

美國「新唯實派法學理論」述略

涂懷瑩

一、引言

二十世紀三十年代，美國法學界興起了一種新的號稱「唯實法學派」(Legal Realists)的思潮。更精確的說，應稱其為「新唯實法學派」(Neo-Realists)。因為，倘使吾人對於那些致力於法律及其執行之真實的考察，而後以絕對的坦誠提報其研究結果的人，均可名之為唯實法學家的話，則將有很多的法學家，均可歸類於唯實法學派中。類如：·何姆士(Holmes)，卡多查(Cardozo)、龐德(Pound)與傑林(Jhering)諸氏，均屬之。——對此數人，其中卡多查、龐德、與傑林三人，有的新唯實法學家尙會反對其引入該派之中；但對何姆士，則莫不推其為新唯實法學派的開山祖師。(註一)

所謂「新唯實法學派」者，乃企求絕對忠實於法律之嚴格的實在，而摒棄一切神秘與先存的觀念。龐德氏曾有言論之曰：「彼等所謂之唯實主義，乃要求忠於自然，精確地記述事物的實在情形，而以之與其想像，希望或覺得其應該如此的情形，加以比較。」(註二)

新唯實法學派的產生，可謂為適得其時。因為，在藝術、文學與哲學中，早已有一種唯實主義傾向的存在，並業已受到世人所讚許，故一般人多以「唯實主義」與「理想主義」比較觀之。(註三)

新唯實法學派之「唯一的共同要求」，厥在於其不計一切，「唯法律之真實是求」。故唯實法學家雅不願歸屬於同一學派，寧以其係代表「法學上之一種運動，或攻擊(A movement, an attack)」，(註四)而自認其「主張與重點，多具有基本上的不同」。甚至彼等對於「唯實法學家」一稱呼，或對其學說謂之為「唯實法學」，亦不表同意。例如庫克(W. W. Cook)則常愛以其法學名為「科學的法學研究」(Scientific Approach to Law)。克拉克氏(Clark)稱其法學為「法律之事實的探

索」(Fact Research)。柯爾賓(Corbin)謂之爲「法庭行爲之研究」(what courts do)。而阿力凡氏(H. Oliphant)則以之指「客觀的法學方法」(Objective Method)而言。狄更生(John Dickson)氏更稱其爲「法學上的懷疑運動」(The Skeptical Movement)。(註五)此外，安諾德(Thurman Arnold)及李偉倫(K. N. Llewellyn)等，則倡導所謂「制度法學」(Legal Institutionalism)；小柯亨(F. S. Cohen)又有所謂「法學功能主義」的「法律磁場論」(Field Theory of Law)，乃至羅溫吉(L. J. Loevinger)的「計量法學」(Jurimetrics)等，不一而足。(註六)

因此，唯實法學家的理論，各說歧異互見，故殊難確舉其共同的論點。本文因受篇幅的限制，僅先選擇若干具有代表性之美國新唯實法家，析介其學說之要義。計有：(1)早期新唯實法學開拓者之一的邊漢氏(J. S. Bingham)，(2)「制度法學」的倡議者，安諾德氏(T. Arnold)，與(3)「制度法學」的另一理論家，李偉倫氏(K. Llewellyn)，二者加以比較，可以見其同異之點，及(4)，倡議「法律衝擊說」的佛蘭克氏(J. Frank)等四家，以見「新唯實法學理論」之一般論點。至於其他各家之學說，及對新唯實法學得失之綜合批評，容賡續爲文再論，並將據筆者倡議之「綜合法學」理論，(註七)指陳今日法學發展正確方向之所在。

二、美國新唯實法學初期的開拓者——邊漢

邊漢(Joseph W. Bingham)久被公認爲乃美國新唯實派法學的領導人物之一，自一九一二年起，氏即在史丹福大學法學教授，直至退休。其主要理論，見之於以下兩篇論文：(1)爲「何謂法」(What is Law, 載於一九一二年 11 Mich. L. R. 1, 109)，(2)爲「法律哲學與法」(Legal Philosophy and the Law, 載於一九一四年 9 Ill. L. R. 98)，及「各家法律哲學自述」(My Philosophy of Law, 25, 1941)一書中之自述。

邊氏爲一反偶像崇拜者，故氏致力於揭發古今法律哲學中的缺點，以解除法律意義之混淆，而後提出其自己對於「法律意義」的看法。而對於「法律爲一套規則或原則」的理論，「首加攻擊」；其言曰：

「法律的領域，較之想像中的公布及印行的法令規章實遠爲廣泛與複雜。法律之科學研究的範圍，與其他科學的範圍相似

：具體的事實及其法律的後果，乃法律研究及預測之外的現象；此等事實之因果關係，及其間的政府機構的因素，組織，與運行的知識，始構成法律一詞之真實的法律的知識。法規不過為其技術的名詞，加上定義與刊布而已；故法律實僅為一種精神的工具，用來將堆集起來的法律知識，加以分類，使之簡化而已，有類其他科學中之概念與定義，同其作用。」（註八）

其次，氏對於「法官用來作為其判決理由之法則與法理，通常乃屬具有基本性及本質上的權威性」的論點，亦加以「駁斥」。——（註九）——氏對於此種司法的概念與先例，認為通常均是誤解與誤用的；實則，法官所引用之法則與法理、僅不過為輔助法官作成其判決之因素而已，其本身並非法律。事實上，沒有一個法官係受其先前的判例與概念所拘束的。在當前的訟案所提供之證據與事實，要求推翻其前的判例或忽視其前的司法概念時，法官決不會遲疑不為的。故構成事實者，乃案件的本身；而根據事實而為的法律的考慮所採取的政府的行為，始為法律的實質。——對此，氏有言曰：

「誠然，法家用來作為其形式的法學之很多的概念，在過去判例的法官意見書中，是可以找到其相當部份的；但法官的概念，與其前的司法判決的意見之相當的部份，實並非同一。實務法家所尋求者，在表達法庭及其他政府機關對於其所處理之案件之行為，以及產生該行為後果之理由。他們可能在一項預期的領域中，找到法庭意見正確地概括化了的實際運行的先例；也可能找不到。無論是否能找到，彼等都可從那些已表示了的法庭意見中，自由而不同地形成其自身決定的規則與原則，並可用不同的文句來表達之。此種自由的行動，乃其他科學研究中普通之事例。只要其結果可以滿足準確，經濟與效率的要求，在邏輯上，又能提出什麼理由來反對呢？」（註一〇）

基於以上的析述，如其吾人接受了邊氏的論點，而「強調訟案之事實與結果的關係，過於其間的概念」，則有何益處之可言呢。——對此邊氏之答復如下：

「廣泛的適當的瞭解吾所謂的事實的重要性，當有助於增進法律教育的效率，更佳的認識司法機關的高度的功能，因而可以改進司法的執行，達成一更為統一的開明而進步的判決，以及審慎而科學的立法。」（註一一）

由是觀之，邊氏誠可謂為乃「初期美國唯實主義法家的代表人物之一」。氏曾企圖將傳統的法律科學之基礎的障礙，一舉而掃除之。氏曾於其「法律哲學自述」中，綜述其法學理論之要義如下：

「一種哲學系統，如其要將生命與其目的，置於一嚴謹的邏輯的相關的系統之中，或預測某種普遍性的單一的最高的原則，或尋求永久的真理者，在我看來，均具有涉及人類知慧的性質與手段，思想的工具，以及社會生活與政府之事實等的基本的缺點。」

