

萬有文庫

第一集一千種

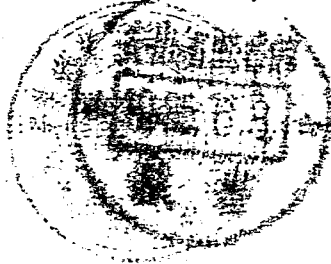
王雲五主編

古代法

(一)

梅因著

方老藏 鍾建閣譯



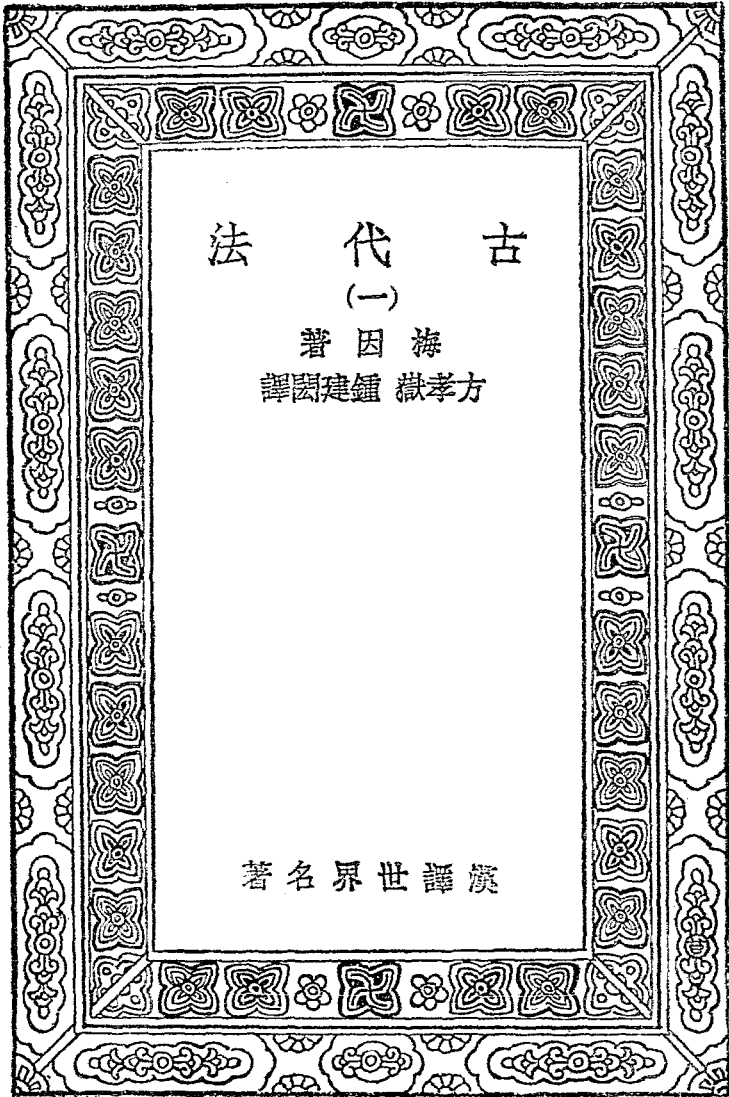
商務印書館發行

萬有文庫

第一集一千種

總編纂者

039324



法 代 古

(一)

著 因 梅
譯 閱 建 鍾 嶽 孝 方

著 名 界 世 譯 漢

古代法目錄

第一冊

譯者序

波洛克導言

第一版梅因原序

第三版梅因原序

第五版梅因原序

第十版梅因原序

第一章 古代諸法典

目錄

第二章	法律之擬制·····	一六
第三章	自然法及衡平·····	三五
第四章	自然法之近代史·····	五七

第二册

第五章	原始社會及古代法·····	一
第六章	遺囑繼承之早期史·····	四七
第七章	關於遺囑及繼承之古代及近代之思想·····	八三

第三册

第八章	財產權之早期史·····	一
第九章	早期契約史·····	四九

第十章 私罪與公罪之早期史……………九六

第四册

評釋第一 羅馬法之古……………一

評釋第二 荷馬詩中之習慣法……………四

評釋第三 法律之初形 成文法與不成文法 上古法典……………八

評釋第四 英國之判例法與擬制……………一六

評釋第五 自然法與萬民法……………一九

評釋第六 衡平法……………二九

評釋第七 中古及近代對於自然法之研究 布列吞法國之公法家……………三二

評釋第八 近代國際法之原始……………四五

評釋第九 孟德斯鳩邊沁與歷史方法……………五〇

評釋第十	宗法學說	五
評釋第十一	分位與契約	六
評釋第十二	遺囑繼承	七
評釋第十三	長子繼承權	八
評釋第十四	掠奪先占與占有	九
評釋第十五	印度之村社	九
評釋第十六	遵式移轉物 早年法中之移轉	一〇
評釋第十七	早期法律中之契約	一〇
評釋第十八	古代訴訟手續	一〇
本書綱要		一三

譯者序

天文學生自占星術，化學生自煉金術，在一偽妄觀念認世間有一該遍不易之法律者之中，或爲一新式法學所託根也。信如斯言，則吾人對此一八六一年之偉作與達爾文種源論并肩而立爲英雄造時世之書者，不能否認其爲新式法學之一名導師矣。梅因之供獻乃根於所觀察之廣大範圍。彼將舊約，荷馬詩篇，拉丁戲劇家，中古蠻族之法律，印度僧製之法律，及羅馬法律家之著作，等而較之，實以史識，不蹈孟德斯鳩證據不精披揀不純之弊。梅氏之後，追蹤繼迹者以數十百計；「在今日可謂羣得收穫之益矣。然苟對於最初闢草萊以利耕作者竟忽忘焉，未爲當也。吾人所耕者或爲主人未觸之上；又牽犁之牛，或優或劣；然所牽之犁仍爲主人之物也。」

學者苟欲借照於現今之批評以研究梅氏，則波洛克之評釋自當細讀。所惜波洛克稱引之淵博，與其所示人以進探之塗，連帶梅氏本文與隨之點，非爲之補一長箋，恐吾人介紹名著者未爲盡責。又尙須注意者，卽此古代法一書，但爲梅氏在此題目上所發表一列著作之首作（雖其各書中

之最重要者)耳。東方西方之村社 (Village Communities in the East and West) 早期諸制度 (Early Institutions) 早期法律及習慣 (Early Law and Custom) 三書，尙宜繼續讀。

梅氏自立一明顯之界限，即所論不越印度歐羅巴人之社會也。又其所論者非一切之社會，乃一切任有何種永久生命之社會。然彼於中國會一度齒及。謂「世間一切社會皆有必經之一階段，即法律軌則之脫離宗教軌則也。在中國已經過此一階段。但其進程似行過此階段而止。」彼之稱道中國是否亦認中國爲具有一種永久生命之社會，乃不可知。但言之不暢，無以示其有故與成理。以吾人所知，中國法律軌則之脫離神事軌則，依尚書呂刑文，乃遠在唐虞之世。蚩尤『所作五虐之刑曰法』，究在梅因此書第一章所舉古代法律進程上，爲屬於特權階級壟斷之習慣法，抑屬於法典法，姑未能斷；然此法之民神雜擾，可即『乃命重黎絕地天通罔有降格』一語知之。中國政俗自古似即有南北之異；南好鬼神，北重人事。梅因所謂『古代東方貴族治變成宗教性，西方貴族治變成政治性或軍事性』，雖就其所斷印度歐羅巴人社會之英雄時代後所緊接之貴族時代言之，然不妨藉以解釋蚩尤九黎三苗與黃帝顓頊帝堯間之南北相對現象。國語楚語云「觀射父曰：古者

民神不擾。少昊之衰，九黎亂德，家爲巫史；（鄭康成謂九黎學蚩尤。）民神同位，禍災薦臻。顓頊受之，乃命南正重司天以屬神，命火正黎司地以屬民，使復舊常，無相侵瀆。是謂絕地天通。其後三苗復九黎之德，堯復育重黎之後，不忘舊者，使復典之。」據此，蚩尤作法混擾民神，當爲可信。此後北人得勢之中國所受蚩尤法律之影響，如沿用肉刑之事，固甚久長；但其脫離神事軌則，似實在邃古之初。「進程似行過此點爲止」之評，語意殊晦；吾人若加論之，恐所涉過泛。但僅守梅氏所立進步社會中調適法律之三種工具——擬制，衡平，立法，苟許吾人採比較方法之意而非過自袒護者，則不得不略參一語。欲本西人法律觀念研究中國古代之法律，宜就禮與刑二者，採用梅因之方法爲之分析。而求西人所謂「民法」者，尤應溯源於禮。爭罪曰獄，爭財曰訟之訓，實已早立民刑訴訟分類之基。擬制一義，運用最早；「禮者先王未之有而可以義起也」即承認擬制之確說。梅因認最有功於人類之一擬制即養子採取（adoption）。謂非此擬制則人類所以脫其羈絆而初步跨入文明之故乃不可知。然中國宗法羈絆誠久未脫；但自來有一確能補助宗法缺點之一種毫不僞擬而確有倫理基礎之制作，即固立「朋友」一倫，一面以家屬關係聯之於朋友關係，如「朋友不信非孝也」

之義，一面以朋友精神推廣家屬之精神，如「友于兄弟」是也。至於類似衡平之運用，如漢高祖令「執見不同據經論決者聽」（漢書高帝紀七年令）開後代律例并行之風；而此種顯然承認理論爲法律中一原素之快語，恐雖羅馬普立德爾通告書或學者答案，及英國衡平法制，皆未享此恩遇。最末，如羅馬之帝王立法，見於我國歷朝之制作者，又無論矣。大抵最古之議事以制不爲刑辟誠有類於荷馬詩中之「判詞」，或特權階級腦中之習慣法；然實毫不託於超然之神力。及叔世三辟之與刑書之作，亦完全與羅馬十二表法爲同階，而非如梅因眼中引出悲運之印度蠻紐。然此二階段之精神，似尙不能僅以梅因一語爲衡量之資。蓋前者之不爲刑辟乃以「防民之棄禮而徵於書」恐「民知所爭」爲動機；後者因禮衰而作，乃以「使民知避」爲動機。本此兩種精神之隆替，補偏救弊而立定「徒法不行。以人行法」之教條；再合之一種近乎自然法之理想——即梅因稱讚羅馬古法所藉以異於印度蠻紐之理想——并見於禮（禮之訓爲體乃最古之訓。賀瑒曰「其體有二」）是物體，言萬物貴賤高下小大文質各有其體。二是禮體，言聖人制法體此萬物使高下貴賤各得其宜。」此言最能表示禮本自然之旨。與刑（呂刑云惟齊非齊有倫有要。似合於梅因所謂羅馬人

投降於自然法乃本於一種勻整簡明或精雅之觀念。之中者，倘吾人遵梅因此書前半部之觀察法言之，似可謂爲中國古時法律現象之大要矣。

此外我國學者苟不終持『得其精華』之態度，而過於輕視『窮其枝葉』，則對於梅因諸名句嘖嘖在人口中者，如『進步之社會自分位趨向契約』『早期社會以團體爲單位』及『法律之進程乃自程式而趨向意志』等，循斯軌轍，可以提供世人者正多。要之，吾人得梅因「觀察上」一可注意之忽略，已時時因各種成見甚且即因數種名詞——文明及野蠻——更運載一不僅在程度上而且在種類上之差別印象，之一針砭，遂可作吾人忠實研究時之巨大保障。（關於梅因所提進步社會所以異於止步社會之間，可參閱鍾建閱譯白芝浩物理與政理。）

至於欲考中國古代法，吾人以爲惟一可珍之材料，即孔子所脩之春秋也。孔子爲魯國法官，因道不行而爲此著。（董仲舒曰「孔子爲魯司寇，諸侯害之，大夫壅之，孔子知言之不用，道之不行，是非二百四十二年之間，以爲天下儀表。」乃春秋作旨之確說。）蓋屬詞比事之教傳於弟子者聲勢甚久。此種情形，除一點外，頗近於羅馬法律大師師弟間之著作。其所立原則，固由胡毋生條例或何

休科旨略見一斑，然其豐富精嚴，切於事情，兼本慣例，（即董仲舒所云上明三王之道。）諸點，尙待闡發，尙待與羅馬大師杜撰之原則，及英國判例原則之不豐，作一比較。但其原則之實施，不若羅馬五大法家之現於本人之世，乃在三四百年後之漢代。（即秦代亦未必不受其影響。）春秋斷獄遂成據經論決之不二軌則，而春秋爲孔子之刑書，亦在後世由另一觀念中，有人道定，若即春秋之本身言之，大抵孔子之稱『大道之行』與『堯舜之世』，即孔子眼中之自然法確實存在之時。至於梅因所譏自然法已攪亂過去與現在者，固即公羊獲麟傳觀之，亦因『其諸君子樂道堯舜之道歟』及『制義以俟後聖』二句不能令吾人爽然斷定其趨向爲向前抑爲向後，然若細衡『國』『諸夏』『夷狄』三世之義，則其最末之階，似不僅爲萬民法（*Jus Gentium*）用心之比。蓋其『用中國禮則中國之』之觀念，似不類羅馬人以市民法爲專利之觀念，而其用意所極，且進而具有歐洲自然法所加於國與國間之關係上之影響。又吾人若用歷史方法自孔子所制之義中區別自古相承議事以制之軌則，則此書之能爲吾人研究中國古代法之最良的（雖非惟一的）藉手，恐無可否認。（參閱方孝嶽公羊春秋詞事索引及後附中國古代法試談一篇。）

譯者所譯之本，即一九〇九年倫敦 John Murray 所出版梅因古代法及波洛克評釋 (Maine's Ancient Law with Notes by Sir Frederick Pollock) 之本。此外所見，尚有二本之序文可供參考。一即 Everyman's Library 之本，載有摩根 (J. H. Morgan) 序文，頗能將梅氏 此書之要點及梅氏 繼此而著之書之特見以明顯之語告之讀者。一即都愛特 (Dwight) 所訂之本。都愛特序文維護梅氏 之論，而據英國法律之本身推闡法律擬制一章之義，尤爲切至。彼又以爲梅氏 此書可分兩半讀之。蓋第五章以前，所論者皆法律進展之哲理；第六章以後，乃就法律中之各大支幹溯其早期生長之迹也。都愛特爲便利讀此書者起見，提要鉤玄，作一綱要；亦經譯者量爲譯出，置諸卷末。至於都愛特 所希望英國人能本梅因 之觀察點及其所用查考聯想之方法，專就英國法律作一試探，固亦世界人所同望者。而中國人對於本身之職責，倘不能驟然尋出任何高於梅氏 之方法，則都愛特 所致意者固不妨卽爲譯者所欲藉此微勞而引出之後果也。

