

Aus Wissen und Wissenschaft

— 22 —

ABHANDLUNGEN  
ÜBER  
RECHTSVORSCHRIFTEN

學藝叢刊 (22)

法 制 論 叢

中華學藝社編輯



中華學藝社出版

商務印書館

102-53

ABHANDLUNGEN  
ÜBER  
RECHTSVORSCHRIFTEN

法 制 論 叢

中華學藝社編輯



3 0790 4896 7

中華學藝社出版

# 目次

中華民國修訂民法應取之方針	楊鵬
謠言在法律上之效用	胡元義
命令法規與能力法規	胡元義
所有權之史的研究	徐式圭
租借地性質之研究	黃元彬
空中領域與航空機之攻擊	王宏實
法院對於外國人之民事管轄權	王毓英
論公司之國籍及在我國租界內之公司	史尙寬
論選舉制度	龍守賢
論立法權與行政權之調制	薩孟武

論兩院制.....孝思

議會之質問權.....王宏實

理論上之宗法.....陶彙曾

現於服制之親屬制度.....陶彙曾

離婚原因之義絕.....陶彙曾



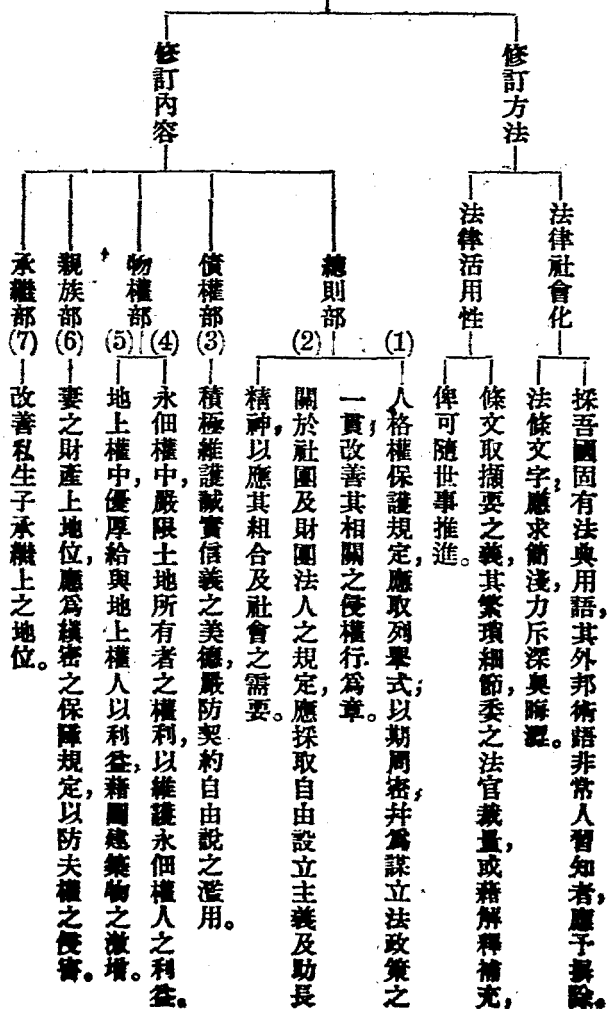
# 中華民國修訂民法應取之方針

楊 鵬

## 綱 要

- (一) 基於立國精神，應使範圍吾人日常生活之民法，充滿平等精神，凡涉特權之規定，均應摒除。
- (二) 基於人格權居最高峯之條理，應對該權積極維護，以舉法律保障之實。
- (三) 基於公平正義法則，應扶持經濟上之弱者，對於債權人應為有限制之保護。
- (四) 基於近代經濟改新思潮，宜積極維護農人之利益，嚴重限制地主之權利。
- (五) 基於男女平等之鵠，應摒除民法上對於女子之各種限制。(本論僅及夫妻財產之部)
- (六) 基於天賦人權之旨，應除去私生子法律上差別待遇。

## 本論

中華民國修訂民法應取之方針  
解表

國家立法，一方固貴適應社會之環境，權衡審訂，期無扞格不入之弊；一方尤當高瞻遠矚，基於公平正義法則，爲適宜之指針。誠以法律之爲用，有動靜兩性；由靜言之，在維持人羣之樂利，使無決防汎濫之事發生；由動言之，則又負促進公衆福祉，導之躋於康衢之責。後種職務，在民法部分，實爲顯著。蓋凡循規蹈矩之人，終其生可與刑法及其他懲罰法規不生關係，但不能與民法毫無繫屬。因吾人自出生以及成年，乃至於死亡，其間所經之階段，於權義有何影響，民法莫不爲之規定。他如吾人日常所關之事物，與夫身分間之權義，胥皆受其範疇。是該法之善否，吾人之樂苦繫焉。誠如是，吾人又豈可漠然視之哉！吾國爲世界文物最古之邦，各種法規制度，周秦時已粗具規模。就民事法規而論，至唐時亦已大備。其法系之早，殆與歐洲羅馬法並峙。迄唐以後，歷代雖有增革損益，然餘緒仍相承未墜。大清律中，戶役，田宅，婚姻，錢債等門，殆大部襲唐之舊規。是唐律精神之綿延幽久，又恰如羅馬法之於大陸法系也。晚清之季，政府知收回領事裁判權之必要，着手改革司法

制度，并從事編訂各種新律，民法草案遂於清末而產生。此種法案，採取大陸派立法例，其間大部，尤宗德制，除親族承繼等部，有一二處類似舊律外，餘則面目全非。故清末以迄民國，實爲我國法律改革極重要之時期，亦卽民事法制史上之一新紀元也。我民律草案既大部從同德制，是欲論我民草之優劣，不可不先知德民法之歷程，及其在現代社會之價值。原來一國法律，各有成立之淵源，此淵源卽其法之背景，各國之背景不同，故其規定旨趣亦異。就德民法，不論其受羅馬法之涵育潤澤，殆非一朝一夕。當德法律編纂委員會起草該法時，其內容之一部，固重學說與法律實驗，但他之一部，仍復根據其歷來所承受之異邦法，其因歷史之演進，不能脫離樊籠，蓋亦有由。一八八二年該法案在二讀會時，經聯邦參事會之議決，另組委員會，爲精密之審查訂正，其委員係合法律專家及各種經濟組合代表而成，復爲調劑實驗之得其平衡起見，更聘有法官及律師。其後該法案始於一八九五年先後通過產生。德民法制訂之力求完備，可謂無微不至。但若就現時眼光批評，

仍不免多所缺陷。緣其立腳點與現今社會所要求，未盡全相適合。申言之，即除其內容規定結構完密，條理謹嚴外，彼殆忘卻最大之目標。此目標維何？即多數無產階級之民衆是也。故無產之德民，除關於身分部分與民法發生關係外，其他可受民法之保障者，殆屬甚微。夫以著稱於世之德民法，投之今世，尙不免有不適應社會之譏。則較德民法更有遜色之我民法草案，又當何如？推其所以致此之由，均因立法者重視歷史心過強，富於保守性，不能基於維護人民生活平等眼光，以爲創制的立法。善夫瑞士法學者托而氏（P. THOR）之言曰：「民法非如他之法律，由於自然，實乃由於編纂法律者之藝術創作。」斯言也，實爲透見肝脾之論。是則民法之制訂，應採創作的精神，而不當取因襲的步驟。務當斟酌民族文化程度，爲之因勢利導。更須兼顧立國精神，謀方法上之調協。易言之，即凡民立政治之國，其民法之核心，應包含平等自由精神，凡有涉特權階級之保護與夫不正當之束縛等規定，均應剷除盡淨，俾此與吾人日常生活相關之法規，消極的不妨礙人生應享之

6  
 權能，積極的更促進民族一般之樂利。此實民主國家民法應取之準鵠，抑亦立於  
 平民政治下之民族所當主張者也。夫如是，則關於我民法草案修訂之方策，可得  
 而言焉。茲爲明晰起見，分爲修訂方法及其內容應取之方針分別論之。

(甲) 修訂方法應趨重法律社會化及擴大法律活用性

(一) 趨重法律社會化。民法乃爲全部民族日常生活事物矩範之法律，其  
 包括之領域，雖未盡私法方面之全部，（如著作權法商標法等，雖屬私法，但不在  
 民法範圍之內）但其範圍之廣大，在私法中，非他法所能比擬。蓋他種私法，僅與  
 少數人發生關係，而非如民法之泛及一般民衆也。民法旣爲全民族而設之法規，  
 則表現該法內容之規定，自應力求明顯易解，深文澀句，固應忌避，外邦術語而非  
 我民族所習知者，亦當摒去，凡所用語，總以我國法律所原有，或雖非我所原有，亦  
 應以切合我國文字意義而爲一般人所習知者爲準鵠。誠以民法係爲普遍民衆  
 而設之法規，非爲讀律專家特創之研究品，則爲求民衆之易於了解起見，務當使

表現該法內之條文成爲社會化，其標準總以見解清晰之常人與智慧遲鈍之法官不必沉思潛慮，苦心鑽研，即可知曉爲依歸。要而言之，其各種規定，不當僅以通曉法律之人了解卽爲能事已盡，尤當使常與該法發生關係之民衆，易於明了，獲一法律上之指針，不致迷離摸索，茫無邊際也。

(二)擴大法律活用性。吾國幅員遼闊，民事習慣，各地迥殊，千頭萬緒，亂如莽絲，其間不適於人生生活正義法則，應在摒除之列者，固屬甚多。但不背於公共秩序善良風俗，且爲一地域顯著通行之習慣，應賦與法律上之效力者，亦復不少。揀選抉擇，既有掛一漏萬之嫌；分類歸納，復恐有閉門造車之慮。且民律之施行領域，遍及全國，自不能就某省之習慣而爲規定。於此種情形之下，謀所以補偏救弊，期與國情不相背馳，事理不相鑿枘，厥惟民法規定取擷要主義，其繁瑣細節，委之法官接情裁判，或以解釋而爲補充。如此非惟上述諸弊可免，而且法律可隨世事推遷，免除不適應人生生活之弊。或謂如子之說，豈不助長司法官專擅之功，及司

法機關而兼有立法權歟？（指解釋）不知前者有上訴以救其弊，後者亦有一定之軌可遵。徵之吾國現行事例，實不足慮。且如瑞士民法，其規定如取摘要主義，繁文細節，迥不從同德制，行之多年，不特未見有何罅漏之處，而且以完美見稱於世，矧我國情形更有特殊之背景乎？

（乙）關於修訂內容方面應取之方針

民法方面所管領之事物，至繁且頤。其間因社會之進步，各種工藝機械之發明，與夫經濟之變遷，自不能常守舊規，故步自封。蓋法律之設，所以範疇事物。若事物脫蠟變遞，而法律不隨之俱進，則非惟法律與人生生活不相調協，且將因之而阻礙社會之進步。例如土地所有權之範圍，依我民草九百九十一條規定：於法令之制限內，及於地上地下，若他人之干涉無礙其所有權之行使者，不得排除之。（德民法九零五條，瑞士民法六六七條，法民法五五二一條，日本民法二零七條同。）此種規定，在昔時航空飛機飛船未盛行時，所關尚不甚鉅，今則空中航行之盛，一



日千里，依我民草規定，所謂地上，其界限究何所指，殊屬疑問，則所謂地上，（指高度）應規定一明確界限，以不礙於航空線爲度，實屬必要。雖我民草有法令限制內一語，可另訂他種法規以救其弊，但究不若於民法中明文規定爲妥。此外屬於現代經濟狀況及技術工業所演進之事物，而與吾人日常生活相關者，均應爲之精密推求，網羅於民法之內，并準於增進羣衆福利之眼光，爲之助長或保護。此則編訂法律時所當留意者也。他如基於公正法則及社會問題，有重要數點，所當商榷者：

（一）人格權保護之規定，應取列舉式，以期周密，并爲謀立法政策之一貫，改善其相關之侵權行爲章。人格權一語，意義至廣。約言之，凡吾人精神或物質生活所及之範圍，即爲人人格權存在之領域。具體言之，如關於生命身體精神上之安全，以及自由，名譽，信用，尊稱，姓名，黨徽，商號，商標，（此等人格權之保障散見於商法及其他特種法規）等權利是；此外祕密事項，如關於律師醫士產婆等職業

上之祕密，與官吏公吏職務上之祕密，以及私人信件日記賬冊等，未經私人公表之事，亦均屬之；再如著作權及其他各種工業發明，及藝術作品，亦應包括於人格權之內。人格權之保護，為近代法律上重要之使命。其着眼利益，非僅為個人，實乃兼為社會及國家也。夫吾人應享有之最重要權利，雖憲法上已為之規定，刑法上又復為之保障，然此乃屬於公法之領域，其範圍不過及其舉舉大者。且所謂刑法上之保障，不過對於侵害吾人之對手方，加以制裁，係屬消極的性質。若夫被侵害後之補救，則純屬私法範圍。故民法關於人格權保護之規定，純屬積極的。其規定良否，吾人之樂利繫焉。大陸法系各國民法，關於此等規定，繁簡各異。我民草案第一編第二章第五節各條，明示人格權保護之方法，不能不謂為最進步之立法例。此雖寥寥數條，然其內容包括至廣，舉凡吾人基於法律所應享有之私權全部，胥在其中，觸類引伸，不可枚舉。此種概括根本的規定，即德民法亦所不及。蓋德國民法僅規定表現的少數之人格權及姓氏權，其範圍較此不免有廣狹之別也。惟本

節及其適用上相關之第二編第八章，有當商權者，即本節五十一條第一項云：人格關係受侵害者，得請求摒除其侵害。所謂人格關係一語，其中原包含有人生各種之權利。因吾人生活可分爲兩方面觀察：就吾人構成社會之一個體言之，則爲自然人，就吾人因社會關係而形成之人言之，則吾人之所以爲人者，乃由於社會人心而成。換言之，即由倫理或經濟或交際等人格表現而成。上述各種之人格權，胥包括在本條所謂人格關係一語之內。夫以人生生活各種之重要權利，而用此概括之名以當之，即讀律之士，有時恐亦不免歧路亡羊，而謂普通常人就此數字，可收按圖索驥之功，不亦嚙語歟？故常人人格權而受有侵害時，縱欲訴之法庭，自苦不知所據矣。是以此等規定，不過供讀律者之咀嚼，常人固莫明其妙也。鄙見以爲應就（一）生命康健身體安全，（二）精神安全，（三）自由，（四）名譽，（五）祕密，（六）經濟生活等項，重要人格權，分列規定，不當用此概括之名，代表一切。蓋爲求法律之社會化起見，不妨自我創始，不必襲人舊規。（按我草案第一編第五節各

條本採自瑞士民法二七條乃至三十條。不越藩籬也。此應商榷者一。

吾人人格關係受侵害時，依我民草第五十一條第二項規定，以法律規定者爲限，得請求損害賠償，或撫慰金。所謂法律特別規定者，其大部即第二編侵權行爲章所規定者是。故侵權行爲章各規定，殆不啻人格受損害後所形成之債權。關於此點，學者間雖不無反對之論，但捨此而外，亦實別無救濟辦法。（註一）是以我民草案，仍從同德瑞等立法例，爲侵權行爲章之訂定，承認人格權受侵害後賠償之制度。惟本章規定，不免有忽視人格權保護之嫌，蹈立法政策不相貫徹之誦，何以言之？因本章各條規定純係側重維護被害人（債權人）之利益，至於加害人（債務人）方面，則毫不顧及。揆之公平法則，固不相符，即按之保護人格權之立法原意，亦未見其吻合。原來人格權之保護，實無債權人與債務人之別。縱債權之發生原因係基於犯罪，然刑法上之制裁，已足以蔽其辜，其餘所負之民事責任，充其極不過補償關係而已。矧債務人有時所負之賠償責任，并非由於刑事及直接由

己之行爲而生者乎例於民草關於雇主因雇用人執行業務所生侵害有時亦負損害賠償之責。『民草九五二』夫民法上加與債務人之責任，非如刑事上加與犯罪者之責任含有制裁惡性之意味，故債務人之人格權并不因其所負之民事責任而減削，自不應對於其經濟生活剝削盡淨。茲侵權行爲發生之債務既不外出於金錢賠償，然而人生貧富不同，萬金之贖，富家易爲，一銖之償，貧者難當。我民草於茲，絕無調劑之規定，一律等量齊觀，縱令債務人因此腦肝塗地，生機全無，亦所不顧。其重視財產，輕蔑人生，可謂無以復加。此誠不能不謂爲我民草案重大之缺點也。查瑞士民法四四條第二項規定云：因故意或過失惹起損害之賠償義務者，若履行賠償而陷於危難境遇時，裁判官可基此原因，減輕其賠償責任。此項規定，適不啻爲垂亡者進一贖命藥。世言瑞士民法側重保護弱者，信然不誣。夫此規定之適用，直接固關於本章各節之調劑，間接則又繫於人格權之保護。較我民草案之首尾不相隸屬者，判若霄壤矣。鄙見以爲我民草第二編第八章，應採取此種立

法例，訂定相當條文，庶足以維公平。此當商權者二也。

上所立論不過就其顯著者而言，其他散見於民法各條，所當討論者至多，能否以此爲鵠，修改訂正，是又待於修律者之權衡。

(註一)基於侵權行爲而生之金錢賠償，應否將非經濟之損害（如名譽信用等）『我民草九百四十七條』包括在內，學者中爭論至烈。持反對說者，如古什塔無海而滿（Gustav Hartmann）彼謂現代人感覺只在金錢之計算，故各種之不法凌辱，可由金錢之賠償而平復；他如名譽上之破裂，亦可由裁判官之幫助，以數張銀行鈔券彌縫無瑕，豈非極可怪之事乎？又如依而里格氏（Hirings）亦謂財產殆爲民法上惟一無二應受保護之物，其他人生一切權利，均屬毫無價值，是以裁判官亦不必爲之顧惜，故近代司法官只認識金錢之利益，錢包所在之處，卽其法律存在之所。此二氏之議，固亦有其片面理由，但究之實際，關於非經濟上之

損害除特種情形可以訴請求其不作爲爲之救濟外，其他仍非出於損害賠償之一途不可。原來吾人生活可分爲物質及精神兩種，物質生活被害時，得請求損害賠償固也，其精神生活被侵害時，有時亦影響於物質生活，故均不能不適用金錢賠償之辦法。且近代公私法劃分極嚴，因此民法與刑法保護人民之方法亦異。制裁犯罪屬於刑法領域，損害賠償則屬於民事範圍。是以關於人格權保護，在民法上只有以訴請求其不作爲及損害賠償之兩途也。

按本註本無關大旨，惟二氏立論，重在民法上不應特別重視財產，我民草案雖採自最新立法例，然就全部結構觀之，仍不免有特別重視財產之趨向，故贅述及之。

15  
其組合及社會之需要。法人之制，稽之我國舊律，雖無規定，然按之社會事實，則

確有其組織之存在。譬如寺廟義倉及宗祠等類，均係有一定財產之集合，復有執年會首，以董事其間，關於權利義務之負擔，胥直接歸屬於寺廟及宗祠等是。此等組合，實與所謂財團法人無殊。（我國判例亦認寺廟爲財團法人。）至若社團法人，其在我國，亦不乏相似之往例，卽如習武課文等會是也。

民法之所以承認法人之制，不外謀人類思想（如研究學術等社團）身體（如體育會等社團）之健全，發展，及圖爲公共福利財產集合體事業之鞏固。故認此等組合有法律上人格，俾之在社會及經濟上享有與自然人同等權利，以鞏固并發展其事業，而應人類共同生活之需要。基此爲鵠，則民法關於法人之規定，應本扶持助長之精神，與以自由發達之機，不宜加以遏抑，阻其展進之路，其理自極明顯。是以進步之立法例，（如瑞士）於法人之成立，採自由設立制度（Das System der freien Bildung）。惟於有經濟目的之法人，如商事公司，（因瑞士係民商法合併）或財團法人，則兼採強制登記制度（Das System des Registrierzwanges）。



而於特許制度(Das Konzessionswesen 我國亦採用此制)則所不取。我民草案關於法人各規定，大體均採最新立法例，而獨於設立上保持此官府特許威權，實不免貽狗尾續貂之誚，其爲玷白圭，又何待言。查民草六十九條規定云：設立社團法人，無經濟上之目的者，須經主管衙門允許。依此規定，是凡社團法人無經濟上之目的者，(如研究學術或討論政治之集合體)均應以先得主管官署許可爲其成立先決條件，在立法者之意思，無非以濫行設立，有害公益，故與主管官署以許可之權，以示限制，在表面上未嘗不言之成理。但吾人若細爲推求，則其謬誤之點，不一而足。蓋關於法人之存在，學說原有擬制說(Fiktionstheorie)及實在說(Realtätstheorie)。基於實在說之結果，民法於法人事實上可能之限度內，(如親權等因法人事實上不能享有，故民法不賦與之)使之與自然人在社會及經濟上取得同一之權能，以促進并保護其生存。故實在說之精神，與束縛法人之旨絕不相容。近代學者主張，及一般立法例，均多從後說。細繹我草案內容，亦係從同。如認法

人之人格權與自然人同等，而與以保護，（即姓名名譽祕密等，參見民草六八五條及五一至五四條。）以及關於享受權利負擔義務（民草六一條）與夫行為能力（民草六二條）賠償責任（民草六三條）等規定，均屬承認法人為實在生存之表現。茲獨於其產生之始，不問其事實上之情形如何，必以官署之允許為惟一之先決條件，其束縛法人而有背於實在說，自屬顯然。此其一。若如行政官署，而果能明瞭社會之需要，不致妄行濫用職權，輕於駁斥，則雖此規定與自由設立之旨相背，尚不為害甚烈，設主管官署竟以此為護符，見解偏狹，吹毛求疵，或因政治作用，故為壓抑，則此事實上之法人，即不免因此產婆施行手續之謬誤而夭亡，與法律承認法人制度之旨，南轅北轍矣。此其二。凡法人設立後，若果有害於善良風俗或違反公共秩序之行為，自可於民律中另訂裁制之方，（民草百十六條規定乃特許制之結果。）何必事前為之重重防慮，嚴為束縛，以阻其自由展達之機歟？此其三。基是以論，則民草於法人設立之規定，應擴除特許主義而採自由設立主義也。

明矣。吾人既主張法人有採自由設立之必要，絕對不應容許官署特許之制，俾法人得以自由發展，則基於同一理由，於社團法人存在中目的之變更，及解散後財產之處置，以不背於公秩良俗爲限，亦當任其自由變更及處置，不應受官署之干涉。是民草百零一條第二項，變更規條，非經主管衙門允許不生效力，及百二十條第二項，關於社團法人解散後之財產處置，須經主管衙門允許等之規定，均應刪除。緣此等規定，均係基於特許制度而來，若採自由設立主義，則此等規定，自無保留之餘地也。夫法人之成立，既揭自由創設之鵠，則凡有一定目的之人之集合體，與一定之事務所，（社團）或有一定目的及相當財產與執行機關時，（財團）民法上即應認其爲法人，而加以保護。恰如自然人官骸已具，并開始獨立呼吸時，即享有人格權之例相同。（胎兒享受權利係屬例外規定。）其繁枝細節之束縛，監督規定，除登記一點，尚可酌予保留外，似均應在修改刪訂之列。蓋非如是，不足以減殺行政上之遏抑，斬求法人之自由發展。至若其生存中果有危害公益之行

爲，有解散之必要時，民法上亦應明文規定，由法院裁判，乃足以貫徹保護之精神。我民草百十六條主管官廳得將允許撤銷之規定，其基礎係建於特許制之上，因重視行政監督權之結果，故剝削法人受法院裁判之權。實則應否解散，全係司法範圍，絕不應許行政官署越俎代庖也。若謂基於行政監督權之作用，有使主管行政官署置喙之權，極其度亦只能許其居於當事人之地位，訴求法院裁判。（如瑞士立法例）庶足以維公平。此就法人成立制度上所當改正以應其組合需要而爲商權者也。

財團法人，其組織原與社團法人有異。蓋一則爲達一定目的而爲財之集合，一則爲達一定目的而爲人之集合。以人集合者自可觀察社會之需要，隨時勢以推移，而爲原定目的之變更。若夫財團法人，既非人之集合體，且創設人標明目的於其前，董事又無權變更於其後，（我判例亦僅認董事有代理權）其組織純爲固定的，然而世運進化，常有某種善舉，宜於古而不合於今，（如禁止寡婦再嫁之

尙賢堂是）或按社會情形，某種事業，利於甲地而不利於乙地，（如甲有育嬰堂一所，且甚敷所需，惟缺醫院，今創設人捐資建一醫院，則正適合該地所需，若仍建設育嬰堂，則於甲地並無利益也。）使該財團法人，故步自封，不隨世運及社會情狀以爲推進，或一成不變而無挽救之方，則社會又何需此贅疣機關。是以法律於茲，不得不謀補救之方。我民草案從多數立法例，許主管衙門以因財團法人之目的不能達或違反公益者爲限，徵求董事會意見，（民草一六一條）得命變更財團法人之目的，或其所必要之組織，（民草一六〇條）理論上原無可非難。惟吾人有不能已於言者，國家立法，一方固應適合社會環境，因勢利導，一方尤應本於人羣演進法則，採取創作精神。準此爲鵠，則關於財團法人變更之規定，揆之我國現在情勢，其所附條件，當從寬大。申言之，卽其目的或組織之變更，法律上不當專着重於創設人之意思，及財團法人之自身有目的不能達或違反公益時，始得爲之，當兼顧及於人羣福利及社會演進法則方面，而擴大其適用範圍，使果利於人羣，

縱無上述情事，亦應許主管官署斟酌社會之需要，隨時得爲財團法人目的或組織之變更。譬如我國現時各種廟宇、寺觀，遍及城鄉市鎮，且多擁有鉅大之不動產，就近代社會眼光觀察，此等神龕土偶，除有宗教上之意味而外，其裨益於人類，實屬微末。設若許主管官署，隨時得將其目的或組織變更，替以福利羣衆其他事業之財團法人（如學校醫院等），較之僅含宗教意味，與一般頂禮膜拜信徒結香火緣之財團法人，其溥利人羣，又何可以道里計？故關於財團法人目的及組織變更之規定，在我國情狀之下，似不應純照他國成規，爲步趨一趨之立法。此關於助長法人以應社會需要所當商榷者也。總而言之，財團法人，其成立基礎在於財產，與社團之由於人之集合者迥異。基於事實上之緣由，國家機關實有借箸代籌之必要。故吾人主張除法人之設立，財團社團均應取自由設立制度外，至關於法人之管理，對社團則因爲達人類思想自由發展之準鵠計，應取放任態度；對財團則爲求其實際裨益人類福祉計，應許官署有糾正之機。此點非惟與吾人主張對於

法人應始終扶持助長之旨，並不違背，且相得益彰焉。

附註 查德、瑞、日三國民法，關於法人之規定，大體相同，惟瑞士民法關於法人之成立及法人之監督等項規定，較德爲寬，而日本規定則又比德更嚴，此皆由於立國精神不同，故法律所採之方式亦異。瑞士學者常以該國民法充滿平民政治精神，與其國家體制珠聯璧合，耀示於人，自亦有由。我民律草案關於法人之規定，兼採德、瑞、日等國立法例，其間凡束縛法人自由懲罰董事等規定，（僅日本民法有此規定，德、瑞無之）悉從日本，殊非當也。

（三）積極維護誠實信義之美德，嚴防契約自由說之濫用。昔歐州羅馬時代 *aeguum et bonum* 之法律用語，卽與近代法典之誠實信用相當，可知此等觀念之於歐陸法系，淵源殆極遼古。我國舊法典雖無類似之用語，然懲罰奸狡維護誠信之規定，則散見於律文中。大道所在，古今中外實莫能外也。我民草第二條規

定行使權利履行義務，應依誠實及信用方法。開宗明義，揭橥篇首，精神所貫，實包括民事全部之根本法則，而示準繩。其適用上尤與債權部最相關切，徵之我民草五三一九三二各條，殆昭然若揭。導源既明，涇渭斯辨，則與此天經地義總羅萬綱之平衡法則相抵觸之規定，應加修正，何待著龜？此種正義的要求，不特合於我國倫理的觀念，即與近代之社會思想，亦甚吻合。茲先論我民草關於誠信之規定，藉證明其結構精神之所在，然後就其應行改正之點，一為討論。查民草二百四十六條載：因條件成就而受不利益之當事人，若違誠實及信用而阻條件成就者，視為條件已成就。第二項云：因條件成就而受利益之當事人，若違誠實及信用而促條件成就者，視為條件不成就。又五百三十條第三項云：前二項規定，雙務契約當事人之一造，負有先向相對人為給付之義務，或相對人已為一部之給付，而自己拒絕所負擔之給付，違信用及誠實者，不適用之。再如九三二條規定云：因結果而為給付，若其結果本不能發生，並為給付人所明知，或給付人違誠實及信用，妨礙其



結果發生者，給付人不得因其結果不發生，請求歸還。上舉三條規定，即係基於第二條誠信之規定而來。良以誠信爲人類至高無上之美德，民事法規，又係範疇吾人日常生活之準則，法律爲求化行俗美，敦厚人心，祛我虞爾詐，機關網陷之惡習，自不能不以此自高無上之美德，爲行使權利履行義務之範疇，抑亦公平正義法則所應爾也。歐洲在昔羅馬時代，關於民事之權義，多以縝密之文字表示，并以此爲雙方應守之鵠，（與我國重視書據之旨相同。）裁判官之判斷亦據以爲準。降至近世，則關於民事權義之文書，雖於證明兩方權義，仍有重要之意義，但其間關係屬相對的而非絕對的，即書面契約所表之意，雖確與當事人之真意相符，然其內容苟違於誠實及信用之法則，則受不利益之當事人，仍可請求法院改正。故本條之規定，其效用純爲積極的，且包括民法全部之法律行爲，而示以準繩。裁判官對於當事人訂定契約之內容，是否與此法則相反而爲主觀之審核，幾於無事無之。蓋此條之意義，較之第二百零二條解釋意思表示，須探究真意，不得拘泥語言

文字之規定，其維護正義，平衡權義，尤爲深遠也。然則吾民草關於此點規定，已澈始澈終盡美盡善歟？曰未也！蓋民法草案雖以誠實信義爲行使權利履行義務之總則，但其效能僅能示各行爲以抽象的概則，就立法精神一貫言之，自應於各別債權中，就特殊之事項，基於同一之主張，爲積極的規定。雖關於誠實信用之解釋，學說歧出，但吾人敢信我民草既以誠信爲權義之範疇，則其解釋不當失之過狹。申言之：卽誠信之法則，非僅消極的示各法律行爲以標準，（例如履行之時或地或種類，爲法律及當事人間之契約所未明白訂定時，卽應以誠信爲雙方權義之準則。）還尤當積極的歸納各法律行爲於軌範。故債權人行使權利，果有超越必要限度之情形，法律應爲救濟規定，方覺妥協。例如德民法三四三條規定有云：違約罰過高者，得因債務人之請求，以判決減其相當數額。又如六五五條，亦規定云：締結雇傭契約，而爲關於情事之報告，或爲其契約之介紹，約有過高之酬勞費者，依債務人之請求，得以判決減其相當之額。凡此規定，均係誠實之積極作用，亦卽維

體正義平衡權義之權輿。夫自契約自由之說興，在表面上雖云雙方合意訂定契約，然究其內容，則債權人與債務人間，因事勢懸殊之故，常失其均衡之勢。故法律術語，所謂契約自由之濫用 (Missbrauch der Vertragsfreiheit)，實所在皆是。債權人居於強有力之地位，往往不顧正義，對債務人深加剝削，而債務人迫於事勢，於訂約時亦不惜飲鴆止渴，或含痛忍受。設法律不爲之積極範疇，則人慾橫流之極，將見弱者永無昭蘇之日矣。故德民法於此等處，特爲規定，許債務人以解脫之機，由立法政策上言，可謂始終一貫。（德民法二四二條亦有以誠信爲行使權利履行義務之規定。）就社會政策上言，則又舉保護弱者之實也。再如瑞士民法第一六三條第三項規定：「連約金過高時，裁判官按其裁量減輕。其意殆與德同。」惟瑞士民法一六三條規定，係強行的性質。只須債務人證明其過高，有害於債務人時，裁判官即應按債務人之經濟生活狀況，予以減少。以較之德民法得減之規定，其重在保護經濟上之弱者，又勝一籌也。我民律草案，非但無此規定，而且與此公平之

旨，背道而馳。例如民草三八九條規定云：因債務不履行之損害賠償額，當事人得以契約預定之。同條第二項云：前項之損害賠償額，審判衙門不得增減。此條第二項規定，恰與德民法三四三條及瑞民法一六三條第三項相反。其所據理由，無非以損害賠償額之算定，最爲困難，當事人預定之後，審判衙門不爲增減，非惟可以貫徹第一項之目的，且可省證明有無損害及其程度高下等程序。以此片面理由，抹煞一切最公正之法則，誠屬重視財產之偏頗立法也。（民草三八九條與日民法四二十條同。）據此規定，債權人自可達其貪得無厭之慾，而債務人重負之下，將永無昭蘇之日矣。故就立法政策上言，則因絕端擁護契約自由說之故，即不免與誠信爲民事法之大經之旨相背，可謂精神不一貫；就社會政策上言，又失卻保護弱者之目標焉。

（四）於永佃權中嚴重限制土地所有者之權利，以維護永佃權人之利益。土地田畝，占私權客體中重要之地位。若民法中關於此部規定適宜，非惟足以助

長經濟之發展，且可寓社會政策，藉此調劑貧富階級之爭。蓋我國原係以農立國，三代時計夫授田，強豪不得兼併，社會上貧富階級，相去不甚懸殊。自秦以後，井田制廢，一人得田連阡陌，沃野千里，遂形成小農大地主之形。吾人基於公平正義之眼光，并爲圖社會生活安寧平穩計，對於強有力之大地主與終年手胼足胝血汗謀生之勞働者間，應於佃權上謀一調劑利益之辦法，自屬當然。考永佃權之制，大陸法派中，惟奧國民法有此規定。我國民法草案依於習慣，暨前清戶部則例，採取是制，實適合國情。惟草案規定內容，全照日本民法，於保護農人利益之點，全未顧及。茲爲謀占全國人口泰半之農人生活幸福計，理當求一持平規定。查永佃權中，與農人利害切膚者，厥爲佃權之存續期間，與佃租之減免，及佃權人之先買權等問題。關於第一第二兩點，我草案重在保護土地所有人之利益，第三點則闕而不及，均未當也。謹分別論列如下：（一）佃權之存續期間問題，按我國民草一千零八九條規定：永佃權存續期間爲二十年以上，五十年以下；若設定期間在五十年以

上者，縮短爲五十年。又永佃權之設定，得更新之；但其期間自更新時起，不得過五十年。惟法律有特別規定者，不在此限。又千零九十條云：設定行爲未定永佃權存續期間者，除關於期間，有特別習慣外，概作爲三十年等語。夫不問地主與佃戶間，是否有永久設定之意思，概作法以限制之，已背於契約自由原則。（永佃權之締結，屬物權契約。）使其果着眼於公益，猶可說也，而按之實際，則佃權存續之久暫，抑爲永遠，與公益絕不增減毫釐。今法從而限制之，殊不可解。且權利之術語，乃當事人間法律觀念上之產物，苟當事人間欲之，只須其不違背公秩良俗，法律上絕無加以限制之理。再徵之我國現行有效前清戶部則例，關於佃租等條款，亦無佃權存續期間之限制，而民間習慣，又常有永遠不得奪佃等類書契。我民草不顧法理，不察國情，襲取他國不當成規，抹煞一切，吾人實未敢苟同。鄙見對於此點，以爲應任當事人之自由，不設最長期之限期，惟爲保護農人利益計，其未訂定存續期間，及已定有存續期間而爲時甚短者，審判衙門應斟酌佃權人之利益，以裁判代

定最惠於佃權人之期間。此非僅公平正義法則所應爾，亦抑立法政策上調劑勞農與地主間之良策也。(二)關於佃租之減免問題，查民草一千零九十六條規定：永佃權人雖因不可抗力，於收益受損失時，不得請求免除佃租或減少租額，但有特別習慣者，不在此限。立法原意，無非以永佃權大抵期限甚長，即使年歲不值，收益減額，尚可冀將來回復，故永佃權人不得因不可抗力，於收益減少時，而請求減免租額。其着眼在保護土地所有人之利益，於農人利害絕不顧及，其不合於我國農業社會狀況，及近代維護勞動階級利益之潮流，自不待言。原來農人生活，本極清苦，終年營營，差足贍生，一遇凶年，往往即無力以應租額，法律果係建築於公平正義之上者，應如何爲此窮苦無告之農人着想，予以保護，使其不致慘罹天災（如水旱）人禍（如戰事）之餘，重感催租之苦。茲民草非但不予以維護，反重而縛之，其有違公正法則，實百喙莫辯。且吾國向例，年歲凶荒，國家正課，尚有蠲免辦法，夫以較私人權利恆居優先順位（如在破產時）之國家正項賦稅，於農人遇不可

抗力致收益減少時，尙有矜恤之典，獨私人租額，不獲減免之惠，是私人利益之應受保護，遠在國家之上，就條理言，更覺不順。茲爲平衡事理，且爲調劑近代社會經濟組織改革思潮起見，鄙意主張此點應爲反對規定，卽永佃權人因不可抗力，致收益受損失時，得請求免除佃租或減少租額，不設有無特別習慣之限制，庶合於國情，而符近代保護職業階級利益與扶持弱者之最新立法趨勢。夫如是，則民草第一千零九九條，永佃權人因不可抗力繼續三年以上全無收益，或尙不及佃租繼續五年以上者，若無特別習慣，得表示拋棄其權之意思，與一千一百條，永佃權人繼續二年以上，怠於支付佃租，或受破產宣告，若無特別習慣，土地所有人得表示消滅永佃權之意等規定，均應在修訂之列。原來此二條規定，重在保護土地所有主之利益，今若以維護農人利益爲鵠，則關於永佃權之拋棄，自應許永佃權人得隨時爲之，不當附以條件，重以習慣也。至若土地所有人表示永佃權之消滅，亦應着眼永佃權人利益方面，嚴加限制，故一千一百條亦有斟酌餘地。(二)關於永



佃權人之先買權問題按先買權之制德民法規定甚詳瑞士民法六八一條亦有規定，立法原意，無非在保護特殊利害關係人之利益而限制所有主處分之自由，就一般經濟上觀察，此制固有妨害經濟進展之慮，但就社會政策上言，則此制實爲調劑不動產所有者與特殊利害關係者之良好制度也。我國社會關於不動產買賣，亦有先買權之習慣，故歷來大理院判例，於其不妨害公之秩序之限度內，亦明予承認。將來民草修訂時，勢必採取此制，殆無庸疑。吾於茲所欲論者，即永佃權人應否當然取得先買權之問題。溯自計夫授田之制度，農夫所耕之地，多非其所自有，佃戶租主間之利益，自然失其均衡之勢，租主對於其原有土地，雖因設定佃權之故，薄被限制，然其所有權原始之彈性，仍極甚強，申言之：即土地上所受永佃權之限制僅有時的關係而已，若存繼續期間已滿，則原狀依然如舊。今吾人既主張重視占全國人口泰半農人之利益，自不能不於其永佃權存在之土地，略予再加限制。至限制之最合條理，而實際最惠於農人者，厥惟農人於其永佃權存在

之土地，當然取得先買權。如是始能貫徹立法政策上維護勞動階級利益之論。且就人情言之，農人終歲營營，手胼足胝，傍田爲舍，依耕謀生，其於該地有特殊利害關係，自不待言，設對於該地無先買權則危害其經濟生活，靡所底止。再永佃權既係長期存續，永佃權人多年耕種該地，自必曉土地之性變生產之宜，就促進農事方面言，亦宜予以先買權，俾收駕輕就熟，事半功倍之效。總而言之，吾人爲駢求立法公平及爲謀無產階級之生活安全與夫調劑貧富間之利益計，均非對於土地所有者重加限制不可，而限制中之最合條理且利於農人者，實莫若佃權人有土地先買權也。

(五)於地上權中優厚給與地上權人以利益，藉圖建築物之激增。查地上權之制，在歐洲羅馬時即已形成。其在我國歷來習慣，亦復有此雛形。原來貧富之人或小康之戶，只需土地之利用，而無需土地所有權之取得，或土地所有者不願爲土地之出售，而僅願將其土地供人利用，收取地租，此在我國社會，極爲普遍。我

民草採用此制，誠不能謂爲不當。惟時至今日，所有工業上之設備，均莫不與地上權息息相關，前輩典型，自難合後輩花樣。基於法律與世進化之旨，其不當故步自封而應隨世運以相推移也，明甚。故吾民草關於地上權之修訂，其着眼又當着重於促進建築方面，爲適宜之規定，并優厚給予地上權人以利益，以鼓舞其企業心。譬如在工業未進步之時，地上權人使用他人土地，僅及於地面，即爲已足。（如建屋種植）現則規模較大之工廠工程設備，往往使用及於地下。（如築深壕或暗道等）是我民草一千零九六條只限使用地上之規定範圍，失之過狹，不合於近代社會需要，自不待論。又如關於存續期間之規定，我民草效日民法，設消極之限制，即設定行爲未定地上權存續期間者，審判衙門因當事人起訴，於二十年以上五十年以下，酌量其工作物或植物之種類及一切情形，定存續期間。（民草一千零七十六條）依此規定，不啻限制地上權之永久存續。按之近代工業情形，爲害實甚。例如甲工廠創設地上權於乙之土地，設備永久浩大工程，惟訂約并未約明

存續期間，中途乙忽訴求收回土地，於此情形，縱令審判衙門就其最高之存續期間而爲裁判，其結果仍屬危害於工業之展進。即依一千零七條第一項由土地所有者交出時價購買之辦法，亦不免有經營不得其人之危險。鄙見以爲應不設期間之限制，一任審判衙門斟酌裁判，應祛阻礙工業發達之弊。他若設有地上權之土地出賣時，應許地上權人有先買權等規定，揆之理論事實，均屬重要，而草案略之，亦覺不妥。凡此諸點直接固屬維護地上權人之利益，間接則又繫一國工業之安危也。

吾論至此，不得不附帶述及德民法關於地上權之改革案，藉以證明吾人主張法律與世俱進之原理，及立法政策，應俱動性及創造性之論旨爲不虛。查德民法關於地上權之規定，舊時法條凡五，（德民法一千零一二至一千零一七條。）其內容與我現時民律草案第三編中地上權之規定，大抵相同，立法政策基於條理，取均平保護之旨。換言之，即關於地上權人與土地所有人間之權義關係，權衡

維均，無偏無頗，基於昔時法理眼光觀察，自無非難。但現德國人民，深感住屋缺乏之苦，立法上爲欲提倡民間建築，因於一九一九年廢去原有規定另訂詳密之法，以補充之，其重要之點，於着重保護地上權人之利益外，更爲達建築物激增計，凡地上權人於他人土地上已爲之工作建築物，卽視爲土地構成之一部，無論何時，所有人無收回其建築物之權。（與我民草一千零七十九條第一項規定恰相反對。）又爲保護貸主投資於地上權建築之安全計，於地上權之設定，不許附以解除條件，蓋以此種條件，最易使貸借有不確實之危險，法律爲獎勵他人投資於地上權人之建築計，因加限制。他若規定地上權，常居第一順位，與夫地上權消滅時，土地所有人對於建築物補償額之特別規定，其保護地上權人利益之濃厚，實無以加。可知法之爲用，不特在消極的維繫公平正義，且應積極的促進人羣福利也。

