

第一章 启蒙时代的德法家

德国接受了罗马法之后，法学上就发生了许多新的问题。

在十五世纪之末，全欧大陆已完全接受了罗马法、寺院法以及朗勃的封建法（Lombard feudal law）。

事实上当罗马法在东方自君上坦丁向北推行之时，也就是自南向西向德推进之日；但这些事实与我们的问题没有多大的关系。不过我们应该明白的就是无论在那一带地方，到处都有尽量熟谙那种外国法律的必要。

当那时，中世纪最强有力的德皇已兼任了罗马皇帝大家都承认他是历代罗马帝皇的合法承继者本来罗马法是罗马皇的法，现在就算为德

帝国的普通法而适用了。但是乡镇人民对于他们的无关紧要之事件，还是拘泥于德国古代的旧法。他们谨守传统之力非常坚强。所以凡有冲突发生，罗马法也未必常占优势。更其在夫妇财产法、土地法、森林法、畜牧法以及城市手工业习惯各方面，大家都设法保存发展那本国法，并且无论什么地方，如果此种企图有所成就，本国法总是优越于所谓德帝国的普通法。

我们所以不厌其详地叙明上述的几桩重大要事，无非使我们可以明了那将要讨论的一种根本趋势。^{〔1〕}实际法学上有个问题，就是要照着过去时代的法律来解决当时环境之下的争执，并且在时代的观念与旧法规之间，求个调和适当的办法。这种问题无论哪种法律制度都会遇到，不过程度上略有不同罢了。任何法律绝不仅是昨日和今日的产物。所以我们要寻求一个普通有效的方法，可以解决我们上述的问题。因此，我们研究启蒙

〔1〕 趋势二字系译德文 *Richtung* 一字；与运动、思想派、思路等词相当。

时代〔1〕的实际法学，实与现在以及将来都有重大的意义

本书各章的讨论都集中于我们的目的，去研究那种所谓根本的公道，因此，可以解答具体问题的方法的普遍性，就必须加以深切的注意。凡个人之一切行为以及意思的表示，都以其内心态度为依归在研究任何时代任何民族的法律，我们也须着眼于那种内心态度，因为具体法律的叙述和探讨，都以是种态度为衡量的

对于我们提出的问题，那时代的内心态度从两方面表现出来，更其在司法上审判案件之时：

（一）判决例产生新的制度。而表面上还是根据着公认为权威的意见；（二）法院以一种新的意义去解释陈旧的法规，完全与他们时代的立法相和谐。

（一）现今文明国家的法规中，都有一种很普通的规定，就是失踪人死亡之宣告。罗马法上，

〔1〕启蒙时代即怀疑时代。这一时期内，在宗教、科学、哲学以及法律的园地内，都提出疑问，自十七世纪中叶迄十八世纪中叶至伏尔泰（Voltaire，本书原译“凡尔太”）登峰造极；继起者即浪漫主义时代。

此种规定是没有的德国接受了罗马法之后，这层就发生困难。一个人失踪了，没有人知道他在什么地方，也不知道他是死是活，可以他却有财产存留着。那么，这种财产应如何处分呢？有一个萨克逊法院就去引用圣经，以为救济。旧约上有一节说道：我们的生命为七十年（《诗篇》，九十章十节）。这个法院就采用了。因此，一个失踪人，假定尚活着已满七十岁。就分三次去传他到案。第三次他仍旧不到案，法院就宣告他为死亡。这样办法渐渐为大众所承认，不多几时，德国的法院竟一律使用。时至今日，立法者且都采为一种不可动摇的法律制度，不过大同小异罢了。

在现在商业上有个很重要的问题，就是情势之变迁对于契约的影响。凡因大战而受着影响的国家，那个问题更为迫切。在从前通常情形之下，所成立的契约，要把他履行，总有一方面感到极大的困难，及负担重大的损失，那么，他究竟有没有请求撤销契约之权呢？这个问题在二百余年前也照样发生过，称为情势变迁之原则（*Clausula*

