



中華民國二十年九月出版  
中華民國二十一年九月再版

有  
著  
作  
權

總發行所  
分發行所

上海  
三馬路  
北首  
河南路  
北平  
琉璃廠  
交通路口  
漢口  
廣州

會文堂新記書局  
會文堂新記書局

著者 張 知 本  
出版者 上海法學編譯社  
印刷者 上海會文堂新記書局  
總發行者 上海會文堂新記書局

社會法律學

全書  
一冊

定價大洋一元

外埠  
寄費加



# 社會法律學

## 自序

現代法律學界有兩種極端對立之思潮，一曰個人主義法律觀念，一曰社會主義法律觀念。第一法律觀念，以法律爲保護個人權利之具，其極也，則使少數富有者得以本其既得之財產所有權，盡量發展其自私自利之慾，而不顧及貧者之利益。第二法律觀念，以法律爲支配階級壓迫被支配階級之具，其極也，則使貧者爲圖解放壓迫起見，止有擴大其階級鬥爭之範圍，以消洩其敵視富有者之忿怒。今日世界各國之貧富鬥爭日趨激烈，卽此兩種法律觀念之極端對立有以助長之也。

法律爲規律人類共同生活之軌範，其目的，當然以調和全體人類之利益爲主，若揚此而抑彼，卽已反乎法律之社會的目的。其基於此種目的而從事於法律之研究者，卽社會法律學是也。

社會法律學之研究，在今日世界之法學界，雖尙未登峯造極。然自德國學者耶林格提倡『利益法學』以來，而社會法律學，已漸爲全世界法學者所注意，而法國法學者杜基之『社會連帶論』，尤爲研究社會法律學最有名之著作。最近日本法學界，亦多注意及此，所有此類著作，已如春筍怒發矣。

近年以來，吾國社會上之騷擾，已達極點。其主要原因，自應歸諸一般人民生活上之不安。欲求安之之道，卽不能不從法律問題入手。社會法律學，在吾國法學界，現在雖已漸有注意者。然多數學者，仍多固守向

來之傳統學說，以冀維持舊勢力者之特權，或者提倡趨於極端之新說，以冀擴大一般窮苦者之鬥爭。相激相盪，真理爲蒙，徒使雙方之隔離愈遠，仇視愈劇，以至於彼此同受其禍而後已。

著者學殖荒落，對於社會法律學，亦素乏深刻之研究。本書之成，不過聊以個人之所得，提供同人之批評，其中舛誤之處，實覺匪尠。然而本書既在提供批評，苟能因此而引起法學同人對於社會法律學研究之興趣，則爲著者無窮之願望也。

中華民國二十年六月於滬濱

著者識

# 社會法律學目錄

第一章	社會法律學之意義	一
第二章	社會法律學之發生	四
第一節	一般法律學之概觀	四
第二節	社會法律學發生之原因	八
第三節	社會法律學之先驅者——社會哲學派	一二
第三章	社會法律學之派別	一九
第一節	機械學派社會法律學	一九
第二節	生物學派社會法律學	二三
第三節	心理學派社會法律學	二六
第四節	綜合統一派社會法律學	三〇



第五節 唯物派法律學.....三〇

第四章 由社會法律學見地之法律觀.....三七

第一節 法律之經濟的基礎.....三七

第二節 法律之社會的目的.....四六

第三節 法律之權利否定.....五三

第四節 法律與道德之一致.....六三

第五節 法律之強制性如何.....七一

第六節 法律之保守性與進化性.....七七

第七節 裁判上立法之正當.....八二

第五章 社會之進化與法律.....八七

第一節 社會進化之原理.....八七

第二節 原始社會與法律.....九〇

第三節	古代社會與法律	九九
第四節	封建社會與法律	一〇九
第五節	市民社會與法律	一一五
第六章	今日應有之立法	一二二
第一節	概說	一二二
第二節	個人所有權之限制	一二三
第三節	契約自由之限制	一二八
第四節	相續權之限制	一三〇
第五節	社會保險制度之設定	一三六
第七章	現代法律社會化之趨勢	一三八
第一節	概說	一三八
第二節	憲法之改良	一四二

社會法律學

四

第三節	民法之改良·····	一五二
第四節	刑法之改良·····	一六四
第五節	勞動之新立法·····	一七三
第六節	土地之新立法·····	一八〇

# 社會法律學

張知本著

## 第一章 社會法律學之意義

法律學者何，就法律現象而加以研究之學問也。社會法律學，亦法律學之一，其研究之對象，自然亦爲法律現象，單就此點言之，則社會法律學之意義，原與一般法律學無若何區別。然而社會法律學之研究對象，雖與一般法律學相同，而研究之方法與目的，則別具一種特徵。吾人如欲明瞭社會法律學之真實意義如何，首先即須就此種特徵，予以詳細之說明。

(一) 方法上之特徵 社會法律學，是用社會學之方法，以研究法律者也，而一般法律學，則專用法律學之方法，從事於法律之研究。用法律學之方法研究法律者，則以法律，祇是單純的法律現象，惟注意於法規之研究，而就法律本身之內容，以展開其抽象的形式理論。或者替法律建立純理論之根據，以爲法律是基於自然狀態而來，而具有永世不



變之性質)如自然法律學派)，或者從現實法而為分析的研究，以為法律屬於主權者之命令，而主權者可以任意制定(如分析法律學派)，或者從歷史上探究已往之成規，以為法律是根據於民族心理而來，祇有傳統之習慣，始能作為法律之依據(如歷史法律學派)。如此種種，俱是用法律學之方法以研究法律者，彼等祇知有法律，而不知法律與社會生活之關係，祇知形成法律之一般概念，而不知探討法律之實在價值。至於用社會學之方法研究法律，則與此種法律學之方法有別。所謂社會學之方法者，即着眼於社會之實際的人類生活及其變遷狀況之謂也。用社會學之方法以研究法律，即是認定法律現象，不是單純的法規之法律，而是形成社會現象之法律，其唯一注意之點，專在討探法律之實在價值，質言之，即專在研究適合於社會實際生活之法則，以備立法者之採擇。如何社會，應有如何法律，如何法律，應行之於如何社會，務使法律和實際形成一致而後已，此即社會法律學用社會學方法以研究法律之方法也。

(二) 目的上之特徵 一般法律學，不問為自然法律學，或為歷史法律學與分析法律學，

皆是囿於傳統之思想，唯以保持固有之法律精神爲目的，換言之，即個人自由主義觀念，已是深印於彼等之腦海，彼等惟一目的，僅在擁護個人自由之權利。至於社會法律學，其目的，則在企圖調和社會上之人類間利害衝突，以增進多數人類生活上所要求之最大利益。蓋以社會集團，不僅爲個人之單純集合，而是個人之互相結合者也。個人利益，祇能在社會共同利益中蘄求之，若專依個人本身以謀個人之利益，則個人之利，即是社會之害，故個人自由趨於極端，足以妨礙社會之共同利益者，即須講求限制之法則，以冀調和此種衝突，藉以增進多數人類之利益。社會法律學，即係以此爲其研究之目的也。

由上兩種特徵觀之，吾人對於社會法律學之意義，即已明瞭。再總括言之，社會法律學者，即以形成社會現象之法律爲對象，用社會學之方法，探討法律之實在價值，以冀調和人類利害衝突，增進多數人利益之學問也。

## 第二章 社會法律學之發生

### 第一節 一般法律學之概觀

法律學及其他一切科學，均起源於希臘之哲學思想。在當時哲學者，所具有之法律觀念，以爲法律，祇是某一時代在政治上握有實力者，本於傳統習慣及法制，以支配人民之一種單純事實，並不以爲有何種哲學之基礎。然而法律本質，僅此而止，安能懾服當時一般民衆，使之對於貴族之忿懣完全消失乎。故當時有名哲學者伯拉圖，乃創出『自然權』說，以爲現實之法律秩序，原具有自然界之合理性，各人均須遵守具有此種合理性之法律秩序，以保持現在各人所已確定之地位。因此之故，而奴隸一階級，雖然卑賤不擬於人類，然在當時，亦卽不得不承認爲合理矣。伯拉圖之『理想共和國』，卽係本此理論描寫而來也。

羅馬時代，此種法律思想，卽已反映在羅馬法中而成爲實際法律矣。此中原因，蓋以當時羅

馬貴族，因挾持武力，爭城奪地，已略取許多土地與財產。而法律對於此種已有所屬之土地財產，而予以擁護，則認為與社會之正義即自然權相適合。故羅馬法中，即有各人對於自己所有物，得自由收益使用，不受何種干涉之規定。

隨羅馬法之發達，而法律學即已逐漸成爲獨立之學問。十二世紀之注釋學派，十三世紀至十五世紀之後期注釋學派，俱視羅馬法爲極有權威之法律，而就其條文加以詳細之解釋。在十五世紀末，本於人道主義而成立之新學派，不僅解釋羅馬法條文，並且就法律全部而爲科學之研究，此可謂爲已作近代分析法律學之先驅矣。

逮至十六世紀，宗教勢力，盛極一時，於是法律學乃帶有神學色彩。當時學者，專門提倡神政主義，以爲世界本應受神法支配之「單一神國」，惟因人類獲罪墮落，始有用人定法支配之「地上人國」即現在各國家出現。此種主張，無非視國家與法律，完全基於神意。苟有違反神意者，即不能謂之正當。後因宗教改革，而法律學說，始從神學獲得解放。

法律學脫離神學羈絆以後，羅馬法之自然法理想，又復活於十七世紀之初。當時所謂「天賦



人權」，所謂「個人自由」，所謂「人民契約」之各學說，悉本「人性自然狀態」之思想，以爲立論之基礎，此即所謂自然法學派是也。彼等以爲現實法，惟有樹立於此種自然法原則之上，方能謂之合於正義之法律。不過此時所倡之自然法，則與希臘羅馬時代之自然法思想，却有一個根本不同之點，即彼係指宇宙自然而言，此係指人性自然而言之故。十七世紀之自然法學說，直至十八世紀，已是日盛一日，風靡世界，法蘭西大革命，即此種學說之影響所致，而一七八九年之人權宣言，亦即此學說之理想而實現化也。

十九世紀以後，自然法學派，漸趨沒落，繼之而起者，即爲歷史法律學派。此學派勃興之原因，（一）是由於自然法學說所影響之法國革命，歸於失敗，遂發生一種反動，（二）是由於德意志各國橫被拿破崙蹂躪，遂發生一種國民自覺。此種學派主要之點，即是認定法律非基於人性之自然狀態，而是基於民族之心理狀態，法律之內容，必須從經驗及歷史中求之，惟有傳統之習慣法，始能據爲典型之法律。

在十九世紀時代與歷史法律學派同時並起者，復有所謂分析法律學派。此派之主要任務，即

在分析已發達之法律體系及現行法律制度。其所持法律見解，則以法律係主權者之命令，凡由國家意思所制定之法規，卽是最善之法律，此外並無何種自然法及其他純哲學之根據。故「惡法亦法」遂成爲此派之格言。

從上述各法律學觀之，在十七世紀以前，如希臘羅馬法律學，如神學法律學，俱屬於純哲學派之法律學，惟冀以國家主義，神道主義，牢籠當時一般人民之心理，藉以維持社會秩序。卽注釋學派及後期注釋學派，雖比較涉於實際，然亦不過就建築在純哲學基礎上之羅馬法，依純哲學之理論，加以引伸與釋明，以探究立法者之意思而已。然而商工業發達之結果，昔時法律制度，已不能與人類社會之生活相適應，於是法律思想，卽不得不隨社會之經濟變遷，而一新向來之耳目，此卽自然法學派所以應運而起也。十八世紀末葉以後，此學派雖然逐漸失勢，然歷史法律學與分析法律學，於否認自然法說之中，仍然以所謂「民族心理」，「國家意思」，代替「人性自然狀態」之理論。以故個人自由主義之制度，反因歷史派與分析派之影響，而更獲得切實之保障。

歷史法律學與分析法律學，均爲欲就法律本身以認識法律原理者，換言之，即是專就法律本身以冀展開其形式理論者，結果，自然仍不能脫離法律傳統觀念，而了解法律之根本目的。故此等學派，在助長社會現實制度——個人自由主義制度——之日趨極端則有餘，而適應社會之實際的經濟生活要求則不足。

社會變遷，日新月異，法律制度，既爲社會現象之一，當然隨此種變遷而進展。舊有之法律思想，既是故步自封，未能創出新興法律之理論，必然爲時代所擯棄，須有新學說以代替之，故社會法律學，即於十九世紀之末至二十世紀之初而勃然興起焉。

## 第二節 社會法律學發生之原因

由自然法律學所創造，以及由歷史法律學與分析法律學所助長之個人自由主義法律，其中心觀念，不外下列二種。(一)是財產所有權觀念，(二)是契約自由觀念。在第一觀念，即某種財產，既屬於某特定人所有後，法律即須就其所有之事實，加以嚴格保護。如不能以法律之

威權，使此種所有權成爲神聖化，則今日之社會秩序，即一日不能維持。在第二觀念，即人類在社會上進行經濟生活之交易，彼此一切契約行爲，務須完全自由。如不能以法律保護此種自由契約，則今日之社會秩序，亦一日不能維持。

法律對於財產所有權及契約自由，既須如此極力擁護，於是一般有產者階級，即可依賴法律力量，盡情發揮彼等之資本能力，以擴充巨大之財富。由是而生產機關，爲資本家所獨占，小資本爲大資本所併吞矣，及十九世紀末葉以後，所有新加提及托辣斯等獨占機關，復已紛紛形成，而資本主義，遂發展至最高階段焉。

因此之故，社會上即發生兩個極端傾向，即一方是資本家階級之「富」，爲無限膨漲，一方是無產者階級之「數」，爲無限增大。換言之，即社會上全體人類，可以席豐履厚，以渡優裕生活者，祇有不勞而獲者一小部分，其餘大多數人類，率皆衣不蔽體，食不果腹，而陷於貧乏之境地。

人類社會中，而有貧乏之一境，眞人類社會之大不幸也。故常人當貧乏之時，即不免有兩種



現象發生，一爲犯罪，一爲疾病。在十九世紀末葉以後，既因不良之法律制度，造出佈滿全社會之貧乏者，於是犯罪與疾病兩種現象，即顯現爲文明世界之特徵，茲爲說明於下。

### 第一 犯罪

犯罪可分爲兩方面說明之，(一)爲特別犯罪，(二)爲一般犯罪。

所謂特別犯罪者，即無產者階級對於有產者階級，因經濟上或政治上之階級鬥爭而發生之犯罪也。無產者與資本家間之階級鬥爭，本不是發生於十九世紀之末，惟此時特較激烈耳。在當時之經濟鬥爭，其目的在工資之增加及勞動條件之改善，其方法在組織勞動團體，施行同盟罷工，以及其他對抗之手段。此項鬥爭，本非盡可謂之犯罪，但其鬥爭之結果，多有不能免於犯罪者，如脅迫，騷擾，損毀之類是也。在當時之政治鬥爭，特別顯出激烈情況，其最著者，如一八六三年之波蘭全境暴動，一八六四年之第一無產者國際創立，一八七〇年之「巴黎公社」革命，一八八九年之第二無產者國際創立，以及一九〇五年之俄國無產者第一次革命，俱足表現無產者之勢力，使各國政治上感受極大之威脅。雖然每次暴動，均已用武力

鎮壓無事，然無產者因此而獲罪者，實難勝數，而有產者方面之犧牲，亦有不堪設想者矣。所謂普通犯罪者，即貧乏者因經濟壓迫，不得不走入犯罪之一途也。從刑法發達最早之事實觀之，可見犯罪自古已然，決無無犯罪之社會。不過社會愈文明，而犯罪愈加多耳。十九世紀之末，因技術之日益進步，資本家在自由主義保護之下，可以恣意集積財富，以致受其剝削而貧乏者，欲求一線之生機，祇有冒萬死以犯罪，搶取也，竊盜也，侵占也，詐取也，苟有機會，均可不顧一切而爲之。財富愈集中，而貧乏者即愈夥，貧乏者愈夥，而犯罪者即愈廣。據當時各國之刑事統計觀之，此項犯罪之數，大都年有增加，特別是累犯者日益加多，此中原因，可以推想而知矣。

## 第二 疾病

疾病一事，亦是無論何種社會所不能免者也。茲所謂疾病者，特就所謂「文明病」而言耳，如花柳病，結核病，精神病是也。婦女困於貧乏，惟有賣淫以謀生，男子因貧無以爲婚，惟有宿娼以洩慾，此爲造成花柳病之原因。資本家欲求資本之利潤率增高，每以增大勞動強度爲

其手段，勞動強度愈增大，而勞動者之苦勞，即亦隨之加甚，並因許多工作，其性質上即足以損害勞動者之身體（如鑛坑工作之類），此為造成結核病之原因。境遇足以困人，此係不易之理。且處境已至貧乏，人生尙有何種樂趣，所有煩惱，憂悶，勢必時時環繞於腦海之中，神經刺激已久，自然日就衰弱，此為造成精神病之原因。

以上所述犯罪與疾病，既是由於人類之貧乏而來，而人類之貧乏，既是由於個人自由主義法律擁護財產所有與契約自由而來。當此之時，為欲消滅社會上之犯罪與疾病起見，特別為欲調和無產者與資本家之鬥爭起見，即不得不對於此種個人自由主義之法律，講求所以改良之道。否則人類墮落，社會擾亂，不但一般貧乏者之不幸，而有產者一方面，亦未見其有幸也。當時學者之中，有見於此，以為法律須與實際上之社會生活相關聯，乃本於利益社會之目的，以社會學之方法，而從事於法律之研究，此即社會法律學發生之原因也。

### 第三節 社會法律學之先驅者——社會哲學派

在社會法律學尚未具備學問形態以前，已有一社會哲學派爲之先導，社會哲學派，其影響於社會法律學之成立，實匪淺鮮。

社會哲學派，其法律觀念之主要點，卽是從十九世紀個人本位之思想脫離出來，而移轉其思想於社會本位方面者也。此種法律觀念，亦卽後起之社會法律學所以得與時代相適應之根本思想。然而社會哲學派之不能遽稱爲社會法律學者，惟在其立論之根據，偏重理想，冀以此種理想標準，形成爲現實法律，而與社會法律學偏重實際，冀以人類之實際標準，形成爲現實法律者稍有不同耳。換言之，社會哲學派，雖着眼於社會全體利益，然而是以純粹的理想，作爲法律之基礎，如社會功利派之功利主義，新黑智兒派之汎神主義等是也，社會法律學，一面着眼於社會全體利益，一面是以人類之實際現象，作爲法律之基礎，如機械學派之實證主義，唯物派之唯物主義等是也。

社會哲學派之派別，約可分爲三種，(一)社會功利派，(二)新康德派，(三)新黑智兒派，茲說明於下。

## 第二章 社會法律學之發生

## 第一 社會功利派

功利主義之理論，雖然發達甚早，然形成爲獨立之一派者，則爲近代英國哲學者邊沁，此爲世人所共知者也。不過邊沁之功利主義，完全是一種個人的功利主義，據邊沁說：「何者於個人生活上有利，祇有各人最能知之，何者於生活上不利，亦祇有各人最能知之，故各人對於自己生計之追求，乃是最善之判定者。各人既是最善之判定者，則法律採用放任主義，使各人得以發揮『追求自利』，『選擇自利』之本能，彼等必可建立自己之生計而獲得利益焉。此種『自由放任』之法律政策，乃是邊沁之根本思想。依據此種根本思想，則惟有擁護個人自由之法律，方爲極正當之法律。」

繼承此種功利主義之系統而發展其思想者，則爲德國學者耶林格。耶林格，是將個人的功利主義，而轉變爲社會的功利主義者也。耶氏在其所著『法律之目的』一書之中，曾言「立法，乃建立於目的之基礎上面，而目的爲法律之創造者」。所謂目的，乃指社會之利益而言。蓋以此種社會利益，爲人類之目的，而法律即當以達到此種人類之目的爲目的者也。耶氏之不



贊成個人功利而主張社會功利者，其意以爲人類各個人之利益，原不能有統一性質，彼此之間，每每因其境遇之不同，而有最大之差異。若以個人功利爲立法之標準，則有利於此者，必有害於彼，結果，則因利害之衝突，必難免除社會上之鬥爭。惟有以社會功利爲標準，使法律依照社會上共同利害之關係，加以適當之規定，則各個人均可於社會共同利益之中，而求得各個人自己之利益。換言之，則利社會卽是利己，而利己之目的，祇有由於利社會始能達到，此卽所謂個人利益社會化，社會利益個人化也。因此之故，法律爲欲適合社會共同利益起見，亦卽不得不隨社會之變遷，而時時更新其內容，從前可認爲社會利益，而今日已非社會利益者，卽須審酌現在之狀況而修改之，今日可認爲社會利益，而將來已非社會利益者，卽須審酌將來之狀況而修改之。總之無論何時，悉以社會利益爲其基礎，此所以耶氏之法律學，又稱之爲『利益法學』也。惟耶氏之利益法學，在改良邊沁功利主義之個人的缺點，而使之變爲社會的一件事，已啓後來由個人本位移至社會本位之端，此於法律學方面，本有一種極大之貢獻。然專以社會利益爲法律之基礎，則尙未能脫離理性哲學之範圍。蓋以社會利益

，祇是一種倫理上之抽象名詞，而所以致此利益者，另有其他具體的條件。換言之，必須有優良之經濟條件，方能達到社會利益之目的。茲乃不以社會經濟為法律之基礎，而以社會利益為基礎，未免舍本求末，不切實際。

## 第二 新康德派

康德之法律觀，乃以個人自由為其出發點，而置法律於人類道德基礎之上。彼以為人類之道德意志，為支配一切之根本法則，而個人自由，即與此道德意志相符合者，如法律反乎個人自由之精神，即是違背道德意志之根本法則。由此觀之，則康德之學說，顯然為十七世紀以來自然法學派之一派。其不同者，彼以想像的推定之，謂人類之自由，為歷史上之事實，此以觀念的考察之，謂人類之自由，為道德上之理想。至於認為自由為人性之自然狀態，則彼此殆無軒輊焉。

如前所述，此種個人自由之法律思想，已不適應於十九世紀末之社會，於是乃有一新學派出現於德國，而雄視於法律學界焉，即所謂新康德派是也。

新康德派之代表，當推斯達姆拉。斯氏之思想，雖仍本於康德之理想主義，而以自由爲人類之道德意志。然而所謂自由，是以社會爲標準，而不以個人爲標準。並且所謂自然狀態之道德意志，亦不主張爲絕對的永久的，而以爲隨時隨地，可以變更其內容，彼最有名之『內容變化之自然法』觀念，卽是此種意義。因此之故，法律卽當爲隨時隨地以求適合於社會理想之法律。所謂社會理想者，卽人類社會生活最終目的之謂，而人類社會生活之最終目的，卽爲使社會成爲『人人具有自由意志之社會』也。此種見解，在『人人具有自由意志』一點，雖尚留有康德式思想之遺跡，而注重『社會』一點，則已有二十世紀式之新傾向。惟斯氏學說之短處，亦卽在此，因爲僅以人類之內部意志爲法律基礎，而抹視人類外部之社會經濟條件，則未免太與實際不合矣。

### 第三 新黑智兒派

黑智兒的思想，是汎神主義之思想。所謂汎神主義者，卽以人類社會之一切存在，均爲精神所決定之謂。因之法律之爲物，亦不外爲人類精神之產物。不過彼之思想之特徵，則具有進

化論的傾向，且亦不是個人主義者。故彼以為法律不是固定的一般的，不是特別擁護個人自由的，必須隨社會之變化，而更新其內容，以求全體人類道義之實現。

黑智兒重進化而不重保守，重社會而不重個人，其影響於後來法律學之進步，實匪淺鮮。但其研究學問之方法，僅限於演繹的，而以精神為萬能，未免為彼之一大缺點。繼起之新黑智兒派，已見及於此，除繼承其長處外，而於此項缺點，則已略有補充矣。

新黑智兒派之代表者，可以首推郭拉。黑智兒以法律為精神之產物，郭拉則以法律為文化現象，而認定民族文化為法律之基礎。並主張用歸納的實驗方法，從事於各民族文化之研究，以求得民族文化與法律之關係。此種見解，實於後來生物學派社會法律學之發生，大有影響。惟郭氏偏重過去文化，未能充分說明未來文化與法律之關係，致使固執過去之法律觀念，排斥新興之法律觀念（例如基於人類學之研究，謂刑罰起源為復讎，彼則受此拘束，固執刑罰報復主義，排斥目的主義），是則為其大缺點耳。然而彼所主張之實驗方法，雖不是純粹

唯物論方法（非以經濟為中心之方法），却已漸從黑智兒唯心論脫離而出矣。

## 第三章 社會法律學之派別

### 第一節 機械學派社會法律學

機械學派社會法律學之思想，實起源於社會學者孔德。彼根據於實證主義，以從事於社會現象之研究，而由許多集合起來之事實，用歸納法以探得社會之根本法則。其所以稱爲機械學派者，即因彼基於事實研究之結果，以爲社會現象，與自然現象無異，悉有一定不易之自然法則，而爲一種機械的運動之故。彼既認定社會是一種機械的運動，即不能由人類智力以造出某種社會現象，因之社會進化達於如何階段，而人類即當適應社會之自然性，以努力於社會之義務。彼之所以謂個人惟負有對於社會之義務，並無所謂個人之權利者，即以此也。在孔德之後，有許多社會法律學者，亦依此種實證主義以從事於法律之研究，其最著名者，爲斯賓塞及克姆普羅維提二人。



## 第一 斯賓塞

斯賓塞一方面屬於生物學派，同時又是機械學派之有名者。在彼廣泛的蒐集人種學上之材料，對於各民族所有習慣及成文法而為比較研究，以發見法律一般發展之法則，本是一種人種學的法律學（即人種學的比較法學），應稱之為生物學派社會法律學者。但彼將人種學之進化原則，與機械學自然力之進化理法結合為一致，而認定社會之發展，不外於為機械學之發達，則明明屬於機械學派，故吾人特以之作為機械學派而說明焉。

斯賓塞機械學的社會法律學之特徵，即在說明法律之為物，為社會勢力互相衝突之自然結果。彼之所謂勢力，即指社會各階級間所具有之勢力而言。因為社會上此種階級勢力之強弱不同，於是強者能在政治上經濟上支配弱者，而生出權力階級與服從階級。但權力階級，不是專依政治上經濟之勢力可以維持其支配權者，必也訂出一種適當之法律，一面擁護自身階級之特權，一面保障弱者之利益，然後可以使各階級共存共榮，相安無事。如果舊有之法律，已不能適應於各階級之共同利益，則社會上利害相反之階級間，勢必又發生一種激烈之鬥爭

