

百 科 小 叢 書 第 十 三 種

法 律

周 鯁 生 著



商 務 印 書 館 出 版



# 法律

## 一 法律的概念

英國有一個著名的法學家，嘗說：在一切人類的科學中，那些現得最簡單的觀念，實在反最難懂得明確，說得恰當。試舉幾何學做例。我們要對於拋物線或圓或三角形，下一個定義，那確不是難事。但是講到直線，或更進一層泛泛的講到線，我們即刻就不免覺得很難說明得滿足。若是更追問幾何學家，「那有長而沒有寬」的東西，對於空間物質運動之可感覺的現象，是一個甚麼關係，那麼，我們就遇着了竭數學玄學的全力，也不易解決的問題了。又試舉言語學做例。我們若把希臘語或斯拉夫語的動詞考問言語學家，他是可以立時答覆的。但若泛泛的問動詞是甚麼，我們就不能即時得他的答覆，如果我們叫他說明言語本身，那就更加多疑難了。這樣看來，研究

法學的人，覺得法學中的觀念，愈普及者，愈不明確，那是不足怪的事。稍治法學的人，都不難對於動產不動產，下一定義，但講到財產，就比較的難於解說。若泛問到權利的觀念，那就更難說明。至若更問到那法律本身的意義，則富有研究的法學家，也就要躊躇不能即答了。

原來法律這件東西，是與我們人類生活，有密切的關係，法律這個名詞，是我們日常聽慣了的。但是很少的人能對於法律一語，有一個明確的觀念。法律是甚麼？這個問題，表面看來，似覺很簡單，究竟仔細想來，實在不容易尋出一個滿足的解答。這并不僅對於常人，是一個難題，就是專治法學的人，也就要覺得很難給他一個恰切的解釋。我們要明白法律的真義，就要先了解人類的社會性。從客觀的事實證明起來，人是社會的生物。人不能離羣獨居，而常與同類生息於社會。社會共同生活之於人類，可以說是天性的要求。因為孤立的人，絕不能滿足自己的需要。人類有共通的需要，且有各別的需要；同時人亦各有其特殊的性能。人既有共通的需要，就非營共同生

活，不能滿足其需要。於是大家互助，把各人相似的性能，發揮出來，共謀公共福利。人亦各具不同的性能，各有種種不同的需要。於是各發揮其性能，彼此交換勞作，滿足各別的需要。人類社會因此起一極廣大的分功作用。這兩種不同，然而相輔的現象，構成所謂社會連帶相依的關係。這種關係，是一個社會事實。要想這種關係能彀圓滿的維持，而且發達，則組成社會的各員的行動，當然須循一定的規律進行，使各人行動，能互助而不相衝突。這種規律，可以名曰社會規律。社會規律之目的，在規律社會各員的活動，定明各人應做或不許做的行爲。換一句話說，社會規律就是社會各員之行爲的規則。無論社會組織在何階段，具何形式，行爲的規則，是必然存在的。

人類結婚以成家族，聚居以成村落，乃至於進而形成民族，建設國家；如此種種的社會生活，都不能離行爲的規則。假使社會中對於人事的關係，貨物交易的行爲，或公務的執行，沒有那些規則來納之於正軌，則社會的秩序，不免擾亂，社會生活，將不可能。所以行爲的規則，是社會生活

的要件。我們日常習見習聞的法律，是屬於這種社會生活要件之行爲的規則。行爲的規則對於生息於社會的個人給以一種指導，使他曉得在社會生活中有些事應做，有些事不許做。

法律是人在社會生活上之行爲的規則，誠如上面所說的。但是行爲的規則，不必都是法律，法律不過是其中的一種，極言之，或可說是一種最重要的。法律以外，尚有許多行爲的規則，也是社會生活所需要的，是支配個人行動的。我們通常所謂道德，就是供給這類規則之最顯著的。社會生活之進行，當然要求組成社會的個人，具有相當的正直，誠信，親切，慈善的德行。假使一社會之全體或多數分子，都是掉謊行竊的人，都不守最小限度的道德規律，那個社會有何信用，安全，福利之可言？可見道德的規律，亦與法律同爲社會生活的要件，兩者重要之程度，容或有不同；然其爲社會生活上行爲的規則，則是一樣的。

然則同屬行爲的規則，法律的規則，究竟與道德的規則，從何處分別？有人從實行上之可能

不可能定這兩類規則之異點而說法律是道德之可以一定的社會行動屬行的換一句話說法律是社會所採定的最小限度的道德。這個區別，究不恰切。有許多法律的規則，與道德上的科律，絕無關係。譬如一國法律，定長子承襲父的財產，有時候一國以法律把某項物品，例如煙鹽之類，收歸國家專賣，這些法律，當然不出自倫理的動機。又如商法上有許多規定，明明是出於商業實務上之要求，絕無道德的根據。所以把法律看做道德的最小限度，究不免是偏於一面的觀察。然則法律當自有其特徵，可以自別於其他社會規律的。現在請把這些特徵舉些出來。

一 法律是政治社會中行爲的規則。此處所謂政治社會，不是通俗的命意，而是用做一個狹義的專門名詞。換一句話說，此處所謂政治社會，不是泛稱通常一切關係政治運動，從事政治事業的人們結合團體，而是特指人類中具有之政治組織而言。此等組織，由部落市府，以至民族國家，其發達的階段，結合的方式，雖有種種不同，然就其根本性質上說來，皆所以代表人類生活

