

印度「舍什那氏的綜合法學」及

其與中國「綜合法學」的比較

涂懷掌

一、引言

筆者在國內倡議「綜合法學」，現已二十餘年。最早，始由民國二十七年，發表「由所謂『中國新分析派法學』論中華法學的改造。」一文；（註一）繼於民國四十四年，發表「試謂中華法學的重建——創設『綜合法學』的基礎理論」一文，（註二）確立「綜合法學」之名稱。因在國內之反應寥寥，（註三）乃進而旁搜世界法學理論之趨於同一方向者，以為參證。先後發見有以下各種法學理論，與筆者之「綜合法學」雖系統各異，但殊途同歸，私衷至感快慰，並會分別為文介紹。（註四）

- (1) 龐德（Roscoe Pound）的「社會法學」（Sociological Jurisprudence）..
- (2) 卡多查（B. N. Cardozo）的「法律折衷論」（Via Media）..
- (3) 老柯享教授（Morris R. Cohen）的「法律兩極說」（Principle of Polarity），及其子小柯亨（Felix S. Cohen）教授的「法律磁場說」（Field Theory of Law）..
- (4) 白特生（Edwin W. Patterson）的「法律關係的綜合觀」..
- (5) 霍爾（Jerome Hall）教授的「整體法學」（Integrative Jurisprudence）..
- (6) 開恩（Edmond N. Cahn）的「人類中心的法律觀」（Anthropocentric View of Law）..
- (7) 富勒教授（Lon L. Loeb Fuller）的「法律本身的探討」（The Law in Quest Itself）..
- (8) 開思斯的（Huntington Cairns）的「未完成的整體法學大系統」..
- (9) 美國耶魯學派最近完成的「政策導向法學理論」（Policy-oriented Jurisprudence）..
- ⑩ 印度舍什那（M. J. Sethna）的「綜合法學」（Synthetic Jurisprudence）..

印度「舍什那氏的綜合法學」及其與中國「綜合法學」的比較

其中，尤以印度之「舍氏綜合法學」，不僅名稱相同；而且，其創立理論之時間（一九五五年），與筆者確立名稱之時間，亦同在一年。此種巧合，使筆者深感將來各家百川匯流，未始不可有一新的綜合東西法學的理論出現。（註五）本文的目的，便是在試就中印兩種「綜合法學」作一比較的觀察，以見二者的異同，或且可以並顯示未來新的綜合法學的趨勢。尚祈方家有以教正，是幸！

二、「舍氏綜合法學」的「基本原理」及其「應用舉例」

(1) 舍氏綜合法學的「基本原理」

印度綜合法學的基本原理，係建立於舍什那教授所下的如下的「法學之定義」：

「法學者，乃研究法律的基本原理的學問；其中包括，此等原理的哲學的、歷史的及社會學的基礎，以及對於法律概念的分析。」（註六）

此一定義之含義，據舍氏的闡釋，約如下述：首先，法學所處理者，為基本的法律原理；法律，則係處理根據法學所提供的基本原理而產生的規則。故法律乃在法學的美妙的豎琴上，演奏那些基本原則的琴絃。法學既是產生法律的旋律的豎琴，則立法者，法官及律師等，均是在此豎琴的基本原則的琴絃上演唱的音樂家。

其次，「法學的目的」，在考查現行的法律，及其所根據的原則，並分析其概念。其研究，尚須藉助於「歷史的方法」，從比較世界法系的觀點，考驗法律的功效；從法律的基礎來探究其理由，即且運用社會學與心理學的觀點，並根據自然的正義與社會的良知的規範，來考驗之。

至於「今日法學的主要目的」，更當考查法律的結果及其對於社會福利的執行，而尤須要為了改進法律學基礎及其上層建築，提出必要的變革。

復次，法學乃是一種社會的研究，最好的法家便是那些能够制定良好法律的人；而良好的法律，則是那些能够對於社會中

最大多數的人提供最大福利的法律。

抑有進者，在法學的研究中，尚須對於文明人類所尋求的「價值」，有所了解。——因爲，吾人之生命，均係爲了滿足某種動機，而有意的趨向於某些目的。吾人之努力，乃受吾人觀念與理想所引導；而此等觀念與理想，則主要係由「價值」來決定。是否我們以爲真理、美好、愛情爲有價值呢？其中何者是最有價值的呢？如果認爲愛情具有最高的人生及哲學的價值，其故又安在呢？是否愛情的價值甚至超越於真理及正義之上呢？如果從人類感情的基礎上來測度的話，難道「真理」與「正義」不是最時行的嗎？

法律中的一種偉大的價值，應該是「休戚相關」（Mutuality），亦即「相互合作」（Co-operation）的價值。而在立法機關的智者中，社會工作者，法官及律師之間，最令人尊敬的品德，便是「互惠」（Reciprocity）。因吾人的社會制度，應該是一個人類福利的工廠，其中社會工作者與社會學者，應該研究出什麼是最適合於所有人類幸福的東西，以期能產生一條人類行為及互惠的法則的幸福大道。

所以，法律家在人類生命的舞台上，具有非常重要的地位。有時，他的工作實在是最有價值的；是以法律必須盡忠於其重要的地位及所負的多重的任務。法律家應信守其先賢所傳授下來的光榮的歷史傳統，以保持其榮譽地位的崇高的威望及其身份的尊嚴。而法律的研究及法律價值的改革，則須在法律的發展中，及法律的研究中，有絕對必要時，始得行之。

基於上論，從「印度綜合法學」的觀點來看「法理學的性質」，不應僅爲現實法的研究，同時並應爲一種「規範的研究」（Normative Study）。而且，從規範的觀點來研究法律，更能了解其現實性。況且，如果根本不對法律的理想加以研討，僅空空洞洞的研究現實的法條，又有何用處呢？是以，法律的研究，還應研究其「更實在的方面」，亦即「法律的改進」方面，有如美國功利主義法學的社會法學派，即係如此。故舍氏對於龐德（Roscoe Pound）的「功能主義的法學理論」，視法律爲一種機械，其功用必須隨時由法律家加以試驗，並隨時加以改進，深表贊同之意。

