



百 科 小 叢 書

國 際 法 學 界 之 七 大 家

著 郎 四 田 寺
譯 仙 通 韓

編 主 五 雲 王

商 務 印 書 館 發 行



韓逋仙譯述

國際法學界之七大家

趙之遠署



譯者弁言

國際公法，原由學說，慣例，判例，外交文件，國際公文，條約，學會議決案等所集成，以故英國學者邊沁 (Jeremy Bentham 1748—1832) 等乃唱爲「國際公法不成其爲法律，僅爲一種道德」之說。此說之當否，姑置不論。惟國際公法之性質，既如上述，則吾人於研習國際公法時，勢非檢討歷來國際公法學者之閱歷、學說，與夫其「時代相」等，而爲歷史的考察不可矣，此實爲欲了解國際公法之真髓之要諦。

本書係譯述日本中央大學教授法學博士寺田四郎氏於去年（一九三六年）十二月出版之新著，「國際法學界之七巨星」而成。其內容乃將古來歐洲國際公法學界之七大家——阿爾柏利克斯·貞提利斯、鷺俄·格老秀斯、約翰·塞爾頓、理查·蘇契、撒母耳·封·浦芬多夫、科尼利阿斯·凡·平刻斯胡克、挨美利治·得·發泰爾——之生活、學說、與夫各該時代之思想背景，爲詳細之敘述，并加精嚴之比較與批判，讀之，足以明白了解國際公法學說之起源及其演變之過程與今後之動向，不啻閱讀一部國際公法思想史；復因原著行文，純係傳記體，故生動有味，易記易解，更不失爲一部研修國際公法學之良好入門書。譯者譯述是書，係乘自己閱讀之便，隨讀隨寫，且爲力求明達起見，辭句間不無稍加刪易之處；至其學理上之敘述，與夫

批評之見解，則悉仍著者原意，未敢絲毫有所損益。誠以國際法學之在今日，以國際關係之變化多端，國際思想之繁複無定，故不惟各派學說，相互逕庭之處甚多，且可謂為正在等待一種新的理論之展開，譯者研究日淺，固不敢輕率表示取舍，尤不願隨意有所參雜，尙希讀者諒之！

最後，敬向原著者道謝！并對隨時有所請益之譯者研究導師 田岡良一先生，為本書賜題封面之南京中央大學法學系主任 趙之遠先生，暨鼓勵譯者從事此一工作，又多予以參考上助力之吳兆莘、陳叔時、湯子漪、湯元炳諸至友謹誌感意！

中華民國二十六年三月

譯述者

於日本仙臺向山之麓東北帝國大學圖書館

目次

(一)『國際公法之始祖』阿爾柏利克斯·貞提利斯

緒言	一
一 貞提利斯之略歷	三
二 貞提利斯之著作	八
三 貞提利斯之地位及其研究方法	一一
四 貞提利斯之學說	一六
(一)國際公法之概念及國際團體	一六
(二)國際關係——交通自由及海洋自由	一九
(三)國際關係——公使	二一
(四)國際關係——條約	二三
(五)戰爭之性質及目的——正當的戰爭之條件	二七
(六)戰爭之理由	二九
(七)戰爭之實行	三二

(八) 戰爭之終局	三六
(九) 海戰	三八
(十) 局外中立	三八
結論	四一

(二) 『國際法學之父』 葛老秀斯

緒言	四三
一 葛老秀斯之家系	四四
二 神童葛老秀斯之幼年時代	四五
三 葛老秀斯夫人	四八
四 葛老秀斯之宗教的傾向	四九
五 葛老秀斯之亡命與留住法蘭西	五三
六 葛老秀斯之晚年	五六
七 葛老秀斯之性格	五九
八 葛老秀斯之重要著作	六一
(一) 拿捕法論	六一

(二) 平戰法規論	六二
九 格老秀斯之殘餘著作	七二
結論	八〇

(三) 『盡忠於國際公法之學者』約翰·塞爾頓

緒言	八一
一 塞爾頓之少年時代	八二
二 塞爾頓與其知友	八五
三 塞爾頓之活動時代	八七
四 塞爾頓之著作——『榮稱論』及『十分一稅史』	八九
五 塞爾頓之標語——『自由第一』及其政治生活	九二
六 塞爾頓之不偏不黨	九四
七 塞爾頓之名著——『海洋閉鎖論』	九六
八 塞爾頓之一世快著——『桌上談話』	一〇三
九 對於塞爾頓之批判	一〇六
結論	一〇八

(四)『國際公法之第二創立者』理查·蘇契

緒言·····	一〇九
一 蘇契之略歷·····	一一一
二 蘇契之著作·····	一一三
三 蘇契與英國先進學者之關係·····	一一五
四 蘇契與羅馬法·····	一二〇
五 蘇契與時代之關係·····	一二三
六 蘇契之研究方法·····	一二五
七 蘇契之平時國際法論·····	一二八
(一)國際法之定義及淵源·····	一二八
(二)平時國際法·····	一二九
(三)領土主權與國家政策·····	一三〇
(四)國籍與住所·····	一三三
(五)公使與外交·····	一三六
八 蘇契之戰時國際法論·····	一四二

(一) 戰時國際法及蘇契以前之著作	一四二
(二) 戰爭	一四四
(三) 海賊與海法	一四八
(四) 中立及戰時禁止品	一五〇
結論	一五四
(五) 『自然法的國際法之始祖』撒母耳·封·浦芬多夫	
緒言	一五七
一 浦芬多夫之略歷	一五九
二 浦芬多夫之主要著作	一六三
三 自然法及其發達	一六七
四 浦芬多夫之研究方法	一七四
五 浦芬多夫之學說	一七七
六 浦芬多夫之『自然法及萬民法』之分析	一八一
(一) 法律之根本原則及其分類	一八一
(二) 自然狀態及自然法	一八七

(三) 基本的權利義務	一九四
(四) 戰時法	一九九
(五) 和平條約同盟條約及其他條約	二〇六
結論	二一二

(六) 『近世國際法學派之先驅』科尼利阿斯·凡·平刻斯胡克

緒言	二一七
一 平刻斯胡克之略歷	二一八
二 平刻斯胡克之著作	二二〇
三 平刻斯胡克之先進者及與其同時代者之學說與平刻斯胡克在國際法學界之地位	二二四
四 平刻斯胡克之學說	二三四
(一) 海洋主權	二三四
(二) 公使之法律上的地位	二三九
(三) 戰時法	二四三
(四) 中立	二五一

(五) 戰時禁制品	二五四
(六) 封鎖	二五八
(七) 敵船上之中立貨物	二六〇
結論	二六五

(七) 『國際公法之實際的說明者』 挨美利治·得·發泰爾

緒言	二六七
一 發泰爾之略歷	二六九
二 發泰爾之著作	二七三
三 發泰爾之主權論	二九六
四 發泰爾之國際法論	三〇五
結論	三〇八

(一)『國際公法之始祖』阿爾柏利克斯·貞提利斯

(Albericus Gentilis 1552—1608)



貞提利斯之肖像

ALBERICUS GENTILIUS
 I. C. PROFESSORIS
 DE IVRE BELLI,
 LIBRI III.

Nunc primum in lucem editi.
 AD ILLUSTRISSIMUM
 COMITEM ESSEXIAE.



HANOVIAE,
 Apud Haeredes Guilielmi Antonii
 MDCXII.

貞提利斯「戰爭法規論」扉頁

ALBERICUS GENTILIUS
 DE IVRE BELLI

De Iure Gentium bellico, C. 1. 1.

MAGNAM, atque difficilem
 rem aggredior, qui de Iure
 belli suscipio scribere, quod
 iacet in recessibus naturæ, &
 distractum variè, & dissipatū
 valde est. Neque enim hoc ius est libris col-
 lectum, & expressum Iustiniani: ad quos
 adire nos possemus facile, aut magistri
 meliores nō cū labore multo nos ducerēt.
 Non habent libri illi de hoc iure, non autē
 ulli, qui extant. Nam Philosophorum dis-
 putatiunculae, quas mihi nominare notū,
 nullas aliquis posset, & generaliter tantū,
 & quædam summarim tradunt, nō ad spe-
 cies descendunt, de quibus distinctius ex-
 plicent. * Arque M. quidē Tullius, cum ^{a Cic. De}
 pauca admodum hic adnotasset; *De belli- Off*
is, inquit, officii dictum est satis. Scilicet nec
moralis, nec politici munus Philosophi esse
videretur, exponere iura, quæ cura hostib.
 A

同書 開卷第一頁

緒言

世人以囂俄·格老秀斯 (Hugo Grotius 1583—1645) 爲『近世國際法之父』(“The Father of modern international Law”)者已久，此正與以幾至不值一顧之衛星，因其在遠距離之黑暗中，故認之爲煊赫之發光體同其見解者也。夫格老秀斯在國際法學界之勢力固甚偉大，然吾人尤不能忘懷於意大利法學家阿爾柏利克·貞提利斯即阿爾柏利哥·貞提萊 (Albericus Gentilis (Alberico Gentile) 1552—1608) 之爲格老秀斯先拓其蹊徑；格老秀斯之功業，苟無貞提利斯不屈不撓，細心探究，且爲比較率先之著作，恐不能有此造就也。吾人苟一研究貞提利斯所著之書文——心目中非先抱有一「在適切之評價上貞提利斯實爲格老秀斯之先進者」之觀念不可——，則其在近世國際公法史上，尤以其在對於該學科之積極的方面之發展上，所占地位之高，蓋可知矣。且因貞提利斯之見解，較之格老秀斯，更與近世國際法學家之見解相近似，卽以此一點言之，則貞提利斯之較格老秀斯實更足爲現行國際公法之先輩，乃不難理解者也。自英國國際法學者色爾·托馬斯·厄斯金·霍蘭 (Sir Thomas Erskine Holland 1835—1926) 一度稱道貞提利斯之偉功以後，意大利法官巴斯卡萊·斯坦尼斯雷俄·曼契尼 (Pasquale Stanislao Mancini 1817—1889) 復起而和之，此『近世國際法之父』之稱號，乃有唱爲應自格

老秀斯奪回血以與之貞提利斯之論者矣（Holland, *Studies in international Law*. 1898. pp. 1—37）。

一 貞提利斯之略歷

阿爾柏利克·貞提利斯、阿爾柏利哥·貞提萊、即阿爾柏利戈·貞提利(Alberigo Gentili)、於一五五二年一月十四日，生於意大利安科納(Ancona)附近之一小都——聖·歧內西俄(San Ginesio)。有謂其爲次男者，然通說均謂其係七人中之長子。父馬泰烏斯(Matteus; Matteo)乃一醫師也。

貞提利斯於受畢完全之家庭教育後，即被送入意大利之培盧查(Pesugia)大學。該大學爲當時著名大學之一，尤以法律學科著稱。巴托拉斯·得·薩索斐拉托(Bartolus de Sassoferrato 1314?—1357)，培特拉斯·巴爾杜斯·得·烏巴爾提斯(Petrus Baldus de Ubaldis 1327?—1400)諸大學者均任該校之教授。貞提利斯於二十歲時即行畢業，得法學博士之學位。其後，曾一時在意大利之亞斯科利(Ascoli)任裁判官職，後復回至出生地爲辯護士，關於該地方之法律制度問題，曾屢受諮詢焉。

貞提利斯之父，因懷抱新教主義，受異教徒審判廳(Inquisition)之壓迫，不能不去其鄉土，偕貞提利斯遷赴當時奧大利卡尼鄂拉(Corniola)之首都來巴赫(Laibach)。不久，其幼男亦至，然貞提利斯則率之而赴德之杜平根(Tubingen)。其後，貞提利斯復赴德之海得爾堡(Heidelberg)。越數月，即一五八〇年八月，乃赴英國。在英國受神學者康體俄(Conrio)，勒

司特伯 (Earl of Leicester) 之醫師善加律西 (Borgarucci)，伊利薩伯女王之意大利語教師卡斯提利俄內 (Castiglione) 等意大利新教徒亡命者羣之迎迓，復經是等諸人之介紹，爲時不久，卽與「牛津大學」校長色爾·非利普·錫德尼 (Sir Phillip Sidney 1554—1586)，及該大學副校長勒司特伯羅巴特·都德里 (Earl of Leicester, Robert Dudley C. 1532—1588) 等結爲知己。

一五八一年一月，貞提利斯由於勒司特伯之推薦，以法學博士而入「牛津大學」，任該大學講師，爲時雖不久，然頗耽樂於其工作，且對「牛津大學」——其富有研究意味之各學部，及其風景美麗之位置——曾大爲讚賞并熱愛之 (Gentilis, Dialogi Sex. 1582)。在此時期，其羅馬法學者之聲譽，乃因其講授辯論及述作，而傳遍江湖矣。

一五八四年，英國政府，曾以「西班牙公使門多薩事件」(The Mendoza Affair)，諮問於貞提利斯與法蘭西法官哲·弗朗沙·俄特曼 (Jean Francois Hotman 1524—1590) (與貞提利斯同時受牛津大學之招聘者)；且曾不顧英國人民因西班牙公使門多薩對伊利薩伯女王 (Elizabeth) (一五五八——一六〇三年在位) 之謀反行動所沸騰之激昂情緒，而聽從了貞提利斯之意見。翌年，貞提利斯先在牛津大學論叢中發表其關於公使之權利及義務之學說，繼復發表其獻給得·非利普·錫德尼之『外交官論』(De Legationibus libri tres 1585) 之著作。嗣於一五八六年任被派往薩克森 (Saxen) 選舉侯之臨時公使荷累喜俄·巴拉維契諾 (Horatio Pallavicino) 之隨員，次年復歸任牛津大學羅馬法欽定講座之教授。

貞提利斯曾就當時許多問題，出版種種著作。除關於羅馬法及古代戰時習慣之論文外，著名之『戰爭法註解第一篇』(Prima Commentatis de iure belli 1588—1589)，於一五八八年在倫敦發刊；其第二篇及第三篇則於一五八九年出版。至一五九八年，將此三篇，以『戰爭法規論』(De iure belli libri tres 1598)之名稱，全然編成一新著，在德國之哈瑙(Hanau)出版。

貞提利斯不但從事於其學問之活動，一六〇〇年八月，且曾為倫敦四「法學院」(Inns of Court)之一之「格累斯·因」(Gray's Inn)之會員，因而獲得從事於裁判事務之時機。一六〇五年，得英國國王詹姆斯第一世(James I.)(一六〇三——一六二五年在位)之許可，任西班牙公使館之辯護士；並在審判西班牙與荷蘭間戰爭中所發生之捕虜事件之「英國高等海事裁判所」(Court of Admiralty)中，曾以其辯護士之資格，代表西班牙國王出庭。關於本事件之貞提利斯之記錄，於其死後，一六一三年，始以『西班牙辯護論』(Advocationis Hispanicae libri duo (Advocatio hispanica) 1613)之名稱，出版於德國之漢諾威(Hannover)。貞提利斯於一六〇八年六月十九日逝於倫敦，埋葬於俾沙普斯·蓋特(Bishop's Gate)之「聖·亨利寺院」中。

貞提利斯之述作之重要性，及其對於國際法之偉大之貢獻，直至近時始被公認。許多年來，學者間僉以格老秀斯為近世國際公法之創始者，未嘗知有此先進者之在也。然貞提利斯之

大業，卒非可以掩沒者。貞提利斯之所以得在國際法學界復活其勢力者，可以謂爲係受英國國際法學者色爾·托馬斯·厄斯金·霍蘭(Sir Thomas Erskine Holland 1835—1926)之賜。霍蘭曾於一八七四年十一月公開講演貞提利斯之生涯及其述作，暢論其對於國際公法之貢獻，且力主貞提利斯對其功績有應享之權利(T. E. Holland, *Studies in international Law*. 1898 pp. 1—37)。此講演之刊本，引起意大利國際法學者巴斯基埃·斯坦尼斯拉俄·曼契尼(Pasquale Stanislao Mancini 1817—1889)之注意，乃於一八七五年三月，組織一以烏姆柏特(Umbertide)親王爲名譽總裁，以曼契尼爲委員長之有力的意大利委員會。該委員會，於翌年九月發表一宣言。此宣言書中，乃呼貞提利斯爲：『神之豫言者，承受神旨之平和使徒』，并稱讚其爲：『信教自由之超羣的主張者』，『新時代之開拓者』；且於各處舉行貞提利斯之紀念會。然亦曾有反對此種運動者；即意大利「極端羅馬加特力派」之機關報，則以「凡對『背教者』及『教會之敵』表示敬意者乃背神之行爲」相譏評。又在荷蘭之崇拜格老秀斯者，以此爲對於己國最高權威學者之威脅，非常憂慮；甚且廉得其本國國際法學者托拜阿斯·邁克爾·卡累爾·阿瑟(Tobias Michael Carel Asser 1838—1913)有援助意大利運動之嫌，而斥之爲國賊。其結果，乃於一八八六年舉行在荷蘭德佛特(Delft)之格老秀斯銅像揭幕式。由是而意大利政府，於貞提利斯死後三百年即一九〇八年，始在貞提利斯，之故里，建立一紀念碑。英國則於一八七七年，由於以利俄波爾德親王(Prince Leopold)爲名譽總裁之委員會之提倡，對於

在「聖·亨利寺院」中之貞提利斯舉行紀念事業；並在霍蘭監修之下，出版貞提利斯之最大名著「戰爭法規論」。

二 貞提利斯之著作

貞提利斯之著作，其所涉及之問題，範圍極廣，除現存之許多原稿及已散佚之述作外，計達三十種。貞提利斯對於國際法之問題，英格蘭、蘇格蘭之聯合，主權之限界，羅馬法及寺院法之某種舊規則之適用與其牴觸處，再婚問題，舞臺演藝之法律上及道德上之地位，虛語之辯明等當時種種法律上，政治上及道德上之論爭，均曾不絕加以注意。貞提利斯之著作中，可以謂之爲千載不朽之名著者，爲論述國際問題之三書——第一、『戰爭法規論』（*De iure belli libri tres* 1598），第二、『外交官論』（*De legationibus libri tres* 1585），第三、『西班牙辯護論』（*Advocationis hispanicae libri duo* 1613）。此三書乃將全問題之主要部分爲有秩序之論述：一方面對於此種具有疑義之新問題，發表其氣概壯盛之議論；一方面對於前已規定復遭破壞之規則爲盡力之說明。貞提利斯雖未從事於編纂完全之法典，然其對於是等問題所著之各種論文，已足以使其聲名轟傳當時與後世矣。

在『戰爭法規論』中，足以爲學問的憑徵者，可謂並不多見，僅爲一種公開辯論講稿耳。其對於戰爭法規之論據，則拋棄與「陸軍軍紀令」（*Regulations of military discipline*）相混雜之古代陋見，而確實置之於在法律上及道德上所可通過之強固的基礎之上者。本書共分三卷：第一卷就戰爭之一般問題——戰爭者之資格，戰爭之正當動機及理由——加以陳述；第二

卷敘述合法之戰爭方法——宣戰，公然之敵對行爲開始後之容許行爲及禁止行爲，間諜，毒物及詭計之使用，敵（非戰鬥員，俘虜，人質）之身體及敵之各種財產之處置，司令官之盟約及休戰條約等；第三卷則論述戰爭之終結，占領之權利，戰勝者對於戰敗者之身體及其財產之權利，講和等問題者也。以故「戰爭法規論」中所研究之問題，無非爲戰爭究應在如何情狀下方得爲正當之開始、實行、且終結之問題而已。

『外交官論』一書，與其認之爲關於公使之法律的原則，毋寧謂爲敘述公使館之沿革者也。本書亦分三卷；第一卷陳述各種公使之歷史的起源，羅馬宣戰講和使節之儀式，羅馬招待外國公使之場所，時期，方法及其贈與之禮物（*Munera*）；第二卷說明普通使節之特權及免責權；第三卷則敘述公使之資格者也。

『西班牙辯護論』已如上述，乃蒐集著者對荷蘭而爲西班牙辯護人時所寫有趣味之記錄而成。在荷·西兩國戰爭中，荷蘭主張有捕虜在英國領海中之西班牙貨物之權利，此爲該事件之大要。本書乃於歷史上之先例，與羅馬法規之適用諸理由之外，就爲交戰國及中立國相互間權利義務之根本原則之領土主權學說（包括對於沿岸海洋之絕對管轄權）而發其精密堅銳之說明；貞提利斯對此一大問題，以其已爲一大闊步之邁進，故其結論之大部分，實已爲近世國際公法之結論著其先鞭矣。

在上述諸著作中，雖偶有帶着學究的術學氣味致使文章發生冗長且曖昧之弊者，然在大體

上，其文筆要皆雄健、直捷、明暢者也。事實上，貞提利斯之拉丁語，雖不能如荷蘭之底塞德留·伊拉斯莫斯（Desiderius Erasmus 1466?—1536）及其他當時擅長「古西塞祿（Cicero）式」文之文章家之流暢且古雅，然較之於當時人之大多數，尤其是著作法律或神學之論文者，實能以其平易，快活，變化，談話體，無文飾之諸點勝者也。加以貞提利斯之文體，因其愛用自成一流之巧妙的諧謔，與專注意於當面之問題，故無乾燥無味之處，亦未嘗有敘述煩冗無關係之事項者。

三 貞提利斯之地位及其研究方法

貞提利斯在國際公法史上之地位如何？其所見如何？其研究問題之方法如何？亦爲吾人所不可不知者也。貞提利斯實爲近世國際公法之最初大學者，爲以明解國際公法之論點，使與現今之概念及慣例成爲根本的一致之方法，而研究國際公法上諸問題之最初之學者(D. H. L. V. Ompeda, *Literatur des gesamten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts* 1785. § 49. S. 168)。以此理由，吾人當然不妨以貞提利斯爲格老秀斯之先進者，彼且爲格老秀斯拓其荒徑，而與格老秀斯之著作，及後世之一切著作以一大感化者，彼蓋實爲一『近世國際公法之最初之重要創立者』(『Der erste wichtigere Autor des modernen Völkerrechts』)(Keltlenorn, *Die Vorläufer des Hugo Grotius*, 1848 S. 228)。貞提利斯在「在格老秀斯以前之學者」(Pre-Grotians)中，實爲「一歷史法學派」(Historical School)之著明的代表人物，其對於國際公法實際現象之主張，殆與荷蘭科尼利阿斯·凡·平刻斯胡克(Cornelius van Bynkershoek 1673—1743)之著作相似，同爲強有力者也。又貞提利斯對於英國國際公法之最古說明者理查·蘇契(Richard Zouche 1590—1660)亦曾與以感化，蓋爲確實者也。

貞提利斯之著作全體，以其係在當時之時代環境中所寫作故不能不有種種之缺點，然較之在貞提利斯以前之諸著作，已顯爲優勝。在貞提利斯以前之諸學者，或將規律國際關係之規則

與羅馬法混視，或對哲學的或神學的原則與法律規則之區別未能清辨，或將一國之軍紀命令與國際戰爭之規則混爲一談，又或認『國際團體』（*Societas gentium*）僅限於基督教國間始能存立。貞提利斯，則將爲一般先進學者所肯定或假定之對於全問題之神學的基礎，從其根柢加以傾覆，而對於神學者之獨斷的方針，亦加以毫不容赦之攻擊，且對是等神學者爲『毋得干涉與自己無關係之事』一（“*Sistere theologi in munere alieno*”）之嚴厲的警告（*Gentilis, De iure belli* 1598 I. 12）。貞提利斯對於哲學者之演繹的方法亦曾加以排斥。彼之所以排斥對於神，人類及國家之本質的研究用抽象的理論及形而上學的假定者，以其與具有機的且活動的性質之現實國民團體之要求不相應，勢將產生一種不能指導現實國民團體發達之理想的制度故也。英國哲學者法蘭西斯·培根（*Francis Bacon* 1561—1626）曾提倡研究學問之真方法，貞提利斯實先培根而提倡研究國際公法之真方法者也；此方法維何？即先調查實際現象，及具體事實，然後依歸納法，歸納成一般的規則，復將此等一般的規則，與新發見之事實相對照，而後加以修正或刪除是也。

貞提利斯係反對由意大利之安德累雅·阿爾查提（*Andrea Alciati* 1492—1550）所創立，法蘭西之若克·叩乍斯（*Jacques Cujas* 1522—1590）及哲·俄特曼（*Jean Hotman* 1524—1590）爲其屬員之「阿爾查提學派」（*Alciatists*）或「人道學派」（*Humanists*），而投入爲舊羅馬法學派之「巴托利斯學派」（*Bartolists*）者。「巴托利斯學派」主要僅對純正法律學之問題

爲專門之研究，與古代文化及廣義文學之同化，殆無關係者也。貞提利斯對於叩乍斯之攻擊「巴托利斯學派」爲蔑視人道『既愚且亦爲不知羞恥之饒舌家卑陋者』（“Blaterones, insipientes, improbi, avari”），曾以「阿爾查提學派」決不足以稱之爲法律學者；「法律學者，雖不研究希臘或拉丁之文學，固無所不足」之理由相反擊者也（*Gentilis Dialogi sex. 1582*）。

貞提利斯雖無如格老秀斯之深奧蘊蓄，但其學問，實甚駭博，其在表示主張或說明事實及結論時，往往引用或參照古代、近代、以至於網羅當時多數權威學者之學說者也。

貞提利斯對於國內法方面，雖屬於爲舊羅馬法學派之「巴托利斯學派」，但其對於國際法方面，則抱持其在當時實爲革命的，獨立的態度者也。吾人對於貞提利斯自謂未曾讀過良好之戰時法律書之語，雖不妨信其爲事實，然貞提利斯實從西班牙那瓦（Navarre）神學教授夫隆西斯克斯·得·維多利亞（*Franciscus de Victoria 1480—1546*），及意大利法律家彼厄利諾·培利（*Pierino Belli (Petrinus Bellus) 1502—1575*）諸學者處獲得不少助益，蓋亦不可否認者（*Victoria, Relectiones theologicae tredecim. 1557. V. VI; Belli, De re militari et de bello. 1558*）。貞提利斯乃將羅馬法學派之研究方法，尤其是「波倫亞學派」（*School of Bologna*）之研究方法加以拋棄者，以該學派之研究方法，無非將羅馬法應用或擴張應用之於國際公法故也。又貞提利斯對於一般原則之論文及啓示，未嘗採用古時綿密而無區別之羅馬法典註釋之常套形式，彼之此種慎重取捨的態度，實爲其對於羅馬法之忠實；吾人苟一觀其在牛津大學時對

於復活羅馬法所貢獻之事績，當益明瞭矣。

貞提利斯雖曾使用『國際團體』(“*Societas gentium*”)之一便利的術語，然此種團體，與在某一主權下之都市(*Civitas*)不同。貞提利斯之所以使用此術語者，即在主張此種團體非可以羅馬法之規定決定之也。貞提利斯有時雖亦引用羅馬法之原則與概念，然彼並未如從來諸學者，以之為法律的最後之承認，或最後之解決法，僅僅用以為說明自己之議論而已。故貞提利斯實已將繼續至數百年之久之法學界傳統觀念破毀無餘矣。貞提利斯及其他學者，固不能將羅馬法之原則，在國際法之體系中完全抹殺；此蓋由於一方面兩法有其共通必要之根本點，一方面因在儒帝『羅馬市民法大全』(“*Corpus juris civilis*”)中之『學說彙纂』(“*Digesta seu Pandectae*”)中有許多容易解決國家間所發生之爭論之學說故也。亦即因此，英國國王詹姆士第一世(*James I*) (一六〇三——一六二五年在位)於一六〇九年三月二十日在議會之演說中，對羅馬法大為稱揚，認羅馬法在某種意義上，實為一種國際法(*Lex gentium*)。

貞提利斯對於當時及昔時所發生之事實加以考察，且為貫徹自己之結論，而從當時之慣行上引用其證據，此種態度，實可謂之為一革新運動者。貞提利斯雖亦參照古代大家之學說，但彼未嘗忘其為處理當代之問題者也。

貞提利斯對於國際公法之地位，及其因襲的性質之觀念，乃以當時所發生之事件，為澈底的根據者也。彼蓋以為當時之事件，不問其為明示之條約形式，或為已成暗示之規則之慣行，

均須視之爲第一必要之根據；以法律乃爲國民而制定，須爲有機的發達，不能不與實際事情相適合故也。

格老秀斯以古代希臘羅馬之實例，爲最有權威，故常採用之。貞提利斯則與彼相反，乃以著眼於第十六世紀之政治的事件及問題爲主者也；例如西班牙·荷蘭間之衝突，羅馬法王之特權問題，海洋之自由問題等是。貞提利斯對於研究是等諸問題時，雖盡力避免離開事實而爲概括的結論之態度，但曾憑其勇氣，生氣與常識，遵循「實益」與「必要」之規範，依據正義與衡平之觀念，提供一種可以首肯之解決方策。是等解決方策，且必於國家及主權者，將行施其偏執、虛僞、欺瞞、及回避責職之事情，或將施用其過度嚴酷及殘忍之手段，或放恣而圖不當之自利，其傾向已甚顯著時，始以之爲既定之原則而提出者也(Cf. Ward, An Inquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe. 1795. Vol. II p. 612)。

四 貞提利斯之學說

(一) 國際公法之概念及國際團體

貞提利斯之名爲『萬民法』(“*Jus gentium*”)之國際公法，乃爲一切國家，或至少爲大部分(Maior pars orbis)國家所承認之法律，亦卽爲所謂『國際團體』(Societas gentium)之法律(Gentilis, De iure belli. 1598 I. i; Cf. C. Phillipson, International Law and Custom of ancient Greece and Rome 1911 Vol. I. pp. 70 et seq., 89 et seq. and passim)。貞提利斯雖未使用如夫隆西斯克斯·得·維多利亞(Francisus de Victorai 1480—1546)理查·蘇契(Richard Zouche, 1590—1660)等『國民間之法律』(“*Jus inter gentes*”)之精密的用語，然照上述定義，其根本觀念，實已明白。規律獨立之君主間或國民間關係之此種法律，無非爲一種明示的協約之結果，或由爲一般所承認之古來習慣所歸納而成之默契的結果。『國際團體』之加入分子，既須相互依賴，亦各保持其獨立的性質。以我具有共同利害關係及有相互依賴之必要之人類，當發生問題時，當然須於相互間謀所以解決，而支配此種相互解決方針之法律，亦自有必要(Gentilis, De iure belli. III. 13. Holland's Edition. p. 344)。是等法律之產生，一方面基於積極的關係——國際慣例(Usus gentium)；他方面則基於『自然之理』(Ratio

naturalis)之要求者(Ibid; III 9. p. 316)。『自然法』(Jus naturae or jus naturalis)或『自然之理』之權威，雖為格老秀斯(Grotius)平刻斯胡克(Bynkershoek)、得·馬爾頓斯(De Martens)等古代及後世之學者所完全崇拜，但貞提利斯則與第十六世紀之其他學者不同，未曾盲從此種自然主義者也。貞提利斯為說明國際法之起源，並為確固其積極的主張起見，曾採用一種所謂『自然主義』(Principle of natural reason)。因此，貞提利斯亦曾屢次言及自然法，多至不遑屈指；彼曾檢查理論之效力之有無，或慣行之正不正，且就『自然法』之一語，常將世間所通行之漠然純正哲學式之法律的解義，加以排斥，而以人道、正義、人類最高之常識之意義解釋之(Cf. Gentilis, De Legationibus. 1585. II. 18)。而其論議之全體，則主張與倫理之要求或神法之命令同樣為法的積極的承認；又曾將神學者之事業及目的，與法律家之行動範圍及任務加以慎重之區別(Cf. Gentilis, De iure belli. I. 3. Holland's Edition p. 16)。

貞提利斯之率先事業，實與第十六世紀之大運動相一致者也。第十六世紀，實為一社會改造，新精神確立，神政主義衰滅，近世國家勃興之時代。立於此種國家之上之國王，以貞提利斯之見解視之，僅為一該國家之保護者或管理人而已，非為立於法律以外之絕對的統治者。格老秀斯乃贊成使徒聖托馬斯(St. Thomas)對於君主之無責任與超法律之解釋者；貞提利斯之時代，雖較格老秀斯為早，然其學說，竟與近世見解相一致，對於以國王為無事不可為，其主權係絕對的之說，竟敢斷定其無非為神學者之一種妄想，為法律學家代替國王所為之佞辯而已。

(Ibid; III 15. p. 357), 洵爲難能可貴者也。

最後，貞提利斯於脫出神學者的詭辯羈絆而創定一種非神政本位之『國際團體』的制度以後，更進一步，將非基督教社會，甚至於野蠻社會，亦包含於其所謂『國際團體』中(Cf. *Victoria, Relectiones theologicae*. 1557. V)。此乃自貞提利斯之一般的論旨中所產生之當然的歸結，且亦爲嶄新而值得吾人注意之學說也。當時學者間之通說，領土權(Dominium)之付與，僅限於信奉羅馬加特力教之君主，稍擴其範圍，亦惟以信奉基督教之君主爲限者也。貞提利斯之見解，則以爲非基督教徒及異教徒，亦得正當享有其在各自領土上之主權者也。崇拜異教(Heresy)或不信奉基督教主義(Infidelity)，不能成立爲戰爭之本質的正當原因。崇拜偶像(Idolatry)者亦然(Gentilis, De iure belli. 1598. I. 25; Cf. *Victoria, Relectiones theologicae*. 1557. V. 10)。此種人民，固可設立條約關係(Gentilis, De iure belli. 1598. III 19)。亦有其公使授受權(Jus legationis)。(Gentilis, De legationibus, 1585. II 11)。反之，全然無宗教信仰者，惟爲人類當然之敵之海賊(Gentilis, De iure belli. I. 4. *Holland's Edition*. p. 21)，亦卽在『國際團體』範圍之外者。此種人民，尙滯在於最下等的動物之進步階段，在某種意義上，可以謂之爲反神，反自然者，故須以戰爭強納之於人類之軌道者也(Ibid; I 9. p. 39)。盜賊(Latrocinia)及掠奪者(Praedationes)，與海賊同，不得享受國際法上之利益。蓋『盜賊及海賊，不得依萬民法享受利益』(“Neque praedones eo iure gentium fruuntur

aut piratae”），乃一般之定則也（Gentilis, De legationibus 1585. II. 8）。以故貞提利斯對於法蘭西法學者弗朗沙·俄特曼（Francois Hotman 1524—1590）之相反之斷語，頗為驚愕，彼謂：『故予深異俄特曼之認萬民法亦及於逃亡人及掠奪者之見解也』（“Ergo miror Hotman-num adfirmare voluisse ius gentium imo et Cum fugitivis et cum praedonibus esse”）（Gentilis, De iure belli. I. 4. Holland's Edition p. 21）。

（一） 國際關係——交通自由及海洋自由

若視世界為一自主獨立之國家間的團體（*Societas*），國家間之關係甚為調和，國家間之交涉，以團體之原則為準則，團體自身，亦為自然法之要素者，則其結果，土地，海洋，均將以領土主權之行使為條件，而屬之於一切之人民。故對於無害通過一國之領土，不得加以拒絕。無論何人，為行使普通通商，在外國港灣求得避難所，及享有市場權起見，均有在海洋中為無障礙航行之權利。苟無正當且充分之理由，否認是項自然權，即為違反團體之根本原則。此不僅為對於直接關係者之不法行為，且為對於一般人類社會（*Societatem humanam*）之犯罪行為（Gentilis, De iure belli. I. 19. Holland's Edition. p. 84）。『若當通行、入港、運送、商賈、或交易被拒絕時』（“Si iter negetur, si portubus, si comneatu, si mercatura, si commercio excludimur”）為擁護此種權利而宣戰，實屬正當者也（*Ibid*; I. 19. pp. 81. 82.）。

此爲貞提利斯之所主張，亦卽其判定基督教徒可以對土耳其人開啓兵端之理由也。彼蓋以爲土耳其人拒絕基督教徒向薩拉森（Saracens）通行，實爲不當故也（cf. *gentilis, Advocacionis hispanicae* 1613. I）。

通行權之問題，爲國際法學上多年大爭論之問題，諸說紛紜，莫衷一是，而許多記錄上之慣行，則又多與理論相反者。貞提利斯乃根據聖·奧古斯丁（Augustinus 354—430）之說，第一、以通行權爲自然所付與之權利，第二、以人類之常態爲和平及友好，而非戰爭及妒嫉爲理由，而將通行權爲肯定的決定（cf. *Honore' Bouet L'arbe des batailles* 1384）。惟彼以爲此種權利亦非毫無制限者。

航海權，乃由於「海洋與空氣相同，當然任何人可以自由使用，而不能爲任何人獨享之所有物」之一原則所產生（*Gentilis, De iure belli*. I. 19. *Holland's Edition*. p. 86）。在此原則下，海濱、河岸、國際河川及港灣，爲使航海者獲得避難所及食料品，並爲確保種種相互款待之權利義務計，應對任何人公開。地方主權者，僅有其監督權及管轄權而已（*Ibid.*; I. 19. p. 88）。故對毘隣之海或領海主張絕對主權，實爲無效者。例如對於亞得利亞海（Adriatic Sea）之威尼斯人，以『占有者』（*Possessores*）或『海之所有者』（*Domini maris*）爲理由，而欲封鎖該海，在貞提利斯視之，不外爲一種故意之橫領（*Deliberate usurpation*）耳。

關於通商權（*Jus Commercii*），交通權（*Right of intercourse*）等，貞提利斯曾謂西班牙人

以拒絕與自國貿易爲理由，而對新世界人民興干戈，實爲正常者也 (cf. Victoria, *Relectiones cheologicæ*. 1557. V)。在英·西事件 (Anglo-Spanish Dispute) (1580年) 中，英國女王，曾以西班牙之違反國際法而於與西印度通商交通中排除英國人，故其所受損害，乃出於自招爲理由告西班牙公使，而不承認法王有將該領土授與西班牙王之權能 (Camden's *Annals*, sub ann 1580. 1605. p. 309)。貞提利斯則謂：『在以此種拒絕通商爲戰爭之理由時，則其所禁止之通商品，必須爲一般的物品』。蓋禁止認爲有害之貨物之輸入，或禁止金銀等貴重物品之輸出，固不得認之爲非法；而對外國人一面許其在海岸上陸，並許其通入國境，一面拒絕其在內地貿易，亦不能視之爲侵害其通商權故也。

(三) 國際關係——公使

貞提利斯於立下公使之定義，並論公使之性質爲公的且爲神聖的以後 (Gentilis, *De Legationibus* 1585. I. 2.)，復依派遣者及招待者之地位而區別公使之種類；又就其目的之不同，亦加以區別。例如「自由公使」(Libera Legatio)，雖有公使之名，但爲處理其自己之事務而往者；國務公使，係包含受有宣布戰爭或講和之特命之「折衝公使」(Legatio negotii)，及專爲慶弔之「儀禮公使」(Legatio officiosa)者；「臨時公使」(Legatio temporarii)，則稱之爲「辦理公使」(Residentes) (Ibid; I. 5)。

國務公使，除有正當且有力之理由以外，不得拒絕招待。但主權者，不論何時，有拒絕招待「自由公使」，「儀禮公使」，「臨時公使」之權利(Ibid; II. 12)。公使授受權(Jus Legationis)，於敵對行爲開始時即行中止。各交戰國之公使，不得以敵人看待，須安全送還其君主(Ibid; II. 13)。盜賊及海賊，因其係在國際法外者，故無公使授受權(Ibid; II. 8)。反抗統治者之謀反者亦然(Ibid; II. 7)。然異教者及已受宗教上破門(驅逐出教)之君主及國民，其是項權利，不單純因此而被駁奪。蓋所謂「國際團體」，並不以宗教的關係爲基礎，是以政治的關係爲基礎者，是等君主及國民，依然屬於「國際團體」故也(Ibid; II. 11)。在一國發生內亂，其交戰團體，爲相互角逐之勢力，相互承認爲「正當的敵人」(“Justi hostes”)，不能單純認之爲謀反者時(Ibid; II. 10)，得相互或向他國派遣公使(Ibid; II. 9)。

關於公使之最重要的問題，爲不可侵權(Inviolability)，及治外法權(Exterritoriality)之問題，此與雙方均有密切之關係者也。國際公法上關於此點，曾由貞提利斯以其直接勸告與文書，發揮過至大之勢力。貞提利斯之意見，公使之不可侵權，僅限於在其駐劄國之領土以內方可享有，此外不論在何處，均不得享有是項權利(Ibid; II. 3)；惟公使在爲和平及疏通兩國意思之主動者，且爲代表君主或國家之人格(Persona)者時(Ibid; II. 3)，則不論何時何地，均應以鄭重之態度待之也。純然帶有宗教的使命之使節，任在何處，常享有其不可侵權。公使，一律享有無障礙通過中間領土之權利(Ibid; II. 3)。若真發現公使有爲間牒之行爲(Ibid; II. 4)。

及其他從事於對一國或一國之主權者謀反的行動，或有其他刑事犯罪行為者，可將其送還本國，不得執行較此更甚之處置方法（*Ibid.*: II. 18）。然若公使加危害於君主時，以其可處以死刑，故公使之所屬君主，應將其引渡於被害國之司法權（*Ibid.*: II. 19）。公使之一般的保障特權，及於其隨員，隨員之行李及住所。

關於民事裁判管轄權方面，貞提利斯曾述及對於公使之免責權之制限問題。公使在駐劄外國時，在駐劄國之領土內締結契約，由此契約所發生之問題，應與其他僑居外國人同樣受該國裁判所之裁判（*Ibid.*: II. 16）。蓋不如此，則公使或將利用其地位，而橫奪其臣民之財產，如是，則任何人均不願與公使締結契約故也（*Ibid.*: II. 16）。

關於公使對外國刑法之特權問題，貞提利斯已於一五八四年為「門多薩事件」與俄特曼同受英政府諮詢時發表其所見。此種見解，雖不乏與之相反之先例，然卒獲制勝於當時者也（*Calendar of State Papers, Spanish, 1580—1589 pp. 513—515; Birch. Memoirs of the Reign of Queen Elizabeth. I. 458; Hotman, The Ambassador. 1603. pp. 103—163; cf. Ottaviano Maggi, De legato. 1566; Pierre Ayrault, L'ordre, formalite et instruction judiciaire. 1576*）。

（四）國際關係——條約

貞提利斯乃堅主其『國王爲國家而存在，國家非爲國王而存在』（“Non regna esse propter reges, sed reges propter regna factos esse”）之學說者（Gentilis, De iure belli. I. 16. Holland's Edition. p. 73），故雖對國王，亦課以某種義務，雖對國王之行爲，亦加以某種之限制。如國王應常以自國之幸福爲念，不應單計個人一己之利益；國王非爲其領土之絕對所有權者，僅爲其「管理人」，「保護人」，「輔佐人」，「用益者」而已（Ibid; III 22. p. 395）；國王不得締結對於其王國顯有損害之契約（Ibid; III 22. p. 395）；國王不得以條約將其王國出讓與人；無論是羅馬法王之權力，自國國民之權力，任何權力，均不得以此種權能付諸國王（Ibid, III 15. p. 357），若果有此種條約之締結，則爲行使此種越權行動（Ultra vires）之國王之後繼者，得不受此種條約之拘束；然在封建君主，則有處分貢納品及其他收利財源之權利（Ibid; III 22. p. 395），對於上述出讓行動表示同意者，惟奴視臣民如回教國君王（Sultan）之專制的治者而已；又一國之治者，於正規之戰爭有必要且正當時，不得改約爲決鬪（Ibid; III. 15）；條約如爲君主自己締結者，則與其簽字同時發生拘束力，如爲其代表者所締結者，則須俟適當之批准後，始爲有效（Ibid; III 23. p. 403）等是。

君主及國民，受其父祖所締結之正當條約之拘束乎？貞提利斯則以爲在通說上，雖謂講和條約（Treaty of peace）與金錢債務契約相同，普通均足以拘束其後嗣；惟友好盟約（Amicitia）及同盟（Societas），則未必盡然。其理由，乃在於同盟之性質，僅含有個人關係之意義，契約

當事者，不得約定於其死後繼續發生效力故也。然此種區別，實應排斥者。何則，所謂個人關係，乃私約上之問題，而非含有公的性質之同盟問題也。惟在實際上，為後嗣者，能將此種同盟正式加以承認，自較妥善（*Ibid.*; III. 22 pp. 400, 401），但亦可從種種行為或言語，以至於默認上推定者也（*Ibid.*; III. 22 pp. 401, 402）。

講和條約，非以明確規定，防止他日爭議不可（*Ibid.*; III. 14. p. 347）。貞提利斯復對與此點相關聯之如何解釋某種辭句，規條及用語（例如軍隊、艦隊、武器、防禦工事等）之問題，曾費二章著作，加以研究（*Ibid.*; III. 20, 21）。彼以為講和條約，與君主之一切契約相同，為一種信義之契約，非為如意大利法學者培特盧斯·包爾杜斯·得·烏巴爾提斯（*Petrus Baldus de Wbaldis 1327?—1400*）所主張之一種嚴正法（*Stricti iuris*）（*Ibid.*; III. 14 p. 347）。講和條約，不因其係由於威脅所締結而得認為無效，以威脅乃戰爭之必然的附屬物故也（*Ibid.*; III. 14. p. 349）。已為俘虜之君主所締結之契約，若其被捕，係依正當手續為之者，得拘束該君主自身，其臣民無服從之義務（*Ibid.*; III. 14. p. 351）。

友好盟約，僅含有相約援助等道德的性質之普通義務而已；同盟則有防守同盟，及攻守同盟之二種。無論為友好盟約，或為同盟，如含有不法之目的，或為不正當之敵對企圖者，均歸無效（*Ibid.*; III. 18. p. 372）。一國間一旦開戰，第三國，在依據友好盟約，對雙方均受拘束，因而發生義務上之衝突時，該第三國，可從其一般的考慮而決定其態度。如加援助，務須

竇兩交戰國儘量做到公平之地步(Ibid; III 18. p. 374)，或僅對比較的正當之一國與以援助(Ibid; III 18. p. 375)。但若對於此所謂比較的正當之點尙有疑義時，不妨以結盟時期較先之一國爲援助之對象(Ibid; III 18. p. 375)。若第三國對兩交戰國之關係完全相同時，則防禦國較攻擊國有先受援助之權利(Ibid; III 18. p. 376)。兩交戰國，所可接受之援助，僅限於金錢、食料品等(Ibid; III 18. p. 377)。若兩交戰國，均依據條約，要求援助，第三國如對於究竟何國比較的可以照條約與以援助，成爲疑問時，非可雙方均與以援助者也(Ibid; III 18. p. 376)。在雙方均不守條約，而無某一方比較的應與以援助之有效理由時亦然(Ibid; III 18. p. 378)。

關於使條約成爲無效之事實，及條約可以廢棄之事由之問題，真提利斯則謂：如私契約然，詐欺之陳述，與實質的錯誤，均可使條約成爲無效者也(Ibid; III 14. p. 351)。惟君主間之公契約，可不依國內法，而依國際法解釋之。故簽字者之一人爲未成年者之事實，不得爲廢棄條約之有效理由。在國際條約上，所成爲可以廢棄與否之問題者，並不在於成年、未成年，而在於主權之事實上的行使與否者也(Ibid; III 14. p. 351)。國際條約中，往往將『以現狀爲限』(“*Rebus sic stantibus*”)之辭句省去(Ibid; III 14. p. 351)；蓋苟事實上發生根本的變化，或發生新糾紛時，既定條件之履行，當然可以免除故也。

國家若故意違背條約而行動，卽爲違反條約。條約當事國之一方，征伐他方當事國之海賊

的國民 (Ibid; III 23. p. 406)，或條約上無特別禁止之條文，而供給他方當事國之亡命者以保護所，不得指為違反條約。知情而將敵人藏匿，或拒絕對方國家請求引渡逃兵及其他逃亡者，始為違反條約 (Ibid; III 23. p. 407)。不論何種條約，均為整個而不可分者，故他方當事國，如不履行條約中之一部分時，或在條約之實踐陷於不可能時，可將條約全部拋棄。『必要』 (Necessitas)，及不可抗力 (Vis major)，雖為條約不履行之充分理由，但在上述各情狀之下，務須其原因正當，且無遁辭者方可 (Ibid; III. 24. pp. 410, 414)。惡意之拋棄，他方當事國對犯行當事國為復讐之行動。但其後他方當事國在與條約違反國有所交涉時，不得以該拋棄為理由，而取得行使不信行為之權利。

(五) 戰爭之性質及目的——正當的戰爭之條件

貞提利斯謂：戰爭之規則，係依無異議之慣行，無形中之普通習慣，及自然法而產生，非如古代乃依羅馬法及宗教法 (Ecclesiastical law) 而制定者也。戰爭非為諸國民之常態。任何國民，遇有爭執，與其訴諸干戈及其他暴力的救濟方法，寧願以外交的商議及會議 (Disceptatio)，仲裁，自然之理所命定之其他和平手段，求得和平之解決，此種解決方法，常為適當者也 (Gentilis, De iure belli I. 3. Holland's Edition. p. 19)。貞提利斯對於戰爭之定義，其簡單其精確可謂向所未見，即其所謂：『戰爭者，公的武器之正當之爭也』 (Bellum est publicorum

armorum insta contentio")者是也 (Ibid; I. 2. p. 10)。

此一定義，含有三種要素：(一)須爲君主間之公關(除去私爭 (Rixa)) (Ibid; I. 2. p. 11)，而無位於該君主之上，具有解決糾紛，執行判決之資格之裁判官者 (Ibid; I. 3. p. 13)；(二)須以武力爲之者；(三)須交戰者雙方，遵守爲一般所確定之法規，以正當方法開始並進行者 (Ibid; I. 2. p. 13)。故盜賊及掠奪者之行爲，且爲非正當之敵對行爲，應予除外 (Ibid; I. 3. p. 13)。若然，則格老秀斯之所謂戰爭者乃當事者以暴力繼續爭鬪之狀態也之一定義 (Grotius, De iure belli ac pacis. 1625. I. 1. 2)，不免失之廣泛而含糊，蓋在此定義下，私戰或決鬪亦可包括在內故也。

對盜賊及海賊，或謀反者，無與之爲正當的戰爭 (Justum bellum) 之必要 (Gentilis, De iure belli, I. 4. Holland's Edition p. 20)，以彼等故意逸出人類社會及人類法則之制度，已拋棄其可受保障之一切權利故也。即對彼等所結之約條，亦無遵守之必要。

戰爭之正否，繫於所主張之理由之正否與完善否。戰爭如以自衛，公共安全等「必要」(Necessitas)爲理由而行使者，方爲正當 (Ibid; I. 3. p. 19)。有時以「實益」(Utilitas)及「公正」(Honestas)爲理由而行使戰爭，亦屬正當者也。夫隆西斯克斯·得·維多利亞等曾謂：當交戰者中何方面應有其優越之權利成爲疑問時，則雙方均合乎正義亦未可知 (Ibid; I. 6. p. 23)。在真提利斯以前之學者，例如培特盧斯·得·烏巴爾提斯及維多利亞等，均曾定有正當的戰爭之

條件，而所謂正當且充分之理由及正規之手續，則另主以所謂『必要』之一標準爲軌範者也。關於合法的戰爭之條件，彼等雖亦會多少爲斷片的，且通常均係就基督教國民間戰爭之見地隨時加以研究。然在貞提利斯以前或同時代之學者中，能如貞提利斯之以充分的，論理的，根本的，且公平的方法與態度考查是等一切問題者，蓋無一人也。

(六) 戰爭之理由

宗教之相異，不能成爲戰爭之理由，以任何人非可違反其意志，強使其信從其他宗教故也 (*Gentilis, De iure belli, 1598. I. 9*)。貞提利斯曾對培特盧斯將教會對非基督教者行使戰爭時之宗教的動機與習俗之目的混爲一談，加以攻擊。且對培特盧斯之所謂非基督教之國王，不得對其領土行使合法之主權之意見，亦加以駁難。彼蓋以爲『神聖戰爭』，僅限於以緊急之必要爲理由者，始爲正當。但對全然無宗教信仰之國民行使戰爭，則爲例外。以無宗教信仰之國民，在『國際團體』中，完全與海賊及其他爲人類全體之敵者同其地位故也 (*Gentilis, De iure belli. I. 9 Holland's Edition. p. 39*)。又君主不得以戰爭強制其臣民信仰自己所信仰之宗教 (*Ibid; I. 92. p. 99*)。臣民，如在事實上不致害及國家者；『得將自己所信仰之宗教，爲合法之變更』 (“*Nisi quod detrimenti illinc respública Capiat*”) (*Gentilis, De iure belli. 1598. I. 10*)。君主亦有其同樣之自由。

在私人交易上，因時效之經過，訴權歸於消滅；國際間之交涉事件，亦依時效之原則，過去之戰爭理由及其他主張，不再發生效力（*Gentilis, De iure belli* I. 22 *Holland's Edition* p. 99）。貞提利斯謂：羅馬之主權（*Imperium romanum*）已經亡失，現時須成立一新秩序（*Gentilis, De iure belli* 1598. I. 23）。君主之死亡，不足以使時效之規則成爲有效者也；其後嗣，如拒絕前君主尙未完了之賠償義務時，得向之爲正當之戰爭（*Ibid.*; I. 24）。

戰爭之正當理由（*Materia belli praebent*）（*Gentilis, De iure belli* I. 7. *Holland's Edition* p. 33），大別之爲：（一）神的（*Divinum*），（二）自然的（*Naturale*），（三）人的（*Humanum*）三種（*Ibid.*, I. 7. p. 33; cf. *Victoria, Relectiones theologicae* 1557. V I）。神的理由，可以謂爲神之明示的命令（*Gentilis, De iure belli* 1598. I. 8）；自然的理由（*Ibid.*; I. 8），有時雖係指在某種階級間之固有的敵意者，然貞提利斯則謂此乃虛僞之假定也。蓋一切的人，均屬於同一階級——人類，彼等之間，原無何等根本之敵意；且彼等有其天賦之血統關係，乃甚爲明白且有其有力之根據故也（*Gentilis, De iure belli* I. 12. *Holland's Edition* pp. 52. 53）。

自衛，爲一切生物之本能，此爲舉干戈之自然的理由（*Ibid.*; I. 13. p. 56）。自衛有爲出於直接的，即『必要之防衛』（*Necessaria defensio*）者，有爲出於豫想的，即『有用之防衛』（*utilis defensio*）者。後者爲攻擊之準備，計劃（*Ibid.*; I. 14. p. 57）或於可虞時，換言之，在

應保持均勢時所爲之行爲。然豫想的防衛，欲使之合法，必須有相當之威脅理由方可。尚有所謂『正當防衛』(Honestas defensis)者(Gentilis, De iure belli. 1598 I. 15)，在此情狀之下，可對不當之攻擊者加以抵抗，而對被攻擊國與以援助者也(Gentilis, De iure belli I. 15 Holland's Edition. p. 66)。何則，一般人類社會(Generis Humani Societas)乃渾合爲一者，『世界係一體者』(“Mundus unum est Corpus”)故也(Ibid; I 15. p. 64)。貞提利斯乃對於爲教會法(Canonlaw)之一原則，之哥德(Gottho)人之聖人聖·安布羅齊阿斯(Sanctus Ambrosius C. 340—397)之言——『保衛弱者之正義乃完全者也』(“Plena est iustitia quae defendit infirmos.” De off. I. 27)，加以讚賞並常引用者也(Ibid; I. 15. p. 68)。

對他國臣民，可代爲抵抗其君主而與以保衛耶(Gentilis, De iure belli. 1598. I. 16)。貞提利斯則以爲若其君臣間之糾紛係由於私問題而起者，此爲該國裁判所可處理者；但若爲多數臣民對其君主反叛之公爭，而其君主之不當或殘忍已甚明顯時，不妨加以干涉，此即英國干涉荷蘭之所以成爲正當，而從其舊來之親好關係及血緣關係上觀之，蓋尤然也。貞提利斯對於有利於比利時人之勒司特伯(Barl of Leicester C. 1532—1588)之政策，衷心贊成之，且與荷蘭查斯圖斯·利普西烏斯(Justus Lipsius 1547—1606)「西班牙之暴行，縱使大陸之該部分歸於倒塌，亦不妨聽任之」之說相一致者也(Ibid; I. 16)。

貞提利斯以爲防戰更較作戰爲於一般防衛法規以外有其宣布敵對之自然的理由(Ibid; I.

