

吳經熊  
華懋生  
編輯

上海法學編譯社編輯  
會文堂新記書局發行

法學文選

上冊

# 法學文選序

編者

近年來法律學校，很有一種蓬勃的趨勢，研究法學的人，也比以前湧躍得多。被儒教壓服了幾千年的法學，居然露了一息生氣，因此浸淫在這法學圈子裏的人們，就愈感覺到法學著述的缺少，不能滿足一般求智欲望。學問的供求，原也和商品同一例，求的方面，固然需要大量的購買力；供的方面，尤其是需要大量的生產力；然後引起了一種供求的磨鍊，出品就逐漸地精良，享受就逐漸地豐富。現在我們看看法學市場，太慘淡了。求的方面，有無量數的青年學子伸長了頸子等著待哺。但是供的方面，力量是太薄弱了，生產是太稀少了，我們現見這種現象——辜負著現成的大量購買力，更不容遲誤這種千載難逢的機會——這一種心緒，就催起了編輯本書的動機。

研究過比較法律的人，總說英美不成文法裏，所研討到的法律或法學問題，比較大陸成文法裏，多而且精。這因為英美判例中，多討論到法理的精微處所。他們沒有死條文可以援用，非要反覆研討到無懈可擊的時候，才成功到法律的效力，而可以拘束訟案，折人心服。所以闡發法理就立時引起法律的變更創造，律師法官，全神注此；法理日精，法律日進。他們的法律觀念是，霍模司說得好：

*The life of law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the*

法學文選序

1

time, the Prevalant Moral and Political theories, institutions of the Public Policy, avowed or unconcious, even the prejudices which judges with Their fellowmen, have had a great deal more to do than the Syllogism in determining the rules by which men should be governed (the common law P. 1.)

「法律之生命是經驗而非論理，時代之需要，流行之道德與政治學說，習知或非習知之善良風俗，并法官與其屬人之成見，較諸三段論法以定管理人羣之法則，有重大之關係。」

所以他們拒絕了刻板的論理方法來支配法律的適用。他們著重於老實的討論，著重經驗。因此就有許多精進獨到的地方。我們希望樹立起這一種精神，更願不要因為有了成文法典，就時刻顧念著這些論理學上的刻板方法。希望多幾篇老實討論的文章，多引起一番供求的磨鍊，多有一種更豐富的享受。

本書定名法學文選。第一輯一共選輯了四十篇。我們不能說國人的重要法學文章，都已選輯在內；但是這些文章，祇少總可說是作者個人一部分的重要思想。并且有若干篇文章，已經成爲中國法制史裏的史料。牠們有權利要使國人去誦讀，其餘的文章，牠們都有這一種老實態度：

What he sees, he sees; of the rest he is ignorant; and his sense of this vast ignorance (which is his natural and inevitable Condition) is a chief part of his knowledge and of

his emotion. (Santayana, Preface to his own Poems P. X ii.)

「其所見到爲見到，餘則不知；惟斯自然與不能免之大不知，斯其所以爲智識動機之一大主宰。」

本書僅爲第一輯，以後需要不定期的陸續編輯，隨時出版，希望國內學者能引起一點興趣，同在供求的市場上努力，使磨鍊不致於怎樣的落寞。深知道這一種努力，是義務也就是權利。我們願與讀者一同履行一同享受！要光明不必計犧牲，希臘的舊詩說得好：

A Shipwrecked Sailor, Buried on this Coast,

Bids you set Sail.

Full many a gallant bark, when we were lost,

Weathered the gale.

(Pragmatism p. 29. quoted by James From the Greek Anthology)

彼覆舟葬斯岸之船夫兮，

泥君兮放帆行；

當吾儕甘作前驅之犧牲兮，

其長風兮揚美艤。

法學文選序

法學文選

我們願與讀者一同唱着前進！

# 目錄

- 一 法律與命令……………王世杰……………一—六  
    武漢大學社會學季刊第一卷第二號
- 二 說研究法律之方法……………王鳳瀛……………二七—三〇  
    東吳法學院法學季刊第一卷第八期
- 三 比較民法導言……………王寵惠……………三五—五〇  
    中華法學雜誌第二卷第三號
- 四 勞動契約法論……………史尙寬……………五—十四  
    東吳法學院法學雜誌第六卷第三期
- 五 現代法律哲學之三大派別……………丘漢平……………五—二〇  
    東吳法學院法學季刊第二卷第八期
- 六 法律解釋論……………朱顯禎……………二二—四四  
    中山大學社會科學論叢法律專號第二卷第八九號合刊

七 近代法律哲學之派別和趨勢……………何世楨……………二五—二六

商務印書館東方雜誌第二十六卷第一號

八 關於現今法學的幾個觀察……………吳經熊……………二六—二七

商務印書館東方雜誌第三十一卷第一號

九 國際立法的發達……………周鯁生……………二九—三〇

武漢大學社會科學季刊第四卷第二號

一〇 刑法修正案的時代背景……………俞承修……………三五—三六

上海法學編譯社法令週刊第二三五期

一一 新民法的新精神……………胡漢民……………三七—三九

革命理論與革命工作第二冊第四輯

一二 民法債編的精神……………胡漢民……………四一—四二

革命理論與革命工作第二冊第四輯

一三 民法物權編的精神……………胡漢民……………四三—四四

革命理論與革命工作第二冊第四輯

一四 民法親屬繼承兩編中家族制度規定之意義……………胡漢民……………二六一—二七〇

革命理論與革命工作第二冊第四輯

一五 狄驥的著作及其學說……………凌其翰……………二七五—二八

東吳法學院法學雜誌第六卷第一期

一六 行政訴訟法院管轄權限的研究……………徐砥平……………三九—三三

前途雜誌第一卷第四號

一七 憲法初稿中的「人民之權利義務」……………梁整立……………三三一—三四

時事月報第十卷第四期

一八 從現行民法考察賠償義務人之代位……………曹傑……………三四—三四

東吳法學院法學雜誌第六卷第六期

一九 行政裁判制度之研究與建議……………章淵若……………三五—三六

東吳法學院法學雜誌第六卷第六期

二〇 自由權契約權財產權新論……………陳震銳……………三九—三四

東吳法學院法學季刊第一卷第四期

二一 戰時國際法上之繼續航程原則……………陸鼎揆……………三五—四八

東吳法學院法學季刊第一卷第六期及第九期

二二 拿破崙法典及其影響……………梅汝璈……………四九—四〇

武漢大學社會科學季刊

二三 中國舊制下之法治……………梅汝璈……………四一—四五

武漢大學社會科學季刊

二四 世界兩大法系之發展的原因……………華懋生……………四五—四三

東吳法學院法學季刊第四卷第三期

二五 中國憲法的幾個問題……………孫科……………四三—四七〇

中山文化教育館季刊第一卷第二期

二六 新舊刑律比較概論……………董康……………四二—四六

東吳法學院法學季刊第三卷第五期

二七 債權之對世力……………張正學……………四九—四九六

法學叢刊創刊號

二八 公證制度之探源……………楊兆龍……………四九七—五〇八

中華法學雜誌第四卷第一號

二九 政法上的唯心主義……………張君勱……………五〇九—五二二

東吳法學院法學季刊第一卷第五期

三〇 借英國法中許多希奇有趣之點來闡明法律的性質張志讓……………五三—五三三

復旦大學法規第二期

三一 自然法觀念之演進……………張奚若……………五三一—五三六

武漢大學社會科學季刊第一卷第一號及第二號

三二 中國新分析派法學簡述……………端木愷……………五九—五九八

東吳法學院法學季刊第四卷第五期

三三 續中國新分析派法學簡述……………孫渠……………五九—六三

東吳法學院法學季刊第四卷第六期

三四 近代勞動立法之新趨勢……………孫曉樓……………六三一—六三〇

東吳法學院法學季刊第六卷第三期

三五 法律觀念之演進及其詮釋……………趙之遠……………六三一—六七四

社會科學叢刊

三六 法律社會化論……………鄭保華……………六五—七二

東吳法學院法學季刊第四卷第七期

三七 現行法與民生主義……………劉承漢……………七三一—七三六

東吳法學院法學雜誌第六卷第四期

三八 所有權包含義務論……………劉陸民……………七九—七四

法學叢刊創刊號

三九 法律與道德的關係……………燕樹棠……………七五—七四

武漢大學社會科學季刊第一卷第一號

四〇 蘇聯與國際法……………謝冠生……………七五—七六

國立中央大學半月刊創刊號

# 法律與命令

王世杰

自十七八世紀洛克孟德斯鳩諸人倡國權分化之說以後，立法權必須與行政機關分離久成一般立憲國家共認之原則。然細審晚近趨勢，列國行政機關之權力，則又日漸擴充，立法職務又多移轉於行政機關。這種現象，并不限於行政機關素占優越地位之若干國家，即在議會權威素稱最高之英國，與國權分化素稱最嚴之美國，亦顯然露此趨勢。『行政的立法』*Administrative Legislation*遂成爲新近學術著作上習見之名詞。這實在是近今政象上一種重要的變遷，值得一般公法學者之特殊注意與研究。

誠然，在一切國家，行政機關從來無不享有若干分所謂補充立法或副立法 *Subordinate Legislation* *Secondaire* 之權；因爲列國行政機關所頒的命令，歷來並非均屬單純的行政性質，有些命令實在也含有立法性質，可以說是一種立法命令。但在衆多國家，這種帶立法性質的命令，其範圍及其效力，往日究皆有一定之限度。今則那種限度，往往全被打破，有如後文所示；而所謂『行政的立法』遂不能一律看作一種補充立法或所謂副立法。

本文範圍，一在考究行政機關的『命令立法權』(註一)在憲政先進諸國的法制上，夙日究竟具有如何之限制；次當考究新近事實，因以著明那些限制業經毀破之程度；最後當更依拙見所及申論那些限制不克維

持之原因，並推究法律與命令，在現今情勢之下，彼此究應保持之限界。惟於論究以上諸點以前，我們對於法律與立法權兩名詞，不能不預爲簡單之解釋；否則行政機關之某種命令，是否類於法律，行政機關頒布某種命令，是否類於立法，我們將無從辨別，在討論上將甚感不便。

法律這個名詞，可說有實質與形式兩義。

所謂實質係指法律的內容而言，從實質一方面以釋法律，學者間約略有兩種不同之主張，一派學者認法律爲賦有普遍性的規則。這就是說，法律的特質在其普遍性。而所謂普遍性者，不外是指法律所支配之「事」與「人」而言。從事的一面說，法律必須是對於合於法律條文所規定之未來的一切事件所立的一種規則，而不是對於任何個別的現實的事件所爲之一種決定。從人的一面說，法律不是對於特定個人或特定若干人所爲的一種決定，而必是對於將來凡適合法律條文所規定之任何個人或團體所立的一種規則。換句話說，在這派學者的觀念中，國家機關的任何決定，如果是對於特殊個人或特殊場合所立的一種決定，則於施諸該特殊個人或場合以後，該決定自即隨而消滅；因之那種決定，即不得目爲法律。既稱爲法律，則其規定不因一次或數次適用而當然消滅；在法律未經正式廢止前，任何場合凡與法律條文之規定相合者，均受該項條文之支配。這可舉例說明：譬如國家某某機關對於某某有功勳於國家之個人決定給予一種退休金，這便不能構成一種法律；因

爲這是對於特殊個人所爲之一種決定。反之，如果國家某某機關議定凡犯某某行爲的人，概應處以某種刑罰，那便是一種賦有普遍性的規則，那便構成一種法律。這種主張，似乎是多數法學者的主張。例如盧梭 Rousseau 愛斯曼 Esmein 狄驥 Duguit 耶慈 Jéze 以及奧斯丁 Austin 讓 Jethro Brown 梅依 Meyer 諸人，便俱如此主張。(註二) 另一派學者，則認法律爲變更權利之規則。這就是說，法律的特質在能增減或消滅人民之權利；凡國家任何機關所頒佈之規則，如其內容足以變更人民與人民間權利關係，或人民與國家間之權利關係者，俱爲法律。以是主張此說的人，往往訓法律爲「權利規則」(Rechtsgesetz, Règle de Droit 準斯定義，國家機關所立的規則，就令賦有所謂普遍性，然若人民原有之權利，不因該項規則之成立而有毫末之增減，則不得目爲法律。而在他一方面，國家任何機關的決定，即令僅係對於個別的事實或特定的個人所爲之一種決定，但使具有變更人民權利之效果，仍應目爲法律。德國學者拉龐 Laband 於其所著的德意志國憲法 學 Das Staatsrecht Des Deutschen Reiches 中夙主此說；日本學者亦多服膺此說。例如美濃部教授暨中野博士諸人，對於法律的實質的意義便俱如此解釋。(註三)

以上兩說，雖各有見地，但第一說所立之標準，似較第二說所立之標準爲明確，因普遍性云云，如前所述，尙有一定之範圍，至於一種規則是否影響人民之權利，實際上往往不易判斷。且就立法觀念產生之歷史言，第一說亦較與事實相切合，依近今社會學者研究之結果，立法職務之產生，不論在那一個社會，似都在行政及司

法等職務產生以後，蓋在一切未進化之人羣，政府的措施都只是對於個人或個別事件的一種處理，而所爲司法行爲或行政行爲，便都是這樣的一種處理。爾後人羣稍進化，被治階級爲防止治者階級之專斷，迺要求治者階級根據習慣以處理諸事。人羣更進化，則要求治者階級立爲成文法以處理諸事。成文法之所以能防止專斷，卽以其內容不是對於個別的現實事件所定的一種辦法，而是對於未來的一切同樣事件賦有支配力一種規則；換句話說，就是因爲他賦有普遍性。所以從歷史的見地說，立法職務之產生是因爲人羣認識了普遍性的規則之重要。基於以上理由，我們認爲法律的特質，在其普遍性。

由上所述，法律之爲法律，初與其產生機關或產生程序無何關係。一個議會（或其他經憲法認爲賦有立法權之機關）所成立的決定，不必皆爲法律，因爲那些決定，不必都具有以上所述的普遍性；而在另一方面，行政機關所頒佈的命令，有時却也可構成一種法律，因爲行政機關的命令，有時也是一種賦有普遍性的規則。但這不過是從法律的實質以釋法律。法律這個名詞，固尙有其形式的意義。從形式方面以釋法律，則依憲法賦有立法權之機關，按照制定法律之程序所成立的一切決定，皆爲法律。例如依民國元年中華民國臨時約法之規定，參議院爲立法機關，（該法第十二條）法律之成立須經參議院之議決及臨時大總統之公布；（參看該法第十九、二十三、二十四等條）以是一切決定經參議院議決及臨時大總統公布者，均是法律。法國學者馬爾伯 Carré de Malberg 闡述此種形式主義，至爲詳盡。（註四）他所以採此形式主義者，係因立法機關依制定法律

程序所成立的一切決定，無論含有普遍性與否，在法院裁判官的眼光中，都具有同等的效力。自然，立法機關的決定，亦有不依制定法律的程序而成立的。例如議會的決議案 *Resolution* 之成立，在一般國家，便只須議會中任何一院之通過，勿庸經過制定法律之程序；至於法律案之成立，依一般國家之憲法，例須經由上下兩院之表決與行政機關之公布。以是列國立法機關之決議案，初不得目為法律，列國法院亦並不認那種決議案具有法律之效力。但立法機關依制定法律程序所成立的一切決定，則不問那種決定係對於個別的現實的事件所立的一種決定，抑係對於未來同樣的事件所立的一種規則，在法院的眼光中，其效力是相同的；因此從形式一方面說，都不失為一種法律。

法律這個名詞，既如上述，有實質與形式兩義，立法權這個名詞，自然也可有兩種意義：從實質方面說，立法權可以說是制定賦有普遍性的規則之權；從形式方面說，立法權可以說是憲法所指定的立法機關，依照制定法律的程序，成立諸種決定之權。

## 二

在憲法先進諸國，行政機關的命令立法權，於歐戰以前，究竟具有若何範圍？現在我們可以進而論究這個問題。這裏所謂命令立法權，自然只有就立法權的實質的意義而言，因為這裏所討論的是行政機關的職權，不是憲法所指定的立法機關的職權。換句話說，所謂命令立法權，就是行政機關以命令的形式制定賦有普遍性

的規則之權。這種純依行政命令所成立之規則，在一般國家的官文書中，概不名之曰法或法律。Statute, Loi, Gesetz 而畀以種種其他名稱；例如在英國則有 Regulations, Rules, Provisional Orders 等等名稱，在吾國亦有條例、章程、施行細則、規則等等稱謂。

我們如欲比較歐戰以前列國行政機關命令立法權的範圍，最好是就（一）行政機關行使命令立法權的根據，（二）立法命令的效力，（三）立法命令的制裁，（四）獨立命令頒佈之場合，（五）緊急時期之命令立法權，分別研究。

第一，行政機關行使命令立法權的根據。列國行政機關究各根據什麼權力，得以命令制定賦有普遍性的規則？

有些國家，行政機關得根據兩種不同的權力，頒佈兩種立法命令。一為執行命令，這是行政機關於執行法律（從其形式的意義而言，以下凡稱用法律二字時亦同。）時對於法律本文未及明白詳盡規定之點，所頒佈之補充規則。列國行政機關之頒佈此種命令，大率以憲法條文之明認或默許為其根據。譬如法國行政機關所以能頒佈這種命令。據法國學者之解釋，就是因為法國一八七五年二月二十五日憲法第三條承認了法國大總統有「監督及保證法律的執行」之權。日本天皇之能頒佈此種命令，就是因為日本憲法第九條曾經明定「天皇為執行法律……有必要時得發命令。」二為委任命令。這是行政機關依據法律明文之委任而制定之

補充規則。這種命令立法權，是以法律明文之委任爲根據的；學者間故亦稱此種命令之頒布爲委任立法（Delegated Legislation）。凡法律本文對於特定事項不自爲詳細的規定，而以明文委諸行政機關以命令補充時，行政機關根據該項條文所頒佈之補充命令，就是一種委任命令。至於列國立法機關之得以法律明文委任行政機關立法，或係因憲法有明文承認，或係因立法機關、法院乃至一般法學者，均視此爲當然之辦法。例如吾國民國元年臨時約法第三十一條「臨時大總統爲執行法律或基於法律之委任得發布命令」之規定，一方面係承認行政機關得頒布執行命令及委任命令，一方面即係承認立法機關得委任行政機關以命令補充法律。有些國家憲法上雖無明文承認這種委任行爲，委任立法之事，實際上仍然存在。例如美國憲法便無片語容許委任立法，但美國聯邦法律仍往往以補充立法之權，委諸行政機關，這種委任，雖然說不能超過一定之範圍，而在一定範圍以內要爲美國法院所容認。（註五）

在歐洲大陸的一般國家及日本，行政機關歷來均有頒布執行命令與委任命令的兩種職權。因此法律的內容不必繁細，因爲法律本文之所未備，行政機關隨時得以命令補充；有時法律本文儘管疏闊，亦不必定以明文委託行政機關補充，因爲行政機關既保有頒布執行命令之權，則即法律無明文委託，尚得以執行命令爲補充法律之工具。基於這種原因，歐洲大陸等國的法律，其條文往往比較的簡括。論者往往稱這種簡括式的立法爲一種骨架式的立法；因爲法律本身，只具備了一個骨架，至於骨架以外的皮膚肌肉——即關於法律施行上

之種種詳細規定，將一概任諸行政命令之補充。但在英美等國，行政機關以命令補充法律，只能頒發所謂委任命令，不能頒布所謂執行命令；換句話說，如果法律本文未嘗以明文委任行政機關為補充之規定，行政機關即不能頒布任何命令以補充法律。以此在英美等國，行政機關補充法律的命令，無不於命令條文中宣示，其所根據的法律條文。而就歷來的事實看去，在英美等國法律條文也就往往非常繁密，一切事目除了絕對不便或不能於法律本文規定者外，幾無一不在法律本文以內規定。鑒於這種事實，英儒戴雪至謂英國法律與歐洲大陸諸國法律相較，（尤其是與法國法律相較）後者不過是一些「普通原則的宣示」Statements of General Principles而已。（註六）英美等國法律本文歷來既比較繁細，其需要補充之點，亦自較少；因此，命令立法權，在英美等國歷來也就比較狹小。

誠然，自十九世紀中葉以後，委任立法之制，在英國即已逐漸擴張；但英制對於委任命令頒布之手續，却亦因此設有特殊限制。有時候此種命令，須送至議院陳諸兩院議席，經過若干日後，始能發生效力；有時候且必須得議會之認可，或至少須未經議會否認，始能成立這種必須經議會承諾之委任命令，英人謂之 Provisional Orders。自一八九三年法規頒布法 Rules Publication Act 頒行後，委任命令之必須移送議會者，並且須由準備草案之機關，於開始起草以前四十日在 London Gazette 報上通告，以促公眾之注意。從以上事實，可見英國議會，即對於委任立法之事，夙來並未採取完全放任態度。

第二，立法命令的效力。補充立法的命令，無論爲執行命令或委任命令，不得與任何現行法律相牴觸；這是一般立憲國家夙來共認之原則。有些國家并且往往將這個原則，著諸憲法（註七）這個原則在列國夙來大都具有一種或兩種保障：在英美等國，補充法律的命令，如果牴觸法律條文，法院便得否認那種命令的效力。在採用行政裁判獨立制度的國家（例如法國）不獨普通法院可以否認這種違法命令的效力，行政裁判機關并且保有變更或撤銷這種命令之權。基於這些保障，立法機關所制定的法律，與行政機關所頒的立法命令，彼此雖然同爲賦有普遍性之規則，而就形式一方面說，其性質便非一致。有些論者不認補充法律的立法命令爲一種立法行爲，亦即以此彼等以爲立法行爲，應該是一種能變更及廢止現行法律的行爲；補充法律的立法命令，既然不能變更或廢止現行法律，便不能看作一種立法行爲。

第三，立法命令的制裁。任何法律或立法命令，如果不具備一種制裁，便只是學術上所謂「缺乏完全拘束力的規則」A Rule of Imperfect Obligation 便只是一種道德的規則，所以嚴格的講，法律命令是必須具備一種制裁的。法律所需要的制裁，在一般國家都可由法律自行規定。至於補充法律的立法命令，其所需要之刑事制裁，在自由諸國，歷來都要由法律代爲決定，不能由行政機關自行決定。譬如就法國言，一般立法命令之制裁，概係由法國刑律第四百七十一條第十五款爲之規定。（該款規定：凡違背依法成立之立法命令者，應受一佛郎以上五佛郎以下之罰金。）法國議會對於特種立法命令，倘認此種制裁爲未足，自然尙得於委任立法

之時，特設條文另定其刑罰，或另設一定之範圍，（例如由若干額至若干額罰金或由若干時期至若干時期之徒刑，）使行政機關就該範圍而量子探定。但即在那種規定之下，行政機關對於彼之立法命令，仍無自由決定制裁之權能，固亦顯然。英國慣例與法略同，立法命令的刑事制裁，在原則上亦須由法律本文爲之規定。（註八）美國慣例，歷來尤無容許行政機關自定任何刑事制裁之事。（註九）在這種限制之下，行政機關雖然保有命令立法權，人民之權利義務仍不容易遭受非分的侵害。

第四，獨立命令頒布的場合。前面所述的執行命令與委任命令，都只是補充法律的命令；他們的內容，都只是對於某一種法律所涉及的事項，給以較詳的補充的規定。所以那些立法命令都必須與某一種法律相連結，而不是離開一切法律獨自存立的。那末，列國行政機關是不是尚能頒布日人之所謂獨立命令或法人之所謂 *Reglement autonome*？換句話說，列國行政機關是不是還能不依據任何法律，對於未經任何法律涉及之事項，竟自以立法命令規定？這個問題，在若干國家，也許要被完全否答。譬如美國，行政機關除了能依據法律的委任頒布補充法律的立法命令外，殆絕對不能頒布這種獨立命令。不但如此；美國聯邦議會的立法事項，是經憲法確定的；按照美國學者及法院之解釋，聯邦議會雖得委任行政機關就聯邦法律已涉及而未詳細規定之點給以補充的規定，要不能任何整個的聯邦立法事項委任行政機關以命令規定。例如美國各邦間之商業事項，*Interstate Commerce* 依美國憲法是聯邦議會的立法事項之一；假使聯邦議會制定一種關於邦與邦間

的商業之法律，而以該法律在實施上必須詳細規定之點委託行政機關以命令補充，那便不生問題；假使聯邦議會對於邦與邦間之商業事項不自制定任何法律，而將那個事項完全委任行政機關以命令規定，那便要構成一種違憲行爲了。所以獨立命令制度，在美憲上殆無可存在。（註十）有些國家，行政機關雖能頒布獨立命令，却亦限於極少數之場合。譬如就英國言，行政機關便只能對於尚無代議機關之殖民地，不依據任何法律，而以命令立法。（註十一）有些國家，行政機關除對於殖民地地域得行使獨立命令權外，歷來尚得對於若干種其他事項行使獨立命令權。譬如法國行政機關對於官制官規及所謂警察事項，依法國學者之解釋，便得頒布獨立命令。（註十二）日本行政機關，除對於殖民地及警察事項得頒行獨立命令外，并得以獨立命令規定皇位繼承軍隊紀律等事項。（註十三）

但英法日諸國，行政機關的獨立命令權，彼此雖有廣狹之不同，此種命令之內容不能牴觸任何法律條文，則爲各國憲法或習慣歷來共認之原則。故就效力一層而言，獨立命令，初與補充法律之執行命令或委任命令無何差別。

第五，緊急時期之命令立法權。凡上所述，係就平時狀態而言，凡遇特殊緊急情形，如國內戰爭，國際戰爭，以及非常天災之類，列國行政機關，歷來是否保有較諸平時更形廣泛之命令立法權？

在歐戰以前，有些國家遇着上述緊急情形，行政機關并不當然的享有較大之命令立法權；如果立法機關

於緊急情形發生後，不制定特別法律授行政機關以較大之權，他的權能在法律上便仍然同平時一樣。歐戰以前，英國便完全採此種制度。依照英制，即在上述緊急情形之下，行政機關亦不得逕自逾越法律所規定之權限，而有所動作；倘有必要，只可於緊急情形發生後，請求議會制定新法律，授予行政機關以較大之權力，俾獲應付緊急情勢；新法律成立後，行政機關始得根據新法律之所定，行使較大之權力。假使此種新法律，尚未成立，而行政機關在法律上原有之權力，復不足以應付事變，則行政當局之自處，惟有兩途：或則守法而聽公共秩序之糜爛；或則逕採法外手段，（如不依法定手續逮捕人民與頒布違法的立法命令之類）以維護公共之秩序與國家之安全。第二種行為雖有利於國家，在法律上仍為違法行為，仍須受法庭之制裁，但行政機關得於事後請求議會通過一種「赦免法」 Act of Indemnity 以赦免之；如果議會通過如斯之法律案，當事者便可解除其違法之責任。可是議會并不一定通過這種赦免法案，因之，當事者之違法責任，并非必然的可以解除。（註十四）

從這種制度，我們可以想見英國歷來法治制度之嚴。

美制與英制相似而更嚴。赦免法制度為英美之所同，所不同者，美國聯邦議會非如英國議會有完全之行動自由；英國議會在平時或在非常時期，得以任何職權授予行政機關，因為英國議會的行為，并不受任何成文憲法的束縛。美國聯邦議會，則即在緊急時期，亦不能自由授予行政機關以一切職權，因為美國聯邦議會之一切決定，尚受美國聯邦憲法之束縛，凡未經憲法明認得由聯邦議會於戰亂等緊急時期自由處分之事項，聯邦

議會即不得任便處分或委任行政機關自由處分。例如出庭狀制度，是曾經美國聯邦憲法明認得於戰亂時停止的；美國聯邦議會於戰爭時期，便可自由處置此事；反之，如出版自由，是美國聯邦憲法未嘗承認議會得於戰亂時期可以量加限制的；因此，許多取締出版自由的方法，（例如設置檢查機關檢查出版物）在他國儘管可以行之於戰時，美國聯邦議會却不能決定採行，或容許行政機關採行。（註十五）所以我說美制較英制尤嚴。

與英美兩制不一致，而於緊急時期仍能保持一種法治的精神者，為法國的戒嚴法制度。在這種制度之下，凡值緊急時期，行政機關的命令立法權，於經過宣告戒嚴之手續後，是與平時不同的；但戒嚴之宣告權，除實際上被攻擊或被包圍之地域屬於當地之軍事機關外，在原則上屬於議會；如緊急情事發生於議會閉會之時期，始得由行政機關自行宣告戒嚴。戒嚴宣告之後，行政機關之命令立法權，以及其他職權，即隨着戒嚴法之規定而有所擴充。這種戒嚴法，是議會於平時預先制定，以供緊急時期用的一種法律；依照這種法律行政機關的權力，自然較平時擴大；但行政機關的一舉一動，仍不能超越此種法律所規定之範圍，換句話說，就是仍不能以命令變更法律或停止法律。所以我們說，在法國戒嚴法制度之下，法治主義的精神，即在緊急時期，仍然保持着。

以上是歐戰以前幾個法治程度較高的國家的狀態。在法治根基比較薄弱，行政機關占有優越地位的國家，行政機關遇着緊急情事發生，便享有一種所謂「緊急權」Notrecht，詳言之，便即德國學者所謂頒佈「緊急命令」Notverordnung之權。這種命令，與以前所述的執行命令，委任命令，乃至獨立命令，都不一樣；這種命令

是與法律有同等效力的，是可以變更或停止法律的執行命令，委任命令，乃至獨立命令，如前所述是不能與任何法律相牴觸的。所以在緊急命令制度之下，法治精神可以說全被打滅。這種制度，在歐戰以前，曾經奧國普魯士薩格孫等國憲法以明文承認。（註十六）日本憲法亦已採取此制。茲將日憲關於此制之條文記出以示例。日憲第八條云：「天皇爲保公共之安全與避公共之災害，事關緊要，於議會閉會時得發布代法律之敕令。此項敕令，俟至次會期，應交帝國議會，如議會不承諾政府應宣示其不能生效於將來。」這裏所謂「代法律之勅令」就是一種與法律有同等效力的命令，既與法律同其效力，自然可以變更及停止現行法律。（註十七）

在歐戰以前，列國憲法之採行緊急命令制者，雖然頗不乏例；然亦大都對於此制設有兩種限制：一則此制之實施不僅限於緊急時期，並應限於議會閉會時期；蓋議會既經閉會，召集頗費時日，因之，制定新法律，事實上或不免過於迂緩。一則緊急命令須於議會集會後立即提出於議會，請求追認，如議會不予追認，即失其效力。

綜上所述，我們對於歐戰以前列國行政機關的命令立法權，可以得到幾種概念：第一，行政機關補充法律的立法命令，往往賦有諸種限制，如命令不得牴觸法律，命令不得自行設定刑事制裁之類，皆是。第二，有些國家，這種命令之頒行並須基於特種法律之明文委任。第三，獨立命令制，雖然爲若干國家所容許，其適用之場合，在一般立憲國家歷來却極端狹隘，且亦不得牴觸任何法律。第四，緊急命令制爲法治制度較高諸國所不取；即採行此制諸國，對於此制亦大都設有嚴重之限制。

現在我們進而考究新近的變遷。這裏所謂新近的變遷，大都不涉及歐戰期內的變遷。歐戰期內交戰諸國乃至中立國家，行政機關的命令立法權，誠然都發生過鉅大的變更，但是那種現象尚可說是戰時的變態。這裏所擬討論的變遷，在大體上係就歐戰終結以後的例事而言。

就我們觀察所及，新近的變遷最顯著而且值得我們注意的，爲以下三種變遷：

第一，委任立法之範圍擴大。這種現象，是一般國家的趨勢。在蘇俄及華西士諦意大利等國，這是盡人皆見的現象，可以存而不論；姑僅就英美法德諸國晚近的事例言之。

委任立法雖然夙爲英國法制之所許，但英國議會所制定的法律，在夙日大都內容極其詳盡，因之委任立法之事究屬有限。但近數十年來，委任立法之趨勢，逐漸發展，未嘗停輟；歐戰期內，英國議會於其所頒布之國家防衛法 *The Defense of the Realm Act* 中，固然曾以極廣泛之命令立法權畀予行政機關，即歐戰既終以後，委任立法之制，亦迄未露衰弱之勢。近年以來，英國行政機關以命令（樞密院令 *Orders in Council* 或部令，或其他命令）補充法律之權，幾乎可以說是逐年擴張。據哈耳 *O. F. Carr* 氏（曾任英國政府命令年刊的編輯員）之統計，就一九二〇年一個年度而言，英國議會所制定的法律，不過八十二種，行政機關補充法律的規則，則至少十倍此數；這一年的法律年刊，綜共不到六百頁的篇幅，這一年間補充法律的立法命令，綜共的

篇幅則在三千頁左右。所以哈耳說，以補充法律的立法命令與法律相較，直無異孩子與父母相較，而孩子高過了父母。（註十八）再據安倫 Allen 氏之統計，單就一九二五年一個年度而言，議會所制定的關涉公益的法律 Public General Acts 共只九十一種；在這九十一種法律中，有七種關涉物權的法律，自頒布之時起，至一九二六年三月止，已經引出了二十六種冗長的立法命令；其他八十四種法律，就中有四十四種也都包含着委任立法的明文。因此，安倫 氏說，命令立法在英國已經成了「一般的立法方式」（註十九）不但如此，英國行政機關所頒布的立法命令，有些是依法律必須於頒布前致送議會得其承認的（Provisional Orders）這層前已說及。而據馬維阿特 Sir John Marriott 之統計，則自一九〇二年至一九二四年，英國政府提出議會之此種命令共達一二〇六種；被否認者綜共不過十四種；被撤回者共只十二種（註二十）由此事實，可知英國議會不但逐漸擴充委任立法之範圍，其於行政機關所頒之立法命令，抑且不予以嚴密的監察，法定承諾手續，什九已成具文。

美國聯邦議會，對於立法權之委託，較諸往日的英國議會，歷來尤為吝惜。據哈特 Hart 氏所述（註二十一）美國自開國以迄一九一七年，一百數十餘年之中，除了南北美戰爭發生後若干年間聯邦議會曾經以比較重要之立法權委諸總統外，其他期間，委託立法之事例殊不多觀。一九一七年至一九一八年，為美國參加歐戰之期間，威爾遜 總統利用戰時狀態，曾向議會突然取得異常擴大之命令立法權。戰事既終，論者以為美國或

將恢復戰前狀態；然據哈特氏之推測，美國自令而後，委任立法之事，必較戰前大增；即就事實言，美國聯邦議會於戰事終結後，亦不斷的以極重要事項的補充立法權（例如變更海關稅率之立法權）委諸行政機關。

法國行政機關的命令立法權，向來即甚廣闊，已如前述。歐戰終結以後，法國議會，因事實上之壓迫，對於經濟或財政事項，尤往往以極廣泛之補充立法權授諸行政機關。（註二十一）

然而歐戰終結以後，德國行政機關委任立法權之擴張，較諸以上三國，尤為顯著。按照一九一九年八月十一日德國新憲法，德國行政機關頒布補充立法之命令，殆必須基於法律明文之委任，蓋與英國政制相似。（註二十三）可是德國議會，近十年來，因受國內國外之種種壓迫，遂往往將十分廣泛漫無範圍之立法權，以法律明文委諸行政機關。這種授權於行政機關之法律，德人稱之為「授權法」*Prinzipalgesetz*；在歐戰期內，已有其例；歐戰既終，此種授權法復層見疊出，迄今未已。茲舉一二例，以見這種法律所授予之權限至為廣泛：譬如一九一九年三月六日授權法，便允許行政機關「得採取一切必要之手段，以執行停戰條件。」又如一九二一年二月六日授權法，便承認行政機關得以命令「應付由戰時渡入和平时期之一切需要，」這是何等的空泛嚴格的講，德國行政機關，根據這些授權法所頒布的立法命令，實在不能看作一種通常的委任命令，應該看作一種獨立命令；因為通常所謂委任命令，只是一種補充法律的命令，德國政府依據授權法所頒布的立法命令，雖然基於法律之委任，其所規定的事項，既未經法律本文為大體的規定，自然不能說是補充法律。惟其如此，德

國議會往往將這種授權法案，改作一種憲法修正案通過；因爲不如此，則憲法上規定立法權應由議會行使之條文，將因議會之自行割讓而遭毀壞。德國議會鑒於授權法範圍之廣泛，每次乃不能不將授權法之有效期間，特別規定；此外，并限定行政機關於根據授權法頒布立法命令之時，務將該項命令送請議會特種委員會核准，頒行以後，該項命令，并得由議會議決撤銷。但是這些限制，限仍然不能消弭反對此制者之攻擊；反對此制的人，仍然說授權法制度之成立，就是代議制度破產的宣告。（註二十四）

第二，法律與命令之效力混同。補充法律的命令，甚至獨立命令，不得與法律牴觸，不得變更或廢止法律；法律則可變更或廢止命令，可使一切與法律相牴觸之命令失其效力。這是立憲諸國歷來共守之原則，前已述及。可是就新近事例言，這種原則，往往全被破壞。這是使許多法律學者與法院法官共同致慨的一種變遷。這種事例，即在法治程度素高之英法等國，亦層見疊出，故極堪注意。

關於英國的這種變遷，我們從曾任英格蘭大法官之齊瓦特 Howard氏新近出版的「新式專制」一書可以窺見其詳。（註二十五）有時候，英國法律，設置條文，允許行政機關得因法律實施上之必要，變更法律本文之規定。有時候，英國法律設置條文，允許行政機關於頒布，補充法律的命令之時，得自由裁量，不必悉依法律本文所定的任何界限。有時候，法律本文明認行政機關的補充命令應視爲法律本文之一部。有時候，并且明認凡經行政機關某某部核准之命令，應視爲關於法律本文之正當解釋，應視爲合於法律本文之所定。這些條款，不

獨使議會之立法權移轉於行政機關，並且使司法機關之解釋權亦將失其歷來的效力（註二十六）所以齊瓦特氏痛詆此種制度爲「新式專制」。

次就法國言，相類的事實近亦數見不鮮。愛斯曼比較憲法最近版中也列舉了兩例（註二十七）一爲一九二四年三月二十二日之減政法律。在那種法律中，法律本文承認政府爲實行撙節政策，有必要時，得以命令變更一切現行法律及命令；但該項命令須於頒布後六個月內提請議會追認。二爲一九二六年八月三日之減政法律。該法亦設有與以上相似之條文。對於這種方式的委任立法，法國學者頗多指斥，并詆其違憲。

第三，緊急命令制之流行。緊急命令制度，在歐戰以前，僅行於議會權威比較低微，或法治基礎比較薄弱的國家，歐戰以後，仿行這種制度的國家，却不限於這種國家。以下姑舉英德兩國以爲例。

英國行政機關，遇着緊急事故，向來并無頒佈所謂緊急命令之權；但自一九二〇年英國議會制定一種緊急權限法（The Emergency Powers Act）以後，緊急命令制却已變形的流入英國。按照該法，行政機關於同盟罷工事實發生之時，爲維持食物，燃料，飲料，等生活必需品之供給與分配，并排除交通之障礙，便得宣告戒嚴，並得逕以樞密院命令，授予政府各機關以必要之職權。這就是說，有必要時，便得以命令變更法律。這種命令之有效期間，爲一個月，但滿期後，仍得續頒。此種命令頒布後經過一星期，議會中之上下兩院各得隨時否認之。頒布此種命令之時，如果議會正在閉會期間，行政機關應從速令其集會。（註二十八）從一方面說，這種英國制度，較諸

歷來行於日本等國的緊急命令制，其適用之範圍究竟狹少；日本等國的緊急命令制，是適用於一切緊急場合的；這種英國制度却只適用於同盟罷工一類的場合！日本等國的緊急命令，是可以變更一切法律的；英國政府依據緊急權限法所能頒布的命令，却只能於維持交通及維持生活品的供給之必要範圍內，變更法律。可是從另一方面說，這種英國制度較諸歷來行於日本等國的緊急命令制，在適用上也有擴大範圍的地方；在日本等國的制度之下，緊急命令僅能於議會閉會時期內頒布；在英國制度之下，緊急命令之頒布，即在議會開會期內，亦得爲之；不過議會如果適值閉會，行政機關便須從速令其集會而已。所以有些人說，緊急權限法，在英國全部法律中，是一種畸形的法律；即在兩三百年前，一般英國人亦必共認這種制度爲一種不堪容忍的專制政體。可是數年前英國政府，適用此法以應付總罷工的風潮，一般人似乎覺得很滿意。

在歐戰以前，緊急命令制，雖然久已爲德意志諸邦之邦憲所採納，一八七一年之德意志帝國憲法却未採納此制；因之，在該憲存在之全期間內，（一八七一——一九一八）德意志帝國政府並未嘗頒布緊急命令。但歐戰終結以後，一九一九年德意志共和國新憲法第四十八條却設有下列的條款：一凡遇國家之公共安全及秩序發生重大危難時，總統得逕行採取必要之方略，以恢復公共安全與秩序，於必要時并得使用武力。爲達此項目的，總統并得將憲法上第一一四，一一五，一一七，一一八，一二三，一二四，及一五三諸條所列舉之人民基本權利，暫時停止。總統應將根據本條第一款或第二款所採用之方略，及早通知衆議院，此種方略，如經衆議院要

求廢止，應即廢止。」據當時造法者之意，及德國學者之解釋，以上條款就是承認總統得於緊急時期，頒布緊急命令。在歐戰以前，採用緊急命令制度的國家，尚只承認緊急命令得以變更法律；以上所述條款，并且承認緊急命令可以變更憲法了。近十年來，德國行政機關因為有此大權，遂獲應付許多危難局勢；其所頒布之緊急命令為數甚衆。據蒲哲 Poeschl 氏之統計，自一九一九年八月德憲頒布之日起，迄一九二五年正月止，這種命令已有一百三十五件之多。（註二十九）有時候，德國總統因無法使議會通過一種授權法，授以特殊立法權，便即根據上述第四十八條之規定，逕以緊急命令應付危難情形。

以上所述，是新近的幾種重大變遷。從這種變遷，我們可以看出列國行政機關命令立法權擴張之程度。這些變遷的產生，究竟基於何種原因？

十八世紀末期及十九世紀期內，美國及一般歐洲國家採行三權分立之制，在大體上可以說是基於一種理論的要求。以上所述的新近變遷，并非基於任何新創的有力的理論，而以諸種事實的壓迫為其產生原因。在這些事實的因素中，一般政局的不安定，是一個顯然的因素。在歐戰期內，交戰諸國，乃至中立國家，行政機關的命令立法權既大都有多方面之擴張，歷時復亘數年之久，則戰爭告終以後，自非政局極端安定，戰時制度之流傳殆為極不可免之事。何況政局之不安定顯然為歐戰後一般國家之通象。我們只略一考究，便可知歐戰以後，英國的工潮，法國的財政恐慌，德國的復辟運動，馬克跌落，萊茵河岸外兵之駐紮與撤退，以及賠償問題，與各該

國政府命令立法權之擴張，有若何之因果關係。

但新近的變遷如果僅是由於一時政局之不安定，或尚不關重要。惟細加審察，這些變遷的產生，實在還有其他事實上之原因。這些原因，不是僅存於一時的，而是含有長久性的。

國家的職務日趨繁複，立法機關的工作也日趨繁複。在一般國家，立法機關，就令能夠常川集會，亦無充分時間處理一切立法事項。這也是立法權移轉於行政機關的一個原因；而這種原因却不是一時暫存的原因。不如此；立法機關的職務非特日趨繁複，抑且往往涉及許多專門問題。立法機關對於這種專門問題，就令能有充分時間一一為之攷慮，亦往往因缺乏專門知識與特殊經驗，不能給以詳細的規定。這就是委任立法擴大範圍的一個原因；這種原因也不是一時暫存的原因。

在這種情勢之下，法律與命令究應各保如何之限界？依作者之意，立法機關制定法律，自今以後，差不多應該限於決定原則。而將關於法律實施之具體問題，委諸命令補充；英美等國舊日非常繁密之法律程式，今後必不適用於一般場合。作者之為此主張，固然是鑒於一般立法機關在時間上及能力上受有以上所述之限制。但除此而外，尚有兩種其他理由，不容抹視：一則這種立法方式較便於法律之實施。在一般國家，政治與社會的情狀，晚近俱呈變動不安之狀態；關於法律實施上之具體辦法或手續，勢亦不能不隨着這種變動而時有修改；倘將此種具體問題一一納諸法律本文之中，一切修改將極感困難，因為一切修改都要成爲一個法律修正問題。反

之，如將此種問題的規定委諸命令修正之程序，自較簡易，實施上之障礙遂亦較易排除。二則這種立法方式較便於法律案之討論。蓋法律條文如果過於繁密，立法機關的討論便或不免耗費許多時間於枝葉問題；許多涉及原則的規定，轉不能得到相當的注意與討論。這是許多國家的立法機關常有的現象。英人伊百里氏（*Mr. Ibbot*）從事於立法工作有年，於其有名的著作立法機械學中，亦力陳此弊，并主張法律應避冗繁，不涉細節。（註三十）

惟是法律本文既取簡括，命令立法之範圍勢必擴張。因之，我們對於命令立法權之濫用，不能不設為必要之事前防範與事後制裁。事前防範之方法，在使行政機關於準備立法命令草案之時，履行相當公開之條件（如將命令草案刊諸特定公報若干時，或如英制，限定行政機關於準備命令草案前，向特定報紙宣示其行將着手準備之意旨），給一般社會（尤其是利害關係人）以注意及批評之機會。至於事後制裁，愚意應使法律與命令，在通常狀態之下，仍保持主臣之分際，其效力不得混同；蓋必如是，法院乃得根據法律以否認違法之命令。以上意見，固係就現代一般國家的情況立論；但作者平昔研思，頗覺吾國未來的立法制度，亦不宜自外於此方式。至於緊急命令制度應否採行，則當視各國政局安定之程度與其法治之素養而定；絕對的贊否論，殊無評述之必要，故不具論。

（註一）「命令立法權」即法人之所謂 *Pouvoir Relégué* 德人所謂 *Verordnungsrecht* 英美法學術語中尚

無與此相當之固定名詞，或稱 *The Ordinance Power*（例如古德諾氏所著比較行政法即作此稱謂）或稱 *The Ordinance Making Power*（例如韋羅貝氏所著美國憲法即作此稱謂）。

(註一) 參看 Rousseau, *Le Contrat Social*, Liv. II ch. IV.; Esmein, *Droit Constitutionnel* 8e édit (1927), I, P. 2

9. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel* le édit. II, P. 140 et Suiv; Brown, *Austinian Theory of Law*, P. 11ff, 16-17; Jéze, *Les Principes généraux du Droit Administratif*, 2e édit P. 147, 217; Meyer-Anschütz, *Staatsrecht*, P. 570.

(註二) 美濃部達吉憲法精義（昭和二年初版）第一三二頁及以下；Tomie Nakano, *The Ordinance Power of the Japanese Emperor*, 1923, pp. 56-58.

(註四) 馬氏對於各家學術有詳細之討論，看 Carré de Melberg, *Théorie Générale de l'Etat*, 1922, t. II, pp. 285-371.

(註五) 關於此點詳見 James Hart, *The Ordinance Making Powers of the President of the United States*, 1925, Chap. VI.

(註六) Dicey, *The Law of the Constitution*, 8. ed., 1902, p. 50.

(註七) 例如日本憲法第九條：「天皇為執行法律及保持公眾之安寧秩序與增進臣民之幸福，有必要時，得發命令，并得使發布之，但不得以命令變更法律。」

又比利時憲法第六十七條：「國王頒布為執行法律所必要之規則及命令，但不得中止法律，或免除法律之執行。」

(註八) C. T. Carr, *Delegated Legislation* 1921. p. 54n. 2.

- (註九) James Hart, 前書 pp. 151-152.
- (註十) 但美國學者對於此點,亦不無多少異論,看 James Hart 前書 Chaps. VI&IX.
- (註十一) C. S. Fmden, Principles of British Constitutional Law, 1925 P. 25,
- (註十二) 法國行政機關往往以命令設置新官署(例如勞工部)並規定其組織與辦事規則,有時并以命令規定未經法律規定之警察事項。詳見 Duguit 前書 t. IV. ch. III. § 48.
- (註十三) 參看美濃部達吉前書第一四九至一五一及一五六,二二八頁。
- (註十四) Dicey 前書 Chap. VIII. & Note X.
- (註十五) 參看拙著比較憲法(民國十八年第二版)第一百八十至一百八十一頁,及二百二十九至二百三十頁。
- (註十六) 一八六七年奧憲第十四條;一八五〇年普魯士憲法第六十三條;一八三一年薩格孫憲法第八十八條。
- (註十七) 看美濃部達吉前書第二〇一頁。
- (註十八) C. T. Carr, Delegated Legislation. 1921, p. 2.
- (註十九) C. K. Allen. Law in the Making, 1927, pp. 301-303.
- (註二十) John Marriot, The Mechanism of the Modern State, Vol. I. p. 522.
- (註二十一) Hart 前書 Chap IV. on Delegated Ordinance Making in Constitutional Practice.
- (註二十二) 看 Esmein 前書 t. I. pp. 112-113.
- (註二十三) 這是德國多數學者對於德憲第七十七條之一種解釋。見 J. Mattern, The Constitutional Jurisprudence-

ence of the German Republic, 1928, pp 479-482.

(註二十四) 以上詳見 Mattern 編註 p. 483-505.

(註二十五) Hewart, The New Despotism, 1929.

(註二十六) 關於以上諸點，新瓦特氏舉出 Unemployment Insurance Act of 1920, Rating & Valuation Act of 1925. Roads Acts of 1920. Electricity Supply Act of 1919 等法公爲例。

(註二十七) Esmein 編註 t, I. pp. 112-113.

(註二十八) Ridges, Constitutional Law of England, 4 th edit, 1928, pp. 154-155.

(註二十九) 見 Mattern 編註 p. 485.

(註三十) Courtenay Ilbert, The Mechanics of Law Making, 1914: PP. 147-199.

# 說研究法律之方法

王鳳瀛

世界有五大法系，而中國法系居其一，印度法系同回法系已成過去陳迹，無復道及之者，英國法系羅馬法系迭相消長，互爭盟主，各有相當勢力。回視吾國，則肇源雖古，進步獨遲，較之英國系羅馬系，瞠乎其後，駸駸乎於印度系同回系，同有凌夷衰微之概矣。禮陽郁嶷著中國法制史，舉其原因，約有五端：（一）儒道學說之影響，（二）重人輕法之弊，（三）政治素偏消極，（四）法學無系統之研究，（五）墨守舊書之習，可謂洞見癥結。前三項皆受政治影響，後二項則研究法學者之欠缺方法，不能辭其咎也。方今世界法學，因社會經濟劇烈變遷，昔日以英國法羅馬法為金科玉律者，至是又覺陳舊不適用，汲汲焉改易方針，別謀新機，而社會法學派聲浪，遂甚囂塵上，嶄然露頭角於二十世紀法學界之講壇。吾國近數年來，研究法學者，正不乏人，對於吾國特色，何以發揮而光大之，對於世界潮流，何以順受而應付之，苟無適當之研究方法，則非流於盲從，即失於膠執，欲蔚然成爲一家言，以之創制顯庸，牖世利民，是猶航斷港絕流而望至於海也。然則研究法學之方法，不但爲探求真理之門徑，亦爲貢獻社會不可少之工具焉。

吾國古昔言法治者，首推管子申子商君；然讀其書，想見其爲人，與其謂之法律家，毋甯謂之政治家；其研求法理，號稱法學家者，爲慎子尸子尹文子與韓非子；之數子者，皆以優越理解，發揚法律原理，殆與自然法學派相

近，惜乎偏於哲學態度，未能明示吾人以科學方法也。秦漢以後，儒法雖分道揚鑣，而以名儒治法學者，代不乏人；如漢之鄭玄、馬融，魏之高柔、衛凱，晉之鄭沖、杜預，皆嘗於法律之學，爲之章句；而在漢時，律學尤爲極盛，世稱後漢郭躬、陳寵，世傳法律，又稱漢時有律說十餘家；其後魏明帝詔，但用鄭氏章句，不得雜用餘家；是則漢儒所用者，近於註釋方法，書缺有間，莫可考證已。唐律導源漢律，爲世所重，然僅有長孫無忌等之唐律疏義，詔示來茲，爲適用法律之參考，非研究法律之方法也。餘如宋刑統、元史刑法志、明律集解等書，及刑治之載入通典、通志及文獻通考者，不過摭拾事類，條列排比而已，非有歷史方法存乎其間。巴陵杜貴、擘之漢律輯證、富平張鵬一之漢律類纂、歸安沈家本之漢律摭遺，最近閩侯程樹德之漢律考，餘杭章炳麟之五朝法律索隱，亦僅就一代法律，搜羅決剔，與德儒薩畢尼 Savigny、英儒梅隱 Maine 之著作，（二人皆歷史法學派大家）不可同日而語。至名法指掌及律例總纂等書，略備臨案檢查，更不得稱之爲分析法學也。由此觀之，欲就吾國法律書中，探討其研究方法之所在，洵爲渺不可得；無已，則請言各國學者之研究，以資吾人之借鏡。

查各國研究法學之方法，自古迄今，屢經變遷；在政教合一時代，學者據宗教觀念，考法律要理，以爲神所命，卽法所寄；摩西十戒，可蘭經，奉爲箴言，莫敢或踰；卽吾國老子天道論，漢儒天人策，亦不脫此窠臼，是謂宗教法學時代。其後宗教勢力衰微，法律獨立成科，十二世紀以後，羅馬法中興，羣遂奉爲圭臬，旁攷互訂，探隱索頤，惟所用方法，只求望文生義，不能推陳出新；彷彿漢儒解經，各執一是，衆義殺亂，莫可究詰，是謂註釋法學時代。以上兩

種法學，或混法意於教律，或以詮註爲歸宿，從科學眼光視之，均不能認爲一種研究方法，無足深論。自十八世紀自然法學派盛行，而研究方法，爲之一變，其於法律現象，認定必有一種原理原則之存在，根據此種原理原則，以爲判斷法律良否之標準；簡言之，卽以哲學之理論，求法律之神髓，是謂哲學方法。其中復因觀察點不同，而有多少派別，有以此種原理原則，存乎人類自然狀態中者，名曰自然法派；英之霍布士，Hobbes 法之盧梭，Rousseau 卽本此旨。有以此種原理原則，存入吾人理想中，名曰純理派；遠溯諸拍拉圖 Plato 亞力士多德，Aristotle 近求諸康德 Kant 黑格爾 Hegel 均屬此派。有以此種原理原則，存乎一國人性中者，名曰人性派；希臘司篤益克 Storic 學派開其先，近世荷蘭辜樂鳩斯 Christ's 繼其後，此三派見解不同，要之不離乎哲學方法者近是。然而純憑空想，不審實際，其弊也，疏闊幽渺，坐而言者不能起而行，與宋儒理學將毋同，於是研究方法，又爲之一變；捨虛構之定義，取顯見之事實，蒐集法律現象，以爲研究基礎，其中卓然成家者，爲歷史方法與分析方法之二種：歷史方法者，探討法律之沿革及興廢，求得其法理之精華，法人孟德斯鳩 Montesquieu 導其先向，德之薩畢尼，Savigny 英之梅隱 Maine 集其大成；分析方法者，能剖法律之織組及成分，發見其共同之要素，此派盛倡於英國 奧斯丁 Austin 實爲開山祖師，近之哈蘭特 Holland 柏拉克，Pollock 皆傳衣鉢者也。就上述觀之，各國研究方法之變遷，可以窺見一斑，試進而討論各種方法之價值。

宗教方法註釋方法，僅存遺說，不切實用，當可置諸不論不議之列。茲所討論者，哲學的，歷史的，分析的，三種

方法之是否完善而已。十八世紀意象主義 Idealism之哲學，披靡一時，法界遂別開生面，以爲吾人研究法律，不應囿於法之中，是宜超於法之外，宇宙間自有不可磨滅之原理原則，此種原理原則，名曰自然法，存立於國家組織之前，包含於人類理性之中，適合於自然法者爲良法，背馳於自然法者爲惡法。例如平等自由，爲自然法之要素，亦應據爲人定法之標準；是說也，解放思想束縛，促起人民覺悟，較之註釋方法，僅在條文中討生活者，迥不相同。法國之人權宣言及拿破崙民法，胥受影響，故於權利行使，契約自由，設爲明文，盡力保障。當是時暴君專制，其民憔悴於虐政，以哲學方法，促進法制改革，固爲對症發藥；然欲據爲經久良法，鑿而勿舍，但鶩高遠理論，不察實際情狀，則法律之基礎，時時動搖，必致凌亂無序。此歷史方法分析方法所以紛然並起，有以補其偏而救其弊也。

歷史派分析派，所用方法不同，其注重實在，不尙空論，則殊塗同歸。從現實之法律，求共同之真理，足以一矯哲學方法虛想忘斷之弊。然分析派指法律爲主權者之命令，歷史派指法律爲歷史之產物，不免引起學者間非難；蓋專就已經發達之法律制度，窮源竟委，條分縷晰，雖足助長吾人之理解，未能促進法律之改善，故步自封，因循舊習，法律之進步，終不可期；此又歷史與分析方法受人指摘之處也。間嘗思之，此三種方法，利弊參半，而其共同弱點有二：一由於偏執一種方法。哲學方法，專重演繹，欲以吾人腦力，冥索法律之精義；歷史方法，專重歸納，欲以已往陳迹，窮究法律之真相；夫用演繹則不爲成文法所拘束，因歸納則不爲理想法所迷亂，兩者兼采，方得其中，彼則不知相得益彰之美，遂貽捉襟見肘之誚。二由於誤認絕對法律。此三種方法，所趨之途徑不同，所向之目的則

一目的維何，即在求得一種絕對的永久不易之法律是也。哲學派主張宇宙真理，萬古不變者，固無論矣；即在歷史派分析派，亦抱同一目的。歷史派巨子梅隱氏，於其所著古代法律之開端，即曰作書之目的，蓋欲申說古人意志與近世思想之關係。分析派鼻祖奧斯丁有言曰：法理學之目的，在各國相異制度中，尋覓其一致相同之點。由二氏之言觀之，其所抱目的，不謀而合。此三種方法，具有以上共同弱點，遂不能臻於完善之域，而社會方法，應運而生矣。

社會方法，為各國學者間最近發明，采之者實繁有徒。舉其著者如德之 Jhering, Stammler, Kohler 法之 Follis, Charmont, Duguit, Demogue, 智利之 Alvarez, 美之 Pound, 日之牧野英一等，均卓卓有聲於時者也；其所用方法，對於以前三種方法，取其長而捨其短，去其偏而求其全，與舊方法不同，約有二端可言：一曰以理論之推衍，謀實際之調和，采社會方法者，以為研究法律，但知說明現在法律之如何，及既往法律之如何，不能畢其事而竟其功，必也研究法律之應當如何；此其為說，似偏於理想一面，故有人謂其類於十八世紀之自然法學派，稱為意象主義者；然細考其主說根據，注重現在社會之狀態，研究順應適宜之法律，與十八世紀純粹自然派，絕不相同。試讀斯配塞 Spencer 近代法國法律哲學序文，即可略知梗概；其言曰：「現在法國之最新法學派，往往視為意象主義之一種，實則對於實驗主義，Positivisism 尚無深閉固拒之見，雖樹理性主義 Rationalisism 之旂幟，仍帶唯實主義 Realisism 之色彩。」斯氏之說，誠足表明現在社會法學派之精神；蓋彼等欲以理想之法律，Law

onal Law 求合社會之趨勢，Social tendency 其理想非主觀的意象主義，而為客觀的意象主義，Objective Idealism 雖課於虛，不離乎實，兼歸納演繹之方法而有之，非專馳於玄虛也。是故學者當知伊耶棧 Jhering 之功利主義，非即邊沁 Bentham 之功利主義，斯達木爾 Stammler 康爾 Kohler 之理性主義，非即康德 黑格爾 之理性主義；（學者稱斯氏為新康德派，康氏為新黑格爾派）否則失之毫厘，謬以千里，抹却社會方法之真諦矣。二曰以社會之單社為研究之對象，舊方法之目的，均欲發現一種絕對的法律，已如上述。夫社會為變動不居之物，法律亦無亘古不變之理，彼主張歷史及分析方法者，亦未嘗不知法律為社會之反照，社會為進化之有機體，然究其極，仍不外一種絕對法律之信奉，與哲學方法之目的無異。社會方法則反是，並不假定一種絕對法律，以社會現象為着手基礎，從而明其變化及適應，以為研究法理之方法。例如契約自由之原則，能否保持社會之均衡，過失責任之主義，（從前民事上之損害賠償責任，以故意或過失為要件，學者稱為過失責任主義，今之新學說，注意結果，不問有無故意，或過失均負責任，學者稱為無過失責任主義。）能否鞏固社會之利益，餘如財產之處分，權利之行使，在在與社會互相關連，蓋近時自然科學，日見發達，資本大家之專制，危險事業之勃興，非能以十九世紀眼光，判斷二十世紀法律，法律之任務，所以應社會之需要，昔日研究法學，從法律本身為出發點，以為察往知來，即能應付無窮，今日研究法律，以社會單社為着眼點，以為因時制宜，方可攸往咸宜，質言之，則昔日方法，就法律而論法律，今日方法，則就社會而論法律也。以上兩端，為社會方法之特點，與舊方法所由判然不同也。

要而言之，十八世紀之哲學方法，純偏於理想；十九世紀之歷史及分析方法，漸趨於實際；二十世紀之社會方法，則欲調和理想實際而允執厥中者也。吾儕研究法學，何去何從，就上述各項論點觀之，可以知所決擇矣。抑吾尤有進者，自有社會方法，而社會連帶社會互助之說，風起雲湧，從前建築於個人主義基礎之上法律，幾有土崩瓦解之勢；於是吾國研究法學之人，不無有震其主義之新奇，並疑其方法之不適當者，以爲施之吾國，無異無病呻吟；然竊謂從社會方法觀察之，此層似不足慮，何則？社會連帶社會互助云者，在昔英儒洛克霍布士，早已發其端倪；今之學者，不過布衍之而闡明之耳。其與個人主義不同者：一則爲謀社會幸福，即所以保個人安甯；一則爲謀個人權利，即所以期社會發達；權衡於社會與個人之間，謀適宜之解決，並非個人權利可以全置不顧也。▷Lange有言曰，現今法律，宜調和個人與社會間之衝突，非謂犧牲個人之權利；其論無過失責任主義，亦謂僅適用於團體與團體間，及團體與個人間，非適用於個人與個人間；於此可見社會連帶社會互助之真義。至吾國社會情狀，本與各國不能相提並論，社會方法，以社會之環境爲前提，非謂各國最新理論，均合於吾國社會，而可以悉數裨販之也。善乎梅謙次郎之言曰：「社會開化，達於五度，當爲適於五度之法律，達於十度，當爲適於十度之法律；苟於開化達於五度之社會，而以適於十度之法律強行之，則未見其益，徒受其害。」誠哉是言，不獨爲立法家之標準，亦可定社會方法之正鵠矣。

法學文選

# 比較民法導言

王寵惠

本文乃民國五年著者之講義稿，前經在北平印行茲特重行補訂，以供閱者參考之助。

著者識

## 比較民法之效用

一國之法律，無論其爲公法爲私法，皆所以維持社會之安甯，而臻於法治之極則。要難分別言之曰，某法重要，某法不重要也。雖然，自個人切身之關係觀之，則法律之適用，其中自有範圍廣狹之不同。卽如憲法爲政治之本源，固然全國之人，非人人於政治有直接之關係。他如刑法，所以制裁犯罪，苟稍知潔身自愛之人，亦何至觸罹刑網。獨民法則不然，蓋吾人自有生之始，民法卽規定其權利能力；及其長也，民法又規定其成年之時期；進而婚姻，民法復規定夫婦父子乃至家族之種種關係；逮至死亡，民法並規定遺囑繼承之法；則他如畢生之中，凡吾人在社會上所爲之法律行爲，無往而不與民法有關係。善乎英國法學史家滿因氏 (Sir Henry Maine) 之言曰：一國之文化，觀其民法與刑法之比較可知矣。半開化之國，民法少而刑法多；進化之國，民法多而刑法少。可謂刊不之論，是故民法之爲物，實爲人生日用云爲之準繩。在古昔風俗淳樸之世已然，在今日事物繁賾之世則尤其，其重要於此可概見矣。

各國民法，萬有不同。大抵各隨其氣候地理俗尚歷史宗教而異。欲求其要旨而一以貫之，非比較異同而推

聞其所以然之故不爲功；於是比較民法尙焉。質言之，則比較民法實爲法理學之基礎。譬諸博言學，因各國語言文字之繁雜，從而比較之，遂成比較語言學；因比較語言學所得之結果，依歸納之法而探索其至當不易之理，遂成博言學。比較民法學之於法理學，亦若是耳。此學理上比較民法之不可不研究者也。近世各國法律皆採屬地主義。以不適用他國法律爲原則。然國際交通日繁，若必執本國法律以繩他國之人，容或未盡得當，故有時亦不得不適用外國法律以爲例外。國際私法言之綦詳，治法學者，遇有此種例外，苟於他國法制向未問津，援引之時，必多誤解；蓋條文相似而用意不同者有之，程序互異而用意相同者有之，甚至同一名詞而定義廣狹相去甚遠者亦有之；凡此差別，其大要可得而論次之，以爲他日解決國際私法問題之準備，此實用上比較民法之不可不研究者也。

### 比較法學之沿革

法學之派別有四：比較法學卽其一也。四派起源之先後，曰自然法學派，曰分析法學派，曰歷史法學派，曰比較法學派。茲將各派之沿革，略述於左：

(一)自然法學派。此派濫觴於希臘之斯都城克 (Stoic) 哲學，羅馬法學家宗之。迨羅馬法學大興，遂風靡全歐；綜其要旨，殆謂世界自有生以來，卽有一種法律以範圍吾人之行動，名曰自然法，其來也遠，其存也久，其所及也廣；故凡百法律，無不以自然法爲歸宿。叩其所自出，則或出諸天，或得諸神，或稟諸性，其說不一，類皆臆造之

談，莫可稽考。自晚近法理昌明，而此派漸式微矣。

(一) 分析法學派。此派創自英國澳斯頓氏所著法理學講義一書(Austin, Lectures on Jurisprudence)其說適反乎自然法派。以謂法也者，主治者定之，受治者守之，非自然而有也。是故欲明法學原理，非依據現有之法律解剖分析之不可。其研究之方法，有如化學家之化分萬物為原質者然。以視自然法派，較有徵矣。然終不免於偏頗者，則以其過重分析，而輕略沿革，其結果每與歷史相左，故此派罕為他國所採用。

(二) 歷史法學派。繼分析法學派而興者，為歷史法學派，其所持主義，可以一言蔽之曰：毋背乎歷史事實，誠以歷史事實，不可磨滅，為一切學說之所依據。故凡與歷史事實不符者，必非真理；果能因現在，推既往，窮源竟委，考據確鑿，一無所苟，斯真理出矣。此派之鼻祖為薩域尼氏(Savigny)薩氏生於十八世紀之末葉，德國法學鉅子也；自幼潛心羅馬法史，著作甚富，而近世羅馬法制一書(System des heutigen römischen Rechts)至今尤膾炙人口，嘗謂法律乃漸次發生之物，而非一時製成之物，其說影響德國法典之編纂者甚大。迨後英國滿因氏接踵興起，所著古律考(Ancient Law)為歷史法學派之傑作。自二氏後，此派遂盛矣。

(四) 比較法學派。比較之法，由來遠矣。西歷紀元前四百五十年，羅馬頒布十二銅表，相傳編訂銅表之全權委員十人，曾親歷希臘，調查法律，比較優劣，以定去取。厥後商務繁盛，居留外人日衆，遂於二百四十二年設一法官，名曰治外法官(Praetor Perigrinus)凡關於外人訟案，咸隸屬焉。維時在羅馬之外人，不得與羅馬人享同

等法律之利益，勢不能不適用外國法律，即所謂萬民法也。（*Jus gentium*）或曰萬民法之淵源，蓋由於治外法官比較鄰邦法律所得之共同規則；抑知萬民法雖由比較而得，然不過應一時之需要，其內容多未完備，不足稱爲比較法學也。其主張比較方法以研究法學者，首推十七世紀意大利國域高之萬國共同性質新科學原理（*Vico, Principi di una scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni*）而實行比較者，爲法國孟德斯鳩之萬國精理；蓋自是而比較法學始漸萌芽矣。迨至一千八百六十九年，法國比較法律會成立，一千八百九十四年，德國萬國比較法學及國民經濟學會成立，翌年英國亦創立一比較法律會（今改名爲比較法律及國際法學會）其提倡最力者爲巴黎一千九百年七月三十一日所開之萬國比較法學會，到會者皆一時之名家。提議設立一萬國比較法學會總機關，以資聯絡而利進行，惜此議案，未能實行。一千九百零六年，比國創立一比較法學會，翌年，美國律師公會亦創立一比較法學會，是爲此派後起之學會。一千九百二十四年，各國法學者創立國際比較法學會於海牙。以上各學會所刊行之書籍，有月報，有季報，有年鑑，並譯有各國法典多種；此外尚有私家著作若干種，皆足供此學研究之資料。歐戰後，各國立法趨勢，爲之不變；而比較法學，較前益有進步。最近海牙國際比較法學會所刊行之報告及叢書（*Acta academiae universalis jurisprudentiae comparativae. Opera academiae universalis jurisprudentiae comparativae*）尤爲重要；然或僅臚列條文，或僅比較一二國，或專限於一問題，若對於法律全部或民法全部，融會錯綜而比較之者，尙無其書。以故比較法學，今猶

在萌芽之時。嗚呼！安得有歷史法學派之薩城尼其人者，提倡斯學而光大之，使其卓然自立爲一學派乎。

### 世界法系之派別

有以國別爲本位而比較各國之法律者，有以人種爲本位而比較各人種之法律者，有以法系爲本位而比較各法系之法律者；此三種方法，互有得失。然以法系爲比較，於法制之異同，最能顯著，茲將各法系分別略述於左：

世界法系之分派，學者所主張，莫衷一是；其爲多數所公認者凡五：印度法系，回回法系，中國法系，羅馬法系，英國法系是也。

印度法系。世界現行法律之最古者，厥惟印度。其法律散見於婆羅門教之經典，名曰弗度（*Verā*）而經典中之最著者，爲馬紐法典（*Code of Manu*）共分十二章，婆教之人，奉信其爲天神所頒降。故其所載，強半屬於宗教規則，與通常所稱法典者，大有區別；因其與宗教合爲一體。故雖能持久，而未能擴充。今之適用此法系者，僅限於婆羅門教諸國，如印度及亞細亞中部是也。

回回法系。此系法律載於教主謨哈默之哥蘭。哥蘭者，卽回教所崇奉之聖經也。史稱此經典由謨哈默感於上天之默示而得者；全書凡百十四章，其中關於宗教之事甚多，故與其稱爲法典，毋甯謂之教典。其適用之地域，惟回教諸國如土耳其，波斯，亞喇伯，阿富汗等國是也。惟土耳其自歐戰後，從事改革，其採用歐洲各國法律甚多，

故有日趨於羅馬法系之勢矣。

中國法系。中國法系，起源邃古，經典所載，歷歷可考；然法律與道德，合而爲一。降及戰國，尚權術，薄道德，由是法律與道德，判然兩途；當時魏李悝制成法經六篇，一盜法，二賊法，三囚法，四捕法，五雜法，六具法；是爲法典之嚆矢。商鞅傳之，改法爲律。至漢高祖與民約法三章，蕭何攬摭秦法，增益三篇，名九章律。其後又有魏律十八篇，晉律二十篇，自隋迄清，代各有律；雖互有損益，然陳陳相因，大體具在；其關於戶婚錢債之條文，寥寥無幾，且無不與刑律相雜。迨至清末，舍舊謀新，乃有修訂法律之舉，編成草案若干種，類多仿照德國法制。迨國民政府成立，廣續修訂，並依據中國國民黨黨義及黨綱所定之原則，次第編成法典；其立法之旨趣，不惟中國前此法典所無，即各國法律，亦多未及此；此則中國法系最大之進步，而爲世界之先導者也。

羅馬法系，英國滿因氏嘗論羅馬法之沿革曰：「天下最著名之法律，始於法典，亦終於法典。」蓋謂羅馬法始於十二銅表，而終於周斯丁尼亞（Justinia）法典也。考羅馬法史千三百餘年，法制之遞嬗，可分五期：第一期自羅馬建國至十二銅表（紀元前七百五十三年至紀元前四百五十年）是爲習慣法時代；此時代之法律，最重宗教上之形式。第二期自十二銅表至羅馬征服意大利（紀元前四百五十年至紀元前第三世紀）是爲市民法時代；其時一切法律，屬人而不屬地，故惟適用於羅馬市民，且專重銅表所定之形式；蓋有固定性，而乏擴充力也。第三期自羅馬征服意大利至帝國之初奧谷斯特斯（Augustus）之世，（紀元前第三世紀至紀元前二十一年

是爲萬民法時代；此時代法官以判例擴充市民法，浸假而有所謂萬民法者出，凡羅馬市民與外國僑民，皆適用之；羅馬法之發達，萬民法之力居多焉。第四期自奧谷斯特斯之世至戴奧契特恩（Diocletian）之世（紀元前三十一年至紀元二百八十四年）是爲羅馬法全盛時代；其時學者輩出，競言法理，由是羅馬法日益修明，儼然自成一完備之法系矣。第五期自戴奧契特恩之世至周斯丁尼亞之世（紀元二百八十四年至五百六十五年）是爲羅馬法編纂時代；此時代前後編有數法典，尤以最後之法典爲最著，卽世所稱周斯丁尼亞法典也；全典大別爲四類：一曰教科用典；此書將法律全部，提綱挈領，以爲初學之門徑。二曰會典；凡五十編，歷代學者之撰述，分門別類，靡不備焉。三曰法典；卽諸法令之輯要也。四曰新法；卽周斯丁尼亞帝於法典編訂後頒布新法令之續編也。四種法典，統名曰國法全典。今之學者咸奉爲圭臬，夫亦可謂美備也已。

英國法系。英國素以習慣法聞，其受羅馬法之影響，較他國爲尠。故其法系亦有稱爲習慣法系者，與羅馬法系對峙；溯厥源流，實始於日耳曼各種習尚。洎乎十一世紀，始別爲三法：一曰摩西恩法（Mosaic Law）；二曰西沙遜法（West Saxon Law）；三曰丹麥法（Danish Law）；此三法各有其適用之地域。愛華王（King Edward）統一之爲普通習慣法焉。考習慣法之成立，多基於判例，而判例之效力，由於法官之墨守成例。其判決錄上溯至十四世紀之年鑑（Year Book）相傳既久，而判例遂爲法律最大之源。十九世紀以還，制定法日益加多，然制定法之外，仍適用習慣法也。英國法律更有所謂衡平法（Equity）者，與習慣法對峙；緣習慣法院恪守習慣法，絲

毫不肯稍變，而習慣法多未完備，以是人民訴訟不得直者，輒訴諸國王，國王委之大法官，使其依良心自由裁判，以濟習慣法之窮；其判決之自由，非如習慣法之固執，人民便之，乃設法院以司其事，即所謂衡平法院也。自茲以往，習慣法院適用習慣法，衡平法院適用衡平法；既而成案積累，衡平法乃日趨於固定，遂失其本來之自由性質。自一千八百七十三年法院管轄法（Judicature Act, 1873）頒布後，裁撤衡平法院；然兩法仍存不廢，不過由同一法院適用兩法耳。於此有應注意者，則習慣法有廣狹二義：就其廣義言之，則為不成文法與成文法對峙；就其狹義言之，則為普通法與衡平法對峙。

以上五法系，其蔓延最廣而最足供吾人研究者，為羅馬英國兩法。各國法律，不入於此，即入於彼。略言之，則羅馬法布濩全歐，北至英之蘇格蘭，南至南斐洲，東至日本，西至南美洲，莫不在其範圍內。英國法則由英而北美，而澳洲，而印度，凡屬英領者，除一二例外，皆適用英國法。兩者相比較，則羅馬法稍佔優勝，其勢力之偉大如此。

兩法系相異之點甚多，就其大者言之，約有三端：一曰法典之編纂，二曰判例之效力，三曰民商法之關係。茲分別詳之：

### 一 法典之編纂

世界現行民法典之最古者，為一千六百八十三年之丹麥法典。（此項法典，屢經修改，原有條文，存者無多。）最新者，為歐戰後各國新布之法典。其他各國民法典多成於十九世紀，蓋拿破崙五大法典頒布後，而法典之

編纂，已爲萬國通例矣，卽沿襲英國法之美國及印度，亦多有法典，獨英國無之，其趨重習慣而覓然別樹一幟者，非無故也。試觀歐洲大陸諸國，其編纂法典最有成效者，首法國，次德國，次瑞士，方其法典之未成立也，國內法律及俗尚之糅雜，有足令人驚者。法國革命以前，自法律上言之，分爲南北兩部，北部名習慣法地，其習慣亦至不一，類多由日耳曼而來者；南部名成文法地，其法律多屬羅馬法，然成文法外，亦有習慣法，不過較北部爲少耳。各種習慣，又有普通特別之分，普通習慣遍於一省，特別習慣則限於一隅，甚或城有城之習慣，村有村之習慣，鄉有鄉之習慣，綜計特別習慣，多至三百餘種，此法國編訂法典以前之情形也。德國舊法，紛如亂絲，略言之，德意志聯邦中之各州，除採用羅馬法爲普通法外，或採用一千六百八十三年之丹麥法，或採用一千七百九十四年之普魯士普通國法，或採用一千八百零九年之巴特國法（Badisches Landrecht），或採用一千八百十一年之奧國民法，或採用拿破崙民法典，而其法律文字，則有德文，希臘文，辣丁文，丹麥文各種。此外尚有各地方之特別法，不勝枚舉；此德國編訂法典以前之情形也。瑞士各州，法律互異，有適用習慣法者，有適用法國民法典者，有適用奧國民法典者，有適用操列殊州（Zuerich）民法典者，其詳細區別，茲不具論，此瑞士編訂法典以前之情形也。夫一國之內，而法律與習慣，紛紜若是，欲合而一之，舍法典外，其道末由；是故大陸諸國之亟亟於制定法典者，雖寓有革新之意，然統一全國之法律，實其主動力也。若夫英國則情形迥異，蓋英國政權，自古一統，立法則有共同國會，司法則有共同法院，各地方之習慣，趨於一致，而其判例又能以解釋之法，逐漸變通之，使不至有扞格之虞，由是

