

吳經熊  
華懋生  
編輯

上海法學編譯社編  
會文堂新記書局發行

法  
學  
文  
選

下  
冊

法  
學  
文  
選

中華民國二十四年五月出版

版權  
所有

總發行所  
分發行所

編輯人  
發行人  
印刷所

上海  
北平  
漢口  
廣州  
長沙  
河南  
馬路  
三首  
北通  
琉璃  
交漢  
永陽  
南陽  
北街

法學文選

全書  
二冊

定價大洋三元六角

外埠  
加郵費

吳懋經  
上海法學編譯社  
熊生

徐寶魯  
上海河南路三二五號

會文堂新記書局  
上海河南路三二五號

會文堂新記書局

會文堂新記書局

# 戰時國際法上之繼續航程原則

The Doctrine of Continuous Voyage

緒論

陸鼎揆

在昔戰術簡單國際間之交通未發達時代，兩國以上戰爭之結果，不過影響於交戰國之人民，其對於第三國民所發生之影響，固亦甚微。降及近世，國際間交通既日以發達，於是經濟上之關係，亦隨之密切，任何國家，必須有所仰賴於國外而給用者；故戰爭一起，而國際金融與貿易必立受其影響，交戰國則亦欲相互斷絕其敵國與他國之往來，以實行其坐困之計；由是而第三國民之貿易權利，遂因之發生問題焉。交戰國對於中立國民之貿易方面，以遏絕敵國之接濟，故得設種種之禁令，其干涉之範圍殊為廣闊；其最普通者，則為禁止其以戰爭用品供給敵國，其對於中立國之船隻，則有臨檢搜索捕拿諸權，此之謂交戰國之權利。雖然，此種干涉行為，在交戰國方面為權利，而在中立國民權利方面，則為一種束縛；使交戰國此種權利而漫無限制，則中立國民之貿易權交通權，將受莫大之障礙焉。彼中立國民對於交戰國方面，既皆立於旁觀地位，原不應負有何種義務；故破壞封鎖港岸販運戰品等行為，在國際法上不認為一種犯罪行為；惟對於交戰國，則因是有助敵之嫌，得而出而取締之。此種交戰國之自衛權利，既與中立國民之權利立於衝突之地位，故為顧全兩方面之利害起見，不能不有一定之限度。所謂限度者，約而言之，可分為兩端：其一為貨品種類之限制；即交戰國對於某種貨品事

戰時國際法上之繼續航程原則

三八五



前曾宣告爲絕對戰用品或相對戰用品，而經中立國政府明認或默認者，方能有沒收之權，其二爲航程方面之限制；即交戰國對於中立國船隻，必須其航程確有破壞封港之舉動，或其所載貨品列於戰品，或船客有敵國之現役軍人，其航程之目的地或經過地，確係敵國海岸，方有捕拿及沒收之權。交戰國於此以外，不得干涉中立船隻，或其載貨；中立國人亦除此以外，對於交戰國不負何種責任焉。雖然，當戰爭之時，中立國人民往往利交戰國內需求之孔急，市價之驟高，輒趨之而若鶩，故或則冒險以赴之，或繞道以避之，而交戰國則爲自衛起見，亦深又周內，務使巧者不以詭道而獲免；由是而戰時海上法每因一次戰爭，而隨之發生一種變動，繼續航程原則之發生亦其一也。

### 一 繼續航程之意義及其由來

國際法原則，凡中立人民輸送絕對戰品於敵國，或相對戰品於敵國之政府或軍隊者，交戰國方得視爲破壞中立行爲，而沒收之；其輸送目的地，爲中立國者，則交戰國不得加何干涉。特是貨物之輸送方法，原不必藉一種工具，或向一條航程而赴之，彼中立國之貿易商，爲避免此戰時法之束縛起見，固可以先將某種貨品輸送於鄰近交戰國之中立港岸，然後或改換船隻，或改由陸程，送至最後之目的地，而其對於另一方之交戰國，若遇留難，則彼固可以航程之非向敵國自解也。交戰國知其欲藉是以逃戰時法之束縛，於是不得不變更所謂航程與目的地範圍之解釋，而創所謂繼續航程之原則，以對付此種規避行爲。繼續航程者，謂某船隻之載貨輸送目的

地原係甲港，而因甲港爲敵港或封鎖區域。於是先將此貨送至一中立港岸，然後再由此中立港岸用他船，或他輸送法輸送至甲港，以避却交戰國之干涉。英美派之國際法認此分段式之航，船爲一整個航程，其第二段之航程，卽爲第一段之繼續航程。

此原則之由來，學者皆謂出自英之裁判官司都惠爾貴族 Lord Stowell (卽 William Scott) 之判決。司都惠爾爲美之捕獲審判官，適在十八九世紀之交，其時拿破崙方思奪英人在海上之霸權，英法之海戰歷五十餘年而不息。司氏居於其位，其判牘之影響於後來國際法者不少。其 *Enrica* 案件之判決，實爲繼續航程原則之嚆矢。在十八世紀時代，歐洲諸國之有海外殖民地者，類皆各自壟斷其母國與殖民地間之航行權與貿易權，而拒絕外國人之參加；及英法戰爭既起，英海軍密布於大西洋方面，法之殖民地交通，完全割絕，法人乃以此種貿易權對其友邦之荷蘭人與以開放，而於荷蘭以外之中立人民，依舊閉拒，英政府於是對於荷蘭商船之往來於法境及法殖民地者，亦加以捕拿；其理由爲荷蘭商船，雖爲中立船，而其從事於此等之航路，享他國人民所不能享之特權，則事實上已變爲法蘭西所使用之船隻，故英政府必須以仇敵行爲視之。自此以後，遂有所謂一七五六年戰役原則 (註一) 者出現，此原則不特禁止敵國船隻之往來於其母國及殖民地，並禁止中立國船隻之往來於此等航程。司都惠爾貴族於 *Immanuel* (註二) 案件判決中，曾切實聲明此原則成立之理由。自此原則宣布以後，而中立國人民之殖民地貿易受一極大之束縛。於是中立國政府之抗議紛起，英政府不得已遂於一

七九四年，由英王發布一命令，規定惟限於中立船隻之自法屬西印度殖民地載其貨品而直運至歐洲海岸者，始在禁止之列。其對於由歐洲向此等殖民地之航程，或由殖民地至北美之航程，則不贊一辭。蓋較之一七五六年原則，已放鬆一步。及一七九八年又以英王名義，發表一命令，規定中立船隻之航程，由法蘭西西班牙荷蘭諸國之殖民地而往歐洲口岸者，得捕拿之。惟其終止點為英國口岸；或該中立船隻本國口岸，則置不問。此命令之效力，則固已承認中立人民得由敵國殖民地載貨至英國或其本國口岸，特同時所謂一七五六年原則之精神，却仍為英國法庭所堅持勿懈焉。中立國商人，是時豔羨殖民地與母國貿易之坐獲厚利，於是更欲利用一七九八年命令，以避免一七五六年戰役原則之束縛。彼輩乃先以殖民地產品運至其本國海岸，然後再由其地輸送至交戰國之口岸，其間最易從事於此種貿易者，即為美國商人。

英之創立一七五六年原則，原欲藉以斷絕敵國之接濟；而經中立商人如此巧避以後，敵國之供給方面，並不受英政府命令之影響。英之禁令幾同虛設，英政府為切實厲行其本來之政策起見，不得不對於其一七九四一七九八等命令，下嚴格之解釋，謂一七九四一七九八命令之輸送目的地者，指真實的目的地言，而不能用以包括疑似的 *Colorable* 目的；地特商人掩飾之方法既極周密，英之軍艦在海上遇見此等中立船隻，欲確定其貨品之目的地果係何地，殊為難事。故此等繞道規避之方法，最初並未為英之海軍所窺破。直至十八世紀末葉，有一美國商船自古巴載糖至查爾斯塘，為一英軍艦所遇見，及搜索之後，知其赴中立港岸，因即任其駛行；不意

此商船之真目的地，實爲一歐洲口岸，故駛抵查爾斯塘數日，即復向歐洲方面開駛，取得該處官廳之允許證以後，不幸中途又遇英艦搜索，而此艦卽爲未抵查爾斯塘時所遇之艦，於是此商船之繞道規避之真情，遂以察出。英軍艦遂捕之赴英，經捕獲裁判所判決，謂其實際與一七五六年之禁令觸犯，而沒收之。（註三）惟確定所謂繼續航程者，實始自 *Maria*（註四）案件，司都惠爾貴族之判決中，謂僅僅停留於一中立港岸，而其船貨並不真實運至其地，而與其他之貨混而爲一，則不能有新航程之可言。如此船仍以原有船貨運至他處，則應自至最初之開行地至最終之目的地，認爲一整個之航程，其第二節之航程，不過爲一種繼續之航程，而不能以另一新航程作論。

自是以後，而所謂繼續航程原則，乃確立於海洋派之國際公法中矣。

雖然，航程之是否爲繼續或非繼續，固不如吾儕理想中之簡單也。一船隻中所載之貨，不必爲一種之貨品，其貨品之目的地，又不必相同；此船貨之輸送目的地爲甲港，彼船貨之輸送目的地又爲乙港，如是而欲偵查其某貨品之真目的地，因實甚難；若僅據其送貨單船照上之記載，而斷定之乎，則商人巧避方法，層出不窮，往往有記載簿上註明送至中立港某商人，而送到以後，可以啓運上陸，報關納稅，經各種手續，仍再交原船輸送至敵港，或送交敵國政府者；或上陸以後，由他途運送入敵境者；若不以船冊之記載爲憑證，而單就其貨品之性質，而懸擬其真目的地爲某港某地乎，則是中立商人之貿易權利，盡懸於交戰國法庭之手，其對於中立商人之損失，

不其甚重。英之法庭，爲調和此種困難起見，確定此原則可以引用之範圍，規定凡中立船隻，其貨物之輸送地，確實爲中立港者，雖其第二段之航程係赴敵港，此原則亦不能適用，或此種貨品之一小部份，仍爲原船帶至敵港，亦置不問。質言之，某貨之輸送地，一視其實際的所赴之市場爲標準。而所謂實際的輸送目的地，則當假定爲船冊上所記載之輸送地，必有他種證據，能證明記載之非真，然後可以使船商或貨商負反證之責任；而最初之舉證責任，則在拿捕此船隻之交戰國。

尚有一端，即最初適用此原則之時，交戰國之捕拿權，只能行使於第二段之航程中，而不能行使於第一段航程中。換言之，即只能行使於從疑似的中立港岸赴最後的真實的敵港岸時，而不能於未達疑似的港岸即加以捕拿也。此種限制，亦即爲最初之原則，與後來原則適用異同之點也。

## 二 南北戰爭時代之繼續航程原則

繼續航程原則，自十九世紀初葉經英之捕獲法庭創始以來，歷五十餘年，至南北美戰爭而後，此原則乃始確立於海洋派國際法中

南北美戰爭以前，歐洲諸國中，亦偶或有引用此原則者。當克里米戰爭時，有哈拿凡邦之船隻，名 *Yarrow Howina* (註五) 曾圖繞道運硝石至俄，中途爲法艦所捕，巴黎最高捕獲法庭，援用同一原則而判決其沒收。特此原則之通行，實至南北美戰爭乃始顯著於國際界。

當南北戰爭之役，合衆國政府爲禁止運輸戰品至南邦起見，宣告南邦各港岸，爲封鎖區域。歐洲商人貪運貨至南邦之厚利，於是先以貨品運至南美中立國港岸，如奈沙 *Nassau* 梅太馬拉 *Matamoros* 諸地，然後再由是地，或改用陸運，或改裝小舟，轉運入南邦貿易。於是昔之北美南方沿海貿易，今皆移至奈沙諸港口。其外國貿易增加之量，幾與利物浦紐約相頡頏，而聯邦政府封港之舉，有同虛設。聯邦政府爲杜絕此類偷漏，故於是命令其海軍艦隊，對於巡邏洋面所遇之中立國船隻，如能搜出相當證據，證明其確係載運戰用品至敵國，不問其直接運至敵港，或間接換船運至敵地，及直接或間接破壞封鎖區域者，皆得捕拿之。惟善意的往來於中立港岸，而並不載有戰用品者，則置弗問。

自此命令頒行以後，中立船隻之希圖繞道運貨入封鎖區域或敵地者，皆遭聯邦軍艦之捕拿。聯邦法庭於判決貨品及船隻沒收之際，引證司都惠爾貴族之繼續航程原則爲其先例，用以證明此類之捕拿及沒收，實爲國際法上所允許；而實際上聯邦法庭所適用之繼續航程原則，與英國最初所規定者，固大有異同焉。司都惠爾之原則創立之始，其適用之範圍，祇限於自始至終之航程，用同一船隻從一港岸而往表面的中立港口，再由此而往真實的敵港，或由此交與敵政府或軍隊者，（相對戰用品）交戰國乃始得而干涉之。其犯罪之種類，只限於輸送戰用品，而不及於破壞封鎖區域。其在南北戰爭之役者，美聯邦法庭判決，則不問其一個繼續航程中，是否爲一船隻之單獨行爲，抑數個船隻之聯合行爲，皆視爲犯繼續航程之嫌，而取締之。其犯罪之種類，不限於輸

運戰用品，並可以為破壞封鎖區域，此繼續航程原則定義方面，不同之處也。不寧惟是，當此原則發生之始，交戰國之捕拿權，只能行使於最後一段航程之中（即赴敵港之航程），而南北戰爭時代美之艦隊，既不能破壞南美諸國之中立，而入其領海捕此類船隻，故其捕拿，皆行之於未抵中立沿岸之先，其證據需要之範圍，又不如最初適用於英國之嚴格的，此原則適用方面廣狹之不同者也。總之，自經南北戰爭時代，聯邦法庭許多判決之結果，而繼續原則在國際法上之地位，蓋發生不少之變更也。

聯邦法庭最初適用繼續航程原則之判決，為杜爾芬號 *Dolphin* 事件。（註六）此船之航程，依其自己之供述，為從利物浦至奈沙。惟法庭根據自船中搜獲之證據，斷定其載貨，並非運至奈沙，而更將在奈沙加載他貨，駛入封鎖港域，法庭以為駛向封鎖港域之行爲，如明知有封鎖事情，而有意破壞之者，則不必待封鎖實際破壞，而交戰國即可行使其捕拿權。

此判決中引繼續航程原則曰：一個連續的航程，因其中途停泊於各口岸，而分爲數段的航程時，固足以欺瞞交戰國之軍艦或法庭，使其難於決定何者果爲其心目中之航程的終點。但設使事實上確爲一整個的航程，則不能因其中途停頓而即認爲幾個不連的航程；亦決不容一整個的航程原來爲犯法的，而因其分爲數段即可以認爲合法的；法庭惟有就事實判斷，不能依一種假定而定曲直云。

第二次判決爲珠號 *The Pearl*（註七）事件。此船係在未抵奈沙前所捕獲，法庭認爲有破壞封鎖嫌疑，

判決沒收之，其船貨因係屬於船主，亦同時沒收。

此外可注意者，爲蒲末道號判決。（註八）Bermuda 此案件之事實，較爲複雜，而其最重要者，則爲依法庭之意見，此船抵奈沙以後，將悉拆卸其船中之戰用品及軍器，改裝一小舟先鋒號至敵境，於是此船及其載貨悉爲聯邦沒收。判決中對於航程終點之法律上關係，下明晰之解釋曰：如一件交易爲一船隻單獨行之而犯罪時，則此交易不能因多數船隻聯合爲之，而卽認以爲正當，致使同一原則無從適用，船主之擔負犯罪責任與否，全視其行爲之善意與惡意而分判。如全段中一段之航程，爲合法行爲，而船主亦以善意出之，則不論其他各段爲非法，而船主亦不負何種責任。如或船主明知此全段之航程爲某所，而駛行此全段中之一段者，則不論何段，如爲犯法行爲時，其他各段，皆應受同樣之處分。蓋連續的航程，Successive Voyage 因一個計劃一個目的而連成之者，當然宜視爲一複式的單位。譬如鍊然，其分段之航程猶之其中之環，其對於全體之重要，固相等而已。

又有史蒂芬哈脫號判決（註九）The Stephen Hart 與蒲末道相類。

其後又有所謂關於梅太馬拉港事件者。梅太馬拉爲墨西哥之一海口，由此上陸，或從內河北行，可以直達南邦，其第一船因赴梅港而遭捕拿者，爲彼得霍甫 Peterhoff（註十）及法庭開審以後，於是發生問題；即此種航程，如其貨物之目的地爲敵境，而第一段航程完結以後，須用陸運方能運到者，是否亦能適用繼續航程原則而懲罰之。聯邦初級法庭認以爲可以適用而沒收其船貨，惟聯邦最高法庭否決其判決，以爲繼續航程適用之



範圍，至少必須數段航程中之一段，為破壞封鎖行爲；今梅港既爲一中立口岸，則固並非破壞封鎖，由梅港而往南邦之交通，又原非聯邦所可得而禁止，因之無論如何，赴往梅港之船，無從加以干涉；而繼續航程，於此固已不能成立。繼此而起者，又奔潮號 *Dashing Wave* 伏浪號 *Volant* 科學號 *Science* 皆包括梅港事件中，而獲有同樣之結果。

於此判決之外，其最惹世人注意之判決，則爲羚羊號 *Springbok* (註十一) 案件。此船之主人爲英國商人，自倫敦開至奈沙之途中，爲美國軍艦所捕獲，其載貨之小部份爲戰用品，惟其運貨單內，並不註明收貨人之姓名，而其貨件包裹之外面，又大都不註明何物。法庭預審之結果，認以爲其運貨手續之種種含糊不明，實爲有意避免交戰國之偵查，致顯露其不法行爲之真相，而其真實的目的地之爲封鎖港岸，又係無可諱之事實；此等情形，既爲貨主預定之計劃，則縱使至奈沙後，改裝他船，亦應視爲單個之航程，而使其受沒收之懲罰。惟其船隻，則因未能證明船主實係同謀，故判決釋放。此判決發表以後，倫敦之送貨商人，因此受損失者，羣起要求政府提出抗議。以爲送貨單之註載，及貨物之表明，凡羚羊號判決之視爲嫌疑形跡者，實係貿易上習慣之辦法，其目的地既明明爲奈沙，則萬不能視爲破壞封鎖之舉動；惟首相羅素貴族，拒絕商人之請求。以爲英國商人之行爲，實有自取其咎之道，聯邦法庭之判決，未爲不當，政府無從抗議。(註十二) 蓋英國自身既爲海權國家，其政策原來偏重於擴張交戰國海上權力，一旦有事，彼固可以藉此以壓迫敵國之海上交通；此其所以不得不默認美國法庭

之判決，以爲自身留後來之地步者也。（參看後文德艦事件）

南北戰爭時代之繼續航程原則，其適用方面之變更與擴大，可得而約舉之者，蓋有數端：

凡戰用品不問爲相對或絕對的，苟係運輸至敵地者，其航程不問爲直綫或繞道，皆得逮捕之。

其航程方面之繼續性，不問係同一船隻，或數船聯接運輸，或水陸聯運，皆無分別。

其捕拿之施行，不限於自中立港至敵地之一段；苟商船確係運貨至敵國，則雖駛往中立港之時，即可加以捕拿。

商船以繼續航程方法，希圖往敵港而犯罪者，不必定載有戰用品，即單純破壞封鎖，亦已對於交戰國犯破壞中立之罪，而可以施以懲罰。

船貨如載往中立港岸，而銷售於此處市場，因意外而又轉輾流入於敵手者，不以繼續航程論，蓋繼續航程原則，所過問者，爲最終之運輸地，而非最終之消費地。Ultimate destination not Ultimate Consumption

航程之終點果爲何地，法庭得依據各方情形而自由判定之，而以反證責任加之被告。

南北戰爭時代所適用之繼續航程原則，世之公法學者，頗有認以爲與同都惠爾所設立原則，大有異同者。

阿本海氏 *L. Oppenheim* 以爲真正的繼續航程，只可行之於同一船隻，若多數船隻實行聯接運輸之時，不當認以爲繼續航程，而當名之爲繼續運輸。Continuous Transports。南北戰爭時代之所謂繼續航程，大都皆

繼續運輸而已。(註十三)

對於聯邦法庭之判決，最不满意者，則為霍爾。Hall 霍爾以為英國法庭對於此等案件，苟非證據確鑿，毫無疑義，決不輕易沒收中立商人之貨物；而其捕拿亦必須自離中立口岸，而逕往敵港時方施行之，若美國法庭，則不但適用此原則於載運戰品至敵地，抑且適用之於僅僅破壞封鎖，其捕拿之施行，皆於其往來中立港岸之時，其懲罰之加於中立商人，不必以其實在之行為，而祇根據於其有傾向於此程行為之意思底嫌疑。由是觀之，英美所適用之原則，事實上固毫無相同之點可言者也。美國法庭適用之原則，在美國以外，舉世無不攻擊之。不寧惟是，即當時美法庭之裁判官，若 Nelson，亦自認為不過一種感情方面之主使而已。(註十四)

其次為韋斯萊克 John Westlake 韋氏以為南北戰爭時代之關係於繼續航程性質之案件，往往與破壞封鎖相提並論。而實際上此原則，實無從適用於破壞封鎖行為；蓋破壞封鎖行為之構成，完全視其會否與禁止往來之區域內有何交通，而不向其會否以何禁止貨品輸入此區域也。換言之，此種犯罪行為，完全係船隻方面之問題，而非此船隻內之船貨問題也。果使此船隻而僅赴中立港岸為止，則決無破壞封鎖之可言；固不能以其船中所載之貨，後來將輸入敵地，而執以為其船之罪也。美之判決，則固未嘗於此等處加以何種之辯別者也。(註十五)

費立瑪 Hillimore 以為美判決之引用此原則，其中頗多獨到之點；而且實與最初美國法庭之原則相

合，惟其併載運戰品與破壞封鎖爲一談，費氏極端反對之。費氏尤不滿意於羚羊號之判決理由。（註十六）

其他著名之公法學者，亦皆持反對論調。一八八二年國際法學會，集會於章司勃登 Wiesbaden 之時，海

上法委員會全體委員，安茲 Arntz、阿沙 Asser、蒲梅林格 Bulmering、辯司腦 Gessner、霍爾 Hall、頓馬特

De Martens、拜蘭黨尼 Pirantoni、萊諾爾 Renault、洛林 Rolin、推士 Twiss 共同發表意見，以爲聯邦法庭

對於羚羊號之判決，實完全與海上法自來公認的原則相反；依海上法素來之規則，凡中立商人之貨物，裝載於掛中立國旗之船隻，往來於中立國海岸者，決不能受交戰國之干涉，而遭捕拿與沒收之處分。若聯邦法庭之判決，實可爲啓海上法未有之先例，依其主旨，對於無論何類中立國財產，不必確實證明其船與貨實係往敵地，而祇須有運抵中立港後，將再輸運至敵港或運入封鎖區域之嫌疑，而交戰國即可加以沒收之處分，推其極，將使凡中立船隻之往來中立港岸者皆有，破壞封鎖之嫌疑而勢，不得不委其運命於交戰國之掌中者也。（註十七）

### 三 南北戰爭以後之發展及海牙和會之公約

繼續航程原則，自南北美戰爭以後，經聯邦法庭屢次之適用，乃始確立於國際法學中。一般學者對於聯邦法庭之過度的適用，固多反對之；特對於此原則本身，則無不承認其有存在之價值。如辯司腦以爲船隻目的地之重要，遠不如所載貨品目的地之甚。伯倫知理對於貨船之往來兩中立港間，而其船貨目的地則爲敵地者，贊成聯邦法庭懲罰之判決。克林 Klein 亦反對因船隻之目的地爲中立地，而貨品亦應視爲中立性之主張；以爲

如貨物之目的地實係敵境，則自其裝載之始，即應以戰用品視之。富埃勒 *Flore* 雖反對英美法庭所適用之原則；惟對於貨物之確係赴敵境而成爲戰用品者，亦主張以載戰品船隻待遇此類假冒往來中立地之船隻而得捕拿之。彭飛史 *Bonfils* 之主張與伯倫知理相同；以爲此原則，可以適用於載運戰用品，而不應適用於破壞封鎖。註十八）一千八百九十五年，巴黎之國際法學會，對於此原則，通過一議案如下（註十九）

*La destination pour l'ennemi est presu'me lorsque le transport va à l'un de ses ports, ou à un port neutre qui, départes des preuves évidentes et de fait incontestable, n'est qu'une étape pour l'ennemi, but final de la même opération Commerciale.*

如商船係駛往敵國之海岸，或雖係駛往中立國海岸，而依其不可否認之證據，非僅將停歇於敵港，而且視此海岸爲其最後之貿易地者，則其最後之目的地，應視以爲敵境。

由是觀之，大陸派之學者，蓋已完全贊同聯邦法庭對於戰用品所適用之繼續航程原則，且亦承認戰用品之運輸固有繞道或間接之可能者也。

同時大陸諸國，亦都有援用此原則者，如一千八百六十四年之普魯士海戰法規中，規定戰用品運輸行爲之構成，可以依其船隻之終止點或貨物之目的地而確定，由而施行捕獲權。瑞典國之海戰法規亦與之相同。（註二十）此外大陸法庭之援用此原則而判決者，則有意大利捕獲法庭判決之杜爾惠克 *Doalwick* 案件。（註一

十一)一千八百九十五年，意大利與阿比西尼亞 Abyssinia 方有戰爭，意政府宣告愛來史賴 Erythrae 及其附近爲戰事區域；是時有一掛荷蘭國旗之船杜爾惠克號，由亞姆斯坦特滿裝軍用品駛往歐洲之卡賴奇地方，船抵紅海口之賽特 Said 港時，船主以接船公司之命令，改向地蒲梯 Djibouti 行駛，（在法屬沙瑪拉與亞比西尼接近）中途爲意艦所搜索，以其半途改程，且係駛往亞境附近，遂爲所捕。意之捕獲裁判委員會宣判，謂其船隻之目的地爲地蒲梯，而地蒲梯地方，當時既無需用多量軍械之必要，則其必係運至該地後，轉運至亞比西尼亞境無疑。意大利海戰法規言敵境而不言敵港，明示運輸戰用品行爲之構成，不必運輸之船隻之實往敵港，凡此等船隻，雖不往敵港，而其貨品係輸入敵國者，皆可以運輸戰用品行爲論。況亞比西尼原無海口，戰用品之輸入，萬不能直達，故該船隻之往地蒲梯，其運輸戰用品行爲，確已成立云云。此判決蓋援用繼續航程，（阿氏所稱之繼續運輸）原則無疑也。

自是以後，對於繼續航程原則，國際間曾惹起重大之交涉者，則爲南非戰爭之三德艦事件。當一千九百年，英吉利方有事於南非之杜蘭斯哇共和國，杜境位在南非內部，無海口，其與歐洲交通，皆必假道於四周之鄰境，英政府既無從宣告其封鎖，於是對於船艦之往來於其鄰近海港者，稽查甚嚴，以防戰用品或戰鬪員之間接運入。因是而德艦之往來，南非者，以嫌疑數爲其軍所捕。而其中惹起德人之激昂爭之最烈者，則爲奔司拉（譯言聯邦議會）Bundesrath 號。（註二十二）此船由德屬之愛頓駛往第拉開海灣，中途經英軍艦截獲，以其載

有疑似之戰鬪員數人，將赴往布哇參加戰役，遂爲英艦捕拿而送至杜彭（Durham）是地之德領事，立即提起抗議，以爲該船既未裝載戰用品，則英政府無逮捕之理由。未幾，柏林直接以此事與倫敦交涉，否認奔司拉之可以交捕獲法庭受理；其理由爲中立船隻之得受干涉者，惟有爲裝載戰用品而輸入敵國之時，杜蘭斯哇既爲無海口之國，則不論奔司拉號之船貨爲何種物品，既無從載至該地，則決不能構成對英之仇敵行爲。文中並舉英之對於羚羊號之異議，及一千八百六十六年英政府所頒定之海戰法規皆援用此例。（按英國海戰法規第七十六則，凡船隻之出發地，經過停留地，及終止地，皆爲中立口岸者，則該船隻之目的地，應視爲中立。又凡船隻之目的地爲中立口岸者，雖其船貨有從此地轉運往敵境之嫌疑者，仍應視爲運往中立地之貨物。）繼而柏林政府，審知奔司拉號並無載運戰用品性質之貨物，於是再申抗議，以爲不論奔司拉號未載戰用品，即載有是類貨物，英政府亦不應干涉往來於中立港岸之中立船隻，英政府如欲防止間接輸入之弊，儘可壓迫葡政府取締貨品之經由其屬地而入杜蘭斯哇。英政府覆牒，謂英國政府對於羚羊號，雖經其商人之申請，而從未向美國有何異議；至於海戰法規之條文，不過極簡單之普通條例，對於布蘭斯哇國境之特殊情形，當然不能一律適用，使中立船隻之目的地，雖爲中立海岸，而其戰用品性質之貨品，果係輸送入敵境，或交付於駐在中立海岸之敵國代理商者，自應以載運戰用品一律處置。牒文更引證德之公法學者伯倫知理之意見，謂船隻或貨品之往中立海港，更欲由此而赴敵境者，應以戰用品論，而交戰國得沒收之。（註二十三）最後謂奔司拉案件之前途，非待英法庭

審查其是否載有戰用品及此類貨品是否果往杜蘭斯哇，英政府不能答覆云。是時復有他二艦，亦爲英海軍逮捕至杜彭。其一爲將軍號。General 1 爲哈屬喀號，Herzog 將軍號載有軍械運往蒙勃沙，又糧食貨品運至第落閣；Delagea 惟因其係交付中立商人，故立即釋放。哈屬喀號則載有大宗食品，送往敵國代理商，惟倫敦海軍部訓令杜彭海軍司令，謂苟非查出載有軍械或載有食品，而且確係供給敵國政府及軍隊者，此船應立即釋放。於是哈屬喀亦立即爲杜彭英海軍所釋。而奔司拉號，法庭亦以查無仇敵行爲，旋即宣告釋放。（是時德人對英政府逮捕德艦事件，憤怒之極，恫嚇之辭，甚囂塵上，故英政府取寬大政策，以消德人之惡感。）於是此漫天雲霧之德艦事件，遂告終了。特英之主張適用繼續航程原則，固躍然於紙上也。

至一千九百零七年，列強以編訂海戰法規條約事件，開會議於倫敦。當時曾提出繼續航程原則問題於會議席上，英吉利，合衆國，俄羅斯，法蘭西，意大利，日本皆贊成此原則之適用；惟德意志與大利極力反對之。而德因南非戰爭中立之艦事件反對尤力。最後經兩方許多之磋商，乃由會中提一爲調協之辦法，即對於絕對戰用品，則繼續航程原則應聽其適用，而對於相對戰用品則不許適用。惟於此尚有一例外，則爲交戰國如係無海口之國時，則此原則對於二者，皆可適用也。倫敦宣言之第三十條曰：

Absolute contraband is liable to capture if it is shown to be destined to territory belonging to or occupied by the enemy or to the armed forces of the enemy. It is immaterial whether



her the carriage of the goods is direct or entails transhipment or a subsequent transport by land (Article 30, Declaration of London)

凡絕對戰用品，顯係運往敵境或敵之佔領地，或敵之軍隊者，皆得捕拿之。其運輸方法，不論係由一船雙直接運往，或中途換裝他船轉運，或中途改由陸路運輸，皆無區別。

其下二條，則關於確定航程之證據方法。（原文從略）

### 第三十一條：

凡有下列情形者，應視其目的地為敵國：

(一) 船貨單載明係在敵國海口交付者，或交付與敵之軍隊者。

(二) 船隻之駛往地係敵國口岸，或中途須停泊於敵口岸，或雖係往中立口岸，而未抵該地之先，將與敵之軍隊（指軍艦等言）相遇，而以此等戰用品交付之者。

### 第三十二條：

凡船隻載有絕對戰用品時，其航程之方向，應以其船照所載為惟一證據。惟如其實在航程與其船照所載者不符，而該船又不能申明其改程之理由，時則不在此限。

其第三十五條關於相對戰用品之規定如下：

Conditional contraband is not liable to capture except when found on board a vessel bound for territory belonging to or occupied by the enemy or for the armed forces of the enemy and when it is not to be discharged in an intervening neutral port.

相對戰用品，非載在船內，而此船係駛往敵境或敵之占領地，或往敵之軍隊，同時此等貨物，又並不將在中途經過之中立口岸起卸者，不得加以捕拿。

同條係關於斷定航程之證據方法，規定如下：

關於船隻之航程及貨品之卸貨口，岸應以其船照所載為惟一證據。惟如其實在航程與其船照所載者不符，而該船又不能申明其改程之由時，則不在此限。

第三十六條，則為對於前條之但書：

Notwithstanding the provisions of Article 35, Conditional contraband, if shown to have the destination referred to in Article 33, is liable to capture in cases where the enemy country has no seaboard.

相對戰用品，雖有前條之規定，惟如有第三十三條所述之情形，而敵國又係無海口者，仍得捕拿之。（按第三十三條，規定相對戰用品如係運往交與敵之軍隊者，或敵國政府機關者，得捕拿之。）

戰時國際法上之繼續航程原則

倫敦宣言之本旨，原欲確定一種國際上通用之海戰法規，以為海牙和會條約中，所提議設立之國際捕獲法庭判決之依據。不幸此宣言，雖經當時之會議通過，而迄未得與會各國之批准。由其對於國際間束縛之效力，實等於零。而所謂繼續航程原則之適用之程度，謂其始終未達一致之規定，亦未謂不可，是則蓋由海權國與大陸國利害之不同有以致之也。特大戰以前，此宣言中所規定之條文，實際却亦嘗為歐洲國家所援用者，則為意土戰爭時代之下梭奇號 Carthage 事件。（註二十四）下梭奇為法之郵船，是時由馬賽駛往都宜司 Tunis。中途為意艦所檢查，以其船中載有飛機一架，遂為所捕。巴黎政府以此向意政府提出抗議，意政府解釋其逮捕之理由，謂此飛機須屬於一法人名杜味爾 Dava。而杜味爾係服役於土軍隊中，故應以戰用品論，而可受沒收。惟後經杜味爾之父，證明其不確，意政府乃將此船釋放。法政府以意大利不應擅捕其商船，要求賠償損失。其抗議之理由，則根據倫敦宣言中，對於相對戰用品之規定，以為飛機既列於相對戰用品之類，（宣言第二十四條）而相對戰用品之載於中立船隻，而往來於中立口岸間者，例不得加以逮捕，則意大利之逮捕下梭奇商船，實為濫用其交戰國權利。卒由兩國政府，互相協商，請求海牙公斷法庭裁判。裁判之結果，意大利遭敗訴，而對法商船出十六萬法郎之償金焉。蓋倫敦宣言本身，雖未能邀各國之批准，而其中規定之原則，實已漸為各邦所默認，而奉以為圭臬，苟使大戰中德皇不濫行其潛艇政策，則此原則之固不至若晚近之無限制適用，以摧殘中立國之貿易權，而增加戰爭之罪惡也。

#### 四 大戰爭中本原則之無限制適用

自葛魯休 *Grotius* 之名著 *De Jure Belli Ac Pacis* 出世以還，歷二百年而國際法之規模粗備。及拿破崙馳歐洲，而二百年中之所樹立發育，幾乃盡受其摧殘殘破。十九世紀初葉以後，迄大戰爭之發生爲止，其向經學者之鼓吹，列邦之倡和，得稍稍臻於發達之域。而國際和平之旗幟，人道主義之條約，方高懸於海牙和會巨厦之巔。大戰一起，德興於前，英法繼於後，取數百年以來，國際法上之成規，而悉摧倒之，敗壞之，國際法前途之浩劫，自葛魯休以還，未有若是之甚者也。

自一八九九年至一九一四年，此十五年間，可謂國際和平運動全盛時代；列強之代表，兩集於海牙，一集於倫敦，而謀爲陸戰海戰之法規之編纂，於是有所謂海牙條約，倫敦宣言者出。方謂自此以後，卽有戰役，亦將進退周旋，動中於節，戰爭之痛苦，或可因而漸減。而孰料事變之興，適得其反。並世之所謂強者，既已悉與其役，則致果殺敵，惟求各盡其能；而羸之信誓旦旦，亦有所不暇顧者矣。其不加於戰役者，又皆弱小而無可爲力，則雖身受其痛，而不敢問訊也。中立國之權利義務，於是皆以交戰國之意思爲從違，由而中立商人之貿易權利，皆惟有仰海權國之鼻息，交戰國中之海權國，爲扼敵人之吭故，則務遏絕其糧食器用之供給，使其生以待斃，職是之後，繼續航程原則之適用，遂趨入於無限制之傾向。一九一四年八月大戰開始，同年十月，英政府下令曰：自今以後，倫敦宣言第三十五條之效力撤廢。凡相對戰用品載往中立港岸，而其貨物單注明交與任何人之命令者，*to order*

或收貨人之姓名未注明者，或收貨人係居於敵境或敵之佔領境者，皆得捕拿之。一九一六年三月三十日，英政府宣告前條之效力，對於絕對戰用品，一律適用。（註二十五）

其他協約國之政策，則更甚於此。一九一四年十月二十九日宣布下列之規則曰：如敵之政府，果實係經由或依賴鄰近之中立國之供給，而養其軍力，則凡中立船隻之往此等中立港岸者，不得援用倫敦宣言第三十五條。使上述情形而果存在，則凡船隻之載運相對戰用品，往此等中立國港岸者，皆不得免於捕拿。一九一六年三月三十日，更下令曰：凡貨物係注明交與一收貨人，而此收貨人曾於開戰以後，以輸入之戰用品送往敵境，或敵之佔領境者，則倫敦宣言第三十條，與第三十五條所規定之目的地，應假定其為存在。Ibid

英政府之命令，其與倫敦宣言完全背馳固無逮言矣。倫敦宣言之所允許適用本原則者，僅限於絕對戰用品與相對戰用品之間接輸入於無海岸之交戰國家。而英之命令，則於此等限制一概抹然，且也此等貨品之受捕拿也，更不必證明其為輸送至敵國，供其政府之用者，祇須受貨人之地位稍涉嫌疑，或送貨單之注載略加含糊，則立刻可以加以捕拿；其貨物輸送之目的地，更不必證明為敵境，祇須為中立國，而由此有轉流入敵邦之可能，而繼續運輸即已構成，交戰國從而即得捕拿。之較之南北美戰爭時代之通則，實又變本而加厲者也。若協約國宣布之規則，則更進一步；而舉凡受貨人曾一度與敵國為戰用品之交易者，及中立國之曾以是類貨品輸入敵國者，則貨之交付此類商人，或輸送至此種國家者，皆在捕拿之列。繼續航程原則範圍之擴大，幾乃舉中立貨

易，而一網盡收入之者也。

倫敦宣言既亦已完全推翻矣。美法之政府，更進一步而用其全力，干涉中立貿易，威迫瑞典、威荷、蘭丹麥諸國，使自行取締各種絕對的或相對的戰用品，禁遏其輸入敵邦；是時中立諸國，更於協約嚴厲的干涉之下，本邦之進出貿易，大受其影響，而以減少。於是乃不得不相率而就英法之範，自動的禁止貨品之通過其領域，而入於交戰國境，藉以維持其本國之國外貿易，對於國外輸入之貨品，預先擔保其不輸入德奧。由是之故，而德奧之輸入貿易，幾遂完全斷絕；而英法之政策，遂大告勝利。（註二十六）

英法除用此種手段，防止戰用品之輸止德奧以外，更利用其他之方法，而取締之焉。當大戰之際，北海方面既已爲英德海戰之戰場，而德人以斷絕英人糧道之故，時時使其戰艦南航，而擾英之海岸；英人藉口自衛，遂密布海雷於北海，既足以儆德人戰艦之南襲，又足以使美洲與北歐之海上交通，無形減少，而生收斷絕敵國貿易之利，一方面更勸告中立各邦，凡中立船隻，往來於此等區域者，如欲得安全之航程，則當先往英之海口，由英政府遣派領港人員，代爲駕駛，則不至誤入水雷區域；於是中立船隻，鑒於北海航程之危險，無不從英之勸告，而求英人爲之駕駛，英政府則俟船隻進口之時，對於其船中之載貨與乘客，加以嚴密之檢查，稍涉含糊，即加扣留。由是中立貿易，無有漏網，而德奧之海上接濟，完全停頓矣。國際法學者，謂此時之中立貿易，蓋已完全在英法掌握之中；得英法政府之允許，方始得來往於美洲與歐陸中立諸國之間。而所謂公海自由，實已完全破壞，實確論也。

(註二十七)

英法之斷絕敵國貿易，除對於運輸方面，加以積極之干涉外；其對於戰用品之種類，亦加以無限制之擴張。倫敦政府幾於每月之中，有極冗長之布告，增加戰用品列表之內容；舉凡人生日用之貨品，幾皆無不包括在內，其所遺而未列入者，蓋僅少數之奢侈品化裝品而已。歐洲中立諸邦，原來為輸入國者，既因此而感受十分之痛苦，而大西洋對岸之輸出國，美利堅合衆國之對外貿易，當然亦為其最大之犧牲者。美利堅政府，因其商人之呼籲，往往以此而與英政府發生交涉，指斥英國干涉之違反國際慣例。英大使於一九一四年十一月答覆美外部牒文，為其本國辯護，以為英政府現在之手段，實採取南北美戰爭時代同一之方針。美政府駁之，謂南北美戰爭時代，與此次大戰爭之情勢，有不可一概而論者，當時如梅港及南沙諸口岸，實不過貨物經過之口岸，平時毫無進口貿易之可言，其為繞道避免交戰國之干涉，無人能否認之，若今之美國貨品之輸送目的地，則並非人煙稀少之荒島，若南沙諸地，而為戶口衆多貿易素盛之著名海港，其平時之物產上需求最數非細，何得認為一種轉運地點，而與梅港南沙相提並論。至於戰爭既起，以後之輸入激增，則因中歐交戰諸國，原來常以貨物供給此等國家者，因戰事而自給不暇，供給驟停，此所以不得不加增另一方之輸入量，以補充其不足而已。總而言之，此等中立國之口岸，絕對不能認為僅僅中途停頓之地點，而實應視為最終之運輸地者也。

一九一六年四月，英外部勸雷子爵，致美政府牒文中，更舉種種證據，證明此等船貨之運往中立國者，實非

爲自用，而以之轉運入敵國。文中詳列中立諸國輸入品之統計，若瑞典諸國，其戰時之輸入量較之戰前，驟增至十倍以上之巨。英政府視爲足以證明此等貨品，決非完全爲中立國所自用，而實係供給敵國，毫無疑義。更有他種證據，足以證明英政府之判斷爲準確者，即普通大宗船貨之收貨人，爲殷實之商家，或信用卓著之貿易公司者；而目下送貨單上之收貨人，試一調查其來歷，則大多數皆與進出口貿易素無關係，而顯然不過爲敵國之出面人者，數千噸之貨品，其收貨者乃爲一碼頭之苦力，或則爲一燈塔之看守人，大宗之糧食，價逾鉅萬以上者，乃交付與一小旅館之主人，或則一麵包工人，或則交付與一樂器匠，此等交易，可以認爲善意的中立貿易乎？彼其接收之貨品，果收以爲中立國自己之消費乎？或長久的堆存於中立國內，而遂爲其國中貨品之一部份 *Common Stock* 乎？使此等船貨，而亦必認爲真正運輸至中立境內之貨品，不許交戰國加以干涉，則是無異取消協約國在海洋方面對於其敵國之作戰權方而已。（註二十八）

協約之擴張繼續航程原則，至莫大之範圍；而對於中立貿易取積極的干涉，揆之最初繼續航程原則發生時代之主旨，實已相去天壤。特一般國際法學者，固亦不無爲之辯護，而認以爲交戰國應有之權利者，彼以爲在昔戰爭之時，國際交通之工具簡陋，轉運維艱，交戰國若欲向鄰近中立海口，獲得貨品之接濟，乃極不便之事；故貨物運往中立境內以後，是否再將運往敵地，並不視爲其重要問題。故司都惠爾在益曼乃案判書中，以爲中立船隻之貨物，苟非確係運往敵港之貨，則不能認爲戰用品，而加以處分。若現代交通發達，運輸便利，一國家欲向



其鄰境獲得物品之供給，易如探囊而取物，一電朝去，萬貨夕來，則舊有之原則，已不足以濟其窮。苟使交戰國對於運往中立地點之中立船貨，不能嚴格注意於其最後之目的地，Ultimate Destination，則對於戰用品之流入敵國，將無從而禁絕之；而交戰權利之大部份，將完全失其效用。是則繼續航程原則之擴張，與最後目的地原則之必需同時適用，實因時代之關係，而不可避免之結果，吾儕不能加以苛議者也。

## 五 大戰爭時代關於本原則重要判例

大戰爭時代，關於繼續航程原則方面之捕獲判決最重要者，首推英捕獲裁判所之扣姆 Kim 案件，或稱之為芝加哥包紮房案件。Chicago Packing House Case Kim, Law Reports (1915) 1 Trobate 215 | 一四四年十一月，有屬於甘司輪船公司 Gans S. S. Line 之 Kim, Alfred Nobel, Bjornsterjine Bjorson, Fr- idland 四海船，滿載食油肉食麥粉及其他糧食，其中一船，並載有橡皮及獸毛諸物，由紐約啓旋將運赴丹麥京都，中途為英海軍所截獲，而被捕拿。英政府向捕獲裁判所提出控告，認為所截貨品，皆屬於相對戰用品，而係間接輸入德國之物，其橡皮獸毛則屬於絕對戰用品，皆應受沒收之處分。貨物之主人芝加哥包紮公司，亦向英法庭提出辯議，以為係國際之慣例，交戰國對於相對戰用品，必須能確實證明其為運往敵國政府，或軍隊之貨，始能加以沒收；而此等舉證責任，並屬於交戰國。至於繼續航程原則適用之範圍，亦惟限於由運貨之原主直接的輸送於交戰國而後可。若原主既已善意的售之於中立商人，再由中立商人之手，而流入於交戰國，則原主不負

責任，此原則亦決不能適用。若謂因德國政府對於全國糧食特設機關管理，而遂對於此等貨物加以絕對戰用品之處分，是大背於國際法上分別兩種戰用品之原則者也。被告更舉葛雷子爵對於倫敦海軍會議之訓令中，所定繼續航程原則適用之標準，謂：「該原則之範圍，限於某種貨品之運輸，由運輸地而達交戰國，是否為單純的商務貿易，運輸人於運送之時，曾否預定將送至此種目的地，有之則入於本原則之範圍，否則不能適用。」若被告現有之貨物，乃係售與丹麥商人之物，則本原則當然不得適用。

此案爭辯歷一年之久，至一九一五年九月，捕獲裁判長三妙爾伊文思 Sir Samuel Evans 宣布其爰書，大旨謂丹麥對於食料脂肪一項，在承平之際，原為輸出之國，而以其與德境接壤，故由此而運輸至亨堡盧別克柏林司丁登諸地，至為便利；而自戰事發生以後，食料脂肪肉類之輸入丹境者，遠逾其本國人民所需用之數量，單就脂肪之輸入而言，一九一一年至一九一三年之輸入數，不過一百四十五萬餘磅，而現在四船所載之脂肪，已逾一千九百二十五萬餘磅，較之原來丹國三年中所輸入之數，幾十三倍而有零，就此事而推論之，則此種貨品之實將由丹而往德，更無疑義。再就其貿易之手續方面，而推考之，則所謂收貨之人，皆非丹京著名之進出口公司，而皆為素不聞名之商人，往往以數百金之資本，而經理數千萬金之貨物，定貨單保險單及其他收款付款之證據，皆付闕如。不寧惟是，被告對於種種含有嫌疑之信件文書，經英政府所搜查出者，皆不能與以充分之說明，而洗刷其嫌疑，則其貿易之是否為善意的中立貿易，從可知矣。至謂英政府對於相對及絕對戰用品施行同

一待遇，爲違反國際慣例，則亦毫無根據。兩種戰品分別之發生，實由倫敦宣言所規定；而該宣言對於此項規定，在國際法上實爲一種創例。今之英政府命令，取消倫敦宣言三十五條者，不過取消此種創例而已。至於糧食之爲物，原不必限於軍隊之需用，而爲普通人民所共需之物，特今之德國軍隊與人民，已無從區別，其全國人民，幾已成爲一團結的大軍隊，戰鬥員與非戰鬥員，已無從辯別，則凡糧食之輸入德境者，是無異輸送至德之軍隊者也。況德之政府方面，人民徵用一切食品，此等貨物之入於德政府或軍隊之手，既爲必然之結論，則安得認爲非戰用品而不受沒收之處分。如謂此貨物之運往丹京，非以供德之海陸軍需用者，是無異吾人之目，爲理論與原則之灰沙所迷，而轉盲於其事之實際者也。因上述之理由，而四船之載貨，除一小部份外，皆判決沒收。

自此案判決後，美之輿論，大起反對，認爲英政府無理的干涉中立貿易。國中法學者，亦以爲此案之判決，其理由完全爲一種推論 *Inference* 與假定 *Presumption* 之結果，而毫無可恃之實在證據爲之基礎。當時且有倡對英斷絕貿易，*Civil Embargo* 以爲抵制者。英政府懼傷美人感情，轉於戰事不利，最後乃與原主磋商，由英政府照價收買，其事乃已。

此外有瓊森 Axel Johnson 案件、Troheim British Prize Cases Vol P. I. 532 此船載大宗羊毛至瑞典，將由此運往德國紡織成料，再運回瑞典，惟其副產物及廢料則爲製造家之餘利。英法庭認爲既經入德以後，則隨時可爲德徵用而變成相對戰用品，於是判決其沒收。又有佩爾都 IPalio 案件，*bid II P. 398* 係載運

皮革至瑞，英法庭認運貨人有預定將以此革製造軍鞋，而售之德國之意思，亦宣告其沒收。又有龐奈 *Pouma* 案件 *Ibid* III 163 者，係載運大宗可油至瑞，經英海軍捕獲，英政府認爲此宗油品，將以製成一種人造奶油，於是瑞國原有之油，可以多餘，而販售之德國，要求法庭處以沒收；裁判長伊文思以謂使製成之油，直接將售之德國，則本原則可以適用，若今之油品，既以供本國之用，則不能謂因此而有多餘之貨物，可以流入敵邦，而遂可以處以戰用品之處分，於是宣告發還原主。

法蘭西捕獲裁判院，對於本原則方面，亦有不少判例。其判例大旨，對於相對戰用品，如係交付與中立境內一定之收貨人者，則是否將最後輸入敵境，其舉證責任，在捕拿人方面。如係籠繞的不交付與任何一定之收貨人，則送貨人負舉證之責任。對於絕對戰用品，則凡係輸送至中立國岸，或中立境內之敵國代理商或收貨人之姓名不註明者，其舉證責任皆屬之被捕拿方面。又凡貨物之運往荷蘭境內者，因荷蘭之海港皆適沿萊茵河口，而萊茵又爲條約上自由航行之河流，故視爲與直接運往德國無異。至於相對戰用品之往德者，則因德政府對於國內貨物，無不徵爲國用，故不必證明其交與政府或軍隊，皆處以沒收之懲罰焉。（註二十九）

## 六 結論

大戰時代之本原則，其與南北美戰爭時代所不同者，當南北美時代，法庭苟非確實證明其貨物實係送往敵境，則雖明知其勢將流入敵境，猶不致輕易沒收之，其對於中立國之商務，猶能尊重其權利，而不敢施以過度

之壓迫。若大戰爭時代，則中立貨品，祇須稍有輸入敵境之可能性，則法庭立即引用本原則，而科以沒收之處分。證據方面，完全忽視。故其斷論，皆實有如美之國際法學者所謂完全築於推論與假定之基礎上者也。中立國之貿易權利，經海權國之重重束縛，而所餘乃無幾矣。

戰爭時代之中立國貿易權，往往爲國際法爭論之焦點，或以爲禁止仇敵行爲，或破壞中立行爲，不特係交戰國之權利，而實係中立國之責任。中立國國家，應嚴重監督其人民，禁止其從事於援助任何一方之貿易。何以故？規定中立國與交戰國關係者，爲國際公法而國際公法之主體，乃國家，非人民也。此蓋主張積極的取締中立貿易者也。

若英吉利，世界號稱爲第一位之海權國也。故凡英吉利牽入戰爭之時，則對於中立貿易，多取積極的干涉政策，利用其海權，以壓迫敵國。而其於海牙和會二次開會之時，則曾一度提議取消交戰國之干涉中立貿易權利，而與中立商人以絕對之自由；其理由則因以前交戰國行使所謂臨檢搜索等權之時，其時船隻之內容小，而搜檢較易，若近代建築進步，船隻之容量，大者幾敵一市鎮，交戰國之軍艦，在海上對於此等船隻，加以搜檢，殊非易事。往往必須帶至本國海港，然後乃能行使其職務，而中立商人之損失，遂不可計數。不如完全取消此等交戰權利，在國際方面猶可免却無數交涉爭論，而中立貿易，受害非細。此議案提出以後，列席者三十五國，贊成者二十六，而反對者五國，爲美俄德法蒙的內哥匯，其餘則未有所表示，卒以四強國不贊成之故，而此案遂以廢棄。若

使當日而諸國能力成此議，則大戰爭中德之接濟，未必邊絕，勝負之數未可知也。(註三十)

交戰國之得而積極的干涉中立貿易，既因大戰爭之往史，而已成爲國際上之慣例。使今之列強，不能有所悔悟，而思有以矯其過甚，則今後苟有戰禍，交戰國之干涉行爲，其必變本而加厲也歟。

(註一) Rule of War of 1756.

(註二) 20 Rob. 186.

(註三) Mercury Acton Reports of Cases Vol. 1 P. 51.

(註四) 50 Rob. 365.

(註五) Galvo, La Droit Internationale therique et Pratique, § 2767.

(註六) Federal Cases, Vol. VII P. 869

(註七) Pearl (Federal Cases Vol. VII P. 869)

(註八) Bermuda 3, Wall, 514.

(註九) Stephen Hart (Federal Cases, Vol. VII, 1262—63.)

(註十) Peterhoff (5, Wall, 56.)

(註十一) Springbok 5, Wall, 1.

(註十二) Parliamentary Papers (1900) No. 1 P. 51 also Stowell & Memro Int. Cases, P. 398

- (註十三) Oppenheim's Int, law P.568
- (註十四) Hall, Int, Law, 669; 5th Ed,
- (註十五) Westlake, Int, Law Vol II,298, 2<sup>nd</sup> Ed, 11
- (註十六) Phillimore, Int, Law § 398 P. 490.
- (註十七) Moore,Digest of Int, Law Vol. VII, P, 731.
- (註十八) Oppenhiem P. 572.
- (註十九) 同上
- (註二十) Kleen P. 389
- (註二十一) Revue Generale de Droit International Public(1897
- (註二十二) Moore Digest of Int, Law Vol VII P. 739.
- (註二十三) Si les navires on marchandises ne sont expédies à destination d'un port neutre que pour un motif de force majeure, les marchandises ne sont pas considérées comme appartenant au port de destination et ne sont pas sujettes à la confiscation. (註二十三) Si les navires on marchandises ne sont expédies à destination d'un port neutre que pour un motif de force majeure, les marchandises ne sont pas considérées comme appartenant au port de destination et ne sont pas sujettes à la confiscation s-erajustifiée.
- (註二十四) G G Wilson,Hague Arbitration Cases,P. 351.
- (註二十五) Oppenheim P.575.
- (註二十六) Garner, int. Law & world war Vol. II, P.299.

(註二十七) Stowell & Monroe, Int. cases Vol II, P. 418.

(註二十八) Garnie, P.301.

(註二十九) Garner, II, P.309.

(註三十) Garner, II, P.314.





# 拿坡崙法典及其影響

(註一)

梅汝璈

顧盼自豪，不可一世的拿坡崙，當他暮年被囚於聖海冷娜 (St. Helena) 孤島上的時候，說過這麼兩句話：「我的光榮不是在打過四十次的勝仗，因為滑鐵鎚 (Waterloo) 之一敗便可使牠們完全被人忘記了。但永久不能被人忘記，而且可以與時間同存的，却是我的民法典。」(註二)這是拿坡崙自己對於他那法典之價值的估計。

拿坡崙法典是羅馬優帝法典 (Justinian Code) 以後之第一部完全的民法典。牠本身的内容和立法技術上的價值如何，我們暫且不必討論。有人說牠那種的價值，已爲一九〇〇年的德國民法典所超越。但亦有人很不以此說爲然的。(註三)姑假定此說能夠成立，那也不足深怪。因爲，德國民法典之頒布幾在拿坡崙法典百年之後；牠不但能取拿坡崙法典之長，並且可以利用這百年中人事進步的經驗和教訓。

姑置拿氏法典本身之價值及德法法典之優劣問題於不顧，且讓我們看看拿坡崙法典對於世界各國的影響和牠所代表的意義。我們要明白：拿坡崙法典之偉大，不在牠本身立法技術上的優越，而在牠外界所表現的意義或影響。這種意義或影響，綜而論之，約有兩端：——

(一) 拿破崙法典示世界各國以法律統一之可能。——質言之，十九世紀各國如火如荼的法律統一和法典編纂之種種運動，都可說是直接的或間接的受了拿破崙法典的影響。

我們知道，歐西各國自羅馬帝國瓦解和羅馬法失效之後，日爾曼各民族各部落均挾其地方的習慣法以爲治，而全歐法律種類之多，以千百計。那時只法國一國的民法便有數百種之多。禾泰爾 (Voltaire) 曾譏笑說過，旅行法國者改換法律次數之多，猶如其換馬匹一樣。但自拿破崙用整部的法典統一了法國的民法之後，各國纔感覺到法律統一之可能。於是牠們都爭先恐後，羣起效尤；遂有十九世紀盛極一時之熱烈的法典編纂運動。至此，各國多種封建式或部落式的地方法（如西班牙所謂之 fueros，意大利所謂之 statuta，荷蘭所謂之 Keuren，德奧所謂之 Stadtrechte 與 Landrechte，瑞士所謂之 cantonrechte）均被此種運動一掃而空，沖除殆盡。十九世紀各國光明燦爛之民法典之得以次第樹立，我們探本推源，拿破崙法典實爲其先導。

(二) 拿破崙法典樹各國法典編纂以模楷。——拿破崙法典不但告訴各國以整部的法典去統一全國的民法是可能；同時，牠還供給她們一個極好的模楷。十九世紀各國建立的民法典，有的幾乎是完全抄襲拿破崙法典，有的是拿破崙法典而斟酌損益，有的是用牠做參考而自立門戶。然而，我們可以說，他們幾乎沒有一個是不曾受過拿破崙法典之影響的。（註四）在德意志民法典未頒布之前，拿破崙法典差不多可算是各國法典編纂惟一的樣本。其實，就是德意志民法典本身，牠也未嘗沒有受拿破崙法典的影響。（註五）

由以上兩端看來，拿破崙法典意義之重大，可以概見。本篇的目的便是要把牠的沿革，內容和影響，作一個簡單的介紹。

## 二

一九〇四年的法國民法典之所以又稱爲拿破崙法典的緣故，固且由於牠是在拿破崙執政時代所完成，公布。然而拿氏自己對於那法典積極的熱心和加意的培護，却也是一件不可抹煞的事實。譬如，在一八〇〇年八月十二日，他曾下過一道命令，要立時組織一個四人的「法典起草委員會」，並限定他們於是年十一月內完成其全部工作。這種舉動雖未免失之躁急，然而拿氏對編纂民法典之熱忱，於此可見一斑。又如當草案在政院全體大會討論的時候，拿氏不但積極參預，並且親任主席。該會共開過一百〇二次，拿氏任主席竟至九十七次之多。拿氏以軍書旁午之身而克如此，我們實不能不承認他對於此事興趣之濃厚。

法國民法典雖完成於拿氏之手，且氏對於是項工作之貢獻甚大，然而法國人對於民法典編纂之需要則早已感到，並且這種運動亦已早具端倪。請略述其沿革：

在革命之前（即所謂「舊制」之下），法國民法均以地方爲單位，其種類之多，以數百計。禾泰爾謂旅行法國者之換法律猶如其換馬匹一樣，蓋即指此。但自羅馬法研究之逐漸復興，這些法律遂漸趨於少數化及統一化。所以，羅馬法之復興與法國民法之統一，實有連帶的關係。緣十二十三世紀之際，歐洲文運復興（*Renaisance*）

noe) 微具曙光；羅馬法的研究亦呈甦蘇之象。各國學者羣趨意大利之布郎亞 (Bologna) 大學習律，而布郎亞遂成爲研究優帝法典之中心。法學大師依納利烏 (Irnerius) 便名貴一時，學者景從。(註六) 未幾，而有所謂之「註釋派」(Glossators) 產生。但「註釋派」之研究羅馬法純是學理的，猶如我們今日之研究穆納的名學或康德的哲學一樣。

繼「註釋派」之後，便有偏重實用性的「評論派」(Commentators) 發生。他們不但探討羅馬法典之學理，且常本其研究所得，用之於實際的立法和司法。這派的始祖是當時人士尊稱爲「法學之王」的巴安拉士 (Bartholus)。(註七)

到了十五世紀的時候，意大利的羅馬法研究已漸呈衰敗之象；因爲這三百年來各國留學意大利的法律學者都曾次第回國，或從事於講學，或從事於實際的法律生活，而羅馬法之了解遂逐漸普遍，已不爲意大利所「專利」。此時「文運復興」正熾，各國新興大學莫不重視羅馬法之研究。法國爲文運重心，因之羅馬法的研究亦執全歐之牛耳。這時候，她實已取意大利之地位而代之。法學家古嗟 (Cujas) 氏(註八) 所創導之新方法尤爲一般學者所服膺，所樂習；而造成所謂之「博古派」(Humanists)。古氏所講學的布爾洩 (Bourges) 學院，當時人士竟稱之爲「歐洲之法學商場」。英國法學家塔克 (Duclos) 氏在十七世紀中葉說過：「羅馬法學，縱使在別國都湮沒，牠只要根據法國研究之所得，便可重新翻造。」(註九) 法國對於羅馬法研究之地位，於

此可見一斑。

羅馬法經過幾百年的研究和「註釋」「評論」「博古」三大派的發揮，牠在歐洲早已由學術上的興趣而漸趨於實際上的應用了。在歐洲西部和南部，羅馬法幾乎成了牠們的一種「普通法」；雖然，同時，各地方的習俗法依舊存在。在北部，因為種種原因，羅馬法的影響此時似乎還小，但却並非絕對沒有。即在法律已經統一了的英國，我們也不能說她完全沒有受羅馬法的影響。（註十）要之，此時歐洲各國可說都會受着羅馬法之影響，不過程度的深淺有所不同罷了。

法國在革命以前雖有「習慣法區域」(Les Pays du droit coutumier) 與「成文法區域」(Les Pays du droit écrit) 之分，但到革命的時候羅馬法在全國實際上已握有極大的權威。杜馬 (Domat) 氏之民法論 (Lois civiles) 及博狄愛 (Pothier) 氏之債權論 (Traité des obligations) 已為法國法學界學理上及實用上之重要寶典。註十一) 有人說，博狄氏之債權論曾供給拿破崙法典四分之三的材料。這話雖未免太過，然亦可見其重要。總之，拿破崙法典，其中包含之成分雖多，(詳見本文第四節) 然羅馬法是其主要基礎，則為任何人所不能否認。但羅馬法之所以佔如是重要之地位者，其事正如上述，實具有攸遠之歷史背景，決非出於偶然。所以有人竟稱拿破崙法典為優帝法典後之第一部羅馬法法典。此說雖不免有抹煞拿破崙氏法典中其他重要成分之嫌，但亦不無真理，未可認為厚誣。——這是拿破崙法典和羅馬法的關係。

## 三

拿破崙法典雖完成於拿破崙在位之時，正如我們前面所說，但法國民法典編纂運動之發軔則遠在拿氏之前，因為數百年來，羅馬法之研究早已使法國學者感覺到編纂統一的法典之可能及必要。羅馬法的研究愈深，他們這種感覺便愈切。

在十六世紀的時候，法國有個愛國的法學家，名叫杜穆南（Dumoulin）的（註十二）他會思想到法國應有一部統一的民法典。他那種思想雖足以代表當時許多人的心理，然而為時究屬太早，難期實現。在十七世紀中葉，法王路易十四（Louis XIV）在位的時候，柯柏爾（Jean Baptiste Colbert）氏對於統一法典之編制會有多量之努力，並有相當之成功。路易十四本是一個野心勃勃英氣逼人的君主。他常以法國之優帝（Titianian）自命，而柯柏爾則以他的曲邦廉（Tribonian）自比（註十三）在十二年的工夫裏，他們會統一法國五大部分的法律，並將牠們法典化了。這五部分是：民事訴訟法，刑事訴訟法，商事法，海商法，殖民法。但柯氏死前，並未完成其民法統一的工作。這是很可憾的一件事。

在十八世紀的時候，對於民法統一運動最努力的，莫如博狄愛（Robert Pothier）氏。博氏原為奧利昂（Orléans）地方的一個大學教授，但他亦曾充過法官五十年，經驗學識，均極豐富（註十四）在他死前之十二年裏，他曾發表了二十六篇民法論著。這些論著，形式上雖是獨立的，但精神上却是一貫的，——牠們幾乎涉及

民法的全部。博氏主要目的是以羅馬法爲背景，證明法國民法雖各自爲政，千差萬異，但有共同之途徑可尋。只須政治上統一及立法權集中，全國統一的民法典便可實現。

法國大革命發動，這種時機似乎已經降臨了。

在一七八九年革命剛爆發的時候，法國人民在他們的「請願書」裏已有「速頒統一的民法典」之要求。一七九一年的憲法並允諾了人民從速制定一部「通行全國的民法典」。民法大家康巴塞策（Combae）氏曾主承其事。（註十五）他在一七九三及一七九六年當議會代表的時候，曾兩度擬有草案，但皆草率膚淺，不合實用。在拿坡崙任執政的時代，他又擬有第三次草案，雖較進步，然亦未見採取。

在一八〇〇年八月十二日，拿氏感覺民法典有亟速頒布之必要，便忽然下了一道諭旨，要（一）立刻成立一個四人的「民法起草委員會」；（二）限該會於是年十一月內完成其工作。被任爲委員的四人是匡俠（Tronchet）、馬利威爾（Malleville）、勃萊模（Bigot de Préameau）及波達利（Torlais）（註十六）

委員會成立後，便加緊工作。夜以繼晷，故竟能如期於是年十一月完成全部草案。拿氏接得草案後，首交大理院及上訴院去研究及批評，再交參政院（Conseil d'état）去討論並修改。在參政院裏，該草案會先經其小組「立法委員會」之精密研究，復經全體大會多次之反復討論，修正。大會討論時，拿氏會躬自參預，間亦發表意見。計該會共開百〇二次，拿氏親任主席九十七次。草案通過於參政院之後，遂交「議政院」（Tribunats）



討論雖遭該院之非難，認為草率；然牠最後卒獲立法院一致之通過，於一八〇四年三月二十一日正式公布為「法國民法典」——以上是拿破崙法典編纂之經過。

#### 四

拿破崙法典是以羅馬法為基礎去統一全國民法的第一次成功。同時，我們也可說牠又是榕羅馬法習慣法和其它多種法律成分，（尤其是十八世紀中葉以前之各種誥令，和革命時代所產生之各項原則，原理）於一爐，以組成一個的統一法典之第一次成功。薩維尼 (Savigny) 嘗稱之為著名的「輯集者」(redactors) 之草率工作。其實，這並非薩氏一人的私見，頗足以代表當時許多學者的批評。但是平心而論，斥拿破崙法典為「草率」雖未免過苛，稱之為「輯集者之工作」則係確論。然而，這種批評並無損於拿破崙法典之價值，因為拿破崙法典原非憑空創造的，而是輯集多種的法律，命令，習慣，法理，及理想而成。這點，我相信就是拿破崙法典之極端崇拜者也會坦然承認的。現在讓我們略將拿破崙法典構成之原素或成分，分別述之於下：——

(一) 羅馬法。談羅馬法的不能不宗蓋氏 (Gaius) 及優帝 (Justinian) 之「法學階梯」(Institutes) 猶如談基督教的之不能離開新約和舊約全書一樣。但拿破崙法典除編制之形式外，取材多非直接出於蓋氏或優帝之法學階梯，而係採自杜馬氏之民法論及博狄愛之各民法論著，尤其是博氏的債權論（註十七）其原因是：這些著作雖以羅馬法為繩墨，但牠們會將羅馬法簡單化，時代化，並且法國化了。因此，牠們早已深入人心

爲法國人所誦習，援引。故拿牠們來做法國民法典的基礎，便利實多。關於財產及債權等部分，拿坡崙法典多取材於此。

(1) 大詔令 (Grandes ordonnances) —— 所謂「大詔令」乃指法國舊制下關於民法之各種布告，命令及條例等而言。其中大部分是出自達古梭 (D'Aguesseau) 氏手筆 (註十八)。牠們雖未能包括民法之全部，然其形式近似成文法典，且其效力富於普遍性，實爲法國民法典之前驅。拿坡崙法典之編纂頗多仰給於此，尤以關於遺囑繼承部分爲然。

(2) 習慣法。—— 法國南部 (巴黎在內) 原爲所謂「習慣法區域」 (Les Pays du droit coutumier)。北部奉行羅馬法，稱爲「成文法區域」 (Les Pays du droit écrit)。但當拿坡崙法典編纂之際，南部所謂之習慣法早已成文化，多有典籍可憑。拿氏法典中關於遺囑繼承部分，胥多取材於是。

(3) 革命時代之各種立法及原理。—— 革命時代所產生之各項立法及理想，對於拿坡崙法典亦頗有影響。「共和政府」之各種法令雖載於法蘭西共和國法律彙刊 (Bulletin des lois de la republique française)，可資參考；然革命時代之各種理想及原則，則仍須於當時之社會生活，輿論，及思想中求之。拿坡崙法典關於離婚及養子制度，多蒙是項革命立法及理想之影響。

(4) 法院之判例。—— 此處所謂之法院，主旨「巴爾茫」 (Parlement) 而言。按「巴爾茫」乃革命前法

國法院之一種，與英國之「巴里門」（國會）大不相同。拿破崙法典中關於失蹤及失蹤者權義之規定，多以該法院歷來判例為參考。

從以上看來，拿破崙法典乃集合多種成分而組織；其中創見，實不多觀。但是牠能治多種原則原理於一爐，而使其成一治國利器，那正是牠偉大的地方。世人稱其為「輯集者之工作」，與其說是譏貶牠，毋甯說是褒揚牠了。

## 五

拿破崙法典之編制是宗蓋氏 (Gaius) 法學階梯之順序與形式。(註十九) 全典計共二千二百八十一條，分為三編。三編之前，冠以法例六條 (稱「Titre Préliminaire」) 乃關於法律之公布，效力及適用之一般規定。(註二十)

第一編「人」(Des Personnes) 包括私權之享有，身分，能力，住所，失蹤，婚姻，離婚，分居，養子，親權，監護，禁治產，等。

第二編「財產」(De la Propriété) 包括財產之分類，所有權，用益權，地役權，等。

第三編「財產取得之各種方式」(Des Différentes manières dont on acquiert la Propriété) 包括遺囑繼承，法定繼承，生前贈與，各種契約 (買賣，互易，合夥，借貸，租賃，質押，婚約，準契約，等等) 取得時效，等。

批評拿破崙法典的人，除了說牠缺少創見之外，還說牠這種的編制方法過於陳舊。

誠然，拿破崙法典之編制較之德國民法典之編制，或確有不及之處。但牠却是歷代及當時一般研究民法者所通用的方法。英國大法學家勃辣克斯東 (Blackstone) 亦嘗用牠去說明全部英國法而完成其偉大的英國法述評 (Commentaries on the Laws of England)。那種方法既是當時惟一合理的並流行的方法，我們對於拿破崙法典之採用，似不能過於求全責備。

又有人說，拿破崙法典中之種種規定未免過於簡略，籠統，甚至於膚淺。此種批評，未嘗沒有點真理。較之德國民法典，拿破崙法典確不如其精細，詳密。但是，我們要細道精細詳密有精細詳密的好處，簡略籠統也有簡略籠統的好處。(註二十一) 拿破崙法典所以能供許多國家做模範，且歷百餘年而不致根本動搖者，或正以此。

至於有人說拿破崙法典對於廠主及工人之關係，某種動產（如股票、債票等）之重要性等等，未能充分注意；那完全是昧於事實之談。我們要明白這些現象（如工廠制度）多是十九世紀所發生或發達，殊非拿破崙法典始料所及。說它是拿破崙法典本身之缺點，實非厚誣？好在這些缺點已為法國迭次的法律所修正了。

