

著名世界譯漢

# 比較法哲學

冊 下

著亞利格拉密

譯齊百徐章敏朱  
飛鵬吳炎澤吳

商務印書館發行

Luigi Miraglia 著  
朱敏章 吳澤炎 譯  
徐百齊 吳鵬飛 譯

漢譯世界名著  
比較法律哲學  
下冊

商務印書館發行



## 第十二章 債權債務

### 三五〇 債的定義

人的財產，不僅以對物的權利爲限，對人的權利如債權等，也包括在內。對人的權利，是「對人權，即對人行使的權利，」故涉及「不能觸覺的無體物，」至於對物的權利則是「對物權，」涉及「可能觸覺的有體物。」債的意義，有人解爲法律的拘束，當事人因這拘束而負給付的義務。如果引用於對物的權利，或引用於其他對人的權利，這定義就另有一種意義了。惟就這見地而觀察，債權實是對物的權利的擴張。債權就其構成財產的一項而論，實是以物質利益爲主要目的。的權利，或如一般人所說，是具有經濟意義的權利。羅馬法學家，着重於這種權利的原因，謂「債權是具備金錢價值的權利。」至於斯塔爾及阿楞斯二人稱爲倫理法律的債務，如夫婦貞操義務等則完全以道德爲根基，非我們所得任意變更，絕不能成爲我們的財產，因爲牠們本身並沒有經濟的價值。

將倫理法律的債務，與具有經濟價值的債務，彼此區分的原理，是在人類能力的有限，「一人等於無人」爲求達我們的目的，我們必須與他人合作。我們必須經由這種關係，纔能自足，而達到亞里斯多德所說的獨斷專裁的目的。人類企圖發展的傾向，促使各人從事於相互的交換。各人因此而增加其力量，而整個社會的力量增加，也即寓於個人力量的增加中。

### 三五—債的要件

債的成立，至少須有二人，即債權人及債務人。債權債務是一人與另一人間的一種直接關係，故只能拘束牠的當事人，而不能拘束第三人。債權並非對於債務人的身體，有什麼權力，牠只是在某方面對於債務人的自由，加以一時的限制而已。古書上有這樣一句話，表示這個觀念，「債權的本質，並非支配他人的身體，而是對於他人的一種行爲的請求權。」債的標的必須在物理道德及法律三方面，均屬可能；換句話說，債必須合於自然及自由的法則。不論什麼人，如果有所允約，必其允約在物理上可能履行，否則所立契約，即非合法，締約人破壞了自由的自然法了。同樣，他們不可約爲違背道德或法律的行爲，否則構成自由法則的破壞，因爲自由是應以信實及正義來獲取的；沒

有信實及正義，即不能有自由，而只有任性及放肆。又債的標的具有經濟價值，構成財產的一種，必須能以金錢計算。違反債務者，須受損害賠償的制裁。損害指財產的減少及喪失的利益二者而言。損害賠償的理論，可直接適用於具有經濟價值的債權關係，也可準用於另一種類的債權關係，如由於身體的傷害或卑劣的行爲，而發生的債權等。布朗斯曾謂，侵害他人肉體或精神的行爲，實非定立賠償方法，即足填補損害的結果，但以金錢爲賠償，俾使受害人獲得另一个新的利益，也不是不適當的辦法。我們贊同耶陵及溫得舍特的意見，認爲司法保護的範圍，應該推及理想的利益，認爲利益的意義，應該是完滿的相對的，包括一切人的生活必需品，因時代、地域、及種族的不同而有異；如耶陵所說：「我們不可否認，金錢的賠償，除有制裁的作用外，每能填補損害，在有些侵權行爲的事件中，被害人提起賠償的訴訟，法院判令加害人以金錢填補損害，我們不可因此而謂債的標的是商業的；我們只可說，凡能影響於財產的債，通常均可直接以金錢來估定其價值，雖然有時也有些標的的價值，不能以金錢來精確估定，因爲人的感情是無法權衡的，但精確的估價雖不可能，我們仍能作一間接的或近似的估價，對於那些倫理法律的債權，這種估價並非以金錢表示牠們的

標的，而實爲一種制裁及補救的方法，雖然牠們的標的原與財產毫無關係，但基於這種估價而賠償的金錢，成爲財產的一部。」總之，不論那一種債，都有牠的目的，雖有直接與非直接，固有與非固有之分，但其爲目的則一，至於內在及主觀的動機如何，則屬另一問題，這點我們還要在下面說明。

### 三五二 債的發生原因

依照近代的法學家，債的發生原因有五，——契約、準契約、侵權行爲、準侵權行爲、及法規。羅馬法學家，只承認四種原因：「債權的發生，或由於契約，或由於侵權行爲，或由於法規，或由於各種類似的原因。」所謂「各種類似的原因」，在羅馬典籍上，係指「準契約，及準侵權行爲。」法律哲學，可把這些原因歸納爲二，——人類的意志，及自然的法律秩序，——因爲一切債務（除由於契約而發生者外）都不是基於自由意志而負擔，如下所述，牠們都是直接或間接爲理性法則所課責的。準契約實由於當事人一方的合法行爲而成立，這一方對他方負責事前並沒有明確的合意。準契約與侵權行爲不同，因爲準契約是以當事人一方的意志爲其淵源的契約。票據的承兌、第三人債務的清償，及共有等，都是準契約的實例。牠的根據，是法律所假定的（拉薩利曾論及的）人類

普通意志也可說是與公道原則相符的推定同意票據的承兌可成立準契約這話並無不合我們  
可以假定本人的同意。凡有所望於於目的者，亦必有所望於其手段，故可推定其人負有償還的義  
務。依照洛斯基米尼的看法，準契約一詞，是一妄謬的名稱，他不能想像一種介於契約與非契約之間  
的東西。他以為法律在所謂準契約中設想了一個同意，而實際上則並沒有什麼同意，他以為基於  
不完全的契約而發生的債，可用公道的原則來釋明。但他不承認債的一般要素是意志，他沒有瞭  
解人類普通意志的意義，他以為這意志，即是個人具體的變動的意志，他說，推定的同意，是不確實  
的，不能產生確實的權利義務的，因為所謂本人有時因精神病或未成年，而無表示同意的能力。其  
實，普通意志是與理性相合的，牠是一個人待人接物所應具有的意志，是心神健全人的意志。這樣的  
一個意志，總是確確實實的，如果精神病人不患精神病而是一個神志清明人的話，如果未成年人  
不是未成年而是一個成年人的話，這樣的意志，也可在他們身上找出。除此以外，沒有別的意志，可  
認為法律的原則，可認為理性的表現。由此可見準契約中的債，以推定同意，以意志，為其發生的直  
接原因，而以意志為根據的法規，為其發生的間接原因。

## 三五三 債與侵權行爲

因欺詐或過失而生的債，是由於自然的法律秩序這個觀念而來的。秩序一經侵犯，法律一經破壞，恢復的必要即隨之而起，恢復的方法，是懲罰及賠償損害。侵權行爲是欺詐或損傷的結果。過失是一種準侵權行爲，因違反相當注意，而釀成某種損害。過失與意外不同，過失是能注意而未注意，意外是不能注意而未注意。在現代，侵權行爲及準侵權行爲的效果，第一是懲罰，其次是賠償義務。羅馬法上原有一種私人懲罰的制度，即被告得以一定金額給付原告，這制度後來廢止了，另外又成立了一個原則，認懲罰是社會正義的要求，是公法上的制度，於是以侵權行爲及準侵權行爲爲根據的主要的債務，對於羅馬人不復構成私法的一部，而只有一種着眼於被害利益的從屬的債務。但由於自然的法律秩序，直接發生了幾種有關金錢問題的債務。有些人以爲以法規爲根源的一切債務，均屬於公法，這話是不對的，因爲法規可爲私人的利益，而設定各種債務。

## 三五四 以主體爲標準的債的分類

債可依其主體、客體、拘束力及訴訟，而作種種的分類，（這裏不再討論債的發生原因，如依發

生原因而論，債可分爲自願的與非自願的二類。債的主體，或爲債務人債權人各一人，或爲債務人債權人各數人，或爲債務人一人，或爲債務人數人而債權人一人，或爲債務人債權人各數人。多數主體的債，或爲分別的債，或爲聯合的債。在分別的債中，債權人與債務人互有權利互負義務。但牠不是單一的，而是依照當事者的人數，分爲許多部分。聯合的債，是單一的，每一債權人，有要求債務人爲全部給付的權利，每一債務人有爲債務人履行全部債務的義務。羅馬法把聯合的債，分爲共同的債與連帶的債二種，共同的債務，是債務人數人共同的，連帶的債務，是債務人數人各負有履行全部債務的義務。在共同債務中，一債務人履行債務後，他債務人同免責任，他沒有要求他債務人償還其分擔部分的權利，這是與連帶債務不同的；又對於一債務人的判決確定後，他債務人也同免責任，這效果有時也是連帶債務所沒有的。有些法學家，也作類似於此的分類，他們依從摩利尼奧的學說，謂有共同的債與連帶的債的分別。前者以當事人明示的或推定的契約爲根據。後者係基於事實或法規而發生，並不推定其當事人間有何契約。這二種債所同有的效果，是「全部債務」但在共同的債中，一債權人或一債務人的時效利益，得由其他各人據爲抗辯的根據，又對於二人所爲的

停止訴訟程序的抗辯，對於他人也有效力，這些在連帶的債都是不適用的。這二種債，所以有這些不同的效果，是因為在共同的債，推定其當事人間有合意，而在連帶的債，則不能有這推定。

### 三五五 以客體為標準的債的分類

以客體為標準，債可有可分的、不可分的、選擇的、及任意的幾種。給付在物理上或法律上可能分割者，是為可分的債；物或行為，性質上不能分割者，（例如約定給付馬一匹，）或性質上雖能分割，而當事人沒有這種意思者，（例如約定建築一所房屋，）是為不可分的債。債的不可分，是客體的單一，對於多數的繼承人，也有其適用。在這一點上，牠與聯合不同，後者是隨同主體而消滅的。依從摩利尼奧的那些著作家，往往把不可分的債，分為完全不可分的與非完全不可分的二種。前者係由於債的性質及契約而發生，故有「個別的全部債務」牠必須是「個別的，」因為當事人並不組成一個單一體，如同共同的債那樣，但牠仍須基於「同一事由。」在完全不可分的債中，對於一債務人有所請求時，這債務人所為的抗辯，對於全體債權人均有效力，因為一債權人不能對於債權保全其自己的應有部分，而同時不保全其他債權人的應有部分。非完全不可分的債，是為避



免「不適當的給付」而成立的，即牠的作用，是要避免劃分給付所能發生的損害；牠只能存在於債務人的繼承人間，而不能存在於債權人的繼承人間，這一點，足以證明事實上不能有完全「不可分的給付。」選擇的債，是債務人在數宗特定的給付中，只須擇一爲之，這選擇權，由債務人行使。任意的債，是標的物非所注重，債務人得依其所願，而爲任何給付。

### 三五六 債的拘束力的種類

就拘束力而論，契約可分爲單純的、附條件的、模範的、及附罰則的四種。關於給付的方法，沒有任何特別規定者，是爲單純的契約。條件是指拘束力須視將來的或不確定的事實而定。條件可依這種事實的性質，條件所能發生的效果，及其方式而分爲數種。就事實的性質而論，條件有積極的、消極的、隨意的、偶成的、及混合的的分別。積極的條件，是條件的成就爲契約的要件，消極的條件，是條件的不成就爲契約的要件，隨意的條件，是條件的成就與否，以債權人或債務人的意志而定，偶成的條件，是條件的成就與否，繫於自然的事實，混合的條件，是條件的成就與否，一部分繫於第三人的意志，一部分繫於自然的事實。這類條件，在物理上、道德上、及法律上，有可能與不可能的分別，

可不待言。附隨意條件的契約，即僅以債務人「願意」爲條件的契約，不能有拘束力，又僅以債務人的一種無關重要的，與所謂「願意」無甚區別的行爲爲條件的契約，也不能有拘束力；例如「如果你注視我面，我給你百金。」契約所附的條件，如果在物理上，道德上，及法律上，均屬不可能，其契約應爲無效，但如果所附的條件，是不爲一種不可能的行爲，則其契約爲有效。消極的不道德的條件，是法律所認許的，因爲法律對於爲使對方不爲有害的行爲而接受的允約，不能不加以重視。積極的不道德的條件，如果牠是偶成的條件，則就債務人言，應認爲合法，因爲這條件的成就與否，繫於第三人的行爲，這條件對於他實與任何其他條件，並無區別。就條件的效果而論，條件可分爲停止的條件及解除的條件二種。前者使拘束力於條件成就前，停止發生。條件成就時，拘束力不看作基於條件的成就而發生，而看作基於契約而發生，如果條件不成就，則契約義務，看作從未存在。後者並不使拘束力延不發生，但條件成就時，拘束力看作從未存在，債權人應返還其所受領的一切。就條件的方式而論，條件有明示的默示的含蓄的分別。如果契約的標的，繫於將來確定的事實，這與拘束力無關，而僅遲延其履行。契約中的罰則，是關於賠償數額的一種預定。契約附有罰

則，是締約人爲欲確保契約的履行，而約定於怠於履行或遲延履行時，爲一定的給付。這種罰則，是附從的約定，故契約歸於無效時，罰則也歸於無效。

### 三五七 現實法上的債與自然法上的債

就訴訟而論，債可分爲法定的與自然的二種。法定的債，當然與自然的債一樣，係以自然法爲其根據（現實法是依自然法而造成的），對於這種法定的債，法規加以充分的承認，並賦與訴權。自然的債，也是以現實法爲根據的，不過現實法雖予牠們以承認，卻不予以完全的效力，僅在理性法爲牠們直接的淵源時，纔予以保護。自然債務，與道德的義務不同，道德的義務，只基於道德而有其效力。站在現實法的見地上看來，自然的債是不完全的債，並非絕對沒有效力，在某種關係中，牠們法律上的效果，仍有承認的必要，但基於許多有關社會利益的理由，牠們不能享有訴權。在自然的債中，我們可以承認古代羅馬法所說的「衡平的債務」及「自然的債務」，約言的實踐，不看作道德義務的履行，而看作「自然債務」的法律義務的履行。故債務人所爲的給付，不得請求返還。這「衡平的債務」，在法律哲學上，就是「法律的債務」，須由現實法納入一定的範圍，即以人

格而論，欲使其成爲有效力的權利義務的主體，實有在現實法上加以規定的必要。以這種承認，賦予自然的債，實是無足爲奇的，這不是表示這種債除了現實法以外，別無根據。理性法非經法規認定，不能有實際的效力，但這不是說，法律及人格，是法規的產物。自然的債，係淵源於「條理」而來，這「條理」表現於吾們的法規中，但非由於法規而發生，就這意義而論，自然的債，是在現實法之外另有其根據的。這表示自然的債，有一較高的淵源，但這淵源，並非絕對外來，絕對超越，因爲自然法是在現實法中發展，並與現實法相關聯的，正如與真確互相貫通一樣。在另一方面，自然的債，又是存在於現實法中的。牠以法規爲其根據，因爲牠在例外的情形之下，可有更大的價值。溫得舍特以爲自然的債，代表法律體系中無機的部分，從歷史的見地上看來，這話是很對的。古時「市民法」的範圍，很狹小很嚴格，把許多實際上確屬法律範圍的關係，置諸不顧。這些關係，後來漸漸被人注意，最初爲「萬民法」或「自然法」規律，最後構成「市民法」的一部分。但溫得舍特的話，就其本身而論，不能算作原則，因爲自然的債所具的不完全性，是基於牠自己的作用及性質而來的。我們可以說，牠的不完全性，是在牠的淵源有缺乏，由於牠的淵源有缺點，故牠與法定的債不能並駕

## 三五八 債的消滅

(甲)清償 債的消滅方法，計有十種。第一種是清償，即依照債務的內容而為給付。為增進交易之利益，並為對於應為給付以解脫契約拘束的債務人，易於追償起見，法律採取代位清償的制度，即以一種擬制的方法，使債務因第三人的清償而消滅，但仍為這第三人的利益而視為存續，這第三人得行使契約上的一切權利，以收回其所為的給付。

(乙)更改 消滅契約的第二種方法，是更改。更改是舊債務改為新債務的意思。更改有涉及契約的主體者，是為主觀的更改，有涉及契約的客體者，是為客觀的更改。主觀的更改，有二種情形，一是新債務人代替了舊債務人，債權人對於舊債務人，不再有何拘束，一是新債權人代替了舊債權人，舊債權人脫離關係。前一情形，須有原債權人及新債務人的同意。牠與債務根本消滅的情形不同，債務的根本消滅，祇須經債權人與債務人同意即可，不生更改的結果。後一情形，有委任及抵充二種方法。委任須有債務人及新舊債權人的同意，抵充則只須有債務人及新債權人的同意。當

事人的更改，以有同意爲要件，這原則的作用，是要保護當事人合理的利益，以免因這更改而受到損害。客觀的更改，是一種新的客體代替了原來的客體，而改變了契約的方式。

(丙)免除 第三種消滅方法，是債務的免除，即債權的無償拋棄。實際上牠是一種贈與，故須經雙方同意。

(丁)抵銷 第四種消滅方法，是抵銷。「債權與債務，互相交替」雙方給付，須種類相同，又雙方給付，須均屆清償期；換句話說，數量及期限均須確定，不附有任何條件。抵銷在現代占有極重要的地位，在大都市中成爲消滅債權債務的最重要的方法。文明國家會經過三個時期，牠們最初採取金屬貨幣，其後採取混合幣制，當牠們充分發達之後，牠們又限制紙幣的發行，而採取大規模信用的制度。盧乍提曾作一種很適當的譬喻，他把近代的貨幣經濟，比諸金字塔，以硬幣爲其底基，銀行券爲其頂尖，而其軀幹，則爲商業證券、存款及抵銷等。銀行券有使用硬幣滅用的傾向，但其他各種信用在這方面的傾向，特別是由於抵銷制度的採取，比銀行券的傾向，力量更大，牠們利用期票的流通。由清算所或交易所結算其金額。巴忒松巴佐特及巴爾格累夫，曾以統計說明英國貿易的

信用由銀行券而進於抵銷一八四四年內清算所發出的數目還不超過紙幣總額的四十倍到了  
一八七二年，牠達到紙幣總額的一百三十倍。可是英國及美國，還是曾經濫發紙幣的二個國家。

(戊)混同 第五種消滅方法，是混同，二個互相抵觸的資格，即債權人與債務人的資格，歸於一人。

(己)給付不能 債務人並無過失，應行給付的物，歸於滅失，或使契約履行成爲不可能的事發生，而其情事又使契約的標的，絕對破毀，這是第六種消滅方法。這消滅方法，不適用於標的不特定的契約，因爲不特定的標的是不消滅的。這方法係以契約標的陷於不能爲其根據。

(庚)解約 第七種方法是撤銷或解約。撤銷以契約自始存有瑕疵爲原因。解約以契約不履行爲原因。債權債務，因撤銷而完全消滅。解約的效果，或使債權債務完全消滅或使已到期的部分仍爲給付。

(辛)履行 第八種消滅方法，是履行。

(壬)時效 第九種消滅方法，是消滅時效。

(癸)債務人死亡 第十種也就是最後一種的消滅方法，是債務人未履行其債務而死亡，這種債務，須其債務人以基於個人事由的關係，而負作為或不作為的義務。在以物的給付為標的的契約，債務人死亡，不成為消滅的原因，因為該物可由其繼承人給付。與死者本人有極密切連繫的那些關係，固因其死亡而完全結束，但僅涉財產的那些關係，仍然存續。



## 第十三章 契約及其方式

### 三五九 契約的淵源

契約乃由於自願負責而發生，包括私法中稱爲「任意法」的全部。契約顯然與所有權相關，因爲所有人的意志，得不受限制，任意處分其所有物，得以契約把牠保持，或把牠拋棄，或把牠移轉於承受人。契約係出於自由意志，存於生活利益的交換。牠的原理，是在人類賦性的限制及獨斷專裁的傾向。這也可證明，較高一級的倫理關係，雖非與意志絕對無關，但畢竟不能以契約說明，因爲契約具有任意及偶然的因素，並爲實利所左右。

### 三六〇 契約的定義

依照羅馬的法學家，契約是「二人或數人意思的合致」。但我們必須注意，二人可在學理上合意，卻仍不成爲契約。故海內克齊烏斯對這定義所加的字句，是很對的，即二人或數人「關於物或

作爲或不作爲」意思的合致，近代的著作家，把契約解爲二人或二人以上，爲某項有經濟價值的合法目的，而成立的合意。洛斯米尼是這些著作家中之一，他把契約看作二人相對行爲的合致及法律效力，其中一人是權利的所有人，自願（附條件或不附條件）脫離法律連鎖，俾使他一人基於自願而成爲牠的所有人；他一人表示適當的承諾，如有條件則更履行條件，而將權利取爲己有。故契約是一種已經承諾的應允；未經承諾的應允，只是作爲或不作爲的志願。依照羅馬法，應允是未經承諾的「要約」；「契約是二人同意的合約，要約則是一種應允的諾言。」有三種情形，「要約」已足使應允人受其拘束，這是由於法律對於某種制度所賦與的特惠；這些要約，就是贈與、奩的應允，有利於地方政府的應允，及爲宗教的原因而爲的應允。

### 三六一 契約的歷史

古時契約沒有而且也不能有今日那樣的重要性。古代法律的本質是強行的，因爲牠不能不強迫人民服從法規，那時人民最仇視法規。因此，牠有施用強力的需要。基於歷史的必要，在千百年個人自由的時代之前，有千百年束縛的時代。古時法律制度的根基，是社會而非個人。個人並不設

定自己的權利義務，他以部落村社成家庭的首長的資格，而設定權利義務。契約只在村社的首長間發生效力。契約是不容易成立的，牠們須符合許多方式，因為那時的人心，深印着感情及幻想，而缺乏實際的觀念，這是我們在前面曾經說過的方式，是絕對的要件，牠們有極大的重要性，因為牠們增強諾言的力量，或表明同意的有無。美因說過，善意在那時沒有多大勢力，在荷馬的詩中，攸利西茲的機詐，如同阿基利的豪俠，一樣受十足的讚美。我們必須知道，如果在今日惡意佔優勢，這是由於近代的社會生活範圍廣大及性質複雜，及惡意的對象及機會增多。

### 三六二 契約在歷史上的各種形態

此外，美因更說明契約的三種形態，即契約觀念與產權移轉混淆，契約與簡約分離，及契約為合意吸收。羅馬人最初稱契約為「Nexum」，「Nexum」涉及「對物權」，是移轉產權的方法。其後，「Nexum」成為只指契約而言，而以「Mancipatio」適用於物權。這一個變遷，影響了「Nexum」及「家父權」的涵義，家父權這詞所包含的權力，原以子、妻、及財產三者為對象，其後範圍縮小，而使用「Mancipium」及「Manus」契約與產權移轉分離後，契約看作伴有債務的合約，而別於

不伴有債務的簡約。在羅馬法上的四類契約中，最古的一類是口頭的，以「要式口約」爲其代表，由能爲承諾的一方作問辭，並由對方作答辭而成立。書面契約，發生在後，將欠數記入帳簿而成立，要物契約，發生更在其後，基於正義的理由，因一方的履行而他方負履行義務。最後的一類是合意契約，即質物契約，合夥契約，賣買契約，及租賃契約。合意契約是屬於「萬民法」的，是在羅馬商業成爲普遍並正常後纔發達的。但羅馬的法學家，以爲這種契約自古已有，因爲他們深信自然法的歷史較早。在這裏我們必須注意，凡是抽象的概括的事物，必在其他事物之後，而決不能在其他事物之前，這可以人類千古不變的歷史爲證。在第三時期中，簡約也享有了訴權，這種簡約是有約因而無契約形式的，這時，「自然債務」作爲例外而承認並保護之。到了中世紀，這第三時期的羅馬觀念，益臻顯明，簡約與契約間的區別，歸於消滅，尤以適用蘭哥巴爾代人法律之後爲然，「裸體簡約之訴」即是由於這法律的適用而發生的。一切契約，均認爲出於善意，而詐欺使契約無效，也成通說。

遵守契約，不但是道德上的義務，且是法律上的義務。違反契約，即是違反誠意，並有害於既得利權。受約人既以其產權移轉於立約人，基於權義相互關係，自得要求立約人履行其義務。而立約人也得享受受約人的產權，這產權，因二人意志的合致，而歸他所有。古哲有言，如果立約人悔約，即無異欲以依法屬於他人的權益，攬為己有，如果受約人悔約，即不啻強使立約人背於己意而取得權益；這都是顯違正義的事。斐希德曾謂履行契約的義務，是在一方着手依契約而有所行為時，纔發生的，其實他說這話的時候，採取了一種錯誤的學說，以為債的義務是完全道德上的事，而非法律上的事。契約的拘束力，實由當事人的合意而來。什勒斯曼在契約論中反對這見解，他以為這拘束力，並不是意志的產物，因為在有些情形中，立約人所為的表示與他的真意不符，他並沒有受其拘束的意思。例如，為諧謔表示的人，如其表示使相對人信為認真的立約，即仍須受其拘束。又如，為心裏保留的表示，或在他人備妥的字據上不稍閱讀而遽行簽名的人，也是這樣。其實，締結契約一經合意，即構成一個共同的意志，這共同的意志，即是當事人間的法律，什勒斯曼對於這點，沒有加以熟思。立約人不能破壞其受契約拘束的意志，因為既經鑄成的連鎖，非經相互同意，是不能解除

的。雖然關於契約的事項，有些義務，完全出於法律的規定，以適合正義的原則，而非出於當事人的自願，但我們不能因此而謂，其他一切義務的淵源及效力，也非出於當事人的意志。在什勒斯曼所舉的事例中，義務乃由於立約人或簽名人的輕率或惡意而發生：「任何人不能以自己的過咎，爲免責的理由。」上述的這種信念，是與那關於法律行爲的較廣泛而不正確的學說，有密切的關係，法律行爲中，有許多是契約行爲。我們知道，法律行爲是以發生變更或消滅法律關係爲目的的意思表示；可是有些人竟謂行爲發生法律效果，並非基於私人的意志，而是基於法律。他們以爲行爲是一種事實，對於這種事實，法律予以一定的效果，不問行爲人的意思怎樣，因而不問其目的是否合法。法律係參照自然因果及社會功用的標準而承認並規律人類的行爲及其法律的效果。就這點論，這些人的說法，確有相當理由。但法律自己是不能創造法律效果的，正如牠們不能創造意思能力及由於意思能力而來的行爲；牠們的本分，只在承認及制裁而已。有些行爲是法律容許的，有些行爲是法律禁止的，因有合法行爲與不法行爲的區別，在規律這些行爲的時候，法律常以牠們的自然因果及社會功用爲標準，而認許當事人所欲望的某種效果，否認其所欲望的某種效果。

並另外附加其他的效果法律傾向於使當事人的意志實現，但有時當事人所預期的效果在法律上是不可能的。例如在易於腐敗的物上設定用益權，在羅馬法上是不許的，故用益權人取得該物的所有權，但須負交還該物或其代替物的義務；我們可以看出，這裏的法律效果，是用益權設定人所未認識的效果，是非其所預期的效果。

### 三六四 契約的要件

遵守契約的義務，因契約具備四個要件而確定，這四個要件就是意思的能力，意思的自由，履行的可能，及約因的存在。締約人必須具有充分運用其理智及適當表示其意思的能力，故精神病人，酗酒人，未成年人，及一般必須以他人意志支配自己意志的人，沒有締約的能力，意思表示必須確定，即必須是出讓權利或取得權利的決心的表示。牠必須當事人雙方合致，否則無所謂「合意」，無所謂相互關係了。故當事人的意思，必須同時契合。如果當事人表示不相同的意思，他們中間就沒有真正的合意，例如受要約人先作拒絕要約的答覆，嗣又改變意思而作認可要約的答覆；在這例子中，究竟要約人是否仍願維持其要約的效力，是無從知道的，故第二次認可要約的答覆，須經

要約人接受，纔能成立契約。事後的認可祇有一種新要約的效力。事後的認可，具有這樣的效力，是事理所當然，並非基於任何法定的原則。又意思不論其為明示或為默示，均須顯著。此外，依照洛斯米尼及托雷密的見解，意思表示，固須確定、合致、相互、同時、及顯著，但如果意思不自由，在法律上仍不能有效。所謂意思自由，就是意思的活動，沒有妨阻牠運用的障礙，如錯誤、詐欺、及脅迫等。自由一辭，在這裏是有極廣泛極概括的意義的。

### 三六五 要約及承諾

同時表示這個要件，引起了一個問題，即要約與承諾二個意思，不能同時表示時，契約究於何時成立？契約成立的時候，以承諾的意思，表示的時候為準？還是以承諾的通知，達到要約人的時候為準？依照我們的見解，契約係從承諾為要約人所知的時候起，發生拘束力。合意是二人意思的合致。這合致，並不是盲目的偶然的暗合，而是非出於意識不可的契合。意思的相合，必須存於二人的意識中，這二人有使他們意思相合的願望，並以一定行為表示這願望。如果在同一處所的當事人，因對話並互相瞭解而成立契約，則對於隔地的要約人，以信函或電報所為的承諾，自應於要約人



收到後纔成立契約。譬如，有二人當面立約，要約人因爲生理上的缺陷，不能瞭解受要約人的答語，在這裏我們可以確信無疑，在未設法使要約人瞭解之前，契約無從成立。同樣，如果要約人沒有收到承諾的通知，事實上即只有一種不生義務的提議。要約人所發出的信函或電報，畢竟是沒有生命的東西，不能認爲要約人的代理人，而可收取並承認受要約人的承諾。契約當事人的一方，還沒有知道他方的承諾，因而還沒有認識他自己的義務，我們決不能說，這時契約已成立。要約及承諾，二者都是契約的要件，二者應受同樣原則的適用。要約於受要約人知悉並接受時，發生效力；承諾也應於要約人知悉後，纔有效力。對於契約當事人二方，實無採取相異原則的必要，無須使要約人一開頭就受拘束，而讓受要約人對於要約得以隨意接受或拒絕。我們主張的制度，是維持正義的，因爲要約人在要約未經受要約人知悉之前，得撤回其要約，而受要約人也得在承諾未達到要約人之前，撤回其承諾。但承諾的通知，一經到達要約人，二人的意思，即行合致，而契約也於以成立，因爲二人的意思，既已融合，我們沒有理由，要求要約人予受要約人以另一通知，而使往來通知相續不絕。不過，關於契約於承諾爲要約人所知時成立這一原則，我們還須說明幾個爲事理所當然的

例外。第一，要約人明示或默示在接到承諾通知前即願負責，我們知道，在這種情形之下，上述的原則是不適用的。依照學理，在片務契約中，我們必須推定要約人有這樣的一種意思。在消費借貸或寄托契約中，對於送來的物件不加以拒絕而收受並保留時，即表示已經承諾。但在委任及代理等合意契約，是不能這樣推定的，即使受要約人立即實行其義務，也不能看作已經承諾。又在商業上某種緊急的事件中，基於習慣上的理由，上述的原則也不適用。此外，利用電話締結的契約，不成爲隔地的契約，因爲締約者間雖有距離，卻仍以直接的工具而通話。所謂締約當事人雙方到場一語，不可嚴格解釋，以爲他們必須彼此見面，而互相碰頭，因爲只要在締結契約時二人意思合致就夠了。

### 三六六 詐欺及錯誤

錯誤是一種關於契約的誤信，係締約人自己不注意而發生的；詐欺則爲他人的奸詐或欺騙所造成的錯誤。依照古時學者的說法，詐欺與錯誤的區別，只在來源的差異，根本上是相同的，二者的結果都是誤信。如果錯誤涉及標的物的性質，或涉及當事人認爲契約要素的事項，或涉及人的

資格即締約人非有這人即不會締約則依照羅馬的格言契約應爲無效所謂羅馬的格言即「凡陷於錯誤者不能認爲有所同意。」如果錯誤涉及無關緊要的事項，(當事人不認爲契約的要素)則契約並不因而無效，但發生賠償損害的責任，其賠償額以契約所定，與契約履行時的所得，二者間的差額爲準，因爲任何人不得自己受益而使他人受害。詐欺或爲契約當事人的一方行使，或爲第三人行使而爲其所知，如果詐欺的目的，在誘致契約成立，則其契約的應屬無效，更有強有力的理由，因爲這樣的契約而認爲有效，將與正義顯相違背了。受詐欺的一方，得要求契約歸於無效，並要求所受損害的賠償。行使詐欺的一方，則不得有這種要求，否則二方將置於同樣的法律地位，顯失平衡這個法律的本質了。

### 三六七 脅迫

脅迫有實質的與精神的分別：前者使人屈服猶如機械，無所謂意思的合致，因爲行使脅迫者的意志，是絕對占優勢的；後者的行使，能剝奪被脅迫者理智及其自由意志的運用，因而使他能作健全的意思表示。如果脅迫所引起的恐怖，並不破壞被脅迫者理智及其自由意志的運用，他

的意思表示，應認為有效，但在這情形之下，行使脅迫企圖契約成立的一方，實有不當，故應許他方有撤銷或履行契約的選擇權。恐怖必須是實在的，牠必須能強使一個有相當理解力的人，不得不締結契約。羅馬法對於屈服於強暴之下而締結契約的人，最初不以任何救濟方法。其後纔有大法官法所定的「基於脅迫原因的抗辯」以資救濟。我們以為，法律應十分慎重，採取中庸之道，即一面不應激勵妄施勢力，一面也不應激勵懦怯。

### 三六八 契約是意思的合致

上述關於錯誤詐欺及脅迫的概念，在這裏再略為闡釋，也許是有益的事。有若干德意志法學家，如什勒斯曼及培爾等，主張契約的效力，完全以締約者的表示行為為準，他們反對國家能行使否認契約效力的權利，因為在他人看來憑以發生法律現象者，不是那表示出來的意思本身，而是那看得見或聽得到的表示行為，發生法律現象的意思，是否存在，在他人是全憑這表示行為而纔能知道的。溫特舍特，不贊同這些法學家的見解，他說明當事人意思的表示，是外表的。我們不能說，當事人互相締約，只是製造聲浪，或互相會晤，只是察見光波，而不是互相了解並設定權利義務。他

們固能動作說話或書寫但他們的舉動言語或表情是他們思想及意志的記號權利的得喪變更由是而確定。培爾以爲締約的一方，雖陷於錯誤，也會知道他方將以其所言爲準，故應認其對於所言的外表的意義，有所同意。他着重善意及交易的重要，所以在他看來，即使受詐欺而爲簽名的人，也應負責。他又謂在某種情形之下，（如在心裏保留的情形之下，）與意思不符的表示，應屬有效。其實，培爾沒有注意到，陷於錯誤的締約人，並沒有作這不符其真實意志的表示的意思，他的意思是要對方以其所信爲合於真意的表示爲準，他絲毫沒有同意於其實際所作的表示。善意與交易利益，固須看重，但不能違背法律，法律（爲保護善意債務人的利益，）對於在收條或商業票據上被僞造簽名的人，不承認其有何責任。受讓人可得的權利，不能較大於讓與人原有的權利，這合理原則，與培爾主張的學說，是不能相容的。善意的受讓人，不能享有較大於過失的讓與人的權利；換句話說，他不能享有什麼權利，錯誤的表示，不能有何效力。在法律上，心裏保留不能有什麼效果，因爲牠是一種完全內在的未經發表的意思。牠可以看作『有與無等』這話的一個實例，因爲意志決不能自相矛盾。表示是意志的行爲。牠是表見於一定形態的意志，牠決不能與打消這行爲的

心裏保留並存。

三六九 無效與可以撤銷的契約

法蘭西的法學家，把錯誤分爲二種，其一是不發生合意的錯誤，稱爲「*ostensive*」，另一是打消合意的錯誤。羅馬法學家，認錯誤有標的物的錯誤與物質的錯誤的分別，前者是一物誤爲他物，後者是標的物質料的錯誤。依照阿爾波安所說，這二種錯誤，都使契約歸於無效，標的物的錯誤，相當於法蘭西的「*ostensive*」，物質的錯誤，相當於打消合意的錯誤。在法律哲學上，這種僅有論理上或智力上價值的分類，是沒有什麼意義的，因爲這二種錯誤，可歸納爲一種關於契約標的物的根本的錯誤，當事人依這標的物而運用他們的意志，要是沒有這標的物，他們就不會合意，這不以標的物的本身而爲客觀的觀察，而是以締約人的意志所設想者爲準。這種錯誤，當然不能使合意成立，（合意是知識及自由意志的結果，）因而也不能使契約成立。這種根本的錯誤的性質，不論牠可恕或不可恕，總應有這樣的效果，因爲實際上並沒有合意；不過不可恕的錯誤，使對方享有較強的請求賠償的權利而已。我們在前面說過，詐欺與錯誤，只在牠們的來源方面有所不同，二者

根本的基礎，同爲誤信。詐欺的構成，須一人因他人的奸詐或欺騙而發生誤信，他在民法上不需有其他要件。牠的根據，是損害的意思及可能，因爲詐欺與極易與牠混淆的錯誤，發生同樣的效果。

### 三七〇 脅迫的程度

關於脅迫，我們須知舍利曼的說法，是不正確的，這說法的出發點，是認定因受脅迫而爲的表示，不是真正自由的表示，而是與內心不符的表示。依照舍利曼的見解，在這樣的情形之下，無所謂同意，故契約應屬無效。按舍利曼的說法，可適用於二種情形，一是「絕對強制」的情形，即受脅迫者成爲行使脅迫者手中的工具，一是「威嚇強制」的情形，即使受脅迫者一時喪失理智及自由。在這二種情形之下，外形上受脅迫者的表示似出於自由意志，而實際上則並無所謂意志及同意。但如果脅迫所引起的恐怖程度，還不至於蒙蔽理智，完全破壞正常的意識，那就不能再說同意並不存在，不過契約仍得撤銷，這是因爲脅迫行爲妨礙了自由的運用，權利是不能由是發生。對於這樣的情形，所謂同意不存在的說法，是不適用的，這裏所能適用的，是不法侵害他人自由的原則。

### 三七一 契約必須可能

如前所述，契約實行的可能性有三種，物理的可能性，道德的可能性，及法律的可能性。關於物理的可能性，我們必須牢記「凡無能為力之事任何人<sub>不負其責</sub>」這個古諺。法律是含有增進福利的意義的，所以我們必須牢記羅馬法學家的意見：「有玷聲譽的契約，是不能有什麼力量的」任何契約，凡以不道德行為或以違背義務為其標的者，均屬無效，因為道德即使沒有包括法律的全部，卻也包括法律的一大部分。所謂實行契約的法律的可能性，含有二個要件，一是權利須得以割讓，一是處分權利的人須有權能。人的基本權利，是不能割讓或移轉的，因為這些權利，即是權利人本人，是他的不能傳授與他人的財產。洛斯基米尼說過，要把權利傳授於他人，我們必須能夠把這權利與我們連繫的聯鎖解放，但我們決不能打破我們自己本身權利的聯鎖，因為我們不能自己毀滅自己。這原則可適用於全部權能的行使，或一部權能的永遠行使，因為牠們的喪失，無異人格的消滅。惟有那些基本權利所生的權利，可能傳授但也只能為一時的傳授。基於同一的原則，他人的權利，即使他表示同意，也不得由允約者為自己獲得利益，而有所允約。如果所為的允約絕對而無條件，則允約未能履行時，縱使由於第三人的拒絕，也須負損害賠償的責任。