。此時解決此種衝突之方法，亦唯有改善法律，以保持利益之均衡，方爲允當。總之法律之發生，是爲調和階級鬥爭而發生，法律之發展，亦爲調和階級鬥爭而發展，彼斯氏之所以認定法律爲社會勢力互相衝突之自然結果者，卽以此也。

## 第二 克姆普羅維提

克姆普羅維提之社會法律學，與斯賓塞無異，其理論之基礎，亦建築在階級勢力鬥爭之上。彼謂法律爲社會各階級鬥爭之結果，又謂決定法律者，卽爲在社會中代表支配勢力者之支配階級。據此觀之，則法律現象，在彼祇以爲是一種自然之機械運動，換言之，卽法律之制定，必然基於階級鬥爭，法律之制定者，必然屬於支配階級。法律既是由支配階級所制定，則支配階級爲維持其自身安全起見，自然應以顧及社會共同利益爲前提，法律既是基於階級鬥爭而制定，則法律之目的，自然在調和階級間之衝突。故克氏與斯賓塞之法律觀念，雖立言微有不同，而理論則完全一致，此其所以均得稱之爲機械學派社會法律學者也。

以上所述克氏與斯氏之見解，均本事實以立論，自不能謂爲不合。蓋以社會形成階級以後，

因種種利害之不同，而彼此之間，勢不免發生鬥爭。如果長此鬥爭下去，無論強者弱者，俱感不利。於是強者爲欲確保其優勝地位，弱者爲欲維持其生存，均希望一種調和之方法，此卽法律是也。所以彼等視法律爲階級鬥爭之結果，當然爲一種合理之見解。又強者階級，既於權力上占居優勝地位，卽當爲社會中之支配者，雖然以法律調和鬥爭，不能不顧及弱者之相當利益，然其決定之權，則常常屬於強者階級，此亦歷史上確定不易之事實。所以彼等所謂強者支配弱者，以及法律由支配階級所決定，亦屬正當。惟彼等完全執持機械之見解，而忽視個人之努力，此則吾人所難首肯者也。蓋以社會之進化，雖由人類外之社會環境所規定，然亦屬不能抹煞人類，製造歷史之事實，況且彼等所謂自然法則之階級鬥爭一事，又何嘗是自然法則之運動，據吾人見解，既曰鬥爭，自爲一種個人之努力，而屬於人類製造歷史之手段。社會進化既然如此，法律當然亦無二致。彼等一面謂法律爲人類階級鬥爭之結果，一面謂階級鬥爭爲自然法則而非人類之努力，未免自相矛盾矣。

## 第二節 生物學派社會法律學

生物學派社會法律學，是以達爾文生物進化論之思想為根據，而應用於法律學方面者也。現在法律學者中具有此種傾向者，已不在少數，惟其立論之點，殊不一致，綜其大概，約有以下三種主張。

(一) 法律保護社會優者說 主張此說者，以為生存競爭，優勝劣敗，既是一種公例，法律即當指導此種競爭，以助長優者之生存。

(二) 法律保護社會劣者說 主張此說者，以為社會上之劣者，為在生活求得上求得生存，始出於競爭之一途，法律即當適應劣者之要求，以保障彼之生存。

(三) 法律保護人類全體說 主張此說者，以為生存競爭，為人類要求滿足生存慾望之一種方法。人類因舊有制度不能順應生產力之變化以保護其生存，故生存競爭，亦即不斷的發生。是此種競爭之發生，表面上雖為社會上級階間之衝突，實際上却不外關於生存

上的制度之爭執。法律應當按照此種爭執之焦點，於不偏不頗之中，以保護各階級之生存。

以上三種主張，第一第二兩說，均不合理，惟第三說較為妥當。蓋依吾人見解，彼等所謂優者劣者，當係指在現社會中，於經濟上政治上居於優勝地位或卑劣地位者而言。如以法律應保護優者而不必顧及劣者之利益，則優者本其優勝之勢力，盡量發揮其自私自利之貪心，勢必劣者終劣，使社會成爲殘忍悲慘之社會。此項情形，其與自然法學派，分析法學派等支持自由放任政策所得之結果又何以異。如以法律應保護劣者而不必顧及優者之利益，不但因現社會之經濟上政治上之支配權力，全在優者手中，而事實上不易有此項專門保護劣者之法律實現，且優者既係構成社會之一員。何以必須置之於法律保護之外。按諸人類平等之原則，亦不可通。總之人類社會各個人之生存要求，惟有在社會全體共同生存之中，始能得到滿足，而社會全體之共同生存，又惟有在法律擁護之下，始能實現。故法律之爲物，直是維持社會全體生存之工具，而主張法律保護人類全體者之爲有理，卽此已可瞭然矣。



再就社會之優者劣者言之，究竟社會中何人爲優，何人爲劣，亦因各人主觀的見解不同而有相反之斷定。從各人在現社會所居之地位觀之，雖然可以如第一第二兩說，將握有政治上經濟上重大權力之人認爲優者，將受此種權力支配之人認爲劣者。然從各人之生產能力觀之，則所謂優者，多係不勞而獲，所謂劣者，多係終歲勤勞，兩者相較，是劣者具有生產能力，而優者無之。具有生產能力者，尙得謂之劣乎？未具生產能力者，尙得謂之優乎？此卽就支配權力言，可認爲優者，而就生產能力言，又變爲劣者矣，就支配權力言，可認爲劣者，而就生產能力言，又變爲優者矣。故謂法律爲保護社會優者或保護社會劣者之主張，不但違反法律調和人類衝突與增進全體利益之本質，而且所定優者劣者之標準，不從生產能力着眼，而從支配權力立論，亦不免重視現社會之虛榮，而輕視人類之個人人格。此又可以證明法律保護人類全體說之較爲妥當者也。

不過尙有應當說明者，一般生物學派社會法律學者，不論彼等是認定法律爲保護人類一部，或認定爲保護人類全體，然以生物進化力視爲法律之基礎，則彼此原爲一致。所謂生物進化

力者，係指民族的勢力即人種的各原因而言，故生物學派社會法律學，又可稱之爲人種學的法律學。此派學者重視民族的勢力，而忽略爲人類生活基礎之經濟的勢力，其於法律之真實本質，必終難闡明也。

### 第三節 心理學派社會法律學

繼生物學派社會法律學而起者，則爲心理學派社會法律學。心理學派社會法律學，是以人類之心理的勢力，視爲法律之基礎，以說明法律現象之本質也。以前社會法律學者，以法律之發生和發展，完全基於生物進化的各勢力，而心理的要素，祇是附隨於生物進化力中而發生作用之一種從屬物而已。故一般法律學者，對於人類意思之研究，即對於心理的勢力與法律之關係之研究，毫未加以充分之注意。嗣因人種學的生物學發達之結果，已引起人種學的心理學之發生，於是許多學者，以爲人類之所以成爲人類者，不僅是單純的細胞組織體，而是具有精神上之特徵的有意識物，因之爲人類所構成之社會，則認爲由於心理的勢力之所產，

而社會現象之一的法律現象，亦祇有基於心理的勢力之研究，始能闡明其真實之本質。

美國學者烏德，德國學者基爾克，鄔恩特，耶林古，法國學者達爾特等，俱極熱心從事於此種心理學之研究，而應用之於社會學及法律學方面者也。

烏德創造所謂「動的社會學」，謂心理的勢力，為社會進化之原動力，而一切社會現象之真實原因，除此心理力外，別無他物。故社會學之研究，不應求之於生物學，而應求之於心理學，以便藉此判定心理力對於社會之有意識的作用。烏氏此種見解，是社會學之有力的基本觀念，亦即社會法律學之有力的基本觀念也。

基爾克為「德國法派」之法律學者，彼之心理學研究，是以社會心理學而代替從前之個人心理學，此可謂心理學社會化者也。彼以此種社會心理學而應用在法律學方面，於是心理學的社會法律學之新傾向，即肇端於此矣。彼於其所著之「德國團體法論」中有言：「人之所以為人者，在於人是結合體，即在於人與人之關係」，又於彼之「團體說」中有言：「團體人格團體意思，與個人人格個人意思相同，俱是實在的」。此種見解，一面對於法人「擬制說」而代之

以法人「實在說」，一面對於從前以個人意思為基礎之法理論，與以重大打擊，其有功於社會法律學，實匪淺鮮。

耶恩特與耶林古，在法律研究上，俱與基爾克同具社會心理學之傾向，均曾發表極有價值之心理學的法律論公行於世，而確定法律基礎，不是生物的而是心理的，亦可謂改革社會法律學由生物學派到心理學派之最有功者。

達爾特，更是應用社會心理學以說明法律現象之最顯著的學者。彼由模倣之原理，以說明社會之習慣，而於習慣之形成與變遷之中，以說明社會之組織與變遷。據彼之意見，以為人類之活動，因彼此互相仿倣，久則成為定式，而社會習慣以成。此種習慣，既經公共遵守，即成為團體意思。基於此種團體意思而產生法律政治道德等規制，以維持社會之統一，而社會之組織，於是獲得鞏固。然而人類因有常使自己適於新環境之傾向，而彼此關係常生變化，因而社會習慣亦生變化，於是社會之變遷，乃繼續發生。故社會之組織與變遷，結果，不外為人類之心理力所產生。其為維持社會之規則的法律，自然是除心理作用外，不能再有其他

之基礎。

綜上各心理學派社會法律學者所主張觀之，均是以爲人類心理，是社會上惟一無上之勢力，心理是有自覺的，其他一切現象（不論經濟政治法律道德），俱爲無自覺的，有自覺的心理力，理宜居於一切無自覺的各勢力之上，理宜以有自覺的支配無自覺的。依於此種見解出發，故法律亦即成爲心理力之產物焉。

又據彼等所主張觀之，法律既是由社會之人類心理力所產生，則法律即不是一階級之專制的製造物，而法律之內容，即宜適應社會各階級之生活要求，以使各人利益，俱蒙着相當之擁護，此即心理學派法律學之所以得稱爲社會法律學中之一派也。

心理學派社會法律學者，其於法律之內容，主張擁護社會各階級之利益，以使法律成爲社會化，吾人對於此點，自不能不予以贊同。惟此派學者，專重精神而忽視物質，以爲法律問題，是心理的問題，而不是經濟的問題，則非吾人所能首肯者也。

## 第四節 綜合統一派社會法律學

十九世紀末葉以來，社會學者之中，已逐漸感覺上述機械學方法與生物學方法或心理學方法，俱不能完全解決社會學之問題，於是主張用綜合統一之方法，（即將過去所已實行及將來所能實行之一切方法而綜合統一起來之方法），以從事於社會學之研究，此即社會學之綜合的統一傾向也。最近法律學方面，亦具有此種傾向，否認從前法律學所用種種研究方法之自足的態度，主張綜合一切方法以從事於法律之研究，使法律與社會實際生活成爲一致，英美法律哲學界最著名之法學者巴恩特，可稱爲此派之唯一代表者。

巴恩特雖不主張以社會之經濟狀況，爲法律之唯一基礎。然其所綜合之法律研究方法，則主張從社會狀況經濟狀況着眼，以求達到法律對於社會之目的，究屬趨重實際生活之現實問題，而與離開實際生活，徒尙理想者，實有天淵之別。然則巴氏所主張之法律研究方法及其所認定之法律目的究竟如何？試分別略述於下。



(一) 巴氏所主張之法律研究方法，可約爲左列六種。

(甲) 研究法律制度及法律原理對於實際社會之效果如何？例如某種成文法之規定以及某種學說之主張，對於社會實際生活有何利益，或有何損害，就此點而加以說明或批評是也。

(乙) 就法律爲社會學的研究以作立法準備。從前之立法準備，以就內外法制之法律本身而比較研究爲主，極難獲得適當之標準，必須就法律對於社會所具有之社會作用而爲比較研究，方有益於立法準備。

(丙) 研究法規如何能發生實效之方法。法規重在施行，而施行之方法不良，雖有善法，亦屬徒然。從前學者鮮有就施行方法，作爲學問研究者，現在務須注意及此，使法規可以切實施行，以保障法律達到社會之目的。

(丁) 以社會史爲中心而研究法制史及法律學史。研究法制史，不宜如從前之以法規史爲限，研究法律學史，亦不宜如從前之以學說史或方法史爲已足，必須注意法規或學

說與當時社會狀態經濟狀態之關係，此卽以社會史爲中心也。

(戊) 研究法律之適用，使就各種事件作正當之解決。從前法律學者認法律有確定不移之性質，而不許裁判官有補充法律之權能，每易使適用上失其平衡。現在應認法律，祇是裁判官之指南針，而裁判官得於法規以外，藉科學之自由研究，發見適於事物本性之法律，此卽「自由法說」是也。

(己) 求出適於現在實際生活之法律。此爲社會法律學之主要目的，如現在社會各階級因生活問題而發生之鬥爭，須有如何法律以調和之，現在社會多數人之生活窘迫，須有如何法律以救濟之是也。

(二) 巴氏所認定之法律目的，則因時代而有差異。彼將法律之發展，分爲五個時期，因之此五個時期之法律目的，卽不同其內容。所謂法律五個時期者，卽(一)原始法時代，(二)嚴格法時代，(三)自然法及衡平法時代，(四)法律成熟時代，(五)法律社會化時代是也。

據彼之意見，原始法時代，因一般人多依私力而自助自救，法律之目的，專在維持社會和平，制止私人鬥爭。並以此時法律，多為習慣法，而成文法極少。嚴格法時代，因國家組織漸漸強大，法律已成爲統制社會之重要手段，法律之目的，專在鞏固國家主權，維護社會秩序。自然法及衡平法時代，因糾正嚴格法主義之弊害，並因世界國際觀念發達之結果，法律之目的，漸漸趨於自由化。法律成熟時代，爲個人自由主義時代，法律之目的，最主要者，是擁護財產私有權及契約自由，所謂個人之權利本位思想，卽是此時代法律組織之唯一根據。法律社會化時代，爲十九世紀末葉以後之時代，集體主義，已代個人主義而興起，法律之目的，惟在保護社會之利益，而限制個人極端之自由，此卽現代是也。

就以上巴氏所主張之法律研究方法及其所認定之法律目的觀之，其中固不免間有不甚適當之處，然對於現代法學者所應持之態度，以及對於現代法律所應有之精神，均已說明大概，此則不能不承認爲二十世紀法學界之有名學者也。

## 第五節 唯物派法律學

唯物派法律學，即是以物質的條件——經濟的條件——爲法律之唯一基礎，而從事於法律之說明者也。一般學者，多以此派爲實證主義之機械學派，而與機械學派學者同一看待，吾人尙不能不有疑惑。蓋機械學派之實證主義，是認定社會進化（法律進化亦同），爲社會各勢力之自然結果，毫無人力參雜於其間。唯物派之唯物主義，是認定社會進化，爲經濟勢力之所產，但並非自然之結果，而是由人類推動而來。由此觀之，則前者爲宿命論的，後者爲辯證法的，此兩者不同之點也。

此派學者，以馬克思爲代表。馬克思說：「生產關係之總和，形成爲社會之經濟構造，即是形成爲法制政治之上層建築所依以樹立……之真實基礎」。據此，則是以經濟關係，視爲法律之真實基礎矣。

又說：「因經濟基礎之變化，一切巨大之上層建築，卽或徐或急隨之而變動」。據此，則法律

既爲經濟基礎之一種上層建築，而經濟一有變化，則法律即當隨之而變化矣。

又說：「不能忘掉人類作成歷史，但不是自由選擇而作成，乃是受著物質之反映」。據此，是一面承認經濟關係爲社會進化之原動力，一面又承認人類受着經濟關係之反映而能推動社會前進矣。

據吾人見解，馬氏以經濟關係爲法律之唯一基礎，此與吾人意見相合。又以人類可以推動社會前進，因之法律亦不能漠視人類之努力，亦覺適當。因爲許多立法，特別如民法商法等不過是將經濟關係記錄出來布告出來之故，又因爲許多立法，特別如勞動保護法等，大都是由於人類努力鬥爭而來之故。

不過馬氏對於法律所認定之意義，以及對於法律問題之解決，則尙不無可以辯駁之處。依馬氏意見，以爲法律之爲物，在階級對立社會，法律祇是支配階級之意思所依託，專爲擁護本階級利益，而對於被支配階級行其支配榨取之工具。此即馬氏所認定之法律意義也。法律之意義既然如此，而於法律問題之解決，彼即以爲不能在現社會的權力支配之下，用立法手段

而改良，換言之，即以爲在資產階級把握政權之下，萬不能有使全體人民得到真正平等之法律出現。故彼以爲解決法律問題，須分爲下列兩個階段，（一）先由無產階級用武力革命手段奪取政權，制定保護無產階級壓迫資產階級之法律。（二）再由壓迫資產階級而消滅社會階級形式，使法律歸於死滅，而躋於真正平等自由之無國家無階級社會。

然而社會乃是人類全體之社會，並不是某一階級之社會，其規律社會之法律，固不宜擁護資產階級一階級之利益，亦不宜擁護無產階級一階級之利益，此爲當然之事。雖然以往之法律，不免有偏於資產階級一方之利益者，却不是法律固有之性質使然，乃是立法之不良有以致之。如果真能按照全體人類之實際生活情形以立法，當然可以得到擁護全體人類利益之法律。所謂不能用立法手段改良，必須奪取政權以自制保護自己之法律者，不但立論過趨極端，未必合乎事實，而且以他人壓迫我者轉而用以壓迫他人，亦覺有以暴易暴之嫌。至於在無產階級政權之下，能否達到法律死滅之目的？而法律完全死滅以後之社會，能否使全體人類躋於真正平等自由之域？亦在不可知之之列。若必曰可能，其近於臆斷，尙不必論，然爲期究



在何日？恐馬氏本人，亦不能判定矣。即就此點言之，則爲擁護人類全體利益起見，與其用過激手段，以漸漸廢止法律，而希望不可期之平等自由，亦不如用立法手段，以改良現行法律，而求得現實之平等自由之爲愈也。

因此，唯物派法律學，祇能認爲法律學說之一種，不能認爲社會法律學。蓋社會法律學之目的，在求改良現行之法律，以調和社會各階級間之衝突，而與唯物派法律之立論，根本上有不同之點也。故吾人對於法律之研究，祇於「社會經濟條件爲法律之唯一基礎」一點，採取唯物派之意見，其餘見解，既與社會法律學之目的相背，即不足取也。

## 第四章 由社會法律學見地之法律觀

### 第一節 法律之經濟的基礎

法律之所以成爲法律者，並非由一個立法者隨意制定，乃先有一種基礎，然後從此種基礎上

產生而來者也。所謂法律之經濟的基礎者，即法律之發生和發展，完全基於社會經濟關係之謂也。

自來法律學者，對於法律之基礎，原有種種不同之見解，從古昔言之，即從中世紀以前言之，則係以法律之基礎，存在於天上。以爲人類行爲，原非人類自身所能主宰，必有宇宙之自然力，於無形中支配一切。故有以法律爲基於「自然律」者（如希臘之柏拉圖），有以法律爲基於「神意」者（如羅馬之阿奎納士）。此蓋以古時人類所蓄積之經驗智識，極爲簡單，而可供研究社會現象之材料原不甚多，於是一般學者，即不得不以自己所不能解決之現象，而委之於天界。

十六世紀以後，因科學逐漸發達，一般學者以爲人類行爲之準則，並非降自天界，乃依於人類社會本身之法則而來，於是法律之基礎，從前以爲是存在於天上者，至此遂移於地上矣。然在地上替法律覓基礎者，又因其出發點之不同，而形成爲唯心論與唯物論兩派。唯心論者之見解，則以社會各種現象，俱爲人類精神活動之產物，唯有精神作用，方能支配

社會中之一切，因之對於社會現象之一的法律現象，亦以爲是基於人類之精神作用而來。於是認定法律之基礎，有所謂：

(一) 君主命令說。以爲法律之所從出，完全基於君主之意思。此說現在雖已失勢，然尚不無遺跡之可尋，如君主國家之法律，須得君主之裁可，始能發生法律之效力，不可謂非此說之遺跡也（日本憲法，有法律須得天皇裁可之規定，卽其一例）。

(二) 民族意思說。以爲法律爲民族精神之表現，而基於民族之『法律確信』而來。所謂法律確信者，卽確信法律之存在及有效，而屬於民族之一種心理狀態也。此說爲歷史法律學派所主張，在德國最占勢力。

(三) 人民意思說。以爲法律是基於人民全體之意思所制定，違反人民意思者，卽不能認爲至善之法律。此說爲一般自然法學派所主張。近代議會民主政治之興隆，固別有其經濟基礎，然此派學者。以『主權在民』，『天賦人權』等理論，自圓其說，而曲盡其鼓吹與擁護之能事，不可謂爲未有偉大之功績。

#### 第四章 由社會法律學見地之法律觀

(四) 社會心理說。以爲法律是基於人類之社會心理力而來。此說爲前述之心理學派社會法律學者所主張，彼等以社會心理力，爲一切社會現象之創造主，故認定法律，亦是建築在此種心理力基礎之上者也。

以上從天上而移至地上之唯心論者一切主張，是以人類界之意思，代替自然界之意思，此固已由荒誕無稽之說而進於比較實際之域矣。然而人類意思，決不能獨立的存在，必須先有現實之現象，而後始能發生意思，因之意思即不能獨立的創造社會上之一切關係，而創造社會關係者，祇有物質的經濟原因。故法律之基礎，即不在精神，而在物質。

唯物論者有言：『生產之各種形態，產生特有之法律關係與統治形態(即政治)』。又云：『國家與公法，是經濟條件之產物，至私法，正是規定經濟上之個人關係者，自然亦是如此』。唯物學者此種見解，尙非毫無根據。人類爲營共同生活，始造出相互之社會關係，爲規律社會關係之經濟的秩序(亦可云共同生活的秩序)，始有法律制度出現。故法律者，如前面所述：『不過是將經濟關係，布告出來，記錄出來』而已。換言之，法律者，不過是反映經濟關

係於成文或不成文的條款之中，而此種成文或不成文之法律，即隨經濟關係之變遷，而時時發生變化者也。是以賦役制度，祇有在封建地主的土地獨占之下——封建經濟關係之下——方能成爲法律，而自由勞動制度，亦祇有在資本主義的大規模生產之下，方能發生。

固然，法律部門，至爲繁瑣，除直接規定人類之經濟生活關係者外，亦有許多法律，並非直接規定經濟生活關係者。此種法律，既非直接規定經濟生活之關係，表面上似乎即與經濟無關，而不能隨經濟爲轉移。但人類爲圓滿的完成共同生活起見，一方對於實際之經濟關係，固須有法律爲之直接規定（如民法商法等），以爲共同遵守之規範，一方對於實現此種經濟生活之手段，亦須有完善之法則（如行政法，訴訟法等），方可助成共同生活圓滿的達到目的。故法律不問爲何部門，既能成爲當時之法律，即係基於當時之經濟關係而來，實體上直接規定經濟關係之法律如此，即非直接規定經濟關係而僅係一種手段上之法律，亦莫不如此。例如鐵路交通行政，在封建經濟時代的閉鎖狀況之下，得見之乎？又如司法獨立之訴訟制度，在封建經濟時代的專制主義之下，得見之乎？觀乎此，則一切法律俱爲經濟之產物，已是毫

無可疑矣。

法律是以經濟爲基礎一事，已說明於前矣。然尚有左列數事，則與本節所述，有重要之關係，如果不爲分析明白，即不免有許多誤會發生。

(一) 法律原具有固定化之傾向者，法律既已基於人類之某種經濟要求而產生之後，則法律在相當期內，即須離開經濟基礎，而保持其獨立之生命。此時不問經濟之生產力如何發展，而法律總以維持原有之經濟秩序爲目的，以盡其「不許觸犯」之本來使命。法律此種固定化之保守性，此時已不隨着經濟變化而變化，反獨立的顯現其作用（即法律對於經濟之反作用），而成爲經濟的生產力發展之桎梏，以阻礙社會之進化。

原來法律之所以有此作用者，即因法律當適應人類經濟要求而規定之初，各個人本得藉法律之保護，以維持其相當之生活，迨後經濟生產力逐漸發展，法律即逐漸失其平衡，某一階級之利益，可以享有法律之保護，其他階級之利益，則已在法律保護之外。當此之時，利益可受法律保護之階級，爲圖永久保存其利益於自己之手計，必然固執舊法律



之成見，不肯使之隨經濟生產力之變遷，而獲得一種新生命。於是生產力雖然向前發展，而法律却要加以一種牢不可破之桎梏，而使之不能自由前進。此正與前面所述經濟關係產生法律之情形相反，而法律足以限制經濟關係。然而此種相反之情形，雖是一種必然之事實，不過如此長期固守不變，則又為勢所必無者。蓋以不能享受法律保護之階級，如果在法律限制生產力發展期內，尙能勉強支持其卑劣之生活，或可相安一時，使法律得以暫保其固定性。若連此種卑劣生活，亦至不能支持時，則本於維持生命之要求，而改革法律之運動，即不得不隨之而起。於是法律仍須適應新的經濟要求，而為相當之修正。結果，依然是法律為經濟之產物，而與經濟生產力之發展以俱進者焉。

(二)經濟為法律之基礎固矣，但所謂由經濟關係產生法律者，並非謂法律由經濟關係之自然變化而來，其發生與發展，實有莫大之人為努力參與於其間。如果認為人類行為在法律發達過程中，未有何種作用，僅隨經濟關係而為自然之發達。即不免陷於機械論的宿命論的錯誤。

法律一面爲經濟之產物，同時又須通過人類頭腦而爲人類之產物。茲所謂人類之產物者，可由兩點說明之。（一）爲『法學者法』，卽司法者或立法者依據學者之學說而爲判斷或立法是也。在依據學說而爲判斷者，不但古代羅馬如此，卽十六世紀十七世紀之意大利德意志法蘭西諸國之裁判所，亦不乏此例。在依據學說而立法者，如羅馬皇帝幼斯締尼亞法典，卽是從羅馬法學者著作中採取其精華而製成。以後十八十九世紀之立法者，亦多不外乎此所有普魯士國法，拿破崙法典，奧大利法典，德國民法法典等，實質上，均不過是『法學者法』而已。（二）爲『階級鬥爭』，此卽如前面所說，多數人不能仰賴法律以支持其生活時，卽不得不起而爲改革法律之運動是也。由此種人類行爲而促進法律之變更者，歷史上之事例極多，如羅馬時代之平民向貴族要求賦予公權，而塞維斯卒許變更法制，創立民會，俾平民亦得參與國政。又如近世紀之立憲運動，以及現在之勞動條件改善運動，俱已獲得立法上之實際效果，此爲一般人所共知之事實也。

