

吳經熊
華懋生 編輯

法學文選

上冊

上海法學編輯社編輯
會文堂新記書局發行

法

江苏工业学院图书馆
藏书章

文

選

法學文選序

編者

近年來法律學校，很有一種蓬勃的趨勢，研究法學的人，也比以前湧躍得多。被儒教壓服了幾千年的法學，居然露了一息生氣，因此浸淫在這法學圈子裏的人們，就愈感覺到法學著述的缺少，不能滿足一般求知欲望。學問的供求，原也和商品同一例，求的方面，固然需要大量的購買力；供的方面，尤其是需要大量的生產力；然後引起了一種供求的磨鍊，出品就逐漸地精良，享受就逐漸地豐富。現在我們看看法學市場，太慘淡了。求的方面，有無量數的青年學子伸長了頸子等著待哺。但是供的方面，力量是太薄弱了，生產是太稀少了，我們現見這種現象——辜負著現成的大量購買力，更不容遲誤這種千載難逢的機會——這一種心緒，就催起了編輯本書的動機。

研究過比較法律的人，總說英美不成文法裏，所研討到的法律或法學問題，比較大陸成文法裏，多而且精。這因為英美判例中，多討論到法理的精微處所。他們沒有死條文可以援用，非要反覆研討到無懈可擊的時候，才成功到法律的效力，而可以拘束訟案，折人心服。所以闡發法理就立時引起法律的變更創造，律師法官，全神注此；法理日精，法律日進。他們的法律觀念是，霍模司說得好：

The life of law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the

time, the Prevalant Moral and Political theories, institutions of the Public Policy, avowed or unconcious, even the prejudices which judges with Their fellowmen, have had a great deal more to do than the Syllogism in determining the rules by which men should be governed (the common law P. 1.)

「法律之生命是經驗而非論理，時代之需求，流行之道德與政治學說，習知或非習知之善良風俗，并法官與其屬人之成見，較諸三段論法以定管理人羣之法則，有重大之關係。」

所以他們拒絕了刻板的論理方法來支配法律的適用。他們著重於老實的討論，著重經驗。因此就有許多精進獨到的地方。我們希望樹立起這一種精神，更願不要因為有了成文法典，就時刻顧念著這些論理學上的刻板方法。希望多幾篇老實討論的文章，多引起一番供求的磨鍊，多有一種更豐富的享受。

本書定名法學文選。第一輯一共選輯了四十篇。我們不能說國人的重要法學文章，都已選輯在內；但是這些文章，祇少總可說是作者個人一部分的重要思想。并且有若干篇文章，已經成為中國法制史裏的史料。牠們有權利要使國人去誦讀，其餘的文章，牠們都有這一種老實態度：

What he sees, he sees; of the rest he is ignorant; and his sense of this vast ignorance (which is his natural and inevitable Condition) is a chief part of his knowledge and of

his emotion (Santayana, Preface to his own Poems P. X ii.)

「其所見到爲見到，餘則不知；惟斯自然與不能免之大不知，斯其所以爲智識動機之一大主宰。」

本書僅爲第一輯，以後需要不定期的陸續選輯，隨時出版，希望國內學者能引起一點興趣，同在供求的市場上努力，使磨鍊不致於怎樣的落寞。深知道這一種努力，是義務也就是權利。我們願與讀者一同履行一同享受！要光明不必計犧牲，希臘的舊詩說得好：

A Shipwrecked Sailor, Buried on this Coast,

Bids you set Sail.

Full many a gallant bark, when we were lost,

Weathered the gale.

(Pragmatism p. 29, quoted by James From the Greek Anthology)