「此等哲學系統，可能具有辯證法活動中的趣味，一如其對於實務世界的影響；可是，其理論不僅是欺人之談，而且有時顯然是有害的。過去，此等理論，嚴重地阻礙了法律科學之發展，使之未能基於廣泛而深入的研究非常複雜，非常有趣而重要的專門的法律事件之領域之上，因而，法學乃幫助了不良的政府與人生的不幸的持續。」

「誠然，一般而言，歐洲的高度人爲的法律哲學，對於法學理論系統的構成與維護，視爲法律哲學本身的目的，較之密切的認知生命與政府的事實，以及社會組織中政府之改良，遠爲關切。姑無論此種法律哲學之危險如何，但願不久的將來，法學界大大的警覺到，法學之服役於人道的目標，實有擴大之可能。」

三、「制度法學」的倡導者——安諾德

安諾德氏 (Thurman Arnold) 爲美國新唯實法家中，倡議所謂「制度法學」(Legal Institutionalism) 之一人。氏爲美國首府華盛頓的活躍的律師，並曾任西維爾吉尼亞大學 (West Virginia University) 的法學院長，耶魯大學的法律教授，司法部負責「反托拉斯組」(Anti-Trust Division) 的國家副檢察長 (Assistant Attorney-General)，以及哥倫比亞特區聯邦上訴法院法官。其主要著作，包括有：(1)「政府的符號」(The Symbols of Government, 1935)，(2)「審判，判決與上訴案例」(Cases on Trials, Judgements, and Appeals, 1936)，(3)「資本主義的傳統」(The Folklore of Capitalism, 1937)，(4)「商業的瓶頸」(The Bottlenecks of Business, 1940)，以及，(5)「民主與自由企業」(Democracy and Free Enterprises, 1942) 等。

由上述其著作的範圍，可見安氏的研究，涉及對經濟政治，乃至整個社會科學，與法律的剖析，故吾人須從其「對一般社會組織的理論」入手，而後論及其法學理論，較爲適當。

安氏之視社會制度，頗似經濟學界的制度學派，乃以其係基於對於共同價值之習慣與接受之上。氏首將國家之社會組織分成：法律、經濟、政府，及其他等各種社會制度。一再在此等一般性的社會制度之中，更進論其構成的各種社會制度；其基礎，則為個人；而個人一方面創設了這些制度之信條，又對之發生反應。

據安氏的意見，每種社會制度，均係基於以下的各種共同因素：(1)信條，(2)使信條生效的一套「態度」，(3)一套「制度的習慣」，及(4)一種「神話的或歷史的傳統」，可用來證明其信條係由較人力為大的力量所制頒者。(註二)舉例言之，在政府制度方面，憲法乃產生某些固定的態度與習慣的信條；而由於此種態度與習慣，始能使憲法對人民發生影響。不過，憲法實際上乃是立基於某些長期發展而成的觀念與文獻之上；而歷史的傳統，亦即民間傳統的開端，則係起於一種簡單的歷史事件之產生，亦即少數特出人物的靈感的產品。(註一四)

而當一種制度的信條，一旦被視為真理，則有關的傳說，便得到一種可使之亂加運用的免疫劑了。任何人如對此種神旨的氣息加以挑戰的話，(而此種神旨乃傳說用來為制度之庇護者)，其魯莽的行為便被認為是「現實主義者」或「諷世主義者」的行爲了。(註一五)

至於「制度的信仰者」，自然並不承認其信條為神話，而係當作真理來接受的；故被作為自然法，或一套必要的原則。由此可知，安氏對於吾人自身的文明的態度，是與人類學家研究澳洲的土人的部落中的有趣的民俗與傳統的審慎態度，頗為相似。

安氏對於「法律」的態度，並不較之其對任何其他制度的態度有何不同。氏認為，「法律乃是一套在個人之上的原則與理想，存在於一廣泛的玄學的文獻之中，及一系列的形式上的審判之上者。」(註一六)蓋因法律包括了很多互相矛盾的符號與理想，故一般人為了要維持其相信制度乃是調和而合理的東西，必須相信一種統一的法律理論的存在。而此種統一的法律理論之缺少清晰的說明，可由很少人有時間來研究之一事實見之；因此，在社會的結構中，信徒們自必須賦予法律科學之解釋者的僧巫們以一席之地，有如今日之教士者然。

對於「法理學」，安氏認為乃「法律之龐大的玄學文獻」，負責對法律的原則下定義，而其所採用之語句，則大到足可包

括一切互相衝突的理想在內，故成爲「法庭後面之邏輯的天堂」。(註一七)——由此可見，安氏對於法律之意義毫無信心。氏曾指陳：法理學對普通人而言，乃是全部法律的文獻，對於律師而言，則法理學乃其從無時間來閱讀的那一部份的法律；對法學教授言，則法理學可使法律爲人學習，以免法學院成爲商學院；而在法律家看來，則法理學尙未編寫完成，因其尙難以使混亂的法理合而爲一也。故安氏總結曰：「法理學尙係棄置於牆角之物耳！」(註一八)

故安氏直承法理學之工作，殊屬艱困，過於其他法學家。當早期的英、美法由於冷峻的邏輯而產生了不正當的結論之時，衡平法庭與行政法庭便產生了。然而新的法庭，尙須從法律的邏輯系統中來拯救訴訟當事人一事實，產生了一種令人不愉快的感覺，即法律的邏輯系統乃是較不完善的東西。代替此兩種不相同的法律系統的共存的解釋者，乃有一種安氏稱之爲「極爲嚴重的現象」發生了：亦即有思想的人，由於不能使這種衝突合理化，索興放手不問，而假定其已由他人想出了辦法解決之。(註一九)——是以安氏認爲：「法理學乃是一種神秘的科學，而非純粹的神學」。在安氏看來，法理學不過是一些執行其社會任務的禮儀性的寫作，使那些未曾閱讀法理學的人，更能善盡其社會任務而已。

安氏之法律的理論中的「第二個因素」，是與其「第一點看法」——「視法理學爲玄學」，有密切關係的，乃認「法律爲一種儀式的審判」。——氏開始其論點以如下的一個假定：無論是刑事或民事的審問，均非解決爭端的有效方法；訴訟當事人及其律師們均力圖避開法庭的審問，而寧願將法庭不能和諧解決的爭端，由調停人或行政法庭來處理之。可是，對於大多數未曾與法庭實際接觸過的大衆，「公開的法庭審問却象徵了……正義的天堂，置之於日常世界之不安全、殘酷、與不合理之後者」。(註二〇)而刑事審問，以其更是有戲劇性的成份，在其象徵作爲法律執行者的國家的尊嚴，同時顯示了作爲國家公認的對手之個人的尊嚴上，尤屬有效。(註二一)

然而，由於儀式化的審判，意味着將邏輯應用於事實；因此，在非人身的固定的法律之理想，與不能忽視人身的與人的因素的正義的理想之間，便出現了一種矛盾。此種衝突，已由人類訴諸於發明一個魔鬼來接受此種矛盾的責備而解決了。「陪審團」便是扮演這一個魔鬼的角色，而成爲一種巧妙設計來承受指責的制度；蓋在其決定事實的問題時，不良的結果是難以歸之於陪審團的錯誤的。(註二二)而法律因此遂無可指責，而且完善無缺了。

而刑事的審判，乃更有效的儀式的象徵，更是陪審團的魔鬼性質最佳現形的媒介。因此，在刑事審判中，陪審團這一魔鬼較之在民事審判中，更不容易撤退。而且，傳統上通常由十二個平民組成的陪審團，尚能達成另一種目的；即由國家將訟案交付給一平民的小組，乃承認個人尊嚴的一種最佳的姿態。（註二三）

