

著名世界譯漢

現代法學之根本趨勢

司丹木拉著

張季忻譯

商務印書館發行

Rudolf Stammeler 著
張季忻 譯

譯世
名著

現代法學之根本趨勢

商務印書館發行

譯者序

研究法律而不探求法律的根源，對於法律的眞面目總是茫然。譬如盲人摸象，雖然覺觸其枝節，終不見其眞相。這探求法律根源的學問即稱爲法律哲學。

有一班從事法律實務的人以爲這些關於澈底的眞理的探求偏於抽象，不合實用。這就無異井蛙窺天，自局一隅。美國卡陀沙在他的名著法律之進化一書內，有一段說得好，他說道：

「在你們看來尋求澈底的眞理是不中用，不合實際的。這也許是不錯，因爲你們錯認了你們的職業就是你們的目的。可是你們一旦遇到了較深的問題，你們終究要覺得研究澈底的眞理不是完全沒用，反之，無論研究其他什麼東西，都沒有這樣有用的了。」

看了卡氏之言，那一班自局自限的人，也許可以把眼光放大一些了罷。

要知道法律的部門雖多，其實法律還是整個的，其部門不過整個中的各部分。而法律又是宇宙人生的一部分現象，宇宙人生也是整個的，法律又不過是這整個中的一部分。知法律的部門而

不知法律的整個，固然不能算懂得法律，就是懂得法律的整個而不知宇宙人生的整個，則法律自法律，宇宙人生自宇宙人生，對於法律真面目終還是依稀影響呢。由此，更可見得研究法律哲學的重要了。因為，真正的法律哲學大概終不可與宇宙人生分了家罷。

司丹木拉爲近代德國數一數二的法律哲學家，也是世界的有名法律哲學家。他的學說自成一家言。世人都公認他爲新康德派的領袖。本書內所論述的都是關於法律根源的探求。看了本書不但可以了解司氏在法律哲學上的供獻，對於近代法律哲學思想之遞變，也可得到一個概見。學者讀了本書，對於法律的真面目，大概總有些發明。司氏作品，國內尙少翻譯，故譯者擇譯是書。

司氏的見解是否可以算得已經探到法律的真面目，譯者淺陋，不敢多說。而司氏也恐怕不想學者與之強同。不過司氏的治學態度，總想在這一部分學問上有所邁進，可以斷言。所以如本書十一章吳經熊博士的見解縱使與司氏頗有出入之處，正惟其治學態度與司氏如出一轍，司氏還是稱頌備至。學者若能於本書文字之外，體會出司氏的治學態度，譯者愚見，當爲司氏所欣樂罷。

司氏道：『快樂在於追求目的，學者可引以自慰罷。』譯者願以此言與讀者相勉。

原本作者概略

司丹木拉 (Rudolf Stammeler) 爲柏林大學教授。法律家兼法律哲學家。生於一八五六年二月十九日，在海孫 (Hess'n) 的愛爾斯非特 (Alsfeld) 地方。學於乾孫 (Giessen) 及潑雪克 (Leipzig)。一八八〇年初爲立潑雪克大學法律教員，一八八二年被聘至馬堡 (Marberg)。一八八四年至乾孫，一八八五年在海爾 (Halle) 任民法及法律哲學教授。曾與柯拉 (Joseph Kohler) 在柏林大學 (University of Berlin) 同事二年，一九一九年柯拉死後，仍充該校教授。他所出版的二十餘種書中，在實用方面的有『羅馬法全書實習的入門』('Praktische Pandektenuebungen fuer Anfänger') ('Practical Exercises in the Pandects for Beginners') (一八九三)、『羅馬法理判例輯要實習的入門』('Praktische Institutionenuebungen fuer Anfänger') ('Practical Exercises in the Institutes for Beginners') (一八九九)