之政治一面的組織，我們總名之爲政治社會。政治社會的特徵，在結合那一團人類，慣常服從一定的治者或政府。到了一定的文明程度之政治社會，又叫做國家。政治社會，是人類社會組織中之一個最有包羅性的，有強迫力的。法律就是那政治社會所認定之行爲的規則，所以指導組成社會的各員之行動的。人之受拘束於法律，是以政治社會一員之資格而受拘束。凡生息於一個政治社會的人，皆須受那社會中法律的支配。世界上政治社會的數目種類多歧，因之法律亦有多系。這是法律與道德的規則，一個大不同的地方。通常說起來，道德有普遍的性質，對於人類一般有拘束力。人之服從道德，以其爲人類之一分子而然，無論屬於那個政治社會的人說，都是應當服從同一類之道德的規則。法律有多種，至於道德，則嚴格言之，只有一種；如其有不同之處，則是各人對於道德的觀念有不同，解釋有不同，於道德本性自身無涉的。

二 法律有強迫的性質。由上述第一個特徵，可推出法律的第二個特徵來。政治社會，是人



類生活上各種社會組織中之一個最有強迫力的。這個社會中行爲的規則，自然也特別的有強迫力爲後盾。所以法律所生的義務比之道德的義務，更爲嚴厲，而具有較強迫的性質。有許多處所，違背道德的義務，並不惹起物質上的報復，充其極不過有名譽上的損失。但是人若違背法律的義務，其所引起的社會反動，則將以更確定的形式，表現出來。這項社會反動，是多少有組織的，多少有公共權力的根據。這樣說來，制裁的觀念，乃似和法律的觀念，有不可離的關係。通常說法律的特徵，在有制裁力，無制裁不成法律。這個說法，究有一面的真理。近世法律，多少都具有制裁的。制裁可出以種種的形式。第一個制裁形式，是司法上所謂強制執行。個人對於某項法律的義務，不履行的時候，法廷可以命令強制執行。例如有人欠債不還，法廷可命承發吏差押他的家產，抵還債主。有時制裁的形式爲損害賠償，例如某人訂有婚約而不履行，或有敗壞他人名譽的行爲，受害的人，可以提起訴訟，要求損害賠償。又有時制裁出以懲罰的形式，犯竊盜的人，處監禁，

●人的處死刑，是最顯而易見的例。最後再有一個制裁的形式，就是某某項規則，沒有遵行的時候，當事的人，不能得期望的結果。例如有人要立遺囑，就要依照民律上規定的方法。假若立遺囑的人，不依照這項規定，立了遺囑，他那遺囑上關於身後財產處分的意志，就沒有法律上的效力。大部分的法律，當然於此四種制裁，至少必具有其一種。我們講到制裁，即聯想那執行制裁的法院。有法院以適用法律，是為近世法律存在的要件，同時亦即法律的一個特徵。別項社會的規律，在法院沒有強制的效力，若是法律，則法官絕對不得拒絕適用，所以有學者作法律的界說，逕說：「法律是裁判官所承認而執行的規則。」這樣的界說，誠覺得太偏窄，但亦究竟表示法律的一面特徵，證實制裁之確定。一般的說來，近世法律，誠以具有上面所說的制裁為原則，但是亦有些法律，不能適用這種種制裁的。憲法與國際法，就是這種法律。憲法原來規定國權行使之原則，但若

是國權機關，如立法部者，違反憲法的原則，法院不能過問，上面所說的制裁，是都不能行使的。又

如國際法原是國際關係上行爲的規則，設有國家違背國際法，究不能適用通常方法，加以制裁。雖然如此，但是我們對於憲法，決不能以之屏出於法律之外，不認之爲法律。就講到國際法，雖有視爲一種道德的規則的學說，但是無論就其實用之權威上看，或是就其內容說來，確是與一般的法律相類似，大多數學者，都認爲法律之一種。自廣義上說來，究竟憲法和國際法，也都多少具有制裁力的，不過制裁的形式方法，與通常法律的制裁，有點不同，或較爲間接的罷了。充其極，我們只可以說這兩種法律，具有比較的不嚴確的制裁，而在法律系統中，尙爲欠完全的法律。

三 法律是管人的外表行爲的。法律所以規律人的行爲，注旨在表現於外的言行舉動，并不在支配人的思想和情志。法律的目的，在保持社會秩序，其所規律的，是人與人的關係，而不是他們內部的意識。這是法律與道德的一個大不同處；道德進而誅心，法律則只管行爲。不過有一層要注意的：就是在進步的社會，行爲并不看做純然外界的現象。人類行爲之發生，并不得和石

頭的落下，雷電的打擊，看做同種事變。行爲是意志所產出，意志之發動，又有動機的。所以近世法律，注意於分別究竟某項行爲是通常意識和理性的結果，抑是由別種原因發生，全然失却此種自動的故意的性質。瘋狂的人，有時殺了人，拿到法廷判罪，假若檢驗的結果，認定這個行爲，確係精神錯亂的結果，就當看做自然現象一樣，不生刑事的責任。殺人的當送到瘋人院，或受其他拘束，但這是一個防護手段，而不是懲罰意思，他那精神復元的時候，仍可望釋放的。所謂「精神病人之行事不爲罪」，成了刑法上的原則。兒童的行爲，不算作通常意識和理性的結果，在法律上也是特別看待。有些行事，在成年人做了，就會構成罪情，而在兒童做了，則僅看做一種災禍。依民國暫行新刑律「未滿十二歲人之行爲不爲罪」，而依刑法草案，則「未滿十五歲人之行爲不爲罪」，那個規定就更寬了。又有一層：法律對於有些行爲，視行爲背後的意志如何，加以不同的裁判。本意殺人，與因過失致人死，在法律上看得輕重不同。因失火燒人房屋的人，比之放火燒人房

