

書 叢 法 政

質 本 之 法

著 吉 達 部 濃 美  
譯 東 紀 林



行 發 館 書 印 務 商

貴州省圖書

第

號

J  
6(2)1  
19

政 法  
叢 書

法

之

本

質

美濃部達吉著  
林紀東譯

商 務 印 書 館 發 行



中華民國二十五年九月初版

\*\*\*\*\*  
\* 版 翻 \*  
\* 權 印 \*  
\* 所 必 \*  
\* 有 究 \*  
\*\*\*\*\*

政法叢書

法之本質一冊

(3335)

每冊實價國幣肆角  
外埠酌加運費匯費

原著者 吳濃部達吉

譯述者 林紀東

發行人 王雲五

印刷所 上海河南路商務印書館

發行所 上海及各埠商務印書館

(本書校對者喻飛生)

錫

四三三四上

宋

# 目錄

## 緒論

- 一 問題之重要性.....一
- 二 問題的意義.....二
- 三 法的二種要素.....三

## 第一章 法的內容

- 第一節 法是社會的規律.....七
- 一 社會生活之二元的基礎.....八
- 二 社會的單位.....一〇
- 三 團體與社會法.....一四

目次

四 法與國家關係

一六

第二節 法是人類意思的規律

一九

一 意思的規律的意義及其兩種種類

一九

二 一般性是法的要素嗎

二四

三 作為法的規律對象的意思

二八

第三節 法是人類利益總規律

三三

一 作為法的本質要素的利益

三四

二 法律上的利益概念利益和正義

三八

三 法所保護的利益主體

三九

第四節 法是強要的規律

四二

一 法之強要性

四二

二 強制是法的要素嗎

四三

三 法和道德的區別

四八

四 所謂任意法的性質

五一

第二章 法的存立基礎

五三

第一節 學說概論

五三

一 實力

五四

二 主權

五六

三 歷史學派

六〇

四 承認

六〇

五 自然法

六一

第二節 作為社會心理力的法

六四

一 法論效力

六四

二 社會心理力的責任

六八

三 作為社會心理力的法的基礎

七〇

第三節 法之權威的基礎

七二

一 法是依着「法的權威」而定立的

七一

目錄

五

二 國的立法行為與國法	七三
三 行政及司法行為	八〇
四 自治立法及法律行為	八二
五 自律的法與他律的法	八六
第四節 法之歷史的基礎	九〇
一 歷史的事實與法	九〇
二 事實上的慣習與慣習法	九三
三 制定法與慣習法	九五
第五節 法之正義的基礎	一〇〇
一 制定法與正義	一〇〇
二 正義之內容	一〇二
三 作為法源的正義	一〇四
四 制定法慣習法和條理法的關係	一〇六
結論	一一

# 附錄

非制定法小論..... 一一五

一 制定法與非制定法..... 一一五

二 祇以制定法為法的不當..... 一一七

三 慣習法具有法的效力的根據..... 一二〇

四 慣習法和制定法的關係..... 一二四

五 判例法..... 一二五

六 政治的慣習法..... 一二八

七 行政的慣習法..... 一三一

八 理論..... 一三三

目錄

五



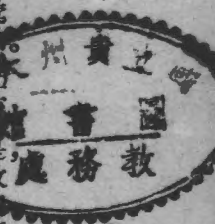
# 譯者序

法律學爲社會科學之一，乃動態社會事象之分析與彙集。惟其始是故，須隨時開照川流不息之社會事實，俾期法與時轉，底國家於邦治；尤須致力於其根本原理之探求，以爲解釋、適用，乃至研究之基準。否則法律學將失其「學」之本質，而無間於過去官房式之權謀術數。我國法律學，以歷史傳統、社會基礎、經濟組織諸條件之制限，雖有先進披荆斬棘之勞，至今仍呈停滯不進現象。學而不昌，法乃日敝。此固環境實爲之，而學理本身之有待於充實補紓，以期率唱於先補牢乎後，要亦事實上所不容諱言者。

曩者習律故鄉，對茲事象，恍然有憂。比來東瀛，見賢思齊，省人律己，感接所及，每覺惘然；竊冀能近取譬，以時地之宜，求助他山，藉以補正於萬一。本書遂譯，大旨在斯。茲丁功竣，敢陳所感，而質邦人。

中華民國二十四年國慶紀念日

林紀東識於日本東京旅次



## 譯者例言

- 一 本書爲日本公法學名家美濃部達吉博士新著（本年七月十日出版），以其對於法之本質問題，貫通融會，剖析詳明，洵爲有志研究法律學者必讀之良書。故亟爲逐譯，以供參考。
- 二 本書性質上近於哲學著述，使任意漫譯，以文害辭，以辭害意，必至差以毫釐，謬以千里。故原則上從直譯，而在可能範圍內，力求字句之明瞭易解，期無背於逐譯之原意。
- 三 本於上述宗旨，故除一二以行文之便，略參文言文外，概用語體文翻譯。此雖有傷大雅，在一般法律著述體例上，亦較特別，顧事實宜然，不敢執也。
- 四 原書一四五頁有舉例兩則，以在吾人之國家立場上，不能譯出，爰毅然從刪。
- 五 原書附錄「非制定法小論」一文，雖屬陳作，但律以我國現實情形，仍語陳而義新，故亦一併逐譯。
- 六 本書之成，吾友余斯襄、陳庚孫、趙友石三兄，表棣劉鴻業、芝業，賜助良多，謹此誌謝。

# 著者序

法是什麼？法的本質如何？這是法律學的最初問題，又是它的最後問題。務是有志研究法律學的人們，所不可不經過的難關。著者法律哲學的修養很缺乏，原不具討論這個問題的適當資格，但以一介學法律者之身，對於這個問題所持的信念，還不是沒有發表於諸雜誌的關係論文，自一九〇八年撰載於法學協會雜誌的「非制定法小論」起，實不止二三篇。但稍系統地敘述其全體思想者，那除在一九二一年公刊的拙著「日本憲法」第一卷的卷端，述其大要外，了直至於今日，還未得其機會。本書所收的「法之本質」一篇，是把關於這個問題的著者所抱思想的全體，稍系統地稍詳細地，最近所新起草者。其大體的思想，固是和以前所發表的諸論文，毫無所異，惟不無多少變易其說法的地方。若使關於「法之本質」的著者見解，能够由這本小書裏，略得明白，而獲有請教專門諸學者的機會，實是著者之幸。

卷末所附加的「非制定法小論」，如前所述，是關於這個問題的著者所發表的最初論文，因為已是前二十七年前的事的緣故，文體和今日有異，內容也很貧乏。但因為大體的思想，和今日尚無大異，故雖有若干重複之嫌，仍作為紀念，而把這一篇併採錄。

一九三五年七月一日

著者序

美濃部達吉

# 法之本質

## 緒論

### 一 問題之重要性

法是什麼？爲求正確理解法的本質，而不至錯誤，對於法的概念，不是應該下個定義嗎？

這個問題，是貫通法律學全部的中心的問題，可說是法律學的樞軸或根柢。何則？因爲在所有學問上，如果它的研究對象，先弄不明白，那麼這學問的性質，乃至其研究方法，均不得而定了。

不幸得很，關於這最重要的基本問題，學說紛紛，迄無定論。自然法學、歷史法學、宗教法學、分析法學、實證法學、利益法學等諸學派，對於法的本質，各有其特別的見解，一直至於現代，所謂新康德派、新黑格爾派、社會法學派、純粹法學派、新自然法學派等，猶是種種意見對立，不知所止。即如法的本質，是「存在」(sein)抑是「當爲」(sollen)的根本問題，還是在意見不一致的狀態之中。曾經屢屢被人引用的康德——「法律學者，現在尙是在摸索法的概念底定義之中」的嘲笑，即在今日仍能適用。

因為這個原故，法律學者中，很有想將「法的概念」棄置不論者，據 Bergbohm 所述 J. oudot 和 Isid Miller 兩人，都以劃定「法的概念」，徒生混雜，寧是以除去為妙，即在最近 Fris Garder 還有「法律學，老是對於法的概念，作無用摸索的事實，不可不趕速拋棄」之說哩！

但是，假使承認法律學是以法為研究對象的學問，那麼，拋棄「法的概念」，即不外否認法律學的存立，何則？研究對象如果弄不明白，任何學問，將都沒有成立的餘地。

這樣看來，明瞭法的本質，對於法的概念，提出的確的定義，在研究法律學者，實極必要。

## 二 問題的意義

要論研究法的本質，不能不先瞭解問題的意義。

這並不是說，研究特定時代特定社會的「法」的具體內容。法的具體內容，依時代而變遷，又因社會而不一其致，或時代以信仰異教為違法，懸為厲禁，或時代且把承認信教自由，定於法律。某社會的法律，承認一夫多妻制度，而別的社會的法律，一夫一妻之外，概不承認者，又復有之。「所謂法有如何具體內容」云云，僅是就某特定時代、某特定社會而言，就此而為研究，即是實證的法律學的任務所在。在這種意義下的法律學，唯限於某特定時代，或某特定社會，得以成立，超越時代和社會的法律學，是不能存在的。日本的憲法學和英吉利、美利堅的憲法學不

同，又現代日本的憲法學，和德川時代、鎌倉時代的日本憲法學也不能不大異其趣。此外民法與刑法學，也是相同的情形，自不待說。而所以紛紛如是者，要不外因為它係以法的具體內容，為研究對象的緣故。

至於論研究法的本質，那就和前面的不同，并非論究法的具體內容，和這個既沒有關係，亦不專注於某特定時代，或某特定社會——不問時之古今，洋之東西，亦不問文化程度之高低，貫串所有的時代，所有的社會，所有的文化，以明瞭法的性質，兼味野蠻底原始人的生活，和已達高度文化的現代人底生活，比較起來，法的內容，殆有不能相較底程度的差異，固是不難想像；但是不管這個，只要人類實行某種集團底生活，即社會生活，縱然是野蠻的原始人，也不能不和文明人一樣，應有某種形態的「法」。以故，法是貫串所有的社會生活，而為其存立底不可缺的要件。法的具體內容，固依時代或社會而不同，但法的性質，則不問怎樣的社會和時代，皆無二致。法的本質如何的問題，即是在求瞭解各種社會生活所共同的法的本質為何。

### 三 法的二種要素

要瞭解法的本質，得先將它的二種要素，區別明白。

其第一要素，係關於法的內容底要素，法的具體內容固是千差萬別，不一其授，但是既然都具有法的性質，其內容上，也必不能不有某種共通的要素。它的共通要素是什麼，具備如何內容，纔獲有法的性質，它和道德風俗的

區別在什麼地方這是為瞭解法的本質第一要研究的問題。

其第二要素，係關於法的基礎的要素，即法何以得成為「法」？「法」所以成為法的根據何在的問題。

道和法的內容有別，法的內容係指法律是怎麼定的？而法的基礎則係進而究討其所包含的意義和成立的淵源。關於法的本質，所以意見紛紛，主在於對於這個問題見解的不同，或謂法是主權者的命令，或謂法是一般意思的表現，或謂法是神所賦與的準則，或謂法是民族的「法的確信」，又有謂法是實力，法是正義等等，衆說紛紛，要均是企圖對於這個問題的解答，在這些學說中，那一個是正當的呢？抑或其中都沒有中鵠之論，應該別求根據呢？這是為瞭解法的本質，第二應研究的問題。

關於法的本質，這兩種要素，有分別討論的必要。如果這兩方面不明瞭，那法的本質，也就難得瞭解了。例如，法常被稱為人的行為規範，這種說法，縱是得當，亦不過說明法的內容而已，法的基礎，即法所以成為法的根據，毫無說明。而且人的行為規範，紛繁多端，有能成為法的規範者，亦有不能成為法的規範者。將近考試時間的學生，自己規定日課，實際上又能克憲實行，這自然是行為的規範，但不得謂有法的性質。因為行為規範，而能具有法的性質者，更不能不備有得以成為法的根據，以故，這種說法，對於法的本質，仍未明瞭。法又屢屢被稱為主權者的命令，這種說法的當否，後再論及。但縱假定其為適當，亦不過說明法的成立根據而已，法的內容，曾無所示。縱令是主權者的命令，亦唯有具備某種內容，始能為法律，沒有不問內容，任何命令，都成為法，其內容既不穩定，自不能說是已把

## 據到法的本質。

這兩個要素，也不可混同，討論法的本質的人，常有說法是「當爲」(sollen)者，那就是爲了不認識兩者的區別，而生的錯誤。所謂法是「當爲」之說，縱使假定其爲正當，那也不過說法的內容是規定人類所當爲(應做的事和不應做的事)的範圍之內爲正當。即僅就法的內容而爲說明而已，并非說法的本質，即是「當爲」，爲法律學研究對象的「法」，指某時代某社會現在所實行的「法」而言，而所謂現在所實行的法云云，即其法現實地存在之意，就是說，法的本體是社會的實在，法律學和立法政策學不同，不以應該作怎樣的「法」(de lege ferenda)作研究對象，其研究對象，專是在「現在存在的法，是怎樣的法呢？」(de lege lata)之點，就E. Ehrlich的話說來，即以探求活着的「法」(das lebendige recht)爲任務，而所謂活着的法，即不外其現實的存在，的表明。法的基礎的問題，即不外於求瞭解，這作爲「社會的實在」的「法」，基於什麼根據呢？又在怎樣形態之下而存在着？

以故，本書分爲二章，第一章論法的內容，第二章論法的存立基礎。





## 第一章 法的內容

法，就其內容說來，可下以「在社會生活上，人類的意思及利益之強要的規律」的定義。

這更可分作四種的要素，而為觀察，即（1）法是社會生活的規律。（2）法是人類意思的規律。（3）法是人類利益的規律。（4）法是強要的規律。

### 第一節 法是社會的規律

法是社會生活的規律，存在於社會之中，隨社會的變遷而變遷，所謂「有社會即有法」(ubi societas ibi ius)的格言，實為貫通千古的真理，社會與法，殆如形影之相隨。如果一人漂流於孤島之上，過魯濱孫式的生活，任所欲為，固然沒有法的存在的必要，也沒有存在的理由。苟是過多數人互相交接的生活，那麼，為使共同生活得以繼續，即使在很原始的形態，在各人互相交接上，就諸種應為和不應為的事情，也不能不有某種法律的存在。假使什麼法律都沒有，各人均可恣意妄為，那這地方就只有實力鬭爭，即不外浩布士所謂「一場混爭」——根本沒有成立社會生活的餘地。恰和沒有社會，法即不得以發生一樣，凡有社會的地方，不能不有「法」。

就以上所說而論，學者殆無異說，但爲使這個更加明瞭起見，有再就(1)社會生活的基礎、(2)社會的單位、(3)社會和團體的異同、(4)法和國家的關係等等，加以討論的必要。

一 社會生活之二元的基礎

法是社會生活的規律，而所謂社會生活即人和人相交接的生活的意思，這樣的社會生活，是依着什麼而發生的呢？

自浩布士而至盧騷間的十七八世紀自然法學者，都認人在自然狀態中，爲自主獨立的個體，而這些多數的個體，爲想過平和的生活，各依其自由意思，締結條約，社會以之成立，法亦因而發生——這便爲所謂社會契約說的根據。這是以作爲個體的各個人的自主意思，爲國家及法的基礎，故可謂爲原子的法律觀(*atomistische Rechtsauffassung*)。一七七六年美利堅獨立宣言所謂「人生而平等，有天赋不可奪之權利，故正當國家之權力基礎，一繫於被治者自身之同意，以是之故，對於不適此目的之政府，人民有革命之權利」云云，要即此法律原子觀思想之最露骨之表白。三魯正教授「如果澈底契約說所包攬的法理論，是革命亦不過改換舊契約，締結新契約，亦不能不謂爲正當」之說，在這種意義之下，實在是正當的能够把握到契約的觀點。

人們即便在自然狀態裏，亦決不像社會契約說所說的，和他人毫無關係自主獨立地生存——亞理斯多德「人是政治的動物」的名言，實是不可爭的真理，而其所謂「政治的」一語，與社會契約說相同。社會性與個人

幾天性，所有的人們，惟其在精神生活與物質生活上，和別的同胞人類之間有種種關涉，人的生活始得以保持，像魯濱孫樣的孤獨生活，唯限於空想的世界而已，實際上固不能存在。恰如亞理斯多德所說不能和同胞人類相交涉而為生活，或不見其必要者，不是人而是獸畜或超人。

因此，把社會生活的根據，存於各個人自主意思之中，實在不正當的說法，不問自己希望與否，就人類的天性說來，必然地，唯有在社會生活中，始能經營人的生活。換句話說，社會生活之最終的根據，在於人類的天性。

但是，也不能偏面地說社會生活僅依人類本能而發生，社會生活之最終的根據雖在於自然所與的人類天性，但人類和其他的動物不同，天然的具有理性，更依此理性，在某程度內，有規律和調整自己行動之意思的自由。總之，社會生活是一面基於人類的天性，在某程度內，又由於人類的意思而構成，而發展，而變遷的生活。這就是人類的社會生活，和蜜蜂、螞蟻不同的地方。如果社會生活，也和動物集團一樣，祇由於人類的自然本能而發生，那社會上也只有自然的法則而沒有法的成立餘地。唯其以社會生活，不僅是人類單純的本能生活，而係有思想自由的人類的共同生活，故作爲意思規律的「法」，始有成立的必要與可能。

要之，社會成立的根據，一面在於人類的天性，一面在於人類的意思。社會是由於這二元的根據而成立的。縱然有在某種社會，天性的要素佔優勝，某種社會以意思的要素爲重的事實，但無論任何社會，均不能在這兩種要素中除卻其一。

把社會分作(1)專基於人類天性，而自然地構成的社會，和(2)基於人類的自主意思，自覺地爲某種目的而構成的兩種——有許多學者在這樣地做，如 Preuss 的區分人爲的團體(Gewordenen Verbände)和自然的團體(Gewordenen Körperschaften)，Tönnies 之將共同社會和利益社會對立，要皆這種思想的表現，但是這些實不過程度之差，性質上原沒有判然的區別。基於人類的天性，而自然地形成的社會之最顯著者，要推家族，尤其是親子關係，這裏似沒有加入自由意思的餘地，但在出生之際，解除親子關係以之爲他人的養子，亦是可能的事實，故雖則在由於自然的的天性而存續的親子關係，亦難否定其在某程度內，有自由意思的介入。至於夫妻關係，其係基於自由意思，自覺地爲某目的而爲，更爲顯著。

由於人類的自由意思的人爲社會，最顯著的，要算以營利爲目的的商業公司了，但利己心是人類的天性，故即在以營利爲目的的公司，以這自然的的天性，爲其最終的根據，亦難否定。在這意義說來，營業公司在某程度內，亦可說是「自然的社會」，要之，無論什麼社會，只要是人類的社會，既有人類的天性的根據，也不能不有自覺地基於自由意思，爲某種目的而爲的要素。

法的本質，也是以社會的這種性質爲其基礎，所以法和社會一樣，在某程度以內，爲人類天性的產物，同時，在某程度內是依據人類的自由意思而作成的，有如後章所述。

## 二 社會的單位

社會生活是人和人相關涉的生活，而人和人相互之間的關係，或為精神的，或為物質的，至為紛繁，從之，社會形態也極萬花撩亂之致。就最簡單的形態說來，僅是甲乙兩人間所生的關係，如夫妻、親子、業主和租戶、雇主與傭人、債權者與債務者等等，皆是僅以兩人而形成的社會，而就最廣汎的形態說來，則雖謂整個世界為一社會，亦無不可。田中耕太郎博士的近著「世界法之理論」，有把整個世界看作一社會，而在這廣汎的社會裏得以成立世界法的理論，這是根基於正當思想而建立的學說。這樣，僅是兩人間關係，也得以構成社會，同時又能有着包括全世界的龐大社會，在這大小無極、複雜非常的社會形態裏，應該以什麼來做社會的單位呢？應該以什麼標準來衡量社會之已未形成呢？

學者或求其標準於法的妥當範圍內，以為一種社會，是實行特定「法」之人類全體。

例如 Bieling 說「如果人和人相互間的行為，依法律而規制，則不問其人數為多為少，或不過二三人，又不問其行動的規律之為繼續的或一時，這裏必定形成了共同生活——即人類的社會」Felix Somló 說得更明白，他說「我們把服從特定規範的人類全體叫做社會」。

原來法和社會，有如形影之相伴，有社會的處所，必有「法」，沒有「法」，其社會即不得成立，從之，法亦不能不有其所隸屬的社會，故上面的定義，原包含有正當的思想，實無容疑。試以證諸事實，如家族有家族的法，學校有學校的法，公司有公司的法，此外無論為議會、為政黨、工場交易所，亦各有其特有的法，即如商人、伶人、力士等等，亦

各有其內部的法。又自圍棋、象棋、以至棒球、高爾夫、撲克、麻雀等等遊戲，在其實行之時，亦不能沒有法。不但如此，即在為國家所禁制的不法社會，如賭徒、暴力團、秘密結社等裏面，其內部也有嚴格的法在規律着。美國政治學者 Merriam 的近著 *The Political Power* 裏有「不法者內部法」(Law Among Outlaws) 一章，將美國特有的暴力團等等舉出很多有興味實例，以說明在這些不法的社會裏，也有法在規制着。

所有的法律都是施行於特定社會，以規律屬於該社會內的人們。這原是毫不容疑的事實，但若竟把這個為說明社會概念的定義，以法的概念為前提，說服從於特定法律的人類主體為一社會，那實不免有二缺點。其第一的缺點，是把法的概念為社會概念的前提。既以法為社會的規律，復以社會為法所行使範疇的存在，觀念上實自相矛盾。何則？因為，謂法為社會的規律，是以社會為法的前提概念，而謂社會為法所行使範疇的存在，是又不免以法為社會的前提概念了。固然，因為法和社會必相隨伴的原故，既有社會，即不能沒有法，然而觀念上是先有社會，然後有法，而非有法，然後有社會，從之，應認社會為法之前提概念，以法的概念為前提的社會定義，在這種意義下，是難於採取的。其第二缺點，某一個社會的法行於二以上不同的社會的現象，並不罕見。這尤其於國家的法和國家內小社會的法之間，其例更多，因為國家處於保護監督國家內小社會的地位的結果，國家承認其小社會的法，為自己的法，而當維持之任者，甯為常例。例如公司的章程，固為公司內部的法，公司的股東服從其規律，然而國家亦以保護者、監督者之資格而當維持適用之任，故同時亦即為國家的法。但卻不能因此之故，遂謂公司和國家是

同一社會，自不待言。故以特定的法的施行範域，爲社會概念的定義。在這一點上，也不免失當。

要之，以法的概念爲社會的前提，縱使含有正當的思想，但亦不得不謂爲因果倒置的說法，劃定社會概念，應不假手於法的概念，而別求標準。

如前面所述，社會是多數人互相關係的生活，而人和人的關係，一面基於人類的天性，一面又由於其自由意思的自覺，而赴於某種目的，以故，無論何種社會，必定有人們相互間爲某種目的而爲關係的現象。換句話說，所謂社會，可說是多數人爲某特定目的而爲的相互關係的生活。要之所有的社會，必係爲特定目的而存立，以故，可依其目的所在，而定社會的單位。

耶林克 (Jhering) 說「社會并非僅僅是多數人的存在，實是依目的的共同，而結成的內部及外部的單一體，把各個人作爲其中的一員而結合的全體」。這固有混同社會概念和團體概念之嫌，而難以全部贊成，但其以目的爲社會的中心要素，要可謂中論的說法。不過耶林克以社會概念爲共同的目的而結合的單一體之說，如後所述，惟與團體概念相當，所有的社會，不必盡爲單一體。社會是多數人相互關係的生活，而人人相互的關係，出於各自目的者很多。債權者與債務者，業主與租戶，教師與學生，工場主與被傭者，固不得謂爲共同目的之結合，而其係共爲社會生活，則無可疑。不過，社會的成立，固是以各個人的主觀而構成，即由於各人自己的獨立目的，但此尚應與客觀的目的相合致，依其相互關係，俾各自的目的，均得滿足。就這種意義說來，得下社會的定義「爲特定的



共同目的，而實行的多數人相互關係的生活」，「法」也在這種意義之下，存在於社會，以規律該社會中的人們。

### 三 團體法與社會法

社會的概念和團體的概念不同，團體不過是社會某特殊形態而已。

團體的概念，以「爲自身的特定目的而存在」的多數人組織結合體爲其要素，即第一，團體是組織體，依組織而爲團體的行動，團體自身有活動力，恰與意思主體的個人相同。第二，團體爲特定目的而成的結合體，其自身爲目的的主體。即并非說各個人各有其獨立目的，惟因其目的，與其他多數人相同，乃互相協力，組成團體，以達到此共同的目的；而是團體自身，具有某種目的，爲達到其目的，乃爲活動，各個人祇是以其團體一分子的資格，享受團體活動的結果而已。就成立的起源而論，固是各個人先存在，依其相互的協力，而作團體；但因爲團體既已構成，整個的獨立存在，爲獨自目的而活動的原故，作爲其構成分子之各個人，遂隸屬於此全體之中。

這樣看來，團體固是社會的一種，但如遽以社會與團體爲同一概念，惟有構成團體的場合，始有社會存在，始有法存在的看法，自是失當。緣團體固是由多數人而組成，而其全體既爲單一主體，而獨立活動，屬於其團體的人們，相互間自不免有無數的關係，總之，其處應有法的存在，亦是理所當然，這可稱爲團體法，但「法」并非僅限於團體法而已，在此以外，尚有非團體的社會法的存在。

如果社會一語，係對於團體而言，僅指係「非團體的社會」之意，則可謂社會爲「人與人之間，相對應，相契

合，為各自的目的，而有相互關係的生活」。所謂團體係作爲單一體的全部結合之意，其全部爲目的的主體，意思的主體，而社會則係各個人自爲意思主體，目的主體，而與他人相關係而經營生活的意思。團體係由多數人構成的單一的結合體，而社會則爲多數人相互間的關係。故團體法係規律作爲結合體的團體，和其爲構成分子的團體良的結合關係，而社會法則係以各個人爲單獨的個體，而規律其相互間的關係。其在團體，係全體和分子間兼屬關係，而在社會，則是相對立的各個人間的關係。

以故，法的全體，可分爲團體法和社會法兩種，其在團體法，以全體和分子的關係，爲法的內容，而於社會法則以個體與個體的關係，爲法的內容。

法的公法私法的區別，也與這思想相關聯，公法爲團體法，私法爲社會法。惟如公司法以及其他關於私團體關係的法，原爲團體法，但仍屬於私法系統，又私法，就其在某一方面受國家保護的關係說來，併有國家法的性質，在這種意義說來，亦得屬於團體法系統，但除這些以外，私法要係關於個體與個體間，關係的規律，即具有社會法的性質。

