

高承元教授著

正負法論

——辯證法的法律學方法論——

附譯 *Kelsen* 純粹法論之法律基本概念

(80.1)
643
3

同著者
新著 **法學緒論** 出版預告

發行處廣州東華東均益路七號高承元律師事務所

此書爲著者歷年來在各大學之講稿，大體係用葛而生純粹法學方法寫成。內容豐富而簡約最適合於大學法律系一年級法學入門之用，全書內容大要如下：

- 第一章社會意識形態與法律 第一節法律現象與社會現象 (1) 何謂法律現象 (2) 法律現象與自然現象 (3) 法律現象與社會現象 第二節社會生活與社會意識形態 (4) 社會生活之多面性 (5) 社會生活之基石——生產關係——財產關係 (6) 社會意識形態爲社會上層結構——社會存在與社會意識 (7) 社會意識之發展——法律意識之起源 (8) 世界觀與法律 第三節法則與規範 (9) 規律——法則——規範 (10) 自然法則——社會法則 (11) 思想規範——行爲規範 (12) 強制規範——非強制規範——技術規範——法律 第二章法律之本質 第一節現象與本質 (13) 現象與本質 第二節強制規範 (14) 法律本質之諸學說 (15) 承認說 (16) 強制說 (17) 保證說 (18) 對於強制說反對論之解答——效力與實效——強制之意義 第三節法律之定義 (19) 法律之定義 (20) 第一規範與第二規範 第四節強制之根原——國家 (21) 人類之原始生活與社會之進化——國家之形成 (22) 國家與法律 第三章法律之內容 第一節法律之一般的內容——法章之構成及其因素 (23) 法律之核心——法章 (24) 法章之構成 (25) 法律要件之內容 (26) 法律構成基本公式與義務 (27) 法章構成之擴充公式——第二前提與第三前提——權利——法律行爲 第二節法律之具體的內容 (轉底頁裏面)

正負法論

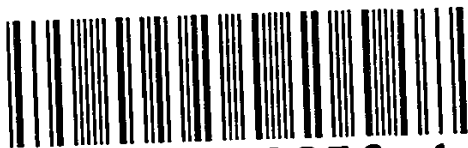
——辯証法的法律學方法論——

高承元教授著

戰後訂正再版

廣州東華東路均益路七號

高承元律師事務所發行



3 0663 8038 1

再版序

正負法論係我於民國二十年在成都講學時所嘗試創作。廿一年，以『法律學之根本改造』之標題發表於讀書雜誌。廿六年，畧加訂正，用筆名景善印行單行本，仿英人以 Junius Brutus 名義發行其名著 *Vindiciae contra tyrannos* 之意。適抗日戰爭起，首都疏散，僅少數印本發郵寄出，餘多葬送兵燹中。值茲行憲伊始，自由之中國正在發展中，學術之自由，尤屬當務之急，遂改用本名，益加訂正，重刊問世。

著者，三七、一、一〇、

初版序

1 序 版 再

法律之史的發展，係依着辨證法而進行，一般辨證唯物論的社會學者已經不少說明了。法律之本質，係依着辨證法而存在，此原則雖包含於辨證唯物之中，可是從來沒

有人道破。

Verdross 首先指出矛盾法之存在。但他不是站在辨證唯物論之立場，所以到底不能發見矛盾是法律的本質，法律之固有性，而僅僅視爲偶有性。所以他發見矛盾法，不過拙射之偶然命中，而非邏輯之必然結論。我之發見矛盾法，乃應用辨證法研究法之必然結論，這是我與 Verdross 不同的地方。

我本來受業於 Kelsen, Verdross。當我回國之初，大抵本着他們的學說——邏輯法論——來講學。至民國十五六年受着廣州武漢革命環境之影響，對於辨證唯物論漸漸發生信仰。民十八九年，爲政治犯，遁逃于香港上海，益潛心研究辨證唯物哲學，然而法律學說方面，業師之流風餘韻尙未失其支配力；於是時，時感到自己思想系統之矛盾。民十九受成都大學之聘，教授國際法學，便自發生一大疑問：將仍以邏輯研究法爲演講之根據麼，則不特不能得到自己思想系統之統一，而且對於許多國際法學理上問題不能解決。躊躇者久之。忽然乃大覺悟：覺到用唯物辨證法來說明法律，是我的唯一任務。然此乃破天荒之嘗試，世界任何國學者未嘗替我們披荆斬棘。於是窮半

載之力——從十九年六月至十二月——殫思積慮，而後漸漸證實此臆說。於是試依此方法解決國際法問題，皆迎刃而解。進一步，更用此方法研究其他諸法律，皆可觸類而通。於是乃毅然嘗試創造此辨證法的法理學。民二十，用此法在成大講演國際法及其他法律。其後更綜合以前研究之結果，在暨南復旦諸大學講法律哲學，未竣而輟。爲欲早日聽各方之批評，先將講義第二篇法律學方法論付印，以期引起各方正負之言論，而使此學得以早日達於成熟。

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

著者，二六〇七，一四。

表 誤 勘

廿九	廿五	十八	十六	十四	十四	九	九	八	五	二	二	二	頁
五	三	六	二	二	一	八	四	十二	十	十三	六	四	行數
研究之外：	少含有	國家意志	法律規條	浸蝕	可浸的	在於德國	看見行律	allgemeine	所不得	辨証法的	反為進化	根本的根矛	誤
(註一)：研究之外	少含有	「國家意志」	法規	侵蝕	可侵的	在德國	看見法律	allgemeine	所以不得	辨証法認識論的	反變為進化	根本的矛	正

六一	六一	五六	五三	四七	四〇	四〇	卅九	卅九	卅七	卅一	廿九	頁
七	七	二	十二	十二	九	二	十一	七	二	十三	十二	行數
乾擺脆	搖喊	使得	然當時	改變 參	交與他人	綠帽	之父一夫	貴寶	離婚	(裁判成解釋)		誤
乾脆擺	搖篩	這樣，使典權人得	惟當時	改變；參	交與他人	綠帽	之父一夫	寶貴	離婚	(裁判或解釋)	(註一)見 Kelson Reine Rechtslehre (純粹法學)第一章第 七節劉燕谷譯本十頁 至十二頁	正

目 錄

一、引論·····	一
二、近代法理學產生之背景及其根本謬誤·····	三
自然法學·····	三
現實法學·····	五
分析法派·····	七
歷史法派·····	七
社會法派·····	一〇
理性法派·····	一〇
法律根據論——意志說與法律意識說·····	一五
方法論·····	一八
目的法學·····	一九
因果法學·····	一九
概念法學·····	二〇
純粹法派·····	二〇
辨證法的方法·····	二五
矛盾法論·····	二六
三、創設一個辨證法的法理學之嘗試·····	三〇
聯繫互動律之適用·····	三〇
矛盾合一律之適用·····	三一
定律在勞工法上例證·····	三三
定律在民法上例證·····	三六
定律在行政法上例證·····	五八

同著者新作

中國親屬法闡微

此書用唯物辨證法說明中國民法親屬編，並搜集新舊判解例，指出其矛盾統一的狀況，闡明現階段性生活現象與本質，並徵引歐美及蘇俄婚姻及家庭制度細為比較，為最新穎形態之親屬法讀本。

定律在刑法上例證……………六四

定律在憲法上例證……………六六

兩重政府——兩重法律……………七二

定律在國際法上例證……………七六

否定的否定律之適用……………八〇

潛變突變律之適用……………八五

結論……………八七

附錄一——罷工權在國法上發展……………一

附錄二——Kelsen 純粹法論之基本觀念……………二五

580.1
643
3

論 引

(一) 引 論

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

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

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

(二) 近代法理學產生之背景及其根本謬誤

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

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

自然法學 發生於十七世紀，為資產階級進行革命時期之法律學說。因為歐洲十

五六世紀之封建的末期，超經濟的剝削關係仍然存在，財產權還沒有確實的保障，故代表資產階級之學者便造爲「天賦人權」之說，對於國內專制侯王，要求新興資產階級之解放，要求政治上自由，要求財產權神聖，而英人假名Junius Brutus之暴政抗議（*Vindiciae contra tyrannos*, 1579），Locke（1632—1704）之民政兩論（*Two treatises on civil government*, 1680），與法人Rousseau（Jean Jaque, 1712-1778）之民約論（*Le contrat social, on principe du droit politique*, 1762）便是代表的名著。他方新興工業國家——卽某地域或某民族之資產階級——爲要求海運之自由與民族的生產秩序自己支配的自由，對於國外海上豪霸（如西班牙葡萄牙）與陸上豪霸（如路易十四時代的法國）提出抗議；於是在荷蘭有 Grotius（Hugo 1583-1645）之海洋自由論（*mare liberum sive jure quod Batavis competit ad indiciana commercia*, 1609）在日爾曼有 Pufendorf（Samuel, 1632-1694）之自然法及萬民法（*De jure naturae et gentium*, 1672）。他們的主旨便是反抗當時封建的秩序，所以提出一個超然的「自然法」來對抗「現實法」（*Positive law*），說這自然法起於國家組織以前，存於人類自然狀態之上或包含於理性之中，有超越時間空間的普遍價值，有比各國現實法更

優卓之效力，甚至說現實法也只在與自然法適合時才有效力，否則人民可以不必服從。像這樣橫衝直撞獨往獨來視當時封建社會現實法律如無物底一種新法律觀念，的確是資產階級民主革命的唯一武器。他們竟然在這個法律學說影響下得到了完全勝利。

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

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

現實法學。從這新學說的觀點來看，自然法並不是法律，只有現實法纔是法律。

自然法不過是一個空想，至多也不過一個理想罷了。其實自然法的確是一個空想，一個騙術。自然法論與其說是科學的理論，無甯說是一種宗教的信條，所以鼓舞民衆狂熱地向封建階級實行革命的一個手段。自然法之最大謬誤在以下二點便可以見得：（一）自然法係離開社會上或歷史上事實而存在，其唯一根據只在於人類理性（或實踐理性），無論說此理性係出於人類之自然狀態（如康德以前自然法派之所主張），抑或說此理性係出於人類心靈（無上大法命令——如康德之所主張），都不免流於空洞而苦於量度。其結果必至「一人一義，十人十義」。法律之最大目的，是要把一切時時刻刻變動的人類相互關係相對地固定起來。若果「十人十義」，漫無客觀的標準，還成什麼法律？所以自然法論之「自然主義」與「理性說」都與法律之本質根本矛盾。（二）自然法係超於時間空間而普遍地存在，一成而不易，此點與人類實際生活絕不相容。人類所需要的法律，必需適合於一定時間與一定社會之特殊情形；缺乏時間性與空間性等具體內容底法律於人類生活一無所用，反足供野心家之玩弄與附會。自然法本身既然有這一大缺憾，資產階級的學者便可以乘間抵隙得而甘心。自然法從此就送入墳墓去了；資產

階級反動時代之法律學說——現實法派——從此一躍而獨霸法學講壇了。

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

(John 1790-1899) 說：『法律是主權者之命令』，『惡法亦成爲法律』(1)。他對所有自然法論立法論及一切哲學的倫理學的見解，統統排斥，而以爲法學家之任務僅僅在於分析現行法律之因素而演釋其義；質言之，不過爲主權者——自然是議會主權——之命令作注疏罷了。這是維持舊秩序之最頑固的態度。此派可稱爲英國之傳統法學，也正是英國資本主義之反映。至今還有不少學者頂着他們的老招牌，如 Holland, Pollock。

歷史法學 是德國資本主義之反映。德國資本主義發達較晚，德國資產階級勢力不如英國資產階級之雄厚，所以不得不與舊封建勢力相對地妥協。歷史法學反對自然法論「統一性」與「普通性」之主張，一方面固然爲德意志封建諸侯辨護他們的割據，他方也是爲德意志民族資產階級抗議法國資產階級之侵略。所以拿破崙由德國敗退之一八一四年，即成爲德國歷史法學派之紀元。是年 Heidelberg 大學教授 Thibaut (1772-

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

1840) 著「德國一般民法法典之必要」(2) 一書，主張共通法典之編纂為德國民族統一之前提。柏林大學教授 v. Savigny (Karl Friedrich. 1779—1861) 著論(3) 駁之，謂法律乃可以「成長」(自然發達之意)之物，而非可以「造作」之物。Thibaut 持自然法論，Savigny 主歷史法說。因為當時 Baden 國隣近歐洲工業中心地(萊因 Rhein 流域)，得風氣之先，Thibaut 代表南方急進的資產階級，故要求絕對的統一。反之普魯士工業發達較晚，封建勢力尤大，Savigny 代表北方緩進的資產階級，故不憚遷就普魯士王室而與之妥協。總之，在當時工業落後之德國，含有革命性的法學還是要推自然法派，歷史法派到底不能不算做反動的學說。

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

(2) Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland.

(3) Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. (立法及法學上之先務)

步的地方。

然而歷史法學到底是資產階級的法學，他一到了發明「法律是變動的」這個原則之後，他的進步便到了盡頭之處，他再不能越雷池一步了。法律其實不止是變動的，而且是矛盾的。而且他的變動之根原就在方矛盾。只看見法律之變動而不看見行律之矛盾，便是根本沒有懂得法律變動的真意義。然而一旦要想了解法律之矛盾，就非了解「階級鬥爭」不可；因為法律之矛盾完全建築在階級鬥爭之基石上面。可是這樣露骨的研究，自然不是資產階級學者所樂於從事的。

在國際法方面，英國之歷史法學派發達更早。但完成之功則在於德國學者。在這裏值得說明的，就是英國十七世紀以來之歷史法派在國際法方面也自有其特殊之意義。因為當時英國以海軍霸占北海，荷蘭工業資產階級欲打破英國海上特權，以便利其海外貿易，所以有 Grotius 「海洋自由論」出現，而自然法實為其武器。英國資產階級欲保其海洋獨占利益以排斥荷蘭資產階級，故 Selden 拿閉海論 (mare clausum, 1635) 來答復他，而其立腳點便是歷史法學。同時英人 Zouche (1590-1600) 亦以歷史法派為國

際法名師與 Grocius 正復旗鼓相當。在這個英荷對抗之形勢下——從政治之見解說——我們又不能不推荷蘭之自然法論的國際法學是革命的。而英國之歷史國際法學是反動的。因為荷蘭人所爭的是資產階級所需要的營業自由交通自由，而英國尚多少保留十一世紀以來海岸封建主義之色彩。可是從純粹學理方面說，則英國人是較科學的，而荷蘭人較空想的。

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

社會法派 之妖媚可人；由歷史學派之道貌岸然的老古董一變而為

理性法派 之時髦入俗。首先說到法律之本質，便拿甚麼「能結合的意欲」das

verbindende Wollen (Rudolf Stammler 1856-1925-理性法派) 甚麼維持「社會連帶關係」solitarité sociale 必要的規律 (Duguit — 社會法派²) 來代替「主權者之命令」，想把階

(一) Stammler, Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft.

級之對抗融和於所謂「社會連帶關係」或「能結合的意欲」等等神仙境界之中。更拿甚麼「公職論」le service public 爲資產國家存在之辨護 (Duguit)；拿什麼「正當法」das richtige Recht 與「純粹共同態」die reine Gemeinschaft (3) 或社會全體利益 (4) 社會目的

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

(3) 『在社會實際，我們要拋棄主觀主義。社會一個分子主觀的要或求否認，斷不能作爲「能結合的意欲」之最高法則，拿來拘束社會多數分子。我們必要注意到社會之「純粹共同態」。所謂共同態，斷不是由某個分子的意志內容，一個單純的手段，可以冒充的，却要由自由意志的人類共同社會撮成的，才合正軌』——Stammler, Rechts- and Staatstheorien der neue Zeit, S. 48.

(4) Jhering (Rudolf, 1818—92) 係首倡社會利益之法學家。有許多法理學家把他同 Bentham 獨立列爲一派。

(5) 以爲招降無產階級之餌誘；在具體制度方面，積極地如甚麼「弱者保護」，「自由法」，「無過失責任」，「處分權限制」，「契約自由之調節」，「權利濫用之限制」等等一些，稱功利派(Social Utilarians)。其實功利派不過社會法派之先驅罷了。因爲法律學派之分類，係拿「方法論」做主要標準。功利主義在法學上並不是甚麼一種特別的方法論。他的方法論主要就係在於把法律學當作一種「目的科學」來研究，而大倡所謂「目的法學」「利益法學」之說(Der Zweck ist der Schoepfer des ganzen Rechts. — *Thering, Der Zweck im Recht*, 1877). 這種方法論就是社會法學之基石。不過功利派之研究，尙未能脫離理性哲學之桎梏，至社會學派始應用社會學之成績，加工於功利派所奠之基石上。而後成爲偉大之建築物罷了。 Bentham 主張個人功利主義，似乎與社會學派不相侔。不知「方法論」才是法理學派分類之主要標準已如前述。若是篤守這個標準來判斷，把別的「偶有性」放在次要之列，則 Bentham 之說，應視社會法學派之外驅者，自無庸疑。不過 Bentham 實在不能算做一個成功的法理學者，他僅僅是社會學派方法論之嘗試者，同時他又是一切現實法派之先驅者，因爲他最先肯定：「法律係由於依據國家實力處罰犯罪者之威嚇而實行之國家命令」。這一條定義特別是構成了分析法派之基礎觀念。可是分析法派之「方法論」根本與 Bentham 不同。一個是「觀念法學」，一個是「目的法學」，後者注重「立法論」，前者注重「現行法論」，分析法派有時甚至排斥「立法論」於法律學之外。其方法論之相反者有如此者。

(5) Pound 嘗懸「社會目的」爲立法或檢討法律之準繩，亦以功利論者隸於社會哲學派之內。

「溫和政策」之提出，消極地如指摘「奴隸制度」，「一夫多妻制度」及「專制政體」為不正當法，以掩飾資產階級之猙獰面孔，而緩和無產階級之反抗。總之，在不根本危害資本制度之限度內，這兩個新法學派還可以代表他們底主人接受無產階級之要求。不過要注意避免階級對抗的概念而用全體社會利益或社會連帶關係名義來宣佈這個過程罷了。

同時在國際方面因為資本主義發達之結果漸漸有成為國際間獨占資本主義超帝國主義之勢。分析派與歷史派之支離破碎的法律觀念也不足以應付此新局勢。因為分析派之根本法律觀念在於各國之主權，歷史派之根本法律觀念在於各民族之固有精神。

在資本主義新興時代，各民族的地域的幼稚的資產階級為要求由封建的——羅馬教皇的神聖羅馬帝國的最後法蘭西 Bonaparte 王朝的——世界主權之羈束下解放出來，自然那「國家主權論」與「民族精神論」是很有用的工具。然而他們一方做了資產階級解放的工具，他方又必然的成為資產階級發展之礙障物。因為資產階級一方——在幼稚的時候——要打破封建的世界主權，他方——在發展到最後階級的時候——又想建立他自己的資本的世界的主權。分析派與歷史派把世界全部法律系統切成許多不相連屬的獨立的片段，把每一

片段拿來放在對峙的不可侵的各國主權或互相排斥的各民族精神之模型裏，這些學說論理的結果，不特使最強的帝國主義資產階級侵蝕那次強的帝國主義資產階級爲不可能，甚至一般帝國主義者對於弱小民族之侵犯與榨取，也不能不謂爲與主權論及民族精神論有所抵觸。爲帝國主義者辨護他們無厭之貪慾，於是有 Duguit 之「國際法律意識論」conscience juridique internationale，有 Stammer 之「世界法說」das Weltrecht (一)，把那十九世紀以來權威的學說所謂「國家意志說」——可憐的幼稚的資產階級爲其割據販路與割據榨取剩餘價值之地域範圍之事實而作的一個頑固的辨護狀——驅逐出於國際法學講壇之外了。更深刻的，有匈牙利學者 Felix Somlo 之「列強協調說」Konzert der Grossmächte (二) 代表歐洲帝國主義者之分贖的思想，美國學者 Robert Lausung 之「真實的世界主權論」Real world sovereign (三) 代表最有權威的北美帝國主義之獨占思想。

(一) Theorien des Rechtswissenschaft, 1991.

(二) Juristische Grundlehre, 1917.

(三) Notes on Sovereignty, 1927.

總之，社會法學之產生，其背景是財政資本主義，其作用則有三：一、調節資本各階層利害之衝突，二、調節各帝國主義者間之衝突，三、緩和無產階級之反感。故 Pound 與 Felix-Somlo 之所倡導，皆係負起法律學在財政資本帝國主義時代的使命而達成之者。

由分析派歷史派以至社會法派理性法派——雖然他們很自誇為反自然法派之玄想，而其實——他們的法律觀念那一樣免不了「向壁虛造」之玄學的氣味。他們的法律根據論（本質論）雖然有種種形式式的變化，概括起來可以分為二說：——（一）意志說 Willens-theorie，（二）法律意識說 Rechtsbewusstseins- oder Rechtsnebenberzeugungstheorie。

指出這兩種法律根據論之謬誤，我們不妨借用 Alfred Verdross——一個邏輯法派國際法學者——之論調：——「不論「國家意志」Statswille（分析派歷史派）與「世界意志」

（4）Stammeler之「能結合意欲說」，其本質與 Duguit之「法律意識說」實係同一：不過一個由哲學方面說明，一個由社會學方面說明罷了。

Wellwille (社會法派理性法派) 都不配做「法律之後台老板」(Traeger des Rechts) 〇 因為實際上祇有一定人類之意思表示。若不是預先假定有一個法律規條，把一定人類行為認作國家行為或世界行為，把這人類行為寫入「國家」或「世界勢力」之賬簿上，假定沒有這樣一個前提之存在，則人類之意思表示到底不能算做國家意志或世界意志」(1) 〇 由是可見法律實存在於「國家意志」與「世界意志」之先；國家或世界意志決不能為法律之根據，倒過來，法律却才是國家意志或世界意志之根據。至到法律意識說，雖然可以免了像意志說那因果倒置的毛病。可是他並不能說明這法律意識——特別是國際法律之意識——與現實法規之合法的聯繫。這一點便證明他們拿來做研究對象的，並不是那依着一定外形而發展的「經驗的」法律，却是錯拿了一種主觀的「心靈狀態」；所以他們到底不是在研究法理學 Jurisprudence 而實是在研究羣衆心理學了(?) 〇

Verdross 批評意志說是很對的。可是一到批評法律意識說便要陷入模糊曖昧之境

(一) Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, 1923, S. 10.