按現今德人雖感住屋缺乏之苦，但尙不失其居處之樂，較之我國交通便利文化最早之省分，（如河南）沿鐵路線尙有穴居巖處之民者，相差殆未可

以道里計。但彼稍有不適，法律即講求所以救濟之方，（德國關於房屋缺乏之救濟辦法，不只一端，因不在本論範圍故略之。）而將民法中與建築相關之地上權，加以改訂，謀對於地上權人之獎勵，以期建築物之增加，而我則以生產落後，居處缺乏之國，立法上不惟不圖所以補救之策，反取人之所棄，（民草地上權各規定多從德舊制。）不抑與法律促進人羣福利之旨背道而馳歟！吾人固不敢謂因有民法獎勵地上權人之規定，即能達興發一國建築之鵠，但果能折衷盡善，亦不無消極補助之功，故略及德民法關於地上權之新規定，藉供修律者之借鏡焉。

上述（四）（五）兩問題，均民法物權中關係民生之重要者。此外應附帶論列者，厥為土地債務之刪除，與典權之增訂。查土地債務觀念，原為我國社會所無，民草襲取他國成規，投無疾之藥，既背國情，故事實上此章規定，直同空文。誠以物權之演進，實由社會經濟所形成，立法者只能就社會形成之事實，因革損益，制定切

當之規則，以爲之範疇，絕不能憑空杜撰，任意增設也。吾人試考土地債務在歐洲之歷史，卽知其由來有自。溯羅馬時代，關於抵押權之制度，僅有抵當一種，以保證請求權之安全，設定時亦并無動產不動產之分，土地債務之胚胎，殆包含於其中，然尙未顯然形成也。其後因德國寺院法對於利息嚴加禁止之故，一般人對於物之作用，較對人爲強，土地債務之形成，實基於此。其特點所在，卽土地債務之權利人，於實行權利時，不必證明其權利之所由成，使與對人責任（債權關係）完全分離，申言之，卽重視物之責任，甚於人之責任也。故德民法中土地債務之規定，實根源其歷史上之遺傳。此種制度，非惟在我國法制史上無此淵源，卽徵之社會習慣，亦乏此雛形。我草案從而效之，其結果民法規定與民間經濟生活，不相調協，殊爲一國法典之玷，非僅形同贅疣已也。故將來修訂民草時，此章非全刪除，必莫由實現完美之法典。其次則爲關於典權之增訂問題。查我國典權之制，相沿甚久，且甚普遍，清律田宅門典賣田宅條律，特有規定，迄於民國，除該部之懲罰各節外，均

認爲有效之現行法規。此乃我國社會經濟情形自然形成之物權，亦即我國所特有者也。吾人爲求法律適應生活起見，似應於修訂民草時別立專章爲之規定。蓋此種權利與大陸派民法中之不動產抵押權，迥然有別，因不動產抵押權，乃爲他種權利而發生之補助權利 (Akzessorisches Recht)，其主要作用，在與他種權利以安全保證，而典產之主要作用，則在供權利人之使用收益，保證僅有副的作用耳。此制就促進社會經濟進展之點觀察，實甚重要。我民律草案於此遍行全國特有之物權，反付闕如，殊屬重大缺陷。至應如何參照現代經濟情形暨現行典當事例斟酌損益，折衷盡當，謹以待諸修律者。

(六) 妻之財產上地位，應爲縝密之保障規定，以防夫權之侵害。吾國女子地位，除受禮教之束縛外，其於私法財產權上之享受，亦迥不如男子。故妻基於相當能力所得之收益，仍多屬於夫妻共同財產中。大陸派民法所謂特有財產之制，實爲我國昔時所無。民草一千三百五七條及一千三百五八等條，關於夫妻財產



之特別契約，與夫特有財產之規定，乃彷彿自大陸法派而來。於此所當討論者，即夫妻財產關係，是否有詳細規定之必要，如曰有之，則其規定之方法，又當如何之兩問題。查我國昔時女子，居於半自由之地位，其社會上之各種地位，被男子剝削盡淨。女子之能自營事業，以圖收益者，實屬鳳毛麟角，不可多見。故夫妻間財產上之特別契約，與妻之特有財產，事實上殆不感必要。輓近以來，歐風東漸，女子解放之聲浪，澎湃洶湧，昔時終日雌伏家園，專爲男子操持家政之妻，今日漸有嶄露頭角之趨勢。以昔例今，更由今以推將來，女子在經濟上之地位，自必日趨發達，而與男子立於對抗地位之一日，可爲斷言。證以歐美女子在經濟上之地位，遠勝往昔，即其佐證，則民法爲助長此新芽怒發之女子經濟獨立計，自應於夫妻財產關係間，爲完備之規定。或謂中外習殊，吾國民既向無夫妻財產觀念，自不必盡效他人，若必勉強規定，其結果仍不免成爲空白條文，徒裝門面而已，非惟毫無實益，且將反滋紛擾焉。是說也，似是而實非。蓋吾人既主張範圍吾人日常生活之民法，應體察

立國精神，取促進全民福利之旨，則凡足以實現人生公平生活之途，立法者當毅然趨赴，不應躊躇不前。且民事法規權利上之規定，本無強迫性之可言，苟今世爲人妻者不感覺其財產權安全享有之必要，自甘放棄，法律上亦無強其積極主張之理。是此制與我國倫理上夫妻尙恩義輕財帛之旨，并不相礙。法律不過僅基於公正眼光，爲一般有權利慾之要求者而爲規定。揆之我國現時社會情形，絕不衝突。此就國情方面言，其說不當者一也。夫權利之術語，本觀念上之產物，其在私法之領域內，除女子基於性的緣由不能享有外，（如我國之宗祧承繼權）凡屬含齒戴髮之倫，均應齊一。大陸派各國民法爲置重夫權之故，高揭維持家庭和平之旗，而爲限制女子權能之規定，已屬違反公平正義法則，但關於女子財產權上之地位，尙加以維護。今我民草竟並此與人生生活息息相關之財產權，亦不爲之公平保障，其忽視人權，曷可紀極。卽就事實言之，我國女子，亦不乏爲圖自己私財之安全，訴求財產分離之事例，特以無法規根據，以致不獲直於公庭，（按我國大理院

五年上字四四四號判例有云：夫婦拆產在現行法上並無認許之明文，而按之條理人情，亦難照准。此皆法律規定，不能適應人生正當權利要求之表徵；此就法理及事例上言，其說之不當二也。吾國女子，宿蒙坐食分利之誦，其所以然者，半由於習俗之養成，半由獎勵之無方。今若於民法中，關於夫妻財產，詳為規定，凡妻因服勞或其他自己名義所得之財產，均認為獨立之私財，不受夫權之任何限制，似於鼓舞女子職業，不無涓埃之助。此就促進一般經濟進展言，其說之不當三也。基是以論，則我民草關於夫妻財產，應為詳密規定，實不待智者而後辨。此外基於社會習慣及法律實驗，均應為之縝密規定，俾妻得有財產上安全之保障，其理由約有二端：

A. 按之我國社會習慣，夫妻財產，既多不劃分，所有關於一般之財產管理及處分權，事實上都操之良人，故妻之財產，直不啻夫之財產，設夫經營任何事業，受損失時，妻之財產，自不免同受其殃，甚與公平法則相違也。

B. 依一般條理，債務人之財產係爲債權人之擔保，今夫妻財產既不爲劃分，則夫於債務清償不敷之時，即不免舉妻之財產爲之補充，或夫受破產宣告之時，妻之財產亦不免同受其厄，因而一人不幸，累及一家，俗諺所謂夫爲丐妻牽袋，此殆可作我國夫妻經濟生活混同結果之寫照。故法律爲求男女平等享受財產權不致無辜女子受男子拖累計，自應於夫妻財產關係，詳密規定，茲就鄙見所及，略舉我民草關於夫妻財產規定應行改正及增訂之點如下：

I. 財產分離制之增訂。吾人既主張女子應與男子同等享受財產權，以符公平正義法則，然使無方法爲之積極保障，則此鵠仍無由實現。依我民草一千三百五十八條後半段規定：夫管理妻之財產，顯有足生損害之虞者，審判衙門，因妻之請求，得命其自行管理，以爲之保護，但究非澈底辦法，蓋此條規定，其效能僅能排除夫之管理權，他若使用收益等權，是否一併排除，解釋上不無疑義，設僅除去

夫之管理權，而其他使用收益，仍與保留，則保障之效能，殆喪失無遺矣。再就事實上論之，夫妻因財產涉訟，恩義乖離，已無可掩，法律只能就事論事，基於公平法則，爲之處置，不當出以掩耳盜鈴之辦法。故此時應由審判衙門斟酌情形，得使妻之財產完全分離，庶足以舉維護女子財產權之實。查德瑞等國主法例，於一定條件之下，（如夫有損害妻之財產等情形）除去夫之管理等權，同時即形成財產分離，凡屬分離之財產，夫絕無置喙餘地，所有管理使用收益處分等，均聽妻獨自行使，對夫個人所生之債務，亦不負其責，誠保障女子破產權安全之良制也。關於此點，我國大理院判例，雖加反對，（參見大理院判例五年上字四四四號）但吾人爲覈求公平之鵠，仍主張民草有規定此制之必要。

II. 管理使用收益範圍之確立。我民草關於夫管理妻產之規定範圍，極其抽象，事實上實不足以保障妻產之安全。蓋所謂管理使用收益，其內容多屬積極作用。譬如夫以妻之財產，供權利之擔保，（如抵押）或締結物權上之契約，（如夫

以妻之陪嫁田產設定佃權等類。此等行爲，亦係屬於使用或收益之中。然妻之財產，因此種契約締結之故，卽有重大負擔或限制，其影響於財產之效能，自非同尋常。設此等使用收益之行爲，一任夫之意思，妻在法律上毫無過問之權，則吾人所謂保護女子財產權之主張，仍不免形同泡影。故最低限度，法律上應使夫於管理使用收益範圍內，締結關於財產上負擔或其他足使財產生重大影響等契約，非經妻同意，不得爲之。庶足以保持夫妻間權限之平衡，而不致一方權能過大害及他方。

III. 特種財產範圍之改正。查特種財產契約之內容，大陸派各國民法，大體相同，卽不外由夫妻財產契約之約訂，及由妻受他人贈與夫由於法律規定等而得之數種，與我民草第一三五七及一三五八條略同。惟吾民草所謂特種財產，包括妻於成婚時所有及成婚後所得之財產，且均認夫對之有權管理使用收益，因是法律上特種財產權之意味，全然失去。原來妻成婚時所有之財產，因夫對之有

管理使用收益之權，不得謂之爲特種財產，所謂特種財產者，乃專指成婚後妻以自己名義或勞力所得之財產而言，夫對之無管理使用收益之權，我民草案混合一爐而冶之，故此制殆若形存神亡矣。鄙見以爲應嚴爲劃分，即妻成婚時所有之財產，固可置諸夫權之下。（惟夫有損害其財產情形，仍許妻得請求分離。）若成婚後，以自己名義或勞力所得之財產，應不許夫有過問之權，庶符特種財產制之真諦，并兼舉獎勵女子職業之方策。

以上所述，不過論其犖犖大者，此外旁枝細節，正復多端，折衷損益，是又待諸修律者。惟於此不得不附帶略及羅馬時代關於夫妻財產之規定，以及現今歐洲各國女子財產地位經過之歷程，藉以證明歐洲女子於法律上享有財產權之保障，雖於經濟演進有關，然其樞紐，究由於立法者之創作也。考羅馬時有所謂夫權婚姻（*Manus*），爲人妻者，其地位殆與奴僕相似，所有妻之財產，均屬於夫，妻殆無財產權之可言，僅於離婚之婦，爲其再嫁時，不致困苦計，使夫負返還其財產之

義務而已。(與我國現行律婚姻門出妻條律妻於離異後其妝奩應歸去之規定相同。)此外尚有所謂自由婚姻(Freie Ehe)夫於妻之財產絕無置喙之權，法律且爲防止夫妻間甘言誘惑圖謀財產之授受計，於婚姻存續中，夫妻間之贈與亦視爲無效。其夫妻財產劃分之嚴，有如是者。再考之現時歐洲各國，關於夫妻財產規定之歷程，在英國則自耳里沙伯特(Elisabeth)以前，夫對妻之財產，仍有所謂絕對管理權(Absolute property)，其後經妻產條規(Married women's property act)迭次訂定，妻於其財產，始有所謂分別管理權(Separate property)。其在法國，昔時妻於財產上之地位，雖不能與男子齊伍，但至近代，妻於法律上仍得基於公證之婚姻契約(Notarieller Ehevertrag)，謀其個人財產上之保障。(參照法民法一三七三，一三九九，一四四〇)。在德國佛郎溪邪時(Fränkische Zeit)以前，妻之所有財產，表面上雖爲夫妻共有財產之一部，但事實上殆不啻男子所獨有，至佛郎溪邪時，妻之特種財產制，方始形成，現時德國民法於妻不信任其夫時，更規定



有夫妻財產分離制。(參照德民法一四二六，一四三六)吾人觀上述各國法律，於妻產規定之歷程，可得一種見解，即妻產保障之規定，實係近代法律上適應人生要求之公平制度。曩時歐洲女子於財產上受男子之束縛，亦不亞於我國，不過彼富於權利要求，故降至近世，遂漸與男子平等。我國女子素重德讓之說，故關於法律上之地位，一任男子之擺布，男子爲圖自己夫權鞏固計，自不惜剝削女子應享之財產權，若有倡言改革者，則動以不審國情，妄法歐美相譏，其於理之是非，不之察也。今則國體更張，時遷勢異，所有立法制度，當準諸國體國情之合於近代潮流，不反正義者，固應加以保存，其違於公平法則者，亦應加以滌盪，財產權爲人生重要之權利，凡有血氣，均應同一享有，我民律草案，關於夫妻財產規定，頗涉偏畸，保障之法，更多未備，增訂修改，實不容緩也。

(七)改善私生子承繼上之地位。我國古時，僅有宗祧承繼之制，至財產承繼，亦任諸習慣，法律不爲之繩矩也。輒近以來，始有嫡庶子男，分析家財田產，不問

妻妾所生，均一律均分之律例。然對於私生子之財產承繼，仍加限制，即私生子依子量與半分，必被承繼人無子，立應繼之人爲嗣，私生子始得與嗣子均分，無應繼之人，方許承繼人分。此制除我民律草案採取外，迄於民國，仍行援用。蓋我國數千年來禮教之範疇，深入人心，法爲維持善良習俗計，對於由曖昧而來之私生子，限制其承繼上之地位，自亦有其片面之理由。徵之歐洲各國立法例，大多數亦復對於私生子之承繼，嚴加限制，雖其原因基於宗教，然法律上視私生子與由正式婚姻所生者，不一律等量齊觀，則與我國法律殊途同歸也。

法國大革命時，（西歷千七百九十三年）私生子之法律上地位，已經一度之改放，得與正式婚姻所生之子，取得法律上同等地位，閉歐洲各國法制中維護人權保障無辜之先河。不幸中經法國民法打擊，遂將此春筍怒發之正義法則，中道摧阻。（法民法不承認私生子，當然與嫡出子立於法律上同等地位，必須經父認知後，始得儕家屬之列，但關於承繼仍受相當限制。）現時德國民法規定，私生

子雖得因認知或嫡出宣告（參照德民法一七一九及一七三六條）取得與他嫡出子同等地位，同一享有遺產承繼之權。較之瑞士民法私生子承繼父族遺產，僅獲嫡子半數之規定，（參照瑞士民法四六一條）略勝一籌。然因私生子係處被動地位之故，實際上究難舉保護之實益。夫私生子亦猶人也，其屬於父之血統，亦猶之嫡出耳。今法律以其父母不正行為之故，剝削其法律上應享之權利，已背於公平正義之說。且自其有生之初，即受此私權上之限制，更有違於天賦人權之論。我國民律，蔽於禮教之偏，限制私生子承繼財產權，正與歐洲各國民法惑於宗教之迷，而為歧視之規定，實同一轍，均非正軌也。且我民草量給之規定，與其維持禮教之說，亦不免矛盾。緣禮教之能否維持，乃在是否許其取得親屬地位，（如英即係基於宗教上之理由，不許私生子取得親族地位）及基此地位而為承繼之問題，固不在應繼份額之多少也。茲既許其取得親屬地位，而為承繼矣，則所謂禮教面具，早已揭破，乃僅於此鏽銖較量之下，圖禮教之保存，不亦太滑稽歟？邇來歐

陸學者，關於私生子承繼限制之偏頗，立法例倡改正之論調者，風起雲湧，（如璣法學者托耳氏 P. Thon）誠以此種法例，有傷正義也。我國值茲修訂民律之會，自應基於近代思潮，而為正義之立法，於此私生子承繼財產之規定，自當使與嫡庶子同等，不應再保留先民所創不當之遺規也。

綜上各論，不過就民法中之關係人生活重大切要之問題，提綱挈領，以為敷陳。此外枝節細目之待商榷者，更僕難數，然若能準此為鵠，折衷損益，則吾人所期光輝燦爛之民主國家法典，不難翹跂以待也。

# 誑言在法律上之效用

日本法學博士末宏嚴太郎著

胡元義譯

『人不可出誑言』一語，乃吾人在孩提時所受之教訓。其銘刻吾人之肺腑也至深。故吾人一聞誑言，腦海中立呈『狼來了』之反映。深恐以此失全村人之信用。雖然，世人有不得已而出之誑言者；有非不得已而吐之誑言者；有竊言而陰行之誑言者；甚至有受法律保護之誑言者；有若行否認之，則將罹刑律之誑言者。誑言之盛行，不遑枚舉。幾若舉世之人，非誑言則有不能生存之概。是則吾人欲圖生存於此世界中，將何以處此誑言？此重大而複雜之問題也。

誑言在法律上學問上，有時能促改良之動機。然往往流毒匪淺。故此問題，不獨法律家所必研究。即一般人，亦將感其趣味也。

今姑於法律歷史上，所發生種種誑言之實例，列舉一二，併傍論其實際上之

效用如下。

(一) 在昔羅馬某裁判官，用 *Monstrum* 之法理，以免殺子之母於刑律。如某婦生一子，狀如鬼怪。該婦以爲任其生存，非僅自己之不幸，且爲家庭之恥辱。乃密殺之。論該時法律，該婦本犯殺人罪。然某裁判官不忍處該婦以殺人罪，遂解釋該婦所殺者非人，乃 *Monstrum*。卽該婦所殺者非其子。而殺人之罪不成。自此之解釋出，而 *Monstrum* 之法理以立。於是婦人若生畸形兒，而不具備人形時，該畸形兒在法律上稱之爲 *Monstrum* (鬼兒)，而不認爲有法律上之人格。此種思想，雖存諸往古。然 *Justinian* 法典編纂時，亦收入 *Digestorum Lib. I. Tit. V. de statum hominum L. 14.* 中矣。

(二) 英美法中所謂「名義上損害賠償」(*Nominal damage*) 之制者，蓋所謂損害賠償之制，非實際上發生損害，本不能請求損害賠償。例如甲不得乙之許可，侵入乙地，由乙提起請求損害賠償之訴訟言之。果甲侵入之結果，事實上乙不蒙

何等損害，則因缺乏不法行爲之要件，而乙歸於敗訴。即由合理的觀察之，果乙無何等之損害，當然無請求賠償之權利。但甲無故擅行侵入，究不能謂不侵害乙之權利，故僅以無何等損害之理由，使乙敗訴。其結果不僅名義上敗訴，又同時負擔訴訟費用。徵特事理上乙痛感不快已耳。其「縱不取得賠償，決不願敗訴」之心，人之恆情。此時若俾乙以名義上之勝訴，則事理上兩得其平矣。

此即英美法中之所謂「名義上損害賠償」也。夫既有權利侵害，必不能謂無何等之損害也明矣。縱令裁判官與被害者以一錢之微，亦足爲補其損害之表徵 (Symbol)，而被害者因得一錢而勝訴。即因之而不負擔訴訟費用，且免舉證責任。至所謂損害者，乃於此一錢之有形物上以表徵之。即此制度之妙用也。

日本法律學者，拘於一般之偏狹合理主義，視「無損害則無賠償」爲絕對原則。以爲英美之「名義上損害賠償」不可行。諸日本，殊不知此制行諸日本，既可增高裁判所之信用。又可使不法行爲，變爲道德的。其收效爲何如耶。

(一)歐美諸國之現行法，概不認協議離婚。其離婚原因，法律上明白規定之。如乏此原因，即夫婦協議成立，亦不能達離婚目的。然雙方欲分離之夫婦，若非分離，則其家室不安，終至聖經所謂「神之結合者，凡人不可離之」之語，對於雙方均無效力。故夫婦決意離婚時，即擬一計畫，由妻向夫提起離婚訴訟，稱「被夫虐待，至被毆三次」等語。繼由其夫答稱屬實。而裁判官遂不能不下離婚之判決矣。縱裁判官對於事實之真象，尙懷疑慮，亦莫可如何也。蓋此種協議離婚，非使用一種誑言，實不能達其目的也。

(二)亦爲英法實例之一。如甲未經乙之許可，橫取其馬而售之。論甲之行爲，確爲私法上之不法行爲。而乙可提起不法行爲之訴訟也。然在乙提起訴訟之前，甲忽死去。則乙不能提起不法行爲之訴，因不法行爲與人之生命相終始也。若法律不與乙以救濟，實不免於失平之誦。裁判官因創一擬制契約之例，以甲之行爲，係約將該馬賣後，以所得價格，償還於乙，而經乙之默認者也。若是，則甲雖死，而乙



可向甲之財產管理執行人 (Executor or administrator) 提起履行契約之訴。比較的，乙似得適當公平之救濟矣。但契約之成立，以意思表示爲必要。甲取乙馬時，乙知否尙未可必。卽知之，亦未必有如解釋所云之意思表示，而有使甲售己之馬，以得償於賣價之意思也。此種解釋，純係裁判官之一種誑言。

法律因人類而存在，非根據於人類思想與夫社會及經濟之需要，而制定之法律，焉能實行？卽有時能符此社會思想及經濟狀態之法律，非因應社會事情之變化而變化之，亦復不能實行者矣。如遇止離婚之思想，儼存於社會，則禁止協議離婚之法律，未始不能雷勵風行。設其一旦潛消，則任有何等嚴酷之法律，亦將失其效用，其極非至等有法於無法不止也。

法律須以自由爲基礎。若以規則縛人之自由，勢必使責任觀念，漸形薄弱。觀乎萬事待諸規則之官衙會社之辦事人所負之責任觀念，非皆成形式化而失道德之根據者乎？

觀上述二三例，可知誑言在法律上之效力。

如第一例。處法律過嚴時代，誑言救人，其效果有如是之巨。尤於保守分子占優勢之國家，其法律必不能追隨社會與夫人民思想之傾向，以變化之。其結果，必至社會與法律之間，劃分溝渠。而此時能調和此二者之惟一方法，厥為誑言。世人每嗤裁判官為化石，或嘲其無常識。殊不知裁判官，亦為人類之一。見美者以為美，食甘者以為甘，對於原被兩造，聽其言，察其理，再推測其裏面之事情，勢不能拘守法律之規定若何，而與彼所應受之處分與夫裁判也。如法律能伸縮自如，較易為力。若為嚴硬，則裁判官必藉助於誑言，以無為有，以有為無，求避法律之適用，以符人類之要求。此乃事實問題，迥異乎是非善惡之問題也。

再證諸歐西離婚實例，則法律非如現在多數人或司法當局者所夢想以為萬能者也。百事皆能維之以法，即風俗道德，亦能以法改良之之思想，尤為當局者所常抱。然人類之忍耐性與服從性，決不達彼等所想像之程度。人類之忍耐與服

從，自有一定限度。苟無合理的根據，而要求超越此限度，不僅難得人類之服從，頑強者必賭死抗法，伶俐者必藉助於誑言，而避法之適用。要皆法律不適合於社會之需要，則誑言之效力必日增大其範圍也。

人類大抵爲保守的，而酷愛規則者。且爲嫌惡例外者也。假有一法，因時勢之變更，而發生新事實。此時應取之最善手段，不外爲此新事實，設一例外。然人類決不出此，總努力求將此新事列入古法之中。即不幸在此事實——即爲誑言——亦所不辭。

考法律發達之歷史，誑言實爲其進化之媒介，大有痕跡可尋。英國歷史學派之創始者 Sumner Maine，在其名著「古代法」中，又德國社會法學派之鼻祖 Ihering，在其不朽之大著「羅馬法之精神」中，皆能指摘此事實。此等事實，再求之於人智未開化之古代法律中，固不勝枚舉。即在文明已臻上乘之今日，尙存無數事例也。

例如「無過失無賠償」之原則，自羅馬法以至十八世紀之末葉，幾成不可移易者也。然最近物質文明之進步，工業之發達，遂至發明如自動車火車大工場貯水池煤氣槽等許多危險器物。此等器物，在使用者固屬便利。在他人則極危險。而於一般文化之設備上，又爲不可缺少。其結果，人類所感危險之程度，迥異曩昔。倫由此等器物之利用而被損害，則依據從來「無過失無賠償」之原則，非證明加害者之過失，不能達到請求損害賠償之目的。如深川煤氣槽之爆裂，在會社（公司）稱爲不可抗力。在被害者則認爲會社之過失。究竟在此煤氣槽爆裂之後，已無痕跡可尋之今日。被害者果能證明會社之過失乎？此外如被自動車碾斃者，及由貯水池之崩裂而被害，或喪失財產者，皆屬相同。故比近之社會，對於從來之「過失責任主義」，深抱不滿，而不能不進一步，要求依據「無過失賠償責任」之原則矣。夫過失而外，尙有他種原因，足構成賠償責任。今日非以此種原因爲基礎，另制定新法令不可。雖然，諸國之立法者，遲遲不進。卽德國學者，徒以紙上議論喧囂耳。惟

法國之裁判所，已隱然一躍而徵之事實矣。

法國裁判所，將主觀的過失，化爲客觀的。如客觀的認爲過失，卽不問主觀的過失意義之如何。依此種解釋，則過失與違法之意，無大差別。要亦裁判所爲達此目的所用之武器，不外詭言。以詭言而樹立新法令，亦云奇矣。

近來日本裁判所，亦屢行常試矣。例如大正九年九月一日大審院（與我國大理院相當）之判決，其事實爲某甲遺妻渡美，其妻乙窮於生計，因向他人借貸三十圓以度生活。嗣後債主請求償還時，乙引用民法第十四條，「妻未經夫之許可，不能借債」之規定，主張取消契約，而拒絕償還。論事理固不能取消契約，論形式則不能容納乙之主張。茲爲裁判平允起見，法庭遂下判決，謂「家無相當資產之特別事情時，妻爲維持一家之生活，及完成其子女之教育之必要限度內，其所借金錢，條理上當認實預得其夫之許可。」云云。而使乙敗訴。蓋乙未得其夫之許可，而夫亦無許可之意，本事實也。取消契約，亦法律之形式也。願按諸事理，對於

債主，未免苛酷。設非擬制許可以匡救之，徒拘守於法律上之形式，裁判奚由平允耶。至擬制許可，原係大審院之一種誑言。

徵諸歷史，誑言既呈社會的效用。卽在今日，亦屬相同。蓋人類自以爲合理，而實不合理之證據也。

由純理的觀察之，如以誑言爲合理，則顛倒有無，又何嘗合理？故排斥一切之虛僞，妥協傳統之革命家，無不率先反對誑言。而在法律上，卽反對擬制。一九一八年九月十六日之俄國勞農政治之法律，廢止養子制度。其理由爲「我等第一法典之親子法，須排斥一切擬制，俾親子之關係，現諸表面。不僅言語上，至事實上，亦使人民養成真實之習慣。並將彼等由各種迷信而解放之。」蓋法律上使用擬制，並非可喜之現像。無寧暗示法律有改正之必要。但人類爲不合理的，已於前述。則事實上，時有用擬制之方法，以達法律改正之目的者，如 *Thring*「羅馬法之精神」中有云：「真實解決方未備以前，欲去擬制，與命跛者棄杖而行何異。」又云：「若

無擬制，則多大影響於後世之羅馬法，恐不能由變遷而實現於今日也。」

證諸 *Hiring* 之言，則擬制雖非完全改正之方法，而擬制之發生，實為暗示法律有改正之必要。且暗示法律業被事實上之改正以爲進步過程之階梯。吾因之而知國民多虛言者，實可證其國法之不能適合乎社會情形也。

人類好公平，尤於經過無數艱難辛苦之近代人，酷嗜公平。「法前平等」四字，乃近代人向國家社會之要求。所謂法制主義，乃應此要求而產生之制度。雖然，如此酷嗜公平之人類，若使法律爲絕對的，固定的，無伸縮餘地。又必衷心不悅。故人類一面要求公平，而一面又不喜固定之法律，固一見的大爲矛盾。然亦莫可如何也。

從來論者，多不認此矛盾性。至有人主張，謂「人類既希望法前平等，即不應要求制伸縮自如之法律，現行法律，在普通人之眼光觀察之，適用於具體時，或有不當。然有法必須適用。」如斯一言之下，立見執行。

例如揮淚殺人者，其志雖壯，其心則愚。何則？蓋法爲固定的，無伸縮餘地，則適用其人，必引起「法爲何人而存在」之疑問。正直勇敢者，將從事破壞法律。狡猾畏死者，將竊避之以求生也。若有某事不能逃法網時，則顛倒有無，實行虛偽，真免法律之適用。此本事理之當然，無足爲怪。然要求制固定之法律者，果愛此結果乎？非也。縱彼等如何衷心不悅，不能阻畏死者之辭言。惟彼等不注意此不可否認之事實，終不能不惜其愚也。



# 命令法規與能力法規

美濃部達吉著

胡元義譯

德國學者 Bierling 以爲法者，人類行爲之軌範。軌範者，即命令或禁止作爲之謂。即所謂權利者，亦不過法律對於他人命令之結果。例如債權者之債權，乃法律命令債務者以履行義務之結果。又如所有權人所以能任意支配所有物者，乃法律禁止第三者支配該所有物之結果。換言之，所有權人所以能任意支配所有物者，決非法律賦與之力，使之然也。至於無主物，則因無法律禁止之故，無論何人得支配之。故法律之主旨，在命令與禁止。權利不過其結果而已。

B 氏之說，漠然觀之，似甚確當。然一經周詳考慮，則其以權利爲義務反射之點，決非中樞之論。夫權利之反面，固不外使他人負承認或尊重其權利之義務。然一切權利之規定，是否能一一歸納於義務之中？不僅此也，凡承認他人之權利，負

尊重該權利之義務者，亦恆以權利存在爲前提。是故權利義務之間，自有先後次序，而不可任意混淆。即如所有權，必待發生後，他人始不能任意支配。而所謂法律之命令者，亦不過於所有權發生後，使一般人不相侵害而已。又如選舉議員之權利，若惟解釋之爲義務反射之結果，則亦顯有不當。蓋有選舉權者選舉議員之時，國家固有承認尊重該選舉之義務。然此義務，仍非法律之主旨。法律之主旨，在賦與法律上之能力而已。由是觀之，法律除命令禁止而外，尙含有賦與法律能力之規定者也。

縱使B氏之說爲正當，然吾人所以不可不遵從其命令者，其故安在？不能無疑。即B氏亦未易解答也。我以爲吾人所以服從命令者，須以命令者對吾人有正當命令權爲前提。而有正當命令權之命令，其本身即爲法律。此根本問題之法律，無論如何，不能解爲命令也。

B氏之規範說 (Normentheorie, Juristische Prinzipienlehre Bierling) 雖

多爲學者所宗，然其謬點，在舉一切法規，皆歸納於命令法規之內，故爲說不無牽強，而每與事實懸殊。蓋法規含有命令法規（Verpflichtende Ordnung）與能力法規（Ermächtigungordnung）兩種。前者所以制限人類意思之作用，而命令或禁止其作爲。後者乃對於人類意思之作用，賦與以法律之力，或拒絕賦與。而此二者之中間，又有無法規之區域存焉。於此區域內，無論何人，皆不受法規之拘束，得聘其自由，而爲各種活動者也。（Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie）

命令法規與能力法規之區別，於審定法規與命令之界限及決定行政行爲與法律行爲之有效無效時，極關重要。茲不避冗繁，少加論述焉。

一、命令法規者，制限人類意思之作用，定其界限，而命令或禁止人類作爲之法規也。命令法規，不一定以有命令權者與服從命令者相對立爲前提。卽以自己意思，而規律自己將來之行動者，亦頗不少。憲法與國際法無論矣。卽其他國家之

立法，亦決非單對國民。同時亦規律國家之本身，而構成國家自律的秩序焉。與私人用自己之自由意思，締結契約，及爲他種法律行爲，以規律自己遵守之法則，構成自律的秩序者，無以少異。（私法上之自治）茲所用命令法規之名稱，決非以他律的規定——命令者對於服從者之規定——爲必然之性質。他律規定之外，尚含有自律的規定——負擔作爲不作爲之義務——焉。與能力規定相對立而已。

命令法規，其外形多制限人類天然之自由。蓋人類稟其天賦之自由，得隨心所欲，而爲各種活動。顧法律則不甘放任，而時常命令或禁止其作爲。故命令法規所以常生義務之關係者，乃法律上 *Sollen* order *Nicht-sollen* (*Unterlassen*) 之結果也。若違反命令法規時，卽係違反義務，而爲違法行爲，應行處罰焉。

二、能力法規者，賦與或拒絕賦與特定人以法律上之能力之規律也。人類意思之作用，固乘自天然，然其能與他人對抗，而規律他人之行動者，乃法律賦與之力，非天然之力也。試就選舉人赴投票所投票之事論之。以事實言，選舉人親赴投

票所親書選票，投入票櫃等事，苟非法律所禁止，無論何人，皆得爲之。與天然之自由，無以少異。然所以由此投票而選出議員者，則爲法律賦與之力。蓋法律承認投票權，而對於投票，賦與法律的能力故也。換言之，有如何之資格，方有選舉權；如何之投票，方能有效；諸規定，皆爲能力法規。而非命令法規也。得投票之多數者，爲國會議員；爲國會議員者，得參加國會之議決，其議決得具有法律之效力；諸事項，皆法律賦與之力，而非天然之自由。故其規定，亦爲能力法規，而非命令法規也。此外若夫婦，親子，雇傭者，被傭者，債權者，債務者，在法律上皆有一定地位。其地位常伴有一定法律之力。皆法律規律之結果也。凡此等法規賦與之力，稱爲法律之能力。關於法律能力之法規，是曰能力法規。

能力法規，在法律上常爲 *Können oder Nichtkönnen*。命令法規常生作爲或不作爲之義務。能力法規常生主張或否定某事之能力。能力法規，或關於人，或關於行爲，或關於物。例如具一定之資格者，有選舉權；處幾年以上之懲役者，不得

爲官吏；此關於人者也。又如選舉人用規定之投票紙而自書之投票，方爲有效。禁治產者之法律行爲爲無效；此關於行爲者也。又如公用物非公用廢止後，不得處分之類，則關於物者也。

三、能力法規與命令法規之區別。命令法規，常伴有義務，違反之者，常爲違法。能力法規，常生法律上之能力，違反之者，僅不能發生效果而已。試舉一二例以說明之：如選舉人，依選舉人之投票，得參加議員之選舉；而參加選舉，須用規定之投票紙，依法自書，投入票櫃等；皆爲能力法規，規定投票之有效無效者也。若非選舉人之投票，或不用投票紙，或所書不依成規，或不投入票櫃之時，則其投票，視爲無效，而不發生選舉參加之能力；然其行爲，決不視爲違法，而爲處罰之原因也。反之，選舉人之投票，須不受他人請託之規定，與依自己良心而投票之規定，乃命令法規。若違反此規定，受他人賄賂而投票時，即爲違法行爲，而爲處罰之原因焉。然其投票，仍不失法律上之效力也。又如民法男未滿十八歲，女未滿十六歲，不得成

婚之規定（一三三二條），乃能力法規。故其婚姻，法律上不得認為有效；然決非違法。反之，警察上禁止妨害公序良俗之行爲，乃命令法規，所以命人民以作爲不作爲之義務而已。然其行爲，在法律上有效成立與否，非所問也。

四、上列二者而外，尚有無法規之範圍。於此範圍內，法律任各人之自由，既不加以任何限制，又不賦與能力。法律上之 *Dürfen*，卽此指也。如人類任意遷徙住所，任意經營企業，任意發表言論，任意散步、讀書、飲食、睡眠之類，皆其例也。

五、命令法規與能力法規之區別，於決定命令與法律之界限上，有重要關係。如日本憲法第九條，「天皇爲增進公益或執行法律，得發布命令。」此條規定，雖足以擴張天皇之權限。然解釋上，所謂命令者，應惟限於命令法規，而不及於能力法規。觀該條所謂命令之語，自無疑義。故此條趣旨，唯與天皇以規定執行法律細則之權，及規定取締行政行爲之諸法規之權，而不與以改變能力法規之權也。所謂執行法律之細則者，唯在法律規定之範圍內，得規定俾法律實際施行之必

要規則不能超越此範圍，賦與或拒絕賦與新法律上之能力也。所謂增進公益者，唯限於使人民負行爲不行爲之義務，不能制定左右法律能力之規定也。例如禁止對敵通商之命令，其效力不過使人民負不與敵人貿易之義務，而不能使其在商業上之法律行爲，歸諸無效。即使有人違犯此命令，而對敵貿易，其行爲在在在法律上，並非無效。何則，左右法律之效力者，惟限於能力法規故也。

六。能力法規與命令法規之區別，於決定行政行爲之效力上，有重大關係。行政行爲，如何方爲無效？在行政法中，極不明瞭。關於此點，迄今學問上猶無定說。然行政行爲違反法令時，不一定常爲無效，則學者殆無異議，且外形具備之行政行爲，不一定皆爲有效，亦復無疑。學者聚訟點，惟在有效無效之界限而已。

解釋此問題之標準，唯可於能力法規與命令法規之區別中求之。簡單言之，違反能力法規之行政行爲，全歸無效；違反命令法規之行政行爲，雖爲違法，其行爲在在在法律上仍然成立，非經取消，不失效力。然而特定法規，其性質究爲能力規



定，抑爲命令規定，時亦極難判定。故此區別，僅可爲理論上之標準。而實際上，非訴諸常識，就各法規爲適宜之判斷不可。故學問上，依然爲未解決之問題也。

七。即在官廳權限與行政行爲之內及形式中，亦有能力法規與命令法規之存在。就權限言之，凡國家機關須有適法之組織，而後有代表國家之能力。而其能力，又限於特定範圍，或地域，及特定之人民焉。若無適法之組織，或其行爲超越權限，或地域外時，則無代表國家機關之能力。而其行爲爲無權行爲，當然無效。但所謂無權行爲之無效，唯限於不能代表國家機關之行爲而已。換言之，即違反能力法規之行爲是也。若僅違反行使其權限之命令規定——非制限代表國家機關之能力，唯命令行使代表權之規定——時，唯止於違反命令，非無權行爲也。例如憲法中歲出歲入之預算，募集公債，及國庫負擔之條件，須經國會議決等項，乃能力法規。苟未經國會之議決，而爲此等行爲，則爲無權行爲，當然無效也。

八。行政行爲之內容或形式違反法令時，亦須爲同樣之區別。若其內容違

反能力法規，則是以法律上之不能爲內容，應歸無效。例如經幾年以上之懲役者，無任命爲官吏能力。若任爲官吏，則其任命爲無效。反之，任命爲高等官吏者，須經高等試驗合格之規定。非能力規定，乃命令規定。何則，人之權利能力之範圍，唯法律得規定之。而文官任用令，乃行政法規，無能力規定之效力。故若任無資格者爲高等文官時，其行爲並非無效也。再就形式言之，其理亦同。若關於行政行爲爲形式之規定，以不具備其形式之行政行爲，法律上不得不發生效力爲趣旨者，卽爲能力法規。違反此規定之行政行爲，完全無效。若僅以命行政行爲用此形式爲趣旨時，則縱缺此形式，其效力不受影響也。

# 所有權之史的研究

徐式圭

## (一) 緒言

## (二) 所有權之特質

## (三) 所有權之由來

## (四) 結論

## (一) 緒言

搏搏大地，總總羣黎，使各服從所適，食從所甘，棲從所止，攘來熙往，予取予求，豈不甚願。必立爲所有權之制，嚴而畫之曰，若也有此，若也有彼，若也有權，若也無權，階級厲殊，情勢隔絕。遂致富者貪得無厭，貧者挺思走險，爾虞我詐，詎有寧時，相忌相擠，危機四伏。誰生厲階，得毋天下本無事庸人自擾之耶。於是深其辭者，則曰，財爲賊物，富乃賊民，一日不除，世難未已。爲之辯護者，又曰，愛己之私，心理同具，不有所獲，誰肯效勤。議論紛紜，莫衷一是。然夷考鴻濛初禩，非渾渾噩噩，物我無分者

乎。乃昔於本無之中，設而爲有。今於既有之後，欲返其元。正所謂既有今日，何必當初，所有權所有權，爾其果爲贅物也耶。爰就研考所及，緬述於次。

## (二) 所有權之特質

所有權之法的權力，雖爲法律所付與。而所有權之事實認定，則遠在未有法律之先。(詳見下)法律特因襲固有之慣習而加以一重保障而已。此係研究淵源論者之所常言。故吾人欲明所有權之根本性質，不可不於所有之觀念，先爲說明。

(甲) 排他性 一個物體，於同一之時間與空間，不容第二物體比並而立，學者稱此爲物之排他性。有形物然，無形之權利亦然。所有云者，卽以排他性爲其構成原素者也。或謂財產之交際進步，人恆有以自己之所有物，供他人之利用。如地上權，小作權等，其足爲所有的排他性之反證者甚多。指此爲所有觀念之構成原素，究未盡然。不知此種方式，純屬權利之行使問題，法律之設定問題。所有觀念之自身，毫末不受其影響，譬之某甲，有屋賃貸於乙。斯時屋之所有者，仍屬某甲，斷不

得謂爲甲乙二個所有同時存在。此理之顯然者。至民法上之共有規定，驟觀之，似與所有之排他性，正相矛盾。其實共有物之主體，雖有二人以上之共同。而所有權之自身，仍爲個體之獨立。其不容同時有二個所有並立於同物之上，與昔無殊。譬之以家，有一人者，有數十人者，有合數家爲一家者。家之大小雖殊。家之單位則一。居住自由，無故不許他人之侵入，則又一，非然者，一物之上，同時爲甲之所有，復爲乙之所有。徵論其相互衝突，所有之效用不能完成。而人亦何必有此不完全之所有制度，且能推演以至今日。此其特質一也。

(乙) 永續性 所有之排他之性質，既如前述。然未有永續性以充補之，其論未完成。譬之劇場之座席，旅舍之窗房，先入者固可巍然高據，排斥後至之人。然執此座席窗房，遂謂爲先入者之所有，無論何人，皆知其謬。所以者何。蓋此僅爲一時之占有，而非永久之享用也。所有與占有之區分以此。所有觀念之所以成立者亦以此。乃世之學者，謂經濟界變動無常，朝夕易主，欲保所有之永續，實爲事實上所

不可能。不知此等駁議，與上述共有之問題，同一誤解。蓋彼爲橫的主體之參加。此爲縱的主體之更迭。於所有之原始觀念，無所攸關。雖據法律家言，第三人取得時效，足爲所有權消滅之原因，卽爲所有不盡永續之確證。然卽此正足以說明所有權未經消滅以前，其所有之事實，不容一時或間。況此均屬後來之情形。而所有觀念之原始發生，究必以永續爲函議。其特質二也。