總之，拿破崙法典，自今日視之，在內容上及立法技術上均不無缺點。但以當時的眼光看去，牠確是一偉大之成功。拿破崙之自認可以賴牠而垂不朽者，或非純粹意氣之談。

## 六

拿破崙法典及其影響

我們前面把拿破崙法典的歷史淵源，組構成分，和編制方式既約略地說了一下；現在且讓我們看看牠對於別國的影響。

在德國民法典未公布（一八九六年八月二十四日）之前，拿破崙法典是各國民法典編纂最重要的，縱使不是惟一的，模範或樣本。牠的影響之大，可說是世界上任何法典所得未曾有。但是世人對於這種影響雖知其大；然牠究竟大到什麼程度，却很少精密的估計。（註二十二）我們爲區畫清晰起見，可把牠分爲兩個時期來講：

（一）拿破崙在生；（二）拿破崙死後。

（一）拿破崙氏在生時代。——拿破崙氏對於法國民法典之制定既煞費苦心，他對於其推廣傳播，自亦不遺餘力。凡氏武力所至，莫不法典隨之。一方面，這固且是由於拿破崙氏對於他的法典之優美完備有極端之信仰；它方面，他却也想藉法律之統一來保障他武力侵略的勝利。這種由於被動或壓迫而採用拿破崙法典的國家，可以分爲下列三類：——

第（一）類是拿破崙法典施行時已屬於法國版圖者。這裏面包括比利時（Belgium）、盧森堡（Luxembourg）、巴納丁各國（Palatine States）、萊因普魯士（Rhenish Prussia）、赫西打姆斯達（Hesse Darmstadt）——以上均在萊因河（Rhine R.）之左岸。此外，尚有日內瓦（Geneva）、沙埃禾（Savoy）、裴德（Piedmont）及巴馬（Parma）裴亞纏差（Piacenza）二伯城（Duchies）。

第(一)類是由於拿破崙武力之征服而奉行其法典者。這裏面包括意大利（一九〇六年三月十五日起），荷蘭（一八一〇年十月十八日起），漢西亞諸城（Hanseatic cities 一八一〇年十二月十三日起），勃格 大伯城（Grand Duchy of Berg 一八一一年十二月十七日起）。

第(二)類是在拿破崙威脅之下，自動採用其法典者。這裏面包括韋士費利亞（Westphalia）王國（一八〇八年正月一日起，是時 Hanover 已合併為王國之一部分），巴登（Baden），佛蘭克佛（Frankfort），那梭（Nassau），渥梭（Warsaw）諸大伯城（Grand-duchies），瑞士之某幾省，坦屹（Danzig），自由城，依里利亞（Illyria）王國及奈汨（Naples）王國。

——以上三類國家之採用拿破崙法典既多非出於情願；故自拿破崙失敗之後，她們對於拿破崙法典完全廢棄者有之，增刪修改者有之，繼續採用者亦有之。（註二十三）

(二)拿破崙死後各國之自動採取其法典最值得我們的注意，因為這種的採取最足以表示拿破崙法典本身價值之偉大。

我們知道，十九世紀是國家主義的時代。國家統一及國家復興之種種運動，均曾如火如荼，再接再厲，並且都產生了光明燦爛的結果。在歐洲，有德意志，意大利，比利時，羅馬尼亞，希加利亞，及希臘六國之勃興。在南美洲，西班牙和葡萄牙之各殖民地曾得北美合衆國之幫助而獨立成爲十五個自主國。在東方，日本，暹羅，土爾其及

埃及四國都竭力摹仿歐化，冀自置於現代國際團體之列。——以上二十五個新興的統一國家，其人種及政體雖多不同，但她們却都會努力於建立一個統一的，整個的民法典。這種以統一的，整個的法典來劃一全國之法律生活或保障國內之政治統一的觀念，可說完全是受了拿破崙法典的激勵，或暗示。（註二十四）這是拿破崙法典最重要，最根本的貢獻。祇此一點，牠對於那些國家的影響已經是不小了。除此之外，各國民法典的內容上和技術上受了拿破崙法典影響的，為數也很不少；但是她們受的影響之程度深淺，却不一致。我們可將她們分為下列三類來講：——

第（一）類是拉丁民族的國家。——這裏面包括南美洲的十五個共和國，比利時，羅馬尼亞，意大利（註二十五）西班牙（註二十六）塞爾維亞（Serbia）（註二十七）等國。這些國家的民法典受拿破崙法典的影響最深刻的，幾乎完全抄襲，連文字都沒有多大的改變。例如拿氏法典第七條是：「私權能力與公民資格無關。公民資格之取得及保有，須依憲法之規定。」羅馬尼亞民法第六條是：「私權能力與公民資格無關。公民資格之取得及保有，須依本法第十六條之規定。」巴西民法第三條是：「關於私權之取得及享有，外人與公民同等待遇。」又如拿氏法典第八條是：「凡法國人均享有私權。」羅馬尼亞民法第七條是：「凡羅馬尼亞人均享有私權。」巴西民法第二條是：「凡人均有私權及私義之能力。」（註二十八）其酷似之處，可見一斑。

第（二）類是日爾曼民族及斯拉夫民族的國家（如德，瑞，奧，荷等）。——這些國家對於編纂統一法典之

熱忱頗不一致；對於拿氏法典之摹倣心，亦較淡薄。這固且是由於民族文化之不同。然而她們對於拿氏和法國感想之惡劣，亦未始不是重要原因。是故她們不編纂統一法典則已，編纂則甯以普奧兩國的民法典爲樣本。所以拿坡崙法典對於這些國家的影響，可說是微渺而且間接。然而我們決不能說牠不存在。即如與拿坡崙法典「分庭抗禮」的德國民法典，牠關於「動產所有權之占有取得」和「所有權及佔有權之契約轉移」兩種制度，却都放棄了其本國歷來的習慣法而採取拿坡崙法典上之規定（註二十九）。

第（三）類是東方各國。——這裏面，以希臘受拿坡崙法典的影響最深。她的民法典摹倣拿氏法典之程度，決不在南美各國之下。例如希臘民法第九條是：「私權之享有與公民之資格無關。公民資格之取得及保有，須依憲法之規定。」第十條是：「凡希臘人均得享有一切私權。」我們試把牠們同拿氏法典第七第八兩條比較一下，便知其「維妙維肖」了。土耳其一八六九年之舊民法典（即所謂 Mejlis）原是治宗教習慣和法律制度於一爐。但一九二四年五月一日頒布的新民法典則會把宗教成分廢除，而竭力摹倣瑞士民法典。牠受拿坡崙法典的影響，可說是很小。埃及在一八七四年設立「混合法院」（Mixed court）的時候，使用的是法國法律。一八八三年她被英人佔領時，法國法仍舊存在。英人雖屢欲更改，然均無甚成效。故今日埃及之私法可說仍是以法國民法典爲基礎。其實，埃及及今日一切的文化制度似乎都和法國最相接近，固不僅法律爲然。日本在一八七〇年明治維新的時候其政府會正式命人把拿坡崙法典譯爲日文。一八八〇年並請法人布賞那德（Bo-



Monade) 氏撰擬民法草案。布氏的草案多半是根據拿氏法典及其後之修正案。該草案在日本實際上幾乎生效了十六年，因為她雖非正式的法律，却被當時一般法官當做「法理」或「原則」看待，援引。却是，同時英美法亦為日本學府（尤其是東京帝大）所講誦，而所謂「英美派」亦應時而生。當布氏草案一八九〇年將交國會通過的時候，「英美派」堅持異議，遂釀成所謂「法國派與英美派之爭」。然一八九六年日本民法典頒布時，其內容已非法國法，亦非英美法，而為德國法了。但這並非出人意表的事情；因為那時的日本對於德國的文物制度已經是醉心傾慕，竭力效顰了。至於我國民法典的編制，大都是參考日德及瑞士法典，受拿坡崙法典的影響似乎很少。

智利法學家阿魯瓦勒茨 (Alvarez) 氏嘗說拿坡崙法典所引起及代表之法典編纂運動，對於英美法之法典化和國際法之編纂均有影響。誠然，自某種意義言，阿氏之說並非全無真理。但是那種影響未免過於微渺，我們暫不具論（註三十）

從上面看來，拿坡崙法典除了對於十九世紀法典運動有一最根本的貢獻之外，牠在內容上及技術上曾經直接發生過影響的，不下二十餘國。至於間接受過牠底影響的，更是不勝枚舉。然考其所以能影響如是之大的原因，我們約可舉出下列數端——

(1) 拿坡崙法典不但是當時惟一之重要民法典，而且是以整個法典去統一全國民法的首次成功。因此，

各國不編纂民法典則已，編纂則幾乎必須以拿破崙法典爲模範。固且普奧二國的民法典之產生也還很早，且有相當的完善。然而因爲那時的普奧都是小國，故不能如拿破崙法典之易引起國際之注意。（註三十一）

(2) 拿破崙法典之形式及內容均甚完備，它的編制又是取法當時歐人所習誦的蓋氏法學階梯，故易受歡迎。

(3) 拿破崙法典之文字爲法文，而法文在十九世紀幾爲國際間之普通語言，所以容易爲一般人所了解。

(4) 拿破崙法典是以時代最偉大且最受崇拜之人物（Napoleon）而命名，故易引起人們之景慕，注意。

(5) 拿破崙法典自命爲最合理性，且最富於平等觀念及普遍性。因此，牠不但能合十九世紀之時代思潮，且易爲各國所做摹效法。

(6) 法國在革命後，教育上有極大的改革，尤其是大學教育方面。由於這種的改革，法國大學之法律教育遂特別發達，幾執全歐之牛耳。他國負笈來學者，爲數甚多。這點，對於拿破崙法典之推廣，亦不無關係。

總之，以上六端，其重要性雖不相等，然而牠們對於拿破崙法典傳播之廣及影響之大，都有相當的貢獻。

作者本篇的目的祇在說明拿破崙法典之歷史，內容，和影響，而不在批評其得失。關於拿破崙法典之優劣，作者希望異日能有機會把牠和德瑞等國之民法典比較的時候再詳細討論，因爲優劣原不是絕對的，而是要由比較中得來的。因此，作者在本篇裏除了一二處偶爾提及之外，對於拿破崙法典殊不願作一般的籠統的批

評。

- (註一) 本篇所討論之「拿破崙法典」即一八〇四年之「法國民法典」。按該法典之名稱屢經改變，周折甚多。當其於一八〇四年三月二十一日初公布時，牠原稱「Code Civil des Français」（法國民法典）。到一八〇七年九月三日牠纔正式改名為「Code Napoleon」（拿破崙法典）。可是一八一八年的法律又將牠改回原稱，仍名法國民法典。一八五二年三月二十七日法政府的命令却又把牠恢復稱拿破崙法典。然自一八七〇年九月四日以後，法國政府及法院方面均以法國民法典稱之。但在學術上，我們仍多稱其為拿破崙法典。
- (註二) Wignore, "Panorama of the World's Legal Systems," Vol. III, p. 1031
- (註三) 如Dijon 大學教授 Eugène gaudemet 氏便不承認此說。閱氏撰 "Les Codification recentes et la revision du Code Civil" 一文載 Le Code Civil: Livre du Centenaire (1904, Paris) 英譯見 Continental Legal History series, Vol. XI, PP.286-307.
- (註四) 拿破崙法典對於十九世紀各民法典之影響，詳見本篇第(六)節。
- (註五) 拿破崙法典對於德國民法典之影響亦見本篇第(六)節。參閱 "Progress of Continental Law in the 19th Century." PP. 271-274.
- (註六) 依氏生於十二世紀，時人尊之為「法學明燈」。「註釋派」之產生多由依氏啓示創導之功。
- (註七) 巴氏(一七一四至一七五七年)非但為當時之法學泰斗，且其影響會支配西洋法學界二百餘年。時諺有云：「不懂巴氏學，不成法學家。」(Nemo jurista nisi Bartolista) 有許多大學的羅馬法課程表上都寫明分為三部分，

卽：「原文註解，及巴氏學說。」其勢力之大，於此可見。閱Mac Donnell & Mason, "Great Jurists of the World," PP. 45-57 (巴氏傳略)

(註八) 古氏生於一五二二年，卒於一五九一年，爲法律史研究之「拓殖者」。傳見Mac Donnell & Mason, 書同前。PP. 89-108.

(註九) Wigmore, "Panorama of the World's Legal Systems," Vol. III, P. 1011.

(註十) 閱Hazeltine, Roman Influence on English Law; Law Quarterly Review, vol 56, PP. 191-206; 及 Radin, Handbook on Roman Law, PP 477-479.

(註十一) 杜氏之民法論爲一六九四年出版，博氏之債權論爲一七六一年出版。二書對於法國民法統一之影響甚大。參閱本篇註(四十一)。

(註十二) 杜氏爲法國當時最富理想且最高傲之法學者。他嘗說：「沒有人能教我以法律。」(Ego a nemine doceri Possum) 其矜矜之慨，可見一斑。

(註十三) 柯氏之所以自比爲曲氏者，良以曲氏爲優帝之親信，優帝法典之成多出其力。柯氏之生平及其成績，俱見Mac Donnell & Mason, "Great Jurists of the World," PP. 248-282.

(註十四) 博氏之傳略，著述，及影響，見 Mac Donnell & Mason, 書同前，PP. 447-476.

(註十五) 康氏生於一七五三年，卒於一八二四年，法國革命時，氏迭任國會議員及司法界要職。一八〇四年充法國大法官。其民法草案乃一七九六年正式出版。

拿破崙法典及其影響

(註十六) Tronche 乃當時之大理院院長。Malleville 是羅馬法專家。Preamneau 為政府之司法行政長官。Portalis 是海軍法院推事，乃一和平穩健之哲學家。

(註十七) 見本篇註(十一)及註(十四)。

(註十八) 達氏生於一六六八年，卒於一七五一年。自一七一七至一七二二年及自一七三七至一七五〇年，氏曾兩任法國大判官，學識超卓，著述甚豐。其全集乃一七五九年出版。

(註十九) 拿破崙法典原文(及迭次之增補修正)，閱 Paul Colin: "Codes et Lois de la France," Pp. 1—365 Libraire Dalloz 出版之"Codes Annotés," Vol. 1—4 及 Supplement (增刊) 非但載有拿破崙法典全文，且逐條附以釋義。是書對於立法理由和意見以及法院判例與解釋，均搜集無遺，尤稱精製。英譯本有 E. Blackwood wright: "The French Civil Code," (書中附有各修正案及譯者註解)我國商務印書館出版之法國六法，其第二部分即為拿氏民法典。但係由日文直譯，非但譯筆生硬陳腐，用字奇離荒謬，且多辭不達意，處處與原文背馳，實一極端拙劣之譯品。

(註二十) 這六條，我國常做日例，譯為「前加編」或「前加書」。原題為 "Titre Préliminaire. De la Publication, des Effects et de l' Application des Lois en général."

(註二十一) 如 Eugene Gaudemet 氏便稱拿破崙法典之簡單為其巨大優點。他認為拿氏法典之所以優於德民法典者，亦正以此。閱 "Progress of Continental Law in the 19th. Century," Pp. 286-307. 作者主張：一部法典，與其失之過詳，毋寧失之略簡。因為，法典不過是法律的綱目，供司法者以繩墨，牠決不宜，亦不能，機械地

將天下事事物物盡行列入，而使司法者無自由斟酌和個別應用之餘地。關於這點，作者異日擬另爲文發，揮茲不多贅。

(註二十一) 閱 Alexander Alvarez, "Une nouvelle Conception des études juridiques et de la codification du droit civil," pp. 47-65; 英譯載 The Continental Legal History Series, Vol. XI, pp. 251-262.

(註二十二) 閱 Planiol, "Traité élémentaire de droit civil," Vol. I, s. 129; Glasson, "Éléments du droit français," Vol. I, § 15.

(註二十四) 德國由於對法之反感及受歷史派之影響，所以自所謂「薩維尼與提波之大爭辯」後，統一法典運動之進行，至爲遲滯。但自一八九六年德國公布其民法典（一九〇〇年施行）及一九〇七年瑞士公布其民法典（一九二二年施行）之後，全歐大陸各國都可說是被拿破崙法典所代表之統一法典的思想所籠罩，所征服。一閱 A. W. Small, "The Thibaut-Savigny Controversy," American Journal of Sociology, Vol. 28, P. 711 ff. 及 "Progress of Continental Law in the 19th. Century," p. 253

(註二十五) 「與法國在人種上及歷史上關係密切的意大利，她對於法國民法典之影響，感覺最爲靈敏。」一見 "Progress of Continental Law in 19th. Century," p. 270. 「一八六五年（意大利）法典之傾向我國法典，那是很顯著的。」一見 Planiol, Traité élémentaire de droit civil," Vol. I, p. 32.

(註二十六) 「一八八九年西班牙法典受法國民法典影響之程度，幾與牠（羅馬尼亞民法典）相等。」一見 "Progress of Continental Law in 19th. Century," p. 270.

(註二十七) 塞民法典乃一八四四年所頒布，原係摹倣一八一一年之奧民法典。但迨後迭次之修正，「尤其是一八六四年的那一次」，大都是以拿氏法典為藍本，故牠亦負有濃厚之法國色彩。閱 Ivan Perich 氏論文，*Continental Legal History Series*, Vol. XI, P. 271.

(註二十八) Wigmore, "Panorama of the World's Legal Systems," Vol. III, P. 1037.

(註二十九) 試比較德國民法典第九三二條、九三三條、九三四條及拿氏法典第二二七九條、二二八〇條。參閱 *Continental Legal History Series*, Vol. XI, pp. 272—274. 關於討論拿破倫法典對於德國民法典之影響及兩法典之區別的名著，有 Ernest Barre, "Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux," Scherer, "Principles différences entre le Code Napoléon (1804) et le Code Guillaume II (1900),"

(註三十) 參閱 Alvarez, "The Influence of the Napoleonic Codification in Other Countries," *Continental Legal History Series*, Vol. XI, pp. 256—262

(註三十一) 見 Ivan Perich 論文，*Continental Legal History Series*, P. 275.

# 中國舊制下之法治 (註一)

梅汝璈

威格模爾 (Wignore) 教授在他那部饒於興趣的世界法系大觀上，關於儒家所代表的中國政治哲學，曾作下列的觀察：(註二)「中國儒家的政治哲學和我們西方的政治制度有一個迥然不同的地方，這便是儒家的根本主張是重人治而輕法治，恰恰與我們的主張相反。中國的政治哲學認為如有一個賢明的君主，便能有一個安樂的社會。」作者此處決不是要辯駁或非難這位大法學家底善意的批評，因為孔子本人原來就是主張人治的。他說：「政者，正也。子帥以正，孰敢不正？」(註三)由此一端，可知孔子認為一國政治之盛衰與良窳完全要視治者的人格與德行如何為轉移。這顯然是人治的主張！

非獨孔子個人的主張是如此。我們祇要任意翻閱中國的經史子集，便可以隨時發現下列一類的語句：「徒善不足以為政，徒法不足以自行」(註四)「有治人，無治法」(註五)「法不能獨立……得其人則存，失其人則亡」(註六)「有良法而亂者有之；有君子而亂者，自古及今未嘗聞也」(註七)這些隨意舉的例子，都可表現中國聖哲對於人治之極端注重。威格模爾教授稱中國政治為「重人治而輕法治」，我們決不能認為厚誣。



然而中國歷來的政治尚不只重「人治」；它還注重一種所謂的「禮治」。孔子說過：「道之以政，齊之以刑，民免而無恥。道之以德，齊之以禮，有恥且格。」（註八）這是孔子自己對於禮治的提倡。禮記上說過：「治國不以禮，猶無耜而耕。」（註九）它又說：「禮不下庶人，刑不上大夫。」（註十）荀子上說：「由士以上則必以禮樂節之；衆庶百姓則必以法數制之。」（註十一）由此，我們可見中國的政治哲學裏，「禮治」確佔有很重要的位置；同時，它當然也值得我們充分的注意。

作者這篇短文底目的是要討論在「人治」「禮治」之列，中國歷代是否有如西方現代所謂的「法治」一物之存在？若然，那幾種制度或原則是使它有效的因素？但是要研究中國法治之有無，我們先得了解中國人對於「法」的觀念是怎樣。

## 二

就文字學上言，中國的「法」字（原字爲「灋」）確係一個富於暗示的好字。按說文：「灋，刑也，平之如水，從水；廌所以觸不直者去之，從去。」（註十二）根據這種解釋，法字裏面含有下列三種美善的意義：第一，它含有模範（劑）的意義；故法是一種值得摹倣遵從的東西。第二，它含有衡平的意義，因爲水性永遠是保持平面的。第三，它含有正直的意義；因爲它「從廌去，所以觸不直者去之。」由此看來，中國雖有許多種的社會節制（Social Control），而中國人對於「法」之爲物却仍是極端尊重的。

然而自從「儒家法家之爭」(註十三)以後，「法」却失去不少它以前那種理想的、美的成分，而換取得一個純粹「現實論派」(Positivists)的概念。著名的法家韓非子說過：「法者，憲令著於官府，刑罰必於民心，賞存乎慎法而罰加乎姦令者也。」(註十四)他又說：「法者，編著之圖籍，設之於官府而布之於百姓者也。」(註十五)

從韓非子的學說裏面，並且自他以後，「法」字在中國便得着了一個可與十九世紀英國分析派相媲美  
的定義。不但西方各國對於法(Law)字用途之糾紛(註十六)在中國人腦海中毫不存在，並且中國人所謂「法」永是指那「現實法」(Positive Law)——真正奧士丁的(Austinian)意義下之現實法——而言。(註十七)

這事當然是一個很有價值的成功，因為這種觀念在十九世紀以前的西洋還不曾取得一個固定的地位。  
博學如勃辣克斯東(Blackstone)者尚不免混「道德」、「自然法」和「現實法」為一談。(註十八)這點可以表示谷枯萊克(Koourek)教授所謂的「宗教法律混合時代」(註十九)在中國的經過要比在西洋各國  
早得多了。

然而，「混合時代」的早過亦有它附帶的害處。因為從此以後，法治雖不會為中國人所輕視，却是同時便  
有一種更發達的社會節制的存在。對於中國人民，那種社會節制較之「法治」似乎更尊嚴，有效。這種社會節

「制不是旁的，乃是我們前面曾經提到過的「禮治」。『禮治』之爲物，最爲中外學者所誤解；它在英文裏的譯名也極不一致。有人譯它爲 *Bites*；有人譯它爲 *Convention*；還有人譯它爲 *Moral Discipline*。然而這些譯名却都很易引起誤會，縱使它們不無一部分的可取。據作者的意思，『禮』在英文中最相稱的名詞應該是「自然法」(*Natural Law, The Law of Nature*)。尚書上說過：「天秩有禮。」(註二十)禮記上又說：「夫禮，先王以承天之道，以治人之情。」(註二十一)禮既是「天秩」，既是「承天之道」，它與西方之「自然法」的性質故至相近。中國所謂的「法」(即現實法)却是自然法，即「禮」的一部份所變化而成。如此說法，「禮」(自然法)與「法」(現實法)非但不對峙或抵觸，而且它們彼此還是相輔相助的。在此處，我們可以注意寶寶先生 (*M. Padoux*) 的一段說話。他說：

「自有史以來，中國便相信一種天然秩序或自然法則之存在。這種法則非但包涵宇宙間的一切，它並且能使其中的各部分彼此和諧。這種天然秩序並非由於任何外力所創設。它完全恃它自己的力量而存在。人類既是其中的一部分，他們當然應該適從這種法則……

「這種自然法則對於代表人類經驗和智慧的事實法不但有優越的效力，而且事實法的作用還只能限於把自然法則變改爲成文方式而已。」(註二十二)

寶寶先生這種的觀察當然是合理的，倘使他所謂的「自然法則」是指中國的「禮」，他所謂的「成文

方式」是指中國的「法」而言。管子，一個與孔子同時代的政治家，亦曾作過同樣的觀察。他說：「人之心悍，故爲之；法法出於禮」（註二十三）所以依管子和竇二氏之意，「法」實是「禮」之一部分——是需要用嚴格的條文去規定和國家的制裁去執行的那一部分。照這樣的解釋，「禮」和「法」二者對於治理人民的行為上都有它相當的職分。它們構成一種「合治」（*Conitio*）的形勢。在如此看法之下，所謂儒家與法家之爭並不是彼此排斥的問題，而是注意點所在的問題。法家注重現實法（「法」）範圍之擴張及其效力之優越。儒家却認爲自然法（「禮」）當任其照常存在，而現實法却應減至最低限度。雖然有這些爭執，然而在事實上法與禮二者確都會是治的工具。在一般人腦筋裏，它們有同等的效力，同等的重要。

### 三

自然法之治（禮治）和現實法之治（法治）在中國歷史的大部份裏曾經並肩而行，相輔爲用，這似乎不是沒有多大疑問的事實。但是它們二者的關係，却很渺茫，費解。我們爲便於了解起見，可從兩方面（時間和內容）去觀察——

就時間言，禮的「獨治」會先於禮與法的「合治」。這是很明顯的事實。當到一個國家的人口增加，一個社會的組織複雜化的時候，宗教、道德，或自然法之治，一定會感覺到不能勝任。於是現實法便乘機而起，逐漸地取它們的地位而代之。中國的往事便是一個很好的例證。

日本有一個法學家說過：「禮治先於法治的事實，在中國歷史上最為顯著。唐虞三代之治完全是禮治，法治僅略具其端緒而已。到了周代，禮典大備，禮治極為盛旺。」（註二十四）但自周代以後，禮治便漸呈衰退了。這點正與我國宋代學者歐陽修氏的說法很相符合。歐陽氏說：「三代以上，治出於一，而禮樂達於天下；三代以下，治出於二，而禮樂為虛名。」（註二十五）這是說三代以後法治異軍突起，所以有「治出於二」的現象。至於這種現象所以產生之原因，那是很明顯的。它正是由於管子所謂的「人之心慢，因此單靠「禮治」是無效的，所以「禮」之一部分便不能不變為「法」而取得現實法的制裁。故從歷史的發展上看來，「法」與「禮」原是互相輔助而非彼此排斥的。

法與禮的相輔性更易明顯，假如我們仔細觀察觀察它們各個的內容。中國之所謂「禮」，它裏面所包涵的大都是關於「民事」的規定；而所謂「法」，它裏面所包涵的却泰半是關於「刑事」的規則，就拿中國說禮最有系統，最有權威的兩部著作，儀禮和禮記（註二十六）而論。任何讀者都可以注意到它們裏面充滿了關於結婚，離婚，生葬，繼承，親等之計算，家屬之關係，以及其它許多屬於民法範圍的規則。這些規則既是「承於天道」，「本乎人性」，而且它們的執行又不恃國家的強制而靠社會的制裁；那麼，我們稱它們為西洋法學所熱鬧的「自然法」，當然沒有什麼不妥當。

在它一方面，中國所謂的「法」（即現實法）却都寓寄於歷代的成文法典之中。它所包含的幾乎完全是

屬於刑事的範圍。我們毋庸細讀那些法典纔會有這樣的結論。我們祇須翻閱翻閱它們的編章目次，便可以得着這種的印象。（註二十七）其實，「法」這個名詞，在中國以前差不多是和「刑」相等；在很長的時期裏，中國政府的司法部嘗稱為「刑部」。所以中國人以前每提到「法」，幾乎是專指「刑法」。但是，依着時間的前進，現實法的領域却漸次的擴大，直到後來它竟包括了許多民事的規定。關於這點，我們只要把那公認為最古的成文法典（法經）（註二十八）和那舊制下最新的成文法典（大清律例）（註二十九）二者互相比較一下，便自然而然地會明白了。

綜觀上面所說，我們可以很自信地歸結：在中國大部分歷史裏，自然法之治（禮治）和現實法之治（法治）確曾並肩而行，相輔為用。自時間上言，自然法之「獨治」曾先於自然法與現實法之「合治」。就性質上言，自然法大體是關於民事，而現實法則僅及於刑事。但是時間的進展却使後者的範圍漸次擴大而侵佔了前者不少的領域。簡言之，這便是法與禮二者的關係。法與禮的合治曾支配過數千年的中國社會。從那黃金時代的唐虞三代直到滿清覆滅，民國肇興，它們是中國主要的「治之工具」。

#### 四

威格模爾教授在他很精細地研究了中國法律制度之後，會得着一個總結論。他說中國的制度確是一個能夠產生「有效的法律和秩序的制度，那是絕無疑義的。」（註三十一）當然，一個制度要能產生「有效的法律

和秩序」那決不是偶然的事情。中國有一個法官，關於中國的法制，也曾說過：「一個國家，倘使她沒有健全的  
法律制度爲基礎，或不能繼續不斷地求司法上之革新，她決不能存在如此之長久。」（註三十一）所以，在未結  
束本文之前，我們不妨用現代法學的眼光，來看看那些是使中國法制能產生「有效的法律和秩序」的原則  
和制度。

第一，我們可以認爲中國制度中最良好的特徵便是那「人民在法律上一律平等」的原則——中國有  
句俗諺，叫做「王子犯法，庶民同罪。」這句俗諺在中國幾乎是家喻戶曉，婦孺皆知；雖然在實際上牠未必絕對  
可靠，因爲中國的君王本人和他最近的親屬向來是不受普通法律制裁的。然而，除了極少數親貴之外，一般人  
民在法律上却是完全平等，而沒有階級之分。一個宰相犯了罪的時候，他所受之法律制裁是和一個農夫一樣  
的。而且，在中國歷史上，曾經有過一種「八議」制度的存在。（註三十二）但是那個制度的存在期間並不長久；在  
事實上，唐朝以後它已「等若具文」。大清會典且把它正式廢止了。（註三十三）自從那畸形的「八議」制度廢  
除之後，「人民在法律上一律平等」的原則，在精神和事實上，都更加逼真了。

第二件使中國法制生效的要素，我們可以特別提出的，便是那統一的刑法和集中化的刑事程序——雖  
然我們前面已經說過，中國人的民事行爲大都是受禮的支配和制裁；但是他們的刑事行爲却要受國家很嚴  
格的監視和控制。中國歷代的法典非特充滿了關於犯罪和刑罰的規則，並且還載着很周密的訴訟程序的規

定。(註三十四)所以司坦頓爵士 (Sir George Staunton) 論中國憲政各種現實的道德上和政治上之利益時，他最後便歸功於中國的刑法制度。他說中國的刑事制度「縱使不是世界上最公允，最平衡的制度；它至少是有史以來最明晰，最統一，而且最適合於民族智慧的一種。」(註三十五)

然而，在另一方面，我們却不可因為中國刑事制度之發達而聯想到中國「禮治」效力之微弱。「禮」之爲物，它在中國決不是一種龐雜空疏的哲學原則或原理。它是許多肯定的，積極的行爲規則。在中國人看來，違犯了「禮」幾乎比違犯了「法」還要嚴重，還要可恥。對於懷疑禮（自然法）之裁制效力的人，我願他們細讀依斯烏特 (Eastwood) 和基頓 (Keeton) 兩先生在他們那本討論奧司丁 (Austin) 的小書上底一段話：

「金克斯 (Jenks) 教授在倫敦經濟政治學院 (London School of Economics & Political Science) 就職的講演辭裏，曾經提出過一個新觀念。他說：現代法學和現代法家所謂的「主權」它并非政治的和法律的存在所必需或永久的條件。他相信將來一定會有一個時期來到；在那個時期裏，人民之服從法律完全是由於他們認爲那法律是對的，而不是因爲它有國家的強制力去執行。然而這個觀念並不新奇。在許多古代的哲學裏，尤其是中國的哲學裏，我們便可找得出它的反映。」(註三十六)

其實金克斯教授這種觀念不但在中國哲學裏有反映；它簡直可說是中國「禮治」的基礎或保障。

關於中國的刑事制度，我們此處可以特別提出其中兩個使法治有效的特點，這便是：上訴機會之寬大和



死刑判決之慎重。一個中國現狀的觀察者也許會以為，在今日的中國，人民的生命是很危險的，它的保障是很疏薄的。姑無論這種觀察是否錯誤，但它與中國歷代的精神却完全相反。在中國舊制之下，刑事上訴制度是異常繁複的，它裏面的上訴機會只怕比世界上任何制度都要多些。例如，在清代，某種重大的犯罪竟可有五次上訴，六次的審判！（註三十七）除此之外，任何處罰死刑的判決，在它未執行之前，都要呈報刑部，奏請皇帝批准。（註三十八）這種對於死刑的極端慎重主義，加上那繁複周密的上訴制度，確曾對於一般人民有很大的影響，而使他們對於法律的信仰增加。中國人之樂於守法，這也未始不是一個有力的原因。

最後，我們不可忽略了中國人的民族性和他們的人生觀，因為這些也是中國法治之所以有效的重要因素。關於這點，威格模爾（Wigmore）教授似乎有很深刻的認識。他說：

「對於盎格羅諾爾曼（Anglo-Norman）的法家，慣習於崇拜呆板的原則條例，以為它們是法律制度惟一的表現，我們這裏（從Puotia書上）的引語最可以表示他們的制度和中國制度的極大區別：（但是，有些民族對於這類的司法（指Anglo-Norman的司法）是完全不以為然的。那位德國大法律家耶梭（Thering）氏所認為一切法律秩序的基礎之「權利之爭」（Struggle for Rights），在中國思想裏便根本不會存在。自中國人看來，對於原則的固執或對於權利的爭持，它和肉體的毆鬥是同樣的下流，可恥。他們認為治的根本是道德力和理智性，而不是那嚴格不移的權利。妥協，調和是莫上的德性；苛

刻，固執是人類的劣行……」（註三十九）

在另一處，威氏又說：「中國人是最特別的一個民族。他們是世界上偉大的和平主義者。」（註四十）不錯，正是由於這「和平主義者」的民族天性，加上許多可貴的法律制度和原則（如同：人民在法律上一律平等之原則，刑法及刑事制度之統一，上訴機會之普遍，死刑判決之鄭重，等等），所以中國的制度不但能夠產生「有效的法律和秩序」，並且「在這個制度之下的司法效率與方法能夠與世界任何制度相媲美。這幾乎是一切外國觀察人所異口同聲的。」（註四十一）

中國歷代之有合「禮」（自然法）與「法」（現實法）而成的法治制度，以及那種法治制度之足以維持當時的社會秩序，那幾乎是確定無疑的事實。但是中國民族之不承認法治為最理想的政治原則，却也是我們所不能否認的。孔子曾評述過他自己的司法生活。他說：「聽訟，吾猶人也；必也使無訟乎。」（註四十二）當然，要「使無訟」，那却不能專恃法律本身，而非依靠教育、道德，以及其它多種的社會節制不可。由此看來，我們知道儒家所代表的中國哲學思想，它底目的是雙方的：一方面，它要由「禮」與「法」的普及和實施，來保障社會上一種有效的法治生活。它方面，它又要用各種社會節制之通力合作，去提高一般人的道德生活。儒家的極竟目的，誠如漢儒董仲舒所謂是「在使人人有士君子之行。」（註四十三）但是要使一個人有「士君子之行」，他最先必具的條件便是「守法」。所以中國歷來對於法治，在學理上和實際上，都是很重視的。

(註一) 本文乃作者最近應美國太平洋月刊 (The Pacific Affairs) 之特約而撰 (原名 "China & the Rule of Law." 載該刊十月號) 其主旨在討論中國歷代法治之有無並說明其性質。作者雖力避宣傳嫌疑，然以其讀者既多為外人，故取材說理均祇求淺顯圓到，不涉艱深。本篇譯文，除命題及小註微有變改外，悉保其原來面目，未暇增削。至於篇中末節所提出中國舊制下之各種法治制度及原則，作者甚憎其過於簡略，容當為文補充之。——作者識。

(註二) J. H. Wigmore, A Panorama of the World's Legal Systems, (1928), Vol. I, p. 144.

(註三) 論語, 第十一 (顏淵) 篇。

(註四) 孟子, 第七章 (離婁篇上)。

(註五) 荀子, 君道篇。

(註六) 書同前, 篇同前。

(註七) 書同前, 王制篇。

(註八) 論語, 第二 (為政) 篇。

(註九) 禮記, 禮運篇。

(註十) 書同前, 禮曲篇上。

(註十一) 荀子, 富國篇。

(註十二) 參閱梁啟超, 先秦政治思想史, 二二六頁; 胡適, 中國哲學史大綱卷上, 三六六頁。

(註十三) 所謂「法家」, 乃紀元前約四百年至二百年間中國思想界之一有力學派。他們主張「法治」而排斥「人治」。

「他們的著作，理論清晰，婉轉動聽，較之西洋十九世紀「現實論派」(Positivists)之著述，無多遜色。

(註十四) 韓非子，定法篇。

(註十五) 書同前，難三篇。

(註十六) 西洋各國「法律」一字(如拉丁之*Ius*，德之*Recht*，法之*Droit*)，常有多種意義。它可作「法律」解，又  
可作「權利」解，更可作「正義」或「公平」解，故至易淆混。

(註十七) 奧士丁(John Austin)乃英國分析派之創始人。他主張一切法律皆主權者之直接的或間接的命令所構成。  
(註十八) 試閱勃氏之言：「自然法是在全世界各國都有效的。任何制定法如與它牴觸，便歸無效。」——“Commentaries” Vol. I, Introduction, p. 43.

(註十九) 見Berolzheimer, *The World's Legal Philosophies* (Modern Legal Philosophy Series), Koecourek  
之序文第三十頁。

(註二十) 尚書，皋陶謨篇。

(註二十一) 禮記，禮運篇。

(註二十二) Leang Ki-tchoua “La conception de la loi et les theories des legistes à la veille des Tsun,  
”George Padoux之序文——Wignore, “Panorama,” p. 143 引用。

(註二十三) 穗積陳重引用，見新時代半月刊二卷，三四期合刊，第八頁，(譯文)。

(註二十四) 見前書，第七頁。

(註二十五) 歐陽修，禮樂志論。

(註二十六) 禮記之編輯約在紀元前二百年間。英儒 James Legge 會將其譯為英文，載 Müller, Sacred Books of the East, Vol. XVII. S. Couvreur 會將其譯為拉丁文及法文，名 "Li Ki Avec Une Double Traduction en Français et en Latin."

(註二十七) 閔淺井虎夫，中國法典編纂史，(陳重民譯)。關於歷朝各法典之章次目錄，閔楊鴻烈，中國法律發達史，卷下，附表。

(註二十八) 法經雖為中國可考之最古法典，但中國之有成文法却還在法經之前。關於法經六篇之篇名，一般人均認為可信。但其內容，似已散佚。漢學堂叢書中所載者，未必可靠。

(註二十九) 大清律例曾經 Sir G. T. Staunton 譯為英文，名 "Ta Tsing Leu Lee, being the Fundamental Laws, etc." (London, 1810)。

(註三十) Wigmore, A Panorama of World's Legal Systems, P.143.

(註三十一) John Wu, Juridical Essays and Studies, p. 205.

(註三十二) 「八議」制度是承認親，故，賢，能，功，貴，勤，賓，八種人可受特殊之法律待遇。——閔東川德治，支那法制史研究，一三七至一四八頁。

(註三十三) 「八議」之制，不可為訓。——見大清會典，雍正六年。

(註三十四) 參閱 Jean Escarra, "Codé Pénal de la République de Chine," (1930), Introduction, 113至114。

(註三十五) Wigmore, A Panorama of World's Legal Systems," pp. 153—154 註用。

(註三十六) 韓 Eastwood & Keeton, The Austrian Theories of Law and Sovereignty, (1928) p 64; 參閱 Keeton, "Chinese Law and Historical Jurisprudence," Chinese Social & Political Science Review, October, 1928。

(註三十七) 參閱織田萬，清國行政法（漢文本），七七五至八〇七頁。

(註三十八) 參閱前書，八四四至八五六頁。

(註三十九) Wigmore, A Panorama of World's Legal Systems, pp. 149—150.

(註四十) Wigmore, 書同前，p 198。

(註四十一) Wigmore, 書同前，P. 154。

(註四十二) 論語第十二（顏淵）篇。

(註四十三) 董仲舒，春秋繁露，俞序篇。



# 世界兩大法系之發展的原因

華 懋 生

溯自回教消沈，印度亡去，猶太民族，醉於宗教之醇醪，不特無國，并失統一之語言；麥秀黍離，何處見當年燦爛之文化，於是此歷史上三大法系，淪蕩殆盡。至我中國，往者既因一丸泥封，未遑所志；而頻年復兵戈哀鴻，自封故步，奄奄一息，僅見其殘喘猶溫耳。乃今日之談法系者，反以後來之英美法系與羅馬法系相並稱，而世界之受影響者，亦以此二法系爲最，固也。羅馬法系與英之判例，在法制史上自占其特殊之地位，而羅馬之淵源尤深。雖然，在法制史上占地位者，不僅羅馬、英美已也！則其所以能形成今日世界經緯二大法系橫霸歐亞、非文化諸邦者，甯無他由，豈區區意城一闕及英淪小部落之譬歟！遽能遍其影響於全球者乎？或曰：羅馬與英國，俱爲法家輩出之邦，故其法制彌精，是以採用之者彌廣，夫法制之精良，固屬法家之功，居其大半。然而法制之發展，謂爲僅基於法制之精良，法家之輩出，吾將掉首而勿顧！

柏勒圖之言曰：法，強由所制弱者也，吾不信其言，不願信其言，吾尤不忍信其言。然而茫茫人海，試看殺人而不罪者，其惟強者乎？試看掠地而不罪者，其惟強者乎？尤可異者，此法系之發展，亦遽基礎於強。我復何言？

然則羅馬與英國法系究藉何而發展？

曰：羅馬法系之發展藉征服之幅員也！（By Conquest）

世界兩大法系之發展的原因



英國法系之發展籍拓殖之幅員也！ (By Settlement)

## 一 羅馬法系與英國法系所占之幅員

### (A) 羅馬法之幅員

歐洲國家，除不列顛南部，自五世紀撒克遜種族 (Angles and Saxons) 遷入，後自采習慣法外，其餘諸邦，悉為羅馬法下之幅員。歐洲以外，則有羅沿省 (Louisiana) 圭白克 (The Canadian Province of Quebec) 錫郎 (Ceylon) 英屬其亞那 (British Guiana) 南非洲法屬荷屬各部 (South Africa either of France or of Holland) 非洲德屬葡屬及西班牙屬各部，南美洲美洲中部，墨西哥及斐列濱羣島，荷屬及法屬東印度 (Dutch and French East Indis) 西比利亞 (Siberia) 及蘇格蘭等。

### B) 英國法之幅員

英國法所及之幅員，除美利堅合衆國各部，(除羅沿省等) 英格淪威爾斯愛爾蘭三島外，有奧洲 (Australia) 新西蘭 (New Zealand) 坎拿大圭白格以外各部，(All Canada exo pt Quebec) 海灣羣島 (Hawaiian Islands) 及印度等。

綜上除亞洲三數邦，以及服從意塞姆法諸邦，(Those which obey the sacred law of Islam) 外，世界文化諸邦，幾皆為此二法系所統治。

## 二 羅馬法之發展

羅馬帝國，武力政治，雄視一代，國祚之久，乃至一千二百二十九年，（依百科全書）所據之屬地，幾握有當時世界之大半。西歐國家，無一不受其控制。法制之發展，乃隨武力之發展以俱進。考羅馬當時，其發軔之初，不過意城一闕。最先之征服地，不過有徵兵之義務，無他法律以控制之。及西西利（Sicily）并入後，最重要之省政府（Provincial Government）制度，於是乎設立。此省政府制度，在羅馬法之發展史上，占重要地位。因當時羅馬征服地，皆為省治，省政府中，重要官員，胥為羅馬人自兼，省政府主持曰總司官（Governor），必為羅馬人；其職務有類羅馬之總裁官（Consul）統掌軍民司法各事，并立有法院，專理訴訟。除此總司官外，其餘重要職官，亦多屬羅馬人，助理各項事務。總司官上任之初，必公告一省令（Edict）其中所載，多屬就任後設施之策略及行政之宗旨等等。及此總司官休職後，繼來者復公告新令，自多新意創設。如此相沿成習，乃開大官法（Jus Praetorium）之先聲。

緣羅馬此時人民，分為二種，一為羅馬民，取得公權者（Citizen）一為征服地之人民，或曰外來民（Alien）前者可得享有羅馬法下之種種公權，後者則不能。概因為當時羅馬人不僅以為外來民之風情，不適用羅馬法；愈以為羅馬公民權自不能付與征服之人民。蓋其中尚有尊卑之別在焉。故最初之省政府令，亦以規定公民間之關係為多，尚少及外來民者。至於親屬繼承契約等諸法，則僅公民得可享受。此時各省之外來民，除在省令中

約略稍有規定，此外均依其原來之習慣及固有之法則以爲繩範。但外來民之須受刑事處分者，仍由總司官得以羅馬法處斷。因刑法爲一班之治安法也。在此種組織下，外來民之欲思取得羅馬公民權，其渴望可知。是以外來民中，間亦有經許可而取得公民權者，取得公民權，即所以成羅馬法治下之公民也。征服地之人民，自以取得公民權爲榮，於是公民日衆，羅馬法之統治範圍亦日廣。

丁此時際，羅馬之立法方面，既因外來民之取得公權者日衆，乃不得不有自然之趨勢，以廣采各征服地之民情風俗，以納入法律中，俾能適合於外來民之享有公權者，不致相違太甚。於是外來民方面，固益渴於取得公權，羅馬方面又以求適合而擴大立法之範圍，兩兩相合，其融和之勢，乃使羅馬法有不能不發展之結果。

自紀元前一五〇年至紀元後一五〇年，羅馬法制，在此三百年間，起一重大變化，即由剛性法律，漸趨於柔性法律。蓋小國寡民之法律，已勿能治發展之王畿，各省之征服人民，漸受羅馬文明之陶冶，而日就於近似。省治法規更具羅馬之精神，剛性之法律，自不得不趨於柔性，社會之組織愈複雜，立法欲依極端之剛性，勿復云可矣。綜二世紀之法制擴張趨勢，羅馬皇之直接立法，及羅馬皇之具最高司法權，皆足爲促進法制之二大原因。蓋羅馬皇之直接立法，不特減却總司官之居間，抑且多爲外來民作繩範，其握最高之司法權，自成演進統一之趨勢。

羅馬此時，扶搖直上，歐洲雄視，莫非王土，屬地愈廣，法制乃愈張矣。迨三世紀時，除可錫加及阿爾濱 (Cato-

ica and Alpine Valleys) 等文化衰落各處外，王土居民都爲公民。卡拉克拉 (Caracalla A.D.211-217) 以後，法制已成統一，縱以各省民情風俗之異，略有不同，但殊不多見。

戴鶴徒 (Theodosius A.D.395) 帝死後，羅馬乃分爲二，即東西羅馬是。此時帝國之勢力雖割襟分袂，非復當時；而西羅馬又不久逝去。然此期法制乃愈形發展，法家固亦代有其人，矢力創造，蓋已發軔有自，此帝國之幅員，終爲創構法律之王畿。此後法制之發展，可以四因論之。

(一) 中古最有勢之教法，(Canon Law) 乃由此羅馬之精神，漸漸形成；縱其中不乏特點，然其胎息所寄，可斷言之。

(二) 西歐國家，如德蘇格蘭等，認羅馬法爲有效之法制。此後德國又在馬西米梁帝時 (Maximilian) 令 Corpus Jaris 爲有效之法典。蘇格蘭在詹姆王 (King James V) 時，曾有相似之規定。

(三) 采羅馬法，編製法典，諸邦乘時而起，如法在十七世紀時，編製法典，至拿破崙氏又頒行新法，近世尤受影響。又如普邦在弗立特 (Frederick II) 時，所草之法典，即後在一九〇〇年頒佈者。

(四) 如圭白克 (Quebec) 羅沿州 (Louisiana) 皆采法國之制，而襲羅馬法者。如棋亞那 (Guiana) 南非洲 等處，皆采荷蘭之制，而襲羅馬法者。此外如波蘭，司甘汀諸邦 (Scandinavian Countries) 塞維亞 (Serbia) 保加利亞 (Bulgaria) 羅馬尼亞 (Romania) 等，因中世近教會關係，故其法制胥受教法之居間，而胎息於羅馬者也。

### 三 英國法之發展

英國法制，平心言之，未嘗無羅馬影響，衡平法尤爲顯著。然自他方觀之，亦不能認非另具面目；其發展程序，與羅馬殆相別無幾，不過歷史較幼稚耳，其出於武力之後盾則一。論其演變方面，殊簡單，不過以其固有之習慣法，隨拓殖地而實施之耳。先後施行者，除愛爾蘭、英格蘭、威爾施外，則有奧洲（Australia）、新西蘭、加拿大、西印度羣島，即勃爾太（Gibraltar）、密爾太（Malta）、西不路（Cyprus）、星加坡等處，美國本爲離英獨立之邦，襲英法制自不待言。

英之法制，藉武力以發展，驗於印度而益信。蓋印度爲宗教之邦，文化風情，在在有異，英之法律格格不入也。英人之治印時，在十八世紀，而其法於十九世紀，始告陸續施行之，且設印度法會（Indian Law Commission）專理其事，但所施行諸法，已受印度之更變不少。印度法會中，所定施之法，有刑法（在一八六〇年）、刑事手續法（一八六一年、一八八二年及一八九八年）、民事手續法（一八五九年及一八八二年）、證據法（一八七二年）、契約法（一八七二年）、買賣證券（一八八一年）及其他不甚通行之信託法、財產轉讓法等等，此即可謂英印法制之關係。

誠哉，羅馬與英國之法制，其能如今日之燦然燭全球者，自不僅恃乎有精密之法制；蓋尚有鋒銛刀劍在也。此所以今之談國際公法者，有慨乎言之矣。

# 中國憲法的幾個問題

孫科

立法院奉命草擬憲法，年餘於茲。自初步起草，案之草案至完成，前後稿凡五易；其經公開刊佈者，亦凡三次。國人指陳得失，明辨利弊，吾人藉爲起草之南針者甚多，至足忻感。綜觀歷次草案進步之跡，則吾人之廣納衆見，詳審慎擇，以期斟酌於至當者，自尤可灼見。茲值草案將次完成，適逢雙十國慶，細維先烈創國之艱難，益凜製憲責任之重大。敢就憲法草案中之重大問題，最爲國人所關心爭議者數事，爲國人告焉。

## 一 國體問題

憲法上關於國體之規定，在研究之初，即決定以「三民主義共和國」爲國體。歷次修正各案幾經商兌，迄未變更。國人對此，或仍不能免其疑慮，請先釋之。大抵持反對之見解者，其理由不外五點：一以主義爲有時間性之物，國體則不容改易，故不應以主義冠國體。二以三民主義爲一黨之主義，實行憲政以後，勢不能強國人以共信；否則且與信仰自由之義相背謬。三因三民主義解釋紛歧，如以限制國體，未免有隨時發生違憲問題之可能。四因三民主義爲富有溫和性之一種主義，與蘇俄之布爾什維克主義性質全異，不必效法俄憲特著主義爲國體之冠詞。五以憲法條文儘可將三民主義之精神貫注其間，但不必拘爲國體之限制，因主義與國體，顯爲二物。不知民國爲革命之產物，憲法又爲保障革命基礎之具；以三民主義名國，正所以示革命之義，而正立國之源。對

內各族平等，對外主張大同；此民族主義的國家，而非帝國主義之國也。國民有直接選舉並罷免官員之權，有直接創制並復決法律之權；此民權主義的國家，而非純粹代議政治國家之比也。平均地權，節制資本，發展國營實業，以謀國民生計之均足；此民生主義的國家，而非資本主義或共產主義之國家也。合民族，民權，民生三者，而爲三民主義之國家，其義何可移易，舍三民主義而僅言「共和國」或「民主國」則「民權」之義且未畢，將謂能顯示吾國立國之特性乎？如謂主義含有時間性，試問主義改變之後，經革命而締造之國家是否存在誠恐非惟國體改變之問題，是直整個之改憲耳。如謂三民主義爲國民黨一黨之物，曾亦思中華民國之由來，實即三民主義之產物乎？凡屬中華民國之國民，飲水思源，其可以三民主義僅爲一黨之信仰而反對之乎？如授反對三民主義之人，以廣大之政權，則吾人之實施憲政，更將何所取義？豈非躬自毀棄已經革命之史蹟乎？且建國大綱第八條，固明明規定以「誓行革命之主義」爲縣自治完成條件之一也。安得以憲政之開始，爲反三民主義公開活動當然之解釋乎？如謂三民主義解釋不一，則總理遺教具在，不難復按。少數人如欲有所假借，以圖自便；則公論制裁之下，強辭曲解，自難託足。彼共產黨嘗強分吾黨爲左右派，並引「民生主義即共產主義」之句，以爲即左派之所持。識者洞燭其奸，其計卒不售，此明證也。如謂三民主義與布爾什維克主義性質不同，是誠有然。惟吾人之以三民主義爲國體，亦自有其特殊之需要，要非盲目的做法他人也。如謂憲法全文已涵有三民主義之精神，即不必再將主義規定爲國體。則吾人之見解，適得其反。蓋惟其爲三民主義之國家，始需要三民主義的憲法。

惟其憲法全文，涵有三民主義之精神，尤不可不於開宗明義之首條爲明顯之表示也。三民主義，如日經天，家喻戶曉，於國於民，究何所不利，而乃必諱言之於憲法中耶？

## 二 人民權利自由問題

自憲草初稿刊布以來，多有致疑於人民權利義務章所定人民之權利自由各條，何故仍採「非依法律不得限制」等字句，而不在憲法上爲具體的限制之規定者。夫憲法直接保障制之優越於間接保障制，在純理論之立場上，吾人自無間然。惟於此吾人所當知者之事：

一曰法治國之通例，未有予人民以絕對之自由者；彼主張「人權」之說者，以爲人民之自由，實與有生以俱來，則係十八世紀玄想之陳說，爲當時市民階級所持以抵抗強暴之具。近代社會組織，因產業革命而急變，昔之視自由爲可貴者，今則視同勞苦民衆之桎梏矣。主張「社會聯立主義」之新說者，即釋自由爲發展個性以致力於社會之工具。此自由之新義，其應受合理的多方之限制，自無待言。總理亦嘗謂「祇有國家自由，更無個人自由」，其義正同。

二曰「法律」與行政命令不同，不容混爲一談。彼主張直接保障之說者，亦謂惡法將侵民權而無餘，而等憲章於具文。不知過去民權之失保障，非法律之不良，行政機關實有以蹂躪之。且憲法頒行以後，法律由民意機關所決議，人民又得運用其創制與複決之權，卽有惡法，又何患乎無制？至行政機關之不得擅行僭越，立法以病



民，則又屬正常之法治所應爾，無待深論已。

三曰直接保障之具體規定，掛一而漏萬，有時竟陷於不可能。吾人討論草案，於此亦屢經營試，顧卒難稱意。例如通信之自由，貌似殊少問題。有人即主張規定爲：「人民有通信秘密之自由，非因犯罪嫌疑，在偵查或處刑期中，不得侵犯」云云。惟學校當局之於學生，父母之於子女，往往有特需查閱其通信者，於此又將何說？誠以社會複雜萬狀，憲法上所應規定者，爲自由保障之原則，其餘則均待普通法爲之補充，要非憲法條文所能巨細畢舉故也。

### 三 均權問題

憲法上關於地方制度之規定，或主中央分權於各省，或主分權於各縣，各執所見，迄無定論。實則「均權」之義，與所謂「分權」者殊科。論者持分權之通義以釋「均權」，前提既誤，其結論自難允當矣。夫所謂「中央與地方之權限採均權制」者，不過就政府應治各事之性質，分別其何者應屬於中央，何者宜屬於地方。非謂整個國家之治權，由中央劃割一部，以分讓於各地方也。換言之，所謂「均權」，蓋全爲事務執行上之分配問題，而非治權之系統劃而爲二也。吾國自秦以降，大一統之局垂二千餘年。昔有倡「聯省自治」之議者，總理則明白反對之。誠以分權之法，徒足資爲據亂之階，非吾國之所宜有也。惟政府之事權，隨人事之繁複而日臻擴大。昔以保境安民爲專責，其作用多在於治人，今以福利民生爲指歸，其作用多在於治事。執古以例今，欲以中央統治

庶雜，就各地設官而分治，則又非情勢之所許。此地方自治權之所以必須創設也。

總理所主張之「分縣自治」與聯邦政治固屬不同，故憲法上絕無硬性的分權規定之必要，即與一般單一國家之自治制度，亦不盡同，各縣之事權，則宜在憲法上有明確之規定，俾代表中央之「省」行政機關，不得任意侵凌，致危及自治之基礎。此均權之一義也。

夫集權之與分權，本為政治上不易解決之宿題。今聯邦各國，輒以中央無權顧問各邦之事為憾，而尤以一般法律系統之混淆，於人民行動至多窒礙，而思有以統一之。德意志自韋瑪憲法之頒行，各邦即降為地方之性質。近希特勒執政，集一切權力於一身，邦權重經減削，幾與單一國無異。美國亦以聯邦憲法之解釋，有日趨中央集權之勢。近日之復興運動，聯邦政府更有統制一切之概，此由分權而集權也。反之近世民治國家，莫不予地方以自治之權。中央在某種法律範圍以內，即不干涉地方之事。古代之極端官治主義，殆已絕跡。此由集權而分治也。吾人不採分權式之聯邦制，在所以免統一權之殘破，吾人於憲法上採分縣自治制，在所以期地方自治權之確保。既非分權，亦非集權，斟酌於二者之間，以期適合於上述之兩大潮流，此又均權之一義也。

#### 四 政權與治權界限問題

政權與治權之劃分，為總理特種之學說。政權在民，治權在政府，本無任何權界問題之可言。惟人民對於一縣之事，其政權雖躬自行之，對於一國之事，則委託國民代表以代行之。國民代表集而為國民大會，其形式與

一般代議制度下之國會相當。國會所應有之職權，固非僅限於選舉，罷免，創制與複決之四權也；因之，政權與治權之界限，遂成爲問題，並以引致多數人之誤解。論者往往以國民大會之政權，爲與普通國會權相仿之物，故政府對外宣戰，媾和，須得該會之同意；政府立法，亦須受該會之督制。以國民大會非可常期集會以行使其監督政府之職也，遂又另倡爲常任委員會之制，以代之，而免國家統治權之中斷。歷次憲法草案，殆均中其病，今覺此種理論，實與總理劃分政權與治權之原義相背，而其錯誤之由來，即在視國民大會爲國會之一點。夫政權本人民自身所具有之權也，其託代表以行之者，因自行之不便，非謂政權之性質因代行而有所變更也。人民自身行使政權之情況，人皆知其異於國會之行使職權也，則代表之行使政權，亦固「政權」而已耳，何得與國會之職權相比擬乎？政權非常行之事，其停而不行者，以無行之之需要故爾。國家之統治權，與人民之政權，本爲二物，豈能以政權之偶停，視爲國家統治權之中斷乎？

且政權離失本義之結果爲何如乎？政府各院，動受牽掣，勢非降爲事務機關不可。設行政院必須乘國民大會之政策而始能行事，立法院必須奉國民大會之意旨而始能立法，將何以發揮其獨立之權能？此極端之國會一權政治也，夫豈五權分立之義？復次則國民大會爲不宜常期集會之機關，其一切大權，勢非託付常任委員會不可。以少數之常任代表，執掌國家之統治權，以駕臨乎五院之上，操縱而馳驟之，是寡頭政治之變相而已。是知國民大會之政權，決不能與政府之治權相混淆，而其界限，則惟返求諸政權——四種直接民權之本義而已。

## 五 總統制與內閣制問題

國家政治責任制度，通常有總統制與內閣制之分。兩制互有得失，論政者所見不一，衆議紛然。民國紀元以來，兩制之取捨，亦嘗聞激烈之爭辯。惟總統制與內閣制之攸分，係三權制下之問題，而非五權憲法中之問題。吾人於此，自應首先有確切之明認，庶不致墜入論爭之歧途。在三權政治之國家，所謂總統制者，即以總統自身負實際之政治責任。其閣僚由總統自由任免，對總統負責而與國會之信任與否無關。總統亦祇向國民負責，而不向國會負責也。所謂內閣制者，則總統不負實際政治責任，其掌握實權之內閣乃由國會推薦，向國會負責。而內閣在職之久暫，尤繫於國會信任之有無，與總統之是否信任無涉；此其大較也。彼所謂國會，爲執掌立法權之機關，亦爲廣義的政府之一部，其實質又與五權憲法下之「立法院」相當。惟五權憲法與三權憲法有一重大之異點，即立法院以外，尚有一人民代表機關——即「國民大會」之存在，以專司四種政權之行使，而爲政府責任所從出。國民大會之職權，雖爲代民行使四權，究與人民自身行使四權不同。政府五院，應各對國民大會負責，並非空泛的向全國人民負責；同時，自身同具半代議性質之立法院，亦須向國民大會負責，而行政部分則不向立法院負其責任；此所以與三權憲法不能同日而語也。總之，五權憲法下之政治責任，非僅行政與立法二者間，或各院間之關係，尚有各院與國民大會間之關係。其關係之複雜，自遠非三權憲法所能比擬。論者以三權憲法之眼光，而論斷五權憲法下之政治責任制度，欲明辨總統制與內閣制之存廢，宜其百不一當也。

五權制下所成爲問題者，爲國家元首應否兼掌行政實權之問題，而於總統制與內閣制之異同無與也。元首而應兼掌行政實權也，則由總統兼任行政院院長或由總統薦派行政院長可也。此似總統制矣。然總統則向國民大會負責，非向立法院負責，亦非逕向國民負責也。元首而不應兼掌行政實權也，則行政院院長自應由國民大會選舉並罷免，並直接向國民大會負其責任。此又似內閣制矣。然行政院院長於此當有確定之任期，國民大會雖有罷免之權，究與國會之不信任決議不同。且行政院雖不向總統負責，要亦不向立法院負責也。

吾人既依五權政治之原理以擬訂國憲，於總統制與內閣制之利弊，自無取深論。至總統之應否具有行政實權，則依總理之遺教，過去之事例及目前之環境而論，似以兼操實權爲較當。

# 新舊刑律比較概論

董 康

法律依時爲乘除，本非一成不變。顧以時代之制度言，則有沿革，以土地之風習言，則有系統；歷古及今，無論如何變遷，終不越於系統以外。系統云者，卽亞東法律系統是也。法系（以下略稱法系）之幅幘，凡日本朝鮮暹羅均屬之。在中國國土本身，蒙古爲游牧之國，逐水草而遷徙，與內地迥別，西藏且在往昔化外人之列，屬於羈縻性質，均不能以普通之法律相繩。然國家特設藩部或駐在地大員類如古之都護者，以受其質成，未始無溝一方策也。嘗游英京倫敦，於律師公會，汎論犯罪年齡責任，英分七歲十二歲十六歲爲三時期，與周官同，頗疑英之系統亦出東亞，或卽所謂東來法之一歟。由是推之，東亞法系固亦橫亙世界，與羅馬法對峙，不可磨滅之物也。

吾國法律思想，古來趨重刑法。以制作之歷史言，可約分爲四時代：（一）嬴秦之欲，典籍淪亡，而虞夏商周之制度，於諸經諸子中，尙可獲見鱗爪，可名爲拾遺時代。（二）炎劉以迄隋季，雖無專書傳世，史家之志刑法，制作頗詳，可名爲徵信時代。（三）貞觀紹開，皇作唐律凡十二章，厥後有疏議之作，學者以其平易近情，備極推崇。宋之刑統，除流徒杖笞酌定決脊決臀數目外，幾於一字不易，不過每條之後略增唐後周暨當時格式勅條而已。金有泰和律，據四庫提要存目，永徵法經條下，仍用貞觀之舊，其書收入永樂大典，未經輯出。光緒庚子拳匪之亂，大典散佚，爲可惜也。元崛起漠北，自入主中夏後，用宋之刑統，元典章中略誌其事。明清兩代之目，依唐律稍加分

析，冠以六曹之名，質言之，皆紹襲唐律而爲守史之雲礽也。可名爲襲成時代。（四）清季光緒辛丑，感於交際需要，特設專館，修訂法律，今頒行刑法，卽其草案之一，可名爲革新時代。余嘗欲著中國法制史，今正搜集資料，從事編輯也。

甬上吳經熊博士，讀書特具卓識，與康至契。謂康所舉四時期，一至三乃法律史之歷史，四始爲法律之歷史，分悉尤爲縝密。博士擬分刑法史爲六時期，期足備參考，茲附其說如後：

一 混沌時期 自上古至春秋，此時法律與道德混合，復讎爲一顯例。

二 尙刑時期 自戰國至秦末。此時注意富國強兵，非用嚴格的法律，不能貫徹農戰政策，商君立木樹信，可以代表當時時代精神。

三 寬恕時期 有漢一代，鑒於秦用苛法之流弊，從事革新，刑法主忠厚簡易，慈祥怛惻，有三代之遺風。誠如先生所云，凡法律改革時代，多有道德觀念貫輸其間也。高祖三章，文帝，惠帝除妖言誹謗罪詔，除肉刑詔，除父子相匿罪詔，景帝詔讞疑獄，皆爲顯例。

四 成熟時期 成熟，猶集成也，金聲而玉振之也。有唐一代爲中國文化全盛時代，唐律之價值，不亞羅馬法典，漢爲創作時代，唐則襲漢制而加之以統系。

五 沿襲時期 物極必反，我國刑法至唐已臻全盛，自唐至清，雖間有修改，顧其大規模，則沿唐律之舊，未

嘗有所創也。

六 革新時期 自海通以來，中西文化互相接觸，新刑法實中西調和之產品也。

司法法規，歷朝各有專書，其編纂之法，約有二點：（一）無民刑法法之區別。雖屬民事，一經審判，科以最輕微之刑事處分，即了之。如唐律等戶口婚姻田土錢債，亦居本律部類之一，然必謂刑律以外，無民事法規，亦非也。如漢律九章外，有田律。（見周禮夏官大司馬疏漢書黃香傳）唐律有戶婚章，而疏議復引戶口，令又如前清大清律例外，關於繼承婚姻田土等事，禮部戶部等則例，仍有規定。若無科罰之必要，避免訴訟之手續，由地方行政官依據該則例，或有疑問者，咨請部示，亦可以斷定之也。（二）手續法與實體法混合爲一。如訴訟斷獄二章，以訴訟暨審判手續爲其主要。以上二者，皆時代爲之。蓋法律之遺遞，由簡單而趨於繁重，各國一例。故今日英國司法法規，與吾國舊制，尙近似也。自前清修訂法律館之設起，董其事者爲沈家本（子敦）伍廷芳（秩庸）二公，最初康任校理。歷晉纂修提調，迨入民國，曾任副會長（法律館民國初年改爲法律編查會，司法總長章宗祥兼會長，聘康及汪有齡君爲副會長。張鎔西君長部時，改爲獨立機關，會長及副會長，均改爲聘任。）及總裁，參預其事，垂二十年，今之六法，即當時所修訂之草案也。六法中惟刑法於宣統三年提交資政院，因禮教問題，新舊齟齬，議至姦非罪而止，迫於憲政館所定年限，雖未完全通過，即用上諭頒布。民國紀元，修正其與國體抵觸者，以大總統命令頒行。五年會修正一次。迨南北構兵，寢置未議。七年規復法律館，康與王亮疇君爲總裁，將原案修正案



合併修正之，提交議院，今稱刑法第二次修正案。此外五種草案，法院作為條例援用。迨十一年，復修正民事訴訟刑事訴訟等法，前後頒布，專職其事者，民訴為石志泉（友如）刑訴為陸鴻儀（棟威）二君，俱法律館之副總裁也。是編以闡明刑法過渡為主旨，宜專就刑法立論，因有相關之點，附編纂法律之原始於此。

舊法廢止，新法頒行，則舊法似無研究之必要，而抑知不然。凡事之進步約分過去現在將來為三時期，現在乃過去所蛻化，又所以孕將來者也。試以文學譬之，古人撰述傳世，號稱專家若干人，焉知今人不能優勝於古人，又焉知將來無優勝於今人者。然不就三時期以為攷鏡，無從定其優劣，即無以策其進步與否也。揆之刑法，亦同斯旨，刑法原案（即新刑法）當時大致甄採歐洲大陸派德意等國最新法案，而參以唐以來舊貫。原冀觀察時勢，徐圖頒布，改革時處處以急進為宗旨，不問訴訟一切制度準備若何，即行頒布，奉行之後，頗感困難，欲速之譏，誠所難免。依今日情形，則研究舊法，亦所必要，試舉三點如左：

（一）道齊之方，夙重德禮，嘉言垂訓，逾二千年，曩時頗以禮教論法律論為二事，迨今疊遇戰爭，社會未至潰決者，道禮二字，互相教詔，得以維持於萬一也。舊法向主明刑弼教，現雖失其效力，不妨參酌其精神。

（二）各國法制，不能拋棄習慣。但習慣有善惡兩種，善者宜永遠維持之，惡者宜逐漸改革之，新法拋棄斯點，不無遺憾，舊法注重各省習慣，故專例頗多，能得其中消息，裨益聽斷，良匪淺渺。

（三）新法科刑範圍過寬，非經驗豐富，判斷難期適中。民國初年，法院用人，掃除舊布新之策，尸其位者，絕少

師承，於量刑問題，多所倒置。例如殺人罪乃刑事訴訟中習見之事，有在舊法時代必處死刑，而科以法定輕刑者。（有謀殺親夫案，以所嫁非偶爲理由，處一等有期徒刑者。）有在舊法時代非真正死刑可以量減，而處以死刑者。（有某國人賣嗎啡致某婦墮胎身死，其夫憤而殺某國人，科其夫以死刑，亦有理直傷輕，在殺傷之間，核辦秋審必處緩決，而科以死刑者。）同一事實，甲廳與乙廳科擬不同，甚至甲庭與乙庭科擬不同，又甚至法官本人，甲案與乙案科擬不同，量刑乃法律獨立上付予之特權，雖屬長官，無從干涉；然責以亭平之義，無從自解，欲冀對若劃一，猶南轅而北轍也。曩時備位法曹，曾頒行科刑標準條例，以資補救，挾黨見者不以爲然，旋被廢止。若能斟酌舊法，用作判例，當能合一般人公平之心理也。

前清刑律原名大清律例，律文凡若干條，仍前明之舊，不容輕易增損，例則斟酌一時情形，纂附於後，較律文互有輕重。乾隆舊制，律例每五年一小修，又五年一大修，律例館職掌其事，該館離刑部而獨立，設提調一員，須會歷刑部司員現秩九卿，方合其資格，他部則例亦歸其修輯，不知何時廢止，劃歸刑部秋審處兼管。大清律例自治九年後，久經失修，審判必須兼及通行章程之已刊行及未刊行者，緝檢爲難，康主倡師日本新律綱領及改定律例漸次頒行之先例，修正舊律，以資過渡，閱一年歲事。存律文三百八十九條，例九百三十八條。（此最後憲政館修併），於宣統元年頒布，即現行刑律是也。是律因新刑法頒行而廢止，僅關於民事部分，尚維持其效力；惟修

輯宗旨，已混合新主義若干成分在內，不足推闡舊日之義蘊也。

比較法律。爲大學部最後研究之必要科目。以直線言，足以知今昔之異同，以橫線言，足以知各國之趨向。是編亦即直線中之刑法一小部分，今依據之資料四種如下：

(一) 大清律例

(二) 現行刑律

(三) 原案卽 (新刑法)

(四) 第二次修正草案

第二次修正案，回復大清律不少，閱第五章（瀆職罪）第二十二章（殺人罪）第二十三章（傷害罪）第二十九章（竊盜罪）第三十章（搶奪強盜及海盜罪）第三十三章（恐嚇罪）卽知。又民國三年頒行之刑律補充條例，亦修併於內。

刑法既屆革新，應有不同之點，其中仍有左之區別：

(一) 主義

(二) 制度

(三) 編纂體例

第一項約分四點：（一）減輕死刑。舊法死罪過繁，且有虛擬死罪者，久已名實不符。新法非情節重大，不科死刑。（丙種第一百零一條第一款，第二款，第一百零九條，第二百二十二條第一款，第一百六十九條第二項，第一百八十六條，第二百六十三條第一項，第二百八十七條第一項，第一款，第三百一十一條，第三百十二條，第三百十四條第一款，第二款，及第三百七十六條）。（二）廢除階級。舊法官秩服制，良賤俱不同，凡新法除直系尊親屬外，一律平等。（三）共同犯罪。舊法分別首從，新法除結合羣衆若干條仍含有首從遺義外，（丙種第一百零一條，第一百六十五條，第一百六十九條第二項，及第一百七十一條第二項）以實施者皆爲正犯。（四）二罪俱發。舊法以吸收爲原則，即二罪俱發從重是也，新法則純用併科。第二項，如刑名舊法有笞杖，新法改爲罰金或拘役。第三項，如舊法條例，幾於一事一例，新法務取概括。第一項足以驗立法事業之進步，關係尤深。第二第三兩項，乃當然之結果也。