觀之，英國之不尚法典，勢使然矣。十九世紀之初，法學名家邊沁氏（Bentham）力倡編纂法典之議，然和之者寡，卒未果行。惟近數十年來，習慣法之變為制定法，及合併法（Consolidation Acts）之頒布，時有所聞，所謂合併法者，即凡關於同一問題之各種特別法，併合為一法，以省檢查之煩。其關於私法者，如一千八百八十二年之匯票法，一千八百九十年之合夥法，一千八百九十三年之買賣法，一千九百零八年之公司法，皆為部分之編纂。近頃英國學者真克斯氏（Jenks）等五人仿德國民法典體例，舉英國現行民法全部，列為條文，名曰英國民法會典（Digest of English Civil Law）然此乃私家著作，至於正式法典之編纂，尙未可期也。各國民法典之編次，可別為兩式：即羅馬式與德國式是也。羅馬式沿於羅馬法學家格愛士（Gaius）所著之法律教科書，此書分為三編：一人法，二物法，三訴訟法。上古之世，最重身分，故人法列第一，人類生存於宇宙間，所恃以為生活者，惟物耳，故物法列第二；有人有物，然後權利義務生焉，故訴訟法列第三。周斯丁尼亞帝之教科用典，依其編次。嗣後法國民法典仿之；第一編為人事編，第二編為財產編，第三編為財產取得編，法國法系之民法典大都準此。日本舊民法亦仿法國民法典，而增益債權擔保編證據編，合為五編，此皆屬於羅馬式者也。德國式沿於德國學者著書之體例，分為五編；因債權物權之先後，更別為兩式：一名沙遜（Saxen）式，其目次為總則編，物權編，債權編，親屬編，繼承編，即沙遜民法所採用者也。一名巴因（Bayern）式，其目次與沙遜式略同，惟債權編列於物權編之前耳。此式即巴因民法草案所採用者也。德國民法典注重於適用範圍之廣狹，而債權範圍廣於物權，故取法巴因日

本新民法則注重事物發生之先後，謂先有物權，後有債權，故取法沙遜；我國民律草案及最近公布之民法，仿德國民法，採用巴因式；若瑞士民法，分爲人事、親屬、繼承、物權四編，於債權另爲一法典，是與德國式略有異同。要之，德國式各編之範圍，於學理上雖未盡善盡美，然學者相沿至今，未之或改；且於實際上頗稱利便，其總則編蒼萃各種法律關係之通則，尤爲特長者也。

## 二 判例之效力

法院之判例，於法律上有約束力乎？無約束力乎？此爲比較法學之一重要問題也。其解決之方法，羅馬法系與英國法系，判然不同；故其影響於兩系法律，至深且巨，試申論之。

羅馬法對於判例，是否自原始以來，卽不認其有法律之效力，迄今尙無定論；惟當時羅馬大著述家西索廬（Cicero）列舉判例爲法源之一；其後射費賴斯（Savigny）帝頒布指令，凡律文之疑竇，若歷來有判例可援者，其判例作爲有法律之效力；至周斯丁尼亞帝敕令，始禁止法官引據成案，自是判例遂失法律上之約束力矣。今之宗羅馬法系諸國，（但西班牙爲例外，蓋其所持主義，與英國略同。）對於此問題，亦採同一主義；且有以明文規定於法典者，如普魯士民法典前加篇第六條規定：審理案件，不得依據法學家之意見及法官之判例。與國民法典第十二條規定：判例不得作爲有法律之效力；法國民法典第五條之規定：其用意亦與此略同。質言之，羅馬法系諸國，其法院之判例，祇可視爲參考之資料，於法律上毫無約束力；此其原則，縱或有例外，如法國一千八百三

十七年四月一日公布之法律，規定同一法院之判決，因同一法律問題，經二次上訴於最高法院，而最高法院於第二次之上訴開全院會議後，以同一理由撤銷原判時，其全院之判決，對於該案有約束力。（緣法國某法院因同一案件曾有三次被最高法院撤銷原判而仍不遵守最高法院之判決者，最高法院無如之何，故有此律以補救之。）然其適用範圍，至為狹小，蓋全院之判決，惟對於該案有約束力，對於他案則無之，此乃無關重要之例外，其原則固如上所述。英國則其所採之主義，與羅馬法系諸國大相逕庭，蓋英國法律，多屬習慣法，而習慣法多源於判例。是故衡平法也。國際私法也。契約法也。私罪法也。（不法行為英律名為私罪。）以及其他種種私法，大都由判例而來，即制定法，依立法程序，釐訂頒布，似非出自判例矣。然或亦有不盡然者，例如一千八百八十二年之匯票法，一千八百九十年之合夥法，一千八百九十三年之買賣法，細釋其條文，幾無一不依據判例者，是名為制定法，實則判例法也，不過改換面目，著為條文，使其井然不紊，便於援用耳，是英國之重視判例，非一朝一夕之故矣。原夫法官之引用成案，在十三世紀，已有所聞，其始不過備聽訟之參考云爾，從違與否，一任法官之自由裁奪，與現今羅馬法系諸國之判例無異。繼而成案日多，引用日廣，積之既久，判例之有約束力，遂成爲不易之例。十八世紀柏烈士頓氏（Blackstone）所著英律詮釋有云：『恪守成案，乃法官之義務。』自茲以後，成案之效力，幾等於律文；於此有二原則，爲吾人所應注意者：（一）凡與成案相同或類似之案件，各級法院均應遵守其各該本院之判例；（即最高法院亦不能違背此原則）（二）凡與成案相同或類似之案件，下級法院應遵守同級或高級

法院之判例；此二原則爲一切判例效力之基礎，然亦不見諸律文，蓋皆出自判例也。故有稱判例爲判例法（Case Law）者，更有稱判例爲法官制定法（Judge-made-law）者，殆謂其與法律有同等效力也。雖然，依英國主義，法官果有立法權與否？學者聚訟紛紛，或云法官之職權，在解釋已有之法律，非制定未有之法律；果爾，則法官所依據以爲判決之法律，當存在於判決之前，不過因判決而顯著耳。主張此說者，爲柏烈士頓氏。而反對此說者，爲奧斯頓氏（Austin）其言曰：我國（指英國）法官以擬制爲護，符自謂法院之判，例即俗稱習慣，法非創自彼等，彼等不過以之宣示於衆耳；一若習慣法原始以來即自無而有也者，此其擬制，殊屬戲言云云。近世學者多宗奧氏之說，直認法官爲立法權。折衷二者之間爲保樂克（Sir Frederick Pollock）氏，據其說：法官雖僅有解釋法律之權，然法律一經解釋，即不免有多寡之變更，既有變更，便是立法，故法官表面無立法權，而實際則有立法權也。

墨守成規，難於應變，此非議英國判例主義之言也。依據前例，知所適從，此稱許英國判例主義之言也。保樂克氏有取後說，嘗以英國判例比之科學，撰有論文，大意謂科學之所以成爲科學者，以其因既往之試驗，推來者之結果；蓋天下之事物，莫不循一定之軌道，於同一之原因，發生同一之結果。若月暈而風，礎潤而雨也。判例亦然，於同一之事實，有同一之判決，理猶是矣。保氏之言，大可供學者之尋繹。顧霄壤間無論何種制度，有利必有弊，英國判例制度，約略言之，其利有三：一曰法律之確定，蓋判例既有約束力，則凡有成例可援者，即有一定之標

準，而人民之權利義務，不至時為搖動。二曰法律之發達；夫制定法，條文簡約，固有賴乎判例法，以補其未備，是判例法實足以促法律之發達也。三曰法律之縝密；蓋有一判決，即有一成例，則其法律之細密，遠非他國所可及者。此其利也。然其弊亦有三：一曰法律之固執；蓋判例既定，縱或按之法理，未盡得當，亦須遵守，欲矯正之，殊非易事，故其效力於法官之自由裁奪，大有妨礙。二曰法律之強辯；蓋判例既有一定，而社會狀況，變幻無窮，即法官以為不合時宜，亦不敢公然違背，惟有強辯案情之異同，巧為趨避。三曰法律之繁賾；英國既以判例為法律，而判例日增，其數百年之判決錄，於查檢及援用上，至為煩難；況判決錄且日出無已，此其弊也。至於羅馬法系之判例主義，其利弊適與英國相反，比年來兩系皆有反向之趨勢，在英美則尊重判例，已不如前，在大陸諸國則判決錄之編訂，日益慎重，而判例之引據，亦隨而加增，異時兩系或有趨於適中制度之一日，未可知也。

### 三 民商法之關係

英人酷愛平等，習而成性，其所抱之最大主義，為一切法制所依歸者；曰全國之人，受治於同一法律。是故自私法言之，則無所謂商法；藉曰有之，亦不過學說上關於商務各種法律，如買賣、代理、合夥、轉運、匯票、保險等法之統稱而已；初非與民法劃而為二，各有其適用之範圍也。此民商兩法合一主義，向為英、美、法、德、瑞、士對於此問題，以大陸主義與共和國國民心理背馳，採取英制，其債權法所載關於商行為各章，皆有普通適用之效力，與民法無異。

歐洲大陸主義則以特種法律，治特種之人，其所規定，有特種之權利，有特種之義務，故其私法可大別為兩部分，即民法與商法是也。民法為私法之普通法，適用於全國之人，商法為私法之特法別，惟適用於商人，商法之於民法，有補充及變更民法之效用，商法以外，仍適用民法，晚近學者有謂兩法之區別，實沿於歷史，毫無學理之根據，倡議廢止之，惟贊成與反對，各有理由，茲從略焉。

以上犖犖三太端，為羅馬法系與英國法系相異之點；但兩法系，非劃若鴻溝，蓋所謂羅馬法系，所謂英國法系，皆相對之名詞。就英國法系而言，英國由宗教法海商法輸入羅馬法者，不一而足。更就羅馬法系諸國而言，同一法系，而各國間亦有派別之不同，若法國派，其法典為歷史上最有關係之法典；若德國派，其法典為學理上最完善之法典；又瑞士法典，摹仿德國而有進乎德國者；日本法典，兼採法德制度而略為變通，以期與東方情形照合者；我國民法大致採取羅馬法系而加以改革，固已自成一法系；他若歐戰後各國之民法，亦有新公布者。凡此諸法典，其異同之點，足資鑽研，學者於此苟玩索而有心得，其於比較民法，思過半矣。

綜觀各國法制史，羅馬帝國早已滅亡，而其法律垂為萬世之典型，愈久而彌彰。拿破崙去世百年，而其法典，影響遐邇，至今勿替。可見國權所不能及者，法律能及之，兵力所弗克征服者，法理能折服之。甚矣法律思想之入人深而移人速也。抑吾聞之，英儒勃賴斯氏（Bryce）有言曰：『各國法律，其關乎生計之利害者，漸趨於大同，其關乎吾人之感情者，則彼此互異。』此所以各國債權法之參差，遠不如親屬法也。雖然，方今國際交涉日繁，彼此

往來，日益親密，各種法律，自大體觀之，皆有趨於同一之傾向，而所以促進之力，則比較法學，或不無補助也。

# 勞動契約法論

史尙寬

## 一 勞動契約之意義及其性質

子 勞動契約之意義

勞動契約 (Arbeitsvertrag, Contract of Service, Contrat de Travail) 自廣義言之，則凡一方對他方負勞務給付義務之契約，皆為勞動契約。舉凡僱傭契約，承攬契約，居間契約，出版契約，委任契約，行紀契約，運送契約，合夥契約等皆屬之。然勞動法上之勞動契約，乃狹義之勞動契約。其定義依德國勞動契約法草案第一條之規定：

「勞動契約謂受僱人以勞動給付為目的，有償的為僱用人所使用之契約。」我國勞動法草案第一條規定：「稱勞動契約謂當事人之一方（受僱人）對他方（僱用人）在從屬的關係提供其職業上之勞動而他方給付報酬之契約。」此二定義用語雖稍有不同，而用意則一。茲分述之如下：

(1) 勞動契約為契約之一種 以當事人間相對立的意思之合致而成立。

(2) 勞動契約為僱用人及受僱用人之契約 勞動契約理論上雖有主張應包括私法上及公法上之契約，但多數之學說及立法例，皆以勞動契約限於私法的契約，而官公吏則適用官公吏之特別法。已如前述。

(3) 勞動契約以勞動之給付爲目的之契約 勞動契約在於勞動之給付，不在於勞動結果之給付。此點與承攬契約有別。

(4) 勞動契約爲有償的契約 勞動契約常爲有償的，此點與委任契約不同。

(5) 勞動契約爲雙務契約 勞動契約爲當事人之一方負有給付勞動之義務，他方負有給付報酬之義務。顯爲雙務契約。

(6) 勞動契約有身分的契約之性質 卽受僱人在從屬的關係提供勞動之契約，關於從屬的關係之解釋，就家內勞動 *Home Work, Travail a domicile, Hausarbeit* 言之，不無疑義。蓋家內勞動既已離開工廠似爲僱用人監督之所不及，而且工資給付多以件計，尤有類於承攬。然細爲觀察，則有不然。家內勞動之場所雖不在僱用人直接監視之下，然實際上間接的仍在其監視之中。家內勞動雖多以件計工，然此不過工資給付之方法，其對象仍爲勞動力之給付。就原料言之，家內勞動多由僱用人供給原料，故家內勞動之契約，通例仍視爲勞動契約。

### 丑 勞動契約與其類似契約之區別

(1) 勞動契約與僱傭契約之區別 法律上明白區別勞動關係與僱傭關係，以德國勞動契約法草案爲嚆矢。蓋德國民法第六百一十一條規定僱傭契約爲一方給付勞動一方給予報酬之契約。純爲獨立的兩個經

濟行爲者間之經濟價值之交換。而勞動契約法草案第一條，則表明受僱人對於僱用人之身分的從屬的關係。勞動契約爲僱傭契約之一種，而其特點則在於有從屬性。例如語言教師音樂教師醫師等並不專爲一人勞動者，多爲僱傭契約，而工廠工人則概爲勞動契約。如勞動契約法無特別之規定，則依一般原則，民法上關於僱傭之規定，亦適用於勞動契約（參照 Aaspel, Arbeitsrecht, S, 84）。

(2) 勞動契約與承攬契約之區別 其要點有三：(甲)當事人之意思以勞動給付爲目的者爲勞動契約。以勞動結果爲目的，爲承攬契約。(乙)勞動契約於一定期間內受僱人應依僱用人之指示，從事於或種類之勞動。而承攬契約承攬人只負完成或一者數個之工事。(丙)勞動契約受僱人與僱用人多少有繼續之關係，而在承攬契約則對公眾提供其勞動。

(3) 勞動契約與委任契約之區別 委任契約可以有償可以無償，而勞動契約則爲有償。委任契約受任人與委任人間無從屬的關係，而在勞動契約則以此點爲特性。

(4) 勞動契約與合夥契約之區別 合夥契約合夥人共負贏虧之責，而在勞動契約受僱人對於僱用人之贏虧不負責任。合夥契約合夥人有共同管理之權，而勞動契約受僱人則無此權。

(5) 勞動契約與買賣契約 買賣之標的物爲權利，而勞動契約之標的爲勞務之給付，顯然不同。然有疑問者，則爲家內勞動者以自己之材料製成物而品買賣與特定之商店，是否爲勞動契約之關係，抑爲買賣之關

係。

## 二 勞動契約之分類

勞動契約因分類標準之不同，得爲種種之分類。

子 以企業種類爲標準之分類 依此標準，得分爲工業勞動契約，商業勞動契約，礦業勞動契約，農業勞動契約，海運勞動契約，家事勞動契約等。

丑 以勞動種類爲標準之分類 依此標準，得分爲學徒契約，勞動者契約，使用人契約等。

寅 以對於勞動報酬之支付方法爲標準之分類 依此標準，得分爲以時計工契約（Zeitlohnvertrag）以件計工契約（Akkordvertrag）

卯 以勞動契約當事人之單複爲標準之分類 一般之勞動契約，僱用人方面通常以一人爲原則，而在受僱人方面多數人集團的共同從事勞動之時，稱爲集團的勞動契約（Gruppenarbeitsvertrag）又可分之二，其由受僱人自成集團而承受共同之工事者，謂之自個集團（Eigengruppen）之勞動契約。其由僱用人將多數受僱人合爲集團而與以共同之工事者，稱爲事業集團（Betriebsgruppen）之勞動契約（參照德契草第一一二條至一二〇條。）

## 三 勞動契約之法源

規律勞動契約之法的範圍主要爲法令，協約規範，服務規則習慣。對於契約當事人間契約之關係，其效力及適用之順序如次：即（1）強行法規，（2）有不可變性之協約規範，（3）有強行性之服務規則，（4）契約，（5）無強行性之服務規則，（6）無不可變性之協約規範，（7）任意法規，（8）習慣。

#### 四 勞動契約之訂立

##### 第一節 勞動契約訂立之自由及方式

##### 子 訂立之自由

勞動契約爲契約之一種，故契約自由之原則（Principle of Freedom of Contract）亦適用於勞動契約。然此原則在勞動法已被打破。勞動契約不但受法令上之限制，並受協約之拘束。

##### 丑 方式

勞動契約爲諾成且不要式之契約，但亦非無例外，如我國勞動契約法草案第六條規定：「勞動契約之期間超過一年，其報酬非全以金錢給付並無團體協約可適用時，須以書面締結之。」

##### 第二節 契約當事人

勞動契約之當事人爲僱用人及受僱人。一般契約當事人須有行爲能力，故勞動契約之當事人亦須有行爲能力。惟關於一般之行爲能力從民法之規定。妻依民法規定，爲有行爲能力人故不成問題。而在勞動法有

特別之規定。爲未成年人。試述之如下。

(1) 未成年人爲受僱人時 依我國民法第七十九條之規定，未成年人與僱用人訂立勞動契約，須得法定代理人之允許，或承認，始生效力。如從民法之規定，則事實大有不便。蓋現代未成年人賴自己獨立之勞動謀生活者甚多，如未成年人一一須得法定代理人之允許或承認始得訂約或解約，甚爲不便。爲救此弊，其法有二：一爲低減成年年齡，如蘇俄民法以十八歲爲成年年齡。其他爲對於未成年人之勞動設特別之規定，如德國民法第一百十三條第一項規定：「法定代理人對於未成年人允許其服一定種類之勞動時，未成年人關於此種勞動的目的之勞動關係之發生或消滅之一切法律行爲及基於此關係之義務履行之一切法律行爲，取得獨立行爲能力。」我國勞動法草案第三條，更進一步規定滿十八歲之未成年人爲他人勞動，關於勞動契約之締結有行爲能力。滿十五歲之未成年人以自己勞動維持生活者，亦同。法定代理人允許十八歲以下之未成年人爲他人勞動時，其未成年人關於此種勞動契約之成立消滅變更及其履行，與成年人有同一能力。

(2) 未成年人爲僱用人時 未成年人與受僱人訂立勞動契約依一般原則，應得法定代理人之允許或承認。但民法關於此點有例外之規定。依我國民法第八十五條法定代理人允許限制行爲能力人獨立營業者，限制行爲能力人關於其營業有行爲能力。」

## 五 受僱人之義務

關於受僱人勞動之義務，學說及立法分爲種種，如德國勞動契約法第二章分爲（1）勞動給付之義務（Arbeitsleistung）（2）服務之義務（Unterordnung）（3）忠實之義務（Treuepflicht）。Tillyard（Industrial Law, 1916）主張分爲（A）從業之義務，（B）提供適當能力與注意之義務，（C）服務僱用人經營上所必要之規律之義務，（D）對於僱用人格守誠意之義務。然大約可分爲勞動義務、忠實義務及附隨義務三種。

### 第一節 勞動義務

勞動義務（Dienst-oder arbeitspflicht）謂受僱人有依勞動契約給付勞動之義務。概述之如次：

子 勞動義務人 勞動義務人通常爲受僱人。原則上須親自勞動。不得使他人代爲勞動（我契草第十九條）德契草第二十三條。蓋勞動關係爲對人的關係，故爲受僱人專屬的給付。但對此原則有二個例外，（1）得僱用人之承諾或習慣上允許他人代爲勞動時，（2）勞動之性質上他人代爲勞動並無差異時。

### 丑 勞動請求權人

勞動請求權人，通常爲僱用人。但契約上約爲第三人勞動時，第三人亦有請求權。勞動請求權性質上爲不可轉讓之權利（我契草第九十三條）德契草第二十三條。原則上僱用人非得受僱人之承諾，不得將其勞動請求權讓與第三人。但僱用人死亡或轉讓其營業時，其勞動請求權不須受僱人之承諾，移轉於第三人。德勞動契約法草案第二十五條規定營業因賣出或其他原因由第三人承受時，勞動請求權如無反對之意思表示時

爲可移轉於該第三人。我契草第九十三條末段規定：「僱用人死亡時，其請求權以勞動給付之內容不發生變化時爲限，移轉於其繼承人」（參照我契草第一〇一條）。勞動請求權移轉時，前僱用人之契約上義務亦移轉於新僱用人。但關於其義務之履行，德契草規定前僱用人至該契約得因通知終止而終止之時止，應負保證責任（德契草第二十五條第二項末段）。

寅 勞動給付之方法及範圍（德契草第十八條至第二十一條） 勞動給付之方法及範圍依團體協約之規定。無團體協約時，依勞動契約上之特約。無特約時，依僱用人之指示。但僱用人之指示須爲適法。如其指示係出於惡意或違反公共秩序或善良風俗或係違法或特有害於受僱人之健康時，受僱人無服從之義務（我契草第二十二條）。又僱用人使其受僱人從事於其所約定以外之勞動時，受僱人原則上得拒絕勞動。但有緊急情形或職業上有特別之習慣時，不得拒絕其所能給付之勞動（我契草第二十三條）。德契草第二十條。依 *Kask* 意見，此時以與受僱人所從事之同一或類似種類及品質之勞動爲限，有勞動義務。所可注意者，爲罷工勞動（*Streikunfähigkeit*）之問題，何謂罷工勞動，即因受僱人同盟罷工而中止之工作，得依原無此義務之其他受僱人代爲補充之勞動。僱用人是否得使其他受僱人爲此項罷工勞動，依多數學者之意見，認爲受僱人一般無此義務，然依德國勞動契約法案第二十一條，爲避免經營或公共之直接危險，就中如經營設備之維持或一般必需的經營之繼續時，受僱人有爲其約定以外勞動之義務。

## 卯 酬勞動給付地

勞動給付地原則上依當事人間之約定。無約定時，依僱用人之指定或依勞動之種類習慣而定。僱用人之指定亦不能完全自由。例如僱用人有數個分店或工作場所，在同一地域時，無論僱用人指定任何分店或任何工作場所，受僱人有服從之義務。如僱用人有數個之分店或工作場所不在同一之地域時，於就業之始如無反對之約定，僱用人得自由指定。但原在甲地域之分店或工作場所勞動之人如僱用人命其移轉在乙地域之分店或工作場所勞動則受僱人無移地勞動之義務。如受僱人承諾移轉，亦得向僱用人請求因移轉所生之費用。  
(我契草第二十條。)

## 辰 勞動給付時

勞動給付之時，原則上依當事人之特約。勞動時間之開始，終止，休息，超過時間勞動，普通皆依當事人之約定。但勞動時間與受僱人有直接重大關係。各國皆以法令或以團體協約規定當事人不得自由變更。關於此點我國現雖尚無統一之規定。然工廠法關於勞動時間明為規定。因其屬於勞動保護之範圍，在論及勞動保護時再為詳述。

當事人約定為超過法定或約定之勞動，稱為超過時間勞動 (Überzeitarbeit) 之特約。勞動時間為法定時，此特約有於勞動契約訂立時或於其後為之。勞動時間為約定時，此特約當然於事後為之。於契約訂立時所

爲之特約，如違反強行法規，視爲以法定時間所締結之契約。其後所爲之特約，如違反強行法規則爲無效。與超過勞動時間不可不區別者，爲單純之超過勞動（*Mehrarbeit*）此爲不基於當事人間之特約，通常不另給報酬之勞動。例如商業使用人、事務員、家庭受僱人、農業勞動者、海員業於時間外爲其義務之勞動（參照我勞動保護法草案第一百零四條第一百一十二條）。蓋彼等之勞動，其性質上多不能於勞動時間終了時即刻終止，因事件之結束，尚須爲一定時間之超過勞動。此種之超過勞動視爲時間內勞動之延長。

勞動時間既定之後，受僱人於其時間內負有完全勞動之義務。即以件計工之受僱人，如定有勞動時間亦不得任意中止工作。受僱人於勞動時間內雖有勞動之義務，但原則除法令團體協約有特別規定或勞動之性質上有特殊情形外，於其約定之勞動時間以外，無爲勞動之義務（我契草第二十四條）。

勞動給付之時與報酬給付之時，與一般債務契約不同，不適用同時履行之原則。受僱人有先爲勞動給付之義務（民法第四百八十六條我契草第五十八條）。

## 第二節 忠實義務

子 忠實義務之意義 勞動契約含有身分的要素與債的要素，已如前述。基於身分的要素，發生受僱人之忠實義務與僱用人之保護義務。基於債的要素，發生受僱人之勞動義務與僱用人之給與報酬之義務。故受僱人之勞動義務與忠實義務爲各別之義務。受僱人忠實義務之範圍及程度，依勞動關係之種類而定。例

如礦業及工業勞動者最薄，事務員稍厚，而家庭僱用人最密。

丑 忠實義務之種類 忠實義務可分為三種，即服從義務，祕密義務，及增進之義務是也。

(1) 服從義務 (Gehorsamspflicht) 此為受僱人勞動上服從僱用人之指揮監督 (Leitung, Order) 之義務。勞動之方法地點時間，除法令團體協約服務規則有規定，或有特約外，從僱用人之指示，已如前述。我國勞動契約法草案第二十二條規定勞動者須照僱用人或其代理人之指示，為勞動之給付。但其指示有違法，不道德或有害於勞動者之健康者，不在此限。受僱人之服從義務，本質上惟限於勞動給付（關於勞動之實行經營之秩序）即服從義務之範圍，一方受目的之限制，於勞動以外之關係，無服從之義務。他方受時間之限制，於勞動時間以外之時間，亦無服從之義務。但受僱人有時例外的於勞動以外之關係及時間，尚對於僱用人有服從之義務者，例如家庭受僱人於勞動給付外尚有服從僱用人家庭之禮義習慣等之必要。公司事務員如有悖德之行爲致傷公司之信用名譽時，亦有請求其中止之權利。德勞動契約法草案第三十條第二項規定：「對於受僱人在經營外行爲之指示，除因勞動給付之關係上或依第一〇八條之規定（對於家庭受僱人勞動關係以外之限制，除因家庭秩序爲法律或團體協約所許者外，不生效力。）認爲正當者外，不生效力。」

(2) 祕密義務 祕密義務謂受僱人有不洩漏其所知僱用人之營業上或製造上祕密之義務。僱用人於商商界上或技術上以不使其第三人知其內容爲利益之事，爲受僱人應守祕密之事項（我契草第十六條

德契草第三十三條。秘密義務有依法規或特約使受僱人負此義務。然雖無此項法規或特約，勞動契約之本質上亦有此義務。例如事務員技師不得洩漏其因被僱所知之秘密，並不得利用此知識與僱用人為同種類之營業競爭。又如家庭受僱人不得無故洩漏其主人家之秘密。德契草第三十三條第二項規定：「受僱人以其勞動力之活動為其正當利益所必要時，得於勞動關係終止後，利用其因受領工作所知之經營上或事務上之秘密。」關於商業使用人，各國商法多規定禁止與僱用人為營業競爭。我國民法第五百六十三條規定：「經理人或代辦商非得其商號之允許，不得為自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得為同類事業公司無限責任之股東。」第五百六十三條規定：「經理人或代辦商有違反前項規定之行為時，其商號得請求因其行為為所得之利益，作為損害賠償」(Eindritterrecht)。

(3) 增進義務(Förderungspflicht) 受僱人對於僱用人之業務，負有增進之義務，即受僱人對於其所承受之勞動，應以注意行之。關於業務之進行，應就其所知，陳述意思或為報告，以求業務之增進，並不得收受賄賂或因其他情事而與業務以不利益(我契草第十六條德契草第三十二條)。關於受僱人之附勞動，是否為違反增進義務之問題，頗有疑問。我國勞動契約法草案第十八條規定：「勞動者於勞動契約期滿前，未得僱用人之同意，不得與第三人訂立新勞動契約。但無損於其履行原勞動契約之能力者，不在此限。」德契草第三十四條規定：「如無反對之意思表示，受僱人得為附勞動(有償的亦然)。但以其附勞動不屬僱用人之營業範圍，

並不損其對於僱用人之勞動給付時爲限。」此蓋恐受僱人勞動過多，精力分散，對於原承受之勞動，不能十分注意。德國勞動契約法草案第三十五條並規定受僱人非得僱用人之同意，不得參加可與僱用人爲競爭之營業，蓋此時易於損害僱用人之利益也。

### 第三節 附隨義務

附隨義務其最主要者，爲損害賠償義務。即受僱人怠於履行或不完全履行或因可歸責於自己之事由不能履行時，應賠償因此所生損害之義務。又受僱人因故意過失毀損僱用人之原料，機器，器具時，亦有賠償之責（參照我契章第七十一條。）然此等義務適用民法之規定，無詳爲說明之必要。可注意者，爲契約罰（*Vertrauensstrafe*）之特約。（*Stafafabrede*）即受僱人違反勞動契約上之義務時，應支付一定違約金之特約。契約罰以當事人之合意爲必要。然實際上多以團體協約或服務規則或以契約協定之。與契約罰不可不區別者，爲秩序罰（*Ordnungsstrafe*）。蓋前者爲當事人之特約，而後者爲僱用人基於其企業統制權之懲戒權。前者爲保護僱用人之經濟特別利益。後者爲保護企業者之客觀的利益。德契草第三十一第一項規定：「對於受僱人之罰金，應明揭一定義務之違反。罰金以有團體協約服務規則所規定或由受僱人以書面特約者爲限。同條第三項規定」罰金專爲維持秩序之目的者，不得超過受僱人平均一日工資。其金額應使用於受僱人之福利事業（參照我國契草第十七條。）

## 六 僱用人之義務

僱用人義務可分爲給與義務、保護義務及附隨義務三種。

### 第一節 給與義務

給與業務(Lohnzahlungspflicht)謂僱用人勞動契約上給與報酬之義務。此義務與受僱人之勞動義務相對立爲僱用之主要義務。勞動之報酬通常依當事人之特約或依團體協約明示的約定。然亦有時可視爲默定者。勞動之給付自其種類性質當事人間之關係及其他情事觀之，惟因有報酬而始爲之者，應視爲默約報酬（參照我契草第一條第二項）

子 報酬之客體(Gegenstand des Lohnes) 報酬客體謂構成報酬之一定的經濟資料。報酬客體可分爲金錢報酬、實物報酬及混合報酬三種。往時多用實物報酬，漸次採用金錢報酬。至於現代，則通用金錢報酬。(1) 金錢報酬(Geldlohn) 金錢報酬謂以金錢表示之一切報酬。不僅於現金給付，即以票據債券給付，亦不失爲金錢報酬。又不僅限於以國內貨幣給付，照以外國貨幣給付，亦可稱爲金錢報酬。勞動契約當事人原則上得自由約定此種之給與方法。但法律上有時不無限制（參照我工廠法第二十一條我契約第五十三條）(2) 實物報酬(Naturallohn) 金錢以外一切之報酬，稱爲實物報酬。金錢報酬不限於現金，實物報酬亦不限於現物給付(Sachlohn) 例如以食品衣服燃料等物給付，固爲實物報酬。即給付住宅

(Werksvohung in engeren Sinne)土地之利用，(Werkstand) 收益機會，學徒之習業等，均可謂之實物報酬。但與此不可混同者，為僱用人為受僱人之一定福利的設施。蓋此種設施，為僱用一方任意的所提供者。(3)混合報酬 (Gemiselter Lohn) 金錢與實物同時並用之報酬，謂之混合報酬。例如對於家庭受僱人之給付，通常用混合報酬。

丑 報酬額 (Lohnhöhe) 報酬額得依種種標準算定。舉其要者如次：

(a) 以時間為算定報酬之標準 (Zeitlohn) 即依時，日，星期，月，年，而計算報酬。通常稱為時間給，日給，星期給，月薪，年俸。以時間計算報酬所應注意者，為超過時間勞動及不足時間勞動之報酬問題。如受僱人未得僱用人之同意或違反其意思而為超過時間勞動時，對於超過之部分，無報酬請求權。受僱人得僱用人之同意而為超過時間勞動時，如其超過時間勞動不違反法律規定或協約規範，受僱人就其超過之部分，當然有報酬請求權。如違反保護法規或協約規範，受僱人仍有報酬請求權。但如因其他原因為無效時，則受僱人僅有不當得利返還請求權。超過時間勞動之報酬，比原勞動時間勞動之報酬通常較多。立法有以明文規定之者。(我契草第三十六條俄勞動法第六〇條) 不足時間勞動 (Unterzeitarbeit) 謂不滿所定勞動時間之勞動。關於假息及罷工日等之報酬，不無問題。普通休假是否給付報酬，依當事人之約定。無約定時，依習慣。如受僱人依勞動契約或協約而獲休假時，若無反對之規定，得請求與勞動時間同樣之報酬。(參照工廠法第十八條我契草第四十

條至第四十二條。)受僱人對於罷工日(Streiktag)無報酬請求權。但同盟罷工成功時，通常對於罷工期間亦給與報酬，然此非勞動契約上之義務，自當別論。休息日不屬於不足勞動之範圍，是否得請求報酬，不可一概而論。日給以下之受僱人如無反對之約定，無請求權。星期給以上之受僱人，雖無請求權，然僱用人亦不得扣除該當於休日之金額。蓋此時以一定期間為包括的報酬(Pauschalvergütung)。(參照工廠法第十八條。)

(b)以件計之報酬(Akkordlohn, Stucklohn, Gedinge)其方式有左列各種。

(1)單一件計(Einheitsakkord)此為受僱人統一的受一個工事時之計算方法。承受人全體被僱為建築一座房屋或製造一架機器。所受報酬，最初已定。

(2)箇數件計 以同種或同樣生產品之箇數、枝數、重量，依同一之報酬率，給付報酬。故此時有二要素，一為報酬率，一為作成額。

(3)加成給與或分紅制度(Premien. Bonusystem)

此種之給與方法，含有獎勵之意。例如每製成五個一角，每十個二角二分，每十五個三角三分。其加給之方法，有對所定額以上之生產為增給者。有對所定標準品資以上之物為增給者。有對原料之節約為增給者。亦有對時間之正確(汽車輪船依時出發到着)為增給者。時計與件計相結合之報酬甚多。例如對礦工工資一部分依時間計算，他之部分依採掘之量計算，此謂之現實的結合(Reale Kombination)。又如僱用人對於受

僱人保障最低限度工資之給與，於達於保障額或超過保障額，受件計之報酬，未達保障額，受保障額之時計報酬，謂之條件的結合(Ideelle Kombination)。

(o)津貼及補助金(Zulage, Beihilfe)家屬津貼，騰貴津貼，服務津貼等名稱，亦為報酬之一種(我契草第四十八條)。

(d)年金及退休金(Pension, Ruhegeld)此為勞動關係消滅後之給與，性質上與增與或終身定期金不同，乃以一定期間之服務為條件之勞動報酬。關於此種之特約，有民法上附停止條件契約之性質(參照民法一百〇一條)。

(e)紅金及特別給與(Bonus, Gratifikation)有一定獎給之習慣時，亦有報酬之性質。我契草第四十六條規定：「一年節之獎金或特別給與，以勞動契約有特別約定或該勞動關係之習慣上可視為當事人雙方有默約時為限，受僱人有請求權。」獎給支給期日以前，勞動契約關係已消滅時，受僱人是否得請求相當以其勞動期間一部分之獎給，不無間論。關於此點，如無特約，受僱人有一部分之請求權(德契草第六十二條第六十條我契草第四十六條)。

(f)分配贏餘(Gewinnanteil)受僱人有參加事業上贏餘之約定時，其所受贏餘之分配，亦有勞動報酬之性質(參照我契草第四十五條德契草第五十八條至第六十條)贏餘參加之方法略舉如左：

(1) 約定勞動報酬之全部或一部，以營業贏餘之多寡為比例而增減。

(2) 受僱人為勞動出資，與僱用人訂立合夥契約，共同營業而參加贏餘之分配，稱為勞動事業合夥 (Arbeitsgesellschaft)。

(3) 股分參加即使受僱人取得股分而受贏餘之分配，其參加之方法約有三種：(一) 小額股分，(二) 勞動股分，(三) 勞動者股分。小額股分 (Kleinkapital) 係為受僱人創定小額之股分，使其易於取得 (參照公司法第一百一十一條)。勞動股分 (Arbeitskapital) 為表示勞動力價值之股分，與表示金錢股分 (Geldkapital) 相對稱。一九一七年四月二十四日法國關於勞動參加股分有限公司 (Société anonyme à participation ouvrière) 之法律，分股分為資本股分 (Action de capital) 與勞動股分 (Action de travail) 兩種，勞動股分屬於公司內受僱人團體，凡二十一歲以上之受僱人繼續服務一年以上者，皆有團員之資格；勞動股分為記名式，不得轉讓。勞動者股分 (Arbeiteraktie) 為賦有特權之受僱人股分，即受僱人得以額面以下取得股分並受高率之贏餘分配及最低贏餘之保障。勞動股分不得賣與公司外第三人。受僱人死亡或被解僱時，其股分應賣與公司或同事。

(g) 以物價指數 (Index number) 為算定報酬之標準，此為歐戰後各國所採用之方法。其目的在於使受僱人實質上得固定之收入。例如物價指數為一〇〇時，得一圓報酬之人，如物價指數增為二〇〇時，其報酬

增爲二圓，如物價指數降金爲八〇，則報酬減爲八角。此方法稱爲從價昇降制，屬於滑式給與 (Sliding scale, gleitende Lohnskala) 之一種 (參照我契草第四十九條)。

(h) 以所辦事務之收入額或以販賣額爲比例算定報酬。此種報酬通常稱爲手續費或佣金 (Provision) (參照我契草第四十七條德契草第五十四條至第五十七條至六十一條)。

關於報酬額，原則上依當事人之合意而定，然有左列之限制：

(1) 強行法規 關於報酬額有強行法規時，則當事人之合意不能不受其限制。例如最低工資 (Minimum wage, Mindestlohn) 之規定，如違反此規定時視爲以法定之報酬額訂立勞動契約 (參照我工廠法第二十二條我契草第三十五條)。

關於最低工資現行法尙未有強制規定，日內瓦第十一次國際勞工大會所通過之最低工資辦法 (共十一條)，十九年三月三日由國民政府批准，故我國有制定此項法規之義務。

(2) 協定規範 報酬額依團體協約規定，而其規定有不變性時。如當事人約定之額較少，則依協約上之額，如約定之額較多，則從其約定。

(3) 報酬搾取 (Lohnwucher) 之禁止 雖不違反法規或團體協約所謂饑餓報酬 (Hungerlohn) 之約束，亦爲無效。饑餓報酬乃指比受僱人之勞動價值過少，有搾取其勞動力意義之報酬 (參照我國民法第七

十四條契草第三十八條第十一條)其要件爲報酬之過少及僱用人之有意榨取。

寅 報酬給付地報酬支付地 當事人得以特約任意定之，如無特約則依交易上之習慣及給付之性質，於僱

用人之任所，事務所，工作場所或其所設置之場所，支給之（參照我民第三百一十四條我契草第五十六

條）。德國勞動契約法草案第七十三條規定如無特約或依報酬之性質或依其他情形可另決定外，於營

業場所支付報酬。又近來立法政策上禁止在容易浪費之處發給報酬，蓋恐勞動者容易被誘惑而浪費也。

我國勞動契約法草案第五十七條規定：「勞動報酬之給付，不得在娛樂場旅館或販賣貨物之處行之，但

在其內服務者，不在此限，違反此規定者，得處一百元以下之罰金（參照我契草第一百一十二條德國營

業法第一一五條a）

卯 報酬給付時 報酬給付時謂實際支付報酬之時，與報酬算定之時及報酬請求權發生之時有別；蓋報酬

請求權發生之時與報酬實際支付之時不必一致。例如日給者於其日勞動時間之經過後即發生報酬請

求權，而實際上報酬之支付不必即於其時行之也。受僱人通常先勞動而後得請求報酬。又分期計算者，非

俟期間經過後不得請求報酬（我國民法第四百八十六條）我國工廠法第二十二條規定：「工資之報

酬應有定期，至少每月發給二次，論件計算工資者，亦同。」此爲對於工廠工人之特別規定。我國勞動契約

法草案第五十八條規定：「勞動者除有特別約定或地方有特別習慣外，於服務完畢時始得請求報酬，勞

動報酬以期間定者於期滿時給付之，但期間在一個月以上者，勞動者於月末得請求與其勞動期間相當部分之報酬，以時或以日定者，於每日完工時給付之（參照德草六十九條）。同第五十九條規定：「件工勞動者其勞動繼續在半個月以上時，每半個月得請求與勞動相當部分之報酬，僱用人於受領件工勞動者之生產品後十五日內，須給付工報酬之全部，此為件工勞動者報酬之支付時期（參照德契草第七十一條，同第六十條規定：「勞動關係已經解除者於勞動關係終了日應給付報酬。」同第六十一條規定：「僱用人對於勞動者有分紅或特別給與者，分紅與營業年度後一個月，特別給付於年節之前一日，給付之。」同第六十二條規定：「勞動報酬之給付不得於勞退者休假日行之，」蓋於工作日給付報酬，受僱人可以順便領取，若於休假日給付報酬，受僱人須特來領取，有不便也。同第六十三條規定：「僱用人於勞動者每於困難致不能維持生活時，須預支與其勞動相當部分之報酬。」此為未到期之報酬給付（參照德契草第七十二條第一項。）所可注意者為報酬預借（*Lohnvorschuß*）之法律關係，德契草第七十二條第二項規定：「勞動關係已繼續經過二年而可期待還可繼續二年以上者，預勞動者因特別之情事有急迫之需要並無重要之營業上理由所不許時，勞動者對於尚未給付之勞動，亦得請求相當報酬之預借，」此種預借為對於尚未給付之勞動之報酬，與消費借貸既不同，即與先期支付（*Abschlagszahlung*）分期給付亦有別，預借非依勞動契約當然有此請求權，惟依當事人之合意，法律之規定，或依團體協約或服

務規則，始發生此權利；預借權爲報酬請求權之一種，故預借卽爲報酬之支付，在此限度內，不適用抵消禁止之規定（參照我契草第六十六條）。

辰 報酬受領人（Empfänger der Lohnzahlung）得受領報酬之人稱爲報酬受領人，受領報酬原則上受僱人應親自爲之。（我契草第六十四條）但有左列之例外：

（1）無行爲能力人及限制行爲能力人 此種人無受領報酬之能力。但未成年關於報酬之受領或處分，預得法定代理人之允許者，不在此限（民法第七十七條第八十四條）。心神喪失人或禁治產人受領之報酬，如入於法定代理人之手，則爲有效之受領。或如我契草第三條所定未成年人所服一定種類之勞動，原得法定代理人之同意，或已滿十八歲之未成年人或以自己勞動維持生活已滿十五歲之未成年人，亦得單獨受領報酬。

（2）受領委任（Irkassoyollmacht）受僱人有時不自領取而使他人代爲領取，此時受僱人非轉讓其報酬請求權，故不適用關於報酬處分之限制規定（參照我契草第七十四條第二項）。

（3）報酬請求權之移轉 報酬請求權原則上爲可移轉之權利，於繼承時之移轉，並無限制。反之於贈與及轉讓則有一定之限制。蓋勞動報酬之不得扣押部分以之轉讓質押或依其他法律行爲處分之時，其處分爲無效（我契草第七十四條）。

(4) 爲第三人之契約 受僱人與僱用人約定其報酬之全部或一部由其妻子或其他第三人取得。

已 勞動義務之不履行與報酬請求權 勞動義務之受僱人不履行可分爲之履行滯延，履行不能及不完全

履行三種：

(1) 履行遲延 受僱人因自己過失，於勞動給付時期而不給付勞動時，應依民法上之原則負遲延之責。例如受僱人自始即不着手於其所承受之勞動，或中途拋棄其所承受之勞動，或遲到，或早退皆應負遲延責任；但勞動給付多因其遲延而爲履行不能。蓋勞動多限於一定之時間或期間，此時期一過，則當該部分之勞動履行不能。例如司賬之人，若任意不到，則至後賬項無從補記，惟勞動時間不爲勞動契約之重要成分，而僅有附隨的意義時，乃有履行遲延之問題。例如件工受僱人履行遲延時，僱用人得行使履行請求權，如有損害，得請求損害賠償，亦得拒絕勞動義務之履行，而即請求代替履行之損害賠償（民法第二百三十一條第二百三十二條第二百五十四條第二百五十六條）。因勞動遲延而履行不能時，其部分之報酬亦無請求權。

(2) 履行不能 勞動因可歸責於受僱人之事由而履行不能時，僱用人得請求損害賠償（民法第二百六十六條第一項）。如勞動之一部履行不能，僱用人尚得對於履行可能之部分，請求履行，對於履行不能之部分，請求損害賠償（民法第二百二十六條第二項）。所謂可歸責於受僱人之事由，例如受僱人因過失而害健康，因酒醉而負傷，因犯罪行爲而被拘留等是。受僱人因履行不能而免除勞動義務時，勞動履行全部不能，則喪

失全部之報酬請求權。一部不能，則喪失一部之報酬請求權（民法第二百六十六條）。但勞動不履行爲比較短時期或因病，分娩等，得不勞動者，有限制報酬請求權（參照我工廠法第三十七條德契草第七十九條我勞動保護法案第四十二條我契草第八十七條第七十九條第八十一條）。

(3) 不完全履行 (Mangelhafter Arbeitsleistung) 不完全履行乃現實履行之勞動給付有反債務之本旨，而其履行不完全也。例如缺少勞動上之注意，而製造粗惡之物品，勞動過於緩慢使勞動時間空過等。不完全履行原則上除當事人另有契約外，受僱人仍得請求全部之報酬。蓋買賣契約承攬契約雖有減價（民法第三百六十三條）或減報酬（民法第四百九十五條）之規定，而關於僱用契約則無此項規定也。關於伴工則通常於不完全履行時，減少報酬。德契草第六十六條規定「受僱人雖以注意照該業常規給付勞動，而未獲所約定之勞動結果，如能證明勞動之不良成績，係因可歸責於僱用人之情事，或因由僱用人所供給之材料或器具而生時，得請全部之約定報酬。否則只得請求少於約定報酬之相當報酬。」此規定除依團體協約或服務規則外，不得爲有利於僱用人之變更。（參照我契草第四十四條）僱用人一般於不完全履行時，仍有支付全報酬之義務。然如受僱人有過失則不妨請求因此所生損害之賠償，有時並得解僱（參照我契草第一百零三條戊款我工廠法第三十條第三款）或依民法第八十八條第二項之規定：對於當事人之資格有錯誤時，得撤銷勞動契約。關於勞動之給付有規定生產額之標準，如於普通勞動條件之下，不達標準額時，則受僱人只得請

求與其工作相當之報酬。此生產標準額由僱用人或僱用人團體與勞動者團體共同協定，有客觀之意義（參照俄國勞動法第五十六條第五十七條我契草第五十二條）。

午 勞動義務之合法的免去與報酬請求權勞動義務之合法免去謂因休假、休業、僱用人之受領遲延，及因非可歸責於受僱人之事由而履行不能，或經營障礙等，而受僱人免去勞動之義務。試述之如左：

(一) 休假 (Urlaub, Beurlaubung) 休假乃謂以繼續的勞動關係為前提，對於受僱人所與之休養期間。休假如無法律之規定則依團體協約之規定或依當事人之特約，休假之期間，依法律團體協約之規定或依當事人之特約，立法上適當以受僱人一定期間勞動之繼續為決定休假之有無及其期長短之標準。德國勞動契約法草案第九十三條規定如勞動關係不斷的繼續一年者受僱人得請求一年內三工作日之繼續的最低休假。第九十四條規定：「勞動關係每增加繼續一年，增加一日之最低休假內但以九日為限」（參照我契草第四十一條我工廠法第十七條以工人在廠繼續工作時間長短而定休假日之多少並限定至多不得過三十日）受僱人因疾病分娩而不能勞動之期間，不得算入最低休假之內（德契草第九十九條）又休假有連續性，除企業上有特殊情形外，僱用人非得受僱人之承諾，不得將休假分為數個之部分（德契草第九十六條我契草第四十一條）。受僱人在法定休假之期內，不得為有反於休假目的之有償勞動違者喪失其休假期內之報酬請求權（德契草第九十八條）。法定之休假受僱人於休假中，仍有報酬請求權（我工廠法第十八條）團體

協約或當事人約定休假較法定之期間為長時，其較多日數之報酬。如團體協約或當事人或當事人契約無反對規定或約定時，仍應給與報酬（德契草案第九十七條我契草第四十二條）休假中報酬之額以時計工者，依從來所受之額，以件計工者，依平均額（德契草案第九十七條）

(2) 休業 (Werksbeurlaubung) 因僱用人與受僱人之合意仍維持勞動關係於一定期間休止事，業謂之休業。休業得就事業之全部或一部為之。休業中當事人仍得保持僱用人及受僱人之身分，休業期間一旦經過，則勞動契約當然自動的恢復。惟因休業之結果，受僱人合法免除其勞動義務，僱用人亦原則上免去報酬給與之義務。

3) 僱用人之受領遲延 受僱人提供勞動而僱用人拒絕受領或不能受領，自提供之日起，僱用人負遲延之責，受僱人無補服勞動之義務，得請求報酬之金額（參照民法第二百三十四條第四百八十七條我契草案第五十條德契草案七十六條）

(4) 勞動義務之履行不能 此所謂履行不能，乃由於可歸責於僱用人之事由或因不可歸責於僱用人及受僱人之事由發生之履行不能。所謂因可歸責於僱用人之事由，例如因僱用人不購買煤炭原料品，或不購買機器修理機器因而受僱人不能勞動是也。其與受領遲延不同之點，在於受僱人所負擔之勞動義務因勞動時間之經過，已陷於履行不能，受僱人此時免除勞動義務，並得請求報酬之全部。但因免除義務所得或應得之

利益，僱用人得扣除之（參照我民法第二百六十七條）。所謂不可歸責於雙方之事由而為履行不能，例如因天災事變之發生，而致受僱人不能勞動，此為經營障礙之問題，於次款述之。

(5) 經營障礙 (Betriebsstörung) 企業者因該企業內之部分罷工或因他企業內之罷工，而致斷絕動力或其他之供給，因落雷火災而致工場之破壞，因地方之擾亂或敵軍之佔領等，受僱人雖希望勞動有不能中止之情事，謂之經營障礙。對於此經營障礙時期受僱人是否有報酬請求權，不無疑問。一九二三年德國大理院以一事業內受僱人相互間及與企業者間，為形成單一團體，因一部分之罷工致使事業之收益斷絕，不得強僱用人以他種財產收入支付報酬。德契草七十六條第二項規定經營障礙因受僱人之經濟的鬥爭手段而生者，受僱人無報酬請求權。同條第三項規定經營障礙原於一種之企業之全部或一地方，而非因僱用人之經濟的鬥爭手段所引起者，受僱人只得請報酬之半數。依 *Kasler* 之意見，僱用人營業普通狀態之維持，其為共助行為，乃契約上之給付義務。故僱用人不為給付時，非為受領遲延之問題，乃為給付遲延之問題，僱用人如有過失，不獨應支付報酬，並應賠償損害，如無過失則無支付報酬之責（參照我民法第二百三十條我契草第五十一條第九十八條）。

未 勞動契約無效及撤銷與勞動報酬之關係 勞動契約無效或被撤銷，而受僱人對於僱用人已提供之勞動，其報酬如何，不無問題。依民法原則受僱人此時惟因不當得利之原則請求償還，然有時對於受僱人不

免過於不利，故有主張應視為係與撤銷之原因如何，而異其效果。如因一般原因為無效，或撤銷之時，與受僱人以不當得利償還請求權，因為違反如勞動保護法規而為無效或撤銷時，則與酬勞請求權。德國勞動契約法草案第二十五條規定：「勞動契約無效以受僱人於其所已為之勞動，得請求與有效契約同樣之報酬，無效由於受僱人之詐欺或勞動給付違反善良風俗者，受僱人惟有不當得利償還請求權。因所約報酬過少而為無效時，受僱人得請求相當之報酬。」

申報酬之保護 (Lebensicherung) 報酬為受僱人惟一之生活費用。故應為之保護，使受僱人及其家族之生活安定。各國關於報酬，保護之問題，莫不詳為考慮而為規定。

(1) 關於報酬客體之保護 報酬得為金錢報酬或實物報酬，已如前述。然各國法律對於特種受僱人多禁止實物給與制 (Trucksystem) 限定惟以通貨給付。例如日本工廠法礦業法規定工業主礦業權者應以通貨支付。所謂通通，指法律上有強制通用力之貨幣而言，不僅限於現金，即通行之紙幣亦可 (參照我契草第五十三條)。我國工廠法第二十一條規定工廠對於工人應以當地通用貨幣為工資之給付，又法律有規定僱用人對於受僱人所賒貨物，除法律所許可者外，不得在報酬內扣除欠賬。蓋欠賬之扣除，等於以實物給付也 (參照我契草第五十四條)。德契草第八十六條規定勞動給付之現金報酬，應約定以國幣行之，報酬請求權不得扣押者，應以法定貨幣支付之 (參照德契草第八十八條)。

(2) 關於扣押禁止之保護 各國法律多規定勞動報酬在一定金額之限度內，不得扣押。此蓋出於保護受僱人生存最小限度之趣旨，其不得扣押部分之多寡，則應斟酌生活程度及受僱人之家庭狀況。日本定為年薪三百元。○德定為一千五百馬克（參照日訴第六百十八條，德國民訴第八三二條第八五〇條及勞動報酬扣押法（Gesetz betreffend die Beschlagnahme des Arbeits oder Dienstlohnes）（我契草第七十一條）扣押禁止之規定為強行法規，當事人不得以合意變更之，勞動報酬之不得扣押部分，亦不得以轉讓質押或其他法律行為處分之（我契草第七十四條德契草第八十七條）。

(3) 關於抵銷禁止之保護 抵銷禁止亦為保護報酬之一重要手段。此所謂禁止抵銷者，謂僱用人不得以自己對於受僱人之債權，與受僱人之不得扣押部分之報酬相抵銷也。但對此原則有二例外；其一受僱人故意違反契約上之義務使僱用人受有損害，則僱用人得以因此所生損害之賠償債權與受僱人之不得扣押部分之報酬相抵銷。蓋對於不法之受僱人，無使其享受抵銷禁止利益之必要也。其二僱用人對於受僱人因免給付所得或應得利益之扣除（我民法第二百六十七條）或依法令之規定為受僱人所出之墊款。例如依疾病保險法為受僱人代納之保險費，得不適用抵銷禁止之規定（參照我契草第六十六條德契草第八十七條）。

(4) 關於優先清償之保護 報酬為受僱人以勞力取得之債權，故比其他債權應有優先清償之權利。我國勞動契約法草案第七十五條規定：「勞動報酬於僱用人破產當時或前一年內，已屆清償期者，對於僱用人

之財產有優先請求清償之權。(參照日民第三〇六條德契草第八十五條。)

(5) 報酬減少 (Verwirkung) 之防止 爲防止報酬之減少，對於工業工人有規定工業主不得訂立預定其應受之違約金或損害賠償額之契約 (日工場法施行令第二四條) 有對於礦山工人或使用二十人以上之工業工人，規定扣償之金額不得逾一星期之平均報酬，並應規定其所扣金額之用途於服務規則者。例如普魯西礦山法第八十條，德國營業法第一三四條。

(6) 關於扣存之保護 僱用人自受僱人報酬爲自己或受僱人之利益，扣存一定之金額，謂爲報酬之扣存。扣存如爲受僱人之利益，例如存扣爲儲蓄之目的，以當事人合意時爲限，得無限行之。但對於工業工人有規定應預定方法，並受地方長官之許可者，如日本工場法施行法第二十四條但書第一號。扣除如爲僱用人之利益，例如爲身分保證金，於不違反報酬扣留及抵銷禁止規定之範圍內，始得行之。(我勞動契約法草案第六十八條) 對於工廠工人，我國工廠法第二十五條規定：「工廠不得預扣工資爲違約金或賠償之用。」

### 第二節 保護義務

僱用人對於受僱人負有保護之義務 (Fürsorgepflicht) 此義務與受僱人之忠實義務相對立，由勞動契約之身分的關係所生之特別義務，即僱用人對於受僱人之生命，康健，風紀，信教等應加以庇護。如收容受僱人於家庭之內，對於其起居之場所設備，飲食等須加以注意。保護義務與依工廠法及其他勞動保護法規所定之

公法上保護義務有別。前者爲契約上當然之效果所認之私法上義務，其對方爲受僱人。後者爲國家對於僱用人所課之義務，其對方爲國家。但實際屬於前者之義務，往往同時爲勞動保護法規之對象，使其性質益帶有強制之性。僱用人之保護義務依社會上一般之觀念，自有一定之界限。是故非契約上認爲當然附課之保護行爲，除有特約或法律有規定外，受僱人不得請求僱用人履行（關於一般之保護義務可參照我國勞動契約法草案第七十九條第八十二條、德民第六百十七條第六百十八條、商法第六十二條）。

### 第三節 附隨義務

僱用人於給與義務及保護義務之外，尚有其他附隨之義務，主要者爲勞動基據（Arbeitssubstrats）之作成義務與費用償還義務。

(1) 勞動基據之作或義務即勞動手段之完成或使勞動事實上爲可能，又可分爲使用義務與設備義務：

(a) 使用義務 一般僱用人有請求勞動給付之權利，但無使受僱人實行勞動之義務。然在特別情形之下，則認爲有此義務。例如優伶爲宣傳自己之名譽，對於出演有特別之利益或因分紅制度贏餘分配，受僱人爲增加所得，對於勞動有特別之利益時，如無反對之規定，僱用人有使受僱人適當的爲勞動之義務，如受僱人此時有就業請求權（Recht auf Beschäftigung）。德國勞動契約法草案第六十四條規定：「受僱人因勞動而有特別之利益時，雖無關於此項之規定僱用人負有使其適當的勞動之義務即承認僱用人之

使用義務也。」(參照我勞動契約法草案第八十六案第八十五條。)

(b) 設備義務 僱用人對於受僱人除有特別約定或有特別之地方習慣外，應供給勞動之場所，勞動上必要之工具及原料等 (德民第六一八條我契草第八十四條。僱用人如違反此義務，受僱人得請求履行或損害賠償 (參照經營障礙。))

(2) 費用償還 受僱人關於勞動所支出之必要費用，如無特別之約定，僱用人應償還之 (德民第六七五條第六七〇條我契草第八十九條我民第五四六條。此償還額性質上非報酬。故當事人雖於勞動契約約定勞動上所必要之費用包括於報酬之內，而其性質則固有不同也。)

除上述附隨義務之外，尚有給假義務 (已如前述) 給與受僱人以行使公民權及履行法律上所命令為證人鑑定人之義務，或執行代表職務所必要時間之義務 (我契草第八十七條第八十八條) 及給與證明書之義務 (我契草第九十四條) 等。

## 七 受僱人之發明權之歸屬

受僱人有發明時其發明權應歸於受僱人抑歸於僱用人，不無疑問。如發明因事業經營上多年之經驗成績，由多數受僱人相繼的共助行為而成，非可歸功於特定之一人或數人者，謂之事業發明 (Betriebsfindungen) 其發明權屬於僱用人 (德契草第一百二十二條第一項) 受僱人僱用於發明之工作，或其發明因情

事可期待於受僱人而於勞動給付義務之履行所爲之發明，謂之勞務發明（*Lienkerfindungen*）通常亦屬屬於僱用人（德契草第一百二十二條第二項）不屬於事業發明或勞務發明之發明，謂之自由發明（*Treie Findungen*）其發明權屬於受僱人，其發明之利用雖屬於經營之活動範圍者（謂之類似事業發明）亦同（德契草第一百二十二條第三項）我國勞動契約法草案第二十七條規定事業發明及勞務發明權雖屬於僱用人，其發明如有重大之價值，受僱人得請求相當之報酬。報酬之決定，應考慮僱用人之協力與其經營上之設備。但我國獎勵工業技術暫行條例第十三條規定：「以他人之委託或僱用人之費用發明者其專利權應爲雙方所共有。」即在勞務發明其發明權亦應爲僱用人及受僱人之共有。

## 八 勞動契約之終了

子 終了之事由

勞動契約除依民法規定與其他債權契約因同一之原因（例如當事人之合意履行及免除）而終了外，因左列特別之事由而終了。

（1）勞動契約目的之完成 爲勞動契約目的之特定範圍之勞動完成時，其契約即終了。例如受僱人承受一定個數物件之製作，其製作完成時勞動契約因而消滅。但件工勞動其所承受工作之範圍如無限制，則雖有特定部類工事之完成，不得視爲契約關係之消滅。又勞動難完成，如勞動契約定有期間者，其期間內亦不得

謂勞動契約當然消滅。

(2) 勞動契約期間之滿了，勞動契約定有一定期間者，因其期間之滿了，而契約歸於消滅。但受僱人於滿了後，仍繼續勞動，僱用人知而不為異議時，法律上為便利計，推定其以與前契約同一之條件，繼續勞動契約，前契約雖定有期間，從此成為不定期之勞動契約（我契草案第九十八條）。但我工廠法第二十六條規定，有定期之工作契約期滿時，必須雙方同意，方得續約。

(3) 當事人之死亡，受僱人死亡時，勞動契約關係原則上歸於消滅。蓋勞動義務原則專屬於受僱人一身之債務也。但勞動給付如無專屬的性質，或受僱人得僱用人之同意已使第三人代為勞動，或依習慣受僱人使勞動補助者從事工作時，則可解為勞動契約不因受僱人之死亡而終了。例外的其繼承人繼承其義務。勞動關係仍然繼續。僱用人死亡，勞動契約原則上不因其死亡而終了。蓋僱用人之報酬義務性質上非專屬於僱用人一身也。但勞動如與僱用人之一身有特殊關係，例如關於僱用人之看護教養之勞動，及以信任為基礎之祕書勞動，則例外的因僱用人之死亡而契約終了。又受僱人與僱用人雖無特殊之關係，例如因繼承人繼承僱用人之地位，而使勞動義務忠實義務加重，或於受僱人有其他不利之情事時，亦可解為契約而終了。瑞士債務法第三百五十條規定：「勞動關係因受僱人之死亡而消滅。僱用人之死亡以契約特置重於其身分關係時為限，使契約終了。」我國勞動契約法草案規定受僱人之死亡為契約終了之原因。僱用人之死亡，雖不當然生契約

爲終了之效果，然受僱人及僱用人之繼承人雙方俱得以半個月之預告期間，終止勞動契約（契草第九十七條第四款第一百零一條第一項）。蓋與雙方以斟酌之自由，而實際上甚爲便利也。

（4）終止契約之通知（Kündigung）爲勞動契約最重要之消滅原因，而於受僱人之利害有最密切之關係者，爲終止契約之通知。此通知可分爲通常通知與特別通知兩種。

#### （一）通常通知（Ordentliche Kündigung）

勞動未定期間亦不能依勞務之性質或目的，定其期限者，各當事人得隨時終止契約（民法第四百八十八條）。但以期間定報酬者，須依下列規定通知期間，通知解約。即以日定報酬者，得於一日前以次日爲終期通知解約。以星期定報酬者，得於星期末之三日以前以其星期末爲終期通知解約。以月定報酬者，得於其月末之前七日以其月末爲終期，通知解約。以一個月以上之期間定報酬者，得於其期末之半個月以前，以其期末爲終期，通知解約。以年定報酬者，得於年末之三個月前，以其年末爲終期，通知解約。（我契草第九十九條、日民第六百二十七條）。德國勞動契約法第一百四十四條，規定對於使用人得以每四分一年末日爲終期，於六個星期前，通知解約。對於勞動者得隨時以十四日之預告期間，通知解約。我國工廠法第二十七條對於無定期之工作契約，因在廠繼續工作時期之不同，而規定廠方預告期間之長短。第三十二條規定由工人方面終止契約。則於一星期前預告工廠。勞動契約之期間在五年以上者，受僱人得於五年後以三個月之預告期間，隨時通知解約。

我契草第一百條日民第六百二十六條德契草第一四六條第二項。其他僱用人死亡、破產、或轉讓其營業時，當事人之一方或雙方俱得以一定預告期間，通知解約（我契草第一百零一條第一項第二項第三項日民第三百六十一條）。婦女結婚時，亦得於結婚前以半個月之預告期間，通知解約。又我國工廠法第三十條及勞動契約草案第一百零三條以僱用人之歇業、收縮營業、停工、或受僱人對於所承受工作不能勝任等，亦為通知解約之原因。

(11) 特別通知 (Ausserordentliche Kündigung)

特別通知謂即約之解約 (Eristlose Kündigung) 即不問當事人定有勞動契約之期間與否，於有重大事由 (Wichtiger Grund) 時，當事人得不經預告，即時解約（我民法第四百八十九條）。何謂重大事由，依德國勞動契約法草案第一百五十六條之規定，如於契約之目的，善良風俗或信義上，對於當事人之一方（解約通知人），有不能強其繼續勞動關係之情事，即有重大事由之存在。我國勞動契約法草案第一百零二條，則以受僱人與僱用人同住而為放浪之生活，受僱人對於僱用人有重大侮辱或引誘其家族為不法或不道德之行為，受僱人受拘役以上之處分，故意濫用器具機器原料或洩漏僱用人事務上或營業上之秘密等，為僱用人即時解約之原因。草案第一百零七條，則以僱用人虐待受僱人，僱用人或其代理人或同夥勞動者有惡疾或傳染病而受僱人須與之接近，或僱用人屢不依勞動契約給付報酬，或對於件工勞動者不供給充分之工作等為

受僱人即時解約之原因。又我國工廠法第二十一條第三十三條對於廠方及工人之特別通知，亦有類似之規定。

丑 因勞動契約終了所生當事人之權利義務 當事人雙方之勞動契約上義務，除殘存之義務外（欠薪、物之返還），原則上與勞動關係之終了同時消滅。然亦因此而發生新法律之效果。其一為從來義務之變更，其一為新義務之發生。所謂從來義務之變更，即指關於報酬之支付及損害之賠償而言。關於新義務之發生者，可就僱用人之義務及受僱人之義務，分別說明之如次：

(1) 僱用人之義務

(a) 給與求職時日之義務 *Urlaub zum Aufsuchen einer neuen Stelle*) 一般僱用人於解約之通知後，因受僱人請求，有給與其求職時日之義務（我工廠法第二十八條德民法第六百二十九條瑞債務法第三百四十一條第二項）。此義務之發生，第一勞動關係須為繼續的。第二須有解約之通知。即於通知後，始有此義務。解約須有預告期間者，於其期間內，即時解約，於解約後，即與以相當之求職時日（我工廠法第二十八條規定請假每星期不得過二日之工作時間）。勞動契約不依解約通知而依期間滿了，或勞動目的完成而終了者，應於契約終了前，與以適當之求職時間。第三須受僱人不易求職，或於解僱時未受特別之給與。第四須受僱人非因違反勞動契約而被解僱。求職期間之性質如

何，則依其爲即時解約與否，而有別。在即時解約，雖稱爲期間，其實不過一種之津貼。在其他之時，則有休假之性質，此休假自應照給報酬。

(b) 繼續供給住宅之義務 在繼續的勞動關係，僱用人對於受僱人供給寄宿舍或其他住宅時，於契約終了後相當期內，尚負有使其繼續居住之義務。此義務可視僱用人保護義務之延長（我契草案第一百零六條。）

(c) 交付勞動證明書之義務 (Ausstellung eines Arbeitszeugnisses) 僱用人於繼續的勞動關係之終了，因受僱人之請求負有交付勞動證明書之義務。勞動證明書由僱用人作成，用以記載從來之勞動條件及其他事項。我國勞動契約法草案第九十四條規定：「僱用人於長期勞動關係終止時，依勞動者之請求，須給與證明書，並須載明勞動者之勞動期間，勞動之種類，及其終止之日期。如勞動者有特別之請求時，並須證明勞動者之勞動能力，勤惰，品行及勞動關係終止之原因。」我工廠法第三十五條規定工廠得拒絕給與證明書之特種事由，及證明書內應記載之事項。

(d) 情報之義務情報 (Aufkündigung) 謂僱用人對於第三者關於受僱人事實之詢問，所爲之回答。一般僱用人回答與否，爲其權利，並非義務。如爲回答，則負有不爲不實報告之義務。

(2) 受僱人之義務

(a) 結束事務之義務 受僱人於勞動契約終了後，仍應盡忠實之義務，了結殘務，及爲其他之應急處分。又如有保管之物品時，於未交代前，有繼續保管之義務。

(b) 不爲營業競爭之義務 受僱人於勞動關係存續中，有忠實之義務，不得經營同種之企業。然於勞動關係終止後，則受僱人不復負此義務。僱用人如欲保全其利益，則非使受僱人於勞動關係終止後仍繼續負此種義務不可。此競爭營業禁止特約 (*Wettbewerbsverbot*) 之所由來也。此特約是否有效從來有肯定及否定兩說。然德法瑞士之判例及立法，則採折衷意見。對於就時期、地域、營業種類、有限制之特約，原則上認爲有效。我國勞動契約法草案第三十條規定：「禁止競爭營業之約定，對於營業之種類、地域及時期，須加以限制，以免阻礙勞動者經濟上之發展。違者作爲無效。」蓋此義也。（參照工廠法第五六條第二項）

## 九 學徒契約

子 學徒契約之意義及其性質 學徒契約 (*Lehivvertrag, Contrat d'apprentissage*) 謂當事人之一方，對於他方，約定於一定期間內，傳授其職業上之智識與經驗，其他方與以習業上必要之勞動補助或並與以金錢上報酬之契約（我國契約草第一百一十六條）。此一當事人，稱爲業師，他方稱爲學徒。在此契約，學徒對於業師負擔勞動義務。業師對於學徒，以職業上之實習 (*Ausbildung*) 爲報酬。而且學徒與業師之關

係，含有身分的乃至家族的之要素，故屬於勞動契約之一種。然與一般勞動契約不同者，有三點：

(一) 學徒契約，其目的在於學徒之習業，故在通常勞動契約受僱人對於業師僱用人之勞動給付為本來之目的，而在學徒契約則勞動給付反似為傳授之報酬。(二) 當事人間於勞動給付關係以外，尚有一種師生關係。因之忠實義務與保護義務較之普通勞動契約，為尤重。(三) 學徒契約其初學徒之習業，對於業師幾無利益，反為其負擔，事實上為片務的契約。故於初期，業師多由學徒收取學俸。由以上各點觀之，學徒契約在勞動契約中最有特殊之性質，可稱為特別勞動契約 (Sonderarbeitsvertrag)。與學徒契約相似而實有區別者，為見習契約 (Volontat, Vertrag)。在見習契約，見習者一般之習業既已終了專為覆習特種之智識，訂立契約，不受報酬或受少數之津貼，而服勞務。

### 丑 學徒契約之訂立

學徒契約亦與其他勞動契約相同，以當事人意思之一致而成立。而且原則上為不要式的。但我國工廠法特規定須以書面訂立，並規定契約中應記載之事項（我工廠法第五十六條我契草第一百一十八條）。一般學徒契約之訂立，當事人須具左列之資格：

(1) 在業師方面須有教育能力 (Lehrta, higkeit)。即業師須具有指導上必要之知識技能。或自己雖無此能力，而於自己之事業內具有其他適任之人。如收學徒人數過多，對於學徒之傳授無充分之機會時，則主管

官署得限定其額數（我工廠法第六十四條我契草第一百二十八條）。又學徒之教育，並關於學徒之品行修養，故關於此項之資格亦不可不備（參照我契草第一百二十二條至第一百二十六條第一百三十一條第一百三十二條）。

(2) 在學徒方面則須具有行為能力及習業能力。行為能力依民法及勞動法之規定，無須說明，我國工廠法並有未滿十三歲之男女不得為學徒之規定（修正工廠法第五十七條）。特須說明者為習業能力（*Learnfähigkeit*）學徒如全無習業之才能，或雖有此能力而其性格有非常之缺陷時，則學徒契約，自始不能，即為無效。

#### 寅 學徒契約之效力

(A) 學徒之義務通常可分為左列三種：

(1) 勞動義務 學徒應從業師之指示而為習業上必要之勞動。如違反此義務則發生履行遲延不完全履行等之問題。然應注意者，學徒不履行之責任，原則上惟限於習業上必要勞動之範圍。至於與習業無關係之勞動，原則上無服從業師指示之必要（我契草第一百四十三條）。

(2) 忠實義務 學徒契約於勞動關係以外，尚有師生關係。學徒如與業師同住時，其身分的結合，更為密切。故其忠實義務之程度，較一般更高。原則上於勞動以外之生活關係，亦負擔此義務。如住在業師之

家內，即於勞動時間外亦應服從之業師指導監督（我工廠法第六十條我契草第一百三十三條）。

(3) 附隨義務 學徒於為勞動給付以外，如約定繳納學俸束修，或其他一定之金錢物品時，有履行之義務。

B 業師之義務亦可分為三種：

(1) 教育義務 業師對於學徒在其學習期內，須自己或使其他傳授人盡力傳授學徒契約所定職業上之技術。故負有使用義務。

(2) 保護義務與學徒忠實義務相對稱，業師亦負較普通更重大之保護義務。或謂之監督義務（Beaufsichtigungspflicht）更為適當（我契草第一百三十八條至第一百四十三條第一百四十五條第一百四十六條）。

(3) 業師於教育之外，如約定支付零用錢或其他報酬時，亦負擔履行之義務。此時不問其名稱如何，均有勞動報酬之性質。故亦適用勞動報酬保護法規。我國工廠法第六十一條明定工廠應負擔學徒習藝期間之繕宿醫藥費，應酌給相當之津貼。

卯 學徒契約之終了及效果

關於此點，一般依普通勞動契約之原則，然關於解契，亦有規定其特別事由者。例如我國工廠法第六十六

條並以學徒反抗正當之教導，或有偷竊行為屢戒不悛，爲工廠解約之原因，第六十七條並以工廠不能履行其契約上之義務，或對於學徒危害其健康或墮落其品行，爲學徒或該法定代理人解約之原因。

法學文選

# 現代法律哲學之三大派別

丘漢平

自康德之批評哲學出，風靡一時，爲思想界開一新紀元。德向以哲學著稱，各科學問罔不受其影響。柯可雷克 (Kokourek) 謂「德人對於任何哲學罔不苦心研究，理固然也。」(註一) 近代法律思想，德最發達，蓋有由矣。吾讀法律哲學，曾以派別分配國域：德意志主形而上學，勢力偉大；意大利主實證，參以英德之影響；近代法蘭西主社會學派，兼收英國之思想及習慣，他若西班牙，奧斯地利亞，瑞士，匈牙利，固各有其法律之思想。但就現代重要學說觀之，則無有逾於德意法者也。(註二) 至於美國，法律哲學尚屬幼稚，惟近年來，法律思想之更張，大有一日千里之勢。若河爾姆 (Holmes 現爲美合衆國大理院推事) 者，彼邦法學家之尤著者也。(註三) 吳經熊博士曾著河爾姆之法律哲學一文，詳論其法律思想。(註四) 哈佛大學法科教務長龐特 (Roscoe Pound) 爲社會學派之健將，吳氏亦著有龐特之法律哲學一文。(註五) 卡多梭 (Cardozo) 爲提倡改造美國法學最重要之人物，其講錄輯成小冊，題曰法律之進化。(The Growth of the Law) 其學說大體，可於此書見之。吳氏亦著有其哲學思想，余忘其登在何雜誌矣。總之，吾人論世界法律哲學之派別，美國當占有一部分。惟在本文，余非以國域立論，故皆拈除不述。據現代之趨勢觀之，法律哲學之重要者只有三大派別：(一) 新康德派；(二) 新黑格爾派；(三) 實證派。此三大派外，固尚有許多派別。惟此等派別多被大派別吞併，尤以實證派含容最廣。

現代法律哲學之三大派別

有一二派因其法律思想未臻普遍，不能與此三大派並駕齊驅。尙有若干派則與法律哲學全無關係。若歷史的法理學（註六）及人種的法理學，僅可輔助法律哲學，不能獨成爲派別。心理的法理學從未成派，其學說只可爲法律哲學之方法。生物學說僅涵有比類及敘述之價值。他若目的論學說，則被實證派吞併。自然法之觀念，則入於新康德派之範圍，若十八世紀之自然法思想，已到處受人吐棄。（美國似爲例外）所謂理性法學派，倫理法學派，皆隸於自然法派。（註七）奧士丁（Austin）所倡之法律命令說，僅可爲表顯立法者之意思，實無法律哲學之價值。（註八）

以上乃就近代法律哲學之思想源流約略言之，今請陳三派之新趨勢。

## 一 新康德派

康德之哲學趨重於形式。康氏欲效幾何學家之法，「以全部革新形而上學之方法。」（註九）氏之哲學，實精奧難聞，河漢不可測。彼極力於數學式的說明，故若範疇之組合，超越往前哲學家之思想及其走入法律領土，自亦根據其形式的原則。——命令的範疇此原則爲純粹自定理性的意志。彼之言曰，「行照格言，同時此格言須可應用爲一般之法律。」（註十）此爲康德對於感覺與超感覺二元論之最顯著者，而實踐理性遂踏入純粹理性。在實踐理性中，自由乃理志活動之必要信條。（註十一）

吾儕居此森羅萬象之宇宙，時時接觸者莫非外界。人類之競求真理，隨時代而增進。自然法之整一及普遍

性久已顯示吾儕眼簾。自有哲學思想，人類務爲統一及固定之觀念。錯幻成爲人類之自然發動性。(註十二)吾人每以爲宇宙間有一種一定不易之外界標準，權衡人類行爲之價值。柯可雷克論爲自生之性，實非過當之評。蓋此種思想以現行法之外，尚有一種更優越且公平之法則，爲人類法則應向之的。(註十三)康氏自然法論之基礎卽在於此。