唯私法或社會法所規律的主體，不盡以個人爲限，即在團體，在對外部關係上，自身成一個體，與各個人相同和他的團體成各個人發生關係，總之，關於團體對外關係的規律，不屬於團體法，而係社會法的性質。

其中，最高團體的國家，也有和其他的國家有無數法律上關涉，國際社會，從而成立。國際社會的法，即國際法，

換句話說，國際法，即不外國家與國家間的社會法。

#### 四 法與國家的關係

法是所有團體和所有的社會之必然的不可不存在的規律，以故，就法的本質說來，并非和國家有必然的關聯。

以法單純是國家的制度——即法唯得存在於國家的思想，自浩布士以降，為許多學者所支持，即在今日，其影響亦至為廣汎。像一般所知道者，奧斯丁（John Austin）下法以「主權者的命令」的定義，在其影響之下的 Thomas Erskine Holland，也說法律學裏面所謂「法」是依主權而強行者，以至最近 Willoughby 在更忠實地說述奧斯丁之說。即在大陸，這思想也流行很廣，如 Max von Sordel 說「法不存在於國家以前，法是在國家內依着國家而發生的」，Gumplovicz 說「國家以外，不得有法，何則？因為法是純然的國家制度，其血其肉無不出於國家的緣故。所有的法，均是國家的一部分，而為其統治之一分子」，Berolzheimer 也求法和宗教道德風俗等諸社會規律的區別，於法和國家的密接關係之中，蓋以國家以前無法，既有國家，亦不能不有法。至於 Hans Kelsen 竟認法和國家為同一概念，而得法即國家的結論。

但這種說法，甚不妥當，若承認法是社會生活的規律，而社會生活固不祇以國家生活為限，那嗎，法并非國家獨有的現象，實是自明之理。前面所舉的田中博士世界法的理論第二章，且其全部，要不外企圖把法的概念從和

國家概念必然的相關關係的說法裏解放，在這種限度之下，實是正當的思想。

以故，就法的本質說來，決不以國法爲限，府縣、市町村、地方公共團體，固不待言。他如家族、公司、學校、兵營、教會、角力團體、伶人團體等等，亦各具該社會特有的法律——這前面亦已說過。又因國家之間，互有關涉，從而構成國際社會，於是亦不得不有國際法的存在。而國際法，固不僅是一國的法律，而係關於二以上國家關涉的法。要之，法固可別爲國際法、國法，以及在國家以下無數大小社會或超越國境的社會的法等三種，但其成爲法的性質，實無所異。

但是，爲求法得以確實地存在，有維持法的社會強制力的必要，而社會強制力，至少在近代國家的情形之下，係爲國家所獨佔，除得有國家的許可以外，在其他社會或團體，殆不握有強制力，以故，在國家內小社會的法，其所以維持該法者，不委之該小社會自身的力量，而實係依國家的力量而強行之者爲多。例如市町村條例，是市町村的法，公司的章程，是公司的法，債權契約或其他債權法，是債權者和債務者間之法，凡此皆是私人間之法，但同時卻是國家所承認和保護的法，以國家的權力，以擔保其遵由，俾無違反。即這些成爲國家的法，國家自身的行動，亦爲所規律。以法與國家有必然的聯繫，離開國家法亦不能成立的思想，所以傳播甚廣，此實爲其原因。耶林克謂「法是國家所施行的，強制規範之總稱」，要亦基於這種思想的結果。

然而，照這樣說來，苟非依國家權力，擔保其存在，強制其施行，則法的性質，難免泯滅，這實非正當的說法。縱其

與國家權力毫無關係，僅依某社會自身的力量而維持者，苟具備其他的要件，固亦無妨於法的性質。例如學校規則，固是學校的法，違反之者，得由學校加以退學、開除、停學、贖責、降級等等處分，專依學校自身的力量而維持其實現，而非依於國家權力的強制。若角力團體、伶人團體的法與國家全無關係，僅推行於其團體之內，國家固毫未干與，但其具有法的力量，而被嚴格信守，固不較國家的法為遜。關於角力的勝負，縱生爭執，亦由角力團體，作最後決定，藉令不服，亦不請求國家的裁判。伶人的藝名，固被看作嚴格的權利，非得權利者的許可，不得任意承受，似乎這不通行於其團體間的法，固不求國家的保護，祇依其社會力而維持之。至於為國家所禁止的賭博、結社、暴力團等等，其社會自身被國家看作不法的社會，固不能受國家的保護，然其社會內部，卻存有嚴格的規律，依該會自身的力量，在比國法更嚴格地被履行遵守着。

要之，在國家內之小社會，其社會自身，亦不能不有法的存在，這些小社會內的法，或同時作為國法，依國家的權力，被承認與維持，或不依國家的權力，僅依該社會自身的力量，而維持之。後之一種，僅是該社會內的法，而無國法的性質，這又可別為兩種，或與國家全無關係，甚至竟為國家所禁止者，或則其社會自身，係國家施設之一，其社會的力量，原由國家的賦予而來者。後者如行於議會內部，議會所自定的議事規則，行政機關內部的「訓令」，公的營造物內部的「營造物規則」等等皆是，這些皆以國家為其淵源，間接地亦得謂其為國家的法。

## 第二節 法是人類意思的規律

就法的內容要素而論，第一應以社會生活的意思的規律爲其本質。這所謂意思，并非和行爲相對立的意思，緣意思的外部表現，卽爲行爲，而法固唯有在意思表現於外的場合，始得規律，以故，所謂意思的規律，行爲的規律云云，結果殆歸於同一的意義。普通稱法爲 *Rules of Conduct* 或 *Ordnung des sozialen Verhaltens*，在這種意義說來，亦非不當。但雖則是表現於外部的行動，其不基於意思者，固非法所規律的對象，因爲法唯就作爲意思的表現的行動而爲規律，以惹起外部行爲的意思表示爲重，對於行爲，僅把它作爲意思的表現而觀察的緣故，我們把法叫做「意思的規律」。

關於法是社會生活上，意思的規律的說法，其自身原無多異論，但爲正確理解它的涵義起見，對於所謂規律，包含何種意味，法規律意思的態樣如何？法是不是以作爲一般的規律，爲其概念的要素？作爲法所規律對象的意思，涵義如何等等問題，不可不求明白。

### 一 意思的規律的意義及其兩種態樣

所謂法是意思的規律云云，是什麼意思呢？

這包含兩點：卽（1）以意思的自由爲前提，而拘束其自由；和（2）承認意思的權威，而規定其應具的要件。

第一、在社會生活上的人類意思行動，并非像禽獸似的，僅依自然的法則，而為的本能衝動，在某程度內，實有其自由意思的存在。而所謂法是意思的規律云云，即以此種事實為前提，拘束意思的自由，對於其意思行動，和他人間關涉，在某程度內提示應為不應為的標準。

這種「法」，是意思自由的拘束，要求應為某事，或不應為某事。換句話說，對於違反此規律的行動，認為不法，法的規律，同時亦即不法的規律。

這個不是賅括人類意思行動的全部，亦不是包括所有的人類社會行動。人類的意思行動，其不及影響於他人者，固不受法的規律，即和他人相關涉的行動，如非為社會生活的必要，亦放任各人的自由，法固不加拘束。例如在公園散步，入茶館休息，看電影等等，做也好，不做也好，在法的見地看來，這全是各人的自由，不加干涉——這是和法沒有關係的行動，不過在公園裏散步，應受不折樹木的拘束；在茶館裏休息，進電影院，應受支付一定對價的拘束，此為法的拘束，違反者，即為不法。

這種法，可說是「制限的規律」，這是意思自由的制限，從之，也可以叫它做「義務法」。又因為它常以應為某事，或不應為某事的命令或禁止的形式出之之故，從之，也可以叫它做「命令法」，或「命令的規律」。但所謂「命令的規律」，不必以由於他人所加擔的命令為限，法在他律的法之外，自律的法——即自己加於自己的制限，尤為重要，這將有如第二章所述。

第二法一面在拘束意思的自由，一面又對於具備一定要件的意思，認其有不可侵的權威。這不是拘束意思的規律，而是賦予意思以權威的規律——在人類意思作用之際，予以本來所未曾有的力量。對於具備某種要件的意識作用，認許以一定的權威，在所有的社會生活上，實為必要，例如棒球角力等競技，亦必有判定勝敗的規律，對於具備某一定要件的，認為勝者，而賦予勝者的權威，在誰勝誰敗發生疑義的場合，一經裁判員宣告勝敗，即具有不可侵的權威，任何人均得服從，而競技亦惟以此纔得成立，如果沒有這種規律，僅存腕力之爭，競技固不得以成立了。他如對於具備某種要件的「物取得人」，認為物的所有者，他人不得侵犯；對於具備某種要件的男女，認為其夫妻關係成立，他人不得尊重其正當的婚姻。選舉人以正式投票用紙，寫上某人姓名，而為投票，即具有權威，依投票的多數，而決議員。又如依法院的判決而定刑罰，依國會的議決，而定法律等等，皆是依法律而賦予權威，自不待言。

這種「法」和上面所說的「制限的規律」不同，不是意思自由的制限，而是賦予意思以某種法律上的力，不是課加意思以義務，而是賦予意思以權威。如果想像到沒有法律的世界，各人惟憑藉着自己的腕力，而維護其生命、自由及財產的安全，苟具有法的規律，則生命、自由及財產，均具有不可侵的權威，其法如能確實維持，則吾們決沒有依賴腕力的必要，即在無腕力者，亦可信賴法的權威，而安全地生活。就是說，以這種法所發生的法的權威，以代替實力之爭，從之，即在毫無實力之人，亦具有他人不得侵的力量。法律學上所謂某種意思發生某種法律上



效力云，即不外發生此種法的權威之意。

如果稱前一種法爲「制限的規律」，則這一種法，可叫做「能力的規律」，這並不是應爲某事，不應爲某事的規定，而是有某種力（法的能力）或沒有某種力的規定，不是「當爲」(Sollen)或「不當爲」(Nichtsollen)的規定，而是「能爲」(Können)或「不能爲」(Nichtkönnen)的規定，違反之者，不是「不法」(Unrecht, rechtswidrig, unlawfull)而是「無效」(unwirksam, void)，法并不以之爲不法而禁止，而祇是爲不備法定要件之故，不生效力。這與角力棒球等競技，對於敗者，并不以之爲違法，但不賦與以勝的權威的情形相同。如果把權利一語，作最廣義解釋，稱所有的法的權威爲權利，那嗎，前一種法，既可稱爲「義務法」，這一種法，亦可稱爲「權利法」，或對於前一種法稱爲「命令法」，而稱這一種法爲「效力法」。

所有的法，既可分爲上述兩種，然則所謂法爲意思的規律云云，究竟是課加意思以義務呢？還是賦予意思以權利呢？

固然，這二種規律相互之間，非無關係，賦與意思以權威，同時即加他人以尊重其權威，而不得侵害的拘束，給某人以意思權威，即不外加他人的意思以義務。以故，很多學者，否認這種區別，以爲所有的法，不出於命令，是當爲或不當爲的規範。這種主張，普通稱爲「命令說」(Normentheorie)，由於 Thon, Binding, Bierling 諸人的影響，傳至今日。其說的要點，以權利爲法的結果，不外是對於其他一般人，不得侵害其權利的命令。Rechtsnorm

說「在一個共同體中，法律的全部要即命令的集合，因為這些相聯繫相結合，故不從其中之某一命令，常為其命令的要件」Die Normal 說：法雖在義務之外，也有權利的規定，但其主眼點，卻在命令。「規範固必并定權利和義務，但權利卻以義務的履行，為其惟一內容——即是服從的要求，即是命令。此外毫無別的內容，權利蓋為義務而設定，故規範的主眼，不在權利，而在義務」。

但以所有的法，都是命令的說法，實為因果倒置之論，而難免於不能說明，何以一般人，不得不有服從立法者所定命令的根據的缺點。立法者以立法者的資格具有權威，從之，一般人不得受其命令的拘束，即一般人所以受命令拘束者，由於立法者為立法者之故的論斷，實屬非是，事實上，是立法者的權威，先行確立，從而立法者所定的命令，有拘束一般人的效力。一般人所以受其拘束者，不外立法者權威的表現，權威為主眼，而拘束則為其結果。其他的法的權威，亦可作如是觀，例如二十五歲以上的日本帝國男性臣民有選舉權的規定，亦不過規定對於有如是資格者，賦予如是之力而已，其他人所以不能不尊重其力量者，則實是其結果現象，這是力的規定的能力規律，既非命令規定，亦非義務規律，殆不容爭。

以故，誠不能不承認法有此二種規律的區別，這并不是按着成文的法律條規的字面，就能明白區別。就文字的字面而論，那怕是同樣的不得為某事的規定，有時為禁止的規定，有時卻為無效的規定。危害公安的出版物發售，屬於前者之例，即為不准發賣的命令，違反之者，作為不法而加以處罰。但這卻不是效力的否定，苟違反而發賣

者，仍無妨於其買賣契約的效力。貴族世襲財產之不得買賣，屬於後者之例。這并不是禁止其買賣，不過不承認其買賣之發生效力。違反而為讓渡者，并不作為違法，而受處罰的制裁，祇是其所有權的讓渡，在法律上為不可能而已。即在同樣的應為某事的規定裏，有時為「當為」的規定，有時卻為「可能」的規定，例如選舉人名簿，應於一定期間，供公眾閱覽的規定，固是選舉人名簿發生效力的要件，不具備此要件者，即不生效力，但選舉人名簿，在選任議員期間，應由市町村長保存的規定，卻是對於市町村長的命令，明示市町村長應負此義務而已，縱有違反，亦不影響選舉人名簿，和議員的選舉效力，以故，法的規律，究竟是命令的規定，抑是能力的規定，不能依條文的字面判斷，而應依事件的性質和條理而決。德國學者，往往將「應」(Sollvorschriften)的規定和「要」(Mussvorschriften)的規定相區別，而謂何者「應為」(Soll)是命令的規定與效力不生關係；「要為」(Muss)則係效力要件之規定——像這樣的以條文的字面，區別二者，實為難以同意的說法。

這兩種規律，如前所述，初無毫無關係，猶其於「權威的規律」，同時必是課加他人以尊重其權威的拘束，即「權利法」的反面，常伴有「義務法」，但「義務的規律」，卻得以單獨存在，不一定要和「權威的規律」相伴着。

## 二 一般性是法的要素嗎

法，恰像其字面所表現的——*Recht*, *Regel*, *règle* 等等似的，很容易把它解作，以一般性為其觀念的要素；

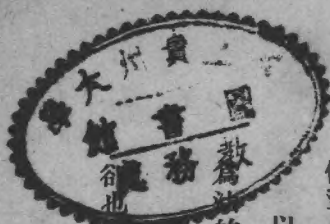
或以在某程度內的「普遍妥當性」(Allgemeingültigkeit) 爲法之本質的必然要素。

這在自然現象的自然法則，原是毫無可疑的真理。有一定的原因，必有一定結果的事實，實是自然界的自然法則之必然的性質，這並不是僅限於具體的某特定場合而言，只要具備同樣的條件，所有場合，無不皆準。

即在作爲社會生活法則的「法」於某程度內，也可以承認一般性的存在，殆無容疑，因爲社會生活上的人類意思行動，多爲類型的，對於在同樣情形下的同樣行爲，編以同樣的規律，乃得維持社會生活的秩序，以故，以一般的標準，適用於符合其標準的各場合，一般地說，不但可能，抑寧是普通的現象。自立法者的命令不可不從，約束不可不守，他人的利益不得侵害等最一般的規律，以至某街的住民，某月某日應爲大掃除，出入某軍港的船舶，應得某司令官允許等，比較具體的規律，固多程度的不同，但其爲在某程度內，對於多數不特定的人們，和多數不特定事件之一般妥當的規律，實無二致。尤其於法的規律，在以依立法者所作的成文條規的規定，爲通常情形的現代，至少，成文條規之所定者，要係在大多數的場合，得適用於多數的不特定事件，亦是不容爭的事實。

以法爲一般的規律的見解，所以很流行的緣故，殆由於上述的事實而來，但若以是之故，遽以一般的規律，作爲法的概念之本質的要素，卻不是正當的見解。

雖則可以說社會生活現象，都是類型的，但這也不過程度問題，有時超脫一般類型，而發生特殊現象的異例，亦不少。對於這種特殊的異例現象，也有發生異於一般規律的具體規律的必要，而這種規律之具有法的性質，



與前者會無所異。例如有作為一般規律的——所有的土地所有人，負有交納一定地稅義務的「法」的規定，同時，作為例外——對於大水為災的某地，免除其土地所有者，某年度地租的規定，亦同樣地具有法的性質，自不待言。再如適用於一般銀行的「銀行法」，固是法律；其祇適用於日本銀行的「日本銀行法」，亦同是法律。又如作為某兵營內的規律的每晨六時起牀的規定，固是法律，而於某特別一日，午前四時起牀的規定，亦不能否認其為法律。要之，所謂一般的規律者，要即適用於多數不特定事件的規律的意思，而所謂多數不特定事件，即不外單個的具體事件的集合，以故，適用於多數不特定事件的一般規律，和適用於單個具體事件的具體規律，就其本來的性質說來，實無歧視的理由，而同樣的是法。

而且，一般的規律，固是關於一定的類型現象的規定，但如仔細地觀察其類型現象其中的各具體現象，各具特殊性，而難繩以同一的規律，總之，一般的規律，唯是內容不確定的，概括的，不完全的規律而已。若確定內容者，則以就各具體事件，於各場合分別定之為多。行政行為和司法判決的必要，即在於此，例如刑法上有一殺人者處死刑，無期徒刑，或三年以上有期徒刑的規定，但僅是這樣，還不能確定於某具體的殺人事件發生時，應處如何刑罰，不過是內容不確定的，概括的規律而已。這還不是具體的「法」，法的規律，祇此還不能完成。法的規律的完成，有賴於各個具體場合的判決——「某某殺人應處某刑」的提示，以是始能發生刑法的規律。僅是刑法規定，還不算「法」，刑法的規定，與裁判行為相結合，而後法始成立——僅是刑法規定，還是不完全，而遺有空白的，依

裁判判決，始將其空白補充。至於行政法規，法規的規定，殘缺不能成爲法的規律者，例如「於有營業上不正行爲之際，行政官廳得停止或禁止其營業的規定」。這規定，僅是提示對於有不正行爲的場合，得命其停止或禁止的可能性，還未現實地完成，禁止其營業之法的規律，由於本此規定，現實地命令停止或禁止營業的「行政行爲」，始將這停止或禁止的規律完成。

從來慣行的普通見解，把立法行爲和行政行爲裁判判決相區別，依立法行爲以作法，依行政行爲或裁判判決，以使其法執行與適用，所謂立法權 (Legislative power, Law-making)，執行權 (Executive power) 的名稱，要即由於這種思想的結果，但認立法行爲和行政行爲或裁判判決之間，有這樣性質上的區別，甚爲失當。立法行爲，在很多的場合，僅是不完全的與內容不確定的基礎規定，僅是這樣，「法」還沒有成立，惟有依行政行爲或裁判判決，補充其缺陷，始成爲有一定內容的「法」——僅是立法行爲，還不能作法，通常情形，事是以立法行爲和行政行爲或裁判行爲相結合，法始作成。

至於私人相互間的關係，原則上由着關係當事者間的法律任意規定，通常，其法律行爲之所定，即爲當事者間的法律。固然，依着國家的立法，容或在民法或其他法律上設有規定，然而民法的規定，大部分惟限於沒有反對的法律行爲的場合，纔有適用，不過是補充的法，或規定其一般的標準而已，其自身具有一定內容的規律，寧爲異例。在通常，法的概念和法律行爲的概念相區別，法是一般的規律，而法律行爲，則係具體的權利義務關係的設定，

以故，否認依法律行為而制法之說，甚是流行，但是法律行為初不限於具體的權利義務關係的設定而已，其依着一般的法律行為，而設定一般的規律者，亦不鮮見。（例如工場中的「從業規則」）縱假定法律行為，祇是具體的權利義務的設定，但若遽以是否認法律行為的制法性，實為大誤。緣所謂設定權利義務關係云云，即不外對於某意思賦予權威，或對於某意思課加義務之意，這即不失為「法」，要不能以其無一般性，祇限於某具體事件，妥當適用之故，而否認其法的性質。

要之，法是意思的規律云云，決不是以成為一般的規律，為其觀念的要素，法或於多數不特定事件，妥當適用，或祇於某具體的單個事件，妥當適用，但無論那一方面，均無傷其法的性質。

### 三 作為法的規律對象的意思

為明白法是意思的規律的意義，不得不就所謂意思的涵義，弄個明白。

意思，本來是心理學上的觀念，而心理學上所謂意思者，係指滅除并預防缺乏，或引起維持，強化滿足感的，內部外部的經過或預想狀態，而為惹起這種經過或狀態所意識的精神作用而言。如果這種經過或狀態，得稱為利益，則可謂意思——是以某種利益為目標，所惹起的精神活動。

作為法的規律對象的「意思」，亦是以這種心理學上意義的「意思」為基礎，自不待言。但因為法是社會生活的規律，為社會生活的必要而存在的緣故，法所規律的「意思」，和心理學上所謂「意思」，不能全然同一，

而應該是社會的見地下之意思。如果把心理學上的意思，叫做「自然意思」，那作為法的規律對象的意思，就可叫做「法律意思」了。法律意思，固然不是和自然意思沒有關係，而是自然意思，在社會上人類相互關涉的限度內，為法所規律者。然而在社會的見地，或法的見地上的意思，不必和自然意思的表現，全然同一，法在其作為社會的規律的性質上，其意思的判斷，自不能不以社會的認識為標準，在嚴格的心理見地說來，雖不能算是真的意思表現，但苟在社會認識上，有認為係意思的表現的必要，則在法的規律中，自亦有認其係意思的表現的必要。

其結果：第一，法律意思和自然意思相比較，法律意思是很形式的，祇要是具備一定要件的場合，殆均有以之作為意思表現的傾向，第二，就自然意思而論，普通多以其作為某一個人的精神作用解釋，而在法律意思，於個人意思之外，更不可不承認「團體意思」，「機關意思」，「代理意思」等等區別。

(一) 法律意思之形式主義 如前所述，法的規律，不可不分為制限的規律——即拘束人民的自由意思，而課加以義務的規律和能力的規律——即與人的意思以某種力，而賦予以權威的規律二種。其中作為「制限的規律」的對象的意思，與自然意思，並無不同。應為某事或不應為某事的命令與禁止，係拘束基於自然意思的行動之應為或不應為，作為其對象者，即不外心理學上之意思行動。但有時法卻重視意思行動所生的結果，過於意思自身，而加擔人們以不發生某種結果的注意義務，若果發生這種結果的場合，縱不是基於有意識的意思行動而來，尚作為意於某種的必要注意，認其為義務違反為不法，然即使在這種場合，也不過是依着法律所命令的對



象，而爲必要的注意，卽不外對於自然意思的拘束。若是縱使極加注意，而防止其結果的發生，非人力所得能，這卽所謂由於不可抗力於此場合，縱其發生結果，亦不作爲義務違反，而生不法問題。

反之，其在能力的規律，對於意思的活動，容認其有某種權威，他人不得侵犯，以故，爲其權威之得以發生，不得不從外部某具體內容，所有的意思表示，而爲認識，如其不然，則其果具有不可侵的權威與否，將見無從判別。

以故，在能力的規律，決不是對於作爲內部的精神作用之意思活動，容認其權威，通常寧是對於具備一定形式要件，而表現於外部的一定意思，而承認其某種權威，這叫做「法律意思之形式主義」。惟於能力的規律見之，因爲賦予意思以權威，而爲其權威之得以發生，一定之外部權威，實有必要。至於它重視形式的程度，卻依場合而不同，有時不單根據形式，在某程度內，也斟酌心理上的意思，尤其於民法上，對於虛偽的意思表示，或因錯誤，詐欺，強迫而爲的意思表示，或阻卻其效力，或其效力發生瑕疵，要是於形式主義的原則之外，而加以某程度的心理主義的要素。然而大體說來，在能力的規律，寧重視外部所表現的形式，過於作爲內部精神作用的意思，例如在選舉議員時的選舉人意思，祇能依照投票用紙上所寫的姓名而認定，又如在議會中，各議員的贊否意思，祇是依起立舉手、投票等等形式的行爲而認定，選舉人及議員的心理上意思如何，在所不問。大抵，民法上關係，比較私法上關係，更是注重形式主義，但私法上關係裏面的簽名蓋章、公體證書，以及重視登記等等，亦不外形式主義的結果。

法律意思的形式主義，對於法律意思的主體，亦有表現。何則？爲着其意思有一定權威的緣故，不能不有和其

權威相稱的意思動作而果然有和權威相稱的意思動作與否，不能不照一定的形式標準而定。其中民法上的無能力人的規定，縱是有心理上的意思能力者，尚不承認其意思之神的權威，或不能有完全的權威，此外關於種種的特殊權威，而限於有特定資格者，有其能力的成例，尤不一見。得參加議會的選舉者，唯限於二十五歲以上的日本男性臣民，議決法律案者，唯限於國會兩院的議員，裁判判決，唯法院有此權威。得為婚姻者，以十七歲以上的男子，十五歲以上的女子為限。得以聲請經營礦業者，以日本臣民或日本的法人為限，此外的人，縱是實踐這些行為，仍是沒有法的權威——即是無效。

(二)個人意思和團體意思 作為法的規律對象的意思，可區為個人意思和團體意思兩種。

團體，像前面所述似的——即被認為自身具有目的的多數的「組織結合體」之謂。這固是依着多數人而構成，但這卻不是這些多數人，各個人均有其自己的目的，不過因其目的為多數人所共同之故，相協力以求達到目的，反之，卻是以作為單一結合體的全體，其自身係某種目的主體，為其觀念的要素。所以團體和合夥不同，其在合夥，合夥員各自為目的主體，而合夥不過是其協力的狀態。團體是單一的全部，而合夥則是多數人的協同關係。前者是法主體，後者是法關係。

說團體是目的主體，同時也就是說團體是意思主體之意，何則？因為目的和意思，有不可分離的關係，所有的目的，是跟着意思而發達的緣故。

固然，說團體是意思主體云云，和個人之爲意思主體，原不相同，這不是由於生理現象的認識，而是專依社會的考察的結果，但就社會的看來，既然承認由多數人所成立的結合體，是目的主體，總之，承認其全體是意思活動的主體，亦是當然的論理。我們看公司之爲營業，政黨之發表政綱，市政府之經營電車事業，就不得不承認公司、政黨、市政府等自身具有活動力，而是意思的主體。但如自生理現象看來，固不外是屬於該公司、政黨、市政府某些人意思活動的結果，但這些人，並不是爲自己個人的目的而活動，而是爲着公司、政黨、市政府等之全體的目的，以故從其目的所歸屬的地方而觀察，我們以這些爲公司、政黨、或市政府的活動。

