



# 法律一論

仲協梅祖芳著

## 第一章 法律汎言

宗憲 第一章 法律汎言 其意蓋主其法律之關係於文與因。  
源賦主人孫其論云，即是權於人際之內際而論，亦不謂等閑視之，其於法律之與法律  
支頤 法律是支配人類的法則，而不及於人類以外的自然界，這是人人所知道的。自然界  
亦有其法則，比如物理學上的法則，天文學上的法則等等，此即所謂自然法則是已。而  
且在歐洲，法律與自然法則，用語相同，都稱之曰「法」(Law, Loi, Geses)。但是  
此二者的性質，則全異其趣。自然法則，係支配自然界之必然的因果律，而自然界却不  
具有理性，法律是支配人類的社會，而人類則具有理性。所以自然法則，決非吾人心力  
所能左右，而對於法律，則有時可運用吾人之自由意志，與之相違抗。要之，法律的實  
施，端賴人類自由意思為前提，而並不是必然的因果關係。再者，習慣、道德、與宗教  
，亦都是人類行為的規範，就這一點言，此三者，亦可稱之為廣義的法律。不過今茲所  
欲論述者，則僅及於狹義的法律，亦即吾人通常所謂之「法」或「法律」，而以之與習

## 第二章 法律汎言

價、道德、宗教等相對稱。

法律（狹義的法律）係就人與人之間的關係，而規範其特定的外部行為，這便是法律的目的之所在。所以人類對於鬼神的關係，人類對於其他動物，或自然界的關係以及個人對於自己一身的關係，固有些是屬於宗教，有些是屬於道德或其他事物的範圍，但並不包括於法律的觀念以內。而且法律祇及於人類的行為，所以與道德的性質，自有差異。可是要知道，法律對於人類以外的事物，亦即所謂自然界，並不是漠不相關。人與人之間的關係，往往依賴自然的一部分，尤其是具有經濟價值的財富為媒介，而引起種種的接觸。比如所有權，固以物之支配為其目的，但在為物之支配時，常利用自然的支配或經濟的事實為媒介，使所有人與第三人發生許多法律上的關係。再者，法律雖然祇規定人類外部行為，但是對於人類之內部動機，決不能等閑視之，此法律所以與道德、宗教、風俗、經濟諸端，亦會發生極其密切的關係之原因。

幼時讀魯濱遜飄流記，魯濱遜攜着一鎗一犬，在荒島上逍遙自適，離羣獨居。其實這是小說，是理想，絕對不是人類生活的事實。人類必然是要有社會生活的，個人既然不能離羣獨處，故亦不能不與其他之人，發生關係，因而種種社會現象，於以形成。不過社會的性質，與社會的範圍，因時因地因事而有不同。就其性質方面言，因夫婦的結合，子女的誕育，而產生性別的或血統的關係之社會。國家或地方團體，則係以地域為基礎而形成之政治團體。學會，商會，工會，營利社團，公益組織，則又係為着特定的目的而結合的社會。至言其範圍，從極小的一家一族起，到最大的國家組織，甚至於大同世界為止，無一不可稱之為社會。社會學者對於社會一語所下的定義，固然是言人言殊，但吾人可以斷言，所謂社會，決不是專指有組織的集體生活而言，祇須具有交互作用 (Wechselwirkung)，即使二人之間的契約關係，亦何嘗不可謂為社會。德法文字，稱社會為 Gesellschaft 或 Societe，即其明證。總而言之，凡人決不能離開社會而獨營其生活。至於人類之營社會生活，其價值究屬若何，換句話說，人類因為營社會生活，致其

自由受拘束，而妨其個性之發展，究竟是否有害，這是另一問題，無論如何，自太古以迄今茲，事實上人類總是生存於社會之中，這個鐵一般的事實，任何人無法加以否認。在初期的國家論中，固然有不少的學者主張人類生而自由，各營其孤獨的生活，祇因後來感覺孤獨生活的不利，從而互相締結契約，以組織國家而為共同生活。但是這種主張，却與人們的經驗，及歷史的事實，完全相背。

