

中華民國三十五年十一月(新)一版
中華民國三十六年十一月(新)二版

法學通論

全書
一冊

著者

歐陽 上海法學編譯社

發行人

王秋泉 上海河南中路三二五號

印刷所

會文堂新記書局 上海河南中路三二五號

有著作權

總發行所

上海 河南中路三馬路

會文堂新記書局

分發行所

北平 琉璃廠

會文堂新記書局

政合國

之比利時國與孔哥國。千八百五十七年前之普魯士與盧森堡國皆屬之。

第二、政合國 政合國係基於特殊事項或地理關係而結合。即二個以上之國家。因對外關係。合而爲一。其內部仍各有獨立之主權運用機關是也。如歐戰以前之奧大利與匈牙利國。千九百零五年前之瑞典與挪威國屬之。

聯邦

第三、聯邦 聯邦者、複數國家。僅於一定之對內關係、及對外關係。爲共同之聯合。而其他之一切關係在國內法上與國際法上仍各自獨立者也。例如派遣外交官及領事官之類。均由聯邦政府行之。其聯邦各國之主權。仍屬最高。而非更有最高之主權加乎其上。故學者間又稱之爲國家聯合云。但此種聯邦。須有繼續聯合之目的。若日俄協商日英同盟之類。則非有繼續聯合之目的。均不得謂爲國家聯合。惟由千七百七十六年至千七百八十七之美國。千八百十五年至千八百六十六之德意志聯邦。始得謂之爲國家聯合焉。

合衆國

第四、合衆國 合衆國者。其組織之各國家。對內關係。雖各自獨立。而其上則更

有共通之主權。以行使其對外關係而完全形成一個國家者也。如現在之北美合衆國及瑞士國均屬之。故學說上一稱之爲聯合國家云。

第五節 普通國及永世中立國

普通國與永世中立國

普通國與永世中立國之區別。亦基於國際法上之分類。普通國之稱謂。係對永世中立國而言。卽凡非永世中立國之獨立國家。皆屬普通國。

永世中立國之設基於列強之均勢

永世中立國。與在戰時之局外中立不同。乃基於關係列強之條約。平時完全處於中立地位之國家也。此種中立國。係由列強之勢力平均而成。卽凡與條約有關之國家。均不能任意侵犯。否則。列強負有防護之義務。當環起而攻之。故此種中立國又稱之爲緩衝國云。第永世中立國雖立於不受侵犯之地位。同時應負遵守條約之義務。卽不得割讓土地與他國。除自衛外不得與他國開爭。保障他國之中立。並不得與他國締結攻守同盟或防禦同盟等條約是也。蓋以上事項。皆與列強設定永世中立國

之本旨相違。不能不加以種種限制也。瑞士自一千八百十五年以來。比利時自一千八百三十一年以來。盧森堡自一千八百六十七年以來。均已處於永世中立國之地位。然自國際聯盟成立以後。此種國家。幾無設定之必要。

第四章 國家之發達

國家發達可大別爲四期

社會演進之理。千差萬別。欲求一一殫述。其勢難能。惟由大量觀察。則自簡單而入於複雜。自隱微而趨於顯著。實爲不易之原則。國家之發達。亦復相同。茲溯其發達之跡而研究之。約有左之四期。

孤立時代

第一期、孤立時代。洪荒之初。人文未啓。游牧轉徙。聚散靡常。一家之間。互戴家長。各自孤立。母權父權之制。漸次產生。家屬但以服從家長爲天職。各家之間。一盤散沙。既無關聯。復不統一。各自逞其天賦之機能。恣肆放縱。爲所欲爲。了無忌憚。蓋大古荒陬之民。醉生夢死。窮老不相往來。而社會酬酢周旋

之儀無聞焉。是爲孤立時代。

部落時代

第二期、部落時代。世運漸進。生齒日繁。圓顛方趾。蔓延大地。隣里之村。比閭之族。彼此距離。益趨接近。而向之各逞天賦。恣意自由。無禮法以爲之制限者。遂至彼此傾軋。互不相凌。傾軋日烈。危險愈深。於是凜然覺悟。各捐小忿。共圖生息。因生息而扶助。因助扶而團結。遂有團體組織之發現。其才德勇武之士。受羣衆之推戴。發號施令。共相遵從。故部落以成。酋長以立。而治者與被治者之關係亦肇始焉。

