

書叢小科百

律 法

著 生 鯁 周

編 主 五 雲 王



行 發 館 書 印 務 商

MG  
D9  
4  
2

百 科 小 叢 書

律 法

周 鯁 生 著

王 雲 五 主 編



廣 東 印 書 館 發 行



3 2173 4958 2

## 序

法律這個題目，固然是屬於法學的範圍；但同時也是可以從社會學倫理學政治學種種方面去研究的。我們現在要想在這個很少的篇幅中，供給一般人以法律的常識，那麼，專門的研究，包羅的論述，在此處都用不着，並且事實上也很難做得到的。所以這本小冊子的主旨，就在爲一個廣泛的講評，使一般讀者對於法律的性質，與夫法律和社會生活的關係，有一個明確的觀念。通常的法學書如法學通論之類所包括的材料，不能都拉在這小冊子裏面，自不待言；就是就取材的原則，立論的方式上說，這小冊子也自有其特異的處所。若是讀者以一個節本的法律通論，來期待這小冊子，那就要大失所望了。

民國十一年五月編者識

# 法律目次

一 法律的概念·····	一
二 法律成立的程序·····	一四
三 法律與道德·····	二四
四 法律與社會·····	二八
參考書	

# 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思，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。這並不僅對於常人，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。我們要明白法律的意義，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。人類社會因此起一種廣大的分功

作用。這兩種不同，然而相補的現象，構成所謂社會連帶相依的關係。這種關係，是一個社會事實。要想這種關係能般圓滿的維持，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級，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，亦與法律同為社會生活的要件，兩者重要之程度，容或有不同；然其為社會生活上行為的規則，則是一樣的。

然則同屬行為的規則，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，廣行的，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起來。

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，並不致惹起物質上的報復，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，是很少有組織的，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，法庭可以命令強制執行。例如有有人欠債不還，法庭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，殺人的處死刑，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，就要依照民法上規定的方法。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為的規則，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，不認之為法律。就講到國際法，雖有視為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，都認為法律之一種。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，或較為間接的罷了。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，尚為欠完全的法律。

三 法律是管人的外表行為的。法律所以規律人的行為，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，法律則只管行為。不過有一層要注意的：就是在進步的社會，行為并不看做純然外界的現象。人類行為之發生，并不得和石頭的落下，雷電的打擊，看做同種事變。行為是意志所產出，意志之發動，又有動機。所以近世法律，注意於分別究竟某項行為是通常意識和理性的結果，抑是由別種原因發生，全然失卻此種自動的故意的性質。瘋狂的人，有時殺了人，拿到法庭判罪，假若檢驗的結果，認定這個行為，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

手裏，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。有些行爲，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」，而依新刑法，則「未滿十三歲人之行爲不罰」，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，不是在普及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為，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，仍是一定的，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，那究竟是確立的原則，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，就是律法的分類。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，以社會公衆為本位而制出，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，以民法商法為主要部分。又一個普通的分類，就是把法律大別為國際法和國內法。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。刑法上規定「二人以上共同輪姦」者，處無期徒刑，或七年以上有期徒刑。」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，以便適用那刑法的條文，就是刑事訴訟法的職能。於是刑法爲主法，刑事訴訟法爲助法。民法之與民事訴訟法，亦是這一樣的關係，民法爲主法，民事訴訟法爲助法。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，并不僅有文字記載可稽考，并且其文字全部，構成法律實體此外的法律，都屬於不成文法。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，都屬於不成文法，所謂判例法，慣習法，是不成文法中之最顯著的。此等法律，亦皆形諸文字，但是那文字是法律所在之表證，而非構成法律的實體。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，并不限於指

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，如專制國的主君，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，若要再討論下去，當屬於法律成立的程序問題，這問題是下節所討論的。

## 二 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，通常稱為歷史的淵源，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，換一句說