思想界經康氏一炸而開朗。社會科學之大進步，亦自氏始。Friedländer之言曰，理智主義，不僅「康德使一切理智軍隊呈蓬勃活潑之象；在此軍隊之師旅，彼以甘露養之。所有三軍，亦莫不如命。其涵育法理學，播種新子——蓋法理學非哲學做根底不可；且對於其他科學，罔不受其惠焉。」(註十四)故吾儕今日若視哲學爲與現實生活有重大之關係，而有提倡之必要，則可徵之康氏思想及於後世之影響。(註十五)以余觀之，思想之潛勢力，實比任何爲大。惟思想須具有最高理想與理智，始不致歧途百出，殃及後世。今世德大哲斯丹木拉(Schubert)法學界之傑出人物也，其思想已大影響於德意志社會。(註十六)就此數事，吾人可足證明法律哲學非空論無裨者也。

從法學家之眼光觀之，康德最大之結論爲其原子概念的國家與法律。換言之，卽國家者，乃其中各個人之總和也。(註十七)國家之任務，限於保護分子而已，是則政治經濟之所謂「放任主義」(laissez faire)也。(註十八)

新康德派 (Neo-Kantian School) 之分子，乃謀以改革康德哲學之不周也。此派之特徵，謂發展批評的唯心論及增進系統哲學之工作，即可使相互補益增進。(註十九) 哥亨 (Hermann Cohen 一八四二年生) 乃此派之首領。奈拓 (Natorp) 斯丹木拉，孟斯旦恩 (Eduard Berns' ein) 附之。然新康德派之健將，厥惟斯丹木拉。(一八五六年生) (註二十) 其目的，在於「尋求一種方法，非以決定永遠的，絕對的公道，乃在某時期間之相對的公道。」(註二十一) 新康德派之要點即此。其主旨非在於創設一種一定不易之法以代替現行法，但彼仍擁護一種形式原則，以為人類行為之不變標準，此原則即所謂「具變動內容之自然法」也。(註二十二) 「人類行為法則之應用，須合於社會理想。」(註二十三) 苟一國之法律與此相悖，則為不公平而不可以為規範矣。在此社會理想之人，皆具有自由之意志。斯氏又採納馬克斯·福爾巴 (Feyerback) 英格爾 (Engels) 等人之物質主義以代康德之至善。(至善云者即結合快樂與道德之謂。) 然從其立說觀之，斯氏實傾重目的論，於經濟生活之因果影響，尚屬次要。彼批評唯物史觀之理論，最為切當。謂社會經濟乃執行法律所厘定之制度。綜而言之，斯氏仍持康氏之二元論也。(註二十四) 關於批評新康德派之學說，浩如淵海，實非本文所及。(註二十五) 要之，斯氏之公道理論，平心言之，實使吾人起無窮之敬仰。其理論之雄偉精微，處處以論理構成，似為康德以後之第一精奧學說也。其說固有可議之處，然於攻擊不合理之理論，已綽綽有餘裕。夫公道之概念，固非斯氏獨創，然以極精密之論理織成有條有理之系統學說，則斯氏一人而已矣！

雖然，此「具變動內容之自然法」在未受哲學之認可之前，實有極大困難以辨明其學說之基礎。吾人欲在實驗界證明形式與內容之關係，實屬難能。苟形式與內容有何種關係，則斯氏學說全築於幻影之上，不亦徒勞乎？且也，法之細則（內容）既不得一定不變，則法之原則，亦必隨之而有多少之變更。若曰法之原則，可以一定不變，是原則與內容互殊，證明之責在斯氏矣。

## 二 新黑格爾派

新黑格爾派 (Neo-Hegelian) 一詞，乃 Berolzheimer 所創。彼爲此派重要分子之一。此派採納黑格爾 (Hegel 一七七〇—一八三一) 之進化論而拒却其辨證法部分。黑氏釋哲學之意義謂爲「探求理性之所在，在於了解實在與現在，是故哲學非探求世界以外之空空洞洞一無存在之東西……」(註二十六) 黑氏哲學之重要觀念，乃建設於「凡爲理性，卽是實在；凡爲實在，卽是理性。」「此理性卽同一觀念，」在實現之際，已變成外界存在。於是由此發生變化無窮之形式、數及現象。」(註二十七) 黑氏以論理的萬有神論（卽泛論理主義）包涵一切自然及歷史，成爲整體。此整體因論理之必要而顯示爲自展的「觀念。」此觀念（或精神）乃客體的表現於法律、道德及國家。主觀（或絕對的）精神則存於藝術、宗教及科學。在黑氏之哲學，最爲吾人注意者，則其自由概念與法律之應用極迫近。康德主個人自由，極力提高此自由，使成爲普遍的原則。黑氏有鑑於康氏理論之矛盾，且乏有機的情感，(註二十八) 故遂倡其說，認自由爲精神之實質，而非如康德所持之個人意

志，乃似神的實質之總意志；此總意志即法律、道德及國家之原則也。（註二十九）國家乃一種論理的觀念，吾儕欲規其完全實現，舍普遍歷史莫由。

由上所述，吾人可窺黑氏哲學之大略。德國唯心論至黑氏爲全盛，故其哲學爲集「二千年來人智工作」之大成。（此係 *Windelband* 語）新黑格爾派即承受其說而修削之。此派之得力代表有二人：白氏與柯拉（*Kohler*, 1849-1919）是也。柯氏承黑氏之基礎，但其法律之概念，則與黑氏迥殊。彼謂法律乃一種文化的現象，（*Cultural Phenomenon*）故爲歷史的、相對的。（註三十）非若黑氏之視爲純粹理性及由論理之產物也。柯拉從經驗出發，傾向歷史及人種學，白氏謂此乃一大進步。（註三十一）柯氏之法律哲學，在其早年所著一文 *«Recht Glaube, und Sitte»* 播下種子。彼曰：世界非爲吾人之快樂而存在者也。（註三十二）民族文化乃爲決定其法律之形式與發展，「故一民族之法律僅可從其文化全體觀察之，解釋之……法律之形成變更，非由於有意識的或無意識的考慮功利也，實由於生活之一般情形也。由此組合文化促成法律之存在焉。」（註三十三）此乃反對功利主義之極明顯語。柯氏綜論其概念曰：「創定法律之步驟僅可視爲一民族總發展之一部分。若法律史漠視種族的要素，是猶藝術史之漠視文化勢力也。然此乃大謬，蓋文化之勢力實爲藝術感動及其印象之所由生……故法律哲學須寫出每時期之法制，究含有多少文化思想……」（註三十四）柯氏力持國家存在之理由，且辨明國家之存在爲發展文化不可闕之原素，何以有國家之必要，柯氏謂其可適文化之需要。彼

視國家爲人之理性要件，故不贊成制限國家。（註三十五）在白氏之眼光看來，柯拉之視法律爲文化的現象，爲貢獻法律哲學之最價值點。彼謂自黑氏之後，柯拉其爲第一人。（註三十六）雖然，白氏對於柯拉之理論仍嫌未足。彼謂法律哲學若冀有豐富果實，法律哲學必須爲實際立論，必須貢獻一種規範，以爲人類行爲之標準。故柯氏之以法律爲文化現象之一種，須附以相當之補正，庶可有益人羣，而不爲鑿空無裨之論。此補正之條件，即以文化之目的爲增進人類之效能也。新黑格爾法學可以此語盡之矣。

新黑格爾主義之二重基本概念及要素，爲進化論與泛神論。宇宙是繼續不斷的變化；在此雜亂無章，森羅萬象之宇宙是存有統一性。黑氏之進化論與達爾文之不同點，即黑氏以進化爲理性的步驟，而達氏認爲機械的也。新黑派以文化代替黑氏之理性主義，力言此文化之表現非由於論理的必要，然仍承受超越原則。（註三七）且也，此派謂進化非辨證的步驟，乃爲貯滿生活之經驗的發展也。（註三十八）一部世界史乃一有論理與非論理的結合。（註三十九）公道與不公道時常爭雄；真理與虛僞傾軋。變爲理性之相對表象。在此千端萬緒之人類活動背後之文化，則爲引道吾人增進征服自然之勢力。人非一胎哺動物已也。（若赫克爾 *Haeckel* 所言）人具有追求至善之機能。（註四十）非如康德派之視形式與實質爲二個不同之物，形質乃屬同質的，相互關係的。（註四十一）

今請進言白氏與柯氏之不同點。吾人可由二方面觀之：（一）柯氏甚注重法律人種學及普遍歷史，白氏

以此爲偏普。柯氏似近於靜的，而白氏之觀察則屬活動與實用。（註四十二）（二）關於人類意志之職能，二人之見解不同。希臘希拉克拉泰派（Heracleian）之觀念，認宇宙萬物皆是流動變易不息，故以變爲存在之本性，白氏恐此乃足以阻却柯氏法律哲學之實際使命，於是彼主張法律哲學乃實際哲學之一種，其任務在於董理人類之標準，解釋人類之意志及鼓動此進化不息之總勢力。總之，二人之不同者，純屬表面，根本仍是一致。二人之學識均極淵博，尤以柯拉爲最。柯氏學淵識廣，著作之夥，實近代之僅有者。（註四十三）乃天不假年，竟於一九一九年逝世，新黑派頓減一最重要脚色，其學說前途之如何，未可料也。

### 三 實證派

實證派（Positivist School）否認形而上學知識。休謨（David Hume）英國哲學之巨子也，曾告吾人曰，「吾儕實無從知物之本體及其如何之活動，吾儕僅可就感覺得到者言之。」（註四十四）休氏觀察，至孔德（Comte, 1798-1857）而成爲唯一之公式矣。蓋孔氏謂相對乃宇內之唯一絕對。孔氏首創經驗哲學，即彼所謂實證主義（Positivism）者也。實證主義之持論，謂吾人之智識僅限於現象世界而已。——即現象之相互關係。此關係須從自然科學之方法探究，方克有濟。此派思以同一之觀點考究國家之性質，而冀獲得政治生活現象。但政府與法律皆不能合此自然方法，於是孔德遂承聖西門（Saint-Simon）之名詞，定其研究之對象爲社會而非國家與法律也。彼謂人之智識只限於現象界，僅可就現象界之關係歸納之，所有知識，皆屬經驗的，

故皆根據於歸納推論而來，以此一切科學的結論罔非由於歸納者矣。其推論之結果，則因果律亦是歸納之結果也。（註四十五）

實證主義亦如康德哲學，均以物之本性爲不可知者也。其學囿於現象界，限於經驗，純用自然科學之方法演出，凡超越經驗者皆拒絕之。故白氏評「孔德之哲學非哲學也，其社會學未可謂爲法律、政治、社會之哲學也；氏不過收羅事實，敘述其間之論理關係耳。」（註四十六）

雖然，實證哲學經數學者之修飾潤補，已成爲近代最有勢力之學說。（註四十七）美國法家龐德實爲彼邦此派之鉅子，其說可詳於社會學的法學之範圍及主旨一文。若從大體言之，實證主義實兼有康德主義與新黑格爾主義二者：蓋在理論方面（認識論）變爲康德之批評主義；在實際方面，即與新黑格爾派平行。

孔德謂社會性乃是原來事實，並不與個人關連，此語最爲新黑派所推重。但實證派視社會較國家爲尤重，則爲新黑派所否認矣。（註四十八）

實證主義之方法，強弱點俱有之，吾所謂弱者，即此派哲學不能討論生活之根本問題；蓋此知識之探求，獨限於現象界而已。夫僅以敘述爲唯一之任務，欲解決生活之根本問題，烏可得乎？柯可雷克言此派「只解剖屍體之構造，而於生命嘗然也。」吾所謂強者，以其所決之問題及真理未嘗越經驗範圍求也。

（註1）Berolzheimer, "The World's Legal Philosophy," Jastrow 譯，序（二二三頁）近代法律哲學叢書之一，以

下引白氏文字，概以世界法律哲學一名代之。

(註二) 此可參考近代法律哲學叢書總序。

(註三) 看Stammler's Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence 21 Michigan Law Review

(註四) 21 Michigan Law Review, P. 523, 530, March, 1923

(註五) 18 Illinois Law Review, No. 5

(註六) 關於歷史法學之思想及其批評，可參閱下列諸書：

1. "General Survey" (Continental Legal History Series) p. 183, 195-197, 443, 444
2. Stammler, "Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence," Chapter, Legal Historical School.
3. "Theory of Justice," Introduction, 及附錄二吳經熊之斯丹木拉之法律哲學及其批評者。余會譯登學燈。
4. Roscoe, Round "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", Harvard Law Review, Vol. 24, P. 591, Vol. 25, P. 140 and p. 489.
5. "Introduction to the Philosophy of Law" (1922)
6. Sir Paul Vinogradoff, "Outlines of Historical Jurisprudence," Vol, Introduction.
7. 世界法律哲學頁10四——11四、15四、17四。

(註七) 同註六(一)書頁一七〇一七二、四〇七、一一四二四。

(註八) Salmond, "Jurisprudence," p. 49-54

Austin, "Jurisprudence."

(註九) 「純粹理性之批評」書序頁三十一。在第三十頁謂「時間乃一切現象之先天的形式條件。空間爲外界直覺之純粹形式，限於外界現象之先天的條件。」又在三十三頁，「二者(時空)乃一切直覺之二種純粹形式，故皆可綜合成爲先天的。但此等知識之淵源，僅爲吾人感覺之條件，故可嚴格的定其範圍與目的。惟二者實未能——亦不能——示吾人物之自相，(即物如物之本體)僅可從其感覺現象應用耳。」可參閱 Windelband, "A History of Philosophy." (Tuft譯本)一九一〇年版，頁五三三以後。又 Paulsen, "Introduction to Philosophy." (Thilly譯本)一九〇七年版，頁三八九以後。

(註十) "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre." 頁115。

(註十一) Windelband之哲學史，頁五五四。

(註十二) Berolzheimer在其世界法律哲學中曾言錯幻爲人類文化進步之重要原素。此論不無有幾分理由。蓋當一學說之行世也，必受世人之多少批評，是者留之，非者去之。例如先有資本主義，後始有社會主義，學說因時代而精微。若康德之自然法論，至斯丹木拉變爲較善之論。諸如此類，不勝枚舉，殆皆示人智之進展也。

(註十三) Bergbom, "Jurisprudenz und Rechtsphilosophie." 一八九二年版，頁111。(文引自世界法律哲學序十二頁。)

(註十四) "Outlines of the Science of Jurisprudence," W. Hastie 譯 一八八七年版, 頁二六一。

(註十五) 近年以來, 美國思想亦感彼邦法律哲學思想之不發達, 河爾姆龐德卡多梭等人皆極力喚起彼邦人士之注意, 並提倡法律哲學之必要, 龐氏言論可見 24 Harvard Law Review, No. 8, P. 607, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence." 卡氏之提倡哲學言論可見其所著 "The Growth of the Law" 第一、二章。

(註十六) 沈可必虛 (Simkhovitch) 述斯丹木拉法律思想之影響如下: 「斯丹木拉雖曰實際法家, 實一抽象者也。彼於實際政治生活固未躬躬其事, 然氏學說之影響德國政治界至深。我人聞此言後, 將不勝驚愕! 今舉一顯明之事實以證此言, 則讀吾文者之懷疑驚愕可消矣。受其著作之影響者, 有孟斯丹恩 (Edward Bernstein) 稀密特 (Gourad Schmit), 吳得明 (Ludwig Woltman) 等此三人者德國社會民主派之中堅人物也。近組織 Zurück zu Kant 之運動, 漸由激烈革命社會派趨至今日之和平社會改革派。會員中之先進人物, 均遺棄烏托邦共產社會主義之思想, 從事於理想之社會公道 (Social Justice) 爲彼輩之正鵠。今即向此正鵠理想力事運動, 以冀將來之收穫……」見沈著 "Rudolf Stammeler" (一九〇四年) 五 27 Educational Review 頁 1150—1151。

(註十七) Berolzheimer, "Für den Neuhelgelianismus," (Archiv für Rechtsund Virtsphatphilosophie Book III, P. 194)

(註十八) Gareis, "Introduction to the Science of Law," P. 223 (近代法律哲學叢書之 1)

(註十九) 世界法律哲學頁三九二引 Cohen's Kants Begründung der Ethik, 序頁三。

(註二十) 同右書三八九頁，白氏敘述斯氏之學說獨詳，蓋認其為近代法界之傑出者。其學說之系統的敘評，可閱正法論附錄一法人 Geny 文。

(註二十一) 龐德之社會學的法學之範圍及其目的。25 Harvard L. R. No. 2, 149-150 陸鼎揆博士已譯成中文。

(註二十二) 此為斯丹木拉所倡。其學說之精奧，實法界空前未有。全部法學思想，可於其正法論一書見之。"Theory of Justice," 第二編最重要。

(註二十三) Stammer, "Wirtschaft und Recht" 一版。

(註二十四) 關於批評斯氏之學說，可閱吳經熊著之斯丹木拉之法律哲學及其批評者及邪尼氏之斯丹木拉之批評法學，此二文均附錄正法論編末，占全書五分之一。白著之世界法律哲學亦有相當之批評，見是書四二頁。惟白氏係新黑格爾派分子，故其批評不免有成見。

(註二十五) 本文只述每派思想之大概，對於各派分子之系統學說皆不述及。故新康德派之哥亨，奈拓等人之學說均略，俟別文論之。

(註二十六) "Philosophy of Law" Dyde 譯本，一八九六年版，序二六頁。

(註二十七) 同右書二七頁。

(註二十八) 同右書正文一二九頁。

Harms, "Begriff, Formen, und Grundlegung der Rechtsphilosophie"

現代法律哲學之三大派別

(註二十九) 一八八九年版，六七頁以下。

(註三十) Kohler, "Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte" 第六版，頁一一六九。

(註三十一) 「世界法律哲學」頁四二二。

(註三十二) 19 Gründshut's Zeitschrift für das Privatund Öffentliche Recht der Gegenwart, P. 561. 在五六一一五六五頁，六〇九頁，六一二頁，氏攻擊功利主義及社會幸福主義甚力。

(註三十三) 同右雜誌頁五六一。

(註三十四) "Recht, Glaube und Sitte," P. 564, 611. 此書第十四頁，有一段言此，甚可玩味，「苟無法律史，則不能有適當的法律哲學，此猶無普通歷史，不能有人類哲學，無語學不能有語言哲學也。」又在第十一節十七頁—二〇頁亦論此。

(註三十五) 右書第四十節頁五五—七七。

(註三十六) 白著之「世界法律哲學」頁四二七。

(註三十七) Kohler, "Moderne Rechtsphilosophie," P. 9

(註三十八) 可參考意大利新黑格爾派 croce 之著作。其書已譯成德文，名曰："Bibliotheca de Derechoy de Gien-eias Sociates"

(註三十九) Kohler, "Lehrbuch der Rechtsphilosophie", P. 13

(註四十) Kohler, "The Mission and Objects of Philosophy of Law," 3 Illinois Law Review, P. 426

(註四十一) 同註十四書，九頁。

(註四十二) 「世界法律哲學」序十九頁。

(註四十三) 其法律哲學一書，現已撰入近代法律哲學叢書之十二。名曰：“The Philosophy of Law”其一生著作，不下百種。氏之略傳可見上書之序。

(註四十四) Windelband 之哲學史，頁四七八。

(註四十五) 「世界法律哲學」頁三〇九。

(註四十六) 同右書頁三一—二。

(註四十七) 意大利有名實證論者 Ugo Vanni 之實證法律哲學，已撰入近代法律哲學叢書之六。闡論甚詳，實為實證法律哲學有系統的著作（譯本未出版）

(註四十八) Kohler, “Archiv für Rechts- und Wirtschaft philosophie,” III, 2, 167



# 法律解釋論

朱顯禎

## 一 緒言

法律之解釋，或許有人以為是一件極平常的事，或許有人以為是一件不必要的事。抱這種見解的人們，為在現今成文法的國家裏，各稱法律生活，都有一定的成文法去規律的，人們祇要一去翻閱成文法典，就可以很容易的得到所要的條規的。條規的意義或內容，既是以文字為表現，那末，只要知道文理的人們，一讀條文，即可以知道條文之意義或內容了，還要什麼特別的解釋呢？可是現今立法技術上的要求，法律的用語，第一是要正確，第二是要通俗，然這正確與通俗，有時却不能面面俱到，兼顧周全。所以近年先進諸國，雖有法律通俗化之呼聲，但因社會關係日益複雜，而規律此關係之法律，愈不能不期正確，所以法律之專門用語，亦愈更感覺必要。法律既有其專門用語，那末，非有法律學知識的人們，又怎樣能一讀條文就可以知道牠的意義或內容呢？

不僅法律上的專門用語，需要法律學的知識求解釋，即其他一般的普通用語之在法律中，法律有時亦依其目的及其價值的判斷附以特別的意義的。例如因果關係之意義，若從哲學上言之，則凡發生結果所不可缺少之條件，(Conditio sine qua non) 皆為原因。然而在法律學上，如斯廣義的解釋，不合於法律之目的。故今日之通說，多採適當條件說：即不以在某一特定之場合，結果發生所不可缺之條件為已足，而須一般的於同一之

條件，可以發生同一之結果時，始認為有因果關係。又例如給付不能之意義，從物理學上言之，乃必然的不能發生之意，然如此嚴格的解釋，殊不合於法律之目的；故學者之中，多主張給付時債務人受過大之犧牲者，即認為給付不能。又例如故意，從心理學上言之，當解為以結果之發生為目的之意義，然在法律學上，則不免失之過狹，故有解釋為結果之觀念之意義者，有解為結果之容許之意義者。又例如物，從物理學上言之，乃占有空間一物之物質之意義，然在法律學上，以其視為權利之客體，故狹義的解為須以人力得支配之物，所以日、月、星、雲、物理學上雖可稱之為物，但法律學上則不視之為物，以其在人力支配之範圍外，不能為權利之客體。故如斯同一文字之意義，法律學上之所解釋者，與哲學、物理學、心理學之所解釋者，完全不同。法律必須有法律學知識之人來解釋，也就如此，而其解釋之困難也在此。

法律學者中有分法律學為三部者（註一）即歷史的社會學的研究，立法的政策論的研究，成法解釋的研究。

第一，法律之歷史的社會學的研究，乃以法律為一事實而研究之。歷史的研究，是論究法律如何變遷發達，社會學的研究，是論究其變遷發達受什麼法則之支配。這樣的研究，我們只要用自然科學的方法，就可以達到目的。不過法律學為關於社會之學問，關於人生之研究，換言之，吾人自身之學問，而亦關於吾人自身自律之學問。吾人一想到自身自律之問題，自然不能單以論究其進化之法則為滿足了。

第二，法律之立法的政策論的研究，以法律爲一規範而研究之，故其論究之中心在現在之法律如何改正變更。此種研究之進行，乃以吾人之規範意識爲基礎，以吾人對於社會之理想爲標準。所以立法論常豫定一定的前提，由此前提而演繹結論。然而法律爲一種社會現象，與其他之自然現象，受同樣的進化法則之支配，無論什麼樣的立法論政策論，若果忽視了此進化的法則，必不能實際施行。苟吾人之立法論政策論，不欲徒托空言，而必期於實現，則吾人於立論研究之際，不可不顧慮到自然之法則。

最後，成法之解釋的研究，則須兼顧前述之二方面。單從事於法律之歷史的社會學的研究，其研究結果之應用如何，可置諸度外；單從事於法律之立法的政策論之研究，可不顧慮自然科學的意義而進行其研究之步驟；然法律之解釋，則非同時調和此兩者不可，決不能偏於一方。法律解釋之達到點對於法律學既有如斯包容的貢獻，所以從來之學者，多傾注一身之精力於法律之解釋論，這就是解釋法學繁榮的一個主要原因，也就是解釋法學真價之所在。

法律之解釋，有多少人以爲是一種技術（Technik），而不能成爲一種學問，這却是誤解。因爲法律之解釋，乃在闡明法規之內容的意義，而法規中所包含之法律上之種種用語，例如權利，法人，公司，票據等法律學上固有之概念，自不待言；他如人，物，行爲，商人等日常生活上之概念，在法規中則多含有法學上特別之意義。法規由此等種種概念之結合而表示一定之內容，且各法規非各個孤立，乃各與其他之法規，或以目的手段之關係，或

以普通特別之關係，互相聯合而成爲法之體系。故某法規之解釋，即欲理解某法規之內容的意義時，必然的達到法之體系之認識，因之，法之解釋，即法之認識，與法律學是絕對不能離開的。法律學之成果，即謂爲一般的解釋論；精確的法律學上之說明，即謂爲法規亦非過當。於此意義，吾人可知法之解釋與法學之間，有極密切之有機的關聯存在。法律之解釋，乃爲有實際目的之學問，法之解釋之爲科學而非一種技術者，技術係供給達到一定目的之合理的手段，所以牠是實際的，局部的，斷片的，且從合目的之考量上，可以有種種之變化，然而科學爲理論的，全部的，綜合的，且不出於真偽二途，非真即偽，非偽即真，而不承認有中間程度之事物存在。法之解釋若以之爲一種技術者，此不過因循拘墟於從來之成見而已，並沒有什麼合理的根據。

## 二 法律解釋之物體

法律之解釋，在闡明或探究既存法律之內容。惟從來關於法律 (Gesetz) 法規 (Rechtsnorm, Rechtsregel, Rechtssatz, Rechtsvorschrift) 及法 (Recht) 等用語，殊欠缺明確之區分。(註一) 然吾人信以爲正當者，法規係依團體的或國家的權力而擔保遵守之共同生活之規則。此種觀念，乃法規之實規的意義 (Rechtssatz im materiellen Sinne) 此種意義之法規，又稱爲法律的規範 (Rechtliche Norm, legal norm) 所謂規範，換言之，即係欲達共同生活之目的，而必須遵守之規則。人類欲達共同生活之目的，而必須遵守之規則中，有社交的規範，道德的規範，禮式的規範，風俗的規範，宗教的規範，技術的規範，及法律的規範等等。法律的規

範，依團體又國家之權力而擔保遵守之點，與其他種類之規範不同。而法規一詞，通常多解作實質的意義而視為法律的規範，可是亦不無用於形式的意義者，其在形式的意義（*Rechtssatz im formellen Sinne*）所謂法規，不過就是一定之法律規範之表現（*Ausserung der rechtliche Norm*）例如法規之解釋，法規之內容云者，此之所謂法規，乃係指以一定之法律的規範為內容之法之表現。然而所謂法者，乃前述實質的意義之法規，又實質的意義之法規全體（*Inbegriff*）之意。（註三）其次所謂法律者，如用於狹義而與命令於對待時，則法律（*Gesetz im engeren Sinne*）係指依憲法所定之程序而成立之成文法之義，法律一語，有時又用於廣義者，此際法律一語，亦有實質的與形式的兩義。實質的意義之法律（*Gesetz im materiellen Sinne*）指法或法規（實質的。）形式的意義之法律（*Gesetz im formellen Sinne*）指法之表現，換言之，個個又全體之法律的規範之表現。凡一切規範成為法律而存立者，必須有一定之表現。（*Ausserung, Sinnliche Erscheinung*）吾人從其表面而觀察個個又全體之法律的規範，即謂之法律之形式的意義。

吾人所謂法律之內容，法律之解釋等，法律一語，係指上述之形式的意義之法律，蓋非如此，則法律之內容，法律之解釋云者，即毫無意義。因而為法律解之物體（*Gegenstand*）的法律，乃指法之表現，自不待言。

法律解釋之物體，為既存之法律，而所謂法律，又係指法之表現，然則為法律解釋之物體的法律，究具什麼樣的形態而存在呢？這是法之表現之形式（*Form der Ausserung, Erscheinungsform*）問題。吾人以為在

現代一般的國家裏，爲法律解釋之物體的法律，不外成文法與習慣法二者，成文法之表現形態爲法文（Gesetzestext），習慣法之表現形態爲慣行的行爲（Übungssakt）。

支配十七八世紀法學派的自然法學派之學說，以爲除人法即成法（Positives Recht）以外，尚有出於人類性情之自然狀態又基於人類之理性（Naturzustand oder Vernunft），普遍各國民各時代而不變的自然法存在。如依此見解，則須解釋者，不必限於成文法，自然法既屬法律，自然亦得爲解釋之物體。然而吾人以法爲社會的生活關係之規則，而社會的生活關係，依時代不同，國民不同，自然不無差異，加之，就是爲自然法之基礎的人類性情本質，亦是隨時代環境而變化發達的。（註四）所以亘古今中外而不變的普遍的自然法，事實上到底是不能成立的，不過在一定的文化程度，一定的社會，一定的生活關係，於成法之外，未嘗不可以想像一種最適當的理想法（Idealbild des Rechts）。拿來規律牠。可是這畢竟是一種理想，不是現實。故承認理想法之客觀的存在，乃爲理想與現實之混同，其錯誤固不待吾人之費辭，而稍具理性者，自能辨之。

法既爲依國權而擔保遵守之規範，而一定之規範思想成爲一規範，依國權而擔保遵守時，則其規範思想即成爲法律的規範，以此法律的規範爲內容之法律，即得因此成立。法律之理想的內容，又法律內容之規範的思想，須可任各人之想像，但非依國權以之爲規範而擔保遵守，則自然不能承認有如斯內容之法律成立。並且一定之規範思想，依國權而擔保遵守，則其規範思想，必須具一定之表現。在現代一般的國家裏，於一定表現之

下，依國權而擔保遵守之規範，除了成文法與習慣法而外，就沒有別的了。吾人之所謂法律解釋之物體，盡於成文法與習慣法二者，即此之故。

法律解釋之物體，不單限於成文之法律，即屬於習慣法的法律，亦為解釋之物體，然而法律解釋之問題，從來一般皆係只是關於成文法者（註五）余茲篇亦沿舊貫，單就成文法立論。

習慣法之解釋，雖非全然無研究之必要，不過在今日之法律，其大部分皆屬成文法，習慣法之存在，實屬例外，所以關於習慣法解釋論，不甚感覺何等之必要。習慣法與成文法，其表現之形態完全不同，前者以法文，後者以慣行的行為。表現之形態雖有如斯之差異，但法之效力（優先的效力姑置不論）及其取得效力之根源，兩者則完全相同，所以關於解釋之目的及其方法之根本的議論，兩者之間，亦自無相異之理，惟成文法與習慣法表現之形態不同，關於此點，在解釋之方法上，自不免發生多少之差異。即成文法表現之形態為法文，故其解釋必須確定文字之意義，而習慣法表現之形態為慣行之行為，其解釋必須明確慣行的行為之成立及其內容之點，兩者之間，則各不想同而已。

### 三 法律解釋之目的

法律之解釋，既在探究法之表現之內容之規範，換言之，即法律之內容之規範的思想，然為法律之內容之規範的思想，究係如何之思想，而法律之解釋所探究之規範思想，究係如何之思想，即法律解釋之目的為何之

問題所在。關於此問題，從來有兩個主要之學說，即所謂立法者意思探究說及法律意思探究說是。本節以下先略述此等學說之要旨，然後評論其當否，最後殿以吾人之所信。

(一)立法者意思探究說，以法律為立法者自覺的創造行為而成，即為由立法者之熟慮而成之製作物。法律乃立法者意思之表現，法律之內容，為立法者立法當時之具體意思 (Konkreter Wirklicher Will für gesetzgebers, Voluntas Legislatoris)。法律之解釋，在探究立法者之具體的意思為目的。(註五)

關於此說，有幾多之非難，茲不能一一詳述，擇其重要者述之如左：

(甲)立法者究係何人，此為最有紛爭之問題。一說以君主為立法者，又一說以國家又國民為立法者。然而無論依何見解，立法者之意思探究說，結果皆不能不遭否認之厄運。這是什麼緣故呢？今假定依從君主為立法者之見解，然關於法律各條規，君主決定其內容之意思者，殊與事實相違，因而以立法者君主之意思為法律之內容，不能不加以否認。又假定以國家又國民為立法者之見解為正當。然在今日多數立憲國家之中，議院所議決者，非關於各條決定其內容之意思，乃不過客觀的觀察表彰一定規範意思之法律文案，而決定其得成立法律與否而已。故立法者的國家又國民於立法當時所有之具體的意思，不得認為法律之內容。(註六)

(乙)縱退一步言，立法者立法當時之意思，可以成立，然如以如斯的具體的意思之探究為法律解釋之目的，與訟訴的搜索證據何異，此不免將法律解釋之問題與事實證明之問題，混為一談，殊非合理。(註七)

(丙)加之，萬一不幸，不能探得立法者立法當時之具體的意思之證據時，則法官不得不以法律之解釋為不可能而拒絕裁判，否則只有宣言法律之無效。如是，又何以達制定法律之目的啊！(註八)

(丁)況且人類之生活現象，日新而月異，各人之智識，決不能正確的預定將來發生之各種生活現象。(註九)然如依立法者意思探究說，則立法當時之立法者具體的意思，在法律之有效期間，自然為法律之固定的內容，如是則法律不能隨時勢而進展，怎能應付進步的人類社會生活之要求呢？消耗許多年月之光陰與莫大的勞力，而始完成之一大法典，不出數年，即須廢棄，那末，朝令夕改，又何能舉法治之實效呢？(註十)

立法者意思探究說，既受上述之種種攻擊非難，則其說之無價值，當可想見。近來關於法律解釋之目的，除少數學者而外，一般皆已垂棄此說而不顧了。

反對立法者意思探究說之學者，多採取法律意思探究說。此說以法律的規範之表現的法文，雖為一意思表現，然其為意思表現也，非意欲之表現，乃表現自體為意思(Willensausserung nicht in dem Sinne, dass die Ausserung ein Gewollto ist, sondern das geaussertereselbest Wille ist)以規範的思想為內容之  
法文，離開了立法者之手，為法律而成立時即為有永續的生活力(Konstante lebendige Kraft)之思想體(Denkende Wesen)或有機的生活體(Lebendiger Organismus)與立法者之意思，了無關係，而法律自體，自具有一定之思想。此思想為要求的思想，故稱之為意思。構成法律之內容者，為法律自體所有之意思，故法

律之內容，不可求之於立法者之意思，必須就法律自體而探究之。法律解釋之目的，端在探究法律之思想即法律之意思。（註十一）

法律意思探究說之所主張者，果得正鵠麼？苟承認此說之學者，其意以為法律之內容，不可求之於立法者之意思，必須就法律自體探究之，於此意義，吾人雖可表示滿腔贊成之意，然如以法律為有意思，有思想之有機體，以法律解釋之目的在究明此有機體之意思又思想，則吾人實不敢贊同。蓋法律既非自然人，當然不能思想，不能構成意思，以法律為有機體又思想體之說，非係比喻，即屬擬制。比喻終為比喻，不足表現事物之本體，因之法律之本質又法律之內容，當然不能以比喻表示出來；擬制乃視一非事實的事物（Etwas unwirkliche）為事實之強行的假定。法律雖可以設定擬制，但法律自體，非基於擬制而存在，法律為以國權擔保遵守的，故有確定之實在，所以用擬制以示法律之本體，亦不妥當。若為表示法律之內容，或為說明之便宜起見，有須用比喻或擬制之必要時，則與其謂為有機的生活體又思想體，則莫如仿 *Zitelmann* 擬制的承認有合理的思想之標準的立法者（*Normalen Gesetzgeber*）之存在，以其標準的立法者之意思為法律之內容之為愈。（註十二）蓋以無意思無思想之法律，與其認為意思又思想之主體，縱有擬制之嫌，毋寧以標準的立法者視為其主體，比較更合於吾人之理性之要求。然而法律非擬制的實在，故表示法律之內容，不但毫無用擬制之必要，而且如斯擬制之說明，反轉不能表明法律之本體，甚或至於惹起誤解。（註十三）所以 *Zitelmann* 之標準的立法者之

說，亦非正當之見解。

由此看來，法律意思探究說，到底亦不免爲一謬見。現代著名之學者，雖尙多有堅持此說者，然而吾人熟考之餘，終以未能左袒斯說爲恨。

立法者意思探究說，法律意思探究說，二者既皆非正當之見解，然則法律解釋之目的，究如何論定呢？茲略述吾人信以爲正當之見解如左：

凡圖書或其他表現一定思想之事物，吾人可以認出二個思想，一卽依圖書或其他思想之表現所表出之特定人之思想，他爲離脫特定人而單就圖書或其他思想之表現，依合理的判斷所推論之思想。前者爲特定人之具體的思想，後者爲一般人就表現自體所認之抽象的思想。思想之表現，本來就是思想主體的特定人具體思想之表現，但其表現之內容，除爲思想主體特定人之具體思想而外，當可承認抽象的思想之理由者，卽由於思想之表現自體，有共同生活上一定之意義之緣故。

如斯構成思想表現之內容之思想有兩個，而且只有此兩個，此外別無所有。思想之表現內容，既可以有兩個思想，那末，思想表現之解釋，自然亦不得不有兩個目的。（一）卽依思想之表現所表出之特定人之思想，認爲表現之內容時，則表現之解釋，在以研究其內容之特定人之具體的思想爲目的，（二）依思想表現自體之合理的判斷所推論之思想，認爲表現之內容時，則表現之解釋，在以探究一般人對於表現自體所認出之抽象的思

想爲目的。

由特定人發出之書信，吾人認書信所表示之發信者之思想，爲書信之內容，故書信之解釋，在以明確發信者之具體思想爲目的。不知來源出處之諺語格言，吾人祇得就諺語格言所明示之文言自體，依合理的判斷所推論之思想，定爲其內容。如斯諺語與格言等解釋之目的，在以究明一般人對於諺語格言自體可以認出之抽象的思想，又法律行爲如以表意人之真意認爲其內容時，則法律行爲之解釋，其目的在探究表意者之真意，若以一般交易上所認表示行爲之意思認爲其內容時，則法律行爲解釋之目的，當然在確定依表示行爲自體之合理的判斷所推論之意思。

法律解釋之目的爲何之問題，須由法律之內容爲如何之思想明確之後，始能決定，然而爲法律之內容之規範的思想，非立法之意思，既如前論，所以爲法律之內容思想，自不外就法文自體依合理的判斷推論之思想了。法文乃爲法律的規範之表現，而其自身卽是法律，故吾人可視法文爲法律的規範之表現，而以依合理的判斷所推論之規範思想爲其內容。法律內容之規範的思想，乃依法文自體合理的判斷所推論之思想，非立法者之具體的意思，故爲抽象的、客觀的，而非具體的、主觀的。而且此思想，從一定時代一定國民之思想上的要求，合理的判斷法文，可以得到普遍一致之結論，所以一定時代，一定國民之程度，爲確定的普遍的。於此意義，吾人以法律之內容爲法律自體所包含之規範的思想。

此處所謂法律自體所包含之規範的思想爲法律之內容者，非謂法律之內容，係法律自體爲有機的生活體又思想體而有之思想，自不待論。爲法律內容之規範思想，乃國民以法文爲法律的規範之表現而合理的判斷，當然可推論而得之思想。此思想即爲法律之內容，換言之，即法律所包含之思想。法律之內容的規範思想，實爲依法文之合理的判斷而生存於國民一般之腦裏之思想。

關於法律之內容，上述之見解，如無錯誤，則法律解釋之目的，在研究國民以法文爲法律規範之表現，而合理的判斷所得之規範的思想，自不待言。吾人雖不能替同 *Binding* 一派學者所唱導之法律意思說，但 *Binding* 主張依照國民精神立合理的判斷，由法文推論而得之意思，爲法律之內容，以探究此意思爲法律解釋之目的之說，洵屬至當之見解，吾人對此毫無異議。（註十四）又 *Kraus* 主張以國民對於法文所認識之意義爲標準而解釋法律之說（註十五）與吾人之根本觀念，亦無甚出入，斯則吾人引以爲快事者也！

#### 四 法律解釋之三要件

法律之解釋者有三種要件——*Saliciles* 稱爲法律解釋之 *Tripe Role* 第一，法律之解釋，不可以既成之法律爲出發點。第二，法律之解釋，不可不妥當的處理現在之法律關係。第三，法律之解釋，不可不與將來以適當之保障。

第一，法律之解釋，不可不以既成之法律爲出發點。如前節所定，法律之解釋，既以由法文推論所得之規範

思想之探究爲目的，所以法律之解釋，當然非以法文爲基礎不可。這是法律解釋拘墟局位之點，同時也是法律的社會使命所在之點。可是同時吾人解釋法律之際，又不可過於受法律之拘束。這是什麼緣故呢？因爲法律爲規範思想之表現，規範思想乃以合理性爲基準的，故法律可說是合理性之表現，合理性是普遍的，普遍是不受任何物之束縛的。於此意義，法律一面雖爲過去成立之物，然對於現在之吾人，仍有權威，對於將來之社會，仍能保持其效力。

第二，法律之解釋，不可不妥當的處理現在之法律關係。假使法律對於現在之吾人，不能與以滿足，則法律之權威究何所在！由現在的吾人觀之，則現在之法律，乃現在吾人的工具，且爲現在吾人的生活而存在。法律的存在對於吾人之生活，苟爲一種障礙，則吾人毫無尊重法律之必要。法律既爲吾人之工具而存在，則不可不使法律爲吾人之利益而存在。這一點就是解釋法律吾人努力之意義之所在。若果法律之解釋沒有努力之必要，則法律之解釋，即無使用推理，探究法律精神，目的之問題發生。事實上法律之表現有不完全或曖昧不明之時，自無依論理以認定之，補充之之必要。法律既視爲合理性的存在，則法律上之解釋，不可不與現在之吾人以合理的滿足。

第三，法律之解釋，不可不與將來以適當之保障。法律之使命在法律之確實。這是爲法律的規範思想之客觀化而所以有社會的意義之原因。客觀化的規範思想，對於任何人皆可使其知所依據，安其所依據。在此意義，

法律之解釋對於將來不可不與以適當之保障。法律若果對於將來沒有何等之保障，則吾人即不能一日安心事事，吾人之社會生活，將不能繼續繁榮。故法律之解釋不可不發揮法律如斯之使命。要之，法律第一在一定之時期成立，成立之後，除該法律以外即無法律。故法律之解釋，不可不以過去為基點。第二法律為現在之物，且為現在吾人而存在之物，因之法律之解釋，不可不以現在之各人為中心。第三法律常為將來發生效力而制定，故法律之解釋，不可不注重將來之保障。總之，發揮法律對於過去，現在，將來的三個作用，為法律解釋之三大使命，故吾人解釋法律之際，不可不於此特別留意。

## 五 法律解釋之方法

法律解釋之當否，自然對於所用之解釋方法，亦很有重大之關係。然關於解釋之方法，自來少有特別研究的。多半用舊時解釋羅馬法之文獻學的方法來解釋現今的法律，即是以解釋死法之方法來解釋活法，無怪鑿枘不容，南轅而北轍！關於此點，日本民法學大家石坂音四郎頗有詳細精到之研究。（註十六）茲特介紹其概略，聊以代吾人之意見，惟關於類推之性質，吾人則與石坂異其見解，關於該點，未能舍己從人，故不能不於此處鄭重聲明之。

從來一般法律學者，分法律解釋之方法為文字解釋（Sprachliche Auslegung）與論理解釋（Sogische Auslegung）二種。然此區別之當否及解釋方法之價值如何，則學者之間，鮮有明瞭深刻之研究。茲據吾人所信，

先就文字解釋而討論之。

文字解釋又有稱文理解釋 (Sprachwissenschaftliche Auslegung) 或文典解釋 (Grammatische Auslegung) 者。文字解釋即依法律所用之文字之意義而確定法律之內容，就解釋方法而言，解釋法律，自然最先用文字解釋之方法。然關於文字解釋之價值，則不無疑問。吾人此處應當注意者，即不可以文字解釋與論理解釋為相對的獨立的解釋之方法是。文字解釋與論理解釋，實於合而形成一箇解釋方法，非各自獨立的為一個解釋方法。故文學的解釋，不得謂為完全的解釋，不過僅解為釋之入手，文字解釋與論理解釋並用，然後始得為完全之解釋。(註十七)

關於文字解釋之價值，學者之間，意見尚未一致。有些置重於文字解釋，即法律之解釋，應當以文字解釋為主，即應當專用文字解釋。用文字解釋而不能明瞭法律之內容意義時，始用論理解釋。(註十八) 有些又以為文字解釋之結果與論理解釋之結果有矛盾之時，須依文字之解釋。(註十九) 此等主張，皆以文字解釋為獨立的解釋方法。法律既用文字來表現其內容，所以法律之解釋，當然以文字為基礎，然如前述，文字之解釋，不能有獨立的解釋方法之價值，故不得以文字解釋為完全的解釋。本來法律之解釋，不僅只在說明文字之意義並在闡明法律之內容。文字解釋雖可說明文字之意義，但不能闡明法律之內容。文字僅為了解思想之手段，解釋之目的，不在說明文字之意義，而在知道由文字所表現之規範思想。所以欲知法律之內容，雖必以文字為媒介，然僅

僅探悉文字之意義，亦不能決定法律之內容。更從法律帶有規範的性質之點觀之，則僅依文字解釋，不能獲得法律之內容，固不待辯而自明。文字解釋現今之所以至如斯置重者，無非欲藉羅馬法之解釋方法而供現實的法律之解釋而已。此種文獻學的解釋方法，Savigny 尤極力主張。（註二十）然而法律非古典，及支配現實生活之規範，因而其解釋方法，亦不得以研究古典同樣的解釋方法充之。若以法律之解釋以文字解釋為滿足，則法律之解釋，只要有一本字典辭源，儘夠用了，又何必還要什麼法律學呢！況且法律所用之文字，不能單以文字之解釋即可闡明其意義的地方，所在多有。換言之，即有時文字的意義不明，有時一個文字，有數個意義，有時法律對於一箇文字，又附以數個之意義，有時僅依文字解釋，則發生條規互相矛盾的毛病，如此等等，自然不能僅依文字解釋決定法律之意義，必須他種方法來決定法律之意義，自不待言。又況法律中多有法律上專門的用語，不能以普通一般之文字意義來決定法律之意義，尤其是現今各國之法典中，差不多都充滿了法律上的專門用語，所以解釋法律，不能單單依着文字來解釋，必須有法律上之知識，始能臻於至善之域，此點由前述的各種觀之，尚可以明白。並且法典裏所用之法律上之專門用語以外之文字，亦不能以通常之意義解之，必須依着特別之意義解之者，殆亦不少。從來學者，有主張法典裏所用之文字，除與學術上及技術上之專用語應依其特別意義而外，其他則可依普通慣用之意義解釋之。然而吾人應知普通慣用之文字，又學術上技術上之用語，法律亦有多少變更其原來之意義而用之者，例如物，人，因果關係等等文字，不解為物理學上，哲學上，法物學上之

意義，而解爲法律上特別之意義，然後始合於法律規律實際生活之目的。（註二十一）如斯解釋法律之文字，不能僅依文字之意義，則解釋法律之方法，不能僅依文字解釋之方法，自屬顯然。

依上所述，可知祇依文字解釋，不能獲得法律上內容，所以文字解釋，沒有多大的價值，又文字解釋，不得爲獨立的解釋方法，所以文字解釋，不得謂爲完全的解釋。故某法規在文字解釋上雖甚明瞭，但却不能以其意義爲法律之意義，必須更用論理解釋，如得同一之結果時，始得稱爲法律之意義。

現在吾人更討究論理解釋。論理解釋之名稱，普通爲對於文字解釋而用，不過論理解釋之名稱，其意義極不明瞭。（註二十二）蓋所設論理解釋者，似乎就像說依論理方法解釋來法律的樣子。其實將如本節後述，所設論理解釋，不盡只是依論理方法來解釋，所以論理解釋之名稱，甚不適當。而且就是文字解釋，也須從論理方法，因之，文字解釋亦得稱爲論理解釋。凡一切的學問，未有不以論理者爲基礎的，法律解釋學既是學問，自當依論理方法，論理爲一切學共通之方法，豈必一定要法律然後才依論理方法麼？所以論理解釋這個名稱，實不妥當。似此論理解釋既不是祇依論理方法來解釋，那末欲決定牠的意義，吾人祇有從消極的方面說論理解釋就是文字解釋方法以外之一切解釋方法罷了。（註二十三）

論理解釋之名稱，既不適當，所以有些人又稱牠爲法律學的解釋。（*Rechtswissenschaftliche Auslegung-juristische Auslegung*（註二十四）然而法律學的解釋這個名稱，已包含一切之解釋方法，文字解釋，既亦爲法

律學的解釋，故祇論理解釋，稱爲法律學的解釋，殊不適當。且法律學的解釋一語，既不能表示解釋方法之特質，所以非適當之名稱。有些人又有稱之爲法律的解釋者。(Juristische Auslegung)(註二十五)此種名稱，亦與法律學的解釋，有同樣之缺點。有些人又有稱之爲目的的解釋 (teleologische Auslegung) 者。(註二十六)然而目的的解釋一語，不過僅能表示屬於論理解釋方法中之一方法，而不能包含一切方法。論理解釋之名稱，既不適當，而且亦不能包含種種之解釋方法，故不如避去論理解釋之名稱而就論理解釋所包含之各個解釋方法附以特別名稱之爲愈。加之文字解釋與論理解釋互相對立，更容易惹起兩個獨立的解釋方法之誤解，吾人所以欲避免論理解釋之名稱者，正爲此故。

論理解釋，既沒有確定之意義，已如前述，故關於論理解釋之方法，學者之見解，亦有種種糾紛。茲就通常所謂論理解釋之各種方法，而觀察討論之。

(一)解釋法律必須參攷立法材料，(Gesetzesmaterialien) 卽草案，理由書，委員會紀錄，議會之筆記等。主張法律之解釋，在探究立法者之意思之學者，則視立法材料與法律有同樣之拘束，解釋家須根立法材料而爲解釋。然而法律之解釋，以究明法律之內容爲目的，並非以探究立法者之意爲目的，所以當依據法律所表現者而解釋之，不當依據法律以外之材料而解釋之，既如前述。且如視立法材料有拘束力時，則實際的結果。至毫無經過正式的經過一定的立法之形式而亦得爲法律之弊病，其不合理，自屬明甚。立法材料與其他之立法例，

學說，雖有同一之價值，並供解釋之參攷，然無何等之拘束力。

(二) 解釋法律必須探究其歷史的沿革。(註二十七) 蓋無論任何法律，憑空造出的，實在很少，多半是根據從來的法律制度定出來的。所以關於各箇條文又法律制度之沿革的研究，對於現在法律之內容的說明，却有不少的資助。因為法律歷史，對於了解現代之法律，可以供給很重要的資料。法律解釋之沿革的研究，不單只於內國法，如該法律為繼受之外國法，則對於外國法之沿革的研究，亦可以供解釋之資助。尤其是現在我國之法律，其採取外國之立法例者，逐處皆是。故我國法律之解釋，當然須參照外國之法律，固然中國的特獨的法學之建樹，為當今之急務，然而我國之法律與外國之法律有統系的關係，故外國法之研究，實未可輕視，如假名中國特獨的法學之建樹，而排斥外國法之研究，吾人實不敢贊成。可是在他一方面，不問青紅皂白，而懵然的遂將外國法的學說與沿革，直接拿來供我國法律之解釋，張冠李戴，又烏乎可！蓋各國之法律，各有其獨立的存在，各有其特徵，並沒有共通之法律，所以中國之法律，畢竟是中國的法律，瑞士的法律，畢竟是瑞士的法律，縱令二箇法律同其規定，而仍各自獨立，不能以瑞士法律解釋之學說，直接供我國法律之解釋，瑞士法律之解釋，祇可視為一種比較法學，而供我國法律解釋之參攷而已。

(三) 法律全部成為一體，故須從法律全體而定各條規之意義，此之謂組織的解釋。(Systematische Element der Auslegung) (註二十八) 反之，主張自由法學之 *Fampe*，則視各條規為獨立的，故得僅依其條規而

爲解釋。(註二十九)若果以法律之解釋，其目的在究明立法者之意思時，則立法者之意思，當然是一貫全部法律的，故須依法律之全體而決定其意義。又法律之解釋，其目的在究明法律所表現之內容時，則亦不可不依法律之全體而決其意義。因爲法律不是多數條規之堆集而成者，各條規之間，有於互的關聯而成爲一箇之組織。所以解釋各條規，須從全體而決定其意義。不但說明各條規須努力與其全體調和，即與其他之法律，亦未始不然。似此由法律全體來解釋法律，乃組織的解釋法律，此方法須依論理上之原則。即或由數箇條規歸納而定其通之原則。基此原則而解釋其他條規，或由一箇條規演繹而定一原則，基此原則而解釋其他條規等，無一而非依論理之方法爲之。且組織的解釋，其根據在法律本身，故其解釋之結果，甚爲確實。後述之擴張解釋，縮小解釋，變更解釋等，皆不外此組織的解釋之結果。即一條規之意義，由他條規而推論之，有被擴張者，有被縮小者，有被變更者是。故依組織的解釋，某條規之意義，或不免有被伸縮者，其伸縮之意義，皆有法律之根據。依組織的解釋，凡一切之條規，毫無得無矛盾而被解決之時，固然沒有什麼問題，若發生矛盾之時，則欲解決之，自非別求其他之標準不可。

(四)須依法律的理由，(Ratio legis) 解釋法律。法律理由或又稱之爲立法政策上之理由。(Legislativ-politischer grund) 即不外依法律之目的而解釋法律之謂。此種解釋方法，稱爲目的解釋。蓋法律乃爲達某種目的之手段，所以當解釋法律之際，須從其目的而定其意義。在注重形式的理論之從來學說，以目的爲法律

內容以外之事，故決定法律之內容的意義，無須顧慮法之目的。（註三十）然而法律之實際的內容，須觀察其目的，然後始能決定。歷來論理法學之弊害，完全在不討究實質的內容。法律之解釋，須根據其目的之說，乃為 *Johs* 所極力主張，而為從來一般之解釋家所承認。（註三十一）吾人亦與 *Johring* 之見解正同。蓋法律之解釋，法律之目的的觀察，實其重要。此乃因法律為規範之性質而生之當然之結果。法律不是因果的法則，是規範，即人們的意思行動之準則。因之，法律為達某種目的之手段而存在，故為意思行動之準則。法律既為達某種目的之手段而存在，所以必須從其目的，而決定法律之意義。法律或有以合於論理的要求為目的者，或有以保護公益，易之安全及其他為目的者，究明此等法律之目的，並依據此目的而解釋法律，然後始得完全明究法律之內容。故依文字解釋，法律之意義，雖屬明瞭，而由內部的實質的觀察，或從法律之目的觀察，其意義未盡妥當時，文則字解釋，全無何等之價值。然依法律之目的而解釋法律之時，非先定法律之目的不可。法律目的之決定，畢竟非依價值判斷不可。因之，目的解釋，非完全論理方法之解釋。注重形式論理之學者，以為只須依着論理方法，即可解釋法律，此則未免錯誤。法律解釋方法之中，純然用論理方法來解釋者，差不多只有前述的組織的解釋一個場合而已。如前所述，組織的解釋，乃為從條規相互之關係，依一條規決定他一條規之意義之方法，用此方法之前提，必須決定何以必從一方的條規之意義之標準，即決定意義不同之數箇條規中，選擇其一之標準。因之，欲決定組織的解釋之根據，必須尋求其他之標準，而其標準之決定，不外依法律之目的或其內部的理由。如

此，法律之解釋，不能僅依論理方法觀之，則更須依法律之目的而為解釋，自屬顯然！

(五)須依法的理由或法律上之原則 (Ratio Juris, Recursi pphc) 解釋法律。法律上之原則云者，乃貫通各條規之原則之謂。解釋法律必須先發見此原則，然後基此原則，而為法律之解釋。法律從其規範的性質上，各條規自然須受大原則之支配，故可依其原則為各條規之解釋。然而所謂原則究如何發現呢？若依完善之方法求出此原則，則莫如依歸納法由各條規抽出共通之原則而定之。然此僅能於各條規之意義明白無疑之時，始可依此歸納法而定共通之原則，假如各條規之意義欠缺明瞭之時，則不能直接依此方法，而其前提則須先決其各條規之意義。因之，所謂依法律上之原則而解釋之方法，亦不得為最終決定的解釋方法。(註三十二)

(六)須依制定法律之原因 (Occasio Legis) 解釋法律。(註三十三) 所謂制定法律之原因，即發生制定法律之歷史的原因是。然如斯原因，不過單為制定法律之機會，不得為決定法律內容之根據，故一般之學者，多不置重此制定法律之原因。

又有主張解釋法律，須參照制定法律時之法律狀態及學說者。(註三十四) 蓋立法者於制定法律當時之法律狀態及學說，多受其影響，不過此雖可供法律解釋之參攷，却不能發生拘束力，正與立法材料同。

(七)須觀察實際之結果而解釋法律。法律乃為實際生活而存在，所以解釋家非調和法律與實際生活不可。因而法律之解釋，在使法律適合於實際生活，此為解釋法律吾人努力之意義之所在，前已略言及之。主張論

理法學之學者，苟其解釋係依論理之所命，則其結果之適於實際生活與否，則非所問。然其流弊，使法律與社會實際生活隔離而互不相關，馴至法律之目的，全然不能達到。本來法律為適合於實際生活而制定者，故以適合於實際生活為目的而解釋之，自不能謂非適當之解釋方法。然而使法律適合於實際生活云者，即解釋法律之結果，合於正義 (Gerechtigkeit) 之要求，合於公平 (Billigkeit) 之保持，實際之便宜 (Zweckmäßigkeit) 換言之，即解釋之結果，適用於實際生活而無不當之謂。

以上所述諸種方法之外，尚有關於諸種解釋之原則，茲舉其重要者如後：(一) 例外規定，須嚴格解釋之，不許擴張及類推解釋。然單因其為例外規定，即須嚴格的解釋之理由，毫不存在。究竟須嚴格解釋與否，須依各場合而定。(註三十五)(二) 關於特權之規定，亦須嚴格的解釋。此原則無何等之根據，與前者同。(三) 當然解釋。當然解釋含有種種之原則：(A) 以大例小。即於較大之範圍享有權利負擔義務者，於較小之範圍，亦當享有權利負擔義務。(Argumentum a Maiori ad Minus) (B) 以小例大。即於較小之範圍受禁止者，於較大之範圍，亦當受禁止；又於小範圍為必要之要件者，於大範圍亦當為必要之要件。(Argumentum a Minori ad Maius) (註三十六) 此種當然之解法，於通常之場合，固屬正當。然而單着眼於分量而忽略性質上之差異，懵懵然遂用當然解釋，則必生出不妥當之結果。

從上述而觀之，所謂論理解釋，實含有種種雜多之方法，而其中之多半，實無何等之價值可言。且所謂論理

解釋者，其使用論理方法之範圍，極其狹小，屬於論理解釋之解釋方法中，其最重要者為組織解釋與目的解釋。前者形式的依據法規之互相關係而解釋法律，後者實質的觀察法律之目的與實際生活之關係而解釋法律；前者依論理方法，後者依價值判斷。從來主張論理法學之學者，多偏於論理方面，以為祇須依據論理方法，即可解釋法律。固然論理方法，為解釋法律所必不可缺之物，然僅以論理方法而解釋法律，其不妥當，已詳言之，故論理方法同時須用價值判斷。即法律上根本觀念之構成，須依價值判斷，根據此觀念而行使歸納演繹之論理方法。所以價值判斷與論理二者，於法律解釋實具有莫大之作用。（註三十七）

以上係就文字解釋與論理解釋之意義與價值而述之，以下從兩者之關係而行觀察。

文字解釋與論理解釋，既非各為獨立之解釋方法，二者相合而為一個之解釋方法。因而文字解釋與論理解釋須同時並用，不能以為文字解釋不能究明其內容時，始用論理解釋。即使依文字解釋法律之內容，已屬明瞭，亦不能不更依論理解釋，從內部的理由以觀察其當否。文字解釋與論理解釋雙方觀察，其結果相同時，該解釋始得稱為完全。文字解釋之結果與論理解釋之結果，兩相一致之時，以其結果為法律之意義，自無容疑；苟文字解釋與論理解釋，其結果互不相同時，究將何從定其取捨，關於此問題之從來答案，不盡一致。

（一）文字有數義存在時，須依論理解釋之所示而決定其意義。例如金錢一語，僅指法定貨幣嗎？抑包含自由貨幣人之語，僅指自然人嗎？抑包含法人而言？此則不能不依論理解釋而定各個場合所有之文字之意義。

此種解釋，稱為宣告解釋 (*interpretatio declarativa*) 而數義之中，從狹義解釋者，稱為狹義解釋 (*interpretatio stricta*) 從廣義的解釋者，稱為廣義解釋 (*interpretatio lata*)

(二) 文字之意義不明之時，則可依論理解釋補充之。法律雖不能全無表示，不過其表示不完全之時，不可不補充之，此種解決方法。學者之間，亦有稱之為宣言解釋者。(註三十八)

(三) 文字解釋之結果與論理解釋之結果互相矛盾之時。究以依何方之解釋為當，此則為從來議論紛歧之處。從法律為規範之性質而論，文字解釋之無價值，已詳言之，故文字解釋與論理解釋互相矛盾之時，在原則上，須以依從論理解釋為當。此二種解釋矛盾之時，從來常分為擴張解釋，縮小解釋，變更解釋三種，茲分述如後：

(甲) 所謂擴張解釋 (*interpretatio extensiva*) 就是擴張文字之意義而解釋之之意。即論理解釋之結果，將法規適用於文字所表示以外之場合之謂。法律於某種類事項中，特祇規定其一事項之時而發生之解釋。例如法典雖祇規定關於第三人之清償承認代位，然第三人因代物清償，更改，抵銷等而消滅債務之時，亦得適用代位之規定，自不待言。擴張解釋，非反對法律之規定而適用，乃不過補充規定而擴張其適用之範圍而已。苟論理解釋上得為擴張者，則擴張解釋，即屬正當。

(乙) 所謂縮小解釋 (*interpretatio restrictiva*) 就是縮小文字之意義而解釋之之意。即論理解釋之結果，須對於文字之意，加以限制之意。

(內)所謂變更解釋 (*interpretatio abrogans*) 就是與文字之意義相異之解釋。即文字之意義，雖甚明瞭，然與論理解釋之結果不同之時，從論理解釋之意，變更解釋之可否承認，議論尙未一致。(一)有主張不能以論理解釋變更文字之意者。(註三十九)(二)有主張文字解釋與論理解釋之結果不同之時，雙方皆非法律之意義者。(註四十)(三)有主張文字解釋與論理解釋相異之時，須依從論理解釋者。(註四十一)吾人以爲須以依從第三說爲原則，不過在如何之情形而始依論理解釋之點，則仍非依各個情形，從法律之目的，社會之實際，定之不可。

此外尙有必須論及者，即從來主張論理法學之學者，所慣用之反對論法 (*Argumentum a Contrario*)

(註四二) 是所謂反對論法，就是關於某特定事項有規定之時，則推論凡此以外之一切事項，皆適用反對之原則是。例如由債法第二二五條，推論因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人不能免給付義務是。關於反對論法之性質，從來頗有議論。(一)或以反對論法爲文字解釋。(註四十二)然僅依文字之意義，不得定某規定之可否得爲反對解釋，自不待論。(二)或以反對論法屬於宣言解釋。(註四十三)其實不然，因爲反對論非說明法律規定之文字之意義。(三)或以反對論法爲擴張解釋。(註四十四)然擴張解釋，係文字之意義不完全，補充以同一主旨之意之謂。反之，反對論法，文字之意義係屬完全，而推論與此相反之意義之謂。吾人否認前述之各見解，而單以反對論法爲論理解釋，即組織解釋，目的解釋等之適用之一場合。依歷來之見解，以反對論法爲依論

理方法之解釋。故由 A 爲 B 之原則演繹，而得非 A 即非 B 之結論。因之從來之法學者由形式的觀察，則一切法規，皆可用反對論法，其實此種見解，實屬大錯特錯。反對論法非論理方法，故不能以 A 爲 B 之原則而推論非 A 即非 B 之結論。唯 A 僅限於 B 之時，始可以推論非 A 即非 B。故欲適用反對論法，則其先決要件，即不可不將推論反對原則之規定，先行決定除該特定之事項而外，即決不能適用是。然而法律多半不限制，僅適用於該規定之特定的事項，而欲依解釋適用該規定於其所規定之特定事項以外，故某法規得用反論法與否，即某法規僅適用於該規定之特定事項與否，或可擴張而適用於其他事項與否，皆不可不依論理解釋決定之。因之，單從形式論理，以爲法律所規定之事項以外，皆可適用反對之原則，殊屬不當。應從實質的標準而定可否適用之原則。故依反對論法，從某法規演繹出來之反對原則，實非存於該條規之外，乃包含於該條規之中，如是則反對論法可創造新法規之說，不攻自破。

此外關於法律解釋之方法，有所謂類推 (Analogie) 者，即規定某事項之法規，如有同一之立法理 (Ratio Legis) 存在時，可以擴張解釋而適用於類似事項之意。有同一立法理由之事項，須受同一法規之支配，乃吾人理性之所要求，類推即係應此理性上之要求而發生。故爲類推之先，必須究明爲類推之基本法規所規定之事項之立法理由，然後探究類似之事項，有無設定同一法規之理由存在，如有同一之立法理由存在，則類之基本法規，始可適用於該類似之事項。關於類推之性質，學者之間，大有議論。(一) 有主張類推爲法官補充成法之不

備而對於類似之事項，創設具體的又抽象的規範之行爲。（註四十五）（二）有主張類推適用同一樣之事件，受同一樣之判斷（*Gleiches wird gleich beurteilt*）之成法上之原則，對於類似之事項而創設法規之行爲。故類推乃位於法之適用與法之創設之分界上，而其重心則在適用區域。（註四十六）此問題之解決，殊非容易，然吾人以類推爲有法之解釋之性質。（註四十七）蓋有同一之立法理由存在之時，法規應解爲除以規律直接法文所規定之事項而外，並應以規律其類似之事項之規範爲內容。類推即在究明此規範之內容爲目的之行爲。

以類推爲法之解釋，則類推與擴張解釋之間，在本質上，實無何等差爲。從來多數之學者，以擴張解釋爲法律之文字之意義之超越，而類推爲法律之意義或內容之超越，故兩者之性質，完全不同。（註四十八）然而類推豈非創設法規之行爲，故不得解爲法律之意義或內容之超越。

法典之中，常有準用之規定。準用云者，二箇事項在某一點雖完全相同，而在他一點則又相異之時，其規定一方事項之法規，於其相異之程度，加以變更，而適用於他一方事項之謂。法律之規定準用者，實質上應當於準用之基本法規加以變更，而創設規律類似事項之別個法規之處，不過爲避免類似法文之重複計，便宜上遂準用之語句，以示類似法規之存在而已。所以準用與法律解釋之類推不同。

## 六 結語

家，多偏於形式的論理。其研究法典，完全用研究古典的方法來研究，對於現實之生活狀況，全然不顧，因之與實際生活最有關係之法律學，竟成爲論理之遊戲場，概念之陳列館，而法學遂日與社會的實際生活隔離背馳了，補救之道，端在研究社會各種實際生活之狀況，以爲法律解釋之基礎，而達法律最終之目的。實際法律解釋家，不悉社會實際生活之情形，不能爲社會實際生活建樹立法之意見，卽不能爲真正善良之解釋家。換言之，卽非在立法的見地解釋法律，必不能顧全之法律目的，社會實際生活之要求，而爲實質的解釋。同一社會現象，社會生活，可從論理學上，經濟學上，社會學上，法律學上，及其他種種方面觀察。從來之法律學及法律之解釋，則全然祇從法律方面觀察，而與其他之觀察，完全分離，毫不相干。豈知法律乃爲應倫理上經濟上社會上及其他實際生活上之種種要求而作成之法則，故僅依法律的方面而觀察法律，殊未免失之過狹。法律不過一種形式而已，沒有實質的觀察，又怎能決定其內容，所以法律學必須與其他之社會學間，互相聯絡，以防止其孤立。如是則立法律與實際生活，始能互相調和，而不發生隔離背馳之弊，法治之精神，始可發揮盡致！

(註一) 見 Anton Menger, *Über die Sociale Aufgaben der Rechtswissenschaft* 牧野英一著民法之基本問題二五六頁

(註二) 可等用語意義之不確定，可參看 Bergbohm, *Jurisprudenz U. Rechtsphilosophie*, I. S. 37. ff.

(註三) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I. S. 113; *Objektives Recht ist der inbegriff der Rechtssätze. Rec*

- hssätze aber sind Normen U. S. W.; brome, System I. S. 64. Regelsberger, Pandekten, I. S. 60
- (註四) Enneccerus, Lehrb, 4/5 Auf. I. S. 69.
- (註五) Regelsberger, Pandekten, I. S. 143: Ziel der Auslegung ist Herausstellung des Gesetzesinhalt. Aber was ist Inhalt der Gesetze überhaupt? Gesteze beruht auf einem bewussten Schöpfungsa-  
ktes ist das überlegte Erzeugnis des Gesetzgebers. Gesetz ist Ausdruck des Willens des Geset-  
zgebers. Inhalt des Gesetz das vom Gesetzgeber erkennuber Gewollte, der Wille des Gesetzgebers.  
Winscheid, Pandekten I.S. 50; Unger System I. S. 77; Enneccerus, a. a. o. I. S. 106; Lang,  
Beitrage Z. Hermenentik D. röm R. 1857. S. 64.
- (註六) Rumpf. Gesetz u. Rechter S.121.
- (註七) Lang, Beitrag Z. Hermenentik d. röm R. 1587, S. 64; C. Schmit, Gesetz u. Urteil S. 24f. Dan-  
z, Auslegung der Rechtgeschafte, S.23f.
- (註八) O. Bülow, gesetz u. Richteramt, S. 35; Zitelmann, Die Gefahr des Dürgerl. Desetzbuch f. Re-  
chtswissenschaft, S. 11 ff; Danz, a a O. S. 24.
- (註九) Wundt, Ethik, 1885, S. 266; Ehrlich, Treie Rechtsfendung U. freie Rechtswissenschaft S. 17. 34.
- (註十) Rumpf, a a O. S. 121.
- (註十一) Wach, Handbuch des deutschen G. B. R. I. S. 256, ff; Binding, Handbuch des. Strafrechts, I. S.

454. ff.; Biermann, Bürgerliches Recht I. S. 29. f.; Danz, aa O. S. 25, ff.; Kohler, im Grünhut Zeitschrift, 13. S. 2, f.

(註十一) Zitelmann, Zum Grenzstreit Zwischen Reichs- u Landesrecht 1902, S. 33f.

(註十二) C. Schmit, Gesetz u. Urteil S. 22 ff.; Rumpf, Gesetz u. Richter, S. 122f.

(註十三) Binding, aa O. I. S. 457.

(註十四) Kraus Grünhut Zeitschrift, 32 S. 613, ff.

(註十五) 參看穗積先生遺稿論說文集。

(註十六) Savigny, System, I. S. 28. Kerulf, Civilrecht, I. S. 28; unger, System, d. Osterr. allg. Privatrecht, I. S. 79-80; Thöl Einleitung in das deutsche Privatrecht, S. 145, fg. Binding Strafrecht, S. 458 Wach, Handbuch des deutschen civilprozeesrecht S. 269. Kohler, Grünhut Zeits. 13. S. 33, Ann 95.

(註十七) Schilling, Institut, II. S. 73. Hufelland, Lehrb. des Civilr. I. S. 28. Reyscher, Privatrecht § 84

(註十八) Thebaut, Theorie der logischen Auslegung der römischen Rechts S. 17; Nippel, Auslegung und Anwendung des Gesetz, § 20; Schömann, Handbuch des Civilrechts, S. 63, fg.

(註十九) Savigny, System, I. S. 257.

(註二十) Binding aa O. S. 468, fg.; Gmur, Anwendung des Rechts. S. 54

- (註一十二) 往時有稱論理解釋爲哲學的解釋 (Philosophische Auslegung) 者如 Gluck Heineccius等是。
- (註一十三) Unger, System I. S. 82; Windscheid Pandekten S. 1-2; Regelsberger, Pandekten. S. 147.
- (註一十四) Thöl aa O. S. 136.
- (註一十五) Hölder, Pandekten. S. 42, fg.
- (註一十六) Kohler, Grunhuts Zeits. B. 13, S. 85,
- (註一十七) Savigny, System, I.S.214; Regelsberger, S. 149, Wach S. 281 fg.
- (註一十八) Savigny, S. 214, Wachler Handbuch des Wurttemberg Privatrecht, B. 11. S. 135, Thöl S. 148. Unger 82. Windscheid § 21. Regelsberger S. 147. Wach, S. 277.
- (註一十九) Stampe, Deutsche Juristen-Zeitung, 1905, 419. fg.
- (註二十) Savigny, S. 217.
- (註二十一) Wachter, S. 135, Thöl S. 149, Windscheid § 21, Anm. 5, Regelsberger, S. 148. Unger, S. 82. Kohler, Grunhuts, Zeits. B. B. S. 34 fg. Gmurr, a, a O. S. 50, fg.
- (註二十二) Windscheid § 21. Anm. 5, Thöl S. 149.
- (註二十三) Unger, S. 84.
- (註二十四) Windscheid § 21. Anm. 4. fg.
- (註二十五) Unger, S. 87, Wachter, S. 144. Anm. 42.

- (註三十六) Unger, S. 93.
- (註三十七) 主體法律之解釋不應只用純然的論理。必須更依價值判斷之學者爲 M Rummelin, Windscheir und sein Einflues auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft, S. 38fg. Rumpf, Gesetz, u. Rechter, S. 50. fg. Gmur, a, a O. S. 59. fg.
- (註三十八) Savigny S. 226. Thibaut, system, § 48. Urger S. 90. Regelsberger S. 192.
- (註三十九) Reyscher, Privatrecht S. 84. Anm. 7. Schaffroth, Theorie der Auslegung S. 46. fg.
- (註四十) Regelsberger, S. 152.
- (註四十一) Savigny, S. 321, Wachter, S. 139. Anm. 25. Unger S. 86. Jehring, geist des römr R. II, S. 444 fg.
- (註四十二) Vagerow Leitfad. f. Pandekten, B. I. S. 54.
- (註四十三) Töhl S. 151.
- (註四十四) Savigny, S. 237-238. Thibaut, Theorie des legischen Auslegung S. 118.
- (註四十五) Dernburg, Pandekten, I. S. 38. Crome, System, I. S. 103. Gierke, Privatrecht I. S. 14.
- (註四十六) Regelsberger, Pandekten, I. S. 167.
- (註四十七) Kühlenbeck, vonden Pandekten Zum B. G. B. I. § 4. 11. Gmur, S. 61 ff.
- (註四十八) Regelsberger. a a O. S. 155. Enneccerus, Lehrbuch, I. § 53. Gmur S. 48, 61. ff.

