

著名世界譯漢

# 比較法哲學

中 冊

密拉格利亞著

朱吳澤章  
敏吳炎  
徐鵬飛  
百齊

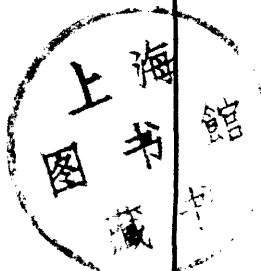


商務印書館發行

漢譯世界著名著作  
**比較法律哲學**  
中冊

Luigi Miraglia 著  
朱敏章 吳澤炎 譯  
徐百齊 吳鵬飛 譯

商務印書館發行



上海圖書館藏書



A541 212 0002 7802B

1651145

## 第二編

### 第一章 個人及其權利

#### 一七〇 法律上的所謂人——權利和義務的主體

就法律上嚴格的意義說來，人格是權利義務的主體。所謂人格，就是人就其組織體的特性所賦有的感覺力、認識力和自由意志。如果人的感覺能受制於明確的變形的知識，或者他的意志就是行爲的理性，那麼我們便可以說得：「凡是具有自由意志的，便有人格。」但人類事實上祇具有一種人的意志的單純的可能性，或是自我的自動決斷力，而不是權利義務的真正主體；法律上的人，固然就是平常人的部分，但在認識的動作——這是法律上的準則——上，他們間卻顯然有着區別，因為法律上的人這時就有着自己的生命與功能。抽象的人與具體的人，固具有同一的本質，

但前者還具備一種完成動作的能力。行爲誠然是必需的，但這只是人也就是權利義務主體的第一要素。這只是一種人爲的東西，一種法律的產物，而不是人格的一部分。

### 一七一 社會是一種必要物

要是我們看到人是社會中，真正的倫理單位，而且沒有社會，世間便只有倫理單位的本原及其要素，這樣我們便不難認識清楚了這人爲的物的特質。此種倫理份子現身爲人，靠着五官的作用，並得助於知識與教育，而臻於自由的領域。但欲語言、教育及紀律的存在，非先有社會不可。亞里斯多德的關於人的最終命運，獨裁政治，及倫理與政治間的關係的學說，就根據着此種推論而製作的，而現代哲學家固亦未嘗背棄此學說而自作主張。韋科在法律的普通原則及終局中，稱性格爲能力、自由及節制三者競合下的產物。他說，要是能力包括分配財產的智慧，自由包括利用財產的適度，而節制就是支配能力的一種精神上的力量，那末欲有性格，非先有文化不可，這是無可置疑的，因爲要是沒有語言、教化及教育，上述的智慧、適度及腦力便無從表現出來。康德謂國家爲契約的產物，但承認個人因國家的存在而獲得自由與自主。黑智爾則相信公衆團體是倫理的物體

或靈魂，個人只是此種物體的單純表現或形式，而人類的生活則係此個人的一個目的，此目的則在公衆團體的環境中發展而前進着。據他看來，公衆團體與個人是互爲因果的，前者產生一種力量，使其各個分子聯結一起，並保持他們原來的特性，後者則企圖憑藉其各自的行動以變更之。特楞得楞堡則謂個人欲離去倫理的組織體亦即社會而獨立存在，這種想像是不能實現的，而人的意念往往就是包括個人的公衆團體的意念。孔德則以爲在心理學中，靜力學與生物學有關，動力學則與心靈有關，是歷史演進之原，而非生物變化之原。在孔德之意，個人顯已成爲活動的因素，祇因爲他是全體的一份子，而此全體則在循歷史軌跡前進中。

### 一七二 兩個必要條件——它們在歷史上的跡象

法律上的人，就其參與日常生活亦即對外關係這點來說，與自然界的人根本上就是同一的自我。但他卻自有着兩個生存上必要的條件，就是意志與社會意識。現在我們且從這兩個條件最初出現的時期，來觀察它們嬗變進化的跡象。當「家族」社會時期與村落社會時期，亦即社會文明啓蒙以前的時期，這兩個條件已可略見其不完整的狀貌。這樣看來，法律上的人，其非必賴文化

而生存可知。在有文化的社會中，法律上的人固然可有敏速而多方面的發展，在這裏他可找到較適宜於他生存與前進的環境，但在未有文化的時期，他也早已存在着。我們要說他沒有有文化的社會就不能生存，這並不是說在社會形成的早期他並不存在，不過想說明不論是原始的社會也好，要是沒有一個社會，他總沒法活動起來，而且須有賴於歷史的過程，他的活動纔能臻於圓滿。「自然人的性格基於市民的身分，」這定義並不是說人類須賴文化始能前進，而是說沒有一個人不和權利發生關係的，——這法律與國家所承認的權利。這種權利的握有，就是法律上的一種能力。法律上的人的原則，常隨社會機構、情感、慣例、信念的不同，更常因時因地，而異其表現的態樣；但在不論何種態樣之中，意志和前節所說的法律上的人爲物這兩個要素，是永恆存在的。人，不問他特有的或具體的性格如何，總少不了這兩個要素來點綴他的外形。

### 一七三 絕對的權利和相對的義務

就絕對之點來說，也就是就個人的立場而論，個人自有其應享的權利；而就相對之點來說，或如特楞得楞堡所稱就社會的立場而論，則個人又自有其應盡的義務。個人是一個中間物，這並非

因爲他是一個客體，而因他是所隸屬的人類或倫理社會中的一個有意識的因素。洛斯米尼顯然抱的此種觀念，他稱子孫的繁殖是父權之原；並謂從倫理的意義說來，兒子是父母覓求歡樂和幸福的中間物，而就其自身的立場看來，他本身卻是一個目的。就其對於父母的相對關係來說，他有着一種義務，而就其自身的絕對性質來說，他就自有其權利。個人本身就是一個目的；他企求從義務的履行，或適當的便宜的行動的實施中，得到自由。他卻也是一個中間物；有些事情他應該去做，有些事情卻不應該去做，因爲在這種情況之下，他已成了實現倫理原則和人類觀念的一個工具了。我們應該知道，倫理的組織體不僅是過着人的生活而已，它自有其一己的生活及其一己的性格，以異於一個單純的自然組織體的生活及性格。在高級的自然組織體中，固然也有它一己的生活某種的獨立性，但這種生活，以與人在倫理社會中的生活相較，卻相差的遠了。原來個人能夠自成一單位，而自然組織體則不然。

#### 一七四 固有的權利和獲得的權利

權利有固有或本質的，和獲得或偶然的之別。固有或本質的權利，雖係直接基於人的一般而

抽象的本質而存在，卻並不是根據於斯多學派所謂「自然的先在」的權能，也不是僅以保存或繁殖人種的原始權利。獲得的權利則起源於人的具體的個別的本質，而非與心智的及道德的要素有關，換言之，並不是一種「自然的結果」或隨來的權利。固有的權利表示真，獲得的權利則表示確；前者是基本的力量，後者則代表發展和實行。洛斯基尼說過，人有一個原始的基本的權利，就是人格權，隨着這人格權，直接的或間接的，便產生各種的權利。人格的本質與活動力之間的聯繫，要不是爲自然之所賜而與人類的生存並始，則即爲人類活動力運用結果的產物。凡此種種的權利，如能調和而與人格本質相適應，便構成了所謂天然的固有的權利，但若專供人的活動力及自然權利的運用時，則謂之獲得的權利。如果沒有一個天然的權利，我們便不會有一個獲得的權利，而就常例來說，要是沒有一個先在的權利，我們也就無從獲得一個新的權利。要獲得某種的活動力，動作是必需的，因爲要動作，某種的能力也就不能短少；所以，一個人欲獲得新的活動力或權利，便須先享有行使上述這種能力的權利。因此，凡活動力所能爲力之處，權利亦得伸展及之；換言之，權利的胚種既然有了，權利也就不難獲得。



## 一七五 權利是隨着人類的進化而增多的

一個人的機會和能力有了發展，他的權利也就會增多起來。人愈是完善，社會就愈見進步；國家愈是文明，個人的權利也就愈見增富。在時代的演進中，因了獲得權利的運用，固有權利的新狀態也就層出不窮。此類新狀態，因了滋長進化的作用，漸次分離嬗變，其相互間的關係也日見錯綜複雜，終至於固有的權利已非復為一成不變的能力，而成為一種人類的活動力，此時漸不見其靜態，而但見其動態，各活動力間能最密切而有力的調和着，且其變化的領域最廣泛而無定限，此其特色。

## 一七六 能力的質的差異和量的差異

上述的這些活動力，換言之就是精神上的能力，是不能以質或量互為區別的。原來以質的區別，所關涉的不是物的全部而只是物的一部，其法就此物的一部以不同的方式剖別之分配之，於是每個異點自成一個因子，而各有其定界。精神則不可分，它就是一個單位，而且只是一個複雜性的能力，所以人就其一切的天然的固有權利而論，也是整個而不可分。因此，吾人如謂能力與固

有權利得爲質的區分，此種概念實與人體和精神的二元說相背馳。不但如此，此種權利亦不能以分量計之，這是因爲它們之間並無多寡關係的存在，它們也不能離人格而單獨存在，例如，生命權初非在加減或乘除的記號上有以異於真實權或自由權，亦不能離其主體而存在。吾們知道，分量並不是決斷上適當的準則，因爲吾們可以或增益或減損而不發生質的差異。因此，如謂吾人縱不否認精神與人體的一元性，能力與固有權利仍可有着量的區分，此種理論顯然無視精神的發展的特徵。總之，固有權利是精神的能力，是一種不斷前進中的充足而有力的力量所表現的不同形式，並且不斷的在變化和改進中。斯力也，可於其活動的至境中見之，在心理學爲心，在倫理學則爲人格。

### 一七七 人是權利之原

固有權利在論理上的淵源，可謂舍人莫屬，而人的一切權利就是活動力亦即能力。但我們應該明白，這裏的所謂人，不是指整個的人，而是指人的抽象或倫理的部分，因爲要不然，單說到人的絕對權利而不及其相對義務，是不合邏輯的。特楞得楞堡說得不錯，人的固有權利乃代表種種準

則，以爲個人的環境宜於其發展的保證。凡欲求得此種權利者，首須承認權利所僅得賴以存在與活動的倫理社會。凡此權利之理想，乃與目的不可分，而此目的則爲個人與社會雙方所努力以企求者。目的維何，曰人性的充分實現而已。但人而作如是解，換言之非指權利本身而言，便應視爲固有權利的因素與形態。要是有人格的權利這一個名詞的話，這並不是指的特種的相異的權利，卻是指權利的共通中心亦即人的能力本身而言。依據洛斯基尼的說法，一種權利的所以異於其支配下的活動力的一般特徵，就是最廣義解釋下的所有權，於此可以見到一切與人的肉體及道德上有關連的或爲人所獲得的事物，換言之，就是在他所有權支配下的一切。依上解釋，此最廣義的所有權，彷彿環繞於個人的四周而以個人爲其核心，於此特定的領域內無人可以侵入，蓋一人之所有非他人所得而剝奪之。

### 一七八 權利的發展

欲明固有權利的特質，我們姑引意大利哲學家之說，他們在這方面的成就就是無可非議的。每種能力就是一個活動力，未成熟而在胚種時期，但卻有萌芽而發揮其特性之勢。最初，情緒意圖重

溫已在的感覺，次乃企求實現已知的結果，並致意於幸福的覓取。先見的可能性，啓導真正的發現。意志使已發現的歡樂爲人珍視，並致力於德行的完成。這三種實現幸福、真正、德行的趨向，與感覺力、認識力及意志力初係一物，而且正就是固有權利及其蛻化而成的能力。此種能力，如果循進化律的準則融爲一物，而其成就又需以真正與幸福爲先決要件時，則固有權利之挾真正幸福與俱，以及真正權之含有幸福權在內，要無可疑。如能不以固有權利誤爲「自然的先在」，而知爲尙括有「自然的結果」者，吾人不妨同意於韋科之說曰，權利之於「自然的結果」猶之規範以示其確，而「自然的先在」則賴必然之力以創設之。但有不容忽視的一點，就是我們討論「自然的先在」的時候，就無異在討論着人性的較低方面，而「自然的結果」則代表合理的亦即自由的部

### 一七九 輔助的固有權利

個人應致力於幸福、真正及德行之途，以實現其理想，並完成其目的，因爲這個緣故，所以他就成爲其他的固有權利也就是肉體與精神生命權，自由權，平等權，社交權，受助權及工作權的唯一

主體。凡此種種權利，阿楞斯曾有過一番廣博精密的研究。

### 一八〇 生命權

權利中最重要、的當然是生命權了，它與形成中的人及胎兒同時開始存在。因爲人與胎兒，都是可能視爲人的，所以他們自有其權利而不可侵害。但胎兒的權利，有幾個立法例尙未完全予以承認，例如法國和意國兩立法例，以出生爲繼承權存在的條件。像這種的立法原則，是很不公允的，因爲權利能力應以生命的存在，不以生命的可能爲條件。凡人必有其生命，至其生命的久暫是不問的；人既有其生命，權利便不可或缺，不但如此，上述的立法原則，很受一般學者的非議，例如薩文宜就指斥它有背於刑法保護胎兒生命的精神。不過事實上因了胎兒視爲生存的推定，這錯誤的原則，就避免了種種適用上的窒礙。

### 一八一 生命權並不括有自殺權在內

自殺是一個犯罪行爲，因爲自我保存乃是人的義務。此種義務，是道德上也是法律上的義務。關於道德上義務的一點，並無可以置疑之處，因爲人世間沒有一個生命，是不附有幸福的期望的。

有些哲學家承認人類的生存，有與倫理不相容者，此種觀念實屬錯誤，因為一個人儘管有着怎樣的隱痛或是蒙着怎樣的奇恥大辱，終不足以蔽其玩忽義務之過，更不能因此解除了他完成其正當目的之責任。人在患難困苦之境，一想到自己已盡了應盡的義務，便可得着一種安慰，於是暴躁不安的情緒爲之平和，再接再厲的勇氣因以振作。何況人的自我保存的義務，尙自有其法律上的根據呢。人就其動作而論，以及在其對外的關係上，對於有關一般利害的事情，他的行動應與旁人及整個社會相一致。人與社會間的關係既如上述，而社會又有藉法律以保證其生存的義務，所以凡有欲傷害人者，社會可有權懲處之，雖所傷害者爲其自身亦然。蓋生命權之不可讓與，猶人性然；人性無生命即無自發展，而生命則又爲一切權利義務存在的唯一條件。然吾人亦不能謂生命權之所以不可讓與，祇以其爲社會存在的要素故，蓋凡固有權利，其自身即因係人格的部分而有其重要性。像這樣的權利的不可侵害與不可讓與性，非由於多變的社會需要或者個人在國家中利害關係之所致，乃與人的肉體相伴以俱生的。有派學說，以爲人只是一個無所不包的組織體的部分；這本來只是希臘時代關於個人與國家關係的學說的餘燼。此說立論的根據，乃自然組織體對

於其各部分的權力，而不是倫理組織體的受制於其構成份子的性格的權利。人之於其自身，誠無法律關係之可言；然此種關係固存在於個人與倫理組織體亦即社會之間，就在這種的關係中，個人對於足以影響他人或他人所有之物的行動，就產生一種實現人的理想的義務。不僅個人自身，即其妻子父母兄弟等人，對於他的生命，也都有着一種權利。因此，社會對於個人生命的保存，也就有着一個權利。培卡利阿關於自殺權與遷移出境的類推解釋，是很不合邏輯的，因為前者乃傷害人的生命，後者則僅使之易地而居。人的祖國，原非監獄可比，國家自應准其公民自由離去；但國家卻不能聽其自死自生。總之，人的這種自我保存的義務，非國家或政治關係的產物，而是一般人類生存上必然的要求。

### 一八二 自殺與法律在哲學上的關係

以法律懲罰自殺，固然不易奏功，然吾人不能因此遂謂自殺行為缺乏犯罪性。蓋自殺者之終未受罰，原因在於此種罪犯之無法拘獲。人死不能復生，我們不能處罰他的屍體或污辱他死後的令名，因為這原非人道亦非文明所應為；也不能沒收其財產使遺族並受其累，因為這樣也未免有

失公允之道。國家如不欲漠視自殺的意圖，而以處罰未遂爲得計者，姑不妨試爲之；但個人而不復感覺有自我保存的本能的必要，則法律實不足阻止其自殺的意念，而反足以使其對於自殺行爲深思熟慮務達於既遂而後已。但社會要是真能向前邁進，使大多數人的幸福不難求致，國家要是能藉教育之力使人民謀生較易，而法律也不再被大衆目爲一種虐政，那末禁止自殺的政策，其收效必宏。是時也，道德教育普及的結果，自殺的原因必然爲之大減；人民既皆認自殺行爲爲犯罪而可恥，則凡身有重憂或虞困苦之來臨，而啓撒手人間之念者，必能有所顧忌而不致貿然趨於自殺之途。如果上述的阻力仍不能有所奏效，而自殺的原因與時俱進，則其中必尙有缺乏自戕其身的勇氣，或恐自殺未遂而獲懲，因而廢然卻步者，亦有知自殺爲可恥而遲疑不決者。而且愛生惡死的本性，也足以阻礙自殺之念。因了這種種的緣故，自殺的意志不易堅決，立法的禁止規定遂易於奏效。不但如此，依上述的立法原則看來，我們可以得到一個邏輯上的推論，就是幫助他人自殺更是一個犯罪行爲。「同意的行爲不生損害，」這格言原來僅適用於可讓與的私權上，而於此類柏納（Berner）在德國刑法論中所謂如子忽視卽有違反義務之虞的權利，則不能有其適用。否認一個



人權利的權，固須受他人權利的限制。

### 一八三 避免身體傷害權及正當防衛

肉體生活的固有權利包括安全與健康權，及正當防衛權。僅僅的生命是不足夠的：一個人生活中應能盡情利用着自然所厚賜的五官及特質，庶幾可以完成其最終目的。此種理論，大致是錯的。沒有一個人應該享有自我毀傷之權。最古的法律會規定着：「無人有殺害自己生命之權。」凡有毀傷或以其他方法傷害他人肢體，或影響其健康者，雖經被害人承諾而爲之，仍不能免其傷害之罪責。旅館主人慫恿寓客飲酒，便須因犯傷害人健康罪而受懲處。法律規定限制女工童工的工作時間，也基於同一的理由。如有不法侵害自己，或他人的權利，不及乞助於社會正義的援手，爲防衛此被侵害或將被侵害的權利起見，得行使正當防衛權，爲行使此種權利，並得用強力。這是一種私力保護行爲，淵源於韋科的所謂「僧侶的權力」，所以，此種權利，必起原於一個獨居的人或一個無紀律的國家，在那裏他不能乞助於法律以排除外來的不法侵害。韋科以爲人最初一定是獨居的，那時他爲自衛而排除不法侵害，得殺死不法行爲人，因爲正義是在他的方面，而不法行爲

人則是有背於正義者。正當防衛是任何一種權利所固有的，因此在該權利的行使中，必要時都可運用一種強力。洛斯米尼卻說得更進一步，他說強力的運用，乃是每種權利的作用。此種理論，承認人格是一切權利的不可侵犯的核心，人在行使此種權利時，得充分運用其武力。人既然具備智力與體力，為保全其權利起見，當然有權行使這兩種力。至因行使正當防衛權而必然的加諸不法行為人的傷害，則是合法的，這是基於正義的一般法則，就是一個自由意志的不法行為人應受被害人的懲罰，因為這時被害人已暫時成了維持正義的唯一工具。但正當防衛權的行使，須具備兩個先決條件——侵害的不法及危險的存在。所謂不法的侵害，須推究侵害的本質是否不法，並須兼顧行為人的性格，例如他有無癡狂之症，但行為人的缺乏理性，要不足為行使正當防衛權之阻。危險也須是現實的，但並非必須絕對的解釋為不可避免的，因為被害人原本是沒有過失的，為他的利益着想，行使正當防衛權的條件不應失之太苛。吉刺德（Girardi）在他的著作正當防衛論中說得很對，他以為我們對於此種權利，不須作過細的審查。

#### 一八四 行使正當防衛權的限制

正當防衛權的行使，不應受制於與被害人的性格不相投合的情形，例如逃避的可能；也不能要求被害人於自我保存的本能發動的一霎那間，神智昏亂的狀態中，鎮靜自若地考慮最妥當的方法，以趨避此不法侵害或減輕其銳勢。充其極量，正當防衛權，可用以防護生命、安全、名譽、自由，甚至防護視為人格的延長的動產與不動產的場合，亦得行使之。格老秀斯與洛斯基尼二人純以抽象的理由同意於此，前者基於充分正義之理論，後者則基於其私有財產之觀念。但大多數的學者，則反對此種主張，並於以防衛無多價值的權利故，而不惜犧牲生命之舉，不允加以寬容。施用武力，誠然是一個權利的屬性，個人自得賴以防護其財產免損害，但以避免易於填補的小損害故，而引致大損害，則為衡平法所不許。不過有一點應注意的，在財產的防護中，如果被害人因不法行為人的侵襲而有生命危險時，雖其防護的財產不值多錢，仍得將不法行為人加以殺害。又，正當防衛權不僅屬於被害人一人，即其親友亦有之，而實際則即不相干的第三人亦有權出而保護此無辜受害之人，蓋人類因自然的聯繫而集結一起，人各有援助其鄰近之人的職責也。與生命權有關者，尚有一種緊急避難權，康德之意，此僅係放棄刑罰權的一種合意而已。人因飢寒交迫故，行竊以

苟延其生命，這就是緊急避難的一個實例。

### 一八五 名譽權

精神生活的固有權利，包括尊敬和令名二者。凡是一個人，總是認爲應受尊敬的，所以在他的劣跡未經證實以前，理當受社會公正和尊敬的待遇。人的名譽的久暫，初不以壽命的脩短爲限，故先於人之出生而存在，並綿延於其死後。死者的繼承人，有權維護其死後的令名及紀念物，此因人的性格之不可侵犯性，以及靈魂的存在，不以墳墓爲界之故。懲罰之事，應與名譽無關，蓋人恆自有其法律上及倫理上的人格，縱因犯有惡行而一旦蒙恥，固不難有以湔雪之。原恥之爲物，乃個人行爲之所招，輿論制裁之表現，決非法律所能創設或支配之。如果借助於某個人之力，惡行的確實證據必無法獲得，蓋一個人的行動，就其本質而觀，乃屬於自由意志的領域，或必致陷於人性的專斷評價之境。但若一個不法行爲而竟歸責於個人，使其蒙受恥辱，而欲因以覓取惡行的證據，此舉亦必歸於失敗，蓋吾人決不可信賴一個事實而遽下定義也。惟有某種證據，而根源於可以訴究於公共權力之事實，換言之，得之於危害大衆權利並招致社會損害的犯罪中者，始可爲吾人放膽采信。

而無所遺憾。犯罪之發現及犯人之探求，此二事於社會至爲重要，蓋社會有回復被侵害的法益及維護公共安全之職責也。

## 一八六 決鬪

隨着尊敬問題而來的，就有所謂決鬪。這是一種求得正義的野蠻方法，爲經典之風的上古時代所未知，因爲其時國家的制度囊括了個人的一切；迨至野蠻色彩的中古時代，其時國家的權威失勢，專橫的個人主義起而代之，榮譽與勇敢混爲一談，於是決鬪之風漸熾。決鬪之舉，其實有乖常情，蓋參加決鬪而果獲勝，固足爲勇敢的明證，要不足與言道德、正義或榮譽。道德、正義或榮譽一旦受損，唯公共意識的內在正義始足以補償之。索伏 (Chauveau) 和 黑里 (Helle) 在刑法典的理論中，直認決鬪爲違反鑄在每顆人心中的神律「毋殺害人」的行爲。決鬪不僅爲道德所不容，卽社會亦當引以爲戒，蓋此舉無異以私人之暴力取代社會之制裁。爲報私仇故，影響所及，必使全社會爲之不安。迷信私人復仇主義的結果，必使天良爲之泯沒，並大足爲社會安全之累。因此，決鬪之應視爲犯罪行爲，其理由有三：因此舉足以傷害人的生命或肢體，危及公衆安全，並足爲「私力」

不合理的優勢的明證。決鬪兩造的合意，初不足以蔽其過，蓋「同意行爲不生損害」的法則，於不可讓與的權利的處分，不能有其適用。因憤怒或激怒而殺人，須受最嚴厲的刑罰，而於決鬪之舉，則聽之自然，不予譴責，這是非常不合邏輯的。凡因怒而殺人者，其人之思慮必已昏迷，神智必已錯亂。其在決鬪之一造則不然，決鬪之故至少必種因於數日之前，則決鬪中着手傷害人時，其神思當較鎮靜清醒。決鬪之發生，有時乃由於一種情有可原的信念，以爲法律不足維護私人的名譽；通常則起因於含有相當罪質的事實，例如對造有欺騙情事，無禮舉動，或彼此有所猜忌。如果以加重其刑之法，爲避免決鬪之道，則事之不公，莫此爲甚，蓋刑罰之重輕，在在須求與犯罪行爲之內在價值相當。喀拉拉在其計劃中說過，僅憑立法的補救，必不能達此理想目的，蓋嚴刑峻法的顧慮，恐仍不足使決鬪有所戒懼。侮辱是決鬪的主要原因，在決鬪者的心理，憑藉己力以雪恥，實爲勇敢與美德的表徵。刑事法固當以前述理由故，而懲罰決鬪行爲，並指斥社會一般觀念的錯誤，卻未能使決鬪之風從此絕跡。欲求此野蠻風尚一掃而空，治本之道，端在潛移默化之功，以轉變公衆意識，以糾正其過去錯誤；至於立法作用，使人不復以私鬪爲勇，己力雪恥爲榮，則僅能獲間接輔助之功。此外，吾人

如能就現有的法院加以改組，並添設新的法院，而各法院的管轄權更依階級與職位的標準而為分野，對於雖非犯罪而足以影響私人名譽的行為更能加以注意，則於決鬪的禁止，或能收水到渠成之效。

### 一八七 自由權

凡人有生命權，其自由權亦必隨之存在。自由之於人，正猶軀幹之於吾人身體，蓋自由意志之於人，自有其顯著的倫理上的特質。就其概括之點來說，此自由的固有權利，常易與人格權混為一談，且據斯賓塞之意，並非一個特殊的權利而是居於其他一切權利之上的人權。然就其特殊之點而觀，它就有種不同的形式，知識自由、道德自由、宗教自由、經濟自由、公民自由及政治自由，蓋其榮華大者。知識自由以真與美為其目的，所關涉之問題有科學藝術及教育。道德自由即為意志的自由，賴於此種自由，判斷與措施因得不受任何威脅，安然進入合法評價的領域，而有以表見於一切與其他權利有關的行動。良知自由，當然包括崇拜自由在內，使人的生存與其行動合而為一；但大致說來，此種自由，決不是個人對於宗教的思想，可以不受拘束的一種內心的絕對權力；因為

人依其本質是社會性的動物，是相對的而非絕對的。在社會中，因了大多數的個人良知，對於特定信仰的合意，也因了共通與同一的薰陶及崇拜，真的充分的良知自由亦即信仰自由，遂見發達。實業自由則與生產競爭同義，就是製造社會需要的貨物以及供給方法、地點、時間的自由。公民自由就是私權行使的自由；政治自由則是公民參加政治的自由。

### 一八八 衡平與社會主義者的平等

斯配達里利與羅馬諾西曾說，有個人的自由纔有平等，而且纔發生與之相適應的固有權利。人，不論是倫理組織體的單位也好，國家的公民也好，一概是平等的。平等乃淵源於抽象的人格，其內容實為個人一切主要權利的享有；此種權利，就是吾人所謂固有權利，亦即遵從韋科之說的斯配達里利所稱理論上的基本的能力，而以所有權、自由權及安全權為其限界。此種平等，純然是一種形式上的平等，換言之就是法律上的平等。而自由之表見於個人的生活中者，則有質、量及方式上的天然差異。個性之重要，與人性同，個人的自由遂亦有其各別的形態；因為這個緣故，個人的獲得權利亦即羅馬諾西所謂實際能力，就有着具體的不平等。形式上的平等，此時實居於超越的地



位，使具體的不平等蟄伏其下。因之，貧人不能任取富人財產的一部分，此其理由，正與富人不能取貧人所有的一部分同。一個固有權利亦即基本能力，於其行使中，乃一變而為獲得權利亦即實際能力；此種權利或能力，因其客體的各別以及主體精神與肉體組織上的差異，其所表現的形態因遂變化無窮。社會主義者，乃於實際能力，忽視其藏有個性的一切作用的中間活動，而僅斤斤於基本而無定限的所有權的盡人平等，及其對外動力的人人共通。他們不會能了解個人及其客體間真正的關係；他們否認私有財產的權利，而迷信於生產工具的集體所有。可是絕對平等與集體主義僅能實現於空幻的烏托邦中，這是誰都知道的。

### 一八九 集會結社權

人是生而自由的，尤其富於社交性，因有所謂集會結社的固有權利的發生。就是禽獸中間，牠們的日常生活中，也有社交往來的跡象可尋；此種交際，其形態固自有其特殊性，而直接間接有關於其物質要求，且常出諸天性所使然，要無可疑；但其活動程度，則從未越出於單純聚合的範圍以外。而在另一方面，則有人的社會，在審慎思慮與自由意志下發展着，其組織最是複雜。其性質之最

稱特殊者，當爲公司與合夥，在此組織之下，有許多的意志正爲一個目的而協力合作着，於此，合作的認識與願意，以及爲一共通目的而萬衆一心的團結精神，是不可少的。公司及合夥，乃純然以集會結社權爲其淵源，此卽所以異於單純的聚合之處，因爲此種組織，半因爲人類需要的產物，半則爲個人自由活動的結果且爲可有可無者。集會結社權，實容納着生活上一切適用於藝術、文學、科學、經濟、道德、宗教及政治的目的。它常採取各種新的複雜的形態，且日漸蛻退其本能的特質。我們可以看到，此種結社，如果並不循依正軌，注意社會的共通利益或其社員的特殊功用，而致力於破壞爲一切權利存在要件的社會組織的原則，必不爲社會所認可或容忍的。

### 一九〇 受助權

個人是不能自足的，他必採取種種可能的方法，以達於獨斷獨行及充分自我發揮之境。他有着受助的固有權利以爲倫理組織體的部分；此種權利乃所以補充並輔助於其本質者，惟須以自助及個人能力的不濟爲其前提。它可視爲非出於意志的生活上的必要現象，亦可視爲自由的元始狀態的結果；他所以有受助於社會之權，在前者的場合，是因社會爲一種不可或缺的自然狀態，

在後者的場合，則爲基於契約與準契約之所規定。

## 一九一 國家及其進化

當國家與人民處於敵對地位而國家被目爲遂行個人目的之工具的時候，其對政治上的理想計劃，在於政治努力的減弱，並主張個人的活動力，於文化的進程中，當全部取而代之，惟於維持公共安全及保障的責任則應除外。但國家既是個組織體，當然不能見擯於進化之門，因此我們知道，它的關係，它的職能，以及它的權力，其狀貌也就日趨於複雜性。在時代的演進中，國家一方固然失去了它許多原來的職能，尤其是人格及個人創造力的否認權，但另一方面則獲得大批新的權力，利用着千百種的方法，以扶助和保護個人方面方興未艾的各種事務。現代國家的機構越是進步，遇有個人的活動需助於國家者，它必想盡種種方法以扶助之；但它的所以扶助個人者，非厚於惰逸薄於勤苦，而適反之，乃隨其人努力的程度而爲進退。斯賓塞與發格納二人對於此點，各持着相反的見解，實則都誤。前者以爲國家的力量因文化的演進而趨於減弱；後者則認其趨於增強，致危及個人的毅力與創造力。經驗告訴我們，這兩種理論都非實情，因爲事實上不但國家的職能日

見增加，公家的開支日見擴張，同時社會的財富亦繼續有大量的增加。前兩種事實足以推翻斯賓塞之說，第三種事實則使發格納之說難於立足。此外，斯賓塞的理論，本身尙有着矛盾的現象，他一方承認國家爲一種組織體，一方卻又僅將此種觀念適用於個人而不及於國家，他雖是進化論的巨子，仍不免於此失。他顯然不認國家受進化律的支配，因爲他說在進化的程途中，個人漸趨活躍，並獲得種種新的權力；國家則日見失勢，其結果所能保持其社會關係而碩果僅存者，司法上的消極義務而已。

### 一九二 工作權——別於社會主義者的所謂工作權

個人既在自由與社交的條件下，並藉社會之助，以完成其目的，他便需要一個最後的固有權利，就是工作權；基於此權利的作用，個人就有一種利用其精力與特徵，以從事商品及財富生產工作的自由。羅馬諾西說過，國家的職責，在於將社會價值給予人民，換言之，就是以指導與教育的方法，使人民熟諳於各種生產的技術，並激勵其生產性的本能。但上文的所謂工作權，切不可與社會主義者所鼓吹的另一種工作權，併爲一談；蓋基於後者之說，個人可以公然要求國家供給材料與

工具，以經營其事業。此種權利不能予以承認，國家的存在，乃以保護教育及維持幸福爲其目的，而非以創設或維持特種事業爲其使命。凡是現代國家，對於比較含有經濟性質的事務，特別不願加以擔任。它已賣去它的土地，不再以私法人資格經營實業，僅以關稅爲其國庫的最大收入。祇在私人未曾經營或經營不力，或剷除壟斷現象，或鼓勵金融發展的條件下，它纔加入經濟生活。在經濟事業中，國家對於個人的勢力，不僅不欲取而代之，且保護而扶助之，使其活動的力量得以充實。前面說過，受助權含有補充性與輔助性，而以自助及個人創業力爲其先決原則。索通 (Thornton) 在其勞動一書中，提出過幾個疑問：富人對於不勞而食的人，爲什麼要負着不使凍餓的義務？世界是否須供養其一切寄居的人，纔稱得是合於人道？或者，人道的一部分作用中，是否已被剝奪了謀生所必需的方法？第一個問題如果不錯的話，這種負擔就透着不公，因爲人口的增加，很容易使現存的生活之道力不勝任的；我們須記着，依馬爾薩斯的學說，在最優的經濟情況之下，人口繁殖之速，遠勝於生活之資，人口依幾何級數增加與生活資料依算術級數增加之說，就使攔起不談，則不需奮鬪而人類可以繁殖，生存之道未免太容易了。第二個問題如果不錯的話，那末凡是喪失繼承權

的人仍應取得其應繼承的田地，而另一方面他仍需富人餐桌的餘粒以資生活，因為田地不加耕耘是不能生產的。所以我們要是承認這種工作權的話，國家便變成了包工的人，人民的積蓄必將從關稅及其他賦稅的徵課中大部分歸於國庫，社會的生產資本必將大見減弱。此外國家必將隨時準備一切勞心及勞力的事業所需要的工作資料，以供人民之用。而工人因為工資有了保障，必將養成驕惰之習，這更是此種權利維持下勢所必然的結果。

### 一九三 權利與義務的相互關係

上文我們已就法律上的意義，界說個人為權利義務的主體，並看到個人就是普通的人，而普通的人就是單位的人。這兩個觀念是可以易地而處的，因為在法律哲學上，因此也是在成文法上，它們實處於等位的地位。完整的法律上的能力，實包括權利的享有及其運用，換言之就是權利能力及其行使。有權利的享有，便不能無權利的行使，而權利的行使，乃以權利的享有為條件。我們知道，法律上的能力是完全的，或是限制的，胥視自然人的智識與意志的健全發展與否而定。此種能力上的限制，指的是行使的限制，而不是享有的限制，因為沒有一個自然人是沒有權利的，儘管他

尙未知道有權利的存在，也無妨於其權利的享有，例如嬰孩或胎兒。人如果未知義務的存在，他便無須有此義務。其於權利則不然，例如一個人縱然未知其自身應受他人尊敬，仍應受人尊敬，祇因他是一個人的緣故，祇須該他人認識有此義務就行。基於上述的理由，所以個人最先有的是權利而非義務，因為這時他對義務尙乏認識的緣故。所以，權利與義務二者，在不同的個人中間，固有着相互關係，而在同一的個人，則無此種關係可言。不過這裏的所謂法律能力，與政治能力有所不同，因為後者的性質較爲複雜，其所進行的目的亦較倫理化與概括化，因此在運用的時候，除行使私權所必需的條件與特徵外，尙須具備新的條件與特徵。法律能力的限制，乃視私人的利害關係而定；政治能力的限制，則胥視國家的安寧概念而定。

此  
页  
空  
白



## 第二章 固有權利的歷史概念

### 一九四 從抽象的觀念中造成自我發揮的事實

個人，最初吸收於古代的國家機構中，其次受制於帝王與教會的勢力，嗣又呻吟於專制政治的鐵腕下，隨後乃開始活動，並終於在時代的演進中充分認識了他自身的力量。因了抽象觀念的發展，他發見了一己的可能的趨勢。他企圖擺脫與其個性不相容的一切歷史上的羈絆。他想像着一個原始的超越社會性生活，而稱之爲道德世界的始終，他就這樣的獲得種種抽象的觀念，而成爲法國革命的因素。

### 一九五 在自然狀態中的人的能力

欲研求此類革命運動之因，我們須將固有權利想像爲自然狀態中人的能力。霍布斯承認每個人在此種狀態中對於每一事物有着一個原始權利，此即爲一般戰爭之因。陸克以爲在此狀態

中有着一種法則，包括生命權、自由權、所有權及某種懲罰個人之權。盧梭則認一種原始狀態，足爲人類生活的表率，在此種狀態之中，自由、平等與獨立原則得以充分發揮，願今已不可復得。依據此說，原始時代的心理，得以把握住個人的主要與一般權利的觀念，換言之，即社約的客體。隨後，法律社會亦即國家，對於人民的固有權利，在憲法上的合意始能成立。前文說過，盧梭因爲相信自由不可讓與的原則，以覓取一種政治結合爲解決本問題的方法，在此結合中，自由並不喪失，惟人民直接服從國家間接即服從自己，而全部並交互的拋棄其一切個人的權利於社會。

### 一九六 人的自然德性的主義

十八世紀的哲學相信人的自然德性，他原來的無限制的自由，及一個根本的自然法則。它認爲如果現存制度的罪惡不加侵犯的話，社會動作當受自然法則的支配，而此自然法則必可導人於幸福之域。盧梭之意，一切事物由自然造成的時候，都是好的；丟哥持人性本善之說；揆內 (Quiesnay) 則從重農主義的立場來說明人的本性，他主張廢止一切足爲人性發展之阻的人爲的專斷的法令，以回復於自然法則的時代。亞當斯密司於其國富論 (Wealth of Nations) 中亦主是說，

他以為只要能建設起一個純出自然的簡單的自由制度，凡足為人性發展之阻者，即可掃蕩無餘。他的門徒恆向重農主義者反覆闡述其一切聽諸自然亦即聽命天意的政策，而娓娓不覺倦。此種經濟學上的萬物皆善說，終於在巴斯提阿必要而不得已的調和工作中，獲得其最優美的表現。

### 一九七 自然狀態可在最早期的著作中找到

所謂原本完善與原始狀態的原則，與最古傳說中自有社會以前的黃金時期，頗有呼應雷同之處，在意大利更可從一五五六年出版的吉洛拉摩維達 (*Girolamo Vida*) 著作共和政體的偉大及一六二七年出版的喬凡尼蓬尼發稷奧 (*Giovanni Bonifazio*) 著作阿比共和國中找到其歷史上的先例。維達開始為自然狀態辯解，並批評社會的罪惡云，提西斯 (*Thesens*) 使阿提喀 (*Attica*) 由牧畜時代轉向文化之路，實為人類禍患的始作俑者。蓬尼發稷奧則盛稱太平洋一理想島中居民風俗之美，他說他們的生活一任自然狀態中的自由意志的支配，無法典，無教王牧師，亦無僧侶，男子信奉太陽，婦女信奉月亮。

### 一九八 民法學者對於黃金時代的信仰

經典時代的羅馬民法學者，因受斯多學派哲學的影響，亦曾言及原始的自然狀態及習慣法具有成文法效力的太古時期，惟頗含糊其辭。在法學階梯中這麼寫着：「自然法顯為最古的東西，因為它在人類開始存在的時候，即已同時存在。當城市建立，官吏設置，法律制訂的時候，公民權利亦遂開始發生。」但我們須要明瞭，希臘人口中的自然一詞，最初乃指單一原則表現下的物質世界而言，其後始用以代表一般與簡單的法律支配下的道德世界；所以，所謂循自然而生活，其意即是與儔類依常態而生活。羅馬民法學者因受希臘思想的浸染，並相信所謂自然狀態即係人類生活的原始狀態，故認自由與平等乃人的自然權利；且把法學階梯中的話引證於下：「基於自然權利，盡人生而自由。就自然權利看來，盡人是平等的。」

### 一九九 民法學者與重農主義者信念的不同

但我們還須知道，於其接受自然狀態的一點上，羅馬民法學者的態度，與現代大多數權威學者的見解，頗相異致，蓋前者並不如後者之偏重，越出社會的生活亦即未開化的孤居的生活，且其意乃指自然狀態下而由簡單調和的法律統治的原始國家。在羅馬民法學者中，有一種強烈的一