據安氏的看法，民事審判的儀式，有一部份乃提供了另一套教訓。在刑事審判顯示國家尊嚴之處，民事審判則時常重新建立了個人免受國家干涉的自由的故事。美國的聯邦最高法院，安氏視之為限制國家干涉的最大權力的象徵；在其審查「新政立法」的那段期間，已顯出了某些圍繞其儀式角色的問題。氏有言曰：「最高法院的宣判新政立法違憲的含糊的用語，是如此的廣泛，固然嚇倒了新政立法的擁護者，而且其中充滿了漏洞，以致於新政的反對者亦深感不安。」（註二四）

安氏相信，此種法庭，縱使其有很多問題尚未解決，但仍然維持其為憲法上個人權利保護者的地位，蓋因其依賴於一項規律之故，即：法庭中僅討論狹義的當前的問題。據於此一「訟爭的規則」（Case or Controversy Rule），法庭乃從未管轄僅有立法需要的案件，亦不處理完全為一般商業情勢所適用的規則。「法庭權力在此一方面的限制，產生了可能形成更進一步理論的比喻」，（註二五）亦即：「訟爭的規則」，或者安氏諷稱為「戰鬥式的審判」（Trial by Combat），乃是建立在另一符咒之上，亦即：起於一個相爭的問題的法律，似乎較之由一種友善討論而獲得的判決，要來理更為健全。而安氏不相信，事態的澄清必須來自戰鬥式的爭訟；亦不相信，利害雙方的辯論，能導致真理。（註二六）故由一連串的孤立的，瑣細的宣示而找出判決模式的程序，是與安氏的具有遠見的社會計劃的理想不能相容的。

安氏爲了達成其發展社會經濟理論的目的，故寧願給法庭「僅僅提供禱告書籍及熟知的諺語的彙編」；（註二七）而對於法庭辯論儀式，採用戰鬥式的辯論，以達到「傳統的命中或不中式的社會計劃」，則深表不滿。（註二八）氏認爲，法庭的儀式的功能，應限於勇敢地展示寶劍，來保護民權之公平審判之類的儀式而已。（註二九）

安諾德氏的視「法律爲一種制度」的概念之特出的形象，係其「常人」的概念。法律的性質，主要係由常人圍繞着的神話來決定的。因而，法律的淵源，便必然地存在常人的心目之中；由於常人之信任法律之完善性，乃給予了法律以制度的力量。故法律之進一步的發展，乃依常人之繼續不斷地承認法律之神秘性與象徵性；而當法律之有力的傳統變成了童話故事時，則其

較有效的方面，諸如安氏認為業經現實地證明其價值的行政法庭，便開始出現了。

四、「制度法學」的另一理論家——李偉倫

另一倡議「制度法學」之新唯實派法家，為李偉倫氏 (Karl Nickerson Llewellyn)，李氏曾任哥倫比亞大學法理學教授，後任芝加哥大學教授。其有關法學之主要論文，有：(1)「唯實主義的若干實際的觀察」(Some Realism About Realism, 載於 44 *Harv. L. R.* 1222, 1931)。(2)「論哲學與美國法」(On Philosophy and Law, 載 82 *U. of PA. L. R.* 205, 1934)。(3)「現代法律理論」(Modern Theories on the Law, 34 *Col. L. R.* 986, 1934)。(4)「一個唯實主義者的自然法觀」(One Realist's View on Natural Law, 載 15 *Notre Dame Lawyer* 1, 1939)。(5)「論新法理學之研讀與適用」(On Reading and Using the New Jurisprudence, 載 26 *A. B. A. J.* 418, 1940)。(6)「法律科學的理論」(Theory of Legal Science, in *Laws*, 載 20. *N. Carolina L. R.* 1, 1941)。(7)「論法律之真、善、美」(On the Good, the True, and the Beautiful in Laws, 載 9 *U. of Chi. L. R.*, 225, 1942)。(8)「論法律與社會科學，特別是與社會學之關係」(Law and Social Science—Especially Sociology. 載 62 *Harv. L. Rev.*, 1286, 1949)。

前述安諾總氏的法學理論，係從法律之非現實的觀點而言，故氏著論法律之「儀式」、「神話」與「傳說」等。而李偉倫氏之法學理論，則有特異的一套「新詞彙」，須加注意，諸如：「法律人」(Law-men)、「法律素材」(Law-stuff)及「法律工作」(Law-jobs)等，皆係李氏用來論及法律之「內情」與特性者。

李氏重視法律哲學的問題，並非「發明」一種哲學的問題，而為「選擇」某種哲學的問題。(註三〇)氏認為：早期的美國，此種選擇，多少限制在一種「自然法」的氣氛之中。獨立宣言中的天賦人權的推論，即其最顯著的特徵。邇後，是「法律哲學形成時期」(formative period)，龐德氏 (pound) 首先指出過，此一時期乃創造性的判例急於掌握新問題，並且有效地處理之；而李偉倫氏認為，此一時期有頗與今日之法律唯實主義相似者。(註三一)——然而，此一時期（從一八四〇年代

到七〇年代)，却由於強盜式的爵爺們及更凶猛的工業家之需要「確定」與「穩定」的到來，而結束了。李氏指出：此等商業之發展之需要穩定的法律，其故有二：(1)帝國的建設者需要對未來的可能加以預測；(2)，故彼等要求法律之穩定，以使其政策的措施，可落於其掠奪性的習慣之後。——因此，判例法中的「實證主義」，正適應了此項法律穩定的要求；雖然實證法亦常為判例法中的不協調而感困擾。李氏對於此一時期的描敘，是殊為驚人的；他說：「當是時也，權威即是權威，邏輯便是邏輯，確定便是確定，法律工作中，是根本沒有思想的地位的。」(註三二)

上述李氏之「法律的警句」，與當時商業世界之格言，是頗為相似的；亦即謂：商業便是商業，金錢即是金錢，人道主義的關切那批輸入的移民的勞工，在發展中的美國，是沒有什麼地位的。故法律史上之此一時期的終結，固半由於人民的反叛，而實亦半由於法律本身的停滯不進；而在法律思想家中，則由於其遭遇到，被迫要視一切不協調的現實的與權威的法律為法的進退維谷的狀態，亦有與因。

到了一九〇〇年以後，至少公法的領域中開始回到自然法，因為憲法中發生了「正當法律程序」與「平等的法律保護」問題的討論。而自然法理論之應用於憲法，一般而言，便影響限制國家之干涉私人事件；因而，附帶地繼續了私法領域中的實證主義的成份。

李氏承認，今日實證法家之人數，遠過於唯實法家，尤其是在司法與律師實務界為然。然而，氏認為：唯實法家並不是團體主義者；他們從實證法家那兒，取得了對於法律之具體材料的主張；而且，今日唯實法家，更從何姆斯(Holmes)那兒，承襲了一種預言的諷世主義，以及視法律文句僅為一種工具的傾向；又從杜威(Dewey)與詹姆士(James)的理論中，得到一種主張，以結果為某一命體的有效性的唯一的考驗。(註三三)

李氏常提醒其讀者，雖然他言及「唯實法家」，在某些方面乃一團體，但事實上，並無所謂唯實法學派的存在。「唯實主義法學」乃一種法學的運動，互相刺激而又相互獨立者。不過，李氏相信，唯實法家之間，具有某些「共同的出發點」，「交接處」，及一個「共同奮鬥的信仰」。