### 三七二 約因

基於因果關係，原因是契約的要件，也是一般債務關係的要件。對於並無約因而有所允約的人，不能加以法律的拘束，契約中雖無須把約因說明，但約因總是契約成立的直接因素，故必為法律上的要件。在法律上，所謂約因，是指允約與允約間的關係。在雙務契約中，約因是一方的允約對於他方的允約的關係。在片務契約中，一方的約因是在恩惠，他方的約因，則在恩惠的施與。有人說過，說得很對：就允約作相對的觀察，是為約因，就允約作絕對的觀察，則為目的，這就是約因與目的異點。約因須屬善意，因為法律關係不能建立於虛偽或不道德之上。約因這個要件，能幫助我們看出締約人有無欺詐。正如洛斯基米尼所說，我們不能把牠看作足以妨害誠實人締約的障礙，因為他們以誠實的動機而締約，對於他們動機的表明，不會有何嫌疑。對於欺詐的行為不加以制裁，實有流弊，對於誠實人的感情加以傷害，也有流弊，但法律不可在這二害之間猶豫不決；寧使後者感受不便，實較妥善得多。不過，法律不妨採取一個原則，推定約因存在，而使當事人無須再為約因存在的證明，這樣一來，輕微的弊害即可避免。事實上，以約因為要件的那些國家中如法蘭西及意大利

利等，關於這點未聞有人倡言改革。奧地利的立法，採取相反的原則，但這種立法例，似無做行的必要。

### 三七三 契約的解釋

就契約事項作更進一步的討論，我們須有一言，述及解釋契約的法則，及契約的重要分類。解釋契約的法則，係以明瞭當事人的意思，爲其目的。按這些法則中的第一個法則，（如同其他法則一樣，）係以羅馬法學家的學問爲根源，這些法學家，可說是法律的邏輯學家及幾何學家。這法則就是：如果締約人的意思不顯明，契約用語的涵義，可參照上下文而求得之。如果契約用語的涵義仍不分明，法院應解釋之。「如果法院不能確定其涵義，則應考慮締約人的目的，如果目的模糊不清，下列的法則，可用以釋明契約：「我們常常依從已往締結的契約，故我們應以該地習用的意義爲準。」此外托雷密又加添了另一法則：（他的主張很對，這是沒有疑義的）如果依照上述的方法，契約用語的涵義仍不能求得，則應以其可有相當合理效果的意義，作爲該項用語的涵義。

### 三七四 契約的分類

就契約作哲理的分類的，以康德爲第一人，有許多著作家依從他的分類方法，其中最著名的是黑智爾及阿楞斯二人。這分類方法，係以契約的內容爲根據，依主要的類別標準而推演，不像一般立法者所採取的分類那樣，有不相關聯及任意決定的缺點。依照康德的見解，契約或以單方的利益（無償契約）或雙方的利益（有償契約）爲目的，或以擔保爲目的。無償契約，包括寄托、保存、使用借貸及贈與等。有償契約，包括交易及租賃。交易依其最廣泛的涵義而言，可分爲嚴格意義的交易，賣買及消費借貸等；租賃包括保管契約在內，其內容爲場所或名義的替代。如果牠的內容，只在場所的替代而不在名義的替代，則牠的性質，具有商業的意義，而成爲有償契約。以擔保爲目的的契約，有三種方式，即典質信托及提供保證。上述康德的分類，雖有其辯證上的價值，但沒有實益，因爲牠未能包容重要的契約，如合夥契約等；牠還有一點錯誤，即紊亂了租賃契約。

### 三七五 特楞得楞堡的分類

比較完備而同樣以契約內容爲論據的分類，是特楞得楞堡的分類，牠不把擔保契約作爲第三類，而依其性質，分別列入無償契約及有償契約。特楞得楞堡以爲契約可依照牠們的方式，分爲

口頭的書面的及推定的三種。最簡單的方式，是應用那些合於謹嚴定式的言詞，所表示的合意。書面契約，基於司法的分類，得有很大的力量。在推定的契約中，合意是以行為來表示的。默示的契約，不論其以言詞或行為來表示的合意如何輕微，要必有所表示，故應歸屬於上述類別之一。隨後，特楞得楞堡又討論契約的內容，他以爲契約的目的，或在力量的增加，或在權利不確定狀態的除去。概括說來，前者的契約，是贈與交易或合夥，牠們構成一串先後相續而順次向上的連環，由片務的關係而進於雙務的關係，更由雙務的關係而進於共同的關係，這共同的關係，是因協議進行複雜的業務，以求共同的利益而成立的。一方爲允約，他方爲相對的允約，這樣的契約，在順次上較低於共同經營事業的合意，這是顯而易見的。贈與的契約，是片務的無償的契約，因爲當事人只有一方負擔債務。這種契約，有些涉及產權的贈送，構成嚴格意義的「贈與契約」，有些涉及財物使用利益的贈送，（使用寄存契約）有些涉及無償勞務的贈送（保管契約）。交易的契約，是雙務的，不是無償的契約，因爲當事人雙方互相負擔債務。交易契約中主要的幾種，計有嚴格意義的交易，商品與商品是互贈，商品與金錢多換的賣買物件的交換或工作的交換，（財產或勞力的使用，不論

其爲有形的或爲無形的，因爲牠們都是價值的表象）及借貸（以金錢換取金錢的使用。）我們並須把保險契約，列入雙務契約，因爲當事人雙方在一定條件之下，互相負擔債務。合夥契約，不以二方相對行爲爲限，範圍自較廣泛，因爲牠着眼於共同的目的，而以多數的共同行爲，爲求達目的的手段。合夥契約，彼此也有分別，因爲有些能成立與合夥人各別的個體，有些則否。和解的內容，是當事人雙方互相讓步，使原來不確定的權利關係，臻於確定，這種契約，表示力量的劃分，而非表示力量的增加，故中斷了上述先後相續而順次向上的連環。

### 三七六 特楞得楞堡的分類是詳盡的

在上述的分類中，所有主要的各種契約，均經論及。佃權及租賃，還沒有列入這些分類，這固然是無可諱言的，但我們不能否認，這二種都是雙務契約，不難使其屬於最廣義的交易這個概念中。所謂佃權，就是田地的永遠租借或一定時期的租借，租借人負每年給付租金或物品的義務。租賃及借貸，是以不動產供人用益，或以金錢供人消費，而收取租金或按年收取物品或其他報酬。其他一切雙務契約，以交易爲目的者，（可歸入「給與與給與交易」，「給與與勞力交易」，「勞力與

給予交易，」或「勞力與勞力交易，」在特楞得楞堡的分類中，均可占一地位。特楞得楞堡雖沒有舉示擔保契約，但他曾述及典質及保證。這種契約，可列入信托、典質、及抵押。特楞得楞堡的分類，與康德的分類類似，但辯證上的價值則較少。又特楞得楞堡自己承認，以增加力量為目的的那些主要的契約，係由片務而進於雙務，更由雙務而進於合夥的共同意志。和解契約，則表示力量的劃分，中斷了該項前進的程序。但我們對於特楞得楞堡的分類，加以精密的研究之後，我們一定能夠看出，所謂和解契約劃分力量的意義，實指牠就原來不確定的權利立定界限，我們須知原來不確定的權利，立定了界限之後，足以增加力量。混亂的不確定的及無界限的權利，只是表面而無實用的權利；真正的力量，乃由於界限分明範圍確定而來。和解契約，剷除障礙、避免損失、並確定權利，使當事人更為自由、更為安心，因契約的成立，而感覺滿意、感覺愉快。我們須知，力量的增加，足以造成愉快的情緒，而力量的欠缺，則足以引起煩惱或痛苦。和解契約，是一種基於相互關係的雙務契約，故必須列在合夥契約之前，片務契約之後。這樣，主要的契約，就構成了先後相續順次向上的連環。由此可見，一切契約，就其內容而論，均以力量的增加為目的。此外，吾們不可忘記，任何契約，無不與傾

向獨斷專裁的感情關聯我們以為有了上述的補充特楞得楞堡的分類似已可認為完備而合於哲理。





## 第十四章 契約自由與勞動契約

### 三七七 契約自由不可成爲放肆

現在讓我們進而討論若干特殊契約的性質，這些契約現今在經濟法律界中，引起不少困難的審判及評論。契約是「任意法」及個人自由的最明確的表現。如果個人是自由的，如果他可依照他所認爲最便宜的方法，而處分他所享有的東西，那末，他當然得以任意作關於物件或勞務的允諾，而與他人發生關係。法律固應尊重契約自由，但仍須有其限度，契約自由成爲放肆，並違反理性、道德、正義、及以個人爲構成份子的社會的真實利益時，就不應再受法律的尊重了。如前所述，契約自由這個觀念，（牠是私有財產及個人自由的產物，）爲其他更重要的觀念所限制，後者是增進社會生活所代表的整個倫理組織的幸福及需要的。受這樣的限制的，不僅爲締結契約的權利，且爲財產、家庭、及繼承等方面的權利。實際上私法是不能不處於次要的地位的。故歸根結底說來，

私法是「任意法。」不過，個人意志，在私法上較在公法上占優勢，而在私法的物權及契約上，又較在私法的親屬關係上，占優勢，這也是顯而易見的。但誰也不會認真主張，在契約的範圍內，比個人自由更重要的觀念所加的限制，不應受人尊重。個人自由，隨着時代的進步而發達而擴展，占有可應屬於牠的全部地盤，排除了不正當的壓制的支配。但同時卻又產生了範圍更大，意義更真實更具體的各種義務，牠們要求適當的條件，俾能生存，活動。

### 三七八 契約自由應受法律保護

對於自由的合理的限制，正在滋長，而自由本身，也增強其力量，不復有名無實。這不是說宇宙有什麼改變。從前自由必在法律予牠以相當的條件，並予牠以發展的保障時，纔能表見牠的真相。現代則建立一種具體的真實的自由，而非抽象的名義的自由。確定條件及保障的法律，並不根據於組織的問題，即並不根據於貫徹全體以求達一般的目的，這些法律只在牠們的管轄範圍內，設法保護現存的自由。這保護，不可解為只是二個意志合致的效力，牠應認為雙方契約自由的保證。近代的契約法，惟有根據下列二點而修改，方為正當：一，其理由須為現代特殊化及個別化的加甚，

顯示條件相互關係的加甚；二、其目的須爲增進自由的實際條件。基爾克所說的一切私法的社會使命，惟有在這二個原則的進行之下，纔能成功，因爲私法的基礎，是常爲更重要的社會自由所限制的個人自由。如果個人自由沒有保障，如果集體意志取個人自由的地位而代之，則個人以他們所擇方法，期達特種目的的各項關係，勢將完全消滅了。私法的社會主義化，是私法的致命傷，因爲凡屬私法，必有個人自由活動的餘地。我們也不能有一種私法典，專爲保護貧窮階級，對抗中等階級的權力，如德意志的門革及意大利的薩爾淮利所表示的意見那樣。要是這樣的規定，訂入法典，牠的本質，將成爲特權階級的立法了。在不存偏見的人心中，牠不能占有地位，牠將違反正義，不成其爲法律了。「各得其應得」是正義的口號，故專爲貧窮階級利益的民法，是要不得的，尤其在公法中宣告人民一律平等的時候，更不許有這樣的民法。我們不能假定，貧窮階級，一面被認爲具有參與公共生活的能力，一面卻又是沒有經驗的人，純潔率真的可憐者，在民事生活的各種關係方面，幾於無不受富有階級的貪婪所犧牲。這樣的法典，足使自由爲人類物質平等而犧牲。須知自由與物質平等，是二個各別的觀念，吾們沒有把牠們混淆的必要。法律應置個人於一種地位，使他能

夠真實而且有效的行使他的自由，無須以別人的財產及別人的勤勞所得，給他享有。

### 三七九 契約自由不是絕對的

契約自由，從來沒有認作一種絕對的原則，在真正個人主義的法典中，牠也是受道德的理由公共的秩序，或社會的正義的限制的。契約自由受正義限制的實例很多：一方違反契約的，他方得訴請解約；標的物出賣後經過五年，可不再受買回權契約的拘束；代理人及債權人就財產收益，取償利息的契約，可由債務人撤銷；關於運送牲畜的契約，由於偶然的故事，而非由於運送人的過失，牲畜滅失時，運送人須負一半以上的責任，或其分擔的損失超過他所得的利益，對於這種契約，法律也加以各種禁止。法律在這些情形中所定的限制，是要保護自由，使牠不受那些在某種情事，中予牠以脅迫的危險。一個農夫，依照租賃契約的規定，拋棄其免付租金的權利，不論事變的發生，是否不可預見，即使他未能從租賃物取得一些利益，他也應照付租金；又依照租賃契約的規定，遇有事故，承租人須把租賃物交還時，放棄其改良租賃物的增益費的償還請求權；基於上述的同一理由，這種契約條款，得宣告為無效。詹屠哥在契約法上的個人主義與社會主義 (del Diritto Con-

trattato) 一書中，曾謂這二種限制，實際上與那些已經法律承認的限制，即我們在上面例舉的那些限制，具有同一的目的。

### 三八〇 勞動契約中的經濟壓迫

任何人都承認，在勞動契約方面，法律有重大的缺點。這一種重要的契約，是嚴烈批評的目標，現在適用於這種契約的法律，仍是一部分淵源於羅馬法，不適應近代新狀況的幾個規則。勞動契約的雙方當事人，當然不是站在平等的地位，因為一方面是雇主擁有許多資本，能減少甚或停止工作，他方面則是工人，是勞動的出賣者，不能停止不工作，不能在急要時拒絕工作，也不能久候工作機會，他必須為工資而工作，工資可維持他的生活，卻不必予他似任何剩餘。前者往往剛愎自負，後者竭力掙扎，以免凍餓。即使工資相當的高，他能享相當的生活，但雇主終究是較強者。故對於勞動契約雙方當事人的狀況，有儘量加以均衡的必要，均衡的方法，不是把不屬於工人的東西，給予工人，不是降低資本的權利，或降低調合並管理生產要素的人的權利，也不是由公共機關以命令確定合理的工資，而是予工人的自由以保護，並予工人以發展的機會。在這種方法中，我們可以舉

出的，例如禁止物品工資制，即禁止給付物品以代工資，而使工資減損的制度，又如確定雇主工人雙方相互的規則及義務，以便適用於契約未有規定的事項。關於房屋或其他不動產的租賃，如果租賃期限契約未有訂定，法律即以推定的方法，規定租賃期限的長度；但關於數千工人的勞動，締結的契約，如果沒有期限的訂定，則法律毫無補充的明文，於是契約也就無期有效了。另一方法是限制雇主加於工人的懲罰。此外，關於童工、女工、星期日休假、災變、工人保險、及工廠規則等的法律，對於勞動有顯著的影響，表示一連串合於正義的限制。

### 三八一 雇主的責任必須加重

依照現行的法律現今採行的原則，是工業災害的發生，雇主如有過失應負責任。這原則有詳論的必要。在災害中受傷的工人，負證明雇主有過失的舉證責任。工人所受的確屬工業危險的意外損害，應由雇主負賠償之責，至少在某範圍內負賠償之責。雇主是工業的主腦，故取得一切利益，至於工人，則為雇主的利益而工作，只收受一定的工資。利益既屬於雇主，則與生產不能分離的損害，自應由雇主擔任。別人既為他工作而受到傷害，他就不應因而反得利益。「享有利益者應負其

責任，「這格言我們應該牢記。這些意外的損害，與不可避免的事變不同，意外的損害，是事業所固有的。不可避免的事變，則非事業的管理所固有，也非對於通常情形所爲的設備所能預防。我們不難看出，凡是與事業的管理沒有關係的事件，你把雇主看作損害的造成者也好，把他看作事業的主腦也好，但決不能使雇主負什麼責任；還有，由於工人自己的過失而發生的損害，也不能使雇主負責，工人出於自己的自由意志，置身於危險的地位而受到了傷害，這傷害不但影響了他自己，而且影響了別人，影響了資本。上述雇主責任的加重，應由法律規定，不得以契約拋棄，實無疑義。這樣的制度，並不移轉舉證責任，因為雇主欲以工人與有過失或以事變不可避免，爲免責理由，自當提出證明方法。

### 三八二 移轉舉證責任不足以解決雇主責任問題

有一種方法，希望不變更現行的法律，而僅以舉證責任的移轉，實現正義的原則。依照現行的法律，災害的發生，須證明雇主有過失，他纔負責任。舉證責任移轉之後，即推定雇主有過失，他須證明無過失，纔能免責。但這種方法，減損了普通法的效力，普通法所根據的原則，是提出有利於自己

的陳述者，須爲證明，一如受契約拘束的人，須把他脫離拘束的事實證明。而且，這種方法是不公正的，因爲雇主不易證明他無過失，工人在工廠中是繼續不停的工作的。孚西拿托在其所著的專論勞工的不幸中，曾謂雇主有過失的推定，與實際不符，他引用統計，以說明大多數的工業災害，係由於無從斷定其原因的偶然事故而發生，關於位置及物件的情狀，常因災害的發生而有很大的變動，以致無從辨認。原能證實過失問題的人，死的死了，不死的，如果不是訴訟當事人，也就處於不便證實的地位。在這種情形之下，雇主是無法得到證據的。（在現行的制度下，工人經過幾個月束手無策，而他的工友恐怕失業，不爲他助，他也會陷於同樣的窘境，這當然也是無可諱言的。）我們不能僅僅因爲雇主富有，而認許雇主有過失的推定，這是很顯明的，推定雇主有過失，實非公正，因爲工人是在事業中服務的，與火車上的旅客，完全不同。移轉舉證責任的方法，根本改變了現行的法律，不但把由於雇主自己的過失而發生的損害，課責於雇主，且把由於不可知的原因而發生的損害，也課責於雇主。



除了移轉舉證責任這個方法之外，還有一個方法，以契約爲雇主責任的根據，雇主須依契約而爲一切必要的注意，以保護工人。這契約使工人處於從屬的關係，而以雇主擔任保護，爲其相對的義務。依照主張這方法者的見解，雇主的責任，非由於過失而由於契約。遇有災害時，工人祇須證明契約；雇主則必須證明他沒有過失。現在我們且把這方法的根本思想，置諸不論，我們必須證明的，是雇主固須依契約而爲一切必要的處置，以保護工人的生命及健康；但他的義務，也只如此而已。如果雇主把這些處置一一照辦，而災害仍然發生時，對於不知來源的災害，他就不負其責，就可無須賠償損害了。從雇主義務在契約上的性質着眼，舉證責任並不移轉，因爲契約的目的，不在工人人身的租賃，而在他的工作，他不能看作一架機器那樣，承租者必須保持機器的原狀，而於使用後送還於出租人，如有毀損，並須賠償。雇主沒有回復工人身體原狀的義務，工人也沒有回復他身體原狀的要求，他所希望者，是工資的支付，他以契約爲其權利的證明。在租賃、運送、及寄托契約中，物的所有人要求其物的交付，負有交付義務的人，須證明其免責的事由，但在勞動契約中，遇有災害時不生返還工人人身的要求。

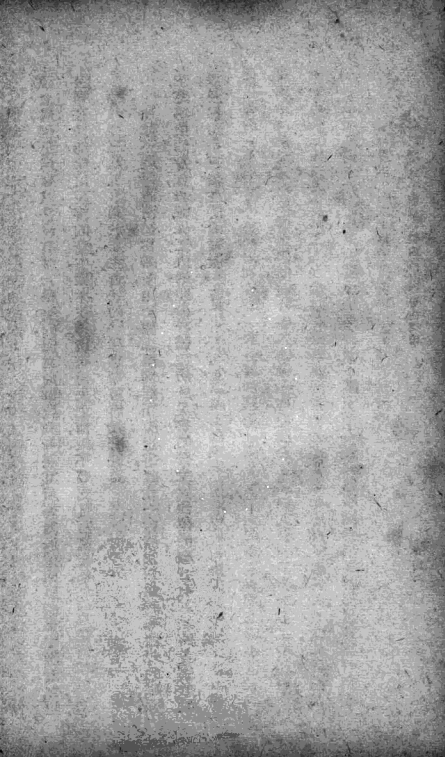
## 三八四 雇主責任問題可以強制保險解決

基於正義上的理由，雇主應負完全責任，這制度所根據的原則，縱經接受，牠們也沒有什麼重大理由，去反對雇主實行工人的強制災害保險，因為他既取得事業中的一切利益，自當擔負偶然事故或工業危險所生的損失。法律有權力，去強迫那些經營工業的人，實行保險，俾在工作進行中，因災害的發生而致工人死傷時，支付一定金額的賠償。如果災害係由於雇主的惡意或過失而發生，則工人不但有權取得保險金額，且有權依普通法上的規定，而要求補償損害的必要金額。如果災害係由於工人的惡意或過失而發生，或由於不可避免的事變而發生，則工人即不應取得賠償。實行保險之後，危險即由多數人分擔，發生災害時，雇主即無須支出鉅額金錢，也無須與工人涉訟。責任問題在雇主與工人間引起戰爭狀態，保險則造成和平景象。強制保險，在生產費中表示一項新開支，使物品價格增高，故大部分由消費者負擔，而多少有一部分內生產者自己負擔。關於這點，我們必定沒有什麼妄想。法律於規定雇主為保險所須支付的賠償金額時，對於國內生產及工業的實際狀況，應加以正確的考慮。最重要的事，是必須注意這種義務是否可以課責，並注意這義務

在各個特別情形之下，應有怎樣的範圍。有些人恐怕強制保險，會使雇主忽略，而不爲工人採行各種設備，但這種顧慮是沒有多大根據的，因爲如腓拉里斯在其所著關於這問題的書中所說，保險公司在未能確信災害的發生，雇主並不與有過失之前，決不願支付賠償金額。

### 三八五 關於雇主責任的法律應預防與救濟兼具

法律不應以救濟損害爲限，牠更應未雨綢繆，預防損害，訂立一般原則，以爲特殊法規的根據，規定必要的設施，以確保工人的生命身體，並防止災害的發生。故法律的職責有二：預防災害的釀成，及保證損害發生時的補救。



## 第十五章 重利盤剝

### 三八六 利息的正當性

利息是以原本借與他人而得的收益；牠歷來被人以偏頗的見地觀察，由於歷史的原因及道德、哲學、宗教的偏見，牠被人輕視。在威尼斯商人中所描寫的十二表法的嚴酷，還不是利息被人蔑棄的最大原因。借款於富人使他們耽於奢侈放蕩的生活，及借款於窮人以取得金錢，這在野蠻人蹂躪的時期爲尤甚；這種情事，以及舊約新約中規定救助窮人及禁止利息的慈善的教義，在一般人民及立法者的心上，發生很大的影響，除了情感的衝動，友愛的呼聲之外，又有亞里斯多德的著名理論所代表的科學威力，他的理論，說明金錢沒有自然的生產力，爲羅馬法學家所採取。這些法學家，最初主張，「利息是屬於交易的收益，」但終於確認「利息並不是收益，」因爲利息非由「物本身」得來而由金錢本身得來。

## 三八七 利息正當性的承認

生活需要的趨於複雜，貿易的發達，商業的增進，及自然經濟的漸次進展於金融經濟，使當舖以及由於商人營業借貸而生的利息，取得了法律的承認。那時形成了一種主張利息正當的理論，這不是基於牠本身具有什麼價值，而是根據「實際損失」及「停止收益」的觀念，把牠看作原本不使用的補償。對於判決所定的利息，不以同樣的畏懼眼光看待。國王以國內高利貸款的專利權，出賣於希伯來人及羅姆巴提人，但一經人民對於重利盤剝者提出反對，即把他們的財產沒收，於是得到了雙重的利益。

## 三八八 利息在法律上獲得完全的承認

最後例外成爲原則，利息旋爲法律認許，其時借貸的目的，不是保藏或消耗金錢，而是把牠作爲資本而投放；於是種子與果實有了分別。以商品論，金錢有其種子的價值，即是造幣的費用；其實的價值，則與金錢用作資本關聯。這分別表示利息的正當性，不祇在資本的數量上。例如，金鑛的發現，能減少金錢的價格，同時利息也能因資本的不足而增高。在今日，物產豐饒的意義，與經濟生

產力的意義不同，因此，我們可以看到，金錢雖不能產生物體，卻有經濟的生產力。利息（即法定孳息）爲經濟法律的理由，上無可否認的原則所認可，因爲牠是使用他人原本的補償。牠又是承擔危險的代價。原本的返還，是尊重所有財產的直接結果。這是不容有所懷疑的。

### 三八九 重利盤剝的禁止

但在那時利息雖經認許，重利盤剝卻仍受禁止。換句話說，過重的利息，仍所不許。限制利息的法律，爲仁慈的精神所推動，企圖取締過重的利息：這種過重的利息，使人數最多，幸運最壞的債務者階級，深受其累，牠代表人類交通極難，各國法律互異的時代，但利率一經限制，資本也受了一種牠所不應有的限制。牠的活動範圍，因而縮小，不具備今日自治的特質，按資本在今日差不多均可因信用的往來，而與所有人分離。交通發達及各國法律的差異減少之後，商業發展及資本的數量及流動增大之後，限制利息的法律，就不復能實施了。（現在已爲大多數進步的國家所廢棄。）一種新的原則，似正在形成中。雖然牠還欠明顯，可是牠已在進行，把限制利息的觀念，貶入曲解詭辯的監獄。真正的完全的自由，隨同貿易自由而成爲事實。金錢是商品，正如其他貨物一樣，應不受

最大限度法則的限制。舊派的法律學家，爲國家限制利息的權利辯護，以爲金錢是一種特殊的財產，因爲牠是交易的工具。他們說，如果國家確定價值的單位名稱，而以交易工具的合法性質，賦與金錢，則國家自得限制牠的使用，並不妨礙貨幣，因爲牠是買賣的標的物。其實他們沒有瞭解金錢的性質，及國家造幣的義務，而且他們沒有把創造與認定二事，分別清楚。國家雖鑄造貨幣，但牠並沒有創造金錢的價值，金錢的價值，是內在的先存的。國家只是認定其品質及重量，俾使其承認爲通用的交易工具。國家不能放棄造幣的職務而諉諸私人競爭，因爲這樣一來，格累沙姆的法則，會立即表現，卽劣幣較良幣易於流通，並把良幣逐出市場。關於這方面的法律規定，其理由只是如此而已。國家並沒有創造的功績，故這些法學家的理論，是不適用的。我們也不能說，利息的最高限度，能於事前決定，因爲金錢所能產生的果實是最易變化的，須視許多事實的相互關係爲斷，其中爲我們必須注意的，是借款期限，擔保，及危險的性質及分量。

### 三九〇 限制利息的法律的廢止

許多近代的國家，廢止了限制利息的法律之後，重利盤剝得以自由活動而不爲牠們的法典



懲罰。牠的活動，比以往更爲普遍，更不道德，馴至成爲一切時代一切地方的可怕的災害。牠所以能有這樣廣大的範圍及極度的腐化，實由於經濟生活爲所支配的各種發展。進化的意義，即是貨物數量的增多，信用的發達，需要的增進，及知識的進步。有些人把進化與近代的文明混淆，其實文明雖可於上述那些經濟狀況中見之，卻不一定能大有裨益於進步及道德。事實告訴吾們，智力雖前進很快，而道德卻故步自封，很少變動。簡要的說，經濟生活所含的新方式愈多，牠的內容愈複雜，牠造成的關係愈密切；重利盤剝也就愈活躍，具有新的吸引力，新的資料及更大的活動範圍，同時也就愈慎密愈奸詐。於是，不論何時不論何地要求防止重利盤剝的公共意見，陷於一種可怕的狼狽境地，一面是重利盤剝的不受法律懲罰，一面是這可怖的災害的變本加厲。

### 三九一 利息是經濟的

上述那種爲一般人所悲痛的兩相矛盾的情形，究竟是否實在呢？重利盤剝除了不道德之外，究竟是否違反法律呢？關於這點，我們必須牢記，法律的實質是幸福主義的，其大部分是經濟的。依照經濟，借款是應該得到一種利益的。如果借款人把所借的原本實行投資，不能由投資獲得利

息及原本，那末，他因這借款而受到損失。不論借款人願意不願意，借款的結果，總是使借款人受貸款人的拘束，但如果他能相當靈巧把借款善為利用，他也很容易得到解除這拘束的方法，而變更其地位。只要借款是實在的而非虛偽的，這樣的有利的結果，為借款所能發生，實屬顯然，按諸理性法，任何債務均應有其對待的代價。這原則是幾種訴訟的淵源，如「欠缺約因請求返還給付物之訴，」「約因不完成請求返還給付物之訴，」「第三人擅取給付物請求返還之訴，」「未受金錢的抗辯，」及「給付超過對價之訴」等。這些訴訟，卻是以對待代價的欠缺或不足為前提的。法律必須以事理及經濟關係的實際，為其根據。不然的話，牠就不成其為法律，而成為法律的反面，成為不法了；我們也不能說，這樣的法律觀，與應為法律本質的理性，不相適合，因為事理及經濟關係的實際，是包涵於理性中的。

### 三九二 重利盤剝的方法

重利盤剝或為單純的行爲，或為乘機取利的慣行，即乘債務人愚昧、無經驗、急迫、或輕率，依其經濟狀況，締結條件更苛刻期限更短促的新約，使原屬小數且合理的債務，擴大而成爲鉅額的借

款。重利盤剝的債權人，靠高利率的貸款而致富，他並不投放相當數的款項，卻因借款的返還而增多其原本。他所得債務人工作的薪資，後者永遠不能脫離其奴隸地位，這地位如斯坦因所說，是以自由的名義而成立的。債權人用高利的方法，得到比他所貸原本更多的收入，一面卻又迫使債務人繼續向他借款，以爲給付利息之用；從某時交付的一百元中，他可每年收受二十元的利息，三四年後，他也許會得到一千元原本的原本。這還只是利息的盤剝而已。此外還有原本的盤剝，因爲放債者還能取利於債務人的產業、友誼、及情愛，這種種，在急迫的時候，也能有金錢的價值。放債者除了收受高重的可恥的二三倍於原本的利息之外，還要以老實的債權人爲犧牲而獲取利益，因爲只有他能夠知道並擇定最相宜的強制執行的時機，於是他又可以惡意得到好處了。

### 三九三 重利盤剝的二種方式

重利盤剝，有些是單純的，有些是隱祕的或誘惑的，但即在單純的重利盤剝，債務非用種種奸計而引起，牠也總是一種沒有相對借款的債務，或與借款極不相稱的債務，使墜入其圈套中的人，無法積聚原本，喪失進益及財產，犧牲自由及經濟獨立，並損壞名譽。這是因爲即屬單純的重利盤

剝，也先以惡意，考察債務人的能力性格及地位，包藏着漸漸毀滅他的財富的禍根。牠利用高的利率，原本的繼續增大及惡意的時機，獲取三四倍於借款的利益，正如詐欺的重利盤剝一樣。牠運用壓迫及威嚇的方法，也正如詐欺的重利盤剝一樣。起初，牠對於窮苦的債務人，假裝溫和的模樣，等到牠把他牢牢握住，牠就顯出冷酷的面相，最後則本色畢露了。重利盤剝排斥仁慈，正猶仁慈排斥重利盤剝；沒有獸性，沒有野獸的殘忍性的人，決不會成爲重利盤剝的人。不論那一種重利盤剝，總是貪鄙的兇暴的打算。不論是單純的或是隱祕的，重利盤剝的特徵，大體相同；二者都假作借款出於第三人的好意，期限短促，並以工資的轉讓、抵押的提供，財產或田中收穫物，或收穫期前產物的出賣爲條件，實則所謂第三人，是與重利盤剝者私下串通的。斯坦因曾謂今日的重利盤剝，似無不傾向於隱祕的方式，採取合於牠的本質的一切形態及活動。牠從城市擴展到鄉村；這種現象的原因，是我們曾在前面說過的近代經濟關係的演進。

### 三九四 重利盤剝不可與高利混淆

重利盤剝，既是沒有相當借款的債務，可見牠與利率沒有關係，利率只是承擔危險及資本缺

少的效果。雖然重利盤剝總是沒有擔保的借款，但危險大的借款，不一定就是重利盤剝前者是實在的借款，是商業的活動及事業利益的計算。後者是沒有借款的債務，在債權人方面沒有什麼活動，他只熱切的期待着債務人的破產。斯坦因很確切的把高利比諸要求鉅額診費的醫生，重利盤剝則類似經濟場上的野獸。由此可見，立法者如欲取締重利盤剝，不可拾取限制利率的舊方法，因為利息自由是真正經濟及法律原則的效果。今日我們所聞所見的關於重利盤剝法律的評論，大多以這些限制利率的法律為對象，而不以任何特殊的取締重利盤剝本身的民法或刑法為對象。

### 三九五 重利盤剝的取締方法

從上面所說的看來，我們不難知道，單純的及誘惑的重利盤剝，二者都是不法的，因為法律應建立於經濟關係的實際之上。在這裏有一點，似無疑義，即這種不法行為，是一種民事上的侵害行為，其在法律上主要的對抗方法，是「請求返還不當得利之訴」或「未受金錢的抗辯」。這種特殊的訴訟及抗辯，足以打擊重利盤剝的核心，尤其在實行給付時提起者為更有力。我們很易看到，法律不欲使這些對抗方法有效則已，否則必須認許推定及言辭及間接的證據。這樣也許會使善

意的債權人，受到不利的影響。證據制度，會有很大的變更；這是我們應該坦白承認的。把證據制度改變，不問這改變對於信用有何損害，俾得懲罰重利盤剝的事件，或聽任重利盤剝自由活動，以免改變證據的法則，或妨礙公共的信用，這二種辦法，容以前者為合宜呢？還是以後者為妥當呢？實際的問題始終一樣，但因各國道德條件的差異，牠可以得到不同的解答。我們很可承認，世界上沒有一種制度，能完善完美，絕無流弊。有時，欺騙享受了賦與誠實的保護，在法律的保護之下，免受制裁，而現在則誠實為取締欺騙的規定所害。在這裏，如同在社會科學及法律科學的其他部門一樣，我們很可看出，重心究竟側在那邊，換句話說，我們很可看出，利益與弊害比例怎樣，而定其取捨。如果法律准許債務人採用這種對抗方法，則對於誠實的債權人，當然也不能不准他採用，否則重利盤剝者，將利用金錢，以脫避重利盤剝的借款之責了。重利盤剝的事實，一經證明，重利盤剝者最後的不道德且不公平的特權，即由於交保而生的優先權，就無從成立。這時，破產程序就用不着再採取（這是斯坦因所主張的，他的用意，是要剝奪重利盤剝者的一種強索暴斂的方法）在這程序中，一切債權人聯合起來，債務人的財產，不再歸屬債務人而交付於破產管財人。為了債務而實施監

禁的制度，既已廢止，則使可憐的善意債務人，由於個人的艱困而喪失一切的破產程序，在今日自無存在的理由。薪給及年金的應免扣押，是法律上對抗重利盤剝的另一救濟方法。我們可把斯坦因所主張的其他救濟方法置諸不論，如收穫期前產物的出賣，應屬無效，膳費或宿費的第一次帳目還沒有付清之前，第二次帳目的承認，應受禁止等。前者不妨歸入取銷重利盤剝契約效力的方法中，這是合於論理的，但牠有礙於營業自由。後者雖在若干國家中常為重利盤剝的初步，但這方法有礙於信用自由。

### 三九六 重利盤剝是否構成犯罪行為

現在我們所要討論的問題是：重利盤剝只是民事上的損害行為呢，還是牠還可認作犯罪行為呢？喀拉拉這樣說過，近代的刑法學說，在強行立法的基礎上，奠立一個嚴重的原則，以為人類的行為，苟非不道德，也不破壞權利，即不應受刑罰，這種學說，在保護社會這方面，不是採取積極的態度。依這標準而論，則重利盤剝不應認作犯罪行為，因為給付過度的股息，係出於債務人自由的同意，凡做不做任人自由的事，國家沒有權利去推翻或處罰。現在我們不想深論刑罰的基本原理，

不過我們總覺得，社會安全的學說，就其本身而論，並不反對把重利盤剝認作犯罪行為，因為重利盤剝妨礙資本的積聚及發展，所以於社會的損害，實屬重大，且如我們前面所說，牠使惡意的企圖更爲虛偽，更爲奸詐，並破壞個人的經濟自由及經濟獨立。債務人由於無經驗或生活的急迫，不得不接受苛刻的契約，在這時候，他是不會有同意的自由的。重利盤剝的災害，使民衆心悸，他們要求重利盤剝的懲罰，這似乎在今日是這樣，在從前也是這樣。工人及農夫，兵士及牧師，地主及貴族，無不恐懼重利盤剝，其恐懼實有相當理由。我們必須承認，這些級階的恐懼，實是日常所得可慘的經驗的結果。在自殺事件的增多中，重利盤剝不是一個無關重要的因素，而且重利盤剝加害於無產階級，使他們奉成一種敵視資本的仇恨成爲真正的社會危險。

### 三九七 重利盤剝的分爲二類

斯坦因企圖說明，債務人出於自己自由的意志，向債權人借款，債權人乘債務人經濟紊亂、貧窮、浪費、或欠缺遠慮而取得不相稱的利益，在這種情形之下，他犯了單純重利盤剝的行爲，應受民法的制裁。如果債權人用一種方法，惡意的促成債務，以求他自己的利益，而使債務人經濟紊亂，那末，



他是犯了一種強索暴斂的重利盤剝的罪名。這種重利盤剝，威脅並強迫被害人，使他陷入經濟敗落的境地，以便取得不正當的利益。這種重利盤剝是一種強索暴斂，意圖使債務人對於沒有相當借款的債務，加以承認，其所用的方法，是縮短期限，如債務人未能給付，則以公諸社會相脅迫，並利用債務人的社會地位。我們的見解，如同安德累阿尼在法律限制重利論中發表的見解一樣，覺得斯坦因把重利盤剝分爲二種的說法，是沒有根據的，因爲不論那一種重利盤剝，都包含着詐欺及損害。即屬單純的重利盤剝，也含有奸詐，因爲牠必有利用債務人非常的地位，以取得不法利益的意思，債務人係被迫而擔負一種沒有相當借款的債務，或擔負一種與借款絕不相稱的債務，他因無經驗，急迫或輕率而表示了同意並承受了不幸的契約，使他自己的道德及經濟陷於萬劫不復的境地；這是一種惡魔的契約，其締結的原因，不是愚昧就是急迫。基於一種虛構的借款而獲取利益，這種不正行爲實是犯罪行爲的因素，債務人的傾敗，是其效果。如果我們根據斯坦因所下的犯罪定義而論，我們可以斷定，單純的重利盤剝，也具有強索暴斂的特徵。以將來發生不幸事件相威脅，而從中取利，被害人不得不立刻有所給付，或以即時發生不幸事件相威脅，而迫使被害人有所