般的信念，就是認「萬國」或「人類」爲自然的產物。這從上節引證的話以及其他著作中可以見到，例如該雅斯云：「萬國就是社會，於此一切的人依於自然理性的基礎而生存。」薩透尼納斯 (Saturninus) 亦云：「人在自然狀態中卽已羣居。」佛羅梭替納斯 (Florentinus) 並補充其意云：「在我們中間，自然構成一個親屬的關係。」西塞祿贊同斯多學派的見解云：「人乃由人所創造；並接受另一種的信仰，此可從其許多寫作中見之；」世界爲人與神的共同城市。」辛尼加亦云：「社會給人互愛，並使其好交際。」伊壁鳩魯學派的學說，雖經琉克利喜阿斯、賀拉西 (Horace)、維特魯維阿 (Vitruvius)、味吉爾 (Vergil) 諸人相繼傳述，卽西塞祿亦曾涉獵及之，但其對於羅馬民法學的思想，初未發生多大影響。此學說謂人最初生活於「獸的狀態」中，似「一羣不能言語的獸」彼此間互相鬪爭，「以指爪與拳，爭取食與住」無知無覺，沒有婚姻關係，沒有父子關係，沒有道德意識，在伊壁鳩魯門徒之意，在此種原始時期，畏懼功利及盲目的機運，實爲社會的開端。此外，這班古代的哲學家及民法學者，並不否認自然法則的現實統治，但認爲成文法亦必逐漸變成此種狀態；現代哲學家則並不承認自然法則的實際存在，而企圖社會經歷激烈而直接的轉變。

以實現他們幻想中的形態。

二〇〇 早期的希臘人相信自然法與成文法有着聯繫

吉阿不利的報告中說，希臘人對於原始狀態的觀念，其發生尙早於斯多學派哲學，亦屬於詭辯學者的一派。自然的觀念，在詭辯哲學時期以前，爲空幻思想的開端，其在今日，則爲倫理學上最重要的基礎。開奧斯 (Chios) 的帕洛狄克斯 (Prodicus)，與伊利斯 (Elis) 的喜庇亞二人，置自然於成文法之上，因而對於後者抱反對的態度。據這兩位詭辯學者之意，誠實與公平以自然爲其根本，而成文法乃與自然相去甚遙。我們如欲公平長在，非回復於自然狀態不可。吉阿不利續云，別的詭辯學者則反之，置成文法於自然之上，而目之爲自然的未開化狀態的精煉物，或認之爲人爲的慣例及置於自然之上的擬制。這就是勃洛大哥拉 (Protagoras) 所抱的見解，亦即後期詭辯學者含有破壞性的學說。喜庇亞之意，自然的不成文法以其出於神工鬼斧而入於一切立法，而成文法則爲人類偶然合意的產物，其內容繁多而互相牴觸。成文法常違反自然，而創設人類彼此間的不平等狀態。堪爲表率的人類生活，僅能求之於原始狀態中，爲法律社會所不能有。奴隸制度，有背於

自然，卻爲成文法所創設，吾人一念及此，對於上述的信念，當無所用其驚奇。有一位詭辯學者，名叫亞爾西達馬（Aleidama），他是哥爾期亞（Gorgias）的信徒，曾說上帝把自由賜給一切的人，自然也不會介紹奴隸制度於人。亞里斯多德也說，有許多人明知奴隸制度是不對的，但仍重違其意。其後，詭辯學者間，發生一種與喜庇亞所創運動相反的趨勢，企圖推翻自然的道德理由，而以法律慣例代之。哥爾期亞（Gorgias）認自然狀態的特質，於可變及不變二者之中，必居其一；如是可變的，即不足以爲倫理上的標準，如是不變的，則亦僅足爲文化的開端。又云，自然狀態能否長在，實不可必，且吾人對於自然狀態，如能有明確認識，則社會的多變局面而欲回復於自然，當知其事爲不可能。勃洛大哥拉（Protagoras）以自然狀態，擬之於既無教育、法典及法院，又無導人於優秀之域的力的情形；他認爲人在此種狀態之下，其爲尙未開化的人，與詩人凡雷克刺提（Pherecrates）的密省塞洛普斯（Misanthropes）的歌舞隊，正復相似。在他之意，優秀之事功，於文明生活中，得以教育的方法求致之。國家以成文法訂定道德生活的標準；於是誠實與公平即得藉以取決於社會輿論。正義之獲表現於事實，非自然之所賜予，乃爲一較高權力亦即政治上合意的結果。基於喜庇

亞與勃洛大哥拉(Protagoras)兩大對峙的學說，詭辯學者卡利克爾及斯拉昔馬殊二人乃進而信奉個人主義、專制主義及無政府主義。卡利克爾曾爲其主張辯護云：如果國家並非有背於自然法則的協商物，如果權勢在自然的立場上是應當的，那末正義可說就是權勢者所欲之物亦即權勢者所創之物。在社會中，大多數的人統治着少數強有力的個人，後者則方伺隙而動，以圖推翻此現存制度，以擺脫此種無能狀態的束縛。斯拉昔馬殊捨棄勃洛大哥拉(Protagoras)的見解，認爲國家的法典中要是能有正義存在的話，那末正似此類法典之出於強者的手創，正義也只是一種功利，換言之強者的利益而已。因此，這詭辯學者的兩大學派，一派主張自然超越法律，另一派主張法律超越自然，其終局卻趨向於同一的結論，就是專制主義與社會解體。

## 二〇一 從政府的演進趨勢斷知黃金時期爲不能實現之事

我們姑且承認有着這麼一個自然法則統治下的原始的自然狀態，於此一切人類的自由與平等得以增進，卻不能不獲到一個結論，就是人的心意，於其初期，必不能有一「生得權利」亦即主要的一般能力的意念。我們勢將不信人的心理能有如下的進化：從現象的考慮進至本質的考慮，



從特殊的進於一般的，從感覺或本能的鼓動進於自由的求致，而且我們常陷於幻想的錯誤離去現實，而憧憬於渺遠的過去。自然的人固然也是社會的人，但社會覺心在自然人尙未有所發展。他並不優良而合理，一如前一世紀哲學家所云，卻有着自私的心理，而且既缺乏罪惡的認識，也沒有自制的耐心。在第一等的社會中，一切事物，均受力的支配。暴行就是公理的判斷準則。誰有較強的體力與較優的武器，誰就可征服與殺死生存競爭的力量較弱的，此於動植物的生活中可以見之。文化的作用，乃使人類從外來勢力的束縛中解放出來，同時也從伊壁鳩魯 (Epicurus) 及霍布斯 (Hobbes) 二人所描摹的野蠻狀態中脫離出來，但這兩位哲學家卻主張人類應過着獨居的生活，而社會只是一種人爲的環境以繼其後。人越遠離其原始的世界，社會始能前進而伸展其勢力。自然法則的觀念，固爲全人類所共通，並適合「自然理性」的原則，人的本質且於此見之；但如果我們不先從不同人民所適用的互異的法律之間，尋出並比較其相似之點，則此自然法則的觀念，我們即不能加以考慮。至以契約的法法構成社會及國家的概念，其爲現代的而優於幼稚且未開化的智慧，更無可疑，蓋倫理生活的一切關係中，契約作用的成功，適足以顯示個人自由的原則已

獲最廣泛與圓滿的確認。而古代的法律，則初非以個人爲其對象，乃以部落或家族團體的利益爲前提，與其謂爲「強行法」，毋寧謂之「任意法」，其目的在訓練人民以受權力或意志的支配。

## 二〇二 理性的演進

心最初信賴其五官所得的謬妄的證據，希圖以膚淺與專斷的態度，來就明自然現象間的關係，其活動範圍從未越出於肯定的簡單判斷的領域。在這一期心智發展中的判斷，以其純以心的直覺爲其基礎，所以可說是肯定的，又以其得自五官的感覺，所以也不免是簡單性的。其後心有了進步，判斷便漸次變爲不肯定的，因爲心這時對於皮相的粗略的不合事實的幼稚觀念，已不能有所自足；於是它開始疑慮莫釋，而此疑慮的態度正是科學的創造者。憑着不肯定的判斷，一件事物便可如此這般，於是我們繼續追求特殊的答案，因而發見某種特性，某一類的事物並非都具備之，僅一部分有之而已。於是心智得能領悟現象的主要部分，從假設的判斷中求得確實或全稱，以其爲全稱，所以是必然的且是肯定的。據我們看來，在黑智爾的法律現象論中的認識論，最能說明一般的倫理關係及特殊的個人權利的演進的原理，因爲這種理論可適用於知識的一切形態，在理

論方面然，在實際方面亦然。也有一種知識，發生於動作的一剎那間，或緊隨於簡單的理論上的認識之後；我們如欲解決整個的知識問題，對於這一種的知識，亦應予以注意。但法律現象論僅以具備最初步最下級形式的知識爲出發點，此種知識祇有一個對象，除某些事物的存在外對於任何事物均不能有所確定，而此某些事物與知識頗不相同，其性質與名稱又爲知識所隔閡。到了第二期，知識纔知道對象有着如此這般的外形，有着如此這般的特質。所以，在人的心中，知識於其理解力中，有着一個一般的性質，及其多個固有而主要的屬性，此一般的性質爲單一而不可分。是故知識之目的，常爲區別與相互關係。自我根本上就是意識的意識，亦卽自覺意識，因爲客體有此同一的形態。於是，自我與客體爲同一的，但因前者不認識後者，因而發生直覺的猶之食慾的自覺意識。如果自我與客體並不同一，他便不會有此自覺的慾望，此慾望實爲自我的本質所必需，並足以吸引之。但若自我一旦認知此同一性，則此慾望亦必不復存在，以其已能實際認知客體而引爲滿足。如果這客體並非另一個此主體可發見自身於其中的自我，而是一件因求滿足的動作而可消耗以盡的物，則此主體客體同一性的知識便不能得到。如果一個自我被置於另一個自我之前，起初

此自我必然拒絕並排斥彼自我，因為彼此各有其感官、知識、意志與軀殼。因於此種排斥的作用，兩個自覺意識之間，便發生一種爭鬪——一種生死之爭，於此兩自我各有一個軀殼。此一爭足以致人於死，但在一個自覺意識死亡後，另一個並不能在死者的軀殼中發見其自己的存在：原來生命的保存是需要承認的。嗣後戰勝的自覺意識深知前非，乃允許戰敗者生存，而以之為自己的屬下，兩個單元間的新關係也就是主僕間的關係於以發生。變成主人的自我，這時對於屈為其僕的自我，不但不再視為敵人，且思有以保護之，其後更漸成習慣而視之為己身的一部分。至於為僕人的自我，畏而聽命其主人，久而亦遂忘其本來面目；它為主人而工作，並將他一單元的利益亦接納於自己的利益圈中。於是「畏懼上帝的心理，成為智慧與自由的開端」這是一種訓練的基礎，此訓練足以征服原來的自由，並使人宜於管束自己與他人。斯巴文塔在哲學原理中的話是值得注意的，他說：法律現象論中的為僕人的自我，是一個有食慾的自覺意識；僅有食慾的自我其於理論的及實際的理性，必俱付闕如；又為奴僕之事，並不是對於自由的自我的一種束縛，而僅為人的將變自由前的教育。自由與平等終於征服奴隸制度。心的形態，於其本體中有着自覺意識的形態，於以並

有着一個完整的同一性，常使心有以分明於主體與客體之間——這就是論理學的開端。

## 二〇三 韋科對於人類演進史的概述

歷史昭告我們，自由乃來自畏懼與奴隸制度。韋科云，由於非常迷信的結果，慾望的動機乃開始出現於世間，而使此慾望的動機各安其分，就是社會安全與人類自由的內容。洪水以後，有着偉大本性的人，已成驚弓之鳥，驕悍之氣爲之盡歛，屈服於自然力之下，藏身山洞，並強曳婦女與俱，禁其離去，常相處以終其生。這就是人類婚姻的起源，自此男子有其固定的妻子，父母子女的關係確立，家庭於以出現。驕傲與兇暴原爲男子的本性，此時他們乃以獨眼巨人的手腕臨其妻與子女。其後城市興起，他們即漸受社會制度的管束。天意造成若干含有經濟作用的共和國，具着君政的形式，由長老治理之，他們是男子中年高德劭的人，在自然狀態及家庭時代已組織過人類最古的社會，他們有着自己的土地，或耕或獵，其對奴僕的治理儼然一家庭政府焉。但男子作惡多端，以至於貨財妻子，主從靡定，放蕩無恥久而成習，終陷於暴力爭鬪的局面，其不敵者不得不避難於長老處，長老乃納爲家臣以庇護之。請問，這班貪得無厭的避難者，其依賴於長老的情形，是否根本上與有

食慾的爲奴僕的自覺意識相同一，或與自由的爲主人的自覺意識相同一？此種依賴情事，是否爲自由的源泉？這班家臣，自經長老訓練後，漸成聰明、敬神而有德行的人，向之獨眼巨人的政治至是亦一變而爲文明而自由的集團。巴佐特曾將達爾文學說，適用於政治生活及民族性格的構成；他承認進步、多變與自由時代之前，必有一個亘至數世紀之久的停滯、不變與奴隸生活的長時期，這是文化演進中的一個必經的階段。

## 二〇四 個人自由之爭

由上所述，則所謂固有的主要的一般的權利，根本就是個人的獲得的偶遇的特殊的的能力。換言之，這種自然權利，最初乃偶遇的狀態中所發生的一種獲得權利，是一種性能，由於某種原因而輸入某種社會階級的道德或宗教意念中，或由新的正義觀念所創設，於奮鬥中發育滋長以適合於生存條件。嗣後這種性能，因了較高度的理性發展，於其生存競爭中力足以抵拒爲其演進之阻的社會設施，並於人性認識其自己在它們中間的地位後，得力於習俗與遺傳之功，因得嬗變而爲原始的必要的普通的權利。人格權雖不是一個特殊的獨立的權利，而爲一切性能的淵源，但其演

進的歷史則在在使吾人以與生來權利相提並論。有數世紀之久，個人成爲獲得權利的主體，此種權利其性質爲特殊而偶遇的，因爲其時一切的人並非生而自由，凡享有自由者，其所以能有某種意義的自由，乃由於一定行爲的結果，所以凡是完整的或不完整的自由，其存亡不常，胥視機遇而定。其時代表人類大部分的奴隸，並不以人視之。他們從解放中取得自由身份或不完整的人格，並僅於獲有公民的自由身份及家庭後，纔取得圓滿的個性。自由是隨着時機而得失的；甚至有些個人，其父母並非奴隸而爲正式結婚的自由人，或至少其母爲自由人，其本人的自由身份尙不免受時機的支配。戰爭與擄人之事可使人格歸於喪失，而「保留人格的奴隸的擬制」則可使之復原。人類中自始就有着一種奮鬥以抵抗各種式樣頑固不化的奴隸制度，使人格得普及於日見繁殖的個人，並使已獲自由的人其人格臻於完整，這一場奮鬥，真可稱得惡鬥，流血既多，歷時亦久，奮鬥的結果，是節節的勝利。共通的意識，在長時期的習俗與遺傳中，已獲得一個主要與一般權利的概念。人權宣言還只是很輓近的事實，因爲遲至法國革命以後，歐洲國家的法典中兀自遺留着否認人格權的痕跡。自由之於吾人，不復成爲重利盤剝的面具，尙是過去幾年來的事。國家對於外國人

的遺產得籍沒之，這原是一種蠻橫無理的規定，直至輓近，多數國家始於互惠的原則下規定一種溫和而有益的辦法。依意大利新法律的規定，一個外國人，基於同一為人的理由，許其享有寄居地的公民權利，這算得是一個開明的立法。

## 二〇五 輔助的固有權利的演進史

其他的對於物質與精神生活、自由及平等的固有權利，可說是包括於比較大的人格權中的。最初，這些性能為獲得的、偶遇的、及特殊的，與其胚種正復相同；這胚種就是人格，我們知道他曾被古代的國家所忽視，其時此國家實為他生死的主宰。他生而為自由人或為奴隸，皆視其運命而定。奴隸無生命、身體或名譽之權。至於自由人，也須要他的國家並不採行強迫兵役，或是他的父親並無「殺害權」，他纔有權利可言。有很久時候，殺死幼孩並不視為犯罪之事。所以，物質與精神生活之權，常是偶遇的，有時與自由作伴，有時則與公民身分相偕，僅屬於若干的人而不屬於全體的人。說到自由，我們各該記得黑智爾的話，他說在東方國家，祇有暴君一人是自由的；又在古代，自由僅限於一部分人有之，且含有政治作用，常限於國內或藉國家的力量而存在。其於平等亦然，它為階



級的法律所否認，且僅限於公民有之。亞里斯多德說過，在一個理想的國家中，農民與工匠應除外於公民之列，蓋優良與手工不能並存。所謂優良的情形——在這裏我們的意思是說政治的優良——是指閑暇而言，所以城市的真正構成員當係法官、武士、牧師及議員。直至物質與精神生活的權利成爲固有權利，換言之，幾經奮鬥的結果，直至人格的概念成爲人的概念時，自由與平等之權，始具備其主要與普通的特性。

## 二〇六 權利並非獨立的抽象物而爲生命的組織要素

凡是聰明的現代哲學家，已不再從抽象的觀點，以固有權利視爲個人在想像的孤居狀態中的能力，而不與義務有着相互關係；他卻將它們聯繫一起，以新的較合理的方式，重行製成倫理與政治關係的優美的原理。法律哲學反對形式的分別，尙有他一方面的理由，而常視固有權利與獲得權利爲有關係，此種關係乃基於本性、生命及歷史所賦有的理想而存在。法律既然是人類的意念，而且真正與確定的，那末它便須包括一切的要素，不論是主要與偶遇的，是一般與特殊的，是原始與獲得的。心開始考慮法律偶然的、特殊的、獲得的及或暫時的現象，隨乃思索其必要的、一般的、

原始的及不變的特性。韋科以此不滿於自然法的原則，並非難格老秀斯、塞爾頓及浦芬多夫不以希臘羅馬家族開始的時期，而以自然理性初得圓滿發展的時期，為研究法律理論的起點。康德、盧梭、抽象的自然法運動的一切代表者，其他許多古代哲學家以及羅馬民法學者的思想都和韋科的這種見解相反，他們僅從自己的時期加以演繹，並相信凡屬於人的自我的一切都是原始的。現代的思想，亦不能以自然狀態的假定為其基礎，因為沒有社會，人在心智、肉體與精神方面，便不能有所發展，而此種假定，則與人的概念與及歷史頗相背馳。前面說過，認國家及社會淵源於契約之說，為期並不甚古。契約乃以效用的交換為其目的，原屬可有可無之物；而法律及國家二者則必須存在。契約固可創設一個國家，惟須以此國家能執行與使之有效為契約存在的條件。一七八九年，法蘭西國民議會通過的人權宣言，我們如果過細研究其內容，便可發見其含蓄着純然空想的信任自然法的精神，它申述權利先於社會而存在，並想像自然人生而具有此種權利；它並未提及任何義務，惟承認無政府狀態下的抵抗權，並把多數意志與法律混為一談，其意乃在說明盧梭的主義。英國一六八九年的民權宣言及美國獨立宣言，則並不贊成此種觀念，僅對歷史上的權利予以

認可，並遵從其創造者的意向、遺訓及習俗。美國獨立宣言，其誕生較英國國民權宣言遲至一世紀之久，十八世紀的哲學理論，雖未能動搖其具體的歷史上的特性，但於其序言中已足以顯示曾受此種理論的影響了。

## 二〇七 意大利哲學家反對自然狀態之說

意大利學者哲諾未西反對自然狀態的存在，並認為如果沒有法律社會，自然的及獲得的權利便不能想像其能夠存在，因為人追求幸福，而法律乃臻於幸福的手段，且幸福僅能於個人貪慾與社會感覺的平衡中求之，而此種平衡狀態又僅法律可以維持之，它能保障權利，並於其受侵害時救濟之。斯配達里利的立論尙較哲諾未西更勝一籌，他在空想運動無論在理論上或事實上都尙未美滿發展的時候，即已就自然狀態作一審慎的研究；他明白告訴我們，自然狀態從未存在，並謂社會組織對於人的形體的與精神的圓滿發展，實為必要。他排斥契約為一切義務的根據之說，因為有種義務，乃起因於自然事實，及某項需要亦即理性，而非淵源於合意；他並列舉人的自然權利為生命權、發展權、所有權、行使此三種權利的自由，思想自由，及自力防衛。此外他又增添一種受

助權，但這是一個有限制的權利，僅於極端必要的情形始得有之。至彼之意，自然權利實淵源於社會狀態，且僅於社會狀態中始有其效用，其能存在於獨居狀態中只是一種假定而已。

## 二〇八 身分與契約二者易於混淆不清

在結束本章以前，我們還須討論一個意義含糊的問題。美因曾謂法律的進步，實為由身分變為契約的現象。身分是不可少的，含有強迫性的，且可認為古代社會的思想的必然結果。斯賓塞於說明此種理論時，謂進步乃為一個由義務的或軍事的合作制度向着實業的或自願的制度的前進。孚雅 (Fouillée) 基於同一的前提，認同意自由的程度，乃是社會現象的特殊差異。於是，為一切倫理法律關係之淵源的兩個各別的概念，即個人自由的概念與契約的概念之間，便發生了模稜含混的現象。個人從古代羈絆中解放出來，無疑是一種進步的表徵，但這並不是說道德世界乃個人的意志而存在，且為其任意創造所致。原來有許多的關係與制度，絲毫不依賴個人雙方的意志例如婚姻，及國家而存在。因為結婚與否或接受何種政治方式，悉聽人便，就這一點上看來，所以此種關係或制度乃以個人間的合意而成立；但也因為它們的成立或解除悉聽人便，就這一點上

看來，所以它們卻是不自動的。個人是倫理組織體的一分子，所以法律需要個人的承認與自願遵守，但法律略居個人之上，初不因個人的契約而變更其效力，所以契約能力並不是法律的淵源。是故契約能力並非任何社會事實的表徵，則在過去的身分統治時代，基於同一的理由，其非為社會事實的表徵，更不待言。

此  
页  
空  
白

## 第三章 無形人

### 二〇九 無形人是擬制的還是實在的

無形人亦即集合人，亦為權利義務的主體。它們的創設，與個人有着各別的目的，而在活動的範圍與生命的持久上，卻還勝於個人。然則無形人是擬制的人，還是實在的人？關於此一問題，羅馬及現代民法學者研究的，較多於法律哲學家。話雖如此，從韋科、黑智爾、洛斯米尼及特楞得楞堡的著作中，仍不難找到關於本問題的精確而深奧的見解，這在後面可以見到，但只是缺乏一個真正的哲學法律的理論而已。阿楞斯曾覺到此種理論實有必要，但他仍未說明無形人究竟是否國家的擬制或人格化的人，而且僅以假想為其議論的出發點，所以也不會以哲學方式研究之。

### 二一〇 關於無形人的各派學說

有許多法學家不能置信於無形人的實體存在，他們認為所謂實體，僅指個人亦即有形人，可

以感官認知者而言。在這點上，他們正和愛奧尼亞哲學家及詭辯學家受同一原則的支配——就是實體僅存在於自然的現象的物體上。他們既僅認個人的實體存在，並視「一般」爲一個名稱或一個簡單的抽象的概念而無實體的存在，在這點上頗與現象論者及概念論者的見解一致。今日的積極主義者則不謂然，他們以爲物體的概念，其實體性並不亞於此概念所由發生的感官，並毫不猶豫而視無形人爲與真正的有機體同一存在。積極主義者竟將倫理組織體與肌肉組織體同視而不分軒輊，其立論誠不免失之過分，惟其認之爲實體的人，則無可疑。正統經濟學派的權威者，否認無體出產物具有真正價值，現代法學家其地位與之正復相似。但法學家的思想，究不如經濟學家的合於邏輯，他們承認無形物，且至少已承認國家人格的實體存在，蓋國家固不能目爲擬制之物。例如，薩文宜初不置信於法人爲實體的人，但仍承認國家爲具有形體的精神單位。這班不認無體出產物具有真實價值的經濟學家，就其理論得到一個邏輯上的結論，就是真正價值僅於有體物有之，而在討論至高無上的無體人格亦即國家時，其見解亦從不越出機構的領域。我們必須記住，政治經濟的經典學派，視國家僅爲保護集合個人生命財產的工具，或如羅馬諾西所云至



多僅爲完成人類目的的機械助力而已，他們從不以之爲具有一己特性的人格。

## 二一一 一個矛盾的現象——權利沒有主體

依照法律的原則，權利必須有其主體，有些法學家既懷疑於無形人的存在，則依其見解，某些能力勢必缺乏主體的存在，這種矛盾現象，勢非予以解決不可。他們中有不少的人，便目此種能力的主體，爲一種擬制的人爲的主體，還有些人則將法律觀念變更與擴大，倡權利可無主體之說，以消除上述的矛盾現象。這樣，他們便無異創立了一個法人的原則，認此法人具有感官及抽象的思索功能，因爲依着他們的理論，權利的主體既是人爲的，則沒有主體的權利結合只是一種抽象的事物。他們既認實體僅存在於有體的物，自非作此解不可。

## 二一二 否認無形人的存在爲邏輯上所不可能

浦克塔於其現代羅馬法講義中，薩文宜於其近代羅馬法的體系中，及恩格(Unger)於其奧地利法的體系中曾云，無形人爲成文法上有用的擬制，或國家所創設的理想的主體。此項理論，雖欲力避其矛盾之處，而不可得；因爲一方面權利不可無主體，而人是權利的唯一主體，另一方面則

有權利的集合而無真正主體的存在。擬制與人格化是不濟事的，因為我們想像主體的存在或創設人格，就是承認主體或人格原不存在，但事實上則主體或人格非存在不可。所以，上述這個理論就算能有最美滿的解釋，而吾人僅認法人在私法上是虛構或人爲的，其在精神社會中於一般條件下依然明白存在。且爲公權的主體，矛盾現象仍不可免，因爲公法上的集合人格，在私法常爲法律所創設的擬制個人，且爲所有權的想像主體。私法除真實的人格外，對於任何其他主體，不能予以承認。不但如此，依此理論，人既爲權利的唯一主體，主張其說者終至於不得不承認權利亦得依附於非自然人的主體而存在。依民法學者的意見，無形人並不是事實上的主體，所以就其適當意義而觀，並不在擬制之列。由於擬制的功用，某個動作與另一個法律規定的動作發生聯繫，並取得對於法律同一的關係，正如後者然。擬制的方法，需要兩個真正的主體，但在這裏卻只有一個，——就是這獨立的有形人。

### 二一三 無形人的「類似物」說

朗大於其著作奧地利法中的財產權中，波勞（Böhlan）於其討論法律的寫作中，布朗斯於其

刊入霍爾仁道夫(Holtendorff)百科全書中的論文中，均謂人爲的擬制的主體，在法律上固應與個人平等，但不屬於個人的特性亦不應屬於它們，其意乃欲避免人格化說的矛盾現象。果如其說，則法律上固無所謂擬制的人格，而爲人格的「類似物」，它能運用它的功能，亦自有其地位，所以「取得人的部分。」這三位作者，對於問題絲毫不曾解答；他們認有些權利，似乎有着一個主體，但它們並不屬於任何肉體的主體所有，可見這事實正待他們予以證明。財產無主的概念，亦不足以消除本問題的矛盾現象，因爲這概念仍不免破壞了權利不可無主體的原則。此外，非人而具有人的屬性，則此亦有待於說明。在這裏，功能顯已與頗惹人厭的擬制混爲一談。

#### 二一四 耶陵的個人爲權利主體說

耶陵於其羅馬法的精神中，反對人格化與同化的理論，並爲私權可無主體之說開路；他否認物可以不屬於個人，並謂法人並非權利主體，僅係一件贖鼎，一個簡單的假面，一個空洞的外形，一個表面的形態，爲便利起見而發明，以供居間的工具。所謂法人，乃是發展公司構成員或其利害關係人與外界間的法律關係的專門工具；其真正的主體依然是人，他是權利的實際主體，享有這種

權利的也就是他。在一個公司或會社中，權利的主體就是這班享有利益的構成員。至於這抽象的本質，不能享有它們；所以，它不能有任何利益機會或權利。耶陵已將事實與權利混爲一談。誰有一個權利或不如說誰享有之，這是一件事，何者爲此權利的主體，則是另一件事。這是當然的，一個人雖不是財富的所有者或處分者，卻能享受此財富所產生的利益。一個國家的公民或一個病人，他並不是此國家資本或醫院的所有人，但卻坐享其利。總之，我們須把物質享受與理想享受，占有與權利的所有，分別清楚，因爲一個人有了前者，並不一定具備後者；但耶陵的思想並未完全撇去了人格化觀念，因爲他的法人仍需要一個明顯的主體亦即假面。他自信其理論很是具體，而且立基於最嚴格的實體主義上，實則他的理論乃以抽象爲其基礎，認元素離去其自然的依附中心而完全獨立。

## 二一五 權利無主體說

溫得舍特，布林茲 (Brinz) 及培刻 (Bekker) 於其研究權利主體的著作中，較耶陵更進一步，對於不屬於個人的權利必有主體的已爲一般公認的原則，加以攻擊。他們及台梅留斯 (De-

melius)於其法律擬制論中，認爲在事實與特殊制度的關係上的法律觀念，是抽象的；要是權利的集合無主體而存在，乃是事實的話，那末得到一個必然的結論，就是法律的觀念一定包含此種事實，並且包含權利無主體的可能性。溫得舍特謂權利乃意志的無人格的能力，於其行使時，祇須有一主體，即可成爲實在。布林茲 (Brinz) 把財富分爲屬於一個人的與專供一個目的之用的兩種，注重於事實，卻忽略了擬制。培刻 (Pötker) 否認意志爲主體；在他的心目中，名義或稱號乃賜予一個人以自由處分權利之物；例如，鐵匠的名稱，乃予一個人以鐵匠的權利。如果我們想到法律並不能解爲特定性質離去事實而在心靈上的簡單的集合，則立可發現與上述的理論是不相容的。在這一種的理論中，正和在任何其他的一般概念中一樣，有着一連串的主要原素與關係，爲簡單的經驗所不能造成，因爲它們天生是偶然的與特殊的。所以，此種理論的假定基礎是錯誤的，至於從這理論發生的概念，也有着一般的錯誤。溫得舍特對於權利所下的定義，是不對的，因爲一個意志能力所以是一個附著的權利，且是無人格的，祇因爲它可以屬於此人或那人，並不因爲它可以與其主體完全分離，而獨立成爲一個意志能力，變了一個無主體的能力，以一個無內容的概念行

使之舉孩童之例爲其類推的解釋，是不中用的，因爲孩童本身就具備着意志的可能性。在這個例中，如果特徵是找到了，實質當然是不會缺少的，但無人格的意志能力仍不能有，則它所要代表的事實上並未存在。布林茲（Brinz）的主張，其立論亦不可恃，因爲法律上完全的財產權觀念，於其獨立的存在的狀態中，所包含的要不是此權利的人格化，則便是傳授此權利的物體。財產的主要特質，便是它對於人的從屬性。它包含完成人的發展所必要的有用的工具的總額。此種理論，也不免於抽象的弊病，它一方面提高無生物的地位，予以法律上主體的身分，另一方面卻把人降格爲無生物。要是財產沒有主體，或與人在非偶遇的情形中無涉，則目的決不能自己完成，所以權利可無主體這是不可信的。培刻（Becker）則循生物與無生物無定限的人格化之說，他顯然對於權利的不確定的主體與其客體，不能分別清楚。鐵匠的名稱可屬於此人或那人，終不能沒有一個主體。正如康德與溫得舍特所云，一個職位的據有人，例如王位的繼承人，並不能視爲一個法人，雖然職位或王位的本身是沒有意志的；在這種情形，國家乃是這種權利的真正主體。就是繼承權也不能認爲一個法人，因爲它的享有者亦即主體原非沒有，只是不確定而已。在這裏我們應該記住

一點，就是繼承人的權利，乃因被繼承人死亡而開始。至於遺產管理人的選定，亦不足以爲法人成立的表示，因爲繼承人不在時，亦可爲之選定遺產管理人。

## 二一六 財富不能是主觀的

上述學說的信徒，有時亦承認權利以其爲主觀性的，所以不能無主體，但更主張不應承認集合財產無主體，因爲此種權利只是簡單的客觀的集合而已。他們又云，此種以爲主體的財產，並非物的單純集合，而是它們的總和，由於此財產的宗旨或支配此財產的統一意志的作用，成爲單一的，有組織的，自治的統一體，而經國家的認可。但在客觀方面，財產只是一個部分，一個元素，而非統一的全體。總之，我們必須記住，對於權利不可無主體說的原則，決不能有絲毫的修正，而此原則的基本概念，固與上述理論相背馳。其次，我們還須知道，形成爲有組織的全體物的財產，不應視爲統一原則或中心有機體亦即宗旨或意志的主體。原來宗旨與意志造成並管理此財產的全體物，並使之成爲真正的單一物，而主體之選應於此等因素中覓取之。物畢竟是物，而含有客觀性質；宗旨與意志的本性就隸屬於主觀的領域。宗旨乃意志的限界，而與意志有着重要的聯絡。宗旨得以

意志說明之，故主體當可於意志能力中求之。宗旨無意志則不能完成，而在另一方面，如果意志把有關於人的物組織成一個全體物，並使之成爲單一物，則此時只有意志纔主體。財產屬於人格所有，故不能謂財產之上並無人格；財產因意志而始能集合，因意志而始有生氣，故不能謂財產之上並無意志，財產是個人的人格屬物，個人卻不能視爲財產的屬物。

## 二一七 無形人可以存在

有班法學家，固不置信於有感覺的簡單的物的實體存在，卻合於論理的置信於無形人的實體存在。一般的確信國家具有真正人格而罕有以之爲擬制物的事實，前述各學說不能適用於公法的認識，以及一般哲學家對於國家本體的觀念，凡此種種，實大有助於上述信念的覺醒與發展。韋科說過，正如古代羅馬從所謂「平民議會」的聚合而產生共和國體，所以意志的統一亦遂形成它們的心，亦即巴平尼安加以文雅化的所謂「共和國民全體的意志」或全體公民的共通意志——平等權利的享有。這種意志的心，就是社會力量、理智及有設計的正義。從這種的心和精神，才產生了公民的能力，它造成共和政體下的個人，它的生命就是公共衛生，它包括全體個人的生



命。我們說及的這位偉大的那不勒斯哲學家，認國家靈魂爲一個有生命的且非盲目的形態。味加西 (Veggasi) 與另外的許多哲學家說得不錯。無形人存在，尤其是國家具有真正人格的概念，實淵源於布倫茲赤利 (Bluntschli) 在其德國私法論中所發表的學說。在德國，謝林還在布倫茲赤利之前，亦提出倫理本體學的標準，黑智爾則認國家爲道德世界的一個制度，爲一個自覺意識的物體，以個人意志總和的一般意志的實體存在爲其基礎，而此實體存在與赫爾巴特學派的西羅 (Thilo) 所謂實體存在很不相同。但我們第一須要知道，歷史學派的鼻祖薩文宜，雖倡人格化之說，他卻承認最大的無形人亦即國家的真實存在。謝林、黑智爾、薩文宜諸人之後，特楞得楞堡則又復活希臘的政治概念，摻入近代的原理，而亦歸納於同一的結論，就是承認國家爲一個真正的單一物，一個倫理組織體，爲一個具有人的特種形體的抽象人。意大利的法律哲學，甚至在布倫茲赤利 (Bluntschli) 以前，於討論國家與社會的特性上，即已承認無形人的存在。羅馬諾西常稱國家爲個人智慧、意志及能力完善而有生命的輻射體。洛斯基尼則對於社會與道德的人格並不加以區別，而劃分社會爲組成社會本體的精神的內部不可見的部分，及構成社會形體的外表可見的

部分。社會是實在的有生命的，唯其是實在的有生命的，所以是爲其基礎的衆意志的會合。

二一八 一個新意志——兩個意志合致的結果

巴倫 (Baron)、培塞婁 (Beseler)、拉宋 (Lasson) 及其他不少位德國哲學家，都贊同於布倫茲赤利 (Bluntschli) 的無形人存在之說；他們視國家與道德本體爲真正的有機體，而得爲公權的主體；但對於它們在私法上的人格亦即法律能力，則彼等或並無一言及之，或追蹤薩文宜之後，認之爲僅僅的一個擬制或假定。稷退爾曼 (Zitelmann) 於其法人之觀念及存在的研究中，發表過一個美滿的理論，能兼用之於私法與公法。他的立論雖不怎樣正確，卻頗合於哲學的原理，並用着不少的暗比與明喻。他以人的意志的原則爲開端，認權利爲固有的，並認此原則對於自然人及法人同一存在。法人，因其爲權利的主體，獲得一個意志的可能的或實在的能力；換言之，就是人格。對於這，國家應予承認。因此得到一個結論，就是此本體的人格並非如有些人所信爲法典的創造物，而是許多意志合致的產物，此許多意志的合致並非以其全體利益而是以一個特定宗旨爲前提，這樣便創造了一個新的一般的有用的意志，以爲一個公司的自然基礎。正如稷退爾曼 (Zitel-

mann)所云這樣便發現一個常見的事實，就是當兩種力因合致的第三種力的督促而會合時，這兩個力就會喪失其個體的存在，形成一個新的力，而具備其構成分子共通的特性。在法律上，亦有其「概括財產」之例，在這種情形，此「財產」便自具備其成爲統一體的能力，以異於其各個構成要素。

## 二一九 此新的力乃較進步的形體

對於前節的一番理論，我們還可補充幾句，就是公司既然是許多意志在一個特定目的上的密切會合，而且是一個全體物或倫理組織體，那末它在某一點上要較個人更見實在，因爲它具有更複雜性的各部分，並且足以代表一個較進化的形體。如果沒有人的生活以及種種的社會核心，個人只是一個抽象的東西。物質以及真正的實體，乃得之於有機的組織體，於社會團體，於各個部分集結的核心，此各部分的存在係以全體的存在爲其條件。雖然，倫理組織體的各部分，畢竟是由的個別的實體，且除爲全體的生命參加分子外，尙自有其一己的生命與特種的目的。會社是一個特種的倫理組織體，有着一個全然異於個人的實體，並在完成直接有利於其本體的效果。此

統一體初不如耶陵所云，爲一個無享有力的抽象的實體，而是一個真正的獨立的能力，產生於許多意志強烈的輻射中。

## 二二〇 公司必然是一個組織體

除非公司爲一個倫理組織體，由其構成意志的輻射作用而產生，稷退爾曼 (Zitelmann) 並不能明白說明公司真正人格的存在。它的實質，乃存在於不能改變的行爲及國家的承認中，由於國家的承認，一個法律上的主體乃得供獻其能力的若干部分或其全部於一個特定的目的。有些人以爲許多人集合或結社，同心協力以完成一個目的中，這種集合或結社，乃是一個倫理組織體，這是錯的，因爲這種人依其代理人的資格，其權力固大於個人，但他們初未構成此制度中較實體的因素。例如，一個牧師，就其所據有的職位而觀，並非牧師界中的一分子，由教會以特定行爲設立之，而具備權利主體的特質，他只是一個代理者，只是人求生存的一個方法。結社的觀念，自然的會和它的創造者的觀念，聯繫一起，因此我們必須分別此種類似性，而注重於次生的或偶遇的因素。結社基礎的行爲，乃其創造者的真正意志，變爲客觀的、具體的、不能改變的，循其一己的程途前進，

且爲此制度中應有權利的主體，因此便成爲國家承認的人格的自然淵源。但這個意志，雖與人分離而變成客觀，根本上卻依然是主觀而有人性的。此行爲雖無能力不能成立，然與能力有別，宜於造成公司的形體、特質及狀貌。如此形態的特定意志，與溫得舍特的無人格的意志，毫無共通之點可言，他的區別主體，僅以其權利的行使，而不以其本質。此行爲亦不能與無主體的宗旨混爲一談，那是布林茲 (Brinz) 的概念，因爲能力所供給以實現的宗旨，乃後於創造者的意志而存在，爲人的取捨行爲的終局，以意志及有取捨力主體爲其要件，此主體則使宜於目的需要的行爲變爲客觀性。這裏且舉一個分析經驗我，亦即繼續發育的自我的例子；換言之，就是完成具體主觀性的例子。經驗我得與各個的特殊自我相別。其區別之法，得於通常的與病理的情形下爲之。「在父親的地位，我得稱讚你，但在長官的地位，我將判你死罪，」孟留斯托魁脫斯 (Manlius Torquatus) 對他兒子說這幾句話時，有着兩個自我的存在。在心理學上說來，同一個主體中，有着複數的人格，這是可以的；在法律上說來，一個個人尙可有着更多的人格。我們雖把關於一個單一固定宗旨的意志行爲或意志，奉爲一個主體或個人，不致自相矛盾，就是這個緣故。終結一句話，這制度雖不因

公司的組織而成爲一個倫理組織體，它至少具有同樣的原則與人格，因此也具有同樣的意志能力。在公司的組織中，因許多意志的輻射作用而產生一個新的單獨的意志，這新的意志乃是主體；而在非公司組織的結社中，其主體則即爲創設者的同一意志，僅因其行爲而成爲另一個客觀的意志而已。尙有若干制度，雖由意志融化而成，其數則亦與意志同數。依後文所述，公司與結社之間，實有着一個特別的差異。

## 二二一 公司組織

上述理論，乃以系論的方式，由我們早就說到過的理論中演繹而來，就是那法律哲學上的基本原則；人格實在包括着意志能力。此意志能力，於公司及結社中均可得之。在前者的情形，它就是具備着新的各別的單一體的意志能力，由許多意志的輻射作用而產生；在後者的情形，它就是創設者的意志，只是在一個單獨的宗旨上成爲客觀化而已。這種無形人，自從它的社會利益爲一般所認識後，它的地位已被提高爲與法律的及社會的主體同，享有所有權，有時且還有着政治權利及監護人能力。它有着所有權，他物權，占有權，契約權，及遺囑繼承權。但它沒有一種代表權，其情形

