

美國新學院派的自然法理論及其對實證法學的批評

涂懷壁

一、導　　言

誠如美國哥倫比亞大學法學名教授佛立德曼氏（W. Friedmann）在其大作「法律理論」（Legal Theory）一書中，論及「自然法之歷史」，有言曰：

「自然法之歷史，乃一人類尋求絕對正義之成敗史乘。過去一千五百年間，自然法思想一再以各種形態出現，以尋求一高於現實法的理想，歷經拒斥及嘲弄，而不稍懈。而由於社會及政治情勢之變遷，自然法之理論亦恒隨之而變。然其中有歷久而不變者，厥唯籲求高於現實法之一事而已；其目標，則常為對於當時權威之合理性的反抗也。」（註一）

因此，在自然法史上，自然法思想與實證法理論，長相對立。自然法之理論，對人類歷史，卓著貢獻，至少有以下數事：（一）轉變古羅馬的限於羅馬市民適用的市民法為一世界性的萬民法，（二）中世紀時，成為教會與德國君主鬭爭之武器，（三）提供國際公法效力之理論基礎，（四）個人要求自由以對抗專制之根據。（註二）自然法理論之發展，（註三）經美、法革命，而登峯造極。其歷史價值，誠功不可沒。但因其理論，趨於極端的理性主義，過份偏重個人理性，而忽略經驗事實，遂引起歷史法學派與分析法學派相繼起而攻擊，終至自然法理論，一蹶不振。（註四）

自十九世紀以後，實證主義法學乃取自然法理論而代之。其成就，固有所貢獻於社會秩序之「穩定」（Certainty），（註五）然因此而忽視法律之內容與正義，使實證主義法學成為一「法律形式主義」（Legal Formalism），殊難以維持社會秩序於長久。（註六）隨着第一次世界大戰爆發以後，自然法方顯呈一片復興之勢。至第二次世界大戰後，審判納粹戰犯，更明白地以自然法為理論依據，（註七）自然法理論又一度有再造青春之象。

綜觀自然法復活之理論，其發展方向，頗有不同之歸類。例如，布朗氏（Brendan F. Brown）分為以下兩途（註八）：

(甲) 循學院派的途徑者，乃繼承聖、托瑪斯、阿葵那 (St. Thomas Aquinas) 的「客觀的自然法」的理想，基於人性，而遵守「爲善去惡」之大原則，承認人格之最高價值，以尊重生命、財產與幸福之追求。惟此種統治人類行爲之大原則，因應隨社會事實之變遷而變。——此在法國，有所謂「新托瑪斯主義」(Neo-Thomism)。(註九)而美國，則有所謂「新學院派的法律哲學運動」(The Movement for a Neo-scholastic Philosophy of Law)。(註十)

(乙) 循「非學院派途徑」者，其中，又可分爲：①主張有一不變的，客觀的，超越的行爲理想，爲人類行爲所應遵行的「超越的理想主義」(Transcendental Idealism)，有所謂「新康德派之絕對主義」(Neo-Kantian Absolutism)者，意大利法學家德凡奇 (Georgis Del Vecchio) 屬之。②主張相對的人類行爲理想之「相對理想主義」(Relative Idealism)，以此種理想乃先驗地存在於一客觀秩序之中，而非僅從事實中產生者，故「應然」乃與「實然」同時並存。有如：美國之摩里斯、柯亨教授 (Morris R. Cohen)，(註十一) 認爲：此種理想，乃一邏輯的常數，並非一成不變者。但人數須致力於形成一合理的理想，俾對於特定時空之法律事實，爲最佳之統制，故又可稱爲「倫理的理性主義」(Ethical Rationalism)。③爲「準理想主義」(Quasi-Idealism) 的「社會理性主義」(Sociological Rationalism)。因其理想乃從「社會理性主義」中演生而成，故爲一種社會學的自然法理論。其理想，具有極大的相對性，哈佛大學的富勒教授 (Lon L. Fuller) 與印第安那大學的霍爾教授 (Jerome Hall) 屬之。(註十二)彼等相信：此種理想，乃存在於人心以外，且爲依變動不居的社會現象，而產生的可變的思想。(註十三)

佛立德曼氏則係採三分法：(註十四)其第一類，亦係趨向於學院派的自然法思想，而表現爲「天主教法律理論的現代化」。其第二類，乃以史丹姆拉氏 (Stammller) 的「可變內容的自然法」(Natural Law With Changing Content) 為代表，而表現爲一種「純粹形式意義的法律理想的自然法理論」。第三類，則係視「自然法爲一種演進的理想」，而成爲「現實法發展中的一種指導力量」。其代表人物，爲法國的吉尼氏 (Géry) 與意大利的德凡奇氏 (Del Vecchio)。二氏均認爲：自然法的主要功能，乃作爲現實法的一種指導。——第二及第三兩類的新自然法理論，具有「共同的特徵」，即均「反對」學院派及

理性主義者的「絕對理想」，而表認為一種「懷疑主義」。認為：所有的價值，均屬「相對」；也「沒有一種絕對的正義理想」，可望得到普遍的承認與有效。——其與吉尼理論接近，但又帶有新學院派的自然法家，為勒夫氏（Le Fur）。(註十五) 氏認為：自然法即因其正義的觀念便成爲必要，此乃「基於人性」，而後顯示人之爲一理性的動物，乃因其係由一具有更高的意志與智慧的上帝所創造者。(註十六)

關於自然法復興的各種新自然法理論，本文不擬詳述。僅擬就美國「新學院派的自然法理論」及其「對實證法學的批評」，略加介紹，以見上述自然法復興的第一方向的若干情形。至於其他各種新自然法理論，及其得失的檢討，容當另爲文論述之。

11、美國新學院派的自然法理論（之二）

——阿德勒教授論「自然法的通性」

美國新學派的自然法理論，有如前述，乃肇端於「新學院派的法律哲學運動」。該項運動，起於本世紀的二十年代至三十年代，由若干大學的法學院教授所發動。諸如：福特亨（Fordham）、底特律、馬草特（Marquette）、喬治城（Georgetown）及諾德兒、丹（Notre Dame）等大學是。各大學之法律評論，大量刊載自然法論文。而後，諾德兒、丹大學的「自然法研究所」（The Natural Law Institute），刊行了「自然法論壇」（The Natural Law Forum）。近年來，聖約翰大學（St. John's University）的法學院之「聖·托瑪斯·摩爾法律研究所」（The St. Thomas More Institute of Legal Research），亦開始出刊具有相當影響力之「天主教法家」雜誌（The Catholic Lawyer）。而「美國律師協會會刊」（Journal of the American Bar Association），自四十年代開始，亦充滿了關於自然法正反雙方的名家論文。過去數年間，則南美以美大學（Southern Methodist University），開始每年刊行「自然法論集」（Symposium on Natural Law），故自然法復興運動，在美國正方興未艾。(註十七)