是以「印度的綜合法學」，深信「法律的主要任務」，在對社會中的大多數人提供最大的福利。此一目的之達成，惟有不

僅從抽象的觀點來看法學，並須「從具體的觀點來看法學」，而後可；換言之，即須使法學的研究，不僅為一種形式的或分析的科學，而且應該是一種實質的具體的研究。故吾人研究法學的範圍，包括：對於現行法的考查，與過去法律的比較研究，找出舊法的缺失並檢討是否立法能提出救濟的方法等等；而且，還要找出行法的缺點所在，試圖納入規範之中，而由是不斷的從社會學的觀點來改進法律的品質。——法律者，就其最廣義言之，乃指自然現象或有理性的人類生活中，行爲、或偶發事件的常數，事件的過程行爲的規則等的統一體而言。

(2) 舍氏綜合法學「應用舉例」

據於上述舍氏綜合法學的基本原理，對於各種法律，舍氏均提出了若干不同的看法。舉例言之：

(一) 「國際法的綜合定義」——據舍氏之說：「所謂國際法者，乃規範國家相互間的規則的總體而言」。

上述國際法的定義，析言之，包括了：為世界各國（就一般國際法而言）或若干世界上的國家（就特別的國際法而言），所接受或承認，並加遵守的國際禮讓及自然正義的習慣、傳統與原則等的整體。國際法後面的「制裁」，即聯合國或其他國際法庭等所採用的譴責，以及對之所生的恐懼或武力使用的威脅。至於國際法的最後的制裁，則為武裝衝突的威脅，以及毀滅國家的原子彈轟炸及氫彈轟炸的互相投擲的威脅。此類的恐懼，應足以阻止一個國家從事戰爭。如果有的國家，武力恐懼，對之無效；一如有的罪犯，是不怕監獄，乃至死刑的。此兩種情形，其最後的制裁，均為武力；但武力的制裁，可能對之均無實際效果。在今日，要加強聯合國及安全理事會的力量，必須要有「國際警察力量」的建立；為了維持世界和平，每一會員國均應對國際警察有所貢獻。此一思想，乃基於通過有組織的力量以保持正義的觀念而來。

(二) 「民法的綜合定義」與「法人的綜合說」——據舍氏的理論，民法乃國家之中的合法組織的當局或機構所制定、通過、或批准的所有有關民事的立法，及判決乃至原則等而言。其「目的」，則在規範國家與人民之間，人民與人民之間，本國人民與外國人民之間的權利、義務、與責任。而該法律如果合乎「理想」的話，它乃是尋求保障政治組織中的最大多數的最大福利；並且其「基礎」，主要係立於有關民族的睿智的與歷史悠久的光榮習慣與傳統，以及自然的正義之上的。

由是，「綜合的民法定義」，包括了：民法的「抽象部份」，亦包括了其「具體的部份」；它涉及民法是如何由主權者制定或批准，而且也顯示了民法之形式的或命令的特性。所以，它是一個完備的民法的定義。至於「理想的民法的目標」，係在於其實質的目的，亦即在獲致社會中最大多數人的最大福利。而理想的民法的「心理學的基礎」，則係在於其乃基於或應基於人民的總意，以及法官的尊重合理的歷史的傳統與習慣等事實之上。——此種綜合的定義，顯示了，由自定的制度所產生的規則，亦即為自動的法律。

基於上述民法的綜合觀點，其對於「法人學說」，乃綜合「擬制說」與「實在說」以立論。蓋「實在說」乃以法人之實在，為一種「心理的實在」，以「集體的意志有異於個人的意志」，法人實具有一種真實的心理意志，而非為法律所擬制創造，乃是一種經法律所承認的心理的人格者。——然而，法人實在說的理論，並不能完全應用於「一人的公司組織」(A Corporation Sole)。因在此種情況之下，「集體心理意志」的理論，已無適用的餘地。對一個單獨的自然人而言，其意志是不會受到他人意志的影響的。（因根本上在其身上亦無他人意志之存在也。）同樣的，一種「公共的基金」或「公共財團」，是不會發生「集團意志」的問題的；因為公共基金或公共財團，僅有其「管理人的意志」，根本無「集體意志」存在也。

抑且法人的意志，僅能通過自然人的代理者始被感覺到其存在。故在此一範圍之內，法人擬制說有其價值；而在另一範圍內，則須採用法人實在說，始能說明之。——從綜合的觀點來看，法人既不是真正實在的，也不真正是擬制的，而係「準實在」或「準擬制」的。——印度綜合法學的法人學說，實乃一種應稱之「準實在體」的法人的學說。（註七）

(三)「舍氏綜合法學的刑法理論」舉隅——首先，就其所下「犯罪的綜合定義」來看：「犯罪者，乃一種邪惡的或非邪惡的行為或過失，為一個社會或一個國家，依其當時有效的法律，認為係對該社會或國家之侵犯，而應予以處罰之謂也。」——此一定義，係將所有號稱「犯罪」的一切基本特質與含義，均包括在內。根據此一定義，犯罪並非即是邪惡。此一定義中，亦含有「時間」與「空間」的因素，故在某一時為犯罪者，可能在另一時非犯罪；而在某一社會或國家視為犯罪者，在另一社會或國家，並不視為犯罪。

在上述的犯罪定義中，「空間」是一個非常重要的因素。因為，法律乃基於某一特定地區的現實道德，而道德則係受作用於人民的天性的環境的事實所決定。在社會的環境作用於其人民的天賦的品格的熔爐中，民族的特性於以形成。故法律者，乃一個國家的文化，一個社會的理想與意識形態、喜好與厭惡、驕傲與偏見等的反映。因此，「時」「空」的因素，乃決定犯罪的重要成份。

「處罰」的觀念，僅僅是犯罪結果的「潛存的觀念」，而非「必然或不變觀念」，亦包括在此一犯罪的定義之中。因在現代社會之中，縱使重大罪行，其犯人亦可能不受處罰，而僅僅予以緩刑而已。

其次，在「刑罰理論」方面，據於「印度綜合法學的觀點」，亦可見其各種學說，並非孤立而是可以互相為用的。

根據「改造刑罰說」(Theory of reformatory Punishment)的理論，在刑罰改革的殭局之中，吾人必不可使刑罰太輕鬆，以致於監獄成為舒適的旅館，則罪犯可能常常來居住，而不會有困苦或苦工之虞，甚至不稍存羞恥之心。故改革不應像一匹奔馬，向墜落之途前進，而應配以馬鞍及韁繩，附有報應的意味在內。

「嚇阻刑罰說」(Theory of deterrent Punishment)的理論，對於適於予以警戒性的刑罰的案件，自可適用之。否則，嚇阻觀念，則應採用改造的正義的原則，與救濟的措施，對之為必要的修正。