(二) a. a. O. S. 74

了。法律意識說爲甚麼不能說明這法律意識與現實法規之合法的聯繫？這不是Duguit輩不如Verdross之聰明，實在因爲法律意識說指的是「人類」之法律意識，這又是一個空想。其實普遍的人類法律意識是不會有的：實際只有矛盾的階級法律意識。想拿那事實上不存在的普遍的人類法律意識來說明法律根據——我可以說——不特Duguit等辦不到，就Verdross自己也不會辦到——雖然他曾經努力嘗試，結果還是失敗的。

Verdross爲補救Krabe, Duguit等理論之缺點，極力搜尋現實法規與國際法律意識之聯繫，以證明國際法律意識說。他引證一九〇四年二月廿二日Venezuela事件一九〇二年十月十四日California事件兩次仲裁法庭之判決，特別是引證海牙陸戰法規（一九〇七年）序文第五節，于條約法及慣習法之外，另舉出人道律及公共意識所要求以爲法源，及國際法庭規約第三十八條第三款關於文明各國所公認之普通法律原則之規定（*cf. O.S. 120ff.*）。然而所謂文明國民所公認之普遍的法律原則，人類的公共意識，我們簡直踏破鐵鞋無覓處。在一般資本國家視國際債務之履行爲神聖的義務，而社會主義的蘇俄却否認他。國際貿易爲資本主義國家公認之法律原則，而十九世紀中國之商業壁

壘偏要等英法之砲彈來洞開。人類之意識，相差一至於此！所謂文明國民，其實不過資產階級的代名詞罷了。所以要找尋人類法律意識與現實法規之合法聯繫，實在係一件勞而無功的事。

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

從自然法論以至社會法論理性法論種種玄學的法律學之出發點——根本的原因——實在是在於他們的方法論含着濃厚的玄學Metaphysik的意味。自然法派與理性法派完全根據玄學說明法律理想，固不必說。即歷史派之歷史的研究法，與社會法派之社會學的研究法（特別是心理學派與美國學派），仍然脫不了玄學的桎梏；因爲資產階級的歷史哲學與社會學總不能跳出於唯心論的範圍以外。歷史派主張由國民精神或民族的倫理見

解以窺探正法，顯屬於觀念論之方法。社會學派特別是 Pound 之綜合派之哲學根據，無非是 Pragmatism（實用主義），以效果為批判價值之標準，以甲物之效果推論乙物之將來可能發生之效果，以後來之效果說明當前之存在：這種價值判斷必然流於玄學的方法。亦無庸疑。分析派之方法論，是論理學之依據。論理學有形式邏輯——以靜的玄學為根據的——與矛盾邏輯——即辨證法——之分。分析派根據形式邏輯說明法律，這一點已經是陷入了玄學之迷途，他更加上中古時代之主觀主義 Subjectivism 與獨斷主義，以為他的形式邏輯運用之前提，結果自然不得不完全僵化了。

自然法論及社會法論之一部（特別是功利法論）都是「目的法學」(1)。他們研究法律不注重觀察法律現象，而重在批判法律價值，虛懸一「社會目的」或「社會利益」為鵠的，實在不脫野蠻的目的論 Teleology 之杵臼。歷史法派與晚近社會法派曉得研究法律現象與其變化之因果關係了，可以勉強叫做「因果法學」。可是不知應用唯物辨證法，不曉得如何去分析法律現象之因素；於是尋不出法律變化中每一次新現象之性質係與其

(1) 甚至理性法學之末流亦與社會法學同趨。

舊現象成直接對當關係即全部矛盾關係，而祇以爲係某部份歧異的關係，質言之，尋不出法律變化之總根原，而只是在枝枝節節地說明他的變動；所以他到底尋不出法律變化之真正因果關係。他不過是徒有其名的「因果法學」而已。社會法派之機械學派如 Cumpłowicz, Adams 雖能把握社會之矛盾與法律之矛盾，然坐不知矛盾之辨證的發展，故亦未能建立系統的因果法學，致功虧一簣。分析法學知分析法律現象之必要，他之研究係由分析法律現象以決定法律概念，所以稱爲「概念法學」。然而他一樣不能應用辨證法，所以他之分析，不但不能得法律之真相，反而把法律概念弄糊塗了。這正是形式論理當然的結果，也是概念論當然的結果。至理性法派由概念法學開始，而轉變到目的法學陣營裏去，自相矛盾，更不足道。

一直到所謂

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

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

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

Verlross：——「風行的現實法主義，其特徵乃在於將法律建築於國家意志之上，以爲國家意志係一個社會的或心理的，要言之，超法律的因素，因此便把整個法律組織撕破了；世界有幾個國家存在，便成爲幾許塊法律破片。其實這是偽現實主義底方法之結論。這種斷頭續脛的方法，把超法律的國家意志橫插入法律系統當中，便不能了解法律之真相，不能描寫法律之實際，祇好把牠穿鑿附會地曲解起來。人們如果要發見一個真的法律現實主義，首先必定要廓清了這空中樓閣，而把觀察點單獨地純粹地放在法律本身之上。所以我們之任務，便是把自然的法律世界之本相從新顯露出來」——a.a.O.序文

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

由這幾段話，便可以了解所謂「純粹」的意義。

(2)純法律學之首倡者本是 Stammler。可是他一方面採用理論的客觀的方法來研究法學，他方面又採用了

頁之，然後把法律學從玄學的深坑解放出來，而創造一個完整的概念法學。雖然還是沒有脫離形式論理的概念論之桎梏，可是玄學的與主觀主義的研究法之宿弊確是因此而大加廓除了。

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

康德之主觀的哲學來做他的骨幹；他的「正當法」，一面是適合於社會理想之法律，一面又為與法律根本觀念合致之法律；所以他的法律學為純法律學，同時又為社會哲學（參李譯稔積法理學大綱五十二—三頁）。因為康德哲學之主觀性與論理學之客觀性的矛盾，結果使 Stammler 之法律學說也陷於矛盾，於是他之純法律學研究到底被他的法律理想論所掩沒了。所以 Stammler 結果只能成爲一個理性法論者，而不能爲一個成功的純粹法論者；其結果且有流於自然法論之傾向。

(1) 此書有劉燕谷譯本，文化服務社版。但譯文似未能盡本意。Kelsen 之基本法律觀念見上述普通政治學一書第一篇第三章。（原標題為國家與法律）。著者曾為譯出，載中華法學雜誌廿六年一卷七號（見附錄）。

Verdross(3), Frisz Sander(4), Kaufmann(5), Kuny(6)等。

純粹法論之方法是怎樣？ Kelsen 在他的 Allgemeine Staatslehre 序文上寫着，他的方法大約是根據康德的『理性批判論』(Vernunftkritik)，把「存在」(Sein)與「應該」(sollen)嚴密區別；拿先驗的範疇 (transzendente Kategorien) 作為經驗的前提，以代替玄學的假定與實體的擬制或人格的擬制 (Hypostasen)，把同一科學裏所有絕對的質量的不相統屬的對抗，化為相對的數量的同一系統的差別；超脫了心理學的主觀主義之囚牢，而飛

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

(3) 維也納大學國際法講師，其論文見同上。

(4) 其名著有 Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Staat und Recht.

(5) 著 Logik und Rechtswissenschaft, 1922

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

躍到論理學的客觀的統制之領域。這些便是純粹法學之方法上要點，這些便是他的法理研究之根本路綫。

純粹法論所獲得的結果是甚麼？ Kelsen 繼續說：「我認定國家就是法律秩序 *Rechtsordnung*，法律秩序就是法規 *Normen* 之全部，而於法律與政治的認識，堅持規範論的立場，以別於向來慣用的因果論；我確立一個先驗的國家概念，以代替玄學的國家觀，把國家秩序之可能的實效的內容與他的正常的與真的內容之分別，質言之，就是政策與國法之區別深刻地提示出來；我把所謂公法與私法之區分，法律與權利之區分，法律規範與權利主體之區分，立法與執行之區分等等凡一切標舉絕對的對抗意義以致破壞法律系統之統一者，皆嚴予駁斥。而認為這些區分都不過同一系統裏之內容的差異罷了。我對於法律的行爲 *Rechtsakte* 只研究其客觀的旨趣，而不問其主觀的意義：所有這些原則，都是我的學說與向來法學諸名家根本不同的地方」。

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

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

例如 Kelsen 論主權，便提出「國法主權」Primat des Staatsrechts 與「國際法主權」Primat des Völkerrechts 兩個假定之可能而一任人選擇（1），已足見純粹法論之辨證法的色彩。Verdross 反駁其師之主權選擇說更充分地使用着辨證法。他說：「國法主權與國際法主權一樣是不通之論。並不是整個國際法可以放入國法的系統裏，也不是整個國際法可以放在國法系統之上。乃是國際法之一部應該放在國法之上，而其他一部則應該放入國法之中：關於「國際憲法」（2）——國際法根本法——各規章自然有優越於「國家憲法」之效力，可是別的國際法規章却往往依賴國家憲法而存在。因為國際憲法往往不

（1）Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts, 1914, S. 103, 329; Allgemeine Staatslehre, S. 121ff.

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

自設機關執行或實現法律，却把這個職權委任各國憲法所規定之機關來行使。所以凡屬於國際憲法以外的一切國際法法章（1），僅僅靠這樣一個方法來實現：就是由各國憲法所設立的機關依一定之方式來處理；僅僅靠着他們而後國際法組織才能得到發展與實施。由此可見在國際憲法與其他國際法規之間正留着一個空隙，剛好讓國家憲法嵌入當中（2）。又如 Kelsen 之領土論，說國家對領土之關係，既不是「物權」的關係，也不是「對人權」的關係，領土乃是國法效力之空間的限制（3）。這樣的論證，都是充滿着辨證法之精神，絕不是分析法派所能望其肩背的。

純粹法論不特應用辨證法以爲論證法學之工具，而且對於法律本身之辨證法性質，質言之，即法章之辨證法之存在——兩個矛盾法章之同時存在——已經有了一個雛形的認識。Verdross 說：——「這並不是說，在同一時間同一地域不能有兩個以上憲法同時實

（1）「法章」（Rechtsatz）是 Kelsen 先生所創，指一個單位法律，兼具備了法律前提與法律結論者言之。詳見附錄二——純粹法論之法律基本觀念。

（2）aa.O, S. 134.

（3）Staatslehre S. 138ff.

現；例如「共同管理權」Ko-imperium (一)，又如法統政府與革命政府間之鬥爭狀態便是」(2)。又說：「由經驗上所得，我們却不能說所有法律都已成功了一個統一的系統，並且不能說他必將或必要成功一個統一的系統。那樣主張，絕不是我之法律界統一論之本意；因為許多「法律圈」Rechtskreise 同時並立，他們相互間並沒有半點聯繫存在着，那是很可能的。如果這個原則可以承認，那末以下一個原則也可以承認：所謂許多法律圈同時並立，不特是平行地並立，就是說每一法律圈各有特殊的空間領域；而且會互相侵襲地並立，就是所有法律圈在同一空間的境界內共同發生作用，好比對於同一行為，某一個法律規定要科以刑罰，而別一個法律却偏要規定不許科以刑罰，這樣一來，自然其結果會使那處於此等互相衝突的法律圈支配下之人民陷於不可救的鬥爭之中了。我們只要記憶法國占領 Ruhr 的情形便明白了；當時有許多事情，法國占領政府規定應

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

(2) a. a. O., S. 82.

該處罰的，德國政府却規定不許處罰」(1)。這是何等明顯的一個矛盾法論！

不過 Verdross 只承認矛盾法存在之可能，他却還沒有見到一切法律都是矛盾法。

而且他以為法律之統一與法律之矛盾是不相關的事情，他沒有見到法律之統一正存於法律之矛盾當中，而法律之矛盾還是形成法律之統一，他祇見着法律統一或矛盾之一面性，而沒有了解對立物之統一。所以他到底滯留在邏輯法派之中，而不能進一步建設一個「辨證法律學」。這因為他所代表的是小資產階級的意識之故。

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

純粹法論更大的錯誤，是把法律之觀察與研究局限於法律本身，而忽略了法律之社

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

會的意義：把法律視爲可能離開社會而獨立地抽象地存在的東西，忘却法律之社會性，忘却法律與社會生活「社會各方面生活特別是經濟的生活」之相互依存關係，與相互聯繫相互影響；忽視了法律之存在與變化係整個社會存在與發展過程之一個因素；他忽視了法律與經濟及整個社會文化之聯繫互動性；排斥法律之一切社會意義或立法論之研究，而指爲法律社會學之範圍，驅逐之於純法律學研究之外；他不知法律現象以至法律本質離開社會現象與整個社會存在，即無法爲正確的觀察與了解。他拘牽於形式，而忘却了法律生活之實質。這更是純粹法學之根本錯誤所在。

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

(三) 創設一個辯証法的法理學之嘗試

辯證法的公律：(一) (A) 基本的公律即(一) 矛盾合一律 (1) 與其(B) 派生定律(二) 聯繫互動律，(三) 否定之否定律，(四) 潛變突變律(2)，在法律學研究方法上完全可以適用。而且只有完全應用這些公律，才可以把法律學建築在真正科學的基礎之上；缺少了任何一個都是不能成功的；歷史法派與純粹法派之失敗——照上文所說的——便是我們的一面鏡子了。

法律之存在是變動的，而且各法規間都是有聯繫的，這一點特性，已經歷史法派闡發無遺了。把法律現象之聯繫，由國內法各法規間之聯繫進而擴張到各國法律秩序 Rechtsordnung 間之聯繫，即國際法各規章與各國國法之規章相互間之聯繫：把整個法律

(1) 又稱對立物統一法則

(2) 又稱質量互變律，或由量到質由質到量的轉化法則

聯繫之全部系統，即「法律界之統一」和盤托出來，這一個工作，又經 Verdross 之努力而完成了。不特此也，由法律現象間之聯繫互動進而至於法律現象與社會種種現象特別是經濟文化等現象之聯繫與互動，更由美國社會法派之 Pound 與德國社會哲學派（文化法派）之 Kohler 闡發詳盡了。所以對於辨證法上聯繫互動律在法律學上之適用，再無須我們加以說明了。我們這裏所應說明的只是其他幾個公律之適用。

矛盾合一律 在辨證法上原是一個中心法則，根本法則，在研究法律現象與本質上也是最重要的一個原則，同時又是最初步的一個原則。

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

在這裡我們要注意的，不單是法典，成文法，或法院所宣言的（裁判成解釋）——如

一般人所了解的——是法律，其實支配着公衆意識之社會法則——習慣法——如果達到具備強制力之場合，也一樣是法律。如果我們能注意到這點，則正負法律之對抗自然不難了解。Cunow 說：「國家法典與社會法永遠沒有符合的時候。雖然法律也許在長期間不至與社會法律意識發展狀態表現爲彰明較著的矛盾」（註一）。他所謂「社會法」，就是指習慣法，不文法，存於社會公衆之正義意識。

同時同地存在着的矛盾法，最尖銳的形式，是兩個法律圈（法律系統）互相侵襲地交叉地在同一事物之同一範圍上共同發生作用；正如 Verdross 所指出的如法國在一九二三年占領 Ruhr 流域時，法國軍部所頒行與德國政府所頒行兩個不同系統的法令，形成「矛盾對當」（contradictory opposition）的情形。其次之對立形式，則是兩個法律圈（在同一領土上同一時間）互相平行地犬牙交錯地在同一事物之兩個不同小範圍上各別發生作用，彼此間形成相互抵觸或「大小對當」（Subalterne opposition）之作用，即所謂原則與例外，或一般與特殊之相異規定；最顯著者，如一般民法上及國際法上「同

（註一）見氏著 Die marxistisch-Gesellschafts- und Staatstheorien, S. 273)

意生拘束』(pacta sunt servanda)及『情勢變更』(rebus sic stantibus)二個原則之對立(註一)。此種矛盾，表面上雖然形成統一，但由其所蘊藏之法律目的觀之，則顯然互相矛盾而成爲彼此抵銷之局。且由其所代表勢力之推移，終至發展而成爲互相侵襲之矛盾，或由潛伏之意識形態崛起轟立而代替了舊法律，成爲新的現行法律。大抵代表兩個社會階層或集團之勢力在相當的均衡的時候，國家與其工具——即法律——外形上儼成仲裁者之姿態而出現的(註二)時候，他們的意識形態——特別是正義的意識形態即法律——就形成第二種之形態；反之如果這些階層或集團的力量形成互相抗衡莫能相下之局面，則他們的意識形態便形成第一種的姿態。

這兩種矛盾的姿態，雖有嚴厲與緩和情況之不同，其爲矛盾，爲對立的統一，則一· 這樣矛盾法之情況，我們在許多國家許多時代許多部門法規，處處可以見着。

在中國法，表現爲彰明較著之矛盾法形態的，莫過於國府初期之勞動法規，特別是

(註一)詳下。

(註二)參 Engels 家族私有財產與國家之起源闡譯本二七八頁，生活張譯本一八七頁。

關於「罷工」與「仲裁」之法規。當時罷工權是法律所承認的（十三年工會條例第十四條，十八年工會法—廿一年廿二年修正—第廿三條）。然他方勞資爭議處理法（廿一年修正）第三十六條（相當於現行法三十七條）却規定：—

「勞工或團體不得有左列行爲：—

「三，強迫他人罷工。」

罷工是團體的法制行動。許罷工而不許強迫他人罷工，則罷工如何可以實現？

不許強迫他人罷工是直禁止罷工之變相而已。所以「許罷工」與「不許強迫他人罷工」，實在是一個矛盾的規定（雖然係平行的抵觸）。

又如廿一年勞資爭議處理法規定着：—

「爭議當事者對於仲裁委員會之裁決不得聲明不服。

「前項裁決視同爭議當事者間之契約……」—第七條。

「爭議當事者對於第三條第二項第七條第二項所定視同爭議當事人間契約之決定或裁決，有不履行者，處二百元以下之罰金或四十日以下之拘役」—第卅八條。

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

可是同時有效的工會條例（十八年十月以前）或工會法均規定工人得以罷工爲不服之手段……

「工會在必要時，得根據會員之多數決議宣告罷工……」——工會條例第十四條。

「勞資間之糾紛，非經過調解仲裁程序後，於會員大會以無記名投票得全體會員三分之二以上之同意，不得宣告罷工」——十八年工會法第二十三條。（註一）

然則罷工權與仲裁權之效力孰優？仲裁裁決而不利於工人時，工人還要遵守嗎？還是可以用罷工來抵抗？工會條例與工會法對於後一個問題給與肯定之答復，而勞資爭議處理法却對於前一個問題給予肯定之答復。這是兩個法規交叉地互相侵襲地矛盾。

（註一）廿一年工會法增加「其已付仲裁或依法應付者仍不得宣言罷工」文句。已將上列矛盾打銷，現法行（三十六年）廿八條規定畧同，國家總動員會法十四條更授權政府得嚴行禁止。惟另一種對抗形態又在他方面展開耳。詳見附錄一——罷工權在國法上發展。

盾着。十九年天津市政府呈請行政院轉咨司法院解釋這個疑義，他的呈文裏說着：「是仲裁委員會之裁決，勞工方面可以會員三分之二以上同意票推翻之矣。兩法俱存，規定各異。究竟應如何辦理，以免兩歧？」這幾句話指擴當時法律之矛盾，可謂洞中肯綮。

在民法上文明各國所通行的一夫一妻制度，也是與其對立的矛盾的性生活形態，雜婚，通姦，賣淫——自由性交的形態——同時並存（註一）。所以Morgan說……「Panaluen之婚姻制度，最後變為雜婚制之新形態，到了文明期，還在追縱人類」（註二）。Engels亦說：「一夫一妻制與賣淫，雖是對立的，但是成爲不可分離的對立，而且構成同一社會

（註一）一夫一妻制度，照Engels說，是『歷史上所發現最初的階級對抗之形態』。『牠決不是以兩性同諧之姿態而出現，更不是當作最高婚姻形態而出現，相反地却是當作男性壓迫女性當作前史所未聞的兩性鬥爭之宣言而出現』（見所著家族私有財產與國家之起源陶譯本九十八頁張譯本六十九頁）。又說：「一夫一妻制之發生，是由於把大量財富集中於一人——男子——之手，且要單獨傳給他的男系血胤的子女，絕不傳給別人的子女底慾望的所要求。這却有使女子方面成立一夫一妻制之必要，可不是在男子方面。這個女性的一夫一妻制決不妨礙男子之公開或秘密的一夫多妻制」（見同上書一二三頁張譯本七九頁）。

（註二）Morgan, Ancient Society. (古代社會) P. 504.