# 近代法律哲學之派別和趨勢

何世楨

## 一 導言

大概普通人的心理，總以為法律是一種極專門的學術，是律師法官等人所應該曉得的，不是普通人應有的智識。實際上，這種觀念是錯誤的。因為我們日常生活，差不多時時刻刻同法律相接觸。法律是保障我們一切權利緊要的工具，所以法律實在是大家都應該知道的一種常識。法律固然是一種專門學問，可是同時我們也不可忘記法律與人生的關係。所謂法律哲學，就是研究法律與人生的關係的一種學問。但是在中國研究法律哲學的人非常少，就是有許多法律學校，他們的目的，至多在培植學生去做法官做律師，或者做議員。至於法律哲學，差不多沒有幾個學校把牠加入功課中的。這種情形，也是因為實際上沒有幾個人能夠擔任這一課，但是要曉得法律哲學是法律的根本要素，這種根本的要素不研究，法科無論如何是辦不好的，所以在中國的許多法科學校，要想辦到完備的地步，還差得很遠咧！近來我常常和法界同人聚在一起，總是想設法提倡法律哲學。所以今天在這裏，還要把這個題目簡單的同諸位談談。但是法律哲學仔細研究起來，決不是短時間所能完全了解的，現在不過把法律哲學派別的大概，同諸位講講。

我在未講法律哲學以前，先要談談法律的面積（或容量）。世界上無論那一個國家的法律，那一個時代

的法律，總是有三個面積或容量。

(一) 時間。

(二) 範圍。

(三) 法律點。

(一) 時間 何以法律有時間的容量呢？因為一個時期的法律，祇有在這一時期是有效，過了這個時期，所有社會經濟種種情形，都是變遷了，以前的法律，根本上不能適用，所以法律是有時間性的。因為法律是有時間性。所以在時間容量上看起來，當然是有一定的。古代適用的法律，是依照古代的社會人民風俗習慣而定的，現在適用的法律，是依照現在的風俗習慣而定，我們絕對不可把古代的法律，不問風俗習慣合與不合，圓柄方鑿似的適用到現代的社會。所以世界上決沒有永久不變的法律，這是很明瞭的。

(二) 範圍 關於法律應用的範圍，我們可簡單的說，有一種法律是全國都通行的，全國人民都應該遵守的，另外還有一種法律，因一個地方有特殊的情形而定的，祇有那一個地方適用。所以法律適用的範圍，是受地方的拘束，法律所有的效力，是受地方的限制的。比方英國的法律，決不能適用於中國，這是當然的事。就拿中國一國來講，所有的法律，也不能條條普遍的行到全國，這種情形，因為中國是行「單一制」比較的不出來。如果拿美國來看，就很明瞭了，因為美國各州有各州不同的法律，一州的法律，僅於該州有效力，出了境界，就不適

用。再如我們中國，現在是有市政府的設置，比方一個特別市推行的法規，就祇有這一個市內適用，出了這一個市的管轄範圍，就沒有效力了。所以法律的地點，是有一定範圍的。

(三)法律點 除了以上兩種時間和範圍法律要受限制外，何以還有法律點呢？比方你向那一位研究法律的人或者是律師法官去問他們「法律是什麼？」或者問他「什麼是法律？」你這樣的問，他們一定不知道怎樣回答的；他必得也說，「你這個問題我不敢答復的。」前幾年我的一個同學吳經熊博士，他問哈佛大學法科教長滂德“What is law?”滂德說，「我不敢回答，因為這個問題太廣泛，沒有方法去答復。」我們曉得法律是有一種事實或一種情狀做根據的，在這一種事實這一種情狀之下的法律點，是怎麼樣纔可以答復。譬如商業上的票據有票據法，或者是契約有契約法，怎麼樣是違背契約，一定先有違背契約上的特殊規定的情形，在這種情形法律點，是怎麼樣，那就比較容易答復了。所以單單說法律，就很廣泛，很不容易講他。我們要曉得法律不是一個抽象的概念，可是法律的概念，絕對不能與法律的本身混為一談。換言之，法律和社會上一切環境事實，不能脫離的。

照以上所說法律的三面觀：(一)時間，(二)地點的範圍，(三)事實發生的關係（法律點），可以說包括法律的三個容量。

## 二 法律哲學的派別

近代法律哲學之派別和趨勢

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

- (一) 分析派 (Analytical school)
- (二) 歷史派 (Historical school)
- (三) 哲學派 (Philosophical school)
- (四) 社會法學派 (Sociological school)

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

### 三 分析法學派

分析法學派以奧司汀 (John Austin) 爲領袖，他的分析法是怎麼樣的呢？他說，「法律一定有一種普遍的觀念，這種觀念，全世界的人類，大家都以爲當然的。所以我們把世界上已經有的法律制度，比較一下，就可

以拿法律上的觀念，作一種精細的分析，把他的元素抽出來。」這是分析法學派的研究方法。所以他第一步研究羅馬法。我們知道無論在那一個國家，研究法律，都不能不用羅馬法律來參考，所以奧氏最初拿羅馬法同英國法相比較，同時再研究德國的法律，於是拿來一起分析。

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

分析派的法學家，發明宇宙間有兩種的「法則」，第一種的法則是自然的，就是自然科學中的公例，我們可簡稱自然律。第二種是人爲的，我們可簡稱規則。比方說草木的生長，時代的變遷，四季的循環，動物的生死，地心吸力，乃至於人類身上血脈的循環（Circulation of Blood），都受自然律的支配，我們不可以說「這間屋內的人，血脈都不許流動」，這在事實上是辦不到的，就是大家都舉手贊成，也不能做到的，這是因爲我們受自然律的拘束的緣故。至於法律是關於人類行爲的規則，一切自然律都不在內，所以範圍就縮小了。但是道德也是關於人類的行爲的，比方在道德上講，我們要做一個好人，或者像宗教家勸人信仰上帝，這都是道德上的規則，但是我們要曉得這種規則，同法律是有很大的分別；往往有一種事情，照道德上講是合的，但是在法律上，卻

不可原諒的，有一種在法律上是合的，但是在道德上講起來，是絕對不可原諒的。比方我們不得政府許可，帶了軍器或手槍等，道德上並不算錯，也並不違背道德，但是法律上是當私帶軍火罪去辦的。再如我們有一個很知己的朋友，現在他生活極困難，照道德上我們應該去維持他或者幫助他，但是在法律上，卻沒有這種規定的。就是你把很要好的朋友賣了，而使他受種種痛苦，道德上當然要責備我們。而法律是無能為力的。所以照分析方法再進一步就是說，「法律是關於管理人類的行為，並且是國家有組織體的權力，去強制執行的。」道德雖然也是關於人類行為的一種規則，可是不能用國家的權力來強制執行的。法律和道德不同之點，就在這裏。總之，將宇宙間一切法則，析為自然律和規則二種，又將規則分為法律和道德二類，這就是分析派法學家擅長的技術了。

還有一點，比方我站在此地，想預備買一把刀或者一枝手槍去謀殺一個很好的朋友，假定此地有一個司法警察，請問他能否把我立刻捉了去，說我是犯殺人罪或殺人未遂犯，這是不可能的。因為這是腦海中的想像，並沒有見之於行為，罪是不成立的。反之，腦中想到手裏也做出，二者都「符合」(Coincide)了，他的罪才成立。這層意思，在分析法學派也是要素之一。所以前節說法律是關於管理人類的行為，一定是關於人類「外表」的行為纔對。以上都是分析法學派的分析方法。

這一派，可以說是很好的，研究時也很有興趣，尤其是初研究法律的人，很容易了解。這種方法，可以把法律

的範圍內根本的要素一根一根的抽出來，但是有一點，我們要注意，就是分析法學派太注重國家組織體強制的力量了。因為他說，「法律是規定人類行為的規則，這種規則是國家組織機關強制執行的。」這種話在外國尤其是英國的歷史上去看，還可以說有一部分是對的，但是我們在東方民族方面研究起來，基本上就錯了。所以英國有一位研究法律的人叫亨利梅茵（Henry Maine），他到印度去旅行，印度是同中國差不多的有一種村莊的法律（Village Law）。他知道了，就說，「這種法律，是沒有人制定的，可是事實上人人都服從的。」（Made by nobody But observed by every body）他就很懷疑，以為國家強制的力量，不是法律的必要原素。這樣就可以看出分析法學派根子上有錯誤了。

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

東鄰日本國家的幅員比較小，在明治維新的時候，請了許多法官，定出許多的法律，要強制適用，中間也經過了許多的週折，屢次的修改，方纔比較的可以適用。如果拿地大物博的中國也偏重分析法學派的主張，我們任意去製造法律，結果法律是天然不能適用，法律的效力也一天一天的退化。這一點，分析法學派在根本上，還不免有錯誤。我們要知道立法這個問題，不但是普通研究法律的人或者是做法官的人有關係，就是我們人類無論那一個團體或羣衆的生活上，也都與有密切的關係。假定一種法律制定出來，形式很好，而對於人情風俗習慣根本上違背，這種法律，祇可以說是「紙上」的法律，不是我們需要的法律。再顯明的說，法律是一定要我們人類或者一羣的人類信仰的結晶，纔可以有效。我們中國已經幾次制憲，他們制憲的人，費了許多時間，並不注意到社會的需要，祇買了不少的書籍，東去採一點，西去找幾段，勉強的完成一種憲法，這種憲法，不是我們所信仰的，不是我們所需要的，當然變成一種「紙上富貴」了。

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

還有這一派的研究法律，是限於「已成」的法律，也是他範圍狹小的毛病。

關於法律的方式，在分析法學派因為法律是可以特意製造，所以主張一定要議會立法，(Statute)由議會三讀通過，經政府公布，纔算是立法應該有的方式。至於法律的來源，法律的背景，完全不注意。殊不知我們羣衆生活上的種種習慣，就是法律的背景，這是分析法學派太不注意的地方。

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

#### 四 歷史法學派

歷史法學派的領袖是德儒式維尼(Savigny)，他說，「法律是從歷史方面找出的，是漸漸生長的，並不是幾個人任意創設的。因為我們從最初未開化的時代，漸漸的進步到了有組織性的家族，由家族成爲部落，更由部落組織成國家，人類的文化，靠這種漸漸的發展，纔能大概粗備。所以法律決不是一個人或者幾個聰明人爲我們創造的，完全是由我們羣衆生活的習慣，使牠自然生長。」

歷史法學派承認法律有一個背景的，這個背景，就是我們羣衆人類生活習慣。照這樣看來，歷史法學派的出發點，基本上和分析法學派不同，分析法學派拿現成的法律研究，而歷史法學派是從歷史中找出法律來，並

且式維尼最注意歷史上關於法律各方面進化的程序，所以到現在一班研究歷史的人，都要把式維尼所著的書參考，作為範本，去截取歷史上的材料。我們看無論是分析法學派或是歷史法學派，他們根本上總承認法律的方式是議會立法。分析法學派是以爲人造的，歷史法學派是承認生長的，因爲雖然由國家議會定出法律或是國家的法典及成文法，但是實際上並不是議會裏立法的人所造出來的，他們不過把已經有的社會上羣衆生活的習慣，加以整理，再用文字寫出來。不過歷史法學派根本上並不是不注意法律的形式，只不過拿羣衆生活的習慣，著重一點罷了。

關於歷史法學派的哲學上的立足點，是黑格爾派。黑格爾派的哲學是說，「歷史是記載我們人類發展的程序和文化發展的程序，所以歷史法學派用歷史哲學去研究法律，拿歷史哲學做法律哲學的根據。以爲我們人類，在最初的時候，差不多個人是自由的，到以後人類有了組織，許多弱小的就屈服於強大的國家，人類的自由，就漸漸的成爲不自由，人類的平等成爲不平等，法律進步程序 and 文化的進化程序，就是要人類打破他這種行爲，就是平等不平等的競爭。所以歷史法學派拿英國法律做譬喻，從前英國對於種種規定的法律制度，非常明顯，階級的分別，異常嚴格，所以在歷史上由階級的不平等就發生了許多爭執，政治上法律上都發生變更，纔由不平等逐漸改爲平等，由不自由逐漸改爲自由，所以這一派說，「歷史進化的程序，是可以當作法律進化的程序。」以上都是歷史法學派的哲學主張，究竟這一派是對是錯，我們現在且不要下批評，待講到社會法學的

派再拿來比較罷。

## 五 哲學派

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

(一) 神道的法律時期。在這個時期內，人民無論起什麼事情，都注重形式。比方他們訂契約，一定要到廟裏去插血盟誓，拿羊血或牛血醮到身上等行爲。

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

(三) 自然的法律時期。因了上一段國家的法律人民間時常發生爭執，就有研究哲學的人，想到我們人類一樣的生存世界上，一定有一種「理性」。這種「理性」，凡是人類，一定都相同的。因為「是非」是自然的理性，好像冥冥中有規定的。譬如「是的」，無論那一個人，無論那一個國家，無論那一個時代，都以為是的。反之，亦

然這就是自然法 (Jus naturale)。在英文中是 (Natural Law) 這種法律，好像是上帝給我們無論那一個國家或者那一個時代，都是一樣的，我們個個人都能享受的。等到中古時代，黑暗時期，北方的野蠻民族，往南的打下來，羅馬就亡國，文化停頓，一直到第二次文藝復興的時代，有人研究「羅馬法」，纔知道有這「自然法」，於是纔有自然法學派。自然法學派，我們可以說是法律哲學的嫡派。他們主張，「我們研究法律，是拿我們理想中所定一個很好的標準去批評現在的法律，那麼纔可以使牠進步。」這樣看來，哲學派並不是研究法律，在現在的狀況，是怎麼樣，卻是研究法律應該是怎麼樣。簡單的說起來，法律哲學派用哲學去研究法律，不是研究 What Law is 乃是研究「What Law ought to be」因為要研究法律，應該是怎麼樣，所以這一派以為世界上是有「自然法」的，他們說，「Law is nothing but right reasoning which is common to all」所以這一派以為法律是替民衆謀幸福的，但是事實上，世界上的人類，並不是平等的，因為各人的環境不同，時有許多糾紛，不能拿一個人的權利義務和幸福作為標準，並且這是絕對不可能的。所以這一派常常說，「腦中所理想的一個人是沒有的，完全是假定這一個人應該享怎麼樣幸福，應該得怎麼樣的權利，應該盡怎麼樣的義務，再拿這一個人的抽象的幸福權利和義務來定成具體的法律，再應用到社會民衆當中。」表面上看起來，彷彿這個標準定得並不壞，但是我們仔細去研究一下，就曉得哲學派完全是在空中造樓閣，於事實上不大有十分裨補。我們知道「公平」(Justice) 是沒有絕對一定不易的標準的，一時一地都有分別。比方我們拿印度來說，印度從

前有一種風俗，如果一個寡婦在火裏燒死，是他最榮譽的最神聖的一件事，但是照我們看來，這種事是慘無人道的。所以依哲學派說，拿理想的抽象的個人的幸福權利和義務來做具體的標準，實際上相差太遠了。我們看法國和美國的革命，當時法國的人權宣言，美國的憲法，都是受自然法學派的影響。他們拿理想中的個人作標準，應該有什麼幸福權利和義務，於是他們的眼光，集中於個人，以個人為單位，於是將國家的權利，極力的縮小，個人的自由，極力的擴充，使得國家無力干涉。但是這種種的情形，雖然受哲學派的影響，也是受專制太過的反應，所以要極端發展個人的自由。不過這種理想，於政治哲學上，卻發生問題。政治哲學是說，「國家是無數的分子聯合組織起來的。」而法律哲學派是「以個人為本位，用種種方法抵抗有組織體的國家。」這種學說，不是好的現象呢？我現在可以拿具體的事實來證明一下。

美國的憲法上，是有一條「契約自由」的規定。比方我國為生活非常困難，可以到資本家或者廠主那裏去同他講，「我願意一天替你做十六點鐘的工，希望得到三塊錢的工資。」我同他訂契約，如果他也很歡迎的訂了，這完全是個人的自由，我願意訂這個契約，他也願意訂這個契約，雙方一點沒有強迫，照理國家不能干涉的，如果去干涉，就是侵犯個人的自由。但是我們想這種契約，是否良好，國家是否應該容忍這種契約的存在，當然是不可以的。不過照前面講的，以個人為本位，政府是沒有方法可以去干涉的，所以美國的憲法，在從前大家以為是很完備的，其實是不然，因為拿個人對國家對抗，處處注重個人自由，忘了人民同國家是聯合組織體，決不

是抵抗的敵體。我們看美國的大理院，天天用種種方法去彌補，已經成的憲法的缺點，使得牠能夠一方面符合現在新的政治，一方面擴張中央的權力，縮小個人的極端自由。照這一點看來，哲學法學派的理想，同事實確是相差太遠了。

這一派法律的方式，是不拘定人，無論成文法和不成文法，都可以的，不像上邊所說的歷史法學派，有拘定的。不過這一派最大的一種短處，就是太玄想，離開事實太遠，而且把法律的標準，定得太呆板太淺狹。我們是曉得世界的事情，沒有永久不變的，就是理想也是隨事實變更的。

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

## 六 社會法學派

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

我們說，「人類是社會的動物，」社會生活一定自有牠的目的。把範圍擴大一點說，「全世界是一個大社會，假定社會上有一個人犯了罪，這個罪惡不是他一個人犯的，我們在這個社會中的人，個個要替他負責任。因為他的環境，同現在的社會上種種犯罪的惡因，是大家所種的結果，在表面上，是他一個人犯罪，不知道全社會

都受這種惡果。」再進一步說，「社會上出了一個了不得的學問家或者一個政治家，我們可以說，他的學問，並不是他個人的學問，他的發明，也不是他個人的發明，實際上他不過是社會的一部留聲機器，代表這一個時代的學說。」所以社會生活自有牠的目的。既爲有目的，我們的法律，假定是爲個人的，那麼太把社會生活的目的抹殺了。因爲要使法律注意到社會生活的目的，所以有社會法學派的產出。

社會法學派產生的時間還不久，哈佛大學的法學教務主任滂德，便是在美國這一派的領袖。德國的 Philch 和法國的 Duguit，也都是這一派的健將。我們中國關於社會法學派在國際上有地位的，就算東吳法學院院長吳經熊博士了。吳先生新近出了一部法學論叢，頗能代表這一派的思想。

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

這一派中，又分爲三個支派，各有各的背景，就是：

(甲)社會化的功利主義學者，

(乙)新康德學派，

近代法律哲學之派別和趨勢

(丙)新黑格爾學派，

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

但是對於公道的標準，也不是絕對的。我可以拿一樁時常發生的案件作個例子。比方我們的汽車夫有沒有開車護照，沒有當地行政機關所發的照會，汽車夫當然是不能開車的，假定雇好了車夫以後，在路上撞傷了人或者因傷而死了，這個責任，當然汽車夫是要負的，因爲他有玩忽業務的罪。但是在英美法雇主卻有負擔賠償撫卹金或者養傷費的責任。照道理講，這是不公道的。因爲這是汽車夫不小心。坐車的人，並沒有罪啊！何以要他出錢賠償呢？但是我們要曉得，這種汽車的發明，都是社會物質文明進步，適應民衆生活的需要而產生的。這一般被汽車撞傷或撞死的人，是物質文明的犧牲者，我們享受這種物質文明的利益者，賠償他們是公道的。再

從社會經濟方面說，有汽車的或者雇汽車的人，大多是有錢的，他們多負擔一點金錢的責任，使得死傷的家族，能夠確實的得到一些養恤金，也是極公道的。所以照這一派的主張，並不是普通的抽象的公道，卻是實際的社會生活上需要的公道。比了上面的分析法學派歷史法學派和哲學法學派玄想派，進步多多了。

對於社會化的工利主義，學者應注意的，有五個特點：

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

(二)非機械的 法律的條文是死的。但是法律的解釋，是不可機械的。

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

(四)處罪問題 這個問題，實施起來很不容易，理論卻是很不錯的。他們說，要定一個犯罪人的罪，應該要注意各方面，方纔可以定罪的輕重。譬如他犯罪的危險是怎麼樣？他對於社會擾亂治安的程度是怎麼樣？對於他將來悔改的希望有多少？所以這個犯人，如果犯的罪很輕，悔改希望很少，將來犯罪的可能性是很多的，那麼

法官不妨把他的罪定得重一點。假如一個犯人的罪很重，而他悔改的希望很多，將來犯罪的可能性很少，法官就可以自由把他的罪改輕一點。」所以這一派對於科刑問題，主張要使犯人能夠人人得到適當的處置。這種分別的處罰 (individualization of punishment)，確是這一派比較最好的一種主張。

(五)立法及達到法律目的的方法 這一派說，「立法是達到法律目的的方法。」換言之，假定我們在此地定法律是很容易的，隨意的寫幾條，參考書也很多，可以隨便抄幾句，但是事實上，在立法的時候，我們要知道這種法律適用在那一個環境，爲什麼要訂這種法律？有沒有意義？社會上有沒有需要這種法律？如果社會上確是需要這種法律，究竟希望達到那一種目的？有了這幾點觀念，我們去立法，方有目的，纔可以達到社會需要的目的，決不是由我們隨便的敷衍的，或者去抄襲外國的許多法律，就可以實行的。

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

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

關於這一派有二個特點：

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

(二) 社會思想的學理，做法律的標準。這一層，在社會法學派是很要緊的。換言之。不要以個人為單位，要以社會生活的目的需要以及這時候所發生的法律觀念，做我們立法的目的。如此這一個社會，這一個時間，所需要的什麼法律？或者過了一個時期，所需要的法律，一定也變了。所以這一派是主張沒有永久不變的法律的。另外還有二個主要的原則：

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

(二) 法律的規定，可不使服從法律者不能生存。法律規定絕對不可以使服從法律的人不能生存。這個意思，我可以拿一個譬喻來說明：在上海營業失敗的人很多，現在假如一個人營業完全失敗了，欠的債很多，沒

有方法去履行，法律上訂得很明白，債權人可以要求債務人清償，但是決不能使債務人因服從法律，沒有方法維持他的生活。因為無論債務人或債權人，都是社會的一分子，由許多的分子，纔組織成一個社會，如果一個人不能生存，全體的生活，就發生影響。所以根據這一點，一個人做生意失敗，沒有力量履行債務，至少要維持他的生活，無論那一個債權人對他法律起訴，他是應該服從的，但是不可以因服從法律而使他不能生存。（外國的 Homestead Law）譬如做律師的，決不能把他事務所裏的法律書籍拿去抵債。做醫生的，也決不能把他醫院裏用的器具，拿出去抵債。因為這許多，都是他們維持生活的必需品。不論那一個債權人，都不能夠動的。

（丙）新黑格爾學派 這一派是以德國的柯拉（Kohler）為領袖。他說：「法律是我們人類文化的結果。」這「文化」兩個字，範圍是大一點了。我們平常說「文明」（Civilization）是狹小的。柯拉所說的「文化」，是 Kultur 比 Civilization 範圍廣一點。Kultur 的概念，包涵言語，文字，宗教，政治，科學，天然環境及經濟生活。柯拉是用歷史的眼光研究法律的現象和人類進化的狀況，用政治的眼光研究現在各民族各國家已成的制度，用哲學的眼光批評現在的法律研究將來法律應該達到那一種目的。所以因這個原因，社會法學派，不但是研究已成的法律制度和強大的民族的法律。並且再注意到將來的法律制度和現在野蠻的弱小的民族中的法律。所以他們再進一步，就研究人種學（Ethnology）了。他說：「沒有擴大的比較是不行的。」所謂「比較」一方面拿現在的人同古時的人用歷史去比較，一方面再拿現在的文明國家同野蠻民族去比較，纔可以知

道法律進化的程序究竟經過什麼必要的手續。」

他還注意到法律同社會史的關係。他說，「法律是社會生活上所需要的，而社會史一定也可算是社會進化的紀錄。所以往往要應付社會的要求，訂出法律，因為有這種法律，社會上就有更新的要求。法律與社會生活互為因果發生密切的關係。」所以他又說，「立法的人並不是任憑自己的聰明用無上的威權來定法律的。我們簡直可以說，立法者是一個時代的發言機。」

「法律用社會化的解釋。」這一點觀念，滂德曾舉出許多例子來說明，意思是很好的。譬如美國的憲法，是在美國革命結束後所製定，到現在已經有許多年了，內容並沒有變更。但是在事實上，我們不能不承認在那製定這憲法的時代，所有的環境，所有的政治現象，所有民衆生活的要求，一定和現在的環境，政治現象以及民衆生活的要求不同。可是這種成文法的憲法，要去修改，一定有許多困難，而且社會是天天在那裏發生新的環境，新的經濟狀況，如都要用修改的方法去應付。事實上也做不到的。所以唯一的救濟方法，就是就已成的法律，逐漸用社會化的解釋來發展牠。這種把已成的法律應用到新環境，就是社會化解釋的作用。譬如瑞士在從前許多的工廠，都用水蒸汽的機器，政府方面欲使工人安全，不至於受危險，就用法律規定，用水蒸汽的工廠，應如何設備，應如何保護工人不至受傷害。但是自電汽發明以後，有些工廠，即用電汽的機器，這種工廠在法律上既無規定，似可不必依照舊法律的設備。但是如果照社會化的法律解釋，就可以知道從前立法的人，為什麼指定關

於水蒸汽工廠的法律，都是因為水蒸汽有危險許多工人時受傷害，才有這種法律的規定，目的完全是為工人的安全。明白了這一層意思，那麼電氣的工廠，當然也包括在內，不必另外訂出一種新法律來規定電氣的工廠了。大概所謂「社會化解釋」是和黃梨洲先生所說「法外意」是相同的。

我們再進一步去看，從前羅馬同中國一樣他們的家族制度，女子是不能承繼祖業的，如果一個人沒有兒子，祇可以由姪子或遠房的男子去承繼，女子是不能承繼的。但是後來羅馬的家族破壞，就時常發生爭執，法律既不能更改，糾紛又不時發現，所以很困難去解決這個問題。後來有一個很聰明的法官，他就說，當時立法的人，因為有家族制度，纔規定男人承繼的法律，現在家族制度既已破壞，女子就同男人是一樣的了。

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

# 關於現今法學的幾個觀察（註一）

吳經熊

## 一 現今的時代精神的概觀

我們如果要澈底了解現今的法學的趨勢，我們先須明白現今的時代精神的真相。（註二）法學不過是思想的一個支流，當然免不了受那風行的人生觀和科學思想的影響。思想是不經而走的；思想是無孔不入的。法學是無時不在時代思想浸淫之中。

那末，現今的時代精神究竟是怎樣的呢？用一句總括的話來表明，我們可以說是懷疑和中心思想的缺乏。（註三）這話不是我自己杜撰的；現任哈佛大學法科教務長的龐特先生已經先我說過了。他在「自由主義之擯棄」（註四）一文中，對於現代知識界的風氣，是說得最痛快淋漓的。依他的觀察，二十世紀的特徵剛剛和前三世紀成一個對照。十七八世紀的時候，人們所信賴的是性理；在十九世紀，人們所信賴的是進化。雖然所信賴的有些不同，但其有所信賴則一。到了二十世紀，試問我們還信賴着什麼呢？沒有信賴，和無所信賴，這便是現代的特色。

先前認為永久不變的，現在便認為一種幻想。先前認為神聖的，現在在被打倒之列。先前認為絕對的，到現在變為相對化了。尤其在青年的學生，——龐特先生這樣地說，——他們好像睡夢初醒，再不受理性主義和那

十分樂觀的進化論的催眠了。

龐特先生於是「左右逢源」地引徵了許多例子，來證明他的觀察的真確。無論在心理學，物理學，幾何學，化學，生物學，政治學，經濟學，歷史學，文學，哲學，論理學，乃至於法學，總之，對於過去的簡單的和絕對的通則，一樣的懷疑，一樣的不信賴，一樣的不敢請教。比方在心理學吧，所謂「知能」已經唾棄了。（註五）我們不承認有永久不變的「人性」。在化學吧，從前所認為最低的物質單位的原子，現在認為一個極其複雜的太陽系；有幾位化學家簡直把原子當作「一細的可能性」（A bundle of Probabilities）看待（註六）這可能性不是必然的，不過是或然的罷了。論到幾何學吧，從前是把歐几里得奉為一尊的，新近便有所謂非歐几里得的幾何學。歷史學的變遷更為明顯。從前的士夫往往很素樸地以「歷史上的事實」為出發點。他們的口頭禪是「歷史這樣告訴我們」。但是現在的歷史家的頭腦是比較地複雜了。他們現在感覺到所謂「歷史上的事實」之不可靠性。因為歷史的記錄不是將一切過去的事實用照相和留聲機的方法忠實地有事必載，有聞必錄的。「要不然的話」——龐特先生很幽默地說，——「我們如果要寫一部美國的歷史，其所廢的光陰將和實演美國的歷史一樣地悠久的了。」所謂「歷史上的事實」已是經過了一度主觀上的解釋，選擇，本末的排列，和潤色。所以歷史和小說相去無幾，——它們都是從心的篩管中篩出來的。因為人心之不同，正如其面，所以各人所篩出來的「事實」，是千變萬化的。我們如果用「歷史上的事實」來辯護我們的主張，那真同一創基冰泮之上，立足枳

棘之林，」那裏能夠穩定呢？哲學更是不必論了。先前認爲天經地義的原則，現在的一般青年學生祇認爲簡單頭腦的表現。哲學是從一元論轉到多元論了。先前以爲必然的，變成偶然的了。先前以哲學是屬於理知的勢力範圍的，那裏知是具有普遍性的。現在是注重個人的直覺，——因環境的不同，識力的深淺，乃於至生理上的區別，所以各有各的見地，各有各的獨到之處。沒有一個人可以壟斷全部的真理。（註七）

現代的青年——龐特先生又說——有一種「率直」的「坦白」的「老實不客氣的」風氣。在他們的心目中，「進步」是做夢，「共和」是欺人之譚，「教育」是勞而無功的，「法律」是紙糊老虎，行不動的，「邏輯」是學者的玩意兒，因爲邏輯全仗你的出發點的，而究竟從那裏出發，是悉聽尊便的。

到處是懷疑，到處是推翻絕對性，永久性。神聖不可侵犯性。這實在是一個打倒偶像的時代！

我在本節結束之前，要聲明幾句話。時代精神是不是這樣是一個問題。至於我們對於這個時代精神應不應該加以附和，那是另一個問題了。我自己關於法學的積極的主張和建設的嘗試，現在不在話下，祇得俟諸異日於另文中將它們發揮一下罷。

## 二 法學的開放

前節所述懷疑的相對化的精神，當然免不得也侵入了法學的疆域。更真確些說，社會科學中間的址界多已泯滅了，所以連疆域都談不到了。

現今的法學是從閉關自守的狀態轉到門戶開放的境地了。關於此點，請聽那位世界著名的證據法大家魏格摩先生的證言罷。他說：『當我開始學業的時候，一切的科學都有它們各別的區域的。各一個區域即為研究的單位，也就是職業的單位。除出我們在職業上所應研究的那個區域之外，誰也顧不到其他的科學了。現在那般情形已是過去的了。我們眼見得區域間的隔板一概都被推翻了。那界限的痕跡固然未盡泯滅；但是現在誰也不能專研一科而不顧那和它鄰近的科目。這真是一個不注重哲學家所謂形式的時代！無論在科學，在哲學，在行為，不拘形式是這時代的特點。一個數學家同時也須學些邏輯，化學，和生理學。一個生理學家同時也須學些地質學和化學。法學家同時也須研究些哲學，社會學，經濟學——什麼不應學呢？』（註八）

原來十九世紀——我們如果可以籠統地說——是一個傾向於專門化的世紀。各種科目都在分道揚鑣地向內進展。（註九）這個風尚當然也影響了法學。固然也有許多法學家對於文學有相當興趣的，但是他們把文學祇當作一消遣品，誰也不會想到將文學上的教訓適用到法學身上去的。在法學中間，復分為許多部落。於是有民法，刑法，商法，訴訟法，國際公法，國際私法，憲法，行政法，和法制史之類的專家。其中也會再分成比較更小的地盤。譬如民法中，就會有債權法，物權法，親屬法，繼承法等等的專家。債權法中，復分成契約法，侵權行為法種種的專家！這種辦法自有它的長處，就是能使一個研究範圍當中的細微曲折都描寫出來。但是流弊也是不免的。第一，注意小處，便會忘記大處。這叫做舍本逐末！法律的各部分的共同之點和互相聯絡的線索是怎麼樣的？

律對於人生能有什麼供獻？法學在一切知識中處什麼地位？這些問題都被忽略了。結果是那般專家變成有學問的癡子。第二，因為各專一科的緣故，他們就往往把界限劃得太嚴格，久而久之，以為這些界限是自然的分界。風不進，雨不出；兩個疆域之間是永遠不會發生關係的。但是在事實上，當然有許多模稜兩可，不容嚴格地歸到那一類的現象；這些事實正因不便於分類的緣故，就為各專家所唾棄了，於是成功一種「三不管」的怪現象。生活是不能牢籠在幾個現成概念當中的。專家儘管守着他們所心愛的概念，同時生活在不斷地變遷，創造新鮮的花樣；於是那和概念格格不相入的事實一天多似一天，結果不免對那一成不變的概念革起命來，維翻舊有的秩序，暫時遂陷於混亂的狀態了。

因為要糾正法學的孤獨化的趨向，現代的法學家大都注意法學和別的學藝的關係。他們當然也很注意法律和其他社會勢力的關係。我們祇須一看下列書籍或論文的標題，已可略見這個趨勢的一斑了。

『法律和道德』(Pound, "Law and Morals", Chapel Hill, 1923).

『法律的社會和經濟問題』(Pound, "Social and Economic Problems of the Law", The Annals of the Academy of Political and Social Science, Philadelphia, March, 1928).

『邏輯方法和法律』(Dewey, "Logical Method and Law", Philosophy and Civilization, pp. 126-140).

『法律和社會科學』(Nathaniel Cantor, "Law and the Social Sciences", American Bar Association Review).

關於現今法學的幾個觀察

『法律和人種學』(Huntington Cairnes, "Law and Anthropology", 31 Columbia Law Review, pp. 33-55).

『法律和文學』(Cardozo, "Law and Literature", Yale Review, July, 1925).

『醫學如何能幫助法律』(Cardozo, "What Medicine Can Do for Law", An Address).

『法律和心理學』(Vinoogradoff, "Law and Psychology, in his Historical Jurisprudence", Vol. I, Chapter II).

『法律和政治理論』(Vinoogradoff, "Law and Political Theory", in his Historical Jurisprudence, Vol. I, Chapter IV).

『法律和現代心理』(Jerome Frank, "Law and the Modern Mind").

『荷墨士推事和非歐基里特的法律思維術』(Jerome Frank, "M. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking", Cornell Law Review).

以上數種是英文的著作。我們試再看看幾種法文的著作的標題。

『法律和浪漫主義』(Bonnesse, "Science du droit et romantisme", Paris, 1928).

『債權關係中道德的規律』(RIPERT, "La réglementation dans les obligations civiles", Paris, 1927).

『法律哲學和社會科學』(Haurior, "La philosophie du droit et sciences sociales", dans Revue du droit public et de la science politique, t. XLII, P. 462-467).

在德文也有下列著名的著作，可以代表上述法學的「門戶開放」的趨勢。

『論法律爲文化現象』(Kohler, "Das Recht als Kulturerscheinung", Würzburg, 1885).

『經濟和法律』(Stammler, "Wirtschaft und Recht", Berlin, 1921).

『法學的宇宙觀』(Bozi, "Die Weltanschauung der Jurisprudenz", Hannover, 1911).

諸如此類的題目，在現代的法學出版界中是最通行的。從前的法學的一種自給自足，和其他的學問『老死不相往來』的態度，在現在已一變而爲『社交公開』的狀況。我在這裏，因爲限於篇幅，不能就一切的關係加以相當的發揮，祇擬略爲討論法學和心理學的關係。

舊式的心理學是專用內省的方法的。它的中心點是幾個永久不變的「本能」。它所講的「人」已是一種設想，是抽象的，不是具體的。那「人」的「本能」更是雙重的設想了。

現代的心理學是用實驗的方法的。它並不假定什麼，祇是把實驗的結果從實地，客觀地記錄罷了。它不承認那從抽象的「人性」演繹出來的永久不變的普遍的「本能」。它祇觀察人們的行爲，它祇研究行爲和環境的實際影響和關係。假如發見人們的行爲有互相類似之點，那些類似之點也是從觀察上和用歸納的方法得到的結果，並不是起先就假定一個先天的「人性」再從這個「人性」用演繹的方法推出了許多必然的結論。假如一個人的行爲有預料的可能性，那預料的可能性也不過是根據這個人的習慣，並不是他的鬼魅似的「靈魂」所指使的。我們所認爲「當然的」事情，大多數是習慣作用。俗言道：『習慣成自然』這句話

關於現今法學的幾個觀察

是很是見地的。我們所「習以爲常」「司空見慣」的事物，便認爲「自然的」「非此不可的」文明的、道德的。對於其他的事物，總以爲不自然的、偶然的、野蠻的、不道德的。假如我們肯悉心研究一切慣習的形成，就不至於囿於成見了。

康多兒博士在他的「法律 and 社會科學」一文裏說：「說法律是理性的產品，這是個迷信。我們如果知道法律制度的穩固性實在建設於人類的行爲的習慣性，那個迷信就將不攻自破了。」

傳統的刑法學家大都以自由意志爲出發點。他們理論是：人是有自由意志的，所以對於他的行爲要負責的；這就是刑罰的理由。這裏，他們是很顯明地受了內省派的心理學的影響。照康多兒博士看來，這種心理學還沒有脫離神學的羈絆。

我個人的意思也是和康博士一致的。我以為刑罰用不着建設於自由意志的基礎之上。我們的古代的大思想家鄧析也曾透澈地說過了。他說：

「天於人無厚也，君於民無厚也。……何以言之？天不能屏勃厲之氣，全夭折之人，使爲善之人必壽，此於人無厚也。凡民有穿窬爲盜者，有詐僞相迷者，此皆生於不足，起於貧窮，而君必執法誅之，此於民無厚也。」

（註十）

我們的所以用刑罰的緣故，並不是因爲人類有自由意志，卻因爲如其不然，將無以維持我們認爲值得維

持的社會秩序了。這樣說法豈不直截了當；何必硬要把自由意志這頂時代落伍的紅纓帽兒套在人們的頭上呢？

本來沒有一個時代的法學是不受當時的心理學的影響的。不過，有的時節心理學達到了一種自足的，呆滯的狀態；法學家便會把心理學的結論當作天經地義的原則，便盲目地把整部的法學建築在那太過簡單化的心理學的上面。十九世紀的個人主義的法學就是犯了這個毛病。它的心理根據就是一個削尖了頭顱的孛孛爲利的「經濟人」。在這樣的時代，法學和心理學的關係是潛在的。

有的時節，——現代便是個很確當的例子，——過去的心理學的原則根本發生搖動；這個震盪遲早會牽連到法學身上的。於是大家對於法學和心理學的關係，便注意起來了。

文化的進展，好像走的是一靜一動的行程。靜久則動，動久復歸於靜。現在似乎是動的時代哩！

### 三 法律的淵源論——從一元的到多元的

在思想，亦如在實際生活，人們誰不想一勞永逸？那個喜歡遊魂似的在半空中飄蕩着，隨風轉流，逐物移意呢？那個不想把我們四周的萬有不齊的現象使之統一化，整齊化？那個不要一管獨一無二的鑰匙開進天地的寶庫？那個不希望用一個簡單的方式解答宇宙的啞謎？那個不願意用一個萬應散式的藥方來消除人生的一切苦痛？那個不羨慕在思想的市場上永遠守著一引只此一家並無分設的老店？

關於現今法學的幾個觀察

孔子說：『吾道一以貫之。』否則如何能踏進『無惑』知天命』和『耳順』的境地呢？孟子說：天下『定於一』老子說：『天得一以清，地得一以寧，神得一以靈，谷得一以盈，萬物得一以生，侯王得一以為天下正。』（註十一）『一』的魔力大矣哉！它差不多具有一種不能抵禦的吸引力！

可是，思想進展的行程，大都受兩種相反相成的勢力的牽制。一種是向心力，一種是離心力。向心力產自心理上的統一的要求，因為沒有統一，就不能得到安定。離心力產自實際生活的變遷，因為新事實的發見往往能打破現成的統一。當初或許還可以用穿鑿附會的技巧克服反抗的事實，到後來例外的案子太多了，於是不能不捨棄那尊貴的理論來遷就那卑下的事實。屈尊紆貴，是出於不得已的，所以合久必分，分久必合；雖則第二次合的時候，那分成當然比較那第一次的更複雜的了。

以上是講普通的一元論。現在我們可以專講法學的一元論了。

在十七八九三世紀，沒有一派的法學家不是一元論的。尤其關於法律的淵源到處發現一元論的傾向。

（甲）自然法派（註十二）這一派盛行於十七八世紀中。他們大多數是用理性的方法，根據『人性』的特質，演繹出永久不變，普遍有效的原則。那時進化論還沒有出世，他們都相信『人性』是一成不變的，凡是人自有其『所以為人』的道理在那裏。所以祇要能發明『人性』的特質，就得到了建設一切法律的最穩固的基礎。但是他們的出發點雖然是同一的——就是所謂『人性』——他們對於『人性』的論調卻是絕不一

致的。比方，那世稱國際公法鼻祖的格羅秀（一五八三——一六四五）主張『人性』的特質就是『好羣心』。根據着這個發見，他就結論凡是合於好羣心的一切行爲，即是合於自然法的，——例如守約。反之，凡是和合羣心背道而馳的一切行爲，即是違反自然法的——例如用暴力侵害他人。在個人間的關係如此，在國際間的關係也是如此。法律不以國家爲疆界的。因爲法律是從好羣心流露出來的，而國家不過是合羣的形式之一種，所以國家亦得受法律支配。

這是何等純粹的，何等高超的一個學說！『人性』爲中心點，一切法律週繞着這個中心，一刻不能出軌。『人性』儼然是一個恆星，『居其所而衆星拱之』。

可是『人性』是那樣的簡單嗎？『好羣心』是真是『人性』的『特質』嗎？霍布士（一五八八——一六七九）就不是這樣主張了。依他的看法，『人性』的特點是『互相顧忌』、『大家和大家戰鬪』。那便是人類的自然狀態。法律應該儘量地限制這個情形，能執行這個使命的法律便是自然法。自然法是對於自然狀態的一個糾正的方法。他的根本的大前提是各人應該保全自己的生命。他說：『自然法則者，即理性所發明的一個規範或通則，禁止人們爲一切足以毀損其生命及一切掃除保障生命的工具，同時並禁止其忽略對於生命之最高限度之保障。』這是自然法的定義。若單就這個定義而論，似乎祇須保全自己的生命，無須保全人家的生命了。但霍布士說，正維要保全自己，所以和平爲尚。所以他根據上述定義，制定第一個自然法則：人人須求和平，——

「假如這個和平有求得之希望的；可是，萬一不能求得和平時，則可出其全力，用其全知，以謀制勝於人。因為欲求和平起見，所以每人當限制自己的自由，像他希望人家限制他們的自由一樣。這第二個原則，他說是從第一個原則推演出來的。他還引徵聖經上的『黃金律』：『己所欲人施於己者，亦施之人』和一句拉丁格言『己所不欲弗施於人』(Quod tibi non vis alteri ne feceris)，兩句話來證明限制自由之必要。(註十三)

雖然霍布士和格羅秀兩氏的對於『人性』的詮釋大相徑庭，但以『人性』為一切法律的唯一源泉，理性為發明一切法律的唯一方法，這是毫無分別的。一個主張性善，所以理性告訴我們法律應當儘量地發揮這個『人性』；一個主張性惡，所以理性告訴我們法律應當限制這個『人性』；或說得確切一些，制定種種規則務使人人無用再行互相顧忌。

其他法學家，像蒲芬道夫(一六三二——一六九四)和湯馬秀士(一六五五——一七二八)也是以『人性』為出發點的。不過他們對於人性也是各有各的見解的。蒲氏以為最能代表人性的是「各人覺得自己的能力的薄弱」；湯氏則謂人的唯一欲望是「長壽和快樂的生活」。總之，都不能逃出一元論的風氣。

(乙)歷史法學派 這派可分先後兩個時期。先期的代表人物是德國的薩維尼。後他的代表是英國的利梅因氏。梅氏的供獻是關於法律的進化論的，不在本文討論範圍之內。現在且專講薩氏的學說。薩氏生於一七七九年，卒於一八六一年。他當然沒有受過達爾文的進化論的影響。(達氏的物種由來是在一八五九年纔

出版的。)他雖然窮其畢生之力研究法律的——尤其是羅馬法的——歷史，可是不大注意到法律的進化的軌跡。他不過主張歷史的連續性罷了。他所最注意的是民族性的推求。他主張各民族有獨立的人格，有它的與衆不同的靈魂。這個民族魂便是民族的一切法律的泉源。法律祇能隨民族靈魂生長着；不可用個人的主觀的衝動來拔苗助長的。個人雖是民族的一部分；但民族自有它的靈魂，和個人不可同日而語的。民族是永遠生存的；它有悠久的歷史，它的思想方式是祇能逐漸地改變的，我們不能憑旦夕間道努力將一切過去和現在的法律生活一筆鈎銷，並且另起爐竈地建設一個嶄新的秩序。

要澈底了解薩氏的學說，我們先須認識他所處的時代背景。我們大概都知道法國的拿破倫法典是在一八〇三年頒行的。當時德國的法學家也頗有主張須編訂一個全國通行的法典。那位赫岱爾堡大學的教授梯堡脫氏，即其一人。他在一八一四年發表了一本小冊子題爲『一個通行德國的法典之必要』。同年，薩氏也發表了一本小冊子叫做『現代對於立法和法學的使命』裏邊竭力地否認編訂法典的需要。他不主張用立法的方法來改善法律；他主張用法學的工具來發展現有的材料。(註十四) 依薩氏說，自從十八世紀中葉以來，『全歐的人士皆醉心於一種盲目的建設衝動。對於過去各時代偉大的成績，對於各種社會和制度的自然發展，對於歷史上一切健全的和有價值的，一切加以抹殺；起而代之的祇有對於現代的奢望，以爲能馬上跨進一個絕對的完全的境界。』(註十五)

我們知道，在薩氏的時代，近而法國，遠而美國，都是經過革命的。革命時代的思想往往是有祇重現代不顧過去的傾向。比方，美國的政論家捷非兒生在一七八九年致梅狄生函中就說：『地球是屬於生存着的人們；已死者當然不能有什麼權能或權利。』他主張每十九年要更換一次憲法；因為前代人所制定的憲法，它的生命當然須和前代人同歸於盡。（註十六）我舉捷非兒的話，不過要證明當時思想上的，一種通行的風氣。在這個場合，我們也難怪薩氏的反動。他是一位比較地穩健的法學家，他的不能輕易附和那些急進派的主張，是勢在必然的，但要貫徹他的反對，他當然要想出一種學理以自圓其說。所以他竟會上訴於『民族靈魂』。他的意思是，現代的人們在民族的汪洋無際的大海中不過是一種暫時的波瀾罷了。個人想和民族抵抗，那是雞子攻泰山焉得不破呢？

但是薩氏雖逃出理性的一元論的牢籠，他自己卻又跳入『民族靈魂』的一元論的藩籬。最可笑的是他一方面提倡用歷史的方法來研究法律，一方面卻又捧出一尊神祕不堪的『民族靈魂』。他自己也承認這個靈魂是形而上的，而且不能用文字上的證據來證實的。（見他的巨著『現今的羅馬法』（註十七）他所列舉的唯一的證據是心理的。他以為假使沒有民族魂在人的心中促醒一種公同的思想，那末，怎麼會有公認的法律呢。人們又沒有訂過社約，而同時卻不約而同的承認一種法制，這是何以故呢？豈非冥冥中有一個超個人的靈魂在斡旋於言論之外，在喚醒人們之信仰？民族靈魂定不是那永遠不涸的泉源，永遠光輝的太陽，而一

切的法律現象豈不是從那泉源中湧出來的支流，從那太陽射出來的光線這是個多美的幻景呀！可惜祇是個幻景！

薩氏的社會心理學實在是太幼稚了。我們如果要說明一種習慣的形成這其間的原因是極爲複雜的，——例如人們的惰性，迷信，服從心，模仿心，社會經濟的環境，偶然性，等等——怎麼能用一個不可思議的獨往獨來的靈魂來搪塞呢。薩氏是反對自然法派的，但他自己卻又偷天換日地捧出一個民族魂來，其結果是和自然法派一樣的素樸。再有一層，對於歷史的民法本來沒有可議之處。但是我們如果把他當作了研究法律的不二法門，結果就會墮於泥古不化的境界，——正如德國的大詩人歌德所詠的：

法律和權利正同惡疾一般，

永久不療地，在遺傳，在延蔓。

這一節的詩，薩氏雖然也會在他的巨著『現今的羅馬法系』（第一卷，四十二頁）中引徵過的，但是他說這不能歸責於歷史的方法的誠然！但專恃歷史的方法，擯棄其他的方法，其流弊卻是如此。荷墨士推事說的好：『我們知過去的連續是不過勢所必然的罷了，但決非道德上的義務。』（註十八）因爲既是必然之勢，那又何用我們的擔憂呢，我們儘管放心地用別的方法去改進我們法制罷了！

（丙）分析派的法學 十九世紀的分析派法學家是以當時的現成法制爲張本的，其目的是在於各種法

關於現今法學的幾個觀察

律中尋出共同之點，而加以分析。他們再也不顧法律的過去，更不談法律的將來，祇研究現在的法律而且於現在法律中祇研究抽象的部分，例如，權利的元素，法律的種類及其形式上的排列。很像植物學家有時在整株的樹上橫截地割一塊下來，洞幽燭微地觀察那塊木頭的內部組織，紋路的布置，漿質的成分和微生物的性質等等的現象。這個當然也是研究的一個方法，其實用是不能否認的。

但是我們不可忘記這不過是許多方法當中的一個。若以此奉為法理學的獨一無二的方法，那末法理學就變成一種狹而又淺的學術了。然而，有一位分析派的法學家——荷蘭氏——竟將法理學定義為『一個研究現實法律形式的科學。』（註十九）法理學對於立法的方針是不贊一辭的。

這是關於他們的立場和方法的。在內容方面，他們更是帶着一元論的色彩了。他們認為一切的法律是國家所制定的。每個國家中，有個政治上最高的權威，法律便是從那個權威流露出來的。

這派的鼻祖——奧斯丁氏——說：（註二十）法律是由一個獨立國家中在政治上居上位者對於在政治上居下位者所設定的一種規範。

仔細分析起來，這個定義是在邏輯上站不住的。第一，所謂政治上居上位的和政治居下位的，這已經是一個法律上的區別了。那個是在上的，那個是在下的，那部分是發號施令的政府，那部分是應受指揮的人民，這些豈不是屬於憲法範圍以內的問題麼？要說憲法是法律，那末，上述的定義似乎太狹窄的了，因為他不能包括憲

法。要說憲法不是法律吧，那末，法律的觀念似乎又太狹窄的了。比方，在英國，那至高無上的立法權是屬於所謂『皇帝在國會中』(King in Parliament)，但一般法學家卻認為這個立法權之寄託是英國憲法上的一個根本原則。我們似乎不能任意地說憲法不是法律之一種。但是這個憲法原則是那個制定的呢？

再進一步說，所謂『獨立的國家』也是一個法律上的概念。現今的國家大概多已承認有服從國際法的義務了。即使在實際上有違背國際的行為，但是它們總也強辭奪理地否認有什麼違背的地方。這就可證明國際法是大家認為有法律的效力的了。但是奧斯丁氏和荷蘭氏都不承認它為法律，以為不過是一種國際間的現實的道德罷了。

從前有一位國際公法專家華爾凱兒氏(註二十一)在他的國際法史中批評奧氏，說他的定義在邏輯上或許是可通的，但在實際上卻是不可通的。依我的看法，非但在實際上，即在邏輯上，奧氏的定義也有瑕疵的。因為他用法律上的概念制定法律的界說，這何異說『法律者乃一種合法的規範也？』況且他對於不合於他的定義的法律，一概否認其為法律，這也未免太武斷了。現代的法學家對於法律的有一個根本的改革。他們大都認為法律是一種有實行的蓋然的規範。這個界說似乎比較地切於事實的了，因為無論於國內法或於國際法都能適用的。但是關於這點我擬在本文的另一節裏詳細地討論，此處無用贅說了。

在這裏我所要交代明白的就是，即就國內法而論，也不能說一切法律是『那政治上居上位者』所制定

的。法律的淵源不一而足。民間的習慣，和法學權威者的意見，對於法律的總和實在有很大的供獻。瑞士民法第一條便開宗明義地說：『凡在本律文字或精神以內的事件，都受本律的支配。在沒有法律規定可以適用的時候，則推事依據習慣法而為裁判。假如沒有習慣，即依據他為立法者時所欲訂定的規範。在這個場合，他是取法於公認的學理和判例的。』我國的民法第一條說：『民事，法律所未定者依習慣，無習慣者依法理。』這不是對於法律的淵源抱一個多元的觀念嗎？倘若有人非難我說：這兩條不都是法律的條文嗎？推事之所以可承認習慣和法理，還不仍然根據條文嗎？我將回答道：即使沒有這種條文，在實際上推事也照樣地承認並適用習慣和法理的，不過暗藏一些罷了。所以這些條文是表白性質的，是敘述現實的事實的。尤當注意的是瑞士民法在這條裏面簡直一面沒有應當如此做去的語氣，祇說推事是在如此做的。

#### 四 司法的藝術——從古典的到浪漫的

在十九世紀中，無論在大陸法或在英美法，亦不拘什麼學派，對於法律有一個最通行觀念，便是法律是先案件而存在的。『法律不追既往』這個格言，是共和的原則和法治的基本概念所要求的。倘若先有案件發生，然後臨時設定法律，那末，在人民方面未經受了相當的通知，任憑推事們主觀的公道觀念臨時裁判，這不又是專制了嗎？這不又放棄法治而重行人治了嗎？

因為有這種先入為主的成見，所以法學家大都非自覺地相信法律——現行的法律——是能概括一切

事實的，是天網恢恢，疎而不漏的。雖然有時他的指示在表面看來不見那樣清楚，但是我們如果推敲到底，總會找出一條可以適用於目前的案件的規範。總之，是無須臨渴掘井地來創造的。

(甲)英美法系 在英美有所謂「普通法」那是取之不盡，用之不竭的。鮑爾特文推事就說：「普通法關於任何一點——至少在理論上——是在任何一案發生之前，早已存在的並可適用的。」(註二十二)卡兒脫兒氏更透澈地說：「司法官當然不能立司。至於每件案子總已有一個現存的規範可以為判決的根據，這也毋容疑義的。我們祇要盡心竭力去搜討，就是了。推事和律師都是這搜索法律的事業上的夥伴。和那待判決的案件相彷彿的例子都舉出來了。類似之點都指明了。人們的習慣也是重要的暗示。已定的根本原則當然也在這個搜索中的有力幫助。末了，一個可以適用於本案的規範尋繹出來了。在這個程序中，我們發見很明白的四點：(一)整個的程序不外搜探法律而已。(二)所要尋的是公道的法律。(三)大家潛默地假定在探尋的夥伴之間公道的感覺的一致。(四)探尋的地盤不外習慣，商情，人民的生活方式，和先前宣布的規範。」(註二十三)

總之，搜尋法律是同小孩子的捉迷藏的玩意兒一樣的。案情無論怎麼新奇，總是能在現存的法制中間找出一條藏匿着的可以適用的法律來的。法律是完成的，是包羅萬象的，是徧被的慈雲，永遠覆在社會一切的上面。

這個理論是素樸極了。法律的日新月異是不可否認的事實。難道我們可以說現在的普通法已潛存於中

古時代的普通法了嗎？

最近二十年間，美國的最高法院遇到勞資糾紛的案件往往在推事間不能一致的見解。有許多案件，九位推事之中，五位是主張甲說的，四位是主張乙說。判決當然是從多數的意見。不過問題是難道那四位的推事都是飯筒，竟會有眼不識泰山地連現存的法律都找不到嗎？如果這樣，他們的偵探的能力未免太幼稚了。

其實在許多案件，沒有什麼潛藏着的規範可尋的。推事們惟有斟酌地創立新法。在創立新法當中，當然難免有見地上之紛歧。

(乙)大陸法系 在十九世紀的時候，執歐陸法律生活的牛耳的，要算法蘭西的拿破倫法典了。這個法典是理性主義和個人資本主義的產品。當其時，法學家大多數相信可以用理性的方法，一氣呵成地制定一部普遍有效，千古不刊的完整的法典。

律文是法律的唯一淵源。司法者當然沒有立法的權能。所以拿破倫法典一方面不許推事們藉口於法律的潛默或模糊欠缺，拒絕受理，（見第四條）一方面則又禁止他們不得於判決中制定具有通性的規範。（見第四條）

這樣，司法者的職務就是解釋和適用現成的法律，他們是絕對不能創造新法律的，也不能引用判例來作判決的根據的。法律是制定於事實發生之前，判決是在事實發生之後，加以法律的制裁；倘若推事們能於事實

發生之後創造法律，那豈非根本違反「法律不溯既往」的原則了嗎？（見第二條）

總之，司法者非但不能改革法律，並且也不能補充法律的罅隙——即使有罅隙的話。這個論調在十九世紀是很通行的。律文是萬法之原；司法者是一部留聲機罷了。密勒氏在他的名學裏所說頗可代這一路的思想。他說：

「在有法典的國家，司法者判決案件用不着研究在原則上應何所適從，他只消問那條律文是該適用於當前的案件，他只探求立法者關於此種案件的真意。他所應採的方法便是三段論法。」

在這個三段論法，大前提當然是律文，小前提就是當前的案件，那結論便是判決了。

利亞兒氏 (Liard) 在他的「法國的高等教育——自一七八九年至一八九三年」書中也說：

「法律就是成文法。所以法律學校的任務是在教授怎麼解釋律文。因此，他們的方法是演繹的。法典中的條文是一羣的原理，證明這些原理的聯絡，和抽釋它們的結論，那便是法學家的所有事。一個純粹法學家是一個幾何學家。純粹的法律教育是純粹地邏輯的。每個法官或律師如能分開種種案件的亂麻使它們有條不紊地歸入於各種條文統治之下，這樣纔算盡了他的能事哩。這樣纔叫解紛哩。」

這些論調是假定成文法中是毫無罅隙的了。但是萬一發見了罅隙，司法者應怎麼處呢？關於這點，那位正統法學派的代表羅朗氏 (Laurent) 便說：

關於現今法學的幾個觀察

「解釋法律者是沒有創造的權能的，他們不能修正或補充法典的。這是不是說他們的地位就此降底了嗎？這是不是說那成了法典的法律就此不得進步了嗎？非也！解釋法律能夠並且應該把一切的罅隙，缺點和過失指點出了以備立法者的參考和採擇。」

講來講去，一切法律的淵源還仍在立法機關，而司法者仍然不得創造法律。不過，理論是一件事，實際是另一件事。書面上的法律是一件事，事實上的法律是另一件事。

對於上述古典派的法學理論，最近數十年來，在法國法學家已經起了一個軒然大波的反抗運動。它的先鋒便是囊西大學的民法教授截尼先生。在一八九九年他便發表了一部最有價值的書叫做解釋的方法和私法的淵源。（註二十四）裏面把那傳統的立法一元論批評得體無完膚。傳統學說的出發點是「成文法是徧覆普被的，足以解決一切的法律問題」截氏則主張在法律生活中成文法不過是許多淵源中之份子。餘如習慣學說和司法者的「自由的科學的發明」都是於現實法律的總和有極重要的供獻的。

其他的法學家如狄驥氏在他的拿破倫法典以後民法的遷變的統觀，如歐利烏氏在他的公法的原則，如客露侯氏在他的法的健全和律的衰弱，如摩來因氏在他的事實對於法典的革命，如雷拿兒氏在他的法律邏輯和常識和律的價值，如婆納卡士氏在他的法學和浪漫主義，如助薩郎氏在他的權利的性質及其相對性——無不對於傳統的學說有所攻擊。（註二十五）雖則他們自己也許有立場上的出入——有的是屬浪漫派的

有的是帶些玄學的氣味的，有的是想用科學方法來改造法學的，有的是以事實爲出發點的，有的是以道德爲前提的，——但是，他們對於舊式的古典派的法學，總是衆口一聲地表示個不滿。最能揭示現今的法國的法學的風氣的是截尼所引自莎士比亞的詩句：

宇宙之大，無奇不有，

你的哲學，夢想未周！

德國的法學家如愛兒利舒氏在他的法律邏輯和自由的判決和自由的法學，如柯拉兒氏在他的成文法的解釋如格墨林氏在他的法學到那裏去；福喀士氏在他的法律和真理，又如奧國法學家吳次兒氏在他的法律的思維術，——他們對於那限於三段論法的解釋方法無不加以碰擊或甚至於嘲笑。（註二十六）愛兒利舒說得最有勁：

「在人們的天賦才知中，邏輯的精細是最無出息的了。在我們德國的神話裏面，魔鬼往往是一個很辯結的論理學家，這其間確含深遠的意思。」

## 五 結尾的幾句話

讀者念完了本文，也許會不耐煩地提出質問道：「你的題目是關於現今的法學的，可是所論卻是多數關於過去兩三個世紀中的法學，這豈不犯了文不對題的毛病了麼？」我的回答是：現今是個過渡時代，所以法學

關於現今法學的幾個觀察

也祇是帶着過渡時代的色彩，這個時代的法學當然是批評方面，破壞方面居多，而建設方面，組織方面，即使有的話，也是很少。而且不見得有多大的力量。一切正在醞釀，震盪，擾攘——這便是現在法學的狀態。換言之，對於過去法學的批評，即是現今法學大部內容之所在。就大體而論，現今的法學是趨重於情感的，以『變』為前提的；正和過去的趨重於理知，以『不變』為前提的法學針鋒相對。

荷蘭國有一位很著名的公法學家克拉白氏，他對於法學的進化有一段頗饒興趣的言論。依他的看法，法學的進化經過三個階級。第一個階段是恃着盲目的歷史上的推移；第二個階段是憑着理知；現在已經跨進了第三個階段，叫做情感主義的時代。這些論調當然是很時髦的，確能代表一般浪漫派的法律思想。

我對於浪漫派的和多元論的法學，並沒有什麼批評。我認為這些現象是在過渡時代所不能免的。但是醞釀到了相當時間，情感所打出的新路線，情感所湧出的新要求，理知又要來做一番整理組織和建設的工作，使成就一個新的系統。那時節法學又將由浪漫的從新轉入古典的了，由多元的從新轉入一元的了。這並不是說過去的歷史將重演一遍。那是不可能的，因將來的古典派的法學當然已經受了現在的浪漫主義的薰陶，它的組織材料也當然比較地充實化了。同樣，將來的一元論也得以現代的多元論所發見的種種事實為張本而建設一個能夠吸收並且調和各種新的和舊的分子的體系。

照我的觀察，法學的進化並不是循着一條直線的。——如同克拉白氏所說。進化的路程似乎是一條曲線，

——一條螺旋式的曲線。這條曲線也不是個鐵軌，因為在歷史上往往有一種不可逆料的勢力突然發生，能使法學暫開倒車，或突飛猛進，或甚至於開出別的路線，和上述螺旋式的曲線不是完全同一個方向的。

從前德國的大詩人歌德對他的崇拜者愛格門說：『在一種主張被推翻了之後，對於什麼是真理便會發生疑惑。但疑惑是可暫而不可久的。它不過給人心以一個刺戟，使其為進一步的討究和嘗試，於是新的立足點又發見了，而人心又可獲得一種滿足和安慰。』

疑惑的境界決非人心久安之地。破壞之後，必有建設。將來的建設的具體方式，誠然難以預見；但是我敢大膽地說我們如果要建設新法學，那末先須完成下列兩部工作：

(一) 第一個工作是建設一個法律的方法論。法律是一種估量和權衡利害的學術。它的不僅是發明事實。也許證據學的目的是發明事實；但是證據學祇是法律的一部分。發明了事實之後，就要對這些事實加一個評判；那纔是法律的神髓的所在。既然如此，法律的方法——評判的方法——當然和自然科學的方法不同的了。因此，我們不能逕將自然科學的方法拿來適用於法律的裁判。我們必須悉心研究並改良法律的方法。這就是法學的任務之一種。

(二) 第二個工作是建設一個法律的目的論。法律既是估量利害的學術，那末法學的一種重要的任務是在評判法律的估量是否有當。但怎麼纔叫有當？要解答這個問題，就須假定一種標準。這種標準似乎不能求

之於法律之內。因為法律不過是促進人生的價值的一種工具。這裏就發生二個問題：第一，人生的價值和意義在那裏？第二，法律怎麼纔能儘量地促進和充實人生的價值，並隨時隨地提高人生的意義。

(註一) 這篇論文的範圍是限於英美德法奧荷等國的。所以許多話不能適用於意大利和蘇俄兩國的法學。這兩國似乎各有各的中心思想的。前者置法律於唯心史觀之下，後者則將法律建設於唯物史觀之上。

(註二) 所謂時代精神不過是一種通行的風氣罷了並不是一個神祕的靈魂好像薩維尼氏的「民族精神」一樣我們觀察現代的各種學術上的思潮有幾個比較地共同的趨向，因名之曰「時代精神。」我們並不主張現代絕對沒有和我們所認為時代精神相反的思想，不過比較起來，恐怕它們不是很強有力的吧。

數月前，梁鑒立博士在他的憲草初稿中的國際趨勢和外交權（見二十二年九月份的時事月報專文欄第一頁）一文裏會說「假使歷史派的法學家的話是對的法律是民族精神的表現我們也可以說憲法是時代精神的表現。」依我看來，時代精神不過是影響法學的一種勢力，似乎不能說什麼法律就是時代精神的「表現。」

(註三) 梅汝璈博士說現在的中國是缺乏中心思想的。（見二十二年八月份時事月報，專文欄第一〇三頁。）這話對於中國是否有當，不在本文討論範圍之內。但讀者閱本文後，當知現代的外國倒是有這般彷徨的現象。

(註四) Roscoe Pound, *The Rejection of Liberalism*, University of California Chronicle, July, 1929, pp. 229-247.

(註五) 現代的心理學有強有力的兩個學派。一個是「心理分析」派，專門研究潛意識的。（見Freud, Lectures on Psycho-Analysis）一個是「行為主義」派，專門觀察人或其他動物的行為的（見Watson, Psychology from

the Stand point of a Behaviorist, 和陳德榮所著行爲主義）

他們兩派雖然各有各的立場，但是對於「本能說」卻是一致反對的。

(註六) 參考 Russell, A B C of Atoms, London, 1923.

(註七) 美國哲學家兼心理學家詹姆士會說：“Even Prisons and sick-rooms have their special revelations”  
見 James, “Talks to Teachers on Psychology: and to Students on Some of Life’s Ideals”, New York, 1920, p. 264) 我曾在 “Stammer and His Critics” 一文中引徵這句話，後文丘漢平博士將那篇論文譯成漢文，那句話譯爲：『故病人犯人有其特殊之啓示也。』（見吳經熊，法律哲學研究，上海法學編譯社出版，第八十七頁。）

(註八) Wignore, Introduction to Albertsworth, “Selected Cases and Other Authorities on Industrial Law”, Chicago, 1928, p. XV.

(註九) 關於這個分化的風氣，可參考 Merz, History of European Thought in the Nineteenth Century, Vol. 1, IV, pp. 432-3. 這部書爲研究十九世紀歐洲思想史者必讀之書，已有漢譯（伍光建譯，商務印書館出版，惟祇出了二冊。）

(註十) 見鄧析子無厚篇。

(註十一) 見老子第三十九章。

(註十二) 參考 Haines, “The Revival of Natural Law Concepts”; Dickinson “Administrative Justice

關於現今法學的幾個觀察

and the Supremacy of Law", Chapter V, *Stammler, Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence.*

在中文方面，可參考張奚若的自然法觀念之演進（見武漢大學社會科學季刊第一卷第一二兩號）及燕樹棠的法律與道德的關係（見同刊第一卷第一號）張君的文內引徵了許多關於自然法的書籍，讀者可按圖索驥，這裏因限於篇幅祇得從略。

（註十三） 以上關於霍布士的話是根據 Hobbes, Leviathan (Every Man's Library)。

（註十四） 參Thibant, "Über die Notwendigkeit eines allgemein bürgerlichen Rechts für Deutschland" 1814.

Savigny, "Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", 1814.

Small, "The Thibart-Savigny Controversy", Chapter II of "Origins of Sociology", Chicago, 1924.

（註十五） 見前引薩氏書第四至五頁。

（註十六） 見Pound Interpretations of Legal History。

（註十七） Savigny, "System des heutigen Römischen Rechts", Berlin, 1841.

（註十八） 見 Holmes, Collected Legal Papers。

（註十九） 見 Holland, The Elements of Jurisprudence, 13th Ed. p. 13.

（註二十） 關於奧氏學說可參考 Brown, The Austinian Theory of Law。

(註一十) Walker, History of the Law of Nations.

(註一十一) Judge Baldwin 留語譯本 Pound, "Juristic Science and Law", Harvard Law Review, Vol. X  
XXI, p. 1047.

(註一十二) 貝爾特, The Actual and Ideal in the Law.

(註一十四) Geny, Method d'interprétation et les sources der droit positif prive.

(註一十五) 茲將上述各家著作的原文依次開列於左:

Duguit, "Les transformations générales du droit privé depuis "le Code Napoléon"  
Hauriou, "Principes du droit public".

Cruet, "La vie du droit et l'impuissance des lois".

Morin, "La révolte des États contre le Code".

Renard, "Le Droit, le légique, et le bon sens".

Renard, "La Valeur de la loi".

Bonnecase, "Science du droit et romantism".

Josserand, "L'Esprit des droits et leur relativité".

(註一十六) 書目的原文如下:

Ehrlich, "Die Juristische Logik".

Ehrlich, "Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft".

Kohler, "Auslegung der Rechtswormen"

Gmelin, "Quosque".

Fuchs, "Recht und Wahrheit".

Wurzel, "Das Juristische Denken".

# 國際立法的發達

周鯁生

法律之發達而適應變遷的社會狀態，說是賴有三項造法的工具，即習慣，司法判例，及立法。（註一）在國際方面，習慣原構成公法最初而主要的淵源，但是到現代國際生活發達的這個階段，遲緩的習慣法的形成，久已不足以適應新情狀的需要。第二個工具即司法判例，雖然在國內法上，尤其英美法系，具有很重要的造法功能，而對於國際法的發達，則尚沒有很大的貢獻。不過今後隨着常設國際法庭權威的樹立，仲裁及司法程序在國際關係上日見重要，似可期望多量的司法判例產生有助於國際法的發達。實則近數年來，國內法庭及國際法庭關於國際法問題的判決或意見被搜集出版的已經構成很有價值的材料。（註二）至於立法，質言之，即以明文制定有法律效力的新規則那個程序，原來在國際規則的創造上不佔重要地位，今後則將為發達國際法最有力的而最通行的工具。現今講新國際法的學者或公法家，大都注意這項立法程序，當做現代國際法一個中心的問題討論。（註三）

這項造法程序，現今通用「國際立法」，「international legislation」之名稱，不過亦有使用其他名詞，如「世界立法」，「World legislation」，「國際造法」，「international law-making」，或稱「准立法」，「quasi-legislation」者。（註四）國際立法雖然是新名詞，然而它的重要性，在歐戰以前早已有學者注意。Huds on 教授

國際立法的發達

舉出有 Moore, Oppenheim, Pelluck 諸家之例。(註五) 一九〇七年 Moore 已在他所列舉爲發達國際法的諸方法中，設有「依立法性質的行爲，特別採定行爲的規則」之一項。(註六) 隨後 Oppenheim 教授亦在他的小冊子 *Die Zukunft des Völkerrechts* (Leipzig, 1911) 中劃出一部分討論國際立法問題。(註七)

論者有以國際社會無「立法部」(“legislature”)之理由，否認有所謂國際立法者；但是真正的國際立法部雖不存在，國際立法并不因此而不可能，則誠有如 *Hudson* 教授所說的。(註八) 自來國際關係上近似立法部組織的，原有臨時召集的國際會議或公會 (international conferences or congress) 而歐戰後國際聯盟成立以來，則有定期開會的國聯大會及國際勞工大會。至於相當於立法行爲的則是條約及其他冠以種種不同名稱的國際協定。條約向來與習慣同認爲國際法的淵源 (sources of international law) 但在國際法發達初期，條約之造法的功能并不顯著。因爲條約的本體不脫契約的性質，而在國家獨立平等之基本思想之下，條約所定之國際規則不能拘束未參加或不同意之國家。通常兩方條約 (bipartite treaties) 或限於極少數國家間的特殊條約，亦常包含有規律國家行爲的規則；尤其通商航海條約，領事條約，關稅條約，罪犯引渡條約，以及仲裁條約等，其條款常與國際法有重要的關係。但是這類條約所立的規則，尚須借助於長期習慣的力量，始能取得法律的效力，變成國際法的原則。條約之確然具有立法的性質，則是從前世紀以來發達的國際會議或公會所產生之多方條約或公約 (Multipartite or Collective treaties) 開始。因爲多方條約，有多數

國家參加，其所制定之國際規則，適用於多數國家的關係上，它們立法的性質所以特別顯著（註九）但是不是一切的國際公會，都從事立法的工作，亦不是一切的多方條約都具有立法的作用。Visscher 嘗討論立法的條約與非立法的條約區別之所在，而說，有一種條約，其締約諸國的目的，並不在依主觀的權利之創造，權利者義務者關係之設定，以謀各自不同的利益的調和，而在確定或創造永久的規則以爲他們未來的關係的軌範；此等條約乃是創造客觀的法律規則的。這是德國學者所設定的 *Rechtsgeschäft* 即普通的契約 *Contract* 或 *Rechtsatz* 與 *Vereinbarung* 即「法律性的條約」*Convention-loi* 之區別。這就是從 *Oppenheim* 以來許多學者所謂之「造法的條約」*law-making convention*。國際關係的規定，於此構成條約的目的與實體。至於此種規定究竟是構成條約全部的對象，抑或同時包含有政治性質的條文，則問題並不關緊要。一八五六年的巴黎宣言與一八九九年及一九〇七年的海牙協約爲第一種形式的例子；而一八一五年的維也納公會條約則屬於第二類之例。（註十）實則如此意義的立法性質的國際公約，創始於一八一五年維也納公會條約，而在十九世紀後半期中發達出來。

從國際立法的見地說，造法的條約的發達可大別爲三個時期：從一八一五年維也納公會至一八五六年巴黎公約爲第一個時期；巴黎公約以後，迄於一九一四年歐戰發生爲止，則爲第二個時期；而從一九一九年巴黎和會以來，則又進入一個新時期。在第一個時期中，國際會議或公會大都以解決政治問題爲主旨，不過偶爾

附帶的從事國際立法工作。

而在第二個時期，則除政治性質的公會有同時兼涉及國際立法事項者外，專以制定國際關係的規則為目的而召集的國際會議，亦迭次出現（註十一）及至一九一九年以來開始的這個新時期，則在國際聯盟新組織之下，國際立法工作更有常規的准立機關為有力的工具。

一八一五年的維也納公會實開國際立法的新紀元。這個歷史上有名的國際會議，除成立了歐洲重大的政治的領土的協定外，尚宣布或樹立三項國際法的原則，即：（一）國際河流航行自由，（二）奴隸買賣的禁止，（三）外交代表等級的劃分。一九一八年的耶克司拉什倍爾（Aix-la-Chapelle）公會更增設一個外交代表等級，補充了維也納公會關於此事項的規定。一八三一年及一八三九年的倫敦協約規定并保障比利時的中立；瑞士的中立則亦早經維也納公會承認。盧森堡的中立則協定於一八六七年的倫敦會議。一八四一年在倫敦訂立有禁止奴隸貿易之公約；同年尚訂有關涉東方問題最重要的海峽條約。

及至一八五六年巴黎公會，國際立法進入一個更活動時期。在前此半世紀中，國際政治上重大事變雖極多，而涉及國際法關係的事項，則比較尚少。巴黎公會之後，情形便大不同。因為十九世紀中期以降，工業革命繁的影響。交通工具的進展，大有以變更國際生活狀態，增造國際連帶關係，對於新的國際問題自然有制出新的規則之必要。於是在十九世紀後半期中，不但政治的公會附帶從事立法工作，而且有許多純立法性質的會議

特別爲制定新國際規則而召集，真的國際立法活動乃開始。（註十二）一八五六年巴黎公會本爲結束克里米亞戰爭，解決東方問題而召集，而在公約中間接亦涉及國際法關係事項，如容納土耳其帝國加入歐洲國際社會，享受國際法利益；對於土耳其帝國設立共同保障，並規定仲裁原則；並對於達溜白河（The Danube）施行維也納公會宣布的國際河流航行自由原則，設立達溜白河委員會。此外並且依一獨立的宣言，宣布關於海戰法之三條原則，即所謂巴黎宣言。一八七八年的柏林公會，政治性的重要，且過於巴黎公會，但是對於國際法尚無特別貢獻，雖則達溜白河國際管理原則，巴爾幹新獨立國之條件的承認（保護異教人民權利）都與國際法有關係。一八八五年有關於非洲公果地域之柏林會議，協定公果流域通商自由，奴隸貿易，河流航行自由，以及取得新土地的條件等事項，於國際法亦很關重要。一八七五年有關於埃及的混合裁判所設立的協定，在領事裁判權的運用上形成一種新制度。一八八〇年有關於在摩洛哥的保護權之馬得里德協約；一八八八年有規定蘇彝士運河中立化之公約。在此時期中純立法性質的公會，亦開始活動，而其活動表現在以下之三四方面。第一而最顯著的是在種種國際共同利益事項的規定及聯合行政機關的組織，以造成所謂國際行政法。（註十三）屬於此類性質的立法行爲，最初有一八六五年國際電信協約，更重要的則爲一八七四年成立的萬國郵政同盟協約。一八七五年在巴黎訂立有萬國度量衡（米突制度）協約，一八八三年又有關於保護工業所有權的巴黎協約。一八八四年在巴黎訂立有保護海底電線之協約，一八八六年，在瑞士京城訂立有保護

文學藝術版權之協約。在一八九〇年尚成立有數種其他事項之聯合規約。這種行政聯合的協定到二十世紀仍是層出不窮（註十四）其二是關於法權及法律衝突事項之協定。屬於此類立法的，第一爲一八九六年規定民事司法程序的海牙諸協約。爲討論國際私法問題，歐戰以前在海牙開過四次的國際會議，即一八九三年、一八九四年、一九〇〇年及一九〇四年。一八九六年的海牙諸約是第一第二兩次海牙私法會議的結果。一九〇二年又在海牙成立三種協約（依據一九〇〇年第三次海牙會議的決議）：（一）解決關於婚姻事項之法律衝突之協約，（二）解決關於離婚及分居事項之法律及法權衝突問題之協約，（三）規定未成年者監護權之協約。後來於一九〇五年在海牙又簽訂有關於婚姻的效果之協約，及成年者保佐權之協約，此外尚訂有一關於民事訴訟程序之協約，以代替一八九六年之協約及一八九七年規定同一事項之追加議定書。（註十五）上述海牙諸協約的作用，在依條約劃一國內法的規則，以解決法律的衝突，而造成一種協約的國際私法。其結果是原來屬於關內法的法律衝突之規則部分的編入國際法的範圍。第三是規定戰時國家行爲規則之公約。關於戰時法規之公約，首先有一八六四年關於傷病軍人待遇之日內瓦公約，此約在一九〇六年經過一番修正。而在一八六八年則有禁止某種爆裂彈之聖彼得堡宣言。在一八七四年比京會議擬有陸戰法典，雖未經批准生效，而究構成後來海牙會議制定陸戰規則的基礎。最重要的純立法性質的公會，則要推一八九九年及一九〇七年的兩次海牙會議。一八九九年的海牙會議，除通過三個宣言外，訂立有三種協約：（一）國際爭

議平和處理協約，(二) 陸戰法規協約，(三) 適用日內瓦公約（一八六四年）的原則於海戰之協約。一九〇七年第二次海牙會議，不但參加國數增到四十四國（第一次二十六國）而且立法成績亦增多。除通過一個宣言外，尚訂立有十三件協約，其中國際爭議平和處理協約及陸戰法規協約，係一八九九年協約的修正，限制用兵索債協約屬於平時法規，而其他十件協約則都是關於戰爭中或立規則之新協定。第二次海牙會議之後，接着於翌年有倫敦海法會議之召集，其結果制成一九〇九年的倫敦宣言。倫敦宣言，雖未獲正式批准，然第一次觀完整的海戰中立法典的出現，於國際法為一大貢獻，而事實上在後來的戰爭中，交戰國亦曾當做既定的規則遵行。海牙會議原有作為定期會議的趨勢，如果一九一四年歐戰不發生，第三次海牙會議當於一九一五年舉行，而關於戰時規則的立法或當有更進一步的成績。（註十六）最後，在勞工保護方面開國際立法之先例的，則有一九〇六年以禁止婦女幼童做夜工及禁火柴工業用磷之兩約（Berné Conventions）

依以上所述事實，可知歐戰前五六十年中，國際立法的活動已經頗顯著。Moore 於一九〇七年即已敢說，「在過去百年中，國際關係上最顯著的事，是依所謂國際立法行為修正并改進國際法。」（註十七）Hudson 曾將一八六四年至一九一四年間產生的多方條約或公約，製成一表，其數共計二五七，雖則此多數的多方條約，不一定都是嚴格意思的立法性質。（註十八）