Rebus sie Stantibus)。依次原则，许多学者承认，凡情势有重要变迁，应认许撤销权之行使。他们的主张是根据一个罗马学者的一段简约的意见。他说道：“无论谁必须承认那权利发生时的情形什么样；现在还是那样，笛笛士（Titius）方负法律上的责任。”此种见解在李善（Leyser）所著之《普通法的研究》一书上，主张最烈。那时代其他学者则极力反对之，主张契约的义务应有拘束力。实在这问题有两方面的：在一方面看来，契约不过是一种达到有限的目的之有限的方法；在他方面看来，无论谁得以他人之然诺为准，也是必要的。在商业生活方面，除非契约有拘束力，任何计算将为不可能，而合法之交易必受阻碍。不负责任一语，在恶劣情势之下，对于任何要约会发生，的确是可以把通常商业上的交易致於死命。

在十九世纪，时代较为宁静了。从前契约须受情势变迁之限制，人们也就渐渐地忘却了。凡关于民法的著述，此种契约的限制简直不再提及。在较新的几部法典上，如一八〇四年的法国民法，

那个问题就没有规定，如一八六五年的萨克逊民法第九六三条，则明白规定不得因情势变迁而撤销契约。最新的法典，如一九〇〇年的德国民法，以及一九一二年的瑞士民法，也有同样的规定。这两部民法中，凡可以因情势变迁而主张契约撤销权，只限于所列举的几种：例如雇佣契约，可以因重大理由而撤销；又如债务契约，可以因债权人财产的毁损而撤销。

（二）关于我们在上面所述的第二点，我们可以举请求权之移转为例。在罗马法上最初请求权是不得由权利人移转的，可是权利人可以把请求权的利益让渡于第三人，而第三人虽并不直接取得请求权，却能享受那间接的利益。这种办法形成了一种畸形的制度。至德国接受罗马法后，德国的法家以为这不过是罗马的一种迂回周折的曲解，于是乎他们的间接就进一步，而主张那承受人依照它们的法律，实已成为真正的权利人，以前的权利人却因移转而抛弃了他的请求权。此种见解实际上确是一个妥当的结论。虽然在十九世

纪中，人们对于罗马法的认识较为深切，而前述关于请求权移转的复杂见解，竟风靡一时。这种见解在理论上及实际上保持了许多时候，直至现代普通法的学说兴起，以及上述德国及瑞士两部民法产生以后，那请求权移转的简捷方法，方才确定了起来。

还有一种，系上述两方面混合起来的，例如代理的学说。关于这层，在罗马法上最初也以为凡人只能为他自己去订立契约，负担义务。直接的代理是少见的，只有关于财产之取得、遗产之承受以及其他很少数的案件，才见到了那种观念。可是学者们也疑义百出，意见纷歧。最感困难的一件事，就是奴隶的经营商业。奴隶是为主人取得财产的必要工具，可是不能使主人受拘束。但他方面又因为奴隶并无在法院内被诉之资格；以至所订立之契约不能完全拘束他。但是假定那主人特别授权于奴隶，使他去从事一种特定的任务，那么，主人对于奴隶的道德上的责任，就须负责保证之责，并且可以被诉。又如主人将财产交给

奴隶使用，或使他为船舶的船主，或委他为房屋或财产之管理者，主人也须负同样的责任。从这几种法理之中，德国的法家就演述出这现代认为一种普通原则的直接代理制度。

在我们所讨论的趋势中，我们会说到李善（Leyser）是一个领袖。他是前海姆脱特（Helmstedt）及威登堡（Wittenberg）二大学的教授，生于一六八三年，死于一七五二年。希尔脱（Schilter）（一六三二年至一七〇五年）及斯端克（Stryk）（一六四〇至一七〇一年）二人均为他所师承。希氏曾在一佳作内叙述德国法院内罗马法的应用；斯氏在他所著《罗马法的今用》（*Usus Modernus Pandectarum*）一书中，也讨论过同样的问题。这是大家知道的，那全部的趋势却就以那书的标题为其特质。