(丙) 用益及處分 使用謂所有人利用所有物以充生活之需。收益謂所有物供給果實以供所有人之用。處分謂所有人對於所有物爲改良或處置之種種行爲。是皆所有觀念之最終目的。亦卽所有人之最後要求。上述之排他性，永續性，舉不過達此目的之手段而已。其特質三也。

所有之性質，既如其偏狹自利，似與社會之共同生活，迥不相容。安能於經濟史上，滋長發榮，至有今日之盛。是亦頗耐尋味之問題也。揆其原因，不外下列數種。

### (三) 所有權之由來

邃古人類稀少，慾望簡純，除捕取天生動物以供日食外，無所要求。其視世界萬有，猶之今日之視風與水，取之無盡，用之不竭，私爲己有之念，無自萌生。及其繼也，易獲動物，搜食殆盡，捕取鷹鷂狡捷之獸，有非僅恃手指，所可竣功。遂思利用木屑石材，以爲漁獵之具。而此天然之木石，久經慣用，其必要之程度，進與手指同觀，漸萌各私所挾之意思。所捕食物，須經奮鬪而得者，其愛重顧惜之程度，亦較昔爲增，頗知留貯，以爲不時之備。說文有字從手從肉，則主張手攫肉食，爲其私人所有，在昔固有然矣。然斯時所有之義，固非經明定，可以絕對主張之也。第因物產豐饒，獲取殊易，與其奪諸他人之手，較之原始取得，（與民法之原始取得異義）所費勞力，不見其宜，時且過之。於是乎所有權，遂乘時萌孽，而無踐踏之憂。

更有進者，人口漸增，動物之自然孳息，不足以應食料之要求。如馬爾沙士所創之人口幾何率，亦足以說明此現象之一斑。於是發明一人工牧養之法，促其蕃

殖，此行彼效，游牧時代，遂以開端。斯時也，牧主對於牧羣，各享其專有之權利，形成家畜所有權。其於放牧場，則追逐水草，遷徙靡常。達格英有曰，游牧之民，均得從心所欲，自由使用放牧場。是游牧時代之動產所有權，雖已誕育，而不動產之所有觀念，尚在含苞未發中也。例外吉基斯人，雖有以放牧場租付俄民一事，究屬僅見，未足證明所有權。迨後，半游牧時代，土民多就牧場刈草，供給芻秣，各設柵欄，以防人畜之踐踏，如布利亞德人等，殆即所有權之前身歟。

再者，人口更增，僅恃動物，又不足以供食料。彼習見乎牧畜之可藉水草維持生命也。遂擴張食料之範圍，於植物，使承動物之乏而濟其窮。迨後，人口再增，僅恃野生植物，仍形不足。遂發明人工栽植，於農業史，紀一初元。自是流性社會，變爲固性社會，土地所有權之必要，亦相伴而生。

人民既已定著一處，從事耕作，則游牧時代所遺之行屋，漸覺不適於用。遂各擇一適當場所，營構固定住屋，以爲生活之本據。而此經心營構之住屋，雖極粗漏，



其不肯忍焉捨置，畀以讓入，再事新築，固亦常情。於是乎有宅地之所有權。在歐國時代，則此住屋附近之地帶，且多隨同住屋而勝於本人。吾國古史置神農於有巢之後，與此史實，似不相符。然有巢氏之所構，究爲行屋，抑爲住屋。神農氏之所教，究爲原始農業，抑爲農法改良。皆苦無法證明，難加臆斷。

嘗考古代農法之變遷，共分六級，一以環境之需要爲轉移。一曰燒地農法，卽刮取地皮，堆積而燒燬之，俟其成灰，施以籽種，是也。二曰循環農法，卽牧場與耕地，互爲代謝，藉以休養地力，是也。三曰三圃農法，通例於一定地域，分爲三圃，一以休養，一以冬作，一以夏作，每歲更換。四曰多圃農法，略與前同。是皆須於土地寬裕之處，方可實行，故通稱爲粗笨農法。五曰輪栽農法，其法以禾本植物與葉生植物，更番輪植。六曰自由農法，此法無一定方式，任農家之視爲有利者行之。學者稱後二者爲集約農法。以所下資本勞力較爲浩大也。中古以降，土地與人口之比例，漸形緊張，土地無多，可供休養。耕作之法，勢不得不漸趨於集約。集約法所施之資力較

多，土地與耕農之關係亦較密切。有今年所下之資力，經數年方告收成者，使無確實之所有制度，以爲之基，誰肯以可貴勞資，輕擲虛耗。於是乎熟地之所有權以立。土壤有肥瘠之別，而收穫之豐畜隨之。初期土廣人稀，耕農於耕地之選擇，條件頗酷，繼而降，繼而寬，再繼則雖前所未經入選者，亦將從事墾闢。李嘉多之地代論，即說明此等事實者。西諺云，鹿死於先傷者，地歸於初墾者。又曰，土地之須用斧及鋤者，卽爲其所有。於是乎土地之所有權以立。

然此有一問題，卽當日之所有權利，既無契約之擔保，又無法律之維持，竟能相安毋奪，造成一種之勢力，於義何居。曰，當時附近之膏腴地面，雖經畫定範圍，而較遠較瘠之田，究尙所在多有。（前云人口增進，土地之供給漸形不足，此荒遠之田，所在多有，豈不矛盾。然土地有上中下，初期之所擇者，必在中地以上，故就膏腴而言，則見其少，合荒瘠而論，尙見其多也。）使以爭占問題，致與先占人奮鬪。何如與天然奮鬪，較爲便利而光榮。其原因一。人口增進之結果，粗笨農產品，不能與之

比例增加。勢必拓地力，善作法，從事集約，以劑其平。然集約農法之實施，須與土地之確定，爲交換條件，前既言之矣。當權利未定之先，固難保無以其強力，占奪他人之作物，坐享其成者。然既經占奪，各具戒心，誰復再下勞資，置諸危險之地。劇至農法退步，農產無多，社會全般，同受其害，當時之人，有鑒於此，知非鞏固所有觀念，不能促進農事改良。農事不有改良，豐收終歸無望。遂互相諒解，虞詐永消。其原因二。況以當日之土地，畸形分配於各民。除荒遠確不計外，資以維持生計，富有裕餘。卽有占地較少，或絕未分潤之人，究屬少數。而多數之先占者，保持其固有之地位，互相攜手，結成多數之勢力，如歐洲先進列強之互以條約承認其勢力範圍之例，亦意計中事。其原因三。

更進，國家成立，法制昌明，依舊來之慣習，訂爲刑章，一以保權利之安全，一以便經濟之發展。苟有犯者，則視爲犯罪，科以制裁。於是所有觀念，遂由事實之認定，而取得法律之權力，保持壽命，以迄來茲。

近來社會學說叢興，咸集矢於所有權，有滅此朝食之概。然所有權之生，既與歷史相緣。則舊歷史殘留之日，卽其一息尙存，新歷史開篇之時，卽其運命終止，是又可預言者。

#### (四) 結論

總前所述，可知所有權之緣起，動產較不動產爲先，不動產之住屋又較土地爲先。而其共同之原因，則一勞力之報酬，二生活之定著，三農法之改進，四多數之互解，五法律之保障，要皆應社會之需要而生者也。其善處，一則權利確實，使資本勞力得爲無礙的發揮。二則利用利己心，使私人企業得爲猛進的展佈。而事業獨占之結果，致貧者日貧，富者益富，社會階級，失其均衡，則又其短所，無可諱言者。謀挽救之者，遂有集產主義，共產主義，工團主義，基爾特主義，等等，是非盡起，莫知所衷。余謂於產業未盡發達，階級未盡懸分之國，圖先天之強健，作未雨之綢繆，則限產主義，非無一顧之價值。此法吾國大儒董仲舒首主張之。繼之者則爲師丹何武

孔光諸子。至北魏元和，且爲實地之試驗，而得有良校。唯各人之需要不同，限界之財產各別，則定額難。統計未昌，人地之比額，未知實數，則分配難。人情詭譎，隱諱巧飾之蔽，在所不免，則實行難。此皆煞費躊躇之問題。以非本節範圍，姑存而不論。



# 租借地性質之研究

黃元彬

## (一)

租借地的性質，究竟是假裝割讓，還是真正租借，和青島問題的解決，很有關係；因為租借地的性質，若真是歐洲公法家所說的假裝割讓，日本既由德國手裏得來，即使沒有五七協約的第一條，我國也不能當然討還。去年巴黎和會決定把青島交給日本的時候，英國首相佐治，聲明「把青島交給日本，並非根據五七協約。」有人聽了這句話，就說英國首相是不承認五七協約的。我想不然。英國首相這個聲明，是不是承認五七協約，一點都沒有關係，我們聽了他這個聲明不必這樣着急，就去想他是不是承認五七協約，他說並非根據五七協約，究竟根據甚麼，這是我們先要着想的。依我看來，他平日聽慣了歐洲公法家租借地是假裝割讓

的議論，他平日見慣了英國對付威海衛九龍租借地當作自己領土一樣，他就把青島也是當作德國的領土，日本出兵取得，所以要交給日本；若果佐治首相還把青島當作中國的領土，又說交給日本，不是根據五七協約，那就沒有根據了，這還算得是首相的話嗎？但日本政府的見解和英國政府對於租借地的見解不同，英國政府當作割讓，日本政府認做租借，單看日俄朴茨茅斯條約第五第六兩條，光緒三十一年中日新訂東三省條約第一條，五七協約第一條，就知道日本政府對於租借地的見解，依然認做租借了。然青島問題，我國已拒絕日本要求交涉的通牒，將來捉得好機會，或者提出國際聯盟也未可定。然若提出國際聯盟，即使先能取消五七協約，由英法政府看來，和青島問題的解決也沒有關係；因為英法政府都把租借地認作割讓，在他們眼中，五七協約第一條祇是不必要的條文，取消不取消都是一樣。所以租借地的性質，單為解決青島問題起見，已是很有研究的價值。而且英國租的威海衛，是按照俄國駐守旅順的期限；從前俄國失守旅順的時



候，英國下院議員也有質問英政府不照約交還威海衛的理由，當時英政府曖昧其辭，清政府又不能據約力爭，就丟下去了，現在威海衛的租借期限，究竟已是過了期限，還是依着中俄旅順租借條約的二十五年期限，抑或依着唱割讓說的公法家說是無期限，總不明白。若照條約文面解釋，俄國現在已經沒有駐守旅順，當然是過了期限；若依着俄約二十五年的期限，則從一八九八年七月一日起，至一九二三年七月一日止，還有兩年幾個月，威海衛的租借期限就算滿了。倘若租借地的性質沒有研究明白，則不但青島問題不能解決，威海衛也沒法處置。其他法國租的廣州灣，英國租的九龍，都是一樣。而且歐洲和日本的公法家，都拿他來研究，幾乎全體一致論定他的性質是割讓了；我國的公法家——倘若有的——卻閉卻了他，單從學問界的貢獻看來，也很有研究的價值。

〇〇

歐洲公法家首倡租借地的性質是變裝割讓的，爲法國公法巨擘德巴尼博

士，至英國羅倫士博士，再進一步更爲精密的考究；日本公法家最先祖邁德巴尼之說者爲今年死去之高橋作衛博士；至蜷川新博士，更爲系統的研究，其他的公法家，大概作爲自明之理，不加十分研究，也不說甚麼理由，祇說贊成他們，就斷定是割讓了。我這篇研究的方法，首重租借條約；和唱割讓說的人偏重政治論的研究法不同，我想租借地是有了租借條約才產出他來，要研究他的性質，除卻租借條約是沒法研究的。

我在研究租借條約之先，倡割讓說的人究竟說些甚麼，我要略爲介紹：

首唱割讓說的德巴尼博士說（註一）「租借地雖則名爲租借，實是變裝割讓，借受國不過爲避列國的猜疑起見，纔用着這個外交辭令上的美名，實則期間滿了，貸與國也難討回的。」

英國威士脫力博士首先贊成德巴尼之說。博士是執國際法上牛耳的人物，又曾戴過萬國國際法學會會長的頭銜，得他贊成，自此割讓說就風靡歐洲了。他

說：「在私法上的貸借關係，借地人祇享有用益權，貸地人仍有所有權；然在國際上的租借關係就不同了，借受國還有建築城塞礮台等設備權。這樣看來，德巴尼之說，可謂先得我心了。」（註二）

羅倫士博士更爲精密的考究。他的要旨是：（1）據俄國新聞傳出俄政府的見解，雖把旅順的租借關係認作用益租借，而照租借條約俄國在旅順港有建築城塞礮台之權，顯然超過羅馬法上的用益權（*Usufruct*）。（2）租借地的管理權照約是屬於借受國，然則條約又說主權仍屬於中國，究竟存着甚麼？（3）照約既不能解決這個法謎，不如從實際上論斷，在租借地除了日本以外，各國都撤回了領事裁判權，這分明是各國認租借地已是借受國的領土。（4）日俄戰役，交戰國不把旅順當作中立地帶，所以日本有夜襲旅順之事」（註三）博士的立論，輕條約而重實際，捨法理而論政治，所以在他所著的國際法要義裏頭，又說：「然而中國在租借期滿的時候，能否照約討還，尙屬疑問。」（註四）這是政治論當然生

出的矛盾，政治論的苦處也就可知了。

日本高橋作衛博士，也祖述德巴尼之說，以聳動日本政府。他和威士脫力很有來往，羅倫士更是受他兩次推薦做教授，而且他很有歐文著作，所以他的議論不但可以蠱惑日本人的耳目，且可以惹起歐美人的視聽。但他對於租借問題，只是祖述歐人之說，沒有獨創的地方，所以我也不要特地介紹了。（註五）

蠅川博士繼高橋而起，更爲系統的研究。他是去年巴黎和會的時候，曾在巴黎報紙上發表他的意見，和我國梁任公先生作對手的人物，他的要旨是：「（一）從條約研究——膠澳租借條約載着「先以九十九年爲限」，有一個先字，就和沒有訂下期限一樣；試把下文「德國應許永遠不轉租與別國」這永遠兩個字對照起來，更明白是無期了，若說是租借，德國怎能有永遠不轉租與別國的權利？」（二）從學說研究——歐洲公法家幾乎全體一致說租借的性質是割讓，可知割讓說是天下的公論了。（三）從德國法令研究——一八九八年一月五日德國政

府宣言「清國政府在租借期間內於該土地所有管理權讓與德國政府」同年四月二十七日德皇佈告「依朕政府與清政府於一八九八年三月六日在北京所締結之條約……將該領土置於朕保護之下；一月宣言明白說出租借期限，還把膠州灣當作租借。至四月佈告，就不明記租借期限，簡直把膠州灣當作割讓地，這就可見德國外交辭令的妙用了。(4)從法理上研究——借受國在中國的租借地，簡直是排斥中國的主權。總之，從條約學說德國法令和法理看來，都可以證明租借地明爲租借實是割讓的。」(註六)

關於唱割讓說公法家的議論，上面已略略介紹過了，我本要在這個地方就把他們的議論判個是不是。但爲圖篇幅的便宜起見，讓到後面一氣和他們慢慢討論。

(註一) 去年五月三日大阪每日新聞高橋著青島不交還論裏頭揭有德巴尼 (Despaguet) 之說。

(註二) Westlake: International Law, 1904, pp. 133—134.

(註三) Lawrence: *The War and Neutrality in the Far East*, 2nd, pp. 269—274 or 1 st, pp. 203—208.

(註四) Lawrence: *The Principle of International Law*, 5th, part 2, Chap. 2.

(註五) (a) 青島不交還論。(b) 國家學會雜誌第十九卷第三號高橋論租借地之性質。(c) 高橋著平時國際法論。

(註六) (a) 蜷川著膠州灣之佔領。(b) 蜷川著帝國在南滿之權利。

### (三)

租借地 (Lease, Pacht) 在國際法上本來是一件新東西，第十九世紀中葉以後始發生於土耳其和非洲方面，再後纔發生於中國，這件東西究竟是甚麼，除卻產出他的租借條約以外是沒法研究的。我已說過，蜷川博士從條約學說法理和德國法令來研究，把這四件東西放在一條水平線上，已經失掉了公法家的嚴正態度。最可笑的在條約學說德國法令之外，又拿一個法理來相提並論，要曉得我

們解條約講學說釋法令都是根據法理，斷不是離卻法理來亂道的。難道博士就可以信口雌黃來解條約講學說釋法令？博士這種研究法，也敢去巴黎的報紙獻醜？不得西洋人笑東洋無人呵！

博士又從德國法令研究。要曉得德國法令也不能和條約相提並論；因為德國的法令要是和條約一樣，固然不必另外研究。要是和條約不同，就是違背條約，法令就沒有效力。不過博士誤解了德國的法令，所以我也要替德國來辯護幾句。博士說：「德國於一月宣言，明白說出租借期限，還把膠州灣當作租借；至四月佈告，就不明記租借期限，簡直把膠州灣當作割讓地了。」博士對於一月宣言記着的租借期限不拿來當作外交上辭令，雖比高橋博士穩健一點（註七）對於四月佈告他就誤解起來。四月佈告裏頭有「依朕政府與清政府在北京所締結條約」一句做前提，既有這個前提，該約所定租借期限當然包含在內，博士忘卻了這個前提，因此生出這樣的誤解，豈不是叫德國政府受了冤屈？德國膠州灣總督從前

所發告示，對於青島住民都稱中國人民，不當他們是德國人民，就可證明德國政府並不當青島是德國領土了。再從德國憲法看來，所定領土範圍是取列舉主義，第一章第一條所定帝國聯邦領土，是以普魯士巴威以下各支分國的領土爲範圍，所以在列舉範圍以外之青島，斷不能算是德國領土，照憲法第一條也很明白。博士既要從德國法令研究，就不要掛一漏萬，膠州灣總督的告示，也要看看，德國憲法所定聯邦領土的範圍，也要查查，纔免得易生誤解。而且日本政府他是明白反對割讓說，俄國政府也祇是認作用益租借，上面已經說過了，博士既要從法令上研究，何不先從自己政府的法令研究呢？

博士又從學說研究。在國際法上面，學說固也可拿來作參考資料，但是我們講學說的時候，首先就會碰着了學說的信用問題。學問這件事，本以探求真理爲生命，並沒有國界；然而研究國際法的人，總不免存了一個國界，所以國際公法就變成各國對外策略的傀儡，國際法學進步很遲，這也算是其中一個原因。譬如俄



國那個有名的公法大家馬爾典氏的議論 (Martens) 還算稍爲公平一點，都是因爲除卻俄土戰爭和俄法戰爭以外，俄國和歐洲各國很少直接關係的緣故。然而馬氏若碰着俄國關係的事情，就拚命替自己國家曲辯了。這是爲向來極狹的愛國心所支配使然，不足爲怪的。不過我們講學說的時候，懂得這個消息不會盲從就算了。然而博士既要一定從學說研究，我也和博士談談學說。

關於租借地問題，在學說上最先疑惑到這種租借條約是不正當條約的人，爲英國賀爾蘭氏 (Holland)。賀氏發表他的意見，在一八九八年四月一日倫敦泰晤士報上，那時正和膠州租借條約批准的時候相去不過一個月，英國那時尙沒租得威海衛，他還沒論定是割讓。隨後英法相繼得了租借地，法國就有德巴尼氏說「租借地名爲租借，實是變裝割讓」，一般斐斯氏等也附和他。(註八) 德國就有黑斯脫(註九)也倡此說，英國也就有威士脫力羅倫士一班人附和德巴尼的僻論。這三國の後起公法家，見割讓說有利於自己的國家，也樂得去雷同他們。日

本在佔領旅順以前，沒有一個人來幫他們一聲，而且都是極力反對割讓說的，到佔領旅順那一年，高橋氏纔出來附和他們。然而日本除了高橋氏，其他第一流的公法學者，或者因為從前一直反對下來，難以改口，也依舊反對割讓說，或者因以法理自守，不肯因利自屈，也依舊反對割讓說。其中反對最烈的，爲中村進午博士（註十）和市村光惠博士（註十一）其他如日本公法巨子午賀鶴太郎博士也是反對割讓說（註十二）秋山博士（註十三）清水博士（註十四）佐佐木博士（註十五）也能以法理自守，不肯雷同他們。其後日本佔據青島，纔出了一個蜷川博士來附高橋博士。高橋博士在日本佔領旅順的時候，在國家學會雜誌上曾說：「世界公法家反對割讓說的從來沒有聽過。」這恐怕博士上了年紀，讀過忘記了罷。德國公法大家拉般氏是反對割讓說的（註十六）廉模氏也是反對割讓說的（註十七）梅野氏也是反對割讓說的（註十八）英國也有反對割讓說的，比方那個有名的巴苦黎氏（Barclay）不但口頭反對，還想要見諸事實了，巴苦黎氏

於一九〇八年在萬國國際法學會提出「關於租借地等新提案」第十三條第二項第三項，是明明反對割讓說了，難道高橋氏沒有聽見過嗎？博士好像也曉得有人反對，所以去年五月三日在大阪每日新聞發表他的意見，就改口說是大多數贊成割讓說了。要之，關於租借地的性質學說上還沒有定論；然而德國自家人尙且反對，日本在佔領旅順以前個個都是反對，佔了旅順，高橋氏纔出來雷同割讓說，這是我們講學說的時候要格外注意的。

(註七) 高橋著青島不交還論。

(註八) *Iiszt, F. V. Völkerrecht*, 3 A., 1904.

(註九) *Bonfile, Völkerrecht*, S. 308, N. 571.

(註十) 中村進午著國際公法大正五年版 pp. 101—104.

(註十一) 市村光惠著帝國憲法論大正四年版 pp. 248—252.

(註十二) 千賀著國際公法要義。

(註十三) 法學志林第十卷二號秋山著租借地之性質。

(註十四) 日本法政新誌第十卷八號清水著日本憲法可施於租借地否。

(註十五) 佐佐木著行政法原論第三百八十八頁。

(註十六) Laband, Deutsch. Reichsstaatsrecht, 2 B. S. 267—

(註十七) Rhem, Staatslehre, S. 82.

(註十八) Meyer, G. Lehrbuch d. deutsch. Staatsrechts, 6 A. S. 190.

(四)

研究租借地的性質，法令既不足據，學說也不足徵，上面已說過了；除卻成法，派依着條約習慣研究國際法的方法以外，再沒法研究他。但是租借地這件東西，十九世紀中葉以後纔發生出來，在國際上尙無習慣可援，故想抱着嚴正的態度來研究他。除了租借條約是沒法研究，我已再三說過了；如今在這個地方，我且專出租借條約出來細細研究研究。但租借條約其中分條別項的，祇有中德膠澳條約

借條約，和中俄旅順大連租借條約，而最先定下的又爲膠澳租借條約，所以我國研究上的便宜起見，姑把膠澳租借條約爲研究的主要材料，而參以中俄旅順大連借條約，其他威海衛九龍廣州灣各地的租借條約，自可舉一反三了。

(一)膠澳租借條約第一條之研究。(參看中俄旅大租借條約第一條)

第一條……惟自主之權仍全歸中國……

試問倡割讓說的人，自有條約以來，曾見過有留着主權的割讓沒有留着主權的條約？若可算做割讓條約，請問甚麼條約纔可算做不是割讓條約？可是還有了罷。他們也曉得這條是割讓說的致命傷所在，所以設下一個遁詞，「這不過是保持中國的自尊心起見，纔訂下這條無用的條文，實在是兩國的虛偽表示。」這一個遁詞，已是脫出法理的範圍，入了政治論，而且是政治論中的帝國主義政治論。在從前帝國主義橫行的時候，這種助桀爲虐的政治論，或者許有幾位夢想統一世界的君主帝王，懷着侵略的野心，想利用他，要傾聽他，現在民族主義正當發達

的時候，又見着維廉第二已經爲着想利用他累得要死，誰還肯去聽他？所以這種鐵輪，不但脫出了法理的範圍，也不配說是現代的政治論。羅倫士博士想由政治論再次跳入法理論，所以他又說：「試把後面第三條『均歸德國管轄』對照起來，管理權既歸德國，所謂主權仍存在中國，究竟存着甚麼？」我試請問羅氏，在私法上貸借關係用益權既歸於借主，然則所謂所有權依然存在貸主，究竟存着甚麼？不是存着一個返還請求權嗎？中國在租借期滿的時候，當然可以行使這個返還請求權，自不消說。羅氏若真想跳入法理論，請羅氏注意主權自體和行使的區別，自然不會發出這疑問了。羅氏是精通羅馬法的人，羅馬法上區別權利自體和行使很清楚，羅氏何以忘卻了他？要之這條規定主權所在，以明不是割讓，斷非無用的虛偽表示。第三條規定管理權所在，以明是真正租借，斷非和第一條相矛盾。把這兩條用數學加減起來，存在中國的，就是一個返還請求權。這個返還請求權是租借條約的特徵。

(2) 膠澳租借條約第二條之研究。(參看旅大租借條約第三條第七條)  
 第二條：……租與德國先以九十九年爲限，德國於所租之地應盡設法以保地棧護衛澳口。

這條明白記着租借期限，試問倡割讓說的人，自有條約以來，曾見過有訂下期限的割讓條約沒有？割讓以主權之獲得做前提，訂下期限的條約，若可算割讓條約，然則讓受國所獲得的主權，是有期限的主權了？在法理上主權須有永久的繼續性，有期限的主權能否成立。他們見這條又是割讓說的致命所在，於是又設下一個遁詞，「條文雖是訂下期限，至到期滿的時候，租借國也一定不肯交還，所以雖則訂下期限，和沒有期限一樣。」這話說來可笑，若是這樣說，第一條記着主權所在說是無用的虛偽表示，第二條記着租借期限說，是等於無期，那麼割讓條約都是具文，不止有期和無期一樣，有國際條約也和沒有條約一樣，國際社會亦不能成立，國際法也不必去研究了。倡這說的人大概都是公法白子，而國家說

出這種帝國主義政治論，阻住國際法進步豈不可惜，羅倫氏在國際法要義裏，好像也明白此意，所以他說：「我希望在國際上嗣後不要再見此種租借條約啊。」租借條約，我們固是希望不要再見，把帝國主義的政治論來解釋租借條約，我們更希望不要再見啊！倡割讓說的人，有的也想從法理上研究，所以又說：這條雖然載着期限而這期限在歐美各國的法律看來，所謂記憶以上的期限（Time immemorial）或時效期間（Prescription）以上的期限，所以和永久無期一樣。」在歐美各國的立法沿革看來，此說可算是適合各國的立法精神。然國法所以律個人，國際法所以對國家，個人的生命無異朝菌，國家的生命好比大椿，九十九年的期限，由個人看來，雖屬記憶以上，由國家看來，不過是幾天的光景罷了。至於時效之經過，果能為領土獲得之權原與否，公法家尚有異論，然即就肯定說而論，也單指沒有條約的占領而言。如我國之於漢滿蒙回藏五族的領土，日本之於大和、三島，他如戰時佔領，長年不結和約的時候，纔依時效之經過可為領土獲得之權原。



然租借關係，既以條約規定，簡直和時效問題沒有關係，自不消說。

鱒川氏又捉了約文「先以九十九年爲限」一個先字，所以他說：「有了一個先字，期限滿了仍可延長，延長復延長就和無期限一樣。」不知無論甚麼條約，除了條約本質上不能延長以外，都可延長，沒有一個先字也可延長，有了這個先字，也可延長，斷不能因他有一個先字就說他和無期限一樣。且自德國公法家布倫釀里 (Bluntschli) 一派以來，都主張「條約期滿的時候，雙方不發廢約的通告，就作默認條約的繼續。」這樣看來，雙方都無表示也可延長了。而且這條下一個先字，也並非沒有一點緣故，別國人不懂得還可相諒，日本人不懂得就該死了。因爲西洋人和東洋人始初交通的時候，國際法是甚麼，東洋人大概不懂，所以屬於一般普通公法，本來不必載在約文的，也拿來載在約文的很多。譬如中國的通商條約，和日本明治維新初年所結的通商條約，都載着「許外國人信教自由」，然而許外國人信教自由這件事，是一般普通公法領內的事，本來不必條約上載着才

許外國人信教自由的，祇爲西洋人怕東洋人不懂國際公法，故此也事未載在條約裏頭。這條記着這個先字，就是若得雙方合意，可以延長的意義，這是屬於普通公法，本來不要載明的。所以明白了我國通商條約和日本維新初年的通商條約載着許外國人信教自由的理由，就明白這條有一個先字的理由了。即使沒有這個理由，單就主權的性質觀察，主權有永遠的繼續性。若照博士等說，至期滿的時候，可以延長。不知可以中途延長，已非主權的性質。所以博士等說可以延長，不但不能爲割讓說之證，卻是破壞割讓說了。故五七協約有把旅順的二十五年期限，延至九十九年一條，若說旅順是割讓，就是把二十五年的領土主權的期限，延至九十九年了，在法理上那裏有這樣延長的主權？所以這項一個先字，無論怎樣解法，都可爲打破割讓說之證，不能爲維持割讓說之證的。中俄旅順租借條約第三條載着「然限滿後，由兩國相商，展限亦可」和這項一個先字，也同意義，就是若得雙方合意展限亦可的意義。倒轉來說，若不得雙方合意，由一方通告廢約，條約

即爲消滅的。有的人疑片務條約，恐不能由義務國一方通告廢約，條約即歸消滅。關於此點，學者尙各持一說，姑置不辯，然即主張此說的人，也不過單置沒有期限的片務條約而言，有期限的片務條約，自當別論，租借條約既然載下期限，期限滿了的時候，由義務國一方通告廢約，條約自歸消滅。從前日本對葡萄牙以義務國一方通告，裁撤了領事裁判權，是已有慣例在先了。

這條又載下「德國於所借之地應蓋礮台等事」一句，最能惹起公法家的議論。威士脫力氏贊成德巴尼氏之說，大概祇是藉口這句，羅倫士氏也是藉口這句。羅氏說，「蓋礮台築城寨等軍事設備，顯然超過羅馬法的用益權。」要曉得國際間的複雜問題，斷不能全拿羅馬法可以解決的，那俄國有名的公法大家馬爾與氏曾把這層道破了。羅馬法的用益權，以不損原物的本質爲特性，所以用益權與借關係，不能毀損原物的本質，然國際間的關係，和私人關係有大大不同之點，我們最要注意的，私人關係在個人上面還有個最高權的國家來拘束他，國際關係

在國家上面沒有最高權的東西來拘束他，最高權就在國家自體上，他行使自己的最高權。和別的最高權的國家約定了租借關係，也可以毀損原物的本質，我們不能拿羅馬法的用益權來律他，這是國家最高權的特有作用，我們是無奈他的。

且就羅馬法的用益權而論，也非絕對不能毀損原物的本質。譬如借地本是林地，因謀收入之增加，而改爲耕地，也不妨的；然由林地而改爲耕地，已是毀損原物的本質了。可知不毀損原物的本質也非羅馬法用益權的絕對條件了。

再從別方面觀察，在國際法上用益權這個名詞，是很少見的，除了俄政府解釋租借權作爲用益權以外，祇在戰時占領，用得着這個名詞。而在戰時占領，雖則也不能濫伐山林等有毀損原物本質的行動，然出於戰略的必要，也可以斬伐山林的。我們不能因爲有時斬伐山林，就說戰時占領的權利不是用益權，更不能因戰時占領有毀損原物本質的地方，就說他是割讓。

故從國家特有的最高權的作用看來，不能全拿羅馬法來律他。即從羅馬法及戰時占領的用益權看來，有時也可以毀損原物的本質。所以羅倫士氏見着這條件借受國有築礮台等設備之權，說他超過用益權，就斷定他是割讓，未免太過於速斷了。

(3) 膠澳租借條約第三條之研究（參看中俄旅大租借條約第四條）

第三條德國所租之地，租期未完，中國不得治理，均歸德國管轄，以免兩國爭端……

這條是租借條約當然應有的規定。治理權是歸於借受國和私法上用益貸借關係的管理權無異。羅倫士及蟻川兩博士解作排斥中國主權，然則私法上的借主得了管理權也要解作排斥貸主的所有權麼？既明白了私法上貸借關係，這條不解自明。雖則借受國的治理權有超過用益權的地方，這不過是國際關係和私人關係不同的緣故，我在第二條之研究中已說過了。縱使讓一步說，姑把這治

理權當作主權，然主權的性質，是拿永遠繼續爲要件，而租借條約又明記着期限，在法理上那裏有個附着期限的主權呢？所以博士等解作排斥中國主權，簡直是誤解主權的性質了。至於羅氏等所以誤解主權的性質之故，由於混亂主權的體用，又不明私人關係和國家關係相異之點，我在第一條及第二條之研究中已詳細說過了。既然不能解作排斥中國主權，則主權仍存在中國。可知第一條的規定不是虛僞表示的空文一個反證。

羅倫士氏再從實際上觀察，所以又說：「日俄戰爭的時候，交戰國不把旅順當作中立地帶，所以日本有夜襲旅順之事。」然而照我看來，日本夜襲旅順，和此次歐洲大戰德國破壞比利時中立的行動是一樣的，我們斷不能因德國破壞比利時中立，就說比利時本來不是中立地帶。縱使讓一步說，就承認了旅大是交戰區域，也不過是中國失了交戰權之一部，也斷不能說他是俄國的領土。譬如國際條約有在特定的區域內禁築城塞，有在特定的海面內禁浮軍艦，有禁爆發物投

射等戰鬪手段，這種條約的締結國，都是失掉了交戰權自體之一部或其行使之一部；若依羅氏之說，這種條約的締結國一部領土的城塞或海或全部領土，也要說是割讓了。再進一步，把永世局外中立國條約看來，不單是當該永世局外中立國失了交戰權，連保證該永世局外中立國的國家也失了交戰權之一部；真像羅氏這般說，現在列強自英美法意日以下，都要說是把他的國家割讓了。這還成甚麼話？所以日本夜襲旅順，祇可說他是侵犯中立。即使承認了旅順是交戰區域，也不過是中國失了交戰權之一部，不能作旅順已是割讓之證，已是沒有一毫疑義了。

羅倫士氏又拿各國在租借地裁撤領事裁判一事以證其說。這也不對。這明明是羅氏誤解領事裁判權設置的原因，所以才有這話。領事裁判權之設，並非因為是中國的領土，不過因為中國的法律和裁判所等沒有十分完備，恐怕不能保護外人的生命財產，才生出這件怪物。租借國在租借地既替中國治理外人的生命

財產，各國以為可以十分保護，才撤去了他，並非因為租借地不是中國領土的。然租借國的治理權，不是排斥中國主權，我才說過了，所以各國在租借地撤去領事裁判權一事，祇可證明租借國得有治理之權，不能證明中國主權不存在。既不能證明中國主權不存在，就是不能證明他是割讓了。

(4) 膠澳租借條約第五條之研究 (參看中俄旅大租借條約第四條)

第五條：嗣後如德國租借未滿之前，自願將膠澳歸還中國，德國所有在膠澳費項，中國應許賠還，另以相宜之處讓於德國。德國向中國所借之地，德國應許永遠不轉租與別國。租地界內華人如能安分並不犯法，仍可隨意居住。

膠澳租借條約第四條，是規定行船之事，各公法家都沒有議論，也用不着我另外研究了。至於第五條第一項越發可為第二條所定的期限斷不是空文的一個反證。期限未滿以前，德國將膠澳交還中國，中國還要負一種義務，倒轉來說，期限既滿，然後照約交還，中國就不要負這種義務了。螻川氏不注意「期限未滿以



前」六個字遂誤解爲「這竟是以自己的領土和別國的領土交換一樣」不知期限未滿，如果沒有此項對德戰爭發生，德國交還膠澳，另借別的地方，也是和借膠澳一樣，然而必要借較爲相宜的地方，這是德國的狡狴罷了。

這條第二項「德國應許永遠不轉租與別國」若果照博士等說是割讓，膠澳已是德國的領土，德國對於膠澳，當然有處分之權，有讓渡移轉之權，德國不是中國的殖民地，也不是中國的屬國，中國怎能干涉他，叫他不要把他的領土轉租與別國？這分明膠澳還是中國的領土，主權還在中國，中國才能干涉他。蠶川氏見着這項有永遠兩字，就得意起來，所以又說，「若不是割讓，德國那裏有永遠不轉租與別國的權利？」博士此解，以爲得意之作，獨創之見，不知博士之無識，就因此解曝露了。博士最好高談法理，我試請問博士，從這項立法之精神看來，這項究竟爲甚麼定的？不過要德國負不能私自借給別國的義務，才有這條規定，從這項立法的精神看來，稍知法律的人，也知是規定德國所負的義務，博士乃捉了永遠兩個

字，解作德國的權利，背理違道，巨繆極戾，大反這項立法的精神，算是達到極頂了。若說永遠二字難解，則依縮減解釋 (Restrictive Interpretation)，捨字面而求論理，去助辭而存要語，承着第二條的期限，當解作在租借期限以內，無論何時德國應許不轉租與別國，以求不反這項立法的精神，才是解釋條約的嚴正態度。而且博士解釋條約的時候，不但全文前後的關係，沒有注意，即使一條一項的前後關係，也沒有注意；所以見着第二條一個先字，就得意起來，見着這永遠兩個字，就歡喜的了不得。先存謬見，支離滅裂，所以解一句，就錯一句，解一條，就錯一條，解全文，就不能不全錯了。況且博士是主張割讓說的人，就要到處貫徹，不要露出馬脚，才好。然而博士在去年的外交時報第三百六十一號，又極力擁護五七協約第一條。不知五七協約第一條，和日俄朴茨茅斯和約第五第六兩條，光緒三十一年中日新訂東三省條約第一條，都是日本政府把青島和旅順不認作割讓，仍是認作我國的領土，求中國許其轉借，才訂下這幾條，和割讓說是不能兩立的。換句話說，這

幾條的規定，是對於割讓說宣告死刑的條文。所以博士想擁護五七協約第一條，必要把青島認作還是中國的領土做前提。換句話說，先要否認割讓說，才有擁護這條的意味。然博士一面雷同割讓說，一面又擁護五七協約第一條，自陷矛盾，貽笑大方，我深替博士可惜，所以說幾句閒話。

這條第三項，越發證明不是割讓條約了。若是割讓，依國際公法，中國人應在一定期內，賣卻不動產遷出膠澳境外，否則當然變了德國籍，怎能依舊居住境內，還是中國人？所以這項，簡直是明言斷不是割讓了。德國膠州灣總督的告示，都稱中國人民，可知是依約而行了。唱割讓說的人，對於這項，總沒見他們提及，梧鼠之技，不過於五，帝國主義的政治論，也有時而窮了！

上面已經把膠澳租借條約研究完了，想找一條帶着割讓性質的條文，也找不出，而條條都可作租借條約的特徵。唱割讓說的人，說是割讓條約，究竟從那裏來的結論？要說他們連租借條約也沒有看清楚，不像是他們的身分，要說他們已

經看清楚，又生不出他們的結論。秋山博士在日本首先反對割讓說，可謂先得我心。然秋山博士又主張租借地在法理上的地位，應與戰時佔領同科。這卻又不對。博士祇是從同是用益權一點立論，所以疑與戰時佔領同科。不知租借地的用益權，是基於條約，和時效之經過，沒有關係；戰時佔領的用益權，不是基於條約，若雙方長年不結和約，則依時效之經過，可爲領土獲得之權原，這是租借地和戰時佔領大異特異的地方。秋山博士似乎沒有見到此點。依我看來，租借地在國際法上，既是一件新產物，還是另有自己的位置。照着上面的研究，我祇能宣明兩句：在租借期中的時候，借受國負不轉租與別國的義務，在租借期滿的時候，貸與國有行使返還請求權的權利。

附言 我作這篇，祇想辨情僞，別是非，此外就不敢知了。然而外交當局，若執吾說以宣傳於西土，使割讓說不能獨步歐洲，則不但青島問題，容易提出國際聯盟，就是威海衛及其他租借地的解決，將來可以省些手續，也未可定。

# 空中領域與航空機之攻擊

王宏實

當巴爾幹戰爭與意土戰爭時，雖亦曾用航空機，而其宏模卓效，實自今之歐戰始。航空機者，合航空船與飛行機言之也。今述航空機，須先論空中領域，卽一國領土領水上之空域，果爲其國領域與否之問題。曠昔學者，欲發達空中航行之自由，多謂空域類於公海，其自由與公海同。如萬國國際法學會，亦認空域自由之原則，唯位於其下之國，自衛有權，對此原則，制限幾許而已，而歐戰發生前，一國領土領水上之空域，漸視爲其國之領域。各國對於航空機之航過，着陸，或設厲禁，或加制限，如屬於要塞地帶或境界防禦地帶之地域上之空域，概禁他國航空機航過，是皆以空域上部，絕對屬於其下國家之領域爲前提之法制也。雖一國之上空，概屬於其下國家之說，戰爭前各國尙未明認。歐戰發生後，英之航空機，通過瑞士

領土之上空，瑞士峻責時，英且將一國上空，果爲其國領域與否之問題，留俟異日解決，而戰爭中各種現象，漸證一國領土領水上之空域，究屬於其國之領域矣。例如德之車拍林航空船，如通過和蘭領土之上，和蘭決不能漠然視之。蓋和蘭雖遠見車拍林，苟未航行於和蘭領土之上空，和蘭爲防止春光漏洩，禁國人電英者若干時。自英言之，是圖利德之車拍林作戰行動也，而和蘭不顧。倘車拍林竟通過其領域之上，則除此禁令，故車拍林之往也，以有此制裁而不敢肆行無忌，其歸也則不必避和蘭空域。當此時，和蘭自下擊之，雖未必有實效，形式上固擊之也。概言之，現今一國領土領水之上空，爲其國領域之觀念，已漸確矣。

自空中擲爆裂彈於敵軍，雖屬新法，而在批准海牙宣言，禁止自輕氣球等擲爆裂物之各國間戰爭，苟不爲是，現實國際法上自無可批准者。當一次和平會議之際，宣言禁由輕氣球或其他種類似新法，擲下投射物及爆裂物，期以五載，日俄戰爭中，期盡失效。二次和平會議，同一趣意之宣言成，以迄第三次和平會議終了爲

有效期間。雖英新加入，而法德俄義四強國反脫退，其他美雖同意，日則立於局外也。此宣言規定限於締約國間交戰，始有遵守之義務。倘未締約之國，參入其間，則雖締約國間，此義務亦消滅。今交戰國中爲該宣言締約國者，惟英與比，其不適用於大戰無疑。（註一）

當第二次平和會議之際，俄謂宣言所禁，可否永久確定，決之尙早，主張先定對於未加防守之都市村落及住宅，禁止自輕氣球擲投射物，義大利亦如之。終未宣言。僅修正海牙之陸戰條規第二十五條，加「無論用何種手段」一語，即「未加防守之都市村落，住宅或建物無論用何種手段俱不得攻擊或破壞之」也。故此條規定，含有禁用航空機關自空中擲下投射物或爆裂物之意。在批准此修正陸戰法規慣例條約之各國間戰爭，所禁有效。而遣代表於第二次平和會議諸國，已多數批准矣。

關於海軍攻擊，第二次平和會議，所約者亦同於陸戰條規第二十五條。凡未

加防守之港，都市，村落，住宅及建物，禁以海軍力砲擊之。惟此條約關於自空中擲下爆裂物，雖未明言，可謂海軍之航空機關，對於未加防守之都市，亦不得出於此舉。（註二）各國多批准或加盟焉。

