

法

語

上冊

岫廬文庫

〇七四

陳水逢

主編

著 成毅 阮

---

行印館書印務商灣臺

---



阮毅成著

法

語

上  
冊

臺灣商務印書館發行

## 自序

我自民國八年五四運動之後，在杭州創辦明星月刊，自寫發刊詞，到現在，我已整整的寫了六十年。其時，我只有十五歲，係浙江省立第一中學的二年級學生。六十年來，我自求學、留學、任教、從政、辦報、主持企業，直到退休，無時不在工作忙碌，責任艱巨之中，但我從未中斷過讀書，也從未中斷過寫作。退休以後，更以讀書寫作爲樂事。讀得多，寫得更不少。我現在正多方收集六十年來的作品，擬編一冊總目錄，包括法律、政治、行政、國際、外交、經濟、社會、教育、大眾傳播、文學、小說、傳記、散文、遊記、詩詞、藝術等等。我想，單行本將在四十種左右，單篇文章可能超過一千篇。僅就我爲台北世界新聞學校出版的小世界週刊所寫的適廬隨筆而言，即已達五百篇。若言字數，則總數應超過千萬字。至於我生平在各機關、社團、學校的講演，當時未曾留稿，或未留記錄者，尙不在內。

這一冊法語，是我昔年所寫而久已絕版的書。法語出版於民國二十九年十月，其時上海業已陷敵，商務印書館遷至湖南長沙南正路。我手中久無此書，到台灣以後，忽在舊篋中發現一本，乃是民國三十年元旦，由浙江行政學會會員某君送給學會的行政圖書館的。扉頁蓋有圖書館的圖章，那是湖南唐醉石（源鄴）先生刻的。唐先生曾爲國民政府刻製國璽，抗戰時期因避亂寄居在浙江省的永嘉縣，也就是溫州。我的大學老師謝冠生先生生前，曾屢次對我講，法語應該在台重印。其中有一次，他并且說，「兄在數十年前所提的意見，到現在仍有價值。」我總以時過境遷，何必再行問世，未曾再版。

民國六十六年，欣逢王雲五先生九十華誕。他的及門弟子，特編印岫廬文庫，爲之祝壽，由陳水逢、王壽南兩兄，擔任主編。也曾向我徵稿，迄未交卷。我的朋友楊亮功、蔣復璁、谷鳳翔諸位先生，都已爲文庫寫了專書。我乃想到將法語重加增刪，以應此約。但又想到此係舊書，又係集合若干單篇而成，恐不足以表示對雲五先生的敬意。遂想列入商務印書館出版的人人文庫，以商於雲五先生。而雲五先生一聞此係久已絕版的商務舊書，立即說：「應趕快重印。」再聽我提及岫廬文庫



與人人文庫，他又即說：「我要爭取這份光榮，放在岫廬文庫中。」這實在是雲五先生給我莫大的光榮，我乃一面着手改正舊稿，也刪去了多篇。一面將自民國二十九年十月以後，到現在為止的將近四十年中的有關法學、法律、法制的作品，逐漸收集，重加排比，補入本書。書名仍用法語二字，並將原書封面及自序，放在前面，以明其來歷。

法語原書，共分爲：(一)法學的原理；(二)法學的研究；(三)法制的溯源；(四)法律的建設；(五)法律的教育；(六)司法的問題；(七)法治的精神等七章，每章之下，再各分數節。現在這一冊增訂重印的法語，則改分爲五輯。第一輯是有關於法學及憲法的，第二輯是有關於民法、刑法、及國際私法等，第三輯是有關於法治的，第四輯是有關於法制的，第五輯是有關於法律教育的。因有些問題是互相牽連的，所以，此只是大概的區分而已。我自信我所寫的，皆有我的論點與創見，并非抄錄成文，人云亦云者可比。且其中保存了若干史料，至爲珍貴。最後，附有我歷年業已出版有關法學的單行本目錄，俾供查考。至於未及輯入本書的單篇文章或講演，數量太多，尚未及完成編目，只有待以後列入我六十年寫作總目錄中了。

今年六月二十四日，爲農曆六月初一日，係雲五先生九十二歲華誕。謹以此書，爲其賀禮。并祝他健康快樂，長生不老。

民國六十八年六月九日，臺北。

# 目次

|                 |    |
|-----------------|----|
| 自序·····         | 一  |
| 初版封面·····       | 一  |
| 初版自序·····       | 一  |
| 壹               |    |
| 法與國家·····       | 一  |
| 立法院大會將討論憲草····· | 一三 |
| 我們快要有憲法了·····   | 一六 |
| 國大前夕·和平有望·····  | 一九 |
| 國民大會開幕了！·····   | 二三 |
| 國體·國都·國大·····   | 二七 |

