

正負法論

辨證法的

法律學方法論

居心



景善著

辨證
法的

法律學方法論

一名

正負法論

正負法論

上海圖書館藏書



A541 212 0010 5504B

廣州平民書店發行

一九三六，五，一。

序

法律之史的發展，係依着辨證法而進行，一般辨證唯物論的社會學者已經不少說明了。法律之本質，係依着辨證法而存在，此原則雖包含於辨證唯物論之中，可是從來沒有人道破。Verdross首先指出矛盾法之存在。但他不是站在辨證唯物論之立場，所以到底不能發見矛盾是法律的本質，法律之固有性，而僅僅視爲偶有性。所以他發見矛盾法，不過拙射之偶然命中，而非邏輯之必然結論。我之發見矛盾法，乃應用辨證法研究法之必然結論。這是我與Verdross不同的地方。

我本來受業於Kelsen, Verdross。當我回國之初，大抵本着他們的學說，「邏輯法論」來講學。至民國十五六年受着廣州武漢革命環境之影響，對於辨證唯物論漸漸發生信仰。民十八九年，爲政治犯，逋逃于香港上海，益潛心研究辨證唯物哲學，然而法律學說方面，業師之流風餘韻尙未失其支配力；於是時：感到自己思想系統之矛盾。民十九受成都

大學之聘，教授國際法學，便自發生一大疑問：將仍以邏輯研究法爲演講之根據麼，則不特不能得到自己思想系統之統一，而且對於許多國際法學理上問題不能解決。躊躇者久之。

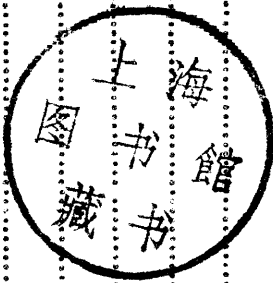
忽然乃大覺悟：覺到用唯物辨證法來說明法律，是我的唯一任務。然此乃破天荒之嘗試，世界任何國學者未嘗替我們披荆斬棘。於是窮半載之力——從十九年六七月至十二月——彈思積慮，而後漸漸證實此臆說。於是試依此方法解決國際法問題，皆迎刃而解。進一步更用此方法研究其他諸法律，皆可觸類而通。於是乃毅然嘗試創造此辨證法的法理學。民二十，用此法在成大講演國際法及其他法律。其後更綜合以前研究之結果，在暨南復旦諸大學講法律哲學，未竣而輟。爲欲早日聽各方之批評，先將講義第二篇法律學方法論付印，以期引起各方正負之言論，而使此學得以早日達於成熟。

辨證法法理學之產生，乃帝國主義沒落時期必然之產物；而其誕生於一個「苦力」民族內，尤非偶然。以著者之淺薄，其嘗試容可失敗。然此學之成功，必隨世界無產階級之發展而操左券，這是無可疑的。辨證法法理學之成立，不過世界無產階級之法律鬥爭在思想界之反映，並不是某一個學者思想上之創造。

著者，二四，七，一四。

目錄

目	錄
一、引論	三
二、近代法理學產生之背景及其根本謬誤	三
自然法學	三
現實法學	五
分析法派	六
歷史法派	七
社會法派	〇
理性法派	〇
法律根據論——意志說與法律意識說	一四



1614964

方法論·····	一六
目的法學·····	一七
因果法學·····	一七
概念法學·····	一八
純粹法派·····	一八
辨證法·····	二二
矛盾法·····	二三
三、創設一個辨證法的法理學之嘗試·····	二五
聯繫互動律之適用·····	二六
矛盾發展律之適用·····	二六
矛盾合一律·····	二六
矛盾法論之主要定律·····	二七
定律在民法上例證·····	二七

定律在勞工法上例證	二八
定律在刑法上例證	三一
定律在憲法上例證	三二
兩重政府——兩重法律	三五
定律在國際法上例證	三九
否定的否定律	四二
潛變突變律之應用	四三
四、結論	四四
附錄——罷工權在國法上發展	四七

(一) 引 論

法律關係是社會之上層建築。社會之基礎即生產力與生產關係已經發展到帝國主義沒落時期之階段，當然法律關係也跟着發展到這個形態。一面舊的資本社會底法律規條 (Class of law, Rechtsätze) 恍惚還在開其燦爛之花，而他方反對的矛盾的反資本社會的新的法律規條又同時滋長着，同它對峙起來，大有道高一尺魔高一丈之勢。尤其法律學是鍛鍊法律觀念 (Rechtsidee) 與辯護法律關係的社會的時代的工具，他必然要跟着社會生產關係向上發展。

自十七世紀以來，從自然法學派起所謂近世法律學，都是資本社會的法律學。這些法律學在過去各個時代已經盡了他們相當的使命，已經替他們時代底主人辯護過他們底壓迫

的與榨取的生產秩序；而且隨時進步，隨時改善，以緩和反對的新興階段的感情與反抗了。到了二十世紀帝國主義沒落的時期，新興的階級之勢力已經快要代替舊勢力掌握世界統治的時候，那舊的法律學在他的根本存在條件——資本制度——之下已經到了無可改善無可進步的情況了；他的一切教義，便與社會意識表現着根本的矛盾。於是他的『曲學阿世』之伎倆和『向壁虛造』之妄想便完全在這個矛盾之下暴露出來；他不特對於人類社會進化無絲毫利益而反爲進化的障礙物。在這個時候，我們再用不着什麼自然法學，歷史法學，社會法學，理性法學種種形形色色的資產階級的帝國主義者的法學了。我們要站在被榨取階級之立場站在被壓迫的『苦力』民族的立場上，創造一個新的足以推進人類社會進化的鼓舞被壓迫民族與被榨取階級之革命意識與感情而堅定其革命的信仰的一種法律學，這種法律學便是我以『苦力民族』——這是帝國主義者給我們中華民族的一個切當的徽號雖然他們存着一個輕侮的觀念——的一份子來嘗試創造的『辯證法律學』，將現行的種種矛盾的法律關係，放在辯證法的基礎上來研究的。

(二) 近代法理學產生之背景及其根本謬誤

在說明我們『辯證法律學』具體的提案以前，我們先要把近代法律學說作一鳥瞰，把他們之矛盾，曲解，玄想，和他們發生之時代背景，逐一指示出來。

近世之法律學說可以大別爲自然法派 (Naturrechtsschule; School of law of nature) 與現實法派 (Positive Rechtsschule; School of positive law; Positivism)。而後者又細別爲(一)分析法派 (Analytische Schule; Analytical school)、(二)歷史法派 (Historische Schule; Historical school)、(三)社會法派 (Soziologische Schule; Sociological school)、(四)理性法派 (Vernunftrechtsschule) (五)邏輯法派 (Formale Logismus) 或純粹法派 (Reine Rechtslehre)。

自然法學 發生於十七世紀，爲資產階級進行革命時期之法律學說。因爲歐洲十五六世紀之封建的末期，非經濟的剝削關係仍然存在，財產權還沒有確實的保障，故代表資產階

級之學者便造爲『天賦人權』之說，對於國內專制候王，要求新興資產階級之解放，要求政治上自由，要求財產權神聖；而英人假名 Junius Brutus 之暴政抗議 (*Vindiciae contra tyrannos*, 1579), Locke (1632-1704) 之民政兩論 (*Two treatises on civil government*, 1680), 與法人 Rousseau, (Jean Jacque, 1712-1778) 之民約論 (*Le contrat social, ou principe du droit politique*, 1762) 便是代表的名著。他方新興工業國家——即某地域或某民族之資產階級——爲要求海運之自由與民族的生產秩序自己支配的自由，對於國外海上豪霸（如西班牙葡萄牙）與陸上豪霸（如路易十四時代的法國）提出抗議；於是在荷蘭有 Grotius (Hugo 1583-6145) 之海洋自由論 (*mare liberum sive jure quod Batavis competit ad indiana commercia*, 1609) 在日爾曼有 Pufendorf (Samuel, 1632-1694) 之自然法及萬民法 (*De jure naturae et gentium*, 1672)。他們的主旨便是反抗當時封建的秩序，所以提出一個超然的「自然法」來對抗「現實法」(*Positive Law*)，說道自然法起於國家組織以前，存於人類自然狀態之上或包含於理性之中，有超越時間空間的普遍的價值，有比各國現實法更優卓之效力，甚至說現實也只在法與自然法適合時才有效力，否則人民可以不必服從。像這樣橫衝直撞獨往獨來視

當時封建社會現實法律如無物底一種新法律觀念，的確是資產階級民主革命的唯一武器。他們竟然在這個法律學說影響下得到了完全勝利。

等到一約十九世紀初業一資產階級政權穩固以後，這個煽動革命的法寶反變為他自己的危險物了。因為在民主革命當中，無產階級也與資產階級同時由「身分」Stand 的區別解放出來了（法律之前人人平等）。而且資產階級往往利用無產階級去打先鋒——如與封建階級巷戰之類，愈使無產階級的氣燄繼長增高。資產階級可以利用自然法來反抗封建階級的法律，難道無產階級不可以同樣利用自然法來反抗資產階級的法律麼？所謂以子之矛攻子之盾

• 這樣自然法便變為資產階級背上芒刺了。

資產階級為防範這個危險物之再度爆發，所不得不急急提出一個反對的新的法律學說：為代替那個破壞現實法律的觀念，便提出一個遵守法律的觀念；代替那革命的法律觀念，便提出保守的法律觀念；這便是所謂

現實法學。從這新學說的觀點來看，自然法並不是法律，只有現實法纔是法律。自然法不過是一個空想，至多也不過一個理想罷了。其實自然法的確是一個空想，一個騙術。

自然法論與其說是科學的理論，無甯說是一種宗教的信條，所以鼓舞民衆狂熱地向封建階級實行革命的一個手段。自然法之最大謬誤在以下二點便可以見得：——（一）自然法係離開社會上或歷史上事實而存在，其唯一根據只在於人類理性，無論說此理性係出於人類之自然狀態（如康德以前自然法派之所主張）抑或說此理性係出於人類心靈（如康德之所主張）都不免流於空洞而苦於量度。其結果必至「一人一義，十人十義」。法律之最大目的，是要把一切時時刻刻變動的人類相互關係相對地固定起來。若果「十人十義」，漫無客觀的標準，還成什麼法律？所以自然法論之「自然主義」與「理性說」都與法律之本質根本矛盾。（二）自然法係超於時間空間而普遍地存在，一成而不易，此點與人類實際生活絕不相容。人類所需要的法律，必需適合於一定時間與一定社會之特殊情形；缺乏時間性與空間性等具體內容底法律於人類生活一無所用。自然法本身既然有這一大缺憾，資產階級的學者便可以乘間抵隙得而甘心。自然法從此就送入墳墓去了；資產階級反動時代之法律學說——現實法派——從此一躍而獨霸法學講壇了。

分析法學

便是工業先進國——英國——資產階級對無產階級戒嚴的學說。Austin (John

1790-1890) 說：「法律是主權者之命令」，「憲法亦成爲法律」(1)。他對所有自然法論立法論及一切哲學的倫理學的見解，統統排斥，而以爲法學家之任務僅僅在於分析現行法律之因素而演繹其義：質言之，不過爲主權者——自然是議會主權——之命令作注疏罷了。這是維持舊秩序之最頑固的態度。此派可稱爲英國之傳統法學，也正是英國資本主義之反映。至今還有不少學者頂着他們的老招牌，如 Holland, Pollock。

歷史法學 是德國資本主義之反映。德國資本主義發達較晚，德國資產階級勢力不如英國資產階級之雄厚，所以不得不與舊封建勢力和對地妥協。歷史法學反對自然法論之「統一性」與「普遍性」，一方面固然爲德國意志封建諸侯辨護他們的割據，他方也是爲德意志民族資產階級抗議法國資產階級之侵略。所以拿破崙由德國敗退之一八一四年，即成爲德國歷史法學派之紀元。是年 Heideberg 大學教授 Thibaut (1772-1840) 著「德國一般民法法典之必要」(2) 一書，主張共通法典之編纂爲德國民族統一之前提。柏林大學教授

(1) 見法學範圍論 The Province of Jurisprudence Determined, 1832.