17)。是等理由，乃以『必要』(Necessitas)，『實益』(Utilitas)，或『公正』(Honestas) 爲動機者(Gentilis, De iure belli I. 17. Holland's Edition. p. 75)。關於『必要』之實例，如外國人於其公權被拒絕時，或於向無主領土(Vacantterritory)移居及加以占領而受妨害時等是；關於『實益』之實例，如因受損害而復讐，使他人不再爲此不法之行動(Ibid; I 18. p. 79)，無拒絕之正當理由而交通權、通行權、航海權、避難權(Ibid, I, 19 pp. 81, 82)等被侵犯乃起而擁護自然權等是；關於『公正』之實例，如對於噉人種，及爲獻神而行屠殺，或耽於淫樂之人民，不單爲自己，且爲『依據普通道理並爲他人起見』(“Communi ratione et pro aliis”)而舉行戰爭者是(Gentilis, De iure belli 1598. I. 25)。

最後，戰爭之人的理由，爲被害國對於其已遭侵害之積極的權利要求賠償時所發生者也(Gentilis, De iure belli I, 20. Holland's Edition p. 89)。然此時所主張之理由，須非爲輕微者。蓋凡訴諸干戈者，決不因極微之挑撥，而係以該戰爭真有必要時爲限者也。此種權利之侵害，又須爲其君主或全國臣民之行爲。個人的臣民之行爲，未必爲其所屬國家之行爲。但當該個人的臣民，行使種種犯罪行爲時，其所屬國家加以默認者，不在此限(Ibid; I. 21. p. 94)。

(七) 戰爭之實行

不但戰爭之理由必須正當，即戰爭之開始及實行亦須正當。非然者，則戰爭將與殺人同爲

惡事而可憎矣(Gentilis, De iure belli II. 2. Holland's Edition p. 133)。在將舉行戰爭時，公然之宣言，實有必要。宣戰後，又須定一猶豫期間，與對方以謀和平解決之機會(Ibid; II. 1. p. 124)。在君主對謀反臣民之戰爭，宗主對從屬君主之戰爭時，當然可將宣戰手續省略(Gentilis, De iure belli. 1598. II. 2)。宣戰之直接效果，為通商關係之斷絕(Gentilis, De iure belli I. 21. Holland's Edition p. 87)。使用暗殺者，乃非法者也(Gentilis, De iure belli. 1598. II. 8)。使用間諜，雖為合法，但不能不以間諜之生命相賭。對叛逆者而利用其叛逆者亦然(Ibid; II. 9)。毒物、魔術、蛇、猛獸等雖禁止使用，但象、馬、犬等則不加禁止者(Ibid; II. 6, 7)。詭計雖不妨使用(Ibid; II. 3)，但背德行爲不包括在內。一切行動與誓言，均須出之以善意(Bonae fidei)(Ibid; II. 4)。此外，有時亦不妨以虛言欺騙敵人(Ibid; II. 5)(Cf Gratiani, De cretum. II. 23. 112; Thomas Aquinas, Summa theologiae II. 40. 3)。

貞提利斯對於希臘史家波里比阿(Polybius C. 210—120. B. C.)之所謂「戰爭法規爲滅殺敵勢，俾勝敗早獲解決，雖准許破壞礮臺、都市、別莊、庭園、船舶、產物等，然對祠堂、肖像、有果樹、及其他無害物(Res innoxiae)爲不必要之破壞，對神機、墳墓等神聖物之侵害，均應加以譴責」之說(C. Phillipson, International Law and Custom of ancient Greece and Rome 1911. Vol. II. p. 248. et seq)，表示贊同者(Gentilis, De iure belli II. 23. Holland's Edition. p. 261)；然彼曾謂在某種情狀之下，雖破壞祠堂，亦屬無妨，比其與波里比阿之說

不同處。而其所舉之例，則爲於敵人不尊重祠堂，或在前次戰爭中敵人不曾尊重祠堂，而加以報復（Retaliation）時；於敵人既已冒瀆祠堂時；祠堂成爲戰勝之妨礙時（*Ibid.*; II. 23. p. 264）；對野蠻人戰爭時；及遇有特別緊要事故時，雖爲通常禁止之行爲，亦得成爲合法者也（*Cf. Victoria, Relectiones theologicae* 1557. VI. 52）。

對於敵人之身體，則包括婦女、小孩、無害之無防衛者、與外國商人同樣看待（*Gentilis, De iure belli*. 1598. II. 22）之平穩農民（*Innoxii agricolae*）（*Ibid.*; II. 21; *cf. Victoria, Relectiones theologicae* 1557. VI. 36）等之非戰鬪員，得免受對於敵人之普通處置。在神聖場所哀求避難者，依據世界一致之學說，得認爲不可侵者（*Gentilis, De iure belli*. 1598. II. 20）。人質，與戰時之俘虜不同，但不得自立遺言。人質不負其本國人違反契約之責任。逃亡之人質，可殺害之。收受逃亡之人質，乃違反國際法者（*Ibid.*; II. 19）。自然法，神法，雖均不准殺害俘虜，然在慣行上，則未必如是（*Ibid.*; II. 16）。對於俘虜，在特別情狀下，可加以苛酷之待遇。例如俘虜使拿捕者受傷害時，或係利用叛逆違犯國際法者，在復仇（*Reprisal*）之意義上不妨加以苛酷之待遇；又如被釋放之俘虜再被捕時亦然（*Ibid.*; II. 18）。不論何人，在被護送至安全區域（*Intra praesidia*）而未到達時，非爲俘虜。在被護送前，表示降服，捨其武器，而不企圖逃亡者，不得加以殺害。真意之降服，須加以保護，故必須允諾者也。但在有不能允諾之緊切理由時，不在此限。司令官或軍隊大多數之降服條約（*Capitulation*），對於反對

降服者，須加以保護（*Ibid.*; II. 17）。俘虜之交換，須以平等且善意行之。贖款（*Ransom*）不得過度。被釋放之俘虜，在支付贖款前死亡者，其繼承人須負支付贖款之義務（*Ibid.*; II. 15）。俘虜如以以後參加該戰爭而不抵抗拿捕者相約乃獲釋放者，此項約言，應視為有效。但該約言，若有害自己之國家，或違反軍法時，則未必有效。在此種情狀下，應將被釋放之俘虜，回復其俘虜之狀態，為法律學者之通說（*Ibid.*; II. 11）。恢復自由之俘虜，享有回復原狀（*Post-Iminium*）之權利。

司令長官（司令長官不在時，由其次位之將校負責）得締結軍事協定。此種軍事協定，僅限於在締結者之權限內，且經其政府批准時，方為有效。是項權限，普通以關於軍事行動事項者為限，規定戰爭終局的和平事項不包括在內（*Gentilis, De iure belli* II. 10. *Holland's Edition* p. 172）。停戰條約，得因依據自然法，神法及人道上所普遍承認之要求而埋葬死者，或為交換及釋放俘虜而締結之（*Ibid.*; II. 24. p. 268）。個人之無權限行為，不成立為停戰條約之違反，但須將犯人引渡，使受處罰。在停戰期中，不得將軍隊暗為進退。

通行執照，務求誠實，一方如有違反，准許他方為同樣之報復（*Gentilis, De iure belli* 1598. II. 12—14）。關於此種問題之訂約及保障，務須避免一切躲避之意圖，言語上之奸詐，牽強附會之解釋，及其他與誠意不能兩立之言行（*Gentilis, De iure belli* II. 4. *Holland's Edition*. pp. 136. 137）。

(八) 戰爭之終局

避免過度，保守『公正』(Honestas)，即名譽，正義，人道等戰勝者應有之義務，雖在戰勝者已將戰敗者置於自己權力之下時，亦須遵守者也。普通，均以戰勝者之行爲，得依其所受匪行之大小，所蒙損害之多寡，及保障最終安全之必要而決定，超越此種範圍者，即爲不當。蓋戰爭非爲戰爭而戰爭者，乃爲獲得可稱爲『常規之和合』(Concordia ordinata)(Gentilis, *De iure belli* 1598. III. 1)之和平而戰爭故也。若果戰勝者，能不專從事於向戰敗者取得由於強迫之屈服條件，而遵從自然法以行動，且能遵守萬民法者，則和平乃可以永續矣(Ibid. III. 13)。殘忍不人道之處罰，縱令在會受重大挑撥時，亦爲野蠻的行爲。法律學者，關於此種指導原則之討論，曾大異其見解，然貞提利斯則毫無躊躇，大膽倡言：『衡平』(Aequitas)實優於嚴正法(Jus strictum)，而『實益』(Utilitas)亦不弱於『公正』(Honestas)之說焉(Gentilis, *De iure belli* III. 12. Holland's Edition pp. 335—337, 338)。

戰勝者得奪取戰敗者之一切戰用武器及旗幟，徽章等(Ibid. III. 11. p. 334; III. 6. p. 298)，並可破壞戰敗者之堡壘，於必要時，亦可破壞用攻擊手段取得之都市，填塞其港灣(Ibid. III. 7. pp. 301 302)。惟對於戰敗者之祠堂及神聖物，縱令其所奉祀之宗教爲不正當者，亦非加以赦免不可(Ibid. III. 6. p. 298)。藝術品、圖書館、手錄之文書等爲不可侵者。

若自開始對敵以至於終結之種種過程，均為合於法規及正義者，戰勝者乃得著手於占領敵之領土(Ibid; III 4. p. 292)。但因所謂占領權，乃如弗朗沙·俄特曼之所云，係特殊的而非一般的，故其占領，僅限於以軍隊所占領範圍之領土；至於一般的占領(Adquisitio universalis)，則於國家全然為他國所合併，其領土，與權利義務一同移歸合併國時行之(Ibid; III 5. p. 296)。占領之實證，為有效之占有(Possidere)，及完全之管理(Conseruare)(Ibid; III 17. p. 370)。如在講和條約上無特別規定，則戰敗者之土地，場所，建築物等，及船舶，武器，其他戰利品，均可劃入占領者之權力以內，在敵人尙未驅逐出國土之前，可不歸還於原所有者(Ibid; III. 17. pp. 364. 367)。

對於戰敗者之身體，貞提利斯力主無緊急必要(Ibid; III. 17. pp. 364. 367)，殺害俘虜，軍隊或戰敗國之首領，或於和平恢復後，依然不釋放俘虜者，實為不法者也。彼蓋以為在戰爭方酣之際，出以幾分苛酷之行動，因為不得已之事，但戰爭一經終結，即不得再有此種行動發生故也(Ibid; III 8. p. 311)又戰時之俘虜不得以奴隸視之。至少在基督教國間必須如是者也(Gentilis, De iure belli. 1598, II. 9)。

戰勝者之其他權利如下：若在一般的安全上有必要，得變更戰敗國之政體(Ibid; III. 10)；並可使之採用戰勝國之宗教及國語(惟以戰敗國無其他宗教者為限)(Ibid; III. 11)；最後；戰勝者得向戰敗者請求賠款(Ibid; III. 3.)，課以納貢及金錢債務；且可於自國之安全

上認有必要時，要求其割讓領土(Ibid; III. 4.)。

(九) 海戰

貞提利斯於普通戰爭中交戰者之權利義務問題之外，更就海戰提出二三問題，加以討論。貞提利斯對於當時之習慣——即拿捕執照(Letters of marque)之付與，即為有意承認其對無武裝之無害商人等行使掠奪之習慣，曾痛加攻擊。復仇之為正當，為學者間所承認者(Ayala, De iure et officis bellicis et de disciplina militari. 1582. I. 4. 3)，格老秀斯亦主張臣民之財產，可因其君主或國家之負債及義務不履行而被扣押者也(Grotius, De iure belli ac pacis. 1625 III. 2. 2)。

關於海上拿捕問題，諸學者間固有種種之學說，即在諸國家間，亦曾有種種之實例。有主張捕獲品於捕獲同時歸屬於拿捕者者，有主張捕獲品移轉於拿捕者時，拿捕者須有二十四小時之保持，方為有效者(Ibid; III. 6. 3. n. 2)，貞提利斯等則主張捕獲品之取得，於搬入安全區域內時(Deductio intra praesidia)即為有效者(Gentilis, Advocationis hispanicae 1613. I. 2. p. 4)。然二十四小時說卒占勝位者也。

(十) 局外中立

貞提利斯對於中立者之權利義務關係上所需要之軌範，乃提倡屬地主義者（Territorial principle）。交戰者在中立國領土上雖無無制限且絕對之通行權，但爲無害之通過，乃合法者也。最好須得該國家或主權者之許可，以主權者有禁止在其領土內爲任何軍事行動之權利故也（Gentilis De iure belli. I. 19. Holland's Edition. p. 83）。交戰國對於暫時僑居於敵國領土內之外國商人，在其不參加戰爭，且忠實遵守中立義務時，不得以敵人處置之。故是項商人得免於受包括復仇之一切戰爭行爲之對待（Ibid; II. 22. p. 252）。但是項商人或其他外國人，在敵國設有永久住所，且有其永久居住之意思，而將其全財產或大部份財產提歸此處者，縱令彼尙未取得爲市民之充分權利，亦不妨以其爲已占有敵國臣民之地位而以敵人視之（Ibid; II. 22. p. 253）。至於是否可以認之爲敵國人民之證佐，並不以其出生地或已否歸化爲準則——因每一人民可爲種種地方之市民故也——，全視其住所（Domiciliū）爲根據（Ibid, II. 22. p. 258）；且亦不注重於其居住之事實，而是特別注重於其居住之意思（Animus manendi）者也（Ibid; 22 p. 255）。但居住意思有疑義時，可依其居住滿十年與否推定之。又人民一人之住所，得同時設置數所（Ibid; II. 22. p. 258）。合此諸點觀之，則其結果，定住者之物件，雖可加以捕獲，但純粹外國人之財產，則非尊重不可矣。惟是等外國人，在實際上援助敵人時，不在此限。

依據屬地主義，則在中立國領土內捕獲之財產或俘虜，不得移轉於捕獲者，非依從該領土

主權者之請求而引渡之不可 (Gentilis, *Advocationis hispanicae*. 1613. I. 5)。此種規則，對於雖在合法地域所捕獲而逃亡至中立領域內者亦適用之，蓋領土之變換，即所以指主權及管轄權之變換者故也 (Ibid; I. 5. p. 16)。

供給軍需品 (*Commoda bello*) 及食料品於敵，且以某種方法鼓吹或推動敵人之中立者，可與袒助敵人者同視，而以敵稱之。在普通用語上，凡實行使敵喜悅之事情者，均可稱之為敵。在萬民法上，對於交戰國與中立國間之通商關係，雖無特別禁止之規定，然依據自然 (*Natura*) 及衡平 (*Aequitas*) 之原則，交戰國之一方，得為停止此種通商關係之普通宣言及特別要求。貿易之自由及商人之權利，固應尊重，然在中立國商人之利益與交戰國之最高利益不能相容時，後者非處於優越之地位不可也 (Gentilis, *De iure belli*. I. 21 *Holland's Edition*. p. 97)。以故貞提利斯乃憶及一五八九年英國伊利薩伯女王以廉得「漢撒同盟」(The *Hanseatic League*) 諸國，以食料品，海軍用品及船舶送與西班牙之實情，而主張英國艦隊以合法手段奪取該同盟諸國之船舶實為正當之往事 (State Papers, *Domestic*, Elizabeth CXXII 86, 89; CXXIII. 64 (CXXV. 43)，而謂：故英國人等供給軍需品於土耳其國王與戰爭中之土耳其人，實為不法者也。可為是等諸問題之指導規則者，最好以如下之世界的命令形式表示之——『已所不欲，勿施於人』(“quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris”)。

結論

貞提利斯之著作，在國際公法史上，實有其千載不朽之價值。彼既一方面力避當時圍繞國際法之神學的混入思想，一方面復祇除向國際法襲來之學究的詭辯家之妖邪學說，而其所盡之力，實較其他學者為特多。彼蓋能明白認清問題之主要點，而為堅定之主張，並已豫示近世通行之國際法上的諸原則者也。彼更力主此種原則及國際關係之規則，不僅基於儀禮，且亦基於法律者。彼雖屢屢訴諸神法，又常崇拜「自然理」——「自然法」之權力，但其目的，在以人類直覺的認識，對於普通肯定之事項，與以更進一步之承認。彼以純正哲學的抽象論（Metaphysical abstractions）與辯證學的煩瑣說（Dialectic subtleties）為有害於問題的基礎之固定，而力避之。彼蓋懷抱全然實際的目的，以公平的裁判官之心理——並不依據古代權威學說，而係出發於常識之心理——，考究當時之大論爭，在不能覓得已有之一致學說或統一習慣時，則依正義人道之所指示，而與以簡明之解決。彼之著作，較之格老秀斯之概括式的著作，多少可以見出其為斷片的作品。但格老秀斯之著作，較之貞提利斯之著作出版為遲，當然有其模倣貞提利斯著作之便利，亦為吾人所不能不揣想者也。就中格老秀斯之「平戰法規論」第一卷及第三卷，乃以貞提利斯之「戰爭法規論」為模範者，實為明顯之事實。當然，格老秀斯對於哲學

的把握，頗爲優長，乃卽用其此種優長點，以成其具備一大體系之著作。然其一部分，在某幾點上，實與時代潮流相背逆者；另一部分，則爲與時代之要求與實際之事態無關係者。此卽格老秀斯之著作之所以常呈抽象的演繹的論文之觀之因由也。貞提利斯則反是。彼常研究實際之狀態及其可能性，絕不遺忘「凡爲支配人與人或國與國之關係之規則，必然的爲有機的性質者」之一事。此卽貞提利斯之所以力避一切獨斷的方法之根本見解也。貞提利斯復將國際法學者與神學者之各自行動範圍，加以明白之分割；更將國際法學者之事業與羅馬法學者之事業爲慎重之區別。彼蓋未嘗陷入於將國際法與羅馬法混同之謬誤的假定——支配格老秀斯著作之根本的分類法之假定——中者也。

茲再慎重考慮上面所述諸點，且一念及貞提利斯、格老秀斯兩法學者所處時代之不同，兩學者中所處時代較先之學者貞提利斯於成就其率先的事業時所發生之較大的困難，及立於時代後陣之學者格老秀斯之顯著的秩序能力及其所及於歐洲之極大的影響，則貞提利斯與格老秀斯同爲大有貢獻於國際法之學者，當然爲吾人所能首肯者；然「意大利法學派」則讚頌貞提利斯，「荷蘭法學派」則神視格老秀斯，二者究竟誰實應占最優之地位，有非吾人所得而容易斷定者矣。

(二)『國際法學之父』魯俄·格老秀斯

(Hugo Grotius 1583—1645)



格老秀斯之肖像

HVGONIS GROTII
**DE IVRE BELLI
 AC PACIS**
 LIBRI TRES.

In quibus ius nature & Gentium : item iuris
 publici precipua explicantur.



PARISIIS:

Apud NICOLAVM BYON, in viarum, sub signis
 S. Claudii, & Hieronimi Siluestris.

M. DC. XXV.

CUM PRIVILEGIO REGIS.

IN TRES LIBROS
 DE IVRE BELLI AC PACIS
 PROLEGOMENA.



Vs civile five Romanum &c quod cuique patriam ob oculos videre aggressi sunt multi atque illud, quod inter populos plures aut populorum rectores intercedit, five ab ipsa natura profectum, aut divinis constitutum legibus, five moribus & pacto tacito introducum artemur pauci, universum ac certo ordine tractavit hostibus nemo: cum tamen id fieri iure sit humani generis. Vnde etiam Cicero praestabilem hanc dicit scientiam, in federibus, pactioribus, conditionibus populorum, legum exterarumque nationum, in omni denique belli iure & pacis. Et Puffendorf hanc scientiam rerum divinarum & humanarum cognitio-ri praeparat, licet enim Theodolymenem compellat facit:

Nova sunt ista legi, cum sita hancque ac Deum

Deum est, utique, iura se hancque regit.

Atque eo magis necessaria est hanc operta, quod & nosse se esse non delint, & omni non detulerunt qui hanc iuris partem ita contem-
 rent, quasi nihil eius praeter unum nomen existeret. In omnia sermo-
 ore est Epiphani dicitur * apud Theodolymenem, regi aut civitati imperi-
 rum hanc, nihil in istum quod videret, cui simile illud, in turba
 fortuna id equius quod validius, & republicam sine iura geri
 non posse. Accedit quod quae inter populos aut reges incedunt con-
 troverfiae sermo Martem habent arbitrium. Est autem non vultu tan-
 tum hanc opinio, bellum ab omni iure abesse longissime, sed & vultu
 doctis ac prudentibus sepe dicta excedunt quae talem opinionem fo-
 veant. Nihil enim frequentius quam opposita inter se, jus & arma.
 Nam & Ennius dixit:

Non est iure manus conserium, sed magis ferro

Non repugnat.

Et Horatius ferociam Achillis sic describit:

Iura negat sibi nata, nihil non arrogat armis.

& alius aliam cum bellum ordirent sic loquentem inducit:

Hic pacem remorat neque iura relinquit.

Antigonus senex iustus hominem, qui sibi urbes alienas oppugnati
 commentarium de iustitia adferebat. Et Marius negabat praerarmo-
 rui strepitu leges * & se posse exandiri. * Ipse ille oris tam voracis
 di Pompeius, ausus est dicere: * Armata leges ut captum. In Chri-
 stianis scriptoribus plurima ejus sensus occurrunt: pro malis unum
 Tertulliana sufficit: *Dolus, asperitas, iniustitia, propra negotia proclorum.*
 Qui ita sentiant, dubium non est quin oppositum sint nobis illud ex
 Comedia:

格老秀斯「平戰法規論」扉頁

同書開卷第一頁

緒言

荷蘭之大法學者囂俄·格老秀斯 (Hugo Grotius; Huig van Groot; Hugo de Groot; Hujelanus Grotius 1583—1645)，在其生存中馳傳盛名者，為法律史上第二期——自西曆四七六年西羅馬帝國之倒收至一六四八年威斯特發里亞和平條約 (Westphalia treaty) 成立止——之末年。在此時期，一方面尚遺留中世紀之文物制度，一方面則已達近世之門戶，以故形成一個狂風暴雨，波瀾重疊之時代。及其末期，因「人道主義」的新精神之產生，乃漸次歸於平靜。所謂「人道主義」，最初頗呈朦朧之觀，後乃逐漸創定清新之理想，樹立經國之新原則。在與此新運動有過關係之許多法律家中，首應數及為哲學者、神學者、古典學者、政治家、外交家、法學者、辯護士、詩人、歷史家之格老秀斯。與格老秀斯同時代之法蘭德斯 (Flanders) 大畫匠彼得·保羅·盧本茲 (Peter Pa. I Rubens 1577—1640) 所繪，今猶保藏於德國德勒斯頓 (Dresden) 美術館之格老秀斯肖像，顯得格老秀斯乃一位具有品格高尚的姿態，寬大的容貌，仁慈的表情之人物。且在關於格老秀斯之種種傳說上，證明格老秀斯之敬神，篤實，博學諸美德者，亦頗不少。英國文學家撒母耳·仲松 (Dr. Samuel Jonson 1701—1764) 代格老秀斯之甥致維塞博士 (Dr. Vyse) 之書簡中，曾述及格老秀斯謂：「無論任何學者，均從斯人有所獲得者也」 (……“of whom every learned man has perhaps learned something”) 云。

一 格老秀斯之家系

格老秀斯在一五八三年四月十日復活紀念日曜日之午後七時，生於『工業與自由之地』(“Terre d’industrie et de liberte”)——荷蘭之德佛特(Delft)市。其最初之名字，與其祖父相同，爲格羅特(Groot)，或格勒特(Greut)，係荷蘭語之『格羅頓』(“Grooten”)，即偉大之義也。父名哥尼(Cornets)，法蘭西之貴族。曾祖父哥尼流·哥尼(Cornelius Cornets)曾娶德佛特市長狄德里克·得·格羅特(Diederick de Groot)之女爲妻。但狄德里克·得·格羅特，對此所生之女，以其祖先之一人，曾因有功國家，而由國家賜名格羅特，故約其以後對於子女，亦應以此命名，哥尼流·哥尼即遵從是項約言，而將其子囂俄命名爲格羅特。其後此格羅特之名，乃成爲哥尼流一家之家名，經格老秀斯之父伊安(Jan; Janus)，而傳至本文主人公格老秀斯，格老秀斯實爲格羅特一語之拉丁化耳。格老秀斯之一家，似爲世世愛好學問者。如伊安，亦爲哲學博士及法學博士，曾任來丁(Leyden)大學之理事長，德佛特之市長，既爲第一流之學者，又爲知名之法律家。然其長子囂俄·格老秀斯，則以異常早熟之知識，一身而兼盡諸種學者之名者也。(Brandt et Cattenburch, Leven des Heeren Huig de Groot. 1727. 市村光惠博士囂俄·格老秀斯『法學論叢』第十四卷第四號第七七頁以下。)

二 神童格老秀斯之幼年時代

『荷蘭之神童』(“Le Prodiges de la Hollande”)格老秀斯，穎悟絕倫，以九歲之一幼童，因其弟伊安·格羅特(Jan Groot)之長逝，爲慰安其父之悲歎，卽能作拉丁文之哀詩，已堂堂爲拉丁哀歌之作家。當時文學界巨星約翰·凡·得爾·多益司(John van der Does)，及哲那斯·杜薩(Janus Douza)等，無不稱揚其詩歌之天才，且謂：『格老秀斯不久必將完全凌駕當代人士，而與古代第一流學者比肩歟』云。一五九五年十二歲時，入來丁大學，師事有名學者約瑟夫·斯卡利澤(Josef Scaliger 1540—1609)。越二年，此神童格老秀斯發刊其對於古代羅馬學者馬底阿奴斯·閔納烏斯·菲力克斯·卡培拉(Martianus Minneus Felix Capella)之難解書『言語學與麥叩利神之結婚』(De nuptiis philologiae et Mercurii. 410—439)之註釋書，以其該博之學識，與犀利之批評眼光，驚倒當時之學界。德國學者吉特拉、約瑟、佛喜阿斯(Gerard Joseph Vossius 1577—1649)且激賞之謂：『全世界欲產生一在格老秀斯以上之學者，蓋已不可能』云。格老秀斯在其對於本書出版之準備談中，述及其讀書之範圍與研究方面之廣博，謂：『予曾對照研究同一問題之諸著者之學說與思想。最初之二冊，則曾參考記述古代哲學者的感情之諸人之學說；例如阿彪利阿(Apuleius)，阿爾柏利克斯(Albericus)等，其他不遑列舉。文法方面，則曾比較古代文法學者之學說；修辭學方面，對照亞塞祿(Cicero)，

及亞基拉 (Aquila)；論理學方面，對照波爾非利 (Porphyry)；亞里斯多德 (Aristoteles)；卡西多拉斯 (Cassiodorus)；阿彪利阿 (Apuleius)；地理學方面，對照斯特累苦 (Strabo)；密拉 (Mela)；索利努 (Solinus)；普托羅美烏斯 (Ptolemaeus)；尤其是普利尼烏斯 (Plinius)；算術方面，對照歐几里得 (Euclid)；天文學方面，對照海基尼烏 (Hyginus)及其他論及此問題之諸人；音樂方面，對照克利俄尼特斯 (Cleonides)；維特盧維阿斯 (Vitruvius)；菩伊喜阿斯 (Boethius)等諸學者之學說』。凡此決非此十四齡兒童空引諸大家姓名僞稱參考以自負，可於其註釋文中多以此輩古代學者為典範而獲得證明者也。

格老秀斯於一五九七年出版其所翻譯之靜力學及流體靜力學，該書係以後可與加黎·利加利略 (Galileo Galilei 1564—1640)及色爾·愛薩克·牛頓 (Sir Isaac Newton 1642—1727)比肩之當時荷蘭大數學者賽蒙·斯提維烏 (Simon Stevius 1548—1620)於一五八六年所著，在該譯本中，可以見出格老秀斯對於數學造詣之深遠。翌年，更完成其希臘詩伯亞拉圖 (Aratus)之關於天文學的詩體論文『現象論』之翻譯。此論文前曾由羅馬之西塞祿 (Cicero 106—43 B. C.)加以翻譯，但未告完成。西塞祿之著作之發行者阿俾·陀利維挨托 (Abbe d'Olivet)，曾謂：『西塞祿之牟塞 (Muse 文藝之女神)，未將格老秀斯之牟塞投入陰暗之處』。陀利維挨托，實為當時之一適好的批評家，格老秀斯即如是以其優雅之拉丁語之使用，博得當時第一流學者之稱揚者也。

當此時期，格老秀斯實已獲得高大之名譽，乃於一五九七年十四歲時畢業於來丁大學。翌年三月，十五歲，由法國特派荷蘭大使伊安·凡·俄爾頓·巴內未特(Jan van Olden Barneveldt)邀其同行，乃赴巴黎，其判斷之明快，才幹之銳敏，立論之具有魔力，復具有無比之理解力，使法王亨利第四世(Henri IV)(一五八九——一六一〇年在位)敬服不置，得受非常優遇；王並以鑲有自己肖像之金頭飾授彼，並以『荷蘭之奇蹟在此』(“Voilà le miracle de la Hollande.”)，『其觀此荷蘭之神童』(“Zeit daer het wonder van Holland.”)等語激賞之(Brandt et Cattenburch, Leven des Heeren Huijg de Groot. 1727. Bk. I. P. 11)。格老秀斯之在俄爾蘭(Orleans)大學獲得法學博士學位，即為其僑居法國時之事，考其年齡僅十六歲耳。

格老秀斯於獲得法蘭西語之澈底的知識與博士學位及法蘭西王親賜之肖像而歸祖國，專門從事於辯護士之職務。年未滿十七歲，即處理其最初之案件。以後在此方面獲得豫想以上之成功。二十歲，被舉為荷蘭政府之國史編纂官。更於一六〇七年二十四歲時，被任為荷蘭·西蘭(Zeeland)及西佛里斯蘭(West Friesland)之檢察總長。格老秀斯之被稱為『無比之青年』(“Adolescentem sine exemplo”)，『伶俐之神童』(“Juvencem portentosi ingenii”)，又有人評其為：『自初生即為成人，並無少年時代』者，實為至當之語也。

三 格老秀斯夫人

一六〇八年七月二日，格老秀斯娶西蘭(Zeeland)州維累(Veere)之名家女馬利亞·凡·賴革斯培爾哲(Maria van Reigersbergen 1589—1653)爲妻，琴瑟和諧，終其身不稍改。當格老秀斯求偶之初，嘗自冀得一能於其容易變化之生活上發生種種事故與失望時加以扶助之賢順的良伴，結果，卒獲滿足其所望焉。馬利亞確爲一溫良之賢婦，遇順境，不啻爲格老秀斯之一光彩，處逆境，則爲其唯一之慰安者，扶助者。尤以可稱爲國際公法之經典之『平戰法規論』(Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres. In quibus ius Naturae & Gentium: item iuris publici praecipua explicantur. 1625)的完成，實由於夫人之貞操義烈與夫機智膽略者不少(穗積陳重博士『法窗夜話』第十版第二二〇——二三二頁)，其經過，後文當詳述之。夫婦曾舉三男一女，長男及幼男，未及婚娶而夭折矣。

四 格老秀斯之宗教的傾向

格老秀斯乃爲具有虔誠的敬神精神之兩親之愛子，其自身又爲一抱有非凡才能與懷着豐富的同情心之青年，復在約罕內斯·烏伊頓善加爾特(Johannes Uitenbogaard)教師指導之下，故其自幼即浸染當時宗教的傾向，不能不謂爲當然之事也。烏伊頓善加爾特爲日後在陷荷蘭教會於紛亂之一大宗教爭議中負有重要使命之人物。當時荷蘭宗教思想界，適分主張是否容受神之恩寵完全繫於各人自由意思之自由意思論(Dogma of free will)，與人之得救與否絕對惟神之意是賴之神意宿命論(Dogma of predestination)之二派。一派以來丁大學校長雅科普·阿明尼阿斯(Jacob Arminius)爲領袖，一派以該大學教授夫隆西斯克斯·哥馬拉斯(Franciscus Gomarus)爲主將，相率爲激烈之軋轢。前者爲原罪不認說(Pelagianism)之修正說，馬丁·路得(Martin Luther)嘗採用之，欲對哥馬拉斯所熱心提倡之宿命論之極端的苛酷加以修正者；後者較前者爲近於正統派，獲有最大多數之皈依者，深深憎惡「阿明尼阿斯教派」(Arminians)，且加以種種殘酷之迫害，「阿明尼阿斯教派」曾向總督府提出正式抗議書(Remonstrance)。此抗議書，實爲格老秀斯之舊日老師烏伊頓善加爾特所起草者也。格老秀斯雖同情於抗議者方面，但至一六〇八年阿明尼阿斯死亡以後，始表現其宗教的傾向。一六〇九年，出版其題名『阿明尼阿斯之死』(In moten Arminii)(Hugonis Grotii, Poemata omnia 1616. II. p. 262)

之詩篇，乃完全投入「阿明尼阿斯派」矣。

格老秀斯於一六一三年三月三十歲時，為商議關於英國沿岸漁業問題之英·荷兩國間爭議，而任荷蘭之使節赴英，暫時離開宗教的爭論界。是年復被任為鹿特丹(Rotterdam)市長，且以不得違反自己之意見而加以免職為條件，始受任者也。此種條件之得以成立，足證格老秀斯尚未失卻國民之信賴，同時格老秀斯對於當時日趨激烈之宗教論爭，似已避不公然參加矣。格老秀斯之希望，當然在於和平，乃奮起而盡力謀兩派之妥協與相互間之默認，即以此一目的，當其以某種使命而赴阿姆斯特丹(Amsterdam)時，即在該市對到會之市長等以荷蘭語試為一度之演講，對於為求教會之回復和平而有默認異派之必要及其利益，尤以對於理論上的教旨諸點，以其爽利之辯舌，為詳明之論證。但此雄辯，卒未奏何等功效；彼自身甚至因惱恨其使命之不成功，竟罹一場幾乎致命之熱病。其後，格老秀斯對於「路得改良教會」(Lutheran Reformed Church)之離反態度，益趨明顯。一六一八年八月二十九日，由於總督拿騷公摩里士(Prince Maurice of Nassau)之請求，乃遭逮捕。並以大逆，攪亂聯合州之國教等罪名，解送特別裁判所。此種逮捕，係秘密行使者；而對於本案之審理，則特別任命委員二十四名(有謂係二十六名者)以當其事，均不合於正當法律之手續。當時格老秀斯與其他被告等對於裁判所之構成上，曾提出抗議，且主張合法之裁判官，唯荷蘭聯邦方克當之；尤以所任命之委員之多數，均係告訴人，顯於「阿明尼阿斯教派」有所不利。此種抗議，全被卻下。一六一九年五月十

三日，格老秀斯卒被宣告全部財產沒收，並判處無期禁錮。初在海牙之自宅執行禁錮。後乃於荷蘭之科爾庫姆市（Corcum）近傍卡斯提爾·得·盧末斯坦（Kasteel de Louvestein）遭幽閉焉。格老秀斯係於一六一九年六月五日被送至該城者。當初禁錮頗嚴，其後漸趨弛緩，許其於一週間內與夫人會見二次，後且允彼等同住，並許其友人送入書籍，及與友人爲不涉政治問題之通信。其夫人乃卽利用此種寬容機會，決然設法使其夫君脫獄焉。

格老秀斯每越數日，必將其裝盛書籍及裏衣之櫃與外面送來者一度交換，已成慣例。最初，看守者必施以嚴重之檢查，入後其取締手續，漸趨鬆懈，此種衣櫃可於毫不被疑中安然送入自室。格老秀斯夫人，卒於其夫君在獄適一年有半之一六二一年三月二十二日，乘此警戒弛緩之時機，將格老秀斯藏入一口櫃內，成功其脫獄之策略。先是夫人乘典獄官因公務外出旅行，乃向其妻報告格老秀斯因用功過度，致罹疾病，願將其全部書籍搬出，歸還原所有者；繼乃陽以搬出書籍爲目的而運入一僅足使格老秀斯隱身之長櫃。該櫃穿有一流通空氣之小穴。更對看守者豫先說明夫君因病不能自己搬櫃。待一切均已準備就緒，乃將格老秀斯裝入此櫃，運出城外，夫人自己，則睡在格老秀斯之床上。此一脫獄策，竟獲完好進行，不稍挫敗。裝有格老秀斯之櫃，由格老秀斯家之忠僕某，安全運往科爾庫姆市。約經二小時，乃至該市，「由阿明尼阿斯教派」之友人接受。格老秀斯立變裝爲一泥水工人，手持泥鏟，於翌朝二十三日逃往安特渥普（Antwerp），繼復逃往荷蘭西國境，於其將越荷蘭國境時，寄一書於荷蘭之議會，

辯明其脫獄之理由，並說明其雖受祖國政府之迫害，但愛護祖國之念絲毫未變。遂於四月十二日行抵巴黎。

留居獄中之夫人，於計算夫君確已到達安全境地之時間經過後，立即報告看守者謂其夫君已不別而脫獄。典獄官即將夫人監禁於密室。但二日後，夫人卒賴總督府之庇護而獲釋放，並許其攜歸在城內之一切隨帶品。夫人乃於同年九月，追蹤夫君之後，而赴其巴黎之謫居，重登夫君窮乏中之慰安者，且鼓舞其著作之完成焉。

於是格老秀斯乃於遭受不法禁錮二十個月後，懷抱其雖欲禁而不能自禁之愛國至情，飄流異國，而度其亡命生活矣。然格老秀斯在被禁錮之二十個月中，曾以荷蘭語草成『基督教之真理』一論文。其後於一六二七年，復以拉丁語之散文翻譯成『基督教之真理』(De Veritate religionis christianaе 1627)，其文筆之簡潔與雄勁、推理之適切與精確，曾博得當世甚大之讚揚。惟格老秀斯對於新教主義之信仰，原極薄弱，至為明顯，在其書簡中，可以找出彼實傾向於羅馬加特力教之歷然的證據；蓋惟該教之神聖不可犯之權力，方足以投合格老秀斯之意也。

五 格老秀斯之亡命與留住法蘭西

格老秀斯之此次亡命，實可謂爲其公生活之入於第二期。在此第二期中，其對於學問的勞作，實較從來更爲著明，且爲其收穫最多之一時期也。在此時期，彼乃完成其紀念的名著『平戰法規論』（Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres. In quibus ius Naturae & Gentium: item iuris publici praecipua explicantur 1625）；卽此一書之完成，已充分足以垂其不朽之名於後世矣。

格老秀斯既在法蘭西求得其護身之所，不但獲得多數之賞讚者，且蒙法王路易第十三世（Louis XIII）（一六一〇年——一六四三年在位）之優待，並賜以三千「里佛耳」（Livre）之年金。惟是項年金之支付，極無一定，有時竟全然未付，以故屢告衣食之窮乏。此蓋由於當時在法蘭西握有無比勢力之宰相利舍（Cardinal de Richelieu 1585—1642），要求格老秀斯與荷蘭絕緣，對法國爲絕對無條件之忠節，以爲得此年金之酬報，格老秀斯則不欲以自己之自由與年金相交換，乃答以我心不變，博得利舍之不快，利舍遂以不付年金之責任，委之於格老秀斯自己故也。

因此，格老秀斯乃於一六二二年執筆寫其『釋明書』（*Apologeticus eorum qui Hollandiae. 1622*）。該『釋明書』，係捧獻於荷蘭及佛里斯蘭人民者。書中，對於自己被處不當之罪刑，

巧爲辯護。全書原係以荷蘭語寫成，後用拉丁語翻譯，在祖國引起一大感動，並招惹荷蘭總督府非常之憤激，認該書爲一種誹謗之書物，乃發禁止之命令，以死刑之重罰，禁止一般人閱讀該書焉。此一嚴令之發布，不但使格老秀斯所抱他日或有一歸其寤寐難忘之鄉國之時期之一縷希望完全斷絕，且使其對於身體之安全，亦不能不有所懸慮矣。

格老秀斯後從其友輩之勸告，於一六二三年二月二十六日向法蘭西國王請得歸化證書，並得國王允與特別之保護。復因璽官得·微克(De Vic)之奏請，支給其年金，又由亨利·得·美姆(Henrie de Mehne)提供其居城之一部，爲格老秀斯之住所，並由得·都(De Thou)以其書庫准許格老秀斯使用，格老秀斯既已獲得如是種種之方便，其著作事業，乃益猛進，一六二五年六月，其『平戰法規論』遂告完成而出版矣。

後至一六三一年十月，格老秀斯爲奧蘭治公腓特烈(Prince Frederick of Orange)之友誼的抗議所激勵，且恃其所著『釋明書』在荷蘭所得之一般的好感，又因當時荷蘭總督摩里士已經去世，由曩曾對格老秀斯表示好意之其弟亨利大公襲其職，故於期待同胞之必然驩迎中離去巴黎，邁返祖國，而歸至阿姆斯特丹。不料總督亨利大公，竟發逮捕格老秀斯之命令，一六三二年三月，甚至以二千「夫羅林」(Dorin)懸賞逮捕格老秀斯，至是格老秀斯乃完全陷於絕望，遂抱不再踏入荷蘭國土之決心；於是年四月十七日轉赴漢堡(Hamburge)。居此凡二年，爲其一生最悲慘之生活時期。一六三四年，乃入瑞典之外交界。翌年，任瑞典宮中顧問官兼任

法國駐瑞典公使，始伴其夫人至巴黎。在職凡十年，曾幾度任外交上之折衝，揮其敏活之手腕，令彼以狡獪著稱之法國宰相黎塞留亦覺瞠乎若後矣。格老秀斯之完成其自著『荷蘭現代史』（*Annales et historiae de rebus Belgicis*. 1637），且著成一題名『亞美利加諸國民之起源』（*De origine gentium Americanarum*. 1642）之書，更翻譯希臘史家普羅科彼阿斯（*Procopius* C. 490—C. 572）所著之『哥德人，汪達爾人，及蘭哥巴爾代人史』（*Historia Gothorum, Vandalorum et Longobardorum*. 1655），均在此變故多端之時期中所爲者也。

六 格老秀斯之晚年

格老秀斯於一六三四年五月在法蘭克福·阿姆·美因 (Frankfurt am Main) 與瑞典宰相俄克森斯提爾娜 (Oxenstierna) 相會，立被任命為駐法瑞典公使，頗受瑞典女王克利斯提那 (Queen Christina) (一六三二——一六五四年在位) 之恩寵，且得為其盟友之宰相俄克森斯提爾娜對其為瑞典公使之行動竭誠贊助。但格老秀斯以自己身分曖昧關係，不願擔任此駐法瑞典公使之職，以頹老為理由，請求召還。女王許之，并賜以終身不忘其功之優諭。乃去巴黎，於一六四五年五月十六日抵漢堡，復經威斯馬 (Wismar)。即在此處搭乘特別預備之軍艦，而至喀爾馬 (Kalmar) 上陸，乃陸行至斯德哥爾摩 (Stockholm)。當時瑞典女王適在烏布薩拉 (Uppsala)，聞格老秀斯已還抵首都斯德哥爾摩，立即還幸，於翌日，賜以長時間之謁見，并以今後仍以大臣地位擔當國務相邀請。但格老秀斯一以瑞典氣候不適於老體，一以受女王優遇徒招廷臣之猜忌，故決意退出瑞典。女王知之，乃特為備一船，送格老秀斯至留培克 (Lubeck)。

格老秀斯係於一六四五年八月十二日上船者，但因中途遭大風，船身破壞，不得已避難於離但澤十四哩之一小港。復從此處坐無蓋馬車陸行，體力頓衰。至同月二十六日行抵北德意志之羅斯篤克 (Rostock) 時，其病狀已陷於寸步不能前進之冗重。經醫師診斷，始知已無回春之望。格老秀斯自知不起，乃要求與僧侶相見；羅斯篤克之神學博士約翰·克衣士托耳披烏斯

(John Quistorpius) 卽爲被招至其臨終之牀前者也。克衣士托耳披烏斯且謂格老秀斯雖在瀕留之際，意識清明，言語之能力不衰。下列對話，卽爲該博士所稱爲『學問上之不死鳥』(“Phoenix of Literature”)之格老秀斯與博士最後之談話，而由博士所直接傳述者也。

博士曰：『予既認定格老秀斯殆將命終。……乃進而謂曰，閣下非依靠耶穌基督不可，苟無耶穌基督，卽不能得救。格老秀斯答曰，吾願以吾之全期待置之於耶穌基督。予卽以「主耶穌」(“Herr Jesu”)一語開始祈禱，用德語高聲反復。彼亦緊握其手，以極低聲音，隨誦予之語句。祈禱既終，予詢以明白予所言者耶，彼卽以十分明白相答。予更反復朗誦神於人之臨終時所賜與之語，而詢以明白否，格老秀斯答謂，君之聲音，則聞之矣，君所誦之語之意義，則未知也』。

此卽格老秀斯於遭盡顛沛流離之苦，而將溘然長逝時之最終語也。一六四五年八月二十九日，格老秀斯卒以六十二歲之壽，在歸國途中，客死於羅斯篤克。其遺骸，先經暫厝，後改葬於德佛特其先祖之塋穴。瑞典女王克利斯提那聞格老秀斯之歿，至嘆謂：『苟可以金銀購得此高貴之生命者，吾人願以全部財產投之也』云。格老秀斯嘗以獨特之簡潔文句，自書其碑銘如下：

『爾荷蘭之囚人兼亡命者，

瑞典大王之公使，

『葛俄·格老秀斯其長眠於此』。

“Grotius Hic Hugo est Batavum

Captivus et exsul,

Legatus regni, suecia magni, Tui.”

七 格老秀斯之性格

格老秀斯之洪大的同情心，毫不迷頑卻甚深固之宗教的感情，對於一切時事問題之始終不懈的關心，深遠而普遍的知識，尤以彼之欲助長基督教派間之和平統一之熱誠的希望，在其於阿姆斯特丹所出版之格老秀斯的書簡集中所載致其親友之許多坦白的祕密書翰上，完全展開在吾人之前。在此等書翰中，其高潔誠實之精神，可謂透徹紙背，毫無憎惡或偏狹之批評的痕跡。此等書翰，確非爲一敬神之念甚切，學殖豐富，思慮周密之人物，具有關心當時政治，文學及宗教問題之熱烈，從其有學問之識者的立場，以達到正當結論之目的或希望，毫不偏頗地加以論述者之所能寫作者也。

格老秀斯之真價，雖其敵人，亦所承認者也。法蘭西古代言語學者克勞提烏斯·薩爾美細阿（Claudius Salmasius 1588—1653）曾謂：『吾不願富貴，高位與君王牧師之顯職，但願能與格老秀斯相近似』，具見格老秀斯受當時人士之推崇。格老秀斯雖曾遭受拿騷公摩里士之不正當的壓迫，在其個人的立場言之，當然有對之抱絕大怨恨之理由，但在其所著『荷蘭現代史』上，則以極正當之筆，記述拿騷公之功績焉，此亦爲爲歷史家之格老秀斯之公平態度之一例。以故雖以宗教上之爭論，不能妨害格老秀斯之慈悲心腸，雖以政治上之鬭爭，不能使格老秀斯稍稍移轉其重名譽，尙廉直之人生行路；同樣的雖以不法驅逐，不能使其判斷略有錯誤，不能

絲毫壓抑其愛國之心。格老秀斯之品德，洵可謂爲不稍沾污泥，不苟同流俗也者；而其爲學者及法律家之聲名，亦將久而彌高，永垂後世也歟。

八 格老秀斯之重要著作

(一) 『拿捕法論』(De iure praedae Commentarius. 1838)

『拿捕法論』，係格老秀斯於擔任「荷蘭東印度公司」之顧問律師時所著。一六〇三年二月，該公司之一船長，在麻刺甲(Malacca)海峽，拿捕葡萄牙船「Katarina號」，惹起當時之爭議，乃委託格老秀斯調查其合法與否，格老秀斯即於自一六〇四年之冬至翌年一六〇五年之春之期間內，草成此書，係證明是項拿捕為正當，以擁護「荷蘭東印度公司」之權利，且反駁葡萄牙之印度通商獨占說為不當者也(Vreeland, Hugo Grocius 1917. pp. 47. 48)。本論文共分三篇：第一篇，為拿捕法之學說(Dogmatica de iure praedae)；第二篇，為其沿革(Historica)；第三篇，為海洋自由論(Mareliberum)。在第一篇——拿捕法之學說中，說明在自然法(Jus naturae)及萬民法(Jus gentium)上之戰爭的意義，交戰權及拿捕權；在第二篇——沿革中，分為四部，敘述荷蘭對於西班牙之橫暴不得不訴諸戰爭之理由，與一五九六年以來，荷蘭之航行於東印度者，受葡萄牙之虐待，以致兩國間開其戰端之理由；在第三篇——海洋自由論中，則係論證「荷蘭東印度公司」有與印度諸島通商之權利，及葡萄牙無禁止此種和平的交通之根據者。但此『拿捕法論』一書，當時未嘗公開發刊。至一八六四年十一月，在海牙書肆馬提內

斯·奈伊霍甫 (Martinus Nijhoff) 之臨時發賣中，荷蘭之史家羅伯·夫律因 (Prof. Robert Fruin 1823—1899) 始發現『由十六章所寫成關於拿捕法之囂俄·格老秀斯之著作』(H. Grotii Opus de iure praedae in XVI. Capita divisum) 之原稿，直至一八六八年，乃告出版 [Fruin, Verspreide Geschriften. 1900—1905. Vol. III. p. 408. 立作太郎博士「格老秀斯之自由海洋論」『國家學會雜誌』第三九卷(大正十四年)第七號第一頁以下，市村光惠博士「囂俄·格老秀斯」『法學論叢』第十四卷(大正十四年)第五號第六二頁以下]。

(一) 『平戰法規論』(De iure belli ac pacis libri tres. In quibus ius Naturae & Gentium: item iuris publici praecipua explicantur. Parisiis: Apud Nicolaum Buon, in via Iacobaea, sub sigills S. Claudij, & Hominis Siluestris. MDCCXXV Cum privilegio Regis.)。

格老秀斯之許多著作中，最足以構成其聲名之基礎者，為其千載不朽之名著『平戰法規論』。本書確為一種劃時代之著作。亞爾然丁之法官卡羅斯·卡爾服 (Carlos Galvo 1824—1893) 曾謂此乃普通之著述家與真的天才人物所由區別者也，堪稱確當之評。以一般言之，任何著作，能較此更受世界的崇揚者，實未曾見，能如該論文之博得高度聲名者，可謂得未曾有。該論文係格老秀斯於一六二三年六月，在由其友人所供與之法蘭西松利斯 (Sentes) 附近巴

拉尼(Parani)之鄉居中，開始執筆著述，而於一六二五年六月，完全告成，乃在巴黎出版者。

格老秀斯在亡命之最初數年中，似有一友人，勸其將前著『拿捕法論』加以改纂，以爲其精神上之轉向，及數年來所得經驗之表示，故着手著述『平戰法規論』；然當時各國之情勢，亦爲其從事於此種偉大的學問事業之一動機。蓋格老秀斯寫述『平戰法規論』時，正爲「三十年戰爭」(The Thirty Years' War)方酣之際，格老秀斯對於該戰爭之慘狀橫行，到底不容漠視，乃出發於確立世界人類和平基礎的人道要求之觀念，而制成此足以緩和將來戰爭之規則者也(J. H. v. Kirchmann *Leben und Schriften des Hugo Grotius. Philosophische Bibliothek. Bd. XV. S. 8.*)。

格老秀斯之書簡中，亦有述及『平戰法規論』之處。彼謂：「予寫『平戰法規論』之目的，乃在於戒飭彼基督教徒以至於一切人類之無益暴舉者。蓋世界因有此種暴舉之存在，故戰爭可以恣意發動，恣意行施，且足以使國民日益陷於不幸耳」。又格老秀斯在其於一六二四年所著之『基督教之真理』(De veritate religionis Christianae 1624)中，亦對新舊伊斯蘭(Islam)教徒之『產於戰爭，生活於戰爭，發揚於戰爭』。(“Niannis nata, nihil spirat nisi arma, armis propagatur.”)之思想，加以擯斥；而對於拉哥尼亞人(Laconia)之『兵力萬能主義』(“Tata advim belliam fuisse directa”)，亦加以攻擊者也。

格老秀斯又謂：「予曾目擊雖野蠻國亦覺可恥之戰爭，在全體基督教國間行使；以全然無

理由或些微之理由，訴諸干戈；一旦干戈在手，似已獲得任何犯行均可行使之權利，無論爲神法，爲人法，更屬不能顧到矣』(Grotius, *De iure belli ac pacis* 1625. *Prolegomena*. Art. 28)。

洵如格老秀斯所云，此等蠻行，曾使多數識者，爲禁止對基督教國戰爭之宣言，但格老秀斯懷抱較此更實際且溫和之見解，講求對於上述無秩序狀態之匡救策，而發『任何事均可允許，但亦有任何事（關於戰爭方面者）均不可允許者』之主張。格老秀斯在本國從事於法律事務之際，嘗就其所懷抱之關於『無故被妨害』問題之學業，爲某種程度之準備，故於亡命中，乃願以更精勵之態度，使該學問益獲成長者也。

格老秀斯相信將此問題爲學問的研究之先進者乃絕無一人；更知將此問題爲學問的研究之唯一良法，在於使人定法與自然法分離；且其對於自然法之解釋，則謂：『自然法乃恆久不變者，雖神亦莫由得而變更之者也』(‘*Est autem jus naturale adeo immutabile, ut ne a Dio quidem mutari queat*’)云。

格老秀斯又謂：自然法，以其常爲同一不變，故易纂集於同一之規則，然其屬於施設方面者，則以凡有施設，必常變更，且亦各地不同，故非置之於此種規則之範圍外不可也。

事實上，關於戰爭法規之特種書籍，自來非無著述之者，格老秀斯之所以感覺不滿者，乃以此等書籍之著者，多將自然法、神法(*Jus divinum*)、萬民法(*Jus gentium*)、羅馬法，教會法(*Canon law*)混同故也。然格老秀斯對於曾在一五八二年著『戰爭戰時職務及軍紀法論』

(De jure et officis bellicis et de disciplina militari. 1582) 論文之已得紮爾·阿雅拉(Bal-thazar Ayala 1548—1584)。與會在一五九八年著『戰爭法規論』(De jure belli libri tres. 1598) 之阿爾柏利克斯·貞提利斯(Albericus Gentilis 1552—1608)，亦自認有所借助。貞提利斯所著『戰爭法規論』諸章之標題，與格老秀斯所著『平戰法規論』第一卷及第三卷之標題，殆相同者；而貞提利斯之著作中所引用之歷史的實例，格老秀斯之著作中亦引用之。

惟格老秀斯自貞提利斯書中所引用之範圍，似僅如是而已。何則，誠如英國史家亨利·哈蘭(Henry Hallam 1777—1859)之所說明，格老秀斯對於各章問題之研究，更較貞提利斯詳密，全然爲一哲學者之態度，貞提利斯則僅將此等問題加以編纂故也。貞提利斯論文之優越點，在於其能引用，且竭誠崇拜原書及先例之絕對權威；反之，格老秀斯則雖涉獵古今文學之全部，但其所引用者，僅限於可以附加自己之理由，及可以證明自己之判斷之原書與先例而已。法蘭西法官普拉提哀·福台累(M. P. Pradier—Fodéré 1828—1904)謂爲在格老秀斯以前之學者，欲如格老秀斯知將理論之權威與經驗之權威加以合併而統一之之方法者，實無一人。即格老秀斯之方法，乃哲學與歷史之有效的抱合，足與近世政治界以極深之印象者也(Pradier—Fodéré, "Grocius et son temps." Le droit de la guerre et de la paix. Trad. fran. 1867)。此種方法，實爲歸納的。個人與其社會性(Appetitus socialis)，爲法律及國家之源泉。此種社會性，不僅限於與自己之同僚過各樣『生活』("Non qualiscunque")時有必要，且在平穩及

有理智之生存上(“*Sed tranquillae, et pro sui intellectus modo ordinatae*”)與不顧一切道德的動機之單純的功利主義相反，而爲他人之福利計，亦有必要者。惟此欲保持社會之一傾向，始足以成爲在適當意義上之法或自然法之源泉，此與人智之本性相合致者也。對於他人之事物不得染指之規則，即屬於此種法律者。又如他人之物須歸還之，皆已從該物上得有利益者，亦非歸還不可；有約必須履行；由於過失而加損害於人者，非賠償不可。約言之，在適當意義上之法的特別任務，乃在於認定如爲他人之物即爲他人所有，自己所借來之物，須歸還他人之一界限而已。在一般的意義上，分法爲自然法與「意思法」(*Jus voluntarium*)。前者爲「正理之命令」(*Dictatum rectae rationis*)，與人類之合理的及社會的本性相合致，或指示其所不合致之事物者。故自然之創造者，常爲或加命令，或加禁止者也。後者，依由神命令與由人制定，而細分爲「神意法」(*Jus voluntarium divinum*)，與「人意法」(*Jus voluntarium humanum*)。「人意法」即成爲「市民法」(*Jus civile*)或「萬民法」(*Jus gentium*)之規則者也。

以如是方法，格老秀斯乃論及「在個人間亦如在國家間一樣，所可支配相互間之關係者，非爲功利，而爲理性的普通法」，之人道論。此種人道論，實滿佈於其論文之全體。亦惟其能設定此一原則，且將此一原則之運用，及於戰爭之行使，格老秀斯始克爲「自然法之父」，爲『國際法學之創立者』(Sir F. Pollock, “The History of the Law of Nature.” *Journal of the Society of Comparative Legislation. New Series.* (1901). p. 206; A. Pearce Higgins,

“The Work of Grotius and of the moder international Lawyer” Cambridge Legal Essays. 1926. p. 178), 或如德意志法官喬治·夫里德里赫·封·馬騰斯(Georg Friedrich von Martens 1756—1821)之稱之爲『國際法學之父』, 又如意大利法官佐凡尼·巴提斯帶·韋科(Giovanni Battista Vico 1668—1744)之稱之爲『人類之國際法學者』者也。

格老秀斯之著作固尚未完全；後世法律學者如德國法官基利斯當·投馬西尼(Christian Thomasius 1655—1728)雖認格老秀斯未能將宗教與法律及道德之區別明白說明；同時，格老秀斯又未能完全脫出在當時占有勢力之倫理哲學的支離滅裂而專斷之思想的迷宮；但格老秀斯之一般的功績，要爲不可抹殺者。此種功績，即格老秀斯在殘虐的戰爭方酣之際，考定正義之原則，不汲教會或聖書之餘流，而最初發現「不在於個人之孤立的存在，乃在於人人之社會的關係上」之社會的基礎，俾後世學者容易擴大其所開拓之道路，容易完成其所研究之學問。即自然法之觀念之所以能够影響及於約翰·陸克(John Locke 1632—1704)哲·若克·盧梭(Jean-Jacques Rousseau 1712—1778)及其他多數後學者之倫理的及政治的思索者，亦全由於格老秀斯之論文之力也。亦即因此，格老秀斯之理論，雖尙有其缺點及混雜之處，但其名著，至今尙受國際法學界之尊重。英國史家色爾·詹姆士·馬金托什(Sir James Mackintosh 1765—1832)之評語，確可代表現代一般學問界之輿論者；其言曰：『在學問進步極幼稚之時代，全世界所曾享受過某一人之天才與學問之恩澤者，蓋即此最完全之著作也』(Mackintosh, Miscellaneous

Works. 3 ed. (1854). p. 166)。亨利·哈蘭(Henry Hallam 1777—1859)亦對資格爾特·斯條亞(Dugald Stewart 1753—1828)之駁論(Stewart, Collected Works. 1854—1858. Vol. I. p. 370)，極口為格老秀斯辯護，而謂斯條亞之駁論，缺乏判斷之聰明與真摯，其文章，雖謂之為徹頭徹尾應受無完膚之駁斥者，亦非誇張之辭也(Hallam, Introduction to the Literature of Europe. 5 ed. (1835). Vol. II. p. 543)。彼且謂欲覓一如『平戰法規論』之能影響如是衆多之人心者，除聖書外不可得焉。

此一著作，誠如法蘭西法官，格老秀斯之『平戰法規論』之翻譯者哲·巴爾培拉克(Jean Barbeyrac 1674—1744)之所云，足以證明格老秀斯精神之端麗，判斷之雋銳，學識之賅博，常識之廣泛，及其對於真理愛之忠實者也。

極端攻擊格老秀斯之夫里德里赫·朱理亞·斯楊爾(Friedrich Julius Stahl 1802—1861)會謂格老秀斯之學理，結局，以契約之義務，為自然法全體之基礎；契約之義務，實為民權思想之母，更得康德及盧梭之啓發，而為法蘭西革命之直接誘因者也(Stahl, Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht. 3. Aufl. (1878). Bd. I. S. 158—17)。實則格老秀斯乃以義務為『對正直者使之負擔義務』(“Obligans ad id quod rectum est”)之道德的權利之規則，與『不包含於法律之完全化教訓』(“Legis aut juris nomine non veniunt”)之一種『誠實的教訓』(“Consilia honesta”)之分界線而已。斯楊爾之所論，以為最初發表「國家除

依據契約外，對任何人本身無何等權利；又，國家於各個人之目的以外無何等目的」之思想者，實為格老秀斯。以故百年之後，歐洲政治秩序之所以傾覆者，不外為該理論之萌發耳。

然而不論如何加以論擊，格老秀斯實以此一論文，如德意志法官亥因里赫·阿棧斯(Heinrich Ahrens 1808—1874)之所謂，與馬基雅弗利(Niccolo Machiavelli)的詐欺政策(Politik des Lugs und Trugs)以致命傷(Ahrens, Naturrecht oder Philosophie des Rechtes. 1870. S. 93)，使威斯特發里亞(Westphalia)和平條約成為可能者也。由於該和平條約之成立，認革命為正當之新時代於以開始；在法律之前，一切宗教全然平等之思想於以確定矣。

『平戰法規論』(Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres)，由巴黎書肆尼古拉·褒溫(Nicholas Buon)於一六二五年三月十七日自法王路易第十三世處獲得六年出版特許權，即於是年出版第一版五百部。出版之月日不明，為四折版之大本，頁數達七百八十六。然其銷賣，非常旺盛。至是年八月末，僅剩數部而已。以故格老秀斯乃更從事於第二版之準備。一六二七年，使褒溫為之出版。但至一六二八年四月，褒溫中途死亡，且其承繼者間糾紛不絕，出版完成之望既絕，格老秀斯乃將其稿本使居住荷蘭之弟與友人從事出版，越數年至一六三一年，乃由阿姆斯特丹市之著名印刷業者威稜·揚森·布萊烏(Willem Jansen Bleau, Johannem Bleau)以一折版發行。後更以六折版出版，格老秀斯曾親任校閱并加訂正者也。至一六四二年，布萊烏更加入著者之註解，發刊新版。此為格老秀斯生前最後之出版。格老秀斯去世之翌

年，即一六四六年，布萊烏復以八折版出版，且註明加入格老秀斯之最後的自己訂正與註解者。此實以後拉丁語版之範本也。

本書之拉丁語原本，自初版以至於一九一九年之來丁版為止，重版四十八次。翻譯本，則以一六二六年用荷蘭語在阿姆斯特丹出版者為始，以後合英譯、法譯、德譯共二十九版。連拉丁語版，實達七十七版之多〔Prof. J. S. Reeves, "Grotius, De iure belli ac pacis. A biographical Account." *The American Journal of International Law*. April 1925. Pp. 251—262; Cf. Higgins, "The Work of Grotius and of the modern international Lawyer." *Cambridge Legal Essays*. 1926. p. 1740. 山田三良博士「格老秀斯著平戰法規論之版數問題」——「國際法外交雜誌」第二四卷（大正十四年）第六號第六九頁以下〕。

『平戰法規論』行世極廣，幾為歐洲全部大學之教科書（A. Rivier, *Literarhistorische Uebersicht der Systeme und Theorien des Völkerrechts seit Grotius*. Holtzendorff's Handbuch des Völkerrechts. 1885. Bd. I. S. 398）。卡爾·路易（Karl Ludwig）（巴拉泰恩（Palatine）選舉候），至將此名著在海得爾堡（Heidelberg）大學，新設國際法之講座，以撒母耳·封·浦芬多夫（Samuel von Pufendorf 1632—1694）擔任教授（Walker, *A. History of the Law of Nations*. 1899. Vol. I. p. 337; Higgins, op. Cit. p. 179）。至於著者自身，並未得到何等金錢上之利益，唯僅受二百部之贈書作為報酬耳。此二百部中，格老秀斯復以之贈

送許多友人、法蘭西國王、法蘭西之主要廷臣，僅剩一冊，以一「克隆」(Crown)出賣，但仍不會收足實費也。有「北方之獅子」之稱之瑞典王考斯道夫·阿道爾夫斯(Gustavus Adolphus)(一六一一年——一六三二年在位)，非常珍重此書，攜帶不離身，雖赴戰場，亦必攜行，故於一六三二年十月十六日律會(Lützen)戰役後，在王之枕下，曾發見是書。反之，在羅馬教廷，則羅馬法王烏爾班第八世(Urban VIII.)(一六二三——一六四四年在位)。頗非難此書，且以一六二七年二月七日之教令，將此書列入「禁讀書目」(Index expurgatorius)中。但法蘭西法官哲·巴爾培拉克(Jean Barbeyrac 1674—1744)則謂「若無羅馬教廷之此種處置，後人或將誤信著者為贊成完全破棄自然法及國際法之專制國之主義及利益者矣，是則羅馬法王之非難，對於格老秀斯實為一種至大之榮譽也」(Grocius, De iure belli ac pacis. Preface to Jean Barbeyrac's french Translation. 1724. p. 7)。至一九〇一年，始仍以教令解禁焉。

九 格老秀斯之殘餘著作

除上述著作外，格老秀斯之殘餘著作，尙可舉出下列二三種。

(一) 『海洋自由論及荷蘭人之東印度貿易參加權問題』(Mare Liberum, Sive de iure quod Batavis Competit ad Indicana Commercia dissertatio. 1609)

本書實爲『拿捕法論』之一章(第十二章)。依格老秀斯所云，該書曾有人於一六〇九年三月，未經著者許可，以匿名出版單行本者。其內容，係就『拿捕法論』中之一章，加一序論，除稍稍變更其編制外，無何改作之處。『自由海洋論』，係否認西班牙所主張之海上獨占權，及英國所主張之在英國近海之航海及漁業獨占權，而斷定海洋應屬於人類之共有，不得置之於任何一國權力之下，各國國民均有其自由航海權者也。

格老秀斯之論證海洋領有之不可能，曾舉出二種理由：其一、可稱之爲道德的理由，卽海洋之無邊性及無盡藏性，亦卽凡由自然所構成，可供一人使用，同時亦可供萬人共同使用之物件，雖至今日，亦與最初由自然所創成時相同，仍在共有之狀態中，將來亦必如是者是也；其二、可稱之爲自然的理由，卽海洋之流動性是也。蓋所謂占有，僅指可劃定境界之土地而言，流動物本身，乃不能劃定境界者也。以故流動物必須如湖水、池沼、及河川等可以他物劃定其

境界者方可得而占有。至於海洋，因其較陸地更爲廣大，不能以陸地劃定其境界，實可謂之爲與空氣相同者也。格老秀斯更將海洋與航行權利併合而論，主張二者均不能依占有之理由，羅馬法王之特許，或依時效及習慣而屬於葡萄牙人。彼又謂縱令吾人對於海洋有其支配權，然海洋初不因共同使用而有所喪失，其支配權乃等於虛設；又因魚類非無盡藏者，故漁業雖可禁止，然海洋並不因航海而有所消耗，故航海乃不應禁止者也。

此一『海洋自由論』實可稱之爲叩出國際公法上之新時代之黎明的警鐘者。現代國際公法之發生，與此關於海洋自由之法律的論爭之起源，實有其密切之關係者也〔Fulton, *The Sovereignty of the Sea*. 1911. p. 338 岡康哉學士「海洋領有思想史論」『法學論叢』第一八卷（昭和二年）第五號一二三頁以下〕。

在格老秀斯之『海洋自由論』出版之當時，在西班牙，則因腓力三世（Philip. III）（一五九八——一六二一年在位）方將反駁荷蘭人主張之著作禁止出版，故對本書，亦引起不少反響。反之，在英國則於該書出版後之二三週，一六〇九年五月十六日，英王詹姆士第一世（一六〇三——一六二五年在位），發一布告，宣布凡非英國出生之臣民，未經在倫敦及愛丁堡之英王特定官吏之許可，不得在大英國及愛爾蘭之湖沼中進行漁業，可知『海洋自由論』在英國所引起之反響矣（Fulton, op. Cit. Pp. 346, 351）。

對格老秀斯之『海洋自由論』最先發表反對論者，爲蘇格蘭之法學者，聖·安德盧斯（Saint

Andrews) 大學法學教授威廉·韋爾伍德(William Welwood 1578—1622)。該教授於一六一三年，將其前著『蘇格蘭海法論』(The Sea Law of Scotland. 1590)加以修正，而發刊『全海法提要』(An Abridgement of all the Sea-Lawes. 1613; 2 ed. 1636)，在其第二十七章『海洋之共有及所有』(of the Community and Property of the Seas)中，專對格老秀斯所論海洋不能占有之點，加以批難。後於一六一五年，以拉丁語出版其『海洋領有論』(De Dominio maris juribusque ad dominium praecipue spectantibus asserta brevis ac methodica. 1615)，主要在於斷定在英國領海內，外國船舶無出入進行漁業之自由(Heatley, Diplomacy and the Study of international Relations. 1919. Pp. 125—128; Fulton, op. Cit. p. 357 note 2. 板倉卓造博士「戰爭及和平法論上之海洋自由論」『國際法外交雜誌』第二四卷(大正十四年)第五號第一一三頁以下)。對此，格老秀斯曾草成一反駁書，以恐益發激發英王之惡感，故未公刊(Heatley, op. Cit. p. 127 Fulton, op. cit. p. 357)。

其次，約翰·塞爾頓(John Selden 1584—1654)，於一六一八年，以該博之學識與博引旁證，起草『海洋閉鎖論』(Mare clausum sen, de dominio maris)，主張海洋可得而私有，并謂英國在實際上常確實享有湖海及海峽之主權，對格老秀斯為猛烈之攻擊；且將此稿進獻於國王詹姆士第一世。