然而法律雖一面爲人類之產物，却又非人類得以自由的隨意產生者，人類產生法律時，

仍是依據社會之經濟要求而定。換言之，學者之學說，非由學者自己憑空杜撰而來，乃社會之經濟上已有此種要求，而後始由學者從而闡明之。人類之鬥爭，亦是如此，並非由於人類之單純鬥爭，便可產生新法律，乃為經濟上之實際生活而鬥爭，而後始有適應實際生活之新法律發生也。

(二)從唯物論之物字言之，地理本亦屬於物質之一，似於法律之發生及發展，不無多少影響，且實際上，並有因地理關係之不同，而法律亦從而顯有區別者。沃壤之國，法律每多獎勵人口增殖，嚴禁墮胎與棄嬰，地瘠之國，法律每多限制人口，視墮胎與棄嬰為通常之習慣。又大陸國家，法律每多採取保護關稅，海洋之國，法律每多提倡自由貿易。如此等等，俱因地理關係而影響於法律者也。然而地理關係，何以得生出此種影響？苟欲從而說明之，仍非以經濟關係為主因不可。試就前例言之，國多沃壤，物產必富，人口雖有增殖，而經濟上之供給，足敷生活而有餘，故不妨予以獎勵。地瘠之國，適得其反，故不得不對於人口加以限制。又大陸國家，以工業為主，本國工業品出產既豐，即

須防止他國之輸入，故採取保護關稅。海洋國家，以商業為主，本國既無過剩之工業品，即無須抵制外貨，且商業原以自由貿易為有利，故法律即從而提倡之。由此以觀，地理關係雖能影響於法律，結果，仍非單純之地理關係，乃由經濟關係所支配之地理關係也。

## 第二節 法律之社會的目的

所謂法律之社會的目的者，即法律為達到社會全體利益之目的，而規律人類行動之謂。如果吾人就法律下一定義，必曰法律者，即對於人類所要求之種種利益，盡量予以保護增進之一種社會規範也。自來法律學者和立法家，祇認識法律之自足性，祇認識法律之靜態（即視法律為一種死物），而不知法律對於社會之目的，不知法律別有一種動態（即視法律為活法律），實在是錯解法律，誤用法律矣。

人類生活於社會之中，原不能獨立以自存，必須彼此相互依賴，始能在生活上達到圓滿之目

的，法國學者杜基之有名「社會連帶論」，曾闡明人類在社會中之相互關係，極爲重要，如果人類未有此種關係，卽不能有其生存，故各人宜各盡其所好與所長，以冀保存此種重要之關係。然而社會之物質的生活資料，止有此數，此所欲得之者，彼亦必欲得之，兩者相持之間，衝突以起，因而相互依賴之關係，必然不能維持，反而形成爲彼此利害對立之關係矣。然則人類此種衝突，此種利害對立，聽其長此相持而不爲解決乎？否，人類長此如此相持！卽人類未有相互依賴之關係，則彼此俱不能獲得圓滿之生存。因此，於是不得不設法防止此種衝突，不得不設法消滅此種利害對立。其防止與消滅之方法如何？曰，法律是也。

原來人類各羣（卽各階級）各爲本身生存之目的而行鬥爭時，因勢力之強弱，固不能無勝敗之分。然而所謂勝者，並非強者居於絕對的優勝，而自身毫無何種弱點，可以爲人所乘。所謂敗者，亦非弱者真正一敗塗地，而自身毫無何種優點。因此之故，則一日不講求調和之方，卽一日不能停止鬥爭，一日不停止鬥爭，卽雙方同受莫大之犧牲，縱不同歸於盡，而彼此所感痛苦，當難言喻。當此之時，祇有以法律調和於其間，按照彼此應享之利益，予以適當之

規定，俾強者不至侵害弱者之利益，弱者亦不至侵害強者之利益，由是而人類之相互依賴關係，得以樹立，人類之社會全體利益，得以維持，而法律之任務盡矣。法律之任務既盡，於是法律之目的，亦即完成矣。

法律之目的，在從前一般學者及立法家，雖未嘗注意，但彼等在認識法律之自足性與法律之靜態中，却不能謂彼等對於法律，完全未有彼等所希望達到之某種目的。不過此種目的，祇是彼等對於法律之一種錯誤認識，而非法律之固有目的。換言之，即彼等所認識之法律目的，祇是利己的，個人的，而不是利他的，社會的，此正如主張廢除法律者所云，法律已成爲一階級爲擁護本身利益起見而支配榨取他階級之一個工具矣。

先從學者對於法律目的之錯誤認識言之。在自然法學派，則以法律之目的，惟在擁護個人之自由，而令個人之財富，爲無限之發展。在分析法學派，則以法律之目的，惟在擁護主權者之最高權力，使人類之行爲，絕對受其限制，而法律是否適於人類之實際生活，則置之不問，所謂（惡法亦法）之格言，即是基於此項錯誤認識而來。在生物學派社會法律學中之一派，



則以法律之目的，惟在擁護社會之優者，更是對於社會人類，在法律上顯分畛域，祇於優者予以保護，其餘則否。

再從立法者對於法律目的之錯誤認識言之。大概一般立法者，悉以為法律是限制人民之越軌行動，以保持統治者無上威權之規則，所謂「治亂國，用重典」之立法原則，已是完全將此種意義顯示出來。因此，法律之目的，祇在擁護少數人之權力，而多數人之利益，反置於法律目的之外。此種情況，在所謂一階級專政之國，特別顯然。蓋以掌握政權之階級，因在野之其他階級，常常藉端反抗，覬覦政權，為謀自身階級之安全起見，故不得不嚴刑峻法以防止之。此在資產階級專政之國如此，在無產階級專政之國亦復如此。

以上一般法律學者與立法家所認識之法律目的，既是一種錯誤認識，故就法律之真正意義言，即不能以法律之目的稱之，而吾人之所以謂從前法律學者及立法家未曾注意法律之目的者，即以此也。

法律之固有目的，在擁護社會之利益，已說明於前矣。不過社會利益之內容，原隨時代之經

濟變遷而常有差異。究竟現代之社會利益如何，據巴恩特所主張，約爲左列六種。

第一 一般的安全

此即對於威脅社會存立之行爲予以防止，而使社會臻於安全地步之謂。此種社會之一般的安全，又分爲以下三種。

A 和平之秩序 國家對於此種和平之秩序，須用法律以維持之。但所謂維持者，非專尙嚴峻條文，使人民感於威力，不敢有攪亂和平行爲之謂，乃是在法律中，以至公至平之規定，使攪亂和平之行爲，消滅於無形之謂也。

B 一般人類之健康 隨社會文明之進步，即有所謂『文明病』發生。如花柳病，結核病，精神病等是也。此種文明病發生之原因，在本書第二章第二節中已詳論之，原爲現代社會問題中之一個重要問題。法律務須注意於此問題，而求其所以解決之道。如此，則人類之健康，即能獲得維持。

C 交易與財產取得之安全，現代經濟秩序，原以信用爲基礎。如果不能維持交易與財產

取得之安全，則信用之基礎，即不能獲得鞏固。於此而欲社會一般底於安全之域，其勢將有不能。法律對於此點，必須予以相當之注意。

## 第二 社會制度之安定

所謂社會制度者，係指關於家族，宗教，政治之各種制度而言。法律務須擁護此等制度，使得發生圓滿之作用。

## 第三 自然力之利用及保存

所謂自然力者，即現代人類生存所必需之天然資源，如鑛產，電氣之類是也。關於此種自然力，務須由社會為最有效之利用及保存，不能歸之於私人所有。

## 第四 一般道德之維持

在特定之時代，即有特定之道德感情。此種道德感情，關係人類社會之生存甚鉅，昔時多依宗教保護之，現在應以法律之力量，以維持此種道德於不墜。多數學者之所以主張法律與道德合為一致者，即在於此。

第五 促進文化之發展

社會之文化事業甚繁，所有政治，經濟，教育等一切事業均包括在內，務須一面防止人民阻礙此等事業之發展，一面設法使個人行為適合於此種發展之形式。現在許多刑法學者，對於刑罰，多主張目的主義（即預防主義），其意即在是也。

第六 個人生活之維持

社會由個人結合而成，而個人生活，即為社會利益之主要部分。法律務須使社會各個人按照現代社會之生活標準，以滿足其生活之欲望。如有妨害此種生活者，即予設法制止之。

上面巴氏所主張之六種社會利益，均係現代法律切要之目的，尚無何種不妥當之處。惟據吾人見解，此六種社會利益之中，應以第六項「個人生活之維持」為中心，其餘第三第四兩項，則可謂助成第六項實現之手段，第一第二第五三項，則可謂第六項實現後應有之結果。蓋以欲求社會各個人生活之維持，其前提條件，即在（一）限制私人占有社會之富源，以滿足自己之無限慾望，（二）禁止個人間之殘忍剝削，罔顧他人之生死存亡。如法律能增進第三項之

利益，則私人即不能獨占社會之富源，能增進第四項之利益，則個人間之殘忍剝削即可消滅。社會上既乏獨占富源之私人，復少殘忍剝削之惡行，而各個人之生活，自可賴以維持矣，所謂第三第四兩項為實現第六項之手段者此也。各個人之生活既能獲得維持，而人類生存於社會之唯一目的即已達到，再由此而求社會之一般的安全，以及社會制度之安定，社會文化之發展，則可順利進行，毫無何種阻礙，此即與所謂『衣食足，禮義興』之事同一意義，所謂第一第二第五三項為第六項實現後應有之結果者此也。

法律之社會的目的，如用中國國民黨黨義說明之，即可謂係民生主義之立法。因為民生主義，首先在解決社會之各個人生活，而其所主張之實現方法，一曰『平均地權』，一曰『節制資本』。此種主義，其目的，乃是真正為謀社會之利益，而非專為擁護個人之權利，如能據此以立法，則法律即成為以社會利益為目的之法律矣。

### 第三節 法律之權利否定

法律之目的，在謀社會之利益，已在前節說明。既然如此，則一方須輕視個人之權利，一方須注意社會之道德，此所以有權利否定論及法律道德合一論之主張也。法律與道德之合一，曾在前節略一述及，容當詳論，本節專就權利否定言之。

在法德意諸國，所謂法律一語，同時又是表示權利之意義，而現代一般通說，亦均以爲從客觀上觀察法律時，則爲法律，從主觀上觀察法律時則爲權利，換言之，即以爲法律與權利同時存在，而法律現象，其本位即是權利。

此種法律上權利觀念之發達，是隨近世紀工商業發達之結果而來。在近世紀以前，法律是以義務爲本位，人類處於封建專制政治之下，奉徵調，供賦役，優遊歲月，以衣以食，祇知有義務，並不知有所謂權利。迨至工商業逐漸發達，封建式的義務本位之法律，已覺不適於人類之實際生活，於是「天賦人權」之思想，因之發生，而權利之觀念，卽已映入於一般人類之腦海中矣。

在權利觀念發達之初，所有「人權運動」，已是風靡一時，由十八世紀之法蘭西革命，而此種



運動，遂已獲得結果。一七八九年所公布之人權宣言，已成爲近世公法組織之基礎，一八〇四年所公布之法蘭西民法，已成爲近世私法組織之基礎。卽在今日，所有各國現行法律，大概與人權宣言及法蘭西民法之精神，仍無極大之懸殊。

然而法律是社會規範，是以擁護社會利益爲主要之任務，所有權利本位之法律思想，祇是擁護個人之法律，而非擁護社會之法律，此種法律，實是拋棄其本來之使命矣。雖然在反抗封建權力之際，所謂「人權」思想，比之封建式的義務本位之法律觀念較爲進步，能將人類從專制政治中解放出來。但此思想，既與法律本來之使命相抵觸，則以人權反抗「王權」，而營其消極的作用則可，若以人權鞏固人權（積極的作用），使成爲萬古不易之定律，勢必於人權之中，蘊釀出許多矛盾。蓋以法律擁護個人權利之極端，而不顧及社會之利益，則所謂人權者，結果，卽祇有少數人之人權，而多數人之人權，必爲此少數人之人權所剝奪。

因此之故，於是學者之間，對於權利本位之法律觀念，已有不少反對之主張，其中最著名者，爲法國學者杜基之「權利否定說」。

在杜基之先，法國社會學始祖孔德，亦有此種權利否定之主張，杜氏之學說，雖非完全承繼孔氏而來，但於構成自己學說體系之中，已與孔氏具着同一之思想，並且杜氏在發見孔氏學說之後，亦常常引用孔氏之言，以充實自己學說之內容。故吾人在介紹杜氏學說之際，亦當首先明瞭孔氏之主張。

據孔氏所言：『權利之語，應從政治上之用語中排出來，正如原因之語，應從哲學上之用語中排出來相同。權利與原因二語，悉屬於神學的哲學的觀念，原因觀念，爲不合理的並且是詭辯的，而權利觀念，則爲反道德的並且是無政府的。其樹立權利也，既欲基於超自然之意思，而確立特定之權力。復爲對於此種神學權力之鬥爭，而五世紀以來之形而上學的哲學，又已造出所謂人權之觀念。然此種人權，祇可營其消極的作用，若想使之發生積極的作用，則偏於個人思想之結果，必然顯現爲反社會的性質。各個人在社會上惟有義務，並無權利，換言之，各個人祇有履行義務之權利，決不有履行義務之權利以外之權利』。

由孔氏之言觀之，其要點，卽是以義務本位之思想，而代替權利本位之思想。此種主張，實

爲社會法律學之基本原理，而爲社會法律學者多數所承認者也。

杜基氏之權利否定說，與孔氏此種思想，不謀而合（杜氏構成自己學說之初，並不知有孔氏之主張，後始發見孔氏已有此種思想），實可謂爲社會法律學者中之較有權威者。杜氏此種法律思想，第一是由於彼已了解社會人類爲相互依存之人類，而具有一種連帶之關係（彼之社會連帶說，極有名於世，前節會略一提及），第二是由於彼已了解法律爲與人類相互依存之社會生活相適應之規則，須隨社會之變化而爲變化。基於此種了解，故對於各個人獨立主張擁護自己利益之極端個人權利主義，即不得予以排斥。現在略就杜氏之法律思想敘述於下。

先就杜氏對於公法上之見解言之。原來一般學者主張公法上之權利，其根本之原則有二，（一）爲國家之主權。即以人民置於國民地位而視爲一個人格者，根據「主權在民」之觀念，而享有所謂主權之一種權利是也。（二）爲個人之天賦權。此種權利，爲不可讓渡且無時效之一種權利，而能與國家對抗者也。基於第一原則，則屬於國家方面之國民，與屬於構成分子方

面之個人不同，而具有優越個人意思之意思，能由國家以其主權之公權力，實施於個人之上，以行使其命令權。然基於第二原則，則個人又享有為國家所不可侵犯之天賦權利，據人權宣言第二條（「一切政治上團體之目的，在保持個人之自然的且無時效的權利」）所定，公法之主旨，即在使國家盡量對於個人之自然權利予以適當之保護。故國家主權之作用，一方面雖能限制個人之權利，同時又須完成個人權利之保護，所有軍備，警察，裁判權等一切公法上之作用，均皆不外乎此。此種國家主權與個人天賦權之交互關係，即是人類之公法關係。

以上兩種原則，據杜基之見解，俱認為非正確之論。蓋以所謂國家主權之根據，完全由於哲學上之懸想。在昔時主張主權由於神授，而國家具有超越個人之權利，雖然已因荒誕無稽，為世所棄，然現在主權基於國民，而國家具有超越個人之權利，仍與主權神授說之憑空杜撰，未有何種區別。至於國家對於所謂個人天賦權之保護作用，在從來一般學者所說明，悉以為國家祇是對於個人保持其消極的地位，以不侵害其權利而止。然因十九世紀經濟上之發達，國家與個人之關係，日益密接，國家不僅保持其消極的地位，並且積極的自己經營其特種

公益事業，例如郵電之組織，鐵道之運輸，光力之供給等，此即所謂助長之行政是也。此等助長的公益事業，據杜基所說，則與所謂權利之主權觀念，不相符合，惟有從義務方面言之，方為適當。人民對於國家（杜基係用為政者之語，未用國家名詞）之所以承認特定之權力者，即是因為國家履行特定之義務而如此。國家之權力，必須按照此種義務，而使助長公益事業之實力，有適當之組織與作用，除此以外，絕無有所謂權利之權力。是以杜基主張現代之公法，須以助長公益事業之公的實力觀念，而代替公的權力觀念。

次就杜氏對於私法上之見解言之。原來關於私法上之權利思想有二，（一）為自由權，（二）為所有權。

（一）所謂自由權者，即在不妨害他人之範圍內，一切可以自由為之之權利也。因而一切事情均不為之，亦屬於自由之權利。然在此種意義上之自由觀念，今日已漸漸不容於社會，所有不勞動之權利，懶惰之權利，已是無論何人，俱不許有。國家應當命令個人從事於勞動，同時並應為使個人充分發揮其技能上之個性起見，始承認有自由之行爲。自

由觀念，既已如此大加變革，而於法律行為上之自由，亦須占在此種立場上而為一種新的理解焉。

(二) 所有權者，即所有者在其所有物上有絕對之支配權也。既有此種權利，而個人即不僅可以自由利用其所有物，同時又可不利用之。故隨意荒蕪土地，隨意空廢家宅均為所有者之權利。然在今日，此種權利思想，早已不許，其所以承認個人之所有權者，並非為保護個人之福利，乃是為促進社會之繁榮，故所有權之行使，務須常常注意於社會利益，而不許濫用所有權之觀念，遂有一種新的發達焉。

杜基對於上述兩種權利之觀念，想用社會的作用之觀念以代替之，以為自由權，所有權，皆惟有在營社會的作用之下，方有存在之餘地。換言之，即以為自由權與所有權，祇是負擔社會義務之手段，而不是個人權利之目的。如果以之解釋為權利，則在其權利關係上，顯有此意思優越於彼意思之意義，此即是承認人類意思，有意思之階段矣。以一個人對於其他個人享有權利之法律思想，而承認一定之意思，優越於其他意思，未免涉於哲學上之空想。祇有



自由權與所有權，解爲個人履行義務之手段，方與人類在社會連帶關係中。共同生活之實際情形不相背馳。再簡單重述一句，人類在社會上未有何種權利，祇有服從社會規律而履行社會職責之義務。

以上已就杜基權利否定之見解，說明大概矣。然而吾人從歷史上考察之，尙有許多事實，足以證明權利觀念，祇是近世紀文明之產物。如前面所述，在中世紀封建時代，法律偏於義務本位，而權利觀念，極其薄弱（文明較低民族，大概權利之意識，俱較欠缺），原爲不可否認之事實。卽就極有權威之羅馬法言，雖其中有『Actio』之觀念，然與今日權利觀念相當之觀念，却是絲毫無存，而於『Jus』（法律）一語中，使含有權利之意義者，祇是後世法學者之一種解釋。不過尙有應聲述者，封建時代義務本位之法律，其所謂義務者，是多數人盡忠於少數人之義務，而與現代所謂義務本位之意義各有不同耳。現代所謂義務本位者，其義務乃係履行社會職責之義務，故又可稱之爲社會本位，而權利本位，則稱之爲個人本位。由義務本位進於權利本位，再由權利本位復返於義務本位，乃是循着社會進化之階段而向前發展，惟

其是向前發展，故今日之義務本位，雖形式上是復返於昔日之義務本位，而內容上則今昔懸殊也。

法律上之權利觀念，爲近世發達之物固矣。然則權利是否由於天賦，尙有加以論述之必要。人類自原始以來，並無有所謂天賦權利，其所以能生存於社會者，無一不是從履行社會之義務而來。孫中山先生云：「沒有天賦民權，祇有革命民權」，庶幾近之。所謂革命民權者，革命就是人類對於改革社會所負之義務，民權就是人類在社會上獲得生存之權利。此種生存權利，是由負擔義務而發生，因之人類即無固有之權利，而祇有固有之義務。故法律之目的，即在強制履行其義務，而藉以保持其全體人類之生存。若專從擁護個人權利立法，而放棄人類對於社會之義務，則反乎人類在歷史上生存之事實矣。在原始時代，洪水氾濫，蟲獸橫行，自然界對於人類之生存，給與以極大之威脅，人類起而與自然界鬥爭，始獲得相當之生存，此爲人類負擔社會義務之第一步。及至征服自然以後，強者利用一時之勢力以壓迫弱者，於是人類之生存，又感受種種之威脅，此特多數之弱者又起而與強者鬥爭，以維持其生存

，此爲人類負擔社會義務之第二步。以後社會爲不斷的發展，而人類之生存，卽不斷的受着後來之強者所壓迫，於是人類爲求生存起見，亦不斷的對於社會而負擔其義務。由此觀之，則人類祇有對於社會之義務，而無天賦之權利，已屬顯然矣。然尚有一事須注意者，吾人所謂法律上之權利否定者，並非謂法律絕對不應規定權利。不過在規定權利之中，須以義務爲本位，不當以權利爲本位。換言之，卽法律所應保護之權利，是爲履行社會義務而行使權利之權利，不是爲擴張個人利益而行使權利之權利。一言以蔽之，權利如果不爲社會利益而行使，則其行爲卽非正當之行爲，應絕對不予以保護之。

#### 第四節 法律與道德之一致

法律與道德二者，在一般人之見解，大概以爲各不相同。然其所以認爲不同之標準，則有以下數種。(一)法律爲規律人類外部行爲者，而道德則爲規律人類內部心意者。(二)法律基於國家之意思而生，道德基於個人之確信而生。(三)法律爲論權利之法則，道德爲論義務之法

則。(四)法律以保持國家之生活秩序爲目的，道德以完成個人人格爲目的。(五)法律有強制性，道德無強制性。

一般人對於法律與道德，既認爲有以上之種種不同，故「法律與道德常相矛盾」之語，卽已成爲極流行之通說。並且在言及法律二字時，彷彿法律是具有固有之殘刻性者，言及道德二字時，彷彿道德是具有固有之慈愛性者。因之道德所支配者，不必須爲法律所支配，法律所規定者，不必須與道德相適合。於是而違反道德之行爲，亦不必卽爲違反法律之行爲矣。

然據吾人見解，法律與道德，僅有形式上之區別，卽經過立法形式之社會規範爲法律，未經過立法形式之社會規範爲道德。除此以外，則兩者並無何種不同之點，因之法律之內容，卽不能與道德常相矛盾。茲就上述五種不同之標準，略爲予以辯正，然後再論及法律與道德之必須一致之點。

(一)謂法律爲人類外部行爲之規律，道德爲人類內部心意之規律，此實昧於兩者對於人類所營作用之見解。蓋法律所支配者，雖以外部行爲爲主，然不基於內部心意之行爲，法

律每每置之不問（無意思之行爲不罰），是法律仍然由行爲以追及其心意也。道德所支配者，雖以內部心意爲主，然其所以限制人類之心意，使之不敢存心險惡者，無非冀由此拘束其行爲使趨於正軌耳。既然如此，則兩者所營之作用，其結果顯然歸於一致矣。

(二)謂法律基於國家之意思而生，道德基於個人之確信而生，此種見解，更是不明兩者所從出之原因。蓋法律與道德，俱爲社會上經濟之產物，如何之經濟關係，即產生如何之法律，同時即產生如何之道德，總之皆是人類基於保持其共同生活之意思，而設定之社會規則。雖法律會以國家名義頒布施行，而道德無之，然此僅如吾人以上所述，祇是立法形式有無之區別，而不能因此即認爲兩者所從出之淵源，有一則由於國家意思，一則由於個人確信之不同。

(三)以法律爲規定權利之法則，原是個人主義時代之法律觀念，而不能認爲法律之固有使命，已於前節詳論之矣。人類在社會上，須當履行義務，以共圖生存，此不僅道德上應有如是之要求，而法律上亦應有如是之規定者也。法律與道德，既俱爲規律人類履行社

會義務之法則，故以法律爲論權利，道德爲論義務，而作爲區別法律與道德之標準，實爲不合理之見解。

(四)法律之目的，在維持人類社會實際生活之秩序，道德之目的，亦是如此。所謂法律以維持國家之生活秩序爲目的者，此實由於誤認法律只係規定人類之政治生活，而無關於人類之經濟生活而來。所謂道德以完成個人人格爲目的者，此實由於誤認道德只係個人之模範，而不是社會之規範而來。不知法律不能維持其社會之實際的經濟生活，固然是違背其目的，道德不能完成其社會規範之職責，亦與其目的不合，總而言之，法律與道德，俱爲社會生活之法則也。

(五)法律固然是有強制性，道德亦依然有強關性。不過法律之強制性，從其執行之形式上言之，如軍隊警察法院監獄等等機關，易吾人耳目所易見易聞，道德之強制性，僅有社會上之勢力爲之督促，爲吾人所不易見易聞耳。

就以上論斷觀之，法律與道德，既不能如一般人見解，而有種種之不同，則兩者之應歸一致



，自係當然之理，故現在多數學者，悉主張道德上之要求，應形成爲法律之內容焉。

法律與道德之所以應歸一致者，即因兩者之性質，並無何種顯然之差異，已於前面略述之矣。然爲明瞭道德何以應當成爲法律組織之中心起見，尙有就道德對於人類社會生活之關係，詳加論述之必要。據生物學者言：生物欲生存於世界，須具有保衛同類以蕃殖種族之本能。人爲生物之一，非具有此種本能，即不能生存於社會。此種本能爲何，即人類營共同生活之社會的本能是也。人類愈進化，而此社會的本能即愈發達，如利益社會之犧牲心，擁護社會之義勇心，遵從全體意志之公德者，救濟社會之互助心，以及感知毀譽褒貶之名譽心等，皆爲社會的本能。此等社會的本能，是由人類在共同生活中所必需之社會的要求而來。此等要求，繼續地反覆發生作用，遂成爲人類生活上之習慣，而有限制個人遵守之效力，由此即變化爲社會之道德規範。人類如果未有此種社會本能之道德規範，則人類之共同生活，即無完成之可能。法律原爲適應於人類之共同生活，以規律人類之行爲者，假使內容不與道德合爲一致，試問尙能達到其固有之目的乎？

道德既是人類社會所必需之規範，故社會變化，而道德亦必隨之而變化，換言之，即原有道德不能適合於新社會之共同生活時，而新的道德亦必因之以生。然亦有時因社會經濟生產力之進步，而社會各個人間生活上之利害關係不同，所有道德意識，却生出彼此相反之傾向者。此時在甲方面以爲是道德者，在乙方面則必以爲非道德，在乙方面以爲是道德者，在甲方面又必以爲非道德，結果，總是舊有特權階級之道德，誠占勝，而新道德意識歸於排斥。故社會上之道德，每每不能與社會全體人類之生活要求相適應，而祇成爲擁護一階級利益之道德。柏拉圖『理想國』中所記斯拉雪麥格之言曰：「公道，強者之利益也」，密勒約翰亦曰：「特殊階級存在之國，其道德之大部分，必由於此階級之利益及優勢之感情而生，若斯巴達人之於奴隸，君主之於臣僕，貴族之於平民，男子之於女子，類皆以此而定其道德關係」，此皆認定道德往往不能適應於全體人類之社會生活也。試從歷史上觀之，在封建社會，道德是以尊卑名分爲中心，各依其名分而遵守各人之道，貴族階級應遵守者，則爲『愛民如子』，『視民如傷』，臣民應遵守者，則爲『親上死長』。『忠君報國』。此係名分所定，各有天命，