秩序之兩極』（註三）。所以一夫一妻制在文明各國民法上雖然都一樣地規定着，然而「離婚」「賣淫」却以種種形態而存在；如羅馬之 Concubine，中國古法上之「妾」，現行法上之「雖非親屬而以永久共同生活爲目的同居一家者」之「視爲家屬」（註四），都是一夫一妻制度中不可分離底對立物。中國在廿四年六月以前，一夫一妻制度固赫然存在（註五）。然刑法則祇處罰「有夫之婦」與人通姦，而不及「有婦之夫」（舊刑法二百五十六條）（註六）。現行法雖加改善，就夫婦間設爲平等待遇（刑法二二九條），然一方規定「事前縱容」，「事後宥恕」，及知悉其事六個月不告，或其情事發生已逾二年種種事實爲消滅告訴權或民事制裁請求權之條件（註七），使經濟上弱者——在多數場合實際上

（註三）見 Engels, 同上書一一四頁張譯本八十頁。

（註四）民法一一二三條三項

（註五）中國民法九八五條：「有配偶者不得重婚」。

（註六）法國拿破崙刑法規定妻與人通姦不論何時何地皆屬犯罪，而夫則僅引姦通者至家中始爲犯罪（三二七至三三九條）。

（註七）民法一〇五三條，刑法二四五條一項二項，刑訴法二一六條一項。

是妻——對於強者——在多數場合實際上是夫——減少適用法律行使權利之機會，他方復就和誘畧誘罪擴充其適用範圍，不僅以使未滿二十歲男女脫離親權監護權之行爲爲犯罪，且以使非配偶之男女，非親屬之家屬脫離家庭，脫離家長之監督權者亦成爲犯罪（註八），於是而使有妾之家長，對其少年之妾，對其未成年之「視爲家屬」，得以享受法律之保障，而鞏固其所謂家長之監督權，以收其「通姦」「雜婚」「禁鬻」之利益。不特此也，更有赤裸裸保障重婚之法律：就是現行民法第九九二條之規定，重婚並不是當然無效，而是僅僅可得撤消。「故有妻者重婚時，在其重婚未撤消前，不得不認其後妻之身份而指爲妾」（註九）。甚至「重婚者雖經判處罪刑，在未有利害關係人向法院請求撤消前，其婚姻關係仍屬存在」（註十）。重婚既是犯罪行爲而應處罰（註十二），但民法上則公

（註八）參刑法二四〇條一項二四一條一項。

（註九）見最高法院廿七年上字一七〇九號判例。

（註十）見院字一二一〇號解釋例。

（註十一）參刑法二三七條。

然容許其存在，這是何等矛盾之形態！正義到底屬於重婚者？抑或屬於不重婚者？重婚苟不害於正義，即不應處罰。重婚如果有害於正義而應處罰，即不應任其繼續存在。狐狸狐搯！這正所以形成其對立物統一的地方。

一夫一妻制之最大目的，是在生育無可爭之男系血胤之子女，以爲其傳統者，即其宗祧的與財產的繼承人（註一）。爲貫徹此目的，故各國民法大抵於離婚後專就女子方面爲「待婚期間」之規定；我民法亦規定爲六個月（註二）。這是一夫一妻制度精神之最高表現：至不惜以女子六個月貴寶春宵爲之犧牲。何等認真！然而貞操帶制度消滅以來——不，甚且貞操帶制度存在之當時，聰明的鎖匠也一樣能替出征的騎士之夫人擅開秘鎖——誰能保證妻在婚姻期間所誕生子女一定是丈夫之血胤？「於是父子關係之確實性，依然不過依賴着道德信念而生。爲解決無可調和的矛盾計，拿破崙法典特在二一二條規定：——在婚姻期間受胎之子女「推定」其屬於婚姻上之父——夫（註三）。中國法

（註一）Engels同上書九十七頁，張譯本六五頁。

（註二）民法九八七條。

（註三）Engels同上書一〇一頁，張譯本七十一頁。

亦一樣在一〇六三條一項規定着：「妻之受胎期間係在婚姻關係存續中者，「推定」其所生之子女為婚生子女」。這樣來一個「推定」，把一頂綠帽子輕輕送到丈夫之頭上去，不特是與「待婚期間」規定之法意矛盾，而且把全部一夫一妻制之精神都斷送了。

Engels 嘲諷得好：「三千年來為要誕生無可爭男系血胤而成為必要法律的一夫一妻制之最後結果，原來就是如此」！(註一)

又如身份上行爲，如兩願離婚，應為不許代理之法律行爲：如他人以代理人之名義而代理為離婚之行爲，「本人縱為承認，亦不因之而生效力」。且經最高法院著為判例(註二)。然同時「以他人為意思表示之機關」，其當事人「於訂立離婚書面時未親自到場，惟事前已將自己名章交與他人，「使其在離婚文約上蓋章」者，判例仍認其有效

(註一)見同上

(註二)最高法院二十九年上字第一九〇四號判例：「無權代理人以代理人之名義所為之法律行爲不許代理者，不因本人之承認而生效力。兩願離婚為不許代理之法律行爲。其由無代理權人為之者，本人縱為承認，亦不因之而生效力」。

(註三)。
雖判例認前者爲「代理」，而後者爲「意思表示之機關」，與代理不同。

然代理與意思表示機關，二者之間，在法理上實難區別。判例以意思表示機關係本於離婚者自行決定之意思而表示之。然一般意定代理人處理委任事務，原應依委任人之指示（民法五三五條），且在通常情形，並不許變更其指示（同法五三六條）。然則代理人亦何常非本人之意思表示機關？意思表示機關與意思傳達機關不同：傳達機關完全爲機械的複現，意思表示機關則以一人之意思擬制爲他人之意思。故意表示機關與代理，同樣是法律的擬制，同樣是以他人所表示之意思視爲本人之意思。况一般以

(註三)最高法院二十九年上字一六〇六號判例：「兩願離婚固爲不許代理之法律行爲。惟夫或妻自行決定離婚之意思，而以他人爲其意思表示之機關，則與以他人爲代理人使之決定法律行爲之效果意思者不同，自非法所不許。本件據原審所認定之事實，上訴人提議與被上訴人離婚，祇由某甲徵得被上訴人之同意，被上訴人於訂立離婚書面時未親自到場，惟事前已將自己名章交與某甲，使其在離婚文約上蓋章。如果此項認定係屬合法，且某甲已將被上訴人名章蓋於離婚文約，則被上訴人不過以某甲爲其意思之表示機關，並非以之爲代理人使之決定離婚之意思。上訴理由就此指摘原判決爲違法，顯非正當。」

意思表示機關稱爲「代表」，爲法人之細胞，肢體，持以與兩人格者間之代理，藉爲區別（註四）。然試問爲夫妻之一造持章蓋印於離婚文約上之人，其果爲夫或妻一造之股肱乎？肢體乎？細胞乎？此持章之人果非人格者乎？判例於此穿鑿附會以文其非；而其所代表之意識形態，顯係爲夫妻強者一造之代言人，就其對他造所爲強姦意思行爲作強詞奪理之掩飾耳。充其說而爲推論，然則男女苟已先自行決定結婚之意思，乃屆時一方派遣第三人與他方舉行婚禮，並交付印章使代爲蓋印，而以其人爲其結婚意思表示之機關，於法亦得爲有效乎？此不通之論也。而上開同年兩個判例所指示兩個法章：「身份行爲不許代理」與「身份行爲得以他人爲意思表示機關」，顯係形成互相侵襲的矛盾法則。

「金價值約款」爲歷來債法上一重要法則。然自資本主義危機暴露以後，時表露爲兩個矛盾對立之形態：或則站在工商業資本之立場，承認金約款，以期保障債權人個人之利益；或則站在金融資本之立場，否認金約款而主張通貨之強制等值性，樹立「一

（註四）如民法二七條二項及六七九條。其實此種區別亦屬謬誤。詳見拙篇中國債法指要。

元等於一元」之新法則，以與金約款之舊法則對抗。後者認金價值約款有碍公共秩序（註一），前者却主張排斥金價值約款之適用者纔有背於國際私法上之公序良俗（註二）。

在一個國家裏，或因時代變化先後流行不同之法章（註三），或於同一時間就不同事物上適用不同之法章而形成原則與例外之兩個平行法則（註四）者，姑不具論。有些國家裏，社會階層勢力推移變化特甚，却往往在同一時代同一空間同一事物上流行着兩種不同而對立的法則；像英國就是這樣的情形。從一九三〇年至一九三七年間，英國判例常是逡巡躑躅於「金約款有效」與「金約款無效」兩個原則之間：如上院一九三〇年阿德里電力公司事件（*Adelaide Electric Supply Company Ltd. v. Pludential Insurance Company*

（註一）參美國最高法院一九三五年二月十八日判例。

（註二）參荷蘭最高法院一九三六年 *Royal Dutch* 四盤公司債事件判例及德聯邦法院一九三六年五月廿八日德意志儲蓄滙劃公司（*Deutscher Sparkassen u. Giroverband*）一九二六年發行七厘美金公司債事件判例。

（註三）如德國由一九二〇年否認金約款之判例轉變到一九二三年以後承認金約款之判例。

（註四）如美國判例，就私人債務如公司債則禁止金約款，而於公債（國家債約）則承認金約款。

Ltd.)之判決(註一)既不承認金價值約款，而一九三三年化士事件(Feist v. Société Intercommunale Belge d'Electricité)之判決(註二)則承認之，一九三七年力斯(Rex v. International Trustee for Protection of Bondholders a.C.)事件之判決(註三)又復予以否

(註一)該判決許以跌價之澳磅清償以英磅為本位之債務，其理由則以該當事人間契約履行地在澳洲，「金錢債務得以履行地之通貨為有效清償」。

(註二)該案被告公司為依比國法設立本店於北京之股份有限公司，於一九二八年九月廿五日發行公司債總額五十萬磅，償還期限為一九三三年九月一日，其約款第一、二條載明：「本利以一九二八年九月一日標準比重品質之英國金幣支付」。原告要求依金磅一九二八年價值支付。第一、二審否認金約款效力而駁回其訴。上院一九三三年十二月十五日判決廢棄原判，謂「金價值約款在紙幣制下亦有效」，而承認金約款之效力。至其理由則謂：(一)發行公司債之時，當事人得豫想英國行將脫離金本位制，(二)英國早已不行使金幣，從而當事人並不要求以現實的金幣支付，亦可以推知。由此二前提推論，則本件之金約款應解為預防紙幣跌價之危險，為保護債權人之特殊目的而設者，有保障貨幣價值約款之性質云云。

(註三)此案上院否認金約款效力，而免除英政府(被告)履行金約款之義務，其理由則以系爭法律關係，依國際私法原則，應用美國法而不適用英國法。

認。雖各持特殊之理由以爲解說。然往往有同一事例同一具體情形，而司法解釋任意出入，不惜自亂其例者。如一九三六年英法信託公司事件 (British and French Trust Corporation v. New Brunswick Railway Company) 與同年英政府一九一七年五厘半美金公債事件，性質相同，而御法院 (King's Bench Division) 與上訴法院 (Court of Appeal) 兩判例完全相反：前者尋釋當事人意旨，指爲「金幣約款」，謂無訂金價值約款之意，而否認金價值約款之效力 (註四)；後者則以世界法之立場，一般地承認金約款 (註五)：在前例則

(註四) 該案被告加拿大英法信託公司於一八八四年發行五厘息一九三四年四月一日滿期之英磅公司債，載明原本以「有當時之標準品質比量英磅」在倫敦支付，利息 (未附金約款) 則在倫敦或 New Brunswick 以英磅支付。

原告請求援用 Feist 事件判例以一八八四年價值英磅給付。一九三六年一月十六日御法院判決認金約款無適用餘地：其理由則以一八八四年發行公司債時，金幣自由流通，無預想金磅與現金脫離之事，故當事人約定者爲現實支付金幣百磅，只可解此約款爲「照文字記載之通常意義」即關於「支付方法」之規定。應與 Feist 事件爲不同之解釋云云。

(註五) 英政府一九一七年二十年期五厘半 (每張一千萬美金) 美金公債債票載有「本票之本利，依持票人之選擇，或於美國紐約市以有一九一七年二月一日標準比量品質之美國金幣，或於英國倫敦市依一磅對四·八六五美金

蔑視世界法，而於後例則置當事人意思於不問。「世界法」原則與「意思自治」原則雖係平行的對抗，然其就同一事物適用之結果，則形成互相侵襲的對抗。

金價值約款，在中國法判例上曾廣泛地適用。在民法上規定，原僅限於當事人有特殊明確約定的場合才有其適用（註六）；否則縱屬金幣約款，亦不能視為保持金價值之約款（註七）。惟廿八年以前判解例，輒就「抽象的金約款中，抽出金價值之担保性」；不問

之確定折算率以英磅支付」。此案被告為英皇，代表英國政府。第一審（High Court of Justice）以金約款為支付方法之約定，其理由謂發行公債時，金幣尚在美流通自由之故（按此與英法信託公司事件判決同一旨趣——著者）。第二審一九三六年十一月二日判決，全體推事以一致意見，解釋該債票上金約款為「債務範圍」之約定，認定英政府有支付金價值之義務。且以金約款之效力在國際契約上一般通行于全世界；為求世界法律之統一，英國法院應與美國最高法院持同一見解云云。

（註六）見民法四八〇條前文除外文句。

（註七）見同法條第三款。按所謂「應以該特種貨幣或按返還時返還地之市價以通用貨幣償還之」云云，乃包括該特種貨幣跌價時之情形言之。苟已跌價，仍應將該跌價之特種貨幣如數償還，或依其已跌之價值按返還時返還地之市價以通用貨幣償還。

當事人間對於特種貨幣之品質，或其對他種貨幣之確定折算率——價值——是否另有特約詳為規定，舉凡以特種貨幣為計算者——甚至有時以通用貨幣為計算而以其特種貨幣為給付者——概視為對於該貨幣之品質亦已有所約定，概視為「債務範圍」之規定而非「支付方法」之規定（註一）。由是可見當時判解例與法典規定間之矛盾：後者的法則是：——當事人無特別約定時，特種貨幣之債非金約款之債，質言之，金幣約款不必是金價值約款；而前者之法則是：——無須有特別約定，凡特種貨幣之債皆屬金約款之債，換言之，凡金幣約款都包涵有金價值約款的意義。判解例特別規定應以「締約時」，或「交付時」，「交易時」，（交付或締約之）「當時」之特種貨幣，銅元或地鈔之市價折合銀元為準；與民法

（註一）參最高法院十九年上字四三八號判例，司法院（二十年）院字五八二號，（廿一年）院字八三四號，（廿五年）一四二〇號，（廿七年）一七七五號，一八一—號解釋例。其以通用貨幣為計算而以某特種貨幣為給付亦視為金價值約款者，如最高法院十九年上字六一六號，廿二年上字一一五四號判例。按中國判例此種傾向，雖在廿四年十一月六日法令頒行後尚未變更。直至廿九年後始見改變。參（廿九年）院一九八二號（三十年）院二一二四號二一三七號二一八〇號解例。

四八〇條三款規定按「給付時」之市價以通用貨幣償還之原則，顯成對抗之勢。

中國判例，從廿九年一起，開始否認金價值約款；但僅行於以本國通用貨幣，法幣，銅元，銀幣或銀兩定給付額之金價值約款（註二）。若以外國貨幣或黃金折算而定給付額者，判例則仍認其有效（註三）。金價值約款之「是認」與「否認」，在用各種不同貨幣計算之契約間，行着兩種不同的法則。這也是平行的對抗。

三十六年二月十七日禁止外幣流通與禁止黃金買賣而後，跟着同年四月二十八日公

（註二）參院字一九八二號二一二四號二一三七號二一八〇號（按此例係解二十四年施行法幣前特別約定以銀幣償還之債務者「著者註」解例。

（註三）參（廿八年）院訓字五五〇解，（三十年）院二一二八號關於生金借貸解例特別是「返還時未約定者應以訂約時之價值償還」一節，又院二一三七號，（廿二年）院二六一〇號解，特別是（廿三年）院二七三一號（三）解：「法幣政策施行前「借貸銀本位幣，按當時市價折合黃金」，約定日後以黃金清償本息或依清償時之黃金市價償還銀幣者，其約定之給付物既本為黃金，即非改定貨幣政策第五款所謂以銀幣單位訂立之契約，核與院字第二一二四號第二三九七號第二四九七號解釋所述情形亦屬不符。此項契約，並不違反強制或禁止之規定，債務人自應照約履行」。

布施行黃金外幣買賣處罰條例，凡以黃金外幣代替通貨作為交易收付者，認為犯罪行為（註四）。然其僅以黃金外幣定給付額（規定債務範圍），而不以之為現實支付之方法者，其行為（在刑法上原非犯罪）在民法上究竟是否有效，中央法律既無規定，司法法院亦未有解釋。除地方法令有特別規定（註五）者外，一般官廳文告與法院裁判上則時呈露矛盾的現象。有主張以黃金外幣定給付額之行為應屬無效者，如國民政府主席廣州行轅治字〇二八一號布告（註六），首都地方法院本年八月間院內決議（註七）是。亦有主張

（註四）卅六年四月舊條例第一條第二條，現行條例（同年十二月八日）第一條。

（註五）如廣東省房屋租賃條例補充辦法（三十七年九月八日司法行政部呈復行政院）第四條，四川省房屋租賃條例補充辦法（三十七年九月三日司法行政部呈復行政院）第三條。

（註六）該布告（卅七年二月廿八日）文畧云：「查國幣為我國法定幣制，在國內為無限法償，有普通收受及強制支付能力；故一切交易自應以國幣為本位。任何契約，若違反此種規定，當屬無效。乃近查有若干商民竟輕視國幣，或爭購外鈔，或囤積貨物，馴至各項交易或契約多訂定以外鈔黃金為支付標準，致使國幣貶值，游資充斥，物價高漲，金融市場混亂。此種行為，顯屬危害國家，影響民生，為國法所不許，自當嚴予取締。」（下略）

（註七）三十七年八月廿九日法聲新聞載：「首都地方法院：民刑案件之處理有關幣制者，亦將變動如下……」

此種行爲仍應有效者；如司法行政部三十七年指參字三〇六四九號指令（註八）——特別在實際生活中發生效力者如——廣州地方法院許多判決是——其可指者，如同法院三十七年一月十四日就李達宗與彭可揚等求償債務事件之判決（三十六年訴字二四五〇號）（註九）及同年十一月五日就陳瑞清與秦家模求償債務事件之判決（註十），皆認以港幣計算之債務行爲有效，而命照公開牌價或法定比率以法定貨幣折算給付。這樣在同時同地就同一

（五）外幣債務案件，凡在三十六（原文載三十四年，當係「六」字之誤。蓋三十六年二月十八日公布外匯管理辦法，故是年二月十九日爲貨幣法令重大變革之日。若三十四年二月則無何等變革——著者註）年二月十九日以後以外幣約定之債務，一律認爲無效。凡在該日以前（發生債務），如原告勝訴，則依法定比率折合金圓給付。

（註八）指令廣西高等法院云：「查財政經濟緊急處分令公布前以外幣爲借貸者，原不生有效無效之問題。惟在該項處分令公布後，則應依法定兌換率折合償還」。

（註九）該判決主文云：「被告應連帶負責清償原告港幣二萬九千三百七十元，並自民國三十二年一月一日起至清償日止，按週年利率百分之五計算給付利息，依照清償時中央銀行港幣牌價折合國幣給付」。

（註十）該判決主文云：「被告應支付原告價金港幣一千七百四十元，違約金五百二十二元，按規定比率折合金圓券給付」。

事物範圍，而司法宣言及行政命令上皆標舉尖銳對抗的完全矛盾的兩個不同法章。這雖然是幣制金融混亂中偶然爆發之現象，但也是代表「財產自由」「私法自治」之要求與代表「統制經濟」「統一幣制」（實則代表金融資本之利益）之要求兩個尖銳對抗的意識形態，也正是一般資產者與官僚資本階層及統治階層——表面上以全民族的面具而出現的——不同的正義感所發生底必然對抗之形態。

廿九年以後，一方判例否認金價值約款，但自三十年以後又設為「增減給付」之法例以對抗之（註一）。雖增減給付僅限於「因戰事情形劇變」（註二）之情形有其適用，增額之結果亦不必與貨幣跌價之比量相等，然其否認法幣之絕對的等值性，衝破法幣之等值性的擬制，則無可諱言。院字二一二四號解（三十年）謂：「約明借用人須以法幣三元折合銀幣一圓償還，亦與約明借用法幣一圓須償還法幣三圓無異，所約增償之二元縱

（註一）非常時期民事訴訟補充條例（三十年七月一日）第十一條二十條，復員後辦理民事訴訟補充條例（三十四年十二月十八日公布施行三十五年十二月明令延長一年）第十二條十三條。

（註二）見同上非常時期條例第二十條第二項。

可認爲一種使用原本之報價，而依民法第二百零五條第二百零六條之規定，除未約定利率或其約定之利率低於週年百分之二十者得按週年百分之二十計算利息外，貸與人就其餘部份無請求權」。其意旨顯係否認「增額三倍給付」之約定。此項解例所揭原則，在增額給付之法例尙未廣泛地適用之當時（三十年下半年），與非常時期條例「增額給付」之法章嘗於若干期間相與頡抗着——雖然不是互相侵襲的對抗，但還是——形成平行的對抗，代表着兩種不同社會階層反對的意識形態。

這種「增減給付」之法則與否認金價值約款之法則矛盾地同時並行的情況，在德國馬克危機嚴重之當日，亦曾流行着。德國聯邦法院自一九二〇年以來，即否認金價值給款，企圖保持馬克之擬制的等值性。然馬克繼續暴跌，終非法例之所能挽救。當一九二三年之初，聯邦法院尙堅持其舊見解，但各地方法院則已有變更趨勢：是年三月廿九日 Darmstadt 高等法院判決及四月三十日 Breslau 高等法院判決先後採用以馬克市價與締約時價格之比爲差計算債額之標準。此等判例，顯與聯邦法院當時判例形成尖銳的矛盾。此種地方判例所示之新法則，終至把聯邦法院克服；直至同年十一月廿八

日聯邦法院亦變更舊例，認債務人不能依紙幣額面價格以清償債務，並設定「債權增額平價」之原則；終至演成一九三五年七月十六日之增額評價法。

中國法例，在盛行「增額給付」原則當中，忽然又產生一個歧異原則，就是三十六年十二月廿六日公布施行之銀行業戰前存放款清償條例。其第二條規定：「戰前存放款及放款之本金部分，均照原契約幣額給付，不爲增減」。質言之，就是「以法幣一元償付一元」。這又回復到否認金價值約款並否認增額給付的「法幣絕對等值性」之原則去。可是除銀行業存放款以外之一般債務，仍施行着「增額給付」之法則。這又是一個平行的對抗，而使金融資本得到特殊之利益與特殊之法律保障。

中國民法二〇五條規定約定利率之限制，最高不得超過周年百分之二十。然自通貨膨漲以後，私立銀行存放款利率自卅二年以來已增至六分至八分；國立銀行向私立銀行放款之利率比息五分，亦經財政部予以承認；國立銀行且公開廣告提高存款月息至二分左右。然當時司法判解仍堅持「約定之利率超過周年百分之二十者，無論款項之貸與人爲國立或地方銀行，卽爲其他商人，對於超過部份無請求權」之見解（註一）。於是

銀行存放款利率五分以上之公開事實與統一解釋，遂形成互相侵襲地對抗的法章。雖判例又以「借用人就超過部分之利息任意給付，經貸與人受領後，不得謂係不當得利請求返還」(註二)，免除貸與人就「借用人明知無債務之事實」舉証責任以資維護，却與民法一八〇條規定原則及民訴法二七七條舉証責任原則相違背，而成爲另一矛盾之形態。

在民法物權篇施行前占有他人不動產而具備同法第七六九條或七七〇條之條件者，在土地登記機關未設立前，依同編施行法第七條第八條之規定，於得請求登記之日(即施行之日)起，應視爲所有人。依(二十四年)院一二三九號解釋：「其所有權之取得，乃基於法律施行之效果，自屬依法取得所有權」，即不必再行登記已取得對抗效力，斯爲當然結論(民法七五九條參照)。乃(同年)院一二一九號解例則云：「在已經實行不動產登記制度之區域，因不動產登記條例第三條第五條之規定，非經保全登記，