上面所說的社會，各有其存在的基础，尤其是某種社會，比如公益法人與股份有限公司，其設立的基础，概以法律為必要。關於法律的定義，學者間固各自有其見地，而德儒士也。所云法律是一社會生活要件一語，確係不刊之論。誠以沒有法律，人類便不能營其社會生活，這是事實，無法予以否認。而且社會的範圍愈廣，所需法律之處便愈多，因而法律的功能亦愈發揮。在分工細密的龐大社會中，法律亦必與其相適應。而為技術上的發達，較諸他種社會規範，更為重要。舉個淺近的例子罷。在窮鄉僻壤，行路頗為自由，用不着法律嚴加取締，然而在人烟稠密的大都會裏，行路必須要靠左走

，人行道上不准車馬往來，這裏便用得着嚴厲而細密的法律了。可見社會生活越複雜，法律之滲入於人們的生活，也就愈來愈多。雖然，這不過就法律的技術性而言，在規模較小的社會，或者原始時代的社會，亦不能否認法律的需要。甚至於娛樂遊戲，如果沒有法律，也無從維持其秩序。兩人對奕或四人打牌，假使其中有一人不恪遵其應守的法則，這遊戲便玩不成。所以要達到遊戲的目的，參加的人員，亦決不能隨便行動，恣所欲爲，此乃事理之所當然，而爲盡人所深悉者。

法律之與社會生活的牽連關係，乃其本質使然。拉丁文上有兩句成語：「有社會必有法律。有法律斯有社會。」這確是不能否認的真理。要之，法律是社會生活的要件，社會而沒有法律，則決不能夠存在的。而離開了社會，吾人却也無從想像法律究竟是什麼東西。法律與社會，相輔相依，關係至切。

(二二) 法律與社會

以上祇就法律與社會的關係，作抽象的觀察。茲再就特定的法律規範之內容，予以

## 第一章 法律汎言

檢討，便知道法律規範，完全為社會生活的特殊性所左右。也就是說，法規內容與社會生活的性質，其間有因果關係之存在，乃屬無從否認的。人與人間的交易往來，家庭的組織，以及國家，地方團體，公益法人，營利社團，國際集團之互有差異，馬上反映到法律規範之上。所以我們要認識法律規範的內容，非澈底了解社會生活狀態不可，尤其是有關經濟歷史與其他的條件。唯物史觀的論者，認法律制度，亦與他種社會現象一樣，不過是建築在經濟基礎之上。這樣的說法，只能闡明經濟因素與具體的法律規範之內容，其間有因果的聯繫，但是經濟以外的其他因素，自亦有其同等的重要性，無論在法理學上或立法政策上，都應該一體予以注意。

從前的學者，對於法律與社會關係，都未曾予以充分的認識。祇承認法律是國家或主權者的命令。唯有國家的法律，才算是法，法典是其主要的淵源。習慣法的拘束力，亦有待於國家的決定。我們固不否認，在人類的社會生活中，國家是最富於組織性的，國家的秩序，大半賴乎法律以維持，國家的法律，當然占着整個法律的主要部分，但是

國家決不是唯一的社會組織，國家以內的各種團體，如鄉鎮等公法人，公司合作社，相互保險社等私法人，以及學會工會農會商會等職業團體，無一而非社會，各受其固有的法律之支配。我們可以說，從個人以至國家，其間不知有多少的團體存在着，這是事實，不容否認。認國家以外無團體，這是羅馬法上的個人主義思想，以及屬於羅馬法系之啓蒙時代的思想，而在歐洲中世紀時，却曾排除了這樣的主張。一切的團體，都有賴乎法律之維持，而亦祇有賴乎法律以維持。各個團體中所實行的秩序，言其內容與效力，原未必與國家的法律相一致。但此種秩序，亦係規律團體以內人與人間之外部行為的規範，且就同爲社會的生存條件之一點言，自得認係法律，與國家的法律，並無差異。雖然，時至近世，祇認國家的法律才算是法律的思想，却依然存在。英儒奧斯丁(Austin)之流，以法律是主權者的命令，這可算是典型的見解，自從十八世紀末葉，以及整個的十九世紀，在歐洲大陸，所謂國內法之法典編纂時代，大抵皆孕育於這種思想之中。

