

新 月

第 二 號

第 四 卷

上 海 新 月 書 店 發 行

新月月刊投稿簡則

- (一) 投寄稿件，或自撰，或翻譯，文體以白話爲宜。
- (二) 投寄稿件，請繕寫清楚，並加新式標點符號。
- (三) 投寄稿件，如係翻譯，請將原本一併附寄。
- (四) 稿末請註明姓名，住址，及簡單履歷，以便通訊，或介紹於讀者。掲載時如何署名，聽投稿者自定。
- (五) 投寄稿件掲載與否，本刊恕不能一一函復，原稿亦概不檢還。惟重要稿件如未掲載，得因預先聲明，並附足郵資。寄還原稿。
- (六) 投寄稿件掲載後酌致薄酬如左：
 - (1) 現金每千字從二元至五元。
 - (2) 特別付稿更當從優致酬。
- (七) 投稿掲載後酬報之額數，由本刊酌定致送。
- (八) 投寄稿件掲載後，經覺察已先在他處發表者，恕不致酬。
- (九) 寄來稿件本刊有酌量增刪全權。但投稿人不願者，可於投稿時預先聲明。
- (十) 稿件請逕寄上海四馬路新月書店轉新月編輯部。

新月月刊第四卷第二期

二十一年九月一日出版

編輯者

葉公超

印刷所

時代鉛印部

發行所

新月書店

北平米市大勢

北平米市大勢

全
年
十二冊
三
元

半年六册 一元六角

零售每冊三角

國外加郵費 每冊 二角五分

(長寄訂閱者特號不另加價)

等第地位全面兩分之四一分

特等	之外	七十五元
----	----	------

優等	六十元	三十五元
及良面		
之內面		

上等	五十五元	二十五元
正文中厚	五十五元	二十五元
正文中薄	五十五元	二十五元
正文中	五十五元	二十五元
正中	五十五元	二十五元
正	五十五元	二十五元
上	五十五元	二十五元

廣告概用白紙墨字 如用色紙或彩印價目另議

繪圖刻圖工價另議 連登多期價目從廉

新月月刊第四卷第二期

新 出 版

岳飛及其他

實價六角

本書係就本國歷史上最富有愛國思想的四位人物——岳飛，荊軻，項羽，蘇武的故事演繹而成。以顧一樵先生寫戲劇的嫺熟的老手筆，寫此四位偉大人物的愛國事蹟，處處都能歌舞讀者油然發捨身輪國的高尚精神。際茲外侮憑陵的時候，讀了這本書，定可教我們獲得許多有益的教訓。

新月月刊第四卷第二期

目錄

現代法學的趨勢

梅汝璈

離婚問題

I 離婚是一件必要之事

Rebecca West 著
劉英士 譯

II 離婚是不近人情的

H. G. Wells 著
潘光旦 譯

III 結婚與耐性

Warwick Deeping 著
潘光旦 譯

一生

葉蒼苓

白舅舅

何家槐

詩

秋夜蕩歌

方 瑋 德

譬如

程 鼎 鑫

覺悟

曹 葆 華

螺州道中

沈 祖 牟

訴

梁 鎮 譯

上海

李 青 崖

罕普公爵夫人

Thomas Hardy 作
劉 大 杰 譯

西施

顧 一 樵

書報春秋

介紹關於東北問題的好書

造 時

現代法學的趨勢

梅汝璈

現代法學的趨勢，可以從三方面觀察：（一）關於法學本身的研究方面；（二）關於法律應用方面；（三）關於法律觀念方面；讓我們把牠們分開來看看：

【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趨向於合作的態度。茲分述之於後：

「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，這只怕要算是現代法學上最顯著的進步了。以前的人以為法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」認法律為主權者之命令，而法學家的能事却祇在分析這些命令。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為他能夠實施的保證。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，因為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，無論是「社會功利派」也好，「新康德派」也好，「社會學派」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學家一樣，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法律制度都要先看看牠的樣能作用是什麼。牠在實際上能不能產生我們所希望於牠們的樣能作用？如果不能，為何不能？

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——個特徵。

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遠遠的。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 Framework of all the Social Sciences)。這種運動，在今日之「社會學派」裏提倡尤力，因為他們原本承認法律學為社會學之一部份。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學研究中的兩

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：一是由攬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。然而自從「社會功利派」的創始人耶梭（Jhering）氏和「新康德派」的創始人斯丹穆納（Stammler）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：一種是攬統的趨向，一種是個別的趨向。在攬統的趨向之下，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」，而權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，法律原則的權統應用還不致的發生很大的困難或很大的不公平。然而在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，如果我們只靠法律原則之權統的應用，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權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爲公平之判斷。他認爲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，我們在別處已經提到，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的極端主張，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。所以非但案件發生以後，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，不遺餘力。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，以取決他們相互間的權利義務。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單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，假釋制度，等等，都是以預防主義為其極終目的。我們看看蘇俄的刑法典和最近日本的新刑法，便可知道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！

以上是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為出發點；現在的法學却漸漸以社會為出發點了。以前的法學認法律處分為萬

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：

Ⅴ 社會觀點的趨勢 由法學的歷史看來，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的意識爲其學說中心。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他們大不相同了。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，現在二十世紀耶後(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(Stammeler)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。

因爲法學上有這種的趨向，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

允許你享受某種權利，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，簡直是認為神聖不可侵犯似的。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，我們隨便翻閱各關新近的民法典（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為中心，現在却漸漸的拿社會利益為中心了。

五處分有限的趨勢 從前有人譏笑過英國的國會，說牠除了不能把男人變為女人，女人變為男人以外，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。他們以為法律是萬能的，什麼事情都可以用法律去處置。我這種說話也許是太象分。當然，他們所簡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。他們認為無論何事都可以用法律去處置，只要牠是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，因蘇俄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。如果某種法律處分他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，因為牠們認為那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是可笑，因為他們不明白在現在資本主義經濟組織之下，勞工者之契約能力根本就不自由的。

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