

萬 有 文 庫

第 二 集 七 百 種

王 雲 五 主 編

比 較 法 律 哲 學

(五)

密 拉 格 利 亞 著

朱 敏 章 徐 百 齊 等 譯

商 務 印 書 館 發 行

比較法哲學

(五)

密拉格利亞著

朱敏章 徐百齊等譯

漢譯世界名著

編主五雲王

庫文有萬

種百七集二第

學哲律法較比

冊五

Comparative Legal Philosophy
Applied to Legal Institutions

究必印翻有所權版

中華民國二十六年六月初版

原著者

Luigi Miraglia

譯述者

吳澤炎
朱敏章
徐百齊
吳鵬飛

發行人

王雲五
上海河南路

印刷所

商務印書館
上海河南路

發行所

商務印書館
上海及各埠

大

*E五一〇五

九二

(本書校對者 王永榜 張嘯天)

第十六章 合夥匯票運輸及各種射倖契約

四〇一 合夥的三大類

合夥的意義，通常解爲二人或二人以上，爲求獲得利益，而共同處理某種事務的契約。民事合夥，求達有關民事生活的目的；商事合夥，從事商行爲而求取利益。商事合夥，是特殊的而非完全的合夥，因爲牠們常有很顯著的目的，這些合夥，可依牠們對於第三人負責的程度，分爲三種。第一種是無限合夥，各合夥人負完全無限的責任，以擔保合夥債務的清償。第二種是兩合合夥，由無限合夥人的完全無限責任，及有限合夥人的出資，擔保合夥債務的清償。第三種是有限合夥或股份組合；各合夥人只以出資爲限而負責。

四〇二 其他各種合夥

無限合夥，對於第三人提供的擔保最大，鼓勵合夥人努力活動，適宜於同時在各處需要各合

夥人管理的那些實業。在這種合夥中，合夥人間須有無限的信任，所容的人數不多。規模大而危險多的事業，只能採用兩合合夥或有限合夥，這二種合夥較能集合鉅額的資本，這在無限責任的合夥是不可能的。此外還有別種合夥，彼此不同，但不出上述的三大類。例如意大利商法典，承認相互保險的合夥。牠把這些合夥，看作集體，別於組成牠們的個人，但關於經理人的責任、合夥章程的發布，破產，更換執照及帳目等事項，牠們必須符合有限合夥的要件。合作社也是這樣，關於牠們章則的發布，及董事的責任等，這法典適用與有限合夥同樣的規定。德意志法典上的合夥，相當於意大利的隱名合夥，不能歸入上述的三大類。有隱名合夥人的合夥，不是與其構成份子各別的個體，如同別種合夥那樣，而是一種商業結合，由一人或多人就一部或全部營業，分享利益及分擔損失。

四〇三 合夥非法人

合夥乃多數意志關於一定目的合致而構成，牠以一個共同的意志為前提。依有機體這一詞的廣義解釋而言，合夥實是一種倫理的有機體。但這共同意志雖不難與其所由來的各別意志區分，卻終究不能構成公司那樣確實並自立的統一體，這是因為牠的目的，並沒有固定，因而不能離

其組成份子的志願而獨立。合夥着眼於組成份子的利益；公司則求達其自己的目的。合夥因組成份子的死亡，或基於組成份子的意思而解散；公司則不因這些情事而解散。合夥人是所有人，合夥解散時，他們可把財物分配。公司的構成份子，則非公司財產的所有人，公司解散時，他們不能把牠分配。故嚴格說來，合夥不像公司那樣，是一個法人或無形人。可是合夥的性質，也不只是組成份子的集合，或各別意志的總和而已，因為牠是建立於一個共同意志之上的，這樣的一種意志，是一自

然的原素，可於遠古的意大利法學家的格言中見之。「團體是一事，團體的組成份子是一事。」羅馬法上的實例，很能闡明這個格言，牠承認某種合夥為個體，與其組成份子各別。共同意志，是構成法律人格的原理，法律以之為第三人與合夥人發生關係的媒介，這些合夥人事實上是權利義務的主體。就某一合夥人的股份提起訴訟，事實上即是就這人在公共共有的團體財產中的應有部份，提起訴訟。如果耶陵的學說，不承認無形人，牠卻很可適用於合夥。我們不可忘記，依照無形人一詞的廣義解釋，無形人的條件有二，——意思能力及國家認可。非經認可不能成立完全的人格，這點我們曾在前面說明。故浦芬多夫及特羅普朗二人，謂合夥本身能構成法律上人格，無庸國家