民國十七年二月五日 北京

波洛克導言

梅因亨利爵士 (Sir Henry Maine) 之古代法現蓋成爲經典著作 (classical text) 矣。本版之目的乃在使之重新，而益以佐助，使讀之而眞解，用之而獲益，有如後代之所需者。此書自一八六一年第一次印行以來，蓋既逾四十年。在此四十餘年中，大都因受梅因此書之影響關於法律及制度之古代歷史之蒐討，較諸前時乃益爲奮力，益爲有統系，且益爲有效果。新事之發見者頗多。吾人對於他事之智識亦經不致陷入錯誤與誤解。蓋頗多事實前此雖亦見及而容許之，第視其爲無關宏旨，或以爲祇有局部之興趣，因而未免忽視。今則在較廣之智識分野中，既有其適當之地位與重要矣。如此得來之材料，蓋足使吾人就許多方面而證實及補充梅因之作。若據此種材料之所示，梅因之言有應加以修正者，則凡熟悉法律學問及歷史學問乃具有進步之性質之人，必不致因此而失望也。所可異者，非梅因之書在三四十年後尙有待人修正之處，乃其應行修正之處竟若是之少耳。其後之思考及研究，就大體言，皆經以極顯著之態度而證實梅因之主要觀念。一則梅因以爲事

或有然者，今則有實在之證明；一則梅因本人所未親歷之境，今則有新例證新應用爲之張目也。

梅因此作，其本有之力量，足以證明之者，無過於大陸之學者所加之抨擊。當此種淹博之學者，有所陳訴不滿時，於完備制度之勻整構造，爲彼曹薰陶所自，所經熟稔者，蓋有所未諱也。吾人須知梅因本人之一字一句，並未嘗許約讀書以系統之主張。凡梅因之書，蓋向未顯然自稱於人類法律之最初原始，求其原因；或就法學與倫理學之關係，爲之解決；或將法律一學，連繫於政治學說或社會演進學說。然梅因之未嘗爲此，恐批評之人，亦未嘗以疏忽罪之也。凡所表示之失望，無非以梅因未能盡畢其詞爲憾；或以爲梅因倘有解決之方，乃從不暢發其論。夫以梅因之著作，乃不大張旗鼓，放膽言之爲憾者，吾雖不作是想，亦不敢以此爲不然；此種表示，蓋亦頗有力量也。吾意遺憾之言，亦誠由衷，且由於對於時間、情勢及材料之關係，不能完全了解。而梅因著作之情態，其所繫於材料者，則尤多焉。又就批評家之意旨言，以梅因之專精此學，鑽研既久，而尙隱約其辭，未敢以權威自居者，乃對於非專家之謙詞耳。其實，實在之批評，乃與此大相懸殊也。實在之批評，以爲此書之著者，既爲此學之宗師，故其所用之方法，與其所得之結果，應衡以最高最嚴厲之標準。然吾人若由達烈斯

(Dareste)或樊尼(Vanni)而溯及『古代法』之原序，則於梅因之卑以自牧，謙抑其辭，必將爲之駭愕不已。其言曰：『本書之主要目的，乃在將人類最初之觀念，當其反映於古代法中時，爲之表著；並指出此種觀念與現代思想之關係。』又梅因於第一次印行關於村社(village communities)之講演時，於其文之零碎不成片段，頗向讀者致歉。且當聲譽正隆時，謂其早期法律與習慣一書，無過『欲將現行制度之一部，連繫於人類最古或原始之習俗，及與此習俗有關之觀念』云。夫古代習俗，孰爲真正之原始的，梅因於此，乃小心翼翼，不敢以宗師自居，此亦極足令人注意者矣。特附和梅因之人，未免忽視此種小心；即在張皇他說之人，亦未免陷於此弊耳。

梅因之所造於法律及歷史學者，究爲何物，因梅因於其所著，未暢其說，乃令初讀此書之人，殊難得一普通之概念，雖能於此作最後之解答者，惟有梅因本人；第吾人於此，不宜自安緘默，應直言曰：梅因之所爲，蓋不下於叔造法律之自然史。(He did nothing less than create the natural history of law) 梅因一面示明法律觀念及制度，有實在之演進途轍，有同生物之屬(Genera)與類(species)；且在每期之演進中，有其循常之性質；一面又示明此種歷程，應有真切之研究，不

能視此爲其所在之社會普通史內偶然之事云。夫不滿於法律家之昧於史事，而致其喃喃者，蓋有之矣。當關於中古制度之擬制，二十五年或三十年前，尙流行於歷史中時，富利曼 (Freeman) 見之疾首蹙額，乃爲之太息曰『哀哉法律家也。』(富氏是語，曾否見於文字，吾不知之；惟吾曾聆彼作是語耳。) 然梅因則曾啓迪吾人，謂授法律家以歷史頭腦之方，乃在示以法律一物，有其自身之重要歷史，並不限於政治及憲法方面，且正式運用歷史方法，及比較方法者，此中蓋大有迴旋之餘地也。爲法律家者，若諦審此義，則當能見及歷史家若不徒以紀年之人，恬然自足時，倘於法律觀念及法律制度，略有所知，必無有是處；而吾人溯及現代制度之發生於半史期 (semi-historic past) 中時，必將見及法律原素之重要，不獨無所減損，而且有所增加。除梅因外，固有他人，亦論及此，特無先梅因而爲之者耳。梅因所論，掌教者多採其說，而流行於學校之中，因而獨出心裁，深造自得之處，反易爲人輕輕看過。然梅因之貢獻於歷史哲學者若何，凡諸學子若對之稍有疑慮者，不妨自問曰：欲就下列數義得一適當或明了之概念，亦能得之於載籍（或歷史的或法律的）中之古於梅因所著之古代法者耶。如古代社會中，因有法律而起之敬仰情操 (Sentiment of reverence) 如古

代法律之趨重形式；(essential formalism) 如古代法律中，手續法之勝於實質法；如關於法律證據，古代觀念與近代觀念根本不同之處；如國民個人處置財產之權（尤見於用遺囑者）比較上屬於現代之性質，以及人民之契約自由；如真正之刑法，所現之更屬近代之面目等等；亦有先梅因而闡明之者耶？就現在言，可謂『均已得收穫之益』（“All have got the seed”）然吾人不能因此遂忘誅茅播種者，最初爲何人。此主人所遺留未種之田，吾人可取而耕之；且繫牛於犁，有所引之牛爲較勝，亦有所引之牛爲較遜者，然此犁則猶是此主人之犁也。

梅因著『古代法』時，或當彼編製及敘述其演講以古代法爲修正之版本時，(Early Law and Custom, p. 194) 取材所自，足供驅遣者，果爲何物，吾人至此乃可就大體上爲之研究矣。十九世紀之中葉，法律學問與歷史學問所造就之地位，吾人若爲述及，當無妨礙。蓋就英國學子之未嫻大陸學問之中心者言，不可不先明此義也。

第一，羅馬法中實以是時尙健在之薩維尼(Savigny)爲最大之宗師，其苦心孤詣所翹建之歷史學派，(historical school) 是時盛興於德國，且方始流行於他處。薩維尼與其同時學者，及景從

之人，所鑽研者，不出羅馬之材料，關於古代法制之比較探究，幾於未遑問及；更無論於宏偉之規模矣。薩維尼臆測所及，不足維護之處，有不止一事者，大約即因於此也。伊赫林 (Rodolf von Ihering) 者，一世之天才，稟賦之厚，雖非他人可幾，而與同代之梅因，乃最爲相似。是時其著作方始行世，其對於現代法出自古代法之演化，見解所在，有數點直與梅因相符。如凡諸法權 (jurisdiction) 若窮追上溯，當見其原始，非出自強迫 (compulsory) 乃出自自願 (voluntary) 其一例也。然兩公之間，初非有所假借。梅因觀念之形式，蓋在伊赫林之偉著 "Der Geist des römischen Rechts" 之任何部分尙未出版以前，而伊赫林縱有從容之時間，亦必未嘗多所借助於梅因之著作。蓋以吾所親聆自於伊赫林之本人者言，此公讀英文尙有所苦也。

是時英文中關於羅馬法之著作，除有少數例外外，大都成爲古董，或受人藐視；而英文書中偶有論及羅馬法者，幾於率皆粗淺不足道，且有極不相稱，或竟紕謬百出者。如布拉克斯吞 (Blackstone) 卽往往有此種極不堪之錯誤。自古代法出版多年以來，此種事態，尙無所變。今則大相懸殊矣。在英文中言，如米爾赫 (Muirhead) 如柏斯特 (Post) 如邁爾博士 (Dr. Mayle) 如羅比博士

(Dr. Roby) 以及逝世未久之格林尼詒博士 (Dr. Greenidge) 均有各種極精之著作，以供初學及高級之用。而梭恩 (Sohn) 之 *Institutes* 且見於烈斯黎君 (Mr. Leslie) 之佳譯，至季拉教授 (Professor Girard) 之羅馬法入門 “*Manuel élémentaire de droit romain*” (3rd ed. 1901) 雖命名甚謙，實爲此中最淹雅，最概括，且爲最近之作。讀此書者，將見及有如梅因本人之在第一序中所云，關於研究羅馬法之部分，本非欲以此自儕於學院論文之列。蓋先認定關於羅馬法之初步智識，可以得自於優斯惕安之法學階梯 (*Justinian's Institutes*) 中者，讀者應既具備也。是故用專門之眼光，作詳細之評註，施用於此，實屬不稱；必欲爲之，終屬無謂；而凡讀此書之人，不以此書爲佐助，以爲有此一冊，則可不讀羅馬法之本文與各專家註疏之作，是乃自取其咎也。若以當時流行之意見出於治羅馬法律史者最大之宗師，而其說後來乃爲人吐棄，梅因當時竟採入之，以此爲梅因病者，則更不明本末矣。

日耳曼之古代法律，經人研究者，既屬不少，然大陸學者之爲此者，於材料之豐富或重要，尙有待於英倫對此作科學之研究之一義，則尙有所未悟也。反之，探討之人，以其所得布之英國人士者，

(此中尤以良布爾 John Mitchell Kemble 爲翹楚)則於現代之英國法律所造甚淺,且不能以英國法律之後代歷史乃至中古歷史連繫於英國最古之制度中,而有以觀其會通焉。是故英國十六七兩世紀之法律專家,考古學者,苦心孤詣以蒐集豐富之材料,其用力之勤,足以博人讚賞,而其鑒別之精,有爲其時之人所不能信託,而吾人應爲之起敬者,蓋未聞前此有人就其所得,爲之專心披煉也。梅因者非考古專家,其本人未嘗欲就此嘗試,皆無待吾人之煩言。蓋其實際上所施之工作,乃在闢考古之正路,使此學不徒供好奇之人,作消遣之物耳。

英國法律史昔人所知者,極不完備。而所知者又隱蔽於浩如煙海之近代浮文縟節中。布拉克斯吞(Blackstone)之著作,雖方法及排列,紕謬百出,多有非出自本人之手筆,而在當時極受人之崇拜,所應承教於其書者甚多。(卽在今日亦尙如此)然早已不復爲法律學家絃戶誦,而在十三世紀以前之任何時代,均不足爲安全之南鍼矣。所有在大憲章(Great Charter)以前之物,吾祇舉可能的最早之時期,這皆覆於黑雲重霧之下,祇有一部分經良布爾(Kemble)及柏格拉夫(Palgrave)二公之曙光,爲之爬梳。然此又大都就普通法之憲法方面言。屬於專門之古事古物,吾人所

認爲界石者，則仍隱蔽於黑影之中。復次，柏格拉夫 (Palgrave) 常有溢辭幻想，良布爾 (Kemble) 亦非鮮有疏忽。此二公之著作，（雖其大體上之所長亦不能爲之隱沒）皆非全無謬誤；而在當時，以其新穎可愛，則絕無爲之駭怪者矣。凡諸法律中之分支，合於科學之著述，或課本之措詞得宜，及排比尙勉強可用者，乃絕爲罕見，且竟有全付闕如者。祇有憲法一種，（卽憲法亦從政治上着筆者多而從法律上着筆者少）可稱爲有適當之史家耳。就全體言，在十二世紀以前，關於英國法律之歷史智識，蓋無所見，而在十二世紀以後，則無邁布拉克斯之所遺留者耳。歷史之研究，既有實在之艱難，復遭衆人之淡漠，於是律家法官，卽實屬淹博者，於膚淺之解釋，略事探究無待深求，卽知其謬誤者，乃大都趨於承受之一途矣。其尤稱特出者，則是時有一極盛之趨勢，關於英國制度，受羅馬影響之處，雖非無表面之口實，而未免鋪張揚厲過甚。梅因得以免於此種流行危險之謬誤者，大約乃由讀良布爾氏 (Kemble) 之書而來也。當梅因著『古代法』時，英國之材料欲用爲歷史之推斷，或比較，實尙苦不稱。除大部分聽其自然，而以他種較爲安全之根據爲基礎。以從事建造外。別無迴旋之餘地，此亦灼然可見者矣。

是時亞洲之法制，東方學家 (Orientalist) 亦有略知之者。惟載籍所在，祇限於阿拉伯 (Arabic) 或梵文 (Sanskrit) 之文書耳。而在印度之英國法官及文吏，天職所在，對於印度法律及回教法律之經民事法庭之承認而應用之者，不能不力求熟悉。然祇亦出於司法事務上之不得不然也。步武宗士爵士 (Sir William Jones) 之良規，合文學智識與實用智識而一之者，就令有之，亦極僅見。蓋在一期中，謂能舉此職者，乃甚鮮耳。至關於摩西法 (Mosaic Law) 言，當時公認之意見，尙以爲聖史 (sacred history) 與塵世史 (profane history) 中有天險難渡之鴻溝焉。是故操英語之各邦，所知於舊約 (Old Testament) 者，雖視他處較爲完備，較爲普遍，而於塵世間學問 (secular learning) 之昌明，乃無甚效果。無論探究亞洲法律書者，或出於哲家，或出於官吏，均不能使稍可舉數之學者，有以見夫亞洲法律於通常研究法律思想及法律歷史所關之重要。而梅因於無所事於印度之前，乃對於印度制度獨有指陳，是非具有特識，豈能爲之耶？梅因繫注及此，其初從何而來，尙能知之，蓋亦甚饒興趣者矣。

將古代法之原文，經梅因最後之訂正者，取而重印，不獨不加改變，且不插以編者之附註，

(Footnotes) 此種辦法，吾頗以爲適當。今茲所爲，乃將吾所能附益之評註，另闢評釋 (notes) 一欄，列於各章之末。古代法一書，其所討論之事，既極其蕃變，除具有百科全書之性質者外，現代之著作，無論其學若何淹博，實無一能及之者。故吾評註所及，間有遺漏之處。非因所遺漏者，若在相稱者爲之，無所獲益，乃因吾實不稱爲此耳。同此理由，凡諸吾所未論之處，按照現在之智識境界言，吾亦不敢保證其中細節，悉無訛誤。然吾所能爲之衡驗之處，既爲之衡驗，則就吾經歷所得者言，吾乃假定就令有專家能舉發其謬誤，而於其議論主張之大體，當無甚影響。至於粗淺之事，能讀梅因之書而獲益，亦能自行證明無甚所苦者，吾亦故意存而不論。梅因之書蓋非爲向未聞及霍布士 (Hobbes) 或孟德斯鳩 (Montesquieu) 之人而作也。惟如杜茂林 (Du Monlin) 之名，不獨飽受教育之英人將覺其爲生疏 (正猶布拉吞 Bracton 或卜老頓 Plowden 之對於飽受教育之法人也) 卽英國之法律家，於宗教改革時代之爭辯，或經與羅馬法 (classical Roman law) 之復興，有特殊之研究者，亦當覺爲向所未聞。故於此若祇引及法國人名辭典者，將使讀者深感不快也。

吾於一八九三年，曾著『梅因爲法學家論』(Sir Henry Maine as a Jurist) 一文投稿

於愛丁堡雜誌 (Edinburgh Review) 今此報之主者及編者，許吾自由應用此文，吾實應感謝。
評釋第二次印行時，(一九〇七年) 參證及解釋，均略有附加。甚望得此而更有用處也。

波洛克 F. P.