李氏所謂「唯實法家的共同的出發點」，(註三四)包括了某些基本的態度；其中之一，為「流變的法律概念」(A Concep-

tion of law in flux)·然由於法官造法之故，法律的流變性，通常均較社會本身的流變性為慢。而且，由於唯實法家一般均視法律為達到社會目的的手段，故法律變遷之慢速度，需要經常對法律加以重行考查，以使其能配合社會的變化。

另一唯實法家的共同立場，為「區分法律之實然與應然」。——李氏認為，對於任何部份法律之將來應屬如何的判斷，如未能對該部份法律今日之情形如何有客觀的認識，殊難作一睿智的判斷。不過，唯實法家並不相信傳統法律規則與概念的價值，可以作為今日法庭行為之指針；而且，彼等亦不依賴傳統的根據時效而形成法律規則的理論。因此，唯實法家之估量李偉倫氏所謂的「法律之實然」，乃基於就法律之影響而非就其傳統的法律規則之協調方面，來檢討法律。彼等乃將訟案與法律情勢加以歸類為較狹義的範疇，以挽救包括了不相似的事實情況的簡單的文字的規則，來改進法律的規則。

李氏對於那些反對將法律的「突然」與「應然」加分辨的人，稱之為「應然歸向」(ought-bound)的思想家；其思想拘泥於一種天真的信仰，以為今日的法律便已經是將來任何情況下應然的法律。(註三五)對此，氏有言曰：「精確的預測法庭將為何事，甚少可能由傳統的法律規則中引導吾人為之。」(註三六)故氏反對信賴演繹法作為達成法律確定性的手段；其理由為：如其演繹法不能解決訟案，而只能顯示某一假定前提的結果為何，則在判例的解釋可資利用的漏洞之多，亦如其可資利用的前提之多少。氏研究了上訴法庭之判決後，獲知判例之為變的方法，亦如其為拒絕變的方法。

由於對上訴法庭判決的研究，唯實法家們獲得了其主要任務所在，乃在於輕視法律的確定性的問題的研究。其重心包括四方面：(1)一下級法院之所為與上級法院及立法機關之關係如何的問題；(2)行政機關的問題；(3)立法規則的問題；(4)立法行為及於社區影響的問題。(註三七)而李氏用來討論此類問題的方法，則為：「規範的，法律的，及法律職業的方法；亦即法律方法的問題。」(註三八)此類方法的概念，氏更加以空人的標題為：「法律的途徑」、「法律的素材」、及「法律的職業」等(“Law-Ways”, “Law-stuff”, “Law-jobs”)等。

上述李氏的新名詞，一時恐難於為人廣泛地接受。而其對於「唯實法家與自然法家之關係」的看法，(註三九)在唯實法家中，却較為突出而引人注意。氏認為：自然法乃一種趨向法的理想成份的驅力的表現，為人類相信其乃一切法律與制度的最後正當的目標者。故自然法不受實證法之歧異的影響，而能在本質上繼續為歧路上的實證法的指引。在另一方面，則由於自然

具有法律概念可任意塑造的豐富的領域，故可使判例法系統的規則，並未形成爲一不變的權威性的文字，而可以自由重加改寫。

因此，李偉倫很直率地認爲：「自然法信仰，與發展中的唯實法學運動，可以並行不悖」。因自然法家與唯實法家，均視實證法爲現行而有效的法律，但須重新加以檢討。雙方均圖以檢討實證法，來對社會有所服務。李氏更曾在另一文中，（註四〇）暗示其本人並未脫離自然法家甚遠；在討論另一個不同的題目時，氏有云：人民相信「雖然有很多法律確實是錯誤的，但『法律』仍然是正當的。」（由此可見，人民在最後對法律之爲真理，仍深有信心。）

然而，「李偉倫氏本人的法律哲學」，仍然是「基於唯實主義的制度法學的觀點」。——氏相信：只有視法律爲一種制度，吾人始能把握法律的各方面：作爲一種技術，職業，一套規則，一種哲學，及一種「社會的前科學」(a social prescience)。氏認爲：法理學必須冒了嚇倒某些人的危險，擴張其範圍到法律的正當的規則之外，而考慮到法律的「技術」、「觀念」、乃至未曾說出的「理想」等等；此等法之因素，實較之當前的法律規則，更具有重要性及普遍性。法律的規則，實在太被過份強調，而且由於法律規則的權威性（雖然是流通性的）文字形式而獲致的傳遞性質，使之很輕易地取代了法律的思想與研究。然而，爲很多法庭判決實際上所依賴的司法傳統，實值得予以更多的注意；而此種傳統，其構成，僅有一部份是法律的規則。較之法律規則具有同等力量，而更爲普及的，乃是法庭用來巧妙地操作判決的法律技術。（註四一）惟此等技術是否應予以系統化，李氏則未加清晰的說明。

基於法律之「實然」與「應然」的區分，李氏更進而將法規分成「律師用的預測的法律規則」(prediction-rules for counselors) 與「法官用的應爲的法律規則」(ought-rules for judges)。蓋制度法學的方法，以其偏好區分「律師的技術」(Counselor-craft) 與「法官的技術」(judge-craft)，自然迫使之須對法規作以上的分類也。而李氏則從此種區分中，更獲得一「綜合的看法」：「認爲正當的法律規則可以立即達成雙重任務……則同樣也可認爲：凡不能達成雙重任務的法規，則非正當的法律。」（註四二）

由是觀之，對於法律之「雙重確定性」的要求，亦即對於今日與明日的法律的使用人，均具有的確定性的要求，可謂爲乃唯實法家李偉倫氏的幕後的驅使的動力。因制度法學的方法，同時要求法律對社會提供服務，故一種健全的社會學，在李氏看

來，乃是建立確定性的法律的先決條件。(註四三)氏有言曰：「法律維持了現有的社會秩序」，但其所謂「現有的」，實包括了「變化」在內。(註四四)

總括言之，李偉倫氏法學理論的貢獻，約可歸納為以下三端：(註四五)

其(一)，李氏提供了「法律之實際的目的」的理論，殊有助於法理學之基石的奠定。

其(二)，李氏之維護梅恩氏(Sir Henry Maine)的理論，法官係走在法律的前面，(此一說法，一般認為，已為愛力其 Ehlich，維羅古勒多夫 Vinogradoff 及馬林諾夫斯基 Malinowski 等人所推翻者)，對於法理學亦有實際的貢獻。

其(三)，李氏之顯示司法「技術」對於法庭判決過程中的影響，其結果保證了不同的環境及教養與人格的法官，對於立法的或傳統的概念，具有同樣的看法，並且會採用近似的觀點，來觀察事實的狀態，尤為其具有重大的意義之法理學的貢獻。(註四六)

五、倡議「法律衝擊說」的新唯實法家——佛蘭克

佛蘭克氏(Jerome Frank)在新唯實派法學中，以倡議「法律衝擊說」(“Hunch” Theory of Law)而著名。氏係美國聯邦上訴法說第二巡迴區之法官，並曾任若干重要政府職務，諸如：「證券交易委員會」(the Securities and Exchange Commission)之委員，而後並擔任該委員會之主席(從一九三七年至一九四一年)。其主要著作「法律與現代心理」(Law and Modern Mind, 初版刊行於一九三〇年，成為法律暢銷書之一，至一九四九年已刊行第六版)。此外，尚有：(1)「首先挽救美國」(Save America First, 一九三八年印行)；(2)「如果人類是天使」(If Men Were Angels, 一九四二年版)；(3)「命運與自由」(Fate and Freedom, 一九四五年版)；及(4)「法庭在考驗中」(Courts on Trial, 一九四九年版)等著作行世。