「報復」與「改造」兩種刑罰的觀念，是可以並行不悖的。在應用「報復刑」的學說時，刑罰的目的，在於恢復道德的秩序，維護法律的尊嚴，掃蕩邪惡，安撫公眾的良心等等。但是，同時，尚須緊記，有如「改造刑罰的學說」所主張的，在所有刑罰的後面的基本觀念，應為喚醒人心之內的沉睡的良心。(關於此點，塞斯 James Seth 在其名著「道德原理的研究」A Study of Ethical Principles | 書中，有精彩的說明。)

存在於各種刑罰學說中的互相依存的關係，可以從真確了解每種學說的真實意義中獲悉之。除非罪犯真正的悔改，報復性的處罰不是一種真正的報應。因為，報復的目的，應使罪犯覺到，其罪行是應受到加於其身的處罰的，或者其罪行乃使其罪惡獲得中和的一半，而處罰則為其另一半。可是，除非犯人獲得使其有此感覺的了解，他是不能有此感覺的。——為了達到此種

目的，改革刑罰說便有必要了。

在另一方面，要真正阻止犯罪，尚可由調和運用帶有報復性及嚇阻性的改造刑罰來達成之。於茲所謂的「嚇阻」，並不是說「不顧一切的恐嚇」，甚至低級的殘暴與無用的兇惡都包括在內。刑罰固應引起某種程度的恐懼，但單是恐懼，或用不正當的恐嚇的防阻辦法，並不是所有刑罰的目的；而且，一定不可能如此。嚇阻應就其合法的範圍來看，而且也不應與改革的觀念揆離的。（註八）

(3) 舍氏綜合法學的「理想的法律觀」

總之，英國分析法學家限制其研究範圍爲法律的分析，他們不談法律的哲理，亦不涉及法律的歷史或法律的文化人類學的範圍，惟偶然亦觸及之，而且有時，亦不免在有關的地方，言及法律的哲理。其實，吾人並不能完全脫離歷史與哲學來單獨分析法律；而且，吾人實亦不能限制其研究於狹義的分析範圍，或者滿足於分析的貧乏的結果。知識並不能截然劃分爲水洩不通的各個部門，學者亦不會對分析法家所獲致的一半真理，感到滿足。「結合一切的方法」，研究法律的原則及產生該原則的根本原理，因而便須要採用「綜合的方法」了。

所以，法學應該是歷史、分析的、比較的、哲學的、文化人類學的、神學的、乃至醫學的各種法學的大綜合。甚至「零星的法學」（Residuary Jurisprudence），亦即在司法判決與法令中，對於具體的法條的研究，從更寬泛的法學定義來看，亦不失爲一種法學。由是，我們可以有「公司法學」、「刑法學」、「契約法學」、「財產法學」、「印度法學」、「回教法學」等、不一而足。

抑有進者，在今日世界的文明國家，必須以「社會福利」爲其目的。國家僅以維持「對內高權」（Majestas interna）及「對外主權」（Potestas externa）的時代，已經過去了，至少是應屬過去了。過去國家的目的，在於維持法律與秩序——保護守法的人民，免受其同胞中反社會或惡行的侵犯——以及保護其公民，或臣民免受外來的軍事的侵略。過去主權的觀念，是在號稱國家的功能與「權威」（Potestas）的觀念中，漫淫成長的，而法律則無不受制於主權之下。

可是，今日國家的概念變化了，有的法律已與主權的觀念分離了。有的範律已無制裁，有如所謂「任意法」（*Permissive Laws*）者是，又有所謂「授權法」（*Enabling Laws*）者，其後亦無法律的制裁，而僅為授權以使行政機關可為國家公民或臣民的福利，來從事社會福利等類的活動。就今日國家的目的已遭受到很大的修正來看，此類的法律正日益增多其數量。

在一個社會福利國家之中，強迫是最無必要的；而且，對於個人人格的尊嚴與道德的自由，是一種不正當的侵犯。「良知的法律」——亦即「理性的法律」，乃個人的最高的法律；國家的法律，如違反了個人的道德與理性的自由，一定是對於個人的權利的一種不必要的侵犯。

今日的國家，已擔負了基本的為民服務的責任；並且，正在做或應該做那些為其人民的物質福利有其必要的一切服務。因此，為了使國家有權實施其福利的措施，「授權法」便絕對有必要了。授權法者，乃使國家，或國家的某一部門，可以實施某種仁政的措施。因為，除非有某種授權法或行政法，允許國家有權去做它要做的工作，以及為做此類工作必要的權力，仁政的計劃是不能實現的。

一種「授權法」或「任意法」，是不必要有何種制裁力的，亦不必須要有與其有關的主權觀念；此類法律，是不必具備命令的性質的。授權法甚至無需一種禁令，而不會有惡果發生。其所需要者，僅為一種授權或允許的性質。——由是，我們可以說：「沒有主權的法律」，或「沒有制裁的法律」的觀念，在社會福利國家中，正逐漸取得其地位；因社會福利國家者，乃不僅為行使主權的國家，亦為對其人民提供仁政服務的國家也。（註九）

三、「中國綜合法學」的「基本原理」及其「應用舉例」

(1) 中國綜合法學之「基本原理」

筆者所倡議之「綜合法學」，乃基於中國的綜合法學的傳統思想，而加以新的東西法學理論的綜合而成。質言之，我國傳統的法學思想，係綜合儒、道、法三家的「人情、天理、國法」的綜合法律觀。三家說法的要義，即儒家言「人情」，道家講

「天理」，而法家論「國法」。此三者，在昔爲各宗派殊途以論究法理之準據，而後則成爲一般人民之「口頭禪」，蓋已一以貫之，由殊途而同歸矣。（註十）

儒家之「禮治主義」，有如太史公所謂「緣人情而制禮，因人性而作儀」。（註十一）以其近人情，故通王道也。很顯然的，乃是一種「人情」主義的「自然法說」。道家之言天理，則有如老子所謂：「人法地，地法天，天法道，道法自然。」（註十二）可見其乃一種「自然哲學的自然法說」。而法家之論法，則韓非子曰：「法者，憲令者於官府，賞罰必於民心，賞存平慎法，而罰加乎奸令者也。」（註十三）與奧斯丁（John Austin）的「法律、命令、制裁」的「三位一體」的分析法說，（註十四）又若合符節。