本文所擬介紹之「美國新學院自然法理論」，共有四家：〔1〕爲阿德勒教授（Martimer J. Adler），氏之主要貢獻有二：（1）爲指陳：歐洲各時期的歷史中，均係接受自然法的理論，惟其主張各有不同而已。（2）爲指陳：接受及反對托瑪斯，阿葵那的自然法理論的學者之間，實具有共同的自然法觀點。〔2〕爲麥金南氏（Harold R. Mckimmon），氏特別強調，在今日的社會情況之下，自然法仍然可以付諸實施。〔3〕爲帕沫爾氏（Ben. W. Palmer），〔4〕爲肯尼第教授（Walter B. Kennedy），均爲對實證主義法學加以批評的新學院派自然法學者；惟帕氏攻擊頗爲凌厲，而肯氏則多折衷之論。而由此四家的批評實證主義法學，當亦可反證新學院派自然法理論之爲何。——即此四家之言，吾人當不難窺知新自然法理論發展方向之一端，而後可進而論其得失也。

茲請先言阿德勒教授之自然法理論。

阿德勒氏爲芝加哥大學法律哲學教授，其主要著作有：「犯罪、法律與社會科學」（與 Jerome Michael 合著，一九二一三年出版），「藝術與審慎」（Art and Prudence，一九二七年版），「人造就了人的什麼」（What man has made of man，一九三七年版），「托瑪斯與外邦人」（Saint Thomas and Gentiles，一九三八年版），「托瑪斯派理論歸類的問題」（Problems of Thomists: Problem of Species，一九四〇年版），「道德辯論集」（A Dialectic of Morals，一九四一年版），「戰爭與和平論」（How to think about War and Peace，一九四四年版），以及「自然法哲學論」（The Doctrine of Natural Law Philosophy，一九四九年 Notre Dame 大學出版「自然法研究所論文集」Natural Law Institute Proceedings 第一集。）

阿德勒氏認爲：現代哲學家的任務，在於導使搖擺不定的道德懷疑主義者（實證主義者即係如此），回到走向真理的理性之正途。現代的亞里斯多德與阿葵那氏的信徒們，其所遭遇到的情勢，與五世紀初的希臘，柏拉圖與亞里斯多德的情勢類似：古代的詭辯學者否認知識的存在；而現代實證主義者，則認爲實證科學外無知識。爲了應付此種形勢，阿氏乃建議：『要用歸納的方法，來建立一種「意見」與「知識」不同的區別，而顯示「哲學始爲知識」；真理是客觀的，並且對一切人均係如此，

因為真理乃思想與實在的一致，「感覺的知識」與「智慧的知識」亦是有所不同的，而且人不能僅賴感覺而認知事物；實體的存在，乃是變的主體。」（註十八）——故氏以：現代哲學家的初步工作，便是要採用亞里斯多德的態度，來重建基本的哲學真理。

建立關於存在、善良、與人性的終極的真理，是可以提供一種客觀的普遍的倫理以基礎的；結果，便可以從其中導出政治的原則。氏有言曰：「在像今日這樣的世界裏，哲學家能做的最好的工作，便是在玄學與心理學的領域中，為道德的睿智而作歸納的工作，最後，則是為一種真正的政治哲學建立其基礎。」（註十九）

採用理性而達成的基礎原理，必須是建立起來可作為將來行為之指引的。而「粗疏的經驗主義」，則必因其缺少方向而歸於失敗。是以「法律的實施，無論係立法者，法官或律師，胥視其對於法律的知識與對於社會的知識（包括其成員、制度、程序各方面），而定其成敗。前者的知識具有理性的特性，而後者的知識，則或者是理性的，或者是經驗的……經驗的知識是不能睿智地運用於法律的施行的，除非業已決定了其施行的目的。而此一目的決定，只能根據倫理學與政治學的原則，才能合理地作成；故倫理學與政治學，實提供了任何實體法之合理解釋以基礎。」（註二十）

自然法的著作，亦如唯實主義法學的著作，論點殊為紛歧。是故認識淺薄者，殊難瞭解自然法的真正意義如何。但阿德勒氏指陳：基於自然法的原理，實已產生若干共認的真理。——此點，為阿氏主要貢獻之一。氏認為：柏拉圖，亞里斯多德、聖托瑪斯、洛克、盧梭、康德，乃至霍布斯與斯賓羅查（Spinoza）等，均係確認自然法的學者。這些思想家在特定的自然法理論方面，是殊不相同的；然而，他們實有若干「共同的自然法觀念」存在。約言之：（註二十一）

第(1)，「國家或政府制定的法律，並非唯一運用於社會中各方面的行為的指引」。（註二十二）

第(2)，確認：有可適用於一切人的普遍的規則或原則，而不僅適用於某一時代或空間的某些人或某一社會。

第(3)，確認：「有非人造的行為規則的存在，此等規則在其被安排的意義上言，不是人定的法律」。（註二十三）

第(4)，人類可以經由理性的活動，而發見普遍的法律或行為的原則。

第(5)，確認這些普遍的原則，乃所有特殊的行為規則的淵源；甚至那些個人爲其自身而制定的規則，或政府所制定並以力量來維護的規則，亦係淵源於這些普遍的原則之中。

第(6)，這些普遍的原則，構成所有其他規則被判定爲善或惡，是或非，正當或不正當的標準。

上述共同的認識，有什麼重要性呢？其答案是：一個學者或一位法官，如果他採用了「自然法」這一用語，則無論其是否尚有其他對自然法的認識，只要他確認道德與政治的真理的存在，爲人可以理性來發見之，他便會正面的反對實證主義。因他係立於一項認定：人類的行爲是可以立於是與非的認知上面的，亦即「立於一切人均應尋求的認知上面（大前提的原則），因而自必不可避免地接受其含義之所在（第二步的認識）而反對實證主義了」。

阿氏對於一切認爲道德判斷僅是意見不同的問題的人，均表反對。蓋彼等認爲：人性或理性，是不能決定人應尋求何事的，而唯一解決政治爭議的手段，便是訴諸力量（人數多寡的力量或武力）。

阿氏指陳：「自然法的反對者」有二類：(一)爲「否定任何道德或政治的真理的普遍有效性的懷疑主義者」；(二)爲「認定採用『自然法』一詞乃是一塊絆腳石的人」。(註二四) 氏認爲：此種雙管齊下的反對論，如果吾人強調「自然法與國法，並非同一意義之法律」，(註二五) 並能覺察到同一的定義，是不能對二者同樣適用的話，則可減少其反對的力量。

然則，「自然法是如何制頒」的呢？

托瑪斯的答案，是：用「教訓」來公布自然法。其公布的權源則是知識。如果誰知道自然法的原則，他便可以教育自然法；而「實證法則是由習慣或公告來制頒的」。阿德勒氏對此有曰：「立法機關公布法律，就其最好的意義來說，便是用命令來制定法律；亦即謂，法律乃是從其制定者的官方的或公共的權力中獲得其效力，而不是由制定者的知識而賦予其以效力。」(註二六) 故當托瑪斯論及法律之強制力時，很少係就自然法而言。假使吾人將自然法歸之於神爲其制定者，「它也是沒有強制服從的效力的。蓋茲所謂的強制，乃指運用力量來迫使服從實證法而言，故不能使自然法生效也。」(註二七)