與未成年人正復相似；其於代議政體亦然。國家並不設立無形人，僅爲之註冊，蓋法律上的認可，乃以精神軀幹亦即意志能力的人格的存在爲前提。要是此種人格並不存在，國家便無從加以認可。即謂創造，與擬制人的存在或人格化，正是同義，且與之同爲空幻之物。事實上，它竟是同一的東西。薩文宜認法人有着人爲的存在，但同時又不認其在國家機構中的始終，這話真有些不可思議。其實法人既然是擬制的或人爲的，在成文法上便不能否認其存在與解散的事實。國家不僅把無形人註冊而已，他先須審查這精神本體的制度的社會效用如何，隨後加以承認，視之爲具備簡單主體的身分，監督並管理之。國家的法律，乃是確認權的法律而已；要是我們稱之爲制定權的法律，那末應該放棄設立的意念，而信賴於原來人提高爲法人的意念。我們知道，當國家認爲精神單一體不應再許其存在，或它的行爲違反文化目的與社會效用的時候，他可有權把已賦予此精神單一體的能力，加以剝奪。

## 二二二 公司組織並不影響結社實體存在的問題

佐吉 (Giorgi) 於其法人理論的研究中，曾嚴厲抨擊關於本問題各作者的意見，補充布倫茲

赤利 (Bluntschli)、巴倫 (Baron)、拉松 (Lasson) 及 培塞婁 (Peseler) 的理論，而自成一說。以懣其意。他對於他們關於國家及集合本體的意見，表示接受，但於結社的理論認爲不無缺點。在彼之意，結社在實體上與公司具備同一的本質，換言之，同一爲現實的集體，故不得僅以擬制人格目之。此概念斐息赤拉 (Fischella) 於 法人實在說 中，一度加以引伸，而佐吉 (Giorzi) 本人對此固已自認。爲易於明瞭此說的內容起見，其理論可摘要述之如下：一個結社的財富來自人民，其目的在完成一般的義務，終乃歸諸此真正所有者的人民。分配一筆獨立的基金於理事團，或其他特殊部分，其目的在賦予以一個單獨的自治體，然初不因而使主體有所變換。它僅在法律上與行政上，使集合人格亦即人民有所增殖，這集合人格或人民，或爲整個的政治集合體，或爲由於行政上的理由依地理而劃分的小集團。爲滿足社會需要起見，統治權有兩個途徑可以遵循：它可以直接供給一個簡單的不劃分的國庫；它也可以分割之爲許多部分，授每部分以一個自治的個性，此種部分的劃分乃視完成目的的需要標準而定，因有所謂精神單一體及結社。



上述的理論，與佐吉（Giorgi）據以討論的原則，其間頗有矛盾之處。在他的心目中，把社會同化爲一個有機體，認爲一件可笑的假借之事；例如，我們稱社會爲「社會器官」，「社會軀幹」，「社會意志」，「社會或國家靈魂」之類是。社會只是個人聚合而成，一個單純的集結，不能視爲一個實體或有機體。佐吉（Giorgi）並特別指明，社會者非他，乃一個集合體，一個求遂個人欲望的間接工具，故其立論於原子說爲近。但如果社會並非一種意識與意志，而僅係一個單純的集合體，則它如何能有其一一己的所謂獨有的公權？他既力斥社會有機體說爲荒謬假借而不可信，則他對德國公法學者認國家爲有機體的意見，何以又予以贊同？他說祇人能有義務，則亦祇人得爲權利主體，權利的存在以義務爲前提，而義務的存在又以意識意志及責任心爲要件。人的團體並無靈魂，所以不能享有任何獨有的義務與權利。此外，我們必須注意，布倫茲赤利（Bluntschli）、巴倫（Baron）、培塞婁（Beseler）、拉松（Lasson）及其他學者，於此公法原則，頗欲視爲精神單一體在法律上人格的基礎，故於凡以私人利益爲基礎的商業結社，自己斷然否認其爲法人，因而擯拒一切具有私有性質的組織體於法人領域之外。佐吉（Giorgi）一面以此班學者的原則爲其理論的

基礎，一面卻又鄭重主張商業結社之爲真正的法人，這兩種理論頗相矛盾，自不應出於一人之口。

#### 1114 依佐吉(Giorgi)之說社員不應視爲公司或結社權利的主體

在佐吉(Giorgi)之意，公司與結社的主觀性，乃存在於集合體中。我們姑且暫認此集合體爲公司權利的主體，但須記住。此與波爾茲(Bolze)及耶陵所稱的集合體，意義不同；依佐吉(Giorgi)之說，集合體不能得視爲複數，庶幾我們可以法人權利歸屬個人，而不須再承認主體與權利有所分離。這樣就可以造成一個法人。但雖說集合體的各個分子對它有着利益，並享有之，我們卻仍不能瞭然於它與它們乃爲一體，因爲界說權利的主體，這是一件事，斷定集合體利益誰屬的問題，卻是另一件事。我們對於集合體如果無法別求一種界說，便只得放棄此種立場，認團體爲一個有機體，並至少於重要之點接受稷退爾曼(Zitelmann)的理論。但集合體，就其有機體的性質而論，不止一單純的集合體而已，尙有他種因素存在，就是那許多個人意志輻射下產生的單一的意志，這在前面已經說過。此意志乃是一個有生氣的獨立的新因素，其性質與數學方式所能表示的結合迥然不同。這共同的意志，其構成的內容，決非七加五等於十二的方式所可同論，所以與稷退

爾曼(Zielmann)所舉錯誤的例也有所異，但佐吉(Giorgi)不信此說，謂其於意志與個人分離，成爲法律上的要素，而人則僅爲多餘的的自然作用，絕不相合。老實說，此種理論並非不合，且亦非以意志的獨立存在爲前提。在論理學與法律上，人僅目爲一個意志，而不是一個簡單的理論上的心或想像。心與想像，乃是一種活動力，倫理學與法律僅視爲包含於意志之內。二者入於實際的理性，是否爲不可能？理性有了意志視爲目的的安全，以爲其對象，便可稱爲實際的。在這兩種科學中，意志並非附屬的，而是主要的，正如意志主體的人一般主要。要是意志無人的概念是不可能的，那末人無意志的概念同樣是不可能的。因此之故，我們不曾贊同溫得舍特無人格意志說，而認一個意志能力並無有選擇力的主體，是一個不可能的概念。如果公司是一個有機體而非器械體，則權利的主體自須覓之於個人意志的融合中，就是一個單獨的共通的意志。社會性的人容許此種意志上的融合，是可能的。一切視爲倫理主體的人性，於特種及共通意志中，均可得之。所以，有人謂依意志說，人成爲多餘的部分，這是不對的。

### 二二五 佐吉(Giorgi)學說的批評

就字面的真正意義來說，在結社中，意志並不與人分離，因為它乃淵源於創造者，並仍保守他的特性，而以一個特殊形體持續他的人格。但在結社的活動中，卻有着一種關係，並不屬於人，此關係成爲持久後，就是一個多重人格的基礎，這多重關係一個人在法律上可具有之，正與心理學上經驗我的複數性同，這在前面已經說過。創造者的意志，就是一個經驗我，一個傳來的人格，不祇是心的片刻作用而已。在法律上，雖只能有一個實質的人格，但各個不同人格的存在於一個人體之中，並不發生抵觸的現象，正如在心理學上，各個不同經驗意識的形成，自我與非我之間，並不因而需要根本的區別作用。有了這樣的一個前提，我們再來審查一下佐吉 (Giorgi) 的學說，他把整個的人類社會亦即國家統治下的人民作爲結社的權利主體。據我們看來，他的理論似乎不能站得住，因為它和耶陵的已被擯棄的學說，犯着同樣的毛病。佐吉 (Giorgi) 且不能把法律與事實混爲一談，因為結社雖於社會有益，其組織且含有重要的社會利益，但這並不是說，社會因此便須視爲它們的主體。貧病的人，雖從慈善機關得到不少的利益，但他們並不是這些設施的所有人。否則依此推論的結果，每個個人權利，勢必亦屬諸國家，因為社會從每個權利中，都得到些好處的。從某一

點說來，每個個人權利，便是一個社會利益，故應歸諸國家；這當然是一個不合理的論證。

### 一一六 佐吉(Giorgi)學說的批評基礎

佐吉(Giorgi)僅注意到結社的目的，而忽視了它們的本原及創造的權利，這是不對的。如果把他的理論，應用於法人之具有顯著私人利益的目的者，就越顯出了它的錯誤。國家基於社會秩序的理，對於精神單一體，雖有權認可並取締之，但這並不足以顯示它們是國家的部分而不可與之分離。波奈利 (Bonelli) 在他的著作法人的一個新學說中，看出佐吉 (Giorgi) 把事務管理的分割，與新單一體的形混為一物。原來把結社的事務及部門，劃分為許多支部，以及授一個部分以法人資格，乃是截然兩事。一個私人，也可把他的事務劃分為許多部分，並各別委任會計員及經理人；但在這種情形之下，並不一定就有着與各部分同數的法人存在。這劃分的事務部分，須在法律上與其餘部分獨立，使它所涉及的一切法律關係，僅為它而存在，這時它纔能取得法人的資格。法人是一個自治的單元，絕對與任何單元分立。波奈利 (Bonelli) 說過，以某種公務為目的的部門，如果繼續在國家管理之下，並不產生新的人格，此種部分乃有着絕對的管理上的價值。要使

一個部門成爲法人，這就是說，在私法上，它不再隸屬於國家。其間所有人必須有着真正的和實在的變換，而所有新的關係，亦須以新的非舊的所有人爲其主體。舊的主體一日存在，新的主體便不能產生，佐吉（Giorgi）卻不曾看到這點；因爲，舊的主體與新的主體同時存在，事實上是不可可能的。

## 第四章 財產及其取得的方法

### 二二七 財產權的主要基礎

人必須完成其根本的目的，所以他得伸展他的活動力，約束外界事物，使隸屬於自己，並與他人約定，以相互保存必需的與有用的物體。由於此種活動力的伸展作用，於是而有財產權與人身權的發生；前者涉及人與物之間的關係，間接亦有關他人，因為他們有尊重此種權利的義務，有時亦有限制它們之權；後者則涉及人與人之間的關係，其於物則祇發生間接關係，包括一切基於合意或承諾而發生的義務。往後可以見到，此種的權利區分，並不背於人爲權利有意識主體的原則。此外，財產權與人身權的聯合，就構成了人的唯一產業，它是人爲自身所創設的外來的物質與精神財產的總數。財產權包括所有權及存在於他人占有物上的權利；人身權則包括一切有經濟或財政價值的義務。因此我們可以得到一個結論，產業實由上述的一切元素所組成，有些是有體

物，有些則是無體物。

## 二二八 內容最豐富的財產權

財產權是內容最豐富的權利，亦即「物上最大的權利。」它對於物體，雖不是絕對的權利，卻是一般的權利，至少包含着最多數的權利，其內容爲占有、取得、享用及處分，享用包括出產物的占有與使用；處分包括變形與讓與。財產權根本上並不異於應用於物的自由，因爲自由分析的結果，亦可化爲自有。這兩種概念，含着交互作用，且可易地而處，因爲財產權乃個人的裝飾與被覆，其不可侵犯性與人身同。黑智爾說過，一個人因財產權而有着外表的存在。由於財產權的作用，物體除創設自由意志的實體或表徵外，別無其他功用可言。特楞得楞堡視財產權爲心對物的勝利，爲人的工具。物在人的支配下，成爲供給完成特種宗旨之用的有生氣的工具，並代表意志的決定，而不復居於非人之列。由於財產權的作用，我們把器官概念推及於外界的物體，並感覺自身存在於其中，猶吾人之肢體然。洛斯基米尼謂一切財產權的共通特性，乃起因於一個物體與人身因素的聯繫。此種聯繫，乃雙重的，爲肉體上與精神上的。他又說，具體的聯繫，乃在此物體的占有，爲完成某種目



的之所宜；精神的聯繫，乃顯示於智能的與意志的活動，由於前者的活動我們可以想像某物對於我們有用，爲自由的，且可以占有者，後者的活動則在試欲依法律取得此物，並運用宜於取得並保有此物的力量。具體的聯繫，發自主體的本性，以覓求其一己利益於物體之中。精神的聯繫，則淵源於客體宜於公然的自由的占有的特性。具體的聯繫，乃權利的實質；精神的聯繫則爲權利的形體，失去此種聯繫人就失去了權利本身，正如民法學者所云：「占有乃基於意思與事實而成立。」洛斯米尼、特楞得楞堡、庫臧及提挨爾（Thiers）均承認兩種財產權的承在，一是原始的，一是獲得的。凡人必有一個身體與能力的原始權利。這「我所有的」就是一個原始的財產權，也就是其他一切財產權的根基與模型。其他的一切權利，乃由它而產生，且爲它的適用與發育的結果。我們的軀體屬於我們，只因它是我們人格的棲居物與工具，它是我們有着其次最密切關係的財產。人的能力的效果是他的第二個財產，它較少密切聯繫於他的生存，但其嫡出的地位則同。

## 二二九 財產權的哲學

財產權乃是一個實際的綜合的演繹的判斷的表現。我們知道康德是第一個人，在理論哲學

上接受此綜合的演繹的判斷，於此判斷中，主位是直覺或肉體的原素，賓位是一個狀態或原素，純粹的、可領會的與原始的，故非經驗或外界的產物而為智能或心的內在活動的結果。這並不是兩個概念的結合物，而是一個直覺與一個狀態的結合物，以成爲一個概念，因爲此肉體原素的主位，於與賓位合併的活動中，變形而成爲有靈智的一個狀態，並非是一個生得觀念，歷久不變而自始存於心中，而是一個方法或功能，所以只是心田中所產生的一個原始的演繹的原素而已。在物或幸福學上的名詞轉變爲人的賓位的程度上，財產權乃在表示一個實際的綜合的演繹的判斷。「我所有的，」「屬於一個人的」及「一個人所有的，」就是這一類的賓位，它們顯示着人的活動及意志的實質。人是原始的，因爲他不是外界的產物，不是來自外界，但同時他並非自始就賦有着應具備的一切，而是較諸圓滿的人的概念有所短缺。但他憑藉一己的力量，完成此概念，而在社會中發展着。在這裏我們可以看到，心的專用的活動，乃開始於實際的綜合的演繹的判斷之先。此於理論的判斷中可以見之，蓋判斷的內容，乃在減少呈現於知識之前的物的變化。它的目的，在欲知悉、領悟並認識它所感覺到的，而使之成爲心的財產。專用的活動與理論的判斷祇具有一種認知

的價值，而實際的判斷則含着倫理上的重要性

### 二三〇 財產權的歷史——格老秀斯的學說

關於財產權的合理基礎，學者意見頗為紛歧。格老秀斯稱私有財產，繼「原始的共有財產」之後，乃起源於土地的占有與分割。占有以默示的同意為前提，分割則以明示的契約為要件。在彼之意，私有財產制，乃立基於社會構成員間的意見合致，最初，財產乃人類全體所共有，嗣後乃為一個部落或一個家庭所專有。當私有制度因了特定的勢力而開始存在時，其法並不將公有財產加以劃分，乃以一般的同意各人保持其所占有。格老秀斯的理論，把財產的合理基礎與其歷史的起源混為一物，財產權的基礎，必須是一個觀念，一個原則，並不僅僅是一個事實，如占有或分割然。明示的同意，乃是一個事實，默示的同意亦然。陸克於其政府論中，重農主義者亞當斯密司及斯圖亞特穆勒於其政治經濟原理中，以及其他許多經濟學者，認財產權乃起源於工作。依陸克（他是此說的鼻祖）之意，每個個人原來有着工作的義務與權利，因有占有之權，以為完成其義務並行使其權利的工具。這位英國哲學家的理論，認財產僅於工作實施後始行存在，以工作為其基礎，如運

用適宜活動的權利然，因此在人於占有中行使權利的時候，財產就開始存在。但依此意義的工作，與人身活動有着同一的不可侵犯性，而不免與之混淆。其實，人才是財產的真正基礎。如以應用的工作，視爲私有財產的發生原因，私有財產便無法加以說明，因爲我們先須表明有着占有物的權利存在，使此物成爲工作的對象。工作只是一個取得方法，須以財產的證實爲其前提。霍布斯、孟德斯鳩於其法意中，邊沁及查理孔德諸人，以成文法爲財產的基礎，而並不思及成文法對於私有財產的承認，是否與理性及正義相合。

### 二三一 康德的財產學說

康德認爲財產的存在，不能僅有賴於個人的單獨動作，如占有或變形之類。財產不僅以體的占有爲要件，且以心的占有爲要件，因爲依彼之意，在權利上的「我所有物」其附屬於我之切，以至於我對於物雖未有着體的占領，他人如未經我同意而使用之，亦屬有損於我。每個外界的物，可變爲某個人的；要不然，物將並無所用，而自由意志的食慾能力及由需要財產的理性決斷的自由之間，必將發生衝突。想像着某物的在我支配力下，這並非僅僅的體的占有所能爲力，是需要心的

占有的，大概法律上的命題，如「理性法則」之類，在康德之意，乃是演繹的。一個演繹的權利的命題，乃是分析或解釋體的占有的，因為誰取去我的東西，誰就限制了我的自由，違反法律上的自然之理，並因此影響及於我的人身權。但上述心的占有有可能的命題，雖缺少體的留置，是綜合的，因為東西不在我的手裏，是演繹的，因為它確立下以無占有的權利為要件的原則。個人占有的權利，乃存在於原始的土地共有，及容許此種共有的演繹的一般意志中。土地，依其性質，原不能是自由物，否則它勢須具有一個特性，使它不在任何占有之列。土地的自由，僅能因有用益權人間的合意而發生，於此他們雖互相約定不使用其地，然此地固仍為他們所共有。有史以前的共同占有，不能認為個人占有的觀念，否則自由物將以其自身為自由，並須因權利而視為「無主物」——這是一  
個荒謬的命題。康德不能想像財產為「無主物」，但推定它一定是「共有物」。因為，正如塔利阿 (Tullio) 於其康德學說中的財產法論中所云，公有財產必排斥私有財產。如果我要某些外界的物為我所有，則在行使權利的同一行動中，我將承認一切人尊重私有財產的義務，這是必然之理。這種義務乃包括於此占有權的概念中。適宜於強迫此種義務並保障 *neum* 與 *teum* 的唯一意

志，就是社會的一般意志。占有，在社會環境中，並非暫時的，如在自然環境中者然，而是持久的。理性產物的國家，固然維持着人所加入的關係，但它並不創造它們的必需性。康德曾謂憲法祇是一種法律，於此每個人獲得一種保證。一個國家並不創設或決定財產權。此整個理論，固然以個人人格原則為基礎，並置重於財產的社會原素，可使之一般化以與心的占有的命題相接近，並可以為私有制的哲學上的理由，因為我們在前面已經說過，這實際的綜合的演繹的判斷，並非僅指闡明心的占有可能的命題而言，且包括每一命題之涉及財產的基本原則者。

### 二二二 斐希德的財產學說

斐希德採納康德理論中的因素，以構成其自己的學說，但他對於社會因素的重要性，未免過於誇言。菲羅謨西歸爾非在法律全書中說，他相信聯繫個人的三種契約，有加以區別的必要。這三種契約，就是財產契約、防衛契約及團結契約。基於第一種契約，一個人可占有某物，並要求他人不得主張之，使他們不得尊重他的占有，庶幾他也尊重他們的占有。基於第二種契約，每人如欲他人助其防護財產，則對他人須為同樣的承諾。防衛力量所以能夠確立，祇因為個人以團結的合

意構成國家的部分這團結的合意正是上述兩種契約的保障。個人在客觀的世界中，原有着一個偶然單元的原始權利，所以基於財產契約的作用，祇須能尊重別人的自由並承認其活動區域的不可侵犯性，他也可分得一部分以爲其活動的範圍。自由與活動，不能無生命。自由一經得到保障，生命自必有所保障；生命權乃是人的一種絕對的不可讓與的財產。使用物的基本目的，乃於此得之。一個人如果不能賴其工作以生活，真正爲他所有之物便一無留存，與他有關的契約亦即變爲無效。一個人必須把生活條件給與缺乏此種條件的人，如果他希望他們也同樣能幫助他的話；因有所謂救恤的設施。在上述的理論中，所有權與人身原則乃爲同一之物，但契約概念與生命及工作權概念予此所有權以一內在的限制，此種限制爲社會主義論理的前提。此前提如下：每個人對於外部世界的一部分，有視爲自己財產的固有權利；財產的自然權利，國家須承認並保護之。凡人便可有此權利，其神聖不可侵犯性，與自由或人格同。每個人基於需要與能力的理由，應享有財產之權，而使人有其產，乃國家的義務。拉夫雷(Lavoley)於其財產及其原始狀態中，對於斐希德的理論及上述的原則，表示贊同。我們必須注意到，斐希德與拉夫雷誤把下列兩種大相逕庭的概念，

混爲一談：一個就是國家對於一切人民關於所有權的平等能力的發展，應予保證；另一個就是國家有使人人獲得財產的義務。爲利用完成其目的所必要的工具起見，人人應有一個運用其活動力以支配其範圍內的物的主要權利，這是無可置疑的。國家應予每個人以一種環境，以宜於行使此種獲取的權利，排除可能發生的障礙，而事實上亦即予以臂助。但個人既具有一種開創力，他應自己行動，採取種種步驟，以使物爲其所有。他的財產上的固有權利或理論能力，應具備一個獲得權利或實際能力的形式。沒有第二個權利，第一個權利只是一種抽象的能力，其涉及於人的本質較甚於人的個性。這只是每個人所具有的對於財產的簡單權利。第二個才是一個具體的個別的能力，且是關於獲取的真正財產權。財產的具體取得，乃在個人而非在國家，國家的職責僅在承認、保證並保護其公民的活動力，而不在爲他們代勞。國家固應使形式或法律上的平等原則不受動搖，但因它須絕對尊重人類的自由，而自由的發展又有賴於無定量的各種原始的及獲得的能力，所以它並不能設定物質上的平等。

### 二二三 財產權是一種人的抽象的權利



個人是社會的一部分，於其支配實體物中，不得受一種限制。個人的權利常以倫理組織體的存在為條件，在此倫理組織體中，有着發展、保護及管理的種種作用存在。個人對具體物的意志能夠穩定，乃受賜於倫理組織體，換言之，乃由規定處分財產的法律所賦予。特楞得楞堡謂財產權抽象上屬於人之所有，他確認它，也限制它。康德關於兩種占有的學說，理論上使其他幾個以個人單獨行為為財產基礎的學說，不免受到一種批評。科察（*Cocchia*）於其財產權的限制中，謂韋科曾明白看到，管理是私有財產存在的唯一法則。他把私有的機遇亦即它歷史上出現的動機，與其原因亦即合理基礎，加以分別。私有財產，猶之自由，自有其人性的基礎。依照這位那不勒斯哲學家的見解，在所有權中，實蘊藏着「熱望」或利己意味的成分，及「真正力量」、「理性」、「倫理法」律。所有權就是「有用物的聰明使用，也就是以理性而不以貪欲的方法的使用。」換言之，在行使所有權時，我們不但須遵循個人利益的標準，且須注意社會需要，聽從社會審慎的指示。韋科謂有種社會的控制力，行使於公民的占有之上，優越於一切的私權。這種控制力就是含有限制作用的社會理性，而不是使國家成為一切財產的所有者的私有財產收用權。羅馬諾西曾提及一個自然

所有權，以別於純然的社會所有權，但用着絕對另一種的說法。自然所有權乃與一個絕對利己主義的使用權，同其意義，可存在於自然環境之中，而社會所有權，則僅於社會環境中有之，其涵義除具有個人權利的性質外，兼須具備事實需要及社會效用的條件。在自然環境中，能力常受節制，立法者須遵守基於真實關係的法則。他對於私權加上一個限制，並非要求個人的犧牲，因為這種限制實為社會求得個人得以享受的安全與其他利益的步驟中所必需。成文法的主要條件，就是把個人間在公共自由的平等與安全中有用的能力，置於平等的地位。他們的利己主義的自由之間的調和，其用意初未減弱其自由的權利，乃增強之；亦未削除其私人使用權的力量，而反欲使其更臻充實、穩定。人服從社會的法律，乃在服從事實的需要，亦即服從其自己；所以，此種控制並未減弱私有權，自然控制不但不變，且有所減小。洛斯基的主張亦同，他就財產與財產權二者加以區別。僅就人與物間的關係而論，財產可以無定限的方式想像之，但若以權利視之，則財產須受實際正義的支配；所以，某人如果據有一物，於其自身並無多大用處，或竟毫無用處，而於他人則為有害，或為他們幸福的障礙，社會得強其棄去之。

## 二三四 立法例所載財產定義的研究

法國和意大利的法典，以冗長的語句，規定財產的定義，承認管理與限制的概念。依此二法典的規定，財產是享用和使用物的權利，祇須不違反法令的禁止規定，可以最絕對的方法使用之。洛斯米尼認此定義的禁止部分規定，就是一種限制。他說，法規和命令，要不禁止個人以有害於他人或國家的方法使用其財產，則其目的安在？它們不是明白告訴我們，個人無權以此種方法使用其財產？法典雖未明白說明視為權利的財產應有一些限制，其實卻含蓄此種意思在內。如果限制的概念能在定義中明白加以規定，使絕對享用及處分的觀念，與某些使用方法的禁止規定不能並存，如果財產權並不奉為支配無生物的一般權力，這豈不更好；但我們必須記住，法國法典的立法意旨，乃欲鄭重聲明個人的財產權，以取代當時的學說，就是說這種權利在成文法上是存在的。公用徵收，法定服役及強迫合作，就是幾個限制的實例。基於公用徵收的作用，所有人被迫捐棄其財產於社會，而取得補償。在洛西之意，如果沒有公用徵收的辦法，社會便不能有所改進，——如街道、運河、港口、紀念物之類是。此外，在有許多國家中，天然富藏的利益，以及可供工商業之用的可珍貴

的金屬物，也不能有所獲得。公用徵收，常可增加財產的價值，建築鐵路就是一個實例。鐵路一經築成，靠近鐵路用地的土地與房屋，就可獲到不少的利益，否則必將一仍其舊而不見起色。法定服役，含有公私利益的兩重目的。兵役就是第一種服役的例子；鄰地用水，鄰地通行，溝渠，及相鄰土地的隔牆，就是第二種服役的例子。強迫合作，當然也是財產上的一個重要限制，於此種限制下，私有財產應聽受公用政策的支配。基於徵收的作用，私有財產即讓與於國家，國家可以之供某種使用為人民向所不能者；基於服役的作用，則國家可強迫所有者聽憑國家使用其財產。

### 二三五 財產上必要的限制

財產必要限制說，羅摩那科 (Lomonaco) 曾經加以討論；此理論與樂天主義及調和的經濟學派的主張，有些抵觸。亞當斯密司、馬爾薩斯、李嘉圖 (Ricardo)、塞 (Say) 及洛西所設想的私人利益與公共使用之間的簡單而通常的一致，已因巴斯提阿的工作，而變為非常融合的和諧現象。巴斯提阿說，個人就其利己的利益中，覓取活動的推動力，但於其自由為一己而工作之中，同時尚受深謀遠慮的法律的拘束，以為全人類的利益而工作。人的行為，固然易於逸出常軌，違反法律，但

錯誤之後有悲哀，惡行之後有痛苦，過犯之後有懲罰，這也是必然之理。於此可知，不調和只是偶然的暫時的現象，和諧則是本質的不變的定則。自由的自然趨勢，是不受妨阻的；它予人的能力以擴張的自由園地，因此便有較高的制度存在。如有實施強力的必要，換言之，當某個權利被蹂躪的時候，國家便出而干涉，但它的政策，大致是承認個人最充分的自由的。但巴斯提阿所想像的此種一成不變的一般的和諧現象，在現實世界中，其實並未存在，因為植物界、動物界、海洋與大陸，各處都見到擾攘勢力的鐵蹄，這宇宙的體系於是常在改造與轉變之中。在巴斯提阿之意，和諧就是社會秩序或人類幸福，於其發展為行動的過程中，不用國家干預，而且國家本無須插足其間；也不需真正的個人自由，於此他曾再三致意，因為這不足以妨阻和諧的發展。自然，在這裏尚談不到真正意義的自由，因為他不曾注意到倔強、剛愎與頑固在倫理關係例如經濟關係中的影響。同時他相信錯誤、惡行及過犯的某種結果為悲哀、痛苦及懲罰。此與普通的常識不免抵觸，因為經驗告訴我們，一個人對於其一己的利益，縱使尙未知悉或認識，追求此種利益的結果，常不期然而能達於與其善行及一般幸福相一致之點。從開恩茲 (Cairns) 及其前的明該提 (Minghetti) 的工作中，我們

對於巴斯提阿的樂天主義，可以找到一個公正的明確的批評。

### 二 三 六 固有權利的平等並不因此產生財產平等權

人爲完成其目的起見，享有一個支配物的固有權利。但置信此概念的結果，並不是說，盡人的固有權利既然平等，就盡人都有着財產上的權利。一個特殊的事實介入其間，它取去抽象的相似點，而產生物的法律上的支配力；獲得的財產權於以出現。這具體的事實就是獲取，於此我們可以依據洛斯基米尼的分析基礎，區別四種等級亦即四個相繼發生的權利。第一個發生的，就是自然權利，就是於不侵害他人財產範圍內的正當行爲的權利，這是其他一切權利的原因與淵源，此權利於行使的，產生同一的行爲，完成復就成爲依附於我們的東西，在它存在期間它就老是我們的一部分亦即我們的權利。在我們享受此行爲權期間，此行爲如果把一件外界的東西繫結於我們，我們就在享受着使一件外界的東西依附於我們並使之爲我們所有的權利。此行爲完成後，我們已能使某樣東西依附於我們，擴大我們工作的能力，而此一切行爲之權便爲我們所享受。取得的方法有原始的，亦有傳來的；在前者的場合，並不需要他人意志的合致，在後者的場合，則以他人的同

意爲要件。專有、附合、混同及時效，爲原始的權利；合意及繼承，則爲傳來的權利。

## 二三七 專有

專有就是以易爲他人認知的專用意思，占有無人佔用的外界物。在這裏須具備三個條件——有可供占有的物，占有的行爲，以及可以使人認知的占有的表見。此供占有的物，須是可以占有的，且是外界的，要不然這便不成其爲專有所關的取得財產的客體，而是自然財產的主體。它須是宜於實質行動的，此實質行動爲肉體與精神聯繫所必要，以實現財產的觀念，或人物結合的觀念。它須是無主的，因爲專有的行爲並不能推翻他人的權利。占有行爲，包括所有並保持其物的精神動作亦卽意志，以及置其物於一己管領下的實質的權力。如果缺少前的要素，占有只是一種單純的留置行爲；如果缺少後的要素，則占有也只是一種意思。表見的功用，乃在示人以此物爲我所。如果旁人並未知悉何物已被占有，何物則未，我們不能謂財產權可以成立。表見事實與實質鏈環，我們應予區別；前者僅以後者的存在爲前提，因爲表見常以物的本體爲要件。專有的方法有四——單純占領、行獵、捕魚及發見；它們具備三個條件，就是物須爲未獲得的，須爲無主的，須爲遺失

物拾得後，經以適當方法揭示，原所有人不於法定期間內認領者，專有須兼受法律上及實體上的定則的限制。法律上的限制，有質的限制與量的限制兩種。依於質的限制，所以凡是無限無盡而僅與全體人類為消極結合的事物，事實上雖可占領其較小部分，仍不得為專有的標的。又，凡自由物吾人雖信其宜於為完成吾人目的，而其取得足以致損害於他人者，吾人自亦不得擅予支配，因此而有法律上的量的限制。至於實體上的限制，就是凡可以置於一己的支配力下，使他人得知其所有權存在的一切的物，吾人都可加以占領。

### 二三八 附合

附合是取得的一個特殊方法，其作用乃使一物體失去其個性，結合於吾人的財產中，於此該物體並未變其原形，亦初未因此與被附合的財產混淆不分。明白了這一點，則因果實的收穫以及動物的生產而發生的財產上取得，其非為附合的實例，要無可疑，因為果實與動物產物的開始存在，乃以與原物分離為要件，此與附合之以結合為務者，其性質適相反。於此情形，其與其他類似情形正同，有着行使財產權的現象存在，其增加乃由於「所有人的權利」的作用。加工、混同、混合、與



附合亦有所異，因為在附合的場合，並未發生變形與合併的情形，其於前三者則不然。關於此點，奧意兩國法典採取一個合理的概念，與羅馬法及法蘭西法典不同，它們承認附合為財產的簡單發展，並認其內容包括一切因自然增加、加工、混同及混合而致的取得。附合的作用，或由天力，或由人工。天然附合的例子，如沙灘、「驟積土地」、「河底乾涸變更地位」、「河底一部分乾涸」等是；人工附合的例子，如「造屋於他人土地」、「種植於他人土地」、「伐木」、「寫字」、「繪畫」及其他形式的「添附」。此外，尚有所謂混雜的附合，乃由天力與人工相輔而成。此種現象，可於農業中見之。但我們須要注意，在人工的附合中，我們並非不能見到自然力的因素介入其間。因此，混雜的附合的實例，如「伐木」與「種植於他人土地」是，可謂乃屬於人工附合的領域。

### 二三九 改造

發明與時效，則為原始取得的另一種方法。改造的作用，乃使一物變其形體，以至於成爲一種製成物。有些人以為存在有賴於形體，故製成物應歸製作人所有；還有些人則重視原物，故認製成物應屬於原物所有人。民法學者的見解，則分爲二種情形。如果所製成的新物可以回復原狀，其物

應仍歸原物所有人所有；如其不能回復原狀，則應歸屬於製作者。而由其補償原物的價值。現代立法例，重視工作的實體性，及衡平的原理，故規定凡以不屬於己之物製成新物，不問其能回復原狀與否，概由原物所有人取得其所有權，惟須補償製成者以相當於其工作的代價。但若加工使原物的價值增加頗鉅，是其工作的價值必較高於原物，此時製成者就有權保留其所加工之物，而補償前所有人以原物的價值。

#### 二四〇 時效

至於時效，吾人當不能目之為成文法為欲減少訟爭而規定的一個可鄙視的權利，且是一個合乎情理的制度，蓋人對於其物，理應行使其權利，若其權利久不行使，則社會對於他與物間的關係，自不應繼續予以承認。於是，承認與聯繫，在舊所有人方面日見消失，而在占有人方面則日見發育、滋長、而增強。因此，對於占有物必須具備現實的表見的意志的概念，實為時效的真正基礎。時效固然是一種取得的方法，但並非具有絕對的獨立性，它僅予占有者以在權利無效或欠缺權利的場合，一個補救辦法而已。

## 二四一 財產取得的傳來方法——合意及繼承

合意與繼承二者，爲取得的傳來方法；契約乃兩個或兩個以上的意志對於一件法律上的物具有經濟價值者的合致。在合意中，財產易主的要素乃爲同意，而同意就是雙方心意的會合。羅馬法上對於此種財產上的移轉，需要「引渡」的程序，現代法律則規定形式的條件較少，此可於「合意即是財產」的成語中見之。後者的此種原則是正當的，因爲此種財產上移轉的真正原因，不在於交付的有形行爲，這只是一個表徵而已，乃在於「同一願望的合意」。但第三者知悉權利移轉與否，關係至爲重大，爲保護他們的利益起見，所以權利移轉，須以書面爲之。繼承則是管理的與遺囑的；管理乃指全部的繼承而言，遺囑承襲則指一部繼承而言。

## 二四二 哲學與財產法律的異點

在「取得的方式」中，我們直接找到的是成文法上的「財產權」，間接找到的是理性法則上的「財產權」。在法律家的心目中，權利的合法性，祇存在於契約、意志、時效及占領的場合；換言之，乃存在於取得的方法中，此種方法係經法律承認爲權利之淵源者。哲學家則先欲覓得固有權

利，考慮各種事實，並承認對於此種事實的權利，然後乃研究取得的方法。取得的方法，乃是居於固有權利與獲得權利之間的一個名稱。法律家僅欲證明一個行爲，此行爲即係獲得權利而具有其近似的原因者，而此原因則爲取得的方法，哲學家則欲更進而覓取爲人的部分的終極原因，就是所謂自然權利。

## 第五章 財產及其取得方法的歷史

### 二四三 取得的意向是一個本能

亞里斯多德曾經說到過自發的活動，它效力於營養的獲得，此於人類爲然，於動物亦然，它並覓取爲個人生存及社會團體所需要的有用的東西。據這位斯塔齊拉(Stagirite)哲學家的見解，此類東西的豐富，構成了財富，所以他的「有用」就是他的「經濟學」的部分，後者乃以生活科學爲基礎。人的活動，致力於食物的獲得，此與其他動物的本性同，但它因個人特性的各別而異其態樣，此則人類之所以異於其他動物者。如果心的本體，以自然爲原因，理解自然，並超越自然，如果思想離去感覺與理性，包含並提高使此活動及心的理解力更臻圓滿的感覺及思想，則此種活動的發展，當無可疑。時人常以生理學與經濟學，相提並論，此就廣義解釋，誠爲事實，蓋經濟學爲物的滿足需要的效用的科學，實包含社會發育的原理。但就極端而觀，此種見解足以引起一個重大的錯

誤，因爲一方面經濟學入於社會靜力學之途，（頗接近於動物界，）而另一方面則此同一的靜力又接受動力的推動，此動力乃有賴於人性最高勢力的要素，並包括歷史的發展。人的經濟活動，不能與思想及自由意志分離，因爲一個單一體決不能超越其本性而獨立活動。其結果是，經濟的法則並不與哲學的法則絕對相同，因爲後者有賴於思想與意志，前者則否。

#### 二四四 財產是人的屬性

在動物的經濟功能中，有着兩個平等的活動，一個是實體的移動或變形，一個是特殊器官的活動，以完成前一的活動，並致力於實現其目的。此平等活動的現象，可以證實一個終極目的的存在，且爲結果學不可或缺的最確實的明證，不是抽象的超越的，而是具體的客觀的。有機體與機械體之間，實有如下的差別；在有機體中，目的始終存在，且藉活動之力以發揮之；在機械體中，目的爲外附之資。但在這兩個活動的平等作用中，一種充分發育的心力的完成作用，以及恆久的方法選擇變換能力，於動物均付闕如；所以動物不能勝任爲有用的工人，亦不能使其自身常適應於較合宜而進步的方法，以增加其工作的繁複性或專門性。一個動物，在經濟生活的某一階段，常因它的

有機體（特別是在精神活動方面的）不容許其超越於自然限制下其取得功能的領域之外，而停止前進。在動物中，此種功能常限於本能的活動領域，及慾望與滿足的機械結合，而暫時占有外界的物；其在人，則心需要一切，心的自律並控制此類功能，它們乃致力於所有及財產。祇有心纔能控制自然，並於理論及實際上理解自然。這是祇有人纔具備的一個屬性。具有感覺及自發運動亦即運動中感覺的個性，與能表達人所以異於禽獸的雙音自我的個性，可作等量齊觀，此則迄今無人敢言。一個動物能使自身與一物體發生實體上的聯繫，如被一旦剝奪以去，亦能表示悲思，但並不能創設精神上的聯繫，此即財產所以別於占有之處。

## 二四五 財產權的演進

財產權的歷史，可說就是人性的歷史，因為財產權是對於物的自由，而自由非他，即自己的所有權。一個既然找到，另一個必然亦在；所有權既被侵害，人格亦必受到侵害，反之亦然。在一切人的活動的表現中，前進（例如單一體的一般進化）即是由簡單趨於複雜，由不成形的純一變為變化多端的龐雜，伴以各部分最大的類似與最密切的關連以及屬性的不斷趨於完整的現象。古代

哲學家說明此概念云，在大單元的任何小分割存在以前，從一個與從全體中，產生了部分的劃分，漸次發展而為一個充分發展的清楚的具體的單元或全體，一個調和的綜合，頗異於原始的胚種時期的綜合。最初，在人類社會中，個人只是一個部分，一個工具，嗣乃發展其具體的個性，圖欲擺脫社會的羈絆，而欲使其特殊的決意與社會的決意之間，獲得一個合理的調和。

## 二四六 財產的起源與發展

財產亦經歷着同一的變遷；它最初是集合的，嗣乃變為個人的自我的，終則於社會及國家中取得其他位。在法律發展的原始的幼稚的時期，欲區分「屬人權」與「物權」頗不可能，因為依着當時幼稚的混雜不分的心理所規定，此二者的定則，在大體上全然同一。區別的事實。始於羅馬時代，其時法律思想有着一個顯著的發展。美因在古代法中，對於承認個人占領為太古時期的「無主物」變為有史時期的私有財產的方法之說，加以批評。此批評頗有其相當根據。他列舉兩點理由，對此當時為一般學者承認的學說，表示不能信任。第一，個人的專有，乃以財產的事實及其伸展於巨數有用物體的情形為其要件。原來這是很明顯的，在「無主物」（一件並無所有主的



