

大

陸

近代

法律

思想

小史

叢書

世界

方存嶽編

陶孟和校

史

上編



上海图书馆藏书



A541 212 0005 1036B

方孝嶽編
陶履恭校

世界
書界
大陸近代法律思想小史

上編

上海

圖書館藏書

商務印書館發行

序

法律這件東西，多少總不免構成一種保守的勢力；在過於直覺的改革家看來，當然是一件不可不除去的壞東西——如果『自由』是我們的目標，我們說到政治上的東西總覺得是想到善人與惡人兩方面的對待關係；所以『頭腦超妙』的人厭談法律，實在不算希奇。

現在的競爭制度誠然養成了，增長了許多人類的惡根性，但社會組織——經濟組織——之改良，是否可以使人類惡根性無發生的餘地？

『強凌弱』『衆暴寡』是否能因『均無貧』而消滅？這問題是很難答的。人類需要法律與國家與否，大家所爭論的，不過是比較的程度問題。照現在人性上的經驗，人類在有規制的團體中——在這個團體中，對於個人的專暴行為有所限制——所得的自由，比較在無規制的團體中所得的爲多。我們可以說：今後的個人主義決不會恢復他從前的形式；今後的個

人主義是要脫離實業上經濟上的奴隸地位，又進而求一個智識上精神上的自由。這種個人主義，當然是在有組織力的團體中，容易得著保障；而團體這件東西，自從他成立以來，不論何種形式，本是爲這個目的。這是無論什麼現在的『主義家』皆不得不承認的。

近年來，法律加增了許多新鮮激烈的理想到政治學說的裏邊。近幾個世紀中『民約』(Social contract)的教義雖是學者所歡喜談論的，然法學(Jurisprudence)上的觀念與名義支配了政治學說也不在少數。自從英國的梅因(Henry Maine)借了德國法學家的歷史方法，證明社會的組織不是發源於契約，是趨向到契約，民約之說於是很失了些光彩。梅因雖自己成了一种保守主義，然而他的好影響是他所用的方法。用這個方法，最近德國的法學家格爾克 Gierke 英國的法學家麥特蘭 Maitland 等，證明了團體這件東西，有『實在的人格』(Real Personality)有天然的根源，有固有的權

利·團體既是一個『實在的人格』那麼，他是與『單一人格』(Single Person)一樣；所以團體雖有固有的權利，也必有責任 (Liability) 的地方。這個教義一方面影響了國家觀念，把國家當作已經成立的大團體——衆團體的團體；這大團體既是以公共生活爲基本，又是抱一個較遠較高的公共宗旨。他方面，這教義又使團體得著一個穩固平等的保證；以防專暴的行爲，在團體自身中發生的機會。最新的社會主義——公所的社會主義 (Guild Socialism) 及其他同臭味的新運動(如盟合主義 Federalism 自治 Home Rule 教會團體的權利 Rights of Ecclesiastical Groups 等等)是屬於目前思潮上一個普通的大趨勢；這個大趨勢是與上述的法律理想連絡得極密切的。這一層，現在不能多講。總而言之，倘若人性不改，這種『調適的力量』(Adjusting Force)像上述的法律理想所表示的，是人類社會組織中必不可少的。

政治，社會的學說，一方面固是起於人類事態有不安穩的時候；一方面

也是因為這學說自身，對於人類事態不斷的解釋，有不恰當的地方而生長的。當事實激起學說的時候，學說總是遠離事實而任意馳騁；然而他到地的趨勢，總是與事實漸漸接近的。我們不能說學說與事實到了完全適合的時候，學說就要瞑目長逝；但是，學說之不能否認事實，也好像事實之不能挫折學說，這一層是可以斷言的。我們要持這個心理，去研究現在政治上社會上的實體問題；這就是我翻譯這個書的微意。

近代（自法國革命以後）大陸法律運動可別為三種。這三種運動（第二種影響極微）影響到英美法律上的也很不少；因為所有引起這些運動的智識上政治上經濟上的情形，是全數西方國家皆有分的。

第一就是法律與社會政治情形之適合。這個運動是接了十八世紀的政治哲學，及法國革命社會上的沸騰狀態；這個運動的時期極長，到現在仍不算終了。近代生活的基礎就是經濟。自從那些應用到實業上的科

學發明以後，已經在十九世紀初到十九世紀末，使經濟情形生了許多變化，經濟變遷又引了社會變遷，社會變遷的影子於是射到法律上了。十八世紀的哲學及法國革命的個人主義，曾經在拿破崙民法典中明白表布出來，又廣播到別的國內；但到了十九世紀的末年，就漸漸爲社會哲學所代替。大規模的實業，個人財產之速度的增加，因有協同組合而職業上關係之繁雜，都市上人口之集中，交通，運輸，國際通商往來之便利，已經引到社會狀態上極可注意的變遷；這變遷影響到法律，因而有公法私法的改革。十九世紀初年個人主義觀念的『自由』『責任』『契約』『財產』已經因『社會團結』(Social Solidarity)的新觀念而變其解釋。從前『自由』的理論已經變換，而承認個人生活是社會中一個成分；國家保護個人，即根據這個觀念。法律上的形上觀念久已消滅，而有力的『終局論』(Teleology)把他代替。『責任』的意義已完全不是主觀的，而在工業的企業上及公共服

役上，已經成爲客觀的。私人契約已不是一個照例的器械，而在法律解釋上，已算是繼續增多的原素，以構成社會目的。財產已不是產主的無限制的主體權，而算是一種公共的寄託物。這些哲學觀念既變更了法律的解釋，於是國家的作用也就伸張了；國家的權力降爲義務，國家要防止那違犯『社會公道』(Social Justice)的行爲，并保護公共利益；所以到處公法之生長每每犧牲了私法。這種運動，就是近來管理機關之增多。有些機關是保護公共立法上『衡平』(Equity)之施行，以代替一部分裁判上的手續；許多訴訟及法庭作證的規條也經了大量的改革。無論這種情形是不是表現——在勞動立法範圍中尤甚，——一種反對梅因(從分位 Status 到契約之理論)的趨勢，或不過是承認國家對於社會利益，要有一個較大的保護力；但是私產與私權現在總是被看作社會上的寄託物，這是因公共利益而定了這種社會義務，——這個觀念總是不可否認的了。

第二個運動就是編訂法典。拿破崙之編訂國內法，表現一個法律建設上的大事業，在法律史上影響之大不待多說。這法典的勢力廣播到別的國內，不但使人家崇拜法國智識上的卓絕，而又在別國法律上，有一個實在的不可磨滅的功効。差不多全數歐洲的國家皆跟着有編訂法典的運動；他們皆得了法國這部大著作的益處，及大家對於這著作研究批評的益處。

大陸法與普通法的方法不同，是歷史學者所知道的。普通法差不多完全是法庭與裁判者的製造品；大陸法學者藐視他是一個瑣碎無系統的東西，而自誇大陸民法是有理論的，有教義的，有學者著作爲基本的。但是大陸法律的缺點，我們更不可不注意。拿破崙法典（大陸法的第一個代表）在國內法之「統一」（Unity）上，所盡力的誠然不少；但是這法典介紹理性主義的方法於法學，蔑視了自然進化的法律習慣，否認了法庭判決的價值，

引了法學家完全依賴那『疏註的方法』(Exegetic Method)的法律解釋，——所有這些弊端，大陸法學受了極深的印象，直到現在不能完全平復。但是自從這法典出現以來，學者對於他有不斷的批評研究，這個批評研究影響到別的國家，因此引起了用比較方法研究法學。於是，我們知道普通法上，不見得完全無學理的勢力；而大陸法上，也不見得完全不受實行上裁判上的影響。一方面選擇一種世界上頂好的經驗，一方面對於目前經濟社會的事實，作一種批評的比較的研究，——這是近代立法的進步上，大家所承認爲惟一的方法。這個方法已經爲各國法律家所利用，編成了幾個重要的法典(在拿破崙法典之後)，——就是一八六五年的意大利法典，一八九六年的德意志法典，及一九〇七年的瑞士法典。三者之中，以德意志法典、聯合歷史方法與科學方法的爲對於法律進化上，有極大的供獻；他不但影響到別的國家，又反而影響了近代的法國法律家。

照這樣的推尋，近代法學進化的行程，當然以拿破崙法典爲發軔的地方。這個行程是不可限量的。蒲魯東(Proudhon)說，『法律是理論與實行之同力合作，要實現出人類的真正法令——絕對的真理』。這句話大概就是這行程的目標了。

國際主義(Internationalism)是現在極風行的理想，而且是今日世界上人人不可不有的理想。近代法律第三個運動，又是三個當中極可注意極有光彩的運動，就是向着這個方向走的。文明國家相互接觸之親密，引起了世界上個別法律之同化。國際交通之增加，國際主義之代替國家主義，互賴主義(Interdependence)之代替不賴主義(Independence)，已經表示出：全世界分子的——各國的——交互利益，正需要一個聯合的規定。這種需要，實行出來的，已經不少；大概是由國際的『合同』(Agreement)以管理許多由近代經濟社會情形生出來的交互利益；公共管理的，聯合會成立起

來的，日漸增多；例如郵政，電報，運輸，著作權，商標，等等，其利益的範圍已經超出國界以外，所以不得不有國際聯合的規定。此外海牙會議，在預備國際私法的問題上的，對於這個運動所供獻也是不小。

真正的國際主義要如何纔能實現呢？這是國際主義家爭論的燒

點。從經濟上觀察的人，說是要拿國際的經濟事實爲基本。但是自有人類以來，政治的事實與經濟的事實，是一樣的發達，一樣的重要。無論經濟發達如何改變了推翻了政治組織，而政治的東西總是常居在調適的地位，以表現人類道德的倫理的生活。我們平心而論，國際主義這個東西實在不是對於國際的個體——各國民——作經濟的伸訴，而實在是對於各民族的良心上作道德的伸訴。康德 (Kant) 說，『從野蠻的無法的國家 (State) 走到衆國民 (Nations) 的盟合，』這句話就是從倫理的方面表出的國際主義。我們覺得，所有進化的民族，彷彿有一個公共的權利；把這個心理，合入

法律的實體；國際主義的希望，就在這裏邊了。所以我們可以說，國際主義必定要求一個法律的發達；這發達雖少不了經濟事實的扶助，然不能拿他當作基礎；這發達也與一切別種法律的發達一樣，要以一種公共良心上——作文明世界中的公共良心——的固有權利為基礎。國際條約之伸張，武裝之限制國際法庭之加重，——這一類的手續，或者是國際主義目前實行上必有的步驟。

這書是翻譯智利阿爾哇列茲 (Alvarez) 的兩篇名著，提綱挈領的總括上述種種理想與運動，而追溯自十八世紀至十九世紀中葉的變遷，更是源原本本自成首尾。美國法律學校聯合會 (Association of American Law Schools) 所出的『大陸法律史叢書』 (The Continental Legal History Series 第十一集) 『十九世紀大陸法律之進步』 (The Progress of Continental Law in the 19th century) 將他收在裏邊，我間接翻譯出來，拿『大陸近代法律思想小史』做

我的書名，做具體研究者的一個大引子。

一九二〇年六月二十八日方孝嶽

關於這篇序文所論的，參看：

T. H. Green, "Principles of Political Obligation," PP. 154—179.

Ernest Barker, "Political Thought in England, from Spencer to To-day,"

Chaps. VI and VIII.

Great Jurists of the World, (Continental Legal History Series, Vol.

II) PP. 561—599.

The Series (Mentioned above) Vol. XI, Pref. and introd.

大陸近代法律思想小史上編目次

第一章	自法蘭西革命後至十九世紀中葉有力的法律思想	一
一	十八世紀的哲學在法蘭西革命時法律上之影響	一
二	十八世紀的哲學經濟學在編定法典上的影響	一三
三	編訂法典的根本原則	一六
四	財產與家族	二八
五	編定法典在社會上的影響	三九
六	編定法典在私法哲學及一般法學上的影響	四七
第二章	十九世紀中葉以後有力求法律改革之勢力	五四
一	十九世紀輿論上對於民法典的評判	五四
二	改良私法學的計畫	六六

三	法律學之振興·····	七三
四	近代法律變遷的趨向·····	八〇
五	政治變遷在法律上的效力·····	八一
六	經濟變遷在法律上的效力·····	九〇
七	新的社會學說在法律上的效力·····	一〇二
八	團結主義·····	一〇五
九	民治主義在法律上的效力·····	一一二

阿爾哇列茲原著 此二章均從 Alexander Alvarez 所著『法的研究及民法編定
的一個新概念』Une nouvelle conception des études juridiques

et de la codification du droit civil 書中取出阿氏是現
代智利法學大家現為海牙國際法學院主教授之一

大陸近代法律思想小史上編



第一章 自法蘭西革命後至十九世紀中葉有力的法律

思想

一、十八世紀的哲學在法蘭西革命時法律上之影響

法蘭西十八世紀的特點之一，就是哲學精神之發達——古典的興味 (Classical mind) · 哲學精神發達之原因有多種 · (1) 當時的社會正搜求原理為新基礎上改組之用，哲學已變為社會的 · 哲學者又成了政論家 · 此外經濟學家是合經濟與法律而研究的 · 托爾哥 Turgot 在當時為分開經濟學與法律學的第一人 · 有此數因，所以十八世紀的哲學家，經濟學家的學說，在後來法律上的影響，非常

(1) 參看 J. E. M. Portalis "De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle" Chaps. 1-IX,

之大。

(1) 一個自然秩序管理社會。這班學者皆沾染從前自然法的理想，而更加以推揚闡明。他們又相信社會爲一種自然秩序所管轄；但如何管轄的定律，尙待發明。這樣信的他們是最早的。經濟學家也以自然秩序爲他們考慮的起點。他們以爲全部經濟學簡直可以縮小成爲專研究那規定經濟事實必然的法則，而全不顧及空間與時間。

此時哲學家亦以自然秩序的理想爲起點。從他們所考慮的根底，皆可尋出這個理想。孟德斯鳩 (Montesquieu) 研究歷史學與法學，意欲從中抽出哲理。康多塞 (Condorcet) 搜求歷史哲學，既察出過去社會的發達，因深信社會有無限的進步。第德羅 (Diderot) 與達郎薄 (D'Alembert) 立意要綜合人類的知識。他們研究的方法，與自然秩序的理想及當時社會情形皆相符合。這方法程度雖有不同，卻是聯合觀察 (Observation) 理性_{或推}

(Reason)理想主義(Idealism)三者爲一氣的。

這些哲學家本是專研究太古及近古時代的，但是他們亦觀察他自己所於以生存的社會。這種觀察就是他們學說的特色。不過他們考慮(Speculation)之起點，——從這起點，自以爲可以努力實現一個社會理想，——實在不是觀察(Observation)。他們對於社會與人性，先有個先天的概念。就由這個觀念着手研究。他們的方法使他們拋棄過去；不但否認過去爲將來之母，并深信過去阻礙將來之實現。所以他們以爲毀滅過去乃進步之必要條件。他們無論對於何事，皆以將來爲依歸。這個將來，便是要把理性的觀念實現出來的。

他們以理性爲萬能。理性可以使所有的觀念皆能實現。他們所夢想的社會改組，完全惟理性是賴。他們皆是革命家；希望以新的純粹理性的原理爲基礎，改造新社會。因此他們的學說有成爲教條的趨勢。這個

