



大 衆
文 化 叢 書

唯物論與法學

史家祺著



中 華 書 局 印 行

民國三十八年七月發行
民國三十八年七月初版

大眾文化叢書
唯物論與法律學 (全一冊)

◎ 定價二元二角

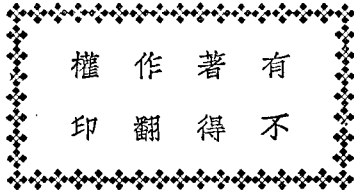
(郵運匯費另加)

著者 史家祺

發行人 李虞杰
中華書局股份有限公司代表

印刷者 中華書局永寧印刷廠
上海澳門路八九號

發行處 各埠中華書局



有不得 著作權 翻印

唯物論與法律學 目次

第一章 緒論……………一

第二章 近代法律概論……………一二

第一節 法律之概念……………二二

第二節 近代立法之原則……………二六

第三章 唯物論之法律觀……………二六

第一節 唯物哲學與法律……………三六

第二節 辯證法與法律……………四一

第三節 唯物史觀與法律……………五七

第四章 將來法律之展望……………六一

第一節 刑法之將來動向……………六一

第二節 民法之將來動向……………八三

唯物論與法律學

第一章 緒論

大凡一種科學，如果只是粗淺的從表面上觀察，和常識上所想像的情形，都差不多一致；可是在經過研究以後，愈研究愈精深，結果即與常識相去甚遠！在帶有玄學色彩的學者，往往認為常識是與科學相對立的東西，其理由也就在此。當然，我們對於這種說法，並不認為正當。因為，如果說科學根本與常識就是相對立的東西，那麼，科學與常識的出發點就應該根本不同，——具體的說，就是常識有一種出發點，科學却拋棄了這個出發點，而另外採用一個出發點，去開始研究。但是實際的情形却並不如此：科學仍然是以常識的出發點為出發點，其所以與常識不同者，並不是因為出發點之相異，乃是在常識是一種無組織、無系統的知識，所有的觀點都是零碎的、片斷的，並沒有再經過分析與綜合的工作；科學則將這些出發

點，再加以整理，一面用分析方法，發見其中的不同之處，一面又用綜合的方法，發見其中的相同之處，而把這些零碎片斷的概念，組成一種有系統的知識。

舉一個極顯明的例，譬如一張桌子，常識上說是某種木料造成的，物理學則說是電子所構成。我們乍一看彷彿是二者的出發點根本不同，其實物理學並沒有否認這張桌子是用某種木料造成的，不過是說木料是由分子構成，分子是由原子構成，原子又是由電子構成，所以這個桌子的最終成分是電子而已。並且物理學把這張桌子的成分由某種木料推到電子，所用的方法也仍然是就常識的基本觀點去推論，並不是以什麼超乎常識的理論為張本。簡單地說，物理學所以認為木料是分子構成，是因為任何一種物質都可以分析到很小；所以認為分子是原子所構成，是因為每種東西都可以分解成幾種其他的東西；所以認為原子是電子所構成，是因為物質最後可以分解成電。凡此種種都與常識並無違背之處，只不過是把常識上各種互相矛盾的觀點加以調和，使其能夠成為統一的概念而已。即如近代最難理解的相對論，認為物質與能有不可分離的關係，——也可以說物質即是能，雖然與一般人的常識觀

念相去更遠，但也仍然不過是就這種基礎再加以精密的研究。要說它根本與常識是站在不同的立場，可以說是並不了解科學的本質。

以上不過是說科學的出發點與常識無異而已，並非說科學的內容也與常識全同。前面已經說過，因為經過不斷的精密研究，其結果乃使科學的內容與常識愈去愈遠，時至今日，我們如果不對某一種科學深刻鑽研，而僅用常識去推測，直將無法了解。別的科學是如此，法律學也是如此。所以在古代的時候，法律的觀念與我們常識上所想像的並無多大差別。近代因為各種社會科學以及自然科學的發展，使法律觀念也逐漸變更，而與常識上所想像的迥不相同。我們要想對現代的法律學徹底明瞭，其勢非拋棄常識的觀點，從科學方面去研究不可。

法律學是社會科學的一種。在古時有這樣一個見解：認為只有自然科學才是科學，社會科學則不得稱為科學。這種見解，不消說，當然是錯誤的。以我們現在的眼光看來，簡直可以加以「可笑」二字的批評。但是在古時這種思想的發生，却也有相當的理由。原來社會科學是以社會現象為研究對象，社會現象是由人類的活動

所造成，人類的活動是根據於人的意志；以我們普通的常識而論，在人類意志之中並找不出什麼法則來，換句話說，也就是無從發見其中的因果律。既然在人類意志之中沒有一種固定的因果律可尋，那麼由人類意志所造成的社會現象自然是神祕不可捉摸了。這種無從捉摸的東西，當然不能作為科學的張本！因此就產生了社會科學非科學的理論。

要按上面所說的觀察，不認社會科學為科學的主張，似乎也很有理由，何以我們又說它是錯誤呢？原來這個問題歸結到極點，就是哲學上唯心論與唯物論之爭。依照唯心論的主張，則人類之精神為宇宙中一切事物之母，物質只可以算是精神的一種反映，唯物論的主張則反是，認為精神也不過是物質的一部分。當然，無論唯心論或唯物論，在哲學方面的理論，都非常繁複，我們這裏既非研究哲學，自然也無從討論。可是哲學為一切科學之科學，哲學方面的理論當然也能影響及於科學。唯心論與唯物論的爭點，影響到社會科學方面最重要的一點就是「意志自由」的問題。唯心論既然認為精神是一切事物之母，不消說，人類的意志當然是自由的；

反之，唯物論既然認爲精神不過是物質的一部分，則人類的意志當然也應該受自然界因果法則的支配；換言之，就是不自由的。在古代的時候，哲學中的唯物論並未佔勢力，以唯心論爲主，所以都認爲人類意志是自由的，因之對於社會科學也就產生了前述的見解；近代則唯物論之說大盛，唯心論已有覆滅的傾向，所以一般科學家也都以「意志不自由論」爲根據，則前述的見解自然沒有採用的價值了。

唯物論對於哲學的影響並不止意志不自由的一點，在這裏我們有申述馬克斯的學說的必要——首先把唯物論的原理引用到社會科學方面來的，也可以說就是馬克斯。馬克斯的唯物論即普通所稱爲辯證法唯物論。此外還有馬克斯的唯物史觀也是由唯物論推演而出的，故馬克斯的唯物論可以說共包括有三部分：第一就是哲學方面的唯物論，也可以稱爲唯物哲學；第二是辯證法，這是屬於方法論方面的，即以辯證法的邏輯補救形式邏輯的缺點；第三是唯物史觀，又稱歷史唯物論，即認經濟爲決定社會變動之基礎。這三種學說可以說是爲社會科學開了一個新紀元，一切社會科學均因此而發生重大變動，法律學也是如此。除唯物哲學已如前述外，以下將

辯證法及唯物史觀之理論略闡述之，以爲研究法律學之準備。

辯證法並不是完全否認形式邏輯，而是以一種更高的理論補救了形式邏輯的缺點。辯證法的基本原則共有下列三點：第一個原則是對立物的統一，即承認矛盾的存在。在形式邏輯不承認有矛盾的存在，故甲只能是甲，不能同時再是非甲；辯證法的邏輯則認爲一切事物間均有矛盾之存在，不能不承認之，故甲同時也可以是非甲。第二個原則是認爲一切事物的發展均是由量的變化到質的變化。譬如將水加熱，到了一定程度之後，即變爲汽。熱度的增加爲量的變化，變爲汽即質的變化。既不能突然之間就由水成爲汽，也不能在熱度逐漸增加的場合，而始終保持水的形態；這就是由量的變化變爲質的變化的確證。他如胎兒長大而成爲人，種子滋生而成爲樹木，也莫不皆然。以社會科學方面的現象而論，如封建社會因種種情形變化以致不能存在而變爲資本主義的社會；資本主義社會又因逐漸變化致又不能存在而變爲共產主義社會，其情形也是如此。第三個原則是「一切事物均循着正反合的方式發展。」——即第二個形態爲第一個形態的否定，第三個形態又爲第二個否定形態的

否定（否定之否定）。例如：將麥粒種於地下，則發展而為麥，麥成熟之後，又結成麥粒；可是此結成的麥粒比所種的麥粒，其量大為增多。在此例中，種下之麥粒為「正」，麥為「反」，結成之麥粒即「合」。故「合」乃是「正」的較高發展形態，並非即是「正」，亦非「正」「反」二者的折衷。在社會科學方面，其例更易發見：如原始之社會為共產主義社會，嗣變為資本主義社會，即私有財產制度之社會，以後又將變為共產主義社會；但此共產主義社會與原始之共產社會比較，乃係較高的發展形態，亦可以證明這個原則的適用。

唯物史觀的本旨是探求社會變動的真正原因。我們從歷史上可以看出：社會並不是從古來就是如此，到將來還永遠是如此，而是常常變動的。不但常常變動，簡直無時無刻不在變動。依照前述由量的變化到質的變化的原則說，時時刻刻都有一種微小的變動；換一句話說，就是不斷的向前發展。等到發展到一定的程度，則社會形態也發生變化，而轉變為另一種社會。但是這種變動的原因是什麼呢？具體的說，所謂社會的變動，固然是指着社會中一切現象的變動而言，可是這些現象的變

動究竟是毫無關聯，每一個現象都是自己單獨在那裏變動呢？還是有的現象爲變動的主因，其餘的現象都是隨着它的變動而變動呢？如果承認有一種現象爲變動的主因，那麼這種現象又是那一種現象呢？這就是唯物史觀所要解決的問題。根據馬克斯的意見，社會中的各種現象可稱爲人類意識形態。這許多種的人類意識形態，就像一所建築物的各部分，有的在上層，有的在下層。在上層的謂之上層建築，在下層的謂之下層建築。上層建築如果變動，譬如說坍塌了，下層建築可以不受影響；下層建築如果有變動，則上層建築必受影響。故各種意識形態不是彼此獨立的，也不是彼此均能夠互相決定的；而是有的操着決定作用，有的居於被決定的地位的。

但是究竟那一種意識形態是處於決定的地位呢？這是第二個問題。關於這個問題，馬克斯認爲只有經濟形態是下層建築，就是處於決定的地位；其餘如法律政治等形態皆是上層建築，就是皆處於被決定的地位。不過單說是經濟形態，這話仍嫌籠統，故馬克斯又具體加以說明，認爲生產力之發展爲社會發展的決定因子。原來人類因爲共同生產而有一定的生產關係，這種生產關係本來是爲適應生產力而存在

的；可是生產力是不斷的在發展，而生產關係却比較有固定性，不能時常變更。在生產力沒有很大的量的變化的時候，則生產力與生產關係可以互相適應，這樣，生產關係就可以保持現狀；但是生產力逐漸發展，一旦到了有巨大的量的變化的時候，即由量的變化而起質的變化，生產關係就反而變為與生產力相衝突。於是生產關係不但不能促進生產力的發展，反而束縛生產力的發展；最後生產力就會把生產關係撞破而代之以其他生產關係；同時社會的形態也就隨之而轉變。所以說是生產力的發展為社會變動的主因。

附帶於唯物史觀理論之內，還有一個重要的原理，就是馬克斯所主張的階級鬥爭。在普通學者的眼光看起來，總以為社會中全體的人的利益是可以彼此一致的，所以我們常可以看見有什麼「全民政治」等等的口號。依照馬克斯的意見，這種說法根本與事實不合。社會中全體的人的利益絕不會完全一致。因為利益的不一致，社會中就可以分成多數階級（階級之中還可以再分為小的階級層），這些不同的階級，因為各自擁護自己的利益，就不免時時互相鬥爭。這種鬥爭並且是自古以來就

有的，一直到現在還依然存在。所以我們要想對於社會現象真正了解，也不能僅以空洞的社會全體的觀念為根據，必得把握住階級的觀念，才可以算是得到正鵠。

馬克斯的學說，大略介紹如上（茲所介紹的，僅限於馬克斯學說之與全體社會科學有關係的部分，其僅與經濟學有關的專門部分，不再贅列）；我以為我們研究學術，總要以理論為根據，最忌的是偶像崇拜式的方法；所以我們不能僅將馬克斯的學說介紹，即作為了事，還需要更進一步，考察考察其學說的理由何在。現在我們把它在下面分別說明：

首先應該說明的是意思不自由論的問題——這可以說是一個最主要的問題。因為倘若意思根本是自由的，則勢必將回到社會科學不能算是科學的主張——至少也不能與自然科學完全相同，其他一切的理論也就將失去價值了。但是這個問題實在很難理解，因之說明也就殊為不易。如果想要能夠把它徹底明瞭，還得從哲學方面研究，現在只可僅作一種簡單的敘述。人類的意思是如何決定呢？自然是靠着知識了！知識又是從那裏來的呢？在唯心論的學者也許以為是人類先天就有的。即使不

是先天就有一個完全的知識，也是先天有了一定知識的範疇，然後才能慢慢產出知識。這種理論我們認爲是不對的，因爲它是根本與科學不合，與事實不合的。試看人類在初生的時候，可以說是一點沒有知識，以後隨着年齡的增加，經驗日廣，知識也就逐漸增進。倘若是特別的知識，則普通人還不能得到，非經過特別的學習不可。以這種事實而論，倘若說是人類先天已有了知識或知識的範疇，則縱然不能認爲完全謬誤，至少也可以說是純然是一種理想，毫無事實的證明。所以我們可以下一個結論，承認知識是由經驗得來的。經驗也非憑空而至，乃是社會環境所給與吾人的影響。於是我們又可作進一步的結論，即人類的知識爲環境的產物。人類的意志既須受知識的決定，而知識又是環境的產物，則人類的意志應受環境的影響，自無可疑！人類的意志既然受環境的影響，則在此影響偏於那一方面時，人類的意志自然也要偏於那一方面。以事實證之，如受過良好的教育的人容易品行良好；受過不良教育的人就容易爲惡，即其適例。此外，人類的生理狀況也能影響到意志。這點，乍看着彷彿很奇怪，其實也頗爲簡單，不過因爲我們囿於玄學的成見，所以

反而不易明白。就像把一種原料放到一架機器裏面，自然會產出一種產品，但是機器如果不同，則其產品也就不能一致。人類的意志也不過是如此。惟因人類的生理狀況大體皆相差不多，所以生理狀況影響到意思的情形普通不易考察出來，但是假如是一個有精神病的人，其情形就非常顯著。這種情形，如果用唯心論的主張，就簡直無法說明！何以人的生理狀況有了變化就會影響到先天的知識範疇呢？所以上面說唯心論的主張是不合科學的——只有採用唯物論，認為人類的意志是不自由的，才能說明這些事實。

次之，應說明辯證法。辯證法的原則有三，已如前述。第二個由量的變化到質的變化的原則與第三個正反合的原則，可以由事物的發展過程中考求，無須再為說明；其中唯有第一個對立物統一的原則最難理解，現在即就這個原則加以詮釋。對立物統一（承認矛盾的存在）的原則，即認為甲同時可以是非甲。一般人均以為這個理論不能存在。因為科學的研究，第一步是要有分析的工作，必須把概念嚴格分清，才能成爲一種體系。故甲既爲甲，同時即不能再成爲乙，丙……否則概念混