可是在十九世紀末期與二十世紀開初，新興的學派，則皆認社會的經濟生活現實，亦爲

法律形成之基礎，並且還側重法律之歷史的研究，因而從前的所謂國家法律觀，遂漸次失其威勢了。

(四)

既以法律係主權者之命令，祇有國家的法律之存在，那末，法律的前提，必須為一個組織完全的社會。果若如此，則唯有近世中央集權的國家，其主權觀念，已經確樹者，始有法律之可言，國家以外的其他社會，則祇有依靠道德，習慣等規範以維持，而無有法律。可是，在某一社會，其主權觀念未經確樹以前，早已有了規律人與人間相交往的規範存着，這種事實，不容你不承認。於過去與現在，我們當見未開化或半開化的社會，其政治權力，雖寄在不明，而法律總是有有的。當我國的漢末與殘唐之際，雖則內亂頻仍，盜賊叢起，稱王稱帝，不知幾許人，可是民間的交接，依舊不能離去法律。在歐洲中古封建制度之下，現代的主權觀念，還沒有發生，但仍然有其當時的法律。天主教有教會法典，英國教有英國教法。他如中世紀基爾特法，都市條例，無一而非法律

，然而無一係出諸主權者之命令，雖然，這些法律，應該受國家的法律之支配，但此係效力上的問題，言其內容，仍不因此而喪失其法規性。

時人頗有否認國際法的法規性者，以為在現狀之下，國際團體的社會，欠缺健全的組織，構成國際團體的諸國家，各自有其最高的主權，誰也不能制御着誰。這種論調，當然亦有其起因，如果認法律觀念與國家主權之間有必然的聯繫在，則國際法既然是超國家的法律，自然不能有其法規性。但是我們的見解，却與此不同。

祇承認組織完善的社會，才有法律，這種思想，必定會歸結到國家的法律觀與主權者命令說。強制性究竟是法律的要素與否，此一問題，亦是學者間爭點之所在，社會的組織，如果是不甚健全，則其用以維持內部秩序的法律，當然欠缺強行的手段，而社會組織，倘若細密完備，則法律的強制維持，自亦較為周到。不過依我們的見解，法律之法，並不以社會之組織化為必要，即在未甚組織化的社會，亦需要與情狀相當的法律之存在。法律的強制性，並不是法律的本質，不過是一個程度上的問題而已。所以不能

## 第一章 法律汎言

因國際法欠缺強制力，便祇認其係「實證的道德」(Positive Morality)，而非法律。如果凡是欠缺強制力的規範，都不是法律，那末即在組織完善的社會如國家者，其所有的法規中，亦必將有若干不是法律了。例如憲法上有許多規定，照這樣說來，皆不具有法律的性質。抑且在國家的法規之中，有些明明定了制裁的條款，旨在強制施行，但若事實上因國家機關的不充實，或其他理由，致無從強行者，則亦將不能不否認其為法律了。可知強制力之有無，祇是程度上的問題，並不是凡係國家的法律，必須有完全的強制力，而國家以外的其他社會之法律，亦未必絕對沒有強制力。各種社團的章程中，規定社員違反其義務時，應受除名之處分者，頗不乏其例。即如國際法，雖不若國內法之富於強制性，倒是不甚完備的司法審判制度，以及特種制裁手段，亦往往有之。