如是在第十七世紀中乃招徠一以格老秀斯與塞爾頓為中心之『大爭論時代』，且造成一所

謂『書冊之戰』之現象。惟塞爾頓則因所主張之學說，與英國之島國的地位，及其在海上之主權之國民的誇負相一致，充分表現其愛國之思想，以故國王及國民，對其功績，為相當之賞贊；荷蘭之國民，則對格老秀斯報以禁錮與驅逐。二者相形之下，格老秀斯，要為不幸者。然經過三百年，格老秀斯所最初主張之公海航行之自由，已獲得實證。而近世國際法學，亦已採用荷蘭法官科尼利阿斯·凡·平刻斯胡克（Cornelius van Bynkershoek 1673—1743）在其所著『領海論』（*Dominio maris* 1702）中所釋明『領土權以武力之盡頭為盡頭』（“*Terrae potestas finitur ubi finitur armorum vis*”；“*Imperium terrae finitur, ubi finitur armorum potestas*”；“*Terrae dominium finitur, ubi finitur armorum vis*”）之一原則之彈著距離主義矣。

總之格老秀斯『海洋自由論』之原則，其論據之是非，姑置不問，而在現實上，要為國際法所採用，已為國際法上確立之一原則矣。此蓋由於一則、海洋使用之自由有確認之必要，二則、若承認某一國可以公海之一部為其領域，有害國際間和平，且足以妨礙海洋自由使用之一原則之確立故也（立作太郎博士「格老秀斯之海洋自由論」『國家學會雜誌』第三十九卷大正十四年第七號第一九——二〇頁）。

惟吾人所宜特別注意者，在此所謂之『海洋自由』，其意義乃指「海洋本身享有自由，不立於任何一國權力之下，因此，海洋除基於特別事由已認其為沿岸領海之部分以外，在現時，不屬於任何一國之領域，將來亦不許其屬於任何一國」而言者也。然一般尤其在世界大戰以後

所不時高唱之所謂『海洋之自由』(The Freedom of the Seas)，其意義則在於「海洋使用之自由，大半爲戰時交戰國在海洋中不受敵軍抑制之自由，或爲船舶在海洋中有其和平交通之自由」，二者實非明白加以區別不可。然學者間往往有加以混視者；如彼美國之詹姆斯·布拉文·司各脫(James Brown Scott)在由「卡內基(Carnegie)財團」出版之格老秀斯『海洋自由論』(Grotius, *Mare liberum*. Trans. by Mogoffin 1916)之緒言中，曾謂「世界大戰開始以後，『海洋之自由』一語，常從交戰國及中立國國民之口頭吐出，則吾人出版格老秀斯之『海洋自由論』，要爲適合時宜，且亦爲當然應爲之事也」云，其謬誤可知(A. G. Hays, "Wahht is meant by the Freedom of the Seas," *American Journal of International Law*. 1918. p. 283 ff.)立作太郎博士「海洋之自由」『國際法外交雜誌』第二三卷第九號(大正十三年十一月)第一頁以下。又該博士「格老秀斯之海洋自由論」『國家學會雜誌』第三九卷(大正十四年)第七號第十九頁、第二一頁、末廣重雄博士「海洋之自由」『法學論叢』第二四卷第二號(昭和五年八月)第一頁以下、岡康哉學士「海洋領有思想史論」『法學論叢』第一八卷(昭和二年)第二號第一一八頁、又該學士「海洋自由之一法的觀察」『法學論叢』第二十卷(昭和三年)第四號第九三頁以下)。

格老秀斯之『海洋自由論』，亦非格老秀斯獨創之見解。第十六世紀「法蘭西斯根(Francisiscans)派」之僧侶法蘭西斯·亞豐瑣·得·卡斯特洛(Francis Alfonso de Castro 1495—

1558) 對於意大利之熱那亞(Jenoa)人及委內瑞亞(Venezia)人，對其他人民在熱內亞灣及亞得里亞(Adriatic)海上所主張以時效為基礎之權利之價值，及其可以阻止在該海中航海之理由，曾發表其懷疑之意見；且指此種主張與理由為不僅違反法律，亦有背自然法及萬世不易之原始的國際法者。又曾對於主張葡萄牙王可以禁止在東印度海洋航海之葡萄牙學者之學說，及關於西印度海洋問題之西班牙學者之同樣學說加以論駁者也。(Francio Alfonso de Castro, De potestate legis poenalis; Nys, Les origines de droit international. 1894. p. 352; Fulton, op. Cit. p. 341; Potter, The Freedom of Sea in History, Law and Politics. 1924. p. 43)。

西班牙法官斐喃多·發斯刻司·門哈卡(Fernando Vasquez Menchaca; Fernando Vasquio Menchacensi 1509—1566)亦與得·卡斯特洛相同，曾謂主張海洋可屬於某一人之所有之學說，實有背自然法及萬世不易之原始的國際法者；彼更援用得·卡斯特洛之言，而以海洋及一切不動的物件為本來共有之物；又曾謂陸地常有變更，但海洋則無變更者也(Fernando Vasquez Menchaca, Illustrium Controversiarium aliorumque usu frequentum, libri tres. 1564; Walker, History of the Law of Nations. 1899. Vol. I. Pp. 245, 246; Fulton, op. Cit. p. 341)。

觀此，可知海洋自由論，在格老秀斯以前，已有人唱道，格老秀斯乃援用是等學說，尤其是上述得·卡斯特洛及發斯刻司·門哈卡之學說者也(Grotius, Mare liberum. Trans. by

Mogofir. 1916. Pp. 54, 57)。

格老秀斯在其『平戰法規論』中，亦曾高唱其海洋自由論。即在該書第二篇第二章第三節中，論海洋不能為所有權之目的物；在第三章第八節至第十五節中，則將此一原則之應用加以制限者也。惟以此與其前一年之『海洋自由論』相較，其分量顯見稀少，而其論調亦比較和緩矣。就中，如格老秀斯在『海洋自由論』中，痛罵英王詹姆士第一世為『禁遏別國人民之漁業者，不免為一發狂的貪慾之烙印耳』之舌端吐火的語調，在『平戰法規論』中蓋未曾見也。又在『平戰法規論』中，已承認各國學者所主張之沿岸海管轄權，則為前論之變說矣。

(二) 『格老秀斯全詩集』(Hugonis Grotii Poemata Omnia. 1616)

本書於一六一六年始行出版，為格老秀斯之愛國詩、諷刺詩、哀歌、結婚歌、及戲曲三種之蒐錄。讀此詩集，雖不能以天才詩人之資格許與格老秀斯，但其學識之豐富，與句調之優雅，要不失為傑作也。

格老斯秀年屆六旬，猶能不屈不撓——若依法蘭西之古代言語學者喀勞狄·薩爾美細阿(Claudius Salmasius 1588—1653)於一六〇六年在海得爾堡(Heidelberg)之著名的「帕拉替內選舉圖書館」(Bibliotheca Palatina)中所發見之希臘語原稿——從事於希臘著述家斯托俾阿斯(Stobaeus)詩集之有韻律之拉丁譯，惜未及出版而歿。但該翻譯，後至一七九五年，已

由某同國人，將其與希臘語之原本一同出版矣。

格老秀斯在本書中，亦與在其他著作中者相同，在其優美的詩歌中所訴說者，無非在求自己和平的希望之滿足，且將期待後人從感謝之念中所發出之深厚的賞贊而已。

(三) 『荷蘭法學入門』(Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheit, 1631)

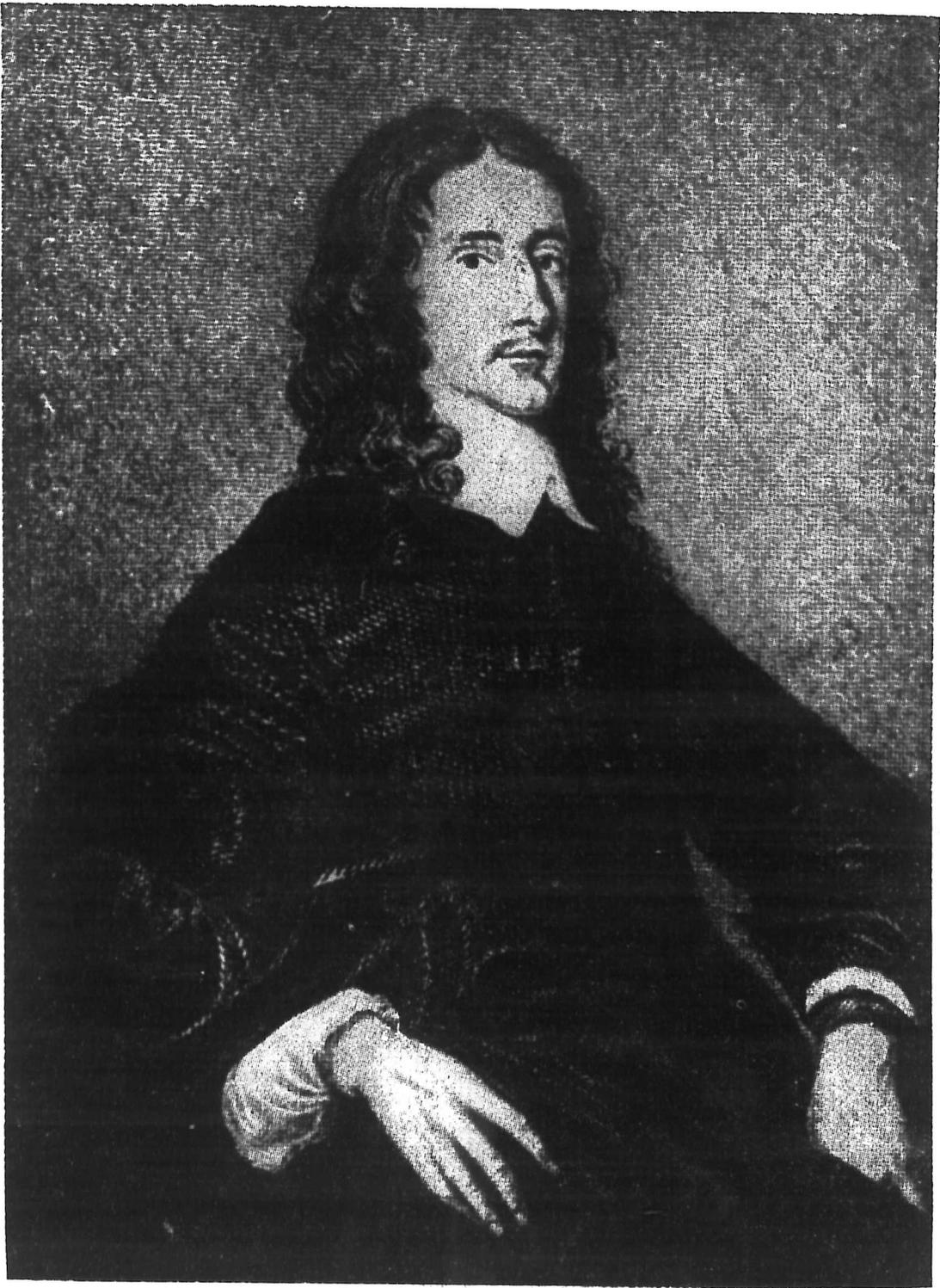
本書為格老秀斯於自一六一九年六月至一六二一年三月在盧末斯坦城之牢獄生活中，為其子之法學教育而編纂者，故當初並無出版之意，後於一六三一年始行出版(Groetius, Jurisprudence of Holland. Translated by R. v. Lee. 1926. Preface. XIII.)。

結論

以上所簡單說明者，蓋即自古迄今，世界上所產生之一最可驚奇而爲人類智能的靈怪——格老秀斯在僅僅十五歲時，已受法蘭西國王亨利第四世『荷蘭之奇蹟在此』——（“Voilà le miracle de la Hollande”），『其觀此荷蘭之神童』——（“Zeit daer het wonder van Holland”）之豫言的稱贊，此種稱贊，永爲後世所確認，彼蓋真的爲人類智能之巨星——之一生及其事業耳。總之，在格老秀斯之所有論著中，其所以常具鬱勃之生氣與清新之魅力者，以其在各論著中，無不充溢着高尚之道德理念，高標着人道主義之旗旆故耳；此即其論著贏得非常聲名及其最後成功之所以也〔Potter, op. Cit. p. 64; Fulton, op. Cit. Pp. 344—345. 岡康哉學士『海洋領有思想史論』『法學論叢』第一八卷（昭和二年）第五號第一二六頁〕。

(三)『盡忠於國際公法之學者』約翰·塞爾頓

(John Selden 1584—1654)



塞爾頓之肖像

Of the
DOMINION,
Or,
Ownership of the SEA
TWO BOOKS.

In the First is shew'd, that the Sea, by the Law of Nature, or Nations, is not common to all men, but capable of Private Dominion, or Propriety, as well as the Land.
In the Second is shew'd, that the Dominion of the British Sea, or that which comprehends the Isle of GREAT BRITAIN, &c. and ever hath been, a Part or Appurtenance of the Empire of that Island.

Written or first in Latin, and Englished,
MARE CLAUSUM
seu
De Dominio Maris,
By **JOHN SELDEN**, Esquire.

Translated into English, and set forth with some Additional
Enlargement and Discourses,
By **MARSHAMONT WEDJAM**,
Published by Special Command.



LONDON:
Printed by W. Lee, Du-rand, by the appointment of the Council of State, and are to be sold at the
Sign of the Ship at the Strand, at the Church-lane, and at the Golden-Lion in St. Dun-
stons.

塞爾頓「海洋閉鎖論或領海論」扉頁

Pars. I.

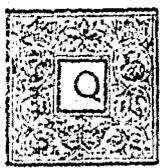


DE IVRE INTER GENTES,
ET DE IVRE PACIS.

PARS PRIMA.

Sect. I.

Jus inter Gentes est, quod in communione inter diversas primores, vel populos, penes quos est imperium, usurpatur. Quod scilicet, Moribus rationi congruis inter Gentes plerasque receptum est. Et id in quod gentes singule inter se conferunt, et observantur inter eas quibuscum Pax est, et inter eos quibuscum Bellum. Pax est inter diversas Principes, vel populos juxta Concordia, ex qua alii cunctis secrete agunt, juxtaque juri, Statum, Dominia, Libertatem et Delictum inter eos quibuscum Pax est, respicit.



Modo naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes perque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur, inquit Gaius Jurisconsultus, estque primum, quo singulorum gentium populi communiter, inter se utuntur, ut prope eum apud singulos homines alii liberi, alii serviles alia communes, alii in privato dominio, personae alii ex contractibus, alii ex delictis obligari censentur. Deinde spatio inter Principes, vel populos diversorum gentium communiter intercedit eum ex hoc jure, ut videtur etiam

A

同書 開卷第一頁

緒言

希臘詩伯荷馬 (Homer; Homeros) 在其所作特拉 (Troj) 城之攻圍戰之史詩『伊利亞特』(Iliad) 中，曾有「阿查克斯 (Ajax) 及赫克忒 (Hector) 所容易投下之石，『以今日退化之人類，到底非二人所能舉』」之名句。吾人苟一憶及為學者、為法律家、為歷史家、為政治家、亦為考古家如約翰·塞爾頓 (John Selden 1584—1654) 之偉業，及其包藏淵博學問之許多著作——從其性能與機智中放出燦然眩人眼目之閃光之著作『榮稱論』(Titles of Honour, 1614)、『在英國之猶太人』(Treatise on the Jews in England, 1617)、『西里亞之諸神』(De Diis Syriis, 1617)、『十分一稅史』(History of Tithes, 1617)、『阿藍得爾之大理石』(Marmorata Arundelliana, 1624)、『海洋閉鎖論』(Mare Clausum, 1635)、『英國男爵之特權』(Privileges of the Baronage of England, 1641)、『猶太曆』(De Anno Civili et Calendario veterie ecclesiae seu Republicae judaicae, 1644)、『桌上談話』(Table Talk, 1689)——，則不禁抱第十七世紀之真的荷馬之勇士——『諾亞 (Noah) 大洪水以前之一大人種』(“One of the giant races before the Flood”) 已在於此之想，同時亦不禁興「近世人已退化」之感焉。

一 塞爾頓之少年時代

塞爾頓之父，爲一在南英薩塞克斯（Sussex）郡渥丁（Worthing）附近西·塔林格（West Tarring）北半哩薩爾文格頓（Sarwington）小村中置有每年可以收入四十磅之小土地之自耕農。但塞爾頓之血管中，正與大文豪沙翁（William Shakespeare 1564—1616）相同，一脈相傳，無不流有貴族的血液；此種血液，乃由其母、拉興吞（Lushington）之賽爾·托馬斯·培克耳（Sir Thomas Baker）之女馬加勒特（Margaret）所繼承而來者。塞爾頓於一五八四年出生於此薩爾文格頓村，其最初呱呱墮地之家屋，尙殘存至今，該家屋之門石上，揭有左列之文字，相傳係塞爾頓於未滿十歲時所題寫者。

『來！汝正直者！如汝者來，此戶決不閉鎖，其進而就座！』

汝盜賊其遠去！對汝，決不啓吾戶。』

“Gratus, honeste, mihi, non Claudar; in ito sed tu

ine abeasi non sum facta soluta tibi”

據英國考古學者約翰·奧布利（John Aubrey 1626—1697）謂，塞爾頓之父，頗嗜音樂，擅梵亞鈴，『每屆聖誕佳節，常爲自己取樂，亦爲助鄰人歡欣，而爲隣人之舞蹈伴奏』——此實爲一幅英國文豪俄利佛·哥德斯密（Oliver Goldsmith 1728—1774）之傑作『韋克非爾德之

副牧師』(The Vicar of Wakefield, 1766)中之田園詩景！

奧布利更謂，在某一聖誕節之饗宴中，當時之少年學生塞爾頓，曾以『非凡才能』(“Parts extraordinary”)之少年，被介紹於考古家之妻科頓夫人(Lady Cotton)。

世人動謂今日『教育已普及』(“The school-master being abroad”，但若所謂教育，乃如玻恩爵士(Lord Bowen 1821—1893)所批評之『濫施注入之教授法』(“Instruction ladled out in a hurry”)者，固不妨如世人之所云。然在實際上，今人果能如古人之認真研究一問題耶？即可以塞爾頓爲一例而觀之。塞爾頓在愛德華·斯托利僧正(Bishop Edward Story + 1503)於一四九七年所創立之『契徹斯忒』(Chichester)公立學校中開始就學。至十六歲，始入『馬格達楞學舍』(Magdalen Hall)，後進被稱爲『哈特福德』高等學校(Hartford Colledge)之牛津大學之『哈特學舍』(Hart Hall)。在該大學修學四年後，始在倫敦『克利福德、因』(Cliford's Inn)攻法律學。更進而入倫敦四『法學院』(Inns of Court)之一之『因內·泰姆普爾』(Inner Temple)，經八年之鑽研，於一六一二年，乃執行辯護士之職務。塞爾頓自入大學以至於爲辯護士，其間實經過十二年之長期間，然而今日之教育期間果若何？不僅僅以其中三分之一之期間即稱滿足耶？

爲辯護士之塞爾頓，後曾博得「意見之提示者」之高評，法學界每遇需要特殊之學識時，必求教於塞爾頓。然法律實務之練達，決非塞爾頓野望之全部；塞爾頓更不甘於爲一單純之法

律家。塞爾頓曾謂：「普通法孃（*Lady Common Law*）不妨獨宿、之一般人的學說，對予乃不可通。」彼蓋以為法律非以文學加以自由化不可者也。

一一 塞爾頓與其知友

英國之著名考古家色爾·羅伯·布魯司·科頓(Sir Robert Bruce Cotton 1571—1631)，當時，在與臨泰晤士(Thames)河之一庭園之舊宮庭(Old Palace Yard)——現為英國上院之一部——相近之韋斯敏斯德(Westminster)之一家屋中居住。無數之手寫本、貨幣、大理石、其他考古品均蒐藏此處。其文庫，實為英國諸學者之絕好聚會所。科頓認塞爾頓為有與自己相似之趨向之人物，不但許其自由出入於其文庫，且與以自宅之款待，以故塞爾頓乃得與當時第一流學者、考古家、及詩人——威廉·干敦(William Camden 1551—1623)、色爾·亨利·斯培爾曼(Sir Henry Spelman 1564—1641)、色爾·約翰·得維斯(Sir John Davies 1569—1626)、邁克爾·德累吞(Michael Drayton 1563—1631)、及本·仲孫(Ben Jonson 1573?—1637)等——相交接焉。

本·仲孫——英國學者輩出時代之一最大學者——因係塞爾頓之最有力的稱贊者，故兩人間乃成立親密之友好關係。英王詹姆斯第一世即位後不久，彼曾博得「希臘詩伯荷馬再生」之榮評之劇作家本·仲孫及喬治·查普曼(George Chapman C. 1559—1634)，因在其『伊斯特威爾托』(“Eastward Ho”)之劇本中，含有諷刺的滑稽意味，招國王及宮廷之怒，被投入獄。當時巷間盛傳兩人之耳與鼻，已被割去，然幸未受此種恥辱而獲釋放矣。仲孫出獄後，曾

對塞爾頓張一道謝之宴會，以爲釋放之紀念。仲孫之母，亦曾與宴。席間，其母先舉杯祝其子之無事；繼復出其自己所準備之紙一枚，謂若該判決而果執行者，吾將以此紙混入仲孫之飲物而使飲之，此紙唯何？蓋強烈之毒藥也。仲孫且爲證明其母非爲一無教養之婦人計，曾附言謂其母當時實抱先自服毒之決心者也。

三 塞爾頓之活動時代

塞爾頓因後在科頓家中之許多學者之影響，不久，即成爲一著述家，從其無比之博識寶庫中，發表其關於新舊學說之著作：或與囂俄·格老秀斯論爭海洋問題而發表其『海洋閉鎖論』名領海論』（*Mare Clausum seu, de dominio maris*, 1635），或著古代英國住民史，或爲本·仲孫之劇作『狐』（“*Volone or the Fox.*” 1605）之註釋詩，『決鬪或格鬪審判』（*The Duello or Single Combat*, 1610），或爲邁克爾·德累吞（*Michael Drayton* 1563—1631）所著題名『坡里奧爾拜溫』（“*Polyolbion.*”，1613—1614）之英格蘭威尼斯旅行詩之註釋（*Notes on Drayton*, 1612），『關於大法官職務之小論』（*A brief Discourse touching the Office of Lord Chancellor*, 1617），威廉·布朗（*William Brown* 1591—1643）之牧歌『不列顛』（*Britannia*, 1613）之解釋等。無論何項論題，以塞爾頓多藝多能之筆調，與夫淵博之學問，無不爲充分之闡明。然上列諸作品，以之與塞爾頓之傑作相比擬，無非爲一種雜纂而已。塞爾頓之傑作中，爲法律家最感興趣者，當推『裁判的鬪爭』（*Judicial Combat*）之一特殊之論文。本書內容，係塞爾頓將「雙方鬪爭者，各以多角型之堡壘與四角形之楯武裝之，在裁判官前，對立於格鬪場中，相互捉住對方之手而挑戰，最後，一方卒告降服」之鬪爭經過，以博學多才之筆致，加以詳述者也。

塞爾頓非迷信家，然仍固執「訴諸天」之舊思想——「神必贊助正直者」之思想——，洵爲不可思議者。在其所著『桌上談話』(Table Talk, 1689) (塞爾頓死後，其子弟蒐集其生前言說而出版者)中，卽有：『爲萬物靈長之兩國臣民間的唯一裁判官乃神也，故戰爭實爲正當者。今於兩國臣民間發生戰爭，而不能以人類之證據決定時，兩方臣民，何不求得君主之許可，而以裁判委之於神耶？』(“War is lawful, because God is the only judge between two that are supreme. Now, if a difference happen between two subjects, and it cannot be decided by human testimony, why may they not put it to God to judge between them, by the permission of the Prudence?”)之一段談話。

四 塞爾頓之著作——『榮稱論』及『十分一稅史』

一六一四年，塞爾頓之『榮稱論』(Titles of Honour, 1614)出版矣。本書實爲一次於『桌上談話』而與塞爾頓之聲名不可分離之書本。舉凡王、公、侯、伯、男及其他諸種榮稱，與夫對於各承受榮稱者所頒給之紋章、敍勳之儀式等之一切掌故，無不供與塞爾頓以學問上之無限範圍，故能使本書永爲考古學者及紋章學者之寶典。塞爾頓之知友本·仲孫曾以左列詩體書翰，贈與著者，以祝本書之出版。

『君真足不出戶而知天下事兮，

吾將先憧憬夫君之優德：

其爲君之技倆耶？

抑爲君之信實？

君之教人之意思？

與豐富之知識？

君之不撓的蒐集知識之勞績？

君之不倦的誨人之熱烈？

幾多妄說，賴君排斥？

幾多真理，賴君恢復？

多少古代事物，爲君探得？

多少愚蔽見解，爲君消釋？

無數欺瞞，盡遭戒飭，

自來典據，尙何有不供君之驅策？】

You that have been

Ever at home, yet have all Countries seen:

Which grace shall I make love to first? Your skill,

Or faith in things? Or is it your wealth and will

T'inform and teach? Or your unwearièd pain

of gathering? Bounty in pouring out again?

What fables have you vexed? What truth redeemed?

Antiquities searched, opinions disesteemed,

Impostures branded, and authorities urged?”

一六二六年、塞爾頓之名著『福爾泰斯可著英國法註釋』(Commentary on C. J. Fortescue's

De Laudibus Legum Angliae, 1616)、醫年、『西里亞之證據』(De Düs Syrius, 1617)及

「猶太人間之結婚及離婚」(Uxor Ebraica seu de Nuptiis et Divortius veterum ebraeorum libri tres, 1617?)等出版矣。後二書，均為充滿東洋的知識者，但並無剽竊之處，完全為獨創的研究之成果。又一六一六年其「十分一稅史」(History of Tithes, 1616)亦告出版。塞爾頓在該書中主張所謂十分一稅(Tithe)，非為一種神權(Jure divino)，頗招僧侶之怨惡。英王詹姆士第一世雖曾遣使令塞爾頓將是書供之於「西俄包爾德宮殿」(Palace of Theobalds)，然坎特布里之大僧正威廉·勞德(William Laud, Archbishop of Canterbury 1573—1645)則強使塞爾頓另書一種改變之學說。此種改變之學說，乃令吾人想起彼意大利天文學者伽利利·伽利略(Galileo Galilei 1564—1642)之拋棄地球運行於太陽周圍之學說之故事矣。

塞爾頓之如是偉大的文學活動，僅於其自二十六歲至三十六歲之十年短期間中所為，實為英國文學史上未曾有之事。在此短期間內，塞爾頓究用何法以完成此偉大功作耶，實為一大怪事。然一部份乃由於彼能節約時間，蓋無可疑者。大抵塞爾頓亦與「密德爾·泰姆普爾」(Middle Temple)圖書館之創立者相同，而主張「世無有如時間損失之重大者」(“Nulla jactura gravior temporis”)歟。塞爾頓雖在理髮中，苟有思考浮現腦際，亦必立加記錄而保存之。嘗有一來丁(Leyden)地方之大學者愛撒克·服細阿斯(Isaac Vossius 1618—1689)求見塞爾頓，適值塞爾頓多忙之際，為不浪費無益之談話時間計，塞爾頓即從樓梯上與之接談，足以見其重視時間之一端矣。

五 塞爾頓之標語——「自由第一」及其政治生活

塞爾頓之思想基調，爲對於自由之愛。在其各著作中所反覆稱述之第一個標語，卽爲「自由第一」(“Above all things Freedom”)。但此實爲

『稀有的自由之愛，

王座上之自由之愛，

英國之愛——而非學童之熱情，

克勒特人種之發狂的興奮』。

“Love of freedom rarely felt;

Of Freedom in her regal seat,

Of England—not the schoolboy heat,

The Wild hysterics of the Kelt.”

爲一具有學究的天性之隱遁者塞爾頓之所以踏入政治的鬪爭場中去者，卽爲此愛自由之熱情所驅使者。彼復不問爲國王、或爲「國會黨」(Parliamentary Party)對於一切暴虐，無不以其爲敵，亦本此愛自由之一念所決定者也。當時，實爲英國憲法史上紛擾最甚之時代。「大權說」(Theory of prerogative right)與「神權說」(Theory of divine right)，雖爲英王詹姆

斯第一世之政治的純理論，但至查理士第一世 (Charles I.) (一六一五——一六四九年在位)，已成為施政之實則。在不絕之政戰中，塞爾頓曾為「國會黨」主要角色之一人。一六二八年，為英國國民之自由新特許狀之『權利請願書』，(Petition of Rights)，即為塞爾頓與愛德華·科克 (Edward Coke 1552—1634) 所起草者也。一年後，在噸稅及磅稅之大論戰中又曾一露其頭角者，亦為塞爾頓也。有一名為洛爾 (Rolle) 之議員之貨物，因未納稅，致受扣押。當時下議院曾以該扣押為不法，且為侵害議員特權而提出抗議。議長未將此抗議案付諸表決而遽圖脫身，塞爾頓乃起而呼曰：『議長！吾儕命令議長，議長可不將此提案付諸表決耶？若果議長不付表決，吾儕不能不茫然據此議席，且亦無何事可為矣。議長去後，繼議長而為議長者，或將謂依國王之命令而不付表決歟。實則吾儕乃依蓋有國璽之國王命令而來此就席者，議長乃為吾儕之議長而受選任者，故為議長者，在兩院之前，亦在據此王座之陛下之旁者也，然而議長今竟拒絕執行其職務耶？』議長乃答以『予已受國王不付表決，休會至三月十日為止之命令』而離席。此議長席，直至下院發表其反對(一)「羅馬教」(Popery)及「阿明尼阿斯教派」(Arminianism)，(二)噸稅及磅稅之抗議為止，卒由青年議員荷爾斯 (Hollis) 及發楞泰恩 (Valentine) 二人所占據。於是塞爾頓乃以查理士第一世之所謂『幫助對國王為顯著之侮辱，且曾煽動叛亂』之罪名，與其他數人，同被投之於「敦倫塔」，截止一六三一年五月，呻吟於縲絏之苦中。

六 塞爾頓之不偏不黨

上述處置，如以無塞爾頓之常保其心之平衡者當之，其將懷抱永年之憤恨而不能自釋歟；然而在塞爾頓，則不僅無此懷抱，且於二年後，一六三三年，倫敦之四「法學院」，為試驗對國王之忠節，表現一種戲劇，塞爾頓即為該組織中之一「因內·泰姆普爾」(Inner Temple)委員。又於一六三五年，自署「盡忠的草莽之臣」(“Humble and most devoted subject”)，將其所著「海洋閉鎖論」(Mare Clausum sive de dominio maris)獻之於「最嚴肅亦最有權力之國王」(“Regi serenissimo et potentissimo”)查理士第一世。

塞爾頓係採取鬪爭中之兩黨折中之道者，故不能以阿世家視之。彼乃不問國家與教會，惟恨「兩極端之虛偽」(“Falseness of extremes”)者也。塞爾頓自以其著「十分一稅史」招得上述大僧正威廉·勞德之暴虐以後，既未為該大僧正之與黨，亦未喜愛「長老教會派」(Presbyterian Party)之熱狂。塞爾頓於一六四三年為韋斯敏斯德(Westminster)之「神學者會」(Assembly of Divines)之會員，曾以希伯來語、希臘語、及其他古代語，對該派為根本的攻擊。當該派引用其自己一派之原書時，塞爾頓必以「在諸君之金邊小袖珍聖書上固若是者，但在希臘語或希伯來語中之意義，則如斯如斯者也」(“Perhaps in your little pocket Bibles with gilt leaves it may be thus, but the Greek or the Hebrew signifies thus and thus”)

報之，使該派無辭可答焉。塞爾頓之中庸態度，以英王查理士將擢用塞爾頓爲衡平法裁判所長一事證之，實最明白；此事苟無缶克蘭德爵士（Lord Falkland C. 1609—1643）之勸告，必已見諸事實矣，缶克蘭德爵士蓋早知塞爾頓不願承受此官職者故也。

塞爾頓曾久任肯特伯（Earl of Kent）之執事，伯爵逝去後，仍在其宏壯邸宅中與伯爵夫人同居。英國考古學者約翰·奧布利（John Aubrey 1625—1697）曾謂塞爾頓與伯爵夫人有曖昧關係，似未可遽信，蓋塞爾頓對於女性，素甚淡泊故也。若果確爲事實，亦無非爲所謂「財產本位婚姻」（“Marriage de Convenance”）而已。塞爾頓曾稱婚姻爲「冒險之事」（“Desperate thing”），并謂「伊索寓言」中之蛙，實最賢明。彼等雖頗愛水，但決不跳入井中，以其不能再出故也」。彼容姿如花，情熱如火之年輕伯爵夫人，對此無情之塞爾頓，當不十分愉快者歟。

然塞爾頓亦非純然索寞寡歡者，其食桌上座客常滿，從未有無一學者之夥伴共同列席者也。塞爾頓於一六五四年以水脹而亡身，英國裁判官幾及全體，及其他無數名士，均來會葬，其遺骸乃於莊嚴之儀式中，安葬於「泰姆普爾·徹亦」（Temple Church）。其遺物，卽爲其最有價值之文庫，由遺產管理人色爾·馬太·黑爾（Sir Matthew Hale 1609—1676）等，曾提供於「林肯·因協會」（Society of Lincoln's Inn）。「林肯·因協會」原頗樂受（2. Black Books. pp. 407—410）然因條件——對其他三「法學院」亦須公開——關係，引起糾紛，該文庫卒歸之於「牛津大學」之「普德利安（Bodleian）圖書館」矣。

七 塞爾頓之名著——「海洋閉鎖論」

荷蘭之法官羅俄·格老秀斯，於一六〇九年，發表其爲『拿捕法論』中之一節之『海洋自由論』，一名荷蘭人之東印度貿易參加權問題』之著作，否認英國近海之航海及漁業之獨占權利，且高唱其海洋非如陸地之可以占有，應屬於人類之共有，不服從任何一國之權力，各國國民均享有自由航海權之主張，處處罵倒英國政府及國王之主張。以故英國方面，如詹姆斯第一世，頗爲憤慨，乃使學者著寫反駁之論文。英國之學者，應命而起者，先後雖不乏人。如蘇格蘭法學者威廉·韋爾伍德 (William Welwood 1578—1622)，於一六一三年著有『全海法提要』 (An Abridgment of all Sea-Laws, 1613. 2ed. 1636)，於一六一五年著有『海洋領有論』 (De dominio maris, 1615)，此外，尙有不少論著。惟塞爾頓乃於一六一八年著『海洋閉鎖論』 (Mare clausum seu, de dominio maris, 1618)，以許多典據爲基礎，而下：土地既可所有，水亦非不可以所有者，英國四圍之海岸，應置之於英國主權之下，其境界，東南及於鄰邦之海岸，西北可於海洋中定之；如此荒漠之海洋部分，任何人如未得英王之許可，不得經營商業與航海；英王在此等海洋中，得行使其法權，從事於護衛等諸論斷，以之進獻於英王詹姆斯第一世。

英王查理士第一世，爲欲從新依史實及先例而爲海洋領有論之論證，乃先使學者著手於公

文書之蒐集及探索。其結果，於一六三三年，發刊色爾·約翰·巴羅斯 (Sir John Borroughs + 1643) 之『英國海主權論』 (The Sovereignty of the British Seas, 1633)。巴羅斯係依歷史的先例之配列，而論證在英國海上之英王領有權，排他的漁業權及航行權者。彼謂：『英王根據久遠而不可記憶之時效、繼續的使用及占有、隣國之承認及國內法之規定，可以長保此英國海之主權；卽以此主權爲理由，該英國海之通航及漁獵上之最高支配權與管轄權，當然應歸屬於英王，均爲非常明瞭之事實』。(Boroughs, The Sovereignty of the British Seas. Edited by T. C. Wade. 1651. p. 114; Heatley, Diplomacy and the Study of international Relations, 1919. pp. 131—141)。

塞爾頓既如前述於一六二九年以內亂罪投獄，後獲得保釋。在保釋期中，於一六三四年，由大僧正威廉·勞德 (William Laud) 之紹介，應查理士之需要，改作其『海洋閉鎖論』。一六三五年十二月，始告出版。『海洋閉鎖論』，塞爾頓曾於一六一八年進獻於詹姆斯第一世。詹姆斯以恐觸荷蘭國王之逆鱗，因循懦怯，不敢決行出版。距此次正式出版，蓋已經過十六年之久矣。(T. W. Fulton, The Sovereignty of the Sea, 1911. pp. 366—368) 塞爾頓於一六一八年所進獻於詹姆斯第一世之『海洋閉鎖論』，係專對格老秀斯之『海洋自由論』加以論駁者。但一六三六年依查理士第一世之勅令所出版之『海洋閉鎖論』，則對格老秀斯之『海洋自由論』及其在『平戰法規論』中之海洋自由論，一齊加以論駁，全然與舊著面目不同矣。且格老秀斯

之『海洋自由論』，全文由一萬四千語寫成，塞爾頓之『海洋閉鎖論』，則由九萬語寫成，實較前者達六·七倍之大焉。〔*Healy, op. Cit. p. 129.* 板倉卓造博士「戰爭及和平法論中之海洋自由論」『國際法外交雜誌』第二十四卷第八號（大正十四年十月）第四六頁〕。

塞爾頓之『海洋閉鎖論』，分成二篇。其第一篇，分二十六章，引用聖書、古代及中世之國家之海上慣例，而為有條理及公平之對照，以證明一般的海洋領有之可能，及事實上之海洋領有的現存狀況，并竭力反駁格老秀斯之所說。其第二篇，分三十二章，將英國之海洋領有，為第一篇所述一般原則應用之一例，而加以論說，配列自羅馬時代以至於查理士第一世之所有公文書、貨幣及歷史的事實，以為其立論之憑據。〔*Potter, The Freedom of the Sea in History, Law and Politics, 1924. pp. 62—63.* 岡康哉學士「海洋領有思想史論」『法學論叢』第十八卷（昭和二年第五號第一三七頁）〕。

要之，塞爾頓在本書所論證者，（一）若依自然法及國際法，則海洋與陸地相同，儘可為私有之財產；（二）英國國王，實為圍繞其王國之海洋之領主。同時，塞爾頓在其第一篇中，為搜集其論證之根據，直上溯至諾亞（Noah）時代，引用創世紀、詩篇、民數紀略、申命紀、以西結書、以賽亞書之希伯來及羅馬諸文，又以神話及古代史為旁證，且斷定內普丟恩（Neptune）神實為一私有全海洋之王者。更根據古代希臘及羅馬之書本中所記載之事例，列舉古代領有圍繞其領土之海岸者計十七國。（*Selden, Mare Clausum, 1635. Lib. I. C. 9, 10.*）關於羅馬

方面，則引用史家代俄尼喜阿斯·哈利卡那薩斯(Dionysios Halikarnassos)之片言，斷定羅馬係領有海洋者。彼卽以是等事例而對格老秀斯所主張之海洋領有權、航海專有權無可爲證之意見，斷定其爲不足憑信(Ibid; Lib. I. C. 14.)。塞爾頓又引用羅馬法王亞歷山大第四世對西班牙所下決定其與葡萄牙間關於新領發見問題之爭議之勅書，亦與格老秀斯相同，排斥葡萄牙領有海洋之主張；但塞爾頓所排斥者，並不排斥葡萄牙王不得爲航海及其所主張之海洋之領主，而是排斥其獲得此權利之方法不合理耳(Ibid, Lib. I. C. 17)。故其結論，乃謂海洋，在其性質上，非不可爲所有權之目的物者也。但塞爾頓對於海洋之自由使用問題，並未完全否認格老秀斯之說。彼蓋主張領有海洋之國家，在人道義務上，應允許萬國人民之通航。惟並不因承認通商者及航海者之無障害通過其海上，而其領有權卽遭破壞，以此種無障害通過之權利，僅有類於一種地役權而已。(Ibid, Lib. I. C. 20)。

塞爾頓對於格老秀斯以海洋爲流動體、故在其性質上、不能爲領有權之目的物之主張，復反駁之而謂普通對於同爲流動體之河川均承認其有領有權，何獨於海洋不承認之耶？河川、沼澤、湖水、非爲一種小的海洋耶？而且萬物無不在常起變化，然人之因自然之如是不斷變化而主張萬物無一得爲人之所有物者蓋無有也。且也，海之流動變化，僅波浪而已，海底則不變不動者也，以故儘可爲國家所領有(Ibid, Lib. I. C. 21)。塞爾頓又對格老秀斯海洋不能說明確之界線之主張，而謂海洋固廣大無垠，然亦非無限無極者，蓋有圍繞海洋之陸地以爲其四方之限

界故也。苟能設定此種境界，則劃分海洋之境界，亦與陸地相同，並不困難矣；即可從此島至彼島，從此岬至彼岬，劃一直線，依照設定經緯度之方法，或依熱帶線、赤道線、子午線等，設定分界線者也。此種分界之方法，與在陸地上依溝渠、牆垣、及其他而劃分境界者相同，有效且合法者也（*Ibid.*, *Lib. I. C. 22*）。且格老秀斯以爲海洋縱爲萬人所共有，然其利用實爲無盡藏者。塞爾頓則謂如他人在自己之海上可以自由撈漁航行或通商，則自己之利用即被妨害，又因海產物之利益、即眞珠、珊瑚、其他海產物可以撈奪，故海洋若爲共有，其利用量自必減低，恰與在土地中之鑛物及其他物產完全相同，此種理由，在一切漁業上均可適用者也。

在『海洋閉鎖論』第二篇中，論所謂英國之海洋，分東西南北四部，此等海洋，雖不能以遠延至未知之境，全部稱之爲英國之領海，然因英國國王在此等海上有其極廣大之權利，乃不能放棄者（*Ibid.*, *Lib. II. C. 1*）。塞爾頓更引證自羅馬時代以迄查理士第一世之記錄及事實，在其結論中爲『鑑於以上所引證，則對岸諸國之諸港及沿岸，爲海上王國之英國之南方及東方國境，事實上已甚明確。惟在北方及西方之大洋中，爲英格蘭、蘇格蘭及愛爾蘭所佔領之海上，其國境應於今後設定者也』之斷定（*Ibid.*, *Lib. II. C. 22*; *Th. Ortolan, Regles internationales et diplomatiques de la mer. 4. éd. (1864). T. I. pp. 128—136.* 板倉卓造博士『近世國際法史論』第二二——二三頁。又該博士『戰爭及和平法論上之海洋自由論』『國際法外交雜誌』第二四卷第八號（大正十四年十月）第四七頁至第五三頁）。

如上所述，塞爾頓一方面對於格老秀斯之『海洋自由論』加以論難，但一方面又竭力稱揚格老秀斯，此種公正之態度，益足令其『海洋閉鎖論』受人尊敬。且也，塞爾頓之說，其後全爲英國政府所採用，常以此種理論的根據，強制其他各國。國王，尤其是查理士第一世，竟以此通告荷蘭政府，又在所謂「長期議會」中，將『海洋閉鎖論』加以英譯，復加註釋；更因格老秀斯之論據，異常薄弱，故以對此著者宜加嚴罰之意旨，逼迫荷蘭政府，卒至與荷蘭開戰焉。

惟塞爾頓此著，亦曾引起荷蘭之一大反響。得爾克·格拉斯文開爾（Dirk Graswinckel）受荷蘭政府之命，起草其反駁論，於一六五二年，公刊其『海洋自由論辯疏』（*Maris liberi vindiciae adversus Petrum Baptistam Burgum Iugistici maritimi dominii assertorem, 1652*），斷定塞爾頓之所以著此『海洋閉鎖論』者，乃謀所以出獄者也。又蓬塔努斯（Pontanus）於一六三七年，利用依利薩伯（Elizabeth）女王之宣言，亦發表其一著作。（Fulton, op. Cit. pp. 374—376, 411）該著作且因塞爾頓之著作一時盛行於荷蘭，故一年內相傳竟重版至三次之多云。塞爾頓對於是等反駁，於一六五三年，公刊其『辯疏』（*Vindiciae, 1653*），以爲答辯，敘述其入獄與『海洋閉鎖論』之執筆及出版之諸經過事實；該書，亦與塞爾頓其他與論敵接戰之著作相同，文體頗直捷簡明者也。

總之：格老秀斯雖從一般國際的、人道的立場立論，但亦如塞爾頓所率直承認，乃全以國家的安寧、國家的政策及國家的利益爲其所論之基準，且左右其結論者；在塞爾頓，則以爲人

道、慈悲、寬大等問題，惟在無妨害於國家利益之限界內，始可顧到者也。換言之，塞爾頓乃全然爲一國家本位、且爲一極端論者(Potter, op. Cit. p. 79)又格老秀斯之『海洋自由論』與塞爾頓之『海洋閉鎖論』相較，其字數相差至六·七倍之巨，而其論法，亦以『海洋閉鎖論』爲更銳利，則謂格老秀斯殆已爲塞爾頓所論倒，亦非過言。然塞爾頓之學說，截止第十八世紀之初，雖頗有力，今則格老秀斯之主張，已足爲國際法上確定之原則，所謂海洋領有論，乃成爲過去之遺說矣。

八 塞爾頓之一世快著——『桌上談話』

物之輕者，往往上浮於時流，其堅者，則下沈焉，論塞爾頓之作品，亦可作如是觀。爲歷史的方法之先驅之塞爾頓之考古學的及法律學的研究之紀念，雖有『塞爾頓會』(Selden Society)以傳其名於不朽，然其著作自體——色爾·窩爾忒·司各脫(Sir Walter Scott 1771—1832)所著小說『該·曼納林』(Gay Mannering, 1815)中之人物多密尼·薩姆普松(Dominie Sampson)曾幾度慨歎爲『非常非常』——(“Prodigious”)之隱沒的學問上之傑作——則讀之者不多。惟塞爾頓之『桌上談話』，則至今猶保存於世而博得好評。『桌上談話』之書名，非塞爾頓所獨創，馬丁·路得(Martin Luther 1483—1546)、撒母耳·羅澤斯(Samuel Rogers 1763—1855)、撒母耳·哥爾利治(Samuel Coleridge 1772—1834)、撒母耳·約翰孫(Samuel Johnson 1709—1784)等，無不有『桌上談話』之著作，均與塞爾頓之『桌上談話』，同具一種魅力。在『桌上談話』中，多爲聖哲之士、或專門學者，在食桌上所自由發揮、具有活氣之思想與談話，乃將機智與性智融和爲一，而將高深學理，用低淺之表現方法——如塞爾頓之傳記著者理查德·密爾窩德(Richard Milward 1609—1680)之所謂：『將宗教之最高點及國家之最要件以普通之理解力』(“for an ordinary apprehension the highest points of religion and the most important affairs of State”)加以說明者也。讀者欲在塞爾頓之著作，求得

『有趣味之雜談』(“An agreeable rattle”), 蓋不可得。夫將深遠且困難之問題，於食後加以討論與說明，此對於胃弱時代之人士，雖或將視為畏途；然在當時，實已成爲大學及僧院中之一種風習。況在塞爾頓之時代，凡應明白解決之重要問題，相繼發生，塞爾頓之『桌上談話』，固毫不帶有學者之臭味，且較爽快之諷刺、或有趣味之故事談話——依撒母耳·哥爾利治之用語——實更含有『意味深重之金科』(“Weighty bullion of sense”)之價值也。人或以大法學者塞爾頓與其認之爲機智的，毋寧認之爲侃侃諤諤者流，實則彼有時亦能漂其談諧之香者也。例如彼曾謂：『子欲娶祖母爲妻，而對其父用「吾父既娶吾母，吾何故不能娶吾父之母耶」？(“You married my mother. Why should I not marry yours.”)之一論理』者是。

塞爾頓之所倡說，多爲大膽者，頗堪驚嘆。其對於宗教問題尤然。此即足以證明其所懷抱之自己常用標語『自由第一』(“Above all things Freedom”)之思想者也。塞爾頓曾謂：『對異教徒宣傳，乃無益之事。人類除從自己之心中決定其思考外，無可爲之決定者。此蓋由於人類不能以其所不好易其所好故也。……宗教猶服飾也，甲衣開口之背心，乙則衣有緣飾者，丙所衣者，乃全無修飾者，然三人固無不衣有背心也。與此同理，任何人均信奉一種宗教，惟其外飾，不同而已』。於此，爲吾人所不可不知者，即在塞爾頓之時代，迷信式的宗教 (Fancy religion) 甚多故也。塞爾頓更考慮到傳道力——宗教所及於生活之感化——而謂：『追隨於說教之後者，歸家後，立即欺瞞別人，有何足取』？(“What care I to see a man run after a

sermon if he cozens and cheats as soon as he comes home?"). 誠如塞爾頓之所云：「謙讓美德也，然一切人均能言而不能行者也」(“Humility is a virtue which all preach and none practise”)，可謂洞察事實之談也。塞爾頓稱「衡平」(Equity)爲「混亂之事」(“A roguish thing”)，其言曰：「法律原有尺度，儘可自爲衡量。衡平則全仗大法官之良心而決定者，良心有廣狹，衡平亦不能不隨之而有廣狹矣」。(“For law, we have a measure, and know what we have to trust to. Equity is according to the conscience of him that is Chancellor, and as that is larger or narrower, so is equity”)。關於此一論斷之是否得當之問題，吾人所應明白者，乃在塞爾頓爲此言之時代，所謂「衡平」，尙未在哈德威克爵士(Lord Hardwicke 1690—1764)及埃爾頓爵士(Lord Eldon 1751—1833)之獨創的天才之下完成一種制度——『爲一定之規則所支配，爲先例所承認之苦心之連結的制度』——(“Labourd connected system governed by fixed rules and bound down by precedent”)是也。以故塞爾頓之傳記著者理查德·密爾窩德之忠告——對讀者之忠告，實可謂爲得當之談也；其言曰：「吾人讀書，當區別時代，且須設想書中陳述許多事項時之情狀與其理由，若然，則對於其所陳述之許多事項，必益足以見其生命與風趣矣。」

九 對於塞爾頓之批判

塞爾頓之肖像，爲英國大歷史家『英國之反叛及內亂史』（*History of the Rebellion and Civil Wars in England, 1702—1704*）著者愛德華·海德（*Edward Hyde*）——克拉林敦爵士（*Lord Clarendon 1609—1674*）——所寫。克拉林敦爵士曾對塞爾頓爲如下之評贊：『對塞爾頓，任何人不能爲過讚之描寫。彼蓋爲無法適切表現其業績與德性之一人。塞爾頓正如其美善之述作中所表現者一般，日夜埋頭書城，無一刻消費其時間於讀書及述作以外者，彼洵爲一切學問方面、一切國語學方面之一大學者。不第唯是，彼之仁慈、和愛、及禮貌，全似受過最上之宮廷教養也者；而其溫厚可親、酷愛善行，則又過之。塞爾頓之研究一問題之方法，與一般人之方法異其趣，而其全部述作之文體，則似完全非爲解釋難解問題而作者，有杜撰且常多曖昧之處，然仍不傷文體之美，無害於其古代語之使用癖。惟當談論時之塞爾頓，則爲一最明朗之說話家，實具有使繁雜者成爲簡易，適合聽衆理解力之程度而爲說明之特殊技能者』。英國詩伯約翰·密爾頓（*John Milton 1608—1674*）則評塞爾頓爲：『學者中之巨擘，我英國民之光彩』（“*Chief of learned men and glory of our nation*”）。又塞爾頓之友人本·仲松（*Ben Jonson 1573?—1637*）之評塞爾頓，則謂爲：『獨立特行之士、英國裁判官之法律書、最能通曉一切國語之人物』（“*Living on his own, the lawbook of the judges of England, the*

bravest man in all languages”。且嘗在致塞爾頓之詩體書翰中爲如下之讚辭：

「君真足不出戶而知天下事兮，

復如圓規般，能堅樹一腳於圓心，而製作滿貯一般知識之圓圖；

又能注意於人物與習俗，

既聞過去之言兮，

亦嘗觀夫現代之行事」。

“You that have been

Ever at home, yet have all countries seen,

And, like a compass, keeping one foot still

Upon your centre, do your circle fill

Of general knowledge; watched men. manners too,

Heard what times past have said, seen what ours do.”

餘如英國之政治家巴爾斯特羅德·惠特爾羅克(Bulstrode Whitelocke 1605—1676)亦嘗爲如下之批評：「塞爾頓之心胸，如其學識之廣大。彼亦如一切高德者，好仁愛且寬大者也。彼蓋爲所好之人之好伴侶也」。(“His mind was as great as his learning; he was as hospitable and generous as any man; and as good company to those whom he liked”。)

結論

「人民之幸福，乃最高之法律」(“*Salus populi suprema lex*”)，此一格言，可以推知塞爾頓觀察之銳利。此其真意，乃在於「使之成爲最高之法律」(“*Suprema lex esto*”)，而非「爲最高之法律」(“*est*”)也。換言之，古代羅馬之「十二表法」(紀元前四五〇——四四九年)(*Lex duodecim tabularum*, 450—449 B. C.)，其意義爲所謂「人民之幸福」(“*Salus populi*”)並不廢棄現在之法律，惟可以爲活用一切法律及立法之精神或原則而已。塞爾頓復就「不知法律，不成立爲辯疏之理由」(“*Ignorantia jure neminem excusat*”)一格言，而爲「此非謂一切人均知法律也，以任何人都能爲自己供述之辯解，惟不能謂爲任何人都能論駁相手方耳」之巧妙的解釋。查理士第二世(Charles II)(一六六〇——一六八五年在位)嘗提一盛有金魚之鉢、何故較未盛者爲輕之問題，以試難當時「英國學士院」中之似賢而非賢者，彼等乃舉出許多堂皇之理由，以爲對答，但均與事實相反者。塞爾頓則謂：「吾人尙未確知實物，卽從事於理由之說明，亦猶色爾·羅伯·科頓(Sir Robert Cotton)正在驚歎爲摩西(Moses)或諾亞之靴而賞贊其不思議之形狀與製法時，科頓夫人則謂之曰「然則此固爲靴耶」？斯誠爲一幽逸之問也」。要之，塞爾頓誠爲一代聰敏而博學之傑出人物也。

(四)『國際公法之第二創立者』理查·蘇契

(Richard Zouche 1590—1660)



蘇契之肖像

IVRIS ET IVDICII
FECIALIS,

SIVE,
IVRIS INTER
GENTES,
ET QUÆSTIONVM DE
EODEM EXPLICATIO.

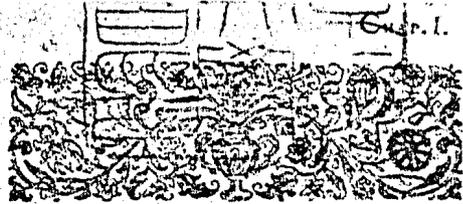
Quæ
Quæ ad Pacem & Bellum inter diversos
Principes, aut Populos spectant, ex præcipu-
is Historico-jure-pericis, exhibentur.

Opera R. Z.
Auctoris Elementorum Juris prudentiæ.



OXONIÆ,
Excudebat H. HALL, Impensis THO: ROBINSON.
M. DC. L.

蘇契「宣戰講和法」扉頁

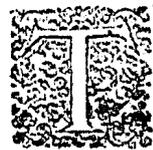


OF THE
DOMINION,
OR,
Ownership of the Sea.

BOOK I.

*The Division of the Work, and the Method
of the first Book.*

CHAP. I.