在佛蘭克氏的「法律與現代心理」一書中，「主要」係討論「法律的基本符咒」(Basic Myth)的問題。(註四七)此種神話，乃人類不斷地用來堅持法律之穩定性的幻想，而掩飾其不穩定的不受歡迎的事實者。所謂「法律的基本符咒」，乃指「

法律係常存，統一，確定而不變」的觀念而言。（註四八）而尤為惡劣者，乃此種兒童式的幻夢，在人類達到成年後，却仍然堅持不放。（註四九）

佛氏特指出哈佛大學已故教授比爾氏（Joseph H. Beale）作為此種「法律的基本符咒」的特出的支持者的代表，而稱其為「法律的基本主義者」（Fundamentalism），以與佛氏自己的「唯實主義法學」相對抗。佛氏深感不安者，乃彼發覺差不多所有著名的法律思想家，都多少受了此種法律基本符咒的感染，唯一著名的例外，乃已故最高法院法官何姆士（Holmes），故佛氏尊之為「唯一的完全成人了的法家」。（註五〇）在佛氏的心目中，法家構了一個層級，其最下者，為比爾派法家或基本主義法家；再上，則社會法學家如龐德氏（Roscoe Pound）者，已看見了若干法學的曙光；而後，像卡多查（Cardozo）法官一類的法家則「已達到成人感情的地位」；而惟有「完全成人的法官」何姆士氏，始獨居於最高的法律寶座之上。

然則，「法律的基本神話」之「起源」為何？——於此，佛氏認為：須自吾人之童年時代觀之。每個人在童年時期，在精神上是不够提出疑問的，故從其父親身上找到了最後與絕對的東西；而此種「情結」（Complex）一旦獲致，則永不消失。是以法官在其達到成熟時，亦為其此種父親的情結所操縱。故「法律的基本符咒」，即為此種「父親情結」的表現——實亦即「為幼稚病」（infantism）的特徵。

其法，佛蘭克氏對於「法官是否造法」，或「法官是否發見法律」的問題，亦提出了他的看法。——其答案，係用不確定的語句謂：「法官是確實造法的」；然而，氏又堅稱，極大多數法官均否認法官造法之事實。故法律的符咒的製作，有一「傳承」存焉。首先，為孩提式的對於法律之不穩定的恐懼，因而隨之不願面對法律的實際。由是，乃產生了「基本的法律符咒」，即以法律是完全確定地規範好了的；然後，又產生了，一個「附帶的符咒」，即以法官從未造法。

佛氏認為：「法律事實上即包括了判決在內」。法官的業務，乃是處理訟案，而非形成規則。難道一個法官能不參考規則而作成判決嗎？故對一般人而言，規則乃指導判決之用者，因而在基本性質上即是法律。但佛氏却有不同的看法，——氏認為：「規則並非法律」，而是「判決本身才是法律」。而個別的判決，即是特別的法律。

佛氏與赫其森法官（Joseph C. Hutcheson）持有同樣的看法，（註五一）：「法官係先下判決的結論，而後再回到判決的

前提」。因此，在美國的司法裁判過程中，法官乃是「衝擊」(hunches) 其判決的。對某些人而言，此種說法，頗似神學家的「良心」說。而佛氏則告訴吾人：如果我們掌握了此一裁判過程之鑰，則吾人必會發見法官是如何的基於其「衝擊」而審判。——是即佛氏有名的「法律衝擊說」。

據此，佛氏對於謂法律乃一種精確意義的科學，具有非人性的，並在人類感情與行為範圍之外的規則，深表反感。相反的，氏認為：「感情與行為乃了解裁判過程的主要因素。法官的判決，實乃其全部生活史的結果。」(註五二) 他的朋友、家庭、假期、學校、宗教信仰等等，所有這一類的因素，均對其判決作成有所影響。不過，一切都被掩飾了，除法官本人外，不為他人所知而已。而且，事實上，即法官本身亦常不自知其偏見之存在。

基於上述，「佛蘭克氏的法學爭點」，已極顯見：——一方面是「法律的基本主義」之強調：法律乃一套普遍的規則與原則；與「唯實主義法學」之認為：每件案件之判決，法官個人的特性與經驗是非常重要的，因而可以接受的法律技術便是「衝擊」，而機械化的法律，幻想的判例及各種的法律的符咒，均應任其荒蕪而不用。——二者顯然是互相反對的。

由是觀之，佛氏之法學的鬭爭，乃是一場「解放法律的鬭爭」。法律必須從「基本的符咒」的信仰傳遞下來的奴役的力量中，解放出來；因為法律穩定性的幻覺或武斷，已產生很多有害的結果；其中，包括了：對法律的不尊敬，浪費的法律費文，「使律師變成一種講理的職業，但對一般人而言，則視之為一批職業偽善者公會的組織」。尤為惡劣者，「機械化的法學，因不斷致力於達成預測的可能性，而完成了」。

上述佛氏所謂的「機械化的法學」，乃指一套法律的公式，把人類視為相同的教學的實體。故在法官造法的過程中，訴諸欺人的判例，成為很多不公正的判決的基礎。而佛氏則要求吾人，掌握一種法學理論：老實的承認，不僅必須認法官的人格為判決時的樞紐的因素，而且應同樣重視法官的慾望為何；而對於裁判過程中的法規的重要性，則應極力減少之。——此種法學理論，始為唯一能與一種非感情的而成熟的法律態度不相衝突的理論。

抑有進者，佛氏甚至懷疑到「宗教的氣息」與「過份的法律之準確性的要求」之間，有某種「相關」之處。——也許今日對於法律之渴望太多的確定性及預測性，即為早期「法律與宗教合一」的殘迹。——此一解說，也可能打開了「法律與道德」

關係的全部問題。佛氏對此雖未涉及，但曾有謂：「人類必須不再尋求法律中的神意，因為法律不再是尋求宗教滿足的地方了。」氏認爲：當人類獲知了區分宗教與科學時，「彼等因此亦必然獲知不可讓宗教去干預法律；而就正義之執行言，則其中必有神旨的夕照在焉。故法律如其仍然擔負了某種程度的宗教任務的話，則必不能善盡其功能；是以吾人必須要有智慧，能拒絕將應歸於愷撒的事物帶給上帝。」（註五三）

以上所述，乃佛氏法學理論的「基本觀點」。此外，氏尙對「其他」各方面，均有其獨特的見解。

其一，佛氏「對於歷史的態度」，與法律哲學亦有密切的關係。——氏認爲：「歷史乃一種誤解」，（註五四）故吾人建立法律哲學時，不可過份信賴歷史，因爲根本無所謂「歷史法則」的存在。所謂「歷史的不可避免」及「不可抗力的社會力量」等，皆爲歷史家所任意創立的臆說而已。相反的，人類乃模倣「時尚」，而行使了強制的力量。故「時尚常形成人類的法律」（Fashion often shapes human laws）。馬謝爾院長（Marshall）曾樹立了美國憲法問題的判決時尚，達數十年之久。而必須要有一種極不尋常的堅強意志的法官，才能遠離此一時尚。而後，何姆斯法官的憲法觀點，亦成爲一時風尚，並且控制了法律的文獻。

佛氏對於「事實的性質的分析」，亦殊有挑戰性。——氏認爲：一種「殘酷的事實」，僅僅是某些人從其中感受痛苦的談話的氣氛，而且也常常是十分無心地會刺傷他人的談話而已。然則「事實究爲何物」？——佛氏的答案，與前述安諾德氏的意見頗爲相似。乃以爲：事實僅僅爲一種人類經過選擇的產品，乃一種符號，亦即一種抽象的東西。是以，人類乃變成了一製造符號的特殊生物。由此種標準來看，事實必然有部份的主觀性存在，因而具有一種過渡的性質，甚至於接近迷信。不過，此種迷信乃由科學家所提供，而且爲大多數人相信其爲客觀的事物耳。