(2) Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches fuer Deutschland

Savigny (Karl Friedrich, 1779—1861) 著論 (1) 駁之，謂法律乃可以「成立」(自然發達之意)之物，而非可以「造作」之物。Thibaut 持自然法論，Savigny 主歷史法說。因為當時 Baden 國隣近歐洲工業中心地 (萊因 Rheine 流域)，得風氣之先，Thibaut 代表南方急進的資產階級，故要求絕對的統一。反之普魯士工業發達較晚，封建勢力尤大，Savigny 代表北方緩進的資產階級，故不憚遷就普魯士王室而與之妥協。總之，在當時工業落後之德國，含有革命性的法學還是要推自然法派，歷史法派到底不能不算做反動的學說。

但是從別一方面看——離開政治之見地而純從法律研究方法着想——則歷史法派也有他的特別功能。他不特認定現實法律一點脫去了自然法派之空想，而且認定法律係民族歷史發展之結果，發見法律之「動性」，首先從「動」的方面研究法律，更是比分析法派進步的地方。

然而歷史法學到底是資產階級的法學，他一到了發明「法律是變動的」這個原則之後，他的進步便到了盡頭之處，他再不能越雷池一步了。法律其實不止是變動的，而且是矛盾的。而且他的變動之根源就在於矛盾。只看見法律之變動而不看見法律之矛盾，便是根

(1) *Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (立法及法學上之先務)

本沒有懂得法律變動的眞意義。然而一旦要了解法律之矛盾，就非了解「階級鬥爭」不可；因爲法律之矛盾完全建築在階級鬥爭之基石上面。可是這樣露骨的研究自然不是資產階級學者所樂於從事的。

在國際法方面，英國之歷史法學派發達更早。但完成之功則在於德國學者。在這裏值得說明的，就是英國十七世紀以來之歷史法派在國際方面也自有其特殊之意義。因爲當時英國以海軍霸占北海，荷蘭工業資產階級欲打破英國海上特權，以便利其海外貿易，所以有 Grotius [海洋自由論] 出現，而自然法實爲其武器。英國資產階級欲保其海洋獨占利益以排斥荷蘭資產階級，故 Selden 拿閉海論 (mere clausum, 1635) 來答復他，而其立腳點便是歷史法學。同時英人 Zouche (1590—1640) 亦以歷史法派爲國際法名師與 Grotius 正復旗鼓相當。在這個英荷對抗之形勢下——從政治之見解說——我們又不能不推荷蘭之自然法國際法學是革命的，而英國之歷史國際法學是反動的。因爲荷蘭人所爭的是資產階級所需要的營業自由交通自由，而英國尚多少保留十一世紀以來海洋封建主義之色彩。可是從純粹學理方面說，則英國人是較科學的，而荷蘭人較空想的。

歷史發展到十九世紀之末頁與廿世紀之初，無產階級勢力日見澎漲。社會秩序之崩壞岌岌如在目前。資產階級再不能用從前那樣的頑固態度來應付這新局面。於是分析法學派之冷酷的鉄面孔一變而為

社會法派 之妖媚可人；由歷史學派之道貌孳然的老古董一變而為

理性法派 之時髦入俗。首先說到法律之本質，便拿甚麼「能合意欲」*das verbindende*

Wollen (Rudolf Stammler, Feb. 1856)——理性法派(1)甚麼維持「社會連帶關係」*solitarie sociale* 必要的規律 (*Disziplin*)——社會法派(2)來代替「主權者之命令」，想把階級之對抗融和於所謂「社會連帶關係」所謂「能合意欲」等等神仙境界之中。更拿甚麼「公職論」*le service public*

(1) *Stammler, Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft.*

(2) *Traite de droit constitutionnel.* 社會學派之純正代表——著者之意見，以為「應推 Duguit。德國之 *Chorke, Jellinek* 雖然應用社會心理學來說明法律，却都帶了很濃厚的歷史學派色彩。因為他們講到法律根據，都不能離開「國家意志」*Staatswille*。這本來是歷史派之道地本色哩。美國著名的社會法派學者 *Pound* 也同樣地脫不了盎格魯撒遜法學家的色彩——分析派的色彩，所以他說：「規則何自來？其大部份來自主權者的意志，而經過立法機關的建議及通過」。又說：「法律在近代社會中具有幾個特性……第一命令的特性……第二威嚴的特性……第三制裁的特性」(見雷譯法學肄言十七至十八頁)。所以都不能算做社會法派之代表學者。

爲資產國家存在之辨護(Darwin)；拿什麼「正當法」(das richtige Recht)與「純粹共同態」(die reine Gemeinchaft) (1)或社會全體利益(2)以爲招降無產階級之餌誘；在具體制度方面，積

(1)「在社會實際，我們要拋棄主觀主義。社會一個分子主觀的要求或否認，斷不能作爲「能合意欲」之最高法則，拿來拘束社會多數分子。我們必要注意到社會之「純粹共同態」。所謂共同態，斷不是由某個分子的意志內容，一個單純的手段，可以冒充的，却要由自由意志的人類共同社會構成的，才合正軌」——Stammier, Rechts und Staatsleorien der Neuzeit, S. 48.

(2) Jhering (Rudolf, 1818—93)係首倡社會利益之法學家。有許多理法學家把他同 Bentham 獨立列爲一派，稱功利派 (Social Utilitarians)。其實功利派不過社會法派之先驅罷了。因爲法律學派之分類，係拿「方法論」做主要標準。功利主義在法學上並不是甚麼一種特別的方法論。他的方法論主要就係在於把法律學當作一種「目的科學」來研究，而大倡所謂「目的法學」「利益法學」之說 (Der Zweck ist der Schoepfer des ganzen Rechts, Jhering, Der Zweck im Recht, 1877)；這種方法論就是社會法學之基石。不過功利派之研究，尙未能脫離理性哲學之窠臼，至社會學派始應用社會學之成績，加工於功利派所奠之基石上，而後成爲偉大之建築物罷了。Bentham 主張個人功利主義，似乎與社會學派不相侔。不知「方法論」才是法理學派分類之主要標準已如前述。若是篤守這個標準來判斷，把別的「偶有性」放在次要之列。則 Bentham 之說，應視爲社會法學派之先驅者，自無庸疑。不過 Bentham 實在不能算做一個成功的法理學者，他僅僅是社會學派方法論之嘗試者，同時他又是一切現實法派之先驅者，因爲他最先肯定：「法律係由於依據國家實力處罰犯罪者之威嚇而實行之國家命令」。這一條定義特別是構成了分析法派之基礎觀念。可是分析法派之「方法論」根本與 Bentham 不同：一個是「觀念法學」，一個是「目的法學」，前者注重「立法論」，後者注重「現行法論」，分析法派有時甚至排斥「立法論」於法律學之外，其方法論之相反者有如此者。

極地如甚麼「弱者保護」，「自由法」，「無過失責任」，「處分權限制」，「契約自由之調節」，「權利濫用之制裁」等等一些「溫和政策」之提出，消極地如指摘「奴隸制度」，「一夫多妻制度」及「專制政體」為不正當法，以掩飾資產階級之狎獗面孔，而緩和無產階級之反抗。總之，在不根本危害資本制度之限度內，這兩個新法學派還可以代表他們底主人接受無產階級之要求。不過要注意避免階級對抗的概念而用全體社會利益或社會連帶關係名義來宣佈這個過程罷了。

同時在國際方面因為資本主義發達之結果漸漸有成為國際間獨占資本主義超帝國主義之勢。分析派與歷史派之支離破碎的法律觀念也不足以應付此新局勢。因為分析派之根本法律觀念在於各國之主權，歷史派之根本法律觀念在於各民族之固有精神。在資本主義新興時代，各民族的地域的幼稚的資產階級為要求由封建的「羅馬教皇的神聖羅馬帝國的最後法蘭西 Bonaparte 王朝的」世界主權之羈束下解放出來，自然那「國家主權論」與「民族精神論」是很有用的工具。然而他們一方做了資產階級解放的工具，他方又必然的成為資產階級發展之障礙物。因為資產階級一方「在幼稚的時候」要打破封建的世界主權，他方

——在發展到最後階級的時候——又想建立他自己的資本的世界的主權。分析派與歷史派把世界全部法律系統切成許多不相連屬的獨立的片段，把每一片段拿來放在對峙的不可侵的各國主權或互相排斥的各民族精神之模型裏，這些學說論理的結果，不特使最强的帝國主義資產階級侵蝕那次强的帝國主義資產階級爲不可能，甚至一般帝國主義者對於弱小民族之侵犯與榨取，也不能不謂爲與主權論及民族精神論有所抵觸。爲帝國主義者辨護他們無厭之貪慾，於是有Duguit之「國際法律意識論」[conscience juridique internationale，有Stammer之「世界法說」das Weltrecht(1)]，把那十九世紀以來權威的學說所謂「國家意志說」——可憐的幼稚的資產階級爲其割據販路與割據榨取剩餘價值之地域範圍之事實而作的一個頑固的辨護狀——驅逐出於國際法學講壇之外了。更深刻的，有匈牙利學者Felix Somló之「列強協調說」Konzert der Grossmächte (2)代表歐洲帝國主義者之分贓的思想；美國學者Robert Lausning之「真實的世界主權論」[Real world sovereignty(3)]代表最有權威的北美帝國主義之獨占思想。

(1) Theorien des Rechtswissenschaft, 1991.

(2) Juristische Grundlehre, 1917.

