

譯序

本書原是商務印書館託朱敏章先生逕譯的。朱先生譯成了緒論及第一編第一節至第五四節，因事未能續譯。該館把續譯的工作，交給我擔任。這是去年十一月初的事，因為白天我還要處理別的事，晚間也不一定都能從事譯作，而且這書是加入萬有文庫第二集出版的，至遲須在今年二月中交稿，恐怕我一個人不能完成這件工作，故把第五節至第一三五節託吳澤炎先生逕譯，把第一三六節至第三二〇節託吳鵬飛先生逕譯，第三二一節至第五一七節，則由我逕譯。時間匆促，不容許我們把譯文互相校閱，以求文筆一致。譯文錯誤之處，尚祈讀者鑒諒指正。

本書原著者密拉格利亞 (Luigi Miraglia) 一八四六年在喀拉布里亞 (Calabria) 的累佐 (Rezzo) 地方出生。一八六六年在那不勒斯大學 (University of Naples) 取得學位。於是開始教學生涯，最初幾年擔任次要的職位，旋即受命為該大學法律哲學教授。同時在波爾提奧

(Portici)的農科學校(Agricultural Scientific School)擔任政治經濟教授。在其後所就的別的職務中較為重要的是政治倫理學院(Academy of Political & Moral Science)的秘書，及那不勒斯改進協會(Society for the Advancement of Naples)的會長。最後由國王指派為上議院議員，這是意大利對於在法學上或文學上有卓越成就者所授與的顯職。一九〇三年九月逝世。生平著述甚夥，其中最有價值者如下：各系法律哲學的基本原理及黑智爾倫理法律的學說(The Fundamental Principles of the Various Systems of Legal Philosophy and Herzl's Ethico-Juridical Doctrines)一九七三年出版；近代法律哲學與工業法的關係(The Modern Philosophy of Law in its Relation to Industrial Law)一八七四年出版；古代家庭與自然法 The Primitive Family and Natural Law)一八七七年出版；戰時捕獲權的歷史及學說(History and Theory of the Right of Priso-Capture in War)一八七一年出版；教育科學的研究(Studies in the Science of Education)一八七一年出版。上述第一種著作，一八九三年再版，一九〇三年增訂三板，改名法律哲學，這就是來爾(John Lisle)據以譯

成英文的。

依照原著者的序文，這書是供作法律學院法律哲學一課的教本的。法律學院中的法律哲學，與文學院或哲學院中的法律哲學，課目雖同，性質及範圍卻不能一致。但法律哲學畢竟是哲學的一部門，故不能與法學通論等量齊觀。作為法律學院教本的法律哲學，必須參照條理而將法律制度的體系，作概要的說明，並須將哲學與法學，社會學，及政治學的種種密切關係，一一顧到。這書第二編的目的，只是以哲學思想闡論各項法律關係。

原書用意意大利文寫成，來爾譯成英文加入美國近代法律哲學叢書 (The Modern Legal Philosophy Series) 出版。本書是根據這英譯本譯成的。

替英譯本作序的科康累克 (Albert K. Conrath) 說：著者有他自己的觀點，但並不強求讀者容納，把別人的觀點抹煞。他着重意大利的學者，但對於德英法諸國的材料，也以寬大的同情的理解，及細著的公正的態度，加以討論。他的哲學的見地，可用一句話來表明，即他是近代化了的韋科 (Vico) 歷史與形而上學調和，歸納法與演繹法合用。他的形而上學，既不是黑智爾的或新黑智

爾派的 (Hegal or Neo-Hegalian School) 也不是休姆的或康德的。(Hume or Kant) 他傾向於科學的形而上學，但重點仍在歷史的成分上面。像他那樣的形而上學，一面既不過分奧妙，一面卻又能鼓勵我們求知的欲望，不致使人嚇得不敢與法律哲學接近。

二十六年二月上海徐百齊

目錄

緒論	一
一 希臘人之揣測與羅馬人之論斷	一
二 中世紀之哲學	六
三 文藝復興時期	一〇
四 培根笛卡兒及格老秀斯	一七
五 霍布士斯賓挪沙及來布尼茲	二二
六 浦芬多夫托馬西烏斯及佛爾夫盧梭	二九
七 韋科	三七
八 康德	四一
目錄	一

