

中華學術與現代文化叢書

第九冊

法學論集

中華學院印行

法學論集

本書係約請當代法學家執筆

。依法學體系分爲：法律哲學、法律史學、憲法學、民法學、商法學、刑法學、軍法學、行政法學、國際公法學，共收論文八十篇，都八十萬言。排列順序：先理論法學而後應用法學，先公法而後私法，先實體法而後程序法，先普通法而後特別法，先固有法而後比較法，同一法律依篇章條次爲先後，以保持體系之完整。所引用中外古今法典條文或判解，均置於文中引用句末括號內。名家薈萃、勝義如雲，洵爲中國法學界以及一般國人之重要讀物。

CHINESE LEARNING AND MODERN CIVILIZATION SERIES

Volume IX

LAW

中華民國六十六年十月第一版
中華民國七十二年八月再版

中華學術與現代文化叢書

定價：精裝每部全二十冊新臺幣六二〇〇元正
平裝每部全二十冊新臺幣五二〇〇元正

法學論集（叢書第九冊）

定價：平裝每冊新臺幣三一〇元正

編輯者：中華學術院

監修：張其昀

本冊主編：潘維和

出版者：中國文化大學出版部

代表人：朱重聖

登記證：行政院新聞局局版臺業字第二一一六號

地址：臺北市陽明山華岡于正路一號

電話：八六一一八六一

郵撥：一〇一四二五號帳戶

門市部：華岡書城

地址：臺北市漢口街一段三十一號二樓

印刷者：華岡印刷廠

地址：臺北市陽明山華岡大功館

電話：八六一一八六一

版權所有·不准翻印

序言

本論集乃爲紀念 蔣總統誕生九十週年而編印者。 蔣公畢生提倡學術，鼓勵研究，茲當發刊之始，特引述他的嘉言，作爲啓發之資。

民國四十八年四月十五日， 蔣公主持國防研究院第一期開學典禮，講述「國防研究要旨」。他曾說：「我們必須使科學的『窮理致知』，與哲學的『窮理明德』相會通，才不會陷於一偏之見的糾纏纏繞中。」綜合科學與哲學，成爲「科哲合一」，這是 蔣公治學的素志。

民國五十七年九月九日， 蔣公主持國防研究院畢業典禮，講述「國防教育的宗旨和責任」。他分析智慧爲集體的、創新的、行動的三個要素。集體的智慧乃以別於個體，要能發生交互影響，相互傳承的作用，發揮相乘相加，相互融和，相互切磋的精神。創新的智慧就是不要保持現狀、瞑想自得，而是要有研究更要有發展，有學習更要有創造，發揮自動研究的精神，把智識變成力量。行動的智慧就是不要停留在只講理論、脫離現實的階段；也不是只講原則，而缺乏動變的肆應智慧；只講概念性的了解，而缺乏實際的、深入的體驗；而必須發揮即知即行、學以致用的精神。要而言之，我們必須把集體的智慧，創新的智慧，行動的智慧，三者合而爲一，方能達到教育上預期的目的。

民國五十九年三月廿九日， 蔣公在中國國民黨十屆二中全會致辭，他說道：「研究發展，格物致知，爲學術進步之要領。余意今後各大學研究所及學術研究機構，均應重視研究發展工作，以促成教育事業能有計劃有步驟的精神創新。」

以上所引述的三段話，都是 蔣公晚年的訓示，剴切昭著，啓迪良深，茲用以說明編印此書的宗旨

所在，爰定名爲「中華學術與現代文化」。

中華學術院成立於民國五十五年十月廿九日，蔣公八十華誕前夕，迄今已歷十年。本論集由本院發起編印，並依本院二十個分科協會之次序，即（一）哲學（含宗教）（二）文學（含譯學）（三）史學（含圖書博物館學）（四）戰史（五）美術（六）音樂、影劇（七）政治學（八）經濟學（九）法學（十）社會學（含民族學）（十一）教育學（含體育、家政學）（十二）新聞學（含大眾傳播學）（十三）自然科學（十四）地理學（十五）海洋學（十六）工學（十七）農學（十八）商學（十九）醫學（二十）藥學，分冊印行，陸續出版。每冊均各收錄論文五十篇以上，合成爲一套叢書，用以紀念蔣公九十誕辰，亦祝賀本院成立十周年。敬述斯旨，尙祈讀者諸君不吝指正爲幸。

