寬，諸葛亮之相蜀，嚴以明分，則庶乎人知懷刑，而昔時弁髦法令之頽俗，可以漸革，人民之法律之影象既深，相率自納於軌物，則民主政治，乃有實現之可能矣乎！若今之基礎未立，而即欲效步西鄰，遽言弛法以就人事，是奚異於抱薪而救火也已。世之明達，當弗河漢斯言。

中華民國十五年三月陸鼎揆識

譯例

一 本書著者滂特博士 (Roscoe Pound) 爲美國哈佛大學法科掌教實爲現代法學界泰斗。美之人民，偏重於實際而忽視理想，故其治學，不免有支支節節之病，而於法律學則尤甚。滂氏深鑒其弊，是以竭力着重於理想方面。美國法學至晚近，乃亦漸漸注意於法學的哲理方法，蓋實滂氏有以啓之也。滂氏窮賅典籍，博極羣書，是書雖寥寥數萬言，而內之關於其本國之習慣法系，外之歐洲大陸數百年以來之法學趨向，靡不歷歷在目，如數家珍，亦以見氏之無所不窺者矣。譯者以是書爲討論近代法學思想惟一傑作，是以亟譯之，以餉國人，俾留心斯學者，讀滂氏之書，而知有所趨向焉。

一 是書原名爲 The Scope and Purpose of the Sociological Jurisprudence (社會法理學之範圍與緣由)，分載於哈佛大學法律評論 (Harvard Law Review, 1911, 25, 1-11)。

Vol. XXIV, No. 8-10) 中，茲爲簡括起見，譯名爲「社會法理學論略」。

1 Sociological Jurisprudence 一名辭，若依其本義而直譯，應譯爲社會學的法理學，顧其名似殊欠雅馴，今譯爲社會法理學，雖或有含糊之病，而因日人已早有此稱，其於吾國，亦多有稱道之者，是以卽沿其稱，以符從衆之義。

一 是書引證今古著作，幾逾百種，蓋滂氏每有論述，輒必示其言之有所自出，以爲依據，腳註之多，譯不勝譯，苟欲盡取其註而譯之，則其註將多於正文逾倍，是以今皆略而未譯。惟就其引證原文者，則於其證文之下，註明原書何名某頁，以便參考。所以然者，則因國內關於是類典籍，殊付缺如，愚雖譯之，讀者固亦無處可覓其書，以爲參證，不免枉耗精力，多費篇幅，而無補於實際。至於好學深思之士，必欲按圖索驥，則原書具在，不難一覽而得也。

一 是書原文頗爲晦澁，雖英美學者讀之，亦覺其過爲沉悶，蓋以滂氏學問淵博，取精用宏，一字一句，皆有命意，不容稍涉於浮泛，說理既務於精微，是以體裁難求其暢達。譯者學

問讀陋，愧未能達其萬一，讀者苟欲明其全書命意所在，當求之於文字背後，掩卷細玩，則或庶幾得之。

一 東西文體迥乎各異，而譯事之難，尤在於二者意思表現之方法之不同而已。例如在英文原文中，其文句之裝置，極爲明顯，而苟依其裝置置之吾國文字，則必覺其顛倒錯亂，不復可解，此則爲溝通東西學術之莫大障礙也。譯之爲用，在於以本國之文，說他國之學，使不解者，以是而得解而已。若使讀其譯者恍惚迷離，莫知所說，讀之結果，仍爲不解，則亦奚用其譯。譯者鑒於此端，是以下筆之時，力求淺顯明白，先務於達，再求其真，苟逢原文晦澁之處，亦必勉求明顯，雖有因辭害意之病，亦有所不顧，庶幾不背逆譯之本旨焉。

一 是書脫稿以後，承友人張君勸吳德生二君詳爲校閱，多所指正，極爲感謝。