應允，這時就有所謂強索暴斂了。強索暴斂的目的，是以重大損害的發生為威脅，而取得不正當的利益。在這意義上，重利盤剝者是無不為強索暴斂的行為的，不論是否債務人係出於他自己的自由意志而借款，還是重利盤剝者用狡猾的方法，促成債務，而造成債務人經濟窘迫的原因。即在單純的重利盤剝，債權人為獲得金錢，以細末的不幸事件為威脅，迫使債務人交出某種財產，以供抵質或出賣，或以實際的不幸事件為威脅，用恐嚇破產等等，逼迫債務人，以求從債務人取得新的諾言，及新的更不法的利益。即使他不促使債務人成立債務，他也想從沒有借款的債務中，取得不正當的利益。他用合理而實不確的話，引起重大而不正的恐懼。單純的重利盤剝，決不能看作單純的侵權行為，或看作法律所寬容的哄騙，如商品價值的誇大，及沒有詐欺意思的說謊等。重利盤剝，決不僅止那些情形而已，因為善意與重利盤剝者之間，絕對不會有何合致。侵權行為人的行為，是善意的，重利盤剝者的行為，則總是惡意的，單純的重利盤剝的債權人，即使沒有引起債務人經濟的紊亂，但往往大大的增甚了這種紊亂，加速了債務人的傾敗，而這傾敗，又是他在債務人最初與他接近的時候，所已預見的。至於慫恿的誘惑的重利盤剝，則被害人為債權人看中的時候，原與債權

人沒有什麼關係，債權人用邪惡的機詐，設法把他引誘，在那時候，他的傾敗，已在債權人預料中了。

三九八 欠缺對價的債務是重利盤剝的要素，詐欺及強索暴斂是牠的偶素。

有些人的意見，以為重利盤剝，與詐欺相關聯時，纔可認作犯罪行為，所謂詐欺，是意圖迷惑他人的行為，及有害他人的不法利益的取得。依照他們的意見，重利盤剝者，以企圖禁止不法利益的民法為煙幕，利用種種機謀，以保護他們自己，這樣的重利盤剝，纔構成犯罪行為。這是多斯加納刑法典(Tuscan Penal Code)所採的主義，這刑法所懲罰者，是那些含有詐欺的重利盤剝，例如債務人申明他收到多少多少現金，而實際上，他只收到其中的一部分，其餘則以證券抵充，而這些證券，雖經約定應有某種價值，而實則毫無價值。我們在前面已經說明，凡是重利盤剝，無不具有犯罪奸詐及損害的成分。不論其為單純的，或為慫恿的，牠總與民事上的損害行為不同。又不論其有無運用機謀，牠總是誘惑的。即使牠並沒有欺騙債務人，並沒有採取人生最可悲痛時的殘酷的方式，但牠總不失為一種犯罪行為，因為牠的出發點，是意圖乘債務人的非常地位，而獲得不法利益，這債務人係由於無經驗或急迫，而應允負擔那沒有借款的債務，並承受那足以使他自已傾敗的行

爲。在這種情形之下，重利盤剝，基於各種理由，應認爲一種特殊的犯罪，牠比較上與強索暴斂有密切的關係，但重利盤剝的特質，既非強索暴斂一觀念所能包括，也非詐欺一觀念所能包括。我們可以說，重利盤剝，無不利用強索暴斂，但不一定利用詐欺，牠有牠自己的特點，牠在經濟及法律方面，令人憎惡。按諸理性，這樣的一種犯罪行爲，不能像法蘭西法律所規定的那樣，以慣行爲其要件，因爲在單獨一次的重利盤剝的行爲中，我們也能見到債權人因債務人無經驗或急需，造成一種沒有借款的債務，從中取得不正當的利益。牠的續行，只是牠的加甚吧了。

### 三九九 重利盤剝是侵害財產權的犯罪

重利盤剝這犯罪的特徵，與侵害經濟生活的犯罪相關，而尤與那些涉及交易及信用的犯罪相關，因爲重利盤剝的內容，是沒有相當借款的債務或與借款很不相稱的債務，並因爲信用是包容財產的，而重利盤剝則破壞財產，所以，吾們可以說，重利盤剝是與侵害財產的犯罪，直接而非間接相關的。就重利盤剝的性質而論，牠總是一種犯罪行爲，不論其當事人是否爲商人。從道德法律方面觀察，其行爲是否屬於商業，實一毫無關係的事。在這裏，我們必須注意，如果刑法的規定，不適

用於商業事項，則重利盤剝，會放棄牠向來民事的方式，而採取商業的態度。在這一點上，適用於商人及商業事項的德意志法律，實較優於不注意商人的奧地利法律。有謂在商業中，合法利益的終點與不法利益的起點，很難正確決定，這是實在的話。但這種困難，在民事生活中也能碰到，不過程度較低而已。精密的計算，總是一件難能做到的事，這在商業中是這樣，在一切人事中也是這樣，因為牠們在性質上是很複雜的。如果商人業務發達手續自由，則商業中的重利盤剝，所應據以判斷的標準，自當粗略，而不能像民事生活中的標準那樣細密，但我們對於重利盤剝所下的定義，在實質上當無所異。

#### 四〇〇 重利盤剝決非法律所能剷除

具有種種原因的重利盤剝，決不是法律所能消滅的。重利盤剝的憑藉，是社會的經濟狀況，尤其是資本的缺少，及信用發達的不充分。他的存在，有賴於習俗，在習俗中有不少惡意的成份。牠又得力於人類的本性，按人類的本性，具有欺瞞及自私的傾向，並表現愚昧、輕率及一時的興奮。教育及法律，固能抑制、變更、及糾正這些，有時顯著有時模糊的傾向，但決不能把牠們根本剷除。這是確

實無疑的，因為重利盤剝，不論在牠受禁止及懲罰的時候，或在牠可以自由活動的時候，總是進行不已。但我們是否必須因此不再努力呢？立法者是否應該袖手旁觀，坐待那些吾們常有所聞的社會和諧，自然發展呢？要是這樣的話，他將等候許多年許多年纔能看到這個災害有減少或準備補救的一天，因為現在資本還沒有充分的生產力，信用也還沒有普遍及完善的組織，我們無從預測重利盤剝失其勢力的日期的到來。須知刑罰係隨同經濟及政治的進步而發生，牠曾在許多情形之下，減少並限制了重利盤剝。在私人關係中，恐懼的心理，往往是立法的基础，對於重利盤剝規定刑罰的法律，在已往是最重要的。今日的民法，比諸古代的刑法，範圍較前更大，但恐懼刑罰的心理，對於人類行為的約束，仍能發生有益的影響。有謂重利盤剝，被法律威嚇之後，將尋取更好的隱避方法，在許多情形之下，也許能脫避懲罰。這是的確的話。但在民事及刑事方面所採取的攻勢，必能對抗破壞法律所運用的力量，這就是我們在本章所以要主張民事救濟及刑事懲罰的制度。這制度須好好發展，務使不妨害真實的信用及善意，牠須為賢明的經濟立法政策所推動。總之，取締重利盤剝的刑事法規，即使牠們由於一切刑事法規均所不免的缺陷，而不能絕對的並有效的把違

犯者處罰，至少也能發生二個不是無關重要的利益；在一方面，牠們能使意圖犯罪者不敢嘗試，在另一方面，牠們能保持司法的尊嚴，不再強迫司法者保護那些含有不道德性質並違反輿論的契約。





## 第十六章 合夥匯票運輸及各種射俸契約

### 四〇一 合夥的三大類

合夥的意義，通常解爲二人或二人以上，爲求獲得利益，而共同處理某種事務的契約。民事合夥，求達有關民事生活的目的；商事合夥，從事商行爲而求取利益。商事合夥，是特殊的而非完全的合夥，因爲牠們常有很顯著的目的，這些合夥，可依牠們對於第三人負責的程度，分爲三種。第一種是無限合夥，各合夥人負完全無限的責任，以擔保合夥債務的清償。第二種是兩合合夥，由無限合夥人的完全無限責任，及有限合夥人的出資，擔保合夥債務的清償。第三種是有限合夥或股份組合；各合夥人只以出資爲限而負責。

### 四〇二 其他各種合夥

無限合夥，對於第三人提供的擔保最大，鼓勵合夥人努力活動，適宜於同時在各處需要各合

夥人管理的那些實業。在這種合夥中，合夥人間須有無限的信任，所容的人數不多。規模大而危險多的事業，只能採用兩合合夥或有限合夥，這二種合夥較能集合鉅額的資本，這在無限責任的合夥是不可能的。此外還有別種合夥，彼此不同，但不出上述的三大類。例如，意大利商法典，承認相互保險的合夥。牠把這些合夥，看作集體，別於組成牠們的個人，但關於經理人的責任，合夥章程的發布，破產，更換執照及帳目等事項，牠們必須符合有限合夥的要件。合作社也是這樣，關於牠們章則的發布，及董事的責任等，這法典適用與有限合夥同樣的規定。德意志法典上的合夥，相當於意大利的隱名合夥，不能歸入上述的三大類。有隱名合夥人的合夥，不是與其構成份子各別的個體，如同別種合夥那樣，而是一種商業結合，由一人或多人就一部或全部營業，分享利益及分擔損失。

#### 四〇三 合夥非法人

合夥乃多數意志關於一定目的合致而構成，牠以一個共同的意志為前提。依有機體這一詞的廣義解釋而言，合夥實是一種倫理的有機體。但這共同意志，雖不難與其所由來的各別意志區分，卻終究不能構成公司那樣確實並自立的統一體，這是因為牠的目的，並沒有固定，因而不能離

其組成份子的志願而獨立。合夥着眼於組成份子的利益；公司則求達其自己的目的。合夥因組成份子的死亡，或基於組成份子的意思而解散；公司則不因這些情事而解散。合夥人是所有人，合夥解散時，他們可把財物分配。公司的構成份子，則非公司財產的所有人，公司解散時，他們不能把牠分配。故嚴格說來，合夥不像公司那樣，是一個法人或無形人。可是合夥的性質，也不只是組成份子的集合，或各別意志的總和而已，因為牠是建立於一個共同意志之上的，這樣的一種意志，是一自然的原素，可於遠古的意大利法學家的格言中見之。「團體是一事，團體的組成份子是一事。」羅馬法上的實例，很能闡明這個格言，牠承認某種合夥為個體，與其組成份子各別。共同意志，是構成法律人格的原理，法律以之為第三人與合夥人發生關係的媒介，這些合夥人事實上是權利義務的主體。就某一合夥人的股份提起訴訟，事實上即是就這人在公共共有的團體財產中的應有部份，提起訴訟。如果耶陵的學說，不承認無形人，牠卻很可適用於合夥。我們不可忘記，依照無形人一詞的廣義解釋，無形人的條件有二——意思能力及國家認可。非經認可不能成立完全的人格，這點我們曾在前面說明。故浦芬多夫及特羅普朗二人，謂合夥本身能構成法律上人格，無庸國家

認可，他們以爲這種認可，只在公法人有其需要，這見解是錯誤的。認可必須由國家行之，否則不生效力。現實法可承認民事合夥及商事合夥的人格，或只承認從事商業的合夥的人格，或商事民事兼具而以商業團體爲組織方式的合夥的人格。這全視各種動因及一般利益而定，立法者的決定，不一其例，但在法律哲學上，則各種合夥，無論是民事的或是商事的，都有置於法人地位的價值。現實法往往不認民事合夥爲集體，因爲牠們不一定像商事合夥那樣，建立於與第三人的關係之上，並因爲牠們不像後者那樣，有確定及顯明的目的。民事合夥，可在許多不知不覺的或不甚明顯的情形中發展，而達到推定承認的境地。反之，商事合夥並不遭遇這些障礙，故法律承認牠們爲集體法律並容許民事合夥取商事合夥的組織形式，不因而失其本質，因爲牠們的性質，不因牠們的形式而有所轉移。在這情形之下，牠們取得法律人格，因爲這時牠們已建立於與第三人的關係之上，如耶陵所說，其間須設一媒介，以爲溝通。

#### 四〇四 古今合夥之異

特羅普朗以爲關於合夥一事，無須有新的立法，因爲組合之事自古有之。羅馬的歷史，的確告

訴我們，除了著名的私法上組合之外，還有一類徵收賦稅的合夥，在中世紀，有佛羅梭家族的組合，更有羅姆巴提家族的組合，散處世界各地，但始終爲牠們國王的債主。十七及十八兩世紀的歷史，充滿着經商及殖民的海事公司。可是特羅普朗雖正確地敘述了與人類歷史同其古遠的組合的精神，卻畢竟沒有瞭解古今商業團體的重大區別。從前的組合，係由少數人組織，建立於專利之上，需求奴隸的勞工，近今的組合，則在自由制度之下生存並發展其權能。誰不知道，羅馬的騎士階級，享有出借稅賦的特權？美洲發現之後，特種公司在遠地的事業，不就是一種政府的行動嗎？東印度公司，在其區域內，不是享有獨佔商業的可驚的特權嗎？我們不可忘記，這公司成爲廣袤的土地的所有者。

#### 四〇五 合作社

法蘭西革命，愛護勞動自由，側目於一切工人的組合，深恐在一種認可團體的煙幕之下，發生革命的組織。由於這種疑懼，讓成了工人的孤立，深爲後人痛惜，採行了偉大的互助原則之後，纔得部分的改善。互助原則是合作的真正基礎，其成功乃有需於人類最高的悟性及德性。合作事業主

要的涉及消費信用及生產。借用韋科的話，我們可以說，應用於消費及信用的合作事業，自己製造其所需的資料。在合作事業中，交織着倫理經濟及政治，因為在互助的組織之下，個人不再自私，獲取較大的利益，並成爲社會的因素。事實上，在消費的合作社中，相互作用與個人責任的情操，以及家庭之愛，完全聯合起來。牠們得到公道的價格，優良的品質，正確的分量。家庭之愛，常因合作社的組織，而發達並臻於穩固。當一個工人得到了適中的家庭，可安置他的妻以及子女的時候，使他養成旅館生活的惡習慣的誘因，就可消滅，犯罪行爲就可減少，而有益的成家立業的情緒，也得發現。工人儲蓄的真正基礎，也得確立。民衆的合作銀行，創辦個人及平民的信用貸款，因為牠們不需要資本的存放，牠們調和互助主義與個人主義的二個相異的目的。這二個相異的目的，構成一個問題，至今還沒有得到相當解決。生產的合作事業，並不助長資本與勞工的敵對，牠以資本家的工人爲其因素。牠也不仰賴於勞動權；牠不向國家要求什麼。這種組織，不能看作怪異的團體；牠們並不否定個人，也不反對競爭，因爲大大小小的實業，都很需要援助，以期各得其利。

#### 四〇六 規律合作社的必要

依上所述，可知近代商事立法（不問特羅普朗的反對意見如何）必須承認並管理這些新的組織，牠們是自由的自然發展的產物，自由的自然發展，決不會復興古時經濟的民事組合。但在這裏必須注意一點，從一方面看來，合作社是商業團體，因為牠們經營一定的事業，並以商業為其生存條件，而從另一方面看來，則牠們不只是商業團體而已，因為牠們傾向於把個人的願望及利益，經由勞工階級的發展，與社會穩定及友愛的原則，互相調和。在這意義上，合作社實為社會立法的事項。

#### 四〇七 合夥的認可

經濟自由這原則，形成了近代新式的組合，其勢必使這種團體與國家間的關係，發生更普遍更顯著的變更。即以現在而論，在文明國家的法典中，政府的認可權力，已趨近了牠的末日。牠與契約自由完全相背，私人契約（合夥是其中之一）的成立須經政府認可，至於其他各種契約，則無需於此，這不能不認為奇特。國家的行政權力，干涉個人利益的事項，實是一種變則。須知這種干涉，有背於法律上平等的原則，只在法律定有適用於一般的規則，而非適用於特殊事件的規則時，纔

有其成立的餘地。能瞭解自己行爲的意義，意志很能自由的人，破壞其自身，毀滅其財產，這樣的人，在今日不應受法律的保護，因爲人不能永遠是未成年人，而得規避那道德所利賴以進步的責任心的拘束。法律不可把國家看作希臘古誌上的百眼巨大或百手巨人，因爲國家的權能，不足以正確判斷一項實業的經濟狀況，否則，人民對於國家的信心，也許因取得政府認可的事業，屢屢發生多少有些可恥的破產事件，而陷於消失的危險。歷史告訴吾們，政府的認可，未能有效地阻止奸計的得售，也未能防制欺騙者及冒險者的膽大妄爲，使許多人受其損害，他們以爲在兩合或有限合夥的組織下進行的事業，事前曾經政府檢查，深信他們自己已受充份的保護。在另一方面，則可能產生極大利益的實業計劃，也許反而不能得到政府幕賓的贊許，他們大都不諳實業，故每爲遲疑及他們的教育所蒙蔽。在這種情形之下，政府的拒絕認可，對於社會實一無可計數的損失。

#### 四〇八 合夥的監督

監督制度的運命，是與認可制度的運命一樣，因爲二者都是建立於保育政治的預慮之上的。在進步的國家中，政府監督的制度，已歸消滅。關於這問題的一般意見，主張政府應避免一切直接



的干涉，讓那些組成合夥的人，或與合夥有利害關係的人，自己注意合夥的事務，並負其責任。遇有任何違背法律的情事，他們自會訴諸法院。政府監督與政府認可，有同樣的弊害；牠不足以阻止合夥的處置失當。故在一方面，牠是有害於私人的利益，因為牠造成一種謬誤的信念，以為牠們是受着審查的，在另一方面，牠又有害於政府的信譽，一切失當的處置，都歸咎於政府的疏誤。此外，對重要的組合，行使監督權，會形成非法的可憎的待遇失平。

#### 四〇九 合夥業務的公示及合夥人員的負責

我們深信，商事合夥所蒙的危險，可因遵從自由的原則而避免。故法律應使合夥法令的數目及性質，充分公示，並使其實行的方法，有更大更靈活的效能。這是最重要的事。其次，關於經理人，發起人，職員以及一切在合夥中活動的那些人的義務，法律也應規定更完全更嚴厲的責任。最後，法律並應使那些與合夥有利害關係的人有注意合夥業務的便利，而不致以政府保護這類方法的外力，妨礙合夥的組織。以上所述的見解，對於近代法律的影響，已開其端緒，這點可於現存的法規中見之。

## 四一〇 組合自由的必要

營業自由這觀念，是我們從經濟史，現實法及一切關於這問題的最近經驗，用歸納方法得到的。這觀念是必要的，是可資演繹的，牠是與尊重私有財產的法律也即尊重個人人格的原則的法律相關聯的。牠的前題，是承認個人人格，即為個人自由，產權為個人的庇護物及施用於物體的自由意志，只要不違反善良風俗社會福利及公共秩序，個人可依其意志而處分其財產，並可就牠們設定無限的負擔。在前面曾經我們說過的，關於森林及礦產設定的那類限制，我們不難明瞭其意義，只要我們記得，倫理的有機體與自然的有機體大不相同，在前者的有機體中，全體應尊重部份的責任，部份應顧慮全體的意識的及自由的生命。

## 四一一 匯票

有許多著作家，其中以法蘭西的著作家占重要的地位，如同若干立法者一樣，認匯票為一種輸送金錢的契約的證券，當事人的一方，收受對價，而負擔向他方或其指定人，在一定日期或處所，支付一定金額的義務。依這定義而言，匯票有三要件：金額由一地輸送於另一地，發票人與付款人

間的契約，及收受對價的表明。匯票與本票不同，因為後者是發票人自己負責，在一定日期以一定金額給付於債權人或其指定人。匯票常具商業的性質，至於本票，則惟商人簽名或因商業而發行，且載有付款人並在隔地付款者，纔具商業的性質。本票的付款人，即是發票人，其付款地與發票地同。按上述學說，已因科學及法律而有根本的變更；這種根本的變更，為法律哲學所認許。一個人不難利用銀行，以自己為受款人而發行票據。在這種情形之下，無所謂金錢的輸送，而只有一種單純的信用證券。真正的匯票，是一種特殊的債務，須遵照各項嚴格的方式，以別於其他債務，並使商業更有效率，更為確切。牠必為書面的債務，負責以一定金額，於到期日支付於執票人。這樣看來，可見匯票並沒有以金錢由一地輸送於另一地的要素，而且發票人可發行對己匯票，他自己付款，無須另有付款人的參與。匯票的發行，實際上並不需要發票人與付款人間締結契約，也不需要收受對價的記載，這是因為匯票的契約，如圖爾在關於這問題的著作中所說，是在實行付款的時候，纔成立的。必不可少的要件，是交付及提示。匯票是對於受款人支付一定金額的諾言；付款人因承兌而負履行這諾言的責任。至於取得匯票的人，則並沒有什麼允諾，因為他享有權利而不負任何義

務。(他固須把匯票向付款人提示，以求承兌，如果付款人拒絕承兌或拒絕付款，他並須作成拒絕證書，但如馬基利所說，這些只是執票人行使權利的條件，不是真正的義務。)從上面所說的匯票的性質看來，可見匯票如特楞得楞堡所述，並不是買賣的混合物，也不是使用借貸的混合物。

#### 四一二 運輸

運輸是極重要的，因為許多有價值的物件，賴運輸而傳播。我們可以不怕錯誤，敢說社會上一切商業活動，集中於運輸業。在今日運輸業，大都利用鐵道而經營。鐵道是應用汽機以為運輸的。牠的建築及運用，需要鉅額的資本，及集體的組織。大部份的商品，交易的標的物，賴牠以運輸，牠使他運輸方法，與牠連絡。牠是交通的主要原動力。故國家不得不以法律確定鐵道建築的全盤計劃，並規定牠的任務，因為這一種的運輸工具，如同其他與牠連絡而賴牠運行的運輸工具一樣，是公共業務的事物。牠是有關財富流通應准專利的問題，因為自由競爭的法則，在這裏不能掩入。經驗告訴吾們，有了一條鐵道，即不能再有一條與之並旁，因為這樣的一種營業競爭，是財力努力的浪費為政府核准的專利所不許的。有了一條鐵道，通常已足連接整個鄰境。鐵道的計劃，及國家與鐵

道公司的關係的確定，是行政法上的事。與鐵道有關的運送人及承攬運送人的義務的規定，是商法上的問題，可是關於這一事項，牠並不是任意的法律，在這特殊的運輸中，牠保持其公共業務的性質。運輸契約，不重視各個單獨的行為，不論其如何複雜；牠是重視那整個事件的。各個單獨行為，只是民事上的行為，而非商事上的行為。運輸所含的法律關係，有三方面，一是送出貨物的人，二是貨物應送與的人，三是應把貨物由前者送與後者的人。得塔利奧在論述運輸契約的一書中說：運輸契約是很複雜的，在契約成立的時候，已含有運輸人及承攬運送人等的權利義務。究竟誰是承攬運送人，這問題是無關重要的，但在契約成立的時候，必有一承攬運送人，其為何人則無須確定。在這種情形中，貨物是委托運給提單持有人的，因為運送人雖不知這提單持有者是怎樣一個人，卻不能不說他已締約而對某一個人負有債務。對於第一運送人而言，第二運送人是第三運送人的代理人，對於第三運送人而言，則第二運送人又是第一運送人的代理人。契約是整個的，不論相繼運送的人有多少；責任是惟一的，前後相繼為運輸的各運送人同受其拘束。運送人承受了運輸的義務，即使他必須轉托其他運送人，但對於這義務的履行，他仍須負責，如同他自己的行為。

## 四一三 保險與社會主義

保險是一種射倖契約，保險人負責保證被保險人不受某項危險，其代價為一約定的金額，稱為保險費，依照所保危險的性質而定其多寡。保險使多數人分擔危險，足以減輕不幸，依照赫爾曼的見解，牠可看作填補損失的商業。他說，預防及制止與保險各有利弊。預防，需要極大的注意，很不經濟；制止所費較少，惟往往不生效力；保險所費更少，但事變難免發生。發格納及其他擁護社會主義者，為一種錯誤的觀念所推動，（我們在前面曾加以批評，認國家職能的加增有害於私人的活動，）主張大部分的私法，吸收於公法中。我們在前面曾經說過，這樣一來，社會將在牠已往經過的路上，向後退走，而重返於強行法的時代，那時法律規定一切，國家干與一切經濟生活及政府生活的事務。這些著作家，基於同一的原則，認保險不是一種屬於自由及私人經營的業務，而是一種公共的制度，即認保險為國家應負義務的履行，國家應取保險公司的地位而代之。他們說，公共機關處理交通、衛生及水電等業務；如果國家制止發生災害的事由，牠也很可擔任保險業務而完成其體系。保險公司組織很複雜，每類小形的國家，由只關心自己薪金的人管理。國家應收回保險業務，

非以獲利爲目的，而爲造福社會起見，因爲牠用不着作騙人的諾言，也用不着付大量佣金給顧客。私人經營的保險，在保險費與所保危險的比例方面，常有極大的不公正。農夫爲其房屋投保火險，所須給付的保險費，較大於城市富翁爲其宏麗家宅所須給付的數額，這是不公平的。概括說來，危險的程度，不是自由意志的效果，這不僅在上舉的例子是這樣，在其他許多情形也是這樣。私人經營的保險，是最需要保險的人，所不能接近的；正義要求保險費應以被保險人的財力爲準，而國家成爲保險人後，即可爲貧窮人而滿足這要求。

#### 四一四 社會主義者保險觀的批評

薩蘭德拉，對於這些論述，曾作很銳利的批評。第一，吾們必須注意，近代的國家大都不欲擔任經濟的職務。我們說過，牠把土地出賣，不再在商業方面與牠的人民競爭，而以關稅爲其主要的收入來源。只在私人沒有充分的發動力時，或在國家必須剷除專利的流弊時，或在構成改進實業的問題時，國家纔爲實現其保障法律的義務，爲增進文化及福利，而參與經濟的事業。這類的政府參與的事件，爲發格納派的社會主義者所引證的，實與公共安全及救助有關，而非以經濟的目的而

進行。水電衛生及警察，是其實例。災害原因的預防及制止，是國家的義務，因為牠必須保護人民，使不受威脅大眾的危險。意外事故一旦發生重負降於生命財產時，保險的利益，就可顯見。損害是必須由造成損害的人除去或填補的。而且，還有一點顯然無疑，就是私人的經營，比社會的經營經濟，社會的經營又比國家的經營經濟，因為前二者規模較小，且其管理者，為受過訓練的經理人，對於利潤的獲得，有利害關係，並有股東在旁監察，他們當然有直接的熱切的關心，不比那些選舉出來的政府或政治會議的人員，漠不注意。保險這一個實業，從事於廉價的服務，適應其會員的習性，需要及成見，總以交托私人辦理較為妥善。這判斷的真實性，有經驗為其最強有力的證明，按經驗告訴我們，國家經營保險的企圖，大都歸於失敗。

#### 四一五 保險費率的決定

我們必須知道，保險的要素，是保險費對於所保危險的比例。保險費率，乃應用數學原則而算定，不能為倫理的理，由支配。沒有人願付較高於他所應付的費率，而使別人的費率減低。除了比例的原則，保險制度就會消失。假定各人均須保險，有些人付較高的保險費，有些人付較低的保險



費，則其結果勢須由前者繳納一種賦稅，國家纔能爲後者盡一種差不多無償的服務。這樣的恩惠，也許是國家的特種義務，其爲正當及便宜與否，這裏無須討論，而其非真正的保險，要屬無疑。保險並不是平均財富及解決社會困難的方法。牠不像發格納所信的那樣，傾向於財富的平均分配。薩馬拉諾會謂如果農夫不能用磚石造他的房屋，而須用木料來造；如果身體不健康的人，不能保險或須付較高的保險費；如果某人所有的田地，易受風潮的破壞，因而他須付較高的費率，而另一人所有的田地，比較不易受這災害，因而他只須付較低的費率；那末，保險就沒有義務，去補救社會的不平等，或以財產氣力或健康，給與那些缺乏這些東西的人。

#### 四一六 保險是經濟的而非倫理的

保險業務實際上並不是一種保護制度，因爲牠着眼於獲利；慈善事業的組織，如儲蓄銀行互助社等類，是沒有經濟的目的。卽在相互保險的公司（一種合作社）實際上也有其經濟的目的，被保險人希望因投保人數的增多，而付較少的保險費。以壽命房屋或收穫保險的人，纔是可保護行爲的人，至於保險公司則不然；牠因而獲利。保險公司在社會上占極重要的地位，把總損失分

配於許多投保人。在一方面，牠們減輕個人的損失，在另一方面，牠們防止銀行及企業等每因不測事故而蒙受的鉅大損失，因而免去了收入的減少。牠們所以未能發達的大障礙，是保險費率過高，這是競爭困難的結果。薩馬拉諾說過，那些人壽保險的舊公司增多掙客的佣金，以奪取那些敵對的新公司的營業，而那些新公司也迫得把牠們的佣金益加提高，於是造成了過大的開支，因而收入不能與承保的危險相抵。那些損害保險的舊公司，互相連合，不許向那些不採用牠們的保險費率的新公司，聲請重保險。相互保險的合作社，也同樣需要掙客，這些掙客要求牠們給付與一般營利保險公司同樣的佣金；牠們不能拒絕這種要求，因為牠們必須擴展牠們的業務範圍。有謂國家可統制保險事業，使私人企業得以競爭，以期更有效率更爲經濟，然而這種夢想是徒然的，因為歐洲的一切文明國家，均曾作這種企圖，可是除了有種種特殊狀況的德意志以外，沒有一國能有所成功。如果保險公司能每年得到相當數的新保戶，則由於開支過大而造成的準備金額的不足，不致於因那些短期保險而使牠破產。那些新保戶，可代替舊保戶，但到了新舊不接替或許多事故發生的時候，營業就不能繼續進行了。這問題的要點，不外準備基金的設定，其價值的多寡，應以法律

規定。我們不可忘記，保險這事是很複雜很困難，不易明瞭的。就是保險公司的理事，也往往不能十分明瞭。至於被保險人，則一些都不知道，且不在公司之內，故無從實行監督。薩馬拉諾的見解，是確實的，牠的推論，也是健全的。我們須以法律，將營業自由的原則，與切實保護被保險人權利的必要，互相調和。如果事實證明，這種保護非由國家出而干涉不可，則對於那些營利公司，即可成立一項合理的例外，由政府實施認可及統制的權力。須知這種例外，並不是惟一無二的，對於發行鈔票的銀行，國家設置銀行檢查委員會，沒有人會懷疑這種組織的合法及正當。

#### 四一七 法律須防止詐欺

法律應增進道德狀況，以求社會生活的改良，並應予生產勞動以自由發展的餘地。法律不應保護射倖契約；這種契約，建立於毫無顧慮及不事生產之上，一方面造成暴發的及大量的財富，他方面釀成突然的可憫的傾覆及窘迫。法律雖未能把一切賭博取締無遺，但牠能防備那些在公司運行中所能發生的詐欺。這種防備，可實施於投機行為，即實施於那些射倖契約，在契約成立時，並不實行證券的移交或金額的交付，而只在將來給付價格的差額。這行為必須具備一種特殊的知

識，纔能預測交易價格的上落，正如賽馬及經營軍火等事所需的特別知識一樣。這種知識，注意於價格的昇降及其動向。左右其間者，並不是一種盲目的幸運，而是某種事實，須有深切的研究及長期的經驗，纔能預見。

## 第十七章 古代的家庭——家庭爲國家的雛形

### 四一八 古代的家庭——家庭爲國家的雛形

個人以財產而擴張，以互相行爲而發展，相互行爲是共同的意志向一定有益的目的進行而得的結果。他的發展，係自家庭關係始，家庭關係是最密切最初的一種社會。家庭乃一倫理機體，有許多意識交感，有許多意志相合，構成共同的意識，共同的精神及意志。牠是密切的自然的結合，以感情爲基礎，以特定需要爲目的。在倫理法律的結構的演進中，牠影響於個人財產及義務，而向前進展，因爲人不復僅是個人，而是倫理機體的構成份子。具體的個人，經由家庭組織而成爲抽象的人，這抽象的人，在文明中，在國家中，在國際中，表見尤爲充分。如果家庭是一真正結合，則文明及國家，是人類以利益及理性的原則爲基礎的集團。

### 四一九 動物的家庭

人類婚姻及家庭的形態，可在某種動物的性交及同居的方式中，找得牠們的雛形。亂交是滿足生育本能的最低級最普通的方式。大多數動物的性生活，都是盲目的順從機能的衝動，沒有什麼相當於選擇及忠實的特愛或依戀。合羣生活的動物，雌多於雄者，實行一夫多妻。一妻多夫，是極少的，因為雌的不如雄的強壯，不能抑遏雄的縱慾。有些動物，分布各處，很多實行一夫一妻，牠們一對一對的生活，這或因覓取食物的困難，或因牠們不喜羣居的性質。有些動物，厲行一夫一妻，一方的死亡，往往發生使他方也死亡的結果。還有幾種動物，生育的本能已失其原來自私的特質。在螞蟻中，生育按照分工的制度，有一定的分配。但下等動物不很注意子嗣，讓牠們自生自滅，故在下等動物中，我們不能看到任何家庭生活。爬行動物，由雌的照顧其卵，而由雄的為雌的覓食。愛護子嗣的心，雌的先發生，雄的後發生，而且不如雌的那樣深切。這愛護心，在雌雄二方，一到子嗣能自己覓食的時期均歸消失；所以即在實行一夫一妻的動物中，家庭關係的存續期間，也是很短的。孝親的愛情，是完全例外的事；較大的猴類，有一種家庭組織，在一定期間內親子同居。家長由長大的雄的充任，牠維持牠的權力，直至牠被自己的子嗣遺棄或殺害時為止。家屬服從的基礎，是強力，父的命

令有無拘束力，要看牠能否對不服從者加以懲罰而定。一般說來，在哺乳動物中雌的是構成家庭的中心。如果雄的願留為家庭的一員，這是因為那雌的具有吸引力，而不是因為戀愛子嗣。

#### 四二〇 關於人類家庭的前人的見解

現在我們研究人類婚姻及家庭關係的各種形態。現今我們在討論人類及人類制度的種種科學中，見到從前存在的一切事物，仍可見之現仍生存的種族中。有不少的形態，許多年來均認為原始的形態，現已證明其為其後發生的形態，同樣，有些社會的制度，雖似創始的制度，但經其後研究的結果，證實其尚有所本而為前一制度的產物。這些制度之一，是父權家庭，在最近以前，牠被人看作最初的自然團體，自有人類以來即已存在，以一父一妻或多妻及他們的子女組成親屬關係，以父為中心而確定，他是妻，子女，及財產的絕對所有主。父權家庭逐漸擴大，構成宗族或氏族等團體。這些團體增多的結果，產生了部落；政治社會，由是構成。

#### 四二一 關於人類家庭起源的近代的見解

近人對於古代記錄的研究，及對於近代野蠻人傳說及習俗的深刻的稽考，得到一個結論，認

父權家庭，並不是社會的肇始。這些研究及稽考，表明最初有遊牧民羣，不知個人的親屬關係為何物，因為牠的構成份子，並不認作特定人的子女，而當作團體中一切的父一切的母的子女。這民羣到後來纔分裂而成若干較小的團體，開始營各別的生活。從這時起，纔能看到婚姻起源的痕跡，或兩性間雙方人數或多或少、穩固程度或高或低的結合的起原的痕跡，以及家庭起原的痕跡。原始的家庭，係建立於母方的親屬關係之上，這是因為當時的習俗，不能確定誰為子女的父；牠們的家系，係以婦女為中心。牠們與父權家庭不同，父權家庭是以父的確定為前提而發展的。

#### 四二二 母系家庭先於父系家庭而存在

家庭發展的途徑，既如上述，可知在婦女共有的古時，游牧民羣的權利，必認為自然的權利，其後這自然的權利，成為母的權利，死者姊妹的子，繼承其財物，及復仇的義務，有時更繼承其政治的職位，或祭司的任務，我們很易明瞭，時代緩緩而不息的前進，使父的權利，成為自然的權利。

#### 四二三 學者稽考家庭起原的歷史

據說，這種研究，在十七世紀，已經拉非托在他的美洲野蠻人的習俗中着手，在十九世紀，有得



肯斯坦因、培科芬（在他的古跡簡記中）、馬克楞南（在血親關係的起原及古時的婚姻狀況中）、  
摩爾根（在血親與姻親的制度中）、拉布克（在文明的起源及古代人類的狀況中）、基拉德他  
隆（在婚姻及家庭的起原中）、斯賓塞（在他的社會學原理中）及雷圖爾諾（在人種學後社  
會學中）諸人，繼起作更爲廣泛更有系統的研究。在這裏，我們可以說，拉非托得肯斯坦因及雷圖  
爾諾三人，只供給材料及特殊的事實，其他各人則就一般哲學的與歷史的發見，作綜合的工夫。至  
於韋科則被忘卻了，他在上述的幾位著作家之前，已發表他的學說，幾與近代的理論完全相同，我  
們將在下節裏說明。又琉克利喜阿斯也被忽視，他在其不朽的詩，自然界的第五篇中，曾描寫原始  
時代，及其後較爲進步的時代的特徵。

#### 四二四 家族的歷史——韋科的學說

依照韋科的見解，在民族肇始的時候，體格強大的人，棲息在高山峻嶺之上，猶如野獸一般。大  
洪水之後，第一聲雷鳴，把他們嚇得逃入山洞，使他們降服於一個優越的勢力，這勢力他們稱爲主  
神佐夫；他們雖很自負很殘酷，但在他們驚惶恐懼中，也就貶抑他們自己，而屈辱於天神之前。在那

時的情況之下，神聖的天道，只有採取這樣的辦法，以糾正這些森林荒野間的人的獸性，而開闢人類文明的途徑。共同生活的團體，於是成立，以一人為領袖，受「至尊」的指揮。他們相信那些雷震，就是這「至尊」拋擲的，在雷光閃閃中，他們察覺了人類的主宰，天帝的意旨。一切事物，都受天帝支配。他們以為他們的領袖，是神聖的。他們受領袖的節制，認領袖為天帝的代表，畏懼領袖，尊敬領袖。獸慾與充滿恐怖的迷信交戰，使他們心煩慮亂，他們又感覺天的形象，萬分可怕，禁止他們濫用愛情，於是他們抑止肉慾的衝動。隨後開始人類自由的運用，遏制情欲並指導其趨向，他們的性質改變了，他們抓住秉性不願順從而拒絕的婦女，把她們曳入洞中，使她們終身奴役。這些是最初的適度而嚴正的結合，開婚姻制度的端緒，由是子女知誰是他們的父母，父母也知誰是他們的子女；這樣開始了家庭的生活。父有極大的權力，管理他們的妻子，一任他們堅強的殘酷的性情。在這樣的情境之下受過訓練的人，當城市國家建立之後，也就畏懼國家的勅令。經濟的君主政體，於是形成，受治於性別、年齡、及才德諸方面出類拔萃的家族領袖，當時的狀況，可稱為自然的狀況，那是族長政治的時代。他們構成了最初的嚴正，純潔，並有約束力的國家；因為他們以自己的土地為範圍，

不復能像從前在野蠻時代那樣游浪各地，他們必須宰殺野獸，供作他們家屬的食糧。因為他們不復能四出流浪，找尋牧地，所以他們必須從事耕種。凡此種種，都是人類的野性造成的，那些由於自己作惡造孽，釀成財產婦女共有而被逐的人，邪惡無道，不敬上帝，沒有廉恥、孱弱愚蠢、荒淫無度，在原野山谷間漂泊、生命陷於危險，經過長時期之後，他們懇求父老庇護，這些父老把他們以及他們的隨從者收容，置於他們保護之下，這樣就擴大了家族國家的範圍。

