

萬有文庫

第一集一千種

王雲五主編

法律

周鯤生著

商務印書館發行



律 法

著 生 鯁 周

書 叢 小 科 百

編主五雲王
庫文有萬

律 法
著生鯁周

路山寶海上
館書印務商 者刷印兼行發

埠各及海上
館書印務商 所行發

版初月十年八十國民華中

究必印翻權作著有書此

The Complete Library

Edited by

Y. W. WONG

L A W

By

S. R. CHOW

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

Shanghai, China

1929

All Rights Reserved

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。我們要明白法律的真義，就要先了解人類的社會性。從客觀的事實證明起來，人是社會的生物。人不能離羣獨居，而常與同類生息於社會。社會共同生活之於人類，可以說是天性的要求。因為孤立的人，絕不能滿足自己的需要。人類有共通的需要，且有各別的需要；同時人亦各有其特殊的性能。人既有共通的需要，就非營共同生活，不能滿足其需要。於是大家互助，把各人相似的性能發揮出來，共謀公共福利。人亦各具不同的性能，各有種種不同的需要。於是各發揮其性能，彼此交換勞作，滿足各別的需要。人類社會因此起一極廣大的分功

作用。這兩種不同，然而相補的現象，構成所謂社會連帶相依的關係。這種關係，是一個社會事實。要想這種關係能穀圓滿的維持，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，使各人的行動，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厲行的，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出來。

一 法律是政治社會中行爲的規則。此處所謂政治社會，不是通俗的命意，而是用做一個狹義的專門名詞。換一句話說，此處所謂政治社會，不是泛稱通常一切關係政治運動，從事政治事業的人們結合團體，而是特指人類中具有之政治組織而言，此等組織，由部落市府，以至民族國家，其發達的階段，結合的方式，雖有種種不同；然就其根本性質上說來，皆所以代表人類生活之政治一面的組織，我們總名之爲政治社會。政治社會的特徵，在結合那一團人類，慣常服從一定的治者或政府。到了一定的文明程度之政治社會，又叫做國家。政治社會，是人類社會組織中之一個最有包羅性的，有強迫力的。法律就是那政治社會所認定之行爲的規則，所以指導組成社會的各員之行動的。人之受拘束於法律，是以政治社會一員之資格而受拘束。凡生息於一個政治社會的人，皆須受那社會中法律的支配。世界上政治社會的數目種類多歧，因之法律亦有多系。這是法律與道德的規則，一個大不同的地方。通常說起來，道德有普遍的性質，對於人類一般有拘束力。人之服從道德，以其爲人類之一分子而然，無論屬於那個政治社會的人說，都是應當服從同一類之道德的規則。法律有多種，至於道德，則嚴格言之，只有一種；如其有不同之處，則是各人對於道德的觀念有不

同，解釋有不同，於道德本性自身無涉的。

二 法律有強迫的性質，由上述第一個特徵，可推出法律的第二個特徵來。政治社會，是人類生活上各種社會組織中之一個最有強迫力的。這個社會中行爲的規則，自然也特別的有強迫力爲後盾。所以法律所生的義務比之道德的義務，更爲嚴厲，而具有較強迫的性質。有許多處所，違背道德的義務，並不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，是多少有組織的，多少有公共權力的根據。這樣說來，制裁的觀念，乃似和法律的觀念，有不可離的關係。通常說法律的特徵，在有制裁力，無制裁不成法律。這個說法，究有一面的真理。近世法律，多少都具有制裁的。制裁可出以種種的形式。第一個制裁形式，是司法上所謂強制執行。個人對於某項法律的義務，不履行的時候，法廷可以命令強制執行。例如有人欠債不還，法廷可命承發吏差押他的家產，抵還債主。有時制裁的形式爲損害賠償，例如某人訂有婚約而不履行，或有敗壞他人名譽的行爲，受害的人，可以提起訴訟，要求損害賠償。又有時制裁出以懲罰的形式，犯竊盜的人，處監禁，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廷。有法廷以適用法律，是爲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，在法廷沒有強制的效力，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爲原則，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，法廷不能過問，上面所說的制裁，是都不能行使的。又如國際法原是國際關係上行爲的規則，設有國家違背國際法，究不能適用通常方法，加以制裁。雖然如此，但是我們對於憲法，決不能以之屏出於法律之外，不認之爲法律。就講到國際法，雖有視爲一種道德的規則的學說，但是無論就其實用之權

威上看，或是就其內容說來，確是與一般的法律相類似，大多數學者，都認為法律之一種。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，又有動機的。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，拿到法廷判罪，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

手段而不是懲罰意思他那精神復元的時候仍可望釋放的所謂「精神病人之行事不爲罪」成了刑法上的原則。兒童的行爲，不算作通常意識和理性的結果，在法律上也是特別看待。有些行爲，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；並且可設監護人，代爲保護利益。此層若再剖論下去，就涉於責任與行爲能力諸說之範圍，不是此書篇幅所許的。現在我們不過欲證明意志和心思，並沒有屏出於法律酌量之外，法律的規則，究竟斟酌意志心思，以測量行爲；特其着眼點，不是在普泛的考究人的意志心思，而是酌量人的意志心思，怎樣的影響其行爲。

四 法律有地域的制限。道德的規則，以範圍一般人類爲主旨，故其拘束力，有普遍的性質。人之信從道德的規則，以其爲人類一分子之資格而信服之，則是凡爲人類，無論立於何地，應受道德科律之支配。而法律的規則，則不然。法律是爲一政治社會特立的，其目的在規律社會內各員之行爲，人之服從法律，是以社會一員之資格而服從之，在那社會以外之人，就沒有服從那社會法律的義務。由是可知法律的拘束力，以政治社會的領土爲範圍，有地域的制限，這也是其與道德的規則一大不同的處所。一地方自治區域所訂的規則，只能拘束本區域的住民，而不能行於他區域。一國所立的法規，其拘束力以國內爲範圍，而不能行使於他國領土。就是國際法，雖說是國際關係上行爲的規則，行使的區域廣大，然而亦不能說有普遍的性質，其適用範圍，仍是有一定的，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。爲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，結局全然爲社會全體利益存在的，也沒有法律，單爲個人利益存在的。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，以社會公衆爲本位而制出，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刑事訴訟法等，私法所包括的，以民法商法爲主要部分。又一個普通的分類，就是把法律大別爲國際法和國內法。規定國與國間

相互的關係之法則，爲國際法；一國以內的行爲的規則，爲國內法。此項分類很簡單，而不甚重要，無詳加說明的必要。再一個很重要的分類，是主法助法的分。法律有兩個要素，第一是關於權利義務的實體之規定，第二是此等規定適用的手續。刑法上規定「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，尚不知要經許多手續。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。最後尚有一個重要的分類，就是分法律爲成文法與不文法兩種。所謂成文部者，並不僅有文字記載可稽考，並且其文字全部，構成法律實體此外的法律，都屬於不文法。換一句話說，就是依立法的方法手續而制定的規則，爲成文法，故成文法亦稱爲制定法；除此以外，都屬於不文法，所謂判例法，慣習法，是不文法中之最顯著的。此等法律，亦嘗形諸文字，但是那文字是法律所在之表證，而並非構成法律的實體。現在有一要申明的處所：就是上面說凡依立法的方法手續而制定的規則，爲成文法，其所謂立法者，並不限於指