THE Design being to treat of the
Dominion or Ownership of the Sea,
incorporating the Isle of Great
Britain, as belonging to the Em-
pire of the same; two main par-
ticulars are chiefly to be confi-
dered. The one concern's matter
of Law, the other matter of Fact; both of them being
denominated (as is usual) from the major part: For, as
B the

同書 開卷第一頁

緒言

被稱爲『國際公法之第二創立者』(“The second Founder of the Law of Nations”)理查·蘇契(Richard Zouche 1590—1660)，亦如其同國人約翰·塞爾頓(John Selden 1584—1654)、及法蘭西斯·培根(Francis Bacon 1561—1626)、在某幾點點上視之，同爲「文藝復興時代」之一產物。而其個人人格之高尙，學說著作之超特，無不爲當時人士所讚許。其所著『法律學要義』(1629年)(*Elementa iurisprudentiae, definitionibus, regulis et sententiis selectioribus juris civilis illustrata* Oxford, 1629)，英國桑得松僧正(Bishop Sanderson 1587—1663)嘗對之而謂其友人曰：『無論何人，數讀而尙感不厭，無論用何方法，亦褒獎不盡』(“No man could read it too often or commend it too much.”) (T. F. Holland, “Zouche The Dictionary of national Biography Vol. XXI. p. 1333)。又英國之考古學者安多尼·武德(Anthony Wood 1632—1695)曾謂：『蘇契乃一真正之技術家、緻密之理論家、專門之歷史家。至其羅馬法之造詣與運用，實爲當時之第一人，此可於其在海外頗受推重之著作(蘇契之著作，在海外複版者，種類甚多)中，求得證明者也。……蘇契因其出生之門第爲貴族，故其舉止言行，無不高雅；又因其人品端莊，且形貌佳麗，故其態度，亦自和藹可親

矣。以言其見解，雖乏進取之象，然使蘇契而賦有其他氣質者，則在其學術的職業之中絕期間，或已早阻其向上之志，亦未可知』。將蘇契之真面目，可謂刻劃盡致矣（Anthony Wood, *Athenae Oxonienses*, 1691—1692; T. E. Holland, “Zouche,” *op. Cit.* p. 1334）。

一 蘇契之略歷

理查·蘇契 (Richard Zouche 1590—1660)，爲英國威爾特郡 (Wiltshire) 之安斯提 (Anstey) 領主佛蘭西斯·蘇契 (Francis Zouche) 之子。於一五九〇年生於安斯提 (Anstey)。一九〇七年，蘇契已爲牛津大學之新高等學校 (New College) 之公費生。一六〇九年，爲該校之特待校友。一六一七年受任「博士會館」 (Doctor's Commons) 之律師。一六一九年得法學博士 (D. C. L.) 之學位。翌年，承阿爾柏利克斯·貞提利斯 (阿爾柏利哥·貞提利 [Albericus Gentilis (Alberico Gentili) 1552—1608] 之後繼者約翰·菩頓 (John Budden 1566—1620) 之後，任牛津大學之羅馬法講座教授。一九二二年結婚，辭特待校友。一六二三年，以特待校友之待遇，而入瓦達姆高等學校 (Wadham College)。經二年，一六二五年，任聖·俄爾班學校 (Saint Albans Hall) 之長。蘇契於一六二一年與一六二四年曾二次當選爲國會議員。一六三二年，復任牛津僧正廳法官 (Chancellor of the Diocese of Oxford)。

一六二一年以後，蘇契從事於牛津大學之學術的職務及在倫敦之法律事務兩方面的活動。一六二九年至一六三三年，則對於該大學學則之編纂上占重要之地位。最後於一六四一年受任爲高等海事裁判所 (High Court of Admiralty) 之判事。

當英國「革命戰爭」 (The Great Civil War) (一六四二——一六四九年) 之際，蘇契曾

表同情於「國王黨」，然於牛津大學實行改革時，則與國會視學官(Parliamentary visitors)略有抵抗，後乃不得不服從矣。及至一六五三——一六五八年，俄利佛·克倫威爾(Oliver Cromwell 1599—1658)握收權時，蘇契之判事職會被免去。但不久，即受命為有名之「葡萄牙人同·班泰雷窩納·薩事件」(Don Pantaleone Sa)之一判事矣。蘇契大抵送其餘生於牛津者。在此期間，似未獲得各政黨之好感。六六〇年，與查理士第二世之即位同時，其高等海事裁判所之判事乃得復職，但為時約僅一個月遽告長逝矣。

一一 蘇契之著作

從蘇契所公刊之著作中，可以見出其所研究之問題，方面甚多，而其所擔任之事業，分量亦甚大也。此蓋由於蘇契既如上述同爲「文藝復興時代」之產物，當然亦受當時風習之影響；當時之著作家、思想家，均不願局限其活動於一種專門學術之範圍，同時由於彼輩知識慾之旺盛，常被廣大之各方面，且爲一見玄妙或不可思議之問題所誘致，以故在蘇契之著作中，亦有詩、有劇、有格言集、有大學討論指南，又有許多論議之著作（*Cf. Holland, "Zouche."* *The Dictionary of National Biography, Vol. XXI. pp. 1334—1335*），呈五花雜陳之觀。然在蘇契著作中之最重要者，爲對於法律學之全體範圍爲有秩序的考查，與對於其各部門之詳細的檢討。蘇契之法律書的基礎，固爲其『法律學要義』，而其方法、其題材，則多根據於羅馬法者。蘇契係採用分法律爲權利（*Jus*）與救濟（裁判）（*Judicium*）二者之分類法者。其後乃在『封建法』（*Descriptio juris et judicü feudatis secundum consuetudines, Medio Janiet No. 1 marniae pro introduction ad studium jurisprudentia anglicanae. Oxford, 1634*）『宗教法』（*Descriptio juris et judicü ecclesiastici secundum cannes et constitutiones anglicanas. Oxford, 1636*），『海軍法』（*Descriptio juris et judicü maritimi ad quam quae navigationem et negotiationem nautimam respiciunt referuntur, Oxford. 1640*），『軍事法』（*Descriptio*

juris et judicii militaris ad quam leges quae rem militarem et ordinem personarum respiciunt referuntur. Oxford, 1640) 及『宣戰講和法』(*juris et judicii feccialis, sive, juris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio. Qua quae ad pacem et bellum inter diversos principes, aut populos spectant, ex praecipuis historico-iure-peritis, exhibentur.* Oxford, 1650) 等之論文叢書中，於解說法律之各部門時，亦曾有秩序的、且論理的採用此方法者也。此等論文中，最重要者，為論述國際法之問題者。事實上，蘇契之所以成爲一大法學家者，主要亦由於此等重要之論文者也。『宣戰講和法』，爲國際公法之簡說；就中『問題釋疑』（一六五七年）（*Solutio quaestionis veteris et novae, sive de legati delinquentis iudice competente dissertatio.* Oxford, 1657）則詳細論說國際法上之公使地位者也（*Of. Holland, op. Cit. p. 1334*）。

本稿擬僅就蘇契之爲國際法學者方面加以考察；且爲正當且的確評論蘇契之地位計，將蘇契以前之英國國際法學者之事業，與夫在蘇契著述時代之國際關係之性質，亦爲一簡單之考察，實有必要也。

三 蘇契與英國先進學者之關係

國際公法之初期發達，以有封建制度之慣例、與教會之旺盛勢力爲其迅速之進步歷程上之主要阻礙物，故實爲一艱苦之過程。自第十五紀之末期至第十六紀之初期，大國接踵勃興，是等諸國間之界限，亦日趨明顯。羅馬法王之政治的權力，乃大被壓倒。諸國之內部組織及外部關係，在擁護主權及自治之原則下，俱獲相當之整理，而戰爭之慣例，亦稍受規律。復因常備軍之設置及維持，發生關於軍紀之諸規則。且因國際交通之日益發達，關於公使及使節之許多習慣，均漸漸具有其法的效力。爲此運動之先驅者，西班牙·法蘭西及英吉利等國是也。在西班牙，則於一二六五年八月二十八日亞豐瑣第十世(Alfonso X)(一二五二——一二八四年在位)曾編纂一『七部法典』(Siete Partidas)，係一種軍事法之摘要書，爲蘇契所常常引用者。在意大利，則法蘭西斯克斯·格累喜挨那斯(Francisus Gratianus C. 1100—1150)、托馬斯·阿奎那(Thomas Aquinas 1125?—1274?)、巴托拉斯·得·薩索斐拉托(Bartolus de Sassoferrato 1314?—1357)、包爾杜斯·得·烏爾提斯(Baldus de Ubaldis 1327—1400)等曾發表種種之論文。在法蘭西，則在第十四世紀之末，已有僧侶荷諾累·菩納所著『戰爭之樹』(一二三八年)(Honoré Bonet, L'Arbre des Batailles, 1384)公世。在日耳曼，則在迦伯列·俾爾之『諸類聚』(一二五〇一年)(Gabriel Biel, *Collectorium sive epitome in magistri*

sententiarum libros IV. 1501) 中，亦已早為同樣之論議矣 (E. Nys, Notes pour servir à l'histoire littéraire et dogmatique du droit international en Angleterre, 1888)。

在英吉利，則國家統一，始於一〇六六年之所謂「諾曼人(Normans)之征服」。越二世紀以後，乃確立國會代表之原則，組織司法行政。亨利第七世(Henry VII)(一四八五——一五〇九年在位)實行改革常設公使館。至亨利第八世(Henry VIII)(一五〇九——一五四七年在位)之治世，以對外政策，為注意之鵠的，教會法(Canon law)及羅馬法曾為主要之制度。在此以前，牛津大學中，原已設有一法律學校；但在「宗教改革」時，教會法趨於沒落，同時，亨利第八世，乃在牛津大學及劍橋大學中設立羅馬法講座。在依利薩伯女王(Elizabeth)(一五五八——一六〇三年在位)時代，則「博士會館」常受王之關於國際事件之諮問者也。又在英格蘭，在第十五世紀中，已有諸學者，發表其重要之創作論文、或翻案及翻譯文。

尼古拉·阿普吞(Nicholas Upton 1400?—1457)於論述勳位時，則承襲巴托拉斯之說(Bartolus, De insignis)；對於戰爭問題，則以格累喜挨那斯(Gratianus, Decretum gratiani, 1139—1142)及約罕內斯·得·楞雅諾(Johannes de Legnano, De bello, de represaliis, et de duello, 1360)之說為本，而討論決鬪及復仇之問題。關於後一問題，更引證巴托拉斯、該·得·培沙(Guy de Baiso)、包爾杜斯·得·烏巴爾提斯(Baldus de Ubaldis)之權威學說；最後乃在關於俘虜之問題上採用包爾杜斯學說中之酷案者也(Nicholai Upton, De Studio militari libri

quatuor, 1654)。一四七五年，研究『基督教徒行施戰爭是否合法』（“Whether for to make werre uppon christen bloode is lawfull”）問題之『貴族社會之現狀』（The Boke of Noblesse, 1475），以匿名而出版。又僧侶荷諾累·善納之『戰爭之樹』（Honoré Bonet, L'Arbre des Batailles, 1384）之珍書，亦於後年，由色爾·吉爾柏特·黑（Sir Gilbert Hay + 1456）翻譯公刊（The Monk Bonnet's "Boke of Batailles," 1456）。此書係善納主張戰爭之主要意義為國與國之關係，而就戰時法規加以論述者也。在下一世紀，則阿爾柏利克斯·貞提利斯之大著『公使論』（De legationibus libris, 1585）及『戰爭法規論』（De iure belli, libri III. 1898）亦告發刊。此外英國學者中，在蘇契以前，發表其關於特殊問題之有益的論文者，亦尚不少；例如馬太·薩特克里夫（Matthew Sutcliffe 1550—1629）、威廉·否爾培克（William Fulbecke 1560—1603?）、威廉·韋爾伍德（William Welwood 1578—1622）、約翰·塞爾頓·理查·伯納（Richard Bernard 1568—1641）、色爾·約翰·巴羅斯（Sir John Boroughs + 1643）等均是也。

某學者認蘇契為『國際公法之第二個創立者』，其主要理由，乃在於蘇契能將一般人所使用之蒼古且曖昧之諸國民的法律，即『萬民法』（Jus gentium）之一語，改換為『國民間之法』（“Jus inter gentes”），俾術語上獲得一大改良之功績也。蘇契之此種研究國際公法之新出發點，與在其根本學說上之嶄新的近世觀念，為在蘇契之許多國際公法之著述中所常常表現者。

至於蘇契之一般見解，學者頗少述及。但蘇契雖未否認自然法，然因其係採取人定法主義者，則其與「英國學派」(English school)有關係，自甚明白者也。蘇契之著作，主要在於引用實例及先例(G. Soelle, "Zouche". *Fondateurs du droit international*, 1904. p. 325)，未嘗謀所以使其學說為學問的發達也。

總之，蘇契乃頗賢明者，鑑於當時之狀態、難解決之事件、鬭爭的國際政策、及多少帶有危險性之國際關係，未嘗恣意開展其學說，亦未進於抽象的概括論，更未將不適合於實際狀況（在顯為傳統的時代中尤然）之原則為歸納的推論。「英國學派」原為極實際的者，僅就特別之環境及必要之政策與法規加以研究。故反駁葛爾·格老秀斯之『海洋自由論』之約翰·塞爾頓之『海洋閉鎖論』，與『自然法及萬民法論』(De jure naturali et gentium, 1650)，乃完全採用人定法主義者也。法蘭西法官謝爾(G. Schelle)至批評塞爾頓之方法為『人定法學說之殘虐的結果』("Abouissement brutal de la doctrine positive")(G. Schell, op. Cit. p. 326)。此種人定法的傾向，在英國大哲學者法蘭西斯·培根(Francis Bacon 1561—1626)、約翰·陸克(John Locke 1632—1704)及托馬斯·霍布斯(Thomas Hobbes 1588—1679)之學說中亦可窺其梗概。但在其他諸點上，是等學說間當然有其甚大之差異。在牛津大學中，除曾造成一時有力之法律學派，始終高據該大學講壇之阿爾柏利克斯·貞提利斯等外國人以外，曾有發楞泰恩·得爾(Valentine Dale + 1589)、色爾·朱理亞·愷撒(Sir Julius Caesar 1558—2636)、威廉·

否爾培克 (William Fulbecke 1560—1603?)、及威廉·韋爾伍德 (William Welwood 1578—1622) 等學者之一大集團。蘇契繼是等學者之後，似專為統一全體學派而起也者。在是等學者之著作中，無不有其類似之精神；即彼等皆力主慣例、慣行、條約、議定書、及為政治的發達之結果之種種現象、之重要者也。又在是等著作中，比較的具有論理性的部分，為彼等每有論述，必以羅馬法為權威，以此為根據而求得其同類點；對於最近之事件，則毫不顧及者也。於此等處，蘇契雖亦難逃例外，然彼未嘗膠着於過去之實例，未嘗強使現代之事實，納入於過去之軌範，自是一大進境也。

四 蘇契與羅馬法

羅馬法對於國際法學之發達，常予以至大之助力；其有助於近世國家之國法之完成，更不待言。事實上，有許多點，實為國際法之基礎。無論為學者、為法律家，其未受羅馬法之影響者，謂之為無一人亦非過言（Cf. Bodin, *De la République*, 1577. Lib. I. V. c. VI; Leibnity, *Opera*. T. IV. p. 254; Sir Robert Wiseman, *The Law of Laws, or Excellency of the Civil Law above all other human Laws whatsoever*, 1686. p. 110）

教會既曾獎勵查斯丁尼安斯(Justinians)法之研究及應用，羅馬法王、羅馬法王廳裁判所亦以羅馬法與教會法同視。在意大利，羅馬法之研究，維持頗久。在一一〇〇年至一二六〇年間，復成立「波倫亞學派」(The School of Bologna)、及「羅馬法註釋學派」(Glossators)，博得全歐洲之聲譽。後於意大利文藝復興中，忽焉復活，傳及其他諸國。在法蘭西、羅馬法之規條，實較日耳曼之法律占優勢；於第十二世紀之初，且將查斯丁尼安斯法典加以翻譯焉。西班牙亞豐瑣第十世之法律摘要——「七部法典」(Siete Partidas)——，大部分係根據羅馬法編成者。日耳曼學生，在第十二、三世紀時，均赴意大利之法科學校學習羅馬法。第十六世紀中，則在日耳曼聘有著名之外國教師甚多，使之教授羅馬法。在荷蘭，於一五七五年創立「來丁大學」後，法學者之一派，亦同時興起。在下一世紀中，則有格老秀斯、文紐斯(Vinnius)、胡柏

(Huber)、及凡·雷文(Van Leuven)等諸人之活躍。在英吉利，據約翰·塞爾頓所言，第十二世紀，查斯丁尼安斯法，始由波倫亞(Bologna)輸入。自英王斯提文(Stephen)(1135—1154年在位)治世後，西俄包爾德大僧正(Archibishop Theobald or Neabaldus+1161)始聘意大利法學者發卡利烏斯(Vacarius 1115?—1200)便在「牛津大學」教授羅馬法起，至愛德華第一世(Edward I)(1171—1272年在位)崩位止，羅馬法實曾在英吉利發揮過一大勢力。亨利·得布拉克吞(Henry de Bracton or Bratton+1268)對於該法，既大加尊重，且直接採用處亦不少。在『夫雷塔』(Fleta)(1200年，一判事在「夫利特(Fleet)監獄」中禁錮時所寫之法律論文之名稱)中，關於『羅馬市民法大全』(Corpus juris civilis)中之『法學綱領』(Institutiones)部分之實質上，被採用之量甚多。又色爾·愛德華·科克(Sir Edward Coke 1552—1634)對於布拉克吞(Bracton)之承認，實含有對於羅馬法之承認之意義者也(Cf. C. Güterbock, Henricus de Bracton und sein Verhältnis zum römischen Rechte, 1862)。

此種廣用外國法律之狀態之造成，實由於種種之原因：第一、由於諸大學勢力之發展，尤以「牛津羅馬法學校」為最；第二、由於宗教裁判所中之承認羅馬法；第三、由於通商之發達及財產取得之增加，普通法之缺點及遺漏處，有非加以補充不可者；第四、查斯丁尼安斯帝之法制之本質，及其概括的題目，可以適用於一般之原則及推論等是也。

羅馬法所及於蘇契之影響，表現於其著作全體者，頗為明顯。蘇契之立場、分類法及其觀念，實大受羅馬法之左右者也。卽蘇契將平時及戰時法，各分為狀態(Status)、領土權(Dominium)、義務(Debitum)、義務違反(Delictum)之四項目，且將查斯丁尼安斯帝法之市民之權利義務，移用之於國家而認國家之權利義務，與市民之權利義務，其條件恰相均等，是將市民之權利義務之原則，直接應用於國家而加以演繹者也。此種毫不加以區別之模倣，當然不僅蘇契為然，阿爾柏利克斯·貞提利斯及囂俄·格老秀斯莫不皆然。格老秀斯在其所著『海洋自由論』中，恰如處理家屋或馬者然，陳述其關於人與物、契約與訴訟、財產之占有與移轉等問題。然蘇契則必舉同時代或與其相近之時代之許多慣例，以實其說，於不知不覺間，已脫去幾分傳統的觀念，此為格老秀斯所見不及此者也。

五 蘇契與時代之關係

荷蘭法官科尼利阿斯·凡·平刻斯胡克(Cornelius van Bynkershoek 1673—1743)曾竭力採用人定法主義。且因其適用比較近代之實例故常受賞讚。但蘇契則在此以前，久已採用此種方法矣。事實上，國際公法以後之發達，蘇契之大膽改革實與以至大之力也。阿爾柏利克斯·貞提利斯之著作中，雖亦已經採用此種方法，確為事實，然能於著作全體為有秩序的且持續的採用者，要以蘇契為嚆矢。蘇契雖未完全否認自然法之存在，然對習慣法實頗重視者也。爾來，國際公法雖已獲得生氣與彈力，然此為在僅知無差別的蓄積學問之從前的攻學方法時代所不能見者也。蘇契其平刻斯胡克不同，未能從與當時相近之實例中引出確然之演繹論。彼蓋與在大學中之討論方法相同，僅僅分析是等實例，明白說明其論點，指出贊否兩方之論調，但不自己表示其贊否，亦未言及其他之主張者也。蘇契之抱此態度，非認法律之無能力也，實以鑑於當時歐洲之騷動無寧，故力避獨斷的結論；且認清國際關係之過渡的性質、國家行政方法之改造、以及隨此而起之慣行法則之必然的改變等之事理故也。

「三十年戰爭」(一六一八——一六四八年)雖始於波希米亞(Bohemia)之暴徒，終成為羅馬加特力教主義與新教主義、帝國主義與領土主權之戰爭。其在國際公法範圍內之結果，至為遠大。自第十五世紀至第十七世紀之中葉，所謂「馬基雅弗利的外交」(Machiavellian diplomacy)

之最惡劣的制度，大為流行，國際公法之基礎，全遭擊碎，國王之利害，與國家之利害，毫不一致，條約國不妨自由且隨便侵犯條約或加以變更。迨夫第十六世紀，由於封建制度之沒落、宗教威權之漸就倒塌、諸國家之統一、及其自治權之伸張，與法學者及公法學者之著述之增加，乃開拓一確立「威斯特發里亞(Westphalia)和平條約」之原則之大道。該條約確定獨立國之國際制度與各國之絕對領土管轄權，且因承認強國均勢之原則，而確定了近世國際公法之基礎。在「三十年戰爭」中及其後，有許多國家，開發海洋資源，非常有力；復因殖民地之膨脹，益發助長其開發之勢力。於是中立及「海洋自由」(Freedom of the Seas)之問題，乃重被提起，對於公使及使節之確的身分，亦為精密之調查，陸軍軍規及海戰之問題，更為各方討論之的；一般的言之，在此時期，國際公法始取得極實際的且有普遍實益的性質。蘇契之與此一運動有其密接之關係，如能仔細考察其各部著作，即可明知。且也「威斯特發里亞和平條約」，係於一六四八年所簽訂，蘇契之主要著作「宣戰講和法、一名國民間之法律」(Juris et iudicii feccialis, sive, juris inter gentes etc. 1650)之第一版，則於一六五〇年發刊者，卽以此一事實觀之，則蘇契之與當時代之國際公法運動，究有如何關係，亦可以思過半矣。

六 蘇契之研究方法

蘇契之全部著作，與其對於說明及排列一問題時必採取一唯一之方法者相同，其體系之全體，亦係基於唯一之中心原則、唯一之根本要素——人類關係之理據（*Ratio Communiois humanae*）者。此種要素，即其所著『法律學要義』（*Elementa jurisprudentiae, 1628*）之根本觀念也。其後各種著述，無非爲此種觀念之展開，及其應用範圍之擴張耳。蘇契首論同民族內之關係（*Communio in genere*）上的法律之一般原則（*Juris et judicij principia generalia*），其次及於個人間之關係（*Communio quae inter perso as privatas intercedit*）及君臣間之關係（*Communio quae privatis cum principibus intercedit*）。後再論及宗教關係（*Communio sacra*）、軍事關係（*Communio militaris*）、海事關係（*Communio maritima*）、封建關係（*Communio feudalis*）等之特殊關係（*Comminiones speciales*）。最後，在其最重要之著作『宣戰講和法、一名國民間之法律』中討論存在於君主間或國民間之關係（*Forum quae ad Comminionem, quae inter diversas principes aut populos intercedit, conducent*）。在是等論文中，蘇契首先考察爲一般所承認之法律的主論。即爲法律上疑義最少者（*Quae sunt minus dubitati juris*）之「權利」（*Jus*），次乃考察爲論爭之種子之諸問題、如對於所認爲違背法律者（*Ha quae videntur juris controversi*）之「裁判」（*Judicium*）等。依據此種方案，蘇契乃在其

國際公法之著作中，先論在平戰兩狀態下之「權利」，經過對於權利之定義及主要之權源之豫備的考察後，將平時問題分爲（一）狀態（*Status*）即君臣之關係及國家與國家之關係的地位、（二）領土權（*Dominium*）即占有及取得之方法、（三）義務（*Debitum*）即使節、公使、條約及同盟、（四）義務違反（*Delictum*）之四項；更於調查戰爭之種類與宣戰之要否後，將戰爭之問題，亦分爲（一）狀態、即武力之種類及敵人之種類、（二）領土權、即拿捕及戰後之原狀恢復（三）義務、即軍事協定、通行、休戰、和平條約及人質、（四）義務違反、即軍事協定之違反、戰鬪規則之違反等四項。其次乃進而論述第二部之「裁判」，於研究紛爭之解決與裁判管轄問題後，仍將平時分爲（一）狀態、即主權、君臣之關係及國籍、（二）領土權、即占領之理論及領海、（三）義務、即君主或公使席次、主權者之訂約、繼承者是否受以前條約之拘束、（四）義務違反、即對於臣民之犯行是否成立爲對於主權者之犯行問題、犯罪人引渡、干涉、外國船舶之徵發、及條約之違反等；最後乃論述戰時之關係，於緒言中，考察戰爭之是否正當、戰爭者、和平的解決之緊要諸問題後，亦如前述，更分爲（一）狀態、即敵人及其住所、（二）領土權、即財產之取得方法、海上拿捕、敵船上之中立貨物、戰時禁止品、及臨檢權（三）義務、即決鬪、俘虜、賠償、在中立領土中之追敵、可以逮捕公使時之情狀、軍將之降服條件、軍將所締結之和平條約、在俘虜中所締結之條約、人質、休戰、及通行證、（四）義務違反、即宣戰之要否、人質、報復規則（*Lex talionis*）之當否、及俘虜、婦女、對於神聖場所之戰爭中之侮辱的慣行等

諸項。

蘇契對於在「權利」欄中之種種事項，多少均有明白之說明；惟對「裁判」欄中之種種事項，則無不出之以疑問之形式，而無明白解決之表示，僅羅列種種意見與許多實例，讓讀者自己去求得結論。蘇契所引用之有權威的典據，甚為廣汎，且有秩序，無論在任何處所，均標出其出處。其最置重者，為阿爾柏利克斯·貞提利斯及囂俄·格老秀斯。復將古代學者及「羅馬市民法大全」(Corpus juris civilis)中之『學說彙纂』之學說，與苦丹、(Bodin)、孔拉特斯·布盧努斯(Conradus Brunus)、巴斯卡利烏斯(Pascalius)、培沙爾特斯(Besoldus)、阿雅拉、(Ayala)、巴托拉斯(Bartolus)、俄特曼(Hotman)、干敦(Camden)、約翰·塞爾頓(John Selden)、威廉·韋爾伍德(William Welwood)及其他多數學者之學說相對照；且常舉『羅提安海法』(The Rhodian Sea-Law)、亞豐瑣第十世之『七部法典』(Siete Partidas)、及康沙拉托·得爾·美爾(Consolato del Mare)之學說以為證。然蘇契並不為格老秀斯之奴隸的歸依者，如前所述，彼蓋力主和平最宜重視，且尤注意於現代之事實及事件者也。

七 蘇契之平時國際法論

(一) 國際法之定義及淵源

蘇契對於國際法所下之定義爲：「國際法爲規律平時或戰時國家元首相互間或主權國民相互間之關係者也」(『*Jus inter gentes est, quod in Communionne inter diversos principes, v vel populos penes quos est imperium, usurpatur*』)(Zouche, *Juris et judicii fecialis etc.* 1650. Part. I. S. 1)。此種法律之採用，乃由於一種合於正理所發動之習慣之力者。依照此種法律之原則及命令，各國國民得以區別，王國得以建設，商業得以確立，戰爭得以行使。此一定義及其基礎觀念，爲蘇契治國際法學之最大重要點，且曾參考古代羅馬之『萬民法』(Jus gentium)之觀念，及古羅馬法官該雅斯(Gaius+180)之定義者也(Ibid., Part I. S. I. pp. 1, 2)。蘇契更曾探討國際法之淵源，以古代羅馬宣戰法爲係根據自然之法規者，而加以簡單之說明；另加入其他二種淵源，即由習慣所發生之法律，與由於在條約、協約、同盟、聯盟、議定書上所表示之同意所發生之法律是也(Ibid., Part I. S. 1. p. 2)。

蘇契對於公使及其隨員之法律的地位問題，在其所著『問題釋疑』(Solutio quaestionis, 1657)中，說明公使之特權，非基於自然法，而係基於諸國國民之同意者。換言之，基於爲適

應時期與場所所設定之(“*Usu exigente et humanis necessitatibus*”)意思法之『萬民意思法』(*Jus gentium voluntarium*)者也。自然法與意思法，有相一致處，亦有相衝突處。當其發生衝突時，普遍的抽象原則，有非對於較狹小之實際利益讓步不可者。約翰·塞爾頓亦曾在其所著『海洋閉鎖論』(*Mare clausum*, 1635)及『自然法及萬民法』(*De jure naturali et gentium*, 1650)中，將自然法與意思法加以區別，而稱意思法為『萬民交涉法』(*Jus gentium interveniens*)或『第二次的萬民法』(*Jus gentium secundarium*)，且謂：『非由於團體之多數者之命令，而係由於慣行或習俗所漸次發生，大抵常成爲第二次的萬民法，此之謂萬民交涉法』(*Interveniens autem jus gentium dicitur quod non ex communi pluribus imperio sed interveniente sive pacto sive morum usu natum est, et jus gentium secundarium fere solet indigetari.*)”(Selden, *Mare clausum*, 1635. Lib. I. C. 3)。

要之：蘇契乃對於其先輩老秀斯之以論述戰時法規爲主者，而將平時及戰時兩法規全體加以論述者也。

(二) 平時國際法

蘇契在論平時國際法中，首先對於亞里斯多德(*Aristoteles* 384—322. B. C.)、阿提卡斯·龐波尼烏斯(*Atticus Pomponius* 109—32. B. C.)及聖·奧古斯條拉(*Augustinus* 354—430)等

之學說大加引證，而討論一般問題，即各種人、例如野蠻人有與之成立和平關係之可能且應抱此希望耶？由和平所產生之利益與由戰爭所產生之利益孰大？正當的戰爭與不正當的和平奚擇？等問題是也。爲奧古斯條拉所曾下過『爲神所命令之和合』（“*Ordinata Concordia*”）之定義之和平，實爲諸國民之常態，其利益亦最大。此種和平，可分二種：其一爲如家長與家屬間之處優勢者與處劣勢者間之「道德的和平」（*Pax moralis*）；其一爲如市與市、國與國間之同等者間之「團體的和平」（*Pax civilis*）。然蘇契則承認現時國家間之事實上之不平等者也。彼且說明此種狀態，在以一般的交通、待遇、及通商爲目的而維持和平的意義上，甚爲緊要者也。法蘭西公法學者哲·菩丹（*Jean Bodin 1530—1596*），曩亦對於主權者間之一定位次，有所主張，彼乃置皇帝於羅馬法王之次，其次乃打破最近西班牙之主張，而置法蘭西王於皇帝之次位者也（*Bodin, De la République, 1577, Lib. I. C. IX*）。

（三） 領土主權與國家政策

由於不平等條約之締結，或承認保護之事實，君主或國家之資格，是否隨之而變更？蘇契則依據古希臘哲學者蒲羅克魯（*Proculus 410—485*）之見解，以爲保護之意義與從屬不同，即使爲事實上之從屬國，亦應尊重其自由者也。古代羅馬之執行官琉喜烏斯·科尼利阿斯·西爾拉（*Lucius Cornelius Sylla 136—78. B. C.*）亦曾爲同樣意旨之解釋，即謂『受古代羅馬貴族

之保護者，雖在保護者之下，但非爲其臣下也」(“*Orientes sunt sub patrocinio, non sub ditione*”)。在蘇格蘭女王馬利·斯圖亞特(Mary Stuart)(一五四二——一五六七年在位)之事件發生時，曾引起一「自己之領土上之主權者，在他國領土上有其權力與否」之問題。蘇契對於該問題，則分否定說與肯定說二方面加以說明。以否定說言，則因馬利女王，爲一自由且獨立之女王，與依利薩伯女王(Elizabeth)(一五五八——一六〇三年在位)係屬同格，故不成立爲國事犯(Lèse-majesté)之罪人(“*In majestatem peccare non posset*”)(Zouché, *juris et judicij feodialis etc.* 1650. Part II. S. 2)。以肯定說言，則在一個王國中，不得有二個獨立之君主。同格者可因明示或暗示之承諾、或因非行所發生之義務而受同格者之裁判。依照近世之慣例，不握有最高權力者，不得派遣公使。以故依利薩伯女王，因阿爾巴公(Duke of Alba)所派遣之公使，並不由西班牙之主權者所派遣，乃拒絕接受。蓋主權之範疇，不僅所有其領土，且可支配其國民者也。領土之取得可分(一)如爲純粹無主物，則依佔領取得之，(二)如爲前人所拋棄者，則依時效取得之，(三)依贈與而取得之，(四)依繼承而取得之之四項。對於依繼承而取得之問題，蘇契曾研究主權者財產繼承之種種方法而加以說明。以是一問題，當時曾因荷蘭總統奧蘭治公威廉(William of Orange)(一五三三——一五八四年在位)之即位，與西班牙王位繼承問題，而引起熾烈之討論故也。

關於海上主權問題，蘇契因與古羅馬法官多密秀斯·烏爾披亞尼烏斯(Domitius Ulpianus

1709—228)與朱理亞·保盧斯(Julius Paulus + 222)之占領觀念相反，故引用兩者之學說，而模倣囂俄·格老秀斯之態度，承認國家對於領海有其絕對管轄權。對此問題，以囂俄·格老秀斯及約翰·塞爾頓等論之既盡，故蘇契未再加以詳細之說明。

某一國家，若過度增加其陸海軍與武裝，雖未必成爲國際法之違反，然事實上，足以威脅鄰國，及爲敵對行爲或非友誼之行爲，故蘇契亦如格老秀斯主張鄰國有其干涉權(Right of intervention)(Ibid, Part I. S. 5)。法蘭西斯·培根(Francis Bacon 1561—1626)之『論文集』(Essays 1625)中，對於此點，亦有如次之一段文句：『縱令尙未受到打擊，凡爲危險切迫之正當的恐怖，卽足爲戰爭之合法的理理由，乃無何等問題者也』(“For there is no question but a just fear of an imminent danger, though there be no blow given, is a lawful cause of war.”)。

因各國均享有其自存權(Right of self-preservation)，故他國如對之爲直接間接加害之行爲，當然有起而阻止之權利。於茲，蘇契乃曾提出一「國家可以禁止中立國軍隊通過其領土，及中立國國民在其領土上經營商業乎？」(“An us quibuscum est amicitia transitus sit denegandus.”)(Ibid; Part II. S. 5. p. 112)之問題，而答以在下列三種情狀之下加以禁止，方爲正當；卽：(一)以兵力要求通行時(Sicuna armatis transitus requiratur……)，(二)對於誘導敵軍者，當然拒絕其通行(Juste negatur transitus iis qui hostes adducunt)，(三)當該領

土之君主未受通行之要求時 (Si non a principe territorii petatur transitus……)。至對於中立國國民經營商業之問題，蘇契亦承認其同時代人之峻嚴的學說；即若此種商業足以衰弱其國家，或足以使其國家陷於貧困時，不妨加以禁止。以故，不問任何行事，凡足以使其國家之道德或宗教之信仰陷於薄弱者，亦與金銀之輸出相同，均可加以禁止者也。

蘇契又論主權者間或臣民相互間，若發生爭執，當訴之於常設裁判官 (Certos iudices)，或委託於仲裁者 (Arbitros)，或承認當地之現行法 (Lex loci)，或從學者之見解 (Prudentes)，以求得和平之解決。「Judicium inter gentes est quo de controversiis inter ipsas earumve subditos statutur, utpote (1) Cum certos iudices habent, (2) Cum in arbitros committunt, (3) Cum ratione loci iudicium subeunt, (4) Cum prudentes de iis censura ferunt」(Ibid; Part II. S. 1. p. 54)。并說明國民在外國犯罪，大概可視為屬於外國裁判所之管轄下者也。蘇契在諸國國民動輒訴諸干戈之時代能爲此種提論，故大受後世學者之推獎也 (Cf. E. Cauchy, Le droit maritime international, 1862)。

(四) 國籍與住所

在蘇契之時代，關於國籍之學說，極爲含混，蘇契曾將古代羅馬之政策，詳加引用 (Zouche, Juris et iudicii feccialis etc. 1650. Part II. SS. 2. 13)。古代羅馬，凡羅馬市民一旦承認爲

外國之市民，即以依其事實，剝奪其羅馬市民之權利爲一大原則者（Cicero, Pro Balbo, C. 12）。但在希臘及其他古代之諸國，則通行與此相異之習慣者也。其在近世，在某幾方面，則多主個人可以同時享受二個市民權者。如德國法官奧古斯德·威廉·黑腓得爾（August William Heffter 1796—1880）曾有「雖承認一人得爲數國臣民亦無不可」（“Unterthan mehrerer Staaten zugleich kann man persönlich nur durch Duldung sein”）之斷語（Heffter, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 1867, S. 114）。至於今日，如有緊急之理由，或可設定特別之例外，但「每人唯臣從於一國」之一般原則，實爲世界所公認。蘇契則曾將此一法律，加以精確且明白之說明者也。蘇契對於法蘭西裁判所關於住所問題之判決，是否適合，曾爲如下之說明：「大抵法蘭西裁判所，對於僑居或留住於外國之問題，承認該僑居或留住於外國之個人，固不妨使之遵從該外國之法權，且提供租稅；但若以此種僑居或留住之事實，即認該僑居或留住者爲該外國之市民，除受特別之招聘者外，更認其享有與出生於該外國者所可同樣享受之市民權。均屬不充分者也」（“Fortassis vero id respexerunt, quod quamvis incolatus et domicilium in externo regno sufficiunt ad constituendum aliquem subditum jurisdictioni et praestandis muneribus obnoxium non tamen sit satis ad constituendum civem, ut eorum privilegiorum civilium sit particeps quae in regno natis competunt, nisi specialis allectio supervenerit”）（Zouche, Juris et judicij feccialis etc. 1650. Part II. S. 2）。黑腓得爾曾批

評蘇契此種否認臣從一國以上之可能，未免早計（Hefter, a. a. O. S. 114），且引用古代諸國（除羅馬）之慣例、與後世之承認說以爲證。然近世之見解，則完全依從蘇契之學說者也。一八四八年，英國之政治家亨利·布盧安爵士（Lord Brougham 1778—1868）欲歸化法蘭西，法蘭西司法大臣阿多夫·克累密厄（Adolph Crémieux 1796—1880），乃告以若歸化法蘭西，當然喪失爲英國國民之權利之意旨，卽其一例也。

蘇契更對其他類似問題，現今已屬於國際私法之範圍之問題，有所論述。又若二國以主權者一人爲元首時，則在此方出生之國民，得以完全享有他方國民之權利否？亦成問題。蘇契則曾就當蘇格蘭詹姆斯第六世（James VI）（一五六七——一六〇三年在位）以詹姆斯第一世（James I）（一七〇三——一六二五年在位）卽英格蘭王位時，倫敦某財產之繼承上發生蘇格蘭臣民羅伯·喀爾文（Robert Calvin）與英格蘭臣民約翰·平格利（John Bingley）之糾紛事件，斷謂應加以肯定者也（Zouche, *Juris et Judicij feodialis etc.* 1650. Part. II. S. 2. p. 65）。再，爲臣民者，可以拒絕臣從，不經准許而離開自國他去耶？蘇契對此問題，則除爲逃避債務或兵役者外，亦如古代羅馬之西塞祿（Cicero 106—43. B. C.）及革老丟·特利福尼烏斯（Claudius Tryphoninus + 213）等主張肯定說者，但對於如露俄·格老秀斯之團體亡命（Collective desertion）之情狀，則謂當作別論也（Grotius, *De iure belli ac pacis* 1625. Lib. II. C. 5. § 24）。又在外國長住且已在該處樹立一家者，除正式歸化者外，不得認之爲已拋棄其故國。

此蓋引用「巴黎高等裁判所」(Parlement de Paris)之判決例者也。外國之主權者，授榮譽於一國之國民，無經本國承認之必要。蘇契又曾論及有關國家管轄權之重要犯罪人之引渡問題，而指此非為確定的法律之問題，可由關係國間締結特別條約以謀解決者也 (Zouche, *Juris et judicü fecialis etc.* 1650. Part II. S. 5)。

(五) 公使與外交

蘇契以為友好國之元首間及國民間，非相互尊重與互抱好意不可。國際間之親好關係，可由主權者自身或公使、使節謀所以樹立，而各該國間之利害關係，亦得因以為和平之處理。依據出席會議或和平的協商之權利 (*Jus congressus sive colloquü civilis*) 之原則而負有特別任務之使節，有使高位者擔任之必要 (Zouche, *Juris et judicü fecialis etc.* 1650. Part I. S. 3. p. 10)。

在蘇契發表其所著「宣戰講和法、一名國民間之法律」(一六五〇年) (*Juris et judicü fecialis, sive juris inter gentes etc.* 1650) 之時代及以前，關於公使及其隨員之權利，全無一定之規則，學者間倡為種種之學說：某著者及國際法學者，主張僅僅公使享有絕對免責權；其他學者，則主張隨員亦同樣享有之；更有主張在某種場合，可以合法行使外國裁判管轄權者。

醫俄·格老秀斯，則將治外法權之原則與其所必然的包含之事項一同加以主張者也。此種法律的擬制，歸依者雖多，然並未爲一般所承認。阿爾柏利克斯·貞提利斯對此問題，雖未有決定的見解發表，但彼原傾向於「公使雖可使之服從領土法，然在發覺陰謀之特別事態時，可送還於其元首」之見解者也（*Gentilis, De Legationibus Libri tres. 1585*）。此種手續，在「門多薩事件」(*The Case of Mendoza, 1584*)發生時，已被採用。其後不久，不知何人，在英格蘭以匿名發行一題名『公使論』(*De legato et absoluto principe perduellionis reo. 1587*)之小冊子，主張公使、尤其是主權者在外國領土行使對於該國之陰謀，宜處以死刑。降至詹姆士第一世之治世，色爾·羅伯·科頓（*Sir Robert Cotton 1571—1631*），否認公使之全部免責權；威廉·韋爾伍德（*William Welwood 1578—1622*）亦係堅持公使在尊重駐劄國之法律時始得受尊敬之說者。

蘇契則贊同格老秀斯之意見，而主張公使之特權，係基於諸國民之同意、即『萬民意思法』(*Jus gentium voluntarium*)者，且曾將各種公使——例如宗教公使（*Religious ambassador*）、常任公使（*Permanent ambassador*）、特命公使（*Extraordinary ambassador*）、——設定區別。嚴格言之，公使爲最高權者所派遣之代表，殖民地、州、自治體均不得派遣公使。公使可帶其眷屬（*Familia*）——妻子、奴婢及從屬者（*Comites*）同行。公使之信任狀，即爲其權利之證明書。公使之主權者之委任，有公然（*Apertum*）爲之者，有祕密（*Arcanum*）爲之者。在蘇契

之著作中，對於公使在接見及謁見中所受某種榮譽與禮儀之諸規則，均有詳細之考察（Zouche, *Juris et judicii feccialis etc.* 1650. Part I. S. 4）。此外，更提出二三問題，然均不加解答。例如公使究在何種限度內受訓令之拘束？有反主權者委任之公使行動足以拘束主權者乎？如可拘束者、拘束至如何限度？公使有干涉關於自國人之私事之權利否？駐劄國主權者以外之主權者——例如公使所通過之領土君主——亦應禮遇公使否？被驅逐出境者受外國君主之派遣而來已國為公使時，其為公使之身分保障權亦及於此被驅逐出境之身分否等。其最後之問題，乃為阿爾柏利克斯·貞提利斯所否定，而為色爾·愛德華·科克所肯定者也（Ibid., Part I. S. 4）。關於公使之犯罪問題，蘇契乃將其區別為對於駐劄國之犯罪與對於派遣國之犯罪而加以論列者。

關於民事訴訟問題，蘇契雖係贊從格老秀斯、反對貞提利斯而否認對於公使及隨員之外國裁判管轄權者，但亦如巴斯卡利斯（Paschalius），主張公使之家屋，不論在任何情狀之下，不得為犯罪人之隱匿所。關於刑事犯罪問題，則主張若非為重大之犯罪，不妨加以放置，如為重大之犯罪，與格老秀斯之意見相同，承認駐劄國可附以處罰或引渡之要求，而送還該犯罪公使於其本國（“……eum remittendum ad principem qui eum misit eum postulato ut eum puniat aut dedat”）（Zouche, *Solutio quaestionis*, 1657. C 1）；同時，蘇契又主張為防止緊急危險計，固可將公使加以逮捕審問，若公使而成立為武裝暴行之罪人者，則可不必以審問或裁判為

理由，而在正當自衛上（“*Per modum naturalis defensionis, non per modum poenae*”）可以合法的處以死刑者也。

蘇契在其關於解釋一切問題之特別著作，即在有名之「同·蓬塔雷奧耐·薩事件」（一六五三年）（*The Case of Don Pantaleone Sa. 1653*）後，於一六五七年所出版之『問題釋疑』（*Solutio quaestionis 1657*）中，對於公使及其隨員之責任免除問題，考察古今贊否之兩論及實例，而就葡萄牙人同·蓬塔雷奧耐·薩事件，以薩爲其兄葡萄牙公使之隨員，故不得越出英國之裁判管轄爲理由，認定薩爲有罪，此蓋引用法蘭西王安利第四世（Henri IV.）（一五八九—一六一〇年在位）之往例者也。安利第四世曾因廉得西班牙公使之祕書買收國王之一僕之隱謀，而處該祕書以禁錮，并對該公使之抗議答以：『閣下從何處學得此種以公使及其從者對駐在國君主之尊嚴企圖陰謀之自由行爲者耶？』（“*Utinam gentium didicistis legatos et eorum ministros potestatem habere machinandi contra statum et dignitatem principis apud quem le gationem obeunt?*”）等語者也。

最後蘇契更就何以隨員應服從外國裁判所管轄之問題，舉出下列四種理由：（一）隨員之性質，實爲公使之附屬者（“*Comites vero facti sunt accessorie tantum*”），並無與公使同等之資格；（二）國家對隨員不能與以信任狀；（三）惟公使方爲其君主之代表者，此種事實，始爲免責權之基礎（“*Legatus solus personam principis sustinet, quod est praecipuum immunitatis*”）

fundamentum”); (四)因公使大抵爲有名聲之人物、人數不多，容易監視及防止其惡計之行使，故駐劄國之主權者，對於公使，不妨與以較隨員爲大之信用 (“quod plus legatis quam comitibus eorum ab eo quo admittit credi oporteat”)(Zouche, Solutio quaestionis, 1657. C. XIV)。

在平時國際法之問題中，尙有二三可陳述之點。蘇契論主權者之契約，含有與一個國民同樣之權利義務。無定期之主權者所爲之契約，例如都市或其他土地及金額之引渡契約，如係爲公益而締結者，則可傳之於其繼承人(Zouche, Juris et judicü feodialis etc. 1650. Part I. S. 4; Part II. S. 4); 如係爲正式條約之更嚴正之契約，則蘇契以爲宜明瞭敘述相互間之某種權利義務，并須有一種最高宗教(Suprema religio)式之誠實的宣誓，以爲條約之附帶的制裁(Ibid., Part I. S. 4)。

條約可與異教國民締結耶? (“An foedus inire liceat cum iis qui alieni sunt a religione?”)(Ibid; Part II. S. 4)。對此問題，蘇契之『宣戰講和法一名國民間之法律』中尙未提及。蓋此書雖爲在「威斯特發里亞和平條約」締結後二年所出版，然事實上似爲在此稍稍以前所著寫者；否則，蘇契定已知悉此含有寬容見解與默認異教之意義之條約的新規定矣。又在對於其他種種事項之考察上，蘇契似曾公然主張主權者之契約，若與最重要之國家政策或國民利益相衝突時，應以國家政策或國民利益爲重，毫末有所躊躇也。例如對他國訂定加以援助之契約之主權

者，其後雖發生重大之困難，亦應負供與之義務耶？（“An princeps qui promisit auxilia cum commode non possit, praestare teneatur?”）（Ibid; Part II. S. 4）蘇契會就『以現狀爲限』（“Rebus sic stantibus”）之一文句，加以嚴密之解釋。并舉「一五八五年，依利薩伯女王（Elizabeth）（一五五八——一六〇三年在位）曾與聯合州約定兵員與金錢之供與，後因發生新事情，乃將此一問題付託於某法學者等加以討論，是等法學者，遂即宣布以任何協約均應解爲『以現狀爲限』，故女王可免前約之責任」之往事以爲證。

對外國人在同意中所付與之商業特權，可取銷之耶？（“An commercū sive negotiationis privilegia, de quibus cum exteris convenit, revocare liceat?”）（Ibid; Part II. S. 4）。蘇契係否認雖使自國國民蒙受損害，仍須讓外國人行使特權之理由者。故主張在此種情狀下，將外國人之商業特權予以取銷，亦屬無妨者也。蘇契爲維持此種見解計，曾引用依利薩伯女王與「漢撒同盟」（The Hanseatic League）都市所訂之某一協約以爲證。蘇契更主張由於威逼而成之嚴正的宣誓（Solemn oath），不得以威逼爲理由而否認之。但在「不要式」之訂約時，得否認之。然若爲誤解本質的及關係的事實之宣誓，或爲基於詐欺的陳述之宣誓，亦得不認其爲有拘束力（Ibid; Part II. S. 4）。又『條約當事者之一方，如違反條約上之一個條件時，條約之對手方，得否認條約之全部』（“Si pars altera in foedere fefellerit, potest altera discedere”）（Ibid; Part II. S. 5）。

八 蘇契之戰時國際法論

(一) 戰時國際法及在蘇契以前之著作

在蘇契之論文中，關於戰時之諸章，亦如其論平時者然，實較其英國先進者所論更爲徹底的、包括的、有秩序的、且爲有權威的。阿爾柏利克斯·貞提利斯之『戰爭法規論』(Albericus Gentilis, *De iure belli libri tres*, 1598)之出版，固爲國際公法史上劃一大時代之作品(Cf. Nys, *Notes pour a l'histoire littéraire et dogmatique du droit international en Angleterre*, 1888)然在貞提利斯以後百年間之英國學者中，能充分認識本書之重要者，惟蘇契一人耳。蘇契於考察該書諸學說後，對於該書之許多部分，立予承認。在『戰爭法規論』出版後不久，英格蘭方面，曾出現許多翻譯本、翻案本、或爲多少帶有創作意味之種種書本——例如愛略特之『戰爭及決鬪論』(Eliot, *Discourse of War and single Combat*)、及自法蘭西翻譯而來之『戰爭教範』(Instructions for the Warres)等是。然較是等諸書更具有高大價值者，爲馬太·蘇特克利夫(Matthew Sutcliffe 1550—1629)於一五九三年所出版之『戰爭之慣行、手續及法律』(The Practice Proceedings and Lawes of Armes, 1593)。本書之得力於貞提利斯甚爲明白。其內容首論戰爭之諸原因；繼復嘲笑「往時以違反宗教爲理由，縱有正當之原因，亦以不

正當之戰爭視之」之觀念；主張主權者有阻止鄰國擴張軍備之權利；排斥西班牙之侵略；贊成法王路易第十一世（Louis XI）（一四六一——一四八三年在位）之行動、保持意大利內諸國均勢之羅倫索·得·美提契（Lorenzo de' Medici）之處置、及依利薩伯女王對於低地諸國（Low Countries）之政策；又主張如法王菲利浦二世（Philippe II）（一一八〇——一二二三年在位）之戰爭，一方既受攻擊，即可無須宣戰；并力主對於都市之劫掠，應憐恤婦女老幼等。同時對於俘虜及捕獲物亦考察及之。且將戰爭之目的及性質為如下之述要；即：『享有主權之為政者，為行施正義、且保持確實之和平計，以正當且合法之原因，在各種情狀下，經過正當之宣言，所為之戰爭，乃合法且正當者也云。』

其後凡十年，一六〇二年，威廉·否爾培克（William Fulbeck 1560—1603?）出版其『國際法學說彙纂』（The Pandectes of the Law of Nations containing several Discourses of the Questions……of Law, Wherein the Nations of the World does Consent and Accord, 1602），以阿爾柏利克斯·貞提利斯及巴爾泰乍·阿雅拉（Balhazar Ayala 1548—1584）之學說為基礎，在其第七章中論述戰爭，主張嚴肅的宣戰之必要，俘虜不應殺戮。理查·伯納（Richard Bernard 1568—1641）亦於一六二九年著『聖戰』（Bible Betfels, or the Sacred Art Military, 1629）一書，主張溫和與憐愍，肯定戰爭之正當，承認征服權及捕獲權，又如貞提利斯及蘇特克利夫然，是認自衛上之干涉權。

(一) 戰爭

蘇契之討論範圍雖甚廣汎，然其主旨，亦與上述諸學者相近，至爲明白。蘇契對於戰爭所下之定義，爲：『主權者依據正當之原因所爲之爭鬪』（“……*justa contentio quae scilicet auctoritate legitima et ex justa causa movetur*”）（Zouche, *Juris et judicü fecialis etc.* 1650. Part. I. S. 6）。通常，正式之宣戰爲必要者。以如古代人所承認之家對家之私戰、或在復仇情狀下之私戰等之戰爭，爲『非神聖戰爭』（*Bellum minus solenne*），與此相對別者爲『神聖戰爭』（*Bellum solenne*）。在私法上，爲一人之責任，而使他人蒙損害者，爲違反自然之衡平，不許其復仇，然在國際公法上，則與此不同，以各個人均被認爲國家之構成分子，故對其非法行爲，均應負責者也（*Ibid.*; Part II. S. 6）。

國家在訴諸干戈之先，有竭力尋覓可以避免戰爭而仍能獲得要求滿足之方途之義務。然亦有雖省略宣戰而仍不失爲正當者。卽：（一）在以必要之自衛之目的而開始戰爭時；（二）對已經可認爲敵（*Hostes*）者所爲之戰爭；（三）對不能適用國際法之匪賊或叛亂者所爲之戰爭；（四）派遣公使、要求滿足其條件而不獲者等是也（“……(1) *Cum suscipitur bellum ex causa necessariae defensionis*, (2) *Cum his bellum inferitur, qui jam hostes habentur*, (3) *Cum contra rebelles et defectores arma sumuntur, quia cum illis jus gentium non observatur*

……(4) *Cum legatis res repetentibus esse nec redditae sunt, nec sit aliter satisfactum*) (Ibid; Part II. S. 10) (Cf. Scelle, "Zouche." *Fond ateurs du droit international*, 1904, p. 313)。

蘇契更就戰爭中軍事權力之種類加以研究，又將敵之種類，加以區別，而謂：『在彼等之間所存在之戰爭狀態，為對於領土權、支配權及兵權之最高權所為之戰爭狀態、及包含敵意者、敵對者、或其他之敵對之爭戰狀態』(“*Status inter eos quibuscum bellum est, est conditio inter ipsos quae ad imperium militare refertur, quod est dominationis, praepotentiae, et patrociniū militaris, vel eonditio cum aliis ex qua aliū inimici, aliū hostes habentur.*”) (Zouche, *Juris et judicū fecialis etc.* 1650. Part. II. S. 10)。故軍事權力，可分三種：(一)以兵力所獲得之領土權(Dominatio)；(二)勝者對敗者之權力、即支配權(Praepotentia)；(三)主權者對於臣從之軍事的權利，即兵權(Patrocinium)。至於敵之種類，亦可分為：(一)敵意者(Inimici)；(二)敵對者(Adversariū)；(三)敵(Hostes)之三種。例如『萬人都可加以攻擊且勦滅』(“*Quos offendere et perdere omnino licet.*”)之暴徒、匪賊、叛亂者、海賊，及『可用一切戰爭之權利與之對戰』(“*Quibus omnia belli jura debentur.*”)之正當敵人(Justi hostes)是也。

其次，蘇契更曾提出二三有關係之問題(Ibid; Part II. S. 7)：違反自然法或國際法者、

宗教不同者（指非耶穌教徒而言）、居住於敵國領土之友好國臣民，均可認其為敵乎？居住於中立領土之敵國臣民，可認其為敵乎？抑應認其為中立者耶？蘇契對於此等問題，僅舉示許多肯否對立之事例及見解，未嘗明白表示其自己之結論。

蘇契對於戰時財產之取得，謂有二種方法。即由個人所為之特殊取得（*Acquisitio particularis*）、及在領土被侵略或被引渡時由國家所為之一般取得（*Acquisitio universalis*）是也。為敵所奪取而送入中立領土之物品，應返還於原所有者耶？蘇契則傾向於肯定說者，且曾舉一事例以證其說。即當荷蘭人拿捕西班牙船舶而送入英國海港時，「英國高等海事裁判所」曾命其返還者是也。自敵奪得之物品，拿捕者尙未送往安全場所時，已成爲拿捕者之財產否？是項物品，已非追擊者所能奪還時，即可認之爲捕獲物耶？蘇契則曾根據古代羅馬法官朱理亞·保盧斯（*Julius Paulus* + 222）「接受他方返還之亡失物，且令其恢復從前之狀態之權利」（“……*ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae……*”）之一語，立一原狀恢復權（*Postliminium*）之定義，且採取羅馬法之實質，設定種種之規則。在爲敵所占領之城砦及原野中之財產可加以掠奪耶？蘇契則以爲以前屬敵之財產，或以後爲敵所合法取得之財產，可加以掠奪者也（*Ibid*; Part II. S. 8）。

蘇契雖曾就軍紀（*Military discipline*）與軍事裁判（*Military justice*）之組織，提出許多問題，然因在英格蘭，國王或司令長曾就各種戰爭訂定各種規則，故此等問題之大部分，實爲以

前所已規定者，即英王約翰（一一九九——一二一六年在位）、理查第一世（Richard I.）（一一八九——一一九九年在位）、理查第二世（Richard II.）（一三七七——一三九九年年在位）、及亨利第五世（Henry V.）（一四一三——一四二二年在位）等各曾頒布規則及勅令。亨利第七世（Henry VII.）且曾命保護婦女與小孩，僧侶及神聖物，耕作中之農民。亨利第七世（Henry VII.）（一四八五——一五〇九年在位）、亨利第八世（Henry VIII.）（一五〇九——一五四七年在位）、及依利薩伯女王亦曾有一定規則之制定。又在英國之「大革命戰爭」（The Great Civil War）（一六四〇年）中，於一六四〇年，諾薩姆巴蘭特公（Duke of Northumberland）曾制定王黨軍之規則；至一六四三年，國會軍之厄色克斯（Essex 1591—1646）亦曾制定戰爭之法律及命令。蘇契乃上溯此種傳統的法制，而討論行戰上所發生之種種問題，及交戰者之種種相互義務；更論及主權者或司令官之商議、即軍事會議（Congressus militaris.）、軍事使節、會商休戰之特命全權公使、及和平條件；復說明雙方軍事領袖間所訂軍事協定之內容範圍，爲（一）自由通行（De commeatu）、（二）休戰（De induciis）、（三）俘虜之交換及贖回（De captivis permutandis et redimendis）、（四）地區之退讓（De conditionibus us qui loca obsessa dedunt）等；至於軍事條約之內容範圍，則爲長期休戰及最後和平，須由主權者締結者也。

主將所締結之和平條約，足以拘束主權者或國家耶？蘇契曾引用古羅馬元老院以爲有批准必要之主張。但主權者如明知此種條約之締結而默不過問，有暗示贊成條約之情狀者，得推定

爲批准者也。惟單純之沈默，不得以此推定之(Ibid; Part II. S. 9)。主權者若否認主將所締結之條約，對手方應回復至以前狀態(Status quo ante)？蘇契未加明白之解答。

尙有關於人質之諸問題。卽人質如遇其所代替之本人已死亡時可以送還耶？供與人質者可以收受逃亡之人質耶(Ibid; Part II. S. 9)？對於後一問題，貞提利斯與格老秀斯雖均以消極的解答，然蘇契之答解意旨，則與英王愛德華第三世(Edward III.) (一三二七——一三七七年在位)之議論相一致者也。以供與人質者之犯行爲理由，可將人質殺害之耶？貞提利斯採肯定說，格老秀斯採否定說，蘇契則未表示其定見。報復法(Lex talionis)在敵與敵之間存在否？貞提利斯似加以肯定者，格老秀斯則加以否定者，蘇契則——雖取疑問之形式，然——主張在下列事例中應爲存在者也；卽如虐待俘虜、婦女與小孩、及執武器之婦女、污辱神聖場所、在軍事會議中使用詭計與虛言、使用伏兵、毒物、暗殺、對敵拒絕埋葬、虐待使節及降服者、及爲其他同樣之種種行爲者等是。

(三) 海賊與海法

在蘇契以前，英國方面關於海法之著作，均係無多大價值者。「康沙拉托·得爾·美爾」(Consolato del mare)，爲於第十三世紀在西班牙之巴塞羅納(Barcelona)所纂集者，將古來海事習慣，搜輯尙稱完善，在英國亦如在其他諸國，久已以之爲關於海上拿捕之法律。英王愛

德華第三世 (Edward III.) (1317—1377年在位)、理查第二世，及亨利第七世，曾對不以英國船舶所載之貨物，禁止其輸入；伊利薩伯女王則曾將近海漁業與沿岸貿易中之外國船舶除外者也。英格蘭在第十六世紀，對於相傳爲法蘭西所制定之『自由船舶自由貨、不由船舶不自由貨主義』，即依據中立船內之敵國貨物不可以拿捕、敵國船內之中立貨物可以拿捕之意旨（“*Robe d'ennemi confisque cella d'ami*”）所訂之規則，曾爲強硬之反對。至第十七世紀之中葉，則制定重要之法律，例如一六五〇年，「長期國會」(Long Parliament) 禁止外國船舶不經特別許可而與美國殖民地貿易等是。翌年，一六五一年，俄利佛·克倫威爾 (Oliver Cromwell 1599—1658) 更制定一種『航海條例』(The Act of Navigation) 焉。

威廉·韋爾伍德 (William Welwood 1578—1622)，在其所著『海法提要』(An Abridgement of all Sea-Lawes, 1613) 中，亦曾論及「英國高等海事裁判所」判事之管轄權，與關於漁獵之爭論，主張任何海洋，漁獵之一般的自由，未必存在，且反對囂俄·格老秀斯將航海之自由與漁獵之自由混同視之之見解。又阿爾柏利克斯·貞提利斯在其所著『西班牙辯護論』(Advocationis hispanicae libri duo, 1613) 中，則曾論述英國與西班牙及其他諸國間所發生之種種紛爭、并曾考察有關戰時禁止品、捕獲物及海賊之某種問題。

蘇契對於海戰法所陳述者，惟外國船舶之徵發、海上拿捕、及臨檢權等問題而已。蘇契蓋主張英國於戰時徵發寄港於英國港灣之外國船舶爲完全正當者也 (Ibid; Part II. S. 5)。

敵船內之中立財產可加以沒收耶？在蘇契時代所通行之原則，係「若該船舶可以合法沒收之者，則其貨物亦可加以押收」(“Si navis sit obnoxia, bona etiam obnoxia haberi”) (Ibid; Part II. S. 8) 者也。格老秀斯則以爲此僅對於貨物推定其爲含有敵性(Enemy character)，并舉反證以明可加破壞之意而已也。至對於中立船舶上之敵貨，蘇契曾舉「英國高等海事裁判所」可加以合法捕獲之判決以爲例。蘇契復就基於諸國民之相互合意或好意之海上儀禮問題，觀察臨檢權。蘇契以爲對於商船，不得僅以其未對外國軍艦行敬禮爲理由，而視之爲合法之捕獲物。『又將船舶送往拿捕者之港灣或艦隊碇泊地，使之入於完全安全之區域內，減少其再被捕之可能性至最小限度時，該船舶始可被認爲捕獲物』(“Placuit vero gentibus ut rem cepisse is intelligatur quia ita detinet ut recuperandi spem probabilem alter amiserit, ut, cum res mobiles intra fines, id est, intra praesidia perductae fuerint”)(Ibid; Part II. S. 8)。但『爲使此一規則更形精確起見，如格老秀斯所言，須經過二十四小時之安全扣留，此已爲歐羅巴諸國認之爲一定規範者也』(“Sed recentiori jure gentium inter Europaeos, inquit Grotius, introductum videtur, ut talia capta censeantur, ubi per horas viginti quatuor in potestate hostium fuerint”)(Ibid; Part II. S. 8)。

(四) 中立及戰時禁止品

蘇契對於中立者之權利義務，及與此相關之交戰者之權利義務，所論不多。蘇契對於中立一語，不用「紐特拉」(Neutra)及「紐特拉利提」(Neutrality)，而用「阿密克斯」(Amicus)及「阿密契提亞」(Amicitia)。前者意義比較明瞭，且爲在蘇契以前所用之語，但非爲一般所用者。在中立國領土內可以追擊敵人乎？蘇契乃傾向於「依萬民法，在任何處均可追擊敵人」(Hostis qui est ubique secundum jus gentium impeti potest) (Zouche, Juris et judicij fecialis etc. 1650. Part. II. S. 9)之說者。在敵之領土內所捕獲之俘虜，於輸送時，可通過中立國領土耶？蘇契似抱『在俘虜尙未被送入安全區域內時，當從消極解』(“……alibi captus, nondum intra^u praesidia deductus, in alieno territorio detineri, vel coerceri non debet”) (Ibid; Part II. S. 9)之見解者。蓋彼曾追敘「在意大利熱那亞(Genoa)與密拉諾(Milano)戰爭中，因密拉諾送俘虜通過波倫亞(Bologna)之領土，有名法學者約翰·伊姆謨拉(John Immo-la)，受羅馬法王之代表者之諮詢，而斷定密拉諾爲違反國際法」之一實例故也。

戰時禁制品問題，爲自最古以迄近今，在國際法之全範圍內，最受討論之一問題，在蘇契之時代，慣例及慣行，至無定式，各國僅顧自己之利害，採用於自己適合且便宜之方式；至如一六五九年之「庇里尼斯(Pyrenees)條約」，及一七一三年之「烏得勒支(Utrecht)條約等」，均明白載明戰時禁制品之性質，且列舉一定之特殊物品之明顯的國際運動，皆爲蘇契時代以後之事。蘇契承襲露俄·格老秀斯「惟直接供戰爭之用、或可利用於戰爭之物品——例如武器、

金錢、食糧品——始得認其爲戰時禁制品」之見解，而認此乃自戰時禁止品制度，實爲一種刑罰政策之事實上、加以論理的演繹之結果。然蘇契實較格老秀斯及平刻斯胡克（*Bynkershoek* 1673—1743）更進一步，主張在某種狀態之下，凡可以製造戰時禁制品之物品——例如鐵（製造武器用）、木料（製造船舶用）等——亦得以戰時禁制品視之。對於此點，蘇契會就在各種狀態下之四圍情形、與國家之緊急必要上加以考察，而斷謂：「材料與物品本身，如具有應行禁止之同一理由時，法律非同樣解釋之不可」（“*Ubi est eadem ratio prohibitionis, materiae et speciei, item jus in utraque censendum est*”）（*Ibid.*; Part II. S. 8）。事實上，爲防止詐欺起見，有時確有採取嚴峻方策之必要。蘇契此種態度，顯受羅馬法之規定——例如「馬其頓元老院令」（*Senatus consultum macedonianum*）——之指導。該規定，對於借金錢、或可用金錢備辦之物品於未成年者，亦認之爲「以契約行使詐欺」（“*Cum contractus fraudem sapit*”）而加以禁止者也。

戰時禁制品之附屬物——例如劍鞘——可單另禁止耶？蘇契會引用許多古代之實例，但未說明其自己之主張。又對於由其自己所提出之下列諸問題，亦未加以解決；卽：在由敵方送還之途中或向敵方運送中之物品，可加以橫奪否？煙草（假定其爲用於保存食料者）可認其爲戰時禁制品否？等是也。最後，如船舶中混載戰時禁制品與合法品時應如何處置？蘇契主張須將兩種物品之所有者爲同一人與非同人加以區別；且爲維持其主張計，曾引用古代學者、特別是

意大利法官彼伊利諾·培爾利 (Pierino Belli, Petrinus Bellus 1502—1575) 之學說，斷定如所有者爲同一人，則兩種物品，均可爲合法之沒收，至少所有者如果可以察知其載貨爲詐欺者，亦可如是處置之也。在蘇契之著作中，雖未引用同時代之英國之慣行，然「英國高等海事裁判所」之最初慣例，似不問其爲船舶、爲所載之貨物，與所有者無關，一概加以沒收者。入後，規則漸趨寬大，船舶固可沒收，貨物則凡爲不違反法律之部分，僅限於爲戰時禁制品之所有者之財產，或有詐欺行爲者，方可沒收之矣 (Cf. Robinson's Admiralty Reports. Vol. III. p. 221 note (a); Wheaton, History of the Law of Nations in Europe and America etc. 1842. p. 134)。

結論

以上已將蘇契關於國際法之著作之實質加以考察，并約略說明其學說；又將蘇契與其先進者及同時代人之關係加以敘述。蘇契之淵博的學問，與其在法律上及文學上之卓越的才能，早為當時人所認識；而其見解，則無論在其生存中，或在其死後，無不具有極大之權威。蘇契之多藝多能，甚為著明。洵如瑞士法官阿爾封斯·利維埃(Alphonse Rivier 1835—1898)之所評：「蘇契乃一慧敏、深邃、賅博之法律家，乃以一活的法律學說彙纂、羅馬法學者、教會法學者、封建法學者、公法學者、及詩人而聞名於世者；尤以國際法學之創立者之一人而著稱」(A. Rivier, *Literarhistorische Uebersicht der Systeme und Theorien des Völkerrechts seit Grotius*. F. von Holtzendorff's *Handbuch des Völkerrechts*. 1885. Bd. 1. S. 417)。蘇契之聲譽，實曾喧傳於歐洲大陸；其著作，則均經重版，且經翻譯者也(Zouche, *Juris et judicij feccialis sive de jure inter gentes*. Oxford, 1650; Leyden, 1651; The Hague, 1659; Mayence, 1661; Latin ed. 1759; German trans. by Gottfried Vogel. Frankfurt, 1666)。

然至近世，對於蘇契之著作，已有各種不同之批評。例如美國法曹亨利·惠吞(Henry Wheaton 1785—1848)曾謂蘇契之『講和宣戰一名國民間之法律』，僅為一種囂俄·格老秀斯學說之摘要，且有許多處係採自羅馬法及羅馬史之說明所寫成者，該書僅以術語之改良——

『國民間之法律』(“*Jus inter gentes*”)——而微幸博得聲名者也(Wheaton, *History of the Law of Nations in Europe and America etc.* 1842. p. 101)。反之，上述之阿爾封斯·利維埃，則如前所述，乃稱蘇契為創立國際法學之一人(A. River, a. a. O. S. 417)。卡爾·封·卡吞善恩(Karl von Kaltenborn)評蘇契之主要著作為『國際法之最初的真正教科書』(“*Das erste eigentliche Lehrbuch des Völkerrechts*”) (Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts.* 1847)。俄姆普忒搭(D. H. L. von Ompteda 1746—1803)亦曾以同樣評語評蘇契，且謂蘇契在國際法史上實占一重要地位者也(Ompteda, *Literatur des gesamten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts,* 1785)；此實較惠吞之批評為更近於最後之評價歟。

蘇契、與其認之為改良家，毋寧認之為學說之整頓家，確為事實。但同時，此一批評，用之於如葛俄·格老秀斯之大學者，亦頗適當。實則，吾人苟一考察蘇契之著作刊行時代、該時代所發生之事件之性質、國家間不安定之關係、國際政策之衝突、宗教之牴觸——一言以蔽之，變化迅速之時代——等現象，可知當時除整頓家之外實未產生他種學家也。著寫一種抽象的、理論的、完全、亦可謂為終局的論文——僅適用於理想世界，而不適用於現實之不完全世界者——，自可收得煽動諸國國民，而使之懷疑國際法之全部組織之效果，然賢明如蘇契，畢竟未許輕出此舉焉。

蘇契乃將國際法之比較的確實之題目，加以首尾一貫、且論理的排列，以精確簡潔之方法

敘述之。對於比較的可疑之問題，則取疑問之形式，將其蒐集於適當之位置；有許多疑問，全未加以解決，有許多疑問，雖未為明白之解答，但已以實例及譬喻，暗示解答之意義——亦僅為假說的解答——。蘇契未嘗試用深遠之分析方法，慎重避去純正哲學的研究態度，惟篤志於為實際的常識與時代及場所之需要所賦與之實際問題的整理與解釋耳。

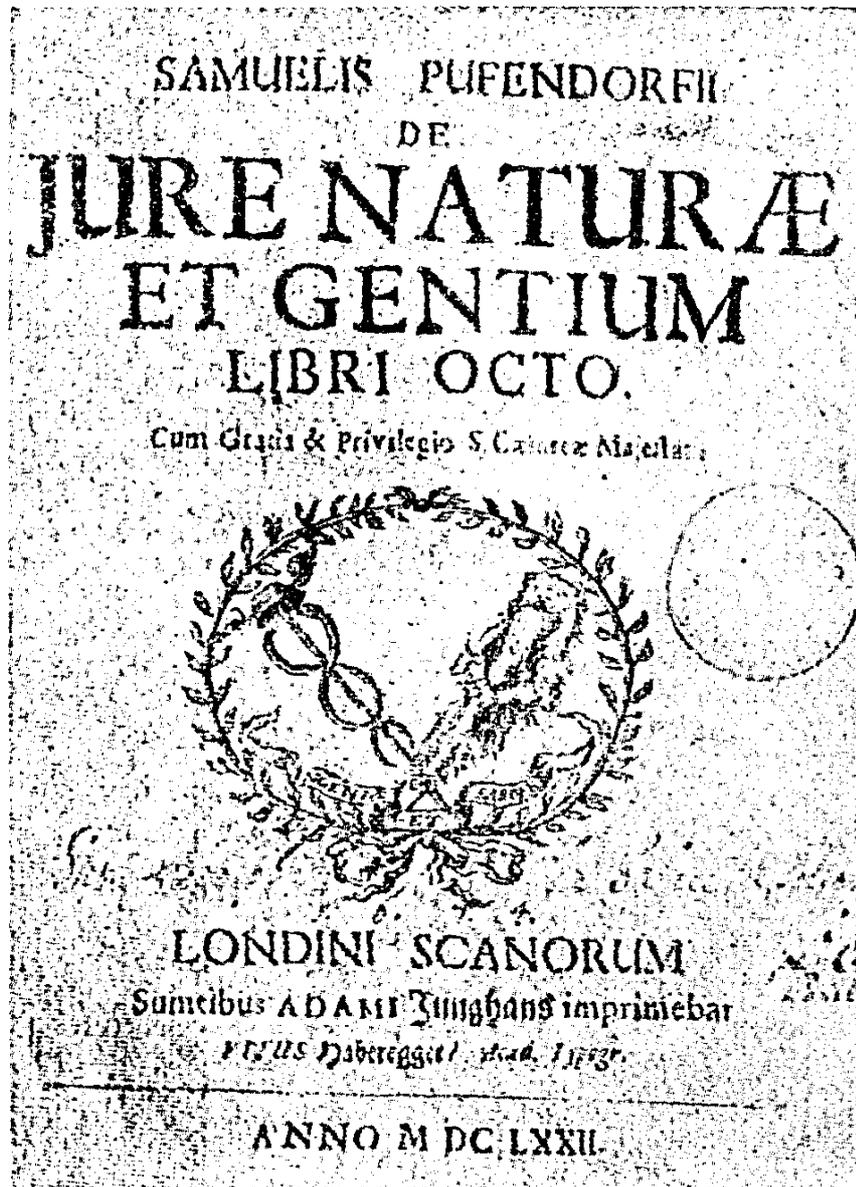
蘇契之態度，以謙遜與客氣，為其特色，與科尼利阿斯·凡·平刻斯胡克（Cornelius van Bynkershoek 1673—1743）之勇敢地固守已說及為獨斷的主張之性習，顯為相反者也。蘇契之著作，因比較簡略，故未能如囂俄·格老秀斯在國際公法之發達上占高大之地位，然蘇契在許多點上，較之格老秀斯，實已顯然開拓一進境矣。例如『國民間之法律』之一用語與其根本觀念，承認習慣法優越於自然法、引用習慣及慣行之近例、重視法律的發達與政治的進步之關係等即是。蘇契實為古英國學派之國際法學者及公法學者中之一最大人物，英國國際公法之始祖，爾後該派學者之傳統人物——「人定法學派」（Positive School）之多數歐洲大陸學者自不待言——所受於蘇契之影響及以之為範則者實不在少，然至今尚未有人為之建立一紀念碑，甚至其墳墓亦於一八八〇年慘遭毀壞，有心人不能不為蘇契一掬同情之淚也。

(五)『自然法的國際之始祖』撒母耳·封·浦芬多夫

(Samuel von Pufendorf 1632—1694)



封·浦芬多夫之肖像



浦芬多夫「自然法及萬民法」扉頁

SAMUELIS PUFENDORFII
DE JURE NATURÆ ET GENTIUM
LIBER PRIMUS.
Præcognita ejus juris continens.