關於梅因之生平及著作，欲知梗概者，下列數書可用。

達夫著 梅因傳 (Sir Henry Maine: A Brief Memoir of His Life, by Sir M. E. Grant Duff, 1892)

波洛克著 梅因生平及其著作 (Sir Henry Maine and His Work," in "Oxford Lectures and Other Discourses, 1890 by the present writer)

又列斯黎 Leslie (afterwards Sir L. Stephen) 及吾所著各文散見於英國聞人辭典 (Dictionary of National Biography, 1898) 及大英百科全書第九版補編 (Supplement to the Ninth Edition of the Encyclopedia Britannica, 1902) 中者，亦可參考。

梅因古代法第一版原序

本書之主要目的乃在將人類最初之觀念當其反映於古代法中時，爲之表著；並指出此種觀念與現代思想之關係。如羅馬人之法律在其最初之部分中存有最古之遺跡；并以其後日之規律供給人事制度 (civil institutions) 之大宗。即現代之社會，亦尙受此種制度之控御。假令昔時未嘗有此種法律，則不佞所從事之探討，雖孜孜矻矻，而欲求得一有用之效果，亦必無幾微之希望矣。因不能不以羅馬法爲楷模之定制，故著者取材所需，由此得來之例解，爲數之繁，乃若不稱。然著者之本意並非欲就羅馬法學而著一專論。且討論所及有足成爲貌似之處者，著者亦極力避之。第二、第四兩章於羅馬法律大師 (jurisconsulti) 之哲理學說特多闡餘地以闡論之者，蓋有二故。第一，此種學說，在著者觀之，其影響之遠大而永久，實過於常人之所設思。第二，本書所論各旨，其中最居多數之見解，直至最近，蓋極流行；淵源所自，即出於此種學說也。此等理論，其來原，意義，及價值若何，著者對此，倘不表示意見，則其所從事之工作，不能達深深處矣。

古代法

一八六一年一月梅因序於倫敦

梅因古代法第三版原序

本書第二第三兩版，實質上，即第一版之重印；惟偶有錯誤之處，則加以改正耳。

今有應請讀吾書之人注意者，則本書第一版之問世乃在一八六一年也。著者所論俄國中之農奴 (Serfage in Russia) 俄羅斯之鄉社 (Russian Village Communities) 及北美合衆國之黑奴制 (Negro-slavery in the United States) 等，因此書行世以來，俄美兩國時事之推移，談鋒所及，應用於現存事實之中者，蓋多所刪除矣。本書關於此節之論辯，因此而有所改變，讀者觀之，諒亦甚饒興趣也。

一八六五年十一月梅因序於加耳各塔 Calcutta

梅因古代法第五版原序

本書所論之大部分，著者對此之見解，雖未因有更進一步之深思與探討而有所改變，然著者固見及第一章所論習慣法（customary law）之原始，其爲物極繁難，而至今尙有不能盡曉之處者，意見所及，蓋有待於改正及損益也。因將所應修改之處，以其一部著於『東西兩方之村社』（Village Communities in the East and West）（London: Murray, 1871）一書中云。

一八七三年十二月梅因序於倫敦。

梅因古代法第十版原序

本書所闡述法律演進之學說，曾經大致承認。惟據考察所得，則古代社會之狀態，較諸本書第一百一十頁所引荷馬之詩所描寫之情形，似更爲雛形，而尋常皆稱之爲宗法狀態 (Patriarchal state)。本書第五章所述（原始社會與古代法）因有病其對此尙有缺憾者。著者於本書第一百零六頁關於社會之雛形，曾云當代人士考察較低之文明者，其所得足以貢獻特佳之證據；而本書自一八六一年第一次出版以來，關於野蠻種族之考察所得，於社會組織之形式，闡幽發微，與著者所論法律之起原，徵考所及者，大不相同；在有種情形中，且或較此爲彌古也。嚴格言之，此題實非本書之範圍所及。然著者於此近代考察之所得，業著有原始社會之學說 (Theories of Primitive Society) 一文以發表其意見。此文載於拙著早期法律與習慣 (Early Law and Custom) 中，刊於一八八三年 (Murray, 1883) 讀者可參閱也。

一八八四年十一月梅因序於倫敦。

古代法

第一章 古代諸法典

舉世最致推崇之一系法律，始於一法典，亦如其終於一法典。羅馬法之歷史的開場，至其告終，所有法律解釋者立言之意，皆認定羅馬法律制度之全體，乃根據於十二表法 (Twelve Decem-viral Tables) 換言之即根據於一成文法之基礎。凡前於十二表法之一切制度，除一特點外，皆不為當時羅馬所容認。理論上認羅馬法律制度降生於一法典，與理論上以英國法律歸源於歷世相承之不成文慣例，實為羅馬法制之發展異於英國法制之發展之主要原因。此兩種理論，皆不必確符事實，但皆引出極重要之結果矣。

予所無庸贅詞者，即十二表法之公布，實不足為吾人研究法律史之起點。此項古法典之在羅馬未可自鳴奇特；任何文明國族無不有類此之產物。若就當年羅馬與希臘之世界而言，此等類似

之古法典，在不相先後之時期，亦廣見於此世界之內，其公表之情形，既極相類，而其產生之動因，就吾人所知，亦甚無別。此等法典之背後，與其產生之前，必有衆多法律現象爲之背景而養成之，毫無可疑。所惜載籍雖博，而能與吾人以考得古時法律現象之資料者，實不多得。但在言語學完成其梵文籍之解析工作以前，吾人亦祇能執荷馬（Homer）詩篇爲此項最良之材料；不必視爲實在事實之歷史，但可視爲當時社會狀況之描寫品（非完全有意義之描寫）。詩人之作，對於當日英雄時代戰士之矜張，神權之萬能，誠不能無誇誕；而謂其筆端之下，含有倫理觀念，或玄學觀念，亦不足信；蓋此等論點，實非彼時有心觀察之所及也。然卽以此故，荷馬之作，較之稍後述古之書受哲學神學之影響者，雖所記之時代相同，而荷馬尤爲可靠。倘吾人能用任何方法以決定最初法律觀念之形式，則此等觀念將爲無價之寶。此等萌芽觀念之於法律學者，亦如地質學者之視原始之地殼也。此等萌芽觀念之形式，就可能之推斷，應包含後來法律所由之而呈露之一切形式。學者之忽略，與否認此等萌芽觀念之價值之成見，實爲致成法學上至今仍欠美滿之原因。今日法學者之所究心，實與物理學者生理學者在未以『觀察』（observation）代替『假設』（assumption）之時，同一

進行之軌轍。凡理論之持之有故言之成理而實完全無確證者，如自然法，社會契約等，已得普遍之採用，而超過原始社會史與原始法律史之潛心探討之上。此等理論之蔽障真理，不僅在其令人迷失惟一可覓真理之方向，且在其誘人歡喜信受之後，所大施展於後來法律程途上之影響。

初民觀念之中，可以比附近代充分發展之法律觀念或『生活規律』（rule of life）之觀念者，卽荷馬詩中所用地美士（Themis）與地美士第（Themistes）諸字，略可窺見。吾人習知 Themis 一字，在後來希臘神事上定爲職司公判之女神。但公判云者，實爲近世新發之觀念；而 Themis 一字在荷馬所著 Iliad 篇中曾指爲宰巫士（Zeus）之同僚，實別具意義。在今日，正確之觀察家皆明知人類原始情形，不外本幼稚民族之心理，視自然界一切永久的或暫時的動作皆若有人爲之主宰；風之吹蕩，日之出沒，地之生物，皆視爲人的作用，實卽以神視之而已。自然界之觀念如此，人事上之觀念亦莫不然。對於君長處決爭訟之判詞，直視爲神人感通之所授受。Themis 者實爲替神傳命之使，供給判詞於君長與上帝（上帝乃最高之君長）者也。以用字言，Themis 之複數字爲 Themistes 或 Themises 此複數字尤能表出奇異之觀念。蓋 Themistes 或 Themises

卽指判詞之本身，神所誦出授與職司裁判之人。君長身旁若似儲有無數『判詞』(Themistes)以備隨時應用也者。但須知此 Themistes 亦僅爲判詞而已，不可視同後世之法律。求之條頓文中，有 dooms 一字意與最符。格羅特(Grote)於所著希臘史中曾謂宰巫士 Zeus（或稱地上之人君）者，非法律製造人，但僅爲一裁判者而已。蓋宰巫士者卽以抱守一束『判詞』(Themistes)爲職掌。此一束判詞，既出自神授，絕不能想像其中有任何原則爲之連貫，但成爲散亂各別之判詞之彙集而已。

吾人於荷馬詩中，亦能明見此意。大抵在古代簡單社會中，訟案案情多相類似，非若近世案情之駁雜；故決案之判詞亦隨而互相彷彿。卽此，吾人可窺見一種先於『判詞』(Themistes)觀念之幼稚的『習慣』(custom) 觀念。無論吾人如何本現代之聯想斷定『習慣』之認知必先於『判決』之認知，與裁判之職掌必以鞏固習慣或防止破壞習慣爲原則；但考之思想之實在歷史，似實具上文所述之次序。荷馬詩中常用『坊表』Dike 一字或 Themis（單數字）一字表示胚胎之『習慣』。此種字義當然糅合『判決』與『習慣』(judgment and a custom or usage)

二義不可強分 *Nómos* (法律) 一字雖爲後來希臘社會上一偉大之政治名詞，但荷馬詩中尙未有也。

天使化爲地美士供給判詞之觀念，宜與其他原始人民之信仰，分別觀之；淺見者每易混爲一談。認全部法典或全部法律出自上帝之口授，如印度曼紐法經 (*Manu*) 者，實爲較後較進之思想。地美士與『判詞』 (*Themistes*) 二者之間并未深被彼種長久盤踞人心之信仰，謂各個人生關係或社會制度之背後皆由一種神力倚伏維持之者之所連環。此種信仰，在古昔法律與幼稚政治思想中，隨處皆可發見。蓋設想有一種超自然之主宰將當時人類一切根本制度——如國家、民族、家族——圍固而凝結之。人類受各種關係（卽上句所云一切根本制度）之團結，依歲時之節度，遵守共同之祀典，供獻通同之祭品，此種義務在舉行懺悔儀式時以求贖尋常有意無意所犯慢神之罪者，尤爲嚴重。凡嫻熟古典文籍者，應記及『家祭』 (*sacra gentilia*) 曾大施影響於早年羅馬之養子法與遺囑法 (*Law of adoption and of wills*)。而此時印度之習慣法，大足刻畫原始時代之奇象者，亦使一切人權及嗣續軌則皆以一種莊嚴典禮爲其轉移之樞機；此典禮卽對死者

葬儀前舉行之，換言之，即舉行於家世蟪遞中斷之交而已。

當吾人論點將離卻法學上此一階段之時，不妨與英國學子一有益之忠告。邊沁 (Bentham) 於所著『政府篇』 (Fragment on Government) 中，與斯汀 (Austin) 於所著『法學領域論』 (Province of Jurisprudence Determined) 中，皆將法律析為三種原素；一出令者之『命令』 (command) 二，加於人民之『約束』 (obligation) 三，示威於不服從者之『制裁』 (sanction)；又更推斷所謂第一種原素之『命令』者，其所令必非僅一單個的律例，而必為一叢同種類之律例。此項區別原素所得之結果，與法學成熟時之事實，儼然符合。倘稍加以字句上之伸縮，可使與一切時代一切種類之一切法律之形式皆相符合。雖然，若會通此一切法律形式而觀察之，則所引出對於法律一物之領解，在今日，恐不能十分符合上述之解剖。所可異者，即吾人愈深考思想之原史，愈覺吾人自己對於法律所領悟之一種觀念，與邊沁 所立原素混合物之觀念，相去愈遠。在人類幼稚時期，當然無所謂『立法部』 (Legislature)，亦并未分明指定何人從事法律之著作；蓋此為當時思量籌度之所不及。當時之法律少有達『慣例』 (custom) 之地位者；稱為『莫知所以然之

慣行』(habit) 似覺較宜，亦頗似法國成語所謂『駕空』(in the air)。其惟一具有權力的辨別是非之物，即隨事實而生之判詞；而此判詞并非豫擬構成一種有人違犯之法律，但爲一種超人之力量。當裁判之時無端吹入裁判者之心中之物而已。此種荒逸無稽難以時間與聯想推測之觀念，欲使吾人確實認明，誠大難事。但吾人若能多費時力一細考古社會之組織，將更信當時人民於家長專制下度其大部分生涯，凡行爲上所受之統御，實非法律，而但爲一種變化莫測之支配力。予又以爲英國人較之他國人對於『判詞』(Themistes) 觀念先於法律觀念之事實，尤易會心；蓋因所有關於英國法律之種種矛盾鑿柄之理論中，其最通行或最能隨事生效者，即推定『成案』(adjudge cases) 與『先例』(precedents) 之存立必先於一切『規律』(rules) 『原則』(principles) 『分類』(distinctions) 之理論。吾人宜注意『判詞』(Themistes) 尙具有一種特點，依邊沁與斯汀之見解言，即能從法律中辨出單純的命令。凡一正真法律，乃規定一叢之行爲，種類相似者，令人民遵守，而無所歧別；此即普通深深印入人心中之法律形象，而使『法律』一詞專用於事之整齊，連貫，而類似者 (uniformities, successions, and similitudes) 亦職此故。『命