物)發生占有的事實的時候,社會允許占有者變為該物的所有者,祇因為它認為凡有用之物須為某個人所絕對占有。並且須對於此享有財產權的占有者有着用處。第二,個人專有的事實,本質上有賴於一個個人的意志與行動。而且我們可以看到,古代法乃以社會而非以個人為其基礎。此於吾人最初僅能發見因大眾專有而獲得的集體財產而非個人財產的事實中,可以見之。我們遠代祖先的集體財產,非如拉夫雷 (Lavelaye) 於其財產及其原始形態中所云,為正義觀念或人的自然權利及平等概念的本能要求的結果。此種制度,乃由於下列兩個需要所致, (培羅 Batol 於其討論本問題時,亦曾作此見解) 一個是自然的發展,一個則是社會狀態的產物。在太古時期,地球表面的最大部分,不但尚未開墾,且為當時不完備的耕植方法所不能開墾。因此那時在一個特定區域中的居民,其數決不能多。此類一無價值的土地,並無加以劃分的必要;不但如此,分區施以墾植,亦事實所不可能。唯一的用途,只是共同畜牧於其上。最初的劃分,乃發生於其後的農業社會中。此種劃分的事實,乃為經濟思想的產物,它們在用着巨大代價與人工耕植貧瘠土地的情形下存在着。當時肥料科學尚未為世人所知,土地經耕植後必須體閑數年,其每年耕地的分配,乃以

抽籤的方法定之，此種分配頗能均勻，因為其時的一切耕地都具有相等的價值。當時的社會，為共同防衛起見，實有採用此種制度的必要，因為他們被迫結成小團體，以免趨於滅亡。南塔開特(Nantucket)（這是北美洲的一個多沙的島，一六七一年後，馬薩諸塞(Massachusetts)一個小的反對教派的教徒因不堪清教徒虐待，移居於此）殖民地中，就推行着此種農業社會的制度，從它的歷史中可以表現出產生此種制度的實體上與經濟上的局面。它的歷史告訴我們，集體財產的發生，並不由於正義心的要求，而由於土地因不能連年收穫而不得不採用上述休耕制度，致價值甚微，長期分配勢所不能的情形所致。

#### 二四七 希臘的財產制度

印度在族籍制度尚未形成以前，其財產為集體的，此在吾人已不復有所置疑。上帝僅欲使人民有所享用，而賜予土地。他們的生存，不外為部落或家族的生活。迨族籍制度傳入，婆羅門教徒認為上帝賜予土地，而他們允許他人使用之。希伯來人則以為土地為上帝所有，人民乃外來之人居於其上，上帝把土地給與他們，猶之給與佃戶然。摩西把土地永久分與某些部落。土地的讓與，只能

是暫時的。以色列人的債務，每七年歸還一次，部落或家族中產生的財產，須每四十年無代價返還於其公家。依海內克齊烏斯於其自然法與萬民法的要義中，浦克塔於其制度的進路中，蒙森（Mommson）於其羅馬法中，甚至拉夫雷（Laveleye）於其財產及其原始形態中，及維俄雷（Violot）於其研究古代財產的著作中所云，古代的希臘與意大利人民，亦曾經歷過共產主義的階段，從德國學者尼伯爾、亞諾爾特（Arnold）、培科芬，及意大利學者班塔李翁尼（Pantaleoni）及巴塔格諾利（Bartagnoli）的著作中，我們可以找到與蒙森（Mommson）同一的見解。郎格（Lange）於其古代羅馬便覽中，及孚斯泰爾（Fustel de Co:langes）於其古代城市論中，則持相反的論調。

二四八 希臘的財產國有

在希臘，土地認為國家的財產，人民僅享有附麗於此一般權利下的一個利益；從此種概念中，便發生土地分割頻繁及財產常受法律干涉的情事。拉夫雷（Laveleye）認為斯巴達在其初載於歷史的時候，即已脫離古代共產制度的階段，而入於家族集體管理的時期。其時社會的構成要素為「族」，這是家族組成的一種團體，因祖先相同的關係而重聚一起，握有一宗不能讓與的

財產。斯巴達奄有一片廣大的領土，包括森林與高山，其所收租賦專供公共宴會之需。波羅塔克於其來喀古士 (Lycurgus) 傳中云，嬰孩於出生時，部落中的年長者必分配以屬於其城鎮的九百區土地之一，以代表為家族財產的共有土地。土地的出售，固所禁止，遺贈亦屬不許。其時風俗，凡有馬犬及器皿而無所用者，任何他人得使用之。在雅典，梭倫對於財產曾予重重限制，大概這就是古代共產主義的跡象。他規定凡有出售其財產者，即喪失其公民資格。他並採用累進稅法。國庫於貧女恆賜以嫁奩，於貧家必賜以米穀，於元老院議員則助以生活之資。

#### 二四九 羅馬的財產制度

在羅馬，最早的私有財產，為動產而非不動產，大致包括奴隸與家畜。古代的「衡器買賣式」為買賣的一般方式，最初僅適用於買主可攜諸手中的物。土地為公有的，稱為「公地。」因累次征伐的結果，土地大見增加。較早時期的農場，與日耳曼人的場園，可說差不了多少，其佔地常在一英畝左右。在希臘，驢與牛為交易的媒介及估價的單位，其在羅馬亦然。如果土地是私有的財產，而牲畜成為交易的媒介，這是事實上所不可能的，因為飼養牲畜的必需物無從覓得。牛驢如果可以作

價交付，則土地的大部分必須供作公共牧畜之場。但在意大利與希臘，曾有一個黃金時期的傳說，就是其時的人民初未思及私有財產的制度。以其與人類經濟史頗相一致，故此傳說不能視為詩意的虛構之事。代俄多拉斯西庫勒斯謂利巴拉斯（Liparus）的希臘人採土地共有制度。亞里斯多德謂即在彼生存之世，他林敦（Tarentum）尚保有古代的土地共有的遺風。波爾非利（Porphyry）及哲姆布立赤斯（Jamblichus）於其彼塔哥拉傳中云，大希臘殖民地馬格那格里細亞（Magna Graecia）有居民二千人，在彼塔哥拉的財富共有政體之下，自成一國。波爾非利之言誠為可信，則中世紀意大利若干城市採行此制，似屬可能之事。在馬格那格里細亞（Magna Graecia），彼塔哥拉的名號及勳業之中，帶有財富共有的歷史遺風，是否為不可能的？此外，尚有一點，可資上述制度的明證，就是當時意大利與希臘，遍地有着公共宴會的設備，而古代作家，對於古代土地的劃分，及土地售於外鄉的人須經社會全體體的同意——此在吐林（Turin）及希臘即其一例——的事實，亦曾有種種的暗示。至在羅馬，此種同意的需要，採取神權讓與的一般形式，——此為國家絕對所有權的充分明證。最後，古代對於土地讓與的禁止（此希臘法律，及意大利風俗實創

設之，吾們所敘述的時期中遺囑權的欠缺，及其後婦女之被擯於繼承之列（蓋因伊輩於結婚後其財產的一部分必將移轉於另一家庭之故），凡此種種事實，乃爲蒙森（Mommson）等人見解可信之又一明證。

## 二五〇 土地共有制度通行於許多國家

約當西曆紀元前四世紀時，印度若干省份，居民共同耕種田地，而分配其收穫物。時至今日，印度小村落中，居民尙共有其森林與荒地，而不加分割；至於耕地，則不復以爲共有。中國古時，一個團體常據有土地的適當部分，而以餘地託付於善於稼穡的人。但當紀元前二世紀半時，耕者之家依人口而自分其耕地，惟其十分之一耕地的收穫須歸諸國家。到了現在，祇有皇帝纔是帝國領土的主要地主。代俄多拉斯說過，阿剌伯沿岸有一個農村社會，其村人的報酬視各人耕作的成績而定，耕作良好者其享得收穫物的部分必較多。在日耳曼人中間，有所謂「界地」者，卽一族的共有土地，每年其一小部分的土地得爲私有占領的標的。但世襲財產，則僅包括房屋及其場圍與「界地」相類似者，爲阿剌伯人的「公產」。高盧人雖有各別的農場及個人的財產，然係由族中長官按年

分配者。在埃及，當法老時代，土地屬於君主所有。回教徒的法律，亦採取同一的原則。在美洲土人間，亦盛行此同一的集體財產制度。

## 二五一 原始時代的財產制度尙可見之於未開化的民族中間

在今日未開化的社會中，古代的財產制度，猶可見其遺跡，使吾人於其內容更可有所瞭然，因爲正如韋科所云，凡渺遠而不知其詳的事物，吾人固不能獲得其美滿的觀念，但就現存可知的實例中，則可使之較見清晰，此乃人心的一個特點。在俄國，土地並不屬於國王或貴族，而爲團體亦卽「財團」的不分開的財產。團體爲土地的所有人，個人則僅有其暫時的使用權而已。除房屋所建及園圃所附的基地外，並無私有土地的存在。這種基地，是可以遺傳的。他們把土地彼此劃分，以某一目的故而聚居一處。在爪哇。以上帝爲土地的所有人，因此他的人間代表，亦卽君主，「村社」或團體對於土地僅有使用之權，而按年分配之於其會員。在爪哇，私有及遺傳財產僅及於房屋及場園，如在羅馬人、日耳曼人及俄羅斯人中然。在培盧 (Pelew) 島，個人是人格、房屋及船隻的所有者；國王則爲土地的所有者，而以之供其人民使用。在卡羅來恩 (Caroline) 羣島，則有親屬團體的政

制，在非洲中部，土地乃屬於團體或代表此團體的首領所有。在美洲土人中間，凡可供漁獵的土地，歸於部落所有。在祕魯，財產受族長秉權的共產制度所統治。在墨西哥，則有一個封建制度，以皇帝爲土地的終極所有者。在過着遊牧生活的蒙古人中間，牲畜多少是一種共有的財產。在亞洲蒙古人的韃靼人中間，共產的風俗有着普遍而根深蒂固的事實。共產制度，目前仍盛行印度的土著部落中。在西班牙的某些省分中，亞爾特馬克 (Altmärk) 在古代斯干的那維亞 (Scandinavia) 的全部，丹麥及遮特蘭 (Jutland) 在古代的布累同人及阿富汗 (Afghans) 人中，在窩雷基阿 (Wallachia) 及其他若干區域中，我們可以找到一些村的共有社會的遺跡。

## 二五二 歐洲古代的情形

在瑞士古代，「共同財產」或市區財產包括森林、牧場及耕地。如欲有權享受此市區財產的部分，至少須爲該市區的居民，須享有政治上的公民權，並須其祖先自年代不可考之時起或至少一世紀前卽已享有此公民權。此市區財產制，在德意志南部，其歷史尙早於共有土地制，包括森林、牧場及耕地，其用益權則歸於家族中的個人。在阿姆斯特丹 (Amsterdam) 亦可找到部落的土



地或「界地」共有制度的存在。至於同族制度，則有瑞典的「公地」挪威的「村地」及蘇格蘭的「鎮地」它們承認土地的共有，其中某些部分的分配，及房屋與場圍的私有。在比利時及法國，共有財產制度轉變為形形色色的零碎不全的土地集體狀態。依於此種形態，土地為一羣公民所佔領，不受私人專用的拘束，僅供團體一般需要或其團員特種需要之用。委內稷安（Venezian）於其著作意大利共有財產的遺跡中曾謂，最早的共有財產制，當存在於初期的家族或部落團體中，其時他們開始以稼穡代牧畜為活。在牧畜社會中，牧場依某種週期的土地分配方法而為更番的使用，森林與共有土地公民享有特種權利，於此足為古代財產制存在的明證。此種古代財產制，於今日葡萄牙的多處地方及西班牙與意大利的不少地方，猶可見之，凡此事實，現代著作中頗有述及之者。在意大利仍有一種「采地」制度，與瑞士的集體財產制亦即「共同財產制」極為相似。它們叫做「共有產」，「社團財產」，「家屬共有產」，是屬於「采地」制度的，據發楞替（Valen-  
（二）於其哀比尼地的集體財產制中所云，甚至在羅馬時代以前即已存在。在佛魯利亞（Fruilia）及摩德拿（Modena）古公國，我們仍可見到古代財產共有制度的普遍的遺跡。此外，在意大利半

島各處，尙可見到古代的在公有財產上設定捕魚、售草泥、播種及採柴的地役權的遺風。依若干學者的見解，在南部省份中尙有「使用權利」的痕跡。我們須要知道，這種「使用權利」當時不但可以適用於王室領地之上，卽在一切私有土地稱爲自主地者，亦有其適用。屬於王室的財產，種類頗多；事實上在意大利中古時期，王室土地每賜爲采邑，或爲諸侯封土，或爲教會的或公有的財產。凡此各別的所有權，均受「使用權利」的支配，而此所有權如爲君主所賜予，則便成爲一個不能讓與或取消的權利，甚至可謂「卽國王亦不能取去之者。」關於此種權利的歷史上的形成，學者曾有過不少高深的研究；依着此種制度，一個財產在充分的私人管理之下，因了羅馬法的影響，彷彿一個「公共財產」隸屬於巨數的權利之下，庶可以「生活上的必要幫助」給予公民。那不勒斯民法學者，則一致認此土地所有權爲自然權利，爲公民的使用而設，「以免公民養成懶惰的生活，並以免他們饑餓而死。」那不勒斯學者的所謂此種財產，顯因羅馬帝國滅亡時私人財產的拋棄而產生；所以它們與其謂爲羅馬時代的遺物，毋寧謂爲回復於古代共有制度的結果。

在美拉尼西亞 (Melanesia) 及坡里內西亞 雖差不多尚未脫離部落社會時代我們卻可找到土地私有的事實。在澳大利亞、新喀利多尼亞 (New Caledonia) 在費提及塔希提，社會狀態尚在幼稚時期，文化程度並未有長足的進步，以供私有財產制發育之地。但事實上此種制度業已存在，而成爲古代社會定則的一個顯著的例外。共有的原則，適用於土地，而不適用於個人性格首爲顯著的動產或房屋與場園。但在一部落所盤踞的地域，如果並無禽獸，以供長途追逐的行獵，而僅富於出產爬行動物、昆蟲、魚及植物時，上述的原則亦不能有其適用。於此場合，既無行獵之事，則廣大土地的公有，自非必要，爲權宜之計，不如使個人保持其各自部分的土地，至其所有權則仍歸部落享有，由其首領行使之，如前述的諸國然。因了此種土地收用權的存在，故上述原則的不能適用於此種土地之上，不能謂爲含有絕對性質。人在過着行獵、捕魚及採集野果的生活的時期，把親手獲得的物視爲己有。卻不曾想到把土地專用的一回事。當牧畜時期，土地所有權開始存在，惟以部落中羊羣所佔據的地域爲限。就是在農業時期，土地私有的觀念仍未發生；其時土地的所有權仍歸於部落所享有；耕地、牧場及森林以共力經營之。其後耕地以抽籤之法分給各家族，復由其給予

各個個人以暫時使用權，全部土地仍保存其部落集體財產的特性，按時交還部落而重行分配之。歷時既久，各個家族繼續保留其分得部分的土地，且常保留其原有部分的土地。土地共有及按期分配的制度，因漸廢而不用；各部分的土地漸次成爲一家族的可以遺傳而不可讓與的財產。其後農人漸知利用肥料，耕作方法亦有進步，土地漸見肥沃，休耕時期自亦隨之縮短。起初每個家族的土地，三年分配一次，於此三年期中，耕者可以工作於其所分得的田地上，加以改良，而留下其優良的成績；但欲各家族與其土地分離，常非易事，於是按期分配乃不得不改以六年、九年或十年爲限。其後重行分配之舉漸不多見，而從耕者手裏取去其施用勞力與資本因而增加其價值的土地，亦愈見不公。土地按期分配的制度，所以終告廢止，我們於此可以找到一個經濟上的動機。在此演變之中，進化律亦在活動，工作分野或專門化漸見顯著，由部落不成形的純一性，傾向於家族顯著的龐雜性。家長不能自由處分其世襲的財產，因爲這常是屬於一家族所有的，但他們對於自己的積儲及勞力所獲之物，則保其所有權。婦女對於土地不能享有所有權，因爲要不一經結婚她所有的土地勢必由一個家族移轉於另一個家族。不過她們可從私人財產中取得奩資。在有幾個享有

貴族地位的家族中，設有家族信託制度，此外也有以家族財產交與年長者管理的。在這種場合，占有者及其「長子」視爲有使用此不可讓與及分割的家族財產之權。

## 二五四 古代的家族社會

家族社會始於印度人及閃族人。印度的家族，常爲一個親屬的大團體，歷無窮世代而不替，以同居共財，耕植田地及保存祭祀爲其目的。它以長房的「長子」爲之長；如果此人能力未充，則另選親屬中的一人任之。族長並非「家父」或「家主」，僅係管理上的首腦而已。愷撒於敘述日耳曼人時，曾謂人不能以土地據爲己有，而由首領或族長按年分配之於各家族。日耳曼人的家族中，有所謂「聯合財產權」的共同所有權者，此家族乃由於親族自動的與被動的結合而產生（此於私鬪或近親復仇的義務，及支付賠款於被害人的一切親屬的事例中可以見之。）此種結合於「共護產」及遺傳占有的習俗中，尤爲顯著，由於這種習俗的存在，因有所謂「死者賜地於生者」的格言。一切親屬既均爲所有者，這就含着共同占有的意義。當「保護人」死後，在其下者或晉爲一族之主，或仍爲此新「保護人」的屬下，此時「共護產」亦即時移轉於此新「保護人」。

之手。這種團體的分子，共舉一人爲其首長，依各分子的意見治理全族，並行使行政上的權力。「主人」或族長之外，尚有「內主」，亦由族中選出，專以治理族內的經濟。在愛爾蘭，有所謂「村社」，亦爲一種親屬團體，以農工業爲其基本，依於土地的占領而存在，與印度的家族制度，極爲相似。此「村社」的族人，非因緊急必要，並經全體同意，不得把其世襲部分出讓於人，惟於工作所得則可自由處分。此亦爲印度及俄羅斯家族的定則。在愛爾蘭，對於戶的絕對管理，乃借重於「界地」制度，蓋以其地一部分爲家族團體所占領，耕地因短時分配而時易其主，而牧場則爲公有。在蘇格蘭高原居民中，亦可找到同樣的租地制度。在愛爾蘭，世襲農地乃受「男子均分繼承未立遺囑而死者」的財產的習慣」的支配，依此習慣，此爲「村社」一部分財產的農地所有者死亡後，族長即把全族的土地重行分配，在各家應享有的部分外，另加死者的世襲財產。此種辦法，在按期分配制度存在時期，各所有人間可以保持相當的平等狀態。在斯拉佛尼亞 (Slavonia) 哥羅西亞 (Croatia) 塞爾維亞 (Serbia) 沿海國家 波斯尼亞 (Bosnia) 布加利亞 (Bulgaria) 達爾馬西亞 (Dalmatia) 及黑哥維那 (Herzegovina)，我們仍可見到此種共有制度遺跡的存在，在

日耳曼人稱爲“*hauskomunion*”，在斯拉夫人則稱爲“*zadruga*”或“*druzina*”。斯拉夫人的族長，稱「酋長」或「村長」，由團體中的團員所推舉，有執行權，惟立法權則仍屬於團體本身；他是未成年人的監護者，且對外及在法庭上代表家族。有婦女一人助理之，亦由團員推舉之，其職責在於指導家事的處理。家族是一個法人；它的財產不能分割。因此，不動產是不能繼承的；但族中各人得置有家畜，故動產則可繼承。子對於土地的出產物，可享有其一部分的權利，此非由於繼承的作，而是因爲他對於共有財產享有一部分權利，或爲參加工作的結果。凡族中尚有一人存在時，以買賣或遺囑處分土地的權利是不容許行使的。女兒可得陪嫁之資，但無權請求不動產的一部分。即在意大利今日，尚有此種土地制度的遺跡存在，不過如查細尼（*Jacini*）所云，已與租地與人收取租米的制度相混合而已。在意大利北部，特別是在倫巴底（*Lombardy*）此種團體的構成分子，爲四五個家庭，在一片廣大土地上，集居一屋，以謀生活。他們公認「族長」及「內主」權力。「族長」依着團員的意見，經理買賣事務，投資經營一切，並指導工作的進行；一切家事，則交付於「內主」之手。在這裏，我們還須提及「宅地」及「永續土地」兩種制度。前者創始於一八三九年的

●得克薩斯(Texas)地方，其後漸次推行合衆國大多數州中，這是一種法律，禁止債權人扣押家族實際作爲住宅的農場及其建築物，因爲這是法律予以保護的居住之所。在這裏須具備一個條件，就是此宅地須確有住屋且有人居住其中者。另一種定則，爲德奧兩地採用，規定繼承財產中必須劃出一部分土地，稱爲家族繼承財產，由一個特定的繼承人承受其全部。這兩種制度，發生一個同樣的效果，就是保存家產的一部分，由族長宣布之，由法律及第三者承認之，並保證一個家族的持續不替。

## 二五五 集體財產先在說的否認

培羅 (Belot) 頗欲證實（特別在其反對拉夫雷 Lavolgye 之說時）土地私有制先於共有制而存在。他不認財產由部落傳之家族，由家族傳之個人，而以爲家族乃個人的結合，部落則爲家族的結合。集體財產僅係個人財產擴張而爲或大或小的家族所有的結果。一家的父，猶之首腦或專制君主然，本來就是居屋及場圍的所有者。此財產乃爲防衛家族及保存家庭信仰所必需。宗族及村落（家族的產物）占有一個共同的財產，乃以祖先原來的私人財產爲其存在前提。在南



塔開特 (Nantucket) 島上我們可以看到曾有移民二十七人彼此把建築房屋及設置場園所必需的土地各自分得，僅留下牧場與耕地以爲公有。這種辦法，在古代必然盛行。中古時期農業社會的集體財產制，乃由於私有財產存在的結果。俄羅斯的農業社會，乃發端於貴族的認可；其結果集居一村的農奴團體繼私有財產而存在。培羅 (Belot) 在說及財產與家族之點上，其意見實與進化律相違反；其立論亦不切實。奧科克 (Aucoc) 於其古代不動產的集體性質中曾謂，培羅 (Belot) 所舉之例，已遠在古代之後，其時土地私人管理制度已臻穩定，與他所說及的農業團體幾爲同一時期。培羅 (Belot) 並不會研究中古時期農業團體的起原，也不會把逃避死亡稅的農奴社會與自由人社會加以區別。要是他能仔細加以區別，關於這兩種團體的集體財產制，必可發現不同的起原。他無疑地已看出南塔開特 (Nantucket) 移民在該島所創設的私有與集體財產，非爲他們所發明，僅係襲用蘇格蘭的舊有習慣，此種習慣，依美因之見，乃爲非常古遠的習慣。美因與培羅 (Belot) 均云，此種習慣，乃爲日耳曼財產與耕作最古的採用方式。但若謂日耳曼人在塔西佗遇到的時候，稱其鄰地的人並無兵器、馬匹、房屋及農業，這時期以前的一個很早的時期，不會經歷過

遊牧的生活，這是難以置信的。然則此班人民及日耳曼人，如何由遊牧時期經歷而來？要是培羅（Belot）曾研究過阿爾及利亞（Algeria）地方阿刺伯部落的財產狀況的話，這種變遷就可明瞭。若干阿刺伯部落中，目前尚在過着遊牧時期的生活，以其牛馬散放於廣漠的土地上。也有僅為一種遊牧民族，占有有限的地域，兼以牧牛與耕作爲活，但住於幕屋，而遷居靡定。其他較近城市的部落，則已略知耕作與灌溉改進之道。他們築有固定的住屋，部落內與共有土地並存的，尙有所謂「家產」與「公地」，前者是一種私有財產，含有家族的性質，因爲家族的一員可補償外來購主的損失，而宣告出售行爲無效。後者則佔較大部分，有很久時候，此項土地，部落享有一個單純的享權。這些事實，有着同時可以存在，及可以存在於差不多尙停留在原始狀態的社會中的雙重利益，並顯示古代人民如何由流浪生活進入於定着生活，以及部落財產如何逐漸轉變而入於家族及個人之手。

## 二五六 基督教培養個性

基督教以上帝的偶像顯示個人的價值，提倡工作，此乃生產的源泉，並獎勵祭祀，此爲節儉之

本，亦爲利害共通中經濟方面表現的博愛精神之母。基督教義第一愛惜貧困，並擇行慈善事業，這是不錯的；它視財富爲行善與布施的工具，以傾向於財產的自然的共有，這也是不錯的；但我們不得不承認此新教在信奉邪教的世界不能獲得衆多的信徒，因此它最初憎惡一切與過去時期的塵心與肉慾有所關連，足以觸犯其清淨原則的事物。其時基督教以靈魂法則對抗肉體法則，以超人美德對抗世俗智慧，以聖城對抗塵世，以博愛及自然的共有對抗羅馬地主的自利主義。因此此種對抗名稱的接觸之功，基督教的憎惡態度漸見消失，世界成了基督教化，以至於基督教變爲過於世俗的東西。野蠻時代的個人主義，對於上述的轉變及基督教奉爲神聖的人格的發展，其功亦非淺鮮；正如基佐（Guizot）所云，它防止社會於異教徒自利主義的狂熱之後，從共產主義的苦修精神中，在無限制否認的情況下，喪失其本來的面目。

## 二五七 封建制度爲個人主義的

封建制度，實爲屬人主義的放射體；它淵源於公職、土地管轄及領主權的置諸私法領域亦即財產、家族與繼承諸律之下的結果。土地受讓人對於土地取得管理權；此管理權起初是暫時性質

的，其後乃變成可以繼承的，最後始獲得家族占有的性質，可以讓與權及分封權移轉於他人。封建制度中最重要者，為讓與人及受讓人，因此而發生含有管轄意義的私人財產權。於此制度中，一切社會因素均有介入，甚至較抽象的亦然；宗教觀念亦因此故，於教會的俗事中，其俗念頗有增加，現則長成爲一個完整的有力的教階制度。封建制度就是一個廣大的階級組織，它從事於糾正歐洲人民的錯誤生活，給以一個固定的秩序，並助長在他們產業及城堡中的個人力量，以加強家族的聯繫。此階級組織，雖猶否認自由與平等原則，其力已足以建立一限制之鏈於君主的權力之上。韋科謂封建制度乃一種反流，並有一個永久不變的封土法律。在許多人之意，此種觀念似乎是錯誤的，因爲前進與反動足以破壞歷史（這並不以連續而以易變爲前提，）而不足以顯示動作與制度適當而真實的特徵。封建制度，存在於中古世紀，已往不會有過，將來也不會再見到，這是當然之理。封建制度，就它的全體及其歷史上的演進跡象看來，並不是一個反動，只是它的基本因素可見之於極遠的古代，尤其在古代阿利安人的習俗中而已。在這一點上，韋科的見解是不錯的。它的觀念，縱以分析方法加以開發，並廣藉比較的批評的歷史之助，彷彿只是一個大的直覺，在我們這時

期差不多已難於顯露其整個的真面目了。美因在一切現代哲學家家中，其見解與這位那不勒斯哲學家最爲接近（他對於這位古代學者並未提到過，或者還不知道他呢。）依這位英國學者的意見，封建制度創始於羅馬時代的永佃權，邊境營地，庇護主及原始時代的風俗而由日耳曼人傳入歐洲者。大貴族擁有廣大的田地，由大隊奴隸於別的奴隸或自由人監督下墾植之。這一種制度有害於意大利市區的利益，此種市區的代表，因爲時常更換的緣故，無法照顧到此廣大土地耕植之事。市區當局因此漸改以土地永遠租給自由農，而由他們支付一筆固定的租金，履行某種條件。此法當爲私人地主所效尤，於是受讓人便享有幾與所有權相等的權利。大隊奴隸就這樣的轉變爲殖民或農奴，他們有交付其收穫物的一部分於庇護主的義務。沿着萊因（Rhine）河與多瑙（Danube）河岸的大森林中，有過一種邊境營地，由一班羅馬老兵占有，他們以永佃權的方式受之於國家，而以應募入伍爲其義務。庇護關係的存在，有賴於知恩尊敬與援助，此實爲家臣對於其主人所負的義務。

## 二五八 封土制度乃淵源於農村社會

在日耳曼人的風俗與制度中，社會的劃分爲組織堅固的家族與階級，是一件顯著的事。家族由年齒最長的一員或推選出來的人治理之。階級則由最有勢力家族中的一員治理之。塔西佗謂日耳曼人中的酋長，自國王處取得家畜與穀物，以爲酬報。酋長的伴侶與之同居，取得一馬及武器，此在今日南非洲卡斐酋長的宮庭猶然。酋長富於家畜，此或因戰爭使然，但並無充分的牧場。而在另一方面，人民則缺乏資本以墾植田地；於是不得不向酋長取得家畜，成爲他的家人，於支付租金外，並須爲之操役，而執臣下之禮。資本的缺乏，使我們瞭然於遠古時期一切事物所以必須依賴於寡頭執政的緣故。在雅典，人民做了債的奴隸。在羅馬，平民呻吟於貴族的重負之下。在德意志，騎士團的勢力，與債務人的數量同時增加。但在這一種不幸狀態之下，卻有着一個反適應作用的不易的定律，也就是產生封建制度的原因之一。「封建」這一個名詞，乃淵源於一個古代的字 *finu* 或 *fin*，其意義爲家畜，專爲古時財富的主要來源。牡牛在印度視爲神聖，在羅馬視爲「要式交易物」；資本這一個名詞，來自「角獸」(*caput*)，其意義爲有角獸之以頭計數者。其後人口繁殖，征服之區漸廣，向之以家畜或武器爲授受之物者，至是漸以土地代之，於是人之觀念亦由動產的讓與

而及於土地。以前，封土的性質，涉及國家者多，而涉及所有權者少。領主就是「酋長」，亦即國王；自由民則組成「元老會」，元老院議員或顧問，自由農則代表着民衆，其下置有奴隸。領主法庭爲農村中的古時會議，其主要任務爲裁判事務的處理。其他涉及一般利益的問題，則由領主與諸侯主持之下商討之。自由農則以庶民資格，參與會議。貢稅起初含着賦稅的性質，以替代古時小的村社會向國王支付的特別稅。大領主對於封土負責，且爲管理與統治之人。土地僅部分的屬他所有，他並由各等級的領主收取租金。他的手下有着自由的領主，他們爲他服兵役及尊敬上的職務，並有隨往戰場的義務。大部分的土地，由自由農佔用着，他們須爲領主擔任一切的勞務，未經他的許可不得放棄其土地或繼承權。法律在理論上，予領主以自由農的動產的所有權。整個的組織體，雖已多所變更，但在其主要之點，仍具備村社會的形式。封土與此種社會的主要區別，乃在以私人權力替代共同權力。凡村長及長者會議所能爲者，領主均得爲之。村長及長者須對村社會負責，但領主則自成爲土地的主人。

## 二五九 屬人主義經宗教革命恢復原來地位後又遭傾覆

宗教革命推翻了教階制度，容許人與上帝之間直接脩好，承認個人得以解釋神語，並回復於精神人格的權利的狀態。宗教革命反對教階的所有權制度，它是居間者與教階的敵人，而採納個人人格主義的精神。於此反對的壁壘中，它深得羅馬法之助，該法於土地除承認所有者自由處分的權利外，否認其他權利的存在。封建制度曾以國王爲至高無上的領主；法學者乃求直於羅馬法的遺傳慣例，侈言王權的意義，並變易之爲君主的土地收用權，藉以摧毀封土的聯繫。嗣後，在君主的專制政治與舊制度的另一鬭爭中，土地收用權一變而屬諸國家。財產改以屬人主義爲基礎，並爲實施法國革命宣布的此種原則起見，於民法中明白規定之。此一原則，發現於宗教革命，證明於自然法，並顯示於羅馬法關於真實權利部分的研究中，終且因創設動產的工業勞動而益增強其力量。「遺產信託」及嫡長繼承的限制，已經解除。土地收用權的跡象，已不復可見；民田行獵權，已被取消；關於耕植與收穫的規則，已被剷除；使用權及牧畜權，亦即古代共有制度的最後遺跡；至亦是已漸次廢止。特權的存在漸不多見。地產已加分割。共同繼承人請求分割遺產之權，已被承認。動產與不動產平等繼承的原則，已見實行。土地變爲民主性質。但立法尙未能完成此項工作，亦未



能適用民主原則於一切種類的財產，動產即其一例，以視土地，依重農學派的主張，此固較爲次要，依此派之說，能供給淨生產者，僅農業一項而已，其他實業則概目爲非生產的事業。動產使人趨於密接，加強其團結，促進博愛精神及密切關係，供養不能依土地爲生的人，並予個人以一種保障，因爲自此他可攜其有體動產出境，以趨避國家的無理干涉。土地的所有權則反之，它把人束縛於土地之上，強迫他工作於其上，給以居屋，使與外界隔離，且爲從屬與服從的表徵。與個人發生最密切明顯關係的有體動產，最初僅以可觸知者爲限，例如武器、衣服及其他用具。它們乃先於土地財產權而存在，在日耳曼人中間頗稱發達，他們頗以個人自治自豪，其採納此種原則，乃根據於一個格言，就是「現實占有在法律上可有九分勝利。」此格言的意思是說，一物由非物之所有人自由授與他人，而是出於善意的，此人即取得其物之所有權。歷史提示着，自由城市在藝術、製造及商業上有着極大的進步，使動產的種類有着顯著的增加；此外，十字軍回去時，攜有大批商品及珍貴物件，（並糾正他們欲從一墳墓中搜尋神物的錯覺）此於動產種類的增加，亦有不少助力。一世紀後，生產事業，得助於機械的發達及工作的自由，有了長足的進步，於是動產亦大增。依洛西的見解，動

產實構成高度變化的與任意性質的財富，並傾向於成爲最重要的財富。有體動產，其發展的情形雖爲無規則的，其水準業已提高，且將更見提高。我們的社會環境所要求的，乃是工業、商業、運輸及信用制度能有着一個強固的審慎的組織。正和一切的革命相似，這些事實，本身有着益處，也有着害處；政論家、經濟學家及立法如果注意它們，其未來的幸運是不可限量的，要是忽略了它們。那末其日後的禍患就不堪設想了。

## 二六〇 現代的個人主義

財產的演進，與圓滿的個性有着聯繫，此圓滿的個性，如果聽其自然，而不加以必要的改善，則便趨於利己主義之途，其結果非陷於野蠻的貧困的毀滅之境而不可。個人如果成爲一切事物的始終，國家就變爲渺小之物，僅是個人防禦的工具，且爲他的附屬物。正猶古代的社會吸收個人，現代的個人，在某種程度之下，也已吸收了社會。但在今日，個人主義已形成一種拋物線，而成了強弩之末。一個新的學說，以政治的原則爲其基礎，乃致力於調和社會團體的古代意念，與個人自由的現代主義間的異點。此理論認此團體，因此亦認家族與國家，爲倫理組織體，一個包含於另一個之

內，於此，部分過着全體的生活，但仍保有其一己的價值與人格。基於此種理論，人於其抽象的與具體的立場，成爲原因與結果，相互的手段與目的；個人、家族及國家，就其中間的性質，有着義務，而就其終極的性質，卻有着權利。此概念如予採納，縱在財產的場合，原子論顯須加以急視。原子論的失勢，非即個人人格之遭否認，因爲此人格一經發育而退出社會後，勢必再度加入，回復其原有地位，並承認其一己對於爲全體的組織體的從屬關係。我們必須重予申述，真正的進化並不祇是個性化而已，卻還包含着相互關係的發展，因此財產就其私有的地位，並非利己主義的，而須在符合於人類的歷史條件的合理限制之下，服從社會的目的。個人主義者及社會主義者的理想，均失之於片面而錯誤的，因爲前者僅注意到演進過程中一種前進的特性的理想的趨勢，後者則忽視了物質世界中演進的各別現象，而僅着眼於此全體的目的及各部分間組織上的相互關係。

## 二六一 財產取得的古法

在古代社會，取得的方法，非常困難而煩雜，因爲創設的機會並不是在個人之間，而是在有組織的社會團體之間，在存在於部落中的各別團體之間。其時一個個人，並不爲自己，而以一社會或

一家族的領袖，獲得權利與義務。因為心生活於感覺及想像中的緣故，所以取得的方法以禮儀與記號為形式，並需要巨數證人的在場。固有的困難次第受到克服。美因說明的方法，是很正確而精當的。解決此項困難的第一種方法，就是財產的分類。最先知道的財產，為高級的財產；其後習知的，則為低級的財產。凡高級的財產，須以繁瑣而鄭重的方法獲得之。這是「要式交易物」，「衡器交易式」適用及之。另一種低級財產，則為「非要式交易物」，得以自然的簡易的「引渡」之法移轉之。第二類財產的取得方法，簡便而適用於用，因此不久便推用於高級的財產。當查士丁尼時期，「引渡」之法已足以移轉「要式交易物」的所有權。在這裏，我們必須放棄後期羅馬民法學者的錯覺，他們僅從自己的時期觀察，而相信「引渡」先於「衡器交易式」而存在，實則「引渡」之法祇在「衡器交易式」失勢後，始崛起而居於優越地位。該雅斯曾云：「我們依着自然理性上盡人遵守的萬民法的規定，獲得某些東西的財產權，更依着市民法的規定，獲得其他東西的財產權。萬民法因與人類同時開始存在，所以我們先須加以討論。」財產的區別，除分類外，尚有另一種方法，其發生較遲。在印度，父欲讓與繼承動產於人，須得子的同意，其於自己經營所得的動產，則可

自由處分之。在羅馬，子從軍所獲進益，得自由處分之。在日耳曼人中，自由與自主的土地，讓與甚爲不易。自主土地之後，封建土地接踵而起，於是爲羅馬法所承認的區別，僅土地與動產而已，此種區別，自不如有體物與無體物間的區別的重要。當中古時期，土地較動產易爲人所注意，迨財富變爲包括動產後，動產便取得極重要的地位，關於動產的法律也就漸見詳備。

## 二六二 現代關於土地與動產的區別方法

現代立法，視土地與動產的區分，至爲重要，但我們必須推究此種區分，是否爲理性的法律所容許。薩卡賴亞認爲此種區分，完全存在於成文法中，因爲他以理性的法律爲包入主觀的唯理主義的領域，此唯理主義從思想的範疇中演繹一切事物，並使之與表面分離。此種界限一經克服，並以立基於客觀的唯理主義的自然法原理爲出發點，我們便得到一個不同的結論，因爲正如洛斯基尼所云，客體乃促進官能的動作，此動作並終結於此客體而告靜止。每個權利就是支配一個客體的能力，其範圍乃視其性質而定，客體的性質，爲權利互異的基礎，正猶人的天性差異爲人格差異的基礎。然浦克塔謂法律從一切外界事物中擷取其共通之點，此爲各種事物的要素，而受法律

的支配者。支配一物的權利，其所支配者無論爲土地，爲動物，爲植物，或爲其他任何事物，其本身則是同一的。但此天然的差異，並非無關於法律，法律區別着土地與動產，鄉區財產與市區財產，野畜與家畜等等。當此理論上的建議提出時，現代的區分方法爲原始的抑附隨的，爲主要的抑非主要的，這問題就發生了。我們必須承認，理性的法律，寧取羅馬的分類，分物體爲有體物與無體物二種，因爲土地與動產都是屬於有體物的。羅馬的分類是客觀的也是現代的，同時還具有着論理的原始性的特點，且不談此個或彼個的實際的或法理學上的價值。它把實體物，不論是不動產或動產，放在一邊，而把權利放在另一邊，此類權利亦爲有用的可交換的外界物體，含有經濟上的價值。所發生問題者，就是所謂無體的，常不免與心的或人格的內在混淆不分。須知所謂無體，並非內在或與自我不可分離者。例如，特許專賣權，當然是無體的，但不是內在的；它是財產的一部分，且可爲交易的客體。

### 二六三 其他使取得更爲簡易的方法

克服取得古法的固有困難，尙有其他的方法，如時效、衡平法及民事訴訟。時效的利益，在以年

時的經歷，補救取得權利的缺陷，並使占有與所有權重行結合。其後衡平法與普通法院創設另一種重要的利益。「依貴族法取得的權利」的所有者，可利用「保護所有權」的方法，以防衛其占有。通常訴訟程序注重形式，迂緩而鄭重；歷時既久，簡易程序漸覺需要，占有人終得以「令狀」防護其權利，此「令狀」原為適用於「占有財產」者。程序的純潔因此受到損害，但社會卻從此可以得到一個迅速而簡易的保護方法。「擬訴棄權」是一種擬制的買賣，類似於普通法上的先租後買之產業割讓法，使財產的移轉更見便利，因為舊所有人對於受買人與「執行判決物」的法官之間進行的買賣行為，不能提出抗辯。末了我們還須注意一點，就是古時的財產移轉方法，是公開的，因為其時的土地乃屬於部落、村團體或家族所有，此種地主為集體的組織堅強的機構。甚至到了土地可為個人所有的時候，社會仍保留着重要的權利（財產讓與核准權即其一種）因為他常需拒絕外人移居境內。古時的「衡器交易式」即為取得的原始公開的明證。自主土地的讓與，亦採公開的方式。數世紀後，公開原則重復出現，為用更廣，其所根據的理由則屬迥異，就是第三者權利的保護。