其二，佛氏「對於科學方法的某些基本態度」，與其法學理論，亦殊具重要性。——氏認爲：科學與科學家均犯了太過於「苦行主義」的毛病。因此，科學家過份誇張其致力於使其理論客觀化，遂常常破壞了其理論的實用的潛在力。故氏主張：吾人應放棄，自亞里士多德一直到愛因斯坦以來的科學中堅持的嚴酷的「過份限制的」觀點。

佛氏擔任證卷委員會工作的經驗，使之對於「行政程序」的性質有充份的瞭解。氏愛強調的一項事實，爲：政府如果

缺少指引乃是無用的東西；故政府並非一種自動的機器，可以一按開關即可產生結果者。是以，每種政府機構的活動，均有不可避免的人的因素，吾人必須將由於此一因素可能產生的惡果，極力減少之。——由是，氏認為：「堅持法治政府而非人治政府，是不對的」。因為：任何法治政府必須要由人來執行。故「行政裁量」，只有在找到適當的人來執行適當的法律時，才能獲得保障。

氏發見在我們今日繁複的世界中，政府必須不斷增加其管制人民活動的程度，是不可避免的。個人的自由，為了公共福利的利益，必須讓步於熟悉特殊問題的政府專家的法令，因此必須運用技術助手的專門智識。——因此，佛氏對於龐德的苛責行政司法發展的危險性，嚴加批評。

氏認為：行政機構顯示了其對於事實的發見，較之法庭，具有較好及較有效的方法。如果法院考察了這些方法，而以之代替其自身的古老的方法，當能使其為更佳的裁判。因為，一個健全的行政機構，配備有一批技術人員，會計師、經濟學家與工程人員，與法律人員；故可以指揮之，來提供有關人事與資料的合格的發見事實的較佳的報告，遠過於法院。

因之，一般所謂的「法治政府而非人治政府」，是不應該用來反對法治行政中的自由裁量權的。蓋詳細的事項，既不可能包括在制定法之中，則某種程度的彈性條文便有其必要了。在吾人今日所謂「開明」的時代裡，吾人對於此一問題應有一合理而實際的看法，即必須承認現代政府中行政裁量權是有其必要，而且並未破壞「法治政府而非人治政府」的精神。

抑有進者，佛氏尚發見，「在某些方面，法庭的程序是不及行政機關」的。——真實的事實，在法院是不能發見的。事實乃是過去的事件，而法庭中所聽取的證言，僅僅是證人的言詞，為證人所聽得的或看到的事實，而且常常是有錯誤的。法官與陪審團，亦僅能猜度何種證言是確實的及值得相信的；可是，在行政機關，則其所獲得之事實，乃建立在一較可靠的基礎之上，因其乃由有關方面的專家所提供之事實也。

前文述及佛氏認為何姆士始為完全成熟的法家，是以佛氏深覺何氏確定管制某一特定事件的法律的方法的影響，乃極為自然之事。

何姆士氏認為：好的與壞的理想，都會影響到一個人的行為；所以，一個好人應該觀察壞人的行為，才能獲知事實的真相

爲何。而據於何氏之認定，法律並不像純粹幾何學那樣，具有相似的公理與圖解的，故謂何氏實已發明了可以稱之爲「非歐派的法律思想」(Non-Euclidean Legal Thinking)，當不爲過。何氏又反對謂法律的命題乃是自明的真理，因而反對此種自明的真理，乃不可想像之事的理論；氏並示以某些法律的假定係不能加以證實的敘述，亦非能從邏輯的演繹中得來者。故古老的格言，謂法律上的權利爲務，是可以從所謂法律規則中演繹得來者，並不真實。法律的核心，並不在於法律的規則，而係在特定的訟案之特定的法庭判決中才能找到者。

不過，值得注意者，所有「非歐派的法律思想家」，其見解「並非相同」。佛氏指陳，相反的學者，常將其與他人歸於同類之中；實際上，未必如此。某位歐派的法學家也許反對某一論點，而另一則未必反對之；另外兩三個，也許反對同一古老的法學論點，而對其代替的論點又持不同的看法，甚至根本沒有代替的理論。(註五五)

佛氏又曾將「法庭的法」(Court Law)，分爲包括了「兩種典型的」特定的，可執行的司法判決：一爲「現行的法庭法」(即實際的過去的特定判決)，及「未來的法庭法」(即猜想爲未來特定的判決)。是以法律一詞殊爲曖昧，其採用應極力儘可能避免之。而代替採用法律一詞者，不如稱之爲「法庭事實上所爲之事」，或代之以「法律的權別與義務」之爲愈也。

再則，佛氏對於「法律的解釋」，亦有其獨特的看法。(註五六)——氏曾任職法官多年，故氏採用了一種不平常的方法來研究此一問題。氏將法官之解釋法律，與音樂演奏家之解釋音樂作曲比較觀之。大的作曲家都知道，詮釋樂曲的過程不是，也不可能機械性與自動性的。認爲只有一種詮釋音樂的方法，是會毀滅音樂的。佛氏認爲：在不顧作曲者的意願與運用智慧想像來詮釋樂曲之間，是有一中庸之道的。亦即某些良好而令人滿意的變數，是應被允許，而且是有助於有效的表達音樂的信息的。(立法解釋亦屬如此。)

有些立法，也許應該按字義來解釋；但如此解釋，可能反而違背了立法者的意願。法庭如其嚴守法律的字義解釋，常常會嚴重地破壞了立法的法案。故法官應運用其想像，試圖找出立法機關未完全表達的真正意思何在，來解釋法條。亞里士多德即曾說過：一個高明的立法機關，在制定法條時，應有意地充份採用含糊而有彈性的文句。

佛氏認爲：那些對於法官解釋顯然簡單的法條文句而困擾的人，乃是基於一種虛妄的假定，以爲一字只有一義的可憐蟲。

氏常舉出亨德法官 (Learned Hand) 的判決意見爲例，說：「法律常有某些目標須要達成，故須採用同情與想像的方法來解釋其意義，始屬正途。」(註五七) 而何姆斯法官亦有此同感，認爲：「法庭之態度，以「我們看到了你們(立法機關)之意圖爲何，但因你們未說出來，所以，我們(法庭)只有照本宣科了」，是未善盡法庭之責的。」

基於上述，佛氏乃以立法機關是像作曲家一樣，不免要讓法律由他人，主要是由法庭來解釋。是以，法律解釋中的人的因素是免不了的；不過，法官的解釋法律之創造性，也應有其限度，但在適當的限度內，則司法的創造性的解釋乃善事，而非禍害。而當立法機關希望明白表示其意願爲何時，自可爲之；故其對於法庭規定明白的指示，實爲一極簡單之事。

在立法的範圍之內，美國的法官總是不願承認其有造法權的；其道理亦不難了解：蓋美國民主政治的理論，乃以國會表達民意，而立法則爲人民的意見的表示。故就美國憲法將立法權歸於國會來看，法院如果坦白承認其立法權，則係越權；而必然引起民意的指責法院越權，此乃法官所不願者。不過，事實上，法官之解釋法律，不可避免地乃是一種立法行爲；是以，上引亨德法官及另一法官卡多查 (Cardozo)，均認爲：「法庭之法律解釋，既然常常即是從事於「立法」工作，因而須讓公眾知曉此種解釋係如何授予法庭，而法庭則不應繼續使公眾誤解法庭僅「解釋」而已。而且，公眾承認了法官的立法權，則可予以適當之限制，豈不爲美乎?!