淆，根本無法研究。譬如：人與禽獸，其間自然絕對有區別，若依辯證法的理論，則人同時可以成爲非人，卽可以成爲禽獸；禽獸又可以成爲非禽獸，故亦可以成爲礦物；礦物又可以還原復成爲人。這樣，連概念都根本分不清楚，還研究什麼東西呢？這種說法，乍一看，也頗有道理，其實却是根本沒有了解辯證法。原來辯證法之所以承認矛盾的存在，是因爲它與形式邏輯根本站在不同的觀點。這種不同的觀點共有兩個：第一個是從變動（卽發展）的立場觀察事物，第二個是從綜合的立場觀察事物。先說第一個觀點：宇宙間一切事物都是在變動中的，生物的成长係屬變動，固不待論；卽無生物如地球、礦物等，亦均逐漸變動，這也是科學上已經證明的事實。所謂變動云者，不外就是從一種東西變爲另一種不同的東西。既然是從一種東西變成另一種東西，則如果說甲卽是甲而不能是非甲，對於這種變動，就無法說明。在這裏，我們可以想到非難的人將要說：雖然事物都是在變動中，但仍然可以分析，並不一定非承認甲可以爲非甲的觀念，因爲這裏面有時間的作用，故我們可以說在某一時間是甲，到另一時間才成爲非甲，而甲同時可以是非甲的觀念仍

然不能成立。這種說法是因爲根本沒有明瞭變動的性質。變動並不是跳躍式的，並不是由這樣一個東西忽然變成那樣一個東西，而是時時刻刻連續不斷的在變動，時時刻刻在變成其他的東西，所以我們無法分析；即使拿一個極小的時間作單位（如一秒甚或一秒的多少分之一），在這個極小的單位時間之內，它也仍然是在變動。變動與靜止根本是兩個不同的觀念，無論用什麼方法也是不能把變動分析成爲靜止的。既不能把變動分析成爲靜止，則除了承認甲可以同時爲非甲外可謂別無他法。

此第一個觀點既明，再說第二個觀點：宇宙間一切事物相互間都是有關聯的，並不是完全孤立的事物。如果不從它的關聯方面去研究，則絕對不能徹底了解。例如：有一個人，另外有一條狗，我們當然說二者的性質不同。但是人狗同爲哺乳動物，故也有相同的性質。如果因其不同就不注意其相同，其勢必不能徹底明瞭。假設世界上只有人狗兩種東西，則僅以這種形式邏輯的方法，認爲完全不同，毫不相同，也許還勉強可以。然而世界上的事物並不止此二者：人與狗之外尚有鳥，鳥則非哺乳動物。但鳥尚爲陸上的動物，鳥之外尚有魚，魚則爲水中的動物。魚以外又

有非動物的植物。植物仍有生機，又有無生機的礦物。礦物還有形體，又有無形體的空氣。這尚不過僅舉其大者，實際上自然尚不止這幾種。所以我們必得一面承認其不同，一面又承認其可以相同，認爲人與狗有幾分之幾不同，幾分之幾相同，人與鳥有幾分之幾不同，幾分之幾相同……以至人與礦物有幾分之幾不同，幾分之幾相同，才能完全明瞭其性質。如果認爲既不同就不能相同，以一個不同概括一切，則人與狗也是不同，與鳥也是不同，以至於與空氣也不過不同而已，則反而觀念混淆，無法構成一種系統。再推而言之，宇宙間的事物多至無窮，所以某一事物與其他事物間的差異也和前述的變化情形差不多，可以推到無限小。無論用什麼標準分類，總有介於二者之間，不能明確斷定其屬於那一類的東西。上面的例子來說，人與狗之間有猿，猿與人之間有類人猿，類人猿與原始的人類，恐怕就很難區別。他如禽與獸之間有蝙蝠，陸上動物與水中動物之間有兩棲動物，物質與虛空之間有光，比光更爲微弱的還有愛克斯光及紫外線。從這種種情形考察，如果不用辯證法的方法，而僅用形式邏輯，恐怕是終久不會明瞭的吧！

第三點應說到唯物史觀，關於這一點有兩個疑問：第一，在同一社會之中，經濟固然能夠影響到法律政治等，但法律政治等是否也能同時影響到經濟呢？如果承認法律政治等也能影響經濟，則所謂經濟處於決定的地位的話，又何所根據呢？第二，所謂生產力的發展是社會變動的決定原因，這話有什麼理由呢？這兩個疑問不能說是絕對沒有道理。我們普通也常看見有人以這兩點——尤其是第一點——來批評唯物史觀，所以有加以說明的必要。關於第一點，唯物史觀派的學者並不否認法律政治等能影響到經濟，不過認為這種影響只是一種反作用，實際上它們仍然是被經濟所決定的。然而同是一樣影響，又何以見得法律政治等之影響經濟即為反作用，而經濟之影響法律政治等即非反作用呢？這一點，乍看着，似乎是說得沒有道理，其實不過僅是一個邏輯上的普通問題。我們舉一個最簡單的譬喻來說：在醫學上都承認人的身體中的各種機構，有致命的部門，有非致命的部門。致命的部門，如腦及心臟等，如果受傷，則人必致死亡。非致命的部門，如手足等，縱然將其砍掉，也與人的整個身體沒有什麼關係。這也就是說致命部門對於非致命的部門有決

定的作用，而非致命的部門對於致命的部門，則處於被決定的地位，並沒有決定的作用。但是我們試問非致命的部門如受損傷，果然絕對不能致人於死亡麼？這當然不然！不用說砍掉一隻手或一條腿，就是身體任何部分有一個小傷口，如果有致命的病菌從此侵入身體內部，其結果也能使人死亡。然則所謂致命部門與非致命部門的分類又有什麼意思呢？豈不是可以說身體中任何部門，都是致命的部門都可以起決定的作用嗎？我們是不是也可能以此為理由去否認醫學上致命部門及非致命部門的說法呢？恐怕是不能。因為這個理論已經是醫學上公認的理論，從來沒有被人否認過的。其實這種道理並不難懂，就是致命的部門如果受傷，人一定會死亡，必然能影響到其他部門；非致命的部門如果受傷，只有在一種偶然情形下，影響到致命的部門，因而使人死亡之外，通常情形，不能發生使人死亡的結果，影響不到其他部門。故一個之影響到其他部門是必然性，一個則僅是偶然性。這就是分為致命及非致命兩部門的理由。經濟與法律政治等之關係也是如此。經濟的變動必然會引起法律政治等形態的變動，所以我們說它立於決定的地位；至於法律政治等形態的變

動，則僅在其於偶然的場合，影響到經濟，使其發生變動時，才能因此而引起整個社會形態的變動，所以我們不認爲它有決定的作用。但是何以見得經濟的變動就必然會引起政治法律等形態的變動，而法律政治等形態的變動就不能必然引起經濟的變動呢？這就是第二點內所要討論的問題。關於這一點，當然我們不難從歷史上找到許多例證，其他書籍亦不乏舉事實爲證者。這裏姑將其略去，而從理論方面說明之。現代社會（古代社會當然也在內）的最大問題在於人類的生產力尙未能完全克服自然，所以所有的物資不夠滿足人類的欲望之用。我們設想假定人類的生產力已經發達到極點，對於一切供人類需要的物資，全能使之像日光及空氣一樣——取之不盡，用之不竭，那麼社會中的一切制度，必然會有極大的改變，這是當然的。唯其還沒有達到這種程度，所以人類的一切活動均不外以取得能供自己需要的物資爲主。小之如個人的謀求職業，私人相互間的爭議，大之如國家與國家間之戰爭，以及國內的階級鬥爭，均不外如是。但是人類對於物資又以如何的方法取得呢？其由一人之手轉入他人之手的移轉取得，並不是真正的來源，可以無庸討論。真正來源

的原始取得除了生產以外，別無他法。因為人類的一切活動皆是以取得物資為主，而取得物資的方法又不外生產，所以人類的一切意識形態均是有意的或無意的以圖生產力的保持及發展為目的。因為要保持及發展生產力，就發生了一定的生產關係，由這種生產關係再派生出種種社會制度。這些制度既然都是因謀生產力的保持及發展才發生，等到生產力發生巨大變化，而這些制度不能與之適應的時候，自然不得不由他種制度起而代之。所以歸根到底我們說生產力的發展是社會變動的決定原因。未能了解此點的學者對於這個學說妄加批評，實在是不值一顧的！

最後應說到階級鬥爭，關於這一點，也有許多謬誤的批評。最主要的是說社會無論如何總是為構成社會的全體的人的利益而存在，所以社會中的人也應該協作而不應該鬥爭。即或偶爾因為利益的不一致而發生鬥爭，我們對之也應該設法消弭，而不應該加以鼓吹。否則永遠鬥爭，其結果必致使社會崩潰，彼此均無所利。這種批評，表面上固然也頗「動人聽聞」，其實不是故意曲解，就是盲目抹煞事實。因為問題之所在並不是我們願意不願意讓它鬥爭，而是事實上有沒有階級利益不同的

事實，有沒有鬥爭的必要。我們願意人人都成爲大總統，或人人都「富有萬貫」，那也能夠成功嗎？所以最要緊的是看事實如何。如果事實上確實沒有鬥爭的必要，那又何必一定要作無益的鬥爭？但是倘若真有鬥爭的必要，則欲其不鬥爭亦不可得。並且若是勉強不令其鬥爭，那就無異使被壓迫者「坐以待斃」，這恐怕誰也不能贊成吧！我們可以看一看，社會中是否有階級的存在？階級中是否有壓迫的階級和被壓迫的階級？除了故意抹煞事實，總可以看出自有史以來這種壓迫榨取的事實就存在着。在古代有奴隸的制度，奴隸即是被壓迫的階級。此後成爲領主及農奴的制度，則領主爲壓迫的階級，農奴爲被壓迫的階級。近代固然號稱民主自由，但是實際上則有資本家（資產階級）及勞工（無產階級）二階級之存在，前者爲壓迫的階級，後者爲被壓迫的階級，也沒有什麼問題。試問若不鬥爭，則這種人與人間的榨取制度，又如何能使其消滅呢？若想用勸告的方式，令壓迫階級自行放棄其特權，則直無異「癡人說夢」，徵之歷史，是絕對不會有的事！世界上那一個君主國家是由君主自動放棄其君主地位而採用民主制度的呢？所以我們認爲階級鬥爭必得

等到社會真不是壓迫榨取的社會的時候，才能終止，現在則極有必要。

根據以上的說明，可知我們現在研究學術，——尤其是社會科學，必須以辯證唯物論及唯物史觀為根據，方才能夠達到正鵠，這也可以說是已經成為無疑問的事實。法律學既然是社會科學的一種，自然也應該用這種方法去研究。因為這種方法極為深奧，與常識相去太遠，所以用這種方法研究出來的法律觀也與一般常識上的法律觀及一般普通的法律觀，迥不相同。當於以下分別論述之。

第二章 近代法律概論

第一節 法律之概念

法律這個名詞，固然是般人所熟知的；但是法律的意義究竟是什麼，它對於社會的作用如何，這恐怕在一般人尚不容易完全明瞭；所以在這裏我們首先有敘述法律的意義的必要。法律的意義是什麼？質言之，就是人類行爲的規範。規範這兩個字，意義仍嫌籠統；再說得明白一點，所謂規範不外就是行爲的限制的意思。人類的行爲何以需要有限制呢？原來人類因爲共同生活的必要而組成社會，社會的存在固然對於組成社會的個人有利益，可是一切事實中都不能免有矛盾的存在，所以大體上固然是有利益，但有的時候也不免對於某一個人發生損害，這可以稱之爲個人利益與社會利益的衝突。在個人利益與社會利益有衝突的情形，個人爲維護他自己的利益，就難免進而爲有害的社會的行爲。我們既然要維持社會的存在，對於這

種個人所爲有害於社會的行爲，就不得不用相當的方法加以禁止。這種禁止的方法，就是我們所謂法律。再徹底說明之，法律的本意就是把人類的行爲劃出一定的界限，凡對於社會沒有損害的行爲，個人都可任意爲之。如果是對於社會有損害的行爲，就加以禁止，不許其爲之。所以所謂法律是行爲的規範，也就是對於人類的行爲加以一定的限制的意思。譬如：人所以殺人，是因爲他覺得殺了人對於他有益，但是我們如果承認一個人可以任意把其他的人殺死，則社會的秩序必然因之而紊亂，社會也就不能存在，故對於殺人者必以法律規定處以刑罰。又如：兩個人訂立買賣契約以後，而賣者不將所賣的物品交出，或賣者交出物品，而買者不付與價金的情形，雖然其對於社會的影響不如殺人之大，但是如果沒有一種方法對於買者請求交付出售物品及賣者請求交付價金的權利加以保護，則社會中的交易制度無法維持，社會秩序也必然因而紊亂；故在這個時候，也有以法律規定強制買者或賣者履行其義務的必要。這就是法律的作用。

人類的行爲有害於社會而應該被禁止的很多，因爲其對於社會的損害程度不

同，禁止的方法，也不能完全一致；所以法律也可以為種種的分類。詳細的分類，不必研究，最重要的分類，有下面兩種：

(一)實體法與程序法 這個分類，不是按照法律對於行為採用如何的禁止方法就其性質而分的，而是以其禁止人類為某種行為的實體規定或是如何實行這種禁止方法的程序規定而分的。凡規定某種行為為應該禁止，以及用何種方法禁止的法規，謂之實體法；其規定在個人違反了這種禁止法規之後，用什麼程序使這種禁止方法實現的法規則謂之程序法。例如：像前面所說的殺人行為，規定殺人行為應該禁止，以及對殺人者處以何種刑罰的法規即是實體法。但是僅有這種實體法，仍然不夠用。因為人殺了人之後，究竟應該由什麼機關處以法律中所定的刑罰呢？雖然某人被指為殺人，但是究竟他是否真殺了人，又用什麼方法去決定呢？假如已經能斷定他真殺了人，科他以刑罰的方式又是如何呢？凡此種種，都是程序方面的問題，均有賴於程序法的規定。又如：買者請求交付物品，賣者請求交付價金的情形，也有同樣的問題。舉凡以如何方法確定其契約的存在，由何種機關處理此事，確定其

契約存在之後，如何使買者及賣者履行義務，也均非有程序法的規定不可。所以法律之中首先應該有實體法及程序法的分類。實體法中最重要的為民法及刑法。民法的程序法是民事訴訟法；刑法的程序法是刑事訴訟法。

(二)公法與私法 這種分類是從古以來就有的分類，不過其分類的界限頗不明瞭，所以學者對於標準之所在，也有種種的學說，也有主張根本無法為此種分類的。但是普通的學說，則是認此種分類的存在。關於其標準之所在，依據通說的主張，則其法規的內容，若係規定國家統治權的行使者則為公法；反之，其內容非規定統治權的行使者即為私法。這一點觀念有加以說明的必要。普通都認為民法是私法，刑法是公法。可是像前面所說的，使買者賣者雙方履行義務是屬於民法中的規定，這種使其履行義務的方法，當然非藉國家統治權的作用不可，豈非私法也是規定統治權行使的法規嗎？對於這一點的解釋如下：所謂統治權的行使不是指的其義務的實現須靠統治權的行使而言，乃是指的其義務的本身就是對行使統治權的國家負擔。若是其義務的實現雖然須待統治權的行使，而其義務的本身却不是對行使統