彼覆舟葬斯岸之船夫兮，

泥君兮放帆行；

當吾儕甘作前驅之犧牲兮，

其長風兮揚美艇。

法學文選序

法學文選

我們願與讀者一同唱着前進！

目錄

一 法律與命令 王世杰 一一六

武漢大學社會學季刊第一卷第二號

二 說研究法律之方法 王鳳瀛 二七一—二四

東吳法學院法學季刊第一卷第八期

三 比較民法導言 王寵惠 三五—五〇

中華法學雜誌第二卷第三號

四 勞動契約法論 史尚寬 五一—四

東吳法學院法學雜誌第六卷第三期

五 現代法律哲學之三大派別 丘漢平 九五—一二〇

東吳法學院法學季刊第二卷第八期

六 法律解釋論 朱顯禎 一二一—一四

中山大學社會科學論叢法律專號第二卷第八九號合刊

七	近代法律哲學之派別和趨勢	何世楨	一四一—一六六
---	--------------	-----	---------

商務印書館東方雜誌第二十六卷第一號

八	關於現今法學的幾個觀察	吳經熊	一六七—一八六
---	-------------	-----	---------

商務印書館東方雜誌第三十一卷第一號

九	國際立法的發達	周鯨生	一九七—二三四
---	---------	-----	---------

武漢大學社會科學季刊第四卷第二號

一〇	刑法修正案的時代背景	俞承修	二三五—二三六
----	------------	-----	---------

上海法學編譯社法令週刊第二三五期

一一	新民法的新精神	胡漢民	二三七—二四四
----	---------	-----	---------

革命理論與革命工作第二冊第四輯

一二	民法債編的精神	胡漢民	二四五—二五三
----	---------	-----	---------

革命理論與革命工作第二冊第四輯

一三	民法物權編的精神	胡漢民	二五三—二六〇
----	----------	-----	---------

革命理論與革命工作第二冊第四輯

一四	民法親屬繼承兩編中家族制度規定之意義	胡漢民	二二一—二四〇
----	--------------------	-----	---------

革命理論與革命工作第二冊第四輯

一五	狄驥的著作及其學說	凌其翰	二七五—三八
----	-----------	-----	--------

東吳法學院法學雜誌第六卷第一期

一六	行政訴訟法院管轄權限的研究	徐砥平	三九—三三二
----	---------------	-----	--------

前途雜誌第一卷第四號

一七	憲法初稿中的「人民之權利義務」	梁鑒立	三三三—三四〇
----	-----------------	-----	---------

時事月報第十卷第四期

一八	從現行民法考察賠償義務人之地位	曹傑	三四一—三四四
----	-----------------	----	---------

東吳法學院法學雜誌第六卷第六期

一九	行政裁判制度之研究與建議	章淵若	三四五—三八
----	--------------	-----	--------

東吳法學院法學雜誌第六卷第六期

二〇	自由權契約權財產權新論	陳霆銳	三九—三四四
----	-------------	-----	--------

東吳法學院法學季刊第一卷第四期

二一	戰時國際法上之繼續航程原則	陸鼎揆	三五一—四二八
----	---------------	-----	---------

東吳法學院法學季刊第一卷第六期及第九期

二二	拿破崙法典及其影響	梅汝璈	四一九—四二〇
----	-----------	-----	---------

武漢大學社會科學季刊

二三	中國舊制下之法治	梅汝璈	四二一—四二六
----	----------	-----	---------

武漢大學社會科學季刊

二四	世界兩大法系之發展的原因	華懋生	四二七—四三三
----	--------------	-----	---------

東吳法學院法學季刊第四卷第三期

二五	中國憲法的幾個問題	孫科	四三三—四四〇
----	-----------	----	---------

中山文化教育館季刊第一卷第二期

二六	新舊刑律比較概論	董康	四四一—四四六
----	----------	----	---------

東吳法學院法學季刊第三卷第五期

二七	債權之對世力	張正學	四四七—四五六
----	--------	-----	---------

法學叢刊創刊號

二八 公證制度之探源……………楊兆龍……………四九七—五〇八

中華法學雜誌第四卷第一號

二九 政法上的唯心主義……………張君勱……………五〇九—五一三

東吳法學院法學季刊第一卷第五期

三〇 借英國法中許多希奇有趣之點來闡明法律的性質張志讓……………五三一—五三三

復旦大學法規第二期

三一 自然法觀念之演進……………張奚若……………五三三—五三八

武漢大學社會科學季刊第一卷第一號及第二號

