



關於現今法學的幾個觀察^①

吳經熊

一 現今的時代精神的概觀

我們如果要澈底了解現今的法學的趨勢，我們先須明白現今的時代精神的真相。^②法學不過是思想的一個支流，當然免不了受那風行的人生觀和科學思想的影響。思想是不經而走的思想是無孔不入的。法學是無時不在時代思想浸淫之中。

那末，現今的時代精神究竟是怎樣的呢？用一句總括的話來表明，我們可以說是懷疑和中心思想的缺乏。^③這話不是我自己杜撰的；現任哈佛大學法科教務長的龐特先生已經先我說過了。他在「自由主義之擯棄」^④一文中，對於現代知識界的風氣，是說得最痛快淋漓的。依他的觀察，二十世紀的特徵剛剛和先前三世紀成一個對照。十七八世紀的時候，人們所信賴的是性理；在十九世紀，人們所信賴的是進化。雖然所信賴的有些不同，但其有所信賴則一。到了二十世紀，試問我們還信賴着什麼呢？沒有信賴，和無所信賴，這便是現代的特色。

先前認為永久不變的，現在便認為一種幻想。先前認為神聖的，現在在被打倒之列。先前認為絕對的，到現在變為相對化了。尤其在青年的學生，——龐特先生這樣地說，——他們好像睡夢初醒，再不受理性主義和那十分樂觀的進化論的催眠了。

龐特先生於是「左右逢源」地引徵了許多例子，來證明他的觀察的真相。無論在心理學、物理學、幾何學、化學、生物學、政治學、經濟學、歷史學、文學、哲學、論理學，乃至於法學，總之，對於

93680

過去的和絕對的，一樣的懷疑，一樣的不信賴，一樣的不敢請教。比方在心理學吧，所謂「知能」已經唾棄了。⑤我們不承認有永久不變的「人性」。在化學吧，從前所認為最低的物質單位的原子，現在認為一個極其複雜的太陽系；有幾位化學家簡直把原子當作「一網的可能性」(A bundle of Probabilities)看待。⑥這可能性不是必然的，不過是或然的罷了。論到幾何學吧，從前是把歐几里得奉為一尊的，新近便有所謂非歐几里得的幾何學。歷史學的變遷更為明顯。從前的士夫往往很素樸地以「歷史上的事實」為出發點。他們的口頭禪是「歷史這樣告訴我們」。但是現在的歷史家的頭腦是比較地複雜了。他們現在感覺到所謂「歷史上的事實」之不可靠性。因為歷史的記錄不是將一切過去的事實用照相和留聲機的方法忠實地有事必載，有聞必錄的。「要不然的話」——龐特先生很幽默地說：「我們如果要寫一部美國的歷史，其所廢的光陰將和實演美國的歷史一樣地悠久的了。」所謂「歷史上的事實」已是經過了一度主觀上的解釋、選擇，本末的排列，和潤色。所以歷史和小說相去無幾——它們都是從心的篩管中篩出來的。因為人心之不同正如其面，所以各人所篩出來的「事實」，是千變萬化的。我們如果用「歷史上的事實」來辯護我們的主張，那真同「創基冰泮之上，立足荆棘之林」，那裏能夠穩定呢？哲學更是不必論了。先前認為天經地義的原則，現在的一般青年學生祇認為簡單頭腦的表現。哲學是從一元論轉到多元論了。先前以

為必然的，變成偶然的了。先前以哲學是屬於理知的勢力範圍的，那裏知是具有普遍性的。現在是注重個人的直覺，——因環境的不同，識力的深淺，乃於至生理上的區別，所以各有各的見地，各有各的獨到之處。沒有一個人可以壟斷全部的真理。⑦

現代的青年——龐特先生又說——有一種「率直的」「坦白」的「老實不客氣的」風氣。在他們的心目中，「進步」是做夢，「共和」是欺人之譚，「教育」是勞而無功的，「法律」是紙糊老虎，行不動的，「邏輯」是學者的玩意兒，因為邏輯全仗你的出發點的，而究竟從那裏出發，是悉聽尊便的。

到處是懷疑，到處是推翻絕對性，永久性，神聖不可侵犯性。這實在是一個打倒偶像的時代！

我在本節結束之前，要聲明幾句話。時代精神是不是這樣是一個問題。至於我們對於這個時代精神不應加以附和，那是另一個問題了。我自己關於法學的積極的主張和建設的嘗試，現在不在話下，祇得俟諸異日於另文中將它們發揮一下罷。

二 法學的開放

前節所述懷疑的相對化的精神，當然免不了也侵入了法學的疆域。更真確些說，社會科學中間的坵界多已泯滅了，所以連疆域都談不到了。

現今的法學是從閉關自守的狀態轉到門戶開放的境地了。關於此點，請聽那位世界著名的證據法大家魏格摩先生的證言罷。他說：

「當我開始學業的時候，一切的科學都有它們各別的區域的。各一個區域即為研究的單位，也就是職業的單位。除出我們在職業上所應研究的，那個區域之外，誰也顧不到其他的科學了。現在那情形已是過去了。我們眼見得區域間的隔板一概都被推翻了。那界限的痕迹固然未盡泯滅；但是現在誰也不能專研一科而不顧那和它鄰近的科目。這真是一個不注重哲學家所謂形式的時代！無論在科學，在哲學，在行為，不拘形式是這時代的特點。一個數學家同時也須學些邏輯，化學，和生理學。一個生理學家同時也須學些地質學和化學。法學家同時也須研究些哲學，社會學，經濟學——什麼不應學呢？」