認可，他們以爲這種認可，只在公法人有其需要，這見解是錯誤的。認可必須由國家行之，否則不生效力。現實法可承認民事合夥及商事合夥的人格，或只承認從事商業的合夥的人格，或商事民事兼具而以商業團體爲組織方式的合夥的人格。這全視各種動因及一般利益而定，立法者的決定不一其例，但在法律哲學上，則各種合夥，無論是民事的或是商事的，都有置於法人地位的價值。現實法往往不認民事合夥爲集體，因爲牠們不一定像商事合夥那樣，建立於與第三人的關係之上，並因爲牠們不像後者那樣，有確定及顯明的目的。民事合夥可在許多不知不覺的或不甚明顯的情形中發展，而達到推定承認的境地。反之，商事合夥並不遭遇這些障礙，故法律承認牠們爲集體。法律並容許民事合夥取商事合夥的組織形式，不因而失其本質，因爲牠們的性質，不因牠們的形式而有所轉移。在這情形之下，牠們取得法律人格，因爲這時牠們已建立於與第三人的關係之上，如耶陵所說，其間須設一媒介，以爲溝通。

四〇四 古今合夥之異

特羅普朗以爲關於合夥一事，無須有新的立法，因爲組合之事自古有之。羅馬的歷史，的確告

訴我們，除了著名的私法上組合之外，還有一類徵收賦稅的合夥，在中世紀有佛羅梭家族的組合，更有羅姆巴提家族的組合，散處世界各地，但始終爲牠們國王的債主。十七及十八兩世紀的歷史，充滿着經商及殖民的海事公司。可是特羅普朗雖正確地敘述了與人類歷史同其古遠的組合的精神，卻畢竟沒有瞭解古今商業團體的重大區別。從前的組合，係由少數人組織，建立於專利之上，需求奴隸的勞工，近今的組合，則在自由制度之下生存並發展其權能。誰不知道，羅馬的騎士階級，享有出借稅賦的特權？美洲發現之後，特種公司在遠地的事業，不就是一种政府的行動嗎？東印度公司，在其區域內，不是享有獨佔商業的可驚的特權嗎？我們不可忘記，這公司成爲廣袤的土地的所有者。

四〇五 合作社

法蘭西革命，愛護勞動自由，側目於一切工人的組合，深恐在一種認可團體的煙幕之下，發生革命的組織。由於這種疑懼，釀成了工人的孤立，深爲後人痛惜，採行了偉大的互助原則之後，纔得部分的改善。互助原則是合作的真正基礎，其成功乃有需於人類最高的悟性及德性。合作事業主

要的涉及消費信用及生產。借用韋科的話，我們可以說，應用於消費及信用的合作事業，自己製造其所需的資料。在合作事業中，交織着倫理經濟及政治，因為在互助的組織之下，個人不再自私，獲取較大的利益，並成爲社會的因素。事實上，在消費的合作社中，相互作用與個人責任的情操，以及家庭之愛，完全聯合起來。牠們得到公道的價格，優良的品質，正確的分量。家庭之愛，常因合作社的組織，而發達並臻於穩固。當一個工人得到了適中的家庭，可安置他的妻以及子女的時候，使他養成旅館生活的惡習慣的誘因，就可消滅，犯罪行爲就可減少，而有益的成家立業的情緒，也得發現，工人儲蓄的真正基礎，也得確立。民衆的合作銀行，創辦個人及平民的信用貸款，因為牠們不需要資本的存放，牠們調和互助主義與個人主義的二個相異的目的。這二個相異的目的，構成一個問題，至今還沒有得到相當解決。生產的合作事業，並不助長資本與勞工的敵對，牠以資本家的工人爲其因素。牠也不仰賴於勞動權；牠不向國家要求什麼。這種組織，不能看作怪異的團體；牠們並不否定個人，也不反對競爭，因爲大大小小的實業，都很需要援助，以期各得其利。

四〇六 規律合作社的必要

依上所述，可知近代商事立法，（不問特羅普朗的反對意見如何）必須承認並管理這些新的組織，牠們是自由的自然發展的產物，自由的自然發展，決不會復興古時經濟的民事組合。但在這裏必須注意一點，從一方面看來，合作社是商業團體，因為牠們經營一定的事業，並以商業為其生存條件，而從另一方面看來，則牠們不只是商業團體而已，因為牠們傾向於把個人的願望及利益，經由勞工階級的發展，與社會穩定及友愛的原則，互相調和。在這意義上，合作社實為社會立法的事項。

四〇七 合夥的認可

經濟自由這原則，形成了近代新式的組合，其勢必使這種團體與國家間的關係，發生更普遍更顯著的變更。即以現在而論，在文明國家的法典中，政府的認可權力，已趨近了牠的末日。牠與契約自由完全相背，私人契約（合夥是其中之一）的成立須經政府認可，至於其他各種契約，則無需於此，這不能不認為奇特。國家的行政權力，干涉個人利益的事項，實是一種變則。須知這種干涉，有背於法律上平等的原則，只在法律定有適用於一般的規則，而非適用於特殊事件的規則時，纔