此  
页  
空  
白



## 第六章 土地的財產權

### 二六四 集體所有因工作的發展歸於消滅

財產權的概念，在較不開化的人民中間，並不怎樣發達，他們所以把武器、衣服及裝飾品，認為私有，乃因工作使此種物品產生價值，至於原料的價值則擱置不談。以行獵為生的部落，大致承認，凡殺傷動物者，取得其所有權。在度着半游牧生活的民族，土地為集體所有。其出產物則歸耕者獨得。當社會漸次趨於文明的時候，由於人類行動結果的私有財產原則，其適用漸見顯著而擴展。此時，團體或個人活動的產物，如通用共產主義的理論，實與正義的最基本的觀念相背馳。

### 二六五 土地所有亦受動產適用的同一理性法的支配

有些學者，以為凡關動產私有的一切經濟的與法律的理由，不能適用於土地。此班學者，乃隸屬於地域集體主義學派，其所持主張亦頗不一致，有否認住屋的私有權者，亦有限制其理論之適

用於土地者。例如，發格納並不贊同住屋的私有，且當舍財產國家管理概念，而取吸收概念。他開端就認私有財產爲國家放給個人管理的一種債務，當租金增高時，國家有重行徵用之權。依發格納之說，市區與鄉區財產之間，有着兩種重要的區別；市房一經築就，所有人不用再耗費任何人工，且可多年不再有所支出，而在鄉人，則須年年投以人工和資本，特定區域中，如果發生人口過剩的現象，屋主所獲的意外利益，亦遠較最肥沃田地所有人的利潤爲可觀。發格納指出這兩點差異，是不錯的；但他誤認私有財產爲國家放給人民的債，而否認個人的權利，實則個人對於物體自具有其特徵，並使之成爲自身的投影。國家可以甚至應當限制個人的權利，但不能吸收之，因爲如果是吸收了，那它就無異否認個人的人的本質，而把他降格於一種單純的手段地位。誠然，資本是市區財產中的活動因素，但資本是過去的工作，而工作則是未來的資本，資本中實含有人的活動在內；就因爲資本是此種活動的產物，所以應受尊重。國家遇到租金有着過當的增加，可以減低租稅，或用各種方法督促新屋的起造，甚至可以己力建築之，最要者，如遇必要，尙有專用之權，但專用權的行使決不應如所有權般的普通，也不應與國家放債說的錯誤觀念有所關涉。在這裏，我們必須審

慎，不要把截然不同的兩件事，混爲一談，就是不公平的專利，和不能源源增加的物的占有。前者是對於生產自由所加的一種人爲的不合理的限制，應予廢止；後者與真正的專利毫不相涉，因爲它所供給的報酬，乃視價值的升降而定，非以個人意志爲轉移。這是很明白的，凡可自由而源源增加的財產，其常態的價值乃視生產費用而定，因爲生產結果的獲利如果超出其費用，市場的競爭就會使售價漸進的減低下去，如果生產費用大於其價值，市場的供給就會減少，因爲誰都不肯做蝕本生意的。但數量有着限度的財產，例如房屋與土地，其常態的價值則視供求的關係而定；房屋與土地，其數量是不能無限制增加的。如果生產費用代表着它的真正的最低價值，如發格納於研究其假定的例中所云，則此類財產獲利常大於其價值，有時且遠過之。但我們不能謂它們的占有有着一個虛擬的價值，以便強迫收用的實施，正猶之它是個人在實體與精神上，與自由或合法取得的物之間合法關係的結果一般。換句話說，私有財產概念及自然的限制法則之間，並無矛盾現象的存在，此於下一節中可以見到。

## 二六六 斯賓塞的集體主義

斯賓塞於其社會統計學中曾云，土地私有，是一件不公允的事。他說，假定有着一羣人，他們對於各自意趣的圓滿發展機會，享有平等的權利，更假定有着一個世界，專以滿足他們的需要，我們不難推知，他們每個人都有一個享用此世界中優良的物的權利。如果每個人可以任所欲為，只要他並不侵害他人的自由的話，他就可以自由取得自然的賜物以滿足其需要，只要他能尊重其儔類的同一的權利。再把命題轉換過來，那就是說，人如果使用土地，以致妨阻他人為同等的使用，這是不許可的。斯賓塞因於其結論中云，所以正義不能承認土地的私有。如果我們承認土地的一部分可為一個人的所有，則其他部分亦可為他人以同一的名義占有之，如此則地球的全部面積，將落入幾個個人的手裏。其餘的人類將於獨占地主的容許或好意中討其生活。斯賓塞的議論，與一班主張領土的完全的集體主義的學者見解，大致相同，可歸納於斐希德的命題，亦犯着同樣的毛病。一切的人有着一個享有財產的固有權利，且物乃為供給全體的需要而製成，此為不爭的事實。社會與國家在其責任上無疑應該承認並保護這類人的固有權利，使得充分發揮，但此享有財產的固有權利，只是一種單純的可能狀態，所以必須使之轉變而實現為財產權。每個人固然有權利

用自然的賜物，物理的力量，及土地，但對於外界不能有着一個特殊的權利，除非他曾實施活動力於其上。如果他不會成就過什麼，如果他不會有所行爲，以除去抽象的平等，而創設一個特種法律上特權的理由，則國家不應爲他有所主張而創設一個特權上的理由，因爲人的固有權利須賴其本身的動作而取得，而他的權力與性能此時尚在疑問之中。一個個人，可以在土地上，在製造，工業或商業中，有所行爲，以行使其天然的所有權利。國家對於個人僅負着保證供給可以發揮其活動力的環境的責任，而決無供給必需工具以扶掖之的義務。我們不應遺忘，土地的面積是有限的，曾有一個時期土地不足以供全體人類的需要，而謀生之道並不限於土地一種，從藝術，工業與商業中也一般可以解決生存的問題。最後，斯賓塞還自相矛盾的說過，工業制度促進私有財產制的發展，而當工業制度達到它發達的最高峯的時候，土地共有的制度必將重行出現。工業制度，與軍事統系居於相反的地位，既然含蓄着前進的分化作用，及個性，契約與自動合作的現象，則上述的理論，如何能夠成爲事實？斯賓塞也曾看到自己見解的矛盾之處，所以他又說，工業制度尙未切實達於確定的地位；又我們將要置身於另一個局面，於此土地私有的制度將歸消滅。過去曾有數世紀

之久，一個人對於他人的所有權既然是容許的，祇因其後文化的進展而被否認，所以將來工業制度負着更廣大的發展的時候，土地的私有權亦必歸於消滅。但斯賓塞在他最後所寫的正義中，雖尙主張人類的集合爲土地的所有者，卻已不堅持其原來的信念。他相信軍事統系常足以剝奪個人自由，鼓勵奴隸制度，甚至破壞集體財產制度。他又云，在軍事信念失勢與工業制度發展的同時，他看到個人自由漸臻強固，我們不久即將被迫分割土地。如欲把土地重行變爲公有，並補償實際占有的私人的損害，實爲正義所要求。此班占有者，並非都是最初占領者與僭取者的後裔，他們中有許多人乃藉傳受取得的方法獲到占有，同時尙有不少的無產階級中人，其祖先是土地的僭取者。社會誠然有權取回土地，一如古代然，但不能把占有者耗費勞力與資本以耕耘，改良與墾植歷數世紀之久的田地，一旦加以專用。我們必須支付巨額金錢，以爲補償，其結果我們必致因了補償而蒙受較土地價值更大的損失。補償金額之外，我們尙須負擔一筆地主扶助農民所用去的費用，因爲此筆費用實代表着此所謂私有土地的出產物的一部分。土地重歸社會所有，必將發生一種情況，較之政治領袖管理及國家監督下的實際情形，更爲惡劣，而從經濟的立場觀察，且爲惡劣之

尤斯賓塞於其結論中乃謂，對於議論加以較深刻研究的結果，使他不得不改採一種見解，認維持土地私有而僅由國家保留其統治權的制度，較爲得計。這位英國哲學家有此改變立場之舉，是非常可以注意的。

## 二六七 私有財產合於經濟的原理

如果承認私有財產，乃立基於屬人主義之上，經濟的科學就表露了此私有財產的效用所在。我們很應紀住，有用之爲物，在法律上並非是不經見的，因爲它是實體的構成部分。財富的分配，乃以財產權爲其基礎，亦即其唯一的基礎，以顯示資本與勞力間的關連，而此所謂財產權，即係涉及資本與土地財產的利息，利潤及租金者。要是沒有穩固的私人財產，人對於生產與積蓄的興奮力必致大減，因爲他既不能必然的享受到工作結果的利益，也難保此利益必能遺傳於他死後繼承他的人格的人，他一定不能感到工作的興趣。農業乃以土地的絕對占有爲其前提，至少從播種到收穫的時期如此，這是不待論的，因爲某個人播種了後，而讓另一個人去收穫，這在情理上是說不過去的。輪流收穫的方法，爲培養地力所必需，是「長期經營」的一個要件，需要長期的占有。凡是

最有爲的農人，必投下巨額的資本，僅以博得蠅頭微利。要是未來不可必，這就不可能了。欲知土地的收穫，到了何時，便成了高利的進益，這是不可能的，因爲在農事中，猶之日常生活中然，今日乃是昨日的連續，而是明日的開始，生產的週期因每次新資本的積儲而重行開始。正如蘭姆潘特於其所有權論中所云，土地的絕對的與繼續的占有，爲文化與遺傳的最早定律，而是社會組織體中聯結組織的形態。有了私有財產制度的創設，我們對於生產的增加，必不會有所失望；因了財富有着量的增加，國家便獲得一個經濟上的大推動力，然後能夠更妥善而充分地顧及社會的福利。私有財產制有利於消費者，使生產者之間有所競爭，此在集體財產制下，非不存在，即有所限制。

## 二六八 社會主義派的共產主義

不數年前，社會主義者曾謂土地的所有，乃行獵、牧畜與耕植的權利僭竊的結果；今日他們則以另一方式，重致其非難之詞，謂土地、礦藏與野獸不應歸屬任何人所有，因爲它們並不是人工的結果。在物尚無真正價值，人未施人工於其上，以及未加個性的標記於其上的時候，這是千真萬確的，但物一經有此特徵以後，價值即已存在，便不能不發生所有權的作用。生產並非就是創造，就是



馬克斯他也在其資本論中長篇大論的引證未利 (Verli) 的話，謂宇宙間的一切現象，並不許吾人以創造的概念，而爲物體變形的概念，並且人祇能把自然的物質合併與分離。實則此所謂最初占領者的僭取，並未取去土地，卻把土地分給他人，因爲它以農業的方式使一家生活所依賴的土地面積，較之狩獵與遊牧時期爲小。集產主義者認爲土地私有制使人類僅附屬於少數享有特權的人，他們乃爲人類的利益起見，希望集體勢力與機械留給勞工階級去享受。但據我們看來，在生產物換取生產物的場合，納貢的痕跡是不會有的，因爲納貢乃是並無一個對價的價值。以工業品易取農業品的結果，並非一種納貢的行爲。所以，如果主張集體勢力與機械應專屬勞工階級所有，是無異於高唱人類社會、集產主義等等之時，自白其破壞的傾向及偏頗的希望。

## 二六九 地租因工作延展於土地而發生

地租爲地主不費勞力及資本而取得的利潤，社會主義者反對財產所有制，即以地租爲其立論的基礎。他們之意，此種盈餘，乃是上帝所賜予，爲並無代價之物，不應視爲個人專有的客體。依此見解，財產權乃是一種強盜行爲，地租則爲一種壟斷的事實。有不少位經濟學者，以巴斯提阿爲其

領袖，欲使受此攻擊的財產原因臻於確實，堅決否認地租權，主張土地的自然力的合作爲無代價的，且在財產制度中長保其無代價，因爲它並不歸入消費者付與所有者的價格的範疇。因此種支付，他取得他耗費資本及勞力於土地結果的報酬，此外則無所獲。財產祇因其爲限量中的部分，才始獲得經濟上的特徵，社會主義者及經濟學者卻不曾見到這點。財富的真正來源，爲滿足需要，而可以交換並讓與者。可以讓與的特性，須具備下列的條件：物須爲讓與人身外的，須爲人所可獲得的，且其數量須爲有限制的；因爲物要是不能與人身分離，或不能爲人占有，交換便成爲不可能；其在數量並無限制，人人隨時可以不費勞力取得的物亦然。限制的定律，科薩（Cossa）於其經濟學原理及傳記中，曾有說及，在一切生產的門類中多少總有存在，因爲自然勢力的分配並不平均，而在質與量上有所出入，而且資本與勞力亦頗有雄厚與貧乏之別；固定資本與流動資本之間的關係，以及用力與用腦之間的關係，在其變化之中，決定了每種工業的特性。如謂某種貨物可以無限制的增加，這決不是已忽視了限制的定律，因爲這祇是在與數量較有限制的他種貨物比較之下，視其數量爲能有相對的無限制增加而已。製造品的增加，以視水、空氣、煤或風，爲有限制的，但

較農產物的增加爲迅速，所以可以說是屬於第一類的。就因了這類限制的質與量的種種參合的結果，便發生一般的價格升降特別是地租漲落的現象。地租的漲落，從耕地及工場之類的產業中，較可明白見到，因爲它們對於限制的定律，顯示較爲明晰。此於過度供給的現象中常可見之，而此過度供給，初非由於資本與勞力的關係，而由於需要不同生產費用的同類設備並存的緣故。當較低廉的生產物不足以供給需要的時候，最高價的生產物便顯示着平均的價值。地租爲生產者的盈餘，其生產費用最爲低微。它淵源於自然的與人爲的因素。此後一種的因素，可結合於物體中，例如結合於土地中，以至於不獨立構成一種資本。土地的地段與地力，爲自然的因素，但人工與文化並非與之絕不關涉，因爲地段的適中有賴於交通的發達，地力則賴科學之功而得復原，生產力藉人工而得增加。於此場合，所有者的勞力已失去其獨立性，而結合於土地之中。地租並非全然是自然力或人力的結果，代表着平均優劣的準則，此與人的本性中與生俱來及受之教育的現象，正復相似。凡不信人與人間有着天性的差異而存有爲同一的偏見者，必認地租爲一種不公允的現象。

蘭姆潘特會引證巴西尼 (Pasini) 之語云，一個人擁有較大的資本，或占有較好的地段，並具有

進行工作較爲有利的能力，這是常見的事。在經濟的與法律的觀點，資本及勞力的所有權與土地的所有權，實等量而齊觀。耕地者進行較有限的計劃，運用較小的資本，因而其所得亦微；我們決不能謂耕地者如給以資本，以備較有利的發展，而遂把差額記入他的借方。地租制度，非不公允，尙有其另一個理由；這是一種過分的代價，因了生產基金過去與未來的變動，而成爲一個補償。這是一種保險；並不是對等的，也不是國家的，而是所有者對待其自己的。地租因生產的增加而降低，而生產的增加則由於私有財產制的結果，這在前面已經說過。私有並非是地租發生的原因，地租隨生產費用而有所異；私有實相伴地租而存在，使之僅成爲所有者的屬性；所以，私有制度縱不存在，爲滿足人口的需要起見，地租制度仍不會消滅，而其耕植的費用亦仍相等。

### 二七〇 亨利佐治 (Henry George) 的學說

我們爲欲以經濟的立場，研究土地私有的問題，姑且先來討論一下輓近的兩個重要學說，那就是亨利佐治 (Henry George) 的學說和羅利阿的學說。法律哲學，決不應忽視了社會行爲的具體的真正的特性，——是一些事實，它們經濟的結構，實爲法律關係與社會制度天然的前提。亨

利佐治，乃科學的美洲社會主義的代表，在其進化和貧困一書中，誤把私有財產藉以完整保全的管理，及其吸收，併爲一談。他問，在進化程度最高的地方，貧困的現象何以也越是鬧得厲害？在生產能力增加後，工資何以反趨於最低之點？現代的政治經濟——他稱謂此經典的學說如此——的答案是，工資乃視勞動者的人數及資本支付勞動的部分多寡而定，其所以會發生減低的現象，實由於勞動者人數的增加，較資本增加爲速的緣故。他認這一種解答，乃基於兩個錯誤的理論而發生，就是工資說與馬爾薩斯說。工資並非由資本支付之，乃發生於生產的勞動。並非雇主先於勞動，而是勞動先於雇主。如果每個勞動者供給工資所由支付的基金，則工資必不因勞動者人數的增加而有所減低，只要是工作效率亦隨勞動者的人數而增加的話。如果一切情形均無變更，勞動者人數越多，工資當必隨之增高。統計的方法告訴我們，較高的國家，並不是天性較爲奢侈的國家，而是以較生產的勞動情形爲表徵的國家，而且有了人口的增加，財富的中間生產亦必隨之有着同樣的增加。在一班較前進的哲學家之意，工資減低與貧困增加的原因，並非由於生產律而是由於分配律所致。地租無論如何，並不表示給予生產的一個助力，而僅僅是保證所有者以享有生產結

果的一部分的權力。關於地租現象的法律，於李嘉圖（Ricardo）的學說中可以見之，亨利佐治（Henry George）則以較廣泛的方式述而出之。財產（他說）就其生產的自然因素而論，係專享所施勞力與資本產生的財富之權，此種財富乃超出於生產力較弱的職業中耗去同數量的勞力與資本所得的報酬額者，專享權得自由支配之。因此，生產者的利潤與勞動者的工資，皆視耕植的程度而定。耕植的限度接近，地租就要增加，耕植的限度增大，地租也就會減低。耕植的限度接近，利潤與工資就要減低，耕植的限度升高，利潤與工資也就增加。地租的漲落是遞進的，而工資與利潤則不然。地租有時因人口的增加，因藝術與商業的進步，及因投機事業而增加。所以，地租之所得，正是工資與利潤之所失；工資與利潤，並非仰給於勞力與資本的出產物，而依賴於地租之外者。換言之，工資與利潤乃仰給於無須支付地租的可能的生產，也就是最貧瘠的耕地的生產。所以，生產力儘管有着怎樣的增加，如果地租也有着並行的增加，則工資與利潤便不能有所增加，其結果地主變成富裕，其他一切的人則日趨貧乏。此種不公允的現象，其唯一補救方法，只有採用可以全部吸取地租的單一稅，把地租實行沒收。此種沒收地租的政策，實大有助於土地國有以及承認盡人

對集體占有的土地享有平等權利的最終目的之實現。這樣就賅括的說明了亨利佐治 (Henry George) 的學說。

## 二七一 亨利佐治 (Henry George) 學說的批評

此學說大部分乃立基於不存在的事實。事實上它毫無依擬可言。因了社會的進步，貧苦的人便越變貧苦，其人數亦必增加，這話是絕對不確的 (累 Ræo)。在他當代的社會主義一書中曾看到這點。凡是有文化而進步的地域，窮人的人數必然減少，調濟事業大見發達，生活方法增多，生存期間亦必增長。在大城市中，貧苦階級的人似乎很多，但在各鄉村區域又何嘗不是如此；這是天然的，凡是在巨量財富與豪華集中的地方，貧苦的人便越顯得貧苦，甚於他們實在的情況。生活必需品的數量有了限制，取得它們的方法視前艱難，這才是貧乏程度增加的真正表徵。經驗告訴我們，在社會經濟進展之中，我們所不能否認的需要，其數量漸見增加，就使沒有例外的情形，人們取得此種需要的方法亦必視前容易。今日的勞動者，有着許多的東西，這已成爲司空見慣的事，要是在一百年前，他要想得到這些東西，簡直是癡人作夢。此種文化之果的生活享有上的轉變，應與工

資有關；因爲工資減低，這固然是不會有的；而事實上因了各方面需要增加的結果，工資已有增加。我們只要比較一下五十年以前的情形，就可看到，商品與貨幣的價值縱有變更，工資還是有着真正的增高的。工資既然沒有一般的減低事實，那末亨利佐治(Henry George)所稱持久的貧乏現象就不會存在了。此外，他還該注意到貧困的其他一切原因——無先見、縱酒、耗費、意外之災、疾病及死亡。工資的減少，謂由於自然吸收社會進益大部分的地租的不斷增加，這是不確的，正猶之我們不能說凡有地租增加的地方，農民工資亦有增加，統計的工作告訴我們，今日地租所佔國家財富與農產的成分，並不視前增加，工資的成分亦未減少。亨利佐治(Henry George)所主張以替代早已廢棄的工資淵源說的學說，是錯誤的，因爲工資常取自生產而勞動者先於雇主的理論初非事實。事實上，在大多數的例子中，工人所生產以易取工資的價值，其在商務上的雇主，除非在出品售去以後，並不是一個真正的交易。有時，隔了幾年，雇主從原料與工資兩次耗費已巨的出品中，仍未獲得分文的補償。亨利佐治(Henry George)關於人口問題的另一個理論，因其立基於地球生產能力無限制的不確實的假設上，也犯着同樣的毛病。地租的增加，與工資的減低，其間並



無因果關係的存在。依常例，地租與工資，有着同樣的有利與不利的情形。我們甚至可以說，地租有了增加，利潤與工資各有增加，地租如果減少，利潤與工資亦必低降。至謂社會進益繼續增加的部  
分，常為地租吸收以去，這種見解只是一個空想，因為地租因人口的增加而有增高的趨勢，此足以  
督促人們去墾植較貧瘠的土地；此外，因了農業技術上的進步，可使土地增肥，並其自然力增加，地  
租亦不足以為社會進益的真正吸收的因素。不但如此，現代財富，其大部分並不在於地主的掌握，  
此財富的增加亦非純由於地租之力。工業與商業，在此現代財富實際的異常發展之中，無疑是強  
有力的因素。

## 二七二 農地並非是上帝所賜予

資本家與承辦者，享有利息與利潤，他們把握着今日社會財富的最大部分，此一階級實為一  
個有力的因素，亨利佐治 (Henry George) 卻忽略了這一個事實。他稱工資為利潤，而欲把後者  
置於工資法律之下，實則它們乃由不同的法律規定之，而此不同的法律常立於相反的地位。它們  
之間的差異，誰都不會看不出來的。李嘉圖 (Ricardo) 的見解，工資與利息支付在先，其次乃至

於地租的撥出，這是一種溢出的利潤，代表着工資與利息支付後剩餘的利益。亨利佐治（Henry George）則謂工資與利潤乃取決於地租，而地租則以勞力或資本為成立要件。累（Rae）氏謂依李嘉圖（Ricardo）之說，地租對於麵包的價格毫不發生影響；地租的增加，並非物價高漲的原因，而麵包價格的提高，倒是地租增加的原因。麵包價格的增高並非以地主的意志為其原因，乃人口增加與收穫減少的必然結果。亨利佐治（Henry George）受着荒謬觀念的影響，他以為人口增加的結果，出售的食料必隨之增多，歉收之事亦不致常遇，因為物料是無限量的。此與生產限制律適相背馳，顯然已把物質不滅與土地生產力無限制混為一談。物質不滅，其能力則有限制。這兩個概念，在邏輯上，並不是排他的。亨利佐治（Henry George）以為未經專用的土地如果尚多的話，地租必低而工資必高，因為此時購地既不需多值，誰都不願為他人耕植，以取得較少於自購地中收穫的報酬。但縱然假定這種選擇力能夠存在，因而影響於雇主付給工人的工資，工資的增加足以損及財產，這是無疑的。在這種假想的例子中，利潤的增加是不能想像的，因為矛盾的事實不容許如此。我們知道，依着亨利佐治（Henry George）的理想，凡是未墾的土地很多的地方，地租必

然很低，工資以及他認爲資本自然的合法的產生物的利益，必然很高，但我們不要忘卻，他是想把這些不同的名稱置於同一的定律之下，以爲攻擊地租的工具。他所建議的以單一稅沒收地租的補救方法，並不切於實際，因爲它不會說出一個具體的辦法，使農場中地租的要素，與勞力及資本的要素劃分。土地的國有，不足以使土地的生產力量增加，這從美國有數州的州政府擁有廣大耕地者的經濟情況，與其他數州私有農場的經濟情況比較中，就可明瞭。在此擁有廣大土地可以自由處分的數州中，貧困的現象也就最甚最普遍。亨利佐治 (Henry George) 對於此種事實，並不否認，但尙欲有以自圓其說。他和其他許多學者，抱着一個同樣的錯誤見解，視農地爲上帝的賜予，而忘記了土地僅因人們施以播種，壅料及耕植的工作，使之成爲生產的因素，而始獲得其價值。耕地之爲人的真正生產，與個人活動所寄的任何事物同。亨利佐治 (Henry George) 承認一切事物的私有，甚至對於在大城市中的獲利厚於農場的工廠，亦承認其私有權的存在，但對於非上帝賜予的土地，除人工的生產物而外，卻否認其私有權的存在，這是很可訝異的事。他意欲沒收地租，故建議一個等於吸收土地所有權的管理制度。他所以主張沒收地租，是欲爲土地國有亦即沒收

私有財產的政策，打通一條道路。土地得爲所有權客體，正與其他任何事物同，並能自居於人的器官，投影或被覆的地位。它受自然限制律的支配較爲深刻，而且並不列入可以無限制增加的貨物的門類中，此其異於其他事物之點。它的最大的生產能力，乃以私有制度爲其存在的必要條件。在這一點上，社會經濟與法律相合致，因爲法律管理土地私有權的宗旨，實在予個人及社會以最大的利益。

### 二七三 羅利阿的學說

羅利阿於其土地及社會制度書中，把關於經濟制度的一切學說歸納爲三大類；因爲有些學說乃以人爲經濟現象的基礎，有些學說從一個技術制度中推尋經濟現象的源流，還有些學說則從自然界的表面，或者更普通些從土地的領域中，覓取經濟現象的痕跡。以經濟現象與人爲關連的學說，乃純正科學的信條。它確認此種現象的規律，乃人的本性及其從不遠離的利益的必然的不變的產物。此理論並不能說明各時代的歷史關係的錯綜性，及社會組織的奇特的演進，因爲人的利益在各時代中永不變易，且亦不受歷史的改造作用的影響。第二類的學說，則認社會關係爲

優越的技術制度的產物，可分爲社會主義派的學說與商事的學說兩種。前者使生產制度，及支配生活與社會的一切行爲的特殊經濟關係，適應於一個特定的生產手段的情狀。但生產方法的演進，使技術手段經歷着一個劇烈的變化，並使此生產與經濟學的先行制度，成爲不可能。於是此陳舊的經濟組織爲一次社會革命所摧毀，另一個較適應於生產手段新形態的組織，即取而代之。這般的新陳代謝，先後凡四次，並有同類的經濟關係的形式適應之——亞細亞式的，古代的，封建的及中等階級的經濟學。生產手段的不斷進步，不久就使此經濟組織不適用於用，而代以一個較圓滿的組織，包括土地與生產方法的集體所有。後一種的學說，則從經濟關係，與交易情況及商業組織之中，尋繹其關連之處。此第二類中的兩種學說，都不足取，因爲技術手段的本身須有一個原因，須依賴於某個先在要素而存在，且它亦非完整無缺，而須與彼新的優良的經濟組織有着關連，社會主義者卻不會看到這點。在手段尙未發達的時期，何以有着奴隸制度的存在，在機器時代，工資制何以取代了集體財產制，社會主義派的學說並未說明其理由的所在。商事的學說則不會想到交易的情形乃是傳來的事實——乃是經濟制度的結果，而不是它的真正的原因。

## 二七四 羅利阿的結論

依羅利阿之說，土地爲社會關係的基本要素及最初原因。土地以爲生產的要素，乃經濟事實的最初原因，以與爲傳來現象的技術手段相別，並爲一個移動原因，以與在結構與強度上不變的人的利益相別。土地是經濟制度的基礎。這是政治經濟的最高原則，僅爲土地與財產的分析中自然的推論。土地的理論，包括法律的法律，因爲它認社會組織體爲有實體上的不同，此社會組織體在歷史上相繼存在，並提示着一度治理此種組織體的不同歷史。上法律的最初原因。這最高的法律，爲運動的法則伴有其客體的占領與生產力不斷變更的狀態，而非人的變更狀態，後者乃深受性格與意向上不變性的凝結。土地所有權的分析，就其一般的效果而論，可從羅利阿的話中得到說明：要是土地是自由地，要是每個人能夠並且差不多需要占領一部分的土地，耗費勞力與資本以圖謀其自己的利益的話，所有權就成爲不可能，因爲此時已沒有一個工人，肯爲一個資本家的利益而耗費其精力。如果土地的生產力有了增加，生產者並不需要交往而限制其自特性，其結果獨立生產者的各自孤立，就成爲必然的經濟現象；反之，要是土地的生產力有了減少，生產者便

被迫互相聯絡，以增加其工作的生產力，在此情況之下，社會的經濟狀態，於生產者密切合作，把土地分爲平均部分，而協力工作，以及生產者與單純工人合作，而平均分配其生產物，二者之間，必居其一。無論如何，要是土地自由的話，欲把社會劃分爲非勞動者的資本家與非資本家的勞動者兩個階級，是不可能的，因爲這時資本家如欲不勞而獲，是事實所不許可的。在人口稀少，土地不能盡行占領的區域，對於自由土地須加強力的壓制，此種不勞而獲的局面始能存在。但人口不斷的在增加着，全部的土地也終於被開發淨盡，這時工人便立即喪失其選擇權，此爲他們對於資本的剝削的最大保障，而被迫放棄其勞力收穫物的最大部分於資本家，至此，土地的專有，從勞動階級手裏奪去了他們的選擇權，便毫不勉強的，而且自然的，產生了利潤這一種制度。資本主義的所有權，常以自由土地的壓制及擯斥工人於土地財產外的現象，爲其基礎。反過來說，自由土地乃以資本主義的所有權的破壞爲其要件。因了前進的人類的再接再厲的要求，建築於土地財產上面的經濟束縛，便爲社會所不堪忍受，於是自由土地制度必須重行確立，或者農田所有自由的現象必須予以創設，而承認每個人有占領能以己力耕植的地面之權。在這土地所有自由的制度之上，資本

家與工人因得聯合，而社會的均衡的局面亦得實現。

### 二七五 羅利阿學說的批評

羅利阿對於各派學說所下的評語，並不盡然，就是他自己的主張，在我們看來，也無可取。如果社會是抽象的人，如果爲政治經濟客體的財富是人的工作的結果，而以人發動滿足欲望的生產的需要，目的及活動爲其要件，則羅利阿對於以人性爲社會與經濟關係基礎的學說，以何理由而得加以反對？財富的概念，與個人及社會人的概念，絕對不能分離。人的概念，乃包含着人的本質，並非一個靜止的原則，乃爲一個常在繼續與前進的內部運動所鞭策，於此人性乃得逐步達於理想之境。此種運動，附以外界事實的行動，便構成了歷史的部分；要是沒有人性發展園地的歷史，人性是不能了解的，它從不會喪失其主要的特徵，而此特徵乃特別的把它對照分別出來。儘管不同時期的歷史關係是如何的變化多端，儘管社會形態有着異常的演變，人終究是人，對於其儔類的一番同情心，有着多少帶些個人主義色彩的意向，和或強或弱的情感衝動。自我的意念與社會的意念，爲人性的主要形態，此種形態雖在不同的時期中表現着各種的姿勢，並常以不同的方法互相



結合，要不能謂其不存在的。人的歷史，就是此類嬗變現象的歷史；人的進化就是它們的發展。如謂個人的利益一成不變，亦不受歷史的改造作用的影響，這是不確的，因為正如斯賓塞所云，它乃尾隨情緒的變遷與意向的發展之後，而此變遷與發展則使個人的利益由盲目的原始的利己主義進化而為利他主義。個性並未遭受破壞，僅經歷着一個改造的過程，所以我們對於某些直接表明它的特徵的元素，承認其永久存在，並未有背情理。政治經濟與法律，由人性所產生，應認為個人的利益的權力。政治經濟，應以個人的利益為其主要基礎，一方則亦不忘卻其他的個人意向及社會意向，它們對於財富有着一種影響力，這在前面曾經說過。私法應以個人人格的觀念為其重要基礎，但一方尚須承認它與社會間所存在的自然聯繫。但此私法不能全受社會觀念的控制，要不然它就不成其為私的性質了。社會主義實足以壓抑經濟學與法律中的個性，而忽視了人性的存在。如果把個人利益的意向視為一成不變，這是不合邏輯的，因為集體的利益亦可視為具備同一的特質。如果承認不變性的意義，就是一物藉以別於他物的必要表徵的持久性，那末我們應該下一結論，謂社會的利益亦係一成不變的，它常保存其一己的本性，並無論何時以一般的利益為其客

體。關於羅利阿對第二類的兩個學說所下的批評，特別是對於社會主義的批評，我們必須注意到此制度的第一原則，事實上並不至基於技術手段之上。社會主義曾吐露了甚至誇說了技術手段與經濟關係的組織之間的關連。一個不完整的技術手段能與一個卓越的經濟組織相聯合，這是它不會看到的，在手段不發達的時期，奴隸制度與工資何以會得存在，這理由它也不會去仔細研究到的；但要否認社會主義以一個技術制度的觀念爲其基礎，並尋求人性爲其基礎，這也是不對的。社會主義在各方面看來，乃發自抽象的人的概念，並常敵視個人的自由。它曾從抽象方面，亦即從盡人平等的基本能力方面以及從它人性理論的與終極的權力（羅馬諾西稱之如此）上，觀察人性，而不曾充分了解到淵源於個人的不同性格或不同活動的獲得能力與實際權力的價值。這些實際權力，因行爲而變成爲終極的權力，並代表一個個性化的完善程序，於此，個人天然的與人爲的一切形態盡行表露，並從客觀的變化中顯出了差異之點。社會主義僅觀察到人的平等能力，及感覺界的共通動力，而整個遺忘了實際權力的中間界，怪不得它要把生產工具的集體占有，替代了私有制度。

## 二七六 人爲經濟關係之原

生產的動力及財富學上的前提，要是不加以改造，土地決不能如羅利阿所云，成爲經濟關係真正的根本的。資本與自然力是生產的手段，一是傳來的，一是原始的，但二者均以人爲要件。如果有人，便不會有資本與土地，以爲生產的因素。其時此因素僅有着物理的存在，而無經濟的存在。人並不祇是生產的協力者，而是它的主體，它的創造者與限界。土地如果沒有人工作其上，而予以價值，便不能成爲運動的原因。它的演進，不是物理的，而是經濟的；工作加以改造使它更足以滿足人的需要的時候，它在運動着。個人的利益生產的本能及地球面積與生產力的限制，這三個經濟的大前提中，若謂前二者歷久不變，僅土地變化多端，有着枝節的發展，這是不確的。個人的利益，因與利他主義的情緒及一般利益不同的結合而有所變動。生產的本能，亦或多或少，因外界阻力與心智發展而受限制。要是個人利益與生產本能的不變性說，乃因人常爲己牟利並傾向於增殖之故而發，則謂第三前提之同具此不變性，亦非無理由可言，因爲地球的面積與生產力有限制這句話永不會不對的。自然律則反對之。土地的占領與蕃生的共通情狀，乃有賴於人，並不構成一個最

高的原則。羅利阿堅持甚烈的此土地自由的同一概念，其主要部分實包括人在其個人的及社會中的關係。土地是自由的；但這是對誰而說的呢？土地為經濟關係的創造者之說，既是錯誤的，則其當然的結論就是，它也不能視為較複雜的社會事實的淵源。如果此說不足以說明關於財富的事實，則它何能說明社會的演進？經濟的因素，在社會學中，並不佔着絕對的優越地位，此於討論工業財產的一章時，當可知其詳情。

## 二七七 羅利阿學說中的矛盾之點

羅利阿的自由土地說，實在包括着兩個混合一起的概念，因為他一方面完全否認了關於土地的財產權，此財產權乃資本家的與不生產的財產的淵源及基礎，另一方面則又採納了耕地占領權，基於此占領權的作用，在土地財產權自由的狀態下，人人可以占有他所能耕作的土地，國家對之應加保護。我們所不能明白的，就是在土地私有制被否認了，所有權歸諸公家後，用益權是否得為每個人的權利，或者土地財產權的殘餘是否尚有留存，就是這每個人自食其力所必需的土地上的權利。在上述的兩個情形中，此學說並不新鮮，且與集產主義或某種社會主義混為一談，而

此社會主義，固視土地所有爲盡人權利而由工作實現之者。此學說對於國家干涉問題的兩個理論，均無異議，因爲或把土地全部專有。就視人類的需要與各人工作的情形而加制限於土地的管理，此問題可就上述二法，擇一以解決之。因此，在此自由土地（或如羅利阿所云土地的自由所有權的假設例中，就發生地租或盈餘的現象，因爲耕植費用之中，常有差額的存在。地租當歸誰所有？此受讓人所應支付地租，是否當由國家以抽稅方法沒收之，或由勞力所有者或組合享有之？我們知道，如果地租歸資本或資本與勞力的所有者或組合享有，則於土地爲盡人所必需或土地爲上帝所賜予的原則，其性質與自由土地原則相反者，當然爲所承認。此相反原則的必然結果，就是非產生於勞力或資本的普通自然力的絕對專有。如果土地屬於每個人的，如果這不是人的創造物，如果它必須是自由的，那末一個個人或組合，如何能夠從此上帝的恩物中獲得盈餘？如果耕地自由所有的基礎，乃非地租所由產生的勞力，則地租專有如何能視爲公平之道？羅利阿謂在每個人能夠並且差不多不需占領他的土地而耗費勞力與資本於其上的制度中，吸收出產物大部分致有害於工人的所有，是不可能的；這資本主義的所有。這時，或占有自己的土地，或在他人土地工作，

二者之間，工人可任意選擇之。所以，亨利佐治（Henry George）提出自由農地富有的假設例，並述及予工人以此種選擇權，謂能如此，則地租必然低落，工資必然升高。但儘管亨利佐治（Henry George）是這樣的主張着，我們仍可以說，此種選擇權，對於工人並不是一個頂好的方法，因為欲使土地具有價值，資本是必需的，它能得到收穫，也須經過相當的時間。這一個短短的批評，也可用之於羅利阿的學說，因為在這點上，它與亨利佐治（Henry George）的見解並無重大的差異。這是很明顯的，羅利阿的所謂資本主義的所有，與馬克斯同；而且此所有不是工作的收穫。依馬克斯之說，凡是土地及一切生產工具的所有，必然發生資本主義所有的現象，因此在他的心目中，剷除此種所有現象的工作，不但土地，即生產工具亦包括在內，這在下一章中可以見到。

## 第七章 森林與礦的財產權

### 二七八 森林與礦不是土地

法律並不是一個抽象的公式，卻是一個具體的原則。它在生活中構成而發展着，依其所關涉的客體的本性而採取種種不同的姿態。如果土地不能與礦及森林視爲一物，則適用於土地財產權的法律，不能適用於礦及森林，這是很明顯的事。

### 二七九 森林的利益

有了上述的前提，再讓我們把一個森林的特殊功用，簡單的說明一下；它的這種功用有四。它的第一個功用是，森林可供給木料，以備普通與軍事的建築之用，並供藝術上的日常應用。它可以防止山崩，雪崩，並避免植物泥土受到沖洗，及雨水逾量蒸發。它保護泥土，以避免強烈的日光，使水分多量儲藏，使風勢變爲緩和，並使空氣較爲清潔。此外，我們必須注意，勞力與資本在木材工業中，

其活動範圍，實較在農業中爲小。森林可藉落葉而享受肥料的利益，且是多年生的。自然似乎意欲保護其自己，以免人類專斷的處分。

## 二八〇 森林是否需要公家的管理

凡是森林事業的一切可能制度的代表者，對於森林的特種性質與功用，多少均予承認，他們有擁護絕對自由者，有主張管理者。前者堅信社會利益與森林所有者利益之間的調和，乃係致力於有價值財產生產的活動力自由發展的自然結果，故國家不應加以干涉。經濟制度中，各私人利益，爲全民的幸福起見，可有自然的不知不覺的本能的調合，上述的理論，乃以此概括的信念爲其基礎，似乎是毫無可疑的。但這一種基礎是錯誤的，前文已經說過。人的利益，不是盲目的自然勢力，會受到震動，動搖與變動，卻是倫理勢力，不甚需要自由之助，此爲歷史的有效原則。它包含着自然加諸人心的影響，但還包含着人心對於自然的節節勝利，此種勝利常爲較重要而徹底的。在這一種的解放作用中，自由，套着章科的語氣來說，表現了它神聖的本質或起原。

## 二八一 就發展的現狀看來制限是必要的



在我們目前所持的議論中，所有人的利潤與公共的利益，顯相反對。假定有這麼一個社會，因為當地的物理狀態，需要森林地的永久保存。此森林地的所有人，為依從一般的需要起見，應欣然限制其行為，只砍伐一些已死去和將死去的樹木，並隨時修復為風雪摧殘結果的損傷。如果木材可以大量生產，他和他的繼承者須情願靜待着他們資本緩緩的重造，儘管它往往是不可特的，縱然一次不可預見的意外事故或將摧毀大量的木材，他們仍須守候六十年以至一百二十年，以待每一顆樹有着長足的發育。在這種情形之下，一個私人對於所投資本，勢必不得不放棄其迅速而優厚報酬的念頭，賠累多而獲利則微。我們是否可作此想？我們是否等待着任何機會，使利己心微幸得以常態的轉變為英雄氣概或利他心，一如孔德的門徒所云？我們是否不需要比較上人為的鎖鏈，或者如果有着不需要此種鎖鏈的理由，那末是否不需要一個建築於自然亦可謂『自然的醫藥』之上的經濟制度？我們是否可以這般公然的忽視了人的個性的特質與趨向？