原來十九世紀——我們如果可以籠統地說——是一個傾向於專門化的世紀。各種科目都在分道揚鑣地向內進展。①這個風尚當然也影響了法學。固然也有許多法學家對於文學有相當興趣的；但是他們把文學祇當作一消遣品，誰也不會想到將文學上的教訓適用到法學身上去的。在法學中間，復分為許多部落。於是有民法、刑法、商法、訴訟法、國際公法、國際私法、憲法、行政法、和法制史之類的專家。其中也會再分成比較更小的地盤。譬如民法中，就會有債權法、物權法、親屬法、繼承法等等的專家。債權法中，復分成契約法、侵權行為法種種的專家。這種辦法自有它的長處，就是能使一個研究範圍當中的細微曲折都描寫

出來。但是流弊也是不免。第一、注意小處，便會忘記大處。這叫做舍本逐末！法律的各部分之共同之點和互相聯絡的線索是怎麼樣的？法律對於人生能有什麼貢獻？法學在一切知識中處什麼地位？這些問題都被忽略了。結果是那般專家變成有學問的癡子。第二、因為各專一科的緣故，他們就往往把界限劃得太嚴格，久而久之，以為這些界限是自然的分界。風不進，雨不出；兩個疆域之間是永遠不會發生關係的。但是在事實上，當然有許多模稜而可，不容嚴格地歸到那一類的現象；這些事實正因不便於分類的緣故，就為各專家所唾棄了，於是成功一種「三不管」的怪現象。生活是不能牢籠在幾個現成概念當中的。專家儘管守着他們所心愛的概念，同時生活在不斷地變遷，創造新鮮的花樣；於是那和概念格格不相入的事實一天多似一天，結果不免對那一成不變的概念革起命來，推翻舊有的秩序，暫時遂陷於混亂的狀態了。

因為要糾正法學的孤獨化的趨向，現代的法學家大都很注意法學和別的學藝的關係。他們當然也很注意法律和其他社會勢力的關係。我們祇須一看下列書籍或論文的標題，已可略見這個趨勢的一斑了。

『法律和道德』(Pound, "Law and Morals", Chapel Hill, 1923).

『法律的社會和經濟問題』(Pound, "Social and Economic Problems of the Law", The Annals of the Academy of Political and Social Science, Philadelphia, March, 1928).

『邏輯方法和法律』(Dewey, "Logical Method and Law", Philosophy

的趨勢：

四

and Civilization, pp. 126-140).

『法律與社會科學』(Nathaniel Cantor, "Law and the Social Sciences", American Bar Association Review).

『英美法入博學』(Huntington Cairnes, "Law and Anthropology", 31 Columbia Law Review, pp. 33-55).

『法律與文學』(Cardozo, "Law and Literature", Yale Review, July, 1925).

『醫學與法律之關係』(Cardozo, "What Medicine Can Do for Law", An Address).

『法律和心理學』(Vinogradoff, "Law and Psychology, in his Historical Jurisprudence", Vol. I, Chapter II).

『法律和政治理論』(Vinogradoff, "Law and Political Theory", in his Historical Jurisprudence, Vol. I, Chapter IV).

『法律和現代心理』(Jerome Frank, "Law and the Modern Mind").

『諾曼十推事和非歐基里特的法律思維』(Jerome Frank, "Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking", Cornell Law Review).

『法律和浪漫主義』(Bonnesse, "Science du droit et romantisme", Paris, 1928).

『債權關係中道德的規律』(Ripert, "La réglementation dans les obligations civiles", Paris, 1927).

『法律哲學與社會科學』(Haurion, "La philosophie du droit et science sociale", dans Revue du droit public et de la science politique, t. XII, p. 462-487).

在德文也有下列著名的著作，可以代表上述法學的「門戶開放」

『德法律為文化現象』(Kohler, "Das Recht als Kulturerscheinung", Würzburg, 1885).

『經濟和法律』(Stammler, "Wirtschaft und Recht", Berlin, 1921).

『法律的宇宙觀』(Bozi, "Die Weltanschauung der Jurisprudenz", Hannover, 1911).

諸如此類的題目，在現代的法學出版界中是最通行的。從前的法學的一種自給自足，和其他的學問「老死不相往來」的態度，在現在已一變而為「社交公開」的狀況。我在這裏，因為限於篇幅，不能就一切的關係加以相當的發揮，祇擬略為討論法學和心理學的關係。

舊式的心理學是專用內省的方法的。它的中心點是幾個永久不變的「本能」。它所講的「人」已是一種設想，是抽象的，不是具體的。那「人」的「本能」更是雙重的設想了。

現代的心理學是用實驗的方法的。它並不假定什麼，祇是把實驗的結果從實地，客觀地記錄罷了。它不承認那從抽象的「人性」演繹出來的永久不變的普徧有效的「本能」。它祇觀察人們的行為，它祇研究行為和環境的實際影響和關係。假如發見人們的行為有互相類似之點，那些類似之點也是從觀察上和用歸納的方法得到的結果，並不是起先就假定一個先天的「人性」再從這個「人性」用演繹的方法推出了許多必然的結論。假如一個人的行為有預料的可能性，那預料的可能性也不過是根據這個人的習慣，並不是他的鬼魅似的

「靈魂」所指使的。我們所認為「當然的」事情，大多數是習慣作用。俗言道：「習慣成自然。」這句話是很有見地的。我們所「習以為常」，「司空見慣」的事物，便認為「自然的」，非此不可的，文明的，道德的。對於其他的事物，總以為不自然的，偶然的，野蠻的，不道德的。假如我們肯悉心研究一切習慣的形成，就不至於宥於成見了。

康多兒博士在他的「法律和社會科學」一文裏說：「說法律是理性的產品，這是個迷信。我們如果知道法律制度的穩固性實在建設於人類的行為的習慣性，那個迷信就將不攻自破了。」