封建時代

第三期、封建時代。部落之制。僅屬少數人民之集團。其勢力尙屬微弱。未足以長治而久安。且部落之間。偶有小故。輒起兵戎。競爭之餘。優勝劣敗。其部落之強有力者。遂益逞其蠶食鯨吞之手段。而弱小之部落。乃日歸於淘汰而自然減少。部落之數既少。部落之團體益大。於是文物制度。日趨進步。其優勝之酋長。遂擁有多數部落而爲統率之諸侯。諸侯之間。互相征伐。其最優勝者。更本其

雄厚之勢力。爲諸侯之盟主。獨擅霸權。號令天下。而封建之局以成。

第四期、國家統一時代。封建之世。各逞武力。互爭長雄。遂至干戈擾擾。生靈塗炭。騷亂之極。弱者先亡。強者獨存。其尤強者。乃至統一宇內。收剪滅掃蕩之功。而完全統一之國家生焉。凡此發達之跡。總覽各國史乘。挨次推索。無或爽者。至國家將來進化之跡。止於何境。大同世界。何時實現。則非此時所能預期。不過從理想上推測。終有達到之希望耳。

第五章 國家之目的

國家目的之古代學說有二

關於國家之目的。學者間之主張。互有異同。就古代之學說言之。可大別爲二種。其一統治權說。即主張係統治者或統治權之維持。其二神意說。即主張爲神道使命之實行是也。前者謂國家之目的。在維持統治者之地位。與統治者之權力。使之不失。國家雖有時亦有別種目的。但其終局之點。專屬於此。後者謂國家爲神道所創

統治權說

神意說

國家目的之近代學說亦有二

積極說

造。以天命爲主宰。故國家之目的。即在實行神道之命令。

依統治說之主張。以國家必有統治者與統治權。固屬不誤。然此僅可認爲達到目的之手段。而非可指爲國家本體之目的。若國家之目的而專在維持統治者與統治權之地位。是直屬一私人之國家。而非國民共同組織之國家矣。其思想殊爲謬誤。

依神意說之主張。謂萬物皆由神命。國家亦然。是直以宗教思想與政治思想相混淆。且更爲專制君主假託神意以愚昧人民之工具。其無研究之價值。更屬顯然。

此外尚有爲近代學者所主張之說。就其主要者言之。約有積極說與消極說之二種。分述如次。

第一、積極說 積極說之學說甚多。其最著者。謂國家之目的。在增進一般人民之

幸福。近世英國邊沁氏之實利主義。卽此說之代表也。此說以增進幸福爲理由。固較統治說與神意說爲正確。然此說之流弊。非僅爲專制君主所假借。以爲不當之干涉。卽共和國之元首。亦往往利用之。徵之法國大革命後。千七百九十三年

頒布共和政治之憲法。有以增進人民幸福爲目的之明文。然政治當局。恆借此名義。濫用職權以干涉人民之自由。又我國民國元年頒行之約法第六條各款。亦明定人民享有各項自由權。按諸實際。完全相反。其明證也。且此說更不免有重視國家之嫌。蓋人民之幸福。乃人民自增進之。國家非能增進之。不過加以補助誘導之責而已。如經濟上之財貨。皆人民以自力取得。并非國家所授與。卽其適例。又幸福二字。亦屬含混。不能爲具體之說明。故此說仍不足採。

第二、消極說 消極說與積極說相反對。積極說以國家之目的無限制。凡增進人民幸福者。國家皆得爲之。消極說則以國家之目的有限制。除一部分爲國家所應爲者外。皆宜任人民爲之。此說之派別甚多。如個人主義說、放任主義說、法律維持說、權利保護說均屬之。其共通之主張。則以人類社會。不僅國家之一種。凡關於一般人民利益事項。尚有宗教團體慈善團體等可以擔任。不必盡由國家擔任之。國家之職責。專在於法律之維持。權利之保護而已。此說蓋爲反對積極說而

生。陸克氏康德氏斯賓塞爾氏。皆爲主張消極說之巨子。陸克氏之言曰。國家之目的。以保護個人之生命、自由、財產爲原則。其以強制法規限制個人。乃屬例外。康德氏之言曰。國家之目的。在實現人類之權利。秉政者當本其仁愛之心以治國家。不可專擅獨斷以摧殘人民之權利。剝奪人民之自由也。斯賓塞爾氏則根據生物學以倡政治上之個人主義。以爲各種生物之活動。純基於自由發達之結果。毫不假借外力。故其繁茂滋長。基布全球。人類亦然。宜任其自由活動。不可過事干涉。否則。是以人民爲他種生物之不若。殊非所宜。