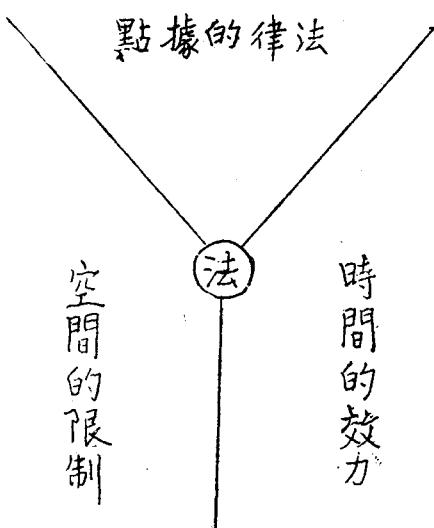
西方過去的法學理論，無論其爲「自然法說」，「歷史法說」、「分析法說」，皆爲「單元論」的法學理論。故往往以偏概全，而有如盲人摸象，不能獲知法律現象之全貌與真象；是以自然法與現實法之關係，成爲西方方法學界歷久爭論未決的問題。因此，社會法學大師龐德氏（R. Pound）曾明白提出現代法學多元綜合的趨勢，而有言曰：「法學之趨勢，至於今，蓋有捨棄曩昔專於一種方法之舊術，而趨向於合各種方法而治於一爐之概」（註十五）。氏並以現代法學的發展，均係趨於一種新的「綜合社會法學派」的成立（註十六）。綜合社會法學所注重者，乃法律對於社會的實際效果；故其對於法律的施行，特爲注意；而所謂社會法學的目的，便是研究適合現在實際生活的法律。——此種理論，我們似可名之爲「法律的實用論」或「實用主義的法律觀」（註十七）。

「社會法學」過於注重實用，不免使法律的本質發生變化；而其所採用的研究方法，係以社會學方法爲主，亦難免有失去法學本身研究之嫌。較之歷史法學派之重視「時間」的因素，社會法學則注重於「空間」的因素；而對於自然法學派的「理想主義法律觀」，及分析法學派的「法律的現實論」，均不予以重視，或加以忽略，故吳經熊氏乃以其爲「新歷史法學派」名之（註十八）。是社會法學的綜合理論，仍不免有所偏頗。

爲了補救分析法學派形式主義的缺點，於是有了「新分析法學派」的產生，吳經熊氏即其中之一人。（註十九）所謂「新分

析」，其異於「舊分析」者，在舊分析僅從事於「形式的分析」；而新分析則從事於「實體的分析」。新分析法學在方法論上，可謂其為「唯實法學派」(Juristic Realism)的一支。所謂唯實派法學，在方法論上為社會法學的進一步發展。彼乃以法律秩序的實在事象，為法學研究的對象，故反對概念法學而倡導所謂「實在法學」(Jurisprudence of Actuality)。蓋以法律的生命，不是邏輯，而是經驗；換言之，法律乃是對於法院裁判的一種「預測」。(註一十)是為其所謂「行為主義的法律觀」。(註一十一)就法律為預測的觀點言，唯實派法學亦即新分析派法學。其所研究的，既非法律的「應然」，自非法律的「已然」，亦非法律的「實然」，而僅為法律的「或然」(Probability)。蓋彼宗以或然為科學的，亦即為法律的實在也。易言之，彼等蓋不承認有抽象的概念的「法律」存在，而僅有具體的各別的「法律」(註一十一)。

至於吳氏對於新分析派法學的貢獻，則在其所創設之「法律三向說」(Three Dimensions of Law) (註一三)。所謂「法律三向說」者，有如下圖所示：



(1) 曰，「時效的效力」——各種法律，均具有其時間的屬性，因社會情勢的變遷，在意義與效力上，獲得其新的解

釋與運用。

(11) 曰，「空間的限制」，亦即「效力的範圍」(The Scope of Validity)——一切的法律，均係在一定的領域內，或對一定的人民，發生效力。但決沒有效力範圍是普及天下，或其權限是毫無限制的法律。

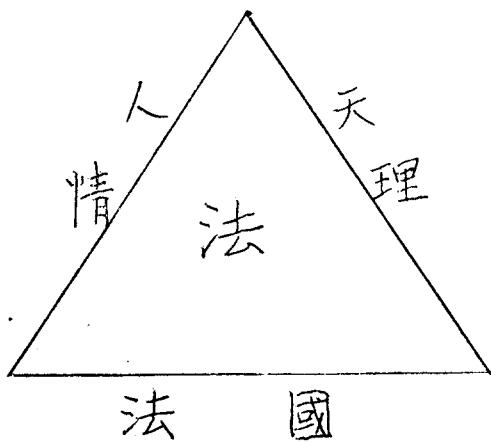
(111) 曰，「法律的據點」(Point of Law) 或「事實的爭點」——亦即任何法律均與事實有關，所以只有「什麼是關於這件事的法律」的問題，而不應有「什麼是法」的問題；蓋每一法律均統制一定的事件，或一類的情事。

茲三者，乃法律的向度，亦即預測法律的坐標。其貢獻，厥在於：吳氏雖然一如唯實法學派認為法律是動的，但由此可以在其「演進的程序中，發現相關的體系」。此點不特為吳氏學說對於新分析派有所補充，抑且就其對於其他各派法學言，吳氏的理論，對於社會法學派的法律實用論之「空間的因素」，實有所增益；更就其對於舊分析法學派的修正，以及對歷史法學派「時間的因素」的統攝言，「法律三向說」似已相當地統攝了法律諸相，而對於「法學的多元統合」，實有所貢獻。

不過，吳氏的理論，顯然放棄了自然派法學的問題。因此，力倡「自然法復活」的史丹木拉氏(Rudolf Stammler)便不能不提出異議了。史氏特別強調說：「以分析為依據，不期然就忽視必要的綜合」。(註一四)

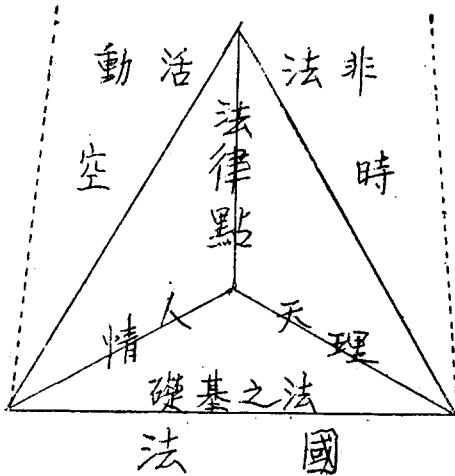
「新分析法學派」，雖然綜合了若干法學的理論，但是遺下了自然法的理論，沒有得到解決。是其綜合法學的觀點，尚有待於進一步的發展。蓋其所謂之分析方法，實乃集法律之「時」、「空」及「現實」法諸因素而統攝之，亦即集若干法家學說而綜合之。其貢獻，則在於一方面顯示了法律的靜態構成，他方面又能表現法律的動態趨向。——是為吳氏所謂「自其演化的程序中，發見相關的體系」。但其所示法律的動向，實缺少一歸宿，至為顯見，此即為吾人應進而加以探究者。