CAPUT PRIMUM
DE ORIGINE ET VARIETATE ENTIUM
MORALIUM.

- | | |
|---|---|
| <p>1. <i>Introductio.</i>
2. <i>Visa humana temperatur per Entia
moralia.</i>
3. <i>Quid sint entia moralia, quæ erunt can-
sa, qui finis?</i>
4. <i>Modus eadem producendi Impositus. Ea-
runden operatio, & unde?</i>
5. <i>Divisio.</i>
6. <i>Status quid?</i>
7. <i>Status naturalis & adventivus.</i>
8. <i>Pax, & Bellum quid, & quæ complex?</i>
9. <i>Status determinati.</i>
10. <i>Status respectum ad tempus habentes.</i></p> | <p>11. <i>Manita quædam in terra Paris.</i>
12. <i>Divisiones personarum simplicium</i>
13. <i>Et compositarum.</i>
14. <i>Nemina sine respectu ad materiam.</i>
15. <i>Persona ficta.</i>
16. <i>Res morales.</i>
17. <i>Modorum moralium descriptio</i>
18. <i>Tituli.</i>
19. <i>Positivi.</i>
20. <i>Idem.</i>
21. <i>Reliquæ qualitates morales.</i>
22. <i>Quædam res morales.</i>
23. <i>Exiis moralibus quæ modo præterunt.</i></p> |
|---|---|



AD Philosophiam primam spectabas, siquidem genuinæ suæ indolis mentem amplecti erat, latissimas rerum definitiones tradere, ac easdem in certas classes congrue disponere, adjuncto, quæ eorumque rerum generis in universum natura sic aspiciendo. Verumtamen in classe quidem rerum moralium sic satis hoc præstitisse videntur, qui eam disciplinam excolendam hæcenus sumere, ita res ipsa loquatur, eosdem

緒言

近世法律之概念，一般均立腳於以契約為基礎之假定。通常所認為最重要且為肯定的之原則者，為遍在的『對於同一目的之合意』（*Consensus ad idem*）。在立法手續上所適用之主張，則為對象的方法。以故抽象的分析論，乃蒙空想論，非實際論之污名。換言之，一般僅認依人定法所構成之法律為有效，視基於自然法之公理的原則所組成之學說及其聯繫思想為無效者也。

然此二種方式與二種手續，亦非可全然相互分離者。甲之目的固為甲，乙之目的固為乙，各就其重要方面言，固可分別視之，然兩者實均為構成一切學問、構成一切法律之不可分的提攜物。「人定法學者」（*Positivist*）認人類社會或組織的社會或國家之直接必要，為所需要之規範，以故彼等乃尊重表現於外面之人類的意識，主張依據此種意思規定法律，暗示或公然以人為萬事之尺度者也。反之，「自然法學者」（*Naturalist*），則在——研究人類意識之根本的特性，求得其無矛盾之調和，及此調和與人類之關係之概念。彼等以為惟有從此種前提上所求得之結論，方為內面的合理的。故無論為個人為國民全體，均應以之為行為之確定不動的指針而斷然承認之者也。若果如是，則兩者間，實無何等實質的抵觸，兩者方法之結果，未必有其矛盾。

盾矣。「自然法學者」因常不顧現實狀態之如何，固執超越事實所可保證之推斷，故往往有逸出常軌者，固無可容疑之處。然此罪不在於方法，而在於方法之使用者。且也自然法，縱令常受罵詈與嘲笑，無如在人類不能不爲心理學的存在、道德的存在時，依然非將人心加以把握不可。事實上，近世社會，雖以自然法爲『陳腐而無益』（“Stale and unprofitable”）而投棄之，然一方面所受於基於以自然法爲準則之前代慣例及原則所訂定之許多規則與制度之利益實不尠也。

近世國際公法，其大部分，實爲不絕訴之於自然法之古代國民及主權者間之習慣及規則之產物。一部分雖爲阿爾柏利克斯·貞提利斯、魯俄·格老秀斯、撒母耳·封·浦芬多夫（Samuel von Pufendorf 1632—1694）等法學者之主張之結果，然是等學者之議論，多少均以此自然法之觀念爲基礎者也。就中，首尾一貫，尊重自然法，認自然法之外再無國際法之存在，乃對之爲有秩序的且徹底的註解者，爲撒母耳·封·浦芬多夫。以故撒母耳·封·浦芬多夫，實可稱之爲自然法的國際法之始祖者也。

吾人苟一考查浦芬多夫之主要著作，則上述觀念，應如何解釋，而構成國家之人與人之關係，應如何適用於構成『國際團體』（*Civitas gentium*）之國家與國家之關係，即可了然矣。

一 浦芬多夫之略歷

「路得教派」牧師之子撒母耳·封·浦芬多夫，於一六三二年一月八日，生於德意志薩克森（Sachsen）之塔爾埃姆（Thalheim）附近多爾夫·刻姆尼斯（Dorf Chemnitz），在格利姆馬（Grimma）受初等教育。以素懷日後為牧師之志，為研究神學，而入來比錫（Leipzig）大學。但因與該地之專斷的教義與排斥異教之流行思想不相容，乃轉換其進程，從事於言語學、哲學、歷史及法律學之研習。此即彼之所以得力於露俄·格老秀斯及托馬斯·霍布斯（Thomas Hobbes 1588—1679）之學說思想甚多之由來，而為彼所屢屢自認者也。浦芬多夫於一六五六年，遷伊愛耶（Jena），在數學者挨爾哈特·淮該爾（Erhard Weigel 1625—1699）教授處，學習法國哲學者勒內·笛卡兒（René Descartes 1596—1650）之哲學及其論證的推理法（Demonstrative methods of ratiocination），淮該爾且教以希臘歐几里得之方法（Euclidean process），亦與在數學之研究上相同，可應用道德論及法律論者也。

一六五八年之初，浦芬多夫曾任駐劄丹麥之瑞典公使彼得·朱里亞·科依埃特（Peter Julius Coyet）家之家庭教師。當時，瑞典國王，繼續行使其在丹麥之勢力擴張政策，於強迫其訂結羅斯基爾得條約（Treaty of Roskilde）後不久，即再開戰爭。以丹麥人立向瑞典使節採取報復手段，故科依埃特先自逃走，於是其第二公使斯泰諾·培爾克（Steno Bjelke）及浦芬多夫暨全體

隨員，均遭逮捕，投之於獄。浦芬多夫於在獄八個月間，常對法律之基礎及其制裁有所沈思。一六六〇年以得在荷蘭之科依埃特之許可，復往投之。後乃在海牙出版其所著『一般法律學要義』(Elementorum iurisprudentiae universalis libri tres, 1660)，博得多方面之大喝采。翌年，一六六一年巴拉泰恩(Palatine)選舉侯卡爾·路易(Karl Ludwig)(浦芬多夫將上述著作奉獻之人)任浦芬多夫爲海得爾堡(Heidelberg)大學之自然法及國際法教授；此係爲浦芬多夫所特設之講座，其他諸學校，尙未有此設置，故此一創設，實爲政治學及法律學史上值得紀念之一事件也(Walker, A History of the Law of Nations, 1899. Vol. I. p. 337)。

一六六七年，浦芬多夫得巴拉泰恩選舉候之同意，出版其題名『日耳曼帝國』(De statu imperii germanici, 1667)之一短篇論文；該論文對於日耳曼帝國之政策影響甚大，歐洲諸國語，均有翻譯本。

浦芬多夫在海得爾堡時，曾與許多第一流公人相接觸。其中有爲浦芬多夫推獎爲最有爲之政治家之巴依納普爾(Boineburg)，亦有爲浦芬多夫表示其大敬意之選舉侯其人。後者曾對浦芬多夫之上述批判的著述供給多數材料者也。然因該書之出版，引起激烈之論爭，浦芬多夫乃離去海得爾堡大學，翌年赴瑞典，任「倫德(Lund)大學之教授。於公刊其許多學術的論文(Dissertationes academicae)後，一六七二年，出版其最有名之著作『自然法及萬民法』(De jure naturae et gentium libri octo. 1672)。一六七三年，出版其爲一種提要之『人類及市

民之職務』(De officio hominis et civis iuncta legem naturalem libri duo, 1673)。後者，歐洲各國語均有譯本，俄皇彼得大帝 (Peter the Great) (一六八二——一七二五年在位) 亦曾命以俄語翻譯者也。是等著作，曾受瑞典之大學教授、牧師及日耳曼國之多數神學者激烈的攻擊。來比錫 (Leipzig) 之阿爾培提 (Alberti)，亦為攻擊者之一人。彼等之攻擊，極罵冒譏謗之能事，其理由，在於指是等著作，將自然法與神學加以分離，實為罪惡千萬；然浦芬多夫在其所著『攀登之狷』(Eris Scandinica, 1676)中，曾為勇敢之酬答者也。

一六七七年，浦芬多夫赴斯德哥爾摩 (Stockholm)，承約罕內斯·羅徹紐斯 (Johannes Loccenius + 1677) 之死後，而受任為王室史料編纂官，同時兼任大臣及樞密顧問官，於執筆編寫歐洲諸國及瑞典王之歷史凡十年之後，乃出版其『對於市民生活之基督教的習慣』(De habitu christianae religionis ad vitam civilem, 1687)。不久，受大選舉侯夫利特利·威廉 (Friedrich Wilhelm) (一六四〇——一六八八年任在位) 之聘，往柏林任勃蘭登堡 (Brandenburgici) 之史料編纂官，且受種種榮職焉。

浦芬多夫之著寫其關於歷史、宗教及政治之許多論戰的著作，實均在此晚年時代。例如在其死後出版之『神聖宣戰講和法、一名新教之贊否』(Jus facile divinum sive de consensu et dissensu protestantium exercitatio posthuma, 1695)，及『勃蘭登堡大選舉侯夫利特利·威廉之歷史』(De rebus gestis Frederici Wilhelm magni electoris Brandenburgici Comm-

entarium libri XIX. 1695) 等是。後者爲浦芬多夫之最重要的歷史著述，夫利特利第三世（一六八八——一七一三年在位）曾命以德語及法語翻譯者也。一六九四年，浦芬多夫受瑞典王喬治第三世（一六六〇——一六九七年）命爲男爵，卽於是年十月二十六日逝世，埋葬於柏林之「尼古拉寺院」(Cf. p. Meyer Samuel von Pufendorf: Ein Beitrag zur Geschichte seines Lebens, 1894)

二 浦芬多夫之主要著作

浦芬多夫之著作，爲數確實不少，實達三十四種之多（*Op. p. Meyer Samuel von Pufendorf: Ein Beitrag zur Geschichte seines Lebens, 1894*）。

本論主要在論述其『自然法及萬民法』（*De jure naturae et gentium libri octo, 1672*），更就其他二三著作，加以簡單之說明，藉窺浦芬多夫對於哲學、倫理、宗教、法律學、經濟學、政治學、及一切社會現象之觀點，與其對於此各方面學術上之活動。

其實，浦芬多夫在此大著作『自然法及萬民法』中，已一再現示其關於是等學術上之問題矣。浦芬多夫可謂過於分散其精力者也，故其純粹之法律著作的價值，不免有幾分減殺。然一般法律學者，在其專門之研究範圍內，欲得完全之熟練、深邃之觀察、及有效之力量者，亦非研究與個人的、社會的及政治的人類生活有直接關係之諸方面不可也。

『日耳曼帝國』（*De statu imperii germanici, 1667*），在封面上雖爲日內瓦（Geneve）、然實際乃以未羅那（Verona）之『塞未利諾斯·得·蒙薩姆巴納』（“*Severinus de Monzambano*”）之匿名在海牙所出版者。自其全文體裁，及其諷刺之筆調，銳利之批評觀之，實可視之爲查理·得·色孔達·蒙特斯鳩（*Charles de Secondat Montesquieu 1689—1755*）所著『波斯人之書翰』（*Les Lettres Persanes, 1721*）之有力的先驅，將日耳曼之政治狀態，加以痛烈之批評者

也。浦芬多夫在此書中，以其對祖國所燃發之渾身熱誠、所溢流之滿腔摯愛、痛烈刺骨之才筆，闡明神聖羅馬帝國之組織上的根本弱點，揭破以該帝國爲羅馬帝國之續之誤謬，否認該帝國會與日耳曼國民以大利益之傳說，并批評奧地利王家之罪惡，攻擊宗教的諸君主之政策，復明白指出「若將其政府從實際上加以剖析，則其指揮者，因係由高僧與在資格上多少可疑之君主、以不可思議之手續所混合而成，故已成爲無可救濟之不規則狀態，徵之政治的理論，不外爲一種怪物」之當時實況，而於論述混亂狀況及其原因之後，提出一種匡救之方策，但不贊成法蘭西或瑞典之干涉，以及可將奧地利除外之提議。且曾主張求統一及調和之唯一方法，乃在組織一握有確實權力之日耳曼國聯盟。浦芬多夫洵爲一敢於以極明瞭且極雄勁之文筆，痛論現狀之先驅者；能以痛烈的攻擊、政治之洞察、熟練之分析，講求絕滅暴君及資格不合之君主之方策，而開拓一新的路徑，且排斥基於亞里斯多得及聖書之曲解所形成之狹隘的術學的觀念，確定政治及主權之合理的概念者也（*Cf. Bluntschli, Geschichte des allgemeinen Staatsrechts, 1864. S. 111.*）。

『對於市民生活之基督教的習慣』（*De habitu christianae religionis ad vitam civilem, 1687*）在某幾點上，爲在『日耳曼帝國』中已經約略述及之學說之完成。本書將教會與國家，宗教的權力與民政的權力之限界，加以明確的限定。認一國之最高權，顯在國家，教會乃基於任意之合意的一種集合團體，在其特殊之範圍與特殊之維繫上及安全上，始發生種種權利與義

務，故與國家之關係，僅爲一種普通社團(Corporation)之性質。此種團體制度，始由浦芬多夫爲適當之說明。其後，在日耳曼帝國——尤以在普魯士——曾奏重要之功效，且爲獎勵容認異教之一手段，更爲緩和羅馬加特力教會與基督新教政府關係上所發生之困難之一方法(O. F. Lezius, *Der Toleranzbegriff Lockes und Pufendorfs*, 1900)。

『自然法及萬民法』(De jure naturae et gentium, 1672)爲一全書八卷之著述，基於自然法之概念，展示公法學，私法學及國際法學之全體系。第一卷論法律之根本原則與法律之種種區別，「自然狀態」之意義、自然人、「道德的存在」(Entia moralis)，擬制的創造之人、社會、權利、義務、及制裁等；第二卷，進而論述自然法之觀念、自然狀態、法律之基礎及其存在理由、習慣之效力、必要及人類天賦之理性之學說、自然法與人定法之關係、神權之假定等；第三卷至第七卷，參照在前卷解釋中所盡力主張之原則及結論，探討私法上之許多問題；第八卷則於最初略論主權之意義，自第六章至卷末，敘述開戰、行戰、終戰三大階段之戰時法，最後論及條約及同盟。

浦芬多夫在其初期之法律的著作『一般法律學要義』(Elementorum iurisprudentiae universalis, 1660)中，敘其可稱爲法律哲學之學說。惟浦芬多夫係採用「歐几里得」之方法，依嚴格之數學的方法，確立某種結論者，故其敘述方法，首先說明若干基礎的法律觀念，次乃提示若干命題，以爲自然之分析的摘要。此等命題，分爲二種：一種爲自人類理性中所當然流出

者，名之爲「公理」(Axiomata)；一種爲參之以人類經驗者，名之爲「實察」(Observationes)。由是二者，對於判斷力及自由意思，自己愛及社會的本能，一一加以推理，然後演繹爲各人必然的須圖謀自己之保存，同時亦須顧到無害或不威脅社會之幸福，并推論及於潛在的包含於此一方式中之種種教訓，最後乃下一「國家不能僅恃自然法爲已足，非以人定法補充之而謀鞏固不可」之結論。

浦芬多夫之是項著作，自其文章之技術上觀之，較之其他大法學者之著作，不能不處於不利之地位；既不能如露俄·格老秀斯之文體之具有威力、簡潔、而平易，又不能如阿爾柏利克·貞提利斯之文體之多變化、有伸縮性，與有個性。浦芬多夫之文體，往往失之於單調、艱澁、且無活氣。其歷史的著述之大部分，尤不能免於此弊；其題材原可以爲快活且有生氣之表現者，然由浦芬多夫寫來，終覺其乾燥無味耳。英國哲學者色爾·詹姆斯·馬金托什(Sir James Mackintosh 1765—1832)對於浦芬多夫之「自然法及萬民法」雖稱讚不置，但同時亦深深歎息該論文之「過於冗長且全然缺乏行文之妙味」(“So prolix, and so utterly devoid of all attractions of composition”)將使讀者厭棄爲可惜也(Mackintosh, A. Discourse on the Study of the Law of Nature and Nations, 1828, p. 25)。

三 自然法及其發達

吾人爲明瞭了解浦芬多夫之法律的著作之性質、其與先進者之著作之關係，及其所與於同時代人及後繼者之影響起見，對於在浦芬多夫時代以前所通行之自然法的概念，首先加以簡單之考察，較爲便捷（*Cf. Sir F. Pollock, "History of the Law of Nature." Journal of the Society of Comparative Legislation, 1900. No. 1. pp. 418—433; J. Bryce, "The Law of Nature" Studies in History and Jurisprudence, 1901. Vol. II. p. 112 et seq.; Coleman Phillipson, International Law and Custom of ancient Greece and Rome. 1911. Vol. I. p. 78 et seq. and passim.*）。

近世世界之法律，不問爲國內法與國際法，其有賴於自然法之處者頗多。禮讚「人定法學派」(Positive School)者，往往不注意於自然法之具體的性質，單着眼於抽象的純正哲學的意義之性質。自然法之解釋者，對於自然法之見解，雖未徹頭徹尾、完全歸一，然其基本概念，要不外爲自然乃至上而有統一力、支配力之權力，顯現於廣大之宇宙，所謂「正理」(Ratio)，即自人類之見地、人類之精神的及道德的機能之作用上所見出之此一原則之特別現象耳。人類在爲人類之限度內，必有其共同之要素。是等要素，在人類之政治的及社會的生活中，必然的須發露，終乃顯現爲習慣與法律。以故自然法之地盤，必爲以人化的稱之爲「自然」之普遍的

指導力所確定者也。此種自然法，爲人類法律之一般的不變部分，係居人定法之先位，且頗優越者也。人定法，僅爲應各地方特異事情之必要，而爲自然法之補充法而已。因襲的正義，雖不妨擴大自然法之應用，然不得有悖自然法之本質的內容，有害自然法之根本的精神者也。在國際法之範圍內，在古代，亦常適用自然法。此蓋一方面由於自然法之制裁比較完善，一方面由於從來慣行，常易發生衝突，而且種種慣行，在爲一般所承認時，顯然有其不適當之處存在故也。

中世學者，或受亞里斯多得之學說、及「斯多(Stoic)哲學」之感化，或受西塞祿(Cicero 106—43. B. C.)、及查士丁尼(Justinianus)帝『羅馬市民法大全』(Corpus juris civilis)中『學說彙纂』(Digesta)之影響，往往另立所謂「神法」(Lex divina)之範疇，然自然法之觀念，依然爲法律發達上之第一要素。誠如比利時法曹埃內斯特·尼斯(Ernest Nys 1851—1920)之所說：『自然的平等及自然狀態之理論，在人類歷史上，實曾盡其有益之任務。何則，古來所非難、攻擊、及排除之一切自然法之弊害，僅就其名稱上言之故也』(E. Nys, Les origines du droit international, 1894. p. 8)。敘利亞(Syria)國之聖約翰·克賴索斯托姆(St. John Chrysostom 357—407)及西班牙塞維爾僧正伊西多爾斯(Isidore de Séville c.560—636)等宗敎家，則以自然法爲與「神法」相同，而「人法」(Lex humana)則僅爲立腳於習慣之力之法律而已]('Omnes leges aut divinae sunt aut humanae, Divinae natura, humanae moribus

constant, ideoque hae discrepant, quoniam aliae alijs gentibus placent. Fas lex divina est, ius lex humana”) (Decretum Gratiani, Dist. prima. C. 1)。此種見解，經過五世紀，爲教會法之纂輯上最古部分之一之『格累善埃尼宗教法』(Decretum Gratiani)所採用(Ibid. C. 1)。該法亦贊同伊西多爾斯之自然法(Jus naturale)·市民法(Jus civile)及萬民法(Jus gentium)之劃分者(Cf. C. Phillipson, op. Cit. Vol. I. p. 52 seq. 67 seq.)。聖·保羅(St. Paul + 67 A. D)曾有「神對人之心所記之法律」之說；聖·奧古斯丁(Augustinus 354—430)則有支配「天國」(Civitas caelestis)之「永久法」(Lex aeterna)之稱；丹第·阿利歧埃利(Dante Alighieri 1265—1321)則以充溢於宇宙間之普遍之力爲神之愛；托馬斯·阿奎那(Thomas Aquinas O. 1226—1274)將自然之傾向(例如自己保存、家族之保護及扶養等)、與理性之教訓(例如人對於神及社會之關係)加以區別，而與「斯多哲學」相同，認「自然法爲由於有理性之生物之心所啓示，而存在於此心中之神之永久法」(“Participatio legis aeternae in rationali Creatura lex naturalis dicitur”) (Aquinas, Summa theologiae, 1265—1273. 1a, 2ae, qu. 91, art. 2)。「人定法」(Lex positiva)爲國家成文法之淵源，即自然法爲「人定法」之效力之規範，對於不正之最終的判決者；西班牙哲學者法蘭西斯哥·蘇亞勒士(Francisco Suarez 1548—1617)曾謂：『違反正義之法非法也』(“Lex iniusta non est lex”) (Suarez, Tractatus de legibus ac des legislatore, 1612. III. 19)，此原非爲一種新創之原則，乃將希

臘詭辯家及犬儒學派之學說加以逆說而已。

在英國，「教會法」(Canon Law)之外，自然法之功效比較不大。英國法曹亨利·得·布拉克吞(Henry de Bracton (Bratton) + 1268)視國際法爲自然法之產物；又英國煩瑣哲學者威廉·俄夫·俄卡姆(William of Ockham (Occam) + C. 1349)將自然法之種種意義加以區別，同時認之爲基於神之法(William of Ockham, *Dialogus. Pars. III. tract. II. 1. 3. C. 6*)。至於主權者等，則或爲立法之根據，或爲對羅馬法王或君主有所要求之補充理由，或爲抵抗他人強有力之論爭時之論據，亦會常常訴諸自然法；而其所獲得之原則，幾全與在實益或便利上之原則相同，蓋已爲無足怪者也。

無論在文藝復興時代，在宗教改革時代，自然法均占首要之位置。「政府契約說」，卽爲根據自然法所產生者。古典學者之權威，乃始於神學者權威之排除者也。

羅馬法之「萬民法」(*Jus gentium*)，有時被視爲與「教會法學者」(*Canonist*)之自然法爲同一物者也。而在英國，衡平法裁判所長之衡平，本質上卽以自然法爲基本，復依歷史的類同，而以羅馬外事裁判官(*Praetor*)之裁判權爲基礎者也。概言之，當時法律的根本概念，已漸離神學的意味，而羅馬之法律書，亦較教會法學者之法律書爲得勢。以故向之以教會爲規矩者，今則以更較通俗化之自然法爲準繩矣。於是羅馬日耳曼帝國之崩壞、羅馬法王權力之衰微、封建制度之頹落、由於宗教的鬭爭而宗教的制裁之失其信用、公法學者之種種推理的解

釋、及與羅馬法學同時復興之古代文學之復活等，乃均成爲使一般人承認「與其以神學爲基礎毋寧以哲學爲基礎之法律及道義之制度」之誘因（*Of. W. Hasbach, Die allgemeinen philosophischen Grundlagen der von Francois vesnay und Adam Smith begründeten politischen Ökonomie, 1890*），且爲使阿爾柏利克斯·貞提利斯及露俄·格老秀斯等之偉大著述（僅指在法律範圍中之著作而言）產生之緣由，而浦芬多夫之有賴於格老秀斯者，則竟多至不勝屈指矣。

貞提利斯爲欲證明國際法之大部分，可由自然法、協約、及古來習慣而產生計，曾對神學者勸其嚴守自己之範域。格老秀斯爲欲說明政治哲學之一般問題，尤其是司法制度，雖不借助於神學及可否未定之學說，亦可爲有效之組織計，乃先從爲事物之第一原則、即「正理的法則」（*Dictatum rectae rationis*），且爲內面的不變的之自然法着手研究，認自然法雖爲其創造者之神，亦莫由得而變更之，此即該法與爲神之專斷法——神之啓示法（*Revealed law*）——之「神意法」（*Jus divinum voluntarium*）有其區別之所以也（*Grotius, De iure belli ac pacis, 1625. Proleg. § 9, Lib. I. C. 1. 4—5; Of. Richard Hooker, Of the Lawes of ecclesiastical Polity, 1593. Vol. I.*）。

格老秀斯更謂：「自然法之母，乃人之天性。以人之天性，即在吾人不感有所缺乏時，亦常使吾人相互交往故也，至於市民法之母，則爲一種以合意爲根據之拘束；且因合意之效力，

乃發生於自然法，故自然法，亦可謂爲此種市民法之祖母矣』（“Nam naturalis iuris mater est ipsa humana natura, qual nos, etiamsi re nulla indigeremus, ad societatem mutuan appetendam ferret: Civilis vero iuris mater est ipsa ex consensu obligatio, quae cum ex naturali iure vim suam habeat, potest natura huius quoque iuris quasi proovia dici”）（Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625. Proleg. 16）。自然法並不以私的或國際的特殊制度之設定爲必要，然此等制度，一經創設，乃卽以對此制度之一定行爲命之於人類矣（*Ibid.*, I. 10, 7）。卽，自然法乃爲負責任之道德的存在，與人定制度，初無關係；換言之，爲一種「自然狀態」（*Status naturalis*）而包含支配生活於社會之人類之正義的規則者也。

反之，托馬斯·霍布斯則雖保存『自然之法律』（*Lex naturalis*）『自然法』（*Jus naturale*）之用語，且承認自然法之永久不變性，但其解釋之意義不同。實則，霍布斯之學說，其所謂自然法，並不以之爲至上法律之規則，僅僅以之爲「自然狀態」，在此種自然狀態中，各人不妨爲自己之利益而使用其權力，不妨專念於自己之保存，此固爲一種革命的見解也（Hobbes, *The Leviathan*, 1651. C. 14）。

彼更以爲在上述情形之下，人類必發生相互間之衝突，乃當然之理。爲除去此種爭鬪或謀盡力避免計，各人不得不拋棄自己之自然權，相互同意置各人於一君主之權力下，於是爲君主者，乃得命令彼等服從矣。然此種君主之權利，乃由所付與之權力而產生，並不以雙務契約爲

基礎者，故其主權之正當行使，不受何等限制者。對此說明，爲反對霍布斯者之一人之英國哲學者理查·昆布蘭（Richard Cumberland 1631—1718）曾主張「功利主義」（Principle of Utility）及一般的幸福者也（Cf. Cumberland, De legibus naturae disquisitio philosophica, 1692. V. 1.）。

自浦芬多夫之著作及其年代觀之，則對於約翰·陸克（John Locke 1632—1704）、查理·得·失根特·孟德斯鳩（Charles de Secondat Montesquieu 1689—1755）、哲·若克·盧梭（Jean Jacques Rousseau 1712—1778）等大思想家所提倡之「自然說」及「社會契約說」以後之理論發達，已無討究之必要。浦芬多夫雖全然承認有賴於格老秀斯及霍布斯之處者不少，然亦常常批評霍布斯，且有誤解霍布斯之學說者。惟對於格老秀斯及理查·昆布爾之見解，則大致均加以稱揚者也，浦芬多夫對於大思想家如培拉克·得·斯賓挪莎（Baruch de Spinoza 1632—1677），亦曾爲露骨之反抗。浦芬多夫恐未對於此大哲學者之「汎神論」（Doctrine of Pantheism）、及「定命論」（Doctrine of Determinism）之學說，與其關於自然之統一性、無限性、及自完性之見解有所玩味也。

四 浦芬多夫之研究方法

浦芬多夫曾爲發給一般法律學生之講義錄而著『自然法及萬民法』(De jure naturae et gentium, 1672)。囂俄·格老秀斯爲一熱烈之改革家，曾以欲訴之於世界各國人民而發表其著作。浦芬多夫之著作，自許多點觀之，實與囂俄·格老秀斯之著作有其密切之關係，甚至可以謂爲囂俄·格老秀斯之著作之一附錄；有時就某一事項爲詳細之註解，有時——但亦不多——就另一事項略加辯駁；若果囂俄·格老秀斯之『平戰條規』(De jure belli ac pacis, 1625)而不出版者，則浦芬多夫之『自然法及萬民法』，至少，不致於以現在之形式出版，蓋非過言也。

浦芬多夫之於囂俄·格老秀斯，亦有如德國哲學者克利斯奧·封·窩爾夫(Christian von Wolff 1679—1754)之於哥特夫里·威廉·來布尼茲(Gottfried Wilhelm Leibnitz 1646—1716)，法蘭西哲學者拔提恩·康的亞克(Etienne B. Condillac 1715—1780)之於約翰·陸克(John Locke 1632—1704)，完全與組織家之於發明家相同，且有如法蘭西某學者之所謂『組織心即發明心』(“Ce que l'esprit d'organisation est à l'esprit d'invention”)者也(A. Franck, Réformateurs et publicistes de l'Europe: Dix-septième siècle, 1881. p. 336)。

已如前述，「伊愛那大學」數學教授淮該爾，實曾以一大勢力及於浦芬多夫，乃使浦芬多夫恍悟「如果人類生活可以尋出一個一定原則者，則可爲行爲法則之有效結論之全體，必可由

直接間接演繹而得之」之至理。此種方法，勒內·笛卡兒（René Descartes 1594—1650）、培拉克·得·斯賓娜莎（Baruch de Spinoza 1632—1677）克利斯興·封·窩爾夫（Christian von Wolff 1679—1754）等哲學者，亦常用之。在浦芬多夫之時代，哲學與規定一種規則或規範之學問，尙未明劃範圍之界限。以故浦芬多夫之著作中，包含純正哲學與倫理學、政治與經濟，及法律學等之問題。但在近世學者中，已無不力主將完全義務（法律之範圍）、與不完全義務（倫理之範圍）加以區別者，蓋當以浦芬多夫為嚆矢。惟關於此種學說之伊曼紐爾·康德（Immanuel Kant 1724—1804）說，實較浦芬多夫更為明瞭、深奧、且妥當也。又浦芬多夫一如斯賓娜莎之區別神學與哲學（Spinoza, *Tractatus theologico politicus*, 1670），曾將自然法與神學加以區別，因此引起雙方正統派之劇烈的反對。如意大利法曹查姆巴提斯塔·韋科（Gim-battista Vico 1668—1744）即認浦芬多夫、囂俄·格老秀斯、約翰·塞爾頓諸學者，未能以神為自然法之真的基礎為一種過失者也。浦芬多夫以囂俄·格老秀斯在其對於國際關係之討論上，未能充分說明道德的原則與法律的原則間之必然的聯繫，故在其『自然法及萬民法』中，欲以人類天性為基礎，而構成一種不單可以適用於國際法、且可為普遍的恆久的適用之全法律制度焉。

浦芬多夫之議論方式，大體均為論理的，但為表示其主張之一貫及鞏固計，有時亦間用其他之形式。浦芬多夫頗有不變的且固執的使用分析及分類方法之傾向，其大分類與小分類、大

區別，與小區別竟多至無所際限。有時又常常對照自己之著作，此幾爲古代學者所絕未使用之方法，浦芬多夫用此，可使其理論之統一性，益趨確實，而其自己學說之抵觸處亦可益形減少；誠以雖抱非常英才之學者，其學說往往含有不少之矛盾，惟能力特強，且賦有組織特質者，方能免於此弊故也。浦芬多夫乃常以從古今著作之引用、及人類心理之智識上所得之說明，補強其自己之綜合論者也。

五 浦芬多夫之學說

蓋俄·格老秀斯以事物本來之性質，為產生法律之基礎；托馬斯·霍布斯則認法律之源泉，為握有無制限之權力之主權者的意思；浦芬多夫則調和兩者之說，主張法律的義務之基礎，實為握有處罰抵抗與不服從者之實力，同時，以道理與正義為準繩，對於國民之自由，不為不當且無理由之干涉之主權者之意思。國家與皇帝之權力，乃自第一、為構成國家之個人間之契約、第二、為是等個人與皇帝間之契約、所發生者；質言之，以和平惟於有組織的社會生活可以見之，故此等制度，實由於神所命令者也。「社會性」(Appetitus societatis)為權利義務之自然原則。自然法乃所以規律人類外面的行為者。洵如霍布斯所說，「自然狀態」，非戰爭狀態，而為和平狀態。惟因此種和平，常陷於不安不定之地步，故非以人定法保障之不可。因此，所謂人定法，實為自然法之補充，自然法之擴張，且可與自然法相合致者也。浦芬多夫以為對於此種「社會性」僅以普遍的經驗之事實解釋之，尙感未足，故更求之於純正哲學的意義，追究其根本的原因焉。

浦芬多夫曾將社會現象之內在的根本原則，名之曰「道德的存在」(Entia moralia)。此種「道德的存在」，為使人類生活有秩序與獲得調和起見，由神所創造——由於神之強制(Impositio)而確定——者。依浦芬多夫之說，事實上，所謂神之存在之本身，與其證之於物質的

宇宙間之諸現象，毋寧證之於人類所賦有之理性、即道德的知覺、道德的天性、天賦之善惡邪正之辨別力。此等『道德的存在』，乃存在於家族關係與社會義務二者之根柢，而其綜合，即構成爲『自然狀態』。『道德的存在』乃以指導者或警告者之地位而行動者，自然法所由構成之暗示的命令，則由以『道德人』之資格而行動之個人或集團，在箇箇場合中，加以演繹的適用者也。

由於上述見解，故浦芬多夫乃與囂俄·格老秀斯不同，對於以善爲獨立存在之『托馬教派』(Thomist)之教義，加以否定，而對於以一切事物凡能遵由爲神所強制之理由者始得謂之爲善之『斯科特教派』(Scottist)之主義，則加以肯定者也。

浦芬多夫係從『神之意思以和平之社會生活命之於人類』之一定理出發、歸到『一方面凡違反此種神意之行爲，必然的全被禁止，他方面凡爲有益於保存此種神意之行爲，自亦必然的爲神所命令』之結論者。更從此種結論，認人類之一切義務，爲係各別發生者，大別之，可分爲對自己之義務，與對他人之義務二種。人類如能正當履行此種義務，同時卽已履行對神之義務矣。浦芬多夫復於『爲普通人之人的義務、與爲一定國家之國民之人的義務』之間，設有一定之區別。浦芬多夫之此種人的義務之區別，前者多採自囂俄·格老秀斯之學說，後者則多採自托馬斯·霍布斯之學說者也。浦芬多夫以爲人類苟不履行此種義務，則社會必歸於全滅。

對於國際公法，浦芬多夫亦如托馬斯·霍布斯，僅認之爲自然法之一端。國家爲一種『道

德人」，以其亦須服從可以適用於個人之同一行為原則故也。因此，浦芬多夫以為世無真正之人定國際公法。條約自身，不能制定法律，僅能就已為自然法所含量之理由加以確認而已（Cf. Pufendorf, *Elementorum jurisprudentiae universalis*, 1660. pp. 24—26）。一切國民，無論其為基督教國民，或為異教國民，無不受此宇宙的法律之支配，平等享有該法之權利與義務者也。

吾人欲在浦芬多夫之學說上，找出其種種缺點，原甚容易。有時設定不當之假定，有時將適切之事理略而不提，且有設許多過於分歧之區別，反於某種重要之關係觀念，不加分別者。浦芬多夫並未充分認識私法或國際法之實際的性質，且誤解格老秀斯對於以自然法為基礎之國際公法所用「意思法」（“*Jus voluntarium*”）之一用語，以為所謂「意思法」者，乃不能存在者也，故亦以為世無不定性之法律。此種主張法律具有固定不變性之見解，實為蔑視時間、場所、事態、及應於必要之要求之結果也。浦芬多夫，又太拘泥於自然法之外面的組織，且有混視法律的義務、與法律的制裁，及道義心之直覺、與對象的法律之直接間接的命令之傾向。浦芬多夫對於自己所主張「義務乃以優者（即神）之意思為根據」之學說，亦未能認清「究竟此種義務乃以該優者之力為決定的要素？抑以正義為決定的要素？」之嚴重區別點。浦芬多夫為欲改良格老秀斯所主張自然法之三基礎，為人類之社會性、理性、神之意思」之學說，乃將理性之一要素，完全排除，且因神之意思，不能以目所能見之勢力及於人類之社會性，亦幾認之為無

用之長物，而以之與其他二要素相併合。來布尼茲在其所著『對撒母耳·浦芬多夫之學說之警告』(Monita Quaedam ad Samuelis Pufendorfii principia)中，曾對於浦芬多夫學說之哲學的價值，加以考查(Leibnitz, Opera omnes. Ed. L. Dutens, 1768. Vol. IV. Pt. 3. p. 276 et seqq.)，攻擊浦芬多夫爲：(一)以自然法爲僅能適用於地上人類之生活，將該法之範圍爲不當之局限，因而閉卻神之觀念與正義之觀念之聯繫；(二)使法律僅與外部行動發生關係(Ibid.; Vol. IV. Pt. 3. p. 277)；(三)於權利與法律之間，道義與合法之間，未能明白設定區別；(四)浦芬多夫以優者(即神)之絕對意思爲法律之定義，乃抹殺義務之自發性，而在其所主張之苟無根據優者之意思之義務、必然的爲義務免除之點言之，乃全爲一種謬誤之觀念(Ibid.; p. 279)；(五)正義並不基於神之絕對意思，其根源，乃在於神之本質、即恆久不變之一真理中。『行爲之規範、甚至於正義之本質，並不由於自由之決定，乃由於永遠之真理，繫於神之攝理者也』(“Neque ipsa norma actionum aut natura iusti a libero eius decreto, sed ab aeternis veritatibus divino intellectui obiectis pendet.”)(Ibid.; p. 279)，不無中肯之處也。

六 浦芬多夫之『自然法及萬民法』之分析

『自然法及萬民法』(De Jure naturae et gentium, 1672)，已如前述，乃一由八大卷寫成之著述。其內容：(一)法律之根本原則及其分類；(第一卷)；(二)自然狀態與自然法(第二卷)；(三)人類之基礎的權利義務、國民團體與主權(第三卷——第八卷第五章)；(四)戰時法(第八卷第六章——第七章)；(五)和平條約、聯盟、其他協約(第八卷第八章以下)。上列(三)之內容，極為廣汎，占全著之大部分；茲僅簡單說明其實質如下，以符本書之目的。

於此吾人須首先注意者，為浦芬多夫著述是書之目的，不僅在於說明一部法典之概要，蓋將并法律哲學之原則亦加以說明者也。以故法律家於攻讀是書時，對於其書中允贅之純正哲學的討論與區別——例如實體、方法、場所、時間等——，必須抱相當忍耐之態度；而在純正哲學者，則於其討論及區別，未能構成爲理路井然、條理一貫之哲學體系，且不絕——甚至毫無差別——涉及純正哲學範圍外之事項處，亦須稍稍自抑其非難之意者也。關於此一法學者之長處短處之問題，上面已有充分之陳述，故在下面簡潔的分析中，不得不力避批評的觀察。倘欲對於全書爲綿密之批評，非研究其多數問題之根本意義及其關係不可，自非本書所能及。

(一) 法律之根本原則及其分類

「物質的實在或存在」，爲神之創造物，由是而構成宇宙，且各具有其特性。「道德的存在」(Entia moralia)爲「智的存在」(Entibus intelligentibus)爲指揮人類任意行動之自由且加以調節，并爲到達人類生活之整，所加於自然之事物及運動之一種方法或特性」(“Modi quidem, rebus aut motibus physicis superaddit ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum”)(Pufendorf, *De jure naturae et gentium* 1672. I. 1. 3)。人類之行動，可依一定之原則而獲得中正，乃神之意思(Ibid; I. 1. 3)。人之所以爲人，其意義卽在於當然須享有權利與服從義務。人類之狀態，或爲「自然狀態」(Status, naturalis)，或爲「非自然狀態」(Status adventitius)，均可因人類制度而被變更者也(Ibid; I. 1)。至於人類狀態之包容關係，則不論在平時在戰時無不存在。和平完全由基於自然法之義務所維持時，則爲普通和平；和平之效力，基於拘束當事者之特約時，則爲特殊和平。凡可認爲實在之「道德的存在」，名爲「道德人」(Ibid; I. 1. 12)，分單複二種。「單數道德人」，爲公人(政治的或宗教的)或私人(純粹之國民)。霍布斯曾對寺院或病院等無物或場所之人格(Persona)，設定一種以人表示之不必要的法律的擬制(Hobbes, *The Leviathan*, 1651. C. 16)，浦芬多夫則主張不如明白說明此種人格，乃由一定之人，集合爲保存此種場所或物所需要之經費，使之發生此物此場所所應發生之作用，或由社會與以擁護之一種權能之爲愈(Puhe-

ndorb, De jure naturae et gentium, 1672. I. 1. 12)。

「複數道德人」即社會，為多數個人之結合。此多數個人為謀結合所發生之思維或行動，可視之為單一之意思或行為(Ibid; I. 1. 13)。「複數道德人」，為國民的或宗教的公人或私人(家庭、學校、合作社、公司等)。「宗教的公人」之實例，如羅馬加特力教會、宗教大會議、長老會議等是。「市民的公人」，可小別為一般的(例如共和國)、及特殊的(上院、議會)。軍隊，則可稱之為「軍事社會」。依神之強制所設定之「道德人」，惟依神之意思可以絕滅之。由於人類之制度所設定之「道德人」，於無害有關係之人或物之「物質的實在」之範圍內，方可依人類之意思廢止之。例如上層階級中人之下賤，其意義乃謂此人喪失其在該層階級中之固有權利而已，此等權利以外之一切權利，則依舊保留者是也。

又「道德的存在」，可以之為一種方法、或可與方法相對比而觀察之者。方法、係「感情的」(‘Affectivi’)或「算定的」(‘Aestimativi’)，即有關於質與量者也。質、係形式的(單純的屬性)或作用的(分原始的與繼承的)(Ibid; I. 1. 17)。原始的種類中之道德的作用質，係原動的或受動的，前者之主要物，為權力，權利，及義務(Ibid; I. 1. 19)。權力、視其效力程度之不同，有完全者(例如於必要時，可用戰爭或訴訟等手段以強制力主張其權力者是)，有不完全者(例如妨害某種權力之享有，雖為非人道，然此種權力，仍不能據理伸張者是)；更自其主體觀之，則權力係人的或移動的；自其客體觀之，則權力可對自己之身體及行動(自

由)、對自己之物(財產)、對他人之身體(絕對的或有限制的支配或命令)、對他人之物(役務)行使者也(Ibid; I. 1. 19)。

浦芬多夫雖曾論及拉丁語中權利(*Jus*)一語之意義之含混，但未曾與權利以滿意之定義(Ibid; I. 1. 20)。義務，依道德的必要而履行、而承認或容忍，乃所以拘束人者也(Cf. Ibid; I. 6. 5)。道德的量，在物為價格，在人為德性，即人或物之價值也。惟其對於行為方面，則無何等名稱之設定。

其次，浦芬多夫曾對道德學之確實性有所論述；且對否認此種確實性者，曾將關於人類之理解、良心、謬誤、意思之自由、道德的行動，道德的行動之規則，或一般法律等問題加以辯護也(Ibid; I. 2, 3, 4, 5, 6)。

浦芬多夫曾將法律區別為勸告、契約、及權利之三種。『法律為主權者對於國民之命令』(“*Lex est eius, qui potestatem habet in eos quibus praecepit*”)。國民無調查其當否或加以排斥之權能。故對於法律之服從，非發生於該事項本身，乃發生於立法者之意思者也(Cf. Hobbes, *De Cive*, 1642. XIV. 1)。權利乃所以表示自由者，但法律則包含限制人類自然之自由之束縛者也。立法者之意思，不論用任何方法，即連『依自然之權利之內面的暗示』，只要能傳達於其國民，即為已足。以故「自然法之效力，惟在依聖典中神之言所宣布時始能發生，而不在于單依理性理解之之時」之論，實為霍布斯之『無用的瑣說』(“*Inutil subtilitas*”)。

浦芬多夫又曾排斥羅俄·格老秀斯「在法規存在以前已有正邪當否之存在」之見解(*Grotius, De iure belli ac pacis*, 1625. I. 1. 9—10)。義務、縱在不服從既定之規則時，亦必為道德感及自責心所引起。強制、則僅依外部之力推動其意思而已。義務、惟了知規則，且有求得真的自由之意思，雖有向反對方面進行之能力、但能知覺不應離開規則者始能負擔之(*Pufendorf, De jure naturae et gentium*, 1672, I. 6. 8)。單靠威力(*Ibid*; I. 6. 10; Cf. *Hobbes, De cive*, 1642, XV. 5)及其他自然之優越，不能使之充分擔負者也(*Pufendorf, De jure naturae et gentium*, 1672. I. 6. 12)。蓋自然與法律往往相背馳故也。凡能服從他人之意思者，必其人會受所服從者之顯著之利益，或其人自願受所服從者之指揮(*Ibid*; I. 6. 12)；以故認法律為強者之意思之學說，非修正不可。

又、立法者與法律，必須使全體國民了解。理性之使用，乃所以說明宇宙之創造者即自然法之創造者之意者也(*Ibid*; I. 6. 13)。市民法，可以形式的布告，使國民了解者；自然法，則須依人類天性之真意之反省，始能理解之。法律之強制的性質，並不由於國民之同意。但在有暗示之同意時，不在此限；例如乙既承認甲之主權，同時即可想像乙必承認甲之將來之全部法律者是(*Ibid*; I. 6. 13)。主權者，必須具有對其法規的至當性之理解、與可以用刑罰強制執行之充分之實力。以故一切法律，均由說明某事可做、某事可以不做之宣言的部分、與懲罰的部分(刑罰的制裁)二者所結成(*Ibid*; I. 6. 14)。法律之制裁，寧主罰而不主賞。因此，

主賞之英國哲學者理查·昆布蘭 (Richard Cumberland 1631—1718) 之見解，乃並不確實者 (Ibid; I. 6. 14)。

法律之起源，有神的、有人的；法律之內容，有自然的、有人定的 (Ibid; I. 6. 18)。自然法，必為『與人類之合理的及社交的天性有關係者，否則，人類社會、正當且和平之共同生活，即不能存在』(“Quae cum rationali et sociali natura hominis ito congruit, ut humano generi honesta et pacifica societas citra eandem constare niqueat”)。(Ibid; I. 6. 18) 換言之，須具有有供獻於人類幸福之效力者也。尙有一自然法之所以得此名稱之其他理由，即自然法、係依注視人類普遍的天性之許多人之普通知識所承認者是也。反之，人定法或意思法，則發自立法者之意思，常因社會之必要與情狀而變化，在嚴格的意味上之所謂人法，惟指人定法而言，故易於改廢，自然法，則不變者也。

浦芬多夫以對於道德的行動之質的討論 (Ibid; I. 7)，而終其第一卷。在此討論中，舉凡行為之善惡 (Ibid; I. 7. 3)、行為之公正 (Ibid; I. 7. 6)、一般之公正與特殊之公正 (Ibid; I. 7. 8)、及分配的與交換的公正 (Ibid; I. 7. 10)，無不為較詳明之探究。所謂非行，乃指故意之不正行為而言 (Ibid; I. 7. 15)。非出於故意所為之害惡 (Lesiones)，不得謂之為非行 (Iniuria) (Ibid, I. 7. 16)。『無論何種非行，決不加之於其所愛好之人』(“Volenti non fit iniuria”) (Ibid; I. 7. 17)。浦芬多夫以為托馬斯·霍布斯「惟對締有契約之人、方可加以非

行」之見解，實不完全者也(Ibid; I. 7. 15)。

(二) 自然狀態及自然法

人類之自然狀態，乃人類隨其出生即已具有之狀態，與已受人類或神之靈感之創想及制度無關係者也(Ibid; II. 2. 1)。換言之，人類不論對於相互間或對於共通之主人，初不負服從義務者(Ibid; II. 2. 5)。在此狀態中，人之權利，與自己保存及獨立之本能有其關係。然人類須因為自然的類同之結果之聯繫，而對他人負義務。浦芬多夫以為霍布斯之所謂各人有其無限制之行動自由之說，乃不合理者。各人若能與正理相合致，方享有為維持其生命之自由，方享有隨意所欲而行動之權利。人類實未有過純正且簡單之自然狀態，否，此種狀態，實為不可得者。浦芬多夫復對自然狀態，設定一種附帶狀態。此種附帶狀態之主要內容，為婚姻、父子關係、主僕關係、及國民，即為社會之一員之狀態。凡人不能享有可以免除自然法或神所命令之義務之自然自由。無法律之生活，乃與人類天性相矛盾者(Ibid; II. 1)。政治、亦為一種自然。人類必須建設政府，乃自然之所命者(Ibid; II. 2. 4)。社會及人定法之設定，為必至之事。且「自然狀態，為和平之狀態，而非敵對之狀態，與社會生活不相背戾者」(“*Nam status naturalis et vita socialis sibi proprie non opponuntur.*”) (Ibid; II. 2. 5)。浦芬多夫對此問題，力主非為被簡單的刺激及癖性所支配之動物的自然狀態，而為賦有理性(Ratio)——人

類一切機能之調節機關——之人類的自然狀態；此種理性，惟在自然狀態中，方具有準確而一律的共通之行動尺度，即事物之自然（*Ibid.*; II. 2. 9）。理性、並不教人類以僅以自己之特殊利害關係為其行動之基調者。事實上，理性乃常對人類諫止其未受挑撥而行戰爭、及其他使用暴力方法之行爲者也。又常指示人類以尊重他人之自由及其所有物、誠實履行一切約言，雖無優越的義務之干涉亦能自發的謀他人之利益及幸福之增進等根本義務者。故和平，係由拘束為有理性的生物之人類之義務所發生，非以合意及協約為其根源者。合意及協約，雖在明白確認相互間權利義務之存在，或確立友好等親密關係上，有其嚴格的作用，然於自然法之義務上，並未有何實質的增益者（*Ibid.*; II. 2. 11）。惟在實際上，理性未必能行使其完全且絕對之支配，有勢力之激情，往往逞其蠻力，不顧神之教訓，驅使人類而趨於犯罪及為不當之戰爭。由於此種自然之和平，不能安定，乃有以特別之規定使之鞏固之必要（*Ibid.*; II. 2. 12）。

自然法在其拘束為生存而生存之全人類之點上，實為普遍的，且為恆久不滅的，非如人定法之因時間與場所之情狀變化而受影響者也（*Ibid.*; II. 3. 1）。浦芬多夫對於古代羅馬法曹多密提烏斯·阿爾彼亞奴斯（Domitius Ulpianus 170?—C. 228）之定義，係加以排斥者。此種定義，為查士丁尼帝之『羅馬市民法大全』（*Corpus juris civilis*）中之『學說彙纂』（*Digesta seu Pandectae*）及『法學綱領』（*Justiniani Institutiones*）所採用，即所謂『自然法，乃自然對一切生物所指示之法』（“*Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit*”）者是也。但

法律亦如理性之不能共通於人類及獸類者，此種定義，不能不想像爲古羅馬法學者之一種修辭的陳述(Coleman Phillipson, *International Law and Custom of ancient Greece and Rome*, 1911. Vol. I. p. 83 et seq.)。以獸類亦時有可視爲規則嚴正且有計劃的行動爲理由，而謂自然法亦及於獸類者，實爲濫用法之一語，而爲不當且不必要之者(Ibid.; II. 3. 2)，何則，較低於人類之生物之此種行動，到底與人類之行動及義務之合計不相當故也。

行爲之正否，須以法律之存否爲前提，故在法律成立以前之行爲，應視爲無正邪之別者。神於創造人類後，同時亦即設定對於人類天性之法律，此蓋欲以區別人類行爲之正否者也。如格老秀斯(Cf. Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1625. I. 1. 10. 1)之唱「決定自然法者爲行爲之善惡」說者，實陷於邪道者也(Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, 1672. II. 3. 4)。然此實非格老秀斯所抱之態度。何則，格老秀斯曾謂「爲自然法所命令或禁止之行爲之實質上的正不正，乃基於是否與理性的及社會的天性合致者也，此種必然性，非與神之意思無關係者故也。以此點視之，則浦芬多夫與其先輩格老秀斯實無見解不同之處。自然法，不能謂之爲對神與人可以共通者。自然法，如果可以包含違反神之正義及神聖之規則，則爲不敬。然人類行爲之規則，與神對於其創造物之行動基準之命令，二者間無完全之類同處。蓋神之全能，乃絕對者，必然的獨立存在於一切法律及義務之外，神惟遵守其誓約，人則爲應該遵守誓約者。故人類之誓約，包含義務在內，然神之誓約，則惟以惠施的態度履行之而已。事物之本質，與事物

間之關係，全由於神之如何決定者也(Ibid; II. 3. 6)。

自然法，亦基於一般的同意歟？以自然法之規則之承認，亦歸之於人類之同意者，乃歸納的之論也。霍布斯亦曾如浦芬多夫之所說明(Hobbes, *De Cive*, 1642. II. 1)，論證此種學說之不應主張。蓋在此種情狀之下，雖必須獲得人類之無異議，然在見解及習慣上，則顯有不同。(Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, 1672. II. 3. 7)雖在最著名之人民間，亦有其風俗、制度之差別與相反者也(Ibid., II. 3. 8)。加之，若從慣行演繹自然法，以各國民無不有其人定法之許多要素，將益引起甚大之困難。又在因襲的習慣中，往往有類似自然理之處(Ibid; II. 3. 9)，然不能因此遽然推斷自然法之不存在。同時自然法之基礎，亦非可以斷定其為建築於便宜及收益之目的上者也。所謂人類之實益，計有二種：即極易變化且在一時的不調和的感情之不純正的判斷(“*Affectuum male compositorum pravo iudicio*”)上可以見出之實益，與不變不動且為普遍的之實益(“*Quod in universum tale est, et ad diuturnitatem facit*”)是也。

凡與自然法相合致之行爲，有二重優秀性，即足以增進人之名譽及信用，及助長人之真正的利益，而大有貢獻於其幸福者是也。反之，違背自然法之行爲，常爲卑劣且無信實者。有時雖亦可以見出收益及快感，然是等魔力，必忽焉消滅，而代之以害惡與不幸。若果各人僅知圖謀自己之私益，而不顧他人之利益，則其結果，必惹起混亂(Ibid; II. 3. 10)。諸國家雖各以

實益爲理由而採用種種之法律，然均不會抹殺自然法之存在及效果者也(Ibid. II. 3. 11)。

自然法爲自創造之目的上發現者耶？神之正義與人類之正義，不能認之爲有共通之尺度者；又，神之遵守其對人類所定之命令，即自然法，不能謂之爲神在指示其於創造世界時所豫期之目的者也(Ibid. II. 3. 12)。

自然法之原則，可依神所付與於人類之純正的理性之光明而獲得開示。是等原則，當人出生之際，即已被印刻於其心，與言語機能之發育同時發育，且毋須何等教示或考慮，更無可以表示明白趣旨之完全的存在(Ibid. II. 3. 13)。故聖·保羅(St. Paul + 67. A. D.)謂自然法乃誌於人之心者也之語，無非爲一種形容之辭耳。然可以獲得自然法智識之能力，則神可以授之於人類者(Cf. Cumberland, *De legibus naturae disquisitio philosophica* etc. 1672. Prolg. 91-7)。故人人苟一思及人類生活之意義，即能發見與自然法相合致之生活之必要，即能識別對於自然法之教訓爲有效說明之原則，『可無虞他人以其污濁之腦筋之怒號、與其亂暴之心的激情爲自然法而來強制』(“Ne quis cerebri sui male purgat deliria, aut incompositam animi cupidinem pro lege naturali venditare possit.”)(Fufendorf, *De jure naturae et gentium* 1672, II. 3. 13)。以是言之，自然法之起源，實爲人類之真正的實質的天性。惟人類因其個人之『極爲無力、與由於自然之要求』(“Summa imbecillitas atque naturalis indigentia”)，不得已，乃與他人相結合，以至於認共通之幸福爲自己之幸福(Ibid. II. 3. 14)。

因是，自然法之根本原則，可以爲如左之說明；即「各人務須與人類之本質的性向及目的相互調和，并與他人謀所以增進且維持和平的親睦」(“*Quilibet homini, quantum in se, colendam et conservandam esse pacificam adversos alios socialitatem, indoli et scopo generis humani in universum congruentem*”) (Ibid., II. 3. 15)。所謂親睦，其意義並不指「不問其爲不規則或組織不良之社會與否均可加入」之單純的性癖而言，乃指立腳於仁愛、慈善，及和平，而組織一種含有可稱爲「默認祕密義務」之團體之性向者也。同時，探求共通必要之目的之義務，即包含行使可以到達此種目的之手段之義務者。以故有利於此種相互親睦之進步之行動，全爲自然法所許可，其有害之行動，則一切被禁止者也 (Ibid.; II. 3. 15)。

浦芬多夫認此種學說爲與昆布蘭之學說 (Cumberland, *De legibus naturae disquisitio philosophica* etc. 1672. I. 4) 相一致者。霍布斯之見解 (Hobbes, *De Cive* 1642. I. 2)，則以爲某某學者等對於此一問題之解釋，似嫌過於嚴格；然對於格老秀斯「自然法雖無神之存在仍爲有效」之說 (Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625. Proleg. 11)，亦未加以承認也。其理由，以從自然法發生之義務，爲神所課者 (Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, 1672. II. 3. 20)，根本之制裁，乃基於神之意思故也 (Ibid.; II. 3. 2. 1)。

國際法與自然法可以爲別異之存在耶？浦芬多夫乃承認分自然法爲個人的自然法、與諸國家之自然法 (即國際法) 之霍布斯之見解 (Hobbes. *De Cive*, 1642. XIV. 4. 5) 者也。兩法係