二八二 制限是拙劣的但常需要如此

培卡利阿於其著名的講義公共經濟的要素中，曾謂一個工業的管理必須是自由的，各種的

利益聽其自主，並任其自然發展，於此過程中它們必趨向於合一與平衡；但他又云，如果我們發覺某個私人利益並不或遲遲加入公共利益，或者欺詐行爲的發覺遲緩而不易，則威壓性的立法的規律便成必要。撇去了此原則，並了解森林問題中利益的不調和，他變成了控制政策的熱烈擁護者，並攻訐破壞自由的危險。此種自由，門哥替（Mengotti）與羅馬諾西亦曾加以評擊。門哥替謂，法律不但應禁止犯罪行爲，即輕率與愚妄行爲足以損害他人者，亦應加以取締。放火焚燒自己的房屋，如果其可能的結果足以延燒鄰屋或竟全城，則此種行爲能否算是正當？如果一個人不能贊同癩瘋，鼠疫與狂犬病發現於通衢中，或一個產業的所有人設立繩廠或米廠於其貼鄰，則禁止森林所有人爲其自己的利益起見摧毀其林木或剷除其在峻嶺上的土地的草泥，也是很應當的。羅馬諾西也不會想到，不干涉主義，自動的或被動的，須適用於山崩與雪崩的場合，他認爲私人的營利心應藉公力就社會的利益而控制之。他說，你既然爲私人管業的運河制定規則，使街道不至被淹毀壞，那末在意外的危險可以頃刻毀滅全境或使受洪水之患的多山區域中，制定規則以防止山崩，不是更有理由了嗎？

## 二八三 制限須是保守性的

公力約束，不能僅視假設理由或未經證明的意見而定，卻須根據十足顯示有害於社會的事實，因為這是一個限制個人的自由所有的問題。制限既以此種事實爲其着眼點，則其力必須足以防阻通常因採伐森林或剷除草泥而發生的洪水之患，以避免農業，墾植，地理的或土地的堅固性上發生損害。森林有助於泉源的持久與有節，極有裨益於農業與墾植，這是誰也不能否認的。森林對於地理上持久性的影響，也是誰都不會置疑的。洪保德（Humboldt）謂樹木有助於泉源的豐富，並非由於它對於空氣中水蒸氣的特殊吸收力，一如一般人久所置信者然，卻是由於它的保護地土的功用，使其不致受到強烈日光的照射，而減少雨水的蒸發作用。河床在一年中的有些時候變成乾涸，但當高地多雨的時季，則河水不免暴漲爲患，這就是破壞森林的惡果之一。在山嶺的高處，如果沒有青草與樹根，苔蘚也乾枯了，則雨水降落後，必不復能循其常道，注流於業已飽含水分的田野，於是洪水突發，四鄉受其糜爛。森林的毀壞，常久泉源的缺乏，以及激流的頻繁，乃是三個有着密切關連的現象。馬許（Marsh）於其人與自然一書中曾謂，森林毀去後，水量變成不規則的，

降落的雨雪不復有多孔的疎鬆的植物泥土予以吸收，奔越凍結的地面，取道流域而入海，不復浸潤一部分有濕氣保持力的泥土，以供給爲四季不斷的泉源所必需的濕度。泥土因失去了落葉的覆蓋，犁鋤之下，成爲碎粉，這是因爲它並無纖維小根爲之維繫的當然結果。因了日曬風吹，泥土乾燥，變爲塵埃。地面不再像具有吸收作用的海綿，而變成一片塵埃；雨雪所致的山洪，沿着山坡下降，攜走大量泥質，因此增加水流的機械力與浸蝕作用。此大量的泥質，從山崩中加入散沙與碎石的補充，填滿河床，迫水流注入新的流道，而妨阻其入海之路。小的溪流，缺乏了它們原來的正常的供給，並失去了樹蔭的保障，夏天因過度蒸發而溪水乾涸，春秋兩季中則又漲溢爲患。因了上述的原因，高地不斷受到浸蝕，河川湖沼的床身則日見顯著的填高。列可侶 (Reclus) 看到濃密的林木，實爲避免一切雪崩頂好的方法，其結論是，凡沒有樹木的地方，便沒有人煙；樵夫手中的斧，無異戰勝者身畔的劍，曾使整個的人類，其生存爲之破壞，其人口爲之大減。

#### 二八四 意大利學者置信於森林地的管理

森林需要管理，以保存泉源與泥質的理由，從意大利學者的著作中，可以充分表現出來。例如，

門哥替 (Mengotti) 謂因了人的粗忽而在未能征服自然以前，自然依其一己的自由意志，於高原、橫嶺及山腹等地，爲其自己覆蓋了各種有葉的植物。當然這是它所採用的最有效方法，以妨阻並留住雨雪，使之不致立時注入流域，而造成湍流湧急的河流。一個大森林，可憑藉着樹根、殘株、樹皮、桠枝、樹葉及植物所具備的一切奇異作用，容留巨量的水分。樹葉的繁茂，松樹樅樹的毬果，從樹梢到樹根、軀幹漸粗的層層列列的不計其數的桠枝，粗厚的有時尙附以鱗狀物與罅隙的樹皮，以及富有黏性的樹液，凡此種種，都適宜於予水流以一些障礙。斯托柏尼 (Stoppani) 認山崩乃完全由於地下水泉浸潤與流動之所致。林木第一可藉樹根的交叉作用使鬆散的泥土附結一起，第二可使雨水不致直接落於地面，而須迂緩的經歷到濾水器的作用。而在相反的情形之下，浸蝕作用的得勢，實爲當然的結果。美塞達格利亞 (Messadaglia) 從同類地域觀察與具體研究的結果，獲得幾個因砍伐森林而發生的不易令人置信的惡果。依於某種的情形，這種惡果爲分水界的沖毀，泉源的閉塞，湍流的形成，暴雨下急流的改道，及河床的填高。如果就特定地域說明此種結果，我們必須知道對於此地域的本身以及此地域在類似與不同情形下與其他地域及此地域的過

去情狀之間不甚易的比較，應加以深切注意的觀察。於是以此地域爲出發點，我們便得依據氣象上與水路測量上的情形，把此議論推用於廣大的地域。此問題在其根原上，非常錯雜，胥視各地種種特殊情形而定。這些設問的解答，不能充分加以確定，更不易歸納於一個一般的原則。含着蒸發作用的廣大流域的密邇，溫度的高下，風的勢力，以及地面的地形上的結構，凡此種種現象，如果不予注意，則欲明確判斷森林對於雨水的數量與其按年分配的影響，是不可能的。森林的影響力，會受其他因素的支配，這也是很可能的。至於要知道某年中或大致從某一時期至另一時期內森林對於雨量分配的作用，我們還須注意到其他的決定原因，例如溫度、風、泥土的性質以及地理上緯度的不同。至於水流的速度，則地土的情形，樹木繁茂的還是草木全無的，卻是一個支配的因素；樹木可以改變泥土的水分吸收力，並減低水流的速度，特別是在沿分水界的地域，達於比較上很顯著的程度。總之，森林的幾何作用，也就是它對於雨水的分量與調節的影響力，祇含着改造的補助的性質，特別是在與其他這些基本的一般的原因相提並論的時候，因爲後者乃與雨水的主要條件有關。森林的浸潤作用是比較的有力，有時且是很澈底的，但在這裏我們也須注意到不要犯

着議論過於籠統和絕對的毛病。

## 二八五 管理的規定是不容易的

爲調節與保留充分，並使土地適宜起見，我們姑且承認，對於山邊的森林，應設立管理制度，但對於平原上的森林，爲氣象學上與衛生學上的理由，是否也需要此種制度的設立，而且也需要此同一的管理程度與一般組織，這卻是個問題。洪保德 (Humboldt) 相信森林具着冷藏器的作用，正如吾人所云，它保護地面，以避免烈日的薰蒸，增加草類的生長力，因了樹葉的濃密，使此生長力更因烈日的炙灼而增加。阿刺各 (Arago) 謂森林在某些場合，可使氣候較爲溫和，而在其他情形之下，卻產生相反的結果。該律薩克 (Gay-Lussac) 謂林木對於一地氣候的真正影響，我們不能得到肯定的結論，此一問題，其性質至爲複雜，欲求解答似不可能，或至少極爲困難。部桑哥 (Boussingault) 曾在中美洲地方，觀察過在同一的緯度，在距離海面同一的高度，以及在地理上同一的情形之下，森林使氣候變成陰涼的作用頗不一致。培克累爾 (Beccqueral) 引證同一事實，並說明之，一如部桑哥 (Boussingault) 所云，謂森林對於氣候的廣大影響，須視森林所佔的面積，樹木

的性質及其高度，樹葉所具有的蒸發力，它們感受冷熱的難易，以及泥土與下層土物理狀態中的固有性質如何而定。又云，森林構成一個低風的屏障；此一屏障的功用當然乃以樹木的高度為準。我們可以指明一點，就是帶有瘴氣的潮濕的風，於吹過一個樹木後，此種瘴氣就會消失不見。利哥得利爾 (Rigaud de Lille) 謂在意大利某些區域，林木的屏障使熱病絕跡，其在未有遮蔽的地方，則易受傳染病的襲擊。馬許 (Marsh) 於其時砍伐森林在氣象學上的影響，作有力的批評時，初未忽視其很大的不確定性，但又云，夾有冰雹的暴風雨，幾常引起電流故障者，其在林木減少之處，發生必較頻繁而猛烈。在這意見紛歧之中，美塞達格利亞 (Messadaglia) 因作聰明的結論，謂從科學的觀點，森林在寒暖計上的影響如何，尙成懸案。誠然，阿刺各 (Arago)，該律薩克 (Gay-Lussac)，培克累爾 (Bequerel) 及馬許 (Marsh) 的見解，如上所云，其距絕對與肯定的解決之途，爲期尙遠。在疑問尙存之時，因了氣候寒暖的不同，聰明的立法者決不能遽爲管理制度，樹立一個一般的固定的標準，僅能視特殊情形的研究成績，因地而異其推行之法。他處置此制度，一如其向日應付稻田問題者然。換言之，他如欲完成其任務，對於推行管理制度不能專門且一成不變的地



方，非爲地域性的易變因素，預留一個充分的伸縮餘地不可。

## 二八六 管理不能以工業爲目的

有不少的人相信，森林地不管它坐落何處，爲保障木材工業起見，其管理是需要的。此種見解，對於十七世紀以後的法律，頗有影響，及至今日，因林木大批砍伐的結果，使供給燃熱與建築之用的林木，日有匱乏之虞，此見解仍能維持於不替。但我們並不想，以工業保護的動機爲基礎的管理，是很正當的。我們對於無拘無束的自由意志，固然明白表示反對，卻也仇視國家過分的管理。如果個人爲圖謀其一己利益起見，顯然忽視了保證社會永存不替的利益相關性，這時我們纔希望國家出而加以干涉。但在木材的生產上，此種情形並不存在，而且不能存在，因爲競業與自由，應用於一個工業的時候，纔是獲得最大生產的唯一方法。社會需要木材，私人的事業心，將以森林的充分與專心的培植，供給此種需要。林產的價值一天增大一天，使林業不但在其固定工業的特性上，得了一個保證，且獲得了一個繼長增高的推動力。誠然，各地木材市場的變動，並不一致，其漲落的現象亦常不依同一的方向，乃須視當地易變的情況而定，但謂林產價值有着顯著的增加，則亦有

其同一的確實性。時至今日，世界各處的森林地，幾均有顯著的減少，因此經營林業以謀木材的出口貿易，雖有時因運費過鉅及他國競爭的結果，使利潤大為減少，卻決不是無利可圖的。但若平原森林的管理一旦撤去，則木材的運費，充其極亦必不如林木運自山地的成爲嚴重的問題，此事也值得我們去研究的。我們試設想着，個人利益與自由的制度縱然存在，木材供給的缺乏，仍然是難免的。例如，在工廠中，白煤、褐炭或泥炭取代了木料，它們供作實用，而取費極少，試問我們能把此種材料擯於工廠之外嗎？它也不能滿足廣大的國家利益的需要，例如國營的航政、鐵路與電報，因爲現代的國家於廢止『採伐』的地役權後，使其森林的一部分變爲不能讓與，而使之專供社會與軍事之用。人們有時認爲這種保留，在人類生活中的某些場合，並不充分，但餘下的私有林產，不問其坐落於國境內也好，或國境外也好，若謂不能或多或少的供給此假想上的缺乏，這是不能想像的。

### 二八七 基於物理損害動機的管理並不發生損害賠償責任的問題

誠如卡利阿所云，在或種場合，如果個人利益決不會或很不易與公共利益調和，國家就應加以干預，則其必然的結論就是，基於經濟制度的條件的管理，已無其他邏輯上的存在理由可言。

森林材料不斷的大量供給，爲威尼斯參議院議員馬科巴爾比 (Marco Balbi) 所述及者，當限制森林財產，祇以防止水道、工業、農業、地理構造及在有些地方居民健康，因砍伐森林所受的損害爲度。至於其他的一切限制，如非必要，就是破壞了個人對物的自由。凡是必要的合理的限制規定，不致發生任何損害賠償責任的問題，因爲它並不妨礙所有人的使用，而僅禁止其濫用，以免損及他人的權利與利益。管理純粹是一種消極的辦法，其設置的目的，僅在阻止所有人在其坐落於山邊的土地上，以砍伐林木或剷除草泥的行爲，爲害於社會，在這種事實條件之下，此損害賠償的概念，當不能與任何法律原則相合。

## 二八八 礦業的特殊情形需要特殊的法律

礦業法，依於此種採掘工業的特性而制定者，須與實際情形相合，並隨工業本身的發展而爲修訂，這是天經地義的事。當礦藏尙爲地下孔穴的時候，其所有權僅視爲土地產業的一部分，但當礦床需要深的礦穴、橫坑、豎坑及隧道等網狀組織時，它就逐漸變成與地面分離的財產。起初工業尙未發達，羅馬法規定礦坑屬於地主所有；其後當君士坦丁 (Constantine) 朝，社會略見進步，特

別是在大理石礦區域，法律允許從他人土地中採掘大理石。

## 二八九 礦業法的歷史

在羅馬帝國滅亡後的時期中，礦業與礦業法上顯然發生同樣的趨勢。有過一個時期，其時礦業尚在幼稚的與全然淺薄的階段。在此時期，土地所有人的權利，絕對支配了此種工業。其後此工業開始需要雄厚的資本，土地所有人纔承認了礦的獨立，而維持開發的管理權，並保留探礦與監督的權利。再後，這些權利，漸歸諸侯所有；地面所有人則除取得礦口採得物的一部分外，尚可享有礦床產物的一部分。嗣後王室又取諸侯的地位而代之；礦藏至是乃成爲王產的一部分；國家享有全境土地收用權，賜給礦的開採權，監督其業務的進行，並課以鑛稅。在此時期，地主享有權利，與受自封建立法者同。隨後礦業又有轉變，現代化的礦開始出現，於此地下世界，有大批工人被雇工作；至是礦乃得以獨立存在。礦的權利，歸屬於發見者與開採者，而使土地所有人不受損害，則爲他們的義務。至是，國家不復能行使其王國特權；它對於礦產，不復如前之插足其間，僅以法律與積極承認的方法決定利害關係人的權利，並於開採時出而維護秩序、計劃、正義與文化。從礦業與礦業法

歷史發展中的這種嬗變跡象看來，礦產物從土地得到解放的事實是很顯然的。其次我們應當注意，這一種歷史中演化的趨勢，是否合於情理。

## 二九〇 對於解放礦產權的異議

主張礦產應歸地主所有的人，第一點表示異議的就是，下層土所掩蓋的地方，是一個單純的幾何學上的地面；適於耕種的土地，不以植物土的最上地層爲限，應屬於農人所有，而礦物則爲耕地的部分。欲答覆這一個異議，並不是一件難事。地面與下層土並不分離，也不是有長寬而無高度的平面。這裏的所謂地面，指的是某些下層土，堪以有用於所有人，且可成爲他的實際利益上的材料者。我們承認地面與下層土絕對分離的不可能，但欲某人爲地面與第一層土的所有人，另一人爲第二層地殼的所有者，並非爲邏輯上所不容許之事。這種現象，可以契約或意思設定之，亦可由成文法承認地主享有礦產管理權以創立之。另一方面，我們必須記住，地面的境界常不是礦的境界，因爲依地質學者之說，礦床所佔地位不規則而奇特，其礦脈有着無量數的分支。至於科學，亦常較有助於礦產權之與土地管理權分離，此於古今開礦時所用各種方法中，可以見之：古法尚淺，今

日則有時採深掘法。他們反對兩個區域劃分的第二個理由是，任何人無權進入他人的土地，且地主可依占有權取得礦產。關於此點異議的前段意見，我們所可說明的就是，進入他人土地以探礦與開採之權，可藉地役權的設定以取得之，一方則予地主以公允的補償。而在有些場合，實施探礦工作，無須進入他人土地，僅須從自己的地下，向距離他人地面若干深下的地方，例如一千英尺以下的地方探索。至於此點異議的後段意見，我們可以說，取得的原始與傳來方法，常以知悉與意思爲要件。取得的方式，是一個「權力」的方法，而此權力則需要「意思」，「意思」則需要「認識」。然則就占有這一個名稱的真正意義而論，土地所有人何能占有一個他所未知的礦？不知與不定物的管領，其合理的可能性是不會有的。

## 二九一 礦產的權利不是添附物

反對分離主義的人次乃引證現代法律所規定的亦即最廣義解釋的添附權，及埋藏物原則，以爲土地所有人聲援。礦產不是一種果實，添附的理論卻忽視了這一點；這並不是自己永存的東西。就土地的使用關係而論，從礦產中也找不到一個任何添附物對於其主物所必具的關係。還有，礦產

的價值，超過土地價值甚巨，所以若以土地爲主物，很可使人生疑。關於埋藏物的理論，其與礦產之間，我們亦不能找出一個強有力的類似性，因爲埋藏物是動產，礦物則否，埋藏物僅在偶然覓得的場合，法律纔把它的所有權劃分爲相等部分，以歸屬於不同的人，礦產的發見，則非偶然，且事實上亦恆非出諸偶然，乃不斷的研究與長期的實驗有以致之。

## 二九二 礦產的權利非可以羅馬法的擬制證之

有許多人引證羅馬法所採的原則，依於此說，註釋者謂土地的所有人，就是上自天堂下迄地獄的所有人，但這種論調實爲基諾達彼斯托雅（Gino da Pistoia）所發明的誇張法，在羅馬法的根原上則一無所據，因爲羅馬法僅涉及關於土地上下所有權的各種限制。例如查士丁尼法典規定房屋所有人於建築房屋時，應注意不得妨阻風勢達於鄰人之打穀場。銅礦於土地出賣後發見者，應屬於發見人所有。台士坦丁（Constantine）承認大理石礦的自由權，其他君主亦承認一個完全的權利，以有利於土地所有人。換言之，開礦者可支付損害的賠償金額，而不承認地面所有人的權利。在羅馬民法學者之意，權利僅伸展及於有用的領域；一旦效用失去，權利即行終止。鄰人

的樹枝，如果在十五英尺以上的空間內，伸入我的土地，我可迫令鄰人刈除之。我可行使權利，在我的地內開掘一井，雖足以阻斷供給鄰地的水流，亦所不顧，但我不能任意將水放去，使成浪費。土地所有人固得從其自己的土地，追跡金屬礦的礦脈，而取得其所有權，但此乃占有權的行使，有以致之，而非土地所有權所使然。

### 二九三 上空所有權

氣界的空間，與土壤及下層土同，亦為私產權的客體，這是無可疑義的，因為除非土地所有人有權享有地面以上的空間，土地的用益是不可能的。我們絕對不能說氣界的空間是沒有形體的，也不是一個物，因此並不構成可供財產所有的物質，因為它賦有具體空間的形體，並且因此具有有用而有價值的客觀的實在性。若謂大氣為一公用物，不宜以為私有的客體，這是不然的，因為公用物的全部歸於獨占的私有，固所不許，而其各部分屬於私人所有，並非不可以的。海洋是公用物，但其近岸部分仍可為私有的客體。

### 二九四 財產權不應受實際利益的限制



下層土不適於公衆之用，謂爲公用物，這也是不對的。它毋寧視爲無主物，就此點論也是宜於爲所有權客體的。一般的通則就是：空間與下壤土的所有權，與地面所有權，乃爲一物。誰取得土地所有權，誰便取得地面以上空間與地面以下壤土的所有權。這二者並不需要特殊的占有。但空間與下層土的所有權，與其他所有權同，須受社會共存的需要及人類的活動與一般利益的限制。私有權須以法律的利益爲其前提，並須受此觀念的判斷。韋科說過，要是一個主張的權利是過分的，或包含着行使上不必要的成分，或與聰明分配貨物與理性適度的概念不合，上述的目的便不能達到。這顯示着私有的社會限制，它是一種活動，發展而爲另一個人的主體的實際利益。人的活動，不能與善的、有用的及有利益的相分離，因爲這些東西沒有活動便不能爲人了解，它們乃是活動的名稱。耶陵明白稱道土地所有人對於上空與地下的實際利益。他對於上空的實際利益就是，他不能剝奪他的土地上的空氣，光線或雨水，不能阻止他蓋造房屋，或因含毒的氣味、煙氣及塵埃的侵入而放棄他對於土地的地位，但他無權阻止飛鳥與氣球通過其土地的上空。羅馬民法學者對於人生的事實有着敏銳的感覺，他們從不誇言所有人的權利，而基於實際利益以維持之，對於

此種實際利益他們有着奇妙的覺知。實際利益亦爲所有人對於下層土的權利的限制，因此在無損於自己的範圍內，他無權阻止他人從他的下層土中取得任何與該他人有利的效用。此種效用，無關於土地的實在的繼續的通常的效用，亦無關於它的耕植及正常使用，而在它的所有人實際利益的範圍之外。若以技術與工業方法的現狀爲基礎，而認一個迥異的享有的可能性爲實際利益，這是不合理的，因爲在這樣一個假定的條件之下，土地所有人只要利用着現有的科學的與技術的方法，在大多數情形，就能享有礦產，發見者勢將難於取得開採權了。依着這樣界說的實際利益，就不是需要廣義解釋的發見者的原因，而毋寧是土地所有人的原因。現在有一個強有力的主張，以爲予發見者以礦產所有權較爲公允。就勞力說或就人格之點看來，凡經發見的礦，不應屬於土地所有人所有。依勞力說，個人活動所在，所有權始隨之存在，土地所有人既未有所活動，故不能爲礦的所有人。礦的發見，端賴發見者的活動，故其所有權應歸屬之。至於個人的人格，則反映於物，並遺留其標記於其上，以此人格概念爲出發點，亦可得到同樣的結論，因爲活動於礦者，爲發見者而非土地所有人。

至於目前理論的經濟上理由，我們可以看到，敦諾雅 (Danoyer) 在他的工作的自由中，有着矛盾的見解；他認礦業爲與農業分離獨立的工業，一方卻又以之歸屬於土地所有人。塞拉 (Sella) 是一位有資格的權威，他表示礦的開發，需要一個概念的嚴格的統一，因此礦不能劃分如土地然。礦業在礦床散佈各處，需要挖掘深的坑道的場合，常遇到種種經濟上的困難。坑道的深度增加，費用亦須增加；所以在較大的礦產中，縱然以智慧與經濟的方法經營之，其贏利亦終不如一般工業的豐厚。如果再加上土地所有人對於礦的股分的主張，這樣必然減少了礦的深度，而忽視了礦業未來的命運。此外，經驗告訴我們，在礦的獨立制度未經承認的國家，土地所有人代表國家的主張，他們的財富較爲大宗的假定，他們進取心的缺乏，以及他們對於摧毀土地生產力的恐懼心理，在足以妨阻礦業的發達。我們亦不盼望此種障礙，可因礦主的組合而大爲減除，因爲此種組合常不免遭遇重大的實際困難，而且欲藉個人的才能克服此種阻力，亦屬於事無補。此種觀念，確係實情，且與礦業發展的特殊情形相對，因此纔有今日國家干涉政策的出現。於此干涉原則之下，國

家應除去礦業的障礙，獎勵礦的發見，以地理上的研究工作扶助礦業，制訂法律禁止今世的人把所有礦藏開採盡，管理礦場中女工童工的雇用，設立礦工學校，限制礦工的工作日，厲行安全與衛生上的預防設施，以避免氣體與爆裂物的有害作用，贊助工人間慈善與年金組織，並便利礦產物的運輸。但除保護礦業與制訂技術規則的工作外，國家不應更有所作爲。它應解決礦產權上的問題，但它雖負有此項任務，卻不能創設一個所有權，而僅限於承認並界說之，正猶之奧地利法典的繼承法令承認並界說一個已存在的法律然。

## 第八章 工業財產權

### 二九六 工業財產權的重要性

工業財產權發生於製造工業中。它以財產權的主要基礎，亦即人格原則，爲其辯護的理由。它值得我們專章加以研究，不僅因爲它在今日所獲得的極大重要性，更因爲它是嚴重反對與批評私有制度者的攻擊對象。在這裏，與在同類討論中同，爲欲就法律之點明瞭並研究事實起見，我們必須記住不少個艱奧的經濟學說。法律常爲一個比率，一個規則，一個量器，依所適用的客體的性質而異其態樣。在本問題中，以經濟方面爲主要着眼點。

### 二九七 資本與勞力的利益根本爲一物

一個製造工業，以勞動及其工具爲其條件。勞動的工具，有原始的與傳來的兩種；前者就是自然的力，後者則包括於資本中。在勞動與資本之間，並無也不能有一個原來的自然的敵對形勢，因

爲前者是明日的資本，後者則是昨日的勞動，這個道理我們已不止說過一次。所以在理想上，勞力和資本作對，就是同其自己作對，如謂勞力是資本的創造者，那末也可說資本培養勞力，而變爲它的恩人與指導者。在具體上，需要勞力的人，其利益在能以最低代價獲得之，而供給勞力的人，其利益在能以最善價出售之。於是彼此間發生爭執，其情形頗類於消費者與生產者間的交易，因爲一個只願出最低的價格，一個卻索取最高的價格。不但如此，交易的條件，可以有利於訂約之一造，而不利於另一造。最有害於勞方的原因，倒不是資本家的利己心，而是工人的窮困，他們須養贍一個人口衆多的家屬，而積蓄有限，甚至毫無積蓄。供給勞力者競爭的結果，使它的價格低落，而工資的減低，對於工人的生活狀況，便發生極不利的影響。但勞力的出賣，尙有異於他種買賣之點，即勞力的賣主與其貨物有着密切的連結，而他種貨物的賣主則與其貨物相分離。因了這個緣故，所以勞力的價格直接影響於工人，它如果有所減少，他的生計就要受到緊縮，反之，如果它一旦上昇，他的生計也就跟着寬裕起來。它的力量，足以減少或促進他的生活與道德的發展，單就這一點的關係，工人常受勞力之累。他不能成爲主人人格的手段或一部分，如舊日的信念然。不但如此，工人，至少

就其個人而非同盟的立場，遇到緊急時期，並不能撤回其勞力的供給，以待市價的升高，因為如果他並不工作，使得枵腹待斃。而在另一方面，平常的賣主，遇到這種困難時期，卻可減少、停止或甚至放棄生產，而不致受到那樣嚴重的打擊。

## 二九八 勞力是商品

有些學者，不承認勞力是一個交易的客體，他們以為它只是生產的動力，包括人的活動，而不是可以積聚的出產物。他們認勞工的雇用缺少真正契約的特徵，因為工人如果不欲凍餓，便不得不出賣其勞力，而資本家則雇用工人與否，可以自由裁量。他們卻不曾想到生產動力的概念，大致與交易客體的概念，並不互相背馳。總之，資本與生產動力，都是商品。勞力並不當然是人的一部分，而是人的活動力對於自然力的運動，受制於最小阻力律，這是實物的一般趨向，以最小的代價完成最大的效果。人並不是生產的工具或協力者，卻是主體與目的。自然是客體，勞力則為人與外界之間的一個有生命的聯繫。勞力，就人的活動的立場而論，其實並不是商品。它變成商品，並非由於它的可能性與內部作用，而是由於其自身以獨自動作及特定目的發展與表現的結果。依此意義，

勞力有着交易的價值。它可以化爲金錢，而變成一個人產業的一部分。在一點上，不能積聚的，也只勞力而已，此外尙有其他物體，與勞力有着同樣的情形；例如，一個鮮蛋或莓實，從沒有人會否認其商品的特徵。一個資本家誠然可以自己作主，而不需要勞工，但須以不利用其資本爲條件；如果他欲將本求利，非有工人不可；——只是資本家比較上好整以暇，不似工人的亟於謀生而已。

### 二九九 勞力的價格是二重的——時價與自然價格

勞力的價格是二重的，爲時價與平均價格。時價由供求關係決定之；平均價格則爲另一端的擺動所傾向之點，代表生活的方針，亦即滿足的總和，其間就有着資本的積聚，此積聚的工作勞工階級實熟習之，拒絕此種工作而於他們可無影響，他們從不會存過這種念頭。生活的方針與時俱進，包含着新的利益，工人認爲不能獲致者。時下工資，漸達於平均數，此因競爭關係，不能昇至過高的緣故。它也不能降至最低工資之下，否則工人便無法維持其生活。若謂工人的增加必然的發生工資減低的結果，這也是不足置信的，因爲工人的增加常與工業的猛進相呼應，於此就發生工人與工資同時增加的現象。而在另一方面，因了經濟與社會的進步，道德節制的效能較爲人所重視，



這也是不能否認的；此道德節制，具有一種預防的效力，由於一種心智能力的作用，其發展與生殖力並不成爲正比例。統計學上告訴我們，在比較前進的國家，財富較多，人口較衆，物價也較高。在我們的今日，物價誠然已經增加，但工資也何嘗不較過去爲增高。著名的工資鐵律，欲把工資減低到勞力生產的單純代價，此固異於拉薩爾（Lasalle）及其後社會主義者所稱的工資鐵律。物價的準則與生產的準則相聯繫，工資的準則視勞力的需要而定，勞力的需要則視資本的數量而定。資本的數量，有賴於出品的積聚與其需要，而生產的數量，則以中間的勞工生產力爲其根原。生產有了增加，工資必上昇而不低降。在今日工會組織的局面下，工資鐵律不復能肆其威力，原來此種組織不但阻止工資的減低，甚且要求在目前的經濟情況中，工人應給以最大可能的進益。我們不應忘卻，生產的增加，對於雇主與工人雙方，均有莫大的利益。第一點應該明瞭的，就是高的工資，可以保持工人的體力，並覺醒其心智上的特長，其結果必使工作有所改進。第二點應該記住的，就是限制生產，對於工人大爲有害，因爲勞力的需要減少，工資亦必低降。而在另一方面，如果工作的生產力強，換言之，工作較爲緊張而敏捷，生產必然增加，勞力的需要也就增高。同時，工作既較緊張，工作

日就決不會短縮的，工資有了增加，工人生活必然有所改善，其結果定必繼以生產上一般與顯著的增加。工人的組織，大有助於工資的增加，而在生產趨向於增加的時候，最爲有益。如果生產並不增加，工資的增加當然是不可能的，因爲資本家的雇主必須保有其最低限度的利潤，低於此他們是不願意的。這時，工會便不能完成它們的任務，並對工人的利益大爲有害。在這裏，還有一點值得我們注意的，就是一件出品的需要常不與勞力的需要成爲正比，例如某種出品早已完成又如某種奢侈品的需要中止或減少，而另一種出品的需要發生或增加。在此最後的情形中，資本必捨此工業而就彼，於此我們不能推斷而謂工作增加與否。

### 三〇〇 勞力含有財產的性質

就法律之點而論，工作常是一種財產。如果從它以爲人的活動的可能性，從事於財富的生產這一點看來，它是一種原始的財產，因爲一個人是他自身及他的能力與關係的主人翁。它是人的行爲中一個獲得的財產，因爲製就某物，其性質異於其他可出賣的物品。工作在人與其所有物不可侵犯的原則中，亦自有其地位；工作契約應受尊重，正與有關財產使用的其他契約同。因爲如果

它以善意訂立，且亦無背於契約自由，便是有效的契約。經濟上的供求律，在理論上顯示着，它決定勞力的時價，並使與平均價相接近；於是乃有交易的充分知識與自由，也就是公平的原則。公平的意義，就是比率、平等與均分——此一概念。可得之於經濟定律的理想中。一言以蔽之，需要顯示着物的效用。出售代表取得的權力，二者合一之點，就是它們天秤上的中心，它們的平等與均分。在勞力方面，我們也可看到這個合一之點。在勞力大量供給的場合，不能有一個僅堪溫飽的生活，也不能有這班工人最大急需的滿足，但生活的一切需要，不斷在增加中。關於此點，丟哥（Turgot）甚至李嘉圖（Ricardo），曾給予我們一個很明白的觀念。勞力在每一種有報酬的制度中，常是一種財產，即在以抽籤的最簡單的方法分配產物的漁獵時代亦然。其後工資制度出現，這纔是工人與資本家間的真正交易，前者希望安全與直接給付，後者則但求其時間的自由。工資制度有着兩個缺點。它是立基於時間制度上，不依勞力的量與質而為給付。因此它離間了工人與投資者。工作，以成就的數量為準，此在一致動作與可分產物的情形是可能的，如此足以刺戟工人的活動，而有益於事業。這是最完善的計劃，但祇在工作與固定資本比較下佔着極重要地位的工業中，實施時始

不見多大困難。法律應先認識了一切的情形，然後纔能扶助並獎勵最適宜的有報酬的制度。

### 三〇一 工會組織乃以勞力的財產權為基礎

工作含有財產性質的概念，既如上述，我們便很合於邏輯的再來討論工人結合的權利；他們以和平的方法互相結合，無損於他人的自由，並協力合作以提高他們的工資。工人的罷工與同盟，形成一種勞力的一致行動，因為工人信賴於普通的結社權，此時一致退出供給市場，停止勞力的出賣，以靜待提高工資的時機到來。在這種情形，工人的所為，正與每個商人所為以最高價格出售其商品於需用的人的行為同。國際職工協會承認罷工違反經濟原則，增加勞資雙方的仇視，但也相信在現存社會組織之下，這實在是便宜的方法，以救濟工人的報償，庶免資本暴政的凌虐，並以刺戟貧苦階級改革法律與社會制度。我們必須記住，「國際」曾有一個自新的計劃，可藉著名的社會清算方法以完成之，如果不灌輸無產階級以嫌惡社會之念，這計劃便無法實現；計劃的完成，有賴於騷擾、苦痛與窮困的發生，這就是罷工的必然的唯一的結果。在這點上，同盟，不問是工會也好；「同業公會」也好，其所以異於「國際」之處，因為工會通常並無哲學或經濟的革新計劃。它

們雖向資本鬭爭，但初不欲破壞它，並取代人爲的結合，僅欲有以改善工人的生活。工會所採取的方法，並不違反法律，只是互助與同盟，先是自衛，其次乃取攻勢。

### 三〇二 工會史

罷工是工會的效果之一。在上古希臘與羅馬時代，除了商務上的專斷外，工會是找不到的，因爲其時一切勞役均由奴隸任之，在藝術與工業中工資是無份的。及至中古時期，勞役開始解放，於是工業聯盟有存在的可能性，羅馬法施諸商務專斷的刑罰，於此聯盟亦適用之，使工業成爲國家事業的一部分，並使物價與工資的決定不操於個人之手。其後又一新時代開始，學徒制的廢止繼以勞力的解放，使不復爲政府所有物，而自成一自然權利。因了勞力的解放，工會組織乃爲法律所承認，而自此不復被目爲犯罪行爲。但法國革命卻戒懼於每種結社，因爲它深怕「基爾特」與其他獨占組織的重見。因此它並不視工人同盟爲一種權利。從那時起，工人的罪名，非以公力的僭竊，而以工會或同盟組織爲根據。但經過相當時期後，此種恐懼心理終於全部消失，而變爲信任的態度，因爲國家一方終於明瞭時代的進步已使「基爾特」制度的重建爲不可能，一方更把結社的

精神加以轉變，使產生巨大的裨益。在今日差不多任何文明國家中，此一概念，已使我們目前討論的工人行動，從犯罪境界中解放出來。

### 三〇三 工會組織是合法的

一個工會，並非不合法的，因為人的暫時結社的行動，本身就不是一個犯罪行為；利用這種工具以提高工資率的權利，也不能是違法的。欲持反對之說，我們勢須證明每個同盟組織，不問其壽命如何短暫，是違反法律的，並證明勞力並不含有財產性質，這樣不啻全部否認了現代文化的進步。但反對工會自由的人會這樣說，這一種犯罪的真正基礎，並非在於各別觀察下的它的要素，而是這些要素的總和及其結果，這種結果，大致是道德上的要挾，供求律的擾亂及社會秩序的失常。很可奇異的就是蒲魯東也抱着這樣的見解，他確認工會是以暴力危害社會自由與破壞國家經濟保障的一種結社。但上述的所謂要挾，意欲限制他人權利者，其實並不存在，因為工會准許工人的行動，並無因此而禁止顧主自由行動之處。工人同盟之旁，留有雇主同盟的隙地，這樣自由也算得是圓滿的了。於此場合，我們可以見到權利的真正平等。還有一點的反對，謂自由同盟足以擾亂

供求市場的正常變動，往後我們可以看到，這也是不對的。工人的同盟，常施影響力於人口或資本，以達其提高工資的目的。在施影響力於人口的場合，它們便得致力於限制勞力的供給；但這個計劃，非以威嚇、暴行或欺詐，是不能實現的，在這點上自須受法律嚴厲的取締。工會與「國際會議」常予我們以這種暴行的例子。在施影響力於投資的場合，它們決不致破壞物價的定律，一方資本仍得增加而不中止或妨阻工業的發展，一方物價也得接近於分配上的公允。但工人的生活狀況，常足以影響流動資本，由他物價格增加的結果使工資亦有所增加。於此情形，工資的增加，由消費者負擔之，經濟的定律並不受破壞，因為物價低廉的希望，乃來自生產力耗費的減少，而非來自工資的受到限制。不但如此，物價的決定，尚有着其他的原因，此種原因常與供求原則無關，工人同盟自無法控制之；習慣即其一例。我們必須注意的，就是工人同盟如果不能達其目的，供求律便無所變動，並反抗其不合理的主張，正如得爾歸提司 (Del Giudice) 於其工業同盟中所云。

### 三〇四 工會組織不能以其有非法行動的傾向而加以取締

講到擾亂秩序的問題，罷工之舉，對於社會全體常發生最不幸的結果，尤其是在大規模與長

時期的罷工中，關於這點，我們不欲加以否認。祇要看到英國曾發生過的幾次罷工情形，特別是其中的一次，結果引起雇主的同盟休業，就會使我們深切痛恨於罷工之舉。但縱然承認了因罷工而發生的損害，我們仍須考慮着，一個工會是否僅因其有引致損害的可能，而遂得宣布其為非法的組織。在我們看來，這問題是很容易答覆的，因為刑罰顯然須以違反法律的行為為其根據，而如上所述，工人同盟的本身，初未有何違法性的存在。罷工如果不以暴行出之，我們也不能逕斥之為危害治安之舉，而應保留此罪名（刑法學者告訴我們如此，）應用於實施威嚇與暴行的場合。如果罷工之舉，繼以脅迫行為，致有加暴行於不願罷工者或雇主情事，則刑法即有其適用。工人如有欺詐情事，亦應予以懲罰。但在我們之意，干涉與妨礙行為，如果並無真正暴行的性質，而僅據為間接勢力者，應不予處罰，因為此種事實既無從正確斷定，且果繩之以法，則同盟自由的效果等諸泡影。雇主與雇員間一旦發生糾紛，雇員因為人數衆多，當然不慮受到雇主的暴行，雇主則常不免受到勞方的要挾，因之常會發生一種脅迫行為，此時國家便應臨之以法，以阻遏之。此外，法律對於一個雇主與其工人間議定的任何刑罰條款，應否認其合法的效力，以保證工會契約的遵守，因為任何



人如認一個結社與其自身利益相違反時，有權脫離之。

### 三〇五 工業法理學

結社自由，與工業法理學有着密切的關連。雇主與工人間的爭議，爲什麼不由工業專門法官而由普通法院解決之，這是沒有理由的，因爲普通法院常不免爲遲緩的訴訟程序及嚴格審理的習慣所拘束。此種爭議，常由於一時的誤會或激怒而起；因此，祇須有一個委員會從中調停，即可和平解決。此委員會可以組織一個特殊管轄的法院，可以行使一個簡略的行政裁判於雙方同意提交的案件，而不影響於普通法院的管轄權，或者更可以自居於忠告地位，而保留起訴權於普通法院。

### 三〇六 工業裁判權的劃區

委員由工人與雇主推選之，惟須以無利害關係的第三者爲主席，此第三者最好由政府選任之。還有一個妥善的方法，就是工人的代表由雇主推選之，雇主的代表則由工人推選之，使此勞資兩階級間樹立一個較密切的關係。但爭議的性質，應予辨別，因爲它有時涉及勞資間所訂契約的

履行問題，有時則涉及含有經濟的而非法律的性質的目的與條件。仲裁與調解方法的適用，前者的場合較宜於後者。一個裁判，常失之偏頗與苛刻，因為它原僅具備對於特種事件的管轄權，今乃課以一般的條件，而此一般條件則需要對於環境充分的認識。工作與資本自由的原則，根本為這種裁判所否認着，這種裁判，相等於物價、工資與利益的法律上決定，有着同樣的缺陷。工業仲裁，如果能為工人大團體所贊同，而為制定法所認可，日後必有重大的發展。在此情形，委員會有着巨大的權限，因為它調停此含有經濟性質的爭議的任務，實為一般信任的效果。法國的工業審理會，與英國的衡平法院，二者的任務實有着重大的區別，前者調停並闡明特殊的爭議，後者則調停並闡明一般的爭議。