傳統的刑法學家大都以自由意志為出發點。他們理論是：人是有自由意志的，所以對於他的行為要負責任；這就是刑罰的理由。這裏，他們是很顯明地受了內省派的心理學的影響。康多兒博士看來，這種心理學還沒有脫離神學的羈絆。

我個人的意思也是和康博士一致的。我以為刑罰用不着建設於自由意志的基礎之上。我們的古代的大思想家鄧析也曾透澈地說過了他說：

「天於人無厚也，君於民無厚也。……何以言之？天不能屏勃厲之氣，全夭折之人，使為善之人必壽，此於人無厚也。凡民有穿窬為盜者，有詐偽相迷者，此皆生於不足，起於貧窮，而君必執法誅之，此於民無厚也。」

我們的所以用刑罰的緣故，並不是因為人類有自由意志，卻因為

如其不然，將無以維持我們認為值得維持的社會秩序了。這樣說法豈不直截了當？何必硬要把自由意志這頂時代落伍的紅纓帽兒套在人們的頭上呢？

本來沒有一個時代的法學是不受當時的心理學的影響的。不過，有的時節心理學達到了一種自足的，呆滯的狀態；法學家便會把心理學的結論當作天經地義的原則，便盲目地把整部的法學建築在那太過簡單化的心理學的上面。十九世紀的個人主義的法學就是犯了這個毛病。它的心理根據就是一個削尖了頭顱的華華為利的「經濟人」。在這樣的時代，法學和心理學的關係是潛在的。

有的時節，——現代便是個很確當的例子，——過去的心理學的原則根本發生搖動；這個震盪遲早會牽連到法學身上的。於是大家對於法學和心理學的關係，便注意起來了。

文化的進展，好像走的是一靜一動的行程。靜久則動，動久復歸於靜。現在似乎是動的時代哩！

三 法律的淵源論——從一元的到多元的

在思想，亦如在實際生活，人們誰不想一勞永逸？那個喜歡遊魂似的在半空中飄蕩着，隨風轉流，逐物移意呢？那個不想把我們四周圍的萬有不齊的現象使之統一化，整齊化？那個不要一管獨一無二的鑰匙開進天地的寶庫？那個不希望用一個簡單的方式解答宇宙的啞謎？

93684 那個不願意用一個萬應散式的藥方來消除人生的一切苦痛？那個不羨慕在思想的市場上永遠守著一且只此一家並無分設的老店？

孔子說：『吾道一以貫之。』否則如何能踏進『無惑』知天命，和『耳順』的境地呢？孟子說：天下『定於一』。老子說：『天得一以清，地得一以寧，神得一以靈，谷得一以盈，萬物得一以生，侯王得一以爲天下正。』『一』的魔力大矣哉！它差不多具有一種不能抵禦的吸引力！

可是，思想進展的行程，大都受兩種相反相成的勢力的牽制。一種是向心力，一種是離心力。向心力產自心理上的統一的要求，因爲沒有統一，就不能得到安定。離心力產自實際生活的變遷，因爲新事實的發見往往能打破現成的統一。當初或許還可以用穿鑿附會的技倆克服反抗的事實，到後來例外的例子太多了，於是不能不捨棄那尊貴的理論來遷就那卑下的事實。屈尊紆貴，是出於不得已的，所以合久必分，分久必合；雖則第二次合的時候，那分成當然比較那第一次的更複雜的了。

以上是講普通的一元論。現在我們可以專講法學的一元論了。在十七八九三世紀，沒有一派的法學家不是一元論的。尤其關於法律的淵源到處發現一元論的傾向。

(甲)自然法派 這一派盛行於十七八世紀中。他們大多數是用理性的方法，根據『人性』的特質，演繹出永久不變，普遍有效的原

則。那時進化論還沒有出世，他們都相信『人性』是一成不變的，凡是人自有其『所以爲人』的道理在那裏。所以祇要能發明『人性』的特質，就得到了建設一切法律的最穩固的基礎。但是他們的出發點雖然是同一的——就是所謂『人性』——他們對於『人性』的論調卻是絕不一致的。比方，那世稱國際公法鼻祖的格羅秀（一五八三——一六四五）主張『人性』的特質就是『好羣心』。根據着這個發見，他就結論凡是合於好羣心的一切行爲，即是合於自然法的，——例如守約。反之，凡是和合羣心背道而馳的一切行爲，即是違反自然法的。——例如用暴力侵害他人。在個人間的關係如此，在國際間的關係也是如此。法律不以國家爲疆界的。因爲法律是從好羣心流露出來的，而國家不過是合羣的形式之一種，所以國家亦得受法律支配。這是何等純粹的，何等高超的一個學說！『人性』爲中心點，一切法律週繞着這個中心，一刻不能出軌。『人性』儼然是一個恆星，『居其所而衆星拱之。』

可是『人性』是那樣地簡單嗎？『好羣心』是真是『人性』的『特質』嗎？霍布士（一五八八——一六七九）就不是這樣主張了。依他的看法，『人性』的特點是『互相顧忌』。『大家和大家都戰鬪。』那便是人類的自然狀態。法律應該儘量地限制這個情形，能執行這個使命的法律便是自然法。自然法是對於自然狀態的一個糾正的方法。他的根本的前提是各人應該保全自己的生命。他說：『自然法則者，即