令』(command) 所指僅爲一單個的『行爲』(act)，故僅近於『判詞』(Themistes) 而不甚近乎法律；但爲應付各別事情之裁判，而不必依照任何秩然之次序。

古先英雄時代之文學既以『判詞』(Themistes) 及後來稍進步之『坊表』(Dike) 等字顯示吾人以法律胚胎之狀況，略如上述。吾人於是轉而討論法學上之次一階段，將更足注意更富興味。格羅特於其希臘史之第二編第二章中已充分表出一社會之情態漸異於荷馬所描寫者。英雄時代之君長，半恃神賜之特權，半恃自身所賦出類拔萃之聰明才力。及君主尊嚴之印象漸次陵夷，又君主蠶遞中或偶出荏弱無能之輩，於是君權衰敗，而終讓貴族統治起而代之。此項變革，倘能一語道破，不妨謂君位被篡於『領袖團體』(council of chiefs)；荷馬詩中固亦時時暗示而描寫之。此時在歐洲各處無不自君權時代變成『寡頭政治』(oligarchy) 時代；卽有君主之名尙未盡泯者，而君權亦徒成幻影。其身分僅若一種繼承的軍帥，例如在斯巴達 Lacedaemon 又僅若一官吏，例如雅典之阿康王 (King Archon)；又若一祭司，例如羅馬之 Rex Sacrifentus 在希臘意大利小亞細亞等處，社會上有力的制度概成立於一家族之聯合而以一種設想的血統關

係爲根據；此等家族雖其初皆稱有一種類乎神聖的性質，但其權力似不甚根據其所標榜之神聖性。除非不幸中道被民衆所推翻，此等家族實已極端進至吾人今日所了解政治上之貴族治。在較遠之亞洲各處，其社會上所經過之變遷當然步步先於意大利及希臘境內之諸種變革；但在文化上比較的地位似皆相等，而此等變遷之性質大體上又極端相似。吾人已得有若干證據知當日波斯帝國中後附之諸民族及集居印度半島之民族亦皆有其英雄時代及貴族時代；但中間又分別生出一種軍閥的寡頭治與一種宗教的寡頭治，而君主之權力亦未一概消滅。於此有一正反於西方人事之趨向者，即在東方，宗教的原素已趨而超過軍事的與政治的原素。軍事的貴族治與民事的貴族治皆消滅於君治與僧治之中；其最後結果吾人所發見者即君主一方面享有大權，而一方面復受束於僧侶階級之特權。因有此種差別——即東方之貴族制變成宗教性，而西方貴族治變成民事性或政治性，於是吾人斷定歷史上英雄時代之後即緊接一貴族時代；雖不必通於全人類，但庶幾即印度歐羅巴（Indo-European）之國族言之，無不通此例也。

法學者所注意之點，即此等貴族往往爲法律之『守藏史』及法律之管理人。彼等似承襲君

主所有之一切特權，所特別不同者，即彼等似不會託言每一判詞直接出自神授而已。判詞出自神授之思想仍隨處表現，故仍認全部或數部分法律源出於神；但思想之進步已不能允許一種超人之物能參與人間各別爭端之解決。當時一班『法律壟斷者』(juristical oligarchy) 即欲包攬一切法律之知識，欲霸有一切解決爭訟之辦法而無所漏遺。吾人於此實已達到『習慣法』(Customary Law)之時代矣。當時之『習慣』(customs) 或『慣例』(observances) 已成爲一部具有實質之物，而似爲貴族階級所最嫻習者。此輩一壟斷階級當然不免有時濫用其專擅，但吾人切不可視作一種純粹僭竊專妄之惡物。當寫字術尙未發明時及技藝尙在幼稚時代，此種具有法權之貴族治，實能供作吾人惟一之方便，可以於中確實考見昔時種族部落之蒙期習慣。此等習慣法，因其完全付諸一羣中少數人之記憶力，故其性質終能純一不雜。

此項習慣法之時代，及其秘鎖於一特別階級，實大可注意。此時之法律狀態，仍即其所用法律上之成語及通常成語可以探知。如是之法律，爲一少數特別階級或貴族或教團或僧院所專利者，實是正真的不成文法(uncutten law)。除此而外，世間實別無不成文法之一物。英國之判例法

(Case-law) 有時被稱爲不成文者，但有若干英國理論家正告吾人，謂若編訂英國之法典，應將不成文法改爲成文法；此事，由彼等觀之，倘非可疑之辦法，則直可謂爲一種最嚴重之改變。據今日所知，英國普通法 (common law) 確於一時期中可稱爲不成文法。英國前輩裁判官，實曾自負有一切法律軌則，原則，類別，之才學，此等軌則，原則，類別，并未完全露布於法廷，或露布於民衆。彼等所專利之一切法律，究爲不成文與否，乃極端可疑者。但按照今人推斷，謂曾有一大叢民事刑事之軌則爲裁判官所獨知者，則不得仍認爲不成文法。自威斯明 (Westminster) 法廷開始以『年鑑』 (Year book) 或他處所載之成案爲裁判之根據，於是前輩裁判官所使行之法律遂成爲成文法。在今日英國，每一項法律軌則，必先纏繞於判決錄所載成案之事實，再入之裁判官之語式，而各人之語氣，及語法之顯晦，知識之分量，復有不同，最末再合之所裁判之案情；於此程序中，實無一階段具有異於成文法之特質。故實可稱爲成文的判例法，其所以異於『法典法』 (Code-law) 者，但由其由另一方法而成文耳。

自習慣法之時代，吾人又行抵一種在法律史上可以確實說明之時代。蓋吾人已行抵法典時

代矣。古代諸法典如羅馬十二表法者，乃此期最著名之樣本。在希臘，在意大利，及在希臘化之西亞，細亞各海岸，處處在相等之時期出現此等法典；所謂相等時期者，非同一年代，但比較各人羣之進步所測其相等之階段也。此諸國中所立之法律，皆雕之於版，佈之人民，以代替往日特權階級腦海中之慣例。但不可絲毫誤會謂今日世所推尚之『法典編纂』（Codification）會現於當日此種變遷之中。此諸古法典因寫字術之發明而發生，乃無可疑。往日貴族實似曾濫用其法律知識之壟斷；故其壟斷法律，遂阻礙當時西方世界開始流行的諸種適民運動之成功。此等法典之公布，雖不妨帶有若干求適民衆之動機，但大要實爲寫字術發明後直接之結果。雕版公布似被視爲一種較優的彙集法律之方法，較優的保存法律之方法，而勝於少數人之記憶；以爲記憶力雖能愈用愈強，但終不足恃。

此時之羅馬法典（卽十二表法）卽屬於此類。此類法典之價值，不在其中分類之齊整及辭氣之簡明，而在其公布於民及其示人以當爲與不當爲之準則。十二表法實有若干釐然序列之痕迹；但自來傳說當時製法者曾得希臘人之助力，蓋希臘人此時已飽有製造法律之經驗也。然觀於

希臘索倫時的加法典 (Atric Code of Solon) 所殘存之碎屑，并不甚有次序；杜拉哥 (Draco) 之法律或更少次序。東方西方皆有此等古物之遺留，又皆表示其爲宗教的民事的純粹道德的規律之混雜物而無所區別；此層與吾人從他種方面所觀之古先思想，完全相同；從道德中析出法律，從法律中析出宗教，乃分明屬於思想大進之後代。

此諸法典在今人心目中，無論視爲如何簡陋，但其對於古代社會之重要，乃不可以言喻。問題——亦是有影響於當日各個人羣全部將來之問題——所在，并非問當時是否應有一法典；因大多數古代社會似皆先後獲有此物；且因後來封建制度 (feudalism) 致使法律史之線索全然中斷，故近代一切法律應皆分別溯源於此一種或多種源頭（即古法典）之上。但民族史上之轉關，即在何時期在進步上之何階段應將法律筆之成文。在西方每國皆有民庶結合時時攻擊貴族壟斷之事，在羅馬共和國 (Commonwealth) 之最初期已處處皆有一法典。但在東方，如上文所述，貴族治多變成宗教性而少有軍事性或政治性，故彼等權力實加多而未縮減；同時亞洲各國在實質上之構成，往往較西方各國能令各個人羣更加膨脹，更加增多。（即亞洲各國所兼并之分子較大

較廣。依照社會常例，凡一種制度，所布之地面愈廣，其固守性與其難除性亦愈大。無論因何原故，東方社會之獲有此等法典，實遲遲爲西方社會所獲得，而其形質亦大不相同。亞細亞之宗教貴族，或自作聰明，或恃記憶，或遵守教條，似皆將其法律知識盡量載入一法典中；但彼等之勢力亦因此漸少增長，加固之機會。彼等發揮其法律知識之獨霸，閉門造車，故所規定者，不必爲實在遵用之規條；但在僧侶階級視之，似爲確當遵守之規條耳。印度之法典，卽婆羅門僧侶所編之蠻紐（Manu）當然內中藏有衆多印度種人之儀軌；但依今日東方有識者之意見，此法典實完全不能代表當日確實行使於印度之規律；徒爲一種玄想的表現，自婆羅門僧侶視之以爲此卽法律耳。此等法典，如蠻紐者，亦因人類之天性與著作者之特興，必高自標幟，謂爲最本源之制作，且全部出自神授。依印度之神話，蠻紐者乃最高上帝之產物。此種託名上帝之編輯，其確實時期雖不易考，但一比較印度法律之進程，則似爲較近之出品也。

在十二表法及其他同類法典所賜與當時社會之利益中，其最大者卽能守此以抵抗特權階級之僭妄，并能防止國中一切制度不至任其解體任其墮落。此羅馬法典純粹以羅馬人民當時成

立之習慣筆之成文。在羅馬文明之進程上實一大可注意之早年法典。其公布之時乃當羅馬社會之知識情形已顯然自脫於人事義務混雜於宗教義務之時期。倘一野蠻社會完全以一堆習慣爲施行之根據，必犯有若干重大之危險而足爲其文明進化上之致命傷。凡一社會中，自其幼稚原始時代即已採用而遺傳至今之慣例法，大抵爲最能促進其實質上倫理上之幸福者；倘此等慣例法能保其嚴整之性質以待社會需要之來而增以新措施，則社會之前進不息必無可疑。不幸有一種人工發達之法律常對於不成文慣例之施行加以壓迫。遵用此等慣例之人羣當然未能了解此等慣例正真便利之所在；因此，遂不得不求覓代替之物以阻其永存。於是開始一種進行，約略言之，即從有理由的慣例法產生無理由的慣例法。最有價值的對於成熟法律之分析法，若欲包括幼稚法律而言，實最危險。古時之禁條 (prohibitions) 與軌條 (ordinances) 皆僅作一簡單之說明，而推於一切同類條文之上；因常人作一事而受上帝之震怒，則往往作別種與此實不相近之事亦不覺心懷恐怖。一種食物因衛生關係而被禁止，於是一切同樣食物亦受影響，所謂同樣者往往根據無稽之推測。又有一種關於人身清潔之規定，曾於長時期中相承爲宗教上洗禮之準則；國中階級之

劃分，雖在歷史上一危急之時爲國家生存上之必要，但承而不革，遂墮落而生一種最有害最障礙之制度——『特權階級』（*Caste*）印度古法之命運實是吾人測量羅馬法典（十二表法）之價值之資料。人種學指示吾人謂羅馬人種與印度人種同出一源，故彼等之原始習慣似實有可異之同點。卽在今日，印度之法律亦顯出有先見有決識之作性，但彼等所用非理性的模擬方法將法律刻畫成運用極端離奇思想之偉具。羅馬人因受其十二表法之保護遂能不被此種惡風所襲。此法典之編訂正當慣例法尙極健盛之時，倘若再後百年始事編訂則嫌遲矣。印度法律似大部筆之於文字；但卽今日梵文中所存在之變紐輯略觀之，在一種意義中可以稱爲古物，卽尙有衆多證據，足知其法律每爲犯罪事件發生之後所隨事製成者。吾人誠不敢謂羅馬人若非有十二表法之公布，則其文明將與印度人一般微弱，一般誤入迷途；但至少可斷言者，卽彼等得此法典，遂能免蹈如印度人所受一般無二之苦果。

第二章 法律之擬制

原始時代之法律既訂成一種法典，於是其循乎自然之發展，遂告終止。自此以後，一切變遷發生於法律中或全部法律中者，皆經深長考慮與受外界影響而來。吾人不可以爲任何種族部落之習慣法，自其君長之口啣天憲直至明箸成文，在此悠久期間，曾無改動；又不可斷定此改動未經審慎之考慮；但據吾人所僅知者，不妨推斷在此期間，鮮有根於一定目的之改動。古先習慣法上之改動，即其自身所表現者觀之，似根於當日各種感情與思想爲吾人今日心理所不能領會者而生。但自諸法典出世之後，遂開一新時代。蓋自此之後，吾人任便追遡何處法律上之變遷，皆能察出其中實有企圖改進之心迹，或確有異於原始時代所抱之目的。

於此諸法典產生後之法律進程中，驟觀之，似不能抽出何種可信之總立論（*General Propositions*）。蓋研究之範圍至此實苦太廣。吾人不敢自信對此時期所觀察而搜獲之法律現象其數已足，又不敢謂吾人對於觀察所及者皆實已了解；但若吾人念及自諸法典產生以後，進步的社會與靜止的社會已開始露其別異之端，則吾人工作當較輕易。吾人自此將僅論及進步的社會也。但此種社會之稀少，乃大可驚人之事。無論有何彊有力之證據，凡一西方人民欲將一種在世界史中爲

一特別例外之文化，完全得其真實而運歸鄉里，乃大難事。倘能將進步的種族對於人類全部生活之關係，豁然考明，則凡吾人思想之格調，吾人之希望，恐懼，考慮，必皆實受其影響。所無可致疑者，即有衆多最大之人羣，自他處人羣已完全將其民事制度訂入永久不變之成文時，絕未曾絲毫圖謀民事制度之改良。一堆慣例可以隨時推翻，隨時替補；處處皆有一種法典託稱神賜，而由僧侶之邪見解釋與牽強附會而化成極端離奇之形式。但此時世界中，除一小部分外，未有法律制度漸次改良之事。雖有實在的文化，但匪特不能擴大法律，反令法律束縛文化。研究種族之原始情形，能供給吾人以若干痕迹足據以尋知某等社會進步之止點。吾人可見此婆羅門僧侶當權之印度尙未超過一種時期，此時期乃爲世界各人羣中所經見者，即法律之軌則尙未脫離宗教軌則而別行之時期。此等社會中之分子認定凡背犯宗教條規之罪，應受民事的懲罰，而民事上不盡義務之罪，應付諸宗教之警戒。在支那實會超過此點，但其進步似行至超過此點而止。蓋每種族之民事法律，實與該種族所具之理想相因發展；思想達何程度，民事法律亦達何程度。進步的社會與止步的社會之差別，實是衆多巨大祕密之一種，爲吾人仍當深探者。對此疑問，會有各種片面的解釋；吾敢以前章