國際立法運動在歐戰前說是已顯著，戰爭結束，巴黎和會以後，則成為更顯著的國際現象。隨着國際聯盟

新組織的成立，國際立法事業進入一個新時期。在此時期中，依國聯及其附屬諸常設機關的活動，立法工作更可敏捷進行；各種問題比較有充分的研究準備；國際會議，比較容易召集，公約的批准或執行，亦有督促及監視的機關，而且最後，則立法結果比較容易依經驗的要求隨時加以修正。其結果是以十二年之時日造出一部完全新的協定的國際法規則出來。一九一九年以後十年中所訂立的多方條約之數，優足以抵當一九一四年以前五十年所訂的公約之數。依 Hudson 教授的統計，一九一九年至一九二九年之期間，世界訂成的多方條約，共達二二九項（註十九）。有的多方條約係於國聯之外，依固有的國際會議的活動，產生出來；然而大部分造法的公約，則是依國聯大會及國際勞工大會，或於國聯主宰之下召集的國際會議訂成。一九一九年的巴黎和會，是世界歷史上最重大的國際會議，除結束世界大戰，成立領土的政治的協定外，尚成就有極重要而有永久價值的國際立法工作。在此等立法工作中，第一自然要推國際聯盟的組織，其次尚有國際勞工組織的創設。此外在和會開會的時候，尚訂立有立法性質的他種公約，如一九一九年九月十日取締軍火貿易之聖日耳曼協約，同年修正一八八五年二月二十六日柏林公約及一八九〇年七月二日北京公約之聖日耳曼協約，及同年十月十三日巴黎航空公約等。在巴黎和會之後產生而與國聯的組織相關連的，則有一九二〇年國聯大會通過之常設國際法庭組織法。巴黎和會以後，國際會議頻開，成爲處決國際事情之常規程序，國際立法更賴以促進。有的公會離開國聯而獨立行動，最重要的有一九二一——二二年華盛頓會議，一九二五年羅卡諾公會。華盛頓

會議除成立海軍協定及協定太平洋及遠東關係外，尚訂立有關於戰時使用潛水艇及毒氣之公約（一九二二年二月六日），關係戰爭法很重要。羅卡諾公約，在政治方面，維持了德國境安全，在國際法方面則樹立互障制度及強制仲裁原則。根本影響國家戰爭權的，更要算一九二八年八月二十七日簽訂的巴黎非戰公約。一九三〇年四月二十二日尚訂有倫敦海軍協約。而在國聯主宰之下，國際會議的活動，成就有更顯著立法工作。依一九三一年出版的國際聯盟年鑑，從一九二〇年至一九三一年期間在國聯主宰下成立的公約，總數達五十六件，分爲國際法庭，交通運輸，婦女幼童買賣，鴉片貿易，軍火貿易，商約仲裁條款，輸出入制限，國際爭議和平解決，國際法典，國際私法等等共二十七個項目，由此可見戰後公約所涉及事件範圍之廣。其中於國際法最關重要的，在交通運輸項下，有一九二一年四月二十日關於運輸自由及關於國際河流之兩種公約（Barcelona Conventions）；在軍火貿易項下，有一九二五年六月十七日取締軍火貿易之日內瓦公約；在國際私法項下，則一九三〇年及一九三一年兩次日內瓦會議的結果，訂有一九三〇年六月七日關於匯票，本票之私法劃一，法律衝突及印花稅之三種日內瓦公約，并一九三一年三月十九日關於支票之私法劃一，法律衝突以及印花稅之三種日內瓦公約。關於戰時法規者，則有一九二五年六月十七日禁止使用毒氣及微菌武器之日內瓦議定書（及一九二九年七月二十七日由瑞士發起召集的日內瓦會議通過的關於傷病軍人待遇及俘虜待遇之兩項公約）。在國際法庭項下，有一九二九年九月十四日關於法庭組織法之修正及美國加入法庭之兩種議

定書。而關於國際平和安全保障者，則有一九二八年九月二十六日之日內瓦公約，一九三〇年十月二日之海政協助公約，及一九三一年九月之改良弭戰方法公約（General Convention, to improve the Means of Preventing War）至於一九二三年的互障協約草案（Draft Treaty of Mutual Assistance）及一九二四年的日內瓦議定書（Geneva Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes）則尚未計算在內。關於國際法的編訂，則有一九三〇年四月十二日規定國籍衝突問題之一種海牙公約及三種議定書。此外則尚有國際勞工大會通過的勞工協約三十一件（建議案尚不算在內）（註二十一）有的公約實際訂成法典或制定法形式，（例如巴塞洛那交通公約，巴黎航空公約等）立法的性質更加顯著。同時在大陸方面，南北兩美洲國民亦從事於國際立法工作，在國際法的發達上別樹一幟。一九二八年全美會議（Pan-American Conference）在古巴首都（Havana）開會的結果，通過有十一種關於國際法之條約（二月二十日），涉及國際私法，商用航空，外人地位，條約，外交，官領事等重要事項的規定。（註二十一）全美會議的工作，形成美洲的一種國際法編訂運動。總之，最近十餘年中，依國聯及國聯以外的國際活動而成立的多數公約，直接間接具有造法的效果，在現代國際關係上構成一大部新國際法。（註二十二）

國際立法進步的現狀，大致如上所述。今後國際法的發達，有賴於這種立法工作者甚大；左列相關問題，值得特別注意。

第一是立法的性質及範圍問題。所謂國際立法的意義很廣泛，分析起來，實涉及三四種性質不同的工作。其一是對於既存的習慣的國際規則加以整理闡明或補充，使之成爲有系統的法規，這便是普通所謂國際法的編訂或「法典化」(codification)問題。從一九二四年國聯大會決議漸次的編訂國際法設立專家委員會以後，開始準備此項「法典化」工作，而於一九三〇年在海牙開第一次國際法編訂會議，其結果通過有關於國籍衝突之協約一件，議定書三件及建議八件，而關於其他兩議題即領水及國家責任，未能成立任何協約。(註二十三)第一次海牙會議的結果頗令人對於國際法編訂成績失望。不過此項工作，國聯尚在準備繼續進行；雖則以各國關於現存的國際規則意見之相差很大，在最近的將來不見得能期望有多大的成績。(註二十四)其二是對於向來屬於國內法之事項，加以國際的協定，例如關於勞工保護，國際私法等項協約，即其最顯著之例。而隨着國際共同利益的發達以及國家主權觀念的變動，國內法權範圍的事項即 *Police* 所謂 *Le droit a sine reserve* 者，行將有日益受國際法支配之勢。(註二十五)在這一方面，國際立法大有活動的餘地。其三是對於新的國際問題制定新規則，或變更現行法律或現存局面以適應新情勢的需要。此項工作，可說是嚴格意義的國際立法行爲。歐戰後新國際問題的出現，國際新組織的活動，需要許多新的國際規則。這一方面造法的條約，確已構成新國際法的重要部分，而且有隨着國際生活的發達而日益增加的趨勢。但是就國際平和的見地說，更重要的尚在第二點，即變更現行法律或現存局面以應新情勢的需要。然而此點則似乎現今尚爲國際

立法勢力所不及的地方。實則今後國際立法發達的中心問題在此。Priety 教授說，真正的平和問題，是適應或調節之問題，消除或減殺不平的原因之問題，滿足（如其可能）或（如其滿足不可能）撫慰各國的利益或欲望之問題；此項問題亦即是促進國內立法機關不斷的活動之一個問題。誠然，任何人不會希望有那樣一種國際狀態，可以輕易的修改條約，變動國境或實行其他法律秩序上重大的變更；但是就令這樣一種法律的不安定狀態，亦尚不是前途的危險。真正危險的，是相信國際決定可以永久不變的那個妄想。既存的法律秩序過去時有變更，不過那些變更或成於戰爭的結果，或依爲避免戰爭倉卒集合的公會以行，而關於小事，則雖有偶然的變更亦常是過時的。然而現今國聯的組織，則間接給人們以變更法律秩序較好的方法。在國聯組織之下，或者可以將向來不規則的變更，化成常規的程序。自 Priety 教授視之，爲國際關係上立法變更之大阻力的，尚不只是國際組織上的缺陷；另一個阻力，是各國民權對於國際的變更之心理的守舊態度，即主現狀維持而不願變更。（註二十六）在另一個處所，Priety 又說，他並不是主張國際合法的權利應當輕易取消，但在現存的國際組織之狀態下，對於這個危險，我們並不需要新的保障。真正的危險適在反面，即現行制度太不能應變的要求。（註二十七）與 Priety 抱同感的，尚不乏人。例如 Keen，亦說，先定的法律不能規律人類關係的全部領域，部分因爲該領域之廣，部分的因爲新關係不斷的發生；而對於法律的尊重及服從亦可以被破毀，如果因爲情勢的變遷或民衆心理態度的變化，法律與公論不合致。所以他斷言，一個有效能的國際組織，必須包括

適當的機械，以補充現存的國際法，或變更與情勢或公論不合致之國際法。並且人們應當注意的是：國際法的變更那個意思，包含着對於以既存的法律為根據之合法的現狀及既得的權利義務而為必要的變更之意思。所謂與現行的情勢或公論不合致，換句話說，便是不公道。所以一個適於上述目的之國際機械，必須是支配於公道的原則與精神。國聯規約第十九條規定，國聯大會得隨時勸告會員國重行考慮現已不復能適用的條約及行將危及平和之國際局面。這明明是對於國際法律秩序的變更承認有必要，而指定國聯大會為主持這種變更之適當的國際立法機械。（註二十八）有的新派公法學者提倡所謂「動的國際法」"dynamic law of nations"，以別於固有的「靜的國際法」"static law of nations"，也是同樣重視法律秩序變更的需要。動的國際法與靜的國際法區別的要點，在後者主注重保持現狀之靜的目的，而不具有依平和合法的程序變更法律之規則；而前者則設有變更法律自身之規則。舊來的國際法屬於靜的國際法，動的國際法，則屬於今後的新國際法。在靜的國際法之下，法律秩序的變更常出以戰爭的手段；而動的國際法的作用，則在具備平和的合法的程序，對於法律或局面為必要的變更，以消滅國際衝突或戰爭的原因而維持平和。舊來的國際法偏重國際爭議的平和解決，而不根本注意爭議原因的消除。實則國際爭議究有兩大類：其一是關於現行法如何如何之爭議，其他是起自一造謀變更法律之爭議。前者可稱「靜的爭議」，後者可稱「動的爭議」。舊來的國際法只注意解決靜的爭議，而不具有解決動的爭議之規則與程序。創設解決動的爭議之機械與程序，換句話說，即創造

動的國際法，便是新國際法之大問題。國聯規約含有動的國際法的元素，例如第二十六條關於規約自身的修正，第八條關於軍備限度的變更。即令第十條保障領土與獨立有維持現狀之嫌，然而該條所禁止者既明指「外來的侵犯」*external aggression*，則依其他方法而行的領土變更似尚可能。於動的國際法最重要的自然要算規約第十九條。第十九條不但考慮條約的修正，而且涉及國際局面的變更；這是第一次正式承認危害和平的重大的衝突可以起自維持有效的法律或合法的現狀（從靜的見地看）。所以規約第十九條可說是動的國際法的起點。（註二十九）不過第十九條迄今尚只標示一個新原則，而未具備有實施的程序，因之迄今尚缺乏效能。在一九二九年國聯大會，中國代表團曾向大會提議設立一委員會，研究如何實施第十九條之方法，而大會不肯如中國的提議，設立委員會，但議決凡會員國可以負責單獨提出問題於大會，請求依第十九條考慮並建議。（註三十）於是設備規約第十九條實施的機械與程序，仍是國際平和的要件，而構成今後國際立法的一個根本問題。

第二是條約的程序問題。國際立法既不具有真正的立法機關，而須利用國際會議（包含國聯大會及國際勞工大會）及條約為工具，便不免受既存的國際法關於國際會議及條約規則的束縛。而國家平等原則，及全體一致規則，便是國際立法進行上極大的障礙。在國家平等原則之下，公會代表權均一，而議決必須全體一致同意；在極端的場合，一個國家，即令是極不關重要的小國，可以依反對的表示破壞世界最大多數國家贊成

的立法。一九〇七年第二次海牙會議組織國際法庭的失敗主由於巴西代表的強烈反對；一九二三年波斯一國反對其他一切國家贊成的關於解釋國聯規約之一個決議；一九二九年常設國際法庭組織法修正案之不能於一九三〇年九月生效，則由於古巴一國的異議。加之，國際會議的通過的規則，尚須經過通常條約必要的批准手續。有的多方條約必須簽字國全體批准始能生效，例如一九二二年華盛頓會議通過的諸條約及一九二八年巴黎非戰公約。有的公約則常規定有若干國家批准後即生效。然而以種種的原因，簽約國將條約擱置不批准，以致有許多已經簽字的公約經過長久的時期迄未生效，或雖生效，而只拘束少數批准的國家。比如一九〇七年海牙會議通過十三件協約，而迄於一九三〇年，尚有十六個簽約國始終未批准任何一件條約；而此十三件協約亦無一得到簽約國全體批准者；並且未有一協約得到二十六國以上之批准者。（註三十一）一九〇九年的倫敦宣言，因未有任何一國批准迄未生效。一九一九年國聯成立以來產生的公約許多亦因未得到必要的批准而尚未生效。甚至一個國家的延不批准即足以破壞一個重要條約，如一九二二年關於潛水艇之華盛頓協約，（因法國未批准）即其一例。就國聯促成的公約而言，（依一九三〇年五月九日委員會報告）在三十九件條約，協定或議定書之中，只有二十六件已生效。國際勞工大會產生的勞工協約亦有同樣的批准遲緩情形。雖則關於美洲國際會議制出的公約的批准情形，未有統計可稽考，人門已斷言其未被批准的條約之成分必然尚更大。（註三十二）所以僅看見造法的公約種數的增多而不審清此等條約批准生效的現狀，尚

不算是了解國際立法的實在情形。欲謀今後國際立法的發達，不能不希望條約程序的大改革。改革的要點，當在會議、簽約及批准三方面。

關於國際會議的議決，現今似乎逐漸打破全體一致之鐵則。過去對於次要的國際事項，原已有採行多數決議的原則的，例如在許多行政聯合的決定。而在國聯成立以來，雖則在國聯規約中仍保持全體一致之原則，而在凡爾塞和約所規定之國際事項，如關於薩爾區域問題（多數議決）如勞工規約本身的修正（三分二之多數議決）均不受全體一致規則的束縛。國際勞工大會更可依三分二之多數通過協約案及建議。即在國聯規約內部有許多處所亦對於全體一致之原則設有例外；尤其規約本身的修正，如果第二十六條的修正案生效，則亦可以依四分之三之多數（包含組成理事會會員國的投票）同意通過（註三十三）而且有人主張規約第十九條所規定之條約修正問題，應當適用多數議決（註三十四）關於公約的簽字及批准，現今在國聯組織之下，程序上亦有重大的變更。造法的公約，雖然大體仍不脫條約的外形，而在締約手續上，則已漸超脫舊來談判、簽字、交換批准重重的繁複手續。關於此層，Polis 已有透徹的觀察。他說，向來條約以各國元首之名義締結，由代表簽字後再加批准。然而此項程序現今對於造法的公約已不適用。向來在締結公約之前，必有一番提議、談判、磋商，等等極困難的預備工作，而今則代以比較簡單直接的程序。第一，國際勞工大會，依出席代表三分二之多數，通過協約案，送交各會員國批准。此種勞工協約便不以各國元首之名義簽訂。它們是由一法定

的永久的會議機關制定的，它們當送交一切會員國，包含在大會中投反對票的會員國，促其批准。對於這類的協約，便不須於批准之前有何簽字手續。其次，國聯自身也漸開始使用一種新程序，由理事會及大會起草於國聯有特殊關係之協約。例如一九二〇年的常設國際法庭組織法，即先由理事會任命的法學專家委員會起草，經該會修正後，送交大會依全體一致修正通過，而附一「簽字議定書」(Protocole de signatures)任一切聯盟會員國加入。在此項程序之下，對於協約本身（法庭組織法）亦無所謂簽字，簽字係對附屬議定書爲之。至於議定書本身仍須批准，不過只要得到多數國家的批准即可使法庭組織法生效。（註三十五）此種新程序，最近更告完成，而愈加有彈性：所謂「簽字議定書」"Protocole de signatures"亦被消除；大會所通過之條約愈近於法律的形式；條約的正文並不書載締約國名稱，亦不列舉全權代表。條約單純的送付列國接受；他們各自於完成憲法規定的手續後，只須將加入的同意通知國聯秘書長，即時對於已經或將來加入之他國，負該條約的義務。於是該條約在形式上亦失却一切契約的性質，而成爲不限於一定的當事者之普遍的規則。一九二一年日內瓦公約（關於國際爭議的平和解決）的訂立，即爲此項新程序的實現。在國聯內部發達的此項訂約新程序，可說是舊式外交的方法與未來國際社會的立法組織之過渡。程序上如此變更，對於條約的法律地位，便不免發生影響。雖則現今批准仍爲公約發生拘束力的必要條件，然而關於批准，有兩點似乎表示變動的趨勢，即：（一）批准的自由，在新國際組織之下，尤其對於勞工協約或關於國際主持的國際合作事業之公約，

似乎已不是絕對的；至少非有充分的理由表示出來，國家不當拒絕批准。（二）依一九二七年國聯大會之決議，條約之加入（adhesion），如果在通知加入時未以明文保留批准，則批准手續當認為不必要，換句話說，即國家依加入而即受條約的拘束。不必再加批准。（註三十六）而就條約生效的時期說，現今對於造法的公約，普通已不以全體締約國批准為條約開始生效的條件。一九一九年凡爾塞和約規定於德國及主要同盟參戰國中，的任何三國批准後即生效力；國聯規約的修正依代表於大會的國家之多數（及代表於理事會國家全體）批准而生效；一九二〇年常設國際法庭組織法亦於多數國家批准「簽字議定書」之後即發生效力。如是則不至因少數國或甚至一國的不批准而破壞國際立法的工作。有時則造法的公約採更急進的方法。而規定只要有兩國批准即開始生效，例如一九二八年日內瓦公約。甚至有的公約，規定有一國批准即對此一國發生效力。（註三十七）批准生效的條件已經改寬，不過因為仍然有許多國家對於公約延不批准，或者妨害公約生效，或者減殺公約拘束力所及的範圍，總是國際立法上一個大缺點。國聯大會曾經議決任命一特別委員會研究公約批准延緩的原因及促進批准的方法，而此委員會於一九三〇年四月二十八日至五月二日在日內瓦集議之後，提出一報告，舉出數種延緩批准的原因，如批准手續繁雜，尤其取得議會的同意，以及有些條約於批准前須先修改現行法規等項。委員會並討論多種救濟辦法。大會於審查此項報告之後，於一九三〇年十月通過決議，建議下之辦法。每年國聯秘書長應向各簽約國之於一年內尚未批准某公約者，表白其關於批准之意思，

并對於國家之對於一公約提出後五年內尙未簽字亦未批准該約者，詢問其究竟是否有接受公約的意思，如其曰否，則舉出其不能接受之理由。而對於未得到適當的國數之批准的公約，則理事會當考慮是否宜於從新召集國際會議，修改該約內容，以除去批准之障礙，或採取其他手段，使該約能得多數國家接受。大會并且建議由理事會研究是否可對於特殊專門事件，採行一種簡便的訂約程序，即以政府間協定之形式簽訂，(signing instruments in the form of governmental agreements) 而不需批准手續。(註二十八) 因為批准問題的解決，所繫乎草約會議的準備工作者甚大，於是大會決議中又建議下之草約程序：凡遇國聯的機關建議起草某項事宜之公約，應先向理事會提出一說帖，說明該約起草之目的及其利益；如果理事會在原則上贊成此項提議，則應預備第一次協約草案，附具說明書，送付各國政府徵求意見；第三步是將協約草案連同各國政府答復的意見，提交大會審議；大會如果建議召集國際會議，則理事會當起草第二次協約草案，而將此新草案連同各國政府意見送付各國政府，徵求意見；依再度詢商各國意見的結果，理事會即決定是否召集會議，及會議的日期如何。凡在國聯主宰下談判的一切公約，除既存條約定有特殊程序或因為問題之特殊性質或特殊情勢外，均應依照此項建議之程序訂成。此項草約程序，在一九三一年大會會略加修正。(註三十九)

上述國聯大會關於批准及草約程序的建議實行，可以多少解決公約批准的困難，而於國際立法確為一大進步。

第三是公約的法律地位及效力問題。造法的公約，即令外觀上仍不脫條約的形式，實質上則類於法律，此種條約已經脫掉契約的性質而成爲一般的行爲規則。用大陸學界的名詞來說，造法的公約不是一條約式的契約，（Vertrag 或 Traité-contract）而是「法律性的條約」（Vereinbarung 或 Traité-loi）公約之性質既然如此的異於普通契約性的條約，則普通支配條約之傳統的規則，便不復能完全適用。McNair 曾從「條約式的契約」與「法律性的條約」的區別上，指出對於造法的公約，在解釋施行或效果上當適用不同的規則。第一，因爲公約的談判起草常只有少數重要的簽約國參加，所以在公約的解釋上只當依據條約本文，而不當參酌相關預備文件（Travaux préparatoires）。第二，公約的參加，不發生承認國家的效果，例如蘇俄加入美國簽訂的巴黎非戰公約，並不構成美國對於蘇俄政府的承認。第三，造法的條約，似乎不必因爲目的不法或不道德而無效。第四，所謂情勢變遷，條約作廢之規條（The Clausula rebus sic stantibus），應不適用於造法的公約，因爲公約既係立法的性質，則與法律同適用正式修改之程序，而不必訴諸上項屬於契約性的條約規則。McNair 復將立法的條約分爲創造根本的國際法與普通的國際法兩大類，而謂凡公約之創造根本的國際法或國際憲法（Constitutional international law）者，如海牙國際爭議和平解決協約、國聯規約、常設國際法庭組織法，以及巴黎非戰公約之類，尤其具有兩項特殊的法律效果：（一）此等公約不因戰爭的影響而廢止，即令一切締約國捲入戰爭，例如比利時及瑞士的中立並不因歐戰當然作廢。（二）條約的效力不

及於第三者那個規則，在這裏不適用，例如瑞典原非一八五六年關於 Åland Islands 撤除武裝之協約的當事國，但是一九二〇年爲審查 Åland Islands 爭議而組織之專家委員會，則視此協約爲創造「真正客觀的法律」(true objective law)而稱爲歐洲公法的一部分 (A part of European Law) 又如規定 *El-Canal* 中立化之凡爾塞和約，當事國不過二十八，然而在 *The Wimbledon* 案件中，海牙常設國際法庭稱該運河係爲世界一切國民的利益而設之國際水道 (an international waterway... for the benefit of all the nations of the world)。至於公約之宣示或創造普通的國際法者，如一八九九及一九〇七年關於戰爭法規之海牙協約，一九二五年關於禁止使用毒氣微生物之協約，多數的勞工協約，以及關於交通運輸，國際河流等項協約，乃至各種國際行政聯合之協約，則亦都具有永久性，不受戰爭的影響；即令有若干當事國或甚至一切締約國捲入戰爭，亦不能使此等協約當然廢止。(註四十) 此外則似乎造法的公約，因其屬於法律的性質，亦不能因爲一個締約國違反條約的某一部分而致全約失效。(註四十一) 以上所述諸點，涉及條約的分類及效力之複雜的法律問題，此處不過舉其大要，促起注意；詳細的討論，尙待專篇。

總之，國際立法，現今已發達到一個重要的階段，一方面表示國際組織的進步，而有助於國際法的發達，同時則引起不少的公法上的新問題。

(註一) Brierly, *Legislative Functions in International Relations*, in *Problems of Peace*, 5th series (19

31), P. 205.

(註1) Annual Digest of Public International Law Cases 1925-1926, 1927-1928 edited by McNair and Lauterpacht: 1919-1922, 1923-1924, edited by Fisher Williams and Lauterpacht

(註三) 左列各專書或論文構成現代國際法問題重要的文獻

Hudson, Progress in International Organisation, 1932.

Hudson, International Legislation, 4 Vols, 1931.

Mower, International Government, 1931.

Eagleton, International Government, 1932.

Buell, International Relations, 2nd ed. 1929.

Fotter, Introduction to the Study of International Organisation, 3rd ed., 1928.

Satow, Guide to Diplomatic Practices, 3rd edition by Ritchie, 1932.

Satow, International Congresses and Conferences (British Foreign Office Peace Handbook series), 1920.

Hill, The Public International Conference, 1929.

Dunn, Practice and Procedure of International Conferences, 1929.

Garner, Recent Development of International Law, 1925. (Calcutta).

- Moore, International Law and Some Current Illusions, 1924.
- Fisher Williams, Chapters on Current International Law and the League of Nations 1929.
- Knudson, Methods of International Legislation, with special reference to the League of Nations, 1928 (Geneva).
- Hudson, The Development of International Law since the World War, in American Journal of International Law, Vol. XXII (1928) and Supplement.
- Dunn, International Legislation, in Political Science Quarterly. Vol. 42 (1927).
- McNair, The Functions and Differing Legal Character of Treaties, in British Year Book of International Law, Vol. XI (1930).
- Baker, The Codification of International Law, in British Year Book of International Law, 1924.
- Brierly, The Legislative Function in International Relations, in Problems of Peace, 5th series (1931).
- Brierly, Shortcomings of International Law, in British Year Book of International Law, 1924.
- Keen, World Legislation; Smith, International Law Making; Alvarez, The First Conference

privé, 1921;

Kosters, in *Revue de Droit international et de Legislation Comparée*, 1926, P.P. 156-201, 245-280.

(註十六) Higgins, *The Hague Peace Conferences, 1909*; Scott, *The Hague Conferences of 1899 and 1907, 2 Vols, 1909*; Lémonon, *La Seconde Conférence de la Paix, 1908*; Bentwich, *The Declaration of London, 1911*; Bate, *An Elementary Account of the Declaration of London, 1911*.

(註十七) Moore, in *Proceedings of the American Society of International Law, 1907*, P. 252.

(註十八) Hudson, *International Legislation, Vol. I*, P.P. XIX-XXXVI; *Multipartite international instruments of legislative effect*, in *American Journal of International Law*, April 1928 Supplement, P.P. 90-100.

(註十九) Hudson, *International Legislation, vol. I*, P.P. LXIII-CI; *American Journal of International Law, 1928, Supplement*, P.P. 101-108.

(註二十) Orlitz, *Annuaire de la Société des Nations 1931*, P.P. 343-348, P.P. 454-455.

(註二十一) Hudson, *International Legislation Vol. IV*, P.P. 2279-2428.

(註二十二) Garner, dans *Recueil des Cours, tome 35 (1931-I)*, P.P. 625-660.

(註二十三) 參看本季刊第一卷三期第一次國際法典編纂會議的成績。

- (註)十四) Alvarez, The First Conference for the Codification of International Law, in Groitius Society Transactions, Vol. XVI (1930).
- (註)十五) Politis, Le problème des limitations de la souveraineté, dans Recueil des Cours, tome 6 (1925-I).
- (註)十六) Briery, in Problems of Peace, 5th Series, PP. 225-226, P. 229.
- (註)十七) Briery. The General Act of Geneva, in British Year Book of International Law, 1930, P. 130.
- (註)十八) Keen, in Groitius Society Transactions, Vol. 16, PP. 4-5. P. 9.
- (註)十九) Kunz, The Law of Nations, Static and Dynamic, in American Journal of International Law, Vol. 27, (1933), PP. 630-631, PP. 638-643.
- (註)二十) Monthly Summary of the League of Nations, 1929, PP. 282-283.
- (註)二十一) Hudson, Present Status of the Hague Conventions of 1899 and 1907, in American Journal of International Law, Vol. (1931), PP. 114-118.
- (註)二十二) Hudson, International Legislation, Vol. I, P. LIII-LV; Eagleton, Internationae Government, PP. 287-288; Otlík, Annuaire, PP. 343-348, PP. 454-455; Hill, Public International Conference, PP. 214-218.

- (註三十三) Ray, Commentaire du Pacte de la Société des Nations (1930), PP. 224-227.
- (註三十四) Eagleton, P. 286, Buell, International Relations, PP. 664-669.
- (註三十五) Fachiri, Permanent Court of International Justice (2nd ed., 1932), P. 11, PP. 347-348, PP. 359-361.
- (註三十六) Politis, La portée des règles de droit Constitutionnel pour la conclusion et la ratification des traités internationaux, dans L'Annuaire de l'Institut International de Droit Public, 1930, PP.216-224; Eagleton, PP. 288-289 note.
- (註三十七) Hudson, International Legislation, Vol. I, P.L.I.V note.
- (註三十八) Monthly Summary of the League of Nations 1930, P.P. 73-74, P. 91, PP. 171-172, PP. 208-204.
- (註三十九) Monthly Summary of the League of Nations. Vol. 10 (1930), P. 204, Vol. 11 (1931) P. 230 PP. 266-267; Scelle, Organisation internationale, dans Annuaire, de l'Institut international de Droit public, 1932, PP. 895-896, PP. 901-903.
- (註四十) McNair, The Functions and Differing Character of Treaties, in British Year Book of International Law 1930, PP. 105-118.
- (註四十一) Eagleton, P. 279.

# 刑法修正案的時代背景

俞承修

法律是時代的產物，步着時代不斷的前進，事實告訴我們，專制時代，需要擅斷主義的刑法；民權思想發達時代，需要罪刑法定主義的刑法，可知刑法同樣的不能背着時代或者超越時代而獨立。

各個時代的刑法，都有他時代的背景，象徵着社會發展的情形，文明進化的程度。從刑法史的沿革來說：原始時代，採復讎主義，因為當時的對內關係，統由酋長支配，刑罰亦歸他掌握，刑法消滅犯罪的旨趣雖同，但是排斥犯罪人存在的旨趣則異。其後，團體的組織，漸次形成，對於侵害的反動，由個人移歸國家，刑罰權由酋長移歸君主，於是刑法主義，亦由復讎主義進為威嚇主義。更次，個人主義勃興，尊重個人權利自由的結果，而採博愛主義；近代科學發達，利用社會學，生物學，心理學，研究犯人及犯罪，樹立刑事政策而採用預防主義。由復讎主義進化到預防主義，各有他時代的背景，所以刑法可以說是時代的反映，而時代是促成刑法進化的原素。

再從我國刑事立法的過程來說：其中曾經兩度革命，就是唐律的成功和晚清的變法。單就變法來說，當時外受帝國主義的侵略，內因革命潮流的激盪，才有變法圖強的對策，雖經一度法律思想新舊之爭，終以時序的遷移，戰勝了固舊傳統的思想。

這次刑法修正案，從起草以至完成，始終在國難和社會經濟崩潰過程中，立法者曾經分途出外考察，對於

這種親歷目擊的事實，當然是不能忘懷，這就演成了修正案的時代背景；雖則大體不脫從暫行律到現行刑法過程中的陳跡，可是拿時代的背景來衡量，有不少的地方，不難得到最高的評價！

溯自第一次世界大戰以後，不景氣籠罩了整個的世界，各國深切地感到戰爭的殘酷，高唱着非戰軍縮而祈禱和平。然而修正案第一百二十條，却有如下的規定：

「公務員不盡其應盡之責，而委棄守地者，處死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑。」

這豈不是違反時代的潮流，甘冒世界的大不韙？而且領土是國家的要素，守土是國人的天職，幾成爲千古不易的原則。也談不到時代的背景。

可是和平之神，雖在熱望和平，而國和國之間，却發生了不宣而戰不幸的奇蹟，同時還有不戰而走的事實，處於這種情形的國家，基於愛國天性的激發，才有這種抵抗的正義的法律，這正是國難時期的產物，不是背乎時代潮流窮兵黷武的法案；尤其是抵禦外來強力的侵略，以維護民族，是深合乎三民主義的立法原理。

這該說是修正案步着時代前進的第一例證。

公務員應忠心努力於本職，這是行政法上的金科玉律，可是消極的廢弛職務，不過僅能予以行政處分，除非另因他種行爲觸犯刑法，是不負刑事責任的。

在通常情形，以上的原則，當然是不錯的，然而舊律對於河防，却有特別的規定，因爲治河的官吏，他的責任，

是如何的重大關係於人民的生命財產和社會的安危，又是如何的深切？

然從暫行律施行以來，這種規定，幾已成爲歷史上的陳跡，我們眼看到洪水泛濫的災害，就聯想到重視水利的必要，尤其是最近幾年來的水災。

修正案第一百三十條規定：

「公務員廢弛職務，釀成災害者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

雖不脫舊律河防加重考成的法意，然以純粹的消極行爲，做構成的要件，而且擴充適用的範圍。在銳意建設努力治河的今日，實有深切的需要！至於整飭紀綱，澄清吏治，這還是其次了。

這該說是修正案步着時代前進的第二例證。

整飭官常，懲治貪污，這是修明內政的消極的辦法，是不該忽略的一點。

整飭官常，固然有行政的法規可以適用，然而懲治貪污，應該在刑法內作詳密的規定。

從過去的歷史說：從前袁世凱當國時代，曾因特種關係，頒布過官吏犯賊治罪條例，可是不久就廢止了。不久以前，又有人主張設立懲治貪污專庭，訂立懲治貪污條例，事實上則不會實行，無論形式上實質上有何缺陷，可是加重貪官污吏的刑罰，以達到整飭官常修明內政的目的，是值得人們同情的。

刑法上對公務員利用職務的權力和機會方法來犯罪，原來有加重的明文，（修正案第一百三十四條）然

這不過是一種概括的規定，在分別內，我們還可以找出不少列舉加重的條文，瀆職罪一章，關於公務員犯罪的罪刑，尤其是懲治貪污的表現。

瀆職罪在現行刑法，並非沒有規定，可是和修正案來比較，刑度的相差，足以表示前後法律的重輕。譬如不枉法賊，修正案第一百二十一條第一項規定：

「公務員或仲裁人，對於職務上的行為，要求期約，或收受賄賂，或其他不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。」

這在現行刑法第一百二十八條第一項，主刑的最高度，僅止五年有期徒刑，相差達兩年之多。又如枉法賊，修正案第一百二十二條第二項規定：

「因而（按第一項為對於違背職務行為要求期約或收受賄賂或其他不正利益之罪）為違背職務之行為者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。」

和現行刑法第一百二十九條第二項，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金的法定刑，相差尤不可以道里計了。

在該章內，法定刑刑度的相差，因為篇幅所限，不能一條一條列舉出來，然而讀者逐條比較的結果，一定可以明瞭修正案的立法精神！

官吏犯賊，當然有圖得財產上不法利益的意思，所以可以併科罰金刑，罰金刑的最高額，修正案由五千元加到一萬元，已足以表示他嚴懲貪污的法意；同時並於第五十八條規定：如因犯罪所得的利益，超過罰金最多額時，得於所得的利益的限度內加重，這樣一萬元的罰金額，雖然是具體的限制，實際上裁量宣告刑時，仍可加重論科，因為在某種情形之下，尤其是公務員利用職務上的權力機會方法來犯罪，所得的利益，或許不止一萬元的數額，如果沒有救濟的辦法，恐怕是罪情不能相協。

此外公務員包庇煙賭，在修正案二十章鴉片罪第二百六十四條，和第二十一章賭博罪第二百七十條，都有如下的規定：

「公務員包庇他人，犯本章各條之罪者，依各該條規定，加重其刑至二分之一。」

這種事實上不免發生的罪態，既不能以幫助從犯論科，亦不能依正犯之例論處，於此尤足見修正案的細密了。

總而言之，修正案對於公務員犯罪，無論直接的實施，間接的包庇，都設立極嚴的罰則，我們固然不能說貪污增多，單單需要嚴刑來處治，然而現在國難當頭，在安內攘外的原則下，必是需要修明內政，所以修正案為整飭官常懲治貪污，對於公務員犯罪加重刑罰，亦頗足以表現他的時代背景！

這該說是修正案步着時代前進的第三例證。

刑法修正案的時代背景

人民有四種政權，政府有五種治權，這是總理所手定的。

在三民主義的革命政府之下，四權是人民的基本權利，基於權利平等享受的原則，四權是不容任何人干涉的，而在某種情形之下，又非任何人所得享受的。所以關於第一點，需要法律的保護，第二點，需要法律的限制。行使四權，依建國大綱第九條的規定，要在自治完成之日，憲政開始之時，所以以前的現行法，當然尚談不到四權的保護和褫奪。現在草案的工作，已經告一段落，實施憲政，為期亦在不遠，刑法修正案就不可不加以相當的規定。

修正案第六章第一百四十二條以下的妨害選舉及投票罪，和第五章第三十六條第一款的褫奪四權，都足以表現他的時代性，尤其可以明瞭當局實施憲政的決心。

這該說是修正案步着時代前進的第四例證。

人民是國家的要素，民族是國家的基礎。所以要強國，先得強種。

強種的途徑，不外兩種，就是維護民族健康和優生。可是維護健康，歷來僅見諸行政法令，優生，亦僅見學者的提倡，規定於刑事法典者，當以刑法修正案為始創了。

關於強健種族的法律，在這國難嚴重，民族頹廢的時候，法律上規定若干大原則，確是適合需要，值得注意的！譬如民法上禁止早婚，限制親屬結婚，直接間接都以維持民族生存為最大的目標。

刑法修正案第一百九十二條第二項規定：

「暴露有傳染病菌之屍體，或以他法散布病菌，致生公共危險者，亦同。」

（按同條第一項之法定刑，為二年以下有期徒刑，拘役，或一千元以下罰金。）第二百八十五條規定：

「明知自己有花柳病，麻瘋，隱瞞與他人為猥褻之行爲，或姦淫，致傳染於人者，處二年以下有期徒刑，拘役，或五百元以下罰金。」

前者是在公共衛生的立場上，保護民族健康的規定；後者是在公共衛生的立場上，提倡優生的規定。我們顧念國家民族的危難，不難體會到這是如何需要的法律！

這該說是修正案步着時代前進的第五例證。

農村破產，是近來普遍的現象，水旱蟲災，造成頻年的災患，甚至穀賤傷農，農村經濟崩潰，我國向來是以農立國的，因此受極大的影響，不難想象而得。

幾年以來，我國已由軍政時期，達到訓政時期，不久的將來，或許要實施憲政了，建設是如何的重要。

建設，當從復興農村做起，都市的不景氣，或許有連帶復興的一日；然而建設農村，第一又當要注意水利。

在積極方面，如何疏濬引水，如何築堤防水，這不在刑法的範圍以內，我們姑且不去談他。可是如何防止妨礙水利，這該是刑法上應該規定的。

修正案第二百五十二條規定：

「意圖加損害於他人，而妨害其農事上之水利者，處六月以下有期徒刑，拘役，或三百元以下罰金。」

這是復興農村聲中的一種助力，不容我們忽視的。

這該說是修正案步着時代前進的第六例證。

我國數千年來，可以說是宗法封建的社會。重男輕女，是不容諱言的事實。

世界潮流。一天天地前進。這種傳統思想，終究是打破了。民國十五年，中國國民黨第二次全國代表大會婦女運動的決議，就高揚男女在法律上絕對平等的原則；接着中國國民黨政綱，更有於法律上，經濟上，教育上，社會上，確認男女平等的明文，在革命過程之中，打破封建社會，助進女權發展，是當然的事理。

在國民黨奠都南京之後，因為政治的統一，男女平等，逐漸地普遍，不僅社會觀聽，民間風尚，為之變遷，即在三民主義的立法原則之下，男女平等的法律，亦隨着時代而進展。民國十八年，公布「已嫁女子追溯繼承財產施行細則」，十九年公布，二十年施行之新民法，將宗祧繼承廢止，男女同樣地有繼承權，這都是革命以後產物。

然而刑法上通姦罪的條文，仍舊以婦女為犯罪的主體，告訴權僅屬於本夫，和誘略誘罪，亦僅以婦女為被害客體。雖然立法者或許對於甫經解放的婦女，特別加以深切的保障，不出進助女權發展的意思，可是事實上一般的人們，終不免有蔑視女權的誤會，所以修正案三讀通過後，引起婦女界的反感。

最近複議後的刑法修正案第二百三十九條，第二百四十五條第二項的和姦罪和告訴權問題，已深合男女平等的綱領，而第二百四十條，更有和誘有配偶者處以一定刑罰的規定，這無論如何，在三民主義的立法原理下，是值得我們讚佩的！

這該說是修正案步着時代前進的第七例證。

最近幾年來，全世界都感受到經濟恐慌，吾國又是所謂「世界市場」之一，因為各國工商業極度的向外發展，入超的指數，逐漸地增加，更不能例外。

減少入超消極的方法，需要提高進口稅。然而外商還可以利用就地設廠辦法來避免，所以根本的救濟方策，還是發揚國產和提倡國貨，才可以挽回漏卮，對抗外來的經濟侵略。

在不久以前，當局為便利國人鑑別起見，曾經頒布一種「原產品國標記條例」，尤恐奸商改換商標以冒充國貨，故於修正案第二百五十五條，作如下的規定：

「意圖欺騙他人，而就商品之原產國，或品質，為虛偽之標記，或其他表示者，處一年以下有期徒刑，拘役，或一千元以下罰金。」

明知為前項商品，而販賣，陳列，或自外國輸入者，亦同。」

這不僅是維持交易信用，提高商業道德的老生常談，而是國貨年中維持國產的法案，外來經濟侵略政策

下，間接對抗的方策。

這該說是修正案步着時代前進的第八例證。

法律要原情略迹，這是我國數千年傳統的刑事政策，就是所謂：「律設大法，禮順人情。」

刑法修正案第二百七十四條關於「母殺子女罪」，已不若現行法以私生子爲限了，這一點可以表明二十世紀的新法例，也許沿襲着舊觀念。

可是母子之親，出於天性，無論如何，是不能泯滅的，雖然殺私生子是顧全廉恥不得已的辦法，可是殺一般的子女，亦未始沒有特殊的苦衷。

近來農村經濟的破產，都市商業的不景氣，手工業的落伍，失業的增多，雖然社會上溺嬰的惡習，尙未盡除。然而爲着經濟上壓迫而殺子女的，其內心的慘痛當亦不言可喻，更加以嚴厲的刑罰，未免是太殘酷了！

在孤兒院未普遍設置以前，刑法減輕處罰，實在是原情的辦法，不過限於母不及於父，未免是一種缺憾。這該說是修正案步着時代前進的第九例證。

慈幼運動。最近逐漸地被國人屬目了。

敬老恤幼，本來是我國數千年來傳統的美德，周禮有云：「九十曰耄，七歲曰悼，悼與耄，雖有死罪，不加刑。」所能見諸法律者，亦僅止這種減免幼年人刑事責任的規定而已。對於幼年人的法益，並沒有特別保護的條文。

敬老恤幼，雖說是一種美德，然而道德的規範，欠缺強行的力量，所以社會習俗，仍有若干殘酷的事實。例如：後母之對於子女，師傅之對於學徒，以及江湖賣藝者對於隨從習藝的幼年人，終不免歧視和凌虐，所以修正案第二百八十六條，又有如下的規定：

「對於未滿十六歲之男女，施以凌虐，或以他法致妨害其身體之自然發育者，處五年以下有期徒刑，拘役，或五百元以下罰金。

意圖營利而犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。」

幼年人被監護人等利用其權力，而受侵害，較少行使正當防衛或退避的能力和機會，需要較重的刑罰來處治，在童工制度畸形發達的我國，更顯而易見其迫切的需要。

這該說是修正案步着時代前進的第十例證。

修正案第三十二章特增設重利罪條文，於第三百四十四條，作有如下的規定：

「乘他人急迫，輕率，或無經驗，貸以金錢，或其他物品，而取得與原本顯不相當之重利者，處一年以下有期徒刑，拘役，或科，或併科一千元以下之罰金。」

對於以犯重利罪為常業之人，於第三百四十五條，更有加重的專條。

禁止高利貸，就是舊律所謂「違禁取利」，本應論罪科刑，惟於暫行新刑律施行後，早已刪除，僅有民事法

上的限制，沒有刑事責任可負。其後，中國國民黨中央執行委員會各省區代表聯席會議，通過禁止重利盤剝利率不得過百分之二十的議案，民國十六年七月十九日，國民政府特別發布命令，將上面年利不得過百分之二十的辦法，定在同年八月一日起實行。直到民國十六年八月，國府又頒布懲治土豪劣紳條例，規定重利盤剝的罪刑，更於新民法內規定利率的最高額，並防止用其他方法巧取利息，然自懲治土豪劣紳條例廢止時起，又沒有論罪的根據了。

高利貸雖為民法所不許，而事實上依然不能禁絕，且尚有公然以放「印子錢」為業的人，需要刑罰來禁制，已經是很明顯了；況近年毀賤傷農，農村破產，飲鴆止渴的人，又不知幾許？社會經濟的流通，雖用不着過份的干涉，然而壓榨貧民妨害民生的高利貸，在民生主義的立場上，是需要禁止的。

這該說是修正案步着時代前進的第十一例證。

最近幾年中，各國的刑法草案，和刑事法典，如日本刑法的改正案，蘇俄刑法，意大利刑法，都十足地表現着時代的背景，我刑法修正案，雖立法技術，及其他規定，或尚有可以商討的地方，但是拿時代來衡量，不難得到最高評價，和日俄意各國刑法，同時踏上新的途徑，這是值得我們欣賞的！不過刑法是時代的反映，修正案所表現的，無非是外力的侵略，國難的嚴重，社會的沒落，民生的憔悴，然而我們又該如何的努力，以促其切實實施，謀補救於萬一！

# 新民法的新精神

胡漢民

——十八年四月十五日立法院 總理紀念週演講詞——

前一星期本院有一個很重要的工作，就是起草民法總則。關於民法的立法原則，早經本院議定，由政治會議通過。我們根據那個原則，先編成第一部分總則，作民法中債編、物權編、親屬編、繼承編等等的基礎。這一步工作是很基本的。很重要的。我們知道本院的立法工作，對內對外，都有一個很急切，很特殊的要求。一切重要的法典，如民法商法之類，都得儘今年一年之內，通通弄好。而民法的需要，尤其急切，尤其要先行完成。民法在從前已經起過兩次草了，但是都不滿意，都不算成功。這一次的起草，大家一致努力，求於最短期間，完成這件偉大的工作，立起中國法治的規模，所以截至現在，已開了五六十次的會議了。就中兄弟也曾參加審查會，覺得大家很認真，很努力，是值得安慰的。在本院同人努力起草民法時，全國人民以及國際間也都十分關心。但是民法內容非常廣博，一般人往往不易得其端緒，或明瞭其所以然。因此我們又編了一個說明書，將所編總則應說明地方，通通不厭求詳地說明了，這是很需要的工作。兄弟今天趁這個機會，先揀幾點重要的來口頭說明一下：——

我們知道民法是規定人民日常生活的法律，法律根據於我們做人的關係，分出私法和公法兩種來。簡單說一句：所謂私法，就是規律大家不直接關係國家的生活的法律。而公法就是規律直接關係國家的生活的法

律。除了直接和國家組織有利害關係的公法之外，所有關係私法的，本來可算通通在民法的範圍以內。我們以前把民法看得太輕了，其實它關係民族與民生的很大。記得以前留學外國時，還沒有十分懂得革命的道理，總以為私法的研究不妨稍緩，要去定出大國家的憲法來，纔是革命黨所應做的工作。那知憲法的作用，固然重要，但祇能解決民權主義的問題，若解決民族主義，民生主義中的問題，是必須應用私法民法的。從實際上看來，民法的關係是何等重大呢！

民法範圍既廣，頭緒既繁，在全部細則之前，當然非有一部總則不可。但是民法的總則與一般理論上學問上的原則不同，憑空是想不出來的，是不能在細則尚無把握之先就訂定的，一定要對於各部分所有的條文都預先想得大概了，然後纔能把它抽象的訂出來。這種總則要適應國家社會民族的要求，將來各部分的細則由它產生出來，也纔能適應那種要求。國民對於民法總則的意義，都要深切領會，它是法治國家任何人所當具備的常識。在上面所謂說明書裏，對於我們所訂的民法的效能和原理，列有四項很嚴格的解釋，是大家不可不知的，現在大略報告一下：

第一是對於習慣的採用。民法在應用時，如果有已具的適用的條文可以依據，當然依據它，如果原來沒有適用的條文時，便得酌量情形，依據習慣。對於這一點，有許多不同的主張，因為各人對於習慣的力量和地位，有種種不同的觀察。如拿破崙法典，當時在自然法學說很盛的時候，便絕對用不到習慣，他以為祇是法定的條

文纔算得是法律。後來法律家逐漸認識習慣之重要，知道它不可輕視，於是有許多地方便以習慣法來補充法律的遺漏了。不過在什麼地方纔適用習慣，也是由法律明定。這一派是以習慣補充法律所不及，此外還有一派更新的主張，以為習慣不祇是足以補充法律而已，實在應該和法律處於同等的地位。因為無論什麼法律，都是從習慣來的，法律不過是依據習慣而規定的條文。所以有些事情的處理，儘可像根據法律一樣的去根據習慣。這一派學者看法律本身幾乎是應受習慣的約束；他們以為習慣既有產生法律，補充法律，修正法律的作用，那麼，和法律站在同等的地位，並不為過。至於在我們現在所訂的民法中，還是採取第一派，認習慣對於法律，僅能補充而已。因為我們知道我國的習慣壞的多，好的少。如果擴大了習慣的適用，國民法治精神更將提不起來，而一切政治社會的進步，更將紆緩了。如果那樣一來，試問我們如何去推行我們的主義與政策呢？政治會議給我們的立法原則中有這樣的規定：『民法中無規定者，適用習慣；若既無明文規定，又無習慣可以適用時，得由法官用由法律推演而得之法理解決一切。』政治會議也因為看到我國社會上不良的習慣居多，所以不肯擴大它的作用。認習慣與法律立於同等的地位，固是一種很新的學說，就是以習慣補充法律所不足的主張，也不失其為新。在外國人民的法治觀念很強，守法的精神很富，多適用一點習慣，不至有什麼流弊，可以採用第一派的學說；我們國情既然有異於他們，自以採用第二派的學說為宜了。

第二是對於團體利益的注重。我們的民法極注重社會團體的公益，與從前個人主義的民法立足點不

同。固然，民法是私法，其目的在確定人的生活的軌範，其間自然脫不了個人的關係，在我們的民法中，個人主義的原則也是不能絕對的消滅和剷除的。但是團體的生活尤其重要，個人主義的存在，總不能妨礙及社會主義的推進。所謂個人主義的原則有三：一是個人意思的自由，一是個人的責任，一是個人財產的保障。這三個原則都是從個人方面着想的，如果放到人人所共有的社會組織裏去，就不免要發生許多阻礙了。所以到了近代社會組織發達，這三大原則便很受搖動。我們編訂民法，首先注意到凡是公衆所認為不良的，有損於公共利益的習慣，通通革除掉，以糾正個人主義的錯誤。不過在不妨及整個社會的公益之下，個人的行爲，責任，財產，當然仍受法律的保護。例如一個公司爲達到它自家獲利的目的，而破壞他人的營業時，法律定不能允許它。所以現在民法總則裏定明：『法院於法人之目的或行爲，有違反法律，或公共秩序，善良風俗時，得因主管官署檢察官，或利害關係人之聲請，宣告解散；清算之後，所有賸餘財產，除章程另有規定或總會另有決議者外，歸給地方自治團體，以舉辦地方公益事業。』這就是所以注重社會的公益的。因爲社會的存在，絕不是專爲許多個人，社會的公益必須盡力提高。我們今後立法，應該注意到社會全體。這層意思，兄弟自本院開始以來，已屢次報告過了。

第三是男女平等問題。這一層本黨政綱中早已有明了的規定，遠在從前同盟會時代，就經確定了。我們的這一種平等精神，是近代很多國家所沒有的。例如凡是已結婚的女子，所謂『妻』者，在外國法律上，往往不能有完全的能力和行爲。在日本尤其如此。她們的自身，幾乎純粹是一個準禁治產者。關於財產的處分，以及

借債，或保證，訴訟，贈與，和解及仲裁，契約等等，都須得她夫的許可，方能進行。她們的地位，簡直完全是服從者，和被支配者。這些規定，日本在新民法中依然照舊，差不多已有了二十年的歷史了。我們現在所編訂的民法，却絕對免除這類不平等的情形。在條文中，我們祇講「人」而不分性別，無論男子女子，其行為能力的種種限制與保障，在法律上是完全相同，沒有區別的。向來民法上的毛病，對於已嫁的女子——妻，仍舊不給她處分自己財產的權，現在我們却把它改正過來了。我們的初意還想再添出一條來，專替女子說話；後來經大會討論，認為可以不必。因為用一個「人」字，男女便都在內了，如果專為女子再說什麼話，反易引起誤會，而且條文又要多出來。照我們現在的規定，已經很能夠顯出男女平等精神的精神了。事實上關於男女財產的處分，我國各省的情形，不同有的已認為不成問題，有的却認為大問題。例如廣東中等社會女子，處分個人所有的財產，並不算什麼。差不多已成習慣了。他省就未必盡然。有人以為要使夫妻的共同生活圓滿，對於彼此財產的管理，一定要有許多限制，不能聽其自然。這些理論，現在也不暇多說。總之：我們現在的立法，當然按照本黨的政綱，無論有何種限制，總是男女一體，不會男女不平等的。全國男女同胞，以及全黨男女同志，不要再慮本院立法上，對於男女之間，或有不平，大家只要準備享受那法律範圍以內的權利，使法律所規定的種種，能充分實現於事實，那纔格外見得我們民法中所有的男女平等的精神呢。

第四是民法的編制問題。這一層自來學者有各種不同的意見，定着各種不同的方式。大概說來，可分為

羅馬式和德意志式兩種，我們的民法總則，酌採各式的長處，除上兩式外如暹羅、蘇俄等國的新法典的編制，其可取的地方，我們也曾採擇了。我們民法中所有的總則，不但是理論的原則，而且很真切的事實的原則。將來由此抽象出來，便可得各種需要的條文，而不至於泛濫無所歸。一般民法的條文，往往失之太多，太雜。我國人做事，尤其好偏重在量的方面，例如同一個題目，第一個人做一篇文章一千字，第二個人見了以後，如果要重做，一定做一篇三千字的以勝過第一篇；究竟內容需要不需要一千字或三千字，大家都不大管。編訂法律也會犯這個病。你先編的有一百幾十條，我後編的非有二百幾十條不可，好像非此不足以示我後編的格外美備。這種偏重於量的積習，在我們這一次編訂民法中，一定革除。條文貪多，不但容易前後形成重複矛盾，而且容易離開事實，定着許多永遠應用不到的理想，徒然增加將來讀法的學法的麻煩而已。我們現在編訂民法，從總則起，就力求簡要。如日本及歐洲各國的民法總則中，所有許多沒用的條文，我們一概刪去。凡是總則上所規定的，都是可以產生事實上需要的條文的，我們力求簡要明顯。在條文章節上非常注意。現在將全編通用的法則，另編成一章，放在全部的前面。更把自然人和法人合在一起。契約則按它的性質，分別規定在債的一章中。把許多共同適用的條文，也另編專節，冠於其餘的之前。這樣在體例上大概可以免駁雜不純的弊病了。

今天兄弟並不是專作民法的講演，不過我們覺得這些要點，是人人應該注意。尤其是現在，本黨的政策如何推進，社會國家如何改造，都和法律息息相關，大家不容不注意法律。我們知道立法的工作實在很重大。單就

民法講，現在總則雖已大體就緒，但是還有其餘的四部分，急待完成。恐怕每一部分的條文，將來還要多過於總則，至少也需要與起草總則一樣的時間和精力。如果我們對於民法的工作，不幸因大家的努力未到而有遺誤，那不但有失國民的期望，就在國際間，也喪失我們國家的信用，這是本院同人千萬要注意的。民法以外，與民法有關係的，如商法，公司法，保險法，票據法，勞動法等等，再次如土地法，地方自治法等，統統要從速制定。土地立法，對內對外，都有特殊的關係，在事實上不容久缺。勞動法所以保護勞動者，也所以保障社會的安全；票據法等更關係整個社會的事業。社會上常常有勞資糾紛問題，我們如何能眼看看它們全無法律上的準繩，而隨意胡攪呢！所以這些法典，通通要趕快編訂。由此看來，本年以內，我們的工作是何等忙迫！在立法委員固然要特別認真的做，便是其他同志同人，工作也何能不特別加緊，以盡輔助之功！本黨以往所發的支票已經不少，現在已是國民來兌現的時期了。但是這些支票上如果不由法律來發字，如何能領得現款？我們的立法，就是這種簽字的工作。如果我們老耽擱下去不簽字，我們固無以對人民，也無以對本黨啊！

法學文選

# 民法債編的精神

胡漢民

——十八年十一月十一日立法院 總理紀念週演講詞——

上一星期，本院同人把本年內要公布的重要法律又成立了一部分。大家都非常努力，尤其是立法委員，不分晝夜地開會，也和前方武裝同志的打仗差不多，從朝到晚，用全副精神向前幹去。而且一切討論都十分鄭重，十分認真，以純客觀的態度來辯論，義理所在，絲毫不讓；及至法案已經決定，便一致尊重，再無異議了；就是在先意見不同的人，並不因此而生出芥蒂，分出彼此來。這種精神，是國會或任何議會所不易見到的，我們很值得自慰。

前兩星期，我們忙的是民法。民法的重要，大家都已知道，乃人人應該研究的法典。因為它不啻是一種倫理的教科書，我們日常生活，都在它的規律之中，不過自己多半不覺得罷了。凡是立法——尤其是私法——應該極力採取最新的法例，而同時注重本國良好的習慣。但其中要有最高的原則，一貫的精神，以定去取斟酌的標準。我們所立的法，原都根據於 總理的三民主義，民法當然也如此。三民主義的立法是合於 總理所謂『王道』的。所以我們的民法也是王道的。外國人不懂什麼叫王道，在他們的報紙上常致懷疑：『何以國民黨做的事情便是王道呢？』所謂王道，我們中國人一定很容易明白，乃仁恕而公平的，以德服人的，不是以力服人的。如

把我們現在所立的民法細細看看，便明白王道的精神究竟如何了。世界各國的法律大都根本於羅馬法和拿破崙法典，這兩種法，大都以個人為本位，而忽略了多數人的利益，這就不是王道，而是霸道。我們不然。我們立法是以全國社會的公共利益為本位，處處以公共的幸福為前提的，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。這在最近通過的民法債編中尤其明顯。

民法債編普通本叫做『債權編』，而我們現在改為『債編』，因為『債權』兩字，從名義上看來，好像那種法是專保護債權人的。要知債務者常處於經濟上弱者的地位，法律如果不問有理無理，專保護債權者，那便是霸道了。我們為避免這種敬輕敬重的毛病，便明白簡單地用『債編』二字。單這二字，比較的已屬王道了。至於債編內容表顯王道精神的地方很多，可略舉數條如下——

一般法律中的所謂『損害賠償』，在我們民法債編內，很注重責任，務求其平允。其中有幾點，我們會細加斟酌。如因故意過失而予以損害時，照理應由加害人負賠償之責，但有時損害的發生和擴大，被害人也有相當的過失，那就不能專歸責加害人了。又如債權者對於債務者的行為，認為有妨害其債權時，得請求對於此種行為加以制止，此為保護債權者一方面的，但有時債務者雖有過失，致發生對方的損害，而其事件於債務者本身並無利益，那說不能專責債務者怎樣賠償了。我們債編中現在規定：如遇這樣情形，法官可加斟酌，減輕或免除加害者債務者賠償或處分，並不一味以壓迫債務者為能事。普通債務者負了債，照理是應依契約按期償還

的，但有時債務者沒有依照契約的能力，而且這種能力的失却，事實上又不是故意的過失，那麼，法官也可斟酌其經濟情況，於不甚損害債權人利益之相當範圍，令其分期償還，或展期償還。這完全因為債務者是經濟上的弱者，所以要多保護他一些。至於債務者若故意違反或遲延債務的履行，致令債權者有危險，或發生危險之可能時，債務者也要受法律的制裁。現在債編內第二一九條規定：『行使債權，履行債務，應依「誠實」及「信用」方法。』所謂『誠實』『信用』是社會生活的基礎，法律乃所以維護這種基礎的，因此凡不誠實及失信用的，法律都不予保護。這是一個極公平的原則。更如無行為能力人，或限制行為能力人，倘有不法侵害他人權利時，在許多國家的法律規定中，他是可以完全不負責任的。好像一個神經錯亂者，在他無意識的行為中，致他人受了損害，他可不負責賠償責任。但被害者所受的損失倘若很大，甚至承當不起，難於恢復原狀時，加害者固然一毫不負責，此外更無負責之人，事理豈不太不公平？被害者豈不太失保障了麼？因此我們規定：這種損害，雖是法定代理人對於行為人已盡了監督之責，法院仍得因被害者的請求，斟酌兩方經濟情形，判定賠償。凡此種種規定，注重責任，同時併顧及客觀，不使貧而無告者慘無救濟，就是所謂王道精神的表視。

再如僱傭契約之終止，倘原無定期時，則依有利於受僱方面的習慣，這也是保護弱者的極明顯處。又受僱人因執行職務不法侵害了他人的權利時，僱用人應與行為人連帶負損害賠償責任。因為僱用人是負有選用和監督受僱人的責任的，現在受僱人鬧出亂子來，僱用人何能脫卸責任呢？但是僱用人對於受僱人的選任和

監督，倘若已經很注意，而事實上仍有出乎意外的損害來，那麼，僱用人也可不負賠償責任。例如某人用一個汽車夫，平時開車本來很好，人也可靠，一天忽然因喝酒闖出禍來，損害了人的生命，在僱用人方面，原可不負什麼責任；但是假如受僱人情形很苦，而被害人尤其可憐時，法官爲主持公道計，可以斟酌兩方經濟情形，使被害者得到相當的賠償。現在上海等處租界上的所謂法，是專保護強者的。假如損害強者，不問行爲人有意無意，賠得起賠不起，總科以鉅大的罰金，或者予以拘禁；如果強者損害了弱者，便不問事實如何，當做無事一般，至多也祇教加害者隨便賠若干錢就算了，這是我們在報紙上常常看到的事實。這就比出兩種法律，誰王道誰霸道了。本來在我們中國的倫理觀念中，人家對我們有了什麼損害時，無論行爲人能否賠償，我們都應以寬恕的精神，赦免人家不要賠償的，這是由我國很有歷史的文明中產出來的道德；不比外國人講霸道的，一切專以個人爲本位，行使他法律上的權利，而法律也專去保護被損害者，絲毫不講事實上特有的情理。王道是本乎人情的，霸道是反乎人情的，於此便可格外明白了。

債編內還有許多地方，對弱者比較保護得多些。如租賃一事，在許多國的都市無不拚命保護所有權人，把所有權看得神聖非常。承租人本已是經濟上的弱者，如此却逼到他弱而又弱。現在我們不然：第一，在法律上明白規定，買賣契約不能破壞租賃契約，這已是所以保護承租人的了。其次，租賃物如遇損害，如被火燒，必須承租人有重大過失時，纔對於出租人負賠償之責；倘不管他有無過失，租賃物一有損害，即須賠償，那就不王道了。不

過承租人也應以善意保管租賃物，如果租賃物有生產力的，並應保持其生產力。承租人倘違反上述的義務，致租賃物毀損滅失時，也應負相當的賠償。此外承租人非經出租人承諾，不得將租賃物轉租與他人；租賃物如係房屋，則除另有反面之約定外，承租人僅得將其一部分轉租於他人，這是雙方兼顧的。新定的民法對於佃戶，也多多保護。如耕地之承租人，因不可抗力致收益減少或全無時，可以請求減少或免除租金，並明定這種種租金減免請求權，不得預先拋棄。誠恐耕地承租人或受壓迫，無知拋棄，故為加意保護。再出租人不能隨意收回已出租的耕地；但如果確乎是收回自己耕作的，可以終止契約。這是依『耕者有其田』的原則，貫徹本黨土地政策的要點。

在贈與方面，現在民法也有公平的規定。普通既將東西允許贈給他，便不啻是一種債務，非實行不可。現在規定：假如贈與者因贈與而使自己生計發生重大影響時，或是妨礙其扶養義務之履行時，贈與人可以取消成約。至受贈人對於贈與人或其最近家屬，有故意侵害行為，或受贈人不履行其應有之扶養義務時，贈與人均得撤回贈與；如此規定，完全本於仁恕的道理，為道德上倫理上所必需的。

還有如旅店、飲食店、浴室等處，顧客把東西放在店中，店中當然應負保管責任，這在道理上毫無疑問，而習慣上各店往往寫一紙條，為『公文物件，貴客自理』之類，就此輕輕地卸脫了責任，這在法律上是不能認為有效的。再如物品運送人，當接受物品，擔任運送後，對於貨物的安全，自當負責，中途如有甚麼損害，自當賠償。而

運送人向來作種種推諉，只管運送，不管保護，未免大不合理，現在這一層在債編中特別注意糾正。我們覺得中國人最是感到旅行的困難，固由交通不便，而運送行李或物件不得保障，也足教人畏憚旅行。本來不負人所託，是我國人素有的美德。前述種種缺點，可說是『町人的惡習』，以法律來糾正了它，庶幾發揚出我們民族固有的精神。

我們在民法中，對於著作人，也比較多保護些。著作人雖然在文字上有很大的權威，但在經濟上大半都是弱者。心血構成的作品，賣給出版人去出版，往往受無限的剝削。這不僅中國為然，歐美先進的文明國家，也是如此。他們的法律，本來不肯多保護弱者，所以對於這一點，也並不覺特別不好。著作人中，尤其是專門學術的著作者，功業很可尊重，如受出版界的壓迫，那未免太平了！法律對他，是應加特別保護的。中國著作家太少，著作作品不多，更有竭力提倡獎勵的必要。現在民法中規定：出版人怠於新版之印刷，即喪失其出版權。出版人對於著作物不得增減變更，並應以適當格式印刷著作物。著作物翻譯之權利，除契約另有訂定外，仍屬於出版權授與人。著作物全部出版者，於其全部印刷完畢時給付報酬；分部出版者，於其各部分印刷完畢時給付報酬。著作物交付出版人後，因不可抗力致滅失者，出版人仍負給付報酬之義務。著作物未完成前，因一定情事，致不能完成其著作時，如出版契約關係之全部或一部之繼續為可能且公平者，法律得許其繼續，並命為必要之處置。凡此種種，都是特別保護著作者的。不過中國的出版界也極幼稚，在法律上我們也要注意培植，因此債編中又有著作

人之權利於出版契約實行之必要範圍內，移轉於出版人等等規定。

民法債編起草時間爲五個月，前後開會計一百五十餘次，內容完全依照中央頒發的原則。凡本黨政策所在，都有明白規定。如剛纔所說租賃一層，承租人固然可得種種便利，但他決不能隨便將租賃物轉租他人，尤其是土地的租賃，這是本黨保護自耕農和佃戶的政策。如果租來的土地再轉租給他人，那便生出兩重地主關係來，違反了本黨的政策了。至於地主將土地收回來自耕，倘合法定的手續，那是可以的，因爲這是本黨『耕者有其田』的政策。倘不是自耕，不準輕易收回。英國蘇格蘭地方，幾十年前，曾有些大地主忽然將他們的田地由佃戶手裏一齊收回，不要那些佃戶耕種，因此不少農村的小農都無可謀生。原來那些大地主覺得把土地分租給各戶的小農，收他們的租金，事情太麻煩了，不如收回來做獵場或牧場，仍可收得租金，一方面便於打獵，又可娛樂，事情更不麻煩，何等不好呢！這樣一來，地主是便利了，無奈農戶却大大吃苦，而國家的生產上也大受影響。現在我們的土地使用法等雖還沒有頒布，但根據本黨政策，對於地主的收回土地，已在民法中加以嚴重的限制，大家一定要本着『耕者有其田』的原則做纔算合法。這種地方，遵照本黨政策去規定，就是根於仁恕公平的王道。凡不明白怎樣是王道的，在立法上怎樣王道，怎樣霸道的，本黨所行的三民主義以及一切政策何以是王道的，觀於以上種種，總該明白了。

兄弟對於法律學，荒疏已久，經此番從事以後，不啻重新溫習了一遍，覺得很有趣，非常愉快。如此博得愉

快，就個人說，簡直是『以公濟私』，不過我們因替公家工作而增益了自己的新知，這種『濟私』可算是應該的。至於因為工作上十分忙碌辛苦以後，稍稍休息一下，同兩三個朋友游玩游山玩水，覺得是無窮快樂，而繼續工作的精神，因此便又恢復了，這種快樂，這種『以公濟私』也可算是應該的。在我們服務之中，公私界限，原要分明；『以公濟私』是最忌的毛病。不過像如此的『以公濟私』卻是例外，不但不忌，而且值得提倡，希望大家都能這樣纔好。

# 民法物權編的精神

胡漢民

——十八年十二月二日立法院 總理紀念週演講詞——

上一星期，我們已把民法的物權編制定，而且已經國府公布了。我們在年內已成就了民法的三部分；尚餘兩部分，是親屬編和繼承編。這兩編比較更為繁難，因為內容直接關係我國民族向來的組織，與物權之類，有實際性的，大不相同，在因革損益之間，更不能不特別鄭重。在起草時，必須周諮博訪，加意研求，先將全國各地的親屬習慣，仔細調查明白，纔能夠作種種的確定。這兩編條文，在技術上的要求並不難應付，在內容上的要求，却不易美滿。

物權編的制定，和債編一樣的精神。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，而這種習慣，一定是合乎所謂王道精神的。兄弟想於現在很短的時間中，將物權編的大概，報告一下，使立法委員以外的同志，也得一個相當的瞭解。

從物權編的通則上，我們便可見到所謂王道精神：

『物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。』

這條通則的理由，是因為物權，具有對抗一般世人的效力，若許人以契約或習慣隨意創設物權，便有害於

民法物權編的精神

公共的利益。這裏所謂『其他法律』乃指特別法律而言，如規定漁業權，著作權或專用權之類的法規都是。我們通常說的所有權，乃物權的一種，普通國家很尊重它，但所有權固該尊重，而為社會一般公益起見，法律上也應同時予以相當的限制。所謂所有權，包含三種權利，即使用，收益，處分。本編規定所有人於法律限制範圍內，得自由使用收益處分其所有物，並得排除他人的干涉。因為社會生活和社會生存，為法律所由產生的源泉，法律所以要保障各個人生命財產之安全，其最高的目的，由於為社會的安全，而不是純粹為個人的安全。所以個人的利益，必定置諸社會公共利益之下，一切權利之行使，祇能在法律範圍之內。便是所有權亦須受此限制。其在公法或他種法律規定限制的，今暫不論，現在祇就物權編舉例，則有如下之數事：

(一)如土地，乃不動產。其所有權的效力，本可及於土地的表面，土地的內部，及土地以上的空曠。但是如果漫無限制時，也會損及公益的。所以物權編中明定這類不動產的所有權，應受法律的限制，又因為尊重所有權之故，所有人固然可以排除他人的干涉，但他人的干涉，如果無礙於其所有權的行使時，所有人也不能加以排斥，如為謀公用事業的發展，而裝置電線，佔了土地所有人的地上權，鋪設自來水管，佔了土地所有人的地下權，這都不能排斥的。

(二)土地所有人對於他人直接間接之動作，侵害其支配者，自可加以禁止，但在工業大興以後，事實上便無法完全維持此種私權了。如煤氣，蒸氣，臭氣，烟氣，熱氣，灰屑，喧囂，振動等等。從別人的地方侵入被害者所有土

地範圍中來時，如果被害很輕微，或依土地形狀地方習慣那種侵害爲不可免時，被害者便不許濫行干涉，這種規定，是在保護土地安全之中，寓有注重社會公益之意。

(三)他人無故侵入土地所有人的地內時，所有人可加以禁止，但是也有例外：其一，照地方習慣，他人可以入所有人的田地，牧場或山林，刈取雜草，樵採樹木的枯枝枯幹，或採集野生物，或放牧牲畜，或捕魚蝦，或狩獵野獸，土地所有人不得加以禁止。例如某人有一座荒山附近的貧民向來在山上拾柴草，該山易主以後，新主忽加禁止，而自己於該山亦並無利用，還是任它荒廢，那便不爲法律所許。這在法律上稱爲漁獵樵夫正當權。其二，土地所有人遇他人之物品或動物，偶到其土地範圍內時，應許該物品或動物之占有人或所有人，前來尋查取回，這稱爲尋查請求權。

以上三項，都是所有權的限制，是一方面尊重所有權，而一方面尤其注重到社會上公共的利益，這就是它王道精神所在。

關於所有權取得之規定：

『以所有之意思，五年間和平占有他人之動產者，取得其所有權』

『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者，得請求登記爲所有人。』

『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。」

這些規定，也是爲的注重社會公益起見，應該使動產或不動產的所有權的狀態，早日確定。取得時效一層，他國法律有訂在民法總則中的，我們現在却根據最新的法例，一併規定在條文之中。於此有一端更當注意：關於不動產物權的取得，設定，喪失及變更，我們是完全採用登載要件主義的。關於這一點的規定，各國法律各各不同，有採地券交付主義的，有採登記對抗主義的。我們採用登記要件主義，是求貫徹本黨的土地政策，以期權利狀態之明確。關於土地方面，物權中祇很審慎地定出若干原則而已，至於詳細的關係，都讓給土地法規去規定。不動產的取得或變更，非登記不生效力一層，在旁的國家，是僅僅對抗第三者而已的，我們並在使將來的土地登記法增加力量，以便將中國的許多土地關係都弄好。我們是準備由這一步起，根據總理的土地政策，逐漸做到平均地權，耕者有其田，土地國有等等的目的。因爲總理的政策是王道的，不像蘇俄那樣巧取豪奪，所以使用登記的方法，最爲妥當。旁的國家專以登記爲抵抗第三者而設，其實登記的作用，並不完全如此，它還含有保證的性質。雖然現在我們的土地登記機關還不完備，或者還完全沒有，但總可以照這意思，逐漸辦去。關於這一點民法施行法，我國從前也有相當的辦法，如換契之類，就是取得不動產所有權的一種登記方法。我們在立法上當然應按照黨的主義和政策去做，將來纔能不生其他問題。現在很多國家對於土地政策的改進，感覺最大的困難，便是被私人所有權限制了，無法解決，無法救濟。我們總理的平均地權，節制資本，本是一種預防

土地資本走入歧途的辦法。我們不能以爲它在目前無關重要，便有所忽略，使立法上失了主義的根據，而重蹈他國的覆轍。

講到占有一層，我們也是採取的最新法理，注意着公共的利益，規定『對於物有事實上管領之力者爲占有人。』這完全是取客觀說，而不取主觀說。因主觀說以意思爲占有要件，而意思又以原因而定，常使占有人負不容易舉證的責任。既非所以保護占有人，同時於實際生活亦不適用。所以此派主張，已爲耶靈格等攻擊得體無完膚。各國民法，沿羅馬法解釋之錯誤，規定意思爲要件者，到近來其學者亦難爲回護。德國民法第一草案，雖從舊說，第二草案，則惟以事實上之支配爲占有定義。我們物權編中占有一層，便採取這個法例。不過於由占有而取得其所有權，除上節所述取得時效外，即無主之動產，亦必以所有之意思爲條件罷了。

拾得遺失物，亦爲一種占有狀態，本編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。』依此規定，則拾得人自始不當有爲自己所有的意思，亦不得謂爲遺失物所有者之代理占有，而遇第三人侵奪其所持時，仍應受占有訴權之保護，請求回復。這亦足證明占有必以意思爲要件之不當。至我國古人以道不拾遺爲美談，而今人尙有不知拾遺不報爲非法者，對於本編第三節的規定，應該注意。又發見埋藏物，其事頗類拾遺，而性質究有不同。本編規定發見而占有者，取得其所有權，但埋藏物如係在他人所有的動產

或不動產中發見的，那麼此項動產或不動產的所有人與發見人，平均分有其物。又如發見的埋藏物，足以供學藝術考古或歷史的資料者，便不應屬於私人所有。所以本編規定其所有權之歸屬，由特別法定之。

凡一物為數人所共有的，在所有權中稱為共有，共有有二種：（一）以分量為分割方法，而使所有權的各部分屬於數人者，曰普通共有，（二）並不區分原物，亦不分割所有權，而以支配屬於全體者，曰共同共有。我國的祠堂祭田合夥等，都是共同共有，在物權編中對於共同共有，特參酌我國固有習慣，作一個詳細的規定。共同共有，並不如普通共有，對於公有物各有其應有的部分。所以法律規定：

『除依其共同關係所由規定之法律或契約另有規定外，非經共同所有人全體之同意，不得處分共同共有物，或行使其他權利。』

並且明白規定共同關係存續中，各共同共有人不得請求分割其共同共有物。這種規定，無非求共同事業目的的貫徹，以保障公共的利益。

此外永佃權，是為保護耕者——佃戶——而定的，永佃權為支付佃租永久在他人土地上為耕作或牧畜的權利。這種權利，具有永久存續的性質。可是永佃人都是經濟上的弱者，法律應該多多保護他們，所以本編顧全實際狀況計，規定如果因天災地變等不可抗力致收益減少或全無收益時，可請求減少佃租，或竟免除佃租。人得轉佃於第三人。積欠地租達三年之總額者，土地所有人始得撤佃，而習慣除外。這都是顯然保護佃權人的。

在我們所訂的民法物權編中，還有典權一項，爲世界各國所沒有的。我國舊草案，也想不要它。但經我們再三致慮之後，覺得不動產典乃是我國固有的習慣，與外國不動產質爲擔保權的，很有不同。照我國習慣，如典物價格低減，出典人拋棄了回贖權，便可免除負擔，如果典物價格高漲，出典人還可向典權人找補，這真是一種富有王道精神的習慣，爲我國道德上濟弱觀念的優點。現在物權中保存了這種習慣，規定出典人對於典權人表示讓與其典物之所有權時，典權人得按時價找貼，取得典物所有權。可是習慣上往往有迭次請求找貼，致發生糾紛的，所以又規定找貼祇以一次爲限。

以上是物權編內容的大概。這一編共分十章，先後開會討論審查，凡四十餘次，大家都盡心盡力地研究：如何去調查我國固有的習慣而保持之；如何採取世界的新立法例而通用之。對於主義政策方面，也都處處顧到，然後纔有這樣的結果。所謂主義政策的顧到，兄弟在剛纔各段報告中，已隨時提到了。至於其大旨，兄弟在去年本院開會辭中，也曾說過。我們認定三民主義的立法，是科學的立場，不是唯心主義的立場。所謂科學的立場，乃以法律之所應用——社會——爲主，因時因地去考察全社會的需要，以全社會共同的福利或全民族共同的福利爲法律的目標。法律應能夠保障社會羣體的利益，至於個人的所有權種種，實在應該是爲社會生活與民族生存而有的。若僅爲他個人的生活生存而有害於社會國家，法律便不能保護牠。故一切權利行使，應受法律的約束與制裁。法律一面是爲的社會，同時即維持其在社會上必要的關係與地位。這是我們立法的根本意