立法事業，學理每多與事實不相調協。平情而論，學理乃新知所萌蘖。事實爲輿論所憑依，融會貫通，不容偏廢，要在臨時權衡之耳。是編所引四種，自以第二修正案最爲適宜。然該案着手於民國八九年之交，爾時政府暨社會情形，與今迥異，頻年戰爭，是非久汨軍人之殘暴，貪婪之薰習，刮質之風行，三者且有互相維繫，及利用之趨勢，似非特頒重典，不足以資懲肅，將來修偃可期，中樞重建，第二修正案，尙有修正之餘地也。



# 債權之對世力

張正學

債權爲相對權，僅就債權人債務人間發生效力，非如物權之有對世效力，故第三人對於債權人債務人間之關係，不負何種之義務，爲羅馬法以來之通說。依此說也，則第三人侵害債權時，非構成侵權行爲，債權人祇能向違反債務之債務人請求賠償，或強制履行，而對於爲侵害之第三人，並無救濟之方。然自英國學者安生 Anscombe 等倡債權亦有對世效力之說，從者漸衆，債權學理，爲之改觀。而日人石坂晉四郎著論非之，以爲債權非先天的有對世力，依照彼國法律，債權並無對世效力，其說亦風靡東瀛，我國民法債編業已公佈，究竟債權有無對世效力，關係至爲重大。茲先究對世力說之由來，而稽其淵源，繼述石坂晉四郎之學說，而審其有無科學上根據。再徵之我國法例，而試爲之論斷。分段述之如左：

## 一 對世力說之稽源

對世力說倡自英之安生等。而安生等之學說，則本於英國之判例。英國往時，亦堅守債權僅就債權人與債務人間發生效力之說。逮歷史上著名之大疫 Great Plague 以後，勞工稀少，隴畝荒蕪，爲濟時應急計，頒工役令 Ordinance of Labourers，以強制服工之法，爲解決危機之方。依該令規定：『凡身體強健，年在六十以內，不從事於技術或商務，並無地產，不能自存者，』須依法定之備資，爲需役者服役，更防工役之逃亡，於令之第二

章規定。

「如收穫刈割或其他之工人傭僕等，不問其地位及情形如何，凡在他人服役中，於約定期限以前，無正當原因或許可，而離去勞務者，罰以監禁，收留之者與同罰。」

依此令則農工僕役之雇傭人，對於勸誘被雇之農工僕役，使之違反雇傭契約之第三人，得訴請救濟。費士海柏脫 *Fischerbert* 之解釋曰：依照此令「如有收留余之傭僕，致其離余而為渠服役者，余得對於傭僕及收留之者一併起訴。」然僅限於農工僕役之雇傭契約，與其他契約及其他之債權無關也。

至西歷一八五三年因陸慕萊訴伽愛 Lumley V. Gye一案之判決，而新主義於以誕生。該案事實，為有女優名華格奈 Miss Wagner者，歌譽甚著。原告與訂一契約，在一定期限內，華格奈應專在原告劇場內歌唱，而不得在他處歌唱。被告知其事，思有以傷原告，於期限之屆滿前，勸誘華格奈使之拒絕履行，致華格奈不為原告歌唱。原告向被告起訴。被告答辯要旨，略稱：對於傭僕之訴訟，須限於主人與僕役之關係。主人之有此權利，實為奴隸制度之遺蹟，而為法律原則之例外。優伶非僕役，當然不能適用等語，推事高萊列奇 Justice Coleridge之意見曰：

「依我國法律之原則，關於契約之破壞，訴訟上之救濟，僅限於締結契約之當事人，且限於因被告之行爲，直接並密切所生之損害。至主人與傭僕之關係，為公認之例外。此例外始於工役令，在理論上及權力

上，均應以該令爲限。」

其結論：則謂歌伶與倡優，不在工役令文字或精神以內，故應駁斥其訴訟。然法院之多數意見，則異是，推事

格勞摩登 justice Crumpton 曰：

「將該規則爲狹隘之適用，余未見其有理。余意當將同一之救濟方法，適用之於「新於事實」「不新於理由及條理」之案件，卽案內之過失與損害，與公認合於該規則案件內之過失與損害相類同之件。……余以爲將誘行傭僕案內之原理，適用之於被告以惡意勸誘依有效之契約於一定期內應專爲原告服役之當事人，使之於約定期前拒絕服役致原告受有損害之案件，要無不當。」

蓋該法院將工役令內賦與農工及僕役之雇傭人，就其對於勞務債權之對世效力，依類推之方法，適用於類似之案件。而惡意誘引契約當事人使之破壞契約，足以構成侵權行爲之學理，於以誕生。然依判決之所，則適用該原則之要件有三：（一）被告須有惡意，（二）所破壞者爲已成立之有效契約，（三）須被誘引而破壞契約之當事人係約定於一定期內專爲原告服役者，範圍猶未廣也。

惟陸慕萊訴伽愛案之判決，承審推事之意見，既非一致，而推事高萊列奇之反對意見，亦頗有相當之理由。故該判決所脈之原則，能否堅確不搖，爲嗣後法院所遵從。一時殊成疑問。至鮑溫訴霍爾 *Bowen v. Hall* 案之判決，然後疑問悉祛，而其所脈之原則，遂成英國法之一部。是案事實，與陸慕萊訴伽愛案相似，而其判決理由，特



注重於被告之惡意 *Malice*。推事白蘭德 *Brett* 曰：

「僅僅勸人破壞契約，在法律上在事實上皆不得謂為不當，洵如推事高萊列奇所言。然如勸誘之行爲，係爲中傷原告，或爲損害原告以利己起見，則於法律上於事實上皆爲不當，故爲不法行爲。如有損失，自可訴償。吾人以爲惡意之行爲，如上所述者，就法律論，就事實論，其爲不當行爲蓋毋庸置疑。陸慕萊訴伽愛案內所訴之行爲，及本案所訴之行爲，因有惡意，故爲不當。」

上述二案，皆爲勞務契約，其適用之於非勞務契約，則自旦摩般登訴羅史爾 *Demperton v. Russell* 案判決始。該案事實，爲有數建築家向原告締定購建築材料之契約。被告爲壓迫原告計，以罷工爲威嚇，使建築家拒絕向原告購買材料。原告以被告誘致破壞契約爲詞，訴請賠償損害。被告則以本案非勞務契約，不能適用陸慕萊訴伽愛及鮑溫訴霍爾兩案之判例，爲抗辯之方法。而判決則以此種原則，不能限於勞務契約，故認原告之請求爲有理由。於是，以惡意破壞他人契約，不問其契約之種類如何，皆構成侵權行爲之法則，遂以確立。

然所謂惡意者，初指道德上之惡意 *Malevolence* 而言。即破壞他人契約者，須有損人利己之意思，方爲破壞債權之侵權行爲。至十九世紀之末，始解爲僅有事實之認識，已足構成惡意。貴爵麥克奈登 *Lord Maughan* 於金訴李散摩 *Qinn v. Leathe* 案中曰：「陸慕萊訴伽愛案之判決，洵屬允當。非因有爲惡之意思，——余意此非解決之關鍵——乃因有事實之認識而侵害法律上之權利，足爲訴償之原因。如無充分適法之

理由，干預法律所承認之契約關係，則爲侵害他人法律上之權利也。』厥後於一九〇五年南威爾鏡界協會訴格萊冒根煤公司 *South Wales Miners' Federation V. Glamorgan Coal Company* 一案依法院認定之事實，被告之勸誘違約，僅爲工人之利益計，而不過向工人爲忠實之勸告，並未有損人利己之意。在下級法院雖駁斥其訴，然爲上訴法院所廢棄，判令被告賠償。而貴族院 *House of Lords* 則維持上訴法院之判決也。

破壞他人契約，足爲侵權行爲之法則，既固植於英國，旋徙播於美洲，爲合衆國聯邦法院及多數之州法院所探認。英美學者愛生等之著書，遂倡債權有對世力之說，而債權僅就債權人債務人間發生效力之傳統觀念，爲之根本動搖。新說之興，由英美而歐陸，由歐陸而日本。雖未成爲通說；然頗有摧枯拉朽風吹水淹之勢。日本大審院於大正三年三三四五號判決；略謂債權爲對於特定人要求特定行爲之權利，債權人惟對於特定之債務人得要求其行爲，債務人以外之第三人，毫無受其要求之義務，自不待論。惟一切權利不問其爲親權夫權等親屬權，抑爲物權債權等財產權，權利之內容性質，雖不一致，要無不有任他人侵害之對世的效力，故無論何人皆負不加侵害之消極義務。此對世的權利不可侵之效力，實爲權利之通有性。何獨關於債權而除外之？蓋法律苟認某種權利而予以保障，則必認其有對世力，使其權利關係不受侵害，不宜因其爲物權或債權而設等差。否則第三人對於他人之債權既無不可侵之義務，即不免任意蹂躪，而法律承認債權之精神，終不能貫徹矣，等語。可謂盡發揮對世力說之能事矣。

## 二 石坂音四郎之學說及批評

當此對世力說駸盛之時，忽有日本帝國大學法律教授石坂音四郎博士者，著論非之。以爲法律無直接或間接之規定，不能即認債權爲有對世力。洋洋萬言，欲扼對世力說之亢而絕之氣。洵能爲舊說築溝壘，而爲新說非難派中之最有力者也。讀其文而不加深察，則但見其理由圓滿，氣勢充沛，一若無懈之可擊也者。然若律之以精密之邏輯，則吾未見其可也。石坂音四郎原文見於其所著之民法研究第一卷，詞甚冗長。而於其所著日本民法債權總論中，則摭其精要，分爲五理由，試爲譯述而評隲之：

〔一〕若以債權爲絕對權，則債權與物權，將無所區別，可以永小作權及地上權與賃借權比較而明之。兩者皆所以享受物之使用與收益，無實質的差異。然一爲物權，一爲債權者，不得不基於一爲絕對，一爲相對權之區別也。又如甲對於乙，爲賣却特定物之契約，於未爲交付以前，又賣却之於丙而交付之。如以債權爲相對權，則乙對於丙不得請求物之返回。如以債權對於第三者亦生效力，則丙使甲之給付不能，故丙爲侵害乙之債權，即丙對於乙不得不基於不法行爲而負損害賠償之責任。若認債權有如此效力，必至於實際上與使債權者直接對於給付之物體而有權利生同一之結果，債權之效力與物權之效力，無所區別矣。」

余以爲物權與債權之區別，在乎權利之標的不同，不在乎對世效力之有無也。債權之標的爲債務人之行

爲物權之標的則爲物。故地上權及永小作權爲直接對於他人土地得爲自己而使用或收益之權利，無須所有人之行爲介於其間。而賃借權則爲對於債務人將某物貸於債權人，使債權人得爲使用或收益之行爲而有之權利也。故賃借權僅能就債務人之行爲發生拘束力，不能及於物之本身。物權則異是。物權之與債權，不得謂無實質之差異也。且如以有無對世效力爲區別兩者之標準，以爲債權而有對世力，將與物權無區別，則親屬權等皆有對世效力，亦將謂與物權無區別矣。又如石氏所設之例，甲對於乙爲賣却特定物之契約，在未爲給付之先，又賣却之於丙而交付之時，如丙於定約之初，明知或可知乙與甲已訂約於先，卽有使甲對乙不履行債務之認識，自不得謂非侵害乙之權利。惟所侵害者爲乙之債權，卽乙對於甲給付特定物行爲之權利，故乙對丙祇有賠償損害之請求權，而不能就該特定物之物體有所主張。若所侵害者爲物權，則乙逕可請求交付該特定物矣。債權雖有對世力，甯得謂必與物權生同一之結果乎？

【二】如使第三者負債權不可侵之義務，則於第三者使債務者之給付不能場合，例如毀壞給付之物體場合，債權者得直接對爲侵害之第三者請求不法行爲上之損害賠償。雖然，認第三者之損害賠償責任時，生頗不合理之結果，卽所有者毀壞爲他人間債權關係物體之物，致給付不能場合，必將因侵害債權而使所有者負賠償損害之義務。例如乙與丙結買取或贈與懸於甲店羊肉之約，若甲自食其肉，則其結果卽爲侵害丙之債權矣。」

余以爲石氏是例，與債權之有無對世效力，可謂毫無關係。蓋甲食其所有之肉，爲行使自己之權利。行使自己之權利，如不違誠實及信用之方法，又無法律之特別規定，則縱或他人之權利間接受其影響或被其侵害，亦不負侵權行爲之責任，此爲多數法例之所從同者。故如是例，如以債權爲無對世效力，甲固不負侵權行爲之責任。卽債權而有對世效力，甲亦無賠償之可言，自無庸杞憂其有頗不合理之結果也。

『(三)由法典認債權者有取消權（日本民法第四百二十四條）之點論之，第三者之債權侵害不得認之，蓋若認第三者之債權侵害，則於第四百二十四條要件存在場合，通常得謂受益者之侵害債權，從而債權者對受益者得直接請求損害賠償，無認債權者有取消權之必要故也。而在債權者之取消權，債權者不過得取消債務者行爲，且取消權之行使，以受益者有惡意爲限，然認第三者債權之侵害時，債權者對第三者得請求損害賠償，且以第三者有過失爲已足，債權者所受之保護，厚於取消權之行使。依於法典保護債權者對於第三者祇認有取消權觀之，一般的不得認第三者債權之侵害。』

余以爲民法之賦與債權人以撤消聲請權（卽取消權）者，係於債權人固有之請求權外，別與以救濟之方法，使債權之利益外得一重保障，非規定債權人僅能行使撤消聲請權，不得依侵權行爲之通則，請求損害賠償也。換言之，此種撤消聲請權之規定，僅能解爲擴張債權效力之規定，不能解爲限制債權效力之規定。蓋債權之侵權行爲，債權人僅能請求損害賠償，不能就應爲給付之物有所請求，已如上述，故有時或不能全債權之效用。

法律爲使債權人得完全行使其權利起見，是以另與債權人以撤消聲請權，使第三者對於債務者經債權人撤消其行爲時，負回復原狀之義務，而債權人得受債務人爲依債務本旨之給付。兩者之結果不同，兩者之效用互殊。故撤消聲請權之規定，與債權人之賠償請求權，係相輔以全債權之效用，並無根本衝突之理由。且法律對於權利之保障，與以數種救濟之方法者，不鈔其例。視其性質，或得同時請求，或得選擇其一。然不得謂有其一，卽不能存其二。譬如法律規定，抵押權人於行使權利時，得請求拍賣其抵押物，以供清償，但不得以法律有此規定，遂謂抵押權人祇能就抵押物請求拍賣，以爲清償，而不能逕向債務人請求履行其債務也。債權人之撤消聲請權，與其依於侵權行爲之原則所有之賠償請求權，何以異是。石氏以法律規定債權人有撤消聲請權，違以爲債權人於此種情形祇有行使撤消聲請權之一法，而推定爲一般的第三者不負侵害債權之責任，實屬不根之論。

『(四)認第三者之債權侵害時，侵害者損害賠償之責任，失於過重。例如於特定物之買賣，毀壞其物體之第三者，對於爲賣主之所有者，因其侵害所有權，須賠償其損害，更對於買主，因其侵害債權亦不得不爲損害賠償。而債權者之數，理論上並無限制。故例如同一物轉賣於數人場合，有數人之債權者時，必至對於各債權者皆不得不爲損害賠償，且非但於故意使債務之履行不能場合，卽因於過失亦不得不任損害賠償之責任，使負如此過重之責任，顯於立法政策爲不當。雖因第三者之行爲，致給付不能，而債權者受事實上損害，然債權者得依於代償，行使債務者對於加害者之權利，故於債權者之保護無所缺。』

余以爲侵權行爲之第三者，毀壞買賣契約之特定物時。雖債權者及爲所有權人之債務者，因其侵害，債權及所有權各得向之請求賠償，然如依因不歸責於當事人之事由，致給付不能，應由債權人負擔損失，而依債務人免除債務之法例，則債務人對於特定之所有權雖受侵害，然同時有免除債務之利益。故爲侵權行爲之第三者，自得依於不當得利之原則，就此種免除債務之利益，向債務人請求返回或扣除。即在應由債務人負擔損失之法例，第三者於賠償債權人之損失後，雖仍不得免向債務人賠償損失之責任，然因其已賠償債權人之損失，而使債務人無庸再向債權人賠償，則債權人對於債務人所得主張之權利，當然移轉於爲賠償之第三者，亦可向債務人扣算。故縱爲侵權行爲之第三者，有時不免負重大之責任，但亦不至如石氏所言之甚。至債權者之得向債務者請求代償，以債務者之對於第三者有請求權爲限，設如債務者對於第三者無請求權時（如上段所舉英國各判例），則債權者將無救濟之途。雖此種情形，往往債務者亦負責任，債權者可向債務者請求賠償不履行之損害，然在勞務者之契約，以債務人無資力者爲多，則債權者之損失，將終無由補償。矧因第三者之侵權行爲，致給付不能，債權人不免於損失，爲石氏所是認。而侵權行爲之責任，通常又應以行爲者有故意或過失爲限。此種損失必強債權者無辜承受，而使致此損失且有故意或過失之行爲人，逍遙事外，是與債權人有嫌隙之第三者，何樂而不思以破壞之，衡之立法政策，當乎否乎？

【(五)更以之與債務者不履行責任相比較，頗失權衡，在債務之不履行，其賠償之範圍有限制，債務

者祇須賠償通常所生之損害。其因特別事情所生之損害，則以當事人豫見其事情或得豫見其事情爲限。然認第三者之債權侵害時，則侵害者負不法行爲上之責任，故其賠償之範圍不受限制。又關於過失相殺之債務不履行（即債權人與債務人均有過失者），於定損害賠償之責任及全額時，雖應斟酌債權人之過失，而於不法行爲定損害賠償額時，僅得斟酌被害者之過失而已（此係專指日本民法第四一八條及第七二二條第二項而言）。故第三者較之債務者，居於頗不利益之地位。債務者之不履行場合，與第三者使債務者不能履行場合，無認如此區別之理由。即或應使第三者與債務者負同一之責任，要無使第三者較債務者負更大責任之理由。

余以爲債務人之不履行債務，與第三者之因故意或過失而侵害他人之債權，債權人所受之損失雖同，然其致損失之原因究不得謂絕無區別。蓋債務人之履行債務與否，與債務人之自身有直接之利害關係，縱有故意或過失而不履行，亦不宜使負過當之責任。若第三者之於債權，本無利害關係，徒以惡意或過失，使債權人橫罹損害，此時爲充分保護他人之權利起見，使之負較大之責任，尙難謂爲毫無理由，即退一步言，此種區別，縱無理由，亦僅爲關於侵權行爲立法規定之不當，不能即以否認債權之對世力也。

### 三 我國法制

我國舊律，關於債權之效力絕鈔規定，是否認其有對世效力無據釋明。新近國民政府公布之民法第一百



八十四條第一項規定：『因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者亦同。』僅規定如侵害他人之權利，出於故意或過失而不法者，即構成侵權行為，使負賠償損害之責任。其於侵害之客體，僅稱他人之權利，為無限制之概括規定，而未列舉其種類。是就文字解釋之，不問他人之權利為何種，倘因故意或過失不法侵害之，即為侵權行為而應負賠償損害之責任，甚為明瞭。債權為權利之一，未經條文之除外，又無相反之其他規定，則係在該條所稱權利範圍以內，實無疑義，侵害他人之債權，既足以稱為侵權行為，則債權之有對世效力，已灼然可知。

至我國前大理院之判決例及解釋例，其承認債權之對世效力，尤為明顯。前大理院民國三年上字第八三六號判決例載：『凡代債務人清償債務，而將債務人所託與清償債務之金錢物品自行銷費，致債權人不能及時受清償者，對於債權人即為侵權行為，債權人固不妨更向債務人請求清償，而亦得向該人請賠償損害。』同年上字第八二九號判決例載：『唆使債務人故意不履行債務，債權人受有損害者，對於債權人即為侵權行為，自應賠償其損害。』民國七年統字第九一九號解釋例載：『甲將自業房屋，輾轉租於丁營業，嗣丁將該房連同營業部份，出租於戊，限期交房，屆期丁不踐約，由戊訴經判決確定，令丁照約交房，於判決後，甲向丁收房另租，丁無房可交，而戊則據判請求執行，查甲既以所有人資格，將租房收回，丁戊間之判決，亦無拘束甲之效力，則執行程序，自不能就原出租人甲之產業實施，戊祇能對甲主張其轉租之效力，仍依轉租法例處斷，或對於丁請求賠』

債因不履行轉租契約所受之損失。惟丁租房之時，如係自稱業主，則甲之收回該房不肯交出，戊尙可對甲提出所有權確認，並交房之訴。倘甲本非業主，係由丁與之串通侵害戊之權利者，得本於不法行為之原則，對甲請求交房及賠償。』民國十年上字第七〇四號判決例載『賣主就同一標的物，爲二重買賣，在前之賣約，僅發生債權關係，而後之賣約，已發生物權關係者，即令後買主締結賣約實有惡意，亦僅發生是否侵害債權，及應否賠償損害之問題。前買主對於後買主不能就該標的物已經發生之物權關係，主張其爲無效。』又民國十五年上字第六三〇號判決例載『按向法院或其他官署出具傳訊不誤之保條，將某擬行管收或羈押之民刑事被告保釋外出，以致在保逃亡，使債權人不能行使其債權時，（例如債務人逃匿無踪，而又不能查悉其有可供清償之財產時。）即令該保條初未對於債權人發生保證關係，而債權人之不能行使債權，既係由於具保人之行為，自應適用侵權行為之法則，許債權人將其因此所受之損害，向具保人請求賠償……上訴人雖謂具保當時，並不知被上訴人與塔拉幹諾夫有債務關係，然此僅足爲上訴人並非故意侵害之論據，仍不能免過失侵害之責。』是其以侵害債權爲侵權行為，而認債權之有對世效力，已彰彰明甚。而同院民國十四年抗字第八九號裁決則載稱：

『按留置權利，除奧瑞日本外，歐美各國立法，多不認爲物權，誠如再抗告論旨所稱，惟本院歷來判例，爲保持公平促債務人清償起見，已認留置權利爲債權之特別效力（參照三年上字三八一號三年上字

二五三號五年上字五零三號判例) 本件查據原卷，張慶(即張九峯又名張仲蘭)所有之新華舞臺，既由馬子明工包建築，而張慶應付工價，又有短欠，是馬子明主張扣留該舞臺，於法並無不合。再抗告論旨第一點殊屬誤會，又按物之交付義務人，在關於其物所生債權未清償以前，主張留置，固以占有為必要之條件。但該交付義務人如非由於己意喪失占有，以致因相對人所負債務之執行，擅被拍賣，則該交付義務人不再主張留置而以原價未經清償之部份為限，就其物拍賣所得之價金，主張較諸執行權利人優先受償，仍應予以准許。本件馬子明承修之新華舞臺，如未經將其所包工程，自向定作之張慶點交，因不能謂非馬子明占有。縱如再抗告人所稱，在工作未了以前即已交張慶管領，而其占有之喪失，苟須由於己意，則馬子明於此次執行，就該舞臺拍賣所得之價金主張優先受償，仍在應行准許之例。

是前大理院既不認留置權為物權。(於新民法為物權) 而僅以為債權之效力，乃留置權人於失去留置物之占有後，又認其得追及之而主張優先清償，是其承認債權之對世效力，為更進一步矣。

#### 四 結論

夫權利者，法律所保護之利益也，法律既認為權利而保護之，斷無許第三者任意侵害之理。於物權然，於準物權然，即於身分權於親屬權，亦何莫不然，奚獨對於債權而獨異。或謂物權為對物之權利，故第三人有不許侵害之消極義務，而債權為對特定人之權利，自與物權有別。殊不知對物對人，係權利標的之不同，至其權利之效

能，決不因之而相異。蓋因權利被侵害而發生之請求權，與權利之本身，須分別觀之，不能混而爲一。權利之本身，雖有對物對人之分，然因權利被侵害而生之請求權，必不能因其本權利爲對物抑爲對人而區別其有無及於第三人之效力者。謂對特定人之權利，其所發生之請求權，亦以對特定人爲限。則親屬權亦爲對特定人之權利，何以認其於侵害後，亦得對於爲侵害之第三人行使請求權。且如法律既認之爲權利，而又認三者得任意侵害，則與權利人有嫌隙或圖不正競爭之第三者，何樂而不肆意侵凌，多方破壞。權利人之權利未由穩固，而法律設定權利之精神，亦何由貫徹。其間接之結果，則社會秩序，善良風俗，胥蒙其害，立法本旨，甯如是乎？要之債權無對世力的傳統觀念，究不可採，而石氏之說，終無根據也。故陸慕萊訴伽愛案之判決，雖於成文法上，並無依據，然爲公平及正義所驅，有不得不如此判決者。即我國大理院民國十四年抗字第八九號之判決亦曰：「爲保持公平。」蓋判決而不如是，不認被侵害之債權人得向爲侵害之第三人請求賠償損害，則其不公平無正義之結果，與法律保持公平維護正義之旨相反，直足以刼制審判者直覺之心靈，而不容使其有相異之論斷也。此種冥不可思之刼制力，其債權對世力說之所由興乎！

雖然，吾謂債權有對世力，非謂債權之對世力，爲無限制，無例外也。譬如軍中有禁酒之令，兵卒向酒肆沽酒，軍官見而禁止之，酒肆能否依侵權行爲之法則向軍官請求損害賠償？又如愛女與無賴訂婚，慈父知而勸阻之，無賴者能否依侵權行爲之法則，向慈父請求損害賠償？更如甲商爲蠶斷計，與其主顧訂專購之約，乙商定價較

廉，甲商之主顧，轉向乙商購買，甲商能否依侵權行為之法則，向乙商請求損害賠償？曰否否。軍官之禁止兵卒酤酒，雖他人之債權，間接受其侵害，然軍官之目的，非在於侵害他人之債權，而在於維持禁令也。慈父之勸阻愛女成婚，雖間接破壞他人之婚約，然慈父為保護其愛女之利益計，非志在破壞他人之婚約也。乙商與甲商之主顧交易，雖甲商之專買契約，間接受其破壞，然乙商得甲商之主顧，乃正當競業之結果，非僅欲破壞他人之契約也。蓋他人之權利，縱受侵害，但如其行為有合法之原因，固不負損害賠償之責也。誠以社會之關係複雜，私人之利益錯綜，利益之正當者，法律固予保護，然如利益與利益衝突時，則以兩者不能俱全。祇能權衡其輕重，度量其大小，保護其重且大者，而犧牲其輕且小者。故如上開各例，維持禁令也，保護弱女也，皆合法之行為，而社會所認之利益也。此等利益之應保護，較之絕對的保護債權尤為重大，從而不能不以為例外焉。蓋法律為社會之產物，而權利乃法律所授與私人之利益與社會之利益相連而不能分，故保護私人之利益，恆即保護社會之利益，如果保護私人之利益，與社會更大之利益相抵觸時，則私人之利益即失其保護之理由。是以各國法例，皆無限制之權利。即如物權之有對世力及追及力，為學者所公認。然如為金錢無記名證券或占有人由拍賣或公共市場或向販賣同種物之商人以善意買得動產者，縱係前占有人無移轉之權利，亦能取得其所有權。此所謂動產之即時取得，各國法例莫不認之。蓋以物權之對世力及追及力，雖甚強固，然交易安全之關係，其利益為尤大，兩者互相衝突，故不能不限制其前者，而保護其後者。債權之有對世力及其與更大之利益相衝突時不能

不受限制，理猶是也。吾故曰，債權有對世力，然非無限制者也。

債權之對世力

四九五



# 公證制度之探源

楊兆龍

按公證制度最初產生於歐洲。後世各國之制度，莫不淵源於此。故欲研究其沿革，當自探求其在歐洲之變遷入手。本篇所述，即以此爲主旨。顧公證制度在英國之發展與在他國不同，其經過情形，別備興趣，殊有分述之必要，爰附論之，藉明其梗概。

## 一 歐洲公證制度之探源

### 一 胚胎時期

歐洲之公證制度起源於古羅馬。當羅馬建國之始，其公務員中有所謂文士者，初僅專司鈔錄，繼乃成爲特殊之知識階級，以具有專門技能，於政治上佔重要地位。其職務種類不一，有爲議會及法院之常任職員，而以記載會議及訴訟之情形。謄寫國家之文書，辦理羅馬法官之文牘，及登錄其裁判命令等爲專司者；亦有以處理人民之私事爲主要職務，而代訂契約，單據，及遺囑等文件者；文士之下每有助手，任此職者，或爲自由人民，或爲奴隸，其所司者，大都不外鈔寫記錄等事。迨羅馬共和末年（約當雪式羅 Cicero 之時代），有速記術之發明，時人每以特定符號，代表普通文字。此類特定符號，謂之 *Notae*，而其運用之以速記者，即謂之 *Notarius*。後之公證人一名詞，如英文中之 *Notary*，法文中之 *Notaire*，皆脫胎於此。故今之所謂公證人者，在昔無非以速記術登載事件於備忘錄或簿冊者流，其職務相去殆遠甚也。（註一）



## 二 發展時期

閱若干年後，司速記者，不復以 *Notarius* 見稱於世。而稱 *Notarius* 者，幾一變而專為各省省長所管轄法院之典冊掌理員，或帝王之大臣，與夫司法部樞密院等官署之最高長官。斯時之 *Notarius*，大抵除掌理訴訟記錄等事宜及襄助裁判外，兼辦法院之非訴事件。其職務上與後之公證制度有關係者，莫如為他人作成契據及其他私文書，是類文件，經作成後，即攜至法院領袖法官處，蓋用法院印記，而取得公文書之性質。惟人民之私文書，多有不經此程序者。凡私文書之作成，大率由人民委託一般文士為之。此輩以代作文書為專業，其職務之執行，雖受法律之監督，而其身分則與公務員不同，時人稱之曰 *Tabelliones*。蓋由羅馬字 *Tabellae* 引伸而來，*Tabellae* 者，初為一種薄板，上敷以蠟，可以作書繪圖，歷時既久，其意略有變更，舉凡紙類或獸皮類之文件，皆以此名焉。*Tabelliones* 執行業務之地點，常為近法院之區域或交易之場所，其業務之範圍，為法律所規定，其詳雖不復可考，而其大概則不外遺囑契據等文件之作成及證明。今日歐洲各國之公證職務，蓋即淵源於此也。*Tabelliones* 之業務發達者，每雇用諳習速記術之助手，當委託者有所請求聲明或指示時，若輩即速記於簿冊而編為記錄，然後據以作成正式之文件，由當事人簽名，證人副署，并由 *Tabellio*（即 *Tabelliones* 之單數）證明。凡文件經上述之程序而作成者，對於當事人即發生拘束力，其在書證中之地位，初本與普通私證書不相上下，與一般公文書殆難同日而語。蓋遇文件內所載事件發生權義上之糾紛時，關於係爭之事實，該文件

非當然具有證明力，必經 *Tabellio* 或副署之證人到場宣誓證明後，其所載事實方得認爲真確。（註二）顯 *Tabellio* 及證人之到場宣誓證明，手續過繁，行之稍久，頗感不便，於是政府乃制定新法，以文件之向官署登記及保管於國家之庫藏內代昔之繁重程序。凡 *Tabellio* 作成之文件，經履行此條件者，即取得公文書之效力。此制施行後，*Tabelliones* 之地位日見重要，其人數亦日形增加。迨優斯鼎尼安（*Justinian*）帝即位，乃聯合而爲一獨立團體，以一人爲領袖，稱之曰 *Prototabellio*。（即首席公證人之意）（註三）

西羅馬帝國滅亡之時，原有之公證制度，雖受政局之影響，但未完全廢除。蓋戰勝者雖挾其原有之風俗制度以俱來，而對於古羅馬遺留於被征服各省之法律文物，則認爲有保存之必要。以故各省市省之行政機關及其法院官制公文程式等，雖在鼎革之後，仍與往昔相若，所不同者不過曩日各省司法之由省長掌理者，今則改歸條頓族之伯爵及教區之主教管轄而已。爾時被征服之各省，劃爲若干巡回區域，人民之訴訟案件，於每區域內之主要城市審理之。此類城市爲伯爵舉行巡回或普通裁判之所，訴訟進行時，常由羅馬之法學家襄其事，故裁判方法殆與往昔羅馬省長時代無異。伯爵之法庭內有掌理典冊之人員，曰伯爵公證人（*Notaries of the Count*）（註四）任斯職者，類皆無一定居所之傳道師，其職務有二：一曰訴訟事件，訴訟之記錄屬之。一曰非訟事件，公證書之作成屬之。二者皆屬諸伯爵法庭之管轄範圍，爲公證人者，不過以法庭之名義行其事而已。公證書作成時，先由公證人擬稿，謄清後始攜至伯爵處蓋用法庭印記。凡文書之作成，經過上述之程序者，有公文書之

效力。此外歐洲佛蘭克民族統治之區域內，復設有王家法庭（*Curia regis, the king's court*），主其事者爲宮廷伯爵（*Count palatine, or count of palace*）。此殆爲各地伯爵法庭之上訴機關，辦理非訴事件，亦其職務之一，重要之買賣及其他有關係事件，每於此法庭履行之，以昭慎重，遇有不動產之單據遺失或毀滅時，如須補發單據，應由所有者向該法庭呈請之，其補發之單據，即由該法庭以國王之名義作成後交付請求者。王家法庭內亦有公證人，時人稱之曰宮廷公證人（*Palatine Notaries*），其任免之權，操諸宮廷伯爵，凡於王家法庭內成立交易之證書及補發之單據，即由若輩作成之。（註五）

第九世紀之際，伯爵法庭內容腐敗，信譽蕩然，怨聲載道，查理明大帝（*Charlemagne the Great*）即位以後，勵精圖治，改革司法，亦不遺餘力，於是另派專員，巡行各地，掌理裁判。此輩專員，謂之欽差大臣（*Missi Re* *dei*）。每年出巡四次，其性質與後之巡回法官大致無異。於西歷八百零三年，嘗奉朝廷之命，任用公證人隨行，以襄其事，并督促各主教方丈伯爵一律任用公證人。其隨從欽差大臣之公證人，謂之王家公證人（*Royal Notaries*）。迨第十世紀初葉，王家公證人及宮廷公證人均成爲有一定居所之典冊掌理員，專司訴訟記錄及作成私文書等事宜。降及第十世紀中葉，王家公證人之數額超出於宮廷公證人遠甚，漸有淹蓋而同化之勢。至第十一世紀，則舉凡伯爵公證人、宮廷公證人及王家公證人名稱及性質上種種區別均歸消滅，公證人之職務至此乃告統一。同時宮廷伯爵不復爲王家法庭之主任，惟任用公證人之權尙爲其保留。洎乎第十一世紀末葉有所

謂教皇公證人者 (Papae Notaries) 產生，專承教皇之命於其統治區域外執行職務，其任命之權操諸教皇。自十二世紀以降，日爾曼族之君主均繼屋格斯脫斯 (Augustus) 帝先後即位，行使帝王之權，於是亦效法古羅馬之君主而授其他大臣及地方長官以任用公證人之權，此後之公證人謂帝國公證人與宮廷公證人。(註六)

### 三 成熟時期

自十三世紀以降，公證制度幾經變遷後，漸臻其於近代歐洲之狀況。其重要之發展凡三：

(甲) 公證人證書之取得公文書之效力。本節第二項嘗言之矣。羅馬時代之 Tabelliones 所作之證書，不具備公文書之效力，此非羅馬法僅有之原則也，其他法律中亦不乏其例。蓋日爾曼 (Germania) 舍利克 (Saxones) 及郎巴德 (Lombard) 等民族之法律，亦規定公證人以個人之名義所作成之證書。其內容事實非當然可認為真確，必經持有證書者宣誓證明，在法律上方足取信。顧當第十二世紀羅馬法學復興之時，義大利之公證人，以習於羅馬法，每以自己之地位與古羅馬法院之公證人相比擬，對於以個人名義所作成之證書，輒以公文書 (Instrumenta Publica) 自居，而主張證書經其署名證明後，與羅馬法上蓋用官印之文書有同等之效力。久之，此種思想漸為世所贊同，而成為法律原則，即向持反對態度之宗教法庭，亦不能不為所動而表示接受焉。(註七)

(乙) 公證人證書之具有強制執行性。古代義大利郎巴德民族之法律，嘗與債權人以特別之保護。凡債務之成

立，有書面之證據者，債權人得取債務人之財產以為執行之擔保，於債務到期之時，債權人即當然對於債務人之財產取得抵押權。在羅馬法復興之前，凡債務人負責所為之一切書面契約，按諸郎巴德等處之法律均有充分之執行性（*Force exécutoire*），債權人之取得執行權，概不以經過審理裁判之程序為條件，固不僅公證人之證書為然也。（註八）迨羅馬法復興以後，此項制度，以與羅馬法不合，在法理上難以見容於世，願以相沿已久，而當時義大利之商業發達，復崇尚簡捷之訴訟程序，按諸實際，未便盡廢，於是當時學者倡折衷羅馬法理與現行制度之說，主張以羅馬法上「法庭中之自認」（*Confessio in iure*）（註九）為債權人取得執行權之條件，凡債務經債務人在法庭或公證人之前承認者，均可不經審理及裁判等程序，逕行執行。（註十）此種主張於十三世紀初葉即見諸實行，後乃流傳於德法義奧諸國，至今猶有沿用者。（註十一）

（丙）公證人之漸離法院而獨立。上述各情形之發生，復引起二種變遷：一曰，公證書因一經公證人署名即取得公文書之效力，致法院蓋印及其他行為等於贅文，無足重輕。二曰，公證書因關係重大而作成之手續日趨嚴密，不得不由具有專門學識之公證人專任其事，至當時不精斯道之裁判官中無復有過問之者。此二種變遷之結果為公證人之與法院分離，而以自己之名義獨立辦理其向所代表法官所為之公證事件。惟此在法國初猶未盡然。蓋當時法國法律仍規定：公證書非經對於公證人有管轄權之法院蓋印，其內容事實

不能認爲真確；直至路易第十四即位之時，此項儀式始經廢除。自是以後，凡公證人均由國家發給印章，其蓋有該項印章之公證書與蓋有法院之印者具同等之效力。（註十二）

## 二 英國公證制度之探源

### 一 英格蘭公證制度之探源

公證制度之傳入英格蘭，始於何時？徵諸典籍，頗難稽考。惟英王愛德華（Edward the Confessor）御宇之時，嘗賜土地與威斯脫閔斯脫（Westminster）之寺院方丈，其所發之土地執照，即由一公證人名斯華爾狄司（Swardius）者所作成。又於西歷一一九九年英王約翰嘗立一契據，允每年賜三十馬克（Marks）之銀與一教皇所派遣之公證人費立潑氏（Master Philip）。此類公證人大抵爲教皇及外國君主所派遣，在當時殆屬寥寥。迨西歷一二三七年，教皇之代表屋多總裁（Cardinal Otto）應亨利第八世之請赴英格蘭，當於倫敦召集會議，謀鞏固改良英格蘭教會之道，因鑒於當時英格蘭無公證人執行職務，嘗規定凡屬總主教、寺院方丈等及其屬員均須置用一證明文件之印章，於是英格蘭之公證人始稍稍增加。（註十三）當英王愛德華第二之世，外國之公證人，無論受命於教皇或外國君主，嘗一度被禁，不准於英格蘭執行職務，其所作之文書亦認爲無效，但該項禁令未幾即等於具文。（註十四）

當中世紀之際，教會之勢力澎湃，凡商人及地主所雇用之掌理文牘者，大都爲教會中人，爾時之公證人亦

未能例外。凡操此業者，縱非屬於僧道之階級，至少亦必受其指揮監督，其所著之服裝，所享之權利，均帶有宗教之色彩。當時公證人之職務，可大別爲二：一曰根據教皇君主及其代表之授權行爲作成應用於外國之公證書，一曰（如近代英國不出庭之律師然）辦理移轉不動產事宜及訂立遺囑契據與其他文件。久之，教會中之僧道階級不復過問俗事，於是商業繁盛之區，漸有一般普通人起而代之，以辦理僧道階級所不過問之公證事務爲業。若輩所辦理者，大都涉及商業，與教會勢力範圍內之公證人所擔任者不同。積時既久，其程序之複雜與夫內容之精微，每有爲教會中之公證人所不能了解者。於是二者之性質乃日趨紛歧，而形式互相對立之階級。此蓋英王禮查二世時代之事也。後倫敦有司書人公會（*Company of Scriveners*）之設立，其會員在倫敦城內及其四周三哩之區域內取得各種依法應經蓋印證明之文件如契據執照等之專權。自十四世紀以降，凡公證人之欲在倫敦及其四周三哩之區域內執行職務者，必先在該公會取得會員之資格。（註十五）

初公證人資格之授予權屬諸教皇，而教皇嘗以該權轉授與康脫勃內之領袖主教（*Archbishop of Canterbury*）。惟宗教革命以後，教皇之勢力漸衰，其權遂移轉於英國國王。按英王之行使該權，始自亨利第八世，當該王御宇之時，嘗於一五三三年創立條例，規定各資格之授予如公證人資格之授與權等嗣後不屬於教皇而屬於英王所指定之人，此指定之人即康脫勃內之領袖主教是也。領袖主教之下，設有資格授與署（*Court of Faculties*），公證人資格之授與權即由該署行使之。總理該署事務爲署長，英文謂之 *Master of Faculties*。

對於公證人總攬監督權焉。(註十六)

## 二 蘇格蘭與愛爾蘭公證制度之探源

蘇格蘭在宗教革命以前，無專任之公證人，其公證職務概由教會中人兼任之。惟自一五八四年以降，凡在教會中擔任職務者，即不准充當公證人，而公證人之任命權遂移轉於蘇格蘭王矣。(註十七)

公證制度之行於愛爾蘭，由來已久，此徵諸古代所傳於今日之公證書蓋可知之。宗教革命以前，公證人資格之授與權亦屬諸教皇及其代表。惟當亨利第八世改變英格蘭之公證制度時，愛爾蘭亦蒙其影響，其公證人亦改由康脫勃內之領袖主教任命之。領袖主教之下，另設資格授與署，專理該島之事；其組織及作用與英格蘭所有者同，旋公證人資格之授與權改由愛爾蘭阿爾邁格 (Armagh) 之領袖主教行使之。惟至一八七〇年復由領袖主教而移轉於愛爾蘭之大法官焉。(註十八)

(註一) 見 Brooke's Notary, Eighth Ed., pp. 1-2

(註二) 平時由 tabellio 宣誓證明，遇 tabellio 死亡，則由副署之證人宣誓證明。

(註三) 本節見 Brooke's Notary, pp. 2-4

(註四) 實則 Notary 一字在當時尚不過典冊掌理員之意，不能稱為公證人，茲為避免用西文名詞起見，始以公證人名詞代之，讀者幸勿以辭害意也。(以下稱公證人者亦同。)

## 公證制度之探源



(註五) 本節見 *Brooke's Notary*, pp. 4-5

(註六) 見全上 pp. 5-6

(註七) 見全上 p. 7.

(註八) *A History of Continental Civil Procedure*, By Arthur Englemann and Others (The Continent al Legal History Series, 1927), p. 498.

(註九) 按羅馬法自十二銅牌以後，嘗規定當事人之一造於訴訟中在法官前承認對造所主張之權利者，法官毋庸下判，而該當事人之自認（或自白）即等於判決。故羅馬法上有「法官前之自認（或自白）以判決論」一成語（見 *Sohn's The Institutes*, Third Ed., Transtated By Ledlie, p. 56）

(註十) 按公證制度之臻此程度，嘗經過二時期：一曰假設訴訟（*Fictitious action*）之時期，時人以法庭中之自認有判決之效力，遇成立重要之契約時，為使其取得強制執行性起見，每假向法院起訴，迨傳訊時，債務人乃當庭自認，此項自認經記明筆錄後，即具有判決之效力，而可強制執行。久之，契約當事人同赴法院為假訴訟而自認，殆成為訂立契約時通行之手續。二曰非訟管轄之時期，假設訴訟行之既久，漸失其本來面目，法院知當事人用意所在，漸不以訟訴事件目之，為辦事簡捷起見，乃改作非訟事件處理之，由掌理典冊者（即後世所稱之公證人）專司其事，願處理其事者之性質雖與前不同，其作成之文書仍具有判決之強制執行性（參看 *History of Continental Civil Procedure*, pp. 498-500; *Brooke's Notary*, p. 7）。又古羅馬法亦嘗利用假設之訴訟以移轉土地確認身分等，其經過與上述者略同（見 *Sohn's Institutes*, pp. 56-58）。

(註十一) 法國一三〇〇年至一五〇〇年間之法律即已如是規定。德國一八七七年之民事訴訟法典亦採此原則。(見 *History of Continental Civil Procedure*, pp. 613, 699-705)。又法國現行民事訴訟法第五四五條至第五〇七條，德國現行民事訴訟法第七九四條第一項第五款，奧國一八九六年五月二十七日公布之強制執行法第一條第十七款亦同。(見 Dalloz, *Code de Procedure civile* 及日本司法省藏版和譯歐洲各國民事訴訟法)

(註十二) Brooke's Notary, pp. 7-8,

(註十三) 同上 pp. 8-9,

(註十四) 同上 p. 11,

(註十五) 同上 pp. 12-14

(註十六) Halsbury, *Laws of England*, 1912, Vol. 21, pp. 493-494 及同上 pp. 14, 25-28.

(註十七) Brooke's p. 15.

(註十八) 同上 pp. 15-16.



# 政法上的唯心主義

(在南京學術講演社演講)

張君勳

哲學上有唯心唯物主義，政治學上怎麼也有唯心唯物主義呢？在哲學上，有人說心即是物，政治以物質為依歸，政治上最大的問題，就是解決衣食住問題，因為有許多千整萬整的人，同時在我們面前存在，而存在必恃衣食住，既要吃穿，但同時飯衣又沒有那麼許多，所以政治上就要解決這個問題。這不是唯物麼？怎能說唯心呢！然而我要問，政法是不是僅以衣食住為目標所能解決的，不用超出衣食住以上的東西作目標而能解決他麼？凡所謂法律，至少含有兩個條件：

(一) 法者，全社會共同生活之條規。

(二) 社會尤進步，則自由發達意思者亦尤衆。故法律之是非，即以是否合於自由意志之人之團體為標準。據此二點言之，社會是一個團體，分開來說社會不是無數個個人。以南京而論，自外面觀之，是無數居民，自內部言之，則為一個團體。

社會之進步，即以自由意志之人之多少為標準。古代法律，盡操之於貴族或少數人之手，與人民無涉，所以引起種種革命。宗教何以革命呢？因為教皇壓制信徒之故。美國法國何以有革命呢？因為帝王貴族壓制平民之故。現在歐洲社會為什麼罷工的罷工，革命的革命，漸漸騷擾起來了呢？因為勞動界受不住資本家壓迫，不得不

用種種強硬的手段來抵抗他們。總而言之，這皆因為法律與自由意志之標準不相應而已。古代人民不自覺，雖限制人民之自由而人民不自知。今則政治上生計上各求所以發表其意志，故曰社會進化。就是將自由意志的人，一日一日增多而已。

法者，所以達到社會全體人民，得以自由發表意志爲目的，此乃是眞法。法不是天經地義，也不是寫出來刻在書本子上的。現在明明有六法全書，你說寫出來的不是法，刻在書本子上的不是法，不是自相矛盾麼？要知道寫出來的刻在書本子上的，已是形式的了；其最後之根本，這根據『人心』或『民意』。人心或民意天天是變的，故法亦是天天是變的。如歐洲中世紀時代政策，皆操於貴族之手，及至商業發達了，政權又操於大城市的大商人之手，故公法上之憲政，卽爲商人而設，私法上之民法，卽以個人自由爲根本。此時代之代表者，可推亞丹斯密斯所創的自由競爭與放任政策。這就是社會不顧問個人，聽個人各發展個性，此風一播，社會上一切法律政策皆隨之卽變。現在的歐洲呢？社會主義又很盛行了，依他們的意思說，個人爲社會而存，非社會爲個人而存；開設工廠者非徒營一己之利而已焉，當以廠事公開於公衆，故多數工人，不滿意於工主之待遇，亦將其自由意志，隨時表現。而推此種潮流，必影響法律上，是無疑的。

卽以契約論，昔日之民法，以兩造合意爲前提。故一工人與一工主互立契約爲原則。現在的工廠契約呢？決不是那種單純的關係。乃由同業工人共同提出條件，故一造爲無數工人，一造爲工主，此種契約，豈非與從前大

大不同。何也？昔之工人本爲奴隸，今亦變爲自由意志之人，故契約之形式變，而法律之實質亦變。所以社會進化，完全以自由意志的發展爲標準。例如縫工或印刷工不滿意於他的地位，自由地發表他的意志，冀改良他們的地位，但必有人問這樣正當不正當呢？此語很難講，必要根據時勢之變遷觀察去。所以我說法不是寫出來的一成而不變的，是必以自由意志爲本，隨社會變遷而改良的。

法所以達社會全體之目的，至於政治上，如總統國務員進退問題，並沒有如此標準。所以政治的競爭，比較別種競爭，更爲激烈。然亦未嘗無法，卽各人本其良心上之主張，以號於公衆，公衆以爲然者則上台，公衆而不以爲然者則在野；蓋國務員總統之地位有限，惟有以政見之勝敗定之而已。政治家之發表意見，與人民之贊成反對，亦卽前文所謂自由意志也。

政治上之意見發表，是爲選舉。選舉在政治上是非常重要的事，絕對不能以金錢來運動的。因爲區區一票，關係人物之進退，關係政策之存廢；申言之，全國的安危繫之也。所以我們投票，能不謹慎麼？若夫議會中選舉場之打架，是卑劣之尤。諸君知打麻雀的方法，打麻雀怎樣呢？將骰子擲下，然而甲乙丙丁按東西南北的席次坐下去；我國中國的一般政客，對於打麻雀則深知其有先後次序，而對於政治必要一齊爭先恐後上台去，不按次序了。要知打麻雀與政治舞台，都是同一的道理呀！人人都有輪到打的機會，何必去擠着，將牌和骰子搶去，使誰也打不成呢！

明顯的說一句話罷，人總有衣食住的要求。換言之，人總逃不了物質的束縛。此政治上之衣飲住，靠了爭衣爭食爭住來解決他呢？還是大家放鬆一步，先將上台下台規條解決一下，而全國衣食自在其中呢？猶之就麻雀言麻雀，決無辦法，舍麻雀而先定打牌規則，則麻雀自打得成。總之，將爭執問題暫且擱下，而先定今後互相信守之法，此則政治上之惟一辦法。而此種辦法，決不能望之於爭雞蟲得失之人，而端賴乎特立獨行之人。換言之，將一身衣食住打算者，決不能與之言新政治。何也？說到衣食住，就要打算盤，而政治決不是打算盤的人所能擔任的，所以我主張政法上的問題，要超脫衣食住以上去解決他，這就是我的政法上的唯心主義。

# 借英國法中許多希奇有趣之點來闡明法律的

## 性質

張志讓

人比財產爲重，這是一句大家承認的話；然而在法律上却是不然。我們隨便借一個有歷史的外國法——就說是英國法——來做例子，也就可以看出。法律保護一般財產，比保護一般的人爲周密；牠在某時代保護某特種財產，尤比其他一般的財產爲周密。這何以見得呢？

各系法律中，關係責任的規定，有一個普通的原則，就是：人非有咎，不負責任。英國在一八九〇年的時候，有一個疑難的案件。（註一）那案子的被告在樹林中合法地用鎗獵打山雞。他看見一隻山雞飛起，就把牠打中了一鎗。那山雞正在朝下飛的時候，被告又開一鎗，把牠打死。但其中有一彈，碰到一顆松樹的枝，滑了過去，打中原告。這顆松樹，是在被告與那山雞的中間，與原告並不在一條直線上。不但如此，那鎗所向的方向，與鎗與原告一條直線所形成的角度，是頗大的。被告與原告當時相隔約三十碼。陪審官斟酌了關於這些情形的證據後，認定被告並無過失。所以在這案子裏，一方面是一個被告，他既無故意，又無過失；那方面是一個原告，他是因被告的行爲而受了重傷。究竟這損害，應由被告負責賠償，還是就讓牠留在原來受着底人的身上呢？這是一個左右爲

借英國法中許多希奇有趣之點來闡明法律的性質



難底問題。那個法院，經過詳細的研究，認為被告既無故意，又無過失，於侵權行為法上，不負責任。經過這個鄭重考慮底判決，那「人非有咎，不負責任」的原則，在英國就從此算毫無疑義地確定了。但是這個案子，是關於侵害人的案子，侵害了物——就是人的財產——是否亦是如此呢？

在十七世紀中，有個案子，(註二)被告在他自己地上刈草。他的地與原告的地相連接，中間界限不清。被告因此越了界限，把原告地上的草也刈了少許，並且與自己地上的草一併搬去了。被告始終以為所刈的草，是在自己地上的。法院認為被告是有侵入他人不動產的侵權行為，應負賠償責任。我們如把這個案子與獵鎗傷人的案子一比，就覺得非常希奇了。在那案子裏的被告，既無以鎗打人的故意，又無過失，是絲毫無咎，所以不負責任。在這案子裏，被告既無侵入他人不動產的故意，又無過失，也是絲毫無咎，何以又要負責呢？這個問題，許多法學家要想尋出一個理由，來分別這兩種的案情，然而並未成功。就像美國法學甚深資格甚老的法官賀爾姆斯，以及英國的法學家薩爾蒙特，他們把不可避免的事故與不可避免的錯誤分別起來。(註三)假如我有一個行為，那行為的結果，在行為之時，未曾預見，且所以未曾預見，並非由於我的過失，那個結果，就是一種不可避免的事故。就那獵鎗傷人的案子而論，開鎗是被告的行為，打中的原告是行為的結果。被告在開鎗之時，並未見那打中原告的结果，他的不預見，也並不是由於他的疏忽。這打中原告的事就是一件不可避免的事故。那不可避免的錯誤就不同。這裏，行為與結果均是行為人所知道的，不過行為人誤信了一種情形的存在，有了這種情形，他的行為是不

差的，而他這誤信，又不是由於他的疏忽發生的。把刈草的案子來講，被告把腳提起放下，一步一地的走，又把刈刀割草，這都是他的行爲。走上了那一塊地，割斷了那一根草，這都是他行爲的結果。走路總要走上前面的地，把刀割草，總要割斷底，所以這些結果，都是他預知的。但是他有了一個誤信——他以為那前面的地是他自己的。這個信意的內容，如果是真的，那末，他在自己地上走，是絲毫不差的。而他發生這個信意却並不是由於他的疏忽。這就是一種不可避免的錯誤了。這兩個學者所指出的分別，是的確存在的。然而他們並沒有答覆我們的問題——在不可避免的事故中，被告是無咎的，所以他不負賠償之責，然而在不可避免的錯誤中，他也是無咎的（走上自己的地，並非有咎，）爲什麼又應負責呢？

剛在講的，是個錯誤侵入他人不動產的侵權行爲。如果錯誤侵擾了他人的動產，又是怎樣呢？有個被告（註四）向原告買了一匹牛，付了價錢。原告教他將那匹買的牛牽了去。被告走到原告的牛圈子裏，錯牽了另外一匹牛——他以為就是自己買的那匹。法院認爲雖然被告並非有咎，他的行爲仍是侵擾他人動產的侵權行爲。這也是一種不可避免的錯誤。上述三個案子的結果是：侵害了人——他的生命與健康——是非有咎不負責任；侵害了他的財產——動產或不動產——是雖無咎也要負責。法律似乎真像本篇開始所說的那樣，保護財產比保護人爲周密。這種法律現像，聽來是狠奇特的，是要有解釋的。然而在我們探討這個問題以前，我們得先問一問：法律是否有這普遍的現象，還是上述的兩點法律，是偶然遇見底？要回答這個問題，讓我們把民法暫時

攔起，再把英國的刑法來研究一下——尤其是牠的早前的刑法。

故意殺人者處死刑，這是英國向來的法律。最奇怪的是，按照英國原來的習慣法（後來已經變更），故意燒了他人的房屋，也處死刑。（註五）而且所謂燒房，祇要有一絲木頭燒着就夠，並不須要起火。這是保護不動產的刑法。關於動產，就有竊盜罪。按照英國原來的習慣法，竊罪分爲大竊與小竊。所竊之物，價值超過十二便士者爲大竊，在十二便士以下者爲小竊。大竊要處絞刑（註六）小竊處杖刑或其他肉體上之刑罰。強盜罪當然更是處絞刑了。破入他人住宅，意圖在內犯重罪者，處絞刑（註七）而所謂破入，祇須稍有物質上的破裂或分開已足。這些都是關於財產的罪名，牠們的刑罰都是死刑。反過來看看關於人——他的身體與健康——的刑法，又是怎樣呢？英國刑法有一個殘傷肢體罪。凡殘傷他人的四肢手足眼齒鬚人或破人頭顱者皆犯殘傷肢體罪。這是傷害罪中的最嚴重者。如與燒屋竊盜等罪相比，應該是處絞刑無疑。然照英國習慣法，竟大謬不然。牠的刑罰是監禁與罰金。（註八）強姦可算是重罪了。然而牠的刑罰也是如此。（註九）略誘當然也是如此了。（註十）結果是燒了一絲木頭是要處死刑，殘廢了人的身體祇是徒刑；偷去了人的一件衣服是要處死刑，搶去了那個人的身體倒祇是徒刑。英國習慣法中的刑法，保護人的財產比保護他的身體健康爲周密，豈不是與民法中的侵權行爲法正是相同麼？

由此看來，這種法律現象，至少在英國的習慣法中，是很普遍的。我們是要問一問：牠的理由或原因，竟究何

在要答覆這個問題，我們最好須得再先進一步，把法律上其他一個希奇現象，來陳述一下。

我用手或器械打傷了人。依照英國法，是要先問我究竟有無故意或過失，然後再能確定我應否負賠償之責。假使我所畜的一個畜牲傷了人，那麼要先問那畜牲是那類的畜牲。如果牠是天然危險的，那麼不問我是否知道牠是如此，我是要負責的。如果牠並不是天然危險的，那就要問問：這一個畜牲有無這個危險慣性，以及我是否知道他有這個慣性。若是牠並無此種慣性，或牠雖有而我並不知道，那麼我還是不負責任。這是說，我所畜的畜牲傷了人是如此；假定牠傷了他人的物，或侵擾了人的占有，又是怎樣呢？這要先問：牠所傷或侵擾的是動產還是不動產？如果是動產，那麼我的責任是與牠傷了人一樣的；如果是不動產，那就不同了。

我走上了人家的土地，我是有了侵入他人不動產的侵權行為；我把東西摔了進去，也是如此。假如我所畜的畜牲走進了人家的不動產，這也是我的侵入他人不動產的侵權行為。我是否知道牠有這個亂跑的慣性，是可以不問的。學者解釋這一點時，就說：畜牲亂跑的慣性是天然有的，就像老虎吃人的慣性一樣。牠的存在是人知道的，所以不必再證明某一主人是特別知道的了。這也是相當有理的。但是希奇之處是在這裏——畜牲損害他人的動產，是要有實際損傷，牠的主人方負賠償之責；至於不動產，則不必要有實際損傷，只須牠跨上他人的地，主人就要負責。還有一點，就是牠走上他人的地以後，在地上所致的一切損害，主人都要負責，不問這種傷害，這個畜牲有無天然慣性或特別慣性來作造底。到了極端，就有下述這樣一個案子發生了。（註十二）被告

的地與原告相連，中間用鐵絲籬笆隔開。有一天，兩造的馬，靠緊站在各自主人的地上，中間就隔那鐵絲籬笆。被告的馬用嘴伸過去咬了原告的馬，用足伸去踢了牠，原告的馬因此受了一點傷。被告的馬，平常並無嘴咬足踢的慣性，所以按照畜牲損害動產的法例，被告是不負責任底。但是法院判決，在本案被告仍舊應該負責，因為他的馬把嘴與足伸到原告的地上去就是被告的侵入他人不動產的侵權行為。凡此種侵權行為一經成立，那麼在他人地上所致的一切損害，是統要負責底。換句話說，就是，假使我的畜牲傷了他人的人身體或動產，是要先問問這畜牲究竟有無這種慣性，以及我是否知道牠有這種慣性。但是牠侵入了他人的不動產，無論一肢一足，並且無論有無實際損害，我是總歸要負責底。由此可知，英國法保護不動產的占有，是比動產更周密，是到了無微不至的程度了。舉個例子，就把本案略變一點，便可顯出那希奇之處了。假如在本案裏，原告的馬不站在原告的地，而是站在公路上，被告的馬把足伸到公路上，踢傷了原告的馬，被告是毫無責任，因為他並無這種慣性。再進一步，假定原告本人站在公路上，被告的馬把足伸出來踢傷了，為同樣理由，被告也是不負責任。但是被告的馬要是把足在原告地上的空間一掉，被告就是要負侵入他人不動產的責任。所以假如原告本人是在自己的地上，被這馬足一掉碰傷了。在這時，是與原告站在公路上情形不同，被告是要負責了，因為原告受傷，是馬足侵入不動產的結果。原告此時是靠了他的不動產的福，反能取得賠償了。這些希奇的法律現象究竟有無理由，這是我們現在要答覆的問題了。

看來法律保護一般財產的確比保護一般的人爲周密；牠在某時代保護某種財產，尤比其他一般的財產爲周密。這種現象，是很明顯的了。若說一般人的生命健康，所需要的保護，不像他的財產所需要的那樣迫切，那是不確的——一般地講來，人的身體，比他的財產脆弱得多，暴露得多。但是富有財產的人，却是不然。他的身體是被他的財產所圍繞起來了，因此他的身體所需法律上的保護，就並不甚多。好像蜘蛛坐在蛛絲網的宮中，自身所受的危險比較小，圍繞着自身的絲網所受的危險比較大。法律向來是在這種人的手裏產生的，所以牠所注重的在財產，而不在身體，然而各種財產也並不是同樣注重的。在某一時代，某種財產，是特別重要，握有這項財產的人就成爲當時最有力量的，法律政治，也就主要地在這種人的手裏。那種財產，在那個時代，是最爲重要，是要看當時的生產狀態而定的。凡是構成當時最重要的生產機關的那種財產，就是最重要的財產，就受法律上最周密的保護。上述英國關於侵入不動產的侵權行爲之法律，是在英國習慣法形成時期就生產的。當時是個封建社會，以土地爲最重要的生產機關，法律政治也就主要地在握有土地的人的手裏，所以土地是特別受了法律上的保護。這就是上述許多希奇法律現象的原因。

前述英國刑法中的許多看人比看物輕的特點，都是原來的習慣法，後來是漸漸變更了。法律的趨勢，是漸漸地看得人比物重，然而直到現在，牠保護人比保護物，總算起來，仍舊較輕。至於在某時代保護某種財產比其他財產爲更周密，這是一直如此。某一時代，都有他的特例可舉。在封建時代，就有上述侵入他人不動產的法例。

到了土地與商業資本爭長尖銳化的時候，就有一四三六年獎勵五穀出口的法律，與一四六三年阻礙五穀進口的法律。牠們的目的都在增加五穀的價格，保全地主的利益。到了商業時代，尤其是羊毛製造品發達的時期，就有禁止羊類及羊毛出口的法律。按照伊利賽伯女皇時代的法律，凡輸運羊類出口，首次犯罪者，處一年徒刑，當市將其左手割去，釘懸示衆，並將其貨物全部沒收；二次犯罪者處死刑。依照查利第二時代之法律，輸運羊毛出口者處死刑，並沒收其財產。這些法律的目的，是在保護羊毛製造者，減低他們所需原料——就是羊毛——的價格，以增加他們的純利。這些法律嚴峻到那種地步，竟至當時不能實行，後來雖經新法律把刑罰減輕，但是仍舊很重。（這些希奇的法律與他的實行，在亞丁司密斯的原富中，有很詳細極有趣的說明，是值得參考底。）（註十二）到了工業資本與舊社會掙扎尖銳化的時期，又有一種新鮮的法律。當時機器開始盛行，手工業者漸漸失業，認定機器爲他們的敵人，就開始了用暴力毀壞機器的運動。政府在一八一二年就制了一個法律，處毀壞機器者以極刑。（註十三）這是一件很有趣的法律。依照英國習慣法，故意燒人房屋，應處死刑，惡意毀壞動產不過徒刑。（註十四）到這時期，法律確好翻了過來——燒人房屋，已經改爲徒刑，而毀壞某種的動產，倒處了死刑。某時代的某種財產是受法律的特別保護，豈不極爲明顯了麼？到了當今的時代，又是怎樣呢？現代最重要的財產，當然是金融資本——就是金錢。那麼這種財產，是不是受特別保護呢？關於此點，只須把我國的懲治盜匪暫行條例來做個例子就夠了。按照這個條例，擄人勒贖者與意圖詐財而留爆炸物或恐嚇信致人受損害者，

均處死刑。這兩種行爲，是金融資本家的最大危險，所以在這時代，是需要特別禁止。依照刑法，意圖營利或意圖使婦女爲猥褻行爲或姦淫而略誘之者祇處徒刑；以加害生命身體自由名譽等事，恐嚇他人致生危害於安全者，且祇處二年以下徒刑。結果是爲了要錢而擄人或恐嚇人者處死刑，爲了要賣她或姦她而擄她者反而祇處徒刑，以加害生命身體自由名譽恐嚇他人而生危害者也祇處徒刑。可知保護物比保人重的法律，每個時代，都有新例發生底。

總而言之，某一時代的法律，主要是爲那一時代的握有最重要的生產機關底人所形成，用來保護他們的利益底。法律的性質，就是這個樣兒。

- (註一) Stanley V Powell, 1 Q. B. D. 86
- (註二) Basely V Clarkson, 3 Levinz 37
- (註三) Holmes: Common Law (1881) 99
- Salmoud: Law of Torts (1910) 15
- (註四) Hobart: V Haggat, 12 Maine 67
- (註五) Cishop: Criminal Law (1892) Vol. II sec. 18
- (註六) " " Vol. I sec. 679
- (註七) " " Vol. II sec. 120

借英國法中許多希奇有趣之點來闡明法律的性質



- (註八) " " Vol. II sec. 1008  
(註九) " " Vol. I sec. 935  
(註十) " " Vol. II sec. 755  
(註十一) Ellis V Loftus Iron Co., 10 Common Pleas 10  
(註十二) Adam Smith: Wealth of Nations, Ch. on  
Conclusion of Mercantile System  
(註十三) Cross: History of England and Greater Britain (1915) 856  
(註十四) Bishop: Criminal Law (1892) Vol II sec. 1000

# 自然法觀念之演進

張奚若

自然法 (The law of nature) (註1) 之意義及性質，歷來學者所持至爲不一。今姑擇其各種性質中之一端以弁於此，或可使讀者粗知其意義而便於了解下文。此性質若何？曰：歷來自然法論者皆以爲宇宙間各種現象，均有一種原則以維繫之；此原則在人名曰理性 (Reason)；自然法即由此理性而發生之規則也。此法之所以名爲自然，以其乃宇宙間之一種自然現象，不受人類感情之干涉，不爲一時一地之人爲法 (Positive Law) 所限制。不但不爲人爲法所限制，且人爲法須依自然法之所詔示以爲法。不然，背之者必受其害。準此，可知自然法之最大用途，在範圍人爲法而爲之標準。美法革命時學者爭引自然法爲抨擊當時不良法律之利器，蓋以此也。

自然法之本質，爲理性之說，多數學者皆承認之。但當中世紀時，基督教盛行，人多以自然法之本質爲意志 (Will) 者，以基督教崇信上帝創造宇宙之說，以爲自然法即上帝之意志。迨谷羅狄士 (Grotius) 出，始開意志之說而復返於理性，爲古今自然法史上一大關鍵。

治思想史者，須知一種思想在人類歷史上有若何關係。不然，即深熟各家學說之細目，未免見小遺大，僅知一種思想有理論的系統，而不知其又有事實的關係。自然法之影響於人類政治生活者，概括言之，可分以下數

端：一、發展羅馬法；二、提倡人類平等主義；三、建立國際公法；四、改良各國私法；五、鼓吹天賦人權。以上五者均現今文明之來源，而二五兩端，又為近代平民政治之基礎。設政論史上無自然法之說，吾知人類自由必不若今日之盛也。

自然法在歷史上影響最大之時期為十七十八兩世紀。然十七十八兩世紀之自然法，實中世紀之遺傳物，而中世紀之政治哲學，又多得之於希臘羅馬。今請上溯希臘，下迄現代，以次述之。

### 一 亞里士多德與其他希臘哲學家

希臘哲學家論自然法之最知名者為亞里士多德。惟亞氏并非首倡自然法論之人。亞氏之前，海瑞克來塔斯（Heracitus）蘇格拉底柏拉圖及一般「哲人」（the sophists）均已有此思想。海瑞克來塔斯曰：「一切人法皆依天法以為命。」（註二）蘇格拉底分法為成文法與不成文法。成文法為人所造，其效力限於一城一市；不成文法出之神授，其效力普及人類。（註三）柏拉圖之理想主義，亦以為抽象的公道及合乎絕對公道的法律與社會上之實在法律有別。至於一般哲人，則更根據「自然」（Nature）攻擊一切社會制度，不特法律已也。（註四）

亞里士多德言自然法之處有二。一見之於其「倫理學」（註五）一見之於「辯論學」（註六）「論理學」第五章有曰，社會之所謂公道分為二種。第一種曰自然公道（Natural justice）第二種曰習俗公道（Conven

tiona] justice) 自然公道之性質，遍天下而皆同。習俗公道，始無恆性。待風俗法律之規定以爲經。設有難者曰：世間公道處處皆有，習俗之不同，原無自然之可言。亞氏將應之曰：若以習俗之不同，遂謂天下無自然公道，是何異以天下之人偶有善用左手者，遂謂善用右手者爲不自然乎？此處論自然公道爲亞氏談自然法之柱脚，學者多稱引之。其見於「辯論學」中者爲第一篇第十第十三第十五各章中言法處。亞氏於第十章中分法爲特殊法 (Particular law) 及普遍法 (Universal law) 而爲之解曰：「吾所謂特殊法者，一種特殊政治社會中管理人民生活之成文法也；吾所謂普遍法者，人類到處承認而未成文之原則也。」第十三章又曰：「吾以爲法有特殊普遍二種。普遍法卽自然法。自然法以一種自然的公是非爲根據，不待人羣之相接或公約而始生。」亞氏於此，并引詩人薩浮克黎 (Sophocles) 之「安笛高立」 (The Antigone) 中安笛高立之言以爲證，謂自然法並非僅存於今日或昨日，而爲永久不滅，話其來源，無人知也。(註七) 第十五章所言，大致相同，茲略之。(註八)

「自然」之爲物，在亞氏學說中，含有一種宇宙性的理性 (Universal reason) 觀念。大千世界各種現象均依此理性方略 (Rational design) 而變化。自然法卽此宇宙理性之表現也。此說至後益盛，闕下節自知。

## 二 「斯多派」與席西柔

亞里士多德之宇宙理性論得「斯多派」 (The stoics) 爲之發揮光大，而益見其神祕。自然法之理性性基  
自然法觀念之演進

礎，亦由此而永定。蓋斯多派以爲宇宙全體有一原則以維繫之，此原則則理性（*Logos* 或 *Reason*）理性不但綱維宇宙大體，卽宇宙中之各纖微小部，亦莫不爲理性貫穿彌漫之處。人者宇宙之一部也，其行爲亦以合乎理性與否，以爲善惡之判斷。換言之，宇宙卽自然，理性卽自然法也。（註九）

「斯多派」之自然法，有一重要性質，卽固定不易是。此法之內含及應用，時不分古今，地無論東西，厥不一異。（註十）理性而外，固定不易一端爲「斯多派」論自然法最要之處。至於人類何由而知自然法之存在，「斯多派」以爲凡具健全智慧之人，皆有發現此法之能力。（註十一）蓋自然既爲理性，而人又爲稟賦理性之物，其知之也原祇求諸在我者而已。此外自然法又爲判斷人爲法之標準。以個人行爲之善惡既以合乎理性與否以爲判，社會上人爲法之良窳，自亦視其能符自然法之意旨而定。人爲法之與自然法相衝突者，道德上人民無服從之理也。