三二 中國新分析派法學簡述……………端木愷……………五八九—五八八

東吳法學院法學季刊第四卷第五期

三三 續中國新分析派法學簡述……………孫渠……………五九一—六二三

東吳法學院法學季刊第四卷第六期

三四 近代勞動立法之新趨勢……………孫曉樓……………六二三—六二〇

東吳法學院法學季刊第六卷第三期

三五 法律觀念之演進及其詮釋……………趙之遠……………六三一—六七四

社會科學叢刊

三六 法律社會化論……………鄭保華……………六五—七二

東吳法學院法學季刊第四卷第七期

三七 現行法與民生主義……………劉承漢……………七三—七六

東吳法學院法學雜誌第六卷第四期

三八 所有權包含義務論……………劉陸民……………七九—八四

法學叢刊創刊號

三九 法律與道德的關係……………燕樹棠……………七五—七四

武漢大學社會科學季刊第一卷第一號

四〇 蘇聯與國際法……………謝冠生……………七五—七三

國立中央大學半月刊創刊號

法律與命令

王世杰

自十七八世紀洛克孟德斯鳩諸人倡國權分化之說以後，立法權必須與行政機關分離久成一般立憲國家共認之原則。然細審晚近趨勢，列國行政機關之權力，則又日漸擴充，立法職務又多移轉於行政機關。這種現象，并不限於行政機關素占優越地位之若干國家，即在議會權威素稱最高之英國，與國權分化素稱最嚴之美國，亦顯然露此趨勢。『行政的立法』Administrative Legislation遂成爲新近學術著作上習見之名詞。這實在是近今政象上一種重要的變遷，值得一般公法學者之特殊注意與研究。

誠然，在一切國家，行政機關從來無不享有若干分所謂補充立法或副立法 Subordinate Legislation，之權，因爲列國行政機關所頒的命令，歷來並非均屬單純的行政性質，有些命令實在也含有立法性質，可以說是一種立法命令。但在衆多國家，這種帶立法性質的命令，其範圍及其效力，往日究皆有一定之限度。今則那種限度，往往全被打破，有如後文所示，而所謂『行政的立法』，遂不能一律看作一種補充立法或所謂副立法。

本文範圍，一在考究行政機關的『命令立法權』。(註一)在憲政先進諸國的法制上，夙日究竟具有如何之限制；次當考究新近事實，因以著明那些限制業經毀破之程度；最後當更依拙見所及申論那些限制不克維

持之原因，並推究法律與命令，在現今情勢之下，彼此究應保持之限界。惟於論究以上諸點以前，我們對於法律與立法權兩名詞，不能不預爲簡單之解釋；否則行政機關之某種命令，是否類於法律，行政機關頒布某種命令，是否類於立法，我們將無從辨別，在討論上將甚感不便。

法律這個名詞，可說有實質與形式兩義。

所謂實質係指法律的內容而言，從實質一方面以釋法律，學者間約略有兩種不同之主張，一派學者認法律爲賦有普遍性的規則。這就是說，法律的特質在其普遍性。而所謂普遍性者，不外是指法律所支配之「事」與「人」而言。從事的一面說，法律必須是對於合於法律條文所規定之未來的一切事件所立的一種規則，而不是對於任何個別的現實的事件所爲之一種決定。從人的一面說，法律不是對於特定個人或特定若干人所爲的一種決定，而必是對於將來凡適合法律條文所規定之任何個人或團體所立的一種規則。換句話說，在這派學者的觀念中，國家機關的任何決定，如果是對於特殊個人或特殊場合所立的一種決定，則於施諸該特殊個人或場合以後，該決定自即隨而消滅；因之那種決定，即不得目爲法律。既稱爲法律，則其規定不因一次或數次適用而當然消滅；在法律未經正式廢止前，任何場合凡與法律條文之規定相合者，均受該項條文之支配。這可舉例說明：譬如國家某某機關對於某某有功勳於國家之個人決定給予一種退休金，這便不能構成一種法律；因

爲這是對於特殊個人所爲之一種決定。反之，如果國家某某機關議定凡犯某某行爲的人，概應處以某種刑罰，那便是一種賦有普遍性的規則，那便構成一種法律。這種主張，似乎是多數法學者的主張。例如盧梭 *Rousseau* 愛斯曼 *Esmein* 狄曠 *Duguit* 耶慈 *Jeze* 以及奧斯丁 *Austin* 讓 *Jethro Brown* 梅依 *Meyer* 諸人，便俱如此主張。^(註二) 另一派學者，則認法律爲變更權利之規則。這就是說，法律的特質在能增減或消滅人民之權利；凡國家任何機關所頒佈之規則，如其內容足以變更人民與人民間權利關係或人民與國家間之權利關係者，俱爲法律。以是主張此說的人，往往訓法律爲「權利規則」 *Rechtsgesetz*, *Règle de Droit*。準斯定義，國家機關所立的規則，就令賦有所謂普遍性，然若人民原有之權利，不因該項規則之成立而有毫末之增減，則不得目爲法律。而在他一方面，國家任何機關的決定，即令僅係對於個別的現實的事件或特定的個人所爲之一種決定，但使具有變更人民權利之效果，仍應目爲法律。德國學者 拉龐 *Laband* 於其所著的德意志國憲法學 *Das Staatsrecht Des Deutschen Reiches* 中夙主此說；日本學者亦多服膺此說。例如美濃部教授暨中野博士諸人，對於法律的實質的意義便俱如此解釋。^(註三)

