

美國霍金氏原著
費青譯

法律哲學現狀

上海法學編譯社編輯
會文堂新記書局發行

中華民國二十四年五月出版

有 著
作 權

總發行所
分發行所

原 著 人
譯 述 人
發 行 人
印 刷 所

上海
河南南路
北馬路
琉璃廠
交通路口
永漢路北
長沙街

法律哲學現狀

全書
一冊

定價大洋一元

外埠
郵費
加

美國霍金氏
上海法學編譯社
費
上海河南路三二五號
徐寶魯
上海河南路三二五號
會文堂新記書局
會文堂新記書局
會文堂新記書局

著者原序

從祇負有服從義務的人看來，法律確然是主權者的命令。但在主權者方面，若是對於所應命令的事物感到難於決定時，這樣一個法律解釋就絕對不能給他以希望和指導。在近代國家的分裂的主權下，尤其是其在現時的極速的社會進步中，法律除了顧到歷史和先例，更須顧到將來；除了顧到「現實的」，更須顧到「可能的」和「正當的」。在這裏，我們若是有一個哲學，得為法律所應用，則法律一定能夠很好地應用它。

自然權利哲學曾因了洛克 Locke 及其後繼者的努力，在英美盛極一時；它確曾給我們以不少的助益。但也不免帶來了一些流弊。到了

現在，它已不復能做我們的嚮導了。歐洲的形而上學派法學者，在過去已給我們不少幫助，在最近新人物的著作中，——現在大部份已有英譯本，——他們還能給我們很多的供獻。真實的事物原是永遠真實的。一個偉大思想家是永遠不會過時，並且永遠不會爲國界所限。但是在我們自己，却必須在自己所固有的基礎上，建築起我們自己的思想。我們苟想把不同地域和不同時代的法律哲學家的著作，和我們自己法律哲學家的著作，以及我們自己所有問題，發生有用的關係時，必須先做一番銓釋的工作。

在此種銓釋工作裏，一個未習過法學的哲學者的思維或能有些微的供獻，若是研究法學的人能來半途相迎。在此項努力上，著者得和滂德教務長 Dean Pound, Roscoe 在一九一〇至一九二一年及一九二五

至一九二六年的哈佛大學哲學系的討論班上，互相合作，實曾獲得不少益處。內中第二期的討論班在著者尤感興趣，它是一個教育方法上的試驗。在大部份的討論期間，我們兩人都出席。在這兩個半年內，我們輪流着提出論文題或討論題，並且供獻意見或參加討論。著者相信這樣的用談話方式來直接交換意見，使各種不同的方法互相補益。各人的內心得到交流，在學生們一定也受到很多益處，像我自己得益一樣。對於本論文內任何未成熟的見解，以及它的理論上的傾向，滂德教務長當然是不負責任的。但著者相信：他必須接受著者對他的鉅大助益所致的謝忱。

這本小冊是一個較大體系裏的一部份，這體系就是現在印刷中的人及國家一書，——這書是對於政治生活的哲學概論和心理學。缺少

了法律哲學，討論國家的哲學，就不能算完璧。本論文是著者所認為在該區域內的指導原則的概述。著者希望將來能再闡發這些理論，以成一本論權利——人和國家的權利——的整冊；更希望在該較完全的研究中，能得到對於本書批評者的助益。

霍金序於麻州康橋

法律哲學現狀目錄

前論

一 過去的成就……………一

二 斯丹姆勒的標準……………二一

三 柯勒的標準和它的應用……………四三

四 柯勒和斯丹姆勒間的歧異點……………六三

後論

五 正義標準和社會功利標準……………七八

六	假定權利·····	九五
七	自然權利·····	一二
八	對於立法者的幾個特種指導·····	一四一

法律哲學現狀

美國霍金氏 W.E. Hoeking 著
費青譯

原名 法律哲學和權利哲學的現狀 *Present Status of the*

Philosophy of Law and of Rights

一 過去的成就

當人們認為法律是直接由神所創制時，凡建議修改法律的人，必須是一個勇敢的先知。依此說法，則現在我們西方人士一定自信都具有先知的能力，因為無論何地，都正在很愉快地和趕速地創制着法律。

在此項創制法律的艱鉅工作中，神愈卸脫他的責任，人就愈需要

神的智慧——對於立法原理的智慧。并且，此項智慧苟已普及全人類，而誠實地應用，則負有立法職司的人亦將因之減輕負擔。所以，從任何一方面講：我們對於現有的含糊和片段的立法原理，正應當努力獲得有系統的了解。

爲節省精力計，我們得選擇幾個人物，他們一方面已結束了過去，他方面却已指出了現在和將來的問題的所在。在這裏，我們得特別提出現代德國法學中的兩個鉅擘：柯勒 Josef Kohler（一九一九年任教授於柏林）和較後的斯丹姆勒 Rudolf Stammler。說起來很是奇怪，這兩位法學者彼此很少提及過，——柯勒在他的法律哲學讀本 *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*（一九〇九年）的卷首僅簡短地把斯丹姆勒駁斥了。譯者註一，斯丹姆勒則多在論及黑格爾 Hegel 時間接說到柯勒。註一，

所以他們兩人學說的比較，不得不俟諸後人了。

但是在法學史上，這兩入必就置在一起，因為他們的思想的主要動機是相同的。柯勒法律哲學讀本序文內的下述一段文字，很可移用於斯丹姆勒的任何哲學著作：

「祇藉着單純的歷史方法，我們將一無所獲；僅牢守着應用方面，將使法學思想趨於卑淺；僅僅解釋現行法，也是不夠的；

——這幾點在現時已是極端明顯。」。註二，

他們兩人都有強烈的形而上學的傾向。兩入都深信法律的目的係與人類知識和道德界的其他部份互相關聯，所以，我們要明瞭這一份份，必須先研究它所屬的全部。兩入都是一種反動：與其說他們是對於前此的法律哲學的反動，不如說是對於一個法律無哲學時代的反動