之末所論定者，置爲此中之一解。更須注意者，凡作此種研究之人，若不確知種族之不進爲常情，種族之進步爲特例，則其研究似難成功。此外一必不可少之成功條件，即須對於羅馬法上一切重要階段有確實之知識也。羅馬法律在無論何組之人類制度中，實有最長久可知之歷史；對其所經變遷之性質，亦大有定論。自其開場至其閉幕，時時改訂，皆根於步步求勝之心理，或作者私人視爲勝於前作之心理。此進步之行程，廣續不斷於數時期中，而同時外此各處之人類思想與行動，皆遲回不前，且隨時有安於停滯不振之情形也。

吾自立限度，專隨進步的社會爲討論之範圍。就此等社會觀之，可知社會的需要與社會的輿情，大抵步於法律之先。需要與輿情固不妨進而與法律脗合無間。但其合而復裂，永遠無休。法律者有固定之性質，但吾所論之諸社會乃有進步不息之性質。一種人民幸福之多少，完全依上述裂痕脗合之遲速爲定。

法律與社會需要，二者之間，必用若干媒介物使其脗合。關於此等媒介物，似可作一總立論 (General proposition)。此等媒介物，依予私見，似有三種：(一) 擬制 (Legal Fictions) (11)

衡平 (Equity) (三) 立法 (Legislation)。此乃依其歷史的次序而排列者。有時二種媒介同時合作，亦有數處法律制度不受此中某一媒介之影響者。但以予所知，此次序之排列，尙未有能逃出其例外者。此第一種媒介（即擬制）之初史，曖昧不明，到處如一。故有人意想以爲用條例 (statutes) 以改革民法，當先於任何衡平法之裁成。予個人所信者，即無論何處，採用衡平法之救濟，實先於用立法之救濟。倘此層仍非萬分確實，則僅僅必要者，應將通論所及關於三者先後之次序者，限於其所大施影響於改變原有法律之各時代耳。

予今所用擬制 (fiction) 一詞之詞意，較英國法家慣用之意爲廣，且亦較羅馬法中 *Fictiones* 一字之解法更爲遠大。*Fictio* 一字在古時羅馬法中乃一種辨訴上之名詞，即指原告方面一種作僞之聲言 (false averment) 而爲被告所無權否認者；例如一原告本爲外國人而僞稱羅馬公民是也。此等 *Fictiones* 之目的，當然欲加增裁判的法權；故與往日英國君后出席之刑事法廷及國王出納事務之法廷 (Queen's Bench and Exchequer) 所出之令狀 (writ) 之主張欲占奪普通民訴 (Common Pleas) 之裁判權者大有相似；例如主張一被告監禁於國王執法處，或主張原告爲

國王之債務人，而此原告之不能納清此債，乃爲被告詐騙之所累者。但予今所用之法律之擬制 (Legal Fiction) 一詞，卽指任何假設足以遮蓋一種事實——卽法律上一種條文其字句未改而其運用上已有更改之事實——者。故此一詞能將吾上文所引英國法與羅馬法之例包括於中，但其實所包括者尤廣；蓋予將論及英國之『判例法』 (Case Law) 及羅馬之『學者答案』 (Responsa Prudentium) 亦視爲根於擬制。關於此二者之例，此下卽將討論。蓋此二者所表現之事實，卽法律已完全改變，而其擬制則仍然如故。吾人不難了解任何形式之擬制何以特別符愜幼稚社會之心理；蓋此等擬制能滿足一種求進之心理，而此種求進并非十分必要，同時此等擬制并未觸犯當時社會迷信舊習厭惡改革之心。在社會進程中其一階段，此等擬制實爲補救法律硬性之無價寶。倘若當初未有養子 (Adoption) 之擬制，以解鬆家族之天屬性者，則社會之所以脫其羈絆而初步跨入文明階段之故，殊不易知。因此，吾人對於邊沁隨處譏嘲擬制之論，不必爲其所動。詆毀擬制謂爲純粹詐僞之作用，徒自示其對於擬制在法律發展史中之特別功用，漠然不知。但尙有若干理論家，偏護擬制，謂英國法制中亦應將其嵌入者，吾人亦不可爲其所愚。今日實有數種擬

制仍大施影響於英國法律之上；若欲革除之，必使英國法律實務者思想上受莫大之震動，而所用言語亦必有大量之變更。所無疑者，即吾人若欲求達一種有利之目的，而用此粗疏之方法——即擬制——實殊不值。予認定法律制作上凡不合常格之例，皆有罪過；蓋凡出格之例，能令法律更難了解，或更難整理。故法律擬制之弊甚多，其一，即在一一切障礙法律之整齊分類者之中，此為最大之障礙也。法律之軌則 (rule of law) 但與法律文制膠固附結而不可分，而此法律徒成虛殼。其原有之軌則，人久忘之。別有一軌則自隱於此虛殼之下。於是立刻有一困難，即此種合於實用之軌則，應否依照其正真明顯的性質而類歸於適當之地位；而各類之人着眼不同，對於何一支節之法律應選用此種軌則之處，將否各異其心理，此皆難知。倘英國法律將作一秩然之分配，則所有其中仍多存在之擬制，雖立法上曾加以改良，必完全斬除之。

第二種媒介物使法律適合社會需要者，予名之曰衡平 (Equity)。此名詞之意即指任何一叢法軌，立於原有民法之旁，根據明晰之原則而生，且藉其原則之無上神聖性質，有時自奮以代替舊有之民法。衡平法不論其為羅馬普立德爾 (Praetors) 者，或為英國大法官 (Chancellors) 者，皆

異於前此之擬制。蓋衡平法之抵觸舊行法，乃公然不諱；不若擬制之有所隱藏；反而觀之，又且異於生於其後之立法 (Legislation) 因衡平法之取得權勢，非依任何外界人或外界團體之特權，亦非依於宣示此法之官吏之特權；其所依者乃在其所根原則之特性，且認此原則應爲一切法律之楷模。以一種較舊有法更爲神聖之性質，加諸一叢原則之身，而求實施其原則全不依賴任何外界團體之允許，——此種觀念，乃屬於一種更進步之思想期，遠過於法律擬制所屬之期。

最末之媒介物曰立法 (Legislation)，即由立法者制定法律之謂。此立法者無論爲專權之君主，或爲國會，乃全體社會所公認之立法「器官」(organ)。立法所以異於擬制者，亦如衡平法之異於擬制；又其所以異於衡平法者，即立法之取得權力乃依賴外界之人或外界團體，而不依其所據之原則。無論社會輿情能與立法者以若何實在的拘束，但依理論言之，立法者實可隨意以任何義務加諸社會羣衆之身。無有何物可以防止其立法之變動無常。倘吾人認衡平法可爲若干公道之準則，則偶然一種立法負有求合此種準則之意者，即不妨以衡平之式頒定之。但如斯所立之衡平法，即異於尋常之衡平法；蓋此等衡平法之羈束力乃根於立法者之權勢，而不根於立法時所依

之原則；非若尋常衡平法託於無上神聖之性質，直接爲法廷所承受，而不賴君主或國會之同意也。此種差別，切須認明。蓋邊沁派之學者每易將擬制，衡平與條例法（Statute law）三者，混糅於立法一詞之下；謂此三者可統歸於製造法律（law-making）之一事，其所異者僅在三者所用產生新法之器械耳。此說固完全不誤，吾人亦當永誌不忘；但不解吾人何以必捨去此一便利而能表示特性之名詞（立法）而不用耳。立法與衡平二詞，在衆人心中與多數法律家之心中以爲不相連屬者；故在事實上發生影響之時，若不明於此二者之區別，則必多所窒礙。

欲令今人明於擬制之特質，可從任何依次發展之法制中，舉出若干擬制以爲樣本。於上文所述羅馬普立德爾（Praetors）及英國大法官（Chancellors）二例中，對其所用手段之性質，尙未十分探得。普立德爾所作之擬制，似不曾有意於改變舊法，更不欲人疑其爲改變舊法者。當時常有人反對一切擬制之實行，又時有反對擬制之流行語，因此，吾人殊難舉出何種之例，足以表明當時擬制之廣播情形及擬制所具之二重功能——卽一面改變舊行法制之一枝，一面復能自諱其改變——也。

吾人在英國皆習知一種工具——衡平法——可用以推廣，變更，或改良法律之軌則，但在理論上，不能改變現存法律文制中之任何一點或任何一枝。此種隱然不露之立法，雖非社會所明認，但其發生實施之效力，乃可覺者。關於吾英國大部分法制載於判例（*Case*）與判決錄（*Law Reporter*）者，吾人慣於使用一種兩渾之語式以維護一種兩渾而矛盾之思想。遇有一叢案件來至英國法廷求其裁決之時，所有自始至終法官與律師之討論，皆先認定此中無一問題應施以別於舊有之原則，或應施以別於久已承用之分類者；所絕對先認者，即以爲舊有法律中，必有某一條可用以該括當前之訟案；如萬一未能發現此條，則以爲探索之時，尙未用出充分之耐心，知識，與細心耳。但及至判決詞發表之時，乃不覺闖入一種新式之語調與一串新辭之思想。於此，吾人即不得不認此新判決爲已改變舊法之形質；其所運用之舊的法律軌則，因其辭調之恍惚，使此等軌則增加彈性；實言之，此舊軌則已經改換而已。在全部判決先例中，於是又增一例。但若一比較此等各別之判決例，則所發見之法律軌則，必與連合各案觀其會通所抽出一簡約之法律軌則，大有不同。舊之軌則已經取消，新之軌則代之而起。此種事實，每逃出吾人之眼；因英人向不慣用明確之言辭以表

其從判決先例中所抽出之法律定則；於是覆藏於此等先例中之變革，非至豁然呈露之時，不易探知也。英國法律家何以能甘於此等法律上之畸形，此其緣故，不可不考。或者在當初有一共守之義，以爲在裁判官之腦海中，必秘藏一堆完密勻整之英國法，能供給十足的原則，爲處理任何案件之資，此義在當初完全見信於人，尤勝於今日，在當初或仍有更固之基礎。十三世紀之裁判官或守得一種法律之寶藏完全歸其支配，而此寶藏未曾公示於法僚，亦未公示於民衆。有人遂疑及彼等實暗中以羅馬法與教會法(canon law)之輯覽(compendia)爲其任意竊取之資料，不爲無因。但至威斯明 (Westminster) 法廷所出判例之數目已足爲獨成一系之法律制度之基礎時，前之寶藏卽立時閉而不用。數世紀以來英國之法律實務者常自聲明，謂自此新基礎成立以來，除用衡平法與條例法爲工具外，未曾絲毫有所增加於此基礎之上。吾人不承認英國法廷之立法，吾人認英國法廷實未曾立法；但吾人認定英國普通法(Common law)之軌則，雖受有法廷與國會之若干助力，而實與近代社會之複雜情形交互推展也。

依上述之各點，有與英國判例法(case-law)甚爲相似之法律爲羅馬人所知者，卽法律學者

之答案 (Responsa Prudentium) 此答案之形式，依羅馬法律之各時代而大有不同。但自始至終皆爲對於有力的法律文籍之解釋，而在初時乃專爲對於十二表法之解釋。其中之辭式，亦與英國同例，卽始終認定原來法典之文句爲不可變耳。原有之法典本有明顯之法律軌則，此軌則有駕越一切評釋著作之勢力。無論學者有何等之名望，凡其所解釋者，在衆人心中，以爲苟一對照於寶貴之法典，必仍不免有所脩改也。但依事實言之，此等答案并其所載有名法律大師 (Jurisconsults) 之人名，實大有權勢之物，至少等於吾英人判決錄之權勢，并隨時修改，擴張，縮小其內容，或實取得超越十二表法之規條之權勢。此等作者之範成新法，始終表示對於原來法典之文句有無窮之尊敬，彼等但解釋此文句，說明此文句，達此文句之全旨；但結果，因彼等能綴合散漫之條文，且使法律可適於當前之事實，又爲此法律籌畫應付他種事實之可能，又將解釋他書所抽得之原則介紹於此法律之解釋，遂能引出千差萬別之法律軌則，爲十二表法編輯人所未夢見，而十二表法中所絕難發見者。此法律大師之著作，因其聲明不肯原來之法典而受人重視；但其取得之權勢，實依著作者個人之聲望而生。往往用一遍地知名之人名冠諸一冊答案之卷首；其羈束之力，遂不減於立法

者之所定，而此種答案冊遂轉成一種新基礎或能爲再進一步之法制之所依據。早年法學者之答案，未有如今日之出版方法；但由弟子筆記編輯而成，故亦無依照任何分類排列之可能。此中弟子之效勞，必須注意；因是時弟子對師之服務，大半乃以其師之循循善誘爲報酬。凡此等教科之著作名曰『階梯』（*Institutes*）或曰『評釋』（*Commentaries*）者，即後來由此等師弟授受而生之出品。在羅馬法制中，乃最可注意之形象之一種。所明白無疑者，即當時諸法律大師在此等『階梯著作』（*Institutional works*）中，而非在別種爲業經訓練之法律家而設之書中，每自由發表意見，告弟子以其分類之法及其對於改良法律術語之提議也。

將羅馬之學者答案一比較其最近似之英國判例法，則吾人所須切記者，即學者答案之發生效力，非藉判席（*Bench*）之地位，乃藉律師（*Bar*）之地位。羅馬法廷之判決，雖對於各案有終結裁判之意味，實則未具有不可超越之權力，除非偶遇裁判此案之裁判官爲一專業著稱之人。實言之，共和時代之羅馬未曾有一組織類於英國之判席（*Bench*），德意志帝國之裁判室（*Chamber*），及法蘭西帝國之裁判會（*Parliament*）者。彼時羅馬誠有裁判官，且分司執掌重大之裁判職；但在職