因此，阿德勒氏堅持：「沒有一種法律的定義，是同時可以適用於自然法與實證法二者的」；因爲，二者實具有不同的本

質。氏認為：實證法係賴外在的力量來強制服從，自然法則不然；實證法係經由非固有的公布而公布，而自然法則係由自然的探討中而發見。因而：實證法具有一種自由的意志的選擇，而自然法中則缺少此種選擇的自由；且實證法僅對那些構成社會的個人，具有拘束力，而自然法之實施，則不受政治組織之限制；實證法的規則，可據於有關的社會的組織來判斷，自然法則無此種關係的存在。

阿氏深知人類用語的習慣不易改變，故要求法學家放棄「自然法」，是無益的。同時，氏亦不寄望於改善此種概念上的混淆，除非吾人能够清晰地瞭解：當吾人謂「自然法」時之法律，與謂「實證法」時之法律，其意義實大不相同。

「瞭解自然法與現實法的不同」，阿氏認為：對於在智慧上培養「世界和平」的因素，殊具重要性。——氏提醒吾人：現實法而無自然法的基礎，乃純粹的武斷，故須自然法使之合理。在另一方面，自然法而無現實法，則不足以達成實施正義與維護和平的目的。氏認為：世界永久和平的唯一希望，在於建立全世界的法律統治，亦即一種「真正的國際法」。作為一種社會的與理性的動物的人類，其真正的目標，乃「公善」(Common Good)。而何為公善，以及用何種手段來達到公善，則為一何者為人們所不同意的問題。如採用武力來解決未獲同意的問題，是為戰爭；而結合理性與力量來解決之，則為法律。不過，在法律之外，自尚有其他統治的因素存在。而一社會的基本的現實法，必須是「憲法」。故無人係超越於法律之上；氏有言曰：「法律的強制力是適用於一切人的，無論在公務機關，或私生活中，莫不皆然。……而一種法律的標準，又決定了法律之制定，變更與施行。」(註二八)

法律統治之另一必要因素，則為自然法。於茲，「阿氏所謂的自然法」，僅指「那些正義的原則，乃除理性本身之要求外則無權威之可言者。……此等原則，來自人性與社會之中。如果人非本性上是一種理性的與社會的動物，則無自然正義之可能。」(註二九)而其所謂「自然的正義」者，阿氏會析論之如次：「是亦即應予一切人平等待遇之『平等』；而其所遭受到的不平等，則應予改正，並使之平等；並且，每一個人，均應依其本質及其工作而予其所應得者。」(註三十)

阿氏又進論：「基於自然正義之原則，人類乃有『自然權利』；破壞自然權利，便是侵權與反正義。而缺少自然正義，則

自然權利無意義之可言，抑且缺少自然權利的觀念，則除以武力解決爭端外，將一無所有，惟有權力，惟有壓迫與偏私而已。要試圖和平地調解爭端，將亦無餘地也。」（註三一）

氏又有曰：「正如同憲法之提供規範，來決定一切政府行為之正當法律程序，自然正義的原則，亦提供了一種規範，來決定憲法本身是否正當或不正當。吾人謂某法合憲或違憲，但吾人不能說憲法合憲或違憲，而只能說其正當或不正當。蓋憲法乃制定而產生，亦即其本身即為現實法，故必須要有一決定其合法性的規範之外在的前提。」（註三二）

由是，阿氏乃認定：「自然法單獨是不足以適應法律統制之需要的；尚須要有現實法在自然法之架構中活動。」——是現實法多小可逐漸變成自然正義之完善的體現。（註三三）而現實法的規則，實乃「自然正義的原則之具體的特定化，由是乃使此等原則，可以以一種有利於其歷史發展中偶發的情勢的態度，來指導特定社會的事件。」（註三四）

上述的觀點，阿氏更予以申論：今日實無國際社會之可言；因「國際法的規則」，不過只是「道德的概念，最後仍係從自然正義的原則獲得其權威，而不能從政府的現實的制度中，得到強制實施的力量。國際法並不較國家之間的條約為多，而主權國間之條約，實亦並不較之片紙為愈也。」（註三五）

阿德勒氏的結論是：在世界社會受法律統治之前，是無和平可言的。氏對於今日世界現況固深覺失望，但對將來，仍存有希望。氏有言曰：

「最後，讓我來作兩點預言：第一，歷史的動向，是趨向於世界社會，與一永久而普通的和平。屆時，將建立一所有人類均包括在內的單一政府的組織。但我的第二點預言，却是，此次大戰（指第二次大戰）結束，並不能產生和平，而僅僅是一種休戰而已，不過可能是一種較大規模的休戰，並且會有前所未見的關於條約與世界法院的，更為欺人之談。因其究非和平，而僅為休戰也。」（註三六）

總之，阿德勒氏因不滿於其時代的懷疑主義與實證主義的法學家，故轉而求諸於過去，並在亞里斯多德及阿葵那氏的理論中，獲得了答案。他對於失落的懷疑主義法家，實擔任了指導與啓迪的角色，而他深信，其所提出的理論，確為真理之所在也。

三、美國新學院派的自然法理論（之二）

——麥金南氏論「自然法在現代之可行性」

麥金南（Harold R. McKinnon）氏為舊金山的著名律師，氏在著名的法學雜誌，發表有關法律與哲學之論文甚多；（註三七）其主要致力之論點，為反對應負今日思想界嚴重破壞責任的力量，而認為「自然法在今日，仍有可行性」。

氏與所有新學院派法家同樣提出了同一的基本法理問題：——是否一切的人權，均由國家賦予？抑人類享有若干屬於人性，亦即由上帝所賦予的權利？蓋相信一切人權均來自國家，乃實證法學家教條的基石；彼等堅主：吾人知慧中唯一有效的要求，乃是關於事實的知識；而事實的知識，則須在經驗科學中求得，由是才能獲得真理。此種真理，乃是相對性與試探性的。（註三八）故實證主義法家，特別強調：人類沒有道德上的權利，而只有來自國家的法律上的權利。

麥氏因而乃「將現代極權政府的制度，與實證法思想合而為一」，蓋因後者乃視人民非人而為物，是以人民的唯一的權利，僅是那些國家認為適於賦予的恩惠，而且可任意隨時撤銷者。自然法哲學則與之相反，認為：人類的知慧是可以獲得超越事實與僅僅科學性質的知識的，故可以提供真實而可認知的東西，以為道德與法律秩序的高貴的基礎。自然法家的基本信條，是有若干事物，是具有永久性的真理的；其中之一，便是個人均享有某些超越於國家所賦予的權利之上的權利。美國政府的創始者，便是堅持人類乃由一種道德法所統治的精神的存在，由是人乃享有某些直接來自其創造者的權利，而與國家無關。道德法乃根於人性，故為固有的，並且是不可讓與的，更是在國家範圍之外的東西。事實上，國家有關此等權利之地位，僅是保護與保障此等權利而已。（註三九）