治權的國家負擔，則其義務的本身，仍然不能算是由統治權的行使而發生。刑法所規定的是對犯罪的人處以刑罰；換言之，即是犯罪的人有忍受國家處以刑罰的義務，而其所以有這種義務，是由於國家居於統治權主體的地位。民法中的義務，雖然也是非藉國家的力量不能實現，但是其義務則係對私人負擔，並非對統治權的國家負擔。故刑法是公法，民法則是私法。又縱然其義務是對國家負擔，但國家非立於統治權者的地位時，則也與對私人負擔無異；支配這個關係的法律仍然是私法而不是公法。例如：國家因經營企業而與私人發生買賣關係，對於由這種買賣關係所生的權利義務就仍然應該適用民法裁判。

第二節 近代立法之原則

根據以前的說明，法律是隨着社會的轉變而轉變的，近代的立法當然也就是由近代社會的情形所產出的。此處所謂近代社會是指着資本主義的社會而言，所以所謂近代的立法也就是指的資本主義社會的立法。

資本主義社會以承認私有財產制度爲其特質，所以近代的立法也以保護私有財產爲原則。除了保護私有財產的原則以外，還有一個原則，就是個人主義的原則。原來在古代的時候，如以前所述，有種種階級制度，像奴隸與農奴等皆是。因爲有這種階級，所以個人的自由大受限制。嗣後因爲壓迫過甚，乃發生反抗。這種反抗由法國革命開始，而蔓延到全世界。法國革命的第一個口號是自由。其所謂自由就是指的打倒當時對於被壓迫階級所加的種種限制而言。革命成功以後，自由的思想也就瀰漫到全世界。這種思想的產生當然也有其社會背景。因爲在當時有封建勢力及行會制度的存在；人民在日常生活方面受封建勢力的限制，生產方面又受行會制度的限制，生活固然困苦，生產力亦被束縛不能發展；所以非喊出自由的口號，把這種限制都打倒不可。及至法國革命成功以後，個人的自由遂成爲神聖不可侵犯的原則，而其後的立法也就以這個個人自由主義（簡稱曰個人主義）爲主要的根據。所以近代的立法可以說是以個人主義及保護私有財產制度兩大原則爲基幹而構成的。

個人主義及保護私有財產不過是兩個極抽象的原則，社會的情形至爲繁複，法律的規定自然也不能僅以揭出這兩個原則爲了事；所以這兩個基本原則可以從種種方面，用不同的方式表現出來。前面已經說過，法律可以分爲實體法及程序法。程序法不過是實行實體法的法律，與社會的形態沒有重大關係，可以略去不論；實體法則以民法及刑法兩大法律爲主幹（其他多數國家，除民法之外還有商法，民法適用於普通人，商法專適用於商人間交易行爲，但商法也可認爲包括於廣義的民法之內；我國則採用民商統一主義，故商法即作爲民法的一部分，別無所謂商法。）現在即就此兩法律之原則（即由個人主義及保護私有財產制度所派生出來的原則）加以敘述，由此也就可以窺知近代立法的精神。

近代刑法立法的基本原則是報應主義，報應主義云者就是對於所作的惡事予以惡的報應的意思。依照這個主義的說法，國家所以要對犯罪的人科以刑罰，其根據沒有別的，就是在正義。因爲人與人相處，應該以正義爲準則。如果有人的行爲與正義不合，則所作者即係惡事。善事得善報，惡事得惡報，才合於正義的原則，所

以國家對於作惡事的人，應該認爲犯罪，而予以惡報；這種惡報就是我們所稱的刑罰。刑罰的本意既然是在予犯罪的人以惡報，故應該以苦痛爲其本質。詳言之，就是刑罰非予犯罪的人以苦痛不可，不帶有苦痛性的刑罰是理論所不許可的。至於刑罰的輕重，則應該以所生的損害之大小爲標準。何以應該以所生損害的大小爲標準呢？其理由就是因爲行爲所生的損害大，就是所作的惡大，所以其所受的報應也應該重；倘若所生的損害小，則其所作的惡也小，其所受的報應自然也就應該輕。例如：殺人罪的刑罰應該比傷害罪的刑罰重，不外就是因爲殺人罪所生的損害比傷害罪大的緣故。

報應主義的思想與前述保護私有財產制度的原則雖然沒有什麼關係，但與個人主義的原則却不無相當關聯。固然，前面已經說過，刑法的觀念是由國家的統治權而發生，和私人不相關涉，可是報應主義這個思想的來源，則係從個人主義脫胎而出。刑罰本來是爲維持社會而存在的，在報應主義却不注意到犯罪對於社會的危害而只注意它對於被害者個人所加的損害，並且以這個作爲科刑的標準，其與個人主

義的關係，自然也很可以看得出了。

除了報應主義以外，近代刑法立法還有一個重要的原則。這就是罪刑法定主義。這個主義是自法國革命以後，近代各國家所一致採取的。當然也是受了個人主義的影響。所謂罪刑法定主義是對於擅斷主義而言。在擅斷主義，何種行為爲犯罪，以及犯罪科以何種刑罰，皆不以法律明白規定，裁判者可以自由判斷。罪刑法定主義則與擅斷主義正相反，對於何謂犯罪，以及每種犯罪如何科刑，都以法律明白規定。凡法律中所未規定爲犯罪的行為，一概不得處罰；裁判者只能依法判斷，不能以自己的意見認某種行為爲犯罪。古代的法律都採取擅斷主義，法國革命以後，一般人均認爲：在擅斷主義之下，政府可以隨其自己的意思，認人民爲犯罪，對於個人的自由，損害太甚，所以在有名的人權宣言中，就確定了罪刑法定主義的原則：人民非依法律不得逮捕處罰，且非法律有明文，不能認其行為爲犯罪。直至近世，罪刑法定主義的原則仍然支配着各國的刑法立法，如我國舊刑法第一條規定：「行為之處罰以行為時之法律有明文規定者爲限，」就是這種例子。

近代民法的立法基本原則有三：第一是所有權無限主義，第二是契約自由主義，第三是過失賠償主義。現在把這三個原則分別詮釋。我們囿於日常的觀念，總以為所有權是從古就是如此的，其實任何事物都是逐漸發展而成，所有權自然也難例外。從歷史上考察，動產的所有權成立較早，大約發生於遊牧時代，以對於家畜之支配權為所有權成立的嚆矢。但是因為沒有完全的史料可資依據，所以是否絕對係如此不能十分肯定。至於不動產的所有權，則至農業時代才發生。最初還是一種總有的關係，就是一個村的土地由該村的居民全體所共有，各個居民對於土地只有利用的權利，而沒有所有權。我國古代的井田制度，大概就是這種情形。再以後，這種個人對於土地利用的權利，才轉變為所有權。隨着資本主義的發達，所有權益趨鞏固，近代民法中乃有所有權無限的原則。這個原則的含義，就是行使所有權可以絕對不受限制，只要是在行使權利的範圍以內，即令加損害於他人，也受法律的保護。這是在私有財產制度之下當然應有的原則。

契約自由的原則，是與私有財產制度有必然的關聯的一個原則。因為在私有財

產制度之下，個人既不能由國家配給以所需要的物資，又因為分業的關係，不能把自己所需要的物資完全由自己產出，那麼，對於物資的取得方法，除了以契約的方式彼此互相交換以外，自然別無他法。在中古的時候，因為有行會制度的存在，對於契約的自由，還設有相當的限制；近代資本主義發達，成為商品經濟時代，物資的交換，以供自己需要為目的的，反而成為少數，大多數的交易均成為商品交易（即交易的目的不是為供自己的需要，而是為獲得利潤）。在這種商品交易的形態之下，如果個人訂立契約不能完全自由，則由商品交易而取得利潤的目的，也必然將大受限制，所以在近代民法中，契約，除了極少數的例外以外，概可以自由訂立。

契約是一個人與他人間的法律關係。這種關係是站在彼此合作的立場的。此外還有一種人與人間的法律關係，則正與契約相反，是站在一個人侵害他人的立場的。這第二種法律關係，法律中稱之為侵權行為，就是指的一個人的行為違法侵害了他人的權利而言。一個人侵害了他人的權利，如果已經達到除了侵害個人利益

並侵害國家社會利益的程度（例如殺人、強盜），則並構成犯罪，而須受刑罰的制裁；但是無論構成犯罪與否，只要對他人的權利有所損害，在私法（民法）上，均須負賠償的責任。關於這種賠償責任，立法例上有兩個主義：一個是結果責任主義，一個是過失責任主義。在結果責任主義，只要由其行為引起他人受損害的結果，即須負賠償責任，其意思如何，則不加過問。在過失責任主義，除了由其行為引起他人受損害的結果以外，還得行為者的意思方面有可以受非難的地方，才負賠償責任，否則縱然他人因其行為而受損害，也不負責。所謂意思方面有可以非難的地方，依照近代立法，其情形有兩種：第一種是故意，第二種是過失。故意指對於行為的認識而言。例如：放火燒他人的房屋，既然認識放火後能將房屋燒燬，而仍然為之，即為有故意。過失則指因不注意而不能認識其行為的結果而言。例如：將火種遺落於他人房屋之內，因為不知道有遺落火種的事實，自然對於房屋的被燒燬沒有認識，故不能認為有故意，但是因為遺落火種是由於不注意，所以應該認為有過失。故意與過失，在刑法中，雖然分別為故意罪與過失罪，處刑大有差別。在民

法中，則均負同一的賠償責任。除了這種故意的情形與過失的情形以外，還有第三種的情形——就是不認識行爲的結果然而其不認識又非由於不注意的情形。結果責任主義與過失責任主義的區別就在這第三種情形：前者認爲應該負賠償責任，後者則認爲不應該負賠償責任。譬如醫生給人治病，如故意把人治死，自然應該負賠償責任，雖然沒有把人治死的故意，但如果因爲不注意而把人治死，則爲有過失，也應該負賠償責任；倘若依照現代醫學所公認的方法治療而把病人治死，縱然以後又發明新的方法，知道現代所用的方法不適當，所以才會把人治死，因爲該醫生在治病當時，新的方法還沒有發見，不能認爲該醫生有過失，依照過失責任主義，就不能使其負賠償責任。他如火車的煤烟，使兩旁地內的農作物收穫不良，礦山的崩壞使多數勞動者死亡或受傷；在火車及礦山的經營者，均沒有過失可言。依照結果責任主義，則應該負賠償責任，依照過失責任主義則否。這是近代立法中最有興味的有爭執的問題。關於這一點，雖然在最近，各國立法也有些轉變，可是在最近以前，各國的立法都是採取過失責任主義。原來近代立法既然是從個人主義的觀念出

發，而不侵害個人的自由爲宗旨，則要想使個人負法律上的責任，自然非得他自己主觀的意思狀態有可以被非議的地方不可。如果意思狀態上沒有可以被非議的地方而仍然使他負法律責任，就有過度侵害個人自由的嫌疑，在個人主義的原則之下，當然不能許可；所以我們認爲過失責任主義這個原則也是由個人主義推演而出的。

還有一點：近代社會的經濟形態既然是以商品交易爲主，所以商法也就隨之特別發達。本來商法與民法所規定的都是同一事實，並無須把它分成兩種法律；可是因爲普通的交易是以取得供自己消費的物資爲目的，商品的交易則是以獲得利潤爲目的。此二種交易的性質既迥不相同，其處理辦法自然也就不能一致，於是就於民法之外另產生了所謂商法。這也可以說是資本主義社會下的法律的一種特徵。

第三章 唯物論之法律觀

唯物論，照前面所述，可以分成三部分：第一部分是哲學方面的唯物論，即唯物哲學，第二部分是辯證法，第三部分是唯物史觀。這三部分對於一般的社會科學都有重大的影響，法律也因為受這種理論的影響，其思想上發生極大的轉變，而與我們的常識相去極遠。現在就將在唯物論觀點之下，法律思想的轉變，分述於下。

第一節 唯物哲學與法律

哲學方面的唯物論對於社會科學的影響，如前所述，是意思不自由論；其對於法律的影響也是這一點。不過並不是一切法律都受這個理論的影響。法律中的程序法僅是規定程序的問題，與唯物哲學並沒有什麼關係，其受不到影響固然不用說；就是實體法中的民法，因為它所規定的是社會中人與人之間的權利義務關係，也與意思不自由論沒有什麼關聯。唯有刑法是直接對人處罰的規定，所以因為意思不自

由論的出現而發生極大的轉變。又因爲刑法的目的只是處罰犯罪，對於資本主義社會的各種制度，不像後面所說的民法一樣，有極大的關係，所以以意思不自由論爲根據的刑法學說，在現代已經有很多的學者主張，普通稱之爲實證學派（代表前面所說的報應主義的學派則稱之爲正統學派，又稱爲舊派，而稱實證學派爲新派）。近代立法例也漸由正統學派的主張轉向實證學派的主張。現在就把實證學派的學說與前述正統學派的學說對照，略爲說明如下：

正統學派以爲刑罰的根據是在正義，而其目的則是給犯罪的人以報應，其本質應該是苦痛，其大小則以由犯罪所生的損害的大小爲標準（量刑的客觀主義）。這種理論和我們的常識相去不遠，如果不以意志不自由論的理論爲根據，其主張也不能說是不對。其所以現在爲實證學派所推翻，就是因爲意思不自由論的緣故。原來我們認爲人有了不合正義的行爲就應該受處罰，無形之中，含有一個前提，就是承認人有自由意志；不然的話，禽獸也可以侵害他人，自然界的其他事實也可以侵害他人（如洪水、颶風等），何以我們對於它們不作應該合於正義的要求呢？唯其因

爲人有自由意志，所以才認爲他可以自由爲善或爲惡。既然爲善爲惡都有自由，何以偏爲惡，不爲善，其中才發生正義評價的問題，我們對之也才認爲有處罰的必要。可是現在依照意志不自由論的理論，則人類的意志並不自由，爲惡爲善也是完全受自然因果律的支配；那麼，由此說起來，則爲善者也不過是其環境使其爲善而已；爲惡者也不過是其環境使其爲惡而已。除了其中因果關係的過程比自然界的事實較爲複雜以外，其性質並沒有兩樣。在這種情形之下，如果我們要求一個人對於其環境負責任：環境使其爲善時，其人即受善報，環境使其爲惡時，其人即須受惡報。這種主張，豈非是可笑得很！由此可見報應主義是不能採取的了！報應主義既然不能採取，則其餘附帶的主張，如刑罰以苦痛爲本質，及量刑的客觀主義等，也就無所附隸，其不能採取也就不待煩言了。

以我們普通的觀念而論，對犯罪科刑的目的，不外就是予以報應，現在既說報應主義不能採取，那麼，豈非犯了罪可以不負何種責任，而刑罰也可以取消嗎？這就是國家對犯罪人科刑，其根據何在的問題。依照前述正統學派的主張，其根據可

以說是在正義。實證學派對此既不承認，遂別創一學說以代替之。這個學說創始於實證學派的鼻祖意大利人龍布羅梭 (Lombroso)，以後即成爲公認的主張。普通稱之爲社會防衛說。社會防衛說認爲國家處罰犯罪人，不是因爲其行爲違反正義，乃是因爲防衛社會，使其不致被犯罪所侵害的緣故。蓋犯罪人既然犯罪，則可以證明其因受不良環境的影響或者生理上有缺欠，已經養成一種犯罪的素質。既然有這種犯罪的素質，這一回犯了罪之後，下一次仍然要再去犯罪。爲防止其下一次再犯罪，社會受其危害起見，所以有處以刑罰的必要。不過這種刑罰並不是以報應爲目的，其性質當然與正統學派所主張的刑罰不同。