至於前述我國傳統的統合法學思想，可以下圖示之：



如圖所示，我國傳統的綜合法學，並非如吳說之預測法律的動向，而為法律之本體的構成。故其貢獻，主要在於建立「法之基礎」的概念。質言之，即：「國法」者，乃法之「形式」的表現，「天理」與「人情」則為其「實質」的內容與範疇。

然而，上述我國傳統法學，乃概括的，混成的，不若前述吳說之為明示的，分析的。西洋法學的分道揚鑣，在吳說中，如前圖所示，雖有所歸屬，而其向度則缺一止境。我國法學之殊途同歸，如上圖所示，雖有所範疇，但其活動之向度則不明。——是二者均為法之平面的一相，而非法之有機的立體。二者雖各有所綜合，亦各有其缺點。故欲求得更完整的綜合，尚須抉擇中西法學的優點，一舉而貫通之。其第一步工作，厥在謀中西法學之有機的配合。據不佞孕思的結果，自吳說及我國傳統法學的圖示中，當可獲得如次之一「法的構體」：



如圖所示，使吳氏所爲的西洋法的概念的綜合，益以中國法的概念爲其基礎。如是，西洋法學的綜合，既有所歸宿，亦統攝了自然法的理論；而中華法學，則由此融匯了西洋法學的綜合的優點，重建爲一更爲完整綜合的嶄新世界法學體系矣。

就上圖所示觀之，在法的「形式」方面，可見其今日乃屬於「國法」的規範，（「國際法」之基礎，亦不外是；將來之「世界法」，則不過變其形式而已。）其內容則不能外於「人情」與「天理」，唯其發展，則因「時」、「空」與「法律點」而有所不同。而在此一法之構體以外的活動，均屬非法活動，自不屬於合法的範疇。此種法的綜合的認識，實統一了自然法與現實法的關聯，亦即統一了「當爲」與「實在」的關聯；不僅及於法之「實然」，亦並及其「應然」與「或然」，故能示其靜體，並可見其動態。

然而，在以上之法的構體中，或有人以爲仍並未見有明顯的自然法精神。因史丹姆拉氏雖亦係從形式上論其「可變內容的自然法」，但終不能不舉出其「由法律支配的公平的四項標準」；（註一五）而上述綜合法學的理論，究竟其自然法的標準如何？則未之見也。——此點，可略答之：史丹姆拉的公平的法律論，其四項標準，簡言之，亦不過合乎天理，適於人情而已。即現代法國自然法學派巨子杜謨（Leon Duguit）之「社會聯立論」（Social Solidarity）（註一六）亦不能外於是。故比較

法學大師柯拉（Josef Kohler）據其「文化法律論」（註二七），以爲史丹姆拉的理論，有甚多不合現實之處；而現代法國新自然法學派，則強調自然法的「彈性」（註二八）。故吾人以天理、國法、人情、因時、空、法律點之別而變動的理論，實即涵蓋了自然法的最高原則及其彈性之範疇。

吾人此種理論，從表面觀之，似僅雜揉諸說而成；其實，蓋經過一深邃的孕思化合過程。夫法之因素，從古迄今，均不是；法之活動，雖代有損益，而法之動向，自有其規範。故研究之素材，固有不假他求，即事明理以獲得真理者。（註二九）吾人之所說，亦其一例而已。

以上之所述，乃筆者「綜合法學」的基礎概念，至於其較詳細之系統，（註三十）於茲從略。

(2) 中國綜合法學的「應用舉例」

基於上述中國綜合法學的基本原理，就「人情、天理、國法」以見法之基礎，而據「時、空、法律點」以見法之動態；因此，應用於若干法理學上的基本問題，自亦有其若干「折衷至當」的說法。茲試舉例言之：

①「權利與義務之綜合的定義」——由於權利學說，極爲紛歧，故綜合法學折衷各說，所下一權利較適當之定義如下：

（註三一）

「所謂權利者，乃法律所承認並加以保障的爲個人及公共生活所必需之特定客觀利益也。」——此一定義，殊爲簡單，而其含義，則係兼採象說，各予以適當之地位。再爲析論如下：

(一) 此一定義係以「法力說」爲基礎，而重在今日之法律上的權利之「形式」，以法力表現之。但尚進一步，對權利之內容與範疇，統攝諸說而一統之。

(二) 就權利之「實質」言，明白標明其爲「特定客觀利益」，乃法益說之修正。而此項特定客觀利益，係以法律所承認並加以保障者爲限，是又爲「意思支配說」與「法力說」之折衷。

(三) 就權利之「範疇」言，此項特定利益，乃個人及公共生活所必需者，是爲「自由意志說」與「自由限制說」的折衷。

。而且，既以法律所承認並加以並障者可限，則是又受現代權利形式之限制。

據此定義，關於「公權」與「私權」之劃分亦可獲得一新的適當標準。因公權私權劃分之學說，亦甚多。通說係以：公權為「公法」上所規定之權利，私權為「私法」上所規定之權利。此說雖為今日一般之通說，但因公法與私法之區分理論，尚多爭執，而有根本反對公私法之分類，但並不反對公權與私權之分類者；（註三二）故與其以公權與私權之分類依於公法與私法之分類，遇若先解決公權與私權之分類。而據於上論權利之定義，實可以得一簡單之「分權與私權分類之標準」如下：（註三三）

- (1) 公權——即法律所承認並加以保障之公共生活（亦即國家生活或政治生活）方面所必需的特定客觀利益。
- (2) 私權——即法律所承認並加以保障的個人生活（亦即社會生活或經濟生活）方面所必需的特定客觀利益。

由於「義務之學說」，多與權利學說相對待，例如：據於「權利為意思說」，而有主「義務為對意思之限制」者；據於「權利為利益說」，而有主「義務為不利益之負擔」者。而據於「綜合法學」之觀點，則其「義務之定義」為：——「義務者，乃法律為保障特定利益而課其相對人以一定作為或不作為之拘束力也。」——此一定義，亦係以「法力說」為基礎，而綜合各說，加以適當之安排。（註三四）