依第二次和平會議修正之陸戰法規第二十五條，凡未加防守之地，禁止自空中砲擊，而防守者則不之禁。惟所謂防守，在不使敵兵侵入或占領，乃有兵備之謂。（註三）非必擁城郭據要塞以爲固也。（註四）苟駐兵以防敵軍之侵入或占領，卽爲防守之地，否則雖有金城湯池之都市，等是未加防守，不得攻擊或砲擊之。

學者多謂軍隊所在之都市，俱爲防守之都市，敵軍卽可自空攻擊之，余殊不謂然。軍隊駐屯之目的，在防禦敵軍侵入或占領該都市時，始得謂之有防，從可攻擊或砲擊都市全體。若當軍隊進行退却之際，營於遠隔戰場之都市，倘亦以軍隊駐屯之故，謂爲防守。對於都市全體，直可攻擊或砲擊，其所持之不成理，與以一二軍艦停泊之故，謂港市爲防守之地，卽可攻擊或砲擊其全體，一也。（參照註五）但



軍隊無論駐屯何地，俱可行其害敵手段。故雖營於遠隔戰場之都市，亦可由空中擊以爆裂彈，是固與攻擊或砲擊該都市懸殊。（參照後文）學者又謂都市內如有兵器廠及軍需品貯藏所，則可攻擊或砲擊其都市，余亦不敢苟同，此等建物，無論在都市內與否固可破壞。依國際法規所定，砲擊，或自空中擲爆裂物以破壞之，亦無不可。（註五）惟破壞此等關於軍事之建物，與攻擊或砲擊該都市，大相逕庭也。（參照後文）（註六）

關於都市村落防守與否之問題，特有可認為關係的或相對的防守者。如設自動觸發水雷於港前，該港市是否防守之地，不能無疑。余謂此即對於海軍力為關係的防守。蓋此水雷之敷設，為防海軍力及其陸戰隊之攻擊侵入占領也。而對於陸軍力則不然。陸軍力不得僅以敷設水雷之故，即攻擊或砲擊該港市。雖關於用戰時海軍力砲擊之海牙條約，規定無論何地，不得僅以港前敷設自動觸發海底水雷之事實而砲擊之。（第一條第二項）日本及英德法諸國，謂港前敷設自動

觸發水雷，（關於海軍力）即可視為防守之港或都市。對此規定，曾聲明保留，竊謂匪惟海軍力為然也。對於航空機，亦有關係的防守地域存焉。如豫防航空船飛行機，自空中擊殺市民，破壞住宅，雖備飛行機或空中砲，陸海軍力不得因以攻擊或砲擊其都市全體也。

余謂不得僅以軍隊宿於都市，或都市內存有軍用材料貯藏所，製造所，軍事工作物，即視該都市為防守之地。故都市之一部，雖有軍隊或軍用之建物，不得即攻擊或砲擊其都市。然非謂對於都市內之軍隊，或有關軍用之建物，不得用空中機關破壞之也。唯攻擊或砲擊都市內之軍隊及軍用建物，與擊其都市有異，如擊都市，則除關於宗教慈善學術技藝教育等之營造物外。（註七）即普通民衆，亦將溶於砲烟彈雨，且可自空中擲爆裂物焉。（註八）而攻擊或砲擊都市內之軍隊及有關軍用之建物，則必專以此為砲彈或爆裂物之標的，決不可及於都市內之他種建物與民家也。關於用海軍力砲擊之海牙條約，對於軍用建物或軍艦，縱在未

加防守之港，都市，村落，亦認爲可取破壞手段。如海軍指揮官以相當期間警告後，而地方官廳不於此期間內破壞，無已，則得砲擊以破壞之。（註九）當是時，偶非出於故意，實緣砲擊應生之損害，指揮官毫不負責。雖軍事上須即時行動，不能與以限期，亦不能砲擊未加防守之都市。且指揮官當盡一切相當手段，俾該都市少受砲擊之影響。（上述之條約第一條至第三條）蓋明示砲擊都市，與砲擊都市內之軍用建物或港內軍艦之有別，即不獲已而將破壞此等建物或軍艦，亦有一定之措置也。惟海牙陸戰條規第二十五條，僅謂不能攻擊或砲擊未加防守之都市，關於此都市內之軍隊或軍用建物，則未之定。故陸戰能否如是攻擊破壞，誠有研究餘地。竊謂航空機攻擊盛行之今日，就立法論，即純粹陸戰，其應行此種攻擊破壞，與用海軍力同。并須規定砲擊之處置，而解釋現行條約，亦非有嚴禁此種攻擊破壞之意。蓋不惟禁則甚反乎戰爭實情，且攻擊或砲擊其都市，與攻擊破壞都市內之軍隊及軍用建物，法理上當然有別也。（但就立法論關於由空攻擊宜特設制

## 限詳後)

然當今之航空機關及爆裂物投下術，縱以都市內之軍隊軍艦軍用建物爲標的，而自空中所擲之爆烈物，難期精確中的，不免害及平民之身體財產。而現時交戰法規之原則觀念，在別平民於交戰者，而不加以直接攻擊，故航空機關須約有陸海軍砲彈中之之精確程度，始得自空中攻擊其目的物，否則對於未防都市港內之軍隊軍艦軍用建物，特約禁用航空機關攻擊，固理論上所希冀者也。今尙無此條約，故用航空機關，攻擊未防都市港內之軍隊軍艦軍用建物，不能視爲國際法上之不法。且以此目的物爲標的，而自空中攻擊之，倘非出於故意，凡緣是應生之損害，固不負若何之責也。(註十)

(註一)參照立作太郎著「戰爭與國際法」第四章第二節第一款。

(註二)砲擊之原語 bombardement。似可解爲含有投射 bombe 即爆裂物之意。

(註三)參照惠史特勒克國際法(戰時)三一五頁。

(註四) 是否防守都市之區別，與都布據有城郭要塞與否之區別不同，須注意焉。

(註五) 海牙條約關於用戰時海軍力破擊，凡未加防守之港，都市，村落，住宅，建物，禁以海軍力破擊之。(第二條) 但所禁止，未含軍事上之工作物，陸海軍建設物，兵器或軍用材料之貯藏所，可供敵艦或敵軍使用之工場及設備，並港內軍艦。(第二條第一項上文) 海軍指揮官以相當期間警告後，地方官應苟不於此期間內，取破壞處置，無已，則得破擊以破壞之。(第二條第一項下文) 雖軍事上須即時行動，不能與以限期者。關於破擊未加防守之都市，其禁止與第一項同。且指揮官須盡一切相當手段，俾該都市得以少受破擊之影響焉。(第二條第三項)

該規定乃認軍用建物及港內軍艦，有存在於未加防守之港，都市，村落者，非以此等建物軍艦之存在，即認港，都市，村落為有防。縱破擊此等建物或軍艦，亦非認未加防守之港，都市，村落為可擊，破擊此等建物，與破擊都市村落，正自有別也。

(註六) 賈孫大佐謂將來戰爭，其將自空中擲爆裂彈於海岸之砲臺，造船所，軍用材料貯藏所，兵器

彈藥製造所，油類貯藏所，無線電信發信所，及人口稠密之地，而倫敦為軍用材料貯藏所及軍營所在之地，且有抵抗準備，故可認為防守之都市也。（史拍特著戰時航空機關）

英之「陸上戰鬪」（一一九節）德之「陸戰之戰時慣例」（一二頁）謂軍隊占據，則為防守都市，陸那於亞米利加國際法雜誌，亦持是說。

阿蘭德則反乎賈孫大佐之說，不認倫敦為防守都市。主張不能從空中擲爆裂彈焉。（一九一四年四月二十五日泰晤士報十頁）

（註七）參照海牙陸戰條規第二十七條。

（註八）破擊都市，不限於四圍城塞及附近砲臺，除有特別保護之建物收容所（參照註七）外，都市之公私建物，亦可破壞毀損。雖學說上有非難之者，現實國際法上固可行之。

（註九）由航空機關攻擊，不能豫告，故有謂可不告而擊者。（史拍特戰時航空機關八四頁一八頁）然陸戰條規第二十六條，規定除強襲外，凡破擊之先，為通告官憲，須盡一切手段，此規定對於由航空機關擲下爆裂物，亦可認為適用。（參照註二）而關於用海軍力破擊之海牙條約

第六條，對於用海軍力破擊港、都市、村落，亦規定除軍事上不獲已者，攻擊海軍指揮官於開始破擊之前，爲通知官憲，須盡一切手段。其第二條，關於破擊未加防守之港、都市、村落內之軍事工作物，陸海軍建設物，兵器或軍用材料貯藏所，可供敵艦敵軍使用之工場及設備並港內軍艦，設特別規定。（參照本文上文）此等規定，皆務使私人獲保其身體財產。今未嘗會而擲爆裂物於遠隔戰場之都市，住民不能豫知敵之來襲，實反乎此等規定之精神也。

（註十）參照關於用戰時海軍力破擊之海牙條約。





# 法院對於外國人之民事管轄權

王統英

自世界交通便利後，各國人士之僑居異地者，日漸增加。唯內外雜處，不無爭執，彼此交易，難免糾葛。倘無準據法以繩之，則細故將釀成大爭，民事常牽及外交也。茲就歐美學理及現行法，略為疏解批評，以爲研究國際私法者之一助。至外人在華，因享有領事裁判權，別具特別情形，當專論之，茲不贅述。

## (一) 外國人與本國人間訴訟之管轄權

### (甲) 外國人之起訴權

外國人之得享有起訴權利，已爲近世各國所公認。德民事訴訟法規定：「倘起訴地法律認爲合格時，雖依本國法所不能興訴之人，仍可起訴。」奧意比及荷蘭諸國，(註一)亦有類似之條文。但德國對於以上之規定，設有制限，(註二)即要

求外國人，當未起訴時，供訴訟擔保，以便將來原告敗訴時，賠償被告人由訴訟所生之損失。論者有謂：「此舉係違背（自由出入法院主義）」（註三）者，非確論也。何則？當本國人起訴時，法院常能鞭及之，且使之負訴訟費用土之責任。若係外國人時，則情形大有不同，有並未至某國，而委訴訟代理人起訴者；又有未待法院判決之宣告，而即離去者。若無訴訟擔保制限之，則本國人必受重大之損害。強之納擔保者，所以使與本國人處平等地位也。（註四）

當一千九百零五年，歐洲各國在海牙開國際私法會議時，結有民事訴訟法協商數十條。關於訴訟擔保問題，則不認外國起訴人有納擔保之義務。（註五）意大利之立法者亦採此種主張，且趨於極端。外國人之在意大利起訴者，不惟不納訴訟擔保，且享有訴訟救助權利。（註六）該國之優待外國人，可謂無微不至，而與保護本國人民原則，大相背謬。揆之立法政策，究非爲計之得者也。

（乙）外國人在甲國無住所時之管轄權

原告人無論何時，皆可在被告住所地法庭起訴。倘一外國人在甲國係暫時停留，並無住所，則甲國有管轄權否乎？關此問題，殊無定論。瑞士則許之，（註七）但須該被告外國人在他處無住所時始可。概括言之，大陸主義謂（領地權力並不發生司法管轄權）（註八）英美學者則持相反主張。依普通法慣例，一人倘在他國領土之內，則當然受該國法律之支配，雖暫時停留亦所不計也；（註九）但因詐欺或強暴，被脅誘至一國時，則屬例外。（註十）

近世歐洲人士已不堅持前此主張；遇無住所之外國人，亦常實施管轄權；對於（領地權力並不發生司法管轄權）之原則，設有下列例外：（註十一）

- （一）牽涉不動產之訴訟。（註十二）
- （二）訴因發生於國內時。（即法院所在地國）
- （三）相互。

該主義係法國民法法典編纂者所創作。依該主義，若甲國法院遇同等情形，

已先行使管轄權時，則他國對於甲國人民，當然享有管轄權。巴爾氏主張應以條約訂明，否則相互不過報復之變相而已。（註十二）

#### （四）反訴。

外國人倘在甲國提起訴訟，則被告人獲有反訴權。至被告人最初能根據該項請求起訴與否，則不問也。

#### （五）合意。

合意管轄乃世界各國所公認。合意可用三種方法表示之：（甲）到案，（乙）事前預約某地可以起訴，（丙）住所之選定。（註十四）

茲有一附帶問題，須研究者，即訴因並不發生於甲國領土內，而被告外國人從未至甲國，或在甲國並無財產時，則甲國究有管轄權否乎？巴爾氏主張遇此等情形，似乎不應有管轄權。（註十五）但法國民法則有相反之規定。（註十六）法國立法家謂：「法國人民對於本國法院有請求保護權，既有此權利，則法院不能不

與以相當之救濟。」遂不惜出此越權荒謬之舉。然法國法院並不承認外國裁判之效力。(註十七)彼既如此，自不能強他國承認其裁判之效力也。(註十八)

### (丙) 外國法人

法人猶自然人也。其得爲被告人，自無疑義。惟關於慈善團體，有主張不能一律看待者。(註十九)因主權國不能賦與擬制人以普遍的存在，且慈善團體之成立，多係從事於國內各種事業之救助，非若營銀行業者之在各國皆有分店也。

### (二) 外國人間訴訟之管轄權

關於外國人間訴訟之管轄問題，有法國與英美兩種主義。英美學者及立法家持內外人平等主義。故對於外國人間訴訟，全行受理。(註二十)法國民法規定法國法院對於法國人民與外國人間訴訟事件；(註二十一)而於外國人間訴訟管轄問題，則略而不言。大理院解釋上，謂法院遇此種案件，不宜受理，所持理由有

二：

183

(一) 法國法院非爲審理外國人間案件而設。

(二) 倘管轄權推廣，必有適用外國法之不便。

以上所列兩種理由頗不正當。何則？(一) 一國政府既准他國人民入境居住，

緘默間已應負保護之責。若不受理其案件，是對於責任有違背也。(註二十一)

(二) 法庭既以適用外國法爲不便。設遇法國人民間，或法國人與外國人間之訴訟，有適用外國法時，則將何所借口乎？

該兩種理由理論上，既不能存在，實用上，又多感不便，故不得不設種種例外。

大概言之，不外下列數種：(註二十二)

(一) 條約上之明白規定。

(二) 依民法十三條之規定，外國人在法國有住所者。

(三) 關於不動產訴訟。

(四) 關於公共治安上訴訟。

(五)商業上債權訴訟。

(六)倘原告人能證明別無他國法庭可以起訴時。

此外尙有不甚重要例外數種。茲略而不言。唯有須注意者，即例外中，除第一係制定法規外，他則委之審判官之自由裁量而已。

(註一) Von Bar, *Private International Law*, 2d ed., p. 884; *Journal de Droit international privé*, xxxvi, 235; xxi. 184.

(註二) 德國民事訴訟法第一百一十節。

(註三) *Journal de Droit international privé*, xxi, 930, 937.

(註四) *Harvard Law Review*, xxvi, 193.

(註五) 海牙民訴協商第十七條。

(註六) P. Fiore, *Le Droit international privé*, i, 525.

(註七) *Journal de Droit international privé*, xxvi, 875.

- (註八) Von Bar, *Private International Law*, 2d. ed., p. 912.
- (註九) Mason v. Connors, 129 Fed. 831; Thompson v. Xowell, 148 Mass. 552.
- (註十) *Harvard Law Review*, xxvi, 283.
- (註十一) *Harvard Law Review*, xxvi, 283.
- (註十二) *Journal de Droit international privé*, xvii, 175.
- (註十三) *Journal de Droit international privé*, xiii, 324.
- (註十四) *Journal de Droit international privé*, xvii, 511; vii, 100.
- (註十五) Von Bar, *Private International Law*, 2d ed., p. 424.
- (註十六) 第十四卷
- (註十七) *Journal de Droit international privé*, vii, 104.
- (註十八) *Journal de Droit international privé*, xii, 464.
- (註十九) Von Bar, *Private International Law*, 2d ed., p. 229.



(註二十) HARVARD LAW REVIEW, xviii, 325.

(註二十一) 第十四至第十六條。

(註二十二) 可多理謂此乃國內政策，與國際法無關。

參照 Story, Conflict of Laws, Sec. 524.

(註二十三) HARVARD LAW REVIEW, xviii, 325.



# 論公司（註一）之國籍及在我國租界內之公司

史尚寬

自國際交通發達以來，各國人民相接觸機會益多。甲國之人民住於乙國之領土內，仍保其原有國籍，已爲國際私法上公認之原則。然人有自然人與法人之別。關於前者，非本題之所欲言。後者之中，究以各種公司互相交錯於各國境內，最足引起吾人研究之興會。茲特分章論之如下：

（一）何種公司始賦有人格。

（二）公司國籍之確定標準如何。

（三）在我國外國公司之現況及其救濟方法如何。

## 第一章 何種公司始賦有人格

公司是否盡賦有人格，視各國立法而異。有用明文規定盡賦以人格者，例如

日本商法之第四十四條，我國公司條例之第三條。有雖無明文規定，然由他項規定推定爲有人格者，例如法國之公司（*Sociétés commerciales*）即合名（*Société en nom collectif*），兩合（*Société en commandite*），股分兩合（*Société en commandite par action*），無名（*Société anonyme*）等是也。（註一）有雖無明文規定，然學說及判例上認爲無人格者，如德國之無限公司（*offene Gesellschaft*）及兩合公司（*Kommanditgesellschaft*），英之 Partnership 等是也。（註二）

關於法人性質之解釋，約分有三說。有以法人爲法律所擬造者，曰擬造說。有視法人有獨立存在者，曰實在說。有視爲不過爲財產之集合體者，曰集財說。前二者重視法人之合一方面，後者則重視其複數方面。主張集財說者，視法人不過爲財產之集合體，其後面之真正所有者仍爲此團體之成員，故以國籍爲只限於私人，而公司則無之。主張擬造說者，則以公司之人格爲國家法律之所賦與，故只限於賦與國之境內。如公司變其國籍，則同於解散。若得他國之承認爲法人，即另取

得一新人格。主張實在說者，則以法人與自然人相等。故公司在其母國取得人格者，在他國仍保其原籍。之三說者，皆不得謂之無疵。法人與自然人究有有形與無形之別。其所享受權利範圍，自有不同。且法人活動能力極大，就中合股公司擁有重資，往往以不正當手段，足以危害一國之金融及社會。使一國對於他國之公司，不加以種種制限，勢不免爲其所累。然在今日國際交通頻繁之時，經濟連絡極爲關要。使一概否認外國公司之存在，適足以阻害國際商業之發達。故現今各國之立法不徒拘於理論，原則上大都承認外國公司之存在。然一方加以防禦及制限，使不致爲害，實亦折衷之辦法也。

人之行爲能力，依其母國法。公司之人格既可越國境而存在，則其行爲能力亦當依其住所之所在地法定之。一千八百九十年關於合股公司巴黎國際會議 (Congrès international des sociétés par actions) 之決議，其第二十二條有曰，關於公司之設立、運用 (fonctionnement) 及其機關所負之責任等問題，應依其母國

法決之。其第二十四條對上條加以制限有曰，凡外國公司欲設立分店或代理店於他一國者，應遵守該國之公布形式。經理此等分店或代理店之人員，對於第三者所負責任，一如經理所在地之本國公司。試考各國立法公司之中，有在甲國認爲有人格者，而在乙國則認爲無者，已如上述。又有在甲國所認之公司，爲乙國所無者，如英國之信托 (Trust)，德國之有限公司 (die Gesellschaft mit beschränkter Haftung)。關於此種國際間法律之抵觸，如照以上原則，可得結論如下：在甲國合法設立之公司，且其本店亦設在甲國者，乙國法雖無此項公司，亦應認其存在。(註四)但不妨命其履行公布形式。(意大利商法第二百三十條) 蓋本國人對於外國之異種公司，難明其內相也。若公司在甲國不認爲有人格者，雖乙國法認之爲有人格，甲國之此項公司若在乙國時仍視爲無人格。(註五)

## 第二章 公司國籍之確定標準如何

### 第一節 概觀

自然人之國籍，或以血統主義，或以出生地主義，易於確定。然公司之國籍，究不能如此簡單，其標準既可因觀察點之不同而異，而其適用，亦甚複雜不齊。公司既無血統之可言，故只得就其所接合之地點而觀察之。

(一) 主營業所 (Principal établissement 即 Centre d'exploitation et d'affaires) 即公司營業之中心點是也。例如鐵路公司所經營鐵路之所在地，保險公司之現行保險事務所在地。然有一事業之範圍，兼跨數國；而其事務，有時難爲主從之分者。徒就此地，以爲公司國籍之標準，則不免有時而窮。且亦有不便之處。譬如有中國人，欲在中國募資，往南洋羣島營業。爲鞏固信用起見，依中國之法律，在中國設立公司，並置其管理處於中國。我國不便即拒絕其爲中國公司。但主營業所之所在，係事實上之表現，非以人意所可左右者，有確一之美。加以公司經濟活動中心之所在，與當地社會之關係，至爲密切，其應遵守此地之法，亦情理之當然也。(註六)

(一) 總管理處 (Centre d'administration) 卽公司之事務所，董事會及股東會會址等之所在地，係爲公司出令指使者也。總管理處往往與主營業所，同在一處，或同設在一國之內。亦有時各在一處，或分在異國者。管理處雖爲公司之重要機關，然公司設立者不難因其利之所在，而移轉其管理機關。使以此處之所在，爲確定公司國籍之標準，則公司之國籍可由設立人之意思而變動。既難收確實之效，且易生濫法 (Fraude à la loi) 之弊。例如有某國人在我國爲其主要營業，欲免適用我國之法律，故意設立公司管理處於外國，爲外國法人是也。

(二) 公司之設立處 (Lieu de constitution) 卽公司之產生地。如以此爲定公司國性之標準，則公司係依何國法設立者，卽爲何國公司。然在今日各國皆許公司自由設立，不過科以登記形式。而立法之寬嚴，亦因國而異。故最易啓濫法之弊，不足以此爲準也明矣。

(四) 資金募集地 或曰應募人對於公司之組織及其所負責任，有重要利



害關係。惟其本地法律，爲應募人所熟知。故公司應從此地法。是說雖不無一理，然募資可同時並舉於數國。或公司之股票爲無記名式者，每轉移不定。則公司究將屬於何國乎。

(五) 股東之國籍 使一公司之股東，同爲一國人，固不難以此定公司之國籍。然一公司之股東，同時得有法人德人英人不等，則又將何以爲別乎。但近來立法，對於股東之國籍，頗視爲重要。雖不以之爲定公司國籍之標準，實亦爲構成之一要素也。(詳後)

我國公司條例第四條曰：「公司以其本店爲住所。」英法就自然人住所之所在，而定其國籍。就公司之住所，以定其國籍，實爲至當。然關於住所之解釋，即關於公司本店之意義，因學說之不同，而大有別。(註七)公司本店之所在，皆載在於章程。然章程上之本店，可由公司設立者隨意而定。其是否與事實相符，乃屬於法庭之解釋事項。苟公司之主營業所，總管理處，俱與章程上之本店所在爲一致，或

同在一國，則公司之住所所在，自不發生疑問。即或後者與前二者全不一致，則章程上之本店當爲僞設，亦無疑義。然主營業所及總管理處二者之中只有一者，與章程上之本店一致，或同在一國時，則事實之評定，不得不因其所重視者而異。

(一)重視總管理處者，謂此地爲公司之樞紐，故可以之評量章程上之本店，是否屬實。換言之，使此兩者爲一致時，即當認此本店之所在地，爲公司之母國也。

(二)重視主營業所者，以爲此處乃公司活動之中心，公司之本店設在此地時，即當認之爲住所。

(三)有主張以第二說爲適用之原則，以第一說爲適用之補充者。(註八)當以此說爲是。蓋一二兩說，各有不足之處，已如上述。公司住所之所在，乃一事實上之問題，法庭應先就公司之外形，(即如係依何國法設立，其章程上之本店設在何處)後考之於事實，即其主營業所是否與其所設本店同在一處。如有潛法等情，則否認其公司之存在。故設有外國公司爲主要營業於中國，爲逃適用中國法律起見，乃設其本店於外國，縱其管理機關亦在該地，中國法庭仍可因其

潛法，宣告此公司無效，實行清算。但公司設其本店於中國，而其管理機關亦設在中國者，雖其營業在外國，如有正當理由，亦可認為中國公司。總之，公司住所之解釋，極為困難，各國之學說既不一致，而其判例亦前後抵觸，難稱有一定不變之原則。要在各隨時隨地，保護其本國之利益而已。

## 第二節 主要各國立法之比較

(一) 德國 德國之法律雖無明文規定，然對於外國合股公司，在其本國合法設立者為限，承認其存在。無另得特許之必要，即可在德國法庭有起訴之權。外國公司之能力，依其本國法，即公司本店 (Hauptort) 所在地之現行法也。但公司之本店所在，為事實上之住所，不得以章程上所定者為準。依德民法第二十四條之規定，似以管理處為社團 (Verein) 之社址，想亦可類推適用於公司也。又依德商法二百零一條之規定，凡公司之本店在外國者，皆視為外國公司，至於外國合股公司，能否在德境營業之問題，則視為關於警察行政之一，屬於各聯邦立法權限。

國營業法 (Gewerbeordnung) 第十一條，規定凡關於外國法人之營業，適用各該邦之法律。凡外國之一切公司欲在德境任何一邦內設立分店者，則不可不依德商法之規定，履行公布形式。(德商法第十三條第二項，第二百零一條末項)。關於外國公司分店，德民法亦有規定。其第二十二條曰，凡一切人等為開工場、營業及其他一切之營業，占有直接贖行交易之營業所 (Niederlassung) 者，得在其所在地之法庭，對業主提起訴訟，即被訴權是也。

(二) 比國 外國合股公司是否認其存在，早為比國紛論之的。其判例亦極不一致。但自一八七三年五月十八日之法律公布以後，對於外國公司頗為寬和。其一百二十八條，規定凡一切公司合法設立於外國，得在比國營業，並有起訴之權。又同法一百二十九條 (後為一九一三年五月二十五日法律之第一百七十二條) 曰，凡一切公司之主營業所 (Principal établissement) 在比國者，雖其設立曾在外國，仍適用比國法律，但因此是否即為比國法人，判例或作肯定，或作否

定，未得一致。又關於公布公司章程及財產目錄之規定，以在比設有分店或其他任何之營業所者爲限，亦適用於外國公司。（同法第三百三十條第一項）

(三)英國 凡外國公司依其母國法適法設立者，大概承認其存在。對於某數國此項之承認，有特成條約上之明文者，英法之一八六二年四月三十日之條約，其一例也。英國之判例，均認凡公司住所 (domicile) 在外國者，卽爲外國公司。(Jenks: Digest of the Civil Law of England 第二十條) 至於住所之解釋，則謂爲管理處之所在地。（同書第十九條）一九零八年之公司法 (Companies Act) 關於外國公司在英國設立分店，應行分布之程序，爲綿密之規定。其第二百七十四條曰，凡一切之外國公司設立分店 (a place of business) 於英王國境內者，從設立之日起，應提出以下文書於註冊局：(一)特許狀 (Charter)，公司章程並其記錄之抄稿，以及其他有關於公司設立之文件，如此等文書係用外文記載者，應附譯文。(二)公司業務執行者之名單。(三) (指定一人或數人爲代表公司受領一

切之通知者，但須限於就住在英國者中選之。此等代表人之名單及其住址，如（二）（三）兩項之人員有變動時，即宜報告註冊局。又外國公司每年應列成貸債對照表，報告註冊局一次，一如英國合股公司，凡外國公司於其名稱之旁附有「有限 (limited)」字樣者，尚須遵守以下之規定：(A) 一切之計畫書係在英王國內募股或募債者，應載明其公司之國籍，(B) 於其一切之營業所應明示其名稱及其國籍，(C) 賬單、信箋、公示、廣告以及其他一切公開之文件由公司發出者，亦應明記其名稱及國籍。違者科以罰金。

(四) 法國 法國關於公司之國性，雖無明文之規定，然歷來判例俱以公司之本店 (siège social) 所在地為準，以區分公司之國籍，即公司之本店設在外國者，不問其營業或在法國或兼跨數國，俱視為外國公司。蓋判例解本店為公司管理機關之所在地故也。然外公司在其母國適法設立者，是否即能在法享有人格，則因公司之種類而異。對於合人公司 (Sociétés par intérêt) (註九) 則然，對於合

股公司則否。法國以關於合股公司之規定，視為有關於公安，設一種特制。凡外國之股分有限公司非得法政府之特許，（或經國事院 *Conseil d'Etat* 之命令，或由條約對於某國之此項公司個別或全行承認）不得在法行使權利及起訴於法庭（參觀一八五七年五月二十日法律第一及第二條）至於股份兩合公司，雖無明文之規定，然學說皆以為應與股份有限公司同論。外國中其公司已得法政府概括承認者，不下十六七國。然我國對法為負片務條約之義務者，我國合股公司在法未得其承認，亦可想而知已。

（五）意大利 意國商法（230-232條）規定凡外國公司無論其為合人或為合股，在意俱認其適法之存在。如外國公司在意設立分店，則不可不依意法所定之公布程序。因此，凡外國之合股公司一如意國公司，民庭得審查其是否合於公司設立應遵守之條件。外國公司代表者在意關於其行為之責任，一依意法之規定。外國公司其設立雖在外国，但在意有其本店（註十）及其營業之主要目的

物者，視為意國之公司，適用意商法之規定。此規定似較比法為明確，蓋此種公司不僅言其應依意國法，進而視為意國公司，則此公司設立行為雖在外國，亦應從意法所定形式。然所須要件，同時為主營業所及本店，使二者之中只有一者在意，其將作何解乎。

(六) 日本 日本商法二百五十八條云，凡在日本設有本店（註十）之公司，或在日本以營商業為其主目的者，雖其設立在外國，須與在日本設立之公司從同一之規定。是公司之本店或其主要營業所。二者之中有一在日本時，俱須從日本法。其解釋公司之住所，似以公司之管理機關與營業機關相提而並論。然同法第四十四條有曰，公司之住所，在其本店所在地，是又不免前後矛盾矣。外國公司在日本設有分店者，須與在日本成立之同種或最相類似之公司為同一之登記及公告。（同法二百五十五條）

綜觀以上各國之法，其解釋公司住所有重視公司之管理機關者，如英德法



三國是也。有重視公司營業機關者，比國是也。有同視管理機關與營業機關者，爲重要者，日意兩國是也。然判例均常有出入，固不能全然一定。至於對外國公司之分店，俱科以註冊，是又可稱一致矣。

### 第三節 近時歐洲各國立法之趨勢

大戰以前，英法之判例，俱以公司本店所在地，而定公司之國籍，已如前述。及至奧德奧開戰，禁止與敵通商，沒收敵人財產，而德奧公司有設其本店於英法境內者，有法國公司之資本大部分爲敵人之所投者，有公司之股東其多數爲敵人者，處此情形之下，英法初猶固執其從來之判例，後覺其適足以利敵，使大部分在其境內之敵人財產不得沒收，故變更前例，法則改曰，凡在法公司受支配於敵人者，其財產皆得沒收。英則曰，公司之住所雖在英國，但其經理人駐在敵地，或實際被掌握於敵人者，其公司皆具有敵性。(Danler Co. 對 Continental Tyre Co. 事件一九一六年判決例纂第二卷第三〇七頁。) 德國則於公司本店之外，重視股

東之國籍。例如其一九一五年十月初十日之命令有曰，凡公司之本店雖設在中立國，若敵國人民在該公司占有重大利益時，仍視爲有敵性。由此可知公司之國籍於適用時，發生種種不便，究難得惟一無二之標準，以盡隨時合用之美。試觀以下各國立法之趨勢，與其謂之競競於求得一規定公司國籍之標準，毋寧謂之汲汲於增加關於公司國籍之條件也。

法國一九一九年三月十日之商業註冊法關於應註冊事項，加入公司機關人員以及股東之國籍，其議院亦有種種提案。有重視公司資本及股東者，謂合人公司其大半股東應爲法人，合股公司其股票之大半應屬於法人，始得爲法國公司。然合股公司之股票慣例上皆爲無記名式，使欲知其股票之大半是否屬於法人，勢非盡變股票爲記名式不可。如此則股票失其流通之便利，而合股公司之作，用亦因之而減矣。爲此不便，故又有主張凡法國公司除其本店應設在法國外，其管理人（經理人，董事）之大半應爲法國人。此種主張雖尙未成爲法律，然觀法

政府本年二月十九日所公布關於設在中國法國公司之命令，可以知其趨勢之所在矣。該命令之第二條規定，凡在中國設立法國公司應履行以下兩條件：（一）董事會長，代表董事（Administrateurs délégués）（註十一）經理人，有代公司簽字權之經理人（Directeurs）（註十一）檢查員（Commissaires aux comptes），無限公司股東之半數，執行業務者，經理會之全員，監察會之全員等皆須爲法國人。（二）公司資本之半數係實在屬於法國人。此命令之用意，在制限中國人及他國人（無特權者）之假法國公司名義，以圖自利。然在中國境內，公司應爲中國公司抑爲外國公司，其立法權應操自我國。法政府以命令規定在中國設立法國公司之條件，稱爲基於其條約之解釋權（見於該命令之理由書）實國際私法上之變則，吾人當深引以爲恥者也。

瑞典一九一六年五月三十日公布之法律明定礦山之採掘以及不動產之取得，均限於瑞典人。外國人無論其爲個人抑爲公司，除有國王之特許外，不得主

張以上之權利。爲防止外國人利用本國人名義，設立有名無實之瑞典公司起見，更規定凡瑞典公司有一名或數名之外國股東，以及瑞典合股公司發行無記名股票者，亦須預得國王之特許。合股公司其股票爲記名式者，雖不須特許，然其章程應載明外國人之股票數不得超全數五分之一，使賦與股票之投票權有不以票額計算者，其投票權屬於外人者，不得過全數五分之一，股票之屬於瑞典人者，不得讓與外人。此禁止文句應載於票面上，並記入於股票登記簿。

西班牙之一九一七年五月二日之法律爲獎勵本國工業起見，限於本國人賦以種種之便利。如金錢之貸與，利益之保障，課稅之免除等是也。欲沾此特惠者，合名公司，則其股東之過半數以及其經理人之全數須爲西班牙人；兩合公司以及股份兩合公司，則其無限責任股東須全數爲西班牙人，其有限責任股東之股票（爲記名式）之大半數亦應屬於西班牙人，股份有限公司，則其三分二之股票應註明屬於西班牙人，以及公司之司長，董事會三分二之董事亦應爲西班牙人。

瑞西則以公示方法爲制限外國人之一手段。其一九一六年九月二十一日關於商業註冊之命令（一九一八年十二月十六日加以修正），禁止外國法人以有關於其國土及其國性之名稱爲其商號。註冊所有檢查此等名稱之權。凡合股公司每年應作成人員名簿並記其國籍，報告註冊所一次。此名簿係公開。同年十二月二十二日之法律規定，凡得特許利用水力之公司應設其本店在瑞西，其執行業務者至少三分二須爲瑞西人，並住在瑞西。一九一九年七月八日復制定公司公布方式，即記入公司董事及其代表者之姓名與國籍於註冊簿，公司之資本在五萬佛郎以下者，其股票須爲記名式，貸借對照表之公示，公司發起人應署名於公司章程等是也。又公司經理人，監察人，董事之大半應爲瑞西人。爲確保以上規定，並規定凡公司之債權者及股東俱有權要求公司遵守現法，起訴於法庭。如仍不遵守時，可請求法庭解散之。

英國一九一六年十二月二十二日關於商號之法律頗有類於上項所述瑞

西之命令。凡一部或全部屬於外國人之營業所，或受外人之支配而營業者，若用「英國的」或其他類似之字樣爲其商號者，註冊所皆得視之爲有意引起一般誤會，拒絕其註冊，但請求人得抗告於商務局 (Board of Trade)。翌年八月二日之法律更適用此規定於公司 (Incorporate companies 有法人格者)，並命其報告關於董事之各項詳情及變動於註冊局。次年二月六日之非鐵金屬工業法 (Iron & Ferrous metal industry act) 關於除鐵以外或數種金屬之採掘、熔鑄、調合、精製及大批買賣，設一種特制。凡公司之股票爲無記名式者，非變爲記名式，商務局得拒絕其爲以上之營業。至於變更股票之法，係由公司催告票主還納其票於公司，代之以記名票。不應此催告者，即無權參加於股東會及分贏餘。

意大利 (一九一七年六月二十二日命令) 規定凡在商工會之註冊，以後應載明無限公司之股東，兩合公司及股份兩合公司之無限責任股東，以及股份有限公司董事等之國籍。爲促成無記名股票變爲記名 (對於前者徵收百分五稅，

對於後者只取百分之二。一九二〇年更增爲百分之十五。同年四月二十二日之特令 (decret 118) (命令之有法律效果者) 規定凡銀行及兌換券發行所之股票皆應爲記名式。同年九月二十四日議會更議決凡由國家、各省地方團體、合股公司以及其他一切法人所發行之無記名票，一律改爲記名式。(註十二)

綜觀以上各國立法，皆漸趨於注重公司之人員國籍及資本兩事。他如註冊事項之加多，股票之漸採記名式，對於外國公司之制限，以及爲本國公司應具之條件，其趨勢皆可謂之由寬而嚴矣。

### 第三章 在我國外國公司之現况及其救濟方法

#### 第一節 在我國外國公司之現况

外國在我國有享有領事裁判權者，有素無此權者，有曾有此權而今失者。至其租界，亦有專管與共管之別。因此在我國設立之外國公司，其式樣亦有種種。有置公司本店於其本國租界內，依其本國法向領事註冊而設立者。有置其本店於

他國租界內或在公共租界內者。亦有置其本店於中國自行開放商埠之內者。合股公司之資本，有全由同一國人出者，有由各國人應募而成者。往往一公司之股東雜有無特權國之人民，與有特權國之人民，亦時雜有中國人者。甚至有因中國官廳之不問，公然設其本店於租界及自開放商埠以外者。例如有多數外國公司在北京於東交民巷以外設立其本店是也。試思各國在我國外交上之互相角逐，詭詐之流行，加以我國歷年政況之混沌，皆與外人以可乘之隙。此等國際間變態之發生，無非由於領事裁判權之濫用 (*Abus de l'exterritorialité*)，固難以普通國際私法上之原則，來解釋在我國外人法人之現况也。

據以上觀之，外國公司之國籍，恆視其註冊領事之國籍而定。公司之本店所在，毫無關係。因之設立人可任其便利之所在，選擇國籍，我國向不過問。以此詐欺橫行，藉公司之名行掩款之實。其危害我國經濟，不一而足，然其禍首仍可逍遙法外。公司之負責者，名義上雖歸其本國領事裁判，然實際上仍有名無實。即如某國



領事秉公判決，對於公司設立人或經理人之有罪者，宣告民事上或刑事上之制裁，但一至於執行問題，則又成爲虛影。假若此經理人存其款項於他國租界內之銀行，或做中國人名義，在中國內地置有不動產，則某一國領事之判決即無實行之可能。況向甲國領事註冊之公司，其執行業務者未必盡是甲國之人，若雜有乙國人，則其被告事件應歸乙國領事裁判。試思同一公司內人員，而其責任必待數國領事之判決，欲其發生制裁效力不亦難乎。又况外國領事多貪求註冊費之收入，而在租界內之外國律師亦以包辦註冊爲發財之源，其始也，對於公司之設立既不加監督，及其惡既遂，領事又發揮其褊狹愛國心，袒護其本國公司，加以賄賂公行，即欲求一公正之判決亦難矣。

案租界內我國雖不能完全行使主權，然仍不失爲我國領土。在租界內之外國地主仍須納地稅於我國政府，此其一證。又甲國之公司不因其設本店於乙國租界或在公共租界，而變其國籍或爲無國籍，則租界之爲我國領土更無疑矣。自

然人爲有形體，其國籍易於確定。然法人究係抽象之物，其應屬於何國，乃爲解釋問題。各國對於其境內事件，有最高解釋權，萬無受他國拘束之理。况條約上亦無明文，其不能任意由外國自由解釋，在我境內妄行註冊，設立其本國法人也明矣。卽就國際私法上之原則論之，「公司之國性以其住所之所在而定」實爲各國所公認之原則。今租界既爲我國土地，凡公司之本店設在我國者，俱應爲我國法人。法人之人格與自然人之人格全爲兩物。法人既爲中國人，其不能以其股東之國籍，而賦以受領事裁判權之資格亦明矣。乃事更有奇者，有一在我國之俄國股份有限公司，因一千九百二十年俄國拋棄其領事裁判權，遂不能不服從我國法律。然因借法國之保護，掛法國旗於其門上，我國對於俄國公司雖可宣告判決，竟因法國之抗議謂受其旗之保護，我國判決遂不能執行云。甚矣哉外人之強權奪理也，公司之國籍竟可以因旗色而變矣。（註十二）

## 第二節 現弊之救濟方法

回思外人之橫行，其所藉口者，不外乎領事裁判權。故欲作根本上之解決，非廢領事裁判權及撤去外國租界不可。然未達此目的以前，亦不可不有臨時之處置及預備。與我國通商各國，有享特權者，有無特權者，有曾拋棄特權者，有與我國向未結條約者，故不可不就情度勢，急宜對於外國法人釐定一完善法規，以爲現在及將來之定準。茲爲條陳如下：由前章所述得知近來之趨勢，各國之立法對於外國公司漸由寬而嚴。再觀蘇俄之新立法，（註十四）凡外國公司非得蘇俄政府之特許者，在蘇俄不認其有法人人格。我國經濟，尙待開發，對於外國投資，似不宜全然拒絕。故關於公司之國籍規定，亦不宜過嚴。然爲防禦外國經濟之侵入，亦不可不有相當之制限。

（1）外國公司之國籍，以其住所之所在地定之。對於公司住所之解釋，我公同條例已有明文，謂卽爲公司之本店所在地。公司本店所在與其章程上所定者是否一致，應以主營業所之所在地驗之。如二者不符，則可視爲潛法，將外國公司

取消，禁止其在中國營業。蓋觀我國現况，外國公司在我國從事商業者甚多，使其設立運用不從中國法律，則危害中國金融及傷害社會信用故也。但中國人在中國設立公司只置其管理機關於中國，而營業於外國者，亦得許為中國公司。更宜規定「相互條款」，凡外國不承認中國公司之存在或特別制限者，即以此報之。

(2) 保留特種事業，外國公司非得我國政府之特許，不得經營之。例如信託，保險，儲蓄，農林，牧畜及採礦等是也。關於外國保險公司及收受存款之外國銀行，宜課以保證金。使一旦公司倒閉或不履行債務時，即將此項保證金攤與債權者。

(按日本有此立法例) 此舉似為必要，觀於前此中法實業銀行之倒閉，中國之債權者皆束手無策。幸得法國政府之抵賴，關於拳匪賠款強我國給以金佛郎，使該行再興。然此乃意外之事，安知該行不再倒閉。我國之存款者，其亦當知所懼而為曲突徙薪之備也。

• 指本店所在地與主營業所所在地

(3) 凡公司設其本店於中國，從中國法設立及運用者，皆得爲中國公司，已如上述。然使有公司，其股東全爲外人，或其資本全出自外人，則名義上雖爲中國公司，而其實權乃操自外人，實足以危害我國經濟。爲防此弊，中國公司則不可不由中國人指導及管理。爲實此目的，各國已有各種立法成例，一如前章所述。我國既不宜全然杜絕外資，故可採一折衷辦法。凡中國公司之司長以及經理人、董事、監察人、執行業務者、檢查員、有代公司簽字權者等之過半數應爲中國人，並住在中國。無限公司股東之過半數，兩合公司以及股份兩合公司之無限責任股東之過半數亦應爲中國人，並住在中國。股份有限公司以及股份兩合公司股票之過半數應屬於中國人。股票投票權有以票數計算者，投票權之過半數應屬於中國人。屬於中國人之股票上，應記明「此票不得讓渡於外人」字樣，並編定號數記入於股票存根簿。如仍落於外人之手，則此票爲失效。然此制限，尙難得如期之結果。蓋使股票爲無記名式時，平時既難以確知究屬於何人，即開股東會或分配