屋的人，所負法律上責任，大有差別。這樣看來，我們可以曉得法律把行爲看做合理的意志之產物，此處所謂合理的意志，就是指意志之由正常的理性所指導的。但是法律之干涉，不僅在事後，事前法律也可取預防的手段；例如對於心神喪失的人，可以置諸監視羈束之下，免其侵害他人；并且可設監護人，代爲保護利益。此層若再剖論下去，就涉於責任與行爲能力諸說之範圍，不是此書篇幅所許的。現在我們不過欲證明意志和心思，並沒有屏出於法律酌量之外，法律的規則，究竟斟酌意志心思，以測量行爲；特其着眼點，不是在普泛的考究人的意志心思，而是酌量人的意志心思，怎樣的影響其行爲。

四 法律有地域的制限。道德的規則，以範圍一般人類爲主旨，故其拘束力，有普遍的性質。人之信從道德的規則，以其爲人類一分子之資格而信服之，則是凡爲人類，無論立於何地，應受道德科律之支配。而法律的規則，則不然。法律是爲一政治社會特立的，其目的在規律社會內各

員之行爲，人之服從法律，是以社會一員之資格而服從之，在那社會以外之人，就沒有服從那社會法律的義務。由是可知法律的拘束力，以政治社會的領土爲範圍，有地域的制限，這也是其與道德的規則一大不同的處所。一地方自治區域所訂的規則，只能拘束本區域的住民，而不能行於他區域。一國所立的法規，其拘束力以國內爲範圍，而不能行使於他國領土。就是國際法，雖說是國際關係上行爲的規則，行使的區域廣大，然而亦不能說有普遍的性質，其適用範圍，仍是有定的，仍是以所謂國際社會爲限，這個國際社會，并未包括人類全體一切政治社會。這樣說來，可以說是一切法律，都有地域的制限，雖國際法也未能獨爲例外。但是此處有要指明的一事：就是在某種情勢之下，法律的拘束力，也能例外的超出地域的界限。此種情勢，可以舉出四項：（一）一國的軍艦，雖在他國領海內，軍艦裏面的行爲，仍然受本國法律的拘束，而所在國的法律，對之沒有效力。（二）在公海上的一切船舶內，也是本國法律行使的地方。（三）在駐外大使館、公使館

內，本國法律，完全有效。(四)在承認領事裁判權的國內，享有此特典之外國人民，脫離所在國法律範圍，而受本國法律的拘束。然而自全體上說來，法律的拘束力，有地域的制限，那究是確立的原則，可以一般適用的。

把上面所舉出法律的特徵總括起來，我們可以曉得法律是政治社會所制定或認定的行為的規則，對於該社會內之各員，有拘束力。法律的根本性質，既經明白，其次待說明的，就是法律的分類。人事紛繁，法律的規則，亦呈多歧之象。為便於了解各項法律的作用計，於是有所謂法律的分類。首先有一個很老而很通行的分類，就是把法律分作公法和私法。世間本沒有法律的規則，結局全然為社會全體利益存在的，也沒有法律，單為個人利益存在的。但是有一部分規則，特注眼在社會全體的利益之保護，其他部分，注眼在社會各個員的利益之保護。換一句話說，則一部分的法律的規則，以社會公眾為本位而制出，其他一部分，則在規定個人與個人的關係。前者

一類，屬於公法，後者一類，屬於私法。公法包括國際法、憲法、行政法、法院編制法、刑法、民事訴訟法等，私法所包括的，以民法、商法爲主要部分。又一個普通的分類，就是把法律大別爲國際法和國內法。規定國與國間相互的關係之法則，爲國際法；一國以內的行爲的規則，爲國內法。此項分類很簡單，而不甚重要，無詳加說明的必要。再一個很重要的分類，是主法、助法的分。法律有兩個要素，第一是關於權利義務的實體之規定，第二是此等規定適用的手續。刑律上規定「放火燒燬他人所有物……者，處死刑，無期徒刑，或一等徒刑。」這個條文，不過單定罪情和刑罰的實體，究竟遇有這樣罪案發生，這個條文不是可以直接施行的。由拘捕起訴審問，以至於判決行刑，尙不知要經許多手續。規定這些手續，以便適用那刑律的條文，就是刑事訴訟律的職能。於是刑律爲主法，刑事訴訟律爲助法。民律之與民事訴訟律，亦是這一樣的關係，民律爲主法，民事訴訟律爲助法。最後尙有一個重要的分類，就是分法律爲成文法與不成文法兩種。所謂成文法者，並不僅



有文字記載可稽考，並且其文字全部，構成法律實體；此外的法律，都屬於不文法。換一句話說，就是依立法的方法手續而制定的規則，爲成文法，故成文法亦稱爲制定法；除此以外，都屬於不文法，所謂判例法，慣習法，是不文法中之最顯著的。此等法律，亦嘗形諸文字，但是那文字是法律所不在之表證，而并非構成法律的實體。現在有一要申明的處所：就是上面說凡依立法的方法手續而制定的規則，爲成文法，其所謂立法者，並不限於指近世民選議會之立法而言，凡依一國國憲，掌有立法權的機關，即令其爲一人，如專制國的君主，其制定法律，亦包括在此處所謂立法之意義內。成文法和不成文法的分別，大致已可明白，若要再剖論下去，當屬於法律成立的程序問題，這個問題是下節所討論的。