教條竟成了一種宗教。

十八世紀的社會哲學，將自身所受感化的理想建白出來，——這個理想就是個人主義，即個人最大的最可能的自由。他們的個人主義是從一種惟理的考慮(Rational Speculation)中發展出來的。這個考慮正與當時政治經濟的情形爲敵。那時代所有幾種主要的特點，即帝王的專制，人民產業，指土地所有權地位的不平等，實業自由的障礙，苛暴的租稅，重商論者(Merchant-*list*)保商論者(Protectionist)的學說。但是我們應知道，這種個人主義並不是反對國家之干涉；不但不反對，而且以爲國家的干涉更可保護個人才能之充分發展。

(2) 個人與財產爲法律的基礎。這些哲學家經濟學家的法律理想是與個人主義惟理派和理想派的方法一致。他們相信個人觀念及財產權觀念是社會改組的基礎。他們覺得人生在世是孤立的，與他人無關；在

自狀悲之下享受絕對自由。人類關係之存在，是由於衆個人的意志，而非由於一種勉強聯合的羈絆。他們贊成社會生活的重要，而結論仍以爲社會的最終目的就是個人。因此尊重個人的法律人格(Person)，換句話說，就是尊重私人權及財產權，乃法律上惟一的重要的理性基礎。立法至高的目的就是保證這個基礎。

最後他們又宣言立法(Legislation)是實在法(Positive Law) 對自然 惟一

的根源，並且立法應該管理社會。人制法(Statutory Law)不過將人類理性化爲具體，或所討論的特殊的假定(Particular Hypothesis)。故人制法必須整齊簡潔，按着惟理主義的原理所寄的精神，用明瞭的法式達出。馬布勒對 Mably 於立法文字必要命令式的簡嚴 Majestic Brevity 的理想曾經反對

(3) 公法及私法。他們又在學說上，分別公法與私法；而公法尤是他們興味所寄。這個原故，是要以當時政治，經濟情形來解釋的。私法多爲

經濟學家特別的研究。在公法中，這班政論的哲學家希望根據於全新的基礎將社會改造；所謂新者，基礎須純粹從理性中得來。這個基礎他們規定得極明白，就是無限制的私物權，人權之保證，人民宗主權，政府權之區分，等等。他們又高呼社會改造是為人民全體的利益；但公共利益之安穩的保證，是與個人能否享受那天賦的權利為始終。

這班哲學家，說到私法上，則理論上稍覺不同。法律所應努力實現的理想，仍然是個人自由。但他們以為人類除非為私益，（不為公益）不會行動。所以私法應當定出規則，使個人自由與羣衆自由並行不悖。這個，他們名為『共存的個人間的關係』（Relationship of Co-existing Individuals）。因此立法者不用較量個人行動上道德的程度，只要他不妨害他人的自由就夠了。

在這一點，這班哲學家不甚反對以前的成訓。所以不想立刻造出新

私法·羅馬法，教會法，(Canon Law) 封建法，(Feudal Law) 在他們眼中，似乎是古董了。但習慣法，因為好像受了目前社會需要的影響，乃為他們所貴。在這一層，他們意見與那些法律家或羅馬法的教授不合；因為後者仍信從舊時立法的全部。但是他們又與後者有相同處，相信編定法典 (Codification) 的利益，可使全國境的立法歸於一致。

他們雖曾擬出若干規條，為立法者編定法典之指導；但他們不會顧及法律一旦結成條文之後，如何能適於社會上繼續變遷的新需要。他們對於這個，倒頗能自圓其說，以為立法上所制定的就是社會中惟一的法則；所以不必顧及那些社會上不可避免的變遷。

(4) 革命之所盡力於編訂法典上者。革命家深染了十八世紀哲學家經濟學家的理想，而對於經濟學家尤一致贊同。因為後者信舊制度必完全推翻，而代之以別種制度；欲在此別種制度構成普通的秩序；則法律的

建設，必依惟理派的原則。於革命所下定義就是法律之到著權利之復活
正義之反動。

論到公法，是很容易辦的。這個大革命建築新原則的時候，不必脫離那維持舊制度的理論。不過說到財產權，不脫離就發生困難。財產權問題與他種問題不同，雖是政治的問題，屬於公法範圍又是經濟的問題（包括於私法範圍）。這問題實在就是：如何能將財產脫離封建的約束，使為經濟政治的新組織的基礎。所以這番革命，既將舊制度根本推翻，又藉革命的憲法，於俄頃之間，以無限制的私物權，人權，人民宗主權，政權區分為原則，創出一種新政治的組織。這個新組織沒有成訓的基礎，乃個人主義，惟理主義，理想主義，三者的勝利。但個人主義的勝利，與承認國家最高權，毫不抵觸；因為承認國家主權，不過要保障公民的最大的自由罷了。

在私法上，不得不與此相反。編定法典，畫一法律的理想，是到處皆承

認的。這個理想，在當時歐洲實不爲新奇。有好幾國已經認定了民法法典。法蘭西王亦曾預備過編訂法國法律。但因政治與社會兩方面的緣故，遂致失敗。大革命（政治與社會兩方面的革命）以後，編訂進行，極其平易。有些人曾以法典的草案獻之於當時的各立法機關。

但那時候的問題，已不是實行理想的機會問題；乃法典應取的形式問題。使大家意見一致，當然是不可能。法律家與哲學家已不相合。這爭執的熱度，因革命時代不同的狀態而有差別。在憲法會議中（Constitutional Assembly）爭鬪甚烈；因此那時期的法律是調和的。在立法院中（Legislative Assembly）成訓的觀念失了立足地。在非常國會時（Convention）惟理派乃完全戰勝；所有從前的立法，皆視爲屬於不文明時代的。惟理派之得占優勢，因爲他們的目的是將法典上條文減爲至少數，以免妨害個人的自由行動。

於是指定一個立法委員會起草民法法典，由康巴塞利 (Cambacérès) 獻之於非常國會。他在報告上，解說那草案的根本的原則。他的解說實在顯出當時哲學誇大的趨勢。從報告中『自然法之鞏固，共和國之膏腴土』二句可知。他希望法律條文不可過多，亦不可過少；因為法律的目的但要明瞭；僅僅少數條文，顯出一般的原理，是必要的。他說『立法不應將樣樣事體都宣告出來；不過當設立一些含蘊一切的原則——預料到將來疑點的。他更要稍費整理的苦心，只能留下極少疑點，讓他人解決；法律的起草，應該精確明瞭』。這個法典條文雖為數甚少，而非常國會猶以為麻煩，又嫌其不十分激烈，又不十分哲理的。一七九三年十一月三日，非常國會發出命令，指定一班哲學家使起草一種合於新理想的法典。但這命令不會實行。後來又指定一委員會起草別種法典。這法典又是康巴塞利經手獻出。在第二次報告中，他解釋這新法典根本的原則，僅說：這草案不

過是『自然法典，爲理性所裁可，自由所保證。』但第二次草案又未蒙採用。一班人的批評，以爲與其稱之爲法典，不如稱之爲目錄。凡非常國會所表決的法律，全是爲統一的理想所感化；羅馬法與教會法皆爲所藐視；但是他們採用習慣法，使適合於當時新狀態。

一七九五年以後，非常國會哲理的觀念失勢。大家希望，較以前諸草案更爲詳細的法典；於是要求非常國會對於所有以前的立法加以考慮。這種心理，確是成訓觀念的反動。惟理派於是失了立足地。康巴塞利在他第三次草案中反映出這種心理。

所有革命時代的草案，皆可表明一個編輯上的改良；所用的方法，及文式的明潔，顯出法律思想的進步。因爲哲學家的著作有這幾種性質，所以這進步大部分實是受了哲學家著作的影響。

(5) 結晶的法律與變遷的社會。立法爲法律的惟一根原，亘革命時

代，爲人所深信不疑；而所編訂的法典如何能與社會生活的進步相調和的問題，無一人注意及之。究竟他們是以爲法典一定，社會需要當隨法律改變；而法律的生活便算終了，結晶於一成不變的條文呢？還是以爲解決這問題是要將來立法者隨時修正的呢？我們實在尋不出當時立法者意見之痕跡。

康巴塞利在第一次獻於非常國會的草案中，彷彿是會想到這個問題，并打算解決這問題。他希望——這個希望在當時占優勢的——編定法典，只限於建設含蘊豐富的原則。他以爲法律是自然發展的東西；立法只應該爲將來的法律建設些法律的基礎。從理論事實兩方面看來，他這解決法大可滿意。不幸未被採用，所以這理想遂未發達；亦未曾以明瞭的法式表白出來。而當時普通的信仰，——反對舊制度的過盛，因有此反動，——反以爲法律的發達不應是自然的；司法者的職能，只限爲法律條文的解

釋者，絕不許他任意改變舊法，或創造新法。

二 十八世紀的哲學經濟學在編定法典上的影響

拿破侖時代的最高執政會(Consulate)實編訂法典的正式開始時期。拿破侖以他的威權完成這個事業。拿破侖證明這個事業不僅是社會需要，而且是一個政治的工具，用以鞏固社會的新秩序。革命時代以政治的糾紛，法學家哲學家對於新立法的原则及主要觀念之意見紛歧，遂致阻礙法律之編定；至此時期，纔最利於成就此事業。

我們欲了解這個法典的重要，所受感化的理想，及所受前世紀哲學家所產出的影響，非先明白法蘭西當時政治，經濟，社會上的情形不可。舊制度已完全消滅。新的政治秩序已經出現，而且建設得很穩固。新的秩序就是建設在革命所奮鬥得來的新奇的原则之上。這時候仍然可以持那些支配革命的理想；換句話說，就是可以在俄頃之間，以理性及抽象的原则

爲基礎製造些新東西出來。這一層實在不假。因爲向來政治變遷在個人間的法律關係上，不生密切的影響。再者當時沒有一個人想到編訂公法，更不會想到編行政法。因爲革命以前的法蘭西，沒有行政法，而且不能有行政法，這也是當然的。革命雖使他成立，但是成立的時候甚近，又因時間短促，還沒有十分整理。

帝政的專制，與財產限制的選舉制度，是這時政治情形的大概。當時經濟與社會的情形，就是小工業制度。人民生活多半是農業的，動產尙少存立。個人間法律關係，比較的少；所有關係完全是個人主義的性質，明確規定，根本爲民族性；這些關係的改變，實很徐緩的。當時無所謂社會問題要待解決，——只有一個貧乏問題，這問題屬於救貧法之範圍內。勞動階級並不爭求勞動法典；他們的狀況，簡直不爲人所注意；政府，社會，編定法典者，皆置他們於度外。備金爲生活者，不會結成政黨，在全國內不會結合。

觀以上所述情形，那編定私法的問題，可以用下列幾條敘述。

(A)立法者編訂私法不能如編公法純粹以理性的原則為基礎。私法支配個人間的關係，決不能完全不顧過去。法學家與立法者共認做改新過去的事業，但他們多少仍想依照革命時所宣布的新原則，特以財產權，脫離一切封建的壓制。法律上所認可的身分與財產之不平等，已為大家否認。大家又以為新的立法應該為革命前的兩種法律根源的調和(兩種根源即羅馬法與習慣法)。惟一的問題，就是要決定那一種應當占優勢。

(B)統一法律刪簡法律，要依照個人主義的原則，使他種革命時代出現的制度一致。所以個人主義不但支配個人與國家的關係，並且支配個人與個人的關係。私產法必要變成個人主義的，因為兩個原因：一則這個法律所計量的是個人利益，並不是社會利益；二則在個人相互關係上，個人彷彿是互不相關，孤立生存的。

(C)新立法的條文已不必要過分的簡單，但要整理得清楚明瞭。

由此觀之，我們可深知十八世紀的哲學在十九世紀的立法上，有何等大的影響了。但是我們如要確實了解上述的概略，及領悟那第八年（一七九九——一八〇〇）即法蘭西革命之第八年的立法事業的價值，我們第一要注意法典編訂所根據的根本原則，或『假定』。第二要注意那有勢力的觀念，——根據這些觀念，他們規定財產與家族法。

三 編訂法典的根本原則

所有編訂法典的『假定』是要統一法律，刪簡法律，將法律弄得清楚明瞭，而同時要將舊法律制度上關於這種缺點，通行除去。但是我們要注意：這些假定，在公法中，是沒有的。也是舊法律制度中所不知道的。現在先討論『假定』中最重要的一個。

(1)人制法須為支配法律關係的惟一的法則；因為他是立法權所制定

的，直到作廢時為止一成不變的。所以民法法典即拿破崙法典是要支配私法中的關係的全部；將這一部分法律中各種法律制度，聯合排列，成爲調和的系統的完全物。

這個預備民法典的委員會，反對革命初年希冀簡短法典的傾向。鮑塔利(Portalis)在最初獻稿的報告中說『當我們會議開始的時候，我們皆爲當時普通一班的意見所影響，以爲起草民法典，只要在每個題目之下，有少數甚明瞭的條文就夠了；以爲最大的才能，就是能拿預料一切的方法來簡單一切』。再者，這班民法典編輯人雖然蔑視舊日法律的根源——尤蔑視習慣法；其實在這一層上的固執，不及十八世紀的哲學家及革命時期的立法者那樣過甚。雖然他們以人制法爲法律主要的根源，但亦不一定執爲惟一的根源。這個見解，可以從鮑塔利的報告中證明。他極承認立法者不能夠規定或預料一切的事；所以這委員會預備報告的時候，不曾發此

野心。他又說『有許多事件，必須讓與慣例 (Usage) 來解決的，留與精通法律者之商榷的，留與裁判者之判決的。……人制法的作用，是要拿寬廣的文義以固定法律上的精言要義，又要建立些能滋生的原則，至於每個題目所發生的瑣碎問題，是不必管的。這些細問題是要裁判官與法學家——深懂法律要義的——來指導應用的』。在所有文明國中鮑塔利隨後又說，與人制法同時生長的，有格言，判決文，及一些學說；這些，大家公認為『真正補助立法的東西』。他於是指出些規條以為如有問題發生，而無明晰的條文使裁判者可依以解決，則此等規條可以依從。他又說到慣例 (Usage) 與衡平 (Equity)，以為這兩種是回返到自然法的東西。再者，這民法典第四款中，似乎極端承認法典不能包羅一切法律，因為法典所緘默的地方，就是要留與裁判者自己創造新規條以供應用。

鮑塔利與這法典第四款雖說得如是的切實，而著作者及法官，差不多

從十九世紀後半紀開始的時候——固執其所謂不可非議的原則，以爲人制法構成惟一的法律規律 (Juridical Rule) · 所以結果，他們以爲所有私法中的關係，完全是依賴這法典上的規條 · (1) 然而我們最要記住，這法典上關於財產法的條文，是與個人主義的理論相符合，只爲解釋或補助當事者 (Parties) 的意志的 · 支配此項之法律，就是認當事者的意志是自主的 · 若無立法之規定與之相反，則個人應當自爲法制 ·

(2) 法律要爲各處所共，他的應用是通行全共和國，不許因地點不同而加變動 ·

公法，已不似封建時代，允許土地與位分之承襲 · 全體公民，在民法上，一切平等 · 但是這平等不見得是法典中一個絕對的原則 · 因爲這平等

(1) 關於採用這些理論之動機，看 Geny, "Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif" §. 8. 37—50.