贏餘時，外國人不難託中國人爲之出席或代領款。故關於重大事業，有不容外國人參加者，公司之股票非用記名式不可。如此則股票之移轉非登記於股票存根簿，則不發生效力，故外人難於混入。所謂重大事業者，例如中國之中國及交通銀行，其股票應爲記名式，其股東會應禁止外人出席，其機關人員應盡爲中國人。他如對於海陸交通事業，亦宜從嚴制限。關於船舶國籍，國際法研究院 (*Traité de droit international*) 於一八九六年在威尼斯開會，曾宣言如下：凡合人公司其無限責任股東非過半數同屬於一國，合股公司其經理人員 (*membres de direction*) 非有三分之二以上同屬於一國者，其船舶不得謂之有該國國籍。可見此爲應有之條件，至於各國立法，其條件較此尤苛，固不待言矣。案各國對於本國內河沿海以及本國與殖民地間之航業，均限於本國公司。可惜我國自拋其主權，坐視外輪充斥。國民宜急起直追，聯絡中國航商以共驅逐之。至於陸上交通，如鐵道，長途汽車，電信，電話等，他如水力利用以及種種公共營造物，皆或由國辦，或由市辦，或特許

與本國人領辦，對於外人固制限極嚴，茲從略。

(4) 或曰中國公司既可許外國人參加，誠如子言。現外人在中國本無土地所有權，今若如此，外人豈不得由參加中國公司而間接收取得土地之效歟。曰然，以中國經濟尚在幼稚時期，若與外人以取得土地便易，其禍社會極大。然固不難另立法以防之也。茲提議如下：凡合人公司之股東內有外國人，或合股公司之股票為無記名式，即為記名式其股票五分之一以上屬於外人者，雖為中國公司亦不能擁有土地所有權。如嫌此太苛，則可規定凡此項公司所有土地，不得超過為其營業上所必要者，並定其面積之最高限度。如此外人買占土地之弊可去矣。又此項立法目下似不關緊要，蓋外人大都託庇於領事裁判權之下，其參加中國公司或依中國法設立公司者絕無而僅有故也。然一旦廢去領事裁判權，則其功用立現矣。

(5) 商業註冊之確立。我國公司條例第五條曰「公司非在本店該管官廳

註冊後不得着手於開業之準備。」關於註冊，我國現採取集中制（在農商部註冊）。以我國幅員之大，實爲不便。宜按各國成例，以後將註冊事項移歸地方廳。但亦不妨將原文另抄呈中央，以便統計與監督。關於註冊事項，宜更加詳細。依法國一九一九年之商業註冊法所列應註冊事項中，有如下數事，即無限責任股東之姓名，出生年月日，出生地及其國籍，使曾變更其國籍者，應載明如何及何時取得其新國籍，股東或第三者（係賦有執行，經理或代公司簽字之權者）以及監察人之姓名及其國籍是也。關於國籍一項，特爲注意。蓋此乃爲監督上必要之事項，我國亦可仿行之。外如合股公司每期股東會之人名簿亦宜呈送註冊所，以便核定參加中國公司之外國人數，有無超過法定人額。凡外國公司設分店或代理店於中國者，應如中國之公司爲同一之註冊及公告。凡在中國設立本店者（即指主營業所）非從中國法律設立，註冊及公告，無論其在租界內或租界外，一概不認其存在。租界本爲中國領土，中國法律應可適用。然一時行政權爲外人所奪，中



國法庭之判決非預得領事之許可，不能執行。故無強制之能力。但在中國行政範圍內，仍可加以制限。對於上項違法設立之外國公司分店或代理店，或在租界內向領事註冊之外國公司，未經依中國法註冊者，中國法庭不認其有人格之存在，即無起訴之權。凡中國報紙、雜誌不得爲之登載廣告，中國人不得爲之居間及推銷貨物。租界外不得張貼及散佈廣告，違者科以重罰。如有不依中國法，設分店或本店於租界以外者，應即停止其營業，令其封閉。蓋行政權與司法權不同，凡租界外我國儘可使用，不當因外國之抗議，即甘於退讓也。凡中國非由中國人所辦者，不得使用「中國的或地方的」以及其他類似之字樣爲其名稱。否者應拒絕其註冊。（附言，凡外國貨冒充國貨者，應與以沒收，並懲罰爲之推銷者。外國公司有犯此者，即抹其註冊。）凡外國公司有爲不當之競爭（*Concurrence déloyale*）者，（例如驟減其物價，以冀壓迫其同業者。）應抹其註冊，並禁其貨物通行內地。凡外國公司欲在中國發行或賣出股票及債券時，亦不可不加以制限。往年上海常

有外人以不實之股票，（稱爲大橡皮公司所發行者）自買自賣，日高抬其價而煽動羣衆，及至價已甚昂，卽全行賣出而捲款以逃。向之所謂大公司者，全爲虛影。爲防此弊，不可不設一機關，以檢查此等公司之信任如何。非得該機關許可之後，外國公司之股票及債券不得在中國發行及賣出。日本商法第二百五十九條曰：凡關於日本公司股票、債券之發行及移轉之規定，亦準用於外國公司。在法國則凡外國公司之股票如欲在交易所列入官價表者，非得交易所居間人公會（*Club bre syndicale d'agents de change*）之許可不可。大戰時制限更嚴。凡外國之有價券欲在法國發行或發賣者，非得法國財政部之特許不可。

以上所條陳者，不過其大概。至於如何立法，如何施行，尙待研究。總之我國之急務：（1）宜速定完全法規，以爲現在及將來之定準，有以應夫事實之變遷。（2）宜取臨時方法，以減殺外國法人之逸軌行動。（3）急宜廢去領事裁判權及撤去租界，蓋外人在租界內，以外國法人資格，設立工場，既可利用我國廉工，又不納稅，

復享領事裁判特權。較之我國工場，實占優勢。其危害我國經濟，深且巨矣。關稅縱得自主，然租界不去，外國資本家必將紛紛設立大工場於租界內。試觀日本之紗廠在我國者，已四十餘所之多。苟不及早圖之，我國之生計前途實有不堪設想者矣。

附言，本論文材料多取自外籍。關於中國立法以及中外關係實情，引證不免有遺漏疏忽之處。尙祈海內君子有以教正之。

中華民國十四年十一月七日脫稿於巴黎

(註一)我商法條例第一條曰，本條例所謂公司，謂以商行爲業而設之團體。本論文所稱公司，即依此意。即法國之所謂 Sociétés commerciales，德國之 Handelsgesellschaften，日本之會社是也。

(註二)參照 A. Weiss, Manuel de droit international privé 三三頁二十頁，Taller, Traité élémentaire de droit commercial 一九二頁(第七版)。

(註三) 英之 partnership 與我國之無限公司相似，其 limited partnership 與我國之兩合公司相似。關於德國公司，K. Cosack, Lehrbuch des Handelsrecht 第九版四六三頁。

(註四) Meili, Das internationale Civil und Handelsrecht 第二卷二五三頁。

(註五) Lyon-Caen, Traité de droit commercial 第一卷五百四十五頁。

(註六) A. Weiss, 同書三百二十二頁(第八版)。

(註七) 關於本店之用語，其意義極不一致。主張以主營業所為公司住所者，即解本店為主營業所所在地，如 A. Weiss, Lyon-Caen 等是也。反之，重視公司管理處者，則解本店為管理機關所在地，而主營業所 (Principal établissement) 另成一語，與本店對立。例如意商法及日商法，皆以二語對稱，其意義指本店 (Siège social) 為公司之管理處，而指主營業所為公司之營業處也。本處所稱本店，係指主營業所所在地而言，切不可忽之。

(註八) Lyon-Caen 同書五七八頁。

(註九) Sociétés par intérêt 係以人為重 (intuitus person) 而結合者，故譯之為「合人公司」。

指無限公司與兩合公司而言也。與此名辭對立者爲 Sociétés Par actions (合股公司) 即指股份兩合公司與股份有限公司而言也。

(註十) 見註七，此處所稱本店，係指公司管理處所在地而言。以日意兩國商法將本店與主營業所並列，姑依其用語，不便爲之另譯也。

(註十一) 在法國股份有限公司所稱 directeur (即經理人) 者，受董事之命令，處理公司一切事務，締結契約，代表公司出訴法庭，以及執行董事會之決議。此經理人或由股東會選出，或由董事會選任。董事中有當選爲 directeur 者，謂之 directeur délégué (兼任董事或譯之爲代表董事。) 任 directeur 之職者，有時爲一人，有時爲數人。後者構成 Conseil de direction (經理人會)。

(註十二) 參照 E. Cug, La nationalité des Sociétés, 1921 一百三十八頁以下。

(註十三) 參照 Annales de droit commercial 之第三十三卷(1924)第二號一百十四頁以下  
Jean Oscarra, Sur le régime juridique d'une société anonyme qui établit son

總公司之組織及在英國國境內之公司

siège social dans une concession étrangère en Chine.

(註十四)一九二二年十一月十一日全俄中央執行委員會命令(關於民法施行)第八條[105]。  
nal de droit international privé 第五十二卷第二期五五四頁(1925)。

## 論選舉制度

龍守賢

一國立法機關，與其他司法行政兩機關，鼎峙獨立，互爲牽制，以演進於優良政治之域者，是爲國會。國會之組織，以各個議員爲其基。卽國會之良楛，以全體議員之良楛爲之紐。議員腐窳，而冀得一最良國會，克盡其代表民意，參與國事之職責，其難當百倍於登阿耳潑斯之高峯，夫豈可得之數者。獨是議員之良與不良，又非單純議員之本質優劣問題也。綜其總因，其根於國民性之善惡者，什之一二。本乎輿論制裁之確立與否者，什之二三。而自餘之泰半，則與一國選舉法之組織，如影隨形，極有至大密切之關係焉。吾國自國會成立以還，大力之輩頻出，破法之舉疊見。而所謂立法機關之國會，亦隨而屢瀕阨運，短命者數四。洎法統再復，國會重光，今者亦既有法定總統之選出，正式憲法之宣布矣。然而選舉不法，議員受

賄受賄之聲，日喧呶於國中，而國會一政治機關，亦遂爲世所詬病，幾疑代議政治之爲不可行。故不揣棉薄，遍稽各國之選舉制度，與西方學者之獨特意見，而衝其得失，以次縱論之。選舉法改良有期，庶亦足以爲其異日之一助歟。

### (一) 關於選舉制之理論

世之有選舉投票制也，自有代議政治始也。代議政治亦何所自始，溯厥源流，蓋胚胎於古代之市府國家，日耳曼部落民族。而發達於中世之等族會議。揆其主要目的，亦不過以君權過張，衝突日激。各地方不能不從各種階級，分別選出代議員，與君主共同取決要政，以圖自由及特權之伸張，而爲對抗君主之地。而君主時緣財政困難，計無所出，亦往往網羅各種階級，形成有力團體，以爲之臂助，而企緩和人民之怨憤。洎乎近世，民主主義思想日熾，代議制之本旨一變，其理想所寄，則以爲一國合法性 (Gesetzlichkeit) 之淵源。捨人民自身而外，他莫之或屬，其所以然者。



第一，國家乃集合個人而成之團體，是構成斯團體者，當然爲此構成員之各個人，而非別有其他之主體存也。夫各個人既爲構成斯團體之主體，而團體卽國家當然爲斯各個人之利益而存在。離夫個人不可以言國家，離夫全個人之目的，更不可以言國家之目的。謂國家爲君主家產者私，爲家長權之客體者陋。卽進焉謂國家爲強支配弱之手段，抑或爲弱對抗強之組織者，亦淺且謬。國家之主人爲國民，主人對國家應有主宰之權，卽國民對立法機關之構成，有直接間接干與之權能。

第二，各個人之有生也，而崛起自主，而挺然獨立。初無先天的服從團體之義務，然寔假而個人之自由之獨立，迄不得不受國法之拘束，而服從法律之一定限制，非本然之自由獨立頓失也。蓋構成國家意思者爲個人，各個人而服從國家意思，緣與服從其自身之意思，毫髮無擇。是故欲國家意思之合法的構成，有不能不使一國全體人民，莫不直接間接有參加其構成之權利。

要之，是種理想也，其觀念之基礎，一以個人爲出發點。固近代民主論之所積權要求，而按之美總統林肯所下民主政之定義，亦若合符節，渾然而無間（Lincoln之言曰：Democracy means government of the people, for the people, by the people.）而近世代議制之真義，職此亦可以察知矣。夫吾國共和民主國也。主權在民，煌煌然明載憲法。而國土廣袤，人民衆庶，其勢又不得不採代議制。則選舉之根本觀念，自宜本斯民主主義精神，懸爲標的而求必達，固勿取乎多事煩聒也。願進而詳察現世政治變遷之趨勢，類由君主政治，逐漸歸宿於民主化。若然者，持是理想以驗之君主國，亦絕鮮根本主義背馳，兩不相容之餘地，所謂放諸萬國而皆準，夫豈過言耶。

## （二）關於選舉制之得失利弊

選舉制度之成立，其所爲前提條件者，爲推行代議制之民主國，抑或立憲君主國。若夫直接民主國之投票，與選舉制既無關，而獨裁君主國之施政，又無需乎

有斯選舉制。此今日之談政治學者，所類能道之也。顧代表政治之觀念，雖以一般民衆，爲其惟一合法性之源泉。而民衆所舉出之代表，果能否代表民意，無忝厥職，實澈民主主義之所期，又一應研究之重要問題也。綜其疑點，厥有數端：

(1) 議員雖由人民公選而出，而議員之在國會，究不必遵奉選人意思而行動。故選民投票既濟，卽喪失其自由。盧梭固嘗持是論，以非難英蘭代議制矣。惟是一值票決候選員，人民真實自由，未嘗不表現於其俄頃，卽盧梭亦是認焉。而考各邦之議員任期，類極短促，(美國代議院議員任期爲二年，法國代議院議員任期四年，日本衆議院議員任期三年，他多類此。)新舊代選，瞬息控前。則凡議員而欲再度中選，重占一席於國會者，捨踟躕屏氣，迎合選民意思外，其何途之從。隨而極少數之議員，勢不得不以多數民衆，爲其自身背景。而選民之切膚利病，自可間接而達諸議會。審是又非可徒目代議制爲空論，一概抹煞也。

(2) 民主政治之理想，惟實行直接民主政之國，爲能貫徹其要求，而其在國

接民主政（代表民主政）國家。到底無實現之可能，是非右直接投票制而否認代議制也。蓋無論採若何普選制之國，其緣能力上自然限制。一國以內，當然獲得選舉權者，僅不過國民總數之六七。而不能自由行使投票權者，占若干焉。任意拋棄投票權者，居若干焉。迄選舉結果，其得中選而參與立法者，從國法一定制限，又不踰總選民千萬中之一二而已。準此類推，代議士與全民之比較，洵為少數中之少數。身為代議員者，於茲縱盡人而能傾吐民之所好，民之所惡，要亦不過僅僅代表一部分之利害焉耳。矧國會中議事，莫不取多數決制，少數之政見，恆為多數之政見所犧牲，又屬必然之結論。若然，一行代議制度，遂果足以構成人民之總意乎？曰：是則然矣。然使世無幅圓福隘，事簡人稀之國家，則人民直接投票制，終不可得而推行。而國家統一化之二十世紀時代，民主主義政治，其將長此而絕望，終無實行之一日也乎。且從自然法學者之主張，其在一國國法中，以全員一致同意為必要。就性質上言，惟原始契約為爾。自餘依多數人之投票，拘束全體構成員意思。

者，蓋原始契約當然發生之效果也。夫惟如是多數決之無背乎民主平等主義，不  
歧辨而明。而國家之取得共同意思，亦以是爲至不得已方法，而採用之，又斷可識  
矣。

(3) 立憲政體政治，一政黨政治也。緣是而選舉與政黨之關係，尤爲密切。夫  
政黨褻揭一定旗幟，以徧榜於國民。其始未嘗不以國利民福四字，爲一時號召之  
資。然浸假而數黨對立，競爭日激，偏重黨利，竟忘國事。迄其結局，多數黨之專利出，  
而同輩之少數黨，橫被壓抑，罔所不至，公平無私之政治，始絕望矣。故曰，政黨政治  
者，代表一階級一地方利害之政治而已。雖然，立憲政治，以代議制爲歸宿，必集各  
階級各地方人士於一堂，而平章國事。脫斯時不藉政黨之力，預爲聯絡疏通，俾各  
級各地議員，胥泯私見，舍小異而就大同，則人執一議，發言盈庭，而立憲政安能神  
其用。且一政策之樹立，一國是之建議，尤非賴有多數黨之威力，贊同擁護，無能貫  
澈其主張。縱謂政黨主義，志在操縱政權，因利乘便，難望其事事基諸民意。然使其

一切行動，悉背黨綱，利用多數之力，肆其暴而大拂民意。則盛衰消長，瞬息改觀，莫翅授反對黨以取而代之之隙，以自失其政治中心勢力，斯又必不如是其愚且妄也。故惡多數專制，而因惡及政黨，緣病政黨而並病選舉制，其亦杞憂之甚者耶。

夫行選舉制之目的，在遴選身負衆望，學識兼贍之人，參與國家大政，而爲民衆造最大幸福，此盡人所同知也。第一核民主國選舉之實狀，凡行選舉之活動場，非縱橫逐角爲政黨勢力所左右，卽賄賂公行，散布多金行買收。否亦多數野心家，濶迹其間，投民衆一時所好，而鑽營奔競，達其候選之目的。卒之宵小得志，高士遠隱，而衆愚政治以成。而矯枉過正者流，鑒於因緣選舉所生之弊，且痛罵民主制曰：利我政治，而暗疑民主代表制爲不可行。庸詎知事物之性質，往往利之所在者，而害亦隨焉。害一而利百，行之可也。因噎廢食之論，其在所弗取，且關於選舉立法，苟果美備適宜，選舉違法有禁，復恆有健全輿論，以監督於其旁，則野心家自有所畏縮，斂手匿跡，而選舉界之廓清，蓋可咄嗟而待矣。夫然選舉法之考究，又烏可一日

緩也耶。

### (三) 選舉權擴張之趨勢及主張

民權思想日熾，民治主義彌昌。國家本萬機公決之旨，而賦予人民以選舉權也。察現世各邦立法，已遂由所謂制限選舉，漸進於普通選舉，此緣乎近代政治趨勢，有益由少數而趨多數化之觀，其勢則然也。惟曰普通選舉，望文生訓，有若通國無男無女，無老無幼，無賢愚智不肖，凡生而爲人，莫不普遍的給以投票權，庸詎知中外古今，法制亦多類矣。從未前聞若而選舉制，抑亦決難成立若而選舉制。何則，蓋時至今日，雖婦人參政潮流，愈趨愈急，頗有沛乎莫禦之勢，其選見諸實施者，且不一其邦。然而選舉權之取得，國法上應否從同男子，毋庸別有限制，則議論猶未臻一致也。爾餘如未成年男女，如罹精神病者，如於民刑上犯科而身受公權剝奪或停止之處分者，非圖乏投票能力，即無得而享有投票權。衡以理論，當然絕對除外，然則普通選舉與制選究何從而設區別。一言蔽之曰，其於選舉資格之取得也。一以

是否需財產上之要件爲衡，換言之，其於財產權上設一定之限制者，制限選舉法也。歐戰前之英吉利、瑞典、塞爾維亞及德之支分國與現時日本屬之。其不設財產權上之限制者，普通選舉法也。如法國、美國及現時英德與其餘諸國屬之。（其行普通選舉法，而對於個人投票設爲差等者，普埃白羅是也。）

夷考選舉權之發達史，關於選舉權立法，必於財產上規定限制，自昔已然，迄千八百四十八年止，幾與選舉制相爲終始。自時厥後，政治之多數化傾向，逐思潮而孟進，駸駸乎其莫之能禦焉。世界文明諸邦，逆觀潮流，機運一轉，應時變革，遂多有普選制之採擇，而普通選舉一問題，亦頓成爲是非得失之林矣。

(a) 普選急進說 主張普選者之言曰，人類誕生，絕對平等，天賦人權，詎有厚薄，則文明國設定選舉權，自無視國民之智愚貧富，以作差別待遇之理。而况近今科學智識進步，大工業極端發達，工場林立，觸目皆是。而工場僱傭之勞動階級，其數既積極增加，勢力自日增強大。若其一改歷來法制，旦夕畀之以選舉權，匪直



在立法府方面，代表若輩利益有其人，隨而行政政府施政，自可免畸重畸輕之弊。即以一國進展上計之，若輩多數既得同參立法，基近世產業經濟組織，資本家壓迫勞動階級之流弊，日見其甚者，亦可企逐漸減輕。而於焉多數平民，不但可一掃不平之思，罕爲主義家所利用。且更必平穩鎮靜，努力擁護其既得權，而矢爲國家干城之選，保障國家之發達，此其論旨，大率普選急進派代表之。

(b) 制選說或普選緩進說 雖然，持反對論者則曰，人類生而平等之說，蓋屬一種空論，言之無徵。其實天之降材各殊，卽人之智愚強弱，萬不能齊。若必以爲天賦人權，應不問智愚賢不肖，老幼或廢疾，一比而同之，概予以一投票權，吾知過猶不及，其爲弊害而亂天下一也。且普選一行，而盡人可以爲議員，則奚異雞鶩爭食，牛驥一皂者，必致人格高尚之，曠，羞感噲伍，相率高飛而遠去，不屑謀中議員之選。其僥倖獲選者，必其巧於投時好，工煽動之政客輩而已。若然，其惡結果之影響於政治者，云胡可量，不寧惟是，下級多數人民，既獲得政權及利益，則惟爲日不足，

舉全力以擁護之，猶恐不得當。而對於中流社會以上之利益，或至竟爲反動的剝奪，無所顧忌焉。此又情勢所必至也。且集衆盲不能成一明，衆衆愚不能成一智，而萃多數乏政治常識之羣衆，會議於一堂，謂可望其有自由決擇之明，能乎否乎，此尤不待再計而決者也。至普選行而黨爭激，尤爲必然之勢。夫行立憲政治之國，黨派紛爭，原無可避，所恐者多數盲目無能之輩，所在濫竽充斥，而學識才華兼備一流，反爲所壓迫而甘廢棄焉。賢愚倒置，是非不明，是豈國家之福耶。此其論調，大都持制選論或普選主義者代表之。

綜觀兩說，皆能持之有故，言之成理。然而各走極端，偏於個人感情立論，則毋庸爲之諱也。夫同一事物問題，因時地之相異，其答案自不能強同。君主國家多否認選舉事件，爲公選人民代表行爲。乃以其爲欲使國民參與立法及協贊預算，而物色適當人物之行爲。若夫民主國則不爾，直以爲選舉行爲，乃一種人民間接參政權利，與負服役納稅等義務，互爲對待。公權卽人權，本諸天賦，要不可不以普選

爲指歸。是蓋緣觀念出發點之異，故其結果亦異者也。又就利弊言，有恆產，然後有恆心。主張制選論者，未嘗不剽竊以爲論據。然徵之實際，每見鄉僻質樸富厚之農民，至有以投票爲買賣之具，選區作居奇之場者，抑又何說耶。且夫水之積也，量彌增而腐敗彌難，律以同一理論，則投票權之畀予也，其範圍愈擴張，其不正運動自愈匪易。是對普選論抱危念者，又不攻自破矣。夫平心以論，普選固非必不可行，特在其多數國民，尙寡公生活訓練之國家，誠非設多少財產權外之限制，杜普選因緣而生之流弊不可。

(A) 視教育之有無，爲應否取得公權之要件。而其受高等以上教育者，應別設例外，更賦以優越之投票權。若是乎其所課限制雖微末，而緩和普選流弊，則必極其有效也。考之歐洲各邦，亦嘗一時行之。如法之七月王政時代，現時之和蘭，義大利，匈牙利皆是。夫從教育上設限制，理論上標準毋庸過高，止乎國民教育程度，斯爲愜當。顧今日義務教育制普及，凡在國民，罕有不受義務教育。卽無人弗備取

得公權要件，教育制限，收效甚難，權衡其間，惟對於高等智識階級，非概豁免其財產或職業之制限，即優遇殊渥，而增給以一票投票權。

(B) 採普選爲原則，獨對於各個人之投票權，專設一定等差，以爲限制，此亦調和普選法之一道也。第其實施方法，又得析爲數種：

(甲) 按職業而設階級，準階級而行選舉之制。例如士農工商，四民攸分，依其自然形成之階級，而令得出一定代表，同與立法事業。古代等族會議，蓋其最適切之先例也。夫現世代議制度，從法律論言，乃取範於國民代表主義，與古昔階級代表制，本無相容餘地。顧近今產業組織發達，分業之制盛行，貧富懸隔，愈趨愈甚，階級競爭，日演日烈，於焉欲賴國家立法，矯其不均不平之弊，則良美制度，似無逾於階級代表制矣。學者間如布魯齊里，賽德兒輩，多是認之。

(乙) 依各個人之納稅額，而定投票權之等級，此亦一制限法也。通行斯制者，爲普國，其始爲杜普選流弊起見，非不法良意美，及其末流所至，備受非難。蓋該國

制度，乃屬間接選舉，其票舉議員之選民，歧爲三級，曰三級選舉。各級之投票權盡同，而初選員之數額迥異，馴致一二級選民，享有過大保護之權利，而選舉界之遂角，遂一以多額納稅人之意見爲轉移而已。舉其實證，依千八百九十三年事例，凡初選員百人中，其屬於一級者爲百分比之三·五二，屬於二級者一二·〇六，爾餘之八四·四，則概屬乎三級焉。合一二兩級之力，以與三級對抗，無論何時何地，咸占絕對多數，且是傾向，尤以大都市爲特甚。其在柏林某選區也，一級數爲全員之〇·三，二級爲三·七，餘九六人僉屬之三級。審是凡充列一二級者，畢竟爲富有資產之少數人，只大部分之中流社會及勞動階級，始盡數列伍三級可知矣。曰本市政，亦採三級制，蓋直接則倣英蘭市制耳。夫英蘭之所以採是制度者，固欲藉國家立法手段，實行其妨害社會黨員，多數廁入國會之政策，而其制限甚與否，則有非其所暇計及也。至選舉權之等差，又有專就各個人而設之者。如白耳義選舉制，置普選爲基礎，而國民中有備一定特別條件者，更添予以第二或第三投票

權，以示優異而昭平允。賞揚是主義者，首爲英儒米兒，嘗於其代議政體論中，三復言之，而近日德儒中尤多表熱烈之贊同焉。

以上所舉兩者而外，尙有德儒修拂烈者，主張選舉最良之法，莫若令國會職員之一部，（三分之二或五分之三）僅由一般公選，而其餘者，半由自治團體，半由職業團，分別選出之。法人 Perstiz 之主張，則又略異，蓋以職業地方兩者爲標準，而樹國民之區別，本其區別，分組兩院，代議士院以職業團體代表構成之。而上院則否，以地方公選之代表組織之。總之上列各說，瑕瑜互見，不無參酌之價值。立法者不肯乎潮流，不徒驚理想，擇長捨短，定爲法制，其游手好閒，無獨立本業之人，又在所限制，庶防弊圖利，均兩得之。

#### （四）被選資格及直接選舉間接選舉

被選權與選舉權，其性質大同而小異。故被選應具之資格，亦與選舉資格不盡同。徵之歐陸各邦，其在一八四八年前之立法，關於被選人資格，莫不有財產上

限制之規定。蓋其時選舉權既需財產上資格，則被選權自不得獨闕是要件。匪直不得闕也，而其限制之標準，又必較選舉權所需者爲尤高。如古代之英蘭國法，德意志各邦選舉法，乃至一七八九年之法國選舉法，一八一二年之西班牙憲法，可爲明證也。自斯以降，首先霹靂一聲，打破是種原則者爲黑子彈丸之白耳義。該國千八百三十一年之憲法，除選舉權一項，需一定財產上資格外，凡代議士之遴選，一任選民之自由裁量，以爲轉移進退。而對於其當選資格，不聞有財產上規定之明文。各邦從而倣之，一時影響所及，風靡全歐。凡歷來所定經濟的限制，幾幾乎悉行蠲除，無復遺跡。時至今日，國於地球者，除葡萄牙而外，卽美日兩國，齟齬較遲，然亦不能不採同一之主義矣。

夫對於被選資格，雖云無需乎財產上之要件。然被選人年齡上限制，一般較之選舉人，其標準爲獨高。（丁抹爲例外，該國非滿三十歲以上者，不得有選舉資格，而被選要求之資格，則不過須滿二十五歲以上者而已。）而對於寡廉鮮恥，前

科犯罪之輩，則嚴行禁制，無事假借，卽不容微有可疑之人物，得掩公衆耳目，而滲入國會中耳。之數者，衡諸理論，驗之實際，大體無可非難。惟對於被選資格一層，當選人要否一定期間之定住，尙屬未決問題。（美國諸州一般規定，要在其州內居住之公民，且需久住於其選區內者，乃得享有被選權，英國反是。）蓋被選人既以冊籍限，非久住於其地者，不能爲該處之被選人。循此結果，議員必局限乎一地之人。無地無材，崖穴草野，每多積學經世之士，固勿謂地方無人。然其所謂地方人物也者，大抵囿於鄉井，識見譴陋，瑣瑣平庸之流，恆居其多數焉。賈姆士，卜賴斯就其得失，固嘗詳哉言之矣。雖然，值選舉事務之實施，實得節省無謂費用，而運送國會之議員，復不至一遇非常問題，輒畏政府壓迫解散，因之縮頭捲舌，竟作不鳴之寒蟬乎，則非選出土著之地方人士，有所恃焉而無恐，吾未見其可也。夫然，此要件之得失，蓋有難於速斷者矣。

此外尙有一難解決之問題，則官吏應否有被選權是也。夫官吏之性質各殊，



其限制之寬嚴，自不得不隨之而異。世界各國中，有絕對禁官吏之當選者，如北美合衆國是也。有反而爲極端之許容者，如德意志、瑞士是也。有僅限於若干種列舉的官吏，禁制其被選，餘則許其於被選而後，得辭職以就選者，如英法日本皆是也。要就公平理論言之，凡軍人、法官、警察人員、收稅管財人員，及與選舉有關係之官吏，非其性質不適爲議員，即許其棄官而作議員，必釀生政治上之流弊，故以停止其被選權爲適當。若我國往者之國會選舉組織法，有一切現任官吏，當選無效之規定，窺立法者之意，似欲摹倣美制，而不知權衡失中，防弊過嚴，亦非善之善也耶。

至於同是選舉制也，有直接間接之別，詳言之，其經初選民一次手續，直接選出代議士者，曰直接選舉。其不由初選民逕行選出，乃由其選出之中間選民，再次投票公選之者，曰間接選舉。英爲立憲母國，夙採直接選舉主義。德法兩邦，初採間接選舉制，厥後幾經變遷，因革損益，迄乎十九世紀中葉，卒易間選而爲直選。自餘新進各邦，如義、匈、西、瑞、丁、抹、日本，大抵相率嚮風，靡不採用直接選舉制者焉。

今夫間接選舉主義，原自別具理想，未可厚非。即議員指名候補，爭奪劇烈，各黨各派，莫不肉薄相撲，泯券難以名狀。獨有行複選制度，大足以緩和其競爭，此其一。鄉曲選民，聞見未廣，倉猝投票，易生粗造濫製之弊。故莫如行兩度選舉，寬假時日，俾中間選人，有精密選擇之機會，而一般所信仰之名流，或可盡入彀中，身列議員之選，此其二。顧考之實際，又殊不然。謂初選人之選出複選人，蓋信其能選得良代議士，不忝厥職，故從而選之乎，毋寧謂只信其對於自身所熱望之議員，他日必不惜以一票相與，俾達中選之榮，因從而選之而已耳。是斯制之理想，畢竟流爲形式的，而罕覩厥實效，又彰彰矣。是故選出美總統赫里遜，羅斯福，威爾遜諸人者，再度投票之中間選民也。而叩其實際，但不過貫徹初次選民之所指名期待而已，此實例之可徵驗者也。且一再投票，手續繁複，浪費時日，尤屬無謂，是以學者間主張，往往贊同直選而黜間選，此其中得失優劣，思過半矣。

(五) 小選舉區大選舉區之利害

一國之大，廣袤數千里，民庶累億萬，廣設區劃，分地並舉，爲政要圖，殆莫踰乎是焉。是故各邦選舉制度，其劃分全國爲若干區，而執行選舉事宜者。蓋一般所推行，而毫無足異也。雖然，其間有兩大問題焉。卽第一，大選舉區小選舉區兩制度，究以孰爲得而孰爲失耶。第二，關連上問所生之連記投票單記投票，果何者而認以爲適當耶。

夷考各國選舉制史，其徬徨於大小區兩制之下，迷離而不克臻一定者，法蘭西也。其初採小選舉區制，現行法制，則歸宿於大選區者日本也。若是者，雖云順時因革，窮則變，變則通，固不必拘泥乎一途。然亦緣兩種制度，互有短長，難以猝斷其優劣。何則，主張大選舉制者，其一，以爲選舉區愈大，則選舉人數彌多，而野心家之鑽營奔競於候選，以謀斯席也亦愈難。夫故中流以下，聲聞無出於衆之人物，必不敢妄干非分，乞靈於金錢，而濫廁候選之列，則選舉之投票，自可比較純潔行之。其二，選區既擴大，則地方上有勢力之人，自不能挾本區勢力以爭選舉。卽有非常野

心家輩出，亦弗得利用區域界限，以爲自薦之地。如此，比較偉大人物，可冀拔擢於草野，而列席國會議員，或皆國中知名之選焉。顧反對之者，則以爲選區大而卑劣運動減，此其見解，本不乏真理。然事實與理想，則究不如是其吻合也。蓋選舉着手之際，驟起而候選者，必不乏招待及運動員，隨而戰線所及，無遠弗屆，區域擴張，其結果究何所裨。且選舉廣汎，運動費自鉅，而議員任期，大抵短促，歲費又極菲薄，誰復肯投鉅萬元之運動費，而漫謀不可必得之代議席乎。經濟上不利之結果，縱偶優秀雋才，或學識人物，一併卓越之疇，亦不得不輯其野望，俯仰太息，斂手而作壁上觀，遑問競爭也。職是而議員候選人之流品，其龐雜可知矣。其尤可引爲奇恥者，一旦中選，置籍國會，不能代表民衆所欲言，而惟國會解散之是懼。一經威脅，瞬息軟化。此其無能盡厥天職，與彼身列戎行之兵士，以戰殞疆場，馬革裹尸爲恐者，何以殊焉。是故縮就選區範圍愈大，所出議員人物必偉之點立論，所見或不盡謬。顧安知選區褊小，其所需運動經費，亦必隨而縮減。凡鄉望所歸之名流，於焉有不難

藉其鄉里爲根據，相率而奮起，以立於候補者之班，一聽國民據所信以爲抉擇耶。匪特此也，代議士多爲地方有力之人，此其人備員國會，既有出身地方爲後援，自能不畏乎強禦。苟其果遭解散，落選無虞，是因地位保障鞏固，而健全之議員可期。由是以觀，大選區主義者所論，非可漫然盲從也審矣夫。

抑再有說者，凡是認大選舉區制度，則必連帶採用連記投票制，而其弊爲尤烈。蓋適用連記制，易生畸重畸輕之弊，國會議員位置，必恆爲多數黨所壟斷。而同時並立之少數黨，或至全數敗北，大蒙其不利焉。試舉一例以爲證。譬有選民總數一萬，集合一選區內，用連記法，票選總額十名之國會議員焉。今假定此總選民中，屬乎A黨者爲五千四百名，B黨爲四千六百名。則投票結果，十名之全部議員，可盡數被A黨獨占，而B黨不獲一名，其立法之大違於公平，孰有過是者耶。若反是而行，劃大選區而十之。凡小選區制度，一以單記法爲前提。隨而擁有四千六百選民之B黨，雖不必恰如其應得之量，盡數選出。然其相應之名額，要不至概行落選。

又可斷言也。何也，此十所之分割區，雖爲A、B兩黨選民所定住。然其分布狀態，消長無常，而不必常成五四對四六之比例，有以使其然也。今者若欲存其制而去其弊。惟有採大選區單記之一法，雖云斷鶴膝而續鳧脛，折天吳以補紫鳳，支離割裂，不成片斷之譏，或所難免。然擇長棄短，絕鈔失平，利多數黨而害及小黨之病，亦堪杜絕。惟不過個人投票價值（效力）緣之而銳減。而無益之溢票，且層見疊出，斯則弗可避之事實也。玆行此折衷制者爲日本、歐、美各邦，從未前聞。是利贏於弊之良法，捨小選區單記法，又其誰與歸。

按法國自一八七五年，制定一郡一區制。故法國各郡（Arrondissement）之任務，酷似北美聯邦國會選舉區（Congressional district）。而其選舉方法，法人稱曰 *Scrutin d'arron* 區制，所謂 *Scrutin de liste* 是也。斯又大類美國選出總統之選人，依一州一區公選之制行之。然至一八八九年，歷來一郡一區制又復活焉。至始終採小選區單記投票制者爲德、義、匈、丁、

其依選區之大小，而連記單記兩制並行者，爲白耳義，瑞西，諾威，瑞典。

(六)多數代表制與少數代表制

凡選舉制度之推行，有以少數而制勝多數焉，又有以多數而壓倒少數焉。均大遠乎公平，而與立法本意，深相刺謬，將無往而不形其偏蔽，吾未見其當也。獨是絕對的理論，僅可得言而不可得行。一國所立法，法理上縱稱公平允當，第使未符一國政治實狀，與運用法者之關係，則缺陷叢生，不均不平之弊，垂且立見焉。是故多數代表制與少數代表制者，蓋即應政治實況之要求，而次第產生之投票法歟。何謂多數代表制度，即得一定投票之被選人，至超過法定人員時，則以其得票最多者爲該當選人是也。何謂少數代表制度，即慮選舉活動場，恆爲大黨勢力所左右，而分配不得其平，乃案出種種投票法，以代表少數而防多數專制者是也。雖然，多數云云，有絕對多數及比較多數之兩義，是又不可不析而別之。譬如今有萬人投票之選區，出議員名額一，而候選人同時有A，B二。投票結果，A得票六千，B得

票四千，則A爲絕對多數得票人，蓋六千爲萬之過半數故也。然使同時候選者爲A, B, C三人，A得票四千票，B三千八百票，C二千二百票。值此時分，絕對多數得票人，萬萬不可能，惟A爲比較多數得票者而已。

歐洲大陸諸邦，其採絕對多數主義者，爲德法兩國，史有明徵。餘如西班牙、葡牙、丁抹各國，莫不澈始澈終。採用比較多數主義，以爲選舉立法之中心。而溯比較多數制之源流，則胚胎於英吉利。蓋英自一四二九年以來，早已採取斯制，其間永續復永續，直至輓近法律 (Ballot-bill) 而莫之或改。合衆國則兩制併行，其上院議員之公選，在各州取絕對多數制。而其代議院議員之中選，則純採比較多數制，但不過以前者爲原則，而後者乃例外而已耳。

夫平心論事，欲求理論上之貫徹，採絕對多數主義，誠與勑設代議制本旨，非僅代表一部少數人，乃須代表多數民意之精神，脗合而無間。第令過事固執，其弊立觀，亦將毋推行之爲艱。蓋集千百數十人於一場，好風好雨，見仁見智，利害見解



既不齊，而投票亦難企一致。斯時也，倘終無得票過半數者，則必一再而三四，輾轉循環，行投票無止期，其曠日費時亦甚矣。是以欲得一補偏救弊，適合實際之法，惟比較多數主義爲允當。顧比較多數制，於理論事實，又自有其缺點存焉。蓋實施是制，則廝身國會之議員，只求形式上代表選民大多數意見，以達諸議會者，有百不得一二之感，一也。其在政黨分峙之國，多數黨及少數黨所出議員，與其所有選民間之比例，匪特不克恰如其量，且至有適得其反之傾向，二也。何以知其然耶？譬之有某選舉區，其選民綜計五千，而有甲、乙、丙之三候選人，甲得二千票，乙得千八百票，丙得一千二百票，當然以甲爲比較多數而當選。但實際甲之所得票數，匪直較五千之半額，實居少數，卽以與乙、丙兩人總合票數計，亦莫不然。若然，甲之爲甲，其所代表者僅不過五千人中之極少數而已。此其理論不可貫徹之實證也。又就黨派分立之場合，而詳證之。例如全國劃爲二十選區，各區選民之數，凡爲五千，其間十二區中，右黨之候補人，各以五百票當選，自餘八區，左黨候補人各以九百票當

選。如此，則右黨以五百之十二倍，即以六千票而得議員十二人。左黨以九百之八倍，即以七千二百票而得八人。其偏陂而不平之弊，天下孰有過於此者。雖然，其所謂不公平也者，非以為少數必服從多數乎。然而究何為其然，此又不無疑問也。但有反詰者曰，果爾，多數又惡可服從少數耶。則亦不能答，是可知凡在平等投票制之下，多數勝少數，此自然結束而無足怪者也。惟所當注意者，多數支配少數之理論，限於正當範圍而成立。否則濫用其勢力，適以養成多數之專制，此少數代表制 (Minoritäten Vertretung) 之所以設也。少數代表制度，種類繁雜，難以枚舉，茲列舉其要者如下：

第一，有限投票法。即於每大選區內，每選人一名，許以一票舉數人，然有一定限制焉，無得而盡數投票也。是故僅出議員一名之選區 (小選舉區)，此法無所藉以推行，而一區應出議員二名以上者，又無全數票記之權，全數票記之，亦立歸無效，此斯制之大旨也。顧察其缺點，此制立法本意，在藉以防多數黨壟斷之弊。

迄其結果，或大反乎所期，又致以少數而壓倒多數者，比比然也。例如某區應出議員五名，今假設右黨選民九百，左黨選民一千，法定限制，許以一票投舉二名，則右黨有九百之二倍，即一千八百票，左黨之投票權，即二千矣。於此若右黨投選五名中之三名，則千八百三分一，即為六百票，左黨投選四名，即五百票，結局右黨以九百票而出議員四名，右黨以千票而僅出議員二名，此其明徵也。雖然，與斯制大同而小異者，為所謂

第二，聚合投票法。此蓋一區應出議員數名，其名額不問若干，選人有以一票而盡額舉之之權。是與上投票法略有限制者，迥不侔也。惟不過以其區應出議員額數，為一人之投票權數，而每票果總投之一人，或分舉數人，則任選人之自由，均不得而禁也。試舉其例，如有千四百投票人之選區，應出議員三名時，甲黨選民為一千，乙黨為四百，今令甲黨投舉其三名，則投票數為  $(1000 \times 3) + 3 = 1000$ ，乙黨投舉一名，則投票數為  $400 \times 3 = 1200$ 。卒之甲黨當選議員三名，乙黨得議員一