由同一教訓而組成。此蓋由於國家於組織時，即已取得人類種種之性質故也。以故世無有由優者（即神）所發布之人定國際法。凡為基於人類天性所必要之規定，必以自然法為本源。古代羅馬法學者所研究之萬民法（*Jus gentium*）中諸事項之大部分（例如契約、權利取得方法等），無不可以屬之於自然法或國內法者。實則，諸國之法律規定，在並不完全依據人類普遍的理性之種種點上，雖相一致；但此種並不根據於人類根本的普遍義務所規定之法規，不能編入人定國際法之範疇。此蓋由於此種法規，各國可以不顧他國、而依自己之裁量、加以變更或廢止故也。在戰爭上關於緩和戰爭之方法之習例，亦具同樣性質。何則，凡為名分正當之交戰者，必將無視此種慣例，惟知遵守課人類以不可違背之義務之自然法故也。關於由默認之同意所發生之限制及緩和和方法，各當事者，用宣言任意免除此項義務，似無不當之處；此項宣言之發表，事實上，對方之義務，亦即隨之而免除矣。

由於時代之不同、與反對慣例之行動之流行，各國必至惟基於國民之同意，而排除不基於自然法之義務。格老秀斯將公使館之權利、埋葬之權利等或種權利，視為任意或特別國際法之一部。不知公使館之本質的權利，乃發自助長和平之義務，埋葬之權利，則發自遵守人道之義務者，此兩義務，已均為自然法所賦課，故此種分類，全無必要。凡為數無限，性質各不相同，且其效果僅為一時的之國際協約，與其以之為法律之基礎，毋寧以之為歷史之問題。但此種協約之必須誠實遵守，則當然為自然法所命者也。習慣，有其普遍的適用性，且除包含一定

之法律的義務之外，均可直接間接歸之於自然法之規則。以故自然法之所以被認為習慣之真正祖先者，以與其以習慣為諸國民之單純的條約之結果，不如與習慣以更大之權威與更高之制裁較為合理故也(Ibid; II. 3. 23)。

有此區別，乃使義務分為絕對義務即「完全義務」、及有條件義務即「不完全義務」二種。自然法連人之對於其自己之行爲亦支配之者。絕對義務，與人爲制度無關係，無論在任何時期、任何狀態，一切人均須受其拘束。有條件義務，乃先假定某一社會的形式及方法已經形成者；例如某種行爲，不妨任意行之，但一度實行，則依自然法之某種教訓，道德的必要或義務，即隨伴而至，且該行爲之體樣及情狀，必爲自然法所調整、所決定。如是，則自然法與人定法之間，實有其不斷之關係，故凡違反人定法者，即爲間接違反自然法。惟人定法不因此而可以成爲自然法之本質的部分，故亦不成爲自然法之同一物。實則，自然法雖命人民服從主權者，然主權者之支配權，須依人民之同意，即依有拘束力之契約而行使者也。以故如下之大差別，常須注意。即有條件之自然法，係從人類之普遍的大原則發生，而社會的人定法，則惟基於社會的特殊利益，或僅由於立法者之意思而決定者是也(Ibid; II. 3. 24)。

(三) 基本的權利義務

浦芬多夫曾將人類對於自己身體之注意、及其心志之向上所發生之對於自己之義務，加以

一般的考察(Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, 1672. II. 4), 尤於考察所謂第一之自衛義務以後(Ibid; II. 5), 乃討論關於「必要」之學說(Ibid; II. 6)。

大多數法律，就中尤以人定法，無不將緊急必要之事態除外者。即當此種緊急必要之事態發生時，如果已定法律中無明白規定，而此種事態，又確實足以破壞人類之天性，或確實超越人心之通常忍耐性及持續性者，雖明明為遵守法律者，然此種法律，可視為已喪失其拘束力矣。惟除特別之場合以外，在原則上，任何人不得以「必要」為理由，而享有侵犯人定法之自由權者也。同樣，若在並不由於自己之怠忽或過失而已陷入於極端必要之狀況下時，雖不服從自然法之命令亦無妨矣。但當該命令具有絕對性，雖犧牲生命亦須遵守時，不在此限。總之，不論在任何場合，不得以必要為理由，而背反神之命令者也(Ibid; II. 6. 2)。

其次，浦芬多夫對於國內及國際關係上曾論述種種普通之權利義務。自然，以一切人均為平等者(Ibid; III. 2)。若加以危害，當然須為相當之賠償(Ibid; III. 1)。甲國之軍隊，有在乙國領土內之自由通行權。然該軍隊如為數甚多，乙國為確保自國國民及其財產之安全計，得要求其保障(例如人質)。如無特別協約或許可，且該軍隊係以乙國之友好隣邦為敵而行進時，自然法即不付與以此種自由通行權。以故，當乙國有應行阻止該軍隊通行之權利時，則加以阻止，實為乙國之義務。但若在因此阻止，乙國將招來淒慘之戰爭時，不在此限。換言之「必要」，亦可以為義務不履行之理由者也(Ibid; III. 3. 5)。對於無敵意又無傳染病之外國人，

應許其自由出入於自國海岸 (Ibid; III. 3. 8)。對外國人之入國許可，與對旅客之親切待遇，如彼等之目的而正當者，乃自然法之義務 (Ibid; III. 3. 9)。若為外國之被驅逐者而能服從自國政府，且其舉措和平時，應許可其居留 (Ibid; III. 3. 10)。又外國之國民，享有與自國國民之雜婚權 (Jus Connubii) (Ibid; III. 3. 13)、及通商權 (Jus Commercii)。但須服從國家之政策或經濟的理由所要求之限制 (Ibid; III. 3. 11)。

浦芬多夫於討論協約及協定之性質、與此種協約及協定所必要之同意、及其事項、條件、代理之原則等問題後 (Ibid; III. 5—III. 7. 9)，乃研究隨其討論及其表示所發生之義務 (Ibid; IV. 1)，與夫由是而發生之種種未決問題。例如：在虛言之未可認為奸詐或犯罪時之情狀 (Ibid; IV. 1. 9)、事實之可以為正當隱蔽者之範圍 (Ibid; IV. 1. 11)、伴假及心理留保之應行容許之程度 (Ibid; IV. 1. 12—14)、行政長官所可為之虛偽報告之事情 (Ibid; IV. 1. 1)、送虛偽之通信於敵是否合於法律 (Ibid; IV. 1. 191)、犯罪人可以否認其犯罪耶？及在此場合，其辯護人應如何辯護等是也 (Ibid; IV. 1. 20—22)。

浦芬多夫更曾論及宣誓之法律的意義，及其解釋與偽誓 (Ibid; IV. 2)、又所有權或支配權之起源與目的 (Ibid; IV. 4—5)；且謂對於海洋所有權問題，大多數論爭者，與其謂之為尊重真理，毋寧謂之為被愛國至情所驅策，較為切合於實情。主要之大洋，不得屬於任何人之支配，以不第其渺茫無涯、其所有權無可為有效之擁護，且其利用無盡，儘可滿足一切人之欲求

故也。世界，乃由神付與一般人類者也。故一切人對自然，均享有平等權。惟領海，或依與隣邦及其他關係國所訂條約所取得之海洋區域，得行使支配權（*Ibid*; IV. 5. 5—9）。若然，則任何國民，因對海洋，不得享有從同一利益中完全將他國民除外之權能，故航海之自由，乃為一切人所可享有之權利。至於普通之權利，則在不侵害第三者之限度內，得以協約變更之（*Ibid*; IV. 5. 10）。

從以上諸問題，更延展至於所有權取得方法、占領、對於他人財產之權利、財產之移轉、遺言、無遺言之承繼、取得時效、消滅時效、從財產權發生之義務等問題之解說（*Ibid*; IV. 6—13）。次就價格之概念（*Ibid*; V. 1）、與通商交易之性質，加以分析（*Ibid*; V. 2）。對於國際關係，則認在戰爭中，否，至少在和平條件悉被排斥以後，無形中即含有一種承認戰勝者享有強制戰敗者服從其法律之權利之同意。故戰敗者，不得以「因恐對該紛爭若為反對之決定，戰勝者必訴諸干戈，故不得已而締結條約」，為不履行條約之理由。舉凡對於契約之解釋，不得舞弄巧妙之遁辭。在自然狀態中，裁判官不能解決紛爭，惟可由調停者及仲裁者解決之（*Ibid*; V. 2. 13）。

『自然法及萬民法』第六卷，則論述婚姻、父權、及主人權之制度者也（*Ibid*; V. 1. 1—3）。最後，浦芬多夫又曾討論市民團體之建設與主權者，及主權之權利與附帶事項。人人為欲不蒙危害，乃有意於建設有組織的團體（*Ibid*; VII. 1. 7）。以苟欲期和平之永續，則較之自

然法與調停者及仲裁者之一時的介在更有效力之組織，實有必要故也。加之，在自然狀態中，對於仲裁者，未嘗與以「強制相互爭執之當事者、使之承認其裁判、俾不採用暴力手段」之權能(Ibid; VII. 1. 9)。人類之最大部分，其關心於眼前之現在，實較甚於關心其將來，又多不依合理的動機而行動，往往隨一時之刺激而行動(Ibid; VII. 1. 11)。由是而需要一種居中之契約，更由此種需要之意思與力量的結合，乃產生國家及主權。

浦芬多夫在市民國家之概念中，曾力主團體的存在——即有其本質上之人格(Persona)。在君主國，君主之意思，即國家之意思。在其他政體，則國家之意思，以國民多數之意思而表現，但兩者，各有其限制之餘地(Ibid; VII. 2)。

浦芬多夫又曾研究君位是否直接由神所授與之問題(Ibid; VII. 3. 3)。并說明因所謂國權乃在戰爭以前所不可不存在者，故非單純的戰爭之結果(Ibid; VII. 3. 5)。此外如對政體(Ibid; VII. 5)、主權、尤以君主國之主權獲得方法(Ibid; VII. 7)、主權之諸部分與其自然的聯繫、例如立法權、課稅權、戰爭及講和權、條約及同盟締結權等(Ibid; VII. 4)、君主之義務(Ibid; VII. 9)、君主指揮臣民之行動、在為國家及刑事事件上處分臣民之身體及財產(Ibid; VIII. 1—3)、決定君民階級之權限(Ibid; VIII. 4)、及為公的世襲財產之王國之君主的權力等問題，亦均有所論列(Ibid; VIII. 5)。然君主之權力，須受種種之限制。例如君主不得將王國之全部或一部、或將國庫收入之財源讓與於人，或以王國為自己之采邑，或未得國

民同意而將王國抵當與人等是也(Ibid; VIII. 5)。

(四) 戰時法

前述浦芬多夫之著作中，關於此戰時法之一部分，實無有如貞提利斯及格老秀斯之在同一部分之著作之價值。尤以浦芬多夫乃頻頻承襲格老秀斯之學說者，更不足以使吾人特別重視。在浦芬多夫之戰時法中，往往將許多重要問題，略而不提，而對於某一其他問題，則爲冗贅之分析。然吾人雖認浦芬多夫之戰時法，有許多缺點——並未充分考慮、即從假定原則演繹結論、全費其力於抽象的關係、未嘗顧及現實之必然的現象——，惟浦芬多夫之說明，在戰時法史上，占相當地位，實亦不可不承認者也。

浦芬多夫之戰爭及和平的定義，乃出發於與貞提利斯及格老秀斯不同之見地者。浦芬多夫之定義，較之其兩大先輩之定義，雖稍稍廣汎，但不簡潔，亦非的確者。彼謂：「和平，乃人不受暴力之困迫，相與過安靜之生活，隨意盡其義務時之狀態也」(“Pax est status ille, quo homines inter se quiete, et citra iniurias violentas agunt, et quae invicem debent, velut ex obligatione et ultro praestant”) (Ibid; I. 1. 8)。又謂：「戰爭、乃人人從事於非行之提供或驅除，或努力於以暴力回復爲自己權利之事物之狀態也」(“Bellum est status iniurias violentas mutuo inferentium et propulsantium, aut quae sibi debentur vi extor

quere nitentium”) (Ibid; I. 1. 8)。和平爲人類之常態，自然法，即係爲確立且維持和平而付與於人類者，惟依某種特典，始許人類以戰爭；即由於受不當之侵略（防禦戰），或索還當然應歸自己所有之利權而遭拒絕（攻擊戰），及敵人故意侵犯自然法時等是也（Ibid; VIII. 6. 3）。無論在任何情狀之下，和平、必然的爲戰爭之對價及報酬（Ibid; VIII. 6. 2）。然上述許多戰爭原因，務須明白而無疑點、且無不確實之處者。戰爭之和平的解決，可以協商，仲裁，或抽籤等方式爲之（Ibid; VIII. 6. 4）。

浦芬多夫承襲格老秀斯之學說，亦曾舉示某種不正當之戰爭的原因。其中有爲明明不合法者（例如欲擴張其貪慾、野望、領土之希望），有爲僅僅帶有合法之色彩而已者（例如由於隣邦勢力增進之恐怖）。祇是一種疑惑，不能成爲戰爭之充分理由，須有反抗自己之確實計劃，方可訴諸干戈。視實益爲戰爭之理由，乃爲一種無恥（Impudens）之行爲。野蠻人之非人道的慣行（例如噉人風俗、犧牲屠殺），若非對於不會加何等危害於彼等之自國國民而行使者，亦不成爲戰爭之充分理由（Ibid; VIII. 6. 5）。對敵使用詭計及詐欺，固爲正當，但須無不信行爲，且須不以不信而違反協約或誠意（Ibid; VIII. 6. 6）。然欲規定敵對行爲之限制，極爲困難。以任何戰爭，無不含有『請一試汝等之力，吾等亦將一試吾等之力也』（“Tenta quid ipse valeas, ego itidem omnia experiar.”）（Ibid; VIII. 6. 7）之意味故也。復讐，不能如在普通裁判所中之以所犯之罪而量定之者也。然人道之法則，不僅禁止加敵以不必要之過度的危害，

且亦要求戰勝者之寬大爲懷也（Ibid, VIII. 6. 7.）。此卽自然法所要求嚴守、而爲格老秀斯所主張之『適度』（Temperamenta）之意義也。

在自然狀態中，各人均有其爲敵對之權利，國家一經組織，此種權利，卽移轉於主權者（Ibid, VIII. 6. 8.）。戰爭、分『神聖戰爭』（Bellum solenne）與『不神聖戰爭』（Bellum minus solenne）之二種（Cf. Grotius, De iure belli ac pacis, 1625. I. 3. 4. 1.）。『神聖戰爭』，必經正式之宣言，然後爲正式之開戰，且由雙方之主權者指揮之。在此場合之交戰者，始得認爲『正當之敵』（'Justi hostes'）。『不神聖戰爭』，無公然之宣言，或爲由國民或係對國民所爲之戰爭。前者之由國民所爲之戰爭，如劫掠者侵入之不規則戰爭者是，後者之對國民所爲之戰爭，係指內部鬪爭而言（Pufendorf, De jure naturae et gentium, 1672. VIII. 6. 9.）。不問其爲文化的與否，任何團體，對其構成員之行爲，不負責任。惟當團體自身爲「默許或同意其國民所爲之犯罪，或拒絕請求引渡逃亡之犯罪人」等之有罪行爲或怠慢行爲時，不在此限（Ibid; VIII. 6. 12.）。對於拒絕正當處置之外國，被害者可自行報仇，且可扣押該國國民之身體及財產（Ibid; VIII. 6. 13.）。戰爭亦可爲他國民而行使。但援助國對被援助國，須負某種關係或義務（例如同盟國或聯合國等），且以被援助國有正當之戰爭理由者爲限。否則，援助交戰者之一方而抵抗他一方之交戰者，實爲不法者也。此蓋由於一切人均可受均等之恩惠，彼強自擔任解決紛爭之裁判官及裁定者者，有違人類之自然平等故也。對於外國主權者之暴壓

其國民，爲擁護該外國之國民而興干戈，亦爲合法者。但須在該國民自身能正當反抗其爲政者之殘忍酷虐方可 (Ibid; VIII. 6. 14)。至於宣戰問題，浦芬多夫乃無條件承認格老秀斯所定之學說者也 (Ibid; VIII. 6. 15; cf. Grotius, De iure belli ac pacis, 1625. III. 3)。

浦芬多夫對於處置敵及其財產之問題，以爲將自然法加以修正，而規定一種對殘虐及暴行與以明確限制之規則，實爲不可能者，不若委之於戰鬪者之良心比較安全；且所謂在戰鬪者間有其增減戰爭之熱之自由一原則，實可以「依某種默認之同意」(“Tacito quodam pacto”)一語解釋之 (Pufendorf, De jure naturae et gentium, 1672. VIII. 6. 16)。然浦芬多夫亦如格老秀斯之所主張，以爲有種種緩和策可講者也 (Grotius, De iure belli ac pacis, 1625. III. 4. 5)。

對敵可使用暗殺耶？惟對叛徒、海賊、山賊，可以行之。

交戰者間雖應保持誠意，然其結果，並無不得遊說敵國國民使其逃走之理由 (Pufendorf, De jure naturae et gentium 1672. VIII. 6. 18)。在正當之「神聖戰爭」中，自然法乃付與交戰者以「有將達到原來要求數之敵之財產、連同賠償損害及費用之賠償金一併加以奪取，且從敵方強制取得擔保」之權利。又依據普通慣行，戰鬪者，從敵方所奪得之財物，雖超過原來之要求額，亦可爲其絕對所有者。然戰勝者之獲得財產權，必須經過講和及同意之手續。非然者，該權利當視爲存續於原所有者，原所有者苟有奪還之實力，得以正當奪還之 (Ibid; VIII.

6. 20)。戰利品應歸之於主權者，主權者於是項物品中，將應屬於為戰爭原因之人之物品，返還於原屬主之後，可將其餘物品分配於士卒。僱傭兵，於其應得之餉銀外，無獲得任何財物之權利。又私掠者，於由主權者所許與之物品以外，對任何物無獲得之權利(Ibid.; VIII. 6, 21)。無形物惟可連其所屬主體——人或物——取得之。對他人有其權利者之遭捕獲，未得該他人之同意，該權利不發生移轉於捕獲者之效力。即國王雖為俘虜，捕獲者，不能遽因此一捕獲而可取得其王國也。與此同樣，雖捕其夫，仍未取得對其妻或子之權利也。俘虜在其物上之權利，若非將該物與俘虜一同取得，即無取得之之權利(Ibid.; VIII. 6. 22)。俘虜之債權及訴權，若非俘虜同意於引渡者——雖有以威脅強制其同意者——亦然(Ibid.; VIII. 6. 23)。對於戰敗者之支配權，於戰敗者以明示或默認之方式約定承認戰勝者為君主，且戰勝者約定今後不以戰敗者為敵而處置之之時，始獲得之(Ibid.; VIII. 6. 24; Cf. Grotius, *De iure belli ac pacis* 1625. III. 8)。

最後，俘虜對敵，不負何等忠實之義務。逃走而回到己國時，即回復其原有之身分。不問為動產或不動產，在戰爭中所擄獲之物件，於一旦被奪還時，該物件即應復歸原所有者所有(Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, 1672. VIII. 6. 25)。全國民賴自己之兵力，或賴同盟國或友好國之援助，得脫離敵之羈絆時，即回復其自由。然當第三國，以自己之名義，且為自己之利益，用戰爭手段，從敵方奪得為敵所征服已為敵之奴隸之國民時，則對該國民之支

配權，得移轉之於新戰勝者(Ibid; VIII. 6. 26)。

交戰者之對敵，可以協約及條約局限之、中止之、或全然終止之(Ibid; VIII. 7. 1)。然休戰條約究竟有其多大效力？又可認違反該條約即為侵犯自然法與否？尙成疑問。蓋誠意之適當的使用，雖足以促進和平，然此種條約，有時反足以延長戰爭。因其實際之敵對行為，雖告中止，然敵對狀態，依然繼續，反足以與戰鬪者以原僅可以擷取敵方有限便益者以無限制之自由故也。無回復或維持和平之念而用誠意，不免失之迂愚；在戰爭尙在繼續狀態中，提出不得行使其為敵之自由權之抗議，乃與交戰者之行動相矛盾者也。故是等條約之效力，惟有在其所發生之效用便益上(“*Exadem utilitate aestimari*”)可以測定之。交戰者無使用為戰爭法規所許可之最大的苛酷之義務，於雖將敵殺戮亦不失為正當時，而竟加以赦免，實為寬大可貴之行為。然當用和平手段不能取得權利而有戰爭必要時，則戰爭自為可以達到該目的之最適合之捷徑。故單在緩和及限制敵對之行為，且足以使戰爭延長之條約，實為有反自然者也(Ibid; VIII. 7. 2)。

然在世界比較文明的部分，習慣上，為種種目的，常有休戰條約之締結。休戰條約，全為一時的條約，乃將為戰爭原因之糾紛，不加解決而暫時休戰者也(Ibid; VIII. 7. 5)。故若協定滿期，雖無重新宣戰之必要，然若休戰期間延長，戰爭行進完全中止，戰爭局面，為之一變，或已召開會議，而有可以解決該糾紛之明白規定時，苟須繼續戰爭，即使非為強制的，至

少須重新宣戰，方爲合理(Ibid; VIII. 7. 6)。當然，若一方違反休戰條約，他方自無必於宣戰後方可再執干戈之義務(Ibid; VIII. 7. 12)。休戰，可以明白之同意爲之，亦可以默認之行爲爲之。但單在短時日之內不爲敵對行爲，不一定爲休戰也(Ibid; VIII. 7. 7)。

在休戰中，可許以何種自由耶？

純然之防禦的行爲，當然爲合法者。雖在爲其他目的而休戰時，亦然。例如在爲埋葬戰死者而同意於戰爭中止時，退軍至更安全之地位，或建修城砦等，均非不合法者。又在已受包圍之都市，以希望彼方延期攻擊之目的，請得休戰時，該都市儘可新受兵員及食糧之供給(Ibid; VIII. 7. 1)。與休戰期間滿了同時，不妨即以在敵國領土內之交戰國國民爲俘虜(Ibid; VIII. 7. 11, Cf. Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625. III. 21. 9)。

浦芬多夫在此戰時法之一題下，承襲格老秀斯之學說甚多。實際上，僅僅揭一標題，而議論及解決，則惟引用格老秀斯之說而已者，在浦芬多夫之戰時法論文中，乃屢見不鮮也。卽在其獨特異議之處，大抵亦較遜於格老秀斯。此蓋由於浦芬多夫對於爲自然法所必要之歸納的假定爲過分之墨守，而對於國際關係之現實的發達，考察比較貧弱故也。又當其對格老秀斯及其他學者所提出之許多緩和策，而主張戰爭之合法的嚴酷時，幾完全係引用古代之原則，以維持己說，且以之爲基礎的原則而認爲無可容疑之餘地；有時更爲過度之應用焉。

(五) 和平條約同盟條約及其他條約

和平條約，可以受恐嚇爲理由，而認之爲無效乎？

格老秀斯對此問題，曾作消極的解釋(Grotius, *De iure belli ac pacis* 1625. II. 17. 19; III. 19. 11)。其理由，若依諸國民之共通慣例言，此種條約(*Foedera*)不得認爲無效。如果可以認爲無效者，則戰爭固無由使告終結，而欲緩和戰爭之苛酷，亦爲不可能矣。然浦芬多夫則以爲『以強奪與不正當之戰爭的慘行所獲得之利益而任其長保，非良心之所能許。故凡強制敵方同意其苛酷之要求，且使承認無情之和平等戰勝者之利益，准許受強制之一方，申明恐嚇之例外理由，實爲正當者。然當戰鬪者間同意於僅以擊劍解決糾紛時，則當爲相反之結論』者也(Pufendorf, *De jure naturae et gentium*. 1672. VIII. 8. 1)。

主權者與其叛亂臣民所締結之和平條約，亦發生拘束力否(Cf. Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625. III. 19. 6)。浦芬多夫以爲與叛亂臣民締結條約，事實上已等於赦免彼等之犯罪，故彼等不妨主張彼等之服從協約，乃以主權者之遵守協約爲條件者也(Pufendorf, *De jure naturae et gentium* 1672. VIII. 8. 2)。此種條約，當具有勅許令之性質，且爲憲法之根本法。又主權者因緊急必要及爲公益而行使公用徵收權(*Dominium eminentis*)，因而與國民發生衝突，及至講和，則與講和同時，即可徵收臣民之私有財產。但國家有儘速賠償國民此項損害

之義務。關於爲保障和平條約之批准人之質問題，浦芬多夫承認格老秀斯之學說（Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625, III. 20, 52. etc.），且立主倘人質成爲君主之繼承者時，則與其君主崩位同時，可以他人代替之（Pubendorf, *De jure naturae et gentium*, 1672. VII. 8. 6）。

戰爭之外所締結之條約及協約，可從其問題之性質，而分爲二種。（一）爲肯定自然所已付與或命令之權利義務而締結者；（二）爲在自然法之一般義務上附加某種特別規定而締結者，或依特定之事項，將是等一般義務加以修正且限制者是也。第一種爲友好條約（*Treaty of friendship*），單爲規定相互間之禮讓及友愛關係者也。然此種條約，古代國民，雖曾締結，而在今日，各國國民，既已開化，禮義作法，莫不好尚，若再就此種自然法所確然要求之範圍內之事項，一若野蠻國民然締結條約，無異爲對於人類天性之一種侮辱，以故此種條約，在今日視之，已成爲無用之長物。第二種條約，爲同盟條約（*Alliance*）。從某種見地觀之，有平等者，有不平等者；更從他種見地觀之，則有人的、與物的之分。人的同盟條約，主權者以個人之資格所締結者，故與主權者之消滅同時消滅者也。物的同盟條約，以與締約之主權者之生死無關係之資格所締結者，故有其永久的效力。例如在條約上明白寫明「此爲永久的」、或「此係爲君主及其後繼者等所締結者」等字樣者，或限定一定之存續期間者是也。如對此二者之區別，尚有疑義時，可以便利的條約、例如爲發展通商所訂之條約，解之爲物的，而以含有重大義務之條約，解之爲人的條約者也。

關於是等問題，浦芬多夫一方面承襲格老秀斯之學說，一方面則因格老秀斯對於君主之後繼者等，究應在何種場合，方受前君主所締結之條約之拘束，未予確定，故認格老秀斯之學說，尙未充分。概言之，爲後繼者：（一）對前君主所締結之和平條約；（二）對前君主所爲已將其某種權利移轉於第三者之同意；（三）當一方之契約當事者已履行其義務，他方之契約當事者則因死亡而尙未履行其義務時；（四）當兩方當事者毫未履行契約，或有須同等履行之約定時，均須受前君主所締結之條約之拘束者也。然在習慣上，後繼者於新卽位時，往往將前君主所締結之條約及同盟——即使爲物的條約亦然——爲一度新認定。後繼者若認此項條約已於國家爲無用且無利益時，應享有其廢棄以前所訂之條約及所結之同盟之權利者也（*Ibid.*; VIII. 9. 6—8）。

於締結契約後被驅逐或廢位之君主，有對他方契約當事者，要求其履行契約之權利否？

格老秀斯以爲若其廢位乃不正當者，則該君主雖喪失其王國之占有，但仍享有占有王國之權利，故主張仍有此項要求權者也。然浦芬多夫則以爲若條約上明明規定君主之身體及王位之保護者，則該君主自有其可受復位援助之權利。反之，若條約之目的單在於爲關家之利益，則所約之援助，應推定其爲係對外敵者，該君主之要求權之有無，乃不無可疑矣。惟爲合法之君主，自可依據此種盟約，接受援助，而對付篡奪王位者者也（*Ibid.*; VIII. 9. 9）。浦芬多夫又論「同盟者」(Allies)一語，不但指已經締結同盟之同盟者而言，卽以後加入同盟者，亦包括

在內 (Ibid; VIII. 9. 10)。同時主張有限期之協約，於滿期時，不得認爲有默認重新發生效力之意義 (Ibid; VIII. 9. 11)。以後乃討論「無權限條約」(Sponsiones) 之性質，與主權者不批准之結果之問題 (Ibid; VIII. 9. 12)。

其次，浦芬多夫對於君主所締結之私約，亦曾加以考察。君主雖可取消與外國人所締結之不利契約 (Ibid; VIII. 10. 2)，然與其臣民所締結之契約，不但在法律上，即在德義上，亦有遵守之義務。君主在與臣民以向自己之裁判所中對自己提起訴訟之自由時，此種訴訟，與其認之爲依據國家之法律，毋寧認之爲依據自然之衡平者 (Ibid; VIII. 10. 6)。

君主可以契約上之義務傳之於其後繼者等耶？

若整個王國爲君主之世襲財產時，則其後繼者，連君主之義務與其物品及所有物，一併承繼之。然若君主之權利，僅止於用益權時，則後繼者並非從前君主處受得王位繼承權，乃從全國臣民處受得者，故不負上項之義務 (Grotius, De iure belli ac pacis, 1625. II. 14. 10—11)。然在普通情狀中，君主之契約，足以拘束國家者。惟是項契約，如果顯然爲虛妄或不正當時，不在此限 (Pufendorf, De jure naturae et gentium, 1672. VIII. 10. 8)。同時，如果發生疑義時，則當推定爲君主之利益。又統治者之許與及贈與，如係正當及公平時，後繼者不得取消之 (Cf. Grotius, De iure belli ac pacis, 1625. II. 14. 13)。

最後，浦芬多夫復會論及臣民之臣從，在何種情狀下終止耶？主權之變更或共和國之解

散，將發生何種結果？之問題。若君主無後嗣而崩位，則臣民已非為臣民矣。然仍可依據團體之原有關係及協約而謀相互之結合（Pufendorf. *De jure naturae et gentium*, 1672. VIII. 11. 1）。在永住外國之領土內時，臣從之關係，亦告終止（Ibid; VIII. 11. 2; Cf. Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1625 II. 5. 24）。格老秀斯以大團體之此種轉住，乃與市民團體之性質相矛盾者，故認為不法。然浦芬多夫則以為國家雖因轉住而解散，一般人民之市民團體，不因此而滅亡，故認格老秀斯之主張為無理由。一國之衰亡，其意義實為他國之發生，前者之所失，為後者之所得（Ibid; VIII. 11. 4）。人類一經增加，自然即使彼等分為市民團體，但並未豫定甲或乙永遠在某一特殊國內繁榮者也（Ibid; VIII. 4）。浦芬多夫於考查市民權喪失之原因（例如放逐、國民向敵降服）後，乃論述政體之變化（君主政體、寡頭政體、共和政體），未必影響及於國民之身分；國家之債務，亦不因此而消滅（Ibid; VIII. 12. 1—2）。王位篡奪者之行為，僅限於對外交關係上，可認其為有效。蓋在外國，祇要其他諸點之交涉為正當者，即不爭論王位篡奪者之資格故也。然王位篡奪者之不當行為，若係僅關於國家者，則與其治世完盡之同時，合法之權力，可將其廢止之（Ibid, VIII. 12. 3）。主權者之統治，之崩去，無礙於國家之存續。國家之解散，惟在國民之滅亡，或結合國民之精神的連鎖斷絕時，始實現之。格老秀斯以為某一國家，若因慘禍，而國民大半均遭死亡，此時雖尚殘留少數國民，然彼等無僭取主權，以至於為主權之結果之任何權利之資格（Grotius, *De jure belli ac pacis* 1625. II. 9. 4）。

但浦芬多夫則主張若是等少數國民，具有可以防禦外寇之實力，握有可以圖謀再興之充分資源，且依然爲一獨立國民時，儘可正當要求其以前爲國民之權利且行使之者。

結論

浦芬多夫之法律的著述，實曾博得偉大之成功，重版者多次，且為各國語所翻譯，其精華錄，註釋本、及摘要本，亦出版甚多；幾經一世紀，歐羅巴大陸、尤以德國之自然法學者及國際法學者之大多數，無不承認浦芬多夫之優越地位，且均採用其所指定之方針。茲就其無數皈依者中，舉其重要者，計德國有克利斯興·托馬西烏斯（Christian Thomasius）、科克最宜（Cocceji）、偉爾納（Wernher）、發格爾（Wagner）、格利部爾（Griebner）、刻勒（Koehler）、海內克齊烏斯（Heineccius）、法國有巴培拉克（Barbeyrac）、利舍·道布（Richer d'Aube）、在丹麥有荷爾堡（Holberg），在瑞典有維卡（Vicat）、彪拉馬基（Burlamaqui）、得·腓利微（De Felice）。至在意大利則彼朗托尼（Pierantoni）雖曾謂浦芬多夫之學說，在意大利無甚傳名（A. Pierantoni, Storia degli studi del diritto internazionale in Italia, 1869. p.49），然其後意大利諸學者，一部分將浦芬多夫之勢力，一部分將克利斯興·封·佛爾夫（Christian von Wolff 1679—1754）之勢力確實表示之著作，相繼出版矣。他方面，即在德國，亦不能謂為完全無人唱異論者，有方之自然法反對者薩牟挨爾·累舍爾（Samuel Rachel 1628—1691）及佛爾夫干格·泰克斯托爾（Wolfgang Textor 1637—1701）即其著者。

哥特夫利特·威廉·來布尼茲（Gottfried Wilhelm Leibnitz 1646—1716）對於浦芬多夫之

哲學的及法律的能力之誹謗，全未得當。此種誹謗，實難成爲對於浦芬多夫之著作的公平批判之結果，無非爲個人的敵視之產物。兩者間之爭辯，始於浦芬多夫所著陳述日耳曼帝國狀態稍革命之一小冊子，以來布尼茲之保守思想及其政治的怯懦，與浦芬多夫之進步的傾向及攻擊思想、不能相容故也。而兩者間之嫌隙，亦以浦芬多夫在其激昂的論爭上，卒博最後的勝利，而益形深化。來布尼茲之簡明的斷定——『法律學之素養太少』至在哲學上，則全然爲無足輕重之人物』(“Vir parum iurisconsultus et minime philosophus”) (Leibnitz, Opera omnia. Ed. Dutens. Vol. IV. Pt. 3. p. 261)，令人回想到本·仲松 (Ben Jonson 1573—1637) 對於威廉·莎士比亞 (William Shakespeare 1564—1616) 之古典學問的評價，在某種範圍內，實係發自不遜之優越感者也。然此一斷定之特色，與其謂之爲合於真理，毋寧取其簡潔而明瞭的語法。來布尼茲之多數後繼者之所以低視浦芬多夫之真價者，主要實由於來布尼茲之苛酷且不公平之批判者也。惟當時約翰·陸克 (John Locke 1632—1704) 之堂堂見解，頗足以矯正來布尼茲之說。而英國哲學者色爾·詹姆斯·馬金托什 (Sir James Mackintosh 1765—1832) 亦曾謂『浦芬多夫之論文，實爲其後繼者全部非掘不可之鑛山』 (“His treatise is a mine in which all his successors must dig.”) (Sir James Mackintosh, A Discourse an the Study of the Law of Nature and Nations, 1828. p. 25)。又近時德國之卓越的經濟歷史學者威廉·羅射 (Wilhelm Roseher 1817—1894) 則對來布尼茲之意見，發表其強硬之反對論，而將浦芬

多夫位之於最大之政治及經濟學者中者也 (W. Roscher, *Geschichte der National-Oekonomie in Deutschland*, 1874. S. 305)。

浦芬多夫在其種種述作、尤以在其法律的著作中，固不能表現如格老秀斯之具有天才、思想徹底、學識深奧，亦不能表現如貞提利斯之富有實際的聰明、熟練的議論，與夫把握現狀之能力，又在其創見處，則對於前者，在有幾點上，則對於後者，都非退讓一步不可，頗為明顯。然其在法律學的諸論文中，能將法律完成為有秩序之一體系，要係彼所首創，在法律學史上，不能不讓其占一較高之位置者也。此種有秩序之一體系，姿態宏壯，條理一貫，均衡齊整，完全為一種學問的構造，立腳於基本原則之產物。是等基本原則，主要採自霍布斯、及格老秀斯之學說，且企圖將是等學說加以調和者也。浦芬多夫為「自然法學派」之最良適之代表者，同時亦為該派之首領。其著作中，無不顯露着寬容異教之精神、對於偏狹的宗派主義之憤激、將法律與神學加以劃分之決心、及不論為基督教徒、為異教徒不問其文化之高低、欲對廣汎之人類、施以正義之希望者也。

自然法之學說，雖有謂其與國際法之發達以後退之影響者，然此實非自然法固有之缺點有以使然也，要皆由於狂熱過度之自然法主義者之類推的及三段論法的方法之不相稱，與夫某種特殊論客之贊成或攻擊某甲某乙之特殊規定與制度時之不注意的浮薄的考慮之所致。現世界之法律，不問其為國內法與國際法；大都有其成文的性質，固無足疑；同時現代學者，雖多汲汲

於禮讚耳目所能見聞、手足所能把捉之事物，然精神的覺醒之徵候，已充分表現，今且突破現象之覆幕，探索生活、思想、及人類關係之至上原則之希望，已由多方面擡頭，所謂科學，亦已顯然傾向於超絕論化矣。近來到處發起比較法學的研究，足證世人如何懷抱熱望要想知道一些法律問題之在各地地方如何被解決及其解決之狀況，與夫法律之起源如何、及其為一般所承認之實質的基礎如何等問題。在科學上，純正哲學，漸占勢力；在法律之範圍內，自然法之原則，亦因大家對於人及國家之直覺的認識，漸趨發達，而益為一部分法學者所堅持。

往年為不少世人所認為國際法中之成文法的化身之海牙條約，不即在說明良心與人道者耶？不即肯定成文方法、僅恃人類良心上之內省的辨別而表現、實不充分、乃於無形中直接剋之於自然法者耶？總之：自然法之在現世，雖被多次排斥，然尚保持其相當之潛在力，亦為吾人於研究此自然法的國際法之始祖浦芬多夫之學說後所不可不知者也。

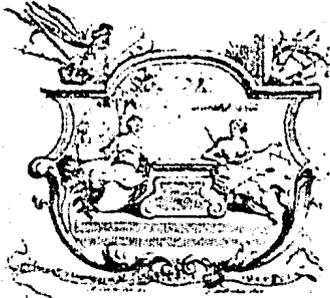
(六)『近世國際法學派之先驅』科尼利阿斯·凡·平刻斯胡克

(Cornelius van Bynkershoek 1673—1743)



凡·平刻斯胡克之肖像

CORNELII VAN BYNKERSHOEK.
 ICTI ET PRÆSIDIS,
QUESTIONUM
 JURIS PUBLICI
 LIBRI DUO,
 QUORUM PRIMUS EST
 DE REBUS BELLICIS,
 SECUNDUS
 DE REBUS VARIJ ARGUMENTI



LUGDUNI BATAVORUM.
 Apud JOANNEM VAN KERCKHEM.
 MDCCXXXVII.
 Cum Privilegio Ordinum Hollandiæ & Frisii.



凡·平刻斯胡克「公法問題」扉頁

AMPLISSIMO GRAVISSIMOQUE

VIRO,

WILELMO VAN CITTERS,
 ICTO, URBIS MIDDELBURGENSIS
 SÆPIUS ET CUM MAXIME CON-
 SULLI, CURATORI SOCIETATIS IN-
 DIAE ORIENTALIS IN STATIONE
 ZELANDICA, ETC. ETC. ETC.

S. D.

CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK.

UT Tibi, Vir Amplissime,
 has *Juris Publici Quæstiones*
 inscriberem, non una ra-
 tio me movit. Si circum-
 spiciendum esset nomen
 illustre, tuo quid illustrius? nam Gen-
 tem tuam, ipsis natalibus illustrem,
 adeo meritis ipse tuis ornasti, ut eo-
 rum

同書 開卷第一頁

緒言

初期時代之國際公法，不無重視自然法(Lex naturalis)太過，而輕視人定法(Lex positiva)之感。及至近世，乃漸以習慣與條約為淵源，且以人定法為基礎，而國際法之秩序的敘述及法典化，始為一般國際法學者所提唱。即初期時代之國際法學者，可稱之為「自然法學派」(Naturalists)，近世法學派，則可稱之為「人定法學派」、「實證學派」、「實驗法學派」、「歷史法學派」(Positivists)。

可以稱之為此國際法上之近世法學派——「人定法學派」之先驅者，誠如法蘭西國際法學者勒緒爾(P. Leseur)之所言，當推德意志法曹佐治·夫利德利赫·封·馬爾頓斯(Georg Friedrich von Martens 1756—1821)，與本文所欲論述之荷蘭法曹科尼利阿斯·凡·平刻斯胡克(Cornelius van Bynkershoek 1673—1743) (P. Leseur, Introduction à un cours de droit international public, 1893. p. 125)。

一 平刻斯胡克之略歷

『近世國際法學派之先驅』科尼利阿斯·凡·平刻斯胡克，荷蘭一商人子也。以一六七三年五月二十九日生於荷蘭、西蘭(Zeeland)州之密德爾柏利(Middelbury)。其受教育之學校，則爲佛里斯蘭(Friesland)州之「夫拉內開爾(Franeker)大學」。初學古典文學，後修羅馬法，其成績常壓倒儕輩。當時有名之荷蘭羅馬法學者烏爾利克斯·胡柏(Ulricus Huber (hubrus) 1636—1694)，曾與以最高之讚辭。其後遷海牙擔任律師，乃着手於編纂一關於荷蘭國法之著作『荷蘭及西蘭(Zeeland)法規大全』(Corpus juris Hollandici et Zelandici)之準備，且發表其關於羅馬法之諸論說。一七〇二年出版其對於『羅茲規則之投貨』(De Lege Rhodia de jactu, 1702)問題之研究書。不久更公刊其關於海上主權問題之有名著作『海洋領有論』(De dominio maris, 1702)。本書乃論究在前二世紀間引起大爭論之許多重要問題者也。

平刻斯胡克亦如荷蘭之大法曹露俄·格老秀斯(Hugo Grotius 1583—1645)並未始終從事於辯護士之業務。一七〇三年，被任爲在海牙之荷蘭、西蘭及西部佛里斯蘭最高裁判所判事。一七二四年，升任該裁判所所長。因職務上之關係，乃得洞察國際外交關係之性質及習慣，同時更得精通海上國際法之慣行與實際的瑣務。

平刻斯胡克於一七一〇年出版其『羅馬法論』(Observationes juris romani, 1710)·一七

二一年出版其關於公使之權利義務問題之著作『公使之職務』(De foro legatorum, 1721)；
一七三七年出版『公法問題』(Quaestionum juris publici, 1737)。後書之第一篇『戰爭史』
(De rebus bellicis)，為考察國際法及戰時習慣中最重要之問題者也。

平刻斯胡克，係於一七四三年四月十六日與世永訣者。

二 平刻斯胡克之著作

平刻斯胡克除上述公刊書之外，尚有一未完成之著作『私法問題』(*Questionum juris privati*)，於其死後，始告出版。又因平刻斯胡克之種種著作，曾惹起學界甚大之注意，且已與當時法律的及政治的思想界以極大之影響，故瑞士洛桑(Lausanne)大學教授俾·腓力布·維卡(*Béat Philippe Vicat 1715—1770*)乃爲之纂輯，於一七六一年，以『平刻斯胡克全集』(*Opera omnia, 1761*)二卷，在瑞士之日內瓦出版，其內容如次：

第一卷

- (一)『羅馬法論』(*Observationes juris romani*)八篇。——係論述羅馬法之問題，而有其嶄新立場之考察點者。
- (二)『諸論文集』(*Opuscula varii argumenti*)六篇。——係蒐集關於羅馬法學之諸論文而成者——例如『法律之起源』(*De origine juris*)，『國權』(*Patria potestas*)等。
- (三)對於批評前書者之答辯。

第二卷

- (一)『小論文』(*Opera minora*)六篇——其第五篇爲『海洋領有論』(*De dominio maris*)，第六篇爲『公使之職務』(*De foro legatorum*)。

(二)『公法問題』(Quaestionum Juris publici)。

(1)『戰爭史』(De rebus bellicis)。

(2)『諸學說史』(De rebus varii argumenti)——係考察關於國際法及荷蘭法律之種種問題者——例如第三章至第十二章論公使之法律的地位，第二十一章述對於軍艦之海上敬禮等。

(三)『私法問題』(Quaestionum juris privati)四篇四十八章——係論述羅馬法、荷蘭國法、保險、及其他關於海法、商法事項之諸問題者。

於上列公刊論文之外，平刻斯胡克，尚有下列二書。即『荷蘭及西蘭法律大全』(Corpus juris Hollandici et Zelandici)，及『雜觀』(Observationes tumultuariae)是也。後者為平刻斯胡克從事於司法事務時所處理之事件之註解。然從其遺言，卒未出版。

平刻斯胡克之著作，實足以使彼在國際法學者中，占最高地位者也。英國國際法學者威廉·愛德華·荷爾嘗稱平刻斯胡克：『誠為一重要之最初的著者。而其想像力、判斷力，實無可與之相匹儔之後繼者』(Hall, International Law, 5 ed. (1904). p. 583)。平刻斯胡克以其未嘗抱有寫成一國際法之秩序的著作之意思，故其所討論之問題範圍，與葛爾·格老秀斯、撒母耳·封·浦芬多夫、克利斯與·封·佛爾夫(Christian von Wolff 1679—1754)，及埃美利治·得·發泰爾(Emerich de Vattel 1714—1767)等不同，並不廣汎，然其對於所考查之事項，則

較從來諸學者，更能以嚴格的論理、與實際的知識，爲益發詳細、益發完全之論究者也。又因其多年職業的生活之關係，故凡記述簡潔，措辭扼要，對於複雜問題之分析精確，解說明白，對於處理瑣細事項，及考察各派主張之態度公平等諸美點，無不兼而有之。平刻斯胡克之主張與自國慣例正相對之意見者，不止一二次。例如對於在敵船內之中立貨物問題之主張，乃與荷蘭一向以此項貨物爲收入手段之外交及勅令相反對者是也；平刻斯胡克之此種態度，隨其在己國司法上所占地位之高乃益趨於明顯者也。

平刻斯胡克常爲避免議論受妨礙，且使先輩所定原則不明瞭之弊竇計，盡力戒除誇衒學問之習氣。但於其推理，則以適切之歷史的及法律的譬喻，爲不斷的堅持。又其議論，具有一種慎重且正當的事務家之實際的意味與直捷明快之特色，而無學問的細微迂遠之抽象論的氣味。至其所持之確信，則並不有賴於純正哲學之妙法，而係訴諸理性與常識與當時之慣行者也。平刻斯胡克並未偏愛幻想的理論，亦不崇拜單純之先例，而係採取中庸之道，以理由正確之規範，補充實際的慣例，更按照現實之事實，日常生活之必要，人類之必然的限制能力，及爲維持已經調和之國際關係之方法，以解釋理性之哲學的要求者也。平刻斯胡克乃以一般的實益，爲其確定的原則，以積極的方法，爲其不變的指針，以確實之判斷，活潑的智能，及駭博的學問，以應用此等方法者也。彼蓋洵如瑞士法曹阿爾封斯·利維埃爾(Alphonse Rivier 1835—1898)之所稱：『雖爲一羅馬法學者，但其聲譽，實可與胡柏(Huber)，佛埃特(Voet)，華哈

特·努特(Gerhard Noodt)並驅，而爲大荷蘭學派之第一流人物』也(Rivier, *Literarhistorische Uebersicht der Systeme und Theorien des Völkerrechts seit Grotius*, *Hollzendorff's Handbuch des Völkerrechts*, 1885. Bd. I. S. 459)。

在爲議論之種種難問題——例如領海之界限問題——上，平刻斯胡克所下之許多論斷，常被後世認之爲大權威而加以引用者也。英國大法曹羅德·曼斯菲爾德(Lord Mansfield 1705—1793)，曾極力賞讚平刻斯胡克，謂彼所著『公法問題』(Quaestionum juris publici, 1737)中關於戰利品之部分，實值精讀者也(2. *Burrow's Reports*, 690 in margin.)。

又，在平刻斯胡克之全體述作中，無不反映其氣質之快活與潑刺，且多諷刺的諧謔之筆調。如其在討論爲戰時禁止品的煙草之分類而引用許多人議論時，曾戲言：『有實質之論據，一無所得，蓋全消滅於煙火中矣』(“In funnum abierat”)者，卽其一例也。當然，在平刻斯胡克之著作中，亦有其瑕瑜互見之處。例如將已爲一般所承認之種種問題，必欲以自己之嚴峻的論理解決之；又如對於戰爭之某一事項之當時態度，已漸增進其仁愛之觀，而平刻斯胡克則未能加以重視，等是也(Cf. E. Nys, *Le droit international*, 1904. T. I. p. 252)。

三 平刻斯胡克之先進者及與其同時代者之學說與平刻斯胡克在國際法學界之地位

欲完全了解平刻斯胡克之學說，當先明白其與以前已經確立之各種法律學說之關係及其地位。

在第十三世紀，有所謂「教會的國際法學派」(L'école Canonico-internationaliste)者(P. Leseur, *Introduction à un cours de droit international public*, 1893. p. 74)，曾為戰時法之教會主義之說明。在以後之二世紀中，「羅馬法學派」(Civilians)亦曾擴大其問題之範圍，而對於同盟及其他國際關係問題、戰爭問題、公使問題有所論述。至第十六世紀，關於國際法問題之著作，乃益增加，而對於國際規則之觀念，顯示一大進步，討論範圍，亦更擴大，舉凡海事問題，及國家之階級問題等，莫不為更有程序之研究。在此時代中最重要之二大學者，為法蘭西斯哥·蘇亞勒士(Francisco Suarez 1548-1617)，及阿爾柏利克斯·貞提利斯(Francisco Suarez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, 1612; Albericus Gentilis, *De Legationibus*, 1583; Dettò, *De iure belli* 1598)，均被稱為露俄·格老秀斯之先驅者也(Rivier, a. a. O. Holtzendorff's *Handbuch des Völkerrechts*, 1885. Bd. I. § 85)。

格老秀斯之『平戰法規論』(De iure belli ac pacis, 1625)，確為最初之完全且有秩序的論文，與歐洲大陸以極大影響者也。本書乃將道德的超絕哲學(Ethical transcendentalism)之觀念，與國家的及國際的政策之實際的必要及實益之觀念，在某種程度上加以調和者；即「自然法」(Jus naturale)與「意思法」(Jus voluntarium)之調和。前者即「自然法」，為『理性之命令』(“Dictatum rectae rationis”)，而被認為占有優越地位(Grotius, De iure belli ac pacis 1625. Lib. I. C. 1. s. 10)；『實則雖神亦不能加以變化之不變的法則』(“Adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat”) (Ibid., Lib. I. C. I. s. 10)。人定法即意思法，為各國民意思表現之結果。故必然的因時代與事態而起變化，且係承認功利主義(Principle of utility)者也(Ibid.; Proleg. s. 17)。各國民之此種同意，可視之為如羅馬法律學者所稱『由同意所訂之不文法』(“Jus non scriptum quod consensus facit”)之默認者。格老秀斯以抱此種態度，乃不得不多多採用古代之實例，而對於近世之例證，則多避而不顧也(Cf. Ibid., Proleg. s. 58)。

其後不久，理查·蘇契之著作出，與格老秀斯之學說以重要之修正。蘇契之著作『宣戰講和法，一名國民間之法律』(Juris et judiciū feccialis, sive, juris inter gentes, 1650)，有人定國際法(Positive law nations)之最初的摘要書之稱，乃奠定「英吉利學派」(English School)之最初之基礎者。約翰·塞爾頓，亦有其同樣之傾向者也(Selden, Mare Clausum, 1635；

Detto, *De iure naturali et gentium secundum disciplinam Ebraeorum*, 1640)。依蘇契所說，人定法乃以實際之慣行爲基礎者，較自然法更爲重要。故蘇契乃與格老秀斯相反，儘量引用近代之實例與事實。格老秀斯之所謂『萬民法』(*Jus gentium*)，蘇契則以之爲『國民間之法律』(“*Jus inter gentes*”)，此一語法，實爲後日耶利米·邊沁(*Jeremy Bentham* 1748—1832)之『國際法』(“*International law*”)一語拓其先路者也。

至第十七世紀，特別在英吉利、荷蘭、日耳曼及瑞典諸國之大學中，對於國際法，爲更廣汎且認真之研究。哲學者，則主張國際關係與其置之於法律的基礎上，毋寧置之於哲學的基礎之上，使國際法學之研究，平添一新的機軸。於此時期，學說衝突之傾向，乃逐漸顯現，而格老秀斯之「自然法主義」(*Naturalism*)與蘇契之「人定法主義」(*Positivists*)之間，亦發生動搖，即發生一種使兩者獲得調和之希望。因此，乃產生「自然法學派」(*Naturalists*)，「人定法學派」(*Positivists*)，「格老秀斯學派」(*Grotians*)之三學派。「自然法學派」之先鋒撒母耳·封·浦芬多夫爲「自然法學派」之首領，以「所謂國際法，無非將自然法應用之於國際關係而已」之托馬斯·霍布斯(*Thomas Hobbes* 1588—1679)之學說(其萌芽實發自格老秀斯之學說)爲出發點，認人定法乃離開自然法而無真正之法律的性質者，而主張惟自然法始具有法律的制裁力。蓋自然法『恰如由神所制定，具有拘束諸國民之法力故也』(“*Quod quidem legis proprie dictae vim habeat, quae gentes tamquam a sup riore profecta stringat*”)(*Pufendorf*,

De jure naturae et gentium, 1672. II. C. iii. §. 22)。

「人定法學派」則先認在國際法上之人定法，實與自然法無關係，而為另一物，繼乃主張為習慣及條約之基礎之原則，實具有法的效力者。此係撒母耳·累舍爾(Samuel Rachel 1628—1691)，及佛爾夫干格·泰克斯托爾(Wolfgang Textor 1637—1701)之見解也(Rachel, De jure naturae et gentium, 1676; Textor, Synopsis juris gentium, 1680)。兩人均立主『多數自由國民，依其明示或默示之約定，為謀實益，而相互受其拘束之法律』(“Jus plurimum liberarum gentium, pacto sive pacto expressim aut tacite initum, quo utilitatis gratia sibi invicem obligantur”)之人定性。且認由習慣所發生之規則，乃所以形成拘束一般國家之「共通萬民法」(Jus gentium Commune)者，由條約所發生之規則，乃所以形成僅僅拘束當事國之「特殊萬民法」(Jus gentium proprium)者。

「格老秀斯學派」處於前兩派之中間地位，保留「自然法」與「意思法」之區別，而與格老秀斯本人之見解，稍有不同，彼輩蓋認兩法有同等重要者也。此種態度，為第十七世紀第十八世紀中多數學者所採取。其中最重要者，為克利斯與·封·佛爾夫(Christian von Wolff 1679—1754)，及埃美利契·得·發泰爾(Émerich de Vattel 1714—1767)(Wolff, Institutiones juris naturae et gentium, 1750; Vattel, Droit des gens 1758)。

「三十年戰爭」後之歐洲形勢，在許多點上，國際法之「人定法主義」頗占優勢。有所謂

「人定法承認主義」(Principle of Consent)者，曾獲得從來未有之勢力。一六四八年之「威斯特發里亞和平條約」，其自體，實爲一歐洲外交上之最初大法令，爲應用條約之最初的國際大決定。在俄斯那堡(Osna brück)之新教國會議，與在閔斯德(Wünster)之羅馬加特力教國會議，爲國際關係之發達上至足注意之事件，從此，歐洲各國均勢之觀念，乃漸占優勢，國家之獨立，乃爲一般所承認，國際團體，乃始獲脫去夢幻的存在之境域。由於海上交通之擴張，關於海上之習慣，乃逐漸發生。是等習慣，又復漸次取得法律之力，外交方法，乃益趨於統一，乃益形秩序化。各種國際會議，如雨後春筍，到處召開，益以新聞紙之勃興，更足以使此等會議之決議，普及於全世界。意見書則公佈之，外交文書，則纂輯之，法蘭西、英吉利，及日耳曼諸國，復有條約彙纂之發行。丹尼挨爾·封·內塞爾(Daniel von Nessel)則於一六九〇年，哥特夫利特·威廉·封·來布尼茲(Gottfried Wilhelm von Leibnitz 1646—1716)則於一六九三年，各曾從事於各時代各國條約及外交文書之輯集(Leibnitz, Codex juris gentium diplomaticus, 1693; Mantissa codicis juris gentium diplomatici, 1700)。

於是諸學者以既獲得眼前之實際事實，乃不再耽樂於純正哲學的抽象論，相與從事於由已整頓好之歷史的事件表所供與之偉大衆多之事實，爲概括論之演繹。此後學者，復以時代，場所與事態，爲考察時之根幹，國際法之意義，乃益爲世人所完全了解，且已成爲一種容易了解之學科，而條約及習慣之力，亦以明認或默認之方式，爲一般人所承認矣。且也，格老秀斯及

來布尼茲，已早標功利主義於先（Leibnitz, *De usu actorum publicorum*, s. 13），理查·昆布蘭（Richard Cumberland 1631—1718）復主唱於後（Cumberland, *De legibus naturae disquisitio philosophica* etc. 1672. C. V. s. 1），從此學者殆無不是認之，以故該主義以後幾成爲全政治哲學之基礎；例如耶利米·邊沁（Jeremy Bentham 1748—1832）之政治哲學卽如是者。

如上所述，「近世國際法學派」「Modern School of Jurists」，誠如法蘭西法曹雷舍爾（P. Leseur）之所說明，乃認定條約及習慣中所包含之規則之積極的價值，及法律的性質，與訂定國際關係之合理的規則之可能，并認清人定法決不因自然法（其近世之意義，與格老秀斯之意義不同）而遭廢除，唯須受其指導之自己的能力，而爲有秩序的敘述，且欲使之法典化者也（P. Leseur, op. Cit. p. 125）；平刻斯胡克，則爲此「近世國際法學派」之先驅者，蓋非過言也。又平刻斯胡克與德國法曹佐治·夫利德利赫·封·馬爾頓斯（Georg Friedrich von Martens 1756—1821）實爲指示「近世國際法學派」以前進方向者，故亦可稱之爲該學派之兩大先驅者（P. Leseur, op. Cit. p. 125）。

平刻斯胡克不僅置重於人定法，殆絕對以此爲其著作之基礎者也。彼以爲各國之明示或暗示之意思，實較自然法之綿密的理論更爲重要。惟所謂「正理」（Ratio）不論對任何制度之修正上，均有其效用。平刻斯胡克蓋曾力主格老秀斯所曾明言之：「各人爲自己所提出之正理，

不能正確決定任何事物者，何則，蓋爲自然法之法律，實非發生自某種正理，其內容，乃從各國民之意思上所受得故也』(“Rationes, quae pro se quisque afferunt, nihil definite concludunt, quia jus hoc, non ut jus naturale, ex certis rationibus certo oritur, sed ex voluntate gentium modum accipit”)之說者也(Bynkershoek, *De foro legatorum*, 1721. C. XVII; *Opera omnia*. (Ed. Vicat. 1761). T. II. p. 147)。

國際法之起源，爲慣例(*Usus*)，傳統及習慣(*Mores*)，及在條約上所表明之各國明白之同意(*Consensus gentium*)。慣例乃立腳於各國之協約及命令(*Pacta et edicta*)之證件上者。在無成文法時，『若爲正理所許』(“Si……ratione utantur”)，則行之既久之普遍的習慣及慣行之存在，當可推定其爲有法律的性質，且對一切人有其拘束力者。各國國民，依此方法，而爲權利之取得，與義務之負擔，於是所謂和平，戰爭，通商，派遣公使，締結同盟，均成爲有意義之活動(*Ibid*; C. III. *Opera omnia*. (Ed. Vicat). T. II. pp. 125—126)。『明示之同意，常優於默認之同意之推定』(“Voluntas expressa tacitam excludit”) (*Opera Omnia*. T. II. p. 150)。他國之慣行，有時雖有與己國之利益相反者，然吾人可將個人之利益等除外，按照「正理」而尊重之者也。『吾人不應祇認吾人之利益，一切論點，應以正理爲據，而不專注重於利益』(“Utilitas equidem nostra non admittit, sed de ratione, non de utilitate, omnis disputatio est”) (Bynkershoek, *Quaestionum juris publici, De rebus bellicis*, 1737.

C. IX. p. 179; Cf. C. XII. p. 186)。以法律及條約所定之規則，若僅以條文上之關係，決不能成爲充分有效之國際法。苟欲期其正當而有效，是等規則，必須與正理相合致『有背於正理之法律，必無權威』（“Nulla uliorum hominum auctoritas ibi valet, si ratio repugnet”）(Bynkershoek, Ad. lectorem. II. p. 161)。

平刻斯胡克欲以「正理」與習慣之調和合一，爲國際公法之全基礎。此實爲最得其當之一理想。然「正理」之真正意義如何，頗難確定。往昔學者，有將「正理」一語，卽照古羅馬之法學者用於羅馬法之意義，加以直接使用之時代，亦有以直覺，道德的自覺或常識之意義使用之之時代（Cf. Wastlake, Chapters on the Principles of international Law, 1894. pp. 66—67），要以平刻斯胡克解之爲常識之論理的行用，爲最適當也。

平刻斯胡克以爲羅馬法雖爲古代之最完善的法律學系，但從來學者，在該法中求類推之態度，過抱極端。蓋古代法典，不問其編纂如何整齊而完善，未必適合於新時代及新事態。近世國家間之「同意」，實較在『羅馬市民法大全』中之『學說彙纂』上之「確定」遠爲重要。且也，近世之慣行，往往足以廢除古代之命令。故平刻斯胡克更引用亞伯拉罕·凡·威克福特 (Abraham van Wicquefort 1598—1682) 『公法之規則，既未引自「羅馬市民法大全」之「法令類典」及「學說彙纂」，豈尙引自法律命令耶』（“Les règles du droit public ne se tirent point du Code ni des Digestes, et encore moins des décrets et des décrétales”）(A. van

Wicquefort, I, *Ambassadeur et ses fonctions* 1679)之註(Bynkershoek, *De foro legatorum*, 1721. C. VII. II. p. 132), 而反覆主張近世之國際法, 乃基於以「正理」為基準之慣例及習慣者也(Cf. *Ibid.*; II. 132)。

如平刻斯胡克之對於國際法之研究, 主要以最近之歷史的事件, 外交上之事件, 裁判所或國際會議之議決案, 及在最近之條約上之宣言為根據者, 誠為當時學者極少數中之一人。又為當時學者中將條約所供與之材料, 與此項材料所提供之習慣的證據, 廣為使用之第一人(Bynkershoek, *Quaestionum juris publici, De rebus bellicis*, 1737. C. X. ii. 181; Cf. *Detto. De foro legatorum*, 1721. C. III. p. 126)。彼之著作中, 不斷引用荷蘭總督之命令, 如關於封鎖之一章(Bynkershoek, *Quaestionum juris publici, De rebus bellicis*, 1737. I. C. XI.), 主要即係由考察并註釋荷蘭之封鎖布告而寫成者也。在此等點上觀之, 平刻斯胡克之論證方法, 實與約翰·塞爾頓及查理·蘇契等英國學者之論證方法相類似者也。此兩學者, 曾將英國海軍部之主義, 直接適用之於歐洲重要的海軍爭論問題——例如多弗(Dover)海峽之主權, 中立商業之法律上的地位等——者也。二三條約中所規定之新規則, 因其或為特別之例外亦未可知, 故未必可成為法律。『……彼等所約定者, 可認之為公法耶? 抑可認之為例外? 因此, 彼等是否已脫出對於公法之迷, 無從明白』(“…… non satis constare an, quod illi puti sunt, sit habendum pro jure publico, an pro exceptione, qua a jure publico diversi abeunt”)

(*Bynkershoek, Quaestionum juris publici. De rebus bellicis, 1737. C. XV. p. 190; Cf. Zouche, juris et judicij feodialis etc. 1650. Part II. S. 8. Quest. 2*).

