

Luigi Miraglia 著
朱敏章 吳澤炎 譯
徐百齊 吳鵬飛 譯

漢譯世界名著
比較法律哲學
中冊

商務印書館發行

第二編

第一章 個人及其權利

一七〇 法律上的所謂人——權利和義務的主體

就法律上嚴格的意義說來，人格是權利義務的主體。所謂人格，就是人就其組織體的特性所賦有的感覺力、認識力和自由意志。如果人的感覺能受制於明確的變形的知識，或者他的意志就是行為的理性，那麼我們便可以說得：「凡是具有自由意志的，便有人格。」但人類事實上祇具有一種人的意志的單純的可能性，或是自我的自動決斷力，而不是權利義務的真正主體；法律上的人，固然就是平常人的部分，但在認識的動作——這是法律上的準則——上，他們間卻顯然有着區別，因為法律上的人這時就有着自己的生命與功能。抽象的人與具體的人，因具有同一的本質

但前者還具備一種完成動作的能力。行爲誠然是必需的，但這只是人也就是權利義務主體的第二要素。這只是一種人爲的東西，一種法律的產物，而不是人格的一部分。

一七一 社會是一種必要物

要是我們看到人是社會中，真正的倫理單位，而且沒有社會，世間便只有倫理單位的本原及其要素，這樣我們便不難認識清楚了這人爲的物的特質。此種倫理份子現身爲人，靠着五官的作
用，並得助於知識與教育，而臻於自由的領域。但欲語言、教育及紀律的存在，非先有社會不可。亞理
斯多德的關於人的最終命運，獨裁政治，及倫理與政治間的關係的學說，就根據着此種推論而製
作的，而現代哲學家固亦未嘗背棄此學說而自作主張。韋科在法律的普通原則及終局中，稱性格
爲能力、自由及節制三者競合下的產物。他說，要是能力包括分配財產的智慧，自由包括利用財產
的適度，而節制就是支配能力的一種精神上的力量，那末欲有性格，非先有文化不可，這是無可置
疑的，因爲要是沒有語言、教化及教育，上述的智慧、適度及腦力便無從表現出來。康德謂國家爲契
約的產物，但承認個人因國家的存在而獲得自由與自主。黑智爾則相信公衆團體是倫理的物體

或靈魂，個人只是此種物體的單純表現或形式，而人類的生活則係此個人的一個目的，此目的則在公衆團體的環境中發展而前進着。據他看來，公衆團體與個人是互爲因果的，前者產生一種力量，使其各個分子聯結一起，並保持他們原來的特性，後者則企圖憑藉其各自的行動以變更之。特楞得楞堡則謂個人欲離去倫理的組織體亦即社會而獨立存在，這種想像是不能實現的，而人的意念往往就是包括個人的公衆團體的意念。孔德則以爲在心理學中，靜力學與生物學有關，動力學則與心靈有關，是歷史演進之原，而非生物變化之原。在孔德之意，個人顯已成爲活動的因素，祇因爲他是全體的一份子，而此全體則在循歷史軌跡前進中。

一七二 兩個必要條件——它們在歷史上的跡象

法律上的人，就其參與日常生活亦即對外關係這點來說，與自然界的人根本上就是同一的自我。但他卻自有着兩個生存上必要的條件，就是意志與社會意識。現在我們且從這兩個條件最初出現的時期，來觀察它們嬗變進化的跡象。當「家族」社會時期與村落社會時期亦即社會文明啓蒙以前的時期，這兩個條件已可略見其不完整的狀貌。這樣看來，法律上的人，其非必賴文化