提倡人類平等主義，爲自然法功效之一，前已言之矣。茲請察「斯多派」之所謂人類平等，以「斯多派」爲古代主持人類平等之最有力而且最有影響者也。「斯多派」謂天下所有之人，皆屬平等而爲兄弟，無主奴貴賤之分。以凡人自其道德的品性言之，并非屬於一城一國或一級一業，乃屬於世界全體。換言之，社會組織并非以一城一國或一級一業爲單位，乃以全世界爲單位。此全世界中各個份子之位置及權利，一律平等，無高下之分。此卽所謂「斯多派」之世界大同主義是也。但自來論政，以打破國界種界爲難。仁智如柏拉圖及亞里士

多德，尙皆迴翔於希臘文明人種及國家範圍之中。今「斯多派」竟以世界大同人類平等爲說，其故何耶？其何由而致此耶？

歷來政論鮮有不爲其當時實在政象之產物者。斯多主義之所以能倡人類平等之說者，誠以當時希臘當亞歷山大第一征服之後，希臘之城市國家已經消滅，昔之以雅典爲天下者，今則北至斯勒，東達波斯，南抵埃及，皆爲麥西頓王一姓之山河；昔之以希臘人種爲文明族裔者，今則不過亞非歐各種民族中之一粟；夷夏之防盡撤，矜驕之風漸息；自封自大，本成難事，而况創立「斯多學派」者以及後來之著名斯多家又皆來自小亞西亞，西雷亞及東方羣島蠻夷之地，（註十二）出身本殊，而欲令其效法他人自尊自大之習，蓋又事實上之所不可能也。（註十三）

人類平等說發生之原因如此，其次請察此說之哲理的構造如何。上已言之，宇宙之普遍原則爲理性，而人又爲稟賦理性之物，可知社會基礎爲個人所稟與他人相同之理性。人人既稟相同之理性，是人人皆爲分受宇宙理性之同等部分，皆爲同一物體之同樣份子。在個人無貴賤之分，在種族無優劣之別。若強爲參差於其間，是以此人之理性較優於彼人之理性，此人之自然較異於彼人之自然。揆諸論理，未免失於不辭也。

斯多主義本希臘產。迨後希臘衰亡，羅馬代興，斯多主義亦渡地中海而西，羅馬學者大受影響，席西柔（Cicero）辛立克（Seneca）奧瑞士（Marcus Aurelius）其明例也。嚴格言之，席西柔本非「斯多派」，不過其

道德思想受斯多影響不淺，而論自然法處尤甚。且席西柔之意見，與後來羅馬法之發展，頗有關係，故不可不略知其關於自然法之見解。

席西柔本非直正哲學家，又非專門政論家，而為一學識甚廣泛論一切之文人。其談自然法也，並非有高深見解於其中，不過因受當時斯多主義之影響，視「理性」與「自然」為萬物之源，凡所論證，好取以為根據耳。然自然法之於彼亦有一特別用途，即彼不信古代功利主義派（註十四）以公道與法律為人所造之說，而以「自然」抗之謂一切公道與法律皆出於自然法，非人意所能干涉，其言曰：「公道基於最高法（即自然法）之上。最高法自古已在，不待立法機關之通過或國家成立之後而始有也。」（註十五）「法與公道并非建於人意，乃出於自然。」（註十六）「法既非個人之聰明所造，又非羣衆之命令所設，其惟一之源為一支撐宇宙，詔人作是避非，永久不息之原則。」（註十七）

席西柔之公道既出於自然，而自然法之性質又何如者？席西柔言自然法為理性（註十八）理性為神所植（註十九）自然法之效力永久不滅（註二十）為一切人為法之標準（註二十一）今為便利起見，請引其原話一節如下：「真法（即自然法）為合於自然之純正理性。其效力為普遍的，不易的，永久的，其命令勉吾人以義，其禁戒拯吾人於惡。其所勸勵與禁止皆為善人所遵，而為邪人所忽。其存在也，不受他法之裁制，不為他物所廢除。元老院也，人民也，均無力使吾人不遵此普遍公道之法。吾人之良心為解釋此法之唯一機關。此普遍法永久不

易，並無羅馬雅典之異，今日昨日之別；宰臨萬物，爲神所司；違之者自戕其爲人之性，必受其災也。（註二十二）

### 三 羅馬法家

近代自然法之觀念承傳於中世紀。中世紀自然法之來源有三。一爲亞里士多德自然公道與習俗公道之別，二爲拉丁學者如席西柔等之文學發揮，三則羅馬法家矣。亞里士多德與席西柔之說，已如上述。今請觀羅馬法家之論調。但欲知羅馬法家之論自然法，須先明其論人類法（*Jus Gentium* 或 *the law of nations*）以人類法與自然法，有息息相通之關係也。

「人類法」者，當時世界各種民族共通承認之法也。此法與羅馬民法（*Jus Civile* 或 *Civil law*）有別。羅馬民法只能適用於羅馬國民及與羅馬同盟國之人民，「人類法」則爲羅馬法庭對於原被兩造非羅馬國民或羅馬同盟國人民時所用之法。此法發生之原因有數。（一）羅馬人開疆拓土，降服甚衆，自視爲天之驕子，其社會權利自不能與被征服之蠻人等，故人口之中，有國民與非國民之別，國民之權利較優於非國民之權利，支配國民權利之法律，亦自不能不異於支配非國民之權利之法律。此在羅馬人一方面，不願以羅馬國民之法，施之於非國民者，爲「人類法」發生之原因一也。（二）不但羅馬人不願以其上國法律治理他人，其實被征服之人民或遠來貿易之商人，亦不願受羅馬法之管理，以法律生於社會習慣，此等人之社會習慣，較異於羅馬人之社會習慣，今若易其本鄉本土之社會習慣，自非所願。此在非羅馬國民之遠人不願受羅馬法之處理，爲



人類法發生之原因二也。(二)羅馬爲地中海附近各處商賈會萃之區，商家交易，不問國籍，向有一種共同習慣與規則。此種規則，完全築於理性或公道觀念之上，不待政府之頒布而始生。英國普通法 (Common Law) 承認「商人法」(Law merchant) 之效力，是一明例。故學者有以「人類法」并非他物，即羅馬遠方商人之習慣法也。(註二十三)

羅馬法庭既不願以治理羅馬國民之法治理非國民之異族遠人，又不能以甲種異族遠人之法，治理乙種異族遠人，而此所謂非國民之異族遠人，既不願受羅馬民法之治理，又不願受他種異族遠人之法之治理，其結果似應以一族之法治理一族之人。然羅馬之異族無算，其異法亦無算，若果如此行之，是徒增法律上之糾紛而已。此種辦法既難適用，其終也，惟有採取各種異族法律或習慣中相同之點以爲解決之道；其不同者，由法庭根據人類公道觀念以補之。所謂「人類法」，即各種民族共通承認之法律或習慣，而爲羅馬法庭用以解決非羅馬國民之紛爭者也。稱爲「人類法」，以其爲人類所公認也。

人類法當其始也，僅爲治理非羅馬國民之法，迨後更進而爲改良羅馬民法之具。以民法產生於羅馬特別社會情形之下，條例之中，頗多狹隘難通之處，不若「人類法」之寬大平衡也。雖然，法律爲社會最守舊之物，改之本不易，何況以矜驕自貴之羅馬人，而欲其採用來源并不甚高之人類法以爲改良其民法之具，豈易事哉。然人類法之優點甚多，拘於成見而不採納，又非羅馬人之實用常識所許。不得已，必求通融之道，以處此難。此即「

人類法」與自然法混合之由，此亦即自然法在羅馬法論中出現之處也。

羅馬法家爲實用起見，謂「人類法」并非他物，即自然法。蓋以自然法之觀念來自文明較高之希臘。又得席西柔之發揮，易得學者之敬仰，非若「人類法」來源之平庸，不足引以爲師可比也。（註二十四）且自客觀的比較言之，「人類法」與「自然法」相同之處，亦正不少。如自然法存於各種社會，人類法亦存於各種社會；自然法應用於無國民權利之人，人類法亦應用於無國民權利之人；自然法爲人類所共承認，人類法亦爲人類所共承認；自然法之根據亦爲理性，人類法之根據亦爲理性。人類法與自然法重要之點，相同如此，何怪羅馬法家視二法爲一物耶。

雖然，羅馬法家之最大多數，如格由斯（Gaius），保羅斯（Paulus），馬克安奴斯（Maroianus）等，雖視「人類法」與自然法爲一物，但亦有一例外。最知名之伍爾品奴斯（Ulpianus 或 Ulpian 以下稱伍爾品）以爲「人類法」與自然法有別。「人類法」之範圍以人類爲限，自然法則包括一切動物，不特人類已也。（註二十五）伍氏此說，在羅馬法家中雖爲孤立，（註二十六）但亦有一重要關係。以一般法家均以爲凡人接之自然法皆生而自由，今則奴隸之制，到處皆有，其故何耶？且自然法之基礎號稱理性，其勢力又屬普遍，今奴隸之制到處皆有，不可謂非普遍，然而謂之爲合於理性可乎？簡言之，奴隸之制既存於各種社會，是否即可認爲自然法之一種？伍氏以爲不然，曰：按之自然法，凡人生而自由，奴制不存；奴制之生，蓋根於「人類法」矣。（註二十七）伍氏

奴制不存於自然法之說，爲後來反對奴制者引爲干城，是以重要。不但此也，伍氏自然法兼及一切動物之說，因爲後來編纂賈斯廷林法範（*The Institutes of Justinian*）者所採取，并於此書之首，爲中世紀學者所重視，故所關更爲重要也。

知名之多數羅馬法家，雖有混自然法與「人類法」爲一物之勢，但嚴格言之，自然法與「人類法」本爲二物，或應爲二物。自然法應爲人類普遍社會上，關於人類行爲，理性所示之規則。「人類法」則爲此種規則在事實上確爲人類所遵守者。換言之，自然法爲實在法律或風俗僅能幾近之理想，「人類法」則爲於一定時代中人類行爲向此理想方面確能達到之標準。一爲應有之事，一爲確有之事。但惟天下有應有之事，故確有之事，常取以爲鵠，向之進行，而爲人類進步之由。此自然法與「人類法」間之區別所以爲要也。

自然法與「人類法」之關係既如此，茲請再觀其影響於羅馬民法者何若。自然法改良羅馬民法之道，約略有三，（一）民法中苛虐狹隘之處，宜於昔日閉關之時，不宜於後來大通之世者，可引自然法爲抨擊改革之具。（二）民法中含糊不清，可狹可寬之處，可用自然法解釋之，而使其避狹就寬。（三）民法中完全不載之點，可取自然法以補之。如此更正補濟，自然法在法家思想中，及漸變爲通常法律之源府。自然法既成通常法律之源府，則通常法律之所禁令，須與自然法之旨趣相合，自不待言。羅馬法爲近代歐洲大陸各國法律之本，而自然法又爲發展羅馬法之要具，自然法與近代歐洲文明關係之要，彰彰明矣。

## 四 中世紀

自然法亡於羅馬法家，與「人類法」無異；其中世紀，則與上帝法 (the Law of god) 相同矣。其故以當西羅馬亡後，社會中可稱知學之士，皆爲「宗教家」(ecclesiastics)。此種人之心坎中，全爲上帝所佔，欲其不認自然法爲上帝之法，實不可得。其後雖有亞里士多德與羅馬法之復興，引起學者求智之興趣不淺，然宗教思想浸人已深，亞里士多德與賈斯廷林在思想界至多亦只能與「教會」(the Church) 鼎足而立，不能取而代之也。但此乃僅就「教會」一方而論，若自亞里士多德與賈斯廷林一方觀之，其不敗情形亦正相同。蓋亞里士多德等哲學家之言，已早爲知名「教父」(Church Fathers) 所稱引，不但在中世紀「學子」(Scholars) 或 Schoolmen) 之目中尊嚴與教條無異，卽「教會」自己亦不敢顯與爲敵也。自然法之不爲宗教所破滅，誠非偶然。雖然，當時之「教會」爲維持上帝法，信仰，及道德計，均非保守其在社會上之最高地位不可。今若承認以理性爲質之自然法，其將置以信仰爲本之宗教於何地？進退維谷，昭然若揭。解決之道，惟有一途，卽認自然法與上帝法爲一物是矣。

此事驟觀之，似甚難，實則前世哲人，已有先中世教父而爲之者。海瑞克來塔斯，蘇格拉底，席西柔等無論矣。(註二十八) 卽賈廷斯林亦嘗謂「自然法以爲天帝所立，故常存而不變」。(註二十九) 哲人法家之立說尙如此，而况宗教信徒乎。故聖保羅 (St. Paul) 於其達羅馬人書中有曰，「異端之人雖無教法，而其行爲皆循自然

自成一法，以上帝曾以法書於彼等之心也。（註三十）聖安布魯斯（*St. Ambrose*）言法有二種。一自然法，一成文法。自然法存於人心，成文法刻之板石。上帝之法存於正人之心之法也。（註三十一）聖奧古斯廷（*St. Augustine*）曰，治御天國之法，為一永久不變之法。（註三十二）聖克瑞叟斯圖（*St. Chrysostum*）且曰，「吾所謂自然法者，並非他物，上帝而已，以造世界者上帝也。」又曰：「當萬物之初，上帝於其造人之時，即以自然法植於人之胸際矣。」（註三十三）然凡此所引，不過合自然法與上帝法為一物之初步耳。其大發展，猶俟來者。

亞塊納（*St. Thomas Aquinas*）者集中世紀學術之大成者也。其論自然法與上帝法之關係，最為完全而有勢力。然亞塊納承谷雷欣（*Gratian*）之後，而谷雷欣又屬祖師聖易西斗（*St. Iudore*）者也。故今於亞塊納之先，應以數語略及聖易西斗及谷雷欣。

聖易西斗初承伍爾品及賈斯廷林之遺風分法為自然法人類法民法三種（註三十四）而又各為之界說。其釋自然法曰，「自然法者，全人類盡同之法也。人之遵之也，乃出於天性自然，非出於何種命令。」（註三十五）伍氏自然法包括一切動物之說，此處已不存矣。即其三項分類法，亦非能為聖易西斗始終採納者。以聖易西斗於他處又曰：「法分神人二種。神法以自然為基礎，人法以風俗為柱脚。」（註三十六）既曰神法以自然為基礎，是已合自然法與上帝法而一之矣。此說後為谷雷欣所宗。

谷雷欣於十二世紀中，（聖易西斗之著述出於第七世紀初葉）作「教法集成」（*The Decretum of*

(Gratian) 一書，其開宗明義之首篇，即大書特書曰：「人類受治於二物。一自然法，一風俗。自然法即載於摩西法與福音中之法也。按照此法，耶穌詔人以己所欲人之施諸己者施之於人。」(註三十七) 谷雷欣於此，既以自然法與耶教「金律」合而爲一，而又爲之解曰，自然法永久不變，其尊嚴高出於一切風俗及人造法律之上，風俗或人造法律與之衝突者，概爲無效。谷雷欣之說之所以特爲重要者，以其書後來居「教條法」(Canon Law)之首，爲教條家(Canonists)所特遵也。

欲知亞塊納之論自然法，應先知其「法」字之普通意義。前人之所謂法，多爲 Jus。亞塊納之所謂法，則爲 Lex。二者之別，在前者根於理性，後者出於意志。前者僅爲一種原則，後者則爲命令。原則非人的自然之規則，而命令則必有發命令之人在。此二者之大別也。但亞塊納法之定義曰，法者「理性之命令，其目的爲公益，而爲職司社會治安者所頒布也。」(註三十八) 既曰「理性之命令」，可知亞塊納之法，兼含理性意志二份子於其中；不過又須爲「職司社會治安者所頒布」，是其注重意志一方可知也。亞塊納之法字既爲 Lex，故其自然法爲 Lex Naturalis 而非 Jus Naturale。以自然法爲 Lex Naturalis 者，自然法史上亞塊納其最要者也，(註三十九)

亞塊納分法爲四種。一永久法 (lex aeterna)；二自然法 (lex Naturalis)；三人法 (lex Humana)；四神法 (lex divina) 永久法爲統治宇宙之法則，存於上帝之心。自然法爲上帝所造，以理性爲質之人參與永久

法之處，爲永久法之一部。人法乃自然法之原則，由人之理性推測所得，用之以治理社會特別情形者。神法則聖經中之祕示法（Law of Revelation）矣。（註四十）準此分類，可知天下無論何法，皆爲上帝之法，以永久法爲上帝統治宇宙之法，而其他各法，又皆直接間接爲永久法之一部也。自然法并非有異於永久法（卽上帝法），不過前者爲後者中理性之物所能了解之部分。人之所以能了解自然法者，以當創造之時，上帝卽以理性植於人之胸中，使其有了解之能力也。然上帝之法，範圍太大，人之理性，僅能知其中號稱自然法之部分，而不能知其全體，知其全者，上帝而已。

亞塊納自然法之最大原則曰趨善避惡，其勢力普遍而不可易。但此原則之本身雖不可易，由此原則所得之細目，則因時地之異而或不同。如盜竊之事，有違自然法者也，而古日耳曼人視之不以爲非，公產與自由，自然法所詔告者也，而私產與奴制因實用故到處皆有，是其例也。（註四十一）至於自然法與人法之關係若何？亞塊納言人法既爲自然法之一部，須與自然法相合。人法之有違自然法者，法之弊，非法之質。（註四十二）

亞塊納在自然法史上重要之處，固在其論自然法與上帝法關係之處，但此外關於自然法本身之論，彼亦特有建樹，爲前人所未見及者，此卽彼自然法內容之分析是也。亞塊納分自然法爲三支。第一關於人及一切物質者，第二關於人及一切動物者，第三僅關於人者。彼之言曰：「第一，人有好自然之益之傾向，此傾向人與一切物質共有之。卽凡物按乎自然皆爭自存，順此爭自存之傾向，凡能維持生命避免危害者，皆屬於自然法。第二，人

有好數種特別事物之傾向，此傾向人與一切動物共有之。照此傾向，凡自然詔示一切動物之事，如男女配合教育幼稚等，皆屬於自然法。（關於此條，參較伍爾品自然法之意。見上第三節小註。）第三，人有好善之傾向，此傾向生於理性，惟人獨有之，如人有欲知上帝及生活於社會上之自然傾向是。準此，凡自然傾向中如避免愚蠢及不爲有害於他人之事等皆屬於自然法。（註四十三）如此分析，自然法中天性（*instinct*）與理性（*reason*）二分子之區別，非常明顯，爲自來言自然法者所忽，而有助於思想之進步，誠非淺鮮也。

亞塊納之後，有歐克（*Ockam*）者，亦不以伍爾品自然法包括一切動物之說爲然，言自然法一名詞有三意，即（一）行爲規則（*rules of conduct*）中之有普遍效力而爲自然理性所示者；（二）行爲規則中之爲不受治於人爲法而僅僅受治於自然公道之社會認爲合理與有效者；（三）行爲規則中之可爲自然法之原則所許可，但以所關之事非極重要，可爲社會上一定之人爲法律或政治權力所變易者。此處第二第三兩條所言，即後來所稱之「第二等自然法」（*the secondary laws of nature*）。盧梭以後之自然法大都「第二等自然法」之片面問題矣。（註四十四）

吾人述中世紀之自然法論，本可於此結束。但有一要點，不可不知，即自然法之在中世紀並非一種不關實際之空虛理論，而爲解決實在社會紛爭時勢力甚大之利器。蓋當中世紀政教相爭之時，兩方多有訴之於自然法以爲護符者；其在擁護教皇之信徒，輒謂教皇爲上帝在人間之代表，關於神法上紛爭之點，教皇爲惟一解釋



之人；而在扶持民政者一方面，則又謂自然法爲通人理性所能發現而了解之物，初不必視祕示法，或教皇以爲依據也。兩方各認自然法之存在與效力，而爭爲解釋此法之人，故政教相爭之事愈多，援引自然法之聲浪亦愈高。自然法在當時不僅爲學者間之理論問題，彰彰然也。

不但政教相爭，自然法爲辯論之資，即在政治一方，自然法之說有時亦竟有出現於人主之文告者。法王菲立美哲 (Philippe le Bel) 於一三一一年釋放不自由之民之文告中，有曰：「與上帝同性之人，按之自然法，應爲自由。」(註四十五) 後其子路易八 (Louis le Hutin) 釋奴令中，亦曰：「準乎自然之法，凡人皆應自由者也。」(註四十六) 梅恩 (Maine) 謂自然法在此，并非法律的論證，而爲政治的信仰。(註四十七) 信矣。

## 五 宗教改革時代

宗教改革時代之作者之論自然法也，於理性上帝二點之外，又多注重自然法與實在政治問題之關係。如政府之起源，財產之基礎，主權之範圍等，皆當時極饒興趣之討論，而爲後來民權思想開其先聲者也，茲請略述數家之言於左：

(一) 麥蘭其東 (Melancthon) 不但爲新教徒中論自然法者之領袖，且爲近代論自然法之最早者；其一切政論，悉築於其自然法論之上。自然法之於彼，爲上帝植於人胸，關於崇信上帝及維持政治制度之實用原則。此原則載於耶教「十誡」 (The Decalogue) 中，即前四誡爲人對上帝之義務，後六誡爲人對

人之義務。但人之所以能知自然法之存在者，並非僅賴直接祕示法之教導；祕示法外，人性亦爲悟解自然法之標準。卽凡可以理性推測而合乎人性之原則，皆可視爲自然法。如人性適於社會生活，由此原則可推知凡能得正當生活之規則皆自然法也。（註四十八）麥蘭其東以爲財產之基礎，政府之來源，皆可於載自然法之「十誠」中得之。蓋「不可偷竊」一語，卽認財產之存在，而「不可殺人」及創世紀中「殺人者將由人殺之」云云，又明示政府之爲必要者也。

麥蘭其東、歐登道（Oldendorp）、漢敏（Hemming）、溫克拉（Winkler）、根笛理（Gentili）等（註四十九）皆新教學者中論自然法之知名者。歐登道以爲羅馬法中之自然法，多來自羅馬之「十二版法」[The Law of the Twelve Tables]「十二版法」來自希臘，希臘之法，來自希伯來，希伯來之法，爲「十誠」中上帝直接傳授之法。如此，可知自然法乃上帝所授與者。漢敏極言自然法可由理性推測而得。溫克拉且分自然法爲二十一款，包括敬神，信教，愛人，愛家，愛國，愛自由平等，及財產公有等事。至根笛理則更注重理性，以爲自然法可由理性自然覺察而得；且謂凡人皆屬同一社會之分子，按之自然，應互相尊愛，各保所有，不宜互相殘奪也。以上數家均爲近代國際公法學鼻祖谷羅狄士（Grotius）之先導，而根笛理尤其中之特要者也。

(1) 侯克 侯克（Hooker）在英國政治哲學史上重要之處有三。一、侯克爲上承亞里士多德，席西柔，亞塊納等之學說而下傳之於洛克（Locke）者。其在英國，爲古今政治思想之中介物。二、侯克討論一切社會問

題均重理性，爲近代英國唯理派之最早而頗有勢力者。三、近代政論中，社約、同意、自然境、諸名詞均見於候氏之書（註五十）爲十七十八兩世紀中反對君主提倡民權之利器。

候克之自然法全以理性爲本。其言曰：「自然法者人性自知其到處爲理性所範圍之法也。以此之故，最好可稱之曰理性法（The Law of Reason）此法包含一切能爲人之理解所顯知或可知爲正當或不正当，良善或邪惡等應爲或不應爲之事。」（註五十一）又曰：「理性法或人性法，卽人以其天然理性所推測而得之永遠範圍其行爲之法也。」（註五十二）候克自然法特要之處，不僅在其爲理性，而且在人之所以能知此法者，全恃其自己之理性，不須他物之助導。有曰：「此法可由理性推測而知，無俟上神之祕示而始曉也。」（註五十三）候克於此，舍開上帝，專言理性，所見高出麥蘭其東等遠矣。

候克分自然法爲三類。第一類爲命令的，第二類爲允許的，第三類爲勸告的。命令的自然法，告人以必爲或必勿爲之事；允許的自然法，示人以可爲之事；勸告的自然法，詔人以宜爲之事。必爲或勿爲之事，或善或惡，同時只有一種；其爲與不爲係絕對不易的。可爲之事，乃於數種不可逃避之惡事中，允爲其一；但此一種，除遇特別情形外，平時絕不可爲。宜爲之事，則於數種善事之中，勸其爲益之最大者。（註五十四）

至於國家之起源若何，候克以爲國成於約。約之原因，發於個人思想羣衆生活之天然傾向。不但國家之起源如是，卽國際公法之發展，亦莫不以人性好與人類共同生活之天然願望爲其基礎也。（註五十五）

(二)施瓦來滋 (Scharoz) 爲十六七世紀西班牙法家中之最知名者。其法學見解一本亞塊納。惟思想清晰，立詞極有統系，若非爲中世紀腐說所束縛，其影響或不亞於後來名馳各國之谷羅狄士也。施氏之自然法，爲上帝植於人靈魂中，辨別是非之法。此法之來源爲上帝，其目的爲人之福利。施氏論自然法最要之點，在謂自然法（施氏之自然法爲 *lex Naturalis* 非 *Jus naturale*，與亞塊納同）爲上帝之命令，非人之理性。既爲命令，則人無論何時何地，均非懷遵不可。前人有謂上帝之法，只能施於崇奉祕示法之耶教教徒，施氏大不謂然，言上帝之法，不但對於崇奉祕示法者有效，對於一切人類均爲一定不易，違之者惟有淪於九幽而已。自然法之各種條律悉爲強固不易，無論何種人力，莫能少曲。教皇之諭令也，人類法也，民法也，對之均毫無能力。（註五十六）

在抽象的原理上，施氏之自然法，雖尊嚴難犯如此，而在實在事實上，即施氏亦不能不略爲通融以求與社會實況相合。此觀於其人類法之性質，而可知者也。按之施氏，私產與奴制，不容於自然法，而合於人類法。自然法與人類法不同之點，在前者爲道德上必應之事，後者爲社會上方便之事；前者爲自然所示不可逃免之結論，後者僅爲各民族共同承認之判斷；前者來自於神，後者得之於人；違背前者無論何時何地均爲非，違背後者則僅於本地制度承認此法之社會爲非也。（註五十七）

以上所述自然法論，自中世紀以至施瓦來滋，多爲神道觀念所蒙晦。謂爲自然法史上之神權侵略時代，當

非過語。排神權之說而復自然法於其理性基礎者，谷羅狄士之功也。

## 六 谷羅狄士

(一) 谷羅狄士自然法論之起源 當十六世紀之時，歐洲大陸盡爲宗教紛爭戰場。迨至十七世紀初葉，宗教原因而外，又加以各國皇室互爭版圖問題。兵禍連結，法紀蕩然。谷羅狄士怒焉憂之，以爲戰爭之禍，完全止之既不能，不如爲之立一範圍，使其行於法律軌道之中，藉以減少其橫惡之勢。此其「戰爭與和平法」(De Jure Belli ac Pacis)一書之所由作也。此書既以建立國際法爲旨，自不能不求一種哲理以爲基礎。自然法卽此基礎也。

谷羅狄士之所以採取自然法以爲國際法之基礎者，良以國際法爲各國共應遵守之物。既爲各國共應遵守之物，其不能以當時一國或數國之法爲之基礎可知，以一國或數國之法止能於其本國境內有效，不能使他國共守也。採取各國之法既不成問題，採取羅馬帝國之法可乎？曰：此中亦有二難。(一)十七世紀之羅馬帝國有名無實，又爲崇奉新教各國所疑視，威望既去，法效自寡。(二)羅馬帝國幅員雖大，終不失爲一國，其法律多治理一國內事件之條，而不能適用於各國之間。如此，各國與帝國之法兩不能用，而號稱理性之自然法，歷史既長，威望又高，被其採用，又何怪耶。

(二) 谷羅狄士法之分類 谷羅狄士祖述亞里士多德分法爲自然法 Jus Naturale 與建立法 (Jus

Voluntarium) 二種。(註五十八) 自然法本於理性，建立法出於意志。(註五十九) 建立法又分二種：一爲人意建立之法 (Jus Voluntarium Humanum)，一爲神意建立之法 (Jus Voluntarium divinum)。人意建立之法亦分二類：一爲一種特別國家之民法 (Jus Civile)，一爲各國共守之人類法或國際法 (Jus Gentium)。神意建立之法卽上帝所立之神法 (Jus divinum)。(註六十) 三者皆出於意志，卽民法以一國之意志爲本，人類法以各國之意志爲本，神法以上帝之意志爲本。自然法與建立法之大別，在人類行爲之屬於自然法者，其是非悉以合乎客觀的理性與否自爲是非；其屬於建立法者，則依人意或神意之命令與禁止以爲是非，初不能以其本性作則，自爲是非也。(註六十一) 谷羅狄士於此分類中，置上帝法與民法人類法等於一類，而以自然法對峙之，已將中世紀混自然法與上帝法爲一之弊，一筆鉤銷，而措自然法於磐石不搖之基矣。

(三) 谷羅狄士之自然法 谷羅狄士在自然法史上最要之處，在其排放神權而以理性爲自然法之基礎，其自然法之定義曰：「自然法者，純正理性之禁令也。此禁令示人凡人之行爲以其合於或不合於理性而有道德的必要或道德的卑劣。」(註六十二) 人爲稟賦理性之物，其行爲之善，惡悉以合於其理性與否爲斷，與神之意志無關。谷羅狄士於此，甚且謂世間卽無上帝，或有之而彼並不關心人事，人亦將自行其道，而善惡猶爲善惡，自然法猶爲自然法也。(註六十三) 自然法對於上帝法完全獨立，無相屬之關係，此二法之別，在一以人之理性爲本，一以神之意志作則。谷羅狄士曰：「自然法不但與人爲法有別，且與神立法大異。蓋自然法以合於理性

與否以爲禁令，神立法則以禁令與否以爲是非。申言之，卽神立法之所禁令，並非以某等事物在其客觀的本性上有必須遵從或必勿遵從之必要而禁之令之，乃以其爲神所禁而必勿蹈之，爲神所令而必須從之也。」（註六十四）

除以理性爲質外，谷羅狄士之自然法又有永久不變及不可毀易二大要性。彼之言曰，戰爭之時，一國之民法雖失其束縛之力，而自然法則仍有效，以自然法乃無論何時何地永久不易之法也。（註六十五）又曰：「自然法不可毀易之性如此其大，卽上帝亦無更改之力。蓋上帝之權力雖屬廣大，而世間數種事物實出於其範圍之外，上帝不能變惡爲善，亦猶其不能使二二爲非四也。」（註六十六）

谷羅狄士之自然法以理性爲質，以固定不易爲性，已如上言。至此法之來源如何，亦頗有探討之價值。谷羅狄士本亞里士多德人爲社會動物之說，以爲自然法之來源，爲人好求社會生活之慾望。人爲理性動物，對於生命，並非無論何等生活均可享受，而有圖求安全滿足生活之傾向。然安全滿足之生活僅可於社會中得之，而居處社會又非遵從數種社居規則不可，自然法並非他物，卽此種社居規則也。數其大者，如不取人之所有，他人之物，吾若據有必須歸之，履行許諾，賠償損失，及承認數種應受處罰之事等皆是。（註六十七）

自然法之本質，之要性，之來源，之內容，約略如斯。然人何由而知此法之存在乎？谷羅狄士言此法之存在，可由兩種方法證明。第一爲理證之法，第二爲事證之法。理證之法較爲精細，事證之法較爲通行。取一事而斷其與

人之理性及社會性相合否，是謂理證。取一事而見其爲各種民族或較文明之民族認爲自然之法，是謂事證。（註六十八）

谷羅狄士之自然法，與羅馬法家之自然法，有二不同之點。（一）羅馬法家如伍爾品及賈斯廷林之自然法包括一切動物，谷羅狄士之自然法則僅以人類爲限。所以然者，以谷氏之自然法以理性爲質，理性又以運用數種普通原則爲本，人類而外，他種動物既無運用根本原則之能力，故不屬於自然法。（註六十九）（二）羅馬法家以爲奴制不存於自然法，谷羅狄士則謂奴制之生於契約或根於罰罪者與自然法之性質頗爲適合，毫無不相容之處。（註七十）谷氏此說太爲守舊，與民權之說不能相容，後來大受盧梭攻擊，良有以也。

（四）谷羅狄士之國際法 谷羅狄士之國際法並非他物，即羅馬法家以來之所稱爲「人類法」(Jus Gentium) 者是也。但谷羅狄士之人類法與羅馬法家之人類法有一大不同之點，故同爲 Jus Gentium，而後人對之，一則稱之曰「人類法」(The Law of Nations)，一則稱之曰國際法 (International Law)。此不同之點何在？曰羅馬法家之所謂「人類法」爲異種民族於其本族之內遵守之法，如婚姻，嗣祧，契約，買賣等日用平常社居之事皆屬之。谷羅狄士之人類法則不然，谷羅狄士之人類法乃各國或兩國之間交際上共應遵守之法，如現代平時國際公法及戰時國際公法所載通商交戰等事皆屬之。前者爲各國國內之法，後者爲兩國中間之法。前者爲管理社會上個人之法，後者爲管理世界上各國之法。谷羅狄士之 Jus Gentium 既爲管理各



國間事件之法，故後人稱之爲國際法，而視谷氏爲近代國際法之鼻祖。

國際法既爲管理各國之法，欲其有效，自非得各國或衆國之同意不可。（註七十一）以國際法之目的，並非一二強國之福利，乃各國或衆國之安寧，正如一國民法之目的並非少數個人之福利，而爲全體個人之安寧也。（註七十二）至於國際法之起源若何？谷羅狄士以爲在人類求享共同生活之自然慾望。以國際之間若無相互之權利與法律，則國將不保，勉強強保之而不能得高尚安足之生活也。（註七十三）

上文已言之，谷羅狄士之自然法爲一種天然的社居規則。今觀其國際法，可知亦不外此種社居規則之施於國際間者。前謂谷氏以自然法爲其國際法之基礎，茲當了然矣。

自 *Jus Gentium* 一名詞之意義言之，谷羅狄士之時代，誠此名詞由古代人類法變爲近代國際法之過渡時代也。然以係過渡時代，故即谷羅狄士自己之 *Jus Gentium* 有時亦可作人類法解。如其論自然法與 *Jus Gentium* 之區別處，特此例之彰彰者。按之谷氏，欲知一事屬於自然法或 *Jus Gentium*，應用二種準則以繩之，即論理上與人之理性相合之事皆屬於自然法。而爲各種民族共通習用者爲 *Jus Gentium*。其言曰：「古今學者相去數千載，相隔數萬里，從此不相聞知，而對於一事能持同一之見解者，必有一種普遍原因。存於其間。此種普遍原因，非由人類理性正確推測而得，即由各種民族共通承認而來，由理性推測而得者屬於自然法，由各民族同意而來者屬於 *Jus Gentium* ……蓋凡天下之事，不能以正確推理得之於數種原則。而又

到處皆存在者，非得人類全體之同意莫由也。」（註七十四）此處之所謂 *Jus Gentium*，以被人類共通習用及承認爲質，與羅馬法家之人類法無稍異，且谷氏於論自然法與人類法之區別處，又明言「此二法之別，非以學者之論證爲斷，而以事理之本質爲歸。以學者到處皆混自然法與 *Jus Gentium* 爲一物也。」（註七十五）既云「學者到處皆混自然法與 *Jus Gentium* 爲一物」，可知其此處所謂 *Jus Gentium* 乃歷史上各家學者之 *Jus Gentium*。歷史上各家學者之 *Jus Gentium* 爲人類法，故谷氏之 *Jus Gentium* 在此亦爲人類法。準此可知 *Jus Gentium* 不但經谷羅狄士由古代人類法而變爲近代國際法（註七十六）且即在谷氏自己亦先由人類法而後變爲國際法，一名詞嬗變之迹，趣味豈淺鮮哉。

## 七 社約論者各家

社約論者各家之自然法論之要點，已於吾所作「社約論攻」（註七十七）篇中言之，茲不再贅。惟有數端爲該篇所未及，或須特別注意者，特略舉如下：

（一）霍布士 *Jus Gentium* 之自然法與以前各家所言之自然法有數不同之點。不可不察。第一，霍布士之自然法與自然境（*The State of Nature*）有密切關係，不但爲以前各家之自然法論開一生面，且爲後來言社約者樹一新幟。第二，霍布士之自然法，綱舉目張，條分縷析，非向來各家之寬泛無着可比。按之霍氏自然法之根本要義，在維持生命。然以自然境中禍亂相尋，生命無從而保，故自然法之第一條件卽爲偃息戰爭，締結和平。但

欲締結和平，非大家共舍其自然境中互相侵殺之自然權利 (Natural Rights) 不可，故自然法之第二條件即爲舍棄自然權利。然若僅僅締結和平而遵守和平，是和乎猶無從而得，故自然法之第三條件即爲守約。惟締結和平，舍棄自然權利，守約三者雖爲自然法之最要條件，而自然法之條件，決不止此三端。霍氏自然法之詳細條件爲數共十九。以上三者外，「感恩」，「互助」，「赦宥」，「大量」，「公道」，「謙遜」，皆其中之重要者也。(註七十八) 霍氏之所以包括此等瑣節於自然法內者，以其反面，如「無情」，「互害」，「偏私」，「驕傲」，皆爲禍亂之媒，和平之蠹，有害於維持生命之目的，與自然法之根本要義不能相容也。

第三，霍氏首嚴自然法與自然權利之別。自然法之第一用途，即在限制自然權利。限制之道，爲締結社約。故霍氏自然法之根本用意，不外作擔保社約之用。

第四，以前各家及以後各家之自然法，皆爲扶持自由，增長民權，霍氏之自然法則爲扶持專制，抑遏民權。根本用意不同，無怪其不能爲深信民權之史比努札 (Spinoza) 所贊成也。

(二) 史比努札 史比努札根本推翻霍氏學說之處，在不承認自然法爲限制自然權利之具。其言曰，權利者權力也，權力所到之處，即權利所到之處。權力爲造物者所賜，爲各物保持其生命之具，既無善惡之可言，又何是非之足分。魚之游泳，魚之權力也，亦魚之權利也。大魚吞小魚，大魚之權力也，亦大魚之權利也。強侵弱，智欺愚，強者智者之權力也，亦強者智者之權利也。權利與權力名雖異而實則同。今自然既與各物以保持其生命之

權利，而又謂有法（卽自然法）以限制之，是自相矛盾，是取消其保持生命之具，而置各物於死地也。（註七十九）然此並非不道德之詞，淆觀聽之辯。誠以吾人所謂善惡是非，皆吾人強立之區別，非自然原有之規則。吾人所謂善，非果卽善也。吾人所謂惡，亦非果卽惡也。若合大千世界之一切現象而總觀之，將見天下所有物象，皆有其發生之由，生存之道。惡於此者或善於彼，非於彼者或是於此。不能以吾人小世界中之規矩強爲方圓於其間也。（註八十）

霍布士自然法之性質，史比努札不能贊成如此，然則史氏自己之自然法，果何如乎？史氏曰：吾所謂自然法者，不過自然付與各物之一種特別生活的規則耳。譬如自然與魚以游泳生活，與大魚以吞噬小魚之生活，故魚之嗜水，大魚之吞小魚，皆自然法也。準此可知史氏之自然法，不外天地間各物之生活形式，及其保存生活之道而已，稱之爲自然法，以其爲自然所造定不能易也。（註八十一）

霍布士以自然法爲擔保社約之具，謂社約一經成立，人民一入政治社會，卽無反抗主權者之權利。史氏大不謂然，言權利旣爲權力，則人民之所以能反抗主權者與否，全視其權力之大小如何。若主權者不道而人民之權力又足以反抗或傾倒主權者，則直反抗傾倒之而已，有何不可。（註八十二）史氏權利卽權力，及自然法不能限制自然權利之說，至此始大見其作用。

(三) 蒲芬道夫 當蒲芬道夫 (Pufendorf) 年壯之時，正歐洲智識界對於谷羅狄士及霍布士兩家學

說爭訟最烈之際。谷羅狄士謂人性傾向社居，霍布士言人性自私自利。蒲芬道夫調停於兩家之間，大抵其立說也關於道德原理之處多採谷氏，涉及完全政治之點，又遵霍氏。其所著書名曰「自然法與人類法」(De Jure Naturae et Gentium) 爲歷來論自然法之第一專門著作，在當時享名不小。不但此書爲論自然法之第一專作，而且蒲氏自己又爲自來教授自然法之第一講師，受海德堡 (Heidelberg) 大學之特聘主講自然法者多年。自然法在當時受人歡迎之狀，可見一斑。

蒲氏自然法之根本要義，爲輔助社居生活及保持人類安甯。(註八十三) 根本目的既如此，故凡足以養成互助性格之行爲，均爲自然法所許，而違反或有害於養成互助性格之行爲均爲其所禁。(註八十四) 換言之，即輔助社居生活，保持人類安甯，爲自然法之目的；而贊襄互助行爲，禁止非互助行爲，爲自然法之方法。目的方法既定，故社會中一切制度之良否，均以合此目的及方法與否以爲判。私產之存在，蒲氏謂爲合於自然法，以其爲維持社居生活之具也。(註八十五) 奴制亦合於自然法，以其根於一種契約，而又有減少社會遊民之用也。(註八十六)

蒲氏之自然法，有二大條件。第一，凡人須保全其個人生命。(註八十七) 第二，凡人須勿傷害他人，並須輔助社會全體。(註八十八) 而此二條件之普通原則，又不外自然法扶助社居生活保持人類安甯之根本要義。

(四) 洛克 社約論者各家言自然法之最詳密者，爲霍布士。然霍氏自然法之最大用途，在擔保社約。社

約未成立以前，自然境中戰亂好殺，自然法雖存在而無效力。社約成立以後，政治社會中有民法（Civil Law）治理一切，自然法被其代替而鮮實用。此種自然法自洛克視之，毫無用處，故洛克之自然法，不但在自然境中無效力，即在政治社會亦有之，且較在自然境中更爲顯著也。

洛氏自然法之目的，爲保全人類全體之安甯及存在。按之此法，人皆平等自由獨立。一人無傷害他人之權，又無被他人傷害之理。其言曰：「自然境有自然法以維繫之。自然法爲理性，管理人人，詔人凡人既皆平等獨立，應勿爲有害於他人生命，身體，自由，財產之事。」（註八十九）

自然境中不但有自然法，且有司掌此法之人。然以司掌此法者爲個人自己而非一公共裁判官，故有時無紛亂爭執之事。欲免此弊，故羣相約而立政治社會，政治社會之最大功用，即在司理自然法。司理自然法之方法，分爲三段。第一，立一統一法律，解釋自然法，以免自然境中人自爲解釋之弊。第二，立一執行此法之裁判官，遵照此法，決斷曲直。第三，設一公共權力，爲懲罰反抗此法者之威力。（註九十）

蒲芬道夫言自然境中人人平等自由，奴制不存；奴制之生，根於契約。洛克對於此說，大施攻擊，謂人在無論何時均爲平等自由，初無自然境與政治社會之別，以自由爲人生存極要而最不可缺少之物，失自由者，非並失其生存本身不可也。（註九十一）

（五）盧梭 自然法爲理性之說，歷來學者無論大小，皆承認之。惟盧梭則大反前人之所言，不認理性爲

自然法之根基，以理性爲後來人智漸開時始生之物，非自然境中之渾沌原人所能有也。盧梭既不承認自然境中之人，操有理性，已將以前各家所言以理性爲質之自然法根本打消，再無爭訟餘地矣。（關於此點參閱拙著「社約論考」）然盧梭雖不信自然法，却深信自然。其所著「教育篇」（*Émile*）及「人類不平等論」（*Dissertation Sur l'Inégalité*）均力攻當時社會上戕賊人性之假文明，而提倡還真返樸「歸於自然」。以其崇信自然，而又鼓吹人類自由平等，故其學說，在法國革命時影響極大。

然以理性爲質之自然法，雖不能見納於盧梭，而盧梭又非無論何種自然法均不之承認者。按之盧梭，自然境中之人，雖不能運用理性，但其天性中有二種情感，足爲維持自然境中人我關係之用，此種情感，一爲保存自己之生命，一爲憐憫他人之痛苦，自存及憐他，二者爲共同生活之柱脚，爲自然法之源府。（註九十二）

## 八 自然法與美法革命

導源於希臘哲學家之自然法，經歷代學者之發揮傳播，勢力漸增，威嚴漸高。迨至谷羅狄士、蒲芬道夫與洛克，則儼然成一有統系之學說，以理性爲本，以扶持人類自由平等爲用。威力浩蕩，所向無敵，無怪美法革命時學者爭引爲打破專制利器也。茲請先察自然法與美法革命之事實的關係，然後再述言論的左證。

自然法在十八世紀中所以極爲革命家所歡迎者，約有四因。第一，自然法本一道德法，詔人以「應有之事」。例如一國之人爲法「應」與自然法相合，而不衝突及一國之人民「應」享其爲人之自然權利等是。然此

種「應」爲「應」有之事，以僅係抽象的道德觀念而無人強迫執行，故常爲一國之執政者所蔑視所違背。此種違背自然法之事，自權力一方言之，人民固屬無可如何，但自道德一方言之，人民應聽其違背乎？革命家必應之曰「不應」。既曰不應，則在道德一方，革命家已經戰勝一步，而自然法之神效初見矣。第二，每一時代，當大改革之際，首先必須推翻許多不合情理之事，例如爵位及貴族特權是。然此種爵位特權，亦皆由歷史演進而來，其入人心也深，其爲基礎也固，今一旦如欲推翻，是顯與風俗習慣爲敵也。與風俗習慣爲敵，必須有足以打破風俗習慣之利器始可，天地間有打破盲目習慣之偉力者，厥惟理性，以理性遇事只問其合理與否，不論其存在久長如何也。理性既爲包醫百病之藥，而自然法又爲理性，宜乎革命家引爲干城也。第三，自然法言凡人皆平等，而十八世紀中之社會，階級重重，權利不等。在上者橫暴惡劣，在下者哀苦無告。取事實與學理兩相比較，將見事實違於學理遠矣。此事實之過乎？抑學理之過乎？革命家必曰事實之過也。第四，自然法言人皆自由，而十八世紀中之政府對於人民之生活，橫加干涉。信仰不自由，出版不自由，集會不自由。人民之身體，雖屬於其個人自己，而一舉一動，均受政府之干涉，與屬他人無異。「不自由毋寧死」實足表現當時人民之苦况也。以上所言四因，第一爲道德的動機，第二爲智識的武器，第三第四則爲事實的逼迫。自然法既有道德智識事實三者爲之後盾，安有不爲馨香祝禱而每戰必勝者乎？

自然法當美國革命時，被人引爲護符，又有一特別原因。蓋各殖民地反抗祖國之第一根據爲英國法律，以



按之英國法律，英政府不能剝奪殖民地人民之諸種權利也。然英國法律操於英國政府之手，英國政府既不顧忌法律，甚或變更法律以難殖民地，是殖民地之通常的法律根據已失，而不能不訴之於一位置較高之物。此物惟何？自然法是也。申言之，即殖民地人民，先以其為英人之資格訴之於英國法律，迨其英人資格不能見納，乃不能不以其為人之資格訴之於自然法也。此於未獨立以前事實上已屬不可逃免之局，及至獨立以後，理論上更成惟一之道。以獨立後，昔日隸人之殖民地，今則變為獨立國家，英國法律當然不能適用也。

美國學者言自然法者甚多，茲請取革命前二人，革命時三人，以概其餘。革命前言自然法之較早者，當推恩（William Penn）。恩氏以為世間之法，分為不可易之根本法及可易之通常法二種。通常法因時制宜，初無定衡，而根本法則起於普遍理性，與天地共長久，無論何時，不能更易。其言曰：「根本法為人類本性之柱脚，及合理社會之基礎，去之則一切將傾倒而變為紛亂不可理。」又曰：「根本法無效之日，即房屋可去其基礎而猶豎立，英人完全不存之日也。」（註九十三）恩而後，衛師（John Wies）言自然法更有系統，更有影響。其所著「新英倫教會政府之權利」一書，當美國獨立之前四年，重行付梓，再版出後，多為當時革命重要人物人手一卷，其影響可想而知也。衛師於其教會政府組織之處，謂「此等教會組織之原理，實出於人類最初之狀況及自由，而以自然之光為根據也。」又曰：「此種組織良美如此，似為自然本於純正理性之教條，人類之需要，以及天然自由平等公道與自存原理之要求所創設也。」（註九十四）衛氏言自然境及政治社會時，謂彼欲「表述數

種自然智識而以之發見關於人類政府之自然法或自然理性之真正意旨」(註九十五)又言人受自然法之支配，自然法爲上帝管理人類行爲植於人性不可更易之標準。此標準卽公道與道德之標準。道德非他物，純正理性之訓詁而已，按之此法，人無自奴之權，無干涉他人自然自由之道。政府便爲平民，以平民政府爲合於純正理性，有規則而且易於令人尊敬之政府也。

革命時言自然法之最知名者，爲歐笛士 (James Otis) 約翰亞當木士 (John Adams) 及山苗爾亞當木士 (Samuel Adams) 三人。歐笛士曰：「上帝與人以自由權利。凡人如願自由，卽可自由。此種自由爲自然法及上帝所規定，天下無論何法均無力以代之。」(註九十六)又曰，按之自然法，凡人皆自由。今殖民地之人民既爲人，故亦自由而無人能令其不自由。又曰，人民福利爲自然法之一部分。爲達此福利，人民有改革其政府之權。又曰，天下本無世襲不變之物，世襲不變之物惟生命與自由已耳。約翰亞當木士以爲「權利起於政府之前，爲主宰宇宙者所賜，而不受人爲法之節制。」(註九十七)又曰，「英人之自由，並非得之於君主或國會，而爲原始契約所立之原始權利，與君權同等，與政府共長久。」又曰，人性爲政府之源，自由爲政府之本。(註九十八)山苗爾亞當木士言自然法更爲詳明，影響更大，謂英人所享之權利，皆出於上帝法及自然法，爲人類共有之權利，殖民地人民有享受之權，無人能剝奪也。自然法第一條件爲人類自存。準此自存原則，人有享受及保衛其生命，自由，財產之自然權利。自然權利爲自然法所授，人無權棄之，亦無權奪之。此種不可離棄不可剝奪之自然權

利約有三則。(一)建設立法機關。但此機關無違犯保存社會之自然法之權。(二)立法機關所立之法，須合公道，且一律平等，不能任意或專橫，有傷人民之生命及財產。(三)不得本人或其代表之同意，不能剝奪其財產。總之，人爲法須遵自然法之意旨以爲法，不能擅作威福也。(註九十九)

學者之言論如此，今請再觀此等言論之影響於事實者如何。

一七七六年台衆國獨立宣言書之首句卽曰，自然之法及自然之神與人以宣告獨立自建政府之權。其第二句又曰，天下有數種極爲明顯之真理，(卽按之自然法爲明顯)卽凡人皆平等而享有數種不可離棄之權利。此種權利之最要者，曰生命，曰自由，曰幸福之獲取。政府之設，原爲鞏固此等權利。政府有違此旨，人民可得而廢棄之，而另建能獲安全及幸福之新政府。

一七八九年法國人權及民權宣言書之導言中，亦有曰，法國人民之代表，以敬謹之貌，宣告人類自然，神聖不可離棄之權利於上帝之前。此種神聖權利之第一條卽曰，人生而自由平等而又繼續爲自由平等者也。第二條言政治社會之目的，爲保存人類自然不可喪失之權利。此等權利爲自由，財產，安全，及壓迫之反抗。

## 九 自然與各國民法

吾於本文之始，卽言自然法在人類政治生活中有五大影響；卽(一)發展羅馬法，(二)提倡人類平等主義，(三)建立國際公法，(四)鼓吹天賦人權，(五)改良各國私法。一，二，三，四，數端，已於以上數節中次第

言之。今請略詢自然法影響於各國私法之處若何。此種影響約分二類，一爲哲理的探討，盛行於德法意各國；一爲事實的應用，發達於英國。

(一) 德法意各國之法律哲學 法律哲學 (Philosophie de droit) 之要務，在研究人與人社居根本上之哲理的或道德的關係。然欲研究此種關係，不能不先求一斷定此種關係之原則，自然法即此原則也。人之社居關係，自法律視之，可分兩面。一曰權利，一曰義務。法律哲學之起點，即在研究權利義務二者與道德自由及人類意志間之根本關係。以其所探討者，涉及道德自由意志等問題，故吾人可視法律哲學爲玄學心理學道德學或自然神學中關於人類普通社居關係之一部。法律哲學之方法，爲檢察數種根本的法律原理，如主權，服從權利，義務等是，及數種普遍的法律制度，如婚姻，家庭，財產，契約等是。檢查此種原理及制度之目的，在發見每一原理或制度之道德的或哲理的基礎，而於此種基礎之上建一最簡單最純潔最完美之制度。換言之，即先決定某種制度合於自然法之原則，然後再與一合於自然法之形式是也。

法律哲學派可謂始於康德與赫格爾，承傳者夥不勝述，然其影響可謂始終僅限於歐洲大陸，而未及英國。且即就大陸論，以受歷史派之攻擊，近年來勢力亦大衰，惟希坦木拉 (Stammler) 之無定內含說 (Ein Naturrecht mit Wechsellinden Inhalt) 似猶多餘響。(註一百)

(二) 英國之公平法及商法等 英國之公平法 (Equity) 按名與實即羅馬之公平法 (Aequitas) 而自然法觀念之演進

羅馬之公平法又卽自然法也。惟英國法家及裁判官向不喜言自然法，而改稱自然法曰上帝法，或理性法。凡自然法所詔示之點，不曰上帝所命令，卽曰理性所指示。其所謂「良心法庭」(Courts of Conscience)，又顯然不外上帝與理性二物之合造品耳。

自然法一名詞，在英國法律中雖不多觀，但亦並非完全不可見。當愛德華第四之世，法官埃弗吞 (Yolfe)言「遇有正式法令不存之處，法官應援自然法以爲判斷準則，以自然法爲各法之根據也。」(註一百〇一) 史蒂林吞 (Lord Stillington) 亦言各國商人所共遵從之商法 (Law merchant) 實自然法之一部。然此兩家所言，尙屬於人爲法不存之處取自然法以補其缺者。迨寇克 (Lord Coke) 及何霸 (Lord Hobart) 之時，則竟謂自然法既爲人爲法之基礎，凡人爲法之與自然法或普通公道及理性相反者應作無效。再後至布拉克司登 (Blackstone) 所言自然法之觀念更爲強固。布拉克司登曰：「自然法既與人類共長久而爲上帝所詔詔，故高出於其他各法之上。自然法在大地上，無論何國，無論何時，均有效力。人爲法與之衝突者卽失其效，其有效者亦以其合於自然法而有之也。」(註一百〇二)

一八八二年英國爲印度所訂之「民事訴訟法」中亦言外國法庭之判斷與「自然公道不合」者，英國法庭不能承認之。又凡英國法律不能適用於印度土人之處，法庭之職務在適用「公道公平及良心之原則」，卽最近如一八九八年英國與南魯帶西亞 (Southern Rhodesia) 殖民地之法令中，猶言民事訴訟土人適

用土人之法，亦須以土人之法不與「自然公道」相違反者爲限。總之，以上所言「自然公道」「公平」「良心」等均不外英人與自然法之代名詞耳。

## 十 結論

準上所述，可知自然法含有和平激烈兩性和平性表現於平時，其方式爲救濟或改良人爲法，其歷史上之成績爲發展羅馬法，建立國際公法，改良各國私法。激烈性暴發於革命時期，其方式爲破壞現制，創造新基，其過去之功績爲指導美法革命，鼓吹天賦人權。若就兩者比較觀之，則革命性之影響尤大。

然此皆就自然法之過去的成績而言也。若夫現在，則除歐洲大陸一部分學者猶在不斷的樂道其所謂自然法（*Naturrecht* 或 *droit Naturel*）外，其在英美，自然法之聲浪早已消歇。蓋英美法學家注重比較的事實研究，對於大陸學者所謂自然法根本認爲空談玄理無益實用也。然即在大陸，自然法之在今日，亦不過一種抽象的或想象的法律原則，至多只能認爲一種哲學或玄學，非若當年果有左右實在法律之力也。至於今日之社會革命家，則更不聞有援引自然法爲攻擊社會現狀之工具者。此其故或因今日科學發達，一般人對於「自然」之見解，不如昔人之樂觀認爲至善或完全合理也；或因現在歷史智識比前較富，昔日迷信人類最初有自然境，自然境中有自然法，今則視爲無稽之談；或因今日社會問題內容極爲複雜，解決之道亦極複雜，斷非援引幾條空洞的抽象的自然法所可爲力也。

不過，自狹義一方言之，自然法在今日雖無多大勢力，而自廣義一方言之，則似在諸種不同的名稱之下，大有復興之勢。吾人已知從前邊沁 Bentham 雖極端攻擊自然法，而後人視彼之所謂「功利」(Utility) 在實際上無異自然法之一種。今若如此類推，將見不徒邊沁之功利為自然法之一種，舉凡今日帶有幾分玄學色彩的社會學說，如狄驥 (Duguit) 之客觀的法律 (Droit Objectif)，拉斯克 (Laski) 之多元的國家 (The Pluralistic State) 以及馬克斯主義之唯物史觀等，均無不可視為變相的自然法論也。(註一〇三) 自然法有二千餘年之光榮歷史，其消滅本不易，其應用或亦無窮乎。

(註一) 亦稱 Natural law，源出拉丁文之 Jus naturae 或 Jus naturale 或 lex naturalis 漢譯有作自然「律」者。惟自然法有二種：一為科學的自然法，一為道德的自然法，自然「律」或可用以代表科學的自然法。若用以譯道德的自然法，似覺未當。以道德的自然法與人為法如民法國際法等為對待名詞，道德的自然法不能譯為自然「律」，亦猶民法國際法等不能譯為民「律」國際「律」也。本篇所論為道德的自然法，故不稱律而稱法。

(註二) 1. Fragment 91.

(註三) 2. Xenophon, Memorabilia, IV, 4, 19.

(註四) 3. Ritchie, Natural Rights, pp. 21-27.

(註五) The Nicomachean, Ethics, V, 7.

(註六) The Rhetoric, I, 10, 13, 15.

(註七) 安笛高立乃一西堡 (Thebes) 女子。其兄保理尼斯死，王以其有通敵之罪，暴其屍於鳥獸，下令國中禁人殮葬，違者死。安笛高立感於骨肉之情，違令潛葬。事發被逮，王問其何以故犯法令，安笛高立對曰：「骨肉死必葬，乃一種永久不變之自然法。吾犯王令，以不知王令有變易自然法之力也。自然法並非僅存於今日，或昨日，其效力千古不易，語其原始無人知之。吾誠不敢以違王令故而破之也。」——見 *The Antigone, Episode II*

(註八) 銳杞 (Ritchie) 以為亞氏並不信自然法之說，作者以為銳氏之說僅能適用於「辯論學」第一篇第十五章而不能適用於第十及第十三章。銳氏之說見於其 *Natural Rights*, pp. 30-32.

(註九) *Diogenes Laertius, Lives and Opinions of Eminent Philosophers, Bk. VII, 53, 68, 70, 72.*

(註十) 同上 VII, 68.

(註十一) 同上 VII, 53

(註十二) Zeno 為「斯多學派之創建者」，生於 Cyprus 其先世居 Phoenicia。繼 Zeno 而主斯多講壇之 Cleanthes 與 Chrysippus 一 生於 Assos 一 生於 Soli 厥後羅馬系之著名斯多家 Epicureus 生於 Phrygia

(註十三) 關於此節參閱 Zeller, *Stoics, Epicureans and Sceptics*, pp. 35-36 326-331

(註十四) 如 Epicurus 及 Carnades

(註十五) *The Laws, I, 6.*

(註十六) 同上 I, 10.

(註十七) 同上 II, 4.



(註十八) 同上 I, 12, 15.

(註十九) 同上 II, 4.

(註二十) 同上 II, 4.

(註二十一) 同上 I, 16; II 5.

(註二十二) The Commonwealth, III, 22.

(註二十三) 關於「人類法」發生之情形參閱 Sir Frederick Pollock's Note (E) to the third chapter of

Maine's Ancient Law, Bryce, Studies in History and Jurisprudence, II, pp. 570-575 Sohn,

Institutes of Roman Law, pp. 64-80, 103-104.

(註二十四) 閱 Pollock, The History of the Law of Nature, in Columbia Law Review, vol I No. 1,

pp. 13-14.

(註二十五) 全文爲「自然法者自然教於一切動物之法也，以此法不但屬於人類，而且屬於海陸空各種動物。吾人稱爲

婚姻之男女配合及生養教育子女等事皆出此法。人類而外，其他一切動物之知有此法，固吾人所承認者也。

」——見 The Institutes of Justinian, Lib I, Tit II

(註二十六) 別自然法與「人類法」爲二物者，伍爾品外，尚有笛銳方立奴斯 (Tryphonius) 及浮勞任庭奴斯 (

Florentinus) 二家。惟二家並不言自然法包括一切動物。以自然法包括一切動物作自然法與「人類法」之

別者，羅馬法家中伍氏一家而已。參閱 Carlyle, History of Medieval Political Theory in the West

vol. I. pp. 38-41.

(註二十七) Digest of Justinian I, 4; 1. 17. 32.

(註二十八) 見上「二」兩節。

(註二十九) Institutes, Lib. I, Tit. II, 11.

(註三十) The Epistle to the Romans, II, 14-15.

(註三十一) Carlyle, History of Medieval Political Theory, I, P. 105.

(註三十二) Bryce, Studies in History and Jurisprudence, II, p. 594.

(註三十三) Scherger, The Evolution of Modern Liberty, pp. 20-30.

(註三十四) 此即法學上有名之三項分類法 (the tripartite classification) 始於伍爾品，編纂賈斯廷林法範者宗之。見 Institutes, Lib. I, Tit. I, 4.

(註三十五) Carlyle, History of Medieval Political Theory I, P. 108.

(註三十六) Bryce, Studies, II, P. 594.

(註三十七) Carlyle, II, pp. 98, 105.

(註三十八) Summa Theologica, II, 1, 90, 4.

(註三十九) 席西柔之自然法有時亦爲 Lex Naturalis, 惟不如亞塊納之一致。

(註四十) Summa Theologica, II, 1, 91, 1-5.

自然法觀念之演進

- (註四十一) 同上 II, 1, 94, 5.
- (註四十二) 同上 II, 1, 95, 2.
- (註四十三) 同上 II, 1, 94 2.
- (註四十四) Pollock, the History of the Law of Nature, in Columbia Law Review, vol. 1, No. 1, pp. 15-16.
- (註四十五) 同上 Vol. I, No. 1.
- (註四十六) Maine, Ancient Law, Holt's edition, With Introduction and Notes by Sir Frederick Pollock, p. 90.
- (註四十七) 同上 p. 90.
- (註四十八) Dunning, History of Political Theories: From Luther to Montesquieu, pp. 16-18; Scherg-er, Evolution of Modern Liberty, pp. 37-38.
- (註四十九) Dunning, History of Political Theories: From Luther to Montesquieu, pp. 154-156; Scherg-er, Evolution of Modern Liberty, pp. 38-39. 譯家原文見 Kaltenborn, Die Vorläufer des Hugo, Grotius.
- (註五十) The Laws of Ecclesiastical polity.
- (註五十一) The Laws of Ecclesiastical Polity, Bk. I, ch. 8, Sec. 9.

(註五十二) 同上 1, 8, 8.

(註五十三) 同上 1, 8, 9.

(註五十四) 同上 1, 8, 8.

(註五十五) 同上 1, 10, 1 and 12.

(註五十六) Dunning, From Luther to Montesquieu, pp. 137-139. Janet 對於施瓦來滋自然法之解釋稍有不同參閱其 Histoire de la Science, Politique pp. 56-62. 關於施氏自然法論之批評閱 Franck, Reformateurs et Publicistes de l' Europe—Dix-Septième Siècle, pp. 17-40.

(註五十七) Dunning, From Luther to Montesquieu, pp. 139-141.

(註五十八) De Jure Belli ac Pacis, I, 1, 9, 2.

(註五十九) 同上 1, 1, 10, 1-2.

(註六十) 同上 1, 1, 13-15.

(註六十一) 同上 1, 1, 10, 2; 15.1.

(註六十二) 同上 1, 1, 10, 1. 谷羅狄士之所謂自然法爲 Jus Naturale 而非 Lex Naturalis 其別參閱上論亞塊納處。

(註六十三) 同上 Prolegomena, 11.

(註六十四) 同上 1, 1, 10, 2.

自然法觀念之演進

五六五

(註六十五) 同上 Prolegomena, 26.

(註六十六) 同上 I, 1, 10, 5.

(註六十七) 同上 Prolegomena, 6-8.

(註六十八) 同上 I, 1, 12, 1.

(註六十九) 同上 Prolegomena, 7; I, 1, II, 1.

(註七十) 同上 III, 8.

(註七十一) 同上 I, 1, 14, 1.

(註七十二) 同上 Prolegomena, 17.

(註七十三) 同上 Prolegomena, 18, 23.

(註七十四) 同上 Prolegomena, 40.

(註七十五) 同上 Prolegomena, 40.

(註七十六) 谷羅狄士之前 Gentii 之 Jus Gentium 亦為國際法關於 Gentii 及緊接谷羅狄士以前各家之 Jus Gentium 參閱 Kaltenborn, Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Jure Naturae et Gentium Reformationszeitalter.

(註七十七) 見政治學報第一卷第二號 (民國九年上海中華書局出版)

(註七十八) 關於十九條詳目及其解釋, 閱 Leviathan' ch, 15.

- (註七十九) Theologico-Political Treatise, ch. 16.  
(註八十) 同上  
(註八十一) 同上  
(註八十二) 同上  
(註八十三) De Jure Naturae et Gentium, Kennett's translation, Book II, ch. 3, Sec. 15.  
(註八十四) 同上  
(註八十五) 同上 Book IV, ch. 4.  
(註八十六) 同上 VII, 1, 4.  
(註八十七) 同上 II, chs. 4-5.  
(註八十八) 同上 II, 3, 15.  
(註八十九) Civil Government, II, ch. 2.  
(註九十) Civil Government, ch. 9.  
(註九十一) 同上 ch. 4.  
(註九十二) Discours, Préface.  
(註九十三) Penn, The Peoples Ancient and Just Liberties Asserted, in Select Works, p. 376.  
(註九十四) Wise, A Vindication of the Government of New England Churches, pp. 20-21.

(註九十五) 同上 P. 22.

(註九十六) Odis, *The Rights of the British Colonies Asserted and Proved*, p. 17,

(註九十七) *Works*, III, p. 449.

(註九十八) 同上。

(註九十九) Wells, *Life of Samuel Adams*, I, pp. 500-508.

(註一百) Joseph Charmont, *La Renaissance du droit Naturel*, ch. 9. Stammler, *Lehre vom Richtig-  
en Rechte*, S. 137-139.

(註一百〇一) 關於本節所引諸點閱 Pollock, *History of the Law of Nature*, in *Columbia Law Review*-  
w. March, 1902.