平刻斯胡克於考查敵艦上之中立貨物問題時，一面顧慮到確定當事者的真意之事態，一面曾引用可視為「適合於事實」(“*Subjecta materia*”)之條約之解釋。因此彼不贊成將一六五〇年、一六六二年、一六七四年、一六七八年、一六七九年、一六九七年及一七一三年荷蘭總督與西班牙、法蘭西、英吉利，及瑞典間所締結之條約，為總合籠統之觀察。平刻斯胡克并主張在條約之解釋上發生爭執時，當付託仲裁者解決之，頗堪詫異。蓋條約於締結後，往往有因缺乏關於條文解釋之規定而被拋棄，僅剩一條約之空名而已故也。

平刻斯胡克對於國際公法之一般態度，對於國際公法的淵源之觀念，對於國際公法之發達之學說，其先進者及與其同時代者之學說，其在「近世國際法學派」中之地位及其與同派人之類同點，尤其是彼所反覆主張之習慣與慣例之重要，條約，外交文書，命令與布告之根據力，及「正理」與公平的論理之指導力等，已略述如上，以下當更進而就(一)海洋主權，(二)公使之權利義務，(三)中立，(四)戰時禁止品，(五)中立商業，其他關於戰時法之某種特別問題等之諸重要問題，詳細考察平刻斯胡克之學說。

四 平刻斯胡克之學說

(一) 海洋主權

平刻斯胡克之名著『海洋領有論』(De domino maris, 1702)，實為第十六世紀及第十七世紀之一激烈之論文，將海上主權問題，加以率直公平之論述者也。平刻斯胡克先將在任何場合，海洋可以為主權，即絕對裁判管轄權之目的否之一問題，為冷靜之考察；繼乃論述從來諸國所提出之支配權之主張；最後乃斷然反對貞提利斯，及塞爾頓之學說，採用格老秀斯，及浦芬多夫之見解，而主張各國國民在公海上享有航行，通商及漁獵之共通權。

格老秀斯乃贊成羅馬法之原則——『空氣、流水、海洋及海岸，依照自然法，為各人所共通』(“Et quidem naturali jure Communia sunt omnium haec; aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris”) (Institutiones. II. tit. I. §. 1)，與海洋為共有物(Res Communnes)，可航河川為公共物(Res publicae)之區別者(格老秀斯，De iure belli ac pacis, 1625. Lib. II. C. II. §. 12)。然中世以後，種種領海及多弗(Dover)海峽之支配權，曾為各國所主張(Cf. La pradelle, “Le droit de l’État sur la mer territoriale.” Revue général de droit international public, 1898. T. V. p. 268; E. Nys, Études de droit international public et

de droit politique, 1901. p. 181), 因之, 漁獵獨占權亦為各國所要求, 禮廠及其他海上榮譽 (Maritime honour) 因為各國所期待, 而對於他國戰鬪行為之排除權, 各國亦無不行使之 (Bynkershoek, De dominio maris, 1702. C. V. ii. p. 107)。又所謂主權之區域, 當時亦忽告擴張, 蓋由於海賊之討伐及海上安寧之取締有以促成之也。且也領海國多向外國船舶擷取各種捐稅, 以為供與外國船舶以安全之報酬; 以後更由此種有限制的裁判管轄權 (Limited jurisdiction) 之行使, 發展到絕對支配權之態度。亦即因此, 熱內亞 (Genoa) 對利求利阿 (Liguria) 海之主權主張, 威尼斯人 (Venetian) 對亞得里亞 (Adria) 海之主權主張, 法蘭西對於在己國海岸周圍之不定海帶之主權主張, 英吉利及丹麥對於挪威海洋之主權主張, 瑞典對於波羅的海共同所有權之主張等, 乃相繼而起矣 (Selden, mare clausum seu, de dominio maris, 1635. II. C. XXX—XXXII; Daru Histoire de la republique de Venise, 1815—1819. T. V. S. 21; Loccenius, De jure maritimo et navali, 1651. I. C. IV)。更有甚者, 為西班牙及葡萄牙對於發見新大陸之主權主張。但此種主張, 曾惹起被排除諸國之抗議, 而海上主權 (The sovereignty of the sea) 之全原則, 亦一時遭廢棄焉。英國女王依利薩伯 (一五五八—一六〇三年在位) 曾對西班牙對印度之海洋主權主張加以嚴重之反對 (Camden, History of Elizabeth, 1580)。安該·得·烏巴爾提 (Ange de Ubalis) 及尼古拉·挨弗拉提 (Nicholas Everardi) 等學者, 對於未曾為長時日占領之所有權, 無不加以否認。亞豐瑣·得·卡斯特羅 (Alfonso de

Castro)等學者，則對葡萄牙、熱內亞(Genoa)、威尼斯人(Venetian)之特殊主張，曾為猛烈之攻擊。由於比、荷聯合州(United Provinces)與西班牙王非利普第二世(Philip II)(一五五六——一五九八年在位)鬭爭所發生之糾紛，更誘發不少著作作品之產生。例如貞提利斯之『西班牙擁護論』(Advocationis hispanicae, 1613)，威廉·韋爾伍德之『全海法要論』(An Abridgement of all Sea-Lawes, 1613)，及『海洋領有論』(De dominio maris iurisburgue ad dominium presipue spectantibus assertio brevis ac methodica, 1615)，色爾·約翰·巴羅(Sir John Borroughs + 1643)之『英國海主權論』(The Sovereignty of the British Sea, 1653)等均足也。然就中最重要，且曾發揮過最大勢力者，為格老秀斯之『自然海洋論』(Mare liberum, 1609)，與塞爾頓之『海洋閉鎖論』(Mare Clausum, 1635)(Cf. Nys, Les origines de droit international, 1894. p. 380 et seq.; Couchy, Le droit maritime international, 1862. T. II. p. 95; Ortolan, Règles internationales et diplomatie de la mer. 4 éd. (1864). p. 128; Hautefeuille, Histoire des origines, des progrès, et des variations du droit maritime international. 2 éd. (1869), p. 18 et seq.)。格老秀斯乃主張有效占領之必要，反對設定永久的境界；更將絕對所有權(Absolute property)，與主權(Sovereignty)，公海(Oceanus apertus)與內海(Maria interiora)加以區別者(Grotius, mare liberum, 1609. C. V.; Datto, De iure belli ac pacis, 1625. Lib. II. C. II. §§. 2. 3; Lib. I. C. III. §. 13; Bodin, De

la République, 1577. Lib. I. C. XI. p. 215)。然塞爾頓則並不將領海(Territorial sea)與公海(Open sea)加以明白之區別，肯定英國對於周圍海洋之主權，否定荷蘭對於海岸直冲範圍之漁獵權者也(Selden, Mare clausum seu, de dominio maris, 1635. Conclusion; Walker, A. History of Law of Nations, 1899. Vol. I. §. 92. p. 164)。

上述廣汎之主張，至第十七世紀之中葉，漸趨稀少。英國王喬治第一世(一六二五——一六四九年在位)，及俄利佛·克倫威爾(Oliver Cromwell 1599—1658)之新主張，熱內亞(Genoa)之新主張，爲荷蘭學者得爾克·格拉斯文開爾(Dirk Grassinckel)與蓬塔努斯(Pontanus)所強烈反對。兩者之議論，卽爲平刻斯胡克所常常引用者也(Bynkershoek, De dominio maris, 1702. C. VI. ii. p. 109; Cf. Nys, Les origines de droit international, 1894. p. 388)。平刻斯胡克做照格老秀斯對於所有權取得問題，採用羅馬法之學說，認繼續占有爲必要，說明塞爾頓將近海(Mare proximum)與外海(Mare exterum)混視之理由之無效，嘲笑威尼斯(Venetia)總督連亞得利亞(Adria)海亦欲加以傳統的管轄(Bynkershoek, De dominio maris 1702. C. VI)，否認英國海上霸權之主張，而說明己國對英國軍艦行敬禮，並非卽爲承認英國之海上主權(Ibid; C. V.)。更反對塞爾頓「占有鄰接海岸之海洋，事實上實包含此種權力尙可擴張至大洋之更遠的部分之權利，以至於明確的豫想」(Selden, Mare clausum seu, dominio maris, 1635. II. C. 30)之主張(Bynkershoek, De dominio maris, 1702. C. III.

ii. p. 104)。然認海洋之某部分，確可置之於絕對支配權之下者。其一、爲「最近陸地之海」(Mare terrae proximum)，其二、爲有大洋出口而被特定國之鄰接領土所全然圍繞之海，且其兩岸已爲該國所絕對占領者——例如羅馬帝國之對於地中海，又當時土耳其之對於黑海者是。又認在某種場合，沿海國對於公海之某一部分主張特別權利，亦爲正當者。惟是等權利，僅可於爲通商及航海之一般的利益時行使之，且係一種警察及監視之特權，與完全之主權不同者也。

關於領海之界限問題，哲·菩丹(Jean Bodin 1530—1596)曾信從意大利法曹包爾杜斯·得·烏巴爾提(Balbus de Ubaldis 1327—1400)之意見，斷定沿海國之主權者，從海岸起，至少享有至六十哩之權利(Bodin, De la Republique, 1576 Lib. I. C. X. p. 170)。平刻斯胡克則已將該問題爲比較完滿之解決，至少彼實爲提出「邊海」(Marginal waters)一好定義之第一人。依平刻斯胡克之說，則領土主權之範圍，以依武器之力所能爲有效保護者爲限度。『……領土權，卽爲可加命令且占有之之範圍，其限度及於發射機轟發距離之終點……一般的言之，領土權及於武力所終熄處』(“…… potestatem terrae extendi quousque tormenta ex-plotuntur, eatenus quippe cum imperare, tum possidere videmur;…… alioquin gener- aliter decendum esset, potestatem terrae finire, ubi finitur armorum vis”)(Bynkershoek, De dominio maris, 1702. C. II. in pp. 103—104)。

爾來，從海岸以礮彈所測定之海上距離里數，爲領海之界限，已爲一般所公認。而平刻斯胡克之提案，不但足爲一國立法之根據，且如一八八二年「北海漁業條約」(North Sea Fisheries Convention, 1882) (Hertslet, Collection of Treaties. Vol. XV. p. 795) 之國際的大文書亦加以採用。近時，雖曾幾次有人主張擴張此種限界(Cf. British State Papers, North America, United States, 1864. LXII. pp. 19—29; Wharton, A Digest of the international Law of the United States, 1886. ss. 32, 327)，然『三哩限界之規則』(Rule of the three-miles limit)，爲近世國際法之一部分，殘存迄今，尙占勢力。是則平刻斯胡克『陸上之權利，以武力之盡頭爲盡頭』(“Terrae dominium finitur ubi finitur armorum vis.”) 一語，將爲領海界限之原則而永爲國際法上之寵兒矣。

(二) 公使之法律上的地位

在平刻斯胡克於一七二一年著成其『公使之義務』(De foro legatorum, 1721) 一書之時代，關於公使之法律上的身分問題之見解，主張不一，未嘗一致。其主要之討論點，爲公使之不可侵權及獨立之二者。

不可侵權之原則，在理論上已爲一般所承認，且已爲一般之慣行。在薩拉森(Saracens) 戰爭中，卽已有一種派遣敵使之慣行。但在第十三世紀，此種派遣敵使之制度，與其認之爲

法律的意義之承認，毋寧認之爲以雙方之約定與遵守此種約定之德義上的義務爲其立腳點者也（*Cf. Joinville, Histoire de Saint-Louis, 1809. C. L. XXI*）。公使之獨立，未易爲世所公認。某某學者等曾因崇拜古羅馬法律學者等關於使節（*Legati*）之權威主張，而反對公使之責任免除（*Immunity*）權。但平刻斯胡克則以爲兩者之職務不同，不能相互類推者也（*Bynkershoek, De foro legatorum. 1720. C. 1*）。其後，乃設定一種治外法權（*Exterritoriality*）的擬制，以爲對於代表主權之公使，於地方發生變亂時之保護策（*Pradier-Fodéré, Cours de droit diplomatique, 2^{ed} (1881). T. I. p. 272; Rolin-Jacquemyns, Consultation dans l'affaire Arnim, p. 123*）。但此種治外法權，在好久時期內，未嘗及於公使之隨員及從僕（*Pillet, Le droit international public, ses éléments Constitutifs, 1894. p. 13; Revue général de droit international public. T. VIII. (1901), p. 493*）。

一五七六年彼爾·愛勞爾（*Pierre Ayrault*）依據法律及事實之理由，曾創公使之刑事上外國裁判管轄免除之主張（*Pierre Ayrault, L'ordre, formalité et instruction judiciaire, 1720. Lib. I. Pt. IV. S. 12*）。又貞提利斯及弗朗沙·俄特曼（*François Hotman 1524—1590*）。則對於公使對駐劄國之主權者之陰謀問題，更有詳細之論述。此兩法學者均爲在西班牙公使同·柏那丹·得·門多薩（*Don Bernardin de Mendoza*）對英國女王依利薩伯企圖陰謀之著名事件中，受英國官憲之諮詢者也。當時英國即命令門多薩退出英國，且曾另派委員赴西班牙說明對

於處置門多薩之苦衷者 (Walker, op. Cit. Vol. I. §. 98)。

格老秀斯亦曾主張公使及其隨員，依各國默認之同意，得不立於外國裁判權之下。然一六五三年之以殺人罪而受審問，且判決有罪而處刑之同·蓬塔雷翁·薩 (Don Pantaleon Sa) (英國駐劄葡萄牙公使之兄弟) 事件，即以其係公使之隨員為理由，裁判所拒絕其裁判管轄權免除之請求者也。當時，為裁判官之一人之理查·蘇契，曾同意於此項判決者 (Zouche, *Solutio questionis veteris et novae de legati delinquentis iudice competente* 1657)。威克福特所著『公使與其義務』 (A. van Wicquefort, *L'ambassadeur et ses fonctions*, 1679)，僅為一種實例之纂輯而已。學說之系統的敘述，與自所供與之事實組成原則之一大功，尙有待於平刻斯胡克，始克告成。平刻斯胡克乃能立即抓住法律與政治之根本的區別，而以『凡可認之為與國際法有區別之問題，即屬於政治』 (‘‘*Quod iterum prudentiae politicae est, cujus causam a jure gentium semper distinguendum esse reor.*’’) 一語道破之 (Bynkershoek, *De foro legatorum*, 1721. C. II. p. 156)。

平刻斯胡克斷定一切公使，不問其稱號等級如何，其家族，奴僕，及隨員，均享有與公使同等保護之權利，且曾對己國政府之行動，常不依此原則而加以批評。民事裁判所之權能，對人則依其住所，對財產則依其物件所在地法 (*Lex rei sitae*) 為其所及範圍。平刻斯胡克在其所主張雖為國王，亦當處於與普通國民同一之地位一點言之，及與希利格盧斯 (Hiligerus) 之說相

同者。惟平刻斯胡克復主張爲滿足正當之請求計，不妨將其財產加以扣押，惟公使之物品所可扣押者，則於供公使及其家族個人使用之家事物品之外，以公使在公務資格上所不必要之物品爲限 (Bynkershoek, *De foro legatorum*, 1721. C. XVI.). 關於商事交易上之公使，則其對於爲該商事交易之結果之債務，應負其責任，乃與普通商人相同者 (Ibid.; C. XIV. ii. p. 141)。但雖在此種場合，仍應推獎實行外交上之手續者也。

平刻斯胡克與威克福特不同，主張一國之國民而爲駐劄己國之他國公使者，不得享有免除任何責任之權利，此無非爲平刻斯胡克之根本原則之論理的結果而已。

對於刑事裁判管轄問題，則於對個人之犯罪與對國家之犯罪之間，設有一定之區別。平刻斯胡克於考察「同·蓬塔雷翁·薩事件」(一六五三年) (Case Don Pantaleon (ca. 1653) 後 (Ibid.; CC. XVII, XVIII, XIX)，曾謂可爲依據者惟一般慣行而已，相反之先例頗不充份也。外國裁判所，雖不得審理并處罰公使，但在其對國家犯罪時，則從第十七世紀及第十八世紀之慣例，可加以逮捕，審問，若認爲有罪，又可驅逐之者也 (Ibid.; C. XVII. II. p. 147; Walker, *op. Cit.* Vol. I. P. 179; Mahon, *History of England*, 1713—1783. Vol. I. p. 389 De Martens, *Causés célèbres de droit des gens*. 2. éd. (1858—1861). T. I. p. 139)。依據「承認，可使無權限之裁判所成爲有權限」之羅馬法以來之一原則，公使若經其己國主權者之承諾，可拋棄其移送 (Renvoi) 或其他責任免除之特權，而服從外國之裁判權。公使之住屋，

有與其身體同樣程度之不可侵權 (Politis, *Revue générale de droit international public*. F. III. (1897). p. 694), 但不得爲犯罪者之藏匿所 (Bynkershoek, *De foro legatorum*, 1721. C. XXI. ii. p. 152)。最後，更論述禁止第三國對公使行使一切復仇 (Reprisal) 或報復手段 (Retorsion)。但國家對於加非行於己國公使者，可行使復仇手段者也。

在『諸學說史』(De rebus variis argumenti) 之第七章中，曾論及有反秘密訓令之公使行爲，足以拘束其主權者否之問題。國際條約與私契約之間無嚴格的類同之一事實。乃爲另一問題；凡有成爲大問題之可能性者，則除訓令全部已包括於公開之全權中者外，必須經主權者之批准，爲當時一般之慣行。然平刻斯胡克則以爲若公使超越是等訓令，或依其他方法，明明行使其越權行爲時，則主權者不受其拘束。惟該行爲若係在主權者已知之權限範圍內，公使僅超越秘密訓令而已時，則主權者，當受其拘束者也。此學說，已爲近世諸學者所贊同 (Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*. Nouv. éd. (1874). §. 142; Phillimore, *Commentaries upon international Law*. 3. ed. (1879—1889), Vol. II. C. L. II; Hefter, *Le droit international de l'Europe*. 4. éd. (1883). §. 87)。

(三) 戰時法

平刻斯胡克之『戰爭史』(De rebus bellicis)，並未將戰時法爲概括的論究，僅將極重要

之諸問題爲徹底的且實際的敘述。平刻斯胡克之目的，並不在於效法格老秀斯及浦芬多夫從事於法典之編纂，惟在提供緊要問題之解決法而已。平刻斯胡克對於通商問題及海事問題，尤以中立者與交戰者之關係問題等之研究，實較當時所有研究是項問題之著作，更爲徹底，更爲有根據而與實際上慣行相接近，且爲條理整然之觀念，與法律家的政治家的老練功夫所合成，此固非過言也。

第十八世紀之哲學的著述家之傾向，均在使交戰者負更多之義務，課戰鬥權以某種限制者也。然該世紀之實際的慣行，則適與之相反。平刻斯胡克亦係傾向於當時著述家之嚴酷的態度者。凡爲正義之戰鬥，爲迅速且有效到達所期之目的計，儘可使用一切戰鬥手段。正義爲戰爭之要素；寬大乃偶發之感情。『正義在一切戰爭中均爲必要；反之，寬大乃純粹發自意思者也』（“*Justitia in bello omnino necessaria est, animi vero magnitudo a mera voluntate profiscitur*”）（*Bynkershoek, Quaestionum juris publici. De rebus bellicis, 1737. C. I. ii. p. 164*）。

人道、仁慈、敬虔、及其他寬大之德性，固爲可貴，然不能在法律上主張之（*Ibid.*; C. III, ii. p. 167）。「正理」（平刻斯胡克往往以自然之論理的嚴酷與公平之意義使用之）乃許可對敵使用除不信外之一切手段者（*Ibid.*; C. I. ii. p. 163）。此即平刻斯胡克決定下列戰爭定義之所以也：『戰爭爲具有獲取自己之權利之實力者，以暴力或詭計所行之鬭爭也』（“*Bellum est*

eorum, qui suae potestatis sunt, juris sui persequendi ergo, concertatio per vim vel dolum.”) (Ibid.; C. I. ii. p. 163)。此種定義之主要缺點，乃在於輕視爲格老秀斯所已主張 (Grotius, De iure belli ac pacis 1625. Lib. I. C. i. §. 2. n. 1) 「戰爭實爲一種狀態，一種形勢」之一點；且將詭計 (Dolus) 包括在內，亦未免冗贅耳。

格老秀斯認宣戰爲習慣上所必要，平刻斯胡克則引用許多實例，加以論駁，主張宣戰並非必要。但在有相反之特別議定時，不在此限。敵對之開始，通常意義，卽爲通商關係之終止。然爲國民之利益計，亦有就一般的或特定的商品，准許通商者 (Kleyn, Lois et usages de la neutralité, 1900. T. II. p. 227)。故和平與戰爭，不妨並存。『故在一個君主下之兩部分臣民間，有一部分在戰爭，一部分則在和平狀態中者』(“Pro parte sic bellum, pro parte pax erit inter subditos utriusque principis.”) (Bynkershoek, Ibid., C. III. p. 168)。此點從平刻斯胡克之峻嚴的一般學說上觀之，實爲一不可思議之態度。在平刻斯胡克之述作中，常可以發現其某種矛盾。此蓋由於平刻斯胡克一方面係從慣例及習慣爲歸納的推論，他方面復從「正理」爲演繹的推論，故其結論，常常發生齟齬而無法取得調和也。平刻斯胡克之承認戰鬥與通商關係可以同時並存，實可謂爲在說明近世國際公法上極多數的明白矛盾時之一種祕密也 (Cauchy, Le droit maritime international, 1892. p. 60)。

『戰爭權，惟於己國領土、敵之領土、或無主地內得行使之』(“Jure belli adversus hostem

duntaxat utinur in nostro, hostis, aut nullius territorio) (Bynkershoek, *Quaestionum juris publici. De rebus bellicis*, 1737. C. VIII. p. 177)。在中立領土內行使戰爭，即爲對該領土主權者行使戰爭，該主權者得運用防止交戰手段之一切手段，且追還被奪之財產。交戰者不得以戰爭上之必要爲充分之辯解。所謂報復，儘可直接對敵行之，不應侵害中立國。荷蘭總督於一六五二年所發命令，既顧到中立國之危險，復禁止在中立國港灣內發生暴行，頗屬正當。以故在著彈距離內之中立國領海上開始攻擊，固屬不法，但在他處開始攻擊，而於『行動正酣時』(“*Dum fervet opus*”)，爲追擊敵艦而行抵中立國之管轄海內，應許可之，惟以不妨害中立國之利益爲條件 (Ibid.; C. III. i. p. 178)。然此種附以條件之見解，未得平刻斯胡克之同時代人之公認，平刻斯胡克自己亦所承認者。

平刻斯胡克對於戰爭中之私有財產問題，曾設有一般的規則——『有敵性之物品，不問其爲何物，均可立即沒收之，但若沒收該物，於敵有利，於我有害者，則該物即屬於敵』 (“*Quaecumque hostium sunt, recte capimus, ex autem bona pars sunt imperii hostilis, quaeque ito hosti, prodesse, nobis nocere possunt*”)。在敵國領土上之中立國民，不妨以敵視之。其所有品，若已爲敵所奪取者，可加以沒收也。平刻斯胡克對於在戰爭狀態中之私人身體或財產，應受特典之問題，幾毫未注意，但對於敵人對其所虜得之動產或不動產，須有何種條件方可取得財產權，與在何種條件下返還原所有者之問題，曾有相當之論述。彼以爲捕獲，

在事實上尚未獲得財產權，僅有其有條件的財產移轉之效果而已。

平刻斯胡克又以爲格老秀斯之所謂二十四小時正當占有(Just Possession)之規範(Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625. Lib. III. C. VI. s. 3. n. 2)，未必有效(Cf. *Santa Cruz*. 1. C. *Robinson's Admiralty Reports*. 58)。必須將捕獲物搬入安全區域內(*Intra praesidia*)，可以爲有效之防衛，且加以確實之占有，方發生占有之效力。換言之，此問題乃爲一事實的占有之問題，而非爲一隨意規定之時間限制問題也(*Bynkerhoek*, *Quaestionum juris publici. De rebus bellicis*, 1737. C. IV. p. 169)。惟在安全區域內經過二十四小時之占有，可以推定爲正當之占有。約罕內斯·羅塞尼烏斯(*Johannes Loecenius* + 1677)，及以後斯托埃爾爵士(*Lord Stowell*)，色爾·威廉·司各脫(*Sir William Scott* 1745—1836)等均採用同樣之規則。司各脫爵士係引用『空索拉托·得爾·美爾』(*Consolato del mare*)及平刻斯胡克著作中所載之原則者(*Loecenius*, *De iure maritimo et navali*, 1651. Lib. II. C. IV. S. 4; *The Ceylon*, 1811. 1. *Dodson's Admiralty Reports*, 105)者。在各種場合，依特殊事態，上項一般原則，雖可有所變更，然在根本意義上，則以有無防衛捕獲物之能力爲基準者也。

再捕獲後之原狀回復權(*Right of postliminium*)，如敵係用暴力以外之方法占有者，即不適用。不動產之場合，與動產之場合不同。前者如被第二次捕獲，則依原狀回復之原則，復歸原所有者；後者如從敵方再度奪得時，則因再捕獲可與捕獲爲同一有效之移轉，故當歸屬於

再捕獲者。交戰國不妨將在中立港時之敵人財產以之爲戰利品而沒收之。

與此抱同一見解者，爲一七八九年「英國高等海事裁判所」判官斯托埃爾爵士，及英國高等法院全裁判所之主張。但斯托埃爾日後曾發表其與此相異之學說。在北美合衆國(Smart. v. Wolfe. 3. Term Reports, 329)曾依平刻斯胡克之見解，對多種事件下過判決(Cf. Rose v. Himeley, (1808). 4. Cranch's Report. 241; Hudson v. Guestier, (1810). 4. Cranch's Report, 293; Lampredi, Del Commercio dei populi neutrali in tempo di guerra, 1788. Pt. I. s. 14)。此一見解，實與久已確立之歐洲慣例相一致者也。原所有者，須對再捕獲者之犧牲與危險，依公平的評價人之評價，與以報酬。平刻斯胡克對於此點，乃同意於空索拉托·得爾·美爾之規則者。然平刻斯胡克乃以「空索拉托·得爾·美爾」爲主要係「海上法之混合物」(‘Farrago of nautical laws’)者也。若國家之一部分被占領，則全部均可視之爲已被占領，已被占有(Cf. Consolato del Mare C. 287. §. 1136)。但此僅係奪取者方面之意思，且以戰敗之敵已不復有其他部分之保留時爲限者也。

敵之債權(Nomina)及訴權(Actiones)不妨加以沒收。但在戰爭之進行頗溫和，交戰者間仍繼續通商之場合，即所不許。如一五九〇年十月二日及同月二十九日荷蘭總督之命令中所說明，及其以後對於諸事件之批示，即主張敵之追訴或被追訴資格(Persona standi in iudicio)雖已喪失，但在雙方尙承認通商之場合，則爲例外(Bynkershoek, Quaestionum juris publici.

De rebus bellicis, 1737. C. VII. p. 176)。按美李治·得·發泰爾 (Emerich de Vattel 1714—1767) 亦承認此種沒收爲合法，且說明以後尙有更寬大之慣行爲一般所採用 (Vattel, *Le droit des gens*. Nouv. éd. (1863). Lib. III. C. V. §. 77)。然在債權及訴權現實上尙未讓渡與主權者時，債權者之從前的權利，得依原狀回復之原則，與成立和平同時復活。『若經債權者之請求，則債務即須合法履行。若債權者不提出請求，則該權利恰如已死之物，和平一旦回復，亦可如依據原狀回復權時，可認之爲在前債權者之手復活者也』(“*Si exegerit, recte solutum est, si non exegerit pace facta reviviscit jus pristinum creditoris Nomina igitur, non exacta, tempore belli quodammodo intermori videntur, sed per pacem, genere quodam postliminū, ad priorem dominum reverti.*”) (Bynkershoek, *Quaestionum juris publici. De rebus bellicis*, 1737. C. VII. p. 17)。

戰爭前，已國人在敵國享有財產，戰爭中因被本人隱匿，致未沒收時，該財產應復歸於從前之所有者，雖已國國民加以再奪取時，亦不得爲再捕獲者之財產 (Ibid; C. VII. p. 177)。

平刻斯胡克對於在同盟國領土內之原狀回復權問題，曾謂：『凡歸還於自己的主權者之同盟國者，可以歸還於己國者視之，故得享有原狀回復權之資格。此蓋由於同盟國可認之爲與己國爲同一國故也』(“*Qui revertitur ad foederatos, jus postliminū habet, qui ad suam civitatem videtur reversus foederati enim nobiscum unam quodammodo civitatem con-*

stittunt?") (Ibid; C. XV. p. 190)。根據同一理由，爲敵所虜去之我國財產，結局，此財產運入我國之同盟國領土內時，則該財產亦可認之爲已復歸於吾國者 (Ibid; C. XV. p. 191)。關於在中立國領土內之原狀回復權問題，若對因捕獲或征服所發生之交戰國的軍事權，與因與戰爭無關係之契約及其他手續所取得之民事權之區別，不爲適當之注意，則必發生誤解之結果。軍事權，乃以事實上之占有爲基準者，民事權則以權原之普通證明爲基準者。故捕獲者或其代理人將戰利品攜入中立領土，即可不必歸還從前之所有者。此蓋由於其對中立國乃以占有爲軍事權之證據，在此場合，誠如赫提烏斯 (Hertius) 之所云，不能不以事實爲法律故也 (Adnot. ad Pufendorf, De jure naturae et gentium; Grotius, De iure belli ac pacis, 1625. Lib. VIII. C. VI. n. 25)。應用此種原則之結果，若船舶於遭虜捕後逃走，或爲捕獲者或其代理人以外之人，引入中立領土時，則原所有者之民事權得以復活，該船舶當復歸於原所有者。當然，此項原則，在捕獲者之裁判所爲合法沒收時，即不適用，蓋此項沒收，已由軍事權變爲民事權故也。又如平刻斯胡克之所云，此項原則，僅可適用於正規戰爭中之捕虜，如爲海賊所捕虜，則該財產決不移轉仍爲原所有者所有也。至適用於都市及國家之原狀回復權，平刻斯胡克乃同意於格老秀斯之規則者。即：「原狀回復權，與適用於個人者相同，亦得適用於國民全體。故原爲自由之政治團體，由其同盟國以武力從其敵人之權力解放出來時，即回復其自由」是也 (Grotius, De iure belli ac pacis 1625. Lib. III. C. 9. §. 9. n. 1)。

(四) 中立

在古代並無所謂中立之觀念。例如希臘人即是。又無一定之慣行。羅馬人則對非同盟國均以敵國視之。『羅馬人，苟非同盟，即視之爲敵，並無所謂中間之物者也』(“Romanos aut socios aut hostes habeatis oportet, media nulla via est.”) (Livius, *Historiarum libri qui supersunt*. XXXII.)。

中世紀之封建制度，亦係採用同樣之見解者。隨着海上通商及其他國家關係之增進，與殖民地之建設，中立之觀念，乃獲幾分明瞭矣。於是戰爭之目的，爲之一變，而和平乃爲教會所獎勵。『然中立之大原因，畢竟在於利害之有連帶關係及謀維持經濟的秩序之一觀念耳』(“Mais le grand facteur de la neutralité a été surtout un sentiment de solidarité intéressé et d'ordre économique.”) (A. Thonier, *De la notion de Contrebande de guerre*, 1904. p. 9)。

同時，條約及協約，亦開始表現其有力之功效。在第十七世紀之初，一切慣行，至不一定，極易變更。格老秀斯之中立學說，亦爲其著作中最令人不滿之部分，其所說理由多不充分，且常自相矛盾者也。至第十八世紀，中立國之公平義務，與中立國領土之應尊重，始正式爲一般所公認。其後平刻斯胡克與發泰爾乃訂定稍稍完全之中立原則。前者之學說，雖先行於世，然平刻斯胡克係用『非敵』(“Non hostes”)一消極的名詞，以表示中立之意義者，發泰爾則不但

能用比較有意義之『中立』(Neutralité)及『中立者』之名詞，且在某幾點上，實較前者之學說更爲進步也。

關於『中立』一語，希臘學者，係用含有「沉默」，或「中間地位」之意義之語者 (E. Nys, Etudes de droit international public et de droit politique. 2^{me} série, 1901. p. 57)。羅馬學者，則用『中間人』(Medii)，『交友』(Amici)，『和平人』(Pacati)等語者。此在中世紀亦會使用之。在一四〇八年法蘭西國王之布告中，對於羅馬及亞威農(Avisnon)之法王，會使用『中立』(Neutralitas)之一語。其後不久，在日耳曼及瑞士之戰爭中，則會使用『維持和平』(“Stille sitzen”)及『公平』(Unpartyschung)等語者。一四六五年之英、丹條約上，有『禁止戰爭』(“Guerrarum abstinentiae”)之語。至該世紀之末，則『中立』(Neutralität)一語，已爲條約及命令中所常用。「三十年戰爭」中，則有已被日耳曼化之『中立』(Neutralität)一語。意大利之尼科羅·馬基雅弗利(Niccolò di Bernardo dei Machiavelli 1469—1527)，及夫朗徹斯科·歸查提尼(Francesco Guicciardini 1483—1540)均會使用『中立』(Neutralità)一語。法蘭西之哲·菩丹(Jean Bodin 1530—1596)則用『中立』(Neutralité)『中立人』(Neutre)等語者。格老秀斯係沿用羅馬風之『戰爭中止』(Medii in bello)一語者。平刻斯胡克則稱中立者爲『非敵』(“Non hostes”)而下一定義爲『立於中間派者』(“Qui neutrarum partium sunt”)。

平刻斯胡克，雖爲中立法論之一饒將（*E. Nye*, op. Cit. p. 86），然其議論，不爲今日所承認。囂俄·格老秀斯之論法，空漠而貧弱；理查·蘇契則未置重於法律而置重於國家政策；撒母耳·封·浦芬多夫則除有特別條約者外，否認中立者有無障礙通商權。平刻斯胡克與格老秀斯及挨美利治·得·發泰爾不同，彼蓋主張中立國不得依交戰國之正不正而約定加以援助，惟兩交戰國均爲中立國之同盟國，又無其他特別條約規定其關係時，不在此限。在普通原則上，『戰爭之正當與不正當，與共同之友好者無關係也』（“*Belli justitia vel injustitia nihil quicquam pertinet ad Communem amicum*”）（*Bynkershoek, Quaestiones juris publici. De rebus bellicis*, 1737. C. IX. p. 179）。但尙有一僅可適用戰爭前所締結之條約之稀有的例外，即『戰爭一旦勃發……不得對任何友好者爲合法援助之約定，且亦不得加以援助』（“*Bello jam exorto . . . neutri amico auxilia recte vel promittuntur ver mittuntur*”）者是也（*Ibid*; C. IX. p. 180; Cf. Lord Hawkesbury, Discourse on the Conduct of the Government of Great Britain in respect to Neutral Nations, 1794. p. 68）。

屬國或保護國，雖可抵抗宗主國而援助其直接主權者，但不得以武器及兵員援助之（*Bynkershoek, Quaestionum juris publici. De rebus*, 1737. C. IX. p. 187）。

平刻斯胡克明白承認中立國通商之要求，與對於中立國及交戰國間之利害衝突，實有不用外交的而用法律的調停之必要。其基本的準據，即爲「正理」，而非個人的利益。『問題乃在於

正理之如何，而不在於利益之如何』（“De ratione, non de utilitate, omnis disputatio est”）• 而其主要的指導原則，則爲與當時之思想及慣行極相接近者，即：使中立國負援助甲交戰國而無害於乙交戰國之義務『若予爲中立者，則不得害乙而與甲以利益』（“Si medius sim, alteri non possum prodesse, ut alteri noceam”）。與此相對者，即：使交戰國與中立國以無害其和平通商之權利——『使不爲不正行爲者遭受損害，實爲不合法者』（“Qui injuriam non fecit non recte patitur”）。

在平刻斯胡克之所視爲成問題者，主要爲軍事補助費及材料之供給。至於在中立國領土內募集軍隊，如無特別法律或宣言者，不加禁止。此點平刻斯胡克與格老秀斯、佛爾夫及其他同時代之公論家及當時之慣行，均爲一致者也。兵員募集權（Right of recruiting），往往爲條約所許可，例如一六五六年之英吉利、瑞典間之條約即是也（J. Dumont, Corps universel diplomatique du droit des gens' 1726—1731. T. VI. ii. 3, T. VI. ii. 125）。

（五） 戰時禁制品

古代羅馬之諸皇帝，曾禁止與野蠻人爲某種物品，如武器，鐵等之通商。又，其後，諸羅馬法王，則禁止與異教徒爲武器及軍需品之貿易（Merces hanno interdictae）。主權者握有編成戰時禁制品表，且可加以自由變更之權利。但因商業之發達，對於戰時禁制品之觀念，漸趨

明瞭，爲中立者之和平通商計，種種條約於以產生。一六五九年之庇里尼斯 (Pyrenees) 條約第二條，則將戰時禁制品——例如與戰爭有直接關係之物品及硝石，馬鞍——明白列記，而於第十三條中，宣言食料品及其他生活必需品可以自由貿易者。又一七一三年之「烏得勒支」(Utrecht) 條約「第十九條亦列舉馬，馬具，戰爭之武器及器具等爲戰時禁制品。食料品，則在一六〇三年之英，法條約，一六一三年之瑞典，漢撒同盟 (The Hanseatic League) 都市條約，一六二五年之英國，漢撒同盟都市條約，一六五四年之英國聯合州條約中，均宣布爲戰時禁制品者，然一六五五年之路易第十四世，漢撒同盟都市條約，一六五九年之庇里尼斯條約，一七一三年之烏得勒支條約，及一七八六年之凡爾賽 (Versailles) 條約，則將其除外者也。第十八世紀之學者，亦如對於慣行之依時代不同而各異其說。故德國法官約罕·哥特利柏·海內克 (Johann Gottlieb Heineke (Heinecius) 1681—1741) 在其所著『船舶論』 (De navebus of vecturam vetitatum mercium commissis, 1721. XIV) 中，不僅武器、彈藥、硝石、及馬，卽連鋼具、帆、其他海軍用品，亦均認爲戰時禁止品，餘如食料品，亦包括在內。

平刻斯胡克則引用格老秀斯之物品三分類——(一)在戰爭之目的上有用處者，(二)並無如此有用者，(三)戰時或平時可以使用者——對於(一)(二)二類無異議；對於(三)類，格老秀斯係規定拿捕者須負日後返還之義務，惟在必要場合，准許橫奪『可疑之物品，或臨時使用之物品』 (Res ancipitis vel promiscui usus) 者，平刻斯胡克則以爲該所謂必要之判斷者爲誰，

頗難確定，乃謂：『必要之提出極爲容易，必要之判斷者，究屬何人？』（“... quis arbiter erit ejus necessitatis, nam facillimum est eam praetexere”），而說明不但以己國之人爲判斷者，固爲違法，卽格老秀斯之此種區別，亦非萬國慣例所贊同，乃發表其自己之定義：『戰時禁止品，爲戰爭上之特殊用品，戰爭外是否可以使用，乃不成問題者』（“Contrabanda dici, quae uti sunt, bello apta esse possunt, nec quicquam interesse an et extra bellum usum praebent”）（*Bynkershoek, Quaestionum juris publici. De rebus bellicis, 1737. C. X.*）。且曾發一「製造戰時品之材料，豈亦可爲戰時禁制品耶」？之反問。

理查·蘇契係傾向於積極說者（*Zouche, De jurenaturali et gentium 1650. Part II. s. 8. quest. 8.*），然平刻斯胡克則論謂：「正理」與慣例，常表示相反之方向——「予不採取此說，何則，正理與實例，常導予於相反之方向故也」（“Ego non essem, quia ratio et exempla me moveant in contrarium”）（*Bynkershoek, Quaestionum juris publici. De rebus bellicis 1737. C. X. p. 182.*）。若此種材料，悉加禁止，則戰時禁止品目錄，將成異常巨冊，結局必至全部通商被禁止矣（*Ibid; C. X. II, p. 182.*）。然某種物品，不因其固有之性質，而係依其他特別事態——例如鞍，鎗袋等以有多量必要爲理由——以之爲戰時禁止品，固屬無妨；又某種物品——例如在敵受包圍時之食料品（*Ibid; C. IX. p. 180.*），或普通爲敵之戰爭繼續上必要之物品——以苟加禁止，可使戰爭及早告終之豫想關係，亦不妨以之爲戰時禁制品者也。

平刻斯胡克以爲此二種例外，乃與一六五二年十二月五日荷蘭總督對英國所發之命令，及一六五七年十二月二十一日對葡萄牙所發之命令相一致者。至一六六七年五月六日對瑞典所發命令。則連原來不適用於戰爭目的之材料，或爲不知其是否適用於此項目的之物品，亦加以禁止者，以其有特別理由，即該命令中所表明之行使報復權故也。理查·蘇契曾謂當英國與西班牙間發生煙草爭論時，西班牙以煙草或可用以保存食料，故主張不妨列入戰利品；平刻斯胡克則謂煙草於消滅敵人作戰能力上毫無效益，故否認西班牙之行動。平刻斯胡克之意向，在於明定戰時禁制品之確實的限制規則。然平刻斯胡克明知此種規則，有與己國之慣行與歐洲諸國之慣行相背反處，乃從是項慣例與條約之詳細規定上，定下某種例外的規則。此種例外的規則，不會將其自己之根本原則的力量毀滅殆盡矣。惟是戰時禁制品問題，其後實曾遭逢重大之難關，雖至今日，亦尙未有一致之見解。一七八〇年及一八〇〇年之第一、第二武裝中立，曾努力於限制可以視爲戰時禁制品之種類，結果仍歸失敗。又一八五六年四月之『巴黎宣言』(Déclaration de Paris)，雖曾使用『戰時禁制品』(Contrebande)之名詞，但未下一明確之定義。

關於處理運送戰時禁制品之船舶問題，平刻斯胡克對於荷蘭各種命令中所宣布的規則，與自威斯特發里亞(Westphalia)和平條約起至烏得勒支條約止之期間內所訂之一切條約上所規定之規則，均加以反對。是等條約中所規定者，僅限於戰時禁制品可以沒收，運送此種物品之船舶則應放免之。平刻斯胡克之學說，係羅馬法之應用(Digesta. III. Tit. IV)，且爲多數後

進法學者所採取。其主旨爲船舶所有者或船長雖未知悉所載貨物之不法性者，該船舶加以扣押，亦爲正當。又所載貨物，若係合法品與戰時禁制品混合在一起，而兩者係屬於同一所有者時，則不妨將全部貨物加以沒收，所有者非同一人時；即甲之不合法行爲，不影響及於乙之合法行爲，此與蘇契所定之規則完全一致者也（Zouche, *De jure naturale et gentium*, 1650. Part II. §. 8. Quest. 13）。一七七八年七月二十六日之法蘭西勅令，規定雖僅戰時禁制品可以沒收，然在戰時禁制品達全船載貨量四分之三時，則可連船舶與全部商品沒收之。一七九四年十一月十九日之英·美條約第十七條，則爲如下之規定：『當船舶由於被認爲有裝載敵之財貨，或運送爲戰時禁制品之物品之正當嫌疑而加以拿捕或抑留時，必須引該船舶入最近且最便之港，若發見其載有敵之財產者，則僅可將屬敵之部分加以沒收，該船舶則應解放之，任其運載剩下之物品爲無障害之續航』。

(六) 封鎖

平刻斯胡克以爲不論任何物品，凡違反法律或條約而運往封鎖地或攻圍地者，均可以戰時禁制品處置之。且照慣例，可處犯罪者以死刑，或依各種情形，課以較輕之刑罰。然在發泰爾時代，則通行更較溫和之政策，對於此種犯罪者雖認之爲敵，然通常僅沒收其物品而已。平刻斯胡克嘗謂報復，僅可對敵行之——報復並不對共同之友好者行之，對並不與我以損害者，無

報復之可言】(“Retorsio non est nisi adversus eum qui ipse damni quid dedit, ac deinde patitur, non vero adversus communem amicum.”)(Bynkershoek, *quaestionum juris publici. De rebus bellicis*, 1737. C. IV)。然至今日則凡加損害於中立者者，亦可依據對敵所行使之報復原則加以報復，並非不正當矣。此為荷蘭總督對西班牙人所下命令中所採用之見解也。

平刻斯胡克曾考查一六三〇年六月二十六日之荷蘭命令，演繹其何種船舶可加拿捕之規則。該命令，實為規定封鎖問題之最初有秩序的國家法制。『以規定為西班牙所支配之法蘭德(Flandre)諸港之封鎖問題為目的，而於獨立前即已公布之一六三〇年六月二十六日之荷蘭命令，可認之為近世封鎖上之最初的國家法制，此實為最初的明定之規則』(R. Kleen, *Lois et usages de la neutralité*, 1898—1900. T. I. p. 343)。

以故左列船舶，可加以拿捕，且沒收者：

(一)十分接近封鎖港，明白表示將欲駛入之意思之船舶。但因天候不良被迫使然者，不在此限。

(二)雖封鎖港雖遠，但觀其所攜帶之文書，可知其欲入港之意思之船舶。惟在該船舶未為犯罪行為時，自動變更其針路者，不在此限。

(三)雖在遠離之地點，然係從封鎖港駛出之船舶；且其當初之駛入該港，並非因天候不

良，有不得已情狀者。但該船舶如於離去該港後，向己國港灣或中立港灣航行，不在此限。惟該船舶於駛出封鎖港後，雖駛向己國港灣或其他港灣，然其後仍從該港灣駛出，而出現於公海時，即可處以沒收。

平刻斯胡克一面承認是項規則之嚴酷，一面復以為在適當情狀之下，此種嚴酷，不妨加以緩和。事實上，已漸趨緩和矣。『然而人既不同，則意見相異，亦何所妨？』（“Sed mutatis hominibus sententias mutari quid obstat?”）（*Bynkershoek, quaestionum juris publici. De rebus bellicis*, 1737. C. XI. p. 185）。平刻斯胡克更明言上述命令，乃為維持封鎖而厲行者。但對於以布告所為之封鎖或『紙上封鎖』（*Paper blockade*），亦可對中立通商加以合法之限制之問題，則無何提言。在第十七世紀中之實際慣行，至不一定，各國常為自利之要求所變更。平刻斯胡克亦係否認己國行為有矛盾者。

（七） 敵船上之中立貨物

平刻斯胡克對於在敵船上之中立貨物，與在中立船上之敵貨物二種事態，曾以較前寬大，且往往與荷蘭政策相反之態度加以考察。在平刻斯胡克之著作時代，曾發生過三種制度（*Cf. J. Delpech, “Bynkershoek.” Les fondateurs du droit international. 1904. pp. 358—446; Thonier, De la notion de contrebande de guerre, 1904. p. 77*）。

(一)第十六世紀爲一六八一年及一七〇四年之法蘭西命令所代表之『敵性感染說』(The doctrine of hostile infection)——依此學說，則不論用任何方法，凡與敵之貨物或船舶有關係之船舶及貨物，均可沒收之。

(二)『空索拉托·得爾·美爾』(Consolato del mare suum cuique)之規則——依此規則，則可加拿捕之物，僅限於爲敵之財產之船舶或貨物，中立船舶，未必可以中立領土視之。

(三)烏得勒支(Utrecht)條約之規則——其原則，船舶爲自由則貨物亦爲自由，船舶爲敵則貨物亦爲敵。換言之，自由或沒收，全視運送船舶之國籍如何而決定者也。

平刻斯胡克不贊成「烏得勒支條約」之規則，主張一二特別條約，未必即可視爲國際法之根據。沒收在敵船上之中立貨物之規則，實有反「正理」者。無論如何看法，該貨物之屬於敵，正如格老秀斯之所唱道，無非爲一種推定而已。該貨物，即使物主明知該船爲敵船者，亦不可加以沒收。爲實際上所需要之規範，乃「予將貨物裝上船舶時，有害汝之意思否」？之一根本的觀察點也。敵船上之商品之所有者，究竟已經明知戰爭與否，卽已明知，然對於自己的行爲合法與否，——凡此微細之問題，法律的巧智或可指示明白，然與純粹之常識多不一致者也。

『然是等問題，在學者固爲頗饒興趣之問題，而在無學問之通常人，則常引爲惱恨者也』(Sed hae sunt pragmaticorum lantitiae, quibus indoctum vulgus excipiunt.) (Bynkershoek, quaestionum juris publici. De rebus bellicis, 1737. C. XIII. p. 187)。

平刻斯胡克之說，大致與『空索拉托·得爾·美爾』相一致者。依『空索拉托·得爾·美爾』，則敵船固可拿捕，然在敵船上之中立貨物，非還給其所有者不可。平刻斯胡克學說之不同點，乃在於主張該船舶若被送入拿捕者之港灣，即不得請求運賃是也（*Ibid*; p. 188; Cf. Heineccius, *De navibus of vecturam vetitarum mercium commissis*, 1721. C. II. §. IX）。

關於在中立船上之敵貨問題，平刻斯胡克係反對『敵性感染說』，而同意於『空索拉托·得爾·美爾』之原則者。敵之貨物，固可沒收，中立船舶，非解放不可。但船舶所有者，如明知該項貨物為戰時禁制品時，當然不在此限。彼又付與交戰國以臨檢搜查權。將船舶加以扣留，不但可依其被推定為詐欺之國旗，且可依其船內之文書，以確定該船舶果為中立船舶否？船舶內隱匿有敵之財產否？均為合法者也（*Bynkershoek, quaestionum juris publici. De rebus bellicis*, 1737. C. XIV. pp. 188—189）。換言之，中立國人苟不因運送物品本身可被拿捕之敵之貨物而違反國際法者，則該中立船舶應受解放。然運送戰時禁制品，乃為惡意之犯罪，故船舶亦可與戰時禁制品同加沒收者也。

關於私掠船（*Privater*）（戰時受政府命令拿捕敵船之私人船舶）問題，平刻斯胡克之見解，較格老秀斯及貞提利斯更為苛刻。然對視交戰者之權利較重於中立者之權利，因而唱道『必要』說者，亦曾加以辯駁。私掠船在行使其不法之拿捕時，若係出自船長之越權行動者，則船長固

應負損害賠償之責任，然若船長係根據其正式權限而行動者，則不問船長有否不誠實或不熟練之情狀與否，船舶所有者，對全部損害負賠償責任。船舶所有者，若並不以拿捕為目的而委任船長者，則不負責任。船舶雖非私掠船，即未受政府委任，然依船舶所有者之命令行使拿捕時，亦可適用與正規之私掠船同一之規則。未受委任之船舶，受敵攻擊，而將敵之船舶捕獲者，該捕獲物歸為拿捕者之船長所有。——『捕獲物，如非依他人之提案及委任者，當然為拿捕者之物也明矣』（“... Constat praedam quicumque cepit, solius capientis esse, nisi ex praepositione et mandato alicujus cepit.”）（*Ibid*; C. XX. p. 199）。此蓋適用關於本人及代理人之一般學說者也。一隻以上之武裝私船舉行拿捕，其他私船當場不加應援時，捕獲物歸鬪勝敵船者所有。然當軍艦同在現場時，得制定與此不同之法律（*Of. L'Amitie* 6. C. *Robinson's Admiralty Reports*. 261; *The Flore*. 5. C. *Robinson's Admiralty Reports*, 270）。

平刻斯胡克於上述諸問題外，更曾研究二三問題。例如海賊，有遭拿捕之虞之船舶保險（*Bynkershoek, quaestiones juris publici. De rebus bellicis'* 1737. C. XXI.），明明不得執行不當判決之拿捕審檢所之權限，及復仇，根據護照之救濟等是（*Ibid*; C., XXIV.; *Of. Treaty of Rhyswick. Art. 9; Treaty of Utrecht. Art. 16*）。

最後，條理井然之法律家平刻斯胡克之永世不滅之名著——『戰爭史』（*De rebus bellicis*），

乃對於戰爭，與所謂：『光明已被奪去之無形的可怖大怪物』（“*Monstrum horrendum, informe, ingens, Qui lumen ademptum*”）即彼所屢次主張之「國家之正理」，以其賢明之感而爲論結曰：『如果各國政府，向此怪物低頭，常常服從其指揮，而將他國之財產視爲己物，則此後尙欲研究國際公法，而討論其原則，迂愚而已』（*Ibid.*; C. XV. p. 209）。誠然，當此已失光明之「國家之正理」即可怖之無形大怪物橫行於世時，尙何國際公法之足云。

結論

平刻斯胡克實爲使查理·蘇契等之「人定法學派」(Positivists, Positive School)，即尊重爲歐洲國際法之淵源之國民的習慣及條約之學派益趨強固之一人，可以稱之爲與德國法曹約罕·雅各·墨塞耳(Johann Jacob Moser 1701—1785)及佐治·夫利德利赫·封·馬爾頓斯(Georg Friedrich von Martens 1755—1821)同爲「第十八世紀之「人定法學派」三巨頭」(“The three leading positivists of the eighteenth century”)者也(Amos A. Hershey, *The Essentials of international public Law and Organisation*. Revised ed (1927). p. 74)。

平刻斯胡克已如上述，自一七〇二年至一七三七年之間，著有爲國際公法論之(一)『海洋領有論』(De dominio maris, 1702)、(二)『公使之職務』(De foro legatorum, 1720)、(三)『公法問題』(Quaestiones juris publici, 1737)之三大名著，雖不會有關於國際公法全體之著作，然仍不失爲國際公法學界之第一流學者。美國法曹亨利·惠吞(Henry Wheaton 1785—1848)在其所著『歐美國際法史』(History of the Law of nations in Europe and America from the earliest Times to the Treaty of Washington, 1842)中，稱讚平刻斯胡克爲『對於中立國民及交戰國民間之海商事項，爲國際公法之批判的系統的說明之最初之學者』(“The first writer who has entered into a critical and systematic exposition of the Law

of Nations on the subject of maritime Commerce between neutral and belligerent nations'') (Wheaton, History of the Law of Nations in Europe and America from the earliest Times to the Treaty of Washington, 1842. p. 193) 說。

平刻斯胡克，乃以「正理」代替從來學者之所謂自然法者，已如前述。彼蓋以「正理」與慣例爲國際公法之二大淵源者也 (Bynkershoek' *Quaestionum juris publici De rebus bellicis*, 1737. C. X)。然彼仍以條約及國際的慣例，就中尤以明白之慣例，爲國際公法之最重要的淵源，且欲以之完成其對於所謂『歐羅巴萬民習慣』 (Mores gentium europae arum) 之解說者。誠以永久的習慣，乃體現「正理」之訓義，且所以代表諸國民，各時代之綜合的正理者也。以故此種習慣，恰與以相互之承認爲基礎，乃能課諸國人民以相互之義務 (Bynkershoek, *De foro legatorum*, 1720. C. III. §. 10)。之一理論相者在此一意義上，稱平刻斯胡克爲『近世國際法學派之先驅』，洵非過言也。

(七)『國際公法之實際的說明者』埃美利治·得·發泰爾

(Emerich (Emer) de Vattel 1714—1767)



得·發泰爾之肖像

LE DROIT DES GENS.

OU
PRINCIPES DE LA
LOI NATURELLE,

*Appliqués à la conduite & aux affaires des
Nations & des Souverains.*

PAR M. DE VATTEL.

*Nil est enim illi principi Deo, qui omnem hunc mundum regit, quod
quidem in terris fit, receptius, quam concilia cœtusque hominum
jure sociati, que Civitates appellantur. CICER. *Sena. Scipion.**

TOME I.

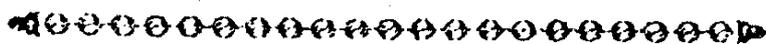


A LONDRES.

M. DCC. LVIII

得・發泰爾「國際法」扉頁

LE DROIT DES GENS.



PRELIMINAIRES

Idee & Principes généraux du Droit des Gens.



LES NATIONS, ou Etats font des Corps §. 1. Ce que c'est qu'une Nation, ou un Etat.
Politiques, des Sociétés d'hommes unis ensemble pour procurer leur salut & leur avantage, à fortes réunies.

Une pareille société a ses affaires & ses intérêts, elle délibère & prend §. 2. Elle est une personne morale.
des résolutions en commun; & par là elle devient une Personne morale, qui a son Entendement & sa Volonté propre, & qui est capable d'Obligations & de Droits.

C'est à établir solidement les Obligations & les Droits §. 1. Définition du Droit des Gens.
des Nations, que cet Ouvrage est destiné. Le Droit des Gens est la science du Droit qui a lieu entre les Nations, ou Etats, & des Obligations qui répondent à ce Droit.

On verra dans ce Traité de quelle maniere les Etats, comme tels, doivent régler toutes leurs actions. Nous pèserons les Obligations d'un Peuple, tant envers lui-même, qu'envers les autres, & nous découvrirons par cela même les Droits qui résultent de ces Obligations. Car le Droit n'étant autre chose que la faculté de faire ce qui est morale-

A ment

緒言

英國法曹色爾·約瑟·威廉·契提(Sir Joseph William Chitty 1776—1841)於一八三四
年辭退其繁忙之裁判職務後，為幾將忘懷於戰爭慘禍之當時社會，曾從事於瑞士法曹埃美利治
·得·發泰爾(Emerich de Vattel 1714—1767)所著『國際法一名適用於國民及君主之行動
及事務上之自然法的原則』(Le droit des gens. Ou principes de la lois naturelle, appliqués
à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, 2. Vols. 1758)之英譯匿名版
之再發刊，以實其一部分之餘暇。本英譯本之第一版，係於一七六〇年出版，由美國法曹威廉
·科培特(William Cobbett 1762—1835)於一七九七年加以充分之校訂者。

契提之目的，特別在於顯揚發泰爾之著作，直接影響及於拿破侖戰爭及亞美利加戰爭後所
發生之許多法律問題之解決之一點。契提實不僅以之為名著而加以推獎者，蓋以該書之道德的
見解，特別投合於為英國法曹界所未曾有之此種學術的辯論家之意故也。以故契提在其序文
中，曾有『精讀本書者，可以獲得最高情操之知識，且可獲得較之從來得自他書者更為重要之
見聞。吾人之此種認識，當無間言』之斷語。實則，契提不但認發泰爾之著作為主權者及政治
家應讀之書物，且欲認之為含有教育者之道德的指針作用者也。彼曾謂：

『本書之單適合於主權者及政治家之研究，固爲一般人所共知，關於此點，在著者之優秀的序文中，亦已將本書之最大重要性有所指示矣。然本書實尙有其『無限大之實用』(Infinitely more extended utility)，蓋係以無論個人或國家，均應遵守，且應實行之道德、原則、及行爲之規範之實際的蒐錄爲其內容故也。凡是諸項，對於一切人類之幸福，與其終局的恆久的利益，實爲最實際的重要事也。以故受過高等教育之紳士，非鼓勵最善之道德的原則不可之青年，固應研究本書；卽在各大學，在社會下層以外之各階級，亦無不應熟讀本書者也』。

惟契提之此種誇大的推獎，不無與此大法律家之期待有柄鑿之處，爲足惜耳。吾人當於以次諸章，詳細敘述此爲契提如是重視之一大國際法學家發泰爾之學說與身世，以明其與近世國際法學界之關係。

一 發泰爾之略歷

埃美利治·得·發泰爾(Emeric de Vattel 1714—1767)之父，爲「改革教會」(Reformed Church)之牧師大衛·得·發泰爾(David de Vattel)，其母則爲普魯士財政部官吏之女馬利·得·蒙摩林(Marie de Montmolin)。一七一四年四月二十五日生於瑞士納沙泰爾(Neuchâtel)侯國之庫佛特(Couvret)。對於哲學問題，夙有興趣。乃在巴塞爾(Basel)大學與其他學科同時學習。其後轉學日內瓦大學，專攻倫理學。發泰爾爲威廉·來布尼茲(Wilhelm Leibnitz 1646—1716)及克利斯興·佛爾夫(Christian Wolff 1679—1754)之熱誠的學徒，反對瑞士哲學者哲·彼爾·得·克羅薩斯(Jean Pierre de Crousaz 1663—1748)，而出版其所著擁護并介紹來布尼茲之態度明快的要綱，并以獻諸普魯士之國王夫利德利赫二世(大王)(Friedrich II.) (一七四〇——一七八六年在位)，遂於一七四二年爲出仕於普王而赴柏林。後因爲王所叱罵，乃赴德勒斯頓(Dresden)。即在此處，其大材始爲薩克森(Sachsen)國之總理大臣亨利克·布律爾伯(Graf von Heinrich Brühl 1700—1763)所賞識，此未來之法律家，乃被任爲外交官，曾以其無比之國際公法及條約史之知識，盡其極重要之任務者也。嗣後，發泰爾曾歸其故里納沙泰爾者數年。一七四六年重赴德勒斯頓，即被國王奧古斯都第三世(Augustus III) (一七五八年歿)任命爲大使館參事。翌年以特命全權公使派赴百倫(Berlin)。發泰爾久已執筆寫其名著

『國際法』(Le droit de gens. Ou principes de la loi naturelle etc. 1758)，然其完成，乃在其在百倫擔任其本性所好，且亦爲其先天的適任之外交官時代也。又在此期間，發泰爾復會廣寫其哲學及文學之文章，仔細考查自然權之全理論，且曾爲興趣所動，發表其二三詩章焉。

發泰爾於一七五八年歸德勒斯頓，被任爲樞密顧問官，而爲政府之外務顧問長。是年，其著作『國際法』在納沙泰爾付印，封面上，則以倫敦(London)(來丁(Leyden)之誤)之地名而發行者。其第二版，卽於是年具「來丁」(Leyden)之地名而印刷出版。一七六二年發泰爾出版其最後著作『自然法之諸問題與佛爾夫男爵所著自然法論之觀察』(Questions de droit naturel et observations sur le traité du droit de la nature de M. le Baron de Wolf. 1762)。最重要之本書，係於其出版之數年前所寫作，而其材料，則於著述『國際法』時所搜集者也，此外。爲發泰爾之著作殆可無疑者，有於一七五七年與一七五八年在法蘭克福(Frankfurt)及來比錫(Leipzig)同時出版之三卷。此爲在歷史的典據上非常重要之作品，均係集合『荷蘭觀察者』(Un observateur Hollandois)之論文而成者。其第一卷(一七五七年)名『現代史補錄』(Mémoires pour servir à l'histoire de notae temps, par l'Observateur Hollandois, rédigez et augmentez par M. D. V. 1759)。『阿克吞爵士書庫目錄』(Lord Acton Library Catalogue)將該書名略寫爲(M. D. V.)，卽所以暗示『得·發泰爾先生』(“Monsieur de Vattel”)之意者，吾人苟一注意其序文與註解，則此一暗示之用意，自可明白

矣。序文之次，載有一篇法律家斯特勒布之『論戰爭之理由』(Strube, Dissertation sur la raison de la guerre)一文，此係發泰爾單為記載而選錄者。發泰爾之序文，實為一篇可以驚嘆之文章，其內容係主張組織一個任何一國不得握有霸權之『歐羅巴合衆國』(A United States of Europe)者。本卷中，計收錄論文達二十篇。第二卷名『現代史補錄——尤以關於英法戰爭方面者』(Mémoires pour servir à l'histoire de notre temps, par rapport à la Guerre Anglo-Gallicane, par l'Observateur Hollandois, rédigé et augmenté par M. D. V. 1757)。第三卷名『現代史補錄——關於歐洲慘戰時之法律及事實』(Mémoires pour servir à l'histoire de notre temps, où l'on déduit historiquement le droit et le fait de la guerre sanglante qui trouble actuellement toute l'Europe, par l'Observateur Hollandois, rédigé et augmenté par M. D. V. 1758)。一七六二年以降，發泰爾由於擔任薩克森國朝廷之官職，與獲得家庭生活之新趣味，乃不克從事於法律的著述矣。

發泰爾結婚頗晚，一七六四年一月二十七日，在德勒斯頓，娶移住於薩克森國之法蘭西貴族馬利安·得·徹斯納(Marianne de Chesne)為室。一七六五年一月三十一日，舉一男，但距結婚未四年，夫人即告病歿。發泰爾自己，亦因公務繁劇，害及健康，一七六六年，竟至卒倒，乃歸養於故鄉納沙泰爾。同年秋，復鼓其餘勇，而歸德勒斯頓，從事公務。翌年重患卒倒，不得已又退養於納沙泰爾。然卒以醫治失時，於一七六七年十二月二十八日，遽告西逝，

享年六十四歲。

發泰爾曾就其所著『國際法』第一版，寫成註釋書一冊，於一七七三年在納沙泰爾出版。本書內容，可視為發泰爾之最新的意見，對於批評家實有無上之價值。惜乎其版本之形式，過於惡劣，未能與發泰爾之高雅的文體及整齊之排列相稱，不無遺憾。其後，果為本書一七七五年版之出版者，大加指斥，至謂『不得不以之為破報紙而投之於廢物舖』（“... devrait être abandonné à l'épicier Comme vraie maculature”）云。

發泰爾之此著『國際法』，乃以現行法為基礎，對國際公法為平易之論述，竭力避免哲學的研究，其目的乃在於使之成為政治家之袖珍經典也。亦即因此，本書乃能普及於一般人，至今尚持續其權威不止。某學者評發泰爾為瑞士之公論家，其地位僅次於哲·若克·盧梭（Jean Jacques Rousseau 1712—1778）（E. v. Waldkirch, *Das Völkerrecht in seinen Grundzügen dargestellt*, 1926. S. 92），非無故也。

二 發泰爾之著作

欲考察發泰爾之著作，可先精細研究其所著『自然法之諸問題與佛爾夫男爵之自然法論之觀察』一書，比較便利。何則，此佛爾夫之名著『萬民法論』(Jus gentium methodo scientifica pertractatum, in quo jus gentium naturale ab eo quod voluntariū, practici et consuetudinariū est, accurate distinguitur, 1749)，實含有為發泰爾所著『國際法』之大部分基礎材料，發泰爾乃蒐集是項材料，並分別其思想類別，而對其大師克利斯興·封·佛爾夫(Christian von Wolf 1679—1754)之學問的態度，為忠實之批評，此種批評的實況，即在該書中展開於吾人面前故也。在本書中，為發泰爾之學問的特徵，即其機智的功利主義，表現頗為明白，如此機智之人，蓋不可多得也。發泰爾實具有英國思索家耶利米·邊沁(Jeremy Bentham 1748—1832)之論理的明快及峻嚴，且與邊沁相同不稍有彈力性者也。以時代與思想言，發泰爾實為邊沁之先輩。邊沁之功利說，主要似係根據於發泰爾『自然法之問題與佛爾夫男爵之自然法論之觀察』之著作者。事實上，發泰爾所用『最多數之最大善』(“Greatest good of the greatest number”)一語，殆完全與邊沁之用語相同者也。然吾人一讀發泰爾之書，似覺發泰爾與英國功利論者之間，有其極大之不同。發泰爾之學理，乃密封在其優美的文章與貴重的感情主義之中，乃欲將苦味之藥丸，讓病者於不知不覺間吞下也。邊沁之方法，則不然。邊沁之著作，英國

大衆，於使用其哲學的祕藥之前，不得不先由瑞士之公論家彼爾·丟蒙（Pierre Dumont 1759—1829）翻譯成法蘭西語，更用英語加以重譯，乃獲卒讀也。發泰爾之著作，一出版，即得讀者歡迎，其英國版，已如前述，原書出版後，不出二年，至一七六〇年即已出版矣（*Dans le Droit des Gens moderne de l'Europe*. Edit. Guillaumin. 1861. p. 446; *Le Droit des Gens, par Pradier-Fodéré*, 1683. Vol. I. p. XIII. (n)）。其德國版，亦於同年在法蘭克福特與來布尼茲兩地同時出版。且發泰爾乃將其功利主義，慎重限制之於人類之自然的相互關係之間，直接訴之於宗教感者。發泰爾認神之愛、乃聳立於是等關係之上，且圍繞是等關係者，人類必須向神之愛，求得其熱情，乃可將自然法之純粹的利己性，一變而為超自然法之純粹的利他性。發泰爾在其敘述此種轉變的文章中，更表現其為其哲學上的功利主義之基礎之理想主義。此種理想主義，在發泰爾的著作中，不斷顯現其姿色，使發泰爾所提出之所有主張益趨活躍。彼蓋以為功利主義雖屬必要，但非人類靈魂之最後安住所。人類於心無愧怍時，不妨採用之也。實則如上述之契提，即係狂熱採用之一人。

吾人於研究『自然法之諸問題與佛爾夫男爵之自然法論之觀察』一書時，觀夫發泰爾對其大師之批評，用許多冗長之語，述其陳謝之意，即可充分了解此種局部的麻痺之手段，實為著者之特色。發泰爾一方面使用其毫不寬假之解剖刀，以從事於解剖，但一方面卻表現出醫者似較患者更多獲得受傷印象之態度，而為巧妙之處置，此蓋為發泰爾對佛爾夫表示敬意之用意。

也。

佛爾夫在其原書之開端處，即已揭明全書之目的。即吾人之最普遍且爲第一之義務，而爲其他一切義務之基礎者，爲吾人爲欲獲得個人之幸福而勞作。可以確保此種完全的幸福者，惟求個人之完成。故各人不得不爲謀自己之完成而盡其義務。欲求自己完成，惟修養德性而實踐之，方可達到目的。發泰爾則更進一步，先自設問，此種自然的理想，與基督教之理想，可以接近到多少程度？例如吾人有應愛吾敵人之自然義務否？然後乃以其名文加以論述（Vattel, *Question de droit naturel et observation sur le traité du droit de la nature de M. le baron de Wolff*, 1792, pp. 35—36）..