就社會學的立場看來，法律的範圍，應該於國家的法律之外，擴張到國家以內的各種社會，以及超國家的種種社會，公司的章程，工廠的作業規則，旅館公寓的旅客須知，無一不具有法律的概念。而且不僅僅在正當社會，應有其法律，縱使在殺人越貨竊劫

納污的團體，亦一定有其規章，所謂盜亦有道，這道字也就是指法律而言。拆白黨翻戲團，甚至於煙窟娼寮，祇要是一種社會，必定有其法律。蓋團體本身即使違背正義，但其用以維持社會秩序的規範，在形式上不能不歸諸法律的範疇以內。至所謂超越國家的法律，亦不限於國際法之一種。現時人類的往還，日益頻繁，各種具有大同性的社會，比如衛生、交通、藝術、立法等，以增進人類幸福，企圖文化向上為目的的一切事業團體，又如各種國際學會，世界性的教會組織，與夫以環球為其活動範圍的營利公司，如海運公司保險公司等，至為發達。在這種社會之內，其所實施的秩序，固亦如一國內同類的團體一樣，有其法律，而且其本身既係一個法律的團體，有其存在的基礎，那末法律亦必以此為基礎而存在着。不過在現時的情況之下，除國際法外，不復認有超越國家的法律之存在，就令以全世界為活動範圍的團體，亦不能不依照某一國內法，取得其法律的形式，而保有國籍，因而在他國，往往不承認其法律上的存在。

現代的法律思想，尚為國家法律萬能主義所支配，不承認有超越國界的社會，以及

## 第一章 法律汎言

伴此社會而存在的法律。流弊所至，產生了許多不自然的狀態。近世國際私法，皆以所謂涉外的法律關係，猶如內外國人的結婚或買賣等事件，為其所研究的對象，當此項法律關係，惹起一國領土主權與他國人民主權，互為衝突時，則由國際私法，以決定其應適用之何國法律，這便是所謂國際私法存在的理由。可是依我們的見解，超越國界的事件，並不具有不能適用某一國家的法律之必然性。於此種情形之下，其法律關係，有時認為適用甲國法律，較為相宜，有時則以適用乙國法律，更為便利，有時却以為任何一國的法律，皆不宜於適用，最好是援用國際的習慣法。際此國際交通日益頻繁的今日，全世界人類的經濟關係，至為密切，堪稱為大同經濟時代，自應產生大同社會的法律。

要而言之，法律的現象，決不限於國家的法律而已，所以法理學的研究，應該深入國家內的一切社會，同時又應該擴而充之，普及於超國家的社會，亦即所謂全人類的大同社會，認法律是國家主權者的命令之說，乃是過去法律思想的渣滓，而對於法律學

性質，缺乏了正確的認識。把法律與國家的意思，或主權者的命令，混爲一事，大抵是由於下列三種原因之所致：（1.）不僅是一般的人民，就是律師與法官，也不再考慮法律之基礎是什麼，祇傳奉強行的國家法，爲其職務上所必要而直接的僅有智識。（2.）祇具有一種關於法律的通俗觀念，祇知道刑法是法律，這不特是中國人的俗見，全世界的人事也大都犯了這個毛病，因爲刑法是最適合於命令的形式故也。（3.）在並世各國因其立法權的活動之結果，成文法的範圍，日益擴大，彷彿法律都是由於國家的意思作虛假的人。我們如果能夠滌除所謂國家的法律觀，而就社會生活的現實，以觀察法律，則對於國際私法上所謂法律本質的檢討，一定會發見嶄新的指導原理。

這裏，尚有一事，亦須略予說明，就是法律與民族關係，究屬若何。德儒 Savigny 與 Althusser 氏認爲法律與特定的民族，有其神祕的關係，法律是民族精神（Volkgeist）之無意識的產物，是國民共同的信仰之發現，這就是我們所習知的歷史法學派之主張，例如中國幾千年來相沿不絕的宗祧繼承制度，是中國的固有法制，德國的公同共有關係，

