

書 叢 法 政

法 之 本 質

著 吉 達 部 濃 美
譯 東 紀 林

行 發 館 書 印 務 商

美濃部達吉著
林紀東譯

政法
叢書

法

之

本

質

商務印書館發行

中華民國二十五年九月初版

四三三四上

(3335)

政法叢書
法之本質 一冊

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

版 翻
權 印
所 必
有 究

(本書校對者喻飛生)

錫

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。惟其如是，故須隨時關照社會不羈之社會事實，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。

曩者習律故都，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、芑業，賜助良多，謹此誌謝。

譯者識

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。凡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，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，一直至於今日，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

一

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 團體法與社會法.....一四

四 法與國家的關係·····	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態樣·····	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 法是人類利益的規律·····	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 學說概觀……………五三

一 實力說……………五四

二 主權說……………五六

三 歷史學派……………六〇

四 承認說……………六〇

五 自然法說……………六一

第二節 作為社會心理力的法……………六四

一 法的效力……………六四

二 社會心理社會的責任……………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……………七二

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 祇以制定法爲法的不當·····	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 理法·····	一三三

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根本的中心問題，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。

因爲這個原故，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 Müller 兩人，都以劃定「法的概念」，徒生混雜，寧是以除去爲妙，即在最近 Fritz Gander 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爲研究對象的學問，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，或時代以信仰異教爲違法，懸爲厲禁，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，就此而爲研究，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，蒙昧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，不一其揆，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，纔擁有法的性質？它和道德風俗的

區別在什麼地方？這是爲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，即法何以得成爲「法」？「法」所以成爲法的根據何在的問題。

這和法的內容有別，法的內容係揭發法是怎麼定的？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？這是爲瞭解法的本質，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，法常被稱爲人的行爲規範，這種說法，縱是得當，亦不過說明法的內容而已，法的基礎，即法所以成爲法的根據，毫無說明。而且人的行爲規範，紛繁多端，有能成爲法的規範者，亦有不能成爲法的規範者。將近考試時間的學生，自己規定日課，實際上又能克意實行，這自然是行爲的規範，但不得謂有法的性質。因爲行爲規範，而能具有法的性質者，更不能不備有得以成爲法的根據，以故，這種說法，對於法的本質，仍未明瞭。法又屢屢被稱爲主權者的命令，這種說法的當否，後再論及。但縱假定其爲適當，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，始能爲法律，沒有不問內容，任何命令，都成爲法，其內容既不限定，自不能說是已把

握到法的本質。

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，寧是在「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，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。

