

法學叢書之一

法律哲學要論

日本高柳賢三原著

張與公譯

中華民國二十六年一月三版

法律哲學要論

全書一冊

實價國幣六角

外埠寄費加半

有著作權

原著人

日本高柳賢三

譯述人

上海法學編譯社
張與公

發行人

上海河南路三二五號
徐寶魯

印刷所

上海河南路三二五號
會文堂新記書局

總發行所

上海河南路
三馬路
北首

會文堂新記書局

分發行所

北平漢口
漢口沙口
長沙
廣州
永南
永漢
北陽
路通
街路
廠

會文堂新記書局

譯序

近日擺在我們面前的，不是法學界的出版潮麼？這個潮澎湃而來，有人歡迎牠，也許有人詛咒牠，但我以為都可不必，何以呢？因為牠應時而來，牠自有其政治的，經濟的背景，既不是任何人歡迎得來，自也不是任何人詛咒得去。我現在所欲提供於大家的，乃是：約略三十年前，講什麼「維新」的時候，法學界上也得虧一些留學生介紹了一批關於法學的書籍，使一般號稱『新進』的人都得到了一點淺近的法律知識，這一個勞績，終要歸之於他們留學生的。

然而在法學界上，也終於是得到了一點淺近的法律知識而止。雖然最

近也有不少私立大學了，然關於法律書，似乎還不見有什麼名著問世，由此推論下去，或許許多大學關於法律的講義，依然是沒有什麼很新的法律見解，即此一端，也早已不是法治國家所應有的現象。

這回法學界的出版潮，從量和質兩方面說來。當然是超過三十年前的水準的，可是我們應該不放鬆這個機會，對於法律須如本書第一章所說的：

(一)應闡明法律的論理的普遍的特質；

(二)應闡明法律的歷史發展的基礎，並其一般的特性；

(三)應內省法律的合理基礎，由此估定成法的秩序。

這樣研究法律的一個方法，便是法律哲學。故當本書殺青的時候，敢

作一個負責的介紹，此書可以作教本，可以資研究，儼由此而更充實法治國的內容，便算是我的意外之幸了。

中華民國二十年五月一日於滬寓

譯者

譯
序

三

法律哲學概論

法律哲學要論目錄

第一章 法律哲學的對象和任務·····	一
法律哲學在哲學上的地位·····	一
法律哲學在法律學上的地位·····	二
法律哲學之論理的方面·····	三
法律哲學之現象論的方面·····	三
法律哲學之合理的方面·····	四
法律哲學的對象及任務的摘要·····	五
法律哲學之革新的機能·····	五
第二章 法律的概念及其普遍的特質·····	六
第一節 規範·····	六

法律哲學要論

二

規範以全體的行動爲對象·····	六
行動的概念·····	七
所謂內部的行動和外部的行動之區別·····	七
行動內部的要因和法律·····	八
法律不顧慮行動的內部要因說之批判·····	九
規範屬於價值世界·····	一二
自然法則與規範的差異·····	一三
不法在法律之先說·····	一四
把力看作法律一樣說·····	一四
原始法中沒有力和法律的區別說·····	一六
法律規範表現超自然的真理·····	一六
第二節 法律規範與道德規範·····	一七

法律規範與道德規範之認識的地位	一七
當作統一原理的倫理的規範	一七
倫理的規範上的兩種品評形態	一七
道德的品評	一七
法律的品評	一八
不能有第三種品評形態	一八
兩規範的根本關聯	一九
道德規範只存於法律規範內	一九
司迪克	二〇
合於法律規範的行動不一定是道德的	二〇
兩規範之不可分的統一	二一
理論史的考察	二一

法律哲學要論

四

法理學的喜望峯·····	一一
原始時代·····	一一
希臘時代·····	一一
羅馬時代·····	一二
中世紀·····	二三
近世·····	二四
杜瑪覺士·····	二四
康德·····	二五
費西特·····	二五
近時的傾向·····	二五
理論史批判·····	二五
兩規範的差異·····	二六

(一)出發點的差異·····	二六
(二)強制可能性·····	二七
沒有完全不完全的區別·····	二七
(三)確定性·····	二八
第三節 法律規範的特質·····	二九
法律規範的一般性·····	二九
具體的實在之多樣性與法律規範的一般性·····	三〇
以一般性爲必要的一個理由·····	三〇
「法之極者害之極」·····	三一
「衡平」的理論與「自由法」的理論·····	三一
命令性·····	三二
命令性是法律規範的普遍的特質·····	三二

事實的陳述之歷史的事例·····	三三
在現代法典上的法律表現形式與命令性·····	三三
命令法律和禁止法規·····	三三
第一次的法規和第二次的法規·····	三四
容許的法規·····	三四
強行法規和任意法規·····	三五
任意法規的存在得爲法律命令性的反證麼·····	三六
強制可能性·····	三八
強制可能性是法律之普遍的特質·····	三八
反對論的反省·····	三八
(一)遵守法律的不是由於強制力乃由自發的動機說·····	三八
(二)強制在事實上困難說·····	四〇

(三)國家本身能否服從強制說……………四三

第三章 法律的發現……………四六

第一節 成法的性質……………四六

法律與成法……………四六

成法的概念……………四七

習慣法……………四八

習慣法的外部的要因與內部的要因……………四八

原始社會的習慣之成立與其威信……………四八

持異議的與優越的社會意志……………四九

德國歷史法學派的一般理論……………四九

對歷史法學派的批判……………五二

歷史法學派對於習慣法理論的貢獻……………五四

成文法·····	五五
成文法的概念·····	五五
「法律不知者不許」的原則·····	五五
門格爾對於上述原則的批評·····	五六
成文法是向着人民一般抑或向着國家機關·····	五七
習慣法與成文法的關係·····	五九
兩者沒有本質的差異·····	五九
因時代而不同·····	六〇
因法律的部門而不同·····	六一
現代成文法被重視的理由·····	六三
第二節 成法的起源·····	六五
成法起源的問題是純經驗的問題·····	六五

純史學的研究和比較法的研究·····	六五
遊牧社會母系社會父系社會·····	六六
巴霍芬·····	六六
梅恩·····	六七
血族團體的習慣的威力·····	六八
集團的復仇之二種形態·····	六八
贖罪·····	六九
超血族團體的權力(國家)之成立·····	七〇
國家內的仲裁制度之逐漸發展·····	七二
現代國際法的推移·····	七三
法律與宗教的分化·····	七三
法律與道德的分化·····	七四

第三節 成法進化的指導原理·····	七四
成法的流轉性·····	七五
恆常的要因·····	七五
生活環境的變化和成法·····	七五
精神的進化與成法·····	七六
人類退化說·····	七六
循環說·····	七七
進化說·····	七七
杜葛·····	七七
孔特塞·····	七七
康德·····	七七
梅恩的停止社會和進步社會的理論·····	七八

成法進化的指導原理·····	七九
(一)從無意識的到意識的·····	七九
(二)從特種的到一般的·····	八〇
(三)向法律性質及社會機能之更完全的適應·····	八一
(1)個人的要因和社會的要因之調節之進化·····	八一
(2)特種的要因和一般的要因之調節之進化·····	八二
(3)從特權的到機能的進化·····	八三
(4)到成法形成之關連的擴大·····	八三
(5)向社會理想實現的傾向·····	八四
第四章 法律之合理的基礎·····	八四
第一節 緒論·····	八五
法律哲學最古的問題·····	八五