九	哲諾米西菲希德斯配達里利及羅馬諾西	四四
十	反動時期諸作者歷史派及哲學派謝林及什來厄馬赫	五二
十一	黑智爾	五七
十二	洛斯基米尼赫爾巴特特楞特楞堡及克勞西——謝林哲學之各形態——斯塔爾及叔本華	六二
十三	唯物主義實證主義及批評主義	七二
	第一編	七九
	第一章 法律哲學之觀念	七九
	第二章 法律之觀念及邏輯的方法	九五
	第三章 法律之歸納的觀念	一〇九
	第四章 法律演繹觀念之理論的前提	一二三

第五章	前章理論前提的系論	一四五
第六章	法律演繹觀念的實際基礎——發展與分裂	一六九
第七章	主要法律定義之批判的分析	二〇五
第八章	法律道德與社會科學	二四三
第九章	法律與社會經濟及政治	二六七
第十章	理性法與成文法——淵源及適用	二九九

第二編 二二七

第一章	個人及其權利	三二七
第二章	固有權利的歷史概念	三五七
第三章	無形人	三七九
第四章	財產及其取得的方法	四〇三

第五章	財產及其取得方法的歷史	四二五
第六章	土地的財產權	四六一
第七章	森林與礦的財產權	四九一
第八章	工業財產權	五一三
第九章	商業產權——著作權發明權	五五一
第十章	各種物權	五六三
第十一章	佔有	五八一
第十二章	債權債務	五九五
第十三章	契約及其方式	六一一
第十四章	契約自由與勞動契約	六三五
第十五章	重利盤剝	六四七
第十六章	合夥匯票運輸及各種射倖契約	六六七

第十七章	古代的家庭——家庭爲國家的雛形	六八七
第十八章	夫妻關係	七二三
第十九章	婚姻與離婚	七五五
第二十章	親子關係	七七三
第二十一章	繼承的意義歷史及根據	七九五
第二十二章	法定繼承與遺囑	八一五

比較法律哲學

緒論

一 希臘人之揣測與羅馬人之論斷

據希臘人之揣測，一切事物與知識之基礎原理，必須於心外之物求之。所謂心外之物者，在愛奧尼亞派則以為係水也，空氣也；在彼塔哥拉派則以為係數目也；在埃利亞派則以為係純粹的，抽象的，不動的，無始無終，不可分，不能移，而永遠為一個完整之物也。論及物之原始則赫拉頡利圖斯氏認為係生也，或不息之流也；挨姆培多克利斯氏則以為係水，氣，火，土四種原不同質之物之交錯，因其離合之不同而百物以生以滅焉；辛德莫頓利圖斯氏則以為係同性質而無定量之原子，特組成之形式各有不同耳。

亞拿薩哥拉氏之釋宇宙也，以爲係不同性之原質，名曰「種子」者所組成，而各賦有其「知識」以定其次序焉。詭辯派則謂吾人之固有知識不足以明真理，蓋物之真理與吾人之知識絕異，故所謂「思想」者，不過「信念」而已，人生當以快樂與享受爲的。蘇格拉底氏發見理想的目標，其說以爲真正之知識乃建於對物之概念，以演繹分別之，而以定義規定之。柏拉圖就蘇氏之概念進以爲觀念，而以論辨法評定其次序。伯氏之意以爲信念與可感覺之現象相連，觀念則與真正不變之純質相當。至亞里斯多德氏則以伯氏之觀念，進而認爲真實之形式，蓋謂無現象則無純質也。

伯氏亞氏之後，有注重對象之哲學家與焉；彼等以爲物之原理尙未得而知，故不如注重實際，而令精神歸於睡眠。如克己主義 (Stoicism) 樂天主義 (Epicureanism) 及懷疑主義 (scepticism) 皆有同一之趨向，即放棄人身之精神的滿足是也。克己派及樂天派，皆認知識爲實際生活之工具。生活之目的，乃係由情慾下解放理智以求快樂。其解放之途徑，則前者以爲應憑藉德行，後者則以爲應由合度的感覺與快樂。至懷疑派，則認精神之滿足不易藉知識而取得，蓋物本不可知，不必知，而因人之不同，且不免賦與物以絕異之解釋。物既不必知矣，則任令何事發生，吾人之精神固