麥氏認為：「現代法律思想的崩潰，主要乃由於法律與哲學睽離的結果」。氏同意普洛克（Sir Frederick Pollock）爵士的看法：「現代法律之被困擾的危機，在於複雜的事實與細微末節立法的趨勢，使之沒有自然發展的餘地，因而在一些死硬的事物的壓力下，扼殺了自然原則的生命，在後代看來，此等立法較之一堆廢物，並不為愈也。」（註四十）麥氏特別認為：「

現代法學思想的崩潰，主要係由於以下三種有力的法學派別」所致：

其(一)為「法律唯實主義」。——認為法律為一種純事實的制度，其中排斥一切價值的存在。尚有以「分析法學」為掩飾的「實證主義法家」，認為法律為命令，並充份運用法律與判決來導致未來的立法，亦屬此派。

其(二)為「歷史法學派」。——認為法律的淵源為，在習慣中所顯示的人民的良知。

其(三)為「實用主義法學」。——由於其缺少目的概念，而產生了手段的混亂，對於道德與法律，均有所影響。麥氏對此總結曰：「於此乃吾人文化解體之最深邃處所在，結果產生了科學、哲學與宗教的分離。在此種力量之下，善良的人們奮力以救社會之病態，但由於彼等知慧上之空虛，而歸於徒然。法律的大工具，乃在此種情勢之下，發揮其對於人類生活巨大力量。」（註四一）

其次，再看麥氏「論自然法應有之地位」。首先，氏重申「法律三級」（Three levels of law）的觀念：

第一，「法律的原理」，是為法律之最後的實在。由是，乃規定了善行須付諸實施，而惡行則須避免。此項原理，並非由於推理而獲致，而是自明的。它乃「是與非」的科學的基礎，而自然法的大原理，便是尋求「公善」（Common good）。

第二，「法律的概念」，乃由法律原理而必然立即產生的結論，並提供達到法律原理所表現的公善以手段。法律概念，一般包括於「萬民法」之中，而為一切社會的法律的特徵，即因其乃從法律原理中可引伸出來之故。較之法律原理之為最後的，且不能證明的性質，法律概念則為推理過程的結果。不過，這兩者，均不能即成為政府的行為；蓋法律原理僅能確立法律的目的，而法律概念則僅能確定一般法律的手段，故有第三級法律，亦即「現實法的規則」（Positive rules），用來約束特定案件的必要了。

第三，「現實法的規則」，乃是試探性的，不確定的，而且是臨時性的。蓋此類規則涉及事實，事實發生變化，則規則亦必須要變。比較言之，以上兩級法律，均是不變的「應然的性質」。

麥氏愛以「自然法為法律的原理」，而有言曰：「法律乃自然法原理運用於人類行為的管理；法律原理而無法律，是為孤

生；法律而無原理，則爲不負責任而且是無政府的東西。」（註四一）抑且，「自然法是無時間性的，因人類乃永遠與公善相關，並由正義而與其鄰人相聯。法律包括了經常與變動兩質：法律的原理是經常性的，是在事實後面的東西；而法律的規則的是變動性的，其中包括了事實在內。」（註四二）

麥金南氏在其著名的演說「更高級的法律論」(The higher law)中，對其信條，有最佳的說明。氏以人類由於其自然的德性而知是非，此種覺性，不是他人所能傳授的，毋寧是一種根於人爲理性動物之本自然而來，亦即爲人性的一部份，而人性乃上帝所賦予者。它是在一切地方永久統治一切人類不變的原理，對於人的私生活及社會行爲，均適用之。在本質上，此項原理，可以在古希臘的文獻中發見，而由亞里斯多德使之發揚光大；蓋亞氏分法律爲「普遍法」及「特定法」兩種：後者乃社會中的現實法，而前者即爲自然法。麥氏並追蹤法律原理的發展，自西塞羅(Cicero)，經中世紀，一直到英國的霍克爾(Hooper)、柯克(Coke)及卜列克斯通(Blackstone)的著作，最後，在美國的威爾生(Wilson)、亞當士(Adams)、阿第士(Otis)及哈密爾頓(Hamilton)等人的著作中，亦發現其踪跡。傑佛遜在獨立宣言中，更作了不朽的表現，而確認：凡人皆生而平等，並由其造物者賦予某些不可轉讓的權利，而政府的目的，即是在於保障這些權利。

麥氏認爲：如果沒有此一較高的法律，則辯論人定法之不正當性，便缺少了基礎。而如其沒有自然法，則亦無自然權利之可言；果真如此，則「人權法案」不過只是一幻想，而人類的生命、自由、財產等，也只有賴於政府的寬容來維持了。如果這些神聖權利的存在，繫於不確定的威脅，則可能最後，政府會取銷這些權利。如果我人對於這些永久真理的概念加以嘲弄，如其一切因而都改變了，則自由將變成奴役，民主爲暴政所替代，實乃咎由自取也。

四、美國新學院派對實證法學的批評（之一）

——帕沫爾氏論「實證法學之惡果」

帕沫爾氏(Ben W. Palmer)，亦爲一名律師，執業於印第安那州之首府密里阿破立斯(Minneapolis)。氏於一九三九年出

版「馬謝爾與唐尼」(Marshall and Taney)，並曾發表有關哲學與法律史之論文多篇，大部份刊登於「美國律師協會會刊」(The American Bar Association Journal) (註四四)。

氏首先認為：現代法律哲學之罪惡的結構的建築師，乃霍布士。蓋霍氏的成就，在於提高國家的地位，使之不受制於任何更高的法律，而表現主權者的命令於現實法之中；現實法則僅受主權者意志之支配，而不受理性的約束，也不受依據自然法與正義的原則所作的批評。霍氏相信：法律即是意志，而由主權者爲了秩序的利益表現之；蓋因人類乃感情的動物，過於其爲理性的動物。自由，在霍氏看來，並不是一種權利，而僅僅是國家因時而異所容許的減少限制的程度。——帕氏對於此種理論，大加抨擊，而有言曰：

「吾人認爲：由於霍布士的提高主權國家地位所產生的國際無政府狀態，產生了兩次世界大戰的不可理解的毀滅，及納粹與俄國極權國家的難以言宣的殘暴，應當使人類在此種哲學滲透人心，乃至滲入法學之中，而潛存着對於憲法與自由加以嘲弄之前，暫獲休息。」(註四五)然而霍氏已死，故採用霍氏哲學，並付諸實施者，才是帕沫爾的真正攻擊的目標。故帕氏認爲：何姆大法官(J. Holmes)與希特勒，實乃一丘之貉(註四六)。

何姆士認爲：法律爲主權者的命令，因而其拘束力在於物質的力量，其表現，或爲實際的力量，或爲威脅的力量。故唯一的法律，便是主要的社會團體的命令。是以帕氏認爲：何姆士的此種觀點，實無異於謂「力量產生權利」。遵循此種理論，到最後，其結果便是貶抑人類，而將之變成一在專制國家手中的傀儡的地位。故帕氏堅主：何姆士與希特勒均係致力於同樣的目標，而何氏之爲一有修養的紳士。並不傲慢地迫使他人去屈從其信仰，並且不宣稱那位金髮野獸(即力量)的最高地位等的事實，實不能使吾人盲目於其法律哲學也。