理性所發明的一個規範或通則，禁止人們爲一切足以毀損其生命及一切掃除保障生命的工具，同時並禁止其忽略對於生命之最高限度之保障。』這是自然法的定義。若單就這個定義而論，似乎祇須保全自己的生命，無須保全人家的生命了。但霍布士說，正維要保全自己，所以和平爲尙。所以他根據上述定義，制定第一個自然法則：人人須求和平——假如這個和平有求得之希望的；可是，萬一不能求得和平時，則可出其全力，用其全知，以謀制勝於人。因爲欲求和平起見，所以每人當限制自己的自由，像他希望人家限制他們的自由一樣。這第二個原則，他說是從第一個原則推演出來的。他還引聖經上的『黃金律』：『己所欲人施於己者，亦施之人』和一句拉丁格言『己所不欲弗施於人』(Quod tibi non vis alteri feceris)，兩句話來證明限制自由之必要。

雖然霍布士和格羅秀兩氏的對於『人性』的詮釋大相逕庭，但以『人性』爲一切法律的唯一源泉，理性爲發明一切法律的唯一方法，這是毫無分別的。一個主張性善，所以理性告訴我們法律應當儘量地發揮這個『人性』；一個主張性惡，所以理性告訴我們法律應當限制這個『人性』；或說得確切一些，制定種種規則務使人人無用再行互相顧忌。

其他法學家，像蒲芬道夫(一六三二——一六九四)和湯馬秀士(一六五五——一七二八)也是以『人性』爲出發點的。不過他

們對於人性也是各有各的見解的。蒲氏以爲最能代表人性的是「各人覺得一己的能力的薄弱」；湯氏則謂人的唯一欲望是「長壽和快樂的生活」。總之，都不能逃出一元論的風氣。

(乙)歷史法學派 這派可分先後兩個時期。先期的代表人物是德國的薩維尼。後她的代表是英國的亨利梅因氏。梅氏的供獻是關於法律的進化論的，不在本文討論範圍之內。現在且專講薩氏的學說。薩氏生於一七七九年，卒於一八六一年。他當然沒有受過達爾文的進化論的影響。(達氏的物種由來是在一八五九年纔出版的。)他雖然窮其畢生之力研究法律的——尤其是羅馬法的——歷史，可是不大注意到法律的進化的軌跡。他不過主張歷史的連續性罷了。他所最注意的是民族性的推求。他主張各民族有獨立的人格，有它的與衆不同的靈魂。這個民族魂便是民族的一切法律的泉源。法律祇能隨民族靈魂生長着；不可用個人的主觀的衝動來拔苗助長的。個人雖是民族的一部分；但民族自有它的靈魂，和個人不可同日而語的。民族是永遠生存的；它有悠久的歷史，它的思想方式是祇能逐漸地改變的，我們不能憑旦夕間的努力將一切過去和現在的法律生活一筆鈎銷，並且另起爐竈地建設一個嶄新的秩序。

要澈底了解薩氏的學說，我們先須認識他所處的時代背景。我們大概都知道法國的拿破倫法典是在一八〇三年頒行的。當時德國的法學家也頗有主張須編訂一個全國通行的法典。那位赫倍爾堡大學

93686 的教授梯堡脫氏，即其一人。他在一八一四年發表了一本小冊子題爲「一個通行德國的法典之必要。」同年，薩氏也發表了一本小冊子叫

呢？

但是薩氏雖逃出租性的一元論的牢籠，他自己卻又跳入「民族

做「現代對於立法和法學的使命」裏邊竭力地否認編訂法典的需要。他不主張用立法的方法來改善法律；他主張用法學的工具來發展現有的材料。① 依薩氏說，自從十八世紀中葉以來，「全歐的人士皆醉心於一種盲目的建設衝動。對於過去各時代偉大的成績，對於各種社會和制度的自然發展，對於歷史上一切健全的和有價值的，一切加以抹殺；起而代之的祇有對於現代的奢望，以爲能馬上跨進一個絕對的完全的境界。」②

靈魂」的一元論的藩籬。最可笑的是他一方面提倡用歷史的方法來研究法律，一方面卻又捧出一尊神秘不堪的「民族靈魂」。他自己也承認這個靈魂是形而上的，而且不能用文字上的證據來證實的。（見他的巨著「現今的羅馬法」）③ 他所列舉的唯一的證據是心理的。他以為假使沒有民族魂在人人的心中促醒一種公同的思想，那末，怎麼會有公認的法律呢。人們又沒有訂過社約，而同時卻不約而同的承認一種法制，這是何以故呢？豈非冥冥中有一個超個人的靈魂在幹旋於言論之外，在喚醒人們的信仰？民族靈魂定不是那永遠不涸的泉源，永遠光輝的太陽，而一切的法律現象豈不是從那泉源中湧出來的支流，從那太陽射出來的光線？這是個多美的幻景呀！可惜祇是個幻景！

我們知道，在薩氏的時代，近而法國，遠而美國，都是經過革命的。革命時代的思想往往是有祇重現代不顧過去的傾向。比方，美國的政論家捷非兒生在一七八九年致梅狄生函中就說：「地球是屬於生存着的人們；已死者當然不能有什麼權能或權利。」他主張每十九年要更換一次憲法；因爲前代人所制定的憲法，它的生命當然須和前代人同

薩氏的社會心理學實在是太幼稚了。我們如果要說明一種習慣的形成這其間的原因是極爲複雜的，——例如人們的惰性、迷信、服從心、模仿心、社會經濟的環境、偶然性，等等——怎麼能用一個不可思議的獨往獨來的靈魂來搪塞呢。薩氏是反對自然法派的，但他自己卻又偷天換日地捧出一個民族魂來，其結果是和自然法派一樣的素樸。再有一層，對於歷史的方法本來沒有可議之處。但是我們如果把他當作了研究法律的不二法門，結果就會墮於泥古不化的境界，——正如德