## 一一 法律成立的程序

法律如何成立？這個問題，是和法律的淵源那個問題極有關係的。所謂法律的淵源這個名

詞，意義極含混，可以說有三個解釋。第一是指法律的效力所自出，換一句話說，就是指那最上的權力，法律所從而受得其效力的。上面已說過，法律是政治社會制定或認定的規則，照這個解釋說來，法律的淵源，只有一個，就是那政治社會，惟那社會乃能最後授給那些社會規律，以法律的效力。第二個解釋，是說法律資料之所在，換一句話說，就是說我們所由識得法律之處所。例如現代英國法律中，有些規則，可溯源於羅馬法，亦有些規則，來自他國法廷判決例，有些規則，其源出於邊沁的學說。於是羅馬法，外國判決例，邊沁著書，就可說是英國法中那些規則的淵源。這種淵源，通常稱爲歷史的淵源，此可以做法律的史料，而究不能以說明法律成立的程序。欲明法律成立的程序，還須考究所謂法律淵源的第三個解釋。依第三個解釋，所謂法律的淵源，是指法律之權能的淵源，換一句話說，就是指一種方式或程序，法律的規則，所依以成立的一國法律中，某項規則，可以有幾重淵源。最近的源，或出於法廷的判決。但此法廷，或取材於羅馬法，以爲判決的根

據。兩者同是法律的淵源，但其中有兩大分別，即前者為權能的淵源，後者為歷史的淵源。歷史的淵源，不過以示事實之所在，權能的淵源，則法律的權能，所依以認定的。一國法律，不是一定不移的，是常改變的。權能的淵源，就是法律變遷發育的要具。法律的舊原則，可以求諸歷史的淵源，至於新原則，則惟有依權能的淵源，始得進而成為法律。

就廣義上說起來，社會是法律之最高的權能的淵源。一切法律的規則，皆是政治社會所制定或認定的。但是社會自身，不能單獨有何作為。社會惟依其機關以行動。所以我們求法律之權能的淵源，必求之於此等機關，或此等機關所認許的勢力。據一個廣泛的觀察，我們關於法律的成立，可以求出兩項程序，由政治社會的機關執行（公式的程序）；另有兩項程序，由特定的勢力執行，此等勢力自身非社會的機關，但經此等機關認可的（非公式的程序）。公式的程序是立法和司法判決兩項。法律之依此等程序成立者，可以說是社會直接制立的。非公式的兩項程序，

是習慣和學說。法律之依此兩者成立者，可說是由社會間接制立的。這四種程序，不必到處皆具備。諸法系各自定其淵源。法律的淵源之數，隨各法系不同。亦有在一個法系中，同時具備這四種程序的。然無論何國法系，於這些淵源，至少必包括其一。世界上沒有一個法系，能全然離開這些淵源而存在的。法律之權能的淵源之有此權能的性質，必俟其為彼法系所承認。凡一法系承認這四種淵源的，當以四種法律的規則組成；其一部分為制定法，一部分為判例法，又一部分為習慣法，最後有一部分為法家法。現在且把這四種權能的淵源，分別解說出來。

一立法 法律之權能的淵源最重要的，就是立法。甚麼叫做立法？立法是說由一定的機關，

正式宣示法律的規則。這種機關，有的是由憲法賦以立法的權力的，有的是間接由憲法所定的立法機關，承受得委任立法權的。前者可以稱為上級的立法機關，如國會就是，後者可名為下級立法機關，如殖民地議會，省議會，或地方議會是。出自這種淵源的法律，通名為制定法或成文法。

對於特種事件，國會通過單行條例，固是立法的行爲；而把各種相聯屬的法規，合爲一系，編成法典，亦是立法的一個方式。立法之爲法律的淵源，在往昔不占重要，迄於近世，則立法的勢力，繼長增高，日益見其重要，卒之成爲主要的，或甚至爲唯一的法律淵源。立法有優於其他淵源，如判決例者，數點。第一是立法有取消舊法之力。立法之功用，不僅可爲新法的淵源，且可以廢止既存的法律。判決例則不然，先例雖有時產生良法，然其缺點，即在其不能改變成案。就這一點看來，立法特占優勢，是不僅爲法律滋長的要具，抑且是法律改革的利器。立法的第二個優點，在法律之正式宣告，見於法廷適用法律之先。反是，而判例法之創造宣示，正在法律適用執行之時。法律執行以前，應令大衆知有此法律，此爲自然正義所要求，立法則正能滿足這項要求的。第三個優點，是立法能於事件未發生以前，預爲制定規則。如是一法系中有缺點疑端，依立法程序，可以隨時補充解決。所以制定法遠不像判例法之無條理，不確定，不完備；判決之制出法律，必待有事件發生，

必待法廷判決而後能行的。立法的第四個優點，就是形式之整齊。立法的產物，出以抽象的條文之形式，但是判決的產物，包含於判決事件之具體的詳情中。所以制定法的特徵，是簡單，明瞭，便於檢查，易於領會，而判例法則埋藏於日增不已之大堆的案卷記錄中，普通人苦於尋不出頭緒來。這是不文法劣於成文法之一點，而近世民主政治，所以推重立法，這也是一個大理由。

二判決 法律成立之第二個公式的程序，是司法的判決。司法判決，有一與立法相同之點，就是同屬正式的機關所執行的程序。而其不同之處，就是立法之為法律之權能的淵源，在近世法系已成通例，而判決則在各法系不必到處皆認為一個淵源。一般的說起來，在英美法系中，判決為法律的淵源，而在大陸法系中，質言之，即羅馬法系中，則不認為法律的淵源。判決成案，在歐洲大陸國家的法廷，不似在英美法廷之具有拘束力。普魯士和奧大利法典，明說法廷判決，不得有法律的效力，法蘭西比利時意大利諸國的法典，雖於此點沒有明文規定，但是通例亦只認前