名，其未盡得其平，安俟繁言者耶。

第三，單記商數投票法。是即將全國選人總額，假定爲被除數，而以法定議員總數除之，其所得商數，即議員當選票之及格數也。且每人所持票，僅有投票一人之權，與上述二法，又自有別焉。夫擁有一定之選民，即能舉出適如其量之議員，抑過多數而扶持小數黨，選舉良法，誠莫斯制若也。特是其當選票數，既爲確定的。設一次當選議員，有未足其定額，則循環反覆，執行補缺選舉，而手續亦不勝其繁。是故補充此缺陷者，又有所謂商數低下法，及讓與法，副記法出焉。何謂商數低下法，蓋緣多數選民棄權，抑或因故無效，而致一同選舉結果，不滿議員法定額，則直將得票之及格標準，酌量低下，迄乎上舉商數二分一焉，或其三分一乃至四分一焉。一有得票至此點上者，則據比較多數法，而許其順序當選是也。何謂讓與法，被選人之得票也，有超過一定商數者，亦有未滿此商數者，於焉許其超過或未滿點之票，各得讓與他候選人是也。但是法流弊無窮，不足深資採擇。何謂副記法，蓋於

單記投票紙上，許其書第二第三候選人，以備不虞。倘其第一候選人，業因其他之投票，而得確立商數，或人氣不良，有未達乎定數，則挨次類推，而算入第二或第三候選人之得票數是也。綜上三法，斯於補闕選舉，行之最適，不過投票計算，頗感繁難，吾中國究所宜採擇，捨是無他，蓋學者間已有定論矣。

第四，連記商數投票法。綜合全國，設為一大選舉區，乃使全區所有政黨，各列其候選人名，製成投票名冊，選人則據名冊而投票之制是。令假定有A，B，C三黨，A黨名冊之得票，其數為四千，B黨三千，C黨一千，合計適得八千。以八名議員定額數，除總投票八千之數，即為議員及格票數。復以是數除各黨得票數，即A黨當選議員四名，B黨得三名，C黨得一名，顧各黨之得票也，內容複雜，不見適如其應得之量，毫無多寡出入之弊。因是溢票疊出，而法定議員，僅僅一次選舉，亦因以不滿全額，斟酌善後，所有未選定議員，其溢票最多之黨，自當取得優先權。雖然，權宜辦法為爾，理論固未絕對持平也。於是有白耳義人 D. Hardt 者，有選舉商數

之發見。詳言之，以其商數除各黨候補人得票數（選舉人數），而其結果所得商數，即各黨準之以出議員數是也。其發見之法，先將各黨所有投票數，用一二三四五順次除之。其所得商數，由大而小，挨次排列，乃從第一列起，順序數至議員額數之行列，即爲選舉商數。斯法之長所，既毋庸規定選舉區，又足以平選舉之競爭，行之百利而無一弊，故近時各國頗流行焉。惟有一前提條件，非選民盡數參加政黨，則無所附麗以行，而執行計算，困難備至，又非小國及地方團體，蓋難行之也。

### （七）有記名無記名之得失及選舉冊之方式

選舉投票方法，凡有兩主義，公開主義及祕密主義是也。前者呼爲記名投票制，或署名投票制。後者呼爲無記名投票制，或匿名投票制。英國採公開主義，多歷年所。泊一八七二年之法律，甫一變而取祕密主義焉。法國自始尙無記名主義，以迄乎今茲。德國在一八四八年前，投票制度，雜亂無章，及今則用書函投票法，而以祕密主義爲其原則。夫兩主義之果孰爲優劣耶，學者間議論，亦不一其揆，其爲匿

名主義代表人，而所說又良與英制以莫大影響者，斯賓塞也。其在德國，如羅德先輩多數學者，則贊同米兒公開投票說。爾餘法意諸邦學者，大同小異，概主採祕密主義焉。

主張無記名主義之說曰：民衆真正自由，在選舉投票數分鐘，使斯言不謬，則選舉人之意思，良不可全爲他人所束縛，而不得自由行志，以行使其投票權，此無記名投票法之所以尙也。其論誠然，第自他面觀之，殊不乏反對餘地。夫立憲政治者，公開主義也。裁判公開，議事公開，財政，外交，軍事各端，原則上亦莫不公開。揆其精神所在，胥無外以國家機關之行爲，一置諸國民監督之下。果何爲者，而對茲選舉一端，乃欲依祕密主義，而瑣瑣屑屑，鬼鬼崇崇行之乎。且選舉爲一國公共利益而行焉，非以爲兒戲也。故身中榮選，班列議席者，國家安榮，民生利病攸關，誠不可無自由發表其意思之勇氣。若其自署名字，果猶以爲悖，此其人尙得有參與公務之資格者。不寧惟是，行祕密投票制，尤爲致投票人墮落之因。何以故，蓋選舉之活

動場，真正選舉，甚匪易，賄賂強迫，弊端百出，既無署名之可徵，則一議員所投票，果屬誰何而莫測，將毋有手握一票，而至作二重三重之買賣者乎。審是，兩主義之可否，本難速斷，而記名投票主義，有廓清選舉之效能，是則惟一可徵信者也。吾國每次選舉，據一般耳目所覩聞，其魑魅魍魎狀態，始不可以聞於鄰邦。今欲有以改良之，捨記名主義，其道何繇。雖然，人民程度未至，而遽欲得一躊躇滿志之美法，亦終不可得而見也。計比較的良法，即匿名投票制中如澳洲所發明之投票式，亦舉世稱良，而現今美國各州競採用之，析其種類極繁，茲舉其重要者。

其一，爲 *Massachusetts* 州所首唱之馬率周實式，即先將各政黨候選人名，順列於選舉票上，分別注明某黨某爲某職候補人，而分給之於各選民，選民從頭細閱，擇其素所同情之人，而加符號於其名上者是也。

其二，爲 *Indiana* 州創始之煙地宴納式，此蓋將各黨候選人名，區其黨別，各列一格。選舉人若表同情於一政黨，則畫一符號於該黨圈內，以表示總選之之意。



若無心許之政黨，則行選擇法，分別加符號於某黨甲某黨乙之名上，究不必專舉一政黨也。此法既難舞弊，尤便投舉，近今流行最廣有以夫。

### (八) 結論

治國非可獨特法制也，法制之構成，美輪美奐，苟非其人焉，法制不虛行，然治國又不可無視法制也。法制形態弗備，或形態具而實質未良，則善治之工具闕如。縱使周孔復生，亦將束手無所爲計，善治乎何有。矧近世立憲政治，一法制主義政治也。法治主義政治之大本，一以民意機關之構成之是否適法爲其惟一總歸宿，何也。蓋必有真選舉，然後有真民意，有真民意然後有真法治。若乃選舉而非真，則民意法治之說，等於具文。若是者，民智民德不進，半有以馴致之。而法制弗臻完善，有以啓弊竇之門，斯尤不得不重任其咎也。歐美先進各邦，其選舉制經歷年所，多者百餘年，少者亦數十年，改良復改良，積久以迄乎今日。然一考其選舉實情，瑕瑜互窺，利弊各半，從未覩絕對理想的選舉制，隨而冀產出絕對理想的國民代表，足

舉民視民聽之實者，亦終不可得見。蓋政治無絕對超人的美，此政治學說明上所未可如何者也。吾國輓近未流，維新未久，政治常識，且以未遑普及爲慮。夫以若是人民程度，遽躡等而語以所謂議院政治，所謂多數政治之真諦，冀行之期月旦夕，即能盡其運用之妙，躋列乎先進國之林，急趨而躡，吾固知其不免矣。惟不過選舉者選擇也（Election is selection），即爲國民擇賢之義。共和政治者，一反從來專舉政治委諸少數特殊階級抑或政治職業家之手者，移易而爲民衆之常識政治而已。此其蘊義，淺而易識，由是啓迪訓導，俾概知選舉之爲何物，而復廣參諸國立法，採其美點，棄其弱點，製樹爲完美之法制，以範圍而繩墨之。庶幾有典有則，循序漸納諸軌物，相激相盪，久之自演進於優良。若夫一覩選舉積弊，而駭代議制之無當，羣起而詬訾其不可行，其淺見無識，與見駱駝而謂馬腫背者，又何以殊也耶。

## 論立法權與行政權之調制

薩孟武

國家統治機關，如何組織；機關權限，如何分配；與乎機關相互之間，如何關係；此實國憲中最重要之規定，且亦爲國憲中最困難之規定也。然無論何種政治團體，其統治機關，皆不外立法司法行政三權。三者之中，司法殆不足云；至於立法行政，如何調和，如何牽制，實立法者最絞腦汁之要點也。今世國家組織，關於此點，大別可分爲二種；即美之三權分立制度，及法之議會中心制度。今先就二者述之。

三權分立制度者，行政立法二部，完全獨立，界限頗嚴，由各權力之調制平均，以達國家目的，并永保人民之自由也。議會中心制度者，行政立法二部，合爲一體，政府從屬於議會，議會左右於人民，由人民之意思，以達國家目的，并永保自己之自由也。二者主義不同，故生下列結果。

(一)三權分立之國家，立法行政，互保獨立。故一面政府不有發案權，亦不有討論參加權。他面議會不有質問權，亦不有不信任決議權。議會中心之國家，立法行政，連爲一體。故一面政府有發案權，又有討論參加權。他面議會有質問權，又有不信任決議權。

(二)三權分立之國家，大總統爲行政部之最高機關，自立責任之衝，擔當國政，一切行爲，無閣員副署之必要。議會中心制度之國家，大總統超然於政務之外，不負責任，惟以調和一切權力爲計。故一切行爲，非有內閣副署，不生效力。

(三)三權分立制度之國家，不有內閣。其閣員受任於大總統，惟對大總統，負有責任，不受議會之指揮及其監督。閣員之任命，亦惟視大總統之信任如何，不問議會之有無信任。故閣員之於議會，不能出席參加討論，亦不能兼爲議員。議會中心制度之國家，必有責任內閣。閣員形式上，雖由大總統所任命，其實儼然獨立，自以政治上之實際責任者，對於議會，代表政府，而任其責。且組織內閣之人，當得議

會多數後援，故內閣運命，實懸於議會信任之有無，不能出於大總統獨斷。是以閣員常兼議會之一員，又常出席議會，參加討論。

(四)三權分立制度之國家，行政立法平行并有，故大總統有拒絕權，(據美國憲法，凡兩院所通過之法案，當迴附於大總統，求其署名。大總統拒絕署名之時，則各院非更以議員總數三分之二以上之多數通過之者，此法案不能成立。設各院各以三分之二以上之多數通過之者，則法案不必再待大總統署名，即成法律。)用以調制立法部之專橫。議會中心制度之國家，內閣從屬於議會，由議會之嚮背，而定進退，故大總統有改散權，用以直接糾正於國民，并使議會組織，常從民意而變更。

以上二種制度，孰優孰劣，固不能妄下判斷。若據吾人所見，則三權分立制度，政府議會，不能聯絡。故運用不妙，則國家機關，勢將瓦解。故由此點觀之，似議會中心制度，較勝於三權分立制度也。

或謂議會中心制度之立法部，權力甚大，足釀成議會之跋扈。三權分立制度之行政部，權力甚大，足釀成大總統之專制。然細察之，則二者關於此點，得失固相同也。何則，若云議會跋扈，則議會中心制度之議會，固可利用其不信任決議權，使內閣時時更迭。然三權分立之議會，亦可利用預算立法權，掣肘政府之行政也。若云大總統專制，則三權分立制度之大總統，固可濫用拒絕權，使議會法案不能成立。然議會中心制度之大總統，亦可濫用其解散權，使議會名實俱亡也。要之，二者利害相均，惟視運用如何耳。

然再加細察，則無論議會中心制度，亦無論三權分立制度，其議會之議員，及政府之大總統，固由國民直接間接所推舉也。故由理論上觀之，二者皆以國民爲後援，議會得勢而壓迫政府者，實暗示多數人民不信任政府而左袒議會也。政府得勢而壓迫議會者，實暗示多數人民不信任議會而左袒政府也。換言之，無論何種機關得勢，實皆達人民自爲最高指導者，最高審判者之目的也。然而欲達此種

目的必以國民選舉代表不有錯誤，及民選代表，能從民意而活動爲前提。不然，則國民後援，僅爲空言，其實非陷於議會寡頭政治者，卽陷於大總統極端專制也。然此二前提能否實現，吾人讀各國政治歷史，不能不寒心也。

要之，二者弊害相同，非議會中心制度，僅有議會橫暴之弊；三權分立制度，僅有大總統之弊也。吾推研二者弊害發生之故，實出於牽制二權跋扈之法，不有三機關。（各國雖用上院牽制下院及政府，其實上下二院常屬一派。）詳言之，卽欲防政府之專制，乃用議會爲防禦之器械，故政府失勢之時，反成議會之橫暴。欲防議會之橫暴，乃用政府爲防禦之器械，故議會失勢之時，反成政府之專制也。是故吾人第一當思欲防政府之專制，除用議會爲器械外，尙有何法。欲防議會之橫暴，除用政府爲器械外，尙有何法。若此法不能行者，則第二當思欲防政府之專制，而用議會爲器械，議會獲勝之後，當用何法，使其不至橫暴。欲防議會之橫暴，而用政府爲器械，政府獲勝之後，當用何法，使其不至專制，而後可也。

由第一言之，即今日德國之國民投票是也。國民投票制度者，即以國民爲第一機關，對抗立法行政二部，而防其專制者也。故其一面對於行政機關之大總統，可於其任期末滿之前，舉行國民投票，以罷免之。他面對於立法機關之議會，直接可以提出法案，直接可以表決法案。然國民投票難行於今日之中國，（人口未調查，而弄權者又復多數，且人民程度未至。）故當求他種辦法。若據吾人所見，則以省內各市鄉村之議決機關，代行國民投票，亦無不可。

由第二言之，即今日俄國之政治組織是也。據俄國憲法規定，俄國最高權力，屬於全俄蘇維埃大會。全俄蘇維埃大會，又以員數太多，別選全俄中央執行委員會，代作立法，行政，監督之最高機關。（全俄蘇維埃大會閉會時，全俄中央執行委員會，始爲俄國之最高機關。）全俄中央執行委員會，更任命全俄人民委員會，以作行政機關。全俄中央執行委員會，對於全俄蘇維埃大會，負有責任。全俄人民委員會，對於全俄中央執行委員會，及全俄蘇維埃大會，負有責任。全俄蘇維埃大會



及全俄中央執行委員會，有黜陟全俄人民委員會之一員或其全員之權。但選舉人無論何時，皆得解任代議士，舉行新選舉。簡單言之，即大立法部之全俄蘇維埃大會，監督小立法部之全俄中央執行委員會。二種大小立法部，又監督行政部之全俄人民委員會。又恐立法部之橫暴，乃使人民自由解任其選舉之代議士。再簡單言之，人民選舉立法部，監督行政部。反之，不令行政部牽制立法部，使行政部完全不有專制之事。然又恐立法部之橫暴，乃使人民直接監督立法部也。

以上二種制度，俱有優劣。蓋德國之人民投票，僅能防遏議會之橫暴，不能改造議會之組織。俄國之人民代議士罷免權，雖能改造議會之組織，然不能維持行政部之獨立。二者一得一失，非可偏取也。

余前謂人民欲達自爲最高指導者最高審判者之目的者，第一當以人民選舉代表不有錯誤爲前提。第二當以民選代表服從民意而活動爲前提。然第一前提，行之非易。蓋吾人判斷他人價值，當從其人之經歷及其人之言論，然以往昔行

爲，而推測將來價值，雖賢者亦有不能，況普通之人民乎。若徵諸言論，則今日雄辯家，皆爲賢明之士乎。當其在選舉場也，採取民衆心理，力資民衆所喜聞之言論，以博民衆喝彩，一握實權，則前言付之流水，此種之士，固吾人所習見也。是故吾人不行代表民主政治者，則已，若欲行之，則代表者誤選之弊，固不免也。但誤選之後，不可不有救濟之法，此德國之人民大總統罷免權，及俄國之人民代議士罷免權，所以爲優也。

至於第二前提，又可分爲（甲）議員常從民意而活動，（乙）政府常從民意而活動二種。今先就甲種言之，近世議會組織，雖曰人民選舉代表，用以間接參與立法。願議員選出之後，一切行爲，惟視良心，不受委任者人民所拘束。（德國新憲法第二十一條曰，議員爲國民全體之代表，惟從自己良心而行動，不受委任拘束。普魯士新憲法第十條及其他各國憲法，多有此種類似規定。）推此立法之意，固欲政務易於執行，議會基礎，可以鞏固。然其流弊所在，乃令議員不爲人民之代表，而

爲少數野心家之爪牙。夫人民選舉代表，乃欲其代表人民之意思，非欲其人發表個人意思也。然代表者之意思，未必皆與被代表者之意思一致，而被代表者之利害，有時反與代表者之利害相反。故人民此時不可不有救濟之法，此德國之人民法律提案權及法律表決權所以爲優也。

次就乙種言之，人民監督政府，使其服從人民意思者，不若議會之易。蓋政府常爲一黨所組織，不若議會之異黨對立。政府握有實權，不若議會之徒擁言論。故欲監督政府者，當有常設機關，不可使散在各地之人民，自己執行之也。此種常設機關，當爲議會，蓋議會設立之故，本出於監督政府也。然議會以組織之不善，常生人民誤選代表，及民選代表違背民意之事。故議會得勝壓迫政府者，未必皆爲人民不信任政府之標據，或反而爲議會專橫之徵表。今人民既留保其解任代議士之權限，可以自由舉其所愛，而黜其所不愛。則議員能從民意而活動，理之當然也。是故此種議會，與以監督政府之大權，使政府服從議會意思者，卽人民自己監督

政府，使政府服從人民之意思也。然議會果欲實行監督政府者，勢不能不使政府對於議會負有責任。換言之，政府運命，當懸於議會信任之有無也。然政府之進退，既一視議會之嚮背，則政府之中，不可不有不負責任之一人，使其地位，可以鞏固，用以維持行政部之獨立。不然，則議會反對政府，政府辭職，內無主腦之人，勢必陷於無政府狀態也。然其人（即大總統）既不負責任，則須不擔實際政治而後可。不然，則其人將利用其鞏固之地位，壓迫議會，而成極端之個人專制矣。再細思之，人民此時雖可行使議員改任權，然其所行使者，不過部分而已，故吾人果欲維持行政部之獨立者，不可不使行政部有解散議會之權。（此權表面上屬於大總統，但行使時，當有內閣之副署。）用以對抗立法部，并使議會全體組織，可從民意而改造。不然，則大總統之存在，事實上無一效果也。此種制度，即法國議會中心制度之責任內閣也。責任內閣，共有二大意義。第一，則於政府之內，區別二種機關，其人負有責任，其一不負責任。負有責任者擔當實際政治，擔當實際政治者，如有過失，

易於更迭。不負責任者，不當實際政治，不當實際政治者，對其地位，較爲鞏固。英有「王無不正」之言，蓋欲王無不正者，當使王在於不能爲不正之地位，故大總統之不負責任，實欲大總統不能爲不正也。第二，則由此制度，大總統得隨時變更大臣，由議會大多數所要求之人物，——即國民大多數所要求之人物，執行國民大多數所要求之政治也。

議論至此，漸達目的矣。今綜上所言，即第一人民以防禦議會橫暴之故，其消極的方法，則自己留保議員解任權，謀其部分之改造；并使行政部之大總統，行使解散權，謀其全部之改造。積極的方法，則自己可以提出法案，表決法案。第二人民以防禦政府專制之故，一面採用責任內閣，使議會監督內閣，謀內閣之改造，他面人民監督大總統，謀大總統之更迭也。



## 論兩院制

孝思

我國國會，成於兩院，效先進諸國也。查兩院制之國，非宥於歷史習慣，卽迫於社會勢力，形格勢禁，不得不爾。我當斟酌國是，擇善而從，豈可出效顰捧心之陋舉，受削足適履之實害乎？徵各邦之陳迹，察我國之實情，竊抒管見之所及，大雅君子，幸辱教焉。

英吉利國會，初無兩院之別，及一千三百三十三年，貴族庶民兩代表，因利害衝突，貴族會於樓上，庶民議於階下，於是上院下院之名，以起，兩院之制，濫觴於此矣。十七世紀第一革命時，上院廢，王政復古，此制再興，以迄於今，依然兩院對峙也。其上院議員，由英格蘭威爾斯貴族中選公爵二十五人，侯爵二十二人，伯爵一百二十三人，子爵二十七人，男爵三百人，及愛爾蘭貴族二十八人，蘇格蘭貴族十六

人，大僧正與僧正共十六人，法務貴族四人而成。

德意志帝國，有聯邦參事會，由各聯邦委任代表組織之，凡五十六人，參與行政事宜，與他國之上院，大相逕庭也。其聯邦君主國中，取一院制者凡六（註一）兩院制者十八，上院議員資格，與英國略同，即現食領邑之貴族，及由國王任命者，或國家之高官，寺院之高級僧侶，以及大學大都市之代表者。

（註一）Preussen, Sachsen, Bayern, Württemberg, Baden, Hessen

日本之貴族院議員，係皇族男子之成年者，公侯之滿二十五歲者，伯爵中互選十七人，子爵中互選十人，男爵中互選五十六人，以及勅選有勳勞者，有學識者，多額納稅者。

俄羅斯自一千九百零六年五月初六日，憲法頒布後，始有國會。其上院議員，半由皇帝勅任，半由人民選舉。（註二）皇帝只能解散勅任之半，不能解散選舉之半，亦異制也。



(註二)選舉議員數貴族選出十八人，州會各選出一人，希臘教正統派選出六人，國立大學與學士

會共選出六人，各商業會議所及其他商事團體，選出十二人。

伊太利之元老院議員，初無定數。一千八百九十七年以後，定爲三百七十二名，由王族及勅選議員成之。西班牙元老院議員三十六名，由勅任議員，世襲議員，以及各團體選出者成之。奧地利之貴族院議員，由皇族議員，貴族議員，大僧正及僧正之互選議員，以及勅選之有勳勞者，有學識者成之。

曠觀諸國制度，形形色色，各自不同。而占上院之議員席者，莫不以貴族爲中樞，所謂勅選議員，僧侶議員，無非階級之徵象，實因貴族階級之龐大勢力，蟠踞其社會中，牢不可破，有以致之也。欲求社會之和平，必先融階級之傾軋，其策雖拙，其心良苦矣。顧我國自孔子設教，羣賢參政以還，階級之制度一壞，以迄於今，二千餘歲，任政治之風潮起落，而社會之平等依然。立國於二十世紀者，欲求真正之平等，真正之自由，真正之文明幸福，舍我中華民國其誰與歸？欲以誇耀世界者，端賴此

也。奈國人不察，忘我所長，竟至神聖國會，亦效他邦兩院之制。吁嗟乎！貴族之影滅形消，歷數千載，共和以後，卻有代表貴族之機關，誠令人百思而不解者也！

抑取法於美法二國之上院乎？請更申其說。考北美合衆國元老院議員九十  
六名，由州議會用複選法選舉之。法蘭西之元老院議員三百名，由代議院議員及  
各縣各殖民地之縣會議員，郡會議員，以及各市鎮委員，組織選舉會以選舉之。我  
參議院之組成，亦由各省議會選舉，與先進共和國固甚賅合；但彼二國之所以存  
元老院者，別具殊因，我不可孟浪效之也。蓋法蘭西之一千七百九十一年憲法，取  
一院制。一千七百九十五年之總督憲法，更作兩院制。一千七百九十九年之拿破  
崙憲法，兩院議員，皆由任命，不依公選。一千八百一十四年之路易十八憲法，貴族  
院議員，由皇帝任命。一千八百三十年之憲法，對於國會，未有更革。一千八百四十  
八年憲法，又取一院制，純用普通選舉。爲德意志摧殘後，變遷種種，又成兩院制矣。  
要之，法人之革政也，帝制三次，共和三次，流血最多，殺戮最慘，只贏得共和鞏固而

已，社會之潛勢未能盡去，而舊制之惰力猶有存者，是以元老院之設非得已也。至北美合衆國之離英獨立也，會於 Philadelphia 者一十三州，一州猶一國也，以迄於今，依然州自爲政，州自立法，與德意志聯邦之各支分國無相上下。其元老院之代表各州者，以各州之利害迥異，界限綦嚴故也。我之行省則不然，不過行政區域而已，利害相若也，人情相同也，法律無偏頗，行政無分歧，不可與北美合衆國之諸州與夫德意志聯邦之支分國相提並論也。中華民國之同等國民，有國民公選之衆議院，足以代表民意矣，置各省之代表機關胡爲者？若強爲置之，畫蛇添足之譏，爲患尤小；吾恐人各執詞，甲參議院議員曰：余是某省代表也，有特別主張，乙復如是，丙又如是，將見省界之畛域愈劃愈深，中華民國之分離卽於此基之矣。其弊可勝言耶！

德儒 Frunckery 者，擁護上院之巨子也，其言曰：『社會潮流，可分爲二，曰急進，曰緩進。若任其所爲，二者皆涉極端，不足以定國家大計，必賴兩院對峙，互相牽

制，然後議事周匝，庶幾得乎中庸』云云（下略）而我國之擁護參議院者，亦引此論爲護身符。不知急進緩進之分，在衆議院中早已高標旗幟，決非衆議院代表急進，而參議院代表緩進者。在他國容或有之，在我國未聞其事也。查民國元年選舉法，被選資格，兩院均同，所差異者，參議院議員須三十歲以上，衆議院議員須二十五歲以上，其間不過五歲之差耳，容有朝氣暮氣之別耶？况衆議院占多數之政黨，不能禁其不占多數於參議院，以一樣之議員作兩樣之機關，弗氏所言之功效，何得存乎其間哉？

論者曰：『宜改良參議院組織法，務以國民之優秀分子充之，參議院有富經驗學識之議員，自然周詳審重』云云。不知國民之優秀分子，何以不舉之衆議院，豈衆議院議員只許國民之惡劣分子充之乎？如此，則衆議院當廢，依然一院爲佳也。更有欲令達官顯宦充參議院議員者，吾恐達官顯宦未必皆優秀分子也。世界各國，於貴族僧侶之外，有所謂富族者，有所謂學閥者，此等階級惡制，決非原始遺

物，不過政府保護之，於不知不識之中，遂至滋蔓難除耳。履霜堅冰，至有由來也。人欲除之而不得，而我清白社會中，偏有欲釀此階級惡制者，誠不知其可也。柳子厚云：『封建非聖人意也，勢不可也。』參議一院，非不設不可者，可已而不可已，此世之所以多事也。



# 議會之質問權

美濃部達吉著

王宏實譯

## 一 緒言

立憲政治，議會最重要之權限，爲協贊立法，議決豫算，盡人皆知。議會制度普及於各國之主要原因，是在是；議會勢力存在之主要根源亦在是。然徵諸實際，近時各國立憲政治之趨勢，對於議會立法及財政之權限，反若使之日卽於無勢力者。喜德尼諾所著「英國之政治」，關於英國之議會，有言曰：「下院殆已不可謂爲立法機關，唯討論大臣所擬之法律案，而爲現今數多政論機關之一而已。」(Sidney Low: *The Governance of England*, 1904, p. 75.) 且指摘議會立法之勢力，不及新聞紙，關於監督財政，謂議會亦無勢力。其言曰：「下院任務，對此已無實效。他機關優爲之，亦實爲之。下院委員會一議員，縱對於陸海軍費有所演說，較之新聞紙

上，用大形活字，載此問題之威權者之投書，果何者引人注意。最近數年間，新聞紙上攻擊之結果，較之議會演說及投票之結果，迥易使政府變更其陸海軍政策者，其證不一而足。〔(p. 91, 92)〕喜氏此作發表在十二年前，其後憲政之發達，可謂愈趨於此種傾向，然此現象豈英國議會所特有。雖程度有差，殆各立憲國共通之現象歟！

考其原因固不一，然舉其重要者，則議院內閣制度是也。議院內閣制度者，以下院多數黨之領袖，組織內閣，內閣總理，卽下院多數黨之首領，其他閣員亦同黨領袖，緣是下院之多數黨，常爲內閣總理所指揮統率，而被支配於內閣勢力下，對於內閣所決定之政策，下院常盲從之。夫惟政黨之組織強固，誠當然之趨勢也。然下院既在內閣勢力下，下院之實權，全歸於內閣，法律上下院所有之權限，實則形式徒存，而爲一無勢力之物者，亦必然之結果也。故在議院內閣制度下，內閣實有政治上最偉大之勢力，謂之一手掌握立法行政之全權，亦無不可。蓋由內閣以下



院多數黨爲基礎，因而間接以國民多數之信賴爲基礎，是內閣勢力所倚作根據者，國民之信賴也。

未行議院內閣政治之國，固不可與右述者同論。然內閣尙可與多數黨協合，引爲與黨，其關係與此不多異也。唯此非內閣自率其黨，乃求別黨之援助，而與之協合，故採別黨之主張，爲之讓步，亦弗獲已事。特此種讓步，多由裏面協定，非由議會討論也。議會之討論，則對於政府之提案，勿論其爲法律案或豫算案，加以重要之變更者實稀。徵之日本近年之事例，易證明之。反對黨反對政府案，勿論也，然任加如何激烈之反對，少數黨終不能獲勝。而與黨有援助政府案之義務，結局政府案通過。此點不異於議院內閣政治焉。若內閣爲超然內閣，在議會毫無政黨之援助，則議會得暢發其權限之實效。而在今日立憲政治，究難望其爲永續的狀態而實行之。苟法律上之權限，議會有協贊法律及豫算之權，則非得議會之贊助，終不能進行國政，徵之日本立憲政治初期，超然內閣之歷史，明矣。

要之議會關於立法及財政之權限，多數立憲國已漸次失其實效，乃不可否定之事實。當十八世紀與十九世紀前半之立憲政治，其理論以權力分立。即立法權之機關，與行政權之機關，應相分立，爲立憲政治最重要之原則。法蘭西人權宣言書，至斷言「無權力分立則無憲法」。殊後此立憲政治發達，反漸起反對之趨勢，所謂權力分立，僅屬於法律上之形式，實則立法權之實權，亦全歸諸行政機關之內閣之手。

議會既失其立法財政實權之大部分，則今日議會實權之所存者爲何？喜德尼諾以「養成可爲閣員之政治家，及選出閣員」(Selective and elective Functions)爲其唯一有實效之任務。(P. 34.) 所謂爲閣員之養成機關者，則以下院議員之資格，露頭角於議政壇上，被認爲有力政治家，實爲占閣員一席者必要之資格。爲閣員之選出機關者，則閣員常以由下院多數黨選出爲要件也。此二任務在英國議會，實有最重要之實際的價值，誠如所言，然亦不可概一般立憲國之議會。就一

般立憲國言之，此等任務之外，尙可認爲議會之有實效而重要之權限者，議會之質問權也。

際此立法財政之權限，殆無實數之今日，議會之質問權，尙可爲質政府之責任，及喚起輿論注意之有力手段，而充分維持其實效，且對於少數黨，殆可謂爲唯一之武器，雖其他各種權限，常爲多數黨所制，而內閣出自多數黨或與之結托時，又常爲內閣勢力所支配。獨質問權雖多數黨亦不能制止之，可謂少數黨有是始有存在之意義。質問權重要之故，此其一也。本稿目的，在就此議會之權限，比較重要諸國之憲法，而明其法律上政治上之意義性質，及關於制度上之要點焉。

## 二 質問權之憲法上之根據

議會對於閣員有質問權，可謂爲各立憲國認定之共通制度。員一例外，則美國憲法及與之同主義之美洲大陸諸國之憲法是也。美國憲法固守舊時代之權力分立主義，政府官吏不獲出席議會發言，務使議會與政府全無交涉，其不認定

質問權，亦當然事。其他諸國概認閣員得出席議會，因而議會對於閣員之質問權，亦無不承認者。

(註)歐洲列國關於質問權之制度，哈且克 (Hatschek) 教授受德帝國議會委員會之囑托著有

專書 (Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. 1909)

質問權雖為各國共通制度，非謂普載於各國憲法明文。有現定於憲法，或憲法附屬之法律中者，有僅定於議院內之議事規則者，有全付缺如者。其規定於憲法中者，如奧太利憲法第二十一條「議會兩院屬於其權議一切事項得質問閣員……」，匈牙利一八四八年法律第三號第二十九條「閣員須依要求出席各議院為適當之說明。」然列國憲法，關於質問權不規定者良多；日本亦然，質問權唯規定於議院法中，憲法關於此點，毫無規定焉。在質問權未規定於憲法之國，質問權果可認為不待憲法規定之當然事項與否，實一問題。如英國議會制度，依

多年慣習發達者，固當別論，在依憲法始設置議會之國，可視議會唯有依憲法附與之權限，故憲法苟未規定質問權，而議會行之，憲法上果承認與否，誠不能無疑。而此種疑問，如日本規定其議能於議院法之國，尚猶有之。何則？若憲法未規定質問權，則以法律附與憲法承認之權限，是否違反憲法，不能無疑故也。

欲答此問，須先定質問一語之意義。日本普通所稱質問之中，可別爲二種：其一爲關於現載於議事日程事項之質問，此種質問，無論爲何種合議體，既有議事，當然爲其議員所有之權能，無是則對於其議案，究不能表贊否之意見，故此種質問不俟明文而爲各議員當然之權能明矣。本稿所謂議會之「質問權」，非如斯「單純之質問」，乃就與現載於議事之事項，或其關聯事項無關之別問題，對於政府之行爲，以一定手續質問閣員之質問也。歐洲法律語，於此兩者，名稱上亦既區別之。前者稱之曰 Questions, einfache Anfrage，後者特用 droits des interpellations, Interpellationsrecht 之名稱。日本無可區別二者之用語，或謂前者爲

「軍純質問」後者爲「正式質問」亦可。本稿所稱質問權，專指正式質問言之也。

此種質問權，決不能視爲伴各議事機關而起之當然權能。蓋質問無關於現在議事之事，勢必紊亂議事之秩序，普通議事機關，皆不之許。獨一國議會，不待憲法明文，可認之爲當然之權能者，實緣於議會之特別性質，即議會有監督政府行爲之權能，而閣員對於議會負政治上之責任也。亦惟據是庶可說明之。

議會爲政府之監督機關，而閣員對於議會負責任一說，在日本憲法，亦無明文規定。因之日本通行學說，亦有否定此點者。然議會法律上之地位，決非僅以憲法明文，可窺其全豹者。夫議會制度決非日本所獨創，乃採發達於歐洲諸立憲國之制度，而適用之於日本者也。縱非全部模倣，其基礎的精神，日本議會制度，與歐洲諸立憲國之議會制度，當不少異。歐洲諸國之立憲制度，議會既有作政府監督機關之地位，則非有他種反對根據，當然不能不認日本議會制度，亦有是性質。況

日本憲法，定有國務大臣輔弼天皇而任其責，又定有國務大臣及政府委員無論何時得出席各議院發言。所謂國務大臣任輔弼之責者，認大臣爲國務之責任者也；所謂國務大臣得出席議院發言者，認國務大臣可當辯明於議院之任，非如美國憲法之極端權力分立主義也。既認大臣爲責任者，又認大臣與議會之交涉，則國務大臣對於議會，亦可認爲處於政治上之責任者地位，不待論矣。

既認議會對於政府在監督機關之地位，則其對於在責任者地位之大臣，行其監督權當然之作用，而質問其行爲，此當然之道理，固不必待諸明文者也。自法蘭西始，凡伊太利西班牙比利時德意志及其他諸國，在憲法均無明文，而其議事規則，認質問權爲當然之權能。日本憲法亦無是明文，而議院法規定之，咸基是理。議院法及議事規則，決非變更憲法，不過就憲法上認定之當然權能定其手續而已。

憲法上認質問權爲當然之權能，同時憲法上含有認答辯義務之意，何則？無

答辯義務之質問，法律上之權能，全歸於無意義故也。惟其答辯非必對於質問之實質，苟對於其實質之答辯不利於國，固可拒之，然拒實質上之答辯，須表示其不答辯之理由，是亦法律上認定質問權之當然結果也。（Rosegger, *Parlamentarische Interpellationsrecht* S. 34 f.）

### 三 質問權之性質及目的

質問權在法律上之性質，固不能以議會或議員之權利目之。質問權與議會之他種權限同，乃議會為國家機關所行之權限，非其權利也。雖質問匪惟不須兩院一致決議，即一院之決議，亦非必要，然固不害其為議會之權限也。惟行其權限之手續，較他權限簡易耳。或由兩院之一致決議行之，或由一院之決議行之，或由一或少數議員之同意行之，或由各議員單獨行之，等是屬於議會之權限也。議員以議會一員之資格，行使屬於議會之質問權，與議員之提出法律案，不外行使屬於議會之提案權，無以異也。清水博士以質問為議員之權利，與受歲費之權利，無



議院承諾不受逮捕之權利等，同有個人的權利之性質，(憲法篇第八版九一九頁)其誤明矣。

如問質問權之目的安在？當先明所謂「目的」爲何。若解所謂目的，爲質問者自身主觀的目的，詢質問者緣何動機而質問，則有種種目的。最普通者，意在攻擊批難政府，乃擊其弱點而爲之，此通常之目的也。其外或由政府之希望，如就外交上之關係，冀得公表政府態度之機會，所謂串通的質問是也。如此質問，形式上雖由議員提出，實則由政府發意，其辯明亦不以對議會爲目的，純正對外交言明也。(Laband, in Juristen-Zeitung 1909) 或亦有以妨害議事 (Obstruction) 之目的爲之者，不求政府之辯明爲主眼，亦非真意攻擊政府，惟濫發質問，藉質問演說，浪費時間，以妨議事之進行。其最顯著之例，可於數年前奧國議會之歷史徵之。或有僅爲明質問者之疑義而爲之者。或有欲揚質問者自身個人的名譽而爲之者。然此等主觀的理由，非茲所謂「目的」。茲所謂質問權之目的者，專就客觀的制

此種意義之質問權之目的，有二種反對意見：一說以此爲議會監督政府之手段；一說則僅以爲要求政府說明之手段也。在法國以及他各國許由質問而討論決議者，質問權爲監督政府之手段，議會質問員責任之方法無疑，且法蘭西自古以質問爲質問員責任最要方法。（“Interpellations sont traditionnellement en France le principal moyen pour mettre en jeu la responsabilité politique.” Esmein, *Droit constitutionnel* 5 ed. P. 553）據哈且克所引抄，千八百三十年之際，羅喜有言曰：（Rossi, *Cour de droit constitutionnel*, 1836）「國會之任務，決不限於立法與豫算，關於監督行政，猶覺重要。而質問權卽其監督之有力手段。議會關乎此之勢力，較制定法律，議定豫算，更有益於國民之繁榮及自由。」（Hatschek, a. O. S. 138.）反之德壤及日本，關於質問，俱不許決議，因之質大臣責任之方法，其價值不若法蘭西法律明瞭。而德意志學者中，多否認質問權有如斯目的者，例如哈且克以質問爲大臣責任法之一部，而那邦德（Laband）反對之，謂質問本來

之目的，唯求政府說明，與普通議事之際各議員對政府委員所發各種質問，無所異也。於日本亦然。清水博士即反對以質問爲質政府責任之說，其言曰：「要之此質問不過就不明之點，要求說明，與政府對議會之責任無關係也。」（九二〇頁）

雖然，在德意志法律與日本法律之下，混質問權與普通議事之單純質問爲一，亦未得當。普通議事之質問，關於議事，決定已見，欲釋所疑而爲之，其本來目的，即在於是。當此之時，固有同時含批難政府行爲之意，而存監督政府之目的者，然僅質問者主觀的目的，非其本來之目的也。且此種質問，不僅對於閣員也，對於政府委員，對於議長，并對於他議員，咸可行之，正式質問則不然。正式質問惟可對於閣員爲之，對於他議員勿論也，對於政府委員亦不之許。且正式質問與現議事無關係，與對於現議事決定已見，毫不相涉。惟其爲現議事也，於必要範圍內，就所疑者，使可要求說明，誠屬要事，既事不關於現議事，則釋疑之必要，無從發生，且僅爲釋疑而爲之，則對於閣員許之，而對於其他則不許之理由，莫由說明。此皆認議

院有行政監督者之地位，始能說明之。即因監督行政，得就政府之行爲，有要求辯明之必要，縱無關於議事，亦許其質問，而閣員乃負國務上一切責任者，故特對於閣員許質問也。

質問權之政治上效果，此外尙可舉者，爲喚起輿論注意，就重要國務質問之是也。喚起輿論，固不以議會質問爲唯一手段；新聞紙上之演說，政談演說會等，或更有力量，亦未可知。但法律上求政府公式之辯明，唯由議會質問。且於公開議場，自政府代表者之口，聆有權的說明，亦引起輿論注意之一有力手段也。

# 理論上之宗法

陶葉會

## (一)

論我國親屬制度，必於宗法溯其源，此意曾於本誌六卷六號「現於服制之親屬制度」中略及之。是以欲明我國親屬制度，必先知宗法爲何物。然而宗法爲何物，頗爲難於設答之問題。蓋求宗法之概略，不外求之於禮書。禮書，儒者之言也。儒者以其理想潤色古代之制度，又從而敷演之。其所說者，非皆制度之實相。若以其所謂宗法卽爲古代之族制，未免有誤。此其一。宗法與封建之制相爲附麗。自春秋以後，封建亡於併吞，若賦稅，若警察，均以家爲基，而宗之跡殊少見。故舍禮書外，欲於史籍徵宗法之詳文，大非易事。此其二。此猶說古代宗法之難也，至於後世，宗法之形式已亡，宗法之實質尙在，族是也。而族之爲制在社會上政治上地位若何，

其遞嬗變遷之跡，殊不易覩。我惟覺今日之親屬法非講宗法不能澈底闡明，而博覽深稽，又未能致其全力。此其三。

若是則宗法之論，可以已乎。是又不然。我國之法，理論之成分甚多。禮之所是，雖不行猶著焉。故求法文之起源與進化，宗法之理論自不可忽。此其一。理論之所憑依，即制度之實相也。宗法之理論，緣飾古制者有之，解釋古制者有之，託始古制者有之，後世之學人從而倍加議論者亦有之。然可斷言者，古必有如是之制。故由理論之內，自可得宗法二三之要徵。此其二。至後世之法，本於禮書之緣飾者有之，本於禮書之解釋者有之，本於前賢後學之託古與議論者亦有之。然而法起於必要 (necessity)，社會之必要變遷，則法亦不得不變。而後世之法所以未嘗有劇烈之變遷者，必後世之社會，進於古而未嘗大異於古也。况法之規定又有統制社會及型模社會之力乎。是理論之不可以已者。此其三。

有此三難，故宗法不可述。有此三不得已，故宗法應有所述。至述之而有蔽，則

惟我之固陋實爲之也。事實上之宗法不可得而述，述理論上之宗法。

(二)

一 宗之組織

封建之世，諸侯之子，嫡長嗣爲諸侯；支庶之後，族類繁多，以大宗小宗之法鞏固其組織，以保持政治上社會上之地位。(註一)茲分別言之。

(註一)「禮不下庶人」宗之組織，統治者之族之組織也。被治者則有編戶之法整齊之，而不與於宗。宗法於此意義，實統治者保持政治上社會上地位之方法。

(二) 別子及其子孫

禮大傳：別子爲祖，繼別爲宗，繼禰者爲小宗。有百世不遷之宗，有五世則遷之宗。百世不遷者別子之後也。宗其繼別子之所自出者，百世不遷者也。宗其繼高祖者，五世則遷者也。

(甲) 大宗 大宗者，繼別者也。何謂別子？別子者公子也。(註一)然有二說：其

一以別子爲諸侯之子，亦卽嗣世爲諸侯者之弟。或謂諸侯之庶子爲別子。然記云：「庶子不祭祖，明其宗也。庶子不爲長子斬，不斷祖與禰故也。」故庶子不得卽爲別子。惟諸侯無嫡母弟時，得以庶弟代爲別子以立宗。（註二）其二以爲別子有三：一爲本國公子，二爲異姓公子來自他國者，三爲庶民起爲卿大夫者。（註三）以經義言之，則第一說爲是。（註四）然異姓公子，庶民起爲卿大夫者，其族固可依宗法組織之。宗之組織，不限於公子之族也。（註五）