鄭縣張其昀敬誌

民國六十五年三月十二日於華岡

「中華學術與現代文化」叢書

九、法學論集

序 言

法律哲學

一、法律的三度論

二、民生法學導論

三、民生法學原理

四、三民主義的法治思想

五、「中國綜合法學」的「基本原理」及其「應用舉例」

六、法律與忠恕之道

七、法律、道德與中國社會的變遷

八、真實義務與誠實信用原則——有關學說及立法例之簡單的比較

九、法律與道德

一〇、世界最早的人權思想與實踐

法律史學

一一、中華法系之回顧及其前瞻

目 錄

吳經熊	一
查良鑑	五
張文伯	一一
谷鳳翔	三五
涂懷瑩	四三
桂 裕	六〇
馬漢寶	六八
蔡章麟	八五
施啓揚	九八
李學燈	一〇九
陳顯遠	一二三

- 一二、中國法系之文化的功能
 - 一三、唐律上之二罪以上俱發與更犯
 - 一四、我國古代法上之禁錮刑
 - 一五、清代蒙古的婚姻制度
 - 一六、清末之獄制改革及大清監獄則例之編纂
 - 一七、金律之演進
 - 一八、司法程序與法律演進之關係
 - 一九、中國古代民事法思想背景之研究
- 憲法學**

- 二〇、五權憲法的基本原理及其運用
- 二一、五權憲法理論之研究
- 二二、論五權憲法的基本精神
- 二三、戰時憲法
- 二四、中國婦女之法律地位
- 二五、論憲法的修改
- 二六、國家締約自由的限制