案判決，只可作參考，而不認為有拘束力。我國舊式司法，向重例案，近今改用新式司法制度，上級法廷，尤其是大理院的解釋和判決例，亦似很有權威，將來或構成一像在英美法系中的判例法，亦未可知。法廷之職務，原屬司法，而非立法。法廷何以能為法律的淵源？換一句話說，法廷何以能自造法律？此層很令人懷疑。所以有些法律家，絕對否認法廷判決例案，有產生新法律的能力。然若細察法廷之所以行使職權的方式，就不難明其所以能創造法律的理由，與其造法的程序。法廷判案，當面的問題，不僅是法律問題，同時且有事實問題，都要下解決的。法廷之所以能產生新法律，就在判決事實問題的時候。法律的條文，勢不能不求簡單，立法部欲立一法，包括一切發生可能的事實，亦是做不到的。條文意義的解釋，全在裁判官，而遇有新事實發生，既存法律之適用問題，亦待裁判官解決。依這類解釋適用的程序，把法律的意義擴充，自然產生許多補足的規則，這些規則，經援用而構成法律的一部。且有時法律之待解釋，並不是因為條文規定之不明，而是

因爲條文中含有某項通用語，需待特別說明。法律有些通用語的意義，廣漠無定，須下特殊的解釋。比方民律中說「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」究竟如何才是誠實信用方法？這是一個事實問題，裁判官遇有特殊的案件，要對於這些用語，下個解釋。這類的解釋，就是一個產生新法則的程序。以上所說的那些問題，是起於法律之不明不定；此時法廷的職務，在解釋既存的法律。但是尙有些問題，其起因并不在法律之不明不定，而實在法律之不完備，於是法廷所要應付的問題，不是解釋現行的法律，而是適用一種公道的原則，換句話說，就是在斟酌情理和事勢，下一公平的判決。我國民律草案，總則第一條說：「民事本律所未規定者，依習慣法，無習慣法者，依條理。」所謂條理，就是爲補充民律之不備。法廷適用條理判案的時候，也就是一個產生新法則的程序。

三習慣 第一個非公式的造法程序，就是習慣。習慣之爲法律的淵源，在現今法系中，殊不



占重要地位，但是在法律史的初期，習慣的勢力頗大，不過也不如世人想像的那樣大。英國法律，向以習慣法著名，然究竟大部分出自判決例，而出自習慣的，比較的爲小部分。近世立法勢力擴大，習慣作用，今已日微，但尙未全滅。現在我們要討論的，就是習慣本爲一種非公式的程序，究竟如何而始具有法律的效力？有的學者，全然不認習慣爲法律之權能的淵源，未免所見太偏。習慣之爲權能的淵源，由政治社會所認定，其認定之方式，由國家以一個通則，宣言凡習慣之合於一定的標準，滿足一定的條件者，均有法律的效力。此項通則，自可出以立法部制定法之形式，明白規定。習慣之滿足此項法定條件者，卽爲法律，而不須立法部之再爲個別的承認。但是上項通則，亦可爲裁判官制成的規則，因法廷慣例而演成。於法廷立定此項規則之前，每個習慣，均須有個別的承認。然此通則一經成立，宣示某種習慣，視同法律，則凡滿足那些條件的習慣，不待法廷再爲個別的承認，皆成法律。然則習慣之取得法律的效力，究應滿足甚麼樣的條件？條件依法系而

各不同，然究不難覓出一個代表的原則。通常法系中要求的條件，約可數出六項。一，合理。習慣之能認爲法律，必其本身爲合理的。法廷雖不要求理想的習慣，但反乎正義和公益的習慣，決不能取得法律的效力。二，確定。習慣須明白確定；曖昧不定的習慣，不能爲有拘束力的規則。三，繼續。習慣之有效力，必其爲繼續不斷的；如其效用中斷，不能視爲有法律的效力。四，公認。習慣之有效，必  
要遵行習慣的人，共覺爲有拘束力。換一句話說，習慣必要看做有拘束力的規則；而不單是遵否聽便的規則。久之尊重習慣，必要一如其尊重法律，這個習慣，乃能取得法律的效力。五，長期。習慣之有效必須成立以來，經過相當的長期間。但有些法系，例如英國法，對於一般的習慣，換句話說，即通行於全國的習慣，和局部的習慣，即限於一地域的習慣，於此有一個大分別。惟有後者，始必須有長期間的存在，前者則不需有此條件。六，合於現行法規。有些法系，對於習慣之有效，以不與現行制定法或成文法衝突爲條件。在要求此條件的法系中，習慣就沒有破廢舊法的能力。以上

所舉的六個條件，雖不必到處一律通行，然亦可以代表一般的原則。習慣的勢力在近世法系中久已爲立法所壓倒，然一般的說起來，仍不失爲法律之一個權能的淵源。我國的民律草案，規定「民事本律所未規定者，依習慣法」是亦承認習慣之法律的效力。

四學說 法律專家的意見，也有構成法律之權能的淵源的。出於這項淵源的法律，叫做法律家法。因爲這種法律，是法律家以專家的資格造出的。法律家並不是一個公式的機關，他們的著述，不能就造成法律。法律家的意見之成爲權能的淵源，必先得立法機關宣示他們的著作有拘束力，或者經法院承認當作通行援據的規則。這個法律的淵源，在往昔羅馬法中，最有勢力。在近世法系中，惟有土耳其法律大部，源出於法律家的意見。其他法系，大都不甚借重這個淵源。自其爲法律成立的程序上說，專家學說之勢力，在近世法系中，已遠不及上面所舉的立法判決習慣之三項。但有須指明的一事：就是近世國際法之成立發達，得力於法律家的學說極多，這個淵