消極說之批評

陸克康德斯賓爾氏之主張。雖各具補偏救弊之苦衷。然究不足爲國家目的之說明。蓋政治上之國家主義趨於極端。固足以蹂躪個人之權利。然政治上之個人主義趨於極端。亦徒以滅殺國家活動之範圍。而不能使國家爲充分之發達。處今日列強競爭之世。尤非所宜。故亦難認爲適當。

國家目的有二

要之。以上諸說。均失之偏。惟日本小野塚氏所著政治學中。關於國家目的之主

張。頗稱周詳。茲摘要而說明之。約有原始目的與終局目的之二種。

第一節 原始目的

原始目的亦有二

原始目的。即國家最初之目的。更別力之組織及運用。與法之組織及運用之二種。分述如次。

力之組織及運用

第一、力之組織及運用。國家諸目的中。其起原最早且占重要之地位者。力是也。力即武力。陸海軍隊之設備及活動屬之。陸海軍隊者。外之對他國家之侵凌。內之對組成分子之反抗。皆為最有力之排除方法也。故國家之始期。殆以此為惟一之目的。蓋文化未啓。武力而外。不足以維持國家之存在。以國家組織之初。人民既存輕視。外國亦生覬覦。不能不以力之組織及運用。為國家立脚之基礎也。至國家漸次發達。始漸覺有其他之目的。然力仍為強制組織之根本要素。而與國家之存在相終始。雖國家為充分之發達。亦絕不能除去此種目的也。惟專事武

力。亦非善政。不得不藉他種目的以輔助之。

法之組織及運用

第二、法之組織及運用。法之效用甚大。非僅爲個人間（國家分子）行爲之規範。凡國家諸機關之組織及作用。亦皆依之爲準則。無論何種國家。決不能離法而存在。故法之組織及運用。實爲國家之一大目的。蓋成文法之制定。雖在國家發達之後。而習慣法之流行。乃在國家組成之前。法與國家之存在。確有密切之關係也。又法之內容。雖因時代之變遷。古今異轍。然其所以維持國家之秩序。保護社會之安甯。不能不借助於法。此固東西各國所同概者。

法與力二者互相爲用

法與力二者。又有互爲目的。互爲手段之關係。如國家立法。必賴武力以運行之。是以法爲目的而以力爲手段者也。又國家編制軍隊。必賴法律以保持之。是以力爲目的而以法爲手段者也。故二者之效用。幾於相等。惟分別論之。則對外之關係。力爲重。法次之。如國際紛爭。雖有公法。然一切交涉。非有實力。必難取勝。且一旦決裂。更須訴諸武力。其明證也。對內之關係。法爲重。力次之。如維持秩序

財政亦國家之
要政

。保護安寧。均無一不賴法律之效用。而力之行使。乃在萬不得已之時。其明證也。但此僅就平時言。若當內亂頻仍。則力又轉重於法。惟法之目的。終爲國家所不可缺耳。

此外有不列入國家之目的內而爲國家原始所有者。是爲財政。當國家機關之運用。與一切政務之推行。均不能不借助於資財。故資財之支出與收入。實爲國家之要政。即所謂財政問題是也。原始之國家。固不可不注重財政。發達之國家。對於財政問題。尤不可不有充分之研究。惟此僅爲達到各種目的之手段。而非國家原始之目的。故不列入國家目的中。

第二節 終局目的

終局目的對原
始目的言

終局目的。對原始目的言。即國家最後之目的也。有謂原始目的。爲關於國家之存在。終局目的爲關於國家之發達者。然此等目的。互相關聯。其於國家之存在及發

達均屬必要。不必爲此截然之區別也。亦有以幼稚之國家。急於維持存在。故注重原始目的。而終局目的。僅爲達到原始目的之手段。至發達之國家。則力謀文進步。故轉注重終局目的。而原始目的。又變爲達到終局目的之手段。然此種見解。亦趨極端。蓋此等目的。係適於一般之國家。非指一時代之國家言。應使兩者併立。無分輕重。所謂原始終局者。不過因國家發達之順序而加之冠詞耳。