其次，帕氏又對杜威(John Dewey)、詹姆士(William James)及其實用主義的信徒們，亦高舉巨斧以闢之；而指陳：在彼等看來，眞理不過是由社會經驗所決定的功利而已。實用主義者不信任哲學，並認爲，眞理較之相信：觀念(在實質上，亦爲經驗之一部份)只有在其有助於使吾人進入與其他經驗部份之關係時，才是眞理，實並不爲多。——凡此種種事實，帕

氏認為：均為現代知識中最壞的愚行而已。（註四七）

帕氏認為：由於工業革命的到來，而加速地奔向財富的尋求。其結果，使個人開始尋求一種新的最高權力，階級鬭爭遂在人間出現其巨影，帝國主義國家亦圖控制落後國家及其自然資源。此種發展，便是「唯物主義」，並由是而產生了現代的偶像。物理科學家強調事實的考驗，而利用被認為具有嚴格的客觀性的「定量方法」；同時，貶抑定性的事物為太主觀。歸納的推理也取代了演譯的推理；並且否定任何不能用分析法來分析的事物。——由是便產了實用主義者；彼等堅守上述原則，而應用於社會科學，陳述彼等對於理論與抽象的不信任，並要求排除道德的考慮。因而有很多實證主義所描敘的特定事項顯示出來，而強調變化，反對穩定，轉向暫時而遠離永久。

以上這些思想，便是當前美國主要的思想模式；而在法律的教育中，採用了「例案教學法」，實為其最卑鄙的表現之一。此種特殊化的思想，集中於科學的客觀性的事實，而避免哲學的與倫理的觀念，過份強調對於「是」如何的事實的分析，以致犧牲了「應」如何的認識。帕氏也認為：歸納法可提高研究的效率，但由於忽視哲學，並放棄道德，使得此種法律教育，傾向於導使律師僅為訴訟當事人的看門人，而犧牲了其為社會導師的機會與責任。——正由於實用主義者之堅持，一切眞理均屬臨時性的，以及霍布士派的主張萬能的國家理論，便形成了反對自然法復活運動的阻力。

除實用主義外，帕氏指出，其他反自然法復活運動的阻力，尚有：民族主義的興起，命令法的理論，資本主義的產生（使生命世俗化），功利主義（其目的在保障既得的利益），以及本世紀各種的極權主義的結構（否定人類行為的理智性及人類的自由意志）等等，均可歸入同類。（註四八）

然則，如果吾人繼續吾人今日所走的路線，其未來的結果將是如何呢？——帕氏預見：「大難即將臨頭」。而有謂：除非吾人對於此種現實法的巨浪，能加以阻遏，瓦解之勢，即將加於吾人之身。其「最大的恐懼」，為恐懼「極權主義將流行於世」！其唯一的解毒藥，則為恢復自然法的概念。蓋自然法要求作為一個理性動物的人類，參加一有序的宇宙之永久法之中。其所謂參加此一宇宙的秩序，意即謂：人類的行為，不應破壞自由、私有財產（因其乃自由的一個基本條件），或家庭（因

其乃社會的基礎）。

自然法乃繫於人類的統一，有機組織的國家概念（係對由人性之真正觀察得之），以及人類的理性（故有能力來看出事物的不變性）。而從上帝與宇宙的不變性質中，人類才被導致認知一定的與其自身存在有基本關聯的概念，亦即生命、自由與財產權的享有的不可侵犯性與永久性，以及其尋求之不可挑戰性。（註四九）

最後，帕氏深信：關於法律的性質與目的方面的思想，吾人可自歷史的忠實的研究中，獲得重大的價值。因為：「我們可從歷史中發見，過去自己國家之過失，並瞭解他國的缺點，並可從歷史事件之變動不居而獲知永久性之事物，而能容忍社會發展與人類關係之緩慢的進程。歷史亦可提供吾人以一種合理的樂觀，並不是因為某種歷史必然進步的溫和的理論，而係由於其能證明人類之彈性，可以一再的興起，而具有對於顯然的毀滅人類一切成就與希望的不可征服的精神。」（註五十）

總之，帕氏的理論，似在於解決力量（Force）與理性之間的基本衝突。維護力量的法律學派，在今日頗為普及。為了遏止其災害，必須要全心全力復活自然法，要求建立一個有秩序的統一的世界，為理性的動物之人類所統治。此種秩序，其根基在於：上帝與良知，以及不受挑戰的接受自然法的哲學，益以從歷史獲知的有益的教訓，才能使我們更接近地達到人類關係完善之境地。

五、美國新學院派對實證法學的批評（之二）

——肯尼第氏論「實證法學之得失」

肯尼第氏（Walter B. Kennedy, 1885-1945）為福特亨大學（Fordham University）的法律教授，自一九三〇年至四〇年間之新唯實派法家與傳統法學家之激烈辯論中，肯氏為維護新學院派自然法理論，並附帶維護其他傳統的法學，而對新唯實派法學理論，批評甚力；所著論文，皆發表於當時之期刊，而以「福特亨大學法律評論」（Fordham Law Review）發表者最多。

肯氏從不否認唯實法學家對於法律科學，有甚多具有價值的貢獻。氏認為：唯實法學在法律秩序中有其應得的光榮地位，

但是是限制於其應有地位之範圍以內的。而有如：費立克斯、柯亨（Felix Cohen）所謂「古典法學家的時代業已成過去了」，（註五二）及傑羅姆、佛蘭克（Jerome Frank）所謂「經驗的唯實主義的立場已到處展開了」，（註五三）則殊屬誇張過甚。肯氏認為：此類新唯實主義法家的論調，在今日言之，顯非事實，只不過為對於將來情勢的推測而已。氏堅決主張：古典派法學仍然充滿了活力，而唯實派之「功能主義法家」，如果誠實地預測將來而不是錯誤地主張非實存的事實，其立場當較為穩妥。

肯氏針對唯實法家費立克斯、柯亨之著名的論文「論超越主義之無知與功能主義法學」（*Transcendental Nonsense and The Functional Approach*），（註五四）提出了一篇答辯文，名為「論功能主義法學之無知與超越主義法學」。（註五四）氏於該文中指陳：功能主義法家認定「法律乃是一些超越的無知的混雜物，維持了愚昧、學院派的邏輯、三段論法的推理、超自然的概念與中世紀的神學」，故柯亨要求，全面的排斥那些所謂「超自然的法律用詞」，因其迷惑了人類的實在與社會的關係，而且也掩蔽了在法律之無知的烟幕後的誠實的論辯。——可是，肯氏認為：唯實法家，在否定了邏輯的詞句後，却又頗為容忍地，建立了一些與老的法律用語同樣模糊的新的法律字彙。唯實法家熱中於攻擊舊法律用詞之文字的魔術，實際上却是愚笨地建立了其自己的文字魔術，有如：「更惡化的虛無的懷疑主義，直覺，行為，模式，文化滯留，背景，目的，衝擊，歸納，以及老名詞的——法律」等，皆其標本也。——這些名詞，在唯實主義法家的工廠中鑄造，用譏諷的酸水來清洗後，滲以懷疑主義，而後計劃用來解決最複雜的法律問題，至少是當其據事實研究的指示來莊嚴地宣稱時，是如此。

