

編 續 庫 文 方 東

潮 思 新 學 法

編 主 五 雲 王
五 聖 李



念 年 十 社 雜 東
刊 紀 週 三 誌 方

行 發 館 書 印 務 商

上海图书馆藏书



A541 212 0005 9880B

法學新思潮

目次

近代公法學之改造·····	章淵若(一)
近世法律哲學的派別·····	何世楨(一)
平均地權的土地法·····	高一涵(七)

近代公法學之改造

章淵若

一 改造公法學之基本概念

(一) 歷來公法學基礎之動搖

歷來公法上有一個傳統的舊觀念，就是侵略的，壓迫的，專制的，認國家權力為絕對的，命令的，人民應無條件的服從，其基本概念，便已失其平等的精神，包着階級的核心。以前的學者，祇懂用虛無飄渺，不可捉摸的神道，解釋此國家的絕對權力；却未能在客觀的事實上，鞏固其理論的基礎。我們若用科學的方法，將其思

想的內容稍加分解，便如摧枯拉朽，立即毀滅無餘。且此權力，既含有侵略，壓迫，專制的特質，則是國家本體，已帶有濃厚的封建思想。「註一」而這種思想是我們要打倒的；在現代公法學上，絕對不能再讓其有分毫的地位。

蒲丹 (Fodin) 盧梭 (Rousseau) 等，曾著書為主權辯護。蒲氏認主權為至高無上的，有獨立的不可侵性。謂沒有高於主權之權力，同時也沒有等於及低於主權之權力。因為有高於牠的權力，則主權將變為臣民而受其支配；有等於牠的權力，則主權勢必分裂而失其獨立精神；有低於牠的權力，則主權難免不受其剝蝕而傷其不可侵的特性。其說固欲擁護主權之理論，但結果，實足以暴露主權之主觀性和封建色彩的弱點。

盧氏之說，較諸前人，自屬進步；以「國民總意」為主權之根據，認主權之所_{有者}，為國民全體；謂國家主權是唯一的，有不可分性，不可讓性，有永久和統一性；

然而此籠統含糊的學說，苟加分析，亦必失其尊嚴。試問「總意」究爲何物？有無具體之表現？在歷史上有何根據！即認有「總意」之存在，而法律是否即爲「總意」？於此皆足以證明其學說之偏於主觀與玄想，而其最大缺點，在雖認國民全體爲主權之主體，但行使此唯一而不可分讓與無期限之主權者，仍爲寡頭的政府。盧氏本意，非不欲根本改造此深入人心的公法思想，可惜他的學理，並沒有切實而客觀的事實基礎，祇是一個玄學的啞謎。自氏而後，不論何公法學者及何種政黨，其學說，其黨綱，皆以氏之理論爲基礎，近世虛偽的代議制度所由生，而公法學之至今猶未能走上科學的康莊大道者，未始非種因於此！

至法國學者Comte氏出，乃冒天下之大不韙，否認公法上國家權力之傳統思想，謂「國家主權，爲玄學的詭辯，所謂平等，乃欺人之談。」此思想足以使歷來公法學之基礎，根本動搖，蓋國家與民族，兩者之性質不同，一個國家可包含數個

民族。〔註二〕若認有主權最高，絕對，不可分性，則其他民族將受此握有主權之民族的壓迫，果爾，便造成帝國主義，這顯然有背人類共存共榮之原則，民族自決之精神。又一國地方之大，風俗習慣氣候等，不能無異，若必認主權有不可分性，則法律必不能合乎人民之需要，適應地方之特性。這種侵略的，壓迫的，專制的，主觀的，命令主權思想，已大為近代社會演進之怒潮所掀撼；而歷來公法學之基礎，亦根本動搖了！

(二) 近代公法學之重要原則——權能分開

歷來公法學上，有一個不能解決的問題，就是政府權與人民權應如何調和。關於這一點，歷來有許多理論；但都沒有完美，所以這個問題至今猶成懸案。

(1) 保守派：認政府有絕對權，懷着那種神祕的「公權」(La puissance publique) 觀念。

(2) 革命派：見國家主權之非當，養成滅人種族的帝國主義，壓迫平民的治者階級，於是因噎廢食，從而否認政府之存在。

(3) 因循派：此派見政府權力無限制之擴張，實有害人民的自由，亦覺有壓低政府權力之必要，但不知此由政府收回之權，究應交給何人，放在何處！即近代有名的政治學者，如蒲萊斯輩，亦犯同病，至於意大利的慕沙里尼，西班牙的里維拉，波蘭的畢爾蘇斯基，蘇俄的共產黨人，索性把政權攫為己有；則更重演古代專制主義的慘劇了！

因此，對這個問題，總不能得有完滿的答復，推其原因，厥為不知將權能分開。若將權能分開，則可儘量發揮政治的功能，可免政府專制的弊害，而這三派理論的缺點，以及實際的危險，都可避免。〔註三〕第一，在權能分別的原則上，政權應屬於全民，如此可解決第三派無所安放的問題；第二，政府既處於無權的地位，將無

所恃以壓迫人民，而人民却可監督政府，則第二派否認政府存在之因噎廢食的主張，亦大可不必，因為政治的職務，是專門的，所以政府應當有能；人民不必個個有能，政務儘可由有能的政府來辦理；有權的人民，儘有監督之大權，却不必強所不能，牽制政務之進行。第三，政府既然祇有能無權，則政府的功用，祇在專心致志辦理公務，而絕不應假托絕對的命令權，以壓迫有權的人民，如此，第一派那種神祕的絕對的公權觀念的迷夢，也大可覺醒！

(二) 近代公法學之新意義

歷來的學者都迷信了公法學上之絕對主權的觀念，即影響近代民權革命最烈的盧梭亦未能自拔於這一個傳統的玄學的窠臼，他說：「不必問立法為何人之職務？君主是否高於法律？法律是否合乎正義？」蓋法律為國民「總意」之表現，非任何人所可創造，故不必問立法為何人之職務，君主自身之意志亦包括

於「總意」之內，而國民「總意」居一國最高之地位，同時國民總意就是法律，則君主當然不能高於法律，故不必問君主是否高於法律，法律既為國民「總意」，則無有不合乎正義者，故不必問法律是否合乎正義，因迷信了這個原則，所以皆低首下心的服從牠。這樣死心塌地的迷信法律的權威，與愚夫愚婦崇拜偶像何異？殊不知法律祇是少數領袖和議員的意志；絕不能成為國民的總意；更不能視為主權者意志的命令。法律並不是片面的，並不是至高無上的，並不是不可分的；並非絕對合於正義，並非不可非議反抗的。更不是主權者據高臨下，壓迫命令的權力。公法所構成的，並不是主權者與服從者，命令者與服從者的關係；其間毫無不平等的意思。彼此的意志是沒有差別的，任何一方都不能壓迫的。我們要改造社會，實現平等，首應革除這種意志階級性的法律精神！人是社會的動物，須賴社會而共存，不能離社會而獨生。人類之所以服從法律，乃客觀的事實要求，並不

是主觀的命令威迫使然。法律祇是社會的紀律，祇是社會生活的要件。近代公法學之新意義，祇能視爲組織，建設公務的法規；其目的祇在保障公務之進行；然在保障公務進行之時，又有約束政府官員的力量！所以，無論是統治者與被治者，都是同等的要受公法的約束；非但人民有服從的義務；政府亦有遵守的必要。政府本來不能有權；政府祇有管理國家公事的職務；政府要履行之它對人民應盡的職務，才能得着法律的保障。這是近代公法學的新意義；明白了這一層新意義，才能進而建設近代公法學的新基礎！

（四）近代公法學之新基礎

祇是我們要確立近代公法學的基礎，對於政治的意義，須有一個徹底的認識，歷來公法學者，皆沒有能夠認清政府之目的。他們的學理，不是偏重於精神，便是偏重於物質，最大的遺憾，是未能認清目的與方法之分別。所以歷來的政治，因

爲一般大政治家，錯認了方法爲目的，祇是在隔靴搔癢，從未實現政治的真諦，偏重於精神，則難於收效，而容易使社會流入紊亂的狀態；偏重於物質，則社會難免機械化，而且容易形成冷酷的狀態。常人之見，以爲國家的職務祇是頒布法律，辦理警務，組織軍隊，但不知此等事項，僅爲實現國家目的之手段。

德國學者白崙智里討論此問題較爲詳盡，謂國家目的有五：

(一) 發展國家勢力，氏釋此爲保護國家之方法，非本來之目的，然而置方法與目的并論，究非允當。

(二) 從事經濟的發展

(三) 發揚國家文化。

(四) 保障公私自由。

(五) 對私人利益應盡間接義務。

其學說不無改良。然而明知發展國家勢力爲保護國家之方法，而又故與國家之目的并論，誠不能使人無憾。

無政府主義者克魯泡特金 (Kropotkin) 所著麵包掠取 (La Conquete du Pain) 一書內，謂國家之目的在解決人民衣食住的問題，他的答案，固然比較的爲具體，但又太偏重物質，忽視精神，這也不能使我們滿意。要知國家之文化，民族之保養，民生之滿足，豈單單解決衣食住三問題，就算盡其能事。物質之慾望，固須謀充分的滿足；精神的要求，亦不可無相當的安慰。我們若要完成政府之目的，實須求人民衣食住行育樂六大慾望之滿足。

從前的公法學者，因爲錯認了政府的方法爲終極的目的，所以都把權力爲基礎，對政治意義之解釋，不外兩種消極的職務，對外保護領土，對內維持秩序政府之目的，便如何在如何運用此權力以實現此消極的職務。結果，對外由保護領土而

侵略外國土地，壓迫弱小民族；對內由維持秩序，而專以命令主權，壓迫被治階級。自經濟革命後，社會組織，生活內容，皆爲之一變，而政府之性質，亦將由管人的政府變爲理事的政府。故邇來學者，受權力說之反應，社會生活之改變，乃倡政府職務說，以公務爲公法學之基礎，狄驥氏謂，公務應職業化（*Industrialisation des services publiques*），使國家之公務，由政府實現起來，此與中山先生政府有能之理論，似相一貫。其說最大之功用，在打倒歷來政府官僚化之積弊。故政府之職責，在將複雜的公務，分門別類，使有系統的組織，以求順利的進行。公法之作用，公法之意義，僅爲政府對於其所應盡的職務的承認；並非命令權力的獲得！政府已不是人民之主權者，祇是公務之管理者。這是研究近代公法學改造者，應具的基本新觀念！

二 代議制度之改造

(一) 代議制度理論上之缺點

一、國家機關說。此說之動機，在避免前人虛擬之意志代表說，以議會為國家之機關，在國家權力分立之理論的基礎，議會為必然的獨立機關，其職權直接受諸憲法，并非受諸任何權利主體。如此，則議員與選民完全脫離關係，而議會之行動，不必與選民之意見一致果爾，則與民主的精神，法理之原則，似有未能全合之處。

二、命令式的委托說。此說承認議員與選民之間有一種私法上之委托關係，議員在議會中之一切行為，皆須根據其本選舉區選民之訓示，不得憑一己之思想，自由行動。然證諸事實，則有未然。各國法律之規定，并不承認議員與選民之間

有純類於私法之委托關係；其行動不必全以其選民之訓示爲轉移。即求之於理論，亦有未當。議員與選民間，當不能同私法上之委托關係混視。蓋議員之所以當選，當然有其才能識見；非普通選民可比。若凡事皆須受選民之訓示而行，則失其制度之實益；且每事皆請命於選民，又爲事實上所不許。

三、代表式的委托說。近代國家之憲法，大都默認此說；且有以明文規定之者。其說否認議員與其本選舉區之選民有私法上之委托關係；而認識會之意志與全體人民之意志一致。然其缺點，又回到玄虛之意志代表說。蓋所謂代表，當然代表國人之意志；而意志之爲物，實爲抽象而不可捉摸的東西。此爲本學說之遺憾。