『吾人第一必愛自己。同時，凡爲促進自己之保存與自己之完成之勞役，亦由自己擔負之。然人類決不能專靠自己一人之力達到保存、完成之目的，故在其天性與本質上，乃不得不謀所以相互扶助之道。且非衷心服膺此道不可。由是而人類乃不得不相互愛重矣。惟是對他人之愛，畢竟係起因於對自己之愛，故前者不得不對後者退讓一步，且亦不得因前者而妨害後者。若某一入而與吾人斷絕關係，與吾人爲敵，不但不助予，反將害予，則予爲自己防衛與謀自己安全起見，自可講求一切必要之對策。然此種不和，爲人類社會之害惡，爲各人自身計，亦爲一種害惡，故不得不儘量謀所以使此種不和不致擴大，以至於全不發生。此非對自己之正當防衛有所謙遜，亦非單純抱一種寬容態度而已也。予將以此種寬容態度，進行

使予之敵人，亦能盡其爲人類之義務，使之不再對予有所妨害，更將使與敵相等之人，不致對予攻擊等一切善事故也』。

若能在人類相互關係上，一以人類之純粹的天性及本質，爲行動之基礎，則世無有更善於此者。苟欲爲更進一步之希望，則非求助於神之愛不可矣。發泰爾則於此更加以說明，即彼以爲吾人苟果在實際上真能燃起其熱愛，則欲愛汝之敵，固無不可能者。道德必得超自然之正當觀念以爲之助，始可到達其最高完成點。於此，發泰爾乃創訂一以人類之關係爲基礎之功利的心理體系。此體系乃以經驗爲基礎者。發泰爾對於佛爾夫之欲將數學應用之於道德學的大企圖，全然不加採用。發泰爾之人道主義體系之基礎，乃置於「要求他人援助之權利，必須與抑制不使人行使此種權利者之權利相伴而行，方得成爲「完全之權利」之一意義上者也。

本書第一篇，係以由於不法行爲所發生之損害之查定論告終結者。刑罰與犯罪之間，要有一種一定之比例。刑罰雖不能阻止犯行，但此種比例，不可不有。若果物園之蘋果竊盜，係以死刑阻止之者，則非寬假其因此所發生之損害賠償不可。凡人不僅對於自己，亦且對於他人負保持保護之義務者。以故若成爲問題之損害，對於人生之完成，較之親愛行爲更不重要，則非忍受其損害不可。然若某種犯行，已成普遍，則爲保持社會安寧起見，或有加該犯行以比例外之刑罰之必要，亦未可知。

第二篇所論述者，多爲幼雅的問題。發泰爾曾對在原始社會中之自然的賦與物，與人類勤

勉之果實二者之差異有所論述。第一物雖爲全社會共同所握持，但各人「對其勤勉及其勞力之果實，有其優先權」(「Un droit de préférence sur les fruits de son industrie et de son travail」)。其結果，乃形成原始狀態之崩壞。某一入，耕種一方土地，乃發見對於該土地之果實有其特別權之事實，遂加以專占，此人即於不識不知中取得對該土地之權利，其後繼者亦得繼續所持之。在此一論證上，吾人可以完全明白第十八世紀時人之思考之特殊缺點矣。發泰爾若能不甘於自己之時代及階級中之不純粹的外觀的推理論，而一度調查其手頭範圍內之村落，則必將恍然於自己之理論，實爲絕對虛妄，而知所謂土地之果實之專占，數百年來，未嘗有以個人的專占而行之者矣。發泰爾對於佛爾夫以財產及所有權之起源，爲自然的自由之行使，與明白的必要之結果之理論，雖曾加以攻擊，但其自己之推論，亦頗難令人信服。即彼以爲由於民族之人數加增，而土地之單純產物，乃不敷應用，產業與技術，乃有必要。先見者出，爲綢繆將來，始就曠廢之原野，加以耕作，而對於一切物之一般的權利，乃從此發生。於是一般人民，莫不取得某部分土地，而捨棄其他部分，初無客氣之必要。亦即因此，被等乃取得對於此部分土地之產物之權利。其他人民，亦相互則倣，「從此財產權及所有權乃確立矣」(「Voilà la propriété et le domaine établis」)。此種推論，若以之與近代之研究相對照，則佛爾夫之推測，似較發泰爾之推測，更近於事實。然該問題，決非可以藉推測而獲得解決者，乃可以依據正確之證據法則而確認之之一事實問題耳。

第三篇中，則論述一有興味之契約問題，且揭示出自然法之二項要目。即第一、任何人，無願將財產拋棄者；第二、抱有善意者，須受保護是也。

第四篇中，則先發爲「人可以用默示之方式承諾別人之請求否？賣主非自己指出其所賣物品之特殊的瑕疵不可耶？」之珍奇的疑問，然後繼續論述其契約問題。對於後一問題，發泰爾乃明白根據「要使買主注意」(“Caveat emptor.”)之一格言者也。發泰爾尙有對於職工受偶然非行時之議論，頗堪發噱。彼以爲在職工被僱傭時，僱主須負責任，但在包工時，則僱主可以不負責任矣。

第五篇中，繼續論述許多特殊之事件。打彩票，爲自然法所許可者耶？發泰爾係反對佛爾夫之說，而明言爲自然法所許可者。發泰爾又係主張事故發生後，以善意所締結之保險契約，原則上應承認其有效；同意於用決鬪決定最後爭論之不法行爲，可贊成之；土地之賣主，爲鄰人使用計，得保留該土地之通行權等辦法者也。

第六篇中，發泰爾於論述關於土地之某種問題（如對於土地表面之權利問題等）後，乃討論及於「必要」之法則。其對於在必要時之合法行爲的限制問題的見解，頗足令人驚嘆而賞讚。彼曾確立一：「吾人不得對他人行使不法行爲，或侵害其已經充分確立之權利」(“... qu'il ne nous est jamais permis de faire tort à quelqu'un, d'aller contre son droit bien établi.”)之原則。凡非不法，或並不違反他人絕對權利之行爲，均有任意行使之權利。例如對侵

犯者不妨殺死之是也。何則，侵犯者先自行使其惡事，已不能享有其保持自己生命之絕對權故也。雖在危急存亡之秋，亦不得以攫取食糧之目的而殺害無防衛之人。但在本人已承諾願為他人而犧牲自己時，不在此限。

佛爾夫對於上述最後一點，以為凡人無自由處置自己生命之權利，故以不得承諾別人拋棄自己生命為理由，而加以反對。果爾，則任何人亦將不得為國家而自由犧牲其自己之生命矣。以故發泰爾乃指此議論為不合論理。然在佛爾夫則以為共舟中途而不得食，與其相互啖食，毋寧全體餓死，故一民族團體，為救出都市之包圍，宜為最後之絕望的衝擊。發泰爾則不然，彼謂：「予不贊成『凡人不得自由處置其自己之生命』之說。任何人除有極強大之理由，不得不曝其生命於危險，或犧牲其生命者外，均非慎重保存其生命不可也」。

發泰爾又述其一般的必要法則如下：「擇善務大，擇惡務小。任何事物，必須就其一切關係，一切結果及其附帶事項為全範圍之考察。蓋所謂判斷，決不可單以事物現在之狀態為基礎而遽下，非就其所及於世間之影響，更就其與世間相隔離之個體加以考察不可也」。

發泰爾更進而抗議佛爾夫所主張之有毒武器之使用，然後從此一抗議中，說明其上述之原理。彼謂：「此種習慣，如果成立，則戰爭將愈趨兇暴，而其損害之程度，亦將無限，勢非至人類消滅不止矣」。

然發泰爾之此一議論，不啻乃翁自墮其甕，反讓佛爾夫之主張得以復活也。蓋戰爭愈兇

暴，則愈減少。反對使用有毒武器之議論，在可以用航空機投炸彈於含有戰鬥員及非戰鬥員之無防禦都市之現代，更爲有力。然事實上戰爭之全傾向，日益趨於兇暴，而戰爭之次數與破壞度，則有漸趨減少之勢。戰爭在依人爲的規則而爲『到死方休』(“*ad outbreak*”)之無數決鬥的時代，實遠較現代爲殘虐。若從發泰爾之原則言之，亦可謂爲愈行兇暴之戰爭，必愈適合於自然法，且愈可確保和平者矣。

第七篇係以關於裁判上投票計算方法之有趣的議論開始者。在此討論中，發泰爾乃不承襲佛爾夫之說而改引格老秀斯之說矣。彼以爲凡對於所定原則，不問其意見如何，而有其共通點者，則在其求達採決之目的上，應置之於同列者也。以故判事中，若有四名主張死刑，二名主張驅逐刑，二名主張罰金一〇〇〇「克隆」(Crown)，二名主張罰金一〇〇「克隆」(Crown)，三名主張無罪者，則爲主張救出生命之九名對主張死刑之四名，且爲主張科刑者十名對主張無罪者三名，故犯人之生命應獲保全，而刑罰則不能不受也。又因主張死刑及驅逐刑者爲六名，而抱其他主張者爲七名，故應以罰金處刑。且因有八名至少贊成高額之罰金，故罰金當以一〇〇〇「克隆」(Crown)爲度。此蓋由於以多數可以包括少數故也。此確爲富饒興味之議論。但發泰爾對於何故多數者可以制勝之根本問題，卻完全置之於度外。上述計算法，決非自然法之結果。何則，事實上，一人常可以支配他人，倒反爲自然的原有現象故也。

實則此種規則，一方面足以增加以理智爲主之法律之勢力，一方面實爲一種可以造成極易

投合人心之所謂衡平之虛妄的空氣之方便規則。然在最古之蠻民生活中，縱令有其對於本問題之協約的形跡，仍須置重於其並無與多數決以特別承認之自然法之事實。原始人並未關心於對其同族、親類及狩獵隊以外之所謂同仁、自由與衡平；不，即在此種生活團體的根本單位內，亦毫無實行多數決之事實，以有可以解為奴隸制度之所謂『手』(Hands)之會長權存在故也。蠻民生活中既缺乏所謂衡平之觀念，則依多數決之民主的支配觀念，自亦未嘗存在。惟當時亦有一種如今日之可以產生人類平等的共同認可之主要力，即本性。發泰爾亦即確認此種本性之存在者。彼蓋以為此種本性，實為一種嫉妒之情。其分裂之力，可於其基於社會構造之生活之不同上見之。所謂衡平的擬制，即由此普遍之力，亦即為節制此種本性而於有意識或無意識中輸入原始人社會者也。若果人人均能相信人類為平等，則社會自能長保其均衡；真正的衡平之理想，即從此種公明的擬制中所產生者。且也人類社會，為欲使存在於天界之神的社會之純精神的模型，實現於現世，故曾在其自一時代至一時代之悠遠期間內，盡其所有之努力。而此種擬制，雖至今日，公明一如昔日。至其理想，則終於由超絕的天界，下降於人人之心中。今日人類，為謀將來在子子孫孫間能確保真正平等計，亦正在盡其為人類史上所未曾有之努力。

發泰爾更從「人類平等說」(Doctrine of human equality)轉其論點及於婦女問題，亦有其頗饒趣味之處。在此討論中，發泰爾之心目中，已無所謂衡平，亦不抱任何幻想。而對於一夫一婦制論(Doctrine of monogamy)，則根本不加考慮。雖在許多地方，亦承認一夫多妻

制(Polygamy)之不便，但否認自然法有禁止多妻之事。在某種情況下，甚且認一夫多妻制有其效用與必要。至對於蓄妾，則簡直認之為合法。彼之主張，以為男子可以女子不妊為理由而提出離婚。婚姻之自體，決非不可以解消者，然自然法於吾人無鞏固正當之理由，尤以已有子嗣時，必使吾人負起不離婚之義務者也。發泰爾對此問題之所論，實為其將功利主義之原則，應用之於人類實際生活問題之方法之一著例也。發泰爾之所以發為一婚姻上之權力究應歸屬於何人」之疑問者，即出發於其功利主義之立場者也。在今日足以引起大家不快之感之此種議論，僅僅在一世紀半以前，竟可公然主張，毫無嫌忌，人類思想變遷之速，洵足驚異焉。

發泰爾當不能獲得要求參政權之今日婦人軍之良評判者歟，而其關於男性優越(Superiority of male sex)之冷靜的理論與頑強之意見，亦必使許多具有敏感之婦人發生不少之苦痛。若果佛爾夫攜其『自然法已決定夫婦間之完全平等』(『Le Droit Natural établit une parfaite égalité entre le mari et la femme.』)之可戰慄的宣言，與其對於男性優越思想之強力的否認主張，而重復降生於現代之生活壇上，必將與昔日大異其趣，毋待贅言。於此，吾人乃有將發泰爾對佛爾夫所唱之異說原文，一為引用之必要。發泰爾謂：男子「較女子更適宜於擔任重要之事務，以其堅實、強固、且活潑也。故自然乃與妻以在夫之保護下生活之運命，在法律之保護上，實已顯然與以優先權矣」(『…… plus capables des affaires importantes, plus fermes, plus forts et plus courageux. II. paroit donc que la nature a destiné la femme à vivre sous la

protection du mari, et Cette protection donne déjà une supériorité.”)。又謂當舉行結婚式時，必有一方爲之先導，此亦非由強者方面當之不可也。彼并謂『在平等社會中，當雙方感情上發生分離時，亦係其中之最有能者有其決定之權利者也』（“Dans une pareille société, dis-je, celui qui et le plus capable ait le droit de décider, en cas de partage dans les sentimens.”）。

其次，乃以感情的語調，斷言爲夫者非『爲共同利益計，非極親切，極適度，且極衡平』而行使其優越權不可，以緩和前言之苛酷。在此等處，發泰爾往往顯得不大高明蓋彼自己亦似感覺有何不妥之處在也者。彼爲匡正一切計，更重言以申明之曰：『在夫之不得不愛與注意之外，妻更享有受夫之非尊敬不可之權利』（“Outre l'amour et les soins que le mari lui doit, elle a ses droits, qu'il est obligé de respecter.”）（*Vathel, Question de droit naturel, et observation sur le traité du droit de la nature de M. le Baron de Wolf, 1762. p. 355*）。

對此批評之佛爾夫之答辯，當然爲『在事實上，自然法乃根據婦人之實際的功績及其潛勢力之如何者也。發泰爾乃以其對於過去事實之不完全的知識，寫成其普遍的議論，并妄斷未決之問題者也。吾人之未可斷定男子有其優越性，亦猶任何人不能謂爲世有肯定黑奴必劣於亞里安人之自然法也』。佛爾夫畢竟爲一理論家，故肯定兩性之平等，而發泰爾則爲一實際的功利論者，故否認兩性之平等。然功利論者之弱點，不但在於必愬之於經驗，且常愬之於狹隘的經

驗。若果功利論者而能擴大其經驗，則理想論者與功利論者即可合為一體矣。以今日之思想界觀之，功利論者之立場，已頻於絕境，一般人由於時代之經過與知識之增加，無不轉其方向於理想主義矣。

欲確知發泰爾如何組成其自然法之觀念，頗不易易。發泰爾原抱親殺其子、或以子為奴隸，實為違反自然、之主張者，已如前述，然彼同時更以為親以惡例子、固為一大過失，然並不成立其為一種已達自然的有害行為之程度之自然法違反。此種區別，雖在各國國法中，亦不乏其例。如在美國，截止一九〇八年，愛酒之母，不妨將其子攜往酒場，故美國兒童自幼即嗜酒者，毫不足珍也。英國普通法，對父母不課以教育子女之義務，係遠自一七九六年二月二十五日之有名的「荷哲斯對荷哲斯事件」(Hodges v. Hodges) (Peake's Reports of Cases at Nisi Prius. Vol. II. p. 79)所決定者。當時英國法官肯雲爵士(Lord Kenyon 1732—1802)曾就法律的立場而為如下之說明：『為父者，由於一切社會關係，對其子固負有施以相當於其階級之教育之義務，然此乃一種不完全的義務，裁判所不得強制之』(“A father was bound by every social tie to give children an education suitable to their rank, but it was a duty of imperfect obligation, and could not be enforced in a court of law.”)。至一八七六年，此「不完全義務」(Duty of imperfect obligation)始由英國議會改變為可以由裁判所強制之義務，而為如下之宣布，即：『兒童之父母，有使兒童受讀書、習字及算術之初等教育之

義務。不履行此項義務者，得依「初等教育條例」(The Elementary Education Act. 1876. 39 & 40 Vict. C. 79. S. 4)所規定之命令及刑罰處罰之。今日各國國法之趨勢，雖均採取擴張自然法之不完全義務之方針，然兩者間之區別，仍甚顯著，自不待言。惟父母直接帶引小孩至行爲不檢之場所，無論爲自然法之不完全義務，或爲國法，已無不注意及之，發泰爾則以爲自然法可以非爲父母之自然的有害行爲視之，其理由苦難尋索。尤以在將「人類之結局義務，在於涵養與實行如何確保在保全個人幸福上所需要之個人完成之德性」之主義，視爲一切自然法之基礎時，更難獲得此種理由之解釋。以實情言之，發泰爾祇就無害於其對於社會進化的重要問題所懷抱之思想之範圍內，一爲開示其爲自然法說之基礎之前提而已，若遇自己的全然人工的功利主義之標準，與爲其自己在社會進化之再建上的出發點之前提，發生論理的結果不相一致之狀況時，即可將是等結果棄而不顧者也。此實爲演繹法之當然且有害之結果。吾人持進化論(Theory of Evolution)而以歷史的試驗法檢查之匡正之，固爲應有之事。然若同時並抱進化論與社會生活說(Theory of social Life)，而欲以一方之理論，檢查或匡正他方之理論，全爲不合理者。唯一之試驗法，爲訴之於經驗。此種試驗法，與在物質的勢力範圍內相同，在自然之法律的觀念範圍內亦適用之。

吾人試觀發泰爾欲說明尊親屬與卑親屬結婚係違犯自然法之理由時、遭逢如何嚴重之難關，實爲一頗饒興趣之事。發泰爾一方面放棄佛爾夫所主張「此種結婚可以禮節與敬虔之理由

禁止之」之說，一方面則自謂此種結婚，實爲不體面，有反「完成」之法則，且易致不妊，而有惹起自然的大禍之虞。此種理論，毫未得到要領。發泰爾之理論過程，首先說明是等結婚，有反功利之法則及理論，次復說明其有反爲其自己的社會計畫之基礎之「完成」法則，卽以此二個說明，憑其簡單之肯定，而謀其二種自說之調和，然後訴之於其盲目無理之經驗，最後，乃完全復歸於佛爾夫之說，卽對「國王挨提巴斯」(Oedipus the King)所詳陳之說。爲發泰爾所未承認者，爲單純的功利主義——自然的功利主義——無解決與人性之精神的深處有關係之問題之力量之一點。但先天的要素，非僅自然的大禍一語所能說明者。此種要素，當然有自某種功利主義之基礎上所發生者，然與其發生同時，須受「含有此種要素之萬物的全階級行動，不能適用於較低階級之方法」之支配。愛之花之實，雖屬於可以稱之爲純爲先天的之自己犧牲之領域，然愛之自體之根柢，乃在於地上。親與子之關係，受此先天的愛之支配，有形的關係，乃一變而爲無形的關係。而欲將此種關係加以展拓之傾向，在養子之關係上，表現得非常明顯，但許久以來，卽因感覺此種關係之不自然，而不見有所展拓。蓋親子間之關係，決非僅恃此無形的關係而對立者。發泰爾因在此有形無形之兩關係間築成一大溝渠，故無由提示一個社會生活之純正理論。佛爾夫則因未曾放棄上述分析方法之結果，反能發見真正之解決法矣。

此兩法學者，各將其對於遺產承繼權之議論，置於同一根據——親子之關係，包含所有權

之完全繼續——者也。觀夫佛爾夫斷定遺產承繼權爲一種完全的權利，可知其完全以此一根據爲理論中心矣。發泰爾則意外缺乏歷史的知識，對此理論，竟以破壞人類立遺囑之自然權爲理由，而加以否認。發泰爾雖曾謂子有承繼父母財產之一部——依情狀而決定之部分——之「完全權利」(Perfect right)，親對無兒之兒之承繼財產亦有同樣之權利，以與佛爾夫之意見相妥協，然此完全爲一種破壞一切分析、一切歷史之任意的功利主義。在立遺囑之權能上，初無何種原質的內容。原始民族，全然不知遺囑之事。惟於將財產移轉於子之觀念中，確有一種原始的意識之存在。而太古民族之慣行，則由親子(包括養子)之先天的關係所發生之意識，與其所期待之希望相符合者。發泰爾之所謂「完成」法則，實際上似即包含佛爾夫之所謂「完全權利」之此種由親至子之財產移轉者也。

在第八篇中，發泰爾於論述主權問題中，不承認國王之神權。彼以爲唯一之主權者，爲民衆團體之自體。民衆團體可將其權力委任於他人，但不得讓與於他人。國民雖在並未明白表示保留其權力之歸還權(Reversion)時，仍保留其歸還權，得隨時以正當之理由回復其權利。任何人不得享有世襲王國之權利。『全國民方爲真正的世襲王國之所有者』(“Le peuple seul, j'entens le peuple entier et unanime, possède l'empire comme véritablement patrimonial.”) (Ibid; p. 343)。國家之世襲財產，爲全國民之所有，非爲多數者之所有。多數者之權利，僅爲一種方便的權利而已。以故事實上雖含有幾分不正當，亦有服從一國中多數者之必

要。但若多數者有其壓制的且破壞的行爲時，即無服從之必要。發泰爾之心，常彷徨於其功利主義之理論與「完成」之理論二者之間，洵爲不可思議。發泰爾於說明其對於主權之學說後，復謂若國民於毫無異議中選舉一暴君時，則該契約足以拘束彼等自身，不得拘束彼等之子孫。此當然爲一種折衷之論調，但與其上面權力之歸還權，常『在於國民團體』（*In saemio populi*）之議論，乃完全矛盾矣。上面之議論，爲發泰爾之歸結的議論，可依其後面所說獲得證明。即發泰爾曾謂國民有其對二名之王位候補者加以決定之權力者是也。

發泰爾對於國教問題，曾發表其不少極有意義之見解。彼謂僧侶乃非可獨立者，『若由國權而使之獨立，必至招惹許多混亂與危險之擾動，而國王亦將不得安於其位矣』（*“Mais si vous les rendez indépendantes de la puissance civile” vous ouvrez la porte à mille désordres à des troubles dangereux; et les Rois ne font pas fermes sur leur Trône.”*）（*Ibid*; p. 319）。國家非監督僧侶不可。『教式統一令』（*Acts of uniformity*），不應贊成。『以故民衆團體或代表民衆團體之主權者，無拘束市民之信仰之權利』（*“La Société, ou le souverain qui la représente, n’a donc aucun droit de gêner la conscience des citoyens.”*）（*Ibid*; p. 370）。以上爲考察發泰爾所著『自然法之諸問題與佛爾夫所著自然法論之觀察』之大要。本書實爲一兼具創見與透徹的見解之著作，含有自一七八九年至一八三〇年間風靡歐洲大陸及英國之思想的大部分之種子，當然頗有引用之價值。

上面所述關於發泰爾之根本觀念的分析，於略述其大著『國際法』時，可獲不少之便利。從已述之諸前提中，欲觀察發泰爾如何將自然法應用之於主權國間之關係上，即頗易易發泰爾在其緒言之開端處，即述其一大大的妄說。此即為東羅馬皇帝查士丁尼之『羅馬市民法大全』(Corpus juris civilis)『法學綱領』(Justiniani Institutiones)中所記述之所謂『故在自然法上，一切人，其最初，均係以一自由之人而出生者也』(“Jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur.”)(Institutionum libri quattuor. Lib. I. tit. 2)。亦即發泰爾之所謂事物之進化，終必為可以成為自然之真理之法律上的擬制者是也。發泰爾雖認最初說明諸國民之權利觀念者為英國哲學者托馬斯·霍布斯(Thomas Hobbes 1588—1679)，而引用其說。然在佛爾夫及發泰爾將規定個人之自然法應用之於政治社會時，乃不得不將霍布斯之說加以修正矣。以政治社會，雖為一種「道德的人格者」，然在其性質上，則與「道德人」頗有不同故也。關於此點，與蠶俄·格老秀斯、托馬斯·霍布斯、撒母耳·封·浦芬多夫、及哲·巴培拉克(Jean Barbeyrac 1674—1744)等之所見不同。發泰爾一方面雖切心追隨佛爾夫，但一方面亦儘量指出兩者間許多根本的差異。佛爾夫係肯定世襲王國之存在者，發泰爾則不然；佛爾夫以使用有毒武器為正當者，發泰爾則毫不加以承認。此外兩者間尚有更大之差異點在。佛爾夫之「任意社會」(Voluntary society)之一觀念，乃以自然本身所建設之一種大共和國，即由世界全體國民為加入員之「世界的共和國」(Civitas maximas)為其基礎者。故人人之

自然的共和國之法律，即爲其加入分子全部之法律。然發泰爾則謂：「此一觀念，不能使予滿足。予對於此種共和政體之擬制，覺得並不十分正當。同時，更覺可以共通於萬國，且必然爲君主國間所能承認之國際法規則，亦非確可從此種擬制中產出也」(“Cett idée ne me satisfait point, et je ne trouvé la fiction d'une pareille république ni bien juste, ni assez solide pour en déduire les règles d'un droit des gens universel et nécessairement admis entre les Etats souverains.”) (Ibid; p. 19)。發泰爾以爲自然於在全人類間所設定之自然社會以外，國民間之任何自然社會都不承認。一切國民團體之本質，乃存在於團體之各分子以其權利之一部、引渡於對全體分子有其權力之全團體『在國民間，對於此種擬制，乃非可思考，非可想像者。蓋各君主國無不主張對其他一切國家獨立，事實上，又確皆如是故也』(“On ne peut rien concevoir ni rien supposer de semblable entre les nations. Chaque Etat souverain es prétend, et est effectivement indépendant de tous les autres.”)。國民(Nations)爲一種與人(Men)不同之典型之道德的存在，故適用於國民之法律，與適用於人之法律不同。然國民必有其根本的且必要的法律。此種法律，其起源爲一種純粹之自然物，惟在其求補充上，則以任意之便宜法當之。發泰爾復詳細說明其此種主張如左：

「故國民之必要法及任意法，均由自然所設定，惟其設定之方法各有不同。前者係以之爲一種無論爲國民，爲主權者均須對之尊重，且在其一切行動上均非遵守不可之神聖法而設

定者；後者則以之爲一種爲國民及主權者，爲謀一般的福利及安全計，又經相互交涉而予以承認之規則而設定者。必要法，係由自然直接所頒發；而爲人類共同之母之自然，更有鑒於國民對立之狀態，且爲謀諸國民間事務上之便利計，乃推獎諸國民遵守其任意國際法。此二重法律，係樹立在一定不變之原則上，儘可讓吾人論證者，故可爲本書之主要目的也。

在就此一說明加以論斷之前，吾人更須先行注意在發泰爾之心目中，實尙未能認識佛爾夫之學問深遠之一事實。發泰爾係以婉曲之辭句，將佛爾夫之根本的假定，卽自然本身所設定而以世界全體國民爲加入分子之「世界的共和國」之假定，加以輕輕推倒者。此一假定，其效力之有無，姑置不論，而在事實上，實不過爲肯定四海之內皆兄弟——此種肯定亦於不思議中投合近代人之意者——之一種傳統的中世之思想形式，故已無可加以否定。然而發泰爾則必否認此假定。否認固爲發泰爾個人之自由，然發泰爾則較此更進一步，設定一種包含由佛爾夫之假定所發生之所有學問上的困難、與新發生之諸困難之新假定；卽假定國民爲一體不可分之道德的存在者是也。國民而爲道德的存在，確爲吾人所盼望，而欲使國民如是表現之最良之方法，亦許無過於此種假定者。然吾人苟一回顧佛爾夫之假定，則不禁感覺其更近於真理矣。總之，世界恰如一冰河，常向以諸國國民爲加入分子之「世界的共和國」之方向漂流者。佛爾夫乃從其心理意識中演繹出此一共和國之假定；發泰爾雖不承認此種假定，然事實上不亦主張創建此種共和國者耶？

於茲所不可不注意者，自使徒聖奧古斯丁 (Augustinus 354—430) 之時代以降，社會上說述自然法之法律的思索家之勢力，事實上已漸趨沒落，彼輩徒知耽樂於過去事實，而忽視將來之進步，於無意中已完全成爲一種純精神的理想家，以其所想像之在天的模型，一若已會親見也者，對於近代原始的實狀之調查，在彼輩視之，以爲毫無意味，或無趣味者。彼輩所論述之自然法，各就其精神的洞察、與學問的能力以立說，不出柏拉圖 (Platon 427—347. B. C.)、聖奧古斯丁、或丹第·阿利歧利 (Dante Alighieri 1265—1321)，色爾·托馬斯·摩爾 (Sir Thomas Moore 1478—1535) 等思想之窠臼。彼輩當然亦自以爲已考慮到實在，然希臘之數學者歐几里得 (Euclides 350—300 B. C.) 又何嘗不作是想耶！若果佛爾夫與發泰爾俱爲未曾研究實在，僅僅欲在現實之世界投下其所希望之理想者，則佛爾夫實爲一非發泰爾所可企及之優秀的思索家。「世界的共和國」，實爲一種較「國際團體」(Société des nations) 更高之理想。以「國際團體」之道德，乃在血腥鬪爭中，在不可消滅之嫉視中，在惡意中，在權力之羨欲及渴望，卽小蠻族生活之惡行之一切望遠鏡的擴大中所顯現者故也。吾人如是攻擊發泰爾之態度，並無不當之處。何則，以發泰爾之此種態度，乃對較自己更高之理想爲執拗之攻擊，由於此種攻擊，乃產生今日國際關係間之純粹功利主義的制度，亦即使有組織的國家團體間之關係直至今日不能有較寬廣之展望之制度故也。有限制的功利主義理想，換言之實際的政略家之機智，實爲發泰爾於暗自歸依於與自己同一典型，更較自己優秀之意大利思索家尼科羅·馬基

雅弗利 (Niccolò Machiavelli 1469—1527)，而爲於其死後百五十年間歐洲諸國外交機關所精心結構之一理想也。

發泰爾洵爲一真正的外交家，故能於選定一爲自己根本的假定、而與實際的政治生活並立之最高理想後，乃突入於現在的政治問題，隨時代之明白的必要，而定其進行之路，對是等問題，採取斬新且最有用之態度。發泰爾亦畢竟爲一實際的人物，故能捨棄古代陳腐之先例，而惟近世最明白之事例是用。發泰爾曾自謂：「予之例證之大部分，係從近世史中引用而來者。此蓋由於是等例證最有效益，同時欲避免與格老秀斯、浦芬多夫及其註釋者等所已堆積之先例相重複故也」。然發泰爾所引用之例，實未足以堅強閱者對於其主論之信賴者也。

今試一爲略述在國際法範圍內之發泰爾之定義。「國民、卽國家，爲一種政治團體。爲一種以其團結力謀增進自己相互之安全及利益而結合之許多人之團體」。就吾人之所知，此種團體，實爲一種各享權利，各盡義務之道德人。彼復以爲國際公法，爲一種教導吾人以存在於國與國間之權利，與隨伴是等權利而來之義務之學問。蓋發泰爾乃反對佛爾夫之大世界國主義，而信奉國際團體主義，且認各個國家爲國際團體之組成分子，非可併合而爲一個團體，僅能根據相互議定之規則，而謀整個團體之圓滑進行者也。

國民在自然狀態中，可認其爲共同生存之自由人。國民全體（其共同意思，無非爲人民之結合意思之結果），依然須服從自然法。故國際公法，無非爲一種適用於諸國國民之自然法。

此種適用，即為格老秀斯所稱「國際內面法」(The internal law of nations)，而為其他法學者所稱「國際自然法」(The natural law of nations)之一種「國際必要法」(Necessary law of nations)。凡背反國際必要法之禁限之一切條約及習慣，均為不法者。即使「外面法」(External law)認之為有效，然必受良心法(Law of conscience)之譴責。一國國民，亦如個人於國家未成立時不得不與他人共同生活般，不得不與其他國民共同生活。個人即使已成立為國民之一分子，但對其他人類，仍須負相當之義務。發泰爾曾謂：『各人乃自然平等者。而完全之平等，則行之於均由自然所產生之彼等之權利與義務中』云。

如上詳論發泰爾之種種假定之不合學理，於吾人實無何等裨益，故請進而敘述發泰爾從其定義中所派生之一般法則。就發泰爾之所說，各國國民，對於其他各國國民之幸福及完成，有盡力貢獻之義務。各國國民則可和平享有從自然所承受之自由。又在一切人均為自然平等之結果上，由共同生存於自然狀態之自由人所轉成之諸國國民，亦為自然平等，且從自然承受同樣之義務及權利。一國國民，在不妨害他國國民之進步及完全的權利之限度內，為自己之行動的主人。由於以上諸點所發生之結果，為「國際自然法」。「國際自然法」為拘束國民道德心之必要法、自然法、內面法(Internal law)。對此內面法之「外面法」，為諸國國民慎重採用之意思法(Voluntary law)，意思法受協定法(Conventional law)即包含於條約中之法律及習慣法(Customary law)之補充而成立為「人定國際法」(Positive law of nations)。

以上之議論，發泰爾復以如下之特殊的文調終結之；卽：「以必要法常對良心含有命令的性質，故國民當考慮其爲履行自己的義務所應爲之行爲時，決不可輕輕看過。然在發生「可向他國請求何物」之考查問題時，則非根據以世界的人類團體之安全及利益爲規準之意思法不可矣」。

此一段文字，已將發泰爾及其思想上之先輩所當面躊躇之真正困難，爲極明白之表示。發泰爾實欲探求所謂對於自己之法律之有效承認者也。彼蓋與約翰·奧斯丁(John Austin 1790—1859)相同，痛感法律乃與立法者爲不可分者。事實上，「成文國際法」之有效承認，乃依在其背後創制「國際內部法」(Interior law of nations)之事實而成立者。於是發泰爾之所謂非假定一國國民之道德心不可之理由，乃大明矣。發泰爾以爲探求有效承認，實有必要，故彼雖在大哲伊曼紐爾·康德(Immanuel Kant 1724—1804)以前，已能將有類於康德之由自己所創造之道德的存在以拘束良心之自己的必要法則，加以演繹。然發泰爾與夫朗肯斯泰恩(Karl Kenstein)等不同。發泰爾亦如哲·若克·盧梭(Jean Jacques Rousseau 1712—1778)，未嘗遭逢其自己所訂而稱爲「自然法典」(Natural code)之內面法與道德心之道德的存在竟被拋棄之悲運，洵爲幸福。蓋當發泰爾正得意於凝思此等問題之時代，彼拿破侖第一世(Napoleon Bonaparte 1769—1821)尙未在科西嘉島(Corsica Island)之搖籃中搖動故也。

三 發泰爾之主權論

發泰爾於說定國際團體之完全基礎與其所自信之主義後，復以透徹之論理，展開其必要之計劃。依發泰爾之定義，所謂國民，實包含命令或指揮各人對於共同生活之目的所應爲之事之公的權力者。『政權卽爲主權。授與政權之一人或多數人卽爲主權者』。主權有三：（一）民主政治，卽庶民政治；（二）由元老院代表之貴族主義的共和政治；（三）僅由一人代表之專制政治是也。『保持且完成自己之性質』，爲在道德的存在上對自己義務之全部，故一國國民，亦非如是不可。『一國國民之保持，在於組織此國民之政治的共同生活之永續』。至所謂國民之完成，卽在生活之必需、便利及慰樂上爲人民所需要之物，及一般之所謂組成幸福之事物，如財產之和平的享有，確實可以得到公正之方法，及對一切外敵之相互防衛，與人民所可取得之所有事物，均非相一致不可。一國國民，負有保持其本身及其團體中之分子之義務；又享有對於在其保持上爲必要，且非不正當，或爲自然法所絕對不禁止之一切事物之權利。『爲一國國民之第二之一般義務，且爲對其自己之義務者，卽爲使自己及國家之完成，日益精進』。國民個人，亦非向此目的奮勵前進不可。發泰爾曾指英國謂爲已經實現自己之理想之國民，其外交眼之黯無光色可知。英國——毫無活氣且已腐敗之第十八世紀之英國，乃爲發泰爾之標準國民，亦可慨矣！發泰爾曾謂：『幸運之憲法——誠非一舉所可完成者，事實上須經過許多流血者也。』

惟此所付之代價，並不過高耳』（“Heureuse constitution! à laquelle on n'a pu parvenir tout d'un coup; qui a coûté, il est vrai, des ruisseaux de sang, mais que l'on n'a point achetée trop cher.”）。又謂：『庶幾此在勇敢的愛國的道德上爲一種致命的黑死病，且在自由幸福上爲極大之災難，之腐敗的手指般的奢侈，在人類視之，實爲一種有名譽之紀念物，通知王者以統御自由民爲如何光榮之紀念物，將永遠不替』（“Puisse la luxé, cette peste fatale aux vertus mâles et patriotiques, Ce ministre de corruption si funeste à la liberté, ne renverser jamais un monument honorable à l'humanité monument capable d'apprendre aux rois combien il est glorieux de commander à un peuple libre.”）。其第一卷之第二章，乃以真能浸徹國民生活之肺腑之感情語調告終結者，即：『一國國民，貴能自覺。無此自覺，在其「完成」上即無成功之可能』（“Une nation doit se connaître elle-même. Sans cette connaissance, elle ne peut travailler avec succès à sa perfection.”）。能在此試驗上及格之國民，究有幾何？彼猶太國民，經過二千年之國民的不幸，猶能保持其完整者，即有此自覺故也。

主權者乃代表國民者也。『……國民若授與主權於一人，則在國家之管理與公的權力之行使之範圍內，自己之承諾及意思，以至於自己之義務及權利，無不授與而引渡之矣。如是則主權者，即國家管理者，乃爲一關於政治上之義務及權利之受託者，故此主權者，實爲一道德人。此道德人，存在於國民間，乃爲絕對不可廢棄者，爾後，惟在自己方面，且惟依自己而爲

行動耳』。此即所付與於主權者之代表性的起源也。主權者在有關於爲主權者之一切事件上，代表國民。君主之權力，受自臣民，臣民有其「承認委託其權力於君主之相當」程度之權力。君主非尊重并扶持根本的法律不可。「君主若攻擊國家之憲法，即爲破壞君主與臣民間之聯鎖契約，故臣民得因君主之行爲而成爲自由，爾後惟視君主爲加壓迫之篡奪者而已」。此係發泰爾採自格老秀斯之見解者也。以格老秀斯曾有「法蘭西、西班牙、本國、英吉利、瑞典、丹麥諸國，已曾提供一國民廢逐國王之實例。故今日歐羅巴，不以「若主權者濫用權力，國民有其廢位權」之思想爲基礎之主權者，殆已無復存在矣」之說明故也。

發泰爾之此種推論，若欲在歷史上求得其形跡，極爲困難。再徵之於實例，僅可謂爲當國民具備有權推倒主權者之組織時，常以正當或不正當之理由，推倒其所不好之主權者而已，不能謂爲國民全體，直接授權於主權者者也。且也，自來有才幹之主權者，通常得保有其地位；反之，具有充分才幹者，在其所屬團體中，名義上固無論矣，事實上亦往往獲得主權者之權力。發泰爾之國民代表之王位起源說，蓋將朱理亞·愷撒（Julius Caesar 102—44. B. C.），俄利佛·克倫威爾（Oliver Cromwell 1599—1658），及拿破侖一世諸人置之於度外者也。發泰爾之代表學說，若以之與今日議會政治相對照，則將益見其不真實。蓋在事實上，國民多數出而抵抗主權者之事，極不多觀。主權之歸屬，往往爲能在一國中保障其確實的權衡之政府。權利與代表，在實際上，一無意義可言。英國之政府，即係由少數實際投票者所選出，而後乃得掌

握無數年之政權者也。

然主權之如何獲得與保有，乃爲一事實問題，且亦非爲一事實問題不可。發泰爾至論主權者之任務時，乃更接近於實際矣。其說以爲國民取得多量幸福必要品，爲主權者之任務。行使此種任務，需要充分之勞働者，故非禁止人民移住不可（*Of Hingeston. v. Sidney, 1908. 1. Law Reports. Chancery, 126. 488*）。『國家須使各人能依其自己之勞務而生活，故有獎勵勞働，振興產業，鼓舞有能力者，提供報酬、名譽、特權之必要』（“*L'état doit encourager le travail, animer l'industrie, exciter les talents, proposer des récompenses, des honneurs, des privilèges, faire en sorte que chacun trouve à vivre de son travail.*”）。主權者須盡其使管轄內之土地儘量耕作之手段。農業勞働者，非厚遇之不可。人而可以『卑視其爲人之天職之職業乎』（“*Osent mépriser une profession qui trouvait la genre-humaine, la vocation naturelle de l'homme?*”）。

發泰爾又曾主張設立穀倉，以爲絕好之備荒策，且爲自動的物價調節策。發泰爾重視商業較甚於農業。惟藉商業，『個人及國民，可以獲得自己所必要，且爲在自己區域內所不能見之物品。……國內商業之效用，實甚偉大。彼能與一切市民以獲得需用之物品，即必需品，有用品及娛樂品等之方法。又能流通金錢，振興產業，增加勞働之活氣。且因其能與巨數國民以生活之道，故國家之人口，賴以增殖，國家之富強，賴以促進也』（“*Les particuliers et les na-*

tions peuvent se procurer les choses dont ils ont besoin et qu'ils ne trouvent pas chez eux. Le commerce intérieur est d'une grande utilité: il fournit à tous les citoyens le moyen de se procurer les choses dont ils ont besoin, le nécessaire, l'utile et l'agréable; le il fait circuler l'argent, excite l'industrie, anime le travail, et, donnant la subsistance à un très-grand nombre de sujets, il contribue à rendre le pays plus peuplé et l'Etat plus puissant.”)

至於外國貿易，尙有二種利益。即可以供給在己國所不能生產之物品，及可以增進國民之富是也。同詩，發泰爾并指英國而謂：「今日歐羅巴之權衡之所以歸其掌握者，主要以其能爲外國貿易耳」(“Aujourd'hui C'est principalement le commerce qui met en sa main la balance de l'Europe.”)M。

關於商業之自然法，則以「幫助他人俾獲全成」之義務爲基礎者。任何人均有其用相當代價向物品有餘者購得其所需要之物品之不完全權，但買與不買，爲各人之自由，故無強制人必買之權利。此種拙劣之分析，實爲往時「需要供給法則」(Law of supply and demand)之複述。發泰爾爲欲使自己之法律觀念獲得明白之根據，故引用此一法則而構成其不可思議之「不完全義務學說」(Doctrine of imperfect obligation)，而此一法則之真義，當然有被曲解之處者也。任何人，均願出賣其所不欲之物品，而不願出賣其所欲者。又任何人均欲購買其必要之物品，而不欲購買其不必要者。此完全爲發泰爾所抱之見解，亦即明明爲「需要供給法則」

之複述。惟發泰爾則更進而以出賣之義務未必無有，而購買之義務則絕對無有之理由，說明當時流行之「保護學說」(Doctrine of protection)。彼謂：「以故一切國家，均有防止外國商品侵入之權利。與此防禦政策有利害關係者，無對此鳴不平之權利。亦即無如人類天生職權被駁奪般之鳴不平之權利」(“Tout état, par conséquent, est en droit de défendre l'entrée des marchandises étrangères; et les peuples que cette défense intéresse n'ont aucun droit de s'en plaindre, pas même comme si on leur eût refusé un office d'humanité.”)。發泰爾之學說諸前提，是否與此一議論之緊張氣味相容納，頗有足疑者。發泰爾在其上面許多學說中所唱道之平等而相互的權利義務之主張，與此將一國國民從國際團體之義務上劃出之政策，似相矛盾者。然發泰爾自己則對此毫不容疑，且更加以解釋曰：「因此，以國民各有其考量已國國民願與其他國民經營商業乎？抑不願乎？願以何種條件與之經營乎？又已國國民中已有允許他國國民來到已國經營商業者乎？抑否乎？等問題之權利，故當其覺有必要時，將此種商業，加以禁止，或加以限制，或設定相當規則使之服從，無不可自由為之。經營此商業之各人，不得因此認為遭受暴行而鳴不平者也」(Comme donc il appartient à chaque nation de voir si elle veut exercer le commerce avec une autre, ou si elle ne le veut pas, et à quelles conditions elle le veut, si une Nation a souffert pendant quelques temps qu'une autre viint commercer dans son pays, elle demeure libre d'interdire quand il lui plaira ce

commerce, de le restreindre, de l'assujettir à certaines règles, et le peuple qui l'exerçait ne peut se plaindre qu'on lui fasse une injustice.”)

此種議論，就發泰爾以外交家之立場所不能不如是說法之事態觀之，固不失為堂皇有理之談，然自行使於道德的存在間之自然法觀之，則將此種事態加以演繹，或願意演繹之，與其謂為足以令人心折，毋寧謂為一頗有趣味之問題。所謂保護，對於自然法，對於「需要供給法則」，實為一種干涉，或即為一種天然之干涉，當為無足疑者。然發泰爾更根據其此種原則，以論夫通商之條約。彼以為條約之應認其存在，不啻已為一種自然之數。政府若能準備國民之必要品而保證其豐富，則國民之生存上的第二目的，即國民之真正幸福，亦必因之而獲得確保。為欲確保國民之幸福計，主權者非謀所以教育并啓發國民不可。青年之教育，為政府應加注意之最要事務之一。發泰爾對於此點，確為一種顯著之先見。事實上，彼以其銳利之眼光，已豫見第十九世紀之全社會的鬭爭，而未為固執父母之義務感之神聖說所眩惑。若果父母在事實上不能履行其義務時，政府為國家計，不能不出而干涉。『全然以此種義務委之於父母，實不妥當』(“Il ne doit point s'en reposer entièrement sur les pères.”)。然政府不能以僅僅注意於個人之教育，即為完畢其任務。應直接獎勵藝術，科學，與哲學之自由討論。政府須將美德可愛，惡行可惜之意義，用直接之實例，恩惠之頒給，腐敗事件之掃除，極力向國民鼓勵；且須振作國民之愛國心。國有鐵道及公路、運河之修建，均為主權者之事務。發泰爾復將自己

之社會主義，推及於宗教之範圍，曾謂：『故國民非敬神不可』（“Une Nation doit donc être pieuse.”），且謂宗教之外界事項，即為國家之事務。發泰爾自亦主張關於宗教問題，政府對於任何人不得加以管制者。惟依其所發表之言辭觀之，則信仰之自由，固為一不可侵之自然權，然國民自己不應不顧到其信仰之結果，將對社會發生如何影響，而隨其所好而為之。規定國民應歸依何種宗教，以何種公式禮拜為至適當，其權屬於國民全體。於必要時，國民更可規定一種以上之宗教，其或某一種宗教宗派過少，不能單獨成立一教時，則意見不同者，不妨脫離該教。凡具備對道德，對國家都無危險之教條之宗教，應一切予以寬假。君主自身之宗教，在君主實行團體之命令之限度內，可以不問。巴登（Baden）荷赫柏格（Hochberg）之佐安（Joan），在納沙泰爾（Neuchâtel）採用新教以後，不依然為該侯國之治者耶？且佐安為一羅馬加特力教徒，不依然可以裁可該侯國宗教上之法律及憲法耶？於此蓋有國家之統制在故也。所謂國家，即其治者僅為國民意思之傳導管者是也。發泰爾并斷定國家應為一國中之絕對的主人。故不受羅馬法王之干涉，亦無訴之於羅馬法王之必要，不論任何方法，無一足以限制團體之完全自由者。發泰爾曾以詳明之例，充分說明其此種見解也。

發泰爾復將其眼光，由宗教轉到司法上來，而立下一「司法為一種強固維持法律以之正確應用於各種事件之力」之定義。發泰爾更主張將司法推行之於裁判所以外，以發揮其分配的司法——依照各人之功罪由團體管理之——之效用。此種主義，非規定公用及公酬之分配方法不

可。發泰爾對於處罰權之議論，頗多有趣味之材料。其議論，乃以個人安全之權利，即對一切攻擊期其安全之權利為基礎者。各個人苟相聯合而成立團體，即國家，則該團體即被課以謀其加入分子之安全之義務。因此，私戰權乃被此保護的公義務所吸收。以國家為一道德人，故享有處罰侵犯其法律者而謀自身安全之權利。於是乃發生民事及刑事裁判權、即公私犯行之應報。國家以對他國國民，或對私人非自謀保護不可，故亦享有其公戰權。

由於以上所論，更延展及於政府之第三目的，即使國民強固以對外寇之義務。國家之勢力，依其國民之數，戰爭能力，及財富三者而組成。增大此三種要素，為政府之任務。因此，政府非常常置念於：「一國家之力，為相對的，此種力，須基於鄰國之力，及己國幾分可虞之全體國民之力以準備之」(“La puissance d’une nation est relative; on doit la mesurer sur celle de ses voisins, ou de tous les peuples dont elle peut avoir quelque chose à craindre.”)之一理由不可。

在關於所謂「海軍勢力二國標準主義」(Two-power Standard)之近世一切議論背後之原則，往往不能為如此明白之解釋。本卷之殘餘論題，尚有國民之離脫權(Right of separation)，「有效占領說」(Doctrine of effective occupation)及收用權(Eminent domain)，即在必要時國家對於國內一切財富之權利等問題，茲姑從略。收用權。自係指為國家自衛義務之當然的歸結，又為理論社會主義者及財政主管機關之一種便宜處置的手段而言者。

四 發泰爾之國際法論

於茲吾人當更就發泰爾名著中之爲今日所稱爲國際法之部分一考察之。該部分著作，言其範圍，在某種意義上似嫌過於寬廣；而在另一意義上，則又不免失之過隘。根據上來所述，可謂已將爲發泰爾對於國際關係之立論旨趣之一般原則，爲相當程度之說明，然其論述「一國國民與他國國民之關係」問題而揭載於其偉著第二卷中之最初諸原則，非再加以引述不可。

各人對他人所負之義務，亦卽爲各國對他國所負之義務。故甲國認乙國真有需要甲國援助之必要，且甲國可於不懈其對自己所負義務而與以援助時，則甲國須以對自已負義務之態度對乙國負之。『此爲自然之永久不變的法律』（“Telle est la loi éternelle et immuable de la Nature.”）。因此，發泰爾當葡萄牙發生里斯本（Lisbon）地震大災害時，卽指謂此正所以與英國以抱負大國民之特色之可寶貴的寬大，履行人道之義務之絕好機會者也。然一國不得強制他國對自己親好者。格老秀斯係肯定一國有處罰他國民破廉鮮恥行爲之一般權利者，發泰爾則除該行爲足與欲加干涉之國民以直接影響者外，不承認此項權利者也。又一國雖無強制他國援助自己之權利，然可適用愛之法則者也。相互愛護，乃各國國民之義務。此一主張，頗堪尋味。由於意大利墨西拿（Messina）之地震，與剛果恐怖事件（Congo horrors）係基因於政府辦事不力之一實之發生，益使發泰爾之說近世化矣。

發泰爾雖肯定國民有相互貿易之義務，并主張貿易之最大自由，然彼仍如往常主張，以「各國國民非先決定此種通商於己國有無益處不可」一語以爲警戒。又發泰爾對於國民有獲得安全之權利之問題，更規定趨避害惡之權，私事不受干涉之權等規則。發泰爾更慎重論述一國之占領，並非絕對排斥在該領土之他國之一切權利。各國國民若有必要，不但可以相當代價保留獲得食糧，船舶，及其他物品之權利，且可爲確保其民族之永續而保留離婚之權利，故該國民縱令隨帶婦女而他去亦無不可。

發泰爾對於條約問題，實爲當時最有生氣之註釋家。其議論詳載第二卷，茲亦從略。而其關於本問題之專門的論述，當爲世人所不能忘。尙有對於仲裁問題之主張，亦爲極實際而重要的著作，不但在過去一世紀半間，即對於將來，亦爲有價值者。

第三卷係論述戰爭問題者。發泰爾對於戰爭所下之定義，爲「以暴力實行權利之狀態」(“Cet état dans lequel on poursuit son droit par la force”)。公戰，爲國民相互間所行使者，私戰，爲個人相互間所行使者。私戰係屬於自然法範圍之內者。自然付與各人以在防衛及保持權利之必要時得使用暴力之權利。然如上述，因團體已承受執行此種使用暴力之義務，故私戰權乃消滅矣。以故世惟主權者乃享有戰爭權。主權者由於欲完成此種目的乃享有其軍隊募集權。同時，全體人民各有其竭力事奉國家，防衛國家之義務。任何人，當然不能免除其執干戈以衛國家之責職。然戰爭須力求正當。戰爭權，惟爲一種對於不正當之救濟策時始屬之於

國民。在此場合，發泰爾之說亦僅就理想言之，並未切於實際；以發泰爾已熟知自來純爲權利及正義之戰爭幾絕無而僅有故也。發泰爾未嘗言及如何矯正不正當之戰爭之救濟策。其唯一之救濟策，當爲疇昔佛爾夫所曾夢想，而爲今日一般人所憧憬之大共和國也歟，發泰爾則僅固執其維持和平之必要，及正式宣戰（*Res paenitentiae*）之必要之主張而已。

發泰爾並未論及局外中立之一難問題，頗堪注意。然其對於戰時禁制品之定義，乃有真價值者。卽：『凡爲戰爭之特用品不使運往敵方之物品謂之戰時禁制品』（“*Les choses qui sont d'un usage particulier pour la guerre, et dont on empêche le transport chez l'ennemi, S'oppellent marchandises de contrebande.*”）者是也。發泰爾更對在禁止暗殺及使用毒物之戰爭中之國民的權利，對敵之誠意，戰時之取得，戰後原狀回復權（*Right of postliminium*），戰時之個人權利，及戰時條約等問題有所論述。

最後之第四卷，則論述和平回復，及公使館問題者；尤注意於公使之住家提供爲避難所之問題而爲詳明之剖行。

結論

發泰爾之名著『國際法』，確爲一極重要之著作。該書乃將國際公法之全理論與其任務加以近世化者。且已從研究之領域脫出，而進於原野、市場、會議室及宮殿中矣。國際公法，從此不再爲一種祕密之學問，此蓋已由實際的說明者發泰爾爲之弘布於世上故也。發泰爾認國際公法如不使各國上流社會之人士通曉，卽無以期其發達，故曾盡力謀所以撒布此種知識於各國帝王、皇族、大臣、外交官、及其他居高位者之間。然發泰爾在事實上，所盡力於各國國民者反較多也。何則，在某種意義上，發泰爾已將其爲各國國民生活上所必要之道德的合理的發達之理論，使彼等認識故也。

發泰爾之『國際法』，爲頗能投合時流者也。可稱爲國際公法進化之第二期之自一七七〇年至一九一四年之期間，實可稱之爲『發泰爾時代』。該著作不但爲各國語所翻譯，爲各國人士所尊重，而其所論，實曾使歐洲之帝王宰相對之喜悅，替世界大小幾多戰爭，幾多合併作辯護，許多國際法學者，亦多附和其說者也〔Vollenhoven *The three Stages in the Evolution of the Law of Nations*, 1919. p. 32 et seqq. 松原一雄博士「國際法進化之三時期」『國際法外交雜誌』第二〇卷（大正十年）第四號第八頁〕。

本稿對於發泰爾之理論前提，方法及結論曾處處加以攻擊，且覺發泰爾所示教於世界國民

之理想，高固高矣，惟衡之以世界現狀，不免興過高之感。以發泰爾較之於佛爾夫，佛爾夫似確爲一高出於發泰爾之優秀的思想家，此即在發泰爾自己，當亦不能不承認者。然在另一方面，發泰爾不失爲一實際家。且將佛爾夫之學說施以幾分之修正，俾得應用於實際生活之領域內者也。卽此一點，已足以使發泰爾名垂不朽矣。發泰爾且爲一最有卓識，最誠實之思想家，抱有深厚之宗教信仰，此實爲在其同時代之思想家中所不可多得者。縱令發泰爾並未爲今日世界留下幾許教訓，而其「人類之思考範圍雖狹，信仰之線路則無限界也」，「人欲決定其行爲之如何，當以完全理性，擇其信仰之路」之諸訓迪，實將永傳於後世。誠以人類社會之論理的建築物，乃建立於更大且更高之宇下者故也。此外，發泰爾如吾人之所知，尙與世人以不少重大之教訓；今日世界各國人民間之所以能表現其相當親和狀態者，有賴於此納沙泰爾之外交家——發泰爾者實多多也。

英國名法官斯托埃爾爵士（Lord Stowell 1745—1836）曾評發泰爾謂：「吾人不應視發泰爾爲一單能發表意見之法律家，當認識其爲一能確證事實之證人。所謂事實，卽近世歐羅巴所現存之慣行也」〔Vattel is here Considered, not as a lawyer merely delivering an opinion, but as a witness asserting the fact—the fact that such is the existing practice of modern Europe.〕（The Maria (1799). C. Robinson, Admiralty Reports. Vol. I. p. 340; Sir F. Pollock, “The History of the Law of Nature.” Journal of the Society of Comparative

Legislation. New Series. (1901). p. 206; *Detto, Essays in the Law.* 1922. pp. 65—66)
云，不可不謂之爲至言也 •

中華民國二十九年九月初版

五二二上

版

版權所有
翻印必究

☆ 百叢書 國際法學界之七大家一冊

(26732)

每冊實價國幣壹元伍角

外埠酌加運費匯費

發行人	王雲五	長沙南正路
印刷所	商務印書館	
發行所	商務印書館	
原著者	寺田四郎	
譯述者	韓逋仙	
主編者	王雲五	

(本書校對者沈韻藻)

丙

7
403466



单

| 北