(註一)參卅四年院二八二六號解例。其後至卅五年二月十八日頒行銀行存放款利率管理條例，此種矛盾始見消釋。

(註二)見同上解例。

不得對抗」。二者之間，顯屬矛盾（其後二十九年以院二〇五四號解予以變更，始復歸統一）。

舖底權之本質，判例或指為「土地」之永久使用（註一），或指為「舖房」之永久使用（註二）；依後例，則舖房滅失，舖底權應即消滅；依前例，則舖底權尚得存於地皮之上。歷來判例輒逡巡往復於二者之間，而成爲兩個矛盾法章之對峙，代表着商業資本與地主階層兩種不同之意識形態。

典物因不可抗力致滅失典權人之重建修繕權，民法九百二十一條規定其限制：「除經由典人同意外，僅得於滅失時滅失部分價值限度爲」之，以防典權之任意擴充；如典權人違背此規定而重建時，「其典價之數額，仍與滅失部分滅失時之原典價同，不得將超過部分價值之半數算入典價」（註三）。乃院二一九〇解則對同法九二七條爲擴充解釋，

（註一）如最高法院十九年上字八八六號，廿三年上字三八二八號判例，院解字三五九六號解例旨畧同。

（註二）如最高法院十八年上字一二六七號，二十年上字二五六號判例。

（註三）見（三〇年）院二一九〇號解（二），並參民法九二〇條二項。

謂「典權人不經出典人同意超過原價值限度而爲重建時，其超過部份之費用償還請求權，不在同條排斥之列」(註一)，使得以「請求償還有益費用」之形態，而得到與擴張典權之

(註一)院二一九〇解(二)云：「典物因不可抗力而滅失之部分典權人重建者，關於回復典權部分以外之重建費用，依民法第九百二十七條之規定，僅得於回贖時現存利益之限度內請求償還，故其數額應比較支出之費用額與回贖時之價值定之；回贖時之價值少於支出之費用額者，以回贖時之價值爲準，多於支出費用額者，以支出之費用額爲準。典權人請求償還重建費用，其數額既不得逾回贖時之價值，則超過滅失部分滅失時之價值限度而爲重建時，雖未經出典人之同意，亦無損於出典人之利益；惟重建部分之典價係依重建完成時之價值定其數額，此項價值除社會經濟狀況有變動外，必因典權人之使用收益日漸減低，若典權人得擅爲超過典價限度之重建以擴張其典權之範圍，出典人必將蒙其不利。民法第九百二十一條之規定，即爲防止典權人擅自擴張典權範圍而設；典權人違背此規定而爲重建者，其消滅之典權只能回復至滅失部分滅失時之價值限度，不能擴張至超過部分之價值；其典價之數額，仍與滅失部分滅失時之原典價同，不得將超過部分之價值之半數算入典價。同條規定之本旨不過如此，並非以此限制典權人之費用償還請求權。再就民法第九百二十七條而論，典權人超過原典價限度而爲重建，雖「與支出有益費用使典物價值增加有別」，而其使出典人受增加典物價值之利益則一。同條既不以支出有益費用先經出典人同意爲償還請求權之發生要件，則典權人不經出典人同意超過原價限度而爲重建時，其超過部分之費用償還請

同一結果。然考九二七條所規定典權人支出有益費用償還請求權之範圍，僅以（甲）平時及改良修繕費用，及（乙）典物滅失時超過原典物滅失時滅失部分之價值限度外重建而經出典人同意者爲限。今竟擴張其範圍，至於「未經出典人同意而爲超典物滅失價值額之重建者」亦許其請求償還。其結果顯與法律規定（九二七條）矛盾，更與九二二條之規定及其歷來解釋形成對峙之勢。雖形式上僅係平行的對抗，然在實際上適用之結果，則演成如下之滑稽解釋：「超過典物滅失價值額之重建，其具備出典人同意之條件與否，所生結果之差異，僅出典人回贖時必需之支付，在法幣一百元間之出入而

求權，自亦不在同條排斥之列。茲舉例以明之：假如典物爲價值二千元之基地，與在該基地以八千元建築之房屋，典價爲五千元，房屋滅失時之價值仍爲八千元，典權人在該基地重建一萬元之房屋，至回贖時價值已減至九千元，其超過原價之重建經出典人同意者，房屋部分之典價爲五千元與基地部分典價一千元合成六千元，其餘重建費用五千元之現存利益爲四千五百元，出典人回贖時，共須支付一萬零五百元。倘超過原價之重建未經出典人同意，則僅其中四千元爲房屋部分之典價，加以基地部分典價一千元，仍爲典價五千元，其餘重建費用六千元之現存利益爲五千四百元，出典人回贖時共須支付一萬零四百元」。

已(註一)。潛在法律背後與潛在判例背後之兩種相反的意識形態，形成保護地主(出典人)與保護新興商業資本(典權人)之對抗局面，而法律顯已向着促進有建築資力之工商業資本利益方面，質言之，向着促進產業革命方面推進一步。

廿四年十一月六日頒行「禁止現金行使法幣令」(白銀國有令)雖規定凡銀錢行號商店及其他公私機關或個人持有銀本位幣或其他銀幣生銀等銀類者「應」兌換法幣，而於其違反行爲之制裁却沒有規定(註二)。如果有人持有銀幣白銀而不兌換的，到底怎樣辦？是否應予「強制收兌」處分(行政法上制裁)？三十六年著名的上海劉餘三案是經送中央銀行強制收兌的(註三)。可是「以往對人民持有之銀幣銀類，如無高價買賣轉販牟

(註一)見前引解例。

(註二)見同上令第四款。卅二年銀幣銀類兌換法幣辦法第一條亦規定：「凡持有銀幣銀類者「應」送交就近收兌機關兌換法幣」，亦乏制裁規定。

(註三)卅六年十一月廿九日廣州大光報載：「(上海航訊)自市警局經濟科公布以二萬多元法幣強制收兌正餘燬紙店巨量白銀以後，社會人士都感到興趣。一萬多兩的白銀只值兩萬元法幣嗎？銀樓店裏的白銀爲甚麼可以公

利情事者，並不強制收兌」，亦經司法行政部三十七年指參字一七三四〇號令指明這事實（註四）。廿四年命令原規定所有一切公私款項之收付「不得行使現金」，違者全部沒

開買賣？據中央銀行經濟研究處副處長方善桂和稽核處處長李立俠說：「強制收兌是法律有根據的」。民國二十四年十一月三日使用法幣以後，「硬幣就應該兌給國家銀行的」。當時是法幣一元兌銀幣一元。廿二年九月二十三日，財政部在重慶時又公佈了一個比二十四年更詳細更具體的銀幣銀類兌換法幣辦法，也規定法幣一元兌換銀幣一元。劉銓三開設的煙紙店，不是銀樓店，又不是工業藝術所用的原料，因此他的存銀要被強制收兌了。法律是死的：不管民國二十四年廿二年的法幣一元，和現在的幣值有何不同，還是只能以法幣一元收兌銀幣一元。

（註四）司法行政部三十七年六月十七日令江西高等法院首席檢察官張毓泉解釋銀洋兌換法幣辦法疑義，畧云：「案經函准財政部卅七年五月十二日財銀乙字第一三一六號代電開：『查銀幣銀類兌換辦法，迄今仍屬適用。依照該辦法第一條規定，凡持有銀幣銀類者應送交就近收兌機關兌換法幣等語。惟以往對人民持有銀幣銀類，如無高價買賣轉販牟利情事者，並不強制收兌。又本部前以銀幣銀類兌換法幣辦法規定銀幣銀類與法幣兌換比率，衡諸目前實際幣值，已嫌過低。經擬具調整辦法呈請行政院核示在案。現尚未奉復。特復查照轉知爲荷』等由。仰即轉飭知照。此令。（附原呈）：一案據寧都地方法院代電內稱：『竊查廿四年十一月廿七日財政部電頒兌換法幣辦法已否廢止，本處無從查考。法院受理私帶銀洋案件，如無妨害國幣嫌疑，是否仍應送中中交農銀行依該辦法兌換法幣後發還，亦未敢擅專。理合電請鈞席電示祇遵』等情。正核辦間，復據商民袁學洪狀稱：『竊聲請人袁

收（註五）；銀幣銀類與法幣之折合，亦應照規定（一元兌一元），不得有絲毫差價，違者沒收充公（註六）；其意圖營利，不按法定比率兌換者，處所得利益十倍以下罰金，以幣學洪 於廢歷去年十二月初由南昌市運土布數捆到瑞金出售。乃該地布店將貨購好後，即以現銀洋抵價。若不收受，勢必拖延時日，旅膳各費，損耗甚大；兼之廢歷年關即屆，欲趕回南昌結賬，不得不依照該地「公開行情」，「收」銀洋四百六十七元。遂於廢歷十二月廿一日由瑞金返省，道經寧都。詎下車之時，被該縣警察局北門派出所查獲，詢問現銀洋來由。比將實情以告。但該地警局不問事實和理由，即將聲請人及現銀洋四百五十元移送寧都地方法院。比蒙面訊，先將聲請人交保，而現銀洋仍留該院。但現銀洋易貨，不獨瑞金一地公開「使用」，即南昌市各報亦逐日披露有進出行情：如翠花街各銀號均公開交易，而政府亦不加干涉。由此可証現銀洋「並不禁止使用」。理合狀請鈞處體念商人困難，以小本營業維持全家生活，懇請轉飭寧都地方法院速將存留之現銀洋四百五十元全數發還等情前來。查上項電狀所述，當係同一事件。既據查明未有妨害國幣嫌疑，而該地行情如果確如來狀所稱「公開收售」，銀洋似可准以原璧發還。但又與兌換法幣辦法有所不合。抑仍應送國家銀行兌換法幣後發還之處，未敢擅專。理合備文呈請鑒核示遵。一見三十七年六月廿三日法聲新聞。又三十六年十一月三十日廣州大光報載：（南京電）據金融當局稱：按照財部解釋：人民貯藏銀元，如非企販圖運牟利，不視為犯法，亦無處罰及沒收充公規定，按此係針對上海被強制以一比一收兌之萬餘兩藏銀案言。

（註五）見同上令第一款。

（註六）見銀幣銀類兌換法幣辦法第七條。

券兌換爲業所取兌換手續費超過幣額百分之一者亦同」，均經法令詳細規定（註一）。

可是到了法幣慘跌的時候，各處人民公然行使，公然買賣；特別是在首都通衢到處叫賣，「財部門前成了銀元交易中心的市場」（註二），南昌翠花街各銀號則公開交易（註三），警察無法取締，司法機關爲之束手（註四）；內地瑞金等處更是任意行使通用（註五）。像

（註一）見三十二年十月十八日妨害國幣懲治條例第四條第一第二項。

（註二）三十七年七月三日廣州建國日報載駐京通訊云：「『袁世凱陰魂不散』，在首都已經成爲一個很流行的話了，意思就是形容銀元交易的重新復活。慢步在首都最熱鬧的大街上，如市中心的新街口，你可以聽到一片叮叮的之聲：開始是提着一個小口袋，手裡抓上幾個叮叮的搖喊之後，乾擺脆起玻璃櫃穩坐交易了。開始只在新街口中，後來蔓延到全市。最奇怪的，是外國人把這種市場當在把戲看。買銀元的當然各色各種的人都有；最多的是女太太，大包鈔票前去換銀元。立委孔庚說：『我看到立法委員在也買銀元』。

（註三）見前三十七年六月二十三日法聲新聞載江西高等法院首席檢察官呈司法行政部據商民袁學洪狀稱。又同新聞三十七年七月三十日載：「關於江西省會各銀樓小販，公開買賣銀幣，應據何種法令取締，茲悉法部已擬具意見徵詢財部意見中」。

（註四）三十七年六月二十四日法聲新聞載：「近以物價高漲，法幣與銀幣價值相差懸殊，竟有人私以銀幣作

這樣有時則強調強制收兌，有時又不強制收兌；一方「嚴令取締」（註六），同時又「無法執行查禁」，而僅予以「勸導」（註七）——一個道德上手段；甚至全國經委會商議恢復銀幣

通貨。一經獲案，則以有人使用在先抗辯。近復於首都市場發現公然作價買賣之徒，叫囂於市，無所忌憚；致

司法機關對此類案件之列處（依法兌換）發生執行上之困難。司法行政部月來迭接各地法院請求指示之文電日見增多。因目前銀幣公然使用，令人懷疑上項兌換辦法是否廢止，并增加人民守法精神之障礙。記者茲據財部息，

僉以此種違法現象確應禁止，除已呈行政院將法幣與銀幣兌換率予以調整以切實際外，并已通知京市各治安機關即日「取締」銀幣攤販公然以高價進出圖利販賣云。又同年八月二十一日同新聞載：「全國各地行動小販違法買

賣銀幣問題，雖經各地當局嚴令取締，然以法律規定與事實相差過遠，「無法執行查禁工作」，以致糾紛時起。目前買賣且變為公開之秘密。此種行動小販動作機警，使司法警察無從捉摸，故雖禁令森嚴，滿街仍有叮的之聲。

既難於逮捕，更無法取得其販賣證據；誠屬目前社會中最難解決之經濟問題。茲據記者探悉，司法行政部以欲根

治此種病應先變更銀幣與法幣之兌換率使之合理，已函知財政部請提高兌換倍數云。

（註五）見前引三十七年六月二十三日法聲新聞。

（註六）參前引三十七年六月廿四日法聲新聞。

（註七）卅七年六月廿八日廣州建國日報載：「（南京廿七日專電）京市買賣銀元之風，自盛行以來，目前已達

流通，依世界銀價改變兌換率（註八），司法部則認法律規定有失公平，躊躇莫決，對於各級法院請釋疑義，亦以方呈核示未奉復推諉，而暗示其採取消極態度（註九）——所有這些事實：白銀「得持有」與「不得持有」，「不得行使」與「不妨行使」，「高價買賣銀幣應處罰」與「任意買賣者僅予以勸導或沒收」（按沒收是行政處分不是刑罰），在在形成尖於最高峯；由於一般人之競相購買存儲，藉圖保存貨幣價值，因之價值已上漲七八倍。漲風尤以昨兩日最爲激烈：前晨開盤由一四六漲至二八零萬之高峯。嗣因警方開始「取締」，跌回二四五左右。關於取締銀元交易，市社會局週來已與首都警廳商定辦法，分「勸導」，「取締」，「沒收」三階段實行查禁。目前尙在勸導階段。然衆料若嚴格執行禁令使銀元入黑市後，其上漲將對物價之刺激更大。

（註八）廿七年五月八日廣州大光報載：「掌握經濟政策之全經會六日會議，各委員咸贊成銀幣繼續流通，惟兌換辦法應修改，按世界銀價及外匯市價折算」。又同日建國報載：「全經會昨例會，政院交議，財政部呈請頒布禁止銀幣流通辦法，今日會中對此已予否決；若干委員認禁止銀幣流通，勢必造成黑市現象，故主張改變兌換率。由國行參照世界銀價及外匯平衡基金委員會所定白銀外匯市價折合法幣隨時公佈」。

（註九）見前引司法行政部三十七年指參字一七三四〇號指令。

銳對抗之法章。卒至三十七年八月金圓券發行以後，銀幣每圓一躍而兌金圓券法定二元（註一），即等於法幣六百萬元，十一月以後更一躍而兌金圓十元（註二），等於法幣三千萬元：於是負的法律意識形態，叮的躑躅於財政部門前之小販的意識形態，終於把統治者正的法律意識形態克服了，把廿四年以來之法律推翻了，這小販的賣布的，犯法的犯罪的行爲，由此遂以革命的姿態出現於法律舞台，而成爲堂堂皇皇的合法行爲了。但是十元兌一元的法律剛才成立，而負的法律意識形態又以新的姿態而展開了。

十七年刑法第一百二十四條規定：「私與外國戰鬥者，處三年以上十年以下有期徒刑」。這是法律肯定的規定，代表民族統一性之要求。然而民族內部階級的分化，足以使民族統一的意識失其存在。上海一二八之戰，察區抗日同盟軍之行動，都未嘗奉到政府訓令，實屬「私與外國戰鬥」之行爲。十九路軍之行爲，還可借用正當防衛之說而解除其責任。察區抗日軍之崛起，却是在停戰談判已有結果，敵軍正當退却，

（註一）卅七年八月二十日人民所有金銀外幣處理辦法第三條第三款。

（註二）同年十一月十三日修正同上辦法第三條第一款第三款。

軍事已告一段落的時候：當前現在之不法行爲已不存在；過去及將來敵人之攻擊，當然再不能藉口正當防衛了。然而事後却未聞政府對於私擅戰鬥之負責者有「明正典型」之舉——雖然宋哲元免去察主席之職，然僅僅是行政處分，而不是刑罰——正是因爲人民正義感情之所趨，對於反帝之民族戰爭之評價，高於民族的統一政權之評價。所以「私與外國戰鬥不爲罪」的原則，遂成爲具有充分社會強制力的一個不文法法章。而政府爲人民正義感情所脅迫，致不得不放棄刑法一二四條之執行。這是不文法對於當時成文法的否定。這個否定的負的法律因社會力的推移漸漸抬頭，遂得支配多數立法委員們之頭腦，而變成正的肯定的法律；於是「私與外國戰鬥罪」由是驅逐於新刑法領域之外，而「委棄守地罪」——一個反對的意識形態——便代替了它而成爲新的法律（新刑法第一百二十條）。

十七年刑法四十二條規定：「二人以上共同實施犯罪之行爲者」爲共同正犯（相當於現行法廿八條），在文字上係以「實施行爲之共同」爲共犯成立之要件，如欠缺共同實施行爲，卽不應認爲正犯。最高法院十八年上字六七三號，二十年非字四八號，廿一年

上字九八二號，二〇二二號，廿二年上字一七一三號，廿三年上字一四〇一號，二〇七二號判例及司法院（廿一年）院字七八五號解例皆採客觀主義（即行爲說），爲法典作忠實之宣言。然同時判例又或採用主觀主義（意思說），雖無共同行爲，但有共同犯意（意思聯絡）者，亦認爲正犯；如十八年上字九六四號，一一八四號，十九年上字六八四號（註一），七四九號，一二七五號，一八四八號判例便是。在此時期，行爲說之判例，與意思說之判例交互反復，同時對峙；而後者更與法典規定爲形式的對抗。就中如同一強盜把風或殺人把風行爲，在廿二年上字一七一三號廿三年上字一四〇一號判例指爲從犯；而十九年上字七四九號廿一年上字八〇九號廿四年上字二二二號判例則指爲正犯：針鋒相對，具見矛盾法之形態（至廿四年七月新法典施行後，解釋始見統一：嗣是判解乃一致採意思與行爲兼用之說，就新法規定爲擴充之解釋）。

憲法與國際法係規定階級或各地域的階級根本生存要件之法律，往往爲各階級或民

（註一）該判例云：「共犯之成立，除共同實施犯罪行爲者外，其就他人之行爲負共犯之責者，以有意思聯絡爲要件」。

族即地域的階級直接衝突場所，故其辨證法的性質尤為顯著。

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

社 會 主 義	個 人 主 義
維持公共福利之緊急需要得施行法律強制（一五一條二項）	工商之自由應依據聯邦法律之規定予以保障（一五一條三項）
禁止高利（一五二條二項）	經濟關係為契約自由原則所支配（一五二條一項）
所有權包含義務，其使用應同時為公共福利服役（一五三條三項） 於有裨益公共福利及有法律根據時得行公用徵收（同條第二項第一句）	所有權受憲法之保障（一五三條一項）
對於公用徵收賠償之原則聯邦法律得設特別規定（一五三條二項第二句之除外規定）這除外規定之意就是說如聯邦法律有特別規定時，得否定賠償之原則）	公用徵收—應予相當之賠償（一五三條二項第二句及一五六條一項）

<p>土地之分配及利用應由聯邦監督以防不當之使用（一五五條一項） 爲應住宅之需要爲獎勵拓植爲農業發展，對於土地所有權得徵收之（一五五條二項） 土地價值之增加，非由投資或人工而來者，其福利應歸社會（同條三項）</p>	<p>土地私有制未廢（一五三條一項一五五條一至三項）</p>
<p>聯邦認私人經濟企業之適合於社會化者得依法律收歸公有（一五六條一項） 合作社及其聯合團體得使歸併於公共經濟中（同條三項），關於土地寶藏及經濟上可以利用的天然力之私權得以法律轉移於國家（一五五條四項）</p>	<p>私人營業未廢（一五一條三項及一五六條二項）</p>
<p>國家對於繼承財產所應徵收之部分以法律定之（一五四條二項）</p>	<p>繼承權依民法規定保障之（一五四條一項）</p>

右關於營業自由，契約自由，私有財產，公用徵收，財產繼承，土地，工業七項憲法各條文規定，處處形成平行的對抗，充分表見矛盾法之色彩。

一九三三年德國授權法 (Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich)

是對於韋馬憲法諸種矛盾之清算。然而在該法本身，仍然一樣充滿着法律之矛盾。如第一條規定政府得不依憲法規定程序制定法律，是明明將聯邦議會之權力作用——立法——摧毀無餘。而第二條又規定政府制定法律不妨礙聯邦議會之存在時得違異憲法，

從表面視之，恍惚是政府制定抵觸憲法之法律還應以不妨礙議會之存在爲條件。然試問在議會之權力作用既已摧毀無餘之後，所謂不妨礙其存在者尙復成何意義？如此禱張爲幻狐埋狐挖的法律條文，正表現着資本主義之日暮窮途，在勞苦大衆嚴密監視之下，不惜用偷竊之手段以行其苦的達之謀。在這法律矛盾當中所涵着的「議會主義」與「獨裁主義」，原是代表資產階級中之新集團與舊集團底對立的意識形態，而在這法規上所表現底矛盾的綜合，却說明了德國資產階級各階層之新妥協，以期共同向無產階級爲新的進攻。

中國憲法欲求擴張人民自由，故規定行政部之緊急命令權範圍至爲狹小，僅於立法部休會期間認其存在，且須以立法部之追認爲條件（憲法三十九條四十三條）。但於憲法誕生之日，同時又產生動員戡亂臨時條款，認「總統在動員戡亂時期，爲避免國家或人民遭遇危難或應付財政經濟上重大變故，得頒緊急處分，不受憲法之限制」，使緊急命令權爲極度之擴張。雖臨時條款停止憲法上開條文之效力，「限制」與「擴張」緊急命令權底兩個反對法章，似僅係以不同時間相與對抗，然擴張人民自由，限制行政部權