民法學

- 二七、民法之制定與民法之評價
- 二八、中國債法比較研究——比較債法
- 二九、論侵權行為

陶希聖 一三三

戴炎輝 一三七

張溯崇 一四四

林茂松 一五一

島田正郎著
左秀靈譯 一五六

葉潛昭 一七〇

韓忠謨 一八〇

潘維和 一八七

田炯錦 二〇三

鄭彥棻 二一三

林紀東 二二三

張慶楨 二三九

錢劍秋 二五三

薩孟武 二六三

蘇義雄 二六九

楊與齡 二七八

汪道淵 二九五

錢國成 三〇七

三〇、公害責任之研究

三一、民法上優先受償權之研究

三二、論僱用人責任之外形標準說

三三、應有部份與抵押權

三四、夫妻財產制之立法準則

三五、國家對於公務人員執行職務違法侵害人民權利應負損害賠償責任之商榷

三六、由德國普通法以至德國民法之共同繼承法理

三七、評所謂新訴訟標的理論

三八、我國的公證法與公證事務

三九、三民主義與民法親屬繼承兩編的立法

四〇、強制執行法要義

商法學

四一、中美兩國票據法之比較

四二、我國公司立法的回顧、檢討與展望

四三、公司法上的問題

四四、爲求拓展對外貿易政府應儘速解決有關貿易的各種法律問題

四五、論載貨證券認賠書

四六、從中美商法典的纂修談我國商法發展的急務

四七、我國專利法之演進及其要義

梁肅戎

金世鼎

溫汶科

鄭玉波

戴東雄

范馨香

陳棋炎

姚瑞光

耿雲卿

歐陽經宇

孫德耕

王紹增

林咏榮

張鏡影

胡澂

施智謀

張東亮

賴源河

三一四

三二三

三四一

三四八

三七〇

三八二

三八七

四〇四

四二二

四三〇

四三四

四四八

四六二

四七九

四九五

五〇一

五〇六

五二二

刑法學

四八、論中國刑法之現代化

四九、論代理刑罰權

五〇、緩刑制度之商榷

五一、刑罰個別化之歷史觀察

五二、經濟犯在刑法概念上的基本問題

五三、安樂死之研究

五四、刑事訴訟制度於實體的真實主義之影響

五五、刑事時效制度之研究

五六、我國少年法之特色

軍法學

五七、我國軍事審判制度略論

五八、軍法覆判制度之理論與實務

五九、中國軍刑法述要

六〇、談軍法審判與訴訟程序之簡化

六一、戒嚴時期台灣地區軍法與司法機關刑事審判權之劃分

六二、軍法制度之理論體系及其革新

行政法學

六三、從法律觀點談報紙廣告對社會之責任

六四、法治行政擬議

蔡墩銘

五一七

李元簇

五二九

梁恒昌

五四一

曹文彥

五五一

蘇俊雄

五六二

廖文煥

五六九

陳樸生

五七九

王建今

五九六

劉日安

六〇二

范魁書

六一二

李秉才

六二一

李潤沂

六二九

褚劍鴻

六四一

汪禕成

六四七

刁榮華

六六四

呂光

六七五

俞叔平

六八七

六五、戒嚴法之理論與實際	
六六、行政法院裁判權之研究	
六七、地方自治立法的研討	
六八、我國現行稅法稅政研究	
六九、文化與著作權	
七〇、我國土地立法之發展	
七一、我國之行政訴訟制度	
七二、行政訴訟制度現代化之研究	
七三、法院審級制度研究	
七四、考銓法制	
七五、國家賠償法立法芻議	
七六、中國律師法之演進及其特色	
七七、我國公務員懲戒制度述要	
七八、良好政府與行政立法	
國際公法學	
七九、游擊戰爭與國際法	
八〇、中國與西方關於不平等條約問題的比較研究	

張劍寒	七〇〇
吳庚	七一五
管歐	七一九
陸潤康	七三五
楊崇森	七五二
王長璽	七六六
周定宇	七八六
翁岳生	七九七
蔡蔭恩	八一七
陳鑑波	八二八
城仲模	八四六
尤英夫	八六一
顧汝勳	八六九
王雲五	八七六
張彝鼎	八八二
丘宏達	八八八

法律的三度論

吳經熊

一、三度的法律理論

麥斯魯 (J. de Maitre) 氏在其所著「法國論」一書中說：「在我一生中，曾經看過西班牙人、義大利人、蘇聯人等等；感謝孟德斯鳩的大作，我甚至知道有波斯人；然則談到『人』，我敢聲明在一生中，我並未遇見過；如果真的有『人』存在的話，那我不瞭解了」。心理學家洪德 (Wundt) 氏亦曾說：「如法律哲學上所假定之抽象的人，從未在時、空任何一點上存在過」。

因此，有一更充分的理由，我們可以說，如法學家所假定之抽象的法律，從未在時、空任何一點上存在過。抽象的法律，係屬於本質的範圍，並非存在於真實的世界。在真實的世界，除了有此和彼特殊個別的法律外，別無他法。

每一個別特殊的法律，均具有三度：

(一) 時間度：所有法律均存續於一定時間中，都具有時間的屬性。柏格森學派的用語，謂時間「吞食」一切存在的事物。因此具體存在的法律，亦不能免為時間所吞食。

(二) 空間度：所有的法律，均在一定的領域，或對一定的人民（如遊牧民族），發生效力，沒有一種法律，其效力範圍是普天下的；它的管轄權是毫無限制的。

(三) 事實度：所有法律均與事實有關，在邏輯上，有什麼是關於這件事的法律？詢及「什麼是法律」？這一問題是毫無意義的。律師亦將為此類問題所困擾。每一法律均統制一定的事件，或一類的情事。