源的功用之發揮，已示由國內法移到國際法之勢，是不能不承認的。

上面已說過，所謂法律的淵源這句成語，有三個解釋。通常法律家說法律的淵源，究是特指法律之權能的淵源而言，換一句話說，就是指法律的規則所由以成立的程序。這樣的程序，有立法判決習慣學說之四種，其性質已在上文分別說明。我們現在所要注意的，就是近世法系中，立法之程序，勢力日增，今幾有全盛之勢。不僅法律家學說意見，在近世法律中地位極不重要，就是判決例和習慣之向有勢力者，今亦日為立法侵奪其地位。英國法律，原以不文法著名，今已漸依立法程序，編定成文法規，已可徵一般趨勢。要之近世立法，日就精密在一法系中，其他造法程序，漸失去活動地步，是一很顯著的現象。

### 三一 法律與道德

法律的規則和道德的規則之區別，上面已經說過。但是我們要曉得法律和道德，雖然在社

會生活上是兩種不同性質的規律，究竟兩者的關係，仍是很密切的。人類的社會生活，固然不能離法律，然若是舍道德而專講法律，也是偏於一面的觀察，不切於事實。道德和法律的關係，可從種種方面看出。

第一件很明白的事，就是社會生活的進行，需要組成社會之一般羣衆，具有最小限度的道德心。法律執行上之最後的勢力，并不在公共機關的權力，而在社會公衆的這種道德心。假設組成社會的個人全部，或大多數，都沒有公道之感覺，沒有守法之精神，雖有法律，也將等於具文，沒有效力的。因為在這樣的社會情勢之下，大衆不認犯法爲惡事，犯法的人占社會中大多數分子，社會中又誰有力能執法能實行制裁呢？

再有一層很要注意的：就是一個健全社會所制立之法律的規則，務求能和那社會中一般道德觀念調和融洽。法律的規定，誠不能常和道德科律一致，且甚至有時彼此牴觸，亦所不免。但

是這種牴觸之處，總應當減至最小限度。設令在同一社會內，法律的規則，和一般道德的觀念，衝突太甚，其結果必至社會公論上是非不明，行爲的標準無定，人莫知所適從。就執行法律那一層關係上說來，也可以看出兩個害處，第一是增加法律執行的困難，致有加用強迫力的必要；第二是有減弱一般人守法的習尚之傾向。凡此種種弊害，都是健全社會所最忌的。所以一社會有所設施規定，卽或迫不得已而與社會情感有齟齬之處，也務當使社會明白其功用而後實行。

最後還有一層：道德不僅可以爲法律的後援，並且可以補法律的規則之不及。在有些社會行爲，欲發生法律所期待的效力，究以道德議論之勢力，爲不可缺，或較爲適宜。今且把那些事情分別舉出來。一，法律有時候因爲特種情勢的阻力，不能達到預定之目的，那時候惟有道德的責備，可以應用。譬如有人偶然錯了法定手續，立出無效之遺囑，但是他實在把他的意思表示得很清楚，足令繼承人負有遵從的義務，在這種情勢之下，法律的強迫，自不能行使，然而與聞其事的

第三者之公論，可以代法律發生影響。二，在有些事件，明知其害之所在，但以有寬予私人以自由行事之必要，法律的干涉，不適用，那時候就非特有道德干涉，沒有救濟。有一個主要的例，就是父母對於子女的待遇；因為一方面要維持父母的責任心，他一方面又要保有子女的尊敬和服從的習慣，總覺得社會不宜進而干涉及父母的內治，除非有極大的怠棄責任或虐待的證據，法律對於父母之如何待遇子女，不加干涉的。但是通常違背父母應有的義務，而又未至於觸動法律干涉的程度之事，是很容易發生的，對於這種事的救濟，也是全在道德的責備。三，有些行為很有害社會福利，宜設法遏抑，然又不適於為法律禁制的對象。此類行為的誘惑力極強，而又易於隱蔽，實在不能全然防止，且這種行為，若驅之趨於極端的秘密，其弊害且將更大。最主要的一個例，就是兩性苟合之事，限制這類事情，從來認為道德的職務，一般人恐怕受不德的非難，上項行為，因之比較的減少。但是這事若要以法律來禁制，却又不相宜，這是一般所共認的。四，有些惡事，原

類於法律所要禁制的事，但是覺得一任道德去對付爲相宜，因爲其惡之程序，尙未至於有煩法律動作的必要。譬如性質輕微的侮辱誣謗，沒有惹起多大的損害之欺詐捏造等事，一一繩之以法，不勝其煩；但若是任其慣行無忌，又於社交的樂利，不免損傷。於是乃不能不倚仗道德的責備，以爲救濟之方。五、有許多公益事業，利賴私人的助力。但是法律却不便強人做他分內以外的事；這類的事，全靠個人自己願意去做。在這種地方，道德很有積極的功用。因爲道義的迫促，許多人貢獻其金錢勞力於慈善教育及其他公益事業，這是法律的力量所不易做到的。