#### 四二五 韋科的學說的檢討

在這裏，我們可把前面徵引的「新科學」中的那些結論，略為申說一下。韋科用極爽直的語氣，敘述古時人類，在未有合度嚴正的結婚之前，即在父母知其子女，子女知其父母的婚姻及家庭制度還沒有成立之前，財產婦女共有，瀆神、無恥、及邪惡的人，度他們野蠻的生活。他說，到了他們擄掠不願順從而拒絕的婦女，曳入他們洞中之後，這財產婦女的共有制度，纔歸於消滅。那時婦女並不貞純，但她們不願屈從，而為男子服役。男子是孤獨的君主，是經濟的君主政體的首腦。按君主政治是強力控制的產物，民主政治是自由的產物，寡頭政治是保護的產物。控制、自由、及保護，是法律

觀念的三個因素，相當於知識、意志、及能力。依照韋科的見解，婚姻與產權有密切的關聯，並不是君主政治的結果。姻婚是伴同宰殺野獸耕種土地以供養家屬的需要而來的。但韋科有一點錯誤，他把野蠻狀況的時代，突然轉入人類已臻廉恥、虔誠、聰明的時代；好像繼天神時代之後的英雄時代，錯了方向，實則人類是經由英雄時代，而從財產婦女共有的時代，轉入廉恥虔誠的婚姻的時代，即轉入族長主持的家庭的時代。不過，在韋科的時候，還沒有近代的各種研究，可資利用；如今日培科芬、馬克楞南、摩爾根、泰勒爾、拉布克及基拉德他隆諸人所見到的或推測的那些事項，自非韋科所能一一發見。可是這位偉大的新科學的作者，可以說是已把問題提出，以供後人探討，而且他承認根據近代野蠻人的習俗而為推論的確當。他主張對於遠古的未知的事物，如果我們不能確知，我們可參考已知的現代的事物，而加以推想，但在這裏，我們不可忘記達爾文的箴言，即野蠻人的放縱，往往是衰微的結果。

#### 四二六 婦女共有的近代實例

培科芬、馬克楞南、摩爾根、拉布克、基拉德他隆諸人，與琉克利喜阿斯及韋科二人的意見相同，

承認原始時代的婦女共有，他們引徵古時及近代作家的論述。在中國，伏羲朝代末期以前，婦女屬於共有，在希臘，婦女最初也屬共有，直至西克羅普斯時代為止；依照希羅多德及斯特累善所說，馬薩哲提人、那西摩尼孫人及奧西安人，不知婚姻為何物。斯特累善及梭倫，曾謂加拉門西亞人的情形，也是這樣，色諾芬並謂摩西諾西亞人一些廉恥心都沒有，以致引起居魯士兵士的憤慨。上述那些作家，援引許多事實，以證明新西蘭南美洲安達曼及尼古巴羣島，有若干地域，仍行極端的婦女共有制度。這種制度，在有些黑人種類中，也可見到，他們沒有姓氏，只有某種特徵以稱呼各人，如「長子」「跛子」等。

#### 四二七 歷史證明婦女的共有

在我們引述的確定親屬關係的方法的許多事實中，我們必須特別注意那些屬於婦女共有制度的家室狀況，及幾種奇特的配偶權利。摩爾根的審慎的研究，闡明那時的親屬關係，非存於個人與個人之間，而是個人與部落間的關係。小孩對於部落中的一切成年男子，均認為他們的父親，對於凡能生產他們的一切婦女，均認為他們的母親。例如散得維齒羣島上的居民，在上一世紀以

前，只有五類親屬。第一類親屬，包括本人、本人的兄弟姊妹、及堂表兄弟姊妹；第二類親屬，包括父母、父母的兄弟姊妹，及堂表兄弟姊妹，但父母的兄弟及堂表兄弟，均以父稱呼，見父母的姊妹及堂表姊妹，也均以母稱呼；第三類親屬，包括祖父母、祖父母的兄弟姊妹，及堂表兄弟姊妹，這一類，均稱爲祖父或祖母；第四類親屬，包括子女及子女的堂表兄弟姊妹，但一律認作子女；第五類親屬，包括孫子女、及孫子女的堂表兄弟姊妹，但均稱爲孫子或孫女。由於這種親屬的分類，部落中各人彼此都是兄弟姊妹；伯叔舅父，把他們的姪甥，看作自己的兒子，姪甥視爲他們姑母姨母的兒子。在這種以子女稱呼姪甥的地方，我們可以推論，姊弟兄妹通婚，當屬可能。據游歷家言，在那些島嶼上，教士以貞操訓誨婦女，碰到極大的困難。通姦亂倫，爲當地的習俗及宗教所容許。在這裏，我們可以加說一句話，親屬相姦，在古時是通行的制度，這可從神及英雄與他們姊妹結婚這事實見之。埃及人及波斯人，仿行這種習俗。代俄多拉斯曾謂埃及國王，負有娶其姊妹的義務；柏拉圖證明阿坡羅神殿的神諭，宣告這種結合在自然法上係屬合法並適當。其他值得研究的事實，是在美國中部及南部區域內的住室。這些住室，長一百尺至一百五十尺，能容納四五十家，即容納三四百人。在哥倫比亞，印

第安人的大茅屋，能容納百人左右，那裏有許多村落，以這樣大小的一所或二所茅屋組成。墨西哥、猶嘎旦及瓜泰馬拉地域內，在歐洲人未到之前，滿佈着這類村落，實爲男女混合的有力證據。發見這些地域的早期的西班牙人，相信這些建築物是他們的宮殿。

#### 四二八 結婚儀式與亂交的形跡

我們必須研究，當一婦女爲一男子專有在歷史上發現的時候，這現實法上的制度是否違背稱爲自然法的原始法律。據說，這制度當時認爲觸犯自然的及宗教的法律，因爲婦女的生育能力，猶如土地的出產能力，應不受限制，故當時發生一種需要，即向冒犯的天神進獻貢物，並向衆神懇求贖罪；進獻貢物及懇求贖罪的方法，是強使行將結婚的婦女在一定期間實行亂交。舊習俗證實這種辦法，奇特的污辱的儀式，爲宗教維護生育能力的天神而舉行。李底亞人、撒地尼亞人及巴比倫尼亞人，在舉行婚禮前，犧牲他們的貞操，（據希羅多德及斯特累善二人所述，）在發生危險的時候，所有與出征兵士結婚的婦女，必須犧牲她們的廉恥，以表示懺悔，懇求那位因她們違背自然的婚姻法律而觸怒的天神寬恕。羅克洛斯的官長，要求婦女在發生公共危險的日期，至維那斯神

廟犧牲她們的貞操。斯特累菩也曾說過，好人家的女兒，會委身於阿奈提斯儀節者，最被人追求為妻；這種贖罪方法，在阿密尼阿及居伯羅島上的若干地域是必要的。依照希羅多德所述，色雷斯人也有這樣的習俗。代俄多拉斯西庫勒斯曾謂在巴利阿利羣島馬約略及密諾卡等地方，結婚之夜新娘屬於一切賓客。在摩訶婆羅多詩中我們看到，婦女如同牲畜，作為公有，貴塔開盾是最先採行私有制度的。溼婆及訖哩史那的女祭司，遵守同樣的教規，她們道德的腐敗，是著名的。在那裏，沒有丈夫的婦女及寡婦，可祭獻於圖拉發廟宇中的偶像，但自祭獻時起，即須委身於一切的人。斯特累菩曾謂帕提亞人一個男子與一個婦女生有子女二三人後，可離棄這婦女而與另一婦女結婚。今日北美洲及南美洲的依士企摩人及印第安人，坡里內西亞及澳洲的部落，非洲東部及西部的黑人，如卡斐人，在他們的妻妾中揀幾個暫時給予他們的賓客。巴西的部落，有些也以妻妾，給予他們可以殺也可以吃的戰時俘虜。在古時的秘魯人及愛西屋皮亞人中，結婚後的第一夜，新娘屬於一切親戚朋友，即在今日，印度有許多土人部落及緬甸喀什米爾 (Cashmir) 馬達加斯加 (Madagascar) 南部及新西蘭 (New Zealand) 的土人，仍通行這種習俗。在印度有些地方，在古時的阿



比西尼亞、在巴西及秘魯的若干階級中，這「初夜權」由會長及祭司行使。在希臘那些與亞洲較有密切關係的原始民族，——例如哥林多，有一種特殊的女祭司團體，以強迫同伴犧牲其貞節為宗旨。有些社會，妓女很受人尊重，因為她們繼續一種為宗教所認可的舊習俗。詩文、哲學、及政治的不時討論，啓發了雅典的妓女的思想及鑑賞能力。她們的住居，成為有益的消閒處所。誰不知道，蘇格拉底曾與她們辯論？誰不知道，伯里克理斯常在阿斯培喜阿的寓處逗留在印度、阿比西尼亞及爪哇，她們享有好譽並受人尊敬。凡此種種事實，足以證明，斯賓塞所說古代婦女共有，並無法律含義，這話實屬不確。

#### 四二九 愛情是其後發展的

原始時代的兩性結合，一定無所謂情愛。牠們無非是肉慾的交合，以婦女的奴役為其基礎。如果我們考察近代野蠻人的結合而為論斷，我們可以說，原始時代的兩性結合，是臨時的，是不經儀式而完成的。拉布克從各游歷家收集關於這點的各種報告，並發表許多與我們的論題有很大關係的情事。霍屯督人及卡斐人，冷淡薄情，使考察他們習俗的人，確信他們的兩性結合沒有愛情。在

南美洲及北美洲有些印第安部落，沒有相當於「畏懼」的用語，世上有幾種語文其中沒有「戀愛」這個動詞。教士把聖經譯成這些語文時，不得不造辭以表示這意思。在俄塞治人及徹羅基人中，我們不能找出一個顯示愛情的詩詞或樂曲。非洲中部雅里加地方的土人，結婚時滿不在意，好像他們在賣買穀物那樣。住在印度浙地港區域山中的部落，把婚姻看作只是肉體的結合，看作食物可因此有人烹調的方法。澳洲的青年，以婦女服役能力的高下，而支付代價。他們待遇婦女，極度殘酷，不時以槍桿打她們，以槍尖刺她們。一般游歷者，曾見婦女的背上滿布着傷痕。在巴拉圭及阿比西尼亞有些地方，婚姻拘束很薄弱，夫妻祇須互相同意，即可分離。依照一般游歷家所述，他們沒有一些廉恥心。哈孫尼雅的阿刺伯人，有一種婚姻，其存續期間祇有三天；到第四天婦女即完全自由。錫蘭有以五天為存續期間的試驗婚，可於期滿時確認或取消。在印度南部的若干部落中，十五歲至二十歲的女子，與五六歲的男孩結婚。這些女子與翁同居，或與母舅或表兄弟同居。如果生有子女，以結婚的男孩為其法律上的父親，而這些男孩日後也與那些與別的男孩結婚的女子同居。而生有子女，這時他們自己的子女，已很長大了。野蠻人的結婚，差不多都沒有相當的儀節。印度人

中的巴達加斯人，住在尼爾岐利山中的刻倫巴斯部落，印度中部的開利亞人，加利福尼亞州的印第安人，美國的紅皮人，南美洲的阿薩瓦克人，澳洲及巴西的土人部落，阿比西尼亞的人民，非洲西部的土人，阿香提人，及霍屯督人，結婚時沒有證人，長官或牧師到場，到了舉行割禮及文身禮的時候，纔由他們參與。由此可見，孟德斯鳩謂自古至今結婚均行宗教儀式，這話是錯誤的。

#### 四三〇 亂交的演進與一夫一妻制

共有制度，大概漸為母系的親屬關係所限制；於是家庭成立，最初以母為中心，至於父則大都仍非所知。家庭經由母而開始組織。只有母的姓氏世代相傳，夫僅居次要的地位。按母系制度，雖仍偏於一方，但從倫理及法律的觀點上看來，畢竟較優於通括的親屬關係，存於個人與社會之間，不以家庭為一獨特的團體。培科芬把共有制度進至母系制度這個過程，看作婦女的反抗她們感覺她們所處地位的可恥，終於獲得了優越的勢力。他把第二時代稱為實體的時代，把第三時代即以父為生身者而以母為保育者的父權時代，稱為精神的時代。我們覺得，培科芬把第二時代稱為實體的時代，是很對的，因為在這時代，家庭建立於自然的基礎之上，但他說第一時代改變為第二時

代的原因，是婦女的反抗，我們相信這話是錯的，因為我們不能相信，在那些野蠻的時候，婦女的廉恥心及團結力，非常發達，竟能決意反抗，而克服比較強有力的男子。流傳很廣的安馬孫人的稗史，大概由於婦女熟諳政事這奇特的引人心目的情事而構成的。蓬歧在他的古代史講義 (*Lezioni di Storia Antica*) 中，曾謂女權家庭與男權家庭這二種不同的制度，係由前者改變為後者。一般人相信，女權時代，在男權時代之先，婦女為家庭的主腦時，並為邦國的主腦。

#### 四三一 散得維齒島上的實例

由共有制度進至母權制度，這個過程，有散得維齒羣島上的土人，為其顯著的例證。這些島上的共有制度，現在範圍日益狹小，兄弟姊妹的結合，已很少見。在一方面，兄弟開始以他家的若干婦女，為他們合有的妻；在另一方面，姊妹與他家的幾個男子，締結較易解散的婚姻關係。前一世紀中曾發生一大變更，因為以婦女的親屬關係為基礎的家庭，在其時形成。以婦女為中心的親屬系統，現仍見於下列各地及人民：澳洲、拉德倫羣島、非支、東加、及太平洋羣島的其他地方；卡羅來恩羣島，住在緬甸與暹羅交界地方的人，錫蘭的若干部落，馬爾代夫人，馬拉巴沿海地帶，印度的若干原始

民族，北美洲的大多數印第安人，南美洲的阿拉瓦克人，塞內加爾，婁安勾剛果，厄累羅人，卡斐人幾  
內亞沿海地帶，及圖阿楞人。

#### 四三二 古時母權制度的實例

古時的意卑里亞人，小亞西亞的原始民族，及呂西亞人（據希羅多德所述），羅克洛斯的居  
民，（據波利比阿所述），及伊特拉斯康人，（他們留下的墓碑，刊着母的名字而無父的名字）實  
行同一的制度。伊特拉斯康人的墓碑，有用二種語文的，鐫刊死者的名字及他或她的母的名字，其  
例如下：「L. Caius Canlia natus; Thania Sudernia nata」在其他的墓碑上，則只有母的名  
字，而無死者的名字，例如「Perrica natus」還有幾種墓碑，另加拉丁譯文，也沒有父的名字。這拉  
丁譯文的添加據科爾孫所說，是由於羅馬的習俗，或是出於匠工個人的知識。在那不勒斯的博物  
院中，有一塊用兩種語文的伊特拉斯康人的墓碑，是屬於最後一種的，上面刊着「VI Alfini  
Nuvi Cainal」字樣。這些字樣，科爾孫譯為「Velvus Albinus Novius Caina (母) Nutus」  
Cainal 這字，是專屬於女性的名字，在其他十二塊墓碑上也有這字。這墓碑的拉丁譯文，如下：

[C. Alfius A. F. Cainnia natus] 把這些譯文寫完全，則爲 [Caius Alfius Auli Filius Cainnia Natus] 希羅多德曾謂，埃及的婦女，參與公共生活，經營商業並處理工業，男子則留在家中，從事紡織。代俄多拉斯並謂，蕃殖女神埃及的各種利益之一，是埃及的女王，較男王更有權力，更受尊敬，依照婚姻契約的條款，平民是他們妻的財產的一部分。埃及有許多墓碑，只有死者的母的名字，而沒有父的名字，凡有父的名字的，必同有母的名字。按埃及是代表永生的萬物的創始的，看作偉大的賜予生命的神的，至於主神奧賽烈司雖屬生育的原素，卻只是暫時而不免於死亡的。這埃及的重要性，使古代埃及及國王的妻，享有極大的權力，依照希羅多德所述，這重要性並使子女負有扶養他們老年父母的法定義務。在昂哥拉各地，在提曼尼亞人庫倫可斯人蘇利馬斯人埃及南部的巴最人善哥斯人及伯尼阿美爾人中，也有這種兩性的關係。現今在非河的大多數部落中，酋長的妻，仍有極大的權力，酋長旁邊，仍有一個婦女，享有 [makonda] 的榮位，這榮位通常屬於酋長的妻。依照發祿在聖奧古斯丁所保存的記述中所說，在古代的雅典，子女採用母的姓名。在伊士奇的俄羅斯提斯中，留有古代以母爲中心的祖屬關係的形跡，因爲代表舊法的埃林尼伊斯，要

求懲罰那殺死自己母親的俄累斯提斯，宣述克利泰姆內斯特拉不能再爲其子的親屬擁護新法的阿坡羅，爲俄累斯提斯懇求寬恕，主張母非其子的創造者，而爲放在她懷中的種子的培養者。但埃林尼伊斯打斷其論辯，並謂這年青神意圖破壞舊法，也就是意圖破壞舊神。

#### 四三三 母系制度下的繼承

前面我們曾經說過，在實行女系制度的那些地方，一個男子的繼承人，不是他自己的子，而是他的姊妹的子。依照希羅多德及斯特累苦二人的記述，愛西屋皮亞人的繼承法，就是這樣的。摩訶婆羅多詩講述發蘇基王需要一個繼承人及衛護人。這國王自己不想娶妻，卻替他的姊妹，找尋丈夫，這丈夫經衆神選拔，與新娘只同宿一夜，經過相當時期，阿斯提加這位英雄就呱呱墮地，做了國王的繼承人。這摩訶婆羅多詩所述的傳奇，表示印度曾實行同樣的繼承法，與今日土人中所實行的相同。這種繼承法，在下列各地及人民中，現仍實行：努比亞、蘇丹、尼格利喜阿、新幾內亞沿海地帶、非洲東部沿湖及沿河地帶、三俾西沿岸、巴蘇托人、圖阿楞人、厄累羅人、馬達加斯加、普哥斯人、盧那特、拉的巴塔克人、太平洋上的若干島嶼、特林基斯人、從前俄屬美洲的開奈人、墨西哥、秘魯、北美洲的

印第安部落、及馬拉巴。在非洲，子只能繼承父的武器。在馬達加斯加、及圖阿楞人、厄累羅人、及紅皮人中，在女系的親屬制度之下，姊妹的子繼承其舅父的政治的職位，有時並繼承其祭司的義務。凡實行女系制度的地方，復仇的義務，也依照這女系而規定，非由被殺者的子擔任，而由他的甥擔任。

#### 四三四 族內婚與族外婚

如果人類係由共有制度而進至女系親屬的時代，我們可以推定，最初的親屬團體，是在婦女世代相傳的制度下組成的。依照馬克楞南的見解，在極古的時候，族外婚是部落的組織原則，即禁止屬於同一圖騰的男女通婚，族外婚必係由於掠奪婚而來，這掠奪的行爲，起初是實在的，其後成爲形式。馬克楞南發覺下列各地實行族外婚：中國、西伯利亞、韃靼、印度、塞加西亞、南美洲、北美洲、奧洲、太平洋上的島嶼、克勒特人、及蘇格蘭。原始人民的法律，輕視婦女，他們常把初生的女孩殺死，把女孩看作衰弱的原因，日後有引誘鄰族進攻的可能。我們覺得，這說法足以闡釋幾種事實，爲從前的人所未能明瞭的。族外婚使民族的特性，未經移民或戰爭，而有急速的改變，因爲母是敵族的人。牠使我們瞭解，何以紅皮人等有一種習俗，把婦女的兄弟的子，稱作婦女的子，把姊妹的子稱作姪。



中國人現仍把小孩稱作他們舅舅的孩子，把甥稱作他們姑母の後裔。凡是實行族外婚的，亂交必受限制，這樣也就發生一大進步，因為兄妹姊弟間不復能通婚；但亂交並不像一般人所爭辯的那樣，因而絕跡。我們亟欲明悉的，是這些兄妹姊弟的通婚，實在何時歸於消滅。我們以為亂倫這個觀念的發生，是造成族外婚的必要的當然效果，這觀念現出的形象很奇特。在錫蘭，女兒達於春情發動的年齡後，父不准對她注視，母對她的子，也受同樣的禁止。在亞洲古蒙人、非洲巴蘇托人中，媳婦看見她的翁，必須藏匿。在阿拉瓦古人中，女婿不准注視他的岳母。在卡斐人及紅皮人中，岳母不能稱呼女婿的名字。在斐支島上，兄弟姊妹、堂表兄弟姊妹、父母及女婿媳婦等，不能在一塊講話，也不能在一塊進食。澳洲印度、婆羅洲及非洲西部，有類似的習俗。拉布克相信掠奪婚與共有制度可並存，而且事實上確有並存的。但掠奪婚大概是個別婚的開始。從別的部落劫來的婦女，根據戰勝權，成爲掠奪者獨有的財產。拉布克依據這點，論斷族外婚爲掠奪的結果，馬克楞南則認族外婚爲掠奪的原因。關於族外婚的動機，拉布克不以馬克楞南的見解爲然，因為殺死嬰孩的習俗，不限於女孩，在澳洲等地方，男孩也被殺死。而且，有些部落實行掠奪婚，同時卻又實行族內婚；例如，貝督英

人，承認依掠奪方法結婚的權利，同時又能支付若干賠款，而與堂表姊妹結婚。基拉德他隆不信女孩的殺死，是族外婚的原因，因為殺死嬰孩的習俗，在各部落間，一定是相互的而使族外婚及掠奪婚成爲不可能。斯賓塞謂殺死的女孩的人數，與青年男子在時常發生的戰爭中死亡的人數，一定均等。他們以爲馬克楞南所主張的學說的結果一夫多妻制，不一定伴隨族外婚而發生。斯賓塞欲以戰利品的說法，闡明族外婚的根據，因為婦女是可從敵人取得的主要物件的一種，而且這也是武士的目的。因爲武士是社會上最重要的人，所以與外族婦女結婚，成爲普遍的習慣，並得到一種宗教的認許。和平的部落，行族內婚，好戰及戰勝的部落，則行族外婚；但我們必須向斯賓塞質問，何以新西蘭的好戰的部落，實行族內婚？不過，無論我們的看法怎樣，在我們論述的那個時代，實有用掠奪的方法從別的部落獲得婦女的必要，要是沒有這必要，那時的男子，就不會冒極大的生命危險，從敵人那裏覓取他們的妻了。在澳洲新西蘭太平洋上的若干島嶼及南美洲等地，這種掠奪行爲，最初是殘酷的兇暴的。澳洲的土人，當他們發見一個沒有人保護的婦女的時候，把她打暈，抓住她的頭髮，曳入附近的樹林，等她蘇醒。在錫德尼四周的鄉野，在巴力及其他地方，也有這種情形。後

來，掠奪行爲，成爲一種形式；印度、亞洲內地、馬拉西亞人、非洲及古代的希臘人及羅馬人，實行這種掠奪婚的形式。

#### 四三五 母系制度是實體的 父系制度是精神的

以婦女爲中心的親屬關係，係基於實體的確定而發生的，應認爲自然法的制度。反之，以男子爲中心的親屬關係，應認爲人爲法的產物，因爲牠須有血統關係的自由承認，須有與一種抽象的推定相關聯的思考行爲，纔能發生。一個小孩，只能爲一個婦女的小孩，卻能爲幾個男子中任何一人的小孩。如果以男子爲中心的親屬關係，需要思考行爲及抽象推定，則其發生的時期，自屬較後。父子關係的情操，就其起源而論，沒有也決不能有真正倫理的性質。父子關係，最初是主奴關係，後在近代的野蠻人中，例如住在幾內亞沿海地帶的人中，成爲獲取財產的方法。常有父由己把他的子，作爲奴隸出賣，而子於長成後也把父捉住，很高興的把他出賣。在非洲南部的若干地方，把子女看作牲畜，拋給野獸當食糧，土人爲防禦獅子侵襲，設置陷阱，而以嬰孩爲餌。

#### 四三六 一妻多夫制的盛行

環繞於一人四圍的團體，不一定是對人的；弟兄多人合娶一婦的一妻多夫制，就是明證。又一妻多夫制，並不是貧窮的結果，因為這制度行於富有的部落，或部落中富有的人。這制度的範圍雖非普遍，但就其遺跡推斷，牠是極廣大的。例如，摩訶婆羅多詩記述的英雄，班大發五位弟兄，合娶美麗的德勞巴提為妻。依照愷撒所述，布累同人實行一妻多夫制。這一妻多夫制，現今仍見於下列各地：亞洲、西藏、布卡維亞、喜馬拉雅山、喀什米爾、馬拉巴沿海地帶、錫蘭及新西蘭。在西藏的居民中，子女及財物屬於家長，依長子繼承權而世代相傳。在托達斯人中，最先出生的子，有長子權，其次出生的子，屬於次房。實行一妻多夫制，種族中的人，要是沒有弟兄，須與別家的人聯合，要是他不願這樣，他就終身孤獨。

#### 四三七 父權是所有權的產物

父權在歷史上是婚姻關係個別化後出現的。父權的淵源是所有權，這有種種事實可資證明。古代阿利安語言，是這些證明中的一種。父在梵語上稱作「pater」，就是所有人的意思，或稱作「ganitor」，就是創造者的意思。在吠陀經上，這二字聯合成爲「Pitaganita」，這二字的聯合，以

及後來二字涵義的混淆，足證所有權在男系家庭的發展方面的影響。在這裏，吾們必須注意，男子成爲婦女主人的原由有二，一爲戰勝權，一爲賣買。在好戰的部落中，從別的部落劫來的婦女，如同任何其他戰利品一樣，由掠奪者基於其掠奪行爲，而取爲己有。關於這點，我們必須注意拉布克所說的話，他以爲個別的婚姻與妻的共有並存，是可能的事。在其他部落中，男系家庭，係由於賣買而構成，因爲婦女是當作家產的一部分的，而且是作爲可以繼承的財產的一部分的。家庭只把使用權出賣，而不把婦女本身出賣。故夫須留居在妻家的小屋及村落中。在蘇門答臘地方，如果婚姻係依照稱爲 *ambel-panak* 的儀式（現已不適用）而舉行，夫及其後裔，成爲妻家的財產。印度的科赫人、錫蘭及古代的中國，也有類似的習俗。在原始時代，貧窮是極普遍的，得妻的困難自屬很多。得妻的代價，往往是暫在岳家奴役，例如雅各曾在拉班家中度日，今日亞洲、非洲及南美洲、北美洲，仍有這種情事。在美洲、印第安人的若干部落中，夫必須遷住岳家，但如果他就狩獵所得進獻禮物，至生一女兒時爲止，他也可有自己的家。這小孩成爲舅家的財產，補足其母的代價。在馬科羅羅人，南方的慶奔多人，黃金海岸上的若干種族，泰蒙地方，及印度的林堡人，子女不包括在母的代價之

內，父欲保有子女，必須另行購買。在幾內亞沿海各地，及非洲的幾個部落中，法律不准父取得其子的生命自由，全視舅父的意思而定。我們很易看到，從母的購買包括子女在內的時候起，男系家庭就成立了。依照慶奔多人，腓拉塔斯人，及方提國的制度，男子要保有他自己的妻及子女的惟一方法，是與奴隸結合。在這種結合之下，他對於妻及子女纔有真正的權力，他的身份，非由正式的妻所生的子繼承，而由奴隸所生的子繼承，如果奴隸無子，則由收養的子繼承。主奴的結合，在非洲的幾種人民中，是婚姻狀態重大變更的一種徵象。男子想支配人而不願受人支配，這種結合的趨向很顯著。原來這些種族中的婦女，是她們丈夫及子女的主人。子女用她們的姓名。她們支配丈夫的一切行動。這些不幸的丈夫，沒有方法可反對他們的妻的行爲，他們的妻爲所欲爲，行使絕對的權力。

#### 四三八 父的認知

抽象的觀念，不能存在於原始時代，因爲理智與感覺起初不很分離，而且注意於個別的事物。故父的觀念最初發生的時候，「父即爲結婚的人」這個一般的推定，並不立即適用。那時所採用

的方法，是一種爲未開化的及不能言語的時代所特有的表象。父必須假定裝生產的痛苦模樣，這樣他算是另一母親。斯特累善曾謂這是意卑里亞人的習慣；阿波羅尼阿斯曾謂住在黑海四周的野蠻人，也有這種習慣；代俄多拉斯及波盧塔克曾指出這種習慣，行於科西嘉及居伯羅島上的居民；馬科羅羅曾在亞洲東部見到這種習慣；即在今日，這種習慣，尙存留於南美洲及非洲西岸。在內亞及其他幾處地方，有一種合血的儀式，用以確定血親關係，及認知父子關係。這儀式舉行時，把二人皮肉割破一些，從一人血管中流出幾滴血，輸入另一人血管中，二人再喝一二滴血。這合血儀式，在馬達加斯加稱爲「Fatti draha」。

#### 四三九 父權家庭的各種形態

父權家庭形成的形態，不一其類；在閃族人中，形成希伯來家庭；在阿利安人中，形成聯合的印度家庭；她形成希臘人的家族，羅馬人的氏族家庭，克勒特的家族，條頓及斯拉夫人的宗屬。美國在他的古代制度史講話中，關於愛爾蘭家族的構成，曾作明確的闡述；在他的論古代的法律及習慣中，他利用善歧斯克的重要發見，對於歐洲東部古時的家社，加以概要的說明。愛爾蘭家族，分爲四

級，即 *geilfine*，*deirbhfine*，*irafine* 及 *indfine*，其中 *geilfine* 一級的人，是年齡最小的，共有五人；其他三級，共有十二人，各有四人。當 *geilfine* 級中出生小孩時，其中年齡最大的一人升入 *deirfine* 級。其他各級，也是這樣。但 *indfine* 級中年齡最高的一人，則退出組織，因為使與家族外離是不禁的。*geilfine* 一字的涵義，與拉丁的「*manus*」*[familia]*」相同；*deirbhfine* 一字，是指真正的家庭；*irafine* 一字，是指其後的家庭；*indfine* 一字，是指最後的家庭。這種家庭，似以「父權」為其構成的原則，因為 *geilfine* 級中，包括父一人，及在其直接權力下的子女或養子女四人，其他三級，則包括那些解放的後裔，距離真正的家庭愈遠，其權威即愈低。這種愛爾蘭家庭與羅馬的家庭，同以父權為基礎，但有許多重要的異點；例如，解放的制度，在愛爾蘭家庭是有一定系統的，而在羅馬則完全任意決定。在英格蘭有類似的習俗，與父同居而為繼承人的子，是幼子而非長子。幼子永不解放。他子解放後即與家庭分離，但幼子永續為家庭一員，終身依父生活。斯拉夫人的宗族，是多數有血統關係的家庭所組成的團體，牠們是同一祖先的後嗣。這些本質上為父權的家庭，由年齡最高者主持；親誼是依「大血統關係」，而不是依「小血統關係」的，即親屬關係，是男系而



非女系的。按親屬以男系爲準，實爲男子遞傳制度的鐵證。從一方面看來，這種宗族是自由主義的。因爲每一族人都有由團體供給衣食住的權利；他在年長者主持及指揮下舉行的大會中也有發言權。但從另一方面看來，牠又似專制主義的，因爲一切都操在族長手中。這族長或爲已去世的領袖的長子，或爲他的弟兄，有時也可由具有特殊才能的婦女充任。族長的選立，一部分依據親屬關係，一部分依據生活需要。聯合的印度家庭，及克勒特人的家族，也有這種選立辦法。屬於團體的一切農事及其他事業的資產，不得處分，如同羅馬的「要式移轉物」，構成拉丁人農地組織的基礎。「特有財產」最初是公共牧地上的幾頭牲畜，成爲團體分解的動力，牠在印度人及羅馬人中有相同的影響。女兒有結婚及取得嫁奩的權利。她們享有某程度的擇夫的自由，並可把她們所能取得的牲口或動產，携往她們所歸的家庭，這些牲口或動產，有時基於繼承的特別規則，而歸屬女性的繼承人。限制結婚的條件極多，而且不一其類，均由於親屬關係而發生的。子女有收養的辦法，此外還有種種奇特的習俗上及精神上的親屬關係。在古代，凡無血親關係以爲連繫的人，不是敵人就是奴隸，這種偏見是極有勢力的。

## 四四〇 家庭的演進

從以上所述，我們可得二個概念；其中比較直接的一個概念，是由於父權團體，發生家父為家庭利益而管理財產的制度。斯賓塞的見解，是很正當的，他說，這種制度的存在，實與古代父有「生殺權」這個事實，不能相容。我們不能想像，自私自利，沒有一些公道心或責任心的野蠻人，竟會為其家庭的利益，而管理財物。而且，在父權團體中，如果有許多家畜，我們就不能不承認這種團體不是原始的，因為野獸必須經過相當時期，纔能成為家畜。另一概念，涉及古時財產制度的演進，及對於財產及他人的家庭權利。最初，婦女及財物均屬共有。親屬關係，是個人與其團體間的關係，一切財產權均歸團體所有。其後，共有範圍，漸受限制，先有女系家庭，嗣有男系家庭，財產不復屬於社會全體，而歸諸家庭。這時纔有真正的「家的所有」。其後，個人從父權及家庭下解放出來，取得了如同今日見諸美國家庭中的寬大的自由。在美國，十五六歲的男孩，選擇他們的事業，並實行他們的志願，都很自由；女孩獨自出外，獨自旅行，並自由選擇她們的配偶。個人自由，打破信託關係、家庭產業，及其他許多為保存家庭而定立的限制；並宣告其財產權的絕對性。家庭聯繫的寬弛，是與個人

財產的演進相並而行的。

#### 四四一 傾向個別的進化

所謂進化，就是日益增甚的個別化，就是各部分間的日益密切。按親屬關係，本質上是進化的產物，因為牠最初是通括的，其後漸漸特殊化，而形成古代所沒有的類別；牠日益趨向於意識的密切的關係，從單純的不聯絡的情狀，進於複雜的聯絡的情狀。原始時代親屬關係的內涵，是完全表面的。家庭制度發生後，親屬關係的範圍縮小，而類別則增多。牠成爲真正的合體。時代愈進，牠就愈複雜愈密切。牠有質的演進，因為從倫理的觀點上看來，混雜的生活，實較母權家庭低劣，而母權家庭又較父權家庭低劣，歸根結底說來，父權家庭的基礎，是父母兩俱確定。各種親屬制度，在適者生存的競爭中新陳代謝。牠們在歷史上一起一落，始終是劣者淘汰，優者得勢。混雜生活以及母權家庭，不很利於社會的維持並發展，因為牠們缺乏堅強的家庭統一，統御的力量，及祖先的尊崇。子女完全交給母親照顧，而母是柔弱，不能有力地保護他們的。當父年老時，他不能得到子女或妻的扶助。一妻多夫制，雖有遏止人口過度增加的優點，但牠不能持久，因為牠削弱生育能力，並缺乏聯絡力。

量，而父與父間不相隸屬，使子女不能得到良好的教育，致社會蒙其損害。一夫多妻制，（在有些國家，牠是擁有多妻以爲榮譽的結果，在有些國家，牠是轄有許多奴隸的利益的結果，）較優於一妻多夫制。在一夫多妻制下，父也子女的聯繫，較爲堅強，牠構成歷代男性祖先的系統，由於同一家庭中權力世代相傳，適宜於祖先崇拜，及政治穩定的發達。一夫多妻制，基於父母兩方的照料，減少子女的天殤，很迅速的補充了死於戰爭的人數。牠的大害是婦女與子女間繼續不斷的衝突。在需要部落分布於廣大區域的地方，一夫一妻是必要的制度。一夫一妻制，以財產的觀念，兩性人數的均等，及對於這制度的利益的經驗，爲其基礎。這制度充分確定父子女及其他親屬的關係。牠產生和平及聯絡。牠完成扶養權義，改進教育方法，除了那些男子比女子少得多的地方之外，牠又比一夫多妻制更能繁殖人口。斯賓塞曾說明一夫多妻制與黷武社會的關係，及一夫一妻制與工業社會的關係。黷武社會，以戰爭爲慣常，掠奪的事不時發生，男子死於戰場，以致婦女人數過多，擁有多妻劫自敵人，可享勇武盛名，戰士的暴虐的品性，爲當時崇尚；至在工業社會，則自由主義及同意合作，占優越勢力。當黷武主義衰落，工業主義發展時，兩性人數，趨近均等，一夫一妻成爲普遍的定則。

父的專制權力，歸於消滅，子女的生命，成爲神聖，而向自由進展。

#### 四四二 親屬關係的愛情的根源

不論那一種方式的親屬關係，都有其根源於愛情。愛情也是受進化律的支配的。牠也有牠的各個時代、進步及歷史。最初牠包括許多個人，並不深切。在那時，牠是模糊的，表面的，但牠漸漸有力，並迅速前進。當牠有力而範圍限定之後，牠就因特殊化而愈形具體愈形真實。牠傾向於個別化，終於個別化，而不耐混羣。牠對於愛的標的，包括新的觀點。牠一天比一天豐富。人類愈進展，牠的類別也就愈多。一夫一妻是愛情的充分個別化。牠是人類愛情的最後選定的制度。在一夫多妻制中，一個男子並不完全委身於一個女子，在一妻多夫制中，一個女子並不完全委身於一個男子，在這二種制度中表現的愛情，並不臻於完全自我實現的地步。自由戀愛，及不以有多數對象而背於忠實的愛戀，是原始時代的事實。那末，家庭現在是否已達到牠的特殊化的極限呢？有些人以爲這是可能的，他們以家庭與社會的對立爲其論證。他們說，經驗告訴吾們，人類的社會性最發達最活動時，家庭總是比較不強固不持久的結合，反之，家庭的情操，包括家庭構成份子的一切活動時，社會爲

其所害，而陷於衰弱。他們又謂，以家庭爲社會根源的說法是不對的，因爲性愛的本身是自私的獨占的，而且有些動物的結合，毫無家庭的意義，並不以生育爲其結合的目的。政治社會，決不是家庭演進而成的，因爲一以理智維繫，一則不然，一以按功過定賞罰爲基礎，一以援助無力自活的弱者爲基礎。我們覺得，在親屬制度方面日益增甚的個別化及密切化，決不能釀成家庭的傾覆。這些因素，只是表示親屬關係，將漸漸集中於自然的限度之內，倫理機體的各部分，將有更大的自由。親屬範圍的縮小，家庭聯繫的增強，及個人從家長專制權力下解放出來，都不是家庭核心毀滅的徵象。雖範圍愈益狹小，關係愈益密切，但家庭核心，將永續存在。牠將有更高的特質，因爲牠將建立於一夫一妻的婚姻制度之上。牠將充分承認各份子的自由，但牠將永遠安穩，永遠健全。如果這種自由越出限度，牠將爲權力的原則所調節，而使家庭核心得免於破壞。特徵日趨顯著，符合理性法則的倫理機體，不但不會消滅，且能耐久，依自然及理性的指示而得有更高的調和。人類的社會與家庭，絕不是對立的，因爲古代社會的組織，係基於廣泛意義的親屬關係，即不僅基於自然的血統的親屬關係，且基於人爲的擬制的親屬關係。原始政治社會的構成份子，是以真實的或想像的血統關