(二)職業代表主義亦有缺點

歷來代議制度，皆以地域爲基礎，以省縣等爲選舉團之本位。但近來許多公法學者及政治家，多反對此制；倡職業代表制，以職業團體作爲選舉團之單位。倡

此制最力者，爲法國工團主義者；此派謂將來之政治社會，必以職業團體爲其構成之單位，且惟此組織始爲合理，故欲代議制度與社會組織相適應，必採取職業代表制。此說徵之於理論事實，較諸地域代表制，當然能使人有部份之信仰。但其學說之精神，太重視經濟力量，以經濟現象爲人類一切活動之主力。經濟足以影響人類生活，我們雖亦承認；但不能謂人類之活動，除經濟爲其動力外，別無其他原因。若近代文化主義之社會學家，謂社會之現象，爲整個的文化現象；而文化現象的內容則甚複雜；決非任何一種現象所可代表或包蔽。可見職業代表說，實與近代社會學的大原則不合！退一步說，即認人類之一切活動，皆以經濟現象爲動力；但經濟現象有多方面的，如消費生產交換分配是；而職業代表主義者，則偏重生產者的問題與利益。這種偏而又偏的理論，又何能用來鞏固代議制度的基礎。

(三) 如何鞏固代議制之基礎

我對於這個問題，不願拿我主觀的意見來解決；我們應根據客觀的學理與實例，來決定我們的態度。

一、柯爾著有社會論 (Social theory) 一書，氏亦提倡職業代表主義者；惟氏之長處，在不持一孔之偏見，而能兼採職業代表制與地域代表制。如此，則經濟勢力既不壟斷一切政權，而消費階級與生產階級亦可取得同等重要之地位。

二、狄驥氏之見解，其原則與柯爾同，但其組織方法則有異。柯爾之意見，謂國家應有兩種議會：一為經濟議會，由職業代表組織，有獨立性質，完全解決經濟問題；一為政治議會，由地方代表組織，不受他議會之限制，專門解決政治問題。狄驥氏則採用兩院制，上院由職業團體選舉；下院由地方團體選舉。因此兩說不同，其結果，當然不能無異。

III、George Renard 著有 "La Régime Socialiste-principes et son org

anisations politiques et Economiques”] 書氏亦爲調和派，主兩元說，謂民族之結合，必本於兩大基點：一以地域爲基礎；一以職業爲基礎。欲求生活之圓滿，文化之發揚，生存之繼續，必聯地域與職業兩者而結合。欲建設社會主義之國家，必兼有政治經濟的組織。政治的組織以地方區域爲單位；經濟的組織以職業團體爲單位。

上述諸學者之學說，其平時之理論，皆重視經濟力量；而於討論代議制度之改良，皆能捨其偏見，以客觀的態度研究，認地方區域與職業團體爲同等重要。再從實際上觀察，列國憲法之規定，亦多有兼採地域職業兩原則者，既不迷信於地域制之傳統思想，亦不盲從職業制之偏見的理論。吾們衡校諸家之理論，參照各國的實例，當可明鞏固代議制度的基礎之方術。

(四) 上院存廢問題

研究此問題，當明白歷來學者之意見及事實之需要和最近列國憲法的趨勢。歷來學者之擁護兩院制與一院制者，各有其見解。『智者見智，仁者見仁，』未能一致。

(1) 主張兩院制者之理論

一、兩院制可防杜議會之專橫，蓋單獨之機關，較諸并列之機關，自易流於專暴。

二、兩院制可以減少法律案之草率與粗疎。蓋法案之經過兩院通過較諸一院之議決，當較精密。

三、兩院制可以消除議會與行政機關之激劇衝突，議會與行政機關，在事實上難免衝突，若不設法調劑，竟能釀成政變。若採用兩院制，則可和緩此類衝突，蓋行政機關與議會之糾紛，大都為議會之一院。果爾，則他一院可立於第三者之地

位，出而調停之。

(2) 主張一院制者之理論

一、法理之根據：若採用兩院制，皆取人民普通選舉法，則是每一個國民，於同一時間內有兩重之人格，按諸法理，似有未當；且兩院之性質，同為代表民意，若遇兩院意見不一致時，則究以何院之意見為人民之意見，實無相當之解釋。

二、政治上之根據：政治上有許多興革問題，極貴迅速，若凡一法律案，皆須經兩院之通過，則結果法案難於成立，將不免妨礙社會之改革與進步；又議員若為政客，則兩院制易因仇視，而生暗鬪。因此，議會反不能保有反抗行政機關之能力；而常為行政機關所操縱。

若從事實上，近來公法學之主張及列國憲法之改訂，多接近一院制。歐戰以後，尤為顯明，大抵皆縮減上院之權力，甚至有以明文廢除上院而採用一院制。

者。縮小上院制權力之普通表現如左：

一、對於軍事財政之法案，皆由下院審查議決。

二、法案之遇有異議時，下院之第二次復議，如有議員三分之二以上之人數同意，此案便通過，不再交上院審查。

三、尚有少數國家憲法規定法案有異議時，下院作第二次之復議，如有二分之一以上人數的通過，便不再交上院復議。

上院之權力，既經縮小或廢除；然於一院制之缺點，也不得不思所以救濟之，近世列國救濟之方法，大致為兩種：

一、於議會內設立專門委員會。近世立法職務，漸由消極的改良工作而至積極的建設工作；由簡單的事務趨於艱難複雜的境遇，絕非從事政治活動之政客所能勝任，必吸收有專門知識或富於經驗之人才，始克代表人民之利害，為人民

謀幸福。

二、於議會外復組織經濟會議，專門解決經濟問題，以補救通常以地域爲選舉單位之議會的缺點。

(五)直接民權問題

直接民權，爲近世政治上難於解決之一問題，主此說者，謂人民僅有間接民權，絕不能實現全民政治。反此說者，謂直接民權爲不能實現之事實，且爲不可實現之事實；蓋一國領土之大，人口之衆，絕不能聚全民於一堂，以解決國家大事，且人民於政治生活外，尙有其他較諸政治更重要之生活，若行直接民主制，則全體人民皆從事於政治；則其餘事業，將致停頓。如此必有礙生活之繼續。從列國立法趨勢研究之，向來多數國家，人民只有選舉權；結果，人民於選舉後，就變成政府之奴隸，聽其宰割，對於不能代表民意之議員，則無法可以挽回。故邇來學者，對於此

制皆有不滿的批評且有許多國家已廢此制若西班牙波蘭俄羅斯意大利諸國是。然而代議制亦有其相當之作用，固不可完全否認也。考議會制之所以未能盡其利而竟致妨害行政之進行者，蓋夫有罷免創制複決諸權以濟其窮耳。故近世瑞士美法諸邦，皆已漸進的應用直接民權。〔註四〕戰後德憲法規定議會不受總統解散時，可訴諸全國人民公決，又爲直接民權應用之近例。他如奧國、愛爾蘭、愛沙尼亞、萊多尼亞、立陶宛諸國的憲法，對於創制複決諸權應用的範圍，更爲擴大。余意德國此制，中國於相當範圍內，亦可採取，并主張於小區域內，試行直接民主制，若於領土廣大人口衆多之國家，則宜採用權能區分之民主制，以濟兩者之窮。總之，直接民權問題，須以一國政治社會發展的程度和實際的特情而定。至將來政治社會之能實現真正直接民主制，固爲我輩所厚望也。

三 行政之改造

(一) 現代行政問題爭論之焦點

歷來學者，對此問題的意見，非常紛歧，頗有使人無所適從的形勢。此問題之焦點，實即在單一國體與聯邦國體之論辯，中央集權與地方分治之紛爭。主張聯邦論者謂國家之主權，係多元的，故國體之爲聯邦制，始合真理。考近世聯邦國家，大抵皆由種族語言宗教等不同之獨立國家，因抵抗共同之外侮及其他作用而成立聯邦國家。聯邦國之始，其中央政府之權，皆甚薄弱，各邦政府，多保留其重要外交權，甚有中央命令僅能直接及於邦政府而不能及於各邦人民者；及至今日，此類現象，大抵皆集中化，中央政府有完全外交權，中央之命令，亦能直接及於各邦人民，各邦界限，已不若昔日之森嚴，在在皆足以表明由分而合的趨勢。從這個

觀察的結果，便可定我國對此兩制之取捨。

至中央集權與地方分治問題，學者爭論尤烈。吾人解答此問題須先作兩種歷史的觀察，而下其結論：

一、從政治社會演進的趨勢上觀察，爲由小而大，由分而合。人類之結合，先圖騰而部落而市府乃至今日之民族國家。徵諸東西諸國發達之歷史，無不如此。

二、從國家職務之發展的趨勢上觀察，則與政治社會演進之趨勢，正比例由簡而繁，由易入難。

根據第一點觀察之結果，可知現代之國家應有民族統一權，若是，則中央集權之制，固有相當的理由。根據第二點觀察之結果，當知此艱難繁雜之公務，絕非一中央政府所可勝任，必須於不抵觸中央權限範圍以內，使地方分治，克盡其利，俾不致荒棄國家之公務，以收分工合作之效。若是，則地方分治，亦不可忽視。

我們要知道，這兩個結論，都是歷史進化的原則，不能以個人的偏見來左右。當現在民族主義盛行時代，一切政治組織，當以民族團體爲單位。此固有其理論與事實之基礎。由同一民族而組成之國家，其中央的權力，在其對外關係上，當然有統一不可侵性。然而在對內的管理上，不可僅注意中央集權之重要而忘記了職務的分工；吾人更應注意者，即中央集權與地方分治有相互爲用之功，並非不可兩立之制。集權有集權的範圍，分治有分治的領域，二者固各不相侵；集權有集權的必要，分治有分治的功用，二者復相以爲濟。集而不分，則國家職務不能專精而發展；分而不集，則民族生命，無由寄托與保存！此吾人所以有兼籌並顧之必要也。

(二) 地方分治的趨勢

地方分治，爲近代公法學改造聲中不可否認的原則，英儒 *Rercy Ashley*

於其所著“Central government and Local government”一書裏討論此問題頗詳。其思想立說均甚新進。氏謂歐洲近代各國政治演進的現象中，有一個共同的趨勢，即國家之職務，由簡單而複雜，由輕易而艱難。對於這個事實問題，從已往的經驗，現代的情形來觀察，從前衙門制度之行政組織，已呈捉襟見肘之狀；非有地方分治之試行，決不足以應付艱難複雜之公務，順應政治演進之潮流。故歐美諸國，無論其爲單一或聯邦，現均已開始踏上這條大道，法國公法學者狄驥氏謂近代公法之趨勢，已至法律地方化（*Morcelement de la Loi*），從前的公務，爲中央所包辦；發號施令之大權，爲中央所獨攬，地方不得有單獨之行爲。這種傳統舊制所生之實際弊害，在使民族優性，無由發展，而地方事業，無從舉辦。現在因爲這種制度的弊害，已日漸顯著，大家在學理事實上，都不再把法律視爲中央唯一之命令，地方因其社會利益之作用，亦得公布法律。法國自一八七一年後，地方

自治案，時爲議會所討論，今則省、縣、特別市，都已得制法施政的自主權矣。

(三) 公務分治問題

其性質與地方分治稍有不同：地方分治，以地域爲單位；公務分治，乃以各種事業之性質爲標準，使其爲獨立的經營。蓋國家公務中，有許多事業，含有專門性質，必須有專門知識，豐富經驗，特別技術之人才，始可勝任，而克盡其職；非普通官吏所可辦理。如教育、行政、衛生、行政是。故近代公法學之對於此種現象，有一專名曰 *Patriotisation*，爲公務產業化之意，所以求公務員能各盡其力，謀事業之充分的發展。欲使政治達到正真「民有」「民治」「民享」之理想境界，第一必須立改從前政務官僚化的積弊，而使其職業化 (*Industrialisation des Services Publics*)，其功用有消極的和積極的兩方面：

消極的 現代國家職務，日趨繁難，非中央政府所可獨任；且有許多公務，必

與政治脫離關係，不受政治勢力之支配，始克進行無礙，而完成其作用。否則，隨政潮影響而消長，無法律之保障，則其事業，必難達到完滿之目的。

積極的 積極的功用，可分下面數點說明：

A. 鞏固公務員之地位。辦理國家之職務者，依其性質可分為政務官及公務員兩大類：政務官，大抵皆帶有黨派色彩；而公務員則多為專門技術人才，無政治作用。故近世行政法中有一大原則，即使公務員之地位有法律之保障，去留升降，悉據法律，不受政潮的影響。

B. 用得其才。公務員如不以人才為標準，而以黨見定去留，則必濫竽充數，難於才德稱位。於國家職務之進行，必事倍功半，勞而無功。若使公務員有法律上之保障，與政潮黨派脫離關係，則可因才任用。此惟有實行公務分治，始克收效。

C. 各盡其能。公務員既有法律之保障，不受政潮之簸動，則可免五日京兆之

心，患得患失之憂，必能守法奉公，努力服務。如此，則行政之進行，必獲順利，效果必偉。此所以公務分治問題，為代行政法中之不易原則也。

(四) 團體法令問題

昔日之社會組織，惟有政府與個人之對立，故法律亦惟有政府之命令，十九世紀以來，團體事業發達，其間發生之關係甚多。故近世行政法學者，因實際之需要，乃有團體法令之運動，含有反對王權和傳統個人主義之精神，尤以工團主義者倡之最力。有許多學者謂團體法令，非真正之法令，僅為契約關係；此由於主權見解之牢不可破，而生此兩種學說。主張一元論者謂法律惟有為中央發施者，始為真正之法律；主張多元論者，否認此說，謂團體法令亦法律也，其價值效力不亞於中央法令。據最近社會發展之現象，團體法令，實占有重要之位置，現代社會組織，於國家個人之關係中，尤有團體之存在，至團體組織之方式甚多，要其旨歸，在