刑罰權的根據既然不同，刑罰的目的及作用自然也隨之而異。依照實證學派的主張則刑罰的目的不是在報應是在預防犯罪，刑罰的作用不是在予犯罪人以苦痛，而是在隔離及改善。因爲環境既然能使人發生犯罪的素質，也就可以改變其犯罪的素質。對於已經有了犯罪素質的人，如果加以放任，自然要愈來愈壞，但如果加以相當的教育，其素質也能夠改變。這種改變犯罪人素質的方法就是刑罰。故刑罰的

作用有兩種：第一種爲隔離作用，即使犯罪人與社會隔離，以免其危害社會的行爲；第二種爲改善作用，即在隔離期間內施以改善的教育，改變其犯罪的素質。等到其素質完全改善之後，再使之重入社會。這樣就可以達到預防犯罪的目的。

對於量刑的標準，實證學派的主張與正統學派也不一致。正統學派既然主張報應主義，對於量刑的標準就採取客觀主義，以爲應該按其犯罪所生損害的大小，定刑罰的輕重。實證學派則以爲刑罰的目的是改善犯罪人的犯罪素質（此犯罪的素質可簡稱曰惡性，亦曰反社會性），犯罪素質是否容易改善，並不一定與其犯罪所生損害的大小爲比例。殺人而被殺者未死，或竊盜而未偷着什麼東西，其殺人及竊盜的惡性則並不因而而輕。就是拋去實際上發生的結果不談，專就犯罪行爲的性質而論，重大的犯罪行爲，其犯罪人的惡性未必一定就重，輕微的犯罪行爲，犯罪人的惡性也未必一定就輕。以殺人行爲與竊盜行爲比較，自然是殺人行爲的犯罪情節重，竊盜行爲的犯罪情節輕；可是殺人也許是激於義憤（如殺死賣國賊），竊盜也許不是爲飢寒所迫，而是因爲有竊盜的性癖，這也就不能說殺人的人一定比竊盜的

人惡性大，所以科刑應該採取主觀主義，以犯罪人惡性的大小為標準，其犯罪行為的性質，以及所生損害的大小，均可不必過問。

由以上所述，可知意思不自由論對於刑法的影響很大。由報應刑一變而為現代學者所主張的教育刑，刑法的基本觀念可以說是完全轉變了！

第二節 辯證法與法律

研究任何科學都有利用辯證法的必要，法律自然也不能例外。用辯證法研究法律，第一個與形式邏輯不同的觀點，就是我們不能僅以研究一國的現行法典即爲了事，而應該注意它的變遷發展。法律本來是針對現實社會的形態而產生，社會的形態既不是固定的而是時常變動的，法律自然也要隨着其變動而變動。我們根據辯證法研究法律，對於法律這種發展的過程，應該首先加以注意。如果不注意這個過程，只注重於法典的研究，則所得到的不過僅爲法律的一個斷面，自然很難把握住真實。所以形式邏輯下的法律觀是靜態的法律觀，辯證法的法律觀則是動態的法律

觀，這是二者根本不同之點。還有一點應該說明的：社會的變動是隨時都有的，法律則須經過相當的立法程序，不能隨時修改。在社會已經有了相當變動，而法律還沒有修改的時候，就發生法律與現實不符合的情形。這種不符合的情形，既不能以立法程序救濟，就需要用解釋來補充。在形式邏輯的靜態法律觀之下，只能就法律，所以不管法律與社會的現實有多大程度的不符合，也只能就法律的本意解釋。辯證法的法律觀既是動態的法律觀，自然不能僅注意其靜止的狀態，而應該把握住它的變動趨向，根據這個趨向加以解釋，即使解釋的結果與法律文字的表面不相符合，也可以不加顧慮。近來有一個自由法學派，認為法律的規定若與實際情形不合的時候，應該斟酌實際的情形，加以變通的解釋，其理論就是脫胎於此。普通人不明白這種理論，往往批評自由法學派，認為把法律的規定加以變通，就不是解釋法律而成爲立法。其實並不是立法，而是從變動方面研究法律。先從法律的各個規定中，把握住法律的整個精神，看它是向那一方面發展，以及其規定是在這種發展的過程中那一個階段。如果社會的形態已經超過了這個階段，就由這個階段的理論，

推出下一個階段的理論是如何，根據這個所推出的理論加以解釋，這就是自由法學派的真諦。

辯證法的觀點，如以前所述，本來有兩個：一個是從變動的立場觀察事物，一個是從綜合的立場觀察事物。把第一個觀點應用到法律方面，就是上面所述自由法學派的理論。第二個觀點是否也能適用到法律上面來呢？這當然也可以。因為辯證法的理論，既然可以適用於一切科學的研究，自然沒有到法律上面就獨異的道理。不過因為立法方面根本是站在形式邏輯的立場，而沒有依照辯證法的理論去規定，所以在現代的法學著作中，還沒有見到有關於這一點的主張。依我個人的意見，則這一點，在法律的 research 上，也很有必要，現在姑且把我的意見，在下面略為申述。

根據前面對辯證法的說明，從綜合的立場觀察事物，其結果就須承認矛盾的存
在，現在就看一看在法律中是否也有矛盾的現象。法律是以民法及刑法為兩大主
幹，我們先說刑法。刑法所規定的是犯罪；犯罪的成立要件，大體說起來，可以說
是有三個：第一是犯罪的行為，第二是犯罪的結果，第三是犯罪人的意思狀態——

這也與前述的民法中的侵權行為相同，須有故意或過失。試考察考察這三個要件中都有沒有矛盾情形的存在。以犯罪行為而論，行為的方式如何，對於其犯罪的成立並沒有影響，這是一般學者所公認的事實。例如殺人罪，只要其行為能夠使人死亡就可以成立。至於以如何的方式使人死亡，則為法律中所不問。無論用刀砍死，用鎗打死，或者用毒藥毒死，都是一樣成立犯罪。這也可以說是當然的理論。因為犯罪的的方法千變萬化，不勝枚舉，我們實在無法加以限制。如果限定用刀砍死，則難道用鎗打死及用毒藥毒死均不成立殺人罪嗎？就是把這三種情形都列舉在內，事實上也有其他的方法，如用火燒死，用水淹死等是。此外還有種種科學上的特殊方法，如用電致死，或注射病菌等皆是。一一列舉，斷不可能，所以說無法限制。可是雖然無法限制，但是事實上往往有雖能使人死亡而其犯罪程度極為薄弱的情形，譬如說：設法將人氣死，或引誘其為斃喪身體的行為，就是適當的例子（刑法中對於使人死亡的時間長短，也不限制，如使人吸入肺癆病菌，雖然死亡期間也許在數年或十數年之後，也一樣成立殺人罪），這種情形是否也算成立殺人罪呢（當然

是假定其有殺人的故意)？或者在這種情形也還可以認為成立殺人罪，但是斲喪身體的程度也有強弱，假如僅是令被害人在夜間賭博，根據衛生的原則，也可以使人壽命減短(即是可致人死亡，蓋人總是要死的，故所謂致人死亡云者，即使其提前死亡之謂)，這也可以成立普通的殺人罪嗎？夜間賭博的程度也有不同，如果每夜都為之，當然減短壽命的程度要強些；但是如果只是隔幾天一為之，則其程度更為薄弱，這也能和用刀砍人，用鎗打人，一樣成立同等的殺人罪嗎？然而如果說是絕對不成立殺人罪，則似乎也有些不妥。況且如果說是有的使人死亡的程度太薄弱的

情形，可以不算作殺人，這個太薄弱的標準又劃在那裏呢？所以我認為這種情形就是像我們前面所說的，介乎兩個分類的中間的事實，必得以辯證法的原則，承認矛盾的存在，才能解決。老是用形式邏輯的推理方法，以為不屬於這一類就一定屬於那一類，對於這種事實，必然永遠無法說明！

次之，再說犯罪結果。犯罪而發生結果的(如殺人而被殺者死亡)，在刑法中謂之既遂犯，沒有發生結果的(如殺人而被殺者未死亡)，則謂之未遂犯。有的犯

罪非既遂不能成立，有的犯罪雖然未遂也能成立，但其處刑可以減輕，所以結果的發生與否，也是犯罪中的一個重要問題。所謂結果的發生是指的由犯罪行為引起該結果的發生而言；倘若結果雖然發生，而是由其他的事實所引起，與犯罪的行為無關，自然不能認為既遂犯（例如：用鎗打人，並未命中，其人患急病而死）。然而問題又發生了。因為單由一個原因引起某結果的情形，在事實上居於極少數，普通都是由多數原因結合而引起一個結果；所以刑法學者均一致認為不能限定必需犯罪行為為引起結果的唯一原因時，才算是既遂；只要是原因中之一，就可以以既遂論。這種理論當然無可非難，可是由多數原因結合而引起一個結果，其原因力的強弱未必盡同，引起可能性的大小也互不一致，是否一概不問，都認為是既遂呢？例如：某種毒物的中毒量是一克，兩個人同時用之向一人下毒，一個人所投的量是百分之九十九克，一個人所投的量是百分之一克，二者結合到一起，才致被害人於死，是否應該對於這兩個人都認為是殺人既遂呢？又譬如：甲以殺乙的意思，把乙的足部毆傷，程度非常輕微，本來與生命毫無關係；可是第二天乙去爬山，因為傷

足不良於行，以致墜岩身死；如果其足不受傷，則不會墜岩，當然也就不至於死。故甲毆傷乙的足部，當然要算乙的死亡原因，可是這種對乙的足部的輕傷行為，能夠引起乙的死亡的可能性極小；如果因此就認為是既遂，總覺有些不妥。職此之故，這個問題早就為刑法學者所聚訟；直至今日，可以說是還沒有定論。試考其原因，不外就是因為原因的強弱，及可能性的大小；以無窮多數的情形互相比較，彼此間程度的差別，可以推到無限小。所以無論怎麼樣絞盡腦汁，劃出一個界限，總有介乎二者之間的東西，而這個問題也就始終不能解決。

再以意思狀態來說，刑法中構成犯罪的意思狀態，也和前述的民法中的侵權行為一樣，共有故意和過失兩種。故意是指對於犯罪結果的認識而言，換句話說：就是雖然由其行為引起某種結果，但是這個結果的發生，如果是行為人於行為當時所意想不到的，則對於該結果不負責任。譬如：用鎗擊人，知道擊中後其人必死，就應該成立故意殺人罪，但是假定與人鬥毆，而用拳打人，根本沒有想到一拳能將人打死，不意這個人患有極重的心臟病，所以被打之後，立即死亡；因為這種死亡情

形，打人的人對之並沒有認識，在刑法中即不認為成立故意殺人罪。其實這種說法，仍然是囿於常識上的成見，如果加以科學的研究，則並不如此。因為故意本來有兩種：確實知道自己的行為一定能發生某種結果的謂之確定故意，僅知道自己的行為有引起某種結果的可能，而不能斷定其是否必然發生者謂之不確定故意。例如：以鎗擊人，如果距離很近，自然可以斷定鎗發後一定命中，而其人也就必然會死亡，就是確定故意。倘若距離較遠，則命中與否不敢一定，也就不能斷定被擊的人是否必死，就屬於不確定故意。事實上以不確定故意為多，確定故意則居於少數，所以不確定故意也應該認為故意，這是任何刑法學者所承認的事實。必得根本不認識它能引起某種結果，才可以算是沒有故意。可是如果對於這種情形加以科學的分析，則除了事實上根本引不起某種結果的情形（如以鎗擊人，不能將太陽擊落或地球擊碎是）之外，只要事實上引起了該結果，就不能說是沒有引起該結果的可能。不過其引起的可能性極小，我們以沒有系統的常識觀念觀察，有時候注意不到這種地方而已。由這個原理推論，則凡一個人的行為引起某種結果，就總有引起該

結果的可能，既有這種可能，除了非有特別知識不能想到的情形（如醫學上之特別藥品能致人於死）以外，就不能說對於它的發生一點也想不到；換一句話說，就是不能說是對之一點認識都沒有。就像前面所舉的勸人爲斲喪身體的行爲的例子，原來是假定其出於使那個人死亡的目的，但是即使出於其他的目的，則斲喪身體本來可以令人死亡，當然也不能說是對於其死亡一點沒有認識，然則是否也應該就認爲有殺人的故意呢？如果說是應該認爲有故意，則倘若其程度極爲輕微，如勸人連賭博兩三夜的情形，豈非也要成立殺人罪嗎？倘若說是應該認爲沒有，則其可能性必得大到什麼程度才能算是有呢？勸人去作冒險的行爲，可以不算呢？冒險的程度也有不同，到了什麼程度，才可以算呢？這個界限恐怕終歸劃不出來。

繼之，我們再說過失。過失是以因不注意而不認識結果的發生爲成立要件。照上面說明，只要能夠發生就有認識，則可說沒有因不注意而不能認識的情形，即是沒有過失的觀念。現在姑且退一步言之，承認有過失的觀念，可是如何才謂之因不注意而不認識呢？既然只要是引起某結果，就有引起該結果的可能，那麼縱然我們

不說它算是有認識，但總可以說是因不注意而不認識，豈非又一切情形都可以謂之有過失，而沒有無過失的情形嗎？所以刑法學者對於所謂注意不得不劃出一定的程度，達到這個程度，即謂之無過失。可是注意的程度不但每個人與每個人均不一致，即在同一個人之間，其注意的程度，也不會每件事都一樣。這個界限又劃到那裏呢？凡此種種都可以證明形式邏輯的不完備，非用辯證法補充不可。

現在再說民法。民法是規定私人間的權利義務關係的。私人間權利義務關係的發生原因，大致不外兩種：合法的原因是契約，違法的原因是侵權行爲，這在前面已經說過。侵權行爲與刑法中犯罪的範圍，大略相同；雖然一個規定於刑法，一個規定於民法，不過僅是着眼點不同而已——刑法所規定的是對於這種行爲如何處罰，民法所規定的則是使其對被害的人如何賠償。所以前面所說的關於犯罪的種種情形，也均可以適用於侵權行爲，這裏不必重述，僅就契約再爲說明即可。民法中所規定的有契約的成立與契約的消滅，現在就分爲此兩部分，分別述之。以契約的成立而論，依普通法律觀念：凡雙方當事人意思合致的時候，契約即爲成立。例

如：買賣契約，如果出賣的人表示出賣一種東西，價格若干，而買受的人表示願意購買時，其買賣契約即為成立。這個例子，我們乍一看，彷彿很簡單，沒有什麼問題，實則並不如此。因為與這個買賣契約有關聯的事情很多，並不像我們所想像的只有出賣的物品和價金兩項。舉例來說，如履行的地點在何處，是出賣的人把東西送到買受的人家裏呢？還是買受的人到出賣的人家裏去取呢？這個契約應該何時履行呢？如果當初未規定日期，而於經過很長的時期後（如數年之後）再履行，是否可以認為其契約到那個時候還仍然有效？即或已經約定日期，是否在這個日期之內，任何時間均可履行？倘若於夜半送交物品或往取物品，是否可認為係與契約的本旨相合？其他如運費應該歸何方負擔，在未交付以前，所賣的物品如果滅失（如賣房而房被焚燬，賣牛馬而牛馬病死），應該如何辦理？種種問題，可以發生很多。在訂立契約的當時，斷難對這些情形，均預先想到，而先規定出辦法。如果認為買賣契約的合意非對於和這個契約有關聯的事項完全合意不可，則直可以說是任何契約都將無法成立——最低限度也要大受限制。所以立法例及學說均一致認為只