力，嚴格地限制緊急命令權，本係政協上人民之共同意見，雖爲國大所支持之反對的意識形態偷襲其地位，人民終於憲法公布施行之日，立刻展開其激烈的鬥爭，以支持原來正常的法律意識，作爲爭取自由權利之象徵；而由緊急處分權之行使所惹起財政經濟上以至政治全面的危機與混亂作爲緊急處分之抗議者，更與臨時條款形成事實的嚴厲的對抗；終致緊急處分接二連三自行推翻自己傾覆自己，勢將使臨時條款不止臨時地停止憲法效力，抑且可能自陷絕境而澈底地使全部憲法陷於同一末運。

現行憲法採普選制度，國大代表選舉罷免法亦僅規定國大候選人應經選民五百人簽署或由政黨提名（同法十二條一項），尙非規定政黨黨員必須由政黨提名並由政黨規定當選次第（註一）；候選人當選，依同法廿八條及施行條例第八條規定，應「以得票比較多數者依次當選」。乃國務會議（卅六年十一月廿八日）於選舉投票完畢之後，竟決議國大代表選舉政黨提名限制辦法兩項：（一）凡屬政黨黨員，均須經由政黨提名，（二）五百名以上選民簽署以無黨無派者爲限」。這兩項決議，顯與國大選舉法規定形成對立。

（註一）他國法律有規定黨員候選必須政黨提名，且由政黨規定其當選次序者，惟皆於選舉投票前制定其法規。

雖一般地命令原不能變更法律，然當時國府一經決議，即通令施行全國，一面飭辦理選舉機關撤消未經政黨提名之黨員當選資格，一面又令法院遵照決議審判選舉訴訟，即不能謂其無法之效力；終至釀成三黨黨員之經提名而得票少落選者與未經提名或提名為候補而得票多者擾攘數月「抬槓臨場」之怪劇。嗣經司法院統一解釋，明示「以得票數較多者當選」之原則（註二），然後代表自由主義多數決主義之選舉法法章乃得重新確立，而壓倒代表黨務官僚意識之十一月廿八日國務會議決議法章。然退讓辦法，列席名額，及雙包案的當選證書諸種畸形法律仍然拖着尾巴對抗正的法律。

憲法上辨證的色彩，在兩個衝突勢力鬥爭白熱化的時期，即在革命開展時期當中，尤為顯明。譬如羅馬末期是 Plebs（平民）與 Patricii（貴族）劇烈鬥爭時期，那時候的農地法是規定各階級權利之根本法律，有等於憲法之價值。有名的 Licinius 法（紀元前三六六年）限制貴族 Patricii 世襲地不得過百「攸格拉」，其剩餘地當分配於平民 Plebs。但羅馬古來習慣法，公有地視為國家財產，平民雖有受分配而使用之權，但

（註二）見院解字三八四四號（廿七年二月）解釋。

不得私有。終因其土地爲國家財產而被貴族籍詞沒收，公然破壞農地法。到共和政末期，雙方鬥爭益烈：護民官 Tiberius Gracchus 與 Caius Gracchus 努力強行 Licinius 法，而貴族反以「違憲」的惡名加以彈劾而刺殺之，死者至數千人（一）。一方有貴族之所謂「憲」，他方有保護平民之 Licinius 法。Licinius 法所載的，主要是「分配地法」，而貴族之所謂憲，則指傳來之習慣法，即「公有地法」。分配地法與公有地法兩個對立法章，形成不可調和的矛盾。羅馬這樣的法律鬥爭一直延長下去，至到兩階級同歸於滅亡而後結束。

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

（一）見平野義法律與階級鬥爭引 Blech, Soziale Kämpfe im alten Rome, p. 41, 42, 49, 51.

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

一九一七年二月革命之後，彼得堡又成兩重政府的現象：一個是資產階級的臨時政

(1) 見正藤榮藏俄國勞動運動史江南譯本六四至六五頁。

(2) 見同書七一頁。

(3) 見同前八十頁。

府，一個是工農兵蘇維埃。關於以下三件事，最足以見得當時「二重法律」之景象。

第一，工作時間問題。臨時政府的法律是十小時工作制，他向工人宣布，在戰爭緊張中，八小時制不能實行。尤其莫斯科的工廠主十分頑固，說，「行八小時制，非根據憲法會議所制定的特別法規不可」。而蘇維埃則於三月十八日決議：要求臨時政府即時發布八時間工作令，莫斯科則無須俟法令發布即日施行。這個決議於三月二十一日實施：工人做了八小時工作後就離開工廠。首都實施八時間制後，全俄大產業中心的都市也相繼採用（一）。

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

（一）蘇柯羅夫，俄維斯革命經過，太平洋譯本二八〇頁；又博克老夫斯基，俄國革命史，心弦書社譯本三二〇頁。

地(1)。

第三戰爭問題。臨時政府對帝國主義者承認繼續履行俄皇對他們所締結約公開的及秘密的條約；蘇維埃於三月十四日發表「告全世界國民」宣言，與世界帝國主義鬥爭(2)。臨時政府四月十八日更與帝國主義者交換許多文書，以執行俄皇的政策，並於六月十八日下攻擊令；兵士却於同日提出「反對戰爭」標語，積極反抗。至十月間因彼得堡守備兵移動問題，軍事革命委員會更與政府間發生衝突。軍事革命委員到管轄區本部要求此後本部一切行動須歸他統制，管轄區司令官斷然拒絕了，彼得堡蘇維埃即時召集守備兵聯隊代表會議，議決「對於守備隊的一切命令，若無軍事革命委員會的署名，都是無效」(3)。

以上所舉的例子，如「承認」或「否認」與帝國主義國家間條約之拘束，如彼得堡守

(1) 同書二八七頁。

(2) 同書六二頁。

(3) 見同書三六二頁。

備兵本部司令官之統制權與軍事革命委員會之統制權，如土地之暴動沒收與維持所有權關係，如十小時勞動與八小時勞動，如郊外集會之禁止與實行，如新聞檢查令與不許受檢查令等等都是法律正負兩方之對抗：一方是法統政府之法律，他方是革命政府——工兵蘇維埃——之法律或工人與革命民衆之直接行動。

至於國際法之矛盾性質比憲法更爲顯明。而且除非看破了法律這個神秘性，國際法之研究幾乎是不可能。「國際法是否法律」這個問題，自從 Austin 以來至今沒有定論。若果說他是法律，何以他毫無定準？如果說毫無定準的也是法律，則何者才不是法律？最巧辯的也不過如 Kelsen 所說，國際法不是規定「法律的應該」rechtliches Sollen，而是規定「法律的可能」rechtliches Können，不是規定「整個法章」vollständige Rechtsatz，而是規定「法章之因素」Rechtssatzbestandteile(一)。可是國際法明明有許多是規定「整個法章」的，規定「法律的應該」的，這些國際法規，雖 Kelsen 也不能否認(二)。

(一) Allgemeine Staatslehre S. 125.

(二) A. A. O. S. 125-126.

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

國際法之矛盾，還不止此。卽在同一資本國際社會中，還是處處可以見着法律之矛盾。譬如國際法上最重要的一個原則 *pacta sunt servanda*（同意生拘束），叫我們遵守條約，然而同時又存着一個反對的原則 *rebus sic stantibus*（情勢變更），叫我們不必墨守條約。這兩種原則是有同樣的不相上下的價值，然而內容却是反對的。雖然有許多書獃子的庸俗的國際法律學者想設爲種種解釋，對於後一個原則設爲種種限制，以免與前一個原則抵觸，欲使牠們成爲平行的對抗，成爲原則與例外，一般與特殊情形之分別地在不同的場所而爲適用；然而一到適用之實際，仍然是到底碰壁，所以牠們的努力到底是勞而無功的調和。

其次國際法之矛盾的法章，幾乎是數之不盡。隨便舉一二個例子。「公海自由」與「海洋私有」，在十六世紀成爲兩個重要的對抗法章。自十八世紀以來，「公海自由」的原則漸爲一般所公認。然而關於此原則之內容，則英人與美人之觀念又根本不

同：英人觀念以爲公海自由僅限於平時，戰時則應有許多限制，而美人則以爲應該撤消平時與戰時之區別（1）。關於公海自由戰時限制之標準，本有一九〇九年倫敦宣言爲之規定，此宣言雖未經全數締結國之批准，然自歐戰初開，英法俄首先宣布採用以來，已爲各國所一致默認。戰事發展以後，一方有英國任意修改（2），他方有荷蘭美國等中立國之墨守（3）。這都可見由公海自由問題所生諸法章之對抗。

（1）Wilson 在 1918 年一月八日休戰會議上提議……“Absolute freedom of navigation upon the seas, out side territorial waters, alike in peace and in war, except as the seas may be closed in whole or in part by international action for the enforcement of international conventions”。

（2）如「戰時禁制品」範圍之擴張，把許多自由品改爲「相對禁制品」，甚或改爲「絕對禁制品」（如橡皮，皮，革，鐵砂——一九二四，九，二一英宣言）；如用繼續航海原則 Doctrine of Continuous Voyage（英 Order in Council 20. VIII. 1914 規定：如寫明交付於個人在敵國或敵機關管轄下之地——住居原則——甚至雖係向中立國口岸航行而從前曾經由中立國繼續達到德國的——繼續航行原則——都要拘捕）以伸張「禁制品法」之效力等。

（3）當時荷國政府對英國抗議……“Ces additions et modifications toute fois rendaient a peu de chose pris *compliment illusoire* les garanties que la Declaration de Londres donnait au commerce et a la navigation

由以上許多例子，可以證明法律不止「現實」Positiv 方面有規範的價值，同時「反對」Kontradiktorisch 方面也同樣有規範的價值。現實法派曉得法律之「現實性」Positivität，雖然勝自然法派一籌；可是不能看見法律之「矛盾性」，所以對於法律上許多矛盾問題，依然不能得到適當之解決。我們一方承認法律之現實性，以別於自然法論，同時更認識他的矛盾性，以別於現實法論。

法律現象之現實與反對——正與負——兩方面，為什麼會形成同樣的價值的規範？

Conow 說：「統治階層總是這樣制定法律，使他適合到他自己之特殊利益；所以極力牽制反他們利益的法律之產生與施行，而努力維持那時代落伍的與社會生存條件不適應的

neutres contre l'arbitraire possible des belligerants en matière de transport de la contrebande conditionnelle.

Elle supprimaient de plus toute différence de traitement entre la contrebande de absolue et conditionnelle。」

意謂這種增加和修改，差不多完全是用欺詐的手段來抹殺了倫敦宣言所給予中立國家商務和航運的保障，那本來是藉以反對交戰國對於處理「條件」的禁制品之專橫的，他（指增加與修改）完全廢去了處理「絕對的禁制品」和「條件禁制品」的不同點。

法律之延續。正因為人工地矯強地維持時代落伍的有碍社會發展的法律，所以成文法與公衆法律意識——習慣法——之間才發生矛盾（註一）。

法律現象總是由正負兩方面綜合組成，這既然是社會鬥爭之必然結果，那末要說明法律之本質，自然也非認識牠的對立統一的性質不可。

否定的否定律 這是次於矛盾合一律而為辨證法的法理學方法之重要法則：牠適用於法律學上，就是用來說明法律「史」的發展的。當我們應用矛盾合一律於法律現象與本質發展過程中任何「階段的斷面」上觀察——橫的觀察時，否定的否定律就成為法律現象與本質「整個」發展過程的觀察——縱的觀察——之主要方法。

譬如性生活法制，由自由性交的羣婚（Panaunen）而發展為反對方面限制性交限制離合之一夫一妻制度；這是對於羣婚制之否定。更發展到自由離合之蘇聯「事實婚」制度；又是對於近代形式婚的一夫一妻制之否定。但否定之否定並非肯定之還原，而為肯定與否定之揚棄：牠既不是單純地否定了形式婚制度，又不是循環地向出發點——羣婚

（註一）見前引書二七三頁。

制——之回歸，而是一方揚棄了過去階段性生活之桎梏自由與死板形式，他方又吸收了牠的精英的進步的東西——婚姻關係中夫妻間互助，性愛，扶養——而保存起來：牠是由較低階段的一定特徵與屬性向着較高階段之推移。所以他雖然否定了形式婚的一夫一妻制而發展為新的自由性交之方式，但還不是單純回復於古代羣婚之形態，却變成了螺旋式的回歸：牠規定了心神喪失精神耗弱有花柳病或已有婚姻之人等等婚姻障礙之因素，他規定了「所得共同」的夫妻財產制，規定了配偶者所生子女之共同養育種種進步的法章，為羣婚制度所未曾夢見的（註一）。牠不是資本社會之形式婚，亦不可能是氏族共產社會之羣婚或對偶婚，牠是社會主義社會之一個嶄新的制度。

再就一個大階段之法制中各小階段間相互推移相互變化的情形來看，牠也一樣是依着否定之否定律而進行。譬如中國之一夫一妻制度由清代至現在，已表現為三個顯著的不同的形態：——（一）是清律的「有妻再娶者，後娶之妻離異歸宗」，（二）是民國初年法例：「後娶之妻應認為妾」（註二），（三）是現行法例：「有妻者重婚時，在重婚未撤

（註一）參拙著中國親屬法闡微。

消前，不得否認其後妻之身分而指爲妾」(註三)。同一後娶之妻，由「離異歸宗」推移到「應認爲妾」，再推移到「不得否認其妻之身分而指爲妾」，每一階段都是揚棄了前一階段的法章，而建立一個反對形態的法章，同時又是吸收了前一個階段法制之若干進步的意識。

在財產制度方面，奴隸社會之私有財產否定了氏族社會之共產制；而封建社會之財產制度又一方否定了奴隸社會「以人身爲財產」之制度，他方樹立農奴得自由使用土地而不得處分之半私有制度；資本社會更樹立完全的「財產自由」原則，否定了封建的及奴隸的社會底建立於「等級人格」上的財產制度，但同時又吸收了奴隸社會所有權之「絕對性」及自由使用收益處分而毫無限制之權能諸原則；到了共產社會之財產制度，又變爲廢除生產手段之私有，而僅存於消費財產私有(各盡所能各取所值)之形態，牠揚棄了資本社會封建社會乃至奴隸社會之生產手段(包括土地)私有之意識形態，而復歸於氏

(註二)見大理院八年上字一〇三六號判例。

(註三)見最高法院廿七年上字一七〇九號判例。

族社會之生產手段公有之形態，但同時又揚棄了氏族社會之原始生產方法與習俗的無意義遺傳的分配方法，而吸收了資本主義「計值所得」之分配方法與機械化及電氣化的生產方法，他方更揚棄了資本社會之欺騙的「計值所得」而隱藏着剝削剩餘價值之分配與生產方法。

在資本社會各階段裏財產制度之小變化，也一樣是依着否定的否定律而推移着。

譬如財產取得之方式，由羅馬法上 *Mancipatio* 之形式主義推移到拿破崙法典之意思主義，再推移到一九〇〇年德意志民法——即現階段資本社會——之新形式主義——不動產之登記要件主義及動產之交付主義（參中國民法七五八條七六一條）。一個否定了別一個；但現階段之新形式主義却不是羅馬法 *Mancipatio* 之單純的回歸，而是形式主義之更高形態；不是「以手觸物」之死板公式，而是登記於冊藉昭示大眾之公示方法——資本主義物權移轉之最高形態。

其他如債法上金價值約款之是認與否認，增減給付之是認與否認，白銀黃金持有或行使之准許與禁止，憲法上民主與獨裁，個人所有與社會所有種種法章，在中國法例上

與在各國法例上因應時勢之徘徊往復，其歷史上發展之過程，無一不是否定之否定律之流行。

在國際法，譬如十六世紀以前，當羅馬法皇將印度洋大西洋分割賜予西班牙葡萄牙的時候，「海洋私有」之原則支配一時國際社會。及荷蘭學者Grotius倡導「海洋自由」之論，十八世紀以來，遂爲世所公認，這是「肯定的否定」。直至歐戰發生，英人極力限制海洋自由，用所謂「商務阻止」(Handelssperre)之方法，以隔絕敵國與中立國之交通，使「海洋自由」僅成爲「平時的自由」，而非一般的自由，這又是否定之否定。由海洋自由在大戰中與大戰後所發生的狀態，而引起美國人英國人與俄國人三種新運動之傾向：

：一是要求「平時戰時之一律自由」(1)，注重在保護中立國之權利；一是要求把公海自由擴張到「領海自由」(2)以便利海軍國之橫行；另一個是要求「領海上海軍國之解除武裝」(2)，注重在遏阻軍國主義者之任意行動，這又是否定之否定——肯定之否定。

(1) 見前引威爾遜提議。

(2) 一九二二年，英國船航行土耳其 Bosphorus 及 Daranelles 海峽，借着「海洋自由」的紅色口號，要求把公海

潛變突變律 也是說明法律史的發展之一個重要原則。大凡一切法律鬥爭法律變化都是繼續不斷的，並不是某時期進行某時期又停止的；不過有顯隱之分而已。在某時期統治階級對於革命階級爲部分的讓步，在不危害他自己的根本生存條件之限度內，許可法律的修正：這便是法律之潛變。在別的時候，革命階級力量已充足時，遂根本推翻從前的法律，而設定一個新法律：這是法律之突變。新法律設定以後，反對的一個法律觀念又在萌芽在滋長，而漸漸發達成爲與此新法律相對抗的法律；所以突變之後往往跟着又是潛變。譬如在近代許多資本國家民法上規定着「所有權限制」，「契約自由之限制」，及「無過失責任」等法章，以對抗拿破崙法典「所有權絕對」，「契約完全自由」，及「過失責任」三大原則，但還沒有危害私有財產制度，而反發展着牠達到一定限度；可是同時又培養着無產階級之力量，釀成資產者間種種矛盾，播種着共產制度之根苗，挖掘了資本主義自己之墳墓，這就是法律之潛變。這種潛變，正是造成社會革命

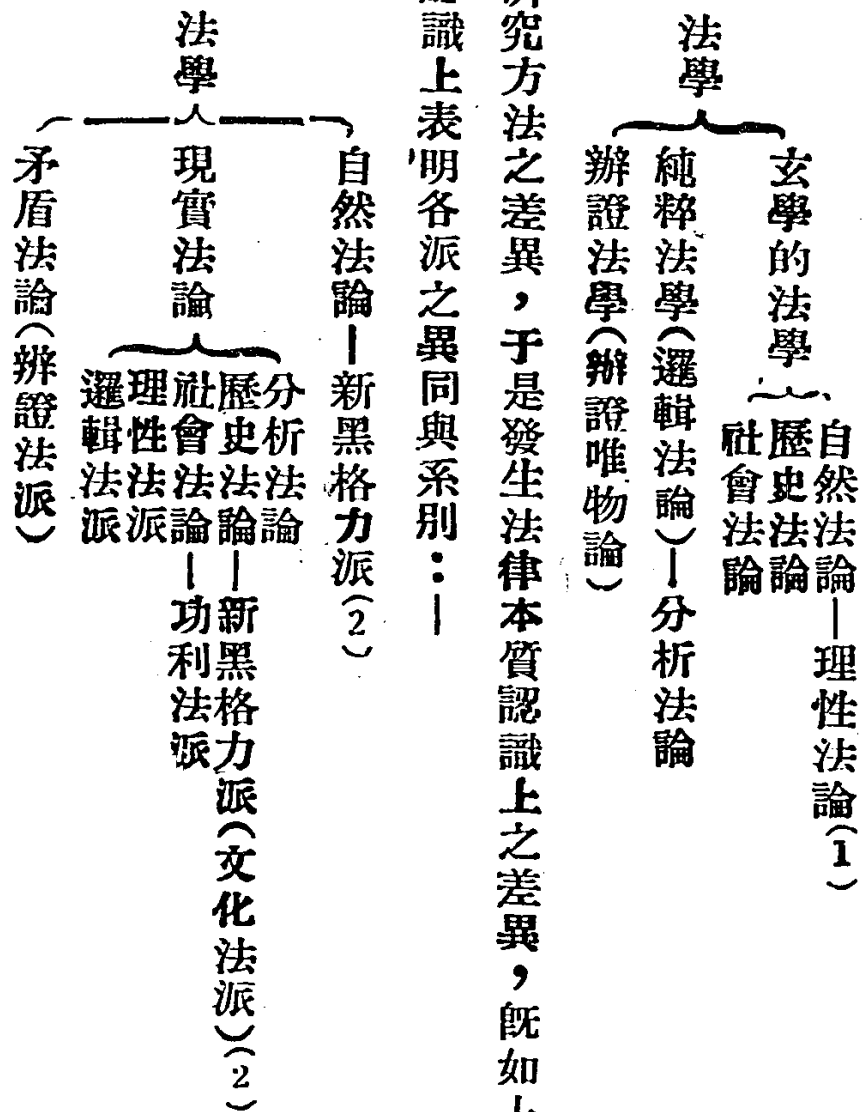
上之（商船及軍艦）自由航行推行於土耳其領海。俄國外交總長齊其林曾提出「平時及戰時一律限制軍艦與軍用飛機之行駛」，以爲海上自由之前提。

社會主義法制之張本。終至爆發蘇俄一九一七年革命及德意志一九一八年革命，產生革命時期諸種新法律，這是法律之突變。但社會主義法制成立以後，如蘇俄十月革命軍事共產主義法制樹立以後，跟着又有一九二〇年之新經濟政策與新民法法典之頒行，一般地回復到承認私有財產制度，以完成革命退却之政畧；再跟着又有兩次五年計劃，消滅富農，用合作社農場方式，完成社會革命，都是突變後之潛變。

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

(四) 結論

由以上說明，總括為以下一表，以見法理學各學派在方法論上之異同與系別：—



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

- (1) 在這表中指明理性法學之方法不過是自然法派之變相，分析法派是純粹法學未成熟時期之形相。
- (2) 新黑格力派之代表 von Orler 以為法律是文化之產物(Einfuehrung, 1916, S.3)：法律不是死的，是活的，法

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

末了我們要鄭重申說的：矯正現實法學之失，應是辨證法學。因為只有辨證法

學才是站在無產階級的立場，以對抗資產階級的法律觀念的。可憐的德國法律學者

Kohler (Josef) 鑒於歐戰中所發生國際法上重要變化，不勝爲其祖國——資產階級的祖國——對英人之毀法懷抱憤憤不平之心，思有以根本改變那墓木已拱的「現實法論」的觀念，却