（註一）毛奇齡大小宗通釋。

（註二）喪服小記鄭康成注以別子爲諸侯之庶子。毛奇齡以記文駁之。按諸侯之弟，別於諸侯，故稱別子。有嫡母弟固應爲大宗，而使諸庶弟宗之，故大傳云：「公子有宗道，公子之公，爲其士大夫之庶者宗其士大夫之嫡者，公子之宗道也。」必無嫡始以庶代之，故疏云：「君無嫡昆弟，遣庶昆弟一人爲宗，領公子。」又參看毛奇齡大小宗通釋。

（註三）大傳鄭註：「別子爲祖，若始來此國者後世以爲祖也。」疏遂以異姓始來此國者爲別子。



定字陳大可更加庶民起爲卿大夫者一項而爲三。

(註四)參看毛奇齡大小宗通釋與萬斯大宗法論。

(註五)萬斯大宗法論同此說。

何謂繼別？別子之子也。郊特牲云：「諸侯不敢祖天子，大夫不敢祖諸侯。」故大夫（別子）自爲一宗之始，（註一）使其嫡長繼之，上以祀大夫（別子），下以合族人。（註二）凡支子庶子之子孫皆宗之，是爲大宗。

(註一)毛奇齡云：祖者始也。

(註二)大傳云：同姓從宗合族屬。

大宗百世不遷，此自廟祭言之也。大夫士皆得祭其禰祖曾高。（註一）大宗之宗子（六世七世以後），則禰祖曾高而外，並祭別子。（註二）禰祖曾高之廟主，雖因親盡而遞遷，別子之廟主，則百世不遷者也。

(註一)萬斯大宗法論論大夫士得祭禰祖曾高甚詳，可參看也。

〔註二〕故白虎通云：「宗將有事，族人者皆侍。」祭始祖也。若大宗僅自祭其禰祖會高，則小宗之族人不得侍矣。

(乙)小宗 小宗者繼禰者也。何謂禰？禰者諸弟。何謂繼禰？諸弟之子也。別子之弟，與夫繼別之弟，不得禰先君祖別子。故自爲禰，而使其子繼之。其子又惟得禰其父而不得祖諸侯與大宗，故謂爲繼禰也。繼禰者爲小宗，諸弟宗之，是謂繼禰宗。繼禰者之子，亦爲小宗，諸從父昆弟宗之，是爲繼祖宗。繼祖宗之子，則諸從祖昆弟宗之，是爲繼曾祖宗。繼曾祖者之子，則諸族昆弟宗之，是爲繼高祖宗。凡四宗，與大宗而五，是爲五宗。(註一)

〔註一〕白虎通云：「宗其爲始祖後者曰大宗，其爲高祖後者曰高祖宗，宗其爲曾祖後者爲曾祖宗，宗其爲祖後者曰祖宗，宗其爲父後者曰父宗，凡五宗。」

小宗五世則遷，亦自廟祭言之也。諸弟之子祭禰，其孫祭祖，其曾孫玄孫祭曾高。禰祖會高而外，不復得祭。禰祖會高與已爲五世，至高祖之父則遷，故曰「五世

則遷。」親盡也。同高祖之父者既不同祭於一廟，親盡服絕，不復相宗。喪服小記云：「祖遷於上，宗易於下。」此之謂也。

大宗之弟，別立小宗。小宗之弟，亦別立小宗。「蓋凡大宗之世適得祭其太祖，而諸子一不得祭，其子始得祭諸子以爲禰，其孫其曾亦如之，此大宗之下，復有小宗也。小宗之世適得祭其禰祖曾高，而諸子一不得祭，其子始得祭諸子以爲禰，而其弟宗之，其孫其曾亦如之，此小宗之下，復有小宗也。」（註一）

（註一）萬斯大宗法論。

## （二）公子與其諸弟

爲別子之公子，其子孫之組織，前既言之。然一君之公子不止一人，則其間之關係何似大傳云：

有小宗而無大宗者，有大宗而無小宗者，有無宗亦莫之宗者，公子是也。公子有宗道，公子之公，爲其士大夫之庶者，宗其士大夫之適者，公子之宗道

也。

公子之宗道，學者解釋，各有不同。(甲)或謂一君之子，止有一宗。若公子之中，有適有庶，則適爲大宗，庶爲小宗，此有大宗亦有小宗者也。設皆庶而無適，則爲有小宗而無大宗。皆適而無庶，則爲有大宗而無小宗。若止一人，則無宗而亦莫之宗。然而皆適之時，則降其衆適，使宗其長適一人。皆庶之時，則升一長庶，而使諸庶宗之。故一君之子雖多，仍爲一大宗。(註一)(乙)或謂諸公子中止立一大宗，則其後世，親屬既竭，又孰肯宗之，以祭其非所同出之祖。故凡公子之爲大夫者，皆爲大宗；凡爲士者皆爲小宗。(註二)(丙)或謂諸公子中，凡爲別子者皆爲大宗。(註三)

(註一)主張此說者如呂與叔毛奇齡。呂與叔謂：每一君有一大宗，適庶兄弟皆宗之，而羣公子皆爲

小宗。毛奇齡謂：立宗爲兄弟而設，故以兄之大族爲大宗者，統諸弟各爲小宗者之族。

(註二)萬斯大之說。萬氏以爲大夫得祭太祖，而士則不能，士惟得祭禰祖曾高而已。故大夫立大宗，士惟得爲小宗耳。

〔註三〕鄭注孔疏之說，呂伯恭、陳器之、陳用之等從之。諸侯之支庶皆爲別子，別子之後皆爲大宗，而不分爲士或爲大夫。

自立宗之主旨言之，則以甲說爲是。蓋宗爲收族而立。人自立宗，則所收者非子卽孫。昆弟之間，仍自散漫無統。故無兄弟相宗之法，猶無宗耳。〔註一〕〔註二〕

〔註一〕毛奇齡云：「立宗爲兄弟而設。周禮大宗伯以飲食之禮親宗族兄弟。故凡宗人燕饗，其爲詩誦嘏，多稱兄弟。鄭註於小宗，亦知曰與其兄弟爲宗，而於大宗反失之何也？」又云：「蓋宗爲諸兄弟立族共宗之義，故曰合宗，曰收族。若人自立宗，則其所合所收者非其子卽其孫耳，何宗之可合，而族之可收？」

〔註二〕萬光泰宗說載汪孟錫宗法論，有云：「禮經立法，亦多不詳。別子爲祖，別子不定一人也。喪服疏引魯桓之慶父叔牙季友三子，謂之別子是矣。而且謂無兄弟相宗之法，則欲自爲大宗也，不則自爲小宗而無大宗以屬之，皆非也。蓋別子之弟，亦宗繼別，而自爲禰，以待其子之爲小宗。」又云：「無大宗，則亦猶之無宗也。」

又載吳廷華答問云：「別子宗道，只就子孫言。公子宗道只就昆弟言……創業之君，既立別子以統兄弟，兄弟固並宗別子，而不必有小宗之名。是卽所謂公子宗道也。」

總之公子宗道，雖持論糾紛。至於兄弟相宗，則固言之成理者矣。

## 二 宗之成立

### (一) 尊祖

宗法源於尊祖。儀禮喪服傳曰：「禽獸知母而不知父。野人曰父母何算焉。都邑之士則知尊禰矣，大夫及學士則知尊祖矣。諸侯及其太祖，天子及其始祖之所自出。」此宗法之所由立也。蓋知母不知父，則宗無由立。必夫婦之關係已定，而後知於父祖溯其源。古之種族，莫不自認出於一祖，故族人之間，雖親遠情疏，猶能相結者，尊祖之觀念使之然也。(註一)

(註一)梅因氏注法 (Maine's Ancient Law, Chap. 5) 云：「吾人以現代觀念詮釋獨立社會之所以合，吾人所能舉之方法以百數，其最簡單者，各羣之人依地域而相與發實與行事，但此

種觀念，謂多數人因偶居一域故公同行使政治權者，於古代實極爲奇誕。蓋古代加入種族之人必自認與所加入之種族同出一祖也……」

甄克思社會通詮（嚴復譯）云：「澳洲之蠻，有母不知誰父，宗何有焉。故必女子終於夫，而後父子之倫有可指者，故有夫婦而後有父子也。」又云：「宗法社會則不然，其別民也，閱其種族而不問其所居，爲其社會之民，必同種族者。」

由兩學者所言觀之，吾人似可爲下列之推論：古代政治本於宗法，宗法由於知父子之倫。

## （二）敬宗

尊祖故敬其爲祖後者，大傳云：「尊祖故敬宗，敬宗，尊祖之義也。」釋之者曰：「宗者尊也，爲先祖主者，族人之所尊也。」（註一）先祖之世嫡，爲先祖主，族人尊之以爲一族之大宗。小宗之宗子亦爲諸弟之所尊焉。蓋宗法起於尊祖，尊祖故水本木源，莫不溯諸男系。（註二）而男系中於父祖爲繼體者，男子中之嫡長，宗子是也。故宗子有收族之職能，而一族之中，羣弟統於小宗，小宗統於大宗，「循條附枝，

敬然不素。」(註三)喪服小記云：「敬宗故收族。」此義是也。

(註一)白虎通義。

(註二)甄克思謂宗法社會與前後社會殊者有三：一曰男統，二曰永久之婚制，三曰族長之統治。

(嚴譯社會通詮第十七頁)

(註三)社會通詮二十三頁。

### 三 宗之職能

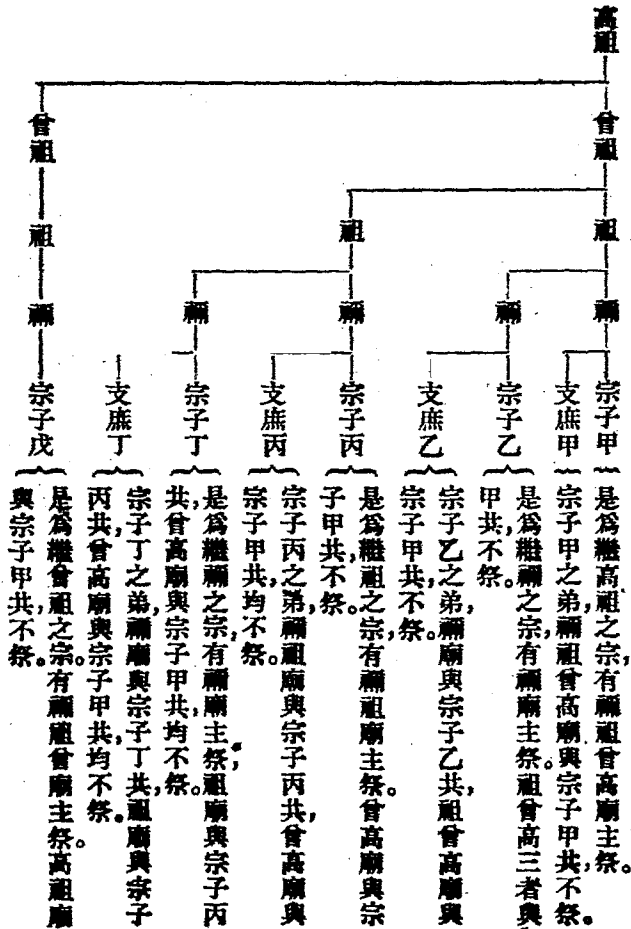
(一) 宗教的職能——主祭

尊祖故「祭」於諸禮為最重。(註一)宗子於父祖為繼體，故惟宗子得主父祖之祭，喪服小記云：「庶子不祭祖，明其宗也。」而王制亦云：「支子不祭。」茲為喪以明之。(註二)

(註一)發統云：「凡治人之道，莫急於禮，禮有五經，莫重於祭。」

(註二)本表係因認定大夫士皆得祭祖廟會，高，故然。若謂士立二廟，大夫三廟，則有禮焉。因宗法小





記之表在。但廟數多寡，與所祭者多寡不同。雖止二三，猶可祭四世之主，程氏之表似嫌少泥。

## (二) 社會的職能——收族

儀禮喪服傳：「大宗者，收族者也。」收族之事有五：

(1) 祭祀 白虎通云：「毛萇曰：宗將有事，族人者皆侍。」宗將有事，其最要者爲祭。故祭爲合族之一法。

(2) 燕飫 周禮：「以飲食之禮親宗族兄弟。」飲食之禮有二：一曰族燕。(註一) 二曰族飫。(註二) 族燕又有時燕祭燕之二種。(註三) 蓋平居無事，則燕以申好，有事則飫以論事焉。(註四)

(註一) 文王世子云：「公與族燕，則以齒，而孝弟之道達矣。其族食世降一等，親親之殺也。」族燕族食，皆燕也。

(註二) 周語云：「夫王公諸侯之有飫也，將以講事成章，建大德，昭大物也。」又鄭氏詩箋云：「王者圖非常之事，若議大疑於堂，則有飫禮焉。」

(註三) 秦蕙田五禮通考論飲食禮案語。又黃右昌民法第四編(北大法律叢書)三三八頁。

(註四)周語云：「飫以顯物，燕以合好。故歲飫不倦，時燕不淫云。」然飫以國事，不必盡爲之。是飫又有歲飫與臨時之飫也。

(3) 扶養 族人之同小宗者，異居同財。儀禮喪服傳云：

昆弟之義無分，然而有分者，則辟子之私也。子不能私其父，則不成爲子，故有東宮，有西宮，有南宮，有北宮，異居而同財，有餘則歸之宗，不足則資之宗。

鄭注以爲「宗者，世父爲小宗，典宗事者」。可知同財者爲同小宗之族人。(註一)至於同大宗之族人，亦自「有無相通」。(註二)宗子有圭田采地，則以贍族人。(註三)族人亦獻其受饋之衣服車馬於宗子，內則云：

適子庶子，祇事宗子宗婦，雖貴富，不敢以貴富入宗子之家，雖衆車徒，舍於外，以寡約入，子弟猶歸器衣服，喪衾，車馬，則必獻其上，而后敢服用其次也。是小宗族人對於大宗之禮也。

(註一)鄭注如此。程瑤田云：「又曰然而有分者，則辟子之私也。子不能私其父，則不成爲子，故有東

宮，有西宮，有南宮，有北宮，異居。蓋言昆弟無分，而有不得不分者，以昆弟各有其子，義當各私其父，若皆同居，何以辟子之私。……異居下又曰：面同財，有餘則歸之宗，不足則資之宗。此言昆弟雖異其居，而必當同其財。故秦昆弟之有餘財者必歸之適昆弟，其不足於財者，則資之適昆弟。夫是故異居也，而猶同其財，是昆弟無分之義也。吾謂宗之道，兄道也。是其例也。而鄭氏注乃曰：宗者世父爲小宗，與宗事者以小宗屬之世父，與上文昆弟無分之旨大相齟齬。程氏雖未辨其同財者爲小宗抑爲大宗，然自兄弟無分之義言之，仍爲小宗。何則？傳云：「小功者兄弟之服。」凡言兄弟，指同小宗者也。若以宗爲大宗，則誤矣。

〔註二〕白虎通云：「大宗能率小宗，小宗能率羣弟，通其有無，所以統理族人也。」

〔註三〕秦蕙田五禮通考云：「卿大夫則有圭田，以奉祭，有采地以贍族。」

(4) 教導 宗子有教導族人之責，其全不可得而聞矣。惟昏義有云：是以古者婦人先嫁三月，祖廟未毀，教於公宮，祖廟既毀，教於宗室，教以婦德，婦言，婦容，婦功，教成，祭之，牲用魚，芼之以蘋藻，所以成婦順也。

鄭注以爲嫁女者必就尊者教成之。宗室，宗子之家也。是宗子教導族人之遺跡也。  
 (5) 主持 宗之事務，主於宗子。(註一)其詳不可得而言矣。然族人之纏纒，宗子得主持之。儀禮士昏記云：

宗子無父，母命之；親皆沒，已躬命之，支子則稱其宗；弟則稱其兄。

鄭注：「支子，庶昆弟也；弟，宗子之母弟」也。昏禮命使者，在宗子，常稱父名。今支庶稱宗，弟稱其兄，(兄，宗子也)是宗子主婚之跡也。(註二)

(註一)嚴譯社會通詮論宗法社會之特徵，其三曰統於所尊。蓋族長統治族人，古有是矣。又梅因氏古法，論身毒民族「社會組織單位之村，其事務統於一人，一人者，常爲最長子，於其父死時，攬有治權者也。」此二者可作本節之旁證。

(註二)族長主持族人之婚姻，參看 Westermarck's History of Human Marriage 論 Consent 之一章。

### (三) 政治的職能

嚴譯社會通詮

宗有無政治的職能？應分兩端論之。

(一)天子諸侯，有無宗道？關於此點有相反之二說：(甲)以爲天子諸侯無宗道。蓋記謂「族人不得以其戚戚君」，穀梁亦謂「諸侯之尊，弟兄不敢以屬通」。故天子諸侯與族屬相絕。至孟子滕文公滕父兄百官曰：「吾宗國魯先君，」則魯而稱宗，非宗法之謂也。(註一)

(註一)程瑤田云：「天子諸侯之稱宗，非宗法之謂也。大戊之稱中宗，傳以爲殷家中興，尊其德也。武丁之稱高宗，傳以爲德高可尊也。……蓋宗之爲言尊也。凡有所尊，皆可曰宗。孟子稱滕之父兄百官曰吾宗國魯先君，亦謂兄弟之國尊之，豈得以宗法例之哉？」

(乙)以爲天子諸侯有宗道。毛氏於板之詩曰：「王者天下之大宗。」是天子有宗也。滕於魯國曰吾宗國，是諸侯有宗也。(註一)(註二)

(註一)萬斯大宗法論云：「滕人於魯曰吾宗國。左傳，魯以邢凡蔣茅胙祭爲同宗。是知周之先，文王之諸子以周公爲宗，周公之諸子以魯公爲宗。」

〔註二〕毛奇齡以大傳「繼別子之所自出」一語推行宗法，亦承認諸侯之宗道。（之所自出，四字，宋儒以爲衍文，毛氏特重視之。）其言曰：左傳襄十二年，吳子壽夢卒，而襄公哭於闕廟。夫闕廟，必闕公廟也，而註謂文王之廟也。夫文王之廟，在魯亦安得有之。乃史記世家亦曰：「成王乃命魯郊祭文王。」而解之者以爲諸侯不敢祖天子，文王以周公之父，得祭於魯。夫諸侯不敢祖天子，此立宗之說也。不敢祖先王而父先王，則繼所自出之意也。是必當時立宗，以周公爲文王之昭，得爲大宗，故魯於諸國，獨稱宗國，而魯於諸國，獨得立先王一廟，名爲闕廟。

夫立宗之義，在使大夫士率其弟以奉承諸侯，諸侯率其宗以拱衛天子。故當時之爲治也，天子統諸侯，諸侯統大宗，大宗率小宗，小宗率羣弟，支分派衍，各有所繫。其異姓諸國，則爲「舅甥國」，與同姓之「兄弟國」，互相結合以事天王焉。（註一）（註二）故吾人於此，以乙說爲是。

〔註一〕周禮秋官司儀鄭注：「同姓，兄弟之國。異姓，婚姻甥舅之國。」

〔註二〕梅因氏古法有云：「政治觀念史發端於一種假定，以爲血統上之戚屬關係 (Kinship in

blood) 爲政治職能之共通惟一之可能的基本。」故古代之社會，重種而不重地域。然我國至周朝，早知地域之聯屬 (Local Contiguity) 爲政治職能之基，不過血統聯絡，可以增進諸國之親切融和。於是宗法之組織，在政治上仍居重要之地位。

(二) 大夫宗道，何關政治？武王數紂，曰「官人以世」，春秋之法，深譏世卿。故學者或以古者仕無世官。(註一) 卿大夫之宗道，遂無關於政治乎？然宗子之於族人，一權力統治關係也。宗子當國，則支庶之進退死生，不得不操諸其手。故毛奇齡關於宗法所舉例有云。(註二)

(甲) 魯之三桓，惟季友稱爲宗卿。當時三家皆宗季氏。蓋季友爲莊公母弟，慶父叔牙則否。故酖叔牙，縊慶父，立仲孫叔孫之後，皆季友爲政。何則，宗在故也。

(乙) 鄭之七穆，惟子罕與子駟子豐之母稍貴。故以子罕爲宗卿，七穆皆宗之。其子子展，孫子皮，皆相繼當國。凡用子產，戮子皙皆子皮主之。何則，宗在故也。

(註一) 萬斯大宗法論。但春秋之前後，是否無世卿？恐禹氏之說不盡然也。



(註二)毛奇齡大小宗通釋所載。(但文字上略有改易)

進退殺戮，在當時非必為宗子固有之權。然以公族而當國者，自以宗子為首選。宗子於其族，猶之家有嚴君焉。(註一)以是為政，可謂「正家而天下定」。(註二)宗法有政治意義，此非其一端歟？

(註一)易家人卦象辭：「家有嚴君焉，父母之謂也。」

(註二)易家人卦象辭。

#### 四 宗之稱號

有姓有氏，姓與氏之別，可分端言之。

(一)姓受之天子，氏命自國君。姓為國君之事，氏為卿大夫之事。同姓者一國或數國，而氏惟限於其宗，故毛奇齡云：「分姓為氏，氏為大宗。」其小宗之以功德自見者，亦得受氏。或為別於本宗而自氏其族焉。(註一)(註二)(註三)(註四)

(註一)姓之例：媯虞姓，出顓頊，封於陳。妘夏姓，出顓頊，封於杞。鄒虞姓，子般姓，出高辛，封於宋。姬周姓，出

顓頊上之族法

黃帝，封於管蔡邲霍魯衛毛昫郇雍曹滕畢原鄆郟邠晉應韓凡蔣邢茅胙祭吳虞姚鄭蕭魏，邢彤荀賈耿滑焦楊密隨巴諸國。任宿須句顓臾，風姓也；自太皞。秦趙梁徐邗江黃葛，贏姓也；自少皞。莒，己姓；薛，任姓；南燕，媯姓也；自黃帝。杜，祁姓也；自陶唐……（顧亭林日知錄論姓）。

（註二）氏之例：（1）大宗——魯姬姓，而爲桓公所出者即爲桓氏；鄭亦姬姓，而爲穆公所出者，即爲穆氏。此大宗也。（2）小宗——三桓共桓氏，而有季孫孟孫叔孫三族。七穆共穆氏，而有罕氏駟氏國氏良氏游氏豐氏印氏七族。皆小宗也。（毛奇齡大小宗通釋）（3）小宗之下賜氏者——孟孫氏小宗之別，爲子服氏，爲南宮氏。叔孫氏小宗之別，爲叔仲氏。季孫氏之分，爲公鉏氏公甫氏。（顧亭林姓篤及萬斯大宗法論）

（註三）別於本宗而爲氏之例：夫梁王奔楚爲堂谿氏；伍員屬其子於齊，爲王孫氏；智果別族於太史，爲輔氏。

（註四）天子賜姓，諸侯命氏。左傳「天子建德，因生而賜姓，胙之土而命之氏。」又云：「諸侯以字爲姓，因以爲族；官有世功，則有官族；邑亦如之。」是其據也。

(二)氏又有不同於姓者二。

一曰可變。(註一)凡同出於一祖者，雖百世而其姓不變。(註二)至於氏則不然。范氏之先，自虞以上為陶唐氏，在夏為御龍氏，在商為豕韋氏，在周為唐杜氏。是其例也。

(註一)顧亭林原姓篇。

(註二)同篇云：崔昭公娶於吳為同姓，謂之吳孟子。魯武子欲娶棠姜，東郭偃曰：「男女辨姓，今君出自丁，臣出自桓，不可。」夫崔之與東郭氏異，昭公之與夷昧，代遠然同姓百世而不婚者，周禮也。故曰姓不變也。

二曰異稱。古者男子稱氏，女子稱姓。國君無氏，不稱氏稱國。庶人無氏，不稱氏稱名。卿大夫則無不稱氏者。女子則稱姓。在室冠之以序，已嫁冠之以氏，既卒冠之以諡。(註三)

(註一)此段本顧亭林原姓篇。(一)國君稱國之例——踐土之盟，其載書曰：晉重，魯申，衛武，蔡甲午，

唯論上之祭法

鄭捷，齊潘，宋王臣，莒期。(2) 女子在室稱姓冠序之例——叔隗季隗。(3) 已嫁稱姓，冠之例——國者，如江芊息媯。冠之以氏者，如趙姬盧蒲姜。(4) 既卒稱姓之例——成風敬風。

男子所以稱氏者，彰功德，辨宗族也。女子所以稱姓者，同出一祖者，雖百世而婚姻不通，故稱姓以爲之坊也。

## 五 宗之存續

### (一) 無子立後

大宗所以收族，故一旦中絕，則小宗無所統，而族類亂。故必有以存續之，而立後之法起。茲分端言之。

### (甲) 所後者爲大宗。儀禮喪服傳曰：

爲人後者孰後？後大宗也。曷爲後大宗？大宗者尊之統也。禽獸知母而不知父，野人曰父母何算焉。都邑之士則知尊禰矣，大夫及學士則知尊祖矣。諸侯及其太祖，天子及其始祖之所自出。尊者尊統上，卑者尊統下。大宗者尊

之統也。大宗者收族者也。不可以絕。故族人以支子後大宗。

畫大宗存則親疏別，昭穆序（註一）而祖有所祀，族有所收。不可以絕，而後乃以攝制（註二）之法，立族人之支子以嗣之。至於小宗無後，則當絕（註三）而使之從祖耐食。從祖耐食，則祭祀未嘗絕，而亦無庸立後矣。（註四）（註五）

（註一）鄭注：「收族者，謂別親疎，序昭穆。」疏云：「書傳云：宗子燕族人於堂，宗婦燕族人於房，序之以昭穆。既有族食，庶幾齒序族人之事，是以須後不可絕也。」

（註二）梅因氏古法論擬制（Ferguson）為法律進化之主要原因之一。其言家族制度，以為古者團體社會者必同出一祖，故惟血族始同行政治之權。其後以異族擬制為同出一祖，而納入本族之中。所以能由血緣進於地緣者此擬制為之也。

恩格爾氏家族私有財產國家之起源一書說烏拉乖氏族為擴充存續氏族計，養異族為子。其收養也，有一定之宗教儀式。此亦擬制也。

然我國古代宗法，重視血緣，以為神不祀非族。故立後惟限於同宗支子。此雖一擬制，與他

民族收養異姓者又不可同日論矣。甄克思論宗法社會之特徵，在其爲排他的。我國古代宗法之排他性質，卽自立後一端言之，有尤較別國之氏族爲顯著者矣。

〔註三〕何休云：「小宗無後當絕。」

〔註四〕徐乾學讀禮通考云：「小宗無後者，古有從祖祔食之禮。則雖未嘗繼嗣，而其祭祀固未嘗絕也。又何必立人爲後，始可以承其祭祀哉？」

〔註五〕立後爲行宗法始有之制，後世宗法不行，立後之制仍未廢，乃至今日則人人可以立後（無子者）。秦憲田五禮通考言其變遷之故甚詳。黃在昌民法第四編二三七頁以下亦具引諸說。

（乙）爲後者爲宗人。異姓不可爲後，「神不歆非族」故也。宗子有主祭收族之職能，使不同宗者爲之，則既使父祖「無血食」又不足以收族人。（註一）儀禮喪服傳云：

何如而可爲之後，同宗則可爲之後。

春秋襄公六年書「莒人滅鄆」，穀梁傳云：

莒人滅鄆，非滅也。立異姓以蒞祭祀，滅亡之道也。

今日立後，雖不限於同宗，（註一）異姓爲後，則仍懸爲厲禁焉。（註二）

（註一）疏云：「以大宗子當收聚族人，非同宗，則不可謂同承別子之後，一宗之內，若別宗同姓，亦不可以收族故也。」

（註二）現行律立嫡子違法條例：「無子者許立同宗昭穆相當之姪承繼。先儘同父周親，次及大功小功總麻，如俱無，方許擇立遠房及同姓。」遠房同姓，是否同大宗，蓋亦未嘗限制也。

（註三）現行律立嫡子違法條：「其乞養異姓義子以亂宗族，有罰。若以子與異姓人爲嗣者，罪同。其子歸其宗。」

（丙）爲後者爲支子。儀禮喪服傳：

何如而可以爲人後，支子可也。

適子不得後大宗。

禮論上之宗法

疏云：「他家適子當家，自爲小宗，小宗當收歛五服之內，亦不可闕，則適子不得後他宗。」蓋適子亦有所後，以傳小宗之統，不可輕爲人後也。（註一）

（註一）今則不然，嫡子亦爲人後，惟獨子不得後人而已。清律舊有獨子不得出繼之例。現行律無然。例載兼祧之法，亦加以限制，其前提仍認獨子不得出繼之禁也。故大理院判例有云：「獨子

祇准兼祧，原係禁其絕本宗以爲人後。」（大理院六年上字一一二七號判決。）

（丁）殤不立後。儀禮喪服傳：「年十九至十六爲長殤，十五至十二爲中殤，十一至八歲爲下殤，不滿八歲以下爲無服之殤。」殤者十九歲以下而死者也。古者男子二十而冠，然喪服小記云：「丈夫冠而不爲殤。」故未滿二十而冠，仍依成人之例。蓋未冠，則尙「未成人」，（註二）故不立後。曾子問：

宗子爲殤而死，庶子不爲後也。

「殤無爲人父之道」故也。惟亦有下列之特別：

（一）曾子問云：「爲殤後者，以其服服之。」蓋大宗不可絕，禮之變者，殤亦可



以立後也。(註二)

(二)大夫無殤。鄭康成所謂殤年爲大夫則不殤是也。以此推之，則諸侯無殤矣。(註三)

(三)爲國戰死者可無殤。檀弓孔子云：「能執干戈以衛社稷，雖欲勿殤，不亦可乎。」(註四)

(註一)冠義云：「冠之者成人之也。」

(註二)顧亭林日知錄卷六引閔公八歲而薨，信爲之後爲例。然大夫無殤，則諸侯自無殤，尙未可爲此例也。然其謂禮之變者殤亦可以立後，則其說可從。讀禮通考則謂已冠婚之殤可立後，但已冠則不爲殤，徐氏之說未足是也。

(註三)通典，讀禮通考卷十七引。

(註四)此自言服制及葬禮，然後世法律因此遂承認出兵陣亡者可以立後。

(戊)婦人不立後。宗法主於男系，故婦人死無子，不爲立後。喪服小記有下

祖父母卒而后為祖母後者三年。

為慈母後者，為庶母可也，為祖庶母可也。

則皆指承重而言，非後大宗之義也。（註一）

（註一）顧亭林云：「適孫承重之服，喪服小記曰：祖父母卒而後為祖母後者三年。是知祖父尚存，雖當

為祖母承重，亦降為期也。」是喪服小記此節純指承重之服而言可知也。

慈母，鄭注云：「謂父命之為子母者也。父之妾無子者亦可命己庶子為後。」是此節所謂為

後，不外為之子之意，為之子，故服三年。非後大宗之「後」也。

（二）有子立嫡

前所言，大宗無子應立後之事也。有子則以嫡長承大宗。雖然，有子而皆庶或有嫡而已死，誰可承宗？是亦重要之問題，不可不論者也。茲分端言之。

（甲）立嫡之原則。公羊傳云：

立適以長不以賢，立子以貴不以長。

故司寇惠子舍適立庶而子游弔之。(註一)魯隱公雖長而賢，猶將平國而反之桓公。(註二)後世因之，以舍適立庶為法律之厲禁焉。(註三)

(註一)檀弓載，司寇惠子之喪，子游為之麻衰牡麻絰，文子辭，又趨就諸臣之位，文子又辭，子游固請文子退，扶適子南面而立，子游趨而就客位。依鄭注，惠子廢適立庶，故以重服並趨就諸臣之位以禮之。

(註二)公羊傳：「公(隱公)將平國為反之桓，曷為反之桓？桓幼而貴，隱長而卑……桓何以貴？母貴也。」

(註三)唐律：諸立適違法者徒一年。疏議曰：「立適者，本擬承襲適妻之長子為適子。不依此立，是名違法，合徒一年。」

明律：凡立嫡子違法者杖八十。清律同，現行律仍載此條。

(乙)有嫡而嫡已死。有適長而死，則將孰立？關於此點，殷周異制。公羊傳所

禮論上之宗法

謂質家親親先立弟，文家尊尊先立孫是也。

(1) 嫡長死立弟。檀弓，公儀仲子舍其孫立子，子服伯子曰：「仲子亦猶行古之道也。」舉文王舍伯邑考而立武王，微子舍其孫贖而立衍爲先例。鄭注以此爲殷禮。(註一)(註二)

(註一)但左傳襄公三十一年，穆叔曰：「大子死，有母弟則立之，古之道也。」立弟雖可認爲殷禮，然當時亦頗行之。

(註二)宋制，適子死，無柔子然後適孫承重，是從殷禮。見(B)殷註一。

(2) 嫡長死立孫。檀弓前引伯子立孫之說，子游問諸孔子，孔子曰：「否，立孫。」鄭注以孔子爲據周禮。至若適子死，適孫亦死，則又將孰立，有二說焉。

(A) 立曾玄之說。以爲禮，立適以長，故適孫死應以次立曾玄。不應舍正統而厚旁支也。(註一)(註二)

(註一)北齊史刁柔傳，柔以爲無適孫，立適曾孫，不應立適子之弟。

陳祥道禮書：子服父三年，父以尊降服子期，而長子三年，以其傳重也。孫服祖期，祖以尊降服孫大功，而服適孫期，亦以其傳重也。若適子在而適孫死，則祖亦服大功，以有適子者無適孫也。適子不在而祖死，則適孫亦服三年，以無適子者適孫承其服也。然則古者，父死立適子，適子死立適孫，上以後先祖，下以收族人，謂之大宗。大宗不可絕，故無子則族人以支子後之。凡以尊正統而重適嗣也。若舍適曾孫而立適子之弟，是絕正統而厚旁支矣。

（註二）元制從之，見次段註一。

（B）立適子母弟之說。後世廕襲皆用此說。蓋不行宗法，不立宗子，有「不宜純用周禮」者矣。（註一）

（註一）唐律疏議：「依令，無適子及有罪疾，立適孫。無適孫，以次立適子同母弟。無母弟，立庶子。無庶子，立適孫同母弟。無母弟，立庶孫。曾玄以下準此。」

宋史禮志：「古者封建國邑而立宗子，故周禮適子死，雖有諸子，猶令適孫傳重，所以一本統，明等等之義也。至於商禮，則適子死，立棄子，然後立孫。今既不立宗子，又未嘗封建國邑，則適

孫喪祖，不宜純用周禮。若適子死，無養子，然後適孫承重。即適孫傳襲封爵者，雖有養子，猶承重。此則從殷禮者矣。

元史，世祖至元四年，詔「諸用廢者以適長子。若適長子有廢疾，立適長子之子孫，曾玄同。如無立繼室所生，如無立次室所生，如無立婢子。」是又從周禮者也。

清律從唐令，則是用此說。

(丙) 有子而皆爲庶。有子，無適而皆庶，則應孰立？持說各有不同。

(1) 主卜之說。檀弓，石駘仲卒，無適子，有庶子六人，卜所以爲後者，曰沐浴佩玉則兆。五人者皆沐浴佩玉，石祁子不沐浴佩玉，石祁子兆。是不問孰長，而主卜也。

(2) 立長之說。左傳，襄公三十一年，穆叔曰：

「大子死，有母弟則立之；無則立長；年鈞則賢，義鈞則卜；古之道也。」

是「先人事而後卜筮也。」後世律令皆從此說。妻五十以上無子，得立庶以長焉。

(註一)

(註一)唐律，諸立適違法者徒一年。即適妻年五十以上無子者得立庶以長，不以長者亦如之。

清律，諸妻年五十以上無子者，得立庶長子。

## 六 宗之禁制

因同宗所生之禁制，所可言者，同宗不婚是也。大傳云：

四世而絕，服之窮也。五世袒免，殺同姓也。六世，親屬竭矣。其庶姓別於上而  
戚單於下，昏姻可以通乎？繫之以姓而弗別，綴之以食而弗殊，雖百世而昏  
姻不通者，周道然也。

庶姓者支屬之謂也。小宗之族人同高祖，故同小宗者止於四世。四世以外，則  
異其支屬焉，所謂庶姓別於上也。凡不同高祖者，親盡服窮，所謂戚單於下也。(註  
一)其在殷法，則昏姻可以通。(註二)而周道則不然。蓋(一)不同小宗，而大宗則  
同。以氏族之稱號言之，族別而所繫之姓不別。(二)以收族之職能言之，則戚單而

279

燕飮之禮不殊。故昏姻不通，所以防嫌也。（註三）惟曲禮云：

取妻不取同姓，故買妾不知其姓則卜之。

則通婚之禁，似不限於同宗，然古之同姓者，必同出於一祖，故百世不通婚媾之旨，非是卽無由貫徹也。若後世同姓不宗者，豈在禁制之列乎？（註四）

（註一）關於庶姓，程瑤田宗法小說論之甚詳。顧亭林謂庶姓爲子姓。然全氏註謂姓者生也，庶姓者養生也。非指所受之姓而言。愚不承認古者每個小宗必異其氏，氏之異者必其人以見於世而受氏者也。故今從全氏之說。

（註二）從孔疏之說。

（註三）日知錄卷六於防嫌之外，又舉戒獨之說。其言曰：「天地之化，專則生，兩則不生。故叔詹言：男女同姓，其生不蕃。而子產之告叔向云：內官不及同姓，美先盡矣，則相生疾。晉司空季子之告公子曰：異德合姓。鄭史伯之對桓公曰：先王聘谷於異姓，務和同也，聲一無聽，物一無文。是知禮不取同姓者，非但防嫌，亦以戒獨也。」



〔註四〕明律於同宗同姓通婚之禁，分設兩條：（一）凡同姓爲婚者各杖六十，離異。（二）凡娶同宗無

服之親，各杖一百。清律同。律注云：「同姓非同宗也。同姓不得爲婚，况同宗乎？」

## 七 宗之紀錄

宗之紀錄，後世所謂族譜是也。宗法盛行之時，必有譜以明大宗小宗之統系。周代之譜牒（與譜相當之紀錄），其形式不可得而詳。然後稷以至文王，有爲之敷陳者矣。秦趙出於同祖，有爲之紀載者矣。楚之先世，有爲之傳述者矣。下至漢高之出於堯，王莽之出於舜，亦有爲之附會者矣。其私人之世系，有若史記之孔子世家老子列傳，及司馬遷之自序，皆記其所自出或其所出，此必皆有所本。惟記錄之形式不可得而詳耳。至唐宋則譜學大盛。以至今日，族皆有譜，而譜例之寬嚴，入譜之拒否，皆爲訴訟之原因焉。



# 現於服制之親屬制度

陶彙會

## (一) 緒言

喪服起於親親。親親仁也，通之以義，而喪服之變，於是乎生，以啓學者百世之爭議，服制蓋未易言也。然而親疏隆殺之禮，長幼內外之交，分辨於此，言我國親屬制度，固舍是莫探其源。且社會制度，異點何存，不溯求進化之迹，無以明其概。我國社會，猶存宗法之型規，宗法之流傳，尤影響乎親屬，以形成法制上之特徵；而爲此特徵之表現者，喪服是也。以此不揣固陋，欲有所研尋，粗陳要旨，獻諸留心斯學者。

## (二) 喪服之本則

太古樸質，無喪服之文，行心喪之禮。三王以降，澆僞漸起，故制喪服以表哀情，禮三年間。

凡生天地之間者，有血氣之屬必有知，有知之屬莫不愛其類。今是大鳥獸則失喪其羣匹，越月喻時焉，則必反巡，過其故鄉，翔回焉，踴躍焉，踟躕焉，然後乃能去之。小者至於燕雀，猶有啁啾之頃焉，然後去之。故有血氣之屬者，莫知於人，故人於其親也至死不窮。將由夫患邪淫之人與，則彼朝死而夕忘之；然而從之，則是鳥獸之不若也，夫焉能相與羣居而不亂乎？將由夫修飾之君子與，則三年之喪，二十五月而畢，若駟之過隙，然而遂之，則是無窮也。故先王焉爲之立中制節，壹使足以成文理，則釋之矣。

蓋人之哀其親屬之喪，薄者不及，厚者過之，故定其喪期，『立中制節』；親者重之，疏者殺焉。吳家賓喪服會通說云：

吉服以別貴賤，凶服以次親疏。吉有五等，凶有五等。人之哀其至戚者，哭泣躑躅，竭情焉耳，服之凶何爲？先王曰：非是吾無以名其所爲哀也。是故喪紀序服，猶之服九章者，名之上公，位東；而服七章者，名之侯伯，位西面云爾。

是故親親之義，爲服制所由生。親親之義，隆殺存焉。以世次之差，爲重輕之率，自然之序也。

(二)服之輕重，見於服之麤細，期之長短。服有斬衰、齊衰、大功、小功、緦麻之別；期有三年、期年、九月、五月、三月之差，是五等也。然禮三年問云：

然則何以至期也？曰：至親以期斷。是何也？曰：天地則已易矣，四時則已變矣，其在天地之中者，莫不更始焉，以是象之也。然則以三年也？曰：加隆焉爾也，焉使倍之，故再期也。

是喪期以一年爲斷，加隆以至三年，曰『加隆』者，此變則也。故喪服之序，自本則言之，惟有四等，期、九月、五月、三月是也。

(二)世之等差，亦有四焉。禮大傳云：

四世而總，服之窮也；五世袒免，殺同姓也；六世，親屬竭矣。

故學者稱總爲『服限之窮』。服限之窮，在宗親卽四世也。喪服小記：

親親以三爲五，以五爲九；上殺下殺旁殺，而親畢矣。

易詞言之，自己身殺自四世而親畢，自期年殺至緦麻而服窮之謂也。以四世與喪服四等相衡，則知一世服期，二世大功，三世小功，四世緦麻焉。

(A) 先以宗親例之：父一世也，應期年，三年者，加隆焉耳也；祖二世也，應大功；曾祖三世也，應小功；高祖四世也，應緦麻，惟不可以大功小功兄弟之服加至尊，故齊衰耳；此上殺也，而下殺旁殺可知矣。





疏於一等，故九月。從祖兄弟（再從兄弟）又疏一等，故小功。族之昆弟又殺一等，故宜三月。是發兄弟而旁殺也。又父爲子期，而兄弟之子但宜九月，而今亦期者，兄弟之子猶子，所以至期。同堂兄弟之子正五月。族兄弟之子又疏故宜緦耳。此發子而旁殺也。又孫服祖期，祖等故爲孫大功。兄弟之孫服從祖五月，故從祖亦報之小功。同堂兄弟之孫既疏，理自緦麻。曾祖爲曾孫三月，爲兄弟曾孫以無等降之，故亦三月。

(B) 親親基於血統，喪服起自哀情，故凡與我有血統上之連絡，哀情上之感應者，自當等爲之服。惟視親疏，何分內外。以此言之，則母黨與出嫁族，其制服均應從前序者也。（表丙表丁見下頁）