係而結合的。住所或生活共同的事實，成爲邦國的基礎，只是最近的事。古時宗教的及好戰的團體，都有家庭的性質。古代的社會，都可看作擴大了的家庭。人類的社會情操，是由家庭中心而發生的，但在另一方面，我們不能否認，家庭可隨時代的進展，成爲獨特的團體，基於特殊的原因而有其自己的發展。

#### 四四三 社會與家庭是各別的

社會與家庭，各有其使命，卻不是互相排斥的；反之，牠們是互相補充的。社會是政治利益的團體，構成政治的集合；家庭是以家人相愛相親爲基礎的團體。前者較大較高，後者較小較低，並在各方面包容於前者之內。有家庭而無政治社會或國家，家庭將成一不完全不成熟的核心；如無家庭，國家也無由成立，因爲牠是發源於家庭的。人類團體的思想，是多方面發展的，以情愛是否接近利益，或利益是否符合理性爲準，情愛、利益及理性，構成人類集合的三大基礎，並確定其集合的方式。如果僅有規律家庭的原則，社會的組織，將很不健全，而陷於崩潰，因爲在不該扶助或扶助反而有害的情形之下，也將實行扶助，基於個人弱點而生的弊害，將由於情愛而變本加厲。如果僅有規律

社會的原則，即僅有按功過定賞罰的原則，則人類的一部分，非由其自己的過失而無力供給其需要者，將失殷勤的照料。社會將不能履行其使命，而完成其目的。我們以為，只要一天有個人，有關涉照料弱者及所有權的感情及觀念，家庭也將一天存在。家庭與社會，是彼此合作相互為用的二詞。牠們在人類中是相並前進的，因為家庭的完善，足以影響於政治社會及國家的道德的發達。同樣，良好的政治組織，也一定能予家庭的生命以重大的裨益。換句話說，家庭倫理的水準愈高，文明及政治的程度也必愈高；文明及國家愈趨近牠們真正的目的，家庭也必愈受其利。但社會與家庭，並不失其為各別的有時且相反的二個團體。實際上有時社會吸收家庭，有時家庭吸收社會。



## 第十八章 夫妻關係

### 四四四 家庭包括親子及夫妻二種關係

家庭是二種關係構成的，二者密切聯繫，其一由另一產生這二種關係，就是夫妻關係及親子關係。夫妻關係是婚姻法的對象，親子關係是親屬法的對象。依照亞理斯多德的見解，一切社會及倫理的組織，都是基於二方當事人的相互聯繫，共同感情及彼此親睦，而產生並維持的。而婚姻基礎的愛情，是天性所觸發，而與貪慾相伴的交誼。牠的意義，是使我們把他人看作自己幸福的原因，感覺把自己的生命擴張於他人的願望。在對話篇中，我們可以看到一個寓言，隱約表示這個觀念。這寓言講述古代陰陽兼具的人，一種強壯的男女二性的混合者，分而為二，並講述二性相會自願合而為一。蘇格拉底在這對話篇中，曾謂愛情可說是不免於死的人類，以子女的生育而求永生。為婚姻原因的愛情，不是生着翅膀的神怪，否則婚姻關係將一瞬即逝了；牠也不是美的心身產生美

的結果的衝動，爲柏拉圖所信的那樣，因爲這樣的話，生育子女的自然傾向，將完全消失，而且在同性的個人間，也可有愛情了。愛情實是情感的愛好，是一種深情切愛，不受理智拘束的欲望。這易逝的愛好，演爲持久的感情，演爲存續不變的意志，構成一種義務，而具有彼此忠實互相犧牲的性質。在這裏，如同在其他地方一樣，使感情的因素成爲必要，並使其純正的，是心靈。在另一點上，柏拉圖也沒有徹底瞭解愛情的性質，因爲他認許一夫多妻制，實則真正的有生氣的愛情，是不能容忍這種制度的感情。在另一方面，則亞理斯多德對於愛情有真知灼見，他把婚姻稱作獨占的持久的及神聖的結合，由於男女二方相反的性質，互相貫通而產生。羅馬法學家的心目中，都有這樣的觀念，他們把婚姻解爲「男女二人的結合，成爲終身伴侶，而爲神道及人事的溝通」。黑智爾的話，是很對的，他說，康德在他的婚姻的定義中，把婚姻解爲異性間僅爲交換並繼續保有性的愉快而成立的結合，這實是把婚姻看作無恥的關係了。

#### 四四五 婚姻是兩性的結合

關於這問題，羅斯米尼曾發表有力的意見。他說，人的心靈是惟一的；故在人的心靈中，發生一

種繼續的傾向，要使複雜化爲合一。事物由複雜而化爲合一，足使心靈愉快，這合一化是心靈所企求，而爲心靈所認爲美的同樣，感情因複雜而化爲合一，足使感情愉快，這合一化稱爲幸福主義的幸福。複雜中的美，成爲理想中的合一。洛斯基尼的美的觀念，源於來布尼茲的學說，也許不能使人滿意，因爲牠是形式的。但卽在意識及知識中，也有這種可見之於美的繁複的化爲同一。真與美的區別，存於美感中，存於把概念納入較易感覺的形式的想像中。洛斯基尼又謂，個人與其所有物的合一化，產生財產；個人與個人的合一化，產生社會，及夫妻關係。我們必須記得，婚姻不是物的結合，而是人的結合；牠是異性的二人間完滿的自然的結合。由此可見，夫妻二人的感情，應在各方面彼此感應，俾能互相補充。精神方面的因素，應與精神方面的因素感應，肉體方面的因素，應與肉體方面的因素感應，俾男女二人間，有心、靈、體三股結成的繩索，爲之聯繫。在「兩體合一」這句話中，「兩體」二字，是表示二方人格的個性，及其混和的不可能；至「合一」兩字，則表示生命的聯合。在這裏，我們必須注意，兩性的結合，是人生所必需的結合，雖在肉體的結合中，兩人的感情，似合而爲一，但牠畢竟不僅是肉體的結合。

## 四四六 兩性結合必須是精神的心靈的及肉體的

男女兩性的結合，必須精神的及心靈的聯繫，先於肉體的聯繫，纔成爲真正的結合，後者只是前者的補充。當一人與另一人連結時，他必須以構成人的一切因素，來作充分的連結。如果互相結合的人，不欲使理智屈服於欲望，任何結合，要使牠確定而穩固，須自人性的頂點開始，而後降及其他因素。爲了這個緣故，所以納妾行爲，認爲不法；法律不能承認這種行爲，因爲牠缺乏倫理的基礎。不道德的婚姻法，是建立於「強力即是權利」之上的；牠建立於男子強力之上，是凌辱婦女的法律。依上所述，可見婚姻有一主要的目的，即完全的人格之結合，及一次要的目的，即子女的生育。人格的結合，是主要的目的，因爲沒有人格的結合，就不能有婚姻；子女的生育，是次要的目的，因爲即使不能生育子女，婚姻仍可存在。在舊約時代，子女的生育，是主要的目的，不能生育子女的結合，必須解散；到了新約時代，人格的結合，成爲主要的目的了。

## 四四七 婚姻的條件

婚姻的條件，可根據這些婚姻的特質而推論。第一個條件，顯然是「男女結合」及「終身伴侶」

所必需的年齡。婚姻須有健全的身體及成熟的精神；法律應盡其所能，以制止春情早發的或愚蠢的婚姻。第二個條件，與第一個條件互相關聯；就是父母同意的必要，子女未達一定年齡，可推定其對於生活的事實及關係，未有充分的認識者，須經父母同意纔得締結婚姻。但爲防止父母專斷的禁止起見，子女得向法院請求核准。法律不能對於某階級中的人，例如勞工及無產階級中的人，加以歧視，而使他們的結婚，以取得國家的准許爲必要，這樣的法律，實侵犯了最神聖的個人權利，即侵犯了各人有絕對的抉擇自由，以尋求其自己的滿足的權利。信從古時異端的政治學說，爲求減少人口的過剩，而以這種同意爲必要的立法，激增了非婚生子女的人數。但服役於軍事的人，爲紀律及公務的一般利益計，以領得核准者爲其結婚的要件，在這裏，反對侵犯個人自由的主張，是不能適用的。

#### 四四八 親屬間婚姻

第三個條件，是血親關係。洛斯米尼曾經說過，人類的意見，是不容許直系親屬間的婚姻的，因爲在自然所指定的性愛進行的限度中，子女是性愛活動的結果，這種活動因子女的生育不滿足。

如果性愛在自然命令其應行終止活動的時候，開始其活動，那就不合自然了。再就旁系親屬說，如果假定人類的本能，是完善完美的，則人類的本能，自必不許有血親關係的二人，締結婚姻，至少也必在他們的共同祖先，與他們相去不遠，而還能追思的情形之下，不許他們締結婚姻。這是因為在共同祖先還能記憶的時候，這祖先好似在他的子孫身上延展他的生命，在一般人的心目中，子不啻是父的化身，在這意義上，妹與兄或姊與弟結婚，宛如與父結婚了。婚姻是二人的結合，就這婚姻的性質而論，表兄弟姊妹一方的姻親，即是他方的血親，故他們也不得結婚。

#### 四四九 收養關係與婚姻

在收養關係中，收養者有父母的情緒，負父母的義務；受收養者應把他自己看作子女。上面關係直系親屬所說的，對於這一種的法律關係也應適用。一般說來，禁止親屬間結婚的，內在理由，除了上面已經說過的那些（即理想上的婚姻，是二個相異的而非相同的因素的結合）以外，可概略的歸納為二：一是維持家庭的道德；一是避免親屬間結婚的危險，因為這種婚姻所生的子孫，往往孱弱、多病、易於癡呆、常成聾啞。豐富的經驗告訴我們，這些結合能讓成這類疾病的遺傳。不過，這

種禁止，不是絕對的，親屬關係疏遠的，或有強有力的家庭必要上的理由時，也可不在這禁止之列。旁系親屬間的婚姻，也是這樣，兄弟姊妹間的結婚，雖一概禁止，但有時容許同親等親屬間的結婚。關於這類情形，家庭中一切絕對的及相對的因素，均有注意的必要。

#### 四五〇 殺害的企圖

第四個條件，是關於殺害的企圖的，犯罪人欲與某人結婚，而殺害其人的配偶。這種企圖，構成婚姻的障礙，因為婚姻不能作為犯罪行為的報酬。第五個條件，是結婚的儀式，不遵守儀式者，須受婚姻無效的制裁。儀式的作用，是使婚姻臻於確實，並表示於公衆。

#### 四五一 婚姻的取消

婚姻的障礙，乃由於不遵守上述的那些條件而發生，這是容易明瞭的。這些障礙，取消婚姻的效力，或使婚姻根本無效，或使婚姻得以撤銷。使婚姻絕對無效的那些障礙，即任何有關係的人都得主張的那些障礙，例如婚姻當事人不具備年齡條件，又如當事人的一方重婚。使婚姻相對無效的那些障礙，即只限於某種人得主張的那些障礙，是未曾徵得同意及不能人道等情事。沒有性交

能力的人，不得結婚，因為欠缺了一項婚姻特有的標的。這種不能人道的欠缺，必須是顯明的，換句話說，牠必須是醫師所能察知而認定的；牠必須是不治的，而非一時的，必須在結婚前已發生，並在結婚時仍存在。有些障礙是暫時的，與婚姻本質上的條件無關。牠們使婚姻不能成爲完全合法，但仍容許其成立。法律禁止寡婦在夫死亡後十個月內重行結婚，這就是屬於這一類的障礙。上述各種障礙的理論，與婚姻所需條件的理論相同，牠們與現實法及法律哲學都有關係。

#### 四五二 婚約

特楞得楞堡，曾謂訂婚的習慣，是有其良好的根據的；因爲婚約的作用，不但是結婚的預備，更足使未婚夫妻，（他們因訂婚而開始更親密的生活，）發生真確的意志，而不復僅有游移不定的信心，而且訂婚之後，還能測驗他們有怎樣的結婚的望願，這種願望，不應爲浪漫的情感，也不應爲無情的考慮。然婚約一事雖爲社會所通行，在習慣上有其勢力，而得法律的認許，但婚約的違背，除了賠償因此所生的損害以外，在法律上不能再有任何其他的效果。如果婚約在法律上有更大的效力，得強迫當事人結婚，則婚約將破壞牠自己的作用了，原來婚約的作用，是要在訂婚日期與結



婚日期之間，留一相當期間，以便試驗未婚夫妻的性情職業，是否適於更密切的生活。

#### 四五五 婚姻與倫理宗教及法律

婚姻是一種倫理的宗教的及法律的制度。婚姻法是教會與政府爭執得很長久很強烈的問題。教會認聖禮是婚姻關係的要素，故力爭以教會法及教會法庭處理婚姻事件的權利。脫倫脫會議確定結婚在教會中三位一體的宣示；牠規定結婚當事人須履行一種義務，即在教士面前聲明他們的意旨，並接受教士的祝福。聖托馬斯之後，更承認了聖禮的儀式，根據結婚當事人的志願而舉行，但其莊嚴性，則由教士的祈禱而賦與。政府的行使婚姻法制定的權利，始於宗教改革的時候。民事婚姻在英國最先發現是依照克倫威爾的法律而舉行的。克倫威爾賦予保安官以權力，使他們參與婚禮的舉行，並管轄婚姻事件。這是密爾頓所擁護的法律，但這法律隨同其他共和制度，遭了廢止的命運。在信奉天主教的國家中，宗教法佔勢力，但由政府實施。在法蘭西及那不勒斯王國，有若干國王令，開始擁護政府對於婚姻的管轄權。在法蘭西，路易第十六的法律，准許基督新教徒採用民事婚姻。大革命時期，以一七九一年憲法的規定及一七九二年立法會議的決議，把婚姻與

任何其他契約，等量齊觀，並釐定了一種民事的方式，一切公民都受其適用。其後的法蘭西法典，在婚姻方面有一功績，因為一七九一年及一七九二年的法律剷除了婚姻的高尙的倫理的特質，這法典使這特質恢復過來。牠根據婚姻的倫理的特質，而承認婚姻的障礙；牠確認民事法院管轄婚姻事件的利權，及政府制定婚姻法律的權利；牠禁止宗教儀式舉行於民事結婚之前。這法典的規定，曾爲意大利所採取，但王政復活的結果，法律幾全部回復了舊觀。意大利法典，規定民事婚姻，但牠在宗教儀式之前舉行或在其後舉行，均所不禁。

#### 四五四 政府管轄婚姻

國家只是非教會的權力機關，而非異端的權力機關。牠對於有關宗教的事項，並無權力，故只能把婚姻看作一種特殊的民事契約，但仍承認完善的結合，是一種神聖的關係。國家對於有關宗教的事項，沒有權力，這並不是由於不瞭解宗教或教會，也不是由於不注意那些很重要很有力的高尙的人類利益。在國家中原也包含着並發展着宗教所依據的人性；但國家只站在法律的見地，而觀察人性，牠必須制止教士鼓動民衆從事擾亂，或使其發生宗教狂，但同時牠也不應鼓勵無神

論的發展。故國家不可損毀宗教儀式，但不妨另加一種法律上的義務，使民事儀式成爲必要條件。把婚姻看作一種民事契約，並非把婚姻貶於買賣、合夥、或通常契約的地位，而認爲同樣具備鉅大利益或交換價值的內容；牠的涵義，實在承認兩性間的完善的結合。看作民事契約的婚姻，在其意義及目的方面，具有特殊的性質，與其他一切契約根本不同。國家關於婚姻事件，不僅行使其保證的職能，且以倫理的權力機關，自然法的組織的資格，而干與婚姻，牠現實婚姻的概念，並參照人民已往的各種需要而確定婚姻的條件。所以，國家不能像特楞得楞堡希望的那樣，把婚姻事件交給教會處理，而同時卻不致放棄什麼權利，又民事婚姻這個制度，也不能像這位哲學家所說的那樣，看作重返於國家與教會爭持的時代。民事婚姻，絕對不是退步，而是合於自然法的婚姻，在自然法上國家是社會關係中有力的因素，牠並沒有逾越牠的權力範圍。基於同一理由，我們不可爲洛斯米尼引入迷途，他主張法律應遵從國家所認許的宗教方式，一如信仰自由那樣。要是國家真的這樣辦理，牠不會再有牠自己的婚姻方式，而須用種種不同的方法來管理婚姻事件了。爲了同樣的理由，任意的民事婚姻，也不可承認，而任聽人民對於宗教儀式或民事儀式，加以取捨；如果選擇前

者的儀式，其事必須登記於國家規定的簿冊。基於同一原理，宗教儀式舉行於民事婚禮之前者，其當事人及參與儀式的教士，須受懲罰。因為在這種行爲之中，不免有詐欺的成分。宗教儀式的結婚，就其本身而論，固非詐欺的行爲，但牠有成爲詐欺的行爲的可能，因為牠會釀成破壞國法的效果，釀成夫妻關係及子女權利的否認。這種否認，一面破壞社會的道德觀念，一面予雙方家庭以極大的損害。宗教儀式的結婚，完成了真正婚姻關係的一部門，牠不是一種納妾的行爲，只求滿足性慾，但牠並不進入神聖的或世俗的關係，也不負起對於社會的義務。加俾曾謂，依宗教儀式結婚的人，希望一種精神上的結合，而無夫妻或家庭的負擔，至於前途如何，則聽其自然；故有許多人不注意民事婚姻，因而釀成了社會道德的墮落。在這種情形之下，婚姻制度不僅爲雙方當事人所破壞，且爲違反國家法律而爲這種結合祝福的教士所破壞。雙方當事人是主要人物，故應受較重的懲罰。在這裏沒有訴諸政教分離學說的理由，因為這種行爲是損害國家的權利或特權的。教士們不妨反對民事婚姻，卻沒有理由，可以反對民事婚姻須在宗教儀式之前舉行的限制。在這裏也不能訴諸人民自由的原則，因為這限制並沒有違反這原則，牠並沒有把宗教儀式的結婚，貶爲納妾行爲。

這限制是要把男子的自私心及男子的力量易於利用的辦法排除，牠是合於二種儀式都需要的。那些人的顧慮心的，因為他們恐怕在宗教儀式舉行之後民事儀式舉行之前，也許有一方會死亡。在這種情形之下，他方會陷於狼狽的不確定的及有害的地位。但在生命危急時舉行的婚禮，似應認為這原則的例外，因為這種結婚使一個臨死的人的心安靜，故不應再以懲罰加諸結婚當事人或教士。如果臨死的那個人恢復健康，而結婚當事人不在一定期間之內舉行民事儀式，則他們仍應受懲罰。至於那位教士，其參與婚禮既無過咎，縱使結婚當事人不再舉行民事儀式，自亦不能處以懲罰。國家除制定這種限制之外，並應從事於制止寡婦權利的取消，不論這種取消的結果，係由於法律行為而造成，或由於遺囑而造成。死者希望其生存的配偶，保守夫妻信實的義務。如果生存的配偶，再與他人舉行宗教儀式的婚姻，這配偶就違反了這信實的義務了。但對於不合法律的儀式，法律不能加以制裁，因為死者是信賴這生存配偶的榮譽心的，在這裏我們必須採取契約法上的用語，即屬於個人判斷及評價的事項，法律是不能過問的。

#### 四五五 兩性的平等

夫妻間有種種關係，其中有許多是習慣上的事項，不受法律的拘束的。法律所承認的關係，只是牠能夠強行的關係，例如同居的義務，忠實的義務，及扶養的義務等。家庭當然要有一個首腦，以免不活動及無政府的弊病，這首腦應由法律依照理性而指定。我們無須討論，賦以支配家庭命運的權力的首腦，應由父母充當，還是應由子女充當，這種討論，是沒有什麼價值的。但是，這決定的權力，法律是否應賦予於為夫為父的人呢？關於妻的許多重要的事項，例如不動產的處分借款、及贈與等，是否須由夫與妻共同處理，夫參與於妻的事，是否合理呢？柏拉圖以為男女的性質是相同的，任務的差別是天賦的，但這思想未為一般政治理論的假定所完全承認。亞里斯多德則確切主張兩性間稟賦的差異。他以為在夫妻的結合中，男子比他的妻強壯，較適於獲取財產及保護財產的工作，妻則寧靜、謹慎，善理家務，思慮周密，遇有侵害，尤其是遇有外來的侵害時，需求幫助。如果柏拉圖的錯誤，在於着重兩性的相同，而未見到他們的差異，則亞里斯多德的錯誤，在於另一方面。色諾芬波羅塔克二人，保持了二者的均衡，他們在演講及辯論中，很切於實際的，發揮這均衡的見解。色諾芬曾謂，天意判定男女在社會中的自由，但女子傾向於治內，男子傾向於治外。波羅塔克一面雖

承認在開創能力方面，在文章道德方面，女子的擅長，可與男子的比美，一面則不願讚美女子，謂其與男子有任何相同，也不願讚美男子，謂其與女子有什麼類似。在羅馬人中，兩性性質的相同，及其權利的平等，是羅馬的學說及其制度的根據。西塞祿反對福考尼亞的法律，因為這法律剝奪了女子的大部分繼承權。辛尼加以為基於兩性平等的理由，忠實的義務，對於男子。應如其對於女子，有同樣的拘束力。可是羅馬人是反對女子參政的，他們要求女子為賢母良妻。基督教主張男女性質一致的原則，宣稱上帝使亞當為女子的始祖，並給予他們以同一的名稱，但同時牠仍承認男子有支配的權力。聖奧古斯丁，如同西塞祿一樣，稱福考尼亞的法律為不公正的法律，認夫的通姦如同妻的通姦，一樣是重大的罪惡。

#### 四五六 兩性的比較

有人這樣說過，說得很對，在身體方面，男子的優點是在他比較強壯，女子的優點是在她比較文雅。堅固的筋骨，強大的肺臟，豐足的腦髓，使男子始終是生活掙扎中的勝利者。女子的特質，是神經系易起興奮。關於心神方面，我們必須贊同培南開的見解，他以為男子的特點是思想有較大較

深的力量，自覺力較發達，反省力較持續，堅決連貫及鄭重等性質較顯著，心神機能較複雜。反之，女子的特點，是感情強而需要回憶及想像的思慮弱；對於同伴生活及外界的觀念，也佔優勢；她比較上不能自我分析，並欠缺理想的優點。關於重要的事物，她的直覺較為敏銳，但因突發反應，而釀成不幸。她富有適應、敏感、怯懦、溫順、及勇於犧牲的性質。又女子往往喜怒猝起；愛情較能持久而有考慮。男子的心智，能很輕易的把握一般的觀念，女子的心智，則須經極大的困難，纔能做到；男子富有創造能力，達於天才的頂點。女子能感覺真理，卻不能分析真理，牠把各種事物，個別觀察。在歷史方面，牠比較上注意於各個的人物，而不注意於一般的原因。在慈善事業方面，牠比較上傾向於和緩各個苦痛事件的調濟，而不傾向於預防人類苦痛的仁慈措施，在營業方面，男子較女子能冒險，獲利也較多，女子則較能積儲，較能管理。

#### 四五七 兩性的不平等

斯圖亞特穆勒是最以維護婦女解放學說著稱的近代作家，他不贊同孔德(Comte)及斯賓塞(Spencer)二人的見解，他主張兩性的調和，是性質相同，而僅僅器官相異的結果。他以爲機體



原始的及重要的差別，是可以改變的；男女間的差別，可以減少而祇有器官的不同。如果只有一種音調，即不能有真正和諧的聲響，因為效能的增大，有賴於多種多樣的因素。斯圖亞特穆勒相信兩性間心理上的差異，是教育所造成的。然而這樣說來，教育不復是人力助成的自然的啓發，而是反於自然的外來的灌輸了。我們不可誇大教育的力量，教育超過了自然的範圍，牠的力量就有限了。關於這點，赫胥黎曾謂，古代合於自然的薩利克法典永不會廢止，也永不會有變更。雖然他是一個最信奉達爾文學說的人，可是他說，他不敢斷定，生活掙扎中常使女子較弱於男子的那些體質上的障礙，會因採取別種教育制度，而能剷除。斯賓塞確認文化演進中，男子及女子的性格，有所改變，以適應較高的社會需要；尤其是在女子，某種精神上的性質，在野蠻時代為抵抗男子的強力的必要而養成者，已歸於消滅；但兩性的習慣及原始的活動，則並未消滅。此外，穆勒還有一點錯誤，他把家庭這團體，比諸營利的公司，其支配權係托付於較為幹練的人，而非由於法律的決定；其實家庭是參差不等的多數人所構成的團體，牠是一種倫理組織，不能與只以交易為目的的團體等量齊觀，其中有夫妻關係及親子關係，都與人生最密接的事實有關。

## 四五八 夫須有權

依上所述，可見夫權這個制度，並不抵觸理性，惟須排斥女子無能的假定，俾使夫權難於濫用。近代夫權制度的基礎，乃建立於家庭統一的觀念之上；女子的自由受有限制，不是因為她是女子，而是因為她是妻。雖然兩性在民事權利方面應屬平等，但在家庭中不可缺乏調和及保全的規律。要收家庭統一的效果，須予夫以優越的權力，這是因為他具有體力。應當充任家庭的領袖，並因為他具有比較廣大、深刻、及專注的心智。故家庭的一般統制，應屬於男子。女子賦有的心智，較能把握微細事務，故家務的照料，應屬於女子。這種照料的職務，應看作一種義務，不應看作一種負擔，牠是一塊廣大的園地，女子仁慈的性情，審美的能力，善於積蓄的美德，及對於家庭的虔誠，可在那裏構成一個優美的整體。夫應該保護他的妻，但這種保護，要是不能制止妻浪費財產，那就不能有什麼裨益了。法官的干涉，為保護妻的利益，是件必要的事，關於夫有特殊利害關係的事件，這種干涉尤屬必要，法官的權力，可抑制夫的不合理的異議。有人說過，如果藉口妻的解放而廢止這種干涉，則其結果將使妻成為鄙吝的或投機的夫的意志的奴隸。妻大都需求家庭的和平，即使犧牲她的金

錢，亦所不惜，故往往應允夫浪費她的金錢。在古代，夫權實際上是家主權的產物，是認定婦女卑下的思想的產物，也是日耳曼法律上自衛權的產物。在印度及羅馬，婦女不得享有親權，並須終身處於被監護的地位。在雅典的法律上，夫、父及祖父對於婦女行使的權力，具有保衛的性質，與日耳曼人的「mundium」很類似。在另一方面，羅馬人的夫權（manus）及親權（patria potestas）是 dominium 的二種方式。後來，特別是在安托奈那時代，夫權衰落，而兩性在法律上平等的趨向，則開始得勢。教會法牢記着女子係男子的肋骨所造成，不贊成羅馬的趨向。在另一方面，則未開化民族的法律上有 mundium 這種權力，初由婦女的親屬行使，繼由夫行使。在其後的轉變時期中，對於未婚的婦女，適用羅馬法的規定，並認這些婦女爲其自己財物的所有人，享有自由處置的權利，至於已婚的妻，則適用教會法及未開化民族的法律。夫權是這樣發生的，但在時代的變遷中，牠的意義常有改變，並採取羅馬人的人道觀念。克利斯庫羅在其所著的意大利法律上的婦女地位專論中，關於夫權的各種形態，有很明瞭的闡述。

#### 四五九 社會主義者的兩性平等說

倍伯兒曾著一書，書名婦女與社會主義，他的目的，顯在以婦女的利益及感情，為社會主義的學說，尋求強大的助力。他引用培科芬 (Bachofen) 摩爾根 (Morgan) 馬克楞南 (Mclennan) 的研究，及恩格爾 (Engels) 的著作，國家、私有財產、及家庭的起源，關於各時代各民族婦女的狀況，作一急促的檢討，企圖說明婦女的被壓迫，如同其他一切社會的壓迫一樣，是經濟不獨立及私有財產權的產物。這種經濟不獨立的地位，不見於原始時代，而實起於家長及父權制度的時代。婦女的奴役身份，肇始並發達於古代社會，繼續至中世紀，為贊成獨身及修道的基督教所推重，直到近代，纔在西方國家進步的文明之下，漸見改善。在近代社會中，婦女在不容解散的只准一夫的結婚之外，不得另有滿足性慾的方法。這也是私有財產權的一種顯見的方式。有產階級中人的婚姻，是一種營業及投資，是一種生財之道；無產階級中人的婚姻，是一種伴同着粗暴的貧窮的結合，因為財富積聚於少數人的手中，因為黷武主義，並因為兩性人數的不均衡，有很多婦女未能結婚，這是尤為惡劣的情形。惟有婦女在各方面，在她的各種機會上，與男子平等，她的利益，纔能受人尊重，並置於利於發展的地位。到那時候，兩性的差別，歸於消滅，婦女與男子站於同樣的地位，她可脫離

數千年來所處的從屬地位。法律只是在許多裁判中反映的社會狀況。夫權是以 *domus* 及 *manus* 爲根基的一種制度；婦女沒有參政權這個限制，是古時偏見的殘留物。正義要求兩性權利完全相同，因爲他們中間原沒有自然的差異。倍伯兒以爲，將來會有一個時候資本主義沒落，集產及平等制度，代之而興。於是婦女在社會上經濟上獨立，不再從屬於男子。婦女與男子同樣受教育，她能依其志趣而努力於其事業，她選擇其心愛的男子爲其配偶，或由男子選擇，她能接受也能拒絕，完全自由。婚姻成爲完全自由，無庸官吏的干與而成立，其存續期間，也只以促成婚姻的愛情消失而止。這樣，人性將回復如初，達到幸福的境地，這境地是牠始終企求，而在今日的社會組織中，牠未能且無從達到的。婚姻是罪惡，因爲牠的構成原理，是私有財產。

#### 四六〇 社會主義者兩性平等說的批評

倍伯兒與其他同時代的社會主義者，陷於同一的錯誤，以爲整個社會進化，係出於經濟因素這一個單一的原因，這錯誤我們已經在前面批評過了。如同其他社會主義者一樣，他不瞭解進化的原理，因爲他不知道事物日趨特殊化或個別化的作用，且把這種作用與人力的資本管理混淆。

他一看到了人類個體化的形態，他就申言資本的生產及財產的私有。私有財產制固然是個人主義的產物，但這主義的各種表現，並不都與財產有關。讓我們重申亞里斯多德的話，個人不僅表見於產權，並且表見於愛情。以父爲主的家庭，起源於以父爲所有人的權利，這是不容爭議的。但我們不能否認，這權利後來成爲一種倫理的權力，其性質與家主權完全不同；這權力屬於父及母，建立於教養他們子女的義務之上。一夫一妻這制度的根據，與財產私有的權利，絕無關係，因爲這制度實是男女絕對結合的戀愛及親密的深切要求。至於父權家庭，其本身雖與所有權有密切的關係，但究竟是親屬關係演進的結果；親屬關係最初爲通括的，其後以母的實體的確實性爲依歸，最後則更以父的精神的確實性爲根據。這些親屬關係的形態，含有經濟的原因，充分表明所有權演變的各時代，但牠們同時又顯示了人類愛情的形態。婦女在父權時代之前的狀況，是不會較優於其後的狀況的，因爲在獸慾及亂交的時代，婦女的命運必定全部份或大部份取決於部落的構成份子。在母權家庭的時代，亂交已被限制，但未消滅，婦女雖爲家庭的中心，表面上顯已自由，但仍不能免強者暴力的侵犯。培科芬所理想的婦女的革命及其後婦女在社會上佔有優勢等事，不能看作

歷史上的事實。婦女組織統治機關這樣的一種母權制度，在原始時代是不可能的，那時她們的廉恥心及自覺力，還沒有充分發達，而強力則爲一切優勢的根源。基督教是婦女自由的最大仇敵，這話也是不對的，因爲牠提倡婦女高貴的觀念。古時婦女的理想目標，是在生育子女，服侍男子，對於未達一定年齡的子女施以教育，處理廚役及女僕的事務，並留守家中。蓬歧在其婦女與其將來中，曾謂基督發見了婦女的精神，並明瞭了拯救婦女的愛情。婦女愛他，跟從他，觸他的衣服，祈求肉體及靈魂的完全。基督宥赦了一個婦人的罪孽，這婦女對他愛極了竟至涕淚滂沱。他拒絕懲罰一個罪人，詛罵那以婦女如玩物的惡徒；他要求婚姻爲靈肉的完全結合。他否認男子有棄絕其妻的權利。他很深切的愛他的母親。他的第一次的奇蹟，是在一次結婚宴會中表演。他喜歡小孩使親近上帝。他尊崇婦女，因爲他的父親的妻，亦卽他的母親，是一個處女。在這處女的妻及母的超自然的觀念之下，產生了基督婦女的理想。於是，婦女不再滿意於羅馬的讚詞：「她織布，她守家。」她的靈魂給基督教義激動了；她成爲基督教徒；她覺得基督爲她所作的事，較多於爲男子所作的事，因爲他把她從最卑辱的地位提攜起來，她覺得基督爲她所作的事，是她最幸福的夢想所不及的，是希臘

人或拉丁人的頭腦所想像不到的。

#### 四六一 社會主義者所敘事實的不確

倍伯兒關於婦女的實際狀況所作的敘述，有許多謬誤的色彩。與真實相去很遠。富有財產者間的結婚，大都完全以經濟的打算為依歸。無產者間的結合，差不多都有貧窮粗暴的特徵；這些話都是不確的。自私及淺見，是人類行為的準則，這固然確實無疑，但吾們不可忘記，同情及循理二種情操，也很活躍，她們隨着時代的進展而發達。兩性的關係，實際上還沒有達到她應該有的情狀。她離開完善的境地，仍然很遠，但我們不能說她很敗壞，也不能說牠顯明的並絕對的違背道德。假定社會允許在婚姻關係之外也得發洩性慾，難道婦女就會復歸於她們的正常狀態嗎？除了結婚以外，社會不予婦女以其他滿足性慾的方法，倍伯兒認為遺憾，一若社會能夠不背於男子的倫理特性而給予婦女以其他方法者然。近代的社會，容許婦女從事於某種生利的職業，這種從業的機會，特別是不結婚的那些婦女，能夠享受。有些國家，公私機關雇用婦女，為數較多，有些國家，則顧慮婦女的特性，設法節制她們的職業，以免破壞她們真正的目的，並取締她們與男子的競爭。今日婦女



已取得法律上平等的地位，大概不久她們能夠充任監護人、受托人、親屬會議會員，及仲裁人等。即在夫妻貞操義務方面，婦女在法律上的平等地位，也經熱烈爭取，不久當能獲得承認。妻的行爲能力受有限制，這制度並非通行於一切國家，並且爲人強烈反對。親權已爲母所享有，在婚姻解散之後，仍得由母保持。我們不能說，在文明國家中，婦女離開她們參政的日期，還很遙遠，因爲在這些國家中，除了關於政權的一切學理上問題之外，一般的意見並不絕對反對婦女的參政。她們享有公權；例如請願權、結社權等等。試問這種婦女所處的地位，我們可以稱作奴隸的地位嗎？這種地位，也許還沒有臻於完善，我們也許還要申論公認的法律上平等這原則的一切當然的效果，我們也許甚至還要承認其他的原則，但無論如何，我們確實不能再說什麼婦女處於奴隸地位了。倍伯兒主張絕對的平等，因爲他以一種錯誤的假定爲出發點，他認爲兩性的性質，是完全相同的，他只看見兩性間由於教育及環境而生的差異；在這裏，他甚至與達爾文主義者的見解都不相合。依照他的意思，婦女的將來，在復歸遠古及自由戀愛，只有暫時的及祕密的責任。按諸德意志社會主義者的觀念，愛情當毀滅牠的全部歷史，牠在這歷史中，總是日趨於個人主義及理想主義。其實愛情常力

求自由，但其自由與理性滲合，使愛情高尚並使其恆久不變。在這些時候，雙方同意這個要件，並非否認事物的本性。依照蓬歧的結論，婦女將來不復爲丈夫的女傭人或女管家，而爲他的真正的助手及伴侶。婦女將更有教化，更諳世故，但永不失其爲女性。她將聰明活潑、和愛可親、富有情感、敏於察覺、銳於認識、慈悲樂助、虔誠和善，如同她現在一樣，同時她更將活躍於工廠、辦事處、法院、及會議中，並擴展她的心靈的寶藏，與她現在的情形不同。

#### 四六二 婦女應享同等機會

斯賓塞在其最後的一書公道中，提出這樣一個問題：稟賦較高者的活動範圍，應否較大於稟賦較低者的活動範圍。體格高大者所佔的空間，既較多於體格孱弱者所佔的空間，則大者強者優者的活動，自應有較寬廣的界限，小者弱者劣者的活動，自應有較狹窄的界限。但緊接着他又急急申明，這比喻的說法，是不可直解的，因爲個人的自由這件事情，非那種簡單的立方形體所能表明。稟賦較高的人，自己享有保全身體、發展精力、及收穫成果的權利，並不企圖侵犯弱者的身體健全、自由發展、及產權所有。弱者可得享有的活動範圍，不能與強者享有的相等，這無異以一種不利的

人爲的限制，加於他的天賦的缺陷，同情心及憐憫心，遲早會使我們把這種限制剷除。同樣，個人的自由，也無從與他的能力相稱，因爲二者都是無法衡量的。把其他各種動因，撇開不論，實際的事由，迫使我們對於各人的自由，平等待遇，不問他們所能發展的程度怎樣。這觀念，斯賓塞變換其用語，應用於男女權利的關係。有些女子，具有很強的智力，爲許多男子所不及。如果自由的分量，應以能力爲標準（假定這是可能的話）則我們不能再着眼於什麼性的分別了。我們以女子的體力心力平均較低於男子爲出發點，但我們仍然不能克服困難，因爲我們無法確定二者平均量的比率，而我們的情感，迫使我們以較大的人爲的利益，彌補天賦的缺陷。即使我們毫不設法增進女子的利益，我們至少也應該不阻礙女子天賦能力的進展，這是正義所要求的。如果男子女子一律認爲同一社會的獨立份子，各自盡其所能以注意其需要，則依理即不應使女子在職業或其他事業方面，受到限制。女子必須與男女享受同樣的自由，享受她的學識能力的產物。女子在結婚前所享有的權利，在結婚後，凡與這婚姻關係不相抵觸的，例如身體福利的權利，取得財產的權利，信仰言論自由的權利等，按諸正義的要求，仍應由她保持。這些權利，除與婚姻契約衝突以外，不應受任何限

制。這種限制，因時因地而異，因為缺乏確定的參考材料，我們只能說個大概。因為情形分歧不一，關於夫妻二人相互的權利，我們很難作確切的說明。我們必須顧及許多無從預見的情事，即在二人意見不合的情形，也是這樣。但有一點確實無疑：權力應當偏重於男子一方，男子通常賦有較優的判斷力。不過，在這種問題中，理論只有有限力量，因為一切須看當事人的性質而定。從斯賓塞所說的話，我們可得二點結論：第一，他與吾們一樣，主張女子在法律上平等的原則；第二，他符合斯圖亞特穆勒的意見，夫妻權利的範圍，應以婚姻契約的性質為準，而不以法律為準。但穆勒所未承認的，以為斯賓塞所承認；夫妻意見不合時，依理論上我們應偏重於夫的意見。關於參政權，我們可以說，斯賓塞申明他反對以這種權利給予女子，因為男子負擔的義務，如服兵役等，她並不負擔。