謀分工合作之利益事業進行之順利及易於求得法律之保障，於此有須附帶批評者，爲集產主義。近有偏激學者，因產業之發展，而倡集產主義之說。藉國家之力量，以操縱各種事業，一統於中央。此說雖新，殊不知其精神之根源，實爲傳統皇權絕對主義之舊說；而其實際之弊害，恐有過無不及。故卽如革命的公法學者，如狄驥氏亦力辯其非。此吾人所當深思明辨者！

(五) 契約法令問題

昔日之法律思想，以爲契約自契約，法令自法令，兩者固不容相混。蓋從前之法律，皆爲片面的意志之宣告；近代法律之精神，已不如此。契約與法令，有同一之精神，如近代因實業發達之故，以勞動關係所立之契約甚多。又如近代國家公務繁難，非政府本身所能辦，乃由其他團體承辦。因此，兩者間必訂有規律，此等規律，在原始僅爲契約之性質；至近代，則學者間，皆認其有法律之價值，而非政府所可

任意修改。因此兩種客觀事實之基礎，故近代公法學者，多認契約法令之原則。

(六) 行政行爲之新觀念

在傳統的法律學說上，行政行爲分爲兩種：一則有公權的行政行爲；一則爲無公權的行政行爲。前者有命令拘束之性質，人民對之，祇有絕對服從；後者，無命令拘束之力，國家與人民，同立於平等的地位。此種傳統的分類理論，近代公法學者，已多不贊同！其反對之理由如下：如法國平政院之受理行政行爲案件，不復因其行爲之爲公權的抑非公權的，而作不同之審理。又如近代工團運動範圍擴大，所有工團，不限於勞工階級，其他之一切公務人員，皆可聯合爲工團。故行政行爲之內容，不復有有無公權爲基礎之區別。此爲事實上之證明，即在法理上，亦無何種根據，不論何種行政行爲，未有不遵守法律規定者，不得謂有公權性質之行政行爲，可不受法律拘束。故近代公法學者認行政行爲有二要素：

A. 意思表示應合乎法律之規定；

B. 目的正當，須具有社會的價值。

否則，其行爲不能成立。故所謂行政行爲與個人之法律行爲無異，不得因行政行爲之關係，其意思表示，便可不受法律之拘束，而可違背社會上客觀之價值。因此行政行爲與個人之法律行爲違法時，應受同等之制裁，無所厚薄也。傳統學者認行政行爲，有絕對服從，神聖不可侵犯之性質，蓋受絕對主權之影響。此種觀念，於近代公法學之新意義上，及近代民權運動之潮流下，當不能再有存在之價值。從這一個行政行爲的新觀念，我們又聯想到行政責任問題。從前對於行政訴訟事件，先審查其行爲之性質，是否因政治之必要或爲政府之行爲而分別其受理與否。近世公法學者，頗非難此說，否認有所謂獨斷行爲及政府行爲。一切行政行爲，既皆與個人之法律行爲同其性質，意思表示皆須不違反法律規定；其目的必有

社會的價值。不論爲何種行政行爲，不論爲何人所爲之行政行爲，皆有受理之義務，他造有提起訴訟之權利；而平政院亦應一體的受理，不復有特殊之待遇。昔者皆認行政行爲與國家主權爲一體，傳統觀念的學者，既認法律爲主權者所創造，則造法者，當然不致違法，且亦絕無造法律以制裁本身之理，此由於迷信絕對主權觀念及過失責任說。然近代立法趨勢已傾向於無過失責任之客觀主義。但視行爲與損害間有無因果關係而定負否賠償責任。觀乎列國法律之規定，司法之判例則明矣。

(七) 行政裁判制度改造問題

前人誤認行政訴訟與訴願性質，以爲訴願內包於行政訴訟，若細究其內容，固有分別在；訴願之受理，屬於普通行政機關；而行政訴訟，則由超然於行政機關之獨立法院受理。以歷來之法律觀念，誤認訴願與行政訴訟爲同一性質，故皆由

普通行政機關受理結果難免官官相護之弊。又訴願必用書面方式無口頭辯論之可能。此事既感不便，且滋流弊。若行政訴訟之提起，則不限於書面，有當場辯論之機會，而能比較公平。

各國對於受理行政訴訟之制度，約有四種：

(一) 司法機關受理制 對於行政訴訟，皆由普通法院受理，不設獨立之機關。此制為英美所通行，蓋英美向重「普通法」(Common Law)，無獨立之行政法。一切關係，皆由普通法支配，故無所謂受理行政訴訟之獨立機關。

(二) 行政機關受理制 此制對於行政訴訟之受理，不歸諸普通法院，同時亦無獨立之機關，而由上級行政機關受理。蓋認此為行政問題而非司法問題。比利時瑞士等國行之。

(三) 兼採行政機關獨立行政裁判機關受理制 初審由行政機關受理，再

審由獨立之行政裁判機關受理。德奧日本行之，民國以來，吾亦仿之。

(四) 平政院受理制 平政院爲裁判行政訴訟之獨立機關，受理一切行政訴訟，此爲法國制度之特色，有地方平政院與中央平政院之分。(Conseil de préfecture, Conseil d'Etat) 第一審由地方平政院受理，第二審由中央平政院受理。

綜上諸制，當推第四制爲最宜，合乎分權之原則，其理由有如下：

A. 適應政治演進之趨勢。政治演進至現代，政府職務日繁，行政行爲日多，故必有獨立裁判行政訴訟之機關。

B. 行政行爲既多，則惠及人民之機會亦必增加，其間關係更爲密切，故有獨立的平政院救濟之。

C. 歷來皆以行政機關受理行政訴訟，故人民受有損害而不能得徹底之解

決有獨立之平政院當可免此弊

D. 司法行政內容不同，普通法官皆缺乏行政智識，故以普通法院管理行政訴訟，必有隔閡。

E. 受理行政訴訟，既須明瞭行政之內容，故必設立特別受理行政訴訟之機關。

F. 行政訴訟如由司法機關受理，則有違分權之原則，行政權將受司法權之侵害。

G. 若以行政機關受理行政訴訟，則難免官官相護之弊，而行政專制，亦有違分權之精神。

故據上諸點觀察，當知以獨立之平政院受理行政訴訟爲最適宜，吾國既倡五權憲法之理論，此制之採用，當然不生疑問。惟當此政治未上軌道之時，恐即如

法實行，一時尙難收效。

(八)懲戒處分與刑罰處分問題

昔者皆認兩者爲同一性質，初不知其有不同之點在，開始討論此問題者爲 Labond 及 Jellinek 等。

Labond 之理論 一、刑罰處分有公的刑罰權作用，懲戒處分則係處於用人地位者對於下屬官吏之特別權力作用。

二、刑罰爲對於破壞公共秩序者之處分，懲戒爲對於官吏違反應盡義務之處分。

三、刑罰處分之目的，在使秩序安甯；懲戒處分之目的在澄清吏治。

Jellinek 之理論 刑罰處分有國家命令權；懲戒處分則否，卽懲戒處分爲

官吏內部之關係，無公權作用。兩氏理論之最後目的，在使官吏得有法律保障，不

得以命令主權觀念混淆刑罰懲戒性質不得藉政治的力量黨系的勢力摧毀各部官吏。因此，列國皆有獨立的官吏懲戒委員會之設立。

*

*

*

*

公法學之改造，這是一個極重大的問題。人類共營政治生活，前後已有幾千年的歷史，而政治社會這個機體，終幾千年長久的歷史，仍未有長足之發展；民有，民治，民享的革命口號，已高唱了近百年，亦卒未收實際的功效！這都是因為傳統的公法學理論，在政治社會裏，作祟阻梗的緣故！我們欲求政治之前進，欲求民生之康樂，欲脫離現在這種壓迫，殘酷，不平的境遇，追根求柢，當先把公法學徹底改造，以奠定今後政治社會演進的新基礎。

(註一)十七世紀法國學者羅愛梭氏 (L^oysseau) 著 (1) *Traité des offices* (2) *Traité*

des Seigneuries 一書，有極濃厚的封建思想。氏分封建為公私兩種 *Seigneuries Pr-*

ivées Seig neu ies Publiques ——氏云此即羅馬法中所謂 Imperium。前者統治的對象爲奴隸；後者統治的對象爲臣民。

(註二)參看章淵若三民主義的法律觀，與近時世界憲法之新趨勢。

(註三)參看章淵若世界政治思想史的總批判——一名孫中山先生在世界政治思想史的地位，載中央月刊三十四期。

(註四)參看章淵若著近時世界憲法之新趨勢，東方雜誌二十六卷四號。

十九，五十五，南京。

近世法律哲學的派別

何世楨

一 導言

大概普通人的心理總以為法律是一種極專門的學術，是律師法官等人所應該曉得的，不是普通人應有的智識。實際上這種觀念是錯誤的；因為我們日常生活差不多時時刻刻同法律相接觸，法律是保障我們一切權利緊要的工具，所以法律實在是大家都應該知道的一種常識。法律固然是一種專門學問，可是同時我們也不可忘記法律與人生關係。所謂法律哲學，就是研究法律與人生的關

係的一種學問。但是在中國研究法律哲學的人非常少。就是有許多法律學校，他們的目的是至多在培植學生去做法官，做律師，或者做議員；至於法律哲學，差不多沒有幾個學校把牠加入功課中的。這種情形，也是因為實際上沒有幾個人能擔擔任這一課；但是要曉得法律哲學是法律的根本要素，這種根本的要素不研究，法科無論如何是辦不好的。所以在中國的許多法科學校，要想辦到完備的地步還差得很遠咧。近來我常常和法界同人聚在一起，總是想設法提倡法律哲學，所以今天在這裏還要把這個題目簡單的同諸位談談。但是法律哲學仔細研究起來，決不是短時間所能完全了解的。現在不過把法律哲學派別的大概同諸位講講。

我在未講法律哲學以前，先要談談法律的面積（或容量），世界上無論那一個國家的法律，那一個時代的法律，總是有三個面積或容量：

(一) 時間

(二) 範圍；

(三) 法律點。

(一) 時間 何以法律有時間的容量呢？因為一個時期的法律祇有在這一
個時期是有效；過了這個時期，所有社會經濟種種情形都是變遷了，以前的法律，
根本上不能適用。所以法律是有時間性的。因為法律有時間性，所以在時間容量
上看起來，當然是有一定的。古代適用的法律，是依照古代的社會，人民，風俗，習慣，
而定的。現在適用的法律，是依照現在的風俗習慣而定；我們絕對不可把古代的
法律，不問風俗習慣合與不合，圓枘方鑿似的適用到現代的社會。所以世界上決
沒有永久不變的法律，這是很明瞭的。

(二) 範圍 關於法律應用的範圍，我們可簡單的說：有一種法律，是全國都

通行的，全國人民都應該遵守的；另外還有一種法律，因一個地方有特殊的情形而定的，祇有那一個地方適用。所以法律適用的範圍是受地方的拘束，法律所有的效力是受地方的限制的。比方英國的法律，決不能適用於中國，這是當然的事。就拿中國一國來講，所有的法律，也不能條條普遍的行到全國。這種情形，因為中國是行「單一制」，比較的看不出來。如果拿美國來看，就很明瞭了。因為美國各州有各州不同的法律；一州的法律僅於該州有效力，出了境界就不適用。再如我們中國現在是有市政府的設置；比方一個特別市推行的法規，就祇有這一個市內適用，出了這一個市的管轄範圍，就沒有效力了。所以法律的地點是有一定的範圍的。