不存於屬民及外國居民之間，不存於有財產與無財產者之間，又不存於夫婦之間，更不存於合法子與非法子私生子之間。這法典關於外國居民的條文甚嚴刻；這些條文乃拿破侖自己要求採用的。外國居民無公民權，又甚至無承襲權及受餽贈或受遺產權。這法典在規定商人階級與非商人階級間之法律關係上，承認經濟的不平等，此實表明有『中等階級』(Bourgeois)成見。但這法典不認他種當時很普通的經濟的不平等，即『所有者』與『無所有者』之間的不平等。保護土地所有權，在這法典上視爲首要，所以這法典根據『所有者』以規定私權。那些『無所有者』的利益實無保障，這一層可以用兩種事實說明：這個革命乃中等階級，非貧窮階級，戰勝了特殊階級；又此時尙未有社會問題發生。因此，這民法典不會認上述的區別。當時喚不起社會主義者對於此法典的攻擊，但是這些事實之存在乃社會主義者攻擊的根據。

立法者當然承認個人的法人資格。他規定不動產法，以保護不動產爲這法典基本原理之一。他將不動產脫離地主的壓束，使產主有絕對的享用權。但是他絕不會保證那沒有權利以得物質上的生存，和沒有權利得工作的人；此與革命時的憲法所宣言不合。但是他們可以自己辯護；說這是行政法上的事體，非民法上的事體。

因爲要保護中等階級有財產的家族，所以這法典保證未成年男及已婚婦的產業，允許已婚婦可以辯明他自己的契約與議件不爲其夫認可時作爲無效；已婚婦在其夫產中，可以要求恢復他結婚後加入的部分；他可以否認財產公有爲夫婦財產制度。所有這些條文，皆是預擬家庭富有的情形。這法典雖宣言契約的自由，但反對有產者浪費自己的財產；於是設立一種監視法，使他們節省用途。這法典甚至保護老年人的財產，允許他因契約上疎於審酌，或交易品上的瑕疵而取消契約。這法典又限制利息率。

這樣看來這法典保護有產者的利益，有三種不同的例：一，當有產者無能力以處理自己的利益之時；二，當有產者浪費其財產之時；三，當有產者受欺詐之時。

但是，這法典不會規定傭工契約，——這是關係工人最要的契約；又不曾想到防護工人自己的粗忽危險的地方。沒有東西禁止工人浪費其僅有的資本——工作力。他們簡直可以將自己工作力任意濫用。法典上無條文禁止有害工人的契約，與危及健康危及道德的契約。關於財產的契約雖經規定，而工作的條件，則留與關係者的自由意志。這法典甚至表明傾向資本階級的態度，看那第一七八一款中對於工人的猜疑，就可明白了。

工人階級，正與中等階級相反，工人家族與工人之妻皆不受法律保護；女工所僅有的財產——就是他的傭金——全充入家庭公共財產。這法

典更進而設特別不利於勞動階級的制度——就是『民事逮捕』(Civil Arrest)。這個是一種壓迫手段，可以用來對付負債者的；但受其影響者差不多專是工人階級，因為他們沒有資本以應付各種徵求。

所有保護勞動者的計畫可以指數的只有兩條：這兩條是為家僕創立『擔保權』(Lien)使他們傭金之給付有較妥的保證。

那刑法典上於所有者及工人階級之間，未曾設立平等原則又懲辦一切集會，聯合，罷工之事，——這些都是工人增進其經濟上的要求的惟一武器。

這法典又承認夫婦間的不平等。因革命時有些法律過於激烈的原故。這法典待遇合法子與私生子又不一樣，否認後者有幾種權利與前者同樣。

這樣看來，這民法典只是在外形上承認平等罷了，其實在裏面是反對

民治主義的；所保護的雖是個人權利，然此個人必是『有所有者』或及厲主。所以這法典實是以中等階級的利益為主；離平等尚遠得很；他完全傾向權力，看他設立為父者及家長在家族中的主權可以明白。

(3)法律的過分邏輯。立法是要從一些普通的原則著手；這些原則的結果，是要在立法條文中細細引申的；因此這立法的規條有一種過守邏輯的痕跡。

所有同狀態的事實，皆為一個原則所支配。從這原則所演繹出來的完全是一樣；即便問題中的事實有特別性質，亦所不顧。立法者不管他自己所定的原則能否應用於一些預料的事實上。他的目的就是以為這些原則是要以嚴刻的邏輯推演出去。他只認有極少數的例外；因恐例外過多，有傷法律之一致。他們定要使所立的條文有邏輯的性質：要從那些原則上推出所有可以推出的結論，以支配一班已有的事實。

(4)懲罰。 遵奉法律的保證，非立法者的監視所能爲力，必要有懲罰的條例。

懲罰因問題不同——或家族權或財產權——而有種別。財產法上的懲罰大概是剝奪權利，逮捕，法律行爲之失效，或損害賠償，等等。家族法上的懲罰則影響及於私權，產業之劃分，絕對的離婚，與限制的離婚，失襲產資格，等等。

(5)極端的明晰。 法律之極端的明晰難適於事實上的應用。私法上的規條，就是因爲極端明晰，所以沒有公法上的規條那樣的柔和與寬廣。說他不柔和，就是說無論著作家或法官俱不能使其合於社會生活的新需要，又不能依照所起的特別事例而變化。說他不寬廣，就是說他不能擴充到那些立法者所能預見的事例，而同時又禁止裁判者與解釋者創造新規條以迎合新社會的需要。

我們又要注意，財產法的條文是絕對的明晰。至於他上面用到那些有普汎的意義的名詞，如『好道德』及『公共政策』等，乃是例外。關於家族法的條文，大概是比較的寬廣，并有留與解釋者一種任意決擇之處。——所有關於結婚男女的交互權利與義務，父母與子女間的交互權利與義務，又關於絕對的離婚及限制的離婚的原因，或關於劃分產業的原因等，都是任解釋者之決擇。

法律之所以窄狹無相當的寬廣性者，由於立法者希望他所定的規條成爲統一的規條；換言之，就是同樣的解決法，當應用於一切同樣的事例。他甚至於要求法律的解釋亦須統一；因爲有這個目的，所以他設立了『最高糾正法庭』(Supreme Court of Errors)。

立法既是這編明晰，那麼，這編定的法律如何能保與社會新需要相協和呢？第八年(一七九九——一八〇〇)的立法者，亦如那革命時代的前

輩，毫不以此問題自問。這是何故呢？難道他們相信這法典之編定，結果就是法律事業的止境，而法律的進步非得這立法者的許諾不可嗎？那些編纂家，在他們初讀的報告中，關於這一點，是緘默的。但是我們可以分兩點來解釋這個原因。第一，因為他們希望將新制度堅堅固固的建立，在「立法統一」的基礎上，用以宣布舊制度的死刑。第二，因為他們不注意法律事業的進化。他們相信可以引法律事業入於那法典所敷設的路線中。在他們眼中，這法典構成了成文的理性 (Written Reason)，將與羅馬法占同樣的位置。立法者的緘默實大可笑；因為這些委員眼中只有那存立了二十五世紀以上的羅馬法。所以上述的問題，立法者大可置之不問。他們的責任是只管現在不會顧慮將來，也是當然的。

但是鮑塔利曾經預料著這一層。他曾經在他初讀的報告中引羅馬法的前例，以為編定法典不能夠且不應當抵抗法律的發展；因為，法律是無

論如何有接續不斷的進化的。但是從今以後，要如何纔能進化呢？這一問他不曾答。他亦如康巴塞利在他獻於非常國會的草案中，對於那些事例無直接可用的確切條文，就將寬廣的解釋權留與裁判者。他又加增裁判者的權，使能在上述事例中創造新法以供應用，但只要合於『慣例』與『衡平』就是了。但是這個權力不但違反法律條文的明晰性，而且實在不見得能使裁判者保持法律和社會之兩重進化步驟均齊。

四 財產與家族

使立法者用以規定財產法與家族法有勢力的理想是什麼呢？這是我們現在要研究的。

立法者，關於此點以一種很堅定的態度，反對前世紀哲學家的理性主義及革命時的法律。他們看出想於瞬息之間建設一個全新的法律的大系統是不可能。鮑塔利在他初讀的報告中，發表意見，以為應該少從事革

新而立法者應重視成訓以爲指導。這個原則，他們皆遵從了。因此一八〇四年的法典是緩和的，是聰明的；既不是要復古的，又不是過激的；既不要恢復舊時代的制度，又不要重振革命家的暴行。這個法典一方面以舊制度時代的法律爲基本，一方面要調和習慣法與成文法的規條，用革命時編定公法的基礎原則使這兩種法適合於當時的情形。

我們爲了解那支配這民法典的觀念，須將財產法與家族法分開來研究。

(一)財產法。在財產法中，那立法者爲『人權宣言』(Declaration of the Rights of man)所感動，定了一些原則，就是一切公民在法律前是自由的平等的，(除前邊所說諸特例外)私產權脫離舊制度底下的壓束。

所以這財產法根本上是依個人主義的。他保護『人』(Person)的私益，尤保護那班有財產的；而輕視社會利益，因爲他以爲(這個與那正統的經

濟學說相合)個人因自身利益的行動,必能有所供獻於公共利益。所以立法者眼中的個人,就是他的動作全是自私的,而絕不為環境所拘;此外又覺得個人是永遠由單獨的行動以達自己的目的。這法典雖規定了合資作生意的契約,而禁止集會結社(勞動聯合等)——這個題目,一直到現在,人皆錯認為公法中一部分,而與私法無關。這樣一規定,個人彷彿是只管自己,對於其同等人類,絕無共同利益的關係;而且他個人的利益是與他們的利益處不相容的地位。

因有這種觀念,這法典於是承認個人應當自己尋求自己需要上的滿足,又使個人的活動不受羈絆。

個人行動既彷彿是孤立的人物,只顧自己的利益,這利益又與他人的利益處不相容地位,所以,財產法必須有約束,保證這利益。財產法的功用是要使衆個人有互存的可能。此個人利益的限制,與彼個人利益的限制,

完全一樣，分毫不差。此法又須規定同存的個人之關係；但不想將衆個人不同的利益聚成社會利益，造成聯絡個人團結個人的約束。這法典，因為是這種二元的個人主義的結果，（除去幾種例外）⁽¹⁾否認社會利益高出於個人利益之上。再者，這法典中沒有一個條文建立互助，權利誤用，或將『責任』（Liability）擴充到真正『過失』（Culpability）的事例以外的原則。（這三種原則，在法律範圍內，是『團結主義』（Solidarity）的三重的表示）。這幾層，在立法者看來，是法律以外的事件，大體上是屬於道德範圍內的。他們只承認那些與確定的義務相抵的權利，他們似乎不覺得『義務』的觀念是可減輕權利或擴張責任的。

這法典對於當時的兩派道德論——十八世紀哲學家的道德論，及基

（1）參看這法典中第六，第六八六，第九〇〇，第一一三三，第一一七二第一三八七，第一九六五，等款。

基督教的道德論——採取前者；因為前者尊重自由及獲得的權利。這法典不注意基督教的道德論，因這法典不認同胞觀念——基督教所於以建立的觀念，——以為這觀念是屬於良心範圍。這法典既以個人主義為基礎，所以法典中之財產法以為（a）個人意志是自動的，（b）個人活動是自由的，（c）個人由本意上的行動而自然得著的權利，是不可侵犯的。

（A）個人意志是自動的。這法典的規條，結果只解釋或補助當事者的意志，當事者可以隨意破壞他，而代以他種法律規條。他們自己的意志構成法律；因此，他們要以信心與嚴正的態度，依照所同意的條件，不問如何犧牲，履行他們的義務。他們要拿自己的財產及法人資格對契約負責的。立法者在這些原則上建立了許多理論，如關於義務之強迫執行，損害賠償，『天災』（Vis major），難逃的意外，錯誤，缺席，破產者對於債權者的『和解』（Composition）等等。

(B)個人活動是自由的。個人可以用任何自便的手段以達自己的目的，但須依那惟一的條件：不要因自己行動損害他人的權利。各種權利各種義務皆從個人自己的行動發生；這些行動即契約，類似的契約 (Quasi-contract)，過犯，或類似的過犯 (Quasi-fort) 等。法律與人以權利或責以義務不過見於特別情形中罷了。因此，個人除去那種特別事例爲法律所禁止的(爲社會着想的)以外行使其權利與否是自由的。大概，個人甚至有放棄權利之權。他能够永遠在法律所許的範圍中行使他的權利，而裁判者，不論以任何理由，想限制他的行使是不能的。倘若他行使權利的時候傷及他人，他亦無賠償之責，并且仍可放心大膽，繼續行動。

(C)自然自在的得著的權利，是不可侵犯的。這是前兩條的邏輯上的結果。這種權利是永久的，專有的，這權利的誤用與非誤用是一樣的。這些權利可以隨意移轉，因移轉而生的經濟上的結果如何，社會所受的損

害如何，皆可不顧。再者，一個人不能犧牲他人以自富；如果有犯了這種罪過的，定要對於受損者如分賠償的。

這法典依明晰的個人主義規定財產法的兩大部分——所有權及繼承權。

這法典宣布所有權爲絕對的，專有的，永久的。立法者太不注意於社會利益，所以對於土地之取得，沒有規定限制及條件。無論何人，不必證明有適當的或特別的能力，就可取得土地。他是絕對的物主，他可以隨意劃分他的土地；經營，或荒廢他的土地，全看他的高興。他是絕對的物主；無人能反對他的意志而得他的所有權，或分割他的所有權；就是這樣做來於社會有極大利益，亦是不能。這法典當然也會爲幾種事例定些條文，提起公共利益超於私人利益之上；所以他設立了顯著的統治權，合法的地役，強迫的分割，而又禁止賒賣那『限定的嗣產』。(Trust-entails)但這些事乃是特

例·實在說來，這法典制定所有權與所有權之分割，完全是感於私人利益而不問公共利益的。

嗣續權，無論是管理財產的問題或決定嗣統的問題，也是從個人利益的觀念上制定的。死者的子嗣，因與死者處同樣地位，對於死者所有超過財產額以外的債務，也要負責任的；彷彿是對於債權者格外退讓的。死者生時除去法律規定留與子嗣不可賣却的財產外，他可以用遺囑拍賣他所有的財產。倘若他死時無遺囑，則其財產要按着法律歸他的親屬——這種親屬或者與他關係極疎遠，非家族感情的觀念或假定死者的心願所能解說明白的；國家就在這種情形內可以得著利益。

(2) 家族法。家族法所依賴的原則，與財產法所依賴的原則大不相同。這法典，亦如定財產法之例，使舊日存立的家族法繼續有效。結果，他拋棄十七世紀的哲學家的學說；這些學說在革命時代雖影響於法律者甚

大，在編定法典時代已失信用。

家族法的基本觀念是由感情聯結同家族各員之團結。遂以公共利益代個人利益。家族法又建立些原則，如互助，非「擔過」的「負責」權利之誤用等，——惟誤用權利一層，乃有附件的承認。這法不把個人看作單獨的，而看為公共團體中的一分子；這團體利益的公共性質是從血統的羈絆發生這法以家族為基礎，家族由婚姻成立。

婚姻是一種純粹的民事契約，造出一種羈束於兩方當事者之間；這個羈束，除幾種特別原因為法律所允許之外，是不能解除的。婚姻不但建立家庭，而且建立合法的家統與合法的子嗣。不由婚姻而成的家庭，是不合法的；這種家庭，在立法者看來，是不好的。立法者關於這種家庭所立的條文甚少。他自信以為這是為社會利益計，不得不然的。他不承認合法家庭之外更有家庭。

所有這一類的條文，要使家族各分子因自然道德及社會生活所造的拘束而益加團結。立法者在家族中關係最密切的分子間——夫與婦，父與子——建立一種財產的，及法人的聯合；在這聯合上，他位置父或夫，為首領；家族中別的分分子對於他是從屬的關係。一個人與他家族中各分子的關係之全部構成他的民事上的分位(Civil Status)。