由分析派歷史派以至社會法派理性法派——雖然他們很自誇爲反自然法派之玄想，而其實——他們的法律觀念都一樣免不了「向壁虛造」之玄學的氣味。他們的法律根據論雖然有種種形形色色的變化，概括起來可以分爲二說：——(一)意志說 Willenstheorie (二) 法律意識說 (1) 或法律確性說 Rechtsbewusstseins- oder Rechtsüberzeugungstheorie.

指出這兩種法律根據論之謬誤，我們不妨借用 Alfred Verdross——一個邏輯法派國際法學者——之論調：——「不論『國家意志』*Staatswille* (分析派歷史派) 與『世界意志』*Weltwille* (社會法派理性法派) 都不配做『法律之後台老板』(Träger des Rechts)。因爲實際上祇有一定人類之意思表示。若不是預先假定有一個法律規條；把一定人類行爲認作國家行爲或世界行爲，把這人類行爲寫入『國家』或『世界勢力』之眼鏡上，假定沒有這樣一個前提之存在，則人類之意思表示到底不能算做國家意志或世界意志」(2)。

(2) *Notes on Sovereignty*, 1931

(1) *Stammlos* 之「能合意欲說」，其本質與 *Legalis* 之「法律意識說」實係同一；不過一個由哲學方面說明，一個由社會學方面說明罷了。

(2) *Die Einheit des rechtlichen Volkswilens*, 1933, S.10.

「世界意志」之先；國家或世界意志決不能爲法律之根據，倒過來，法律却才是國家意志或世界意志之根據。至到法律意識說，雖然可以免了像意志說那因果倒置的毛病。可是他並不能說明這法律意識——特別是國際法律之意識——與現實法律規條之合法的聯繫。這一點便證明他們拿來做研究對象的，並不是那依着一定外形而發展的「經驗的」法律，却是錯拿了「一種主觀的」心靈狀態」；所以他們到底不是在研究法理學 Jurisprudence 而實是在研究羣衆心理學了(1)。

Verdross 批評意志說是很對的。可是一到批評法律意識說便要陷入模糊曖昧之境了。法律意識說爲甚麼不能說明這法律意識與現實法律規條之合法的聯繫？這不是 Duguit 輩不如 Verdross 之聰明，實在因爲法律意識說指的是「人類」之法律意識，這又是一個空想。其實普遍的人類法律意識是不會有的；實際只有矛盾的階級法律意識。想拿那事實上不存在的普遍的人類法律意識來說明法律根據——我可以說——不特 Duguit 等辦不到，就 Verdross 自己也不會辦到——雖然他曾經努力嘗試，結果還是失敗的(2)。

(1) A. de O. S. 74

人類法律意識說與意志說(包括國家意志說與世界意志說)一樣是一種擬制。Fiktion 資產階級爲掩藏階級對抗之事實，不能不造出種種欺騙的玄學：把地域的統治者，經濟利益榨取的階級底意志，披上一套國家意志或「人類意識」的假裝，把世界經濟的統治者最權威的帝國主義者的慾求，蒙着一副「世界意志」或「國際法律意識」的面具。在這種假裝與欺騙的面具之下，如何能求現實法律規條與學說吻合呢？

從自然法論以至社會法論理性法論種種玄學的法律學之出發點實在在於他們的方法論含着濃厚的玄學 Metaphysik 的意味。自然法派與理性法派完全根據玄學說明法律理想，固

(a) Verdros 爲補救 Krabe, Dautin 等理論之缺點，極力搜尋現實法律規條，以證明法律意識說。他引證一九〇四年二月廿二日 Venezuela 事件一九〇二年十月十四日 California 事件兩次仲裁法庭之判決，特別是引證海牙陸戰法規(一九〇七年)序文第五節，予條約法及慣習法之外，另舉人道律及公共意識所要求以爲法源，及國際法庭規約第三十八條第三項關於文明各國所公認之普通法律原則之規定(art. O.S. 130ff.)。然而所謂文明國民所公認之普遍的法律原則，人類的公共意識，我們簡直踏破鐵鞋無覓處。在一般資本國家視國際債務之履行爲神聖的義務，而社會主義的蘇俄却否認他。國際貿易爲資本主義國家公認之法律原則，而十九世紀中國之商業壁壘偏要等英法之砲彈來洞開。人類之意識，相差一至於此！所謂文明國民，其實不過資產階級的代名詞罷了。所以要找尋人類法律意識與現實法律規條之合法聯繫，實在係一件勞而無功的事。

不必說。即歷史派之歷史的研究法與社會法派之社會學的研究法，仍然脫不了玄學的桎梏，因為資產階級的歷史哲學與社會學總不能跳出於唯心論的範圍以外。分析派之方法論，是論理學之根據。論理學有形式邏輯——以靜的玄學為根據的——與矛盾邏輯——即辨證法——之分。分析派根據形式邏輯說明法律，這一點已經時是陷入了玄學之迷途，他更加上中古時代之主觀主義 *Subjectivism* 與獨斷主義以為他的形式邏輯運用之前提，結果自然不得不完全僵化了。

自然法論理性法論社會法論之一部（特別是功利法論）都是「目的法學」。他們研究法律不注重觀察法律事實，而重在批判法律價值，虛懸一「理性」或「社會利益」為鵠的，實在不脫野蠻的目的論 *Teleology* 之柢臼。歷史法派與晚近社會法派曉得研究法律事實與其變化之因果關係了，可以勉強叫做「因果法學」。可是不知應用唯物辨證法，不曉得如何去分析法律現象之因素；於是尋不出法律變化中每一次新現象之性質係與其舊現象成直接對當關係即全部矛盾關係，而祇以為係某部份歧異的關係，質言之，尋不出法律變化之總根原，而只是在枝枝節節地說明他的變動；所以他到底尋不出法律變化之真正因果關係。他不過是徒

有其名的「因果法學」而已。分析法學知分析法律現象之必要，他之研究係由分析法律現象以決定法律概念，所以稱爲「概念法學」。然而他一樣不能應用辨證法，所以他之分析，但不能得法律之真相，反而把法律概念弄糊塗了。這正是形式論理當然的結果，也是概念論當然的結果。

一直到所謂

純粹法派 出，一方把玄學的目的論以至一切主觀主義獨斷主義一切外來物體嚴行肅清，而把觀察點單獨地純粹地放在法律自身之上，把法律學作爲一種純粹的「概念科學」來研究（1），他方兼採歷史派分析派與理性派之論理的方法與經驗的方法（2）而改良之，然後把法

（1）所謂「純粹法論 *Reine Rechtslehre*」就是把一切戴着有色眼鏡的法律見解——如社會學的見解玄學的見解之類——驅逐于法律職領域之外，我們試引證以下幾段話：「

Goethe：「無論藝術與科學，無論動作與行爲，都要注意的是：把那目的物純粹地來觀察。依着他們本性來處理。」*Kelsen*在他的 *Allgemeine Staatslehre* 首頁標題者。

Vardross：「風行的現實法主義，其特徵乃在於將法律建基於國家意志之上，以爲國家意志係一個社會的或心理的，要言之，超法律的因素，因此便把整個法律組織搗破了；世界有幾個國家存在，便成爲幾許塊法律破片。……」

律學從玄學的深坑解放出來，而創造一個完整的概念法學。雖然還是沒有脫離形式論理的概念論之桎梏，而玄學的與主觀的研究之宿弊確是因此而大加廓除了。

其實這是偽現實主義底方法之結論。這種斷頭續脛的方法，把超法律的國家意志橫插入法律系統當中，便不能了解法律之真相，不能描寫法律之實際，祇好把地穿鑿附會地曲解起來。人們如果要發見一個真的法律現實主義，首先必定要廓清了這空中樓閣，而把觀察點單獨地純粹地放在法律本身之上。所以我們之任務，便是把自然的法律世界之本相重新顯露出來」——G.A.O. 序文

又說：「『國家意志』這個觀念之屢入，便把國內法與國際法之合法的關係都蒙蔽着。因為在這個有色眼鏡之下，人們祇見着法律是許多分裂的國家意志，這個「外來的物體」必然要把那基於經驗而得的關於法律聯繫之見解紊亂了，」——G.A.O.S. 102

由這幾段話，便可以了解所謂「純粹」的意義。

(2) 純法律學之首倡者本是 Stammler。可是他一方面採用論理的客觀的方法來研究法學，他方面又採用了康德之主觀的哲學來做他的骨幹；他的「正當法」，一面是適合於社會理想之法律，一面又為與法律根本觀念合致之法律；所以他的法律學為純法律學，同時又為社會哲學（李譯穗積法理學大綱五十二—三頁）。因為康德哲學之主觀性與論理學之客觀性的矛盾，結果使 Stammler 之法律學說也陷於矛盾，於是他之純法律學研究到底被他的法律理想論所掩沒了。所以 Stammler 結果只能成爲一個理性法論者，而不能爲一個成功的純粹法論者。

純粹法學派之大師是 Haus Kelsen 先生，他的最有名著作便是 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1ste, Aufl. 1911, 2te. Aufl. 1926 及 *Allgemeine Staatslehre* 1925; *Reine Rechtslehre*, 1934。此派以奧國爲大本營，其附從者有 Adolf Merkel (1)，Alfred Verdross (2)，Frizz Sander (3)，Kaufmann (4)，Kunze (5) 等。

純粹法論之方法是怎樣？Kelsen 在他的 *Allgemeine Staatslehre* 序文上寫着，他的方法大約是根據康德的『批判論』(Vernunftkritik)，把「存在」(sein) 與「應該」(sollen) 嚴密區別；拿先驗的範疇 (transzendentale Kategorien) 作爲經驗的前提，以代替玄學的假定與實體的擬制或人格的擬制 (HyPOSTASIS)；把同一科學裏所有絕對的質量的不相統屬的對抗，

(1) 維也納大學行政法教授其法學論文散見於 *Archiv des öffentlichen Rechts*, *Zeitschrift für öffentlichen Rechts*

(2) 維也納大學國際法講師，其論文見同上。

(3) 其名著有 *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtslehre*? *Staat und Recht*.

(4) *Logik und Rechtswissenschaft*, 1922

(5) *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre* (Wiener Staatswissenschaftliche Studien neue Folge IV, Bd. 1923).