#### 四六三 夫妻財產制

有四種制度，適用於夫妻的財產；其中二種可稱為絕對制，其餘二種可稱為相對制或折衷制。共同制是夫妻二人的財產，不論其在結婚前取得或在結婚後取得，一概合併，其產權為二人共有，但由夫管理之。哲學家如特楞得、楞堡及洛斯基米尼等，贊許這種制度，因為牠是增進完美結合的理

想的。其次是分別制（爲法學家所贊許，法學家是主張婦女個人自由的）牠的意義，就是夫妻二人的財物，完全各別，其財物在結婚前取得，抑在結婚後取得，均非所問。其餘的二種相對制，一是妝奩制，一是收益共同制；前者近似分別制，後者近似共同制。妝奩中的財物，由婦女於結婚後，撥充婚姻關係中某種費用的負擔。夫有管理及享用的權利，但產權爲妻所有。在收益共同制中，夫妻產權各別，財物的享用，則爲二人所共同，夫有管理權。爲防止這二種相對制中，夫行使管理權失當的流弊起見，法律定有改爲分別制的救濟方法。

#### 四六四 夫妻產權的歷史

在羅馬人中，締結婚姻有「夫權合約」者，妻所有的財產，全部移轉於夫，其「無夫權合約」者，妻保持其財產的自由處分權。這種合約最初是原則，其後成爲例外。伴同「無夫權合約」制度演進的，是許多防止弊害的辦法逐漸形成。起先禁止妝奩的供作抵押，後又確認妝奩的絕對不可處分，更由此而規定夫的財產爲總擔保。這種保護妻的財產的制度，曾在歐洲盛行多時，但夫妻產權共同這個原屬日耳曼人民的制度，爲適用佛朗克普通法的那些國家所認許，且爲一般人所採

用。法蘭西法典認許普通法上的共同制，關於妝奩的規例，也大有變更。在另一方面，則羅馬的關於妝奩的規則，沿用於意大利。按妝奩中的財產，是用以擔任婚姻關係中的費用的，自應不許處分。有些人的見解，以為妝奩的絕對不許處分，在論理上還須由立法者，把妝奩制度定為必要，使妻的一切財產，全部作為她的妝奩。但有必要時，或顯然有利時，妝奩可由司法機關准予處分。法律固有保護子女利益的必要，同時卻也有信任父母慈愛的必要。絕對的無可變通的保護子女的利益，是盲目的，有時足以發生相反的效果。

#### 四六五 妝奩的歷史

夫不得處分妻的財產，這制度會為印度承認，稱為「stridhan」妻自己的財產。（依照論述印度法律的最古著作之一，mitakshara 的記載，）包括她受自父母兄弟及在結婚前受自夫的財產，並包括（依照同著作的記載，）基於繼承分割買受及先佔而取得的財產。美因為這「stridhan」制度的淵源，是一種習慣，即夫於結婚的前夕，支出新娘的代價，其中一部份係付與新娘的父，作為移轉權力的補償，其餘則付與新娘自己。阿利安種族大概有幾種習慣，使婦女就其代價的

一部份保有其所得的財物及所享的權利，這種財物及權利，曾一度看作婦女自己所得享有的惟一財產。印度的「stridhan」與羅馬的妝奩(Dos)，其間的關係，甚爲顯明，不過印度的「stridhan」發達未臻成熟而已。我們知道，婆羅門教徒反對古代法律給與婦女的特權。夫死後在火葬的柴堆上，把寡婦活活燒死的習慣，在古代法律上原找不出一點痕跡。他們的態度，實受了一種見解的影響，以爲死者來生的境況，可因贖罪儀式的舉行而改善，他們又認繼承爲舉行贖罪儀式的基礎，所謂贖罪儀式，是一種由繼承人爲超度死者的靈魂而舉行的懺悔或獻祭。他們以爲婦女體質的柔弱及退隱的生活，不適用於從事祭禮，於是他們設法限制婦女自有財產的範圍，這與他們把一般私有財產供作宗教服役的趨向是一致的。印度最寬大的法律學派，即孟加拉學派，主張沒有子女的寡婦，得就夫的財產享有終身用益權。在印度，焚身殉夫的情事，即沒有子女的寡婦以身犧牲的情事，是很普遍的。婆羅門教徒，鼓勵這些寡婦，在火葬的柴堆上焚身獻祭，以免她們享受產權。從各方面看來，印度的「stridhan」及羅馬的妝奩(Dos)，是阿利安種族的習慣，爲屬於這族的一切人民所共通的。因爲有各種事由的影響，有時不利於牠們的發展，有時則使牠們得有確

實而長久的生存，故在歷史上牠們有不同的命運。



## 第十九章 婚姻與離婚

### 四六六 婚姻應不容解散

理想的婚姻是不容解散的，這是毫無疑義的事。婚姻爲一男一女絕對的結合。牠是兩性間肉體上及精神上各種性質的完滿交感。站在理性法的見地上看來，這樣的一種結合，不能不有其不容解散的性質，否則不成爲完美的絕對的結合了。熱情的相許永遠親愛，婚禮的鄭重莊嚴爲其他契約所無，父母對於嬰孩的純淨的情緒，教育子女的需要，這些子女使他們的父母，因新的更強的關係而與他們連繫，凡此種種，均表示婚姻的不容解散性。還有一點，也表示婚姻的不容解散性，這就是相互的權利義務，使成年的子女，必須報答父母在他們幼年及青年時代愛護他們所費的心力。此外，婚姻的不容解散性，因兩性間的不平等而有其必要，如聖經所說，婦女一經結婚卽永不是她少年時代的婦女了。

## 四六七 道德宗教政治需要不容解散的婚姻

道德認不容解散的婚姻，有理智所約制的愛情，使情感的結合有其必要及永久的性質。情感遇到了理智，就失其盲目的強烈的肉慾成分，並因理想化而成爲一種義務。有謂婚姻的不容解散，強人永遠相愛，破壞自由，這是不確的話。牠所破壞的，是游移不定的肉體的慾望；因爲爲理智所融化的愛情，並不消滅道德的自由，且爲自由的根基，惟有以實際的心智，即惟有以遵循爲善之道的

心智，約束衝動，纔能有所謂道德的自由。借用韋科的用語來說，人類的自由，係由心智得來，牠是抑遏並規範肉體上貪慾的激動的。宗教把婚姻的不容解散性，奉爲神聖，使婚姻成爲一種聖禮，並宣稱「上帝所聯合者，人不得分離之。」教會以爲結婚儀式是一聖禮，因爲夫妻的結合，是人類參與上帝創造新生命的屬性，不論他們的意思怎樣，在客觀上實爲宗教的行爲。在政治上，不容解散的婚姻，也是理想所要求的，因爲國家及其各部份的穩定，有賴於所屬各家庭的穩定及和平，而家庭的穩定及和平實是完美的不容解散的婚姻的結果。

## 四六八 法律上的婚姻也可不容解散

法律上婚姻這個觀念，並不與婚姻不容解散這個原理，勢不兩立，這是教會派學者，及促成一七九二年法蘭西法律的學說的擁護者，所主張的。婚姻是一種特殊的契約，因為牠的涵義，是異性的二人間的絕對結合。事實上，有一種立法，把婚姻看作一種民事契約，同時卻又認婚姻不容解散，反之，有一種立法，以婚姻為宗教上的事，同時卻又准許離婚。正統派的學說，認合意為契約成立的要件，而非契約存續的要件，從法律的見地看來，這學說是可取的。合意是婚姻所必須具備的先決條件，但牠必須合於自然法，並須絕對而不容撤銷。在這裏，主觀的因素，應較客觀的因素為次要。即在契約法上，契約行為也不一定以有無合意為轉移。羅馬法學家曾經說過，如果社會或第三者，對於契約有利害關係則「同意於前者，須遵守於後。」法律上的婚姻，並不以專斷的或個人主義的倫理原則為根據。牠是基於政治國家及意識自由的觀念而產生的。換句話說，邏輯並不阻礙法律上的婚姻，牠駁斥格老秀斯浦芬多夫及托馬西烏斯的學說，格老秀斯在其婚姻的定義中，置重於肉體方面，不啻完全否認了婚姻與納妾的區別。他以為二者的區別，只是現實法上的規定。浦芬多夫認婚姻原是出於合意的，故應適用契約法上的一切規定。托馬西烏斯主張婚姻的不容解散性，

配偶的互守忠實義務，及夫權等，都是婚姻契約的內容，而非自然法上的效果。婚姻不容解散這個理想，是不可漠視的，因為任何契約足生否認法律人格的結果者，概非法律所承認，婚姻並非人格的互相拋棄，反之，牠是一種新身份的取得。即使如洛斯基米尼所說，夫妻把他們的二個性質混而為一，但他們決不能成爲一人，而同時又能保持各別的不容割讓的個性。實際上他們各別的人格，是法律所保護的。不容解散的契約，如果含有人格全部或一部割讓的意義，決非法律所承認，牠所承認的，是不發生這種割讓的結果，而創設較高的倫理關係的契約。

#### 四六九 贊成及反對離婚的理論

婚姻不容解散這個思想，不但爲反對離婚的那派人所採取，並爲不屬於那派的人所接受。但康德、斐希德、黑智爾、斯塔爾、特楞得楞堡、洛斯基米尼、喬培爾、底及阿楞斯諸人，與英國人休姆、邊沁等一致加以非難。實證主義的創立者孔德，及蒲魯東二人，則予以信任。黑智爾、特楞得楞堡及阿楞斯，對於婚姻趨向不容解散這個思想，表示同意，但他們容許離婚；他們所根據的，是一種舊原理；絕對的固是最高的，但相對的是較易成功的。絕對的結合，係以愛情爲基礎，一旦愛情消失，結合即歸於

破裂，而婚姻關係也就失其真正的基礎了。人類對於某事物的尊重，是與該事物的內在價值成正比例的，當夫妻關係的尊重歸於消失之後，支配愛情的理智，往往不能毫無矛盾，而仍足使配偶終身維持其生氣全無的情愛關係。舉個例說，一方違背忠實的義務，情節重大，如果法律以基督教徒的俠義精神，作為契約上的義務，責之他方，那末法律與事實就不適合了。在這類情形之下，如果法律仍求保持婚姻關係，仍欲使理智不能維持尊重的愛情復活，則法律的目的，只在有名無實的結合了。牠就離去了事物的自然秩序了，因為尊重是愛情的前提，世無沒有原因的結果；沒有尊重的愛情，不是真正的愛情而是肉慾。對於實際上已不復存在的結合，法律加以維持，至多也是一種假面具。即以極力反對離婚的洛斯基米尼而論，當他說明希伯來人曾行離婚制度的時候，謂絕對的結合，理想的婚姻，須有秉賦滿美的男子或女子，纔能成爲事實。如果他們沒有這樣的稟賦，借用洛斯基米尼的話來說，如果他們的個性卑劣醜醜，而不配承受這種結合的完善完美，則我們必須作某種寬容了。依照某哲學家的見解，這種寬容，稍稍予人以餘地，牠本身是不正的，但牠的缺陷乃基於人性中同一缺陷而來。這寬容就是容許離婚，容許與贊成大不相同，離婚本身不是一件好事。在這

裏自應檢討，當日希伯來人中使離婚成爲必要的殘酷情事，是否真已不見於現在的世界，今日的人性是否已有很大的變更，而使完美的結合成爲可能。教育曾有很大的進步，風俗已不像從前那樣野蠻，現今我們的性情已較文雅，這些都是實在的事，但如果我們能就兩性關係的實際情形，而爲論斷，則人性的缺陷，依然存留如故。有些人說，愛情是永續的，因爲一人對於補足其生命的另一人，是不會停止其愛情的，但他們忘記了在不配接受愛情的時候，所謂生命的補足，也就終止了。蒲魯東以爲正義是婚姻的基礎，愛情乃從屬於正義，故即使否認愛情，亦無不可。這是自相矛盾的說法，因爲從屬關係，在論理上必有其爲所從屬的標的，爲其前提，而依照蒲魯東的見解，這標的是不能存在的。毀滅生命而獲得者，決不是真正的人類的正義，因爲排除了情感，就不能再有什麼實際的善。正義固當尊重，卻不能因而讓這世界毀滅。婚姻固當受正義支配，卻不可抹殺愛情，愛情是絕對結合的要素。有謂實際每較理想爲低，二者不必對立。從婚姻不容解散這個思想，到離婚這個補救方法，其間並沒有貶降的意義。完美結合與離婚二辭，是互相排斥的。實情是這樣的，當離婚實現的時候，真正的結合，已歸於消滅。離婚並非對於婚姻，加以激烈的破壞，牠只是使事實上已不復存

在的結合，依法終止。我們既認離婚爲一補救的方法，其本身並非好事，並認婚姻不容解散爲我們的理想，我們就不能說離婚達到了理想。惟有真正永久的結合，合於這理想；離婚乃表示結合的終了。離婚的開始，是婚姻不容解散這個理想的終結，所以事實上前者並不與後者牴觸。如果離婚與婚姻的性質相背戾，牠自須認爲最重大的罪惡。反之，如果把離婚看作嚴重的反常事件之一，這些事件是由於婚姻的缺陷而發生的，那末牠就可認爲一種較輕微的弊害。雖然離婚的性質不是積極的，牠只是婚姻的取消，但誰也沒有說牠本身不是一種補救方法。所謂補救是對於殘缺了的，加以填補，對於破毀了的，加以修補；終止這個觀念並不與補救絕不相容，因爲在許多情形之下，行爲、習慣、或事件的終止，即是一種補救方法。有些補救方法，作用只在剷除弊害，有些補救方法，只有修補的功能，但大多數的補救方法，是剷除作用與修補功能兼而有之的。

#### 四七〇 人類有弱點故離婚爲必要

法律哲學對於離婚，不應該像古時自然法那樣，就其與個人的關係或就個人的見地，而加以觀察，牠應該就其社會的情形而加以研究，牠應該權衡別居及離婚對於社會的利害得失。我們必

須牢記，社會利益及習俗不應破壞個人的權利，正如後者不應優越於社會的權利。把國家看作一種倫理的有機體，可使這二種權利趨於調和。個人有其自己的個性，如果國家把個人的權利，吸收於牠的卓越的權利中，國家將成爲單一的有機體了。如果不容許離婚，而只以法律的別居代之，使婚姻關係仍舊存續，只停止同居的權義，則其流弊勢必很大。別居迫使夫妻孤獨生活，加深其痛苦，並蒙蔽其心智。牠是姘度及增多私生子女的原因。這保存着的名義上的夫妻關係，有時增加原無過咎的一方的恥辱，因爲這一方如果富有的話，須因這關係而負擔一種義務，對於對方繼續不斷無可補救的忠實義務的違背，他仍須以義勇的態度，予以扶養。法律雖許提起通姦之訴，但這是沒有什麼實益的，因爲提起訴訟以求一年半載的徒刑的判決，這辦法誰也不願採取，以自招譏嘲。釀成殺人結果的情事，也不乏其例；基於不成文法的抗辯而免罪者，亦所常見。更有些情形，則爲不能忍受痛苦，而以自殺結束其痛苦。在別居制度之下，子女每見他們的父母與人非法結合，這種事實，使子女對其生身父母應有的尊教，陷於不能保持的危險。有謂別居制度，能使別居的夫妻重行結合，這是不確的話，因爲在他們經過一番考慮，置身於司法官吏之前，以求准予別居的裁判之前，



使他們分離的事由，早已使他們創重痛深。司法程序的本身，足以加強他們的分離，而在大多數情形，並妨礙和解的一切可能希望。依照一般人的觀察，在較高的社會階級中，固有少數夫妻能重行結合，但他們的重行結合，是形式的、暫時的，而且差不多都是爲了別的理由而成立的。在另一方面，我們不能不同意於反對離婚的那些人的見解，他們以爲希望脫離婚姻關係的人，並非個個都想重行結婚，但不能因此就說大多數的無辜的夫及妻，都不想利用由於離婚而造成的重行結婚的機會。回想力深刻而精密，舊印像堅強而耐久，這樣的人是不多的。是否重行結婚的決斷，實與種種情事有關，如各種特殊的及變動的狀況，興奮性程度的強弱，對於舊印像的反應力的大小，及滿美婚姻的榜樣等。即使有些已達相當年齡的人，曾作婚姻的犧牲者，能把他們的本能克制，但不能說大多數人都是這樣。這並不是把人類的肉慾傾向，過甚其詞。原始生氣的衝動，雖可減弱，但仍繼續不絕；並非人人都能把牠們抑遏。在這目的未能達到之前，絕對別居制度的二大流弊，姘度及私生子女，將繼續發生。反對離婚的人說，錯誤不能生權利；而事實上也顯然有不少的錯幻，是由於漠不關心，輕於選擇而發生的。但一個人在實行選擇的時候，並非一定要求取真正完善的。而捨去一切

不是真正完善的。什麼人都企求絕對，可是沒有人能獲得絕對。有時，缺陷是潛伏的，起初隱藏於胚芽中，其後始發達而顯現。有時，這種缺陷，只在經過密切的經驗之後，纔能發見。而且，即使在選擇的時候，已發見其缺陷，但仍不免有一種希望，以爲這些缺陷，可因新的生活而消滅，情愛忽視缺陷難治的性質，但仍希望情愛的支配力量，能使這些缺陷，歸於消滅。人類寬大的本性，愛情及德性相合使人爲善，你能把牠看作虛幻而拒絕承認嗎？

#### 四七一 離婚的弊害

但離婚實在也有牠的流弊，這是我們不可否認的。第一，被離異的有過失的一方，重與第三人結婚，而這第三人就是這一方所以有過失的原因，對於這種醜事，社會往往不得不加以容忍。雖然法律上有禁止這種結婚的明文，但這是沒有有效用的，因爲法律對這通姦的事，未有確定。第二，曾作某一男子的妻的一個女子，當這男子還活著的時候，重作另一男子的妻，或是一個男子做了二個女人的夫，這二個女子卻都活著，還有，子女除了他們本生父母之外，同時又有一個後父或後母，這種情形，實與文明民族尤其是南歐民族的情操，不相融合。不過，風俗是因時代的變更而變更的，這

種不相融合的情操，也許能有顯著的改變，這也是無可諱言的。第三，有些人並無理由而希圖破壞婚姻拘束，勢將預謀造成事由以達離婚目的，這並不是毫無根據的一種顧慮。他們將不惜實施嚴酷的不公正的虐待及遺棄的行爲，而其心中則暗暗的存著迫成離婚的意思。夫爲求達離婚而重行結婚的目的，將造成機會，使他們的妻陷於不忠實的罪名，這種情事也非不可能。如果把離婚看作一種新的自由方式，可與任何其他自由方式同樣利用，則上述種種流弊，勢將發育滋長而予家庭及社會以傾覆崩潰的威脅。對於離婚作這樣看法的民族，將陷於道德衰頹的境地，不復了解婚姻及倫理關係的價值。離婚對於他們，將助成腐敗的結果，並加速他們的毀滅。當羅馬人開始利用離棄配偶的權利，以爲求達他們個人欲望的工具的時候，他們是墮落了。查士丁尼甚至容許婚姻可以合意解散，無須經過司法裁判，也無須給付贍養費用。在前一世紀的法蘭西，道德衰敗，法律認離婚爲自由原則的結果。國民議會認夫或妻以性情不洽爲理由要求離婚時，應予以准許。約法則更爲寬縱，取消了合意離婚宣告後一年內不得重行結婚的限制，並准許了遺棄期間滿六個月即得離婚的條件。因而婚姻成爲必須證實的身份關係，正如野蠻部落所行的制度；後來約法自己，也

不得取消牠的釀成無數醜事的命令。反之，如果離婚並不是一種新的自由方式，而是一種促成婚姻義務的利器，則社會道德，不但不會減弱，且可因以增強。在未被腐化的時代，對於美風良俗根深蒂固的人民，離婚的恐慮，將確保婚姻義務的履行，並使離婚成爲不常採用的補救方法。如前所述，離婚可與善良道德並存而不與之相悖；數百年間古羅馬的實例，可資參證。英國曾在許多年間准許離婚，但離婚之事很少。一國的道德，須視許多事由而定，而離婚及別居應認爲其中之一。惟在許多不同的事由相合之中，對其造成的道德狀況，每一事由究有多少的影響，實也是無從確定的。

#### 四七二 天主教會與離婚的歷史

權衡離婚的利害得失，須以上述的事實爲標準。美國英國德意志瑞士挪威丹麥比利時荷蘭法蘭西等國，都是容許離婚的，奧地利容許基督新教徒的離婚，現今只有意大利西班牙及葡萄牙三國禁止離婚。因所取的觀察點不同，離婚對於各國的道德狀況，有不同的結果。教會始終努力於婚姻不容解散這個原則的教誨，以爲這原則較合於基督教條，但牠只在十一世紀裏獲得完全的

成功。在那一世紀裏，以婚姻爲聖禮的觀念，氣勢達於最盛的境地，成爲教會的普遍的理論及信條。教會的勝利，係與這信條的形成及其在那時的流行無阻有關。基督教義的影響，表顯於君士坦丁的法律中，這些法律限制離棄配偶的權力，君士坦丁以後的皇帝則更加以擴張。日耳曼法律限制離婚，其中也可看出基督教義的影響，教會實施其原定的計劃，對於日耳曼人較爲成功，對於羅馬人則否，這是有許多原因的。第一，羅馬人沒有所謂聖禮的觀念；第二，日耳曼人離棄配偶的權利，惟夫有之，因其爲一種夫的特權，故不爲一般人所滿意，其在羅馬，則夫或妻均得行使之。在待遇不等的地方，基督教義當有較大的影響，而實際上在那些地方牠確有較大的影響。我們可以看到，教會與離婚作長時期的抗爭，會迫不得已而爲不少的讓步，但我們不能因此說牠曾放棄牠的理想。教會所做的，正是每個人所要做的，俾免不能立足於這世界；牠使自身適合於習俗及時代的經驗。我們必須牢記，生活是一種不斷的掙扎，使主觀的優勝於客觀的，牠是一種永續的妥協，俾與外界的事故調和。而且，我們應當知道，對於婚姻不容解散這個原則，教會所容許的例外，並非由於日耳曼的因素而來，這些例外，實出於教會自己的原理及基督信條，以靈魂的法則與肉體的法則對立，

天堂與地獄對立，信仰與知識對立，懶惰與勤勞對立。故教會鼓勵獨身生活，把結婚看作補救人性好色這個罪惡的方法，實屬無足驚奇。教會的理想，始終是精神抵抗肉慾，精神優勝肉慾；結婚，不論出於願意或非出於願意，總非完善完美，因為結婚是以肉體的結合為條件的。這教會所採取的婚姻理想，足以充份說明牠何以在法蘭西教士會議決議中，承認了各種例外。這些決議，是教士與非教士間協商的結果，牠是在帝王苦於未能把教規改成律例這時代的立法。牠承認婦女有重行結婚的權利，因為她不能遏止她的本性。牠命令凡曾與岳母通姦的人，永遠不得結婚，這岳母也永遠不得再與其無辜的配偶同宿，這無辜的配偶則得重行結婚。如果妻與其夫兄弟或與其翁通姦，其夫得重行結婚，因為她必須停止一切性交。教士與其甥女間的婚姻，應屬無效；教士原得結婚，他的甥女也得結婚，但因為「被教士遺棄的婦女，與另一人結合，是不可恕的，」所以他們二人間的婚姻得以取消。婚姻不容解散這個原則，由於道德規律演成法律，而成為一項信條，於是教會重又使牠自身適合於生活需要。實際上，脫倫脫會議的信條，用意在使希臘教會及威尼斯共和國所轄的人，不因離婚而受損傷。這信條成立之後，教會隨即感覺到，婚姻無效的事由，有增多的需要，於是

繼續容許了幾種離婚理由。但我們不能因此說教會法是承認離婚的，因為婚姻無效的事由，先於結婚而存在，至離婚的事由，則存在於結婚之後。

#### 四七三 離婚的事由——通姦

離婚事由的種類及數目，須依合於社會情狀的正義原則而決定。除顯有必要外，離婚事由的數目，不可增多，這樣可防止風俗的破壞，至少也可不致加速風俗的破壞，但也不可過少，而使正當的迫需的事由，擯不列入；因為離婚須為一種充分的補救辦法。離婚事由，通常為賢明的立法及理性所承認者，是通姦、虐待、侮辱、不名譽犯罪的宣告或無期徒刑的判處、及遺棄。依照德意志語 [ehebruch] 一辭，通姦總是破壞婚姻的。有許多人以為男子的通姦，與女子的通姦，本身是一樣的，但效果不同，因為女子通姦者，是以破壞父方的關係，而男子通姦者則不然。故法律應規定，男子通姦須合於特種情形，纔成為離婚的理由，例如他把他的情婦留在家中，或公然的留在別的地方，至少他的行為，有某種情形，構成對於其妻的一種侮辱。這種理論，係主張夫的通姦與妻的通姦，具有同樣不道德的性質，但發生不同的效果。如果承認這種效果上的差異，則其當然的結論，是通姦的

妻，爲害既較大，即應受較嚴厲的懲罰，可是我們不能因此認定，除有上述特種情形外，夫有權違背其對於妻所應履行的尊敬義務，因秘密通姦而妨礙或甚至破壞婚姻關係的連續，使另一婦女成爲他的子女的母親而攪亂合理的關係。正義爲婦女道德及尊嚴的利益，要求這犯罪行爲的處理，兩性間須有平等的待遇，對於男子的特權，應加以剷除。

#### 四七四 離婚的事由——暴行虐待及侮辱

關係暴行虐待及侮辱，薩伏衣羅蘭曾在法庭前說，說得很對：「試想，應該用來實行保護的手，竟用來實行毆打，說出侮辱的話來的嘴，竟潛用那愛情的音調；試想，這契約的一切條件，使被害人與加害人聯繫，竟爲加害人破壞無餘，而被害人卻是完全遵守的。」不名譽罪的宣告，毀滅犯罪人的尊嚴及道德價值。無期徒刑也是這樣，且更使婚姻的目的，無從達到。遺棄也是正當的離婚事由，惟關於牠的性質的確定，法律應慎重規定，否則牠將被利用，以掩護詐欺行爲，有如一七九二年法蘭西法律的流弊。我們無須把精神錯亂，疾病或變更信仰，列爲離婚事由，因爲這是違反仁慈及虔誠的感情的，否則苦樂相共的最密切的結合，將因意外的不幸，爲重視最卑劣的自私自利而爲所



破壞了。信仰的不同，並不妨礙婚姻的締結，故結婚之後發生的信仰不同，不應作為婚姻解散的理由。所謂絕對的結合，事實上多少總有些缺陷，故這些離婚事由，似無採取的必要。

#### 四七五 同意離婚

離婚可否根據當事人的合意而准許？孟德斯鳩會謂，法律定為離婚事由的情事，是夫妻不相投合情節極大的情事。這是確實的話，因為夫妻的不相投合，就是最顯明的反對婚姻的絕對結合。在這裏，合意不是婚姻解散的原因，而只是婚姻解散的標識。我們不能說，對於這一個離婚事由予以認許，就是把婚姻當作契約。家庭中的不幸及恥辱可藉這種認許而得隱秘，有時足以釀成監禁結果的訴究，可藉以防止，而外界的譏嘲，也可藉以避免。但為取締種種為害於婚姻的流弊起見，法律對之應為極嚴密的防備。牠應做效法蘭西法典的規定，宣告在未滿一定年齡之前或已達一定年齡之後，不得以合意而離婚，父母或祖父母的同意，必須徵求，財產的半數，應給予於子女，在三年或四年之內，不許重行結婚，經過相當時間之後，方可核准離婚。至於不相投合的情事，只存於夫妻的一方而非相互者，不能作為離婚事由，這是不言可喻的，因為婚姻非契約，而為多於契約的一種

事件，故非經雙方同意不能解散。婚姻不能像十八世紀中在法蘭西流行的那樣，以一個人的喜怒爲轉移。

#### 四七六 離婚的防止

在防止離婚的種種方法中，法蘭西法典所規定的方法，是不可忽視的，這些方法，足以抑制夫妻的濫行離婚。有過失的一方，因爲錯誤在彼，應喪失一切利益；無辜的一方應不受任何損失。爲保全道德及家庭和平計，有過失的一方，不得與其共犯者結婚。其實，任何第二次的結婚，非經過相當期間，均不應准許。婚姻是件鄭重的事，故夫妻不得離而復合，如在法蘭西所見的那樣。夫妻離婚後的子女，應與教會法上婚姻取消後的子女，或與羅馬法上夫妻別居後的子女，有同樣的地位。子女應由無辜的一方保有，這一方除重行結婚外，仍舊享有法律或婚姻協議所定的利益。對於重行結婚，當然不能因有子女而加以禁止。父母仍保有他們的權力，按照他們的經濟能力，而擔任子女的教育。爲尊重自由原則計，對於天主教徒的別居，與基督新教徒或非教徒的離婚，法律自當予以同等的承認。法律以他們公民的資格，而實施其效力，並給與他們以選擇的自由。

## 第二十章 親子關係

### 四七七 親子關係是夫妻關係的產物

親子關係，是由於夫妻關係因子女的出生而發生的，這種關係，最初是抽象的意義多於實質的意義，因為子女的意志及行爲，最初還不能聯合於父母的意志及行爲，而一種組合關係的成立，通常不能沒有意志及行爲的聯合。到了子女了解了他們的關係及目的的時候，親子關係纔成爲實質的關係，從這時候起，意志的協同，成爲事實。

### 四七八 親子關係的重要

人類的本性，感覺自我擴張的需要。人因結婚而擴張其生命於另一人，因生育子女而擴張其生命於他人。洛斯米尼曾謂，生育這奧妙的作用，使父擴張其自己的感覺，而容納另一人，這另一人與父具有同樣的性質，並在情智意三方面永遠與他聯合。子女的生育，是由於情智意三者的合作

而來的；故父與子女間，由於共同的感覺，產生共同的目的，而有密切的聯絡。雖在子女出生之後，有形的聯合，歸於解散，但目的的聯合，依然存在，因為在聖書上，子稱爲父母的增殖物，稱爲父母的苗裔，丹第則以子女爲父母的花爲父母的果。洛斯米尼又謂，依上所述，可知父最初與子有因果關係，因爲他創造了一個新的生命，這關係之外，又有第二個關係，就是永遠不能打破的父子間感情的聯絡。親子關係，是建在這雙重關係之上的。在因果關係中，父母始終優越於他們的子女，能行使一種不能行使於任何他人的權力。在感情的聯絡中，父母對於他們的子女，有特殊的奇異的愛情，這愛情是一種義務，正如人類其他各種真實的感情一樣。親子間的血脈相通，產生父母二方共同的血親權利，在子女脫離家庭之前，不容破壞。這種權利，本質上是固有的，獨立的，屬於所有權的。社會的關係，由於血親關係而發生，家庭權利及家屬團體的權利，是社會的關係的產物，屬於家長。在父母的心靈中有二種感情，其一是以有子女爲父母自己的福利的感情，另一是以有子女爲子女本身及其後裔的福利的感情。就父母經由子女而可得幸福而言，子女是手段而不是目的，就子女可得父母的照顧而言，子女又是目的而不是手段。父母的權利，係由於子女的手段中的地位而發生，

父母的義務，係由於子女的目的的地位而發生。父母所得子女的收益，這是所有主的權利，建立於生育子女爲父母自己利益的感情之上；照顧子女福利的權利，係建立於生育子女爲子女及其後裔的利益的感情之上。如果這二種感情，臻於完善的境地，前一種易於滿足，並願爲後一種而犧牲。我們覺得，親權是一所有主的權利，但牠隸屬於家屬團體管理的權利之下，後一種權利，係以子女的福利爲其目的。

#### 四七九 洛斯基尼的學說不是自然因果的學說

洛斯基尼的學說，不可與從前的舊見混淆。從前的舊見解，認親權是因結婚或生育而得到的自然原因的產物。這自然力，看作精神的原則，及倫理的目的，俾使其成爲親權的基礎。但洛斯基尼很審慎，在這因果關係之外，增一親子間感情聯絡的關係，父母因這關係，對於子女有很強的愛情。他說，這種愛情同時也是義務。按愛護自己子女的義務，演成爲子女獲得幸福的義務，保護子女的義務，教養子女的義務，借用柏拉圖的話來說，這種義務使成年人的優長，灌輸於少年人，使強壯加上智慧。親權制度，由於這種義務，而成爲合理。親權的真實的及最後的根據，須在這種義務中

及生育子女的感情中求之。洛斯米尼的觀念，始終涉及親權，這只要看他把所有主的權利，隸屬於家屬團體管理的權利之下，就可明瞭。所有主的權利，是因果關係的直接產物，管理的權利，則淵源於父母的愛情，這愛情是一種義務。他所用的語句，有時意義曖昧不明，但對於那些論述親子關係的幾節，加以周密的研究，一切疑義就都可消除。管理、所有、及手段這三辭，用之於人與用之於物，實有不同的意義。子女受父母管理，為父母所有，而為其幸福的手段。父母是子女的原因，故子女可稱為父母的結果。在這裏，我們覺得，近代立法的傾向，是把父母僅僅看作子女福利的手段。

#### 四八〇 理智約束下的親權

在古代法上，親權是由於子女消極的服從而產生的，因為父具有強力及見識。印度的宗教，勸信徒把聖書念二遍，勸他們避俗，年老後成為隱士。這不是說，子可隨時或違背父的意志，而要求分割家產。按照馬拏及內拉達的規則，父權在印度人中始終是絕對的。在斯巴達，親權的缺乏，釀成家庭的傾覆。雅典有親權制度，不過牠沒有特殊名稱，依照蘇格拉底所述，牠認許一種監護原則，以推定父具有理解力為其基礎。這原則是絕對實施的，並不確保子的孝敬或服從，因為子可以自己的

理解力與父的理解力互相交量，在這交量中他也許會發見自己的理解力較高而感覺無須再處於服從的地位。到了亞里斯多德的時候，這親權的基礎的薄弱，就開始爲人覺察。牠開始衰落，插下了國家傾覆的種子。羅馬的親權，範圍很廣，犧牲子女的個性。牠與所有權相同，子只在充任官吏或從事戰爭時，與父分離，而不受其拘束。在羅馬人實施下的親權，與國家的權利對峙，基於這差不多無限制的權力，在一自由的共和國中，另有王國的存在，使牠堅強有力。可是家庭中並不缺乏家人的孝敬，反之，這種孝敬，雖在父權嚴烈施行之下，也很發達，且調和父權的氣勢，到了中世紀，親權具有了原爲雅典人所有的屬於 *mundium* 的防護及監督的性質。個人主義的得勢，使這制度成爲求取個人利益的方法。故這時不再以父爲目的，而把他看作子女福利的手段，實無足奇。爲尊重個人自由，乃力求削弱親權，因爲依照當時一般人的見解，自由的組織，不能與建立於強有力的權威之上的家庭並存，他們忘記了羅馬及希臘的榜樣，即國家隨同家庭聯繫及父權的削弱而開始衰微。在近代，親權已失其古時嚴酷的性質，而在合理的行使之下，成爲更強固的權利。斯賓挪莎會謂，真正的力量，存於理智；感情乃弱點。父權非置於理解及教育子女的義務之上，反之，牠處於次要

的地位，而以義務爲其基礎。這倫理關係，今日重臻於完滿的境地，成爲密切的有組織的聯絡。但父不再僅視爲手段，且視爲目的。在這裏，我們可重述上面曾經說過的，個人與國家關於這手段與目的相互關係的意見。

#### 四八一 母得享有親權

從上面所說的看來，可見親權屬於父母二方，無所差別，因爲二方對於他們的子女，都有扶養教育的責任。母於子女的撫育，有重要的關係，故母應享有親權，實屬當然。惟男子有特具的稟賦及能力，這是在前面夫權一節裏曾經討論過的，故在婚姻關係存續中，親權須由父行使之，俾夫運用這些男子所特具的稟賦及能力，而使家庭事權統一。夫或妻死亡後，親權不應如法蘭西法典所規定的那樣，歸於消滅或改爲監護，牠應如意大利法典所規定的那樣，由生存的一方行使之。這意大利法典的創制，與自然法完全合致，因爲婚姻關係存續中親權既由夫妻共享，則一方死亡後親權即改爲監護，實無理由可說。這樣的法律，無異不信任父母的判斷力，可是關於家庭關係的事項，法律總是予父母的判斷力以極大的信任的。關於親權的行使，我們必須指出，對於頑抗的子，如果不



再予父以把他監禁的權能，至少也應予以把他逐出家庭或送入矯正院的權能。如果親權是嚴格實施的，則對於子女不能予以分產的訴權，自屬顯然。對於子女的特有財產，因為他們沒有行為能力，故父有管理的權利，並得享用其收益。這一個權利，是爲了父的自己的利益，而由父享有，牠的起源是取有主的，牠隸屬於家庭治理權之下。所以牠受有一定的限制，只能對某種財產行使之。親權不是沒有限制的；如果父母有某種重大的錯誤，不配行使親權，法律有把牠糾正或停止的方法。

#### 四八二 監護

在親權存續期間，沒有監護的餘地，因為後者包括於前者之內。但事實上有時親權歸於消滅，而家庭中仍有人，因年齡關係需要教養保護。在這種情形之下，須有監護制度，以爲已消失的親權的替代。監護是一種社會的義務，因為對於不能照料自己及其財產的人，任何人都應予以匡助。監護制度，在家庭範圍內發展，並爲有關家庭的私法的規定事項，不過因為牠涉及上述的義務，所以牠同時具有公共的及社會的性質。因此，牠與國家的職能及公法的原則有關。這監護制度的公的性質，並不以監護人與被監護人間的任何關係爲前提，牠也不能稱作親權的替代，即在以精神衰

弱爲原因的監護，也是這樣。但不論是未成年人的監護或是成年人的監護，總是包含着親權的權利的，不過範圍較狹而已。羅馬法上的監護，係以財產的管理爲內容；近代的法律，則傾向於教育職能的發展，教育這個職能，是親權的特質，在今日極爲重要，善良的教育在今日是極重要的事。由上所述，可知監護制度，就其倫理的性質言之，不可與「事務管理」混爲一談，因爲在一方面監護是一種家庭制度，並在某範圍內包含着親權的權利，在另一方面牠是一種公的職責。實際上管理事務的人，得任意選定，至於監護人則須由父指定，或由法律規定，或由法官或親屬會議選任。遺囑指定監護人，是最優先的方式，因爲指定接替人以擔任子的教育，沒有人比父更適宜。如果監護人未經遺囑指定，法律可斟酌各種情形，定一監護人，其順序以血親的親屬爲準。如果沒有親屬，則監護一職成爲選任，即由法院或親屬會議選任監護人。在今日，對於精神衰弱的人，得以命令設定監護。

#### 四八三 監護制度的歷史

在希臘，監護有遺囑指定及選任二種，因爲當時對於監護的後繼人，不能充分信任，而使其爲監護人。在羅馬，監護最初以遺囑指定，其後由宗親擔任，最後成爲選任。在日耳曼人中，監護是 *Mun-*

民法中的一部分，只屬於最近親屬。在羅姆巴提人中，監護人不論作什麼重要的事情，均須經法官的准許。有許多事情，例如不動產的分割，法官須召集親屬。這種集會，是親屬會議由官員主持這個制度的濫觴。