無論何人，不敢或違。因此，貴族階級，得以養尊處優，恣意橫奪，祇求利己，罔恤他人。而臣民階級，亦唯有時存敬畏之念，俯首帖耳，任其壓迫與豪奪，封建社會，道德之結果，往往如此。在資本主義社會，道德是以自由平等為中心，然其所謂自由平等者，則係建築在財產所有權之上。因此，有財產者，可藉自由平等之美名，以發展一己之財富，無財產者，則絲毫未有自由平等之機會。結果，富者剝削他人勞動之餘潤以自豐，終日優遊，恣意行樂，不能謂為不道德，而貧者終歲勤勞，不得一飽，偶因謀生情切，起而與之反抗，反罹於不道德之惡名矣。

以上係就社會生產力已有發展，而道德不能適合於社會要求者而言。如在社會關係保持原狀之際，原有之道德，對於人類生活，實有偉大之作用，此不問為封建社會道德，或為資本主義社會道德，俱係如此。當此之時，因為道德既能適應於全體人類之社會生活，故人類全體——不論支配階級與被支配階級——都能遵奉此種道德為唯一之道德。但社會一旦發生變化，而道德規範與社會生活之要求，勢必發生矛盾。在此矛盾之中，必然是支配階級需要舊道

德以維持其生活上之特權，被支配階級感覺舊道德已成爲生活上之障礙。於是新的道德意識，即從被支配階級之生活要求中產生出來。然新道德意識雖已產生，而支配階級爲維持其舊道德起見，必然多方阻止其實現，由是兩方相反之道德意識，遂彼此對立，彼此衝突焉。此項衝突之結果，如在被支配階級尚未因舊道德拘束太甚，以致斷絕其生活時，每因不能統一鞏固其戰線，而歸支配階級占着優勝。但被支配階級之生活，如已因舊道德之拘束而絕對不能保持，則最後之勝利，當然屬於被支配階級。

由上所述道德之情形觀之，則道德原有偏頗道德與完全道德之分。所謂完全道德者，即能適合於全體人類共同生活之道德也。本節所謂應與法律一致之道德，即係指此而言。

此外尚有應說明者，吾人所謂法律與道德之一致者，祇認爲一切道德上之要求，皆應成爲法律，並非謂一切法律上之規定，俱屬於已有之道德也。故某一事項，其在尚未形成爲社會道德意識之先，即已被制定爲法律者，往往有之。不過此種法律制定之後，則道德自必隨而承認之，此雖非法律基於道德要求而生，而法律所規定之內容，必然未反乎道德上之精神——

即未反乎人類社會生活之要求，可斷言也。結果，則兩者仍然趨於一致。

最後就現代法律言之，在現代法律之中，所謂「公共秩序，善良風俗」一語，已是屢見而不見矣。此種語句，顯然是一種道德上之用語，從此點言之，似乎現代法律，完全未與道德相矛盾。然仔細加以考察，則與道德不一致之處，實是不一而足。法律中所謂不違背公共秩序善良風俗者，大概是偏於舊的方面，而新的公共秩序與善良風俗（即新道德），則予以注意者尚少。何謂新的公共秩序？即適合於人類全體生活之秩序是也。何謂新的善良風俗？即適合於人類全體生活之風俗是也。此種秩序與風俗，除間有注意者外，實在不曾多觀。關於此種情形，僅從社會上貧民之激增與私的慈善事業之發達觀之，即可瞭然矣。法律不與道德一致，勢必發生所謂「惡法亦法」之結果，因而不守法律，反可成爲道德上之善，遵守法律，反爲觸犯道德上之惡，此實吾人所不取也。

## 第五節 法律之強制性如何

法律爲規律社會生活之法則，原含有命令與禁止之意味，所謂命令，所謂禁止，皆不能離開強制力量者也。故法律之有強制的性質，已爲一般法律學者所公認。那沙拉在彼之『憲法本質論』中云：『憲法維何？憲法是大礮，是刀槍』。憲法爲一國之根本法，所謂大礮，所謂刀槍，俱屬極有力量之強制工具，那氏此種譬語，已將法律強制力之偉大，形容盡致矣。

法律具有強制力固矣。然則強制力究竟發動於何處？則各個學者主張不同。在分析法學派學者，則主張法律之強制力，屬於一國之主權者所具有。其意以爲法律係主權者所制定，一般人民之所以能遵守法律者，係由主權者具有一種強制力量，強制力之組織方式，爲軍隊，警察，法院，監獄等，強制力之實行手段，爲刑罰，懲戒處分，民事上與行政上之強制執行等。在馬克思主義法律學者，則主張法律之強制力，屬於掌握政權之支配階級所具有。其意以爲法律係支配階級對於被支配階級之支配榨取之工具，其所以能維持此種工具使之發生作用者，則以支配階級之強制力爲其後盾，若社會上之階級消滅，則強制力即消滅，強制力消滅，則法律即失其存在。彼等所謂強制力之組織方式與實行手段，亦與分析派所主張者相同。



以上兩派對於強制力之所屬，一則以爲是「主權者」，一則以爲是「支配階級」，雖兩者名稱各別，然其指在政治上具有國家權力者而言，則彼此原無差異。不過分析派之所謂主權者，並非以爲是人民中之某一階級，祇以爲是以一國之代表者而統治全體人民之機關，在民主國家固是如此，即在君主國家亦然（以君主是代表人民者）。至馬克思派之所謂支配階級，自然祇是在人民中占着強者地位之特殊階級，其餘弱者階級，僅有服從法律之義務，換言之，即弱者階級僅是強者階級依據法律以行其支配榨取之對象。因此之故，則法律強制力之所屬，在分析派，則爲超越全體人民之上而代表國家之主權者，在馬克思派，則爲與弱者階級對立而掌握政權之強者階級，余以爲兩者皆非也。茲先將兩派主張之不合理加以說明，然後再述及吾人之見解。

（一）分析派之主權者強制力說，一方昧於人類社會結合之情事，同時又未明瞭主權者之責任。社會係由各個人有機力之聯合所產生之繼續共同生活狀態，在此種有機力之聯合中，遂產生一種強制力量以統一其社會。主權者雖於代表國家時，能運用具有強制力之法

律，但主權者本身，却無一點強制力量。如謂強制力屬於主權者所有，則主權者應當是至尊無上，不受自己之強制力所支配。然在一般國家之中，主權者仍須服從法律，不敢公然違反。故在民主國家，大總統與內閣有違背法律時，應受法律之支配，在君主國家，雖君主不受其支配，然亦有輔弼君主之內閣代負責任。固然在事實上，曾有不少之主權者，恃其政權在握，可以指揮軍警法庭，恣意妄為，以實行其所謂「狄克推多」，而本身置身法外，莫如彼何。然此乃係主權者一時之變態，而非主權者固有之權力。若如分析派所主張，則正是助長此輩主權者之萬惡，而拋棄主權者之責任矣（主權者強制力說，亦有以為民主國家，其強制力，當然可以解為屬於全體人民，但分析派所謂主權者，實偏於實際掌握政權之主治者而言）。

(二)馬克思派之支配階級強制力說，主要的錯誤，是在不承認法律之普及性一點。法律既是社會規範，一方面是由適應人類全體社會生活之需要而生，一方面則對人類全體而發生支配之效力，此即所謂法律平等是也。如謂法律強制力專屬於支配階級所有，而被支

配階級僅是承受強制力支配者，則顯與法律效力所及之事實不符。先就法律規定之內容言之，法律絕不許偏於一階級之利益，曾經屢加說明。並且事實上明白規定祇保護一階級之利益，而抑壓其他階級者，除無產階級專政之國家外，亦未曾見之。法律強制力如爲支配階級所獨有，則法律之規定，自不必顧及人類全體之利益，而專門規定自身階級之利益足矣。然而事實上之所以不能如此者，即因法律強制力，不是屬於支配階級所有，而另有具着此種強制力者在也。再就法律施行之範圍言之，法律亦非對於某一階級單獨施行，而是各階級都須遵行者。例如在刑法方面，無論何人犯罪，悉當受刑罰之制裁，絕未有弱者階級犯罪宜加刑罰，而強者階級可以逍遙法外也。又如在民事方面，無論何人侵害他人權利，俱應予以損害賠償之制裁，絕未有弱者階級有此種不法行爲時，即宜賠償，而強者階級可以不爲賠償也。若是法律強制力，祇是屬於支配階級，即可不必以自己之強制力，而支配自己矣。然其所以不能如此者，亦因強制力非自身階級所有，而另有具着此種強制力者在也。

法律之強制力，既不是爲國家之主權者所有，亦非屬於掌握政權之支配階級，然則具有強制力之主體，究竟屬於誰何？據吾人見解，法律強制力，則屬於全體人類所組織之社會，故學者多以此種強制力，稱之爲社會力。

此種社會力，又可名爲人民之力量。吾人雖不否認政治上之階級性——即強者階級掌握政權，然對於法律之強制力，却不認爲是屬於強者階級，而是屬於全體人民。換言之，即一國之統治者，其所能使法律效力及於社會全體者，皆此人民力量爲之後盾也。雖然擁護法律及執行法律之機關，如軍隊，警察，法院，監獄等，表面上俱操在統治者之手，然而此等機關之組織，並不是一階級意思所形成，而實已注入各階級意思於其中。就現代國家言，普通選舉，已成爲國家組織之原則，此項選舉結果，其占着勝利者，固屬資產階級，而勞動階級，總可有一部分參加國家組織，以代表本階級之意思。因此之故，則由此種國家組織中產生之法律，其強制力不是屬於一階級，而是建立於各種階級（即人民全體）之上，已可明瞭矣。

法律強制力之爲人民力量——社會力，即從法律之堅硬性中，亦可見之。所謂堅硬性者，即

法律之必須遵守以及必須執行是也。法律強制力如果即爲統治階級之力，則統治階級，自可不必爲此種強制力所支配，法律便於本階級者，遵守之可也，執行之可也，否則不遵守，不執行，亦無不可也。然而統治者却始終不敢如此，此即有一種社會力督促強制於其後也。社會力之表現，小則爲輿論之攻擊，使統治者知所警惕，大則爲革命之爆發，以摧毀統治者政治上之生命。以此之故，於是法律即有必須遵守與執行之強制力，而非統治者所得任意左右者也。

## 第六節 法律之保守性與進化性

### 第一 法律之保守性

法律之內容，是就現實社會之共同生活而確定其關係者。某時期之社會生活狀況如何，而法律即適應某時期之狀況而定其關係，至以後之生活狀況如何，現時法律，却不能預先有以顧及之也。然在前面屢言之矣，社會之經濟生產力，原爲不斷的向前發展者，經濟生產力一經

發展，而確定某時期社會生活關係之法律，即已不能與新發展而來之社會生活狀況相適合，在此時期，舊有之法律，對於此種新發展之社會關係，即已偏於保守的方面。然法律如果能於此時伴隨社會之新的發展，即時給與以新的生命，使之適合於新社會之生活狀況，則法律雖屬一時偏於保守，然而總可謂之富有進化性，而無固定的保守性。但法律因有以下所述之情事，却有不能消失其固定的保守性者。

原來社會各階級當利益衝突之際，彼此為調和利益避免衝突起見，於是設定一種法律制度，以規律彼此之行動，使之互不相侵，其所以稱法律為人類社會生活之規範者，即以此也。此時法律所確定之關係，一方是強者階級（支配階級），由法律以保證弱者階級（被支配階級）適當之生存，他方是弱者階級，由法律以承認強者階級相當之權利，由此雙方於社會生產力不生變化期內，彼此均可保持其利益，而法律亦得以盡其保障人類全體共同生活之任務。故封建農奴制度以及自由資本主義制度，在其設定之初期，悉為適合於當時人類共同生活之完善制度，曾於歷史上演其重大之任務也。及至社會生產力逐漸發展以後，法律即與人類之社會



生活，發生矛盾，此時強者階級，可以藉着舊有之法律，以維持其特權，而弱者階級之生存，在法律上，漸漸失去其保障，於是新的法律要求之呼聲，即從弱者階級之中發生出來。但強者階級爲圖永久保存其特權起見，對於此種新的法律之要求，萬不得即時予以允許。但不允許已也，並世尙須於原有法律之外，根據原有法律之精神，增加許多法律之詳細條款（如治安維持法，暴動治罪法之類）以嚴防新法律要求者之觸犯，由是而強者階級之特權，愈成爲神聖化，而法律即具固定的保守性矣。

如斯法律之固定的保守性，大概是由人類之利己慾而來。人類爲求滿足此種利己慾起見，即不得不求鞏固其已有之特權，欲求鞏固其特權，即不得不保守原來之法律制度，使之成爲固定化。此種情事，不但昔時之封建貴族爲然，即近世之資產階級，亦復如此。在封建貴族階級，則冀長期保持其身分特權，由本身以傳於子孫，所謂「萬世一系，永遠尊戴」，即爲彼等之唯一慾望，無論社會情形如何變化，而彼等萬不肯遏止此種慾望而拋棄其特權。在資產階級，則冀長期保持其財產所有權，以便坐享厚利，可以恣意行樂，就社會上一般對於富者呼

爲「守財奴」一語細玩之，即可推知資產階級之不肯輕易放棄其財產權矣。因此之故，彼等對於現時擁護其特殊權利之法律，當然要使之立於固定的保守之地位，而強迫新法律要求者服從於傳統的法制之下而不敢加以侵犯。封建制度與資本制度之法律，其所以各在歷史上有較長之生命者，皆此固定的保守性有以使之然也。

## 第二 法律之進化性

在強者階級極力鞏固法律保守性以冀維持其特權之際，弱者階級之新的法律要求，並不能因強者階級之壓迫而停止，並且社會愈進步，而此種要求即愈趨激昂。蓋以經濟生產力日有發展，而法律如仍固定不變，則法律已成爲剝奪人類生活之具，此時強者階級慮及自身之特權瀕於危險，雖有抵抗新要求之必要，而弱者階級因迫於生活上之實際需要，亦即不得不更進一步而爲最激烈之要求。新的法律要求如已達到此一階段，則弱者階級之勢力，即愈加偉大，其戰線，亦愈臻統一。此即因各個人俱已感覺生活之無着，勢不得不羣起響應，不得不向着同一目標而進行也。

弱者階級之勢力既如斯其偉大矣，戰線既如斯其統一矣，在強者階級，自然亦須準備自己之勢力，與之作相當之抵抗。但新舊勢力互相鬥爭之間，其結果，必然是居於下列兩者之一。

(一)強者階級承認新法律要求 兩方鬥爭之結果，強者階級感於弱者階級勢力之不可侮，而自己無法鎮壓，於是對於新的法律要求，不得不表示一種讓步，允就舊有之法律，予以適當之改訂。弱者階級亦因要求之目的已達，不欲再為過甚之犧牲，亦即承認此種辦法，而與之為和平解決焉。

(二)弱者階級奪取政權後自訂新法律 弱者階級與強者階級鬥爭之際，強者階級既不肯稍事退讓，亦復無力抵抗之。弱者階級鼓其決死之奮勇，即將舊政府推翻，而自己奪取政權在手。於是適應新的社會生活之需要，而創訂一種新的法律。所有舊的法律，除與新的社會生活不相抵觸外，即一律失其效力。

以上兩種情形，一是出於和平妥協，一是出於革命爭取，前者雙方犧牲較少，後者雙方犧牲極巨，苟非萬不得已，自以和平方法為妥當。然就歷史上觀之，採取和平方法者，固然有之

(如英國之所謂榮譽革命，即是和平方法)，而採取革命手段者，實居多數也。

總而言之，此種法律改廢之過程，不問是由於和平方法，抑不問是由於革命手段，然其爲由舊法律時期而進化到新法律時期也則一。就此點言之，是法律又具有一種進化性也。因此，吾人可以再總括一句：法律在能維持舊社會關係，而爲舊勢力所重視之處，則具有保守性，法律在能妨礙新社會關係，而爲新勢力所排斥之處，則具有進化性，於是法律即一方具有保守性，同時復具有進化性焉。

## 第七節 裁判上立法之正當

自三權分立之學說爲各國所採用以後，所有立法，司法，行政三部分之事務，均各分設機關，獨立掌管，由是立法機關，專管立法，司法機關，專管司法，行政機關，專管行政，各有權限，勿許互相侵越，已成爲一種不易之原則。基於此種原則，於是屬於司法機關之裁判官，即祇能以機械的適用法律，爲唯一之任務，不能爲法規以外之判決而蹈立法之嫌。甘特羅

維在其所著之「法律學及社會學」中有言：「裁判所彷彿似一個機械人形，唯有從上孔插入事實，由下孔抽出判決」，此正將裁判官之不能自營立法之情況形容盡至矣。

然而所謂三權分立者，祇可謂爲是一種政治上之事務的分工，而彼此之間，仍應互相補助，方能使增進社會福利之國家政務，得到圓滿之結果。若以爲三權真正完全獨立，彼此絕不相關，不惟現在立憲各國，未有此種現象，而事實上，亦將不能適應社會上之需要。尤其在司法方面，如果祇許裁判官機械的適用法律，而無補充法律之權能，則遇有法律全無規定，或規定不全之時，即將感受莫大之困難。蓋以社會情形，千差萬別，法律萬不能一一包羅之，人事變化，無時或息，法律亦不能預爲規定之，所謂「法規無缺陷」者，原屬不可期之事。裁判官於此，既無法規可資引用，復不能因無規定而拒絕判決，然則將如之何而後可？此多數社會法律學者，所以有「自由法說」之主張也。

所謂「自由法說」者，即主張裁判官不依向來之論理的定型以解釋法律，而立於自由的見解以解釋法律之學說也。換言之，即主張裁判官於法律不能應用時，有立法的補充法律能力之學

說也。在向來裁判官之職權，於機械的適用法律之中，對於法律不明白時，亦可加以一種解釋。然其解釋之範圍，僅在探求立法者之意旨，以析明其疑義而止，絕非按照社會進化之情形，而為適合實際人類生活之補充法律的解釋，此與自由法學者之所謂自由解釋法律，其意義各不相侔，前者裁判官不能違背法律原有之真義，此則裁判官可以自由變更法律，以適應於裁判時之社會生活狀況也。

在一般學者見解，大概俱以為裁判官祇有適用法律之職務，而無變更法律之權能，祇能析明法律『是如何』，不能主張法律『應當是如何』，所有法律之良惡，裁判官可以毋須過問，即為惡法，亦當據法以為裁判，萬不能藉口法律應當如何。而以自由意志為裁判之根據。如果如此，即是忽視法律之尊嚴，蹂躪法律之確實性矣。然吾人對於此種見解，殊不謂然，其理由如下：

(一) 裁判官自由變更法律，吾人祇能認為法律之意義上——即其實際運用上——的一種變遷（更妥當言之，可云是一種進化），不能認為有損法律本身之尊嚴。法律既已成爲法律



，吾人本應尊重，但法律之所以應尊重者，不在法律之意義永久固定，而在法律之運用，能適合法律基礎（經濟生產力發展）之變遷，以使社會進化，圓滿運行。

（二）所謂法律之確實性者，並非謂某種同一事項，須常常在法律上得到同一之解決也。社會上每有同一關係之某事情，在某時代應為如此解決，而在他時代又應為如彼解決，始能維持其公平者。故法律之確實，不在以同一事項，嵌入於杓子定型之中，而在使法律上常常達到公平解決之結果，此又吾人不能認裁判官自由變更法律為蹂躪法律之確實性也。

再從歷史上觀之，由裁判官製作法律，原不是一件奇事，此即所謂「裁判官法」是也。昔時國家無立法機關，所有獨立立法之事，絕少見之，遇有人民之訟爭，類皆由裁判官據情判斷，以資解決。此種判決之原則，通常能引起一般人民之注意，一有同樣事件發生，每每要求裁判官按此原則以判決之，因此，而裁判官此種判決原則（即判例），遂形成為一種法規矣。故法規多非立法機關之制定法，而祇是一種「裁判官法」。遠者不必論，即就英美文明國家而言

，其為法律之主要構成部分的普通法，亦不過是蒐集許多之判決錄而已。

總之社會關係，變化萬端，既有新的社會關係，即有新的利益對立，既有新的利益對立，即有新的訟爭發生，而此種新的訟爭，其要求有一種新的判決或新的法規也必矣。然而依立法機關之制定法，以適應此種要求，不但因立法手續較繁，於臨時發生之訟爭，不能立刻有制定法以適應之，並且往往有非經過幾次激烈之要求，亦不能有此項法律之制定者。惟有允許裁判官有隨時補充法律之權能，則遇有新的訟爭發生，可以隨時解決，可以隨時適應其要求，此吾人所以認裁判上之立法為正當也。現在世界各國，尙少此種裁判官立法之例，惟瑞士民法第一條之規定，彷彿近是。其規定云：

「關於文字上或解釋上，凡本法已有規定之法律問題，皆適用本法。」

未經本法規定時，裁判官得依據慣習法，如慣習法亦不存在時，裁判官得自為立法者，依照可以設定為法規之情形而裁判之。

前項情形，裁判官得準據確定之學說「先例」。

## 第五章 社會之進化與法律

### 第一節 社會進化之原理

社會現象，今昔各不相同，此種不同之事實，即為社會進化之表現。然則社會究何由而進化？吾人必須首先了解社會構造之情形，然後方得明瞭社會進化之原理。

社會之構造，亦如其他建築物之構造然。有基礎，有上層建築。據社會學者云：經濟組織，是社會構造之基礎，法律，政治，道德，宗教，藝術，哲學等，是社會構造之上層建築。社會構造情形既然如此，故屬於基礎之經濟組織，即成為社會進化之樞紐。經濟組織一有變動，其餘一切社會現象，如法律，政治，道德，宗教，藝術，哲學等，亦即隨之而變動，於是乃形成社會之進化。

所謂經濟組織者，即人類在社會上經營生活之物質的生活關係也。此種物質生活之中，以生

產生活之必需資料(衣食住)爲主要，而此種必需資料之生產，又恆爲生產力所決定。生產力一有變更，而生產生活資料之生產方法，即隨同變化，生產方法變化，於是經濟組織，亦即不得不同時變化，此爲社會進化之第一段。經濟組織變化矣，而舊的法律，政治等上層建築，已不能適合於新的經濟基礎，亦必隨同經濟組織而發生變動，此爲社會進化之第二段。於是社會進化之原動力，又不得不歸之於物質的生產力矣。因此，一個社會組織，到生產力發達之時爲止，如果舊的生產力尚有餘裕，則此種社會，決不歸於沒落，而新的較高之生產關係，如果當物質的生存條件，尙未完全孵化於舊社會胎內時，亦決不到來。

物質的生產力，爲推動社會進化之原動力固矣。然而此種觀察，並非完全否認人類行爲，在社會進化過程中所盡之任務，如果如此，即是陷於宿命論之謬誤。社會原爲人類之有機的組織體，即所謂人爲界是也。人爲界與自然界不同，自然界之進化，純粹委之於自然，而人爲界(社會)之進化，則不能離開人爲之努力。故人類自身之歷史，仍須人類自身創造之，所有各個人之有意識的有目的活動，俱爲創造自身之歷史而活動也。

不過人類歷史，固然是由人類自身創造之。但此種創造，並不是由人類隨心所欲的可以想像而來者，必也社會之物質條件已經存在，始反映於人類意識之中而被創造出來。故人類往往祇能提出在事實上可以解決之問題以求解決，如果離開周圍環境，而自己憑空玄想如何，則終歸是一種空想，而不易見諸實行者也。

總而言之，社會是不斷的在進化過程之中者，舊的社會消滅，新的社會即發生，發生以後，又由發達以至於消滅，而再有更新的社會發生，如此循環不絕，即為社會之進化。其進化之原動力為生產力，同時通過於人類之腦海而被實現出來，即為社會進化之原理。

本書是從事於法律之研究者，唯因法律現象，為社會現象之一，故欲知法律進化之原理，即應首先明瞭社會進化之原理。社會進化之原理既明，而法律進化之原理亦即自明矣。法律進化之原理，從上面所述社會進化之原理觀之，即可知法律是屬於社會之上層建築者，社會之經濟基礎一有變動，則法律之上層建築，亦即感受影響而發生變動。然法律有時亦可影響於經濟，或者因保護之設定而促其發展，或者因限制之嚴厲而為其桎梏。關於此種經濟影響法

律，以及法律影響經濟之交互的作用，曾在本書各處，常常言及，茲可不再詳述，以下試就各時代之社會組織與法律論述之。

## 第二節 原始社會與法律

所謂原始社會者，係指人類尚無國家組織之氏族社會而言也。人類從樹上生活進而營地上生活以後，因共同生活上之必要，漸漸形成爲氏族社會之組織。氏族之組織，是以有血緣關係者相結合而成。最初之氏族，其系統是以女性爲本位，純由一個女性祖先所屬之子女及其子孫之子女所組織。以後以男性爲本位時，其組織，則屬於一個男性祖先所屬之子女及其子孫之子女矣。

每一氏族之各個人，既然俱爲同一單位祖先之子孫，故彼等對於氏族團體，俱能忠實擁護，而其團體亦極堅固，一族有事，則全族人員共赴之，所有移轉住所，狩獵，戰爭，耕作等，俱是全員共同行動。當時之生產方法，或爲狩獵，或爲漁捕，或爲耙耕，或爲游牧，各因其



所居之地帶而不同。彼等爲保存自己之生活資料，卽爲保存天然果實與鳥獸魚類，以及放在森林中豚羣等起見，各在自己氏族領界之四周，設定界址，不許其他氏族內之人越界採取。如有侵越其領地者，則被侵越者與侵越者各氏族之間，卽不免有一場戰爭發生。

氏族社會組織之關係卽如是密切，而生產關係復如是其簡單，因之爲維持社會共同生活之秩序起見，卽毋須倚賴一種強制效力最大之法律，僅有一種單純規則，卽爲已足，故法律之爲物，乃社會進化至國家成立後而始有者，在未有所謂法律也。氏族社會共同生活之規則，極其公平，能與社會全體人員之利益相適合，絕無擁護少數人利益侵害多數人利益之事。茲特舉出兩種最主要之規則說明於下。