法學文選

義，大家應該認識。

# 民法親屬繼承兩編中家族制度規定之

## 意義

胡漢民

——十九年十一月十七日立法院紀念週演講辭——

民法親屬繼承兩編，內容所訂定的，很多有關於家的組織乃至家屬制度的問題。日前有許多——尤其是若干所謂感受新思潮的青年，都以爲家庭與宗族，是陳腐的封建時代的產物，在理想的二十世紀中，應該不需要了。這種思想，在現代一般青年的作品中，常常可以明顯地看到。但是我們總理的主張，究竟怎樣呢？在民族主義第五講中，曾很詳盡地說：

外國人常說中國人是一片散沙，中國人對國家觀念本是一片散沙，本沒有民族團體，但是除了民族團體之外有沒有別的團體呢？我從前說過了，中國有很堅固的家族和宗族團體，中國人對於家族和宗族的觀念，是很深的。譬如中國人在路上遇見了，交談之後，請問貴姓大名，祇要彼此知道是同宗，便是非常親熱，便認爲同姓的伯叔兄弟，由這種好觀念推廣出來，便可由宗族主義，擴充到國族主義。

敬宗親族的觀念，深入中國人的腦筋，有了幾千年。國亡他可以不管，以爲人人做皇帝，他總要一樣的

民法親屬繼承兩編中家族制度規定之意義

納糧，若說到滅族，他就怕祖宗血食斷絕，不由得不拚命奮鬥，閩粵兩省，向多各姓械鬥的事，起因都是爲這一姓對於那一姓名分上或私人上小有凌辱侵占，便不惜犧牲無數金錢生命求爲族中吐氣……如是給他知道外國目前種種壓迫，民族不久就要亡，民族亡了，家族便無從存在，那麼，一方可以化各宗族之爭，而爲對外族之爭，結合容易而且堅固。

尚書所載堯的時候，克明俊德，以親九族，九族既睦，平章百姓，百姓昭明，協和萬邦，黎民於變時雍，他的治平功夫，亦是由家族入手，逐漸擴充到百姓。

從上面所引的總理底遺教，可知家族是總理所認爲十二分必要的，在他要「利用家族做擴充國族的基礎」的意義之下，更可知家族在國家民族中的地位，是如何重要了。

民國八九年間，我與執信仲愷諸先生奉總理命主辦建設雜誌。這時我對於中國底家族制度，纔稍稍下一番研究的功夫。當時社會上一般人，大概對於家族制度，抱兩種不同的主張：一種是主張保存的，以爲家族制度有許多優點，爲父子，兄弟，夫婦間的感情，與彼此生活的互助等等，所以非保存不可，一種是主張破壞的，以爲家族制度有許多壞處，如階級的專制，偽善的品性，依賴寄生的生活等等，如果要個人發展，社會進化，便非破壞不可。我對於這些主張，並沒有多大的意見，不過以爲各種社會制度，都是人類滿足其慾望的要求的產物，人類有組織和統治的要求，便產生了政治制度；有維持生命和促進生活的要求，便產生了家族制度和婚姻制度……

：故一種制度的形成，必有其潛在的必然的原因，而其崩潰也必有其一定的理由和條件。明白說來，假如社會還需要這種制度，我們雖想以全力破壞，也發生不出多大的效力；假如社會已不需要這種制度，即使想保存，也一定無補於實際的。

根據這個意義，再看看中國過去現在的情形，家族制度在社會中，究竟佔甚麼地位呢？研究古代社會最詳細的著作，要算摩爾根（Lewis H. Morgan）於一八七七年出版的古代社會（Ancient Society）在這本書中，摩爾根指出在古代社會中最可注意的事實是（一）生活的技術；（二）政治；（三）言語；（四）家族；（五）宗教；（六）家屋生活及建築；（七）財產，而由今日看來，家族尤為古代社會的一切組織的起點。大家知道在生物和人類的各種慾望之中，最初發達的便是經濟的慾望和性的慾望，家庭制度就是由這兩種基本慾望結合而產生的，家庭的生活，不但可以傳種和發舒性慾，而且是互助的營求衣食住的最簡便的方法。所以初民的社會制度，最初發展的就是家庭制度；由家庭擴大為家族，更擴大為民族，部族，最後成為民族與國家，而所需要以「一以貫之」的，便是倫理的精神，這種所謂倫理精神的傾向，在中國尤為顯著。

過去的事實，使我們明瞭中國政治，是家族本位的政治，是純乎倫理的政治，尚書堯典：

克明俊德，以親九族，九族既睦，平章百姓。

甚麼是九族，九族者，上推高曾，下至曾玄之謂也！甚麼是百姓，楚語說：

民法親屬繼承兩編中家族制度規定之意義

所謂百姓……者何也……民之微官。王公之子弟之質能言能聽，徹其官者而物賜之姓……是爲百姓。質實言之，百姓者由家族擴大至於部族之謂也。到周代在同族的相互間，更形成一個宗法，宗法的內容，在禮記大傳中，可得其梗概如下：

別子爲祖，繼別爲宗，繼禰者爲小宗，有百世不遷之宗，有五世則遷之宗。所謂百世不遷之宗，和五世則遷之宗，大傳更加以說明曰：

百世不遷者，別子之後也；宗其繼別子之所自出者，百世不遷者也；宗其繼高祖者，五世則遷者也。

由家族氏族之擴大成爲國家，這是各國共有的通例；由宗法之擴大成爲政法，卻是我國特有的現象。大傳於此，有更具體的說明：

上治祖禰，尊尊也；下治子孫，親親也；旁治昆弟，合族以食，序以昭穆，別以禮義，人道竭矣。

人道便是親親，大傳說：

人道親親也，親親故尊祖，尊祖故敬宗，敬宗故收族，收族故宗廟嚴，宗廟嚴故重社稷，重社稷故愛百姓。

這個時期，國內各部分人民，都以「同姓從宗，合族屬。」（大傳文）統於有「合族之道」之「君」（大傳文）以體行。述親親的職務，而大規模的家族組織，遂成爲政治上主要的原素。我們看詩大雅大明，思齊各篇，贊文王之德，都推本於齊家，而尚書的五典五常，便是父義，母慈，兄友，弟恭，子孝。

〔孔安國語〕這便是由宗法擴大成爲政法的明顯的例證。再加以『萬物本乎天，人本乎祖』〔郊特牲〕『敬之敬之，天維顯思，命不易哉。無曰高高在上，陟降厥土，曰監在茲。』〔詩敬之〕的宗教氣味，我們對於『明乎郊社之禮，禘嘗之義，治國其如示諸掌乎』〔中庸〕的治國說，以及『平天下者，先治其國，欲治其國者，先齊其家』〔大學〕的獨有的政治哲學，也可明其大半了。

孟德斯鳩在他的名著法意中說：

「支那立法爲政者之所圖，有正鵠焉，曰：四封寧謐，民物相安而已；彼謂求寧謐而相安矣，則其術無他，必嚴等衰，必設分位，故其教必諦於最早，而始於最近共有之家庭。是故支那孝之爲義，不自事親而止也，蓋資於事親，而一日行作始。彼惟孝敬其所生，而一切有近於所生，表其年德者，將皆爲孝敬之所存。則長年也，主人也，官長也，君上也，且從而報施之義焉，以其子之有孝也，故其親不可以不慈，而長年之於稚幼，主人之於奴婢，君上之於人民，皆對待而起義，凡此之謂倫理，凡此之謂禮，禮經倫理，而支那之所以立國者胥在此。」

由此一段話，可以說中國人的生活，完全是家族制度下的生活，在中國歷史上，所需要『父以傳子，兄以勗弟，師以訓徒』的，便是大家去做一個家族制度的保護者和犧牲者，所謂光宗耀祖，顯親揚名，便是社會上高級份子的處世哲學，中國思想史上最佔勢力的孔子，便是宗法社會的產物，他言道言政，雖都歸本於仁，而仁之本

民法親屬繼承兩編中家族制度規定之意義

質，實淵源於家族。所以有子說：

孝弟也者，其爲仁之本歟？

根本這個觀念，去察看儒家的論政，則孟子便說：

仁者以其所愛，及其所不愛。

又說：

人皆有所不忍，達之於其所忍，仁也。

這正等於荀子「聖人者，以己度者也，故以人度人，以情度情，以類度類」（非相）的意思。以其所愛，及其所不愛；以有所不忍，達之於其所忍，便是「善惟其所爲」。換句話說：我之家族，我所愛也；我之家族，我之所不忍也；乃必及之，達之，而仁之爲義盡矣！所以孟子更具體的說：

老吾老，以及人之老，幼吾幼，以及人之幼；天下可運諸掌。

詩云：「刑於寡妻，至於兄弟，以御於家邦，」言舉斯心，加諸彼而已！

而孔子的理想的大同政治，爲我們總理所稱述的是：

大道之行也，天下爲公，選賢與能，講信修睦，故人不獨親其親，子其子，使老有所終，壯有所用，幼有所長，鰥寡孤獨廢疾者，皆有所養，男有分，女有歸。貨惡其棄於地也，不必藏諸己；力惡其不出於身也，不必爲己。是

故謀閉而不興，盜竊亂賊而不作，故外戶而不閉，是爲大同。

這種由宗法擴大而成的政法，總結說來，悉完全本於家族的一親親之殺，尊賢之等」的原則的，墨子尙兼愛，言非樂，論道論政，都與儒家不同；可是墨者夷之也明明說：『愛無差等，施由親始，』正可以看出在中國思想史上最佔力量的儒墨底類似的精神。

家族制度之起源，是母系的；家族制度之確立，是父系的。這在家族進化史上，早已得有明確的證據，在中國自有歷史以來，便是父系的家族，所以父權是家族構成的第一個要素，父之一字，從又舉杖，也正是強權支配的象徵。在這種父權澎大的家族之中，究竟形成一種什麼景象呢？記得有一位學者曾這樣說：

在父系的家族中，男子已高握首位，執掌了家的管理權；小孩子是用著父親的姓氏，而社會上也只用父親的姓氏了，女子的財產，全被沒收，失却了她一切所有的特權與專利……她要受制於男子，遭受一切凌虐與屈辱。

這幾句話確是事實。試看在中國，自周代由宗法所演出的家族倫理，如天高地卑，陽善陰惡的周易哲學等，直支配了二千餘年的民族底行動。而變本加厲則始自漢儒三禮，其中說婦女底地位的，如

婦人有三從之義，無專用之道，未嫁從父，既嫁從夫，夫死從子。（儀禮喪服傳）

婦有七出，不順父母出，無子出，淫出，妬出，有惡疾出，多言出，竊盜出。（大戴禮本命）

民法親屬繼承兩編中家族制度規定之意義

子甚宜其妻，父母不悅出。子不宜其妻，父母曰：「是善事親。」子行夫婦之禮焉，沒身不衰。（內則）

子婦無私貨，無私蓄，無私器，不敢私假，不敢私與。（內則）

而尤甚者，乃爲「父者，子之天也；夫者，妻之天也」（儀禮喪服傳）與東漢白虎通所舉的「三綱」等等，這樣女子的人格，竟整個被吃人的倫理所剝奪了。到清代，漢學大師戴東原還說：「尊者以理責卑，長者以理責幼，貴者以理責賤，善者以理責惡，雖失謂之順，卑者，幼者，賤者，以理爭之，雖得謂之逆。」我們試想在這種僵化的無情的倫理教條之下，所呈現的，是何等抑鬱慘苦的景象！其實此種家族制度的畸形發展，儒之賢者，并不能負完全的責任，如夏曾佑所言旌重節婦，始於秦始皇築臺以迎寡婦清，而後世推波助瀾，至造出程子「餓死事小，失節事大」的教條。實在，程子雖爲此言，初不禁其嫂之轉嫁，如果上推孔家，則觀於禮記檀弓「子上之母死」一章，子思之妻必被出而轉嫁，更很瞭然了。不幸這種畸形的發展是發展定了，在這種畸形發展的家族制度之下，流弊所屆，除上述的男女不平等以外，我在民國八年另外一篇文章裏，曾指出比較重要的三點：

（一）家庭的專制 親之於子，小時視爲玩物，大來當作商品……又極端干涉他的自由，叫他失却人格的獨立心。對於職業婚姻等問題，一味高壓，尤易引起家庭風波，甚至同爲所生，而重男輕女，重富輕貧，則親子關係，只靠財產血食爲連鎖，遂無慈孝可言！

（二）親屬的依賴 其始互相依賴，其後必互相牽累，且由倚賴心盛，往往反動不平，至若以親戚爲

一種勢力結合，有所壟斷，則爲私害公，流毒更大，終爲社會所不容！

(三) 家族的利己心 以家族爲單位而有利己心，其貪得無已，更甚於個人主義，於妻妾宮室之外，必欲積巨產以遺子孫，一念肥家，不知有社會的公益，有時身敗名裂，都不顧及，得爲守財奴而死，便覺瞑目。上述三點弊害，凡稍稍注意到中國家族問題的人，一定會有相同的感覺，而其中最表顯得深刻強烈，而目前還深受其毒害的，便是親族的依賴，與家族的利己，在某一個——尤其是都市的所謂較大的家族中，除了過去的老爺——今日之先生以外，凡太太，少爺，小姐，無一不是寄生蟲，而所謂老爺——先生的責任，便在竭知盡能，搜括社會的剩餘，供給寄生者之享用。到此時期，甚至「響爲身死而不受」的，也不能不爲「宮室之美，妻妾之奉，所識窮乏者得我」而自甘陷溺了！社會道德之墮落，實際政治之腐敗，這應該是一個重要的原因。

然而上所云云，并不能抹殺了家族制度的部份的優點。上文說過：制度是人類滿足其欲望的要求之產物，如果一種制度，因失却其空間性與時間性而趨於僵化，並不是一件怪異的事。這樣，人們因改變了思想之社會環境，而把家族制度按合於他發展的時代而成爲各種不同的形狀，是我們必取的手段。我嘗推想：中國家族制度所以能特殊鞏固，有二千餘年的歷史，乃至到今日在我們民法中必欲保存其精神而不能全部改造，如一般感受新思潮的青年所期望，完全爲物質生活的生產方法所決定的。中國自來是農業社會的組織，農業社會需要分工合作，互相爲助。而最需要的，無過於勞動力，一族人數增加，便是勞動力增加，於是家族愈大，生產也愈多，

由是而土地共有，耕作共同，在一族中，財產消費不分彼此，都正應合他們生活的要求。於是大家族便應運而生，而鞏固，而至於牢不可破。「男有餘粟，女有餘布」是農業社會最好的寫照，而「守望和助，疾病相扶持」也是農業社會必要的組合。在這樣的家族組合中，便是小孩子都盡一份的力量，實行了各盡所能，各取所需的社會主義的目的。但是假如生產的方法改變，家族制度的運命便必然中斷，舉例來說：英國十八世紀後半期，紡績機織布發明，人民的勞動力，由家庭轉移到工廠，家族的產業組織，全盤破壞；於是大家族變為小家族，最後完全歸於消滅了。我們在編訂民法，起草親屬繼承兩編的時候，對於家族制度，便斟酌損益於此。據我們調查社會情況的結果，中國若干都市，已進化到二十世紀歐美式的工業社會而無遜；而大部份農村，却還滯留在中世紀的農業組合中，這種社會進步不齊一的現象，更使立法者不能不從「令今可行」方面去著想，於是承認保存家族制度的精神而酌為變革，在民法上便全行確定了。

某一學者曾有過一段話，說明家族必須保存的理由。他說：

經過了歷史的最長久的時期，不管家族的構造如何，總是有他最榮譽的時期，和他所以存在的理由的。家族於小孩是必要的，因為有家族，纔有小孩保護的地方，及滿足其要求的場合。如果沒有保護小孩的地方和滿足其要求的場合，小孩便不能發展成人了。

此外，還有一點可以證明該有家族之必要的，是因為由於有了家族，所以已經實現了的進步，纔可以

一代一代的傳下去，他是已經滅亡了人類和將與的人類之中的一個媒介。

雖然上述的家族的職能，在漸進於工業社會的現代，已十分減少，——漸漸為社會所替代了，然而為大部農村還滯留在農業社會組織的中國所必需。是絕無疑義的事實，共產黨淆亂中國，第一個策略，便在破壞中國的家族組織，摧毀我們固有的親親之誼。同時一個青年，如果稍有親親的認識，縱使誤入共產黨，也必有幡然感悟的一天，即此二端，我們真可以深長思量！不過我們民法中所要保存的家族制度的精神，並不是一父為子綱，夫為妻綱」的舊學說，更不如後漢書所言：「繆彤因諸弟娶婦後求分異，乃閉戶自搗。」蔡邕與叔父從弟同居，三世不分財，鄉黨高其義」的舊把戲，而是完全順應於時代的實際的要求的。舉其要點則——

(一) 親屬分類之改進 我國舊律，對於親屬分類，除配偶外，分親屬為宗親、外親、與妻親三類，這種分類法，以男系為主，純粹為宗法制度的產物，新民法中便盡行改革，以血統及婚姻為主，而分為配偶、血親和姻親三類，在遺產繼承上，亦不以宗祧繼承為前提。

(二) 男女平等之確立 (一) 否認妻為限制行為能力者，(二) 離婚條件不寬於男而嚴於女，(三) 父母得共同行使其親權，(四) 否認單獨的夫權之存在，(五) 無論已否出嫁之女子，對於父母之遺產，都有繼承權，此外各種親屬，苟與被繼承人親等之遠近相等，也不以性別而有所軒輊。

(三) 親屬獨立之獎勵 最顯著的便是消極方面的扶養之規定其範圍，為(一) 直系血親之相互

民法親屬繼承兩編中家族制度規定之意義

間，(二) 夫妻之一方與他方之父母同居者其相互間，(三) 兄弟姊妹相互間，(四) 家長家屬相互間，但是如果負扶養之義務者，因負擔扶養而至不能維持其生活的時候，這扶養的義務，便可以免除之，這在獎勵親屬互助之中，實寓有個人經濟獨立的意思。

(四) 家的制度之規定 家的制度是中國數千年來社會組織的基礎，惟在過去富有宗法氣味的習慣之下，每注重家長之義務，而漠視其權利；而且祇有男子有為家長之資格，而女子無之，新民法則於維持家制之中，置重家長之義務，並不論性別；在其管理家務的時候應注意於家屬全體的利益。

我此刻為時間所限，固然不暇把我們新民法中所規定的與舊法乃至一切過去所有的，作一個詳細的對比；并指出我們所改革的是些什麼地方，包含些什麼意義，和它的優點所在，但祇從上面所舉關於改革家族制度的四點來看，便可知新民法中親屬繼承兩編的精神究竟何在，而過去一切大家族制度的專制，倚賴男女不平等種種弊病，也都可以一掃而清了。的確，人們因改變了思想之社會的環境，而把家族制度按合於他發展的時代而成為各種不同的形狀，是我們必取的手段，應劭風俗通義：「袁盎與之兄子分居而供其公家之費，」薛孟嘗與子弟分居，子弟盡之，輒復更分，戴幼起讓財與兄，將妻出居客舍，便評曰：「凡同居上也，通有無次也，讓其下耳，」已不免落到沾戀舊物，迷其骸骨的田地。因為制度不是神聖用不著我們去迷信與犧牲。甚至外面打著官話，內裏却鬧出笑話來，強使我們受他壓迫的痛苦，如張公藝九的世同居，千古傳為美談，然而維繫

他們能九世同居，乃至成爲美談的原來是百多個「忍」字，我們試想這百多個「忍」字當中，到底包含了多少酸辛，多少慘痛呢！

總結起來，民生爲歷史之中心制度是人類滿足其慾望的要求的產物。人類有維持生命促進生活的要求，便產生家族制度。在中國由家族制度的宗法，擴大成爲政治，支配了二千餘年人民의思想和行動到今日這種陳舊的徒存軀殼的宗法，便應該摧毀了，然而家族制度的精神，因應事實的環境的要求，必須有適度的保存，這是新民法親屬繼承兩編中所以釐定家族制度的重要的原因。總理昭示我們，要我們：『由家族主義擴充到國族主義』又說：『外國人以個人爲單位，由個人放大便是國家，在個人和國家的中間，再沒有很堅固很普遍的中間社會，所以說國民和國家結構的關係，外國不如中國。因爲中國個人之外，注重家族，有了甚麼事，便要問家長，這種組織，有的說是好，有的說是不好，依我看起來，中國國民和國家結構的關係，先有家族，再推到宗族，然後纔成國族，這種組織，一級一級的放大，有條不紊，大小結構的關係，當然很切實的。』『歐美有歐美的社會，我們有我們的社會，彼此人情風土各不相同，我們能夠照自己的社會情形，迎合世界潮流做去，社會纔可以改良，國家才能進步；如果不照自己社會情形迎合世界潮流做去，國家便要退化，民族便要危險。』的確，中華民族二千年來所以還能勉強維繫於不墮，家族主義，要佔最大的力量。廣東童話說：「叔打我爺，幫我爺，人打我叔，幫我叔；」以由近及遠的態度，作同仇敵愾的行動，這是民族主義的真精神，大家要認識，真實的良好的家族主義，是

民族主義的縮影，所包含的是合於互助原則的濟弱扶傾的王道精神，中華民族，因將藉此精神以存續其悠遠的生命，世界各民族也必須靠此。纔能鞏固其生存的基礎！

# 狄驥的著作及其學說

法國鮑那爾教授原著  
凌其翰譯述

本篇述鮑爾多大學法科學長狄驥 Leon Duguit 之學說。狄氏久爲國人所熟聞。據予所知，在民國初年即有狄著法國憲法之國譯本，譯者姓名已忘，惟尙憶篇首有伍庭芳之序文，係文明書局出版。五年前予偶在上海邑廟舊書攤上檢得，不禁喜極欲狂，曾示友人程滄波君於復旦大學，厥後即遺失不見。此或爲國人對於狄氏學說最早之介紹。以後北大社會科學季刊時有王世杰、周鯁生輩之介紹，廣東大學法學季刊第一期有謝瀛洲對於狄氏學說極有系統之敘述；東方雜誌第二十一卷，第一號張君勵政治學之改造一文中亦叙及狄說；最近則有友人章淵若所述狄驥之私法革新論發表於東方第二十六卷十九期。及其私法改造論，於中央大學法學季刊，公法改造論，於東方雜誌廿七卷十五期。其他散見於各家文字中者，不可勝計。予遠處歐陸，在勢難以考稽。以上所述皆予記憶所得。雖掛一漏萬，亦可知國人之注意狄說，亦有若干年之歷史矣。

狄氏著作等身，若欲一一加以瀏覽，已足爲吾人終身研究之目標，茲將其重要者摘錄如左，至其他散見雜誌者不可勝計，恕不備錄：

(一) 國家客觀法與現實法律 L'Etat, le droit objectif et la loi positive IV. Paris 1901

(二) 國家統治者與職員 L'Etat, les gouvernements et les agents, IV. Paris, 1903

狄驥的著作及其學說

(三) 憲法綱要 *Manuel de droit constitutionnel*, 4e edit., 1923 一九〇七年初版有俄西等譯本及上述之國譯本。

(四) 憲法大綱 *Traite de droit constitutionnel* 4 vols 3e ed. 1927

本書爲狄氏最重要之著作，得此一書，他書均可不必買，共五巨冊，前三冊述法律原理及國家問題，非純粹之憲法學，實一至完備之法律哲學書，後二本述法國之憲政，及政治自由，第三版訂增至多，僅及第二冊而著者竟撒手長逝矣。

(五) 社會法，個人法及國家之變遷 *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, 3e ed., 1922 有英西俄希諸國譯本。英譯本且出諸英國著名政治學家倫敦大學教授拉斯基 *Laski* 之手筆。

(六) 拿破法典以來私法之總變遷 *Les transformations generales du droit prive depuis le code Napoleon* 2e ed 1926 此書出版後引起私法學者之攻擊，其內容大概已詳於章淵若君狄驥之私法革新論一文中矣。

(七) 公法變遷論 *Les transformations du droit public*, 3e ed 1925 已譯於東方雜誌廿七卷第十五期章君之近代公法學之改造文中。

(八) 國家主權與自由 *Souverainete et liberte* 1922

此爲狄氏於一九二〇年在美國哥倫比亞大學之長期演講稿有英西捷克諸國譯本。

(九) 法律實用主義 *Le Pragmatisme juridique* 1923

此爲狄氏在西班牙 *Coimbre* 大學之講稿

(十) 公法講叢 *Lecons de droit public general IV.* 1926 Paris

此爲狄氏在埃及及大學之講稿。

狄氏學說在法學上爲一大革命，引起法學界極大之波浪，反對派觸目皆是，狄氏竟成爲衆矢之的。予嘗在私藏書目中搜集批評狄說之諸家幾達二十種。其最著者 *Esmeir, Hauriou, Geny, Renard, Davy, Jézé, Boncase, Dabin* 輩是也。

狄氏著作之繁多也如彼。反對派評論之錯雜也如斯。若欲作一道地的敘述，豈不難哉？且予對狄說之懷疑處至多。以學識淺薄，所見猶未純熟，尙未至正式發表時期。故事前雖尙勾稽諸書。終於不敢動筆。近得公法國際學會年鑑（一九二九年巴黎版）*Annuaire de l'Institut international de Droit Public* 內有狄氏學說概述，係狄氏高足，現鮑爾多大學公法教授鮑那爾 *Bonard* 紀念先師之作。雖內容不免有偏袒狄說之處，究出諸門人之口，較爲真切。爰譯述於後，聊作本篇全文之續。且爲社誌狄驥紀念號之補白焉。

狄驥的著作及其學說

狄驥教授籍貫法國奧龍省 Grionde 里蓬縣 Lipourne 人，生於一八五九年二月四日，終於一九二八年十二月十八日，時猶在鮑爾多大學法學院擔任院長云。狄氏於一八八二年六月十九日攷得鮑大之法學博士，一八八二年十月攷得大學助教資格，一八八三年一月一日，始任崗大 Orb 法學院助教，一八八六年十月二十三日調任鮑大助教，一八九二年四月個日起始升任鮑大法學院憲法及行政法教授，一九〇一年二月九日起任鮑大法學院院長助理，一九一九年四月二十三始的任鮑大法學院院長，直至一九二八年十二月十八日逝世時止。氏以速疾終。晚年老當益壯，智力旺健，前途大有可爲，乃悠悠長逝，誠法律科學之一大損失也。氏必爲現代法律思想之重要關鍵無疑也。蓋氏所貢獻者，爲特殊、清晰、準確而又結構完備之學說，任何人均難忽視者也。氏於法律科學中必將留一極深刻之痕跡。贊成其學說者無論矣，即反對其學說之敵人亦不得不對種種問題加以思索，甚至重起爐灶也。氏之學說將愈爲後人所注意。氏雖溘然長逝，其學說則決不隨其軀殼而入於黃昏中也。氏之學說將在一新的黎明時期中開展矣，蓋氏之終也，頓使其敵人驟然而靜，肅然而退。彼輩往往失去嚴整客觀之態度，致科學辯論入於歧途，至可惜也。

我人對氏之學說，必須加以一番深刻之研究無疑矣。但目前在此有限之篇幅中，予爲紀念吾至敬至尊之先師，率爾操觚，語焉不詳，所述者，僅爲先師所留給我人之一篇總賬略而已。在本文之上篇中，予將略述其一生著作接續與牽連之關係，顯其相互之影響，示其前後之線索。此雖爲描寫的敘述，或可將狄氏對於科學努力的

面目，顯出一種完美之統一精神也。此敘述僅足爲其學說之引論而已。予意則不在評論其學說，予意僅在指出其學說之主要部份，即在予私意中所認爲任何人若欲贊成其說者，必須加以接受之部份也，此學說主要部份之敘述即本文下篇之內容也。

### 上篇 狄驥著作解剖

狄氏真正特殊之努力，即其學說之醞釀，而爲一生奮鬥之目標者，實自一九〇一年與〇三年先後所刊兩書時起。此兩書

一名「國家，客觀法與現實法律」

一名「國家，治者與職員」

厥後接續發表論著，其範圍較狹，但其內容，則對其學說加以一番訂正，擴充並精討，最後在其大著五巨冊之憲法學告一結束，狄氏一生著作之大成焉。

在此類著作中，氏之學術努力初皆重於批評方面。厥後其學說之基礎日堅，乃逐漸成爲建設的努力。此建設努力之成功即其巨著憲法學也。

但在一九〇一——〇三年前所佈之種種論文，苟欲研究其思想史者，亦無容忽視，其內容或純爲憲法問題，或則屬於法律的社會學問題。法律的社會學問題，實爲狄驥思想研究之中心也。

(一) 氏早年對於憲法之著作，主要而又成爲名著者厥惟「一七八九之分權制與國會」。此書雖屬史的描寫，其內容實在證明分權制違反事務之真性，事實上決不能成功之憲法組織。此觀念氏以後永執不稍懈焉。蓋憲法組織之原則，即對國家各種職權，或至少爲立法與行政之職權，各機關統同合作之原則也，此統同合作之原則實見於代議制，故在事實上，代議制實勝於分權制一籌也。

此時代氏之憲法著作有「一七八九以來法國之憲法及重要政治法令彙集」一八九八年初版，一九一五年四版，此書對材料方面有極大之貢獻，凡讀法國憲法者皆不可不備者也。

但氏早年著作中，在其思想方面最有興味而又最奇特者厥惟法律社會學之研究。蓋狄氏在此類著作中即有一哲學的立場，幸而日後氏毅然變計，放棄此立場，但在其思想之過程中，實留一至深之痕跡，此時氏之思想完全受史賓塞哲學所制住。氏對此英國哲學家之絕對實證主義並其社會機能說完全採納，且加以深刻之熱心與同情。於是氏此社會學爲生物學之延長。社會幾與生物相同。以生物學之語意言之，社會體爲聯立份子所組成，與生物之機體相似。故生物事實之認識即足以引入社會事實之認識。且社會事實亦未嘗不受進化定律所支配。總之，吾人對於社會事實，加以研究，整理，其所用方法，當與生物學方法同，即實驗方法是也。是故，實證主義進化主義與機體主義，即狄氏社會學最初之特性。此時代史賓塞確爲狄氏思想之主宰無諱也。

氏第一次發表其史賓塞思想爲一演講，題爲原始家庭講話，時一八八三年，在鮑爾多，氏進該校任教僅數

月耳。此講之大意不外社會體之結構及其機體受進化之支配與他生物同，家庭爲社會機體之一，其本身前後決非永遠相同，其組織上亦經過一番進化者也。氏根據史說，敘述此社會機體，即家庭進化之原始時期云。

氏於一八八九年發表一論文題爲憲法學與社會學，內容皆對於憲法上最初研究之結果也。氏之專研公法，實自此時起。憲法之列爲法科碩士班課目，僅自一八八九年七月二十四日法令始，而氏即於此時起任講鮑大法學院之憲法氏。既完全浸潤於史賓塞之思想中，對於憲法豈能忘情於思想之牽連，且欲依據此思想而建設公法之系統焉。此適爲憲法學與社會學論文之內容也。氏以社會學爲生物學之延長，以此爲出發點，即從而指社會爲一生物，其所含機能之運用與生物同。社會實具有一腦髓神經之中樞，此中樞即國家也。故憲法實爲社會學之一部，其目的在視國家如社會機體之腦髓神經的中樞，而搜究國家組織，發展與運用之種種現象的公律。（見原文第一九頁）

此外，狄氏鄭重肯定關於憲法的智識範圍，應純用實驗方法，因憲法爲社會學之一部，而社會學本身又爲生物學之延長耳。以先天的原則爲出發點，從而演繹，法律與國家之智識，此爲玄學派之演繹方法，而狄氏所欲棄絕者也。蓋凡超出實驗以外之物，就人的立場而言，稱之曰不可知，決不能作爲建設確定科學之基礎也。可知之世界惟有現象而已。換言之，惟有實驗足以供給人類可知的材料。此種知識論即實證主義之原則也。狄氏初出茅廬即採納之，至於永矢不懈，鞠躬盡瘁，死而後已。

狄氏一腔熱忱，用此種社會學的眼光觀察憲法，更欲藉講壇教學之手段努力宣傳。故自此時起，狄氏抱此目的，特在鮑大法科研究院設一講座，與學生研究討論如何使史賓塞之學說，應用於憲法。氏著論文，題爲「社會學研究組」內容敘述氏在一八九一年時代講座中所得之結論。其所爭論之問題如下：

- 一 社會科學有否？
- 二 社會事實是否因人類自由而與生物事實不同，抑因社會命定的原則而與生物事實相同？
- 三 苟以營養機能與社會體相區別爲基本原則，試問社會將如何分類？
- 四 社會體之內，有一團體意志之存在否？

氏著有近代國家之職權，標題爲「法律社會學之研究」亦頗足以表面顯狄氏早年傾向社會學派的特徵，其內容無非對於國家之組織，加以一番有機論之解釋耳。國教職權可分經濟方面與法律方面觀察。社會既爲生物之一，其職權從經濟方面言之，猶社會體之營養現象，從法律方面言之，則爲社會體營養原素所反應的關係。蓋從法律方面研究國家之職權，是即攷察國家與其人民之關係的現象也。此種現象觀察，所得如下：

第一，在國家一切職權中有一共同之原素，即命令關係是也。凡國家之職權均包括國家施於人民之命令。此實爲國家本質之結果而由實驗使我人明悟其真實也。社會既爲生物之一，亦當如生物之受進化律的支配，此進化律所指者，即因生物原素繼續不斷的分野，由整而散的階段是也。此分野的表演，強弱之區別，其一也。強

者治人，建設國家者也。弱者治於人，隸屬國家之人民也。治人既能恃其強力對被治者發號施令，則國家之法律職權，既為關係的職權，其內容必含一種強制命令性無疑也。

國家之職權雖基於一共同原素之上，但他方面仍分作數類。此種區別乃從國家指揮權行施之方式所演進化而來。此國家所以有立法，執法與行政等職權之分也。

近代國家之組織，有種種不同之機關，其目的無非使職權之行使，發生便利而已。於是各機關權限如何劃分之問題起焉。此權限之劃分，若似職權之區別為基礎，則成為分權制；若認為從各機關間合作原則得來，則成為代議制。何去何從，當前之大問題也。狄氏從後說，以後說從國家法律職權之本性得來故也。每種職權既包括一種國家之號令，而為國家人格意志之一種表演，在原則上每種職權均須經國家一切機關先後之干涉，非如此不足以顯明國家人格意志的表現也。權限組織必須以合作原則為出發點無可疑也。但此決非指各機關參與某種職權，其所作所為，莫不相同之謂也。此職權之參與，應視各機關而異，蓋各機關均有其自身之結構也。是故集合之機關，其干涉方式不能與統一之機關同。以上所述，皆有機論社會學對於國家職權之性質，其區別之特點與行使之方式所供給之材料也。

狄氏在初期社會學文字中所表演之傾向，活脫一有機論者。予不惜反覆論之，實因此點知者甚寥，若欲知狄氏後來思想之突變，對於此點，實不可不明瞭也。蓋後之狄驥復與有機論者絕緣。此狄氏在發表其名著國家，

客觀法與現實法律一書以前，其思想上所起之大變化也。

但狄氏並未將其初期之思想完全棄絕。氏始終卓然爲實證主義者。對於實驗科學之特殊價值，其信仰之程度，日久而愈堅。氏始終堅持對於社會事實之研究除實驗以外無他法。其理由無他，蓋惟有實驗爲人類知識惟一之通衢，非因社會事實與生物事實有所類同故也。氏仍爲進化論者，其理由亦相似。氏以社會事實必然之進化爲經驗之結果，但不再承認此爲社會事實類同生物事實之結論矣。氏對於國家仍保持其向來實驗的觀念，以國家爲強弱區別在產物，關於此點，狄氏亦僅認爲實驗的事實，而不再作生物界之分異現象移植於社會界之解說矣。反之，狄氏不再認治者恃其所據之強力得在國家職權中，產生一指揮的權力，在在屬於治者本身之利益矣。氏反對分權制仍堅持如故，但氏不再以國家人格之觀念作爲反對之理由矣。氏以後反對分權制的理由純屬政治方面。氏將提出此種分權制之組織形式於政治方面爲不合時宜。

總之，狄氏以後學說之立場，乃爲脫離史賓塞有機論之羈絆，而進於赤裸裸的實證主義是也。有機論之模糊幼稚，盡人皆知，狄氏能毅然與之絕緣，我人惟有額手相慶而已。若狄氏永遠走入此歧途，則其學術努力將盡付流水。惟其狄氏頭腦之清晰也，實證主義本色之真切也，故決難徘徊於有機論之思想中，蓋有機論之思想大都架於汪汪的類似之上也。

(二)此進於純粹實證主義之傾向，意在卓立爲真正之實證主義，已在一九〇一與〇三年先後所刊之兩

書中明白表露矣。此兩書卽上述之國家客觀法與現實法及國家治者與職員是也。狄氏所謂現實派的法律學說之創造從此開始，厥後精益求精，愈趨於實證化矣。狄氏欲用純粹實驗的材料創造一法律與國家之理論，絕對不受一切先天成分與玄學概念之牽制。

但在上述兩書中，前書全屬批評方面之著作。蓋狄氏之現實派學說適逢兩大敵人，其勢甚凶，必須猛攻之，然後已說之成功，可操左券也。此兩大敵人，一爲德國派的國家論與法律論，一爲與個人主義相聯絡的法國派之國家概念。此兩說風靡一時，法學界之頭腦幾全受其支配，其勢力之巨，可以知矣。獨狄氏不屈不撓，毅然起而攻之。此項攻擊決非無的放矢，毫無意義者。狄氏擅於雄辯，乃其特色，狄氏恃此雄辯之力量，卒得對此兩說與以最後之重創，後人若作平心之論，必以此擊爲兩說衰落之起源也。旁觀者清，對此早已心領神會矣。

狄氏對於德國學說之注意，實自耶靈格所著之法律目的論始。氏閱此書後思想上至有感觸，但氏於該書主張固未表同情也。氏同時擴大其研究範圍對於當時德國公法上主要之文章多所注意。其中以裘靈克著作，清晰準確，尤使其注目。甚至狄氏常對人言，彼之國家客觀法與現實法律一書實正對裘氏所著，主觀的公法論而發也。總之狄氏對於德國學說之敘述，其所取方式爲批評的分析之研究也。自一九〇一與一九〇三兩年，因狄氏兩書問世以後，法國之法學界始得略識德國學說之面目，增加法國知識寶藏之富庶，狄氏之功非淺也。

狄氏以實證主義爲立場，此德國學說一觸狄氏之眼簾，卽令狄氏頓悟其基礎純帶玄學色彩，狄氏認德國

學派對於國家及法律之認識，其所引之基點，皆屬先天的，超出一切經驗以外者也。狄氏認德國學說以法律建築於主觀法玄學概念之上，國家表顯於一至尊人格的玄學形式之下。

他方面德國學說以法律為國家之創造物，因此德國學說抹殺法律先於國家的關係，使國家在外表上，一切法律的限制均無從成立。狄氏對於此點仍忠守法國之傳統思想，否認國家在法律上的無限制。厥後此點，就成為狄氏對於國家的現實概念主要思想之一。此思想一言以蔽之，國家必須受法律所限制是也。此為狄氏一生澈底奮鬥，堅持到底的思想之一。

個人主義認國家須受法律之限制，此本個人主義之初衷也。蓋個人主義認法律之頒佈完全依據個人的自然權利不僅非國家所能創造亦且用以控制國家云。狄氏對於此點惟有接受個人主義之主張。狄氏當聲明個人主義最大之貢獻即在對於國家的法律限制原則，充作銅牆鐵壁，此為個人主義之功績而非我人輕易所可抹殺者也。但狄氏仍不得不放棄個人主義，以其含有玄學性質故也。個人主義以個人的自然權利為基礎，狄氏認此為先天的，超出一切經驗以外之基點。個人自然權的概念實非以經驗為起原的思想也。因此法律的構造與技術在科學方面就立於不穩的地位。他方面此說之結果，使人不得不視國家為一種民族的法律人格化之形式，賦有主觀的主權矣。總之個人主義須堅決拚棄之，而其國家之組織論既為個人主義之副產，亦當拚棄之無疑也。

是故，狄氏以另一種概念抵制上述德法兩國之概念，此概念之主要思想即對於主觀法之否認是也。狄氏不特否認以個人自然法爲基礎之個人主義的主觀法，亦且棄絕國家所頒佈之法律命令下之主觀法。狄氏以客觀論替代主觀論，而以法律之準則爲法律系統之根本要素焉。他方面狄氏使國家觀念脫離法律觀念之羈絆，卓然而成純粹的獨立概念。狄氏對法律與國家，根據經驗，重起爐灶，此即狄氏所謂實驗方法是也。

狄氏對於國家之思想，其主要線索已在此一九〇一—三年兩書中明白表露，厥後則忠守不懈，至於死而後已。狄氏之治學方法從此大定。狄氏在其研究之途徑中，繼續發揮其說，時或在其學說未曾確定之前，毅然改正其結論焉，但其途徑則始終未變也。此外，狄氏發揮思想之方式從此大變，將以建設的議論替代批評的議論矣。狄氏將以公法之全體完全歸納在其學說的範圍中。此一切工作將在一九二一至二五年間憲法論巨著第二版完全成功，而成爲狄氏之不朽名著矣，但狄氏之能達到此目的，在其學說之內容以及敘述之方式上，在在皆須經過一番連續不斷的過渡工作也。

(二) 狄氏在上述兩書以後所公佈之文字，自一九〇四年至一九一四年止，多屬演講之彙稿。蓋以狄氏宣傳學說之熱誠，著書與教學雙管齊下，猶甚嫌不足，於是時作公開之演講焉。此項刊物，在其學說之發揮方面，頗足注意，在在皆足以使人發現狄氏之思想皆有一貫的線索，共同的途徑，且完全根據赤裸裸的實證主義者也。初狄氏個人之感想，及其在一九〇一至〇三兩年中兩書所下之評點皆肯定主觀法觀念爲公法上流行

學說之根本基礎；是故以客觀論替代主觀論，則公法之面目亦全變矣。主觀論爲狄氏所攻擊最烈之點，狄氏於一九〇八年在巴黎高等研究院曾作三次演講，關於此點，發揮甚詳，其講題爲社會法，個人法及國家之變遷。狄氏之意，必須取消主觀法之概念，以其爲玄學概念，足使國家成爲主權人格之意義也。於是客觀論替代主觀論之結果將使國家全部改變矣。人格與主權從此消滅。在國家中所可得而見者，惟有個人，即據有最大強力而仍受法律所節制的治者；其所作所爲以其依照法律，故能發生效力。且尙有其他社會力尤其是公團的力量亦足以襄助治者，加厚治者的力量，但須其他力量之襄助確能使社會的聯立關係更臻於完善爲前提也。

狄氏暢論公法之後，亦涉及私法，認私法亦受主觀概念所籠罩。狄氏認主觀論之特殊勢力不但有害公法，亦且有害私法，其影響足使私法難以順應社會之需要，故在私法上亦當以客觀論替代主觀論。此項工作之結果，則在個人關係間，輸入社會職務以替代主觀法之思想焉。是故業主對於所有權之行使，應視爲一種社會的職務而不再視爲主觀的權利矣。以社會職務說爲出發點之私有財產制，其結果將較以個人主義爲基礎之私有財產制滿足社會需要多矣。此法律的客觀論在私法上之應用即狄氏於一九一一年在南美阿堅丁首都大學法科主講之內容也。其講稿彙集成書，題爲拿翁法典以來私法上之變遷。

狄氏於一九一三年公佈一書名公法變遷論，此爲狄氏現實派國家論之要著也。狄氏在此書中敘述公共職務爲國家體系之要素；此爲該書全部之主要觀念也。狄氏以其現實派的概念，其在國家中可得而見者僅爲

得職員襄助之治者而已；則欲國家具一固定永久之形式，必須得一制度要素而後可；此要素在狄氏目中即公共職務是也。公共職務者，具有組織之事業，其運用之目的，在鞏固國家任務之完成之謂也。在此種觀點之下，國家將成爲公共職務之集團而由治者所主持，職員所管理者矣。

在此時期之著作中，狄氏學說之根本思想日趨精確，但亦有更變者。請先言主觀法意義。在國家客觀法與現實法律書中，狄氏所述主觀法之意義，顯然未足。蓋其所述之意義並無一般的範圍也。其所包括者，僅爲個人主義的主觀法，即個人的自然法而已。其下主觀法之定義如下：主觀法者，個人在法律的主人立場本性所出之權力是也。

但在狄氏心目中，主觀法觀念日趨重要，故必須下一更深刻之分析，務使得到一般的意義。於是在社會法個人法及國家之變遷書中，狄氏認主觀法爲一種人格控制另一種人格之權力。此其意義較前者擴大多矣，但猶未十分精確耳。在拿典翁法以來私法之變遷書中，狄氏對主觀法所下之定義，較前者更形精確，從此狄氏對於主觀法得有固定之概念矣。狄氏曰：主觀法者，一意志控制他意志之權力也。於是定義之範圍，具有一般性，不但適用於個人自然權所構成之主觀權，亦且適用於由現實法直接產生之主觀權而爲法律的實證主義所體驗得來者。

他方面狄氏對於法律的技術概念亦有變動，而日趨清晰精確之途矣。

在狄氏認主觀法爲個人特權之結果時，雖一面拚棄主觀法，猶一面繼續承認意志論之存在，以爲在個人的法律行爲中，法律之效力乃由行爲當事人意志所造成者也。但嗣後狄氏既以主觀法爲一意志控制他意志之權力，而主張根本推翻，則在勢對於法律行爲之原有觀念不得不加以改正矣。改正之道無他，即排脫意志論是也。法律行爲根據主觀法而成，主觀法既被取消，則在法律行爲中活動之權力，用以產生法律效力者，決非行爲當事人意志所能造成矣。此項法律效力僅爲意志表示所分際的客觀法之直接結果耳。狄氏對於法律行爲之概念從此大定。狄氏嘗以意志運用之系統對法律行爲作一說明。

狄氏對於法律行爲之分類亦日趨精確。初狄氏對法律行爲並未作實質方面與形式方面之分際，按實質方面即指行爲所產生之法律效力，而形式方面則指意志表示之形式是也。故當時狄氏以單方行爲與契約相對立而猶未發現此兩種法律行爲之意義不可以並語也。單方行爲之意義純屬形式方面，而契約意義則爲實質與形式兩方面混合之產物也。及後狄氏覺悟此項行爲分際之必要，於是對於行爲之分類在實質方面縷列規律行爲，主觀行爲與條件行爲；在形式方面，即意志表示方面，則縷列單方行爲與多方行爲；而復將此單方多方行爲之分類應用於每個實質方面分類之行爲中，是故主觀行爲有單方行爲，而雙方行爲即契約是也。

(四) 苟狄氏之研究純此批評方面爲範圍，亦已見其偉大，但狄氏之努力固未止於斯也。狄氏欲將其學說作具體之敘述，故特以公法全體爲其學說系統之範圍，藉以證明公法之建設，可以法律與國家的現實概念爲

基礎也。於是憲法綱要與巨著「憲法學」就先後問世焉。

憲法綱要於一九〇七年初版，全書分兩篇。上篇敘說國家總論，將其對於法律與國家之學說作一具體之敘述，下篇則敘法國現代之政治組織。但其敘述自身學說，不採直接方法，仍保存通常所公認之範圍與理論，然後將自己思想加以補充與修正而已。

但不久狄氏即感覺此種敘述方法之惡劣。狄氏覺悟此種方法將使其學說困守於格格不相入之範疇中，失却其明晰之面目。狄氏認明對於公法必須將其籠照於自身學說之下，直接攷察，然後可以獲得直接根據已說之敘述。於是一九〇七年之「綱要」至一九一一年就成爲「憲法學」巨著之初版，一九一一年之「憲法學」就分爲兩冊。內容仍分兩篇，但上篇述國家原理，則直接以其現實主義之主張爲基礎云。

此書篇幅既如此擴充，已不再適用爲教科書（按「憲法綱要」係教科書之編制）於是狄氏刊佈「憲法學」同時亦刊佈「綱要」第二版。此第二版內容概括簡略頗宜於學生參攷之用。其篇幅不但較「憲法學」爲短，且較一九〇七年初版之「綱要」亦相形見拙。初版「綱要」計共千一百四十頁，固一厚裝之巨書也。但第二版「綱要」銷路至廣，屢次重版，一九一八年三版，一九二三年四版云。

一九一一年之「憲法學」狄氏祇須在續版時稍加訂正而不必變更其實質內容可矣。但狄氏在大戰中及大戰後感覺全部重訂之必要。蓋自一九〇一至〇三年間刊佈關於國家之著作以迄一九一一年之「憲法

「學」止，狄氏之思想並無重大之變更也。在「社會法，個人法及國家之變遷」演講集中，狄氏已將前所發表之思想，作進一層深刻之議論，但其根本思想固無甚大出入也。是故一九〇七年之「綱要」與一九一一年之「憲法學」兩書中，狄氏對於法律與國家之原理，僅將一九〇一—三兩年中所刊書反覆評論之現實派概念作一番概括的敘述而已。

但一九一一年以後，狄氏個人研究之發展，對已得成績之攷慮，與各方指摘狄說之批評在在均使狄氏不得不將其學說主張，重起爐灶，作一番全部的修正。狄氏自覺必須經一度深刻之更改。狄氏主表之改變，予已在以上略述其要端。狄氏自身亦不以一九〇一—三兩年關於國家之兩書足以代表其真正主張。狄氏儘可將此兩書重訂兩版而添加其新思想，但狄氏偏欲另闢途徑取出兩書之精華，經以一番必要之修改盡量灌入「憲法學」巨著中。

此即一九二一年至二五年間「憲法學」第二版之由來也。此二版「憲法學」就成爲狄氏著作之大成。全書之結構仍與初版相同。但內容經深刻之重編，較諸初版幾判若兩書。其重編之要點在於法律與國家之原理，本爲序論中簡括之敘述，今則大事擴充，盡量發揮，反覆討論，其態度氣概一似一九〇一—三兩年之兩書。法律與國家之原理竟占第二版「憲法學」全部之篇幅，因此一九〇一—三兩年關於國家之著作，在其學說上僅存歷史的價值，蓋其中精華皆納在第二版「憲法學」中矣。故惟有在此第二版「憲法學」尤其是第

一冊中始可窺得狄氏學說最後之狀態。狄氏自身亦嘗聲明此書內容實包括其主張的確定表示也。

然而狄氏對於學術之努力固未嘗至此而止也。第二版方竣而第三版又在準備中矣。不幸遭死神之橫阻使第三版之準備未克告成。第三版之修訂，僅成第一第二兩冊耳。

狄氏對於第三版之目的並不在使第三版一似第二版之經過全部修訂。狄氏視第二版書已爲定論，狄氏自認第二版書已將其計劃完全實現，即對於法律與國家作一番嚴格之實驗的原理，純以實驗所得之材料，不受任何先天概念之羈絆的原理是也。但狄氏雖不欲再修正其主張，對於意思表達之文字上仍認爲有改善之必要。使其更加深入顯出，對敵人之攻擊亦加以相當之答覆，將敵人之主張作一番新切之解剖，藉以襯出己說之真面目。此即狄氏對於第三版準備之希望也。此其目的雖甚狹小，亦至有興味，至有用處之工作也。其新添之註解，頗足引起研究注意之興味。然而第三版新書之準備卒不能全部告竣，而狄氏竟撒手長逝，不亦大可惜乎！

## 下篇 狄驥學說概述

吾人對於狄氏之著作既經一番描寫與解釋的概述，今大可一視其學說之究竟，將其思想之內容作一番系統的清賬矣。但狄氏學說內容偉大充富，繁複異常，決非此簡括之敘述可以表顯其萬一也。蓋其所涉之範圍，不僅包括全部公法，抑且在在基本原則上，籠照全部私法。故予僅能在支配其學說之哲學原則上加以一番攷察，敘述與解釋，並顯示其學說因受此項哲學原則之支配而發出異樣之特色。蓋惟有在此點上可以窺透狄氏

學說在法律思潮中所占之地位。惟其狄氏持有嚴格的實證主義也，故在現代法律家輩占有特殊之地位，蓋狄氏之哲學思想完全深入其學說之核心，甚至最深刻之技術部份亦受其支配焉。他方面將此種哲學思想澈底應用於法律學，而毅然創之者爲一在行的法律家，此實爲法學上之新獻，而其所實現者確爲法學上真正大革命也。總之，狄氏之哲學思想實占最重要之地位，而其法律思想，甚至合技術性質之部分在均有密切之關係。

但關心狄氏之學說者，亦有主張將其學說分成兩部份之趨勢。一方面以法律與國家之現實派概念視作純粹法律哲學之部，他方面以法律行爲與法律地位原理構成法律技術之部。此種分際由於技術方面之思想其所受之攻擊實較哲學方面之思想爲少。哲學思想之部或則受人藐視，認爲畫蛇添足，無足輕重，或則以其深合實證主義之傾向而深加痛斥，而在技術方面，往往受人表赤裸裸之同情人，或至少認爲有一顧之價值並接受其一部分也。芮尼與咸誓教授輩卽此兩種態度之代表也。

狄氏自身不喜將其學說如此拆散。彼認此兩部份實由一種不可分解之關係所構成之統系，卽技術部份實與哲學部份密接，若將其學說單獨提出卽蹈憑空架論之弊矣。總之狄氏認其思想之全體是一整個。他方面狄氏對其學說，尤重視其哲學部份。狄氏視哲學部份爲其個人努力主要特色之部份。但狄氏亦注意其技術部份，深知技術部份所得之材料，最足使法律順應社會需要也。但其對於技術部份之注意，實遠不若注意哲學部份之深刻也。世人往往稱揚其技術部份而指摘其哲學部份，此非狄氏所悅也。

狄氏對其自身學說所感之情緒實無可非議也。著作家藝術家對於自身各種作品往往不自知其真價，有價值之作反不自列入上品。獨狄氏則不然，對自身學說，確有公正之評價。哲學部份將占有最重要之地位，最有永存不滅之價值，且持逐漸與思想界以最深刻之影響無疑也。蓋哲學部份之內容在法律思想上實完成一大革命。予深信將來終有一日將法律科學劃分兩大時期：狄驥以前為一時期，狄驥以後為又一時期也。他方面狄說之技術部份，其不能與其哲學部分拆斷，亦無可疑也。若既採納其哲學部份矣，則在勢亦不得不採納其技術部份也；若既採納其技術部份矣，則欲得知識之澈底究竟，亦不得不上溯至其哲學部分也。

是故欲研究狄驥之學說，開宗明義必須先視其所占哲學立場之究竟。從此可以明白看出狄氏之哲學立場與其他法家之哲學立場有別。且對於法律與國家之總原理上所有重大之變更亦可得其扼要。總之狄氏法律技術之系統與其哲學直接相連。予所欲約略概述者即其主要思想，語焉不詳，願先懇讀者諒之。予之目的僅欲試示對於狄氏學說內容之研究一種途徑而已。

(一) 狄氏之主要思想，為狄氏一生努力之核心，而支配其學說之全部者，即欲將法律學與國家學從實證意義方面，築成真正之科學。並欲在法律家之立場，永為赤裸裸的實證主義者是也。故狄氏極力視法律事實與國家事實為純粹可以觀察的現象，而全藉經驗之材料建設法律與國家之知識。此即所謂狄氏之現實主義，其義與「實證主義」相若，而非所以言哲學上所指認識論之一派也。

凡關於法律與國家流行之學說，狄氏皆痛斥之。以其皆以起於實驗以外的先天材料爲論述之出發點。一言以蔽之。以玄學思想爲手段，其所建設者爲「法律之玄學」而非法律之科學，其所貢獻者爲玄學的建設，而非科學的建設，其所貢獻者，非真正之科學，甚至最荒謬者竟自以爲科學而實則所呈者皆玄學也。蓋惟有在實驗所證所得之知識中，始有真正科學可言，換言之，惟有在可以觀察之現象中始有真正科學可言也。凡超出現象與實驗以外者，在科學上爲不可知，足以爲信仰內容，或竟爲玄學知識之內容，但不足以爲科學知識之內容也。總之若願引述玄學知識亦當追隨科學知識而從科學知識着手方可。

是故，在狄氏目中之法律學與國家學當爲一實驗的科學。其研究之範圍就先有限制。但狄氏雖爲真正之實證派，仍不否認超出經驗以上之物也。是故狄氏對於一般人認超出經驗以上之物卽「形而上的科學」非爲不可知者，亦不禁其研究；狄氏容納彼輩對斯研究，惟必須實驗科學所供給之材料爲先決條件。狄氏之實證主義不欲先用阻彼輩玄學與批評學之去路，但欲彼輩在未進此路之前，先與狄氏同路進行也。

此點在法律思想上就完成一大革命。狄氏提出法律科學之必要與其地位高於法律玄學之主張，以轉移法律思想焉。此大革命浩浩蕩蕩，其所發生之影響與結果非常偉大。此革命之意義竟可與自然科學上之革命同語。在自然科學上以實驗知識立於優越之地位，且從而明瞭此種智識實爲一切玄學與科學研究所必要之出發點，至此而科學革命始告完成。時至今日，在自然智識界，玄學之研究必須一顧實驗科學所給之材料無疑。

矣。可以觀察之現象，可以從實驗材料所得之現象律中求得解釋而不必求語一切超出經驗以外之先天原則，亦無疑矣。狄驥所貢獻於法律學及國家學者，亦此類似之革命也。狄氏欲法律與國家之智識，一似自然界之智識，成爲真正實驗的科學，國家上法律之根本智識，不再爲玄學的智識而爲實驗的智識矣。狄氏實欲視法律現象與國家現象，在科學的立場作真正之現象觀，而以在玄學方面認爲可以研究者作爲僅有之例外。實證主義之侵略法律問題亦有年矣，但用乾脆嚴整之手段，將實證主義移諸法律與國家智識上，實現深刻之應用，則惟有自狄氏始。

總之狄氏之哲學立場至爲明顯，爲實證主義，純正之實證主義。彼尊視科學尊視實證主義下之科學，且彼永遠嚴格的處於科學之立場，他方面彼並不使其科學降而爲「科學主義」，蓋被實小心惕惕，惟恐干涉玄學之範圍，蓋被認「科學主義」完全染有玄學概念之不可知的特色也。

狄氏學說一方面未能完全排脫一切非經驗之羈絆。他方面其所持之實驗材料猶難令人完全滿意，認爲確與現實完全相符，此固無可諱亦無足奇也。凡人類之事業皆臻難於盡善盡美，而狄氏創業之艱難尤甚焉。狄氏之努力，破天荒之嘗試也，一切成見根深蒂固，雖以狄氏偉大之頭腦亦難一舉而排脫羈絆也。但其方法論之本身概念，自有其價值而無可非議，此其價值，不特於法律及國家之智識爲然，即於一切智識亦莫不然，在未作玄學之研究時當先建設一實體科學，此不可磨滅之名論也。此種概念既可使入專顧實驗科學，亦可使人認爲

在可能時超過實驗科學，蓋玄學之去路並未被其攔阻，祇須科學仍為真正之科學足矣。

其實，實證主義，真正之實證主義，不以科學插入「科學主義」中之實證主義。若狄氏所述者始克稱之；蓋實證主義，非欲絕對排斥一切玄學與評學者，玄學家與批評家儘可與之接近調和者也。實證主義向玄學與批評提出相當條件，但此項條件並未置玄學與批評於死地也。蓋人類智識之前有三大問題焉，科學問題，玄學問題，與批評問題是也；實證主義在此三問題間，僅擇科學問題，認為應最先研究，而其他兩問題因涉於不可知之範圍，無足輕重也。但實證主義，雖雅不欲顧問玄學與批評問題，仍未牽動玄學與批評之生存也。反之，實證主義對於玄學家與批評家接續之研究絕不加以阻難。此種實際主義觀在大體上固何所根據；其應用於法律與國家者如何，如何可以對認識的三大根本問題分別切斷，此尚須有一番說明之必要也。

人類智識之常序，初則基於科學，繼則基於玄學，終則基於批評。此三階段各以前階段為依靠而超過前階段之距離。科學以實驗為立場，而以可以觀察的現象為範圍。其目標在乎藉觀察以認識此現象並演成規律，此種科學規律即現象規律，亦即並存律與連續律也。

玄學竟自以為能超過現象，即超過足為實驗之內容者，而欲在事物之中抓住其實質，原因與結果焉。蓋質，因果，皆超過實驗以上而在現象之後，此為形而上的科學之材料，亦即玄學之材料也。但玄學雖能超過科學，仍當以科學為必要之出發點也。質，因果，能挾實驗「形而上」，但仍須以實驗為依據也。

玄學依據科學而超過科學，批評亦然，以玄學爲出發點而爲玄學之延長。批評實欲以玄學材料爲基礎而提出知與行之問題也。

在智識方面，批評第一步所欲問者，真理可得而知乎，真正之真理可以達到乎？其第二步在搜究可以知者爲何，若人類智識有限，則其所受之限制爲何，人類智識何以僅能以現象爲其內容。最後批評研究如何認識，所抓住者爲真正之實在乎，抑僅爲我人思想給與實在之一種形式，此形式在我人視之等於實在而非絕對之實在也。

在人類行爲方面，批評所欲問者，某種義務，某種規範是否應存在於某種行爲。繼則搜究可以提出之理想的規範。人類自由與人類生命之理想歸宿等玄學觀念皆爲批評問題之依據也。

此人類智識之常序，在理論方面之搜究，無論無機物或有生物，皆已受一般人所公認而實施矣。在理論上不顧科學所得結論而獨創之玄學或批評，人人皆期期以爲不可。玄學智識之先天觀念，與科學智識漠不相關之觀念，僅能見諸康德主義，蓋康德固有現象與超現象之分際也。現象與超現象各有自身之地盤，現象所及者之經驗界，而超現象所及者爲形而上界，此兩種智識之搜究，可以並行獨立，而不相悖也。此兩種智識之搜究，一方面所用之方法爲理論的理智，他方面所用之方法爲實際的理智。但現實主義與康德派之理想主義不同，對於智識固無現象與超現象之分際也。現實主義之目中，祇認賓主相符爲可能。玄學智識祇得隨科學智識而進

行矣。

科學智識之優越地位，不但存於理論界，亦且在於實際界，換言之，存於人類行為與規範界也。蓋上述關於智識上三大問題之聯貫，亦可見諸實際界。在法律方面亦然，蓋法律在實際界所處之地位係人數行為之規範的要素之一也。

在實際界當前最初之問題為科學問題。此項問題從實際界方面觀之，係屬於現象的範圍，即在實驗下之事實是也。我人對於此種現象，當加以一番觀察，分析並搜尋此現象之公律。此項實際界之現象一方面為人類志願的行為，他方面為此現象活動的規範；換言之，實際界之現象，在大體上，係人類活動之「然」與「應然」所構成者也。

於是對於此項現象之科學研究，即實驗研究，第一步對意志行為作一番分析與分類之工作，並搜究現象之分律，即現象之共存律與連續律是也。是故吾人對於現實的人類行為，所取之態度，與對於自然事實、物理、化學或生物現象所取之態度相同，第一步在經驗上個別的認識；第二步在科學上，大體的，即從現象公律上認識之。風俗科學之構成全賴乎斯。風俗科學所示吾人者即事實上人類如何行動與其行動上現象的分律是也。

但在實際界此項科學之研究，其範圍乃超出現實的人類行為而涉於此行為之規範。行為之規範，乃此研究之第二目的也。實驗所得者不特為行為之「然」且為行為之「應然」；實驗所視察者，不特為行為之實現，且

爲行爲實現以前所安排之「應然」也。蓋人類行爲之規範固係可以觀察的現象也。我人可以在實驗上察得此項規範之存在焉；同時我人亦可以在實驗上察得此項規範性質各有不同。故我人察得道德之規範，法律之規範與美學之規範等。

對於人類規範之科學研究，其第二步工作當以實驗結論爲基礎，將各類不同之規範，從實驗方面理出線索，換言之，即對於規範基礎之實驗事實加以一番深刻之探討耳。

繼對於每種已得之規範確定實驗所暗示的組織方式。在觀察上何爲規範組織之要素？在觀察上所表顯的規範基礎與其內容爲何？換言之，此段工作之搜究，目的在明悉何爲確定規範及其內容之實驗要素。

此後，研究之進行，則爲規範內容之攷察。此即規範的現象本身之研究也。有一規範焉，但其所表顯者究爲何物？對於人類行動，何者爲應然？此皆對於規範本身之解釋也。

最後科學工作當以對於規範之評價研究告一段落。對於現存之規範，根據其起原與基礎，加以一度之評價。此即對於現存規範價值上之研究也。但此項價值僅有相對的價值；我人所欲確定者非規範之絕對價值也。此爲方法論上極重要之點，願讀者三致意焉。我人在此評價上所欲執定者，爲何者係與實驗材料相符之規範，換言之，即相對對價值的規範而非理想的規範或絕對價值之規範也。實際界之科學工作既已告終，我人儘可進一步作玄學之研究與批評之研究，但作此研究者須認定可知之物並不受實驗智識之限制，此則見仁見智

之事矣。

對於實際界之規範要素，玄學問題所欲求者為規範之本體，尤其是應然之概念以及規範之因果問題等。此皆為超出實驗以外之成分，但仍以實驗為前提也。規範之玄學的認識，乃實際的認識之延長耳。規範的玄學乃追隨規範的科學而補其不足面。

就規範言，亦可以提出批評問題焉。第一步將認識論之總樞應用於規範，其目的在明瞭我人對於規範所知者為何，如何而得認識之；我人對於規範之認識是否與實在相符，抑如康德之言，我人對於規範之所得，僅為純粹之現象，而全賴我人理想上形式與分類之手段乎？繼為規範在邏輯上是否可能的問題，人類之行動，其性質是否能包含一規範之存在而足以為人類行動之應用？最後為規範的絕對價值之問題：此種規範究竟存在否？此絕對價值之規範，其根本的理想從何而來，且其理想又為何物？

是故在實際界與在理論界同，科學玄學與批評一線相循，毫無衝突者也。此三項研究所注意者為截然分際之問題，但同時亦含一貫的，接續的，連環的性質，其進行之手段是一致的，皆以認識之前進，步步高升，但何以低級為靠把也。

科學工作為第一步工作。此為一切智識之出發點，其目的為就現象上所得之規範。其所執定者，為可以觀察之事實，全持實驗所給的材料，加以分析，解釋與評估。繼為玄學工作，利用非實驗的概念而超出實驗。終為批

評之工作，深入智識之堂奧而窺規範之絕對價值，以補玄學工作之不足。

夫實證主義，真正之實證主義，對於此人類智識三位一體之次序適甚恪守無違者也。實證主義以實驗科學立於最優之階段，而否認玄學之具此優越地位。此即著名的孔德之三段律之深意也；三段律所示者祇斯而已。三段律禁止將人類智識囿於一角，或僅為純粹的神學問題，或僅為純粹的玄學問題。三段律所欲之智識，開宗明義第一步之智識為科學的智識。但此前提確定後，實證主義並未欲絕對排斥玄學與批評也。實證主義以其為不可知而後有此系統的疏視，蓋在實證主義目中，凡一切超出實驗之物皆為不可知。但無論如何，實證主義決不抹殺形而上科學的存在與實在也。實證主義對於形而上科學所下之判罪為刑而上智識在主觀上不可能，並非在客觀上不可能也；形而上知識之所以不可能，以人類缺乏取得此項智識之方法，並非缺乏供給此項智識實質的目的也。純粹的實證主義與現象主義所以有區別者，全在乎斯。蓋現象主義僅認現象為真正實在而一切在現象背後之實在皆否認之，實證主義則不然。雖一方面承認現象為人類方面惟一可知之物，他方面仍以為在現象之背後，亦有可能之物也。

是故實證主義並未禁止玄學與批評之進行。但其先決條件必須實證主義立於赤裸裸的狀態下，即不欲以「科學」降為「科學主義」也。蓋世人所謂「科學主義」者，適欲塗改科學之真面目，而違反智識三階段之區別律耳。此種面目之塗改竟將非實驗所得及非實驗結論之事物亦囊括於科學之中，美其名曰「科學的」

「從而認爲『科學的可知之物』矣。科學主義之趨向竟欲將非實驗的爲實驗的。竟欲將祇能從玄學及批評工作所搜取之物，在科學工作中搜取之。於是而有玄學科學主義，與批評式的科學主義。譬如在社會學上認社會現象與生物現象相類同，此玄學式的科學主義也。蓋此種類同非實驗之事實也。此種類同僅能爲先天概念所構成。苟認強制基礎與義務概念爲實驗所給之結論者亦蹈此覆轍。亦即玄學的科學主義之流亞也。苟欲認實驗可以供給有絕對價值之理想的規範，是即所謂批評式的科學主義也。此一切科學主義皆爲假科學。故若言『科學之破產』者，其意應指爲『科學主義之破產』也。蓋真正之科學決不能破產；而科學主義，則惟有破產之一途，以其錯認知識之常序也。

此赤裸裸的實證主義，非『科學主義』的實證主義。適爲狄氏之主張。此點在以下之敘述中即可證實。但有兩種特點暗示狄氏，使其不得不脫離一切玄學問題之羈絆而專注意純粹的科學問題，此兩特點當先向讀者交代清楚。

第一項特點，即對於實質要素，即規範的玄學要素，以規範之強制性係一種權力之表示，而建築於強力與意志控制之形式之下者，狄氏之研究完全不顧。此無他，狄氏不欲在玄學的意義上視察權力與義務耳。（見狄氏憲法學第三版第一卷第一四頁及第七七頁以下。）狄氏之視社會規範也，祇爲一種確定團體份子自動與被動態度之公律，此項公律頒行於團體份子間，然後團體份子得以生存及發展；若違反此公律，必將激起社會

之反動，蓋團體視此公律，爲其生命之要素也。

第二項特點明白表顯狄氏關於規範的批評研究，實遠而避之。狄氏嘗鄭重聲明其研究目的不在確定絕對價值之理想，蓋此種理想，可以爲信仰之目標而不可以爲科學規定之內容也。在實證的立場，吾人所能指定者，僅爲與社會事實相適應的規則而無從斷定此規則與絕對法理想相符也。（見狄著憲法學第三版第一卷第一一九頁）

（二）狄氏持此嚴格的實證主義，對於法律原理之組織，與一般哲學思想所研究者迥然不同，亦可以明矣。初狄氏在勢既不得不遠離新康德主義，則德國學說對於法律與國家原理之新康德派之解說與狄氏格不相入，亦云宜矣，其實新康德主義，乃一種現象主義耳。新康德主義斷定我人所得而認識者僅現象而已，至我人所以不能認識超現象者，實因超現象並不存在於現象之後，非我人不能認識之故也。但新康德主義對於現象之認識仍保持康德主義之立場。新康德主義宣稱我人對於現象之認識，並非現象之實在，僅爲經驗以前幾種先天的形式，有此種必要之形式，然後實驗知識始克存立也。此種形式乃直覺的形式與互契約的範疇也。於是我人所建設之現象知識非實在知識矣。惟其實驗知識以在經驗以前之先天概念爲着手之點也，故能稱之謂具有一般價值及絕對價值之實驗知識矣。

法律與國家莫非實際界之現象耳，則在智識之取得上當與其他現象同。法律與國家全賴在一切實驗以

前幾種先天範疇，然後始得從實驗方面認識之。此先天的法律範疇既為法律與國家的科學知識之存在條件，當先解決之而後可。此種範疇乃超出實驗以外之法律界的概念也，法律規範之概念，主觀法之概念等其尤著者也。此項概念之總彙，組成法律與國家的一般原理等之基礎與要素。此項概念之總彙組成先天的磨子，法律制度即在此磨子中研出，一切法律既為先天的，宜其有一般的與普遍的價值也。此乃法律與國家的批評原理而不容與其玄學原理相纏也。

狄氏之實證主義適與此法律的新康德主義立於反對之地位，其理由有二：

第一 新康德主義所引起之現象認識問題，在實證主義方面則不成其為問題。在實證主義方面看來，我所遇之現象，確係實在之現象，而不必待主觀的形式，始能領略者也。實證主義承認在觀察現象者的立場而言，確有現象的客觀性，而觀察者對於現象確能直接抓住也。但實證主義不欲嘗試證實此客觀性與此抓住性。實證主義所教示我人者為一種純粹經驗的現實主義與本體論，絕無玄學基礎攙乎其間也。

第二 實證主義斷難承認人類思想能從先天方面安排法律概念，作為法律知識之條件，蓋實證主義僅認惟有從實驗方面所取得之概念始足為可知之概念也。其實或則此種概念確屬先天者，則此種概念將純屬想像的概念矣；或則此種概念為真正實在者，則在事實上必係無形中從實驗得來無疑也；兩者之間必居其一也。

總之狄氏與新康德主義間之距離，不可以道里計；狄氏想信智慧的建設能力足以直接解釋實驗，並抓住現象於實在中也；但他方面狄氏否認智慧之能力足以在實驗以外爲先天之建設也。

狄氏此種嚴格的實證主義又與史賓塞及杜韋科學主義化的實證主義有別，其癥結卽在斯。初狄氏對於史賓塞之社會機體主義以十二分之熱誠贊和之，卒乃發覺社會學與生物學相附會，乃一種先天概念而絕不能構成實驗的結論，非棄絕之不可。關於此點，我人已於本文上編中評論之，至對於杜更之社學，狄氏尙保存採取其一部份，如社會聯立關係之概念是也。但狄氏對杜說之主要部份則棄去之，此主要部份者，卽杜更目中集合意職之構爲社會事實之特徵是也。此集合意識的觀念乃先天觀念而非實驗所得之結論也，蓋實驗所給者僅個人之意識耳。狄氏確定社會事實之特徵皆賴別種實驗所給之結論，讀者在以下自能明之。

(三) 狄氏之實證主義與玄學的法律論國家論立於相反之地位，此自然之趨勢也。狄氏拋棄玄學的主張，而以現實概念之基礎與方法說明法律與國家。

流行之法律概念係一種主觀概念，以主觀法觀念爲基礎，此主觀法固以一意志之權力控制他意志爲概念也。無論個人主義或法律的實證主義莫不以斯爲基礎。在個人主義中，個人的自然權，爲法律命令之淵源，卽主觀權也。在法律的實證主義中，則此國家所創之客觀法爲要素。但此客觀法所賦之權力在個人方面仍爲主觀的權利也。

此種主觀概念無論其形式爲個人主義抑爲實證主義，皆爲純粹玄學的觀念，既非實驗之材料，亦非實驗之結果的先天觀念也。蓋實驗無從建立此主觀法概念也。夫主觀法之觀念係從人類意志之本性產出，而實驗則無從給示我人關於此項本性的材料也。是故法律制度若以主觀法爲基礎，則其所立者爲玄學的建設耳。

此種主觀法觀念使國家亦納入玄學概念中，即賴非實驗的材料以構成國家原理也。法律賦給國家以一種主觀權。主觀權既係意志的權力，則國家必須具有一意志無疑也；若欲國家具有意志，則國家當爲人格之一。於是非實驗的第一結論，即國家人格論也。此外，國家之主觀法應具有一種特性。國家之行動往往爲單方行動，則其意志必須爲高超的意志，即主權的意志。此國家人格之主權論，即國家方面，玄學的第二結論也。

最後，爲說明國家，證實國家起見，流行之學說仍沿用玄學思想；如神意論與社會契約論。此種觀念皆爲超出實驗以外之結論，其所給示我人者，僅爲國家的玄學解釋耳。

總之，流行的法律論與國家論，其所有基礎，滿目皆玄學論與批評論也。此種學說猶自詡爲「科學的」其實完全爲「形而上的科學」，在法律的實驗科學以前即從而斷定一切者也。是故對此一切形而上科學的結論當一掃而空，當從實驗的材料，嚴格着手，組成一種法律與國家之智識。

此適爲狄氏之努力也。狄氏之努力，在法律方面達到以客觀概念替代主觀概念。蓋惟有此客觀的法律概念，始由實驗所供給也。實驗所示給吾人者，僅係客觀法之存在以及此客觀法在社會強制拘束力之形式下所

規定之積極或消極的行動表示耳。蓋人與人間有一相依互存之公律焉，即社會聯立關係是也。此聯立關係及其所包含之規則，皆意識而神會之，故在個人方面，社會準則之存在乃一經驗的事實，而構為實驗結論之一。

但成為經驗事實者，不特此社會準則也，此準則之內容亦然。蓋聯立關係確定原則，同時亦確定其內容。個人對於社會聯立關係方面準則應有之內容亦必領而意識之。故準則之內容確為實驗的結論也。實驗所給者不特為事實準則，亦為應如何存在之準則，即社會聯立關係之狀態是也。實驗指示吾人何者始為具有價值之準則。但此所採得之價值僅為相對價值，即僅對社會聯立關係之現狀而言的相對價值也。蓋實驗不能指出何者為絕對價值之準則，何者為純粹理想的準則。此類準則之搜究已越出實驗之範圍，而非科學所能管轄矣。此類準則之搜究，當以玄學材料為基礎而入於批評之範圍矣。

實驗所給示我人者，亦為社會準則之必然性。成為個人之生存律是也。但實驗並不能為此項準則所由出之義務的基礎。科學僅聲言個人受社會準則之牽制耳。蓋此準則為社會機體運用之規律，個人既為此機體之份子，必受此機體律之支配無疑也。但欲知個人是否應受此準則所支配之問題，則不在科學範圍之內矣；此問題之答案全賴玄學的材料矣。強制性之可能全係人類自由的玄學問題而強制性之根本原則屬於超越實驗以外形而上之要素者也。

是故吾人可從實驗方面達到社會準則之認識。但現須問者，如何而吾人得以此同一方法認識某種規則

爲社會準則，更在社會準則中鑒別某者爲法律準則耶？供給此知識之實驗材料究爲何物？

社會準則之認識，係從違反此準則而引起之社會反動得來。苟有一團體對於某個人行爲表示反動，此行爲即被視爲違反社會規則之行爲也。激起此團體反動之事實乃失去純粹個人的性質而進爲社會事實矣。此即社會事實特徵之所在；即團體反動對此事實贊成與反對表示之存在也。