在婚姻的關係上，婦對於夫須順從。他們兩人雖能自由擇定一種財產管理的制度，而法律規定，如他們沒有結各自管理契約時，他們的財產應當屬於共有制度。這個共有不是尋常的合股事業。為夫者不但要經理這公共的產業而且對於第三者立於產主的地位。已婚的婦人是沒有能力的。但是他對於夫仍受有保護，這種保護，是法律鑒於為婦者自己的利益，或鑒於全家族的利益而定的，暫可不論。法律的或普通的共有制度，(即是為法律所認定的)之外，其他婚姻財產制度，為妻者得多少享有自立權；但

他決不是與其夫平等的而且絕不能任意處置他自己的財產。

在父子關係上，爲父者不僅要指導他子女的教育，不僅能對於他子女施行主權，而且要管理他子女的財產，并享用這財產上的收入。爲父者對於他子女的法人的權力是很大的，對於子女的財產上的權力稍小；而到他死時，他的權力更有最後的限制，就是，法定的嗣產他無權處置，——這是父子間經濟的團結一個最後的證明。

家族法既根據這些基礎，所有構成此法的權利與義務，無論是創立是使行，或是取消，皆有命令的性質。在財產法中，立法者明白宣言個人的意志爲最高，在家族法中個人的意志就定爲從屬的。從他方面看來，家族的權利也就是義務，這義務是不容放棄的。權利及義務，只在其所根據的基礎發生變化的時候（如夫或婦的不貞，爲子者的失行時），纔有更動。立法者於是就在這種新事件制定些新法條：如離婚析產，失承襲資格等。

我們又當注意這法典，根據於父子及父子以外別種親屬的團結，造出許多義務。這些親屬的關係，依他們相互距離的遠近，所發生的效力有多少。對於最親近的關係，禁止結婚，而創設法定的監護權，扶助的義務，無遺囑的嗣續權，及法定嗣產保有權。對於旁支的親屬，則只與以無遺囑的嗣續權。

五、編定法典在社會上的影響

拿破侖時代的編定法典，根據於以上所述的假定，或爲以上所述的理想所支配，後來在法蘭西及其他受此法典的影響的國內，發生了影響；這些影響世人常不注意，現在須說明。

新法典第一個結果，使那與革命所產出的新社會不相應而混亂的法制消滅。而代以一部新法律，清晰明瞭，而又全部協調，雖然取材於舊日的根源，而仍適於新的社會需要。新法典更對於法律的普及有所貢獻，因此

造成一般普通的知識，是以前的人民所未有的。

但是這些好處已隨時低減，而即此這些好處中更發現弊端，到後來使編定法律的問題生大困難，因為法典之編定，毫不注意於如何適合將來實地需要的方法，實在就是反對一切法律上的進化。社會生活一定是自尋發展，所以必定與編定的法律漸起衝突。十九世紀中進化極速的就是個人間的經濟關係。這法典既不會預備使法律適應時世的方法，因此成了完全阻礙經濟發展的東西。因這法典是依照個人的經濟關係制定的

著作家及法官不但不知救正這個缺點，反更將他弄壞。他們採用兩個理想：一，編定法典是將所有法律關係全部制定了，法典對於這些關係已下了定義；二，這法典的條文，除非為別種法律所改換是永不可變動的。因此，我們不能託那班著作家及法官改正或引伸那法律規條，更不能託他們重新另造。他們以為改正，引伸或重新另造就損失法律關係的安全，他們

對於編定法典的觀念使得他們過於尊崇法律的本文，這種尊崇心竟成了一种迷信。

恰恰在法典編定之後，一八〇七年八月二十二日卜利孟奴 (Bisot de Préameneu) 對立法院解釋那將成爲一八〇七年九月三日法律的草案的話，可證明此種心理。他提議改『民法典』的名稱爲『拿破侖法典』說道：『這是一個完全的著作，我欲稱爲一種「聖匣」(Holy Ark)，我們要使鄰國看這種宗教式的崇敬的榜樣。』拿破侖自己對於這法典也有這種崇敬。他對於法典的第一部評註，曾經發怒。他甚至於當被放荒島的時候，仍覺得自己立法上的成功比軍事上的勝利有百倍的久遠。他有幾句名言『我的光榮不是那四十個勝仗；滑鐵盧一役可以毀去所有勝利之記念……，但那不能毀滅而永遠生存的，就是我的民法典』。這種法律本文的崇敬又影響了法律之教授。第十二年『風月』法蘭西共和曆的第六月即陽曆二月十九日至三月二十日

二十二日所宣布的法律，要求第二款民法之教授一律依照法典上題目的次序。

(1)評註者。這法典的評註者也受了這種崇敬的感化，不但未見到社會變遷需新法制，而且相信法律，除非為制定同樣事實的新規條所修改是永沒有變動的。他們不承認法律是少可以容受那可覺得出來的變化。這變化即是受社會變化的影響。再者，新法律雖然表示法律上的變化而與民法無關係的，他們也沒有注意。於是，他們將公法（最著者是行政法）與私法分開，甚至於造成了一個有系統的對較；而不曾察得行政法的大部分不過是私法的一個新方面；而行政法又常變動私法的原則；所變動的，甚至比許多律例與那些原則有關係的還要更利害些。

他們以為法律之研究就是嚴格的解釋法律本文；法律本文就是一串嚴格的演繹，制定的時候，絕不會顧及衡平及社會實利是否滿足。他們的

方法，與其說是法律的方法，不如說是『經院派的』(Scholastic)或邏輯的方法。他們說過：評註者及法官不必要知道社會環境的變遷；他們可以批評法律上的缺點，但只可指出立法者的遺漏的地方，而不可動手修正。他們應當拋棄對於社會的考慮，這個考慮只有個主觀的價值；他們倘遇著自己的邏輯不能供一種解決的時候，他們寧可以大律師 (Juriconsults) 的有權威的著作爲嚮導，而不必顧慮衡平。那對於現行法的批評(曾經編爲定本的)仍是很抽象的而非感於實行上的需求。那些大律師既是看不起社會事實之觀察，所以遠不及羅馬法家那樣敏銳；因爲後者至少總注意於社會進化之過程，常將法律規條改適於社會變遷。於是這些解釋者的事業差不多全自限於法律本文的枯燥無味的評註，而對於研究這些法條與社會需要相適合程度，沒有絲毫興味。但是這個，正是法律的全目的。

對於法律本文的崇拜無論如何誇大，社會進化終必強迫法律解釋者

——他們雖未必覺得，——顧慮事實。他們受了事實的影響，不得不將法律改爲柔和，將應用的範圍擴張。法典頒布後的初年，法律之解釋已不能只限於純粹疏注的性質。法律條文因漸受社會需要的影響，遂繼續擴大。比類的論證及『反對證』(A Contrario)已被承認作嚴格解釋的方法。這樣做來，法律實在不是被解釋了。法律已引伸到法律所沒有料到的事例。多謝解釋者所用的方法，——這方法就是僅僅在表面上尊重法律本文，——他們竟根據那立法者在同樣事情中用爲嚮導的原則，擴張法律之應用，或竟創立些裁判上的規條。

那班法學家，爲需要所迫，雖非所願，——也不得不漸擴張他解釋的法式。繼疏註式的方法之後，遂有綜合式的原則；這些原則雖不會侵犯法律本文，而容易將法律本文變成寬廣柔曲的性格，且得擅自創立些裁判上的規條。此後，法學家遂不著眼於法典上每項的條文，但注意立法者曾用以

規定每項建設的原則，即解釋者遇必要時從那支配一種題目的全部條文之上而推論的原則。這些原則既已設定，解釋者就從原則上抽出所包涵的結果；他們持以應用到那法律所未預見的事例之上。這是勞蘭(Laurent)所介紹的得意的方法，勞蘭以爲通同的原則，就構成了全部法律。

這個綜合法以後又有法學上的綜合法，比以前的方法更爲進步。寬泛的『綜合』(Syntheses)使支配一些題目的普通目的發現；因爲知道這些目的，纔可以推出邏輯的結果。這個結果是立法者未曾看出的。

(2) 裁判上的解釋。裁判官對於法律本文極端的敬仰與著作者同，他以爲他的責任是要以極端嚴格的態度應用法律條文。他又好像一個解釋者，相信他自己的職任已與在舊日法律之下不同。他一定要保證對於法律本文的尊敬，至於這本文所引出的解決法如何不合用，如何不公平，是不管的。他的職任不免是這樣機械的。他作出三段論式，以法律本文

爲大前題，以當前的各種事例爲小前題；那結論自然出現。他如果不這樣做，他覺得立法權與司法權的區分將歸消滅，他自己就變成立法者了。

這就是法典編定後那個時期中的觀念，以爲必如此纔不失司法權的本職。這種觀念實在與起草法典草案者的觀念相反，因爲他們未曾置裁判者於這種附屬的地位。這可以從那提出草案的報告及草案第四款的條文中證明的。

因社會生活之變遷，法律本文不適於社會需要的缺陷繼長增多。裁判官亦不能不覺這個情形。他從法律著作家借得一個解釋的方法，於是因推理上的巧妙，將法條變爲寬泛或更柔和，乃至創立新法。因此，有些法律上的制度完全由法庭發達，而絕無法典上條文的扶助。關於此點，我們可以舉出生命保險法，及對於爲婦的不動產的限止移動法爲例。裁判官感於社會需要之求滿足，比法學家還要靈敏些，於是超出法學家，不追隨他

的卓越地位。法律教科書與法庭判決書有許多不相合之點，可以拿這情形解釋明白。

按法典的條文，裁判官是不容易盡職的。他已經不能夠完全尊崇法律本文；社會上的需求與法律本文相背馳；但他也不能使法律規條適於這些需求；這規條的拘泥的性質不許他。我們現在討論到這問題的緊要方面，這個方面就是我這篇研究的目的。

六、編定法典在私法哲學及一般法學上的影響

拿破侖法典在社會上的影響既然如此重大，在法律的理想上，在正義(Justice)的理想上，在法律哲學及一般法學上的影響亦是不小。

法典編定之後；法律哲學就與十八世紀的社會哲學相分離，而返到十七世紀哲學家的自然法的理想。

(1) 自然法。當時研究法律的關係，不顧時間上空間上所生的變遷，

但覺得法律關係是從人類本性中抽出來的，所以這些關係的樣式總是相同的。不以人類為自有其氣質與傾向的生物，以為他只能在一定的社會環境的影響之下，生活著忍受著。人類成了一種抽象物；在他周圍的生活環境，是與他無關係的。

研究自然法的方法主要的是惟理主義的方法。這方法正與十八世紀哲學家的相反，既不觀察社會，又不顧什麼明定的理想，而只對於耽心自然法的著作者為形而上的考慮。他們以為按形而上的研究，他們自己所定的規條絕不依賴觀察，又絕不以實體的東西為基礎，是從人類本性中抽出來的。照他們看來，那些自然法他們自己正在那裏發明，是普遍的，是不可變動的；自然法映出道德上的絕對正義上的絕對。實在法(Positive Law)無論是立法的或解釋的問題，皆應當從自然法推出。這個方法使他們拘守常規。他們不但不能照自己所宣言的，貢獻一條法規與立法者或法學

者，而自己反沈浸了立法者法學者的純粹個人主義的空氣追隨他們的方
法。最初，他們所考究的不過就是這法典所明明包括的那些法律關係，而
且甚至於緊隨著那立法者所用的題目次序及對於題目的註解。後來，他
們又發揮他們自己的天賦權利的理論，承認中等階級有財產者的見解，正
與他們自己的結論相反。生存權似乎是天賦的，而工作權却不算天賦的；
他們宣布了良心自由，而不宣布個人經濟的獨立；他們對於土地所有權又
承認這法典所定的三重性格；等等。

(2) 加特力 (Catholic) 的著作家。法律哲學雖也是拘守常規的，但不
是完全尊崇實在法的。在幾種論點上，這哲學竟是主張改革的。法律哲
學家中信從加特力教義的與不信從的當分別觀。這個分別是要緊的，因
加特力教會會對於自然法上幾種論點下了自己的定義，最著者就是關於
公法的。(1) 加特力的著作作家信奉這教會所指定的解釋各端但是一遇見

教會所不會定妥的論點，爭辯就開始了。這班著作家不但不承認人民有永不消滅的主權，——因為他們宣告這種權力是從上帝那裏來的，——而且聲言凡實在法與神法(Divine Law)相反的，或不感於那被治者的公共利益的，皆是無效；個人不但有不服從這種實在法的權利，而且有時有不服從的義務。

(3)十九世紀的法律哲學。十九世紀的法蘭西的法律哲學，已沒有十八世紀的社會哲學的痕跡，及其良果。這個法律哲學，既不是新創的，又不是理想主義的，而實是有害的。

說這哲學不是新創的，因為他受了這法典上理論的影響，受了前一個時代中民法學者的影響，又所受十八世紀德意志的哲學家的影響或較多

(1)關於這些論點的定義，看 Vareilles-sommières, "Les principes fondamentaux du droit" (Paris, 1889), pp. 69, 267—272, 343—344.

於十八世紀法蘭西哲學家影響。說他不是理想主義的，因為他不是立意要改變法律的關係以適合於社會變遷的新原則。這個哲學的起點，總是離不了個人主義；從這個『假定』即指個人主義出發，他所自誇為理想者，實不過是一個純粹的『攷慮』(Speculation)結果，并與事實及社會趨向相反。例如他要求父權要加重而不可減輕，——正如同近代法律，受了社會上這種方向的不可抗禦的衝動，也是這樣要求的說他是有害的。因為他既不是真正理想的，他的作用途只能以舊制度上的個人主義當作一種理想，供獻到立法者法學者的面前欺騙他們。而以那些仇視社會進化的學理來防護他這個主義。更奇者這班哲學家拿『經院派』的方法感化了法學家的心，又鼓勵他們愛邏輯的心及藐視社會事實的心，又加強他們抵抗社會生活變遷的心。因為這班哲學家說社會變遷是一種錯誤，嚴格的施行法律條文可以改正的。

統觀十八世紀及十九世紀的兩種哲學在法律家及法律上所生的影響，我們可以看出十八世紀的哲學理想是個人主義，——這種理想是與當時存立的制度相反，這種理想由純粹考慮上發生，也是由當時政治社會上的需要發生。但十九世紀的哲學家大與此相反；他們理想的目的仍是那古制度，這古制度曾經適於一時的；他們的學理不過想維持那古制或隨處改良那古制；他們學理的本身，既非由於純粹的理性，又不是原因於政治社會的環境上的需要，不過僅僅根據那對於人類的經驗的見解罷了。

(4) 普通心理 · 法典編定，在一般人的法律理想上，也曾生些影響。法學家與哲學家毀壞他們的法律觀念，公道觀念，及衡平觀念。哲學家相信這三者是三種不同的理想，而且實在不易達到的。法學家以為這三者是互相反對的，以為除這法典的規條以外沒有別種法律之可言。他們既不會宣言這三個觀念是同樣的，又不會用真正的觀點觀察這三個觀念，其

實這三個觀念，無論何時，不過是生活需要的真正影像；這些觀念之存在不過是要滿足那些需要的；所以這三者的規律必要生活需要為根本。

哲學家與法學家更將個人主義的理論深貫入人心中，個人主義就是這法典的根底。他們以為這學理含在法律和理性裏。因此，法律上僅有的問題就是個人的權利與義務的問題；將義務看作是緩和的權利，實是哲學家所提倡的，但這觀念在法律生活中不曾實現。個人主義的理想在一般人心中牢不可拔，他們以為行使一種為法律所承認的權利，就是行使時傷及別人或傷及社會也是正當的。因此人常用『我有做此事的權利』一語以反抗那限制這『絕對權』的計畫。他們又想着他們要服從的只有法律上形式的命令。所以往往有人在一種行為的問題發生時，可以說『我 unlimited 要做此事』——這種行為或竟是大有益於社會的，然而法律并不曾命令他一定要做的。