那么，从科学的观点上，这是什么意思呢？而上述数种现象中，包含些什么共通的重要概念呢？

凡因环境的变动，根据着情势变迁之原则而

撤销已成的契约，那当然是个重大错误。。要知道依照那个原则，无非引用契约内的一条款来打破罢了。果然，有的契约也许有这类条款的。如其这样，就并没有什么问题了。但假定所系争的契约，对于情势之变迁，没有用条款来规定，到后来，当然不可以强为加入。我们目前所讨论的问题是契约内特定的结果的变迁，并不是怎样解释一种含混的意思表示。如其没有法律上的根据，司法者凭什么权去加以干涉？什么地方可以划个界线，是债务者可以从哪里起，得因情势变迁而拒绝履行？

先就第二个问题加以讨论。现代最高法院的判例中，有的主张凡债务者应履行而非濒于破产（Economic ruin）不可，那么，他拒绝履行就可认为适法，然这种主张是要不得的。也许债务者不但可以履行系争的契约，而且还有一些余裕。契约的性质岂可因财富的多寡而随之转移。无论债务者的经济能力可以应付，或不可以应付，那契约的本身及因契约而发生的法律关系，决不能因

之而有所不同。反之若笼统的说情势变迁即可发生一撤销权，也是皮相之谈。有人说，情势一朝变迁，则不是交易的重要性失去。与原意成为相反，就是履行的经济性完全改变，所以撤销权是根据这种事实的。此种理解仍然使我们茫无头绪。至于通常的见解，以为应就特定的案件的情形而为之解决，也空泛之至，徒使我们觉得没有一种标准的原则罢了。

可是要寻求一个普遍的标准原则，可以解决具体的法律问题，而不能以一句简约的文词来表现的，须从下述的研究中演绎出来。在我们的案件内，那债务者主张，要他依照所订的契约履行实在很不公平。事实上，契约这件东西，即使是具备一定的原因，依照法定的方式，原也不是个个都有法律上的拘束力的。契约的自由是有相当限制的。最普通的限制就是那法律行为不得有背于善良风俗；换句学理的话讲，就是法律行为的内容不得显失公平。这个为文明国家所是认的古罗马法上的原则，就可用来解决我们所讨论的问

题了。这原则是根据着那事实，即初始各方是很公平的；但到了后来，因情势之变迁，不免产生一种法律情境，使一方得对于他方享受过当的利益。如其能够证明一种契约确有那样情形，那么，简直可以向契约内从始已经订明一般，不再任他有法律上的效力了。

但此种能求得一个满意解答的可能方法的讨论，当然先要善良风俗这个术语有个正确的定义。我们先要弄清楚，所谓法律上公道的观念究竟包含些什么普遍的特质。实际法学派在他们的《罗马法今用》一书中，对此种批判的研究，好象不生问题。这派学者却主张要解决那个问题，不必用深切的思考。这是他们独标异帜的地方，甚至今日和他们同派的也随声附和。所以有这派所代表的现代法学上之趋势，不过为后来许多高深的趋势开其端罢了。虽然如此说，他们治学的方法，对于他们那一类的科学的探讨，倒大有鼓励的力量。

从上述这个情势变迁之原则一例中，我们可

以看到，根本的改革，甚至于法律制度的革命，也不必把法律变更，才可以发生。我们上举之例也已表现出来，凡要明白那种改革，可以从现存的旧法律中去探求。但探求之时，须以真正科学的正确性去从事。可是对于社会实际生活内容的变革，却须从法官判断案件的要害处，加以缜密的观察。我们若把一国家在某时代的判例观察一下，当能承认，时代初期的问题与末期的问题必大相悬殊。现存的法律制度虽然可以完全不变，但是统治于法律者的法律关系中，就有许多显著的现象，在那法律之中及其施行之下，渐渐发展起来，且这种现象都随时间之推演，而表现出不断的变化和改革。

现在再引证几个现代法律实务上的有趣的例。

现代各种法律制度都承认罗马法上公司与组合的区别。前者是人的集合体，以独立之主体对外，而超然于各个组织的份子。在一个组合，就是关于组合与第三人的问题，那组成份子也不过成为一个团体，而暂时有种个人的关系罢了。各