歸於盡。④ 我舉捷氏的話，不過要證明當時思想上的一種通行的風氣。在這個場合，我們也難怪薩氏的反動。他是一位比較地穩健的法學家，他的不能輕易附和那些急進派的主張，是勢在必然的，但要貫徹他的反對，他當然要想出一種學理以自圓其說。所以他竟會上訴於「民族靈魂」。他的意思是，現代的人們在民族的汪洋無際的大海不過是一種暫時的波瀾罷了。個人想和民族抵抗，那是雞子攻泰山焉得不破

了研究法律的不二法門，結果就會墮於泥古不化的境界，——正如德

國的大詩人歌德所詠的：

法律和權利正同惡疾一般，

永久不療地，在遺傳，在延蔓。

這一節的詩，薩氏雖然也曾在他的巨著「現今的羅馬法系」

（第一卷，四十二頁）中引徵過的，但是他說這不能歸責於歷史的方法的誠然！但專恃歷史的方法，擯棄其他的方法，其流弊卻是如此。荷墨士推事說的好：「我們知過去的連續是不過勢所必然的罷了，但決非道德上的義務。」^①因為既是必然之勢，那又何用我們的擔憂呢，我們儘管放心地用別的方法去改進我們法制罷了！

（丙）分析派的法學 十九世紀的分析派法學家是以當時的現成法制為張本的，其目的是在於各種法律中尋出共同之點，而加以分析。他們再也不顧法律的過去，更不談法律的將來，祇研究現在的法律而且於現在法律中祇研究抽象的部分，例如權利的元素，法律的種類及其形式上的排列。很像植物學家有時在整株的樹上橫截地割一塊下來，洞幽燭微地觀察那塊木頭的內部組織，紋路的布置，漿質的成分和微生物的性質等等的現象。這個當然也是研究的一個方法，其實用是不能否認的。

93687
但是我們不可忘記這不過是許多方法當中的一個。若以此奉為法理學的獨一無二的方法，那末法理學就變成一種狹而又淺的學術了。然而，有一位分析派的法學家——荷蘭氏——竟將法理學定義為

「一個研究現實法律的形式科學」^②。法理學對於立法的方針是不贊一辭的。

這是關於他們的立場和方法的。在內容方面，他們更是帶着一元論的色彩了。他們認為一切的法律是國家所制定的。每個國家中，有個政治上最高的權威；法律便是從那個權威流露出來的。

這派的鼻祖——奧斯丁氏——說：「法律是由一個獨立國家中在政治上居上位者對於在政治上居下位者所設定的一種規範。」

仔細分析起來，這個定義是在邏輯上站不住的。第一，所謂政治上居上位的和政治居下位的，這已經是一個法律上的區別了。那個是在上的，那個是在下的，那部分是發號施令的政府，那部分是應受指揮的人民，這些豈不是屬於憲法範圍以內的問題麼？要說憲法是法律，那末上述的定義似乎太狹窄的了，因為他不能包括憲法。要說憲法不是法律吧，那末，法律的觀念似乎又太狹窄的了。比方，在英國，那至高無上的立法權是屬於所謂「皇帝在國會中」（King in Parliament），但一般法學家卻認為這個立法權之寄托是英國憲法上的一個根本原則。我們似乎不能任意地說憲法不是法律之一種。但是這個憲法原則，是那個制定的呢？

再進一步說，所謂「獨立的國家」也是一個法律上的概念。現今的國家大概多已承認有服從國際法的義務了。即使在實際上有違背國際的行為，但是它們總也強辭奪理地否認有什麼違背的地方。這就

93688 可證明國際法是大家認為有法律的效力的了。但是奧斯丁氏和荷蘭氏都不承認它爲法律，爲以不過是一種國際間的現實的道德罷了。

從前有一位國際公法專家華爾凱兒氏⁽⁹⁾在他的國際法史中批評奧氏說他的定義在邏輯上或許是可通的，但在實際上卻是不可通的。依我的看法，非但在實際上，即在邏輯上，奧氏的定義也有瑕疵的。因爲他用法律上的概念制定法律的界說，這何異說「法律者乃一種合法的規範也？」況且他對於不合於他的定義的法律，一概否認其爲法律，這也未免太武斷了。現代的法學家對於法律的有一個根本的改革。他們大都認爲法律是一種有實行的蓋然的規範。這個界說似乎比較地切於事實的了，因爲無論於國內法或於國際法都能適用的。但是關於這點我擬在本文的另一節裏詳細地討論，此處無用贅說了。

在這裏我所要交代明白的就是，即就國內法而論，也不能說一切法律是「那政治上居上位者」所制定的。法律的淵源不一而足。民間的習慣，和法學權威者的意見，對於法律的總和實在有很大的供獻。瑞士民法第一條便開宗明義地說：「凡在本律文字或精神以內的事件，都受本律的支配。在沒有法律規定可以適用的時候，則推事依據習慣法而爲裁判。假如沒有習慣，即依據如他爲立法者時所欲訂定的規範。在這個場合，他是取法於公認的學理和判例的。」我國的民法第一條說：「民事，法律所未定者依習慣，無習慣者依法理」這不是對於法律的淵源抱一個多元的觀念嗎？倘若有人非難我說：這兩條不都是法律的

條文嗎？推事之所以可承認習慣和法理。還不仍然根據條文嗎？我將回答道：即使沒有這種條文，在實際上推事也照樣地承認並適用習慣和法理的，不過暗藏一些罷了。所以這些條文是表白性質的，是敘述現實的事實的。尤當注意的是瑞士民法在這條裏面簡直一點沒有應當如此做去的語氣，祇說推事是在如此做的。