化爲相對的，數量的。同一系統的差別；超脫了心理學的主觀主義之囚牢，而非躍到論理學的客觀的統制之領域；這些便是純粹法學之方法上要點，這些便是他的法理研究之根本路線。純粹法論所獲得的結果是甚麼？Kelsen繼續說：『我認定國家就是法律秩序 *Rechtsordnung* 法律秩序就是法規 *Normen* 之全部，而於法律與政治的認識。堅持規範論的立場，以別於向來慣用的因果論；我確立一個先驗的國家概念，以代替玄學的國家觀，把國家秩序之可能的實效的內容與他的正當的與真的內容之分別，質言之；就是政策與國法之區別深刻地提示出來；我把所謂公法與私法之區分，法律與權利之區分，法律規範與權利主體之區分，立法與執行之區分等等凡一切標舉絕對的對抗意義以致破壞法律系統之統一者，皆嚴予駁斥。而認爲這些區分都不過同一系統裏之內容的差異罷了。我對於法律行爲 *Rechtssakte* 只研究其客觀的旨趣，而不問其主觀的意義；所有這些原則，都是我的學說與向來法學諸名家根本不同的地方』。

純粹法論所用的方法既然在於論理的方法，而論理的方法乃是分析派失敗之原。何以純粹法論却可以藉此成功？我們上面已經說過，純粹法論嚴厲排斥主觀主義獨斷主義，而堅

持論理學家客觀性的立場，反之、分析派之論理的方法往往被他自己的玄學的假定與人格的擬制所紊亂，不特這點是純粹法論與分析法論不同的地方；更重要的是純粹法論所用之邏輯已經多少含有辨證法之要素，這一點實在是純粹法論成功之母。例如 Kelsen、論主權，便

提出「國法主權」Primat des Staatsrechts 與「國際法主權」Primat des Völkerrechts 兩個假定之可能而一任人選擇(1)，已足見純粹法論之辨證法的色彩 Verdross 反駁其師之主權選擇說更充分使用着辨證法。他說：「國法主權與國際法主權都是不通之論。並不是整個國際法可以放入國法的系統裏，也不是整個國際法可以放在國法系統之上。乃是國際法之一部應該放在國法之上，而其他一部則應該嵌入國法之中：關於「國際憲法」(2)——國際法根本法——各規條自然有優越於「國家憲法」之效力，可是別的國際法規條却往往依賴國家憲法而存在。因為國際憲法往往不自設機關執行或實現法律，却把這個職權委托各國憲法所規定之機關來行使。所以凡屬於國際憲法以外的一切國際法規條，僅僅靠這樣一個

(1) Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1914, S. 103, 529; Allgemeine Staatslehre, S. 121ff.

(2) Verdross 著有 Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926,

方法來實現：就是由各國憲法所設立的機關依一定之方式來處理。僅僅靠着他們而後國際法組織才能得到發展與實施。由此可見在國際憲法與其他國際法規條之間正留着一個空隙，剛好讓國家憲法嵌入當中」(1)。又如Kelsen之領土論，說國家對領土之關係，既不是「物權」的關係，也不是「對人權」的關係。領土乃是國法效力之空間的限制(2)。這樣的論證，都是充滿着辨證法之精神，絕不是分析法派所能望其肩背的。

純粹法論不特應用辨證法以爲論證法學之工具，而且對於法律本身之辨證法性質，「質言之，即法律條規之辨證法之存在——兩個矛盾規條之同時存在——已經有了一個雛形的認識。Verlross說：——『這並不是說，在同一時間同一地域不能有兩個以上憲法同時實現；例如「共同管理權」Koinimperium(e)，又如法統政府與革命政府間之鬥爭狀態便是』(4)。又說：——『由經驗上所得，我們却不能說所有法律都已成功了一個統一的系統，並且不能說他

(1) a, a, O, S, 134.

(2) Staatslehre S, 138ff.

(3) 有些學者叫他做共同所有權Co-dominium(Hastelink)。

(4) a, a, O, S, 92.

必將或必要成功一個統一的系統。那樣主張，絕不是我之法律界統一論之本意；因為許多「法律圈」*Rechtskreise* 同時並立，他們相互間並沒有半點聯繫存在着，那是很可能的。如果這個原則可以承認，那末以下一個原則也可以承認：所謂許多法律圈同時並立，不特別是平行地並立，就是說每一法律圈各有特殊的空間領域；而且會互相侵襲地並立，就是所有法律圈在同一空間的境界內共同發生作用，好比對於同一行為，某一個法律規定要科以刑罰，而別一個法律却偏要規定不許科以刑罰，這樣一來，自然其結果會使那處於此等互相衝突的法律圈支配下之人民陷於不可救的鬥爭之中了。我們只要記憶法國占領 *Ruhr* 的情形便明白了；當時有許多事情，法國占領政府規定應該處罰的，法國政府却規定不許處罰」(1)。

這是何等明顯的一個矛盾法論！

不過 *Verdross* 只承認矛盾法存在之可能，他却還沒有見到一切法律都是矛盾法。所以到底滯留在邏輯法派之中，而不能進一步建設一個「辨證法律學」。這因為他所代表的是小資產階級的意識之故。

(1) a, a, O, S, 137-138

同時純粹法論排斥因果法學，他只從「靜」的方面研究法律，而那「動」的方面忽略了。這也是他的辨證邏輯研究法所以不能成功之原因。因為「變動」與「矛盾」兩種要素，在辨證法中是互相倚賴的。沒有矛盾不能說明變動；同樣，沒有變動也不能說明矛盾。歷史法派知有變動而不知有矛盾，純粹法論知有矛盾而不知有變動，這一樣是陷於偏蔽之謬誤。

純粹法論雖然沒有把一個真實的完整的法律學建設起來，可是他的功勞實在是不可沒。他一方把自然法論以來一切法律之玄學的說明——法理研究之障礙物——一掃而空，為我們新法律學作先驅，他方把辨證邏輯研究法的種子同時播下了，使我們可以由此而繼續努力便可以得到豐熟的收穫。

三 創設一個辨證法的法理學之嘗試

辨證法三個公律：——（一）聯繫律互動，（二）矛盾發展律，（三）潛變突變律，在法律學完

全可以適用，而且只有完全應用這三個公律，才可以把法律學建築在真正科學的基礎之上；缺少了任何一律都是不成功的；歷史法派與純粹法派之失敗——照上文所說的——便是我們的一面鏡子了。

法律之存在是變動的，而且各法律規條之間都是有聯繫的，這一點特性，已經歷史法派闡發無遺了。把法律現象之聯繫，由國內法各法律規條間之聯繫進而擴張到各國法律秩序

Rechtso d ränge 間之聯繫，即國際法各法律規條與各國國法之法律規條相互間之聯繫；把整個法律聯繫之全部系統，即「法律界之統一」和盤托出來，這一個工作，又經 Verdross 之努力而完成了。所以對於辨證法第一個公律在法律學上之適用，再無須我們加以說明了。我們這裏所應說明的只是第二與第三兩個公律之適用。

矛盾發展律又可以分爲兩部：第一部是「矛盾合一律」，成立於現象發展過程中任何階段的斷面上觀察——橫的觀察；第二部是「否定的否定律」成立於整個現象發展過程的觀察——縱的觀察。

矛盾合一律 是分析法律現象時最初步的一個原則，也是最重要的一個原則。

一切法律之存在，都是矛盾的存在。所以任何法律規條(Rechtssatz)都有正(Positive)負(Negative)兩方面：正的方面固然是法律，負的方面也同樣是法律，縱使有時尙未發展到與正的方面有同樣的効力，但至少有成爲法律之傾向，而正式對抗，必有實現之一日。此法律的反對兩方面，往往不止是同地異時的存在，或同時異地的存在，而且是同時同地之存在。

試舉「夫妻同居」的法律爲例。大理院解釋例九年上字二〇一號：「夫妻有同居之義務：非有不堪同居之事實及相對人已經同意者不得別居」。又七年上字一〇〇九號：「妻負有與夫同居之義務，而夫亦須使妻同居：在婚姻關係存續中，除有法律上理由不能同居外，自不容一造擅行拒絕同居」。此種法條，在絕對男權社會，不惜以婦女生命爲犧牲，自然可以強制執行。然經婦女解放之流血的鬥爭之結果，已使統治階級不得不退讓，所以「婚姻事件之判決，不能強制執行」(大理院解釋例八年統字九三七號)，殆成爲一個新的矛盾的法律規條，使「夫妻同居」之法律根本失其効力。然而統治階級之退讓，實非出於其本心，所以一方雖不能相對地承認此反對的新的規條，他方依然不願刪除舊法律，使頑固的

法官得所援引而任意蔑視那新原則，用強力幫助頑固的丈夫以強姦其毫無恩愛的妻子。在二十年一月間我在上海時，曾經有一個浙江某高等分院法官告訴我，他曾經判決一個怨偶事件，如何用司法警察之力幫助丈夫把婦人帶回家裏，並對此婦人如何恐嚇，使她履行同居義務。

十九年十二月立法院通過親屬法一〇〇一條：『夫妻互負同居義務……』，仍襲大清律及民草而來。同時婚姻事件之判決不能強制執行一個原則習慣上仍然存在。

論者有以爲夫妻如違背同居義務，雖不能強制執行，而可以構成離婚原因。不知廿一年院字七五〇號解釋例又明明說着：『夫妻之一方于同居之訴判決確定後，如仍不履行同居義務，若無其他情形，尙不能指爲惡意遺棄』。既不能指爲遺棄，而民法一〇五二條離婚原因，更沒有列不履行同居義務一款，可見時至今日，夫妻同居，實在不過『徒有其名』之義務罷了。

又譬如「罷工權」，在國民政府歷來法規都是承認的（十三年工會條例第十四條，十八年至現行工會法第二十三條）。然他方勞資爭議處理法第三十六條却規定：—

「勞工或團體不得有左列行爲：」

- 一，閉封商店或工廠，
- 二，攫取或毀壞商店工廠之貨物器具，
- 三，強迫他人罷工。」

罷工是團體的強制行動。許罷工而不許強迫他人罷工，則罷工如何可以實現？不許

強迫他人罷工是直禁止罷工之變相而已。所以「許罷工」與「不許強迫他人罷工」，實在是一個矛盾的規定。

又如勞資爭議處理法規定着：「

「爭議當事者對於仲裁委員會之裁決不得聲請不服。」

「項裁決視同爭議當事者間之勞動契約……」第七條。

「爭議當事者對第三條第二項所定視同勞動契約之決定或裁決，有不履行者，處一百元以下之罰金或四十日以下之拘役」——第三十九條。

照這個規定，是凡經過仲裁的，無論該仲裁裁決對於工人如何不利，也不許罷工以求出

路。

可是同時有效的工會條例(十八年十月以前)均規定工人得以罷工爲不服之手段：—

「工會在必要時，得根據會員之多數決議宣告罷工……」—工會條例第十四條。

「勞資間之糾紛，非經過調解仲裁程序後，於會員大會以無記名投票得全體會員三分之二以上之同意，不得宣告

罷工」—工會法第二十三條。

然則罷工權與仲裁權之效力孰優？ 仲裁裁決而不利於工人時，工人遂要遵守嗎？還是

可以用罷工來抵抗？工會條例與工會法，係對於後一個問題給與肯定之答復，而勞資爭議處理法却對於前一個問題給予肯定之答復。十九年天津市政府呈請行政院轉咨司法院解釋這個疑義，他的呈文裏說着：—「是仲裁委員會之裁決勞工方面可以會員三分之二以上同意票推翻之矣。兩法俱存，規定各異。究竟應如何辦理，以免兩歧？」這幾句話，指摘當時法律之矛盾，可謂洞中肯綮。