有其成立的餘地。能瞭解自己行爲的意義，意志很能自由的人，破壞其自身，毀滅其財產，這樣的人，在今日不應受法律的保護，因爲人不能永遠是未成年人，而得規避那道德所利賴以進步的責任心的拘束。法律不可把國家看作希臘古誌上的百眼巨大或百手巨人，因爲國家的權能，不足以正確判斷一項實業的經濟狀況，否則，人民對於國家的信心，也許因取得政府認可的事業，屢屢發生多少有些可恥的破產事件，而陷於消失的危險。歷史告訴吾們，政府的認可，未能有效地阻止奸計的得售，也未能防制欺騙者及冒險者的膽大妄爲，使許多人受其損害，他們以爲在兩合或有限合夥的組織下進行的事業，事前曾經政府檢查，深信他們自己已受充分的保護。在另一方面，則可能產生極大利益的實業計劃，也許反而不能得到政府幕賓的贊許，他們大都不諳實業，故每爲遲疑及他們的教育所蒙蔽。在這種情形之下，政府的拒絕認可，對於社會實一無可計數的損失。

四〇八 合夥的監督

監督制度的運命，是與認可制度的運命一樣，因爲二者都是建立於保育政治的預慮之上的。在進步的國家中，政府監督的制度，已歸消滅。關於這問題的一般意見，主張政府應避免一切直接

的干涉，讓那些組成合夥的人，或與合夥有利害關係的人，自己注意合夥的事務，並負其責任。遇有任何違背法律的情事，他們自會訴諸法院。政府監督與政府認可，有同樣的弊害；牠不足以阻止合夥的處置失當。故在一方面，牠是有害於私人的利益，因為牠造成一種謬誤的信念，以為牠們是受着審查的，在另一方面，牠又有害於政府的信譽，一切失當的處置，都歸咎於政府的疏誤。此外，只對重要的組合，行使監督權，會形成非法的可憎的待遇失平。

四〇九 合夥業務的公示及合夥人員的負責

我們深信，商爭合夥所蒙的危險，可因遵從自由的原則而避免。故法律應使合夥法令的數目及性質，充分公示，並使其實行的方法，有更大更靈活的效能。這是最重要的事。其次，關於經理人，發起人，職員以及一切在合夥中活動的那些人的義務，法律也應規定更完全更嚴厲的責任。最後，法律並應使那些與合夥有利害關係的人有注意合夥業務的便利，而不致以政府保護這類方法的外力，妨礙合夥的組織。以上所述的見解，對於近代法律的影響，已開其端緒，這點可於現存的法規中見之。

四一〇 組合自由的必要

營業自由這觀念，是我們從經濟史，現實法及一切關於這問題的最近經驗，用歸納方法得到的。這觀念是必要的，是可資演繹的，牠是與尊重私有財產的法律也即尊重個人人格的原則的法律相關聯的。牠的前題，是承認個人人格，即為個人自由，產權為個人的庇護物及施用於物體的自由意志，只要不違反善良風俗社會福利及公共秩序，個人可依其意志而處分其財產，並可就牠們設定無限的負擔。在前面曾經我們說過的，關於森林及礦產設定的那類限制，我們不難明瞭其意義，只要我們記得，倫理的有機體與自然的有機體大不相同，在前者的有機體中，全體應尊重部份的責任，部份應顧慮全體的意識的及自由的生命。

四一一 匯票

有許多著作家，其中以法蘭西的著作家占重要的地位，如同若干立法者一樣，認匯票為一種輸送金錢的契約的證券，當事人的一方，收受對價，而負擔向他方或其指定人，在一定日期或處所，支付一定金額的義務。依這定義而言，匯票有三要件：金額由一地輸送於另一地，發票人與付款人

間的契約，及收受對價的表明。匯票與本票不同，因為後者是發票人自己負責，在一定日期以一定金額給付於債權人或其指定人。匯票常具商業的性質，至於本票，則惟商人簽名或因商業而發行，且載有付款人並在隔地付款者，纔具商業的性質。本票的付款人，即是發票人，其付款地與發票地同。按上述學說，已因科學及法律而有根本的變更；這種根本的變更，為法律哲學所認許。一個人不難利用銀行，以自己為受款人而發行票據。在這種情形之下，無所謂金錢的輸送，而只有一種單純的信用證券。真正的匯票，是一種特殊的債務，須遵照各項嚴格的方式，以別於其他債務，並使商業更有效率，更為確切。牠必為書面的債務，負責以一定金額，於到期日支付於執票人。這樣看來，可見匯票並沒有以金錢由一地輸送於另一地的要素，而且發票人可發行對己匯票，他自己付款，無須另有付款人的參與。匯票的發行，實際上並不需要發票人與付款人間締結契約，也不需要收受對價的記載，這是因為匯票的契約，如圖爾在關於這問題的著作中所說，是在實行付款的時候，纔成立的。必不可少的要件，是交付及提示。匯票是對於受款人支付一定金額的諾言；付款人因承兌而負履行這諾言的責任。至於取得匯票的人，則並沒有什麼允諾，因為他享有權利而不負任何義