(註一百〇二) Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Introduction sec 2, pp. 40-41,

(註一百〇三) 參閱 Charmont, *La Renaissance du Droit Naturel*,

# 中國新分析派法學簡述

端木愷

近世法學，大概分別起來，有四大派，即所謂哲學派、歷史派、分析派、與社會派。現在可以說是社會學派全盛時代。然而法律的進化沒有止境，法學的進化也是沒有止境的。分析學派不滿意於哲學派的徒尚理想，離開實在太遠，便從事於現實法的研究，剖解追求法律的一般原則。歷史派又以爲分析派的範圍太狹，眼光太小，而且把法律看成人造的機械，不合進化的原理，便從歷史上去找法律演進的過程。社會學派則嫌歷史派太偏於法律的既往，反忽略了現代的生活狀態，便拿社會學的方法研究法律的社會作用。最近有一個新分析派，又在那裏醞釀了。

新分析派還在極幼稚的時期，我們找不出強有力的代表，說不出什麼具體的方針和組織。德國的烏爾祺（Wurzel），美國郭克（Cook, W. W.）也只是精神相近罷了。（註一）吳經熊教授是絕對主張這一派的。雖然他的思想還不能說成熟，但是他的態度已經表明，他說：「……根據於新唯實論的邏輯，主張用科學方法來研究法律的現象，使法學變成一個真正的科學。」（註二）自從去年吳教授的法學論叢（Judicial Essays and Studies）出版以來，已引起全球法學界的注意。這不特是沈寂已久的中國法律思想上的一大轉機，並且是世界法律思想上的一大革命。他的立場、方法和主張，實有不可不研究的價值。



法學的派別，普通分爲哲學、歷史、分析與社會，稍爲詳細一點，便可分爲六七派。其實，各派的内容，并不是從派別的名稱所能推測得到的，所謂哲學、歷史、分析、社會等等名稱，只能說明各派的主要方法。新分析派的方法，顯然的是分析。舊分析派和新分析派的分野，在於前者從事於形式上的分析，而後者從事於實體上的分析；正各社會學派又稱新歷史派，也和歷史派一樣的主張法律是進化的，法律史是要特別注意的，但是他們不單就法律的條文與原則方面纂其統系，把法律的變化完全看做既往的法律現象之產物，而要比較社會的經濟的與心理的狀態，搜求每一法律變化的社會原因及外用。(註三)

新分析法學，可以說是由社會法學脫化而來；雖然一個注重分析，一個注重歷史，但不像分析派與歷史派那樣互相水火。歷史派原來就沒有完全獨立，德國的歷史法學家受了濃厚的哲學空氣的薰陶，治學每不離哲學的精神，甚至有些玄學意味。英國的歷史法學，與分析法學相輔而行，對待哲學的時候，歷史派常與分析派聯合戰線。(註四)社會法學是歷史法學的推廣，其間又經過哲學派中社會哲理法學的一個階段，本來是互爲因果，而且互相發明，不必彼此攻擊的。現代分析派的英儒薩爾漫 (J. W. Salmond) 說，「法律必須從體系或定訓上搜求其內容，從歷史上搜求其演進的程序，從批評上搜求其所以合乎直道公利的方法。」(註五) 完全的研究，一定要各方都能顧到。新分析派直接社會學派之後，受了社會學派很大的影響，所以與社會學派的關係非常密切。在牠沒有長成之前，就放在社會學派之內，爲一支脈，亦未嘗不可，至少牠不會與社會學派處於相對

的地位。

然而要使法學成爲一種科學，重要的工作，是確定牠的內容。歷史的研究，是要追求牠如何變成現在的情形，哲理的研究，是要追求牠存在的原因和善惡的判別，離開了現實的內容，非但價值減低，而且失所根據。法律哲學(Philosophy of Law)與立法學(Science of Legislation)不是科學。立法學雖然時常戴着一頂科學的帽子，事實上止是一種技術(Art)(註六)至多可以稱爲應用科學。牠與法學的關係，猶之電機工程對於電學，製藥學對於化學，嚴格的法學，須脫離倫理觀念的價值論，站在客觀的地位，考察一切法律現象。歷來法學家努力於範圍的確定的，實以奧斯丁(John Austin)爲第一人。他首先聲明法學不是直接與立法學有關係的，他雖說法學(General Jurisprudence)爲現實法哲學(Philosophy of Positive Law)，但是他的真意，是造成一個純粹的科學，只問法律的實情，不問牠的美惡，更不問他應當如何(註七)。吳經熊教授的觀點，正與奧斯丁相合，所以替他所主張的法學，命名爲新分析派了。

新分析派究竟不是分析派，不是奧斯丁直傳下來的統系。奧斯丁的分析，取材僅及於已發達的法系，止看見政治組織完備的國家中的法律，以至被梅茵(Sir Henry Maine)駁得體無完膚(註八)。奧斯丁的信徒，更不能充分利用分析的工具。賀蘭(T. E. Holland)大有把歸納的法學改爲演繹的法學的傾向。適合奧斯丁理論的法律，他便認爲法律，不適合奧斯丁理論的法律，他便放過一旁。不比較東方與西方的法律，澈底分析以求

共有的要素，而硬把梅茵在印度多年觀察所得的事實裂開，強納入奧斯丁的結論中去。所以吳經熊教授要歎息說，「他毫無有分析法的概念；他簡直的獨斷甚或立法」了。（註九）同情於奧斯丁的方法與精神，而不加入他的統系，另創新分析學派的原因，便在此。

新分析派所更不滿意於奧斯丁派的原因，由於他們太偏重於法律的概念部分（Conceptual Parts）概念是法學所應當研究，因一切科學都研究牠，但是法學「不當單分析這些多少帶有疑結性的概念；并當分析法律的生活程序，尤其是裁判程序」（Judicial Process）（註十）社會學派的大儒何墨士（Holmes）有一句名言說，「法律不是邏輯而是經驗」（註十一）現在已經有了經典的價值了。法律的概念，所能在典籍中求得的，是定的，既不移動，更無變化，正如一個圓圈永遠的是三百六十度，一條直線，永遠的是兩端間最短的線。這種概念是純粹的形式，在實際生活上，是不會有的。法律與其他的制度一樣，產生，長大，隨着便衰老死亡。法典乃是立法者的形式概念。司法的責任，固然是解釋，和引用法典，但解釋的範圍是很廣的。解釋，平常都認為是確定立法者的意志。果真如此，司法未免太容易了。葛雷（Gray）說，「事實是如此的，所謂解釋的困難，起因在於立法沒有意義表現的時候；在於發生的問題律文沒有規定的時候；在於法官所要推測的不是立法對於已經想到的問題的意志，而是要對於立法沒有想到的問題，推測其假如想到了，意志便將怎樣的時候。」（註十二）裁判的程序，生生不息，法律便也進化無窮。研究法學不能不研究的法律的進化，更不能研究裁判的程序。

〔法律的動性，完全是社會學派的主張。在他們的眼光中看起來，立法者擬制的律文，並不是真的法律，而是法律的表飾。真實的法律，除了法院的判決之外，在別處是找不着的。照這樣講，以前的判決，也不是法律，因為法院可以推翻前例。現下的判決，嚴格的說，只對於該案的本力爲有效，對於該案的兩造才是法律。〕（註十三）猶如梅詩德（J. De Maistre）所說，「我一生會看見過西班牙人，意大利人，俄羅斯人等等；多謝孟德鳩，我并且知道還有普魯士人；至於人，我可以說我一生從沒有遇到過；如果有他存在，我却沒有曉得。」（註十四）社會法學派只看見各種單獨的法律；至於法律，他們却没有看見過。大法學家如滂德（Pound）其人，竟不敢回答「什麼是法律。」（註十五）何墨士說的最痛快，「我所謂法律，就是對於法院將來實際上所要施行的預測，一點也不誇大其詞。」（註十六）何墨士對於吳經熊教授的影響，可以從他的「何墨士推事的法律思想」（The Juristic Philosophy of Mr. Justice Holmes）一文中看出（註十七）

吳經熊教授以「法律即預測」的格言爲出發點，確定了法律的三個線度（Three Dimensions of Law），就是（一）時間，（二）效力範圍，與（三）事實的爭點。這并不是什麼新的發見。本來「宇宙間沒有新的東西」，時間、範圍與事實，尤其是法學家所時常討論的問題。但是，把牠們組織起來，使成爲法律的化合元素，却是吳經熊教授的首功。

〔承認線度說，法律的科學便有了新的生命，由形式的而變爲歸納的科學。〕（註十八）形式的法律，無論爲典

籍或判例，每因社會情形的變遷，在意義與效力上，得着新的解釋與運用。換一句話說，法律與宇宙間的一切，全都受時間的咀嚼。各國法典有許多明白規定律不因引用中止而失效，西班牙與意大利的民律通有這樣的條文。史凱烏納 (Savola) 批評法律說，「這條律文能完全遵照施行嗎？我很懷疑。一條法律廢棄不用，而相反的習慣成立的時候，那是因為那條法律不合當時的急需和當時人們的意志，立法者雖有強人遵守的權力，也是徒然。一時間的侵入，是無法阻止的。所以吳經熊教授說，「時間時不速之客。自動的牠會到法律的館邸中去的。關閉在前門外牠便由後門偷着進去。」（註十九）

第二個線度，效力的範圍，便是空間的限制。空間與時間同為宇宙間的真實。久度與廣度不是像堅質與重量那樣要借事物來表現的，雖然離開事物，時與空仍舊存在。（註二十）時間是繼續的，空間是并列的，（如果我們可以將時間與空間分成段落的話。）各個時代有各個時代的法律，各個地方也有各個地方的法律，古今的法律不相同，中外的法律又不相同，從沒有一種法律能離開時間性，也更沒有一種法律能離開空間性，中國法，日本法，大陸法，英美法，都是以效力的範圍為形究辭的。提開了並存在空間的各種法律，便不再存任何法律了。管轄無限，效力無窮的法律，是找不着的。

最後一個線度為事實的爭點。（註二十一）我們不能夠含混的問，「法律是怎樣的？」這種空泛的問題，沒有人能回答。我們一定具體的把事實說明，然後再問，「對於此事法律是怎樣的？」一切的法律，都與事實相對。

天下絕無沒有事實的法律，理想的法律，也有假定的事實爲其對象。滂德說，「訂法無你愛稱牠爲製造或發見，總預爲懸想着一人的某種行爲及其行爲的原因。」（註二十二）法律是有了事實之後才產生的。不是由法律產生事實。事實相類的，法律也相類，然而同一事實，絕不會發生兩次。從甲河跑到乙河，雖然兩條河都是水造成的，無論如何絕不能乙河的水就是甲河的水；再回甲河去的時候，甲河的水，又變化過，不是前一次所涉着的水了。物理學家的責任是分析事實，法律學家的責任也是分析事實；物理學歸納各項事實，結論物理是如此的，法律學家便歸納各項事實，結論法律是如此的。法典，判例，不是法律，而是法律淵源。（註二十三）我們不能強以事實來俯就典例中的原則，而要試驗那原則對於現有的事實是否適合。

這樣說起來，法律過去的過去了，未來的還未來，現實法是沒有的了。我們所謂法律，只是或然的，不是必然的了。這就是科學。科學上是沒有必然的。科學不能訓導我們若何真理，不過做我們的行爲標準，求其適用而已。（註二十四）科學不論其以認識爲目的，或以功利爲目的，其價值在能預知。（註二十五）預測有時或不可靠，那是科學不完全的緣故。物的最終性不可知，所能研究的，止於各種現象。用孔德（Comte）的話來說明，科學的能事，不外乎以歸納方法，探求近似的智識（Approximate Knowledge）。法學不能超出這範圍，大法學家便是大法律預言家。

然而破碎支離的片斷智識，不足以稱科學。我的朋友孫寒冰教授，替科學下了一個簡單明瞭的解釋，他說，

科學「就是把我們底一種智識，造成一個統一的體系，使構成全體的各部份，非但沒有矛盾的現象，並且還有互相聯絡，互相牽制的關係存在。」他又說，「科學的目的是要從混沌複雜的現象中，發見其因果關係，確立公例定理。」（註二十六）是的，潘加勒也說，科學就是關係的系統；我人僅於關係求其客觀而已。（註二十七）法律的科學，是要將法律的基本概念分析歸類的。（註二十八）在此地，我們可以看出新分析派與社會學派的分水線。滂德說，「法律要穩定，但不能靜止。」（註二十九）吳經熊便要說，「法律是動的，但是我們要在牠演進的程中，找出關係的系統。」

關於法律的定性與動性問題，社會學派的卡多梭（Cardozo）推事與吳經熊教授最接近，他們雖不甚相識，然意見每多不謀而合。（註三十）卡多梭以為獨立的判決不足以概括法律。判例所溯源之通則遺規，都應屬於法律範圍，判例的重要，由於牠能助人豫測，可見研究法律的目的，不外發見因果關係，確立公理定例。（註三十一）很明白的，卡多梭宣告他的態度，「我不要將我自己列入主張在實際上除了判決無所謂法律的法官之內。我想真理是在柯客（Coke）海爾（Hale），布拉克斯董（Blackstone）一派，與奧斯丁賀蘭葛雷白浪（Jehro Brown）一派人所代表的兩極端之間。較古的論者，以為法官絕不立法。規則是原有的，隱伏於習慣法中，遂致不大顯着。法官所有的工作，只是揭開這層罩蓋，顯出牠的面目來我們看。自從卞沁（Bentham）與奧斯丁以後，大家對於這種思想的信仰，便打了折扣，雖然我們在近代判決中還找得微細的線索。現在漸有趨

於另一極端的危險。奧斯丁式的分析，非但否認法及不造法，且以爲除了法官之外便無人造法。在法院的認可之前，他們說，習慣雖已確立，仍舊不是法律，甚至律文都不是法律，因爲須等法院去確定牠們的意義。」（註三十）

卡多梭又說。「一個法律的定義，因爲否認有普遍效用的規則的可能性，以致連法律的可能性都否認的，其中定有謬誤的種子。分析假使將牠所要解釋的東西都破壞了，還要分析何用。法律與服從法律，是我們生活經驗上每日證明的。……我們一定要找出唯實主義所能接受的法律概念。」（註三十三）服從法律，爲維持人羣生活的基本條件。但是我們無需時時刻刻的到法院裏去確定我們的權利與義務，訴訟在常人的眼光看起來，是很不幸的事，大多數人終生沒有這種經驗，但也能知道法律，兢兢自守。在訴訟事件上看起來，大概法律都不是很明瞭的，所爭辯的多半是事實問題。法律固然滋生不息，但至少數年或數十年才能看到一點進化的痕跡。法律史上不易有強烈的革命，更不像魔術家的戲法，瞬息突變。否則，分析將成爲不可能，科學也無從樹立了。

對於法律的概念，社會學派的碩儒何墨士滂德等，皆沒有什麼大供獻。卡多梭雖有很好的意見發表，而他所做的工作，仍是趨重在法律的進化方面。現代法學家致力於概念哲學，而有特殊供獻的，當首推新康德派的史丹默納（Stammler）。他是主張「無形的物質不存在的」（註三十四）他說形式有二種，一種是有條件的，一種是純粹的。有條件的形式，用於有限的事件，爲特種目標的觀念組織。對於任何一種動物，譬如狗的概念，是



有條件的形式，牠所組織的是一種可由覺官感受的種種目標的印象。這個形式，又稱爲實驗的概念。智識與意志的形式，是粹純的，與有條件的形式相對。牠的作用不是種種的覺官印象，乃是普遍的智慧。例如因果的概念，便是一種純粹的形式，因爲因果概念檢點世界上的一切事變，不問牠是由那一種覺官感受的印象。法律的觀念聯繫一切司法的經驗，使成爲統一的整個，所以是純粹的形式。（註三十五）史丹默納的形式法學，不是沒有生命的尸體，他的客觀的直道，是生生不息，能隨時代自行變化的。他的目的，用他自己的話來表明，就是要「找出一種具有普遍效力的方法，可以支配，批評，并取舍隨時代而發育，因經驗而變化之法律原則的材料，務使其合於客觀直道的性質。」（註三十六）

吳經熊教授在美國受了何墨士與滂德的薰陶，到歐洲又隨史丹默納遊，便想融會貫通二派的學說。何墨士認爲形式是保存內容的工具，猶之酒壺是裝酒的。單考壺的式樣，不能得着好酒。史丹默納以爲沒有好壺，酒便不能保存。法律哲學之所以在形式上做工作，正是爲着內容起見，惟有美的形式，才能表現美的內容。吳的意見以爲法學的要旨，不單是酒，也不單是壺，乃裝酒的壺，與壺內的酒，（註三十七）換一句話說，便是動與靜并重。吳經熊教授的調和思想，并不是因爲處於二大之間，故意妥協，乃是兼採衆長，造成全璧。

法律既須穩定，同時又進化不止，那末，一動一靜之間，有沒有線索可尋呢？照滂德的意見，一切都可歸之於社會的利害。權利與義務的制裁，應視社會的利害如何而定。個人的利害，可以社會的利害關係來解決。（註三十

八) 所謂社會的利害，當然也沒有絕對標準。要以時間與地方的情形決定的。在政治安定的時候，人民的自由便是社會利害的要點；在戰爭時代，社會的秩序便要放在個人的自由之上了。在文明進步國家，所需要的是公共道德的建設，與社會制度的保障；在落後國家，便要鼓勵改良，遇事求新。權利本來是一個相對的東西。法律之所以保障權利，毋非為求人事之平。(註三十九) 倘是法律所保障的權利，不能適應時代的精神與環境，一定不能存在。奧斯丁所謂惡法也是法律，分析起來，亦自有其存在的必要關係。滂德提出社會的利害，便可免掉專斷橫暴，假借法律權利，演出不平不直的事來。

然而社會的利害是怎麼定出來的呢？在邏輯上，牠的推演，是沒有空間的。東西南北，無不可去，機玲奇巧，難以捉摸，這樣未免太子法官以反覆的機會了。吳先生於是發生疑問。(註四十) 吳經熊教授是要拿人性 (Human Nature) 來解釋法律的，那就是說，他要建設一個心理的法學。他說法律的穩定性，依賴於社會的心理。(註四十一) 任何時代的法律，都是一種人類的制度，有心或無心的發明，以滿足人數的需要。(註四十二) 更明白一點說，各項法律觀念，實視輿論的趨勢而定。(註四十三) 固然沒有人能說輿論就是法律，但是法律確由輿論而來。在物廣人稀的原始時代，天然的財貨取之不盡，用之不竭，私有財產是不存在的，因為那時人沒有不足的感覺。及至人們的生活需要超過力所能及的自然的供給，物權遂應運而生。到了機械工業方盛的時候，國家差不多絕對不能干涉私有財產，然而現在要節制資本了。這也許可以歸之於社會的利害關係，但是財產觀念

的變化，不發生於少數先知先覺，看出社會的利害時，却發生於社會心理有了一致的趨向時，至於警權由公安範圍而擴大到審美，限制建築的式樣，那大概用社會的心理來解釋，要此社會的利害說得通點罷。

在心理法學的問題與方法 (Problem and Method of Psychological Jurisprudence) 一文 (註四十四) 中，吳經熊教授非但說明新分析法與奧斯丁、賀蘭等的分析法學的分別，並且說明牠與社會法學的分別了。「社會法學講利害，需要功能；心理法學則講內在的素質、情緒、習慣、集合等等。」(註四十五) 本來社會學派的法學家，利用心理學的地方很多。在社會學派的發展史上，心理學佔據最後的一個時期。其重要的代表有三人，為喬基 (Gierke)、華德 (Ward) 與泰特 (Tarde)。喬基從事於團體人格與團體意志的研究，而引起法律政治的心理運動。華德認為精神的力與物質的力同屬現實的自然的，沒有什麼分別。泰特則謂模仿性為法律制度發展的最要原因。(註四十六) 滂德先生也嘗引用心理學上的智識。到了吳經熊教授，便脫離社會學派的大家庭而獨立了。

吳經熊教授的心理法學，與華拉斯 (Wallas) 之用心理解釋政治相同。(註四十七) 吳先生所認為心理學家的，有吉姆士 (James)、華德 (Lester F. Ward)、華拉斯 (Wallas)、麥克獨 (McDougall)、佛洛伊德 (Freud)、勒朋 (Le Bon)、莊詩來 (Transley)、李佛士 (Rivers)、郭夫卡 (Kofka)、霍白浩 (Hobhouse)、李蘭諾 (Rigano)、費印嘉 (Vaidinger) 等。(註四十八) 他的心理概念，還是指意識而言。現代的心理學也是

在革命的時期，頗有一般人否認有所謂社會心理學，韋益教授最近曾有過很精密的討論（註四十九）人羣的行為和意識並不是人羣能自有，而爲人羣中各個人之所有。而且，社會的與非社會的雖然也可區別，但是界限很難劃分。實際上的行爲，忽而是對社會刺激的反應，忽而是對非社會刺激的反應，忽而是對兩者同時的反應，不能夠勉強抽象地把牠分開。然而這不成問題。人的結合便是社會，各個人的意識行爲，絕不能脫離社會的影響。至於普通心理學與社會心理學的區分，更沒有關係。社會心理學獨立也好，不獨立也好，我們所注意的是社會關係，是社會的心理關係，主張社會心理包括在普通心理學之中的，總不能推翻社會的行爲，即對社會刺激的反應。我所謂社會的，便是人與人的交涉，甲對乙的刺激，乙對甲的反應，就是社會的行爲，但是新起的行爲說派心理學家，根本不承認有所謂意識精神等玄虛的名詞（註五十）這似乎要成爲問題了。

吳經熊教授很痛快地反對新興的行爲論者，說他們的方法這能應用於人以外的動物心理，對於人類不適用，對於法律現象尤不適用。（註五十一）現代法律對於能力，意思，動機，目的，錯誤等等的意識問題，時常提到。在法律的眼光中看起來，這些屬於精神方面的現象之存在與否，關係非常重大，一旦打破意識觀念，責任的輕重有無，便無從判斷了。法學家的經驗，意識簡直是實在的行爲。論者根本上要推翻法律的基礎，無怪他們要宣戰了。其實，行爲論者並沒有將意識問題一概抹煞，華岑（Watson）仍在討論情緒的問題，郭任遠教授也討論意識。不過他們反對所謂心靈的渺茫思想，而要在生理上找根據罷了。郭任遠教授說，「行爲的心理學不但不

否認意識的現象的存在，并且承認關於意識的各種問題，也是心理學的重要的問題。但是我們關於意識的見解，和從前的心理學家的見解不大相同，所以不十分仔細的人聽了我們所說的話，往往發生誤會。（註五十二）至於他們見於意識一類的名詞被前人解釋的虛茫玄妙，跡近迷信，不合科學，而想另要它種字眼，那我們不必過問。等他們成功之後，我們也不妨採用。郭任遠教授說，「心理學的目的，全在研究潛伏和外表的行為，至於關於我們何以能知或觀察這種問題，大概屬於哲學的範圍。」（註五十三）吳經熊教授也不妨說，「法理學的目的，在研究法律行為與意識現象的關係，至於我們何以有意識這種問題，大概屬於心理學的範圍。」法理學研究行為的社會關係，心理學研究行為的生理原因。法理學日日求進步，何必鼓勵心理學的守舊？心理學的發達，與法理學有利無害，絕不能妨礙心理的法理學之生長。

本文所論，實為吳德生博士之法律思想。題標中國新分析法學者，其故有二：蓋德生博士致力法學改造，已近十年，且揭新分析之幟，奮勇直前，以其學派之名題吾文，從其志，亦所以略明法學之趨向也。然與德生博士共同努力者，西洋亦大有人在，將來建設，勢難事事一致，故加中國二字，以示區別。德生博士之思想，養成於西洋所有著述，亦多與西儒論學之文，就愚所知，除在法政大學（即今之法政學院）演講「唐代以前之法律思想」一會以國語在法學季刊發表外，餘皆西文寫成。商務印書館為出法學論叢，轟動歐美，而國內讀者，猶屬無多。且德生先生富於哲學天性，好引證深奧如康德柏格森諸家語，常人更難瞭解。愚隨德生先生遊，凡二年有奇，日觀

談吐。故獲略知大概。久擬述之爲文，藉以自識，奈人事徬徨，終鮮暇晷。近日老同學都君乃毅任法學季刊編輯職，徵稿及愚，催索甚急，爰書簡述以應。匆促成篇，殊嫌潦草，客中書籍不備，參考尤欠周詳，他日得便，當爲更詳細之討論，就教德生先生及讀者。

(註一) 吳經熊社會法理學序 (見陸譯社會法理學論略第四頁)

(註二) 同前

(註三) POUND, The Scope and Purpose of the Sociological JurisPrudence, 國鼎譯社會法理學論略第

〇九頁

(註四) 端木愷法理學見孫編社會科學大綱第七章第五十一頁

(註五) Jurisprudence, P. 2.

(註六) Holland, JurisPrudence, P. 5.

(註七) 奧斯丁說 "General Jusisprudence, or the Philosophy fo Positive law, is Concerned with law as it necessarily is rather than with law as it ought to be; With law as if must be, be it good or bad, rather than with law as it must be, if it be good." Lecture on Jurisprudence, Campbell's edition, P. 33.

(註八) 參看 H. Maine's Early History of Institutions Lect XIII

- (註九) Province of Jurisprudence Redetermined, in *Judicial Essays and Studies*, p. 10.
- (註十) *Id.*, P. 11.
- (註十一) 'Law has not been logic, it has been experience,' *Common Law*, P. 1.
- (註十二) *Nature and Sources of the Law*, P. 165.
- (註十三) Jethro Brown, cited in Cardozo, *Nature of Judicial Process*, P. 126.
- (註十四) *Oeuvers*, Vol 1, Chapter 6, P. 88, Quoted in Gray, *Op. cit.*, P. 138.
- (註十五) 何世楨近世法律哲學的派別和趨勢東方雜誌第二十六卷第一號第九十六頁
- (註十六) *The Collected Papers*, P. 178, Quoted in Wu, *op. cit.*, P. 108.
- (註十七) *Judicial Essays and Studies*, pp. 101-119; especially pp. 107-110.
- (註十八) *Id.*, P. 2.
- (註十九) *Id.*, P. 3.
- (註二十) Martineau, *Types of Ethical Theory* vol. I, P. 473.
- (註二十一) *Point of Law*, 起初我把牠譯作法律點見孫編社會科學大綱第七章第七頁但是 *Point* 實是在指事實而背後來與德生先生討論他也覺得中文的法律點三個字雖是直譯 *Point of law* 三英字意思似乎不妥所以現在改譯為事實的爭點
- (註二十二) Pound, *An Introduction to Legal Philosophy*, P. 59.

(註二十三) 吳經熊先生法學論叢第四頁

(註二十四) Poincaré, *La Valeur De la Science* (科學之價值文元模譯第一百六十五頁)

(註二十五) 前書第一六七及一六八頁

(註二十六) 社會科學是什麼見孫編社會科學大綱第一章第三頁

(註二十七) 科學的價值第二百零四頁

(註二十八) 吳經熊教授說 "It [Jurisprudence] analyzes and Classifies the fundamental legal concepts. It formulates methods actually employed in judicial Process" *Juridical Essays and Studies*, P. 20.

(註二十九) *Interpretation of Legal History*, P. 1.

(註三十) 卡多梭於一九二四年在耶魯大學講「法律的生長 (The Growth of Law) 大意組織已定着手編寫的時候才看見先一年吳德生先生在 *Michigan Law Review* 上發表的 *The Jurisidic philosophy of Mr. Justice Holmes* 他覺得所見略同 *The Growth of Law*, P. 44. 德生先生一九二四年在東吳法學季刊上發表 *The Jurisidic Philo. ophy of Judge Cardozo* 也聲明與卡多梭的意見不十分認識但因智慧的情而有神交的好感 *Juridical Essays and Studies*, P. 144.

(註三十一) *Cardozo, The Growth of Law*, P. 37.

(註三十二) *The Nature of Judicial Process* P. P. 124-125.



(註三十三) Id. P. 126.

(註三十四) On The Question and Method of Juristic Philosophy, Selected in Wu, Juridical Essays and Studies, P. 249.

(註三十五) Op. cit., pp. 249, 250, 251.

(註三十六) Theory of Justice, (Husik's Translation) P. 89-90.

(註三十七) Juridical Essays and Studies, Preface, Xi

(註三十八) Pound, The Spirit of Common Law, pp. 42, 43.

(註三十九) 關於衡平去不直的一點沒有此中國的「法」之一字表顯的更明白的了參看端木愷法理學見孫編社會科學大綱第七章第一第二兩頁

(註四十) 法學論叢第一三九頁

(註四十一) Juridical Essays and Studies, pp. 139-140.

(註四十二) Id., P. 129.

(註四十三) Id., P. 140.

(註四十四) See Juridical Essays and Studies, P. 43 ff.

(註四十五) Id., P. 50.

(註四十六) 勞德社會法理學論略第九十五頁

(註四十七) Graham Wallas 的書已經譯成中文的我看見過的有鍾建閱譯的政治中之人性商務印書館出版

(註四十八) 法學論叢第五十頁

(註四十九) 社會心理學採編社會科學大綱第四章第十七至二十二頁

(註五十) 參看郭任遠心理學與遺傳第一〇一至一〇七頁人類的行為卷上第七章

(註五十一) 法學論叢第四十九頁

(註五十二) 人類的行為卷上第二〇二頁

(註五十三) 前書第二二四與二二五頁



# 續中國新分析派法學簡述

孫渠

## 第一節 常人之淺解

極奧妙之學理，恆得以極淺顯之事實證明，似可駭異，然學理之價值正在於此。吾茲論法學之新分析派，亦先作常人淺解，以發其凡。

現行法律最普通之假設曰：凡人民皆知法律。試問一國之中，能知法律者占全民之若干成分？除故意違法及因知能太低而違法者外，因不知法而違法者，殆鮮見甚。此種現象，絕非偶然。譬若足球競賽，入場與賽者，如不預明規則，而入場之後，不犯規則者僅矣。若非承認法律表布之時，民間本有相互諒解共守之秩序在，而此表布之法，正與之相同，則人民不知法律而自合於法律之現象，將何以說明？故法律之本體在於人民之間，而法律之形式存於條文之上。官吏採民間之法，以制條文之法，故人民可以不知條文之法，而自不違者以此。

茲更以實事爲喻，男女自身同意，爲法律上婚姻要素之一。今人未必盡知，然鑒於舊式婚姻結果之不良，鮮不以婚姻徵子女之同意，無意之中，已自合於法律。若在二十年前，則違法者，幾將在在皆是矣。若謂條文可以支配民間關係，則同一條文，何今能而昔不能。必曰：民間相互諒解共守之秩序，今昔不同，合於此種秩序，則雖不知法，而法仍在；不合此種秩序，則雖知法而法仍虛也。

社會之中，違法者占極少數，故法律能生效力，使違法者多，則非失效力不可；此所謂多者，不必一定多至若干總之，但至監獄不能容，殺不勝殺，罰不勝罰，法官不暇聽案，其數在吾人理想中者，要亦非甚大。故法律之成立，非得幾全部人民之共認不可。法律本身無絕對之美惡，惟能使社會各種利益得公平完滿之調節，是爲至善之法。否則法律無穩定之可能，法律必須以全民利害爲重心，其理極顯。

然則條文法律，竟無所用乎？曰，不然也。試喻其理。甲汽車東向西駛，乙汽車南向北駛，經過十字路口，甲乙二駛者同懷互撞之戒心，而路警指揮其間，於是安然以過。甲乙二駛者所以非受指揮於路警不可者，無標準則無秩序，則兩車互撞而俱損也。然路警僅察車之來往，按照其共守之秩序，示以符號而已。至於汽車之形式，駛者之容貌，不必路警動感情之好惡，亦不必如發明家之沉思，如何造天橋掘隧道，或改良道路。故路警之職，在運用其目力於客觀之明察，而非運用其思考於主觀之玄想，或價值之批評也。吾人於此，可知法律之爲用，亦可知執法者責任所在矣。

吾人再試比較東西文化在隔閡時代，若天文形（幾何）數之學，恆不謀而同。至於法律，同於一切社會制度，則各國各有特性，且非整齊而兼瑣屑。若非法律之本體，寓於社會之內，則此種現象，將不可思議。

本節所論極平淺而散漫，聊以起閱者之興趣，不屬本文系統之內。然或以條文之法律爲唯一之法律，有此成見，則新分析法學者，無論如何申說，將不足動其聽聞，故作此節以爲前趨。

## 第二節 哲學之基礎

在本文系統之內，自本節爲始，凡科學均有其哲學基礎；法學何獨不然。然哲學之不能統一，與科學正如百步與五十步耳。故科學之基礎，根本即各有所宗，歷史派有歷史派之哲學基礎，新分析派亦有新分析派之哲學基礎也。

哲學之重要問題，可分本體論與認識論二端，不得偏廢其一。非論本體不能得科學之本源。非論認識不能得科學之近脈，非二者一貫相承，則互相矛盾，無以得其系統。茲首論本體，爲新分析派法學之淵源者，吾以爲柏格生爲最近。其特標之點有二：

(一) 宇宙本體爲延綿不已之演化，故宇宙本體無時不變，無時不動，時間無一刻之停止，而變與動亦無一刻之停止；時間有過去，有將來，而無現在，宇宙本體有演化之陳迹，有將來之朕兆，而無現在之定形。按此論極爲羅素等所不滿。其駁辨舉電影以爲例，一活動體，攝影家仍得攝其動中片段之靜影，而靜影之朕映，仍得現其動象。可見在最短時間內，實有靜止之可能。然吾終同意於柏氏。蓋羅氏誤信目力之正確，攝影家所攝動之靜影，實含糊不明動象之陳迹，電影上之動像，實爲若干有間斷之靜象，不過非人目所能察耳。且動者恆動，靜者恆靜，亦已得力學之證明矣。吾茲爲柏氏辯護，實則間接爲新分析派辯護也。

在此原則之下，社會亦爲變動無已之演化，吾人得記載社會之過去歷史，得預言社會之將來趨向，而無以

確定社會現在之內容。蓋吾人力欲確定，而社會已變，法律既爲社會之內，人人相與之際，一種共守的秩序，既與社會爲不可分離；（詳下節討論）則社會無時不變，法律亦無時不變。故過去法律爲歷史，將來法律爲預言，時間根本無停留之現在，而社會與法律，皆無從確定其現在之內容。

（二）宇宙本體爲整個的動體，各部分無脫離於動的範圍而獨立之可能，各部分相互影響，一動全動，一變全變。按此說在吾人感覺迷悟之內，似難承認；然嚴格言之，譬若掬江河之滴水，所減雖微，而終不免於減，江河水減，則海洋之水亦減，豈非掬滴水之微，而影響世界之水流乎。能力不滅，物質不滅，已成定論；吾人雖舉一沙之微，所用之能力，其來也有自，其去也有往，實貫徹於全宇宙，而非吾個人與一微沙間之關係已也。故柏氏之說，至精且當，非可以等閒玄論目之。

在此原則之下，對於社會有兩種解釋：

（甲）假設社會爲多數個人之集合。所謂社會者，不過一羣之人，同寓形宇宙之內而已。則社會關係至爲淺薄，人與人之關係，無異物與物之關係，不過同爲宇宙內之過客而已。

（乙）今之社會，實多數個人之融合體。即人人相與，有密切互助不可分離之關係。則此社會，將於大宇宙內形成一小宇宙，而此小宇宙亦與大宇宙有同一之性質。即在社會之中，各個人相互影響，如甲之行動與乙之行動，相互影響，而各種相互之影響間，又相互影響；如宗教制度，法律制度，道德制度及一切社會制度，相互影響，集

各種影響之大成，則形成整個社會之演化，故法律與社會爲不可分離解決問題。

從以上本體論之兩時點觀之，吾人實無施羅輯工具之可能，原因有二：

(甲) 動無止期變無已時，則吾人研究之客體，無從確定。而研究之所得，實爲變之遺跡；故一切知識，恆爲時代之落後。

(乙) 動體既有整個不可分離之關係，則不得以某時間某部分，分割而出之，作獨立之研究對象。

因此，以嚴格的本體論言之，科學實完全失其基礎。於是有認識論者起，爲科學之近脈焉，爲新分析派近脈之認識論，吾以爲從康德、孔德、新康德派嬗變之新實在論，或概然論爲近。

諸家學說，淵源久長。茲第舉一要點言之。承認宇宙間自然現象有因果疇範者，自康德始。故康氏爲科學之鼻祖，然其所謂疇凡，乃天然已有前定，吾人不過憑認識能力發覺而已，故因果律有必然之效力。後之學者，對於康氏疇範前定之說，則頗多懷疑；然亦未遽推翻，如認爲必然，則不免於武斷，如絕對否認，則一切科學無從立足。孔德之言曰：科學之能事，不外以歸納方法，探求近似之知識。新康德派與之相近。其對於自然界因果疇範之存在，未置可否；然在概然效力之下，要亦有相對之容許。其與康德不同之點，則康德主張以吾人之主觀，純粹理性發見公理，以續釋羅輯解釋客觀現象之自然公例，故曰：「公例之緣起，是在吾心。」而新派則以歸納客觀現象之若干同種因果，以推斷其公例，及其末流，則歸於新實在論，卽概然論是也。



概然論之根本原則，即假定宇宙之內，各種因果關係，有自然齊一之秩序。例如輕氣二分子，加養氣一分子而為水，每次試驗皆如是也。是曰自然齊一律，實自康德之範疇，前定說脫化而來；惟康德武斷其為必然。概然論者，則姑定其為必然耳。亦自然齊一律之下，吾人可以解決本體論上，對於羅輯工作之兩大難點：

(甲)在動體之內，得以若干時間以內，某種因果關係之複演，推斷某種因果關係之公例，是為動中求靜。

(乙)得於同一時間之內，某種因果關係在若干部分以內，有同一之現象者，推斷某種因果關係之公例，是為異中求同。

於是知識之概然的基礎以奠，上對於哲學無所衝突，下對於科學有所依附。物理家分析物與物間之關係事實，以推物理，法律家分析人與人間之關係事實，以推法律；物理寓於物與物之本身，法律寓於人與人之本身，吾人不過盡科學之能事，以能預言為功耳。

### 第三節 法律三度說之精義

法律現象既確定其為客觀之存在，且融合於一整個的社會動體，有不可分離之關係，已於前節言之。譬天文台之測晴雨，必視風向溫濕氣壓，種種象徵而決；其實與陰晴有因果關係者，尚不止此。惟在概然論原則之下，僅能擇其最重要，而最直接之因數，以為預測之準。法律三度說，即本此義，說明預測法律之三個因數也。一曰時，二曰空，三曰法律標點，分別討論如次：

(一)超越言之，時間極爲空洞，此種概念的時，非本節之所取也。本節所謂時間，代表包含於時代之內容之特性而言也。與法律之變動相關係者，非時間的概念，而爲各時間內之歷史演化。若比較甲世紀與乙世紀之法律，必比較早世紀乙世紀內容特性的不同。至於時間的概念，則同爲百年而已。

(二)空間代表包含於空間內容之特性而言也。從概念言之，歐洲方里之地，與亞洲方里之地，無分別可言；然從兩地社會之情況比較之，則各有特性在焉。此種特性，大部從地理之特徵脫化而來，而法律亦因之而各異，非憑空洞之空間的概念而已也。

雖然，時空互咬，經緯交錯，實體之內，空不離時，時不離空。故就甲地乙時之某事言之，以時而論屬甲，以空而論屬乙，則某時既爲時間之內容，亦爲空間之內容，或時空之內容，則時空兩度，實爲一度，此絕對的以事實之客體言之也。而法律三度說中之時空兩度，則以特性而言。時代之特性者，整個社會，在某法律有效時間之內，思想制度，所表現之普遍性也。此所謂整個社會者，即有關聯的人類之羣體也。在十九世紀以前，中國隔絕於世界潮流之外，則中國自成一整個社會也。今日世界交通，所謂整個社會，自當指全世界而言矣。

空間特性，或名地域特性者。某法律有效地域以內之社會，經過久長歷史演化，思想制度所表現之特殊性也，此所謂久長歷史演化，當自有歷史記載起，直至最近世爲止。時代特性，如十七世紀之國家主義，十八世紀之革命風雨，十九世紀之個人主義。地域特性，如英國人民之崇實際，法國人民之好繁華，德國之工業，英國之商業，

是其例也。

(三)法律標點，原自英文 (Point of Law) 或譯作法律點，或譯作事實爭點；吾則以為譯作法律標點為宜。法律因事實而設，若不將事實說明，則無從確定法律。故法律三度之第三度為法律標點，即法律所因而設之事實。若名之曰法律點，則不足表其本質。名之曰事實的爭點，則與原文不符，司法臨案時，必有兩造，有兩造必有爭點，即為法律之事實的對像，固無疑問。然若謂爭端為構成法律唯一之原因，毋乃太狹。法律之為用，以發見爭點而後見，然不發生爭端時，實亦隱藏而仍在，故茲譯為法律標點。標者，對像事實之意，點者，單純元素之意。照幾何學定義，點為無高，無長，無寬，而僅表位置，蓋形中單純之極者也。法律標點，即法律對像之事實，分析至無可分析，極單純之原因也。例如親屬，故意殺人，未遂罪，名為一罪，實則法律之對像事實為複合而非單純。分析言之，親屬為一事，故意為一事，殺人為一事，未遂又一事；親屬再須分析等次，旁系或直系關係，再須分析故意之心理動機，環境等情，如是分析至極單純之原因為止，以各單純事因為對像，各有法律為裁判，此單純事因，即法律標點。

三度既明，吾敢粗率言之，歷史派偏重時之一度，社會派偏重空之一度，舊分析派對於第三度法律標點之分析，尤盡能事。統三派而鎔冶一爐，舍新分析派誰屬耶！

#### 第四節 因果律與自由意志

從因果律原則觀之，其要件有四：一曰，二以實體之存在也。法律三度之中，時代特性有整個之社會為實體

也；地域特性有該地域社會爲實體也；法律標點有當事人爲實體也；故因果律第一要件之成立無疑。二曰，相互接觸之關係。例如二物摩擦生熱，爲相互之動作也。三度相互構成法律，亦無主動受動之分。三曰，因果同時。例如桴擊鼓鳴，其間不容置毫髮。三度相互構成，即有法律產生，其因果亦爲同時。四曰，概然的合於自然齊一律。固然齊一律之爲概然的效力，已於第二節說明，而概然程度恆以因數之搜羅愈完備而愈高。猶如天氣之測候，專測濕度，不如溫濕兼測，若溫濕之外，更測風向，則更可靠也。法律三度之中，有時代特性，可知成法律之公因矣；有地域特性，可知成法律之近因矣；有法律之標點，可知成法律之專因矣；故概然之程度頗高。總之，法律三度相互構成法律之因果關係，既具因果律之四要件，則其因果律之成立，似已無問題。

主張自由意志者曰，物與物之因果，如二物相觸則發聲，爲因果之公例。凡二物相觸皆然，有自然齊一之秩序。若人與人之因果，則極不一定。如二人相撞，則或相道歉，或相謾罵，卽不一定；蓋吾人主觀有自動之裁決也。夫甲乙相撞之所以道歉者，甲乙爲禮讓之人，丙丁相撞之所以謾罵者，丙丁爲粗暴之徒，非因果之不齊，發生因果之兩體，性質根本不相同也。此何異黃鐘瓦缶，各有其聲，然不得謂之爲失自然齊一之秩序也。今使禮讓之人，謾罵爲不可能，使粗暴之徒，道歉亦不可能，自然齊一之秩序，昭昭明甚。設若禮讓之人，反其常態，竟肆謾罵，則必另有他因。猶之黃鐘先律，瓦缶雷鳴，物理亦有變態，人性何獨不然。况因果律僅有概然效力，於物理尙不能期以必然，况人性更繁複，而流動者乎。然若竟概然而否認之，則一切自然科學非整個推翻不可矣。

上節所論，就個性而言。若社會性者，各個人個性相互損益之演化而成，意志自由表現於社會性者，其活動之餘地尤狹。雖有超越羣倫，偉大之個性，足為一世模範者，固不乏人；然其所以為人崇拜者，實得社會之同情心耳。否則若桀紂，可謂盡意志之自由矣，然獨夫而已。竹林七賢，可謂盡意志之自由矣，然世外高士而已。

法律三度，屬社會性者也。時代特性，地域特性，之為社會性無疑。若法律之標點，雖或屬於個人，而法律上之認識，恆以常人之心為心。如某事為過失，某事為故意，皆社會一般之所認為過失與故意。且何事為法律標點，何事非法律標點，亦社會之公意，非個人之私見。故法律三度，皆屬社會性者也。故其相互構成法律之因果，比較更接近於物理因果，法學殆可化為純客觀之科學矣。

從此觀之，吾人不免發生問題矣。（一）法律成純客觀之現象，吾人不得絲毫參以主觀之損益乎？（二）雖大聖大賢，對社會不能有特殊之作爲乎？（三）法律無絲毫倫理之估價乎？（四）不可因改造法律而改造社會乎？

吾人既以純官觀態度，預言法律，則吾人不加絲毫主觀之成見明甚。然吾人既為社會中之個人，則吾人以個性參加社會性之演化，無論影響巨細，皆為不可逃免。故社會中各個人，有等一權利參加社會性之演化，而間接即影響於法律。至於直接以主觀成見，干與法律之預言，則絕對非學理上所容許；無論此種成見為善為惡，一例屏除，雖大聖無所用其仁，則大凶大暴亦無所肆其暴。因此，任何主觀之倫理評價，一概排除於法律預測之外。

雖然，倫理評價，非不存在，亦非無影響於法律；然此倫理評價，實包含於社會性演化之內容，即間接影響於法律者也。故法律中之倫理價值，為社會化之倫理價值，或社會中種種個別倫理價值，相互損益，演化而成之中平的倫理價值，而非某個人自號為大聖大賢主觀之倫理價值。因此，吾人可知法律完全為社會之產兒。至於超越一社會之上，以定一種法律，迫社會以必遵，則此種法律，若非以外力壓迫，決無遵行之可能。法治主義者曰：「一任法，不任人。」不任人之說固當，至於法之可任與否，尚一問題。吾則謂可任之法，必其法任社會之自體，不任個人之主觀。法律之優劣，惟與法律有切身之利害者自知之。天下甯有絕對之是非哉！至於個人之主觀為公，為私，為智，為愚，誰得而擔保之。社會縱得因法律而改造，其為進步或退化，又誰得而擔保之。故挾超人之志者，毋甯以個性發展，使社會性因之轉移，而法律亦間接轉移矣。大可不必竊法柄以自私，使天下有一英雄，而埋沒千萬英雄，此區區之愚見也。本節說明新分析法學，非埋沒個性，非打破倫理，非不容許超人之才有所發展也。特為社會中各個人法律之下，保障公平等一之機會耳。雖然，古今中外終不能免竊法柄以自私者，則事實上，一切法律皆三度相互構成者乎？此所不可妄斷者矣。然此不足使法律三度說減色也。水為輕養化合物，然天下之水，未必於輕養之外，純無雜質，雖有雜質，而水之所以為水，終不失輕養之化合。三度構成之法，蓋法之純者也。雖不免於他種外方之摧殘，然其本性雖隱而恆在，一時掩其真相，而久後必還其本原。古今中外，一切法律，有常態之法，與變態之法，然整個觀之，常與變之分明甚。故辨別已存法律之為常態與變態，並應用常態之下種種三度，構成種種

法律之因果係，以預言法律。是爲新分析派法學之主要工作，其方法詳於次節。

## 第五節 方法論

前節既確定新分析派法學之主要工作，爲辨別已存法律之爲常態與變態，並應用常態之下，種種三度，構成種種法律之因果關係，以預言法律。茲論其方法。

自然科學多藉試驗以爲功，即以人工使某兩種物體，複演其因果關係，藉以證明其爲自然齊一之公例。此種實驗方法，於社會無可施行。故法學者，以已有之法律，及其構成之三度爲研究材料，無論中外古今，凡可搜集者，均屬之。

法學者研究之材料既定，分析工作可分三大部：

(一) 分析在研究中各種法律，各有效時代以內，整個社會中各部分社會之思想及制度之內容，取同去異，以得各種法律之時代特性。

(二) 分析在研究中各種法律，各有效地域以內，一部分社會中各時代思想及制度之內容，取同去異，以得各種法律之地域特性。

(三) 分析在研究中各法律，與其所裁制之事實的對像，使合於一法律，有一法律標點之條件。

因此，可以依照法律三度說，聯立各法律與其三法於一表。至於各法律是否即由其聯立之三度構成，姑置

勿論。假設 L<sub>1</sub> L<sub>2</sub> L<sub>3</sub> ……代表法律， T<sub>1</sub> T<sub>2</sub> T<sub>3</sub> ……代表時代性， S<sub>1</sub> S<sub>2</sub> S<sub>3</sub> ……代表地域性， P<sub>1</sub> P<sub>2</sub> P<sub>3</sub> ……代表法律點，則可聯立如左：

L<sub>1</sub>……………T<sub>1</sub> S<sub>1</sub> P<sub>1</sub>  
 L<sub>2</sub>……………T<sub>2</sub> S<sub>2</sub> P<sub>2</sub>  
 L<sub>3</sub>……………T<sub>3</sub> S<sub>3</sub> P<sub>3</sub>  
 ……

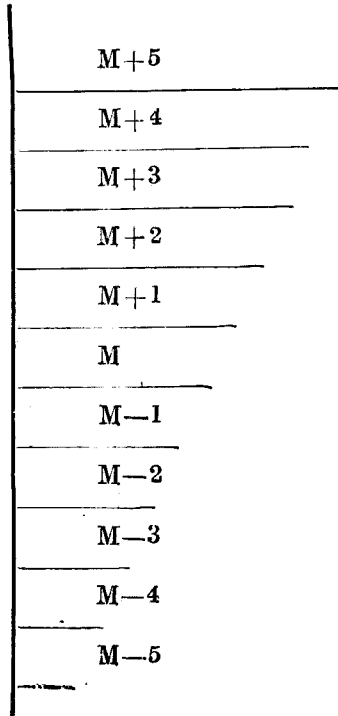
右表中所有種種聯立關係，可分類排列之。分類方法有三，即任以三度中之一度為主要標準，而以其餘之二者為輔佐。至於各度本身，則又可分門別類；如時代特性可分太古，上古，中古等，而太古又可分若干世紀，此不在本節討論範圍之內。

茲須主要研究者，即須歸納右表中所有法律與其三度聯立關係中，辨別孰為其聯立之三度所構成，孰有外因之滲入。若單就各法律觀，無辨別之可能，但整理各法律而互校之，則真膺立辨。其方法分論如次：

(一) 在右表聯立之中，集合多數法律，有相同之地域特性與法律標點。相異之時代特性者，順時代之程序排列之，從時代特性之變動，與法律之變動，推斷兩種變動相應之軌跡。如集合之多數法律中，有與其聯立之時代特性，不循此軌跡者，可推斷此法律之所以異於集合中之其他法律者，不因時代特性，而另有變因。然既同地域特性，同法律標點，則其變因亦不在此兩度明甚。即三度之外，別有變因無疑。



(二)在右表聯立之中，集合多數法律有相同之時代特性與法律標點。相異之地域特性者，求此多數之各異地域性中之最普通者，為中平地域性，於是順各異之地域特性與中平地域性之差別，而排列之。排列之方法，中平地域性居中，較強之地域特性居上位，較弱者居下位，以差別之大小，定距中平者之遠近。排列式如次：



倘此多數法律，盡為應乎地域特性之異而異者；則此多數法律，各依照其聯立之地域特性在排列之次第而排列，將與其前述各種地域特性之排列，成同一之塔級式，凡其中有越出此塔級式者，可推斷其所以異於集合中之其他法律者，不因地域特性，而另有異因。然既同時代特性，同法律標點，則其異因亦不在此兩度明甚；即三度之外，別有異因無疑。

(三)在右表聯立之中，多數法律，有同一之時代特性與地域特性。相異之法律特點者，將各法律依其標點分類整理，而系統化之。凡集合之法律中，有與全法系矛盾者，或雖不矛盾而不能與全法系之其他部分照應，且不適合為全法系之該部分者；因其不合於以法律標點而分之系統，故推斷其所以異於集合中之其他法律者，不因法律標點之不同，然既同時代特性，同地域特性，則其異因亦不在此兩度明甚；即三度之外，另有異因無疑。

以上三種辨別方法，須並用之，則變態之法律，可以淘汰無遺矣。此三種辨別方法，非述者之創見，其根本概念，仍不脫柏格生之哲學窠臼。所謂法與時有相應之軌跡，法與地有相應之漸階，法與標點有相應之系統，皆柏氏所謂延緩演化之社會整個性之表現而已。時與時雖變，而不失常，地與地雖異，而不失中，標點與標點分，而不失統，則無不從新實在派概然的自然齊一律脫化而來。新分析派之淵源，於此露一鱗爪。

經過一番淘汰，所有種種三度構成種種法律之因果關係，真相畢露。茲續論如何應用此已存種種因果關係，預言已知之三度可構成如何之法律。茲分論於次：

- (一)凡已知之三度，與構成某法律之三度相同者，則可預言其可構成與某法律相同之法律。
- (二)凡已知之三度與構成某法律之三度相似，或有相似有相同者，可預言已知之三度，可構成與某法律相似之法律。

(三)三度之中，法律標點已分析至極單純之事因，而時代特性與地域特性二者之內容，尚可分析為若干

單純事因。例如政治思想若何？政治制度度若何？經濟思想若何？經濟制度若何？而一思想，一制度，又可分析爲若干單純事因；故可化三度構成法律之因果關係，爲若干單純事因構成法律之因果關係。於是聯立若干因果關係，有同一之某單純事因者，求其所構成法律之共同特點，推斷如某單純事因爲構成某法律之一因，則某法律具此特點。

(四)參看辨別方法第一種，如已知之三度有地域特性及法律標點，與構成某若干法律者同，而時代特性與構成某若干法律者異，則可求已知之時代特性，在構成某若干法律之時代特性變動程序中之位置，再按時變法變相應之軌跡中，以預言此三度可構成之法律。

(五)參看辨別方法第二種，如已知之三度，有時代特性及法律標點與構成某若干法律者同，而地域特性與構成某若干法律者異，則可求已知之地域特性，在構成某若干法律之地域特性塔級之排列中之次第，以預言此三度可構成之法律，概在其相鄰較強之地域特性所構成之法律，與其相鄰較弱之地域特性所構成之法律，二者之間。

(六)參看辨別方法第三種，如已知之三度有時代特性地域特性與構成某若干法律者相同，而法律標點與構成某若干法律者異，則可求已知之法律標點將構成之法律，在某若干法律以法律標點分類整理之系統中，占若何之部分，並照應全法系，而預言此三度可構成之法律係適合此法系中之該部分者。

雖然，以上六法，似已足盡預言者之能事；只須有三度爲已知，則法律可以立言。將無異化學已知若干元素，則可斷定其化合物之爲如何。然時間之流動不住，社會中之法律現象演化不已，卽法學者研究之材料增加不已。若舉一原則可以行之四方，傳之萬古而不違，爲不可能之事，凡科學皆然，法學何獨逃於例外。

因此爲輔佐法律三度說之應用，於是有「不得不」邏輯之方法 (Logic of would be) 構成法律三度之中，尤以法律標點恆有突起之新現象發生，而已存之三度構成法律之因果律將無可應用。此種情形，自然科學中亦有之。例如化學中，亦有時發見新原質，生物學中發見新種，則非藉試驗，另求其相關之因果律不可。然法學者無施試驗方法之可能，勢不得不落於主觀之武斷，故「不得不」邏輯卽用之以濟此窮。所謂「不得不」邏輯者，說明在某時代，某地域，對於某法律標點，不得不有某法律，否則將有何種不良結果，或不良影響隨之；則於無標準中，可得一種標準，此「不得不」邏輯之爲用也。

總之，歸納邏輯之基本原則曰自然齊一律。而自然齊一律，在各種科學上之概然程度，恆視經驗所得，因果複演之次數愈多而愈高。如日之升落，月之盈虛，吾人之經驗既久，幾信其爲必然矣。若科學之推陳出新，進步無已，則所謂自然齊一者，不能免於懷疑。至於社會科學，若法學，其研究之材料，僅限於已存之實事，則自然齊一之概然程度更下矣。社會現象，雖繁紊而不易得其端倪，然安料科學無能解決之一日。方自然科學未發達時，又何嘗不能以「物理自由」四字概括一切。非今之法學者知慧高於昔人，不過今日之事實材料，才敷研究，故新分

析派應運而起也。他日事實材料愈臻完滿，而歸納所得之原理，其概然之程度亦自愈高，斯非但今日新分析派所否認，且亦新分析派之所企望者也。

## 第六節 中國新分析派之淵源

端木君標題中國新分析派者，以德生博士之外，西洋不乏共同努力於新分析派旗幟之下者。將來建設，勢難一致，故標「中國」二字。雖然，德生博士思想養成於西洋，純客觀之科學。其原則不因易地而異，則其行之於中國也，將無異於西洋，若以倡此宗者為國人，而標其學派為「中國」，一則毋甯標吳氏耳。既標為中國矣，必上溯法治歷史，尋新分析派之事證，並新分析派移植於中國之後，其流又將若何？是則中國特有之情形，庶可當於其名稱矣。

中國一切純客觀之科學，無不落後。法學何獨不然。晚近方自西方輸入，其不能為中國國產也明甚。歷代典律，非無法也，不足稱為學也。然不期上稽周秦諸子，而得一結論。蓋新分析派之特色，久已散見各家，特未有能集其大成者，以歸約邏輯之未明為主因，而歸納邏輯之用於社會科學，尤為難能。因主觀之成見入人既深，非極嚴密深刻之思想家，不能擺脫，故新分析派晚近乃見於西洋，若於中國周秦之際求之，甯非固事牽強附會乎？然間有片斷之見解不乏獨到之處者，豈可沒也。且學理之積成，非一朝一夕之功。總之，中國原有新分析派之基礎，雖淺非無，而尤非鑿柄不相容者，則其移植之後，繁昌可知矣。

爲吾國有史以來，正統思想，厥爲儒家。後世以孔子爲儒家鼻祖，其實孔子集各家之大成。惟儒家所宗，厥爲孔子之正統思想，而其遠源則有黃帝堯舜禹湯文武周公。儒家雖曰：「有治人，無治法。」然儒實治禮，以代治法，法與禮同爲維繫社會秩序之準則。其不同者則有二端：禮防未然，而法罰已然；禮之裁制力屬於社會，而法之制裁力屬於政府。以此觀之，古之所謂法，幾等於今之所謂刑，而古之所謂禮，則顯然今之法。今之法如對於祕密集會，暴烈藥物種種規定，其防患未然，逐處皆是。制裁力之最後根源，起於民間，已久得公認；或謂禮之制裁力弱，而法之制裁力強，若以禮與今之所謂道德律（Moral Law）混爲一談，則其制裁力原不過衆人之是非而已。但中國古代之禮，其制裁力遠勝於此。當時社會君子小人之階級觀念甚深，如有違禮，則加以公衆之評價，將不齒於君子，其恥辱不減於今之徒刑。故禮治主義，實中國法學之最古而最有勢力者也。

禮治主義之禮，與新分析派之法殆甚相似。新分析派特質有二：

- (一) 構成法律之三度，融合於整個社會自體之演化程序中，是爲法律之動的本體。
- (二) 演化程序之中，變不失常（時），異不失中（地），分不失統（法律標點）。此關聯之系統，即法律之靜的形式。

試以此二特點，求諸禮治，則宛然具雛形矣。禮者，順應社會環境，濬發時代心理，而隨時產出之活的習慣。（易傳曰：通其變，使民不倦，神而化之，使民宜之。）禮之變動，以社會內容爲標準。（坊記曰：禮以人情而爲之節文，

以爲民坊者也。故歷代禮制各有損益。（論語曰：殷因於夏禮，所損益可知也；周因於殷禮，所損益可知也。）以此觀之，當時之所謂禮與新分析派之所謂法，殆甚近矣。以人情而爲之節文，不違其動之性也，歷代相因，不失其變之常也。故禮治主義，能占勢力而爲中國之正統思想者，豈偶然哉。新分析派之法，爲正常之法，於此得一鐵證。

孔子而後，社會日趨繁複，傳流之禮，將不足維持，補救之見解不同，於是羣流分焉。孔門之中，儒家以「仁」爲社會中心，從唯心論出發，務求政治能「盡人之性」（中庸）爲目的，其以社會自體演化程序爲中心，固不失正統的禮治之本。至於演化程序中，如何可求關聯之系統，俾主觀之仁性，得循一種共守之秩序以發展。儒家則曰：「一人能弘道，非道弘人。」以爲一切問題，均得由吾人先天之仁性解決；至於共守之秩序，亦以吾人主觀之同類意識爲基礎，結果成爲人治主義。吾人姑信人人皆有先天之仁性，至於如何行其仁爲救世之方略，如無一種共守之秩序，則免於衝突者僅矣。所謂同類意識，不過極簡單之事實，吾人得以「己所不欲，勿施於人」而已。至於社會之中，價值極爲繁複，安知吾之所欲，非人欲，人之所欲，非吾欲乎？及其末流，人治主義遂成主觀獨斷主義，此其失也。

承儒之後，啓法之先，厥爲荀子。其所謂禮，則曰：「立隆以爲極，而天下莫之能損益。」其欲固定禮制，殆無異於成文之法；有變動性之禮，於是喪矣。其不顧法律本體之動性，失正統的禮治之本，是其罪。然使禮有客觀之標準，實足挽儒家主觀獨斷之狂瀾，是其功也。

法家爲儒道墨三流之總匯，其於儒，得之荀子，其於道，墨亦各有其所宗；道家主張放任自然，政治則任社會之自體，其爲儒家主觀派之勁敵明矣。若道家能以純客觀科學方法，研究社會中一切自然因果，則入於新分析派之門徑矣。惜乎老莊以其超越的玄學思想，早已敝屣天下而不足爲，其視宇宙爲超越於動靜之上的靜，或虛無寂滅的靜，其末流則亦視社會爲死體，以知足抑慾爲人生觀。儒家因了解社會爲動體，不知歸納以制法，不得已而任於人。道家既以社會爲死體，於是法家乃得施其規矩焉。

墨家尙同，欲藉政府之力，壹同社會中各個人之個性，樹立一標準個性。若墨家從社會變動內容，歸納以得中平之個性，爲法律之標準，則入於新分析派之門徑矣。惜乎墨家，則謂上同於天子，即以天子爲標準，無異以續釋邏輯，立超社會之標準而已。墨家欲兼愛，須先尙同。（按墨家之尙同，實有見於儒家所謂「先天的同類意識」之不足，故主張用政治的力量，統一社會思想。）尙同則必借手於法治，故曰「百度皆準於法。」

法家之淵源既簡述如上。茲述其內容，韓非子之定義曰：「法者，憲令著於官府，刑罰必於民心，賞存乎慎法，而罰加乎姦令者也。」又曰：「法者編著之圖籍，設之於官府，而布之於百姓者也。」見定法難三二篇。試分析言之。法家之法，其特標之點有五：

(一) 爲官府頒布成文之法。

(二) 君主可以自由立法，亦可自由廢之。商君書更法篇曰：「前世不同教，何古之法。帝王不相襲，何禮之循。」



「(三)不由民議，「民智之不可用也，猶嬰兒之心也。夫嬰兒不剔首則腹痛……剔首……必一人抱之，慈母治之猶啼呼不止，嬰兒不知犯其所小苦，致其所大利也。」見韓非子顯學篇。

「(四)法律與社會同為固定，故法家以權衡尺寸喻法，而以被量之物喻被治之人。」

「(五)排除一切主觀之倫理，專憑客觀之法律，根本反對尚賢，且不容有用智之餘地。管子任法篇「任法而不任智，使法擇人，不自舉也，以法量功，不自度也。」管子心術上篇「因也者，舍己而為物之法也。」慎子「無建己之患，無用知之累。」

總之，此所謂法，去新分析派之法遠甚。其於構成之三度內容，漠然不論，蓋超社會之法也。其存廢在於君主視人民為嬰兒，則間接仍不脫離人治之窠臼，且使君主意志，有系統化之整個表示，而人民無可逃於法網者，秦始皇朝是其例也。然旋踵而滅，不過二世。漢代以降，儒教復興，法家勢力遂一蹶不振，變態之法，不可久存，此其證也。

雖然，法家之功，在於確定法律，有客觀標準，不能因主觀成見損益，無論其客觀標準之當否，總之法之形式具矣。故儒家有法律本體之動觀，無法律形式之靜觀，而法家適與之相反，合兩家而鑄鑄一爐，新分析派之要素斯備，可謂為舶來之新說。但謂為古學之復興亦未為不可。蓋正統的禮治，本合此二義也。夫事實上之因果關係，

本不待吾人之發見而自在。按我國二千餘年來，社會之維繫，實儒法之雜揉；漢唐之世，儒術非不昌也，然而漢律又法典之大觀也，在政府有刑罰爲最後之解決，而社會中實有大部糾紛在於沿習的禮治之下，和平調解。然則不待新分析派之鎔冶，而早已互化於一爐矣。或曰，中國未聞新分析派之學理，而新分析派之事證早在，則學理之無必要明矣。殊不知學理之價值，正以其事證之豐富而增高。夫知其然而然，或出於勉強造作，惟於不知不覺之間，猶且循爲常軌，此豈偶然者哉。嬰兒不知火之熱也，炙手而後知之，孰若先告之，俾不待炙手而知之乎？吾國二千餘年，羣說瀝液，吾民卒保其中道，不因歧說而失常。若非法律之本體，寓於民間，則將何以釋此現象。然其間顛撲於潮流之上下，如嬰兒炙手而後知火熱者，不知幾度矣。茲新分析派預言法律之常軌，順之則安，反之則危，治亂之道，瞭然如指掌也。若明燈之懸於大道，吾民其安步而往哉。



# 近代勞動立法之新趨勢

孫曉樓

吾人研究立法，當知立法之趨勢，勞動立法，爲近代最重要之立法，亦卽社會立法中之主要立法，更不可不研究其傾向之所在。概自十八世紀產業革命發動於英國之後，世界各國之經濟思想，社會狀態，形成一極大變轉，貧富之階級懸隔，勞資之衝突不免，困苦之勞動者，呻吟於血汗工制之下，度着其牛馬之生活而不能自救，於是罷工也，停業也，激盪澎湃之工潮，如排山倒海而來，有非人力可以阻止者。於是一般思想較新之宗教家政治家，因有見於勞動者之苦痛也，謀立法以救濟之，因有鑒於工潮之兇湧也，謀立法以防範之，而勞動立法尙矣。就勞動立法已往之歷史言，在初激發於人道之惻隱，繼則激發於工潮之兇湧。英國一八〇二年之徒弟條例，論者以之爲開人道保工之先河。嗣後由童工保護之立法，進而至於女工保護之立法，由女工保護之立法，進而至於男工保護之立法，所謂工作時間之縮短也，工場安全之設施也，最底工資標準之規定也，此皆勞動立法偏於人道的保護者也。至於罷工停業之禁止，工會組織之核准，勞資仲裁之規定，此勞動立法之偏於防範者也。近代各國之勞動立法，有如雨後春筍，層見而疊出，其範圍固各有廣狹，進步復互有遲速，要皆有由慈善的立法，而入乎防範的立法之範圍，更有由防範的立法，而進展至於另一境域者。茲揭引勞動立法新趨勢之數端，以與讀者共商榷之。

(一)勞動立法之社會化 以往之法，律以權利爲本位，現代之法律，以社會爲本位；既以社會爲本位，自當以社會利益爲依歸，此日本法家穗積重遠之所以以社會生活之規範，作法律之解釋也。此近代一般社會法理學派之所以高呼法律宜社會化也。勞動立法，原係最富社會性之立法，自當更以適應社會之成分爲制定之要件，乃已往之勞動立法，不過於保護資產者榨取勞動者之汗血範圍下，以緩衝勞資間之衝突而已，於勞動者根本疾痛之救治，皆不能有所計及；吾人固不能以完善之勞動立法稱之。所謂完善之勞動立法，貴在能適應社會上之須要，而宜特別注意者有二點：

(1)注意社會經濟 經濟爲維持社會組織之最大要素，手藝時代之經濟情狀與機械時代之經濟情狀固迥然不同。農業社會之經濟情狀，與工業社會之經濟情狀，復判若兩途。生產過剩之社會經濟情狀，與生產不足之社會經濟情狀，尤不能無別。勞動立法，當視其情狀之不同，而制定適合勞動者於某一社會經濟狀態中所最須要之立法。

(2)注意勞動生活 勞動立法，既爲改善勞動者之生活而設，則於勞動者之社會生活，如其衣食住行等種種問題，宜澈底了解其苦痛之所在，然後可施以法律上之規定。

以上二者，爲法律社會化之所宜特別注意者。其他如社會上之習慣道德等，皆有注意之必要。總之，制定勞動立法，決不可過偏於理想，應與社會組織之要點相適合，是以近代英美法德等國，其於立法必附設一社會調

查之機關。吾人參閱各國勞工局，於勞動者經濟情形，生活狀態，調查報告與統計之週詳，實不能不令人敬嘆。此所以立法也艱，而其行法也易，法律社會化之功效，其在此乎？

(二)勞動法之積極化 十八世紀產業革命以後，勞動者之生活，由家庭而至於工廠，其苦痛益形暴露，一般帶宗教色彩之立法家，因不忍見此慘無人道之勞動生活，不得不謀及於法律之改善，故在初所成立之勞動法規，要不外以慈善為本質，如工資之增加也，童工之限制也，女工之保護也，工作時間之縮短也，工資以外之額外津貼也，夜工之限制也，諸如此類，皆不出於一種帶有消極性的慈善立法。此種慈善立法，於今日各國之勞動立法中，實占極重要之地位，在此慘無人道受萬重壓迫下之工人生活，吾人固不得不承認此種立法之重要。然於勞動者之自身得益幾何，是否可藉此種立法以根本解決彼等之苦痛，尚屬疑問。或曰，然則所謂解決勞動者之苦痛，其將以現有之經濟制度根本改造乎？余曰，不善，有積極的勞動立法，足以使現在的經濟制度，入於改善之道，其一部分方法，已為德法等國所採用者，則不外有四：

(1)注重勞動教育 已往之勞動者，因迫於生計，無受教育之機會，其所謂教育，幾為一般有產階級所包辦，有錢有智識，無錢無智識，無智識，祇有從事於苦役之勞動，供人驅策，於是形成一特殊之階級，而勞動者不賤而自賤矣。故今日最新之勞動立法，當注意於勞動教育，以抬高勞動者本身之地位。

(2)注意勞動合作 勞動階級，因無資本以從事生產，故一切關於工藝實業商業皆為有資產者所操縱，

於是勞動者之生產消費，不免受他人支配，而永淪於經濟困頓之地位。倘能使勞動者互相集合，互相協作，以從事集體的生產，集體的消費，集體的儲蓄，則集腋成裘，衆擎易舉，勞動者可以漸次脫離其無產階級被壓迫之地位，進而至於勞動者自己生產自己給養之地位，則勞動者之苦痛可以解除。

(3) 注重勞動之參政 自各國實行代議制度後，所謂選舉，類以資產智識作標準。勞動者既無資產又無智識，安得有參政之機會。於是勞動者於經濟的壓迫之外，重加以政治的壓迫。故近代各國新憲法其於政權之取得，不再以智識資產作標準。如蘇俄之政府，固完全爲勞動者統治之政府，即其他各國之新憲法如德意志西班牙等，皆實施普通選舉。我國第二次全國代表大會，亦有此議決案之通過，其用意亦在乎此。

(4) 注重國家生產 在此國際商業競爭酷烈之時，各國勞動階級，莫不注意於國家自身生產之發展。故近代之勞動立法，一方面固注意於勞動者之保育，一方面復用種種方法以養成其勤儉耐勞之習慣，以增加工作之效能，使國家之生產增加，工人之生計充裕。蘇俄新勞動法，於工人有怠工者，必處以重罰之規定，其目的在使蘇俄之勞動者，勇敢堅決，耐勞團結，以完成其五年之計劃耳。此於生產方面所應注意者。

故今後之勞動立法，決非徒採消極的慈善政策可以了事，必也於慈善政策之外，積極的從事於勞動者自

身智識之提高，經濟的發展，政權之取得，必使勞動者之地位根本改造與提高，然後可以根本解決勞動者之苦痛，此勞動立法之所以日趨於積極化也。

(三)勞動立法之法典化 法律之法典化，本為法律一般之趨勢，是不特於大陸法系成文法之國家為然，即素稱不成文法之英美法系諸國家亦何莫不然。蓋勞動立法，在初不過寥寥數則，逮至今日，人事日繁，勞資之糾紛日多，於是勞動立法之範圍，漸次由狹而寬，由簡單而嚴密，吾人以勞動立法之重要性言，固當有勞動法典之編訂，即以勞動立法之繁雜性言，以勞動立法之特別性言，均不可無法典之編訂焉。近代各國之立法家，於勞動法典之編訂，以法國為最早，於一九〇一年已完成的蘇俄勞動法典之一部份。今則第四編業已告竣，偉然巨帙，將與拿破崙法典並傳不朽矣。一九二三年之蘇俄勞動法典，為代表最新社會主義之法典，尤覺與眾不同。德意志之新憲法，更規定國家須制定統一之勞動法，特設勞動法編纂委員會，專從事於一統的勞動法典之編纂，已完成者之勞動契約法、勞動介紹法、失業保險等，皆於勞動法律上有特殊之貢獻。其他國家如比利時、土耳其等國，復追跡法德等國以編訂法典，即如英美法系崇尚判例法系之國家，以勞動法令之日見衆多，亦有彙集成一勞動法典之傾向。乃今之論者，往往以勞動法典之成立，恐侵入已成之法域，殊不知今日公私法律之分類方法，不過承襲傳統法制之遺跡，此種傳統法制之分類方法，其不能有絕對性者，已為一般學者所公認。若膠柱鼓瑟，規而不知，有以改良，則法律之進步失所期矣。



(四)勞動立法之統一化 勞動立法一方固傾於社會化，他方復有趨於統一化之傾向。良以勞動問題，如失業罷工停業等問題之發生，往往因一地而影響及乎全國，往往以一種工人，而影響及於全體之工人。故勞動立法，決不能因其有社會化法典之形式，而認為滿足，還當顧及此類工人與他類工人之關係，此地域工人與他地域工人之關係，而制定一統的勞動法規焉。如歐洲各國，在初於勞動者立法運動外，復有所謂使用人立法運動，兩者並駕齊驅，作各別之發展者。逮至今日，則兩者合於一流，以勞動者立法與使用人立法之同一被備者之基礎理論，編一統一的勞動法規，是勞動立法，非僅勞動者階級一方面特有之運動，又非僅使用人階級一方面特有之運動，實為各種合一的所謂彼備者階級全體之社會立法也。抑更有進者，所謂統一勞動立法之範圍，有漸由國內統一化，而傾向至國際統一化者。自一九一九年在美京華盛頓國際勞工大會後，先後已有十六次之會議，擬定國際各種重要勞動法規，是可以證明此後之勞動立法，不僅統一國內被備者階級之勞動立法為前提，並將統一世界被備者階級之勞動立法焉。今日日內瓦國際勞工局工作之積極，組織之擴大，其分局將遍設於全球，尤見勞動立法統一化之重要矣。

(五)勞動手續法之簡捷化 勞動者生計艱，難智識淺，薄為近代各國勞動者之普遍症象。因勞動生計艱難，故對於勞動者傷害賠償等訴訟之進行，不能稍有遲延。因勞動者資識薄弱，故對勞動訴訟之手續，有力求簡單之必要。今日普通法院之訴訟，無論關於民事刑事，其訴訟之進行，類皆非常遲緩，一案之進行，每稽延至數年。

而不能確定，待米而炊之勞動者，於法院之訴訟手續既不能了解，又無錢以委託律師，於是不免為資產階級之雇主所操縱，此普通法院之所以不適用於勞動訴訟也。此普通民刑訴訟手續法之所以不適用於勞動訴訟也。近代各國之立法，於勞動訴訟之進行，雖有各種不同之方式，要皆主張於勞動者設立特別法院，或組織仲裁會以解決之，而其於訴訟手續之進行，又不外有左列各點之特質：

(1) 結案神速 勞動者經濟困迫，其訴訟之進行，自不宜稽延。勞動法院受理訟案，在德國普通不過三月，在法國不過四月。近且有數日間即須結案者之規定。

(2) 手續簡單 為便利勞動者進行訴訟起見，其於訴訟之手續，復力求簡單，近且以採取調解與仲裁之方法者為多，不拘一定之形式，不必委託律師，可以隨時進行訴訟。

(3) 訟費豁免 法德等國之勞動法院，在初關於勞動之訴訟，尚須酌收訟費，藉以挹注法院之開支。今則勞動法院一切開支，均由政府負責，而訟費則類以豁免為原則。

(4) 推事自選 惟勞動者自身乃知自身之苦痛，普通法院之推事，其自身每立於資產階級之地位，於勞資訴訟之審判，不免有偏頗之虞。是以近代各國之勞動法院之推事，或仲裁人員，以勞資兩方自選者為多，此亦為便利訴訟之進行，有利於勞動者不少。

美國勞動法學家阿爾勃斯忒氏 Alberthworth 曰，勞動者之賠償宜普通而不宜分散，宜一定而不宜測

度，宜迅速而不宜遲延，支付賠款時期數目，皆當確定。倘係分期付款者，尤當顧及受賠償者之利益。吾國學者袁簡齋，亦有以早結輕刑爲審判之訓。夫早結輕刑，與乎賠償之能得諸迅速，於勞動者均有切膚之關，此勞動訴訟法之傾向於便捷化也。

總之近代世界各國之勞動立法，無論其進步之緩急，其範圍之廣狹，於立法的形式方面，則由法令的各個的立法，進而至於整個的法典的立法，由各個的地域的立法，進而至於統一的國際的立法，就立法之精神言，則由理想的立法，進而至於社會的立法，由消極的立法，進而至於積極的立法，就訴訟之手續言，則由繁雜的手續，進而至於簡捷的手續，此近代勞動立法之新趨勢也。回顧我國立法諸公，因有鑒於勞動立法之重要，於立法院特設勞動法規委員會，以謀制定完善之勞動法規，意至善也。四五年來，計先後由國民政府公布工會法、工會法施行法、工廠法、工廠法施行條例、團體協約法、勞資爭議處理法及工廠檢查法等數種，其於着手編訂中者，復有勞工保險法、合作社法等，煌煌巨帙，誠開我國立法以來未有之新紀元，數年以後，必可使我國之勞動法規成爲統一的法典也。雖然審核此已成之種種法規，其於精神上猶以偏於理想者爲多，猶以帶有消極的慈善性者爲尤多，此我國已成勞動法規之所以遲遲難於切實施行乎？夫立法固希望其具有法律之形式，亦希望其具有法律之精神，蓋法患其不能行，不患其不能成，欲其成而能行，則於形式之外，尤當注意其精神之所基，此吾人於勞動立法之所宜注意者也。

# 法律觀念之演進及其詮釋

趙之遠

法律之求定與達變：(a) 習化的成因，(b) 命令的成因；——中國周秦時代之法律觀念：(a) 禮與禮治，(b) 法與法治；——歐美的法律觀念：(a) 希臘，(b) 羅馬，(c) 十二世紀十七世紀，(d) 十七八世紀（自葛羅休司至康德），(e) 十九世紀，(f) 二十世紀初葉，——結語。

## 一 法律之求定與達變

嘗讀美國龐特 (R. Pound) 氏所著法律史之解釋一書，其開端即曰：

法律固須安定，但決不能定滯而不動。故自來關於法律之思想莫不對於此安定與變動二者之需要，力求所以調劑之也。一般安全之社會的利益固不能不令人企求確定的基本條理，以為行為之客觀的準則，庶使安定的社會秩序得以躋及，但亦以社會生活之情況時在變化，復不能不顧及其他社會利益之需要與其他足以危礙一般安全之行為，而常與以因時制宜之適應。是故法律秩序既須安定，且須隨宜而變動也。(Pound, *Interpretations of Legal History*, 1923.)