法是意思的規律云云，包含着在個人意思以外，也規律團體意思的意味，而其對於團體意思之一面賦予權利，一面課加義務，正與個人相同。

(三)機關意思 團體的活動，是屬於團體內人們的活動；團體的意思，亦即屬於團體內人們的意思。不過其意思活動，不是爲着這些人們個人的目的，而是爲着團體的目的，作團體的代表，所以在社會認識上，把他作爲團體的意思活動。這些構成團體意思的人們，叫做團體的機關，團體機關，處於其機關地位，爲團體所表示的意思，叫做機關意思。

機關意思，在一方面看來，固是居於該機關地位的個人意思，但就遂行團體目的的關係看來，卻不是個人意思，而是團體意思，或至少是構成團體意思之一分子。

團體的機關，怎樣地構成？依各團體的組織法而定，其自身屬於法的規律，團體的機關，在很多場合是組織很複雜的。有的一個機關意思，逕成爲團體意思，有的某一機關的意思，和他機關的意思，相交涉，相結合，時且互相傾軋，其結果所決定的意思，始成機關意思。具備怎樣的條件，機關意思，纔能作爲團體的意思，而具有權威呢？某一機關意思，和別一機關意思，法律上有怎樣的關涉呢？當各機關爲團體而活動的時候，怎樣受着法律的拘束呢？凡此，均是團體法所規律的對象，而成爲團體法的主要部分。

(四)代理意思 法所規律的意思，和生理心理現象上的意思，有另一點區別，在生理心理的現象看來，固明是某人的意思活動，但若是爲着別人的目的，替別人在做的時候，基於其目的關係，在法的見地，逕認對於爲其目的主體的他人，發生效力。這就叫做「代理」。代理人，爲本人所爲的意思行爲，雖則事實上確是代理人的行爲，而社會的認識上，仍把它看做和本人自己所爲者相同，基於這種社會認識，於是在法的規律上，也把他作爲本人的意思行爲，而生效力。

### 第三節 法是人類利益的規律

法，就其內容說來，一面是意思的規律，一面又是利益的規律。意思的規律，是法的形體，而利益的規律，則是法的目的。意思的規律，是法的形體要素，因爲它表現於外部的原故，任何人均不否認，但關於利益的規律，是法的目的。

的要素之點，卻因為它未表現於法的外面之故，多數學者，均否認其為法的本質的要素，然而，所有的法律，沒有不為着社會上某種利益而生，離開利益，即不能有法的觀念的存在。恰和意思的規律，是法的本質要素一樣，利益的規律，也是法之不可缺的要素，意思和利益，實是法的兩個中心要素。

一 作為法的本質要素的利益

以利益為法的目的，而認目的是法的觀念要素之說，特別是由着耶林克而廣佈於世。耶林克以為單是舉出法的形體的要素，還不能完全得到法的概念，此外，尚有加入作為法的實質要素之目的的必要。據他說，所有有意識的人類行為，沒有不具着企求發生某種結果的目的者。恰和自然界上所有現象，都是基於某種原因而來一樣，人類所有的行為，也都是有所為而為的，沒有目的的行為，和沒有原因的結果，同樣是不可能的。而因為法是人類的作品的緣故，亦不能不有某種目的。然則法的目的為何——他說是「最廣義上的社會生活條件」，復以「目的是一切法的創造者」一語，作為題旨，而揭於其書的卷端。

對於耶林克這種說法，有種種的反對論：或說「法」并不一定是有意識有目的的產物，或說法縱有某種目的，卻未必含有利益，法事是以正義為目的，或說法縱有目的，但卻不應遽以它為法的概念要素，更有對於耶林克以法為社會生活條件的說法，而加以法不必適於社會生活條件，縱是很不適合於社會生活條件的法律，因國家權力之維持履行，尚不失為完全的法云云之非難者。

法不應當意識地爲某種目的而作成，實是無疑的事實。尤其於文化程度比較低下的社會，法的大部分，是慣習法，而慣習法多是依着傳統的力量而被維持，其果真適於社會的福利與否，寧以不加考慮爲普通。法多半是爲正義而存在，亦不容疑，西洋語之表現法的意義者，除英語之 Law 以外，其他如 ius, recht, droit, diritto 等等，同時亦卽爲正的意思，這種事實，決非偶然。所謂法是社會生活的條件云云，在「社會苟沒有法，社會卽不能存立」的意義下，固是正當的，但如說所有法的具體內容，都和社會生活條件相適合，卻不正當了。

然而，雖則如此，耶林克謂所有的法，都爲着人類的某種目的而存在，而目的是法的概念的要素云云，終究是不可動的真理，如果否認這個，那法的正當概念，將終究不得而把握。

法固不一定給與社會以福利，也不一定是以社會的福利爲目的而作成。如果利益一語，作爲現實的福利解，那法實淪於與社會福利相反的結果，而且立法者的本意，不在於圖謀社會福利，其爲着獨裁支配者或支配階級的福利，而以社會的全體利益爲犧牲者，亦是常有的事實。以故，實利主義的功利說，結果主義的功利說，意圖主義的功利說等等，均不能成立。

但如將「利益」的概念，作最廣義的解釋，不僅以現實的物質的福利爲限，所有人類感情的滿足，尤其於正義感情和尊重傳統感情的滿足等等，都括入利益意義之中，那嗎，法在這一意義之下，實不得不是爲人類的利益而存在者。

例如因爲山有神靈，人們登山，必具崇敬神靈的信仰，而制定禁止登山的法，這個無疑地是違反社會的福利——因此既不能開拓土地，而採掘礦物，伐採樹林等等，對於山的利用，均不可能，然而，雖則如此，它既是爲着滿足該時代該社會的宗教感情而存在，亦不失是爲着人類利益而發生的法。又例如有某愛犬將軍，保護犬過於人，而設「害犬者處死刑」的規定，并嚴厲執行，這個無疑地是違反社會福利的法，依這法而受福利者，唯有犬類，然而這卻是爲滿足愛犬將軍的感情而作的，在這種意味下，亦不失其爲法。

就這種情形看來，無論怎樣的法，沒有不爲着保護人類的利益而存在，苟離開利益的概念，法的概念，也就不能想像。這并不祇限於意識的依着立法行爲而作的法而已，慣習法亦屬相同，慣習法師作爲「法」而施行，社會上即不能不認其爲適於人們的利益。如慣習法全然不能滿足人類的利益，那社會也就沒有把它作爲法而加以維持的理由——該慣習法勢必淪於消滅，苟其不消滅而能存續，要即不外爲着能够滿足人們利益的緣故。

惟有在承認法是人類的意識規律以外，又承認它是人類的利益規律，纔能够理解法的真諦，何則？因爲法并不是純粹的自然法則，而是由於人類所作成的事物，要不能不爲人類而盡一定任務的原故。固然，法之存立的最終根據，固在於人類生來的天性，在這種意義下，也可以說，人類社會，是自然現象之一，從亦不得不說法是自然的法則，然而，人類具有理性，在某程度內，有着依據理性，而調整自己行動的能力，以故，法在某程度內，亦必是依着由於理性的人類意思而作成，而被維持，和純粹的自然法則，不可不嚴相區別。

而法既是人類所作成的事物，是必對於人類，具有某種價值。人類所有的製造物，都是爲着它能夠給人類以某種價值而作成，離開價值觀念，就不能理解製造物的本質。即在純粹自然界的存在，在它對於人類有某種價值的場合，依着這種事實，而超脫於單純自然界的領域，而有人類社會的價值的存在，從之 and 人類發生關係，例如犬原祇是自然界的事物，但獵犬、守門犬、愛玩犬、偵探犬云云，卻是表示犬所給與人類的價值的觀念，依着這個，而表示犬和人類的關係。至於人類的製作物，本來就和純粹自然的存在不同——因爲它最初就是爲着某種目的而存在的緣故，離開它的價值，就不能想像到它存在的意義。家、船、飛行機、汽車、樂器、食器、書籍、繪畫、玩具、衣服等等，都是表示對於人類有某種價值的觀念，如果把價值判斷丟開，那這些東西的意義，將都不能理解，因爲價值判斷，是物和人的關係上之本質要素的緣故。

法也是這樣，既是人類所作成的事物，也就不能不對於人類發生價值，如果法對於人類，具有如何價值，不能明白，法的意義也就不能理解。而所謂對於人類提供的價值，即不外利益，在這種意義說來，法實是爲着人類的某種利益而存在的，故爲着某種利益而存在，亦即法之本質的要素。

僅說法是意思的規律，行爲的法則，以爲就能說盡法的本質者，好像把犬作爲自然界動物觀察，而不問其爲獵犬守門犬一樣，祇是看到外形的要素，而沒有看到價值的要素——忘記了法之最重要的一面。法既是社會的規律，爲着社會的使命而存在，法的規律，即是爲着盡人類某種任務的規律，即不可不是價值規律。恰和土地之不



僅是單純的自然現象，或爲宅地，或爲田畝，或爲山林，而受法的規律一樣，法雖則是規律人類意思的，但卻也基於價值判斷的觀點，而係爲供與人類以某種利益所成的規律。惟其爲利益的規律之故，故有作爲社會規律的意義，社會生活，從亦得以安定。

## 二 法律上的利益概念和正義

在承認法是人類利益的規律以後，應該明白，所謂利益云云，是何意思。

第一，這應該和功利主義所謂實利、功利、福利等概念相區別。單說利益，極易作爲物質的或金錢的價值解釋。孟子所謂「王何必曰利，亦有仁義而已矣」，即是把「利」作這種意義而解釋的，但這所謂利益，卻不僅是指物質的經濟的利益而言，而是包含着所有滿足人類的價值感情的意思。無論是物質的經濟的價值，抑是倫理的、美的，或宗教的價值，其能使人類感到滿足者，都叫做價值感情。這還不僅指外界的事物而言，自己內在人格的滿足，也包含在內，即外部的物的價值感情，和內部的人格感情的合體。這種意義下的所有價值感情的滿足，即不外這裏所謂利益。父母愛子感情的滿足，即父母的利益，總之，法明定父母有監護教育子女的權利，各人皈依於自己所信的宗教，是各人宗教感情的滿足，也就是各人的利益，以故，法保障人民在不背義務不害公安範圍內之信教自由。凡此，均是利益的規律。

第二，法律上的利益概念，不一定是提供好的結果於現實社會的意思。因爲法是各時代思想的產物的緣故，

所以，法律上的利益概念，也和各時代社會思想所認定的於人類有價值的觀念，互相呼應。至它是不是在絕對的意義下，真對於人類具有價值，卻在所不問。何則？因為真對於人類有價值與否，只有全知全能的神知道，故法在這種意義下，卻未必是絕對正當的。價值判斷之有錯誤，在人類社會的法裏，是絕對不能除卻的，在可能範圍內，盡力剔除，即是法的進步。但縱使其判斷很不正確，只要社會認其有價值，即不失其為利益。

第三、法所保護的利益的概念，也不問為其保護目的的各個人主觀感情之認為有利益與否，如果在社會一般的認識上，認其為有價值，那縱使受其保護的個人，主觀上不感其價值，而在法的見地上，作為其人的利益而被保護。

第四、說法是利益的規律和說法是正義的規律，不相抵觸。利益是法所規律的目的，而正義則是法所規律的最高標準。法是利益的規律，但我們的正義感情，又要求它是利益的公正的規律。社會的各人，依着法而保護其正當利益，社會的全體，也以保護正當利益，為適於正義的要求，法在可能的限度內，不可不適合此等要求。所謂法是正義云云，即是以這要求為第一義，而規定法的內容。羅馬的大法律家烏魯士，下「正義」的定義——「正當地生活，各人咸與其分，不害他人」。是很有名的語句，其中所謂「不害他人，各人咸與其分」云云，蓋謂不害他人，各人咸保其正當利益——即正當地規律利益的意思。

### 三 法所保護的利益主體

#### 第一章 法的內容

法所保護的利益，種類甚多，這些又互相衝突。法之規律的目的，在保持這些利益之適當的調和——在保護社會全體的利益以外，復使其社會的各個個人，能够享有其正當的人格的精神利益和物質的經濟利益。

法所保護的利益種類，依社會的種類而不同，社會的目的，越是單純，其所保護的利益，也是單純，而目的廣汎如國家，且括人類生活的全面，故由國家的法所保護的利益，極是複雜。

由國家的法所保護的利益之中，其第一應該舉出者，就是國家自身的利益，因為國家自身，是作為有生命的團體而存立的緣故，所以保持其存立；圖謀其進展，是國家的第一任務，從之，國法也有保護作為團體的國家的利益之必要。為保持作為團體的國家的存立，第一，不可不完整國家的組織，第二，又因為國家的實力，是依着兵力和財力而維持的緣故，有為維持其實力之軍備和財政的必要。國家的組織法、軍政法、及財政法，是為維持國家自身利益的國法之三大部門。此外，不法侵害國家利益的行為，亦有作為犯罪而科以刑罰之必要，從之，刑罰法的一部分，亦以保護國家自身的利益，為其目的。

第二、需要國法保護者，是社會公共的利益，這社會，和作為統一團體的國家有異，是在國家之內，而作相互交涉的一般人民的意思，而所謂公共利益者，即這些人民，共同地過着安全幸福的生活的意思，這和某特定個人某特定團體的利益相區別，而是社會一般人的共通利益。沒有應受保護的特定主體，多數不特定的一般人，都受其利益。在把國家或其他特定團體的利益，以及個人的利益，作為法的保護目的的場合，其利益作為該團體或個人

的利益，而被承認，但在以社會公共的利益，爲法的保護目的之際，沒有特定的利益主體，從之，其利益亦不能認爲權利。不過國家自身，作爲社會公益的保護者，而居於使之維持厲行的地位而已。這種國法裏面，最重要的是警察法，而警察法，一般地說來，以不是權利法而係命令的規律，即義務法爲其特色。此外，刑法的一部分，也以社會的公共利益，爲其目的，可不待言。

第三、關於在國家下的各種團體的利益，有的讓諸團體自身的法之保護，國家不加干與，有的國家承認其團體的存立，把其團體的法，同時即承認爲國家的法，依國家的力量，而爲保護與維持。後的場合，即是法人，其中爲國家的目的而存在者，叫做公共團體或公法人，和個人同樣是權利主體，以法人利益的保護，爲國法的目的的場合，其利益即爲法人的權利。法人，在一般情形，是和個人同樣的，其利益享受保護，故保護個人利益的法，同時即是保護法人利益的法，但也有特別爲保護法人的特別利益的法，即是法人法（公共團體法，公司法及其他）。

第四、國法也保護各個人的利益。國法的目的，在承認各個人爲權利主體，而保護其得享有正當權利。私法即是爲這種目的而存在的。這和警察法之概爲義務的規律，而以義務法爲其特色者相對立，寧以大部分是能力的規律——權利法爲其特色。此外，對於不法侵害私人正當利益的行爲，有作爲犯罪，而加以制裁的必要，從之，刑罰法的一部分，也是爲保護個人的目的而爲的，又以允許得以民事訴訟的手段，而求國家保護個人利益的緣故，所以也可以說，訴訟法亦是以保護個人的利益，爲其主要的目的。

準上所述，國法所保護的利益，由其利益的歸屬而觀察，得區別為國家的利益，社會的利益，在國家下的法人的利益，各個人的利益等四種，但這些利益，都是互相關聯，而非互相排斥，以國家的利益為主要目的者，同時也保護個人利益，以個人的利益為主要目的，而同時也保護社會公共的利益者，亦不鮮見，右述的區別，不過是祇就各個的着眼點，而為觀察而已。

#### 第四節 法是強要的規律

##### 一 法之強要性

祇說法是意思的規律，利益的規律，還不能說盡法的本質，此外，尚有加入法是強要的規律的必要。而所謂法是「強要的」云云，就是說人們必須服從法的規律的意思。這就是法和道德的惟一區別。

但法是強要的規律一語，依着命令的規律和能力的規律，而多少異其涵義。在命令的規律，法的強要性，非常明確，受其命令的義務者，要絕對服從，若使違反，即為不法。能力的規律，則與此相反，係給與某種意思的力，而且不必一定強要給與這種權力的人之必須實現，除同時定有義務的場合以外，其力之行使與否，純任之其人的自由。在這種意味說來，原不能說是強要，然而，雖則如此，所謂強要云者，原祇是其力有不可侵的權威，而強要他人承認尊重的意思。這就是法的權威，和其他權威所不同的處所，道德之教，學者之說，縱然非常有力，但其尊重與否，仍任

之個人的自由判斷，反之，法所給予的力，則對於任何人，都有不可侵的力量，不許有承認與否的自由——這就是其強要性之所在。

所謂法是強要的規律云云，併不是說，依着自外部而來的實力，強要遵從的意思，而是說，法，在其本質上，已是不許違反的規律。法的存立的根據，還應該在下章研究，如果說法是國家的意思，那就是說，國家不容其違反，如果採取法是正義的見解，那也就是說，法的違反，爲正義所不容，這均讓之以後研究，要之，所謂法是強要的規律云云，即是要求必須遵從法，而不得違反的意思。這並不是實際上不可破的規律，其不可破，以各個人的自由意思爲前提，即要求基於各人的自由意思，而遵從之。實際上不可破的規律，是不可抗力，而不是法，強盜把手鎗向着別人的胸部，而命其獻金，這除了服從以外，別無辦法，但這卻不是「法」。何則？因爲這並不是不可破的規律，不過因爲實力不同，事實上不能抵抗而已。所謂不可破的規律，即實際上雖能破壞，但其破壞是社會的不法，而非社會所許的意思。服從強盜的威力，祇是因爲實力不及之故，不得已而服從，其服從卻不是社會的要求。而服從法，卻不一定是爲着實力不及之故，寧是爲它是社會上不可不守的規律的關係，一個是心理的社會的強要；一個是物理的事實的強要，法和單純實力的差異，蓋在於此。

## 二 強制是法底要素嗎

說法是強要的規律云云，併不是說，法是以強制(Zwang, Coercion)或制裁(Sanction)爲其觀念要素的意思。

以強制爲法的本質要素的學說，特別是由於浩布士的提倡，和其國家萬能思想，都流播很廣，其說由奧斯丁繼承，附和之者，在英國和歐洲大陸都很多。耶林克以法是「強制的規範」(Zwangsnormen)的全體，自法的概念除去強制要素，有如不燃之火，無光之燈，觀念自身，不免矛盾云云，高柳賢三教授亦以強制可能性，爲法的本質要素。

和上面的說法相對立，而否認強制是法的概念的本質要素的學說也很多，比亞林克說「強制，既不是法的本質的要素，也不是他的第二次要素」，此外顧賓青克、梅爾克爾、比落魯海瑪、斯他蒙拉等，都是屬於這學說的。耶林克在說依着社會力，以擔保法的實現以外，也否定強制是法的要素。即在日本，田中耕太郎教授，也否認強制是法的要素，三谷隆正教授也說：法固是強制的規律，但以褫奪判斷的自由而成的強制律，如捕繩（縛人的索）和牢獄的鐵檻等等物理的強制力，卻是在法律世界之外。

法是要求確實地被遵守的事物，而爲求各人咸能守法，不至違背起見，在遇有違反的場合，不能不加以某種的制裁，以確保其確實性。如果不伴着這種具有強制力的制裁，那實際上違奉與否，任之各人良心的自由判斷，法和道德的區別，勢必淪於困確。在國家的法裏，對於違反法者，定有刑罰的制裁，對於民事上不法行爲，認其有請求損害賠償的權利，又對於債務不履行者，依國家的權力，而強制執行，——凡有干犯之者，依着這些方法，以擔保法的實現。三谷隆正教授的刑罰是法律世界以外的物理的強制力，「在法律的強制力不足の場合，總拿出力學的

強制力」的說法，實難同意，而所謂強制是法的本質的要素的學說，是根據這種事實而來的，併不是絕對沒有理由。

但是，如把「強制」一語，理解作在法的違反的場合，依着權力而加以制裁的意味，從之，遽以強制爲法的要素，那實在是不適於實際，而且理論上也難以支持的學說。

第一、在法的裏面，缺乏這種意義的強制者不少，（一）強制是依着國家的權力而實行者，故對行使這權力的人們自身，更沒有立於其上的監督權力，縱是違法，也不能加以制裁，或強他爲法的遵奉，這樣說來，憲法和行政法的一部，實是沒有強制手段的法。例如在憲法上，發布緊急勅令的時候，政府不可不提出於次屆議會，求其承諾，但明治四十二年，在桂內閣之下，發布了緊急勅令，因爲沒有提出次屆議會，請求承諾的緣故，所以衆議院，滿場一致地作迅速提出議會的議決，但這對於政府沒有強制的力量，政府也就終於不提出。緊急勅令必定要次屆議會提出，雖則是法的規定，但在政府不遵守的時候，卻也毫無強制方法的存在。又緊急勅令在次屆議會裏，如果不得承諾，政府原應趕速公布其將來之失效，然而在明治二十四年，松方內閣的時候，緊急勅令，雖則已提出於下屆議會，但因爲衆議院解散的緣故，還未審議完了，終未得議會的承諾，但是雖則如此，政府卻不公布失效，而且接連着作爲有效辦理。這也是除了政府自身進以宣告失效以外，毫無辦法，又如在出版法上，有內務大臣對於妨害公安紊亂風俗的出版物得禁止其發售或公布的規定，如果不具備這種要件，那麼發售公布的禁止原不得不作爲無效，



然而這是否妨害公安紊亂風俗，卻一任之內務大臣的認定，因為在其上面別無監督權力存在的緣故，故縱是不具備這些法定要件而禁止其發售，還完全有其效力，對於內務大臣，別無強制其守法的手段。要之，人民的應守法律，雖則可附以國家權力的強制，但對於政府、議會、最高行政官廳、最高司法機關等不可不守的法，卻別無從外部而加以強制的辦法，法僅是依着他們的自制，而被維持。故若以強制作為法的要素，那將弄出這些憲法行政法等，都不是法律的結果了。(二)雖然在很多的場合，對於人民，可以用國家的權力，強制其守法，但卻不是所有的法，都是如此。關於私法上的義務，大概說來，雖然是都可以強制的，但還有其義務自身，不祇是單純強制義務，而含有精神和倫理的內容者，特別是親屬法上的義務，有性質上不能強制的。至於公法上的義務，其缺乏強制手段者，更是很多。像學齡兒童的保護者，有叫兒童就學的義務，選舉人有從良心而投票的義務等，對於違反之者，別無制裁的規定，即其適例。(三)至於其中的國際法，原是拘束國家的法，但因爲沒有存在於國家之上的監督支配者的緣故，即使某一國家違反國際法，除訴諸戰爭以外，別無強制的辦法。國際聯盟、國際法庭等等，原是爲擔保國際法而設的，但它的力量，還很有限關於國際法的諸問題，還沒有強制國家遵守的力量。專關國家運命的問題，國家往往是破毀條約，一如紙屑。而對於這個，除發動國際社會的戰爭外，別無科以制裁的力量，而戰爭卻不是法律手段，祇是實力的爭執。故如果以強制作爲法的要素，那就不外於達到國際法併非法律的結論。而這種說法的不當，恰和說憲法不是法律一樣。

第二，說強制是法的本質的要素的學說，自理論上說來，亦是難於支持。(一)普通所謂法律上的強制手段，係指在法的違反的場合，對於違反者加以刑罰或損害賠償的制裁而言，但這是以法的違反為前提，因為不守法，纔有強制的必要，其自身已經表明法的遵守之不能強制。如果說真的意味的遵守強制，那不得不是遵守法的規律，而不能違反的意味。違反以後，再加以刑罰或損害賠償的制裁，那卻不是真的意味的強制的強制。其在強制執行的場合，原是實現義務的手段，這必是到了正當期限，還不履行義務，纔來執行，縱是執行的結果，完全達到目的，那至少在時間上，已比法的要求為後。要之，以這些強制手段，卻不能真的實現了法的要求，其所謂強制，併不是真的強制。這離開真的強制之遠，只要看，在市町村公民違反擔任名譽職義務的場合，以在某期間內停止其公民權為制裁的事實，便可明瞭。法所要求的是當選名譽的公民之實行擔任，停止其公民權，固非所以滿足法的要求，卻寧是使其人淪於不能擔任名譽職的結果。(二)所謂法律上的強制手段，併不是法的本質，而是加於一個法律之上的別個法律，不可殺人的規定，是一個「法」，而殺人者處某刑的規定，又是和它相異的另一個「法」。後者固是為擔保前者的實現而存在，但二者卻是不同的法，以其中的一個，作為另一個的本質，是不可能的。以強制為法的本質的要素者，其根本錯誤，就在這裏。因為對於法的本質，不求之於法的內部性質，而求之於作為其外部附加物的另一個「法」，其為所答非所問，至為明顯。(三)縱使說為「法」的實現的擔保之另一個「法」，在法的本質上，是必要的，但因為第二的法自身也是「法」的緣故，其本質上，為擔保其實現，又有第三個法的必要，終至迭乘無極，然

而，這在論理上，是不可能的。

要之，作為法的外部附加物的制裁，和強制執行等的強制手段，固為很多的法所必要者，但卻不是法的本質的要素。

所謂法有強要性云云，並不是說強制手段，是法的本質，而是說，法的規律，在其本質上，必然是要求人們的依從，至其依從與否，卻是委諸人們的自由判斷的意思，自然，這併不是說，法在事實上，常能完全實現。法之完全實現，固非必不可期待，但實際上法之破壞和違背，卻并不妨害法之強要性的本質。法在事實上，并不是不可破的規律，而在本質上，卻是不可破的規律。即以其破壞為不法，而形成法的規律的本質，條約或被破壞，但這是國際法所不許，即為不法，憲法或被違反，但這是國法所不許，亦為不法，法的強要性，蓋在於此。

### 三 法和道德的區別

在對於法的違反，依國家的權力加以制裁，或定有強制手段的場合，法和道德的區別，原很明瞭，但這些強制手段，并不是必然隨伴所有的法之必然的要件，法之缺乏這種強制手段者，不在少數，這已如右所述，所以法和道德區別的標準何在，并不是明瞭的問題。

以法和道德的區別，在於其規律的內容，道德是人的內部的精神作用的規律，而法則是人的外部行動的規律，或以道德是關於各人主觀的良心發動的規律，而法則是關於人和人相互間的關涉的規律，像這種學說，屢被