期限僅定一年，故不能比於他處永久之裁判職 (Judicature) 而但爲一種輪轉之職務，輪轉周流於領袖律師之身。此種情形之來源，大有可言。在吾英人眼中，此似一灼然之畸形；但事實上較吾英制度尤符合古時社會之精神，此古社會之精神者，卽社會中隨時裂出若干分明特異之階級，雖皆龐然自負，而實各不容受任何專業之閥閼高居其上也可注意者，卽此種制度，統而觀之，似未曾產生何種影響如人之所屬望者；例如未曾致成法律之普化，——此制度，雖其聲勢廣遠，而其有力之解釋又莫之能禦，然實未能如在希臘之若干共和邦中，使有志精擅法學者稍減輕其所用之智力。反此，倘非有若干特種之原因，則羅馬之法律必不免與一切他種制度自彼時流行至今者同爲微末艱奧難究之物矣。再者，仍有一種更爲人所必望之效果，未曾發生於其應當發生之時期。此等法律大師至羅馬自由權推翻之時，已成一特別階級；此階級之性質未有十分明白之定義，且其人數亦動搖不定。但當時社會對於彼等各別之個人吾抒己見以成其終結論斷者，似毫不懷疑。描寫此等法律大師日常實務之情形，在拉丁文籍中甚爲豐富；謂每日清晨，卽有衆多來自鄉間之訟客，登門求其辨護，羣集於其前廳之中；而此法律大師之諸弟子所執一簿環立師旁，恭記其師之答語。此

種描寫，在任何一時期中實不過一二卓卓有聲者，真有此景象。又因『求護者』(client)與『辨護士』(advocate)有直接之接觸，故羅馬人民似對於此等法律大師聲望之起落，常有親切之感。吾人現有充分之證據，足以證知民衆之信仰最能保證此等法律大師在法廷辯護之成功。此等事例，不少概見；在西塞羅(Cicero)之著名演說“Pro Muraena”中，尤詳言之。

此上所述羅馬『擬制』之特點，乃羅馬法律所由成其卓異之淵源，或疑爲其法律原則最早之富源，此乃毫無可疑者。蓋羅馬法律原則之滋長，乃半由法律解釋家之爭奇鬪勝而來。此種法律解釋家之勢力，實爲吾人有『判席』(Bench)——合一班法官，由國王或國民付以主持公道之權，——之社會所完全不知者。但其主要之職務，當然爲處理日增無限之案件。無論此『求護者』持來之案情如何繁雜，皆非此學者作『答案』(或名裁處之意見 legal decision)時所視爲最要之基礎；而往往由其高足弟子提出一堆假設之案情，反被視爲同等重要之基礎。凡其對於事實之聯綴，皆明明根據同一之立足點，不論其聯綴之事實爲實有或爲虛擬也。倘若『求護者』之案件經法廷裁判之時，此法律大家之意見被壓於法官，彼亦毫不介意，除非此法官適爲一學問過

彼者，或爲一業尊於彼者。吾意實非斷定此法律大師對其『求護者』之實在利益全不關心因在早年，此等『求護者』乃『法律大師』之推舉人，而後來更爲其給養之主人。但法律大師偉志之成功，實完全依賴此等求護者對彼之好感；故在此種制度如吾上文所描寫者之中，若能視各個案件爲表示一種重大原則或一寬博軌則之資，則其志願之成功，較之對於各個案件專以博得辯護勝利爲處理之方法者，尤似易易。彼等能自由提出或發明任何可能之問題，而不受何等顯明之限制。此層必發生有力之影響。凡遇任何『資料』(Data)可以任意踵事增華者，於是法律軌則之進展，亦隨而增便。在吾英國，法律之運用上，裁判官不得步出當前事實之範圍；因此，凡一案情來求裁判之時，此之案情即視作一種神聖不可外越之範圍，以爲與他種案件（無論爲真實或假設者）性質有異。但在羅馬，如吾上文所述者，未有一物類於英國之 Bench 及德意志之 Chambers 者，故亦未有任何一串事實之連貫實有高於其他事實之特別價值。此等法律大師表示意見時，倘遇一困難之點，則未有何物能禁止其弟子立刻舉出一堆假設而另具特質之問題供彼以巧爲比附之資，無論對其『求護者』給與任何實質的指示，但其答案之本文秘藏於其弟子筆記簿中者，當

然認此案情爲一種重大原則所管領或爲一種概括的軌則所收括。此種情形，在吾英國絕未曾有。但吾人須知，凡批評英國法律者，似未曾察及英國法律所由呈露之形態。英國法廷所以不肯坦然宣示其原則者，非因法官向有此習氣，似由於判決例中比較尚有欠缺。雖在不通他國法制者視之，判決例之卷帙已極浩繁，但實則所缺者仍在質而不在量也。就法律原則之豐富言之，英國之所有實遠貧於近代歐洲之數國。但吾人不可忘者，卽此數國實以羅馬法律爲其民事制度之基礎，彼等以羅馬法之殘沙碎石嵌入於其牆垣之中，但就質料與製作術言之，彼等堆砌之建築，似不能大優於英國裁判立法之所建築也。

羅馬之自由時代卽其法律上大著特點之時代。在此時代之初期，法律程途完全依學者答案而進展。但及共和時代之將終，此等答案所成之形式頗足爲法律再進之致命傷。蓋此等答案已成嚴定之組織，并已約成簡括之輯覽。塞屋拉 (Scaevola) 大主教會出版一部『民法全集』 (A Manual of the Entire Civil Law) 在西塞羅 (Cicero) 之著作中，又可考見當時對於此等陳舊方法已日增厭棄，而傾向於較有生氣之改良法律之工具矣。此時法律上實已援用一別種之工

具。普立德爾 (Praetors) 每歲之通告書 (Edict) 已成爲改良法律之主要工具。塞拉 (L. Corneliae Sylla) 在當時已促成一部條例法——名 *Leges Corneliae* 者——之編訂成文。於此，可見直接之立法 (direct legislation) 能引出若何迅速之進步矣。與學者答案以最終之打擊者，乃與古斯多 (Augustus) 帝。彼規定僅有少數領袖法律大師對於委答之案件有供給有羈束力之意見之特權。此一改革，雖能引人更近於近代之思想，但實則根本改變法律專業之特性及此專業在羅馬法上之影響。在較後一時期，遂有一班另開學派之法律大師崛起，爲亘古法學上之巨光；但如烏爾比安 (Ulpian) 保魯 (Paulus) 格尤士 (Gaius) 巴比尼安 (Papinian) 者皆非答案之著作，彼等著作乃格律整齊之論文，就法律上之類別而分途討論者，而對於普立德爾之通告書尤多討論。

羅馬人之「衡平」及運載「衡平」入羅馬法制之普立德爾通告書，予將於下章論之。至於條例法 (statute law) 所僅須言及者，卽此物在共和時代尙爲缺少，但至帝國時代卽甚繁多。凡一國家之幼稚時代少有用一立法機關 (legislature) 付以通盤改革私法之職責者。人民之所呼號

者，非求法律之更換。（此等法律向被人過擡其身價。）但求法律之純潔完備及易於運行而已。所希望於立法機關者，大抵欲其代除若干重大之惡弊或代決各階級間各朝代間不可救藥之爭端。此時羅馬人心中似認知編訂大部條例法可以在此巨大內亂之後，有安定社會之功能。塞拉以 *Leges Corneliae* 一書以示其對於共和時代之改革。愷散 (*Julius Caesar*) 亦增加大量之條例法。奧古斯多使極端重要之 *Leges Juliae* 通過於民會。在此後諸大帝中，其最奮勇之宣布改制者，乃抱有改造全宇之鴻圖之諸帝例如康士但丁 (*Constantine*) 大帝是也。羅馬之真正條例法時代乃開始於建立帝國之時。凡諸大帝所定之條例法，始則託稱民意之默許，但後來即公然不諱以帝王之特權頒布之。繼長增多，有加無已，自奧古斯多大權統一之時直至優斯惕安法典 (*The Code of Justinian*) 公布之日，已蔚成巨觀矣。吾人將見即在優帝之時，其法律之情形及其運用法律之形式，已有大似吾英人者。彼時羅馬有一條例法及一指定之解釋部 (*board of expositors*)，不久又增一常設之上訴法廷 (*court of appeal*)，及一部國家認可之評釋集 (*A Collection of Approved Commentaries*)，此尤與吾人今日之思想相近矣。

第三章 自然法及衡平

一堆原則之設立，本其內含之超越性，取舊有法律之地位而代之——此種理論在早年之羅馬與英國卽已通行。如斯之一堆原則，存立於任何法系之中者，卽上章所稱之衡平也。羅馬之法律大師卽藉此名詞之指示，始知有此一種改革法律之工具。雖所藉名詞尙有數種，然此乃其中之主要者。關於英國大法官法廷（Court of Chancery）之造法負有衡平之稱者，欲確實討論，必另著一文；蓋其構造極爲繁複，其抽取材料之淵源亦甚駁雜。在早年，出身教會之大法官（Chancellors）採取教會法（canon law）之原則深入其中。羅馬法中之軌則適於裁處凡民（對教民而言）訟件者，實遠富於教會法；後來大法官中不乏依賴之者。吾人一覽此後來大法官之判決錄，往往見有全鈔羅馬『國法大全』（Corpus Juris Civilis）之條文，且承用原文之名詞毫不更改者。蓋襲取於暗中，而未嘗公認此淵源也。再及晚近，尤在十八世紀之中葉及其後半期中，和蘭（Law Countries）公法家（publicist）所造成之法系將法律與道德混雜不分者，似大爲英國法律家所研究。自大法

官塔爾保爵士 (Lord Talbot) 之在職直至哀爾敦爵士 (Lord Eldon) 之就任，其法廷之裁判曾大受此系作品之影響。如斯雜取原素之英國衡平法，乃因負有求似普通法之必要，不能充分滋長；但亦仍能副人之期望，本其一堆比較新奇而內含倫理超越性之原則，以駕越其本國之舊法律也。

羅馬衡平法乃較甚簡單之構造。自其有始以來發展之迹亦甚易推尋。其特點及其歷史頗值注意之考查。蓋羅馬衡平法會產出數種觀念與人類思想以奇特之影響，又假道於人類之思想，大施影響於人類之運命也。

羅馬人自稱其法律制度成立於兩種原素。優帝法學階梯 (Institutions Justinian) 有云，「一切國族受法律或習慣之支配者，乃一半受其特有法律之支配，一半受人類共同之法律之支配。一民族所制定之法律即名曰該民族之民法 (Civīl Law)。但本自然之理由而加諸全人類之法律乃名曰各民族之法 (Law of Nations)，因一切民族皆用此法律也。」所謂「本自然理由加諸全人類」之法律，乃羅馬法律中原素之一，而認爲由普立德爾通告書所運入者。在他書中，更簡

單名之曰自然法 (Jus Naturale, or the Law of Nature) 而謂自然法之律令乃本於『自然
衡平』 (Natural Equity, or Naturalis Aequitas) 與『自然理性』二義之所宣也。予將試求
此等著名成語——萬民法自然法衡平——之來源，并論斷此等成語所表示之觀念有如何交互
之關係。

讀羅馬史而著於皮相者，必震驚於羅馬共和一代之命運所受外國僑民之非常影響。此種僑
遷之原因，在較晚一時中頗易覺察。蓋吾人不難了解何以各族人民必羣集於世界主人 (Highness
of the world) 之土。但在羅馬之最早記錄中，吾人即見有此景象，即已有大量僑遷之民來聚此土。
所無疑者，古時之意大利，多由豪強習盜部落所組成者，因其社會狀態之安穩，故能引誘各處人民
遷居此土，受其有力之保護，不受外界之侵襲；雖此保護尚有重稅之代價，及剝奪公權人格降等之
犧牲，亦所不恤。此解釋未為十分圓滿。另有一種原因不可不知。蓋在有史以前，羅馬必已與卡特基
(Carthage) 及意大利腹部發生活潑的商業關係，但見蔽於後來共和時代之武蹟耳。無論歸諸何
種情形，此等外僑分子實共和一代全部命運之決定者。共和全代之史，不問其何一階段，皆不過一

羣強固民族與一羣異族僑民之抵觸史耳。此種情形，在近代世界所未曾有；一面因近代歐洲國家少有或絕未有容受大量之移民致本國民羣被其影響者，一面又因近代國家團固於一君主或一政治首領之下，能用迅速之鎔化力以鎔化自外移居之羣衆；其鎔化之速度，實非共和羅馬之所知。蓋彼時自信本地人民由於血統之團結，而嫉視外民之要求平等，以爲此卽篡奪土民之生來權利也。在早年共和羅馬，其絕對排斥外人之原則，自其市民法（Civil law）中流露而出者，幾等於一定之憲法。外人或僑民對於任何組織認爲與國同休者無權參與；不能享受市民法（Quiritarian law）上之權利，不能爲交割程式（nexum 此卽正式之讓度與契約）之當事人，不能取神前押金之訴訟式（Sacramental action 此乃原始社會所遺之一種訴訟式）。但因羅馬之利害與政治關係，又非十分不受法律之拘管。一切古代社會，往往因一少許勢力之不均遂騷擾而致覆亡。僅此種自私自利之本能，足以迫使羅馬之人必設法調正外民之權利與義務；否則亦如古代人羣同犯之危險，將見外民荷甲執戈以求自決也。再者羅馬史中任何時代對於國外通商未曾全然漠視；於是半因政策之關係，半因推廣商業之關係，始籌設外民訟件或外民與市民訟件之裁判權。此項裁

判權既立，又不得不立刻求出若干原則以爲裁決爭端之標準。凡此種原則爲羅馬法律家所施於此等題目者，遂爲斯時彰明較著之特色矣。彼等既不肯用純粹市民法以裁決此新案件，彼等又不肯用他邦——卽此案訴訟當事人所來自之邦，——之法律，蓋因此種他邦之法律含有低等程度之現象，乃無可疑。彼等所用之手段，卽選擇若干法律軌則，既通於羅馬又通於意大利各人羣（爲羅馬僑居之外民所從生之各人羣）者；換言之，卽彼等奮力造成一種制度合於『萬民法』（*Jus Gentium*）卽『通行各民族之法律』（命名之初意。萬民法者，實言之，卽自意大利舊部落之習慣中採其共同之原素而合成者。此等舊部落乃羅馬人所視爲『一切民族』（*all the nations*），且不斷遣送大隊之移民來居於羅馬之本土者也。倘發見一種慣例會爲多種民族所共同行使者，卽立刻採入爲其『萬民法』之一部；例如，在羅馬附近各共和邦中，財產之讓渡當然有各種差別之程式；但物品之實在交付（*transfer, tradition, or delivery*）乃各邦讓渡儀式中所共同之手續；卽羅馬所特有之讓渡程式（*mancipation*）中亦具此手續，雖爲一種附帶之手續。『交付手續』（*tradition*）乃各邦讓渡程式中惟一共同之原素，爲羅馬法律大師所察及者，遂爲萬民法中一種

定則矣。此外對外族其他衆多遵守之儀規，皆曾與以精細之研求而引出同上之結果。蓋從中觀其共同之目的，抽出若干共同之特點，遂分別部居入於萬民法中。因此，萬民法者乃一堆法軌與原則之彙集品，此等法軌與原則乃觀察意大利各部族之制度而斷爲共同具有者也。