### (二) 喪服之變則

世次與喪服相應也。若是，則舉其人之喪服，卽知其人之親疏；親屬關係，徵之於服制足矣。雖然，此本則也；自血統之聯絡而推定之者也；非表現於社會制度之變則也。



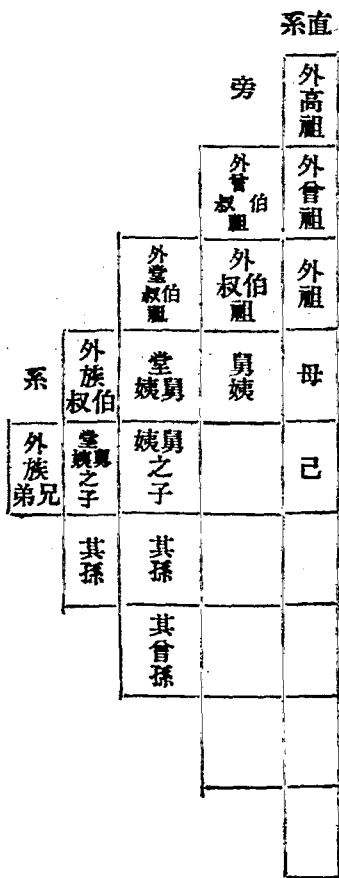
關於服制之親屬制度

服制之變則，源於宗法。宗法之施於服制者，曰一統主義。一統主義，喪服所由變也。何謂宗禮大傳云：

表丙 (世次喪服準表乙)

第一 母黨服本則圖

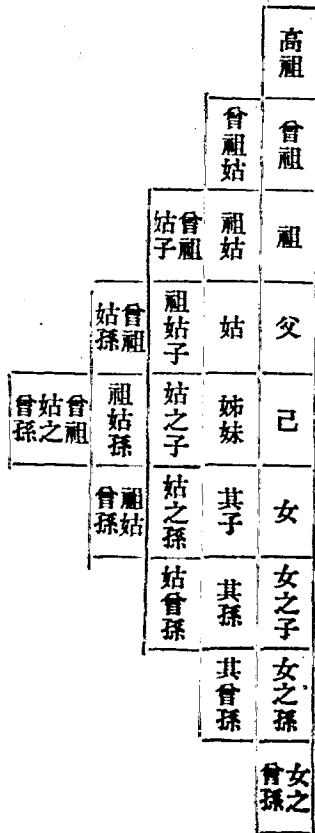
(母黨即外氏)



表丁 (世次喪服準表乙)

第二 出嫁族服本則圖

(出嫁族即姑姊妹之族)



別子爲祖，繼別爲宗；繼嗣者爲小宗。有百世不遷之宗，有五世則遷之宗；百世不遷者，別子之後也；宗其繼別子之所自出者，百世不遷者也；宗其繼高祖者，五世則遷者也。尊祖故敬宗，敬宗，尊祖之義也。

程瑤田宗法小記云：

宗之道，兄道也；大夫士之家以兄統弟而以弟事兄之道也。別子爲祖，始也，爲後世之所共尊之，以爲吾家始於是人也。繼別爲宗，宗，主也，繼別者一人而爲羣弟之所主者也。由是繼別者與其羣弟，皆各爲其子之禰，而其子則各有一人爲適，繼其禰以各爲其庶弟之所宗，是之謂小宗。而諸繼禰之宗，其爲繼別子之所自出者，猶是繼別之宗也。衆小宗各率其弟而宗之，世世皆然。蓋繼別爲宗，百世不遷之宗也。若夫諸小宗者，自後世而溯之，則同父之適兄曰繼禰之宗，同祖之適兄曰繼祖之宗，同曾祖之適兄曰繼曾祖之宗，同高祖之適兄曰繼高祖之宗。我之高祖，吾父之曾祖，則吾父之高祖於我爲姓別於上，而於是戚單於下矣；戚單於下，斯不同其小宗，所謂五世則遷之宗也。而彼繼別者爲收族之大宗，則一族之人所同於別子之適兄也。尊祖故敬宗，宗之者，兄之也。故曰：宗之道，兄道也。

201 宗之道，小宗率其羣弟以宗大宗之道也，故程氏以兄道釋之。夫惟小宗各率羣弟

以宗大宗，故儀禮喪服曰：大宗者收族者也。蓋宗之道起於尊祖，而主於敬宗，敬宗所以收族者也。尊祖敬宗收族，所以形成一統主義焉。何謂一統主義？唐太子賓客崔沔云：

禮教之設，本於正家，家正而天下定矣。正家之道，不可以貳。總一定義，理歸本宗。所以父以尊崇，母以厭降；內有齊斬，外服皆緦，尊名所加，不過一等；此先王不易之道，其來久矣。（日知錄卷五）

一統主義之本旨，與其影響於服制者，盡於斯言矣。茲列舉數端，以證之。

(A)直系宗親之服——夫宗起於尊祖，直系宗親，祖之所傳重也，不可不示異於喪服。然而親親之道，隆近而殺遠，至尊者之中，又不能無輕重之差。於是直系尊屬之服，爲親親之義與宗道交叉之點。禮大傳云：

自仁率親，等而上之至於祖，名曰輕；自義率祖，順而下之至於禰，名曰重；一輕一重，其義然也。

由此觀之，親親（仁）與宗道（義）爲服制之一經一緯，其迹昭然矣。夫父喪至痛，故服之以至隆；至隆，三年之喪是也。以是殺之至於祖，亦以至尊而加焉，故服期。曾祖之服本小功，以義率之則宜加，以仁率之則序遠，故加之以齊衰，減之以三月焉。

直系卑屬，固無以尊加之理由，然而宗道一統之中，嫡長子所以傳其系者也，不可不加。儀禮喪服，斬衰章：

父爲長子。傳曰：何以三年也？正體於上，又乃將所以傳重也。

吳家賓喪服會通說云：

治絲者經絕則爲斬。父亡而所以屬我者絕矣，然後爲之斬。長子者宗所屬也，長子卒則宗之道幾絕，故父爲長子亦斬。

然則爲曾祖之齊衰三月，爲長子之斬衰三年，皆宗道使然。此宗爲服制所由變之第一例也。

(B) 外親之服——儀禮喪服小功章云：「外親之服皆總也。」外祖父母以尊加而爲小功；從母（姨母）以名加而爲小功。其餘仍總焉。

唐職方郎中韋述云：

若以匹敵言之，外祖則祖也，舅則伯叔父之列也；父母之恩不殊，而獨殺於外氏者，所以尊祖禰而異於禽獸也。（日知錄卷五）

吳家寶喪服會通說云：

服術有出入。妻謂之入；女子子，謂之出。服妻之父母，從於入者服也；服壻，從於出者服也。以出者入者通論之，尊者有祖名，卑者有孫名，親者有父母昆弟名。妻之父母，其親非父母匹也，其等猶之父母也，故不可使有異名；吾之子謂之祖父母，則尊可知矣。甥不可以爲子，其屬猶子也；吾父謂之孫，則親可知矣。姑之子，舅之子，亦謂之昆弟以此。先王所以篤異姓者，視其同姓也。然而服喪不過總者，以不事其廟也。

外親指母黨與出嫁族及妻黨而言。母與妻，入本族之異姓也。女子子，出本族之同宗也。親屬一統於宗道，凡異族皆抑之，所謂 *Mulier est hinc familiae* 「宗系斷自女子」是也。(Maine's Ancient Law, Ch. 5-Agnation) 然而猶爲之服，何也？吳家賓云：

入者其卒重出者其本重。

故從之而爲服耳。

(C) 女子子之服——出入之服，從出者入者而爲服，所爲服者猶爲異姓，殺之至於絕，固宜然也。至於出者自身，本宗屬也，入者自身，歸宗屬者也，豈宜異服？然以一統之故，亦有降焉。茲先言出者，出者何？姑姊妹女子子是也。論姑姊妹女子子之服，可分二端：

(1) 爲姑姊妹女子子之服。姑姊妹女子子與伯叔兄弟子無以異其關係者也，故亦與其服，然以宗道之所存，遂有在室與適人之別。說者曰：

姑姊妹女子子在室皆齊衰親也，而不杖麻屨章舉不見其服。鄭君默識之，於是世父母叔父母條下注曰「爲姑在室亦如之」；昆弟條下注曰「爲姊妹在室亦如之」；爲衆子條下注曰「女子子在室亦如之」；夫之昆弟之子條下注曰「男女皆是」；以爲省文比事例也。然見於三殤之服，獨不一見其齊衰正服何也？女子子年十九猶在長殤之限，年二十則適人矣；故其人雖皆齊衰之親，有爲服齊衰正服之理，而無服之年限，與其虛制服名，不若空之以存其理。經不制服，是其例也。（程瑤田儀禮喪服足徵記九）

然則經不制服，非歧視在室之女子也，存其理焉耳。至其已適人則爲服如左圖。

曾祖所出祖之族		父之姑	從祖姑	從祖姊妹	皆總
祖所出父之族		姑	從父姊妹		
父所出己之族		大功	姊妹	小功	昆弟之女
己所出子之族					己之女 大功
					孫 小功



(2) 女子子爲其宗——女子雖出，其於父母兄弟未嘗異其關係也，然服制主於一統，爲夫之宗有所降，則爲己之宗有所殺，出降之例是也。說者曰：

女子子在室出室之不能同其服，以有出降之例也。出降旁親而不降正親，故女子子適人者爲其父母服不杖期，傳必申明其義，大書特書以曉人曰：「爲父何以期也？婦人不貳斬也。」夫者妻之天也，不貳斬者，猶曰不貳天也，婦人不能貳尊也，故爲父期者其義至大，豈女子子而敢降其父哉。是故正親不降。若夫旁親，出則未有不降者。(同上)

雖然，不貳斬之義，非一統主義之徵歟？茲圖其服制於左。

一曰親服在室同丈夫服出嫁降……	父出嫁期	昆弟大功	姪大功
二曰尊服在室出嫁皆不降	曾祖母	昆弟爲父	
三曰不同小宗服尊者逆降之卑者服報……	祖母	後者	
	世叔父大功	從父昆弟小功	從父姪總

圖說通會服喪

(D) 來歸者之服——宗法一統於男系，故來歸之婦，地位迥殊。禮大傳云：

現於服制之親屬制度

同姓從宗合族屬，異姓主名治際會。名著而男女有別。

何謂名？儀禮喪服傳云：

其夫屬乎父道者，妻皆母道也；其父屬乎子道者，妻皆婦道也。

易詞言之，從諸父而名母，從諸子而名婦是也。惟兄弟之妻則嫌而不可以名焉。故禮大傳云：

謂弟之妻婦者，是嫂亦可謂之母乎？

其制服也：上治諸母，不敢異服；下治諸婦，則降焉；而兄弟之婦，名嫌無服，皆以名治者也。吳家賓云：

上治者，皆如宗之屬，非爲愛焉爾；妻者己之私也，故不可以旁治；婦者子之屬也，故不得以親子之道親之。先王治婦人之道，使之爲母而後成；仁者無不愛，義者尊尊而卑卑，故仁義之道相爲用，仁使之自遂而已，凡先王之道有所立者皆義也；雖有所不愛，不敢以廢名，雖有所私愛，亦不敢以紊名。

以仁義相爲用，故來歸者之服，於親親之所過熱，與夫親親之所不及者，皆以名之義概之，以完成上治旁治下治之功，以發揮宗道一統之義焉。

上	治	同	服	同等名嫌	下	治	異	服
曾祖母 齊衰三月 族曾祖母 總	祖母 齊衰三月 從祖母 小功 族祖母 總	母 齊衰三年 世叔母 從祖母 小功 族祖母 總	妻 期 昆弟之妻 無服	適婦 大功 庶婦 小功 昆弟之子婦 小功	適孫之服 小功 庶孫之婦 總 昆弟之孫婦 總			

(四) 喪服之變遷

喪服以親親爲經，以宗爲緯；親親之義開其源，一統之義成其變；既如上述矣。然而宗法不行，一統主義，因之而益晦。親親之本則，漸脫除宗道之羈維。其間默運潛移，由來既久；洎夫唐代改制，轉化昭然。學者雖守古不渝，力持爭議，徒滋太息，豈障東流。降及明清，遞加改革；迄於今日，回首頓非。茲舉數端，觀其所屆。

## (二)宗親之服之變遷

(A)禮，父爲長子斬衰三年，母爲長子齊衰三年。孝慈錄始改父母爲適子皆齊衰不杖期，與衆子同。父爲長子，喪服傳曰：

何以三年也？正體於上，又乃將所傳重也。庶子不得爲長子三年，不繼祖也。

今宗法旣以世祿廢而久已不行，則長子之傳宗，不若古之重，此所以變服期也。吳家賓云：

長子繼先人之世者也。小祥大祥，宗與宗婦，皆有事焉，父母不同爲之三年，得乎？傳曰：庶子不爲長子斬，豈徒庶子而已。凡非世祿者，則無是服也。故斬之服，爲宗廟服也。後世士大夫無世祿之義，則其爲子服，皆衆子而已。此古今之異也。(喪服會通說)

(B)禮，爲人後者爲其父母期，報無本生世父母。今律於本宗概降本服一等。夫宗之義，不可有二也，爲所後宗服，則不得爲本宗遍服，今均降一等，是破一統主

義也。

(二) 外親之服之變遷

禮，外親之服皆總，外祖父母以尊加，從母以名加，故皆爲小功。唐太宗貞觀中，魏徵等請加舅小功五月，與從母同，舅爲甥猶總。顯慶中，始同從母報，皆小功。今律同。外親加服，以重親親，一統主義，衰微最顯著之徵象也。議之者曰：

儀禮爲舅總，鄭文貞公魏徵議同從母例，加至小功五月。雖文貞賢也，而周孔聖也，以賢改聖，後學何從。竊恐內外乖序，親疏奪倫，情之所沿，何所不至。昔子路有姊之喪而不除，孔子曰：先王制禮，行道之人皆不忍也。子路除之。此則聖人援事抑情之義也。（楊仲昌議）

又唐宣宗舅鄭光卒，詔罷朝三日。御史大夫李景讓上言：

人情於外族則深，於宗廟則薄，所以先王制禮，割愛厚親，士庶猶然，况於萬乘親王公主，宗屬也。舅氏，外族也。今鄭光輟朝日數，與親王公主同，非所以別

親疏，防僭越也。（均見日知錄卷五）

有以知親親之義，勝於宗法之所制矣。

（三）名服之變遷

（A）禮，爲母父卒，齊衰三年；父在，杖期。唐上元元年，武后請父在爲母終三年服，詔依行。開元七年，復舊。二十年，中書令蕭嵩等改修五禮，又請依上元勅爲定。宋以後同。明孝慈錄復改斬衰。自是無齊衰三年服。父在爲母，喪服傳曰：

何以期也？屈也。至尊在，不敢伸其私尊也。

顧亭林云：

爲父斬衰三年爲母齊衰三年，此從子制之也。父在爲母齊衰杖期，此從夫制之也。家無二尊，而子不得自專，所謂夫爲妻綱，父爲子綱。審此可以破學者之疑，而息紛紜之說矣。（日知錄）

易詞言之，一統之義，存乎男尊而女卑。今「升慈愛之喪，以抗尊嚴之禮，」則宗道

衰微之徵也。故吳家賓云：

夫之不足帥其婦也久矣！上元之事，宜其世之皆以爲法也。

(B)禮，婦爲舅姑不杖期。後唐長興中，太常卿劉岳刪定書儀，始奏改斬齊三年。宋以後同。明孝慈錄復並改斬衰。議之者曰：

婦爲舅姑，從服也。婦人者得自屬其夫而已，夫之黨皆從服。今與夫同服，不能使婦於舅姑益親也，而子已卑。傳曰：「婦人無二斬。」不能二天也。今使爲舅者與夫同服，不可之甚也。

蓋婦人之於夫族，相際會以名者也；名則不得自同於其夫，而以親親制服。婦人之地位，抑何可悲。今變而服斬，此義轉化矣。

(C)禮，爲兄弟之妻，及爲夫之兄弟皆無服。唐魏徵等請服小功五月，今律同。記曰：

叔嫂之無服也，蓋推而遠之也。

顧亭林云：

以名言之，既有所闕而不通，以分言之，又有所嫌而不可以不遠；記曰：叔嫂之無服也，蓋推而遠之也。夫外親之同爨猶總，而獨兄弟之妻，不爲制服者，以其分親而年相亞，故聖人嫌之，嫌之故遠之，而大爲之坊，不獨以其名也。

夫以名治者，名嫌則無服，「叔之於嫂，未嘗薄也。」今制服小功，則親親之義勝名矣。

(五) 餘論

大宗小宗，固三代以前不傳之制，封建既廢，原可棄置勿復道。（毛奇齡「大小宗」語）惟其影響所及，喪服之制度遂百變而難齊。喪服者親屬關係之表徵也。雖親親之義，因宗道衰微而漸著，已如上述，而仍未能純歸本則，而一掃情性之流傳。以至今日，親屬間權利義務，在在有特異之徵。察其面目，或與古制全非，考其源流，宗道固猶然潛伏焉。茲於論喪服之餘，略舉數端，藉窺現時親屬制度之消息。



## (一) 家族

自社會進化言之，氏族既衰，家族遂著，疇昔以氏爲歸宿者，今必以家爲權衡。我國宗法行於三代，家亦著自周朝；世祿之除，宗法益晦，此自然之勢也。雖然今日家族制度，仍存宗道之迹焉。

(1) 家之範圍——服制上「內有齊斬，外服皆總」前既言之矣。法律上所謂家，亦同宗之人所組織焉。夫家，共同生活之親屬團體也，求其融合，必重親親。故凡屬一家，恆出一祖，固親親之道所宜然。惟翁壻同家，系非疏遠，較之宗族，或較和親。又若繼子義男，雖非共姓，養恩既重，未忍離居。以故家之範圍，不限宗族，人情所在，理本當然。惟現行法制，尙有歧視者存焉。

(A) 同宗家族，爲家之基本團員。蓋異姓之人，原則上本不能合籍。故戶役脫漏戶口，條律有云：「若將他人隱蔽在戶不報，及相冒合戶附籍，有賦役者杖一百。」注云：「他人者所以別於親屬也。」非親屬者，固無待論；卽爲親屬，非自來不曾分

居者，亦不得隱蔽在戶焉。從可知同宗與合居，爲家族團員之兩要件，親屬入家，必居其一者也。

(B) 養子贅壻，亦可附屬於家，(註一)然與基本團員，終非同等。夫家有家產，家族之所共有者也，家之團員分家之時，得實現其共有權而請求家產之分析，固不待言。然附屬於家之贅壻義子則大不然。去家而歸宗或自立一家之時，不得攜本家財產，共有關係，從此消滅焉。(註二)

(2) 家之存續——宗法全盛之時，『殤與無後者，從祖祔食，』有宗子以祭之，無須人人立嗣，以傳其宗，惟大宗不可絕，須以支子後之而已。宗法既墜，家爲獨立之團體，不有繼絕，孰寄宗禋，於是人人立後，所以傳家也。夫家爲共同生活團體，苟團員尙在，不可遽謂絕家，理所宜然，無庸擬議。然而基本團員之宗族，無後可立，則律例卽稱爲戶絕，以家產歸諸親女。且立後必取同宗，異姓承家，爲律所禁。是無後可立云者，同宗無昭穆相當之人可嗣之謂，而非全體團員盡絕之謂。故異姓團

員雖在，苟基本團員後絕，卽家亦絕矣。是亦宗道影響於家之一例也。（註二）

## （二）婚姻

宗道之影響於婚姻者，試亦舉三例以明之。

（A）同宗共姓者，婚姻不通，其最著之第一例也。禮大傳：『其庶姓姓別於上而戚單於下，婚姻可以通乎？繫之以姓而弗別，綴之以食而弗殊，雖百世而婚姻不通者，周道然也。』庶姓者何？『小宗之所由立也。小宗有四，而與繼高祖之宗所同之姓，則謂之庶姓，庶之爲言族也。』庶姓旣別，屬盡戚單，不相爲服，然而苟共大宗，百世亦不通婚媾。唐律以降，禁令猶存。迄今守而勿失焉，遵周道也。（註四）

（B）婚姻之主婚權，不限於同家尊屬，亦宗法之遺迹也。儀禮士婚記云：『宗子無父，母命之；親皆沒，己命之。支子則稱其宗，弟稱其兄。』蓋六禮以父命行之，無父則以母命使者，無父母則以宗子命之焉，非宗子卽莫能自主者也。後世從之，嫁娶必由父母主婚，祖父母亦有其權，祖父母父母俱無者，旣無宗子，則惟有餘親，故

餘親亦有主婚權。(註五)夫家族制度，原以家爲基礎，主婚若無父母，惟家長尙得爲之，家制然也。今餘親雖不同家，亦可主婚焉，是宗法之遺迹也。

(C) 家族於家產有共有權，而婦女無之。一旦歸宗，一身外殆不能攬取何物，且於夫產無繼承權焉，亦父系制氏族所同然也。

(1) 財產權——禮內則：『子婦無私貨，無私畜，無私器，不敢私假，不敢私與。』財產一歸之父母舅姑。逮及後世，私有財產權漸承認焉，『爲人妻者，得有私產。』衣飾嫁奩，若離異得攜還母家。(註六)惟夫家財產則不然。雖以贈與或其他形式歸屬於妻，一旦改嫁，仍聽前夫之家爲主，不能繼續享有，攜出夫家。(註七)是來歸之婦，不能共有家財；卽令際會之中，得露給養，去宗之後，絕不能有所請求。異姓主名，輕其喪服，影響所在，昭然甚明。

(2) 繼承權——夫死後妻有繼承遺產之權，以爲扶養餘生之給，人情所在，法制同然。惟我國重視宗祧，無子必須立後，無嗣可立，親女承之，未亡人不與也。雖

律例有「合承夫分」之文，仍不過於嗣子未立之時，暫時管理，非能承繼，認作私財也。（註八）

### （二）承繼

現行承繼制度，與宗法立後，雖有不同，然其影響所及，遂大有特殊之點。尤顯著者，女子無承繼權是也。

（A）宗祧繼承——繼承制度之基礎，學說紛歧，以要言之，源於二事：其一為親屬共同關係，其二為所有權制度。蓋（一）人不能獨存，而相依最切者為親屬。親屬之間，共同生活存焉。共同生活之形式，最自然者為家。欲謀家族之維持，必防家產之散佚。於是無遺囑繼承制度生焉。（二）人之生也，莫不有欲，所有權亦私欲之一也。故於所有權內容，則力求發展；於所有權之存在，則力求延長；而其延長之也，又必加諸所愛者之身。於是，有遺囑繼承制度生焉。（註九）然我國維持家族團體生存之方法，獨於宗法溯其源。無子者，須立昭穆相當之姪繼嗣，以延其祀焉。夫立

嗣取同家之姪，猶可以共同生活之理由解釋之也，今舍近親之外族，而求諸遠宗。立嗣取素養之兒，猶可以擬制親子之理由解釋之也，今舍同居之養子，而求諸疏族。（註十）然則非尊祖敬宗之解釋，無所持其說矣。

(B) 遺產繼承——遺產繼承以宗祧繼承爲先決問題，一旦立嗣以承宗，則財產皆屬之矣。宗祧繼承之主義有三，遺產繼承亦大受其支配者也。

(1) 同宗主義——宗祧繼承取同宗主義，故所立嗣子必限同宗，義男女婿雖可酌分遺產，究不能完全承受家財；况酌分云者，須較繼承人應繼之分爲少乎。

(註十一)

(2) 男系主義——宗祧繼承取男系主義，故所立嗣子，必爲男子，女子及其子孫，不能承繼。惟『戶絕財產，果無同宗應繼之人，所有親女承受』而已。

(3) 直系主義——宗祧繼承取直系主義，故所立嗣子，須『昭穆相當』。『卑屬自置之私財，除別有生前處分或遺囑外，當然傳諸其子，而不歸於其親。』若無

子則寧立疏屬而傳其遺產，父母兄弟不與焉。(註十二)

遺囑繼承尙未臻發達之域，無囑繼承以財產不出宗族爲鐵則，疏外而重內之一統主義使之然也。「內有齊斬，外服皆總，」吾人於服制見其徵焉。

(註一)現行律戶役脫漏戶口條律載：「若將另居親屬隱蔽在戶不報，及相冒合戶附籍者，有罰，所隱之人，並與同罪，改正立戶，別籍當差，其同宗伯叔弟姪及婿，自來不曾分居者，不在此限，」是婿可同家之證也。又戶役立嫡子違法條例第二載：「養男女婿爲所後之親喜悅者聽其相爲依倚，」相爲依倚自是同家，是義男爲家屬之證也。

(註二)戶役立嫡子違法條例第四載：「凡乞養異姓差子有情願歸宗者，不許將分得財產攜回本宗。」

(註三)現行律戶役卑幼私擅用財條例第二：「戶絕財產果無同宗應繼之人，所有親女承受，無女者，聽地方官詳明上司酌撥充公。」

(註四)現行律婚姻同姓爲婚條律：「凡同姓爲婚者離異，婦女歸宗，財禮入官。」婚姻娶親屬妻妾

現於服制之親屬制度

條例：「凡娶同宗姑姪姊妹之親，以姦論。」註云：「同姓非同宗也；同姓不爲婚，况同宗乎。」

大理院判例亦屢經宣示，惟外人不得妄行主張其婚姻無效。

(註五)現行律婚姻男女婚姻條例第三：「嫁娶皆由祖父母父母主婚，祖父母父母俱無者，從餘親主婚。」大理院以爲主婚即對於婚姻之同意，未經同意，其婚姻得以撤銷。(四年上字二一八八號)

(註六)大理院民國二年上字第三三號判決有云：「爲人妻者得有財產」又同年第二〇八號判決：「嫁女妝奩應歸女有。」前清嘉慶會典事例：「凡有夫與妻不和離異者，其妻現有之衣飾嫁裝，憑中給還女家。」

(註七)大理院民國七年第一四七號判決：「現行律載，婦人改嫁，夫家財產，聽前夫之家爲主等語，係概括爲人妻者由其夫家承受之財產而言。故無論其形式出於贈與，或其他之權利設定行爲，均應一體援用。」又同判決載：「其立法精神(指該律)在使改嫁之婦不能繼續享有夫家財產，藉以杜絕弊端，而獎勵守志。」云云。



(註八) 司法講習所講義錄四期一號余榮昌承繼編有云「我國法上配偶有無互相承繼遺產之權利，學者間頗有議論。有謂現行律夫亡無子守志者合承夫分之條例，即爲妻得以承繼夫之遺產之明證。而反對之者，則謂該條例不過妻於夫亡未立繼子之時，得代應爲其繼子之人分受其應分之財產，並管理之而已。大理院判例即取後說。愚意就該條例合承夫分句下，即緊接「須憑族長擇昭穆相當之人繼嗣」云云，並該條例前「若無子之人家貧聽其賣產自贖」之規定觀之，自以後說爲較當也。」

(註九) *Miraglia-Comparative Legal Philosophy*, p. 741

(註十) 現行律戶役立嫡子違法條例載「無子者許令同宗昭穆相當之姪承繼，先儘同父周親，次及大功小功總麻，如俱無，方許擇立遠房及同姓。」是舍近親之異姓而立疎遠之同宗也。又同律載「其乞養異姓義子以亂宗族者處罰，若以子與異姓人爲嗣者罪同，其子歸宗。」例載「其收養三歲以下遺棄之小兒，仍依律即從其姓，但不得以無子遂立爲嗣。」是不得以養子爲後，而必立宗人也。

現於服制之親屬制度

(註十二)大理院民國三年上字第六六九號判決載：「義男女婿酌分財產之標準，現行律內既未載及，則依習慣及條理，自應依父母之意思酌分之。」又七年上字六一一號判決載：「義男女婿為所後之親喜悅者，照例本有分受遺產之權，惟須較少於應分人數均分之額。」

(註十三)大理院民國五年一三四八號判決。

# 離婚原因之義絕

陶彙會

一、義絕之本義 二、大理院判例 三、比較與批評

一

現行離婚法制，仍以現行律民事有效部分爲依據。故離婚原因爲何，不得不得於此求之。考現行律戶役婚姻出妻條：「凡妻於七出，無應出之條，及於夫無義絕之狀，而擅出之者，處八等罰。」又載：「若犯義絕，應離而不離者，亦處八等罰。」從可知離婚原因，惟限於下列二種：

(一) 七出——妻方離異原因；

(二) 義絕——雙方離異原因。

315 七出之條，律文詳備，固無疑義之可言；惟義絕之意義如何，該律並未嘗明定，自有

賴於解釋。而解釋之法，歧爲兩途：

第一：義絕之文，采自唐律，故義絕之事例，自可援據疏議，並非限定律文內離異各條。查唐律疏議，戶婚中，妻無七出條，疏議云：「義絕，謂毆妻之祖父母，父母，及殺妻外祖父母，伯叔父母，兄弟，姑，姊妹；若夫妻祖父母，父母，外祖父母，伯叔父母，兄弟，姑，姊妹，自相殺；及妻毆舅夫之祖父母，殺傷夫外祖父母，伯叔父母，兄弟，姑，姊妹，及與夫之緦麻以上親，若妻母姦；及欲害夫者，雖會赦，皆爲義絕。」所舉原因，或爲夫對於妻方，或爲夫妻雙方，或爲妻對於夫方，而夫妻雙方親屬相殺之事由，又與夫妻兩造本人無涉也。

第二：大清律例，戶律，戶役，婚姻，出妻條，注：「義絕者，謂於夫婦之恩情禮義，乖離違礙，其義已絕也。律中未曾備詳其事，而散見於各條之中。其所指義絕者，亦復不同。有於法應離，不許復合者，如所云離異歸宗，仍兩離之之類，卽本條應離不離亦是也；有其事可離，猶許復合者，如所云願留者聽之類，卽本條從夫嫁賣亦是

也。」又同條輯註亦云：「義絕而可離可不離者，如妻毆夫，及夫毆妻至折傷之類；義絕而不許不離者，如縱容抑勒與人通姦，及典雇與人之類。」是出妻條律所謂義絕者，即指各律內離異各條（註一）而不得於各條之外，又引唐律疏議也。

關於第二解釋法，吾人且有間接之證明焉。律例，刑律，訴訟，干犯名義條，律載：「若女壻與妻父母，果有義絕之狀，許相告言，各依常人論。本註：義絕之狀，謂如身在遠方，妻父母將妻改嫁，或趕逐出外，重招別壻，及容止外人通姦；又如女壻毆妻至折傷，抑妻通姦；有妻詐稱無妻，欺妄更娶妻，以妻爲妾，受財將妻妾典雇，妄作姊妹嫁人之類。」亦以散見各條者，爲義絕之解釋。（註二）則出妻條亦有不容濫引前朝律意，以擴張解釋之範圍者矣。

（註一）（一）其事可離，不許復合者，如婚姻出妻條律：「若夫無願離之情，妻輒背夫在逃者，從夫嫁賣。」關於妻妾毆夫條律：「凡妻毆夫者，但毆即坐，夫願離者聽。」又同律：其夫毆妻，非折傷勿論，至折傷以上，減凡人二等，須妻自告乃坐；先行審問夫婦，如願離者，斷罪離異。」（二）於

法應離，不許復合者，如犯姦縱容妻妾犯姦條律：「抑勒妻妾與人通姦者，婦女不坐，並離異歸宗。」典雇妻女條律：「凡將妻妾受財典雇與人爲妻妾者，並離之。」

(註二)參看婚姻逐婿嫁女條，犯姦縱容妻妾犯姦條，妻妾失序條，典雇妻女條各律。

## 二

大理院認義絕爲離婚原因，固不待言。然其解釋方法，頗不明瞭。分析觀之，則似兼從前述兩法。查民國六年統字第五七六號解釋：「現行刑律義絕律文，采用唐律，則義絕之事例，自可援據疏議，並非限定律文內離異各條。」固知其於離異各條外，並從唐律也。然一考諸判次，則毫不受律文及疏議之拘束焉。茲略舉其例如下：

(一) 現行律鬪毆妻妾毆夫條，「凡妻毆夫者，但毆卽坐，夫願離者聽。」然大理院判決，則妻毆其夫，必至足以證明不堪同居之虐待者，始准離婚。僅一度之毆傷，則尙不能離異也。(註一)

(一) 同條又載：「其夫毆妻，非折傷勿論，折傷以上，先審問夫婦，如願離者，斷罪離異。」故「夫毆妻至折傷以上之程度，其妻請求離異，應即准其離異。」(註二)然民國五年上字第一〇七三號判決又謂：「所謂夫虐待其妻，致令受稍重之傷害者，實以傷害之程度較重，足為虐待情形最確切之證明之故。如其毆打行為，實係出於慣行，則所受傷害，不必已達到較重之程度；既足證明實有不堪同居之虐待情形，即無不能判離之理。」則是謂毆打不至折傷者，若足以證明不堪同居之虐待，亦可為離異原因也。

(二) 前列二例，或擴張律文之解釋，或從而限制之，皆不外以義絕為裁量之標準而已。(註三)然此猶根據律文者也。尙有純以義絕為理由判予離異者，如所謂重大侮辱是。民國五年上字第一〇七三號判決：「夫婦之一造，因受他造重大侮辱，而提起離婚之訴者，一經查明實有重大侮辱之情形，自應准其離異。」至何者為重大侮辱之情形，則判決上亦不乏其例。如民國六年上字第一〇一二號

判決：「夫之於妻，如有誣姦告官之事實，則行同義絕，應認爲重大侮辱，准其妻請求離異」是也。（註四）

（四）即顯然以義絕擴張律文之應用者，亦有其例焉。如三年上字第四三三號判決：「本夫抑勒其妻價賣爲娼者，較之抑勒通姦，典雇爲妻妾，及賣休之情形，尤不可恕。依當然之條理，類推之解釋，自在應離之列。即圖賣未成，確有證據者，亦爲義絕，自可據以離異」是也。

綜而觀之，離異各條，實不外證明義絕情形之事由。故與各條無關，或與各條出入之事由，若亦可證明義絕者，自不妨亦判離婚。則離婚原因之義絕，其應用不可謂不廣矣。

（註一）大理院七年上字第二六四號判決：「夫婦一造，如果受他造不堪同居之虐待，雖應准予離異，惟因一時氣忿，偶將他造致傷，而事屬輕微者，自不能遽指爲不堪同居之虐待。」其批評

見法律評論第十七期宋企弘論文。



(註二) 民國六年上字第六三四號判決。

(註三) 民國七年統字第八二八號「查妻受夫不堪同居之虐待，應認義絕，准予離異，本院早有判例。」是以義絕為裁量標準，而變更律文之證明也。前揭宋君論文，未見及此。

(註四) 關於此點，尙有二例：(一) 妻助人誣告其夫，確實有據者，認為義絕。(九年統字一一〇三號解釋) (二) 夫對其妻之父母虐待，或加以重大之侮辱者，應認為義絕，亦應准其離異。(七年上字一五〇號)

### 三

義絕之解釋，雖頗為寬廣自由，然大理院之解釋，以為判決離婚，仍須有法律上離婚原因焉。(註一) 但所謂原因之限定者，標準何在，吾人歷觀右述，又不能無疑。乃求諸外國民法，則知所謂義絕者，經判例擴張解釋後，恰可與所謂「離婚之相對原因」相當也。

各國民法，雖恆采限定離婚原因主義，然離婚原因之中，亦恆有不能確定其

意義者存焉。試舉二例於下：

(一) 法蘭西民法第二三一條所規定之離婚原因，爲 *exces, sévices, injures graves*。依羅克列氏之解釋：*exces* 爲概括的用語，凡足以累及人身之安全之一切行爲，自謀殺乃至輕傷，皆包括焉。*sévices* 爲情節較輕之虐待行爲，雖不致危及生命，然通常實難忍受者是也。*injures-graves*，則凡足以影響受之者，人格名譽之行爲文字或語言皆是也。(註二)

(二) 日本民法第八一三條所列不堪同居之虐待及重大侮辱，其意義亦不能確定。爾來判例，復極力擴張其解釋。甚且不問有無侮辱之意思，若有重大之事由，如夫之姦通者，亦認爲離婚原因焉。(註三)

德國民法，更進一步。其第一五六八條，即規定所謂相對離婚原因者也。「若一造違背婚姻義務，或爲不誠實，不道德之行爲，致紊亂婚姻關係，而達於不能希望繼續婚姻生活之程度者，他造得請求離婚。」則其中情形，更無限定之可能矣。

虐待勿論已；即拒絕交搆，亦有解釋爲離婚之理由者。（註四）瑞士民法第一三九條：「若已婚之人犯一定喪恥之罪，或爲不誠實之生活，致婚姻關係無望繼續者，無過失之配偶人得請求離婚。」亦相對離婚原因之規定也。

德國民法所謂相對離婚原因者，雖有廣泛之意義，然其認定之事例，仍以歸責於夫婦一造之行為爲標準。瑞士民法，更有進焉。其第一四二條規定：「若婚姻關係遇有重大破壞，致不能希望繼續者，配偶人之一造得請求離婚。」是夫婦之間，苟不能繼續婚姻生活，則不問其原因如何，皆得離婚也。純自當事人間客觀狀態而認定離婚之必要，誠爲急激之立法。奧國民法第一一五條，亦認配偶人間之「不可克制之瞋恨」爲離婚之原因焉。美國華盛頓州，則並不限定離婚之原因，若法院認爲應離者，即可下離婚之判決也。（註五）

諸威婚姻法第四十二條：配偶者不和，致配偶者兩造及其子不能繼續婚姻關係者，國王得因配偶者一造之請求，與以別居許可書。第四十三條規定：「配偶

者受別居許可書後，一年間別居，而仍不回復婚姻生活者，國王本於兩造之請求，與以離婚許可書，實行離婚。其別居至二年以上者，配偶者一造得請求離婚。則直以不和爲原因矣。不過爲謀夫婦之和解計，不經判離，必俟和解不能，始許離婚焉。則又較華盛頓及瑞士諸法，程序尤爲矜慎也。（註六）

綜觀上述，吾人得結論二：

（一）承認離婚制度之民法，所舉離婚原因中，必有不能確定意義之原因，甚且竟以「不和」爲相對原因焉。其僅列不確定意義原因者，必有廣大範圍之解釋。其竟列相對原因者，亦非不承認兩願離婚之制焉。（註七）

（二）承認相當離婚原因之民法，有仍自當事人主觀行爲認定之者，有純由當事人客觀狀況認定之者。而皆以不能繼續婚姻生活之程度爲標準。苟達於此程度者，經裁判者認定之後，即許離婚焉。

自第一結論言之：離婚之事，因社會進化則益多，非復法律所能制；法之職責，

在使可以繼續婚姻生活者，不致率爾離婚，如是而已。然而破壞婚姻生活之原因，與時俱進。「人莫不欲爲所欲爲，而刺激吾人之情感者又日多，吾人之性情，因而益難克制。密切相處者，遂易生決絕矣。故婚姻關係之敵，非特不法衝動而已，兩造之性情，尤爲危險焉。」（註八）伯來士固慨乎言之矣。則相對原因之認定，又豈偶然。

自第二結論言之：社會中離婚之風過熾，固足深憂。然婚姻之事，要本於當事者之意思，所謂「聯之以恩，合之以義」者，苟以此始，亦以此終焉。法之所期也。然丁茲狀況複雜之社會，組織渙散之家庭，怨苦之生，法又何能爲力。法之所慎，慎始焉爾。苟必限定歸責一造之事由，始許離異，又豈能盡當事者之情乎？

夫致憂慮於離婚者，其最大理由，不外二端。（註九）子女之遺棄可傷，家庭之渙散足慮，是也。然如諾威法所定，因夫婦不和，致婚姻生活之繼續不利於子者，亦將以保護子女之理由維繫之耶？又如瑞士民法所定，夫婦之間，已生重大之破壞，

致婚姻生活之繼續不利於家庭者，亦將以鞏固家庭之理由維繫之耶？

現行律所謂義絕者，其定義已如前述。（註十）即自判例言之，其認定事例之法，已極廣泛無垠。蓋（1）某種事由，可證明夫婦之義絕；（2）而義絕者應離；（3）故該事由即可為判決離婚之根據。此自然之推論也。自此推論觀之，義絕為現行法律上相對離婚原因，實無庸疑。然大理院於此推論之中，又從而為之限制焉。限制之界標，頗欠明瞭，姑置無論；即充其所欲，亦不過以民律草案第一三六二條為借鏡。民草此條，固出日本民法者也；日本判例之解釋，方極力擴張其範圍焉；顧我大理院猶引為無意識之拘束，是吾人苦思而不得其解者也。

綜括言之：判例解釋之方法如彼，各國立法之趨勢如此，故吾人所期望者有二：

- （一）大理院既認義絕為相對離婚原因，即不必限制其解釋。
- （二）將來立法，應從德瑞之例，設相對離婚原因之規定。

(註一)大理院民國七年統字八二二號解釋。

(註二)Loché, quoted by Kelly-Bodinton, French Law of Marriage, p. 122.

(註三)日本法學協會雜誌第四十卷第三號穗積重遠博士「現於判例之離婚原因」論文。

(註四)Roguin, 比較民法研究婚姻篇第三一八頁。

(註五)Howard, 婚姻離婚法制報告書第三冊第一三五頁。

(註六)日本國家學會雜誌第三十六卷第二號穗積重遠譯註諾威新婚姻法。

(註七)諾威新婚姻法第四十一條,仍認協議離婚之制,但受別居許可書之先,應由勸解所或當地

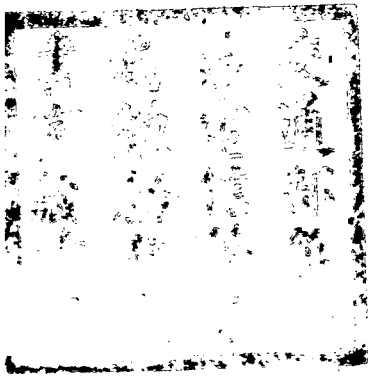
牧師和解之。又國家學會雜誌穗積氏前揭論文,有下列之言論:「協議離婚,若為最合理之離婚,必也出於兩造之自由意思然後可。徒為一紙之呈報,則協議得以強制為之;且可於親友不知之間行之焉;甚至妻且不知,而離婚已經呈報矣。我民法之離婚制度,不能擔保嚴重與自由意思,是不無商榷之餘地也。復次,第四十二條認相對的離婚原因,與德國民法第一五六八條類似。然德國民法所謂相對的離婚原因之婚姻關係之紊亂,」須由於配偶者一

造之義務違反或不道德，即含有過失主義之主觀要件也。諾威法則直以「不和」之客觀狀態爲已足，其狀態之發生原因如何，不問也。吾人希望我民法由主觀主義進於客觀主義，故於諾威新法特感興趣焉。

(註八) Bryce, 歷史與法學之研究第二冊第四六三頁。

(註九) Ellwood 社會學與社會問題第八篇參看 Hayer 社會學第三十六篇參看。

(註十) 指前述律例出妻條註所爲之定義。





中華民國十七年十一月初版  
中華民國二十三年三月  
第一版

(二三九一)

學藝刊法制論叢一册

每册定價大洋玖角

外埠酌加運費匯費

著作  
中華書局

發行所  
上海河南路  
商務印書館

發行所  
上海及各埠  
商務印書館

\*\*\*\*\*  
版 翻  
權 印  
所 份  
有 份  
\*\*\*\*\*

一六九四上

陸

58  
for 47