由上面所說的看起來，我們已可曉得道德之與法律，確有不可離的關係。觀察社會的人，若是專注重法律，忽視道德，必不能識得社會生活維持的真象。

#### 四 法律與社會

上面已說明法律是政治社會內行爲的規則。法律之根本的職務，在規律人之社會的生活。



法律是社會生活的要件，同時亦是社會附帶的制規。法律全為社會而存在，離開社會，無法律之可言。所以就法律的規則本身，很難定出個良惡之分；問題的第一要義還是在看那法律是否能應社會生活的要求。社會生活狀態有變動，規律這社會生活之行爲的規則，也當隨之變動。所以拘守祖宗成法，不肯改變的人，固然是頑固。然像那性法或自然法派的人，篤信宇宙間有一根本法律，可以行諸四海，垂諸萬世而不移，也未免純屬理想，不切事實。世界上沒有一部法律，可說是無論在甚麼時代，在甚麼地方，都要絕對的適用的。法律不是死物，不是一成不變的。法律是隨社會進化，隨時代和環境而變化的。有些法律的規則，在一時代認爲良法，在他時代不容存在。亦有些規則，在一國內實行相宜，而移到他邦，就不能全然適用。這些情形，都是可從事實上觀察明白的。我們現在且舉出幾個重要的實例來證明。（一）個人對社會的關係之觀念思想，如有變遷，法律亦因之變動。有種行爲，從前經過幾世紀，受法律之嚴厲的支配，卒有一般的成純粹個人的行

爲，不受法律支配之趨勢，宗教上的行爲，就是一個顯例。反是而有種行爲，例如受一定的程度之教育，履行一定的預防救濟事務，從前向來屬於個人自由者，今漸受法律的強迫。(二)倫理的道德的觀念變更，法律亦隨之變更。例如兩性的關係，從前社會，看得很嚴重，所以雖無夫姦，亦加以刑事上的處罰，今則此種倫理觀念大變，無夫姦不爲罪，就在我國法律，也不能獨爲例外。(三)法律的規則，因社會在常態變態的時候不同，也有差別。例如休息食事的時刻，食物的質量，在平時純然屬於個人生活上私事，到了戰時，忽成法律規定的對象。又值一社會危急存亡之秋，不僅個人的自由，特受種種制限，並且對於違法的制裁，特別加嚴，古人有所謂刑亂國用重典的說，也是有一面的真理的。這種社會變態的時候的特殊法律，在上次歐戰期間，在交戰各國中，已見慣了。

(四)法律隨社會經濟組織變動，也是一顯著的事。從前工作的條件狀態，僱主僱工的關係，屬於當事者之自由決定，法律不過問。到了工場組織發達以後，國家乃不能不制定工場法規，及其他

許多關於工業的勞動的法律，行其干涉。(五)法律的規則，因氣候而示差別。有些法律，在氣候不同的地方，規定各有不同。例如男女及婚年齡，各國規定不一致，法國法律，規定男以滿十八歲，女以滿十五歲爲期；德國法律，則規定男以滿二十一歲，女以滿十六歲爲期；在酷熱的邦土，與在極寒的邦土，關於此項及婚年齡的規定，相差當更遠。所以有這種差別，就是因爲各國法定及婚年齡，視國民身體發育遲早而定，而身體發育的遲早，又與一國的土地氣候大有關係。從前羅馬法的規定，以男十四歲女十二歲爲及婚年齡。其與現今西歐諸國法律規定，相差如是之遠，驟視之，很覺奇異。實則我們若想到羅馬法所要行使的區域，爲南歐及地中海沿岸比較的很熱的地方，那就不爲奇了。

綜觀上面所說的事例，我們已可以明白法律與社會的關係，有那樣的密切。人類之社會的生活，是人類天性的要求，是一個事實；法律之存在，是社會生活的要件，也是一個事實。反對法律

的存在，就是否認這個社會的事實。說法律應該有不應該有，那問題是起自主觀的見地，不是憑客觀的觀察發生的。依客觀的觀察，則法律是自然必存在於社會的。我們所做到的，不過在使法律的規則，能適應社會生活的要求，若要并法律存在的事實根本推翻，是做不到的，除非是我們能把政治社會組織，根本推翻，把人類之社會生活那個事實，根本改變。

有人說法律的作用，是消極的。究竟這是偏於一面的觀察。法律的本性，並不限於消極的作用，法律原是應社會生活的要求的。如果社會生活，只有消極的活動，那法律的規則，自然也是消極的。社會生活活動，既是有消極的和積極的兩面，那麼，法律的規則，也有消極的和積極的兩種。比方社會要禁制犯罪的事，於是乎設有刑法的規則。這種規則的作用，可以說是消極的，因其直接的目的是，在防害而不是在興利。反之，若是社會要普及教育，而設為強迫教育的規則，課一般人以送子女入學的義務。那種規則的作用，就不能說是消極的，而實在是積極的了；因其目的在增

進社會各員的資質，具有積極的建設的功能。所以說法律僅有消極的作用，究竟不合事實。其說只能適用於一部分的法律（例如刑法之類），而不足以概括法律的全體。

有人說法律的存在，以性惡爲前提，若是教育進步，人性改善，社會程度高了的時侯，法律也就不重要了。這個說法，也是偏於一面的觀察。比方像刑法那種的法律，固然可說是大部分爲懲惡而設，但是有許多法律的規則，和人性的善惡，漠不相關。這類的規則，無論人的道德程序，怎樣的上進，是不因此失其存在的必要的。試舉一個最淺的例，在大都市中，車馬來往，應循街道的那一邊前進，都有一定的警察規則；有的定爲左邊，有的定爲右邊，這却沒有一定的原則。這種規則，全在指導人的行動，究竟於人的本性善惡，有甚麼關係，是找不出的。法律原是行爲的規則，人性增善的時侯，有些不良行爲減少，關於那些行爲之法律的規則，誠也可望減少；但是別的法律，仍舊存在，不可一概抹煞的。實則政治社會存在一日，法律不但沒有全廢的事，並且法律的規則，且有