### 三〇七 利潤猶如租金

利潤為資本的報酬，猶之工資為機械勞力的報酬然。利潤是屬於投資者所有的部分，他以自有的或貸得的資本，投於一個工業，而冒險經營之。這就是資本家雇主的租金。工資與利息，可由在先的合意決定之；利潤則不然。工人與債主不能被迫以其工資與利息提供賠償損害之用。而在雇

主，則遇事業失敗時，決不能主張其資本報酬的權利，以背棄其與第三者所訂立的契約。利潤也是一種財產，因為這是創立與經營事業者的工作的代價。它，補償他儲蓄上的損失，且為他冒險的報酬。在這裏，我們可以找到人運用活動物的效果，所有權也就因而創設起來。利潤是流動的或平均的。前者由資本家雇主的供求律決定之；後者則為以金錢投資經營工業者勤勞與冒險的適當報酬。利息與利潤，乃取決於社會效用的原則。累氏認利息是一件公平的事，因為資本對於社會是有用的，資本所有者投之於生產事業，即為社會服務，服務的價值可以其社會的效用為準。資本家對於生產事業的服務，其為社會所必需，與工人的服務同；利息制度的理由，其所依據與工資制度所依據者同。工人不能無材料與工具而僅藉勞力以生產，正猶資本家不能無勞力而生產。資本家需要一個報酬，以鼓勵他們的積蓄精神，正猶工人需要它，俾有工作的決意。雇主運用一個社會的職能，因為他聯合並支配生產的要素，以滿足消費者的需要。他供獻工作的方法，創設國際的關係，並預見足以阻礙生產的一切情事，而及時預防之。他對於社會的服務，是無價可估的。國家居於他的地位，試問能夠成就些什麼？在國營事業中，企業心與多方經濟的興味，是缺乏的。資本家冒險與經

濟的才幹，實勝於公家官吏。事業如由公營，社會主義者所欲打倒的寄生蟲與居間者，其人數必將視今倍蓰。不但如此，生產必將減少而遲緩，積蓄精神亦將大為衰退，因為人決不願為他人的利益而犧牲其自己的。

### 三〇八 社會主義者與私有

現代社會主義者，攻擊資本私有制度不遺餘力，並認資本的利潤為有罪而不公允。在他們中間，馬克斯的思想尤為人所注意，因為他對於資本，曾有過一番頂有力而有條理的批評。拉薩爾 (Lassalle) 的經濟原則，異於馬克斯，他祇就德國的情形討論本問題，馬克斯則就一個較高的亦即國際的觀點研究之。馬克斯、拉薩爾 (Lassalle) 二人的思想，較之法國社會主義者如蒲魯東、勃郎 (Blanc) 之輩，大相迥異，他們並不自陷於少下科學發見的功夫的空幻理想主義的膚淺，而抽象的理論。德意志社會主義，有着論理學上的特色，以事實與理論的最晚近分析為其基礎，以博學與現代科學上的一切方法為其武器。馬克斯隸屬於黑智爾派的左翼，並信奉福兒巴黑 (Feyerbach) 的學說，福兒巴黑把絕對的理想主義變形為人生主義，排除一切超出普通思想及經驗以

外的原則，及人的本質上空想的投影。福兒巴黑（Feuerbach）的人生主義，是唯物論的，因為一切事物之原的人，其本質除軀體外，便一無所有。主義固然是似神之物，但必須依從人的命運，容許他有絕對的自由，因為它們是他的創造物。在思想領域中神學溶解為人類學，與在政治場合中君主政體變形為民主政體，合而為一。國家必須賦以人性；它是每個人幸福的工具。人之上並無一物，既沒有超人的物，也沒有升至聖列的人，更沒有一個有所多於人或少於人的人格。人生主義決不能適合於集合主義，因為祇有社會人是真正的人的本質，個人必須低首於社會人之前，止如累（Rae）氏所云。馬克斯認人生主義為政治與工業改組的開端，當一般的無產階級變為一個難於抵抗的勢力的時候，此改組工作即為完成。拉薩爾（Lasalle）亦隸屬於黑智爾派，並與馬克斯同，有意於承認自然歷史進化的定律，法蘭西烏托邦主義者對之則絲毫不加注意。

### 三〇九 社會主義的舊理論

我們現在所討論的馬克斯學說，與集合主義及相互依賴主義，有着密切的關連。集合主義者與相依論者，謂在常被視為物質世界最後的認識階段的社會中，經濟問題的發展，會經常為，並且

繼續爲、哲學、宗教、社會學與政治學上一切制度的確定基礎，正猶在自然界中，無機物體（機械的、物理的或化學的）爲有機物體（植物、動物或腦的）的基礎然。在他們的見解，今日的社會可分爲兩個階級：一個是壓迫者的階級，他們過着西巴科斯（Sybarites）人的生活，有權利而無義務；另一個是被壓迫者亦即可憐的無產者所構成的階級，他們命中註定了應該長期操作而無報酬，亦無依法取得報酬的希望，祇受種種束縛的包圍，美其名曰義務。一世紀以前的革命，已使武士的權力爲黃金的權力所取代，舊的封建的貴族政治爲新的但並不稍見公平的中等階級的壓迫勢力所取代。我們必須推翻資本的暴政，並保證勢力的勝利，但欲達此目的，非使農工團體一致團結起來，以與現存奴隸制度搏擊不可，而此奴隸制度的壁壘即爲婚姻與法律。此農工大團結將宣布無政府制度，並把社會依着兩個新的基礎而加以改造——一個是工作工具的集體所有，一個是職能的絕對而一般的均等。耕地、森林、石坑、礦山、運河、船隻、鐵道、電報、工廠與工場，應受集體管理，因爲它們都是經濟活動的工具。職能的均等應與產物的交易同時存在，而產物的交易則受生產所必需的原料的成本與價值的支配，因爲服務既屬均等，當然應該是無代價的。生產者間的利潤，並

無差異，而以互賴互助爲原則。但欲完成此社會清算的事功，便須有許多的結合，及嚴重而大規模的罷工，以致力於國家特徵的廢止，這樣勢必引起工人的大團結。而在另一方面，欲促進個人間的平等，則不分性別的完善而普及的強迫義務教育，亦屬必需。這是社會主義者在一兩年以前計劃。

### 三一〇 社會主義者今日的理論

謝富勒 (Schaffle) 於其近年著就的社會主義的要點中，告訴我們學派與學派間及黨派與黨派間次要的區別。誰都知道，社會主義的內部意見極不一致，其情景與任何其他制度正復相似。整個社會主義運動的目的，乃爲實際社會經濟的根本改造。它的唯一觀念，就是一切生產工具的由私有變爲公有；此所謂生產工具，即農地、森林、工廠與工場。其他的主要目的，則爲勞力的社會化。編制以取代原來的資本主義集團，集合組織體的創設與生產的社會監督，以社會工作原料的共有爲基礎的勞力的公家區劃，以及勞動者間依其各自活動的數量與價值而爲各種出產物的重行分配。依此理想之說，生產者將爲工人而非資本家，因爲其時資本已爲集體所有，生產者利用爲社會所有的工具而工作，無雇主與雇員之分，而僅有一班職業工人，對於爲他們發薪員的社會負

着同等的義務。其結果，盈餘之類的私人進益不復存在，而代以由於工作結果並以其質量為標準的報酬。凡為社會服務而有最大效用者，如法官之輩，以及受雇於公家者，教授、藝術家與思想家，視其工作的功用而享受國家生產的一部分。凡為一種生產事業所必需的工具，應由一管理委員會決定之。社會工業，應由公共組織體的決意支配之。生產物的偶然減少與過剩，應需要一個生產力的保留或社會貨棧的儲藏。

### 三二一 卡爾馬克斯 (Karl Marx)

馬克斯於其資本一書中，以最抽象經濟學者的經濟原則為出發點。加利阿尼謂工作為使任何事物產生價值的唯一原因，價值視工作的費用而定，而一件出產物的價值乃相等於工人在生產時期中所耗費的食料。培卡利阿亦謂價值乃以工作為標準。其後亞當斯密司與李嘉圖 (Ricardo) 二人均認工作為價值的唯一淵源與標準。陸克以及差不多全體的經濟學者，均以勞力為財產的起原。巴斯提阿謂服務可與服務相交換。馬克斯就先假定正統經濟學派的這些概念為絕對正確，隨後以最偉大的推理法觀察其結果。他的體系據為基礎的根本要件乃是在每一次出賣



中，有着一個效用與交易的價值。效用的價值，就是出產物註定以滿足的需要；交易的價值，相等於出產物的交換。也相等於它們的取得能力。在古代社會中，盛行效用的價值；而在進步到以勞力分野爲基礎的社會中，則交易的價值佔着優勢。勞力創設了交易的價值，但此交易的價值中，仍含有一些效用的價值。勞力亦即人力的使用，相伴着神經、肌肉與腦的耗費，它是一切價值中所共通的，並且是交易價值的標準。勞力，也就是價值的創造者，爲社會所必需，而社會亦須有以補償之。馬克斯就憑着這種觀念，以實行亞當斯密司與李嘉圖（Ricardo）的理論。如果汽力紡績機，在同一的時間內，完成三十倍於一個織工的絲織物，則此織工勢必工作一個月，以完成此僅值一日工作的價值的出品。工作的估量是很容易的一件事，祇須以其久暫爲標準，因此，在兩種行業中，如果工作的時間相等，其報酬亦應相等。但此交易的價值，理應歸屬於誰呢？生產與出賣的人，需要報償。他主張因了他的勤勉，已創造了一個真正的價值的多餘。此價值的真正多餘，乃是工作的效果，因爲工作實具有創造一個大於物體單獨賦有的交易價值的功用。資本並不創造價值；工廠把它破壞的價值重行產生；機器亦不生產價值，祇藉工作之力，把它自己的價值移轉於它所製造的物體。如果

工作並不能產生一個價值的真正多餘，那就沒有人願意去工作了。但在獨立工人常爲一個新價值的淵源者，對於工資工人，卻並未予以同樣的報酬。他對於自己勞力的所有權，已被偷竊以去。資  
本家從雇員身上取得價值，而以生產的簡單開支補償之，此種補償，當然少於工作的效用。工人的  
有用的勞力，僅以其緊張的程度及其功用決定之，並相等於工人及其家屬生活所需的食料的費  
用，資本家給以一些代價後，即享有全部剩餘的價值。他從工人十二小時的工作中，享到六小時的  
利益，因爲他們原祇須工作六小時以博取足以贍家的工資。工人出賣他們的精力，以產生六小時  
的繼續工作，此六小時的工作就有着一元的價值，但爲取得此一元的代價，他們卻須工作十二小  
時。這其間，就隱藏着資本異常增加的祕密，伴以不公允的事實與暴政；社會除非廢止了私有制度，  
並創設一個以工作分野爲基礎的集合主義，對於此種不公允與暴政的現象，是無法避免的。

### 三一二 共產主義是極端各別的階級的一個生存標準

共產主義與社會主義的起因，常爲極富極貧現象的同時存在，龐大中產階級的衰敗，勞資間  
優劣形勢的懸殊使致富之術與個人勞績適成逆比，正義觀念因長期革命而受影響，以及低級民

衆因民主政治的覺醒而有所主張。羅射 (Roscher) 於其財政學通論中，謂共產主義與社會主義，所以會盛行於希臘衰微時期，羅馬共和國腐敗時期甚至今日，都由於上述諸種情形所致。因此，我們必須過細研究目前烏托邦派理想計劃的特殊性質，並慎重考慮學者曾以不實不盡的方法研究所得對於權利的知識，及宣傳力的強大。而在另一方面，我們還須記住，應予廢止的專制的「基爾特」，並不會把工人的利益與雇主的利益分開，而爲今日無數罪惡及商業發展遲緩的原因。其時勞動佔勢，待遇的厚薄以技術的優劣爲標準，甚於機緣，這是因爲勞動者由學徒升至師傅的緣故。自公司制度因人類的利益而獲得順利發展的基礎後，便有大量生產的事實，兩個各別的階級亦因以出現，一個供給生產的工具亦即資本，另一個階級則其必需生活的權利有時亦被剝奪以去，並深切感到貧乏的痛苦。像這樣利益享用的懸殊，其不免引起此兩大階級間的猜忌，而終至發生多少含有激烈性質的反響，自屬當然之事。這一種反響，就是現代社會主義的起原，其錯誤思想之可歸因於人類生活需要不能饜足，與其他一切相類似的錯誤思想同。

### 三三三 現代集產主義認經濟學爲文化的基礎

現代集產主義者所鼓吹的原則，是不可信的，因為他們誤把發展的簡單條件的概念，與一個明確基礎或誘因的較複雜概念，混爲一談。我們且來引證利特累等人的話，就是經濟上的安全，固然是科學、宗教與政治上進步的必要條件，卻並不是如下的歷史上進步的動機：從無言時期到神話時期，從英雄時期到處處爲自己打算的時期。胃納當然是人體中不可缺少的器官，也是心與精神感覺的先決要件，但它決不是天才奔放或豪俠事蹟的原因。精神爲國民與國家經濟的原動力，此可以知識、信仰及政治主義對於勞動的影響證之。科學致力於漸次以自然的力量替代人的勞動，因此每天有重要方法的發明；這是心對於物的許多次勝利。基督教信念，啓示着個人人格的原則，而此原則則與社會概念顯然爲經濟學的基礎。在一班集產主義者與社會主義者的心目中，吸收每個活動並否認每個人格的佛教，無疑的應該列於基督教之前，這雖不能說是他們全體的意見，但已可代表大多數人的立場（因爲他們中間有幾位是基督教徒）。著名的巴苦寧（Bakunin）因倫敦中央委員會的授意，於其致馬西尼（Massini）的信函中，於接受無神論與唯物論的責難後不是說過，我們只是些可憐的個人，彷彿是陣陣的波濤，在集合生活的大洋中湧起後，一霎

那間即消失不見最後我們還須注意的一點，就是政治的自由，立基於一個人民的風俗，而擴大其範圍，它恆能助成經濟的自由，但此一發展與彼一發展常非於同一時期內存在，此於晚近美法兩國法律所予吾人的經驗可以證之。我們應該記住，美國是民主政體的國家，在對外貿易上卻曾採取保護政策；至於法蘭西第二帝國，其商業雖採自由政策，但其政府卻全然是一個貴族政治的典型。

### 三一四 資本與勞力並非根本不相容

勞力向資本作殊死戰，是不很合理的，因為資本與勞力原本是二而一的東西。這是很明顯的，資本有了增加，勞力也就可以增加起來，反之如資本一旦減少，勞力也定必遇着厄運。財富分配的現制度，使雇主日見富有，工人則繼續呻吟於貧困之中，這一個嚴重的禍害可藉資本與財產散布的方法以消弭之。此法實行後，工人訓練而為資本的握有者，貧困問題便可得到很圓滿的解決。合作制度即在以種種方法求達上項目的，惜其範圍尚不甚廣；集產主義者，攻訐此種制度，稱之為小暴政與虛偽同情的根原，且較現行資本主義為更惡劣。他們認合作制度乃在創立一個新的階級，

一足立於中等階級的地位，另一足則立於無產階級的地位。但合作制度，目前在工業中，還不會得到一個良好的試驗。共同參與的制度，一定可有着極大的利益，可惜它眼前還在幼稚時期。生財的捷徑是有的，但此外尚須有賴於增加勞工階級工業投資機會的情事，例如某種的便利，信用方法，儲蓄及宜於他們生活的保險制度。工會或互助社的組織，抱着糾正「工人如不欲凍餓，恆不得不俯就雇主的條件」的向來的錯誤觀念的目的，此種有分寸而有效力的團結，如能擴大其範圍，其利益是不容否認的。累 (Rae) 氏指示我們，儲蓄，工會的徵費所得，以及耗費於飲酒與貧乏的家庭經濟中的金錢，從這些數額中，可以看出，握有生活資料，遇有可以利用其積儲以謀生產事業之利的機會，即致力於解放自己的計劃，此種工人，委實不在少數。此外尚有賢明的社會立法，以改革的嘗試，致力於低層民衆的改善與解放。這些改革計劃，其內容為減低生活費用，注意於生產力的增加，工人體力的保存，並培養他們對於此種事態預防的知識。這些改革計劃，常基於一種原則，就是國家的任務，乃在於不致掩蔽個人的創始力而代以國家的創始力的條件下，成熟扶助並保存個人的不健全的活動。它常以保障弱者的自由為其責任。至於勞動的危機與變遷，則可藉一個良好

的保險制度預防之，此保險制度亦爲社會立法中的一個主題。

### 三一五 現制度的不良並不如傳說之甚

社會主義者言過其實的指斥現存工業制度的罪惡，謂其不斷引起重大的危機，由於商業關係中技術的急遽變形與操切的轉變，致勞動人口有着恆久的過剩。但經驗告訴我們，因機器的使用而添雇的人，實較因而無事可爲的人爲多，而且勞力的需要乃隨生產的增加而同時增加着。今日商業與經濟上的危機，視前誠較頻繁，而從另一方面看來，尤其是在採行自由貿易政策的國家，此種危機的嚴重性與猛烈性，較之前一世紀中，已見遜色；輕率與純粹的投機事業的危險，常可以良好的統計設備緩和之，此種設備固爲社會主義者合理而及時要求之者。私有範圍的擴大及個人自由的發達，乃近世進步中兩大因素。社會主義的信徒中，對於私有制度未曾增加並加速生產的見解，也無人能有以證明之。至謂國家的管理視私人的經營可較引起興趣與鼓勵，以及工人於其地位及其未來運命獲有保障後其責任的減輕可以產生較良好的結果，此種見解亦不能嚴格加以維持。拉薩爾 (Lassalle) 謂社會主義如果不能增加生產，在經濟上便無以自圓其說（這話

當然是不錯的；而我們很有理由相信，社會主義的本質，就是它應能產生拉薩爾(Lassalle)與一班經濟學者所要求的結果，他們異口同聲的認寧取的制度須具備一個要件，即於此制度之下，動產、不動產以及一般的財富能完成大量的生產，並養活最多數的人。此種制度，恆為一個私有制度，它蘊蓄着最有力的誘因，並供給最大的生產力量。其次，社會主義也不能顯示其適宜於現代進步的另一因素，即個人自由的原則，不但如此，它所表現於吾人之前的，適為其相反的結果，此係社會主義的工業政策變為活躍，而發展公共管理的權力必然的後果，此際指導與組織集合勞動的全部職責，唯此公共管理的權力是賴。謝富勒(Schäffle)是一位社會主義者，謂社會主義的成敗，胥視生產組織與個人主義原則間合意的可能性而定。此項合意如果不能成立，社會主義即將歸於失敗。他說，除非承認每個個人為其自己的私人利益積極參加勞動與在現制度中，遇有過失與疏忽應受刑罰並依其工作成績分別等次，並利用私人的利益而非出於強迫以指揮巨數的勞動力增加生產，祇在這幾個條件之下，社會主義纔能制勝。謝富勒(Schäffle)又云，他深信社會主義可與自由相調和，但自認眼前它並不能顯示產生此種合意的必要保證。事實上在我們看來，社



會主義的本質。如果一如謝富勒 (Schäffle) 所云，它就永遠不能供給這種保證。社會主義，如果主張以集體所有取代私有，生產的編制，公的勞動分野，及一切集合產物的分配於勞動者，試問它如何能與個人自由的原則相調和？社會主義，以其酷愛平等，當然捨棄了為差異與不平等來源的自由。一言以蔽之：社會主義，如果謝富勒 (Schäffle) 界說得不錯的話，它便根本不能與個人人格的原則相調和。如果它的內容不止如此，那末且讓我們聽聽這是怎樣的一件東西，而且包括了什麼，然後我們可以知道它如何能與此原則相一致。

### 三一六 社會主義與前進

社會主義者與集合主義者，很憑藉着一個模糊而不明確的前進觀念，以為他們立論的依據，那就是運動。伽利略認運動不能無實體，無主體的承受，所以，運動常由運動主體的性質決定之。有了這一個教訓，我們就可明白，前進除非就其受支配於前進物體的事實觀察之，其意義是不能明瞭的，人的歷史上運動，如果不兼注意於人的足以影響其行為的較大情緒與理性衝動力，其性質也是不能領悟的。亞里斯多德謂引起人慾望的原因有二——所有的意思與愛好的感覺——又

謂如果沒有財產，生活與良好的生活均不可能。現代集合主義者的所謂前進，就屬於這一類，因為它認宗教、愛國心及個人主義原則，為殘忍的利己主義的觀念，而遠離之。上帝祇因受人崇拜，宗教祇因受官場的全體，官吏、貴族與一切特權階級，受債權所有者與商人，大小政客，受一切公務員、警察與清道夫，受教士、牧師與異教徒的祈禱，而便加以否認，此無異（瑪志尼 *Mazzini* 於其致意大利國人反對「國際」的信函中曾這樣說過）因空氣有足以致死的病菌充滿於中而遂加以排斥。我們不能因為有許多對於上帝的崇拜行為出於虛偽，而遂抹殺了一切真誠的信念。所以，一般自治替代國家制度的念頭，使人回想起從共產狀態進步到國家制度的人民的幼稚生活。一切改革計劃所從事的，以及社會主義傾全力以求實現的，乃是一種博愛精神，但若捨棄了愛國心，則我們欲在各種社會結合中，覓取此種精神，便非易易。理論的與實際的心，除非先經歷着種種較小的普通概念，便無從接近較大的普通概念。社會主義，於置其自身於較廣大的普通概念的境界並克服國家的局面後，卻遇着一個事實，就是一個民衆是埋藏豐富的土地的所有主，另一個民衆卻棲居於荒地之上。土地不是人類的共同遺產嗎？一個民衆與另一個民衆間的占有，和人與人間

的占有，不是一樣的不公平嗎？國家的取得行爲，與私人的取得行爲，不是一樣的有着強暴與欺詐的情事嗎？

### 三一七 社會不是一個自然組織體

論理組織體的概念，本身是具體的，因為它包括此社會人或統一體，此統一體須視爲一個有意識的主體。這一個概念，誕生於某個成熟時期，並代表兩個互相仇視已久的敵對要素間的調和，這兩個要素，一個是政治的，另一個則是個人的。其始，國家佔着優勢，個人顯着毫無價值。隨後個人佔着優勢，國家降爲慣例的東西，僅成爲一個保護個人的簡單工具。如今集產主義者與相依論者，卻採取一個後退的步調，帶回了舊時的吸收一切的社會的觀念，這是一個自然組織體的幻影，於此組織體中，部分只是一個單純的手段，並無個性可言。此舊觀念，爲現代社會主義者所提倡，而披以工業性富於政治性的外衣，在他們的心目中，爲勞動的自然分配者；我們祇要記住，依此制度的信徒之意，經濟爲科學、宗教與政治發展的決定基礎，則上述革新的觀念是不難領悟的。在這一種制度中，個人的自由，認爲一個抽象而概括的東西，並沒有自然的差別，且與它所涉及的事物完全

分離。但像這樣概括化而孤立的自由，是沒法維持的，也不能不影響於有名的事實上平等（在道德領域內如果如此，那末在經濟領域內也當然如此），有背情理的勞動工具集體所有，及同樣荒謬的能力絕對並一般相等的論理上推斷。

### 三一八 馬克斯學說的批評

馬克斯的主要錯誤，乃從加利阿尼、亞當斯密司及李嘉圖的理論發生——就是，價值僅有賴於工作。效用同樣是一個因素。在冬天，爲欲維持一個特定的溫度，我們便不得不消耗較夏天更多的煤，如果在這兩季中勞動的數量是一樣的話，那末煤的金錢價值在冬天必然較高。拉夫雷（Lafleye）於其當代的社會主義中說過，一日行獵的結果，費了同樣的辛苦，捕獲牝鹿與狐狸各一，但前者可以供給五天的食料，後者則僅足供一日之需，因此牝鹿有着較大的效用，其價值自較狐狸爲大。效用爲價值中不能否認的要素，此可於馬克斯關於社會必需的工作的理論中見之。例如，汽力織機一天工作所得的絲織物，手工織工須費一個月的功夫以完成之。購者對於操作一個月的工人，僅將給以與汽力織機所有者一日出產物相同的價格，因爲他給付的多寡，非以該工人一

月中所耗精力爲標準，而以他所供獻服務的數量爲標準，換言之，他的給付，乃與所產生的效用爲比例。加利阿尼看到價值的這兩個因素，而稱之爲珍物與效用，珍物即吾人今日所謂取得的權力。他誇言兩者的功效，認價值的昇降，皆以此珍物與效用爲標準。但出產物的價格（就是金錢上的價值）並不常因需要（相當於效用）的增加，而步步上升，也並不常因供給（相當於珍物）的增加，而步步下跌，因爲價格乃受出產物的花色，意見，評價，慾望與憂慮等多方面的影響。馬克斯並不遵奉加利阿尼此說，但在平均價值的研究中接受了它的概念，而把交易價值的標準易以勞力，因此便犯了一個錯誤。出產物不但需要耗費於其上的勞力，且亦需要一個人的行動，他對於聽其處分的財富，或僅避免不生產的使用，或寧捨立時發生的效果而着眼於較遠的後果。我們已經知道，加利阿尼、亞當斯密斯、李嘉圖及馬克斯的理論，並不能適用於有許多重要的經濟現象。工資的一般上昇，乃是出產物價值的效果，於此生產事業中誠然雇用着大量的勞力；於此場合，價值的增加，並無生產所需勞力數量的任何增加爲其前因。馬克斯的主張如果不錯的話，則需要較長時間較煩雜工作的生產物，必有着較大的價值。但實際並不如此。事實上且常得相反的結果。一個司關

者的進款，少於一個教員，但他的職務遠較辛苦，其工作時間亦較冗長。一個政府閣員的進款，當然厚於一個教員，但他須有較多的時間，以從事準備與訓練。使報酬發生差異的，不是工作時間的長短，也不是耗費於準備工作的時間的長短，而是服務的社會效用的不同。如果承認了馬克斯的主張，我們對於有着固定資本的某些工業的經營成績，也無法說明其理由所在。這些工業，其獲利理應少於其他幾乎全以工資為資本的工業，因為價值的增加是和所耗勞力的數量成爲正比例的。但經驗告訴我們，事實上常不如此。原來一個資本家並不給工人以出產物的全部價值，因為他必須支付資本的利息，土地的租金，他也必須獲得一些利潤，以爲其活動、犧牲及所冒危險的補償。如果工人就是資本家，那末事情就會兩樣，爭論與訴訟也就不會發生；但在工人的工作時間方面，過去常有一個主張，即未來亦將如此，以有利於供給生產必需物品的人，因為地租是出於自然的，利息也是不可缺少且非不合理的東西。封西培爾 (Von Sybel) 說過，假定有一個製造者，在其他訂約者支付一元工資的平常情形中，某天給付二元的工資。依馬克斯之意，此舉是很正當的，因為此位製造者對於十二小時的工作，是應該支付這樣代價的。但事實上，這位製造者所以願把工資增

加一倍，是因為他已看到自己的事業有着順利的氣象，而不欲失去他的熟練工人。在此假設的例中，如果順利的可能性成爲事實，則此製造者致富之由，便不是他的工人的工作，而是他自己的智慧與市面變化的結果。此時盈餘的價值，差不多可說全是這種智慧與物價變動的結果。馬克斯把機械勞動認爲過於重要，並視工具爲原動力而給以寄生物的名號，這種見解是很不對的，一方他卻又謂資本家指揮與運用生產力的結果，使生產成爲可能。此外他還犯着另一個錯誤，因爲他相信工資的功用僅以維持工人的生活，此點誤解我們可留在下一節裏加以討論。

### 三一九 馬克斯的設想是不確實的

馬克斯的理論，乃以幾個假想的例爲其基礎，前面說過，他的信徒已把這幾個例認爲事實而接受之，這幾個假想頗可使人懷疑，因爲它們與事實並不相符。第一個假定，認一天的工作包括十二小時，但依賴近政府的公報看來，工人的每天工作大概是十小時，其在有些工業中，僅以九小時甚至八小時爲度。第二個假定，認一個工人由其六小時工作所得，已足以養贍其家室，此點與事實更相背馳。第三個假定，認工人被迫工作十二小時，而訂約者僅給以六小時的報酬，如果不能生產

多於必需的利益，即有被辭退的危險。我們祇須陳述這些假定，即足以暴露其武斷的弱點。

### 三二〇 資本與勞力的財產權

從上述詳盡的分析研究的結果，可知資本及利潤的權利，與工作及其報酬的權利，同樣是合法的。資本的權利，與結社及工業的自由，乃來自雇主團結並彼此合意的權利。製造者的結合，而不伴以欺詐、恐嚇或暴行，便不是犯罪行為，此與工人同盟及罷工之為合法正同。在今日，除有工資問題的工人同盟外，尚有限制生產與提高物價的結社。這一種同盟組織，在德國稱“Kartell”，在法國稱“cartel”或“syndicate”，在英國稱“ring”，或“trust”，在美國稱“pool”或“corner”。它們的種類各別，胥視其組織的宗旨而定，或為調節每個會員在特定時期內的生產數額，或為訂定一個出產物的最低價格以資全體會員的信守或分配營業區域。這一切的計劃，全是資本權利與結社自由的合法結果，且絲毫不以欺詐或暴行為其實行要件。如果生產者出於已願，以限制其生產，並與其他生產者議定價格與營業區域，換言之，加入商業社會的同盟或聯合，這是否不許可的？在這裏，權利的行使，與工人藉以組織工會者同，而國家不欲一視同仁則已，否則對於資本家這



個權利，便不能不承認其存在。於此場合，消費者固須受到損害，因為他對於出產物因此須支付較高的價錢，但他應該記住，此種企業組合，足以預防重要國家工業的崩壞，因此大有助於工人。工人就消費者的立場，固然受到相當的損失，但就其生產者的立場，他卻是獲利的。

此  
页  
空  
白

## 第九章 商業產權——著作權發明權

### 三二一 商業產權的意義

商業產權，是商業的產物。以性質論牠是一種居間者，因為牠以貿易交換及運輸的方法，使生產者與消費者互相接近。商業有國內的及國際的二種，以是否在一國境內完成，為其分別的標準。牠的內容是物品的整批買賣或零星買賣，就這點論，牠的作用是在分配。牠又與運輸及棧存有關。牠以一地的產物送至另一地，以供消費，牠在物品豐足的時候，收貯物品，以備缺乏的時候的需要，牠包括一切可以轉讓的財物，不論那一種財物，凡足為經營商業的資料的，無不包括在內。各種動產現金票據等，及無體財產如信用牌號等，均屬於商業產權。不動產也可包括在內，只要牠是營業的對象。任何財物，一經成為商業的標的，即具有一種新的價值，應歸屬於冒險投資的人，及加工於生產者的人。商業免去生產者與消費者直接交涉的勞費。牠使他們節省不少的時間，牠加速資本

的週轉，牠辦理運輸，存貯貨物，擔負貨物因各種事由而不能出賣的危險，並為生產者與消費者二方的媒介。由此可見，商業產權是正當的產權，是可用其他各種產權所根據的同一原則來說明的。

### 三二二、營業自由

承認了私有產權及勞動自由，則承認營業自由或營業競爭，即為其當然的效果。所有人對於他的所有物。只要他享有完全的支配力，自得享有充分的權利，盡其所能而為最有利的交易。如果個人選擇其業務，從事一種或多種業務，與其所願意的人交接，概可依照自己意思，並自己認為妥善而進行，則別人當然也得跟蹤追跡與他競爭。羅馬諾西說得很對，交易是私法及公法上一個不容否認的原則；牠是私法上的原則，實無疑問的餘地。牠與私有產權有密切的關係，很顯明的表示牠是私有產權的當然效果。這一個真理，在羅馬諾西之前，已為丟哥所發見並闡述。自由貿易是近代公法上的原則，因為牠建立在國家間分工合作之上，以避免牠們生產力的浪費。牠是物產改良而價格減低的原因。牠鼓勵競爭，增進知識，牠使人們的關係加多，使較遠的利益安全，牠是和平及友愛的表象。但我們不可以這些抽象的理論為限；我們還須作具體的研究。極端主張自由貿易的

學說，見諸討論政治經濟的著作，爲新的著作家所不願傾聽，因爲牠所根據的二個觀念，在主張者以爲與事實完全符合，而實則不盡符合，而且牠把僅屬理論的傾向，看作實際的情事。這學說以二項前提爲其出發點，——一是主張商品不分國家界域，一是假定工人爲所有人。其實一國或數國的毀滅，有時固可造成整個世界的福利，但這些國家也有維護牠們自己的安全的權利義務，尤其是那些國家，自己具備着有利於某種實業發達的各項條件，可排除外來的競爭。在另一方面，工人以其消費者的資格而論，固可因自由貿易而得益，但就其爲工人而言，則自由貿易對於他們有極大的損害。他們會感到顯著的損失，因爲他們通常並不是所有人，他們從自由貿易所得的利益，遠少於他們因自由貿易的採行而蒙受的損害。所以，我們必須使這原則與國內工業的特殊狀況調和，緩緩的進行。通商條約，較易廢止，較優於一般的稅則，統制可因以確立，這原則也可藉以逐漸採行，至於經營實業或國外貿易的自由，則可讓諸領事的協定，以謀實現。這自由一經承認，我們即應廢棄從前准許貿易公司享有專利的制度，已往限制營業的辦法，及一切阻礙自由經商的制度，如地方稅關、通行稅卡、及法定價格等等。

## 三二三 競爭的權利

個人的營業競爭，雖有損於同業者的利益，也不失爲一種權利。任何人不能因行使其自己合理的或合法的權力，而損害他人，這是法律上一個不容否認的原則。故認許競爭這個權利的法律，不能釀成損害。這種損害他人的行爲，發生賠償的義務，因爲牠構成私權的侵害，有損於財產權的利益。這種侵權行爲，法學者稱之爲不正競爭。任何人得利用正當的方法，以招徠顧客，這樣的競爭是公正的，也是法律所承認的。如果他採取冒牌或偽造等方法，那就成爲不正的競爭了。不正競爭的方法，種類不一。有些用小冊子及說明書，公然貶抑他人的貨物，有些冒用他人的商號或商標。這些都是商人用以誘騙顧客的方法。此外還有種種不正的競爭，例如與他人訂立契約，負有不與他人競爭的義務，卻把這種契約關係破壞，又如工人在工廠中服務，因而知悉營業上的祕密，卻把這種祕密洩漏。這些不正競爭的方法，侵害他人的信譽，即侵害法蘭西及比利時著作家所說的「顧客好感」的利益。這種利益，有很大的經濟價值，是一種真正的商業財產，因爲牠是可以轉讓的，是生財的資源。商號商標，與「顧客好感」有關，牠們代表製造業者及商人的價值，在商業及工業方

面構成一種特殊的財產。

### 三二四 商法的歷史

如果我們把近代關於商業及商業產權的觀念，與科奈提得馬提斯，在經濟演進的古代方式中所概述的古代的方式，比較一下，我們定會感覺驚奇。那些可信的探險者所述的故事，告訴我們，世界上有些野蠻民族，缺乏交易的觀念，他們收受別人給予他們的東西，卻不知以自己的東西報酬別人。未開化的人，猶如小孩，不論什麼東西都要，凡是他們所喜歡的，他們都想攫取，因為他們是自私的，為強烈的衝動所支配。交易的制度必須經過長時期的發展之後，他們纔能習慣，在這種制度開始的時候，野蠻人的自私及貪婪，變為惡意及奸詐。他們把外國商人看作敵人，這一個觀念，使他們的惡意變本加厲，交易最初在靜默中進行，以中立的地域為交易地點，交易者雙方不相見面，或不相交談，在那些地點來往，而從事於商品的賣買，這樣就確定了『相互的交易』。其後在這些中立的地域，漸有交易的設備，以習慣為交易準則的繼續永久的市集，也在那些地域成立。曾長對於雙方交易者，有絕對的權力。市集之後，有負販及旅行貨車，負販及旅行貨車之後，有經商的海軍

遠征隊及貿易企業，這些是腓尼基人所曾實行的。希臘人及羅馬人輕視勞作，把勞作交給奴隸，他們深信閑暇是參與政治的公民所應有的生活狀況。色諾芬柏拉圖亞里斯多德及西塞祿等，甚至蔑棄工藝基於同一的理由，希臘人及羅馬人憎惡商業，並設法使國家不受外國貿易的影響。這種傾向，我們可在古代的習俗中看出。事實上外國貿易，確能改變本地長老聖賢所定的規例，好像把社會根本破壞。那時，商法與民法不分。古代的民法，如羅馬法，包括若干關於商事的規則，並規律商業產權。其後乃有民商綜合的立法。到了中世紀，舊法規以新意義解釋，同時又產生了許多新的商業方式。例如，有限責任的合夥及支票，在那時創立，匯票，合夥，契約，及代理法等，也在那時擴大其範圍，並確定其內容。這些關係，最初以習慣為準，其後纔由成文法規規定。牠們是斯特雷沙、卡薩累基斯及安薩爾多等學派精深研究的事項。關於這些事項的法典，以法蘭西一六七三年的總條例，及一六八一年的海軍令，開其端緒。新的商事法典及新的特別法規，參照動產在各方面的發達，及不動產有限制的商業化，擴大並增強產權的保護，以商業組合及交貿的自由，為其根據。近代的立法，差不多完全脫離了貿易均衡制度、保護貿易、專利事業等所借重的偏見的支配。在商法方面，有一種



很強的國際統一的傾向，爲任何其他法律所不及，因爲商業的利益是混雜的錯綜的，不容有國界的劃分。

### 三二五 發明權

現在我們討論著作人或發明人的權利，首先我們必須知道，在印刷術發明之前，著作人享有的經濟利益，只是著作物所有人的利益，所以，如得爾朱代斯在百科全書中所說，當時沒有特殊法律保護的需要。原稿的複製，是件很難的事，書業的經營，也只有很小的範圍。印刷術發明之後，複製成爲易事，書業範圍大增，於是產生了一種特殊的保護，這種保護自始即以重版複印的特權爲其對象。在十八世紀中，一切特權爭求承認，著作權是其中之一。因爲羅馬法或原有的成文法上，沒有特殊適用於該項問題的規定，於是不能不仰助於一切財產權所共通的根據。著作人或發明人的權利，是屬於文學藝術及工業財產的權利；狄德羅、斐希特、黑智爾及叔本華等哲學家的著作，法學家的著作，及法蘭西的法律，都是這樣主張的。我們必須承認，書籍、藝術作品，及工業技術的新發明，含有二個成份，一是普通的，一是特殊的。前一成份是一般的思想，是屬於一切人的真理；不論那一

個著作人或發明人，都是吸收自古以來積聚，而構成人類心智的集合遺產的思想的。後一成份，是著作人或發明人的研究及智力的活動，就一般的思想，作新的推敲，造成一種前所未有的結構。這種結構，表現於印刷、絹帛、雲石、圖案、音響、配合，或製作方法中，並劃定致力於該項結構的人所應有的權利範圍。社會應該承認並保護這種新的勞力，確認著作人或發明人的權利，但他們的權利，不可妨礙人類全體的利益，因為社會愈進步，新的思想，新的發明，也就愈因廣為流傳，而成為任何人都可利用的資料。

### 三二六 這種權利是經濟的

有些人以為，法律不應用強制的方法，為著作人及發明人廣開門路使他們得以自己的條件，而出賣他們的著作物及發明物。著作物或發明物，一經出賣，買受人即有完全的權利，出賣人無權加以任何限制。但我們細細一想，就會知道，這種理論不能有多大的力量，這種理論，事實上只能適用於一般的出品人，他們也許不幸而不能出賣他們的出品。但他們至少仍得保有他們的出品。在著作人及發明人則不然，著作物一經印行，發明物一經製造，他們就什麼都喪失了。我們可以說，工

業產物的價值，完全存在出品之上，故祇須實施通常賦予於財產的保護，至於精神的產物，則作品只是思想的表象，價值很少，故僅就作品實施保護，還不足以盡保護的能事。在這種需要一種特殊的保護，社會必須確保著作人有重製及發行的專屬權利，發明人有使用其發明物的專屬權利。有些人以為一個人把一本書出賣之後，買受人即可為其自己的計算而把牠翻印，這話是不對的，因為這樣的行為，將侵犯著作人的權利，不費心力毫無代價，而把屬於別人的一種特殊的利益，據為己有了。一個人買了一本書，可閱讀，出借，擱置，可吸收一切可能的知識，如果願意的話，也可把牠焚燬，但此外不能取得什麼權利。

### 三二七 發明權是財產權

嚴格說來，著作人或發明人的權利，不是財產所有權，因為財產所有權的性質是永續的，可以世襲的，而這些權利，並沒有這樣的性質。而且，社會也不能任聽著作物及發明物永遠留在繼承人手中，這般繼承人，也許無知無識，自私自利，常與那些改良原作的人爭吵。在必要的享有專屬權利的存續期間內，著作人或發明人所費的心力，已可得到充份的補償，這期間一過，所謂智慧的產物，