「判例的原理」，在現代派的唯實法家看來，乃一種思想的習慣，基於判例為一種已建立起來的良好慣例之立場，而使恩行能持久而已。故「學院派邏輯」的呼聲，不過是政壇上的一種「激動的號召」，既沒有進一步調查此一標語適用之主體，其本身亦很快變成了令人厭惡與不快。而思想堅定的法律哲學家，在唯實法家看來，乃是一些唯物主義的、感情主義的、懷疑派的與反宗教的學者。——這些特性，姑無論其是否必然如此，肯氏却發見其正好是那些實用主義思想家一般所表現的特性。

肯氏認為：未來美國的法律，置於亞里斯多德與托瑪士、阿葵那的理想與觀念主義之下，遠較置諸那些壯健的心理邏輯主

義，或華生（Watson）或佛洛以德（Freud）的潛意識的約制之下，更為安全。氏相信：「獨立宣言」的試金石，「不可轉讓的權利的原則」，實更精確地表現了美國生活的方式，遠超過由耶魯大學的唯實主義派法學家所提倡的「制度行為主義論」（Institutional Behaviorism）。

肯氏深信有理性的有目標的思想的力量，因為此種力量滲入傳統的思想，而非「一撮意志」的機會主義，或現代唯實主義者的半口頭的反理性主義。換言之，氏相信傳統的法律的方式與方法，無論吾人稱此種方法為學院派的，傳統的，概念的，或理想主義的，均提供了美國法律以一穩定的基礎，較之唯實主義、功能主義或科學主義的法學之不穩定的，變化的法學方法，遠為愈也。

唯實主義有一個值得推許的開端，即其最誠實的真實的科學研究；可是，却逐漸增加了其對於法治之運用的懷疑（縱非絕對毀棄法律的秩序的話）。——肯氏對此，深覺遺憾。今日吾人所需，亦為肯氏深信並希望吾人開始去重新獲致的一件事，乃是發見完全棄絕了使「突然的法」與「應然的法」睽離。氏認為：唯實主義最大的缺點，便是在於使實際與理想分開，以及使現實與抽象脫離，因而使其不適當的否定了法治。肯氏不願提出未來的暗淡與災難的預言，惟指陳：吾人今日雖可發見極端而相當奇怪的法律的定義，但此並不能代表美國法律思想的典型，肯氏認為：在這一個變動而實驗的世界中，僅僅說「我們已經走上路了」，是不够的；首先我們必須確定者：「我們到那兒去」？！

肯氏同意摩里斯、柯亨（Morris Cohen）的意見：法學功能主義具有嚴重的危險，因其轉而研究事實，事物與有形的東西，結果可能關閉在此一現實範圍中，反而斷絕了對於事實的考慮、分析與定值。（註五五）新唯實法家之用語中，有一喜用的詞句，「歸納」，此詞係與「演譯」相對待者，亦為唯實法家所排斥的方法。歸納的功用，乃是觀察及搜集特定的事物，而非採用邏輯家的方法來建立普遍性的東西。故歸納主義者的目標，僅僅是「事實」而非「概念」。因此，彼等似乎忽視了一項事實，即歸納的主要功能之一，即在於產生一普遍的命題，用以為演繹過程的大前提。致力於歸納，即使在唯實主義的理論之中，實亦非僅僅由延擋演繹程序而可根除演繹也。

肯氏認為：新唯實派法家，化費了其全部時間與努力，來摧毀其對方的理論，然而却未做出任何重要的工作，來證明其自身理論之正當。換言之，即使認為彼等對普通法方法之破壞致力甚勤，仍須建立一種改革計劃，並證明功能主義的法學方法，較之舊的傳統方法為佳。肯氏在其很多著作中，自認其目的，並非在說明傳統的法學方法是完善的，而否認其尚須改善。他不過認為：功能主義的法學方法，實亦具有其所指責的傳統的超越主義法學方法同樣的缺點而已。

李維倫氏（Llewellyn）以為唯實主義法家，可分為很多的派別，肯尼第氏亦頗同意此點。（註五六）他認為唯實主義乃現代哲學中的壯健的年輕小夥子，剛剛進入一個階段，使之不能精確的將所有唯實主義者均歸入同一法學的鵠洞之中。肯氏指出法律中之左派運動的唯實主義者，本身已分成「左派」、「右派」與「中間派」三組。氏於論及安諾德氏（Thurman Arnold）與勒拉（Max Lerner）氏時，以之為「超現實主義」崇拜的騎士；彼等攻擊憲法，視之為一種偶像或象徵，並且對於理性之有效性與功利性，提出疑問，是否值得在制定法律時擔任指導者。肯氏又將佛蘭克（Jerome Frank）、羅賓遜（Edward S. Robinson）及費立克斯、柯亨（Felix Cohen）等人，亦歸入此派法律哲學家之中。（註五七）——此類「超唯實主義法家」深信：法律崩潰之原因，主要乃由於不良的象徵的勢力之故，無論在法律中，政府中，宗教中，莫不皆然。

肯氏對於安諾德與費力克斯、柯亨二人在超唯實主義方面的成就，特加注意。肯氏認為：安諾德氏由於其安然在耶魯大學之學術的港灣中的庇護，而獲得了其為「圖騰打手」（Champion totemthumper）、「塔布技士」（Taboo-twister）及「教條破壞者」等的代表地位，表現於其兩大著作之字裏行間：(1)為「論政府之象徵」（The Symbols of Government），(2)為「論資本主義的傳統」（The Folklore of Capitalism）。（註五八）

肯氏以為：當安諾德氏擔任政府的律師之時，他的主題曲，便很安然地陷入了遙遠的背景之中。有如勒拉氏之論安氏之言曰：「安氏獲得推薦確定其任命（為助理檢察長），他已將其理論遺留在戰場上了。」（註五九）蓋供給安氏批評一切制度（法律、經濟、政府及法庭）的跳板的基本制度，乃是宗教，而教堂則被視為乃象徵主義的孕育器。安氏對於宗教信仰與制度的批評，亦即其對於生活各方面的理想的諷刺的模式與語調。吾人必須注意到，安氏反象徵主義的全部攻擊，均係源自其對「神

學概念」的攻擊，由是乃給予其無情的攻擊法律秩序中的理性的原則與運用以重要的意義。安氏堅持：神學與法學乃被迫面臨同一的邏輯之預測，故有曰：「憲法的用語，是不關重要的，因其代表了現代的迷信與傳統，而非為真正的法律規則。」（註六十）——於此，乃使肯氏進而質問曰：「下一步的唯實主義法家之主張又為何乎？」（註六一）