律是流動的，是與時俱進的 (a. a. O. S. 2)；又其以汎神論說明「保存現實」之價值 (Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909)；這種見解，實與歷史派同。故 Pount 謂此派不愧爲十九世紀德意志之哲理派與歷史派之繼承人，甚有見地。但歐戰後 Kohler 激于民族感情，又變爲自然法派 (見下)。至于 Barlowhime 則又轉移于社會學派之傾向 (System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1904)。所以新黑格力派實在不配稱爲一個獨立的學派。

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

尾語 (三十六年跋加)

蘇聯十月革命後迄今近三十年，似還沒有明顯的辨證法的法理學出現。Paschkanis之純形式論，近似Nelsen之純粹法學；Renzner之心理的實証說，似Duguit社會法論；皆脫不了觀念論的色彩。Krylenko, Stutschka雖力加反駁，指爲資產階級意識之變態，可是他們自己對於法律學理，究無甚積極的貢獻。Krylenko說明法律是資本主義的社會與經濟陷於不可調和之衝突所形成之產物，Stutschka指法律爲適應支配階級利益而支持其組織的權力底社會關係之體系，固然係本於歷史唯物論之一貫理論而紬繹其一鱗一爪，但都只說明了法律本質之一面，特別是其在歷史過程中之一種任務罷了，牠們對

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

於法律之全面性質，特別是對於作爲法律眼目與核心之矛盾統一的性質，到底還沒有注意到：質言之，他們還沒有把法律之全面性質，牠的構成，牠的生成過程之全部作爲系統的說明，來配合着適應着歷史唯物論。

中國債法指要

著者曾任最高法院民庭推事，並在公私立大學教授民法十餘年，此稿詳徵歐美學說，並參以歷年辦案經驗寫成，復就海內權威論著，加以檢討，內容豐富，理論宏博，全書計八十萬言，爲吾人研究債篇必備之書籍。

同著者新作

附錄一

罷工權在國法上發展

民廿二年十一月稿——在東吳大學法學雜誌廿三年初發表

(一)

「一切法律之存在，都是矛盾的存在。所以任何法章(Rechtsatz)都有正(Positive)負(Negative)兩方面的內容：正的方面固然是法律，負的方面也同樣是法律。縱使有時尙未發展到與正的方面有同樣的效力，但至少有成爲法律的傾向，而正式對抗，在許多場合時有實現之一日。此法律的反對兩方面，往往不止是同地異時之存在，或同時異地之存在，而且是同時同地之存在」。

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

二卷第五期法律學根本改造論一文中正式公開發表。

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

(一)

罷工在元年暫行新刑律上是犯罪，更說不上甚麼權利了。直至民十一年廣州大理院有撤廢新刑律第二二四條之提議（1），十二年北京參眾兩院聯席會議有根據臨時約法工人之集會結社權政府應釋放京漢路罷工工人之決議（2），然後罷工在刑法上違法性才

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

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

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

十三年工會條例第十四條云：—

「工會在必要時，得根據會員之多數決議，宣告罷工……」

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

工會條例關於仲裁有如下之規定：

「行政官廳對於管轄區域內工會對僱主間發生爭執或衝突時，得調查其衝突之原

因執行仲裁，但不得強制執行」——第十六條。

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

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

(三)

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

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

此時經三月十九日之變，資產階級漸漸向無產階級反攻。此法律所規定「有限制

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

（四）

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

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

直至十七年六月九日南京公布勞資爭議處理法以代替十六年間各地方臨時仲裁法以

後，資產階級所以鎮壓工人反抗之辦法益見完備。該法關於限制罷工之規定如下：

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

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

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

又關於調解及仲裁之規定如下：

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

「行調解委員會之決定，其經雙方表示同意者，視同爭議當事者間之勞動契約。

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

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

「爭議當事者對於仲裁委員會之裁決，不得聲明不服。

「前項裁決視同爭議當事者間之勞動契約。

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

「爭議當事者對於第三條第二項第七條第二項所定視同勞動契約之決定或裁決，有不履行者，處二百元以下之罰金或四十日以下之拘役」——第三十八條。

在調解與仲裁期內，皆不得罷工。即已罷工者，亦得令其復工。而政府一認為必要，無須勞資任何一方之呈請（此與十五年法律不同之點）均得付之調解或仲裁。這樣無異說：只要政府認為必要，任何時皆得藉調解與仲裁之手段禁止罷工。仲裁裁決

以前既不許罷工，而裁決以後又不得聲明不服而要絕對履行，換言之，也不許罷工；罷工權幾乎宣布死刑了。因為當時白色恐怖很利害，資產階級利用政府之力，以「強制仲裁」壓迫勞動者。故一時法律關係便呈此現象。

勞資爭議處理法之壓迫工人雖這樣利害，然而工會條例係孫先生所手創，當時還未廢止（一），牠（第十四條）所給予工人之罷工權利，當時還未敢公然剝奪。勞資糾紛惹起後而未付調解或仲裁時，工會行使罷工權，還是合法的。即政府強制交付調解與仲裁，而其形勢有不利於勞動階級時，甚至仲裁裁決之後其裁決有不利於勞動階級時，苟勞動憑藉工會條例第十四條所賦予之權利以為對抗，從「正負法論」之眼光觀察，仍不得不認為合法。

所以這時期工會條例第十四條之規定，與勞資爭議處理法第七條第三十八條之規定，同時對峙地存在着。這是「罷工權」與「強制仲裁」間法律對抗尖銳化之表現。

立法者也窺見此中底蘊，所以在勞資爭議處理法第三十六條又規定着：—

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

「勞工或勞工團體不得有左列行爲：—

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

罷工是團體的強制行動。許罷工而不許強迫他人罷工，罷工權卽等於零。這是當時立法者對於工會條例第十四條所設釜底抽薪之毒計。

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

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

在這新法上之罷工權，與工會條例第十四條所規定的拿來比較，有兩個不同之點：（一）權利行使機會上之限制 工會條例只要工會認爲必要時便可行使，而在工會法則必須經過調解與仲裁程序之後。

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

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

在這個階段上，一方有十八年工會法第二十三條關於罷工之規定，他方有十七年勞資爭議處理法第七條第三十八條關於強制仲裁之規定。然則罷工權之效力與仲裁之效力孰優，正費解答。故十九年天津市政府曾呈請行政院轉咨司法院解釋這個疑義有云：「查十七年六月九日國民政府頒布之勞資爭議處理法第七條……第三十八條……是仲裁委員會之裁決具有絕大之強制力；爭議當事者任何一方祇有履行之義務，並無變更之餘地，彰彰明甚。今工會法第二十三條載……是仲裁委員會之裁決，勞工方面似可以會員三分之二以上的同票推翻之矣。兩法俱存，規定各異。究竟應如何辦理以免兩歧？」其指摘工會法與勞資爭議處理法間之法律矛盾，可謂洞中肯綮。

(五)

十九年三月十七日修正勞資爭議處理法，把強制仲裁復改爲「任意仲裁」，把舊法第三十八條之所規定予以刪除，又把舊法第七條關於仲裁裁決效力之規定加以修改。其第五條云：—

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

如在五日內聲明異議又怎樣辦理？十九年院字三五—一號司法院解釋例云：—

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

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

至於仲裁裁決送達後五日內不聲明異議者既視爲爭議當事人間契約，對此契約而不

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

司法院不知法律之辨證法性質，乃欲於法律之必然的矛盾之中強為調和，而作如下之解釋：「『工會法第二十三條僅稱非經過調解仲裁程序後不得宣言罷工』，是其認為必須經過者，僅係調解仲裁之程序，並非限於契約或勞働協約已成。故兩者之間並無抵觸」（十九年十月二十一日院字第三五九號）。不知既云「不限於」契約或勞働契約已成，那末至少應包括契約或勞働協約已成之場合在內。依此解釋，則工人祇要經過仲裁程序之後，即使契約或勞働協約已成，即在仲裁裁決送達後五日內未經聲明不服之場

合，這時候宣言罷工，也非法律之所禁。然而他方却又說着：——「仲裁裁決送達五日內不聲明異議者，該裁決視同爭議當事人間之契約或勞働協約，凡契約或勞働協約已成立者，雙方均應受其拘束」（見同上解釋例）。受其拘束，何得罷工？既得罷工，便是不受拘束。兩者之間，顯然矛盾。却說「並無抵觸」！真不知是何論理！是何法理！

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

這是罷工權發展之第四時期。

(六)

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

「爭議當事人對於仲裁委員會之裁決，不得聲明不服」——第七條第一項。

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

同日又修正工會法第二十三條：—

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

修正勞資爭議處理法第三十六條第二項亦規定：—

「爭議在調解期內或已付仲裁者不得停業及罷工」。

以上工會法及爭議處理法修正文，其所採用鎮壓無產階級反抗手段，自然比較舊法更爲嚴酷。舊法規定「非經過調解仲裁程序不得罷工」，反面便見得如經過仲裁之後，罷工當不在禁止之列；這是無產階級對於仲裁壓迫一個逃避的太平門。新法便把這太平門堵塞了。其已付仲裁者仍不得藉口經過仲裁程序而宣言罷工。這一點已經把十九年天津市政府所提起之疑問澈底地解決。更加上一個「或依法應付仲裁者，仍不得

宣言罷工」。則是凡勞資糾紛案件，一經過調解之後，即資方或政府一時疏虞未及交付仲裁的，也不妨任意地認為「依法應付」了。其防止罷工的手段何等細密！

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

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

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

「工會，工會職員或會員不得有左列各項行為……」

（七）命令會員怠工。」——第二十七條。

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

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

「會員全體各個自動怠工。」

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

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

「電力公司楊樹浦新廠工人於二十九日「宣告」怠工後，是晨起即被拒絕進廠。且公司態度依然強硬，老廠工人爲表示援助起見，當經「怠工委員會」議決：全體八百人亦於昨晨起「一律響應」加入怠工。……總計兩廠工

人共二千餘名。除發電部照常維持外，其餘各部工作全部停頓，形勢極為嚴重。

「罷工委員會爲整飭工人步驟計，昨發布告罷工紀律如下：

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

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

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

又二十二年十月十四日上海時事新報云：

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

起，有工人二千餘名宣布怠工，形勢頗爲嚴重。

政府之制定法這樣說：——

「不得宣言罷工！」

「工會不得命令會員怠工！」

工人之不文法便反對地說：——

「用會員全體各個自動怠工之名義，聯合怠工，以實現罷工之效果」。

這明顯地是一個新舊法律對抗，一個沉鬱的對抗。

難者或許會說：工人聯合怠工是犯法，不是法律。不知這個不文法律實在爲資產階級所不得不默認。試觀關於上述二個事件政府與黨部對於工人怠工所採取之態度不難證明。同年十月三日四日時事新報有云：

「又據市黨部執委陸京士發表此事件之談話云：查電力公司此次發生怠工風潮，純係資方不履行儲蓄金問題。憶三月前該公司開除倪文富等四人後，本會曾派員會同社會局向該公司作非正式調解。終以公司當局態度強硬，不受調處，茲又藉故開除戴仁恆等三名，而於該三工人應付之儲蓄金強行剋扣……遂成新老二廠工人先後怠工。……甚望雙方於法理情感之下，接受本會勸告，相互謀解，早諒解決云云，（三日）」

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

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

又同年十月四日民報云：

「英美煙公司浦東新兩老廠及韜胡路第三廠，本年五月間將原有每星期六日工作減爲五日，再由五日減爲四日後，復由四日減爲三日。各廠工人以工資均係按日計算，每星期工作三日難以維持生活，要求工作四日，無效。第三廠即於五月十日怠工，新老廠工人，復於十一日參加怠工。關於怠工工資，由市府於九月五日召集仲裁委員會仲裁決定：第三廠怠工工資免給；新老兩廠業除子間外均照給付。經通令雙方遵照。然公司迄尙未給付。全體工人以資方違背市府決定，昨晨十時派理監事陳培德樓德華劉景觀，張子平等六人備文向市府請願，要求嚴令廠方照給。當由秘書長俞鴻鈞接見，對於工人要求允召集資方勸給，并飭社會局調處。」

一方成文法上有工會法第二十三條第二十七條第四十七條及勞資爭議處理法第三十

六條三十七條三十八條三十九條等規定，他方不文法上有聯合怠工之容許。誰也不能否認這是一個法律之矛盾。

這是怠工權在第五時期發展中之新形態。至其將來進展如何，仍須隨時勢之推移而定。

廿二、十一月脫稿，以上在東吳大學法學雜誌第七卷第四期發表。以下係本書戰後再板時跋加。

(七)

直至抗戰期中，在民族統一戰線之原則下，罷工權遂完全被剝奪。國家總動員法

(三十一年三月廿九日)第十四條規定：「

「本法實施後，政府於必要時，得以命令預防或解決勞動糾紛，並得對於封鎖工廠罷工怠工及其他足以防碍生產之行為嚴行禁止。」

又於妨害國家總動員懲罰暫行條例(三十一年六月廿九日)第五條規定：「違反或妨害依國家總動員法第十四條規定所發禁止之命令者」，「處七年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金」。

卅二年，（五月卅一日）修正勞資爭議處理法三十六條第一、二項如下：——

「非國營之公用或交通事業之雇主或工人，不得因任何勞資爭議停業或罷工」。

「前項事業以外之僱主或工人，其爭議在調解期內或已付仲裁者，不得停業或罷工。如在非常時期，不得因任何勞資爭議停業或罷工」。

同時工會法亦於同年十一月二十日修正廿九條（相當於舊法廿三條），如下：——

「勞資間之爭議，非經過調解仲裁程序後，於會員大會以無記名投票經全體會員過半數以上之同意，不得宣言罷工。其已付仲裁或依法應付仲裁者，仍不得宣言罷工」（第一項）。

「在非常時期，不得以任何理由宣言罷工」（第四項）。

以上各規定之特色，即「在非常時期不得以任何理由宣言罷工」一端。是則「罷工權」即由是而根本取消。雖工會法規定罷工程序僅需會員過半數之同意，視前期法律之需三分之二以上同意者，限制稍寬；然在非常時期根本無適用之機會，亦不過具文裝飾品而已。至強制仲裁之規定，仍與前期法律同。

是爲罷工權在第六期發展之形態。

(八)

復員以後，勞資爭議處理法雖未修正，惟廿九條第四項當然失其效力。至工會法則已於卅六年六月十三日修正公布施行，除廿九條第四項已刪除外，其新法廿八條一項則仍舊貫，與舊法(廿九條一項)同。其卅二條則變本加厲，視舊法(卅四條)更爲禁制嚴密，於禁止工會及其職員或會員行爲上第七項禁止命令會員怠工之文句，加添「或類似怠工」之字樣。

此時期工人究竟有無「罷工權」？雖依工會法廿八條一項及二項(註一)之規定應認爲存在。但此時國家總動員法尙未廢止，依該條規定，政府既得任意嚴禁罷工，則「罷工權」亦僅成告朔餼羊矣。特別是三十五年四月(廿三日)行政院公布施行的復員期間勞資糾紛處理辦法，以補充勞資爭議處理法，其要旨如下：—

「雇主或工人在未經評斷委員會評斷以前，不得因任何勞資爭議停業或罷工怠工。

(註一)該第二項規定云：「工會於罷工時，不得妨害公共秩序及加危害於他人之生命財產及身體自由。」

勞資發生糾紛時，應由評斷委員會予以評斷。評斷委員會之裁決，任何一方有不服從時，主管官署得強制執行」。——第七條

勞資爭議處理法僅規定已付仲裁者不得罷工，工會法（廿八條）雖進一步亦僅規定「依法應付仲裁者不得罷工」。至糾紛處理辦法則更進一步規定「未經評斷以前不得因任何爭議罷工怠工」。文字上雖與非常時期法律規定形式有異，然實際上即得同一結果矣。

且勞資評斷委員會就勞資糾紛事件之評斷，係依職權處理；其裁決亦依職權執行，與調解會仲裁會之調解及仲裁之裁決不同。是則此種「評斷」視強制仲裁之強行性質益加嚴厲。

雖然，糾紛處理辦法是命令，而工會法及勞資爭議處理法是法律；依命令不能變更法律原則，則上開辦法規定凡與工會法爭議處理法抵觸之處應屬無效。然該辦法經呈准國防會有案，且是時尚未行憲，所謂法律與命令本質上原無區別，則爭議處理法及工會法之規定「罷工權」與糾紛處理辦法之剝奪罷工權，顯成尖銳之對抗。

所謂

卅六年七月以後轉入動員戡亂時期，十一月一日行政院復頒行動員戡亂期間勞資糾紛處理辦法以代替復員期糾紛處理辦法，其剝奪罷工權之規定視前益加嚴厲，如左：「

「雇主或工人在未經勞資評斷委員會評斷以前，不得因任何勞資爭議停業關廠或罷工怠工。」第七條。

「勞資評斷委員會之裁決，任何一方有不服從時，主管機關得強制執行。其情節重大者，並得依照妨害國家總動員懲罰暫行條例懲罰之。」第八條。

這是罷工權發展之第七期形態。

附錄二

Kelsen 純粹法論之基本觀念

高承元譯
載民國二十六年中華法學雜誌新編一卷第七號

這是Kelsen著Allgemeine Staatslehre 第一篇第三章，原標題為國家與法律。純粹法論之根本觀念在這
裡寫出一譯者。

(一) 法律

(A) 法章

政治學我們認為就是國法學一樣的東西，這是說，牠是研究國家制度之科學，特別是研究這制度之效力問題與產生問題的。因為這制度之存在就由於牠的客觀效力。

如果國家制度就是法律制度（簡稱法制—Rechtsordnung），不消說，國法學自然就是研究「法律」之科學，絕不是研究甚麼「權利」或甚麼「權利主體」之科學。然而很可怪的，政治學或國法學却一般地認為是研究國家權利義務之科學，認為是研究國家權利主體之

科學，認爲是研究國家人格者之科學！

「國家人格」這個學說，是近代國法學之基石，牠的長成，就由於法律與權利之區分，及由此區分而發生成長的所謂「權利主體」的觀念與「法律人格者」的觀念，我們法律理論之全部都由此而決定其命運。原來法律（客觀的法）與權利（主觀的法）之區分，係全體法律現象中一個分類。這分類的意義，是認法律之外，即法規（Rechtsnorm）與法章（Rechtsatz）（註一）之外，更有所謂權利與義務之存在：前者是「客觀的法」而後者是「主觀的法」，兩者對立。由此主觀的法與客觀的法之區別，人們便認爲委實有兩個

（註一）例如中華民國刑法是一個「法規」，刑法分則之各個條是「法章」，合中華民國刑法民法商法及其他種種中華民國法規而成中華民國「法律制度」。又「法章」這一個譯名，是譯者斟酌了十年之後才確定的。Kelsen 先生所謂 Rechtsatz 與「法條」異，而係指具備了法律前提要件與法律結論要件（即效果要件）之單位法律。史記：漢高祖入關，與秦父老約法三章：殺人者死；傷人及盜抵罪。每一章都具備了法律前提與法律結論。這在中國語謂之「章」與 Rechtsatz 之義正相當。在他國文字頗難得其相當術語，各在英文之 *Legal maxim* 其義亦不盡符合。

—譯者

不同的法律對象，甚且以爲先有主觀的法而後有客觀的法，後者不過是爲保障前者或鞏固前者而設。要批評這種見解，不得不先把所謂法律所謂客觀的法之本質分析一下。

法制乃是許多法規之全統系。每一個法規都要能代表法律全部之性質，才可以取得法規之資格。如果法律是強制秩序，則每一個法規都應該是一個實施強制的規範。那末牠的本質便可以歸納爲以下一個公式來說明：有一定的前提，跟着便有一定的強制行爲做牠的結論。不過「法律前提」(Rechtsbedingung)——能致的法律事實(註二)或狹義的事實——與法律結論(Rechtsfolge)——所致的法律事實(註三)或廣義的事實——間之聯繫，並不像自然法則上「原因」與「結果」間之聯繫一樣，却自有他的特殊的法律意義。要嚴密地表明這個法律的特殊意義底聯繫與自然法則中聯繫之性質嚴爲區別，我們正好

(註二) der bedingende Tatbestand 直譯是「能前提之事實」，意思是說，爲法律結論之前提之事實，即惹起法律結論之事實，原動的事實。——譯者。

(註三) der bedingte Tatbestand 直譯是「被前提的事實」，是說前提所惹起的事實，實言之，就是「結論事實」，被動的事實。——譯者。

用得着 *Soll* (應當) 這一個字。法律的條文說：如果有甲，便「應當」有乙 (*Wenn a, so soll b*)。他絕不會像自然法則的口吻說：如果有甲，「必定」有乙 (*Wenn a, ist b*)。這兩者之區別，就是說：法律前提並不是法律結論之原因，法律結論也不是法律前提之結果；却是在法律前提一個事實之上，因為法律之故而不是因為自然之故，因法律之必要，而不是因為自然之必要，我們要給牠一個強制行為作為結論。盜竊者依自然法之立場並無處罰之必要——我們觀察盜竊行為之實在時，並不必發見一個處罰行為之實在——不過盜竊者應當處罰是真的；那就是說，依法律上必要，盜竊這一個事實是要與刑罰發生着聯繫。僅僅在法律的統系裏，法律結論才必然地與法律事實發生聯繫。僅僅在法律統系裏，僅僅在法規的內容裏，法律事實才能存在。一出了法律統系之外而人於自然界之內，那便無所謂「盜竊」。無所謂「法律行為」，無所謂「刑罰」，無所謂「強制執行」了。

(B) 所致的法律事實——強制行為 (刑罰與強制執行)

強制行為通常有二種形態：刑罰與強制執行。刑罰——死刑與自由刑——係指生命及

自由之強制剝奪，強制執行係指財產之強制剝奪。其實這二個強制行為之區別，並不在此外表的事實，而在其目的：刑罰之目的在報復或豫防，而強制執行之目的却在損害賠償。如所謂財產刑，形式上是財產之強制剝奪，然而當他具有刑罰之目的時，便取得刑罰之性質了。自然這種差別，在進步的法律發展後才見得到。至兩種目的也不是可以絕對分離。特別是強制執行，我們很難說牠僅僅具有賠償目的，而與豫防之目的無關。在刑罰所以達到豫防之目的者，不外使受罰者主觀地感覺痛苦，因為想避免這痛苦；所以對於可以受罰的行為才相戒而不敢犯。在強制執行之強制行為，何嘗不可以同樣論斷？在這豫防的立場上，自然那被剝奪的財產歸入被害者之私囊（如在強制執行），抑或歸到國庫（如財產刑），是無關宏旨的。