終局目的有二

個人身心之發達

國家終局目的。可別爲個人身心之發達及社會文化之進步兩種。分述如次。

第一、個人身心之發達 國家之始期。本不能忘却個人身心之發達。惟必俟權力樹立之後。乃能爲種種之設施。而特別注重。故古代觀念。重視國家。個人僅爲國家之分子。離國家以外。別無所謂個人之權利。迨至近世。一方視個人爲國家之分子。他方則視個人離國家以外仍享有獨立之地位。此自陸克主義之反動國家萬能說及反暴君論者之學說倡導以來。始認個人之地位。不僅爲國家之分子。於是始以個人身心之發達。爲獨立之目的。而所以謀個人身心發達之設施。亦日趨完

國家對人民不可過於干涉

備焉。

個人身心之發達。既為國家之一目的。國家欲達此目的。不可不慎重其手段。即國家不可為過當之干涉。凡便於個人身心發達之境遇。宜予以相當之自由而為適當之保護。否則。目的莫達。障礙橫生。殊非所宜。

社會文化之進步

第二、社會文化之進步 個人發達。則國家亦自進化。似不必更注及社會。然個人與社會。未可混淆。往往個人發達之國家。而社會之組織尚屬幼稚者。故離開個人而謀社會文化之進步。亦國家之一重要目的也。

國家對於社會事業亦不可輕於放任

有謂文化之進步。屬諸社會事業。非國家之目的。而以國家干涉為不當者。如消極說之主張是也。然當茲競爭劇烈之際。國家苟無積極促進文化之目的。教育工商經濟交通各事業。在在落後。必不免國際上之淘汰而歸於澌滅。殊背國家發揚光大之本旨。

以上四種目的

以上四種目的。均互相為用。不可偏廢。學者間有僅以武力或法律之一種而指為國

不可偏廢

家之目的者。亦有僅以個人之發達或社會之進步而指爲國家之目的者。是皆囿於一偏而非正確之論也。

第六章 國家之活動

國家依主權而活動

國家依主權而統治之。無主權則無國家。故國家之活動云者。卽主權作用之義也。主權爲國家之最高權。其本體本不可分。惟主權之作用。則千差萬別。不勝枚舉。自法國孟德斯鳩 (Montesquieu) 倡三權分立說以來。各國多襲之。我國則實行孫中山氏之五權說。茲先就三權之概要說明之。

三權分立之解釋

所謂三權者卽立法司法及行政之三作用也。其意義之解釋。有形式說與實質說之二種。前者係由形式上觀察之見解。後者則從實質中分釋之見解也。茲分說如次。

形式說

第一、形式說 主權依其作用之形式(卽司主權作用之機關)而分爲三權時。則得如下之解說。

(一)立法者以議會（即立法院）而行使主權作用也。

(二)司法者依法院而行使主權作用也。

(三)行政者依議會及法院以外之機關而行使主權作用也。

形式說之批評

此種見解。表面上雖似相當。然徵諸多數國家之實例。則各國立法機關除關於法律案外。而預算之議決及請願之受理等立法以外之作用。亦兼爲之。是依議會而行之作用。非專屬於立法也。又法院於民事刑事之審判職務外。凡登記事務之執行。戶籍事務之監督。以及其他之非訟事件皆處理之。是形式說未必盡合於事實也。

實質說

第二、實質說 三權之區別。自其實質內容而分析之。則得如次之界說。

(一)立法者、制定法規之作用也。

(二)司法者、以維持法規爲直接之目的。而爲法規解釋適用之作用也。

(三)行政者、以法規之解釋適用爲手段。以維持社會之安寧秩序、增進人民之幸福爲目的之作用也。

實質說較為切
適

此種見解。比之形式說較為適合。其所謂立法者。非僅指狹義之立法案。而為廣義之制定法規。司法云者。以解釋法規而適用之於一定事實。為其直接目的之作用。而在行政之解釋法規、適用法規者。則僅為其手段。依此手段而欲達到之目的。則別有所在也。設有殺人事件發生。則解釋及適用刑法中關於殺人之條規。而謀其法規之維持者。乃司法之終局目的也。雖其結果有利於社會之安寧。及人民之幸福。而實則不過間接之反射作用耳。至若適用行政執行法而檢束危險之人物。禁止軌外之集會等類。非僅解釋適用此法規即為行政之終局目的。而欲依此以保持社會之安甯秩序。增進人民之幸福。乃以之為手段而解釋適用之者也。但通常行政官有自由裁量權。

五權制於三權
外加監察考試
二權

以上為各國通行之三權制。至孫中山氏所倡之五權制。即於立法司法行政三作用外。更加以監察及考試兩作用。分言之。

(甲)監察者、職司糾彈而以澄清吏治為目的者也。其執行此種職權者。為監察院