要對於契約的必要之點意思一致，其契約就可以認為成立。其非必要之點，則無須一定同意。如果將來因此發生問題的時候，則以法律的規定，普通的習慣，或者事件的性質，予以合理的解決。這種辦法固然要算是很對；但是只要當過司法官的人就知道，何謂必要之點並沒有一定標準，事實上有時非常難於決定。即如前面所說的運費的情形，普通當然是認為非必要之點，可是在買賣雙方當事人不在同一地區以內，或雖在同一地區以內而運費很大的時候，則不見得就能算是非必要之點！而不在同一地區之內，其相距須有若干遠，運費很大，須達到什麼數目，也說不出一個確定的比例來。似此，不唯必要與否可以因契約而不同，即在一個契約之內，必要與非必要，有時也相去極微，無法區別。所以所謂「對於必要之點意思一致契約即為成立」這句話，也是沒有確定的標準的。除了這個情形以外，還可以再說一種情形。人類的意思常常有「狐疑不決」的時候，因之，也就有介於合意與不合意的中間情形。我曾經遇到這樣一件事：有一個人與他人訂立一個契約，想請他的朋友在契約上蓋章作為證人；他的朋友因為不贊成他所訂的契約，不肯為其作證。他竭

力敦請，他的朋友又覺得面情難却。正在猶豫的時候，他就趁這個機會，把他朋友的圖章拿出。他的朋友雖然口說不讓他拿，但也沒有積極加以阻止。結果仍然將圖章拿走蓋上。像這種情形，究竟算是他的朋友對於這個作證的行爲有合意沒有呢？據我想：除了認爲是合意與不合意的中間情形以外，無論認爲是合意或不合意，也都有理由可說，同時也都不能算是完全妥當的。

次之，再說契約的消滅。使契約消滅的主要方法是履行。譬如買賣契約，若賣者已交出物品，買者已支付價金，則其契約自然消滅。現在卽就此履行說明之。履行須履行其全部；若僅爲一部的履行，則法律中不認爲有效，債權人可以拒絕收受。例如：應支付一萬元，而僅交與一千元或一百元，當然不發生效力。但是只交一千元或一百元，固然可以認爲不發生履行的效力；如果交九千九百九十九元，是否也應該爲不發生履行的效力，而債權人仍然可以拒絕收受呢？嚴格說起來，自然也應該認爲不發生效力，可是在事實上究竟似乎不妥。像這樣的例子還很多。所以自古代羅馬法以來，就有一個誠實信義的原則：無論行使債權履行債務，都應該依

照誠實信義的方法，否則法律不予以保護（我國舊民法第二百十九條，也有這樣規定）。如何謂之誠實信義，學者的解釋頗為分歧，其實不外就是對於這種由嚴格的分類所產生出來的弊病加以救濟，也可以說是於無意中用了一點辯證法的原理。再推論一層，這個例子用的是金錢，金錢可以用數目計算，用誠實信義的原則救濟，固然較好，就是不用這個原則，也無非覺得不近人情而已，理論上還能勉強加以解決；如果再換一個例子，則連理論上也沒有法子解決。譬如服勞務的契約，僱人來紡紗，如果被僱的人根本不紡紗，或者雖紡而沒有紡成紗，自然應該算是不履行契約；但是如果已經紡成紗，而紡出來的紗，較之普通的紗，品質稍差，則就又成了中間的情形了。

除了上述的情形以外，在民法中還可以再舉其他的例子。例如：民法中關於權利的分類，有一個分類是分爲債權和物權。債權是要求債務人爲特定行爲的權利（如買賣契約之請求出賣人交付物品），物權是對物的支配權利（如所有權就是支配某種特定物品的權利而與人的行爲無關）。普通都認爲這二種權利絕對有區別；

多數的民法還把它們分兩編規定（我國舊民法就是如此：第二編爲債編，第三編爲物權編）。但是我們看一看有沒有介於二者之間的權利呢？這在民法的規定中，就可以找出例子。即債編中所規定的租賃權是。把他人的物品租來歸自己使用，何嘗不是對於租賃物有支配權呢？有的人說：物權是對世權，對於任何人均可主張（如對於某物有所有權，則對於任何人均可主張，而禁止其爲妨害自己行使所有權的行爲），債權則是對人權，僅能對債務人主張（如買賣契約，僅能請求出賣人交付出賣的物品，而對於其他的人則沒有這種請求交付出賣物品的權利），租賃權之所以爲債權，就是因爲它只能對出租的債務人主張。但是租賃權也可以對其他的人主張，在現代各國民法中均有這樣規定（如將房屋租與他人後，又將該房賣出，租賃者仍然可以對於買房的人，主張租賃的權利。我國舊民法第四百二十五條規定：「出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人，仍繼續存在」，即是此意），學者稱之爲租賃契約之物權化。試想：以債權而物權化，不是介於債權物權中間的權利而何？此外如民法中承認一定有組織的團體，可

以成爲法人（即在法律上認爲該團體可以獨立享權利，負義務，與自然人相同），但是法人須具備法律上所定的要件，才能成立，倘若不具備這種要件，則仍然認爲多數私人的集合，不承認其爲法人。在民法中固然沒有法人團體，與非法入團體之間的團體，可是在民事訴訟法上，又承認非法人之團體，如果設有代表人或管理者，可以爲訴訟當事人（見我國舊民事訴訟法第四十條第三項），這豈不是又創出來一種中間概念嗎？

上面所說的種種情形，也不過就是幾個例子，我們「舉一反三」，自然不難從法律的一切現象中，都發見與此同類的情形，這當然可以證明辯證法的理論也可以適用於法律了。不過用辯證法研究法律與研究其他科學有一點不同的地方。在其他科學只是學理的問題，我們只將其原理研究出來就可以了。法律却不僅只是學理的問題，同時還有實用的問題。像前面所舉的各種例子：在介乎犯罪與非犯罪的中間情形，究竟是認爲犯罪還是不認爲犯罪呢？在介乎契約成立與契約不成立的中間情形，究竟是認爲成立契約沒有呢？都非得有一個適當的解決方法不可。我以爲這

一點不僅是解釋的問題，同時也是立法的問題。前面已經說過，這種問題現在還未見到有人討論，本書既不想作極專門的法律研究，同時一個人的意見也不足成爲定論，故暫且從略。——只將我們研究法律也應該適用辯證法這個前提提出，使大家加以注意，以便將來繼續研究，也就夠了。

第三節 唯物史觀與法律

唯物史觀認爲生產力的發展爲社會變動的主因，其對於法律的影響，就是我們應該承認法律也是隨着生產力的發展而變遷的。同時法律中所規定的各種制度，大半都是屬於生產關係及商品交換的制度，或者由其派生的種種制度，由以前的說明，已可窺知大概，勿庸再爲贅述；所要說明的是階級鬥爭的理論對於法律的影響。

階級鬥爭的原理的主要貢獻，前面已經大略說過，就是揭破了現代社會的真相。從來的學者，不管是有意或無意，總是對於社會盲目贊美；所說的全與實際情

形不合。唯有階級鬥爭的原理才把握了社會的實際情形。法律的目的本來是爲的維持社會中現有的制度，我們對於現在社會的觀察點既然不同，對於法律的觀念自然也隨之而異。所以唯心派的學者，對於法律，都認爲是於人類有益而不可或缺的東西；而唯物派的學者，則正與之完全反對。因爲我們現代的社會既不是真正自由平等的社會，而是一種壓迫榨取的社會，則現代社會的法律自然也脫不了壓迫榨取的精神。詳細言之，現代社會是由統治階級（壓迫階級）操着支配的權力，法律也是由統治階級所制定；似此，法律的規定，不待說，自然也就是爲着維持統治階級的利益。在統治階級的利益與社會中大多數人的利益偶爾相合的時候，法律固然也可以兼保護社會的利益，可是統治階級的特權，本來是由剝削其他大多數人的利益而來，則法律自然也就難免爲保護統治階級的利益，而犧牲大多數人的利益；並且可以藉着法律的規定，使這種剝削榨取成爲合理的制度，所以有的學者還稱法律爲壓迫的工具，不外就是指着此種事實而言。我們對於這樣說法，當然也沒有方法可以認爲無理由！

不過還有一點，我們要繼續說明。在現代社會中，法律固然是壓迫的工具，但是不能認為永遠是如此。換言之，就是不能把一時的現象認為永久的現象。如以前所述，法律本來是人類行為的規範。人類既不能不管社會生活，就不能不與他人發生關係。既不能不與他人發生關係，則在彼此之間，就不能不劃出一定界限。既須劃出界限，則行為之規範就有存在的必要。而法律也就不能廢止。如謂為不然，則人一與他人有隙，即可以隨意將其殺死，或加以傷害，試問在何種社會中能承認此種辦法！所以我們認為問題之所在，不是行為應該不應該有規範，而是從什麼立場劃這種規範。倘若站在壓迫的立場，專為統治階級的利益劃定規範，自然要成為壓迫的工具，但是如果站在社會全體的立場，劃定規範，限制個人使不得為侵害社會的行為，則不獨不是壓迫工具，反成為有益而不可缺的東西。譬如：藥物固然也可以用以殺人，但是其治病的功用，則仍然存在。禁止以藥物殺人，固屬必要的工作，但根本將藥物廢除，並其治病的功用，亦予以消滅，則也非正道。所以我們雖然承認在現代社會中法律是壓迫的工具，但並不認為在社會形態轉變之後，法律的

本身也可以被廢止。

第四章 將來法律之展望

法律有刑法及民法兩大主幹，現在就分爲這兩部分，於以下述之。

第一節 刑法之將來動向

自從龍布羅梭提倡社會防衛主義之後，刑法就由報應主義轉變到豫防主義。不過這種轉變，在學者的主張方面，響應固然是很快，在立法例方面，則相當遲緩。現代各國的刑法雖然也多採用豫防主義的主張，但對於報應主義的窠臼，則仍然沒有完全脫去，普通都是折衷兩主義之間，而成爲混合的規定。不過由其發展的動向考之，則將來必然會達到完全以豫防主義爲根據的地步，則可以說是並無疑問。在這種由報應主義到豫防主義的轉變中，刑法內各種主要的變遷，可以分成下列四種，現在分別述之：

第一個變遷是犯罪觀念的變遷。在古昔時代的刑法，其所認爲的犯罪可以說不

外就是犯罪的結果。凡因一人的行爲而致他人受有損害，其人即須負犯罪的責任，至於其主觀要件如何，是否有故意過失，則皆不過問。這可以說是絕對的賠償主義——就是對於加害人再加以損害，用這個損害來賠償被害人所受的損害；還到不了報應主義的地步。嗣後人類文明進步，才感覺這種結果責任的不妥當，而對於人的意思狀態加以注意。在這種原則下的立法是報應主義；不以結果爲犯罪，而以行爲爲犯罪。所謂行爲即是人類基於意思的動作。故在此種以行爲爲犯罪的觀念之下，一面須有犯罪的行爲，一面又須有犯罪的意思（故意或過失），始能成立犯罪。至犯罪之結果，則與犯罪的成立，並無關係。如殺人而被殺的人未死，也一樣成立殺人罪是也。不過在現代立法之中，對於輕微的犯罪還是以結果的發生爲成立要件，重大的犯罪雖不以結果的發生爲成立要件，但是如果沒有發生結果，則可以減輕其刑。這當然還是由於沒有完全脫離初民時代刑法觀念的窠臼的緣故。

迨豫防主義發生，而犯罪的觀念爲之一變。蓋豫防主義既然認爲刑罰的目的是在改善犯罪人的犯罪素質，則只要可以斷定其人確實有犯罪的素質，就應該科以刑

罰，使其改善；並沒有一定非等到他作了犯罪行爲的必要。所以現代刑法雖然仍然是認行爲爲犯罪，可是新派學者對此的解釋，則與舊派學者不同。舊派學者認爲：沒有犯罪的行爲，則報應的觀念無從發生，故非以行爲爲犯罪不可。新派學者則認爲：所以認行爲爲犯罪者，並不是因爲要與其行爲以報應，乃是因爲藉這個行爲可以查知其有犯罪素質的存在，必得查知其有犯罪的素質存在以後，才能科以刑罰，因此，所以才認行爲爲犯罪。這種理論謂之犯罪徵表說，在現代乃極有力的主張。因爲主張犯罪徵表說的結果，在現代刑法中就產生了對於不能犯處罰的觀念。所謂不能犯就是指的犯罪行爲不能發生犯罪的結果的情形而言。譬如：以毒物毒人，而誤認牛乳爲毒物，或意在殺人，而誤將樹木認爲人等情形，即皆是不能犯。不能犯是否能夠構成犯罪，從來在刑法學者中頗有爭執。在舊派的學說，普遍都認爲不能犯應該分爲絕對不能犯和相對不能犯。絕對沒有發生犯罪結果的可能者，謂之絕對不能犯，如前所述誤以牛乳爲毒物，誤認樹木爲人等情形是。雖然不能發生犯罪的結果，但也有發生的可能者，謂之相對不能犯。例如：向某人所住的屋子發鎗，企

圖將其射死，適其人不在屋內；及向人投毒，而所投之量，未達到中毒量是。相對不能犯，因為其尚有發生犯罪結果的可能，所以應該與普通的未遂犯同論。絕對不能犯，則因為它根本不能發生犯罪結果，即不應該認為犯罪。這種主張謂之不能犯的客觀說，是舊派學者的通說。按照普通常識的觀點，這一說本也頗能言之成理，但是嗣後因為唯物論的主張影響了刑法的觀念，遂由主觀說起而代之。主觀說的主張是說處罰犯罪人是因為他有犯罪的惡性，在不能犯的情形，無論絕對不能或相對不能，雖然其行為在事實上不能引起犯罪結果，但與其犯罪的惡性並無關係。通常情形，對於絕對不能犯，固然不易證明其有犯罪的意思。譬如：誤用牛乳毒人，從外表觀察，與普通請人飲牛乳並沒有區別。若想證明其本意是在用以毒人，事實上甚為困難。然而困難固然是困難，這不過是證據方面的問題，而不是犯罪本身的問題。任何犯罪如果沒有證據，也無法認為犯罪，並不獨不能犯為然。但是倘若有證據，則即在絕對的不能犯，其犯罪的惡性也依然存在，就也有加以處罰的必要。以往的立法例，對於何謂不能犯，沒有明白的規定，學者的解釋則多取客觀說。現代