### 第一 財產共有制

每一氏族之內，所有一切財產，完全屬於公有，而個人私有財產之事，絕對無之，此不但關於獵場，牧場，以及農業耕地等爲然，卽如個人使用之弓矢梭標與裝飾品等，最容易成爲個人私有物者，亦是狠迅速的彼此轉輾使用。在此種共有制之下，全體人員，一律完全平等，

除老年人可以特受尊奉外，無論何人，俱不能主張自己之優越權。是以雖有性能卓越（如勇氣，聰明，忍饑，耐勞等）之人，於狩獵時被舉為指揮者，戰爭時被舉為總司令者，然獵能戰終以後，仍與平常人無異。此時平等之表現，（一）為生產上之共同勞動，（二）為分配上之共同享受。茲為分別言之。

（一）氏族社會之全員，均在其所屬領地之內，共同狩獵，共同漁捕，共同耕作，不但彼此無勞逸之殊，而職業上亦無所謂分工。其有不同者，惟於男女兩性之間，因其身體之機能各別，始彼此異其職掌。此時男女間之分工，大概是男子從事於狩獵，畜牧，耕作等，以獲取主要的生活資料，而氏族間之戰爭，亦為男子之專職。女子則從事於撫育兒童，保管食糧並準備每日之食物，而食物之分配，以及衣物與家內小用具之製造，亦多歸女子擔任之，不過以農業為生活基礎之氏族，其女子亦有輔助男子而經營農業者。

（二）氏族社會所有食物及戰利品，均在極平等的平等主義之下而實行其分配。此項平等分配，在彼等之意，則以為是唯一無二之分配方法，此外即亦無從再想出別種方法來。柏

拉圖弟子彭達士關於杜巴亞人共產饗宴記述有云：「在男子共同會食之時，各人俱獲得平等分配，惟長老會議議員之執政官爲例外，彼能分得四份，一份是以市民資格而獲得，一份是以總理會食堂資格而獲得，其餘兩份，是以照料會食堂資格而獲得（恐係爲會食堂用人所得，非長老本人所得）。會食堂各食桌，均在一個主婦監督之下，而負擔分配食物於會食者之責」。即此，可以推知氏族社會對於食物分配之平等精神矣。

由此種食物分配之平等精神，更推及於食物所從出之土地分配方面。土地爲全體氏族公有，前已述及，但氏族之內，尚有各家，是以公有之土地，亦必須舉行公平分配，以使各家族各自分別使用收益。此種分配之土地，有於每年收穫後歸還公家而重行分配者（此在尼羅河兩岸土地，因每年河水氾濫，洗去標界，故有一年一分配之必要），有定期若干年歸還公家而重行分配者，有於承分土地之家人死亡後，再行歸還公家者。當時並未有丈量長短之丈尺，亦未有計算畝數之算學，而所賴以表示分配公平者，即是在同一時間內用同一竹竿丈量所得之土地，作爲各家族應得之土地。各家族亦以爲依此方法，

即是最公平無比之方法，因為各家族所得者，均是一個等長直線所包容之份額也。此種等長直線，在當時人之眼中，則以為是表現公平之最可寶貴者，用此直線分配之，則於各人平等主義之精神相安，否則不能使彼等此種精神得到滿足之感想也。惟此種分配方法，間亦有惹起爭論者，為想防止此種爭論起見，又發明一個抽籤之分配方法，於是直線所劃分之土地，復經過一次抽籤，始成為各個人所得之份額焉。

## 第二 復仇制

原始社會之人類，因當時尚無國家組織，不能倚賴公力以保護本身之利益，即不得不藉私力以自衛。此種自衛作用，乃是人類保存自己之一種本能。當其受外界襲擊時，此種自衛之本能，必然於不知不覺之中，感覺其刺戟而發生作用，如兒童及野蠻人為無機物所觸撞而受傷時，彼等必就無機物加以打罵，方能甘心，此即自衛本能之無意識的作用。其自衛作用之最主要者，即為復仇。復仇云者，即被害者或其親族，對於加害者或其親族，施以與所加損害相當之報復也。此種復仇舉動，最適合於當時人類之平等精神，以為作惡者，予以惡報，原

爲極其平等之辦法。故復仇之舉，遂被當時社會稱爲美德，而公認此制度爲維持社會秩序之法則焉。

原始社會人復仇心之熱烈，有非文明人所能想像及之者。彼等在報仇目的尙未達到時，真是忿火中燒，日夜不安，一日不達到目的，卽一日不得熄滅其忿火。縱令本身一旦死亡，亦須將其仇恨傳於其子孫，並且尙有許多人自恨不能復仇而出於自殺者。彼等爲刺戟其復仇心起見，常常將被殺者之血衣，或其他物體，放在自己視線之內，以便有機會時卽行動手。彼等在復仇時，祇要可以追捕殺人者而殺之，雖越山過海，亦不辭勞，蓋以彼等認復仇爲神聖之義務，再未有較之此種義務更加重要者在也。

當時之復仇制度，是團體的復仇，而不是個人的復仇。因爲原始社會，是以血族團體爲組織單位，如有對於團體內之個人加以損害者，卽認爲與加害團體無異，故基於自衛本能之一種復仇，亦卽不得不成爲團體行動。惟其復仇是一種團體行動，於是絕對不能離開氏族而生存之各個人，對於此種復仇之義務，卽有不得不表現極熱烈之情緒者。

被害者方面之對於復仇，既是以一個族員之損害，認為氏族全體之損害，於是加害者方面，亦即要以一個族員所犯之罪，而由全體氏族負連帶責任。因此，復仇之對象，即不必限於加害者本己一人，而對於加害者之氏族中任何個人，都可行其復仇。此被復仇之氏族全體，如果袒護犯人或族員，即釀成。兩氏族間之戰爭。故當一族員殺人以後，尤其是殺人犯逃走以後，同一氏族之一般人等，都是表現異常驚愕狀況。蓋以他人犯罪，仍與自己犯罪無異，將危及氏族全體之安全也。由於此種危險，有時損及氏族全員團結一致之感情，而由氏族將應當負責之族員，引渡於被害者之氏族，聽其處置。

嗣後團體範圍，次第擴大，每有數個氏族團體，互相結合（由數個氏族結合，謂之胞族，再由胞族互相結合，謂之部族），以從事於社會之共同生活者。因之此種復仇制度，不免妨礙團體之繁殖，影響團體之治安。於是限制復仇之事，漸漸發生，其所受限制事項，大略如左。

（一）復仇之程度 對於加害者復仇之程度，以加害者施於被害者之同等損害為止。如以生



命償生命，以眼償眼，以齒償齒，以手足償手足，以焚燒償焚燒之類是也。

(二)復仇者及被復仇者之範圍 元來全體氏族對於族員一人之受害，各個人俱有復仇之權，並且加害者之氏族全體，人人均須負連帶責任。然以後有權復仇者及應負犯罪之責者，俱已受其限制。此種限制，大概復仇者，是以被害者及其五等親內之親族爲限，被復仇者，亦以加害者及其五等親內之親族爲限。

(三)復仇之期間 設定一個復仇相當之期間，在期間內者，則准許復仇，否則不准。

(四)禁止再復仇 已復仇者不得再行復仇。

(五)設置「避難市」 凡非故意殺人者，得逃往「避難市」內，避免復仇。否則不許藏在市內，即由該市之長老或會衆查明白後，交付於復仇者。

以上對於復仇之事，雖有種種之限制，然復仇爲社會公認之制度，則與從前尚無二致。並且有許多地方，復專設法庭以管理復仇事件，其任務，即在替復仇者逮捕犯人，以引渡於被害者及其家屬。

迨至氏族社會之末期，人類對於復仇之熱度，已逐漸低減，復仇心已漸爲財產慾所代替，於是賠償制度，代之而起。當其始也，復仇與賠償，尙得二者兼行，被害者方面，有願受賠償者，亦有不願賠償而仍然復仇者。以後私有財產，日益浸潤到人類想念之中，人類已不要求血而專要求財，賠償制度，遂成爲處治犯罪者之唯一方法矣。惟加害者不履行賠償時，仍須復仇耳。

此時賠償之執行，大概屬之於常設之官廳，已不如從前之復仇，專倚賴私力而不受公力之干涉矣。惟決定賠償額之多寡，最初尙委之於被害者方面，以後因其每每要求過度，事實上不易執行，始由官廳就其犯罪之重輕（或害生命，或傷身體，或毀名譽等）預先一一規定出來。其償金之支付者，爲犯罪者之家族，領受者，爲被害者之家族。被害者家族領受償金時，則依血族關係之親疏，比例分配之。

賠償制度施行以後，不但對於犯罪者斷付償金已也，並且於償金之外，尙須課以罰金。償金仍歸被害者家族領受，而罰金則歸之於公家，此已將由氏族社會而漸進於備具國家形式之新

社會矣。

復仇觀念，本是原始社會人類平等精神之表現。至賠償制度確立以後，犯罪者無論為殺人或傷人，一出物品或金錢，即可贖身，已使復仇主義之初期的作用，消滅淨盡，至國家成立後之刑罰，更與復仇主義之平等精神，相去甚遠矣。

### 第三節 古代社會與法律

古代社會，是由氏族社會遞嬗而來，因物質的生產力之發達，氏族社會之組織，已不能適應社會之要求，於是乃有古代社會之發生。古代社會，是以地緣為基礎而具有國家形態之社會也。在氏族社會之末期，生產工具，逐漸改良，農業工業，均有顯著之進步，社會關係，乃日趨於複雜，從前僅局限於氏族範圍內，以營人類之共同生活者，至此已不得不擴張範圍。於是由若干氏族結合而為一胞族，又由若干胞族結合而為一部族，再聯合若干部族而為一民族。例如古代羅馬，即是由十個氏族形成為胞族，由十個胞族形成為部族，再由三個部族形

成爲羅馬民族者也。

氏族社會之組織，專以血緣爲基礎，如果有人一旦脫離血緣關係，即不能生存於社會，（被氏族驅逐者，即得不到生命之保護）。但至漸漸形成爲民族後，人口既已增多，往來又復頻繁，因新都市之發達，多有離開氏族而蟄集於都會者，久而久之，即失其氏族之籍貫。此外復有在戰爭時俘虜而來者，更有從不屬於民族之氏族外遷居而來者。以此種種原因，所有在一個民族統治下之人民，已多非氏族之組成員，而多爲無所屬之個人矣。既然如此，於是社會組織之單位，即不能以難以範圍一切人民之血緣爲基礎，而應以地緣爲其基礎。所謂以地緣爲基礎者，即由土地之境界而區分爲市鎮或區，再由市鎮或區而集成爲郡或州，更由郡或州而集成爲一個總體，此即備具國家組織之雛形矣。

當此時也，人類爲營共同生活之大團結，既有以地緣爲基礎之必要，同時私有財產觀念，日益發達，於是階級對立，漸趨尖銳，社會秩序，時生紛擾，強者階級爲救濟此種紛擾起見，乃創立國家統治機關，制定法律，一面維持本身階級之特權，一面保護弱者階級之生存，由

是古代社會（具備國家形態之社會）之組織，於茲形成。

形成國家之主要原因，即為私有財產觀念之發達，已如上述。然則私有財產觀念所以發達之故，究在何處？原來自生產工具改良以後，業已開闢為向來所無之財富源泉，各個人從勞動所獲之生產量，大非昔比，從前每人一日所獲，僅足供一日之消費，有時甚且不足。現在一日所獲者，除供一日之消費外，復有剩餘可以蓄積。在此種可以蓄積剩餘之中，已足誘起人類重視私有財產之觀念。同時因社會人口增加，經濟關係日趨複雜，不但直接生產者有分工之必要，而生產職務與政治組織之職務，事實上亦不得不彼此分離，致使組織者（團體首領）在團體內部，又能利用特殊地位，而私有共同團體之財富一部。以此之故，私有財產觀念，已映入於人類之腦海中而牢不可破矣。

私有財產觀念之發達，由於剩餘之生產及社會之分工固矣。然則基於此種觀念之發達，又何以能促成階級之對立？原來人類之私有觀念，既已發達，則如何可以增殖自己之財富，即已成爲人類唯一之企圖。如前所述，一人之生產，既有剩餘，則企圖增殖財富者，即不得不從

掠奪此種剩餘着手，於是乃產生掠奪階級及被掠奪階級。在當時之掠奪階級，即是貴族，被掠奪階級，即是奴隸。此外尚有居於貴族與奴隸之間的平民階級，彼一方對於貴族繳納重稅，爲被掠奪者，同時又能蓄養奴隸以從事於生產，復爲掠奪者。社會上既有此種各不相同之階級，則因其利害之衝突，而形成爲尖銳的階級對立。

依上所述，私有財產觀念發達以後，而階級對立之所以形成，已可瞭然矣。在此階級對立尖銳化之際，掠奪階級如果全用武力來壓迫，以冀長保其支配之特權，則精力財力，耗費過鉅，已屬非計之得。且被掠奪階級亦非全無抵抗力者，長此相持，則勝負誰屬，亦未可必。因此，掠奪階級爲避免利害衝突，和緩階級對立計，所以不得不有國家機關之組織，一面維持自己之特權，一面保護被掠奪階級之利益也。

在前節曾言之矣，氏族社會，雖有社會生活之簡單規則，却不能謂之法律，法律是隨國家之發生而發生者也。本節所述之古代社會，既是已有國家組織之社會，則法律亦即肇端於此時矣。以下專就古代社會之法律言之。



在法律史上占有極大之權威者，首推古代社會之羅馬法，近代法律，由一切意義觀之，實可謂爲羅馬法之延長也。因此之故，則論述古代社會法律時，祇就古代羅馬之法律加以論究，即可窺知古代社會法律之大概矣。

羅馬建國之初，國內階級，分爲三種，（一）貴族，（二）平民，（三）奴隸。貴族階級，多屬於氏族社會時代之元老院議員，執政官，司法官，高級營造司以及彼等之一切子孫。平民階級，即是羅馬之一切市民。奴隸階級，多爲戰時所獲之俘虜（從前人類勞動不能產生剩餘價值時，所俘虜者即完全殺戮之，以後因可供生產之用，始蓄爲奴隸）。據當時羅馬第六代酋長塞維阿，塔尼阿所立之法觀之，極端重視私有財產，即以財產多寡爲標準，而分人民爲六個階級，有驢馬十萬頭以上者，爲第一階級，七萬五千頭以上者，爲第二階級，五萬頭以上者，爲第三階級，二萬五千頭以上者，爲第四階級，一萬一千頭以上者，爲第五階級，其餘爲第六階級。此六個階級，固然都可在政治上享有公權，但政治上之支配權，却被掌握在第一階級之手。屬於此第一階級者非他，恰是貴族階級及騎士團，再加入極少數之最富裕市民而

已。至於奴隸階級，則爲當時經濟組織之中心，不但貴族階級以奴隸爲其掠奪之對象，即平民階級，亦是如此。故當時在法律方面，亦即不得不以維持掠奪對象之存在爲目的，而予以相當之保護。其保護之方法，不僅由主人保障其生存，並且尙須防止他人之侵害，如有財產時，亦當設法保護之。因之奴隸階級，固然須於主人權力支配之下，盡其忠勤之義務，而主人在法律所設定的保護關係之下，亦須盡其保護之義務矣。

以上所謂法律重視私有財產者，及僅就土地以外之財產而言。至於土地一項，在法律上，則多不屬於個人所有，而屬於羅馬國家所有——即土地國有。然而政治上之支配權，既均操在貴族階級之手，則此等國有土地，自然是爲貴族所獨占，而事實上由貴族取得其所有權。因此，貴族即是地主，一般平民，僅少數者有其土地，大多數是以極高租額向貴族租借土地而耕作之，由是平民常常在貴族壓迫掠奪之下，而渡其極貧苦之生涯。不寧惟是，當時羅馬因擴張疆土，對外戰爭頻仍，所有平民，類皆驅之戰場。一旦戰罷歸來，則耕地荒蕪，謀生更艱，彼等爲解決目前衣食計，又須以極高利率向貴族借貸。到期不償，則身體，自由，悉歸債

權者所有，或沉於水，或賣爲奴，貴族可以任意處分之。此又古代社會在法律上於承認奴隸制度外之另一特徵也。

以此之故，一般平民，實已不堪貴族之壓迫，於是兩階級之間，即發生劇烈之鬥爭，雙方對峙許久，貴族乃表示讓步，允許平民於自己階級之中，選任二人爲護民官，其意即爲保護平民而專設之官職也。但護民官之設置，雖一面可以防止貴族階級權力之濫用，一方可以保護平民階級之利益，然而在法律上予以積極的利益者尙鮮，而貴族之土地獨占如故也，債權者之殘忍刻薄如故也。並且此時之法律形式，仍是一種祕密法，或者全憑貴族之記憶力，或者基於祕密文書之保存，因之在適用上，往往不免流於專恣與偏頗，結果祇是利於貴族而不利於平民。於是成文法典之編制，又成爲平民當時最熱烈之要求。其後經過長期之鬥爭，始有『十二銅表法』之頒布，此即後世所稱爲羅馬法也。

十二銅表法公布以後，雖然因貴族對於土地獨占，不肯輕於讓步，而平民未能享有國有地之分配。但法律由祕密變爲公開，已使從前屬於貴族私有之法律，現在變爲萬人共有，此於平

民利益之保護，多少可以獲得較大之效果。特別是在十二銅表法之中，關於債權債務之規定，比較以前爲和平，從前一到償還日期不能償還即可拘禁其人者，現在已規定有三十日之預期間矣，從前拘禁未有限制，且不必給生活料者，現在已規定拘禁不得過六十日，且每日須給與以一磅麵包矣。至於因十二銅表法之公布，而平民之權利，在各種方面漸見發展，貴族之專橫，亦漸見衰減，此亦古代羅馬史中之顯著事實也。

如前所述，近代法律，原爲羅馬法之延長。然而羅馬法何以得有此種權威？何以能如此繁昌？現在既已論及羅馬法，即須就此種原因略述之。

(一) 因羅馬法是確立私有財產權之法律。據一般人見解，社會之財富，必須由私有財產權之確立，而後可以增加，可以蓄積。蓋以利己心原爲人類所難免，人類之所以不辭勞瘁，努力於經濟活動者，多爲此種利己心所驅使。如果對於努力而來之財產，不爲充分之保護，使之成爲私有。則人類除尋求每日生活之必要品外，又何必再爲過額之企圖。如此，則社會財富，必無增加，必無蓄積。惟有確立私有財產權之制度，則於擁護人類利

己心之中，即可增加並蓄積社會之財富。自近世工商業逐漸發達以後，個人權利觀念，更已增長人類利己心之發達，俱以爲欲增進社會之福利，必須使個人所有權具有絕對不可侵性而後可。羅馬法之規定，既是在確立此種私有財產權原則之下，故其權威，足以影響於近代法律不小。

(二)因羅馬法是規定契約自由之法律。據一般人見解，社會之財產，必須彼此交換，有無相通，而後可以盡其利用之能事。所謂契約自由者，卽由各個人彼此協議，自由交易之謂也。在商業上之交易自由，則可使生產物在流通行程之中，一方面滿足社會之需要，一方面增加個人之利潤。在工業上之交易自由，則可使勞動力在流通行程之中（資本家將勞動亦視爲商品），一方面解決勞動者之生活，一方面增加社會之生產。如果限制此種自由，不但於個人不利，而於社會亦有影響。在工商業臻於繁盛之近代，此種契約自由之原則，正合乎一般人之思想，此又羅馬法足以影響於近代法律之又一原因也。

羅馬法所以影響於近代法律之原因，已說明於前矣。然而古代社會之經濟組織，爲奴隸制度

，近代社會之經濟組織，爲資本主義制度，兩者經濟組織既不相同，何以在法律上可以彼此相通？此亦不得不稍加辯明者也，吾人所謂近代法律爲羅馬法之延長者，係指其精神而言，非所以語內容也。羅馬法確立私有財產權之旨趣，係以擁護貴族之土地私有爲主。因當時國有土地，均被貴族據爲私有，並且因征服國外民族，亦獲得不少農地，爲確定其土地所有權以免他人覬覦起見，故以法律承認私有財產之正當。近代法律中之私有財產權，精神雖同，而內容則異，其主要者，則係工商業之資本及其利潤。此種財產權之不可侵，最初係限制專制君主之掠奪（掠奪方式，主要的是橫征暴斂），其次則係對抗無產者之覬覦。至於契約自由，從商業上言之，羅馬法則係保護羅馬商人在征服之殖民地從事貿易，特別是販賣奴隸，近代法律，則專係保護資本家在世界市場上之自由競爭。從工業上言之，羅馬從事於工業勞動者則爲奴隸，主人對於奴隸除供給其衣食外，即可將其生產物收爲己有，不必另給工費，如不需要時，即可自由解僱（主人一方之自由），近代勞動者，係自由勞動者，與奴隸之不由者不同，勞力之願買與否，固係資本家之自由，而勞力之願賣與否，亦係勞動者之自由，



(雙方之自由)，此近代契約自由之內容，亦無羅馬時代不同也。

#### 第四節 封建社會與法律

在西歐方面，羅馬帝國滅亡後，在其廢墟之上而興起者，即是封建制度社會。「封建」二字，其意即是對於一切有戰功者或其他重要人員，暫時或永遠給予采邑之謂。采邑之主人，即爲封建諸侯，采邑之土地，即爲封土。封建諸侯對於封主，具有一種「附庸」關係，封主出征時，須供給兵卒，參贊戎機，平時又須完納種種貢稅。諸侯對於自己領地以內，有獨立支配之權，不受封主之干涉。在西歐封建制度興盛時代，封建關係，有極嚴密之等級，首爲王，末爲下僕及扈從，中間則有公侯伯等爵。封主賜封時，不但給以土地，並且給與對於人民之一切行政，司法，征稅等權利。

在封建社會初期，亦有許多尚無附庸關係之地主，彼等所有土地，完全自由，與封建土地不同，此即名之爲自由地。但封建制度，日漸發展，自由地之地主，漸見孤立，於是投於大諸

侯保護之下，將自己之土地，交於諸侯，再從諸侯分得一塊采邑，而受諸侯之支配，結果，西歐之自由地遂漸漸絕跡矣。法國當時諺語有云：「沒有無封主之土地」，即此，可以想見封建社會對於土地觀念之一斑。

封建制度之特點，即是社會連繫，非常薄弱，易於分散。諸侯對於封主，雖有附庸關係，但於彼苟有利益，則不惜脫離此一封主，而投降於彼一封主。並且諸侯之間，易生戰爭，戰爭即為封建諸侯之主要職業。而彼等戰爭目的，亦不盡在自衛，有時祇在搶奪鄰邦地盤，甚且有時祇在消洩其戰爭慾以表揚自己之武力而已。諸侯為保衛自己疆域，免受外人侵犯起見，在通衢大道上，建立城廓，以事防禦，久而久之，此項城廓，即形成為商業市場。

封建諸侯之土地，分為兩部，一部是自己之府邸及田地林園牧場等，一部是大塊小片散於各處之農耕地，前者佔小部分，專供自己安居娛樂之用，後者佔大部分，則租於農民耕種，而自己從農民徵收租穀。農民使用此等土地，儼如獨立之田主，祇須交納一定之穀租或役工，即可無事。役工種類甚多，大概除每星期以二天或三天在地主田內作工外，尚有疏通水溝，

修理道路，清整水池等工作。

在封建社會，雖然是自然自足經濟，然所有一農村中之必需品，萬不能由自己一齊製造出來。因此，即應有商業上交換之必要，基於此種交換之發展，於是引起新城市之發生。在城市商人及手工業者，則有各種組合，商人有商會，手工業者有行會，其中有店東，徒弟等階級。

封建社會時代，不僅西歐所獨有，無論在任何地方，祇須生產力發展到某一程度，即當應時而生。在中國亦然，不過時期各不相同耳。中國封建制度之發生，是由於西歷紀元前二千年安居農民與遊牧民族爭鬥之結果。戰勝之諸侯——遊牧民族之酋長——即依據彼等之中的血族關係，分子土地於彼之侍衛及武士，以後血族關係消滅，乃代之以統治關係，軍事力弱者即服從強者，於是形成爲不同之等級，而造成封建社會。封建制度莫盛於周代，國家由許多大小諸侯所組成，王室政權，極其薄弱，祇是虛擁名器而已。中國封建社會，亦與西歐相同，其連繫極不堅固，諸侯可由此一封主而歸服另一封主，而諸侯間之戰爭，亦非常頻繁與激烈，

就孟子所云「爭城以戰，殺人盈城，爭地以戰，殺人盈野」兩語觀之，即可想見矣。中國諸侯等級，分爲公侯伯子男五等，與西歐封建諸侯之有等級相同。彼等爲保護自己疆域起見。亦有城池，孟子所謂「城非不高也，池非不深也」云云，便是指諸侯之城池而言。

中國封建制度，至紀元前四世紀與二世紀之間（約當戰國以後）卽已開始崩壞，以後卽爲商業資本主義所代替。但至元代，曾經企圖恢復封建制度，結果，卽形成爲封建地主與商業資本之聯合政權。直至現在，中國封建制度，依然有一種殘餘勢力之存留。

以上已就封建社會說明大概矣，然封建社會時代之法律如何？以下試爲略述之。

（一）封建社會法律，是規定等級關係，卽主從關係之法律。依據此種法律精神，農民佃種封建領地，是下級對於上級，農奴對於主人之忠勤關係，此與現代佃戶租借地主土地之爲一種「債權契約」者不同。因此，佃農對於地主，須盡忠誠之義務，而地主對於佃農，亦須擔保其生存權。至於僅有「債權契約」之關係，則地主無擔保其生存之必要也。但因封建諸侯好戰之結果，農民所受橫征暴斂之剝削，却亦極其嚴酷。如孟子云：「今也制

民之產，仰不足以事父母，俯不足以畜妻子，樂歲終身苦，凶年不免於死亡，此唯救死而恐不贍，奚暇治禮義哉』，可謂對於農民痛苦形容盡致矣。

(二)封建社會法律，是苛刻嚴酷之法律。國王或封建諸侯，爲鞏固政權統一維持勢力起見，大概是以嚴峻之刑法，威嚇人民，例如死刑種類之繁多，死刑執行方法之殘酷，以及體刑，拷問，跪審等等，均爲封建時代刑法之特徵。尤其在封建諸侯駐在地方，常常有絞人之絞架，設置於公衆共見之地，縊人之縊架，(如中國稱爲站籠之類)，排列於衙署門首，更可證明當時刑法，專以嚴酷威嚇爲主。

(三)封建社會法律，是祕密之法律。所謂法律祕密者，有兩種意義。一是法律無一定之成文，二是雖有成文，而一般民衆不知。在第一意義，則每一事件發生，由官吏依據成例，或隨時任意制法以處理之。在第二意義，則法律不必定須公布(固然亦有公布者)，即未公布者，亦有法律效力，蓋以法律祇須官吏知之，即爲已足，而人民方面，則『可使由之，不可使知之』也。