唯實主義對於判例法之估值，認為：科學的研究例案法，須開始用懷疑的思想去研究之，而應忽視或貶低法庭的「口頭行為」，此種口頭行為僅為從法律報告書中找出的語言而已；科學的研究例案法，則應深入地^第研法庭的非口頭行為之背景，因此而可發見法庭判決的真正主張，並且可保證獲知法庭事實上所為為何的真切的描敘，及其何以如此之真正理由。——唯實主義者要求整合社會的及經濟的事實於法律秩序之中，亦即要將心理學、經濟學、社會學、物理學、數學與人類學等，均滲入法學研究之中。

然則，在此等邊際的訓練之中，法律唯實主義者須具備何種程度的技術與效能，始能巧妙地運用此類非法律性的材料以改進法律的規律與原則呢？肯氏認為：在此種整合的要求下，除非法家能衡量出各種學理之相反的主義之價值何在，否則是不能達成完善的決定的。而首先，則須要對那些互相衝突的理論有一全盤的認識，否則，「混雜的事實」的思想，便會在將社會科學輸入法律之中時出現了。（註六二）

再就「肯尼第的理論之積極方面」觀之，氏對於學院派與唯實主義在法律的性質與起源方面的觀點，頗為不同，極為注意。氏認為：唯實主義法學的目標之一，在於根絕法律中的神學的與玄學的基礎。其形式，便是共同致力於：以一種奇異而技術性的討論「背景」、「功能」、「團隊行為」（Lumpbehavior）、「環境」、「制度」、與「法律的法」（Law-Law）等，來取代古老的「法律原則」、「規則」、「判例」與「權威」等。肯氏懷疑那些從法律領域中移開一切概念與一切理想的人，犯了不能從其鵝步的哲學的結論中，運用思想的過錯。實用主義與唯實主義的法律哲學之主要的目標，實為「先行動而後才說明」的一種方式。

肯氏又提醒吾人，在納粹國家中，法律是被定義為「對德國民族有用之物」；換言之，即凡有益於德國種族者，是為法。

此種法律觀點，完全不顧法律之爲權力之限制，或法律乃正義的理想的秩序，用來公正地尋求衝突解決的基本的法律概念。而美國居於高位的法家，竟有採取此種法律觀點者，使肯氏殊覺困擾。（註六三）氏對於彼等宣稱美國法律，僅須在其實用主義的功利基礎，或時代的機會主義，或偶發的結果之上，接受考驗，發見了值得警惕的原因。氏認爲：此種理論公式，可不改一字，而改變其新唯實主義的狀貌，移用於歐洲的獨裁者，不論其信條爲何，即可作爲其自身之目標與極權國家之精確的定義。

肯氏指陳：在估量學院派與唯實主義二者之間的爭執時，須注意到極權國家係遵奉唯實主義的模式，而剝奪了其人民的一切權利與個人的自由，此點至關重要。在那些國家所宣告者，不僅爲從法律中排斥上帝的因素，同時亦即否定了一切形式的自然權利。

肯氏進而下「法律學院主義」之定義，乃指承認自然法之生活方式而言。經典主義法學主張人類之理性的能力，及其可以依照其自由意志而爲公正的判決。因而，學院派法學相信「普遍的真理」及「不可摧毁的概念」，亦即指導人類行爲的第一原理。由此，我們才能了解一種理想的法律制度的基本概念中，固有變化的必要；惟此種變化，必須符合由經驗之光中所見到的理性的指示。

肯氏深信：在事實與原理對立的問題上，學院派法學能够安然地應付唯實主義，並獲致勝利。固然，事實乃真正的唯實主義法家所最寶貴的東西；但學院派法家也並不否認其重要性，毋寧以其在法律中具有其地位，然必須居於其應有的地位，而不可完全掩沒於事物、事實、圖表與資料之中，缺少一個測量尺來估量這些混合的東西中之比重的價值。唯實主義法家，顯然趨向於過份強調事實，而反受其害，證據具在，無待贅詞。在此點上，肯氏的立場，與赫泰斯（Robert Maynard Hutchins）頗爲相似。赫氏有曰：「經驗的工作並不能產生科學，事實是不能自己組織起來的。吾人固須盡力加強搜集例案、事實與資料，但尚須堅持者，必須要有計劃地去做，而後可也。」（註六四）

肯氏曾提及，唯實主義法家對於學院派法學一個最嚴厲的指責，在於學院派法家堅守自然法的技術，因此阻碍了社會與經濟改革的進展；換言之，其意似以，自然法反對改革與改進。——肯氏對此，加以否認。誠然，學院派法律哲學，一般被認爲

是最堅持自然法及固定的原理的，然而氏引述托瑪斯·阿葵那的話，有曰：「就人類而言，其行為是由法律來規範的，而法律則可因人類的變動的情況而正當地改變之，因人類對不同的事物，是可因其情況之不同，而採便宜措施者也。」（註六^(五)）總之，肯氏深信：西方文化的特徵之一，便是其對於法治的保障。要區分一個自由的國家與極權政府的不同，其最顯見者，便是前者遵守名為法治之大原則，而後者則非。簡言之，亦即在自由法治的政府之下，政府之一切行為，均受制於固定的及事先宣布的原則，因而可以確定地預見，在某種情況之下，當局會行使強制權力，而個人可於此種認識的基礎之上，來計劃其個別的事件，如是而已。

〔附 註〕

（註一）W. Friedmann, *Legal Theory* (N.Y.: Columbia University Press, 1967, 5th ed.) P. 95.

（註二）*Ibid.*

（註三）關於西方自然法理之發展，略可看拙著（大學用書）《法學緒論——現代法學十一講》（六十一年八月改正十版）第十一講，並參考張奚若「自然法觀念的演進」一文（載「武漢大學社會科學季刊」一卷一號及二號，吳經熊「法學文選」——一九四九年會文堂版轉載），及馬漢寶「自然法之現代意義」一文（載五十六年臺大法學院刊「社會科學論叢」第十七輯。Friedmann, *op. cit.*, pp. 98-156.

（註四）關於自然法衰微之原因，據Ben W. Palmer的分析，約有十三大原因：(1)民族主義之興起，(2)資本主義之興起，(3)相對論的影響，(4)盧梭及浪漫主義者(The Romantics)及反知識主義(Anti-Intellectualism)，(5)現代科學的某些敵對的傾向，(6)自由競爭與演化論的結合，(7)功利主義的影響，(8)奧斯丁的法學，(9)人類行為的理性及人類自由意志的否認，(10)實用主義，(11)例案教學法的採用，(2)制定法的泛濫，(3)十九世紀後期「假自然法」理論對「真自然法」理論的破壞名譽。參看 Palmer, *Defense Against Leviathan* (32 American Bar Association Journal, pp. 329-332, 360-1946).

（註五）Friedmann, *op. cit.*, p. 152.