在這裏我們要注意的有兩點：一則強制在以上兩種情形之下都一樣是對人而施，並非對物而設；二則強制含有「最後實現」的性質，因為只有受制裁者反對裁時，他才用得着。

(C) 責任

在法規內互相聯繫之各個事實，原則上係屬於「人類行爲」。然而有時亦不盡然。自然狀態亦往往與人類行爲連結而構成法規之內容，此自然狀態原非人類行爲，通常就叫做「事件」。所必然的，那稱爲「強制行爲」之「結論事實」，却非人類行爲不可：因爲牠是人類對於人類之強制作用。至於「能致的法律事實」却不妨爲一單純的事件；譬如原始社會法律往往規定，久旱則當殺人以祭。這種強制行爲叫做「犧牲」；正因爲這樣，所以不能避免刑罰之性質，在原始社會，法制與宗教不分，質言之，卽政教不分，那時的刑罰時常含犧牲的性質，刑罰就是犧牲（註一）。但在進步的法律見地，所謂能致的事實，原則上總是屬於人類之行爲，結論事實中強制行爲便是爲他而設的。如果能致的事實中除了刑罰所加者之人類行爲外還有一個事件存在，則二者之間大抵成爲如下之關係：以人類行爲惹起事件，否則事件之發生不以人類行爲制止之。由前之例，則人類行爲成於「作爲」；由後之例，則人類行爲成於「不作爲」。假如我們用M代人類行爲，用h M代作爲，u M代不作爲，用E代事件，用Z代結論事實中強制行爲，則法章

（註一）例如清末徐錫麟行刺案，結果徐被剖心以祭於被刺的總督之靈前（譯者）。

之平均公式如下：如果 h $M + E$ (或 u $M + E$)，則 $Z \downarrow M$ ；那強制行為係對於惹起（損害社會的）事件或不制止那事件之發生底人而施的，這一節自然是原則上假定。那人類在能致的事實中本屬原動的——作爲的或不作爲的——主體，在所致的事實中却只成爲被動的——承受的——客體罷了。構成所致的結論事實之內容者，並不是他的行為，而是施行強制者之行為。受罰者或受處分者之行為所以能成爲法律現象而與強制行為相對待者，正因爲他在法律上有承受刑罰或強制執行之義務。這就是說：他的反抗行為將構成新的強制行為之發生條件，這反抗行為又是一個能致的事實之內容，而不是所致的結論事實之內容。自然所謂承受刑罰的義務必要有現行法律之規定。若在一個單純事實之場合，對於某事實而科以刑罰，那還說不上義務。

前提事實與結論之聯繫，可以叫他做「責任」(Zurechnung)，由這術語可以使他與「因果關係」——自然界諸原素之聯繫——得到明顯的區別。責任在這法律原理上概念，與在法律政策上概念特別是刑法上所謂「責任主義」並不相同。在後者的意義，責任這個術語比較用得慣些。可是我們正不妨用後者的意義來解釋那法律原理上概念。假如有

人間甚麼事情——依普通用語——要誰負責任，在這個問題上——依現實法——我們不能離開強制行為而作答。以某種事實為其前提之強制行為（即不法結論 *Unrechtsfolge*），牠所制裁的人類，便是對於該前提事實應負其責任。表出這個關係，人們——通常但不甚正確地——這樣說：某一事實應教某人負責任，因為這事實之故他應該受刑罰（或受強制執行之處分）的。某人因為某一個事實而受刑罰（或強制執行處分），這個命題就是說，那個事實乃是某人所以應受強制行為之法定條件——如果我們把立法者之動機，藏在這個「因為」當中的動機撇開，那在法律原理的觀察上原是不相干的。在法理上「責任判斷」當中，主要的是表明能致的事實——人們因為牠而負責的——與所致的結論即強制行為兩者間之關係。人們對於事實所以要負責任，就因為這事實乃是強制行為之前提條件之故。

依我們的法律見解，人類只能因為其所惹起之事實而受罰，或因其所放任之事實而受罰（他本來可以不加惹起或本來能夠防止那事變發生的）。不特這樣，我們的法律見解，更進一步要求這——遺害社會的——事實之惹起或放任行為必係出於有責任地，質言之，出於「故意」，「豫期」或「過失」之場合，才予以追究，必要這樣，強制行為之設定，

特別是刑罰之施行，才得公平：換一句話說，公平的辦法，是要注意把積極地或消極地惹起遺害社會的事件之有責任的人類行爲認爲（惹起強制行爲或刑罰的）前提要件。詳細的研究自然屬於刑法學之範圍。這裏所注意的，只是指出我們的法律見解，所以構成現行法關於規定能致的要件之形態的，大抵係出「豫防」之原則。強制行爲，特別是刑罰，乃所以誡人勿惹起遺害社會之事件或勿放任那事件發生致陷法網。刑罰之所加，必係對於混不畏法悍然惹起科刑的前提要件的人，或放任此前提要件之發生的人，才有目的。所以說，人類只對於他自己有責任地惹起或不防止之事實才應當負責任；甚且說，他只對於這樣事實才要負責任，這個「責任公式」，實在不過是以下一個法律政策主張底簡寫：「法規在現實法形態之下，對於人類之強制行爲尤其是刑罰——即所致的要件——僅得在刑罰所加之人有責任地——積極地或消極地——惹起一個法律要件發生之場合，僅得在這樣一個前提之下而施。所以形成強制行爲之前提底全部法律事實，乃爲以下兩種原素集合而成：（一）遺害社會的事件，（二）人類故意地或過失地惹起此事件或不防止此事之行爲。人們通常一般地所稱爲責任的，其實只是指責任之一個特別形態中某

種法律政策之要求，質言之，就是能致的與所致的兩個法律要件間之關係含有一種特別內容的。至於責任在法理上概念則不然：牠並不含有任何特別內容的意義，却一般地表述出能致與所致要件間之形式的聯繫，牠是一個純粹的「應當關係」(Sollrelation)，很明顯地與那「因果關係」(Kausalnexus)有所區別(比方在能致的法律要件當中，人們便往往假定人類行為與遺害社會二者之間有因果關係之存在)。責任之規範的(即法理的形式的一譯者註)概念，更不難就以下各觀察點而證實其獨立存在(即離開刑事政策而存在之意一譯者)。試觀豫防主義之立法政策，在現實法中不一定普遍地施行，在原始社會之刑法裏，這種政策便沒有實行過，即在現代法律裏，其非刑法部分，與不採用豫防目的之部分，這種立法政策便無由實現(可是責任之法理的概念仍然存在於這些法理之中一譯者加)。何況民事的強制行為，即強制執行對於有些人類，他的行為在能致的要件中始終沒有發見過的，也時常去光顧他；甚至人類並未嘗有責任地惹起一個應科制裁之事件或放任這事件之發生，然而強制行為却還是去光顧他。在這些情形，對於受制裁之人類，構成強制行為之對象底人類，我們還得要使他對於那些事件負其

責任（即所謂無過失責任——譯者）。這樣的還算「責任」，顯見得強制行爲——即結論——與牠的前提要件——能致的要件——係在特殊的意義上聯繫着（即純形式的——沒有實質內容的——聯繫——譯者）。

（D.）能致的法律要件——前提要件

一、第一規範與第二規範。要件（按指狹義的要件——譯者），不一定是一個單一的行爲，實際上往往可以分析爲數段（若爲甲，又爲乙，又爲丙，則當爲子）。可是無論怎樣，那成串的多數前提，總要向着一個最後結論即強制行爲合流，如果拿力學之節奏來譬喻法規，那末強制行爲就恍惚是最後的拍子。除了這種限制之外，那前提要件之自身，自然不妨包涵着成列許多之支派的前提與結論。

關於這樣全體事實之說明，即強制行爲各前提之綜合，我們最好借助於一個假定：「凡可以惹起強制行爲的事情，不要做」。這本來只是一個法章，却表現爲許多法章之聯合，其中設定強制行爲以爲法律結論的乃屬於最後的法章，別的不過因爲牠與結論法章之關係才得參加這整個系統罷了。如果有人締結契約，他便應當依照契約行事；

如果他違背了契約——如果他方契約當事者提出要求——強制執行便要來光顧他。僅僅因為這個最後結論之故，而契約當遵守底規範才或為法律規範，才成為相對獨立的第二法律規範——簡稱第二規範（註一）；一個行為，只因為他的反對行為會受強制制裁之糾正，會構成強制行為之前提的，然後這行為本身才會成為法律義務之內容。

二、不法。強制行為有時也稱為「不法結論」；因為把惹起強制行為之前提要件視為法律之否定，所以認強制行為便是不法或違法之結論。法律之概念，即不法概念之張本，一般係指前面所說明的第二規範而言，牠的內容就是「避免強制之行為」。而所稱為不法或違法底事實原則上自是屬於人類行為。這個前提要件對於那第二規範，對於那教人行事應避免強制底規範——即一般所稱為法律的——實在是一個赤裸裸的否定。譬如法律——即第二規範——說：勿盜竊；借債要還。如果有人盜竊，有人賴債，這便足以惹起強制行為之前提要件了。假使法律果真與第二規範同一，假使法律只是由第

（註一）例如云：『契約應當遵守；如違約，當負損害賠償之責』。前節是第二規範，後節是第一規範。參照

同著者 *Hauptprobleme des Strafrechtslehre* ——譯者。

二規範——這原是爲要件分析上利便而設的輔助概念——所組成，那末，形成法規內容之反對方面的事實，自當認爲違法與不法。那末，這個事實既爲法律之否定，自當屏於法律系統與法律認識之外，結果「不法」將成爲非法律的概念，因爲不法在這個情形之下已經不是純粹法規的與法規內容的觀察上對象。反過來說，如果「不法」也算是一個法律概念，那末，必當認「不法」爲法章之內容，必當認「不法」爲法律了。在第二規範立場上之所謂法律否定，既然就是第一規範中強制行爲即法律結論之前提，那末，法律之概念，法章之概念，事實上便不能不有相當的擴充；否則那狹隘的法律見解之所謂法律否定——處於法律範圍之外的——我們便無法把牠引入法律內容之中，更無法把牠的法律否定之性質——在法律系統中沒有地位的——剔除掉了。第二規範之輔助性質與及不法事實解爲「法律否定」時所含臨時性質，試就以下各點觀察更爲明瞭：因爲在第二規範之內容上不僅是有避免強制之行爲，即強制行爲自身也得要出現；更因爲規定強制行爲之規範必得要攝取別一個規範——即規定避免強制之行爲之規範——內容之反面事實，換言之，必得要吸收法律之否定到牠的內容裏去，把牠作爲強制行爲之前提。譬如說：（一）勿

盜竊；(二)盜竊應當處罰。試觀這裏第二條規範既取得原始法章(第一規範——譯者)之資格，則第一條規範自屬駢枝顯然可見。「勿盜竊」這一個規定，其實——如果認定法律是強制的秩序時——不過是那原始規範「盜竊當受罰」一個規定的簡寫。人們只因為要受刑罰——如犯盜竊罪時——之故，法律上才擔負着「勿盜竊」之義務。也只因為要受強制執行——如不履行債務時——之故，法律上才負擔着「履行債務」之義務。

如果認法律為強制秩序，那末，「不法」之概念如果解為法律之否定，自不能成立了。所稱為不法的事實，其實只應該解為——在法章上與牠聯繫着的——強制行為之前提，即所謂不法結論之前提。自然牠不是僅有的前提。原則上牠不過是全體能致的要件之一部罷了。所以刑法(甲)照多數現行法典總是這樣規定：(1)如果有人盜竊，(2)如果經一定的國家機關起訴，則法庭當處罰他。民法(乙)也是這樣規定：(1)如二人有所共同約定，(2)如其中一造不守契約，而(3)他造提起訴訟時，則法庭當為之強制執行。不法事實之特性，牠與全體能致的要件中別的成分之區別，特別是與所稱為「法律行為」之事實(乙之1)間區別，僅得就其法律目的關係方面說明：牠是應該

，日爲立法者有意防閑的事實（因爲立法者以爲這種事實足以遺害社會，所以對於造成此事實的人設爲制裁以爲防範）。但從純粹形式（*reine formal*）來說，撇開一切先天的法律目的之關係來說，就是撇開不法之本義即法律否定之倫理的意義，而就其爲法律之特殊內容方面來說，不法之事實，却只能這樣解釋：強制行爲所加的人，牠所造成惹起強制行爲之事實，便是不法事實。至若更進一步從別方面理由分別「法律行爲的事實」與所謂「不法事實」，那末又不妨說，前者係有「對於行爲人」委任規範之性質，而後者不過是事實，並談不上甚麼規範哩（詳細說明見下文法律之產生一章）。

三、法律與國家。如果把法律認爲國家「意志」，那末首先要將國家認爲「強制機械」。說法律是國家意志，不外說法律是強制規範罷了。所謂「國家意志」，其第一義便是：強制意志。而且「意志」這個字，不能「依照一般誤解」認爲實在的精神的因素，只能視爲強制規範中客觀的「應當」（*Sollen*）之擬人的稱謂。只因爲我們把牠叫做意志，把牠當作一個主體之意志來看，然後那規定事實與強制行爲之法律全系，他的統一體概念，於是乎取得有形的體態。而究其實際，牠原來只是法章「係由全部事實與

強制結論兩者共同構成的。這些法章之全系，我們叫他做法律，說他是國家意志，其實只是在說整個法律乃是一個大系的強制法章罷了。所謂國家「意欲」(Will)強制行為，不過是說把強制行為這個事實放在法律之內罷了，換一句話說，就是在說法律上應當有強制行為存着罷了。照這個意義，自然為國家所意欲的，當不止強制行為了；構成法章內容的，還有其他種種事實，也當在同一意義上為國家之所意欲，因為國家之所意欲(gevoelt)其實只是法律上之所當然(gesollt)。可是我們通常却只把強制行為指為國家意志，這是什麼緣故？就因為其他種種事實都不過是強制行為之前提條件，所以——用人類意志比擬來說——國家也就僅僅間接地意欲他們罷了。比方人類有所意欲，而且在一定條件下而為意欲時，那末牠到底還不是意欲那條件，却是意欲那精神的行為，不過這行為係與那條件在聯繫着罷了。在這裏要注意：受條件限制的，只是他的意欲(Wollen)，而不是他的意志(Wille)內容(註一)。國家意志，如果指法律而言，那末根

(註一)「意欲」是與實在的事物相聯繫的，所以得受條件限制；而「意志」乃是純形式的，是超脫實在事物的，所以無所謂條件限制——譯者。

本上就說不上精神的行爲，牠只是「應當」的內容罷了；而這應當的內容對於結論要件與前提要件，原是一樣兼蓄並包的。

所以人們於全系法章（可以叫做法律，也一樣可以叫做國家的）之中，却把那規定避免強制行爲的第二規範（原不過爲分析前提要件便利上而設的輔助概念）單獨地舉出來，叫牠做法律（本義上）；又在這樣的法律之背後或牠之側邊，把那直接規定強制行爲的第一規範質言之即所謂國家提挈出來，當作強制機械，當作萬能的保障法律的因素，這種見解，實在是根本錯誤的。雖然，照這樣說法，似乎對於法律與國家之區別說明，不無裨益。可是我們仔細一看，他們所謂與法律根本不同的「國家」，其實還不一樣是法律麼？所謂國家，不過是一種特別法律，質言之，就是強制的法律罷了。何況他們所特別稱爲法律的，即規定避免強制行爲之第二規範，其自身本來沒有具備法律的性質；如果牠離開了強制規範，離開了國家，牠根本便不成爲法律，牠至多只能在強制規範適用的時候成爲一個臨時的輔助的法律觀念罷了。由此便可知一般所謂法律與國家之區別的說明，到底是站不住的。凡屬於法律與國家二元論之一切辨說，總不外是

把全部法章之有機的統一論理的統一分裂爲兩塊碎片罷了。只要把這碎片重新結合起來，那末國家與法律二元論自然覆滅了。

就強制行爲方面觀察，我們可以見到制法之機關技術上發展。強制行爲之實現，最先是由受害者自己負責辦理，後來才把這個責任由各個受害者肩上集中地移到社會分工上有職守的機關去了，老實說一句，就是由法制之委託，把強制行爲交給一定人類去管理，他並不須受有損害，他却能爲一切案件確認前提事實並判定應科之強制行爲。這樣便構成所謂國家機關之特殊的法定資格了。關於此點，下文尚須詳細說明。（下畧）

（二）權利

此段係三十年增譯—譯者

意志說以權利爲法律保障之願望與許可 *Willen-Duerfen*，法律保證之意志實力 *Willensmacht*。然其所指之事實，亦殊紛歧。蓋彼法律保障之意志號稱權利者，有時則用以指意志主體之自己行爲，有時又指他人之行爲；故權利或爲法律之許可 *Duerfen* 或爲

法律之能力 *können* 迄無定論。今云，吾有權利，「得」以任意使用吾之所有物（按指用益權——譯者註），吾有權利，凡法律所不禁者吾皆得爲之（按指自由權——譯者註），吾亦有權利，向吾之債務人請求履行債務（按指債權——譯者註），吾亦有權利，對於世間一切人排斥其對吾所有物之一切干涉與侵犯（按指所有權——譯者註）：是政吾自「欲」爲此或不爲此，自「欲」爲彼或不爲彼，吾「可」；吾「欲」他人爲此或不爲此，吾「欲」他人爲彼或不爲彼，吾亦「可」。不特此也，吾「能」表示意思喚起法律效果，使法律依於吾所「欲求」發生效力，以構成所謂法律結論，於此意志說亦認有權利存焉。然此所謂權利者，固非復法律之許可 *Duerfen*，而變爲法律之能力 *können* 矣。法律賦與主體以實力（*Macht*）使得依於「法律行爲」實現其利益，貫徹其對於一切物之意志：由吾之意志，最低限度由吾所表示於「法律行爲」之意志，吾能拘束他人使爲一定行爲（按指行爲能力——譯者註）；更由「訴訟行爲」，吾「能」拘束政府對於敗訴之對造實施其強制執行焉（按指訴訟能力——訴訟權——譯者註）。（註一）

（註一）參 *Jellinek*：「當推助法律程序之可能性不存在時，則法律所保障之利益即爲客觀法之單純反映。凡

上所敘述諸事實，其性質之差越，殊非復權利一名之所能籠罩。任意使用其所有物之權利，正猶行乎法所不禁之權利，其實皆不過義務規範之「從屬反映」而已。一般所稱爲權利者，其法律的主要形態，皆由義務規範而出，皆由「客觀法」而出：正惟他人負有義務不得侵犯吾之所有物，然後吾對其物始取得其權利，然後任意使用其物消費其物之權利始得成爲法律現象。至若吾有呼吸之權利，工作之權利，遊行之權利，戀愛之權利云云，則其義不過謂凡所以拘束吾之行動消極地限制吾之行動者，其法律均不存在焉耳。由此兩例之所謂「許可」Duerfen者，諦而視之，其實皆不過「應當」Sollen而已，是一規範也。然則權利終屬法律；正惟其終屬法律然後得以存在於法律界焉。更就存於他人行爲上之權利言之，譬如吾得（duerfen）願欲（wollen），得要求他人之作

有權利存在之處，必對於當事主體之利益，有一種明示的認可，或有一種法律之保障；同時並設有法律程序以保證其效力」故：—

法律保障利益

客觀法單純反映

權利 Berechnung（作爲權能之權利）

爲，或要求他人——勿侵犯吾權界——不作爲者，其實仍不外由受益人立腳點出發之規範而已。其規範乃就彼所願欲所要求他人之行爲而規定其「應爲」(essentia) (履行之義務) 焉。蓋此際所要求者，初與吾之「願欲」無關，但問他人之行爲，即他人爲法律之故應當如是作爲而已。縱規範之構成常着眼於吾之「願欲」，着眼於其所保護之受益人之「願欲」，然此要非權利本質之所在也。

上舉諸例，其「能力」要素皆付闕如，此一要素，其在「權能」(Berechtigung) (權利特殊形態——此爲權利學說之重心所在) 尤形重要。譬諸其他兩例 (按指法律行爲及訴訟行爲兩例——譯者)，其權利則不僅涵有「許可」之義，而兼涵有「能力」(Können) 之義矣。所謂能力者何？蓋謂吾之意思表示，在規範中將見採爲他人義務之前提，換言之，即法律採取吾之意志，委任吾之意志以爲其規範之內容是也。當此之時，以法律規範爲權利，以客觀的法律爲我之法律，其在學理，要非無一顧之價值焉。雖然，當規範採取一個人單獨意志以構成他人義務之場合，特別是在所謂公法之規範上，學者間談權利者殆鮮及之。蓋依從來關於權利學理之立場——認權利爲達吾人目的之手段之立場——

則彼規定命令服從關係之法規（所謂公法）中應無所謂權利在。權利之觀念，權利視爲權能之觀念，特別在法律義務不成於權利者之單獨意志，而成於兩造（權利者與義務者）意思之合致——質言之即由於法律行爲——之場合見其類型。雖他人之義務不存於我之單獨意志，而存於兩造合致之意思，然吾對於契約之對造，仍不失其債權，不失要求其履行債務之權利。

由後述一例，足徵「權利」〔作爲權能之權利〕*Berechtigungs* 之顯著內容：——吾人要求他人履行義務之意思表白，或訴求對於違反義務者制裁之意思表白，（訴訟或告訴），構成（國家）強制行爲實現之前提。法律規範具此前提者，則彼因他人之違反義務致受損害之主體，將得適用此法律；而法律規範將由是而成爲此主體之法，亦即成爲此主體之權利（同時並不因此喪失其爲法律之意義）。

是故「吾人有權利」云云，不外謂某人要求他人履行一定行爲之意思表白，法律認許其爲法院實施裁判之義務之前提，換言之，即認許爲實現制裁之前提罷了。故法律與權利之區別，固非如一般庸俗見解，視爲兩個屬於迥異的範疇之物，而認爲法規與個人

意志間之對立關係。其實權利不過是法律之特殊形態（狀態），即自我規範（以當事人——自我——意志構成其內容之規範——譯者註）而已。故權利者，不過抽象的普遍的法律之具體個別之表現：權利者，不過就法規本質採其具體之個別的內容以爲之；其實仍是法規自身，非有他物。