復治，佛蘭克氏認爲：美國「法律教育的錯誤」，對於美國法律思想的缺點，應負直接的責任。——氏認爲美國法律教育，由於追隨蘭德爾 (Christopher Columbus Langdell) 的「例案法」，而一敗塗地。(註五八) 氏認爲蘭吉爾乃一遁世的書呆子，他甚至於在處理訟案時，竟然毫不顧及其當事人，而僅化費時間於法律圖書館中，或撰寫其律師的節畧。他完全無視於律師與訴訟當事人、法庭、陪審團，乃至法官的關係；而將法律認爲一種學問，其內容唯有在圖書館中得之。故圖書館乃法院的心臟，而實務的法律則係指案情節畧的寫作及權威法律著作的檢查而已。基於此種書呆式的蘭氏法律教育法，法學院的法律，變成了「圖書館的法律」。結果：法學院的學生，僅僅研究上訴法院的判決書而已。而由於此種判決書並不能顯示導致法院判決的很多重要的因素爲何，顯屬法律教育的不幸。蓋律師所注意者，實乃判決本身，而非判決書的法庭理由也。

因此，佛氏贊成創設「法學院診療所」，來對於「嚴守判例」(Stare Decisis) 的主義加以限制。蓋佛氏要求吾人研究者

，乃「實際的法律」(law in action)，而非限於判例之研究。由是，法庭（而不是法學圖書館），才是研究法學的工廠。而就其所保留的判例言，則應擴大包括全部完整的案件紀錄在內，從提出訴狀起，一切資料，均不可省畧。凡能供法學學生實習操作法律之資料（非僅閱讀而已），均為佛氏所祈求者。（註五九）

最後，佛氏在其大著「法律與現代心理」的「第六版序言」中（一九四九年版），有若干新的修正的論點，值得注意。（此一修正的觀點，尚須與其另一著作「如果人類是天使」——一九四二年版，合併觀之。）——其中主要的，便是補充了初版所未論及的「自然法思想」。

佛氏在其另著「法庭在考驗中」（一九四九年版），曾特闢專章（第二十六章，三四六頁以下），專論自然法。氏認為：「自然法」一詞，包括了很多的意義，然其常見者，則為認定「有一套基本的，不可變的規則」，可以適用於所有的人類，來達成正當的社會統治；而且，此等規則則是自然固有的；同時，由於此等規則合乎理性的，故人類可以運用理性來發見之。——由是，自然法概念，大體上可以三言盡之。即：「法律、自然、與理性」。（佛氏認為此三言殊為曖昧，而且，這三個辭彙的結合，其結果，更是「絕端曖昧的組合體」。）

再則，自然法一直被稱許為一種「革命的力量」，被用來作為反對迫害的法律與政府的人們的戰鬥的標語。可是佛氏指出，自然法亦可被用來作為很多嚴厲的極權主義者的感情上的助力及安慰。故氏似贊同認為：「自然法僅不過是人們用來指謂其所贊成的法律而言耳。」

佛氏對於麥金南氏 (Harold McKinnon) 氏的理論，（註六〇）頗感困擾，蓋麥氏稱許自然法為人類自由與正義的思想之奴，而且以柏拉圖的政治理論為例證明之。可是，佛氏則提醒吾人，柏拉圖的政治思想，乃是少數人統治的貴族政治理論，與自由正義似有矛盾。

佛氏更發覺，很多「自命不凡者」，常利用自然法來掩飾其有問題的活動。於此，佛氏提到皮爾氏 (Pierce) 之論「實用主義」僅不過運用耶穌所稱許的「觀其所行，知其為人」(You may know them by their fruit) 而已。——據此，佛氏提出了自然法思想中的一個新派的理論。即天主教神父魯希 (Francis E. Lucey, S. J.) 的理論。（註六一）

佛氏將此一新派的天主教自然法理論，與「較武斷的非天主教自然法理論」比較觀之，以為「後者之錯誤」，在於「將自然法視為一種絕對的不變的原理，而運用演繹的方法，來產生一套適用於任何時、地、情況的絕對的、不變的法則」。而魯希神父的看法，則大異於是。魯神父認為：今日道德上之善者，可能明日則為惡；反之，亦然。蓋某些道德的基本原則，並不隨另一些道德原則而變也。而大部份的人類行為，「係視其不同時間與地點的情況，及意願的目標而定其善、惡」者。——佛氏覺得此種論調，殊與實用主義的觀點相似。氏並提到，布朗院長 (Brendan F. Brown) 曾建議，在天主教大學法學院中講授「經院派實用主義」(Scholastic Pragmatism)。(註六二)

抑有進者，佛氏更進而指陳：「天主教的自然法教義，是不能公開批評的，此點應予改進；蓋武斷的自然法家，認為自然法乃提供了明晰而客觀的指引，如遵守之，則可防止個人的或主觀的因素滲入裁判過程之中，乃至滲入法庭判決的規則之中。然而開明的天主教徒，則不會期待法院所形成的法規中，是統一的；甚至那些信仰自然法，並切望實用自然法的法官，亦缺少統一的……有如開明的天主教徒所承認者，托瑪斯的自然法 (Thomistic Natural Law) 的顯著的特徵，即是其自然法並非具體的東西。是以沒有人可以從自然法的原理中，演繹出一套完善的規則來，可以適用於一切誠實而正直的法官或非法官的，即使在一特定的時間與地點，亦不可能。」(註六三)

佛氏相信，有些非天主教徒，對於天主教的自然法原理之基礎係永久性或神意的，感到失望；但氏指出，任何一個非天主教徒，接受了少數基本的自然法概念，視為文明基礎的代表的根本者，沒有不失敗的。故佛氏認為：「自然法所尋求者，除正義外，別無他物」；然則，「為何不直截了當討論正義呢？」——於此，佛氏提到，有很多非天主教徒曾未提到自然法，却係要求尊重自然法者。有如：雷丹氏 (Max Radin) 之主張，法官的「正義意識」，應在其判決中發生作用；(註六四) 拉斯威爾 (Lasswell) 與麥克獨孤 (McDougal) 兩教授在耶魯大學法學院要求其學生，注意在法規後的「政策」，並領導致力於修改法規，以適應民主的理想與價值；(註六五) 以及克斯勒爾 (Friederich Kessler) 的主張，法律應配合社會中的「最低限度的倫理」；乃至諾斯羅普 (Northrop) 教授之呼籲「配合一個原子時代到來的世界的新自然法」等，(註六六) 皆其著例也。(完)