而生存可知。在有文化的社會中，法律上的人固然可有敏速而多方面的發展，在這裏他可找到較適宜於他生存與前進的環境，但在未有文化的時期，他也早已存在着。我們要說他沒有有文化的社會就不能生存，這並不是說在社會形成的早期他並不存在，不過想說明不論是原始的社會也好，要是沒有一個社會，他總沒法活動起來，而且須有賴於歷史的過程，他的活動纔能臻於圓滿。「自然人的人格基於市民的身分」這定義並不是說人類須賴文化始能前進，而是說沒有一個人不和權利發生關係的，——這法律與國家所承認的權利。這種權利的握有，就是法律上的一種能力。法律上的人的原則，常隨社會機構、情感、慣例、信念的不同，更常因時因地，而異其表現的態樣；但在不論何種態樣之中，意志和前節所說的法律上的人為物這兩個要素，是永恆存在的人，不問他特有的或具體的性格如何，總少不了這兩個要素來點綴他的外形。

一七三 絕對的權利和相對的義務

就絕對之點來說，也就是就個人的立場而論，個人自有其應享的權利；而就相對之點來說，或如特楞得楞堡所稱就社會的立場而論，則個人又自有其應盡的義務。個人是一個中間物，這並非

因爲他是一個客體，而因他是所隸屬的人類或倫理社會中的一個有意識的因素。洛斯基尼顯然抱的此種觀念，他稱子孫的繁殖是父權之原；並謂從倫理的意義說來，兒子是父母覓求歡樂和幸福的中間物，而就其自身的立場看來，他本身卻是一個目的。就其對於父母的相對關係來說，他有着一種義務，而就其自身的絕對性質來說，他就自有其權利。個人本身就是一個目的；他企求從義務的履行，或適當的便宜的行動的實施中，得到自由。他卻也是一個中間物；有些事情他應該去做，有些事情卻不應該去做，因爲在這種情況之下，他已成了實現倫理原則和人類觀念的一個工具了。我們應該知道，倫理的組織體不僅是過着人的生活而已，它自有其一己的生活及其一己的性格，以異於一個單純的自然組織體的生活及性格。在高級的自然組織體中，固然也有它一己的生活某種的獨立性，但這種生活，以與人在倫理社會中的生活相較，卻相差的遠了。原來個人能夠自成一單位，而自然組織體則不然。

一七四 固有的權利和獲得的權利

權利有固有或本質的，和獲得或偶然的之別。固有或本質的權利，雖係直接基於人的一般而

抽象的本質而存在，卻並不是根據於斯多學派所謂「自然的先在」的權能，也不是僅以保存或繁殖人種的原始權利。獲得的權利則起源於人的具體的個別的本質，而非與心智的及道德的要素有關，換言之，並不是一種「自然的結果」或隨來的權利。固有的權利表示真，獲得的權利則表示確；前者是基本的力量，後者則代表發展和實行。洛斯米尼說過，人有一個原始的基本的權利，就是人格權，隨着這人格權，直接的或間接的，便產生各種的權利。人格的本質與活動力之間的聯繫，要不是爲自然之所賜而與人類的生存並始，則即爲人類活動力運用結果的產物。凡此種種的權利，如能調和而與人格本質相適應，便構成了所謂天然的固有的權利，但若專供人的活動力及自然權利的運用時，則謂之獲得的權利。如果沒有一個天然的權利，我們便不會有一個獲得的權利，而就常例來說，要是沒有一個先在的權利，我們也就無從獲得一個新的權利。要獲得某種的活動力，動作是必需的，因爲要動作，某種的能力也就不能短少；所以，一個人欲獲得新的活動力或權利，便須先享有行使上述這種能力的權利。因此，凡活動力所能爲力之處，權利亦得伸展及之；換言之，權利的胚種既然有了，權利也就不難獲得。

一七五 權利是隨着人類的進化而增多的

一個人的機會和能力有了發展，他的權利也就會增多起來。人愈是完善，社會就愈見進步；國家愈是文明，個人的權利也就愈見增富。在時代的演進中，因了獲得權利的運用，固有權利的新狀態也就層出不窮。此類新狀態，因了滋長進化的作用，漸次分離嬗變，其相互間的關係也日見錯綜複雜，終至於固有的權利已非復為一成不變的能力，而成為一種人類的活動力，此時漸不見其靜態，而但見其動態，各活動力間能最密切而有力的調和着，且其變化的領域最廣泛而無定限，此其特色。