務。(他固須把匯票向付款人提示，以求承兌，如果付款人拒絕承兌或拒絕付款，他並須作成拒絕證書，但如馬基利所說，這些只是執票人行使權利的條件，不是真正的義務。)從上面所說的匯票的性質看來，可見匯票如特楞得楞堡所述，並不是買賣的混合物，也不是使用借貸的混合物。

四一二 運輸

運輸是極重要的，因為許多有價值的物件，賴運輸而傳播。我們可以不怕錯誤，敢說社會上一切商業活動，集中於運輸業。在今日運輸業，大都利用鐵道而經營。鐵道是應用汽機以爲運輸的。牠的建築及運用，需要鉅額的資本，及集體的組織。大部份的商品，交易的標的物，賴牠以運輸，牠使其運輸方法，與牠連絡。牠是交通的主要原動力。故國家不得不以法律確定鐵道建築的全盤計劃，並規定牠的任務，因為這一種的運輸工具，如同其他與牠連絡而賴牠運行的運輸工具一樣，是公共業務的事物，牠是有關財富流通應准專利的問題，因為自由競爭的法則，在這裏不能摻入。經驗告訴吾們，有了一條鐵道，即不能再有一條與之並旁，因為這樣的一種營業競爭，是財力勞力的浪費爲政府核准的專利所不許的。有了一條鐵道，通常已足連接整個鄰境。鐵道的計劃，及國家與鐵

道公司的關係的確定，是行政法上的事。與鐵道有關的運送人及承攬運送人的義務的規定，是商法上的問題，可是關於這一事項，牠並不是任意的法律，在這特殊的運輸中，牠保持其公共業務的性質。運輸契約，不重視各個單獨的行爲，不論其如何複雜；牠是重視那整個事件的。各個單獨行爲，只是民事上的行爲，而非商事上的行爲。運輸所含的法律關係，有三方面，一是送出貨物的人，二是貨物應送與的人，三是應把貨物由前者送與後者的人。得塔利奧在論述運輸契約的一書中說：運輸契約是很複雜的，在契約成立的時候，已含有運輸人及承攬運送人等的權利義務。究竟誰是承攬運送人，這問題是無關重要的，但在契約成立的時候，必有一承攬運送人，其爲何人則無須確定。在這種情形中，貨物是委托運給提單持有人的，因爲運送人雖不知這提單持有者是怎樣一個人，卻不能不說他已締約而對某一個人負有債務。對於第一運送人而言，第二運送人是第三運送人的代理人，對於第三運送人而言，則第二運送人又是第一運送人的代理人。契約是整個的，不論相繼運送的人有多少；責任是惟一的，前後相繼爲運輸的各運送人同受其拘束。運送人承受了運輸的義務，即使他必須轉托其他運送人，但對於這義務的履行，他仍須負責，如同他自己的行爲。

四一三 保險與社會主義

保險是一種射倖契約，保險人負責保證被保險人不受某項危險，其代價為一約定的金額，稱為保險費，依照所保危險的性質而定其多寡。保險使多數人分擔危險，足以減輕不幸，依照赫爾曼的見解，牠可看作填補損失的商業。他說，預防及制止與保險各有利弊。預防，需要極大的注意，很不經濟；制止所費較少，惟往往不生效力；保險所費更少，但事變難免發生。發格納及其他擁護社會主義者，為一種錯誤的觀念所推動，（我們在前面曾加以批評，認國家職能的加增有害於私人的活動，）主張大部分的私法，吸收於公法中。我們在前面曾經說過，這樣一來，社會將在牠已往經過的路上，向後退走，而重返於強行法的時代，那時法律規定一切，國家干與一切經濟生活及政府生活的事務。這些著作家，基於同一的原則，認保險不是一種屬於自由及私人經營的業務，而是一種公共的制度，即認保險為國家應負義務的履行，國家應取保險公司的地位而代之。他們說，公共機關處理交通、衛生及水電等業務；如果國家制止發生災害的事由，牠也很可擔任保險業務而完成其體系。保險公司組織很複雜，每類小形的國家，由只關心自己薪金的人管理。國家應收回保險業務，