(二) 法律點 除了以上兩種時間和範圍法律要受限制外，何以還有法律點呢？比方我向那一位研究法律的人或者是律師法官去問他們「法律是什麼？」

或者問他「什麼是法律」你這樣的問他們一定不知道怎麼樣回答的他必得也說「你這個問題我不敢答覆的。」前幾年我的一個同學吳經熊博士他問哈佛大學法科教長滂德“What is law?”。滂德說：「我不敢回答，因為這個問題太廣泛，沒有方法去答覆。」我們曉得法律是有一種事實或一種情狀做根據的。在這一種事實，這一種情狀之下的法律點是怎麼樣，纔可以答覆。譬如商業上的票據，有票據法；或者是契約，有契約法。怎麼樣是違背契約，一定先有違背契約上的特殊規定的情形。在這種情形，法律點是怎麼樣，那就比較容易答覆了。所以單單說法律，就很廣泛，很不容易講他。我們要曉得，法律不是一個抽象的概念；有了事實纔有法律可言；離了事實，也許可講法律的概念，可是法律的概念，絕對不能與法律的本身混爲一談。換言之，法律是和社會上一切環境事實不能脫離的。

照以上所說法律的三面觀：（一）時間，（二）地點的範圍，（三）事實發生的關

係（法律點）可以說包括法律的三個容量。

二 法律哲學之派別

我們知道研究哲學也是講時間 (Time) 和空間 (Space) 的，法律哲學當然也不能超出這兩種範圍之外。法律哲學也是有時間性的，也是建築於社會實際情形之上的，並不是空空洞洞的理想。所以古代的法律哲學和近世的是不同；俄國的法律哲學和泰西的也不可同日而語的。現在我們所要研究的是限於近世西洋的法律哲學。就這個範圍之內，法律哲學可分爲四大宗派：

(一) 分析派 (Analytical school)；

(二) 歷史派 (Historical school)；

(三) 哲學派 (Philosophical school)；

(四) 社會法學派 (Sociological school)

以上四派各有各的長處，各有各的使命，我們不可以即刻說定那一派好，那一派不好。如果我們認定了一派是好的，就是表示我們的眼光狹小；眼光狹小，於是我們對於法律的研究，往往發生武斷偏見流弊。所以我們現在對於各派，暫不加以評價，祇把各派的特色和主張，用客觀的精神，簡單的敘說一下。

三 分析法學派

分析法學派以奧司汀 (John Austin) 爲領袖。他的分析法是怎麼樣的呢？他說：『法律一定有一種普通的觀念，這種觀念全世界的人類大家都以爲當然的，所以我們把世界上已經有的法律制度比較一下，就可以拿法律上的觀念作一種精細的分析，把他的元素抽出來。』這是分析法學派的研究方法。所以他第

一步研究羅馬法。我們知道無論在這一個國家，研究法律，都不能不用羅馬法律來參考。所以奧氏最初拿羅馬法同英國法相比較，同時再研究德國的法律，於是拿來一起分析。

我們現在可以拿簡單的譬喻同諸位研究分析派的分析方法。比方他對於法律的定義說明「爲什麼原因我叫牠法律。」他用了分析方法，就說法律是一種命令 (command)；命令是和道德上的勸導，或友誼上的忠告是不相同的。比方我們對於朋友勸告，他可以自由的接受或者不接受，至於國家的命令卻一定要他遵守；所以命令和「勸告」(advice)是有分別的。

分析派的法學家發明宇宙間有兩種的「法則」：第一種的法則是自然的，就是自然科學中的公例，我們可簡稱自然律；第二種是人爲的，我們可簡稱規則。比方說，草木的生長，時代的變遷，四季的循環，動物的生死，地心吸力，乃至於人類

身上血脈的循環都受自然律的支配。我們不可以說：『這間屋內的人血脈都不許流動；』這在事實上是辦不到的，就是大家都舉手贊成，也不能做到的。這是因為我們受自然律的拘束的緣故。至於法律是關於人類行爲的規則，一切自然律都不在內，所以範圍就縮小了。但是道德也是關於人類的行爲的；比方在道德上講，我們要做一個好人，或者像宗教家勸人信仰上帝，這都是道德上的規則。但是我們要曉得這種規則同法律是有很大的分別；往往有一種事情照道德上講是合的，但是在法律上卻不可原諒的；有一種在法律上是合的，但是在道德上講起來是絕對不可原諒的。比方我們不得政府許可出外帶了軍器或手槍等，道德上並不算錯，也並不違背道德，但是法律上是當私帶軍火罪去辦的。再如我們有一個很知己的朋友，現在他生活極困難，照道德上我們應該去維持他，或者幫助他，但是在法律上卻沒有這種規定的。就是你把很要好的朋友賣了，而使他受種種

痛苦，道德上當然要責備我們，而法律是無能為力的。所以照分析方法再進一步就是說：『法律是關於管理人類的行為，並且是國家有組織體的權力，去強制執行的。』道德雖然也是關於人類行為的一種規則，可是不能用國家的權力來強制執行的；法律和道德不同之點就在這裏。總之，將宇宙間一切法則析為自然律和規則二種，又將規則分為法律和道德二類；這就是分析派法學家擅長的伎倆了。

還有一點，比方我站在此地，想預備買一把刀或者一枝手槍，去謀殺一個很好的朋友；假定此地有一個司法警察，請問他能否把我立刻捉了去，說我是犯殺人罪或殺人未遂罪？這是不可能的；因為這是腦海中的想像，並沒有見之於行為，罪是不成立的。反之，腦中想到，手裏也做出，二者都「符合」(Coincide)了，他的罪才成立。這層意思，在分析法學派，也是要素之一。所以前節說法律是關於管理

人類的行爲一定是關於人類「外表」的行爲纔對，以上都是分析法學派的分析方法。

這一派可以說是很好的，研究時也很有興趣，尤其是初研究法律的人很容易了解。這種方法可以把法律的範圍內根本的要素一根一根的抽出來。但是有一點我們要注意：就是分析法學派太注重國家組織體強制的力量了。因爲他說：『法律是規定人類行爲的規則，這種規則是國家組織機關強制執行的；』這種話在外國尤其是英國的歷史上去看，還可以說有一部分是對的；但是我們在東方民族方面研究起來，基本上就錯了。所以英國有一位研究法律的人叫亨利梅茵（Henry Maine），他到印度去旅行，印度是同中國差不多的，有一種村莊的法律（Village Law），他知道了就說：『這種法律是沒有人制定的，可是事實上人人都服從的』（Made by nobody but observed by every body）他就很

懷疑，以爲國家強制的力量不是法律的必要原素；這樣就可以看出分析法學派根子上有錯誤了。

又如國際公法是不是法律。如果是法律，她的強制力量在那裏？我們看國家在太平的時候，許多外交家就開會商量，定出了一種法律，大家就很慎重的簽字，並且經過各國國會的批准，手續上是很完備的。但是到了戰事發生，無論那個國家都是不遵守的，請問有沒有強制力量去叫牠一定要遵守國際公法嗎？這樣就可以曉得國際公法我們雖承認牠是一種法律，但是都沒有強制的力量，所以強制的力量是不是法律上必要的原素，確是發生問題。照分析法學派的見解，是不承認國際公法爲法律的。他們說：『沒有這個東西，差不多是幾個哲學家的空中樓閣罷了。』這一點根本上是不對的。所以我們看分析法學派太偏重於國家政治的力量去強制，其結果法律完全是故意造成的，完全是立法的人故意創設的，

不是自然發展的其實法律不是這樣造的，我們看東鄰日本國家的幅員比較小，在明治維新的時候，請了許多法官，定出許多的法律，要強制適用，中間也經過了許多的週折，屢次的修改，方纔比較的可以適用。如果拿地大物博的中國，也偏重分析法學派的主張，我們任意去製造法律，結果法律是天然不能適用，法律的效力也一天一天的退化；這一點分析法學派在根本上還不免有錯誤。我們要知道立法這個問題不但是普通研究法律的人或者是做法官的人有關係，就是我們人類無論那一個團體或羣衆的生活上，也都與有密切的關係。假定一種法律制定出來形式很好，而對於人情風俗習慣根本上違背，這種法律祇可以說是「紙上」的法律，不是我們需要的法律。再顯明的說，法律是一定要我們人類或者一羣的人類信仰的結晶，纔可以有效。我們中國已經幾次制憲，他們制憲法的人，費了許多時間，並不注意到社會的需要，祇買了不少的書籍，東去採一點，西去找幾

段，勉強的定成一種憲法，這種憲法不是我們所信仰的，不是我們所需要的，當然變成一種「紙上富貴」了。

譬方歐美各國的法律都有「信教自由」的規定，我們看了，以為不足為奇的；但是我們看他們的歷史，因為信教不自由，經過幾十年的流血，許多次的戰爭，纔得到這四個字，所以在他們是覺得很寶貴的，就把牠制定在憲法內，永遠信仰着，永遠保存着。我們中國沒有受到信教不自由的痛苦，加了這四個字，也就不以為牠的寶貴，因為我們信仰上本來並沒有這種觀念。總之，法律是應該從民衆心理中自由的流露出來，不是可以專恃國家的威權任意亂訂的。分析法學派沒有致意此點，實在也是一個很大的瑕疵。

還有這一派的研究法律是限於「已成」的法律，也是他範圍狹小的毛病。關於法律的方式，在分析法學派，因為法律是可以特意製造，所以主張一定

要議會立法 (Statute)。由議會三讀通過，經政府公布，纔算是立法應該有的方式。至於法律的來源，法律的背景，完全不注意。殊不知我們羣衆生活上的種種習慣，就是法律的背景；這是分析法學派太不注意的地方。

分析派的哲學上的出發點是功利主義；他們的理想就是替大多數人謀最大幸福。所以英國的邊沁 (Bentham) 說：『法律的制定，是要使大多數人受最大的利益。』這「大多數」三個字，是依什麼爲標準？「爲大多數人謀福利，」這種福利是不是普遍的，現在我們且不討論，待講到社會法學派再互相對照，較易明白。

四 歷史法學派

歷史法學派的領袖是德儒式維尼 (Savigny)。他說：『法律是從歷史方面

找出的，是漸漸生長的，並不是幾個人任意創設的；因為我們從最初未開化的時代，漸漸的進步，到了有組織性的家族，由家族成爲部落，更由部落組織成國家；人類的文化靠這種漸漸的發展，纔能大概粗備；所以法律決不是一個人，或者幾個聰明人爲我們創造的，完全是由我們羣衆生活的習慣，使牠自然生長。」

歷史法學派承認法律有一個背景的，這個背景就是我們羣衆人類生活習慣。照這樣看來，歷史法學派的出發點，根本上和分析法學派不同。分析法學派拿現成的法律研究；而歷史法學派是從歷史中找出法律來。並且式維尼最注意歷史上關於法律各方面進化的程序，所以到現在一班研究歷史的人都要把式維尼所著的書參考，作爲範本，去裁取歷史上的材料。我們看無論是分析法學派或是歷史法學派，他們根本上總承認法律的方式，是議會立法。分析法學派是以爲人造的，歷史法學派是承認生長的，因爲雖然由國家議會定出法律，或是國家的

法典及成文法，但是實際上並不是議會裏立法的人所造出來的，他們不過把已經有的社會上羣衆生活的習慣，加以整理，再用文字寫出來。不過歷史法學派根本並不是不注意法律的形式，只不過拿羣衆生活的習慣著重一點罷了。

關於歷史法學派的哲學上的立足點，是黑格爾派。黑格爾派的哲學是說：『歷史是記載我們人類發展的程序，和文化發展的程序。』所以歷史法學派用歷史哲學去研究法律，拿歷史哲學做法律哲學的根據，以爲我們人類在最初的時候，差不多個個人是自由的，到以後人類有了組織，許多弱小的就屈服於強大的國家，人類的自由就漸漸成爲不自由，人類的平等成爲不平等，法律進步程序和文化的進步程序，就是要人類打他這種行爲，就是平等不平等的競爭。所以歷史法學派拿英國法律做譬喻，從前英國對於種種規定的法律制度非常明顯，階級的分別異常嚴格，所以在歷史上由階級的不平等，就發生了許多爭執；政治上，

法律上，都發生變化，纔由不平等逐漸改爲平等，由不自由逐漸改爲自由。所以這一派說：『歷史進化的程序是可以當作法律進化的程序。』以上都是歷史法學派的哲學主張，究竟這一派是對是錯，我們現在且不要下批評，待講到社會法學派再拿來比較罷。