「夫妻有同居義務」之原則，爲「身份事件不能強制執行」之法例所打破，這是法律發展之順轉。罷工權之原則爲「強制仲裁」之法條所摧殘，這是法律之開倒車。所以夫妻同居義務在民法上乃是封建時代法律之一個遺骸，而罷工權之在工會法，則是革命退潮後前期高潮

之痕迹(一)。

十七年刑法第一百二十四條規定：「私與外國戰鬥者，處三年以上十年以下有期徒刑」。這是法律肯定的規定，代表民族統一性之要求。然而民族內部階級的分化，足以使民族統一的意識失其存在。上海二二八之戰，察區抗日同盟軍之行動，都未嘗奉到政府訓令，實屬「私與外國戰鬥」之行爲。十九路軍之行爲，還可借用正當防衛之說而解除重責任。察區抗日軍之崛起，却是在停戰談判已有結果，敵軍正當退却，軍事已告一段落的時候。目前現下之不法行爲，已不存在；過去及將來敵人之攻擊，當然再不能藉口正當防衛了。

然而事後却未聞政府對於私擅戰鬥之負責者有「明正典型」之舉——雖然宋哲元免去察主席之職，然僅僅是行政處分，而不是刑罰——正是因爲人民正義感情之所趨，對於反帝之民族戰爭之評價，高於民族的統一政權之評價。所以「私與外國戰鬥不爲罪」的原則，遂成爲具有充分社會強制力的一個不文法條。而政府爲人民正義感情所脅迫，致不得不放棄刑法一二四條之效力。這是不文法對於當時成文法的否定。這個否定的負的法律因社會力的推移漸漸

抬頭，遂得支配多數立法委員們之頭腦，而變成正的肯定的法律；於是「私與外國戰鬥罪」由是驅逐於新刑法領域之外，而「委棄守地罪」一個反對的意識形態——便代替了它而成爲新的法律（新刑法第一百二十條）。

憲法與國際法係規定階級或各地域的階級根本生存要件之法律，往往爲各階級或民族即地域的階級直接衝突場所，故其辨證法的性質尤爲顯着。

譬如德國一九一九年憲法第二部第六章之各條，隨在皆可見社會主義與個人自由主義之衝突：「既說經濟生活之秩序以公道爲原則，而同時又說工商之自由以法律保證之；既承認私有財產，而同時又說，爲國體公益計，可沒收之，今將一五一條至一五六條各條文分析如下：—

社 會 主 義	個 人 主 義
維持公共福利之緊急需要得施行法律強制（一五一條二項）	工商之自由應依據聯邦法律之規定予以保障（一五一條三項）
禁止高利（一五二條二項）	經濟關係爲契約自由原則所支配（一五二條一項）

所有權包含義務其使用應同時為公共福利服役（一五三條三頁）
 於有裨益公共福利及有法律根據時得行公用徵收（同條第二項第一句）

對於公用徵收賠償之原則聯邦法律得設特別規定（一五三條二頁第二句之除外規定）這除外規定之意就是說如聯邦法律有特別規定時，得否定賠償之原則）

土地之分配及利用應由聯邦監督以防不當之使用（一五五條一頁）
 為應住宅之需要為獎勵拓殖為農業發展，對於土地所有權專徵收之（一五五條二頁）
 土地價值之增加，非由投資或人工而來者其福利應歸社會（同條三項）

聯邦認私人經濟企業之適合於社會化者得依法收歸公有（一五六條一頁）
 合作社及其聯合團體得使歸併於公共經濟中（同條三項）土地宗藏及經濟上可以利用之天然力私人特權得
 以法律轉移於國家（一五五條四項）

國家對於繼承財產所應徵收之部分以法律定之（一五四條二項）
 廢止介人贈（一五五條二項下半）

所有權受憲法之保障（一五三條一項）

公用徵收—應予相當之賠償（一五三條二項第二句）

土地私有制未廢（一五三條一項一五五條一至三項）

私人營業未廢（一五一條三項及一五六條二項）

繼承權依民法規定保障之（一五四限一項）

右關於營業自由，契約自由，私有財產，公用徵收，財產繼承，土地，工業七項都是充

分表見矛盾法之色彩。

一九三三年德國授權法 (Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich) 是對於韋馬憲法諸種矛盾之清算。然而在該法本身，仍然一樣充滿着法律之矛盾。如第一條規定政府得不依憲法所定手續制定國家法律，是明明將聯邦議會之權利作用——立法——摧毀無餘。而第二條又規定政府制定法律如不妨礙聯邦議會之存在時得違異憲法，從表面視之，恍惚是政府制定抵觸憲法之法律還應以不妨礙議會之存在為條件。然試問在議會之權力作用既已摧毀無餘之後，所謂不妨礙其存在者當復成何意義？如此禱張為幻，狐狸孤挖的法律條文，正正表現着資本主義之日暮窮途在勞苦大眾嚴密監視之下不惜用偷竊之手段，以行其苦的達之謀。在這法律矛盾當中所涵着「議會主義」與「非議會主義」兩個意識形態，雖然不必是：代表兩個主要的鬥爭階級的意識，至少却可以說是代表資產階級中之新集團與舊集團底意識對立。而在這法規上所表現底矛盾的綜合，便說明了資產階級中各階層之妥協，以期共同向無產階級為新的進攻。

憲法上辦證的色彩，在兩個衝突勢力鬥爭白熱化的時期，即在革命開展時期當中，尤為顯明。譬如羅馬末期是 Plebs (平民) 與 Patricii (貴族) 劇烈鬥爭時期。那時候的農地

法是規定各階級權利之根本法律，有等於憲法之價值。有名的 Licinius 法（紀元前三六六年）規定任何人都不得以百「攸格拉」以上的土地爲世襲地，其剩餘地當分配於 Plebs。

但是羅馬的資本主義愈發展，這個法律愈失其効力。Patricii 先則用種種方法，謀脫法網，次則公然破壞法制。到共和政末期，雙方鬥爭益烈：護民官 Tiberius Gracchus 與 Caius Gracchus 努力強行 Licinius 法，而 Patricii 反以「違憲」的惡名加以彈劾而刺殺之，死者至數千人（1）。一方有 Patricii 之所謂「憲」，他方有保護 Plebs 之 Licinius 法，這又是矛盾法的一個實例。羅馬這樣的法律鬥爭一直延長下去，至到兩階級同歸於滅亡而後結束。

當革命鬥爭發展到所謂「兩重政府」的時候，法律的辨證法性質更明顯地表現出來而成「兩重法律」的現象。譬如一九〇五年及一九一七年俄國革命都是如此。一九〇五年十月革命爭取集會言論自由時候，政府禁止工人郊外集會，而工人偏反復在他兒河邊開會，雖遭慘殺，再接再厲，其後政府讓步，把法令修改爲「在不演說及討論政治問題的條件下許可郊外集會」，而工人仍不顧，竟於十月十四日在彼得堡市內九十處工場正式選舉代表成立「彼得

(1) 見平野義法律與階級鬭爭引 Bloch, Soziale Kämpfe im alten Rom.

堡工人代表會議」，這就是工人政治鬥爭機關的所謂「蘇維埃」(1)。蘇維埃成立後，民衆都跑到那裏去聽他們的話，與王室政府竟成對抗之勢力。蘇維埃爲擁護「出版自由」，公然反抗政府之「檢查法令」：十月十七日他便通過了一種決議，許可印刷業工人們不理檢查官，不讓政府檢閱便可擅將報紙發行，並命令工人們只對於「不讓檢閱的報紙」才可以去做工(2)。及到憲法頒佈，承認集會及言論自由後，工人更爲八小時工作運動。十月三十一日蘇維埃通過了八小時工作立刻實行的決議案，於是彼得堡各大工場的工人做足了八小時工作之後，就停止工作，自由的排隊出了工場。到十一月十日之間，資本家斷然壓迫，嚴厲禁止八小時運動，而彼得堡二十五家大工場的工人，事實上竟採用了八小時制(3)。

一九一七時二月革命之後，彼得堡又成兩重政府的現象：一個是資產階級的臨時政府，一個是工農工蘇維埃。關於以下三件事最足以見得當時「二重法律」之景象。

(1) 見正熊榮藏俄國勞動運動史江南譯本六四至六五頁。

(2) 見同書七一頁。

(3) 見同前八十頁。

第一，工作時間問題。臨時政府的法律是十小時工作制，他向工人宣布，在戰爭緊張中，八小時制不能實行。尤其莫斯科的工廠主十分頑固，說：『行八小時制，非根據憲法會議所制定的特別法規不可』。而蘇維埃則於三月十八日決議：要求臨時政府即時發布八時間工作令，莫斯科則無次俟法令發布即日施行。這個決議於三月二十一日實施：工人做了八小時工作後就離開工廠。首都實施八時間制後，全俄大產業中心的都市，也相繼採用(1)。

第二土地問題。臨時政府法令，戰爭期間暫時維持舊有土地關係，五月農民提出兩個要求：一是即時禁止關於土地的一切契約；一是即時將一切土地移歸地方土地委員會管理。第一個要求已經農務部接納制定法律了，而內務部却妨礙他的實施，司法部更發令廢止那法律。土地契約法廢止後(九十月間)，農民竟暴動起來到處沒收土地(2)。

第三戰爭問題。臨時政府對帝國主義者承認繼續履行俄皇對他們所締結約公開的及祕

(1) 蘇柯羅夫，俄羅斯革命經過，太平洋譯本380頁，又博克老夫斯基，俄國革命史，心弦書社譯本380頁

(2) 同書387頁

密的條約；蘇維埃於三月十四日發表「告全世界國民」宣言與世界帝國主義鬥爭(1)。臨時政府四月十八日更與帝國主義者交換許多文書，以執行俄皇的政策，並於六月十八日下攻擊令；兵士却於同日提出「反對戰爭」標語，積極反抗。至十月間因彼得堡守備兵移動問題，軍事革命委員會更與政府間發生衝突。軍事革命委員到管轄區本部要求此後本部一切行動須歸他統制，管轄區司令官斷然拒絕了，彼得堡蘇維埃即時召集守備兵聯隊代表會議，議決「對於守備隊的一切命令，若無軍事革命委員會的署名，都是無效」(2)。

以上所舉的例子，如承認與否認遵守對帝國主義之條約，如彼得堡守備兵本部司令官之統制權與軍事革命委員會之統制權；如土地之暴動沒收與維持所有權關係，如十小時勞動與八小時勞動，如郊外集會之禁止與實行，如新聞檢查令與不許受檢查令等等都是法律正負兩方之對抗：一方是法統政府之法律，他方是革命政府——工兵蘇維埃——之法律或工人革命民衆之直接行動。

(1) 同書六一頁

(2) 見同書362頁

至於國際法之矛盾性質比憲法更爲顯明。而且除非看破了法律這個神祕性，國際法之研究幾乎是不可能。『國際法是否法律』這個問題，自從 Austin 以來至今沒有定論。若果說他是法律，何以他毫無定準？如果說毫無定準的也是法律，則何者才不是法律？最巧辯的也不過如 Kelsen 所說，國際法不是規定「法律的應該」*rechtliches Sollen*，而是規定「法律的可能」*rechtliches Koennen*，不是規定「整個法律規條」*vollständige Rechtssatz*，而是規定「法律規條之因素」*Rechtssatzbestandteile* (1)。可是國際法明明有許多是規定「整個法律規條」的，規定「法律的應該的」，這些「國際法規」，雖 Kelsen 也不能否認 (2)。

一國對外國債務是必要履行的，否則須負責任。這是資本國際社會一個根本原則，然而蘇俄革命後則宣言否認一切舊債。這是很明顯的一個矛盾法。

國際法之矛盾，還不止此。即在同一資本國際社會中，還是處處可以見着法律之矛盾。譬如國際法上最重要的一個原則 *pacta sunt servanda* 叫我們遵守條約，然而同時又存

(1) Allgemeine Staatslehre S. 125,

(2) A. A. O. S. 125-126.