愈見加多的趨勢。社會進步，人事日繁，所需要的行爲的規則，亦因以增加。法令紛繁，爲吾國從來論政者所忌的。但是在社會生活的活動，日進不已的時代，法律的規則之繁多，究是不能免的事。試一檢閱各國的法規大全之類，其內容寧不是有年年增加的現象？廣義的說起來，這種增加，就是應社會生活的要求，並且可說是社會進步發達的表徵，不足爲怪的。

再有一說：就是說法律是資本主義的社會組織之特產，專爲擁護資產階級治者階級之利益而設的。所以在社會主義的社會組織下，法律是無用的。這個解說，是誤解了法律的本性。法律是社會生活的要件，在無論甚麼樣的社會組織中都存在，並不是獨適於資本主義的社會的。在現今資本主義的社會中，誠不免有許多法律，爲保護特權階級而立。但這是治者階級利用法律的結果，並不是法律本身，具有利於資產階級的特性。資本主義打破後，代以社會主義的社會組織，法律的規則，自然見許多興廢，法律的對象，有許多變動，然而法律這項東西，究竟是始終要存

在的。近今歐美國家，應用社會主義的原則於社會改革，勞工保護，工業組織諸問題，因此而增加的法規，不知其若干。試想國家社會，完全改爲社會主義的組織，那麼，私有財產制廢除的結果，民律中大部分規則，當然在改廢之列；但是民律這一部法律，尙不能說會全滅，因爲其中有許多關於人事關係的規定，就是在社會主義的社會組織下，也同是要有的。在他一方面，則資本公有，分配公定，其事至繁，需有特殊的規則，於是社會主義的社會成立以後，當然制出許多新法規，其數量當較之在資本主義的社會，有增無減，也可以想見。現在實行共產主義的俄國社會，并不能廢法律，而且已經產出了許多新法規，就是一個好例證。

把上面所討論的要點，總括起來，我們對於法律與社會的關係，可以得一個簡單的結論。法律是社會生活的要件，要隨社會進化的。法律所以規律社會生活，但若法律的規則而不能適應社會生活的要求，那種規則，也就失去存在的理由。所以法律的變革，在進步的政治社會中，是一

項極重要的事業。



## 參攷書

- L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1900
- J. C. Gray, *Nature and Sources of Law*, N. Y., 1909
- T. E. Holland, *Elements of Jurisprudence*, London, 1910
- N. M. Karkounov, *Théorie générale du Droit* 1903 Paris
- F. Pollock, *A First Book of Jurisprudence*, London, 1911
- F. Pollock, *History of the Science of Politics*, London, 1911
- J. W. Salmond, *Jurisprudence*, London, 1913
- P. Vinogradoff, *Common Sense in Law*, London

以上所舉各書之中，以 Vinogradoff 和 Pollock (*Jurisprudence*) 兩人的書，最便於

初學者之用；此外各書皆比較的說理高深，可做參考。Holland 和 Salmond 的學說，代表英美法系；反是，而 Korkounov 的書，則代表大陸學派。至於狄驥 Duguit 的書，則超然於傳習的學派之上，從唯實主義的精神，抨擊舊說，推翻一切，立論精刻，獨有見地，誠是法學上傑出之作。凡有志精研法理之人，都不可不細讀的。（但是可惜此書，在法國現已絕版；今日要窺狄驥 Duguit 的法律學說，惟有在其後彼の著述中求之。）

◀ 第一輯 ▶

氣象學	中國地勢變遷小史	銀行要義	中國關稅問題	細菌	近時國際政治小史	資本主義與社會主義	棉	實驗設計教學法	煤	美學淺說	法蘭西文學
竺可楨	李四光	楊端六	馬寅初	胡先驕	周鯉生	岑德彰	過探先	芮佳瑞	謝家榮	呂澂	楊袁昌英
二角	一角	一角	一角	一角	二角	一角	二角	二角	二角	一角	一角

百科小叢書

◀ 第二輯 ▶

法律	修辭格	平民主義	貨幣淺說	通俗相對論大意	現代歐美市制大綱	經濟思潮小史	哥倫布	曆法	中國商業小史	汽機發達簡明史	全國一週
周鯉生	唐鉞	李大釗	楊端六	費祥	顧彭年	李澤彰	劉麟生	林炯	王孝通	孔祥鵠	謝彬
一角	二角	一角	一角	二角	二角	一角	一角	一角	二角	一角	二角

本叢書由各科專家主編，用淺顯的文字，興趣的方法，介紹必要的智識，定價低廉，極易購致，已出四輯，每輯十二冊，配裝一匣，合售洋一元五角，詳目及零售價如左：

第 四 輯

消費合作綱要  
社會論  
遺傳與優生  
氣候與健康  
營養化學  
學齡兒童智力測驗法  
人類之過去現在及未來  
新生命論  
造形美術  
荷馬  
成本會計概要  
作文論

二角 一角 二角 一角 二角 二角 二角 二角 二角 一角 一角 一角

第 五 輯

輓近美學思潮  
美學略史  
史學要論  
西洋詩學淺說  
巖石通論  
林學大意  
橡皮  
無線電話原理  
人類學大意  
四季禽類  
公債  
財政詮要

二角 一角 二角 二角 二角 二角 二角 一角 一角 一角 一角 一角

第 六 輯

社會主義史  
道路  
造紙概論  
殖民  
棉花纖維學  
意大利文學  
物價問題  
進化淺說  
查帳要義  
人類進化論  
英國所得稅論  
一種人生觀

二角 二角 一角 二角 一角 一角 一角 一角 一角 一角 一角 一角

商  
務  
印  
書  
館  
發  
行