就應自由流傳。把著作人或發明人的權利，看作所有權，一方面足以釀成紊亂，使發明人與改良或自以爲改良發明物的人，時起爭訟，他方面足以釀成人類全體的利益，爲繼承人的自私自利所抑壓。（如韋科所說，）所有權是使人類福利的法則得以實現的，如果所有權釀成紊亂，違背公道，並阻礙智力的進步而使人類生命停滯，這就顯然不是合於理性的所有權了。可是，著作人或發明人的權利，也不可看作人身權，因爲牠畢竟是一種直接存於人與物間的關係，即直接存於著作人或發明人，與著作物或發明物間的關係。在著作人或發明人的權利中，人身的成份，是從屬於經濟的成份的，因爲有這樣的從屬關係，所以這種權利，得以生前行爲或遺囑行爲，而爲轉讓。這從屬關係，說明工業或文藝的作品，何以看作經濟的利益，而不看作一種重要的產生榮譽的精神產物。著作人或發明人的權利，包含他從智力的結晶中所能獲得的利益，至於表見於聲名的無形財產，則並不包括在內，關於真理法則或現象，有所闡明的人，可享榮譽，但這種榮譽，不是法律保護的對象，只在博學多識者的意見中有其存在。這種無形的財產，可爲文藝、科學及技術上論究的事項，但除有抄襲等情事之外，決不成爲訴訟的標的，牠的意義，是與著作人或發明人的權利，截然不同的。我們

必須牢記，這種無形的財產，不可與重製及發行的權利混淆，否則前者將隨同後者的消滅而消滅，因而無須有特殊的承認了。有些人以為，上述的從屬關係是不確的，因為在科學及文藝的作品中，不能有所謂經濟的成份，實則我們所討論的，不是事實問題，而是權利問題。為著作人權利的保護，只要著作物有經濟利益的可能性就夠了，關於法律的承認，此外不再需要什麼。著作人的權利，具有經濟的性質，這是牠可以轉讓的真正理由，因為純粹屬於人身的權利，是不能轉讓的。把著作人或發明人的權利，當作財產所有權及人身權的二種說法，我們認為均有未當而加以排斥，但我們以為此外還有一種可能性，即這種權利，具有類似於用益權的財產權的性質及形式。著作人或發明人作品的價值，與其所得的補償之間，因這使用收益的權利，而有了適當的比率，這種補償又不致妨礙思想的流傳，及發明的傳播。這使用收益的權利，使著作人或發明人所應享有不容否認的權利，與社會的需要，得有均等的調和，而無二者犧牲其一的弊害。我們主張，法律可規定這種權利於著作人死亡後，在其剩餘的有效期間內，由代表著作人身份的繼承人承受。有些人也許要說，用益權建立於所有權之上，是不能移轉於繼承人的。這疑問我們不難答覆，因為這是一種與社會有

密切關係的財產，而且這權利，是一種性質特殊的用益權，牠的存續期間，雖很短促，但可在若干年內移轉的繼承人。

### 三二八 專用權

發明大都以專用權保護之，這原是英國的制度，卽以一種權利，給予發明人，使他在若干年期內，專用其發明物。專用權通常並不保證發明的真實及效用，因為國家不能從事技術上的論究，牠只保護那基於發明的性質而生的權利。有不少的人，反對這個制度；他們以為專用權的期限很短，故有害於發明人，牠又常常引起訟爭，按專用權確有這種弊病，但在實業法中，我們現在還不能找到較好的保護發明人權利的方法。誰都知道，凡事有利也有弊；我們的目的是要使利多於弊，因為我們無法把弊完全消除。我們須知專用權的侵害，是我們曾在前面論述的那些不正競爭的實例之一。著作人或發明人的權利，具有排斥一切競爭的性質，競爭者構成侵權行為，負損害賠償之責。

## 第十章 各種物權

### 三二九 債權與物權

物權是直接存於人與物間的關係。牠們可歸納爲二大類；所有權及限制物權。存於他人所有權上的權利，並非把所有權的內容分解，而只是對於所有權的行使加以限制，因爲所有權總是完全的權力，如果牠的成份可以分割，牠就不是完全的權力了。這種分割，將不僅是量的變更，無關重要，牠的結果將爲質的變更，因爲所有權的本質，是一切屬性的支配。法律認許限制物權的理由，在於物可以種種的使用及收益，雖然牠們是特定人的權利，但不僅有利於關係人，而且有利於一般社會。因爲這些物權是直接存於人與物間的關係，所以牠們猶如所有權，具有獨立的權利的性質，而與契約權利所加於所有權的那些限制，完全不同。享有契約權利的人（例如租賃權人）只能行使所有人所授與的一部份物權，因爲債權是直接存於人與人間的關係。限制物權與契約權利

所以有這樣的差異，是因為物權與債權的性質不同，限制物權是與所有人分離而獨立的。所以我們可以說，「役權非以作為為標的」這羅馬的格言，並非只能適用於役權，而實能適用於任何其他限制物權。限制物權的權利人，對於他人的所有物，享有特定的權力，無須向所有人有所請求而纔能成立。如果限制物權所由發生的關係，是一種債的關係，而與所有物本身無關，則須由所有人履行「作為」的義務。「作為」是契約權利的標的，是與物權的性質不相容的。限制物權，有些着眼於用益，有些着眼於權利的保障。役權、永借權、觀望權等，是屬於一種的限制物權；質權、抵押權等，是屬於後一種的限制物權。

### 三三〇 役權

役權是限制物權中最古的一種。從前曾有一時，限制物權只有役權一種。役權可依其作用在增加產權抑在減少產權，而從積極方面，或消極方面觀察。從積極方面觀察，即從因其設定而得便益的人或物的見地而為觀察，役權是存於他人所有物上的權利，這所有人因這役權的設定，對於應得便益的人或物，負容忍或不作為的義務。從消極方面觀察，即從役權所關涉的物的見地而為



觀察，役權是爲他人或另一土地的便益而加於土地的負擔。我們可從這個定義，看出役權可依其設定的目標是人抑是物，而分爲人役權與地役權二類。就役權的客體而論，一切役權，不論其爲人役權或爲地役權，本質上都是屬於物權的權利，因爲役權是存於物上或土地上的權利而不是存於人身上的權利。地役權中的需役地，不能看作法人，因爲凡是缺乏意志的，均不能爲權利的主體。需役地固有一種權利，可由任何占有人行使，但主體是沒有的。比喻畢竟不是實事；事物的表象，畢竟不是事物的概念。人役權與地役權有許多異點。人役權無所謂需役地及供役地，牠們是依附於人而存在的，所以不像地役權那樣有永久的性質，以需役地及供役地的存續期間爲其存續期間，又人役權得存於動產之上，而地役權則只能存於大地之上。衣服及金錢的用益，就是存於動產之上的人役權的一個實例。

### 三三一 人役權

人役權有三種：用益權、使用權、及居住權。「用益權是不損害他人物件的本質，而爲使用及收益的權利。」用益權人行使使用收益的權利，應盡善良家父的注意，一如所有人本人，保持其物質

的內容及形式。所謂物質的保持，與價值的保持不一樣，因為價值的減低，並不影響於物的本質，而只與其交換能力有關。用益權人享有使用及收益的權利。他可使用其物，收取其物的孳息並以之充他自己及家屬的需要。他又有無償或有償把用益權轉讓於第三人的權利。在用益權人與標的物所有人間，數律確定一種適當的關係，以保障所有人的利益，在用益權存續期間，用益權人可為完全的使用收益，但不得有損壞標的物的行為。只要參照用益二字的涵義，我們即可知道，用益權不能對消費物行使。羅馬帝國時代的法律，採取一種比類的方法，承認消費物可設定「準用益權」。準用益權極似典質，因為消費物的用益權人，取得其物的所有權，祇須在用益權存續期間屆滿時，返還同種類同品質的物。但我們不能說，準用益權是一種債權，而不是物權。準用益權一旦成立，標的物因用益權人行使其權力，而成為用益權人的所有物。故消費物的用益權，並非僅僅是債權，而是以返還同種類同品質的物為條件的所有權。用益權與使用權及居住權不同，我們必須把牠們分別清楚。依照近代的法典使用權是一種有限制的用益權，即其用益，以供用益權人本人及其家屬的需要為限。居住權是使用房屋的權利。溯諸羅馬法，則使用權的意義，原有相當定限，因為依照

當時的規則，牠只有使用的權利，而沒有收益的權利。如果標的物縱無孳息亦屬有用的物，使用權人就只能使用其物，而不能收取其孳息；但標的物如無孳息即屬無用者，使用權人得收取孳息，以供其本人及家屬的需要。使用權不得出租，也不得出賣，因為出租或出賣的結果，可使使用權變更並擴張，而有害於所有人。

### 三三二 地役權

古代，地役權分爲二種，一是田野地役權，一是市府地役權，這是因為鄉村與城市的需要，大不相同的緣故；因此，地役權分爲關於地田的地役權，及關於房屋的地役權二種。我們可以說，雖有至少地役權，既適用於鄉村，也適用於城市，但自古迄今，有許多地役權，縱非絕對着眼於農事的需要，至少以農事的需要爲其主要的目標，更有許多地役權，則具有合於城市的顯著特質關於用水及道路的權利，是屬於前一種的地役權；關於支柱隔牆及光線的權利，是屬於後一種的地役權。地役權更可依其作用在容許或在禁止，而分爲積極的與消極的二種；依其行使是否需要人的行爲，而分爲繼續的與不繼續的二種；依其有無外形可爲我們察見，而分爲表現的與非表現的二種。一般

人常謂這些區別，沒有什麼實益，實則牠們與地役權取得及行使的原則，有密切的關係，地役權取得及行使的方法，是必須與牠們的性質符合的。所有權及限制物權，都是物權；所有權涉及有體物，所有人對於物有直接的完全的權力；地役權則涉及無體物。占有係存於人與物間的關係，是與物權相聯繫的，故其範圍能及於無體物的地役權。地役權可基於法律規定而設定，也可基於人的行為而設定。法律設定地役權，是為公共及私人的利益；法定地役權，是因個人或社會的演進，而隨時增多的。依照羅馬法；隔牆的地役權，僅以私人契約為其設定原因，但在今日，這種權利在法律上已有明文規定。羅馬法所認許的通行權，係以便利前往祖先墳墓者為限；近代的法律，則為土地的耕種及其便宜使用的地役權，均所認許。羅馬法因當時有導水的必要，故認許敷設溝渠為地役權。這種導水權，沿用於今日。是因為農藝及實業的利益，不可為地主的自私心所左右。羅馬法以鑿井的權利，賦予土地所有人，即使妨礙鄰人的用水供給，亦所不禁，而且不屬於同一人的井與井間，不設一定的距離。近代的法律，則規定相當的距離，可於必要時增加之。（由司法機關決定其遠近，）以免妨害相鄰的土地，水源，及原有的溝渠。在這些例子中，我們可以看出清楚，為了社會的目的，加於財

產權的限制，日益增多，在無害於財產權的特質的範圍內，財產權不准為損人利己的使用。羅馬諾西所指示的那些經濟原則，將來當有更大的成功。

### 三三三 基於人的行為而設定的地役權

人為的地役權，以繼續而又表現者為限，可因讓與指定或時效而取得，其非繼續並表現者，僅得因讓與而取得。這裏的問題，是這種地役權取得的方法，是實現法上武斷的規定呢，還是合於理性法的呢？按照我們的見解，如果我們依據理性，承認地役可為佔有的標的物，（或如羅馬法學家所說，可為「準佔有」的標的物，）並承認繼續而不間斷的佔有，要是確實並公然的話，可構成時效的權利，那末，我們必須斷定，現實法所定的取得方法，是以合於理性的原則為根據的。我們知道，繼續而又表現的地役權，實有確實並公然的佔有，故可依時效而取得。所謂指定，是相鄰的二地，原屬一人所有，他使一地從屬於另一地，因牠們為其一人所獨有，故無所謂地役權，但當牠們歸屬於二人時，地役權即因以發生了。惟有繼續而又表現的地役權，能基於指定而成立。指定不能成立不繼續及非表現的地役權。這種不繼續及非表現的地役權，不能依時效或指定而取得，因為牠們欠

缺合法佔有的要件，地役權行使的方法，以牠們取得的方法爲準。如果牠們是基於讓與而發生的，讓與的內容，決定牠們的行使方法；如果牠們是基於指定或時效而發生的，則其行使方法，須依照原所有人所定的狀態，及適用「時效的利益以佔有狀況爲準」這個原則。地役權因混同而消滅，需役地或供役地的狀況，有所變更，因而前者不復能利用後者時，地役權也歸於消滅，此外，地役權並可因需役地所有人的拋棄，疆界的連接，及時效等原因而消滅。時效雖不能爲一切地役權發生的原因，卻具有消滅一切地役權的能力，這是因爲社會看重所有權的完全自由。不受絲毫限制，由一人的意思作主的所有權，利用較能敏捷，因而生產也較能豐饒。

### 三三四 建築權

關於近代的建築權，以羅馬人的觀念，最爲正確，最合真相。依照羅馬法，當時適用的原則，是「地上物屬於土地。」享有這種權利的人，雖依大法官法事實上享有所有權人的權利，但畢竟不是這樣看待，而是以限制物權的立體看待的。依照事實的真相，在他人土地上取得建築權的人，絲毫沒有使房屋所有人成爲土地所有人的意思。後者是土地的所有人，他可以把他的及於土地上

層的權利加以限制，允許他人在土地上建築而爲其建築物的所有人，至於土地則仍爲他所有。這種情形，與民法典上的推定，在法律上實非不可相容，所謂民法典上的推定，就是土地上的任何房屋、收穫物或工作物，如無相反事實的證明如無他人給付代價而取得『地上權』的事實的證明，即應認爲土地所有人以自己的費用所作成而屬於他所有。就土地所有人與房屋所有人相互的關係而論，在他人土地上建築，得以對抗任何占有人的權利，實爲物權無疑。如盧西在其所著地上權的性質一書中所說，在未有房屋之前，牠決不能成爲所有權。但就這權利與房屋所有人間的關係而論，這權利卻是所有權的權利，具有特殊的性質。科維羅在其專論地上權中，曾作這種產權，不以其本身爲限，而以其所適用的目的爲限。這種建築的產權，不可以房屋所有權混淆。房屋所有人的權利，及於房屋的上下，以其實際利益所及的範圍爲範圍。建築權的所有人，則只有空間的產權，只有地面上的權利。我們必須知道，這權利是與土地所有權相伴隨的，故其範圍，必須取決於土地上有建築的必要，或利用其已有建築的必要，超過這必要的限度，就是超過其所有人權利的範圍。私人基於政府的特許，而在公地上所有的建築，是可以取消的產權，土地仍屬公有。墳墓及墓碑，具

有同樣的性質，牠們是私人在公地上所有的建築。私人有權把彫像拆除。把祠堂或墓碑毀壞，而把牠們置於新墓地在內。科維羅曾謂：鐵道的權利，是一真正的物權。土地是公有的，但鐵道公司享有建造車站、棧房、辦公處、待車室、軌道。以及其他種種設備的專屬權利。他如電車道、戲院中的包箱、教堂中的座席，也是這樣。

### 三三五 永借權

役權之外，還有一種以用益權爲內容的限制物權；這就是永借權。永借權含有許多權力，與所有權很近似，爲其他限制物權所不及，牠是使用土地，收取其孳息，並得以遺囑或契據把牠轉讓於他人的權利，但有二項義務，一是按年向土地所有人給付租金，一是不可損壞土地。如果地上權人急於履行這些義務，土地即應歸還所有人。芝諾的憲法，賦予永借權以一種特殊的性質，解決了永借權爲一租賃抑爲一轉讓的問題，並確認永借權爲一限制物權。註釋學派認永借權爲所有權的分割，所有人享有管領權利，永借權人享有使用權利。這種分割的說法，我們不以爲然，因爲在永借權的關係中，有二個意志，其一對於土地行使一種有實效的差不多完全的權力，另一是抽象的，距



離漂的物較遠的意志，只能在收取租金及土地損壞而歸還時纔表見的意志。前一意志，實際上不會是所有權人的意志，因為牠享有差不多完全的物權。後一意志，只是享有極少權利的人的意志，永借權人的權利，除了他必須履行其所負的二項義務之外，別無拘束；土地所有人的權利，則較近於債權，而有異於尋常的物權的形相。在德意志，永借權看作一種分割所有權而來的物權；在法蘭西，永借權與封建制度有很密切的關聯，故法典中沒有把牠規定。意大利民法典，有承認永借權的明文，並為土地所有人的利益，規定一種回贖的權利；這是合於經濟的原則的，因為荒廢的土地很多，永借權是極有用的。所有人如用出讓或長期出租的方法，很難從他的荒廢的土地，得到什麼利益，但設定永借權的結果，他就可收取一定數額的租金。在另一方面，永借權人可勤慎耕作，而有很好的收穫，並可依據特免法律的優待，而得到確實的不容廢止的產權。

### 三三六 質權及抵押權

質權及抵押權，是二種擔保債務的限制物權。債務人的財產，是他的債權人的共同擔保，除債權人中有合法的原因，應得優先者外。這些財產的價值，應由債權人依比例而分配。惟債權人雖有

這種一般的擔保，債務人仍得任意處分其財產，不過這種權利的行使，不得以惡意出之，債務人不得於事後處分其財產，以欺詐債權人。有些人一點危險都不肯冒，要求債務人設定質權，把質物移交於他們手中，但質物並不構成他們財產的一部分，也不構成他們用益的標的物。質物人的權利，是在債權未獲清償時，收取質物的價金。質權實非限制物權。牠與牠們不同，牠並不賦予質權人以部分的物權，也不賦予以任何用益的權利。債權人於債權未獲清償時，不得逕行處分其質物，而必須取得法院的命令，纔能收受其估定的價值，或把牠拍賣。有時債務人與債權人約定，允許債權人可不照法定的條件，而取得並處分質物，這種約定應屬無效，因為牠是一種基於債務人急迫及輕率，而作的不誠實打算的結果，而且牠把擔保債權的權利變更，而成爲將來生效的所有權。 *Princip*

*ius* 一字，在羅馬曾有一時，含義很廣，把給與債權人的各種擔保權，一概包括在內，即包括不動產動產的質權，收取質物孳息以代利息的收益抵償權，及意義狹隘適用於動產的抵押權。奧地利法典，把這字用作包括嚴格意義的質權及抵押權的總稱，但牠仍把這二種權利分別清楚。法蘭西法典，把收益抵償權包括於質權中，與羅馬法以不動產或動產出質而不附收益抵償權的制度不同。

收益抵償權，在當時是附加於質權契約的一種約定，予債權人以享用質物的權利，收取其孳息以代替利息。收益抵償權，原是一種債權而不是質權，牠在質物上並不設定特權，或足以對抗第三人的物權。法蘭西法典，一面把收益抵償權，看作不動產質，一面卻又不以特權賦與債權人，於是陷於顯而易見的矛盾。羅馬法雖也沒有認許這種特權，但牠是不矛盾的，因為牠沒有把收益抵償權，包含於質權內。意大利法典，最能表明上述三種權利的性質，為其他法典所不及，這三種權利雖非盡屬物權，卻都是擔保的方法。按意大利法典，對於這三種權利，予以不同的法律特徵，不用一定的條文而分別加以闡明。

### 三三七 收益抵償權——質權及抵押權——登記

質權及抵押權，都是擔保物權，前者適用於動產，後者適用於不動產。收益抵償權，是另外的契約，債權人得就債務人的不動產，收取孳息，但須以其孳息抵償利息及原本，這契約在當事人間成立一種債權關係。收益抵償權契約的效力，以及於當事人為限，這是很適當的，因為法律已以抵押權這個物權，予債權人以對抗債務人惡意的利器。而且社會經濟，也不能充分容許收益抵償權；債

權人所注意的，是要在債務人的財產上，收取最大的孳息，而支出最少的費用。只要債務人予債權人以收益權就足夠了，無須另予他以優先權。此外，我們更可以說，收益抵償權，尤其是長期借款的收益抵償權，易於發生重利的結果，因為孳息的數額是不確定的，而今日施行的惟一取締方法，即公示制度，又不足以制止重利。教會法及奧地利的法律，不承認收益抵償權及質物用益權，就是爲了這個緣故。如果債權人不能取得質物的占有，他可對債務人提起移交的訴訟。但他在質物上不能享有物權，因爲物權是直接存於人與物間的關係，可是質權是沒有這樣的關係的。質物的交付，與抵押的登記，作用相同；質物的交付，有實際的與形式的分別。抵押權的內容，在古時的論著中所述者，與近代法律所定者相同，但羅馬的制度，差不多完全注重抵押權人的利益，而尤特別注重第一抵押權人的利益，現今的法律，則根據公示及確定這二個經濟原則。公示的方法，是記錄及註冊：記錄適用於可以轉讓的不動產，是一種不影響於不動產的處分的權利；註冊適用於抵押權。註冊是一種公的交付，這是羅馬人所沒有的，因爲他們注重實物的交付。公示制度，是爲保護第三人的利益，使他們知道誰是財產的所有人，及財產上有怎樣的負擔。第三人可因註冊而知道抵押的

事實，並得正確估定抵押物的價值。至於上述確定的原則，只與債務有關，牠有雙重意義，即抵押權是對於一定的財物而設定，又是爲了一定的金額而設定的。這原則的目的，是在警告第三人，使他們不致誤會債務人的經濟狀況，與這原則相反的制度，久已爲人唾棄，很不利於交易的發展，在今日實無存在的可能。

### 三三八 船舶

船舶可設定質權，抑可設定抵押權，這是歷來聚訟的問題。學者意見紛歧，法律規定也不一致。就性質論，船舶實應列入動產，羅馬法及意大利學派，也把牠看作動產，與中世紀的幾種法律不同。不過，船舶是一種異乎尋常的動產，法律鑒於牠的特殊重要性，並爲保護及增進海商起見，不得不把船舶的處置與不動產等量齊觀，並予以確定的地位，不列爲動產的一種。如果僅以動產看待船舶，設定質權，而仍由債務人管領使用，則表示佔有移轉的手續，即指定受托人的手續，即屬必要；但如果我們把船舶看作一種特殊的動產，這種特殊的動產，在某種法律的觀點上，應認爲不動產，俾使債務人不喪失佔有，並無須有指定受托人的手續，則以認許抵押權，如法蘭西法律所規定的那

樣，實較合理。

### 三三九 留置權

擔保債權的另一特殊方法，是留置權。留置權是一種合法的權力，基於一種物權或債權，而佔有債務人財產的債權人，在債權未受清償前得繼續佔有其物。瓜拉西諾在其所著留置權一書中，曾下一完善的定義。嚴格的說，留置權的涵義，是承認他人對於留置物享有權利，而只着眼於保障債務的清償，故因債務不履行而扣留他人物件的情形，尤其是依法得提起未履行債務的抗辯的那些情形，不成爲留置權。留置權，也不可與約定的佔有混淆，約定的佔有是質權或收益抵償權的成份，留置權並不以這些契約爲其成立的條件。又留置權是一種特殊的從權利，與其他各種物權及債權根本不同。牠不類限制物權，因爲牠並不發生任何用益的效力，如役權及永借權那樣，牠的標的物及其價格並非用以清償債務，如質權及抵押權那樣。在另一方面，牠又不是債權，因爲債權人並不主張留置物是對方基於雙方債的關係而欠他的。如瓜拉西諾所說，牠可算是一種債的關係，但意義不同，這債的關係，是爲債務人的利益的，因爲他可以主張留置物的轉讓或返還。留置權

爲各國立法所採取，只在範圍上有廣狹的不同，牠是建立於公道之上的，不許爲移轉的請求，而使轉讓人喪失債務的清償。當事人間的對等地位，不可變更，俾免爲了他人的財產而支出費用的人，蒙受損害及煩累。

此  
页  
空  
白



## 第十一章 佔有

### 三四〇 佔有非所有權

佔有的權利是一事，佔有權是另一事。前者是所有權的效力，是所有權內容的直接的實現；後者與所有權不同，構成另一制度。我們可在羅馬法上找出這個區別，因為那裏有這樣的一句話：「佔有與所有是分離的，」「佔有與所有不是一樣的，」這二個制度是毫無同點的。羅馬法最古的法源，說明佔有是一種特殊的權利，是一種特殊制度的內容，這些法源確認「佔有人比諸非佔有者享有較大的權利。」

### 三四一 佔有為權利

佔有權或合法的佔有，是人與物間的直接關係，故為物權。但如布朗斯在其所著的羅馬法與近代法上的佔有中所說，牠與其他各種權利不同。牠具有特殊的性質，牠是一種相對的權利，因為

支配物件的意志。並非對於無主的物件而行使，牠不成爲絕對的所有權，當所有權出現時，牠必須屈伏於所有權之下。合法的佔有，以具備二個要素而構成，其一是對於某一物件有事實上的權力，另一是保持這物件而以爲利用的意思。「實際佔有有體物，以爲利用」這話是表示前一要素。「爲自己而保有其物的意思，即所有的意思」這話是指後一要素而言。除了物件及對於物件的事實上權力之外，佔有人須有享用這物件或行使這權力的意識。這一個條件，薩文宜曾在佔有權論中表明，並爲布朗斯及溫得舍特二人承認，牠適用於佔有的開始，但尤其適用於佔有的繼續，因爲佔有在最初取得的時候，需要積極的活動，由於這活動而在人與物間發生新關係。在佔有的繼續中，所謂意識不可與消極的佔據混淆，牠必須是實行的，積極的。牠必須在事實上權力的部分行使中表現出來。保持並利用物件的意思，是佔有的一個特徵，也是牠別於單純握有的一個概念。握有人是沒有爲自己或爲自己的利益，而保持物件的意思的；他以別人的名義而佔有，他自己並不是佔有人，而是這別人的代理人。佔有人自己不直接行使其權力，而由另一人爲他的利益以他的名義而代爲行使，他並不因此喪失其佔有的權利。佔有既是人與物間的直接關係，牠的界限，自不能及

於債權及家屬權（布朗斯有這樣的主張）而應以物權的範圍爲其界限。但不是一切物權都可佔有，可佔有的物權，只是那些以繼續及表見的利用爲根據的物權，爲永借權、用益權、繼續並表現的地役權；故抵押權雖是物權卻不能爲佔有的客體，因爲抵押權是因牠的利用，即土地的出賣，而歸於消滅的。由此可見，佔有可有二種方式，以佔有適用於有體物抑適用於權利，爲其區別的標準。有體物的佔有，相當於物權的行使；權利的佔有，相當於無體物權的行使。薩文宜（Savigny）提善（Thibaut）及溫得舍特（Windscheid）等人，認「準佔有」爲佔有的例外，但依照布朗斯的見解則「準佔有」是佔有的正常方式，不是佔有的特例。

### 三四二 佔有的歷史

佔有的起源，很難稽考，牠是論者聚訟的問題。如果佔有是一種相對的所有權，牠自然不能在個人財產未有之前發生。佔有是人與物間的直接關係，只在所有權面前低頭，要克服佔有，須先證明所有權。只要就這佔有的觀念着想，即可知道佔有之前，必先有私有財產的存在。菲羅謨西歸爾非引用羅克洛斯的一項法律，以說明當時對於佔有加以獨立的衛護的需要，有時形成所有權的

演進。波里比阿爲我們保存下來的羅克洛斯的法律，在一定期間保護系爭物的佔有，不受強力的妨礙，以待法律裁判的宣告。亞里斯多德曾謂，在裁判宣告之前，予佔有人以袒護，實是公平的原則。依照浦克塔所說，即在羅馬，遇有賣買案件佔有不確定的情事，也採用這辦法，這辦法並用以解決產權問題，使佔有成爲不依所有權而獨自存在的制度。奈柏（在他的羅馬史中）及薩文宜認佔有的保護，與「公地」有關。人民對於公地，只有用益的權利，他們感覺這權利並不包括於私有財產的法律中，有特定保護方法的需要。這保護方法，後以裁判官令狀行之，最初只適用於貢地嗣因其有很大的實益，乃擴大範圍而推行於私有財產。沙約拉贊同浦克塔的見解，認保護佔有的辦法確是初步的程序，但他不信這些規定，即是佔有的起源，他以爲佔有是「公地」的產物。凡未忒不以浦克塔的見解爲然，他設法證明浦克塔所憑藉的證據，只表示當時需要一種禁止，以待佔有問題的解決而所謂佔有問題，實即所有權問題。奈柏及薩文宜的見解，與事實不符，在古代的法律上，並沒有關於公地的佔有禁令的幻影，當時的保護方法，是一種特殊的「享用公地」的禁令。耶陵企圖說明，佔有禁令的原因及目的，是爲了所有權訴訟初步程序的必要；但在「Vindictive」及

「Manus Concertae」中有這必要，早經薩文宜注意。布朗斯在其所著的中世紀及現代的佔有法中，闡明這些禁令的目的，是在保護佔有的權利。

### 三四三 羅馬法上的佔有

韋科曾謂事物的性質，只是牠們在發生的當時，所具有特徵，如果這話是不錯的，那末，近代關於佔有的學說，如同其他各種學說一樣，惟有探索其最初的因素，纔能明瞭。這些因素，可藉稽考羅馬法普通法及教會法而得知之。邁隆在他的研究中，沒有這樣稽考，羅馬法把佔有分爲自然的佔有，或單純的握有，及法定的佔有，法定佔有是根據正當名義及善意，可因時效而成立所有權的佔有。古時法律典籍上，有這樣一句話：「佔有須具備意思及其物體。」依照凡未忒及邁隆二人所說，所謂佔有的意思，包括所有的意思，或根據物權的佔有，或根據其他權利的佔有。這種意思，在代替別人保持物件的代理人，是沒有的。保管人，受寄人，及質權人，也沒有這種意思，他們佔有物件，並非基於任何物權，而是基於契約。「權利的準佔有」包括那些基於人役權及地役權的佔有。羅馬法並以下列幾種人爲佔有人，即典當權人、永借權人、地上權人、受寄人（限於當事人約定由受寄人取

得佔有，以防阻時效權利，及容假佔有人。按諸條理；這五種佔有中，只有三種是正常的，即前三種與物權有關係的佔有；後二種佔有，即寄托佔有及容假佔有，在法律哲學上實是特例，因為牠們不在物權範圍之內。衛護佔有的方法，是很特殊的，有些是禁令，有些是一般的訴訟。

### 三四四 近代法上的佔有

教會法、普通法及封建法，這三種法律，把佔有的權利，適用於官職、特免、及賦稅等新權利、公務與私權混淆，顯非合理。但把這些公職看作「物權」而適用佔有權，卻不是在理論上說不通的。教會法沒有什麼革新，只擴張了羅馬法上「暴力侵犯不動產佔有」令狀的範圍，使其適用於新發生的動產。普通法採取上手應使下手安全的原則，認物件經自由交付之後，雖交付者非物件的所有人，如受交付的第三人係屬善意，財產權即應歸屬於該第三人。法蘭西法律，採用這原則而擴張之，凡非被竊或遺失的物件，不准行使追及權。故關於這類物件，無所謂佔有的訴訟，惟就動產而言，佔有與所有具有同等效力，這原則仍屬絕對。這是為便利交易所必要，以動產的普通性為理由。古時的法蘭西法律，對於佔有的侵擾，設有「訴請禁止」的救濟，對於物件的竊盜，設有「訴請回復」

的救濟：前一救濟方法，以羅馬法上，侵權行為之前，已有一年一日的合法佔有，這個條件，為其前提；後一救濟方法，不以一年一日的佔有，為其要件，依照註釋派學者的意見，這救濟方法，即握有人也得援用。這裏的問題是：一年一日的條件，謂為來自羅馬法，這話是否合理？侵奪佔有之訴，即握有人也得提起，這是否符合原理？首先我們應該注意，在有些情形，羅馬法以權利在令狀頒發前的一年內曾經行使為必要，這種權利，須以那時所為的行為為根據，或以涉及自由轉讓的動產的行為為根據；但羅馬法上的時效期間，實與權利的取得無關，牠是指令狀的存續期間而言的。所謂一年一日的佔有，（法蘭西法律上的 *Saisine*）實與德意志的 *Gewere* 關聯。這 *Gewere* 的權利，係基於一年一日繼續佔有未為對方間斷而成立，牠以這對方的始終靜默為其根據。牠使原佔有人喪失佔有，祇須後佔有人證實其佔有的取得，但宣誓以明其佔有的正當，仍屬必要。*Saisine* 原與這 *Gewere* 相同，因為牠們基於同樣的方法而取得，即同樣基於實行佔有或繼承而取得，牠們又都是相等於以用益為根據的佔有；但 *Saisine* 有一優點，是 *Gewere* 所沒有的。因為 *Saisine* 擺脫了牠的封建的成份，牠的根據，乃建立於拋棄的觀念之上，以一年一日的靜默，為其證明，並建立於

所有權推定的觀念之上。這樣，佔有變成暫定的所有權，在法蘭西法律上構成一種推定，改變了羅馬法或教會法所認許的保護方法。佔有不復就其本身而為觀察，而是其與所有權的關係而為觀察。牠雖仍維持古時的防衛方法，但已改變了牠的基礎。由此可見，*Saisine* 實已乖離羅馬法上的原則；因為依照羅馬法上的原則，佔有是一獨立而與所有權各別的制度，這點費提曾在他的民事訴訟法典詮釋中，闡述明白。至於認許握有人得援用竊盜物回復之訴，這實是不適當的，因為這訴訟本質上是佔有的訴訟，這可參考牠的歷史淵源而知，原來這訴訟是「暴力侵犯不動產佔有」令狀的擴張，以法定佔有為其要件。但如果我們像法蘭西著作家那樣，只承認二種佔有，即法定佔有及自然佔有，則握有人得提起回復之訴的權利，自屬不能否認。法定佔有須具備一切要件，而自然佔有則任何要件都不須具備。因而法定佔有與握有混淆，結果我們也就必須認許握有人得提起回復之訴。然而我們不可忘記，在理論上佔有至少有三種——握有，法定佔有，及時效的佔有。握有與法定佔有的區別，是在保持物件的意思一點上。時效的佔有，通常以正當名義及善意為其特質，但有時牠可無須有這種要素，而祇須表明公然和平繼續等特徵。如果我們接受這定義，則回復



之訴，祇能由具有法定佔有的人援用。

### 三四五 理性法上的佔有——相對說

現在讓我們討論這制度的哲學根據。學者說法不一，但如耶陵所說，牠們可分爲相對說與絕對說二類，以牠們是否認佔有成立的因素，係內在抑外來，爲牠們區別的標準。第一個相對說，是薩文宜的說法；他以爲侵害佔有權，即是侵害人身，故佔有的禁令，類似侵權行爲的訴訟。卡發利、埃利在他的羅馬法論中，謂佔有權的訴訟，係爲避免私人爭鬪而設。魯道夫在他對於薩文宜的補遺中，及塞拉非尼在他的羅馬法中，申述佔有的侵犯，是公安的破壞。提善謂佔有權的保護，係爲維持原狀，根據於法律的推定。阿楞斯以如無反證，「推定其爲善意並正當」這個原則，作爲佔有的根基。干斯（在羅馬私法論中）及特楞得楞堡，認佔有爲所有權的表象。羅馬諾西及薩卡賴亞（在法蘭西民法要論中），牟楞堡（在羅馬法原理中），特羅普朗及得克累盛索（在羅馬私法論中）主張佔有的基礎，是所有權的確定。耶陵把佔有看作所有權的前衛；認佔有權的保護，與所有權的保護，同樣必要。

## 三四六 佔有的絕對說

絕對說中，以干斯的學說爲最早，浦克塔、摩利托、布朗斯、朗大諸人的學說繼之。依照干斯的見解，對於某物的權利，基於個別意志及普遍意志或法律者，是爲所有權，享有某物只基於個別意志者，是爲佔有；所謂個別意志，是有實質的東西，在法律上應受保護。浦克塔及窩爾忒，認佔有爲權利，以佔有人自身爲其發生原因。摩利托闡述佔有的特質，謂凡非基於意志的事實，仍屬事實而不成爲權利，意志是權利的因素，依據「佔有的意思」而形成「佔有權」。布朗斯以爲人基於其人格而對於物件有支配力，這思想就是佔有的保護所根據的。佔有物件爲自己所有的意志，如果對於無主的某物，實行支配，這就構成絕對的權利，即構成所有權；但如支配的某物並非無主，則其構成的權利，僅於有所有權的證明時，屈服於所有權。在這證明沒有提出之前，佔有人的支配，不容侵犯，故「佔有人比諸非佔有者，享有較大的權利。」朗大以爲於這意志既實現，縱非正當，也應有權在法庭上辯護。

## 三四七 絕對說及相觀說的批評

對於這些絕對說及相觀說，加以深切的考慮及周密的檢討之後，我們可以說，牠們有一相同的根本觀念，只是牠們的推論互有所異而已，這根本觀念，就是個人在與其物件的關係上，不容侵犯。讓我們先把薩文宜的相對說與干斯的絕對說，比較一下，我們作一精確的批判的分析之後，就會覺察這共同的原理，如培柏所闡明的那樣。薩文宜駁斥干斯的說法，這是的確的，因為後者沒有看出個別意志，有時不正不義何以能演成權利。干斯駁斥薩文宜的說法，這也是的確的，干斯認為佔有權決不能以佔有權的侵害為其發生原因，因為佔有權的侵犯，必先有這權利的存在。但我們不能否認，薩文宜實以佔有人與佔有物間的密切關係，為佔有的最後根據。故佔有的事實，依照薩文宜所說，也許不是權利，但對之加以侵犯，實為不法變更佔有人的地位，得以回復侵犯前的原狀，為其救濟方法。佔有人不容侵犯這個觀念，在這二位哲學家的學說裏，都可看出，二者的異點只是在薩文宜的學說裏，這觀念取消極的方式；在干斯的學說裏，牠是積極的，極類康德所主張的關於佔有哲理根據的著名的學說。其他以公安的根據的學說，及不論何人非經反證均應推定為善良誠實的學說等，我們也可認為屬於這同一的觀念，因為公安的根本，是尊重個人及集體的人格。此

外，以佔有爲所有權的推定。及所有權的屏障的學說，歸根結底也可納入這個觀念，即納入財產爲不容侵犯的個人的射影這個觀念。我們也不能否認，這原則是一切權利的淵源，故不能看作佔有權所特有的根據，因爲法律的哲學家，應首先看清，佔有是否僅爲事實，抑可成爲權利。須知從事這種研究，不可不參考當初的本源，及權利的最高標準，即人格的原理。在另一方面，這原則又是無主物的絕對支配，所特有的根據，也是對於雖屬有主而未經證明的物件的相對權利，所特有的根據。這布朗斯的解釋，實際上並不與干斯的學說牴觸，因爲絕對的權利或完全的支配，也是個別意志實現的結果，這個別意志是社會及法律所承認的支配物件的意志；同樣，構成佔有的相對的權利，也是由於個人的意志而來的，這個人的意志，如同共同意志一樣，也受保護，除有所有權的證明外，相等於絕對的支配。對於干斯的學說，如果我們予以認真的考察，我們只能作這樣的解釋。如謂普遍意志只與所有權有關，而與佔有無關，我們就不能說明何以予佔有以保護了。

### 三四八 佔有爲權利

格老秀斯曾謂「佔有是現實法上的權利」我們不難知道這話是多麼的不正確。盧哲利在

他的佔有論中，重又主張這個見解，以爲佔有的保護，並非基於牠的性質而來，並非基於牠的絕對的價值而來，而是現實法鑒於牠的對外關係而設定的；以爲（在可疑的事件中）最好維持事物的現狀，而讓佔有人繼續佔有。他以爲佔有是事實，爲了方便及斟酌情勢的理由，牠纔受令狀的保護，並能成立時效的權利。我們覺得，我們在上面所爲的論述，是對於把這制度作這樣看法的最直接的評語。

### 三四九 意思的必要

耶陵在其最近的著作佔有意思論中，關於「所有的意思」發表一種新的客觀說，攻擊薩文宜的主觀說，但他沒有改變他關於佔有的根本思想。他遵循其所闡發的原則，研究這可有法律效果的事實狀態。薩文宜認意思爲合法佔有的一項要件，但耶陵謂佔有乃一事實。佔有的外表，即佔有的「體素」，有注意的必要，這體素一經證明，包含於體素中的心素，也就一併證明了。依照他的意見，客觀的事實已足證明合法的佔有。佔有只與客觀的事實有關係，這原則是無可搖動的，除非現實法確定其爲單純的握有，或事實上無從爲實質的佔有，或經證明有某種特殊的情事，其實，撇

開意思的證明問題不論，耶陵也顯然認意思爲構成佔有的要素，並表示握有與佔有的異點。他以爲意思不能因某項「佔有原因」的存在而認爲表明，但這不是說意思非佔有的要件，依照耶陵的見解，意思乃存於佔有事實或推定中。大體說來，依法得提起佔有之訴的人，以具有這事實的或推定的意思者爲限。耶陵自己也曾說過：有些人不以個人實在的具體的意志爲佔有的根據，而以推定的意志，即佔有人所應有的意志，爲佔有的根據，這種見解實與客觀說相同，以佔有原因爲區別握有與佔有的標準。但如果佔有原因，使合法的佔有，有別於事實的佔有，則非有推定的意志，即不能成立合法的佔有，自不待言。僅有佔有事實，還不足以表示其爲合法的佔有。牠是一個兩可的事實，因爲牠或許伴有或許不伴有佔有人所應有的意思。這樣，我們又如何能根據佔有體素的事實，而假定其有實際的意志或推定的意志？這困難耶陵沒有解決。同時，他又不承認。沒有意思或無從實行佔有物件時，惟現實法認許其爲真正的佔有。就這點論，他的學說，實與格老秀斯及盧哲利二人的相合。

上海图书馆藏书



A541 212 0002 7802B



1145