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 新年・新事・新人·····                | 三五  |
| 中國憲法的特質·····                 | 三八  |
| 我不贊成修改憲法·····                | 六五  |
| 從行憲國大看我國民主·····              | 六九  |
| 憲法現在需要修改嗎？·····              | 七五  |
| 國民大會與法律主權·····               | 八九  |
| 新任總統就職後司法考試兩院院長副院長應重行提名····· | 九四  |
| 憲法的適應性·····                  | 九六  |
| 國大代表的總額·····                 | 一〇一 |
| 附：讀阮著三種書後·····               | 一〇七 |
| 田炯錦·····                     |     |
| 怎樣研究法律學·····                 | 一一二 |
| 怎樣研究民法·····                  | 一二五 |
| 現行民法立法原則之檢討與改進意見·····        | 一四一 |



|                     |     |
|---------------------|-----|
| 清代的刑律·····          | 一四七 |
| 我國刑法的基本觀念·····      | 一六〇 |
| 妨害考試懲治條例草案·····     | 一六九 |
| 犯罪新聞的報導及其社會影響·····  | 一七四 |
| 涉外民事法律適用法草案的研究····· | 一七八 |
| 中國古代的法治精神·····      | 一八四 |
| 我國古代法制舉隅·····       | 一九五 |
| 評楊鴻烈著中國法律發達史·····   | 二〇三 |
| 評徐朝陽著刑法親屬法溯源·····   | 二一〇 |
| 評徐朝陽著中國古代訴訟法·····   | 二一四 |
| 龐德學述·····           | 二二四 |
| 叁                   |     |
| 召集全國司法會議·····       | 一二八 |
| 所企望於全國司法會議者·····    | 一二三 |

|                    |     |
|--------------------|-----|
| 我國法律的新階段·····      | 二六九 |
| 怎樣建設中國本位的法律·····   | 二七八 |
| 讀中華民國法學會綱領·····    | 二八四 |
| 怎樣使中國走上法治的途徑·····  | 二九〇 |
| 中國法治前途的幾個問題·····   | 二九七 |
| 非常時期與法治·····       | 三一八 |
| 法治精神的培養·····       | 三二三 |
| 肆                  |     |
| 上海會審公廨之沿革及其現狀····· | 三三五 |
| 牛蘭案與外籍律師及陪審制度····· | 三三九 |
| 外國人的言論自由·····      | 三四九 |
| 撤廢各國在華法權問題·····    | 三五四 |
| 愛國運動與法律制裁·····     | 三六三 |
| 行政與司法關係問題·····     | 三六七 |

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 法院組織問題·····           | 三八五 |
| 我國所可採行的陪審制度·····      | 三九六 |
| 廢檢察·行陪審·····          | 四〇四 |
| 論刑事陪審制度·····          | 四一二 |
| 自由中國的軍法與司法劃分·····     | 四二五 |
| 司法院組織及職權問題·····       | 四三三 |
| 法院改隸案釋疑·····          | 四三八 |
| 幫辦推事·····             | 四六二 |
| 伍                     |     |
| 法治前途與法律教育·····        | 四七〇 |
| 條文主義的法律教育·····        | 四七七 |
| 視察上海各大學法學院記·····      | 四八九 |
| 論初高中的公民法律教育·····      | 四九四 |
| 中央政治學校法律系畢業生實習須知····· | 五一二 |



|                      |     |
|----------------------|-----|
| 中央政府遷臺後之司法官與律師考試     | 五二六 |
| 附錄：本書著者歷年有關法律著作單行本目錄 | 五四七 |

## 法與國家

自從分析法學派奧斯丁(Austin)等，主張法爲主權者的命令以後，其說深入人心，牢不可拔。今日法學上若干糾紛問題，均由此起。奧斯丁等之說，僅從法之成立的淵源觀察，忽視法的實質，已屬不妥；況以法爲主權者的命令，本身便有錯誤。所謂命令，便是有命令權的人，加於服從命令者的一種強制。其實，法並不以命令權者與服從命令權者對立爲前提，更非盡爲前者所加於後者的強制命令。國際公法是法，但誰是命令者呢？誰是服從命令者呢？每一個國際公法的主體，都是平等的。憲法是法，規定國家的最高統治組織，掌握這組織者以憲法的規定而成爲統治權者，焉能先以主權者資格制定憲法？況且一切的法，不但服從命令者要遵守其中的強制，即命令者自己也須遵守。即如憲法，固屬規律國民，亦同時規律國家自身。就國家方面論，憲法實是國家「自律」的法。