一七六 能力的質的差異和量的差異

上述的這些活動力，換言之就是精神上的能力，是不能以質或量互為區別的。原來以質的區別，所關涉的不是物的全部而只是物的一部，其法就此物的一部以不同的方式剖別之分配之，於是每個異點自成一個因子，而各有其定界。精神則不可分，它就是一個單位，而且只是一個複雜性的能力，所以人就其一切的天然的固有權利而論，也是整個而不可分。因此，吾人如謂能力與固

有權利得爲質的區分，此種概念實與人體和精神的一元說相背馳。不但如此，此種權利亦不能以分量計之，這是因爲它們之間並無多寡關係的存在，它們也不能離人格而單獨存在，例如，生命權初非在加減或乘除的記號上有以異於真實權或自由權，亦不能離其主體而存在。吾們知道，分量並不是決斷上適當的準則，因爲吾們可以或增益或減損而不發生質的差異。因此，如謂吾人縱不否認精神與人體的一元性，能力與固有權利仍可有着量的區分，此種理論顯然無視精神的發展的特徵。總之，固有權利是精神的能力，是一種不斷前進中的充足而有力的力量所表現的不同形式，並且不斷的在變化和改進中。斯力也，可於其活動的至境中見之，在心理學爲心，在倫理學則爲人格。

一七七 人是權利之原

固有權利在論理上的淵源，可謂舍人莫屬，而人的一切權利就是活動力亦即能力。但我們應該明白，這裏的所謂人，不是指整個的人，而是指人的抽象或倫理的部分，因爲要不然，單說到人的絕對權利而不及其相對義務，是不合邏輯的。特楞得楞堡說得不錯，人的固有權利乃代表種種準

則，以爲個人的環境宜於其發展的保證。凡欲求得此種權利者，首須承認權利所僅得賴以存在與活動的倫理社會。凡此權利之理想，乃與目的不可分，而此目的則爲個人與社會雙方所努力以企求者。目的維何？曰人性的充分實現而已。但人而作如是解，換言之非指權利本身而言，便應視爲固有權利的因素與形態。要是有人格的權利，這一個名詞的話，這並不是指的特種的相異的權利，卻是指權利的共通中心亦即人的能力本身而言。依據洛斯基米尼的說法，一種權利的所以異於其支配下的活動力的一般特徵，就是最廣義解釋下的所有權，於此可以見到一切與人的肉體及道德上有關連的或爲人所獲得的事物，換言之，就是在他所有權支配下的一切。依上解釋，此最廣義的所有權，彷彿環繞於個人的四周而以個人爲其核心，於此特定的領域內無人可以侵入，蓋一人之所有非他人所得而剝奪之。

一七八 權利的發展

欲明固有權利的特質，我們姑引意大利哲學家之說，他們在這方面的成就就是無可非議的。每種能力就是一個活動力，未成熟而在胚種時期，但卻有萌芽而發揮其特性之勢。最初，情緒意圖重

溫已在的感覺，次乃企求實現已知的結果，並致意於幸福的覓取。先見的可能性，啓導真正的發現。意志使已發現的歡樂爲人珍視，並致力於德行的完成。這三種實現幸福、真正、德行的趨向，與感覺力、認識力及意志力初係一物，而且正就是固有權利及其蛻化而成的能力。此種能力，如果循進化律的準則融爲一物，而其成就又需以真正與幸福爲先決要件時，則固有權利之挾真正幸福與俱，以及真正權之含有幸福權在內，要無可疑。如能不以固有權利誤爲「自然的先在」，而知爲尙括有「自然的結果」者，吾人不妨同意於韋科之說曰，權利之於「自然的結果」猶之規範以示其確，而「自然的先在」則賴必然之力以創設之。但有不容忽視的一點，就是我們討論「自然的先在」的時候，就無異在討論着人性的較低方面，而「自然的結果」則代表合理的亦即自由的部份。

一七九 輔助的固有權利

個人應致力於幸福、真正及德行之途，以實現其理想，並完成其目的，因爲這個緣故，所以他就成爲其他的固有權利也就是肉體與精神生命權，自由權，平等權，社交權，受助權及工作權的唯一