無須爲之震動。懷疑派與詭辯派不同之點，則前者謂真理不能由理解而得，後者則謂真理不能由感覺而達，故蘇格拉底氏反駁詭辯派之說，謂真理既不能藉感覺及信念而知，則必係由知識或概念而得矣。

新柏拉圖派之論曰，吾人既不能由理智以得真理，則真理必係在理智以上，而必須認爲卓越的，超理解的，不可形容的原則，只可爲信仰，修練及神會之目的。質言之，新柏拉圖派之認爲超理解者，實即古希臘之所謂理智，彼其本自無所有，故每需求外物之原則，亦即求客觀的能覺得之真理也。

希臘哲學中之所謂「伊索思」(ethos 人羣之特殊精神)因是不能不爲客觀的，而必由一自然機體之形式以爲表現，其任何部分，皆永爲中介的而非終極的。故在希臘社會，終缺少真正私人的權利。彼塔哥拉氏在正義之中見有數目焉，蘇格拉底氏則依人之通性而得物物之標準，蓋皆志在快樂，而由概念之實現以得之。柏拉圖以伊索思歸入快樂之觀念，謂快樂有實質，其在靈界，猶之太陽之在世，光被一切而殊不賴夫被照者之見與不見也。此項觀念，得爲美麗的，完整的化身，

猶如海納發神，全身武裝，由朱庇忒神之頂上以飛出也。總之，柏拉圖之國，係理想的，模範的，乃代表抽象之人，而將各個不同之潛賦性聯之於本體，猶之生命內在之力貫於人體之各器官焉。

據亞里斯多德之解釋，伊索思須於自然之現實及其目的中求之。故其說曰，凡不合於自然之制度皆為不善，而柏氏政論所用之比較法，例推注，因而得其價值焉。柏氏以為國家——而非其任合分子——乃因人類之需要以生，人類非獸非神，而自覺有團結發展之必要。由於人類自然之需要，因團結以成國家，於是得有美滿及快樂，故國家有造就良善的，公正的國民之責任。亞里斯多德批評柏氏，以為不應於國家認為有一種特性，而於其構成之分子則否認之。柏拉圖亦批評其師，謂不應以國家僅視為一空洞的協合，蓋合調必須得於多音，而不僅由一音也。然柏氏乃亦將奴隸，農人及工匠排出於國家的倫理系統之外，抑又何歟？

概言之，希臘人所想像之國，非為高級的，蓋僅為一自然的機構，而非人類的倫理的組織也。此其為物，謂之有古典的美麗可矣，而終缺乏如基督教信仰所孕含之高尚的成分，克己主義者，重智慧而鄙國家，故遁世不見，歸於無為；樂天主義者，以為痛苦即係罪惡，而智者則致力於永久之和

平；懷疑主義者，因不能分辨現象，乃不加判斷而以消極爲得計。至新柏拉圖派之智士，則希冀以修練及神會之工夫而入於不可知之宇宙原理之中。

羅馬人之世界，係志意的世界，卽法律與政治的世界也。故志意一方面在國家的管轄與剛健的秩序而隨時表見，一方面則漸發展而爲個人的權利。志意的原則既爲主觀的發展，則國家漸不能保持其自然機構之輪廓。在羅馬，私法之始也，係嚴格的，硬殼的，拘束的，其後乃引伸而變爲流利的，普通的，柔軟的而平衡的。蓋衡平（equity）之道，可以維護權利於法律保障之所不及也。衡平之道又終成爲人道（human）之法，而奴隸制度因係人爲的而非天然的，乃被認爲不能束縛人之靈魂，於是人類自由平等之原則於以確立焉。

羅馬之大哲西塞祿未有科學的知識，未知主觀的權利係抽象的志意作用，故西氏未足以代表羅馬之實現主義（realism）。西氏未有自創之哲學，而僅折衷於希臘之各作家。彼公然表示其疑問，不信人心能絕對了然，意謂其僅得一或然而已足矣。彼於其倫理著作中，則排除懷疑態度，蓋以懷疑之危險爲慮，而注重直接的意識，謂德行之原素卽在此中。又注重使人類崇信真誠而爲之