着一個反對的原則 *rebus sie stantibus* 叫我們不必墨守條約。這兩種原則是有同樣的不相上下的價值，然而內容却是反對的。雖然有許多書獃子的庸俗的國際法學者想設爲種種解釋，對於後一個原則設爲種種限制，以免與前一個原則抵觸；然而到底是勞而無功的調和。其次國際法之矛盾的規條，幾乎是數之不盡。隨便舉一二個例子。「公海自由」與「海洋和有」在十六世紀成爲兩個重要的對抗原則。自十八世紀以來，「公海自由」的原則漸爲一般所公認。然而關於此原則之內容，則英人與美人之觀念又根本不同：英人觀念以爲公海自由僅限於平時，戰時則應有許多限制，而美人則以爲應該撤消平時與戰時之區別（1）。關於公海自由戰時限制之標準，本有一九〇九年倫敦宣言爲之規定，此宣言雖未經全數締結國之批准，然自歐戰初開，英法俄首先宣布採用以來，已爲各國所一致默認。戰事發展以後，一方有英國任意修改（2），他方有荷蘭美國等中立國之墨守（3）。這都可見

(1) Wilson 在 1913 年一月八日休戰會議上提議……'Absolute freedom of navigation upon the seas, out side territorial waters, alike in peace and in war, except as the seas may be closed in whole or in part by international action for the enforcement of international covenants'...

由問題諸法律原則之對抗。

由以上許多例子，可以證明，法律不止「現實」*Positive* 方面有規範的價值，同時，「反對」*kontradiktorisch* 方面也同樣有規範的價值。現實法派曉得法律之「現實性」*Positivitaet*，雖然勝自然法派一等；可是不能看見法律之「矛盾性」，所以對於法律上許多矛盾問題，依然不能得到適當之解決。我們一方承認法律之現實性，以別於自然法論，同時更認識他的矛盾性，以別於現實法論。

(2) 如「戰時禁止品」範圍之擴張，把許多自由品改爲「相對禁止品」，甚或改爲「絕對禁止品」(如橡皮，皮，革，鐵砂——一九二四，九，二十一。英宣言)；如用繼續航海原則 *Doctrine of Continuous Voyage* (英 *Order in Council* 二 20, VIII, 1914 規定：如寫明交付於個人在敵國或敵機關管轄下之地——住居原則，甚至雖係向中立國口岸航行而從前曾經由中立國繼續達到德國的——繼續航行原則，俱要拘捕) 以伸張「禁止品法」之效力等。

(3) 當時荷蘭政府對英國抗議：— *Ces additions et modifications toutefois rendaient a peu de chose pris complisment illusoirs les garanties que la Declaration de Londres donnait an commerce et a la navigation neutres contre l'arbitraire possible des belligerants en matiere de transport de la contrebande conditionnelle. Elle supprimaient de plus toute difference de traitement entre la contrebande absolue et conditionnelle.* 意謂這種增加和修改，差不多完全是用欺詐的手段來抹殺了倫敦宣言所給予中立國家商務和航運的保障，那本來是藉以反對交戰國對於處理「條件」的禁制品之專橫的，他(指增加與修改)完全廢去了處理「絕對的禁制品」和「條件禁制品」的不同點。

否定的否定律 適用於法律學，就是用來說明法律「史」的發展。譬如資產社會之民法，大抵重在保護債權者——羅馬法此種色彩最爲顯著——而到了末期，無產·級興起，漸漸發生保護債務者之傾向，這是肯定之否定。而經濟社會繼續變化，根本廢除私有財產制度之法律，又將代替所謂保護債務者之法律，這是否定之否定。

在國際法，譬如十六世紀以前，當羅馬法皇將印度洋大西洋分割賜予西班牙葡萄牙的時候，「海洋私有」之原則支配一時國際社會。及荷蘭學者Grotius 倡導「海洋自由」之論，十八世紀以來，遂爲世所公認，這是「肯定的否定」。直至歐戰發生，英人極力制限海洋自由，用所謂「商務阻止」(Handelssperre)之方法，以隔絕敵國與中立國之交通，使「海洋自由」僅成爲「平時的自由」，而非一般的自由，這又是肯定之否定。由海洋自由在大戰中所發生的狀態，而引起美國人與俄國人兩種新運動之傾向：一是要求「平時戰時之一律自由」(1)，注重在保護中立國之權利；一是要求「海軍國之解除武裝」(2)，注重在倡開軍國主義者之

(1) 見前引威爾遜提議。

(2) 一九二二年，英國船隻引土耳其Bosphorus 及 Dardanelles 海峽，借著「海洋自由」的紅色口號，要求把公海

假面具。這又是否定之否定——肯定之否定。

潛變突變律 也是說明法律史的發展之一個重要原則。大凡一切法律鬥爭法律變化都是繼續不斷的，並不是某時期進行某時期又停止的。不過有顯隱之分而已。在某時期統治階級對於革命階級爲部分的讓步，在不危害他自己的根本生存條件之限度內，許可法律的修正：這便是法律之潛變。在別的時候，革命階級力量已充足時，遂根本推翻從前的法律，而設定一個新法律：這是法律之突變。新法律設定以後，反對的一個法律觀念又在萌芽在滋長，而漸漸發達成爲與此新法律相對抗的法律；所以突變之後往往跟着又是潛變。

否定之否定律與潛變突變律都是說明法律史的發展之重要工具。矛盾合一律與聯擊互動律都是說明法律概念之重要工具，一個是應用於法律現象橫的說明，另一個是應用於縱的說明：兩個方法合攏起來而且交織起來，就成爲我的法律學方法論之全部。

上之自由航行（商船及軍艦）推行於土耳其領海。俄國外交總長齊其林便提出「平時及戰時一律制限軍艦與軍用飛機之行駛」以爲海上自由之前提。

四、結論

由以上說明，總括為以下一表以見各派在方法論上之異同與系別：—

法學

玄學的法學

自然法論——歷史法論——
社會法論——理性法論 (1)

純粹法學(邏輯法論)——分析法論

辯證法學(辯證唯物論)

因研究方法之差異，於是發生法律本質認識上之差異，既如上述，茲再作下表從法律本質認識上表明各派之異同與系別：—

法學

自然法論——新黑格力派 (2)

現實法論

分析法論——歷史法論——新黑格力派(文化法派) (2)
社會法論——
理性法論——
邏輯法派——
功科法派

• 盾法論(辯證法派)

由以上二表可以把近世法律學派之全系統，與我們所創造的新學派在此全系統中之地位，都一目了然。我們的方法，既不是拿法律來研究法律，把法律當作沒有源頭的死海，同時又用不着向玄學乞巧，我們只是用科學的方法——辦證唯物論——來說明法律現象。因此我們對於法律本質便得到深刻而真實的認識，就是認定法律之存在是辦證法的存在，而且依於辦證法而發展的。

末了我們要鄭重申說的：矯正現實法學之失，應是辦證法學。因為只有辦證法學才是站在無產階級的立場，以對抗資產階級的法律觀念的。可憐的德國法律學者 Kohler (Josef) 鑒於歐戰中所發生國際法上重要變化，不勝為其祖國——資產階級的祖國——對英人之毀法懷抱憤憤不平之心，思有以根本改變那墓木已拱的『現實法論』的觀念，却不知順着革命潮流，推

(1) 在這表中指明理性法學之方法不過是自然法派之變相、分析法派是純粹法學未成熟時期之形相

(a) 新黑格力派之代表 Kohler 以為法律是文化之產物 (Einführung, 1916, S. 3.)；法律不是死的，是活的，法律是流動的，是與時俱進的 (a. a. O. S. 2.)；又其汎神論說明『保存現實』之價值 (Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909)；這種見解，實與歷史派同。但歐戰後 Kohler 激于民族感情，又變為自然法派 (見下)。至于 Berolzheimer 則又轉移于社會學派之傾向 (System der Rechts- und Wirtschaftphilosophie, 1904)。所以新黑格力派實在不配稱為一個獨立的學派。

進一步而入於辨證法之路，倒要開倒車大聲疾呼喊着『回到自然法去』(Zurueck zum Naturrecht)(1)。Kohler 到底是資產階級所豢養馴服的，所以他不會知道也不願意知道能矯正英帝國主義之毀法的只有辨證法論，而不是自然法論。

(1) Grundlagen des volkrechts, Vergangenheit. Gegenwart. Zukunft, 1918.