五 哲學派

講到這一派是極困難的，因爲這一派的支派很多，問題亦非常複雜；但是我們總括的說起來，這一派的主要任務，就是用哲學的眼光來解釋法律的歷史，用理性的方法，來說明及批評法律的現象。譬如講到羅馬法的進步，就可分作三個時期：

(一)神道的法律時期 在這個時期內，人民無論起什麼事情，都注重形式。

比方他們訂契約，一定要到廟裏去插血盟誓，拿羊血或牛血蘸到身上等行爲。

(1) 國家的法律時期 在羅馬是叫 *Jus civilis*。這兩個字就是羅馬民法，祇適用於羅馬公民；於是這種法律在羅馬人固然適用，非羅馬人卻不能適用。要如兩方面發生問題，就不容易解決。這種情形是非常多的，因為當時同羅馬通商的有希臘條頓……許多民族。都是和羅馬人的風俗習慣不同，所以就有 *Jus Gentium* (譯做萬民法)。

(二) 自然的法律時期 因了上一段國家的法律，人民間時常發生爭執，就有研究哲學的人，想到我們人類一樣的生存世界上一定有一種「理性」，這種「理性」凡是人類一派都相同的，因為「是非」是自然的理性，好像冥冥中有規定的。譬如「是的」無論那一個人，無論那一個國家，無論那一個時代，都以爲是的；反之亦然，這就是自然法 (*Jus naturale*)。在英文中是 *Natural Law*。這

種法律好像是上帝給我們無論那一國家，或者那一個時代，都是一樣的，我們個人都能享受的。等到中古時代黑暗時期，北方的野蠻民族往南的打下來，羅馬就亡國，文化停頓，一直到第二次文藝復興的時代，有人研究「羅馬法」，纔知道有這「自然法」，於是纔有自然法學派。自然法學派我們可以說是法律哲學的嫡派；他們主張「我們研究法律，是拿我們理想中所定一個很好的標準，去批評現有的法律，那麼纔可以使牠進步。」這樣看來，哲學派並不是研究法律在現在的狀況是怎麼樣，卻是研究法律應該是怎麼樣。簡單的說，法律哲學派用哲學去研究法律，不是研究「什麼是法律」(What Law is) 乃是研究「法律應當是怎樣的」(What Law ought to be)。因為要研究法律應該是怎麼樣，所以這一派以為世界上是有「自然法」的。他們說「Law is nothing but right reasoning which is common to all」。所以這一派以為法律是替民衆謀幸福

的但是事實上世界上的人類並不是平等的因爲各人的環境不同時有許多糾紛，不能拿一個人的權利義務和幸福作爲標準。并且這是絕對不可能的。所以這一派常常說：『腦中所理想的一個人是沒有的，完全是假定這一個人應該享怎麼樣幸福，應該得怎麼樣的權利，應該盡怎麼樣的義務；再拿這一個人的抽象的幸福權利和義務來定成具體的法律，再應用到社會民衆當中。』表面上看起來，彷彿這個標準定得並不壞，但是我們仔細去研究一下，就曉得哲學派完全是在空中造樓閣，於事實上不大有十分裨補。我們知道「公平」(Justice)是沒有絕對一定不易的標準的，一時一地，都有分別。比方我們拿印度來說，印度從前有一種風俗：如果一個寡婦在火裏燒死，是她最榮譽的，最神聖的一件事。但是照我們看來，這種事是慘無人道的，所以依哲學派說拿理想的抽象的個人的幸福權利和義務來做具體的標準，實際上相差太遠了。我們看法國和美國的革命，當時

法國的人權宣言美國的憲法都是受自然法學派的影響，他們拿理想中的個人作標準，應該有什麼幸福權利和義務，於是他們的眼光集中於個人，以個人爲單位，於是將國家的權利極力的縮小；個人的自由，極力的擴充，使得國家無力干涉。但是這種種的情形，雖然受哲學派的影響，也是受專制太過的反應，所以要極端發展個人的自由。不過這種理想於政治哲學上卻發生問題。政治哲學是說：『國家是無數的分子聯合組織起來的；』而法律哲學派是『以個人爲本位，用種種方法抵抗有組織體的國家。』這種學說是不是好的現象呢，我現在可以拿具體的事實來證明一下。

美國的憲法上是有了一條「契約自由」的規定。比方我因爲生活非常困難，可以到資本家或者廠主那裏去同他講『我願意一天替你作十六點鐘的工，希望得到三塊錢的工資；』我同他訂契約，如果他也很有歡迎的訂了，這完全是個人

的自由我願意訂這個契約他也願意訂這個契約雙方面一點沒有強迫。照理國家不能干涉的，如果去干涉就是侵犯個人的自由。但是我們想這種契約是否良好，國家是否應該容忍這種契約的存在；當然是不可以的。不過照前面講的以個人爲本位，政府是沒有方法可以去干涉的。所以美國的憲法在從前大家以爲是很完備的，其實是不然；因爲拿個人對國家對抗，處處注重個人自由，忘了人民同國家是聯合組織體，決不是相抗的敵體。我們看美國的大理院天天用種種方法去彌補已經成的憲法的缺點，使得牠能夠一方面符合現在新的政治，一方面擴張中央的權力，縮小個人的極端自由。照這一點看來，哲學法學派的理想同事實確是相差太遠了。

這一派法律的方式是不拘定人；無論成文法和不成文法都可以的，不像上邊所說的歷史法學派有拘定的。不過這一派最大的一種短處，就是太玄想，離開

事實太遠，而且把法律的標準，定得太呆板，太淺狹。我們是曉得世界上的事情沒有永久不變的，就是理想也是隨事實變更的。

這派的派別很多，問題也很複雜，并且牠在法律哲學上也占重要的地位，我們自然有注意研究的必要，不過在這裏，我卻不及一一詳說了。

六 社會法學派

我們講到社會法學派，就先要把何以有社會法學派的原因，和社會法學派的特點在什麼地方，二個問題明白了，才容易了解這一派的主張。所以現在先談這兩個問題。

我們說『人類是社會的動物。』社會生活，一定自有牠的目的。把範圍擴大一點說：『全世界是一個大社會，假定社會上有一個人犯了罪，這個罪惡不是他

一個人犯的我們在這個社會中的人個個要替他負責任因爲他的環境同現在的社會上種種犯罪的惡因是大家所種的結果。在表面上是他一個人犯罪，不知道全社會都受這種惡果。『再進一步說：』社會上出了一個了不得的學問家，或者一個政治家，我們可以說他的學問並不是他個人的學問，他的發明，也不是他個人的發明，實際上他不過是社會的一部留聲機器，代表這一個時代的學說。『所以社會生活自有牠的目的，既爲有目的，我們的法律假定是爲個人的，那麼太把社會生活的目的抹殺了，因爲要使法律注意到社會生活的目的，所以有社會法學派的產出。』

社會法學派產生的時間還不久。哈佛大學校的法學教務主任滂德便是在美國這一派的領袖。德國的 Ehrlich，和法國的 Duguit，也都是這一派的健將。我們中國關於社會法學派在國際上有地位的就算東吳大學院院長吳經熊博士

了。吳先生新近出了一部法學論叢頗能代表這一派的思想。

社會法學派說：『我們研究法律，歷史是不可少的，因為從歷史中纔可以找出法律。』這一點和歷史法學派相同。又說：『從歷史中找出後，應該怎樣研究法律呢？不僅是研究法律已經是怎麼樣，並且應該研究法律將來是怎麼樣。』這一點和哲學派相同。又說：『無論什麼法律不是以個人為單位，是社會化的；既然是社會化，世界上就沒有永久不變的法律，一時一地都有分別的。』這就是這派的特色。

這一派中又分為三個支派，各有各的背景，就是：

(甲)社會化的功利主義學者；

(乙)新康德學派；

(丙)新黑格爾學派。

(甲)社會化的功利主義學者 這一派以德國的葉英 (Heine) 爲領袖。他說：『我們人類是有社會生活的，所以有社會的目的，法律能夠達到社會的目的，纔可以說是好的法律。反之就不是好的。法律』他的這幾句話，我們拿事實來證明，就格外明白了。比方剛才所說的工人，他情願替廠主每天做十六點鐘的工，只要給他三塊錢；照他所要求的工資，並不是不高，十六點鐘的工作確是可以相抵。但是我們拿民衆的生活，社會的目的看起來，這種契約根本上不能存在。因爲工人訂契約是自由的，至於訂契約的範圍是不自由的。這種契約是受經濟壓迫，環境不良的緣故，逼得他不能不去遷就資本家，做這種苛重的工作，所以爲民衆的生活計，國家就應該去干涉。這樣看來，我們就不能以個人爲單位，一定要以民衆爲單位了。

但是對於公道的標準，也不是絕對的。我可以拿一樁時常發生的案件作個

例子：比方我們的汽車，先看汽車夫有沒有開車護照。沒有當地行政機關所發的照會，汽車夫當然是不能開車的；假定雇好了車夫以後，在路上撞傷了人，或者因傷而死人，這個責任當然汽車夫是要負的，因為他有玩忽業務的罪。但是在英美法雇主卻有負擔賠償撫卹金或者養傷費的責任，照道理講這是不公道的。因為這是汽車夫不小心，坐車的人並沒有罪啊，何以要他出錢賠償呢？但是我們要曉得這種汽車的發明，都是社會物質文明進步適應民衆生活的需要而產生的。這一般被汽車撞傷或撞死的人，是物質文明的犧牲者。我們享受這種物質文明的利益者，賠償他們是公道的。再從社會經濟方面說，有汽車的或者雇汽車的人，大多是有錢的，他們多負擔一點金錢的責任，使得死傷的家族能夠確實的得到一些養恤金，也是極公道的。所以照這一派的主張並不是普通的抽象的公道，卻是實際的社會生活上需要的公道。比了上面的分析法學派歷史法學派和哲學法

派玄想派進步多多了。

對於社會化的工利主義學者應注意的有五個特點：

(一)個人公平觀 我們知道從前歐洲的法治勃盛的時代，法官時時受拘束的，依這一派而論，卻是公平的。法官所要負的責任，是拿當事人的地位用他主觀去觀察是否公平。他和律師是不同的，律師是保護當事人，心理上總是偏於這一面，如果法官也是有成見不注意證據，一定是不公道的。

(二)非機械的 法律的條文是死的，但是法律的解釋是不可機械的。

(三)利害關係 無論什麼事情法官所要注意的，一種是法律上的問題，一種是實際上利害關係。這是當事人的切身痛苦問題。比方我今天沒有飯吃，對於飯就是我的切身關係，如果我有錢，那麼就是一桌酒席也不足輕重。所以各人的利害關係大不相同，而法律就應該注重人類民衆生活的利害關係。

(四)處罪問題 這個問題實施起來很不容易，理論卻是很不錯的。他們說：『要定一個犯罪人的罪，應該要注意各方面，方纔可以定罪的輕重。譬如他犯罪的危險，是怎麼樣，他對於社會擾亂治安的程度是怎麼樣，對於他將來悔改的希望有多少。所以這個犯人，如果犯的罪很輕，悔改希望很少，將來犯罪的可能性是很多的，那麼法官不妨把他的罪定得重一點。假定一個犯人的罪很重，而他悔改的希望很多，將來犯罪的可能性很少，法官就可以自由把他的罪改輕一點。』所以這一派對於科刑問題，主張要使犯人能夠人人得到適當的處置。這種分別的處罰，(individualization of punishment) 確是這一派比較最好的一種主張。

(五)立法及達到法律目的的方法 這一派說：『立法是達到法律目的的方法。』換言之，假定我們在此地定法律，是很容易的，隨意的寫幾條，參考書也很多，可以隨便抄幾句。但是事實上在立法的時候，我們要知道這種法律適用在那

一個環境爲什麼要訂這種法律？有沒有意義？社會上確是需要這種法律，究竟希望達到那一種目的？有了這幾點觀念，我們去立法，方有目的，纔可以達到社會需要的目的，決不是由我們隨便的敷衍的或者去抄襲外國的許多法律就可實行的。

(乙)新康德學派 這一派的領袖是司丹姆萊 (Stammeler)。他的主張最要緊的一點是把法律上的時間性同地點的範圍看得很注意。他說：『法律的內容是生長的，因爲時間和地點發生變化，風俗情形也隨着不同，我們民衆的法律思想觀念也發生問題。』

又說：『我們人類有法律的觀念，這種觀念是法律最好的標準。比方我們感覺社會生活有一種痛苦，這種痛苦我們極端要避免，因爲要避免這種痛苦，立刻發生一種共同的法律觀念，所以這種觀念是立法的人的最好標準。』