(5) 法律學。最末，哲學家與法律家對於一般法律學上生出些影響，二者各擬定一種法律理想，雖都是抽象的，而實有區別。他們相信：法律之研究必根據他們觀念中之一種乃能成立。因為這緣故所以他們輕視（除形而上學及註釋學而外）一切別種學問，他們輕視法制史，更輕視政治學，他們以為政治學無關於法律。所以法律學在此時，比較在法典編定的時期以前，位置更低；因為在那時期以前法律家與哲學家所有對於法律學的觀念，比較是寬廣的，而且共同合作以保持法律與倫理、公道，相並進，又使法學達到一種理想的日的。

第二章 十九世紀中葉以後有力求法律改革之勢力

一、十九世紀輿論上對於民法典的評判

法蘭西民法典，在十九世紀，其內容與方法，受了如何的批評與估價呢？這是我們第二著要研究的。評語有多種，一依著者的所學而異。我

們的討論必須區別經濟學家，歷史學家，哲學家，或法學家。

(1) 歷史家 · 歷史家以爲這法典是拿破侖一個活活的化身。他們看這法典是拿破侖一人之作；他們的評判一依拿破侖所引起的同情而異。濱納 (Edgar Quinet) 認明這法典是基礎的原則，普遍的規條所構成，而這法典的性格就是從這些原則規條上得來的。他極崇拜一七九三年康巴塞利獻於非常國會的草案，他承認：這草案上重要的規條，差不多鈔錄非常國會的法典原文成爲第十二年的法典（即拿破侖法典）。在他眼中，非常國會的法典真正是最初創的，拿破侖的法典不過把他擴充多少罷了。此外歷史家有與濱納相反者，他們竭力辯護拿破侖及拿破侖的事業；指法典第爾 (Thiers) 卽其中之一人。

(2) 法律哲學家 · 哲學家當分別法學者與社會學者。我們前邊說過，那班研究法律哲學的人崇拜法蘭西的立法，採用那起草法典條文的

人所服膺的法式。說到這法典中的材料，他們對於現在的立法 (Positive Legislation) 的批評，也是毫不注意於社會進化。他們不會用心於適合社會進步的方法，反打算用立法以反抗那進步。

要與哲學家并提的，尙有神學家 (Theologians)；他們從宗教及教會法的觀察點研究這民法典。他們的理想是與哲學家一樣的；他們受了哲學家的影響，而哲學家又受了他們的影響；所以他們實在是受了這法典上理論的影響；(除出幾種事件，如結婚與離婚等)因爲他們願意見這法典上的理論與他們神學上的理論相和諧。

(3) 社會哲學家。講到那些社會哲學家，他們的意見是較爲激烈。這個原故很簡單。哲學家的社會學說，已經大部分作法蘭西革命的先聲。但是這革命又影響後來出現的社會學說的傾向與性質。

十九世紀初代(就是一八三〇年以前)的人，真正相信那舊制度是完全

破壞了；他們的事業就是恢復那舊制度，或是根據新基礎以改造社會。這就是當時的哲學家所擔任的問題，他們大家同意以爲社會是要改造的。我們不必敘述十九世紀的社會哲學與民法的關係，但要說明那些特出的——社會學家與不屬於確定的學派的社會學家的普通的法律概念。

他們研究社會所用的方法與十八世紀哲學家所用的方法相同。這個方法就是理性派與理想派的『觀察』(Observation)。他們先觀察過去與現在的社會，而歸結到一種確定的理想主義，在這主義中純粹理性的『考慮』(Speculation)所占勢力很不小的。所謂神治主義派(Theocratic School)的方法更是這樣。這派中有數人在十八世紀末已有著作出現。這派雖然建設他們自己的理性主義却極力反對十八世紀哲學家的理性主義。他們的理性主義雖與哲學家的理性主義相衝突，其實是精神相通的。這個情形也可以見於那實證哲學派但不十分顯著；但是，孔德(Auguste Comte)

及其徒曾經宣言要將過去社會之觀察作社會學的特色與基礎。

但是所有十九世紀的社會哲學家已有可稱贊的功績。他們與那法典所崇奉的個人主義相抗；他們的理想主義將法律與道德、公道與衡平、緊要的聯絡起來了。他們將道德作成真正的終極的科學。他們主張個人在要求權利以前，當先有一個對於人道盡義務的觀念。所有這些理想，在孔德的哲學中，說得極明白。十九世紀哲學家的社會學說直接論到編定法典的，就是那神治學派的人，如聖西門 (Saint-Simon)，孔德 (Auguste Comte)，福利貢 (Fourier) 及 蒲魯東 (Proudhon) 等。

神治學派要求對於十八世紀的政治學說的反動；他們的理論就是個人主義的正反面。我們用不着指明，他們的學說是否是對於十八世紀的哲學的反動，只要看一八一〇年的麥斯特 (Maistre) 及一八一八年的巴浪西 (Ballanche) 對於人制法的意見根本上與盧騷 (Rousseau) 的一樣，就明白

了。其不同的地方不過只在形式上。在盧騷的意思，人制法是表白人民的意志的；在麥斯特與巴浪西兩人，則是表白上帝的意志的。(1)

聖西門與孔德的意見，有幾處是密切相關的。他兩人皆倡蔑視法律之論，——這法律，就是指當時普通人心中的法律，——而尤看不起法律家。他們又排斥個人自由之觀念，提出『社會威權』的自由以反對個人的自由。在一八一六年的時候聖西門已經反對法律與法律家。他的意思以為法典與法律家是過去時代的利己主義的代表。在他眼中，法律若依通常必有的意義說來，是沒有的；只有『利益』(Interest)他以為應當組織一個『學院』(Academy)負起草利益的法典 (Code of Interests) 的責任。聖西門反對法律家，也是同樣的嚴厲。他特別反對的就是那班法律家拘守現行

(1)關於這班神治派的政治學說看 Henri Michel, "L'Idée de l'Etat" (Paris, 1896), bk. I, chap. 1, pp. 108-133

法及成訓法 (Traditional Law) 的見解，他們不能領略社會變遷，不能了解以後的法律應當採用的基礎。他又說：他們的理論已不合於現代社會的需要；他們並且於將來的立法有惡影響；他們改良了一部分的舊法即自以為滿足，而不知當時社會所需要者是一個完全改造的法律。最末聖西門又在財產權上發出些極有意味的理想。(1)

孔德亦不信法律與法律家。在他的學說中，義務的觀念極占勢力，所以他甚至不承認今日普通所承認的法律的觀念。他以爲法律的觀念是形而上的東西，不應當見於這實體的宇宙之中。他說道：『法律的理想是虛偽的，亦是不道德的，因爲法律預想着個人之絕對自主。』(2) 孔德所有

(1) Saint-Simon, 'L'industrie' in 'Œuvres de Saint-Simon et d'Enfantin', Vol. XIX, pp. 218-249; 'Yves sur la propriété et la législation' (ed. Olinde Rodrigues).

(2) Comte, 'Cours de philosophie positive', Vol. Vd. VI, P. 480 關於孔德的學說在法律上真正的效果看 Lévy-Bruhl, 'La Philosophie d'Auguste Comte' (Paris, 1900), Pp. 375-378.

關於法律的學說雖是這樣勇猛的革新的，但研究家族的時候，他的學說就沒有這樣新穎。因為他在這一點簡直受了那法典中的觀念的影響。在他眼中，婚姻是全社會所必要的基礎之一。所以凡是摧殘婚姻及毀亂家庭組織的事，結果就毀亂了社會組織的，他都反對。他於是非難離婚。在夫妻關係中，他承認爲妻者位居其夫之下，因爲從智識上看來，女子是不及男子的。他更主張：未成年的兒子對於其父要居嚴格的服從的地位。穆勒(John Stuart Mill)對於最後這幾層，觀念上與孔德相反，這就是他與孔德的實證哲學脫離的原因之一。

福利頁及蒲魯東亦有他們自己的法律觀念。前者在論家族的時候，將法律的理想置於自由結合的基礎上；他甚至承認多妻主義及自由戀愛。蒲魯東以『人類尊嚴』的觀念爲法律的基礎。他對於財產的見解及

(1) Fourier, "Théorie des quatre mouvements," P. 147, 169, 192, 193; "Œuvres, complètes" (3d ed., 1846), Vol. 1, P. 110 et seq., 125-126, 140-141.

他所生出的影響，是人所共知的。

(4)別種學派。此外，有些普通的學說不屬於一種特別哲學；但他所有的成效，在法律與社會的觀念上生出了實在的影響；這些學說現出了兩重的趨勢。有些希望承認現行的法律制度，或僅改變他的形式；有些希望幾分激烈的反動。前者是自由改進派的論調，後者是民主主義社會主義者的論調。

自由改進派的特點，亦與那班理論家相同，就是將個人放在與國家正反對的地位；這是與十八世紀的哲學家的觀念相反的；因十八世紀的哲學家不但未曾承認這個衝突的情形，而且相信個人與國家是調協的。這派對於個人與國家關係上的觀念，在邏輯上的結果，我們應當特別注意，就是使所有人類上種種的不平等永遠不滅。這派不但不反對立法的全體，且更使他建立堅固，不過將那法典所用為基礎的個人主義變為緩和些罷了。

我們可將那班正統的經濟學家歸入這一派內。這班經濟學家從同樣的觀察點上起手將個人反對國家。他們的議論及他們在立法上的影響，在邏輯上的結果，亦與我們所知道的自由改進派的例是一樣的。

民主主義派，在政治與法律兩方面上，皆有感於人道利益；並相信國家應當使平等與公道見於社會關係中。自一八三〇年至一八四八年之間，民主主義派與社會主義派之區別頗不易分別清楚。他們兩派的論調及倡那些論調的人，在個體上皆相似的。但是他們可分別的，就是在代表民主主義派中，有些人曾為私有權辯護，如托克維爾 (Toqueville) 及拉馬丁 (Lamartine) 就是如此；至於社會主義派，雖然在原則上承認社會可以改造與改造的實利(如勒居羅林 (Ledru-Rollin)) 而實是最初最先愛言『社會的政治組織』 (Political organization of society)。(1)

(1) Henri Michel, "L'idée de l'État" (Paris, 1896), bk. III, chap. III.

民治主義之興起不僅引起政治上的變化，又引起法律上的變化。民治主義的精神不僅深入於法官及法律著作家的心理中，而且特表出一個新立法事業的開始，就是表出一個與這法典正反對的精神及趨向。這一層，我們將在篇末細細的討論。托克維爾早已見到民治主義將及於法律上的影響，他說民治主義的立法，較之貴族主義的立法，對於人道上當更有用。

至於社會主義派，他的起原，他的區分，其中各部分的趨向，以及他在一般平民中的擴張力，——所有這幾層，是很多知道的，不必細說。後來，我們將看出他在新立法上的勢力。

以上所述各種學說構成了一個反對『編法典的立法』的勢力，但是與這些學說並行的有少數經濟學家個人的盡力亦可注意；他們想在這法典上幾處可批評的地方，加以修正。我們只要舉出其中幾個有名的就够了。

第一就是那古典派的羅西 (Pellegrino Rossi) · 他是在法國的第一個人引人注意於拿破侖法典中經濟上的規定之不適當 · 他所說的大概就是這個法典之出現，是在社會革命之終，而不在經濟革命之終，這經濟革命正是要隨着來的 · 所以，這法典雖然已規定了那社會革命所產出的關係，然實不能預知經濟革命的結果 · 所以當時法律的缺點，就是私法與當時經濟情形的『調協』(Harmony) 正要重新建立 · 這個缺點當時人不能負責的 · 工業，商業，運輸，信用，須有靈便堅強的組織，乃是當時社會情形所切需的一種補助的立法 · 他以爲要達此目的，只要在一些特別題目上，採用些可以編入這法典的法律就够了 ·

勒卜勒 (Le Play) 的著作亦當特別提出的 · 這位經濟學家發起了一個學派 · 他要恢復家族內的父權及工廠內的雇主權，以與社會上的罪惡相奮鬪 · 要達此目的，他要使爲父者以用遺囑處分地產的權柄，又建立爲

父者死後其地產不可分割的原則，以保持家族的團結。

二、改造私法學的計畫

社會之變遷，新學說之興起與發達，政治學社會學及觀察方法上的進步，在十九世紀，影響及於法律家的心理上的，與及於法律研究上的一樣的少。法學者因為所持對於編定法典及編定法典的原則的觀念，竟僅變為法律解釋者；他們一直到現在尚以解釋為他們的正職。他們批評法律的時候，總是按自然法觀察，或是按法律原則的邏輯上觀察；很少從問題的遠距離上著眼或顧及社會生活的變遷所顯出的新需要。

這法典的研究，從方法上看是有進步；這進步，我們上邊早已說過，實大部分由於施行上的需求。

(I)查爾斯孔德(Charles Comte)拉波拉耶(Laboulaye)考色爾——色奴意
Courcelle-Geneuil) · 有些占勢力的法學家，曾在十九世紀，用力改進一般的

法學，尤特別改進這法典之研究。近年來，在這一端已經有真正振興的樣子。此不在本章說明的範圍之內。在十九世紀之初葉及中葉至一八七〇、一八七五，那班想從研究法以外的觀察點改進法學而尤注意改進這法典的人，最著名的當然是查爾斯孔德拉波拉耶考色爾色奴意三人。三人的行動所受的勢力不同：一，自然科學由於觀察的方法而有的進步，一，德意志法律研究之進步，一，社會科學之進步。三人中沒有一個是純粹的法學家。

在一八二六年，查爾斯孔德——法律家及政論家——深感於物質科學所用的觀察方法的優勝，及道德科學所用的演繹方法的弊病，打算要用觀察方法來重建法律；以為有這個方法的輔助，可將民族所因而興盛或因而傾衰或因而穩固的定律發明出來。但他的論題，與其說是法學的，不如說是社會學的。孔德本是社會學者的先驅；他的著作，亦如別的社會學者，有些不精確的地方；他太偏於理論，所以在法學上沒有什麼結果。

一八三九年拉波拉耶引人注意當時德意志法律學所以特別進步之誘因。他說那進步的原因，就是因為沒有像法蘭西爲法典編定所阻遏。從一八一五年到一八三〇年正是法蘭西的法律家沈溺於解釋事業的時候；德意志人感於另一種的精神，專作歷史的研究，最著者是尼博(Niebuhr)薩維尼(Savigny)兩人。拉波拉耶深抨擊法蘭西的法律之教授，因爲是一個純粹疏註式的；他形容這種教授是『鄙陋的，不完備的，後時的，』他相信法律教授是要有邏輯家那樣博學的。他說法蘭西的法律之教授雖正努力改進，實明明在德意志的造詣之下。照他說，來因河東岸所有的運動及所有的生活，在法蘭西皆尋不著的。他并不要求在民法研究上有極端的改變，不過要將法律研究弄得寬廣些。他又加入歷史，法律哲學，及比較立法等學科。

考色爾——色奴意，與其稱爲法律學家，無寧稱爲經濟學家及社會學家。

他要求法蘭西的法律教育要教授法律的綱領原則；當時，研究這些原則的本只由形而上的觀察點的。他以為這原則之研究是必不可少，因為這些原則是個基礎，全部法律要建在那上面的。在他的意思，這些原則必不可作形上的思慮的結果，但要作現代科學的結果。說到立法之解釋，他力攻那班法律家的窄狹方法；那班法律家就專注意法律上的文字，除去用邏輯來助其證明及追求立法者的意旨外，別的全不知道的。他以為這班法律家所自己高興的就是，僅僅從法律本文中，發現了新解決法；決不考慮生活上的需要而發現新解決法。他又說：法律之解釋要寬廣些，適於實行上的需求，不可奴服法典。

(2)方法之改良。法蘭西的法律家，研究拿破侖法典，最致思的就是方法問題。但是他們對於這個題目不曾有所著作；不過那與時俱進的實行上的需求，強迫他們不得不改變他們的方法，繼續的擴張他們的方法。

德意志的法律家查夏利(Zachariae)是個例外。他差不多在拿破侖法典初出現的時候，就著成一部對於法典的評釋；這個評釋不是疏注式的而可稱為理性的或科學的。他藉着法學的綜合法之輔助，他所所述的不依法典上的次序，而依理性以綜合那些理想。在法蘭西亦有奧不利(Aubry)羅巫(Rau)仿查夏利的方法著了一個法蘭西法典之評釋。(1) 奧不利羅巫的書，因方法擅長卓然有名。二人的書，雖年代甚老，而在今日仍稱為關於法蘭西法典的理論最好的疏解。但是，最奇怪的，就是，這個方法雖然優美，而法律家只有一個例外，後邊再說，在評釋法典時或教授時終不肯依從。馬色(Masse)維爾若(Vergé)翻譯查夏利的書而改變了他的方法，恢復拿破侖法典所依從的次序。

除奧不利與羅巫而外，所有十九世紀初期的法律家，在著作及講授這

(1) Aubry and Rau, "Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae."