此數語者，對於法律之求定與達變，固可謂切中要領，而對於法律之遞嬗演變，尤為一根本扼要的注腳。法律秩序既不能不有此兩重求定與達變之素質，因之任何法律制度，若其發展已達於相當程度，即可有

法律觀念之演進及其詮釋

兩重相反而成之成因存乎其間。此兩種成因者，即習化的成因 (Traditional Element) 與命令的成因 (Imperative Element) 是也。故欲了解各時代各學派之法律觀念，而為「視其所以」「觀其所由」之探討，似不能不於斯二者先致意焉。

(a) 習化的成因

習化的成因者，即為「風教禮俗」司法慣例，與夫法學上之著述等所醞釀提鍊而成之法律的資養料與滋補品也。請先就法律之淵源上一言之。

法律之淵源不外 (一) 宗教，(二) 習俗，(三) 道德規範，(四) 法院判例，(五) 法學著述及 (六) 立法機關之立法。此六者中，一大半皆為構成法律中習化的成因之要素，蓋前三者即「風教禮俗」之所屬也，其 (四) 亦可謂為法院之習慣法 (Usus Fori) 其 (五) 則為關於法學學說或理論之著述是已。

習化的成因，在成長法律制度中，表面上雖不若命令的成因之顯現而有勢，但實際上則仍不失其補充輔益的地位。但觀我民法開宗明義之第一條曰：

民事法律所未規定者，依習慣；無習慣者依法理。

第二條曰：

民事所適用之習慣以不背於公共秩序或善良風俗者為限。

即可概見習化的成因之作用爲何如矣。按此種規定本出於羅馬法「無法令時則適用習慣」之原則。惟現代法典每於「習慣」之外，益以「學說」「先例」或「法理」耳。如瑞士民法第一條之第二及第三項曰：「本法無規定者，審判官應依習慣法。習慣法亦無規定者，應從己身爲立法者所應設定之法則裁判之。」前項形情，審判官應準據確定之學說及先例。

又如暹羅民法第十四條曰：

訴訟事件，無可適用之法律或習慣時，依其最類似之規定類推之，或依一般法理決定之。

其他在各國立法例中，如「另有習慣者，從其習慣」，或「但契約另有訂定，或另有習慣者，不在此限」，或「但契約另有訂定或另有習慣者從其訂定或習慣」等之規定，更無論已。

究竟所謂習慣者當爲何等習慣？其內容應爲何應如何構成？「不背於公共秩序或善良風俗」而「公共秩序或善良風俗」之標準與出入，又不能因時因地而無異。凡此皆爲法學上習慣法問題之各方面，而向爲各學派所孜孜論辯者也。茲以言之冗長，姑不具述。要之「習慣」者固莫不先由於當地之「風教禮俗」逐漸形成，而爲社會共同信守之規範。及其既爲規範，法律乃因事勢之要求，認許其有法律的效力。於是習慣遂成爲法律中習化的成因焉。

至若在「法理」方面，習化的成因之作用，當亦不亞於習慣。雖法理二字，解釋之者不一其辭。惟既稱法理，

不固僅指所已規定之法律之原理而已，蓋已規定之法律之原理，有時縱有待於解釋而闡明之，要不外爲其所內，所固有。若僅指此，則又何必更進一步而規定之曰「……無習慣者依法理」，或如瑞士民法土耳其民法而又各有第三項類似之規定耶？從可知「法理」與「學說」似當另有所指，而「法理」「學說」之研討與記載要不外乎關於法律學說與法律思想之重要著述。然則此種法學上之著述，其對於法律之形成與發展，自有其不可磨滅之功績也。且徵之於史，亦不乏其例。最早者當爲紀元前二三百年時，羅馬法律大師（Juris Consults）之解答（Response Prudentum）。此種解答一至哈德林帝（Hadrian 119-138 A.D.）時，竟取得與法律同一之效力，爲法官者且有依從之義務矣。又如紀元後二三世紀時羅馬五大法學家（Papinian, Paulus, Gaius, Ulpian, Modestinus）之學說，至紀元後四二六年維倫丁甯（Valentinian）之第三徵引律（The Third's a Law of Citations）成立時，亦有法律之效力。其在英美，則法學名著而享有某一部份法律上之權威並爲法院所引據者亦往往有之。如柯克（Coke）之英國法制（The Institutes of the English Law），勒拉克司頓（Blackstone）之英法疏義（Commentaries on the Laws of England），又如司多萊（Sto-ry）之國際私法（Conflict of Laws），葛倫理夫（Greenleaf）之證據法（Evidence），最近如維理司頓（Williston）之契約法（Contract），魏格麻（Wigmore）之證據法（Evidence）等皆其最著者也。至歐陸方面，則自法典運動以後，迄於近今，凡以羅馬法或近代法典爲其基礎之重要著述，亦爲大陸法發展上之一主

要動力。由此可見法學上之重要著述，對於各時代法律之形成與推進，其貢獻實非淺少。而此種法學著述，又必有所自來，舉凡其時其地之風教禮俗，法律制度，法院判例，法律學說等皆足以爲其參考之對象，於是抉擇考較，析疑明微，而終於推陳出新以成某一部份之權威的名著，而漸成爲法律上習化的成因也。

雖然，就羅馬法及英國不成文法（Common Law）而言，習化的成因尚有以其他之體樣而助長該兩法系之進展者，此其功不在小，不可不一言及之。所謂其他之體樣者，卽十九世紀中英國著名歷史派法學家梅因（Sir Henry Maine）所提示之法律之擬制（Legal Fictions）與平衡法（Equity）是也。梅因說：

就此等社會（指其所認爲進步的社會而言）而言，吾人可以說，社會的需要與社會的輿情，大抵先於法律而存在。需要與輿情固可時趨接近，但終不免於時時分離，蓋法律係定着者，而吾所論之社會，乃前進不已者耳。國家與人民之福利之多少完全以彌縫此種分離之遲速爲衡。

法律與社會之間，既須有中介物爲之調和，故關於此之中介物，似可作一通則焉。以予私見，此中介物似有三種：（一）擬制，（二）平衡法，（三）立法。此乃依其歷史的次序而排列者。有時二種中介物同時相互作用，亦有數處之法律制度不受此中某一中介物之影響者。但就予所知，對於此三者之排列，尙無何等改動或倒置之例外。（Maine, Ancient Law, Chap. 2.）

對於法律史之解釋，梅氏之見解，輒有涵蓋精到之處。諸如法律之進步由名分而趨於契約（“From Stat-



us to Contract," Ancient Law, Chap. V. also Introduction by Pollock) 法律之單位由親族團體而趨於個人 (Early History of Institutions, Chap. 2.) 以及上所引之法律之發展由於「擬制」、「平衡法」及「立法」三者，皆其最著者也。顧「擬制」與「平衡法」二者，在羅馬法及英國不成文法固已卓然著其大用，其在吾國，則此兩個名詞，除用於普通慣用之意義而外，一若未曾有何特殊之使命。然實際上則吾敢信其對於中國法制之運用上及其對於社會需要之適應上，亦必有其相當之功用，特不如在羅馬法與英國不成文法之自成一活動之力量耳。吾國數千年來，受儒家「中庸」的哲學思想至深且巨，故凡遇扞格不通，則儘可由經達權，或有窒礙難行，則不妨斟酌情理。其所以爲此者，無非欲求當於事理之中而已。而此「斟酌」、「達權」之需要與便宜 (Expediency and Justification) 在我國數千年來「不入於刑即入於禮」之「法」「禮」共管之生活中，豈能不有其用武之餘地乎？（如禮運：「禮也者義之實也。協諸義而協，則禮雖先王未之有，可以義起也。」又漢書高帝紀七年令：「執見不同，據經論決者聽。」魏書刑罰志：「太平眞君六年，以有司斷法不平，治諸疑獄，皆付中書依古經議論決之。」高允傳：「以經義斷諸疑事，三十餘載，內外稱平。」蓋自漢魏逮至六朝，經義決獄，成爲慣例。見於各史傳者，不可指教。苟合於道德，禮教，倫常，雖律無正條猶可以斷獄治罪也。）不過誠如梅氏所云：「在支那實曾超過此點（即法律規則尚未與宗教規則分化時期）但其進步似行至超過此點而止。」故此二者對於中國法律之發展或不無愛莫能助之缺憾耳。

然究竟羅馬法與英國不成文法中之「擬制」與「平衡法」爲何若？其自然法又爲何若？欲語其詳，自非本論範圍之所許。祇能俟諸異日，當另爲文申論之。茲姑引梅氏之言，藉以略明其梗概已爾。

余今所用「擬制」一字之意，較英國法家所慣用之意爲廣。且亦較羅馬法中 Fictiones 之義爲格外包容……但予今所用之法律之擬制 (Legal Fiction) 一詞，卽指任何假設 (Assumption)，足以掩藏法律規則內容之改變之事實而言，卽法律之文字未曾改變而其運用則已改變之事實也。故此一詞能將吾上文所引英國法與羅馬法之例包括其中，但其包括者不僅止此，因吾將謂英國之「判例法」 (Case Law) 及羅馬法之「學者答案」 (Responsa Prudentium) 亦實託基於是焉。

第二種之中介物使法律適於社會需要者曰「平衡法」。此名詞之意卽指一部份之法與原有之法律並存，惟其所根據之原理則與有異，且以其原理之有優越性，有時竟有取而代之之勢。平衡法，不論其爲羅馬之濼來多 (Prætors) 者或爲英國之大法官 (Chancellors) 者，其所以異於「擬制」者，卽在其對抗舊法乃公然不諱者也。但從另一方面，則又異於立法 (Legislation)，因平衡法之所以能有權威，並非基於任何個人或一團體之特權，亦非基於宣告此法之官吏之特權，乃基於其所依據之原理之特質，且認爲一切法律俱應與之相合也。

……立法之異於「擬制」，亦猶「平衡法」然，而其所以異於「平衡法」者，則在立法之取得權威，  
法律觀念之演進及其詮釋

係由於個人或團體，故其責效之力，並不由於其原理之爲何若也。……」(Ancient Law, Chap. 2.)

(b) 命令的成因

命令的成因，若以分析法學派之口嚅出之，即爲立法的或制定的成因而有國家之強制力爲其後盾者也。但從法律史而論，則有未盡然者。當原始社會，法律與其他之社會制裁力尚不會分化之際，爲君長者初不會有制作法律之想，至多亦不過認許之祕守之而已。其後君權漸長，於是立法垂憲之業，乃遂應運而起。洎乎近代，則國家不但享有制定法律之權力，且有制定法律之義務矣。試觀最近百數十年來，各國之以立法爲創設或改訂法律制度之主要手段者即其明證已。

故從法律史之立法方面，以究其發達之過程，約可分之如次：

- (一) 無意識的立法時期
- (二) 宣示的立法時期
- (三) 有意識的立法時期
- (四) 經常的立法時期

第一時期係屬於法律尚在萌芽之時期，其時既無法律，又無先例。判決爭端，惟以當時當地之「風教禮俗」與判決者個人之意向與理智爲斷。所謂「法官先於法律而存在」者，當爲一種不可否認之事實，因此「法

院之先於立法院而存在，亦自爲當然之結論。

第二時期亦爲古代法律之一般情狀。故梅因有言曰：古代國家在未有法典以前，大都須經過一個秘密法之時期。換言之，即在古代國家，所謂法律者往往爲少數人或某一階級所專有，而非一般人所得與知與聞者也。我國在春秋以前，亦爲一秘密法之時期。至春秋時，鄭鑄刑書，晉鑄刑鼎，方達於宣示的時期。但鄭鑄刑書時，叔向猶期期以爲不可，故特貽子產書曰：

昔先王議事以制，不爲刑辟，懼民之有爭心也。民知有辟，則不忌於上，並有爭心以徵於書，而徵倖以成之。勿可爲矣！民知爭端，將棄禮而徵於書，錐刀之末，將盡爭之。亂獄滋豐，賄賂並行，終子之世，鄭其敗乎！

其所謂「議事以制不爲刑辟」者，卽「臨時制刑，不豫設法」之意。足徵刑書以前，並無豫設之法，而一般小民更無從「知有辟」也。其後晉范宣子鑄刑鼎，孔子亦曰：

晉其亡乎！失其度矣！……民在鼎矣！何以尊貴？貴何業之守？

此不但我國春秋如此，卽歷史上鼎鼎大名之羅馬十二銅標法 (The Twelve Tables, 462-451 B. C.) 亦爲屬於這一時期之代表法典。蓋以前羅馬之法律習慣，皆爲僧侶與貴族階級所專守，而不公佈於平民者也。第三時期則爲有意識的立法時期。此時期認爲法律決非一成不變者也。如欲變之，亦不必再爲種種裝腔作勢之「擬制」(Fiction)、「平衡法」(Equity)及「假解釋」(Spurious Interpretation)等等而竟訴

之於積極的立法可也。且認為法律文字之改變即為法律本身之改變，於是立法運動隨之而起。羅馬在西河陀新 (Codex Theodosianus) 法典成立 (438 A.C.) 之前後，我國從隋唐諸律以後，與歐陸十八世紀中至十九世紀初之法典編纂運動，皆可謂為此一時期之代表。

第四時期之經常的立法，則為現代成長法律時期中最顯著之現象。凡一切法律上之興革與設施，莫不以之為直截了當之手段矣。自十九世紀初葉以來，各國法典之編纂及其他立法事業之繼長增高，即為此時期顯著之特色。

總上所述，則命令的成因，當可謂為現實的，立法的，制定的成因；而習化的成因，即可謂為歷史的，傳統的，習慣化的，司法慣例上及法學著述上的成因。此兩種成因，從法律史上看去，乃又互為影響，迭相形成者也。法律之中，既有此兩種成因，於是在法律進化史上，因亦有兩方面的見解與觀念，一則偏重於命令的成因，一則偏重於習化的成因。此兩方面的見解與觀念，即就各國所用法律二字之語文，亦不難想見之。即如下表：

	(a)	(b)
拉丁文	Jus	Lex
德文	Recht	Gesetz
法文	Droit	Loi

意大利文

Diritto

Legge

西班牙文

Derecho

Ley

(a) 行之字多含着公平正直之意義，而 (b) 行之字則含有三種意義：(一) 爲原義，正直之意，(二) 爲引申之義，作權利解，道德的或法律的，(三) 爲法律的意義。(a) 行的字本爲道德上正義公道之意，但後來卻有法律的意義。此行字每用於法律思想正在發展之時。(b) 行的字，則指制定的法律而說，且多用之於立法時期的法律。在歷史上，只要那一行所代表的法律思想，佔重要的位置時，則此一行字，便往往用作法律的總稱。英美法 Law (法律) 之一字，從語言學上言，原屬於 (a) 行者，但在英語的慣用上，卻早得 (b) 行字之意義。其 Rights (公正或權利之意) 一字，亦應屬於 (a) 行，但現在除一種道德上公正的意義與法律上權利的意義而外，已別無其他意義。

在中文，則法字，從字源上言，頗相當於 (b) 行字，第三種的意義，(說文，「刑也。平之如水，故從水，薦。所以觸不直者去之，從薦從去，法，今文省。」) 古文，「後方有模範公平之義。」律，令，法律，亦相當於 (b) 行字。第三種的意義。(御覽引杜預律序「律以正罪名，令以存事制。」唐六典「律以正刑定罪，令以設範立制」)

本文所論，原以歐陸與英美法律觀念之演進爲主眼，蓋以彼邦爲法學前導，法治先進，其法律之淵源由來既久，而其歷史上之遞嬗變化更有足多，因之對於歐美法律觀念之研究，當不無借鏡之價值也。惟以吾國當春

秋戰國之際，亦既有法治學派，法治主義，且自有其傳統的法律觀念，故亦不能不略及之，以資比較。

## 二 中國周秦時代之法律觀念 (571-207 B.C.)

欲述中國法家之思想，及其觀念，不可不先述與「法」極有關係之「禮」，蓋「禮治」與「法治」爲周秦間之兩大思想，而又各有其時代背景者也。按「禮」之最初命意，係屬於宗教上之禮節，（說文，禮履也，所以事神致福也。從示從豐。又豐行禮之器也，從豆象形。）其後禮之爲用漸廣，於是有所謂五禮，六禮，九禮之稱，而其範圍已不僅限於宗教節禮，且及婚喪朝聘一切人事之儀節與規範矣。夫當宗法社會，人事簡單，舉凡風俗，習慣，宗教，道德，其足爲行爲之規範者，莫不納之於禮，以爲共同遵守之準則，此實爲「禮治」之所由始。此孔子所以有「殷因於夏禮，所損益可知也；周因於殷禮，所損益可知也。」之說也。及至周末，先王大道，日就衰微，列國紛爭，異端並起，社會之變遷愈劇，而風俗習慣，宗教道德之社會制裁，亦愈失其維繫之力。於是諸子百家，共鳴於時，竭智盡慮，以求有補於時，而法治思想，尤形激昂，以爲禮治既成強弩之末，勢不得不假手於國家之力以爲統制。因之「法治主義」遂別樹一幟，而與「禮治主義」「分道揚鑣」矣。此周秦間「禮治」與「法治」遞嬗之大概也。茲分作兩端述之。

### (a) 禮與禮治

禮與法雖殊途，然其爲行爲之規矩準繩，用以爲治之具則一。故曰：

禮者因人之情而爲之節文以爲民坊者也。（禮記坊記）

又曰：

聖人耐以天下爲一家，以中國爲一人者，非意之也，必知其情，辟於其義，明於其利，達於其患，然後能爲之。何謂人情？喜、怒、哀、懼、愛、惡、欲，七者勿學而能。何謂人義？父慈、子孝、兄良、弟悌、夫義、婦聽、長惠、幼順、君仁、臣忠，十者謂之人義。講信修睦，爲之人利；爭奪相殺，謂之人患。故聖人之所以治人七情，修十義，講信修睦，尙慈讓，去爭奪，舍讓何以治之？（禮記禮運）

又曰：

凡人之知能見已然，不見將然。禮者禁之於將然之前，而法者禁之於已然之後……禮云禮云，貴絕惡於未萌，而起敬於微渺。使民日遷善遠罪而不自知也。（大戴禮記禮察篇）

人之情欲，勿學而能，可爲人利，亦可爲人患；而其知慮，又只能見已然，而不能見將然。聖人知其然也，乃一因人之情而爲之節文以爲民坊，一使「民日遷善遠罪而不自知。」故曰：「禮者禁之於將然之前，而法者禁之於已然之後。」且以人生有倫，故有人義，而以禮爲之率。故曰：

民之所由禮爲大。非禮無以節事天地之神也，非禮無以辯君臣上下之位也，非禮無以別男女父子兄弟之親，婚姻疏數之交也。（禮記哀公問）

法律觀念之演進及其詮釋



然禮之用尚不止此，猶將用之於正名定分，故孔子曰：

名不正則言不順；言不順則事不成；事不成則禮樂不興；禮樂不興則刑罰不中；刑罰不中則民無所措手足。故君子名之必可言也，言之必可行也。君子于其言無所苟而已矣。（論語）

荀子曰：

王者之制名，名定而實辨，道行而志通，則慎率民而一焉。（荀子正名篇）

當春秋之末，「名守慢，奇辭起」，「以非爲是，以是爲非，是非無度而可與不可日變」，故孔子急欲以正名之道，而建立一非善惡之標準。由是循名責實，則同異離合順逆貴賤之辨乃明。故曰：

是故禮者，君之大柄也，所以別嫌明微，備鬼神，考制度，別仁義，所以治政安君也。（禮記禮運）

「禮豈不至矣哉！」由人情，人義，以至正名定分，治政安君，莫不納之於禮矣。

但禮之意，至荀子而一變。禮論篇曰：

禮起于何？曰：人生而有欲，欲而不得，則不能無求。求而無度量分界，則不能不爭。爭則亂，亂則窮。先王惡其亂也，故制禮義以分之，以養人之欲，給人之求，使欲必不窮乎物，物必不屈于欲。兩者相持而長，是禮之所

起也。

又曰：

夫貴爲天子，富有天下，是人情之所同欲也。然則從人之欲，則執不能容，物不能贍也，故先王爲之制禮義以分之，使有貴賤之等，長幼之差，知愚能不能之分，皆使人載其事而各得其義。然後使慤祿多少厚薄之稱。故或祿天下而不自以爲多，或監門御旅，抱關擊柝而不自以爲寡。故曰斬而齊，枉而順，不同而一。（榮辱篇）

荀子主心惡者也，一方面認定人之物欲無窮，而另一方面則又認爲物力有限。以有限之物力，供無窮之物欲，則「從人之欲，順人之情，必出於爭奪，合於犯分亂理而歸於暴。故必將有禮義之道，然後出於辭讓合於文理而歸於治。」（性惡篇）

荀子此種度量分界之「禮」已與法家之「法」極相接近。而與近代德國歷史法學派之巨子薩維尼（Savigny 1779—1861）之說尤有不謀而合之妙。薩氏曰：

人處於世，其與他同性理同命運之人相接觸，實爲其環境中極重要之一點。在此種情形之中，欲使各人得自由之生存，互相發展，而不致阻礙，則必有無形之分界，俾各人之生存與活動有自由之機會而後可。其爲之劃定此種分界以保其自由之機會者，則法律是已。（Savigny, System des Heutigen Romischen Rechts I, § 52）

不過荀子生當戰國生產事業尚未發達之時，故其度量分界僅用之於消極的不使「歸於暴」而已。

法律觀念之演進及其詮釋

要之荀子之思想，實爲「禮治」與「法治」之連鎖。而禮之爲用，最初不過爲宗教之禮節，繼則且爲風俗習慣，道德，倫常所公認之行爲規範，至荀子則更認之爲「度量分界」而與法之意義相聯合矣。

(b) 法與法治

法字古與刑字通，皆有刑罰模範之義。故呂刑曰：

苗民勿用靈，判以刑，惟作五虐之刑曰法。

又國語：

大刑用甲兵，中刑用刀鋸，薄刑用鞭朴。

大刑所以「威四夷」，故用甲兵，其次則用之於庶人。故曰：

禮不下庶人，刑不上大夫。（曲禮）

可知當時之謂所法，專指刑罰而言，而其適用，又只限於大者「四夷」小者「百姓」而吾國數千年來，對於法律之觀念，總不脫刑罰之意味，其亦以此歟。

法家對於法之定義，說得最切實著明者，要推韓非子之言：

法者憲令著於官府，刑罰必於民心，賞存乎慎法而罰加乎姦令者也。（定法篇）

又曰：

法者編著之圖，籍設之於官府而佈之於百姓者也。（難三篇）

此其爲義，完全着眼於命令的成因，而以布在方策，令民必從，並以賞罰爲其強制力者也。

其次如尹文子及尸子皆認名分乃爲治之要，如尸子曰：

天下之可治分成也，是非之可辨名定也。

明王之治民也……言寡而令行，正名也。君人者苟能正名，愚智盡情，執一以靜，令名自正，賞罰隨名，民莫不敬。

此蓋從儒家之正名主義蟬蛻而來，以謂天下萬物，皆有一定之名分，祇問名實是否相合，則是非便明。是非既定，賞罰隨之。而規定名分者卽爲法。故曰：

有權衡者不可欺以輕重；有尺寸者不可差以長短；有法度者不可誣以作僞。

此與荀子之。

禮豈不至矣哉！立隆以爲極而天下莫之能損益也……故繩墨誠陳矣，則不可欺以曲直；衡誠懸矣，則不可欺以輕重；規矩誠設矣，則不可欺以方圓。君子審於禮而不可欺以作僞。故繩者直之至，衡者平之至，規矩者方圓之至，禮者人道之極也。（禮論篇）

可謂毫無區別，而「法」與「禮」之涵義，直可相互爲用矣。

但亦有以「理」爲法之本質者，如尹文子：

田子讀書曰：「堯時太平。」宋子曰：「聖人之治以致此乎？」彭蒙在側，越次而答曰：「聖法之治以致

此，非聖人之治也。」宋子曰：「聖人與聖法何以異？」彭蒙曰：「子之亂名甚矣！聖人者，自己出也；聖法者，自

理出也。理出於己，己非理也，己能出理，理非己也。故聖人之治獨治者也；聖法之治則無不治矣。」（大道下）

彭蒙之「法自理出」，實爲法家一最精到之學說，而人治與法治之辯，亦只此一言而決。世之稱羅馬法者

曰：「羅馬法者理性之具體化也；」而英之法律家亦常曰：「英國之不成文法（Common Law）爲理性之最

完善之產物。」可見理之於法，實爲法之生命線，策源地也。

法既以理爲其精神，故法與禮又得一同源之祖若父矣。樂記曰：

禮也者，理之不可易者也。

理之不可易者，即事物當然之理，莫可與易之謂也。此與韓非子問辨篇所謂

「令者言之最貴者也，法者事最適者也。言無二貴，法不兩適。」

又有何異？

由上所述觀之，則法家對於法律之觀念，約可分爲三式：

（一）峻嚴的法律觀念。此爲極單純的，非道德的，與禮不相爲謀的法律觀念，與古代「刑」與「法」

之觀念，性質上無何差異。

(二)名分的法律觀念。此與儒家之「正名主義」與「度量分界」之禮極相契合，而有倫理的、道德的、私法的意味。較之(一)說，殊有進步。古時羅馬法亦有言曰：「法律有三：以誠實信義而立身處世，一也；毋以害人，二也；與人以其所應得者，三也。」(Institutes, I, 1, 3)

(三)理性的法律觀念。此爲「法」「禮」同源之法律觀念，而有自然法學派之意味者也。

若以上述習化的成因，與命令的成因言之，則(二)(三)兩者皆含有習化的成因，而(一)則完全以命令的成因爲其骨幹者也。

吾國法家之法律觀念若與同時代之其他法系相較，固亦足以自豪。然而其「法治主義」之學說，則更有足多者。卽質之當代「法治主義」之學說，亦無何愧色。如：

1. 若使遭賢則治，遭愚則亂，則治亂續於賢愚；不係於禮樂。是聖人之術與聖主而俱沒，治世之法遠，易世而莫用，則亂多而治寡。(尹文子)

2. 且夫堯舜桀紂，千世而一出……中者上不及堯舜，而下亦不爲桀紂。抱法處勢則治，背法去勢則亂。今廢勢背法而待堯舜，堯舜至乃治，是千世亂而一治也；抱法處勢而待桀紂，桀紂至乃亂，是千世治而一亂也。(韓非子難勢篇)

法律觀念之演進及其詮釋

3. 雖有巧目利手不如拙規矩之正方圓也。故巧者能生規矩，不能廢規矩而正方圓；雖聖人能生法，不能非法而治國。（管子法法篇）

4. 釋法術而任心治，堯不能正一國，去規矩而妄臆度，奚仲不能成一輪，廢尺寸而差長短，王爾不能半中。使中主守法術，拙匠執規矩尺寸，則萬不失矣。（韓非子用人篇）

其主張法治之足以持久而可必，與人治之易於滅失而難期，可謂精到透切極矣。而其反對「禮治主義」則更壁壘森嚴，錚錚有辭。如韓非子曰：

夫聖人之治國，不恃人之爲吾善也，而用其不得爲非也。恃人之爲吾善也，境內不什數，用人不得爲非，一國可使齊而治也。（顯學篇）

又曰：

明主之治國也，使民以法禁，而不以廉止。母之愛子也倍父，父令之行于子者十母。吏之于民無愛，令之行于民也萬父母。父母積愛而令窮，吏用威嚴而民聽從。（愛篇）

又如尹文子曰：

今天地之間，不肖實衆，仁賢實寡。趨利之性，不肖特厚，廉恥之性，仁賢偏多。今以禮義招仁賢，所得仁賢者萬不一焉，以名利招不肖，所得不肖者觸地是焉。故曰禮義成君子，君子未必須禮義，名利治小人，小人必

不可無名利。(大道上)

此正與孔子「導之以政，齊之以刑，民免而無恥；導之以德，齊之以禮，有恥且格。」之言，針鋒相對，認爲德治與禮治不過是一種「烏託邦」，事實上爲不可期，不若腳踏實地而實行法治，則功效可必耳。

夫「禮」與「法」之關係，及「禮治」與「法治」之學說，既如上述。對於吾國周秦間之法律觀念與法律思想，亦可於此得一概要矣。不過法家思想雖極可珍貴，然因其時代與環境之影響，使其爲說，終不出於「刑名法術」四字，而未能如羅馬法學者之能致力於私法上學理之釐訂與建設，俾吾國早立一民法上之法治基礎，實爲一極大遺憾。「刑名法術」非不可以「重一姦之罪而止境內之邪」，「齊天下之動」而「救羣生之亂」，然終不免於嚴刑峻法，爲道太苛，執一以繩，遠於事情，故不爲世所樂道耳。漢與專崇儒道，罷黜百家，尙德緩刑之說，盛極一時，法治之說，便自此淹沒不彰，而法律觀念亦一仍舊貫，無何改作。近三十餘年來，因迫於事勢，不得不採用近代法律，以爲建立法治之基。於是對於法律，方改舊觀，不僅僅以「刑名法術」目之矣。

### 三 歐美的法律觀念

(a) 希臘

世稱希臘爲泰西哲學文藝之源，羅馬則爲泰西法律制度之母。(英美法雖亦受其影響，但當作別論)然則欲考較泰西之法律觀念，似當從羅馬始。惟以羅馬之法律觀念，與希臘之法律觀念及其哲學思想，殊有綿密

法律觀念之演進及其詮釋



的關係，卻不可不從希臘說起。

古代希臘之法律（約自公元前八七世紀至四世紀）概爲一種所謂城邦（City-State）之法律。惟因當時之希臘社會尚不脫一種宗族式社會之過程，故猶有不少宗族式社會之法律焉。不過其政治社會之結構，無論其政制若何，亦早於爾時略具規模，故各小邦中頗多有法典之存在。雖此種法典多爲習慣之編訂，或爲習慣之宣示，然有意識的立法，亦可謂已經發軔矣。因之吾人對於古代希臘法律之觀察，可得三方面之比照：（一）爲宗族式社會之習慣，（二）爲宣示習慣之制定法，（三）爲有意識的制定法。梭倫（Solon, 639—559, B.C.）之立法即其最著者也。而希臘的法學思想，在梭倫以後，亦日漸發展，因在梭倫以後，希臘諸哲學家如派舍哥拉（Pythagoras, 約在 582—500, B.C.）潑羅泰哥拉（Protagoras, 約在 481—411, B.C.）蘇格拉底（Socrates, 469—399, B.C.）柏拉圖（Plato, 429—348, B.C.）亞里斯多德（Aristotle, 384—320, B.C.）亞里斯帖布（Aristippus, 約生於 435, B.C.）及司多亞學派（The Stoic School, 約自 310, B.C. 起）對於公平（Justice）這一個問題，方相繼探討故也。然約而言之，希臘諸哲學家對於公平的解答，不外乎兩方面：一方面認爲公平係存在於自然之理，並不由於法律；其他一方面，則認爲公平從自然上說，是無所謂，有之則由於法律及其他之社會制度。而希臘對於法律之觀念，因之亦有兩種不同的見解：一則以爲法律不過爲人類智能與權力之表現；一則以爲法律乃爲永久的，不可變的，至高無上的自然法律之表現。故其對於法律之界說，約可分爲三派：

(一)爲法律由國家所制定者。如齊乃芬 (Xenophon About 429—356. B.C.) 云

所謂法律者卽爲一國執政權者審察何爲人之所應爲而制定之者也。(Xenophon Memorabilia,

1, 2, § 43.)

又如亞納克西門尼 (Anaximenes, About 560—500. B.C.) 云

依照一國的公意所制定的法令，以預告凡事之應如何作爲者，便是法律。(Anaximenes Quoted by

Aristotle, Rhetoric to Alexander, 1)

此種界說與現代立法時期中的界說實極相似，蓋皆偏重於命令的成因者也。

(二)爲規定法律之哲學的基礎者。如克來西布 (Chrysippus, 287—209. B.C.) 云

所謂法者乃周流於萬物之中，與治理宇宙之神 (Zeus) 無以異也。(Chrysippus, Quoted by D-

iogenes Laertius, VII, 88.)

(三)爲混合 (一) (二) 以爲說者。如戴馬西尼 (Demosthenes, 384—322. B.C.) 云

人之所以應該遵從法律，其理由不一，其主要者，卽爲無論任何法律皆爲上帝之啓示與寵賜，爲賢哲之明教，爲改過正惡之良規，但亦爲一國之公意，俾一國之人依之以爲生活之準繩。(Demosthenes, Against Aristogeiton)

ns Aristogeiton)

法律觀念之演進及其詮釋

戴馬西尼之說，可謂已將希臘歷來對爲法律之觀念，概舉無遺。即（一）爲上帝之啓示與寵賜，（二）爲賢哲之明教，（三）爲改過正惡之道德規範，（四）爲一國之公約。約言之，即已包括「風教禮俗」及社會公約也。戴氏爲當時希臘最負盛名之代辯人，此之所說係用於一個戴氏對亞典陪審者之演說中，表明法律之何以必須遵從，故極有價值。

(b) 羅馬

羅馬國法大全 (Corpus Juris Justinianus) 中之法學階梯 (Institutes) 有言曰：

凡一民族受法律或習慣之支配者，一部份受其特有法律之支配，一部份則受人類共同法律之支配。一民族爲其本身所制定之法律可稱之曰該民族之固有民法 (Civile)，但本於自然之理而爲各民族所共守之法律則可稱之曰萬民法 (Ius gentium) 因各民族皆用此法律也。(Institutes, 1, 2, § 1.)

所謂「本於自然之理而爲各民族所共守之法律」此乃羅馬法淵源之一，而由羅馬潑來多 (Praetor) 之通告 (Edictum) 及其後諸大法學家之學說有以逐漸形成之者也。然羅馬法學家「自然之理」之觀念，若不忘飲水思源，則希臘之哲學思想，實爲其所從出，而其深受司多亞學派「合乎自然之理法」(In Harmony with the Rational Law of Nature) 之思想，則更無可諱言。雪塞羅 (Cicero, 106—43 B.C.) 者實爲溝通司多亞學派之哲學思想與羅馬法學思想之第一人。其師坡塞多納阿 (Posidonios, 135—50. B. C.) 本

爲該派之一健者故，其深受該派思想之影響殊非偶然也。今先將雪塞羅之三個界說列下：

(一) 法律 (Lex) 者爲自然所賦予之最高理性，命令所應爲者而禁止所不應爲者。(De Legibus, 1, 6.)

(二) 法律 (Lex) 者命令所應爲與禁止所不應爲之正理也。(De Legibus, 1, 5.)

(三) 法律 (Lex) 者不過爲由天所賦予之正理，命令凡誠實與信義上所應爲者，而禁止所不應爲者。

De Legibus, Philippic xi, 12)

欲知雪氏的界說之性質，不可不知其所處之世。其時羅馬正由嚴格法律時期 (304-27 B.C.) 漸漸推移至於法學思想之全盛時期 (27 B.C.-284 A.D.) 蓋在紀元前一〇六至四三年也。故雪氏之幾個界說，莫不有兩重的觀念，即 (1) 命令與權威的觀念，(2) 正理與公義的觀念。前者以代表嚴格法律時期的思想，而後者則代表自然法時期的思想。

雪氏之 De Legibus 一書，其主要部分即爲其對於法律之對話錄。其所講者雖爲法律 (Lex) 不是法 (Ius) 但其用 (Lex) 一字時，不僅是指狹義的法令條文而說，且亦用以指一般的廣義的法律而說。至羅馬法學之全盛時期，法學家所最置重者即爲正理與公義之觀念，而權威與命令之觀念則不復見，蓋以當時之法學家皆欲使現行之法律，與正理公義之理想相照合也。愛爾賓 (Ulpian) 曰：

吾人將學法時，須知法 (Ius) 字從何而來。法 (Ius) 字實本於公義 (Iustitia) 之一字。故賽爾蘇司

法律觀念之演進及其詮釋

(Celsus) 紀元後一世紀初之一法學家)之言曰，法 (Ius) 也者正直與公義之準繩也。(Digest, I.1.1 §. 1.)

保羅司 (Paulus) 亦謂：「法 (Ius) 者，公義而正直者也。」要之此時法 (Ius) 之一字，其意思全在於義理上而不在於權威上也。

三世紀中葉，羅馬法學之全盛時期可謂已經過去於是法律之發展乃漸移於帝政時期之立法。而法律 (Lex) 一字亦遂著大用。

當吉斯丁甯時代 (Justinian, 527—565) 及其後數百年間 (即史稱中世紀之前期者) 羅馬法學全盛時期之思想稍形回復，蓋吉帝之學說彙纂 (Digest) 與法學階梯固皆以二三世紀之法學著述彙集而成者也。故此時期對於法律之觀念有曰：

法 (Ius) 者，正直與平衡之準繩也。法律 (Lex) 者由賢君而立之正義也。

法律 (Lex) 者君主之法令，以公善爲目的者也；習慣者傳自前代行爲之習慣或由於不成文法。

由此可見當時正宗之法律則爲制定之法律；習慣法與法 (Ius) 則所以濟其窮而含有義理之意思者也。(9) 十二世紀至十七世紀

此時期即從在波羅那 (Bologna) 之法學講習起，至自然法時期之葛羅休司 (Grotius, 1583-1645)。

其間半爲近代羅馬法之註釋時期。欲知此時期之法律觀，不可不先知中世紀所篤信之三種權威。此三種權威者，在宗教上則爲聖經；在哲學上則爲亞列斯多德之著述；在法制上則爲吉斯丁甯之國法大全。（*Corpus Juris Justinianus*）此三者曾只許註釋或闡明，不得有所增損。於是國法大全遂認爲當時各國所應共守之法律。其學說彙纂，則竟視同法律條文，如遇有矛盾齟齬之處，則法律家之所能爲者，只有以分析與羅輯的方法以力求調和而已。故此時之所謂法律者無非爲（*Lex*）故葛雷新（*Gratian, About 1150*）曰：

一切法（*Lex*）莫不存於法令（*Enactments*）與習慣（*Customs*）法律者（*Lex*）成文之法令也。習慣者，乃悠久之習俗，由於公共之信守，而視同法令（*Lex*）者也。無法令時，則以習慣補充之。此其對於法律之見解，只有法令與習慣，並無其他正直與公義之意，至爲明顯。

於此有可注意者，卽此時期英國之不成文法（*Common Law*）固得謂爲法律乎？蓋英國之不成文法係爲法官所創制之判例法（*Judge-Made Law*）由諸種令狀（*Writs*）推行而發展者也。既不成文，則法律（*Lex*）之形式未備，殆不得謂爲法律矣。葛蘭維爾（*Glanville*）有見於此，乃爲之說曰：

英國法律（*Leges*）雖不成文，但亦可稱之爲法律而無大謬（因爲君意所好者卽有法之效力也）……况徒以其不成文而卽謂不當視爲法律，是則成文之所加於法律之權威將更重於作法垂憲者之平衡之情與公理之準矣。無是理也。（*Glanville, de Legibus et Constitutionibus Regni Angliae,*

Preface, Beames' Transl., XI. ) 1189.

由上所述觀之，可知法律之觀念及其用語，常隨其所取之形式以爲轉移。若其爲習化者，則以由習化的成因之觀念與用語以表現之；若其爲立法者，則以由命令的成因之觀念與用語以表現之。此蓋法律進化史上之一顯象也。

十二世紀至十五世紀，雖爲國法大全之註釋時期，但自然法之思想卻早於十三世紀亞啓那司(Thomas Aquinas 1227-1274)著其萌芽。至亞氏之爲說，其故自有可得而言者。緣當時日耳曼之國家說與希臘之國家說正互相接觸。前者以爲國家之行爲不得違反乎法；後者以爲國家之爲物，乃因公善之需要而存在者，法律者即所以謀此公善，而爲國家所設置，非由國家所認定者也。

有此接觸，於是自然法與現實法之區分乃立，以謂現實法者乃主權者所設置者也，而主權者且莫不受自然法之約束，故凡有乖乎自然法之法令，皆無道德之效力可言。啓氏有鑒於此，乃根據而分自然法(*Ius Naturale*)爲兩端：

(1) 宇宙永久法(*Lex Aeterna*) 此即神明之理，網維宇宙者也。

(2) 自然法(*Lex Naturalis*) 此即人性之法，本乎天而發乎人性之理者也。

今設譬以明之，如甲投錢於空中，宇宙永久法則曰：錢必下落。設此錢爲乙者，自然法則曰：甲不當投之於空中。故

從自然方面言，則爲「必」；從人事方面言，則爲「應當」，蓋以人有理性故也。卽此則對於啓氏現實法之界說，亦不難想見。其言曰：

法律者理性之所命以爲公善者也，由負有政治之責者爲之頒布。（Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, 1.2.8.90. Art.1.）

至十五六世紀，亞氏之說之影響，迄未少衰。此於福得斯鳩（Fortescue）與蘇雷士（R. Suarez）之說，卽可概見。

福氏對於法（ius）之界說，係本於學說彙纂。其對於法律（lex）之界說，則曰：

法律（Lex）者最高之強制力也，正直者命之使行，不正直者，禁之。（De Laudibus Legum Angli-  
ae 約在 1463.1471 之間）

此其爲說，卽以自然法爲本而加以國家之強制力耳。

蘇氏曰：

自然之法者卽本於理性之規範也。故人爲之法，以其出於自然之法，故必有法之理性焉以與之俱。如

二者不相一致，則法已非而無法之可言矣。（Repetitiones, 272-273, 1589）

(d) 十七八世紀——自葛羅休司（Grotius）至康德（Kant）

法律觀念之演進及其詮釋



自一千六百二十五年葛羅休司之大著戰爭與和平之法 (*De Jure Belli et Pacis*) 一出，法學上遂開一新紀元，蓋此著一面則使法理學完全脫離宗教學之窠臼，一面則樹十七八世紀法學思想之先聲。故不久對於羅馬國法大全之權威問題，亦即予以合理的解答，以謂羅馬法之所以有權威者，以其富於內在的合理性而足為自然法之說明書耳。大抵一至理性主義時期，一切事物皆須有一個合理之基礎，方得存在，不能徒博外面的權威而已。十七八世紀為一理性主義之時期，故自然法之說甚盛。所謂自然法之說者，簡言之，即謂法律之有效與否，須視其與自然法是否適合，為其最後之標準耳。

今將葛氏之界說略加申說。葛氏以為法 (*Ius*) 之一字有三種意義，即 (1) 為正直，(2) 為一種權利，(3) 為廣義的法律 (*Lex*)。其對於第三種意義之說，又曰：

又有其第三種之意義，焉其意義與法律 (*Lex*) 一字之用於最廣義者相同，乃為一種道德行為之規範，使人不得不遵行所認為正直者也。 (*Grotius, de Jure Belli et Pacis, I, 1, 9, § 1.*)

葛氏之界說所與中世紀以來之界說大不同之處，即在其注重於法 (*Ius*) 之一字之意義上，而此字之意義則為倫理的，即是應當為什麼之意也。從葛氏以後，歐陸法學家遂多用 *Ius* 或其同類之字，如 *Recht, Droit* 等。其所以然者，蓋因法律與道德之趨於一致而已。

葛氏之所謂：「乃為一種道德行為之規則，使人不得不遵行者。」非謂有何政治的威力以迫其後，實以其

與自然法之理相契合，而使人有不得不遵行之力耳。法律既以理性爲之基，而此理性者又爲正義與公道之所從出，則由此所生之法律上或道德上之責任殆無所異矣。

故孟德斯鳩 (Montesquien) 曰：

通常之法人之理性而已。(L'esprit des Loix, 1,3.) 1748.

十七世紀與十八世紀前半自然法之學說，實爲法學上起一大革新。而其影響之及於英美與法典運動者亦極顯然。今就茲二者略述之：

(一) 對於英美之影響。十七八世紀關於法學或政治之著述，其思想多從葛氏而來，而此種著述復多爲十九世紀法學思想之所本。此不但在大陸如此，在英美亦然。英之勃拉克斯頓之法律疏義 (Blackstone, Commentaries on the Laws of England) 卽其最著者也。至於美國，一方則受勃拉克斯頓之影響，一方則受十八九世紀美國政論家之影響，蓋美國政論家之所倡導者係由於荷蘭與法國政論家而來，而荷法之政論家，則又師從葛氏之所說者也。卽早年美國對於英國不成文法之應繼受與否，亦全以此自然法之說爲準。合於自然法者，卽合於理，合於理者，卽可採用。換言之，可採用者，爲其合於理也，合於理者，卽爲其合於自然法耳。

(二) 對於法典運動之影響。自然法既可認爲千古不易之定理，無論何時何地，以及何種情勢，自可適用，而

此自然法者又可信其爲吾人之理性所能發現，於是十八世紀中一般法學家遂欲依照自然法之原理，爲之條分縷析，以盡其用，而立法運動，於焉以興。一八〇四年之法國民法典，卽此自然法之甯馨兒也。

但自立法運動發生之後，益之以當時正爲政治上，君主專政之時代，命令的法律觀，乃又復起，而霍布士（Hobbes）實發其端。霍氏曰：

民法者乃國家對於人民所命定之規條，以爲是非善惡之區別者也，故不違反此規條者，卽爲是而善；違反之者，卽爲非而惡。（Hobbes *Leviathan*, Chap. 26.）1651.

霍氏之界說雖不無倫理的意義，但不能作爲法律規則之效力之絕對的標準，則與葛氏大異者也。顧霍氏之爲此說，自亦有其背景，緣當時（1649—1660）英國國會之權最重，而自然法之效果則比較薄弱；其平衡法猶在萌芽，而法學思想則向不出柯克（Coke）與嚴格法律之影響，故霍氏對於法律之思想，自易偏於命令說也。此種命令說的法律觀，至浦芬陀夫而愈形顯著。其說曰：

法律（Lex）者乃在上者所立之法令，責其在下者遵照其所命以行者也。（Pufendorf, *Elementa Jurisprudentiae Universalis*, Def. 13）1672.

至十八世紀，則以君主專政之故，命令說之法律觀，益形有力，而以法國爲甚。故鮑賴馬克（*Burlamaqui*）

法律者爲一國之主權者對於主人民所規定之規則也。(Principles de Droit Nature, 1 8, 2) 1747.

盧騷 (Rousseau) 亦曰：

法律者一國總意志之表現也。(Contract Social II, 6) 1762

盧騷之意以爲法律者政治社會所以存在之條件也，而此種條件又不能不受一最高政治組織之支配。但其最後之主權則屬於人民全體，故當由人民以集合之行為方式表現之，方爲允當耳。

夫當時命令說的法律觀，固已如上所述矣，但十七世紀自然法說，迄至十八世紀之末，亦未嘗少衰。此其故有二：

(一) 由於國際公法學之正在研究，而國際公法則無所謂命令的成因焉。

(二) 由於命令的成因，在一八〇四年以前，尙未成爲最重要者。

故魯養福次 (Rutherford) 曰：

法律爲一種規範使人之行為不得不與之相合者也。(Rutherford, Institutes of Natural Law,

II, § 1) 1754

其所謂「不得不與之相合」者，非謂由於國家之力有以使之然也，蓋謂由於此規範之內在的道德力耳。

法律觀念之演進及其詮釋

故自十七世紀以來，此兩種觀念，雖略有消長，但其相互並存，則無可否認。勃拉克斯頓有鑒於此，乃欲為一兼容並舉之說，如從前戴馬西尼、雪塞羅及亞啓那司等之所為者。其說曰：

人民行為之規範，為一國最高主權者之所規定，命其為正當是者善者，而禁其為非者惡者。(Blackstone, Commentaries, I, 44, 1765)

勃氏只將此兩種不同的觀念合在一處，而不再問其所以。究竟所謂是者善者，非者惡者，由於命定或禁止而後然歟，抑以其為是為善，為非為惡，而後始命定之，或禁止之乎？又不然，則以命定或禁止而為是非善惡之準，則與範圍乎？對於此數點，勃氏俱未加細究，故其書中自相矛盾之處，亦在所不免。

總之此期之法律觀，殆不外為下列兩種趨勢所左右：

(一) 法學思想上之趨勢。此趨勢乃由法律即理性之觀念而來，而以正直與公義之思想為最著。

(二) 立法之趨勢。此趨勢即認法律之為物，係為主權者所制定，而以命令之觀念為最著。

故此時期之法律觀，多從此兩種趨勢的衝突上發生出來，而以十八世紀後半者尤著，蓋一過度時期也。

(e) 十九世紀

十九世紀之法學思想可分為三大派，即

(一) 哲學法學派

## (一) 歷史法學派

### (三) 分析法學派

哲學派之思想又有兩方面：

(一) 爲純粹十九世紀初期之玄學法學派

(二) 爲十八世紀之自然法學與新盧騷派。

歷史派之哲學的思想本從玄學派而來，故其前期之思想可與玄學派並論。至其後期之歷史派，則以其已受分析派之影響，故另爲分別。

分析派之思想又可分爲三方面：

(一) 法國方面者。其法律觀自一八〇四年法典之後，完全爲立法的。卽其自然法學說之討論，亦不免於命令的意味。

(二) 英美方面者。其法律觀雖爲立法約，但頗有以立法之機關不僅限於立法院而亦在於法院之傾向。

(三) 德國方面者。其法律觀，多半屬於社會功利主義者。其發生之時期係在一八七〇與一八九〇年之間，蓋正在德意志帝國預備法典之際也。

茲依次分述之如下。

法律觀念之演進及其詮釋

1. 哲學法學派與歷史法學派

(一) 玄學法學派一方面者

此派可從康德 (Kant, 1724-1804) 起。康德之界說曰：

法律為條理之總體，率由之，則一個人之意志與其他個人之意志得互相調和而無違于自由之通則。

(Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 27) 1797

十九世紀之法學思想實自康德始。原康德所欲解決之問題，即為法律之於自由的關係為何如？換言之，即國家之所加於個人的制限與個人行為的自由如何纔得調和而不相牴牾。其解決之方法即在於法律的公平 (Legal Justice) 所謂法律的公平者，其意蓋謂人人有均等之機會而不受其他任何矯揉造作之牽礙耳。康德之意以為法律的主要宗旨即在於保障行為之完全自由，而以無礙於他人相同之權利為其範圍者也。

後來薩味尼 (Savigny) 本康德之意而為法律之定義曰：

人處於世，其與他同性理同命運之人相接觸，實為其環境中極重要之一點。在此種情形之中，欲使各人得自由之生存，互相發展，而不致阻礙，則必有無形之分界，俾各人之生存與活動有自由之機會而後可。其為之劃定此種分界以保其自由之機會者，則法律是也。(Savigny, *System der Heutigen Romischen Rechts*, I §, 52) 1840

chen Rechts, I §, 52) 1840

薩味尼之說，很足以表明歷史法學派之地位。歷史法學派以爲決定此種無形之分界，與表明此種分界之標識，莫不由於人類之經驗而來。又亞古拉 (Acollas) 曰：

法律者乃規條之全部所以規定社會制裁力之施用而防止侵犯人之自由者也 (Acollas, Introduction a L'etude du Droit, 2, 1885.

即此兩個定義，則康德影響之大，概可見矣。

薩味尼之定義，既無命令的意味亦無制定的色彩。即在哲學法學派，十八世紀則盛昌法典之議，至十九世紀因受歷史法學派之影響，亦失其法典之祈向。故在易材 (Thering, 1818—1892) 以前，無論哲學派或歷史派，命令的成因俱無何力量之可言也。

其他如克勞斯 (Krause) 之說：

由理性所規劃的羣體生活之條理，自其組織之全體言之，則爲法律。(Krause, Abriss des Systems der Philosophie des Rechtes, 209.) 1828.

亞倫司 (Ahrens) 之說：

爲求個人或社會利益之循序以達，自必有種種出於自願的行爲而後有之情事，而約束此種情事之規則或標準則爲法律。(Ahrens, Philosophische Einleitung,) 1871.

法律觀念之演進及其詮釋



其着意之點俱係在於人羣組織之原理，並無命令的意味。蓋爾時德國實無何重要之立法，其法幾全為習化的成因故也。餘如安次 (Arndts) 蒲爾次葛 (Pulszky) 沙姆 (Sohn) 等之說，亦莫不如此。

(二) 十八世紀之自然法學與新盧騷派一方面者

十九世紀哲學的法律界說雖多半為玄學的，但在美國則政論家傾向於自然法的界說，因美國之政治學說，獨立宣言，及其權利憲章俱為十八世紀之產物故也。除美國而外，純粹十八世紀之法學思想實甚寥寥，有之其唯蘇格蘭乎。

伍爾奢 (Woolsey) 曰：

人與人之間的行為規則，由於其權利與道德的欲求上，演繹而生者；簡言之，即為各人間法律的與道德的關係之表現而已。(Woolsey, International Law, § 3.) 1871.

於此可見伍氏之說前半實為純粹的自然法，而其後半則屬於歷史法學派。歷史法學派之影響蓋顯而易見者也。伍氏之用意實欲將此二者并為一式。所謂「各人間法律的與道德的關係之表現」固何由而然則曰由於經驗。此與歷史派之見解正復相同。

又如司密司 (Smith) 謂：

法律者為構成公理與直道之原理之總體，惟此原理，實以其合乎時地之宜，具有漸移默化之效，而為

吾人所承受者也。(Elements of Right and of the Law, § 23, 1887)

此其受歷史法學派之影響爲更著矣。其所謂承受者，非必由於立法也，其意當指由於歷史之演化耳。若此，則與歷史法學派何異？至其所承受之原理，則將以之爲公理與直道之原理，自不待言。故其爲說實欲將十八世紀之思想與十九世紀歷史法學派之看法打成一片也。

須知十八世紀之思想爲自然法之由於立法的認定，歷史法學派之思想則爲自然法之歷史的認定。換言之，前者由於理性的認定，而後者即由於經驗的認定。所謂經驗者即歷史演化中所與吾人之結果耳。

威爾遜 (W. Wilson) 謂：

國家之意旨以規定處於國權下之人民之行爲也。(The State, § 1415) 1898.

威氏之國家意旨，其猶盧騷所謂爲人民之總意旨，表現之於行爲者乎？照威氏之說，則凡英美法之習化的成因將亦由於國家之意旨矣。就表面說，此說固未可厚非，但進一層說，則殊不然。蓋法律之習化的成因實常由法律家與法學家之習慣的思理，而加之於立法者之上也，故雖曰有國家之意志，亦莫如之何。凡立法者欲創行一法，終不免受法律界習慣的思理之牽制耳。

又看安德流 (Andrew) 謂：

法律爲人民所同意之一規則，藉以規定人人之權利與義務者也。(American Law, § 72) 1900

法律觀念之演進及其詮釋

安氏之所謂「人民之同意」者蓋不過一「假定」而已。否則亦必用之於最廣泛之意義焉而後可。安氏之「同意」與奧斯丁（Austin）之「主權者之命令」實皆爲「假定」之一種。不過安氏着眼於教化與道德的根源而見之於「同意」，奧斯丁則着眼於更較實際的根源而推之於國家之強制力。此二人着眼之點雖異，但各求權威之來源則一。

奧本哈姆（Oppenheim）亦謂：

法律者一社會中之行爲所率由之規則之全體，而又以此社會之公意由外加的權力以實施之者也。（*International Law*, I § 5）1905

奧氏之定義蓋緣於國際公法而作者也。先是國際公法的法學上的思想皆出於自然法。其後，始代之以各國公認之說，以爲其現實的基礎。惟其「各國公認」之說，其爲「假定」之程度實無異於安得流「同意」之說耳。

### （二）後期歷史法學派一方面者

玄學派之影響，其在於初期歷史法學派的界說，前已言之。今舉晚近歷史法學派之界說如次：

李列騷（Brisaud）謂：

（法律）爲規定人在社會中諸種關係之規則的總體，——至少亦將爲社會加以裁制力之規則的

總體——而有社會的約束力以責人以必從者。(Manuel, D'histoire du Droit Français, )1898

茂克爾 (Merkel) 說：

(法律) 爲人民對於人民間之行儀，與對於社會本身之行儀及其 (社會) 活動之方式，之行爲規範，而由社會予以效力者也。(Holtzendorf, Encyklopadie der Rechts-Wissenschaft, Bd. 5) 1890

魏格麻 (Wigmore) 說：

(法律) 爲表示人之行爲關係之規則，但須有國家之力以躋於實現。(Cases on Torts, VI App, A.

§ 3) 1191,

觀此三說，則其受分析派之影響已可見其端緒，蓋命令的成因已漸形顯著也。試看薩味尼之定義，何曾有一點命令的指示乎？薩氏以爲法律的規則與語言的規則蓋無以異。兩者俱爲人之所發現，而不爲人所制作。其有爲效也，亦俱由人之實踐而後得，非出於國家實施之力也。

晚近歷史法學派之界說，其所再三致意者，則爲社會之強制力或國家的強制力。此其故不難見，如李列騷者，方其著法國法律史 (Manuel D'histoire du Droit Français) 一書時，正法國法學家多半從命令觀的立足點以立論也。觀於以下諸定義即可概見。茂開爾之說，亦在德國立法重興之後，亦即在德之法律思想已受易林之影響之後也。至於魏格麻雖早日亦持其分析法學派之說而傾向於歷史法學派者，但至今固猶爲美國

重要之分析派法學家。故其爲說之着重於國家之力，非偶然也。

2. 分析法學派

(一) 法國方面者

所以法國爲始者，蓋有二故：

(一) 因法國的法學思想在十八世紀時已早趨於命令觀，此實當時之政治思想有以使之然也。

(二) 法國在歐陸實爲第一個國家將全部法律悉歸納之於法典，故自一八〇四年以後，法國法學家之爲說，未有不爲命令觀者。其有不爲命令觀者，則至十九世紀之末始得見耳。

台馬龍李 (Demolombe) 說：

法律 (Loi) 者由國家權威所定之規則也。所謂權威者即依照國家之政制，而於全國有命令之權，或禁止之權，或認許之權也。故法律若就其本來真實之意義言之……則爲一原則，有國家之公權力爲之強制者也。申言之，即爲一規則，在政教上，有強行力者也。至若法之秩序 (Droit) 則爲其效果。即爲整個法律之體用耳。(Cours de Code Napoleon I. § 2) 1845

戴曼德 (Demante) 說：

法律 (Loi) 者……乃由執統治權者之意志，將欲指導人民之行爲，而所立之規則也。……法 (Dro-

It) 者……有時固可指爲法之規則之總體，但當從其施行之成效而言耳。(Cours Analytique de Code Civil, I §§ 1—2.) 1849

馬開待 (Marcade) 說：

何謂法 (Droit)？法者法律 (Lois) 之總體或爲其施行之效果也。人民雖處於此種法律之統馭之下，但亦自有遵守之，或侵犯之權力也。(Explication du Code Napoleon 5 ed. I, § 1.) 1859。

此三者之定義彷彿皆由奧斯丁而出者，其法律之界說，皆不外乎法令條例之總體。法令條例固具有命令的實質者也，法國在一八〇四年以後，其法律之情狀亦正如此。至十九世紀之末，法國法學界之思想乃有一大變革，蓋法國法中習化的成因，其作用之大，已爲彼等所洞見，而在法典之解釋與適用上，其作用更爲顯要也。自法國法典制定之後，其習化成因實久爲掩沒而不彰，至歷史派興起，纔得承認耳。

鮑特勒坎得納 (Baudry-Lacantinerie) 說：

法 (Droit) 也者，約束對於人之行爲之法則之集成也。且以外在的壓力，使法之遵循，既屬可行，且公平而有利。(precis de Droit Civil. 10 ed.; § 1) 1908

鮑氏之定義，其受晚近社會功利主義派與社會心理學派之影響，蓋顯而易見者。法律中有許多出之以命令者，往往不能見諸實行，其故何也？社會派法學家對於此問題研究甚力。此鮑氏之說，所以含有一公平而有利

「之意味也。其意若謂法之所以不能見諸實施而等於具文者，由於實施之則不「公平而有利。」是則不得謂爲法矣。故鮑氏以爲法之「公平而有利」的實施性，實爲法律所不可少者。

(二)英美方面者

當十九世紀時，德國之歷史法學派頗傾向於法律之命令觀，而英國之歷史法學派則否。此蓋由於十九世紀之德國，曾對於薩惟尼發生一種反動，而英美則對於奧斯丁發生一種反動耳。但因此兩種之結果，英德兩派且由分道揚鑣之地位而漸趨於一途。今將英美方面者分作三時期述之如次：

第一期 命令的學說正達於極點，而十八世紀之思想則已歸衰微。

當立法改良運動之發生也，邊沁 (Bentham 1748—1832) 在其所著之「立法原理」 (Principles of Morals, and Legislation 1879) 一書中有言曰：

法律者或爲命令或爲命令之取銷。

其後奧斯丁 (J. Austin, 1790—1859) 著書時 (1828—1832 以下) 正值立法改良運動已臻極盛之時，遂藉邊沁之說極力引伸，盡量發揮。奧氏先爲法律 (律) 之分析，以爲法者不過衆法律之和積而已。奧氏之學說當時靡然風從，而英國十八世紀之思想亦遂以終。但因其爲說之過於刻板與峻隘，故常與歷史派以掙擊之隙耳。

從前勃拉克司頓已早說過：

法律爲行爲之法則，由在上者規定之而人民不得不遵循之者。

勃氏又說：

法律爲在上者所命定之行爲之法則。

但勃氏持自然法之說者也，故其書中有不少自然法之議論，若不自知其矛盾也者。奧斯丁有鑒于此，曾一指出之。顧在當時，立法的改良運動正稱盛一時，奧斯丁目擊實際情勢，遂不得不有所擇，而傾向於命令觀之說矣。奧氏之法律界說，可用霍蘭特 (Holland) 對於奧氏界說之簡述，因較爲明晰也。其說曰：

現行法 (Positive Law) 乃爲執政權者 (Political Superior) 對於被此政權之統治者 (Political Inferior) 所設施之規則之總和。

由奧氏之說，則法律必有待於國家，蓋法律既爲命令，則命令必當有所自出。申言之，則法律者實由於國家政治之威權而立，非因其本身固有何質力耳。奧氏之說，若就法之形式，由命令的成因以表現時，固未可厚非但其爲說之缺點，則有：

(一)奧氏之說不能適用於古代之法律。然此尚不足爲病，蓋奧氏本不欲以其說，應用之於初民社會也。其所欲指說者則爲文物制度燦然畢具之社會中所有之法律，斯其法律已足稱爲一有造詣之科學。

法律觀念之演進及其詮釋



(二)奧氏之說必得所謂「推定之命令」者以爲補充而後可，否則卽無以解釋成長法系中習化的與習慣的成因也。雖然有爲奧氏說者，則曰，美國有三十五洲，其不成文法之行也，皆以明令。是可知習化的與習慣的法律之成因，其行也，亦必有待于命令或推定的命令矣。

(三)奧氏之說，其最中心之觀念，則爲一切法則必須由執政權者所規定之一點。按此實有未盡然者，當知一國之意志，不見得常以命令的方式表現之，其實則往往無所表現，既不規定，亦不禁止。有時則國家雖已有法令之宣示，而國中舊有習慣且依然存續如故也。

奧氏之說，既有此三種缺點，故不久卽爲歷史法學派所摒棄。  
第二期：

因受歷史法學派之影響，故實施 (Enforceability) 之點遠較制定之點爲重。故霍蘭特曰：

(法律) 爲外部行爲之一般法，則爲一國最高之政治權力所實施者。 (Holland Jurisprudence

Chap. 3) 1880

安遜曰：

行爲之法則，爲國家所命定而必期實施者也，爲求其實施，故國家須用一致之約束力。 (Anson, Law and Custom of the Constitution 1, 8) 1886.

葛勒克說：

法則之大全，間接或直接為國家最高權限所處理，或以之規定此最高權本身之組織與作用，二者最後之強制力俱基於大多數國人之不准許一點上。（國人之不准許一點，全為歷史派口氣）(Clark, *Practical Jurisprudence*, 172) 1883

第三期：

此期之法律定義乃以法院之所承認所實施者為主要，而不以國家最高主權之所制定與實施者為中心矣。如薩爾蒙 (Salmond) 曰：

法律者法院所認可與執行之法則也。(Jurisprudence §. 5.) 1902

此其定義頗與初民時期之法律相合，蓋當國家尚未成立為社會裁判力中最主要之機關時，法律之為物僅限於法院之所認可者而已。其後國家強立。始由國家出而實施之。此義即語之于現今國際法亦無不可。此法雖為各國所認可，但尚無以實施之也。

戴雪 (Dicey) 曰：

一國之法實存於一切原理，法則，或格言。凡此皆由其國之法院為之實施。而有國家之權威為其後盾者也。(Dicey, *Private International Law, as a Branch of Law of England*, 6 Law Quart. Rev.

法律觀念之演進及其詮釋

3) 1830

葛雷 (Gray) 曰：

一國之法律即其國之法院所率循之法則以聽訟折獄者是故其國之人務期於守法自律；其所以與他種行為之規則不同而成其為法律者，即在於法院為之實施而已。(Gray, Definitions And Questions in Jurisprudence, 6 H. L. R. 24) 1892

就上所列者觀之，可見第三期之定義無不置重於法院實施之一點。此種現象，若不在英美法系之下，當無由見之。蓋英美係依據例案為判，依例案以為判，則法院於法律之制作上，自易成爲一重要之機關也。所以英美之治法學者曰，法則之所以為法律者，以法院實施之也；但大陸之治法學者則曰，法院之所以實施之者，以其為法律故也。有此區別，斯二者思想之方式及其所習用之技術亦各有所異焉。不過吾人所宜注意者，凡此種種理論，要不過為一法學家對於其所經心之特殊現象有所說明而已，然往往為一普遍的說法，欲以統括法之全體大用。夫以一端之說，而欲概及其全，此實古今法學家最大之通病也。

(二) 德國方面者

此方面可從易林 (Theriac) 起。易林曰：

(法律) 為一國中所實行之一切有約束力之法則之總彙。(Der Zweik in Recht, 1, 320) 1877

賴森 (Lasson) 曰：

法律之觀念最初起於法則之具有威力者。凡無此威力為之後盾者舉不得謂為法律。(Supplem der Rechtsphilosophie. 207) 1882

開萊 (Gareis) 曰：

法律者即個人與個人及社會與社會之在外的關係上，對於彼此間和平之紀序 (Friedens ordnung) 也。此種紀序，蓋由於命令與禁止之樹立而後得之者。(Encyklopadie der Rechtswissenschaft, § 5.) 1887

柯婁 (Kohler) 曰：

法律秩序 (Legal Order) 者由人生諸種關係之維繫上所生之一種調和也。此諸種關係皆係社會的，蓋由於人之社會性也。(Einführung in die Rechtswissenschaft, §1) 1902

培爾蔡夷茂 (Berolzheimer) 曰：

在文明社會中，法律之為物，實為社會之紀序，而以自治之政制為基礎者也。(System der Rechts u. nd Wirtschafts-Philosophie. III, §. 17) 1906.

觀以上諸說，其所以如此置重於命令之成因者，抑又何故？蓋以當時德國法律之發展，正移向於立法一方

法律觀念之演進及其詮釋

面耳。德國之法典委員會成立於一八七三年，而法典直至一九〇〇年方得實施。德國自薩維尼以後，平亭（Binding）易林以前，其定義未嘗含有命令的成因，蓋平亭與易林二氏實爲此運動之前驅也。易林之溝通哲學的與分析的觀念，正與薩維尼之調和哲學的與歷史的觀念相同。

一九〇〇年以後之德國情形，與一八〇四年以後之法國，極相彷彿。因其法學家每多偏於命令觀以爲思想，故其定義幾無一不以命令的成因爲特重。若與以前德國哲學派的或歷史派的定義相較，則迥乎有異，而德國法律觀念之改革，於此已大可見矣。

（f）二十世紀初葉

十九世紀之法律，若以奧斯丁之語來講，可稱之爲成長法律之時期。此時期最重要之信條有二：曰平等，曰安全。平等的觀念復有兩重的意思，即個人意志的平等與法律適用的平等；而安全的觀念亦復有兩重的意思，即法律行爲的安全與產權取得的安全。換言之，即十九世紀之歐美法律，完全以保障契約的自由與維護產權的安全爲其主要之使命。故對於法律之觀念，無論其爲哲學派的，或歷史派的，其哲學思想上的見解，要不出乎各個人間意志之協調，或各個人間自由之限界；而分析派則又不問所以，只以法律之強制與實施爲尙，故其必然之趨勢，則爲個人之自由發展及其行爲與取得之安全而已。

但至前世紀末葉，法律的方向與目的，因迫於政治的，經濟的與社會的情勢，卻不得不有所轉變矣。這一轉

變，便形成最近三十年來法律之社會化的時期。舉凡契約自由權的限制，財產使用權的限制，財產處分權的限制，以及無過失而負責任之社會立法等等，莫非爲這時期中不可倖免的表現。故易林早於一八九一年有言曰：

從前財產權的價格較高，人的價格較低，現在則財產權的價格較低，而人的價格較高了。

這個社會化思想的根據，最要者有兩點：（一）爲法律所要保障的利益，已有重新的認識與估量，（二）爲個人利益不能高於社會利益的承認，以謂個人利益之所以有意義，蓋以社會的利益亦即寓於其中故也。故這三十餘年來，各國法律的重心與趨向，俱漸漸由個人的利益而注重於社會的利益。今日社會法學（Socio-logical Jurisprudence）之所以方興未艾，亦即由於這一方面法律思想之活動耳。我國新民法之編纂，適逢其會，故其受社會法學之思想，亦非淺少。

柯里（Kohler）者本世紀社會哲學派之領袖也，鑒於已往之種種定義，雖對於「何謂法律？」之一問題而發，實則不過將當時當地之法律加以一種說明而已，故進一步而爲法律秩序（Legal Order）之說。法律秩序者，法律所期之效果也。柯氏蓋欲使吾人從法律之隅見而進於周徧的法律秩序之觀念耳。此層對於法學思想之進步甚關重要，吾人須知法律自身本爲一種機具，而非目的。今日吾人最當注重者則爲法律之目的，究取何道爲易達？吾人研究法律當視其目的之爲何，其效果之爲何，決不當再蹈往前法學之覆轍而囿於法律之本身已也。

### 結論

由上文所述，吾人似可於此作一簡賅的結論，即法律的觀念非單純不可變者。從其歷史上之演進看來，大有衆說紛紜，莫可完詰之概。然約而言之，則可分屬於兩個方面：即（一）以命令的成因爲其根據者，（二）以習化的成因爲其基礎者。以命令爲根據，故着眼於國家之制定與強制之權力；以習化爲基礎，故置意於習俗與情之潛化力與正義公平之所所向。前者表現法律之靜態；後者表現法律之動相。靜態所以求其定；動相所以達其變。二者又各交互影響，迭相軒輊，以躋於「法律秩序」之境界。雖各時代各學派所持之學說及其所表示之觀念，同異畢現，趨舍殊途，然其方法與目的無非欲求此二者之調劑而已。

### 主要參考書

#### （一）習化的成因

- Maine, *Ancient Law*, Chapters 1, 2, 3, and Sir Frederick Pallock's *Notes*.  
 Coulanges, *Ancient City*, book 3, Chap. 11.  
 Clark, *Practical Jurisprudence*, 273-339; 235-244.  
 Muirhead, *Historical Introduction to the private Law of Rome*, § 50, 61-64.  
 Holdsworth, *History of English Law*, II, 405-431.  
 Austin, *Jurisprudence*, 3 ed., 629-631; 1023-1036; 653-659.