社會準則既經成立，他方面個人意識之集合認爲違反此規則所激起之團體反動應有相當社會的組織，就現社會而言，即國家的組織與保障是也。就此事實而言，社會準則乃成爲社會準則矣。國家干涉不必在事實上成立；祇須個人集團認爲有國家干涉之必要可矣。凡斯諸點，團體的反動也，社會化組織的反動必要之意識也，皆係經驗的事實而足以從實驗方面觀察得來者也。

是故此經驗事實對於法律組織直接之結果則爲對於「法律係國家之創造品」之思想加以排斥耳。法律決不能爲國家之創造品，因實驗示給我人法律之組成，早在一切國家干涉之前，因實驗示給我人法律之組成早在個人意識集團認爲違反行爲所激起之團體反動須由國家組織並保障之時矣。

實驗所呈於法律世界者，開宗明義即爲法律準則，或稱客觀法，此即法律上之客觀主義也。但我人所欲者不僅此法律準則也，尚須從法律準則而至於此準則之主宰也。關於此點，從實驗方面仍須以客觀主義爲立場也。法律準則及其內容之存在既經觀察以後，實驗尚證明此規則在國家有組織的反動制裁力之下，能使個人

務須依照某種固定的行爲：個人之行動與否均依照客觀法之規定。但實驗不能從法律準則中釋出一意志的權力或義務，即主觀的權利或義務；蓋主觀的權利或義務已溢出驗實範圍，而當在玄學範圍之內也。

狄氏對於國家論，其所處心積慮，亦莫非斤斤於純粹的實驗材料也。在國家論中，狄氏所努力者亦英非欲從國家之本性與起原中求得一實驗的概念耳。

在國家中實驗所示者既非人格亦非主權，此種觀念皆係先天觀念。實驗所示之國家，更非從集團關係方面，形而上的或高越的意志行爲中所求得之國家起原，此種觀念亦不脫爲先天觀念也。

實驗所示者無他，在任何團體中必有強弱之分。弱者就時間與空間之變異，承受強者之權力。強者治人，弱者治於人，強者之力量足使其運用一種強制的權力控制弱者也。

故從實驗言，即從真正之科學知識言，國家在其起原上所示者爲就個人間力量之不等而生區別之現象，在其性質上所示者，爲治者持強力而運用爲強制現象也。惟其此強制力適足以完成對於違反法律準則之反動也，故國家從實驗方面而言，在其運用上，確爲法律之看守者與完成者也。

國家在大體上既純由治者所組成，即與被治者同爲人類者所組成，故國家亦受法律之支配。苟被治者而受法律之支配，則斷無理由以治者爲例外，而不受法律之支配也。故國家受法律支配之理論乃實驗所示之國家概念下必然之結論也。

(四)狄氏所創之法律技術，世人往往欲與其學說之哲學部份作分別看，其實與哲學部份有至密切之連帶關係也。狄氏之法律技術完全受現實的與客觀的法律論與國家論之支配，蓋流行之法律技術多從玄學的法律概念與國家概念着手，而狄氏適欲一手推翻者也。流行之法律技術全從主觀法概念着手。狄氏既將此概念拚棄，則對於此概念下之技術勢亦不能加以容納。惟其流行之法律技術亦從先天取材，致與社會實在之需要不相適應，故狄氏欲推翻之。反之狄氏所創之技術既從實驗材料着手，故其所示者與社會事實相適應且從社會事實方面脫穎而出者也。

普通對於法律行為之理論乃以意志自治觀念所補充之意志說也。此為主觀基礎的概念。法律行為下之法律效力，一般人皆認為行為主宰之意志所創成。蓋行為根據主觀權即意志的權力而成。他方面此種具有創造力之意志賦有相當之自由，足以確定行為之內容也。

狄氏既棄絕此種主觀法之概念，勢不得不對法律行為之原理，重起爐灶矣。其先決之點有二：

一方面須確定法律行為之效力，非由行為主宰之意志的創造效力所產生，換言之，取消意志說也。他方面須明示任何法律行為即個人行為亦然，其效力決不在產生一主觀權利。蓋主觀權利斷不能存在，我人亦決不能遇到此種意志創造法律之現象也。

狄氏決定此兩點，全持一般意志行為的心理分析為依據。更將此分析應用於法律行為而視作一種意志

行爲矣。狄氏說明意志不能創造法律效力，惟祇能本將客觀法的應用歸納到某種個別之事例耳。故法律效力乃從客觀法直接而來。客觀法感身在一切法律行爲之前固不能包括主觀法，即在法律行爲完成之後亦然，雖有法律效力之感覺，法律行爲之前後，皆無主觀法之存在也。

故賦有主觀法之個人決不可得。我人所得而見者，僅係一種事實，即客觀法直接所確定之個人在行爲與否上之行動是也。狄氏對於法律主人之定義即根據於斯。法律主人之特性在以個人受客觀法之支配，而非因個人賦有意志權力之事實也。法律主人非權利執有者之謂也，乃隸屬於客觀法之謂也。

此種法律主人之概念就斷定何人始克爲法律之主人。關於此點，狄氏所受之攻擊最烈，蓋狄氏竟將通常所認爲不可免的法律主人亦抹殺之。蓋客觀法所着眼者爲有意識具意志的人類行爲，此項行爲僅能求諸有意識具意志的個人。法律上的主人即爲受客觀法支配之臣民，則亦惟有個人具有意識與意志的個人始能有此特質。於是團體的法律人格從此取消；團體不能爲法律的主人，因團體並無意識及意志的個性也。法律人格僅係單純的抽象現實化的法律決難的存於抽象中也。患有神經病者與未成年之兒童亦不能視爲法律之主人，以其非意識的人物，無從受客觀法律之節制者也。

狄氏之法律技術繼復應用於法律地位之區別，在法律地位中，就有法律之主人焉。所謂法律地位者，即法律之主人受客觀法支配之種種不同形式也。一方面有客觀的一般的，或非個性的地位，他方面有主觀的，個人

的與特殊的地位。此種區別固無傷法律的客觀主義之毫末也。客觀法雖有法律行為之參雜，仍不失為一切法律地位的主要基礎。但有種法律地位係由客觀法直接所給，即客觀的地位；有種地位則被法律行為所人格化，個人化，即主觀的地位是也。此法律地位之區別，為狄氏技術思想之最重要者。其說至為偉大，而行政法受其恩澤，尤非淺也。

此外，此種法律地位之區別足以建設在實質方面法律行為之分類，即從已生之法律效力上法律行為之分類，此項分類，亦狄氏法律技術之重要部份也。此項分類固從法律地位着手者也。

法律行為之效力全在對已存之法令加以改變。此項法令既為現存法律地位之總彙所設立，而法律地位，性質不等，則法律行為亦隨之而有多種不等矣。因此在客觀的地位方面，有一般的，非個性的行為稱謂規律行為，在主觀的地位方面，有特殊的與個人的行為稱謂主觀行為。

不僅此也。狄氏之技術尚有一新異之貢獻焉。凡含個人性質之行為未必皆係主觀行為也。有時個人行為能賦給某人以一種客觀的法律地位而並不將此客觀地位變為主觀地位也。客觀地位始終為客觀地位，一若為客觀法直接所賦之地位而絕不經任何法律行為之干涉也。蓋若關係人而能直接賦有客觀地位者則此賦給必依據一個人行為而後可。此項行為乃一種客觀地位應用於個人之條件也。條件行為之各由此而生。

狄氏之法律技術，對於法律行為在實質的區別以外，尚有形式的區別焉。此項區別不再着眼行為所生之

效力，但爲意志表示之方式上行爲之形式。於是行爲有單方與多方行爲之區別焉。

法律行爲，即在個人間，亦有單方形式與多方形式之分，此乃客觀原則之結論也。法律的主觀派頗難承認個人之單方行爲；彼輩僅認國家始有單方行爲，以國家具有高超之意志，即國家主權是也。蓋依主觀派之理論，法律效力既爲意志依據其意志權力所創造，而意志權力之內容則包括主觀法，但個人間之意志處於平等地位，則一種意志自身之肯定，若不得他意志之同意，決難驟然成立也。反之，若認法律效力爲行爲主宰之意志，所嵌納之客觀法的結果，則單方行爲當然有成立之可能，因法律效力已不再爲一種意志，但爲控制一被動意志之客觀矣。此點乃客觀派之主張也。

此種法律行爲實質與形式兩點之區別足使行爲之性質格外顯明。其最重要之注意則爲一切意志妥約之行爲不盡爲契約。若欲契約之成立，必須意志妥約的形式要素上復添加主觀地位立場實質要素。若實質要素非屬於主觀地位，而屬於客觀地位或客觀地位的個人職權，則此行爲決非契約矣。此行爲爲名之曰集合行爲及團結行爲。此種對於契約真性之精細的觀察固大有功於行政法也。此說最足以使我人明悉公共職員地位及公務租讓之原則，並及於國家諮詢部管轄下之行政糾紛焉。

(五)有現實的客觀的法律概念，而後有此法律行爲之技術；則有現實的國家概念，亦必有關於國家特殊的技術；此技術與玄學的國家概念下之技術固迥然不同也。國家僅爲一種個人之集團持有最大之強力，而對

於被治者能施以強制的力量，此種觀念既代主權人格之國家論而興，國家之法律技術，亦隨之一變。

國家中既僅有治者個人與其屬員，而此般人物之背後又無國家人格或民族人格之存在，其直接結果當持一切用以建設人格國家與運用國家活動力之個人間的關係之理論一掃而空。政治代表說，法律機關說均不能存於公法之範圍中矣。一切皆歸結於一單純之觀念，即認治者與職員其法律地位亦係客觀法所賦給與個人絕對相同者也。

國家人格說之取消，使公法上多種問題均換新面目。如分權問題，本認為國家意志分散之問題而對此問題必須經一番說明者，今則僅為權限分配之問題，而全持因時制宜之解決矣。分治原則已不再為人格國家付託權力於地方之問題，乃僅為地方自治程度對於中央在權限之運用方面的問題。分治之存在與其程度亦僅因時制宜之問題也。

治者與職員等個人運用國家之活動力，其所占有者為強制的力量，以其為個人中之強者也。此強制的力量並無主權論下之命令指揮權力，此種特殊之見解益使法律國家之技術概念愈偉大而愈完美矣。

法律國家已不再為德國派目中單純的法的國家，蓋德國派之法的國家其中除現行法外就無其他法律的關係，使現行法之創造機關即立法家完全立於一切法律關係之外，而惟有法官與行政官始受法律之支配。狄氏目中之法律國家是完全「法律的」即一切機關無區別無差等皆受法律之節制，蓋治者與職員與一般

個人同，亦方頂圓顛之類也。故法律關係不但應存於法官與行政官間，亦且存於立法家間也。

於是此說引起法律一種的技術概念焉。若法律欲使立法家亦受法律之限制，則必須認法律僅係一種客觀法之體驗耳。如法律之性質應如此，則立法家當受現存法律之節制，蓋立法家之任務祇在着手對於客觀法之體驗耳。

法學文選

# 行政訴訟法院管轄權限的研究

徐砥平

個人間的爭議或互相侵害法益，有普通法院爲他們解決爭議，而保護各人的法益。個人與國家或其他公法人發生爭議時，尤其是中央或地方官署違法處分損害人民的權利時，普通法院既不能爲之保護，亦應有一種機關負此責任而保障人民。否則，小而言之，人民的一切權利固風雨飄搖而全憑各級官署之喜怒爲能否享有與保存的命運，大而言之，全國人民深恨權利之毫無保障，任人宰割，因此由恨生變，而激成革命或內亂風潮。所以謀解決人民與官署間的爭議，而維護他們的法益，是急不容緩的要圖。解決此種爭議而保護人民的機關，爲行政法院。所謂行政法院，就是行政的裁判機關。我國政府有鑒於行政裁判機關的重要，因由立法院先後制定行政法院組織法，及行政訴訟法，均於民國二十一年十一月十七日由國民政府公布施行；報章消息，且將於本屆三中全會後，正式籌備成立，此固全體國民所樂聞，而亦謀國是者所亟宜設施的要圖。一九一〇年八月，行政科學大會，在比國首都魯塞爾開會時，大家確認近代公法之保護被治者，和法國公法一樣完全者，真屬絕無僅有。而公法上保護被治者的主要利器，卽爲行政訴訟法院。由此更可見行政法院的重要，而亟宜組織了。關於行政法院上最重要的一點，爲管轄權限問題。我國行政訴訟法第一條曰：「人民因中央或地方官署之違法處分致損害其權利……得向行政法院提起行政訴訟。」既以違法處分爲管轄的對象，則違法處分的意義如

何範圍如何？自須首先闡明，方有標準。且同法第五條又曰：「行政法院關於受理訴訟之權限，以職權裁定之。」那麼，倘若不先確定上列第一問題，或誤解了處分之意義及範圍，對於管轄權限必將發生重大弊竇。充其量言之，若誤解或惡意時，豈非就可援用第五條，而以裁定將一切行政訴訟拒絕了麼？所以管轄權限之意義與範圍，亟須預為確定，這也就是作者寫這篇文章的命意。

### 何謂處分與是否以處分為限

行政訴訟法第一條所云之中央或地方官署之……處分，簡單言之，就是行政處分。所謂行政處分，在德語為 *Verfügung*，又稱之為單獨行為之行政行為，乃是由行政權一方的意思表示而成立的行為，故又稱之謂行政的片面行為。什麼是行政處分，我們已經知道了，那麼行政訴訟是否只可對於此種行政的片面行為提起；換句話說，是否行政法院的管轄權限，就挪這種處分為範圍？這是亟須解釋而確定的。

公法上的法律行為，雖則大多數均為行政權，一方的行為，也就是行政處分；但若謂行政法院的管轄權限，就挪狹義的行政處分為範圍，這就不免失之過狹了。

行政訴訟法第一條內所云之處分，不能視為狹義的處分，而應該挪行政行為去解釋。何謂行政行為？（其詳俟後再論）暫時可以給他一個籠統的解說，就是凡由行政權發出的一切行為，都是行政行為。行政行為有的是片面行為，有的是契約性質的行為，還有是單純的實質行為。因為他們都是行政行為，當然在行政法院的

管轄權限之內。現在挪先進之法國行政訴訟法例的趨向與態度，略爲介紹，就可證明一切行政行爲都在行政法院的管轄權限之內了。

行政權一方的意思表示而成立之片面行爲，換言之，就是行政處分，當然屬行政法院管轄，而毫無疑義。一九〇三年，法國 *Basile et Loire* 省議會議決，對於鏟除蝮蛇者，給予相當獎金。後來有一個叫做 *Ferrier* 的人，搜集了許多蝮蛇的頭送到那邊，應得的獎金，其數目竟超過了該省所定的預算額，因此該省省長就命令拒絕給付獎金，*Ferrier* 大爲不服，遂向平政院 *Conseil d'Etat* 控告。平政院認該省議會的決議，是公務行政上的片面行爲，平政院有管轄一切行政訴訟的權力，所以就接受他的起訴。

凡是由和行政有關之契約所發生的訴訟，平政院對之，向來認爲屬於平政院管轄範圍的。從前雖認地方行政的關係契約行爲，屬普通法院管轄，現在這個區別也沒有了。平政院對於任何與行政有關的契約行爲，關於地方行政的亦在內，均受理他們的關係訴訟。一九一〇年由 *Montpellier* 市對於排除死獸所訂契約所發生之 *Thezard* 案件，平政院很顯明的決定曰：「按上列情形，*Montpellier* 市的行爲，是爲衛生與人民安全而爲行政性質的行爲，由此所生的一切困難……除有明文規定外，當然由平政院管轄。」照此看來，契約性質的行政行爲，亦屬行政法院的管轄權限之內。

所謂單純的實質行爲，廣義言之，包括一切具有行政性質的動作，不過沒有法律的性質，所以人們稱之爲

行政上的實質動作。例如修築道路，建築學校，拘禁醉漢，撲殺狂犬，施行消毒方法等都是。他們雖則沒有法律上的性質，換言之，就是不以創立何種法律地位為目的；但是也以行政公務為前提，而常常是行政行為成立的初步，並且是行政行為成立形式上的要件，或其構成的一部份，有時候，就是行政行為的實施，所以和行政行為直接而密切相關的。單純實質行為和行政的關係，既這樣密切，而關於實質動作的訴訟，大概都是責任問題的訴訟；根據法國一八四八年憲章設立之抵觸法院第一庭，曾經決定凡是和行政有關所發生之損失問題，只有行政法院有權管轄。現在單純的實質行為，一方既與行政公務有密切關係，他方又都是損失責任問題的性質。那末，這種實質動作的關係訴訟，當然屬於行政法院管轄了。

### 何謂行政行為

關於行政行為的訴訟，均由行政法院管轄。但是行政行為究竟是什麼？這是個管轄權限的先決問題，關於這點，說起來恐怕很長，因為限於篇幅，姑且簡單的說明一下。所謂行政，就是行政機關在法律命令範圍內之施行公務。因此，行政行為就是行政機關在法律命令範圍內施行公務的行為，所以人們稱行政機關為公務機關，行政人員為公務人員。如中央機關的人員，為執行全國一般公務的人員；省政府的各級人員，是執行一省公務的人員；縣政府的人員，是執行縣公務的人員。至於公務，籠統的說就是謀全國全省或全縣人民之衣、食、住、行等各種需要上之方便和安全的事務。公務的類別，是隨時間、空間、文化等而增減或變動的，當然不能一一列舉出

來。但是我們的目的亦僅在釋明行政行爲的真相，而謂以公務爲目的行爲，無論在神權時代，君權時代，或民權時代；無論行政權者的權力，是由神授，或由君子賦予，更或由人民所委託的；但是實際上，尤其是時勢上，總是在謀全民一切需要上之方便和安全，而爲全民服務。所以行政行爲是以公務爲目的的，換句話說，凡是行政權者挪公務爲目的的行爲，都是行政行爲。進一步說，凡是以公務爲目的之行政行爲，不問其爲片面性質，契約性質，或單純的實質動作，其關係訴訟，均由行政法院管轄。

### 影響行政法院之管轄權限的幾個學說

#### 一 權力行爲 *acte d' Autorité* 與管理行爲 *acte de gestion* 的區別。

權力行爲和管理行爲的學說，是 *Laferrere* 所首創的。他於一八八七年其所著的 *Turisdiction Et Contentieux* 一書內，很得意的解說道：行政權力有兩種職務：其一，爲注意公共產業的管理和運用，確保各種賦稅的徵收，並支配其用途於各種公務；凡是爲完成這種職務的行爲，叫做管理行爲；其二，行政者挪一部份權力之受託者資格，負責的施行法律所規定之公務的進行，爲人民謀得善良公安的利益……對於這種事件，行政者是處於主權者的地位，他所做的行爲，都是統治行爲，或公共權力的行爲。在原則上，只有權力行爲可以發生行政訴訟；至於由管理行爲發生的訴訟，屬普通法院管轄；換句話說，行政法院的管轄權力，只限由權力行爲發生的訴訟。

這個學說，當時很爲大衆所接受，各大學裏邊亦這樣教授學生。巴黎大學法學院長 Berthelémy 也很稱頌這個學說，並且還補充的說：「管理行爲，是與我們對於私人財產的管理上可做的行爲一樣，和公共權力的存在，沒有關係的。」不過真切的講，這個學說殊無意義而毫不準確，所以信之彌篤的 Berthelémy 亦曾說過：「承認權力行爲和管理行爲的區別，差不多是一個不易摸捉的信德。」而法國平政院評事 Terssier 於一九〇八年二月二六日對於 Feuty 案件，在抵觸法庭提出結論的時候，很果斷的證明這種學說的虛偽，他說：「這個分類毫無法律上的根據，既不以實際爲本，而又與事實完全不符。其實，凡公共權力者或其代表所做的行爲，其目的在確保公務之施行者，都適用行政法令……因此我們可以說，公共權力者或其代表，是永不和私人同樣情形之下做事的。」我們上邊曾經說過，行政行爲是以公務爲目的，也就是行政權者的行爲，是爲施行與完成公務。行政權者既有他的特別目的，所以他有何行爲時，決不與普通個人同樣做品。可見上列 Berthelémy 爲管理行爲所加的巧妙解說，毫不足信。也就是權力行爲與管理行爲的學說，不能成立。更不足以藉此限制行政法院的管轄權限。

## II 政府行爲 Actes de gouvernement 的學說。

一八四九年，法國平政院組織法審查人 Vivier 說：「有許多侵害權利的行爲，是不受法院審判的。在代議政府和責任原則之下，爲應付公共重大需要的情勢，恆使各部部长不得不採有侵害私人權利的方策，而只對

於政治權力者負責。倘使受行政法院的管轄，那末無異將此種爲公共利益的行動，加以阻礙；似乎有在國家之內，另立一個新的權力，以壓迫其他一切權力的嫌疑。」這就是政府行爲不受行政法院管轄的巧妙辯護。後來許多學者，就援引這段話爲政府行爲張目。平政院當時亦曾被這個學說所惑，而駁斥對於政府行爲所提起的訴訟。但在今日，這個暴戾的學說是被棄置了。平政院和抵觸法庭的前後判例，對於根據政治上的理由以拒絕管轄的主張，都不再認爲充分，而駁斥其抗議了。

有一回，法國軍政部長根據一八八六年六月二二日關於以前皇族的法規，將 Orleans 和 Murat 兩公爵的姓名，從兵役表裏除去。二公爵因此對於該部長的決定，提起控訴。平政院對之，很顯著的表示推翻政府行爲的學說。軍政部長不服，於上訴時，仍以所下決定，完全爲政治上的理由作根據，請求不接受二公爵的控訴。平政院復駁斥他曰：「就是照該被控決定所根據的文義講，軍政部長的下這個決定，顯係適用一八八六年六月二二日法規第四條的規定；照這樣看起來，他的行爲已是行使屬於部長的行政權力，藉以確保法律的施行。那末，他的決定，當然是行政行爲，而得由平政院管轄審判。」在這次訴訟的以後幾年內，抵觸法庭更確定上列的態度，在前後三次判決內，均推翻政府行爲的學說，而認爲應由法院管轄；所以當時政府根據刑法第十條規定訓令省長沒收巴黎爵士的小冊子及肖像的沒收行爲，抵觸法院亦主張法院管轄，他的理由說：「即謂警察總監所根據的口頭訓令，其目的爲施行一八八六年六月二二日的法規；但這種訓令亦不能在拘票上註明謂沒收

的性質，係政府行爲。沒收的性質不因其爲政治上的目的，和出自內政部長的訓令。或曾經兩院通過而改變的。照以上的判例看來，政府行爲既不能爲拒絕法院管轄的利器，當然不足以限制或減損行政法院的管轄權力。

### 三 獨斷行爲 *Actes discretionnaires* 的學說。

獨斷行爲又名純粹的行政行爲，在德國叫做自由估量的行爲 *Freie Ermessen*。固然，這種行爲並不是絕對不受法律制裁，而可以行爲者的無權或形式不全爲理由而攻擊他的。但若由有權的人依法定形式作成以後，無論作成該行爲的目的是怎樣，就不能對他攻擊了。任何法院，即或平政院，均不能審查他的目的，更不得說他的目的違法，而撤銷他的行爲。我們知道大部份的行政行爲，都係獨斷性質，所以這個學說是很重要的。不過在今日，以法國而論，獨斷行爲的學說，已屬過去了。平政院常常有估量行爲的目的之權力；行政者雖屬有權，但若他的目的並非當時法律所據以給他該種權力之目的時，平政院就可撤銷他的行爲。這就是所謂僭越權力的行爲，平政院有權管轄而制裁他的。

現在我們可以說：獨斷行爲或純粹行政行爲不能再存在了。行政者的權力無論怎樣大，被治者總是有權詢問他所做行爲的原因，平政院也有權審理這種原因。假使行爲的目的，不在他的權力之內，就撤銷他的行爲；不問行政者的等級如何，上自元首，下至百官，也不問所做的是什麼行爲，總是可以審究的。照此看來，再亦沒有

什麼獨斷行爲可以減削行政法院爲管轄權限了。

## 行政法院管轄權力的例外

### 一 法院與議院的行爲

普通法院及法官的行爲，不受行政法院的管轄，是很明顯的。因爲普通司法機關及法官的行爲，另有他們的管束，所以對於他們的行爲，只可向他們之同類而上級的法院上訴。否則，勢將侵犯行政和司法的獨立原則了。這一點是很顯而易見的，不必多所論述了。

議院或國會的行爲，向來也不受法院管轄；因爲議院或國會是國家主權意思的直接表示機關，國家主權是唯一而最高的，所以他的行爲，當然沒有人可以管拘他。在英國，這種觀念，至今還是根深蒂固的存在着。有一句俗語：「英國的國會，除非不能將男人變爲女人以外，無論什麼事都可以做。」既是這樣高貴有權，當然不能管束他的行爲了。但是證之歐戰以後的趨勢，國會的行爲，似乎不再像從前一樣的神聖不可侵犯了。國會行爲中最重要而顯著的，當然是法律。現在挪法律的地位和變化略爲論述，就可間接證明法院能否加以管束了。

在近代國家內，普通都有立法權和委任立法權的名稱；前者大概就是握有立法權的國會，後者就是指行政首長等而言。前者所制的是法律，後者所施的是命令。命令行爲的應受法院管轄，各國已一致承認，無庸多述。但是歐戰以後，法律和命令有漸相接近而混合的趨勢。那末，命令既由法院管轄，以此例彼，法律亦將受法院管

轄了。現在挪他們接近而混合的事實，略行舉出，藉以推知將來的結局。

就我們的觀察，足使法律和命令互相接近而混合的變遷，有下列三種：

第一，委任立法權的範圍擴大。這種現象，在英美法德及蘇俄意大利各國，到處可以見到。在英國，據 O. H. Carr 氏之統計，就一九二〇年而言，一年中英國議會所制定的法律，不過八二種；行政機關補充法律的命令，則至少十倍此數。所以 O. H. Carr 說：「以補充法律的立法命令和法律相較，直無異孩子和父母相較，而孩子高過了父母。」美國的委任立法權，向來是很狹隘的；但證之近今的事實，美國聯邦議會，於戰事終結後，亦不斷的挪極重要事項的補充立法權——例如變更海關稅率之立法權——委諸行政機關。其他法德等國，亦有類似的事實，尤以蘇俄意大利等為最。

第二，法律和命令之效力的混同。向來命令是不得和法律抵觸，亦不得變更或廢止法律的，近來這種原則全被破壞了。曾任英格蘭大判官之 Howart 在他新著之 The New Despotism 一書內說：「有時候，英國法律設置條文，允許行政機關於頒佈補充法律的命令之時，得自由裁量，不必悉依法律本文所定的任何界限。有時候，法律本文明認行政機關的補充命令應視為法律本文之一部。有時候，並且明經行政機關某部核准之命令，應視為關於法律本文之正當解釋，應視為合於法律本文之規定。」照此看來，不獨使議會之立法權移轉於行政機關，並且使司法機關的解釋權，亦將失其歷來的效力。由此可見法律和命令，沒有多大分別了。

第三，緊急命令制的流行。緊急命令制度，在歐戰以前，只行於議會威權比較低微，或法治基礎比較薄弱的國家。歐戰以後，在此種國家以外的各國，亦很普遍了。好比一九一九年德意志共和國新憲法第四八條明文規定：「凡遇國家之公共安全及秩序發生重大危難時，總統得逕行採取必要方略，以恢復公共安全與秩序，於必要時并得使用武力。為達此種目的，總統并得將憲法上第一一四，一一五，一一七，一一八，一二三，一二四。及一五三各條所列舉之人民基本權利暫時停止……」據當時立法者之意和德國學者的解釋，以上條款，就是承認總統得於緊急時期，頒佈緊急命令。據 Poetsch 氏的統計，自一九一九年八月德憲頒佈之日起，迄一九二五年正月止，這種命令已有一三五件之多。從這一點，亦可證明命令可以替代法律，作用上沒有多大分別。

從上面的變遷情形看起來，法律和命令，簡直沒有多大差別。法國學者 Dugès 說：「法國的法律是三五〇個下議員二〇〇個上議員的意思表示；至於命令，實際上和法律沒有重大區別，不過是元首或官吏的意思表示。」不同的地方，僅在於此。行政法院對於委任立法權的命令提起的訴訟，已經受理了。那末對於法律提起的抗訴，亦應接受。一九〇三年一月二八日，法國下院議員若干人，曾經提一議案，主張在一八七五年二月二五日的憲法內，加上一條，所擬的條文曰：「設立一個最高的法院，審理公民對於立法權或行政權侵犯他們憲法權利的請求。」那末，在不久的將來，對於議院或國會行為提起的訴訟，亦必受理了。將來我國行政訴訟法院成立時，逕可挪審核法律的權力給予行政訴訟法院，俾人民對於侵害他們之權利的法律，亦有請求救濟的可能，

而得到充分的保障。

## 二 元首的行爲

在原則上，元首的行爲，和其他大小百官的行爲一樣，均可對之提起訴訟。從前視元首爲國家主權的組織要素之一，英國教授Dicey且曾說過：「法律家口裏所說的國會，即指君子元老院及下議院三者而言。所以元首和國會一樣的具有代表性質，他的行爲和國會的行爲，同是國家主權的直接表示，當然亦不受行政訴訟法院管轄。」這種論據，殊欠充分。況且元首亦是個普通行政人員，級位雖高，實質上毫無特異之處，所以元首的行爲已一致認爲可以對之提起訴訟了。不過以目前的法國講，還有兩種行爲，仍不受行政法院管轄：第一，就是對於議會與政府有憲法上關係的行爲，例如元首召集或延長議會的行爲，宣佈國會閉會，或解散下議院的行爲，以及召集選民選舉兩院議員的行爲，均不受行政訴訟的管束。其理由，認爲倘這種行爲，可以用行政訴訟加以攻擊，豈不是間接使國會的行爲受平政院羈束嗎？倘若平政院有決定召集命令合法與否的權力，則無異准其侵犯兩院權利。一九一二年八月九日平政院的判決，就是這樣意思。當時有某縣議員，對於省參事會於一九一二年四月二日指定 *Belfort* 地方，應於五月十九日選出一個議員的命令，提起訴訟，平政院予以駁斥，其理由謂：「兩院對其議員有審核權利，除有特別明文規定外，只有兩院有權審核其選舉行爲的是否合法。」

第二種不受行政法院管轄的行爲，是外交行爲，換言之，就是法國和外國在國際關係上的行爲。依法國的

向例，此種行爲不受行政訴訟的羈束。一九〇四年八月五日，平政院謂一個私人，不能根據行政訴訟攻擊由法國併吞 Madagascar 宣言所生的結果。這種辦法的用意，是很易知道的：外交行爲直接和國家安全有關，政府的行動自由，對於保障國民利益，殊屬必要，不應以訴訟手段阻礙他。外交公務當然在特種情形之下進行的，爲便利他的進行計，所以定爲例外而不受行政法院的管束，別無他種理由。

### 結論

以上的論述，雖則多係根據行政訴訟先進之法國的法例，但是原則原理到處相通的，關於行政訴訟法院的管轄權限可以結略之如下：

- 一 凡關於行政行爲的訴訟，均屬行政法院的管轄權限，而不限於狹義的行政處分。
- 二 凡以公務爲目的之行爲，都是行政行爲，而均屬行政法院的管轄權限。
- 三 所有影響行政法院管轄權限之學說，如權力行爲和管理行爲的區別，政府行爲，及獨斷行爲等，均屬無據，而應推翻。
- 四 國會的行爲或法律，和行政權的命令行爲漸趨一致而混同，亦應給行政法院以管轄審判之權。
- 五 元首的行爲，除對於議會與政府有憲法上關係的行爲，及外交上的行爲外，均得對之向行政法院提起訴訟。

法學文選

# 憲法初稿中的「人民之權利義務」

梁鑒立

嚴復氏譯穆勒 (J.S.Mill) 羣己權界論最後一語云：「善爲國者，不惟不忌其民之自繇也，乃輔翼勸相

求其民之克享其自由，已乃積其民小己之自由，以爲其國全體之自繇，此其國權之尊所以無上也。」(註一) 這是十九世紀個人主義的急先鋒擁護個人自由的一種政治上的解釋。二十世紀開幕以還，因爲社會主義思想的澎漲，人們漸漸不復相信僅僅消極的讓人民去享受多分自由，便能促進國家的繁榮，如穆勒所主張的。近年以來，以極權政治 (Totalitarianism) (註二) 的盛行，民主主義驟受打擊，而託根於民主主義的個人自由問題，更一變其本來的面目。我國在此環境之中，祇有二條路可走：(一) 先把國家組織弄得十分強固，然後用國家或社會的權力，去支配人民的生活。(二) 暫時恪守個人主義的範疇，使人民在苟延殘喘的時期，得有機會去發展他們的人格，去參加民族復興的整個工作，予意現在制定憲法，必於此二種方針之中，擇一作爲憲法的中心思想。予認在目前的中國，政治清明，尚非最近期間所可企望之事。政治既然混沌，人民的自由，便成了不幸的犧牲品。在此時期而侈談政府對於人民自由的無條件之運用應加以限制云云，未免迂闊而不近事情。故今日目的憲法，應就人民的自由，加以十二分的保護，而特別禁止政府或官吏假借「公共利益」「社會福利」等

憲法初稿中的「人民之權利義務」

名詞，去侵犯。也許有人以爲這是對於現狀，太抱悲觀，而忽視憲法是所謂百年大計的工作。予則堅持憲法本來不是什麼天經地義一成不變的東西，不過是一種應付當前時局的一種大規模的設計。倘若我國政治情形改變了，自然不妨修改，或者簡直重行制定的。（註三）

予之一般觀點既如前所述，今試進而批評憲法草案中關於人民權利義務的條文。

## 二

一般憲法學中所謂人民的權利和義務，究竟何所根據？這是一個學理的問題，茲姑略而不論。我們所要承認的，就是你主張天賦人權說也好，國家萬能說也好，社會服務說也好，你不能否認人民是構成國家原素的重要分子，倘使人們要維持社會的安甯，人民必定要有機會去做他們想做的事情而不受外界的干涉，同時他們也要負擔若干的職務，去助成社會的發展。所謂權利義務，恐怕不過這些意思罷了。

閱憲草第二章的規定，人民的權利有爲傳習的憲法學所公認的，如身體，財產，通信，居住，集會，結社，出版，宗教，遷徙的自由，有爲本憲草所特別允許的，如應考，選舉，罷免，創制，複決等權。前者有人稱之爲「出諸自然之原始權利」（註四）在學理上，此種說法，雖驕有商榷之餘地，但它們的特別重要性，則不容否認。至於後者，雖與人民參加政治活動的機會有密切關係，但却不一定是人民日常生活上必要的需求。故吾人討論人民權利之際，自應首先着眼於前者。

前項權利之中，身體自由，尤為重要。憲草第八條第一項規定「人民有身體之自由，非依法律不得逮捕、拘警、審問、處罰；」第二項規定「人民因犯罪嫌疑被逮捕、拘禁者，執行機關至遲應於二十四小時內將執行原因告知其本人及其親屬，並移送於該管法院審問，本人或他人亦得聲請該管法院於二十四小時內向執行機關提審；」第三項規定「法院對於前項聲請，不得拒絕，執行機關對於法院之提審，亦不得拒絕。」按此處所謂「執行機關」其含義何若，殊不明瞭。有以為「執行機關」顯然將法院除外者，其意以為「法院之訴追程序，刑事訴訟中自有周密之規定。」（註五）予意前文既稱因犯罪嫌疑被逮捕、拘禁云云，而對犯罪有管轄權可施逮捕之機關，主要者固為法院，則正當之解釋，似乎難將法院除外。我國現下雖有許多特別刑法，但除軍事機關以外，恐少賦有直接逮捕嫌疑犯之權的機關。但倘我人認定「執行機關」包括法院而言，則上列條文與現行刑法又有不符之處，此點業經議者指出。（註六）雖然憲草通過頒佈之後，刑法可依照修正，惟現行的刑法關於逮捕的規定既較憲草所規定者為嚴密，而逮捕拘禁之執行，又多適用於普通刑法範圍的犯罪，則似不應捨此取彼。故憲草第八條所稱的執行機關，應明白指出，不應含糊，條文上亦有增加嚴密的必要。倘若明定執行機關，不指法院而言，更宜加重其逮捕拘禁行為的限制。加重限制的方式，不一其端。（一）至少應採取現行刑法的規定，即「拘提或羈押被告，應用拘票或押票，並應記載拘提或羈押之理由，執行拘提或羈押應以拘票或押票示被告；被告因傳喚、拘提，或解送到案，應即訊問，至遲不得逾到案之日」等條文（刑法第四四條第五條四

八條及第六七條至六九條。(二)依民國十九年的太原約法所建議，增「凡逮捕拘留人民之命令，除現行犯外，限於法院」的條文。(三)規定國家對於其機關非法逮捕，拘禁的責任，并對受害者與以金錢的賠償（此種規定，太原憲法及吳經能憲草均有之）。(四)最有效的方式，仍為出庭狀或保護狀的規定，今特加說明。

說者謂出庭狀的性質與功用和第八條所規定的「要求提審權」初無二致。此實係皮相之論。原來出庭狀的目的雖然和要求提審權相同，但運用之際，前者較後者實多莫大的便利。稍稍了解司法實務者，可知具體的書狀的效力，什伯倍於抽象的條文。法院用出庭狀請求移交被拘禁者的手續上的簡單，遠勝於人民依據憲法條文請求執行機關移交法院或由法院向執行機關請求移交。伍梯雲氏於致立法院孫院長，建議採取出庭狀之制之函中有云：「手續法尤要於實體法，蓋保障救濟之手續未備而空言原則，未有能實行者也」（註七）可謂深解出庭狀的用意與作用。并且出庭狀尚有一種功用，為一般人所忽視者，出庭狀非但命令拘禁者即將被拘禁者之身體提交法院，並且命令拘禁者將拘禁理由向法院聲明，法院乃審查其拘禁理由是否合法。從法院方面看來，舉證的責任在拘禁者。換句話說，拘禁者須提出理由，證明被拘禁者何以不應釋放。被拘禁者不必自剖何以應受釋放。并且法院並不審判案之內容，如認為拘禁理由不充足，即行釋放。至於憲草第八條所規定的請求提審權「提審」二字，殊不明白。所謂「審」者，審查拘禁的理由乎？抑審判本案的內容乎？倘係後之解釋，則將受訴訟拘束，案懸不結，被拘禁者何能迅速恢復自由？（註八）民國十二年中華民國憲法（即曹錕憲法）

載「中華民國人民，非依法律不受逮捕，監禁，審問，或處罰。人民被羈押時，得依法律以保護狀（按即出庭狀）請求法院提至法庭審查其理由。」此為出庭狀在中國憲草中被採用的第一次。誠然，出庭狀是英國憲政史上歷史的產物，特殊的制度，遷地未必為良，但在個人自由十分被蔑視的中國，似有一試的價值。憲草第八條的規定，似乎根據德國憲法第一一四條，內容究嫌空洞，難有充分的效果。

### 三

憲草第十條至第十九條，關於各項權利的享有，均有「依法律」字樣。論者多詬病之。歷閱我國歷次憲稿，關於人民權利的享有，須依法律云云的字樣，最多者為民國五年五月一日的中華民國約法及十二年十月十日的中華民國憲法。此二稿的政治背景，盡人皆知，自足解釋他們的條文用意之所在。元年三月十一日的臨時約法第二章第六條：「人民得享有左列各項之自由權：（一）人民之身體非依法律不得逮捕，拘禁，審問，處罰。（二）人民之家宅非依法律不得侵入或搜索。」第三項以下所列舉的各項權利的享有，則無「依法律」字樣。惟第十五條「本章所載人民之權利，有認為增進公益，維持治安或非常緊急必要時得以法律限制之。」此條似乎減殺上所列舉的種種權利的享有，但主張限制的當局，必須提出維持治安，增進公益，或非常緊急必要的情形，以為其行為的辯護。這亦是差強人意的事情。

關於「依法律」一語，最大的缺點，是它的涵義的不確定。所謂法律，係指立法機關正式通過的狹義的「

法」乎抑包含行政機關的命令和章程以及司法機關的法令解釋和判例乎？照學理說，法律似乎專指立法機關制定的法律。但即此一端，已足剝削憲法的保障而有餘。誠然在英國，國會是萬能的，在理論上，它可以做一切侵犯人身權利的事情，可是在事實上，它被憲政慣習所拘束。我國既無憲政慣習可言，何能擔保立法部不制定違憲的法律？我國法院，又無宣告立法機關的法律與憲法衝突時應作無效之權力，更談不到用司法的程序去保障憲法賦與的權利。有的作家，以為在成文憲法中明載人民權利的保障，可有一種道德的勢力，使立法機關稍有戒心，不制定相反的法律。（註九）但此是僅僅一種道德的制裁，實際上殊鮮效力。

第二十三條規定停止或限制人民自由或權利之法律以為社會秩序公共利益所必要者為限，似以臨時約法第十五條為張本，但何謂「社會秩序」及「公共利益」誠如議者所謂「語意至為廣泛隨事皆可引用，實與無限不異」（註十）且解釋此種限制者為誰，憲草亦無規定。人民對立法機關主張社會秩序與公共利益的限制，欲提出異議，亦無申訴之處。

予意人民的權利的享有與行使，固然不能絕對無限制，但限制的程度及方式，亦須規定於憲法本文之中，以示立法機關不能藉口立法萬能，任意凌轢之意。行政機關及軍事機關更無待論。否則臚列各種權利，如數家珍，徒為裝煌門面而已。

第九條規定「人民除現役軍人外不受軍事裁判。」此條雖然突兀，但為當務之急，惟此條的他一方面亦

值得吾人的注意就是軍人除受軍事裁判之外，亦須受普通民刑法的制裁。此點關係人民的權利甚大，深望制憲者予以注意。

本章對於人民的工作自由，毫無規定。此點與民生主義與國民經濟有密切關係。雖然第三十條載「爲改良勞工狀況，國家應實施保獲勞工政策」第三十一條載「勞資雙方應本協調互利原則，發展生產事業」但究嫌空洞。予認工作自由問題另有規定之必要。

此外本章起草技術方面，亦有改善餘地。如第七條可有兩種讀法，其一殊堪發噓，應改爲「中華民國人民，不論男女，種族，宗教，階級，職業，在法律上一律平等」。

(註一) 嚴譯羣已權界論，商務萬有文庫本第一百三十四頁。

(註二) 採錢端升氏用語，見東方雜誌第三十一卷第一號「民主政治乎極權國家乎」一文。

(註三) 參看拙著「憲草初稿中的國際趨勢及外交權」第一節，時事月報第九卷第三期。

(註四) 見呂復，憲草批評，國聞週報第十一卷第十一期。

(註五) 管歐，憲法草案初稿之檢討，大公報三月二十日。

(註六) 同上。

(註七) 原文轉載東方雜誌第三十一卷第七號第一〇六頁。

(註八) 王世杰氏的「比較憲法」(第一百四十二頁)謂「出庭狀制在令人民得向法院請求出出庭狀並非以斯狀向

憲法初稿中的「人民之權利義務」

法院提出何等請求，似欠斟酌。蓋按出庭狀制，人民的請求有二，（一）請求法院出出庭狀將被拘禁人提出法庭（二）根據出庭狀請求法庭審查拘禁理由。第二項的功用，實不亞於第一項也。

（註九） Willoughby and Rogers: An Introduction to the problem of Gov ernment, p. 65.

（註十） 呂復，同文。

# 從現行民法考察賠償義務人之代位

曹傑

## 一 代位行使權利之範圍

在損害賠償之債中，有與損害相抵基於同一思想之制度，即所謂賠償義務人之代位，蓋自羅馬法以來，諸國法律所公認之制度也。吾國民法第二百二十八條規定此旨。詳言之，即義務人既已就物或權利之喪失損害賠償其全部價格，則就該物或權利得代位權利人，否則使權利人得二重利益，殊為公平原則所不許。惟此項原則，不僅就債務不履行之損害賠償得以適用，即就侵權行為之損害賠償，亦應同一論之。（石板博士民法第三三五頁鳩山博士債權法總論第二章第八節參照）例如：（一）甲以古物寄託於乙處，乙接受後，未加注意保存，以致該古物被竊，此時乙不可不賠償古物之全部價格。若乙已賠償甲，則乙就該古物之所有權以及對於第三人之請求權，取得代位。（二）甲以所有無記名式匯票託乙赴領，乙將匯票遺失，此時乙若賠償票據債權之金額於甲，則其據票債權，應移轉於乙。上舉例（一）為債務不履行之損害賠償例，（二）為侵權行為之損害賠償，至為明顯。吾民法係倣德國民法，就損害賠償之債別設一般規定，（第二一三條至第二一八條）獨於本條，又倣日本民法規定於債務不履行之次，（日民第四一五條至第四二二條參照）立法技術殊欠精密，依愚所見，本條位置應緊接第二百一十八條以後，斯為一貫。

從現行民法考察賠償義務人之代位

## 二 代位行使權利之程序

關於代位之效力，立法例有二種：（一）為逕許當然移轉，此為日本民法所規定（日本第四二二條）；（二）止許請求移轉，此為德國民法所規定。（德民第二二五條）吾民法係採後例。按代位之性質，乃權利在法律上之移轉，即法律上之代位，此與因法律行為之代位顯有區別，依民法所設各種代位制度之旨趣而言，（第二八一條第三一二條第七四九條參照）自不應適用當事人間為讓與之移轉。就日本民法第四百二十二條與其第四百九十九條第五百條比較，當然不得準用第四百六十七條至第四百七十二條之規定。吾民法既採德國法例，則賠償義務人僅對於權利人取得一種讓與請求權，嚴格言之，尚非真正之代位，因而民法第二百九十五條至第二百九十九條於此亦得準用。此於保護義務人方面似欠確實，而與民法所設各種代位制度精神亦欠一貫。雖然在純理論之，本條規定亦另有一基本原則在焉，蓋本條請求權乃基於不當利得之請求權，即受賠償利益之權利人不應受二重利益，已如前述，此際受不當利得者為受賠償之權利人，而非第三人，若依日本法例逕許當然移轉，其結果使賠償義務人直接行使對於第三人之請求權，殊與不當利得之原則有所違背，試就民法第三百一十二條第二百八十一條第七百四十九條比較考察，仍不出同一基本原則。故愚之結論，仍以探德國法例為當。

## 三 代位行使權利之要件

行使本條權利之要件，須由賠償義務人已爲全部價格之賠償，蓋賠償義務人履行賠償義務與行使本條權利，並無牽連關係應解爲不得援用同時履行抗辯權，吾國民法學者陳克生先生持反對說，（陳著民法通義債總第二一八頁。）惜未說明其理由。愚按同時履行抗辯權爲雙務契約所具之牽連性，本條之請求權與相對人之損害賠償債權，並無對待給付關係，此其一。本條規定基於不當利得原則，必賠償義務人已爲賠償，而後相對人始有不當利得可言，若未爲賠償，則其不當利得之請求權，已無從發生，此其二。就法條體例與德民第二百五十五條比較觀察，亦顯然不同，自不得解爲「權利人非將物之所有權或基於其權利對於第三人之請求取讓與後，無須賠償。」（吾第一次民草第三八八條參照。）故本條請求權與相對人之損害賠償債權應各別行使，不生同時履行之問題，法意甚顯也。

#### 四 代位行使權利之客體

因代位所應移轉之客體，即基於其物之所有權及基於其權利對於第三人之請求權，爲法條所明定。惟有應行注意之點，即權利人因特別法律關係所取得之權利解爲不包含在內。例如保險金請求權不得請求移轉是也。（關於此點，吾國民法著述均未論及。）蓋保險契約自始含有射倖性質，不能認爲純然不當利得，且此種權利本非代物者，故不因代位而移轉也。此處「基於」字樣，乃指根據該物或其權利在本法律關係基礎上對於第三人之權利而言，若對於第三人之請求權係因其他特種法律關係，斯不在移轉之列，在理論上非爲不當也。

從現行民法考察賠償義務人之代位

法學文選

# 行政裁判制度之研究與建議

章淵若

## 一 緒言

近世政治演進之特徵，爲民主主義之發展；民主主義之所以發展，則爲法治主義之運用日趨於嚴密。自三權鼎立，相互衡制，人民自由，遂得保障。然以現代政務，愈趨繁複，國家行政，在在與人民利害發生關係。倘使行政行爲，違反法規，或侵害人民利益權利，自不能不予人民以有效救濟之方法；俾得要求其更改，取消，或賠償。往昔各國，對於此點，或則設有行政上之監督；或則概歸普通法院裁判。惟前者之弊，危在官官相護，徒托空言；後者之短，病在普通法官，對於行政事件，缺少智識與經驗，且有有害行政之獨立，二者，均非正當保障民權，有效救濟之方。故晚近法治之邦，均有特設行政裁判所之趨向，即於英美，亦有特種行政裁判法庭之設，爰取各國制度，比較研究，並附鄙見，以備吾國樞府之采擇焉。

## 二 英國行政裁判制

英國法制，與大陸諸國，迥然不同。『其法律平等一義，應用趨於極端，無論任何階級，統受一種法律之支配。』（註一）以爲行政官吏之違法行爲，不與私人之違法行爲，同受一種法院之管轄，則殊有違法律平等之原則。蓋英國之所謂法者，唯普通法 Common Law 而已；不論其爲個人間之關係，抑或行政官署與個人之關係，原

則上均受普通法之管轄。英國憲法，既不成文，而公法私法，又無嚴格之分，大陸諸國之所謂行政法者（Verwaltungs Rechts Droit Administratif）在英無有也。故「無論何種公權行為，如拘捕狀之發給，租稅之徵課，均無異於普通法律事件；其因此而生之爭訟，亦與私人間之爭訟，初無二致；一切所謂合法與否之判決，均歸普通法庭之管轄」（註一）官吏倘有違法或越權之處分，致損害人民之利益者，人民可向法庭控告官吏，使受法律之制裁。「英國公法與私法，絕對相同與平等，此種習慣，根深蒂固，由來久矣」（註二）故無論中央與地方行政官署之行為，概受普通法庭之管轄。照英國之法理，一切行政官吏，在執行其職務之時，如發生違法之行為，無論其行為之動機，為遵行上級機關之命令，抑為履行其本身之職務，統須與私人行為同等看待，而受普通法之支配；初不因其為行政行為而有所軒輊也。故於大英帝國，其行政裁判，實甚簡單；大陸諸國通行之行政裁判制度，英國既無此制形式之存在，亦無此制必須創立之主張。大陸諸國，除刑法以外，舉凡關於公法上問題之爭訟，輒歸特設的行政裁判機關，而不屬於普通法院，英國對於行政官署之非法行為，為人民所設抵抗與救濟之方法，僅為通常的司法裁判所；與私人間關係之處理，初無二致。他如官署彼此權限之衝突，亦由同樣的法院裁判之。此英制之大較，亦其行政裁判制度之特色也。

### 三 德國行政裁判制

德國行政裁判制度之確立，尚為近代之事實。當十七世紀以前，尚未有斯制之存在，舉凡一切爭訟，無論其

關於私法或公法，均歸通常裁判機關管轄審理，蓋與英制無異也。迨乎十九世紀，行政權始與司法權互相對立，此時關於行政上爭訟之事件，通常裁判所，遂不能有管轄之權。然此時仍未有獨立的行政裁判制度之設置也。以故行政官署有不法與不當之處分，普通法院，既無管轄之權，人民亦轉無請求救濟之方；雖可提起诉願，然人民上訴之機關，爲一氣相投之上級官署，官官相護，自難得到公平之處置。此時德國人民，對於官吏不法的行政，縱受其侵害，亦無適當切實之保障。於是行政裁判問題，遂引起當時嚴重的注意。然仍未得澈底解決的辦法。一般之主張，以爲不法的行政處分，可屬於普通法院；至於不當的行政處分，則仍歸行政機關。此種解決，究未可作爲行政裁判制度之改進也。及至一八六六年，巴頓州始首創行政裁判制度；不數年間，普魯士，亦有斯制之設立。同時公法學者，亦多非議舊制；主張應有特殊的獨立行政裁判機關設立之必要。舉德人士，因受學說的感化，於是此創彼效，行政裁判制度，遂普及於各邦。其組織雖未均臻完善，制度雖未絕對相同；然獨立的行政裁判機關之創設，固已甚普及。德國行政裁判制度之組織，凡三級：（惟亦有採二審制者）曰郡評事會，曰縣評事會，曰最高行政法院。

前二者，爲初審機關，其評事由間接民選，非職業的；後者爲終審機關，由中央任命，爲終身職，有完全獨立之地位，與嚴密的保障，而不受政局之影響，今將三種機關之概要，述之於下。

一 郡評事會——此爲初審機關，即設於當地官署，行合議制；議長即當地行政長官，評事爲民選。其審議

之範圍，如關於該郡選舉之爭訟，劃界之爭，關於賦稅徵課，以及各區間對於郡支出分配之爭，他如教育，交通，公共衛生事宜，均由該會審理。此會之作用，重在調查爭訟之事實，倘有不服，則可提起上訴。由最高行政法院，作最後的判決。

二 縣評事會——此為初審兼第二審之行政裁判機關，由民選評事，當地縣長，以及中央任命之官吏合組之。此會之職務不僅在調查爭訟之事實，且兼法律問題之判決，故其組織之成份，不能僅限於當地民選之評事，而須列有精通法律之專家。

三 最高行政法院——最高行政法院，(Ober Verwaltungsgericht) 為(1)初審判決後之上訴機關；(2)二審判決後之終審機關；(3)亦為各郡對省稅追索應攤款項之初審機關，以及一切反對各評事會決議之初審機關。最高行政法院為一特設的獨立的行政裁判機關。其裁判官有嚴密的保障，獨立之地位，且都為終身職；裁判官之選任，半出自素富行政經驗之高級行政官吏；半出自精通法理之高等司法官。

於此，吾人對於德國制度，尚有數點值得注意者：第一，一切同級法院間關於法律上之爭議，概由其較高級之法院解決之。第二，在下級的法院，不必一定要用嚴格的形式；各造可就事實而互相和解，其有關於法律上之要點，則請法庭裁決；此種方法，實甚迅速，而尤省費用，故極為通行。第三，法庭所根據之事實，並不限於兩造之所供給；法庭倘認為必要，復可自行搜集。第四，上訴之人，並不僅限於當事者，在公衆的利益上，上級當局亦可反對

法院以前之判決，而提起上訴。

此外倘遇普通法院與行政法院發生權限爭議之時，則歸弭爭法院（Kompetenz Konfliktgericht）審理。此院設於柏林。法院之組織共十一人，均由中央任命之。其中六人須為最高法院之法官，其他五人則須為最高級的行政官吏。此等法官均為終身職，或其任期至少應與其所行職權之時期相等。案件裁決之時，至少須有七人出庭。

#### 四 法國行政裁判制（註五）

法國行政裁判制度，發達最早，在行政事務上，佔有極重要之地位；故法國之行政權，既對司法權而獨立；同時，行政裁判機關，亦不受通常行政官署之支配與限制，而有獨立自主之精神，此法國行政組織之特點也。

法國之行政法院，有最重要的兩大職權：第一，為純粹對於行政訴訟的裁判，由此而生之效果，可以修正行政機關之決議；第二，為對於越權行為之救濟，此為平政院（Conseil d'Etat）唯一之職權，其目的在取消行政官署之越權行為。法國之行政裁判，取二審制：有地方參事會（Conseils de Prefecture）為初審機關；有平政院為最高終審機關。

一 地方參事會——其職權有四：（一）關於選舉之爭訟；（二）關於公產出賣之爭訟；（三）關於公務之爭訟；（四）關於直接稅捐（以及一部分間接稅捐）事務之救濟；（五）以及關於各郡及收入不過三

行政裁判制度之研究與建議

萬法郎之公共機關之審計事宜，其組織爲合議機關，除議長以外，有參事四人，其中一人爲政府之代表（賽納 Seine 爲九人）。照一八六五與一八八九年之法律，其議長由當地長官充之；惟於今日，因有一九二六年九月六日法令之修改，議長由命令特別委任之。地方參事會之缺點，爲人員能力薄弱，不能取得羣衆堅強之信仰。其所判決之案件，凡重要者，幾均上訴於平政院。

二 平政院——平政院有兩大機關：（一）爲訴訟部；（二）爲訴訟大會。平政院之組織，已屢經更改，最重要者：一於一九〇〇年，一於一九一〇年；一於一九二三年。三次改組之目的，均有一貫的精神，即加速裁判之進行也。一九〇〇年之改組，爲評事數目之加增；並分設兩庭；均有同樣之權力。一九一〇年之改組，復擴兩庭爲參庭；新設之一庭，曰特別庭，以便對於選舉與租稅上之事件，有迅速之進行，此三庭，均有裁決之權。最近之改組，在一九二三年三月一日；是年十月四號，又有新法令之頒布。此次改組之結果，訴訟部，設議長一人，評事十二人；分成四個研究委員會 *Comitee d'Instruction* 每會有評事三人；復分兩庭，司裁判之職，由裁判部長爲主席；部長缺席時，則以任職最久之委員長代理之。特別庭，亦有評事十二人；庭長一人；分三組，專司次要案件及選舉與稅務。

訴訟大會，由平政院副院長，訴訟部部長及評事；行政部推選評事五人合組之。行政部推選之評事，每年於十月改選一次。訴訟大會以平政院副院長爲主席；副院長缺席時，則由訴訟部部長代理之；訴訟部長有缺席時，

則由任職最久之委員會會長代理之。倘出席人數爲偶數 (en nombre pair) 則無論於大會，於部於庭，均不能審議；倘陳訴者在場，可請其年齡最高者，加入審議。

在休會之時，或多數評事不能到會，而不足法定人數之時，（大會法定人數爲十二人；部七人；庭五人）則須請其他評事出席；如不到，則請陳訴主要人出席。

此外復有弭爭法院 (Le Tribunal des conflits) 專爲解決普通法院與行政法院彼此權限之爭而設，內由平政院推選參事三人，大審院推選參事三人，以及平時指定法官中推定二人，共同組織之；每年改選一次；判決之時，至少須有五人出庭。

## 五 現代行政裁判制度改善之趨勢

行政裁判，國異其制；今茲所舉，僅其顯例。他如奧日諸國之行政裁判，則又採一審制；其初審與二審之裁判所，爲普通行政官署，而非特設機關。故行政訴訟的提起，其先經之程序，爲訴願；訴願經最高行政官署之判決而尚不服時，始得提起行政訴訟。奧日等國之行政裁判制度，其初審與二審，尚不無因陋就簡之嫌；然而其最後的審判，仍有獨立的行政裁判所，人民訴願以後，如不服最高行政官署之判決，仍有一最後救濟的手段。可見其行政裁判制度，仍保其獨立之地位也。

晚近以來，世界法治國家均有行政裁判制度獨立之趨向。即向無所謂行政法的國家，如英美，近亦有別特

的行政法庭之設立，或與普通法院一種特別權限以處理特種的行政訴訟事件。（註六）如關稅行政，鐵路行政是也。誠以近代政府職務，日趨繁複。行政事件之審理與裁判，非有特種的行政智識，實難勝任而愉快也。

各國行政裁判制度，既漸趨於獨立，然而行政裁判，果有獨立的必要與理由乎？是亦不能不辯。歷來主張行政裁判制度獨立之理論，概有數說：

一曰分權之原則也——政府權力，固有互相制衡之必要；然倘使行政事件，純受司法權之監督與支配，則其弊之極，必使行政權備受司法權之壓迫，而失其應有的自由活動之餘地。則行政之效率，必因之而大殺；其影響於政務的進行與國民的利益，實非淺鮮。

二曰民權之保障也——由前之說，遂有主張行政案件，不應歸司法機關管轄，而應由行政機關審理者，然其弊之太大初無二致，該行政機關，有階級的分等，有直接的關係，有共同的利害；倘若行政事件，悉由行政機關審理，則官官相護，互為包庇，人民縱有訴願之提起，卒難得到公平之判決，官吏違法侵權之處分，以及越權不當之行爲，人民舉不得有救濟之辦法。倘使行政裁判之權，全然隸於行政機關，而不能有特立獨行之地位與處分，則於民權，將盡失其保障。

三曰行政行爲與私人行爲之殊科也——歷來行政法家，每以國家行爲，有公權行爲（*Acts D'autorité*）與事務行爲（*Acts de gestion*）之分。此種分類之觀念，固已受現代行

政法學者所唾棄。然而行政行為與私人行為，究有種種特質上之不同，而在審理之時，亦需不同的智識與經驗。四曰司法官技術之不能勝任也——司法官吏之技術，大抵限於私法或刑法；於行政法上之智識，大都一知半解，類難專精；而於行政界之經驗與智識，更爲缺少。欲使此種僅諳法理之人，審理行政特質之問題，自難勝任；其有害於國家政策之進行，以及行政效率之增加者，亦不在小也。

五曰政府職務之日趨複雜也——現代政治演進之特徵，爲政府職務之日趨於複雜。蓋政治的真諦，本爲管理人民之事；而現代人民之需要，已由社會之進化而日形複雜；故政府對於人民應盡之職務，亦因人民需要之加增而日趨於複雜。是則行政訴訟問題，將以時而日見其重要；非有特殊的經驗與學識，非有特設的制度與機關，殊難適應此政治演進之大潮也！

## 六 五權憲法下之行政裁判制度

世界法治國家法制之演進，既均有設立獨立的行政裁判機關之趨向；則吾人如欲創立五權憲法之新制，實施民權主義之原則，對於獨立行政裁判機關之創設，實爲目前不能忽視之問題。

法儒狄驥氏之言曰：『有人主張行政訴訟事件，歸普通法院審理者，此實莫大之謬見！其實，英美二國，近年以來，其關於行政官吏之訴訟之審理，已不復同於私人訴訟。英美制度之大缺點，端在對於官吏之違法與失當之行爲，無有效的救濟辦法，既不能取消其行爲，又不能強令其賠償。是故近年以來，英美二國，已自覺其制度之

不善，而漸知倣效他國之美制。或則組織各種特別的法庭，或則予普通法院一種特別的權限，使得審理行政訴訟事件。』(註七)

英儒戴雪氏(Dicey)之言曰：『英國現代立法之趨勢，對於特別事件，往往予行政官署一種真實司法裁判權；此實為行政訴訟制度之開端；而其改善之趨勢，尚猛進不已也。』而培根氏(Bacon)亦有『行政問題應由行政機關裁判』之革新理論。

觀此，吾人更可徵信，獨立的行政裁判機關之設立，已為近世法制演進之趨勢；即素無所謂行政法的英國，近亦不得向此途而共進，吾人對於行政裁判所之設立，更無容再事遲疑。

前年立法院長胡展堂先生，有一重要演講，題為澄清吏治與厲行監察制度，實深值吾人之注意。請先摘錄其詞，再加論列。

「……現代普通的國家，大概把監察權分做兩種：政務官以內閣為最高機關，有國會來監察它；內閣以外的官吏，其監察權付託於行政長官。但是這種以行政官監察行政官的辦法，很容易發生中國人所謂『官官相護』的毛病，現在蘇俄的制度則不然，他們的立法權，幾乎與行政權合一；惟有監察權，却絕不與行政權相混……」(見十九年十一月二日中央日報)

但是：「……監察委員對於失職違法的官吏，祇能彈劾，不能審判。審判彈劾事件的機關，照監察院組織法

第六第七兩條之規定，便是官吏懲戒委員會。可是官吏懲戒委員會對於官吏祇能懲戒而不能科刑。如果某一個官吏被監察院彈劾，經官吏懲戒委員會審判屬實，便予以褫職的處分，有時這褫職的處分，還不足以蔽其辜，甚至要進行刑事部分的審判。照彈劾法第八條規定，不能不送法院去辦理。照現在中國的三審法院制，這種案件，無疑的要以地方法院爲初審……如果審判的結果，認爲證據充足，予以刑事處分，那便不成問題；如果審判的結果，予以無罪判決，甚至連官吏懲戒委員會的處分也搖動起來，這就成了問題了，因爲法院可將監察院對於官吏的彈劾案判決無罪，便無異撤消官吏懲戒委員會對於官吏所施的處分；這樣法院却成爲官吏懲戒委員會的上級審判機關；而所謂監察院的彈劾權，便等於初級法院的檢察官了……」（見十一月三日中央日報）

吾人審思胡院長之演辭，以爲欲提高監察院之地位，發生監察權之實效，避免職權上之衝突，而使彈劾案得有公平有力的處分，則獨立的行政裁判機關之設立，實爲重要而不可忽視。

年來國人之談五權憲法者，實繁有徒；其中義理精到者，固不乏人；而謬誤百出者，亦殊不少。一般人之誤解，以爲監察院可兼彈劾與審判二權，此實爲一種不諳法理之最幼稚與最重大之謬誤！殊不知監察之權，祇限於彈劾，而不能審判；倘使監察院既能彈劾，而又能自行審判，則非但流弊百出，且禍害之來，必致發生種種武斷與專制之危險！此實吾人所應審思明辨者也。

## 七 行政裁判所之組織

各國之行政裁判，有採三審制者；有採二審制者；亦有採一審制者；各有其利弊，各有其特情，亦各有其所需。吾人於創建行政裁判制度之時，一方固宜辨別其利害，一方尤須因地而制宜。

吾國幅員遼闊，人口浩繁，行政管理，鞭長莫及，自宜複其組織，嚴其系統；而行政裁判制度之創設，於理亦應仿德之三審，或法之二審。即於中央行政法院以外，復應於省或縣設立二審與初審之行政裁判所。庶於人民方面，可免跋涉之勞苦，可省往返之時間，以及訴訟之費用；於當局方面，既可以免鞭長莫及之弊，又可以得訴訟事實之真相；而於裁判之時，又因隔閡之避免，證據之確實，可得較為公平正直之結果。

雖然，此僅理想之談，而尚非確當之論。一國法制之創建，初不能盡依一時之理想，而應斟酌周顧，求其事實之可行。故爲今之計，吾人初不可過事奢望，而祇能竭盡可能，速求中央行政法院之設立，嚴格言之，全國僅有一個行政裁判機關；而中央行政法院者，將爲全國行政訴訟之初審與終審機關；易詞言之，僅採一審制也。此制之優點，在國家經費方面，當可大爲節省；而於事實上，自亦較爲可行。顧利之所在，弊亦隨之。反對者之言曰：以吾國幅員之廣，人口之多，政務之繁，交通之滯，欲以一院統理全國行政訴訟之事，其爲鞭長莫及，固無容疑；且訟事山積，訟者麇集，當局果欲持之以謹慎，勢必此壓而彼積；倘若草率以從事，必致治絲而益紊。尤因交通之不便，路途之遼闊，外省之人，跋涉爲艱；天高地遠，徒喚奈何？空設行政裁判之機關，轉增人民怨憤之心理。不亦大悖吾人創

設是制之初衷！

論者於此頗有主張設臨時裁判所之說者，此說之淵源，爲民三七月之行政訴訟法第五條。依該法之規定，平政院因審理之便利，或必要時，除地方最高級行政官署爲被告之行政訴訟外，得由平政院長囑託被告官署所在地之最高級司法官並遣派平政院評事，組織五人合議庭，審理之；其庭長由平政院指定。（註十一）惟此種辦法，缺點殊多：（一）行政法院之設，本爲避免司法權對於行政權之侵犯，今以法官充當臨時評議員，似與最初之立法旨趣有悖；（二）此種機關，爲臨時的，非常設的，則於行政訴訟上，似仍難得適法與公平之確切保證。（三）人民於訴訟之提起，將仍感種種之不便與窒礙。

故此事適當之補救法，莫如嚴定行政訴訟之範圍。人民所得提起訴訟於行政法院者，僅限於中央或地方最高級行政官署之違法處分，致損害人民權利者；他若關於地方行政官署之違法處分，致損害人民之權利者，以及中央或地方行政官署之不當處分，致損害人民之利益者，蓋不適用行政訴訟，而祇可向原處分行政官署之直接上級行政官署提起訴願；不服時，可再向原判決行政官署之直接上級行政官署，提起訴願。如關於中央或地方行政官署之違法處分，訴願至最高級行政官署，而不服其決定者，始得向行政法院提起行政訴訟。

國民政府立法院於十九年三月十五日，已有訴願法之通過，并於十九年三月二十四日經國府公布（註十二）依該法之規定，人民因中央或地方官署之違法處分或不當處分，致損害其權利或利益者，得提起訴願。

并定訴願之管轄如左：

- (一)不服縣、市政府之處分者，向省政府主管廳提起訴願；如不服其決定，向省政府提起再訴願。
- (二)不服省政府各廳之處分者，向省政府提起訴願；如不服其決定，向中央主管部會提起再訴願。
- (三)不服省政府之處分者，向中央主管部會提起訴願；如不服其決定，向主管院提起再訴願。
- (四)不服特別市各局之處分者，向特別市政府提起訴願；如不服其決定，向中央主管部會提起再訴願。

註十三

- (五)不服特別市政府之處分者，向中央主管部會提起訴願；如不服其決定，向主管院提起再訴願。
- (註十四)

(六)不服中央各部會之處分者，向原部會提起訴願；如不服其決定，向主管院提起再訴願。又依該法第四條之規定，人民不服不當處分者，以再訴願之決定為最終之決定。其不服違法處分之再訴願，經決定後，始得依法提起行政訴訟。故行政訴訟之範圍，已嚴為限定，大半關於行政上爭訟之事件，均以訴願解決之。準斯以觀，一般人所過慮之行政法院事務之紛繁，當因此而大減。

按照十七年十一月十七日之司法院組織法，行政法院為司法院之直轄機關。惟吾人考究各國行政裁判機關所以獨立之原因，概有二端：一則由於行政裁判，需要特殊智識與經驗，非普通法官所能勝任而愉快；一則

由於行政裁判，如受司法權之支配，則有害行政權之獨立，而妨國家行政之推行。準斯以論，如以行政法院，屬於司法院，則似與原來立法之旨趣，未免相悖。故於法理上，行政法院，似應使其直隸於國民政府，使得充分有權審理關於行政官吏之違法與不當之行爲，此爲根本概念，應請讀者共相檢討者也。

行政法院，置院長一人，指揮監督全院事務；然於此所謂監督指揮者，僅係指院中行政事務而言，並非指對於評事有任意進退，強令服從之謂。評事對於法律命令之解釋適用，均有獨立不可侵之見解；而評事之地位，亦有獨立之保障。

行政法院，可置三庭，評事十五人；每庭以評事一人爲庭長，指揮監督該庭事務。庭長不在時，則由該評事官級最高者代理之；官級同者，則以任職最久者代理之。行政法院之評事，一方固須富有司法之經驗與技能；一方又須有特別行政上之智識與經驗，而每庭評事之分子，須使此二種人才，爲適合之支配。

考現代各國行政法院改革之實現，均有擴大範圍，增加評事之趨勢，德如此，法亦如是。而其改革之動機，則由於行政事務之日繁；其改革之目的，則在求行政裁判之迅速。故吾國於事實之需要上，亦可增設一種特別庭，專爲審理次要而須速予裁決之事件（如選舉與稅務）。

## 八 行政訴訟之範圍（問題尙須另文導論之）

（一）歷來公法學者，有以行政行爲，爲國家權力之表現者，故有所謂權力的行爲，或公權行爲（*Les Acts*

d'autorite an deppissance publique) 與事務行爲 (Les Acts de gestion) 之分。前者爲國家公權之表現，後者無異個人之行爲。前者之審理，必有特設的行政裁判所；後者之管轄，則仍屬於普通司法機關。準斯以論，行政法院所能受理訴訟之範圍，祇限於公權的行爲；然若關於事務行爲之爭訟，則不得受理，而屬於司法機關。

近百年來，此種分類之觀念，以及範圍之限制，於公法學上，頗有勢力，自賴佛里氏 *Loferriere* 名著 (*Juri diction et con fontiers 1887*) 發表以後，咸奉以爲金科玉律。惟近年以來，一般公法學家，俱已否認此種分類之觀念，以及範圍之限制，行政法院所應辨別者，祇問此種行政行爲，是否爲公務之執行，倘爲公務之執行者，則爲行政的；否則，爲司法的。(註十四)

(2) 行政官署違法之處分，使人民權利受其損害者，人民自有提起訴訟之權利。惟於此有一重要限制：即關於要求損害賠償之訴訟，行政法院不得受理也。行政法院之權力，祇限於違法處分之變更與取消。行政法院之裁決，祇能判其損害人民權利之處分，是否違法，以明其責任；致若關於損害賠償之要求，則純屬私法性質，而非復行政事件。故行政法院之權力，祇終於是否違法之判決；至於如何賠償，則爲私法問題，行政法院，無權過問，亦無能審理也。(然此說亦未盡然，當於第九節再加論列焉)

(3) 人民對於官吏之違法處分，致損害其權利者，有提起訴訟之權；然此提起訴訟之人民，又非漫無限制也，於此所指得以提起行政訴訟之人民，僅指直接受其損害者而言。(指侵害其法律上所承認之權利) 倘其

因間接的影響，而蒙其經濟上的不利者，則不在此例。此不能不辨也。雖然，此種限制，亦非絕對。其有法令別為規定者，則一般人民，雖非直接受權利損害者，亦得提起訴訟，第此種爭訟，類多限於公權上爭訟之事件，如選舉舞弊等。學者稱此種訴訟曰「公民訴訟」。

(4) 行政訴訟與訴願，有顯異不同者二端：(一) 行政訴訟，為關於違法行政行為之爭訟；訴願，則為關於不當行政行為之爭訟。(二) 行政訴訟，以救濟權利損害為目的；訴願以救濟利益侵害為目的。故照吾國訴願法之規定：『不服不當處分者，以再訴願之決定為最終之決定；其不服違法處分之再訴願，經決定後，始得依法提起行政訴訟。』(註十五) 是則行政訴訟之範圍，僅以違法處分為限，而不涉不當處分也。顧此種分別，非於性質上有絕對，而祇於程度上有差異。故行政訴訟之範圍，亦僅於原則上如此規定。倘別有法令規定不當行政處分，亦得提起行政訴訟者，行政法院，自亦有受理之必要也。

(5) 通常行政訴訟之範圍，概有二種：(一) 中央或地方最高級行政官署之違法處分，致損害人民權利者；(二) 中央或地方行政官署之違法處分，致損害人民之權利，經人民依訴願法至有訴願而不服其決定者。凡屬於此兩種規定之事件，人民皆得提起行政訴訟於行政法院。然而，此亦僅於原則上如此也。倘法令別有規定者，如關於特種之警察處分，則得用警察法規規定之，而不能適用行政訴訟矣。

(6) 關於行政訴訟範圍之規定，列國法律，有採概括主義，有採列舉主義者。盡取概括，固不免發生例外；然

僅事列舉，則掛一漏萬，恐尤難免。倘一一列舉，而不作概括的規定，則範圍必失諸過狹；而行政上各種不法之行為，勢亦無法救濟矣。故吾人對於行政訴訟範圍之規定，自應辯其性質，審其要點，歸納而作為概括的說明；然於不能概括之特種處分，可另於法令別為規定。此種規定範圍之方法，則較為兩全矣。

## 九 行政法院之權限

吾人既明行政訴訟之範圍，當進論行政法院之權限。行政法院之權限，可分三方面言之：

第一，對於越權之行政處分，有取消之權也。

於此吾人有二項問題，須先考慮：

(甲)於何種條件之下，始可受理越權處分之案件，此項問題，可分四點研究之：

(1)此必為一種行政行為也——所以必為一種行政行為者，係除開立法行為與司法行為而言也。除此以外，舉凡一切行政行為，無論其為事務的行為，抑為公權的行為，甚然特權行為，苟其越權，或不照一定格式，或至反規律，均可構成行政訴訟也。

(2)此必為損害利益之行為也——一切獨斷的行為，並不一定致損人民之利益也；必其有損人民之利益時，始可作越權之救濟。

(3)不能有平行的救濟也——此種救濟，祇能請求取消其越權行為；而不適用任何普通的司法手續也。

(4) 須於規定期限內提起也——行政訴訟之提起，須有一定之期限。通常在行政官署之處分書達到之日起，六十日內，如不提起訴訟者，則不再處理。

(乙) 於何種條件下，始可取消其行爲也，此亦可分四點研究之：

(1) 越權 (Incompétence) 此指不在其權限之內之擅權處分而言，故亦稱濫用權力 *usurpation de pouvoir*。

(2) 手續上之欠缺 (*Levire de forme*)。此與越權行爲相似，故於法律上，亦可視爲越權行爲而取消之。

(3) 違反法規 (*Violation de la loi*) —— 此種行爲，自當取消，蓋無用解釋矣。

(4) 濫用公權 (*Detournement de Pouvoir*) —— 利用公權以逞私圖，此種假公濟私的行爲，自應取消也。

第二，對於違法之行政處分，有澈底裁判之權也。

於此所謂澈底裁判云者，係指不僅以取消原處分行爲爲已足，而復須澈底裁判其取消後之辦法者。以課稅而論，則其不正當之租稅非但判決其爲不當，爲違法，是可進而取消此種租稅之征課；其過重者，可以酌減。以非法佔領而言，則可決定應行賠償之數額。以非法修路建築鐵道而言，亦可決定其損害之賠償。他如關於公債之清償，分配，支付，跌落，等問題，亦可行澈底的裁判。

惟徹底裁決之主要條件，爲行政處分之違法，此其所以別於取消的訴訟 (Contentieux de l'annulation) 之關鍵也。

其次所當考慮者，此種訴訟之條件，除違法以外，尚有權利的損害是也。倘其所侵害者爲利益，而非權利，則又不屬於此範圍也。

例如：拒絕養老金之支付，此種處分，即可構成此種徹底的訴訟；裁決之結果，可以責其支付也，因此種養老金，已有法律的規定與承認，已爲人民既得權利也。然若拒絕養老金支付之請求，則雖係非法處分，亦不能構成此種訴訟，因其所請求者，當非其既得權利也。

第三，行政法院之權限，除是種以外，尚有駁回與維持原案之權。

行政法院，對於認爲不應受理之訴訟，有駁回之權，駁回之原因，有由於形式上不合法定程式者，可以駁回原案，令其修正，有由實質上條件之不合者，如法令別有規定，不得提起行政訴訟者，如已逾法定期限而事前並未說明理由而得其許可者；如原無起訴權者，如應經而未經訴願者；或訴願而未經再訴願者，均可予以駁回也。其次，如行政官署之處分，或者訴訟之決定，行政法院認爲適法而無取消或變更之理由者，則可維持原處分與原決定也。

## 十 行政訴訟之程序

行政訴訟之程序，於一般的性質上，有與民事訴訟不同者四點：（一）民事訴訟，由兩造指揮；行政訴訟則由評事指揮；（二）民事訴訟，大體爲口辯的，行政訴訟大體爲書面的；（三）民事訴訟，係完全公開的；行政訴訟則一部分爲祕密的；（四）民事訴訟，爲費錢而複雜的；行政訴訟爲經濟而簡單的。（註十六）

行政訴訟，於程序上，有以下諸問題，請分別研究之：

（一）爲時間之限制問題——行政訴訟之提起，須於違法處分書或再訴願決定書，到達之次日起，一定之期限內，始能有效。期限之末日，倘爲星期或假日，則不算在內。惟於一定期限內，發生特別事變，以致不能如期提起訴訟者，得向行政法院聲明理由，請求延期。

（二）爲訴訟進行中處分或決定之執行問題——行政官署之處分，及訴願之決定除法令別有規定外，在行政訴訟未解決之前，不失其效力。惟依原告之請求，及行政官署，行政法院，認爲必要時，可停止其執行。

（三）爲對審問題——民事訴訟，以口辯對審爲原則；行政訴訟，雖亦適用此原則，然於開庭對審之前，大體須作書面之答辯。凡受理之訴訟，其訴狀副本及其他副本，須發交被告，並指定期限，令其提出答辯書，而被告答辯書之副本，亦須發交原告，如於必要時，行政法院並得指定期限，令原告被告，以書狀爲第二次相互之答辯。經此程序以後，行政法院始得指定日期，傳原告被告及參加人出庭，實行對審，但於原告被告之請求，或行政法院認爲便利時，亦得逕就書狀裁決之。

(四)爲裁決公開問題——民事訴訟，本係完全公開，蓋所以昭公正而杜疑慮也，行政訴訟，自亦不能外此原則。惟行政訴訟與民事訴訟，性質稍有不同，不能與民事同等看待，故法儒白德萊美氏主張行政訴訟，不能絕對公開，於必要時，可以禁止旁聽。(註十七)

(五)爲證據問題——原告被告提出之證據，庭長認爲必要時，得傳證人或鑑定人加以證明或鑑定。行政法院，於上述證據以外，如認爲必要時，復可派評事或囑託司法官署，行政官署，再行調查其他證據。

(六)訴訟之撤銷與中止問題——訴訟當事人已提起之訴訟，非經行政法院之同意，不得任意撤銷。於對審之時，如原告被告或參加人不到，審理並不因之中止。

(七)爲評事迴避問題——評事倘與訴訟之當事人有親屬之關係，或自爲訴訟之當事人，或曾參與該訴訟事件之處分或決定者，則應請其迴避。

(八)爲訴訟之裁決問題——行政訴訟中，訴訟當事人，如同時在司法官署提起民事訴訟時，經庭長認爲必要時，可俟民事訴訟判決確定後，始行審判。訴訟事件，以各庭出席評事過半數議決之。裁決宣告以後，須具理由書發交原告被告及參加人。

(註一) 見 Dicey: the Law of the Constitution P. 185.