倡導，但卻難於贊成。因為兩者的區別，并不在於規律內容的差異。就內容而論，法和道德同是社會的規律，且又同是人的意思和利益的規律。在這些說來，二者實無所區別。二者的區別，祇在於法的規律有強要性，而道德規律則沒有強要性。

道德的規律是相對的，訓誡的，而為「希望這樣」，「這樣可以」的規定。至於各人在實現的場合，遵守與否，純任諸各人良心的自由判斷。這是作為善惡的標準，而以遵守者為「善」，作其規律的本質。社會的人們，遵守道德，固是社會生活之所望，但強要其遵守，卻非社會生活必須的要件，又因為對於應該強要的程度，併不備有固定的明白的形體之故，純任之人們自主的判斷。其判斷錯誤，或故意盲目判斷，以致違反規律，固是不道德的惡行，但并不是社會所不許的不法。

法的規律則是絕對的，強要的。其所要求者是「應這樣」，「不可不這樣」，以不給人們自由判斷的餘地。不問其自己願意與否，必須遵守，為其規律的本質。道德的規律，是作為善惡的標準，法的規律，則超越善惡之界，而要求人們之絕對依從。

法和道德的區別，祇是在於上述之點，此外法和道德，通常所存的差異，祇是通常的差異而已，不是本質的差異。

第一法的規律，因為帶有強要性的結果，都是形式的，以作為具備一定形體的外部的生活行動的基準而規

定者爲普通，在這點說來，和道德之訴諸人們的良心，置重實質，而不問形式如何者，恰相對照。道德所規律者，置重於人的動機，而不問外部的形體。而法律則是置重於表現外部的行動形體，以不問動機如何爲普通。例如法有禁止未成年者喫煙的規定，在滿二十歲之前，喫煙均爲不法，但自滿二十歲之日起，忽而變爲適法的行爲；又如禁止夜間狩獵的法律，以日沒的時間爲界，在日沒的前一瞬，固是適法行爲，但瞬息之後，同樣的行爲，卻是不法了。

但這卻不是法和道德的本質的區別。法的規律，雖能說大體是形式的，但卻有時和道德的規律一樣，以內部的精神爲對象而施強要者，亦非鮮見。其不祇外部的形式行動，以內部的動機爲法的內容，而責以應具一定居心的義務，卽其適例。其最著者，要推官吏或其他對於國家和公共團體，在公的勤務關係的地位者，所負的義務，例如官吏對於國家，負有忠實辦理其職務的義務，而所謂忠實的義務，卽是從自己的良心，而盡瘁公務的義務，且并不是單以應爲或不爲某種外部的形式的行爲爲滿足，而是要求內心的精神作用，這又不懂道德律而已，而是法所強要的義務。又在其他的法律，常命從事某種業務者以對於某種特定事務的注意義務，在民法上常有「善良管理者」之注意」的用語，此外汽車和火車的司機、船長、醫生、產婆等等，也都隨其所做的業務，而課以一定的注意義務。而這些注意義務，都是對於內心作用的義務，而不僅是一定的形式行動而已。至於親於子有監護教育的義務，監護人於禁治產者，有盡力監護的義務，證人鑑定人，有真實陳述的義務等等，也可以說是同樣的事情。

第二、法的規律，因爲其強要性的結果，一定有明白表示的必要。蓋使不得知法的規律的內容，亦難望得以強

制其遵守。法的規律，所以以成文條規的表現為原則者，要是為擔保法的明確性的原故，在這一點說來，和道德的規律，都不以這種成文條規舉示，而缺乏明確性者，恰形成顯著的對照。

然而，這也不過程度的差異而已，並不是本質上的區別。在現代國家的法，固然以成文條規表示者，占法的大部，然而，卻不是任何時代都是這樣，而且其以成文條規表現者，也不是絕對明白。因為它常常不明白的緣故，乃有實證的法律學的必要，又第一審判決，依第二或第三審的判決而廢棄，行政官廳的處分，依行政法院而宣告違法者，不在少數。法的具體內容怎樣，併不一定是任何人都能明白的事情，其因着專門家的真摯研究乃得明白者，多多有在。

#### 四 所謂任意法的性質

私法學者，往往認法有強行法和任意法的區別，強行法是不可不從的規律，而任意法則無絕對服從的必要，祇是在當事者不為反對的意思表示的場合，纔能適用的規律。如果法有這樣的兩種，那實是和法之為強要的規律不能相容。

其實，這兩種區別，祇是對於成文的法律條規的區別，而不是法之本身的區別，從之，所謂任意法的存在，併不和法之為強要的規律互相矛盾。

所謂任意法一語，多半是用於私法的觀念，尤其是民法的規定，其中或為強行規定，或是任意規定。任意法一

語，其語義的自身，已是矛盾，所有的法，必然是強要的，任意法云云，不得而有。所謂任意法祇是任意規定，即如果當事者有反對的意思表示，其意思表示自身，有法的效力，僅在沒有反對的意思表示的場合，民法的規定纔作為法而被適用的意思。在私法上的關係，原則上，依照關係當事者的意思，得以自行作法，即所謂私法上自治的原則。

所謂私法上自治，即不外在私人間的法律關係，各私人自身，作為立法者，而作法的意思。僅是在當事者併無別種的意思表示，或當事者的意思表示不分明的場合，民法的規定纔對於當事者間有法的效力，即祇在這種場合，民法的規定纔成為法。無論在任何場合，只要既成為法，一定是強要的，不許人們之任意不從。如果有契約的規定，其契約即作為法，而有強要的效力，如果契約沒有規定，民法的規定即作為法，而有強要的效力。

這種意味的任意規定，公法上也不乏其例。例如在市制上，規定設「市助理員」一名，但市條例卻得以增加其額數，在町村制上，定町村長為名譽職，但町村條例，也得以其為有給職，即其適例，在這些場合，賦予市或町村，以自己制法的權能，祇是在市或町村沒有別段規定時，市制或町村制，纔成為法，其規定之成為法與否，在於市或町村之自由意思，但既成為法，即不得不服從。

要之，所謂任意法的觀念，是患了以法律的規定為法的錯誤，法律的規定，不一定常是法，契約的規定，條例的規定，卻也有成為法的時候。

## 第二章 法的存立基礎

### 第一節 學說概觀

僅就法的內容觀察，而說法是在社會生活上，人類的意思和利益之強要的規律，還不能明瞭法的本質，比這一個更重要的問題，在於法所依以成爲法的基礎是什麼呢之點。「勿殺人」一語之爲「法」，任何人當無疑義，但它何以是「法」，基於什麼根據之上，而使我們認其爲法，這卻不是容易解答的問題。但這個要不能明白，法的本質也終於不能明瞭。關於法的本質，所以學說紛紜者，要是爲着這問題的原故。

對於這些學說，詳細討論，不是本書的目的，但在陳述自己對於這問題的意見之前，先把從來的學說，作個概觀的敘述，似亦不失爲適當之舉。

關於法的基礎何在的問題，學說極不一致，但大體說來，似可大別爲二種傾向。

第一的傾向，是說法的具體內容，和法的基礎毫無關係，無論內容怎樣，「法」乃是依着有作法力量者的制作而成立的。這更可細別爲二種傾向，一種是置重於作法的權力——或以法底成立根據，在於強者的權力（實



力說）或以在於國家的主權（主權說），要都是屬於這種傾向的。一種是置重於服從法的規律的人們的意思——或以法的存立根據，在於國民的總意（總意說），或以在對於強者的服從（服從說），或以在於社會內個人的承認（承認說），或以在於社會之法的確信（確信說）。

第二的傾向，求法的存立根據於法的具體內容，以為法的內容適合自然條理，適合正義，又和社會生活條件相適，故作為法而成立。自然法學說，及其附屬諸說，和功利說，都是屬於這種傾向的。

在這裏，沒有對於這些學說，一一加以論評的必要，不過就其中二三種比較重要的，簡單評述於左。

### 一 實力說

以法的存立根據，在於強者的實力的思想，自古至今，在種種形態上被提倡着。其中最純粹的實力說，直謂法是強有實力者對於弱者的命令，日本古語所謂「勝則為官軍」，和英國法所謂「實力即真理」（might is right），皆是這種思想之適切的表现。

但在很多的時候，這學說，并不在這種純粹的形態之下而表現着——多是和別的思想相結合而表現，而隨着其所結合的思想之不同，故同是實力說，也分出種種傾向：

例如斯賓洛莎（Spinoza）以法和力為同一物而說：「所有存在的事物，因為有力，故能存在，自然的權利，即不外自然的力」。故公認為實力說的代表，但他同時卻以國家構成的基礎，置於人民的社會契約之上，以國家的

實力爲各個人的實力的綜合，而和人民主權的思想相聯繫；又和浩布士的「國家萬能說」不同——尊重個人的自由，而謂國家之最高目的，在於自由的保護。

反之，Karl Ludwig Von Haller 的實力說，卻站在和社會契約說正相對的立場，而主張極端的專制主義，其思想的要點，以強者支配弱者爲天則，崇拜強者的實力爲正義，從之以確立君主至上主義的根據。

在現代，實力說作爲社會主義的主張而表現，這即人們所知道的「唯物史觀」，以經濟事象尤其是財富的生產形態，爲所有社會現象的原動力，而謂人類的歷史，都是階級鬭爭的歷史，國家和法，即不外支配階級的武器。恩格斯說「國家，在所有的時代，都無例外，是支配階級的國家；又在所有的場合，均以使被壓服掠奪的階級服從爲任務」。Anton Menger 說「過去所有的法律，皆是基於實力關係而發生的，從之，以犧牲一般民衆，而圖少數實力者的利益爲目的」。

實力說的思想，又在普魯東、巴枯寧、克魯泡金等無政府主義者的主張裏視着；同時也在格姆普洛伊特（Gumpowich）、拉秋荷（Raizenhofer）、奧本海瑞等所謂社會學派的主張裏視着。

以法爲實力的表現的思想，無論其中的那一種，原都含有半面的真理。國家的成立及發展的歷史，多半是戰爭的歷史，戰勝者，同時也就取得支配的權力，爲維持其權力，實有兵力財力等實力的必要。因爲具有這種實力，所以法被維持，如果沒有實力的根底，法的維持，亦不得不陷於困難。尤其於戰勝國和戰敗國所結的媾和條約，其



以實力為根底，尤其顯著，戰敗國原是為實力不及的原故，故不得已而簽印於該條約。

但如果執著這個事實，而說法的存立基礎，唯在於實力，那決不能說是正當的思想。

如果法祇是實力的表現，那法就不能不和暴力的脅威，同其性質。在實力與實力之爭，實力較劣者，不得不屈服於實力強者之前，但苟祇求法的本質於實力，那勢必抹殺法和不法的暴力的區別，而淪於不得不承認暴力的壓迫為法的結果。從之，其以實力破壞「法」者，如果其實力足以破壞，也就不能不認為完全是適法的行為。換句話說，實力說的歸結，並不是說明法的存立根據，卻是反對地，淪於將法的破壞適法化的結果。這並不是以法為不可破的規律，卻是把它作為在完全的實力之下，得以正當地破壞的規律。

法作為法而存立，很多的場合，在某程度內，有實力的要素的必要，尤其於戰勝國對戰敗國的場合，其實力的要素，更為顯然，但是，法和不法的暴力之所以不同，蓋在實力的要素以外，不可不更求心理的要素。心理的要素，實是法的存立的真的基礎，而實力的要素，不過是惹起其心理的一原因而已。我們所以服從法，在很多的場合，亦為畏懼實力，而事是由於以服從為是的意識。我們遵法的精神，即是法之所以被遵守的基礎，法和暴力的區別，亦即在是。

## 二 主權說

以法為主權者的命令，或法是國家主權的表現的學說，在以權力為法的存立基礎之點，和實力說相類似。不

過實力說是以物理的事實上的力量爲法基礎，而主權說則是求根據於作爲法的權威的主權的發動，在這種地方，二者實不相同。

以法爲國家主權的發動的思想，係依洛布士之提倡，更由奧斯丁而廣傳於世，即在今日承認之者，仍然很多。這是和國家萬能的思想相聯繫，以國家有無制限的絕對的權力，得從其所欲而作法，其作爲法而規定者，即成爲「法」。英國法學所謂「國會除使女變男以外，無不得爲之事」和法國王權專制時代「王之所欲即爲法」的法諺，皆是基於這種思想而來的。此外普通所謂「實證法學」(Rechtspositivismus)的思想；和近時「維也納學派」的所謂「純粹法學」(Reine Rechtslehre)的思想，也同是屬於這種傾向的。但是，如前所述，「法」的概念，不僅以國家的法爲限，所有的社會，一定有該社會的法，而和國家沒有直接關係的法，固不是依國家而作成者，而且，即就國家的法而論，如概歸之國家主權的發動，和依國家的主權，得作任何國法云云，也不是正當的說法。

其第一缺點，在於不能說明國法中之不基於國家意思而成立者，恰像梅因(Sir Henry Maine)之正當指摘奧斯丁一樣，「國法」之主依國的立法而作成，事是比較近代的事，溯之稍古，即有國法學專依習慣而支配的現象，主權說固不能說明這一時代的法，而且，即在現代，慣習法也不是全不存在，其和制定法相併而成一重要法源，亦是不可爭的事實。贊成奧斯丁學說的學者，歸慣習法之所以成爲法的根據，在於國家的承認，即依法院的判決的承認，始得成爲法律，但法院把既已存立的慣習法，適用於具體事件，是即不能不承認慣習法之存在，原較判

決爲先。而且判決祇是行於發生爭執的具體事件，如果社會的人們，平穩確實地遵守秩序，而不起爭執，那判決即沒有發生的機會，而在這種場合，不可不說是慣習法之最確實地實行的場合，要之，慣習法是依慣習自身的力量而成爲法者，卻不是基於國家的權力而成爲法的。

國家內小社會的法，同時亦成爲國法，但其不基於國家的權力，而由於該小社會自作者，頗不鮮見。所謂「私法上自治的原則」，是指在私人相互間的關係上，依法當事者間的意思，而自作法之謂，即如前所述，私人間的「法」原則上不依國家的權力，而以私人自爲其「立法者」。此外如公司的章程，鐵道的乘車規程，以及工場的從業規則等等，都不是基於國家的權力者，但這個卻同樣作爲國法而受國家之承認與保護。

其第二缺點，在於忘卻法的目的——法對於人生的價值，不顧法之爲社會的規律，而認立法者所制定者卽爲法，於是立法者儘可恣其所欲，任意制法，法僅依立法者的意思而制定，至法的內容之正當與否，法對於社會盡有如何任務，與法之所以爲法，毫無關係，其結果恰像 V. Kirchmann 所嘲笑的——法律學祇是條文的註釋學，而沒有學問的價值。

法的存立根據，決不是和法的內容沒有關係，法是爲着作爲社會的規律，維持社會生活而存在者，所以法的內容，不可不適於這種目的，如果不適於這種目的，法卽不得存立。固然，法的具體內容，原不一定是絕對的正當，但立法者在作法的時候，卻不可不常望「作制正當的法」的目標而努力，決不是立法者可以任意地作法，而具高

能的權力，立法者僅僅是擁有判斷「怎樣纔是正常的法」的權能而已。即在承認立法權萬能的英國，也還承認使男變女，女變男爲法律所不能，這即不外乎承認自然法則，不是法律所得以變更的。而自然法則，不祇限於自然界的現象，即在人類社會現象上，因爲人類自身也是自然界的存在的緣故，在某程度內也不能不承認其存在，故國家的立法，也不能背反自然的法則。

其第三缺點，在於不能說明國家的意思，何以得成爲法的根據。把法的存立根據，祇求之於國家意思，要不外承認國家自身，立於法的世界以外之先天的事實——假定在國家的立法權以上之不可追溯的原理，在這種假定之下，纔能成立法是基於國家的意思而存立的主張。然而所謂立法權國家主權等等，決不是單純的法理的實力，其自身實具有法的權威，法的權威，是依着法而發生的，爲得以說明法的存立根據，不可不先說明這最高的法——國家，所以獲得立法權的根據。

社會契約說，是企圖說明這種根據的，即不祇以法的存立根據，屬於國家主權之上爲滿足，更進而探求主權自身的存立根據——歸之於社會契約。國民自己作服從主權約束，而受基於此約束的主權發動之規律。但契約之拘束當事人，自身即不外是法，所以契約說也不能說明法的存立根據，而和主權說陷於同一的錯誤。求法的基礎於法自身，勢必淪於拋棄說明的結果。何則？因作爲其基礎的法，自身尚不能不更求基礎，遂至遞轉無極。法的存立之終局基礎，不可不求諸於法以外。惟有由於自然而無可再溯的事實，纔能說明法的存立基礎。

## 三 歷史學派

恰和奧斯丁一派之以法爲國家主權的表現的學說，處於相反的地位者，是以薩維尼爲代表的歷史學派。它以法和言語藝術道德等等相同，等是民族精神的表現，法不是由於立法者的創作而成，卻是由於歷史的慣行，無意識地自己作成，自己發展者，恰和言語之自然地興起，自然地發達，而後作成「文法」一樣，立法者也不過是在民族精神，作爲歷史的慣習法表現而發達之後，將這種慣習成文化而已。和主權說之專重成文法相反，這一派的思想，以慣習法爲法的維一淵源——慣習法是民族的精神和國民的法的確信之表現。

歷史學派的思想，固然有半面的真理，國法在某程度內之受歷史的制約，自無容疑。其缺點所在，不顧人們是有理性的，而具着依其理性革新沈滯退化的歷史傳統的能力，過於重視歷史，過於重視各民族的特殊性，把民族精神神祕化，輕視普遍的正義，又過於重視習慣法之爲法的淵源，而不當地輕視了立法者的權威。

## 四 承認說

承認說的代表者是 Bierling，他在其大著 *Zur Kritik der Juristischen Grundbegriffe* 和 *Juristische Punzpienlehre* 裏，詳論「承認」是法的成立基礎的道理，他說：法是「在某些社會裏共同生活的人們，以之作爲該共同生活的規範的法則」。又說：「國的法律，也是因爲國民以之作爲有拘束力的社會規範，而承認的原故，故具有拘束力。國的法律，不可不被看爲應受拘束之一的規範」。即依 Bierling 所說，法惟有得着

服從該法者的承認，纔具有法的效力，但其所謂承認，不以自覺的任意承認爲必要，被強要的承認，無意識的承認，也不失爲承認。

承認說，原也不能否認其具有半面的真理。原來法之所以作爲法而能實行，如果和一般社會人們的心理無關係，即不得有法的效力。這即是法和實力之所以異，實力不足者，對於實力的威脅，因不得已而服從，但這卻不是衷心的服從，不過是爲着實力不足之不得已的結果。但我們之服從法的規律，卻和這個不同，不單是因爲實力不足而屈服，而是心理上認爲不得不服從它，這一般的心理，即是法的存立的基礎。在此種意義之下，承認說實不失爲含有正當的思想。但其缺點所在，是不把個人心理和社會心理區別明白，用由於個人心理作用而承認的語句，彷彿要服從法的規律的各個個人有一個一個地來承認的必要。其實法之所以爲法，不在於社會各個個人的承認，而在於社會一般的心理，這容後再詳述。

## 五 自然法說

法是基於事物的自然條理，或普遍的正義而存在的思想，在種種的形態上，自古至今不絕地被倡導着。法的概念，明明包含有正的要素。ius, Rechts, droit 等等法的意思的用語，同時亦即爲正的意思的用語，決不是偶然的。孔子所謂「天命之謂性，率性之謂道」云云——也是出於同樣思想的。天命所在者，即是事物自然的條理，從此條理，即是「正」的事情，而這「正」的事情，即不可不作爲法的內容。所謂自然法，即是立於這種思想根據



之下的，即在西洋，自遠古的希臘而至現代，均不乏主張之者。

不過如果看到現實地在施行着的法的具體內容，那實是依國和時代的不同，而大異其趣，在這裏，很難發見出統一的原理。現實的法的內容之違反正義，不適自然條理者，決非稀少，但它在權力履行之下，仍不失為法。因為這個原故，所以發生了排除正義的要素於法的概念之外，而專置法的存立基礎於權力之上的學說——權力說和自然法說，形成尖銳的對照。權力說以法是依着權力的擅斷而成，否認在其背後有普遍的正義思想的存在，反之，自然法說，則深信基於普遍正義的自然法則之存在，以現實的法，應該遵照這種自然法則為其理想。

在古代希臘，所謂詭辯學派和懷疑學派的思想傾於前者，否定自然的正義的存在，反之，蘇格拉底、柏拉圖、亞里斯多德等的理想主義的哲學，則承認正義的法則的存在，對於因時地而變化的實定法，而樹立不問時與場所出於自然的萬古不易的自然法。羅馬的從事於實務的法律家，也受希臘哲學的影響，在民法及萬民法之外，承認自然法的存在，以其為較市民法和萬民法優越的普遍法則，而且不僅以它為單純的哲學理想而已，且作為現實的法而應用於實際。其哲學的考察，極受斯托亞派的影響。在中世盛倡自然法的思想，和基督教的思想相結合，聖奧格斯庭 (Augustinus) 和聖阿奎納士 (Thomas Aquinas) 即其最著的代表者。十六世紀文藝復興以後，尤其於十八世紀，克諾秋士和浩布士二人以後，自然法學說，在新的形態下被倡導着。這和中世紀的神學說不同，是立於個人主義的合理主義的見地的。英國的洛克、德國的蒲蘇道諾夫 (N. F. V. Pufendorf)、湯瑪秋士

(Thomasius) 和法國的盧騷，都是其代表的主張者，至於康德的哲學，尤可說是這思想的最高峯的表現。

在第十九世紀，是歷史法學和實證法學的全盛時代，自然法學說，一時殆有被廢棄的現象，但十九世紀末葉以後，和新的法律哲學的勃興相併，自然法的思想，再為學者所支持，而謂「自然法之復興」。

自然法思想之含有真理，但看其自古以來，支配了東西洋許多偉大思想家的思想，而及於各國法律歷史上重大影響的事實，便可明瞭。但以是之故，遽認在現實施行的實定法 (Positive Law) 之外，還有具着一定具體內容的自然法存在，而謂其和實定法同有法的性質，終是難以贊成的見解。如果既已採取了法是強要的規律的見解，則法祇有實定法，在它以外，別無和它性質相異的法存在的理由。「實定法」一語的自身，原甚易招誤解，「實定」云云的形容詞，實可不用。因為法常是實定的，非實定者即不是法，所謂自然法，祇是法的理想而已。這在它本法所必須要求適合的理想，和在法的不明瞭的場合，以它為法的發見的標準二點說來，固是法律學上重要的要素，但「自然法即法」的學說，終難認其為正常思想。

自實力說以至自然法說——上述種種學說，原都含有某程度的正常思想，在論究法的存立基礎上，其不能輕視其中之任何一個，原無可疑。但都只偏於法的一面的考察，而未及於全部的考察，是其缺點所在。然如果要明瞭法的存立的真實根據，不能驚之一偏，而應該就其全體而加考察。

## 第二節 作為社會心理力的法

### 一 法的效力

在明瞭法的存立根據之先，應該把法是一種力 (Kraft)，而這種力保存在於社會心理之上的事實為前提的基礎何在的問題，即不外這種力怎樣地發生，怎樣地存續的問題。

法，至少在現代的狀態說來，概以由成文的法令規則為書面表現者為普通，但這些法令規則雖已作成，卻不就是法律——規定其效力發生的期日，至其期日，纔發生法的效力，這又因以後的被廢止，或其他特定原因的發生，而失其效力。在契約或其他法律行為的場合，也是這樣，其具備其要件的場合為有效，在不備的場合為無效。此所謂有效無效云云，即是或有着法的效力，或沒有法的效力的意思，皆是以「法」是一種力的事實為前提的。所謂某法令自某月某日起，發生實施的效力云云，即表示立法者要求自該日起，發生法的效力，又至「某月某日止廢止之」云云，也即是表示要求至某日止失其效力的意思。這所謂效力，即作為法的力的本體是什麼呢？這是我們應該首先研究的問題。

這決不是指物理的實力的意思，觀於法之不可不和暴力脅迫相區別，已可明瞭。強盜脅迫管理金庫者開庫，管理金庫者固不得不服從，但其命令，卻不就是法，何則？因為他祇是物理的脅迫的緣故。

但如果說實力和法無干，卻也失之極端，在很多的場合，法之所以爲法，就因着其背後具有實力的要素的緣故，有時甚至有把實力卻法表現得非常露骨的現象。戰勝國和戰敗國所結的媾和條約，即其最著之一例，國內法中之刑罰、警察強制、強制執行等，也不外是由於實力的強制。受刑的宣告而服從之者，在多半的場合，都不是依着自己的意思而服從，祇是因實力的強制，不得已而服從，何嘗有心悅誠服於受死刑或徒刑的課加的人呢？受警察檢束，被強制收容於矯正院或感化院，財產之被扣押公賣，都是實力的強制。在媾和條約的場合，至少在形式上還有當事國雙方的同意，戰敗國自身，也蓋印於條約而表示承認，在於國內法上的強制，既沒有被強制者的同意，也未得其承認，專依國家一方的意思，以實力而加以強制，而其實力同時也就具有法的效力。

雖則同樣是物理的實力的表現，強盜的命令，不成爲法，而媾和條約、刑罰、警察強制等，卻成爲法，這基於什麼理由呢？其區別何在？

這雖則同是實力，但在後的場合，是具有法的權威，而被看作正當的實力，而在前的場合，則不具法的權威，而不得不被看作不法的實力，換句話說，法的權威之存在與否，即是它們區別的所在，從之，這所謂「法的權威」，卽是法之所以爲法的本體，如果這樣，那所謂法的權威云云，是什麼意思呢？

這決不是和 Bierling 的承認說 (Anerkennungstheorie) 所主張的一樣，以法的權威，卽是服從其規律者自身以之爲正的意思。依媾和條約，而被課莫大的賠償金，被奪領土的一部的戰敗國，以之爲無理的壓迫，受刑

宣告的犯人，衷心也寧是不服其刑罰，但雖則如此，媾和條約、刑罰宣告，仍具有法的權威，而與服從其規律者自身之承認與否無干。

但其所以具有法的權威，固不在於物理的實力，而寧存於社會一般的心理。

媾和條約，雖則在戰敗國自身，是以之為不當的實力壓迫，但這所以仍具有國際法上正當的法的權威者，不外由於國際社會的一般心理上，以為國和國的爭執，結果不得不以實力的鬭爭，為決定正邪的標準，戰勝國戰勝的結果，犧牲戰敗國而獲得某種利益，事屬當然，戰敗國因為戰敗的緣故，亦終不得不淪於蓋印條約，而承認其義務的結果。在國內法也是這樣，於某時代，很多的國家，所以認決鬭為適法者，即不外由於該時代的社會心理，以實力為決定正邪的標準，得實力的勝利者，即贏得法的權威的緣故。強制執行和刑罰之所以成為法，也不是由於實力，而是在社會心理上，人們均以之為，不得不甘心忍受的緣故。