四 司法的藝術——從古典的到浪漫的

在十九世紀中，無論在大陸法或在英美法，亦不拘什麼學派，對於法律有一個最通行觀念，便是，法律是先案件而存在的。「法律不追既往」這個格言，是共和的原則和法治的基本概念所要求的。倘若先有案件發生，然後臨時設定法律，那末，在人民方面未經受了相當的通知，任憑推事們主觀的公道觀念臨時裁判，這不又是專制了嗎？這不又放棄法治而重行人治了嗎？

因爲有這種先入爲主的成見，所以法學家大都非自覺地相信法律——現行的法律——是能概括一切事實的，是天網恢恢，疎而不漏的。雖然有時他的指示在表面看來不見那樣清楚，但是我們如果推敲到底，總會找出一條可以適用於目前的案件的規範。總之，是無須臨渴掘井地來創造的。

(甲) 英美法系 在英美有所謂「普通法」，那是取之不盡，用之不竭的。鮑爾特文推事就說：「普通法關於任何一點，——至少在理論

上——是在任何一案發生之前，早已存在的並可適用的。」^①卡兒脫兒氏更透澈地說：「司法官當然不能立司。至於每件案子。總已有一個現存的規範可以為判決的根據，這也毋庸疑義的。我們祇要盡心竭力去搜討，就是了。推事和律師都是這搜索法律的事業上的夥伴。和那待判決的案件相彷彿的例子都舉出來了。類似之點都指明了。人們的習慣也是重要的暗示。已定的根本原則當然也在這個搜索中的有力幫助。末了，一個可以適用於本案的規範尋繹出來了。在這個程序中，我們發見很明白的四點：（一）整個的程序不外搜探法律而已，（二）所要尋的是公道的法律，（三）大家潛默地假定在探尋的夥伴之間公道的感覺的一致，（四）探尋的地盤不外習慣，商情，人民的生活方式，和先前宣布的規範。」^②

總之，搜尋法律是同小孩子的捉迷藏的玩意兒一樣的。案情無論怎麼新奇，總是能在現存的法制中間找出一條藏匿着的可以適用的法律來的。法律是完成的，是包羅萬象的，是徧被的慈雲，永遠覆在社會一切的上頭。

這個理論是素樸極了。法律的日新月異是不可否認的事實。難道我們可以說現在的普通法已潛存於中古時代的普通法了嗎？

最近二十年間，美國的最高法院遇到勞資糾紛的案件往往在推事間不能一致的見解。有許多案件，九位推事之中，五位是主張甲說的，四位是主張乙說。判決當然是從多數的意見。不過問題是難道那四位

的推事都是飯筒，竟會有眼不識泰山地連現存的法律都找不到嗎？如果這樣，他們的偵探的能力未免太幼稚了。

其實在許多案件，沒有什麼潛藏着的規範可尋的。推事們惟有斟酌地創立新法。在創立新法當中，當然難免有見地上之紛歧。

（乙）大陸法系 在十九世紀的時候，歐陸法律生活的牛耳的要算法蘭西的拿破倫法典了。這個法典是理性主義和個人資本主義的產品。當其時，法學家大多數相信可以用理性的方法，一氣呵成地制定一部普遍有效，千古不刊的完整的法典。

律文是法律的唯一淵源。司法者當然沒有立法的權能。所以拿破倫法典一方面不許推事們藉口於法律的潛默或模糊欠缺，拒絕受理（見第四條）一方面則又禁止他們不得於判決中制定具有通性的規範。（見第四條。）

這樣，司法者的職務就是解釋和適用現成的法律，他們是絕對不能創造新法律的，也不能引用判例來作判決的根據的。法律是制定於事實發生之前，判決是在事實發生之後，加以法律的制裁；倘若推事們能於事實發生之後創造法律，那豈非根本違反「法律不溯既往」的原則了嗎？（見第二條）

總之，司法者非但不能改革法律，並且也不能補充法律的罅隙——即使有罅隙的話。這個論調在十九世紀是很通行的。律文是萬法之原；司法者是一部留聲機罷了。密勒氏在他的名學裏所說頗可代這一

路的思想。他說：

「在有法典的國家，司法者判決案件用不着研究在原則上應何所適從，他只消問那條律文是該適用於當前的案件，他只探求立法者關於此種案件的真意。他所應採的方法便是三段論法。」

在這個三段論法，大前提當然是律文，小前提就是當前的案件，那結論便是判決了。

利亞兒氏 (Liard) 在他的「法國的高等教育——自一七八九年至一八九三年」書中也說：

「法律就是成文法。所以法律學校的任務是在教授怎麼解釋律文。因此，他們的方法是演繹的。法典中的條文是一羣的原理，證明這些原理的聯絡，和抽繹它們的結論，那便是法學家的所有事。一個純粹法學家是一個幾何學家。純粹的法律教育是純粹地邏輯的。每個法官或律師如能分開種種案件的亂麻使它們有條不紊地歸入於各種條文統治之下，這樣纔算盡了他的能事哩。這樣纔叫解紛哩。」

這些論調是假定成文法中是毫無縫隙的了。但是萬一發見了縫隙，司法者應怎麼處呢？關於這點，那位正統法學派的代表羅朗氏 (Laurent) 便說：

「解釋法律者是沒有創造的權能的，他們不能修正或補充法典的。這是不是說他們的地位就此降底了嗎？這是不是說那成了法

典的法律就此不得進步了嗎？非也！解釋法律能夠並且應該把一切的縫隙、缺點和過失指點出了以備立法者的參考和採擇。」

講來講去，一切法律的淵源還仍在立法機關，而司法者仍然不得創造法律。不過，理論是一件事，實際是另一件事。書面上的法律是一件事，事實上的法律是另一件事。

對於上述古典派的法學理論，最近數十年來，在法國法學家已經起了一個軒然大波的反抗運動。它的先鋒便是囊西大學的民法教授截尼先生。在一八九九年他便發表了一部最有價值的書叫做解釋的方法和私法的淵源。裏面把那傳統的立法一元論批評得體無完膚。傳統學說的出發點是「成文法是徧覆普遍的，足以解決一切的法律問題」。截尼則主張在法律生活中成文法不過是許多淵源中之份子。餘如習慣、學說和司法者的「自由的科學的發明」都是於現實法律的總和有極重要的供獻的。