（註六）Edgar Badenheirer, *Jurisprudence* (Harvard University Press, 1962) p. 211.

(註七) 前引馬漢寶文第五節會引證實例以說明自然法理論應用於審判納粹戰犯，可參看。

(註八) Brendan F. Brown, *The Natural Law Reader*, (Docket Series, Vol. 13, Oceana Publications, New York, 1960), Preface.

(註九) Ibid., p. 21 註 R. Pound, *Introduction, General Principles of Law* by Giorgio Del Vecchio, (1956).

(註十) Ibid., p. 24。其詳，可參看 Miriam Theresa Rooney, *The Movement for a Neo-Scholastic Philosophy of Law in America* (18 Proceedings of the American Catholic Philosophical Association, pp. 185-6, 197-201, 1942)。關於

南美各國，法、德、意等國之自然法復興運動之大概，可看 Brown, op. cit., pp. 30-42。

(註十一) Brown, op. cit., p. 180，詳見 Morris, R. Cohen, *Reason and Nature* (1953) 1輯，略可看拙文「柯亨父子的法學理譏」（載「法律評論」二十一卷六期及七期）。

(註十二) 關於富勒之法學理論，見氏著 *The Law in Quest of Itself* (The Foundation Press, 1940)，關於霍爾的法學理論，見氏著 *Living Law of Democratic Society* (The Bobbs-Merrill Co., Inc., 1949)。略可看拙文「美國法學發展的新趨勢—整體法學」（載「政大學報」六期）及「霍爾教授的整體法學述略」（載「法律評論」二十八卷七期及八期）。

(註十三) Brown, op. cit., p. 194.

(註十四) Friedmann, op. cit., pp. 152-54.

(註十五) Ibid., p. 154.

(註十六) Ibid.

Friedmann 更進而指出 Spencer, Duguit, Kohler, Pound, Ripert, Castberg, Fuller, Hall, Sabruck, Johannes Messner, Von der Heyde, Coing 等人，均同列入自然法復興的學者之林，見氏著前引書 pp. 154-6。

又前引馬漢寶文，亦採三分法，(1)為「新學院派的自然法」，(2)古典型態的自然法，(3)重視價值的自然法，並可參考。

(註十七) Brown, op. cit., p. 24。詳參看 Rooney, op. cit. 關於「新學院派自然法理論」在美國以外各國之情形及其一般理論，可看

美國新學院派的自然法理論及其對實證法學的批評

Friedmann, op. cit., pp. 387-97, 晚漢文第十一編。

(註十八) Adler, A Dialectic of Morals, 6 (1941).

(註十九) Ibid., p. 117.

(註二十) Michael and Adler, Crime, Law and Social Science, 8 (1933).

(註二十一) Harold Gill Reuschlein, Jurisprudence: Its American Prophets (Bobbs-Merrill Co., Inc., Indianapolis, 1951) p. 364.

(註二十二) Adler, The Doctrine of Natural Law in Philosophy (1 University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings, 1947, 67-1949).

(註二十三) Ibid.

(註二十四) Ibid., p. 74.

(註二十五) Ibid., p. 75.

(註二十六) Adler, The Doctrine of Natural Law in Philosophy, op. cit., p. 79.

(註二十七) Ibid., p. 80.

(註二十八) Adler, War and the Rule of Law (in War and the Law, 1944) p. 188.

(註二十九) Ibid., p. 180.

(註三十) Ibid.

(註三十一) Ibid., p. 192.

(註三十二) Ibid.

(註三十三) Ibid., p. 195.

(註三十四) Ibid., p. 198.

(註二) Mckinon 在《自然法與哲學》(Law and Philosophy) (25 Canadian Bar Rev. 1045,-1948), Interpretations of Modern Legal Philosophy (33 ABAJ, 811-1947), Individual Rights Are Not Bestowed by the Public (33 ABAJ, 890-947, The Higher Law (33 ABAJ, 106-1947), Natural Law and Positive Law (23 Notre Dame Lawyer (25-1948), The Secret of Mr. Justice Holmes (36 ABAJ, 261-1950).

(註二八) 新學院派所謂之「實證主義」，有時與「孔德派的實證主義」(亦即科學家的實證主義)，並非同義，須加注意。蓋其通常所指者，乃謂那些研究「實證法」(Positive Law，甚或「律師心中的法」Lawyer's Law) 者。Reuschlein, op. cit., p. 371, note 77.

(註二九) Cf. Reuschlein, op. cit., p. 371.

(註四十) Pollock, The Expansion of the Common Law (1904), p. 8.

(註四一) Mckinon, Law and Philosophy, op. cit., pp. 1045-1053.

(註四二) Mckinon, The Doctrine of Natural Law Philosophy (1 Uni. of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings, 1947), p. 100.

(註四三) Ibid., pp. 100-101.

(註四四) 帕氏有關自然法之論文，舉其較重要者，有..The Natural Law and Pragmatism (23 Notre Dame Lawyer 313-1948); Hobbes, Holmes and Hitler (31 ABAJ, 569-1945); Defense against Leviathan (32 ABAJ, 328-1946); Pragmatism and Its Effect on Law (34 ABAJ, 1095-1948), Groping for a Legal Philosophy: Natural Law in a Creative and Dynamic Age (35 ABAJ, 12-1949).

(註四五) Palmer, Reviewing Michael Oakeshott's Edition of Hobbe's Leviathan. (33 ABAJ, 807-1947).

(註四六) 關於何姆士的法學理論的要義，可看拙文「美國現代法學的開拓者—何姆士的法學理論要綱」(載「法令月刊」111卷十期)。(註四七) Reuschlein, op. cit., p. 376.

(註四八) Ibid., p. 377.

(註四九) Ibid.

(註五十) Palmer, The Historian and the Lawyer (32 ABAJ, 535, 630-1946).

(註五一) Felix S. Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach (35 Col. L. Rev., 809, 833-1935).

(註五二) Frank, Realism in Jurisprudence (7 Am. Law School Rev. 1063, 1066-1934).

(註五三) Felix S. Cohen, op. cit.

(註五四) 5 Fordham Law Rev., 272 (1936).

(註五五) Morris R. Cohen, Law and Scientific Method (6 Am. Law School Rev., 231, 234-35 1928).

(註五六) Reuschlein, op. ct., p., 382.

(註五七) Ibid., p. 383.

(註五八) Ibid.

(註五九) Lerner, The Shadow World of Thurman Arnold (47 Yale L.J., 687, 700-1938).

(註六十) Arnold, The Folklore of Capitalism, 27 (1937).

(註六一) Kennedy, Realism, What Next? (7 Fordham L. Rev., 203-1938; 8 Fordham L. Rev. 45-1939).

(註六二) Reuschlein, op. cit., p. 384.

(註六三) Kennedy, Portrait of the New Supreme Court II (14 Fordham L. Rev., 8, 31-1945).

(註六四) Hutchins, Autobiography of an Ex-Law Student (7 Am. Law School Rev. 1051-1934).

(註六五) Kennedy, My philosophy of Law, 147 (1941).