民法典時皆仍依照那疏註的方法。竇蘭吞(Duranton)在這法典出現後二十年，就用這個方法著了一個評釋，承認法庭判決書之研究必須與立法之研究聯結起來；這個見解在他書中占重要地位，不過自己未曾根據此見解作系統的研究。用疏注方法者的領袖，要推掉卜浪(Troplong)。他的著作有些缺限，不過他是介紹歷史的原素於法律本文評釋之第一人，與貴造(Guzot)及帖利(Thierry)的理論相合的。

信條派(Dogmatic school)之出現，在疏註派之後。二者不同的地方就是信條只依從那法典上標題(Titles)的次序而不依從他項目(Articles)的次序。這一派最顯著的代表就是德冒侖布(Deroulombe)。(1)勞蘭(Laurent)我們前邊已經提過；他的著作代表方法上的新進步。他將那統轄每種題

(1)關於這時期中法律學一個完全的說明看 J. Bonnacase, "La science du droit privé en France au XIXe siècle, La Thémis (1819-31), et son fondateur Athanase Jourdan," (Paris, 1914).

目的綱領原則，則視為極端要研究的。

但是，無論是用疏注的，信條的，或統轄的原則，所有這些方法的區別不過怎樣排列資料罷了。在根底上，他們有一相同之點：他們對於法律本文及他們自用的演繹的邏輯，絕對崇拜；前者是他們發展的起點，後者是他們解決法律問題惟一的手段。

但在十九世紀的末葉（即一八七五年以後）——巴黎大學的著名教授畢夫奴阿（Bulnoir）公然攻擊一切解釋及教授的方法，使法律研究更躍進一步。他所介紹於教授的是科學方法，與查夏利奧不利羅巫的方法相同，但他又加上些特別的改良。他查考他所研究的各種題目，極反對一向大家所承認在解決問題時所用的過分的邏輯。他一反向來的習慣，他是時時將法律改適於實在生活的需要的第一人；他又常公然介紹些新解決法，使與社會的趨向及需要相符合。所以我們可以說：十九世紀中像畢夫奴

阿這樣的法學家在法律學之教授及法律理想之發達上，生出很大的影響的沒有。畢夫奴阿的影響實不僅在法學上，並且還在教育上；一八九五年的政府命令，將各大學中法律講授的課程改編擴充也是他鼓吹出來的。

三、法粹學之振興

要解釋十九世紀之末編定法典的各國——最著的就是法蘭西與意大利——法律學振興的原因，我們定要看一看十九世紀中德意志的法學著作之發達；因為法學之振興一部分由於這些著作直接間接之功居多。

(一)十九世紀中德意志的法學著作。德意志的法學著作在十九世紀中特別的豐富，因為德意志的法學不像在那些編定法典的國家內遇有阻力。德意志有些區域，雖然也有了法典，但那些法典不是一致的；有些區域中還沒有法典——這兩件事可以防止法律學不至陷為枯燥的法律本文的評釋。在十九世紀的中葉，拉波拉耶已經引人注意這個事實，又將這

個事實據爲要求擴張法蘭西的法學研究的理由。

法律研究在德意志特別發達的原故就是因爲關於歷史，私法，普通法理學，方法學，及法律哲學的研究。歷史派以薩維尼爲首；其所以成立，乃是要反對德意志在十九世紀初期內的編定法典。這派的發達可驚，羅馬法的研究發達更甚。這派是第一個將觀察的方法應用到法學及社會學上的，他使舊日自然法的觀念在德意志失了信用。

從幾種觀察點上看，這一派固然大可注意的，確對於法律研究之進步有所供獻；但是他們也有他們的缺點及不正確的地方。第一，他們不注意法律的繼續進化，所以他們沒有看出那問題的真正焦點，不一定就是在編定法典的本身，而在編定法典所根據的基礎上。因爲這些基礎是妨害法律與生活需要相適合的。結果，這一派在法律上是沒有什麼理想的目的的。他們以爲上述的觀念無用而且危險。他們對於事件既不去秤量

他，又不去評判他；他們只自限於確定那事件，或解釋那事件的原因；絕不從道德方面或從社會利益方面觀察那事件的價值。伊赫林 (Thering) 的研究就是限於這範圍，他在德意志力反對法律上的信條主義 (Dogmatism)。他說：那班打算從法理學 (Jurisprudence) 做成一種法律數學 (Mathematics of Law) 而託於邏輯之名稱的，實誤認法律的原性。(1) 他關於羅馬法的著作——特別是他最後的著作——呈出一種與那班疏注派大不相同的方法。他的研究使德意志的法學復活。

關於私法的著作，也是很富的。在這個範圍內成立了兩派的研究：羅馬私法 (Pandektenrecht) 或譯「法律要典」因其中夾雜了德意志的法律原素 及德意志私法 (Deutsches

(1) Thering "Esprit du droit romain" (Fr. trans. by Meulenaere 2d ed.), Vol. IV, §69; and "Études Complémentaires de l'esprit du droit romain" (Fr. trans. by Meulenaere, 1902), PP. 71-83 and 309-882.

Privatrecht)·這兩派的著作家皆脫離了法律本文研究的·

普通法理學上亦產出很多的著作，這些著作與普通法理學上產出來的兩種觀念皆相關的·一八四〇年與一八六〇年之間，這一派的研究到了最高度，但是從那個時候以降就漸衰傾了·

法律哲學之研究也是很盛的·自然法既爲歷史派所不信，人已不認爲基礎；大家寧可承認雪林(Schelling)根本於具體的實在的觀念·法律哲學的目的，是要解釋法律的基礎，幷要研究法律的歷史的形式·但是沒有用觀察的方法·他們研究的起點總是『先天的』(A priori)原則·因爲這個原故，這個哲學的原則，就帶著中等階級的個人主義的精神；這精神大部分是從當時立法的實證主義借來的·這些研究，亦如普通法理學之研究，在十九世紀的末年就陷於凋謝之狀；而法律的『信條』(Dogmatics)及法律的普通理論的研究起而代之·這兩種的研究，就是解釋法律上那些普

通原則，這些原則，可以嚴格的按着歷史方法及實證方法，分析實在法，就看得出的。這種觀念及這種研究的方法，就是英吉利分析派的觀念及方法。

(2) 在定法典的國家內法學振興的動因。我們現在可以討論定法典的國內法律學如何振興的。這個振興是因爲發生這個振興的動因的性質，是科學的實際的。那科學性質的動因，是與那多年引導幾個著作家從事法律研究之改良的動機相同：就是自然科學由於觀察的方法而生出的進步，及德意志的社會科學及法律研究的進步。那實際性質的動因，就是對於定立法典不能確當於社會新需要的覺悟。

第一個科學的動因，特別演於意大利。自然科學的進步，在罪犯人類學(Criminal Anthropology)上，生了一個重要的影響，罪犯人類學又轉而影響法律學的本身。有好多法律家受自然科學及人類學的理論的薰陶，提倡要應用達爾文的進化學說於民法研究，同時將幾種科學——最著者就是

人類學(心理學,精神病治療學,法醫學,及社會學)——的結果,注入新生命於民法之研究。這派著作雖是有極重要的,然而他們的窄狹的觀察點,——要在法律中尋出一個合於自然法的進化,——阻礙他們產出所預期的結果。第二個科學的動因,并演於意大利及法蘭西。近代的經濟學破壞了自由派的原則,就近事物的實體,用新時代的光明,以觀察法律上許多制度。所以大家久已注意到私法與經濟學的密切關係。(1)再者,商法因為與經濟學聯合研究已經有了一個新生命。在這個範圍內,我們可舉出些人做

(1)在法蘭西,這兩個科學聯合之必要當一八四九年時已為拉波拉耶所承認。看 Laboulaye, "Trente ans d'enseignement au Collège de France, Pp. 27-40" 一八八六年九月巴黎經濟學會曾討論這個問題『經濟學是否別於倫理法律為另一科學?』在這個討論中勒昂色 Léon Say 自持其意見,以為經濟學不當單獨的研究,要與倫理法律聯起來研究。參看 "Journal des Economists" (September, 1886) Page 421.

代表，如意大利的維王特 (Vivante) 馬列利 (Margheri) 及最著的維大利 (Vidri) 法蘭西的里翁堪 (Lyon-Caen) 勒挪 (Renault) 及特勒 (Thaller)。

法蘭西科學之重生，從一八九五年以後帶着一種官的氣味。因爲那時候政府出了一道命令，從兩個特點上改良法律學校的課程。第一，這命令將政治學與經濟學之講授置於顯要的地位，——這兩項學問在以前大家視爲平凡的不關緊要的；這命令又在法律教授會之下設立些政治、經濟學的博士學位，作他們研究的目的物。但是這項改良一旦出現，那些視拿破侖法典爲法律教授之基礎而以爲研究政治學經濟學是於法律家無用的人羣起反對。第二，這道命令已經不像以前專按法典的次序——分配法律的題目於三年的研究，然後與以第一個法律學位 (‘Licencie’) 他將根於法學的綜合的題目來代替那法典上的順序。

法律之教授現在是振興到十足完成的地步了。但他目前的進步及

趨向，——就是薩雷耳 (Saleilles) 爲領袖，而傑雷 (Gény) 浪白特 (Lambert) 及其他許多名人所發展的，——本篇不能討論。

四、近代法律變遷的趨向

我們現在概括的，觀察那些主要的社會變遷，以及這些變遷已經將法律制度或法律制度的基礎，原則，改變到什麼地步，或將來將他們改變到什麼地步。

民治主義之生長，大產業之勃興，大都會人口之增加，人類活動力之伸張，文明與道德理想之進步，——這都是一般的變遷狀態。這些變遷又轉而生出同重要的變遷：個人間各種關係之增加，國外國內的經濟競爭，傭資生活者利益之團結，階級戰爭，國家職能之擴充，各項活動上組合理想之發達，社會學說道德學說之廣播，——這些理論使公道的觀念漸漸寬廣。

要想明白這些不同的現象在法律關係上所生的影響，我們可以分三

項討論——政治的，經濟的，學說的 (Doctrinal)。

五、政治變遷在法律上的效力

政治變遷，在國外政策與國內政策上都發生了影響。

國際法的基礎，在法蘭西定民法典的時候，就是國際相對各有自主權及絕對的自立。這個是因為從歷史上看來，國家生存皆是孤立的；所以一班深通自然法的精神的政論家任縱這些理論之發達。自立及主權的理想甚至於極其誇張，以為在一個國內應用一個外國法律，只是從禮貌上看來可以允許，而絕無義務之可言。國際政策只於是保持歐洲的均勢，對於一國人民所有的物質的利益這物質利益在那時實算是新東西或倫理的利益 (Moral interests) 通同漠視了。

人口之增加，大規模產業之進步，商業與文明之進步，在十九世紀之中，完全改變了國際政策；而結果就改變了國際關係的基礎原則。

今日國家的物質利益及倫理利益已經越過自己領土界限以外，各種利益到處皆聯成一氣的。有些國家，在別國領土內所有的物質利益道德利益，往往是不可限量的。歐洲幾個列強之在亞洲非洲海洋洲及美國之在墨西哥灣內或灣旁的國家皆是此例。政府的利益增長出自己的領土以外，於是國際政策生了兩個表面上相反的結果。第一，帝國主義在各方面興起；第二，用國際會議來規定幾種利益。

這些會議有兩種；有些提倡要採用一致的規律以解決法律的爭執。一八九三年，一八九四年，一九〇〇年在歐洲各大城的會議，都是為達這個目的。這些會議的結果使海牙會議在一八九六年十一月十四日簽定了一些民事訴訟手續上的事件；於一九〇二年六月十二日簽定了結婚，離婚，析產，及幼年保護等事件。拉丁亞美利加在這一方面也著有成效。一八八八年八月二十五日至一八八九年二月十八日在蒙特維第阿 (Montevideo)

烏拉圭的會議經營了一個國際私法的法典草案。
的京城

在別的方面，有幾種經濟的社會的利益的聯合，已經藉著會議實現，這就是『國際聯合會』(International Unions)。這些聯合會就是關於郵政、電報、運輸、專賣、商標、著作權、衛生規則等事務。這種會議的數目有繼續增加之勢，而且想包括各項事務，最要者就是關於社會經濟的。

這類政策的結果最初影響於國際法，後來又影響到法律的各分支，而影響私法上的特多。

(1) 在國際公法上。這些政策在國際公法上，改變了國際關係的基礎。實在說來，帝國主義的政策已經不允許一切國家均有絕對的自立，或同等的自立，或同等的主權。今日有許多國家，其自立與主權已多少受了影響；國家有中立的，有一部分自主的，有附庸的，有為一國所保護的，有為一國所直轄的；更自治的區域，屬於一國而為別國所占據而處理的區域，自治

的殖民地，中立地界，勢力範圍的地界，因主權之長期租借而讓與的區域等等。

帝國主義——特別如英國及美國——更將向來視為國際公有的疆域，視為一國的，竟屬於他自己的保護，最著的就是海峽及海洋間的運河。

再者，國際聯合會最初的行動本限於建立些均齊的法規的，後來就建設些國際局 (International Bureaus)；這些國際局原來只做報告的中心，但近來有些國際聯合會漸漸增加了這國際局的權力。最近的一個『砂糖聯合會』於一九〇二年三月五日在布魯塞爾會議成立，在結這契約的各國之上，設立實在的國際的權威 (International Authority) 與以權力；就用這個權力限制各國在特別事件上的對內主權。這些國家於是不得不棄去這個範圍內的自由立法權。這一件改革，決不會成了一個特例；不但不成特例，而實在是個正路，我們可以預料國際聯合會將來定要全仿效他的。