這種社會心理，即是法之所以成為法的實體，所謂法的權威，即是在社會心理上，認它為不可侵的權威的意思，這和在學界、藝術界、法界、財界裏，某些人之被一般認識為該界的權威者，同是基於社會心理而來，毫無所異。不過在其他的社會的權威，並不作為強要的權威，尊重其權威與否，任之各人的自由判斷，而法的權威，則為強要的權威，這是兩者僅有的差異。

法的效力，即法之所以為法的力量，在於社會心理的力之上，在社會心理上，以之為意思和利益的強要的規

律以後，始獲得法的力量，如果這種社會心理力薄弱，法即失其確實性，其力如果全失，法即致於消滅。

就成爲社會的心理力之點而論，是法、道德、宗教、風俗、言語等所有的社會規律之所同。新年立門松、佳節飾木偶、婚禮相舉樽、葬儀之用神式佛式等宗教儀式（譯者按：這些都是日本風俗）凡此並不是由於誰的命令，而是在社會一般的心理上，以之爲常則。言語、文字、文章等之有一定法則，而咸被遵守者，亦無非是由於社會一般心理之容認。法之所以爲法亦同此理——在社會內人們的一般心理上，以之爲不可破的意思和利益的規律，而被意識着。

試以角力爲例，角力的團體，如人們所知道的一樣，自角力者的粧飾等差，以至角力的方法，角力場的四界，決定勝敗的標準，及其檢查法等，都有嚴格的法則，屬於該團體的人們，未有敢違之者。雖則沒有像國法似的，以警察或監獄繩之於後，但比起國法來，卻更確實地具有規律力，而更嚴格地被遵守着。稽溯其所以具有這樣嚴格的規律力的原因，無非由於屬諸該團體的人們，都以之爲屬於該團體者之不可不遵守的規律，這就充分地說明着，依據該團體內人們的一般心理力而成爲該團體的法的事實。

在國法，也同其道理。固然因爲國家具有強大的主權，國法的大部分，依主權而制定的緣故，故很容易弄成歸國法的效力於主權，而不更求根據的傾向，前面所述的主權說，即不外這種思想的表現，但如前所述，國的主權，並不是單純的物理的實力，其自身爲法的權威，而其所以成爲法的權威，也是由於在屬於該社會的人們的心理上，

以之爲不可侵的權威而意識着。如果是物理的實力，自然不必於其上更求根據，是弱者本來所不能抵抗的，但法的權威，和天然的實力不同，離開社會心理，就不得而想像。一人的大將所以能够指揮萬人的將卒者，並不是說一人的大將的實力，較萬人的將卒爲勝，而是爲着在將卒的一般心理上，信賴大將的權威，而願服從的緣故。國的主權，也不可不求其根據於社會心理，即在社會心理上，具有應服從國家所定者的意識，國家所制定的條規，即因此而得有法的效力。

要之，法之所以獲有法的力量，是爲着在社會心理上，以之爲法而被意識着，而社會心理，所以意識它爲法者，因爲法在社會心理上，有引起這種意識的「力」。這並不是「實力說」(Machttheorien)所說的物理力，而是另一種力，即心理的力。在其背後，雖具有實力的要素，但卻不是事實上不可破的力，而是在心理上意識其爲不可破的力。

## 二 社會心理社會的實在

法是一種力，如果承認這種「力」，是支配社會心理的「力」，那就應該進而明瞭所謂社會心理云云的涵義。

這並不祇是構成社會的各個人的心裏集合。人們的心理作用，固屬於其個人的自身，但其心理上的知情意諸作用，無論其中的那一個，決不是和別人心理不生關係，而獨自構成，一方面，爲自祖先傳來的歷史傳統所支配，

一方面受同時代人們心理的影響，其結果，在屬於同社會之際，於某程度內，必發生該社會的人們的共通心理。這不一定是社會內所有的人們，所意識着的心理，而是社會的平均人正常人的心理，無論爲美感，爲正義感，爲道德心，都不必是社會內的人們不缺一人的，對於同一的事物，或有同程度的美感，正義感，和道德心，但社會的平均人正常人的心理上，對於何者爲美，何者爲正義道德等等，卻不能不有共通的標準。試以言語的法則爲例，生長於同一社會的人們，因爲教育和傳統之相互感化的力量，很自然地從同一的言語法則而說話，這是誰也知道的，即在社會的平均人正常人間，意識着共通的言語的法則，這在道德宗教風俗等其他的社會規律，亦是相同，要即由於社會心理的歸結，日本大理院判例，常有「社會通念」云云的用語，蓋即同一意思的表明。

就這種意義說來，在個人心理之外，另有社會心理的存在，實無可疑，盧騷所謂「一般意思」(La volonté générale)，歷史法學派所謂「民族精神」(Volkseele)，基爾克所謂「一般意思」(der allgemeine Wille)其所置重之點，雖然不同，而承認社會心理的存在則一，所謂「大和魂」，「日本精神」亦不外一種社會心理。法，亦是在這種意義下，支配社會心理的力，從之，它也是「社會的實在」(Sein)之一。

法，決不是論理數理樣的單純的思惟形態，而是實地存在於社會的力，法之施行云云，即法具有這種力的意思。要是這種力沒卻，法即消滅。不能施行者，亦不是法，而法是行於某時代或某社會者，即有着時間和空間的存在。這固不是物理的存在，而是在社會心理上是實在的，但這決不祇是思惟的法則而已。法，拘束人們的意思，要求爲



某事不爲某事，即是當爲的規律，法又是爲保護人們的各種利益，而調和其相互間的衝突而存在的，即是價值的規律，但使以法是在於當爲的世界價值的世界，而不存於實在的世界，那實是對於法的本質的曲解。所謂當爲的規律，價值的規律，是關於法的內容的問題，而非法之所以爲法的根據。法之實體，是法之所以爲法的根據所在，其爲在社會心理上的實在，和言語的法則，道德風俗法則之爲社會的實在，曾無所異。雖敢主張新年立門松，婚禮相舉樽的習俗之不能存在呢？這和二與二的「和」是四嗎？三角形兩邊的「和」比其另一邊大嗎？逆之必不能真的思惟法則者，全然不同。因爲思惟的法則，僅是給與我們以推理的標準，和時間空間別無關係，而不存於實在的世界。至法、道德、風俗等實踐的規律，則和思惟的規律不同，而是作爲實在的現象，爲我們行爲的標準，我們的行爲，苟是實在，則作爲其標準的規律，亦必是實在的。

### 三 作爲社會心理力的法的基礎

如果法之所以爲法，確是由於在社會心理上，以之爲法，換句話說，卽意識其爲意思及利益之強要的規律，那嗎，其次所發生的問題是，這種社會的心理力，怎樣地成立？又怎樣地被維持着呢？

這是和社會生活本身相關聯的。因爲法是社會的規律，所有的社會，必然有法的緣故，凡爲社會生活的基礎者，同時也是法的存立基礎。

而社會生活的基礎，如果是像上面所述的一面在於自然所與的人類天性；一面又在於人們的自覺意思，那

法的存立基礎，也和它相對應，即一面應求之於人類的天性，一面又應求之有自覺的人類自由意思。

在作為法的存立基礎的這兩種要素中，那一種是主要的呢？這依時代與社會而不同。至少在已達高度文化的近代的國法說來，因為在一面，法有絕對地明瞭之必要，一面又以社會生活的更複雜化，痛切地感到依理性而整調的規律的必要，因之，依自覺的意思所作的法，其占國法的大部分，實無容疑。其意思自然是由於在社會心理上，認為有作法的權威者的承認，依着權威意思，而定之為法，即具有基於該權威而有的法的效力，這可以叫做法的權威的基礎。

但是，那僅就現代的國法說來，國法的全部，也不是單由權威作成，因為這在社會是一面基於人類天性而存在的性質上，是不可能的，縱使國法的大部分，是以得以作為法的「法的權威」為基礎，其一部分，仍是直接地以人類的自然的天性為其基礎。

作為法的基礎的人類天性，更有分為兩種的必要，其一是人類的歷史本能或習慣性；其二是人類的正義感情或理性，前者可叫做法底歷史的基礎，後者可叫做法的正義的基礎。

權威歷史正義這三者都是法的存立基礎，偏於其中之任何一個，都是不正當的。分析法學派和實證法學派的權力說，偏重權威，歷史派的思想，偏重歷史，自然法學派的思想，偏重正義，其實惟有一併綜合觀察，纔能夠把握到法的真的基礎。

### 第三節 法之權威的基礎

#### 一 法是依着「法的權威」而定立的

道德風俗之遵守與否，放任各個人的自由判斷，固無明示其具體內容，而使人們得以容易認識的必要，但法是強要的規律，無論人們衷心之情願與否，必求其遵從。以故，其具體內容務須明白，若使在關於法的內容，發生爭執的場合，依權威以判斷其爭執，法的本來內容如何，依以明定。

這是法和別的社會規律之不同，而爲其顯著的特色之一——無論在何社會，或在任何形態之下，這樣的權威，都是有的。其權威強固，法亦從而得保其確實性，權威如果薄弱，則法容易被破壞，其法的力量之維持，遂不得不淪於困難。

得以定立法的權威，在怎樣的形態之下而存立着，這在各種社會，不一其致。其共通之點，在依該社會的一般心理，意識其爲具有法的定立的權威。如果這種社會心理未成立，那亦不得成爲法的權威，如果其社會心理成立，則依其權威所定立者，縱不適於社會感情，仍具有基於該權威而生的法的效力。

這種法的權威，是什麼呢？這不可不就各個社會，分別觀察，其和國家無關係的社會，姑置不論，專就國法和國際法而觀察，其法的權威，自不能不先求之於國家自身的意思，但國家自身之外，對於國內小社會的法之作爲國

家的法，而受國家之承認與保護者，在某程度內，亦應承認依着法人或一個人的意思而定立之。依國家的意思而定立國法者，第一是立法行爲，但並不祇是依立法行爲而作法，行政行爲和司法行爲，也有作法的權威。其依國內的法人或個人的意思而立法者，或是由國家賦予以這種權威或是基於國家的承認，前者如自治立法，後者如法律行爲。其在國際法，則這種法的權威，祇能求之於國家自身的意思。

## 二 國的立法行爲與國法

以國家的立法權爲國法成立的唯一基礎的看法，其錯誤自不待論，在國家的立法權以外，還有依着別的「法的權威」而作成的法，歷史和正義，也是國法成立的基礎，不僅如此，即就依國家意思而定立的法而論，在立法行爲以外，也不能不舉到行政行爲和司法行爲，然而至少在現代的國法說來，國的立法行爲，是國法成立之最重要最根本者，要無容疑。依國的立法行爲，作爲國法而制定的條規，叫做制定法規。國的制定法規，至少就現代的國家說來，是國法之最重要的淵源。

但以國的制定法規爲國法的全部，那是錯誤的見解，已如前述。而且，第一：所有的制定法規，不必就有國法的性質，其規定之性質上，不得具國法的效力者，也非沒有；第二：在立法者的意思，縱是把它作爲國法而規定的法規，但其未如文字所示而具國法的效力者，也有；第三：制定法規，在很多的場合，是不完全的法，僅此，國法的內容，還未具體的規定，國法內容的規定之更有補充行爲的必要者還有；第四：制定法規，不必以所作的法爲限，現在事實上

已作爲法而施行，不過更以文書表示的場合，也不在少。要之，就立法 (Law-making, Gesetzgebung, Rechtssetzung) 一語的意義說來，固應解爲制作新法的行爲，但事實上不必定是這樣，這是不可不注意的。

(一) 不得成爲國法的制定法規 國所制定的法令條規，普通叫做法規 (Rechtsakte)，這很容易把它解作當然是法的規律的規定，但法令的規定，原不一定就是國法，依其所定的內容如何，也有性質上不具國法的力量者。何則，具有作爲國法的力量者，要是意思及利益的強要的規律，而所謂制定法規之中，其全然不具有這種意思及利益的規律的性質者，固不在少數。

這可以想像到種種場合，其中最顯著者，可列舉如左列三種：

其一、法令所揭載的事項，祇是學問上的見解，哲學的人生觀，或其他單純概念的表現，而全無意思規律的性質的場合。人生觀和學問的見解，縱令是在國家的名義之下制定，且作爲公的文書而宣布，但這僅足以表示立法者當時所持的思想而已，別無作爲意思和利益的規律的效力。

依國的法令，而表示這種人生觀和學問的見解的事實，溯諸稍古時代，其實例很是豐富。尤其是在美國和法國革命之際——以新思想新人生觀改造國家的時代，爲普及宣傳其新思想，而以國之法令宣傳之者，其例尤多。所謂「人生而自由平等」，「主權必然屬於國民」，「主權不可分」，「所有權神聖」以及其他類似的哲學思想，在革命當時的美國各州的憲法，以及法國的人權宣言及憲法裏，數見不一見，這已爲人們所熟知者。就現代的



法令而論，這種實例，固已不很豐富，但把學問上的見解，和單純法的規律相結合，而表現於法律之上者，猶不鮮見。例如民法上基於法人擬制說的思想，而認財產自體得為法人，但法人擬制說之正當與否，固純粹是學問上的問題，縱令在民法的規定上，採用其見解，仍沒有拘束學說的效力。又在民法上雖定有法人的董事，有代理法人之權，但法人的董事，和法人的關係，果是代理關係與否，仍屬於學問上的見解，並不依民法的規定而當然化。要之，因為學問上的觀念和思想，並非意思規律的緣故，故縱使規定於公的法令上，仍不生法的效力，其正當與否，仍委之於學問的批判。「學說縱是以法律的形式而規定着，各大學教授，仍能够常加以反駁與變更」——*Ernst Meyer*。

其二雖是關於意思的規律，但不是現實的強要的規律，不過宣言將來立法的主義，規定道德的訓誡，或把本來已有的行為自由加以承認。例如很多國家的憲法裏，揭櫫「人民法律之前平等」的原則，但這個自身，並不是法的規律，不過是宣言將來的立法主義而已。且即在以同樣的語句，揭櫫平等原則的國家之中，依其現實的國法，亦不一其致，這觀於有承認男女之法律上的不平等，貴族之法律上特權可知。在日本憲法第二十條第二十一條，明定「日本臣民依法律所定，有兵役及納稅之義務」，但僅此，還不發生臣民的現實義務，其義務依法律而始發生。憲法的規定，祇是宣言臣民有兵役及納稅而貢獻於國家之道德的本分而已。法律又常常規定政府在預算範圍內得給與某種補助金的規定。這規定，既不是賦與政府以新的權能，也不是命政府以義務，全無強要的規格的性質。在預算範圍內，支出國庫金，原是政府之當然的權能，所以這種規定，不過是對於已有的自由所加的規

定而已。

其三、自本來文字上的意義說來，得爲意思和利益之強要的規律，但因爲和比其更強的國法相矛盾，違反自然的理法，超越立法者的權限，或缺乏其他效力要件等等之原因，終至不具有作爲國法的效力。(1)因爲國法的全體，應成爲無矛盾的一體，故如果制定法之中具有矛盾，其中之一個，必致無效。至其中之那一個，應該無效，第一係於法令的形式效力的輕重，效力強的規定壓服效力弱的規定，第二在同等的法令之間，依其制定時間的先後，後法優於前法。(2)國的制定法規，不得反於自然的理法。自然的理法，不是人力所能左右的，而制定法規，則僅於人力所及者爲限，有其意思規律的效力，故以在自然的理法上，屬於不能事項爲內容的條規，不得認其有國法的效力。例如緊急命令的發布，原有應諮詢於樞密院的制限規定，但在關東大震災之際，交通斷絕，樞密院開會，爲事實上不能，以故，當時的政府，不經樞密院的諮詢，而公布緊急命令。這就法令的文字而論，固是違法，但就事實上說來，在諮詢不能的場合，無論有若何緊急的必要，絕對的不准頒發緊急命令，那明是反於自然的理法，從之，在這種場合，不顧法令的規定，亦屬適法。(3)屬於立法者權限之外者，亦不得有作爲國法的效力。就國的最高立法說來，固是別無權界限的規定，但屬於其下者，僅在某程度內賦予立法權，如關於各部部长府縣知事的命令，祇在其所與的範圍內，有國法的效力，若此外的事項，既非法所定的權能，從之亦不得不無效。

(二)不依法規的形式改廢的國法的變遷 國的制定法規，除法規含有消滅原因的場合（附條件或附期

限的法令)以外以依後的法規形式的把它改正廢止,或依和它相抵觸的同等法規或比它效力更強的法規的制定,而失其效力者爲常,此外不經這種形式的改廢,法令的文字,仍照舊存在,而依其規定所示的現實國法,自然地變遷者,亦不在少。因爲國的立法行爲,並不是國法發生的唯一根據,此外行政行爲和司法行爲,在某程度內,也有作法的權能,歷史的慣習,社會的正義感情等,也同是法的存立基礎的緣故。

其中,作爲制定法規的國法的「力」,依司法和行政機關的權能,不免大受影響,制定法規的規定,祇是一般抽象的規律,其具體適用,屬於司法或行政官廳的權能,以故,依着司法及行政機關之解釋的變化與適用如何,雖制定法規的文字相同,但在現實的國法,已生不少的變化。依法院的判例,而使國法變化之最著的例,可求之於英國的衡平法(Equity),但同種的例,在某程度內,各國的法律歷史上,都看得出來的。瀧川政次郎博士在日本法律思想的特質裏,以「大岡裁判」的特色,在於把不適於時勢的峻烈刑法,排除其適用,超越法條,而使社會人的正義觀念,感到滿足。所有的法規,一旦制定以後,必有固定性,難應社會的必要,而不絕地改廢,但社會的事情,卻是常常變遷,所以制定法規和實際社會的必要之間,不免發生若干的離隔,以其離隔之顯著,而爲適應社會的正義起見,制定法規的文字,雖毫不稍動,但依準繩於衡平法原則的判例,加國法以某種的修正作用,這可叫做「裁判的法修正作用」(Quasocorrigendi)。這在現代實不乏其例,就行政行爲說來,不特也和裁判行爲一樣,而且因爲行政行爲自由裁量的範圍很廣,其制作國法的力量,遙較裁判爲著。即在行政行爲中,嚴格地受制定法規的拘束,



而無自由裁量的餘地如租稅法規者，但所得稅、營業收益稅、遺產稅等等，為決定課稅標準，有認定其價格之必要，依其認定的斟酌，雖在同一稅法之下，其稅額之或多或少，有相當之伸縮範圍。至於自由裁量範圍很廣的警察法規等，雖在同一法規之下，依行政機關的裁量，或寬或嚴，其變動餘地更為廣大。

制定法規的國法的力量，還依着社會之事實上的慣習和社會意識的變遷而受影響。這如後面所述，因為事實上的慣習和社會的正義感情，都得發生法之直接的淵源的緣故。受法規之適用的社會事實變化，或為法的根基的正義感情推移，則法規的文字雖無改正，而其作為國法的力量，仍不免自然地變遷。就依裁判而生的法修正作用而論，正確地說起來，寧是在裁判以前，或依事實上的慣習，或依正義感情，已成立了和制定法規條文相異的法規，裁判不外從此新法而裁判而已。如其不然，那其裁判即是違法裁判。說依裁判而修正法，寧說依慣習或正義而修正法，裁判不過就之宣告而已，即在這種場合，照制定法規的條文而適用，卻是違法，寧是適用其修正者，纔是正當的法的宣告。

(三) 法規的不完全性 即就現實地具有作為「意思及利益之強要的規律」的力的制定法規而論，在一般的場合說來，祇是一般抽象的規定，僅對於現實的規律，作為其基礎的標準，而不逕依之直接地作為意思和利益的規律者甚多。這還是不完全的現實規律，還沒有完成為法，依着行政行為和司法行為之補充其缺陷，始完成為作為現實的規律的法。

這巨法的各部門而皆然，姑以行政法爲例。行政法規，有命令法——即命以某種義務的法，和能力法——即與以某種法律上的力的法兩種，其中之任何一個，皆包含（A）依法規自身，直接地課以某種義務或賦與某種能力，無需其他行政行爲的補充，和（B）法規自身，僅規定行政行爲的基準而已，並不直接地課以某種義務或賦予某種能力，依基於該法規的行政行爲的實踐，纔現實地課以某種義務，或賦與某種力量的兩種情形。例如依未成年入吃烟禁止法，而禁止未成年人的吃烟，依日本銀行法，而賦與日本銀行以發行兌換券的特權等爲前者之例；內務大臣得基於出版法，禁止出版物的發行，收用審查會得基於土地收用法而爲土地收用的裁決等爲後者之例。在第一場合，僅依法規，即爲法的完成，在後的場合，則依法規和行政行爲的相結合，始爲法的完成，法規僅是規定其基準而已，還未完成爲法的規律。就刑罰法而言，法律上「爲某種行爲者，處以某種刑罰的規定」還未完成規律，依裁判判決，認其有某種行爲宣告科以某種刑罰，始完成關於刑罰的規律。至於私法，依私法上自治的原則，多以法律行爲，規定一切，國的制定法規，祇規定一般的標準而已。在發生爭執的場合，依法院的判決，其規律始行確定。

（四）編纂的立法 國的制定法規，也不必是新作的法，其祇是把現已存在的國法，明白地表現於文字者，亦非鮮見。所謂法典的編纂，固然有一部分是編纂新法，但其大部分係基於舊來的慣習，爲求明白的目的而爲者。在後之場合，並不是國法的變更，縱然是新法律的制定，但卻是同樣的國法的存續，法律的制定，原不一定是法的制

定。

### 三 行政及司法行爲

并不僅是國的立法權，有作法的權威，行政行爲和司法行爲，在某程度內，也有作法的權威，這已有如前述。

先就裁判判決而論，判決常是就現實的具體事件而爲法的宣告的行爲，其作爲法的效力，祇以某特定事件爲限，但一旦就某事件下過某種判決以後，苟無特別的反對理由，對於將來的同樣事件，亦以下同樣的判決爲合理而適於正義感情，所以在社會心理上，有認識其判決所示的法的見解，是並規律於將來的法的傾向。尤其於最高法院的判決，支配下級法院的見解，最高法院自身，除依據特別理由以變更判決的場合外，亦以率從先例爲普通，所以，裁判判決，尤其是最高法院的判決，雖原是祇適用於某特定的具體事件，但卻具有對於將來的同一事件適用的力量，故在這一點說來，在某程度內，也和立法有同樣的作用。所謂判例法(Judge-made Law, Case Law)卽是以判決而有成爲一般法的力量的意思。

裁判判決，固是以制定法規爲前提，受法規的拘束，不可不從之而下判決，「司法權依法律行之」的規定，卽是這種意思，但司法權，決不僅是機械地依照一般的法規之所定，而適用於具體事件而已。司法權雖在立法權之下，但在某範圍內，卻能依着自己的獨立判斷而宣告，其對於法規之作用有三。第一：發見法規的正當解釋，而適用於具體事件(*ius adiuvandi*)。第二：補充法律之所缺，對於具體事件，使法臻於完成(*ius supplendi*)。第三：在法

規依慣習法或正義的要求有修正必要的場合，爲法的修正 (*ius corrigendi*)，法的解釋，法的補充，法的修正，此三者，是裁判判決關於法的定立所爲的重要作用。

在行政行爲，也有同樣的事實，「判例法」一語，流行得很普通，「行政先例法」一語，一般卻不很用，但恰和法院的判決之爲特定具體事件的法并爲將來同一事件的一般法者一樣，行政上的先例，一旦定爲先例，對於將來同一的事件，亦以率從爲普通，故行政上的先例，亦不祇是特定一事件的法，而有成爲將來同一事件的一般法的傾向。

要之，關於某種事項，雖有制定法規的規定，但第一：因爲制定法規的文字，不能完全地表現思想的結果，往往依其文字，難以明確知道起草者的意見，而且，制定法規，并不是起草者個人的意思，而是具有國家的意思的效力，所以法案起草者的意見如何，和法規的效力無直接關係，應專依其文字，而推定國家的意思，但文字所表現者，縱是非常嚴密，仍不免難於完全表現思想，在同樣的文法，而有作種種解釋之可能者，殆是不能免的結果。裁判行爲和行政行爲，即是判斷在這種種解釋之中，孰爲正當，而宣言法的權威的作用。第二：制定法規的文字，常在有意識無意識之間，就其規定的文字，留有甚多的空缺，其規定所遺漏的事項，依司法判決或行政行爲而補充，即以補充法的空白，而使法臻於完成。第三：制定法規，或以其文字所示的意義，反於正義的要求，或因多年的慣習，而成立與其文字意義不同的「法」，如專以與其文字意義不同的解釋爲正當，則依裁判或行政行爲，以爲修正的作用。試

證之於日本大理院的判例：在烟草專賣法上規定有「消費應納付於政府的烟業者處以某罰」的明文，但消費代價不及一厘的烟業者，以之爲不合於右的規定，認爲無罪，法令上禁止「狸」的捕獲，有違反之者，應處某罰的規定，而在動物學上雖以貉與狸爲同一物，普通卻信之爲別種動物，以故，不知二者之爲同一物，而捕貉亦以之係不合於右之規定認爲無罪，在藥劑師法裏，有藥劑師應依醫生署名或蓋印的藥方而配藥的規定，但藥劑師因爲應緊急的必要，依醫師電話之通知而配藥者，亦認爲和上面的規定，無所抵觸。在最後所舉之例的大理院判決裏，有「在社會通念及人情上爲妥當」之句，即依社會心理和正義感情說來，寧以這種修正的解釋爲正當的意思。

#### 四 自治立法及法律行爲

在國內小社會的法，同時作爲國法而受國家的承認與保護的場合，或國家自身逕行規定，或任之於該社會自身的規定，同時認其有國法的效力。自市制町村制以至關於其他各種法人的各種法律，以及民法商法等其他私法規定，是前者之例，市町村條例水利組合的規約公司的章程，以及其他各種的法律行爲等，是後者之例。

屬於後之例者，更可分爲二種，其一是基於國家授與的立法權者，是爲自治立法，其一是僅由國家加以承認，并不是國家的授權，而是發其權原於其社會本來的力的容許者，是爲法律行爲。

(一)自治立法 至少，在近代中央集權的國家說來，統治權是專屬於國家的，而不認國內其他團體之具有自己本然的統治的權力。如果在國家之下，具有統治的權力的團體，那不得不是由於國家所授與者。由國家授與