(二)「公法私法分類的新標準」——公私法之分類，自羅馬法以來，學說紛紜，較權利學說，尤有過之。（註三五）而且，由於現代「私法公法化」的趨勢，以及國家及其他公法人，因双重資格，而有適用私法之混亂現象，因此，更有從根本上推翻公私法分類的「反對說」產生。其中，又有：(1)，「一元論」的「取消論」，為「純粹法學派」所主張，及(2)，「三元論」的「修正論」。惟「取消論」所反對者，不過為「權力說」，亦即反對公法與私法在法律秩序外的對立。如在其一元論的法律體系中，再為適當的公私法劃分，當亦非完全與其一元論相衝突。至於「修正論」者，既根本未取消公法與私法的分類，而其第三種法律，亦不過為公私法混合的性質，則公私法的分類，自有先存在的必要。

今日公私法分類之通說，乃「形式的法律關係說」，亦即「資格說」。此說以國家或其他公法人，以及人民，均具有「双重資格」：即一方面為公權的主體，他方面又為私權的主體。其規定以公權主體的資格而形成的法律關係，不問其為權力服從

關係，抑爲對等權義關係，均爲公法。其規定以私權主體的資格而形成的法律關係，不問其主體爲國家，爲其他公法人，或爲人民，均爲私法。例如：國家以公權主體的資格，可以產生行政法的權力關係，亦可產生國際法的平等關係；以私權主體的資格，又可產生民法上的平等買賣關係等。此說可謂爲，乃「主體說」與「權力說」的修正。但問題之關鍵，實在於權利之性質，各有不同。在公權之中，有具有權力服從關係者，例如：各種行政權是。亦有具有對等關係者，例如：人民之各種社會權是。而權利之劃分，乃依生活之需要而定，有如上論：權利之主體，則係依權利之性質而定，其法律關係亦由是而變。故我國學者黃右昌氏會有言曰：「法無公私之區別，却要公權私權之區別。」（註三六）然既有公權與私權之區別，則由其權義關係之不同，豈不得一簡單之分類新標準乎？據是，則：

(一) 所謂「公法」者：乃規定公權利義務關係之法律是也。

(二) 所謂「私法」者，乃規定私權利義務關係之法律是也。

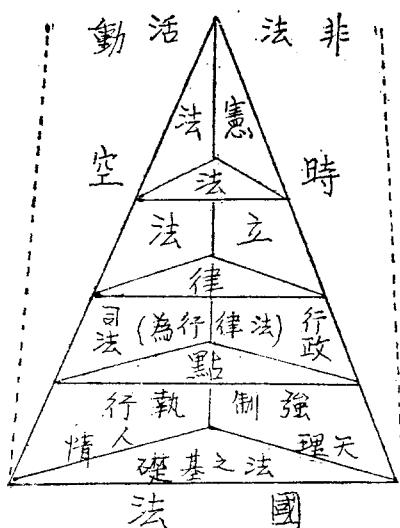
如是，公法與私法之分類，乃與公權與私權之分類發生對待之關係，自不致發生各說之流弊矣。（註三七）

(三) 「憲法最高性的綜合法理觀」——憲法效力的最高性，一般憲法學著作，多言其然；論其所以然者，似絕無僅有。（註三八）而在法理學中，亦惟有「純粹法學」以此爲其基本論點之一，是即爲純粹法學中有名的「法律的階層構造論」。依其所說，法律乃屬於「當爲」(Sollen) 的範疇，亦即謂法律爲嚴格的規範作用；而一切現實法，均爲法律規範。在現實法本身，並非立於孤立的狀態，而有其一定之構成體系，成爲「「有意義之整體」，是爲「法律的階層構造 (Hierarchy of Law)」，有如下圖之所示：（註三九）

如圖所示，純粹法學的法律階層構造說，乃以現實法規範之普遍妥當性的根據，在於其能「還原」於上級規範。換言之，即各級法律規範，因其本體均屬同一，故下級規範能還原於上級規範，是亦即為法律規範之普遍妥當性的根據。惟在各級法律規範之間，其於法律之創設與適用，乃相對的，亦即對上級言，為法之執行行為，對下級言，則為法之制定行為。由是，乃形成法律之階層構造，並由是可見憲法最高性的法理基礎。

但純粹法學之法律的階層構造說，在現實的憲法規範之上，尚有一「根本規範」的假定，以其為一切現實法的根源；並以「只有作為前提的根本規範，具有純粹規範的法的性質；而強制執行，則為純粹的執行性質。」（註四十）而其所謂根本規範者，其實質則為政治秩序的重建。（註四一）於此，純粹法學理論基礎的純粹性，根本發生動搖，不僅滲入了異質的份子，而且使法律秩序與政治秩序混合，是為純粹法學之憲法的最高性的法理觀的根本缺陷。——純粹法學之所以致此，蓋由於其未能為法的統攝的認識，以說明法之構成的關聯，故其歸宿缺少一「托子」或「支柱」，其體系遂有欠完整。倘將此一純粹法學之法律的階層構造，易置於本文上論「綜合法學」之「法的構體」中，則有如下圖，當可以免除其缺陷矣。





如圖所示，此一法之構體，去純粹法學之根本規範的假定，而使一切現實法的規範，均歸着於我國傳統的法的概念基礎之上。由是，法之構成體系及其關聯，胥得適當之地位；法之規範作用及其根據，乃在法之構體的自身機能之中，不待他求。而憲法之最高性的法理基礎，亦由是而在綜合法學中獲得其完善之論據矣。（註四一）

四、中印兩種綜合法學的比較觀察

綜觀以上對於中印兩種綜合法學分別的析述，其可得而爲「比較觀察」者，當有以下數端：

其（一），二者均爲一種「多邊觀點」（*Multi-dimensional Perspective*）的法學理論。——「舍氏綜合法學」，其所採取的觀點，包括了「哲學的」，「歷史的」、「社會學的」以及「概念的」，各方面；此與「中國綜合法學」係綜合「自然法學」、「歷史法學」、「社會法學」與「分析法學」各說而立論，若合符節。

此種「法學的多元論」，固不僅中印綜合法學爲然，實可謂爲乃現代法學發展的共同趨勢。有如：本文前述，「整體法學」及「政策導向法學」，莫不皆然。（註四三）而且，此種多元的趨勢，又不僅限於法學，其他各種學科，所表現的「科際整合」（*Interdisciplinary Integration*）的情形（註四四），足證法學多元論，不過其一端而已。