其他的法學家如狄驥氏在他的拿破倫法典以後民法的遷變的統觀，如歐利烏氏在他的公法的原則，如客露喉氏在他的法的健全和律的衰弱，如摩來因氏在他的事實對於法典的革命，如雷拿兒氏在他的法律邏輯和常識，和律的價值，如婆納卡士氏在他的法學和浪漫主義，如助薩郎氏在他的權利的性質及其相對性——無不對於傳統的學說有所攻擊。雖則他們自己也許有立場上的出入——有的是屬浪漫派的有的是帶些玄學的氣味的，有的是想用科學方法來改造法

學的，有的是以事實爲出發點的，有的是以道德爲前提的，——但是，他們對於舊式的古典派的法學，總是衆口一聲地表示個不滿。最能揭示現今的法國的法學的風氣的是截尼所引自莎士比亞的詩句：

宇宙之大，無奇不有，

你的哲學，夢想未周！

德國的法學家如愛兒利舒氏在他的法律邏輯和自由的判決和自由的法學，如柯拉兒氏在他的成文法的解釋如格墨林氏在他的法學到那裏去；福喀士氏在他的法律和真理，又如奧國法學家吳次兒氏在他的法律的思維術，——他們對於那限於三段論法的解釋方法無不加以碰擊或甚至於嘲笑。◎愛兒利舒說得最有勁：

「在人們的天賦才知中，邏輯的精細是最無出息的了。在我們德國的神話裏面，魔鬼往往是一個很辯給的論理學家，這其間確含深遠的意思。」

五 結尾的幾句話

讀者念完了本文，也許會不耐煩地提出質問道：「你的題目是關於現今的法學的，可是所論卻是多數關於過去兩三個世紀中的法學，這豈不犯了文不對題的毛病了麼？」我的回答是：現今是個過渡時代，

93691 所以法學也祇是帶着過渡時代的色彩，這個時代的法學當然是批評方面，破壞方面居多，而建設方面，組織方面，即使有的話，也是很少。而且

不見得有多大的力量。一切正在醞釀，震盪，擾攘——這便是現在法學的狀態。換言之，對於過去法學的批評，即是現今法學大部內容之所在。就大體而論，現今的法學是趨重於情感的，以「變」爲前提的；正和過去的趨重於理知，以「不變」爲前提的法學針鋒相對。

荷蘭國有一位很著名的公法學家克拉白氏，他對於法學的進化有一段頗饒興趣的言論。依他的看法，法學的進化經過三個階級。第一個階段是恃着盲目的歷史上的推移；第二個階段是憑着理知；現在已經跨進了第三個階段，叫做情感主義的時代。這些論調當然是很時髦的，確能代表一般浪漫派的法律思想。

我對於浪漫派的和多元論的法學，並沒有什麼批評。我認爲這些現象是在過渡時代所不能免的。但是醞釀到了相當時間，情感所打出的新路線，情感所湧出的新要求，理知又要來做一番整理組織和建設的工作，使成就一個新的系統。那時節法學又將由浪漫的從新轉入古典的了，由多元的從新轉入一元的了。這並不是說過去的歷史將重演一遍。那是不可能的，因將來的古典派的法學當然已經受了現在的浪漫主義的薰陶，它的組織材料也當然比較地充實化了。同樣，將來的一元論也得以現代的多元論所發見的種種事實爲張本而建設一個能夠吸收並且調和各種新的和舊的分子的體系。

照我的觀察，法學的進化並不是循着一條直線的。——如同克拉白氏所說。進化的路程似乎是一條曲線，——一條螺旋式的曲線。這條

93692 曲線也不是個鐵軌，因為在歷史上往往有一種不可逆料的勢力突然發生，能使法學暫開倒車，或突飛猛進，或甚至於開出別的路線，和上述螺旋式的曲線不是完全同一個方向的。

從前德國的大詩人歌德對他的崇拜者愛格門說：「在一種主張被推翻了之後，對於什麼是真理便會發生疑惑。但疑惑是可暫而不可久的。它不過給人心以一個刺戟，使其為進一步的討究和嘗試，於是新的立足點又發見了，而人心又可獲得一種滿足和安慰。」

疑惑的境界決非人心久安之地。破壞之後，必有建設。將來的建設的具體方式，誠然難以預見；但是我敢大膽地說我們如果要建設新法學，那末先須完成下列兩部工作：

(一) 第一個工作是建設一個法律的方法論。法律是一種估量和權衡利害的學術。它的目的不僅是發明事實。也許證據學的目的是發明事實；但是證據學祇是法律的一部分。發明了事實之後，就要對這些事實加一個評判；那纔是法律的神髓的所在。既然如此，法律的方法——評判的方法——當然和自然科學的方法不同的了。因此，我們不能逕將自然科學的方法拿來適用於法律的裁判。我們必須悉心研究並改良法律的方法。這就是法學的任務之一種。

(二) 第二個工作是建設一個法律的目的論。法律既是估量利害的學術，那末法學的一種重要的任務是在評判法律的估量是否適當。但怎麼纔叫有當？要解答這個問題，就須假定一種標準。這種標準似

乎不能求之於法律之內。因為法律不過是促進人生的價值的一種工具。這裏就發生二個問題：第一，人生的價值和意義在那裏？第二，法律怎麼纔能儘量地促進和充實人生的價值，並隨時隨地提高人生的意義。