Blackstone, Commentaries, II, 340-363; 360-363.

Sohn's Institutes of Roman Law (Ledlie's Translation, 2nd ed.) § 15-17; § 18-21.

Pound, Spurious Interpretation, 7 Columbia Law Review, 379.

Gray, the Nature and Sources of Law, § 551-597,

(2) 健全法因

Korkov, General Theory of Law, (Hastings' Translation in English), § 54

Salmond, Jurisprudence, § 50-54.

Maine, Early History of Institutions (Am. ed.) 386-393; 398-400.

Clark, Practical Jurisprudence, 202-213.

Maine, Village Communities (Am. ed.) 75, 116.

Lenks, Law and Politics in the Middle Ages, 7-13; 18-21.

Dacey, Law and Opinion in England, 45 ff., 48-61; 393-369; 369-392, 396.

Pulszky, Theory of Law and Civil Society § 245.

Pound, Common Law and Legislation, 21 Harv. Law Rev. 383.

(3) 歐美的法律觀念及社會法學派

Berolzheimer, System der Rechts-und Wirtschaft's Philosophie, (World Legal Philosophy Series)



Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechts geschichte, (In Holtzendorff, Enzyklopadie der Rechtswissenschaft, 7 ed., Vol. 1.) § § 13-16:33-34; 51.

Ehrlich, Grundlinien der Soziologie des Rechts, Chap. 9, 10.

Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 25 Harv. Law Rev 140, 489.

Pound, Interpretation of Legal History, Lect. 7, (An Engineering Interpretation) 141.

Pound, Theories of Law, 22 Yale Law Journal, 114.

吳經熊，關於現今法學的幾個觀察，東方雜誌三十週紀念號，一九三四，一月。

# 法律社會化論

鄭保華

## 第一章 緒言

二十世紀之社會，乃一社會主義之社會也。英有基爾特社會主義（Guild Socialism），法有工團主義（Syndicalism），德有社會民主主義（Social Democracy），俄有共產主義（Communism），吾國則有三民主義中之民生主義，即其他各國亦莫不受社會主義重大之影響。法律為社會生活中人類行為不可破的規範，為社會科學之一，由社會關係產出，其應隨社會演進而演進，實屬明甚，故法律之社會化（Socialisation of Law）近世各國已逐漸見諸施行。我國國民政府成立，所立法典，亦多以社會為依歸，實一極佳之現象也，尚希今後能再接再厲，努力進行，使其完全實現，則今日法律社會化之萌蘖，即他日國治民安之先導，貧富階級，不難因此無形消除，赤化共產，又何足以禍中國乎？

## 第二章 法律本位之演進

法律本位者，乃法律之中心觀念或其立腳點也。社會改革，法律亦隨之改革；社會進化，法律亦隨之進化，社會由遊獵時代，畜牧時代，農業時代，進而至今世之工業時代，法律之本位自亦不得不隨之變遷，然則法律本位之演進，究為何若擇其要者，可分三期。

一 法律以義務爲本位

上古時代，人民欲禦強敵，必賴團結，而團結之要件，尤須犧牲小己，爲全體謀幸福，不得不事事服從，於是義務觀念出矣。及至宗教發達，國家產生，一般人民之服從義務，更形確定，義務本位，形成法律之中心觀念，苟有不

二 法律以權利爲本位

自盧梭出，倡天賦人權之說，於是自由解放聲浪，高唱入雲，美利堅獨立於先，法蘭西大革命於後，人權既尊，法律以義務爲本位，於以動搖，權利本位之而興。故十九世紀各國對於法律規定之原則，根本建築於個人主義（Individualism）法律思想之上，故處處表示對於私人權利之絕對的尊重。以言財產，則尊重個人所有權之原則與繼承權之原則；以言契約，則尊重個人意思自治之原則，即契約自由之原則；以言賠償損害之責任，則尊重自己責任，採過失責任之原則，此卽世所號稱個人主義民法上之三大原則。是此三大原則之產生，淵源於法國革命之人權宣言中的自然則，隨個人主義的思想而發達，迨至十九世紀，遂風靡一時，各國法典，莫不繼承此種思潮，浸染其尊重個人權利的色彩。故當時學者，甚且有執法律與權利同時存在之說，以法律爲規定權利之工具，以法律學爲權利之學，法律爲客觀的權利（Objective Right），以權利爲主觀的法律（Subject Law）者，亦有唱權利先存，法律爲擁護或制限既存權利之說者，蓋不知權利爲法治之產物，故其學說，遂與社會進

化史，及法律發達史上之事實相反。此時期之法律，爲權利本位之時期。

### 三 法律以社會爲本位

物極必反，理所固然；利之所在，弊亦隨之。自由主義之法律思想原理，雖然打破人類封鎖的封建階級制度，而保障個人之財產與活動之自由，結局徒促近世資本主義經濟組織之發達。大多數經濟之弱者平民階級，不但不能得社會生活之保障，反徒供資本公司之宰割與犧牲。至於今日，遂使市民階級之資本公司，與無產階級之勞動者，形成對壘之現象。平民生活，水熱火深；階級鬥爭，風起雲湧。嘗考社會病狀，其原因雖甚複雜，然個人主義之法律思想，實爲保障資本主義私有財產之鎖匙，故欲導大多數人類同遊於平等自由之樂園，非根本推翻此個人主義之法律而創造建築於團體本位——社會本位思想之法律不可。輒近數年，世變日劇，此個人主義中心之法律，既隨社會潮流呈根本之破綻，難怪法律之社會化遂一倡百和，起而代之。前途希望，實無限量。何謂法律之社會化？此種定義，末學如余，未敢驟下斷語，要之，法律社會化乃先廢除個人本位階級本位或權利本位之法律，代以社會本位之法律，必爲其重大之目的；其他如去法律與社會間之隔閡，與人民打成一片，使法律智識普及於社會全體，如法典中之用語，須求易於明瞭，裁判上之制度，務期易於實行，選舉權必須普及，陪審制必須實施，法律講習會務求其多，通俗法律書，力謀其賤等等，乃其附庸而已。近世法律社會化，多以社會連帶主義（Socialism）爲其基礎，信此主義者，謂今之社會實多數人之融合體。即人人相與，有密切互助不可分離之關係。

在一社會之中，各個人相互影響，一動全動，一變全變，故社會與社會各個分子，皆有密切之關係，幾乎互相聯合（Solidarity）者也。探此主義而立法，遂以公共利益爲重，而以個人利益爲輕，根據着社會連帶關係而立法，不再重各個人間相對待之關係，主張人類共同生活上所需要之重大原因，計有兩種：一種是各個之需要，無不從同；一種是各個之需要雖則從同，却也有不同存之在，且各人之才能，亦多互異。有此兩種原因，人類方因互助及滿足各人慾望起見，經營共同生活。此種共同生活之中，卽具有分工作用，凡在社會上參加共同生活之分子，各自皆須對社會盡一種分工之責。彼等所任之責任，苟有社會之價值，方爲法律保護之標的。法律社會化既受社會主義之影響而產生，一反昔日個人本位與自由主義之面目，以社會生活之利益之保護與促進爲前提，是則連帶主義，乃澈底的使社會與個人調和均衡，共同協作，關於權利之內容與分配，大加變更，既不失現行組織基礎之自由制度之所長，並匡正資本主義之不平等等與個人分離之弊害，誠爲合理之改造原理也。

### 第三章 世界各國法律之社會化

法律既由義務本位，權利本位進而至於社會本位，則昔日之法律，自多不合於現代之趨勢，世界各國法律之社會化，與個人主義時代法律不同之處，據美社會法學派鼻祖磅特 Pound 教授主張，謂有七特點可舉，今順序加以述說：

（一）所有權使用之限制 所謂個人財產絕對不可侵犯之原則，卽允許個人自由，使用，處分，收益，一種絕

對的，排他的，恆久的個人私有財產權之制度，已不適於二十世紀之社會，蓋此種制度，本為資本主義下之產物，徒使富者愈富，貧者愈貧，故近日世界各國法律對於所有權之使用，多定有制限，非可隨意絕對行使也。攷羅馬法時代，亦認所有權自由無限制之原則；至日耳曼時代對所有權之觀念，方略帶社會化色彩，其所有權之拘束，與所有權之共同之思想，從始即有甚強之支配力。德國自十四世紀至十六世紀，頻頻繼受羅馬法，且貨幣經濟，逐漸發達，自由無限制之所有權，大受一般人之歡迎，而日耳曼固有的所謂「團體的，社會的，限制的所有權」之觀念，逐漸呈荒烟潛影之狀態。羅馬法上所有權之觀念，至於近世，發達已達於絕頂。先是因十八世紀個人主義思想之勃興，合於一時代之要求，結果為一般人所歡迎，遂至影響於經濟制度法律制度之上，一七八九年法國人權宣言所發表「所有權神聖不可侵犯」之原則，更深入人心，復與十九世紀經濟的自由主義結成，遂至築成互古未有之偉大資本主義法制之城壘，吾人觀於第十九世紀之私法制度，實無處不表現所有權自由之精神。土地之權利上至天空，下至地心，*Cujus Est Solum Ejus Est Usque ad Coelum* 遂造成羅馬法以來之通說，然私權之設立，雖為保護個人之利益，但同時亦不應忽視社會之利益。狄驥一派謂權利為具有社會之性質之利益，常以社會之義務為其基本；近世社會法學派謂「一切權利皆為社會權」，皆足以示其意義。私權既為「社會權」，既須「常以社會之義務為其基本」，則其行使與否，不能純然委於個人之自由，而須依社會之利益為準據，加以相當之制限，實無容疑。關於所有權之使用之限制，約可分為兩部：

1. 權利久不行使之限制，例如土地所有人任其土地荒蕪，而不加墾植，此種作為，乃反社會之行為，法律於必要時，得加以干涉，強制其行使。他如工業所有權，鑛業權，狩獵權，發明權，及殖民地中之土地開墾權等，若過一定期間而不行使，則作為經已喪失，此乃間接強制行使之方法，近世文明國家之立法，多行之者。

2. 濫用權利之限制 德國一九一九年之新憲法第一五三條第三項曾明白規定曰：「所有權包含義務，其行使要同時顧及公共之利益，」則苟濫用權利，不顧及公共利益，即在禁止之列。其規定意志，對於所有權，完全以社會化為主。又該國民法第二二六條有「行使權利，不得以加害他人為唯一目的」之規定，瑞士民法第二條亦有「濫用權利，不得受法律保護」之規定，至於行使權利，與社會經濟抵觸時，即不受法律之保護，更為歐戰後蘇俄新民法開宗明義之第一條，又如法國最發達的「權利濫用之法理」對於所有權之使用，亦受一大限制，例如相鄰者間關係之詳細規則，都市計劃法之制定，均為私人所有物使用權受限制之事實。要之私權，雖當受法律保護，而與公共秩序，善良風俗相背馳者，固宜排除於其範圍之外也。權利濫用之禁止，實所以打破權利神聖之理論，救濟分配不均之弊，主張人與其同類營共同生活，應以社會之連帶倫理為依歸。所謂社會之連帶倫理者，即為人為社會生活而存在，故應以社會分子自居，而於此範圍內，互相維繫，以求多福。蓋具有權利者，不獨我一人，凡我同類固皆有之，我之行使權利，如使他人感受惡果，則他人行使權利，其影響亦可波及於我，是將使社會生活歸於破滅也。且權利一語，其發生滋長，雖自個人私有其利益，然至最近，漸知權利義務，實成爲

一事，而分正負兩面，此德國憲法之所以有明白規定也。觀此可知最近學說及立法例已認行使權利，為社會生活之一種義務，應以不害公共福利為所嚮之鵠，此為各國法律社會化之一。

(二)契約自由之限制 吾人與何人締結契約，全依一己之自由意思，締結如何之契約，亦依當事人間相互之任意協定，苟當事人於某種之約束，雖拒絕國家之援助，以無何等特別之事由為限，國家亦應認其法律上之效力，而不予干涉之，是謂契約自由之原則；此原則為私法自治之重要部分，自法之大革命以來，隨個人主義之思潮日漸穩固，拿破崙法典即其結晶也。其次如英美之法學界，亦顯受此法學思想之影響，美國且以聯邦憲法保障之，然契約自由之原則，必也當事人雙方之實力平均，始得成立，故僅一方之自由，非此原則之本旨。苟在雙方實力不相當之當事者間，表面上雖然立於自由契約名稱之下，實際則等於唯命是從——如近代之資本主與勞動者間所締結之勞動契約——以及地主與租賃人間所締結之耕作地租賃契約，此種契約雖有契約自由之名，而無契約自由之實，國家立法，苟不設法定相當之限制，則其流弊，自有不堪設想者，故自二十世紀以來，此種限制契約自由之法律，遂隨社會潮流而發生，撮其大要，約可分為積極與消極二方面。主張由「個人契約」之觀念移於「集合契約」之觀念，如伊利所謂契約為社會公共福利而存在，以期根本改造契約之主體者，是為積極說之代表。主張減少個人意思合致之部分，而擴充內容適法之部分，以期改正契約內容之本質，否則不認其有效，是為消極說，今分述於下：



1. 積極說 以集合契約代替個人契約，爲保護一般家無隔宿之糧之貧苦勞動者必要之步驟，蓋苟依個人契約之原則，凡基於勞資雙方之合意，即訂立每日工作十四小時，祇得工資一元之契約，亦可成立，然此種契約，名爲勞動者之同意，實由饑寒交迫，迫而出此，資本家以些許之金錢，使勞動者供牛馬之驅策，則其契約是否良好，國家應否容認此種契約之存在，固無待著龜矣。勞動集合契約之發生爲個人契約之反動，即雇主與勞動者間訂立契約，應各結團體，互派代表爲之。則勞動者一方面，存則與存，去則俱去，人數既增，勢力自強，與資本家折衝談判，似易得較公平之結果，此現在各國勞動新立法所以使勞動集合契約佔據最重要之部份，不讓孤立之工人站於雇主之對方，在自由和同意等名詞之下，成立一種危害工人健康和減少工作能力之契約。使勞資間契約上之利害問題成爲社會利害問題，此集合契約之效用也。其他如國家認許農民團體，農會，消費團體等所訂之集合契約亦屬之。

2. 消極說 個人主義之自由契約，其契約之成立，概以個人意思之合致爲前提。雙方意思表示不合致者，固屬無效，即虛偽，詐欺，脅迫或真意保留等，舉凡非當事人之真正意思表示，或表示而有瑕疵者，法律均不使之完全發生效力。巨民法全篇，處處皆以尊重當事人之意旨爲出發點。而所謂必須適法之內容，不過寥寥數條，以致當事人間，雖十分合致，而契約之不合法者，則所在恆有。在今日集合契約之潮流之下，處處均以減少個人意思之橫暴爲依歸。故契約雖合於當事人之意思，如內容不適法，則仍不能使之發生效力。內容是否適法，即當視

其是否反於強行法規及反於公共秩序，善良風俗也。

(A) 不得反於強行法規之契約，如高利貸借，即違反強行法規者也。蓋人當財政困難之時，即失去自由訂結契約之能力，饑不擇食，自不顧利息之高下，國家乃規定，凡借款之利率，有高出於法律之限度者，其契約為無效，亦以社會之立場出而保護弱者之道也。此外如耕作地租賃契約，電燈，自來水等之供給契約，房屋賃貸契約，鐵路，船舶，電車之運送契約，郵政，電報，電話之利用契約，以及水災，生命及其他各國保險之契約等等，最近學者多稱之曰附從契約，名雖契約，實則企業家所預定，利用者除承諾其所定之外，殆不與以何等之自由，諸如此種企業，且多立於獨占關係上，其結果，利用者於契約自由之美名下，須苦受獨占企業家之苛求，為抑止此種之不平，應有以社會環境，地方經濟狀況作為表準之社會化之法律，對於企業家所決定之約款，加以干涉，此今世各國之所以有工場法，保險業法，地方鐵路法等之制定也。此等法規，多屬強行法規，有違反之者，其契約為無效；蓋國家於此等關係，如一依契約自由之原則，而不加限制，則契約當事人間，自由平等之交易，終莫由而成立矣。

(B) 不得反於善俗公序 所謂反於善俗公序者，抽象言之，即反於社會之理想及反於社會之公共之利益是。具體言之，例如甲以殺人之目的向乙借刀，或甲以營娼妓業之目的，向乙賃借房屋等之類皆是。此種場合，若在個人自由契約原則下，祇須甲乙雙方之意思表示合致，其契約即屬有效。而予以法律之保護，其結果適以助長社會不正之風，而損國家裁判之威信，殊非所宜。故應使其根本無效。以上所述，均為契約自由之限制，是為

法律社會化之二。

(三)財產處分之限制 近代財產之新觀念，既以羣體之利益為基礎，個人不再為法律保護之標的，法律保護之標的，在於羣體，故私有權雖仍存在，然已漸次喪失「所有權者之權利」之性質，而僅容「財之所持者之社會之機能」之存在，存私權之虛名，而課持主一種社會義務之責任，財產處分權之限制，亦即為其表現之一種，關於此點，滂特教授曾舉四例以明之：

(A) 雖為夫完全所有之產業，但當其所有權轉讓他人時，必須有其妻之同意和加入。

(B) 子女不得隨意耗費遺產義莊之款，彼等祇能取用其收益。

(C) 夫對於家具之質入，須得其妻之同意。

(D) 夫之工資轉讓他人時，亦必須得其妻之承諾。

亞美利亞之阿盧州，勞動者除家具之質入，須得妻之同意外，即以貸銀請求權讓渡於高利貸，亦必須有其妻之參加，凡此種種，皆所有權處分效力衰弱之明徵，一所以保護交易之安全，二更謀家庭之幸福，間接亦所以求社會之安甯也，是為法律社會化之三。

(四)債主和受傷害者請求完全償還或損害賠償等權利之限制 羅馬法上有 *Cassio Bonorum* 之規定，其意為苟債務人之財產不足清償債務時，以其全部財產移讓與債權人，使債權人得有益時，則其債務

以移讓財產之價值爲限，消滅其一部份，且可因此免除牢獄之苦，此和近世自動宣告破產，頗相類似。又有 *Beneficium Competentiae* 之規定，其意謂破產債務人將其財產轉讓與債權人以消滅其債務時，苟其所轉移之財產，依債務人之身分，爲其維持生活所必需，得留置之，而不轉讓。依論理而論，債務人既負債務，自須一一償還，法律上雖規定必須轉讓其全部財產，以致不能維持其生活時，亦不足惜；但依實際情形而論，則因民事上區區不能清償之故，而結果使債務人有生命之虞，立法未免太酷。故自 *Beneficium Competentiae* 行，*Cicero Bonorum* 卽不得不失其效力，此亦因實際應用之故，而犧牲論理之結果也。在十九世紀個人主義盛行之時，法律之規定，多喜合於論理而忽實際，如父子間，子雖有扶養其父之義務，苟父曾欠其子款項，必須先行償還，待其父不能生活時，再由子扶養之。又當時立法崇尚法律之一元論，以爲法律宇宙中之一切現象，有其唯一之本源，可以一原則而說明之，自在十七八世紀自然法派以人性爲法律之唯一本源，以至十九世紀分析法學派以國家無上尊權爲法律之唯一本源；歷史學派以民族之靈魂爲法律唯一本源；法律史觀者以經濟爲法律之唯一本源，因此法律之規定，祇重其所認定之唯一本源，而忽略其他部分，遂致法律不合於社會化，不公平之規定，層見疊出，且其時法律與道德各有疆界，不相混淆，父負子債，子得起訴，父子成訟，法庭知見，一旦反目成仇，數十年養育之恩，化爲烏有，此種悖理之事，一般人民尙以合法目之，而恬不爲怪，以上三趨勢爲十九世紀所有之特點，至二十世紀，法律思想，遂一反其昔日之面目，爲求實際便利起見，甯犧牲論理之結論，法律之本源，亦

認爲多元，法律進化之原因，除經濟生活外，其他如倫理，論理，心理，時代，環境，在法律進化程序上，皆有多少影響發生，故今日之法律與社會倫理溶而爲一，如債務人因還清債務而不能生存時，得減少其還債額，以維持其生命，亦理有固然，勢所必至也。至於請求損害賠償，亦須衡以對方之經濟狀況，及傷害情形，而定其賠償額，更非可以隨意要求滿足一己之慾望也。

(五)無過失責任之承認 羅馬法上有一最大原則曰，「無過失不負損害賠償之責任」，近世各國法律，亦多採此主義之原則，但今日工廠勃興，大企業亦愈形發達，各種團體相互間，或企業團體與個人間所發生之損害責任問題，已非祇賴過失，或錯誤作爲負責之基礎爲已足，必須有一意外危險之保障問題，以善其後，故個人主義制度下關於損害賠償責任之觀念，遂不得不稍稍動搖，無過失不負損害賠償之責任，雖爲一般學者之通說，亦有其例外矣。蓋在大企業或工廠中，無論如何有綿密周到之注意，對於職工及第三者所生之危險，不但不能免除，而且有漸次激增之傾向，如工廠中汽管之破裂，鑛山內煤氣之傷人，在企業雇主方面，固無絲毫過失，然根據無過失即不負損害賠償責任之原則，使多數貧苦職工橫罹慘害而不得絲毫補償，揆之法理，豈得謂平其他如因交通便利之故，火車，電車，汽車，飛行機等動輒傷人；又如動力之利用，蒸氣，電氣，水力等亦易受害，取用者常爲富有之人，而傷害者多爲貧苦子弟，雖無過失，法理亦應使其負相當之損害賠償責任，俾合公道。又有因社會組織及法律制度之複雜之故，亦足引起無過失之責任，例如法人之責任，對於使用人之行爲責任，無能力

者之責任，對於假扣押，假處分責任，國家及其他公法人之責任均屬之。關於無過失責任或名結果責任之根據，有採取原因主義者；有採取公平主義者；有採取中間主義者，學說繁蕪，不勝縷舉，要之，無過失須負責任，各國立法，雖未達到完全解決之域，然際此工業化之世界，因其所經營之事業，性質上本含有危險，則從危險中發生之損害，當然須令企業家或資本家負擔，此種原則，已成人類一致之要求，最初法蘭西判例，早有此種解釋，至大戰以後，德俄新定法規，益使此社會化之色彩，更形顯著，如一九二三年一月一日所實施之蘇俄民法法典第四〇三條規定曰，「加損害於他人之人格或財產者，負賠償損害之義務。加害者以損害不得豫防而有與以加害之權限爲已足，或損害能立證因被害者之故意，或過失時，加害者得免義務。」又第四〇四條規定曰，「一個人和個人之企業或職務，對於關係之人帶有危險性質者，如果不能證明因爲不可抵抗或被害人故意或過失，皆須由本身所附帶危險性質所發生之損害負賠償責任。」觀此種規定，可知除（一）不能預防（二）有權爲此種損害（三）被害人故意或過失之三種原因外，其他加害人雖無過失，亦須負損害賠償之責。即依上述例外原因，加害人雖可不負損害賠償之責，裁判所仍得參酌雙方財產情形，使加害人負擔對於被害人之賠償義務（第四〇六條參照），均爲基於衡平觀念而承認賠償責任之旨趣。其他關於賠償額數，亦有相當之規定。此外如一九二八年十月間提出於匈牙利會議之匈牙利民法草案，亦有同樣之規定，此爲各國法律社會化之五。

(六)公用物 *Res Communis* 及無主物 *Res Nullius* 之轉化爲公有物 *Res Publicae* 依羅馬法

之規定，如流水，海洋等物爲共用物，非個人所得私有而爲萬人所共用，尚有所謂無主物者，例如野生之鳥獸等，則可適用發見，先占之規定，而取得其所有權，但此種物權，因社會利益比個人權利日增重要，故已視爲國家所有而成爲社會財產矣。森林法上亦有規定森林爲公有物者，凡此皆因利用自然產物時重視社會福利之故也。其他如鐵道，鑛山，郵電，烟草，燐寸之製造等，凡需巨大資本之各工商業，則概歸國家省市經營之，而個人之所有權，則概制限之，列舉之，亦所以抑制富豪之橫暴與兼併，而增加多數國民之福祉，意至善也，此爲各國法律社會化之六。

(七)家長權之行使不得違反社會之利益 近日立法與判例，關於家長對家屬部分之法律，均見變更。公歷一八九九年七月一日，美國伊利諾省議會通過一種空前之法律，名曰兒童法庭律 *The Juvenile Court Law*，同時在芝加哥城，設一兒童法庭，直至今日，英，法，比，匈，奧，德各國亦均先後有兒童法庭之設立，視兒童之福利，爲社會之福利，國家愛護兒童，一似父母之待子女，委託兒童法庭代爲教養。蓋近日家庭日趨腐化，兒童之犯罪，多由其不良家庭造成之，非環境惡劣，耳濡目染，即鮮受教育，致被利誘，社會對於兒童直接責任之自覺，遂不可省，故兒童法庭，非惟管轄犯罪之兒童，抑且兒童之身體與財產之保護種種問題，亦多劃歸其職權之內，家長不能再視兒童爲其私有而可隨意非刑督教，或竟完全放棄父母應有之責任矣。須知今日之兒童，苟能使之受佳良之教育，不難成將來國家之棟梁，尤豈可忽視之哉？此爲法律社會化之七。

吳經熊博士更由滂特教授法律社會化七特點之外，復加一特點，今備述之，作爲第八特點焉：

(八)雖無扶養某人之義務，但在某種情形之下，法律強制其扶養，瑞士民法第三二八條規定曰：「每人均須對其直系親屬或直系卑屬，兄弟姊妹負扶養之義務，苟無此種扶助，彼等即將陷於窮乏時。」此因惻隱之心，人皆有之，見路人有危，尙多拔刀相助，况親如家人父子，豈能坐視其奄奄待斃而不一援手乎？苟竟有此等殘忍之人，則其社會目光攷察之，必須有法律以強制其扶養，方可稱爲公平而合理，故此實可謂法律社會化之八。

以上所述，均爲各國現行法社會化之特點，與昔日個人主義之法律迥不相同。然所舉者，仍指其較重要者言之，此外瑣碎細煩之點正多，或與上述各點有連帶之關係，或有獨立之性質，今略述之，以窺一斑：

(一)土地問題 土地既成私有，漸至貧富懸殊，富者廣有千頃，貧者不見一畝，農人汗流浹背，力耕所得，尤不足以圖一家之溫飽，而地主朝夕無所事事，惟索租之是尙，以供其一己之揮霍，生活相去如是，則何怪乎怨憤抑塞之氣，徧於社會，而危險思想之易於中人也。故近日各國法律關於土地問題之規定，多求土地效用之增加，注重使用之平均，與吾國一夫不耕，或受之饑，一女不織，或受之寒之均富主義，屢多相合，凡採取按照地價徵稅，及徵收土地增益稅等等，均所以防止私人壟斷土地爲謀私利之企圖，并使土地本身非因施以資本或勞力改良結果，所得之增益歸爲公有也。則此後土地當不集富於國家，亦不集富於個人，換言之，不使國家爲大地主，亦不使個人爲大地主也。



(二)勞動問題 現代社會改良之根本問題，多屬勞動問題。關於勞動法之訂定，多須以社會化爲原則。一九〇〇年，巴黎國際勞動保護協會，翌年巴塞爾設立國際勞動局，均所以使勞動問題漸趨於社會問題中心也。德意志近來新定種種勞動法規，蘇俄勞動政府於一九一九年，中央委員會通過之勞動法規，更以社會對於不問何人皆有保障其生活之義務，爲基本原則，總之，歐美各國在勞動法上多有下列種種之規定，實頗合於現代社會之潮流者也。

1. 勞動時間之限制。
  2. 童工之禁止。
  3. 最低工資之制定。
  4. 工場設備之安全。
  5. 工人教育之提倡。
  6. 勞動者死亡遺族撫卹金之規定。
  7. 工人保險之舉辦。
  8. 勞動監督制度之設立。
- 凡此種種，均爲社會化之勞動法所不可或忽者也。

(三)女權問題 欲使法律之社會化，對於女權問題，尤不得不三致意焉。大戰以後，各國新憲法多規定男女平等，女子參政，亦多實現。國際聯盟規約第七條規定男女均得充任聯盟及聯盟有關係之位置。他如德意志共和國憲法第二十二條第一○九條，奧地利共和國憲法第二六條，捷克共和國憲法第九條，第十條，普魯士自由邦新憲法第四條，第七七條，立陶宛憲法第十條，拉脫維亞憲法第八條均規定男女平權，亦足見婦女解放運動之澎湃洶湧矣！

(四)人口問題 人口之多寡及其體格之健全與否，與一國之興盛隆替均有密切之關係，故各國法律上，關於家制及婚姻，常詳為釐定，加以改良及限制，一以社會化為前提，殖民政策，固須提倡，而於發達交通，改良農業，振興工商，尤應注意，務使人口漸就平均，加增生產效力，則所謂盜匪失業等問題，自可日趨減少，而社會亦自日臻於安甯！

關於法律社會化之規定，散見於各國民法、法典及憲法中者極多，端在讀者能明其沿革，觸類旁伸，上述者，仍一概略而已。至於刑法，其自個人主義之法律，演進而至社會為本位之法律，雖不如民法之明顯，而歷歷可舉，要亦不能遂謂其無社會化之傾向，茲就所知，略為道及，藉供參攷。

在十八九世紀之間，因社會契約說盛行，故個人權利思想，亦甚發達，各國立法，多採取罪刑法定主義，以免裁判官之自行濫斷，濫施刑罰，直至今日，科學發達，方知犯罪之成立，實與社會環境有密切之關係，刑事法規，須

處處合於社會之情形，社會之需要，故近日社會法學派多主張刑事法規之規定，須依下列各種原理：

1. 防壓犯罪應於犯人身上或社會環境上予以人爲的影響。
2. 對於犯罪應爲目的而科刑。
3. 對於犯罪者應厲行改善主義。
4. 對於悛悔之囚犯，應予以假釋。
5. 對於偶發犯人應予以緩刑。
6. 對於短期徒刑應予廢除。
7. 對於幼年及精神病者犯罪應注意予以相當之處置。
8. 對於出獄後之人應予以相當之保護。
9. 對於刑罰以外之預防政策，應設法推行。
10. 對於性格待審查之犯人宣告不定期刑。

上述種種，均爲社會化之刑法所當處處留意及之，亦爲歐美各國刑法上所應用之重要學說也。

#### 第四章 吾國法律之社會化

前立法院院長胡漢民氏在「社會生活之進化與三民主義的立法」一文中，言三民主義之立法曰：

「綜觀三民主義的立法，其原則爲社會生存進化之極則。其方針爲適應生存目的之正軌，其內容爲富於創作性改造性之規範。」又曰：

「法律之進化，與社會之進化，成爲正比例，而三民主義的立法，固爲整個的社會問題謀解決，而非僅僅爲社會中之或個人或部分或階級主張其絕對權，益陷整個社會於更危險之絕境者也。」

足見我國國民政府自奠都南京以來，所訂法典，莫不一以社會爲前提，處處均足表現其社會化之色彩，現民法各編均已先後頒佈施行，茲擇其各編中較重要者略加敘述，以窺我國法律社會化之一斑：

### 一 總則篇

民法總則所以統貫民法之各編表而出之，其內容略同於法國及瑞士之前加書，俾便於檢攷也。故民法總則之效力，及於各編，且優於各編，民法總則既爲民法共同適用之規則，其直接關係個人之福利，間接關係國家之繁榮者，實爲鉅大，故欲求法律社會化者，在規定民法總則篇中尤須處處留意及之。今將新民法總則篇中法律社會化各點略述之：

1. 禁止權利之濫用 新民法第一四八條規定「權利之行使，不得以損害他人爲主要目的，」較諸德民法二二六條設「權利之行使不得以損害他人爲唯一目的，」以「主要」代「唯一」，顯見我國新民法比德民法尤傾向於社會化而見進步。此種權利濫用之禁止，全爲保護社會之利益，蓋個人權利之行使，苟漫無限制，

則定將有損於社會之安寧，此在上文，已曾述及，欲求個人社會，兩不偏枯，依社會連帶主義而定法律，則此條實不可付諸闕如也。

2. 公序良俗之保護 民法總則第二條規定，「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗爲限。」又第一七條第二項規定，「自由之限制以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。」又第七四條第一項規定，「法律行爲係乘他人之急迫輕率或無經驗，使其爲財產上之給付，或爲給付之約定，依當時情形，顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲，或減輕其給付。」凡此種種，均所以保存公序良俗及保護急迫輕率及無經驗者之利益也。

3. 男女平等之規定 男女平等之原則，爲國民黨綱對內政策第一二條所明定，立法自不能背此原則，除親屬繼承等篇，關於男女平等之規定，容待後述外，在新民法總則篇中，已早見其端。我國歷次民法草案，多規定妻爲限制行爲能力人，而新民法總則在第一三條第一五條關於行爲能力之有無限制，均不分男女，實足使受數千年痛苦壓迫之兩萬萬女同胞，頓受解放也。其他如規定已結婚之婦人關於其個人之財產有完全處分權亦屬之。

4. 對於法人之干涉 登記制度爲新民法所即欲採用實行者，除不動產登記在物權規定外，其他如法人之設立，均須至主管官署登記爲新民法第三〇條所規定。又第四六條亦有規定曰：「以公益爲目的之社團，於

登記前應得主管官署之許可。」第五九條亦規定「財團於登記前應得主管官署之許可。」其所以有此種種規定者，蓋所以防一般狡黠之徒，假法人之名義，以行其私也。則其注重社會公益，尤何待言。又規定法人解散後，其賸餘財產，應歸屬於地方團體，亦不能謂非對法人加以干涉也。

5. 消滅時效期間之減短 消滅時效期間，苟規定太長，則權利義務，難以確定，社會經濟，易受影響；今新民法關於普通消滅時效規定為十五年（第一二五條）與新民法規定消滅時效為卅年相較，祇有其半。又該條下半段規定，如法所定特別時效較短者，仍依其規定，在新民法案，則無此種規定。又第一二七條所列各款之請求權以二年間不行使而消滅，而新民法案則其消滅時效規定為三年，縮短時間為三分之一，且當事人對於時效期間，固不得加長減短，尤不能預先拋棄，其目的均所以確定法律之狀態，減少人民之糾紛，以保護社會之公益也。

6. 禁治產宣告範圍之限制 在新民法案第一二條第一項第三款規定「因濫費有陷自己及家屬於困窮之虞者」，法院得依本人配偶或最近親屬二人之聲請宣告其禁治產，而新民法第一四條規定，除「對於心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務者」仍得宣告禁治產外，對於浪費人，則不加規定，其所以然者，因財富當以社會為重，以個人為輕。富人雖稍浪費，在貧人即不無救濟，故法律不願特加以保護也。

## 二 債篇

債篇分通則及各種之債兩章，通則規定關於債之本質，發生，效力，變更，消滅等之一般理論，而各種之債則規定各種債之發生原因，一一說明其構成要件，效力等，其關係於國民經濟之昌盛與國民生活之安全者，至重且大，胡漢民氏在十八年十一月十一日在立法院演講會謂：「我們立的法乃以全國社會的公共利益為本位，處處以謀公共幸福為前提，這便是王道，我們要以仁恕公平，貫徹我們全部民法，處處表示它保護弱者的精神，這是在最近通過的民法債篇中尤明顯。」閱此段演講詞，即可知債編社會化立法之程度矣。今略舉數例如下：

1. 債篇命名之制定 將「債權篇」改為「債篇」，則此篇顯見其不專為保護強者之債權人而設，對於經濟弱者債務人，亦處處加以保護，足有其命名已比較屬於王道而近社會化矣。
2. 損害賠償之減免 因一方之故意或過失，致他方發生損害，依理應由加害人負賠償之責，然其發生擴大，在被害人亦有過失，則在英美法為 *Contributory Negligence*，常不能再責加害人以賠償。故新民法債編第二一七條第一項規定，法院得斟酌情形，減輕或免除其賠償金額，以期公平。又損害非因故意或重大過失所致者，如因賠償致加害人之生計發生困難，衡之理事，亦屬過酷，故第二一八條明定法院得減輕其賠償金額，藉資調劑，其惠及貧民實非淺鮮。

3. 重利盤剝之嚴禁 新民法債篇第二〇三條明定，「未經約定之利率，亦無法律可據者，週年利率為百分之五。」第二〇五條規定「約定利率超過百分之二十者，債權人對於超過部分之利息無請求權」又第二

○六條嚴禁以折扣或他法巧取利益，此後利率既有其限制，無產階級自毋容更受重利盤剝之痛苦矣。此亦可謂契約自由限制之一種也。蓋人當財政困難之時，即失去其自由，常有飲鴆止渴，忍痛含辱，高利舉債者，苟法律任其自由，不寓限制，則人慾橫流之極，將見弱者求無昭蘇之日矣。

4. 受雇人之保護 僱傭之未定期限者，僱傭契約之終止，依有利於受僱方面之習慣，（第四八八條第二項）又依情形，非受報酬，即不服勞務者，視為允與報酬，（第四八三條第一項）僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬（第四八七條），皆所以保護弱者也。

5. 無過失責任之負擔 新民法債篇第一八七條第一項規定：「無行為能力人或限制行為能力人，不法侵害他人之權利者，以行為時有識別能力為限，與其法定代理人連帶負損害賠償責任；行為時無識別能力者，由其法定代理人負損害賠償責任。」又第一八八條第一項規定：「受雇人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由雇用人與行為人連帶負損害賠償責任……」此皆基於經濟之關係或倫理之關係，使無過失之人亦負擔若干損害賠償之責任也。

6. 租賃效力之擴大 買賣契約，能否破壞租賃契約，各國法律，多承認買賣契約效力大於租賃契約，而許其破壞，是將所有權視作神聖非常矣！新民法為保護承租人利益起見，特明定買賣契約不能破壞租賃契約，但以租賃物已交付者為限，亦以承租人本為經濟弱者，苟許買賣契約破壞租賃契約，則其痛苦不勢將更甚乎。漸



民法第四二五條規定，「出租人之租賃物，於交付後，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，」即足明其意志之所在。

7. 贈與之撤回 新民法第四一八條規定，「贈與人於贈與約定後，其經濟狀況顯有變更，如因贈與，致其生計有重大之影響或妨礙其扶養義務之履行者得拒絕贈與之履行。」又第四一六條第一項第一款第二款規定，「受贈人對於贈與人有左列情事之一者，贈與人得撤消其贈與：」

(一) 對於贈與人或其最近親屬有故意侵害之行爲依刑法有處罰之明文者。

(二) 對於贈與人有扶養義務而不履行者。

凡此規定，顯與將物件贈與他人，即視作債務必須履行不同，蓋均合於仁恕之道，而爲道德上或倫理上所需要者也。

8. 租金之減免 租賃之耕作地，因天災地變等不可抗力，致其收益減少，或全無者，實所常見，如原定租金絕對不許減免，對於承租人未免太苛，故新民法第四五七條明定，承租人因不可抗力，致其收益減少或全無者，得請求減少或免除租金，且明示此項請求權，不得預先拋棄，誠恐耕作地承租人或受壓迫，無知拋棄，故爲加意保護，以杜流弊也。

以上所述，關於債篇之社會化各點，但指其重要者而言，立法多本國民黨綱及政策，一以全民福利爲依

歸，其他關於注重社會利益之點，尚不勝枚舉，如過失責任之酌減，違約金之減少，連帶債務之限制，分期給付之利益，抵充債務之指定，分期買賣之寬大，著作人之保護，買回期限之限定，出賣人請求支付全部價金之制限，承租人就租賃物支出有益費用之返還，租金依社會經濟情形而增減，租賃契約期限之規定，旅店，飲食店，浴室等處保管責任之加重，物品運送人之責任不得隨意脫除，合夥人連帶清償之需要等等，均與社會福利，有密切之關係，以限於篇幅，不克一一述及，吾輩苟取新民法與舊草案，詳為推敲比較，即不難按圖索驥，而知新民法之社會化，固較世界各國法律有過之無不及也。

### 三 物權篇

物權法制之良窳，影響於社會經濟者亦甚大。蓋債權與物權雖同為財產權，而物權尤為吾人生活所必需，故各國因本國之習慣經濟等特殊理由，不能不互異其法則。國民政府以三民主義治國，故新物權亦必須根據黨義，胡漢民氏在立法院演講「民法物權篇的精神」曰：

「物權篇的制定，和債篇一樣的精神，同是根據黨義，以社會利益為重，採取各國法理之長，而同時保持我國固有的良好習慣，一定是所謂合乎王道精神的。」則物權篇之制定，亦以社會化為目的，更無容疑，今試將其概要，略加贅述：

1. 所有權行使之限制 新民法物權篇第七六五條「所有人於法令限制之範圍內，得自由使用處分其

所有物，並排除他人之干涉，」又第七七三條「土地所有權，除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內及於土地之上下，如他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之，」第七九三條「土地所有人於他人之土地有煤氣，蒸氣，臭氣，烟氣，熱氣，灰屑，喧囂，振動，及其他與此相類者侵入時，得禁止之，但其侵入輕微，或認土地形狀地方習慣認為相當者，不在此限。」第七九〇條「土地所有人得禁止他人侵入其地內，但有左列情形之一者，不在此限：

(一) 他人有通行權者。

(二) 依地方習慣，任他人入其未設圍障之田地牧場山林刈取雜草，採取枯枝，枯幹，或採集野生物或放牧牲畜者。

第七九一條第一項「土地所有人遇他人之物品或動物，偶至其地者，應許該物品或動物之占有人或所有人入其地內尋查取回」等等規定，其中所謂「法令限制之範圍內，」「不得排除，」「不在此限，」「應許」等字句均所以示所有權行使受法律之限制者也。

2. 取得時效期間之縮短 關於所有權之取得時效，新民法物權篇第七六八條有「以所有之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，取得其所有權，」第七六九條有「以所有之意思，二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產得請求登記為所有人，」第七七〇條有「以所有之意思十年間和平繼續占有他人未登

記之不動產，而其占有之始爲善意，並無過失者，得請求登記爲所有人。等等之規定，其期間均較舊草案爲短縮，期與消滅時效前後一貫，此種規定，乃均所以注重社會公益，使動產或不動產之所有權狀態，早日確定耳。

3. 登記要件主義之採用 關於不動產物權之取得，設定，喪失，及變更，在新民法物權完全採取登記要件主義，故於第七五八條明定不動產物權，依法律行爲而取得，設定，喪失，及變更者，非經登記，不生效力，顯與其他各國之採登記公示主義或地券交付主義者不同，一所以貫徹國民黨之土地政策；二亦所以期權利狀態之明確，謂爲非合於社會化，可乎？

4. 永佃權人利益之維護 爲保護終年手胼足胝，血汗謀生之一般佃戶起見，廢除關於限止佃權之存續期間之規定，除當事者間定有期限，視爲租賃外，不設最長期之期限，（參閱新民法物權第八四二條第一項第二項），又對於佃租之減免，亦於第八四四條明定「永佃權人因不可抗力致其收益減少，或全無者，得請求減少或免除租金」，亦所以保護經濟弱者之農人，使其不致慘罹天災人禍之餘，重感催租之苦！

5. 土地債務之刪除 查土地債務觀念，原爲我國社會所無，舊民草襲取他國成規，顯背國情。故事實上此章規定，直同空文。新民法物權篇爲適合社會經濟情形起見，特刪去土地債務一章。

6. 典權之增訂 查我國典權之制，相沿甚久，且甚普遍。清律田宅門典賣田宅條律特有規定，迄於民國，除該部之懲罰各節外，均認爲有效之現行法規。此乃我國社會經濟情形自然形成之物權，亦即我國所特有者也。

新民法物權篇爲求適應社會生活起見，故別立專章，爲之規定。第九一二條規定「典權約定期限，不得逾三十年，逾三十年者，縮短爲三十年」，固所以保護經濟弱者之出典人；而於第九二六條明定「出典人於典權存續中，表示讓與其典物之所有權於典權人者，典權人得按時價找貼，取得其所有權」。須按時價找貼一語，更足以示保護貧苦之出典人之意，然往往因習慣迭次請求找貼，亦爲法所不許，故該條第二項有「前項找貼，以一次爲限」，蓋所以免去糾紛，並杜爭論也。則此後如典物價格低減，出典人拋棄回贖權，便可免除負擔，如果典物價格高漲，出典人則有要求找貼之權，則其富於王道精神，有我國道德上濟弱觀念之優點，又何待言。

總之，新民法物權篇之編訂，與債權同一原理，皆以社會化爲主要目的，除上所陳述外，其他如關於占有採取客觀說，規定「對於物有事實上管領之力者，爲占有人」，關於共有之規定，以我國祠堂祭田合夥等，都作爲公共共有，不得在公共共有關係存續中，各公共有人請求分割其公共共有物，以重公益；關於拾得遺失物規定「凡拾得遺失物者，應通知其所有人，若不知所有人，或所有人所在不明者，應爲招領之揭示，或報告該管警署，或自治機關。遺失物拾得後，六個月內，所有人未認領者，其物則歸屬於拾得人」，關於發現埋藏物，則規定發見而占有者，取得其所有權，但埋藏物，如係在他人所有的動產或不動產中發現，則此項動產或不動產之所有人或發現人平均分有其物；又如發現之埋藏物，足以供學術藝術考古或歷史之資料者，便不應屬於私人所有，與各國之以無主物化爲公有物法意正不謀而合，皆足以代表社會化之若干精神者也。

#### 四 親屬篇

親屬法者，規定親屬關係與家屬關係及由此關係而生各種權利義務之法規也。國民政府奠都南京以來，立法院諸公，即斤斤從事於法典之編纂，除民法總則篇、債篇、物權篇均先後通過頒佈外，而於親屬繼承兩篇，則慎重考慮，進行遲緩，最近方由立法院三讀通過，提交國民政府公佈施行者，何耶？良以親屬繼承兩篇，與人民生活，社會進化，有唇齒相輔之勢，編訂偶一不慎，必將引起重大之紛亂，影響於國家治安，家庭經濟者甚大，故不得不慎重將事也。新親屬法一面固本革命之精神，打倒舊社會之惡習慣；一面更求適應今日時勢之潮流，社會之環境，一如其他三篇，而使之成爲社會化之法律，略提數點，試證吾言：

1. 親屬分類及親等計算之改進 關於親屬分類及親等計算爲新民法親屬篇之重大改進，新親屬法第九六七條規定血統；第九六九條規定姻親，是則親屬祇限於配偶、血親、姻親，是凡有血統關係之親屬，統稱爲血親，不復如舊律更爲宗親、外親之區別，夫妻相互以配偶人之血親及其血親之配偶人爲姻親，亦不如舊律復爲宗親妻親之區別，是純粹採用男女平等之原則者也。其次，再就親等計算言之，新親屬法第九六八條規定「血親親等之計算直系血親從己身上下數以一世爲一親等，旁系血親從己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親，數至與之計算親等之血親，以其總世數爲親等之數」，是新親屬法乃採取羅馬法計算法，與我國歷次民律草案之採用寺院法計算法者，迥不相同，實屬顯甚。蓋寺院法發源於歐西宗教遺規，其計算親等，不盡依

親疏之比例，於理不合，今新親屬法能改從羅馬法之計算法，非惟與世界法制相合，亦與社會實際情形相符。

2. 男女平等之確定。新民法求貫徹中國國民黨綱對內政策第十二條「於法律上，經濟上，教育上，社會上，確認男女平等之原則，助成女權之發展」之規定起見，在民法總則篇已撤廢妻之限制能力，以樹男女平等之先聲，在新親屬法更變本加厲，詳細規定，以求其完全實現。親屬分類，已一本此原則，然尚未顯著，及閱至關於離婚之條件之規定，則男女平等，一望而知，根本打破舊律及歷次民法草案寬於男而嚴於女之陋習。（參閱一〇五二條第二項）又如親權之行使，亦以共同行使為原則（參閱一〇八四條，及一〇八五條），無舊律先父後母之規定，使受數千年壓迫之女同胞頓時解放，男尊女卑之觀念，遂無其立足地矣！

3. 種族健康之增進。新民法親屬篇規定，「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚」，則此後最低結婚年齡，既已明定，早婚自在禁止之列，一反向無限制之習慣，實為強種之要道，又近親相婚，於遺傳上極易生不良之影響，故新親屬法第九八三條，明定某種親屬，不得結婚，稍加限制；又舊律及歷次草案，均不以不治之惡疾，及重大不治之精神病，為解除婚約，及離婚之原因，衡之優生學，實有未合，現在則明文規定，作為解除婚約及離婚之原因，以期增進種族之健康，參閱新親屬法第九七六條第五項第六項及第一〇五二條第八項第九項自明。

#### 4. 夫婦財產制之規定

新親屬法關於夫婦財產制有兩種規定，法定財產制與約定財產制是已。（參閱

一〇〇四條至一〇〇八條。夫婦財產以各個獨立爲原則，一方對於他方之財產，未經允許，無管理、使用、收益之權。依舊律或歷次草案，妻有有限的獨立財產，如妝奩及以自己勞力所得之財產等，得爲私有。但其管理、使用、收益之權均操之於夫。並且如有財產不分明屬於夫或妻時，法律上推定爲夫之財產，兩相比較，則其進步，爲何如乎？

以上所述，均爲新親屬篇社會化精神所在，其他關於社會化各點仍多，如第九七五條規定「婚約不得請求強迫履行」，又第九八七條「婚約當事人之一方無第九百七十六條之理由而違反婚約者，對於他方因此所受之損害，應負賠償之責」，凡此規定，均一本婚約自由之主旨，又第九八三條第四項，規定關於不得與近親結婚而不限制表兄弟姊妹間之結婚，又切合社會習慣，實際情形，又如第一〇〇三條「夫妻於日常家務互爲代理人」，則規定夫婦間互爲代理，又第一〇五七條規定「夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費」，又第九九十條「結婚違反第九百八十一條之規定（即未成年結婚）者，法定代理人得向法院請求撤銷之。但自知悉其事實之日起，已逾六個月或結婚後已逾一年或已懷胎者，不得請求撤銷」等等，均與社會進化，民族利益，極有關係者也。

## 五 繼承篇

繼承篇爲規定繼承及遺囑之方法之法規，最近國民政府新頒繼承篇，一反舊律及歷次草案之本來面目，



特點頗多，處處足以表現其革命之精神，與前四編合而觀之，尤覺始終一貫，琳琅滿目，美不勝收，洵爲一大好合於社會化之民法法典也。今略誌如下：

1. 宗祧繼承之廢除 宗祧繼承爲宗法社會之遺孽，實無保存之餘地，而舊律及歷次草案，均重視之，至別立專章，詳爲規定，是無異使親屬之間，常因爭繼，以致骨肉成仇，糾紛莫解也。新繼承法除遺產繼承外根本廢除宗祧繼承之制度，實可斬除許多之糾葛；故第一一三八條明文規定，遺產繼承不以宗祧繼承爲前提，除直系血親卑親屬外，配偶，（關於配偶相互繼承，參閱第一一四四條）父母，兄弟，姊妹及祖父母均有繼承權，足見立法之進步。

2. 法定及指定繼承權之劃分 上述遺產繼承人所有遺產繼承權均屬法定，除配偶外，且各有順序，不得先後倒置，即（一）直系血親卑親屬，（二）父母，（三）兄弟，姊妹，（四）祖父母；至於指定繼承人，須於無直系血親卑親屬時，始得指定，然不問性別，觀新繼承法第一一四三條「無直系血親卑親屬者，得以遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人，但不得違反關於特留分之規定爲限」之規定自明，與舊律及歷次草案之未將此兩種繼承權劃分，以清界限，尤不可同日而語。

3. 女子亦有繼承遺產權 觀上述新繼承法第一一三八條第一項第一款直系血親卑親屬之得爲遺產繼承人，乃同時指男女而言，故此後男女繼承平等，女子無論已嫁未嫁，皆有繼承權，而無倚重倚輕之弊。

4. 限定繼承之承認 繼承人得限定以因繼承所得之遺產，償還被繼承人之債務，如非限定繼承，又非先棄繼承，則對被繼承人之債務，仍應負完全清償之責，新繼承法第一一五四條第一項繼承人得限定以因繼承所得之遺產，償還被繼承人之債務，即此本意。

5. 規定特留財產 新繼承法第一二二三條規定繼承人之特留分，此種親屬所享有之特留財產，絕不受被繼承人自由處分其個人財產之影響，直系血親卑親屬，父母，配偶，爲其應繼分二分之一；兄弟，姊妹，祖父母爲其應繼分三分之一，此亦所以保護被繼承人之親屬，而於被繼承人自由處分其所有權如以相當限制者也。

由此觀之，新繼承編之規定，一反固有習慣，在立法方面，殊較舊律及歷次草案爲進步，其他如第一一四四條確立配偶間互有繼承遺產之權，及第一一八九條釐定遺囑方式爲親書，公證，密封，代筆及予授五種，亦均與新繼承法之社會化有若干之連帶關係焉。

民法各編之社會化，已大略先後述及，然尚有不容不言者，即關於各篇之社會化之帶有共同性者是，聊提兩點，藉作結束，一，爲法律用語之社會化，二，爲民商合一之完成。

(一) 法律用語之社會化 我國歷次民法草案，雖間接採取歐洲大陸，而直接則不啻譯自日本，外邦術語屢見不鮮，如「場合」、「讓渡」、「辨濟」等名詞，非謂律有素，實難窮其底蘊，然民法範圍廣大，泛及一般民衆，固須維持人羣之樂利，又負促進公衆之福祉，與民族關係既如是其密切，苟其內容極多深文澀句，外邦術語，則此

種法律，祇能謂為貴族之知識階級之專利品，又何與於一般民衆？非惟與立法原意相背馳，抑且極易引起社會之不甯也。此次新民法，頒佈於三民主義革命政府之下，故能力矯其弊，一本法律社會化之原則，凡外邦術語，非常人習知者，皆予摒除，法條文字，力求簡淺，以期為一般民衆所了解，謹得法律上之指針，不致再迷離摸索，茫無邊際。

(二)民商合一之完成 胡漢民氏在「社會生活之進化與三民主義的立法」一文述及關於統一民商法曰：

「各國立法例，關於商行為一切規範，不納入於民法之中，另定商法法典，惟此種編制，並無學理之根據，不過為歷史之因襲，我國既有特殊立法趨勢，自不能因襲雷同，此所以有統一民商法法典之編纂。其中可於民法法典中包括規定者則納入於民法法典中，間有不能包括者，則另頒單行法規」云云，新民法即本此意而制定者也。

滂特氏分法律之時期為四時期，曰幼稚時期，曰嚴格時期，曰寬大時期，曰成熟時期，最後即為法律社會化時期，雖似專指民法而言，然刑法亦不能視為例外，蓋刑法之制定，亦不能忽視社會之利益，而一唯專擅是向也。民國成立後，中華民國暫行新刑律，為唯一之刑法，此律施行以來，閱時既久，自與新社會未能適合，北京政府曾有兩次修正，雖內容多所改善，卒因未通過國會，未能頒行。國民政府成立，司法部長王寵惠氏因重加修正，頒布

施行，定名為中華民國刑法，此項刑法於中西法家學說及現代國情，斟酌損益，折中至當，實可謂社會化之刑法之模範也。舉其要點，厥有數端：（見伍朝樞等審查刑法草案意見書）

（1）採用最新法例。有如原則從新法，若新法重於舊法，則以刑輕者為準。犯罪有因果關係，至犯人有無責任，則以能預見結果者為準。累犯有普通特別之別。殺人有謀殺故殺之分。內亂罪只已着手實行，即為成立。過失之範圍，有確定解釋。防衛及緊急行為之範圍，有文明限制是也。

（2）審酌國內民情。親等之計算法與服制圖大致適合，亦為舊日習慣所公認。自二百八十三條至二百八十九條殺旁系尊親屬者處死刑，無期徒刑，同謀者處五年以上，十二年以下有期徒刑。二百八十四條凡預謀殺人及有殘忍之行為者，皆處死刑。既為大多數通行立法例，就吾國一般民衆心理言之，尤有規定之必要。

（3）實行本黨黨綱。暫行律二百二十四條工人同謀罷工者，首謀處四等以下有期徒刑，與國民黨黨綱保護勞工之意不符，故本法概行刪去。又如妨害農工商業，其有妨害民生者，本法特定專章，以示注重民生之意。

（4）參照犯罪事實。社會進步，犯罪方法亦不同，例如搶奪罪與強盜罪不同。海洋行劫比強盜罪尤應加重，本法則特設專章。恐嚇罪內，近以擄人勒贖為最多。鴉片罪外，有嗎啡高根安洛因皆是毒物，本法則特設專條，以應時勢之需要。至於廢過失加重之例，增專科罰金之條，改易科罰金之數，其應併科罰金者，不問其曾否得利，以及緩刑年限之縮短，責任年齡之規定，皆視犯人之個性資力以為區別，尤與刑事政策大有裨益。又其編次，章

次，較暫行律爲優，例如騷擾罪，與妨害秩序罪，同一妨害秩序；妨害水利，交通，衛生，同一妨害公安，暫行律各爲一章，本法則合併之。殺人與傷害犯罪之結果不同，竊盜與強盜被害之法益不同，而暫行律合爲一章，本法亦分定之。其最爲扼要者，則刑期長短，各按犯罪情形，分別規定，而廢去等級制度，使法官不得任意高下，至科刑之輕重與加減，則仿德瑞最新法例，臚舉法官應行注意事項，以爲科刑標準，即本法第七十六條所定是也。至暫行律第一百十九條一百二十三條，由最高徒刑至罰金，設贖等之規定，極欠妥協，本法則分別補入。通觀本法全體，按之學理，證之事實，均極允當，洵爲完善之刑法，亦可謂合於社會化之原理矣。

三民主義之民法，固合於社會生存進化之極則，足以適應生存目的之正軌，而爲富於創作性及改造性之規範，即其他法律，如原本於平均地權之精意而訂土地法，使漸達「耕者有其田」之目的；參照節制資本之理論而定種種勞工法令，以保護一般貧苦之勞工，又如海商法，保險法，銀行法，票據法，公司法，以及最近頒佈之鹽法等等，更何嘗不處處帶有社會化之色彩，而使大多數之經濟利益相調和耶？

## 第五章 結論

總之，法律社會化，已成二十世紀以來世界各國立法之新趨勢，我國亦能步其後塵，以求實現，苟此後立法者能再接再厲，多加改進，則此後因人人了解法律之真諦，而減少紛爭；人民依法律而生存於社會，社會賴法律而順序發展，舉凡社會間所呈不安險惡之狀，一舉而廓清之者，皆受法律社會化之賜也，其功用之偉大，又豈筆

墨所能罄之乎！

本文參攷書

- (一) *Juridical Essays and Studies* By Dr. John C. H. Wu.
  - (二) Dr. John C. H. Wu's Lecture on "Socialization of Law".
  - (三) 民法總則 歐宗祐編 第一章第三節法律之本位。
  - (四) 法律評論 一百五十六期 立法之根本觀念 鏡蓉
  - (五) 法律評論 七卷三十五期 世界民法新潮的新趨勢 彭時。
  - (六) 東方雜誌 第二十六卷第一號 近世法律哲學的派別和趨勢 何世楨。
  - (七) 法科大學月刊 第一期 法律之社會化 張宗紹
  - (八) 法學季刊 第四卷第六期 續中國新分析法學簡述 孫渠
  - (九) 民法總則新論 朱采真著
  - (十) 民律要義 總則編 黃右昌著
  - (十一) 法律評論 第五十四期 法律思想之發達 陳三
  - (十二) 法律評論 二百十九期 契約之社會性與法律 吳振源
  - (十三) 法律評論 第六卷第十二號 契約自由與獨裁 曉峯
  - (十四) 民法通義總則 陳瑾昆著 法律行爲
- 法律社會化論

法學文選

七二二

- (十五) 法學季刊 第四卷第三期 創設兒童法庭意見書 端木愷
- (十六) 胡漢民先生演講集 第十一集
- (十七) 民法債編釋義 樓桐櫟 吳春桐
- (十八) 中華法學雜誌 第一卷第一號 社會生活之進化與三民主義的立法 胡漢民
- (十九) 刑法新論 總則 江嶺三著
- (二十) 法制論叢 中華民國修訂民法應取之方針 楊鵬
- (二十一) 法律評論 第六卷第三期 法律社會化與社會法律化 百友
- (二十二) 法學季刊 第二卷 法律之多元論 吳經熊
- (二十三) 法燈 論革命的親屬法 阮毅成
- (二十四) 法制論叢 所有權之史的研究 徐式奎
- (二十五) 中央大學法律系季刊 黨義下的法律 翁敬棠
- (二十六) 野聲 法律之一元論 田鶴鳴
- (二十七) 立法專刊 第一輯
- (二十八) 立法專刊 第二輯
- (二十九) 中華法學雜誌 第一卷第二號 新民法與社會本位 傅秉常
- (三十) 最新刑事政策學 郭衛

# 現行法與民生主義

劉承漢

## 一 導言

近世法律哲學家之研究法律性質也；恆就三方面觀之：第一，法律必為一定之時代而存在。時代需要某種法律，則某種法律即因以產生。一旦需要變遷，則法律亦隨以俱變。第二，法律必為一定之地域而存在。某一法律於某一領土範圍內，發生效力，一旦領土變更，效力亦異。第三，必為一定之事實而存在。世無支配一切事實之法律，亦無適應某一普遍法律之事實，祇可就某種同類之事實，產生某種法律。凡是時間空間事實三者，均為法律賴以生存之要件。今以時間言，訓政伊始，憲政未至，一面革除舊有法律，一面創造嶄新法律。新法律必於訓政方略具有適應性，而後始可樹立憲政基礎。就空間言，中國現時舊有制度，業已崩潰無遺，其法律必與建設新國家新社會之一切圖案相吻合，而後始可應合中國之現實情形。就事實言，現時社會上迫切之需要，在人民財產之保障，在生活之安全，在社會利益之均衡與發展。法律之功用，即在擔負此種職務，以促成社會之進步。凡此幾無不以三民主義為唯一依據。胡漢民氏有言：離開三民主義，不能立法。吾師吳德生亦曰：三民主義為吾人目標，而法律則為貫徹三民主義之工具。可見現在之法律，既未可效法歐洲十八世紀唯心主義之法學家，偏重於主觀理解；未可如十九世紀唯物主義之法學家，祇知注重物質環境對於法律之影響，而忘却法律因人而立，非人



爲法律而生之明訓。必也注意於整個民族的社會生活，與社會力量之規範，而使之集向於三民主義之實際建樹。然三民主義包括民族民權民生之三方面，予之略於民族民權而獨言民生者，斯亦有故。蓋十八世紀至十九世紀初葉之時代思想，以政治爲中心，法律之爲用，即在如何維持政治上地位之平等。今則時代思想，已由政治中心而入於經濟中心，三民主義之民族民權，均不過爲達到民生目的之基礎工作。此點戴季陶氏於孫文主義之哲學基礎一書中，言之甚爲犀利。戴氏之言曰：「中山先生精神全部是注在民生主義。」先生所領袖之國民革命，最初之動因，最後之目的，都在於民生。」又曰：「三民主義思想之基礎，是民生哲學。」「三民主義，原全部包含於民生主義之內，其全部哲學，可總名之曰民生哲學。」故與其研究法律與三民主義之全部關係，毋甯研究法律與民生主義一部關係之較爲切要。中山先生於民生主義第一講會下民生之定義曰：「民生即是人民的生活，社會的生存，國民的生計，羣衆的生命。」是現代法律之目的，即在如何充實人民之生活，維持國家之生存，發展國民之生計，與夫保障羣衆之生命。本篇研究範圍，當亦以是爲依據。

## 二 民法之社會本位化

個人利益之保護，羅馬時代，已見端倪。自法國大革命以來，個人主義，如日方中。拿破崙民法典，最足爲個人主義之代表。後之摹仿法國民法者，亦無不重視個人主義。其說以爲個人權利，天所賦予，法律須以保護個人權利爲目的。故有稱十九世紀之民法，爲個人主義之領域者，然其結果，造成歐洲社會經濟分配不勻之現象。貧

者愈貧，富者愈富。國家財富操於少數人之手，多數人民則呻吟憔悴於資本主義之下。迨社會連帶關係之說起，個人主義始有逐漸顛潰之勢。瑞士民法及債務法無論矣。近如蘇俄民法，暹羅民法，土耳其民法，未有不限制個人主義，而側重社會之利益者。於是民法法典之實質，遂由個人主義之時期，進於社會主義之時期。昔之以權利爲本位者，今則以社會爲本位矣。我國現行民法以三民主義爲骨幹，三民主義以民生爲中心，則現行民法之社會本位化也，當可不言而喻。茲舉其舉舉大者述之於次。

(一) 所有權之限制 個人主義法律下所有權之保護，幾無微不至。人權宣言第十七條曰：「所有權者，神聖不可侵犯之權利也。」拿破崙法典第五百四十四條及五百四十五條曰：「所有權者，對於物得有絕對使用之收益之及處分之權利也。」根據玄理哲學所產生之此種所有權，幾與羅馬法上含有排除性，絕對性，及獨占性之支配權相類似。其權威之甚，從可想見。逮至法儒孔德 (Comte) 出，始以實證哲學說明個人與社會之關係。大旨謂個人不能離社會而生存，對於社會應各負相當任務。若夫權利乃以一人之意思，強制衆人。當此平等之世，不能認其存在。所有權乃權利之一部，自不能視爲權利。私有制度所以不廢除之者，不過因其適於資產之創造與管理，準備後人工作之用，祇能視爲任務，不能視爲權利。法國博多 (Bordeaux) 大學教授狄驥氏 (Duguit) 取孔德所有權任務之說，更擴而充之。謂特有財產者，處持有人之地位，可以管理或利用所持財產以滿足社會之需要。國家所以以所有權給予之者，正欲鞏固其他位，使能本社會需要，而盡管理與利用之責。

而已。如其違反社會需要，而不能盡管理利用之責者，國家自得而干涉之，制止之。自此說昌明以後，各國法制雖不敢公然拋棄傳統之權利說，然最近立法，已有傾於任務說之趨勢。孫中山先生所倡導之民生主義，純以社會利益爲出發點。故現行法之基於社會任務說而規定者，亦不一其例。除土地法上所加於土地使用收益及處分之限制將評論於下節外，其見於民法者，如第一百四十八條規定，「權利行使不得以損害他人爲主要目的」；第七百六十五條規定，「所有人於法定限制之範圍內，得自由使用利益處分其所有物，並排除他人之干涉」；第七百七十三條，「土地所有權除法令有限外，……如他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之」。我國現行民法對於所有權所加之限制，尤不僅此。各國法律，除蘇俄新民法外，未有不承認買賣契約之效力大於租賃契約者。獨我國民法第四二五條規定：「出租人之租賃物於交付後，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。」凡此均所以表現法律之社會本位化，而以民生主義爲背景者也。

(二) 契約自由原則之限制 契約有絕對之自由，此爲個人主義法律哲學上基本原則。其意以爲人類對於自身行爲利害之審度，殆無有過於己者。國家法律之能事，即在儘量除去個人行爲自由之障礙，使有充分發展之機會。斯賓塞爾氏認放任主義爲立法之最高準則。殊不知契約爲共同生活之方法，其意思之自由，必有一定之範疇而後始克共營共同生活。否則，以強凌弱，以衆暴寡，一造憑藉一己之政治或經濟地位，以取得利己之契約，他造因不得已之故而忍痛屈服，則他造之所謂意志自由者，亦不過意志之屈服而已。民生主義之立法，必

以社會整個利益爲依歸。勞動法規中對於契約自由之限制，最爲顯著。此點將於後節論之。茲僅就民法而言，亦復所在多有。譬如法律行爲，係乘他人之急迫輕率或無經驗使其財產上之給付，或爲給付之約定者，雖非違反強制或禁止之規定，或違背於公共秩序及善良風俗，設若認爲有效，則無以保護急迫輕率及無經驗者之利益。故民法第七十四條明定，如依當時情形，顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲，或輕其給付，以資保護。其有重利盤剝者，則於第二〇五條規定，約定利率超過百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。其以折扣或他法巧取利益者，並於第二〇六條特設禁止之規定。又如當事人雖有違約金之約定，但已履行債務之一部者，依照第二五一條規定，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金。如約定之違約金額過高者，依照第二五二條規定，法院並得減至相當之數。此均可見契約自由之說，已由絕對而趨入相對之境矣。

以上二者，均爲民法社會本位化之犖犖大者。此外尚有最足稱道之二點，一卽民事責任之不必以過失爲要件，一卽性別之廢止者是。就前一點言之，在個人主義下不有過失，不負損害賠償之責。今則基於社會連帶關係說，於某種情況下，雖無過失，亦不容其不負相當於責任。譬如第一八七條，無行爲能力人，或限制行爲能力人，不法侵害他人之權利者，與其法定代理人連帶負損害賠償責任。又第一八八條受雇人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由雇用人與行爲人連帶負損害賠償責任。此種規定，蓋均以社會本位爲出發點也。茲更就後一

點言之。世界各國民法對於妻之行為能力，大都如以限制，我國歷次草案亦然。此種立法，因與男女平等之原則不合。而以原有行為能力之人，強行擬制其無行為能力，致使社會組織，偏而不全，殊與社會生存及國民生計發生極大之障礙。現行民法總則行為能力之規定中，男女間不復再有軒輊，以期社會得以整個發展，永無畸形之弊。是則我國民法所獨到之進步，而他國所未嘗有也。

### 三 土地法與民生要素

土地爲人類生存不可或缺之要素，即宇宙間一切有生之倫，亦莫能離土地而可以自活者。蓋法律學上土地之定義，包括水陸及一切天然物力而言，不僅爲普通人見解之地面已也。世界各國之土地制度，代有變更。羣思適應環境之需要，爲人類生存問題，謀一適當解決。然人類爲此問題，奮鬥至苦，競爭至烈，而自有史以來，究竟於某一時代，某一部分人類，在所謂文明的社會中，對此關係人類生存之土地問題，曾有適當之解決者，殆亦絕無僅有。中山先生於民生主義中，集其全力於土地問題，反覆申論，而其解決辦法，則首在法律。中山先生於民生主義第三講曾有言曰。

中國要增加糧食的生產，便要在政治法律上制出種種規定，來保護農民，中國的人口，農民是占大多數，至少有八九成。但是他們由很辛苦勤勞得來的糧食，被地主奪去大半，自己得到手的，幾乎不能夠自養，這是很不公平的。我們要增加糧食生產，便要規定法律，對於農民的權利，有一種鼓勵，有一種保障……現

在的農民，都不是耕自己的田，都是替地主來耕田，所產生的農品，大半是被地主奪去了，這是一個很重要的問題。我們應該用政治和法律來解決，如果不能夠解決這個問題，民生問題，便無從解決。

觀此，可知民生解決之基本要素，即在法律。故現時法律之是否適應此種需要，實有研究之必要。中山先生於其所著建國方略及三民主義中，對於解決土地問題，所垂訓於吾人者，首在平均地權，以防止土地之集中。其論民生要素也，則以衣食住行樂五者爲大要。故平均地權，爲解決衣食住行樂之治本方法。按土地法第七條，首揭土地所有權之要旨曰，中華民國領域內之土地，屬於中華民國國民全體。然如之何而可使土地屬之國民全體，其法不外兩途：一面擴展公有土地，一面限制私有土地。土地法對於公有土地之擴張，幾不遺餘力，其第八條規定，不得爲私有土地者，計有八項：一，可通運之水道，二，天然形成之湖澤而爲公共需用者，三，公共交通道路，四，鑛泉地，五，瀑布地，六，公共需用之天然水源地，七，名勝古蹟，八，其他法令禁止之私有土地。第九條規定水道湖澤之私有岸地，因坍沒或浸蝕而變成水道或湖澤之一部分者，其所有權視爲消滅。如其土地所有權，未經人民取得者，則於第十二條內明定其爲公有土地。如其已經人民取得而爲國家公共事業之所需者，復於第三百三十五條定有徵收私有土地之規定。凡此均所以力謀公有土地之逐漸增加也。更就另一面觀之，私有土地，使用收益處分之權，則限制甚嚴。甚至整個之所有權，亦同受限制。依照土地法第十四條之規定，地方政府對於私有土地，得斟酌地方需要，土地種類，及土地性質，分別限制個人或團體所有土地面積之最高額，藉以防止土地之集