關於這一派有二個特點：

(一)注意於法律之實施以求公平 這一派說：「法律條文不可以太機械的，我們訂法律的時候，要想到將來實施的時候，一定有許多意想不到的情形。這種意想不到的情形，我們就要預先注意，使得實施的時候，達到公平，不發生困難。」

(二)社會思想的學理做法律的標準 這一層在社會法學派是很要緊的；換言之，不要以個人為單位，要以社會生活的目的需要，以及這時候所發生的法律觀念，做我們立法的目的。如此，這一個社會，這一個時間所需要的什麼法律，換了一個社會，或者過了一個時間，所需要的法律一定也變了。所以這一派是主張沒有永久不變的法律的。

另外還有二個主要的原則：

(一)個人意思不可屈服於另一人之武斷。何以一個人的意思不可以屈服另外一個人呢？因為法律既然關係民衆生活，我是民衆的一分子，社會對於我是債權人，同時也是債務人，社會與社會的各個分子關係都非常密切，差不多是聯合 (solidarity) 的，社會對於個人的關係既然這樣密切，個人的意思是很重要的，所以我們訂法律要注意到個人，如果個人的意思屈服於另外一個人，是不公道的；反之，個人的意思屈服於社會公共的意思，這是可以的。

(二)法律的規定不可使服從法律者不能生存。法律規定，絕對不可以使服從法律的人，不能生存。這個意思我可以拿一個譬喻來說明：在上海營業失敗的人很多，現在假如一個人營業完全失敗了，欠的債很多，沒有方法去履行，法律上訂得很明白債權人可以要求債務人清償，但是決不能使債務人因服從法律沒有方法維持他的生活。因為無論債務人或債權人都是社會的一分子，由許多

的分子纔組織成一個社會，如果一個人不能生存，全體的生活就發生影響，所以根據這一點，一個人做生意失敗沒有力量履行債務，至少要維持他的生活，無論那一個債權人對他法律起訴，他是應該服從的，但是不可以因服從法律而使他不能生存。（外國的 Homestead Law）譬如做律師的決不能把他事務所裏的法律書籍拿去抵債，做醫生的也決不能把他醫院裏用的器具拿出去抵債，因為這許多都是他們維持生活的必需品，不論那一個債權人都不能夠動的。

（丙）新黑格爾學派 這一派是以德國的柯拉（Kahler）為領袖。他說『法律是我們人類文化的結果。』這「文化」兩個字範圍是大一點了。我們平常說「文明」（civilization）是狹小的，柯拉所說的「文化」是 kultur 比 civilization 範圍廣一點。kultur 的概念包涵言語，文字，宗教，政治，科學，天然環境，及經濟生活。柯拉是用歷史的眼光研究法律的現象，和人類進化的狀況；用政治的眼

光研究現在各民族各國家已成的制度用哲學的眼光批評現在的法律研究將來法律應該達到那一種目的。所以因這個原因，社會法學派不但是研究已成的法律制度，和強大的民族的法律，並且再注意到將來的法律制度，和現在野蠻的弱小的民族中的法律。所以他們再進一步就研究人種學（Ethnology）了。他說『沒有擴大的比較是不行的，』所謂「比較，」一方面拿現在的人同古時的人用歷史去比較；一方面再拿現在的文明國家同野蠻民族去比較，纔可以知道法律進化的程序，究竟經過什麼必要的手續。

他還注意到法律同社會史的關係。他說：『法律是社會生活上所需要的，而社會史一定也可算是法律進化的紀錄。所以往往要應付社會的要求訂出法律，因為有這種法律，社會上就有更新的要求，法律與社會生活互相為因果發生密切的關係。』所以他又說：『立法的人並不是任憑自己的聰明，用無上的威權來

定法律的，我們簡直可以說立法者是一個時代的發言機。」

「法律用社會化的解釋」這一點觀念，滂德曾舉出許多例子來說明，意思是很好的。譬如美國的憲法是在美國革命結束後所製定，到現在已經有許多年了，內容並沒有變更，但是在事實上我們不能不承認在那製定這憲法的時代所有的環境，所有的政治現象，所有民衆生活的要求，一定和現在的環境政治現象以及民衆生活的要求不同。可是這種成文法的憲法要去修改一定有許多困難，而且社會是天天在那裏發生新的環境，新的經濟狀況，如都要用修改的方法去應付，事實上也做不到的。所以惟一的救濟方法就是就已成的法律逐漸用社會化的解釋，來發展牠。這種把已成的法律應用到新環境，就是社會化解釋的作用。譬如瑞士在從前許多的工廠都用水蒸汽的機器，政府方面欲使工人完全，不至於受危險，就用法律規定，用水蒸汽的工廠，應如何設備，應如何保護工人，不致受

傷害但是自電汽發明之後有些工廠即用電汽的機器這種工廠在法律上既無規定，似可不必依照舊法律的設備，但是如過照社會化的法律解釋，就可以知道從前立法的人爲什麼指定關於水蒸氣工廠的法律，都是因爲水蒸汽有危險，許多工人時受傷害，才有這種法律的規定，目的完全是爲工人的安全，明白了這一層意思，那麼電汽的工廠當然也包括在內，不必另外訂出一種新法律來規定電汽的工廠了。大概所謂「社會化解釋」是和黃梨洲先生所說「法外意」是相同的。

我們再進一步去看，從前羅馬同中國一樣；他們的家族制度，女子是不能承繼祖業的，如果一個人沒有兒子，祇可以由姪子或遠房的男子去承繼，女子是不能承繼的，但是後來羅馬的家族制度破壞，就時常發生爭執，法律既不能更改，糾紛又不時發現，所以很困難去解決這個問題。後來有一個很聰明的法官，他就說

當時立法的人因為有家族制度，纔規定男人承繼的法律，現在家族制度既已破壞，女子就同男子是一樣的了。

所以照社會化的解釋各種新發生的問題，都可拿已成的法律用解釋的方法來救濟。如果不用社會化的解釋，一定有許多法律不能通行。所以解釋的方法應該極端提倡社會化。剛纔講的汽車肇禍，汽車主人應該負賠償之責，也是拿社會化的解釋纔辦得到。因為有了社會化的解釋，我們一定知道假定要汽車夫賠償，他沒有錢，所以就是判定他賠償撞傷的人，也得不到實惠的；至於汽車主人他有能力量購買汽車，當然是有錢的，使他多負一些賠償的責任，也並不過分，祇要撞傷的人，能夠得到賠償就好了。這樣看來社會化的解釋，無論什麼新環境都可以適用，而法律也不至於成爲死的了。

平均地權的土地法

高一涵

一 平均地權的原因

中國國民黨認定：『中國尚在農業經濟時代。』就是因爲『農民生產占全生產百分之九十，其人數占全人口百分之八十，故中國之國民革命，質言之，卽是農民革命。』因此又說：『吾黨爲鞏固國民革命之基礎，惟有首先解放農民；無論政治或經濟的運動，均應以農民運動爲基礎黨之政策，首先須着眼於農民本身之利益，政府之行動，亦須根據於農民利益而謀其解放。』（第二次全國代表大

會農民運動決議案）

國民黨既然首先注重農民本身的利益，當然要研究農民本身的利益是什麼了。農業的經濟生活與畜牧的經濟生活有個最大不同之點：就是畜牧的經濟生活與土地不發生永久附着的關係，故游牧民族往往逐水草而居，遷徙可以如意。古代把游牧民族所建設的國家，叫做「行國」，就因為這個道理。可是農業的經濟生活便不同了，他的唯一根據就是土地，沒有土地，簡直就沒有農業。故農民的最重要的問題，當然就是這個土地問題。

根據國民黨中央執行委員會農民部所頒布的農民協會章程，可稱為農民的，大概有下列的五種：

一、自耕農，

二、半自耕農，

三、佃農，

四、僱農，

五、農村中之手工業者，及在農村中爲體力勞動者。

這五種農民，除掉自耕農一種之外，大概都是沒有土地可耕，或耕別人土地的。根據武漢中央土地委員會十六年春間所發表的「中國土地的調查」列表如下：

全國農戶（地主在內）	五六、〇〇〇、〇〇〇
農民人口（每戶平均以六口計算）	三三六、〇〇〇、〇〇〇

再把這三萬二千六百萬農民詳細分析起來，有下列的幾種：

有地的農民（自一畝起以至大地主）	一五〇、〇〇〇、〇〇〇
無地的僱農	三〇、〇〇〇、〇〇〇
游民兵匪等	二〇、〇〇〇、〇〇〇
佃農	一三六、〇〇〇、〇〇〇
總計	三三六、〇〇〇、〇〇〇

從這個表上看起來，有地的農民一萬五千萬，約占農民總數百分之四十五；無地的僱農，佃農，及游民兵匪等，合計一萬八千六百萬，約占農民總數百分之五十五。有地的農民之中，也有極貧極富的差別，可再詳細分別如下：

有地農民的種類	人數	地畝
---------	----	----

貧農（一畝至十畝）	百分之四十四	百分之六
中農（十畝至三十畝）	百分之二十四	百分之十三
富農（三十畝至五十畝）	百分之十六	百分之十七
小中地主（五十畝至百畝）	百分之九	百分之十九
大地主（百畝以上）	百分之五	百分之四十三

這個表中，富農，小中地主，大地主，三項，人數雖祇共占有地農民中百分之三十，可是所有的地畝却占全國可耕的土地總數中百分之七十九，從這個地方，可以看出土地集中於少數人手中的情形，除中農對於土地的要求或不致十分的急迫之外，至於有地而地甚少的貧農，無地的僱農，及游民兵匪等，皆一齊被排擠在無地可耕之列了。有地而地甚少的貧農，占農民人數百分之二十，無地的僱農，

佃農，及游民兵匪等，占農民人數百分之五十五。照這樣說來，每一百個農民之中，總共有七十五人是必須要求土地的了。換句話說：就是三萬三千六百萬農民之中，總共有二萬五千二百多萬人非得到土地便無地可耕了。我們根據中央土地委員會這個調查表（當然仍有不實不盡處）可以看出兩種情形：（一）全國可耕的土地，合計有百分之七十九，集中在少數人手中；（二）全國有耕種能力的農民，合計有百分之七十五，都必須要求耕地。這就是中國國民黨所以要主張平均地權的原因。

二 平均地權的步驟

國民黨認定：『土地本由天賦，而以養人，「天下爲公」不應專屬』（革命政府對於農民運動第二次宣言）。根據這個根本主張，便想推翻大地主，以爲少

數地主獨占去由於天賦不應專屬的土地就是造成經濟組織不平等的原因。所以說：『釀成經濟組織之不平均者，莫大於土地之爲少數人所操縱』（第一次全國代表大會宣言）。他認爲最好的制度是：『農民欲求土地之使用，莫善於自爲地主，而自力耕耘』（革命政府對於農民運動第二次宣言）。故國民黨的主張，就是對於『農民之缺乏田地淪爲佃戶者，國家當給以土地，資其耕作』（第一次全國代表大會宣言）。這就叫做『耕者有其田』。

由此可見國民黨目前並不主張土地國有制。他祇想推翻少數操縱土地的大地主，並不是把私人的土地所有權，變成國家的土地所有權。祇想教耕者有其田，並不是教農民在國有土地制下，通同去耕國家的田。既然想讓耕者有其田，不是從根本上取消土地的私有權，祇不過是推翻大地主的土地獨占權。這就是中國國民黨與歐洲各派社會主義對於所有權的主張不同的地方。歐洲的工團

主義，集產主義，無政府主義，目的都在廢除私有權；但是集產主義用國家公有來代替私有權，無政府主義用無人所有來代替私有權——根本取消所有權，——工團主義用有組織的工團共有來代替私有權。國民黨的目的：『要把社會上的財源弄到平均，』故目前既不是根本取消土地所有權，又不是把土地私有權變成國家公有權，或團體共有權；祇想把不勞而獲的大地主的土地獨占權停止，好讓自食其力的農民『自爲地主，』故祇是使土地所有權平均，不是使土地所有權消滅。

各國由土地私有變成土地公共的辦法，大概不外兩種：用革命的辦法，就是全部的沒收；用和平的辦法，就是一部的徵收。國民黨目前一不採用土地國有制，二不廢除土地私有權，故他的着眼點全在這一個『均』字上。當然用不着全部沒收的辦法，祇用一部徵收的辦法了。中山先生『所主張的共產，是共將來不是