刑法鑒於學者間爭執甚烈；有以明文解決的必要，對於不能犯差不多皆設有規定，其規定的內容則多採取主觀說（我國舊刑法第二十六條規定：「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之，但其行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑，」雖然對於不能犯規定可以免刑，算是仍然沒有完全脫離舊派的主張，但既然是免刑，而不是無罪，且又不是必得免刑，也可以僅減輕其刑，是在大體上仍是採用新派的主張，自然也可以無疑）。以不能犯的性質而論，相對不能犯猶還可說，絕對不能犯則按其行為的性質，絕對不能算是犯罪的行為。不能算是犯罪的行為而認為犯罪，是其所處罰者，為犯罪的惡性而不是其行為，不難一望而知。由此自然也就可以看出現代刑法雖然是認行為為犯罪，但不過是因為它可以表現犯罪的惡性的緣故；其後採用犯罪徵表說的主張，也可以說是無疑了。不過，前面已經說過，現代的刑法是在由舊派到新派的轉變中，往往兼採二者的主張，而為混合的規定。所以在不能犯這一方面雖然是採用了犯罪徵表說的主張，但是其他方面，也尚有採用與犯罪徵表說的相反的主張的。這就是現代刑法對於預備犯和陰謀犯的規定。原

來照刑法學者的說法：在實行爲犯罪的行爲以前，還有犯罪的預備和犯罪的陰謀兩個階段。預備是指的犯罪行爲的準備行爲。例如：投毒於人爲殺人行爲，其以前購買毒藥的行爲，即預備行爲是。陰謀是指的犯罪的人不止一人時，在實施犯罪行爲以前，彼此間的協議而言。預備及陰謀，也能表徵犯罪惡性的存在，依照犯罪徵表說的主張，當然也應該一律處罰；可是按照現代刑法的規定，對於一般犯罪的陰謀犯及預備犯，皆不加以處罰，除非對於特別重大的犯罪，才規定處罰陰謀及預備，而其處刑也很輕。這當然還是舊派的理論。然而現代刑法既然是在由舊派到新派的轉變的狀態中，這也是無法避免的事。我們相信將來一定會把這種規定廢除，而完全採用犯罪徵表說的主張的。

還有一點應該繼續說明：認爲犯罪行爲是因爲它表徵了犯罪的惡性才被處罰，則處罰的對象實在並不是該犯罪行爲。假如以其他方法能夠證明其有犯罪惡性的存在，自然也有處罰的必要，無須一定等到它爲了一定的犯罪行爲才能加以處罰。此點在主張犯罪徵表說的學者，也予以承認。然而何以又主張應該認行爲爲犯罪呢？

依照犯罪徵表說的主張，這不外是因為以我們現代的科學知識而論，除了等一個人爲了一定的犯罪行爲之後，無法斷定其有無犯罪惡性的存在，所以雖然行爲只有一種表徵的作用，但因爲限於事實，也只好就認行爲爲犯罪。這一種理論，我們自然不能認爲不當；但是由此推論，可以產生下列兩點結論：第一，雖然認爲犯罪是行爲，但是處罰的實體實在是在犯罪的意思，而不是行爲。第二，如果將來科學進步，能夠不待其作了一定的犯罪行爲就可以證明其犯罪意思的存在，則即將認意思爲犯罪。這是我們在研究刑法的發展上應該注意的事實。

第二個變遷是量刑的主觀化。依照報應主義，則量刑應該以由其犯罪所生的損害的大小爲標準，是謂之客觀主義。依照豫防主義，則量刑應該以犯罪人惡性的大小爲標準，此稱曰主觀主義。現代刑法立法例是在由客觀主義到主觀主義的轉變中；大體上雖然接近主觀主義，而有些規定還不脫客觀主義的窠臼。故現代刑法中，仍然有因爲結果的發生與否而定其量刑的重輕的規定，此可以稱之爲結果責任。這種結果責任共有三種：一爲未遂犯，二爲結果犯，三爲過失犯。凡犯罪發生

犯罪人所預期的結果的（指故意的情形而言，過失則另屬於過失犯之內），謂之既遂犯，否則爲未遂犯。現代刑法對於輕微的犯罪不處罰未遂犯，比較重大的犯罪雖處罰未遂犯，其處刑也可以減輕，這在前面已經說過。結果犯有兩種：一種是以結果的發生爲犯罪的成立要件的（即不發生該結果，就不認爲成立犯罪），在學術上稱爲純結果犯（現代刑法中沒有不問故意過失的有無，純粹因結果的發生而成立的犯罪，已於以前述之；此處所謂純結果犯，係指對於直接由其行爲所生的結果有故意，而另外再規定在此直接結果以外，還得再發生一間接結果，才認爲成立犯罪的

情形而言）。如我國舊刑法第一百七十五條至第一百八十一條各種因放火決水致生公共危險的犯罪，就是這種情形。第二種是以結果的發生爲加重要件的，在學術上稱爲結果加重犯（即不發生另一間接結果，雖然也認爲成立犯罪，但如果發生該間接結果，則再加重其刑），如舊刑法第二百七十七條第二項的傷害致死罪與第二百八十九條第二項第二百九十條第二項以及第二百九十一條第二項的墮胎致死罪均是。過失犯，在理論上，本來也可以不必一定須有結果的發生。譬如：在馬路上開

汽車，開的速度既快，而又不加以適當的注意，自然可以想像到其結果會撞死人；不過恰巧趕上馬路上沒有行人，所以沒有撞倒人；或者雖然撞倒人，而因為偶然的關係，傷而未死；就是雖然沒發生犯罪的結果，而也可以認為有過失的情形。不過這種情形雖然是有，而在現代的刑法中，則認為過失罪非發生結果不能成立。這也不外是仍然由於結果責任的理想。

現代刑法中雖然有前述的三種結果責任，可是已有逐漸加以廢止的傾向。以未遂犯而論，刑法中的犯罪，不處罰未遂犯的很少，在處罰未遂犯的各罪雖然可以比既遂犯減輕，但是只是得減，不是必減（見前引舊刑法第二十六條前段），所以與既遂犯可以說是已經沒有甚大的區別。結果犯的規定，在以前的刑法中，雖然很多。現代則已經大為減少，並且依照我國舊刑法第十七條規定，還不能單純因發生結果而加重其刑，必須行爲人對於該結果的發生能夠預見，才可以從重處罰（第十七條也是最近的立法例才增設的規定，他國立法例也多有之）。能預見就是指的雖然能預見，而因為不注意以致未預見的情形而言。所以現代刑法中的結果犯，已經不是

純粹由客觀方面論定，而兼含有主觀的色彩。嚴格說起來，在現代刑法中，純粹的結果犯可以說是已經不存在了。只有第三種過失犯的觀念，還是與從前一樣，沒有什麼變更。不過從大體觀察，刑法的發展是向着廢止結果責任方面進行，將來必有完全取消結果責任的一天，這也可以說是沒有什麼疑問的事實了。

第三個變遷是刑罰制度的變遷。在報應主義的刑法觀點之下，刑法的作用是在予犯罪人以痛苦。既然是在予犯罪人以痛苦，則必需犯罪人的行為違反了正義，才能科以刑罰，這是理論上的當然要求。根據這個原理，刑法中就產生了下面兩種制度：第一種制度是責任能力制度。所謂責任能力就是指的人的正常意思狀態而言。換言之，就是能夠自由以自己的意思決定為某種行為。故凡其意思狀態不正常的人，就可以不負刑事責任。所謂意思狀態不正常的人，依現代的刑法觀念，共有兩種：一為精神病人（此在刑法之用語稱為心神喪失人及精神耗弱人。前者完全不負刑事責任，後者僅負減輕的刑事責任。二者的區別，則以其精神病程度的深淺定之。見我國舊刑法第十九條第一項及第二項規定，他國立法例也有類似的規定）。

一爲幼年人——因爲幼年人的知識程度不夠，所以也認爲其意思狀態不正常（我國舊刑法對於幼年人也分爲兩個階級：未滿十四歲的幼年人完全不負刑事責任，已滿十四歲而未滿十八歲的幼年人僅負減輕的刑事責任，見舊刑法第十八條第一項及第二項規定；他國刑法也差不多是如此辦法，不過關於年齡則各國不一致）。這兩種人有犯罪行爲的時候，刑法中皆不加以處罰。第二種制度是無罪則無刑的制度。這個制度的意義是對人加以處罰非得他有了犯罪行爲不可；倘若沒有犯罪行爲，則縱然明知其將要犯罪，也不能科以刑罰。所以對於習慣性的犯人（如以竊盜爲職業的人）以及有特種犯罪性癖的人（如吸食鴉片及海洛因的人以及因酗酒成習而致犯罪的人），雖然其犯罪的傾向已經很顯著，刑法中也不能過問。這兩種制度可以說是報應主義刑法觀之下的當然觀念，在以前也並沒有人加以非議；但是自從豫防主義勃興之後，在主張豫防主義的學者，固不待論；就是報應主義的學者，也覺得對於前述的各種犯罪人，一概不處罰，而皆加以放任；在社會政策上，也實在說不下去。譬如：某人殺人固然是因爲有精神病，但是既然其精神病的結果能夠使其殺

人，則很可以斷定他絕不止殺這一次人就終止，那麼，是不是就應該聽其再為第二次的殺人呢？又譬如：對於以竊盜為職業的人，如果判了罪刑之後，明知其沒有受感化，出獄之後，必然還要去竊盜，是否也應該不加以干涉呢？這種事實，一經提出以後，就是報應主義的學者，也沒有方法置之不問。因為這個緣故，所以就有人提出折衷的主張：認為在刑法之中，除了刑罰以外，還應該規定一種保安處分。刑罰的目的是報應，其本質是予犯罪人以苦痛；保安處分則純為豫防犯罪而設，並不以報應為目的，也不必一定要予人以苦痛。刑罰必須守着無罪無刑的原則；保安處分則於有豫防犯罪的必要的時候，皆可以為之，不一定以有犯罪的行為為必要。現代各先進國家的刑法均規定有保安處分的制度，就是採用這種折衷主張，我國舊刑法也有同樣的規定。以舊刑法為例，這種保安處分共有七種，即：（一）感化教育（舊刑法第八十六條第一項規定：「因未滿十四歲而不罰者，得令入感化教育處所，施以感化教育；」同條第二項前段規定：「因未滿十八歲而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入感化教育處所，施以感化教育；」第三項規定：「感化教

育期間爲三年以下」。(二)豫防監護(舊刑法第八十七條第一項規定：「因心神喪失而不罰者，得令入相當處所，施以監護；」同條第二項規定：「因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護；」第三項規定：「前二項處分期間爲三年以下」。(三)強制禁戒(舊刑法第八十八條第一項規定：「犯吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根海洛因或其他合質料之罪者，得令入相當處所，施以禁戒；」同條第二項前段規定：「前項處分於刑之執行前爲之；其期間爲六個月以下；」又舊刑法第八十九條第一項規定：「因酗酒而犯罪者，得於刑之完畢或赦免後，令入相當處所，施以禁戒；」同條第二項規定：「前項處分期間爲三個月以下」。(四)強制工作(舊刑法第九十條第一項規定：「有犯罪之習慣或以犯罪爲常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作；」同條第二項規定：「前項處分期間爲三年以下。」「(五)強制治療(舊刑法第九十一條第一項規定：「犯第二百八十五條之罪者(即明知自己有花柳病或麻瘋，隱瞞而與他人爲猥褻之行爲或姦淫，致傳染於人之罪，)得令入相

當處所，強制治療；」同條第二項規定：「前項處分於刑之執行前爲之，其期間至治療時爲止。」（六）保護管束（舊刑法第九十二條第一項規定：「第八十六條至第九十條之處分，按其情形，得以保護管束代之；」同條第二項前段規定：「前項保護管束期間爲三年以下；」第九十四條規定：「保護管束交由警察官署、自治團體、慈善團體、本人之最近親屬或其他適當之人行之；」又舊刑法第九十三條第一項規定：「受緩刑（緩刑之觀念，見後之說明）之宣告者，在緩刑期內，得付保護管束；」同條第二項規定：「假釋出獄（假釋之觀念，亦見後之說明）者，在假釋中，付保護管束。」（七）驅逐出境（舊刑法第九十五條規定：「外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。」）是也。這種關於保安處分的規定，雖然可以說是不無採用新派主張的地方，但是如果認爲就與新派的主張完全一致，則還是不然。因爲依據新派學者的見解，刑罰的目的也不過在豫防犯罪，並沒有予犯罪人以苦痛的作用，所以與保安處分並不是性質上不同，只是所用的方法不同而已（如對於普通人則處以刑罰，對於幼年人及精神病人則因爲其

心神喪失或者知識程度不夠，不能了解刑罰的意義，故改施以感化教育或豫防監護）；所以可以說保安處分就是刑罰的一種。只有依照舊派學者的見解，認為刑罰含有苦痛的作用而保安處分則無之，才有將二者加以區別的必要。現代各國刑法仍然是把保安處分及刑罰二者分別規定，而且在規定上也顯有很大的差異（以我國舊刑法而論，保安處分的期間，照以上所引的條文，最多的不過三年；而刑罰中的有期徒刑最長期則為十五年，有期徒刑以外，還有監禁終身的無期徒刑，是即以期間而論，已可看出二者的不同）。其不能認為即係完全採用新派的主張，自屬很為顯然！不過要是以刑法立法的發展動向而論，則將來把刑罰的性質改變（即使其不帶有苦痛的性質，）把它的範圍擴大，將保安處分也一併容納於刑罰之內，這却是我們可以想像得到的。

以上所述的把保安處分規定於刑罰之中，可以說是刑罰範圍的擴大。在刑罰範圍的擴大之外，刑罰制度的第二種變動是刑罰本身的改變。刑罰本身的改變，除了前述的應該把苦痛的作用取消以外，其他的變動就是近代學者所主張的不定期刑制

度。不定期刑制度，是指着自由刑而言。現代刑法的原則，在宣告某人犯罪之時，就須一併宣告其所處刑罰的期間。例如：宣告處以有期徒刑若干年或若干月是。這種制度仍然是舊派的主張；新派學者對之，則主張廢止。原來依照新派學者的見解，刑罰的目的是對犯罪人加以改善。犯罪人到什麼時候才能改善，這是一個事實問題，必需隨時對於該犯罪人的品行加以考察，到臨時才能決定；在認為其犯罪的當時，決不能就先斷定其到什麼時候就能改善。譬如：給人治病，病到什麼時候能好，總得隨時看情形。如果在開頭看病的時候，就先請求醫生斷定到什麼時候可以痊癒，恐怕任何醫生也沒有這種把握！因為這個緣故，所以新派學者主張，在判決犯罪的同時，就宣告所處刑罰的期間是不合理的，應該以不定期刑代之。等到什麼時候，該犯罪人改善了，其刑期即為終止。我們站在豫防主義的觀點，對於這種主張，當然應該認為合理。不過不定期刑這個制度，並不是一個純理論的問題，同時還有事實問題。司法制度的良窳，裁判官以及監獄官的素質如何，都是採用這個制度的先決問題。如果沒有極良好的司法制度和品學俱優的裁判官及監獄官，則不定