(註二) 見 Redish and Hirst: English Local Government P. 365.

(註三)

全上

三六〇頁

(註四) Mayer: De Droit Administratif Allemande

(註五) 參看 Berthelemy: Droit Administratif

Haurion: Droit Administratif

(註六) 參看 L. Duguit: Les Transformations du Droit Public P. 177

(註七) 見 L. Duguit: Les Transformations du Droit Public

(註八) 見 Dicey: The Law of the Constitution chap. XII.

(註九) 見中央日報十九年十一月二日

(註十) 見十二月三日中央日報

(註十一) 見前司法部司法彙編

(註十二) 見立法彙刊立法院祕書處編

(註十三) 此項所稱特別市當按新市組織法加以修正

(註十四) 參看 G. Jeze: Droit Administratif

H. Berthelemy: Droit Administratif

第三篇第一章

Duguit: Les Transformations du Droit Public chap. V

(註十五) 見訴訟法第四條

行政裁判制度之研究與建議

三六七

法 學 文 選

(註十六) 見參看: Berthelemy. Droit Administratif Chap III.

(註十七) 全上

# 自由權契約權財產權新論

陳 霆 銳

## 一 緒論

自最近一世紀以來，世界法律思想變遷之劇，實爲從古所未有；其發始也甚漸而甚微，而亦甚遭舊法學家之反對與攻擊。但思想界之革命，猶之政治革命，其蘊釀鬱積，非一朝一夕之故，及其一旦勢不能已，橫決而出也，則如海之嘯，如山之崩，雖有大力，莫之能挽。今法律思想界之革命，亦何莫非然。近代世界法律思想之變遷，可斷始於十九世紀之最初年，並非以是年適爲新思想之誕生時期，思想之變動，甚漸甚隱，其過渡年月，本不可以畫然而分也；其所以取十九世紀之初年爲界綫者，則以人權宣言之布告，乃在一千七百八十九年，法國民法之制定，乃在一千八百零四年，二者皆爲舊法律思想之結晶體，過此以往，舊者漸衰而新者漸盛，舊者漸消而新者漸長，故以此爲本論之出發點者，非無故也。

人權宣言與拿破崙法典，既爲舊法律思想之結晶體；然則其所代表者，果爲何種主義乎？則可一言以蔽之曰：個人主義而已矣。其前者有曰：（註一）人生而自由，其所有之權利，亦各各相等。其後者有曰：（註二）財產權者，乃對於一目的物，能絕對享用之權也。個人主義之痕跡，不於此而彰明較著乎。個人主義，由來甚古；創始於希臘司篤克派之哲學，至羅馬法最盛時代，其主義亦大爲一般法學家所推崇；至十五至十七世紀之間，乃始達於圓

滿而全盛之時代。其結晶則見諸於人權宣言及拿破崙法典。其大概學說，有可得而言者。人類生而自由獨立，孤峙者也。此種權利，天實賦之，放棄剝奪，兩者不可；人爲保護自己生命及自然權利起見，相互聯合，遂成社會。社會既成，勢不能不有一種條規以限制各個之自由；但其限制之程度，以能擔保各個能充分發展自己之自由爲率。故有組織的社會之惟一目的，卽爲承認及保護此種之自然權利。所謂法律者，卽一面命令國家爲個人擔保此種權利之行使，一面則又命令個人當其行使此種權利之時，當尊重他人之同樣權利。故人權宣言之第四條有曰：自由者，以不侵犯他人之自由爲界。其第五條有曰：凡損害社會之行爲，法律得取締之。一七九一年之法蘭西憲法之第三章第一條有曰：議會不得制定有礙個人自然權利及政治權利之法律。凡諸信條，皆當時一般法律家所奉爲金科玉律，顛撲不破者也。吾非不知此種絕對的個人主義，在世界之法律史上，佔有重要之位置。吾又非不知此種絕對的個人主張，在世界之政治史上，成就有重大之事業者也。（法蘭西大革命，美利堅獨立，皆爲個人主義之衝動蕩激使，然按之各該宣言，不難證實。）特在今日時與勢大，異吾人再不能執古方以治今病，否則必有如柄鑿之不相入者。卽就以個人主義之本體立言，其在論理方面，亦無存在之餘地。彼之大前提曰：人類生而獨立自由者也；其所有之權利，亦與有生以俱來，根本差誤，卽在於此。蓋人爲有社會性的動物，生而能羣，不羣無生，故人類在最初時代，亦從未離羣而獨立。至謂權利屬諸天賦，尤爲難通。權利二字，任何解說，總含有二重的關係：一卽主體，一卽客體。人若離羣而索居，其所有權利，卽等於零。魯濱遜之飄流荒島也，何嘗有權利之存在。

以其不羣也；及其重行還返大陸，權利乃隨還諸其身。故羣體生活，乃享用權利之必要條件。由此以觀，自然權利之立論，豈不即因之而失所依據乎。

個人主義之不合近代文明程度，又在論理上失所依據，既如上述。故在最近之一世紀內，凡諸文明之先進國，漸移默化，於個人主義之外，另自創成一特種法系，其法系維何？即爲社會法系是。

所謂社會法系者，並非創始於一二學者，其勢力範圍，亦非限於一二國家，潮流所至，橫決而出，若或使之，又莫或使之，將來之必能在世界法律史上，發生重大影響也。無可疑者，其立論根據，有如下述：個人或個人之集合體，絕對無自然權利。反之在社會間生活之各個分子，皆有一種必需履行之義務。舉凡統治者與被統治者，皆不能逃此例，茲爲初步討論起見，先以自由權及財產權爲譬。其在個人主義，自由權者，以不損害他人之權利爲界；換言之，即爲一種消極無爲之權利。但據現在社會法系之見解則不然；人在社會之中，皆當履行其對於社會之義務，彼必先竭盡其力，充分發展自己之智育體育及德育，以便對於社會能履行其最大限度之義務；他人對於各該項之發展，皆不得而干涉之。以此之故，在此羣界之個體，決不能消極而無所爲。彼如懶惰不事工作者，政府得強迫使之工作；即工作矣，或爲過度或不正當之工作，政府得取締或矯正之。凡此所爲，皆無非欲督率個人履行其對於社會之義務耳。至社會法系之視財產權也，亦與從前之法學家異。社會法系曰：財產權者，文明組織之必需品；共產主義，社會法系所絕對不贊同者也。特財產權者，決非對於一種財產之絕對的及不可攻擊的權利，

欲行使此項權利，必先履行其對於社會之一種責任，爲先決條件；因財產所有者，對於社會皆有一種不可逃免之責任，責任既盡，社會或國家乃始予以相當之保護。彼若故意延宕，不履行其義務，或履行之而未善，例如田主任田荒蕪，或屋主失修其屋，以致有傾圮之虞，國家有權，可以干涉之。以上云云，皆爲社會法系立論之根本點。本論宗旨，即根循此軌道，以觀社會法系之學說，對於近代之自由權財產權及契約權理想，有如何之重大影響耳。

社會法系之立腳點，即爲社會相互論。Solidarity or Social Interdependence 所謂社會相互論者，乃可以實驗之一種理論，而非純爲理想之談也。今試演繹其理如下：人類共同生活之所以必要者，有二種重大原因：其一即爲各個之需要，無不從同。其二即爲各個之需要，雖多從同，而其間亦有同而不同者，而且各個之才能，則又隨人而異。有此二因，所以人類爲互助及滿足各個之欲望起見，不得不營共同生活。若近世經濟方面之分工論，即其例也。近代文明組織之最要原則，即爲增加人類之需要，而一面則謀在最短促之時間內，滿足其增加不已之需要；欲臻此境，分工尙已。分工論爲經濟界之重要學說；而社會分工主義，隨即因之而產生。法律理想之轉變，實基於此。凡在社會生活之個人，不論其爲最高之統治者，或最細之平民，不論其爲全權之立法機關，或不佔勢力之私法人，皆有一種責任當盡；彼當盡之責，以其有社會的價值，故即爲法律所保護之標的物。至謂個人有自然權利，乃純屬虛構之談；凡惟實主義之法律家所不承認者也。善哉社會學家孔德之言曰：人類無權利，人類之權利，即在盡責。

自社會相互主義論定以後，法律思想頓起一大革命。舉凡自由權契約權及財產權，在法律上之地位，頓改舊觀。其變動雖甚漸而亦甚微，但作始也簡，將畢也巨，吾人察往以觀來，鑒古以知今，知社會派之法律思想，將來必支配世界他日之法律，可無疑也。

## 二 自由權新論

與個人主義之最有密切關係者，即為自由權。自由權一名詞，包涵甚廣；質言之，約有二意義：其一即為公法上之自由權，其二即為私法上之自由權；前者即為人民對於國家參政之一種權利，與本論無關，茲姑闕焉。至於於私法上之自由權，本論願述其所以，法蘭西人權宣言第四條，與阿根廷國憲法第十四條，對於私法上之自由權一名詞，皆有相同之解釋；據其大意，謂自由者，即為不損害他人之行為所組成。本此能力與其附帶之限制，人即可以行使各項權利，而發生法律上之效果。國家若不為保護公衆之自由起見，不能制定任何法律，阻止個人。凡近世文明國家之所謂出版自由，集合自由，言論自由，與夫宗教自由，皆本此主義以成立者也。循此主義，個人自由，除不礙及於公共之幸福外，可稱絕對而普遍者也。其消極乎，則為彼消極之自由也。其積極乎，則為彼積極之自由也。故國家可以為公衆之幸福起見，而干涉個人之自由；却不能為個人自己之幸福，而干涉其自由。國家可以為公衆之幸福起見，而課個人以負擔；却不能為個人自己之利益，而課以負擔。以個人主義，除與公共之利益有牴觸外，絕對容許個人有充分之自由者也。如此立論，如此主張，宜其與近代之立法旨趣，格格不相入矣。近

代歐美各先進國，往往創立法制，以束縛個人之自由；其目的不僅在增進公共之幸福，亦且爲個人自己謀其利益。例如強迫教育律，限止工作時間律之類，皆爲贊成個人自由之法家所極端反對者也。然而時移世遷，此種法律，實有制定及施行之必要；故吾人之法律思想，亦不得不隨之而俱變。蓋近世社會之構造，錯綜複雜，迥異曩者，個人隨社會而存立，社會亦恃個人之各各通力合作，而得以維持。故人之在社會間，皆有一種應盡之天職，其天職不僅爲消極的，以不礙及他人之自由已也；其必爲積極的，然後可以各盡其力之所能，以共維持及改進此公共之社會。故自由者，在前日言之，謂之權利；在今日言之，實爲一種責任；此種責任之成分有二：一卽爲自己天才之發展，二卽爲履行自己對於社會之任命。凡個人行爲，準此二重宗旨以進行者，國家皆將一律保護之；背此者，國家皆得取締或阻礙之；驟聆前說，似與往日法家所盛倡之個人主義，無甚出入，不知其間有毫釐千里之別也。試再推演其說，吾人行爲，若皆以發展自己之天才，增進社會之幸福爲目的者，則明明凡一切可以阻礙此二重目的之到達者，無論爲行爲，或不行爲，國家皆可以指而斥之曰：此行爲非也，或曰此不行爲非也；當國家之爲此，國家未嘗侵害個人或種之權利也；夫亦曰本社會相互主義 *Social Solidarity* 而行使，其統治權而已。若繩以個人主義之準則，則此皆爲非法。以個人之行爲或不行爲，若不與他人之自由或他種法益牴觸者，個人皆有絕對之自由，國家豈可干涉之哉。

今欲申述古今法律思想之異同，請以自殺罪爲譬。按古代法蘭西刑律，受基督教學說之影響，對於自殺罪，

一律處罰；其犯罪未遂者，固有相當之處分，其已遂者，亦得藉沒其家產，以爲懲一儆百之計，但在大革命時代，此項刑法，完全革除，則以是時個人自由主義，方爲時論所大加提倡，戕賊自己生命，當然爲自由之一種，故不容有禁止或取締之餘地。各國刑法，亦多採取該項不罪主義，所以自殺之懲罰，在現代各國，可謂絕無。但教唆或幫助他人自殺者，常有罪戾。英國法律，以幫助人自殺者，以犯殺人罪論。其在巴西荷蘭西班牙，則自殺之從犯，概處長短不等之徒刑。即中國新刑律三百二十條，亦有同樣之規定。其實細按法理，頗有不可通者；如以自殺不爲罪者，則與之共同行爲者，亦不當以罪犯論，烏可處其罰乎！若以近代社會法學家之眼光觀之，則自殺罪與殺人罪，實無大異；以人之生命，俱爲社會上之一種公共財產，戕賊或殺傷此公共財產之行爲，皆罪也；其手段爲消極的，或積極的，主體的，或客體的，皆不成爲重要之問題。或者將來社會法系全盛之時，懲罰自殺罪之制，可以重行恢復乎。

決鬥有罪，各國刑法多承認之。（參觀中國新刑律第三百十八條）但法蘭西今日之刑法，亦默然未提及焉。此何以故乎？亦以當時絕對的個人自由主義，深印於立法者之腦海中，根深而牢不可破，所以不以此列入正條也。蓋決鬥之人，自願以一己之性命，爲孤注之一擲，則出於個人自由，與不礙及公衆人之自由，與自殺一也。法律對此，一取消極主義，不其宜乎。法蘭西法庭判斷決鬥案件，一本此項主義，直至一千八百三十七年六月，法國大理（註三）院從總檢察長杜本氏之理論，始一反從前之判決例。據其申論，謂法國刑律，雖無處罰決鬥之正條，

但第二百九十五條與第二百九十六條，關於殺傷罪之款，條文嚴整，毫無假借，則決鬪之舉，以其以殺傷爲目的也，必不容於該條，而觸犯該條文可知；矧人不能以裁判之權，取而置之於自己手中，又爲公法之一大原則乎。故決鬪在今日之法國刑律上，雖不爲罪，但決鬪中之殺人及傷人，實觸犯其刑律無疑。此實爲法國刑事審判上之一大進步。而法國法庭之所以不恤破壞成例，遽出於此者，亦以鑒於絕對的個人自由主義，甚不合宜於今日之潮流耳。

自十九世紀初葉以來，工商業繁興，一切生產制度，皆由小規模而改爲大規模，而且新工業之發生，亦不在少數，工人之健全問題，安全問題，亦遂不得不爲立法者所注意。故先進各國，雖繁簡不定，皆無不有勞動法規，以爲勞動者之保障。例如法國一八九〇年一九〇一年一九〇七年，皆有關於礦工保安律之規定；按此，凡一切礦穴，政府方面皆得派員調查，以觀該項礦穴，是否與工人之衛生及安全有礙。又一八〇八年，法國又制定法律，限制工人工作時間，不得過十二小時，幼童婦女不得過十小時，一九〇五年，法律規定礦工工作每日不得逾八小時；今則八小時工作限制，將推行於各項工廠矣；不知者方且以爲此種法規之制定，所以遏止資本家之氣燄，爲勞動者吐氣；其在資本家方面，則以爲此種法律，干涉個人之自由太甚，詆爲非法，其實兩皆昧於此中之根本法理也，其根本法理維何？即國家當視人民爲國家或社會之一種財產，社會恃各各個人而維持，各各個人亦恃社會而生存。故凡有破壞及損害社會相互論之原理之行爲，國家有權干涉及取締之。如工作情形不良或時間過

久，有妨礙工人之健全及安穩者，國家根據社會相互論原理，自可制定法規，力圖演進；此不特工人爲資本家工作時，可以適用該項原則，卽工人爲自己而工作時，該項原則，亦可有同樣之引用。誠以法律原意，並不在保護工人，免受資本家之侵奪；而實在保護工人，免以自己愚魯無知，或貪黷性成之故，致工作過久，或時遇可以避免之災害，以直接害及其個人，而間接害及於人羣。此種法規之當然，有通過之必要，誰曰不宜。所謂引起階級戰爭，及遏止資本家之氣燄者，皆謬言也。

美國一千九百〇八年大理院所判決之（註四）*Muller v. Oregon* 一案，頗有足述者。美國亞蘭貢州議會制定一律，規定女工不得在機器廠及洗衣工場，爲每天十小時以上之工作。有一洗衣主末爾者，以違犯該律，判罰於庭，末爾不服，上訴於大理院，以州法庭之判決，有背聯邦憲法之契約自由規定也。美大理院駁斥之，且承認州法庭之判決書爲合憲；其判決書洋洋千言，將社會化之法理，闡發無餘，雖一時反對其旨者，固大有人在，但該項判決之先例，至今遵守無背；誠以時勢所趨，亦莫之能挽焉。茲略將其判決之辭，摘要譯述如下：「女子生理上之構造，與其擔負生產之責任，常使之在爭存之環境內，處於不利益之地位，而其在負有爲母之責任時代爲尤甚；若日事工作，漫無限制，必有害於其健全可知，健全之母，爲優越人種之所自出；故女子之體育問題，實爲立法者所最當關心之事。今制定法規，限制其工作時間，非僅爲女子之健全及幸福計，亦且爲公衆之幸福計也。」云云。社會法系之眞精神，已爲此寥寥數語，盡情概括矣。

又如各國常有一種法規，限止工人不得爲七天連續之工作。立法用意，自與上述相仿。但如規定工人必在星期日休息，則爲一種宗教式之法規，自必受一般人之攻擊，如不規定日子，而僅限止其不得爲七天連續之工作者，則完全爲工人之健全計，自然無懈可擊云。

### 三 契約權新論

至關於人民契約權之根本原則，新舊法學家亦有不可調和之衝突。今試闡述其所以。個人主義法學界所持之理論，實脫胎於羅馬法，而又爲其後大陸派法學學者，及拿破崙法典，奉爲天經地義，不可磨滅者也。彼之言曰：人類之自由權及財產權，皆爲絕對的，由自由權及財產權新產生之契約權，自然亦爲絕對的無疑。除契約之標的物不合法之場合外，舉凡有法律能力之人，可以締訂任何種類之契約；至契約將如何影響於當事人在社會上所佔之地位，及社會將蒙各該種契約若何之影響，個人主義皆在所不問，而又在所不論也。譬如雇主與雇工訂立一種契約，不論一切條件，如何不平等，如勞工之代價，極其低微，而工作之時間，則又十分延長，在雇主則利用其多錢善賈之地位，逼迫勞工，而在勞工則以庚癸之未能倖免，只可忍就範圍；若以個人主義繩之，若一切契約之成分俱備，則此種契約，完全有效；國家及私人，皆不得而攻擊之。誠以契約之最要成分，爲同意；The meeting of minds 同意既得，契約斯成。今此項契約之成立，明明得有雙方之同意也；爲尊重兩方之自由意志，法律隨亦予以保護。至兩方地位之不平等，工人在經濟上及健全上將受如何之不良影響，及社會將如何間接蒙其

大害，則一概在存而不論之列。以社會法學系眼光觀之，自然此種法理，大不合於今日之時勢。夫法律之標的，在維持社會之存在而增進其幸福。社會者其全也，個人者其體也，全大於體，故法律之真精神，常寄於全而不寄於體，全存而體存者有之矣，未有體亡而全能存者。故法律當以保護社會之精神，保護個人，舍全而言體，舍社會而言個人，吾未見有善法者；幸此旨已漸漸被於歐美之法學界矣。前文所述美國 Muller Vs Oregon 一案，即為社會法理侵入美國大理院之鐵證。夫洗衣婦人肯為雇主為每天十小時之工作，亦洗衣婦人契約權自由之表現也；雇主雖顯有逼迫女工之意思，但此不過為一種心理上之揣摩，完全未曾形之於法律行為。按之個人主義，兩方在表面上，皆得其平；而且契約之成分都備，其效力自然為不可攻擊。今阿蘭貢州政府必欲設為法律，取締此種契約之成立，而美國大理院又為大暢厥旨之判決書，以說明此項法律之合乎憲法，而加以承認者，何哉？夫亦曰社會幸福之亟當保護，有甚於個人之自由十倍；故寧犧牲後者而維持前者也。其他如強迫教育律工人保險律之類，其在法律上之立腳點，皆可作如是觀也。

個人主義曰：凡雙方對於一特別標的，由同意而發生法律上之效果者，皆為契約。此種界說，似極平穩，但以近世人事紛繁之故，往往對於一特別事物，雖經雙方同意而發生法律效果，仍不得稱為契約者；若強以契約名之，是指鹿以為馬，鑿方以為圓，必致有名實不相副之謂；不舉實例，其理難明，今試為之，以證吾言之非虛。

自近代文明發達以來，契約之中，有所謂集合式之契約焉； Collective Contract 其最著者，即為地方政

府與經營公共事業之公司所訂之契約。

現代文明各國之地方政府，往往以經營地方上公共事業之權，如創辦電車公司、電氣公司、煤氣公司之類之權，讓與私人；嚴格言之，此種讓與固儼然契約性質焉。蓋當雙方同意之時，必有一種互相容許之條件，以爲束縛，一方則標示地方政府讓與之限度，而一方則標示公司應擔之義務，以爲取得該讓與權之報酬；但其事有不止於此者。因該種契約之影響，不僅及於當事者之二方，且涉及於第三者之公衆也；而且第三者所被之利害，在此種場合，常較當事人爲切近。例如價值之規定，工人安全之注意，及其他等等，皆與第三者有密切之關係也。此種關於第三者之條件，果屬何性質乎？夫公衆也，工人也，雇員也，皆契約以外之人也；準之古代契約法原理，從契約發生之利害，限於當事人，而常不及於第三者。今該種契約，明明與通常之契約之性質，完全不同也；然而持個人主義之法學學者，必欲入該種條例於通常契約之內，如遇問題發生，州一以通常契約法爲標準，鑿圓爲方，指鹿爲馬，亦其格格不相入，而常爲行政上之障礙矣。美國憲法，完全爲自然法主義及個人主義所籠蓋。故瀏覽全文，無不有此二項主義，流露於字裏行間。卽如第一章第十節有云：「各州將無制定法律破壞契約上義務之權。」其所謂契約者，卽指此州政府或各州之地方政府所與私人或私人公司所訂之契約而言也。故如某地方政府，讓與某公司在某城開行電車之權，期以二十年，在此二十年之中，無論社會情形如何改變，公司營業如何不振作，若該公司能始終遵守當時訂定條例，無少殞越，則國家不能以公共幸福之故，改動或取消當時之讓與

條件也。此種解釋之不切近法理，彰彰明甚；不知是項合同，含有契約之性質少，而含有法律之意味實多。故社會法學家稱之謂「含有法律性的契約」(Contracts equivalent to laws)。換言之，此種法律與平常法律，實無大異；其惟一之異點，即在修訂之時，出以契約的手段耳。而概欲以解釋平常契約之先例解釋之，悖矣。若稱以為法律，或認此與法律有同等之效力，則一切條件，自然當隨社會之情形，公共之幸福，而時其變更，烏可泥守於契約之拘束，而昧其大本乎。

今於未入正論以前，請先問持個人主義之法學家，對於財產權之觀念，果何若乎？則有如下說：第一彼輩對於財產權之立腳點，及其對於社會進化，有如何影響，絕對不之顧問。蓋彼輩亦為惟實家也；只對已然之事，加以十分之考慮，至事物之所以然及當然，則不肯論定者也。第二彼輩考論法理之出發點，為個人主義；故凡百考慮，亦無不惟此為準。其論財產權也，亦以應用財產，以滿足個人之欲望為依歸，除個人之享用外，無所謂財產權也；除保護此個人之享用外，無所謂財產權法也。財產權者，係絕對者也；其享用之權為絕對的，或利用之，或廢棄之，悉聽所有人之自由，他人莫得而干涉之，其所有權之時效，亦為絕對的，財產如不出售或贈與於人，則可以子子孫孫，守之勿失。擺特萊肯脫奈氏 (Bentley-Loeantinerio) 之言曰：(註五) 所有者有絕對處置自己財產之權，有時雖無益於己，徒損於人，只須物為己之所有，於法已可，他人不能有異言。此寥寥數語，實足以代表個人主義之財產權觀念之骨髓，充此量也，法律所保護之財產權，非特不能效用於社會，反將為社會之大障礙矣。烏乎可哉！

今日社會進步之惟一銷鑰，即爲協作。人而有體力也，即當出其體力，以與社會協作。人而有智力也，即當出其智力，以與社會協作。人而有財力也，亦即當出其財力，以與社會協作。反此諸行爲，都有背於今日之潮流，而爲社會相互之義所不許。今如上所述之財產權觀念，其與社會相互主義之不相容明甚。於此時也，有一反動潮流，應時而起，相激相隨，正未有已，其亦所謂當然之結果耶！主持此反動潮流者，即爲社會法學系，彼之言曰：個人主義之財產權觀念，實不容於今之世界，以其僅僅以保護個人之享用爲目的也。此項觀念，一七八九年人權宣言之第二節實代表之。據此稱，政治結合之惟一目的，即爲保護人類之自然的及不可侵的權利；此種權利，即爲自由，財產，安全，及對於強暴者之抵抗；誠如此說，財產權者，乃個人之自然的及不可侵的之一種權利也。故法律之保護，純以個人爲標準，不知個人者，決不是法律之標的；法律之標的爲人羣，個人者不過爲人羣大運輸內之一極小部分，其所以亦受保護者，正望其能在大人羣中履行其應盡之義務，而後此最大人羣，可以自強不息，運行無阻。換言之，保護個人並非法律之目的，不過爲法律欲達其保護人羣之最後目的之一種方法耳。今個人主義之法學系，主張保護個人財產，以限於個人利益或便利或自由爲度；最大人羣之利益便利及自由，皆在所不願，此豈法律之本意；其不能立於今之世亦明甚。近世以來，人羣之往來頻繁，相互之需要尤迫，故所謂人類之自由，已變易爲一種責任；此即本文上半截所云在社會間生活之各個分子，皆有一種必需履行之義務，彼必先竭盡其力，充分發展自己之智育體育德育，以便對於社會，能履行其最大限度之義務；而在財產權之保護，亦當作如

是觀。財產者，非僅用之以快個人之享用及自由已耳。所有者對於社會或人羣，實負有一種利用自己財產以增進社會上相互利益之責任。蓋人之對於社會，負有責任同也；但其所負責任之種類，則不盡同。財產之所有者，其在社會所處之地位，顯然與無財產者不同；故其責任，即在利用此與他人不同之地位，以履行其對於社會之天職，其天職即在活動自己之資本，以增進社會之生產是也。而社會或法律之予以保護與否，即當以其能盡此天職或其所盡天職之限度為標準。故財產者，非為所有者之一種主觀的權利，不過為所有者對於社會之一種責任耳。

雖然，社會法學系之為是說者，並非有推翻今日私有財產制度之意也。共產主義，主以無產階級推翻有產階級，其手段為破壞的；社會法學系則主以有產階級與無產階級，通力合作，其手段為建設的；其中有毫厘千里之別，不可不察也。

社會法學系之理論，為最近數十年事，各國法典，採取其主義者，尚絕無而僅有；但各先進國之單行法規，法院之判決例，及法學者之著作，則已滿播是項法理矣。試舉為例，現在各文明國之大資本家，擁有大宗地土，不加墾殖，而專以用之為投機之具者，所在多有，往往石田猶是，而一翻手間，資本家已佔得許多大利；其大城市之地土之所有者，則往往任其荒廢，不事建築，年復一年，待其價備自然之增進，坐致大利。凡此諸例，皆以社會以公眾之努力及建設，增進其地產之價值，而若輩之擁有地土者，反得以消極的方法，坐獲大利，而對於社會，則未嘗為

直接的及間接的之努力及建設也。揆之社會相互主義，豈得其平。故英德二國已有一種單行法規，專以取締此種私利的投資，其方法則為嚴征其稅，以為地價增進之報償。其在英國，一九一〇年之財政法，[The Finance Act of 1910] 其在德國，一九〇九年之帝國財政法，[Imperial Revenue Law] 皆具有此取締不良投資之精神者也。

又財產權，如照個人主義之理論，則以限於自己享用為度，他人不得有享用之權也。但現據英法德之法律，凡電話或其他電氣公司，可在私人所有之房屋或田地之上，架設電線，藉通電流，如無損害，所有人不能提出抗議也。此種法規之合乎理性，又何人可以否認者。可見社會文明程度之進步，實有使個人主義，一日不能存在之勢，社會相互主義之必能為將來法理之根本理論，自然為無可疑慮之事也。

(註一) "Declaration of the Rights of man" of 1789 Ords. I and 2

(註二) Napoleon Code, Ort. 544

(註三) 參閱Text of the Opinion of the Court and of Attorney General Dupin in *Sirey*, 1837, 1, PP. 465 et seq.

(註四) 208 U. S. 412

(註五) *Droit civil*, Vol. 1, No. 1296, P. 726

58

264322

X

吳經熊  
華懋生  
編輯

上海法學編譯社編輯  
會文堂新記書局發行

法學文選

下

法  
學  
文  
選



3 0663 8177 7

# 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，其對於第三國人民所發生之影響，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；由是而第三國人民之貿易權利，遂因之發生問題焉。交戰國對於中立人民之貿易方面，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，而在中立國人民權利方面，則為一種束縛；使交戰國此種權利而漫無限制，則中立國人民之貿易權交通權，將受莫大之障礙焉。彼中立國人民對於交戰國方面，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，得出而取締之。此種交戰國之自衛權利，既與中立國人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，亦深文周內，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二也。

### 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 Maria 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應響。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，知其赴中立海岸，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，而此艦即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由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，卽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，卽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卽加以捕拿也。此種限制，亦卽爲最初之原則，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 *Ylow* *Houwina*（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* 梅太馬拉司 *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，既不能破壞南美洲諸國之中立，而入其領海捕此類船隻，故其捕拿，皆行之於未抵中立港岸之先，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。

此判決申引繼續航程原則曰：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的航程的終點。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）*Bernuda*。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，將悉起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；卽此種航程，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，爲破壞封鎖行爲；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，頗有認以爲與司都惠爾所設立原則，大有異同者。

阿本海氏 I. 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，則爲霍爾。Hill 霍爾以爲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，若英國法庭，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，卽當時美法庭之裁判官，若 Nelson，亦自認爲不過一種感情方面之主使而已。(註十四)

其次爲韋斯萊克。John Westlake 韋氏以爲南北戰爭時代中之關係於繼續航程性質案件，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爲；蓋破壞封鎖行爲之構成，完全視其曾否與禁止往來之區域內有何交通，而不向其曾否以何禁止貨品輸入此區域也。換言之，此種犯罪行爲，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爲止，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，而執以爲其船之罪也。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 Phillimore 以爲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，集會於韋司勃登 Wiesbaden 之時，海

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

De Martens 拜蘭黨尼 Pierantoni 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，往來於中立國港岸者，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 *Fiore* 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 presuée lorsque le transport va à l'un de ses ports, ou à un port neutre qui, déparés 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港岸，或雖係駛往中立國港岸，而依其不可否認之證據，非僅將停歇於敵港，而且視此港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 *Doelwijk* 案件。（註二

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 Erythraea 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 Sand 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，以防戰用品或戰鬥員之間接運入。因是而德艦之往來於南非者，以嫌疑數爲其海軍所捕，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。（註二十一）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（Durban）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 一爲哈屬喀號，Herzog 將軍號載有軍械運往蒙勃沙，又糧食貨品運至第落閣；Delagoa 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；惟德意志與奧大利極力反對之。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 whe

whether the carriage of the goods is direct or entails transshipment 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，不論係由一船隻直接運往，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，因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，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，以爲海牙和會條約中，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。由是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，實際却亦嘗爲歐洲國家所援用者，則爲意土戰爭時代之卜綏奇號 Carthage 事件。（註二十四）卜綏奇爲法之郵船，是時由馬賽駛往都宜司 Tunis。中途爲意艦所檢查，以其船中載有飛機一架，遂爲所捕。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 Duvé。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，以爲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，則意大利之逮捕卜綏奇商船，實爲濫用其交戰國權利。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，實已漸爲各邦所默認，而奉以爲圭臬，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。及拿破崙騁馳歐洲，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，迄大戰爭之發生為止，其向經學者之鼓吹，列邦之倡和，得稍稍臻於發達之域。而國際和平之旂幟，人道主義之條約，方高懸於海牙和會巨廈之巔。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，或可因而漸滅。而孰料事變之興，適得其反。並世之所謂強者，既已悉與其役，則因果殺敵，惟求各盡其能；而曩之信誓旦旦，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，*no 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。Tird

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、挪威、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。（註一十六）

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，既足以傲德人戰艦之南襲，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妝品而已。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量數非細，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，英外部葛雷子爵，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) Trobate 215 | 九一四年十一月，有屬於甘司輪船公司 Gans S. S. Line 之 Kim, Alfred Nobel, Bjornsterjne 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，會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 拍林司丁登諸地，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，既已無從辯別，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。 *Trechein 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 *IBallo* 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 *Poum* 案，件 *Ibid III 163* 者，係載運大宗可可油至瑞典，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，於是瑞典原有之油，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港岸，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，往往為國際法爭論之焦點，或以為禁止仇敵行為，或破壞中立行為，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，為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，世界號稱為第一位之海權國也。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，為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) Calvo, La Droit Internationale theorique et Pratique, § 2767.

(註六) Federal Cases, Vol. VII P. 869

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

(註八) Bermuda S. Wall, 514.

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

(註十) Peterhoff (5 Wall. 56.)

(註十一) Springsbok 5. Wall. 1.

(註十二) Parliamentary Papers (1900) No. 1 P. 51 also Stowell & Memmo Int. Cases, P. 392

- (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) Oppenheim P. 572.
- (註十九) 全上
- (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 expédiés à destination d'un port neutre que pour être revendus, ils ne sont pas considérés comme venant de l'étranger et la confiscation sera injustifiée.
- (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. Lpw & world wor Vol. II, P. 299.

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

(註)十八) Garnie, P.301.

(註)十九) Garner, II, P.309.

(註)二十) Garner, II, P.314.



# 拿坡崙法典及其影響

(註一)

梅汝璈

願盼自豪，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。牠本身的內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——

拿坡崙法典及其影響

(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方法（如西班牙所謂之 *fueros*，意大利所謂之 *statuti*，荷蘭所謂之 *Keuren*，德奧所謂之 *Stadtrechte* 與 *Landrechte*，瑞士所謂之 *cantondrechte*）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，有的是拿破崙當藍本而斟酌損益，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。然而拿破崙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，然而拿破崙對編纂法典之熱忱，於此可見一斑。又如當草案在政院全體大會討論的時候，拿破崙不但積極參預，並且親任主席。該會共開過一百〇二次，拿破崙任主席竟至九十七次之多。拿破崙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破崙之手，且拿破崙對於是項工作之貢獻甚大；然而法國人對於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*）

nee) 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 (Immerius) 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」的巴妥拉士 (Bartolus) (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了。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 (Bourses) 學院，當時人士竟稱之爲「歐洲之法學商場」。英國法學家塔克 (Duck) 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，各地方的習慣法依舊存在。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 d'ndroit 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 civil) 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，博氏之債權論會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，其事正如上所述，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) 他曾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 Rapiste 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 (Justinian) 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，他們曾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。這是很可憐的一件事。

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。博氏原為奧里昂 (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為背景，證明法國民法雖各自為政，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（Combaçe）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。被任為委員的四人是匡俠（Tronchet）、馬利威爾（Malleville）、勃萊模（Bigot de Préamneau）及波達利（Fortalis）（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'Etat）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，我們也可說牠又是熔羅馬法習慣法，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，以組成一整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，拿破崙法典多取材於此。

(一)大誥令(Grandes ordonnances)——所謂「大誥令」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。拿破崙法典之編纂頗多仰給於此，尤以關於遺囑繼承部分爲然。

(二)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)但當拿破崙法典編纂之際，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。

(四)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，對於拿破崙法典亦頗有影響。「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。拿破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。

(五)法院之判例。——此處所謂之法院，主指「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。拿坡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，拿坡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

拿坡法典之編制是宗法蓋氏（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。

批評拿坡崙法典的人，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，拿坡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，我們對於拿坡崙法典之採用，似不能過於求全責備。

又有人說，拿坡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，拿坡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) 拿坡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。

至於有人說拿坡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，殊非拿坡崙法典始料所及。說它是拿坡崙法典本身之缺點，甯非厚誣？好在這些缺點已為法國迭次的法律所修正了。

總之，拿坡崙法典，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。拿氏之自認可以賴牠而垂不朽者，或非純粹意氣之談。

## 六

我們前面把拿破崙法典的歷史淵源，組織成分，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）拿破崙在生時代。——拿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）、斐德（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），勃格大伯域（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）諸大伯域（Grand-duchies），瑞士之某幾省，坦訖（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，鼓勵，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，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，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為樣本。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 *Mecelle*）原是沿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為基礎。其實，埃及及今日一切的文化制度似乎都和法國最相接近，固不僅法律為然。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為日文。一八八〇年並請法人布賞那德（Bois-

Bonafede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：

（一）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為模範。固且，普奧二國的民法典之產生也還很早且有相當的完善。然而因為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) 拿破崙法典之文字為法文，而法文在十九世紀幾為國際間之普通語言，所以容易為一般人所了解。

(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) 拿破崙法典自命為最合理性，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，且易為各國所做摹，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，為數甚多。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，而不在于批評其得失。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，因為優劣原不是絕對的，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「拿坡崙法典」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”（拿坡崙法典）。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坡崙法典。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，我們仍多稱其為拿坡崙法典。

(註二) Wignore, "Panorama of the World's Legal Systems," Vol. III, p. 1081

(註三) 如Dion 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) 拿坡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) 拿坡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」。其「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份，

即：「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，為法律史研究之「拓殖者」。傳見Mac Donnell & Mason, 書同前 Pp. 83-108.

(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) 杜氏之民法論為二六九四年出版，博氏之債權論為一七六一年出版。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) 杜氏為法國當時最富理想且最高傲之法學者。他曾說：「沒有人能教我以法律。」("Ego a nemine doceri Possum") 其驕矜之慨，可見一斑。

(註十三) 柯氏之所以自比為曲氏者，良以曲氏為優帝之親信，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判官。其民法草案乃一七九六年正式出版。

(註十六) Tronche 乃當時之大理院院長。Malleville 是羅馬法專家。Preaumeau 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 Supplément (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. B. I. Ackwood 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.

(註二十三) 閱 Planiol, "Traite élémentaire de droit civil," Vol. I, s 129; Glasson, "Elements 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（一九一二年施行）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。——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。」——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。」——見 Planiol, Traite élémentaire de droit Civil," Vol. I, p. 52.

(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。」——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，載 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. 關於討論拿破崙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 Cede Guillaume II (1900),"

(註三十) 參閱 Alvarez, "The Influence of the Napoleonic Codification in Other Countries," 載 Continental Legal History Series, Vol. XI, pp. 258—262

(註三十一) 見 Ivan Perich 論文，載前報，p. 273,

# 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尙不只重「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（刑）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會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(Kocourek)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*)。尙書上說過：「天秩有禮。」(註二十一)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)非但不對峙或牴觸，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：「一人之心悍，故爲之；法法出於禮」（註二十三）所以依管子和寶籙二氏之意，「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爲上都有它相當的職分。它們構成一種「合治」（*Co-rule*）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」曾先於禮與法的「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「人之心悍」，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熟聞的「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爲「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，我們只要把那公認爲最古的成文法典（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，相輔爲用。自時間上言，自然法之「獨治」會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，曾得着一個總結論。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為基礎，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，我們可以認為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。——中國有一句俗諺，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，因為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。固且，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，中國人的民事行為大都是受禮的支配和制裁；但是他們的刑事行為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」之為物，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，積極的行為規則。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)之裁判效力的人，我願他們細讀伊斯烏特 (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為那法律是對的，而不是因為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的上訴，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Prokta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。那位德國大法學家耶棱（Thering）氏所認為一切法律秩序的基礎之一「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. 143.

(註三) 論語 第十二 (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，雜三篇。

(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), Kocourek之序文第三十頁。

(註二十) 尙書，皋陶謨篇。

(註二十一) 禮記，禮運篇。

(註二十二) Leang Ki-tchoa “La conception de la loi et les theories des legistes à la veille des Tsun,” *George Padoux* 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 Francais et en Latin." 閱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，閱楊鴻烈中國法律發達史，卷下，附表。

(註二十七) 法經雖為中國可考之最古法典，但中國之有成文法却遠在法經之前。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。

(註二十八) 大清律例會經 Sir G. T. Staunton 譯為英文，名 "Ta Tsing Leu Lee, being the Fundamental Laws, etc." (London, 1810)。

(註二十九) Wigmore, A Panorama of World's Legal Systems, P.143.

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

(註三十一) 「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。——閱東川德治支那法制史研究，一三七至一四八頁。

(註三十二) 「八議之制，不可為訓。」——見大清會典，雍正六年。

(註三十三) 參閱 Jean Escarra, "Codé Penal de la Requiblique de Chine," (1930), Introduction, 111至114。

- (註三十五) Wigmore. A Panorama of World's Legal Systems," pp. 153—154 五民
- (註三十六) 載 Eastwood & Keeton, The Austinian 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. 193.
- (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。

法學文選

# 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，往者既因一九泥封，未逞所志；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，橫霸歐亞美非文化諸邦者，甯無他由？豈區區意城一闕及英淪小部落之馨欬，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，自五世紀撤克遜種族 (Angles and Saxons) 遷入，後自采習慣法外，其餘諸邦，悉爲羅馬法下之幅員。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 except 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，幾皆爲此二法系所統治。

## 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 Prae-forium）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；僉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，卽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，卽由剛性法律，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，皆足爲促進法制之兩大原因。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（Cord-

cica 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，卽東西羅馬是。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 Juris 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，卽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 (Guyana) 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，故其法制皆受教法之居間，而胎息於羅馬者也。

世界兩大法系之發展的原因

### 三 英國法之發展

英國法制，平心言之，未嘗無羅馬影響，衡平法尤為顯著。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。美國本為離英獨立之邦，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。蓋印度為宗教之邦，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，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，緬維先烈創國之艱難，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，有直接創制並複決法律之權；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，而為三民主義之國家，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。如謂三民主義為國民黨一黨之物，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，其可以三民主義僅為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」為縣自治完成條件之一也。安得以憲政之開始，為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為左右派，並引「民生主義即共產主義」之句，以為即左派之所持。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為國體，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為國體。則吾人之見解，適得其反。蓋惟其為三民主義之國家，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，其應受合理之多方之限制，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，於此亦屢經嘗試，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，為總理特剋之學說。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，以代行之，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。設行政院必須秉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，固亦橫互世界，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）嬴秦之燄，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，永徽法經條下，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

稱冠以六曹之名，質言之，皆紹襲唐律而爲守史之雲祢也。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）無民法刑法之區別。雖屬民事，一經審判，科以最輕微之刑事處分，即以了之。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為一。如訴訟斷獄二章，以訴訟暨審判手續，為其主要。以上二者，皆時代為之。蓋法律之邇遞，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，尚近似也。自前清修訂法律館之設起，董其事者為沈家本（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（法律館民國初年改為法律編查會，司法總長章宗祥兼會長，聘康及汪有齡君為副會長。張鎔西君長部時，改為獨立機關，會長及副會長，均改為聘任。）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。五年曾修正一次。迨南北構兵，寢置未議。七年規復法律館，康與王亮疇君為總裁，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（棣威）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，又所以孳孕將來者也。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，良匪淺尠。

（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，採除舊布新之策，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，欲冀斟酌劃一，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。大清律例自同治九年後，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) 原案即(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）即知。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，尚有修正之餘地也。



# 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 Angell 等倡債權亦有對世效力之說，從者漸衆，債權學理，爲之改觀。而日人石坂音四郎著論非之，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，繼述石坂音四郎之學說，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 *Fitzherbert* 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。

至西歷一八五二年因陸慕萊訴伽愛 *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，且限於因被告之行為，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。然依判決之所眎，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。故該判決所眎之原則，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，而其所眎之原則，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 *Dempster 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 *Malivol ace* 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。貴爵參克奈登 *Lord Maon-aguten* 於金訴李散摩 *Quinn v. Leathen* 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鐮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思。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採認。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，要無不有不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

當此對世力說駁盛之時，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，試爲譯述而評騭之：

『(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。即債權而有對世效力，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(即取消權)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，不尠其例。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，遽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得爲損害賠償。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，亦自可向債務人扣算。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，關於債權之效力絕無規定，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，戊尚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,則該交付義務人不應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。若謂對特定人之權利，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，而又認第三者得任意侵害，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裁決亦曰：『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意旨相反，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？更如甲商爲壟斷計，與其主願訂專購之約，乙商定價較

廉，甲商之主顧，轉向乙商購買，甲商能否依侵權行爲之法則，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，然慈父爲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，但如其行爲有合法之原因，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，正當競業也，皆合法之行爲，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爲重大，從而不能不以爲例外焉。蓋法律爲社會之產物，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牴觸時，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，爲學者所公認。然如爲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，其利益爲尤大，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

法學文選

四九六

# 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。卽以此爲主旨。願公證制度在英國之發展與在他國不同。其經過情形。別饒興趣。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 *Crero* 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。卽謂之 *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）*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。以故各市省之行政機關及其法院官制公程式等，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（*Curi aegis, 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*）ci。每年出巡四次，其性質與後之巡迴法官大致無異。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 *Fabelliones* 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 (Germanic)，舍利克 (Saxonic) 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爲執行之擔保，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，凡債務人負責所爲之一切書面契約，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爲條件，固不僅公證人之證書爲然也。（註八）追羅馬法復興以後，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）爲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爲等於贅文，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。此二種變遷之結果爲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爲之公證事件。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，直至路易第十四卽位之時，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，卽由一公證人名斯華爾狄司（Swardins）者所作成。又於西歷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，但該項禁令未幾卽等於具文。（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作成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，必先在此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，姑以公證人名詞代之，讀者幸勿以辭害意也。(以下稱公證人者亦同。)

(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 Continental 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., Translated 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，契約當事人之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，顧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卽已如是規定。德國一八七七年之民事訴訟法典亦採此。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, 25-26.

(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)

張君勱

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

政法上的唯心主義

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，得以自由發表意志為目的，此乃是真法。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，即為商人而設，私法上之民法，即以個人自由為根本。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，皆隨之即變。現在的歐洲呢？社會主義又很盛行了，依他們的意思說，個人為社會而存，非社會為個人而存；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。推此種潮流，必影響法律上，是無疑的。

即以契約論，昔日之民法，以兩造合意為前提。故一工人與一工主互立契約為原則。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，故一造為無數工人，一造為工主，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，即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，亦即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；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。

# 借英國法中許多稀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鷄。他看見一隻山鷄飛起，就把牠打中了一鎗。那山鷄正在朝下飛的時候，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，是在被告與那山鷄的中間，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

借英國法中許多稀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，他們把不可免的事故與不可免的錯誤分別起來。(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免的事故。那不可免的錯誤就不同。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，被告把脚提起放下，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。法院認為雖然被告並非有咎，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。這種法律現象，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

借英國法中許多希奇有趣之點來闡明法律的性質

擱起，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。強盜罪當然更要處絞刑了。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鬮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。（註十一）被告

借英國法中許多希奇有趣之點來闡明法律的性質

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的情形不同，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人，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。這就是上述許多稀奇法律現象的原因。

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。

借英國法中許多稀奇有趣之點來闡明法律的性質

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，在亞丁司密斯的原宮中，有很詳細極有趣的說明，是值得參考。）

（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，而毀壞某特種的動產，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裂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，主要地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 Haggel, 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) 858
- (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) (註一) 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)；自然法卽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，以爲自然法卽上帝之意志。迨谷羅狄士 (Grotius) 出，始闢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，卽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）均已以此思想。海瑞克來塔斯曰：「一切人法皆依天法以為命。」（註一）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。（註二）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

trional 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公非爲根據，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，含有一種宇宙間的理性 (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，閱下節自知。

## 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，此原曰則理性（Logos 或 reason）。理性不但網維宇宙大體，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，厥一不異。（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。

席西柔本非真正哲學家，又非專門政論家，而爲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」爲萬物之源，凡所論證，好取以爲根據耳。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）以公道與法律爲人所造之說，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，其惟一之源爲一支撐宇宙，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？席西柔言自然法爲理性（註十八）理性爲神所植（註十九）自然法之效力永久不滅（註二十）爲一切人爲法之標準（註二十一）今爲便利起見，請引其原話一節如下：「眞法（即自然法）爲合於自然之純正理性。其效力爲普遍的，不易的，永久的。其命令勉吾人以義，其禁戒拯吾人於惡。其所勸勵與禁止皆爲善人所遵，而爲邪人所忽。其存在也，不受他法之裁制，不爲他物所廢除。元老院也，人民也，均無力使吾人不遵此普遍公道之法。吾人之良心爲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，幸臨萬物，爲神所司，違之者自戕其爲人之性，必受其災也。（註二十一）

### 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。(三)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（Marcianus）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按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；其在中世紀，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，引起學者求知之興趣不淺，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」一方面論，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」(School-astics 或 Schoolmen) 之目中尊嚴與教條無異，即「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，即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) 即賈廷斯林亦嘗謂「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. Isidore*）者也。故今於述亞塊納之先，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」合而為一，而又為之解曰，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，概為無效。谷雷欣之說之所以特為重要者，以其書後來居「教條法」(Canon Law)之首，為教條家(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，多為 *Jus*，亞塊納之所謂法，則為 *Lex*。二者之別，在前者根於理性，後者出於意志。前者僅為一種原則，後者則為命令。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，其目的為公益，而為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；不過又須為「職司社會治安者所頒布」，是其注重意志一方可知也。亞塊納之法字既為 *Lex*，故其自然法為 *Lex Naturalis* 而非 *Jus Naturale*。以自然法為 *Lex Naturalis* 者，自然法史上亞塊納其最要者也，(註三十九)

亞塊納分法為四種。一，永久法 (*lex aeterna*)；二，自然法 (*lex Naturalis*)；三，人法 (*lex Humana*)；四，神法 (*lex divina*)。永久法為統治宇宙之法則，存於上帝之心。自然法為上帝所造，以理性為質之人參與永久

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為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，為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為然，言自然法一名詞有三意，即（一）行為規則（rules of conduct）中之有普遍效力而為自然理性所示者；（二）行為規則中之為不受治於人為法而僅僅受治於自然公道之社會認為合理與有效者；（三）行為規則中之可為自然法之原則所許可，但以所關之事非極重要，可為社會上一定之人為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，而為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為護符者；其在擁護教皇之信徒，輒謂教皇為上帝在人間之代表，關於神法上紛爭之點，教皇為惟一解釋

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) 於一三二一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) 後其子路易雨旦 (Louis le Hutin) 釋奴令中，亦曰：「進乎自然之法，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得合乎人性之原則，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。

（二）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當，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，發於個人想望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）

(三)施瓦來滋 施瓦來滋 (Suarez) 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，均非懷違不可。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，不可逃避之結論，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，當自然法觀念之演進

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，歐洲大陸盡為宗教紛爭戰場。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，以為戰爭之禍，完全止之既不能，不如為之立一範圍，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為旨，自不能不求一種哲理以為基礎。自然法即此基礎也。

谷羅狄士之所以採取自然法以為國際法之基礎者，良以國際法為各國共應遵守之物。既為各國共應遵守之物，其不能以當時一國或數國之法為之基礎可知，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，又為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，終不失為一國，其法律多治理一國國內事件之條，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為自然法 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：一爲人意建立法 (Jus Voluntarium Humanum) 一爲神意建立法 (Jus Voluntarium divinum) 人意建立法亦分二類：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) 神意建立法即上帝所立之神法 (Jus divinum) (註六十) 三者皆出於意志，即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，在其排拒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，甚且謂世間即無上帝，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，即神立法之所禁令，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，即上帝亦無更改之力。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，即此種社居規則也。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，或勉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 霍布士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為舍棄自然權利。然若僅僅締結和平而尊守和平，是和平猶無從而得，故自然法之第三條件即為守約。惟締結和平，舍棄自然權利，守約三者雖為自然法之最要條件，而自然法之條件，決不止此三端。霍氏自然法之詳細條件為數共十九。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」，皆為禍亂之媒，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，為締結社約。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，皆為扶持自由，增長民權，霍氏之自然法則為扶持專制，抑遏民權。根本用意不同，無怪其不能為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，在不承認自然法為限制自然權利之具。其言曰，權利者權力也，權力所到之處，即權利所到之處。權力為造物者所賜，為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（即自然法）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，非果即善也。吾人所謂惡，亦非果即惡也。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為方圓於其間也。（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，稱之為自然法，以其為自然所造定不能易也。（註八十一）

霍布士以自然法為擔保社約之具，謂社約一經成立，人民一入政治社會，即無反抗主權者之權利。史氏大不謂然，言權利既為權力，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）史氏權利即權力，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

自然法觀念之演進

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探谷氏，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，卽輔翼社居生活，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，不但在自然境中有效力，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，故有時不無紛亂爭執之事。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」（*Discours 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，言論不自由，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。以上所言之四因，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，當推盆恩（William Penn）。盆恩以為世間之法，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）盆恩而後，衛師（John Wise）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。此標準即公道與道德之標準。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，即可自由。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。

一七七六年合衆國獨立宣言書之首句即曰，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，(即按之自然法爲明顯)即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即曰，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，即言自然法在人類政治生活中有五大影響；即(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，一為哲理的探討，盛行於德法意各國；一為事實的應用，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為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，為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 Wechselseitigen Inhalt) 似猶多餘響。(註一百)

(11) 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覩，但亦並非完全不可見。當愛德華第四之世，法官埃弗吞(Yelverton)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遍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，故高出於其他各法之上。自然法在大地之上，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之成績而言也。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 (Richie) 以爲亞氏並不信自然法之說，作者以爲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 爲「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 Cle-anthes 與 Chrysippus 1 生於 Assos 1 生於 Soli 厥後羅馬系之著名斯多家 Epictetus 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 Carneades

(註十五) *The Laws, I, 6.*

(註十六) 同上 I, 10.

(註十七) 同上 II, 4.

自然法觀念之演進

(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 Sohm, 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，尚有笛鏡方立奴斯 (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. 36-41.

- (註二十七) Digest of Justinian I, 1, 4; 1, 17, 32.  
(註二十八) 見十二國誌。  
(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為 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

五六三

- (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; Scherger, Evolution of Modern Liberty, pp. 37-38.
- (註四十九) Dunning, History of Political Theories: From Luther to Montesquieu, pp. 154-156; Scherger Evolution of Modern Liberty, pp. 38-39. 薩家原文見 Kaltenborn, Dio Vorläufer des Hugo, Grotius.
- (註五十) The Laws of Ecclesiastical polity.
- (註四十一) The Laws of Ecclesiastical Polity, Bk. I, ch. 8, Sec. 9.

(註五十二) 同上 I, 8, 8.

(註五十三) 同上 I, 8, 9.

(註五十四) 同上 I, 8, 8.

(註五十五) 同上 I, 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 I, 1, 10, 1-2.

(註六十) 同上 I, 1, 13-15.

(註六十一) 同上 I, 1, 10, 2; 15, 1.

(註六十二) 同上 I, 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 I, 1, 10, 2.

自然法觀念之演進

(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 in 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) Ois, 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. Stammer, Lehre vom Richtig-  
en Rechte. S. 137-139.

(註一百〇一) 關於本節所引諸點題 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。歷史派又以為分析派的範圍太狹，眼光太小，而且把法律看成人造的機械，不合進化的原理，便從歷史上去尋找法律演進的過程。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），美國的郭克（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（Juridical 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。

中國新分析派法學簡述

五六九

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熏陶，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，「他毫沒有分析法的概念；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（Holman）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，只對於該案的本力為有效，對於該案的兩造才是法律。（註十三）猶如梅詩德（J. De Maistre）所說，「我一生曾看見過西班牙人，意大利人，俄羅斯人等等；多謝孟德斯鳩，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，他們却沒有看見過。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」的格言為出發點，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。這並不是什麼新的發見。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，使成為法律的化合元素，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，由形式的而變為歸納的科學。（註十八）形式的法律，無論為典

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 (Scavola) 批評意律說，「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。」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，（如果我門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，便不再有任何法律了。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家之內。我想真理是在柯客（Coke）海爾（Hale）布拉克斯董（Blackstone）一派人，與奧斯丁賀蘭葛雷白浪（Jethro 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。自從卡沁（B. nham）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特種目標的印象。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。牠的作用不是特種的覺官印象，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，並取舍隨時代而發育，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。吳的意思以爲法學的要旨，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，便是動與靜並重。吳經熊教授的調和思想，並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，毋非爲求人事之平。(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。滂德提出社學的利害，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，這樣未免太予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，因爲那時人沒有不足的思想。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 (McDougal) 佛洛伊德 (Freud) 勒朋 (Le Bon) 莊詩來 (Transley) 李佛士 (Rivers) 郭夫卡 (Koffka) 霍白浩 (Hobhouse) 李蘭諾 (Rigano) 費印嘉 (Vaihinger) 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，章益教授最近曾有過很精密的討論。（註四十九）人羣的行爲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。

吳經能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，並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。題標中國新分析派法學者，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，日親

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, 陸鼎揆譯社會法理學論略第一〇九頁

(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) *Oeuvres*, 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. 173. Quoted in Wu, *op. cit.*, P. 108.
- (註十七) *Juridical 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 實在是指事實而言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 Jurisdic 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 Jurisdic 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同  
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.

中國新分析派法學簡述

五八五

- (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) 關於衡平法不直的一點沒有此中國的「法」之一字表顯的更明白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. 48 ff.
- (註四十五) *Id.*, P. 50.
- (註四十六) 滂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) 社會心理學孫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爲卷上第七章
- (註五十一) 法學論叢第四十九頁
- (註五十二) 人類的行爲卷上第二〇一頁
- (註五十三) 前書第二一四與二一五頁

法學文選

五八八

# 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。若非承認法律公布之時，民間本有相互諒解共守之秩序在，而此公布之法，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。官吏探民間之法，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，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，則新分析派法學者，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，法律既為社會之內，人人相與之際，一種共守的秩序，既與社會為不可分離；（詳下節討論）則社會無時不變，法律亦無時不變。故過去法律為歷史，將來法律為預言，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）宇宙本體為整個的動體，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）假設社會為多數個人之集合。所謂社會者，不過一羣之人，同寓形宇宙之內而已。則社會關係至為淺薄，人與人之關係，無異物與物之關係，不過同為宇宙內之過客而已。

（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，以繙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，即概然論是也。

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。

(III) 法律標點，原自英文 (Point of Law) 或譯作法律點，或譯作事實爭點；吾則以爲譯作法律標點爲宜。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爲法律標點，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，即爲法律之事實的對像，固無疑問。然若謂爭端爲構成法律唯一之事因，毋乃太狹。法律之爲用，以發見爭點而後見，然不發生爭端時，實亦隱藏而仍在；故茲譯爲法律標點。標者，對像事實之意，點者，單純元素之意。照幾何學定義，點爲無高，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，極單純之事因也。例如親屬，故意殺人，未遂罪，名爲一罪，實則法律之對像事實爲複合而非單純。分析言之，親屬爲一事，故意爲一事，殺人爲一事，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事因爲止，以各單純事因爲對像，各有法律爲裁制，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爲實體

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，卽有法律產生，其因果亦爲同時。四曰，概然的合於自然齊一律。曰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，非因果之不齊一，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。猶如黃鐘先律，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，足爲一世模範者，固不乏人；然其所以爲人崇拜者，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，之爲社會性無疑。若法律之標點，雖或屬於個人，而法律上之認識，恆以常人之心爲心。如某事爲過失，某事爲故意，皆社會一般之所認爲過失與故意。且何事爲法律標點，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，法學殆可化爲純客觀之科學矣。

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。然吾人既爲社會中之個人，則吾人以個性參加社會性之演化，無論影響巨細，皆爲不可逃免。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；無論此種成見爲善爲惡，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：「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。本節說明新分析派法學，非埋沒個性，非打破倫理，非不容許超人之才有所發展也。特為社會中各個人在法律之下，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。是為新分析法學之主要工作，其方法詳於次節。

### 第五節 方法論

前節既確定新分析法學之主要工作，為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關係，以預言法律。茲論其方法。

自然科學多藉試驗以為功，即以人工使某兩種物體，複演其因果關係，藉以證明其為自然齊一之公例。此種實驗方法，於社會無可施行。故法學者，以已有之法律，及其構成之三度為研究材料，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：

I<sub>1</sub>……………T<sub>1</sub> S<sub>1</sub> P<sub>1</sub>  
 I<sub>2</sub>……………T<sub>2</sub> S<sub>2</sub> P<sub>2</sub>  
 I<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：

M+5
M+4
M+3
M+2
M+1
M
M-1
M-2
M-3
M-4
M-5

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，成同一之階級式，凡其中有越出此階級式者，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，皆柏氏所謂延綿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，又可分析為若干單純事因；故可化三度構成法律之因果關係，為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，推斷如某單純事因為構成某法律之一因，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階級之排列中之次第，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，即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，於是有一「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」邏輯即用之以濟此窮。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」，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，傳統之禮，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，然而漢律唐律又法典之大觀也，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。嗣後由重工保護之立法，進而至於女工保護之立法，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。此其所以立法也艱，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，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其勞動法典之一部份。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踪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。若膠柱陳規，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僱者之基礎理論，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被僱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，不僅統一國內被僱者階級之勞動立法為前題，並將統一世界被僱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感氏 Alberthworth 曰，勞動者之賠償宜普通而不宜分散，宜一定而不宜測

近代勞動立法之新趨勢

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

兩重相反而相成之成因存乎其間。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，(Juris 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。前項情形，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，要不外爲其所內在，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。最早者當爲紀元前二二百年時，羅馬法律大師（*Juris Consults*）之解答（*Responsa 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，至紀元後四一六年維侖丁甯（*Valentinian*）之第三徵引律（*The Third's 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*），葛命理夫（*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，習化的成因尙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。願「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，或有望礙難行，則不妨斟酌理。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「不入於刑卽入於禮」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：「太平真君六年，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（卽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，有時竟有取而代代之勢。平衡法，不論其爲羅馬之潑來多 (*Praetors*) 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，

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啣出之，卽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尙不會分化之際，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卽其明證已。

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尙在萌芽之時期，其時既無法律，又無先例。判決爭端，惟以當時當地之一風教禮俗「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，大都須經過一個祕密法之時期。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，亦爲一祕密法之時期。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 Right (公正或權利之意) 一字，亦應屬之於 (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，「使一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）

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，而建立一是非善惡之標準。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，儆鬼神，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。

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」而與法之意義相脗合矣。

(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。

法律觀念之演進及其詮釋

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，卽事物當然之理，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。此為「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為其骨幹者也。

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。即質之當代「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，治世之法逮易世而莫用，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，而下亦不為桀紂。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。漢興專崇儒道，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.）撥羅泰哥拉（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.）及厄多亞學派（The Socratic 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.) 之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, I, 2, §43.)

又如亞納克孟尼 (Anaximenes, About 560—500.B.C.) 之

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.) 之

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 Diogenes Laertius, VII, 88.)

(三)爲混合(一)(二)以爲說者。如戴馬西尼 (Demosthenes, 384—322.B.C.) 之

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)

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要人。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, I, 8.)

(二) 法律 (Lex) 者命令所應爲與禁止所不應爲之正理也。(De Legibus, I, 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.) 蓋在紀元年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，而威權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之國法大全。（*Corpus Juris Justinianus*）此三者皆只許註釋或闡明，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（*Ius*）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*）推衍而發展者也。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（*Glauville*）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。（*Glauville, de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae,*

法律觀念之演進及其詮釋

Preface, Beames' Transl., XI. ) 1189.

由上所述觀之，可知法律之觀念及其用語，常隨其時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，法律者卽所以謀此公善，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：

(I) 宇宙永久法(*Lex Aeterna*) 此卽神朋之理，綱維宇宙者也。

(II) 自然法(*Lex Naturalis*) 此卽人性之法，本乎天而發乎人性之理者也。

今設譬以明之，如甲投錶於空中，宇宙永久法則曰：錶必下落。設此錶爲乙者，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*, I.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。(Grocius, 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 (Montesquieu) 曰：

通常之法人之理性而已。 (L'esprit des Lois, 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，而法學思想則尙不出柯克（*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 Univiversalis*, 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。

故魯賽福次 (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，乃欲爲一兼容並舉之說，如從前戴馬西尼、雪塞羅及亞啓那司等之所爲者。其說曰：

人民行爲之規範，爲一國最高主權者之所規定，命其爲正當是者善者，而禁其爲非者惡者。(Black

stone, 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，抑以其爲是爲善，爲非爲惡，而後始命定之，或禁止之乎？又不然，則以命定或禁止而爲是非善惡之準，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，殆不外爲下列兩種趨勢所左右：

(一) 法學思想上之趨勢。此趨勢乃由法律卽理性之觀念而來，而以正直與公義之思想爲最著。

(二) 立法之趨勢。此趨勢卽認法律之爲物，係爲主權者所制定，而以命令之觀念爲最著。

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爲三大派，卽

(一) 哲學法學派

(一) 歷史法學派

(二) 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。即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*, 1 §, 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 (Accollas) 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 (Accollas, Introduction a L'etude du Droit, 2,) 1885.

卽此兩個定義，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。卽在哲學法學派，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。故在易林 (Therig, 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 (Arendts) 蒲爾次葛 (Pufendorf) 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」固何由而然則曰田於經驗。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」實皆為「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為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，以為其現實的基礎。惟其「各國公認」之說，其為「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（Brissard）謂：

（法律）為規定人在社會中諸種關係之規則的總體，——至少亦將為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。(Manvul, D'histoire du Droit Francais, )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, 5ed.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, II 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，何會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 Francais) 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。

台馬龍亭 (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，法制上，有強行力者也。至若法之秩序 (Profil) 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 (Pro-

It) 者……有時固可指爲法之規則之總體，但常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 ed1; § 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，曾對於薩維尼發生一種反動，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—1932) 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。願在當時，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。

(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也，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。

(三) 德國方面者

此方面可從易林 (Therig) 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 Zweck 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。(Supplément 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 (Friedensordnung) 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，而以自治之改制為基礎者也。(System der Rechts- und Wirthschafts-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（*Brinz*）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尚，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：（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

(1) 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.  
 Murhead, *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.

Sohm'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) 命令的成因

Korknov, General Theory of Law, (Hastings' Translation in English), § 54

Salmond, Jurisprudence, § 50-54.

Maine, Early History of Institutions (Am. ed.) 356-393; 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

Barolzheimer, System der Rechts-und Wirtschaftsfilosophie, (World Legal Philosophy Series)

法律觀念之演進及其詮釋

Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechts geschichte, (In Holzendorff, Encyklopadie der Rechtswissenschaft, 7 ed., Vol. 1.) § § 13-16:33-34; 51.

Ehrlich, Grundlinien der Soziologie des Rechts, Chape. 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（Socialization 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，尙希今後能再接再厲，努力進行，使其完全實現，則今日法律社會化之萌芽，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，民權既尊，法律以義務爲本位，於以動搖，權利本位，代之而興。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，此即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，但不能得社會生活之保障，反徒供資本家之宰割與犧牲。至於今日，遂使市民階級之資本家，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。輓近數年，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（Solidarism）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。採此主義而立法，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，即具有分工作用，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波特（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，即允許個人自由使用，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，已不適用於二十世紀之社會，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 Eius Totus 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，實由饑寒交併，迫而出此，資本家以此許之金錢，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，固無待贅述矣。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。且民法全篇，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。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，即以賃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 *Cessio 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，使債權人得有利益時，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，*Cessio 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；法律之唯物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

認為多元，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為一，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，或錯誤作為負責之基礎為已足，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，雖為一般學者之通說，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，取用者常為富有之人，而傷害者多為貧苦子弟，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，對於使用人之行為責任，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為已足，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，如果不能證明因為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）有權為此種損害（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），均為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，此為各國法律社會化之五。

(六)公用物 *Res Communes* 及無主物 *Res Nullius* 之轉化為公有物 *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，尙有所謂無主物者，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，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，卽鮮受教育，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，作為第八特點焉。

(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，尚多拔刀相助，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，方可稱為公平而合理，故此實可謂法律社會化之八。

以上所述，均為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，惟索租之是尚，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為謀私利之企圖，并使土地本身非因施以資本或勞力改良結果，所得之增益歸為公有也。則此後土地當不集富於國家，亦不集富於個人，換言之，不使國家為大地主，亦不使個人為大地主也。

(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一〇九條，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，上所述者，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為的影響。
2. 對於犯罪應為目的而科刑。
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，均為社會化之刑法所當處處留意及之，亦為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，已會述及，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為限。」

「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為限。」又第七四條第一項規定，「法律行為係乘他人之急迫輕率或無經驗，使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形，顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，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，為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，多規定妻為限制行為能力人，而新民法總則在第一三條第一五條關於行為能力之有無限制，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 登記制度為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為新民法第三〇條所規定。又第四六條亦有規定曰：「以公益為目的之社團，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）與新民律案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，在新民律案，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，而新民律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 在新民律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，衡之事理，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擔損害賠償責任；行為時無識別能力者，由其法定代理人負擔損害賠償責任。」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擔損害賠償責任……」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，尙不勝枚舉，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，詳爲推敲比較，卽不難按圖索驥，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。蓋債權與物權雖同爲財產權，而物權尤爲吾人生活所必需，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，以社會利益爲重，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，亦以社會化爲目的，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「共同共有，不得在共同共有關係存續中，各共同共有人請求分割其共同共有物，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，則慎重攷慮，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

一〇〇四條至一〇四八條。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，妻有有限制的獨立財產，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，但以不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，為其應繼分二分之一；兄弟，姊妹，祖父母為其應繼分三分之一，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為進步，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為親書，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，為法律用語之社會化，二，為民商合一之完成。

(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，非讀律有素，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，護得法律上之指針，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，而一唯專擅是尚也。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，設躡等之規定，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。

三民主義之民刑法，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，如源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 續中國新分析派法學簡述 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 樓桐蓀 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 江鎮三著
- (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，亦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，卽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。」「三民主義原理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曾下民生之定義曰：「民生卽是人民的生活，社會的生存，國民的生計，羣衆的生命。」是現代法律之目的，卽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，個人主義始有逐漸頹潰之勢。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。茲舉其犖犖大者述之於次。

(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 (Bordes) 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有財產，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，純以社會利益為出發點。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為主要目的」；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，而以民生主義為背景者也。

(二) 契約自由原則之限制 契約有絕對之自由，此為個人主義法律哲學上基本原則。其意以為人類對於自身行為利害之審度，殆無有過於己者。國家法律之能事，即在儘量除去個人行為自由之障礙，使有充分發展之機會。斯賓塞爾氏認放任主義為立法之最高準則。殊不知契約為共同生活之方法，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，撤消其法律行爲，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榮華大者。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，於某種情狀下，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，大都加以限制，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活計發生極大之障礙。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

土地為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，不僅為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，為人類生存問題，謀一適當解決。然人類為此問題，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，這是一個很重大的問題。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為大要。故平均地權，為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，不得為私有土地者，計有八項：一，可通運之水道，二，天然形成之湖澤而為公共需用者，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，其所有權視為消滅。如其土地所有權，未經人民取得者，則於第十二條內明定其為公有土地。如其已經人民取得而為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，則限制綦嚴。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。所有農地林地牧地漁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。土地得就國家經濟政策，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，一面應使人人有租

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，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尙未公布徵收者，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，需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予乙，奪乙予丙，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，殆卽指此。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，層見叠出，罷工怠工，報不絕載。推厥原因，由於野心家之譏惑者半，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，依照第十二條規定，不得超過工資之二倍。其超過二倍者，視爲二倍。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，卽有明白宣示，其言曰：「國民黨之主張，則以爲工人之失業者，國家當爲謀救濟之道，尤當爲之制定勞工法，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，已毋庸再爲理論之探討，祇須觀察實際上之規定爲何如耳。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，不過是資本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，卽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

所有權包含義務論

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。

雖然是豈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，貧者地無立錫，家無宿糧？一有逾量之自然權，一無維持生存之自然權耶？更何爲所有權爲自然權，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，則在人必有財富逾量——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：『不勞働者不得食，』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。

法學文選

# 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 (Stammeler) 和法國的薩勒易 (Sarrailh) 法律與道德的關係

Jeiles) 及霞爾夢 (Charnost) 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) 兩氏攻擊法院窒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 (Fairlich) 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) 和魏格侖氏 (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？當然不是允許執行法律的人隨便自由，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 civilis)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，大部分都是窠板的手續規則。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，而以爲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，還認爲可靠一些。個人認爲是道德上的單位，也就認爲是法律上的單位；道德的原理也就認爲應當是法律的原理。這個時期的法律思想以爲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；起首認爲是道德的原則，後來就變爲法律規則。自然法學派的法學家就把法律與道德認爲混而不分的東西。我們可以說：混合法律道德而爲一體，這種的提倡與努力實在是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採入法律而漸漸的法律化了；從前道德上的權利義務都變爲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，倒比較的清清楚楚。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為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，例如德國的格羅斯氏 (Krause) 法國的阿郎氏 (Ahrens) 英國的勞理木氏 (Toriner) 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并且彼此相反的意思。

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 (Stammler) 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，必須推求幾個釋解的真義，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，法律注重行為。法律只管行為，而道德要追問行為的動因。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，只以證明行為的性質為限，只借此以確定行為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，許多為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，為害社會的可能，並不減於犯意。所以，將來有的法律上的犯罪行為，就可以不問犯罪的意思。若就這種狀況而言，說：法律只管外部的行為，這個說法，也并不差。行為上道德問題，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：這種情形不是因為法律忽視了治內，是因為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，勢必至官吏專斷，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*, P. 48—49.  
Pound, *Law and Morals*, P. 25—39; 43—76.  
Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, P. 94—99; 116—122,  
Smith, *Jurisprudence*, P. 6—14,  
Cardozo, *Nature of Judicial Process*, P. 51—97.  
Kohler, *Philosophy of Law*, P. 58—65.  
Stammler, *Theory of Justice*, P. 21—32; 52—121.  
Jhering, *Law as a Means to an End*, P. 25—35, 189—194  
Korkounov, *General Theory of Law*, P. 41—64.  
Pollock, *First Book of Jurisprudence*, P. 45—56.

- Salmond, 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，而防遏烏克拉之獨立運動；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，蘇聯發表列甯史泰靈署名之「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，父母中一人為聯邦人民，並有一人居住在聯邦領域內者。認為加盟各共和國及聯邦之人民。

(3) 子出生時，父母中一人為聯邦人民，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，甚為容易（第七條）。

有左列各款之一者，認為喪失聯邦之國籍。

- (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議命令，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，遂有人民委員會會議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<sub>拉</sub>安<sub>殿</sub>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。蘇聯為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，第十一，第十二等三條，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働者，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。其關於聯邦領事在戰時之義務，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饒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四十八期，裘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二郎君之蘇維埃俄羅斯之刑法，外交公報第四十五期裘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動界，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。

中華民國二十四年五月出版

版權所有

總發行所  
分發行所

上海  
北平  
漢口  
廣州  
長沙  
河南  
馬首  
北首  
琉璃廠  
交通路  
永通街  
南陽街

編輯人  
發行人  
印刷所

上海法學編譯社  
吳懋經  
華懋經  
徐寶魯  
上海河南路三二五號

上海河南路三二五號  
會文堂新記書局

會文堂新記書局

會文堂新記書局

法學文選

全書二冊

定價大洋三元六角

外埠加郵費

58  
264322  
4)

查
复查
烫
”