一般意志說之視法律與權利之對立也，猶規範與實在的心理的意志之對立，國家意志與個人意志之對立，「當爲」——價值——與「存在」之對立。其進焉者，則謂構成權利之意志亦唯國家之意志；蓋意志說苟於權利之觀念中追究乎個人意志——在法律行爲與訴訟行爲中——之拘束力，斯其論理之結果，必將由主觀之意志流爲客觀之意志，由個人之意志流爲法律的意志無疑。難者或致疑焉：——權利果歸宿於法律，權利中果無個人意志存，然則法律行爲成立以後，一造之行爲必受對造意志之拘束，果何爲者？一造之意志，構成他造式遵之規範（羅馬法上所爲契約法 *lex contractus*），債權者之起訴，法院且受其拘束，由是而必須對於敗訴之債務者實施強制執行，此其法律根據果何在耶？此固不難予以解答也：蓋法律——抽象規範，應爲，國家意志——授與「當事人意志」以法

律之效力耳；質言之，法律規定若干「空虛規範」（空白規範），命於一定條件之下，義務人當遵從當事人之意志以行事，使當事人意志爲「空白規範」之補闕，以空白規範之填寫（充實—補充）委任於契約之當事人，如是而已。是故當事人意志—不論其表示於法律行爲中抑或在訴訟行爲中—終不外法律意志構成上之擴充步驟而已（在一般民事訴訟，法院之裁判應本於當事人之請求，在其所請求之範圍內而爲審理，其範圍之廣狹，一任當事人定之，是亦授與當事人意志以法律效力一端也—譯者註）。此際吾人之所服從者，仍非主觀的心理的現實的意志行爲，而實爲客觀的法律規範。第其規範在具體事件中，其特別內容，係採取心理的現實的意志行爲充實之而已。「法律之當爲」Sollen 早已取「心理的現實的願欲」Wollen 之地位而代之矣。

（三）權利主體

（A）主體與謂詞

跟着權利的概念而起的便是權利主體與權利人。因爲既有權利，人們便要求牠的

老板——權利義務之主人翁——出馬，權利主體與權利人便是這位被歡迎出馬的老板。人們讓一個物體把感覺界所存種種物性負擔起來，私有起來，便把這物體叫做主體 (Subjekt)，物性叫做謂詞 (Prädikat)，而那負擔與私有的事情叫做主體對於謂詞之作用。

拿這些見解推論到法律界來，便要說權利也一樣有牠的「所有者」了。本來所謂主體，所謂物體，都不過許多謂詞許多聯屬的物性之統一的符號罷了。可是在我們觀念上牠們與謂詞竟弄成兩樣的東西，因為我們假定牠獨立存在於謂詞之外，假定牠是一個新節目正和謂詞平列在一個秩序之上。這樣？那擁有屬性的東西，便由屬性之單純相加一變而為體質之相盈（註一）了。不過我們不可不注意着，實際上並不是在石之外有堅的白的（註二）……屬性存在，却是堅白相盈於石之內：石呀，老板呀，主體呀，他

（註一）原文為 Substantivische Verdoppelung，意謂屬性相涵，以成物體。此與墨經「相盈」之義正相符合，故取以譯之。墨經：「見不見，一二相盈，廣脩，堅白」。「撫堅得白，必相盈也」。公孫龍子堅白論：「其白也，其堅也，而石必得以相盈」。一譯者。

（註二）原文取譬樹葉。譯者以堅白石為我國名家習用之語，故易之以顯其義。

們有的是屬性，其實就是許多屬性統一的總匯罷了。然而今日支配庸俗的概念構成程序的，還是原始的擬人見解，把物之屬性擬制爲人格，把宇宙弄成神話世界、以爲樹有樹神，水有水神，凡物都有同樣的神，把一切自然都弄成重疊化。同樣地他更支配着我們的法理學，所以學者們常常相信，在權利主體的概念中可以找得到一件「法律物體」，牠和權利特別和法律都根本不同的！其實權利主體不過是權利的再世：如果權利又歸宿到法律去的話，那麼權利主體更是法律之再生產；正和照鏡子一樣，對着法律（客體）一照，權利主體——一個影像——便躍然鏡上了。（註二）

(B.) 人類 (Mensch) 與人格 (Person)

因爲權利主體與人類合一之故，於是上述義理或不免發生疑難。事實上不是人類

（註三）原文：—Dem Recht als Objekt tritt ein Spiegelbild gleichsam—das Recht als subject gegenüber.

其意甚巧。蓋德文法律與權利同爲一字 (Recht)，紙以客觀的主觀的或客體的主體的等形容詞以爲區別。一件東西在鏡子上一照，自然客體便複現爲主體，客觀變幻爲主觀。然在我國文字，則必以「法律」與「權利」兩個不同術語表述之，其意便呆板不靈了。——譯者。

正充斥着權利主體麼？ 人類不正是與權利對立着麼？ 人類與權利不正是兩個不同的物體麼？ 然試加以精密研究，這些問題並不難於解答。 所謂人類與權利屬於不同的物體的話，這人類顯然是指生物學上心理學上之人類而言。 這個意義的人類，並不能與權利立於法理學上同一統屬之關係，因為法理學之對象不是人類，乃是人格。 人類與人格之區分，原是法理學上一個最重要的識別。 這個原理雖然無人不曉，然而能够抱持一貫理論的却甚少見。 試觀一般法理學所以分別自然人 *Physische Person* 與法人 *Juristische Person* 的，無非以人類為自然人，以非人類之權利主體為法人。 然其實法律認識上只能有法人 *juristische Person* 即「法律人」*Rechts-Person* 之存在罷了。 所謂自然人，如果作為權利主體看，作為法律認識之對象看，那末，牠就不能不是「法人」了，而且與從來所謂「法人」具有同一意義同一質量。 所以要把「法律人」的概念統一起來，則自然人與法人都應該放在一個共同的名號一個法律上共同名號之下。 由以上說明，可知縱使人類是人格，然而人格還不是人類。 如果要把前一個命題來換位，一定會把認識方向完全倒亂了。

(C) 人類爲權利主體——自然人

試問人類在甚麼場合才是「法律人」，人類對於法制有的甚麼關係，那末，誰都會這樣答復：人類行爲是構成法制內容法規內容的。無論在一個法章之前立（Vordersatz）上，在構成法律前提或法律要件之文句上，無論在法章之後立（Nachsatz）上，在構成法律結論之文句上，人類行爲，或以「作爲」表現，或以「不作爲」表現，總是決定法律內容的。由上述說明，便可知權利主體（Rechtssubjekt）之概念，或人格之概念，絕不能僅僅拿一個以「權能」自畫之權利底概念和他聯繫起來，拿「享有權利之主體」（Berechtigungs-Subjekt）作爲牠的注脚，其實權利主體之概念必然地同時含着「義務主體」之概念在內。

如果人類能够做法律認識之對象，自然他必定要跑進法律範圍之內去了。然而法制決不是把人類整個身體，生物學心理學上之特殊統一體，與其一切作用通通收進去。跑進法章中前提與結論之大門去的，只有人類之各個行爲——作爲與不作爲。人類行爲，只有在構成法章內容之場合，才是法學之對象。然則這些構成法章內容之人類行爲

種種色色，是怎樣地形成統一的「法律人格」（與生物學上心理學上人類根本不同的）？所謂自然人又怎樣地在法律人格之統一下與所謂法人相分別？

比方說人類某甲是權利主體，是權利義務之主體，他有權利與義務，那末，由上述說明，便可以曉得這不過是說甲之某行爲用種種特殊方法構成法章之內容罷了：詳細點說，就是說法章後立中所規定強制行爲，或以甲違反義務之行爲爲其前提，或以甲訴求法律結論之意思表示爲其前提。在第一個例子，便發生所謂義務主體之問題，在第二個例子，發生權利主體之問題。可是在兩個例子當中，那形成法律認識對象所謂權利主體義務主體的，其實都還不過是法規自身罷了，都還不過是法章表現在一定內容之關係上罷了。在這樣的意義上，我們不妨說自然人是一個法規的集合體，正確地說，拿同一人類各種行爲——無論是義務或是權利！來做內容的多種法規，他們的總和便是自然人了。至於造成統一之「個體化原則」原屬法律上第二義。不過把法規視爲統一之實體，把自然人視爲法律之一體，視爲一定範圍之「部分法制」（Teilrechtsordnung），藉此我們可以了解法律之範圍罷了。對照法規之全統系即「全部法制」（Totalrechtsordnung）

來說，自然人乃是其中多少之一部統系，一個相對——非絕對——獨立的部分法制。如果把權利主體認爲這個部分法制之主人，老板，認爲是享有該法制上所規定之權利與負擔其義務之主體，那顯然是這部分法制之人格化，而其實不過是表明這樣意義的一個術語，就是說，在這個部分法制之內，有權利與義務存在着罷了。一個判決確認某自然人之權利或義務的，正是在表明那法規內容——依着他們在法章中之地位——號爲權利或義務的，對於這部分法制之關係。所以權利主體不過是這些法規內容之共同關係點罷了。至於他們之具體形態，還要看他們與全部法制之關係如何而定，要看他們在全體法制中之地位如何而定。爲什麼要把權利主體解爲法規之統一的名稱，解爲法規內容之共同關係點？因爲不是這樣，則所謂「權利主體有權利，或人格有權利」的話，結果必至成爲「有權利的有權利」一句贅文了。可是如果我們說：「一個人類有權利義務」，這便含有完全不同的意義。在這裏「有」字係表明完全不同的關係。說一個人類有權利義務，就無異說人類行爲是法規的內容。至於人格之行爲却絕不會成爲法規內容的。只有人類行爲才能構成法規內容。而且只因爲以一個人類之行爲構成法規內容

，然後這內容才能統攝於一個統一的法規體系之下，然後所謂人格——即此法規體系之人格化——才能有權利與義務；所謂人類有權利的話，其實不過是說一個法律統系有牠的內容，一個法制有牠的內容罷了。正因為這樣，可見不是人格能够享有權利擔負義務，乃是人類能够享有權利擔負義務。因為如果說人格享有權利擔負義務，就無異說「權利享有權利，義務擔負義務」，質言之，就無異說「法規規定」罷了。人格與人類，兩個概念之相互關係，就是形式與內容之關係。（下略）

（四）法人 *Juristische Person*。

（A）法人是法規之人格化

所謂法人，牠的本質也一樣是法律認識之對象，一樣是法規之集合體，特別是規定多數人類在一定共同目的下相互間行爲的法規底集合體。牠正與所謂自然人一樣，都是部份法制之人格化。只因這裏構成法則本體的是多數人類之行爲，所以牠的法律擬制之性質較爲容易認識，而在自然人乃是把一個人類之多數個別行爲統一起來，所以法

律擬制之意味較爲晦暗罷了。其實那造成部份法制之相對的階段的統一與獨立（在全體法制之範圍內）以形成法人的，還不一樣是法律內容之標識麼？

規定兩個人類相互間行爲的契約，因牠在全部法制中之地位而取得法律的拘束力；牠已經就是一個够得上人格化的部分法制了。由這裏做起點，一直推上去，我們便遇着許多等級形形色色的部分法制部分團體，由合夥，公司，社團，組合，地方團體，以至全部法制，總團體：國家；如果在個別的國家法制之上還承認有國際法制存在，把各個國家法制都包容在牠裏面而作爲牠的部份法制的時候，我們更得到國家聯合（*Staaten-Verbindung*）及國際團體。不過要越過國家之外探究下去，這個路徑至今還是沒人走過，所以暫時只得假定國家爲法人行列中之最高階級，假定爲全部法制，假定爲統轄其他一切團體之總團體，質言之，就是主權者。而那一貫的部份法制，部份團體，結局合流到這全部法制，總團體裏面來的，也同時是一串的法人，所有這些大大小小的法人，一行列地排列着，而以「國家法人」，法律的總人格，爲其最高峯。在這一行列法人中，把自然人也安排進去，于是使這個行列以自然人爲起點，而以國家爲終點，把個人

人格 (Individual Person) 與國家人格 (Staats-Person)，質言之，即個人與國家同樣地看做法規集合體之人格化；必要這樣，然後藉法人的概念而假設的（法律的——譯者）統一，才能貫徹始終自圓其說；必要這樣，然後個人法人論乃得完成，所謂個人法人論，就是說個人在法律認識（即國家認識）之範圍內，也不過是以法人而出現，與一般團體——由契約團體至到國家——並沒有兩樣；而且必要這樣，然後個人與社會間不可解決之矛盾乃歸於消滅，然後個人與社會之關係乃得由二元論而入於一元論，由兩個逸不相關之體系變為同一體系中之內容的等差。

一般庸俗見解，不但把自然人與法人弄成本質的對立，而且把上述法人系統即所稱為法人的部份法制底系統扯成片段了。因為他們並不承認一切團體都具有法人之特質哩。譬如一般就把合夥與公司嚴格地區別起來，而只承認後者才是法人。其實這種區別，可謂對於人格化之本義簡直沒有深切的認識。所謂法人，原不過是總括的符號，一個輔助觀念，為使吾人容易了解起見，讓「法人」這個總括的符號把認識界的材料，即法規，綜括起來，統一起來，所以才用得着牠。這個符號原只是可以 (Person) 使

用的，並不是非使用不可 (EUS) 的。一個部份法制，牠的統一的關係，其實未嘗不可以從純粹抽象地來說明，並不一定要借助於人格化的詭譬。這思想的輔助工具，使複雜的內容得由簡括的術語（按指「人格」一語而言——譯者）而表出的，雖然牠的使用原是為複雜事情而設，不是為簡單事情而設的，可是在簡單的契約社會，換言之，即由簡單的契約而維持之具體的法律行為秩序，也未嘗不可以把牠人格化起來。在實際上人們正不少這樣做去，而讓契約替他主張權利。凡是大利之所在，人們便往往拿着契約的名義，把契約當作執行者，好像執行機關一樣，教牠替自己去要求利益。特別是契約內容如果係規定一種違反道德公道或仁愛的規範時候，這種假借契約名義的情形更屬司空見慣（註一），在威尼斯商事件，人們的見解，都以為那慘酷寡恩主張割人肉的，並不是 Shylock（註二）本人，而是契約。所以法規人格化之動機，實在隨處皆是。任

（註一）譯者按有時甚或「物」亦可假擬為人格而使其充當「替死鬼」之作用，使資產者或其他統治階級得以脫却其對他人損害之責任而圖其私利；如羅馬法之 *abandon noxae*（譯言捨棄損害）及現代法上財團。

（註二）一個貪利嗜殺的商人，在沙士比亞所作威尼斯商一書中所記載的——譯者。

何一個行爲，不教自然的行爲者自身負責，而——依據行爲者所作（註三）法制之規定——教那象徵法制之統一性的所謂法人，例如國家法人，去負責，於是那作法（註三）的人類，對於他自己的行爲遇有窒礙難行不合正義之處，都可以隨便卸責，而把自己的過失輕輕送到匿名的人格者肩上去，凡是人格化的法制而稱爲團體的，都做了自然行爲者的替死鬼了；甚至法制內容形態，只見有作法者（註三）自己在活動着，甚至法制之作，純爲行爲者之私，純爲作法（註三）機關之私利而起，然而表面上還說是法人之行爲——特別是法定的強制行爲統治行爲——命令，人們不說牠是直接行爲者之行爲，却認爲國家人格之行爲，這種做法，無非借國家人格之假面具，拿來掩飾以人類支配人類之怪劇，以人治人之反民主的反平等的醜態罷了。然而人們還自鳴得意地想着，我是爲國家所統治，不是爲同輩所統治，恍惚「國家」這個東西，不特是他們同輩藉以欺人之假面具，而且還

（註三）「作法」原文爲 *die Ordnung zu realisieren*。直譯爲實現秩序，或實現法制，其意兼指一般所謂「立法」與「執行」而言。因爲 *Kelsen* 不承認立法與執行在質的區別，而只認爲是同一本質之量的區別；他以爲立法與執行一樣是制作法律，創造秩序，不過其所作的法律有等級與範圍之不同罷了。——譯者。

成了這自鳴得意的被治者藉以自欺之假面具了。

(B) 法律團體(Rechtsgemeinschaft)之人格化

因爲「人格化」乃是法律認識的工具，我們既然可以隨意所便把牠拿來說明種種法規集合體，說明種種部分法制與總法制(全部法制)，那末要邏輯地分辨出甚麼法律團體(即構成法律團體之法制)才是法人，甚麼不是法人，甚麼是有人格，甚麼是沒有人格，終究是辦不到的。法律團體自身，本來就不是法人，根本就沒有甚麼法律人格(Personlichkeit)，不過可以借法人來說明牠罷了。然而拿團體來與人類比擬，到底是「擬不予倫」。有些人類，法律賦與他們人格，有些人類，却不給與——因爲有些人類在法律上是同野獸一般看待，並沒有人格的；同樣地有些團體，法律給與牠人格，有些也不給與。這樣一來，於是發生一個重大問題了。就是爲什麼有些團體會有人格？牠的特色在那裏？其實仔細一看，這個問題簡直是一個莫須有的問題。所謂法制賦與人類以人格，就是說人類之行爲以特殊方法構成法規之內容罷了；所謂法律僅僅對於一定的人類才賦與人格，就是說僅僅這特定的人類之行爲才足以構成法規的內容。

罷了。照這樣，可知法律只能賦與人類以人格，不能賦與團體以人格。因為只有具體人類之行為才會成爲法規之內容。如果法律條文規定團體或社團得以提起訴訟，其實不過是說，在這裏誰應該提起訴訟，誰有起訴之權，關於此點，法律自己不管，卻委託一個特別部分法制，一個團體去具體地決定牠，而所謂團體有起訴權之話，就是這個意思的簡寫罷了。因為出席到法庭去的，到底還是具體的人類，雖然他的意思表示被人視爲團體的行為，他的行為，根據團體法規，會教團體來替他負責任，然而團體自身究竟是不會出現于法庭的。人格本來係對於法制統一性之稱謂，所以明責任的，牠是不能爲法律所賦與，牠不過是法律認識上一個思惟工具罷了。團體和人類全不一樣，牠並不是與法律對立着，祇此一點，已可見法律是不能夠把法律人格的特質給與所謂法律團體了。法律團體並不是與法律對立着，而是站在法律之裏面。法律產生團體，法律却不能產生人類。所以團體與人類之比擬，究竟是不能吻合的。一般見解，以爲一方有法制存在，他方也有各種團體先天地存在，然後法律才後天地規範牠。這實在是錯誤的見解。實際上團體乃是先天地爲法律所創造，存于法制之內，而與法制爲

表 誤 勘 錄 附

同上	廿六	十六	同上	八	頁數
九	八	四	八	三	行數
十年之後才	條是	之政策畧	勞動憑	法律關係	誤
十餘年才	條文(法條)是	之策畧	勞動者憑	法律	正

五十一	卅九	卅一	三十	廿八	廿七	頁數
十一	一	十、七、八、	三、八、九、	三、四、	六、七、	行數
紙以	為立法	能致所致的	結論	廣義的前提	狹義的	法律
祇以	迴避之事實，且為立法	件」二字	應改為「要	「事實」二字		誤
						正

不可分離之共同存在的；離開法制便沒有團體，離開法制而求法律團體之實在性——學者們許多是正在追求這實在性的——這在我們的認識界真是不可思議的，換一句話說，團體之超法律的實在是根本上沒有的。這問題正是我們討論法律與國家間關係的時候所提及的同一問題。法制之作用，並不在於賦與法律團體以人格，而在于製造團體，法律先把團體製造好了，然後法律認識才把牠人格化起來。（下略）

同著者
新著
法學緒論

- (續封面裏頁) (28) 法律要件之內容與法律要件間具體聯繫之情況 (29) 不法事實 (30) 法律效果
- (31) 法律要件間具體聯繫之情況 (32) 法律之一般的内容與法律之一般的形式 第三節義務權利利益責任
- (33) 庸俗的法律內容論 (34) 關於權利本質之舊學說 (35) 新學說與吾人之見解 (36) 權利義務與法律之關係 (37) 義務與責任 第四章法律之形式第一節制定法與非制定法 (38) 法律之形式與法源 (39) 由法律生成過程所發見之形式 (40) 制定法 (41) 非制定法——習慣法——判例法——法理 (42) 法律之適用之順序
- 第二節公法私法社會法 (43) 公法對立論 (44) 社會法與個人法 (45) 社會法之另一意義 (46) 公法私法統一論 (47) 公法私法之區分是歷史的範疇非哲學的範疇 第三節法律之其他形式 (48) 強行法與任意法
- (49) 實體法與程序法 (50) 普通法與物別法 (51) 固有法與繼受法第五章法律之效力 第一節概說 (52) 效力之意義 (53) 效力與實效——法律程序之強制性與實效性 (54) 法律效力產生之原則 (55) 效力之範圍
- 第二節關於人與地之效力 (56) 屬人主義與屬地主義 (57) 折衷主義 第三節關於時之效力 (58) 施行日期 (59) 有效期間之新法廢止舊法之原則 (60) 不溯既往之原則 第六章法律之制定與執行 第七章法律之進化 第八章法律之統系 第一節民法刑法行政法三大系 第二節民法與共同一性質諸法——商事法工廠土地法等 第三節刑法及特別刑法 第四節前提法——程序法 (民刑訴訟法) 憲法國際公法國際私法 第九章法學及法學通論

中國商業登記法論

同 著 者 新 著

商業登記法制定以來，十餘年來未有專書出版。是書為著者在公私各大學多年講稿：內容豐富，議論精當。著者留學德法等國，曾任最高法院民庭推事，歷在公私立大學教授民商法二十餘年，夙稱民法學權威學者。是書不特博徵東西學說，且就有關司法判解詳為引述，並加以批判；旁及與商業登記法有關現行各種行政法令，比附說明。實為目前全國唯一之商業登記法讀本與參考書籍。未附本法條文及營業稅法及施行細則營利事業及自由職業者之業務申請登記規則條文，尤便法

國父說：——

「我們講大亞洲主義，以王道為基礎是為打不平。美國學者對於一切民族解放的運動視為文化的「反叛」。所以我們現在所提出來打不平的文化，是「反叛霸道的文化」，是求一切民衆和平等解放的文化」。（神戶女高講演）

這是 國父說明文化之矛盾統一之性質底根本原則；他指出「反叛霸道」是王道文化之本質。法律是全體文化之一面。如果文化本質係建立於矛盾統一法則之上，則「正負法」的原則當然係包涵於文化之矛盾統一性之中。所以正負法論應係「反叛霸道的文化論」必然之結論。

正負法論

三十七年一月訂正再版

三〇〇一—五〇〇〇

有著作權



不得翻印

著作人 高 承 元

廣州東華東路均益路七號

發行處高承元律師事務所

