

龐特著
雷賓南譯

社會科學史綱

第九冊

法

學

商務印書館發行

R. Pound 著
雷賓南譯

社會科學史綱
第九冊
法第

商務印書館發行

中華民國二十九年七月初版

(33826.11)

社會科學史綱法 第九冊

每冊實價國幣伍角

外埠酌加運費匯費

原著者 R. Pound

譯述者 雷賓南

發行人 王雲五
長南正路

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館
各埠



(本書校對者徐壽齡)

第九冊目錄

一〇 法學	五八一
-------------	-----

(一) 法學歷史	五八一
----------------	-----

(1) 希臘哲學	五八一
----------------	-----

(2) 羅馬法	五八二
---------------	-----

(3) 現代法律科學的開端	五八三
---------------------	-----

(4) 現代法律科學	五八四
------------------	-----

(二) 現代法律科學之特性	六一六
---------------------	-----

(1) 功能之態度	六一六
-----------------	-----

(2) 法律與道德相互關係之理論	六一七
------------------------	-----

(3) 預防直道之運動	六二〇
-------------------	-----

(4) 執法趨於個別化之運動	六二一
----------------------	-----

(5) 法學與其他社會科學協作運動	六二二
-------------------------	-----

(三) 法學在今日所有主要問題	六二五
-----------------------	-----

(1) 利益之估計	六二五
-----------------	-----

(2) 法律與行政之關係·····	六二九
(3) 法律行為生效之限度·····	六三二
(4) 搜查社會事實之方法·····	六三三
(5) 法典編纂·····	六三四

一〇 法學

Rascoe Pound 著 雷賓南 譯

一 法學歷史

(1) 希臘哲學

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

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

（2）羅馬法

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

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

(3) 現代法律科學的開端

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

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

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

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

（4）現代法律科學

第一款 自然法派

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

第二款 十九世紀各宗派（註五）

第一項 歷史學派

依時代先後以挨次論述，歷史學派法學在十九世紀各宗派中爲最先成立。本派法學之創立者及主要代表爲薩維格尼（F.C. von Savigny, 1779-1861）。倘若再進而尋求其淵源，我人當不能不歸功於康德哲學；康德既盡力排斥十八世紀哲學所用方法，造成法律直道之新概念，此項概念至十九世紀一百年間，爲衆所接納。倘若

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

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

第二項 玄學派法學

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

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

第三項 分析派法學

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

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

第三款 二十世紀各學派的先導

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

一、此項方法常使歷史派法家於一種過舉，即是從歷史上因研究傳統法律而發現之主要概念，歷史派法家往往即認爲一切法律之基本概念，因此之故，改良之法律，若不合於其想像之向來所有進程者，皆在反對之列。（註一）更具體言，該項方法常使彼等誤認法律史上之偶然事實爲必然法理，或誤認一定範疇爲具有普遍性之法律。（註二）同樣玄學派之方法，在使用之時不免過於玄虛與執滯，其結果遂使法律哲學在十九世紀後半期中一蹶不振。況且在使用玄學方法時，彼等並非用之以批評傳統思想，而在爲傳統思想尋求根據。其結果此類思想，倘若從倫理基礎以根究，必無立足餘地者，今因玄學上之思辯，轉可而取得堅固之防禦工事。（註三）

因此之故，法學界在前世紀末葉，遂漸覺歷史、哲學及分析三個方法之中，無一方法可以完全自足。是故在大陸歐洲方面，歷史方法與玄學方法常互爲表裏。分析方法亦逐漸發展，與英國分析派法學相類之「法律的概括理論」，得與法律哲學或歷史派法學鼎足而立。在英國方面，歷史學派法家與分析派法家即極力互相讓步，而至於互相了解。同時，新起之運動使兩派法學者成爲二十世紀之特徵。其中之一種運動，以哲學爲依歸，由之，不但法律哲學得以復生，而且社會哲學的法學之新宗派，亦得以崛起。此外又有一主要運動，更以社會學爲依據，法律制度之功能理論得以進展。申言之，一切法律制度俱依各種社會科學（social sciences）之見解，而研究其作用。不甯惟是，此項運動更使我人於考究法律秩序之時，不復完全注意於法院所以維持此種秩序之法律事件；尤在於以法律秩序視爲社會制度之一種，社會學之影響，方如日之升，於是乃有社會學派法學焉。（註四）

第四款 社會哲學派

第一項 功利學派法學

十八世紀中之法律科學，常圖自抽象之個人天性中，繙釋一切法律原理。十九世紀中之法律科學，則以一切歸之於抽象之個人意志。至於今日法律的個人主義漸次衰替，社會哲學漸次代興。即遠在前世紀末葉，社會哲學派法學已成立於歐洲，其後乃徐衍爲三派。倘依成立次序敘之，第一爲功利學派。在哲學一方面，此派法學本出於英國功利主義，但別傾於新方向而發展。在法家淵源方面，此派法學實與分析派法學相聯屬。其實此爲一種運動，爲十九世紀中歷史的及玄學的法學之反動。故以方法言之，此派法學所用者實爲分析方法與社會哲學方法。爲求原理與構成概括觀念起見，彼等對於在當時當地現行之法律，下一番分析工夫，復進而就法律之目的，試驗原理與概念之實際效用。易希令 (Rudolf von Jhering, 1818-1892) (註一五) 實爲此派之主要領袖，對於法律科學在各方面所有進展均有特殊貢獻。在今代法律思想中，共有三個重要特徵，實皆由其學說所造成，其一爲對於概念的法學之排除，不復以概念的分析爲繙釋法理而成爲判決訟案根據之方法，不復作爲應用法律戒令之方法。其二爲切實主張一個法律系統所保證之各種利益，至於外表的法律權利之主張皆比較不甚注意。其三爲司法行政之理論。此項理論一向俱受歷史學派及分析宗法派所忽視，甚至被故意屏棄不屑道。在今代此項特徵之重要性正日增不已，而第二點尤爲重要。易希令離開法律性質之研究，而側重法律目的之研究，實能於法學上別開一新生面，而開闢一新田地。此項創作結果，能轉移法學者之視聽，離開保障法律之概念機構，而改向法律保障之利益。利益爲何？即人類各種主張，要求或需要，亦即法律之目的物，法律秩序即在求其滿足與保障。權利一事，

就分析派法學之解釋，不過實現保證利益一目的之手段而已。(註一六)

第二項 新康德學派法學

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

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

行，我人仍須於實在例案中求問其是否產生直道效果。（註一八）

第三項 新黑智兒學派法學

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