以這種權力的團體，即是地方公共團體，地方公共團體，基於國家所與的權力，以規定在其權力之下的人民和團體的關係的法，叫做「自治立法」。

自治立法權之所以為統治的權力者，第一：受其法的規律者非如普通的社團法人之祇以特定的社員為限，凡入其地域者，無論何人，均不得不服從其規律，即其權力及於不特定人。第二：它伴有強制力，對於違反其規律者，得以團體自身的力量，或科以制裁，或加以強制執行。得以規律不特定人的意思和利益的力，且自己得以強制力以維持其規律的遵守者，僅以統治的權力為限，統治權既專屬於國家，故自治立法權，亦不得不由於國家的賦與。自治立法，就其為立法行為而論，和國的立法，性質上初無所異，不過其力僅是存於國家所與的限界以內，故僅是在國的法律之下，於法律所與的範圍內有其效力。

至於自治立法的實例，以日本而論，府縣條例及市町村條例，實其最主要者。其得以規定的內容，祇以地方的行政法為限，其維持的力量，亦多是屬於團體自身的力量，不過同時受國家之保護，或由監督官廳和行政法院加以保護而已。

(二) 法律行為 在地方公共團體之外的國內小社會的法，在國家所承認許容的範圍以內，得由該社會自己規定，並作為國法而受國家的保護。這並不是基於國家所與的統治權力，寧是依小社會自身的固有力量，有定立該社會的法的權威，再由國家加以承認，這可總稱為「法律行為」。這並不是把民法上所用的法律行為的觀

念來推廣適用，不過爲和國家的立法行爲司法行政諸行爲相併立，便宜上借用這種名稱而已。

國家內的小社會之具有依其社會自身的力量，制作規律該社會內的法的權威，原不待國家的承認，依自然的社會心理而承認之，這是社會自身固有的力，無須國家的保護，恰如競技的規則，和國家別無關係，依競技社會自身的力而制作者一樣。不過因爲作爲國法而受國家的保護，故有得國家承認之必要，但這祇是承認而已，并不是由於國家所授與者。在這點說來，法律行爲和自治立法，異其性質。自治立法權，是由國家賦與的權威，而法律行爲，則是基於自然的社會心理的權威。

法律行爲，應分爲團體行爲和各個人的行爲二種。在團體之中，地方公共團體的自治立法權，固是基於國家統治權的賦與，始具力量，若其他一般團體，無論爲公團體私團體，關於其團體和社員的關係，得依該團體固有的力量而自爲規定，不必俟國家之賦與。固然，在公的團體，以強制社員之加入者爲多，而這種加入強制，固非依國家的權力不可，從之，公的團體的設定，亦有依國家的權力之必要，但團體成立以後，團體的所屬員，在團體目的範圍內，當然受有服從其規律的拘束。刑罰和強制執行等強制力，固是專屬於國家統治權的力，除由國家特別賦與的場合以外，團體不能自由行使，但在團體目的範圍內之規律社員的力，團體既已成立，即不能不專屬之團體。這在團體的性質上爲當然，苟其不然，團體即不得成立。即在僅是一時的單純的目的的團體，如觀光團、懇親會者，苟成爲團體，必置幹事，如爲觀光團，則關於旅行的日程、參觀的順序、寄宿的場所等，如爲懇親會，則關於開會的日時、場

所、會費等，會員均應受幹事的指揮。團體對於社員有這樣的力量，是所有團體的共通的性質，這可叫做社團權。社團權在僅是對於特定的社員的權利，且不伴有強制力之點說來，是和統治的權力之所以異，因為不伴有強制力的緣故，在為維持團體的規律而有強制力必要的場合，即不得不仰賴於國家的保護，依團體自身固有的力，是不得而為的。而國家既加以保護，其團體自身的法，同時即具有國法的效力。例如基於公司的章程或公共組合的規約，對於社員所為的法律行為，即是此種團體行為實例，這些一面為團體的法，同時又為着受國家的保護之故，亦成為國法。

在未構成團體的各個人相互間發生關涉的生活，原則上，僅依當事人雙方意思之一致，而成立相互間的法。這即是契約，個人相互間的法律行為，要以契約為常態。這固不是由國家所與的力，事是在人類的正義感情上所生的自己所約束的事，同時即不能不守的自然的心理，基於這種自然的社會心理，乃具有強要的社會規律的力。至其同時作為國法而受國家的保護，尤其對於契約不履行者，由國家加以強制執行的事實，其為基於國家承認的結果，自不待言。

在私人相互間的關係，以依契約的規定為普通，服從該規律者之對於規律的同意，即是該規律的基礎，但即在私人相互間的關係，也不必絕對地以服從該規律者之同意，為其絕對的要件，有時也能够以私人的單獨意思，而作成規律別人的法，這并不以服從其規律者之同意為必要，而當然具有規律的效力。親以其子為別人的養子，



在子雖無絲毫的同意，尙不能不從其所定，戶主以遺言規定自己財產的處分方法，在繼承人自身，雖不滿於其遺言，仍不能不遵照其遺言而執行。火車的乘客，固未必每人都看到鐵道局的乘車規程，而表示同意，但既乘火車，斯不能不受該乘車規程的規程。工業勞動者，固未必同意於工場主所定的從業規則，但既是該工場的工業勞動者，即不能不服從該規則。凡此等等，都不問服從其規程者之同意與否，而具有規程的效力。但這并不是國家所與的力，寧是根基於社會心理，國家僅與以承認，并未授與，這不是國家立法權的行爲，而是法律行爲。

準上所述，法，間以慣習法條理法的方式，自然地成立發達，但法的大部分，至少在現代國家，是依自覺的意思行爲而作成，而依於自覺的意思行爲所作的法，以國家的立法行爲爲其最主要者，但所有的立法行爲不一定是作成新法的行爲，所以在國家的立法行爲之外，司法行爲，行政行爲，自治立法及法律行爲等，都是作法的意思行爲，如果把制定法一語，作廣義解釋，而稱所有依自覺行爲而定的法爲制定法，那這些亦即不外制定法。

##### 五 自律的法與他律的法

法的規律，是強要的規律，而所謂強要，通常容易把它解做以外部的力量妄加強制，即他律的強要的意味。實力說和主權說，是其最顯着的代表，實力說，因爲以法爲實力的壓迫的緣故，固以法爲純然他律之規則，至於分析派的主權說——即以法爲主權者命令的學說，也是以命令權者和服從其命令者之對立爲前提，以法爲命令權者定以規律其服從者的。

但說法是強要的規律，固不是依恃實力無理強制的意思，也不一定是上對下的命令的意味。這是心理的強要，以意思的自由爲前提，係具有自由意思者，依於自己的意思，認其爲必須遵守。依自由意思的遵守，比較由外部而加的強制，寧更確實。在國法的大部分裏附隨着刑罰制裁，和強制執行，固是確保國法遵守的一個有力原因，但一般地說來，國法之所以被遵守者，與其說是由於外部的強制，毋寧是以服從該規律的人人自身，意識其係不可不服從者爲其主因。

法的強要性，像這樣的，主由於內心的遵法心，是法的本質，原不以他律的爲必要，可以斷言。自己規定，自己遵守，遂較依於他的權威的規定被動地遵守者，爲更強其遵法心，實無可疑。

自律的法，第一可於私人相互間的法律行爲見之。契約之所以拘束當事人，由於當事人自身的同意，即不外當事人之基於自己的意思，而自爲規律。這固是和相對人間的約束，其成立原參加有相對人的意思，在這種限度以內，原含有他律的性質，但至少還是依於自己意思而爲約束，就其所以發生規律力的根據說來，明具有自律的法的性質。或求契約所以拘束當事者的根據於國的法律，謂因國之法律的強要，而生其規律力，但國的法律之加以容認，係指陳它不僅爲當事者間的法，同時且作爲國法而受保護的要件，卻非契約所以有拘束力的根據。在當事者間的契約之具有法的規律力，僅是基於契約自身的力，而不是由於國家的權力。但若國家不加以承認，則於契約不履行的場合，或發生爭執的場合，當事者卻不能請求國家之保護。

這種事實，在國際條約上，尤為明瞭，因為立於國家之上，而監督保護國家的權力，全不存在的緣故，國際法之所以具有法的效力的根據，不得僅求於國家自身的意思，其為國家之自律的法，至為明瞭。不過在國際條約的場合，和普通私法上契約所異者，在於因為立於國家之上的權力不存在的結果，在關於條約的效力發生爭執的場合，除依條約以國際司法裁判或仲裁裁判之類的手段解決外，要不外依諸當事國相互之間的交涉，而為解決。

至於單獨行為，其為自律的法，更為明瞭。契約的成立，以相對人之同意為必要，在這種限度內，固加入他律的要素，但單獨行為，卻一以行為者自身的意思為歸，行為者自身受其拘束，故純是自律的法。債權者之拋棄債權，祇是依於債權者自身的意思，而無須債務者的同意，但一旦對於債務者免除債務以後，其債權即作為消滅，而不得再請求債權之履行，即債權者依其所規定者，自為規律。固然，以單獨行為而論，和別人毫無關係，僅是自己設定所以自律者，固沒有社會的規律的性質，從之，也不生法的效力，但既向相對人表示，或以其他的某種方式，發表於社會以後，已不僅是一己的規定，而為對於相對人或社會的誓約，故縱是自己一身的單獨行為，尚應受對於相對人或社會守其誓約的拘束。

第二：自律的法，在依於國家權力的立法裏，也可以看到。國家的制定法，固是國家和人民間的法的規定，一般人民之服從其規律，固是他律的，但所有國法，原不僅規律人民，國家自身也受其規律，而國家自己立法復自受其規律，這在國家說來，實是自律的法。國家的立法，國家自身也受其規律，國家受有不得不服從之的拘束——這件

事，以耶林克主張尤烈，這無疑地是正當的。這種思想，可說是近代立憲的法治政治的根底，緣所謂法治政治云云，即裁判和行政均不得不服從法律的意思，而裁判和行政即不外國家的作用，故說它不能不服從法律，即等於國家之不得不服從法律。刑罰法，在一方面說來，固是「人民之有一定犯罪行為者，有被處以一定刑罰的義務」的規定，但在另一方面，卻是限定國家自身，祇能從這種法律之所定，而行使刑罰權，國家也不能不受其拘束。如果法院違反法律而為裁判，那是違法的裁判，被告人至第三審止，均得為請求廢棄原判的上訴。租稅法，一方面固是命人民以納稅的義務，一方面也是國家自身，應從此法律規定而徵稅的約束，如果在法律所承認範圍外而賦課稅，那是違法的課稅，納稅者得向行政法院起訴，而要求該課稅的取消。要之，所有依國家立法權而定的法，一面是對於人民的規律，一面是國家自身的規律。在支持主權是萬能無限制的權力之說的人們，以國家之服從法的規律，為反於國家主權的性質，但如果否定國家之服從法的規律，終至以國家為單純的實力團。國家的主權，不是單純的實力，而是法的權威，而所謂法的權威，必然地以服從法的規律，為其觀念的要素。苟不服從法的規律，那是存在於法的世界以外，亦不得有法的權威。

不僅立法行為如此，司法和行政行為，也可說是同樣的。依司法判決而宣告刑罰，一方為對於特定的被告人，命以應服從某種刑罰，一面又作為國家自身的自律的行為，而定應科的刑罰，不可不依其所宣告者而為執行。依行政行為，就一定的租稅金額，而發付徵稅令書，這固是對於納稅人命其納付的行為，同時也就是規律國家自身

的權利，限於依該書之所定，請求納付。要之，無論司法判決或行政行為，均是對於國家和人民兩方面，有其規律力。國家人民兩方面之都受其規律，恰和立法行為一樣，這在人民說來，固是他律的法，而在國家說來，則是自律的法了。

在國家之下的各種團體的法，也是這樣，團體之制定法規，一面規律其所屬員，一面也規律其團體自身，這事是當然的道理。

#### 第四節 法之歷史的基礎

##### 一 歷史的事實與法

薩維尼等歷史學派的人們，以歷史爲法的成立的唯一根據，這固失之極端，但歷史是法的成立之一重要根據，則是不容爭者。制定法的大部分，也是因爲在其背後，有歷史的基礎的緣故，故得有法的權威，但在制定法，所以得有法的力量者，事以制定者的權威，爲其直接的根據，歷史祇是其背後的根據，反之，歷史的事實，不以立法者的權威爲介，依事實自身的力量，而直接支配人心，在一般社會心理上，意識其爲強要的規律者，則爲慣習法。

關於慣習法所以爲法的基礎何在的問題，在法的存立基礎，歸於國家權威的學說，求之於國家的裁判的承認，其初祇是事實上的慣習，依法院的承認，纔成爲慣習法。三谷隆正教授的近著「法律哲學原理」對於法的

本質，雖是給與很多有益的暗示，但關於此點，還是追從上述的見解，而說「法院以祇是事實的慣習規定為內容以爲其判決的準據時，在這種時候，這種慣習的內容，被作爲法律的妥當價值而確立了」。

但以法院的判決，爲慣習所以發生法的力量之根據之說，第一有僅置重私法的慣習法，而不顧憲法的慣習法和行政法的慣習法的缺點。慣習法，並不是僅存於私法的範圍，即在憲法和行政法，也不能不承認慣習法的存在，而作爲憲法淵源的政治慣習，和作爲行政法淵源的行政慣習，卻不成爲民事裁判的問題，殆可說是並不發生依法院的判決而承認的現象。若以慣習法爲依於法院的承認而具有法的效力者，終必至陷於在憲法行政法範圍內否認慣習法的存在的結果。第二，即單以私法的慣習法而論，以法院的判決，爲其所以成爲法的根據，也是因果倒置之論。事實上，是慣習法既已成立，法院以之作爲法而爲宣告，並不是依法院的判決，纔成爲法。如果祇是事實上的慣習，而未成爲法，那法院並沒有以之爲法的權力，如果法院竟任意認其爲法，那該判決就不免是違法了。

慣習法之所以具有法的力量之根據，在於慣習自身的力量，恰如耶林克所說明的一樣：「人類對於不絕地在其周圍，平日常常感覺而無間斷地運行者，不僅以事實視之，事是以它爲判斷審查其他不常見事象的規範。這決不僅是倫理規範或法的規範，而是日常生活的百般規範，觀其對於交易和習俗等之支配價值，可知在大多數的人們，以其故鄉的飲食爲美味，自己種族的容貌爲美觀，尊重在於自己周圍的戚友的判斷，以自己所屬的社會

階級底生活態度爲正當」。這無疑的是人類的天性，基於這種天性，遂使事實本身，有成爲人類的規範的傾向。耶林克稱它爲「事實的規範力」(Normative Kraft des Faktischen)，以它爲慣習法所以成爲慣習法的根據。它說「在一切國民之中，最初，法是以事實上的法的資格而施行着。因爲繼續地行使的緣故，意識其所行者爲適於規範，從之，其規範自身，又作爲該團體的權威命令，成爲法的規範，而被認識着——這是解決慣習法問題的關鍵。慣習法，既不是民族精神的表現，也不是由於全體的確信，更不是因於國民的默示的意識行爲而成立。它是基於把一再不絕反覆表現的事實，認之爲規範的一般心理。慣習法所以具有拘束力的基礎，和禮儀以及流行的拘束等，完全同其淵源。」

慣習法的基礎，僅在於這種人類一般的自然的天性。如果更加以心理的解剖——人類有模倣他人行爲的堅強的模倣性，人類的判斷，常受自祖父而來的遺傳，幼時以來的教養，周圍的環境等等的影響，人類現在之所爲者，將來往往續爲，這固可舉出種種的要素，但其基於此種自然的心理，事實上以之作爲意願和利益的規律而實行。該規律最初原是實力的表現，或由於偶然發生的事實，嗣因其在相當時間內，繼續運行之故，在一般人的心理上自然而然的，意識其爲不可不守的規律。

舉例證之：革命政府，以後所以成爲正當的政府者，要不可不求其根據於人類的天性。革命，在最初說來，無疑的是不法的暴力，重大的犯罪，但若依革命而打倒從來的政府，革命政府獲得政權，如果更無對抗革命政府的反

動勢力興起，而革命得以平穩地維持其政權，即在國民的心理上，意識其為正當的政府，那這就不僅是實力，而是有一般社會心理根據者，從而形成法的權威。

在私法上，慣習法所以存立的根據，亦無所異。歷史法學派，以慣習法為民族精神的表現，而適於國民之法的確信者，但私法上的慣習法，其最初多是一地方的慣習而行於特定地方，漸次普及於其他地方，即在現在，祇是於一地方的慣習法，亦不在少。而這種地方的慣習法，固不能視為民族精神的表現，實在明瞭。即就適於國民之法的確信而論，其所謂法的確信，如果作為正義感情的意思解釋，亦難謂其具有正當的根據。就慣習法的成立根據而論，在很多的場合，均不是基於理性的判斷，認其為適於正義，除特別情形外，事是以率從從來慣習之人類的天性，為其根據。依各意而證明契約成立，依交樽而表示婚姻的成立等等慣習法，又怎麼能夠求其合理的正義的根據呢？

要之，長久地作為意思和利益的規律，而行於某種社會之事實上的慣習，依它自身的力量，而支配一般社會心理，從之，在社會心理上，亦意識其為不可不守的規律，法的力量，於是而生，日本舊時代的法律歷史，主由於慣習而成，這即慣習依其自身的力量，而形成為法的明證。

## 二 事實上的慣習與慣習法

慣習法固和單純事實上的慣習有異。在社會生活上，人類的意思和利益，事實上雖受着某種法則的規律，但



僅是這樣，還未具有法的效力。其所以能成爲慣習法，要在社會心理上，潛識其爲不可不遵守的規律，苟其違反，那在義務法，是社會上所不許者，卽爲「不法」，在權利法，則以其所定的權威不發生，而意識其爲無效。

英國的憲法學者，尤其是戴雪 (Dicey)，把憲法的習俗 (Conventions of the Constitution) 與憲法 (Law of the Constitution) 相區別，大陸多數的學者，也翕然風從，基於同一的思想，而謂 Conventions 一語，僅是事實上的政治慣習，而未成爲法。違反這種政治慣習，祇是非立憲或不穩當而已，既非不法，亦非無效。

事實上的慣習，和慣習法的區別，一以在社會心理意識之爲法與否而決，但果經意識與否，事實上難以明瞭，這是慣習法的不明確性。

使它在某程度內，得以明瞭者，要推裁判判決，依裁判而承認某慣習法的成立，以之作爲法而宣告以後，卽是以國家的權威，公認其爲法，從之，這不僅是單純的事實上的慣習，而爲慣習法，但一旦依裁判判決加以承認之後，那就不祇是依慣習自身的力量，成爲法律，事是直接依據於國家的權威，從單純的慣習法，進而爲判例法。慣習法和單純的事實上慣習的區別標準，不在於依國家的權威，承認與否。法院之承認其爲法，原於在裁判前，既已成爲法的緣故，而法院不以其爲單純的事實上的慣習，事認其爲已作爲法而成立，要不可不有相當的根據，這種根據，卽事實上的慣習，和慣習法所以區別的標準。

這種標準，在形式上頗難確定。其通常要件固可舉出：(A) 互相當長久的期間內，引續慣行，(B) 恆常爲一般

人所遵由者，(C)不違反正義，(D)不違反制定法等。但這些要件自身，既已缺乏明確性，且亦不能謂為絕對的要件。結局，要不外求其標準於社會心理的認識，即在社會心理上，認其為強要的規律與否，即是單純事實上的慣習和慣習法之所以區別的標準。

例如：慣習法的成立，普通多以亘多年之久，引續慣行，為其通常的要件，但以若何的年限引續為必要，依慣習的種類而不同，殆難定一定的標準。如依革命而變動政權的事實，其事實自身，事實上固具有支配人心的權威，從之，其具有法的權威，亦無須很長的時間，觀於俄國和德國革命之例，可以知之。在議會慣習和行政慣習，也是這樣。議會的議事，和行政上的辦理方法，極著尊重先例的傾向。一旦某先例成立以後，如無特別的反對理由，多以遵循其先例為常，而且因為議會和行政官自身所具有權威的緣故，無須長久期間的反覆表現，即具有法的力量。反之作為私法上慣習法淵源的慣習，是民間的慣習，而因為人民自身未具權威的緣故，民間慣習要有法的力量，須以相當長久的期間內，繼續地慣行為必要，但這也依其適於正義的要求，合於制定法規的精神與否，其成為法的期間，亦有長短差等的不同。

### 三 制定法與慣習法

在文化程度較低的時代，事實上的慣習，為法的發生之最重要的淵源，國法的大部分，都由於慣習法而成立，但跟着文化的發達，與社會生活之複雜化，在現代的國家，國法多由於制定法而構成，慣習法之作為國法的淵源

僅占從屬的地位。在刑罰法上，基於罪刑法定主義的原則，完全否認慣習法的成立。至於憲法、行政法和私法的範圍，至少在日本的國法說來，原則上固是採用成文法主義，但決非絕對否定慣習法的成立，在某程度內，也承認其成立的。

法例第二條規定「不違反法的秩序或善良風俗的慣習，在法令所承認，或關於法令所未規定事項的範圍內，與法律有同一效力」，這是以法律的明文承認慣習法在某一定範圍內有其效力的。基於這種規定的慣習法，不僅依慣習自身的力量，而且依法律力量承認其法的權威，但如以這個原故，祇求慣習法所以成爲法的根據於國家立法，其爲不當，觀於在這種法律規定以前的慣習法，已可明瞭。慣習法是依慣習自身的力量，而成爲法的，法例第二條，祇是就業已存在的力量，加以承認而已。

依法例的規定，慣習之得以和法律有同一的效力，以（A）不反公的秩序善良的風俗，（B）依法令所明認或關於法令所未規定事項等爲必要。法令所明認者，就行政法而言，例如町村制第二條「町村，除該町村之公共事務及法令所規定之事務外，依從來慣例屬於町村之事務，亦一併處理之」的規定，同十九條「依舊來慣習，町村民中，對於特定財產或營造物，有使用權利者，從其慣習」的規定是就私法而言；例如民法第九十二條「法令中不涉於公的秩序之規定，而有相異的慣習存在時，如認爲當事者有從其習慣之意思，從其慣習」和商法第一條「關於商事，本法所未規定者適用商慣習法」等皆是。除這種場合之外，慣習法，唯限於「法令所未規定者」

有其效力，即慣習法祇有補充成文法所不備之力而已。這可叫做「慣習法之補充的效力」。制定法設有規定的事項，其規定自身有法的效力，僅在制定法所未規定者，如有慣習成立時，其慣習具有法的效力。

以故，一般地說來，制定法有優於慣習法的權威，違反制定法的慣習，縱已成立，亦不具有法的效力。——即制定法優越主義，為今日國法的主義。

但在另一方面來說，慣習法之所以具有法的效力的根據，在於它自身具有支配社會心理的力量，無俟法律承認其效力之必要，故在法例第二條所承認的範圍以外，也不是沒有成立慣習法的餘地。如果某種慣習，且長年久之，不絕而平穩地行使着，在社會一般心理上，認之為適法，那縱使自法令的文字而言，為抵觸法令，尚具有慣習法的效力，從之，在這種限度內，並不是沒有應加法令以修正或補正的解釋的情形。

第一：即就法令附有規定的事項而論，在法令之文字上的意義，未必明白，而容有兩種解釋的餘地的時候，事實上以慣習上所實行者，為其解釋決定的標準。例如議院法第一條規定「帝國議會召集之勅諭，至遲在規定集會期日之四十日前，應發佈之」，臨時會是否也應如此規定，因為沒有別項規定的緣故，解釋上不無疑義，但照實際上的先例而論，臨時會之召集，原基於緊急的必要，性質上事以不能有四十日的間隔召集為常例，從之，議院法第一條的規定，在慣習法上說來，應不適用於臨時會。又在議院第四十條，關於預算案修正動議的規定，其修正的內容，是否僅限於削減的修正，抑亦得就增加的修正而為發議，解釋上不無疑義，但就慣例說來，增加的修正——

即比較政府原案，更增加金額，或增加新的款項之修正動議，在所不許，從之同條的正當解釋，亦不得不以此先例爲歸。這不僅是慣習自身的力量，同時也是條理的力量，條理上原以這種解釋爲正當，但以重以幾次先例之故，不僅是依於條理之力，也加入慣習之力，依兩者的結合，其作爲法的力量，更以確實。在私法和行政法，此種例還很多，但卻沒有一一細舉的必要了。

第二：有時在法令上雖規定得很明白，但因爲慣習法的成立，在該限度內，而致法令之更變者，亦非無之。固然，這應出於比較制定法的權威更強的慣習的力，在制定法的權威很強的現在狀態，這種例很少發見，但卻不是全無。

昭和二年二月十日的行政法院判決，提供這問題以珍貴的實例。某村有人叫佐藤榮吉的，想入贅自己姪女叫做佐藤達者，但因爲這在民法上爲不可能的緣故，恰巧有個叫佐藤駒次的，要作爲鈴木某的養子，於是和他通謀，以自己作爲鈴木的養子，而佐藤駒次則入贅佐藤達，這樣地向戶籍吏爲虛偽的報告，而事實上則是自己和佐藤達結婚。這是明治十五年的事，其後四十餘年間，戶籍簿上，雖登記作鈴木榮吉，而社會上仍稱他爲佐藤駒次，且以佐藤駒次的名字兩次被選爲村會議員，也就任其他的公職，村會議員的選舉人名簿，也以佐藤駒次的名字而登記着，一般在佐藤駒次的名字之下，而選舉鈴木榮吉。在其投票有效與否發生爭議的場合，行政法院下以有效的判決——它說「四十餘年間，在公私各方面，自稱爲佐藤駒次，一般也以之爲佐藤駒次，這是兩造當事人所

不爭者。故選舉人名簿所登記的佐藤駒次，即是榮吉，故不能否認其被選舉權」，在民法及戶籍法上，原應絕對無效的入贅，但因係多年的事實，也解釋之爲有效，這就是不問法律規定怎樣，依事實上的慣習，而爲法的判斷的明證。

昭和七年十二月二十日的行政法院判決，也有很類似的一例。飛洲木材有限公司在庄川的上流，有一萬畝多的森林，在其下流，設有製材工場，採伐上流的森林，利用庄川的水流，流送至製材工場，再製成木材而販賣，在每年的一定期間內，關於其木材的流送，得縣知事的許可，但因爲富山縣知事允許某電氣公司，使用庄川水流的堰堤工事，以致其木材的流送爲不可能。於是木材公司，以毀損公司的權利爲理由，以縣知事爲被告，提起行政訴訟，而請求取消其「許可處分」，但縣知事方面的答辯，以爲庄川的流水，依富山縣「河川流水規定」，僅限於得縣知事許可者，始得爲之，而對於原告木材公司，每年在一定期間內給與流水的許可，固惟限於特定期間而已，在提起訴訟的當時，尙未得有許可，從之，原告方面尙未得有流水權，故並非毀損權利，而缺乏訴訟提起的要件。僅就法令的明文說來，原是縣知事的主張爲正當，何則？依法令的規定，流水權原是依縣知事的許可而發生，實至明瞭。但行政法院，卻置重於木材公司多年就川中流送木材的事實，而認其在許可以前，有流送木材的某種權利，判定其起訴爲適法。