期刑的制度，不但行之獲不了什麼實效，反而給作弊的人，開一個方便之門。中國更不用談，就在其他文明國家，對於這個制度，也不敢冒昧採用。所以不定期刑的制度，一時恐怕還難成爲事實。不過不定期刑雖然還沒有被現代的立法例所採取，但在各國的刑法中却差不多都設有補救絕對定期刑的缺陷的規定。這種規定共有兩種：一是緩刑制度，二是假釋制度。緩刑制度就是對於所犯的罪輕微，而又是出於偶發的犯罪人（偶發就是指的因爲一時的激動而致犯罪者而言，如因口角而鬥毆的情形是）暫時不科以刑罰，在一定期間以內，審查其是否改善而不再犯罪；如果已經改善，就不再認爲犯罪之謂（參考我國舊刑法第七十四條第一項規定）。假釋制度就是對於已經改善的犯罪人，於宣告的刑期屆滿以前，許其出獄之謂（參考我國舊刑法第七十七條第一項規定）。凡雖然犯罪而沒有重大的惡性的，在現在的刑法立法以下，不能即逕直不認爲犯罪，就以緩刑制度救濟之。其刑期沒有屆滿而已經改善的犯罪人，不能逕使其所宣告的刑罰失效，就以假釋的制度救濟之。這全是爲補救定期刑的弊病而設，也可以說是採用一部分不定期刑的理論。至於以將來的刑法

言之，不定期刑制度之必被採用，則是就刑法的動態上，很可以看得出的。

根據新派的理論，有的刑罰還應該被廢止，這就是死刑與無期徒刑。尤其死刑的廢止論，在近代學說中，最爲盛行。因爲死刑只有報應的作用，並沒有改善的作用；卽或惡性重大，永遠不能改善，令其終身與社會隔離也就可以了，也沒有一定處以死刑的必要；何況究竟是否永遠不能改善，事先還無法確定呢！至於無期徒刑，固然事實上或許不能廢止，譬如前述永遠不能改善的犯罪人，卽有處以無期徒刑，使之終身與社會隔離的必要。但是究竟是否永遠不能改善，事前並沒有方法可以斷定。不能預先武斷其一定不能改善，而非處以無期徒刑不可，儘可以不定期刑代之：何時改善，何時卽令其出獄；倘或永遠不能改善，則刑期無限延長，結果也與無期徒刑無異。所以新派學者都主張廢止死刑與無期徒刑這兩種刑罰。以現代的立法例來說，有的國家已將這兩種刑罰廢止（如蘇聯），有的則還沒有。不過就是在沒有廢止的國家，科死刑的犯罪，也大見減少（無期徒刑的廢止，因爲須有不定期刑爲代，現代的國家既然還沒有採用不定期刑的制度，所以對於無期徒刑，還看

不出有減少的傾向，)所以我們可以說廢止的傾向是已經有了！

第四個變遷可以說是罪刑法定主義的變遷。最初期的刑法本來是採用擅斷主義，至法國革命以後，因為人權思想的勃興，才變為罪刑法定主義，現在則又有再回到擅斷主義的傾向。其中的變遷也可以說是經過許多階段。法國革命甫成功之後，那時的罪刑法定主義是絕對罪刑法定主義。所謂絕對罪刑法定主義，就是何種行為謂之犯罪，固然要以法律明白規定，就是何種犯罪處以何種刑罰，在法律中也須用明文加以限制，裁判者並沒有裁量的權利。這種主義，後來感覺到無法實行。因為犯罪的情狀千變萬化，如果對於一種犯罪，一概處以同一的刑罰，則對於這種複雜的情形，斷乎難以適應。譬如：同一殺人，也有因一時氣憤而殺人者，也有因圖財而殺人者，也有因復仇而殺人者。同是復仇，其仇的種類與程度也有不同。同一竊盜，也有因為飢寒所迫而為之者，也有並非由於飢寒，而是純然由於有竊盜的慣性者。倘若對於各種的殺人罪及竊盜罪，一概處以同等的刑罰，自然一看就可以知道其不當。所以嗣後就由絕對罪刑法定主義變為相對罪刑法定主義。相對罪刑法

定主義云者，就是對於何爲犯罪，以及犯罪科以何種刑罰，雖然也以法律明文規定，但對於其所科的刑罰，則只規定一定的範圍；在這個範圍以內，裁判者可以由裁量。這個主義當然比絕對罪刑法定主義，要好一些；所以現代各國所採用的都是這個相對的罪刑法定主義。在相對罪刑法定主義的初期，學者解釋這個主義，認爲一共包括四個原則：第一個原則是排斥習慣法的適用。原來在民法中，本來是可以以用習慣法來補充法律的，刑法則因爲有罪刑法定主義的存在，所以不許以習慣法爲裁判的根據。第二個原則是法律之效力不溯及既往。因爲如果承認法律之效力可以溯及既往，則可以用以後的法律使以前的行爲成爲犯罪，也是與罪刑法定主義的原則不相容。第三個原則是不得採用不定期刑。因爲刑期如果可以不定，也與刑罰須要法定的原理不合。第四是不得類推解釋。因爲所謂類推解釋是指的對於法律中沒有規定的事項，援用與之相類似的條文來判斷。那麼，倘若法律中本來沒有規定某種行爲爲犯罪，而引用相類似的法條認爲犯罪，豈非仍然與罪刑法定主義相違，所以認爲類推解釋在刑法中也不許採用。第一、第二兩個原則，一直到現在還沒有

變更。第三個原則，至前述的不定期刑的主張出現之後，已經發生動搖，不過在現代立法例中還沒有採取而已。第四個原則，現在也有刑法可以類推解釋的完全反對的學說出現。這個學說的理由，涉及法律的專門問題，此處不必詳述。所要說明的就是這種學說現在近代已經成爲有力的主張，大有取原來不許爲類推解釋的學說而代之的趨勢；所以可以說是罪刑法定主義已經有變更的傾向了。我們現在再考察察罪刑法定主義所以需要變更的理由。原來罪刑法定主義的本旨是在防止政府對人民的專橫，所以竭力以法律把司法官的權限縮小，以免人民的權利爲政府所侵害。這在法國革命剛成功之後，把政府看成與人民相對立的東西的時候，自然是有其必要。可是時至近日，人與人間的聯繫日益加強，政府對於人民的行爲已經有積極加以干涉或補助的必要（姑置現代社會爲壓迫社會的事實於不論），當然這種企圖限制政府的權力的罪刑法定主義，也就要發生變更了。況且前面已經說過，犯罪的情況千變萬化，僅規定一種固定的刑罰，固然不能適應；但是規定一定限度的刑罰又何嘗能夠適應呢？所以現代各國刑法中的量刑範圍都有逐漸擴張的傾向。擴張到極

度，豈非就是完全否認罪刑法定主義嗎？這還是從刑罰方面說。再從犯罪方面考察，則也有相同的情形。蓋犯罪指的是侵害社會的行爲，其種類非常繁多，立法的當時，斷難完全想到，況且隨着社會的發展，也可以產生新的犯罪；立法當時，更根本無法想到。倘若一定固執罪刑法定的成見，豈不是對於明明是侵害社會的行爲，徒因爲法律中沒有想到而加以規定的緣故，就不能加以處罰嗎？這在社會的連繫日益加強的今日，自然也是不能容許的。因爲這個緣故，所以蘇聯的刑法就首先打破了這個罪刑法定的原則，而是用明文規定：對於有社會危險性的行爲人，如果法律中沒有明白的處罰規定，可以由裁判官援引最近的條文，處以刑罰。我們由此卽可以窺知罪刑法定主義是已經有趨於消滅的傾向了！

罪刑法定主義雖然有趨於消滅的傾向，但是完全把罪刑法定主義廢除，直截回復到以前的擅斷主義，我們認爲也不可能。因爲罪刑法定主義還有一種功用：就是可以對於裁判官予以判決的標準。這種標準，照以前所述，固然有逐漸放寬的傾向，但是絕對一點標準不設，則也不可以。譬如：甲裁判官站在社會主義的立場觀

察犯罪，乙裁判官則站在資本主義的立場觀察犯罪，丙裁判官又站在封建主義的立場觀察犯罪，豈非三個人可以各自有所認爲的犯罪，這一個裁判官所認爲的犯罪，那一個就可以完全不認爲犯罪嗎？這當然也很不適當。所以我們認爲刑罰的法定，於將來司法制度進步，採用不定期刑制度之後，可以廢止，而犯罪的法定，則不能完全取消，最低限度，也要於相當範圍內，定一個抽象的標準。

第二節 民法之將來動向

近代民法是以私有財產制度及個人主義兩種主義爲根據而產生的。其立法原則共有三個：第一是所有權無限制的原則，第二是契約自由的原則，第三是過失賠償的原則，在前面已經說過了。這幾個原則都是在資本主義社會初期產生的。以當時的社會情況而論，還可以說是適當。可是因爲資本主義的發展，社會的組織日益鞏固，人與人間的連繫也逐漸加強，同時，因爲資本主義發達的結果，貧富間的對立，越來越趨尖銳化；個人主義與私有財產制度的弊病，也就逐漸暴露。在以前的

時候，一個人的行爲，除了在行使公權的時候（如選舉權），可以影響到他人以外，普通私權的行使，則對他人不至於發生什麼關係，法律中對於私權的行使，自然也就不加以限制，而任諸個人的自由。到了近代，人與人的關係較前密切，即是行使私權，對於他人也難免發生影響，而絕對的個人主義，到這時自然也就行不通了。在資本主義社會的初期，雖然也有貧富的區別；但其間的差別，當然不如現代的懸殊。雖然承認私有財產制度，也還不致使貧者達到不能生存的地步，同時，因為資本主義還沒有發展到束縛生產力的程度，生產力還可以增進，一般人的生活也可以靠着生產的增加來維持，所以在那個時候，私有財產的制度，也沒有什麼大弊害。嗣後資本主義逐漸發展，財富漸漸集中入少數人之手，大多數人皆成爲無產階級，已經達到不能生存的地步。而資本主義的無政府生產狀態，又將生產力束縛住，使其不能發展，一般人的生活更致無法維持，貧富間的鬥爭也日趨尖銳，私有財產制度的弊害，至此也就暴露無遺。一般立法例有鑒於此，遂不得不將這種主義酌量變通。對於個人的自由以及私有財產權的不可侵性，均設法加以限制，而

前述的民法立法的三原則，也就隨之而轉變了。對於立法原則的這種轉變，有兩種不同的看法。在主張維持現有社會制度的學者看起來，這種立法的轉變是為維護全體社會的利益；而在主張推翻現有社會制度的學者看起來，則這種轉變，不過是因為現代社會中的階級鬥爭已經很激烈，無法加以壓制，不得已而採用的一種緩和方法而已。此兩種主張的當否，可以不必批評——無論如何，現代民法已經對於個人自由及私有財產加以限制，則是事實。因為對於個人自由及私有財產制度，均有限制，前述的民法立法的三原則，也都有相當的轉變，現在就把這種轉變的大致一述，民法的動向，也就可以看出了。

所有權無限的原則，到現在變為所有權限制的原則——雖然承認私人所有權的存在，可是於一定範圍內加以限制。這種限制的範圍越來越擴大：最初的限制是對於權利濫用的禁止，即行使權利的目的，如果專是為的損害他人，則法律上不加以保護（例如：故意在自己土地上置放不衛生的物品，以妨礙鄰人的健康）。自二十世紀初葉，德國及瑞士的民法首創此種立法例以來，各國民法莫不隨之設有相同的

規定（我國舊民法第一百四十八條：「權利之行使不得以損害他人為主要目的」。）這可以算是對於所有權無限的原則，第一步所加的限制。但是僅有這一個限制，以現代社會的經濟狀況而論，還是不够用，於是又產生了更進一步的理論，認為：所有權人，為增加公共的福利，有行使其所有權的義務。這種理論的來源，當然不外是因為在現代社會中，個人經濟與社會經濟及國家經濟已經有了不可分離的密切關係，個人有所有權而不行使，或行使之而不適當，對於國家社會也就要發生損害。德國的「威馬憲法」首先採用此種學說，規定：「所有權包含義務，其行使應用時顯及公共之利益。」至此，所有權遂包含有義務性，無限的原則，可以說是完全打破了。（我國舊土地法第八十一條規定：「市縣地政機關，得就管轄區內之土地，依國家經濟政策，地方需要情形及土地所能供使用之性質，分別商同有關機關，編為各種使用地；」第八十二條前段規定：「凡編為某種使用地之土地，不得供其他用途之使用；」第八十七條第一項規定：「凡編定建築用地，未依法使用者為空地；」第八十八條前段規定：「凡編定農業或其他直接生產用地，未依法使用者為

荒地；」第八十九條第一項規定：「市縣地政機關對於管轄區內之私有空地及荒地，得劃定區域，規定期限，強制依法使用；」同條第二項規定：「前項私有荒地，逾期不使用者，該管市縣政府得照申報地價收買之，」也可以算是認為所有權含有義務的例子。最近又有一部分學者，提倡「信託所有權」說。其說之大旨係謂：個人的所有權，乃是國家為增進公共福利，將其寄託於個人之身，所以所有人對於國家負擔按着這個信託的本旨行使其所有權的義務。這種說法已經與社會主義的主張相接近了。

契約自由的原則是在法國革命的時候產生的。這個原則是假定凡人都有平等的自由意思，所以認為契約的訂立可以完全自由。以當時的社會情形而論，還發現不出有什麼不適合的地方。殆至近世，一方面因為資本集中，而產生許多大企業，如託拉斯(Trust)及加特爾(Cartel)等，一方面又因為資本集中而使財富集中於少數人之手，造成勞苦羣衆與少數資產階級的對立；所謂平等的自由意思乃成爲一種想像上的概念，事實上已經因為經濟的不平等而無法實現。最成爲問題的是勞動契

約。這種契約，在表面上，固然也是由資本家及勞動者雙方平等訂立；可是資本家擁有雄厚的資力，就是不訂契約，也沒有什麼關係。勞動者則立於飢寒線上，一天不訂立契約工作，一天就不能生存。資本家利用這種經濟的優勢，就可以強迫勞動者訂立條件極苛刻的契約，故在經濟學上有所謂工資鐵律的定律（即無論這種企業獲得的利潤是多少，勞動者所得的工資總不會超過僅僅夠維持他的最低生活的限度以上）。這種勞資問題，在現代已經很顯著，其勢已經非以法律干涉，不能使之消弭了。復次，因為大企業的勃興，而發生獨占的情形。獨占的結果使一般人如果需要該種物品，除了與獨占者訂立契約以外，別無他途。在一方面只有一個獨占者，一方面則有多數人競爭，自然獨占者要佔優勢，況且獨占者一定資力雄厚，一般人仍不外勞苦羣衆，獨占者之居於優越地位，更不待言。在這種情形之下，所訂立的契約，其必會與一般人不利，自然可以一望而知。倘若所獨占的事業，是社會日常生活上不可缺的東西，則一般人非與之訂立契約不可，其弊病更爲顯著。對於這種情形當然也有以法律干涉的必要。於是契約自由的原則遂也變爲限制的原則。其限制

的方法，歸納起來，可以說共有三種：第一是承認團體契約的效力。在契約自由的理論之下，本來個人都可以隨意訂立契約，不受他人的干涉；可是前述的資本家與勞動者訂立的勞動契約，資本家有經濟上的優勢，如由勞動者個人與之訂約，其勢非屈伏不可；但是勞動者擁有廣大的羣衆，若由勞動者團體與資本家訂約，則可以多數人的結合勢力，與資本家對抗，其條件就可以較爲優厚。所以現代各國差不多都另外訂有勞動法規，承認勞動的團體契約爲有效。並且此種團體契約，對於團體中不同意的個人，也有拘束力。（如我國舊團體協約法第十四條第一項規定：「團體協約，如無特別限制，左列各款之僱主及工人均爲團體協約關係人，應遵守團體協約所定之勞動條件：一、爲團體協約當事人之僱主，二、屬於團體協約當事團體之僱主及工人，或團體協約訂立時或訂立後加入該團體之僱主及工人，」同條第二項規定：「對於團體協約訂立後始爲協約關係者，除該團體協約另有規定外，其關於勞動條件之規定，自取得團體協約關係人資格之日起用之，」就是承認勞動團體與資本家訂的契約可以拘束其團體內的一切勞工的規定，）不像其他契約一樣，受民