六) 第二版於一九〇一年出版，名爲『羅馬法的問題』“Aufgaben aus dem römischen Recht” (“Problems in Roman Law”)。一九〇二年出版『初學民法的練習』“Übungen im bürgerlichen Recht fuer Anfänger” (“Exercises in Civil Law for Beginners”)。一年後又出版『高級民法實用課程』“Praktikum des bürgerlichen Rechts fuer Vorgesueneckere” (“Practical Course in Civil Law for More Advanced Students”)。在學理方面有『論歷史法學的方法』“Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie” (“On the Method of Historical Legal Theory”) (一八八八)『經濟與法律』“Wirtschaft und Recht” (“Economics and Law”) (一八九六)現代法律哲學叢書所譯的『公法綱要』“Die Lehre von den richtigen Rechten” (“The Theory of Justice”) (一九〇二)『法律科學的學理』“Theorie der Rechtswissenschaft” (“Theory of the Science of Law”) (一九一三)『法律與法律科學的性質』“法律與法律科學的將來問題” (“Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft; die Zukunftsaufgaben des Rechtes und

der Rechtswissenschaft" ("Nature of Law and of Legal Science; the Future Problems of Law and of Legal Science") (1911)『現代法律與國家的學理』"Rechts und Staatstheorien der Neuzeit" ("Theories of Law and State of the Modern Period") (1917)『法律與教會』"Recht und Kirche" ("Law and Church") (1919)『法律哲學教科書』"Lehrbuch der Rechtsphilosophie" ("Text Book of the Philosophy of Law") (1911)『現代法學上之根本趨勢』"Grundsaetzliche Richtungen in der neueren Jurisprudenz" ("Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence")。以上之書大部分均已再版，三版或四版。

司氏早年作品偏於法律實務方面。這一時期的書籍都是辨別是非問題，供法律學生之用。這些書籍與大陸上之判例彙編相當。但當十九世紀後葉，歷史法學運動已竟其功，且結晶於偉大的德國民法，司氏即移其目光於那時代的法學問題，從事於探求，什麼是現實的公道。歷史法學派只知研究過去的法律是什麼，就忽略了法律性質的玄學問題；而十九世紀的哲學派浸沉於玄學的

空想，此爲耶陵批評的不遺餘力。可是耶氏不能提出一適當的哲學基礎。可爲進一步的研究，所以司氏就觀看他的機會了。關於公道的理想，他追師康德而成爲前世紀理想主義復活的領袖。他是新康德派的創建者，被公認爲現時大陸法學家中的最偉大者。他是一個實際的理想者。他雖注重於公道是什麼的哲學問題，但更注重於公道怎樣由法律實現的實用問題。這理想須由觀察現行法律而達到，而現行法之行使皆受其時其處的社會理想所支配。關於這層，這位大陸法學家的哲學，與美國大理院的法律哲學大有不謀而合之處，尤其在霍爾姆斯的判案意見中，更可概見。

本篇所論係大陸法律思想趨勢的最新學說。

目錄

第一章	啓明時代的德法家	一
第二章	自然法	一四
第三章	理智法	二四
第四章	歷史法學派	三五
第五章	社會法學派	四七
第六章	否定法律論	五五
第七章	法律的實在論	六六
第八章	法律的經驗論	七六
第九章	自由法律運動	八五

第十章	法律的批判說·····	九九
-----	-------------	----

第十一章	法律哲學之問題及方法論·····	一一三
------	------------------	-----

現代法學之根本趨勢

第一章 啓明時代的德法家

德國接受了羅馬法之後，法學上就發生了許多新的問題。

在十五世紀之末，全歐大陸已完全接受了羅馬法，寺院法，以及朗勃的封建法 (Lombard feudal law)。

事實上當羅馬法在東方自君士坦丁向北推行之時，也就是自南自西向德推進之日；但這些事實與我們的問題沒有多大的關係。不過我們應該明白的就是無論在那一帶地方，到處都有盡量熟諳那種外國法律的必要。