共現在』（民生主義）所以主張用和平的辦法，除掉地主不盡納稅的義務，可以把他的田地拿來充公之外，大概祇用和平的逐漸徵收一個辦法。

國民黨和平的漸進的辦法，就是：『由國家規定土地法，土地使用法，土地徵收法，及地價稅法。私人所有土地，由地主估價呈報政府，國家就價徵稅，並於必要時依價收買之』（第一次全國代表大會宣言）。中山先生以為這是最妥當的辦法，他說：『地價……由地主自己去定。地主如果以多報少，他一定怕政府要照價收買，喫地價的虧。如果以少報多，他又怕政府要照價抽稅，喫重稅的虧。在利害兩方面互相比較，他一定不情願多報，也不情願少報。要定一個折中的價值，把實在的市價報告到政府。地主既是報折中的市價，那麼，政府和地主自然是兩不喫虧』（民生主義）。故國民黨的平均地權的步驟是和平的，漸進的，折中的辦法，並不用快刀斬亂麻的手段，一旦把全國的土地一律宣布為國有。

國民黨想由土地的買賣，得到調劑貧富的目的。國家買來土地做什麼？就是分給那『農民之缺乏田地淪為佃戶者』及無地可耕者，使他們『自為地主』。『自力耕耘』慢慢兒達到『耕者有其田』的目的。這種辦法，當然不像俄國行土地國有制的簡單，可以用一個命令辦到。關於徵收土地的立法，當然是國民黨許多建設問題中一個極重要的建設問題。現在為供給將來立法上和修改已經訂立的法律的參考起見，姑且把愛爾蘭的自耕農地買收法，英國的小農地買收法，及丹麥的小農地買收法等等，立法上的目的，方法和利害，略敘述一下，以供參考。

三 愛爾蘭的自耕農地買收法

愛爾蘭的農業狀況和農民的境遇都是很不好的，因為不好，所以才想方設

法去改革他的改革政策，目的在造成自耕農。怎麼才能造成自耕農呢？最重要的一點，就在使農民得到買收農地的機會和便利。他的方法：是政府依土地買收法，把土地買收來，農民可用分年償還地價的方法，買去自行耕種。這就是愛爾蘭創設自耕農制的目的。

愛爾蘭在一八六九年，一八七〇年，及一八八一年，就發布有些關於土地問題的條例，但是都沒有發生很大的效果。比較重要的是一九〇三年的新土地法，及一九〇九年的改正土地法。

一九〇三年的新土地法，叫做「文頓法」，是國務總理文頓（George Windham）所提出來的議案。自一八六九年以後，到一八九一年，土地的條例經過許多次修改。大概買地人分年所償還的地價是百分之五，後來減少為百分之四，償還的年數先定為三十二年，後改為三十五年，最後延長到四十九年。到了

一九〇三年，新土地法上所規定的償還地價年數爲六十八年，每年償還利息百分之二又四分之三（ $2\frac{3}{4}\%$ ），償還本錢百分之二分之一（ $1\frac{1}{2}\%$ ）。政府把土地收買金定爲一億鎊，把從前土地委員會合併起來，設「所有地委員」（*Estates Commissioners*）三名，爲管理土地權轉移的實行機關。地主和農民中間，關於土地買賣的契約，由這個會參與；地價的高低，由這個會決定。對於賣地的地主，設下獎勵的辦法，在地價以外，還給與一成二分的獎勵金。凡是土地買賣都用現金交易，不像從前用公債券作地價。這就是一九〇三年的新土地法的特點。

依照一九〇三年新土地法所創設起來的土地委員會，乃是專管土地問題的機關。關於土地所有權轉移的程序，各地方過剩人口的處理，被逐出農民的招回等事，都歸土地委員會管理。先規定法定的地價，凡土地的買賣都以這個法定地價做基礎，不許故意抬高。土地委員會祇做土地買賣的經手人，他在下列的三

個地方，行使他管理土地轉移的職權：（一）地主與農民直接買賣的地方；（二）土地委員會向地主買地賣給農民的地方；（三）土地委員會向土地裁判所買地賣給農民的地方。

在地主與農民直接買賣的地方，祇許整賣，不許零碎販賣。關於這件事的判定權，在土地委員會，賣主不得土地委員會的判定，不得領取一成二分的獎勵金。土地委員會在這個地方，如果認為有調查的必要，可以依土地的法定種類，去調查那土地價格正當不正當。

在土地委員會向地主買地賣給農民的地方，土地委員會把土地的界限，土地法的關係，土地的價格，一一調查。關於土地的價格的調查，比較在地主與農民直接買賣的地方更能自由些。如果賣主與買主之間，先有關於價格的協定，那麼，土地委員會便可以根據他們所協定的價格，加以審定。地價審定之後，如果得

地主的同意，那麼，土地委員會便可徵求農民的意見，問他願不願照審定的價格買去。如果要買土地的農民有同意的，土地委員會便同地主定約。等到登廣告兩個月後，沒有異議發生，然後才交地價，完成買賣的行爲。土地委員會對於已經買到手的土地，便有完全的處理權，可以按照國內移民的計畫，賣給農民。

在土地委員會向土地裁判所買地賣給農民的地方，就是因爲地主負債過多，把他的土地移歸「土地裁判所」(Landed Estates Court)管理。在這個地方的一切程序，和前兩個地方大概相同。

凡按照前三個方法而買得土地的農民，權利上有一定的限制。就是買主當分年償還地價的義務未了的時候，不得土地委員會的許可，不得把土地分割，或把土地佃給他人。就是在承繼的時候，也不許分割，如果到萬不得不分割的時候，土地委員會得要求歸一個人承買。再如果用該地做抵押去借債，亦不得借那

超過分年償還地價的數額十倍以上的債，並須在三個月以內登記，方認為有效。

一九〇三年的新土地法，很想特別獎勵那出賣土地的地主，這是這個土地法的特點，可是同時也是這個土地法的致命傷。因為獎勵金由國家擔負，土地的買賣越多，國庫的擔負越重，因此，便難永久支持下去。而且因買收土地的結果，由國庫墊出的地價，要一筆交付與地主，至於賣給農民，每年僅收回百分之二又四分之三的利息，及百分之二分之一的本錢，時期又要經過六十八年之久，當然是入不敷出了。既然要國庫擔負墊付的地價，那麼，國庫當然祇有發行公債一個辦法，所以這個土地法上規定付給地主賣價的資金，由國家令英格蘭銀行及愛爾蘭銀行發行利息二又四分之一的公債，等到三十年後（一九三三年），國家照券面定額償還。此項公債最初祇能照八七折出賣，每百元的債券，僅能賣得八十七元。國家付出的利息，要照券面定價計算，國家收入的利息，祇照賣出的實價計算。

因此，每百元的公債，祇能收入二·三九二五利息進來，却要付二·七五利息出去，故每百元公債，利息上就要喫〇·三五七五的虧。本錢的償還也是一樣的賠累，此外關於分年償還本利，更發生遲繳或不繳等弊病。這就是買收土地最大困難的一點。

一九〇三年的新土地法，關於土地委員會的規定很有特色，至關於財政的計畫却太空疏。因此，便使財政上的困難，足以妨礙全般計畫的實施，故行到一九〇九年，便不得不再行修改了。一九〇九年的改正土地法，當然是以一九〇三年的文頓法做基礎的，所修正的地方，大概都是救濟文頓法的缺點的。最重要的修改，計有兩點：一是減少獎勵金，一是行強制買收制。

減少獎勵金乃是救濟財政上困難的一個辦法。一九〇三年的新土地法中，規定獎勵金的額數以一千二百萬鎊為限，故實行到五年以後，便不得不從一成

二分降到三分。一九〇九年的改正土地法，把從前獎勵金的比例一律廢止，將地價定爲極高極低兩個限度，惟對於情願以低價出賣土地的地主，才給與較多的獎勵金。地價與獎勵金爲反比例，地價越低，獎勵金越高，地價高到一定的限度，便不給獎勵金。經過這一次修改，出賣土地的數目便立刻減少了。

關於強制買收的一點，可算是改正法最值得我們注意的地方。他的規定：就是在農民與地主對於一定的土地買賣不能成交的時候，土地委員會對於地主有致送最後通牒的權力。最後通牒上，把土地的價格定明，地主如果遵照這個價格出賣，便同自由買賣一樣看待，地主祇可以提出用現金交付地價的請求。如果地主不肯依照這個價格出賣，那麼，土地委員會便可以實行他的強制買收權。地主如果不服，得用附近有同樣的土地可以自由契約買收爲理由，向裁判委員會提起抗議，或對於買收的價格，提出異議。因此，土地委員會當決定地價的時候，又

必得要顧慮到土地的實在價格，不得任意決定。這就是一九〇九年愛爾蘭改正土地法的概略。

四 英國的小農地買收法

英國自中古的莊園制度 (Manorial System) 崩壞之後，到了十九世紀，土地漸漸集中，造成大農的組織，因此便有提倡自耕農制及普及小農地制的必要。英國施行小農地法雖然很早，但是行之最有功效，在歷史上開闢一個新紀元的，要算是自一九〇八年到一九一九年的小農地法了。一八九二年的小農地法，可算是一九〇八年的小農地法的基礎，故在此處不得不先述一述一八九二年的小農地法的大要。

一八九二年的小農地法，使地方自治團體買收土地，分割出來，改成十英畝

以下的小農地，賣給農民。地方自治團體可向金融委員會去借資金，作買收土地之用。但是買收的方法，到底是採取自由契約制，或採取強制買收制呢？這是那時爭論最激烈的一個問題。可是討論的結果，竟不承認強制買收制爲可以實行，所以這個小農地法終歸失敗。

因爲這個小農地法行了十五六年，仍舊沒有好效果，所以才有自一九〇八年到一九一九年改正的小農地法出來，這個改正的小農地法，比較上把不能實行的困難除去很多，因此便把小農地事業殖下很完備的基礎。這個改正法中，首先規定什麼是小農地？就是說：一英畝以上至五十英畝以下的小耕地；如果超過五十英畝，那麼，必須在買賣的時候，或在租借的時候，爲收所得稅而定的年價額，不超過五十鎊以上的小農地，才可以叫做小農地。

怎麼造成這樣小農地呢？就是使地方自治團體，如縣會（County Council）

之類，把適當的耕地買來或租來，劃成小農地，好賣給或租給自行耕種的農民（第七條）。所謂「耕種」兩個字，可作廣義的解釋，包含園藝及飼養家畜蜜蜂等在內。為辦理小農地的事項，由縣會設下小農地及分租地的委員，這些委員，或全體為縣會的議員，或一部分為縣會的議員。要是一部分為縣會的議員，那麼，由議員充任委員的人數必須過半數。這個委員會就是為實行小農地及分租地而設，負責行上的一切權利和義務（第五十條）。

縣會為買收小農地，不管在本縣內外，凡有適當的農地，都可以用契約的方法去買來或租來。如果不能以自由契約買來，或租來適當的農地，便可行使強制收用權（第七條）。但是凡由強制方法收來的土地，祇許租給農民，不許賣給農民。這一點是要特別注意的。

縣會在租買到土地之後，對於該農地便有管理上的全權，在該農地賣出或

租出以前。可以在地上蓋房屋，或造其他建築物；如果原有的一切建築物破壞了，便可以修繕；如果土地不好，便可以改良。將來這塊土地賣出或租出的時候，得到最高的地價或租金，可以供給個人或在產業組合的團結下的各人之用（一九一九年法第十一條及第十二條）。

要買小農地的農民，必須先拿出地價五分之一以上，經縣會的認可，可以令該農地負擔地價百分之四以下的金額，作為永久的地租。如果地價沒有付清，縣會可以使買主在五十年或六十年內，分年償還（一九〇八年法第十一條）。再如果祇把小農地租給農民，那麼，占有這塊小農地的人，過了六年期間以後，隨時可以照時價收買。如果該地因租者改良的結果，賣價比從前的買價高。那麼，租者買的時候，便可以請求把高出的地價除去一部分。縣會如果不得到主管的最高機關的許可，不得拒絕這樣的請求（一九一九年法第十一條）。

無論是買小農地的，或是租小農地的，在二十年內，必須要服從一定的限制。什麼限制呢？就是不得到縣會的允許，不得分割，不得出賣，不得租借。對於耕地，不得作農業以外的目的使用。一塊土地上不得建築一個以上的住宅。在這地上的屋內，不得販賣麻醉性的飲料。如果所有者死亡，由他的後人承繼，也不許分割。縣會得於十二個月內，要求歸併於一個人，不然則縣會可以自行出賣（一九〇八年法第十二條）。如果要把土地作為非農業的使用，必定再經過一次買賣的手續（一九〇八年法第十五條）。