罷工權在國法上發展

(一)

『一切法律之存在，都是矛盾的存在。所以任何法律規條（Rechtssatz）都有正（Positive）負（Negative）兩方面：正的方面固然是法律，負的方面也同樣是法律。縱使有時尚未發展到與正的方面有同樣的效力，但至少有成爲法律的傾向，而正式對抗，必有實現之一日。此法律的反對兩方面，往往不止是同地異時之存在，或同時異地之存在，而且是同時同地之存在』。

這個法律原則，係作者於民二十年所臆造，即所謂「正負法」論之內容，所以與向來自然法論及現實法論作嚴厲的對抗的。最先係在成都大學講演，其後在讀書雜誌第二卷第五期

法律學根本改造論一文中正式公開發表。

現在打算用這個原則說明罷工權在我國法規上之發展。用意是說明牠之發展不特在縱的方面，即歷史的過程上，表現為辯證法的方式——兩個相反的法律規條，『先後地』對立着；尤其是在橫的方面即其發展過程中任何階段之斷面上也一樣是表現為辯證法的方式——兩個相反的法律規條『同時地』對立着。

(一)

罷工在元年暫行新刑律上是犯罪，更說不上甚麼權利了。直至民十一年廣州大理院有撤廢新刑律第二三四條之提議(1)，十二年北京參眾兩院聯席會議有根據臨時約法工人之集會結社權政府應釋放京漢路罷工工人之決議(2)，然後罷工在刑法上違法性才算解除。可

(1)大理院提議理由云：「近今各國勞工問題，日益緊張，各種業務工人同盟罷工之事，層見迭出，惟各國刑法，從未有對於罷工之人並無其他犯罪行為而規定處刑者；即前俄帝國及日本現行刑法亦無之。可見世界各國皆不認同盟罷工為有罪。其認為犯罪者，獨吾國暫行新刑律而已。該律一不合法主義，二不合法罪觀念，三不合法世界刑法通例，四不合時勢趨向，應亟行修正之。」

(2)議決四條云：「(一)政府守臨時約法，給予工人會以集會結社權；(二)政府釋放被捕工人；(三)政府撫卹死傷工人及其家屬；(四)政府命令撤退駐在各鐵路車站之軍隊。」

是在行政法上之違法性還並未因此而消滅；所以十二年北京政府之暫行工廠通則上，罷工權還是不承認的。我國法律第一次承認罷工權的，算是十三年十月一日廣州政府公佈的工會條例。自然這法律之產生，是工人繼續地奮鬥之結果，也就是反復重演的事實之相對的承認；特別是一九二一年（民十年）之香港海員罷工與十二年京漢路工人大罷工，是這法律產生一個很大的原動力。

十三年工會條例第十四條云：一

「工會在必要時，得根據會員之多數決議，宣告罷工……」

「罷工權」與「勞資糾紛仲裁」有密切關係。罷工是無產階級對抗資產階級之革命的手段。直接行動；而仲裁乃是改良的手段，直接鬥爭之緩和。特別是「強制仲裁」，係罷工之障礙物，是罷工權之致命傷。強制仲裁之存在，往往把罷工權無形取消。所以研究罷工權的時候必要拿勞資糾紛仲裁對照參看。

工會條例關於仲裁有如下之規定：

「行政官廳對於管轄區域內工會對僱主間發生爭執或衝突時，得調查其衝突之原因執行仲裁。但不得強制執行

「第十六條，

這時候廣州在革命高潮中，廣州政府方藉工團軍之力對抗商團，故此法律反映當時無產階級之勢力。他們有「無限的」罷工權，以反抗資本家之壓迫，而表現勞資調和之仲裁僅是任意的（但關於公用事業勞資糾紛仲裁則屬例外，參閱工會條例第十六條第二項）：換言之，罷工權有優於仲裁之効力。

這是罷工權發展之第一時期。從前北京政府時代「罷工非法」之原則，完全為罷工權所壓倒，而仲裁之原則與罷工權也不過僅僅為非對等的對抗。

(三)

到十五年八月十六日國民政府公布組織解決傭主傭工爭執仲裁會條例，形勢又為之一變。該條件第七條規定：

「凡傭主傭工之糾紛，已呈請仲裁，雙方不得採取直接行動如罷工或閉廠之舉，惟在未請求仲裁之前所發生之罷工或閉廠不在此例」。

此時經三月十九日之變，資產階級漸漸向無產階級反攻。此法律所規定「有限制的」罷

工權。正反映當時階級勢力推移之情況。然罷工權（除公共事業或政府所辦之企業外）到底還有優於仲裁之效力。因為仲裁是任意的；假使無產階級不得直於仲裁，猶得藉罷工以為最後解決之手段。「有限制之罷工權」與「任意仲裁」正是法律的對抗。這是罷工權發展之第二時期。

（四）

十六年七月南京公布勞資仲裁委員會組織條例規定仲裁委員會之判決，雙方皆應遵守；否則由市政府強制執行之。於是罷工權之發展又踏上第三時期之新階段。當時正××恐怖開始時候，南京中央政權尚未鞏固，而各地方政府均代表資產階級向工人反攻，莫不紛紛制定條例，採用強制仲裁，以限制罷工權之活動。其中最著者，為同年八月上海特別市勞資調節暫行條例。該條例第四條規定：

『工商業之雇主及勞動者發生糾紛，經勞資調節委員會裁判後，雙方必須遵守，從速切實履行。否則呈請市政府強制執行之』。

直至十七年六月九日南京公布勞資爭議處理法，以代替十六年間各地方臨時仲裁法以後

，資產階級所以鎮壓工人反抗之辦法益見完備。該法關於限制罷工之規定如下：

「……其他工商業之雇主或勞工在調解或仲裁期內不得開始罷工或停業」——第三十五條。

「行政官署在調解仲裁期內，得酌量情形命已罷工之勞工或已停業之工廠商店先行復工或復業」——第三十七條。

「爭議當事者有違反第三十五條及第三十六條之規定時，行政官署及調解委員會或仲裁委員會得隨時制止之。不服制止者處罰與前條同。其有行爲已涉及刑事者，仍依刑法處斷」——第四十條。

又關於調解及仲裁之規定如下：

「行政官署於勞資爭議生時，經爭議當事者一方或雙方之聲請，應召集調解委員會調解之。雖無當事者之聲請，行政官署認爲有付調解之必要時，亦同。

「行調解委員會之決定，其經雙方表示同意者，視同爭議當事者間之勞動契約。

「前項視同勞動契約之調解決定，如經定明存續期間，除適法解約外，當事者任何一方不得於該期限內提出變更該決定之要求」——第三條。

「前條以外之勞資爭議事件，調解無結果者，經爭議當事者雙方之聲請或行政官署認爲有必要時，應付仲裁委員會仲裁」——第五條。

「爭議當事者對於仲裁委員會之裁決，不得聲明不服。

「前項裁決視同爭議當事者間之勞動契約。

「前項視同契約之仲裁裁決，如經定明存續期間，除適法解約外，當事者任何一方，不得於該期內提出變更該仲裁之要求」第七條。

「爭議當事者對於第三條第二項第七條第二項所定視同勞動契約之決定或裁決，有不履行者，處二百元以下之罰金或四十日以下之拘役」——第三十九條。

在調解與仲裁期內，皆不得罷工。即已罷工者，亦得令其復工。而政府一認為必要，無須勞資任何一方之呈請（此與十五年法律不同之點）均得付之調解或仲裁。這樣無異說：只要政府認為必要，任何時皆得藉調解與仲裁之手段禁止罷工。仲裁裁決以前既不許罷工，而裁決以後又不得聲明不服而要絕對履行，換言之，也不許罷工；罷工權幾乎宣布死刑了。因為當時恐怖很利害資產階級利用政府之力，以「強制仲裁」壓迫勞動者。故一時法律關係便呈此現象。

勞資爭議處理法之壓迫工人雖這樣利害，然而工會條例係孫總理所手創，當時還未廢止

(1) 牠(第十四條)所給予工人之罷工權利，當時還未敢公然剝奪。勞資糾紛惹起後而未付調解或仲裁時，工會行使罷工權，還是合法的。即政府強制交付調解與仲裁，而其形勢有不利於勞動階級時，甚至仲裁裁決之後其裁決有不利於勞動階級時，苟勞動憑藉工會條例第十四條所賦予之權利以為對抗，從『正負法論』之眼光觀察，仍不得不認為合法。所以這時期工會條例第十四條之規定，與勞資爭議處理法第七條第三十九條之規定，同時對峙地存在着。這是『罷工權』與『強制仲裁』間法律對抗尖銳化之表現。

立法者也窺見此中底蘊，所以在勞資爭議處理法第三十六條又規定着：

『勞工或勞工團體不得有左列行爲：』

- 一、閉封商店或工廠，
- 二、擅取或毀壞商店工廠之貨物器具，
- 三、強迫他人罷工。

罷工是團體的強制行動。許罷工而不許強迫他人罷工，罷工權即等於零。這是當時立

(1) 十七年中央第一五四次常務會議決有工會組織暫行條例之議決，然始終未經政府公布施行。

法者對於工會條例第十四條所設釜底抽薪之毒計。

至十八年十月二十一日工會公布以後，十三年工會條例由是廢止。在這新法上所規定罷工權有如下形式：一

「勞資間之糾紛，非經過調解仲裁程序後，於會員大會以無記名投票，得全體會員三分之二以上之同意，不得宣言罷工」——第二十三條。

在這新法上之罷工權，與工會條例第十四條所規定的拿來比較，有兩個不同之點：

(一)權利行使機會上之限制 工會條例只要工會認為必要時便可行使，而在工會法則必須經過調解與仲裁程序之後。

(二)意思成立上之限制 工會條例只要有會員多數之決議，而工會法要有三分之二以上同意，且須用無記名投票表決，此中尤給資方以很大的買收操縱之機會。

罷工權經過了這翻明顯地用法律條文束縛之後，孫總理所遺留的法律精神已化為灰燼！雖然如此，罷工權仍有一個殘缺不完的外形存在。這是罷工權發展第三時期之後階段。

在這個階段上，一方有十八年工會法第二十三條關於罷工之規定，他方有十七年勞資爭

議處理法第七條第三十九條關於強制仲裁之規定。然則罷工權之效力與仲裁之效力孰優，

正費解答。故十九年天津市政府曾呈請行政院轉咨司法院解釋這個疑義有云：「查十七年六月九日國民政府頒布之勞資爭議處理法第七條……第三十八條……是仲裁委員會之裁決具有絕大之強制力；爭議當事者任何一方祇有履行之義務，並無變更之餘地，彰彰明甚。今工會法第二十三條載……是仲裁委員會之裁決，勞工方面似可以會員三分之二以上的同票推翻之矣。兩法俱存，規定各異。究竟應如何辦理以免兩歧？」其指摘工會法與勞資爭議處理法間之法律矛盾，可謂洞中肯綮。

(五)

十九年三月十七日修正勞資爭議處理法，把強制仲裁復改爲『任意仲裁』，把舊法第三十九條之所規定予以刪除，又把舊法第七條關於仲裁裁決効力之規定加以修改。其第五條

云：—

「爭議當事人於仲裁委員會之裁決送達後五日內不聲明異議者，該裁決視同爭議當事人間之契約；如當事人之一方爲工會時，視同爭議當事人間之勞動契約」。

如在五日內聲明異議又怎樣辦理？十九年院字三五五號司法院解釋例云：「

『勞資爭議當事人對於仲裁委員會之裁決聲明異議者，既無再仲裁之規定，自得向法院起訴』。

因爲自十七年採用強制仲裁以來，往往裁決等於具文，蓋勞働者受壓迫已甚，則不免挺而走險。資產階級爲維持其法律的尊嚴起見，故不得不網開一面，由強制仲裁又回轉到任意仲裁，使工人於仲裁裁決得到不利時，仍得以罷工或請求司法裁判以爲救濟。