(四)封建社會法律，不合於「法律平等」之原則。據法律平等之原則言之，則(一)官民均應受法律之制裁，(二)人民均有請求官廳裁判之權利。然在封建社會，遇有官吏違犯法律，侵害人民權利者，祇是對於國王負責，而人民無請求救濟之權，因之官吏即不能由人民之請求而受法律之制裁。至於人民與人民因事請求官廳裁判，亦非人民在法律上之固有權利，祇可謂為人民請求官吏所給與之恩惠處分，即所謂「求恩斷」是也。

(五)封建社會法律，多為神意所支配。中世紀政教不分，政權每每隸屬於教權之下，如法律不合於神意，即不能謂為正當之法律。在歐洲十一世紀下半期，政教鬥爭，達於極端，教皇格里柯里第七，力圖在政治上創立以教皇為首領之世界基督教統治，雖遭日耳曼國王之激烈反對，結果仍歸教會勝利。中國雖無此種獨立教會之組織，然封建時代之政權，仍然帶有神權性質。如皇帝稱為「天子」，與西歐皇帝自稱「神皇」無異，又如「天命」，「天視」，「天聽」等等，無一不是託之於政權神授，以冀君臨人民。因此，中國封建社會法律，亦不能謂神意完全無關。



(六)封建社會法律，最尊重方式與象徵。一切法律行爲，必須遵守一定之方式，並須具備煩瑣之象徵。例如授與土地，必須授與草皮之土塊，並加置小刀於其上，以表示授與土地及其處分之權能。移轉動產，必須讓受人置其手於物上以表示占有。

## 第五節 市民社會與法律

封建社會崩潰之後，即是市民社會代之而興，市民社會者，即所謂資本主義社會是也。市民社會發達之原因，即爲商工業資本之發達。商工業資本發達之結果，而封建的生產關係（如手工業經營，小農經營之類），即爲資本家生產關係所代替，於是乃形成市民社會之組織。雖然在市民社會之中，所有封建的生產關係，尚有殘留者，但此不過爲未經克服之遺物，而居於資本家生產關係之附屬地位而已。

市民社會有種種特徵，茲爲說明於下。

(一)階級對立單純化 在古代社會，則有貴族，騎士，平民，奴隸各種階級。在封建社會

，則有封建諸侯（封建地主），農奴及店東，徒弟等階級，至市民社會，則階級對立，已是成爲單純化，在資本主義發達之國，全社會惟有有產者與無產者兩大階級之對立。此兩大階級形成對立之過程，最初是各個勞動者與各個有產者對立，繼而是同一工場勞動者，或同一地方之同勞動部門勞動者與各個有產者對立。以後無產者漸漸形成勞動組合及政黨組織，在經濟上（要求增加工費之類），政治上與全體有產者對立，此時即已具有顯明之階級性質矣。

(一)生產者與生產手段分離 在封建農業社會，農民從於事農民生產，其土地雖多向地主租賃而來，然牛，馬，犁，耙等農作工具（生產手段），都係自己所有，所有生產者與生產手段，尚係合爲一致。自市民社會發達以後，一切生產機關，多爲資本家所獨占，在工廠中從事於生產之勞動者，除自身之肉體以外，工廠中之一切器具，未有一件爲其所

有，此即所謂生產者與生產手段分離也。

(二)自由勞動 市民社會之勞動者，與昔日之奴隸，農奴等不同，奴隸與農奴在主人或地

主隸屬之下從事於勞動，一切都須受其限制，職業也，勞動條件也，移轉也，如此等等，均不能依於本人之自由意志而任意變更。至市民社會之勞動者，係本於自由契約之精神而從事於勞動，職業可以由己選擇，勞動條件可以由己認定，移轉可以不受拘束，此之謂自由勞動。然所謂自由者，不過是就形式上言之耳，而事實上勞動者之出售勞動力，亦未真正出於自由。何也，勞動者家無宿糧，一日不勞動，即一日陷於凍餒之境，其出售勞動力也，實迫於緊急狀態，萬不能有待價而沽之機會，故雖勞動條件，於己不利，亦不能不俯首聽命於資本家之決定。且資本主義愈發達，而勞動者人口即愈過剩，勞動人口過剩，而失業者即愈多，此時覓一工作，尚且不易，而欲任意選擇職業，或隨時易地就雇，恐亦有所不能。故市民社會之勞動者，名雖自由，而實則不自由也。

(四)商品生產 在自然經濟之農業社會，所有社會上之生產，俱是爲自己或地主之消費而生產，或爲交換自己之必需品而生產。至於市民社會之生產，則完全爲商品而生產，而非爲消費而生產。故經濟學家稱市民社會，謂之商品社會。在此種商品社會，不但將財

物當作爲商品，即勞動者之勞動力，亦以商品視之。以財物視爲商品，則要求利潤，不厭其多，而於消費者之利益不顧也。以勞動力視爲商品，則工資務求低減，而於勞動者之利益不顧也。

(五)自由競爭 自由競爭，爲市民社會中經濟生活之根本。所謂自由競爭者，即個人間，或各個集團間，不爲一定之利潤，利息，地租，工資等所限制，而自由行其競爭之謂也。有一般經濟學者，謂在此種競爭制度之下，可以使商品之價格與勞動之工資，得到高低適宜之平衡，故自由競爭，爲一種獲得「適者生存」之「生存競爭」，於社會最有益。然而此種見解，却不甚妥當，彼自由競爭，唯於社會有害者也。蓋自由競爭之結果，小資本必爲大資本所併吞，而成爲資本主義之獨占。此種獨占發生以後，則一社會之經濟生活，即爲少數大資本家所把持，試問唯求利己之資本家，尙能顧及社會之利益乎。自由競爭之外，尙有一種自由貿易，自由貿易云者，即國際貿易之自由競爭主義也。此爲帝國主義國家企圖在經濟上侵略他國之主要政策。

市民社會之特徵，已說明於前矣，現在再就市民社會之法律略述之。市民社會之法律，其根本精神，則為個人自由主義，而個人自由主義之中心觀念，（一）為私有財產權觀念，（二）為契約自由觀念，均於本書第二章第二節已為詳細之說明，現在毋庸再為贅述。惟基於此種根本精神之發展，而形式上亦較昔時法律為進步，此即所謂近世法律之合理化也。形式上之法律合理化為何，試列舉於下。

（一）司法獨立 三權分立，為近代國家政治上之原則。司法權為三權之一，其運用法律，是在此三權分立之下具有所謂獨立性者，此即一般學者所稱之「司法獨立」。司法獨立之意義，其內容約有三點：

A 司法官之地位獨立

B 司法官之職務獨立

C 司法判決之效力獨立

就第一點言之，即司法官在未受刑罰宣告或懲戒處分以前，不得隨意免職，停職，等之

謂。此乃保障司法官爲終身官之意，蓋卽所以使司法官能獨立行其公平裁判也。就第二點言之，卽司法官行使審判上之職務時，無論何人，不得加以干涉，以保持其獨立的公平裁判之謂。就第三點言之，卽司法官所爲判決，一經確定（終審，或經過上訴期間），當有拘束效力，無論何人，不得加以破棄，縱在未確定前，亦祇能依法上訴，不能否認其判決之謂。因此之故，如有濫用權力，破壞此項司法獨立者，卽是違背憲法，應受相當之制裁。

(二)人民立法 「朕卽國家」，爲中世紀一般國王之傲語，因之一國之法律，亦是由國王專制獨裁，己所欲者，可以隨意制定，所謂以人民參與立法之事，自是不易多觀。近代資本主義國家，則爲立憲民主主義之政治形式，一切法律，多以所謂代表民意機關之議會而制定，此卽謂之人民立法。惟立法之方法，各國亦有不盡相同者，在英美雖是由議會制定，然在瑞士與德國，則由人民全體直接制定之。至於日本，經議會議決後，尙須由天皇裁可，此所謂議會協贊天皇制定法律也。



立法既由人民參與，因之法律即須公開，再不能如中世紀之祕而不宣。所謂公開者，即法律案經議決後，必須交由政府公布，始能發生效力是也。故法律公開，亦為現代法律合理化之一。

(三)法律之效力平等 中世紀專制國家，君主，官吏，以及有權勢者，多為法律之效力所不及。因之彼等可以任意妄為，毫無顧忌。縱令人民權利為彼等所侵害，亦不能有法律上之救濟。近代國家，無論何人，均應負法律上之責任，如有侵害人民權利者，屬於行政事項，則可依行政訴訟或訴願之程序請求救濟之，屬於民事事項，則可依民刑訴訟之程序請求救濟之。此即因法律之效力平等，無論何人，均須受法律之拘束也。

(四)法律部門之細分 從前法律部門，並無詳細之劃分，所有許多不同性質之法律，大概悉混入在一部法典之中。如古代羅馬法，是將實體法典手續法合在一起，又如我國唐律，明律，清律，更是集合戶，禮，兵，刑等許多事務為一法典。至市民社會之法律，則分門別類，各有專門法典，行政是行政法典，軍政是軍政法典，民事刑事是民事刑事法

典，並且普通法法典之外，尚有特別法法典，實體法法典之外，尚有手續法法典，所有市民社會內一切事務，胥爲製成法典之法律所規定，一般學者稱近代國家爲「法治國」者，卽以此也。

## 第六章 今日應有之立法

### 第一節 概說

近世紀個人自由主義法律觀念之發達，致形成爲一方是有產者之財富集中，一方是無產者之數量增大，已使人類之社會共同生活，在經濟上失其均衡。二十世紀之社會，此種不均衡之現象，已達極點矣，富者高車駟馬，錦衣玉食，窮奢極欲，無所不爲，貧者衣不蔽體，食不果腹，居不能避風雨，淒涼悲慘之狀，比比皆是。於此而不急求所以解決之道，不僅貧者之不幸，抑亦富者之不幸也。然則解決之道維何？第一卽爲法律之改良。因此，則現代之社會

問題，即謂之爲「法律問題」也可，現代之社會運動，即謂之爲「法律改良運動」也可。法律之目的，在增進社會多數人之利益，前已詳言之矣。在現代社會之中，究竟應有如何之立法，方能達到法律此種目的？換言之，究竟應如何改良法律，方能解決今日之社會問題？此又本書所不得不略加說明者也。

現代許多國家之立法，對於今日之社會問題，本已漸有企圖解決之趨勢，此在後章尙應詳爲申述。現在僅就與人類共同生活有直接關係之幾種主要立法問題。爲今日所必需力求解決者，在本章分節說明之。

## 第二節 個人所有權之限制

極端擁護個人所有權之法律組織，既已促成社會上之貧富懸隔，而使人類共同生活，失其平衡，則解決之道，自然須從限制此種所有權入手。固然共產主義學者主張完全廢止私有制之說，在今日之社會，不能認爲正當之見解。然私有制度之漫無限制，實爲造成社會不平衡之

大原因。蓋以個人利益之發展，須以社會利益之發展爲前提，在立法上，一方固須承認個人之私有財產以保護個人利益，同時爲謀社會全體利益，又不得不於相當範圍內，對於個人財產權加以限制。關於此種財產權之限制，其主要者如左。

第一 大企業與獨占事業之國營

人類原是富於利己慾者，在有可以擴張自己財產之機會時，大都惟己利之是圖。其能不求利己，而求利人利社會者，可云絕無僅有。縱令間或有之，亦不過一時沽名市惠之舉，公而忘私，人情之所難也。大企業與獨占事業，均與社會多數人之利益，關係至鉅，以此等事業付之於個人經營。則企圖發展私人利益之結果，必於社會之公共利益，有重大之危害。此種危害情況，一般經濟學者，均能詳細道之。例如經營生活必需品企業之大資本家，爲維持其商品價格起見，寧肯以大宗商品，或予焚燬，或投海中，使之與需要供給之法則相適合，以便抬高其商品之價格，而無衣無食之民衆，相望於道，彼等則未之顧也。又如經營公共事業（如電燈，電車，自來水等）之資本家，爲企圖坐享厚利起見，不是今日增價，卽是明日加費

，惟以私人之利益爲標準，而一般貧苦民衆，能否有力負擔，彼等則毫不介意也。因此，則大企業與獨占事業，必須由國家經營，始可免除此弊。惟大企業之標準如何，應按各國之經濟情形定之，其可以歸之私人經營者，仍無妨由私人經營。至於具有獨占性質之事業，則絕非國家經營不可。中國國民黨政綱有云「凡有獨占性質及私人不能經營之企業，由國家資本經營之」。此項政綱，即係深有感於此項企業，與社會利益有密切之關係，實有不得不由國家經營者在也。

## 第二 土地私有權之限制

土地爲吾人生活上所絕對必需之物，猶之水與空氣爲吾人所絕對必需者無異也。水與空氣，可以歸諸人人公有，使吾人取之不盡，用之不竭，而土地既爲吾人生活上所必需，似亦應當歸之公有，以便吾人自由使用之。然而土地私有制度，已成爲今日世界各國之通例，所有土地，大抵俱爲極少數人所占有，而大多數之人，窮無立椎之地者，則所在皆是。因此，土地之在今日，即已成爲人類之重大問題。就都市言，則一方是成千成萬之市民，未有安身之所

，一方是少數資本家，具有廣大之庭園與土地。就鄉村言，則一方是無數之貧農與佃農，終歲勞苦而不得一飽，一方是少數地主，於不勞而獲之中，以度其極優裕之生活。

土地問題，既已成爲今日之重大問題，故一般學者及政治家，悉對此種問題，予以充分之注意。有主張變更土地私有爲國有者，有主張課以累進稅並以新增地價歸國有者。主張第一說者，則以土地爲自然所創造，並非人類勞動力之產物，任何個人，均不能據爲私有，既然如此，故應一律歸之國家所有，以便全體人類，享受同等之權利。主張第二說者，則以土地與電燈瓦斯等事業無異，大半具有獨占性質，且地主坐收地租，不勞而獲高利，亦非理之正當，按照收入多寡，累進課稅，自係公平辦法。至土地之新增地價，則係隨人口之繁殖與文化之進步而自然增高，原與人類勞力無關，以之歸國庫所有，尤爲合理。以上兩種主張，均有理由，究竟應以何種作爲一國之土地立法，當依一國之經濟狀況斟酌行之。以我國論之，第一說爲不可能。惟第二種主張，與孫中山先生民生主義中之『平均地權』，正相符合。並且孫先生主張於課稅時對於地價之調查，『由地主呈報地價，如果地主呈報高價，則重課高率累



進稅，如爲避免重稅而呈報低價，則由政府用廉價收買之，尤爲簡而易行。

### 第三 財產所有權使用之限制

在財產所有權神聖不可侵之法律組織之下，財產所有者對於自己之財產，如果不逾越其物理界限，即可完全行使其支配權，無論何人，均不得加以拘束。因此，則所有者在此種範圍內行使權利，致於他人有影響時，而受其影響者，亦祇能在自己之權利範圍內，以同一之行爲對抗之，在法律上實無何種之救濟方法也。如土地所有者，在自己之地界內，築造高牆，遮蔽鄰人之光線與空氣，或塗畫極不美觀極不愉快之色彩，而鄰人除能用同一之行爲對抗外，再無別種救濟方法矣。此不過就其極小之事例而言，而此外因個人極端自由行使其所有權，以致社會多數人受重大之不利益者不知凡幾，此皆由法律上之放任有以使之然也。

法律之目的，在增進社會之利益，屢言之矣。固然法律不能完全蔑視個人利益，然亦祇有於增進社會利益之中，以確保個人之利益，萬不於單純擁護個人自由之中，以求得個人利益之維持。換言之，卽不能使個人利益與社會利益相對立，却應使個人利益與社會利益相調和。

以此之故，法律對於個人財產所有權之使用，即須加以適當之限制。所謂限制使用者，有積極的與消極的雙方之意義。從積極的方面言之，在禁止權利之濫用，濫用云者，即行使權利，有害社會公益之謂，如地主房主迫令佃戶退租，以及一切損害他人之行爲是也，從消極的方面言之，在不許權利之不行使，法律之所以承認各人權利者，即在使之爲社會利益而行使，如果應行使而不爲行使，即於社會利益有重大之影響，如工廠主無故停閉工廠之類是也。

## 第二節 契約自由之限制

契約自由云者，即各個人間所行之法律行爲，以當事者之自由意思爲主，不受何種之干涉是也。此種契約自由之原則，爲『拿破崙法典』之基本，以後各國制定之民法，均以此法典爲模範，即據我國新近頒布之民法，其第一百五十三條云『當事人互相表示意思一致者，無論其爲明示或默示，契約即爲成立』，仍然是採取契約自由之原則。不過例外尚有一種限制，即本法第七十一條及第七十二條規定，法律行爲違反強制或禁止之規定，以及有背於公共秩序

或善良風俗者，均爲無效是也。

社會經濟狀況，日趨變化，貧富懸隔，達於極端，如果一切法律行爲，仍以契約自由之原則爲基礎，則貧富兩者之間所行之法律行爲，試問貧者真能表示自己之自由意思乎？他者不必論，專就勞動者與雇主之雇傭契約而言，比如有一失業多日之勞動者，一旦覓得雇主，條件縱極苛刻，亦應隱忍受之，否則契約不成，即遭凍餓，此時契約之訂立，萬不能有勞動者之自由意思在也。故所謂契約自由者，祇是經濟上居於優勝地位者之自由，祇是擁護經濟上居於勝利地位者之利益，而居於劣敗地位者，則絲毫未有自由，未有利益也。因此，此種契約自由，在法律上，即須有一種嚴格之限制，換言之，即須以限制此種契約自由，在法律上爲原則之規定，不應爲例外之規定。

如上所述，現在吾國民法，從其規定之方式言之，自然須認爲對於契約自由之限制，是一種例外之規定。但依據現在之社會經濟情況，此種例外之法律，實最關重要，吾人在解釋上，仍應作爲一種原則視之也。

## 第六章 今日應有之立法

所謂契約自由之限制者，即一般之法律行爲，不專因契約之締結（即當事者間之意思表示）而發生效力，必須此種法律行爲，無背於社會利益或當事者一方之生活情況，方能認爲有效是也。例如以業娼爲目的而雇傭婦女，以賭博爲目的而賃租房屋，以超過一定工作時間而雇傭勞動者等，雖當事者之間，彼此已得同意，然其契約在法律上仍爲無效，此即對於契約自由所加之限制也。

此種契約自由之限制，其主要目的，祇在企圖滿足社會多數人之利益，故雖犧牲個人自由，亦在所不計。蓋以人類社會之中，所有物質之利益，止有此數，不在於此，即在於彼，與其承認自由之原則，使之集中於少數優勝者之手，毋寧加以適當之限制，以便顧及多數人生活上之要求。如此，而後法律之社會的目的，始可完成矣。

#### 第四節 相續權之限制

財產相續制度，爲有產者階級之財產問題，與無產者完全無關，此係極明顯之事實也。在極

端擁護私有財產制度之下，對於此種相續權利，國家當然不能予以何種之干涉。故相續權之無限制，在以往之各國私法當中，即與「財產所有權」，「契約自由」，同為最重要之原則。財產相續制度，約有三種形式，（一）強制統一相續制，（二）強制均分相續制，（三）遺言自由制。

強制統一相續制，即以家族中之一人，通常是以長子而承繼死者之財產是也。此種長子相續制，意在維持家族之繁榮，統一家之財產，尚有封建貴族世襲之遺風。結果，則不屬於長子之其他子孫，勢必悉數流入於貧民之列，此可謂為製造無產階級之一種極惡制度，遺害社會，誠匪淺鮮。五年前之英國，此制尚極盛行，至一九二六年一月，始廢止長子相續制而改為均分制。現在日本之長子相續制，尚未改訂。

強制均分相續制，即以死者之財產，均分於其直系卑幼，或無直系卑幼時，均分於其近親之間是也。因為此種均分制度，是依據法律之規定。即被相續人之遺言，亦不能左右之，故名為強制均分制。此種相續制，為現在各國通行之原則，吾國舊時法規與新民法，俱採此制。

遺言自由制，即以被相續人之意思，決定其死後原爲己有之財產應由何人繼承是也。此種制度，以尊重死者之意思爲主。其意以爲被相續人生前之蓄積財產，原在留之於死後之所愛，由法律之規定，而爲強制之均分，則有時必大反於死者之意思。故關於財產之相續，應由被相續人以遺言爲自由處分，較爲適當。如無遺言時，則法定相續之方法，卽不啻已爲被相續人所默認，再依法定方法以財產歸之於應當繼承之相續人，仍與被相續人之意思不相違背。此種相續制，英國在相續法未改正以前，已經作爲原則採用，改正後之相續法，仍然如此，此外其他諸國，則僅爲例外行之。吾國新民法，除相續人之特留分不許以遺言遺贈外，其餘亦得以遺言爲自由之處分，是遺言自由制，在吾國亦例外採用也。所謂特留分者，卽於直系血親卑親屬，父母，配偶，應在應繼財產中特留二分之一，於兄弟姊妹，祖父母，應在應繼財產中特留三分之一是也。

上述三種相續制度，雖然形式不同，然相續者之個人，因被相續人之死亡，不勞而獲若干之財產則一也。關於財產相續制之弊害，許多學者均有極詳細之說明，現在略舉幾種如下。



(一) 貧富不能調和 此蓋以財產爲一系之相續，則財產永遠集中在一部而不能分散，父傳子，子傳孫，窮年累月，孳息無窮，勢必富者愈富，貧者愈貧。

(二) 增長奢風 相續人猝然獲得一宗遺產，因其非己之勤勞而來，則恣意揮霍，自意中事，社會上所謂揮金如土之輩，大半出自執紼子弟，此爲不可諱言之事實也。

(三) 促成人類墮落 卑幼當尊長死亡後，家無遺產，自當力求自立以謀生。如果不勞而獲遺財，則彼以爲終身衣食，雖不努力圖之，亦可無憂，勢必甘爲社會之寄生蟲而不之顧，甚且放蕩淫佚，無所不爲，以致流爲敗類，亦未可知。

(四) 報償不公 勞動者終歲勤勞，衣食時虞不給，不勞動者猝然獲得大宗財產，以度其優裕之生活，此爲社會上最不公平之事。

(五) 奴隸人類精神 在以遺言贈與遺產之下，每每對於受遺贈者之行爲，附以相當之限制條件，特別在英美社會，此種情形極多。例如以在一定期間內之婚姻爲條件，或以不變更宗教之信仰爲條件之類皆是。茲以生存者之意志，而爲死亡者之意志所拘束，其奴

隸人類之精神，亦已甚矣。

基於以上種種弊害，故對於財產相續制度，多有主張急於改革者，惟其改革之意見，則彼此各不一致。

(一) 相續權完全否認說 此說以財產相續，全無理由，所有遺產，應全部歸國家所有。如法國學者巴薩爾，即是此種主張。據云：『被相續人之財產，應全部由國家沒收，再以之分給於最能善為利用之人』。彼以財產所有權，猶公職也。公職出缺，祇能再委之最適任者充之，不能世襲，財產亦應如此，不能傳之子孫，祇能分給於最善利用之人。此外尚有許多社會主義派學者，雖其立言不同，而主張全部國有則一也。

(二) 限制遺產相續額說 此說即以被相續人之財產，不能全部歸之於相續人享有，祇能就相續人生活上所必需者，酌留一部分使之承繼，其餘一律歸之國家。如被相續人之妻或父母為維持生活所必需之財產，以及子女教養婚嫁所必需之財產等，應使之有承繼之權利是也。

(三) 限制相續人範圍說 此說即以被相續人之財產，僅限某種特定人有相續權。如死亡者未有此種特定相續人時，則以遺產歸之國家。關於此種特定相續人之範圍，其所主張者又各有廣狹不同，有主張以直系親屬及配偶者為範圍而不及於旁系親屬或他人者，有主張直系親屬之中，祇以直系卑屬為範圍而不及直系尊屬者，又有主張應以直系卑屬及配偶者本人現在無勞動能力為範圍者。

(四) 徵收相續稅說 此說以相續人既不勞而獲大宗財產，即應徵收相當之稅金。關於此項稅率，多主定以極高額，並應依累進稅法徵收之。

以上四種學說，均有理由，如何採用，須依一國之經濟情形定之。惟相續制度，是私有財產制度之延長，在今日社會經濟情形之下，所有私有財產制，尚無廢除之可能，抑且無廢除之必要。即如無產階級專政之俄國，於新經濟政策施行之際，亦在民法之中，確認私有財產權之原則。私有財產制既然不能廢除，則所謂否認相續權之第一種主張，當然非現代國家所宜採用。至於(一)(二)(三)(四)三種主張，或擇一行之，或兼採二者行之『(一)(二)(三)兩種主張，可

以並行」，均足以限制相續權之行使，而減少其弊害也。

## 第五節 社會保險制度之設定

社會保險制度，本是現在許多國家所已實行者。自產業革命以後，所有從前養老撫幼，疾病看護等之家族溫情，既已因職業上及經濟上之關係，毀滅無餘。而新興工業社會之中，一般貧民，特別是勞動者所遭危險，又復層出不窮。以此之故，則現在有待於社會上之救濟者，實屬多而且急。惟許多國家社會保險之立法，有多未盡善者，甚且有完全未舉行者，此實未知社會保險之關係重要也。前德皇威廉一世有云：「社會保險，為國家自衛上不可缺少之一政策」，乃係有識者之語。德國社會保險制度之所以首先實行，並且成為世界各國社會保險立法之模範者，即肇端於是矣。

社會保險之保險種類，約可分為五種，(一)傷害保險，(二)疾病保險(婦人生育在內)，(三)養老及廢疾保險，(四)孤寡保險，(五)失業保險。凡被保險者，在其保險事由發生以後，即

當給予津貼，以資生活，係傷害或疾病者，尚須給以醫藥補助費（婦人生育時，給以生育補助費），死亡者，尚須給予以喪葬補助費。其津貼及補助費額數，應按實際情形定之，總以足濟被保險者之生活與醫治為主。現在實行社會保險各國，對於保險津貼一項，其所給與者，僅為被保險者每月所得工資幾分之幾。然被保險者每月所得之全部收入，在生活上尚且時虞不給，茲僅以幾分之幾津貼之，當然更感缺乏，此實立法上之一大缺點也。