(2) 在國際私法上。新政策及國際關係在國際私法或法律的衝突上所生影響，也是很顯然的。在法蘭西民法典成立的時候，國際私法并無很廣的目的，不過要調停兩國或兩國以上的法律衝突。到後來，因為國際關係的密切及國際親愛 (International Brotherhood) 的理想時時發達，德意志學派薩維尼之外，還有其他就指定了國際私法的目的不是要擇取一國的法律放在別國法律之上，是要在衆多不同的國家現行法之中，尋求一個調和的規律，要尋求一個理性的聯絡，保證每國的法律必有他當有的勢力，及其應有的應用範圍。今日國際的互相依賴已很顯明法律關係；因為紛擾不清及一些國際條約的效力，已漸成爲國際的。所以國際私法不僅是要將兩個相抵觸的立法聯合起來，尙要爲新的關係發明些新規律以適於他們的國際性質。這是國際私法的第三種態度。國際私法將來的進步就是根據於所觀察的一般法律關係的進化，根據國際條約之研究，更特別

根據比較法之發現，而定立新規律。

國際條約實在是就所包括的各項題目，爲所有參與的國家創立了共同齊一的規則。這些規則即是法律，在締約的國家內皆要遵守的。這些國際條約將以前專屬每國國內立法問題變爲國際法的問題，所以這些條約立刻將所規定的各題目變換了性質。研究這些題目已不是僅僅與一國國內立法上所規定者有關，這些題目有國際的一方面，要解決與這些題目有關的衝突，定要使他適合於這種關係的性質，而不能仍照私法上的規條。

我們相信，即便是私法上固有的契約，因爲實在影響到國際共同的利益（例如建造聯海洋的運河與聯大陸的鐵道，博得移民權，及安放海底電線等）也越過了私法的界限；要規定這些契約，必依照他們真正的性質。法蘭西民法典疏註派的人當然不承認這個見解。但這個見解漸漸盛行，是可

斷言的。各國家實在皆保護這些超過國界以外的企業，而有些企業實在享有國際共同的保護，與純粹私法規條的性質不相容的。

(3) 在國內的公法上。近世各國的國內政策上已見民治主義與普通選舉之興起。這是最重要的事實，因為人民既然自己管理自己，所以將所有的制度化為民治的，解決一切問題使最適於他們的利益。

所以團體的利益在今日無論何處是在私人利益之上。公法新發生一支派，而且正穩重的發展以滿足這個新期望；這就是行政法。法蘭西，政治的單位，如省制 (Department) 自治區制 (Municipality) 是根於共同團體的利益利便社會事務而設立的。政治上團體及公共團體如一九〇一年七月五日與第十項各種組合為政府所承認為公共利益的，並沒有別的宗旨，時候這些組合的權力是與法人所有很特別的權力一樣。

不過是要滿足特別團體的利益。

行政法於是提議要規定那多少屬於私法的事件使與公共利益相適

合。試以財產權爲例。直接或間接爲公共役使而加於財產上的限制已經變了性質，嚴限他那絕對的性質，以便於公共利益。財產權利於是漸成爲公法上的制度，不是私法上的制度了。這個變遷大家尙不是十分承認，就是那所謂均地的事件 (Agrarian Crisis) 的原因之一種。但這現象不是特別現於財產權上的，多少已經現於一切法律制度上了。

行政法大體上使應用民法的範圍窄狹，有的事件脫離民法有的事件，改變性質。總之，行政法中一大部分實在就是民法中的材料，不過是從公共利益方面而不從私人利益方面觀察罷了。

這一點一直到現在大家還沒有看重，因爲公法的範圍大不同於私法的動作範圍這個理想向來爲人所深信。不過兩種法之間有關係之存在也是大家所承認的。有些著作家已經表明這兩種法的關係不像普通所相信的那樣疏遠。但是法律家不但未曾將公法的性質加於私法上的制

度，反使私法的規條占優勝地位而居於行政法之上，又將前者注入於後者，例如，他們說，這兩種法律間的親密的關係明顯於國家活動的範圍之內，就是政府管理事業。他們說這種活動雖是從最高主權中發出，然應當構成一種新式的事業；而公民權之關於此種行動的，應當受民法典的支配。

對於這個理論雖有爭論，而大家承認公家的活動，種種不同，程度不齊，可依序排列。這個次序就是從最高主權之施行到私人所有權，——從那些屬於公法及為憲法所統轄的行為到那些私法範圍內及民法典權力之下的行為，或因情形的變動，補助民法典的立法所管轄之下的行為。他們又甚至宣言行政法有兩重的來源；他的基本原則，有時是從憲法中抽出，有時是從民法中抽出的；所以這法，好像憲法與民法之間一個聯絡線。

我們相信行政法的大部分，不過是從一個新觀察點上去觀察民法中的關係。行政法是規定私人關係的新形式完全根據社會利益以支配私

人關係。行政法如果發達，就漸漸要消滅公法私法間以前極明顯的區別，使以後的法律制度必兼有這兩種法的性質。

行政法已經改變了私法上的制度，最著的就是財產。因為大家承認行政法的性質是別於私法的性質，所以百年以來的變化，缺乏統一，不容易看出來的。

因此研究法律制度的，如果以為法律制度只為民法典所支配，如現在普通人所想的，那麼，他對於這些制度的觀念一定錯誤。如要恢復這些制度的真正性質，必須將公法與私法合起來；最末，私法問題有關於行政法的時候，我們的選擇應當以行政法的解決為主；因為他注重公共利益，公共利益是超出私人利益之上的。

六、經濟變遷在法律上的效力

十九世紀經濟的大發展震動了，而且差不多推翻了，過去政治的，經濟

的全部組織，又引起了許多大問題；這些問題影響到全部的政治範圍（國內的或國外的）國外或國內實業競爭的問題，勞動力團結的問題，階級戰爭的問題；總而言之，就是最廣義的社會問題。

國際法，國內立法，政治，哲學，道德，文學，——通通感受了這些現象的影響；結果，并感受了這些現象的科學的影響。因此，政治科學成了社會科學；因為這兩類科學雖保有同樣目的，然已不像以前專從政治方面觀察，而以社會方面為觀察點了。於是，社會問題之重要，今日超過那些純粹政治的問題；而政治的本身，無論在何處，（1）都帶着社會的性質。（2）

（1）即便在那些國內（此等國內的政治問題包括國民性自由宗教等大大惹起輿論）也有上述的情形例如在奧大利——匈牙利及巴爾幹各國。

（2）以前的政黨如保守黨與自由黨等漸成廢物了。自由黨早已達到他的目的而保守黨也決不能竭力保持那已成古物的而為已有的社會變遷所不容的制度。因此所

十九世紀中經濟發達的蹤跡，及其各方面之擴張，我們不必研究。我們要指出這個運動的最顯然的情形，及其在私法上的影響。

經濟的變遷已在民事立法上產出三層效力。第一，擴張私法的有效範圍；就是脫出現在存立的立法形式而依賴些新原則以建設一個新法律系統。第二，毀去法律之統一，而羅括許多題目創造許多性質特別的法律，專為勞動者的大社會階級設想。最末，播了些新種子；這些種子一到發芽的時候，就要在最近的將來，產生更深遠更激烈的變化。

我們依次來考究這幾點。

(1) 民法之擴張。我們第一應當注重那動的財富 (Movable Wealth) 之大發達。資本之發達 這個財富大見增加，是由於信用之生長，由於股分公司

以事實已將這兩黨的黨綱改變了。無論那一黨如果仍要保持他往昔的黨綱，那就算反對社會的東西。

之增加(股分公司這個東西，在拿破侖法典成立的時候，差不多沒有人知道)。又由於土地之貿易·管理這些事件的法律，雖是屬於商法，實在是屬於民法，又改變了民法的性質(改變的程度，不像表面的觀察那樣淺的)；因為這些事件使那動產與不動產間截然的區別化爲烏有(這個區別是拿破侖法典的基礎)而將兩者的利益交互贈與。

我們又當注意所謂農業立法與工業立法(Rural and Industrial Legislation)·這種立法不過規定民事的關係，然而人總看他民法典以外的東西·這種立法是認農業或工業的利益在個人利益之上·倘若這些立法不會出現，那麼，這種關係就應當爲一般的民法規條所支配·所以這些立法，雖然毀了民法的舊組織而成了獨立的立法體，而實在是擴張了民法的施行範圍·再者，前邊說過，這些法律雖是依照農業工業的公共利益而不依個人利益，實在仍是民法上的關係；因此，我們必要由這些關係的真面目

上研究這些關係；解決這些關係所生出的問題，必不可依照那法典上的普通規律，而必依照這些關係自己的性質及這新立法的特別意旨。

(2) 勞動立法 · 整千萬的工人，集在工廠裏邊，為同樣的利益所束縛，

為一個感想所鼓動 · 他們相信，現在經濟的法律的組織，剝削屬於他們的或應屬於他們的 · 他們投身於反對社會現狀的事業，其熱烈亦與十八世紀第三階級攻擊貴族的政治特權相同 · 他們的要求引起了階級戰爭 · 他們的憤懣不是個人的，是團體的 · 由個人發出，而集成大聯合 · 他們也有國際的性質，因為同樣的要求，無論在何國都有，不過程度不同罷了 · 這些平民的羣衆，無論在何處，皆持激昂的態度，抱有絕大的熱忱；造出輿論的潮流，往昔大家所夢想不到，今日已不可抗拒了 · 民治主義在政治上的勝利，各處都採用普通選舉，就是這方面第一個大勝利 · 結會權及同盟罷業權這兩件東西已經解放了工人，使成了一種社會階級 · 他們集合能力成

了一個政黨將所要求的及所怨苦的通同交付了立法機關。這勞動階級將各分子的利益通同結合起來，遂發生了社會主義；這主義不斷的廣播，深入我們的社會組織的裏邊了。

立法者感觸了勞動階級的戰爭（這階級每次在立法院的代表，範圍日益加大，允許他們至少一部分要求之滿足。各處都制定勞動法，其中最重要的，就是勞工契約。這個立法從新的社會情形中產出，所以他有些特點大反於那民法典所包括的法律。

上文已經說過拿破侖民法典是代表兩重的個人主義：這法典的規條是感於私人的而非社會的利益；相互關係的個人彷彿是孤立的個人。這法典保護有財產者的利益，將義務一層——包括勞動契約——讓與個人的自由意志。現在的立法者採用與此不同的觀察點。他看傭資生活者所有的利益是與其他同樣職業者的利益束縛在一起的。他規定他們與

雇主的關係是想在資本與勞動之間保持一個安穩的狀態。這個已不是私人利益的問題，而實是社會利益的問題。所以立法者不讓個人自由的勞動契約，以免不幸的結果。他規定這種契約，意欲保護工人的生命，健康，及工作的能力，而將工人的利益與雇主的利益聯絡起來。這種規定，是根據些新原則，與別種形式的契約的原則大不相同。契約當事人的能力，契約的題目，契約的『約因』(Consideration)，契約所引起的權利與義務，及契約的期限，皆為特別規條所制定。

不僅勞動契約是如此，全部勞動立法皆是根據一個反個人主義的新原則。這新原則就是利益的『團結』(Solidarity)，將工人互相聯束起來，又與雇主聯束起來。那一八九二年十二月二十七日關於和解與仲裁(Conciliation and Arbitration)的立法，明認這一層。這種解決爭端的方法是證明了這新基礎。勞動立法的基礎已不是個人主義，個人意志已不占主要

勢力；這立法的規條已不是解釋或補助當事人的意志的，而實是命令式的了。結果，又不許將這些規條降成『合同』（Agreement）式，立法者又甚至設備些嚴厲懲罰的條例，以戒違犯的人。

勞動法如此之多，差不多各處皆編成法典。即便在英國，雖只有部分的法典編定，勞動法也成法典。法蘭西於一九〇一年，商部總長指定一個委員會編制各種勞動法規成爲法典。但是這些部分的法典編定，不是『法典編定』（Codification）的原來語義，不過依照事實而有方法的分類。實在我們也只能作到這個程度。不能真正的編定的。

大家相信勞動立法是別於民法的一個獨立支派。這個當然是專門研究勞動法律的見解。但是，實在說來，并不如此。譬如行政法，大部分不過是民事立法中專顧慮公共利益的一個新方面；又譬如工業法與農業法，專爲工業上或農業上的利益，構成民事立法上的新進化；所以勞動立法也

不過是將民法應用到傭資生活者的特殊階級。這立法所依的原則，從立法的目的看來，就是固結工人相互的利益，及工人與雇主的利益。勞動立法影響民法上的變化，沒有行政法的影響那樣普遍；因為勞動法只應用到工人階級上。結果就是在往日管理一切私人關係的民法以外，新立法成立，既無一定的系統，又毀壞了民法的整齊；這些新立法就是在那民法典之外，為傭資生活者特別制成的（因此那民法典所有的『中流階級』的成見，更覺顯明）。這種重複的私法是現代最可注意的現象。（1）

（1）不僅是勞動立法在法律關係上生了影響，一切關於勞動的制度皆間接的——但是很大的——影響私法。例如家族在民法典所規定的制度中，似乎是最小的題目要改變的了。但勞動制度已經將家族在社會上的作用改變了。關於這個理想參看：

Alvarez, 'De l'influence des phénomènes Politiques, économiques et sociaux sur l'organisation de la famille moderne' (Thesis, Univ. of Paris, 1899), Pp. 56, 102-104, 162-215.

(3)別種將來的效力。前邊說過，經濟變遷已經有了些新種子，第三及最末的影響，種在民事立法；這種子不久將成熟爲更深遠的變動。

勞動立法之應用實在不僅及於工業上的被傭者，當初立法者是專爲這班人設想的，而并及於各種的被傭者，如商業的雇員，農業的勞工，有時并及於小雇主。立法在這新方向的重要，是很容易了解的。

此外尙有一個新趨向，要合各國的勞動契約由國際會議把他規定齊一；結果要將勞動契約從私法中抽出，使居獨立地位。這個目的雖是爲自由派的經濟家看作『烏託邦』的空想，然已漸漸實現。這目的不但爲幾種國際聯合會所採取，而又爲幾種國際會議所採取。一八九〇年在柏林會爲這個目的召集會議，但不曾收實在的結果。後來又有『國際工人法律保護聯合會』(International Union for the Legal Protection of Workmen)成立。這個名稱足能表示他的目的。這個會的目的已經實現了。一九

○四年四月十五日的法意關於此項的會議代表國際關係與社會立法的新紀元。

再者，勞動契約漸趨爲團體的。『職工聯合會』(Trade-Unions)極力設法取消工人與雇主間各別的契約，就一種工業的事業或同類工業多種的事業，設一種共同的團體的契約。工業上或是同樣工業。(1)我們又當注意，立法者漸漸允許勞動團體及雇主團體，在法律已定的事件上，有自設規律的權柄，使同職業中全體人有服從的義務，如最多量的工時，最低的工資，

(1)英國汽罐製造者鐵船製造者的聯合會曾在工人與雇主間立了三個不同的團體契約——一個在一個的上頭。參看 Raynaud, "Le contrat collectif de travail" (1901); P. Boncour, "Le fédéralisme économique"; (1900) Jay, "Une réforme nouvelle d'organisation du travail par les groupements professionnels" (1901); Bureau, "Le contrat de travail, le rôle des syndicats professionnels" (1901).