當那時，中世紀最強有力的德皇已兼任了羅馬皇帝。大家都承認他是歷代羅馬帝皇的合法

承繼者。本來羅馬法是羅馬皇的法，現在就算爲德帝國的普通法而適用了。但是鄉鎮人民對於他們的無關緊要之事件，還是拘泥於德國古代的舊法。他們謹守傳統之力非常堅強。所以凡有衝突發生，羅馬法也未必常佔優勢。更其在夫婦財產法、土地法、森林法、畜牧法以及城市手工藝習慣各方面，大家都設法保存發展那本國法，并且無論什麼地方，如果此種企圖有所成就，本國法總是優越於所謂德帝國的普通法。

我們所以不厭其詳地敘明上述的幾樁重大要事，無非使我們可以明瞭那將要討論的一種根本趨勢（註一）。實際法學上有個問題，就是要照着過去時代的法律來解決當時環境之下的爭執，並且在時代的觀念與舊法規之間，求個調和適當的辦法。這種問題無論那種法律制度都會遇到，不過程度上略有不同罷了。任何法律決不僅是昨日或今日的產物。所以我們要尋求一個普遍有效的方法，可以解答我們上述的問題。因此，我們研究啓明時代（註二）的實際法學，實與現代以及將來都有重大的意義。

本書各章的討論都集中於我們的目的，去研究那種所謂根本的公道，因此，可以解答具體問

題的方法的普遍性，就必須加以深切的注意。凡個人之一切行爲以及意思的表示，都以其內心態度爲依歸。在研究任何時代任何民族的法律，我們也須着眼於那種內心態度，因爲具體法律的敘述和探討，都是以是種態度爲衡量的。

對於我們提出的問題，那時代的內心態度從兩方面表現出來，更其在司法上審判案件之時：（一）判決例產生新的制度。而表面上還是根據着公認爲權威的意見；（二）法院以一種新的意義去解釋陳舊的法規，完全與他們時代的立法相和諧。

（一）現今文明國家的法規中，都有一種很普通的規定，就是失蹤人死亡之宣告。羅馬法上，此種規定是沒有的。德國接受了羅馬法之後，這層就發生困難。一個人失蹤了，沒有人知道他在什麼地方，也不知道他是死是活，可是他卻有財產存留着。那末，這種財產應如何處分呢？有一個薩克遜法院就去引用聖經，以爲救濟。舊約上有一節說道：吾們的生命爲七十年（詩篇九十章十節。）這個法院就採用了。因此，一個失蹤人，假定尙活着已滿七十歲，就分三次去傳他到案。第三次他仍舊不到案，法院就宣告他爲死亡。這樣辦法漸漸爲大衆所承認，不多幾時，德國的法院竟一律適用。時

至今日，立法者且都採爲一種不可動搖的法律制度，不過大同小異罷了。

在現在商業上有個很重要的問題，就是情勢之變遷對於契約的影響。凡因大戰而受着影響的國家，那個問題更爲迫切。在從前通常情形之下，所成立的契約，要把他履行，總有一方面感到極大的困難，及負擔重大的損失，那末，他究竟有沒有請求撤銷契約之權呢？這個問題在二百餘年前也照樣發生過，稱爲情勢變遷之原則（*Clausula Rebus sie Stantibus*）。依此原則，許多學者承認，凡情勢有重要變遷，應認許撤銷權之行使。他們的主張是根據一個羅馬學者的一段簡約的意見。他說道：『無論誰必須承認那權利發生時的情形什麼樣；現在還是那樣，笛笛士（*Titius*）方負法律上的責任。』此種見解在李善（*Leyser*）所著之普通法的研究一書上，主張最烈。那時代其他學者則極力反對之，主張契約的義務應有拘束力。實在這問題有兩方面的：在一方面看來，契約不過是一種達到有限的目的之有限的方法；在他方面看來，無論誰得以他人之然諾爲準，也是必要的。在商業生活方面，除非契約有拘束力，任何計算將爲不可能，而合法之交易必受阻礙。不負責任一語，在惡劣情勢之下，對於任何要約會發生的，確是可以把通常商業上的交易致於死命。