不論它是真實的，或是擬制假定的事實，均構成法律的一面。

可見，每一法律均有三度，無時間、無效力範圍，和無事實爭點的法律是不存在的。問題常是：「什麼是此時此地或彼時彼地，關於此一案情或彼一案情的法律」？

二、法律三度論的一些成果

(一)法律三度論一被接受，則法律學便進入一嶄新的領域，它不再是一種形式學科，而變為一種歸納的學科。當律師詢及「什麼是統制此時此地，某一類特殊案情的法律」？這一問題時，他便不再依賴純粹的演繹方法。即把制定法當為大前提，事實當為小前提，而以所得結論當為法律。然而此事並非如是簡單。因為如果此一制定法是十年前通過的，在案情發生時，已獲致新意義；或者由於廢止；或是由於其他外在環境的變遷，它甚至可能已經失其功效。換言之，時間可能吞食此一制定法，而且吸盡它的所有精神，這制定法已不再是法律了！我瞭解：一制定法是否可因失其功效即被廢止的問題，常遭爭議；並且亦因不同的法律制度，而有不同的答案。例如，西班牙民法典有一規定：「法律僅能經由後法和無效加以廢止後，與其相反的習慣和實例，才能有效的援用」。然而，我們必不為文字所騙；因為權威法學家蘇卡模拉（Scaevola），曾就此一規定批評說：「是否此一原則在實務上完全適用？我不無懷疑。當一法律條文失其功效，而有一習慣形成，並與之相對抗時，由於此一法律條文不能應乎時代的需求；或者生活於此一時代中人們的理念，所以縱使立法者仍執拗的欲強加保留，也是毫無用處的。我們可在同法第五條第七項第六款中得到明確的證明。它規定：『凡為變戲法或以鬥牛為業的子孫，均喪失其繼承權』。此一法條，雖未為其他後法所廢止；但是並沒有人遵從其規定」。事實上是時間吞食所有制定法，自亦包括防止時間吞食的法律在內。

如果上述的情形，在那些以制定法明白規定，制定法不能因其失去效用，即逕認其被廢止的國家是

確實的話，那麼，在沒有此類規定的國家，則更是真確。葉爾斯生（Erskine）在其名著蘇格蘭的法律原理（Principles of the Law of Scotland）一書中曾謂：「習慣當其與制定法同等建立於立法者的意志之上時，即具有同等效力。因此，當一制定法得爲另一制定法所廢止或解釋，則一制定法亦得由社會共同的習慣所解釋，甚且得因後來與之相反習慣的對抗，而喪失其效用。」納年（Nat han）在其南非的普通法（The Common Law of the Law of Scotland）一書中，亦持相同的看法。他說：「不僅後法可廢止前法，而且前法亦得爲習慣所廢止。蓋以人民表現其意志，初不因運用的方法不同而有別，所以法律不僅因立法者的意志而更改，而且可因制定法的失去效用，並爲社會大眾的默示同意所變更」。

時間乃一不速之客，不論願意與否，它都會溜入法律的宅第。前門拒之，它便會由後門悄悄地溜進。

（二）法律三度論的邏輯另一成果，便係所有的法律均與事實相關。法律與事實共存亡，法律並非產生於事實發生之前。談法律而不言事實，誠屬荒唐！

因爲沒有兩個案件彼此案情毫無差別，所以我們不能從彼案的判決而演繹出此案的法律。我們只能用類推的方式，以彼案的判決類推適用到此案。類推的方法是歸納法。運用此一方法所得的結論，並未提供給我們絕對的確定，而僅能帶給我們合理的確定。律師可運用一種類推的方式，法官亦可運用其他更適合的類推方式。換言之，類推的方式，容許一可變性的廣大邊際（a wide margin of variability）存在。因此，與其謂法律爲邏輯的演繹，不如謂其爲預測之事，較爲適合。未若邏輯的演繹，預測多少容易導致錯誤。

三、結語

法律是一種預測，然而預測什麼呢？此一問題，在許久以前，侯姆斯法官（Justice Holmes）便已作回答，他說：「法律是法院在事實上，將為何行為的預測」。當訴訟當事人，至其法律顧問處去問：「基於這些事實的法律是什麼」？斯意乃在詢其法律顧問，法院基於這些事實，將作如何判決的意見。法律顧問在提出建議前，如若有關於此一案件的制定法，則首應以它為根據，同時尋找這些制定法，法院如何解釋並下判決。如果此一案件，乃斯制定法所首次遭遇者，他就須嘗試瞭解，同類的制定法如何經解釋過。如果就此一案件，無相關的制定法時，他即須尋找出，法院基於同類事實，如何下判決。如果此一案件十分特殊，可說是毫無先例時，則他便須去參考公認的權威著作了。制定法、制定法的解釋、先例、權威著作，提供法院將如何行為的預測基礎。它們均非法律本身，而係法律的根源。法律本身是根據此根源的專家預測。要明白法律，便係能夠對於法院的行為，作具有充分根據的預測。不過，有時候即使是一具有充分理由的預測，亦告失敗。我們不能置譴責於法律專家之門。而寧願說此乃附着於法律本身的一種固定的意外現象，非必然性，不規則性，和不能決定性。一種具有足夠理由之預測的錯誤，預示法律本身而不免有瑕疵存在。