中。其於處分權所加之限制，則於第十六條及第十七條明定之。政府對於私有土地所有權之移轉，設定負擔或租賃，認為有妨害國家政策者，得制止之。所有農地林地牧地鹽地鑛地要塞軍備區域，及領域邊境之土，均不得移轉設定負擔，或租賃於外國人。其於使用權所加之限制，可於土地使用一編觀之。土地就得國家經濟政策，地方需要情形，及其所能供使用之性質，編為各種使用地。凡一經編為某種使用地者，即不得供其他用途之使用。至於收益權上所加之限制，當以地租及房租之規定最為顯著。如第一百七十七條地租不得超過耕地正產物收穫總額千分之三百七十五，約定租金超過千分之三百七十五者，應減為千分之三百七十五。又第一百六十四條規定，自房屋標準租金施行之日起，凡原定租金，超過標準租金者，承租人得依標準租金額支付，原定租金少於標準租金者，依其原定。出租人均不得用任何名目加租，此均土地法對於私有土地權所加之限制也。此外土地稅率采漸進辦法，對於不勞而獲之土地增益，則依累進法以徵收土地增值稅，以期土地之因社會改良，所增加之價值，仍還之社會，不為私人所壟斷，是又實施平均地權之基本方案也。雖然，地權之平均，非可期之一朝一夕，其於人民生活要素之衣食住行樂各項，則為人生所不可須臾或離，是又安得無相當之規定。除衣之一項，關於工業者多，關於土地者少，茲姑不論外，其餘衣食住行樂問題均與土地法有直接關係，特略舉一二如左，以見一斑。

### (一) 食的問題

中山先生解決民食問題方案，即在「耕者有其田」故法律之功用，一面應使人人有田

可耕，一面應使耕者得有其田。欲達前之目的，則於佃戶之耕作權，須有充分之保護，欲達後一目的，則法律應予耕者有取得所有權之充分機會。故租用耕地契約，除依第一百七十二條出租人收回自耕，及發生第一百八十條規定之原因外，均視為繼續耕作之契約，地主不得隨意收回。如出租人出賣耕地時，依第一百七十三條規定，承租人依同樣條件，有優先承買之權。如其土地所有人將其土地任意荒廢者，除徵收不在地主稅外，承租人繼續耕作十年以上者，並得依第一百七十五條之規定，請求徵收其耕地。此均所以防止私人之壟斷，致有妨民食也。

(二)住的問題 工業革命以後，人民集中都市，都市房屋，供不應求，此為各國普遍現象。我國當亦不能例外。乃一二投資之企業家，復從而操縱之，把持之，於是房租飛漲，一般平民，致有棲息無所之苦。國家為維持人民之生存計，自不得不有救濟之規定，故土地法第一百六十一條規定市內房屋，應以所有房屋總數百分之二為準備房屋。如準備房屋繼續六個月不及房屋總數百分之一時，應依第一百六十二條規定，為房屋之救濟。所謂房屋救濟者，即規定房屋標準租金，減免新建築房屋之稅款，及建築市民住宅是也。

(三)行的問題 公路河川，不得佔為私有，羅馬法已有規定。我國歷代法律，對於侵佔公路，亦復懸為厲禁，故土地法第八條，對於可通運之水道，及公共交通道路，不得為私有之規定。謂為因襲的法律，亦無不可。惟此僅就已成道路者，加以保護，尚不過為排除私人壟斷之消極規定而已。若就積極方面，加以規定者，則自土地法始



依照土地徵收法規定，政府如爲公共利益之所需，得隨時徵收土地，如土地已公布爲街道而尚未公布徵收者，依照第一百五十三條規定，亦不得爲一切建築，如街道狹小有重劃之必要者，依照次條規定，於未重劃前，市府亦得禁止建築。此均爲民生謀行禁止之便利而已。

(四)樂的問題 樂爲意識表現。非經濟行爲，似已超出法律範圍，尤以土地法之範圍極狹，更似無甚關係，然娛樂與否，法律雖不能強制與保護，而得有娛樂之機會與否，往往由於法律所賦予。譬如土地法第一百五十八條規定，地段之一部保留爲將來供同一事業之使用，或爲花園草場運動場，而經改良者，專用土地人不適用請求徵收之規定者是。

綜上以觀，民生主義乃土地法之哲學根據，而土地法則民生主義之實施工具也。明乎此，則不難曉然於二者間之關係矣。

#### 四 勞動法規與社會經濟利益的調和

近世社會問題之淵源，以勞工問題爲中心，勞工問題之發生，以勞工法規爲依歸。法規善，則勞資雙方得以各安其業，從事生產，法規不善，則糾紛叢生，致社會與階級戰爭之狀態。故法規之善否，關係社會之前途至鉅且大。吾國勞動法規之制定，悉本中山先生遺教。吾人欲明其哲理所在，自不能不先於中山先生之階級協調主義，加以認識。中山先生於民生主義第一講曾有言曰：

「社會之所以進化，是由於社會上大多數的經濟利益相調和，不是由於社會上大多數的經濟利益有衝突……社會上大多數的經濟利益之所以要調和的原因，就是因為要解決人類的生存問題。人類因為要有不間斷的生存，所以社會纔有不停止之進化……階級戰爭不是社會進化的原因是社會當進化的時候，所發生的一種病症……」

胡漢民氏於立法院開會時，亦有以下一段之演說辭。胡氏爲前立法院長，現行勞動法規，均制定於胡氏任內，是其思想之何如，頗有左右勞動法規之權勢，故亦不屑辭費，以爲援引。

「勞動問題中最主要的，是勞動條件。而勞動條件最主要的，是工資和時間。假如工作的時間太長，是於勞動者的健康有害的，太短是於生產力有損的。三民主義的立場，則認勞動者的康健，與社會一般的康健有關，而生產力之減少，又是與社會一般經濟利益有關，所以國家不能任企業家與工人任意處置工作時間問題，而必須以法律的力量，就於社會利益的標準來干涉工人的工作時間，爲之規定一個最適宜的限度。同樣地三民主義的立法，不能任資本家以最低之工資給工人，因爲最低之工資，不足以保養工人的生活。同時亦不能任勞動者任意要求最高的工資，因爲如此就不足以維持生產事業，必須就社會全體的利益，而以法律約束生產家與勞動者於相互有利的範圍中，然後才可使再生產得不斷地發展，而保障社會全體之福利。」

據此可知中山先生認社會之進化，純由於勞動協調，而胡氏之立法，亦係依據協調主義以促進社會之進步。一方爲保護勞動者之利益計，竭力防止資本家之壓迫，他方爲社會利益計，亦不能不顧及資本家之再生產力，而防止勞動之破壞。雖其間直接利於勞動者，未必不間接利於資本家，直接利於資本家者，亦未必不間接利於勞動者，本無絕對界限可尋。然爲研究便利起見，自不妨分別保護勞方與保護資本而論列之也。

(一)側重資方利益者 我國生產事業之不發達，較之歐美日本直瞠乎其後。一般人之生活，多在水平線以下。欲爲勞工謀真正永久之幸福者，當以增加生產爲首要。有生產而後有分配。若生產不增加，而僅謀勞動一階級之利益，則在事實上勢必奪甲于乙，奪乙于丙，不但於民族經濟有害，且因其足以摧殘幼稚之工業，而勞工自身亦不免失業之危。險中山先生謂我國無資本，家僅不過大貧小貧之分者，殆即指此。蓋我國之所謂資本家者，就國際地位論，不過爲歐美日本之勞動者。就民族地位論，同爲歐美日本之被壓迫階級，其有待於國家之保護，固與勞動階級等也。乃自民國十五年以來，勞資糾紛，層見疊出，罷工怠工，報不絕載。推厥原因，由於野心家之慳惑者半，由於缺乏適當之調處機關者又半。故十九年三月十七日有勞資爭議處理法之公布，十月二十八日復有團體協約法之公布。後者於第二節明定限制，所以樹共信之基，前者訂明處理程序，所以息互爭之漸，均所以爲保護生產而設也。團體協約法中對於工人任用，及職務支配之權，均予僱主以充分保護，如團體協約法第一節規定，僱主僱用工人，限於一定工人團體之團員者，僱主於一定之情形下，不受限制。如規定僱主僱用工人

應依工人團體所定輪僱工人表之次序者，或限制僱主之自由去取者，或限制僱主採用新式機器或改良生產，或限制僱主買入製成品或加工品之規定者，其規定均無效。又如約定於原定時間外之工作，須加給工資者，依照第十一條規定，不得超過工資之二倍。其超過二倍者，視為二倍。又第十二條規定，工人因辦理會務而請假者，每月平均不得超過三十三小時，此均規定勞資間平時之相互關係也。設一旦發生爭議，則應依勞資爭議處理法第三條規定，由主管行政官署召集調解委員會調解之。調解之不成立者，依次條規定應付仲裁委員會仲裁。但在調解及仲裁期內，僱主不得停業，或開除工人，工人亦不得罷工，此均所以防止糾紛之發生，而藉以保護資方之生產力也。

(二)側重勞方利益者 中國國民黨第一次代表大會宣言內對於勞工法之制定，即有明白宣示，其言曰：「國民黨之主張，則以為工人之失業者，國家當為謀救濟之道，尤當為之制定勞工法，以改良工人之生活。此外如養老之制，育兒之制，周恤廢疾者之制，普及教育之制，有相輔而行之性質者，皆當努力以求其實現。凡此皆民生主義所有事也。」觀此可知勞工利益之應行保護，已毋庸再為理論之探討，祇須觀察實際上之規定為何如耳。嘗考十八年十二月三十日所公布之工廠法，共十二章七十七條，核其內容，要不外工人生活之保護，健康之保護，及其他福利之保護是。關於生活之保護者，首有第五章工資之規定，以免勞動所得有不敷生活之危險，次有第六章工作契約終止之規定，以免工人有頓時失業之虞，其關於健康之保護者，如第三章工作時間，第四章

休假及休息，第八章工廠安全與衛生設備是，而女工童工之保護，則於第二章中更列特殊之規定。關於其他福利者，則分別規定於第七第十第十一各章。至於工人團體之組織，更有十八年十月所頒布之工會法，以誘掖之。扶植之，是均所以提高工人地位，藉以謀整個民生問題之解決耳。

要之，就其大體言之，勞資爭議處理法，及團體協約法之利於工人階級者，不必少於資產階級，而工廠法與工會法之利於資產階級者，亦未必少於工人階級。要在適應社會實際情形，謀得社會經濟之調和而已。

## 五 結論

我國立法，向取因襲主義。秦漢而還，歷魏晉六朝唐宋元明以迄於清代，相因襲，無不以九章律為濫觴，及清季末葉，歐風東漸，變法維新，創法律編修館，擬成民商諸法草案，形式上似已脫離因襲政策。然一按其實際，則因襲歐美及日本法律也。雖因襲來源有中外不同，而其不適於時代地域之需要，則一。我國舊有法律之不適時代需要，固無論矣。如其鈔襲歐美而來者，則不蹈個人主義之覆轍，即將落入社會主義之窠臼。入於後者之窠臼，如不為無政府黨人之否認法律存在說，亦當從布爾希維克黨人之後，集其全力於某一階級之利益。否則，如從個人主義之後者，則今日歐美社會階級鬥爭之現象，將再扮演於中國，其為患也更無窮期矣。今觀現行法既不因襲古人，復不迷信歐美，本諸民生主義之目標，內審國情，外觀世變，以完成一富有民族特性之法律，我國法制思想，殆已由因襲時代而入於創造時代乎？予嘗憶克魯泡特金氏（Peter Kropotkin）於告少年書中：“An

Appeal to Young”對於個人主義下之法律，再三致駁，幾有體無完膚之概，其言曰：

「現在有位有錢的地主，要求官廳趕走一位欠租的佃戶，從法律的立腳點看來，這件事是很明白的……那位地主自己對於改良他底土地的事，一點也沒有做。但是因為鐵路的敷設，新路的修築，沼澤的填埋，荒地的開拓，五十年來地價漲高三倍了。而那位勤勞辛苦對於地價的騰貴功勞是大的佃戶，却因此破家，落於盤剝重利之手，渾身都是債，不能再付地主的租金了，法律是永遠保護財產，絲毫不能通融的……你將怎樣辦？」

又如勞動者，設未預先通知就去罷工，反對廠主的時候，你去幫助那一邊呢？這位廠主，利用恐慌時機，搶奪橫財，每天只給他的工人兩角錢的工錢，叫他眼看着妻子兒女，啼飢號寒，衰弱下去……依了法律，是要尊重契約自由的，就是說工人既與廠主訂了契約，就不該任意罷工。但是依了公道，一個飽食終日不愁飢寒的人，和一個賣血汗以求苟活的所訂結的契約，那裏是契約呵，所謂契約自由的話，不過是資家用來騙人的統計罷了。」

以上兩則，是克氏否認法律存在之基本觀念，就個人主義下之法律觀之，誠有極強力的理由。然一按其實際，此二則弊端所在，無非地權之未能平均，契約之未加限制，及勞工之未有保護而已。設起克氏於地下而語以我國之現行民法土地法及勞動法規者，則彼所主張之否認法律說，亦將撓舌而不能下乎？由此觀之，可知民生

主義下之立法，其原則爲社會生存進化之極則，其方針爲適應生存目的之正軌，其內容爲富於創作性改造性之規範，不僅可用以拯救中國之殘破局面，即對於世界過去法律思想之錯誤，亦不無有所供獻也。

# 所有權包含義務論

劉陸民

(一)本問題之論據……(二)權利與權理……人權宣言之前因與後果……所有權在人類社會之基礎……二十世紀所有權思想之大變動……社會利益之解釋……(三)現世法律上之所有權……

## 一

本問題的意義，與德意志新憲法第一百五十三條第三項上半 (Eigentum verpflichtet) 相當。吾國商務印書館印行世界新憲法譯 (Eigentum verpflichtet) 爲 (所有權不包含義務)，不佞雖不諳德文，然觀察現世人類社會思想之變遷，更以之參證於東文書籍：如鳩山秀夫氏，則譯爲所有權發生義務；(見氏著民法研究第一卷七一頁) 三瀨信三氏，則譯爲所有權亦包含義務；(見氏著物權法提要上卷五一頁) 牧野莫一氏，則以所有權伴義務以譯之；(見氏著法律與生存權五二頁) 足徵商務印書館之譯語，絕對錯誤，特於是文首揭而出之，非有攻擊之見存也，冀閱斯文者，減少一種無謂之疑團。而吾人之本意，固以二十世紀之文明，與此有甚深之關係；換言之：普遍人類之幸福，以是種真理，能否澈底實現爲前提？故於是刊，忘其愚一討論之。

## 二

考權利名詞，非東洋所素有，近隣日本，在明治之初，曾用『權理』文字以名之，其意若曰：權者，是事物得其



均平之謂；理者，是卽事物之道理；從事物之道理，使人人得其平均，始成立權利。彼邦學者，考權利二字之由來，謂傳聞在幕末，由幕府派遣人至荷蘭研究法學而得者。自吾人視之，彼所謂權，無逾於我國孔氏權不失黍稷之權；彼所謂理，不出於我國宋明諸哲義理之理；日本素宗漢學，造詣甚深者，代有其人，若以權利二字，係淵源漢學，不爲過也。且考之我國說文「利者，義之和也；」而義之涵義，釋名「義宜也，裁制事物使各得宜也。」夫裁制事物，使各得宜者，非卽日人所謂事物之道理乎？非卽日人以理代利名權利爲權利之絕好論證乎？惜乎！歐風東漸，此義不明，糟粕金玉，殊可惜也！

蓋歐洲當十八世紀，因對於中世專橫政治之反動，及文藝復興，商業發達種種現象，高唱個人主義。依當時之思想，人類生而自由，獨立，爲不可侵奪不可消滅之自然權利，人類以相互保護自然權利爲目的，而組織國家，國家應以保護各個人之自然權利，爲其任務。基此思想，而有法蘭西一七八九年之人權宣言，其他部分無論已，茲僅就與本論有關係之點論之，攷其第十七條規定：『所有權爲不可侵犯，且神聖之權利』是所謂權，卽非吾人上段所述輕重不失之權；是所謂利，亦非吾人上段所述義當於理之利；乃對於社會上弱者，一種不可抗拒之強力而已矣，故人多名權利爲權力。法蘭西民法第五百四十四條：『所有權依法律或者規則不被禁制使用之範圍，有以最絕對方法，享用及處分物之權利。』云云；德意志民法第九百另三條：『物之所有者，在不牴觸法律或第三者之權利範圍，得任意處分其物，及排斥一切他人干涉其物之行爲。』云云，均不外因襲人權宣言第十

七條之理論，成功所有權絕對性之法規，產生十九世紀資本主義之文明。

雖然是豐合於人類本性之要求，能終鞏固其在人類社會之基礎乎？此屬哲學問題，東西學者，議論紛如，莫衷一是，茲擇一二爲個人主義作辯護者而略論之：一、自然權說「以所有權爲自然權，且適合於人類之本性。」誠如斯說，則人在自然之中，皆爲自然之物，應皆有自然之權。何爲富者田連阡陌，財雄州里，貧者地無立錐，家無宿糧？一有適量之自然權，一無維持生存之自然權耶？更何爲所有權爲自然權？自然權生，存權非自然權耶？此真不可解者。二、人格發展說，以「個人人格之發展，屬物界之一部於個人所有爲必要，故所有權，無異於擴張於物界或表現於物界之人格。」夫人格之發展，固法律之目的。然所謂發展，係多方面的，尤其注重於道德方面，理智方面的發展，何能以所有權爲發展人格之工具，並以是爲所有權存在於人類社會之基礎耶？縱令是誠足以發展個人之人格，則在人必有財富適量——即超過發展人格之必要財貨之數量——之結果，在物必有分配不足之現象，是又何以善其後，而措社會於安全發展之域乎？斯吾人所爲不滿意於所有權之絕對性，而所有權自身，亦因大勢所趨，不能保持絕對性於二十世紀之世也。

俄羅斯之革命憲法，規定：「不勞動者不得食，」暫無論已。即以一九一九年八月一日，德意志共和國憲法，與人權宣言對照，其於所有權之限制，固已天淵異趣。如第一百五十三條第三項：「所有權包含義務，所有權之行使，同時當爲公共福利。」云云，是顯現所有權思想之進化，已由謀個人的利益，進而謀社會的利益矣。此在個

人主義者視之，當驚異其爲重大之變遷，然以吾人權利亦權理之觀念以衡之，權利基於事物之道理，尊重人人之平等而成立，則權利不得爲與社會利益相齟齬之濫用，負必須適合社會利益，增進社會利益之義務，乃當然之邏輯，絕非可異之現像。不過在歐洲個人主義壁壘森嚴中，有此偉大創作，消極的矯正十九世紀畸形發展之基因，積極的開二十世紀人類平等生活之機運，其功亦良多矣。

上之所述，所有權應有增進社會利益之義務，固已明了，然何謂社會利益，此又哲學上之問題，吾人舉相反之兩說以論究之：一、生存競爭論者，以生存競爭爲人類之本性，人類各遂其本性，即可促社會之發展，增進社會之利益。果如是說，則優者或適者，可有無限制的所有權已。若是而求社會利益，得無北轍而南轅乎？二、相互扶助論者以相互扶助，爲人類之本性，毀滅現在私有財產制度，即可表現互助之精神，增進社會之福利，誠如是，則人類本是性善者，則現世畸形發展之狀態，抑何從而來耶？反乎人性而爲之，無益適足爲害已。之二說者，是皆不足謀社會真正之利益，真能謀社會之利益者，其必自調和併存於人類本性中之自利利他——即互助競爭——兩素質始乎！善夫穗積陳重氏之言曰：「共同生活之基礎，協和與不侵二者而已，積極的各團員互相親愛協力，消極的各團員互不越分侵害。」互相協力云者，即人類發展互助之天性；互不侵害云者，即人類各克盡生存之本能；有競爭，而文化進步；能互助，而親愛團結。吾人所求之社會利益，即若斯之社會利益；而若斯之社會利益，亦惟吾人之理想足以達之；他若生物進化論者，及過激主義者，或助長人類之殺機，或向壁作謬悠之玄想，其終必

至有害於人類共同生活者，不足語於是。

### 三

吾人更進而觀察現代各國之法律，於所有權之限制，在公法上，如不動產之公用徵收，動產之軍事徵發，及處分妨害公安之武器，或違反善良風俗之書物，與禁止人民在所有地內，不能捕獲飛鳥，採掘礦物，要皆所有權對公權力之容讓。在私法上：如受既得權之限制，尊重相隣地之利益等，亦無非所有權之作用，因他之權利，而稍受拘束。是奚足以盡所有權包含之義務乎？吾人就私法上之規定觀察之，國無東西，法無新舊，只見消極的多少之限制，未見其積極的對社會負義務之意味。噫！立法非易事，吾人當更爲比較具體之文以商榷之。



# 法律與道德的關係

燕樹棠

十九世紀以來，文明各國社會的變化，日益增多，而解釋，或說明社會現象的學說和理論，也自然隨着增多。社會裏邊的衝突增多了，而這些學說和理論的衝突，也自然增多。這種情形在三十年來更加複雜。法律是最重要的社會制度，是維持社會安甯秩序的最重要的工具，也自然不能逃出全體社會變化的路線，而法學上關於法律的基本的原理，也隨着討論或爭論起來。法律與道德的關係成爲法學上主要問題之一。

十九世紀法學上最顯著的問題有三個：法律的性質，法律史的解釋，法律與道德的關係。當時重要的學派也有三個：分析學派，歷史學派，哲學派。歷史和分析兩派，爲反對十八世紀法律與道德混一之說，對於法律的性質費了不少的筆墨。而哲學派的學者彼此間，爲了法學屬於道德學或法學與道德是否相反各種問題，也費了許多的唇舌。關於法律史的解釋，歷史和哲學兩派的學者爲主張道德的解釋和政治的解釋，也有許多的討論，而時代較後的所謂機械的社會學家從人種學和生物學所下的解釋，以及經濟唯物派從經濟方面所下的解釋，都發生了不少的爭論。其實，各派學者關於法律的性質和法律史的解釋，所有的各種爭論，都與法律和道德的關係這個問題所發生的爭論有密切的關係。

最近三十年來歐美的法學家的議論更加激烈。德國的司坦木拉氏 (Stammler) 和法國的薩勒易 (Sav-

leites) 及霞爾夢 (Charanot)，兩氏特別重視實行法和理想法的區別，而以理想法為判斷實行法公平不公平的現代化的自然法。狄驥氏 (Duguit) 簡直否認國家為法律的主體，而主張普通所謂權利與有組織的社會任務，或服務，實在完全沒有區別。日內 (Gény) 和布樓 (Bilow) 兩氏攻擊法院空板的運用法律的無用，而以為法官應該注意公共的需要和輿論，而極力主張法官自由解釋法律，自己適用法律。愛爾赫氏 (Ehrlich) 說明法院所適用的法律完全不足表明社會上各種的法律關係，而主張法律這種行為的規則根本上只是社會上各小組的分子間常識的關係。美國的勞德氏 (pound) 和魏格儂氏 (Wigmore) 堅持法學與社會學有成立密切關係的必要。這些世界著名的法學家研究法律的根本原則，不大注意法律的性質而多考求法律的目的或宗旨；而關於法律與道德的關係，也漸拋棄舊日狹隘的見解，而把法律和道德都認為是支配社會的各種力量大問題中的問題。這是說：歐美的法學家，對於法律與道德的關係，這個問題，到了現在認識的比較很清楚了。

我們中國向來以「禮教之邦」自居，這是重道德而輕法律的意思。自從中日戰爭，中國戰敗以後，漸漸的喪失了從前的那種自信力，而以為泰西的強盛多賴法律，於是漸次崇尚法律，而輕視道德。我們看看：近幾年見諸文字表示，如「吃人的禮教」，「禮教的壓迫」，「禮教下的犧牲者」等等措辭，都是對禮教的攻擊；而所謂中國「固有的道德」的威權顯然喪失的不少了。同時政府屢次申明「法治」而法治的基礎究竟是什麼

地方呢？近幾年政府所頒布的一種種法律和命令，其中所用的含混的字樣，如「正當」、「相當」、「適當」、「合理」、「風化」、「善良風俗」、「酌量」、「情節輕重」等等名詞，究竟以什麼作準則呢？當然不是允許執法人律的人隨便自由，一定要有準則。什麼準則呢？諸如此類的問題都是法律與道德的關係的問題，都需要法學指示我們制定法律和執行法律的門徑，以期在實際上避免些不必要的犧牲和糾紛。

現在把法律與道德的關係這個問題，從歷史，哲學，分析三方面，說明求着得到一個明白的觀念。

## 一 歷史方面

法律與道德的關係這個問題，從歷史上觀察，我們可以說：法律與道德起初是同源，後來因發達而分途。我們知道，現在的法律在文明社會裏邊是支配社會最有力的工具；法律的秩序是最重要的社會秩序。別的支配社會的工具都要受法律的支配。但在古代，支配社會很重要的工具，是宗教，家法，社會習慣；因為那個時代的宗教組織和家族組織是最重要的社會組織。後來，政治組織發達以後，國家的法律就增加了威權，而宗教和道德的習慣的力量自然的就要減少。但是在政治組織不發達的時候——在法律的幼稚時期——宗教，道德，法律，是混而不分的，而法律的力量在這三種之中，比較的最微弱。例如羅馬法，在最初幼稚的時期，「神法」(ius)和「善良風俗」(boni mores)的力量就大於「市民法」(ius civile)的力量。那個時期的迷信的心理，對鬼神的恐懼，「犧牲」的慘酷，「破門」(excommunication)的苦痛，家法的壓迫，都足以構成神法和善良風俗的



有力的制裁；而市民法的執行的機關就沒有這種的威力。再例如歐洲中古時代在未承受羅馬法以前，「教會」是支配社會最重要的機關，長管着宗教和道德。凡是交易上所謂善意，誠實，不許詐欺，必須踐言，等等事項，都是宗教和道德要人民必作的事項。這些事項，都漸漸的歸到了法律範圍之內，而實際是在宗教和道德上已經實行而共同遵守之後。所以我們可以說：法律和道德起初出於同源，後來因發達而分途。

幼稚法律的時期是習慣的時期。法律制度進步，到了第二個時期，乃是所謂嚴格的法律時期。在這個時期，法律與道德分離的狀況，即行顯著，政治組織漸次有力，法律就與別的支配社會的工具分離。但這個時期的法律的規範，粗具形態而賦有剛性，大部分都是窒板的手續規則。這種的法律，從法律與道德的關係的方面看來，只是一種結晶的習慣，沒有充分的力量可以與道德一同前進，久而久之，道德進步，而法律就丟在後邊了。各國古代的法典都是這種的嚴格的法律的制度，都是對於特別零碎的事實狀態而規定的確切詳細的規則，而沒有便於解釋的普通概括的規則。這一個時期的法律是專靠嚴格的規則和形式，以保證社會秩序的確定，而達維持公共安寧的目的。例如羅馬法，「十二銅標法」，本是羅馬崇拜祖先的宗族制度時代的嚴格法律，那裏邊關於繼承規則，到了血統主義盛行的時期，就不能與當時的道德觀念相調合。再例如，英美習慣法舊日的觀念，就沒有方法執行信託人的道德責任。所以法律在嚴格時期的最後的一段，就與社會上的道德觀念很不相合。法院的判斷，只管與法院規則合不合，不管與道德觀念合不合，法學思想，在這嚴格法律時期將終的時候，有的

也就受了這種法律狀況的影響，而以為法律與道德的衝突是當然的，是不能避免的。其實，那並不是當然的，是不能避免的。法律與社會的道德觀念到了過於隔閡的時候，一定要有方法救濟或矯正這種法律的流弊。這就構成法律發達的第三個時期。這第三個時期是道德觀念由外界侵入法律的時期，也是法律進步的時期。法律發達的要件是吸收和融化外國法律及法律以外的材料。例如，羅馬法律在極盛的時代吸收了不少的希臘的道德哲學。歐洲大陸，在十七十八兩世紀之中，自然法學派的哲理就是改良法律的重要工具。英國的平衡法所以發達，所以能夠補救了習慣法嚴格的狀況，多靠文藝復興以後那些文學的道德思想，和「平衡法院」——「大法官」的是非曲直的道德觀念。這個時期的法律，把個人的理性比嚴格的規則，還認為可靠一些。個人認為是道德上的單位，也就認為是法律上的單位；道德的原理也就認為應當是法律的原理。這個時期的法律思想以為法律必須與道德完全相合。這種思想是這一個時期的特徵。所以歷史學派的法學家回頭看看這種歷史的狀況，他們就能夠說：道德就是有潛勢力的法律；起首認為是道德的原則，後來就變為法律規則。自然法學派的法學家就把法律與道德認為混而不分的東西。我們可以說：混合法律道德而為一體，這種的提倡與努力實在是在造成現代法律的一個大原因。

自然在這種情形之下，法律發達的結果是：道德上的制度或學說都探入法律而漸漸的法律化了；從前道德上的權利義務都變為法律上的權利義務了。這種情形在十九世紀的末葉，是歐美各國法律很顯著的狀況。

有的學者把這個時期叫做法律的成熟期。這個時期又逞露法律與道德相反的狀態。我們看看十九世紀歐美各國成立了許多的法典，就是法律結晶的現象。法律自是法律，道德自是道德，法律與道德又好像分開了。

那麼，就法律發達的歷史上看來，（1）法律在幼稚的時期，宗教，道德，法律是混同的，是不分的；（2）在嚴格的法律時期，習慣成爲法典，結果，道德進步，法律與道德於是分離；（3）自然法發達的時期，道德侵入法律，法律與道德於是又有混同的狀態；（4）法律的成熟時期，立法盛行，法律與道德又現分離的狀態。

因此，分析學派堅持的主張是：法律與道德是分離的。他們說：道德是立法的事體；法律是司法的事體；立法的議員要管道德；司法的法官只管法律。他們的意思是：立法者制定法律必須採取道德上材料，所以研究立法就必須研究道德問題；法學家的任務只是研究立法機關已經制定的規則；法官的任務只是適用立法機關已經制定的規則。他們極力說明：法律上認爲合法的事情可以是不合於道德的事情。他們極力攻擊那合法必須合於道德的話。在法律成熟的時期，他們這種主張是不錯的；因爲主張法律道德兩件事是一件事，也是很紛亂的，若把這兩件事分開，倒比較的清楚些。再一方面，像分析學派所主張的立法司法那樣嚴格的界限，實際上也不能成立。法學家和法官，雖應該區別道德與法律，而決不能完全不注意道德和道德學。立法的任務不只是立法機關的任務，司法機關實際上也行使一部分的立法權。立法的任務，無論誰來行使，不能不承認道德的原則以爲指導。

## 二 哲學方面

十九世紀的哲學派的法學家對於法律與道德的關係，法學與道德學的關係，費了很多的研究。他們所要推求的問題是：法律的目的究竟是道德的呢？還是道德以外的呢？法律和道德所要希望達到的目的是一個東西呢？還是兩個東西呢？例如，竊盜罪，法律只是要禁止他對你故意的侵害行為呢？還是同時要禁止他的貪心呢？或者貪心是宗教道德的事體，而法律完全不管呢？法學家對於這個問題，舊派新派的說法有些不同。

### (1) 舊派

我們要知道，法律發達到相當的程度，自然要發生這種哲理的推求。西洋法學，無論在古代或在近代，所研究的自然法就對這個問題幾費苦工。希臘羅馬及近代的哲學家和法律家已經在那裏堅決的主張：法律規則和道德規則是一樣的，是一致的；法律規則如果不是道德規則，就根本上不是規則，就根本上不能存在。一個規則，因為是道德規則，所以才是法律規則，這種學理在西洋古代是希臘所謂「正義」哲學的主張——這種哲學不只是關於人生的哲理，並且在當時也構成一種宗教的教義。而在近代，在「宗教革命」以前，是宗教學裏邊所主張的法理。總而言之，老派哲學家的意思是以爲實行的法律所以能夠得到效力，全靠它合於道德原則；不然就不能有效力。

這種學說督促着法律必須遵循道德的途徑，在歷史上所收的效果，已經不少。但是我們要注意，當社會上

有絕對一致的道德觀念的時候，人人對於道德沒有異議，大家都遵從同樣的道德標準。在那種情形之下，若是說，法律道德必須一致，在實際上還可以說得通。但在現代的社會，內部的利害關係非常的複雜，道德觀念又非常的分歧，若再說法律道德必須完全一致，實際上就困難了。我們先不用說社會實際上複雜的情形，只就法學家而言，每位法學家各把自己的見解都認為是道德的標準，理想的法律，使着大家一律遵守，那怎樣能夠作得通呢？

所以，十九世紀的歷史學派首先拋棄了這哲學上的問題，而注重歷史的研究。哲學派也覺到從前的方法不妥當，想着找出些比較的確定的道理，於是主張一種基本的觀念，例如自由，公平，正義等等觀念。他們就說：法律和道德都是從這種基本觀念推論演繹而得來的，以為道德治內，是主觀的科學，法律治外，是客觀的科學。所以，十九世紀之初期的哲學派的法學家把道德與法律的關係看作是治內治外的關係，例如德國的格洛斯基（Krause）法國的阿郎氏（Ahrens）英國的勞理木氏（Lorimer）都是這樣的見解。時期較晚的黑智爾氏（Hegel）區別道德與法律說，法律是研究自由的「可能」，道德是研究自由的「應當」。這種意思是以為：法律是外部的可能，拘束人類外部的行為；道德是內部的可能，拘束人類的心靈。這種區別法律和道德的說法，直到十九世紀之末，哲學派還在那裏堅持。這是說法律與道德完全是兩件事而並且彼此相反的意思。

從前個人主義的學說，是根據個人意志的自由，而以個人獨立為大原則，所以重視個人的利益。到了十九世紀之末，個人主義的學說漸見衰微，而社會主義的學說日見興盛。社會主義的學說是以社會人類的互助為基礎，而重視社會的利益。於是滿足人類的欲望這一句話就為思想界常常稱道的口頭禪。法律制度也就不看作是一個獨立的制度，而認為要與別的社會制度共同合作，以期以最小限度的犧牲而達到滿足人類欲望最大限度的目的。

在這種思潮之下的法學，關於法律和道德的關係這個問題，就主張法律是道德範圍以內的問題。這一派的學說以德國學者方面的供獻為最多。

耶律芮克氏 (Jellinek) 開始說明法律屬於道德，他說：法律就是最低限度的道德。社會發達到了一個相當的時期，法律是社會不能少的那一部分道德。法律和道德，雖有區別，而却以道德包括全部的社會秩序。他的意思還道：法律是限制個人自由的東西，而為大多數個人的自由，又不能不設法律的限制，把法律看作是一種不得已的辦法，所以法律的範圍應當只給它一個最小的限度。

耶荅氏 (Jering) 也是以法律屬於道德，而說法有些不同。按他的主張，法律的目的是在保護利益，但社會裏邊各種利益，其勢不能統通保護，保護那種利益或不保護那種利益，必須加以權衡，而與以選擇。這個權衡與選擇的標準，無論是立法或司法，也無論是學理的研究，必須根據道德的原理。法律應該保護什麼利益？這個

問題的解決，必須依據道德；因此，法學就作為適用道德學的一部分了。

斯坦木拉氏 (Stammeler) 主張以法律達公道的目的。法律要想達到公平的目的，至少必須合於社會當時當地的理想。實現當時當地的理想。這些社會的理想是法律以外的東西，是道德的理想。法學必須研究這一部分的道德原理。因為我們要用這種道德的理想衡量法律規則，法律制度，以及法律原理，所以法學，就這一方面而言，是屬於道德學的範圍。

寇拉氏 (Kohler) 不說法律屬於道德，而謂法律和道德都是支配社會的方法，都是成就文化的力量。他本是相信歷史進化的學者，所以按他的主張，法律和道德都表示進步的文明，而並且增進文明的進步；因此，法學與道德學都不能離開人類文化的歷史。

我們就前邊關於法律和道德的關係的各種學說看來，法學與立法學不能判然的劃分，並且都不能與道德學完全分離。

### 三 分析方面

分析學派在原則上認為法律與道德完全沒有關係：法律是法官的事，道德是立法者的事，法學也只要研究已經制定的規則，不要管立法的事項。他們相信三權分立的大原則，所以相信法律制度發達到完備的程度，立法司法就可以完全分開；立法者只管制定法律，司法者只管執行法律。他們並且又說：因為現在的法律制度

還沒有發達到完備的程度，所以法律和道德有三個接觸之點：

(一) 法院立法；

(二) 法律的解釋；

(三) 法律的適用。

法院立法 分析學派認為現在法官仍須有立法任務，所以必須考慮到道德問題。到了立法司法真正分立的時候，法官就沒有了立法的任務，也就可以完全不管道德問題了。他們這種說法是以兩種假定作根據。(一) 他們假定政府三權完全分立是可能的。(二) 他們假定制定一種完全無缺，概括一切，而無須法院補充的法律制度也是可能的。其實，這兩個假定都是錯誤。三權完全分立早已證明不能推行到邏輯的程度。包羅萬象的理想的法律制度，在人類這種變化無窮的複雜社會裏邊，也是作不到的事體。那麼，無論怎樣改良的法典，在實行的時候，總是需要法院臨時的補充。但是我們要知道，法院立法和立法機關的立法是有區別的。立法機關是為將來制定規則；而法院以判例所立的規則，不只是為將來，並且為判定已經發生的事實，同時還要顧及司法的習慣，以及社會和當事人各方的利益的衝突和融洽。法院立法的自由，比立法機關立法的自由，是範圍較小。但是這兩種立法的範圍雖有不同，而需要道德理想的指示，並無二致；必須如此才能達到社會的目的。

法律的解釋 方才所說的那種法院立法，分析學派的說法，稱為「偽解釋」；他們所說的「真解釋」是



指着於判決案件的時候，搜求法律規則的實在的意義，尤其是在文字中沒有圓滿的意義的時候，必須由幾個意義中找出「真義」，找出真正的價值，以為最終的標準。並且要法官法學家在解釋法律的時候，必須假定立法者有求公道的意思，必須假定立法者公平的觀念和自己的公平觀念在實質上是相合的。分析學派這種說法，意在限制法官道德觀念的運用，貫徹機械邏輯的解釋。其實，這種解釋上的限制，實際上不是這樣嚴緊，也不能這樣嚴緊。法官援用法律的時候，必須決定按法律的文意能否得到圓滿的解決。假如認為不能得到圓滿的解決，必須推求幾個解釋的真義，真正的價值。所謂圓滿，當然是指着道德上的圓滿。所謂真義，真正的價值也，當然指着道德上的真義，真正的價值。

法律的適用 分析學派向來把法律規則的適用，認為是機械的手續，而實際上參雜道德的問題，是法律制度不完備的現象。其實，人類的事務，有的情形絕對不能以嚴格的規則去支配，必須承認許多道德的要素。有兩種情形最為顯然：一種是法律標準的適用；一種是法官判斷的自由。

司法的任務，有許多的事項，是以法律標準解決。以標準衡量行為，自然要有許多的道德要素。例如所謂善意，惡意，誠實，信用，相當的注意，良善的行為，等等，都是法律的標準，都含有公平，正義，合理種種的道德觀念。法院適用這些標準的時候，當然不能使用機械的方法，必須按照各各事項情節的輕重，分別的判定。這些法律標準的適用，在很大的範圍之內，是要依靠法官直覺上是非曲直的觀念而判定，是對行為的特殊狀態所下的道德

上的判斷。

法律的適用，有的地方，實際上不能以嚴格機械的法律規則定明，必須給法官留出判斷自由的餘地。法律儘管劃定判斷自由的範圍，而根本上法官個人運用他自己道德上的判斷仍不在少處。例如，犯罪的處罰，處罰的減輕或加重，緩刑；再例如，簡易法庭的判決，監護人的選擇，離婚案件子女的保護；諸如此類的事項的處理，法官的判斷一定是多由於他自己是非曲直的情感。攻擊這種情形的議論說：法官這種判斷的自由，實際上構成了法律的專制。十九世紀的學說和法律，雖極力減少法官這種判斷的自由，以期消滅這種法律的專制，而實際上反而證明法律因此而減少了效用。近年來法律上不但對於法官這種判斷的自由不加限制，反有擴充範圍的趨勢。那麼，解決這一個問題的妥善的途徑，是應該承認：法官這種判斷的自由，是道德學範圍以內的問題；法官不應該任意判斷，應該受道德學的支配。道德學也是科學，不是沒有原則的。

就分析學派所說的法律與道德幾個接觸之點看來，法律與道德的接觸，好像只限於這幾點。其實，社會的狀況越複雜，法官運用法律的自由的範圍更有擴充的必要，而法律與道德的接觸，也就隨着增多。凡看輕這一點的學說都不是實行的理論。

前邊所說的是關於法律和道德接觸的幾點。現在要說明十九世紀的分析學派關於法律與道德內容方面的區別，及適用方面的區別之各種主張。

一 法律與道德內容方面的區別

(1) 道德注重思想與情感，法律注重行爲。法律只管行爲，而道德要追問行爲的動因。法律也並不是完全不注意思想和情感，不過法律注意思想和情感，只以證明行爲的性質爲限，只借此以確定行爲對公共的道德和安甯所發生的危險。在普通的社會狀況之下，惡意，詐欺，故意，等等，對社會安甯的危險較大；而過失，不小心等等，則對社會安甯的危險較小。所以刑法上就把「犯意」看作犯罪的要素。

但在現代人煙稠密大家聚居的城市社會，許多爲害公安的機械的動作，日見增加，許多的事業的活動，也附帶的對社會含有重大的危險性。因此，過失，不小心，怠慢，這些心理的狀態，爲害社會的可能，並不減於犯意。所以，將來有的法律上的犯罪行爲，就可以不問犯罪的意思。若就這種狀況而言，說：法律只管外部的行爲，這個說法，也并不差。行爲上道德問題，也許漸漸的都歸到道德學範圍之內。

(2) 道德是意在改善個人的品性，而法律只在支配個人彼此間的關係。譬如說：不得有貪心，不得有淫心，不得存殺機，不得有惡念；這些都是道德規則，法律就不過問。譬如說：不得偷盜，不得姦淫，不得殺傷，不得詐欺等等；不但是道德規則，并同時也是法律規則。這是普通區別法律治外而道德治內的說法。

但我們要知道：這種情形不是因爲法律忽視了治內，是因爲法律在運用的方法上受了限制。法律實在是利用國家勢力的機械，必須依靠着些切實的東西，才能夠動作。法律因適用或執行上的困難，就不能過問那些

無從捉摸的事項。所以，立法者必須知道，因為實際上有這些困難，就不能夠只以法律造成理想的社會。第三世紀的羅馬法學家及十七世紀的歐陸法學家想着用道德原則制成完善的法律制度，借此造成完全無缺的道德秩序；而十九世紀的法學家則以為凡屬道德問題，法律就不能過問。這兩種見解都是失當的極端的主張。法律能不能支配道德事項，全在乎實際上能不能實行。這完全是一個實際問題。我們承認道德規則不是法律規則，但決不應該因為一個規則就是道德規則，就認為不能成為法律規則。例如，一個人坐在河岸上，看見一個小孩掉在水裏，他不去營救，小孩就淹死了。假如他是很膽小，也不能泅水，又無救人的器具，他在道德上和法律上，都沒有營救的義務，這是很顯然。如果，他是會泅水，身傍擱置着救生圈，又有一條長繩在手，他也坐視不救，這顯然是違背了道德上的義務。但他在這種情形之下，是否有法律上的義務呢？按英美的習慣法，他沒有法律上的義務，但按德國民法和我們的新民法「債編」關於侵權行為的規則，他就有法律上的義務。（民法債編，第一百八十四條規定：「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者」負損害賠償責任。這個規定，是採用德國民法的規則。）在這種情形之下，依德國民法的解釋，把他違背道德的故意的不行為看作法律上負責任的原因，也無不可。所以，所謂法律治外道德治內，把法律道德認為彼此相反，實在是有些不妥。法律在實際上可能的範圍內，也可以治內。

## 二 法律和道德適用方面的區別

### 法律與道德的關係

(1) 道德之適用必須考慮當時的情節；而法律之適用，在原則上含有普遍絕對的性質。道德之適用是因入而異；法律之適用，是依事而定。所以，同樣的行爲，這一個人去作，可以認爲合於道德，那一個人去作，就可以認爲背於道德。法律的適用就不是這樣。同樣的行爲，在原則上必須受同樣規則的支配。

(2) 道德之實行，是由於個人自己決定從違；法律之實行，是由於外界的壓迫。所以法律必須提綱挈領，而不能深入精微。法律在可能範圍之內，關於行爲的合法不合法，必須有確定的規則，而不留疑議的餘地。法律若有疑議的餘地，那便是法律的弱點。假若把道德規則變爲法律規則，法律就爲判斷是非的道德而失掉了法律的性質；假若法律的適用，也像道德那樣的因情節而決定，勢必墮官吏專斷，而生壓制的惡結果。

分析學派關於道德和法律之適用，所說這種相反之點，究不能說明全部的法律。

有的法律，在適用的時候，必斟酌情節，因人而定，必須使着執行法律的人有判斷的自由。刑法上關於犯罪行爲的處分，都依犯罪情節的輕重而定刑罰，所以刑法的適用，並不含有絕對的性質。民法上關於侵權行爲的處分，許多的地方是適用法律標準，而給予法官許多運用的餘地，以定侵權行爲的責任，也並不是嚴格的機械的適用。若說這一部分的法律，在適用上與道德完全不同，就有些不妥當。

但是有幾部分的法律，的確是同道德的關係很少。在這些場合，法律與道德彼此分離，各不相關。有的法律爲確保公共的安寧秩序，必須適用確定的嚴格的規則，其中沒有什麼道德問題。關於財產的法律，關於商業行

爲的法律，關於警察的法律，關於關稅的法律，許多的規則完全不含有道德的意義；而必須機械的執行。例如，取得財產的所有權的時效的長短；商業票據的方式；關稅稅率的高低；街上行走必須靠左邊或靠右邊的規則，都必須嚴格的適用，完全沒有斟酌的餘地。

還有兩種情形，法律與道德彼此沒有關係。（1）有的事項，道德上認爲不道德，法律雖不表贊同，而亦不加禁止。有許多的行爲，實際上法律無從過問；所以有許多的利益，法律也無從保護。例如，一個神經過敏的人，別人向他說一句玩笑話，他心中就覺着很不舒服。這一點精神的損失，法律就不能保護。但我們要知道，現在司法的設備不完備，對於這些事項，固然沒有辦法；假如以後心理學和生理學對於這些事項再有新發明，法律也可以採用科學上的新方法，而對於這些事項與以支配。（2）有的事項，當事人雙方在道德上都沒有過錯，而法律爲公共的利益，不願那一個不幸的人吃虧，要確定責任的所在。這完全是法律問題，其中沒有道德問題。例如，按勞工保護法，工人因作工受了損害，僱主雖沒有過失，也必須負賠償的責任。最後法律和道德的關係，還有一個問題。分析學派的主張，違抗法律可以合於道德，但決不能認爲合法；違抗不良的法律，可以構成道德上的義務，而服從不良的法律，却是法律上的義務。這種說法，猶如說：道德的力量，發自內部，而法律的力量，則來自外界。這就歸到法律究竟是「理」或是「力」的問題裏邊去了。

總之，就前邊所說的法律和道德那些分合異同之點看來，我們要承認法律的特徵——法律之所以爲法

律的特徵，是它含有普遍性和確定性。法律雖當然要與社會道德相融洽，但因法律必須按照規則去執行，自然就難免不有機械的狀態，一定要發生些法律和道德不相調和的情形。同時我們要注意，法律和道德所以不調和，有兩個原因。一方面，是因為有些法律規則只有歷史的基礎，而無現時的需要。一方面，是因為法律在適用上有不能避免的困難，有的時候，需要機械的運用。

參考書

- Pound, *Outlines of Lectures on Jurisprudence*, Pp. 48—49.  
 Pound, *Law and Morals*, Pp. 25—39; 43—76.  
 Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, Pp. 94—99; 116—122.  
 Smith, *Jurisprudence*, Pp. 6—14.  
 Cardozo, *Nature of Judicial Process*, Pp. 51—97.  
 Kohler, *Philosophy of Law*, Pp. 58—65.  
 Stammler, *Theory of Justice*, Pp. 21—32; 52—121.  
 Jhering, *Law as a Means to an End*, Pp. 25—35; 189—194.  
 Korkounov, *General Theory of Law*, Pp. 41—64.  
 Pollock, *First Book of Jurisprudence*, Pp. 45—58.

- Salmund, Jurisprudence, PP. 179—185.
- Holland, Elements of Jurisprudence, PP. 29—40.
- Amos, Science of Law, PP. 29—45.
- Vinogradoff, Common Sense in Law, PP. 25—27, 56—60.
- Vinogradoff, Historical Jurisprudence, Vol. I, PP. 43—52.
- Vinogradoff, Crisis of Modern Jurisprudence Yale Law Journal (January, 1920), PP. 312—315.
- Maine, Ancient Law, chaps. 3, 4, 9.
- Pomeroy, Introduction to Municipal Law, PP. 7—9.



法學文選

# 蘇聯與國際法

謝冠生

蘇維埃聯邦者，勞農之獨裁國家，以世界革命號召於世，因此對於從來普通國家使用之法規，每多特殊之改易。其關於國內諸法，各國學者，從事研究，頗不乏人（我國亦有多種出版物，詳見篇末附記），但甚少注意於其國際法者。去年法國 *Revue politique et parlementaire* 及日本外交時報先後載有關於蘇聯國際法之論文，因摘採大要，並參考其他關係諸作，就蘇聯所創關於國際法諸新例，略述如左。

## 第一 自主權

關於國家之自主獨立平等諸權，一般國際公法，皆有相當之規定，但一考國際間之實例，則與此項原則背馳之舉，幾於俯拾皆是。蘇聯之對外政策，重在結歡亞洲弱小民族，以冀破壞歐洲資本主義之帝國主義，故對於弱小國家之主權，比較的能貌為尊重。雖其用意固別有所在：觀其一面承認民族自決權，而防遏烏克蘭之獨立運動；一面攻擊歐美之侵略主義，而無日不思染指於蒙古；一面標榜打倒帝國主義，而對於中東鐵路之交還，延不履行；自相矛盾，無可掩飾。然由大體觀之，對於國家之平等權獨立權兩點，外表上尚極欲支撐門面耳。茲舉其主要之實例如左：

一九一七年十一月二日，蘇聯發表甯史泰靈署名之「俄羅斯民族權利之宣言」中有一居住前帝政

俄國領土內之民族，一切自主平等，且有依照諸民族之希望，與俄分離建另一國家之權，」等云。根據上述宣言，以是蘇俄對於波蘭及波羅的諸邦之獨立，未施以干涉。

一九二二年十二月三十日，制定現在蘇維埃聯邦組織之協約中，亦有同樣原則之規定。其第二十六條有「聯邦係享受平等權諸民族之自由結合，」「保障組織聯邦之共和國，有脫離聯邦之自由權」等之規定。

其於國際條約方面，則有如下諸例：

一九二一年三月十六日，俄土條約第一條云：

「各締約國約定，凡受他方武力壓迫而承認之平和條約或協定，均否認之。」

同約第四條云：

「兩締約國承認東方諸民族之獨立運動，與樹立社會上之新制度而奮鬥之俄羅斯勞動者之運動，有相互關聯之處，並嚴正承認此等東方諸民族，有獲得自由獨立及樹立其所希望之政體之權利。」

該條約第五條，為決定海峽與黑海之地位起見，規定開沿岸各國會議，其條文規定：

「該會議不得有侵害土耳其主權及君士丹丁堡安全之議決事項。」

又第七條規定：

「蘇維埃聯邦認領事裁判制度，與各國國民的自由發達及主權之完全行使，不能兩立，與該項制度

有關係之一切行動及權利，應消滅且廢棄之。」

又一九二一年二月十六日俄羅斯波斯條約第一條規定：

「爲希望波斯民族之獨立繁榮，及享受自由福祉起見，舊帝政俄國與波斯國間締結之條約協約及協定有損害波斯民族之權利者，蘇維埃聯邦宣告一切廢棄無效。」

同約第二條規定：

「蘇維埃聯邦宣言，凡有損傷或損害波斯國主權之措置，拒絕參加。」

第十六條關於俄波兩國僑民之國民待遇，有如左之規定：

「依照一九一九年六月二十六日，關於廢棄領事裁判制度蘇維埃聯邦政府之覺書，居住波斯國之俄國人民，與居住俄國之波斯人民，自條約調印後，得與其地方住民享受同等之權利，並應服從居住國之法律。」

此外關於有形之利益，例如改訂國境，以擴張波斯之領土（第三條），拋棄舊帝政時代之債權（第八條），讓與帝政時代在波斯建設之電報電話及其他交通機關（第十條），返還正教派教會之財產（第十五條），承認波斯在裏海使用軍旗之權利（第十一條）等，其尤著者也。

一九二四年五月三十一日之中俄協定，俄國在書面上亦表示自由主義的態度。中俄兩國政府，在特別會

議約定：「中國政府與前俄帝國政府所訂立之一切公約協約協定議定書及合同等項，概行廢止，另本平等相互公平之原則，暨一九一九年，一九二〇年，蘇聯政府各宣言之精神，重訂條約協約協定等項」（第三條）。「前俄帝國政府與第三者所訂立之一切條約協定等項，有妨礙中國主權及利益者，概為無效。締約兩國政府聲明，嗣後無論何方政府，不訂立有損害對方締約國主權及利益之條約及協定」（第四條）。又第十二條，「蘇聯政府允諾取銷治外法權及領事裁判權。」

綜觀上述諸例，蘇聯之與外國，尤其與東洋民族所訂諸條約，表面上，頗能尊重其自主獨立平等諸權。至於此種態度，是否出於愛護民族獨立自由之真意，抑或係外交政策一時之手段，則又為另一問題矣。

## 第二 領土

### 一 領海

按照俄國一九二一年五月二十四日之命令，規定白海及北冰洋之領海為十二海哩，後遭一九二三年五月八日英國之嚴重抗議，要求改領海為三海哩，對於扣留於俄國領海內之英國漁船，予以損害賠償。至同年五月二十二日，由俄國駐英大使克蘭辛，以領海問題，俟將來國際會議決定，在未決定前，承認英國漁夫在三海哩以外從事漁業之權利答復之，實際上承認三海哩之說。然俄國於烏霍克海，曾與日本抗爭十二海哩之說，將來是否重行提出其十二海哩之主張，未可知也。

## 二 領空

蘇聯雖未參與一九一九年之巴黎航空會議，而其國內法中規定之航空條例，則頗多。聯邦民法第五十三條規定：「航空機係排他的，屬於國家。」故不問爲飛行機，爲飛行船，絕對禁止私人之所有。又一九二一年一月十七日之命令規定，凡航空機航行俄國領土之上，須預得外務人民委員會之許可（第十五條以下）。

## 第三 人民

### 一 國籍

關於蘇聯國民資格之取得與其喪失，規定於一九二四年十月二十九日蘇維埃聯邦中央執行委員會命令之中，其第一條云：「凡屬蘇維埃共和國之國民，認爲聯邦之國民。」（註一）此種規定，與北美合衆國之主義相同。

且依照該項命令，「凡在蘇維埃聯邦之領土內者，苟不能證明其爲外國國民時，亦認爲蘇維埃聯邦之國民」（第三條。）是乃國際慣例，蓋所以防止無國籍及二重國籍之發生也。至因出生而取得國籍者，原有血統主義，出生地主義，及折衷主義之三種，而蘇聯則爲採用折衷主義者（第四條）——即下列之人，有取得蘇聯國籍之資格：

（一）父母爲蘇維埃聯邦人民。不問其子之出生地如何，認爲加盟各共和國及聯邦之人民。

(2) 子出生時，父母中一人爲聯邦人民，並有一人居住在聯邦領域內者，認爲加盟各共和國及聯邦之人民。

(3) 子出生時，父母中一人爲聯邦人民，而均居住在聯邦領域外者，其國籍依其父母之意志決定之。惟不論情形如何，此子達到成年時，得依簡易之手續，取得聯邦之國籍。

其與一般國際慣例極端相異者，係關於婚姻之規定：妻不因婚姻而取得夫之國籍，配偶者各自保其自國之國籍（第五條）。是蓋由於聯邦法制，標榜兩性平等主義使然也。

關於因歸化而取得國籍，其規定亦頗新奇：凡外國之勞働者，或農民之不利用他人之勞力者，以及因社會運動而受外國之迫害者，取得聯邦之國籍，甚爲容易（第七條）。

有左列各款之一者認爲喪失聯邦之國籍。

- (1) 依蘇維埃共和國或聯邦之法律，喪失國籍者。
- (2) 聯邦或加盟各共和國之人民，不服從其政府之歸國命令者。
- (3) 依照法律之規定，脫離聯邦之國籍者。
- (4) 依照裁判判決，喪失國籍者。
- (5) 因外國之條約，取得外國國籍者。

## 二 外國人之地位

蘇聯關於外國人地位之法制，原則上與其他各國，無甚差異，惟於庇護權之範圍，較為廣博。對於因社會運動等之被迫者，庇護尤力。他如驅逐不合聯邦主義之外國人，虐待資產階級，外國勞動者在聯邦內得與聯邦之勞動者享受同樣之公權等，皆在在表現其階級鬥爭之觀念。蓋雖同為外國人，輒因其為資產階級或為無產階級，而所受之待遇不一也。

### (1) 入國手續

依照一九二一年二十日人民委員會命令，及一九二五年六月五日蘇維埃政府命令，凡欲通過俄國國境之外國人，事前須經由聯邦駐外代表轉請，取得政府之許可。此與歐戰後其他各國採用之主義，無甚差異。

### (2) 庇護權

近代國家，對於庇護權之範圍，漸形縮小，尤其於破壞秩序之外國政治犯，頗有不與庇護之傾向（例如一九〇五年之英國法令，及一九〇七年一九一七年之美國法令）而蘇聯則反是：對於政治犯及宗教上犯罪之一切外國人，概取寬容主義（一九一八年蘇維埃聯邦憲法第二十一條，一九二五年五月十一日俄羅斯蘇維埃共和國改正憲法第十二條）。

### (3) 外國人之放逐



一九二一年八月二十九日命令，國家保安部「對於生活舉動行爲，與勞働者或農民國家之主義秩序不相容之外國人」有放逐之權。

(4) 外國人之公權

外國人之不能有選舉權，與其他公法上之權利，爲近代國家之通例。而蘇聯與加盟共和國之憲法，則均與外國勞働者以俄國人同樣之政治權，例如一九二四年十一月八日命令之第二條規定：「因勞働之目的，居住在蘇維埃聯邦領土內之外國人，屬於勞働者或農民階級，而並不利用他人之勞力者，得享受聯邦國民享有之一切政治權利。」

(5) 兵役

一九二二年九月二十一日命令，凡「希望服務於俄國軍隊，以冀擁護俄國革命之外國人」得作爲義勇兵，准其服務於赤衛軍。

(6) 私權

外國人之享受私權，國際通例分同化主義，相互主義，限制主義三種辦法，蘇聯在法文上係折衷第二第三兩主義，凡與蘇維埃聯邦締結特別協定之國家，其人民之私權關係，悉照該協定之規定；若無特別協定，則其人居住遷移之自由，職業之選擇，及房產土地等物權之取得，應悉由俄羅斯蘇維埃共和國政府之中央機關與

外務人民委員會協議決定，且得自由限制之（一九二三年十一月二十八日法律第八條）。

惟關於此項外國人之私權，蘇聯迄未與各國訂立任何協定，所以外國人在蘇俄之地位，千差萬別，並無一定之主義可言。彼等共和國相互間，及其隣接各國（例如一九二一年九月二十七日俄國芬蘭協定），則採用同化主義，其中有最惠國條款之規定者，亦非鮮少。（例如一九二四年二月七日之俄義條約，規定無條件的最惠國條款；一九二三年四月二十三日俄丹條約，規定附條件的最惠國條款等。）

### （7）外國法人

依照一九二三年四月十二日之法律，一九二三年五月十二日之訓令，法人之國籍，視總店之所在地而定。至法人於聯邦之活動，其法律能力，須經地方官廳之承認（俄羅斯民法施行法第八條）。

### 三 犯罪人之引渡

蘇聯對於犯罪人引渡條約，迄今猶未見與各國訂立，蓋因犯罪人之定義，在社會主義之國家，與在普通國家，不免有若干相異之點。後因得各國之承認，及國際交通之頻繁，漸覺此種條約，有締結之必要，遂有人民委員會一九二三年十月二十三日引渡章程之編纂，藉作日後訂約之準則。

按照該項章程，犯罪人之引渡，須在雙方之法律上為犯罪時，方得行之（第二條）。凡政治及宗教犯，一概不予引渡（第四條）。犯罪之認定，係屬引渡國之權限，應以引渡國之決定為最後的決定。又引渡非義務的係

引渡國之自由（第二條）。至同一犯人，有數國要求引渡時，一任引渡國之選擇（第八條）。

關於犯罪人引渡之手續等，雖無特別規定，惟十三條有「犯罪引渡於第三國，通過蘇維埃聯邦之領土者，該犯罪人以上述章程中認為可以引渡者為限，方准通過」之規定。

## 第四 外交機關

### 一 元首及外交部

按蘇聯之憲法，本無元首之存在，其有國家的代表權之榮譽，一若他國之元首者，厥為加盟各共和國中央委員會之議長（總數六名）。憲法第一條，有「聯邦之最高機關」於國際關係，代表聯邦，處理一切外交關係，與其他國家締結政治及其他條約之規定。而此所謂「聯邦之最高機關」者，即指蘇維埃大會而言，大會閉會期中，即指聯邦中央執行委員會（憲法第八條）。一九二三年十一月十二日外務人民委員會規則第十四條規定，蘇維埃外交官之委任狀與辭任狀，須經中央執行委員會議長書記官之署名，及人民委員會之副署。

外務人民委員會之職權及其組織，大體與普通國家之外交部相仿。前記一九二三年十一月十二日外務人民委員會規則第二條，關於外務人民委員會之權限，大體如左之規定：

（1）擁護蘇維埃聯邦政治的經濟的對外利益，及在蘇維埃人民之利益。

（2）實行最高機關決定之條約或協定之締結。

(3) 實行條約或協定規定事項，並援助蘇維埃聯邦之各機關行使此等條約或協定賦與之利權。

(4) 監視各該機關是否實行此等條約協定或議定書等。

外務人民委員會，由左列各款組成之：

(1) 外務人民委員外務人民委員會參事會

(2) 祕書廳

(3) 總務司

(4) 西洋司(其下按地理分設各科)

(5) 東洋司(其下按地理分設各科)

(6) 經濟法律司

(7) 情報司

凡組織聯邦之各共和國及列甯格拉安殿寨等各大都市，外務人民委員會均派駐代表，此等代表，彷彿我國之特派交涉員，亦與駐外使節相同，均歸外務人民委員會管轄。

## 二 外交官

依照一九一八年六月四日之命令，蘇聯政府對於駐外使節，無大使，公使，代理公使之別，統稱之曰全權代

表，蓋所以表示平等之觀念，即其編訂外交團之名簿，亦不從大使公使之秩序，而照字母之順序。但此種方法，頗有不便之處，蓋其駐外使節之駐在國，因其統稱曰全權代表，而無大使公使之名稱，遇事輒置之末席。蘇聯爲避免此種不便利起見，特於駐在大國之全權代表，加以大使名義（如昔年派駐北平之加拉罕），俾得與列國之大使享受同等之待遇。然此僅限對外關係，至對內關係，仍無所區別也。

蘇聯關於外國使館及外交團等之法令，尙稱完備，例如一九二一年五月二十六日命令，關於在外使館之組織者，一九二二年一月二十四日關於俄羅斯蘇維埃聯邦社會主義各共和國代表之任命者，一九二三年三月一日之命令關於任命全權代表者，以及前述一九二三年十一月十二日之關於外務人民委員會之組織者，皆是也。

蘇聯全權代表之任命召還，均由中央執行委員會決定行之（一九二三年十一月十二日之規則）。其次於全權代表使節之任免，由聯邦人民委員會議行之（前記規則第十五條）。至如（1）全權代表外出期內之代理人員（與代理大使代理公使相當），（2）派遣於國際會議之聯邦首席代表，（3）參事官，秘書官，以及國際委員會派遣員等，則可由外務人民委員會直接任命（第十七條）。

大使公使館陸海軍武官及其隨員，由外務人民委員會與陸軍人民委員會協議後任命之，並由外務人民委員會發給委任狀（第十九條）。

關於駐在蘇聯內各國外交官之法令，則有一九二一年六月三十日之命令，其中規定大使公使館人員及領事館人員之受外交官待遇者，須由館長與外務人民委員會協定之（第二條）。凡外交團之團員，其身體住宅及事務所，有不可侵權，且免除物品及金錢之課稅或徵發，外交團之妻及未成年之子，亦認為有同樣之特權（第三條）。外國使館長，有自由與其本國通信及懸掛國旗之權（第四條）。對於因特種政治使命來俄之外國人，及得聯邦之認可而無正式資格執行外交官之職務者，亦得享受前記第三條第四條規定之特權（第五條）。外交官之特權，至出蘇維埃聯邦之國境為止，聯邦政府保障之（第六條）。

此外關於外交機關之法令，尚有一九二一年十月十四日關於外交郵袋之命令，及一九二一年十一月四日關於外交信使之命令，此項命令，後又經過一九二二年八月二日，一九二二年八月二十四日，及一九二二年十月二十七日數次之修改。

上述外交機關之外，更有蘇聯所特有之機關，即所謂通商代表者，此項通商代表自其性質上言，無殊大使館內專掌通商關係之館員，而一方又為蘇聯政府獨占對外貿易之代表者。是以所謂通商代表者，一方面為國外貿易人民委員會之一機關，同時又為蘇維埃聯邦全權代表之一部也（一九二三年十一月十二日國外貿易人民委員會規則第二十三條）（註二）

通商代表之任免，由聯邦人民委員會議定之（第二十四條）。通商代表，分設調查商務二科（第二十六

條) 調查科職掌左列事務:

(1) 關於駐在國經濟之豫測。

(2) 調查市場狀況, 報告本國政府。

(3) 監督合辦公司。

(4) 監視通商條約之實行, 並參畫新通商條約之締結。

(5) 監視駐在蘇維埃聯邦之機關人民及通商代表部商務科之活動。

至於商務科之職權, 則在實行國外貿易人民委員會及其他蘇維埃聯邦之計畫, 處理其他國家機關及公私合作社商業上之各種事務, 以及輸出入等 (第二十八條)。

蘇聯又常努力使其通商代表, 獲得外交官之特權, 列國中亦有承認者, 例如一九二四年二月七日俄義條約第一條, 第三條, 有如左之規定:

「義大利政府, 鑑於外國貿易之在蘇維埃聯邦, 係由國家獨占, 對於聯邦之通商代表, 及其機關之在義大利領土內者, 當與以完成使命之利便, 通商代表及代表部參與會員等, 均係全權代表之一部分, 得享受身體不可侵權, 事務所之治外法權, 及其他特權之賦與外交使節者。」

一九二四年五月三日, 因德國警察搜索聯邦之通商代表本部, 逮捕部員事件, 遂有同年七月十九日之議

定書規定「凡服務於通商代表機關者，及其所管轄之各分科，均認為通商代表。」一九二五年十月十二日之俄法條約中，亦有與此項議定書同一旨趣之規定。

反之，英國及日本方面，對於賦與通商代表以外交官之特權一節，雖經俄國迭次之要求，均遭拒絕。

### 三 領事官

#### (1) 駐在蘇俄之外國領事機關

俄國未得列強承認以前，在俄外人之利益，均無保護機關，當時曾允許外人組織委員會以為代，德奧人皆嘗行之，迨兩國承認俄國，在俄設置正式領事後，遂行停止。

規定駐在聯邦內各國領事法律上之地位者，有一九二一年六月三十日之命令，其第三條規定，外國領事於外交官特權中，某種部分，限制的賦與之，即外國領事得享受司法上一種之特權（如拘捕，以有法院之命令，且實際犯罪之情形為限），免除租稅權，事務所不可侵權，榮譽權等。

#### (2) 蘇聯之駐外領事官

制定最初駐外領事官之法令，係一九一八年十月十八日之人民委員會議令，其後屢加修改，惟第十條，第十一條，第十二條，今尚有效。第十條規定，賦與外務人民委員會以組織蘇維埃聯邦領事館之權限。第十一條規定，外務人民委員會，有訓令領事之權限。第十二條規定，廢棄帝政時代之領事規則。



關於規定聯邦領事之事項者，有一九二一年五月二十六日之命令，其第十二條規定，領事分總領事，領事，代辦領事官等三種。領事之任務如左：

(甲) 擁護蘇維埃聯邦在國外之經濟上及法律上利益。

(乙) 代表一切人民委員會及其他蘇維埃聯邦之機關。

(丙) 擁護蘇維埃聯邦人民及法人在國外之經濟上法律上及社會利益。

在行政上，領事官均歸全權代表管轄（第十四條）。領事館之設置及領事之任命，由外務人民委員會與國外貿易人民委員會協議後行之（第十五條）。

蘇維埃之領事官，純係職掌行政事務，至通商事務，概由通商代表管理之，此乃與其他各國不同者，蓋因俄國國家獨占國外貿易故也。

俄國於東洋各國之領事裁判權，業經宣言撤廢，故該項命令中，並無領事裁判權之規定（參照俄土條約第七條，俄波條約第十六條，中俄協定第十二條）。

於此尚有極可注意者，即該命令中，因無產階級代表者之領事，與地方之有產社會相接觸，足以消滅有產社會與無產社會之界限，故有極力避免之規定，又領事對於欲在聯邦內謀得職業之外國勞動者，有一一傳達於本國政府之義務。

一九二五年外務人民委員會，派其法律顧問薩派甯，編纂聯邦之領事法典，至一九二六年一月八日，取得中央執行委員會之承認，對於領事之階級，任命，在外聯邦人民之保護，領事事務執行之規則等，皆有詳細規定。其關於聯邦領事之戰時之義務，及對聯邦航行事業之義務，尤有深長之注意，為普通國家所未備，於此益可見蘇維埃聯邦對於未來世界所抱之野心也。

(註一) 蘇維埃聯邦，由六個之蘇維埃社會主義邦，即共和國，組織而成，前項命令，規定蘇維埃共和國之國民，同時亦即聯邦之國民。

(註二) 國外貿易人民委員會，於一九二五年，與國內商業人民委員會合併，改稱商業人民委員會。

#### 附記

關於蘇聯國內法之中文刊物，有中華書局出版之顧樹森君蘇俄新法典，東方雜誌第二十卷亞權君蘇維埃聯邦憲法，法政學報第四卷陳山君之蘇俄憲法上主權之性質及活用之研究，東方雜誌第二十二卷周鏗生君之俄羅斯的政治改造，太平洋第四卷松子君之蘇俄的政治組織，現代評論第一六三期彭學沛君之蘇聯聯邦制度之特徵，法律評論第五十八期王鳳君俄國新民法之特點，十六年十二月北京晨報副刊荷衣君之蘇俄制度下繼承法運用之可能性，外交公報第四十七期第十八期，裴汾齡君蘇維埃社會主義俄羅斯聯邦共和國刑，法法律評論第七十一期小野清一郎君之蘇維埃俄羅斯之刑法，外交公報第四十五期裴汾齡君之俄羅斯蘇維埃社會聯邦共和國勞工法，現代評論第一四〇期南君之蘇聯的經濟法，國聞週報第二卷第十二期王君之採用新經濟政策後之俄國勞働界，法律評論第二八九期予春君之蘇俄民事訴訟法，現

法 學 文 選

代評論第一六八期燕樹棠君之蘇俄的司法制度等。

法 學 文 選 完