#### 四八四 監護的設定

關於監護的法律，不可假定監護人必有充分的父母之愛，也不可假定受監護人必有真實的孝敬之心。牠應用極大的謹慎，務使監護人能愛護並注意受監護人的需要，對於血親關係，應予以充分的信任。如果審議須為多數人的行為，執行為一個人的行為，如果國家須監督監護權力的行使，則妥善的辦法，是把審議託諸親屬會議，而由官員主持之，把執行託諸監護人。國家的監督，可由官員單獨行使，或由官員主持的親屬會議行使。意大利法典，是採取後一種辦法的。監護人與受托人不同，他是未成年人或浪費人的代理人。受托人只就財產有支配權，至於監護人，則在一定限度內享有父母的一切權利。我們必須注意，被托人非經受托人參與，不能作任何行為。還有，依照意大利法典，有些行為，他須得親屬會議的許可，有些行為，他須得法院的核准。

## 四八五 收養

我們在前面已經說過，人不但需要擴張其生命於另一人，更需要擴張其生命於他人。前者的需要，因婚姻而滿足，後者的需要，因生育子孫而滿足。一對夫妻，也許終身不育，有些人則因患病或有所顧慮而不結婚。未能生育子女的夫妻，是不幸福的，因為他們沒有擴張其生命於他人；因患病或有所顧慮而不結婚的那些人，則加倍的不幸福，因為他們既沒有擴張其生命於他人，也沒有擴張其生命於另一人。國家沒有權利，使他們受孤寂及苦惱的懲罰，或者對於他們精神上的子女，拒絕予以法律上的地位。精神上的子女，是與親生的子女，同樣實在的，這是後嗣愛好心的結果。所以，有些人對於被人遺棄的或交托他們照顧的小孩，願任扶養教育之勞，逐漸發生一種感情，與真正父母的感情，並無差異，並期望這些小孩長成之後，能以孝敬相報。人都感覺，他得享受的惟一真正的幸福，是在家庭關係及基於家庭關係而生的情愛，當他沒有這種關係及情愛的時候，他就尋求最與牠們切近的替代，俾免孤寂生活的苦惱。在法律承認收養關係之前，事實上已有收養關係，基於人性的需要而發生。古哲有言：「收養行為，係摹倣自然，其目的在慰藉沒有子女或喪失子女的

人。」站在另一見地上看來，收養關係，使受到解體的威脅的一個家庭，得以保存牠的動機，是在後嗣的愛好，同時牠又維持了倫理的有機體，倫理的有機體是國家這個最高的較大的倫理有機體的組成份子及其中心。在歷史上，家庭愈成爲有組織的強有力的核心，具有宗教法律及政治的性質，則愈感覺收養的需要，使這核心加強增固而免於消滅。

#### 四八六 收養的歷史

收養行爲，是合於古代共和政體的組織及原則的。我們知道收養係以當事人間的關係爲基礎，這關係既不是自然的，那就一定是人爲的了。收養關係，在那時不是爲了慰藉的目的而締結，而是爲了保存家庭的社會及政治的目的而締結。羅馬法上「爲無子者慰藉」這個觀念，可見之於古代法律上婦女收養子女的例外情形，在近代，因爲家庭仍是一個單位，收養的需要，雖不如從前那樣強烈感覺，但仍然存在。現今的家庭，不如羅馬的家庭那樣堅強複雜，但牠仍不失其存在，且亦不能失其存在，因爲家庭是一個倫理的團體。羅馬的家庭與現今的家庭，其間不同之點，是在前者注重於父的利益，後者注重於家庭本身的利益。瞭解了這點，就可知道收養是一種法律行爲，使原

不相識的二人間成立親子的關係，牠不能認作只有私人關係的意義，只有當事人意思滿足的作  
用。收養行爲，有變更身份的效力，因爲被收養者成爲收養者的子女，除取得受收養者扶養及用收  
養者姓氏的權利外，並依法定繼承的法律而取得繼承權。身份關係，不在契約範圍之內而在法律  
範圍之內，這就是收養行爲方式鄭重及法院干與的理由。又收養不外是自然的摹擬，故不能斷絕  
被收養者與其本身家庭間的血親關係。牠的原動力，是收養當事人間的情感，不過經法律特爲規  
定而已，故其效力，應以收養者與被收養者爲限，而不應擴張於二方的家庭。如果實際上並不這樣  
而有斷絕其關係或擴張其效力的情事，那是與收養的真正的觀念無關的。收養的好處，是足以阻  
止晚婚，晚婚往往存續期間短促，且鮮有幸福者。

#### 四八七 反對收養制度者的理論

收養制度，遭遇不少的反對，尤其是在法蘭西，牠在那裏是沒有歷史的。法蘭西的法學者，認爲  
惟有自然能產生親子關係，法律不能破壞由於血統關係而生的神聖的愛情。這種見解，在意大利  
爲彼薩內利所採取。但他們沒有想到，收養制度的採行，目的並不在破壞自然的關係，也不在使擬

制的關係，效力大於自然的關係。他們沒有記得，牠只是一種摹擬，不能有真實家庭的作用，牠不能妨害真實家庭的利益，因為在有婚生子女的情形之下，牠是不能存在的。牠只害及旁系親屬及其他親屬，這些親屬原可在沒有更近的繼承人時承受遺產，可是這些親屬，嚴格說來，並非同屬一家，爲了這些親屬而使個人的自由及幸福犧牲，那也是不公道的。反對收養制度者，更進一步，謂這制度是一無用的制度，因為法律已認許遺囑的自由，這種恩惠儘可以遺贈表示，而無須假助於任何擬制的關係。但他們沒有想到，通常的恩惠，並不是收養的動機，爲收養動機的恩惠，是後嗣愛好心的一部份，取着親子的方式的。而且，對於收養，不應僅就其與爲所慰藉的個人的關係，而加以觀察，而更應就其與爲所保存的家庭的關係而加以觀察。這些反對收養制度的人，也沒有證明牠是一種封建制度，因為在古代法律上，在印度希臘羅馬，牠早就發達了。牠的本質不是封建的，因為封建的產權及兵器的授予，並不以個人的意志爲轉移。反對收養制度者最後的理論，認爲牠可以用來脫避法律上關於私生子收養的禁止規定。但收養不是由法院監察，以確定其並未掩護犯罪行爲的嗎？意大利的法學者，維格利亞尼，曾在上議院辯論這點，他說：「如果收養者爲生父這事實，已被

發覺或有可疑，法院即可駁回其收養的聲請，如果這事實未能發覺而被隱秘，收養亦可成立。一個不幸的孩子，沒有幫助沒有家庭，因被收養而幫助及家庭二者兼得，並不有辱於社會，而他本人原不知其與收養者間存有自然的關係。我們對此似無不滿意的理由。」

#### 四八八 非婚生子女的身份

法律是一種倫理的原則，不可鼓勵不正當的結合。通姦者間，往往缺乏愛情，或其愛情為他們合法家庭的利益，或禮俗所窒息，但他們在婚姻關係以外所生的子女，仍應受法律的保護。法律應以這種失當行為的一切效果，施於行為者本身，而不應施之於其他人。不過法律也不能使非婚生子女的待遇，與婚生子女的待遇完全相同，因為牠必須維持道德及家庭生活的秩序。非婚生子女，有些是妾生的子女，有些是出於通姦的子女，有些是出於亂倫的子女。後二種子女係由於不法的結合而產生的。但他們父母的犯罪行為及侵權行為，應該使他們負擔賠償及刑罰的責任嗎？應該使他們別於一般無辜的子女嗎？洛斯米尼說過，從前曾有一時，這種子女須蒙恥辱，並喪失私法上的某種權利，那時族人須為個人的行為而一併受罰。可是那個時代，已經過去了，由於新約聖經



(New Testament)的影響，人性已醒悟且充分發達了。社會的見解，已有變更了。現今法律應嚴懲父母的罪惡，但僅以涉及他們本身的刑罰爲限，牠應保護無辜的人，並宣告他們不蒙絲毫恥辱，不受些微損害。正義要求那些由於通姦及亂倫而生的子女，應與妾生的子女同樣看待，（如奧地利法典上的規定）不應僅有出於虔誠心的生活費用。由於通姦及亂倫而生的子女，也應享有由他們父母教養的權利，他們的父母應對他們履行法律上的責任。對於這二類的子女，法律儘可予以承認，爲了子女繼承權的剝奪，及以亂倫爲理由的取消婚姻的那種可醜的訴訟是不會因而增多的。通姦及亂倫的情事，可因他們的承認而揭發，正義因此也能實行對其破壞者加以懲罰，受害者可獲得金錢上的賠償，個人的責任因以增加，而使不法的結合大爲減少。此外，對於這些子女，不可不予以有限制的繼承權，因爲他們是無辜的，「一身做事一身當」，父母的罪惡應由父母負責。不過，由於通姦及亂倫而生的子女，雖應與妾生的子女，有同樣的權利，可是非婚生子女的權利，究不能與婚生子女的權利相等，這是因爲依照自然法的旨意及文明的條件，生育子女及教養子女的使命，應如國家所定，完全屬於真正的家庭。我們必須把聖神的生命權及父母的義務，與整個社會

的要求，互相調和。在歷史上，當婚姻事件以習慣爲準則而非以法律爲準則的時候，當任何情事，均由家長統制的時候，婚生子女與非婚生子女之間，只有很少的區別。英雄時代的希臘人及父權時代的希伯來人，是其實例。在英雄時代以後的希臘法律，待遇非婚生子女很嚴酷。這種嚴酷的待遇，直到伯里克里斯時代纔廢止。伯里克里斯是沒有婚生子的，他認正了他的妾所生的子。羅馬承認妾制。納妾所生的子對於生母及生母的家，享有繼承的權利，對於父則只能取得生活必需資料。在帝政時代，這些子認作父的私生子，父有家父權，得認領他們，但沒有爲他們的利益而定立任何遺囑的權力。這權力後爲伐倫泰訥所承認，但以一部分財產爲限。查士丁尼規定父生前未立遺囑者或父死時無妻亦無婚生子者，如果父未以任何財產留給他們，他們有繼承權。無論如何，妾生的子有享受養育的權利。但依照查士丁尼的規定，由於不法的結合而生的子，連這權利也不能享有，到了該雅斯時代，他們纔認作女系親，列入私生子一項，而許其享有大法官法上的繼承權。由於不法的結合而生的子，無權對他們的父提起訴訟，但得證明其關係，以制止或揭示亂倫的婚姻，或取消爲他們的利益而定的遺贈。最後，妾制爲教會法所禁止。於是在一方面發生了貴賤相合的婚姻，在

結婚時提出財產的一部分作為繼承權的標的物，在他方面發生秘密結合的婚姻，在法律上不生特殊的或確定的效力。至於妾制，雖經禁止，但繼續存在，惟非婚生子女（雖有時也有承襲皇位者）仍認為不能享有繼承能力，充任宗教職位，只有享受養育的權能。他們死亡時所遺的財產，歸屬於國家。隔了許久之後，他們纔得到了遺囑的權能。法蘭西革命的主張，除了通姦所生的子女之外，一切子女都有均等參與繼承的權利。法蘭西法典規定私生子有繼承權，其應繼額較少於婚生子，但通姦及亂倫所生的子，只有享受養育的權利，牠把他們分為二類，即可以承認的私生子，與不可承認的私生子。

#### 四八九 生父的認知

如果法律以家庭中一定地位，給予非婚生子女，他們即不應沒有認知其生父並主張該地位的方法。有些法典，如法蘭西法典及意大利法典等，承認他們有證實生母的權利，但禁止他們認知生父，法蘭西法典僅於有強姦情事的事件，意大利法典僅於有暴力強姦情事的事件，如果強姦行為與受胎時間相合，纔許他們認知生父。這些法典，顯非公允，因為牠們保障誘姦女子者的可惡的

特權，他們對於他們的行爲，脫卸一切責任，讓未經世故的好意的女子，獨當鉅艱，使他們殘酷的自私自利的效果，毒害那些無辜的可憐的女子。認知生父的制度，不算是創舉。在歷史上有牠存在的實據，因為牠爲羅馬所認許，爲日耳曼法及教會法所保存，並繼續盛行，直至十七世紀末葉而止，對於牠的易於發生的醜惡的流弊，有加以防備者，亦有未加以防備者。在法蘭西，這種流弊是可能發生的，有身份的人的榮譽，及家庭的和平，往往陷在狡滑的下賤婦女的掌握中，這些婦女有買通的證人及惡徒爲助。法蘭西因其釀成冤枉的事，繼續不絕，廢止了認知生父的訴權。自是以後，法律分爲二類，其一仍從舊法，另一則從法蘭西法。在採行法蘭西法的國家，尤其是法蘭西自己，由於比較立法的研究，對於禁止認知生父的內在價值，發生了疑問，隨着又發生了反對這種禁止的反動。牠被認爲男子優越地位的一種顯而易見的不合道理的方式。有些人說，如果法律承認自動的認領，並認許情婦所生的子得繼承未經遺囑處分的財產，則被動的對於誘姦或一時交合所生的子予以認領，實無須看作違犯道德的事。取消了殘忍的特權，並喚起了責任思想之後，當能發生有效的約束力量。這是若干法律哲學家的意見，如阿楞斯及特楞得楞堡等。洛斯基尼不以這種辦法爲然。

因爲在不法的結合中，誰是母，常能查出，而誰是父，則往往不能發覺。他說，誰是父往往未能發覺；但查出了某人是父的時候，又何以免除他的懲罰呢？吾們能在法典中找出許多缺點，都是由於想像力的未能發達而來的。最初，立法者斤斤於原則，以爲能事已盡，其實這原則有時是對的，卻不是無往而不對的。在這原則未能適用的情形之下，如在法律未有規定，或其規定被違反的時候，自然法吃了這些立法的苦了。所以，關於這點，要使法律臻於完善，一面須注重一般的原則，使大多數事件受其適用，一面更須注重其他的原則及特殊的規例，俾得分別處理那些異乎尋常的事件，這樣自然法整個的範圍，就可全部包容了。依照洛斯基尼的見解，婚禮不能認作父子關係的惟一證明方法；此外還有別的證明方法。但任何一種證明方法，有時均不夠應用。婚禮只構成一種法律的推定，卻不能成爲一種論理的證明。故如有反證，證明子爲非婚生子，法律的推定即須屈服於這事實。如果對於通姦及亂倫所生的子女，應該予以相同於私生子女的權利，則他們當然也可由生父認領，他們當然也可認知生父，只要這種認知合理進行即可。

#### 四九〇 父子關係的證明

有二種方法，可用以確定非婚生子女的生父——生父的意見，及情況的證據。生父的意見，可依其本人的文書，及見證人的證明，或依其與生母的關係的其他證據，而予以效力，其範圍不應以正式的認領爲限。在不以先有法定婚禮的舉行為必要的國家，依教規所行的儀式，可資爲上述的證明，且常爲國家認作正式的認領。如果以子的稱呼相稱，以子的待遇相待，爲一般信爲其子者，則顯然構成一種默示的認領。依情況的證據，以確定父子關係，現在只許應用於有強姦情事的事件，實則應該擴張而適用於有充分理由，需要認許這種證明方法的其他事件。例如，誘姦少女及僞作結婚的允約而誘姦誠實的婦女等，均應認爲認定父子關係要件。這是正義所要求的，而其證明，亦屬可能，且非絕對困難。我們必須注意，法律祇可准許被誘騙的婦女作證，而不可准許曖昧關係很多的婦女作證。又事實的證明，不能僅以有被誘騙的懷孕婦女的證言即認爲足夠，否則有發生流弊的可能。此外更須證明慣常的密切關係的缺乏，以防止這種流弊。

#### 四九一 非婚生子女的認正

法律並應規定，凡原屬不合道德的情事，得於事後設法使其合於道德。故法律應准許非婚生

子女的認正，以資補救，認正的方法成爲事後的結婚，或爲法院的裁判，後者可於無從爲事後的結婚時行之，凡經認正的子女，當然與婚生子女享有同樣的權利。這一個原則，及關於責任的那個原則，是與棄兒收容所的存在有關係，牠增多了棄兒的人數，牠是遺棄婚生子女這種事件，所以發生的原因，這種事件在大都市中尤多發生。這些收容所，實是一種陳舊的盲目而不合理的慈善事業，在大多數文明國家中已不復有其存在，代之而起的組織，是收取初生兒童的各種救濟院。這些組織的功績，是防止婚生子女的遺棄，且每爲這些失愛的嬰孩的前途打算。有些法律，准許他們的父母不留姓名，有些法律，則要求他們的母聲明姓名。後者乃以責任原則爲根據，自屬較合於理性。前者並不厲行正義，因爲牠們顧慮殺死嬰兒的事件。事實上，這種顧慮並不是沒有根據的，因爲這是有關係全父母名譽及避免不幸事件的問題。不過，這種事情如同別的事情一樣，大都要看人民的道德及習慣而定。無論如何，就棄兒收容所的停辦而說，這種顧慮，並非毫無根據，因爲事實上殺死嬰兒的事件，發生於設有棄兒收容所的地方者較多，發生於沒有這種組織的地方者較少。這不是說，棄兒收容所的有無，是這類犯行增減的有力原因。經驗告訴我們，殺死嬰孩的犯罪行爲，通常是

在爲母者感覺到慈愛情緒之前犯的，並且是爲了她沒有可把她的小孩暫時託付的人而犯的。如果她感覺了慈愛的情緒，如果她有了可以託付的人，這小孩就得救了，至於這可以託付的人，無論是收容所，或是救濟所，只要爲母者無庸在分娩時聲明她的姓名，那都是沒有多大關係的。要防止殺死嬰孩的事件，收容所的工作，必須在臨產的當時進行。



## 第二十一章 繼承的意義歷史及根據

### 四九二 繼承法影響於一切生活關係

死亡消滅人的生命，並消滅他的許多關係，但他的財物及權利義務，繼續存在，構成一個集體，稱爲他的遺產。早期的羅馬法說：「繼承權只是承襲死者一切權利的能力。」繼承人承襲被繼承人的地位，代表被繼承人的人格，成爲死者所遺全部財產的新的主體，他是包括的繼承人，應負責清償死者的債務，並擔任繼承的負擔，他與特別的或遺囑的繼承人不同，後者只就特定留給他的部分而爲繼承，只須擔任該部分所附隨的負擔，或遺囑所特定的負擔。繼承在一方面與家庭有關，因爲在家庭份子分解時或組成另一家庭時，牠就發生了；在他方面又與財產有關，因爲牠有移轉遺產的效力。所以，在論理上繼承法的前提，是親子關係及夫妻關係，親屬法及婚姻法。牠可以看作親屬法的最後一局面，也可看作私法的最後一局面，因爲私法關係的目的，是在個人及家庭生活。

這一種法律的基礎，是建在家庭團體並財產所有人自由意志之上。如果繼承的法律，全部以家庭為根據，則個人將完全為集體所吸收，而失其人格；除了成文法所規定者外，牠將不再承認別的任何繼承。反之，如果繼承的法律，完全以個人的意志為根據，則家庭將被否認，而個人將有毫無限制的權利，以決定他自己的義務。在這情形之下，勢將沒有法定繼承的法律，而遺囑繼承將包括一切了。所以，繼承的法律，應調和家庭的權利與個人的正當要求，不可忽視繼承的權利與家庭有直接的關聯，足以影響於公共團體，故與國家有重大的利害關係。

#### 四九三 古代人民的繼承

古時社會的權利佔優勢，個人的權利則不重視。那時惟一盛行的權利，是表示家庭權利卓越的法定繼承，而不是個人行為的遺囑繼承。在創世記裏，找不到真正的遺囑繼承的痕跡，不過家長有某種權利，在死亡時賜予他們的財產而已。雅典人有以收養的方式，指定繼承人的制度，但以沒有子女為條件。這就是表示，最初只子女得繼承。遺囑的權能原是斯巴達人所沒有的，其後纔由伊壁塞達人的法律導入。這種權能，在從前日耳曼人中也不存在，今日仍處於古代日耳曼人狀況的

部落及民族，也沒有這種權能。在羅馬，繼承起初專以成文法規定，最先承認正統繼承人，其次承認旁系宗族繼承人，後又承認宗統繼承人。民會遺囑那種早期的嚴重的方式，是一法律，需要人民的同意或核准。不依法律的第一次定立遺囑的情形，也許因為牠是第一次的緣故，實已無可稽考，但總不能不受習慣的方式的限制。不過，遺囑繼承雖不是原始的制度，卻也並非僅僅是現實法的產物，這一點在後面我們就要說明。發達在後的事物，不一定都是人爲的；雖然事物的性質只是牠們產生時所具的特徵，但詳細說來，這是包括產生後的發達或演化而言的。自然的事物，不以發達在前的爲限。而且，還有一點，值得注意，就是自然的合理的及普遍的事物，起初每似來自人爲，而有若單純特殊的事物。牠的真性質，到了後來，如那不勒斯的偉大哲學家所說，當人心充分發展的時候，纔爲人認識。嚴格說來，遺囑是羅馬的創制。在羅馬，遺囑人的權利，是沒有限制的，這點可於十二表法上見之。在十二表法上，有這樣的一句話：「家父以遺囑給予的金錢或產權，應認爲與法律給予者相同。」但我們不能因此猜想，以爲遺囑的權能，在羅馬是一種爲家屬以外的人的利益而處分財產的方法。牠只是把包容於家父權中的各種權利，由一人移轉於另一人的工具。繼承總是涉及

遺產全部的，並包括祭祀及家庭禮儀在內。這不僅在羅馬是這樣，在雅典當遺囑權能導入時，也是這樣，在孟加拉也是這樣。我們也不可說，遺囑在羅馬是一種造成不公允待遇的方法，因為牠適應於公允的目的，糾正法律而使私生子女及因解放而脫離家父權的子女，也得承受遺產。羅馬人臨死未立遺囑者，每大為憂愁，其故在此。真正的不公允，是隨承認長子繼承制度的封建法而發生的。封建財產成爲世襲之後，君主即致意於保有一子以負軍役之責。美國曾謂家長權一經成爲政治的權利，長子繼承制度即隨之而起。長子繼承制度有二種。在印度及歐洲西部，長子繼承制度，是由父傳子，但在克勒特人，則長子死後，其地位由次子承襲，而不由長子的子承襲，這是要使一家之長，由成年的人充任。

#### 四九四 羅馬的遺囑方式

羅馬的第一種遺囑方式，是「民會遺囑」。當時人民參與民會，其任務是否在使遺囑人的遺志成爲法律，還是僅在爲遺囑作見證，乃一疑問。事實大概是這樣的，在最初法定繼承改變爲遺囑繼承的時候，人民須使遺囑人的處分行爲，作爲法律，其後他們纔僅爲遺囑作見證。第二種方式是

「使用金錢與衡器」的方式，可由遺囑人在不能依嚴重方式定立遺囑時應用之。這方式是與「民會遺囑」同時採行的。所謂「家產買受人」並不是法定的繼承人，而是「處於繼承人地位的人」，他只承受遺產而不負債務，故有些人把他比諸依「羅格蓄」方式而收養的養子。「使用金錢與衡器」方式的遺囑，當牠與「民會遺囑」同時施行時，係作為急要時應用的方法。牠分為二部分，一為「曼兮怕蓄」的方式，一為「羅格蓄」的方式。前一方式的作用，為移轉財產權，後一方式則以受託者名義，給予「家產買受人」。其後，「使用金錢與衡器」的方式，不復為補充的方式而成為普通的方式。「曼兮怕蓄」看作一種形式，不生所有權移轉於「家產買受人」的效果，這時「家產買受人」不再處於繼承人地位了。這種「曼兮怕蓄」遺囑人得撤回之。構成遺囑方式另一部分的「羅格蓄」係由遺囑人在見證人前，陳述其字據的內容為其最後的處分。這第二部分的方式，似係由於實際的需要而確定的，例如同時設定數繼承人的需要，又如附條件設定數繼承人的需要等。遺囑的第三種方式，是大法官法的方式。這種遺囑是書面的，因為根本上牠只是不履行「曼兮怕蓄」及「羅格蓄」方式的「用金錢與衡器」的遺囑。西塞祿，該雅斯及阿爾彼安

於這種遺囑，曾有「見證人七人蓋印」的話。但有些遺囑的片斷，則着重於「依照指定而為財物的佔有」，由此可以想見，這種遺囑的主要部分，有時得以言辭為之。

#### 四九五 中世紀的遺囑史

在前面我們曾經說過，日耳曼人是沒有遺囑方式的。親屬的權利，及家庭的凝固，是絕對的。惟日耳曼法律，承認繼承契約或雙方的得以撤回的處分，使當事人一方或雙方，關於繼承權利的取得或喪失，受其拘束，這種契約，奠下了遺囑繼承的基礎。羅馬法禁止這種契約，因為牠們有礙於遺囑得以撤回的性質，而且立約的繼承人，以貪婪的眼光，注視尚未去世對其將來的繼承人耗盡愛護心的被繼承人的財產，這也是不道德的。我們很易見到，繼承契約的採行，足以促成遺囑制度，因為牠是與家庭權利的絕對優越，互相抵觸的。但這種處分的不可撤回性，始終保存；最初產權與佔有完全移轉，其後僅產權移轉，而佔有不移轉，最後則二者均須待至所有人死亡後再行移轉。在中世紀，羅馬的思想，對於教士的影響，日益增甚，而超度靈魂的遺贈，及出於虔信的贈與，也被承認，（與遺囑相去的距離愈趨愈近，）結果促使牠再度出現。以教會為受益者的處分，雖因不具備一

切方式及法定要件，而與民事法律不盡符合；但教會仍主張其為有效。教會所注意的，只是遺囑人意志的確實；在這方面，教會法實與自然法接近。從上述的繼承史中，我們可以看到，遺囑權不是一發生就完全的，如同女神密發從主神佐夫頭上生出那樣，因為牠最初是公開的，口頭的，不可撤回的，其後纔成為祕密，書面並得以撤回。事物的臻於完善完美，終是發展的結果，決不能在創始的形態中就能見到。

#### 四九六 法定繼承與祖先禮拜

繼承在歷史上的發達，更與財產及家庭的演進有關，這是我們曾在前面說過的。這裏我們可注意古時繼承與祖先禮拜的關係。這古時的祭祀儀節，並不及於疏遠的及虛擬的祖先，而只及於曾祖父、祖父、父，及一般為禮拜者所知的人，這些人已化而為神，繼續保護其家庭，行使其權威。善而懲惡。這祭祀儀節，為大多數民族所實行，其中有印度人，希臘人，羅馬人，中國人及古時的日本人。希伯來人也知道這祭祀祖先的儀節，他們把牠看作異族的習慣，或應行禁止的迷信。羅馬大的祖先祭祀，對於法律及命令，有極重要的影響。這種儀節，對於繼承，加以各種限制，這是主教者的利益。

所在，這些限制後來逐漸消滅，而家神也成爲家鬼了。拉布克斯賓塞及其前的韋科，如同我們把祖先禮拜看作古代人民的一種想像的性質。拉布克曾謂野蠻人不能了解死亡的意義，而易把死亡與睡眠混淆。在睡眠的時候，雖肉體似已死亡，而靈魂則仍生存。故野蠻人以食物送進墳墓，這種舉動，是很自然的，因爲死亡類似睡眠。死者的靈魂，生存於另一世界，故有很大的權力，向死者祈禱的習慣，卽由此而來。斯賓塞以對於幽靈世界的信心爲標準，而將社會分類。各種民族，都信人死後可轉生於另一世界。其中更有許多民族，以爲這死後轉生者，壽命很長。這些民族中，有些實行鬼神的禳醮。他們中間，有些是不進步的，祖先的祭祀永續不斷，猶如相信靈魂的不滅，有些民族，則更予那些顯赫的祖先以優越的地位。例如，他們尊崇戰勝者的領袖，列入無名的祖先中。斯賓塞曾謂野蠻人相信轉生，是因爲他們在水流中看見他們的影子，在回響裏聽得他們的聲音。印度人中有一普通的信心，以爲生存的親屬，因舉行祭祀，而使死者的靈魂更爲愉快。婆羅門教徒，是掌理祭祀儀節的人，他們關心於財產的分割，因爲這樣可多得孝敬及餽贈。凡是實行祖先祭祀的地方，也必是承認父權制度的地方，這點可從受祭祀者及行祭祀者均爲男性一事實見之。受祭祀的祖先，在各方



面均似羅馬的家父，家父就是家父權的主體，這是美因這位曾就關於這問題的古代法律作精深研究的著作家所說的。在印度，嫡長子祭祀死者的靈魂認爲最爲有效。如無嫡長子，則由父指定的女的子承襲。雅典人有同樣的習慣，因爲父恐死而無子者，有權傳之於其女及女將來的夫；女與婿所生的子，達於一定年齡後，成爲外祖父家的一員，用外祖父的姓，取外祖父的財產。父死無遺囑者，女須與一位親屬結婚。在中世紀似乎也是這樣，凡女不得繼承者，其子有時可有繼承權。在印度，女不能被指定而使繼承由女一系相傳，繼承乃歸於養子及私生子，這私生子的母必須是死者的家屬並受死者的節制的。這些子得承襲一切權利。如果這些人都沒有則爲舉行祭祀，有一種 [Ditya-ogal] 的方法，這方法即希伯來人也曾實行。依照馬克勒蘭的見解，這方法表示由亂交進於一妻多夫，係確有其事。在這制度之下，主持祭祀的舉行者，爲寡婦與母族的親屬所生的子，如果沒有這樣的子，則爲寡婦與夫族的親屬所生的子，這夫族的親屬，與寡婦的夫或是同屬一家庭的人，或是同屬一族籍的人。摩西曾命令，如果有人死而無子，他的兄弟得與他的妻結婚，俾爲死者生子，第一個子取死者的名。在印度，旁系親屬的繼承，很難稽考，在起始的時候，並沒有明白確定。要是沒有直系

卑親屬，繼承歸屬於擬制的親屬，師父師兄弟或國王。那時，一般人的意見，以為旁系親屬舉行祭祀，不能有效。後來宗教反對擬制的親屬，於是不得不承認旁系親屬的繼承。起初當父權家庭成立的時候，母不在受祭祀者之列，外祖父也不在受祭祀者之列，因為他們並不與父系的祖先同等重要。

#### 四九七 遺囑權利的基礎

關於繼承的基礎，尤其是關於遺囑繼承的基礎，學說紛歧。柏拉圖及亞里斯多德二人關於這問題的學說，受當地當時政治狀況的影響。柏拉圖主張立遺囑的權利，是立法者過份讓步的結果，因為遺囑人在臨死時並沒有充分的意識；這種權利應該廢止，而代以財產永傳於一家的制度；要是沒有兒子，則父只應有權處分其財產的十分之一，其餘應歸屬於其養子。亞里斯多德認為財產由家保存，惟一的方法是廢除遺囑的權能，而代以財產永由男子遞傳的制度，在另一方面，羅馬的哲學家贊成遺囑。西塞祿辛尼加及昆提利安三人，認這權利有友愛心及仁慈心為其根據，一面又很審慎的闡明遺囑權能與對於將來的遠慮，二者間的密切關係。羅馬法學家並不追求哲學的原理，但他們對於遺囑權能乃法律放任的結果之說，認為不當。在阿爾彼安眼光中看來，遺囑權能

對於法律只有一種關係，而在這關係並不見有何妨礙。巴平尼安曾謂「遺囑的定立，非屬於私法，而是屬於公法的。」他說這話的意思，不在否認最後遺囑行爲的自然基礎。而在注重偶有的附隨的方式。註釋學家對於遺囑是否爲萬民法的抑僅爲市民法的，這個問題，加以討論。提阿非羅贊成遺囑爲萬民法的之說，注釋法學派的學者及阿爾查提，反對遺囑出於自然之說，他們從古代法律，援引各種事例，以爲他們的論據。巴托拉斯及巴爾多二人，則援引其他事例，與之對峙，而採取相反的見解。頓內羅及叩乍斯開發提阿非羅的意見，謂遺囑權利的根據，在於個人與其後嗣間的關係。自然法學者分持二種相反的學說，其中以格老秀斯與浦芬多夫最爲著名。格老秀斯認爲遺囑的權能根據於自然法，並以遺囑比諸契約，解作一種讓與行爲，以死亡爲條件，得在讓與人一息尙存之前撤回，並由讓與人保留佔有及用益。佛爾夫彪拉馬基拉姆普累提康德諸人，及近代學者中的特羅普朗，採取格老秀斯的觀念。康德以爲遺產的取得，並不是通常的取得，而是一種理想的取得。他說，遺囑是遺囑人生前最後所作的諾言，以依某種條件給予財產爲內容，遺囑所賦予於繼承人的權利，就是在遺囑人死後接受這諾言的權利。遺產的取得，係根據於一種擬制的契約，以讓與人

與其繼承人爲當事人，這契約推定繼承人將依其規定而爲承諾，因爲不論什麼人都欲望財富。繼承人所取得者，是繼承的權利，而不是遺產本身，他享有其財產權，而不享有佔有，因爲他對之只有一種請求權。在另一方面，則浦芬多夫主張遺囑是法律的產物，並反對把遺囑列爲契約，因爲契約以二個意思的合致爲前提，而遺囑卻並沒有這種情形。亨內秀斯及聖托馬斯二人，贊同浦芬多夫的見解，他們不信一個人在意志不復健全並不復爲財產所有人的時候，能以遺產移轉於另一人。法蘭西一七九一年的法律，幾將遺囑權利完全廢止，這是採取遺囑繼承的根據，不在事物的自然性而在習慣的或社會的利益，這一個觀念的當然結果。如加巴在其關於繼承的書中所說，彌拉波羅伯斯庇爾及特隆舍特的演詞，係受浦芬多夫原理的影響。初有善丹，後有馬不利及盧梭，採納亞理斯多德的學說，主張國家應處分死者的所有，儘可能的使家庭保有之。平刻斯胡克如同法典編纂前的其他法學家一樣，認爲一個人死亡之後，其財產成爲無主物，按諸自然法，任何人得取而有之。阿該索及盧加主張遺囑是現實法的產物。文尼俄及佛埃特，則贊成格老秀斯的學說。格拉維那以爲遺囑權利的根源是自然的。最後，來布尼茲爲求得一原則以闡明其遺囑繼承的學說，乃

借助於靈魂的不滅。在拿破崙法典成立前的論究中，俾哥普累門那主張財產所有人的遺囑，是一個例外，因為法定繼承是完全以推定遺囑人的意旨為根據的。特賴爾哈特以為遺囑有一自然的淵源。波他利覺得遺囑權與所有權，有不能分離的性質，認二種權利具有同樣的性質。近代的哲學家及法學家，以法定繼承為家產共有的效果者，也主張這樣的觀念。近代的哲學家及法學家，有些反對個人所有權的原則而贊成家庭統制財產的原則，有些反對家庭統制財產的原則而贊成個人所有權的原則，欲專以其中之一作為繼承權利的根據。所以，有些人以所有人明示的意旨，為繼承權利的根據，而以所有人意旨的推定，為法定繼承的根據，至於家產共有的觀念，則置諸不論。反之，有些人如黑智爾干斯斯塔爾等，認法定繼承是一種本原的正常的繼承。遺囑繼承則是補充的效法的，因而剝奪了後者的一個強有力的根據。其實，真正的調和，是把這二種原則互相對照，這點吾們還要在後面詳述；但在這裏須先一說社會主義者的見解，他們是反對私有財產的，當然不贊成繼承權。拉薩爾是近代以抨擊繼承權著名的，在他看來，繼承權以二種古舊的的觀念為根據，一是死人意旨存續的荒謬的觀念，一是羅馬家產共有的貴族的觀念。我們更可一說近代集產主義

者的見解，他們否認繼承權，但以土地及勞動工具爲限，至於動產的繼承權，則爲他們所承認，他們承認動產的私有。

#### 四九八 法定繼承以家產共有爲根據

在確定繼承的根據之前，須先注意二事。第一繼承的權利，是對於社會中的人而言的，並非對於假想的自然狀態中或孤立的人而言的；第二，遺囑並非本質上與生命的最後一瞬相關聯，牠可在任何時候定立。這二事的說明，可使我們免陷於偏見，這種偏見，對於問題的錯誤解決，實有不少的影響。現在先講法定繼承，牠的原理，是存於血統關係也就是存於家庭這個倫理的組織體，這組織體於財產的共有中表見。這是無可懷疑的。當家庭在某一處所確立之後，牠的固定的性質，促使其組成份子從事於土地的耕種，嗣又造成財產私有的端緒，這種財產私有，成爲適於保存並發展家庭這個集體的利器。家庭是多數人的交相貫通，情感思想及意志的共同聯合，家庭中的財產，當依家庭本身的性質及目的而有變動。但家產共有卻始終不變。不論在什麼時代，也不論在什麼國家，婚姻及家屬團體的組成份子，於其中之一死亡時，均爲家產的轉讓，如果家產的任何一部份爲

外人所取得，他們將認此爲損害他們的事。兒子是這團體中的參加份子，父親死亡後，並不取得新權利，只是在財產的管理上取得較大的自由吧了。如我們可在早期的羅馬法上，見到這一個觀念，這觀念不但不是貴族的，而且適得其反。但在羅馬人中，家產共有這個觀念，是很嚴格的，故屬於家庭的財產，不得割讓，具有「固有與必然」的特質。按家產的不可割讓，其淵源不但出自古代羅馬法，實也是一切古代法律的原則，古代的法律，都認集體爲主體，而不認個人爲主體。不過，真正的家產共有，不應作這樣的解釋，因爲這是破壞個人的權利的，牠也不應看作一種「不可分的共有」，在不可分的共有中，共有人得就其應有部分，享有與個人所有權相等的權利。家庭是一不相等的團體，其構成份子，有上下的分別。這種不相等，並不使共有關係成爲不可能，只是使各份子享有不相等的財產權而已。家產共有，是一種特殊的共有，牠的前提，如洛斯基尼所說，是相對財產權與絕對財產權二者間的重要分別。牠的基礎，一面建在完全的絕對的父的權利之上，父是家庭的主腦首長及代表，一面又建在相對的其他組成份子的權利之上，這些份子以父的死亡爲條件，而享有其權利。洛斯基尼曾謂，對於一種財產，一人有完全的權利，他人則只有相對的權利，前者可使用這

財產，但以一定的合理的範圍爲限。如果共有財產，係由享有完全權利的一人與享有相對權利的  
一人，互相結合而構成，前者須爲財產共有及團體的目的而使用之。屬於絕對所有權人的權能，即  
屬於家庭主腦的權能，是依照善良管理的標準，而決定何種爲必要的或有益的家庭費用。相對財  
產權的性質，已如上述，而這種財產權，除其與完全所有權人的關係外，又沒有其他的限制，因而相  
對財產權人，對於財產的使用管理，有超越其他一切人的權利；在完全所有權人死亡之後，這些財  
產就絕對歸屬於他了。洛斯米尼接着又說，相對財產權人由於這種權利而更有另一權利，就是他  
自己所得財產的使用及消費，不完成操於完全財產權人之手，而得要求對之作某種的處置，俾在  
完全財產權人死亡之後，可分別提出而由他承受其全部權利。基上所述，可見一般人欲以教育子  
女的必要、同意、仁愛及死者意旨的推定，或佔有等理由，以說明法定繼承根據的見解及學說，即易  
攻破。如果繼承的根據，只在教育子女的必要，牠就失其固有的性質，成爲簡單的爲教育目的而設  
定的扶助金了，而這種扶助金，達到了牠的目的之後，也就沒有繼續存在的理由了。僅僅仁愛的情  
操，不成爲一種權利。死者意旨的推定這一個觀念，則否認了家庭的權利，是明示默示或推定的個