在議會的慣習，因爲沒有立於議會之上，而監督議會的權力，這種例，比較更容易發生。例如在議院法第二十



三條上有「常任委員會及特別委員會除議員之外禁止傍聽，但依委員會之決議，亦得禁止議員之傍聽」的明文，從之，如本會議一樣的祕密會議的規定，在委員會全不存在，即委員會均是祕密會議，但事實上，衆議院的開會，除特別祕密會議的場合以外，常許前議員或新聞記者傍聽，這已成爲慣習法。即在法律上，雖常是祕密會議，而依慣習法，成爲半公開的會議。又在議院法第四十八條，有「兩議院議員，對於政府爲質問時，須得議員三十人以上之贊成」的規定，是僅許書面的質問，但須要三十人以上贊成者連署，口頭質問，在所不認，但實際上的慣習，對於國務大臣的演說，在質疑或緊急質疑的名義之下，不依書面，祇是口頭質問，亦所允許，這也爲了它是慣習法的緣故。

### 第五節 法之正義的基礎

#### 一 制定法與正義

所有的制定法，由於意識，它是「正當」而從以制定者，其內容必含有正義與感情。立法者決不能肆意專斷而任意作法，實有判斷何者爲正，從其所信而制法的任務。固然，法的制定，歷史事實，固有重大的關係，其依着歷史的根據，把從來的慣習法典化者，尤不數見，但即使在這種場合，其所以率從這種歷史者，亦以它爲適於社會的淳風美俗，滿足社會的感情的緣故，直接固是基於歷史事實，但在其背後，同時也伴着正義的意識。在這種意識說來，

制定法的存立基礎，在國家的權威之外，復含有正義的要素，其所以成爲法的力量，在歷史的基礎以外，至少是立於權威和正義兩重基礎之上的。

△法何以以正義的基礎爲必要呢？這和法的歷史基礎一樣，不可不求於人類之自然的心理。人類不是和禽獸似的，依本能衝動而生活，事是具有理性，從理性的判斷，而企求正當的生活者。社會生活不僅是依於自然本能的羣存生活，係依理性而調整各個的利益，強者弱者各從其分，受其正當利益，而求共存共榮的生活。作爲社會生活規律的法，自有基於這種理性要求，而正當地調整各人利益的必要，法的存立基礎之以「正義」爲必要，即是此故。這原於人類是天然地具有理性的動物的緣故，故法的觀念和正義的觀念，有不可分離的關係。

但縱使立法者以完全的良心，而爲發現正義的努力，立法者既不是全知全能，其正義的判斷，亦難免陷於錯誤，而且，因爲社會情勢是不絕地動搖變化的緣故，在制定的當時，雖以其爲適於正義，但跟着時間的經過，難免變爲不適合於正義，其結果現實的制定法，不一定是正確地適於正義的，制定法與正義要求之間，具有相當懸隔，殆是難以避免者。

故在制定法的具體要求違反正義的場合，不必就失去法的力量，因爲這種緣故，極容易發生，把正義的觀念，完全排除於法的本質之外，以法爲單純實力的表現，權力的發動的學說，但這是在具體的正義以外，服從成爲一般的正義感情的國家權威，入於一般國民的潛意識，存於社會心理的緣故，如果以此之故竟把正義的觀念，從法



的本質中分開，那是不正當的。單純實力脅威，決不能作法，其所以能成爲法，尙有加入某種事物的必要，而所謂某種事物者，即是以其威力爲法的權威的社會心理，而法的權威，即正當的權威的意思，換句話說，因爲有服從其權威的社會心理，所以得以成爲法的權威。

以故，法的具體內容，縱使違反於社會的正義感，在一般的意義說來，如果它尙是依據法的權威，而被維持，那仍以服從之爲適於正義，在這種意義說來，還可以說法即是正義，但如果具體地說，在制定法的內容，違反正義的場合，那所以成爲法的基礎，僅是存於權威，即其具體內容，缺乏正義的基礎，從之，其成爲法的力量，比較地薄弱，其結果，或以促成法的改新，依新的立法，以疏理法與正義的間隔，或不待新的立法，以裁判和行政行爲之力，而爲法之修正。

## 二 正義之內容

所謂正義、條理、衡平、人道、公序良俗、信義誠實等等，都是表示很相同的意義，但它具有怎樣的內容？我們所稱爲正義者，究竟是什麼？

這不能像古代的自然哲學，中世神學的自然法說所說的——以之爲超越時代與社會，行之萬世而不悖者。正義是不能離開社會而存在的，因爲活動於社會的各種力量，是不絕地動搖變遷的緣故，縱使各種力量，很得均衡，亦難免受不絕的變化。在某時代以奴隸制度適合於正義，在某時代，則以各人有國家所不能奪的天賦權利，婚

姻制度和家族制度，是最有人類本性之強的根底者，從之極易以之爲超越時代和社會的永遠的正義，但既有像基督教的教會法那樣以婚姻爲絕對神聖，離婚再婚爲無條件的反於正義的時代，也有像近代法那樣如有理由離婚再婚都無不可的時代。一夫一妻的制度，婚姻自由的制度，固是近代法之以爲適於正義者，但公認妻爲法律上的制度，承認依親長與親長間的婚約，而拘束子的婚姻的古代，亦非沒有，在某一方面，還有基於優生學原理，依國家的權力，以斷種爲合於正義者。至於人類的經濟生活，因爲經濟情形變遷的激烈，及其世界的密接聯繫之故，經濟上的正義感，猶不絕地漂其變動之波。

△ 正義的內容，雖是這樣的依着時代與社會而變化不止，但在某特定時代，或某特定社會，所認爲正義者，自不能不有一定的內容。

△ 這固是依於人類心理的判斷，但既不是個人心理的表現，也不是個人心理的集合。所謂正義，是社會上的正義，故應是在社會心理上，感覺它爲正義，而判斷之爲正義者。這種社會心理如何構成，依各種社會勢力消長而定。社會上的人人，依其境遇和階級的不同，而異其利害關係，其正義的感覺也跟着有異。一階級所認爲正義者，不必是他階級所認的正義，原告所主張爲正義者，適是被告所認爲不正。個人主義與國家主義，國際主義與民族主義，和平主義與軍國主義，資本主義與社會主義，自由主義與統制主義，凡此等等，和其他種種色色相對立的思想，要是在同一社會中，對於正義判斷的鬭爭。社會心理，即在社會平均人心理上的正義，是自這種鬭爭之中，控制住社

會的大勢，而成立者，這是超越個人主觀的客觀意義的正義，發見這種在客觀主義下的正義，即是立法者行政及司法機關的任務，也就是法律學的任務。

以故，正義的內容如何？依超越時代與社會之絕對原理的公式，是不能看到的，這必然要以時代和社會為準。在某時代或社會所認的正義，必有一定的指導原理，其指導原理安定，社會亦安定，其指導原理動搖，社會亦動搖。現代社會情勢的不安，不外由於正義的指導原理動搖的緣故。

### 三 作為法源的正義

正義祇是法的理想，立法的基準而已呢？抑或是依正義自身的力量——詳細點說不經過立法者的權威，祇依正義自身，而得以形成法的力量呢？

對於這個問題，在自然法學說，主張在實定法外的自然法的存在，自然法是依正義自身的力量，而形成為法的，反之，在實證法學說，以法祇由制定法及慣習法而成，僅依正義自身的力量，是絕對不能發生法的。

若使給「法」以固定的意義，而稱社會的人們，所不可不遵守的規律為法，那主張在實定法以外，別有自然法存在的學說，實難同意。所謂自然法，實不能和實定法上的「法」，用於同一意味——這並不是現實地人人所不可不守的規律，而祇是人人所不可不守的規律，以這個為正當的要求而已。斯拉蒙拉所謂「正的法」，也不外提示「法應該如是」的標準而已。這是法的理想，而不是現實的法。雖則可依據它而革新不正的實定法，而為接

近於正的法的原動力，但它自身還沒現實地具有法的力量。

但執於一偏，以實定法祇是制定法和慣習法，若僅依正義的力量，絕對不成爲法的理論，也難信其爲正當思想。

人類的自然天性上，有社會性，有理性，這是不容爭的事實，總之，在社會上，人人對於「正」的願望，寧是其自  
然的欲求。基於這種天性的社會上人們的共同心理，所認識爲正者，亦即認識其爲不可不守的規律，這是人類天  
性所必然，亦即康德所謂「理性的必然」。從之，在社會心理，所意識之爲正義者，原不必待諸國家的權威，其自身  
固得以形成，作爲社會的規律，而被遵循的傾向。如果從耶克林的用語，稱事實之支配人身的力，爲「事實的規範  
力」，那正義之支配人身的力，可叫做「正義的規範力」(Normative Kraft der Gerechtigkeit)，如果沒有別的  
反對力的作用，那正義的要求即是法的內容，寧爲人性所當然。在這種意義說來，自然法的思想，固亦含有真理。

不過在現實社會裏，正義的要求，所以不一定和法的內容一致者，蓋在正義之力的外，還有別個的力的作用  
的緣故。這在前二節已經說過，在我們的社會心理，凡依權威所定者其內容適於正義與否在所不問，但意識之爲  
不可不遵守而已，又作爲慣習而施行者，如無特別理由，亦意識其爲不可不遵守，這兩種都是社會心理的作用，其  
力常能較正義爲勝。試取譬於「勿殺人」的正義律——社會生活，是共存共榮的生活，人們既交互以爲生活，「勿  
殺人」自是正義自然的要求，但如果決鬪，復仇，對於無理者的處罰等，爲公許的慣習，則依據這種慣習的力量，

「勿殺人」的正義律，不免受其限制。國民對於國家之負有納稅義務，固是正義之當然的要求，但若國家對於貴族階級給予不課租稅的特權，這種正義律，即不免基於國家的權威，而受限制。

但如果沒有這種反對力量的作用，那社會的正義意識，發揮其本來固有的力量，完全地規律人心，總之，也就完全地具有法的力量。在這種場合，正義依它自身的力量而成的法，恰和慣習之基於自身的力量而成爲法者一樣，直接地基於正義而作法，這叫做正義法。有時也叫做條理法，或自然法，要屬同一的意義。舊時的自然法學說，以在實定法以外，別有與之相併或更爲優越的別個自然法存在，固是難以同意的思想，但所謂實定法，不僅是制定法和慣習法，其一部分是依於自然條理或正義的力的當然的法，在這種意義上，我們於制定法或慣習法以外，實不能不承認自然法或條理法的存在。在普通的場合，正義或條理，是立法者動作的原動力，立法者從正義的要求而制定法律，在這種場合，正義祇是法的間接基礎，法是直接依據權威力量而作成的，但所謂條理法或自然法，則不俟立法者的權威，以自身的力量，而成爲法。

慣習法，在日本現時的國法上，依法例第二條所定，在制定法上也承認其效力，反之，正義法或條理法，在制定法上尙無承認的規定，但因爲條理法在人類天然的本性上有其根據的緣故，其得以爲法，固不待於制定法的規定。

#### 四 制定法慣習法和條理法的關係

關於制定法、慣習法和條理法的關係，概括地說，可說制定法或慣習法，有優於條理法的效力。何則，制定法或慣習法，一依於文字，一依於事實，外部得以認識，反之條理法則是理性的判斷，祇存於內部的心理，而無從外部得以認識的形式，而具有外部得以認識的形式者，實較不具形式者，有更強地支配人心的力量。制定法之比較慣習法，有更強的效力，既如前述，故作為法的效力，第一位是制定法，第二位是慣習法；而在制定法和慣習法共不規定的事項，換句話說，關於法所未有規定，復無別段的慣習者，條理法具有法的效力，斯為原則；即條理法祇有補充制定法和慣習法空缺的效力而已。

但條理法未必祇有補充的效力，此外在制定法解釋有疑義，而又無足以決定的別種慣習存在的場合，條理法即決定其解釋的標準，時且進而有修正制定法或慣習法的效力。

第一條理法有補充制定法及慣習法的空缺的效力——不論制定法規定得如何綿密，但對於無限複雜的社會，仍不能毫無所遺，多少空缺的存在，殆其所不可避者。「法的欠缺」(Rücken in recht)云云，如果其所謂「法」作為制定法規的意思，那實是不可避免的現象。如果制定法規所不能預見的事項發生，關於這個，又別無慣習，那這不得不僅依於條理而為判斷。例如在明治二十八年，依據「日清媾和條約」，日本自清國取得臺灣，其後為統治臺灣的便利，而設置臺灣總督府，但關於臺灣的立法權，一任於臺灣總督，在日本憲法上可以允許與否，是政界和學界所激烈爭論的問題。對於這樣新領土的立法，是否應從憲法上關於立法權的規定，憲法上別無規定。

關於殖民地制度，憲法全無規定，即對於這點，憲法留有空缺。而且這種新領土的取得，為憲法制定後最初之例，固別無慣習法可循，從之，當時的政府及議會，依條理而判斷，認一任立法權與總督，在條理上為適法，這固不是憲法的變更，但憲法上允許與否，原應在憲法上有所規定，憲法既未明示，乃不得不取決於條理，政府和議會，發見這問題的條理法，以之明示，以補充憲法的空缺。又如在領事裁判權上，領事官實行民事第一審和第二審的裁判，但領事官在實行裁判之際，在怎樣的限度內，率從內地的法令，這因為制定法規的規定欠缺，乃不得不依條理而決。這並不是沒有法的存在，不過制定法規遺有空缺而已。同樣的事，關於行政法的總則，也還有着。在民法，有總則的規定，關於人的住所、能力、期間的計算，意思表示的效力等等，制定法規均具有一般的規定，而行政法規，則沒有總則的規定，民法所規定者，又不能逕以適用於公法關係，人的住所，應該怎樣認定？未得監護人同意的未成年人所遞的呈文，有效與否。期間如何計算？公法上的意思表示，在如何的場合為無效？又在如何的場合得以撤銷？凡此等等問題，一旦定有設例，其後即有率從其先例的傾向，以先例的反覆進行，依慣習的力量，而構成先例法，但其本由，仍在於條理的力量，因為最初原僅有條理法的存在。

第二條理法與制定法相結合，而有決定制定法解釋的正當標準的力量，在制定法規所規定的事項，因為作為思想表現的文字的不完全，依制定法規的文字，其意義有欠明瞭，抑且容有種種解釋餘地者，在所不諱。在這種場合，什麼是法，僅依制定法規的文字，不得而定，而容有種種解釋的餘地者，尤不鮮見，在此種場合，什麼是法所規

定者不能祇依制定法規的文字而定，其決定除已有慣習法成立的場合而外，專依正義即條理所示爲其標準。法案起草者在如何的趣旨下而起草，固不失爲參考的標準，但因為法案起草者不是立法權者的緣故，其意見不得作爲法規解釋之最高的標準，國家的制定法規是國家意思的表現，而國家的意思專依文字表示而定，以故，關於國家意思的解釋，不外祇以制定法規的文字爲標準。如果祇依其文字，還難判斷法所規定者爲何的場合，那是國家意思之不明，補綴之者，惟有條理，即依條理之所定，以判斷何者爲真的法。祇依立法者的權威，「法」還不能確定，在其不確定的限度之下，基於正義的要求，而確定法的涵義。

第三條理法時或有修正制定法或慣習法的力量，在前面所說過的「裁判的法修正作用」，正確地說來，如果說依於裁判而爲法的修正，寧是依於條理的力而修正「法」，法院祇是把已被修正了的法加以宣告而已。裁判之外，關於憲法與法律，法律與命令，命令與行政行爲的關係等等，亦可以作同樣的觀察。本來應在基本法規之下，從而施行的行爲，因爲基於條理的要求，卻在某限度內，形成修正基本法規的作用，例如日本憲法第五十八條第二項，有「裁判官，除依刑法宣告及懲罰處分之外，不得免職」的規定，如果就字面解釋，則不問裁判官之衰老或重病，除自己辭職外，有終身保有其職務之權利，但因為這是條理所不許可的緣故，有從其文字上的意義，加以若干制限解釋的必要，從之，法律上所定的裁判官「定年退職」和「依命退職」的制度，不得認爲違反憲法。

有時，因爲和法規制定當時社會情況變遷的緣故，在當時雖是適於正義的法規，其後卻變爲不適於正義的



要求，爲適應新的社會事態，多少有就其意義爲修正解釋的必要，猶其在私法的領域裏，一旦法典制定以後，爲着修正困難的緣故，不免多帶固定性，而難應社會實際的必要——缺乏彈力性者尤多，以故，以裁判以爲法的修正之必要，比較的更爲顯著。

## 結論

綜括以上所述，法就其內容說來，是在社會生活上，人類的意思和利益之強要的規律；就其實體說來，是社會心理的力——即在社會一般人的心理上，意識之為意思和利益的強要規律，為法的實體之所存，至於這種社會心理，如何構成，或以為由於一般意識為有法的權威者的制定，或以為由於事實上的慣習，或以為由於理性的判斷——即基於不可不如此的想像，或以為是由於這些的總括，或是其中某兩個的結合，在所有要素相結合的場合，其法的力量，最是強固確實。

以故，如果想給法的概念以正確的定義，我深信以左的定義為適當：

法是在社會心理上，或依權威的規定，或依事實的慣習的力量，或依於理性的判斷，或依這些的結合，而意識其為社會生活上，人類的意思及利益之強要的規律者。

在這個定義中，應該注意的地方，可舉為左列諸點：

- (一) 法是存在於社會心理上的力，從之它是「社會的實在」以法為不屬於實在世界的學說，實不足取。
- (二) 法雖是存在於社會者，但不必定專屬於一個社會，一社會的法，同時為他社會的法者，不在少數。尤其於

私法，是關於私人相互交涉的法，是私人社會的法，同時也就是國家的法。

(三)法因為是存在於社會的原故，其概念與國家並無必然的聯繫。在國家的法以外，其他的社會，亦各有其自身的法。以法為專屬於一國家的學說，是誤解了法的概念。

(四)法是一種力，這種力，是站在權威事實和正義三種基礎之上的，僅是置重於其中的任何一種的學說，是不足取的。

(五)因為法是一種力的緣故，其力的強弱程度，不必一樣，在權威事實及正義三種基礎結合的時候，其力最是確實，跟着其中任何一個之薄弱或消失，法的確實性亦從而脆弱。

(六)法縱是基於權威而存立的場合，其權威是法的權威即社會心理上的權威，而不是實力，以法為實力的產物的學說，是不足取的。

(七)基於權威的法，不一定是他律的法，在他律的法以外，還有自律的法。

(八)法除依權威而作者外，事實上的慣習和社會的正義意識的自身，也有成為法的力量。所謂自然法，並不是在實定法以外，和實定法相對立，寧是構成實在法的一部。

(九)法是意思的規律，又是利益的規律，因為利益的概念，是法的概念的要素的緣故，所以單以法是意思的規律行為的規範的學說，不能完全說明法的定義。

(十)所謂法是意思的規律云云，不一定是拘束意思制限意思的意義，此外，法是賦予意思以權威的規律，亦是其重要概念之一。以法多是命令的規律的學說，殊不足取。

(十一)一般性，不是法的概念要素。一般的立法的規定，和具體的、法律行為的規定，其成爲法的性質，並無不同。

(十二)外部的強制，也不是法的概念的要素，所謂法是強要的規律云云，是心理的強要的意思，而不是外部的強制的意思。

(十三)法和道德的區別，一在其爲強要的規律與否，以道德爲內心的規律，法爲外部行為的規律的學說，殊不正確。



# 附錄

## 非制定法小論

### 一 制定法與非制定法

日本的法律學，動輒過於重視成文的字句，有使法律學成爲法律解釋學的傾向，恰像過去對於註釋學派所生的聯想一樣，我常引以爲憾。我以為日本所以致於這種趨勢者，其主要原因，似在於對於法的本質的根本見解的錯誤，其誤解無他，即以法爲主權者命令的見解。我最近偶讀作爲中等教育所用，而被流行的二三法制教科書，又讀到一二法學通論的著作，在討論法的本質之際，殆無例外地，皆以法爲國家所制定的法則，其不爲類似說明者，蓋未常見，想到這種思想，浸染人心，如是之深，而且對於中學生及其他初學法律學者，注入這種思想，實在是很危險的。如果採取國家所制定的法規，即法的見解，那以法文的解釋，已盡法律學的能事，寧是當然的結果。何則？在這種思想之下，什麼是現在的法律，惟有依法文的解釋得知，又祇依法文的解釋，也就充分地知道現在的法律之爲何了。

我深信以法的發生淵源，專歸之於國家的制定的見解，是很錯誤的。據我所信，國家的制定，祇是法的淵源之一，而不是其全部。在國家所制定的法規之外，又有非制定的法規，二者均是法的淵源，單就制定法規的字句而解釋，決不足以理解什麼是現在的法。

在現代，固是以國家所制定的法規，為法的大部分，但若稍溯古代，立法祇是就個個斷片的事項而進行的，最大部分，寧是依於事實上的慣習，及其他立法以外的原因而發生。即就日本的事實而論，不必回溯到維新以前的幕府時代，即自憲法制定以至民法及商法法典的編纂之間，無論在公法的區域，或是私法的區域，制定法規，尙在極其不備的狀態，法的大部分，由於不文法而成，而不文法即不外是非基於國家所制定的法。然實不特舊時代而已，即在今日的狀態，國家的立法，決不是法的發生的惟一原因，在國家的立法之外，還有不少新法的制定。今日的法律狀態，和舊時代所不同的地方，僅是在舊時代的法，原則上由不文法而成，國的立法，祇不過立於補充或改正的地位，反之，在今日的狀態，一般採取成文法主義，不文法卻祇在於補充成文法不足的地位。不文法價值的大小，在過去和現在之間，雖大有不同，但不文法和成文法相併而為法的淵源之一，即在今日，亦屬無疑。

我以法的發生淵源為標準，分法為制定法和非制定法兩種。雖則從來的學者，在討論法的淵源時，於制定法以外，多僅舉慣習法而已，但在制定法以外，具有法的效力者，固不僅慣習法，慣習法祇不過是非制定法的一種，故分法為制定法和慣習法兩種，實不是正當的見解。我把不基於國家（其他的公共團體，亦包含在內）的制定而

有法的效力者，總稱為非制定法，以與非制定法相對立。或稱制定法為成文法，非制定法為不成文法。這雖未必不可，但因爲慣習法和其他非制定法，也常以成文編纂的原故，故不得謂爲正確的名稱，而寧以制定法和非制定法的名稱爲當。

非制定法 (ungesetztes Recht) 更可大別爲慣習法 (Gewohnheitsrecht) 和理法 (Varnunftrecht) 兩種。慣習法在制定法以外，獨立地爲法的淵源，是學者所公認的，即在以法的淵源專歸於立法者意思的學者，尙不否認，但理法是否在這些之外，獨立爲法的淵源，從來的學者，全不論及。本文的目的，是對於這些非制定法，尤其是理法，而討論其作爲法源的重要的地位，以證明將立法者的意思，爲法的唯一淵源的錯誤。

## 二 祇以制定法爲法的不當

在討論這些非制定法之先，稍稍把日本普通的見解——以立法者的意思，爲法的唯一淵源的思想，在種種之點，有發生不當結果之虞者，加以警告。

一 以立法者的意思爲法的唯一淵源，所生的第一結果，即上面所述的過重法文字句之弊。在討論法律的人們，動輒發出「惡法亦法」，縱是很不條理的法，但既已規定以後，即不可不以之爲法；「立法論和解釋論」，全是別個的問題，不論立法論怎樣，要在解釋論上，不可不作這樣解釋」云云的議論。其意所在是要知道現在的法爲何，



不必問如何是合於條理，如何是適於正義，要依成文的字面以爲解決。我以為這是基於錯誤的思想而致的錯誤結果，如果以立法者的意思爲法的唯一淵源，而立法者的意思，僅是於成文法規的書面見之，那在其書面之外別無更求「法」的理由，自是當然的結果。其實際之適於正義與否，合於公益與否，更無究問的必要。然而，我主張在制定法規以外，還有作爲法的獨立淵源的理想。依制定法與理法的調和，始確實地發生法的力量。故在討論何者是現在的法之際，必不能專置重於成文法規的字面，而不可努力於將成文法規和理法相調和的解釋。人們說：惡法亦法，我卻說：在很多的場合，惡法不是法，惟有適於條理者，纔成爲法。人們說：立法論和解釋論不可不區別，我卻說：即在解釋論上，亦不能把立法論置之度外，在很多的場合，事是立法論和解釋論相合，立法者的意思如何的問題，和法的內容如何的問題，不必是同一的。

二、以立法者的意思爲法的第二結果——一旦法規被制定以後，無論社會的事情怎樣變遷，在制定法規未廢止以前最初的制定法，不可不看作永久地繼續其效力。雖是數十年或數百年前所制定的法規，如果立法者未曾明示廢止，尙不失爲有效的法，在解釋適用之際，不得不以立法當時立法者的意思爲其唯一的標準。至於社會情事如何地變遷，它對於現實的社會，怎樣的不適合，更無究問的必要。這也是以立法者意思爲法的淵源的當然結果。

但社會是活的，社會的事情，是不絕地在變遷，法既是社會生活的法則，亦不能不伴着社會的情事，而變化發

達使法進化發達的第一手段，是依立法的手段，而不絕地制定新法，以求能够適合於社會的情況，但制定法規常在某程度內有固定性而缺乏不絕地適應需要而變化的性質，尤其於憲法或民法法典等重要法規，其固定性最甚，甚至有亘數十年或數百年之久而未經何等變改者，在這種場合，如果還是以立法者意思爲法的解釋的惟一標準，那必至法和社會全相隔離而法失其爲社會生活法則的本質。

以故，學者在討論解釋法規之際，或主張類推解釋，或主張精神解釋，即在立法當時全不存在，立法者全不預想的事項，還是在類推名義之下，把類似的法規，擴充適用，以求與社會情勢相適應。然果若如是，是已超越解釋的範圍，而與立法者意思即是法的思想全相矛盾。苟以制定法規爲法而不承認別的法源，那除現於法規字面外，不得任意擴張法規的意義。立法者的意思，依法規的制定而確定，這種確定的意思，除依新的立法而變更者外，是永不動的，原不能在法規所含的固有意義之外，別附以新的意義。