在十九世紀，時代較爲寧靜了。從前契約須受情勢不變遷之限制，人們也就漸漸地忘卻了。凡關於民法的著述，此種契約的限制簡直不再提及。在較新的幾部法典上，如一八〇四年的法國民法，那個問題就沒有規定，如一八六五年的薩克遜民法第九六三條，則明白規定不得因情勢變遷而撤銷契約。最新的法典，如一九〇〇年的德國民法，以及一九一二年的瑞士民法，也有同樣的規定。這兩部民法中，凡可以因情勢變遷而主張契約撤銷權，只限於所列舉的幾種：例如雇傭契約，可以因重大理由而撤銷；又如債務契約，可以因債權人財產的毀損而撤銷。

(二)關於我們在上面所述的第二點，我們可以舉請求權之移轉爲例。在羅馬法上最初請求權是不得由權利人移轉的，可是權利人可以把請求權的利益讓渡於第三人，而第三人雖並不直接取得請求權，卻能享受那間接的利益。這種辦法形成了一種畸形的制度。至德國接受羅馬法後，德國的法家以爲這不過是羅馬的一種迂迴曲折的曲解，於是乎他們的見解就進一步，而主張那承受人依照他們的法律，實已成爲真正的權利人，以前的權利人卻因移轉而拋棄了他的請求權。此種見解實際上確是一個妥當的結論。雖然，在十九世紀中，人們對於羅馬法的認識較爲深切，而

前述關於請求權移轉的複雜見解，竟風靡一時。這種見解在理論上及實際上保持了許多時候，直至現代普通法的學說興起，以及上述德國及瑞士二部民法產生以後，那請求權移轉的簡捷方法，方纔確定了起來。

還有一種，係上述（一）（二）兩方面混合起來的，例如代理的學說。關於這層，在羅馬法上最初也以爲凡人祇能爲他自己去訂立契約，負擔義務。直接的代理是少見的，祇有關於財產之取得，遺產之承受，以及其他很少數的案件，纔見到了那種觀念。可是學者間也疑義百出，意見紛歧。最感困難的一件事，就是奴隸的經營商業。奴隸是爲主人取得財產的必要工具，可是不能使主人受拘束。但他方面又因爲奴隸並無在法院內被訴之資格，以致所訂立之契約不能完全拘束他。但是假定那主人特別授權於奴隸，使他去從事於一種特定的任務，那末，那主人對於奴隸的道德上的責任，就須負保證之責，並且可以被訴。又如主人將財產交給奴隸使用，或使他爲船舶的船主，或委他爲房屋或財產之管理者，主人也須負同樣的責任。從這幾種法理之中，德國的法家就演述出這現代認爲一種普通原則的直接代理制度。

在我們所討論的趨勢中，我們曾說到李善（Leyser）是一個領袖。他是前海母脫特（Helmstedt）及威登堡（Wittenberg）二大學的教授，生於一六八三年，死於一七五二年。希爾脫（Schilter）（一六四一年至一七〇五年）及斯端克（Stryk）（一六四〇年至一七〇一年）二人均爲他所師承。希氏曾在佳作內敘述德國法院內羅馬法的應用；斯氏在他所著『羅馬法的今用』（Usus Modernus Pandectarum）一書中，也討論過同樣的問題。這是大家知道的，那全部的趨勢卻就以那書的標題爲其特質。

那末，從科學的觀點上，這是什麼意思呢？而上述數種現象中，包含些什麼共通的重要概念呢？凡因環境的變動，根據着情勢變遷之原則而撤銷已成的契約，那當然是個重大錯誤。要知道依照那個原則，無非引用契約內的一條款來打破契約罷了。果然，有的契約也許有這類條款的。如其這樣，就並沒有什麼問題了。但假定所係爭的契約，對於情勢之變遷，沒有用條款來規定，到後來，當然不可以強爲加入。我們目前所討論的問題是契約內特定的結果的變遷，並不是怎樣解釋一種含混的意思表示。如其沒有法律上的根據，司法者憑什麼權去加以干涉什麼地方可以劃個界