照前面所說的，縣會祇在用合意的契約買不到土地的時候，才有強制收用的權力。但是所收來的土地，祇可租借，不得出賣。強制租借的時期，自十四年到三十五年。到了滿期的前一年以上二年以內，向地主通告，重新再定契約（一九〇八年法第四十四條）。如果地主因造屋開鑛等事，要在那強制收去的土地上修

道路，從十二個月前通知，得主管部的認可，得以回復所有權（第四十六條）。在租借期間終了的時候，租借人對於土地上所施的改良成績，如菓樹及其他植物等，尚有兩年以上的收穫權。關於別的改良，得向縣會請求賠償。如果縣會曾禁止租借人關於某種改良，便沒有請求賠償的權利（第四十七條）。這是英國自一九〇八年到一九一九年關於小農地立法的概要。

五 丹麥的小農地買收法

丹麥是一個農業國，在農業上為歐洲各國中最有特色的國家。對於無地的農民，老早就想使他們成為自耕農的小農，各種設施，都比別的國家早些。當十八世紀下半年，曾制定許多計畫，想把自耕的小農制建設起來，但是因為沒有多大的效果，所以一時停頓下去。直到十九世紀末期，尤其是一八八〇年，農民離村的

趨勢逐漸顯明，以致各地方農業勞動者非常的缺乏，因此，便想創設自耕的小農地制，來挽回那想離村的農民。一八九九年頒布關於小農地建設的法律，經一九〇四年及一九〇九年的改正，逐漸進步。到了一九一七年及一九一九年又定下幾種新的法律，至今還在逐漸修正之中。

一九〇九年的法律，規定各府縣設立委員會，使他管理關於創設小農地的事務。這個委員會以三個委員組織之，一名由農政部任命，二名由各該地方團體或鄉村會的代表選舉。委員的任期六年，所須要的費用由國庫負擔。

凡享受這個法律所規定的利益者，必須合規定的資格。規定的資格：「男子或未婚的女子，不問他是賣長工或賣日工（包含爲他人做園藝事業在內），凡依普通的農業勞動而得到自己的生活費者，及占有或曾占有與本法所定的同一面積之農地者，皆有受本法的利益的權利」（第二條）。但是資格雖合，不見

得就有請求得到農地的權利，凡可以請求者，又必定要合下列的條件：（一）須爲本國人，或得有歸化的權利者；（二）須滿二十五歲以上，但以不超過五十歲爲原則；（三）須滿十八歲以後，至少須做過四年的農業勞動，藉謀自己的衣食者；（四）須由熟知本人的有信用之二人提出證明書；（五）欲得到小農地的本人，須有本法所規定的財產。此外，還要是未受過教區的公共賑濟，及未犯罪者。必須這樣，才有提出請求農地的權利（第三條）。

凡選擇小農地者，須經鄉村會，向府縣委員會的委員長提出請求書。這個請求書中，須載明小農地的概樣，面積，位置，購買價格等項；如果請求者尙沒有家宅，又必要載明建築家宅的計畫，及建築費的額數。欲得小農地的價格，必在六千五百「克羅來」以下，就是在價格特別高的地方，也不得超過八千「克羅來」（第七條）。對於金額有這樣嚴格的限制，故常常因地價變動而時時變更。

凡不能與地主用合意的契約買得土地的人，得向鄉村會提出請求書，鄉村會在這個地方，必須盡力尋求土地，如果尋求不得適當的土地，便可把鄉村內公有的土地向官廳交涉賣給他。地價的一部分，可用分年償還的方法（第六條）。丹麥收買土地法的特點：就在鄉村會祇能從中斡旋，不能強制購買。

如果私人之間，可用合意的契約買到土地，那麼，買地者便可請求府縣委員會借貸地價。受理請求書的委員會，對於請求的人品，農地的面積，價格，及其他條件，具備與否，一一審查，然後決定准駁。無論准與不准，皆一律通知。不准的時候，並通知所以不准的理由（第八條）。

委員會如果准如所請，請求者便有向國庫借貸地價的資格，國庫可以借給他合地價十分之九的現金，替他交付地價（第九條）。丹麥借給買主的地價金，竟多到十分之九，比較別國自然是寬大極了。別國為農民買耕地，大概是四分之一

的地價，由買主自備，丹麥却祇要買主自備十分之一的地價。究竟這兩個方法，那一個好，那一個不好，却很難說。因為借貸的金額太大，買主固然有容易得到土地的機會，可是分年償還的額數隨之增加，買主亦因而有擔負不起的憂慮。

丹麥一九〇九年的法律，本沒有多大的特色，例如府縣委員會沒有自行買收土地賣給或租給農民的權能，對於地價的決定，也沒有積極的決定權。他所管的事務，就是受那想買土地者的請求，決定借貸資金的准駁，調查地價、面積，及其他條件是否具備等事。關於買來的土地的管理狀況，有實地監督權。他的主要職務，不過這樣罷了。如果買主與賣主之間，不能成立合意的契約，買不到適當的土地，那麼，鄉村會祇能居中斡旋，不能強制執行。國庫借給小農地的資金額數太少，往往不能滿足農民的需要。這都是一九〇九年的法律的缺點。

一九一七年的法律，仍以一九〇九年的法律做基礎，沒有多大的改正，例如

地價的限制，從前的規定，在地價不高的時候，不得超過六千五百「克羅來」；在地價高漲的時候，不得超過八千「克羅來」；現在改爲一萬及一萬二千「克羅來」。（第七條。）借出資金的利息，從前年三分，現在改爲年四分；分年還本的比列，從前年四分，現在改爲年五分（第十條。）關於小農地借出資金的總額，定爲從四百萬到五百萬「克羅來」。（第十一條。）

一九一九年頒布的幾種法律，比較重要，計有關於出賣小教區地與賣日工的農民的法律；關於公有地出賣條件的法律；把世襲地變爲自由地的法律。

關於出賣小教區地的法律，第一條的規定：『屬於小教區的土地，他的性質及位置，如和農業相適宜，便可依本法的規定，照他的可能性的多寡，收用爲賣日工農民的耕地。祇利用這個土地去建設住宅或菜園者，亦得以同一條件收用之。』關於出賣公有地條件的法律，第一條所規定的：『公有地的土地性質及位置，

得爲耕地者，可依本法所規定之條件出賣之。該地如可供蓋房屋設菜園之用，亦得以同一條件出賣。』第二條：『該地在可能的限度內，須分割出來，改作不藉他人助力而能養活一家人口的面積之小農地。』把世襲地變爲自由地的法律，也是爲達到建設小農地的目的。把貴族所佔有的大農地變賣出來，改爲小農地，既可以除去大地主的弊害，又可以除去土地集中與土地荒廢的弊害。這是一九一九年幾種新法律的概要。

六 結論

以上所述的各國——愛爾蘭英國丹麥——的自耕農地或小農地的法律，都與我國平均地權的宗旨相合，都可以作我們將來關於土地的立法的參考。故特別提出大概，以供將來立法家的採擇，我個人並未參加意見，不過略爲介紹罷。

了。

我個人的意見，以爲土地法中，有幾個重要問題，不能不先提出研究：（一）收買土地的資金問題；（二）收買土地的機關問題；（三）收買土地的方法問題。

（一）收買土地的資金問題 愛英丹三國土地法行了多年，沒有發生多大的效果，並且有停頓的樣子，最大的難關就在這個收買的資金問題上。用無償的沒收方法，祇消下一道命令，像蘇俄在一九一七年十月二十六日深夜之中，發布一紙「關於土地的命令」，把『地主的土地所有權，不用何等補償，盡行廢棄』，倒不發生什麼資金的問題。如果用有償的買收方法，那就不能這樣簡單了。最近日本有人調查全國的土地，照普通市價收買，計若干萬萬。即發行若干萬萬公債券，充作收買的資金。在三十年內，將佃戶從前繳納地主的地租，通通收來，作

爲該公債還利還本之用。預算在三十年內，可以還清。但是中國土地比日本已經多許多倍，而公債在中國的信用，又不見高。愛爾蘭因公債低落，國家尙擔負不起，終於將建設自耕農制的計畫，無形的停止，何況在財政紊亂的中國呢？就是祇收買一部分土地，財政上已經毫無把握，何況收買全國的土地呢？如果盡量的在增加收入方面設想，那麼，用國家資金買地的農民，必定感覺擔負上的痛苦，結果與佃農仍是一樣。就中國目前的現狀說，祇有救急兩個辦法：（一）減租，（二）對於大地主收累進稅。將來把這累進稅的全部，及地價稅的全部，劃分出來，作爲收買土地的資金的擔保品。似乎不必開始就發行公債去買收，把愛爾蘭那樣的失敗，重演一遍。但是百分之七十五的無地農民，又怎能久待呢？

（二）收買土地的機關問題 收買土地與管理土地的機關，當然同各國一樣，要設立土地委員會，可是按照中國現在的情形，鄉村自治機關不曾建設，農

民自治的經驗完全沒有，單靠政府的力量去辦，無論貪官污吏不能絕迹，就是沒有貪官污吏，而各處土地的情況，與東佃的關係，千差萬別，統一的法令，當然不能實施。故在平均地權之先，必須養成農村自治的習慣，而調查戶口，與丈量土地等等，又必已有眉目，始可實行。若目前單設下一個土地委員會，必將一事莫辦。

(三) 收買土地的方法問題 英國的在先不採用強制買收的方法，故小農地法終歸失敗；丹麥的鄉村會對於地主，祇能盡從中斡旋之力，不能強制買收，故亦無成績可觀。故收買土地的方法，除強制外，都是空的。故愛爾蘭的土地委員會對於地主有送致最後通牒的權力，英國的縣會在農民用合意的契約買不到土地的時候，即有強制收用的權力，都是我們將來立法所最要注意的地方。

總而言之，土地不是人造的物品，從原則上說起來，就該『不應專屬』歐洲的經濟學者老早就承認土地公有的原則，故土地國有的理論，並不是社會主義

者的發明。蘇俄的「關於土地的基本法」第二條上的規定：『今後土地不須何等公然的或祕密的——代價，委給自己勤勞的全體人民使用。』這個規定，就是不把『本由天賦』的土地認爲所有的物體，祇把他認爲利用的物體。蘇俄農業法典上所規定的私人對於土地的利用權，他的效果幾乎與所有權相近。故土地的利用權乃是今後土地法上一個最重要的問題了。

中國全國版圖內，祇有百分之十五，是已經耕種的土地，東南沿海數省，每一畝地竟住至百人之多，因此地價及地租都增到最高的限度。故中國的農民對於土地的要求，已經是十二萬分的迫切了。馬爾塞斯（Malthus）說的好，他說：

一個人生在一切東西都被別人佔去的世界中，如果他不能從他的父親正分當然的要求到生活費，社會上再不要他的勞力；那麼，他便沒有得到一點食物的權利，他在這個世界上祇是多生的。「自然」的大宴會中，沒有他的

坐位，並且立刻要執行自然的命令，叫他走開（人口論）。

這就是土地被少數大地主佔去必然的結果。中山先生首先看到這一點，所以鄭重的提出「平均地權」的政策，要使個個耕者都各有其田。故實行平均地權這個政策，要算是國民黨第一件要政了。

我們希望國民黨在編制勞動法之外，再設立一個委員會，專門編制農業法典。因為國民黨既認定中國今日尚在農業經濟時代；認定中國之國民革命，就是農業革命；認定農業生產占全生產百分之九十，農民人數占全人口百分之八十；並認定農民之中，有百分之七十五，無地可耕。由此看來，這農民問題，是最大多數的人民中的最大問題了。故根據平均地權之原則，來制定農業法典，實在是國民黨中比什麼政策都緊急的一個政策了。因為如此，所以聊作此篇，以備編制農業法典者的參考。

十六年十一月



A541 212 0005 9880B

中華民國二十二年十二月初版

(一七五二)

東方文庫續編 法學新思潮 一冊

每冊定價大洋壹角

外埠酌加運費匯費

主編者

王雲 李聖 五五

發行人

王雲 河南路 五

印刷所

上海商務印書館 河南路

發行所

上海商務印書館及各埠

版 翻
權 印
所 必
有 究