至於保險基金一項，應由兩方面分擔，（一）為國家，（二）為企業家及其他雇主，企業家及雇主所負擔者，應較國家所負擔者為多。現在多數國家關於保險基金之規定，却不完全由國家及企業家等所負擔，而勞動者亦須負擔納保險基金之責。並且在分擔比例上，有時勞動者之負擔特別較多，甚且有全歸勞動者繳納者，此在事實上實不可通者也，勞動者工資收入，無論如何優裕，即令不感覺極端之窮乏，亦斷乎未有若干之蓄積，使之繳納基金，當然一無所出。若必欲強令為之，則勞動者本身及其家屬，唯有忍饑受寒以應之耳，按諸人情，亦未免涉於殘忍。故保險基金，祇能由國家及企業家或雇主方面負擔，萬不得責令勞動者繳納者也。

社會保險之立法，雖非如本章二三四各節，直接對於造成今日社會險象之經濟制度，予以適當之限制，然在使個人利益與社會利益相調和一點，其效果却更較直接，更較明顯。蓋以企業家雇主等所獲利潤，多係基於勞動者之勞動而來，而國家之收入，亦不外輾轉得之於勞動者，茲以從勞動者所獲之一部，繳作社會保險之基金，遇勞動者需要救濟時，轉而給之於勞動者，正是截長補短之調和辦法，故此種社會保險制度，為完成法律之社會的目的所最不少者也。

## 第七章 現代法律社會化之趨勢

### 第一節 概說

以往之法律，因社會生產力之發展，已成爲阻礙社會進化之桎梏，已成爲製造貧富不均之酵



母，夫既言之矣。人類是爲求生而生存，非爲求死而生存。一般貧民階級，既因終日勤勞，不得一飽，甚且陷於失業厄運，有力無用，所謂「死到臨頭」之險象，已激動彼等求生之熱情。因之彼等基於「人類是營社會共同生活之一員」之準則，而要求「生存權」之呼聲，即已瀰滿於社會。然此時富者階級，又以現實之財富，既在自己掌握之中，明明爲自己所有，不論以全部或一部來供犧牲，均非所願，而對於「所有權」之主張，却亦不肯讓步。於是兩者利害對立，各趨極端，社會鬥爭，日益激烈，並且在所謂「國強民富」愈臻絕頂——生產力愈發展——之國，而此種鬥爭，尤較兇猛。當此之時，固然亦有許多國家，曾已試行「武力鎮壓」，「屠殺恐怖」種種手段。但貧民階級是爲求生而鬥爭，茲既不許彼等求生，則彼等即祇有以死抗之，不生便死，生既無有，死又何畏，對於不畏死者而鎮壓屠殺，終必無濟於事，此即所謂「慙不畏死，奈何以死懼之」也。

在階級鬥爭形式之下，以求解決社會之鬥爭，消弭社會之紛擾，唯有此一方克服彼一方後，始可達到其目的。換言之，即唯有富者階級消滅貧者階級，或貧者階級推翻富者階級而後可

。然恆河沙數貧民階級，因生活上之利害一致，有計劃的組成鞏固集團，其勢力之蓬勃，已為舉世所震駭，富者階級欲憑自己之威力，舉而消滅之，其勢有所不能。至富者階級在政治上經濟上且有無限力量，貧者階級欲訴之武力革命，以謀奪取政權而推翻富者階級，其因處境之困難而不易達到目的，固不待言，且社會既為人類營共同生活之社會，人人有對於社會之義務，人人亦有對於社會之權利，貧者階級欲完全剝奪富者固有之權利，而置社會於自己獨占支配之下，亦不合於共同生活之法則。

富者階級與貧者階級，既各不能本於自身之極端主張，以解決現實之種種問題，即不得不講求彼此利益調和之策，此社會政策之立法，所以盛行於今日也，此現代法律，所以有社會化之趨勢也。此種社會政策之立法，現在已不僅為多數學者之理想，而實際政治家，已多施之於實行。茲先將代表此種新思想之『社會互助論』學者所主張之理論略述於下，然後再論及此種立法之實際情形。

據『社會互助論』學者之理論，大概謂『社會須由組織社會者各個人之互助，始能存在與維持

，故各個人間之關係，爲一種連帶關係。各個人對於社會，須先各盡一個人之職能，然後始能從社會中享受一個人之本身利益，此即是須先負義務，後享權利。因此，富者在本於自己財富而主張權利之前，以及勞動者本於自己人格而主張權利之前，即不得不將彼等之財富與人格，爲謀社會之共同利益而提供。富者有利用其財富之義務，勞動者有發展其人格之義務。富者不能爲個人私慾計爲使用財富，祇有在爲社會而利用財富之中，始能對於社會而享有一種權利。勞動者不能懶惰，亦祇有在爲社會而利用勞動之中，始能對於社會而享有一種權利。換言之，即富者之權利，是完全爲謀社會利益並利用其財富之權利，勞動者之權利，是完全爲謀社會利益，並利用其勞動之權利」。

又謂「階級鬥爭，資本家與勞動者，各自囿於權利本位之思想，結果，必然是引起社會之不斷紛擾。所有權之安定，交易之安全，固然需要保護，同時，勞動者生活利益之保護增進，亦不能付之於等閑。然而資本家主張絕對的所有權利，而勞動者復主張罷工權利以爲對抗之武器，却不能達到此種目的，於是社會連帶之相互依存觀念，乃發生焉。資本家以爲是資本

家一部分之社會不可，勞動者以爲是勞動者一部分之社會亦不可。彼各自獨占的主張擁護自己之利益，卽是極端之利己主義，應絕對排斥之。社會非一部分人之社會，是社會全體人之社會，故須相互的盡量確保最大限度之共同利益」。

在現代法律社會化趨勢之下，其法律組織之立法上的實際變遷情形，約有兩種，（一）爲舊法律部門之改良，（二）爲新法律部門之創設，前者主要的爲憲法，民法，刑法等，後者主要的爲勞動法，土地法等，茲分節說明之。

## 第二節 憲法之改良

憲法爲一國之根本法，欲使一般法律適應於一時之社會經濟生活，首先卽須影響於根本法之變革。此種根本法之變革，在世界各國，有根本改造者（如俄德奧等國是），有一部分修正或依他法補充者。除俄國係無產階級專政國家，其憲法內容，祇是擁護無產階級利益，而與其他一部分人民無涉，不合於本書之主張，毋庸敘述外，其餘許多國家憲法之精神，雖內容不

必盡同，大概多已有下列之改良。

(一) 選舉權之擴張 從前選舉制度，是以財產，身分等為標準，而定選舉權與被選舉權之有無者也。無若干元以上之財產者，無某種資格者，不識字者及女子，均不能有選舉權或被選權，在從前一般國家之中，大概都無例外。嗣經一般人民所謂「普選運動」之結果，各國已次第施行普選制度，有於改造憲法時在憲法中明白規定者，有增定於選舉法中者。由有財產或身分之限制選舉，而普及於一般無產無學之平民，由男尊女卑之限制選舉，而普及於占人類半數之女子，此即選舉權擴張之大概也。不過尚有少數國家，表面上雖然號稱採用普選制，而實際上仍有許多人未有選舉權與被選權。如一般人所稱為世界最自由之美國。其選舉法中，仍須選舉人能寫英文，因而不知英文之黑人，即不能參與選舉。又如英國選舉法，對於英國國會選舉，則不許殖民地人民參加，因之比較英國本國人有九倍之多的殖民地人民，俱不能有選舉權與被選權。

固然英美國家，在選舉上尚有限制選舉之例外，而多數國家，則無此例。並且英美現在

之限制，較之以前選舉制度，實已擴張選舉權至幾倍以上。因此，一般人民之政治上的自由平等，較之以前，實有天壤之別。從歷史上觀之，以前所謂無產者而參與立法，無產者而合組政府，實未曾多觀也。現在則參與立法者有之矣，合組政府者有之矣，茲特分別述明於下。

A 無產者參與立法 在普選制施行以後各國，一般無產者不僅表面上獲得其選舉權與被選權，而實際上具有身充議員而參與立法者矣。現在僅就一九二〇年英國國會選舉（前年改選，勞動黨當選者一百九十一人，因一時尚未查悉議員總數之成分，故就一九二〇年之選舉結果而言），以及一九二五年法國國會選舉之結果，調查如左。

英國國會議員共六百六十一名，其中律師一百〇二人，地主一百一十五人，工廠主一百三十八人，保險公司管理員六十一人，銀行管理員二十八人，煤礦管理員十七人，煤油公司管理員四人，汽船公司管理員三十人，織物公司管理員十九人，麥酒製造廠主十人，陸軍將校五十人，海軍將校十二人，醫師十人，勞動者六十五人。



法國國會議員共六百一十名，其中律師一百六十四人，地主二百〇八人，工廠主六十二人，新聞家三十九人，醫生三十八人，大商人二十六人，學者三十人，高等官吏一十六人，職員十五人，軍官，工程師，銀行家共九十一人，勞動者二十一人。

以上英法兩國勞動者，在國會中，雖然所佔議席，不能謂之多數，但既已有數十名之勞動者參加立法，自可對於勞動者階級本身之利益，爲有力之主張。且勞動者選舉人數，既於選舉人總數中占居多數（勞動者人數較多，採用普選制，則選民之數，自然要占多數），則除選舉勞動者之選票外，自然亦有選舉勞動者以外而比較表同情於勞動者之人者，如律師，新聞家，醫師等等。因之在國會中，此等表同情於勞動者之人，亦必尊重勞動者議員之主張，而勞動者階級之利益，更可因此而在立法上表現出來。

況且最近之改選，英國勞動者已在國會中，佔居較多之議席，而此外德國國會，勞動者所佔議席，亦不在少數，則勞動者在立法上之勢力既大，而於本身階級之利益，更可隨心所欲而自謀矣。

B 無產者合組政府 此即所謂無產者階級與有產者階級合組政府也。就政體上言之，可謂之為全民政治，又可謂之為聯立政治。首先試行此種聯立政治者為德國，其次為英國（法國在一九〇〇年，即已有社會主義者組閣，亦可謂聯立政治之嚆矢）。德國從一九一八年革命以後，已由君主立憲國家，一變而為民主主義共和國矣。因其在革命之中，無產階級對於革命之努力極大，故勞動黨與資產階級政黨，在革命政府成立之始，即已形成聯立政治。雖然一九二三年之末，德國政府，復成為完全資產階級政府，但此僅為一時的現象，德國仍不失其為聯立政治之國家。此種聯立政治，在德國領導勞動者之社會民主黨看來，是救國之唯一方法，是發展勞動階級利益之唯一政策。該黨領袖考茨基有云：「排斥聯立政治者，是未理解階級鬥爭之結果也。馬克思並不反對此種政治。蓋以無產階級雖尚無組織自己政府之力量，却可因此而排除政府不利於無產階級之所為。」

再就英國聯立政治言之。英國現在形式上雖仍為君主制國家，然其精神上則係民主主義

。其內閣之組織，權不操之君主，而在議會中獲得多數議席之政黨。一九二八年之國會選舉，因勞動階級之勢力發展與陣線統一，較之往屆選舉，獲得較多之議席，而使前佔過半數議席之保守黨，歸於失敗，未及半數（僅二百五十六名，較之前屆，少約百席），於是保守黨組織內閣之企圖，在法律上，事實上，均不能行。此時勞動黨與素與保守黨對立之自由黨（佔議席一百五十九名）互相聯合，遂由勞動黨首領麥克唐納爾組閣（以前亦曾組閣一次，其時甚暫），而成立聯立政府。

以上因選舉權之擴張，而無產者階級，可以參與立法，可以組織政府，已使一般人民，漸漸躋於政治上之真正自由平等，此考之現在許多國家政治組織之實情，確無何種可疑者也。雖然有一般社會主義之激進分子，以爲擁護無產階級利益，惟有由無產階級奪取政權，組織自己之政府，始能完成其目的，而對於普通選舉，則認爲係資產階級一種欺騙政策。但此種見解，卻甚謬誤。吾人對於此種謬誤之見解，無暇加以詳細之辯駁，現在僅就著名社會民主主義學者那薩拉在其『勞動者綱領』中所主張者介紹出來，即可作

爲有力之證明。據那氏云：「普通選舉，此爲導勞動者諸君於勝利之槓杆。此外無有他道，並且亦不能有」。又云：「各階級，均會以自己之意思，充實特定之國家組織矣。封建階級乃至第一階級，以自己之意思充實國家組織時，而此種國家組織，即效力於封建階級乃至第一階級之利益，資產階級，以自己之意思充實國家組織時，而此種國家組織，即效力於資產階級之利益。勞動階級爲欲使國家組織，效力於勞動階級之利益，即當以自己之意思注入之。然則方法維何？此即普通選舉是也」。

(二) 共同生活之維持 前項選舉權之擴張，爲人民之政治上自由平等，已如上述。此項共同生活之維持，又可謂之爲經濟上之自由平等。從前憲法上之規定，除對於國家之政治權力爲詳細之記載外，對於人民方面，僅有幾條擁護個人自由之規定，而於一般人民之共同生活，絕少注意。個人自由，固然不得不加保護，但專門保護個人自由之結果，不過僅僅少數人之自由，受其保護，而多數人則仍未享受自由之幸福。先就憲法所定「財產不可侵之自由」言之，財產並非人人皆有者，無財產之人，則於此項不可侵之自由

權利，試問是否一種「衍文」。再就「出版著作之自由」言之，無知無識之貧民，當然亦無何種必要。

現代許多國家憲法，對於人民方面，已不是僅有幾種保護個人自由之抽象規定，而關於人民之共同生活，多已爲充分之注意（未增訂於憲法中之國，已另有單行法補充之）。其內容之最主要者，大概可分爲兩點。

A 個人權利之限制 從前個人權利，是以極端自由爲原則。現在因爲個人自由之極端，有損人類共同之福利，於是即不得不予以相當之限制。如德國憲法第一百五十三條第六項「私有財產，負有義務，私有財產之使用，不許違背公共利益」。第一百五十五條第一項「土地之分配及利用，應由國家按以下二種目的監督之，第一防土地之濫用，第二使德國各人民，各有衛生之家宅，其生齒繁多之家庭所需要之住宅與營業地，尤當特別爲之注意」。第三項「土地之利用耕作，爲土地所有主對於社會之義務，土地價值之增加，並不由於勞力或資本而來者，應爲公共而利用之」。第四項「土地寶藏及可利用之天然力

，立於國家監督之下，私人特權（指礦業言），依法律之規定，移轉於國家」。第一百五十六條「國家得以賠償依公用徵收章程，將合於社會公有之私人企業，收為國有財產」。此外各國，雖無如德國有如斯詳明之規定，而於個人之權利，從公共利益着想，而設有若干之限制者，亦復不少。

B 勞動階級之保護 以前憲法，所有關於人民之權利，僅為一種概括之規定，並未對於佔社會極多數之勞動階級，有特別保護之條文。結果，表面上受保護者似乎為全體人民，實際上祇是在經濟上佔優勝地位者，始能受法律上之保護。現代憲法，已有特別保護勞動階級之規定矣。其規定較詳明者，亦莫德國憲法若。德國憲法第一百五十一條第一項「經濟生活之秩序，須適合於正義之原則，以使各人得到人類生活為目的」。第一百六十五條第三項「國家為公共生計計，依法律所定，得將經濟企業及經濟團體結合為一種經濟自治團體，使勞工工主均得與聞其管理方法，其經濟財物之製造，分配，消費，定價，輸出，輸入等，可依公共經濟之原則定之」。第一百五十七條第一項「勞工依於國家



特別保護之下」。第一百五十九條第一項「爲增益勞工條件經濟條件之結社自由，一切人與一切職業，均得享有之」。第一百六十三條第二項「凡德國人民，應予以機會，使得由勞動而維持其生計」，又第三項「有求相當勞動而不得者，應爲每人籌給必要之生活費」。

就上面德國憲法所規定各條文觀之，既已規定經濟生活之秩序，應使各人得到生活。復就勞動者之生計，特別予以保護。並且承認勞動者可以參加企業之管理，承認勞動者可以爲勞工條件經濟條件而自由結社。此等規定，實是對於勞動者爲一種特別保護。

此不僅德國爲然也，其他諸國，亦多有對於勞動者予以特別保護者。

C 貧民教育之增進 教育爲增長人類智識之具，而智識卽人類藉以謀生之技能也。從前憲法，絕少增進貧民教育之規定，以故已往之教育，祇有富人子弟，得有享受教育之機會。而貧民子弟，不死之於饑餓凍餒足矣，尙能非分而存讀書之望乎。現代國家，多已注重貧民教育，並於制定憲法時，在憲法中爲詳細之規定。現在仍舉德國憲法爲例。德

國憲法第五章，關於國民教育之規定，亘於八九條之多，其中特別注重貧民教育者有三項，（一）全國施行義務教育制，國民小學八年，畢業後入續習學校，至十八歲爲止，概不收費。（二）各學校之設立，以生活上所必需之職業爲標準，國民受教育時，應察其天才性情所近，不以父母之經濟的社會的地位如何而有區別。（三）凡貧難自給，有志受中學及高等教育者，由國家或地方以公款補助之。由此等規定觀之，則一般貧民，即可不因經濟困難而不能受適當之教育，亦不至因地位卑下而不能受同等之教育矣（從前德國有特種小學，多係收取富豪世家子弟，不使與農工貧民子弟爲伍，現在既不以父母之經濟的社會的地位爲標準，則所受教育，當然爲同等教育）。

### 第三節 民法之改良

民法爲直接保護人民財產權之法律，即所謂保護個人私權之私法也。「權」與「法」之所以分爲「公」與「私」者，而「私」，即是表示可以任個人自由之意。權利我自處分使用之，外人不能干涉

也，法律行爲我自協定之，無須盡合乎法律規定也，此在個人自由主義時代之法律。本係以此爲原則，所謂財產權之自由，所謂契約之自由，悉屬於此。故從前法律，卽有公法與私法之嚴格的區分，而以公法爲規定國家之組織行動或國家與個人間之關係，以私法爲規定個人與個人間之關係，彼此界限明白，不能以公法支配私法。於是一般學者，乃創出所謂強行法與任意法之術語，以公法多屬於強行法，私法多屬於任意法。自二十世紀以來，因社會經濟之發展，此種法律觀念，其勢漸減，雖法律一面須承認個人財產權之私權，同時私法又當受公法之拘束。此卽私法帶有公法性質，亦可謂爲公法之私法化。換言之，從前之私法，任個人與個人間之自由，是水平線的，現代之私法，因國家權力（公法上之權力）之干涉，已有打破水平線的，而成爲垂直線的之趨勢矣。

在以國家權力干涉私權，卽公法干涉私法的法律組織之下，最明顯者，卽從前屬於民法規定之範圍者，現在已多另有獨立之新立法，如勞動法土地法之類是也。此等法律，俱屬於公法，其內容如何，留待後節再爲詳述，現在僅就民法中所有與從前民法幾種不同之點說明之。

(一) 解釋之擴張 從前法律之解釋方法，所謂學理的解釋或論理的解釋者，俱不過是探求立法者之真意，已說明於本書第四章第七節矣。此種解釋方法，在日新月異之社會情況之下，每有不能運用自如之感，故現代民法，關於此種解釋法律問題，多少已擴張其範圍。不過在民法條文中明白規定者，現在尙鮮其例。然亦有一二國家，曾經予以明白之規定。一爲瑞士民法，二爲俄國民法。瑞士民法第一條規定「裁判官得自爲立法者」，在本書第四章第七節已經說明，不必贅述，茲僅就俄國民法加以敘明，並參以個人之意見。據俄國民法施行法第五條規定「爲保護勞農國家及勞動團之利益，許對於蘇維埃共和國民法法典爲擴張解釋」。又「人民裁判所命令」第二十二條，「當裁判時，人民裁判所應適用勞農政府之命令，如命令無規定或規定不完全時，須依社會主義之法律認識爲準據而裁判之」。就俄國此種規定觀之，是於民法無規定或規定不完全時，裁判官可爲擴張解釋以補充法律之不備，已經顯然。不過俄國係勞動階級專政國家，係以社會主義而立國之國家，其許擴張解釋之目的，第一在基於社會主義之認識，第二在保護勞農

階級之利益。因之立法雖新，然所保護者却非全體人民（資產階級不在內），而非一般國家所能採用。但不能採用者，止是內容，而不是方法，用其方法而異其內容，則最合乎法律之目的也。所謂用方法而異內容者，即以保護全體人民利益爲目的（不專保護勞動階級），基於民生之認識，許對於民法典而爲擴張解釋是也。吾國民法第一條「民事法律所未規定者禁習慣，無習慣者依法理」，而此外並無允許擴張解釋之規定，恐未必能令司法官在裁判上最適切的運用民生主義矣。

(二) 禁止權利濫用 關於權利濫用之禁止，在本書第六章曾經略加敘述。然現代各國民法關於此項立法之趨勢如何，尙應在本章予以說明。現代各國民法之此項立法，其規定最明顯者爲瑞士，其次爲德國。至於俄國民法，更經明定權利之行使，須適合社會經濟之目的。不過俄國民法所謂社會經濟，止爲無產階級之社會經濟，而非全民之社會經濟，雖立法之方式甚善，而內容全殊，仍有背於法律增進人類全體利益之目的，可以置而不論。現在僅就瑞士德國之民法規定列舉於下。瑞士民法第二條第二項「明白爲權利之

濫用者，不受法律之保護」。德國民法第二百二十六條「權利之行使，不許以加損害於他人爲目的」。此種規定，是以權利之行使，須伴隨義務，即給與權利之義務性也，顯與從前個人主義之權利萬能觀念，大有區別。吾國民法第一百四十八條「權利之行使，不得以損害他人爲主要目的」，其規定完全與德國民法相同。

關於此種禁止權利濫用之規定，頗有學者認爲當實際適用時，不免要發生幾多困難者。其意以爲權利之行使，每易損害他人，法律既未詳細列舉其種類，然而遇有本於他人有損，而又不便強制其不行使者，將如之何？如有大而且多之住宅者，故意昂其價值，不令他人租居而閑置之，此係明白損害多數人之利益，固可以認爲權利之濫用。但在鄰人有馬數匹，不允鄰醫借用或租用，又鄰人埋藏若干葡萄酒於室中，鄰居病者不能乞到或購到一杯以療病，此即成爲不易解決之問題矣。不過據吾人意見，凡行使權利而損害他人者，如果毫無正當之理由，均可適用此種規定，此由司法者在裁判上運用之可耳。



(三) 限制契約自由 關於契約之自由之限制，亦在本書第六章略加敘明，不過彼係就今日應有之立法而言，此係就現代各國此種立法之趨勢而言，兩者微有不同耳。契約自由之限制，據現代各國民法所規定，大概均以法律行為，須合乎「公共秩序及善良風俗」，否則應認為無效。此種限制，在從前尊重個人意思之契約自由時代，固然亦有在民法中予以規定者，然彼止係一種例外，而現在則成為一般契約行為之原則矣。至於因民法尚未修改而在民法中仍揭契約自由之國，現在已由特別法規（如勞動法等）或判例，漸漸加以嚴格之限制焉。

(四) 賠償責任之變遷 民法上之損害賠償問題，已由「過失（法學上廣義過失，包括故意與過失兩者）責任」觀念，變為「原因責任」觀念矣。從前權利所有者，在自己所有權範圍之內行使其權利時，如果未有故意或過失，雖因其行為而損害他人，不能負損害賠償之責，此即所謂「過失責任」觀念。如日本民法第七〇九條「因故意或過失侵害他人權利者，應負所生損害之賠償責任」。又如法國民法第一三八二條「損害他人之行為，其引起損

害之過失者，須負賠償之義務」。又如吾國民法一八四條「因故意或過失，不法侵害主人之權利者，負損害賠償責任」。此等條文，均係根據「過失責任」觀念而規定者也。

『過失責任』，注重主觀的意思，亦可謂為主觀主義之責任觀念。二十世紀以來，此種他觀的責任觀念漸次失勢，而客觀主義代之而起。客觀主義之責任觀念，注重客觀的事實，即所謂原因責任觀念是也。原因責任之意義，即他人所受之損害，不問是否出於行為者之故意或過失，祇須被損害之原因，是生於行為者行為之結果，即應負賠償責任，故又可名為『結果責任主義』。現代世界各國，雖然在民法未有採用此種主義，而於特別法之立法例上以及判決例，大概已承認此種原則。如我國工廠法第四十五條「在勞動保險法施行前，工人因執行職務而致傷病或死亡者，工廠應給其醫藥補助費及撫卹費」。又如日本工廠法第十五條「工人因業務上負傷患病或死亡時，工業主須依命令所定，扶助本人及其遺族或在本人死亡前依其收入維持生活者」。又在日本礦業法中，亦有同一之規定。此係立法例上承認原因責任之原則也。至判決例上承認此原則者，亦不少其例，

茲列舉日本法院兩個判決例如下。

一 日本大阪控訴院（與中國高等法院相當）就某化學工業公司之毒煙損害附近農民農產物請求賠償上訴一案，其判決內容略謂「控訴人對於硫酸逸遁之防止，固然已盡今日技術上所應爲之最善方法，似應以無責任論。但控訴人所製造之硫酸，既已損害被控訴人之農產物，其硫酸之逸遁，不問控訴人是否可以防止，然被控訴人之損害，既係發生於控訴人行爲之結果，即應對控訴人負賠償責任，毋庸多辯」。此爲完全基於原因責任之觀念。

二 日本大審院（與中國最高法院相當）就鐵道院火車之煤煙薰死停車場附近松樹一案，其判決內容，略謂「本案被損害之松樹，接近於停車場，雖與路線相距不滿六尺，易受火車所吐出煤煙之激烈損害，但鐵道院不施豫防煤煙之方法，任令發生煙害，薰死鄰近松樹，此種火車運轉之結果，可謂已超越社會觀念上一般所容認之範圍，應認爲未依適當之方法而行使權利」。此雖本於權利濫用之法理，未脫過失責任之傳統的觀念，然已漸

傾向於原因責任(即結果責任)之觀念矣。

以上關於損害賠償問題，其所以由過失責任而變遷到原因責任者，即因近代大工業之發展，所有勞動者及其他人之權利，當然易隨大的動力與其毒煙等等的結果，而發生種種之損害，故不問所有者有無過失，均應負責，此即法律注重社會利益也。

(五) 相續制度之變遷 相續權之應予限制，已在本書『今日應有之立法』一章，言之甚詳，現在僅就吾國此種制度變遷之大概略述之。吾國相續制度，自新民法頒布後，已大有變遷，其主要者，約有左列幾種。

A 廢除宗祧相續 從前民法(前清現行律民事部分，延至新民法頒布前，繼續有效)關於相續權之規定，偏重於宗祧相續，所有財產相續，止是宗祧相續之附屬。換言之，即有宗祧相續權者，始得承繼其財產，為相續制度之原則。惟為所後之親所喜悅之義男女婿以及夫亡無子守志之婦人，雖非宗祧相續之人，亦得酌分財產或承繼夫分(守志婦人，仍須為夫立嗣)，此其例外耳。現在新民法繼承編，僅有遺產相續之規定，而宗祧相續，