附註

- 註一·Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), p. 253. 關於何姆斯之法學理論，畧請參考拙文「美國現代法學的開拓者何姆斯的法學理論要論」（載「法令月刊」二十三年十期）。但 W. Friedmann, *Legal Theory* (4th ed., 1960) 以 C. Gray 亦為新唯實法學精神之義，見 p. 246.
- 註二·Pound, "The Call for a Realist Jurisprudence" (44 *Harv. L. Rev.*, 1931), 697.
- 註三·Morris Cohen, *Reason and Nature*, p. 457 (1931).
- 註四·Karl Llewellyn, "Some Realism about Realism—Responding to Dean Pound" (*Harv. L. Rev.*, 1931), pp. 1222, 1234, 1256.
- 註五·Harold Gill Reuschlein, *Jurisprudence—Its American Prophets* (1951), p. 184, Note 22.
- 註六·李偉倫與安諾德兩氏的新唯實法學理論，見本文第三及第四兩節之論述。小柯亨與羅溫吉的新唯實法學，容於另文再述及之。
- 註七·畧請參考上註引拙著「法學緒論」第四章及十一章，並參考拙著「綜合法學與世界法學」一書（六十一年十二月增訂再版）
- 註八·Bingham, "What is the Law?" (11 *Mich. L. Rev.*, 111-1, 912)
- 註九·Id., p. 13.
- 註一〇·Bingham, "Legal Philosophy and the Law" (9 *Ill. L. Rev.*, 117-1914).
- 註一一·Bingham, "What is the Law?" op. Cit., pp. 109, 121.
- 註一二·Bingham, *My Philosophy of Law* (1941), p. 25.
- 以及所謂斯堪的那維亞學派 (Scandinavian Realists) 的新唯實法學家 Olivercrona 及 Lundstedt 等人。前者有楊樹人摘譯其「法律社會學原論」（美國版），後者畧可看上引 Friedmann. 書二五八——六五頁。（唯本文之論述，以美國新唯實法學為限。）
- 國人論述新唯實法學之著作，有楊日然氏「美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討」（分上下兩篇，上篇已載臺大「法學論叢」三卷二期），張文伯氏「法律的實證主義」（載：銘傳學報）——六十三年號）。拙著「（大學用書）法學緒論——現代法學十二講」（第十四版）第十一講，對新唯實派法學理論，亦有簡畧的介紹，並可參看。

- 註一三·Arnold, *The Folklore of Capitalism* (1937), p. 25.
- 註一四·Id., p. 27.
- 註一五·Id., p. 52.
- 註一六·Arnold, *The Symbols of Government* (1937), p. 45.
- 註一七·Arnold, "Apologic for Jurisprudence" (44 *Yale L. J.* -1955), pp. 729, 736.
- 註一八·Ibid.
- 註一九·Arnold, *The Symbols of Government*, op. cit., p. 65.
- 註二〇·Id., p. 129.
- 註二一·Id., p. 130.
- 註二二·Id., p. 144.
- 註二三·Id., p. 145.
- 註二四·Id., p. 177.
- 註二五·Arnold, "Trial by Combat and the New Deal" (47 *Harv. L. R.* -1934), p. 913.
- 註二六·Id., p. 922.
- 註二七·Arnold, *The Symbols of Government*, op. cit., p. 197.
- 註二八·Id., p. 198.
- 註二九·Id., p. 197.
- 註三〇·Llewellyn, "On Philosophy in American Law" (82 *U. P. L. Rev.*, 1934), pp. 205-6.
- 註三一·Id., p. 207.
- 註三二·Id., p. 208.
- 註三三·Id., p. 212. 關於杜威與詹姆士對唯實法學的影響，並請參考(註六)引楊日然文及張文伯文。Friedmann, op. cit., 247-8.
- 註三四·並請參考Friedmann, op. cit., pp. 249-50, 及前引張文伯文。
- 註三五·Llewellyn, "Some Realism about Realism" (44 *Harv. L. Rev.*, 1931), pp. 1222, 1236.
- 註三六·Id., p. 1241.
- 註三七·Id., p. 1247.
- 註三八·該文刊於49, *Yale L. J.*, 1940.
- 註三九·Llewellyn, "One Realist's View of Natural Law for Judges" (15 *Notre Dame Lawyer*, 1939) p. 3.
- 註四〇·Llewellyn, "The Crafts of Law Revalued" (28 *A. B. A. Jour.*, 1932), pp. 801, 803.
- 註四一·Llewellyn, *My Philosophy of Law* (1941), p. 189.
- 註四二·Id., p. 191.
- 註四三·Id., p. 197. 李偉倫之法律淵源的概念，頗取資於其對於謝昂印第安人(Cheyenne Indians)的研究。〔故在氏與 Hoebel 合著「謝昂——印第安人的生活方式」(The Cheyenne Way, 1941)一書中，對於其法律制度與其社會風習的密切關係，有所陳述。

- 註四四·Llewellyn, *The Bramble Bush* (1930), p. 120.
- 註四五·cf. Reuschlein, *op. cit.*, p. 207.
- 註四六·cf. Llewellyn, "Law and the Social Sciences—Especially Sociology" (62 *Harv. L. Rev.*, 1949), p. 1286.
- 註四七·Frank 在其「法律與現代心理」一書於一九四九年刊行第六版時，曾特寫一序言，坦承其即使在今日寫作本書，亦將如其一九三〇年刊行該書初版時，持同一論點而不變。
- 註四八·cf. Frank, *Law and the Modern Mind*, (6th Printing—1949), Part I, ch. I.
- 註四九·*Id.*, Pl. I, ch. 2.
- 註五〇·*Id.*, Pl. 3, ch. 2.
- 註五一·關於 Joseph c. Hutcheson 的法學理論，畧請參看 Reuschlein, *op. cit.*, pp. 353-358.
- 註五二·cf. Frank, *op. cit.*, ch. 7; Frank, "Are Judge Human?" (80 *U. of PA. L. Rev.*, 1931) 17. 拙譯法學家對於司法行為研究的檢討（載「憲政思潮」第十九期）一文（原著 T. L. Becker, *Political Behaviorism and Modern Jurisprudence*, 1964）ch. 2. 亦同參參。
- 註五三·Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 198. 以上佛氏之論點。在以上述 Llewellyn, "Law and the Social Sciences—Especially Sociology". *op. cit.* 一文中，亦有所討論，並同參參。
- 註五四·cf. Frank, *Fate and Freedom* (1945), ch. 2.
- 註五五·Frank, "Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking" (17 *Cornell L. Quar.*, 1932), p. 568.
- 註五六·cf. Frank, "Say It with Music" (61 *Harv. L. Rev.*, 1948), p. 921.
- 註五七·Cabell v. Markham, 148 *Fed. 2d*, pp. 737, 739 (1945).
- 註五八·關於 Langdell's Case Method，請參看拙文「美國法學教育政策的新趨勢」（載「新時代」五卷六期）
- 註五九·cf. Frank, "Why Not a Clinical Lawyer School?" (81 *Uni. of PA. L. Rev.* 907-1933); "What Constitutes a Good Legal Education", (19 *Am. Bar Asso. Jour.* 737, 7 *Am. Law School Rev.* 894-1933).
- 註六〇·關於 McKinnon 之自然法理論，畧可看拙文「美國新學院論的自然法理論及其對實證法學的批評」第三節（載「政大學報」第二十六期）
- 註六一·參考 Lucey, "Natural Law and American Legal Realism: Their Respective Contributions to a Theory of Law in a Democratic Society" (30 *Geo. L. J.* 493, 528-1942).
- 註六二·見 Brown, "A Scholastic Curriculum and Teaching Method for The Catholic Law School in War Time" (10 *Catholic Uni. Bull.* 7-1943).

註六三·Frank, Courts on Trial, 364, (1949).

on the American Policy-oriented Legal Theory” (載

註六四·關於 M. Radin 之法學理論，參看 Reuschlein, op. cit., pp. 223-230.

「東海學報」八卷一期)。及「美國政策導向法學導論」(載「政大學報」第十期)。

註六五·關於 Harold D. Lasswell 及 McDougall 立法學理論，請參看拙文“Chinese Synthetic Jurisprudence and Its View

註六六·關於 Northrop 之法學理論，請參看拙文「美國新時代法學理論簡介」(載「新時代」二卷十一期)。