民生法學導論

查良鑑

一、民生史觀的涵義

民生兩字爲我國自古已有的名詞，左傳所謂：「民生敦龐」的民生兩字，以及一般習稱的「國計民生」的民生，其意義都是指人民的生計。人必須求生存，求生存必有其方法，多數人求生存的共同方法，即可謂之民生。總之，歷來所慣稱的民生一詞，無非指人民謀生之道。至於研究民生與社會進化的關係，並將民生的意義用之於實際政治，則以 國父爲始。 國父於解釋民生主義時，嘗自謂：「民生二字爲數千年已有之名詞，至用之於政治、經濟上，則自本總理始，非獨中國向無所聞，即在外國亦屬罕見」。

觀察人類社會進化的軌跡，其推動進化的主要力量，要不外物質與精神者。自原始人類以迄現代文明社會的人，無物質即無以供養人類的生存，然徒有物質，而人不知加以利用，則物質與人生又從何而發生關係？人之所以生而知道利用物質，必藉一種力量有以致之。換言之，人與物質之發生關係，其間必有一種媒介，此媒介何？即人類求生之欲望與人類持有之理性便是。此種欲望與理性，無論出諸人類天生的本能，抑受客觀的生存環境所激生，要皆屬於精神作用。是以人類進化的歷史，必然由於物質與精神的相輔相成，應屬無可置疑。此種物質與精神相互發生作用的求生現象，也就是構成民生的主要内容。

二、法律與民生的關係

人類是社會的動物，人類的思想與行為，一方面構成社會的一部份，另一方面却又處處受了社會的牽制，人類法律思想的產生與變遷，自更離不了社會影響。我們可以這樣說，無社會便無由產生法律，無法律之「社會」亦不成其為社會（祇能稱為人群），法律與社會兩者必然互相依賴，始克生存延綿。同時民生又為社會之起點，社會之榮枯莫不以民生問題為中心，是以民生與法律的關係是異常密切的。簡單說來，法律常因民生的需要而產生，民生又常賴法律的扶持而得以滋長繁榮。此觀乎人類社會進化之歷史，事實俱在，無可置疑。

三、現代法學中的民生觀點

法學既被公認為現代科學之一，則研究法學亦必與其他學問一樣，注重研究的方法。由於方法論的不同，法學乃產生各種派別，學者探討現代法學，也要就現在各種法學派別加以比較研究，以期獲得廣泛的結論。我們研究現代法學中的民生觀點，自亦不能不論及現代法學的各種派別。

按法學隨時代的推移而演變，上古社會，宗教、法律、道德、禮俗混而不分，以故一般的法律思想遂多披上神意的色彩。其後法律受宗教的影響雖逐漸衰弱，而與道德之關係，仍多混淆，及至近代個人自由及權利思想發達，法學始漸具獨立的地位。

現代法學之範疇，雖較昔時愈趨獨立性，然其研究的方法，仍因學者觀點的不同，形成各種學派，各學派不但對於研究法學的方法各有其主張，即對於法律的定義，亦因看法的不同而各異其趣，至今尚無一種綜合性的法學足以代表法學的完全涵義與功能。所以要研究現代法學中的民生觀點，亦應先從各學派的法律思想中去尋繹並加以比較。

現代法學的派別，大體言之，以歷史法學派、分析法學派、社會法學派爲三大主流。其他所謂唯實法學派與新分析法學派乃由社會法學派發展而來，其基本理論仍以社會法學派爲依歸。所謂新自然法學派，及新康德法學派是理性法學派的復活，而理性法學派的法律思想，實源自古代及中世紀之自然法學派理論，故本文不將其列入「現代法學」的範圍以內。所謂新黑格爾法學派、純粹法學派、比較法學派等等，無非均係上述某一學派的支流，所以本文以「歷史法學派」「分析法學派」及「社會法學派」三者爲現代法學派別中的代表。