是日耳曼民族的歷史產物。歷史法學派的主張，對於法律之形成，以及法律之淵源諸問題，均具有重要的意義，不容忽視。法律亦與語言一樣，都是民族精神之所寄，不能由立法者任意創造。這種見解，固亦有其真理在。但是歷史學派，忽略了法律之人爲的要素與技術的要素，並且對於國內各種團體，所應有的法律，以及國際間因法律文化的融合，而產生人類共通之團體法，亦即所謂大同法，無從了解，則不無遺憾耳。雖然，歷史法學派的思想，強調法律之民族的特質，而着重於法律之社會基礎，對於法典萬能思想，可算是來個有力的反動。不過補充法律基礎之社會，却不僅僅祇有民族一種，次於民族或高於民族的社會，尚有不知其數的存在着。總之，歷史派的思想，固然反對在形式上法律與國家（或主權者命令）之必然的牽連關係，擺脫了國家的法律觀，但是仍舊認許法律在實質上係與民族或國民之信念，相與聯繫，還不免一樣的被國家思想拘束着。

（一）不許是一張的人員。對其有與此官，恐不其意也。

對其，知三丁五福的國體。出者有與國體的意見。與主權者命令，此其一事。大冊是

欲普張之直用，並將其旨意詳述之。其後，各國之法律，亦因其實效而趨事，另圖二十

## 第二章 法律的普遍性與確實性

軍士，其非（二）小法六日二十一日，其法至五千歲，其法亦因其實效而趨事，另圖二十

普張法律是規範社會生活中人與人的相互關係，所謂社會生活，並不以國家生活為限。法律對於社會生活的本身，亦有其功能，為要使社會生活，得以維持，則一切構成社會的分子，即所謂個人，便不能各就其志趣利害，任意行動，其所作為，必須以法律為準據，藉以維持客觀的秩序。這個維繫社會生活秩序的法律，應該一體奉行，不能因個別的特殊情形，而有所顧忌，尤其在制定法律的當兒，立法者固然應該避免種種有乖正義的結果之產生，但是關鍵所在，還須考慮整個的社會生活之安全。社會由原始而簡陋的狀態，進展到近代的燦爛文化，其範圍日益擴大，而分子日益增加，因而其機構亦愈見複雜，一切一切的秩序，都需要技術化。此際各人若仍祇遵從常識中的習慣法，以作行為之準繩，自然不能夠滿足人們的需要，因而運用技術，制定成文法典，使法律內容，臻於

職權，乃屬必要之舉。現代國家成文法之發達，此係其主因。其詳見前章內容，茲茲再就上述的見解，予以更詳細的說明。法律是社會生活的規範，對於社會各份子，祇命令其爲一定行爲，或禁止其爲一定行爲，法律是社會分子履踐社會生活的軌道，却不是專爲社會分子中之某甲或某乙而設的規範。既然是一種法律，則必有相當多數的人，均受其拘束，這是不難想像得到的。所以國家的命令，即使採法規的形式，名之曰「法」，而究其內容，祇係對特定之人，授與以特權者，則此種形式上的法律，仍不具有法律的實質。例如法國一九〇六年七月十三日所頒行的兩種法律，其一係規定退伍的陸軍中校 *Dehors* 着仍在軍隊服務，並晉任少將。又其一係規定魁兵隊長 *D'Herbiers* 着晉任騎兵隊隊長。又如法國一九〇七年七月五日法律第二條規定，步兵第十七期的軍士，其非係一九〇七年六月二十一日清晨至正午迭次征召所集合者，不得享受第一條所定之權利。這三種法規，形式上雖均援用「法律」字樣，但因其並非對同類事件，爲普遍之適用，故祇具有行政行爲之性質，而非法律。再就我國現行法制言，民國二十