觀於萬民法之原本情形，則知有人臆想羅馬法律家會特別尊視此法者，乃大謬不然。蓋此法之生，實半由彼等賤視一切外人之法律，半由彼等不願給外民以本土市民法之利益。在今日，倘吾人得行使當日羅馬法律大師所行之手術，則吾人對於萬民法或另取一種觀察之方法。蓋隱伏流露於如斯大量之各別慣例中之原素，倘經吾人認出，則必玄揣其中含有超越優秀之性，而不肯輕視。對於如斯該遍之法軌與原則，應有一種尊敬之心；例如吾人或謂交易行爲 (transaction) 中之共同原素乃此行爲中不可缺之要素，而其餘之儀式如各人羣所具各異者，謂爲偶然傳染之習無關緊要；又或推斷此等人羣會遵守一堆共同之法制，而萬民法者實擬此而生之產物；至於各邦雜瑣之慣例，但爲各邦原始時代各種簡單教條之腐化物耳。觀察者本近代思想從中觀察所得之結果，幾全反於古先羅馬人所運載而歸之結果。凡吾人所敬仰崇拜者，皆彼等所厭棄而忌嫉者。凡法

律中各部分爲彼等所愛玩者，必爲近代理論家所視爲偶然暫生之物而置之度外；例如讓渡程式 (Mancipation) 中之嚴重儀文，要言契約 (verbal contract) 之雅詞問答，及訴訟程序中不勝煩瑣之儀式。蓋彼等但因政治上之必要，始迫而措意於萬民法之一物耳。彼等之愛萬民法，亦如其愛外民之微。此等外民卽萬民法採取淵源之所在，亦卽萬民法所爲而設者也。欲使彼等有愛於此萬民法，必先完全更換彼等之思想；但因萬民法出世之初，卽已自成其完備，而其中所含之思想，與後來法律大師對此事之觀念，大有違異之點，故吾人今日對於萬民法之估價所以異於上文所述者，其真正原因，卽近代法學與近代哲學多承襲後來羅馬法律大師對此題目之成熟觀念也。吾人自市民法一不足貴之附品中，得知曾有一時萬民法——雖尙多缺點——被視爲一巨大之模範，以爲一切法律所當依準者。此險關之至，乃當羅馬人於掌管「通行各民族之法律」上，實在引用希臘自然法 (a law of nature) 之理論之時期也。

自然法 (Jus Naturale, or Law of Nature) 者，自一特異理論上觀之，與萬民法是一非二。不幸法律大師烏爾比安 (Ulpian) 曾將二者強爲分別，但格尤士 (Gaius) (聲勢遠高於烏氏

者)之言論,及上文所引優斯法學階梯中語,皆能使人知烏氏所言非不可轉移者。此二法者但有歷史的區別,而在原質上實無差異。萬民法與國際法(International Law)之相混,乃近代之事,自不待言。國際法之古稱乃『談判與外交之法律』(Jus Feciale or the Law of negotiation and diplomacy)。於是此種對於萬民法之意義不清之印象,遂大有功於近代一種理論——認獨立國家間之相互關係爲自然法所管理者,——之產生,固事勢所必然者。討論及此,吾人不得不查考古時希臘對於自然及自然法(nature and her law)之觀念。savoir 一字(在拉丁文爲 natura 在英文爲 nature 原來即指此實質之宇宙(material universe)毫不容疑。但彼時所思量之實質宇宙,以與吾人今日知識相距太遠,殊難以今日之語言揣摩之者。彼等認此實質宇宙爲某種本初的原素或某種定律所成之果。最先之希臘哲學家慣於解釋此宇宙之構造謂爲某種單個原則之表現;此原則,各人所見不同,或謂爲『動』(movement)或謂爲『火』(fire)或謂爲『濕』(moisture)或謂爲『生』(generation)。於是『自然』者在其古初簡陋之意義中,顯然指此實質宇宙而認爲某一原則之表現。後來希臘各學派,於前此自然之觀念限於實質界者,增加

一倫理界。推廣自然之範圍直至所包括者不僅爲眼力所觸之造物界，而并包括人類之「思想」(thoughts)，『行軌』(observances)及『願望』(aspirations)，但彼等對於自然所了解者固非僅限於人類社會中之倫理現象(moral phenomena)，但以爲倫理現象可以用若干簡單之通律以解決之耳。

於是亦如其先代理論家之設想，以爲因種種機緣之湊巧，此實質宇宙遂由簡單原始之形式變成今日複雜之形式。此等後期哲學遂玄揣人類若非因偶然之不幸，必早已自軌於簡單之行軌及較純靜之生活中。『生活準於自然』乃造物生人之目的；最優之人類必依此爲指南。生活準於自然卽自拔於紊亂習慣與任意放逸之中，而趨準較高之行爲律。此較高行爲律者非他，乃自非(self-denial)及自制(self-command)，而爲人類志趨所必遵者。此生活準自然之論，乃著名斯多亞派(Stoic)之哲理之總匯。及羅馬征服希臘，此派哲學遂猝然大展於羅馬之社會，對於羅馬執權階級尤有魔力；蓋此階級（至少在理論上）固執其意大利古人種之簡單習慣，而不願受外人風俗之改變，故立時爲斯多亞派生活準自然之教條所動。此一感動實爲有功，以予觀之，尤爲可貴。

蓋此時羅馬武威侵略，民族幅湊，雄都風俗，無限奢華，侈縱驕恣，達於極點，而忽然有愛於大反其道之斯多亞派之教言也。此新派哲學吾人雖不能知其授受之歷史，但在其承學徒衆之中，必以羅馬諸法律家爲其上首。吾人有衆多證據足知共和羅馬中實僅有兩種專門事業，一爲軍人，大抵代表恣縱之一派，一爲法律家，完全居於裁判派之首。

法律家與斯多亞哲學家之聯合，首尾亘數百年。在最早期間，若干著名法律大師即與斯多亞主義相關聯。最後吾人復有所謂羅馬法律之黃金時代，即世所公認安圖靈凱撒之時代（*era of Antonine Caesars*）。此二人乃斯多亞派有名之信徒，而將此哲學運之於生活軌則者也。此派哲學如斯廣播於一特別職業界，其影響於此職業之技術自不待言。吾人每於羅馬法律大師之遺著中，見有若干費解之點，非用斯多亞派之教理爲啓祕之鑰，則殊難領會。但同時切不可犯一重大之過失（雖是通常易犯者），以爲測量羅馬所受斯多亞主義之影響，可計算羅馬法中果有若干法律軌則切實符合斯多亞派之教理。蓋斯多亞主義之力量，不在其所立行爲之規律（常有可厭可笑者），而在其偉大（雖頗曖昧）之原則教人抗制情欲者也。故其大影響於羅馬法律者亦同此例，

即其影響不在其供給。於羅馬法上各實點之數目，而在其以一種簡單基本之假設供之於羅馬法也。及後來『自然』一詞漸成羅馬人口中之家常慣語，羅馬法律家遂信舊日之萬民法實爲自然界所本有而今遺失之法典。於是普立德爾於其製造通告書之法系時，完全依準萬民法之原則以圖恢復法律原始未墮落時之形式。本此信心，遂斷定普立德爾之義務乃力謀以通告書替代原來之市民法，以恢復原始狀態中『自然』管理人事之制度。用此法以改良法律，當然必遇多種之阻礙。當時必有多種成見（即法律界之本身亦必不免）大費征服之力。而羅馬習慣之固執又極難立刻承受純然哲學性之理想。此等通告書所用間接的方法以戰鬪專門界之畸形者，足表示其作者不得不有十分戰兢危懼之心。降及優斯惕安時代，原有法律中某部分居然仍與通告書之勢力以巨大之抵抗。但通盤言之，羅馬法律自受自然法理想之鼓勵，其進步之速實大可驚。『簡易』（simplification）與『該括』（generalization），既爲彼等對於自然之觀念，於是遂認定一良好之法制必具『簡明』（simplicity），『勻整』（symmetry），與『易知』（intelligibility）諸特點。凡晦昧之語調，繁瑣之儀式，及無益之艱深，必完全掃除之。優斯大帝所抱之壯志與其所處非常

之機會，自爲其範圍羅馬法律所必需者，但此基本之計畫，實在此帝力改革之前，久已經人籌定矣。

究竟萬民法與自然法二者間何者爲其確實接觸之點乎。予意二者由衡平 (Aequitas) 或

Equity 之原意) 一義相結合；而吾人在法學上得見此有名之名詞，亦以此爲第一次。查考一種名義其來源如此之遠，歷史如此之長，若此『衡平』者，爲穩妥計，應盡力追求最初表現此觀念之語式。依通常之推想，羅馬衡平 (Aequitas) 一字等於希臘之 loqns (意即平均分配之原則。) 自然界之『數』(numbers) 『量』(magnitudes) 之平均分配，當然與吾人所認之公平 (justice) 一義自相膠附。此一聯想之盤踞人心而不可拔，恐鮮有其他聯想可與相比。但若一推尋此一聯想之歷史，似不至提及甚古之思想，而實爲較後期之哲學之產物。仍有可驚者，希臘民主政治所自誇之法律上之『平等』("equality" of laws) —— 在希臘諸酒歌如 Callistratus, Harmodius 及 Aristogiton 中謂此『平等』乃雅典人所享有者，—— 與羅馬人之『衡平』實少有共同之點；前者之意乃民法對於公民有平等之運用，無論此公民階級有若何範圍之限制；後者乃指一種法律——非謂市民法——施於一切階級之可能而不專限於市民也。前者排斥專暴之君主，後者

容納外人甚且及於奴隸。予將於另一方面尋究羅馬衡平之種子。拉丁文中『*aequus*』一字較之希臘『*ἰσος*』一字尤多含『平準』(levelling)之意。『平準』之趨向乃確爲萬民法之特色。此趨向在早年羅馬人視之或甚驚奇。純粹市民法專承認一堆妄爲區別之大羣其區別依人地階級與財產種類而分。萬民法則比較各種之習慣而會通之，遂漠視市民法所立之區別。例如舊日羅馬法將宗屬之親(Agnatio)與血屬之親(Cognatio)之家族關係定出一基本的區別，即前者視爲根於家長權之統屬，後者(與近代理想相合)視爲由於同出一祖之連屬；此項區別，萬民法中即已不見。尚有古初財產權儀式之區別，即遵式移轉物(Things 'Mancipi')與非遵式移轉物(Things nec Mancipi)之區別，亦不存於萬民法中。故以予觀之，萬民法之特性即在其泯除種種差別畛域之見，而即表露於衡平一義者也。予嘗玄揣衡平一字在始初僅爲描寫普立德爾隨時應付外民訟件所力求平準(levelling)與去畸求整(removal of irregularities)之情形者，或者初無倫理的意義夾雜於中。又不可妄信此種名詞所表示之手續與古初羅馬人心理所極端厭惡者是二非一也。

在他方面，羅馬人由衡平一詞所領解萬民法之形態，確是假設的自然狀態（state of nature）之最初明認之形質。自然一詞意含勻整之次序，初僅限於實質界，次乃及於倫理界；而最初觀念中所謂次序者，當然包含直線觀念或竟含有面積及距離等觀念。無論最初取象繫辭之意，爲欲作自然狀態之提綱，或剽取一種萬民公法之運行式，但此二者形態之相同，在古時心理中或未能感覺。然即吾人所知之原始人類之思想觀之，可以斷定，此兩點玄虛之相似必會引人將此兩種觀念合而爲一也。但當萬民法尙少有或全未著有威信之時，自然法之理想已挾其哲學上之威信以俱來，而尤合於此處人種當初較更幸福之情形。吾人不難了解上述觀察點上之差別，何以能使此名詞——一方面表出舊原則之運行，一方面描出新理想之結果者——大具尊嚴之性。即便在今人耳中，凡描述求平準（Levelling）之手續，與描述去疇求整（correction of anomalies）之手續，雖口氣顯然相同，而聽者未能一律無分別也。當衡平被人了解爲運載一種希臘理想之物時，於是所有希臘（Greece）一字而生之聯想遂叢繞此名詞之上。觀於西塞羅（Cicero）之言可知其如此；而此乃衡平觀念之變遷史之第一階；凡自彼時出現之每種倫理制度幾皆有助於此項變遷史之進行。

關於此種種原則與種種分類藉何種正式工具，初與萬民法之觀念相聯合，次與自然法之觀念相聯合，繼而漸漸附合於羅馬法者，必略論及。在羅馬古史中，吾人見有驅逐達爾昆族 (Tarquinius) 之事。此種舉動，在衆多社會之史記中皆有其類似者；但與吾人今日所稱之「革命」(revolution) 一詞實少有同似之點。若謂其將君主 (monarchy) 改爲政務專員 (commission)，似爲最良之描寫。以前積於一人之手之權，於是分配於若干選定專員之手。君位之名依然保留，而付諸一人如後來所稱爲「祭司」(Rex Sacrorum 或 Rex Sacrificius) 者之身。又有爲此變遷之一部者，卽最高法權之責任移交於普立德爾 (卽此共和邦之首席專員) 連帶此等責任之本身，遂能改易古時在位者所享有，及此等在位者最初爲家長，爲雄長時所享有之司法及立法之無限權。

觀羅馬此時情形知此種無限權之移轉實有巨大之重要，亦如共和制之設立時遇有回復專制之運動也。其重要乃在其與一羣外族人民之交涉；此羣人民非與羅馬土民同一來源，但永遠住在羅馬法權之內。凡此羣之間或此羣與土著公民間之爭端，必由普立德爾承擔裁判之任，否則此

等爭端將永遠居於羅馬法律所能救濟之範圍以外。彼又必自負以裁判更緊急之爭端，即因商務發達而起於羅馬公民與公認之外人間之爭端；此種訟案於第一次潘立克戰役（First Punic War）時，在羅馬法廷中有大量之增長。觀於此時特設一外事裁判官（即普立德爾卜銳格里 Praetor Peregrinus）可知。此種普立德爾乃專心致志於此種案件者。同時羅馬人民為豫防暴政之復現計，強迫每一執政專員——彼等職責之範圍漸有擴張之勢——於其就職之時公布一通告書（edict or proclamation），於中宣示其本人所抱運行其專職之方針。裁判職亦與其他專職同例。但彼不能每歲另製一堆新原則，故似每歲將其前任通告書重行印布一次，而因一時之急需或本人法律意見之需要，稍增改其中之數點。此種通告書逐年加長其篇幅，於是遂得一『永續不斷之通告書』（continuous or unbroken edict）之名。後來因其篇幅擴張過長，又因厭其結構之無序，遂令其增加之事至漢德林（Emperor Hadrian）朝，求里納（Salvius Julianus）居政務員之職之年而止。此位裁判官之通告書遂總括全部衡平意義之法律，此種衡平意義之法律或由此一通告書而得有一種新穎勻整之安排；而此永久通告書往往在羅馬法律中常常引及時，