昔日個人主義者，雖亦不贊成法律係主權者的命令，但又卻說法是從個人的自然法而來。我們只能承認他的結論，不能同意其立論的根據。因為所謂個人的自然法，實是完全出於玄想，而又完全超出吾人經驗之外。實際世界的現象，係由人類與人類間相互意思交涉所組成，故應先研究其特殊的個別的性格，進而推知其共同的規則，第二步再以此項共同規則衡鑑人類的意思交涉。人只能在社會中方能生存，故人類的意思交涉，必須在社會生活中方能存在。這些共同的規則，是一種事實的規則，既非得之玄想，亦非片面命令。且所謂事實項規則，並不是爲人類謀利益榮譽等等的最高原則，而只是他們生於社會中不得不爲事實所支配的表徵。因之，此項規則，並不是叫人如此做便有益，有榮譽；僅是因爲如此，便須如此做而已。他並不建立於一最高原則之上，他的基礎，只是社會事實。社會中一日有人類生活著，此項規則便一日存在著。他一日有效，也便一日施行著。所以，他便是人羣社會的法律。人類覺之，察之，知之，認之，認爲規則，立法者復訂之爲法律，並保障他的施行，一切人都須遵守。

法既是社會生活中人類相互間意思交涉的事實規則，自必與社會生活，同其起



源。人類之有社會生活，並非定在國家組織形成以後，故即在未有國家前，已有法的發生，是即謂法係先於國家而存在。從前的法學者因誤認法係主權者的命令，故謂「法不存在於國家以前，惟於國家之內，依國家，然後發生法律。」殊不知法之成立與否，並不以國家的成立爲前提，而係以社會生活爲前提。社會學者已證明在未有國家以前，已有社會生活。國際公法學者又說明國際間有社會生活，即發生國際法，並不須在國際上另有國家。則昔日「法後於國家存在」之說，顯屬錯誤。

法與國家孰先存在的問題，關係於法對於國家是否亦有強制拘束力的問題。如其說法是主權者的命令，唯國家方能創造法，豈非可以限制國家的，便只有道德的規則。德國學派說國家係自願服從其所有的法律，此項假定的限制，並非真實，因爲一事既出於其志願，就可任意改動或不願的。伊能 (Inerting) 說：因爲只有國家的強制權，故法僅能在國家中存在。其實，法的強制力，並非得之於國家，乃是得之於社會生活中的事實規則。誠如傑靈克 (Jellinek) 所說：法乃因社會秩序的保障，而獲得強制的形式，特國家承認之，擔保之，實行之，大衆乃都說只有在國家內，方有此等保障，實並不然。就是確由國家制定的成文法律，其強制力也不爲國家所

獨掌。

國家只是一個綜合體，此綜合體內，包有治者之政府與被治之人民。治者多爲強者，故國家的起源，實由於強力。國家乃是各種社會羣體中的最強者，所以可憑其強力使人民服從。此項強力一旦衰落或減小，國家也就隨之衰弱或減小，如近代的工團主義者思以工團的力量來替代國家的強力，便是要以社會中一種組織，消滅原有的另一種組織。但國家此項強力，只爲一社會需要的事實，因爲他只是一種事實，所以，當與其他社會上的力量，共同受法律的限制；但這種限制，仍無損其爲社會上最大的力量。

國家的起源係由於強力，法的存在，則由於社會生活中人類相互間的意思交涉，但兩者同爲社會的事實，特前者爲事實的形式，後者則爲這種事實的規則。不過，國家一旦成立以後，社會事實需要國家享有統治權，並需要他本諸統治權制定法律，使人民必須遵守。一般人只看見今日人民須遵守國家制定的法律，以爲國家是有甚麼最高無上的主權，或是有駕於個人意志之上的國家意志。殊不知國家之所以能有這統治權，尚係先由社會事實的規則（法）所賦予。如無此種賦予，則國家何

能制定法律，強人民以服從？

因爲社會事實的需要，使國家享有制法之權。國家更於社會生活的規則中，確認某種社會事實爲法。故在今日看來，一似國家的意思，是法律成立的唯一淵源，其實兩者係同源於社會事實的。惟國家既用制定的形式，確認某種爲法之後，便必須憑其強力使人民服從；亦即須促進人民的守法精神，以求法的實現。強制只是促進方法的一種，如單憑強制，方能維持法的效果，則法的基礎未免太不強固。若於強制之外，更求其他促進守法精神的方法，則不得不推國家亦須受法的拘束一法。

國家之能有統治權，係得之於法的賦予。故國家統治權，即屬法可承認的權力之一。因之，國家在實施其統治權的時候，自不能不受法的拘束。不但如此，即國家本諸統治權而制定的法，亦均有拘束國家的力量。故一切的法，沒有例外，都是對於國家機關的命令。國家機關的行爲，即爲國家本身的行爲，除依機關行爲之外，國家行爲，實完全不存在。故國家機關受法的拘束，亦即係國家受法的拘束。昔日學者謂：國家是法的淵源，在法律之上，服從法律與否，一任國家自由，係與「法爲主權者命令」一語，爲一貫的錯誤。