① 這篇論文的範圍是限於英美德法奧荷等國的。所以許多話不能適用於意大利和蘇俄兩國的法學。這兩國似乎各有各的中心思想的。前者置法律於唯心史觀之下，後者則將法律建設於唯物史觀之上。

② 所謂時代精神不過是一種通行的風氣罷了，並不是一個神秘的靈魂，好像薩維尼氏的「民族精神」一樣。我們觀察現代的各種學術上的思潮有幾個比較地共同的趨向，因名之曰「時代精神」。我們並不主張現代絕對沒有和我們所認為時代精神相反的思想，不過比較起來，恐怕它們不是很強有力的吧。

③ 數月前，梁鑒立博士在他的黨草初稿中的國際趨勢和外交權（見二十二年九月份的時事月報專文欄第一頁）一文裏曾說：「假使歷史派的法學家的話是對的，法律是民族精神的表現，我們也可以說，憲法是時代精神的表現。」依我看來，時代精神不過是影響法學的一種勢力，似乎不能說什麼法律就是時代精神的「表現」。

④ 梅汝璈博士說現在的中國是缺乏中心思想的。（見二十二年八月份時事月報專文欄第一〇三頁。）這話對於中國是否有當，不在本文討論範圍之內。但讀者閱本文後，當知現代的外國倒是有這般彷徨的現象。

⑤ Roscoe Pound, *The Rejection of Liberalism*, University of California Chronicle, July, 1929, pp. 229-247.

⑥ 現代的心理學有強有力的兩個學派。一個是「心理分析」派，專門研究潛意識的。（見 Freud, *Lectures on Psycho-Analysis*）一個是「行為主義」派，專門觀察人或其他動物的行為的。（見 Watson, *Psychology from the Standpoint of a Behaviorist*, 和陳德榮所著行為主義。）

他們兩派雖然各有各的立場，但是對於「本能說」卻是一致反對的。

- ① 參見 Russell, A B C of Atoms, London, 1923.
- ② 美國哲學家兼心理學家詹姆士曾說：“Even prisons and sick-rooms have their special revelations”（見 James, “Talks to Teachers on Psychology: and to Students on Some of Life's Ideals”, New York, 1920, p. 264）我曾在“Stannler and His Critics”一文中引徵這句語，後來丘漢平博士將那篇論文譯成漢文，那句話譯為：「故病人犯人有其特殊之啓示也。」（見吳經熊法律哲學研究上海法學編譯社出版，第八十七頁。）
- ③ Wignore, Introduction to Albertsworth, “Selected Cases and Other Authorities on Industrial Law”, Chicago, 1928, p. XV.
- ④ 關於這個年代的風氣，參見 Metz, History of European Thought in the Nineteenth Century, Vol. IV, pp. 432-3. 這部書為研究十九世紀歐洲思想史者必讀之書，已有漢譯（伍光建商務印書館出版，惟祇出一冊）
- ⑤ 見鄧析子無厚篇。
- ⑥ 見老子第三十九章。
- ⑦ 參見 Haines, “The Revival of Natural Law Concepts”, Dickinson, “Administrative Justice and the Supremacy of Law”, Chapter V, Stannler, Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence.
- 在中文方面，可參考張奚若的自然法觀念之演進（見武漢大學社會科學季刊第一卷第一二兩號）及燕樹棠的法律與道德的關係（見同刊第一卷第一號）張君的文內引徵了許多關於自然法的書籍，讀者可按圖索驥，這裏因限於篇幅，祇得從略。
- ⑧ 以上關於霍布士的話是根據 Hobbes, Leviathan (Every Man's Library).
- ⑨ 參見 Thibart, “Über die Notwendigkeit eines allgemein bürgerlichen Rechts für Deutschland”, 1814.
- Savigny, “Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und
- 東方雜誌 第三十一卷 第一號 關於現今法學的幾個觀察
- Rechtswissenschaft”, 1814.
- Small, “The Thibart-Savigny Controversy”, Chapter II of “Origins of Sociology”, Chicago, 1924.
- ⑩ 見納爾遜著法律與歷史
- ⑪ 見 Pound, Interpretations of Legal History.
- ⑫ Savigny, “System des heutigen Römischen Rechts”, Berlin, 1811.
- ⑬ 見 Hohens, Collected Legal Papers.
- ⑭ 見 Holland, The Elements of Jurisprudence, 13th Ed. p. 13.
- ⑮ 關於亞當斯密參見 Brown, The Austrian Theory of Law.
- ⑯ Walker, History of the Law of Nations.
- ⑰ Judge Baldwin 的著作見 Pound, “Juristic Science and Law”, Harvard Law Review, Vol. XXXI, p. 1047.
- ⑱ 見 Carter, The Actual and Ideal in the Law.
- ⑲ Geny, Method d'interpretation et les sources der droit positif privé. 茲將上述各家著作的原文依次開列於左：
- ⑳ Duguit, “Les transformations généraux du droit privé depuis ‘le Code Napoléon’”.
- Haurion, “Principes du droit public”.
- Cruet, “La vie du droit et l'impuissance des lois”.
- Morin, “La révolte des faits contre le code”.
- Renard, “Le Droit, le logique, et le bon sens”.
- Renard, “La Valeur de la loi”.
- Bonnescaze, “Science du droit et romanism”.
- Josserand, “L'Esprit des droits et leur relativité”.
- 書目的原文如下：
- Ehrlich, “Die Juristische Logik”.
- Ehrlich, “Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft”.
- Kohler, “Auslegung der Rechtswormen”.
- Gmelin, “Quosque”.
- Fuchs, “Recht und Wahrheit”.
- Wurzel, “Das Juristische Denken”.