其(1)，二者均強調法律的理想。——「舍氏綜合法學」，以現代國家之法律，應以「社會福利」為其目的，並特別強調「任意法」與「授權法」，亦即「沒有主權的法律」或「沒有制裁的法律」的重要性。同時，認為：「良知的法律」，亦即「理性的法律」，乃個人的最高的法律；國家的法律，如果違反了個人的道德與理性的自由，必然對於個人的權利有一種不必要的侵犯。——凡此，均足以見印度綜合法學對於法律理想的重視。

「中國綜合法學」基於其「天理」、「國法」、「人情」的法律基礎論，以及因「時」、「空」、「法律點」而為法律發展的規範論，故特別強調「法」與「非法」之分，以期能導「引法律發展的正確途徑」。因此，對於共產主義的「法律工具論」，——認為：法律本身沒有目的，僅為階級鬥爭社會中，統治階級維護其本身利益的工具。二者，顯不相容。蓋據於中國綜合法學的觀點，法之本義，即為其目的所在，視法為工具，根本即為「非法思想」也。(註四五)

關於法律理想的強調，實亦不僅中印綜合法學為然。「整體法學」對於「民主價值」的重視，與夫「政策導向法學」之強調「人類尊嚴的價值」(The Value of human dignity)，乃其理論之「目標」(Goal)，(註四六)以及「法律社會學」發展的第三階段，亦趨向於法律的理想探討。(註四七)凡此，均足見此點亦為現代法學理論發展的共同趨勢之一端。

其(1)：「舍氏綜合法學」的主旨，似重在綜合研究法學的各種方法，以研究法律問題，而較缺少獨自的法理系統。——基於前述印度綜合法學的基本原理，及其應用的若干例示，無論其「法律的綜合定義」，民法的理論，刑法的理論，以及國際法的理論，等等，雖係綜合各說以立論，但其綜合，似尚缺少一種「統合」(Configurative)的「整體」(Integrative)的精神，貫穿其間，而僅為各種法學方法的聯合運用。換言之，即主要為一種「法學方法方法論」(Methodology)，而非法理的「多元論」(Pluralism)。(註四八)

反之，一種法理的多元論，必須對於法之認識，形成一種有機的構成。故不僅須謀求「價值」與「事實」的綜合，亦即「當為」與「實在」的統一。同時，並須謀求法律之靜態的構成，與動態的發展，為配合的觀察；亦即不僅須認識法之「實然」，並及其「應然」，更須及其「將然」與「或然」。而且，須統一法律之「形式」與「內容」。然後，自然法與現實法的理論

，始能獲致有機的「綜合」。——此種理想的法學理論，乃「中國綜合法學」之目標。要其指歸，有以下二端：（註四九）

其(1)綜合法之因素的多元論，以適應法之內容的擴充——現代法學對於法之認識的多元傾向，使法之內容大為擴充，不特法之觀念不限於現實法，更且及於一切「造法」的行為，吾人之學說則一舉而並包之，惟在法之構成體系中，各有其適當的地位與關聯。

其(2)，由法律形式的構成規範法律變化的動向。——現代法學均認為法律是變化的。然而如何變化，則人人殊。「新分析派法學」固亦嘗以法律形式的構成，顯示法律變化的動向，然而其動向無所歸宿。吾人之所說，則自法律的構成中，即規範法律變化的動向。

因此，「中國綜合法學」，雖以「綜合」名，其精神，實在於「統合」與「整體」。（註五十）蓋如此，方可期能統一法律之「形式」與「實在」，而在其法之基礎的「價值」觀念之上，以規範法之「發展」，並以「澄清法與非法的正確觀念」，導引法律發展的正確途徑。（註五一）——此點，或為「中國綜合法學」理論涓滴之貢獻，而為其與「舍氏綜合法學」大同小異之處。（完）

（附 註）

（註一）見民國三十七年七月十八日及二十五日南京和平日報，「憲政」專刊第十二及十三兩期連載該文。

（註二）見四十四年「法律評論」第二十卷第七及第八兩期連載該文。

（註三）據所知，僅有張慶楨先生曾於「教育文化」十卷十一期「一年來的學術」專號中，為文評界（註二）拙文。陳顧遠先生在「法律評論」二十一卷十一——二期合刊，發表「理論法學與經驗法學」一文，提及「綜合法學」；並於「思想與時代」某期，為文介紹拙著。史尚寬先生在「中國文化復興」某期，曾抒論中外綜合法學。又馬漢寶先生「西洋法律思想論集」曾提及「對……建立綜合性法學，深表同情與支持」（第一七〇頁），亦可參閱。

（註四）計先後發表拙文，有：「美國法學發展的新趨勢——整體法學」（載「政大學報」六期），「霍爾教授的整體法學述略」（「

法律評論」三十八卷七期及八期），「美國霍哲教授的整體法學與中國的綜合法學」（「東方雜誌」復刊一卷五期），「柯寧父子的法學理論」（「法律評論」三十一卷第六及第七期），「麗德社會法學要義」（「政大學報」十七期），「印度綜合法學要義」（「新時代」七卷六期），「印度綜合法學的刑法理論及法人學說」（「法律評論」三十一卷十期），“The Chinese Synthetic Jurisprudence and Its View on the American Policy-oriented Legal Theory”（「東海學報」九卷一期），「美國政策導向法學導論」（「政大學報」十期），「綜合法學與政策導向法學」（「法律評論」三十一卷第十期及第十一期合刊）。

(註五) 上註引 “The Chinese Synthetic Jurisprudence and Its View on the American Policy-oriented Legal Theory” 文原稿，會送請美國耶魯大學「政策導向法學」創立者拉斯威爾 (H. D. Lasswell) 及麥克鄧葛 (M. S. McDougal) 該教授指正，得復函有謂：“We are in Common with Prof. Too's Assertion that a New Asynthesis of the Western Jurisprudence and the Oriental Jurisprudence Would be one Step Further Intellectual Task in Law Study.” 以爲佐證。又有謂 “The introduction of Professor Too's legal theory into the English-speaking world, we believe, would have some impact upon the western legal thought.