學徒的條件等等。

以上四種趨勢，日益獲得事實上的成功，將來影響於民事立法之大，是不待言的。

最末，更有兩種別的趨勢，也是日漸明顯的，結果，將使法律關係全體改變。

第一就是社會主義(國家的與地方的)這主義的目的是使國家或地方於政治的職能之外，盡經濟的職能，結果，將這些職能組織起來。這主義又打算將許多法律關係變成公共事務——這些關係現在本是個人隨意造出，而為民法所管轄的。

第二個趨勢就是地主權之社會化。這地主權已不是純粹私權(如在拿破侖法典之下)而認為一種社會的義務。於是土地問題日漸急迫；這問題在各國情形不同，如英俄的國家有廣大的土地產業者多，這個問題最利

害·英國在過去三十年關於此項的立法比他國都多些；因此，他鼓動了所有別的國家，而惹起全社會（全人類）的注意·

七、新的社會學說在法律上的效力

有些社會事實我們稱這種事實完全在政治的經濟的範圍之外，也影響法律關係·人口之增加，大都市之發展，人類活動力之擴張，已使個人與個人成更密切的聯合·人類已越出從前獨立的地位而追求共同利益·

各種的集會或各種的聯合主義（Unionism）在十九世紀中已大發達，成爲現代生活之基礎·集會的結果增殖個人的活動力，凝結同羣分子的利益·集會的各種，不僅是國家的，甚且漸成爲國際的；社會上所有的階級，所有的職業（政治的，經濟的，工業的，科學的，文學的，等等）·無不有集會·

因爲有了集會，所以這些因公共利益聯絡起來的衆個人（農人，商人，工人，消費者，及各種職業）宣布他們的要求·法律遂漸漸趨向於保護團體的

公共利益；在這團體中，個人算是一部分。

各種集會法文 Sociétés 與 Association兩種名詞包括各種的集會前者是利益而設的為他自己（商業的及非商業的）已從法律上受了個人所不能享有的權力。有些法律甚至以政治性的權力給與各種集會（或聯合）。那些集會行使這些權力以會員的利益為主，這些會員的利益不是個人的，是公共的；因為這些權力必由團體行使，個人享有這些權力只因是會中一份子罷了。因此，以前所說的個人主義的第二種現象——個人與個人雖有幾分關聯，而實獨立生存的，——就消滅了。立法者漸漸把個人看作會員，而不看作獨立的個體；將他們不同的利益圍集起來又在他們中間創立些同等的團結的羈束。

團體行動及團體（或集會權力）從法律上受來的之發達，使法律對於這團體性質的觀念生大變動。這觀念現在仍繼續變化。團體的真正性質

及其財產保有權的性質在各處皆爲大家所爭論。關於此項的新學理正在出現，將來一定在法律關係上生很深的影響。(1)

別種現象也影響法律關係。有幾種由政治經濟變遷的影響而發生的學說，已經發達，影響道德，也就影響法律。這些新學說，也好像他自己所因而興起的那些事實，是在過渡的變化的狀態中，又表示從過去的個人主義的制度到一個新的社會主義的制度。社會主義終極的性質，我們知道的尙少。這些新學說先後從個人主義，社會主義借來各種原則甚至相矛盾的原則，——然後聯合起來的。我們不要多舉例，只要舉勒卜勒(Le Play)推因(Taine) 利南(Renan) 栗馳(Littré) 考色爾色奴意爾(Courcelle-Seneuil)的學說就够了。(2)有少數著作家想使這種衝突的變遷中止，但他們未曾成

(1) Vareilles-Sommières, "Les personnes morales" (Paris, 1900).

(2) 這些學說的概略及這些理想的證明，看 Henri Michel, "L'idée de l'État" (Paris, 1896), bk. V, Chap. I.

功是不待言的。(3)在所有這些不安靜的狀態中，有一件事是很明顯的：全十九世紀中，對於個人主義不斷的反動；個人主義的原則及應用，是神治派人及最近科學的社會主義家皆所極力攻擊的。(4)

八、團結主義

新學說在道德標準上產出極明白的影響，結果，又在法律關係上產生影響的就是社會主義，團結主義(Solidarity)及民主主義。

我們早說過，道德包含兩方面的動作；一是法律的動作，屬於立法者；立

說到各種經濟學說的區別及混雜，看：Pie, "Traité élémentaire de législation industrielle" (2ded., Paris, 1902) §§17-69.

(3)例如 Fouillée 及 Renouvier 論到他兩人的學說及對於他兩人理想的評賞看上述 Henri Michel 的書 bk. V, Chap. III.

(4)上述 Henri Michel 的書 bks. I-IV and Conclusion, §1.

法者就這種動作規定法律關係。二是私人的動作，在立法勢力以外。我們曾經指出：法律上倫理的基礎（爲立法者所承認的）就是十八世紀的哲學；因爲這哲學以私權之絕對崇敬爲法律的基礎，完全忽略團結的理想。私人道德就是第二種動作就是基督教的教理，以同胞觀念爲個人間關係的基礎。

社會主義與團結的理想在十九世紀已完全推翻了，這個狀態，在法律關係上想拿基督教的道德來代替個人主義的倫理，因爲基督教的道德可稱爲團結主義。

這些理論不僅感動新經濟學及近時立法，而且感動法律的執行及裁判；又改變法律上之自由觀念（結果，變了民事責任的觀念，道德上公道觀念，及公共政策的觀念。這些觀念都是在拿破侖法典中，占重要位置的。

團結主義的第一個結果就是引起了一種科學，這科學的目的是限制經濟學上個人主義之過盛。這個科學就是社會經濟學（Social Economy）；他

的人道主義的目的，是減少人類的苦况，加增人類的幸福；他相信幸福之增加是可以供獻到社會之平和的。近代法律已不是，像拿破侖法典，為成訓所感化，為哲學家的理性原則所感化，或為經濟家的個人主義所感化，這班經濟家的學說，以為『公道』就是拿那應當屬於個人的給與個人；換句話說，就是設立『互存的個人間的關係』。近代的法律是為一個新的公道觀念——團結主義——所感化。這主義支配經濟學與社會道德，又假定與個人相對的協同的關係。

(I) 實際的運用。團結主義見於新立法的如下：
(A) 制成條文以規定公共利益為宗旨，這些利益的影響是多少可以在法律關係(行政法)上直接感覺的。

(B) 法律關係之規定是以公共利益為主，這公共利益現在是超出個人的利益之上。

(C)有幾種法律關係，最著的就是關於勞動階級的，已不讓個人自由立定。立法者設備條文只以公共利益爲本。他採用那些條文就是爲公共利益。

(D)這新立法建立輔助的原則，因爲有些個人是需要輔助的；雇主對於他所雇的人，國家對於工人的幾種利益尤切需輔助的。

(E)有些權利之行使雖不必生出實質上的損害，而新立法是漸漸要限制他的；不但限制，又且設立責任的規條，換句話說，就是加入權利誤用的原則，擴張民事責任的原則。

(F)這新立法增加了國家干涉的機會，因爲他想幫助各種的集會，承認團體之於公共有用。這些團體是集會的原則未曾到造出的。

(2)責任與過失的理論我們已經指出，這團結的觀念對於法律的執行及判決，改變法律上自由觀念及民事責任的觀念。

拿破侖法典承認個人有隨意行動的權利，他的權利除爲他人的權利所限制以外得正當享用。只有個人超出這些限制的時候，是要負責的，然亦只對於所生實在的損害負責。精神上損害的賠償及別種非身體的傷害的賠償，是不許可而且是未曾夢見的。再者，個人行動，從心理學上看來，是自由的。於是，個人不但在民事上負責，而且要賠償他所做的損害行爲。這種兩重的個人自由的觀念，結果，縮小民事上的責任而在他方面擴張刑事上的責任。

在今日，團結的理想及心理學精神病學的進步，已完全將自由觀念的這兩點改革，民事責任大見增加，刑事責任反被限制。

刑事責任的限制，是由於法律家，因諸種科學（及公共良心）的結果，已深信犯罪人不是道德上要擔過的，罪人的動作是多少外界勢力的結果。所以犯罪問題，不是要討論對於罪人不能全部負責的行動，如何加以懲罰；這

問題是用如何適當近理的方法以償贖他的罪過。(1)

民事責任從三方面增加。

第一，法律著作家及裁判官漸漸不承認個人權利是絕對的。他們的趨向是要拿『誤用權利』的理想來代替拿破侖法典的舊訓(即行使權利無所謂賠償，損害行為者雖無法律上的過失也要負責任。大家漸漸承認已得的權利不能逸出通常的作用之外，大家又承認無論何人，即便在法律所限制的範圍內行使他的權利時候，如果懷了一個不良的意志，或背乎原來在社會上或經濟上所認可的宗旨，那麼，他必失其權利，使他賠償作出來的損害。如果是由契約發生的權利問題，也可以消滅契約取消權利，或由

(1)這一層解釋了一個事實(初看是很奇怪的)公共良心對於法律的負責心雖是很強，但對於上帝的負責心是很微弱的。參看 Abbé de Giberghes "Nos responsabilités" (Paris,

法庭將這權利限制於他正當的範圍。

第二，法庭對於由傷害的行為發生的責任，懲罰日漸嚴刻。拿破侖法典成立的初年，對於精神，及別種非身體上損害的金錢賠償，法律家或法庭都不承認的。但是他們在今日也承認這種事件發生民事賠償。但法庭對於這種傷害——由於不履行契約或違背契約的結果，仍躊躇不肯設立金錢賠償的原則。然法律家早已申明對於違背契約或不履行契約，應該承認民事責任。這個原則或者將不久就要為大家所採納。

最末，著作者與裁判官已經想到過失以外，必仍有責任，例如工人的工作上意外危險。這種新觀念因客觀的責任或職業上的危險的法律理論成立。後來的立法者顯然將雇主對工人的責任規定。這個責任實在是根據輔助的原則，又不過是團結主義之實現。

(3)『衡平』(Equity)『道德上的公道』(Moral Justice)及『公共政策』

(Public Policy) · 這三個觀念在法律執行及法律解釋上所生的變化，也就是團結主義在法律上的效力。這些名詞，像立法者那樣用法，是很不正確的。這些名詞漸漸要與當代的思想學說相一致的。法律上的『衡平』及道德上的『公道』的觀念，在拿破侖法典成立的時候，是狹窄的；『公共政策』的觀念也是窄狹的，而混入公法的觀念中。現在情形已經改變。道德的基礎就是團結；著作者與法庭漸漸將各種事體與社會團結的理想相反的，都看作與『衡平』及『道德的正義』相反。『公共政策』的觀念也是如此，漸漸與公共利益的觀念相同一。

這兩種觀念的進化，是不可限量的。這進化將使著作家及法庭能够平平和和的與生活的需要相諧和的解決許多問題。

九、民主主義在法律上的效力

團結主義，既然在法律關係上，產出可注意的影響，如立法，法律著作，及

裁判錄所表示，民主主義這個理想也是如此的。這理想的勢力，在家族法特別可見。

我們前邊說過，拿破侖法典對於合法的家族與不合法的家族，區別嚴密。又根據貴族主義的及專制主義的團結理想以建立了管理合法家族的法律。民主主義之降生，漸完全推翻那法典所定的兩種家族的區別；并減少合法家族所受法律上的束縛，及家族內的主權。即父權或家長權人與人在民主國家是沒有什麼區別的。托克維克(Tocqueville)說得很是：對於『優越權』的了解，將從此日漸薄暗。立法者，雖仍想置受令者於發令者之下，但是無用的了；習慣已經日日把這種人混和起來，不知不覺的引了這兩種人到一個平行線上。

(1)在夫婦關係上。夫婦的法律關係已為上述理論的勢力所改變。所謂『婦女運動』者不過是施行這個新理想。為夫的家主權及經理公

其財產權已因爲妻的利益減輕。聯絡夫婦的法人資格及財產的羈束已漸開放。從夫婦法人資格的聯合上觀察，爲妻的順從爲夫的義務已漸微弱；而大家已漸漸把婚姻看作拘束，這個拘束漸漸容易用離婚來解除的。至於夫婦財產的聯合的趨勢是要擴張爲妻者的參與管理權，又甚至要分割夫婦各人的財產。

爲妻的獨立，不僅毀壞了爲夫的權力，而且毀壞了二人關係的團結。但是我們要注意這毀壞中的例外，就是近代立法運動漸漸拿夫婦中死者的財產權贈給那未死者。這雖是個例外，但社會主義的理想進步得那樣快，夫婦的法律關係或者不久可以全部消滅。(1)無論如何，我們決不必爲家族的前途擔憂；因爲家族實在不是，像普通所相信的，以法律羈束爲基

(1)關於這一點社會主義的論調之不一致，看 Menger, "L'Etat socialiste", Fr. Trans, Paris, (1904), bk. II, Chap. XII, PP.176-192.

礎，而實以倫理與感情爲基礎。(2)

(g) 在父子的法律關係上。 民主主義的理想在父子的法律關係上也生出兩重勢力，一方面摧弱爲父的權威，一方面又給他一些義務包括他的責任——好像是他的權利的結果。爲父的已不能像拿破侖法典的時候，自由行使他所有的權利而沒有限制。今日，已不承認爲父的是負純粹個人主義的職能，但是負社會上的義務；履行這個義務是與全民族的進步相關的。因此這義務爲父的不能隨意拋棄的；他的權利，如果行使不當，可以被剝奪。社會主義的理想對於父子的法律關係，也好像對於夫婦關係一樣，惹起激烈的變遷。但這些變遷決不至將家族這件東西全部毀壞。再者，家族也是倫理與感情的方面比較法律的束縛爲多；倫理與感情是人

(2) 夫婦間的法律繩束已繼續的被摧弱，看 Alvarez, "De l'influence des phénomènes politiques, économiques et sociaux sur l'organisation de la famille Modern".

類本性中的遺傳，而極能保護家族的永遠存在。

(3) 在私生子。最末，民主主義的理想在家族法所生的影響，就是不斷的改進非法子(私生子)的狀況；這一層與一八〇四年的立法不同沒有注意到合法的家族的弊害。改善私生子的地位，是用兩個方法。第一，擴張那調查私生子的家系權。第二，使私生子的地位與合法子一樣。這個運動是要歸返到法蘭西革命時代的立法原則，拿破侖法典正與此相對。但是，我們大可注意，拿破侖法典正是藉『社會利益』的名義，所以不給私生子與合法子同樣的權利。今日，也正是用同樣的『社會利益』的名義，在法律上將合法子與非法子放在一個同樣的立足地上。

民主主義對於家族有了兩個顯然反對的影響。一方面漸漸解放那聯絡家族分子的法律束縛。一方面漸漸凝結了那自然結合非法律的的家庭分子的羈束。所以社會上及法律上所組織的家庭有兩種；在拿破侖法

典時，本是一種的。解放合法家族的法律束縛而擴張這些束縛到自然結合的家族上，是一個主要的起點，所有現代社會中的家族問題都以這起點爲樞紐。

大陸近代法律思想小史 上編終

大陸近代法律思想小史 上編

民國二十一年一月二十九日
 敝公司突遭國難總務處印刷
 所編譯所書棧房均被炸燬附
 設之涵芬樓東方圖書館尙公
 小學亦遭殃及盡付焚如三十
 五載之經營墮於一旦迭蒙
 各界慰問督望速圖恢復詞意
 懇摯銜感何窮敝館雖處境艱
 困不敢不勉爲其難因將需用
 較切各書先行覆印其他各書
 亦將次第出版惟是圖版裝製
 不能盡如原式事勢所限想荷
 鑒原謹布下忱統祈 垂督

上海商務印書館謹啓

版 權 所 有 翻 印 必 究

中華民國十年八月初版
 民國廿二年三月印行
 國難後第一版

(四八二)

世界叢書
 大陸近代法律思想小史二冊

上册定價大洋叁角伍分

外埠酌加運費匯費

編纂者 方 孝 琳

校訂者 陶 孟 和

發行所兼 上海河南路
 商務印書館

發行所 上海及各埠
 商務印書館

上海图书馆藏书



A541 212 0005 1036B



信