国立法对于这种区分，各有歧异。德国民法规定，公司之组织须依照法定的条件，方认为有法人资格。凡公司要从事商业之经营，那创设者必须先向国家领到公司的特许。若从事于其他的事业，就只消向法院依法注册，即可取得公司的资格。甚至即使不遵照这种法定的条件，在那创设者及其组织份子间，仍旧可以算为一个公司，而不是组合。但在这种情形之下，却并没有法人的存在；那公司是没有法律上的资格的，既不能享有财产，也不能向法院起诉。当那德国民法订定之时，那立法者以为这种没有法律上资格的公司总没有多大实际上的效用。哪里知道事实上却适得其反，现在什么卡特尔（*Cartels*，本书原译“卡特咧”）、垄断性联营（*Pools*，本书原译“波而咧”）、辛迪加（*Syndicates*，本书原译“新迪开脱咧”），以及托拉斯（*Trusts*，本书原译“托拉司咧”）大多是有公司性质团体，却并没有法人的资格。许多垄断的契约常常是那些没有法律上资格的组合所订立。这种事实也常见于现代商业生活的各种重

要方面。又如动产使用权，在近代的法典上，都有严密的规定，在德国好许多方面，就不大适用，然在继承法上倒反渐见重要，很有把遗嘱承继取而代之以概。配偶的连合遗嘱对于生存者颇觉累赘，所以已渐废止，而趋向于订立分别遗嘱了。至于商法方面，凡有研究的都知道那种佣金交易渐渐减少，而代以他种方法了。

论到实务法学派的活动，他们的问题无非是怎样改善已成的法律，这只消用习惯法的方法也就可能了。可是要做到这点，必须那个法律制度先承认那种立法的方法。这又非得长时间而又普遍地承认一种司法的惯例不可了。上述失踪人死亡的宣告、不受限制的权利之移转、及直接代理等数例，就是那一种情形。但是假定一前无先例的案件发生，而法院竟创设一个法律的条理，而予以引用，此种场合，那情形究竟是怎样的？

有人辩解到，凡以一种新的解释去解答承袭下来的法律，那当然是可以的。法典经过了悠久的历史，这种尝试是难免的。法国上诉院院长拜

落蒲潘（Ballot - Beaupre）会有一段极有趣的说明。在法国民法典百年纪念之时，他讨论那具有百年历史的法典与现时代的关系，他会表示他的信仰道：若立法者处今日之世，必以他们今日立法之精神去解释法律，所以我们以这种精神及意义去解释法律，正是合于他们当时立法的精神。这层应加以更深切的探讨。

要知道法律一经颁布之后，就超然独立与立法者之外。所以要探讨有疑义的法律的真义，和立法的人简直并没有什么关系。他们所立的法已成为一个独立的整体了。所有的问题，只是法律的目的，因为要使他在现实的世界实行，他就须得特定人的承认。过去时代的法律应经现代的立法权者的接受和认可。这样接受了下来，难道就不能把他更改吗？而法官判案之时，就非得依照他以为当时立法者的原意不可吗？这就很难说了。要变更现存的法律，在现代的宪法上就规定许多条件。不依照这种条件，就不发生法律变更的问题。否则，照现代法律哲学的口吻说来，那种变

更就是杜撰了。可是这种见解当然和我们那位上诉院长的意见大相径庭了。

照上面的研究看起来，从启蒙时代起，在法院的实务上所表现出来的趋势，若加以一番批判的思考，要发生许多有趣的问题。但对于这种问题原想得到满意的结论，我们应更彻底地研讨一下。本书以后各章，当在法律哲学思考方面，加以更深一层的研究。

第二章 自然法

凡人对于环境觉得烦闷抑塞之时，就要避去日常生活的烦扰，而逃遁到自然去。他要在自然母亲的怀里。寻求些生活上痛苦的慰藉。凡是不能在他人那里得到的，也不能由他个人企求得着的安慰，自然都能给他。所以他要追求那自然的生活。好在他以为自然要他怎样办，他都能遵守。于是他对于规律他生活的现实法，和适合自然的法则，渐次感到一种强烈的对比。

这样看来，也无怪此种对比早在法律的园地内发生了。亚里斯多德（Aristotle）曾在他的《尼各马可伦理学》（*Nichomachean Ethics*，本书原译“尼古曼钦伦理学”）一书中，讨论政治的公道，尤其在那书第五卷第十章中，他把自然的公道凌