主體。凡此種種權利，阿楞斯曾有過一番廣博精密的研究。

一八〇 生命權

權利中最重要的當然是生命權了，它與形成中的人及胎兒同時開始存在。因爲人與胎兒，都是可能視爲人的，所以他們自有其權利而不可侵害。但胎兒的權利，有幾個立法例尚未完全予以承認，例如法國和意國兩立法例，以出生爲繼承權存在的條件。像這種的立法原則，是很不公允的，因爲權利能力應以生命的存在，不以生命的可能爲條件。凡人必有其生命，至其生命的久暫是不問的；人既有其生命，權利便不可或缺，不但如此，上述的立法原則，很受一般學者的非議，例如薩文宜就指斥它有背於刑法保護胎兒生命的精神。不過事實上因了胎兒視爲生存的推定，這錯誤的原則，就避免了種種適用上的窒礙。

一八一 生命權並不括有自殺權在內

自殺是一個犯罪行爲，因爲自我保存乃是人的義務。此種義務，是道德上也是法律上的義務。關於道德上義務的一點，並無可以置疑之處，因爲人世間沒有一個生命，是不附有幸福的期望的。

有些哲學家承認人類的生存，有與倫理不相容者，此種觀念實屬錯誤，因為一個人儘管有着怎樣的隱痛或是蒙着怎樣的奇恥大辱，終不足以蔽其玩忽義務之過，更不能因此解除了他完成其正當目的之責任。人在患難困苦之境，一想到自己已盡了應盡的義務，便可得着一種安慰，於是暴躁不安的情緒爲之平和，再接再厲的勇氣因以振作。何況人的自我保存的義務，尙自有其法律上的根據呢。人就其動作而論，以及在其對外的關係上，對於有關一般利害的事情，他的行動應與旁人及整個社會相一致。人與社會間的關係既如上述，而社會又有藉法律以保證其生存的義務，所以凡有欲傷害人者，社會可有權懲處之，雖所傷害者爲其自身亦然。蓋生命權之不可讓與，猶人性然；人性無生命即無自發展，而生命則又爲一切權利義務存在的唯一條件。然吾人亦不能謂生命權之所以不可讓與，祇以其爲社會存在的要素故，蓋凡固有權利，其自身即因係人格的部分而有其重要性。像這樣的權利的不可侵害與不可讓與性，非由於多變的社會需要或者個人在國家中利害關係之所致，乃與人的肉體相伴以俱生的。有派學說，以爲人只是一個無所不包的組織體的部分；這本來只是希臘時代關於個人與國家關係的學說的餘燼。此說立論的根據，乃自然組織體對

於其各部分的權力，而不是倫理組織體的受制於其構成份子的性格的權利。人之於其自身，誠無法律關係之可言；然此種關係固存在於個人與倫理組織體亦即社會之間，就在這樣的關係中，個人對於足以影響他人或他人所有之物的行動，就產生一種實現人的理想的義務。不僅個人自身，即其妻子父母兄弟等人，對於他的生命，也都有着一種權利。因此，社會對於個人生命的保存，也就有着一個權利。培卡利阿關於自殺權與遷移出境的類推解釋，是很不合邏輯的，因為前者乃傷害人的生命，後者則僅使之易地而居。人的祖國，原非監獄可比，國家自應准其公民自由離去；但國家卻不能聽其自死自生。總之，人的這種自我保存的義務，非國家或政治關係的產物，而是一般人類生存上必然的要求。

一八二 自殺與法律在哲學上的關係

以法律懲罰自殺，固然不易奏功，然吾人不能因此遂謂自殺行為缺乏犯罪性。蓋自殺者之終未受罰，原因在於此種罪犯之無法拘獲。人死不能復生，我們不能處罰他的屍體或污辱他死後的令名，因為這原非人道亦非文明所應為；也不能沒收其財產使遺族並受其累，因為這樣也未免有