以上兩說，雖各有見地，但第一說所立之標準，似較第二說所立之標準爲明確，因普遍性云云，如前所述，尙有一定之範圍，至於一種規則是否影響人民之權利，實際上往往不易判斷。且就立法觀念產生之歷史言，第一說亦較與事實相切合，依近今社會學者研究之結果，立法職務之產生，不論在那一個社會，似都在行政及司

法等職務產生以後，蓋在一切未進化之人羣，政府的措施都只是對於個人或個別事件的一種處理，而所爲司法行爲或行政行爲，便都是這樣的一種處理。爾後人羣稍進化，被治階級爲防止治者階級之專斷，迺要求治者階級根據習慣以處理諸事。人羣更進化，則要求治者階級立爲成文法以處理諸事。成文法之所以能防止專斷，卽以其內容不是對於個別的現實事件所定的一種辦法，而是對於未來的一切同樣事件賦有支配力一種規則；換句話說，就是因爲他賦有普遍性。所以從歷史的見地說，立法職務之產生是因爲人羣認識了普遍性的規則之重要。基於以上理由，我們認爲法律的特質，在其普遍性。

由上所述，法律之爲法律，初與其產生機關或產生程序無何關係。一個議會（或其他經憲法認爲賦有立法權之機關）所成立的決定，不必皆爲法律，因爲那些決定，不必都具有以上所述的普遍性；而在另一方面，行政機關所頒佈的命令，有時却也可構成一種法律，因爲行政機關的命令，有時也是一種賦有普遍性的規則。但這不過是從法律的實質以釋法律。法律這個名詞，固尙有其形式的意義。從形式方面以釋法律，則依憲法賦有立法權之機關，按照制定法律之程序所成立的一切決定，皆爲法律。例如依民國元年中華民國臨時約法之規定，參議院爲立法機關（該法第十二條）；法律之成立須經參議院之議決及臨時大總統之公布（參看該法第十九、二十三、二十四等條）；以是一切決定經參議院議決及臨時大總統公布者，均是法律。法國學者馬爾伯（Carré de Malberg）闡述此種形式主義，至爲詳盡（註四）。他所以採此形式主義者，係因立法機關依制定法律

程序所成立的一切決定，無論含有普遍性與否，在法院裁判官的眼光中，都具有同等的效力。自然，立法機關的決定，亦有不依制定法律的程序而成立的。例如議會的決議案 *Resolution* 之成立，在一般國家，便只須議會中任何一院之通過，勿庸經過制定法律之程序；至於法律案之成立，依一般國家之憲法，例須經由上下兩院之表決與行政機關之公布。以是列國立法機關之決議案，初不得目爲法律，列國法院亦並不認那種決議案具有法律之效力。但立法機關依制定法律程序所成立的一切決定，則不問那種決定係對於個別的現實的事件所立的一種決定，抑係對於未來同樣的事件所立的一種規則，在法院的眼光中，其效力是相同的；因此從形式一方面說，都不失爲一種法律。

法律這個名詞，既如上述，有實質與形式兩義，立法權這個名詞，自然也可有兩種意義：從實質方面說，立法權可以說是制定賦有普遍性的規則之權；從形式方面說，立法權可以說是憲法所指定的立法機關，依照制定法律的程序，成立諸種決定之權。

二

在憲法先進諸國，行政機關的命令立法權，於歐戰以前，究竟具有若何範圍？現在我們可以進而論究這個問題。這裏所謂命令立法權，自然只有就立法權的實質的意義而言，因爲這裏所討論的是行政機關的職權，不是憲法所指定的立法機關的職權。換句話說，所謂命令立法權，就是行政機關以命令的形式制定賦有普遍性