至於仲裁裁決送達後五日內不聲明異議者既視爲爭議當事人間契約，對此契約而不履行，應科如何制裁，雖修正勞資爭議處理法刪除其規定，然依一般法理（民法）仍不能免除責任。可是另一方面，依同時存在之工會法第二十三條之規定，則工人自無妨於經過仲裁程序後（包括經過裁決送達後五日內未聲明異議之場合，說明詳下文），一旦發現仲裁裁決於自己不利時，卒然訴諸罷工以求救濟。於此可見不履行仲裁裁決之民事責任，與藉罷工以推翻仲裁裁決之權利，兩者之間，尙非無矛盾之存在。十九年天津市政府所提疑義，司法院延至新法（十九年修正勞資爭議處理法）施行後始予解釋。然存於新法中之矛盾仍如前述，未見消釋。

司法院不知法律之辨證法性質，乃欲於法律之必然的矛盾之中強爲調和，而作如下之解釋：「『工會法第二十三條僅稱非經過調解仲裁程序後不得宣言罷工，是其認爲必須經過者，僅係調解仲裁之程序，並非限於契約或勞働協約已成。故兩者之間並無抵觸』」（十九年十月二十一日院字第三五九號）。不知既云「不限於」契約或勞働契約已成，那末至少應包括契約或勞働契約已成之場合在內。依此解釋，則工人祇要經過仲裁程序之後，即使契約或勞働契約已成，即在仲裁裁決送達後五日內未經聲明不服之場合，這時候宣言罷工，也非法律之所禁。然而他方却又說着：「『仲裁裁決送達五日內不聲明異議者，該裁決視同爭議當事人間之契約或勞働契約，凡契約或勞働契約已成立者，雙方均應受其拘束』（見同上解釋例）。受其拘束，何得罷工？既得罷工，便是不受拘束。兩者之間，顯然矛盾。却說『並無抵觸』！真不知是何論理！是何法理！

至於「限制強迫罷工」一點，這時候仍沿用舊法不改。十九年勞資爭議處理法第三十四條三十五條條文，仍保存着十七年舊法第三十六條第四十條之本來面目。

這是罷工權發展之第四時期。

資產階級之退讓，當然在很短時期便會感覺到於自己不利。故二十一年九月二十七日再行修正勞資爭議處理法，重行廢棄任意仲裁，而恢復強制仲裁。這便是現行法之所存狀態。其規定如下：

『爭議當事人對於仲裁委員會之裁決，不得聲明不服。』第七條第一項。

『爭議當事人對於第三條第二項第七條第二項所定，視同爭議當事人間契約之決定或裁決。有不履行者，處二百元以下之罰金，或四十日之拘役。』第三十八條第一項。

同日又修正工會法第二十三條：一

『勞資間之糾紛，非經過調解程序後，於會員大會以無記名投票得全體會員三分之二以上的同意，不得宣言罷工。其已付仲裁或依法律應付者，仍不得宣言罷工。』

這個工會法修正文，其所採用鎮壓無產階級反抗手段，自然比較舊法更為嚴酷。舊法規定『非經過調解仲裁程序不得罷工』，反面便見得如經過仲裁之後，罷工當不在禁止之列：

這是無產階級對於仲裁壓迫一個逃避的太平門。新法便把這太平門堵塞了。其已付仲

裁者仍不得藉口經過仲裁程序而宣言罷工。這一點已經把十九年天津市政府所提起之疑問澈底地解決。更加上一個『或依法應付仲裁者，仍不得宣言罷工』。則是凡勞資糾紛案件，一經過調解之後，即資方或政府一時疏虞未及交付仲裁的，也不妨任意地認為『依法應付』了。其防止罷工的手段何等細密！

不特此也，已付仲裁而未裁決者固不得罷工，裁決後又不得聲明不服，是不特不許以「罷工」為仲裁之對抗，且不許以「司法上告爭」為對抗矣。工人之罷工權乃至司法上告爭權均一起剝奪，資產階級於此時便得到躊躇滿志的勝利了。

至其以限制強迫罷工為直接摧毀罷工之手段，則與第三第四兩時期同，仍保持着一貫的政策。二十一年修正勞資爭議處理法第三十七條第三十九條文字，仍一沿十九年舊法第三十四條第三十五條之舊。

法律對於罷工之防範與禁止既已無微不至。然而無產階級之反抗終不得不尋一條出路。結果他們竟得到一個發明，就是：以「怠工」為變相的罷工。然而資產階級很乖覺地老早就想到無產階級會向這一條小路逃走，所以在十八年工會法早已埋藏着這樣一枝伏兵：—

『工會，工會職員或會員不得有左列各項行爲……』
 (七)命令會員怠工。——第二十七條。

『工會，工會職員或會員有第二十七條各項行爲之一時，得處以二百元以下之罰金。但其行爲有犯刑法者，仍依刑法處罰之。』——第四十七條。

資產階級進攻之政策愈乖巧，無產階級之反抗策略也愈出奇。地網天羅，四面緊張，被壓迫者自不得不向網孔與夾縫中求超脫；於是無產階級又被迫着發明這樣一個新戰術：——

『會員全體各個自動怠工。』

這是罷工之一個新形態。如去年十日間上海電力工人怠工，及英美烟公司工廠工人怠工等案，便是這個戰術的表演。二十二年十月三日時事新報云：

『上海電力公司新廠工人怠工糾紛，因公司態度堅持，未能解決，老廠八百餘工人，亦於昨晨起「響應」怠工。工會續向黨政請願，但否認有罷工情事。』

『電力公司楊樹浦新廠工人於二十九日「宣告」怠工後，是晨起即被拒絕進廠。且公司態度依然強硬，老廠工人爲表示援助起見，當經「怠工委員會」議決：全體八百人亦於昨晨起「響應」加入怠工。……總計兩廠工人共二

千餘名。除發電部照常維持外，其餘各部工作全部停頓，形勢極為嚴重。

『怠工委員會為整飭工人步驟計，昨發佈告怠工紀律如下：

(一) 怠工期間，怠工委員會為最高權力機關；(二) 新老兩廠全體工友應「絕對服從」怠工委員會之「命令」與「指揮」(這又明白是在命令會員怠工——作者註)；……(五) 怠工期間全體工友應靜候糾紛之解決，不得故自擾與畏縮；(六) 怠工期間，全體工友不得到廠前觀望(由此點可見實際是罷工不是怠工——作者註)；(七) 怠工期間各工友應至指定地點探聽消息，不得聽信謠言；(八) 工友中如不遵守上項紀律者，應以工賊論；(九) 如有甘心作走狗或工賊者予以最嚴厲之處分。

『發電部份尙未奉怠工委員會命令(又是命令——作者註)，故仍照常工作，以維電流。如廠方再不覺悟，則發電工人二百餘名，決一致「自動」怠工。

『四區水電工會昨函工部局云：……敝會全體會員認為公司此種行爲，無論從理從法，均有不合，出乎情理之外。爲此不得已忍痛「怠工」。惟顧念電氣事業關係社會之重要，故仍維持發電內部，組織嚴密，進退有序，決無越軌行動。……』

又二十二年十月十四日上海時事新報云：

『滬東楊樹浦英美烟公司第三廠雇有男女工人三千六百餘，最近呈請市黨部允可組織第四區捲煙公會事務所。近因廠方無故將發起人陳士魁等開除職務，并拒絕工人六項要求，以致引起工人憤慨。昨日下午一時起，有工人二

千餘名宣佈怠工，形勢頗爲嚴重」。

政府之制法這樣說：——

「不得宣言罷工！」

「工會不得命令會員怠工！」

工人之不文法便反對地說：——

「用會員全體各個自動怠工之名義，聯合怠工，以實現罷工之效果」。

這明顯地是一個新舊法律對抗，一個沉鬱的對抗。

難者或許會說：工人聯合怠工是犯法，不是法律。不知這個不文法律實在爲資產階級

所不得不默認。試觀關於上述二個事件政府與黨部對於工人怠工所採取之態度不難證明。

同年十月三日四日時事新報有云：

「又據市黨部執委陸京士發表此事件之談話云：查電力公司此次發生怠工風潮，純係資方不履行儲蓄金問題。

憶三月前該公司開除倪文富等四人後，本會曾派員會同社會局向該公司作非正式調解。終以公司當局態度強硬，不

受調處，茲又藉故開除戴仁恆等三名，而於該三工人應付之儲蓄金強行剋扣……遂成新老二廠工人先後怠工。……

甚望雙方於法理情感之下，接受本會勸告，相互謀解，早謀解決云云，（三日）

『四區水電工會自兩廠工人實行總怠工後，曾於前日攜呈派員向市府請願，適因吳市長就警備司令兼職，該會乃復於昨晨九時推派代表倪文富朱潛生陳友發潘根林陳妙生胡有生等六名續往市府請願，要就予以援助，并迅飭廠方發給養老金。當由第二科科長張益譽接見，詢明過去辦法及怠工情形後，允即轉令社會局迅予調決並勸令各工人靜候解決勿再起糾紛，為致糾紛情形擴大該代表認為滿意，始返（四日）。』

『市黨部社會局據四區水電工會呈報發生工潮後，認為事態嚴重，曾於前日派員調查。復於昨晨十時市黨部派戴有恆，社會局派朱金濤再往江西路電力公司寫字間晤副總裁兼總經理薛爾德進行調處云。』（四日）

又同年十月四日民報云：

『英美煙公司浦東新老兩廠及轎朋路第三廠，本年五月間將原有每星期六日工作減為五日，再由五日減為四日後，復由四日減為三日。各廠工人以工資均係按日計算，每星期工作三日難以維持生活，要求工作四日，無效。第三廠即於五月十日怠工，新老廠工人，復於十一日參加怠工。關於怠工工資，由市府於九月五日召集仲裁委員會仲裁決定：第三廠怠工工資免給；新老兩廠除葉子間外均照給付。經通令雙方遵照。然公司迄尚未給付。全體工人以資方違背市府決定，昨晨十時派理監事陳培德樓德華劉景觀，張子平等六人備文向市府請願，要求嚴令廠方照給。當由祕書長俞鴻鈞接見，對於工人要求允召集資方勸給，并飭社會局調處。』

一。方。成。文。法。上。有。工。會。法。第。二。十。三。條。第。二。十。七。條。第。四。十。七。條。及。勞。資。爭。議。處。理。法。第。三。十。六。條。
 第。三。十。九。條。等。規。定，他。方。不。文。法。上。有。聯。合。怠。工。之。容。許。誰。也。不。能。否。認。這。是。一。個。法。律。之。矛。盾。

這。是。罷。工。權。在。第。五。時。期。發。展。中。之。新。形。態。至。其。將。來。進。展。如。何，仍。須。隨。時。勢。之。推。移。而。定。

二二，一一，某日。

上海图书馆藏书



A541 212 0010 5504B

8213

1

.30

964