失公允之道。國家如不欲漠視自殺的意圖，而以處罰未遂爲得計者，姑不妨試爲之；但個人而不復感覺有自我保存的本能的必要，則法律實不足阻止其自殺的意念，而反足以使其對於自殺行爲深思熟慮，務達於既遂而後已。但社會要是真能向前邁進，使大多數人的幸福不難求致，國家要是能藉教育之力使人民謀生較易，而法律也不再被大衆目爲一種虐政，那末禁止自殺的政策，其收效必宏。是時也，道德教育普及的結果，自殺的原因必然爲之大減；人民既皆認自殺行爲爲犯罪而可恥，則凡身有重憂或虞困苦之來臨，而啓撒手人間之念者，必能有所顧忌而不致貿然趨於自殺之途。如果上述的阻力仍不能有所奏效，而自殺的原因與時俱進，則其中必尚有缺乏自戕其身的勇氣，或恐自殺未遂而獲懲，因而廢然卻步者，亦有知自殺爲可恥而遲疑不決者。而且愛生惡死的本性，也足以阻礙自殺之念。因了這種種的緣故，自殺的意志不易堅決，立法的禁止規定遂易於奏效。不但如此，依上述的立法原則看來，我們可以得到一個邏輯上的推論，就是幫助他人自殺更是一個犯罪行爲。「同意的行爲不生損害，」這格言原來僅適用於可讓與的私權上，而於此類柏納（Bernier）在德國刑法論中所謂如予忽視卽有違反義務之虞的權利，則不能有其適用。否認一個

人權利的權，固須受他人權利的限制。

一八三 避免身體傷害權及正當防衛

肉體生活的固有權利包括安全與健康權，及正當防衛權。僅僅的生命是不足夠的：一個人生活中應能盡情利用着自然所厚賜的五官及特質，庶幾可以完成其最終目的。此種理論大致是沒錯的。沒有一個人應該享有自我毀傷之權。最古的法律曾規定着：「無人有殺害自己生命之權。」凡有毀傷或以其他方法傷害他人肢體，或影響其健康者，雖經被害人承諾而爲之，仍不能免其傷害之罪責。旅館主人慫恿寓客飲酒，便須因犯傷害人健康罪而受懲處。法律規定限制女工童工的工作時間，也基於同一的理由。如有不法侵害自己，或他人的權利，不及乞助於社會正義的援手，爲防衛此被侵害或將被侵害的權利起見，得行使正當防衛權，爲行使此種權利，並得用強力。這是一種私力保護行爲，淵源於韋科的所謂「僧侶的權力」，所以，此種權利，必起原於一個獨居的人或一個無紀律的國家，在那裏他不能乞助於法律以排除外來的不法侵害。韋科以爲人最初一定是獨居的，那時他爲自衛而排除不法侵害，得殺死不法行爲人，因爲正義是在他的方面，而不法行爲

人則是有背於正義者。正當防衛是任何一種權利所固有的，因此在該權利的行使中，必要時都可運用一種強力。洛斯克尼卻說得更進一步，他說強力的運用，乃是每種權利的作用。此種理論承認人格是一切權利的不可侵犯的核心，人在行使此種權利時，得充分運用其武力。人既然具備智力與體力，爲保全其權利起見，當然有權行使這兩種力。至因行使正當防衛權而必然的加諸不法行爲人的傷害，則是合法的，這是基於正義的一般法則，就是一個自由意志的不法行爲人應受被害人的懲罰，因爲這時被害人已暫時成了維持正義的唯一工具。但正當防衛權的行使，須具備兩個先決條件——侵害的不法及危險的存在。所謂不法的侵害，須推究侵害的本質是否不法，並須兼顧行爲人的性格，例如他有無癲狂之症，但行爲人的缺乏理性，要不足爲行使正當防衛權之阻。危險也須是現實的，但並非必須絕對的解釋爲不可避免的，因爲被害人原本是沒有過失的，爲他的利益着想，行使正當防衛權的條件不應失之太苛。吉刺德（Girardi）在他的著作正當防衛論中說得很對，他以爲我們對於此種權利，不須作過細的審查。

一八四 行使正當防衛權的限制