法規定的支配。第二是以法律對於契約的內容加以限制。這就是在法律中先以明文規定某種契約中必需有某種條款或者不得有某種條款，藉以調整契約的內容，使弱者不至於太吃虧。（如我國舊民法第二百零五條規定：「約定利率超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權，」舊土地法第九十七條第一項規定：「城市地方房屋之租金以不超過土地及建築物申報總額年息百分之十爲限，」同條第二項規定：「約定房屋租金超過前項規定者，該管市縣政府，得依前項所定標準強制減定之，」第一百十條第一項規定：「地租不得超過地價百分之八。約定地租或習慣地租超過地價百分之八者，應比照地價百分之八減定之；不及百分之八者依其約定或習慣；」舊工廠法第二十條規定：「工人最低工資率之規定，應以各廠所在地之工人生活狀況爲標準；」舊最低工資法第三條規定：「最低工資率，應就當地生活程度及各該工業工人情況，依左列標準定之：一、成年工，以維持其本身及足以供給無工作能力親屬二人之必要生活爲準，二、童年工不得低於成年工最低工資之半數，」均可認爲係屬這一類的限制。）第三是訂立契約的強制。就是凡

經營公共事業而與一般人的日常生活有關者，對於他人利用其事業，不得拒絕與之訂立契約。因為其所經營的事業，既然與公共利益有關，倘若可以任意拒絕訂約，則對於社會的利益大有妨害，所以強制其非與人訂約不可。德國民法且對於一般契約就設有這種限制：凡沒有正當理由，拒絕與他人訂立契約者，認為係以違背公共秩序及善良風俗的方法加害他人，即成立侵權行為，而須負損害賠償的責任（此種實例，在我國現行法律中尚少，如民國三十二年所頒布之戰時房屋租賃條例第二條規定：「戰時省市縣政府所在地，或經政府指定為疏散遷建之區域，或其他因租屋困難，經政府指定之地區，該管市縣政府得為左列各款的命令：一、檢視空餘房屋適於居住者，得限期令房主出租，二、房主自住房屋超過其實際之需要者，得令其將多餘之房屋出租（下略）」，可以算是一個例子，他如：土地法第一百零四條第一項規定：「基地出賣時，承租人有依同樣條件優先購買之權；房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權，」雖然依其規定僅是強制其對特定人訂立契約，且還有一定的條件，但也可以算是這種原則的適用）。第一、第二兩種限制是

針對前述資本家對於勞苦羣衆的壓迫所設的規定，第三種限制是針對獨占事業對於一般人的損害所設的規定。這都可以證明契約自由的理論是已經不適用於現代了。

以上所說對於契約自由的限制，不問它是出於顧全社會大眾的利益的目的，或是出於設法維持現有制度的目的，總之，其內容無非是於契約雙方當事人立於不平等的地位的時候，對於強者所加的限制。此外還有一種限制，其目的是在完成國民經濟的作用。原來在私有財產制度之下，社會中的財富的分配方法是依照交易的方式（即經濟學上所謂交換）。這種交易的關係，就是法律上所稱的契約。在以前的時候，社會上的交易，還不像現在的繁密；所以一個契約對於其他契約，還不生何種影響。現代社會，因為資本主義發達的結果，許多的契約已經連結到一起：甲與乙訂立契約之後，立刻又根據與乙所訂的契約，再與丙訂立契約，丙又再與丁訂契約……，在這種一串連鎖式的契約之中，倘若一個契約發生障礙，則其他的契約也就不免均因之而受影響。職此之故，所以國家對於契約不能完全尊重個人的自由，而須以法律的規定，加以調整。這種方法，大致說起來，共有三種：第一種是

把債權人受領的權利認為含有義務性。本來按照契約的法理，債務人有履行契約的義務，債權人則並不負有受領的義務。可是如上所述，如債務人履行契約，而債權人不受領時，則契約的效用將因而喪失，故現代頗有有力的學者主張把債權人受領的權利，解釋為同時也屬義務。第二種是認為契約消滅後，債務人仍有相當的義務。這也是最近才發生的學說。依照從來的契約的觀念，契約一經消滅，債務人即不負任何義務。這在通常情形固然也不至不妥，但是在債務人終止履行契約，即可對於債權人發生重大損害的場合，如果仍然堅持這個原則，則對於國家及社會亦屬不利（如受人委託，看管房屋，倘委託期限屆滿的時候，適值房屋將要坍塌，自以認為受委託的人有設法防止的義務為比較妥善），所以最近的學說主張在這種情形，債務人仍然須履行其契約上的義務。第三種是賦與裁判官以改訂契約的內容的權利。契約是由當事人雙方訂立，與國家並沒有什麼關聯；所以普通都認為裁判官只有認訂契約的內容，使當事人照其履行的權利，並沒有把契約內容加以更改的權利。但是如果契約訂立後，因為社會的情事變遷，其原來的內容已經不適宜於履行

的時候，勉強令其履行，反與社會經濟有害，所以近代有力學說主張法律中應該承認在情事變更的時候，裁判官有改訂契約內容的權利。凡此種種的限制，要而言之，都不過是爲的緩和私有財產制度所生的弊害而已！

第三個原則過失責任主義到現代有轉變爲結果責任主義的傾向。這個轉變的原因比較簡單，就是因爲現代的大企業很多，這種大企業規模太大，而又不免帶有危險的性質。如前述因爲火車所噴出的煤烟，使兩傍地內的農作物收穫不良，礦山的崩塌使多數勞動者死亡或受傷的情形，就是時常發生的例子。此種事實，通常經營其企業的人，就是加以注意也無法避免。沒有故意過失，而要令一個人負責任，好像是不合理。像這種情形，也與其他自然界事實所發生的損害一樣，任何人都不應該對之負責。不過這種大企業乃是爲的社會全體的利益，由此所生的不可避免的損失，自然也應該歸社會負擔，如果認爲誰遇上就由誰受其損害，在道理上當然說不過去。所以從理論上講，應該由社會全體的人分担這種損失。然而以現在的社會的組織來說，這種企業是歸私人經營，其所得的利益也歸私人享有，如果由私人得其

利益而由社會担負其損失，自然更不合理。因為這個緣故，所以現代民法認為經營含有危險性的事業者，對於由此所生對他人的損害，應該負結果責任。

以上所說的種種限制，還是站在維護現代社會制度的立場所設定的。假如現代的社會轉變，到了共產主義的社會，那時候的民法將是如何呢？關於這個問題，因為民法還與刑法不同，是直接與社會的財產制度有關聯的法律，所以我們不難推想出到了那個時候，民法一定要有極大的轉變。這種轉變究竟如何？因為實際情形還沒有到來，雖然可以依據學理加以推測，但是終恐怕有些隔膜。依我們所想像得到的來說，則民法恐怕有消滅的趨勢——雖然其他的法律未必都消滅。以舊民法中的商法來說，其所規定的本來是商人間的交易關係，交易須有資本，資本是私有財產的結果，將來既然不承認私有財產制度，直接由國家實施配給制度，則這種商人間的行爲，當然在社會中不能存在。交易的事實既不存在，商法的規定自然也不必要了！商法以外，我們再研究民法的內容。多數立法例是將民法分爲五編（我國舊時也是如此）。第一編總則，第二編債，第三編物權，第四編親屬，第五編繼承。就

是不採用此種分類方法的國家，其內容也大略相同。以這五編的規定來說，第一編總則是以後各編均可適用的共同規定，沒有具體的內容，可以略去不談。第二編債所規定的主要的是私人與私人間的財貨交換關係。第三編物權所規定的是個人對於物的支配權，而以所有權爲其主幹。第四編親屬是規定婚姻關係及家族關係。第五編繼承是規定遺產繼承的法律。我們推想在過渡期間，也許還承認私有財產在一定限度內可以存在（如蘇聯於十月革命成功之後，本想將私有財產制度完全廢除，後因事實上還有滯礙，乃改變方法，仍然承認財產可以私有，不過其價值之總額不得超過一萬盧布），如此，則民法當然也能存在。但是到了真正將私有財產廢除之後，則私人既然沒有財產權，物權的規定當然用不着。物權既然沒有，交換關係即無由發生，債編也就無存在的必要。遺產繼承制度之一定廢止，更不用說。親屬編所規定的雖然是婚姻關係及家族關係，但是仍然與財產不無關聯，其中主要的規定是因婚姻關係所生的夫妻財產制度及家族相互間的扶養關係。將來私有財產制度廢止，這種關係自然不能再有。就是財產關係以外的純身分關係，因爲私有財產制度

廢止之後，兒童必要由社會公育，這種身分關係恐怕也無由發生。所以我們說民法有消滅的傾向。

不過宇宙間的事物極複雜，以一個原則概括一切，總是有些不妥。我們雖然想像到民法在將來社會中要消滅，但也只是大體上是如此。如果說是一定完全消滅，一點也不會存在，則也未必然。以物權而論，大部分的物權固然是要消滅（依我國舊民法規定，物權共有所有權、地上權、永佃權、地役權、抵押權、質權、典權、留置權、占有權九種），但是個人對於其日常生活用品（如個人之衣服寢具及食糧等）的所有權，則恐怕還須承認其存在——最低限度也得承認其有使用的權利。此外，如經國家允許其使用的物品（如職業上所需用的物品以及其生活上所必需利用的物品，像個人閱讀的書籍、治病的器具等）也得承認其在一定期間內的使用權。債編所規定的雖然是以財貨的交換為主，但也有一部分不以財貨交換為目的的債務。這種債務法律中稱之為單純的作為債務（即其債務的內容只是請求債務人為某種行為，並不以交付物品為內容）及不作為債務（即請求債務人不為某種行為的

債務)。像這樣的債務，既然與財貨的交換沒有關係，恐怕在將來的社會中也不能否認其存在。例如：甲乙二人訂立契約，甲教授乙國文，乙教授甲英文；或者二人同在一所房屋內居住，約定甲工作的時候，乙不加以妨害，乙工作的時候，甲也不加以妨害，法律中即不能不承認其效力。有的人或許以為這種契約就不履行也沒有什麼關係，所以國家對之可以不必過問；其實若從事實上考之，則並不如此。雖然不能說是有很大的關係，但是也不能就認為一點關係都沒有。因為像這種契約，若甲對乙不履行義務時，乙也可以對甲不履行義務，彼此固然都受不到什麼損失；可是約定的方法未必都如此簡單；倘若按其約定，係由一方先履行義務，則於此一方既履行之後，而他方不照約履行的時候，即不能說是一點關係都沒有。國家如果不加以維持，對於社會的秩序也就不無妨害。所以我們認為債的範圍固然要大為縮小，但不會完全廢除。至於親屬、繼承兩編，繼承編當然應該廢止，可以毋庸再說；親屬編的家族關係，恐怕也不能存在。婚姻關係，自然與我們現在的制度也會有重大的不同。據我們推想如果根本不承認婚姻的制度，也不是不能實行，但是也

許會承認一定期間內的婚姻制度——不能像現在一樣，一訂定婚姻契約，就須以終身爲期，否則就認爲違反善良風俗（本來婚姻一定要以終身爲期，完全是一種封建道德，除了以由習慣造成的偏見爲根據以外，並發見不出其中有什麼正當的理由，即在現代，已經有有力的學者主張打破這種制度了）。如果承認一定期間內的婚姻制度，無論是限定必需有一定期間，或者是不限定非得有期間，而當事人如自願訂定一定期間的時候，也認爲有效，則婚姻的約束還可以存在。親屬法中能夠殘留的規定恐怕也就只剩這一點了。

前述的民法中，到將來的社會裏能夠保留的規定裏面，有一個問題。依照現代的辦法，債務人負擔債務而不履行時，債權人可以請求其賠償由此所生的損害，或者請求國家強制其履行（此稱曰強制執行）。但請求其賠償損害，而債務人不賠償，也得請求國家強制執行。所以，歸根到底，對於債務人不履行義務的制裁方法，除了若構成犯罪，以刑罰制裁外，民法中的制裁方法，不外是由國家強制執行。至於強制執行的方法，則不外對於債務人的財產爲之。在以交換財貨爲內容的

債務，即對債務人的財產執行，使其履行義務，固然不發生什麼困難。但是在非以交換財貨為內容的債務，其應如何執行，則頗成為問題。現代的立法，對於這種情形，則視其債務內容的行為，在性質上，是否可由他人代為而異其執行辦法。倘若其行為可由他人代為（如傭人作工，其工亦可由他人代作），則由國家使他人代為，而命債務人負擔其費用；債務人如果拒絕支付此種費用，則對於其財產為執行。此謂之直接執行。但是其行為如果非他人所能代為（如其行為係屬前述的不作為，或者是帶有特別技術性的行為，如寫字、繪畫、奏樂等），則用相當的方法，強制其意思，使其自己履行，此謂之間接執行。間接執行所用的強制債務人意思的方法，共有兩種：一是剝奪其自由，一是處以罰款。剝奪債務人的自由，未免過於苛酷，立法例採用之者很少，普通多用第二種辦法（我國舊強制執行法第一百二十七條第一項規定：「依執行名義，債務人應為一定行為而不為者，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行，」第一百二十八條第一項規定：「依執行名義，債務人應為一定之行為，而其行為非他人所能代為履行者，債務人不履行時，執行

法院得定債務履行之期間及逾期不履行應賠償損害之數額，向債務人宣示，或處或併處債務人以一萬元以下之過怠金，「第一百二十九條第一項規定：「執行名義係命債務人容忍他人之行為或禁止債務人爲一定之行為者，債務人不履行時，執行法院得拘提管收之，或處以一萬元以下之過怠金；處過怠金時，並得因債權人聲請，命債務人提出相當之擔保」。但是此第二種方法也須以債務人有財產爲前提，所以執行的辦法終久離不開私有財產。在共產主義社會之中，既然沒有私有財產，則對於前述的債務雖然承認其存在，可是如果債務人不履行時，又將以如何方法強制其履行呢？倘若沒有方法強制其履行，則這種承認豈不是毫無效用，而與不承認一樣嗎？如果說是可以剝奪其自由，則以現代社會中還不承認的方法，而在將來的社會中適用，當然是很不合理！倘若對於其日常生活必需品的所有權爲執行，則奪去其日常生活用品，無異剝奪其生命，比之剝奪自由，更爲苛刻，自然更不能採取。關於這一點，我以爲將來的社會中，個人除了對於國家有要求配給物資的權利以外，對於國營的各種事業，一定還有廣泛的利用權利（郵政、鐵路等固不用說，其他如

圖書館、博物院、國營的各種公共福利事業以及娛樂事業當然也都在內），若以在一定期間內剝奪其此種利用的權利，作為強制其履行義務的方法，也頗屬可能。不過因為實際情形，還沒有到來，只不過是一種想像而已；究竟是否一定會如此，自然還不敢昧然斷定。

—完—