已經廢除。此蓋以宗祧相續，係封建時代家族制度之觀念。在封建農業社會，人類專以家族爲生活之中心，爲維持家族代代相傳以續禰嗣起見，故特別注意宗祧相續。現在因工商業之發達，人類生活之中心，已由家族而移到社會。所有一家之父子兄弟，不但謀生之地不同，而職業亦每每各別（或爲工或爲商等等）。所謂家庭者，亦不過僅爲小家庭耳，而大家庭之制度，則因生活上之關係，多已打破。以此之故，民法對於宗祧相續，卽已無規定之必要矣。

B 相續權之範圍縮小 從前民法，有親生子者，歸親生子承繼，無子者，所有同宗昭穆相當之姪，均有承繼之權。其承繼順序，先儘同父周親，次及大功小功總麻，再次爲遠房及同姓。據此規定觀之，其相續權之範圍，極其寬闊，除直系卑幼外，並推及於旁系卑幼以至遠系卑幼。尤其是遠系卑幼，爲被相續人生前所未見未知，而於死後承繼其宗祧因而承繼其財產，更爲不合理之甚者。吾人嘗觀報紙或小說所載，歐洲遠買在外之小商人，忽因遠房族人之死，承繼百萬財產而成爲暴富，一般人驚相告語，視爲意外之大

幸事，即可見此種承繼，實有背乎恆情者也。現在新民法所規定相繼權之範圍，已大為縮小，據第一千一百三十八條規定「遺產承繼人除配偶外，依左列順序定之。

一 直系血親卑親屬（第一千一百四十二條規定養子女同），

二 父母，

三 兄弟姊妹，

四 祖父母」。

據上規定，有遺產承繼權者，不但無遠系卑幼，且無旁系卑幼。雖增加有父母，兄弟姊妹，祖父母三項，然較之從前民法，其範圍之縮小，已不言而喻矣。依從前民法之規定，則遺產永無歸於國庫之機會（僅有無同宗可繼之戶絕財產，得酌撥充公之規定），若現在新民法所定，則遺產常有歸屬國庫之可能矣，此亦調和貧富之一法也。

0 男女遺產相續之平等 從前民法對於宗祧相續，是以男系為本位，因之財產之承繼權

，亦唯男子有之，而女子不與焉。唯於戶絕財產，未有同宗應繼之人時，死亡者之親生



女，始得承受之。現在新民法已明認男女有平等之遺產相續權矣。雖第一千一百三十八條第一項第一款所謂直系血親卑親屬一語，未有明白指出女子，然就第一千一百四十二

條「養子女之繼承順序，與婚生子女同」之規定觀之，已經顯然無疑，且第二款至第四款之繼承者，均係男女並列，尤足證明。至於繼承編施行法第二條之規定，更使女子之相續權，溯及於民法繼承編施行前而有效矣（以民國十五年十月前司法行政委員會關於婦女運動決議案通令到達各省之日爲限）此項男女相續平等之立法，卽是表現現代男女平等之原則也。

D 遺言相續之增訂 從前民法，並不明認遺言相續，現在新民法，除第一千一百三十八條之法定相續外，尙認遺言相續之例外。惟遺言不能違反特留分之規定，已在本書第六章第四節言之，茲不贅及。此種遺言制度，歐美最爲盛行，吾國新民法之立法，已不免有鈔襲之嫌。況此種立法例，原係封建貴族時代之遺制，與現代社會難以相容者耶。

## 第四節 刑法之改良

現代刑法之大變遷，即是從客觀主義漸漸趨向於主觀主義。客觀主義，又可謂之應報刑主義，或犯罪主義，主觀主義，又可謂之保護刑主義，或犯人主義。客觀主義，以客觀之犯罪事實爲標準，而定刑之輕重，因其既爲某種惡事，即當報以某種刑罰也。主觀主義，以主觀之犯人意爲標準，而定刑之輕重，因其犯意之有無或強弱，與社會秩序之安危有重大關係也。總之客觀主義，其目的，在注重於犯罪之報復，主觀主義，其目的，在注重於社會之防衛。茲先說明客觀主義變遷之大概，然後再論及現代刑法所採取之主觀主義。

據日本學者牧野英一所主張，客觀主義，有三個變遷，（一）爲中世意大利學派之民法的客觀主義，（二）爲法國革命時代之政策的客觀主義，（三）爲十九世紀之哲學的客觀主義。

先從民法的客觀主義言之。中世紀之意大利學派，是從事於羅馬法之研究者也，此羅馬法之研究，因以後影響到德國法學界，遂以造成今日德意志民法之基礎。夫羅馬法之延長勢力於

現代者，本止爲民法上之事項，而公法上之組織，如憲法，行政法，又如刑法，刑事訴訟法等，均未受羅馬法何種影響。然今日吾人所有之民事觀念，如貸借，雇傭等，却都是由羅馬法遺傳而來者。中世意大利學派，於研究羅馬民法之外，有時亦附帶研究刑法，但其研究，仍是適用民法上之思想。所謂民法上之思想者，即必須已有客觀的損害之事，始能負損害賠償之責任是也。對人雖已發槍，但未命中，不生民法上之損害，必須擊中致傷，始生損害賠償之問題。彼等對於刑法，亦是基於此種思想，故對於未遂犯之處罰，即不十分主張。後雖折衷於羅馬法與日耳曼法（日耳曼民族習慣法，未遂犯與既遂犯同罰）之間，承認未遂犯亦應處罰，但仍以爲應較既遂犯爲輕。至對於併合罪之主張，亦係基於民法上之思想。在民法上之思想，發生三個損害，即有三個損害賠償之義務，因之主張犯三個罪者，亦須予以三個處罰。現在併合罪之刑罰，是以限制加重爲原則，並非各罪併科，主張併科者，即中世意大利學派完全基於民法上之客觀的思想也。

再從政策的客觀主義言之。因法國革命之勃發，而產生第二期客觀主義，牧野英一氏稱之爲

政策的客觀主義。其所以謂為政策的客觀主義者，即因此種主義，係反抗中世紀之罪刑擅斷主義而起，而以匡正其弊害為目的者也。在裁判官專憑己意而為處罰之罪刑擅斷主義，人民在社會上之行動，既無成法可資遵循，所有一切權利，甚難得安全之保障。因此，則以法律預定一定之行為為犯罪之罪刑法定主義，即隨之而生，如無此種預定之犯罪行為，即不能任意加以處罰也。反而言之，如有一定之犯罪事實，即須依據此種事實而處罰。此種主義，一方可以確保人民之權利，一方必須以客觀的事實為基礎，故稱之為政策的客觀主義。

最後就哲學的客觀主義言之。自十九世紀以來，關於刑法之研究，漸漸進於哲學之途，故有哲學的客觀主義之出現。此種客觀主義，以為人類均有自由意思（除未成年及精神病者外），犯罪者既本於此種自由意思而為惡，則因為惡結果所發生之客觀的外部事實，即為刑法上處罰犯人之根據，實情重者重罰，輕者輕罰，此為最公平之法則。此種主張，在今日刑法學界，尚有相當之勢力。

以上已就客觀主義之三個變遷說明矣。然最近五十年來，客觀主義勢漸衰微，而主觀主義代

之而興，其主要原因，即由於社會之經濟變遷，日益劇烈，所有客觀主義之刑法，已難達到防衛社會之目的，故為適應社會之經濟生活起見，即有主觀主義之發生。現代刑法，多已採取此種主觀主義之原則，茲特列舉幾種主要之點於下。

(一) 未遂犯之規定 現代刑法關於未遂犯之規定，與從前不同。從前對於未遂犯，因為客觀的之情節較輕，而認為必須減輕，此學者所謂必減主義是也（如意大利刑法及日本舊刑法）。現在則以未遂犯，既有犯罪意思，其心已不可問，基於主觀主義之精神，應不予以減等，退一步言之，亦祇應認為得以減等，前者為不減主義（如法國刑法），後者為得減主義（如我國新刑法及日本新刑法）。據吾人意見，意圖殺人而開槍，能否命中，原無關係，如果實以殺人意思而開槍，均應以殺人犯論，茲以既遂未遂之分而定輕重（必減主義），不能認為合理。並且所謂「得減」，亦不必要。因為如遇應予減輕者，即可適用酌量減輕之例（參照吾國刑法第十章）故也。總之現代刑法之於未遂犯，雖然尚未完全拋棄客觀主義，却已漸漸趨向於主觀主義之途矣。

(二) 累犯之規定 累犯惡性較強，影響社會之安全極大，基於主觀主義之精神，應特別加重處罰。吾國新刑法及日本新刑法，對於累犯之處分，均比舊刑法爲重。在吾國暫行刑律（即舊刑律）之規定，是於再犯者加本刑一等，三犯以上者加本刑二等。新刑法則於再犯者加重三分之一，二次以上者加重二分之一，並有因犯同一之罪二次以上而加重本刑一倍者。此即不以客觀的事實爲標準而以主觀的意思爲標準也。

(三) 併合罪 此在吾國暫行刑律稱爲俱發罪，新刑律改爲併合論罪，即對於確定審判前犯數罪者而合併處罰也。關於併合罪之處分，吾國暫行刑律及新刑律，均以限制加重主義爲原則，尙與主觀主義之精神相合。至於日本，則新舊刑法，大有變遷矣。在日本舊刑法，則係從一重處斷，此項規定，既非客觀主義，亦非主觀主義，乃係一種博愛主義。十九世紀之前半期，在刑法上之觀念，一面是客觀主義之發達，同時又是博愛主義之勃興，對於併合罪之從一重處斷者，即此博愛主義之影響也。若依客觀主義，則二個之犯罪，即應處二個之刑罰，三個之犯罪，即應處三個之刑罰，此種辦法，則較之博愛主



義爲苛酷。然現代刑法，既非博愛主義，亦非客觀主義，乃係主觀主義，日本新刑律如是，我國刑法亦係如是，即是既不從一重處罰，亦不各罪併科，乃合併數罪之刑而由裁判官於法定範圍內定一適當之刑也。如吾國對於併合罪應宣告多數之有期徒刑者，則於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下定其刑期是也。

(四) 共犯之規定 現代刑法對於共犯之規定，多少尙有客觀主義之傾向，然在解釋上，均應基於主觀主義之精神，方爲合理。茲以吾國新刑法爲例。如共同正犯之構成，以及教唆犯之處罰，均不免偏於客觀主義。

先就共同正犯之構成言之。第四十二條云「二人以上共同實施犯罪之行為者，皆爲正犯」。據此規定，僅係注重犯人之客觀的實行行為，而不注重犯人之主觀的意思。故雖有共同意思，而無共同實行犯罪之行為者，即不能成爲共同正犯。此即以客觀主義爲立法之標準也。然在解釋上，仍當以主觀主義爲標準。蓋以既有共同之意思，而自己實施與否，原無關係，且他人之遵照共同意思而實施，仍與自己所實施者無異，此與條文共同實

施者爲正犯之意，亦無何種衝突。此所以事前發縱指示，參與謀議，臨時並未共同實施者，吾國法院有「均以正犯論」之解釋也。

再就教唆犯之處罰言之。第四十三條第二項云「教唆犯，處以正犯之刑」。據此規定，是以教唆犯不能獨立論罪，應以正犯之刑爲其處罰之標準。換言之，卽教唆犯，不能獨立成爲犯罪，祇是共犯之附屬犯是也。此種認教唆犯爲附屬犯之立法，完全基於客觀主義而來，卽在客觀的犯罪之實行行爲成立時，始附屬於其實行行爲而成立教唆犯，否則不能成立也。此種立法，極不妥當，茲舉例以明之。嗾犬噬人，犬去而人已遠逃，此嗾之者，應構成未遂犯。嗾精神病者殺人，精神病者因某種原因，致忘其嗾使而未實行殺人行爲，此嗾之者，依「間接正犯」之通說（精神病者無健全意思，不能構成犯罪，故嗾使者爲間接正犯），亦應構成未遂犯。犬與精神病者之被嗾使，而未達到實行行爲，嗾使之者，尙應成立未遂。茲於教唆無精神病之普通人犯罪，因被教唆者未去實行，依據共犯附屬犯之說，反不能獨立構成未遂犯，未免太不合理矣。故吾人在解釋上，當排斥共

犯附屬性說，而主張教唆犯，可以單獨論罪（即被教唆者未受其教唆而實行，認為無罪，而教唆者仍當論以未遂），以便適合於主觀主義之精神。

（五）刑期上自由裁量之範圍擴大 從前刑法，大概多以法律固定刑期，使裁判官無自由裁量之餘地，此以客觀主義為立法標準之刑法所不得不如此也。現代刑法，基於主觀主義之當然結果，已是寬定刑期，以擴大裁判官自由裁量之範圍，即就日本而論，其新刑法所規定之刑期，較之舊刑法實已寬泛多矣。惟吾國新刑法，其刑期之範圍，因廢去等級制而改為年月制，則較之暫行刑律，間有縮短者，實不能謂之比較進步之立法。而審查草案意見書，反自詡為「最為扼要」之點，可以使「司法官不得任意高下」，殊不可解。

（六）規定犯罪之簡括 舊時刑法，對於犯罪之規定，每有同一性質之犯罪，而因其方法不同，乃以各種條文而為分別之規定者。例如我國前清現行律，對於殺人罪，則分為謀殺，故殺鬥毆殺等等而各定其刑，日本舊刑法亦然。現在日本因新刑法之改訂，已廢去殺人種類之規定矣。吾國暫行刑律，本係採取新的立法主義，對於殺人罪，除殺直系尊

親屬及友邦元首等另有規定外，其餘一切殺人，不問方法如何，統括之於殺人罪一條，如暫行刑律三百十一條「殺人者，處死刑，無期徒刑或一等有期徒刑」是也。然最近頒布之新刑法，不惟未設法減少殺人之條文，反而增設豫謀殺人及支解折割或其他殘忍行為為各款，殊不合理。推立法者之用意，必以為謀殺及支解折割或其他殘忍行為，其情節較重，非特定重刑（據第二百八十四條規定，處惟一之死刑），不足以昭炯戒。然謀殺等行為，罪情未必果重，且有時反較無豫謀之罪情為較輕者，亦所在皆是。此種煩瑣之區別，實無何種實益，由主觀主義之立場言之，規定犯罪之條文，不必為極複雜之分類，應以趨於極簡括為主，如此，則裁判官於裁判時，即可審酌犯人之主觀的犯罪意思如何，以便於法定範圍之內，酌量定其刑罰。日本學者牧野英一，以為不但竊盜罪，不必要分種類（如屋外竊盜，侵入家宅竊盜等等），即關於同一之財產犯罪，如竊盜罪，詐欺罪，恐嚇等，亦無妨合而為一，蓋以不如此種區別，不惟不妨害刑法之作用，反而有益於裁判官之適用簡便，以求曲合主觀主義之精神也。現代刑法，雖於同一性質之犯罪，

尚多區別種類，未能爲簡括之規定，然以後漸漸趨於此途，却可斷言者也。

(七) 微罪不檢舉 微罪不檢舉，在吾國業已實行，如刑事訴訟法第二百四十五條之規定，檢察官對於輕微案件，得爲不起訴之處分是也。所謂輕微案件者，(一)屬於初級法院管轄者，(二)情節輕微以不起訴爲有實益者，(三)被害人不希望處罰者。自主觀主義之見地言之，此種立法，極爲正當。蓋以對於特殊之犯人(如累犯者)，既須特別科以重刑，而對於別種特殊之犯人(如無累犯之虞的初犯者)，當然應採取不科刑之方針，彼對於微罪處以短期之自由刑，實與刑法防衛社會之目的，毫無何種利益者也。在應報主義，客觀主義學者，雖然主張既已犯罪，即當科刑，爲因果關係上之必然，然而此種必然之說，早已不爲今日所承認，如緩刑及假釋制度，即是已犯罪者而不科刑也。以此之故，則微罪不檢舉之制度，即不能以「有罪必罰」之說相非難矣。

## 第五節 勞動之新立法

關於勞動立法一事，爲現代社會政策立法中最主要之一。此種社會政策之立法，已使從前契約自由之原則，感受極大之限制，一方面可以抑制資產階級財富之無限膨脹，一方面可以減少無產階級生活之極大窘迫，誠合乎法律之社會的目的，而爲調和利益之最善的立法也。在二十世紀之今日，此種立法事項，實已萬不可少。蓋以勞動階級，居於經濟上之劣敗地位，與資產階級間之契約關係，每每因生活上不得已之故，而受資產階級之壓迫。又因不堪壓迫之故，常常與資產階級發生最激烈之鬥爭。如吾人所知之五一勞動節（吾國工廠法規定放假一日），即是一八八六年五月一日美國勞動階級與資產階級鬥爭獲得勝利之紀念日。此種鬥爭，在今日確已更加劇烈，因此之故，各國在立法上，於是均不得不有一種社會政策之勞動立法，即在產業落後之中國，亦已於前年制定工廠法頒布矣。茲特就勞動立法中幾種主要之點列舉於下。

（一）童工女工之保護 童工年齡，各國各因地理氣候之關係而有差別。吾國工廠法規定，是以在十四歲以上，未滿十六歲者爲童工，其未滿十四歲之男女，則絕對禁止工廠雇



用之。各國法律對於童工及女工之保護，約有下列幾種。(一)童工及女工，不得使之從事有礙衛生及有危險性之工作。(二)童工及女工，不得使之從事於夜間之工作。(三)童工工作時間，應較成年人縮短。(四)童工應由工廠方面使之補習教育，並負擔其費用之全部。(五)女工分娩前後，應停止工作若干星期(有定為前後各四星期者，有定為前後各六星期者，各國規定極不一致)，工資照給。(六)對於有嬰兒之女工，應給以哺乳之特別休息時間(不能算為普通休息時間)。(七)女工工資，不得少於男子。

(二) 勞動時間之縮短 資本家對於所雇傭之勞動者，希望每日為時間較長之勞動，以增高其利潤，此一般資本家心理之所同也。但勞動過度，易感疲倦，不惟勞動者身體上受極大之損失，而資本家因勞動者不能繼續工作，亦有礙於營業之進行。故自美國工人提出「工作八小時，休息八小時，教育八小時」之要求以後，所有從前每日工作十二小時甚至十六小時之長時間勞動，各國已逐漸廢止。其正當之勞動時間，大概是以八小時為原則，然因工作性質上之關係，亦有減至六小時(如地底工作)或增至十小時(凡緊急必需

時之工作)者，此其例外耳。吾國工廠法第八條「成年工人每日實在工作時間，以八小時為原則，如因地方情形或工作性質有必須延長工作時間者，得定至十小時」。不過某項工作，應予縮短者，則尚無規定耳。

(三) 休息時間之規定 勞動者營養不良，或勞動疲乏，其補償之法，唯有休息，故休息一事，為貧人唯一攝養之良法。惟各國關於勞動者休息時間之規定，極不一致，茲就吾國工廠法所規定者言之，約有下列幾種。(一)繼續工作五小時，應有半小時之休息。(二)每七日中，應有一日之休息。(三)法定放假之紀念日，應給假休息。(四)繼續工作滿一定期間者，應有特別休息日，即一年以上未滿三年者，每年七日，三年以上未滿五年者，每年十日，五年以上未滿十年者，每年十四日，十年以上者，每年再照加一日。以上各種休息日，其工資均照常支給。

(四) 最低工資率之規定 工資為勞動者及其家屬所依以生活之唯一收入，如果工資過於低廉，無論其他勞動條件如何完滿，終不能解決勞動者及其家屬之實際生活。故最低工

資率之規定，爲改良勞動者待遇之必不可少之唯一方法。最低工資率之規定。起源於澳洲。一八九四年，自紐錫蘭制定勞動爭議強制仲裁法以後，一八九六年，在維克多利亞洲，卒能戰勝資產階級之激烈反抗，而使最低工資率法通過於議會，此卽爲世界最低工資率法之嚆矢。後來英國仿行此種制度，一九〇九年所制定之勞動法，卽規定有最低工資率。一九一〇年，美國亦踵行此制，一九一二年馬薩粗瑟州，首先制定此種法律。現在此制已普及於全世界之中矣。

最低工資率之定額如何，因各國生活情形不同，其高低原不一致，卽在一國之內，亦因工廠所在地之不同而有差異。故對於此項工資率之規定，每有不能具體的而規定一定之額數者。因此，祇有爲抽象的規定，方能適合勞動者之實際生活狀況。吾國工廠法第二十條「工人最低工資率之規定，應以各廠所在地之工人生活狀況爲標準」，卽係一種抽象的規定也。

在規定最低工資率外，對於工資之給付，亦有一種規定。其主要者，大概爲（一）應給以

通用貨幣，不得代以其他物品或票券。(二)每月至少須發給工資二次或三次。

(五) 勞動保險 勞動保險之制，為現在一般國家所通行之政策，惟吾國現在尚無此制。勞動保險，有任意與強制之分。勞動者所得工資，每難自給，基願意以工資繳作保險費者，勢有不能。故現在各國在實際上，均是施行強制保險，而任意保險，則絕無僅有也。

關於勞動保險之辦法，已在本書第六章第五節說明大概，茲不贅述。

(六) 承認勞動階級之團體行動 勞動階級團體行動，主要者為同盟罷工，抵貨運動兩種，其次為團體契約，爭議調解。現在各國，對於此等團體行動，究竟是全部承認乎？抑尚有限制乎？茲分述於下。

A 同盟罷工 關於此種團體行動，有承認者，亦有不承認者。勞動者為謀增加工資，縮短時間，以及其他擁護勞動者自己利益之同盟罷工，大概因其出於正當之目的，均認為合法。反之若企圖加害他人或反抗國家，則禁止之。

**B 抵貨運動** 此種運動，即是以損害資本家之貨物爲抵制資本家之方法也。各國立法中，對於此種運動所損害之貨物，多規定損害賠償或認爲刑事上之犯罪。因之近年此種運動，行之者頗少。吾國工廠法第七十二條「工人以暴力妨害廠務進行，或損毀廠內貨物器具者，依刑法最高度之刑處斷」，即係含有禁止此種運動之意。

**C 團體契約** 所謂團體契約者，由勞動階級團體，以謀勞動階級之利益爲目的，與資本家雇主方面所締結之契約也。資本家與勞動者個人締結雇傭契約時，萬不能違反此種團體契約之所定，此爲限制契約自由之最顯著者。現在各國多以法律承認此種團體行動，吾國已於民國十九年有團體協約法之頒布。

**D 爭議調解** 勞動者團體與雇主因勞動條件發生爭議時，由國家行政公署召集雙方協議解決者，謂之爭議調解。現在各國，俱以此爲解決勞資鬥爭之善法，吾國亦已頒布勞資爭議處理法矣。

## 第六節 土地之新立法

土地問題之解決，其最徹底之方法，唯一的爲土地公有。惟現在世界各國，各因其經濟情形不同，而立法上多難一致，茲略述其各種立法如左。

(一) 土地全部公有之立法 以全國土地，完全屬諸國家公有者，在現代世界之中，僅一無產階級專政之俄國。俄國土地法第一條「凡蘇俄聯邦領土以內之一切土地，地中埋藏物，江湖及森林，永遠禁止享有私有權」。又第二條「凡蘇俄聯邦領土以內之一切土地，不問屬何人管理，皆爲勞農國家所有」。因此，人民對於土地，即止有使用權，而無所有權，而民法物權編內之所有權項下，於是亦止有動產所有權之規定，而無不動產所有權之規定矣。此種土地國有之立法，乃無產階級專政之當然結果。然以暴力奪取政權，而達到無產階級之一階級專政，既非吾人之所敢贊同，因之以無條件之沒收方法，使之全歸國有，吾人亦不能認爲善計，以故此種立法，此外一般國家，無踵行之者。



(二) 土地一部公有之立法 此種立法，即以全國土地之一部收爲國有或市有之立法也。現在世界各國，施行此種立法者不一而足。就德國言之，德國土地市有之制，極爲盛行，現在並特設機關，專負收買民間土地之責，凡人口在二十萬以上之都市，大概均具有市有土地若干，此不僅在市內有之，卽在市外，亦有不少之市有土地。如柏林一市，在市內之土地，有七百畝左右屬於市有，而在市外，則屬於市有者，並有二萬畝之譜。德國各都市，不僅極力收買土地已也，而民間山林，亦大加注意。據以前之統計，德國國內山林之總面積，爲三千五百萬畝，其屬於市有者，已有五百六十四萬五千畝。再就德國收買土地之費用言，在一九〇一年至一九一一年之間，柏林一市，已費去一億七千五百萬圓。據此觀之，則土有一部之公有，已爲現代世界所實行之制度矣。吾國現在已有土地法之制定，其於土地公有之問題，除公共水道陸道及天然湖澤鑿泉地瀑布地等當然爲公有者不許私有外，尙得徵收私有土地以應公共事業之需要。所謂公共事業者，其範圍極廣，(一)實施國家經濟政策，(二)調劑耕地，(三)國防軍備，(四)交通事業，

(五)公共衛生，(六)改良市鄉，(七)公用事業，(八)公共事業，(九)國營事業，(十)政府機關，地方自治機關及其他公共建築，(十一)教育，學術及慈善事業，(十二)其他以公共利益爲目的之事業。以上種種，俱是屬於公共事業，均可徵收私有土地。其中如實施國家經濟政策，調劑耕地，改良市鄉等，尤爲隨時應當舉行者，如果能切實奉行，則收買私有土地變爲公有之機會極多，而必須收買之土地，爲數亦應不少。此項立法，亦可謂爲採取土地一部公有制之例也。

(三) 重課土地累進稅之立法 土地之應依累進法而課重稅，不僅爲多數學者所公認，抑亦許多國家見諸立法上之實行者也。此種立法，不但因重課之所獲，可以增加國庫之收入，而裨益於國家之財政。並且因以重稅分割地主之利得，可以使地主以賣却土地爲比較有利，而免土地集中於少數人之手。所謂土地稅者，係指地價稅與土地增值稅兩種而言。依法定地價計算所征收之地稅，謂之地價稅，依土地增值實數計算所征收之地稅，謂之土地增值稅。據吾國現在土地法之規定，對於地價稅之稅率，已比從前增高，並且

於地價稅之外，亦定有土地增值稅一項，尤爲吾國之一種新的立法。其地價稅之稅率，低者爲法定地價千分之十，高等爲千分之百，而於自住地自耕地，則按所定稅率八成征收。又土地增值稅之稅率，其增值在原地價百分之五十以內者，課增值額百分之二十，超過百分之五十，以至於百分之二百者，則分別課以百分之四十，六十，八十，超過百分之三百者，並將其超過三百中之一百部分完全征收。以上所定地價稅與土地增值稅之兩種稅率，均係以累進稅法爲立法之標準也。