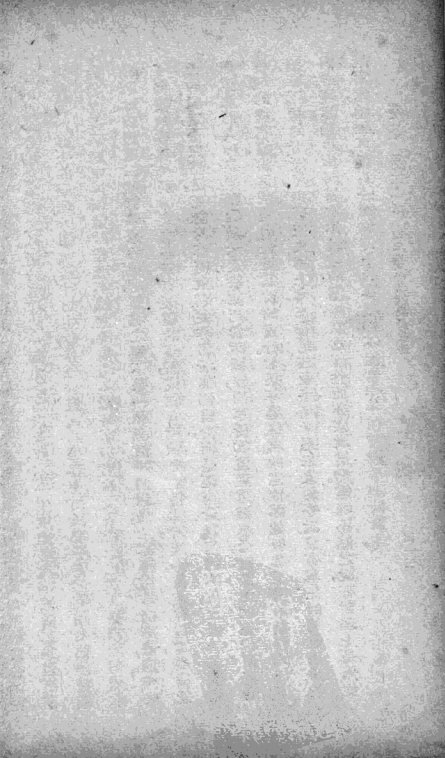
人任性原則的結果，並且假定了一種存在於前的遺囑繼承。至於佔有的學說，則認人是離羣索居的、浮浪不居的，對於將來無所顧慮的。但對於人作這樣的看法，人的力量就不能在死亡後發生效力了。而且，這樣的學說，足啓爭鬪之端，因為各人均將參加攘奪以佔有遺產，而尤惡劣者，在這酷烈的攘奪中，勝利每不屬於死者的親屬。

#### 四九九 遺囑繼承以財產所有權為根據

如果法定繼承的直接基礎，是建在血統關係及家產共有之上，則遺囑繼承的直接基礎，是建在財產所有權之上；所有人除須履行其義務外，得自由處分其財產。遺囑的權利，是與財產所有權不能分離的，牠由此而得到牠的理由及意義。牠在人心中有其極深的根基，並適應人的本能衝動，各人都由於本能衝動，多少傾向於延長後嗣對他的紀念。一般說來，繼承的權利，使被繼承人的活動，與其所親愛的繼承人的活動，互相關聯。牠代表人類歷史的連鎖。要是沒有繼承，歷史就無從進行，因為現在是過去的接續，又是將來的根源。繼承是增殖資本，增加生產及財富的必不可少的條件，因為一個人如果不能確信他能以財產遺給他的家庭，能處分他的財產，他就失去了努力工作

任勞耐苦的推動力了，這是顯而易見的事。雖然自然法上並不承認遺囑的處分財產，這種處分發生效力的時候，正是遺囑人的意志因死亡而不復有何效力的時候，還有一個人死亡之後，不會再感覺到痛苦或損傷，但這些事實並不駁倒上述的理論。有些人以為這些事實，證明上述理論的不足採取，但他們仍主張法律應規定褻瀆墳墓之訴及毀損名譽之訴，因為這種褻瀆及毀損的行爲，侮辱了死者的家庭的榮譽。但依我們看來，遺囑人以遺囑處分其財產的時候，他的意志尙有效力，因為這是一個活著的所有人的意志；而且個人依法定方式所爲的意思表示，可獨立存在並持續，而不憑賴於這意思表示所由來的人的生命。遺囑是一種獨特的行爲，異於契約或贈與。牠不是一種契約，因為遺囑人可隨時把牠撤回，而隨時可以撤回的財產轉讓，決不能稱爲契約。牠不是一種附條件的契約，因為這條條件將爲隨意的條件，有成就與否，將完全繫於遺囑人的意志了，換句話說，遺囑人移轉其財產，將以他願意信守諾言爲條件了。至於褻瀆墳墓及毀損名譽之訴，是爲了我們曾在前面說過的理由，這固然是顯而易見的，但除了那些理由之外，還有一個目的，這就是要保護那個繼往開來的人的物質及精神的不可侵性。墳墓是人類遺體的安息處所，是靈魂之家，是解

體了的一個意志及一個人格的所在地。一個人的遺名及榮譽，構成他的生存的射影，構成他的精神的生命，存續於墳墓之外。對於這樣的一個生命加以承認，不一定就把靈魂不滅的思想包括在內，作為法律上的原理。一個人精神的生命，存在於這人的聲譽中；這種聲譽，當然存續於他的後嗣的紀念及意識中，無須借助靈魂不滅之說。靈魂不滅是來布尼茲及洛斯米尼二人，據以說明繼承權利的。依照這二位哲學家的見解，靈魂之國不是一種幻想。他們以為，承認了靈魂的不滅，則喪失了肉體的靈魂，與別的人自必仍有某種的關係，使牠有所維繫，並得其所應得，使人尊重其最後意志的願望，得以滿足，死者的享有權利，並非出於他們自身，而是經由愛護他們的人，及依於取得他們遺產的人。如果遺囑的繼承人，根據死者的願望，而享受其遺產，這種享受，實際上就是行使死者靈魂的權利，因為這是牠的最後意志的實行。如果不遵從牠的意志，那就否認了牠的權利的行使，攘奪了牠的財產了。但有些人認上述來布尼茲及洛斯米尼二人的學說，沒有真正的價值，因為我們必須認識，法律關係法律制度的淵源，應為理性而非宗教信仰。靈魂不滅之說，在哲理上是無從證實的，牠雖可認為一種信仰上的事項，卻不能當作一個實際事理的論據。



## 第二十二章 法定繼承與遺囑

### 五〇〇 法定繼承以親等爲準

法定繼承，以血統關係爲依據，應依親屬關係的親疏而規定。親屬是存於同族人間的關係。親等依世數計算，一世爲一親等。關於親屬關係的親疏，第一爲直系卑親屬，其次爲直系尊親屬，最後爲旁系親屬；親等較近的親屬，優先於親等較遠的親屬。這些是自然法上的原則，查士丁尼承認這些原則而規定尊親屬的繼承，凡親等較近的尊親屬，不論其屬於父方或屬於母方，應優先於親等較遠的尊親屬，至於遺產的來源，則非所問，只在親等相同的直系尊親屬間，應將遺產分割，就是以半數歸屬於父方的尊親屬，而以其餘半數歸屬於母方的尊親屬，至於二方的人數，則非所問。近代的立法，採行這羅馬新律的規定，確認了自然條理的準則。

### 五〇一 法定繼承的能力

一般說來，任何人都有繼承權。在今日，外國人、僧侶及終身監禁的罪犯，也能繼承，因為他們已不復認作喪失人格的了，外國人享有私權，這種私權歸屬他們，因為他們是人；僧侶如果是個公民，享有私權及政治權；終身監禁的罪犯，只能剝奪那些與他們的境遇不能相容的權利。他們不再享有政治權，也不享有親權。也不能受指定為監護人；他們將受制於法律的禁止，而不能處理他們自己的財產，但沒有理由可以否認他們的繼承權。可是仍有幾種人，沒有繼承能力，不過這些只是例外的情形而已。嚴格說來，無繼承能力人，對於任何繼承都沒有能力，絕不能基於繼承而取得財產。有些人因犯罪而喪失能力，只對於他們實施犯罪行為所對向的人不能繼承。在繼承開始時尙未成胎的人，也不能繼承，因為他們還沒有存在。其已成胎的人，則可於出生時承受遺產，其理已見前述。殺害或意圖殺害被繼承人的人，因犯罪行為喪失繼承能力，誣告被繼承人犯不名譽罪的人，也是這樣。此外還有妨礙被繼承人作成遺囑，或使之作成遺囑，或隱匿變更遺囑中任何規定的人，也沒有繼承能力。嚴格意義的繼承能力的欠缺，是獨立存在而發生效力；由於犯罪的繼承能力的欠缺，則以依法定罪為前提。

## 五〇二 法定繼承人的種類

法定繼承人有四類，合法親屬、自然親屬、生存配偶，及國家。第一類分爲三順序，直系卑親屬，直系尊親屬，及旁系親屬。被繼承人對於直系卑親屬的愛護心，最爲深切，所以，他們應有繼承權，是毫無疑義的。早期羅馬法曾謂：「我們以我們所有的，全部給與我們的子女。」所以，婚生的子女，應優先於其他一切繼承人。其次是子女的直系卑親屬，依其與死者親等的遠近而定其繼承順序；血親關係的性質應優勝於親等。認正的私生子女及收養的子女，在各方面都類似婚生的子女，應列入後者之中。次於子女的，是直系尊親屬，因爲「情愛的趨向，是先下而後上的。」父母對於子的遺產平均分配，因爲子的愛父與愛母應屬相等。如果父母先於子而死亡，子於遺產應歸屬於最近的直系尊親屬，不問其屬於父方或母方。第三順序爲旁系親屬，他們中間有着密切的關係，使他們互相聯繫，組成家庭，營共同的生活，受相等的教養。如果是同父同母的全血緣的兄弟姊妹，他們可以均等繼承。半血緣的兄弟姊妹，不能被擯於外，他們也得參與分配，因爲他們對於死者，有着充分濃厚的愛情的關係，但他們取得的成數，應較少於關係更爲密切的全血緣的兄弟姊妹。如果兄弟姊妹

是死者的最近親屬，他們應優先於其他一切繼承人。如果兄弟姊妹，死亡在前，他們的直系卑親屬應代位而為繼承，如果這些直系卑親屬也沒有，則由其次的最近親屬繼承。但到了某一點，因為已失家庭聯繫及親屬關係的意識，旁系親屬的繼承，不再遞推下去。到了這一點，國家成為繼承人，這是合理的，因為某一親等以外的親屬關係，不復為人感覺了。

### 五〇三 法定繼承中的自然親屬

第二類的法定繼承人，是自然親屬。非依於婚姻關係而生的子女，曾經自願或由司法裁判認領者，得分受他們父母的遺產。他們的繼承權，不受剝奪，這是理所當然的，因為他們與被繼承人的關係，較諸旁系親屬，更為密切，更為深厚。可是在另一方面，法律如欲衛護道德，維持真實合理的家庭，即不可使私生子女的地位，相等於婚生子女的地位。按私生子女的出世，在他們自己固然沒有什麼罪惡；但雖應給予他們以分受遺產的權利，卻也不能因而把他們與婚生子女同等待遇。

### 五〇四 法定繼承中的配偶

生存的夫或妻，即在自然法上，也列為第三類的繼承人，因為在婚姻關係中，二人間有着深切



完滿的交感這在前面曾經一再說過這種交感實足成立充分的理由使生存的配偶分受死者的遺產。須知生存的配偶，不應由於繼承人的橫逆，而陷於貧困的危險；他的生存，不應因子女的好惡而受影響，他在遺產中應承受一份，不應少於子女所得。至於羅馬法上的「*quarta uxoria*」，與這觀念不相符合，因為這只是給予貧苦而未有妝奩的妻的，這貧苦而未有妝奩的妻，為求取得這遺給的賙濟，必須挨受證實其自己窮困的恥辱。不過，繼承權既賦予於生存的配偶，法律上即應有規定，使一家的財產，不因第二次結婚而歸屬他家。法律對於生存配偶的保護，應視其生有子女或僅有疏遠親屬，而有所分別。

#### 五〇五 國家是最後的繼承人

第四類繼承人是國家。沒有任何親屬的死者，其遺產應認為無主物，故屬於國家。遺產應歸國家取得，這是理所當然的，因為某親等以外的血親，不再有倫理上的理由，可受繼承法律的保護而承襲遺產。死者與國家有着比較密切的關係，國家不能算是一個不合理的受益者，牠可以利用遺產，以作慈善事業，也許用他的名義。

## 五〇六 代位繼承與遞傳繼承

在法定繼承的情形，如果原應繼承的人，死亡在前，或欠缺繼承能力，那末他們的直系卑親屬，

取得他們的地位及權利，這不是基於這些直系卑親屬自己的權利，而是基於代位的關係。基於自己的權利而為繼承者，須在法律上享有直接的繼承權。依據遞傳繼承，原應繼承的人，如未默示或明示承認繼承亦未拋棄繼承而死亡時，他的繼承人即可承受遺產。代位繼承是直接的，遞傳繼承則是間接的，因在前者，遺產並沒有歸屬於死亡或喪失繼承能力的人，而在後者，則遺產須先歸屬於原應繼承的人纔承人承受。如果他們屬於同一親等，他們依人數而為繼承，均等分受遺產；至代位繼承人，則依系數而為繼承。代位人取得，原應屬於被代位人的部分，由他們分派，或按房分派，均以系數為準。代位繼承是合於條理的，因為情誼是接續的，而尊親屬對於二親等與二親等以外的卑親屬的愛情，也是一樣的深切，而且子女是家庭的構成份子，享有家庭的權利，其中之一是繼承父母的遺產，而代位繼承就是使他們承襲父母的地位。父的死亡，是子的不幸，如果剝奪他繼承祖父或伯叔等遺產的利益，那就加深他的不幸了，這是不公道的。同樣，喪失繼承能力的效力，如果施

於無辜的人，也是不應當的，所以，代位繼承，是合於家庭及公道的原則的，不能把牠看作只是現實法上的創例，因為牠是出於血統關係的制度。在直系卑親屬，代位繼承無限遞推，在旁系親屬，則以某親等爲限，在這裏可以看出牠的理由。死者的兄弟姊妹，可許他們的直系卑親屬代位繼承，這是因爲兄弟姊妹的子女，應認爲兄弟姊妹所屬家庭的構成份子。姪或甥，視伯叔或舅，幾如父一般，而伯叔或舅，對於姪或甥，也有一種類似父的愛。代位繼承的理由，如此而已。這種理由，決不能存於直系尊親屬，因爲愛是下降而不是上昇的；水決不流向水源；直系尊親屬總是直系卑親屬的一家之長。依照公認的見解，直系尊親屬對於疏遠的直系卑親屬，不能有直接的繼承；但父對於祖父的遺產拋棄繼承時，子成爲最近的親屬，可依據自己的權利而承受祖父的遺產。

### 五〇七 遺囑繼承

講到遺囑繼承，我們必須知道，除了法律所規定的某種人之外，不論什麼人都有作成遺囑的能力，或依據遺囑而取得財產的能力。在這裏如同在法定繼承一樣，適用同一的原則，因爲繼承是一種自然的權利。因未長成而無充份判斷力的人，及心神不健全的人，沒有作成遺囑的能力，可不

待言。如果遺囑人對於他的合法繼承人，有嫌惡的偏見，他的心神，可認為不健全，他的合法繼承人，可提起廢棄遺囑之訴；在強暴詐欺或脅迫的影響之下，也不能作成遺囑。詐術有二種方式——不當誘惑及欺騙。不當誘惑是以獲取遺囑人的愛好為目的，而實行餽贈，佯示親愛，殷勤侍奉，及巧言令色。欺騙與不正引誘不同，牠是一種連續的行為，用意在使遺囑人倉皇失措，使他激發一種性情，異於他的真性情，如以雙關的問題，引起與遺囑人理會相反的答覆。尙未成胎的，及犯罪的人，沒有繼承能力。但依照遺囑繼承的法律，在遺囑人死亡時生存的人的子女，雖在那時還沒有成胎，也得承受遺產。這樣的法律，並不違反理性的準則，因為牠准許遺囑人以利益給予放蕩者的子女，而使繼承關係不致久懸不決。有些人不能承受遺囑人的遺產，如帳目未經認可前的遺囑執行人，公證人，遺囑見證人，及書寫秘密遺囑其中所定遺贈未經遺囑人手筆認可的人。還有些人，其能力的欠缺是部份的相對的。他們只能取得一定成數的遺產而不能較多。例如，非婚生的子女，縱經認領，也不許予以超過法定成數的遺產。再娶的丈夫，遺給後妻的財產，不能多於前妻的子女。

遺囑有普通與特別之分；普通遺囑有二種，一是自書遺囑，由遺囑人自書全文，記明日期並簽名，一是公證遺囑，自書遺囑，使遺囑人不受任何外界的影響，使他有充分的自由，規定他的繼承事項，沒有公開的可虞。但牠有某種缺點，因為牠不受任何法律方式的拘束，本質上是一種私人的行為。立法者當然不應以許多嚴重的方式，妨礙財產處分人意志的自由表示，但立法者仍須堅決主張某種方式，以期遺囑處分的確實及自由。在今日，偽造的技巧甚為發達，筆跡的真假難以證明。遺囑如不以公共職官參與為必要，偽造的機會即多。所以，我們保存自書遺囑，但加以備案或登記的義務。至於在傳染瘟疫、出外航行、發生戰爭、及寄居外鄉的情形，通常有簡略的遺囑方式的必要。為求適合這種必要，乃有規定特別遺囑的法律。

### 五〇九 遺囑繼承與法定繼承的並存及特留分

在羅馬法上「一人的死亡，不能有二種繼承，一部分為遺囑繼承，一部分為法定繼承。」這原則，是強有力的。牠的理由有二，——其一是要避免「祖先祭祀權」的分割，另一是認死者的遺產為不可分割的集體。前一理由，已成為歷史上的陳跡；後一理由，乃以一種與權利集體無關係的

觀念爲根據，因爲牠並不分割而仍完整的存於多數的個人，即存於共同關係的繼承人，他們接續死者的人格。所以，法定繼承與遺囑繼承，可以並行不悖。而且牠們並存，也是根本必要的，因爲如果僅有法定遺囑，則將抹煞個人的全部權利，如果僅有遺囑繼承，則將否認家庭的權利。人類千百年的智慧，找得了二種繼承並存的調和方法，把死者的遺產，分爲二部份，即可以處分的部份，與特留分。這制度，是合於條理的，因爲牠既不犧牲家庭的權利，也不犧牲個人的權利，而予這二種權利以同等的注意。特留分的根據，在於「血統關係」在於家庭的權利，這是沒有疑義的。牠由法定繼承人享受，但牠的保存，同時又與公共利益有關，因爲牠着眼於財產的世代相傳，實是維持家庭因而也是維持社會的強有力的方法。牠不是淵源於供給生活必需資料的義務，因爲牠不能看作一種簡單的撫養金，牠也不是父母自然義務法律化的產物，因爲這樣的看法，將使牠處於如同債權人權利一樣的地位，而可由立法者任意處置了。特留分使家產共有的原則成立。牠是遺產中的一部分，爲法律所規定而不得侵害的。因爲是遺產的一部分，所以特留分在被繼承人生前，不能要求，也不能拋棄。牠是繼承開始時存在的財產，不論什麼種類，是動產是不動產或是無體財產。牠附有清

償債務的義務。特留分是法律所定的，牠保護家庭的權利，因此，法定繼承人，依遺囑取得財產者，除遺贈外，並得申張特留分上的權利，對於他的特留分上的權利，就是遺囑人本人也不得加以剝奪。繼承權的剝奪這個制度，（爲查士丁尼前後的羅馬法，及許多近代的民法所認許）足使遺囑人任性妄爲，而且繼承權可因不配繼承而喪失，所以這制度也是不必要的。不配繼承的事由，不妨儘量增多，而使這制度完全廢止。是故，對於被繼承人爲侮辱虐待或侵害行爲的人，必須認爲不配繼承。特留分以家庭的權利爲根據，並由法律制定，牠是不得侵害的，所以，牠的產權及佔有，應屬於繼承人，不能附以條件期限或負擔。

#### 五一〇 對於特留分的評論

特留分這個制度，未爲普通法承認，牠是法律學家及經濟學家常常批評討論的問題。例如，有人說，父沒有以其財產的一部份，留與子女的義務，他只負給予他們以良好教育的責任；家產共有這個觀念，是貴族的封建的；近代社會的中心，是個人。這非難特留分的見解，不能有什麼力量，因爲牠混淆了實體與方法。家產共有，是家人密切共處的本質的理想；牠會有各種不同的方式，因爲家

庭本身曾經過許多的變遷財產及家庭，前曾一度具有封建的性質，但是，我們可以因此廢止財產及家庭嗎？所謂近代社會的中心是個人，這句話也不確實。如果承認這句話，那就是陷於個人主義，各人都當作一個抽象的個體，如同原子一樣，而與他在家庭、社會團體、及國家中的各種性質及地位，不相關聯。有人說，子女可有他們自己的生活資料；可是這也不是剝奪他們權利的理由。我們更可說，子女也許下賤，不配享受特留分，但這樣的說法，實在沒有想到，如果他們的下賤是重大的，法律可排除他們的繼承，如果是輕微的，則不予他們以特留分就不應當了，因為做父親的，常能以其財產中得以處分的部份來獎勵或懲罰他們。要是他們中有人不能靠着自己的智慧及努力，以維持生活，這部份的財產，就可供作使子女境況平等之用。有些人以釀成繼承人懶惰為理由，非難特留分，但依據這種見解而推論下去，我們的結論，將謂為求增進個人的努力，我們應以課稅方法，剝奪他們所有的財產，因為這樣我們可使他們更努力了。這樣的理論，實未深切注意到一個事實，就是這種特留分的財產，可作事業開始的基金，我們須知，最初積聚幾個小錢，其事較難，其後獲取千萬資產，其事較易。最後，有人以分散遺產的理由，責難特留分。但如前所述，財產成為好東西，是因為



牠使許多人平等獨立，適宜於維持生活，以資本施用於工業而使勞動可能。所以，財產是秩序的保證者；牠增進愛國心，因為牠使所有人依附於國土。如果分成極小的價值，財產的分散，纔是壞事。有許多方法，可用來防止這種壞事。總之，特留分實有保持家庭，免為無思無慮的慷慨所破壞的功効，並有分派財物及資金的功効。對於貴族階級人數的增多，他多少有些抑止的力量，一般說來，貴族階級中的人，對於社會不能在量方面或質方面有任何重大的貢獻，這也是特留分的擁護者，洛西這位經濟學家所說過的，他的權威，足與無限制遺囑權能的擁護者，斯圖亞特穆勒兩相對峙。

### 五一 特留分的範圍

特留分屬於婚生的子女及收養的子女，並屬於他們的直系卑親屬，他們享受家庭的一切權利。收養行為，使養子相等於婚生子，但身份的關係，常使二者有所差異。孫子女及孫子女的直系卑親屬，得依代位的權利而享受特留分。如果遺囑人沒有子女，也沒有其次的直系卑親屬，特留分屬於直系尊親屬，他們以特留分數額為限而為其直系卑親屬的債權人。在這裏是有真正自然法上互負義務的關係的。特留分並依正義的原則，而給予於妻及私生子。但這常常不當作遺產的一部

份，因為所要給予利益的，是子女，直系尊親屬及一般合法的家屬。實際上，法律有時也規定，屬於妻的部分，可由繼承人以財產的終身用益來代替，其屬於私生子的部分，可用現金來給付。法律爲妻及私生子規定一定的成數，取之於得依遺囑處分的部分，俾免礙及直系卑親屬及直系尊親屬權利所在的法定繼承的部分。旁系親屬，不能享受特留份，以免破壞私有財產的制度，而使家庭產權陷於崩潰。近代工商業的發達，及家庭範圍的限制，消滅了中世紀制度的遺跡。旁系親屬的特留分，並非根據於法律哲學，因爲兄弟姊妹是別的家庭的中心，也非根據於社會利益，社會利益並不需以兄弟姊妹的享受特留分，來限制遺囑的權能。如果遺囑人欲以利益給予兄弟姊妹，他能極易做到。我們須知，在羅馬法上，這些人本身沒有繼承的權利。特留分的數量，要定得合理，必須對於親屬的親等及種類，並對於家庭的經濟狀況，加以斟酌。爲使經濟狀況與正義原則互相調和，特留分必須不過少也不過多。如果過少，則特留分將不成爲特留分，而成爲生活必需的贍養費，將引起與無限制遺囑權能同樣的流弊。如果過多，則特留分將礙及個人處分財產的權利。家庭的權利與個人的權利，必須平衡。特留分與繼承人人數成絕對比例的制度，爲法蘭西革命時所採行，這制度

剝奪遺囑的權能；反之，查士丁尼及法蘭西法典所採行的有限制比例的制度，則失於不公平，往往不生效力。牠不能常達其目的，因為如果不欲破壞遺囑的權能，這比例必須止於某一點，而止於某一點則足使五個子女的特留分與八個或十個子女的特留分，不相差異。而且，牠還有一點不公平，因為牠武斷的限制個人處分財產的權利。我們須知，這樣的一個制度，足使子女對於遺產的繼承，陷於不確定。此外，不問繼承人人數多少，特留分數額一定不變的制度，為巴黎習慣，拿破崙法典，及意大利法典所採用，這制度似乎可取，因為牠對於二種矛盾的權利，予以同等的注意，並就經濟的因素，作一般的考慮。照大多數情形說，繼承遺產的直系卑親屬，人數較多於直系尊親屬，而直系卑親屬為繼承人的事實也較多於直系尊親屬，故給予直系卑親屬的特留分，應較直系尊親屬為大。這制度的效果，在有許多子女的情形之下，法定繼承的遺產數額，勢必極少，這固然是無可諱言的。但生活複雜，經濟需要千差萬別，一一適合勢所不能。法律只應就通常情形而為之斟酌。特留分既經規定，則生前贈與或遺囑贈與，如果超過得以處分的部分，自應扣減。繼承人所受的遺贈，應先依比例而扣減，其次為一般受遺贈人所受的遺贈；如果這還不夠，則應取消贈與，以贈與時日在後者

爲先，漸次及於時日在前者。遺贈應先扣減，這是因爲牠們是單獨行爲，而非如贈與之爲契約；最後的贈與應先扣減，因爲這樣往往已足填補特留分。遺囑人常能預見這種扣減的可能性，而予某一遺贈或贈與以特惠。

### 五一一 遺囑繼承不許代位

在這裏有一問題，就是代位的權利，可否適用於遺囑繼承。我們對這問題加以切實的思想之後，覺得這權利不能一概適用，因爲在遺囑繼承裏，並沒有代位權利所根據的理由；遺產的移轉是間接的。受遺贈人每非遺囑人的親屬，故血統關係、家庭正義、家庭生活的原則，不應援爲根據。如果受遺贈人，是一個外人，遺囑人的愛情，是施於這人而不及於這人的直系卑親屬。換句話說，受遺贈人的直系卑親屬，可依遞傳繼承而取得動產或不動產，但不能依代位繼承而享有之，因爲權利須先移轉於受遺贈人，纔能由他們的直系卑親屬取得，他們的直系卑親屬不能像代位繼承的情形那樣，依法律規定而直接承受遺產。代位人是依於法律規定，當然承襲被代位人的地位及權利，而無經過遺產移轉給他的必要。代位繼承只行於法定繼承，反之，遺囑繼承，直接以遺囑人的意志爲

依歸，財產除已移轉佔有者外，並不歸屬於受遺贈人。就一般論，牠並不直接移轉於受遺贈人的直系卑親屬，所以，他們的繼承，是間接的，是遞傳的。遞傳繼承的效力，與代位繼承的效力不同，因為法定繼承人的直系卑親屬，以代位人的資格而取得遺產，並不排除共同繼承人或補充繼承人，也不妨礙增殖的權利。至於依遞傳繼承而取得遺產的直系卑親屬，則排除共同繼承人及補充繼承人，並妨礙增殖的權利。但有時受遺贈人，同時也是遺囑人的直系卑親屬、兄弟或姊妹。在這種情形之下，也可有代位繼承的理由，如同法定繼承一樣，因為受遺贈人的直系卑親屬，對於遺囑人，已處於在法定繼承時可有代位權利的親系或親等的關係。如果受遺贈人先於遺囑人而死亡，或喪失受遺贈權，他的直系卑親屬，得依類似法定繼承中代位權利的權利，而承受遺產，這種權利，係看作一種默認的或法定的代表權，牠不適用於普通一般受遺贈人的直系卑親屬，這是容易明瞭的，因為牠的根據在於血統關係。狄奧多西的遞傳繼承，與此不同，這種遞傳繼承的制度，是狄奧多西二世及蘇楞廷尼安的法律導入羅馬法的。查士丁尼確認這狄奧多西的遞傳繼承，但牠與代位繼承，大有分別，因為牠假定受遺贈人須在遺囑朗誦之前死亡，而不在遺囑人死亡之前死亡。所以，牠實是

一種遞傳繼承，而不是代位繼承。意大利法典，參照上述的原則，規定受遺贈人先於遺囑人而死亡，或喪失受遺贈能力者，除遺囑人另爲處分外，這受遺贈人的直系卑親屬，如果在法定繼承時他們應喪失代位權利者，得承受遺產或接受遺贈；但這種遺贈，以租金及對人的權利爲限。

### 五一三 遺囑的要件

關於遺產中得以處分的部份，還有許多應行注意之點。第一，受遺贈人是遺囑人得用任何方法來指定的，其惟一的要件，是受遺贈人必須是可能確定的。遺囑人的各項處分，必須確實並出於他本人的意志，這就是說，必須不爲第三人的意志所左右。第二，涉及遺囑的基本原因的錯誤，不能與涉及牠的直接原因的錯誤，有同一的效果。前者使遺囑歸於無效，因爲遺囑人如果明瞭事實，就不會再作那個處分，例如，他以爲死亡的獨子，實際卻生存。至於後者，則沒有使遺囑無效的效果，因爲推動的原因，是附從的而又是決定的原因；推動的原因雖已失其存在，處分財產的遺囑，仍須遵從。因念某人子女衆多而以遺贈給與其中之一，縱使在遺囑人死亡時，子女人數已大減少，這遺贈仍屬有效。第三，我們必須注意，遺囑人得以負擔加於受遺贈人，他也得附以條件。遺贈的條件可有

多種，一如契約的條件。羅馬人認遺囑中不道德不可能及不合法的條件，應屬無效，因為他們把這種條件，看作心神耗弱的結果，不應使未予同意的無辜的第三者受其損害。有些法典，做行這羅馬的原則，但這種原則不應採取，因為心神錯亂當使遺囑無效。如果遺囑人明瞭他的行為的意義，他就不會不知道，上述的那種條件的履行，是違反自然及法律的，因此也就可以推斷，他並沒有願把他的財產，給予受遺贈人的真誠意思。遺囑的有效或無效，不以受遺贈人的賢不肖為斷，而以遺囑人定立遺囑時心神狀態是否健全為斷。阻止結婚的條件，應認為違反自由的原則，但守寡的條件則不然，因為如果妻再嫁而違背其亡夫願望其保守的忠實義務，卻仍許她享受其亡夫所慷慨施與的利益，那是不公允的。雖然妻可過其不貞節的生活，而仍不失其遺贈，但這是無可如何的，因為死者信任她的忠實。上述條件的承認，是與子女利益的關心，相聯繫的。第四，我們必須提及增殖補充的權利。某一受遺贈人不能取得其遺贈時，如果同一遺囑的同一條款，曾指定共同受遺贈人，且未規定各人的分配數額，則該受遺贈人的應受部分，應歸屬於其他共同受遺贈人。這權利就是增殖的權利。我們必須推定，凡是這樣指定的多數受遺贈人，是遺囑人作為一個人看待的，所以其中

有一人不能取得遺贈時，他的應受部份，就應歸爲其他受遺贈人的利益。如果遺囑規定，各個受遺贈人應得的數額不相等，那就不能再作這種推定了，所有不能取得的部份，應歸屬於法定繼承的遺產中。對於特留分以外的財產，遺囑人得指定第二順序的受遺贈人，所謂第二順序受遺贈人，就是因第一順序受遺贈人不能取得遺贈，而取得其遺贈的人。這就是補充的遺贈。補充遺贈，有直接與間接的分別。直接的補充遺贈，是替代人直接由死者取得遺贈。單純的補充遺贈，就是屬於這一種的遺贈，因爲牠的目的是要使遺囑人列爲第二順序受遺贈人以下的那些親屬，取得順序在前的受遺贈人所未取的遺贈。如果補充人與被補充人，是共同受遺贈人，則這種單純的補充遺贈，稱爲相互的補充遺贈。羅馬法上的 *Pupillare*，是直接補充遺贈的又一實例，所謂 *Pupillare*，就是父恐子未成年而死亡，預爲指定繼承人，以補充子的地位。在上述的二種直接補充遺贈中，以單純的補充遺贈爲合理，因爲遺囑人行使其處分權，並不使財產受其拘束。而在另一方面，遺囑人有自己選定其繼承人的權利，並能規定第一順序受遺贈人不願或不能取得遺贈時的補充辦法。至於羅馬的 *pupillare* 則不宜採取，因爲牠是家父權的效果，而家父權在今日已不復存在，牠的意義，



是對於財產作最後的處分時，父的意志代替了未成年子的意志。間接的及不確定的補充遺贈，是信託遺贈，受遺贈人須將遺產的一部或全部保存並交付於第三人。這種補充遺贈，已不復爲近代國家所承認，因爲牠是去死不遠的老年人無理任性的行爲，且又妨礙遺贈財產的流通。我們切不可把這種補充遺贈，與信託遺產視同一事。所謂信託遺產，是被指定爲繼承人的人，依照祕密的約定，只是遺產的管理人或受寄人，將來須把遺產交付於受遺贈人。信託遺贈，公開的附以保存並交付遺贈的負擔，並禁止遺贈的割讓，但受遺贈人得爲使用收益，至於信託遺產的受託人，則不能享有什麼，並須把遺產連同孳息一併交付。信託遺產是現今各國所承認的制度，惟意大利的民法典，爲避免種種困難起見，禁止信託關係的證明，但利用信託，以助不能繼承的人者，不在此限。只在這種情形之下，許爲受遺贈人實一受託人的證明。指定受遺贈人，不許以某日爲始期，或以某日爲終期。如果以某一日期爲始期而指定受遺贈人，法定繼承人勢須從繼承人承受遺產，而負保存並交付遺贈的義務，如果以某一日期爲終期而指定受遺贈人，法定繼承人勢須把遺贈收回而以之歸屬於遺產或其次的受遺贈人。最後，我們還須述及幾種關於特殊信託的遺產處分。信託就是遺囑

人特別規定，受託人須對第三人負一定義務的遺產處分。遺囑人要規定這種信託關係，自須具備處分或遺囑的能力。在受託人方面，也須具備接受遺贈的能力，因為遺贈是繼承的一部分。不論對於那一種受遺贈人，都可加以受託人的義務，這不僅在一般受遺贈人及收養或補充的繼承人是這樣，即在合法繼承人也是這樣。在這裏我們必須注意，對於特留分是不能加以負擔、條件或義務的，因為牠是遺產中法律所特定須歸屬於家庭的部分。不論那一種財產，凡是於受遺贈人有益的，均得為遺囑處分的內容。現在已有的財物，及將來可得的財物，不動產及動產，特定物及財產權，有體物及無體物，都可為信託的客體。

#### 五一四 遺贈的交付

各種繼承有其共同的原則，涉及繼承的成立，遺產的移轉、接受、拒絕、分割，及贈與的返還。繼承的成立，始於遺囑人，或被繼承人，死亡的時候。對於活著的人是不能有什麼繼承的，因為活著的人自有其財產權，並得任意行使之。繼承何時開始及遺產何時移轉，因繼承的成立而確定，故關於繼承人有無繼承能力的條件，也以這時為準。就德意志法律及法蘭西意大利二國法典的文義而言，

遺產的移轉，就是遺產讓渡於繼承人，同時賦以接受或拒絕的權能。從繼承成立的時候起，他們對於財產及其佔有，享有完全的權利。德意志及法蘭西的古諺。所謂「死傳於生」就是這個意思。在這裏我們必須注意，如果繼承是不能拒絕的，如果會行於羅馬的必然繼承人或正統繼承人，在今日仍然存在，那末上述的格言，可謂確當。在羅馬，必然繼承人，即使心中不願，也須繼承，如奴隸是正統繼承人最初也是強制的繼承人，如同死者的子及其他直系卑親屬一樣，這是家父於死亡時決定的。但這二種繼承人，在今日已不復存在，因為近代的法律，為尊重個人自由的原則，只承認自願的繼承人。不過，拋棄繼承既須有意思表示，則遺產的取得也須有羅馬人對於任意繼承人或外來的繼承人所定的「繼承的接受」，因為這樣纔合於論理。近代關於遺產移轉的觀念，實屬矛盾，因為遺產的取得無須有意思表示，同時卻又承認接受或拒絕遺產的權能，這是不合致的；還有，牠對於遺贈未經請求交付的情形，也不能調和。遺產的取得，是行使這種權能的效果，在論理上，自不能先於這種權能的行使而發生。羅馬法上有三個原則，一是「適用於正統繼承人」的「依法承受」，一是適用於「外來繼承人」的「聲明接受」，一是適用於「財物占有」的「請求承受」。這三

個原則，構成今日歐洲現行的三種立法系的基礎。第一原則，爲法蘭西普魯士及意大利的法律所採行，第二原則，爲薩克森的法律所採行，第三原則，爲奧地利法典所採行。

### 五一五 遺贈的接受

遺產的接受，或爲單純的接受，或爲開具遺產清冊的限定接受。在行動上自處於繼承人的地位者，爲明示的單純接受，繼承人爲某種行爲，而這行爲只可解爲表示接受的意思，且苟非繼承人即無權爲這行爲者，或爲默示的單純接受，依照法律的規定，並基於其人的行爲，應認其爲繼承人而不容提出反證者，則爲推定的單純接受；這種情形，於隱匿遺產時見之。單純接受的效果是繼承人的財產與死者的遺產混合，因而繼承人對於死者的債權人，自負其責，至於開具遺產清冊的限定接受，則必須明示，二種財產不相混合。繼承人只以所得遺產爲限，對死者的債權人負其責任。拋棄繼承，也須明示，不能推定。又接受及拋棄，均得於被繼承人生前行之，或於繼承成立時行之。多數繼承人共同享有遺產，足以產生許多不便及弊害，但他們可用協議或法定的方法把遺產分割。遺產的分割，是把各人在共有遺產中的應得份，分別劃定或分別提撥。按各繼承人的應得份，在數量

上固屬確定，而在實質上則非確定。遺產的分割就是這不確定的狀態，歸於消滅，並使各繼承人就其所得部份，成爲單獨的所有人。

### 五一六 贈與的返還

二人以上直系卑親屬的共同繼承人中，如果有人曾由被繼承人，在其生前受有直接或間接的贈與，該繼承人須把因這贈與所得的財產，爲兄弟姊妹及其直系卑親屬的利益，而全部歸入應繼遺產，是爲贈與的返還。牠的理由，是推定被繼承人的意思，不欲變更其直系卑親屬間待遇的平等。我們可以想像，被繼承人的贈與，係附有抵銷的限制，他有使受贈人將一切贈與，歸還於繼承財產的意思。註釋學派的學者，謂「父對子不可加以不平等待遇，使一子取得婚生子的利益，而他子陷於私生子的地位」，觀此可見，返還贈與這辦法，只在謀直系卑親屬爲共同繼承人時的利益，只適用於共同直系尊親屬爲被繼承人時的繼承。贈與的返還，有實在與擬制的分別。實在的贈與返還，是把應行返還的贈與物，歸入繼承財產；擬制的贈與返還，是從受贈人的應繼份中扣除贈與物的價值。

五一七 繼承的三因素

繼承有三因素，必須辨明，一是個人，二是家庭，三是社會。財產所有權，以這三因素為出發點，法律對於這些繼承的因素，應各予以相當的注意。法律必須承認個人的權利，家庭及社會的關係；這二種關係產生二種權利。牠必須適應條理，並須適應時間地域及文化的條件。