兩人都將自己的見解和德國較早的唯心論相連結；所以他們都斥逐他們的同國人耶林 *Von Ihering* 到低級哲學的囚階，——柯勒更用了他出名的火氣說：「這樣可憐的淺薄論，祇有像耶林的非哲學的頭腦，纔能認為滿足。」註三，

再進一步，兩人雖都駁斥歷史學派和他們的實證論的 *Positivistic* 演述，但同時却和這學派同認為：固定的自然權利論 *Natural Rights* 已絕無希望，并且認為：用哲學的見地來解釋歷史，是使法律適應新時代所不可缺少的準繩。兩人都是提倡法律「應當如何」*What ought to be* 的使徒，使它和法律「現在如何」*What is* 及「過去如何」*What has come to be* 相區別。但同時他們又都深信：苟不詳攷法律「現在如何」及「過去如何」，則具體的「應當如何」也就無法得到。

著者認為：我們想對於這兩個思想家的共同基礎作確當判斷，莫如就下述一問題的性質加以較詳確的研究：法律所應遵依的理想或標準，對於法律歷史的變易的和相對的事實，究有什麼關係？「應然」What-ought-to-be 怎樣有關於「實然」What-is。

譯者註一「另一種嘗試是發於斯丹姆勒。他用康德做出發點，好像黑格爾從未存在過。斯丹姆勒承認法律必須變易，所以我們討論一個完善法律，祇能限於純粹形式方面。這點是與舊有的自然法學派相反對的。對於這形式的法律，斯丹姆勒設法表顯它是一個出於法律形式的正義體系；這體系係從諸種不同的標準，綜合而得；這些標準在實質上復係淵源於人類文化的光大發展的事實。但斯丹姆勒却認這些標準為個人生活或社會生活的永久不變的確定條件。在這裏，斯丹姆勒是完全錯誤了。例如他曾說：在人類文明的任何階段上，奴隸制度都不能合於正義。這句話實在是荒謬無比。這是從黑格爾的歷史立場回返到康德的自然法的非歷史的說法的一種退步行動。我們對於這個

整個思想派別，包含新康德派在內，很可以把它完全忘掉，和埋葬了。柯勒法律哲學第二十六頁。關於這書後有註說明。

註一

例如在經濟與法律 *Wirtschaft und Recht* 一書中，斯丹姆勒曾指出辯證法應用於歷史的牽強，這點是他和柯勒相同意的。又如在法學理論 *Theorie der Rechtswissenschaft* 一書中，他曾說黑格爾忽略了歷史中康德所創形式與實質的區別，所以將「條理的觀點」*Systematic View* 和「發生的觀點」*Genetic View* 相混，而歷史中的理想原素因之失其應有的重要性，（第五五〇頁）——這點責難，柯勒一定樂於接受，因他反而認它是一點長處。

註二

Albrecht 氏的英譯本，第四十三頁（書前部）。本書內所引柯勒法律哲學讀本均依此。譯者按法律哲學讀本一書係柯勒於一九〇八在柏林所著。由 Adalbert Albrecht 英譯，簡稱法律哲學 *Philosophy of law* 現編入美國法律學校協會所發行之現代法律哲學叢書 *Modern Legal Philosophy Series* 內。

註三

法律哲學第二六頁。斯丹姆勒批評耶林稱：（一）他認法律必須樹一鵠的，這是很對的，但他却沒有適當方法來探求這鵠的到底是什麼；（二）他錯認了權利一概念，以為它是社會爲了安全等目的而另外加上去的東西，而實際上它是任何社會組織所本有的，並且它是使社會成爲可能時所必需的（這是用康德派的說法）：

「當耶林定義法律爲：『形之於權力的社會主要條件的安全保證』時，他忽視了下列一點，就是：社會並非先已存在，然後再由法律予以安全保證。實際上，社會祇是指『合法結合的人民』，所以與其說法律保證社會的安全，不如依一般的術語說，它使社會具有組織。」經濟與法律第二章第四八六頁。

一

任何地點和任何時代的法律，有的是可加批評的，有的是不許批

評的。但除了「法律」是不容改良外，法律的「實然」和「應然」間至少必須具有一邏輯上的區別。

這個道理在常識上極其明顯，所以和它相反的論調好像絕不會發生，除非因為法律一概念曾經了荒謬的應用，纔會引起了這樣一個反動。我們覺得很是不幸，自然權利學派竟真的激起了這樣一個反動，它使整個世紀的法學家都埋首於過去和現在的法律事實中，以求他們所要得的啓示。他們共認為這種啓示是絕不能得之於完全不顧歷史的理想中的。

現在另一世紀開始了，我們復見常識在擡頭。自然權利論者至少在下面一點上是並未錯誤：「法律應當如何」至少是一個正當的問題，甚至於他們所推定：人的意志對此具有幾許干係，也是很真實的。但

法律哲學已受了一次教訓，它不會再和事實分手：歷史，相對性，進化，變易，已成為任何信條中的成分。學者間的分野，大部祇在他們如何應用此種事實原素於他們的理想罷了。

二

這情形的邏輯是很有趣的。若是我們思維得夠澈底。則我們的採用「實然」做標準，或是採用「應然」做標準，這二者間是否尚有最後的歧異點，倒使我們很有些懷疑。

試就最極端的唯實觀點說起，我們將在實事中發見下述一點：法律的存在並非爲了睡着的人，而是爲了醒着的人；換言之，法律是存