按上述近代三大法學派別，先是爲反對「近代自然法學派」，乃產生「歷史法學派」與「分析法學派」，再由於改善「分析法學派」，「社會法學派」又脫穎而出，故「社會法學派」之興起較遲，實近代各大法學派別中最年輕的一派，而且正方興未艾，此一學派當以去世未久之美國龐德氏（Roscoe Pound）爲代表人物。

茲試就近代三大法學派別所代表的法律思想中尋繹其民生觀點：

（一）歷史法學派 歷史法學派由德國的沙維尼氏（Friedrich Karl Von Savigny 1779—1861）創始於前，英國的梅恩氏（Sir Henry Maine 1822—1888）響應於後。學者樂稱前者爲前期歷史法學派，後者爲後期歷史法學派。前者注重民族性的研究，亦即注意歷史的連續性，後者注重法律歷史的研究，以探索法律進化之過程。要之兩者均以歷史的觀點去評估法律的價值，以歷史的方法作爲研究法學的手段。什麼是歷史？歷史乃人類社會生活進化的過程之紀錄。人類歷史的全部內容，無非以民生之進化爲主要部份，無民生即無歷史，此乃淺明之理。是以歷史法學派以歷史的觀點去研究法學，則該派之法律思想，必不致忽略法律與民生的關係，殊無庸疑。譬如較沙維尼氏猶早的，亦被人公認爲具有歷史法學派法律思想的休哥氏（Hugo）曾主張：「法律爲整個民族生活的一部份，只有在民族生活中才能了解」。所謂「民族生活」即係指民生而言，此足以說明，歷史法學派的法律思想與研究法律的

方法都是十分重視民生觀點的。

(二)分析法學派 分析法學派所主張的研究法學的方法，是就各種法學現象，加以分析解剖，研究其成分及組織，且於同種同類的法律現象中，發見其要素。分析法學派一般公認為創自奧斯汀氏（John Austin 1790—1859），其主要立論在於：欲明法理，非取實際的法律現象分析而解剖之不可。所謂實際的法律現象，必與個人的生活或社會的共同生活有不可分的關係。譬如現代法律上的許多規定，事實上已構成吾人生活上必然的習慣。若就此角度觀之，分析法學派所代表的法律思想既離不了個人或社會的實際生活，也就離不了民生的觀點。我們更可以這樣說：民生的現象雖未必是法律的現象，但法律的現象一定與民生的現象有關。是以分析法學派的注重法律現象，亦即間接的重視民生現象。

(三)社會法學派 這是近代法學派別中最新穎的一派。所謂社會法學派者，乃根據社會學的原則，對法律作功能的研究，其所主張研究法學的方法，一切都以社會學的觀點為基礎。前已述及此一學派大家公認應以美人龐德（Roscoe Pound）為代表人物。他的學說的精義，是注重法律對於社會的實際效果，而社會法學的目的，便是研求適合現在實際生活的法律。龐德有言：「欲取法律的典章、原則、制度視為社會現象而比較研究；更就其與社會進步所發生之問題而詳論之」。又謂：「今日社會法理學者，所欲解決之主要問題，即為對於造法方面，對於解釋與引用法律方面，如何而使其可能，並如何而強迫之使其益加注意，並更敏捷注重於法律所必須接觸，與其常因之而適用的社會事情」。觀於龐德之說，可知社會法學派的重視法律與社會的關係，顯較其他各學派為甚。人所共認，社會與民生的關係最為密切，誠如 國父所謂：「民生問題才可說是社會的原動力」。是以研究任何人文科學，如以社會現象為出發點，實際上即以民生問題為出發點。社會法學的法律思想，既如此重視具體的社會現象，即可觀知其所主張的研究法學的方法，必然重視民生現象，殆毋庸置疑。

次就現代法學發展的趨勢而論，據法律發展至現階段，大體而言，仍然滯留在國家法的時代，所謂國