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，即前者爲權威的淵源，後者爲歷史的淵源。歷史的淵源，不過以示事實之所在，權威的淵源，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。權威的淵源，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，則惟有依權威的淵源，始得進而成爲法律。

就廣義上說起來，社會是法律之最高的權威的淵源。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，不能單獨有何作爲。社會惟依其機關以行動。所以我們求法律之權威的淵源，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，又一部分為慣習法，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，固是立法的行為，而把各種相聯屬的法規，合為一系，編成法典，亦是立法的一種方式。立法之為法律的淵源，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。法立的第二個優點，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，應令大眾知有此法律，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，係立法程序，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；判決之調出法律，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，規定形式之整齊。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，使於檢查，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，普通人苦而尋不出頭緒來。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，就是同屬正式機關所執行的程序。而其不同之處，就是立法之爲法律之權能的淵源，在近世法系已成通例，而判決則在各法系不必到處皆認爲一個淵源。一般的說起來，在英美法系中，判決爲法律的淵源，而在大陸法系中，實言之，即羅馬法系中，則不認爲法律的淵源。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。普魯士和澳大利法典，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，而不認爲有拘束力。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。法廷何以能爲法律的淵源？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。條文的意義的解釋，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，并不是因為條文規定之不明，而是因為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。」究竟如何纔是誠實信用方法？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。但是尚有些問題，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。國民政府民法總則第一條說：「民事本法所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」所謂法理，就是為補充民法之不備。法廷適用法理判案的時候，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。習慣之為法律的淵源，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，比較的為小部分。世立法勢力擴大，習慣作用，今已日微，但尚未全滅。現在我們要討論的，就是習慣本為一種非公式的程序，究竟如何而始具有法律的效力？有的學者，全然不認習慣為法律之權能的淵源，未免所見太偏。習慣之為權能的淵源，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，即為法律，而不須立法部之再為個別的承認。但是上項通則，亦可為裁判官制成的規則，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，不待法廷再為個別的承認，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。習慣之能認為法律，必其本身為合理

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，必要進行習慣的人，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，而不單是違否聽便的規則。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。我國的民法總則規定：「民事本法所未規定者，依習慣，」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。因為這種法律，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，或者經法廷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，今亦日爲立法侵奪其地位。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 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，社會中又誰有能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定之法律的規則，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，且甚有時彼此抵觸，亦所不免。但是這種抵觸之處，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，即或迫不得已而與社會感情有齟齬之處，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、法律有時候因爲種種情勢的阻力，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，而又易於隱秘，實在不能全然防止，且這種行為，若驅之趨於極端的祕密，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，卻又不相宜，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為相宜，因為其惡之程序，尚未至於有煩法律動作的必要。譬如性質輕微的侮辱勝，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。但是法律卻不使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。法律全爲社會而存在，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

價重要的實例來證明。(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，并且對於違法的制裁，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得很熱的地方，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，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，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，以性惡為前提，若是教育進步，人性改善，社會程度高了的時侯，法律也就不需要了。這個說法，也是偏於一面的觀察。比方像刑法那種的法律，固然可說是大部分為懲惡而設，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，這卻沒有一定的原則。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，人性增善的時候，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，并不是法律本身，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，民法中大部分規則，當然在改廢之列；但是民法這一部法律，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。

參考書

- 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 與 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 Salmon 的學說，代表英法系；反是，而 Karkonov 的書，則代表大陸學派。至於狄驥 (Dugui) 的書，則超然於傳習的學派之上，從唯實主義的精神，評擊舊說，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 (Dugui) 的法律學說，惟有在其後彼の著述中求之。〕

中華民國二十二年三月四日初版  
中華民國二十四年五月國難後第一版

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

百 科 小 叢 書 法

律 一 冊

(53203)

每冊定價大洋壹角伍分

外埠酌加運費

著 者 周 鯁 生

主 編 者 王 雲 五

發 行 者 商 務 印 書 館  
上海河南路

發 行 所 商 務 印 書 館  
上海及各埠

58  
17