如以類推解釋爲正當，唯有在制定法規以外，認理法爲獨立的法的淵源，始得證明類推解釋，並不是在嚴格意義下的解釋。法規解釋，原祇限於探究法規固有的意義，類推解釋，是在法規所含的意義以外，別附以新的意義的法規，不祇是明白既存法規的意義而已，且在既存法規之外，另作新的法規，如果把它叫做解釋，那實是名實不能相副，其本質，實不外我所謂理法的發見。

三、關於臺灣及其他新附於日本的領土，學者往往主張其領土加入的瞬間，其舊法全然消滅，日本憲法當然

的及其效力於新領土，這恐怕也是由於以國家意思爲法的思想，所生的錯誤之一。

如果以法的淵源，專在於國家的統治權，那在領土割讓的場合，自其瞬間起，割讓國的統治權消滅，受割讓國的統治權，即時開始行使，則自割讓的當時，舊法全失其效力，新國的法律，當然發生效力，亦專是當然的結果。

然以領土的割讓，即時其土地所行的法律全部，也從之一變，實是忘記了法是社會生活的法則。良以領土的割讓，統治權的所在，雖有變更，但其社會生活的情勢，卻不是條然變化。至昨日止還在舊法之下營社會生活者，互其生活全部，並無何等準備，而自今日起，竟完全支配於新法之下，實是不瞭解法的本質的空言。即在日本，從維新以後，而至憲法發布，也還要二十餘年的準備。在全無憲法政治夢想的新領土，忽然實行憲法政治，其爲不條理，無俟多言，其結果，必至使法和社會的隔離，更以加甚。

### 三 慣習法具有法的效力的根據

我現在進而討論各種非制定法。

第一應該指出的是慣習法。慣習法在制定法以外，獨立地成爲法的淵源，是一般學者所承認的，這裏更無詳論的必要，現在祇照一二很普通的見解，加以辯明。

普通所謂慣習法，大體祇指由於人民間所行的慣習而成爲法律者而言。這自然是慣習法的最顯著者，但我

現在所謂慣習法，還不祇是這種意味，此外還包含着依於裁判上的判決例和行政上的成例，而成爲法者。若果把基於人民間的慣習，叫做「狹義的慣習法」，那嗎，依判決例而成的法，可以叫做「判例法」。依於行政上的先例而成的法，可以叫做「行政先例法」。這些，在依着長時間的慣行而成爲法之點是一致的，從之，固不妨廣義地都把它叫做慣習法。現在先論狹義的慣習法，順次再及其他。

關於行於人民間的事實上慣習，何以有法的效力的問題，學者往往以其爲基於國家的承認。這是由於國家的權力，爲法的唯一淵源的思想之結果。如果以所有的法，均是基於國家的意思而發生，那慣習法，自亦不能不專求其效力根據於國家的意思，這就是學者所以假想國家的承認，以爲慣習法具有法的效力的理由。

這種說明，在像日本一樣，有法「例」第二條規定的國家，原有其現實的根據。「法例」第二條，承認在一定限度內，事實上的慣習，可以和法律有同一效力。依此規定，立法者承認慣習法有法的效力，以故，在日本「法例」之下，以國家的承認，爲慣習法效力的說明，原不是沒有理由的。

但如以爲依此規定，慣習始有法的效力，實爲大誤。法例的公佈，祇是明治三十二年的事情，在其規定未發布以前，或其類似規定，全未存在以前，慣習法之有法的效力，和今日並無所異，而且，較諸現在，其效力寧是更強。爽直地說：在任何時代，任何國家，均有慣習法的存在。「法例」第二條，事是以制限慣習法，爲其至要目的，而非以承認慣習法的效力爲目的，以這種規定，爲說明慣習法效力的根據，完全錯誤。

如果把法例第二條的規定，置而不論，那以慣習法為依於國家承認，而有其效力之說，更是毫無根據的空想。學者說它是國家之默示的承認，然而默示的承認云云，更是不適於事實的擬制，不過是架空的想像而已。如果要強說默示的承認，那祇在國家不禁止的意義內，還可以說。然國家不加禁止，不過是消極的不妨害其效力，而未嘗積極地賦予以效力，其效力發生的原因，是在於它以外的。

慣習法之所以有法的效力，不是由於國家的承認，而是事實上的慣習，依它自身的力量，而生法的效力。

緣法為意識，法祇存在於我們的腦中，在這一點，法和道德、風俗、禮儀等法則，完全同其性質。法和道德，不是離開吾們的意識，而有其外界的存在，法不外是我們一般人意識之作為在我們的社會生活上，所不可不遵守的法則。這種一般意識，即是發生法的效力之最終的根據。在這一點說來，所謂法信說（*Rechtsüberzeugungstheorie*）實涵有千古不磨的真理。制定法之所以有法的效力，不是由於國權的命令，而寧是由於我們一般人有服從國權的命令義務之意識。這種一般意識，即是所有國權行為，具有拘束人民之力的最終的根據。若使不伴有這種意識，那國權祇是依於實力而維持其權力，一旦其實力不及，則所有制定法規，亦必至止於空名，而不具法的效力。慣習法所以有法的效力，亦專在於這種一般的意識。祇是在制定法，以國權的命令，為發生其意識之原因，而在慣習法，則以事實上的慣習，為其意識發生之動力。

事實上的慣習，所以使我們發生法的意識者，其根據實存於人類天性上的習慣性。習慣在我們生活上，是怎

樣地有力，不待詳論，社會生活的大部分，不問精神界與物質界，都是依習慣而被支配的。新年的時候，立「門松」，酌「屠蘇」，食「雜羹」，固不是由於誰的命令，而是習慣上，我們意識其為適於善良風俗。在儀式隆重的集會裏，穿上禮服，固是習慣，推以至於男子斷髮，女子結髮，夜眠晝動，每日食三餐等，亦莫不是習慣。像這樣的，習慣的勢力，存在於社會生活的任何部分，吾人平生不絕地聞見，不絕地實行的事實，原不問其習慣所以發生的原因，惟直覺地依習慣而生活，以為常則，一旦遇有違反的事實，以其反於常則，不免驚異。在人們均是散髮的時代，我們亦具着不得不散髮的意識，在人們都以 Frock Coat 為禮服的時代，我們亦意識其為禮服，這無非是由於習慣性而然。在法律生活，也是這樣，凡現實地作為吾們權利義務的法則，而長期間實行者，自不免在人民間發生不得不以之為法的意識，法是依着這個而發生的。

我想所謂法信說的誤謬，是以國民的法律確信，為既存的前提，而以慣習不過是法律確信之見於行為者。我的主張和這個不同——不是法律的確信先存在，而後慣習發現，慣習是依於長時間慣行，而自然地發生國民的遵由意識。至於慣習發生的動機如何，更無究問的必要，或依於成文法規的誤解而生，或由於模倣外國法而起，其原因如何，可以不問，要之，長時間的慣習，依其自身的力量，當然發生國民的遵由意識，從而具有法的力量。

以故，把慣習法所以具有效力之根據，專歸於立法者的承認，全屬錯誤。慣習法，離開立法者的意思，而獨立的有其效力根據。就其發生效力之根據而論，慣習法和社交上的流行，風俗等等，全無所異。

#### 四 慣習法和制定法的關係

和前項所述的誤解相關聯，我更想辨明另一見解。這種誤解，即是以慣習法的效力，常較制定法為劣的思想。依普通的學說，慣習法的效力，常在成文法之下，和成文法相矛盾的慣習法，全然不能存在，成文法之得以變更或制限慣習法，固不待論，抑使成文法禁止某慣習法的發生，該慣習法即絕對不得發生。

若使以慣習法祇是依於國家的承認，始有效力，那嗎，這種說法，實是理論上的當然結果。我和相信以慣習法的效力，歸於國家的承認之說，為錯誤一樣，也以慣習法遠較制定法效力薄弱之說為錯誤。

據我所信，慣習法和制定法，全然有同一的效力，恰和制定法得以變更慣習法一樣，慣習法亦得以變更制定法，又假令即使以制定法，加慣習法的發生以制限，或絕對禁止，然而制限自制限，禁止自禁止，慣習法固仍以發生。

蓋慣習法所以發生法的效力者，原在人類自然的心理現象上，有其根據——吾人的習慣性自身，能發生法律意識。這種人類自然的天性，絕對不是制定法規的力量，所能加以遏制的。制定法規，雖有規定，但或應社會實際的必要，或依其他的原因，發生與制定法相矛盾的慣習，其慣習，既不是國家所能禁歷，長久實行，遂以發生法的力量。

學者所盛倡的慣習法常在成文法之下的學說，我以為是意識或無意識的不能脫於國權萬能思想的原故。如果以慣習法得反於國家意思而成立，即不能不和國權萬能的思想相矛盾。然國權萬能云云，即國權除依於國家自身的意思外，不受其他權力制限的意思，若使國家反於自己意思，受別的國家，國家內的團體，或個人的權力所制限，那明明是反於國家獨立的性質。然而國家決不是事實上萬能無制限的權力，國家的權力，自始即受自然力的制限。國家不能使男子變為女子，不能起死回生，凡此自然現象，均不是國家所能左右的。以故，國家依自然力而受限制的事實，初不妨於國家的獨立性，而人類的習慣性，亦是人類天性的自然力，這種自然力之得以反於國家意思而發動，更無足怪。

日本法例第二條，限定慣習法得以具有法的力量場合，以不反於公的秩序善良風俗，且為法令所未規定，或法令所承認者為其要件。換句話說，日本「法例」全然禁止抵觸法令規定的慣習法之發生，然而即使在這規定之下，如以慣習法全無變更制定法的效力，亦不正當。縱使有這種規定，然而制定法的效力，仍得依反對的慣習法而自然地失其效力。

## 五 判例法

慣習法的第二種，我想把它叫做「判例法」(Judikaturrecht)。前面所說的第一種的慣習法，是依於國民



自身之間所行的慣習，而具法的效力，反之，這裏所述者，則是立法院的判決例之反覆進行，而成爲法。在前者，我們國民，是慣習的當事者，在後者，法院爲其當事者。前者在現在成文法時代，大減其重要性，後者則雖在今日，仍有其法律上之重要地位。

法院的判決例可以獨立於制定法以外，而爲法的發生淵源，一見實不難瞭解，即在制定法規，實際上所以有作爲法的力量者，要由於法院之把它適用於具體事件。制定法規，祇是規定抽象的法則，能把它適用於具體的事件而奏實效者，實爲司法與行政。縱令立法者制定法規，而使國民遵守，若使司法官行政官對它全然無視，毫不適用，那制定法規，亦祇止於空文，全不能得法的實效。抑且縱是制定法規所未規定者，若果司法官和行政官不絕地以其爲法而適用，則其適用之所，卽具有法的實質——判例法和行政先例法，卽以發生。關於行政官的作用，以後再加敘述，現在專就判例法，而爲討論。

就法院本來的性質說來，原祇有將既存的法適用的權限，而未具自己作法之權，故憲法所予法院的任務，原沒有立法權的。而且，法院的判決，祇能判決當該事件而已，對於其他的事件，並無何等效力。但在實際上，一旦成爲判例以後，每以從該判決而下同一的判決爲常，長時間不絕地所下的同一判決，其結果，殆恰和民間所行的事實上慣習，得以發生法的意識一樣，在人民之間，具有以其判例爲法的意識，是卽爲判例法。

尤其於這種場合，國民之法的意識，比較前者更容易發生。因爲法院的判決，和人民間的慣習不同，是以國家

機關的資格對於某特定事件而爲法的宣言者。關於某一事件，法的規定如何，依其判決而爲有權的確定——對於該事件，法院殆和立法者立於同一的地位。固然，該判決的效力，祇以某一事件爲限，而非對於將來所發生的其他事件有同一的拘束力。然而，既已就這種事件的法律規定，加以有權的決定以後，那如果事態沒有變更，對於將來所發生的同一事件，亦引起以前判決所示，即爲法的規定的意識，事是事理所當然者。所以，判決之具有法的效力，不必像人爲慣的慣習一樣，以多年的永續慣行爲必要，只要數回反覆地，以同一判決，即已充分地具有法的效力。至以何程度的反覆爲必要，則依法院重視判例的程度如何而不同。在判例對於後的判決，不很重要，而且很容易變更先例的國情之下，判例之發生法的意識，亦不免困難。反之，在判例一旦決定，即不容易變更的國情之下，判例殆有等於立法的力量。其隨時隨地可依判例而作法，更無容疑。學者往往以法官爲立法者之一，誠非過言。

判例之作爲法的淵源，在英國的法律史上，有顯著的例證。英國法律的一大部分，即在今日，也是由於判例法而構成，在像日本一樣的採取成文法主義的國家，判例法的價值，固不如是之大，然而即使在日本，判例法仍可以和制定法相併，而爲法的淵源之一，亦不容疑。此不特在民法和刑法的區域而已，即在行政法的範圍，自行政裁判制度實施以後，判例法亦漸占重要的地位。

判例法之爲法的淵源的最普通場合，在於制定法所不備的事項，固不待言，然而和這種情形相反，因爲判例法之不絕地施行，遂至於以判例法變更制定法的事實，亦非無之。何則？假定在立法者雖爲「甲」的規定，而法院

常把它作為「乙」的解釋的時候，那縱使明文上原是「甲」的規定，而實際上之作為法而施行者，寧是「乙」的解釋，此點，在英國法律史上，例證最富。法國民法，很多的條項，亦依判例的結果，具着與其明文全然不同的效力，亦為顯著的事例之一。

## 六 政治的慣習法

慣習法的第三種，是依於政治及行政上的慣習，而具法的效力者。前述第一種及第二種的慣習法，多半是在私法區域內，作為法的淵源，而這一種類的慣習法，則是多半在憲法和行政法的領域內，作為法的淵源。

先就憲法的領域而論，政治上的慣習之得以為法的淵源，實極明瞭。在近世的國家，國家組織的根本法則，雖則是以成文憲法規定者為普通，然而成文憲法的發達，是極近時的現象，且是基於歷史上特殊原因，而非由於國家之自然的必要。如果就自然的狀態說來，國家之基本組織，寧以依於不文的慣習而定者，為適於憲法之本來的性質。為立憲制祖國的英吉利，一直至於現在，還沒有成文的憲法，其國的憲法，多是依不文的慣習而定，藉其原因，良以英國的立憲制度，不是模仿他國而創設，寧是由於遵據本國的歷史事實，而自然地發達的。即以日本而論，作為憲法上最根本法則的「日本帝國，屬於萬世一系的天皇統治之下」云云，並不是由憲法的規定而發生，寧是在二千年以前，既已成為確定的法則，憲法不過是把這既已確定的慣習法，書之於成文而已。所有憲法上法則的

大多數，或是平和地自然變遷，或依於武力的爭鬪——政治上事實的發生，原是很偶然的，以後因為這種事實，在某一定期間內，平和繼續，遂形成一種之法律的確信。

政治慣習之最明瞭地作為憲法、法律源者，固是在於不文憲法的國家，但即，在多數成文憲法的國家，政治上之事實的慣習，成為憲法的淵源者，亦不乏其例。有時甚至於造成違反憲法、議院法、選舉法等明文的慣習法，而致憲法的變化。耶林克在其近著「憲法的改正和憲法的變遷」裏，舉出很多的實例，證明以反於憲法及法律的政治慣習法成立，以致憲法法則的變遷。總立於國家最高地位的諸機關的行動，即使違反憲法或法律的明文，但因為沒有立於它的上面，而審查其違法與否的權力存在的原故，其行為適法與否，專依該機關自身的意見而決，實際上這些最高諸機關的行動，有時亦不免於違反憲法或法律的明文，固亦不難想像，這些違憲或違法的行為，如果長久間繼續，而平和地實行，即成立了反於憲法或法律明文的習慣法。

這可證之於日本最近的一二實例。衆議院議員選舉法第十一條規定：「受有期徒刑以上刑之宣告者，不待裁判之確定，當然失其選舉權」。議院法第十七條規定：「失卻被選資格之議員，應即退職」。明文昭然，原無容疑的餘地。但依衆議院的慣例，則雖是受刑的宣告者，直至裁判確定止，尚默認其以議員資格列席發言的權利，又在今年的議會裏，於發生同樣問題的三個議員之中，雖是將其中二人，違反慣例，不待裁判的確定，勒令退職，但其另二人，卻以其係違反選舉法的犯罪之故，決定不予退職。即在今年的議會，開創選舉法第十一條規定不適用於關

於選舉犯罪的先例。關於議員資格的決定，因為衆議院議員有最終的決定權的原故，縱令其決定違反法律，亦別無矯正的方法——其決定完全有作為適法的效力。固然，僅以一次的先例，直以為成立拘束將來的法則，固不免失之過早，然既成為先例以後，將來在發生同樣事情的場合，其率從這先例而為決定，殆可預期，這先例屢屢反覆遵從，即成為法律的確信，故這種違反選舉法明文的慣習法之必至成立，目前儘可預言。議院法第二十三條，規定各議院的委員會，除議員外，禁止傍聽，故委員會如果允許新聞記者或公衆傍聽，即是違反，然而實際上，委員會從來多允許議員以外的傍聽，近來雖偶然有禁止傍聽之議，終亦不能實行，社會上竟稱它叫「委員會閉鎖案」，其實不過法律明文的實行而已，然在一般法的確信上，卻以之為對於現行法的變更，從可見違反法律的慣習法，現在既已成立。

在日本憲法，雖則幸而未遇見違反憲法的慣習法的成立，然而例如緊急勅令，如在憲法成立以前廢止，應該用什麼方式呢？在議會的承諾前，業已廢止的緊急勅令，還有提出議會，要求其承諾的必要與否？締結條約的大權，全無制限嗎？抑應受法律的拘束？憲法第九條，所定的命令權，在什麼限度內，可以實施呢？國庫剩餘金，不據預算，依臨機的勅裁，可以支出嗎？凡此等等問題，憲法的條項，都不是一無容疑的規定得很明白，而關於此等問題的政府從來先例，果適合於憲法的規定與否，也有疑問。在現在，雖不能說這種先例，已成為慣習法，但將來若使引續實行，那至少是有違憲嫌疑的慣習法，竟以成立，這是不難想像得到的。

## 七 行政的慣習法

關於政府或議會權限的事實上慣習，爲發生憲法法則的淵源，而關於行政官廳行爲的事實上慣習，則爲行政法的淵源，即我所稱爲「行政先例法」或「行政慣習法」者。

行政上的慣習，所以得爲法的發生淵源，恰和裁判判決例之得爲法的發生淵源者無異。和裁判判決之對於現實的條件，宣告何者爲法相同；行政官廳，也是就各個事件，決定何者爲法，而爲執行，若使裁判判決以反覆慣行而具有法的效力，那嗎行政官廳的行爲，在同樣的條件之下，也得以爲行政法規的淵源，亦爲事理所當然者。

判決例之所以得爲法的淵源，已如前述，今沒有再就行政上慣習再說的必要，我祇舉最近的一例，以證明行政上的慣習，有時成立和成文法規相對的慣習法而已。

從前就馬公司勃興，政府允許其發賣馬券，以至競馬賭博，到處盛行，其弊不堪設想，於是政府又下令禁止馬券的發賣。關於競馬的勝敗，以金錢相賭，原相當於刑法上所謂賭博，而爲法律所明白禁止者，在這一點，無論在舊刑法之下，或在新刑法之下，均無所異，然因係政府所公許的緣故，一時競馬賭博，被看做不相當於刑法上的賭博，即在社會上有相當身分者，亦公然在警察官之前，實行無憚。及至政府禁止馬券的發賣，這種法律狀態，遂蒙受新的變更，即雖則刑法的明文，別無所異，然因爲政府態度變更，從前被看爲適法的同一行爲，以後竟變爲違法。至於

橫濱根岸的競馬，其事更甚，所謂競馬賭博，很久以前，即公行無忌，作為適法，以至最近禁止一般馬券的發賣。而根岸仍無所憚，公行競馬賭博。即在這種場合，以行政手段的消長，而成立違反刑法的慣習法，實不容疑。

更舉一例「非常特別稅法」第三條規定：「對於火車的乘客，以一定的比例，徵收通行稅」。而行政官廳，僅有執行法律的任務，除法律特別允許的場合外，別無免除法律上義務的權利，所以如果行政官廳，對於火車乘客，免除其通行稅，明是違反法律。然而政府對於發給乘車券者，全不徵收其乘車的通行稅，即有免費乘車券者，同時亦看作免除通行稅納付的義務，這也是使於行政上的辦理方法，而發生違反成文法規的慣習法的一例。

這種實例，在各種租稅法和警察法上更可找出很多，凡稍微知道行政的實際上，都不難舉出很多的實例。

因為成文法規，並不是它自身當然地有作為法而拘束人民的力量。成文法規，在如何限度內，有法的效力，繫於人民的守法精神如何，以及當法規執行之任者——法院和行政官廳的履行如何。在法律權威比較圓滿的近代文明國裏，法規所規定者，法院和行政官廳，也一致履行，人民亦富有守法的精神，故外觀上宛如法規所規定者，即為現實的法，然而如果看到清國和韓國的現狀，那以法規規定，即為現實的法的想像，顯有錯誤，不難得知。法規的明文，縱使規定非常綿密，如果當其執行之任的官廳，不予履行，那成文法規，亦祇止於裝飾外形的空文。因為所有的法，以作為現實的法而進行為要件，若使不能實行，即不是法。假令法律禁止賭博，而政府竟予公許，那就變成現實的法，並不禁止賭博的結果。假令法律禁止未成年者的飲酒，而當禁止之任的警察官，並不履行禁止，那其禁

止，亦不具有現實的法的效力。

## 八 理法

在慣習法以外，我還想主張一種叫做「理法」的非制定法的存在。制定法是依國權而制定的法，慣習法是依於事實上慣習而成立的法，反之所謂理法，別無此等外形上標識的存在，單依社會生活之實際的必要，或依一般的法律思想與事物自然的條理，而具法的效力。

理法之和制定法習慣法相併立，而為獨立的法的淵源，為今日一般學者所未認識者，今先舉一二顯著的實例，以證明承認理法存在的必要。

作為獨立的法的淵源之理法的存在，在刑法的領域中，亦可舉出顯著之例。刑法原是在所有法律中，制定法的規定，最是嚴密的區域，而不文法的存在餘地最少者。然而，即在刑法，如以為單是成文法律的解釋，即可下完全的判決，全屬錯誤。刑法對於各罪應課的刑罰，並未一定，而不過定其最高限度與最低限度而已。然而刑法雖未規定，原不是法院可以自由妄斷。刑罰量定之需要一定法律上的標準，固不待言，應其犯罪行為及犯罪者的情況，在某特殊情況的犯罪必課以某一定的刑罰，不能偏輕，亦不能過重。若使違反這種標準，而科以較重或較輕的刑罰，那其判決即係法律適用的錯誤，而為廢棄的原因，而在新刑法實施後為日尚短的現在，沒有很多的判例足徵從



之，在這一點上，亦不得認有慣習法的成立。故在各個場合，課刑裁量的標準，不外依於條理，即在制定刑法以外，條理也獨立地成爲法的淵源。

更就行政法的區域觀察，行政法規的規定，遙較刑法爲不備，故其容認理法的必要，亦遙較理法爲著。試舉一二淺近的例爲證，例如對於隔地者所爲行政行爲，應自何時起發生效力，以發信之時爲準抑應以受信之時爲準？制定法對於此點，全未規定。而因爲民法的規定，並不能當然地適用於行政法的原故，於是此種問題的解答，不得不以條理爲歸。又行政法規對於命令和行政處分的撤銷與停止，雖有規定，而對於其方式和效果，則毫無所定。此外例如在命令有錯誤的場合，其效果如何？對於無任命爲官吏的資格者，而加以任命的場合，其效果如何？官吏服從義務的限界如何？在公法上義務相抵觸的場合，應以何者爲宗？公法上時效之中斷和停止，應從何種規定？此外尚有類似的種種問題，制定法規的規定不備，慣習法亦無足徵，如果把法的淵源僅限於制定法和慣習法，那對於此等問題，必淪於無可率從的狀態。

然雖在制定法不備或慣習法未成立的場合，決非無法，不過因爲它是不文法的原故，不如制定法或慣習法之易被認識而已——在這種場合，條理的要求，即成爲法，亦即我所稱爲「理法」者。

我以爲理法之獨立的爲法的淵源，雖未成爲一般學者所明白認識，然學者在暗默之中，固以認識其存在者爲多。學者在類推解釋或精神解釋的名稱之下，對於制定法規，附以立法者所不能預想的意義，以適應社會生活

的必要，要即不外承認理法的存在。我在寫這篇文章的時候，偶然在最近寄來的德國公法雜誌上，讀到哈德魯拔魯希大學講師蕭波魯氏的「公法行為能力論」一文。其中指摘行政法院判決，屢屢就公法上的法律關係，而準用民法規定的事實，而究問民法上規定，何以能適用於公法關係？並發生「在制定法和慣習法以外，不是還有別的法的淵源嗎？不是還有不含於普通慣習法觀念中的別的慣習法存在嗎？」的疑問，它自己雖表示「對於這種困難的問題，姑置不論」，然而其疑問，實是有理由的疑問。民法的規定，原是祇為適用於私法關係而存在，其適用於公法關係，如果沒有別的成文法存在，殆屬不能說明，而這種不文法，即不外理法。

條理之成為法的淵源，雖以制定法和慣習法不備的區域為最著，然有時雖在制定法明文完備的場合，竟因為它反於理法之故，而失法的效力者，亦非無之。

報載在最近的衆議院裏，某議員指摘明治五年的布告中，有娼妓等於牛馬，故不得為債權債務主體的規定，而其規定至今尚未廢止的事實。

如果其所指摘者，確是事實，即這種法規和現在的法律思想，全不調和，其絕對不能有法的效力，固不待論。雖有人說因為它與民法規定相牴觸的原故，淪於消滅，其實這種和一般法律思想相矛盾的規定，固不待民法的規定，當然應該消滅。

要之，國家的制定法規，決不是法的全部。法官之為判決，行政官之為行政行為，決不單是以制定法規的解釋

與適用，爲已盡其任務，且無嚴重地拘泥於制定法規文句的必要。在法的適用上，固以制定法的明文，爲其第一標準，但在制定法和慣習法以外，還有理法的存在，亦不可忘，制定法的規定，如果和一般法律思想相反，或和社會生活的不相適合，則該法和行政官，亦不憚於時時從理法之所定，而爲制定法之修正與補充。

廢論之點尚多，但因截止收稿之期已迫，沒有續稿的時間，暫此擱筆，餘論俟諸他日。