辭。西氏有取於克己派之倫理原則而予以變通，其釋法律也，不根據十二表法，或諭令 (Edicts)，而根據於人性。彼重述亞里斯多德之政治理論，而予以混合之形式，以期合於羅馬之政治組織焉。

二 中世紀之哲學

新柏拉圖派，將空洞之主體認為客體，降及中世紀，遂成爲具體的基督之道 (the word) 卽純正之心是也。自此以後，哲學乃成爲主觀的原理。其說曰，人者神之影也，道之體也，於是古代所重之國家乃失其重要，而其活動大受限制。人民之內心，不復受政權之節制，而以新的條條爲依據。基督之使徒 (apostle)，首倡肉慾與靈感對立之說。拉克坦喜阿斯主張真正之公道在於敬拜惟一之上帝，卽異邦人 (pagan) 所不知之上帝。奧古斯丁發爲天都地都之說。前者爲真理及公道之原，後者則爲盜賊罪惡之藪，然如地都而能爲教會 (the church) 致力，則亦可取得德行之價值焉。蓋斯時之教會猶未具統治者之性質與其世間之利益焉。

教義與世權之爭，其後大見消滅，蓋由於宗教的幻滅之力。天都中遂居有一有歷史之主人，而

世間亦因與教會接觸而成爲聖潔，教會亦變爲世間的團體而非靈界的團體。此種妥協原於一種新的概念，而首由托馬斯阿奎那發之。昔亞里斯多德之說，謂各個宇宙係第二物質，係品性而已。亞氏之說，經由實現主義之推演，而各宇宙單獨顯現。唯名主義（nominalism）之說則異是，而主各人爲基本實質之說。然唯名主義因未與任何教義相連，不久遂爲衆吐棄。至實現主義因其後與阿刺伯批評家之超然論相混，亦不爲人所宗。及阿奎那氏繼阿爾柏塔斯馬格那斯氏之後，乃試爲折衷之論，謂各個宇宙乃造物以前之模型，其實際的存在，即吾人概念之實質也。

阿奎那之說，謂上帝爲惟一永在之法律。更有自然之法律，係永在的法律之部分，乃智慧之光而爲倫理的法制的模型。又有人道即現世之法律，乃係自然律之影，猶之自然律爲永在律之影然。但阿氏之折衷論未能成功，因超自然之律止於神智而不下逮，而遵奉亞里斯多德學說之君王，其行動範圍又與遵奉聖經之教士相對立也。是以吾人於聖托馬斯之作，發見矛盾之詞：彼既以國家係由人之社會性而生，以快樂爲目標，以公議爲基礎，而同時又以此爲天國之實現於世間焉。斯說既破，其中之亞里斯多德教義成分，遂集中於巴丟阿的馬西略氏之政治論，而別一部，則化爲安德

羅的彼得氏之朝代傳襲之說。至柯倫那氏則一方面張大宗教之原則，描寫一「隱君子」之型式，不自信其權力，亦不樂夫榮華，教人以信上帝而求快樂，一方面則又重述亞里斯多德之觀念論而見稱於時焉。

丹第以法律爲人與人間之親切的，實際的關係，以示其不同於道德。蓋道德係以行爲之本質定其善惡，無待其影響於他人之權利而知也。渠以敏銳之方法辨別合法的自由與無度的任性，前者蓋足以使人自以其判斷而知其行爲之正當與否，且不被擾於人，後者則全出於慾念所驅使。社會之目的係爲增進文明，文明即係內心最高度之發展。法律者，助其發展之勢者也不然，則不足以當其稱。人生過渡的目的，國家負有使其完成之責；至於教會，則惟注意於非過渡之目標，故不能行使世間之權。丹氏於政治組織主設自由獨立之市政府，各自有其土地；聯各市而設一王，依據基本法律以爲治，兼爲各市之代理人。如王者有不當之野心，則各市亦有權力以拒之。丹氏之心中，隨處表現一統之見，蓋因其推之神位而有然，推之帝國之制有然，推之教會之組織亦有然，且其意在避免各民族之爭端也。