(註六) 見 Sethna, Jurisprudence (Bombay, N.N. Pripathi Private Ltd, 1959,) P. 1。並參照 Sethna 稱 Synthetic Jurisprudence (1960)。

(註七) 並參照(註五)所引文「印度綜合法學的刑法理論及法人學說」。

(註八) 同前註。

(註九) 並參考(註五)所引文「印度綜合法學要義」。

(註十) 諸參看(註11)所引文「試論中華法學的重建——即談『緯和法學』的基礎理論」一文。詳同標引文 “The Origin and Formation of the Traditional Chinese Synthetic Jurisprudence” (Chinese Culture Vol. 9, No. 2)。

(註十一) 見「史記」及「禮記」。

印度「舍什那氏的綜合法學」及其與中國「綜合法學」的比較

(註十一) 見「老子」第二十五章。

(註十二) 見「韓非子」之「定法篇」。

(註十四) 詳參考 Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832)。

(註十五) 據陸鼎撥譯龐德的「社會法理學論署」(The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence) | 書第107頁。

(註十六) 據前註龐德書，歷史派法學及社會哲學派法學，均為社會法學的先驅。而社會哲學派中，「社會功利派」乃綜合分析的與社會的觀點，「新康德派」乃綜合哲學的與社會的觀點，「新黑格爾派」則係綜合歷史的與社會的觀點。至於「社會法學」本身的发展，則經過了：①「機械派社會法學」，②「生物派社會法學」，③「心理派社會法學」，而終達到，④「社會學的統一論」，亦即「綜合社會法學」。

(註十七) 麗著「結論」中，曾明言採用「實用主義哲學」。

(註十八) 見陸譯龐著「吳經熊序」。

(註十九) 「新分析法學派」，除吳經熊氏外，德國之 Wurgel 及美國之 W. W. Cook，即倡之。

(註二十) 此為「唯實主義法學」的先導者 Holmes 的名言，說見氏著 *The Path of the Law*, pp. 459-61.

(註二十一) 所謂「行為主義法律觀」，即以法院將來行為法律，擴而充之，則政府行為，人民行為，均可能為法律行為之一部份。故 J. Frank 氏稱之為「非歐論法律思想」(Non-Euclidean Legal Thinking)。參考氏著 “Mr. Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking”, (*Council Law Quarterly*, No. 17.)

(註二十二) 見吳經熊著 *Judicial Essays and Studies*, P. 1.

(註二十三) 詳參考前註吳書中一文。(經筆者譯為「法律三向論」，載「法律評論」十九卷五六期合刊)。

(註二十四) 史丹姆拉著「現代法學的根本趨勢」(商務版，張季忻譯)第一一七頁。

(註二十五) 見 W. Friedman, *Legal Theory* (1950,) P. 133 所述。

(註二十六) 杜驗學說，凌其翰譯有「杜驗學說及其著作」一文(載「東吳法學雜誌」六卷一期，收入吳經熊編「法學文選」)。梅祖芳譯

杜著「憲法精義」（上）及張明時譯杜著「憲法學」三冊，均可供參考。

(註三十七) 詳參看 Kohler, *Philosophy of Law* (Albrecht 英譯本)。

(註三十八) 例如·夏打氏 (Charmont) 在其所著「自然法的復興」(La Renaissance du Droit Natural) 一書中，論及新自然法謂，係調和「進化思想」與「效用思想」，故具有「流動性」。

(註三十九) 所羅門 (Solomon) 有「世間無革新」(There is no New Thing Upon the Earth)，見 Completed Works of F. Bacon, 58，可資參證。

(註四十) 參看(註一)及(註十一)摘要，及拙著 *The Origin and Formation of the Traditional Chinese Synthetic Jurisprudence* (Chinese Culture, Vol. 9, No. 2)。

(註三十一) 參考拙著「(大學用書)法學緒論」(現代法學十一講)第一四四——六頁(「增註七版」)。

(註三十二) 如 Thereng 及 Austin，君田新等，均主是說。參考黃右昌「法律新分類」及「法律的革命」。

(註三十三) 參看(註三十一)拙著第一四六——七頁。

(註三十四) 參看同書第一五五——六頁。

(註三十五) 略可參考同書第一六六——八頁。

(註三十六) 見黃右昌「民法總則詮解」第一頁，詳見(註三十一)而黃著書。

(註三十七) 參考(註三十一)而拙著第一六八——九頁。

(註三十八) 淺 K.C. Wheare, *Modern Constitutions* (1956) 一書第四章，會析論憲法效力最高性的法理觀。

(註三十九) 參看劉燕谷譯「純粹法學」第五章第十一節，Kelsen, *General Theory of Law and State, Chapter XI. (B)*。

(註四十) 見劉譯「純粹法學」第八十四頁。

(註四十一) 參看(註三十九)而拙著第一一〇——一一頁。

(註四十二) 參看(註三十一)而拙著第一一〇——一一頁。

印度「金什那氏的綜合法學」及其與中國「綜合法學」的比較

(註四三) 參考(註四)引拙著「美國霍爾教授的整體法學與中國的綜合法學」，「綜合法學與政策導向法學」，及“*The Chinese Synthetic Jurisprudence and Its View on the American Policy-oriented Legat Theory*”各文。

(註四四) 略請參考(註一)引拙文，論述自然科學、哲學及社會科學（包括：社會學、政治學、經濟學及心理學）各方面所表現的學術思想的多元綜合趨勢，「綜合法學」即係在此種共同趨勢中孕育而成。並參考徐道隣「行為科學概論」。

(註四五) 就此點而言，「中國綜合法學」亦可謂為「法學上的反共論」。史丹姆拉氏之以「法律可以決定經濟」（參考張譯史著「現代法學的根本趨勢」），龐德氏之強調「法律史上，法律與階級利益相反的史實很多」（參考陸譯龐書「社會法理學論略」），均與此相通。並參考拙著「*民主主義與法學*」（載國父遺教研會編「*民主主義與各種學術*」）；丘漢平著「從歐美的法學談到三民主義的法學」（載「*民主主義半月刊*」十四期），亦可參閱。

(註四六) 參考(註四)引拙文 “*The Chinese Synthetic Jurisprudence and Its View on the American Policy-oriented Legal Theory*”。

(註四七) 參考拙文「美國法律社會學的發展及其展望」（載「東方雜誌」復刊第四卷四期）。

(註四八) 此意筆者在耶魯大學法學研究院會與 Harold D. Lasswell 教授談及，曾得其首肯。

(註四九) 參考(註一)引拙文及(註三一)引拙著第十六一一四頁。

(註五十) 見(註三一)引拙著第十六三頁。

(註五一) 參考同書第二六三一一四頁。並參考拙文「論革命立法與復古傾向」（載「中華法學雜誌」三卷十期）。