即被稱爲求里納通告書 (Edict of Julianus) 而已。

或者英國人於考及此種奇特工具如通告書者時，第一疑問即爲對於普立德爾權力之伸張有若何之限制乎？此種少有限制之權力如何使其調適社會與法律之固定情形乎？欲作答詞，必先審慎觀察吾英國掌理法律之情形。吾人必須記憶普立德爾者本爲一法律大師，而或者每一羅馬法律家皆急於等待此重大法職之補授。於在職期間，各人之習尚，感覺，成見，及所放光采之程度，當然各具一格；而各人攜付此職之特質，即各人平日自實務中及自專業研究中之所得者。英國大法官亦顯然經此同樣之訓練，而其攜來法官座席者亦爲此同樣之特質。所必然者，當大法官就職之時，固亦欲於離職之前改良舊法；但及彼離職之時，彼之判決業已完備，吾人於中殊不能發見彼所闡明或增加於其前任所遺之原則者究達何度。普立德爾在羅馬法上之影響，所以異於吾英之大法官者，僅在其影響之量爲時期所限。上文曾言，普立德爾在職期限僅定一年；其判決之詞，雖就訟者方面言之當然爲一成而不可變易者，但實無出類拔萃之價值。彼所獲天然之時機可以宣布其改革之意見者，即爲彼就職之時。故普立德爾在就職時所公然之所爲者，即是英國大法官於離職

時所不知不覺之所爲者。其所受之束縛，亦與英國裁判官所受者相同。在理倫上，此二者似乎皆不甚受何種權力上之限制；但在事實上，羅馬普立德并不減於英國大法官之被其早先所受訓練上之偏見，及專業心理上之頑強禁度所束縛於一窄狹範圍之中。此等禁度之堅牢，非身歷其境者不能認知也。再者，其活動所許之範圍，或其不許絲毫跨越之範圍，可卽其判例而知；而其現於任何各個判例之中者皆全無別。在英國裁判官對於每一案情皆比附判決錄中之類似者而行。在羅馬因當初設定普立德爾之權位乃單爲邦家安寧起見，故似乎在初時其權力之大小與其所擬革除之困難之程度相爲比例。後來及學者答案大引起製造原則之興味時，普立德爾遂當然用其通告書作其推行本人及同時其他法律大師所自信探得於法律背後之衆多基本原則之推行工具。後來彼又完全行動於希臘哲學理想之影響之下，此影響立刻導彼前進而自規於一特種進程之中。

對於求尼納 (Julianus) 所抱計畫之性質，向多爭論。無論其計畫之爲何種，其所影響於通告書者乃十分明顯。通告書從此遂無逐歲增漲之機。自茲以後，羅馬之衡平法律乃由於一班相續不斷之法律大家之工作而發展。此班法律大家自漢得林朝直至塞維納 (Severus) 朝充滿其著

作者也。彼等所製之可驚之法制，尙斷片存在於優斯帝學說彙纂（Pandect of Justinian）中；并可證知彼等之著作皆爲論文之式，所討論者及於羅馬法上之一切部分；但其中主要者卽爲評釋通告書者也。實在言之，無論此時代中法律大師之論題任爲何種，皆不妨稱彼爲衡平法之解釋人。在通告書停止增製之前，所有其中之原則已傳染於羅馬法律中之一切部分。吾人必須了解，羅馬衡平法雖當其十分異於市民法時，實一向由同一法廷管理之。普立德爾乃主要之衡平裁判官，同於吾英普通法之大法官。及通告書展成一種衡平之軌則時，普立德爾之法廷遂開始運用此軌則以代替舊日市民法之軌則，或與之并行。舊日市民法之軌則遂如此直接間接被其取消，而不經若何立法部之訂文也。結果，當然法律與衡平之間極缺乏一完全之鎔化，直至優斯帝改革之時，方實現此鎔化。法律上此二原素之分離，遺下若干糾紛與不便；又尙有市民法中若干頑梗難化之教義，無論通告書作者及通告書之解釋人皆不敢與以干涉也。但同時，依事實言之，羅馬法律上實無一方一隅不受衡平法之影響。衡平法供給法律家以其一切通括推斷之材料，以其一切解釋之方法，以其所推闡之第一等原則，以其大量有限束力之軌則，此等軌則多非立法者所得干與，而反能管

束一切立法條文之施行也。

法律大師之時代告終於塞維納 (Alexander Severus) 之時。自漢德林帝至該帝之時，法律進步之促成，亦如在今日多數大陸國家中，半由於承認之評釋集，半由於直接之立法。但在塞維納 帝朝，羅馬衡平法之生長力似告枯竭，而法律大師之流風亦告歇絕。過此以往，所餘之羅馬法律史 乃帝王制法之歷史，而最末乃編訂法典之歷史；而所編訂者至今日遂成爲一部重贅難理之羅馬法；此最末最有名之試驗即優斯『國法大全』 (Corpus Juris) 所由而成者也。

若將英國與羅馬之衡平法作微細之比較或相反之比較，殊爲可厭。但不妨舉出其相似之二種形狀。第一，即如下所述。此二者及其他凡屬衡平意義之法制，皆趨向與英國普通法被衡平法所干涉時之情形一般無二。衡平法之進程上有一時常易到達，即凡其當初所探倫理的原則，皆達一獲得合法效力之時機；但既獲效力之後，於是此系法律根於該等原則而成立者，亦成爲嚴固的止步的，并不能追及倫理進步之物，亦遂同於嚴格的法典之軌則之安於固定不前之象。在羅馬於塞維納朝即達此時期。此期之後，雖羅馬疆內曾經一次倫理上之革命，但羅馬之衡平法已停止其

伸張之能矣。在英國達此同一之點之時，乃大法官哀爾敦（Eldon）在職之時。此乃吾英裁判官中之第一名人。彼不但不用間接立法以擴張其法廷之法制，反一生專心致志於解釋此法制，又整齊此法制。倘對於英國法律史之哲理作一較良之了解，則哀爾頓爵士之所爲，在一方面較今代法律家心中所視者少有可誇之處，而在另一方面，又可有較優之估價；而其他種種誤會會發生事實上之影響者，或亦可以避免。英國法律家每易認英國衡平法乃根於倫理軌則而成之法制。事有被忘卻者，此等軌則乃過去諸世紀之倫理軌則，而非現今之倫理軌則，又忘卻此等軌則已罄其可能之力量，又忘卻此等軌則雖與吾人今日倫理上之信條相差過遠，但實未必同處一平等線之上。關於此一論題之種種不完備之理論，其普通常被聽受者已發生兩類相反之謬誤。有衆多論及衡平法者，被衡平法今日完美狀態所驚，往往有意或無意自犯一種表裏不符之言論，謂衡平法之製造者當其初設第一基礎時即籌畫將此法制製成如今日之固定的形式。外又有人抱怨——此種痛苦在裁判辯論時每常發現，——謂大法官法廷所力推之倫理軌則缺乏現代的倫理標準。彼等願使每一大法官對法律上照例履行一種職務如其歷來前輩對於往日普通法所履行者。但此種願望

實顛倒改良法律之工具之次序。衡平法自有其地位，自有其時代；但予已於前文指出，當此一工具疲敝無力之時，又有一工具將準備繼之而起矣。

英國與羅馬衡平法尙同有一可注意之特點。卽自始卽有人根據一虛妄之假設，對於欲以衡平法駕越舊有法律軌則之上之要求，大施其抨擊。人類，無論卽個人或卽羣體言之，其所嫌憎之事，實無有過於使其承受倫理上之進步，如承受一具體之實事。此種嫌憎之心理，卽個人言之，觀於通常過於尊崇可疑的。

可以證知，每一社會全體總心理之運動，實大有可覺，不宜漠視；而大抵總爲希求改善之心，不可一概詆毀。但世人向來不肯認爲第一重要之現象，且常常認爲一種希求恢復古初完美狀態之心理——卽漸希回反於人類未墮落時之情形。此種倫理進程上向後退轉而非向前進行之趨勢，已於古時在羅馬法律上，如上文所述，發生重大永久之影響。羅馬法律大師欲使其由普立德爾地位所致之法律進步自成理由，遂自希臘借來一人類自然狀態 (a natural state of man) ——卽一自然社會 (a natural society) ——之教義，認此自然社會實居統轄於市民法下之羅馬共

和邦之組織之前。在英國，反此，有一堆思想特別適於當時之英國人者，即以爲對於國君根於宗法而得之掌理法律權，應加以公共之監督。據此設想，於是欲以平衡平駕普通法，乃有理由之可言。又有一教義，亦現此同樣眼光，而另具一巧妙之格式。即認平衡平爲自國君良心上所流出者。此種改良，實際，乃現於人羣之道德標準上者；而在此舊教義之口中，乃爲主權在道德意義上之天然提高。英國憲法之發展會使此理論於某一時期之後，不甚悅耳；但因當時大法官之法權已經固立，故無庸另籌一物替代之。近代書籍中，關於平衡平法之理論，實不一格；但皆一律認爲不可再加維護之物。大多數之此理論，實爲羅馬自然法之教條之改頭換面者。有一班開始討論平衡平法之法庭者，實皆精採此教條，而將自然公道 (natural justice) 及人爲公道 (civil justice) 間，作一皎然之區別矣。

第四章 自然法之近代史

自上章所言，可推斷該項學說會改變羅馬法律者，未具有哲理的精確性。此學說實含具若干『思想混雜式』之一式。所謂此等『思想混雜式』者，在今日認爲一方面已描出思考幼稚時期

之近於最高之心理，而一方面即在吾人今日之思想力中亦遠非不可發見者。自然法一物已攪亂『過去』與『現在』。依邏輯言之，此詞之意自暗指一種自然狀態會受自然的法律所規範者而言。但法律大師未確然明言實有此種狀態之存在。此種狀態實爲古初人民所鮮注目，除非見於詩人幻想黃金時代之描寫耳。自然法，依一切實在的目的言之，乃幾分爲屬於現代之物，并有幾分與現代諸制度夾雜難分，復有幾分可由一有識者區別之於現代諸制度者。謀將『自然』之律令自其所混入之大堆原料中區別而出，乃本於一種求簡易求諧整之意；但如斯所抽出之較精良之原料，最初所以被尊重之故，實非因其簡易諧整之優點，但因其爲原始自然朝代之遺物耳。近代師承羅馬法律大師之學者未能相繼解除此種思想淆混之紛。而實際，凡近代對於自然法之思考，皆表示其認識之不分明，及其語意曖昧有汙此名詞，遠過羅馬法律家應負之罪，又有若干對此論題之著作家，欲逃避此根本之困難點，但巧自滿足謂自然法必現於將來，必爲一切民事法律所趨之標的。但此意急翻轉舊學說所根據之諸假想，或直將混合兩種相撞之學說。不向將來時代而向過去時代求完美之模型，此種傾向乃基督教所供給於世人者。古初文籍鮮有暗示或絕無暗示古初人

民有一信心信社會之進程必爲自惡而遷善者。

但此種學說對於人類之重要，已遠過於其哲理上諸缺點所引吾人豫期之重要。事有實不易言者，即倘若自然法之信仰在古代世界中未得有如斯之普遍，則思想之歷史及相因之人類歷史已現出如何之命運也。

法律及由法律而固結之社會，在其幼稚時期中似易犯兩種特別危險。其一，即法律之發展或過於迅速。此種情形見於希臘域中諸有法社會之法典。彼等得其法典遂獲有可驚之便利，以脫除法律上種種煩贅之程序，及術業上種種不必要之名詞，而立刻使其固定的規條不受任何迷信之沾染。彼等如此作爲，雖其立刻裨益於其人民者甚巨，然本意實非爲人類最高利益起見。世間民族之賦性每有數種稀奇之點，其中之一，卽能於實施法律造就法律中，時時忍受誤用公平原理之犧牲，而同時復不失其欲法律合於較高懸的之希望。希臘人之智慧本其浮動性與伸縮性，頗難爲一窄狹的法律定式所拘束。倘吾人可就雅典之民衆法庭——對其工作情形，吾人確有所知——以評判全希臘之法庭，則知希臘法庭露出最強的傾向，將法律與事實混而合之。當時演說家之遺句，

及當時法庭辯論之慣語，保存於雅里斯多德 (Aristotle) 之脩辭篇 (Treatise on Rhetoric) 中者，表示當時對於純粹法律上之問題，常常本諸凡一意旨可以影響法官心理者有所諍論。如此方法自不能產出耐久性之法律制度。一種社會，在行使法律時，對於裁判之案件，每遇可採用一種理想式之完美判決時，必毫不猶疑以解鬆原有成文法律之軌則者，則此社會，倘曾其對後裔遺下一部裁判原則，其所遺者必爲一堆是非辨別之思想徒爲當時所尙者耳。如斯一種之法制應不含有何種模型爲後來各時代更進步之觀念所能求合者。此種法制至極可以攀附一種生於不完全之文化中之哲學。

民族團體曾受此種法律上過早成熟與非時瓦解之奇險者，實不多有。羅馬人究曾大受此危險之恐嚇與否，固甚難知。但無論如何，彼等已得其自然法之學說爲其適當之防護矣。因法律大師之自然法已被彼等認明爲一種應漸次吞吸市民法之法制，但認市民法一日未作廢，自然法不可逕取其地位而代之耳。至於認自然法在外民事件上之尊嚴，以爲苟對之作一申訴，似可壓服一職司特種訴訟之裁判官之心理者，當時尙未有此印象。如斯所認之觀念，其所以獲得價值與效用，乃

因其給人心目中以一種完美的法律模型，又因其引起對此模型一種無限度之力求趨近心，而同時又不曾引誘法律實務者，或公民，對於原來法律未合此理論者否認其羈束力。仍有一事甚須察及者，即此種模範的法制，頗異於他種後來令人失望之法制，蓋絕非產自玄想之出品。從來未有人意認此種法制爲建築於十分未經試驗之原則之上者。人之意中，以爲此一法制乃伏於原有法律之下，而必穿過原有法律始可尋獲之者。其功能，簡單言之，乃爲救濟的性質，而非革命的性質，亦非無政府的性質。不幸，即在此點上，近代觀念中之自然法，往往異於古代觀念之自然法也。

幼稚社會所易犯之第二種危險，曾阻礙大部分人類之進步。原始法律之硬性——大抵起於其早初與宗教連合而成此硬性——倒牽大部分人類而束之於諸種不適時的生活與行爲之觀念中，此諸觀念爲彼等始初將所有習慣定爲有系統之形式時即已享有者。亦誠有一二民族命運大佳，未曾受此災難；此一二民族之支流餘裔，遂成爲數個近代社會所藉而長養之肥料。但大部分世界中皆向來認法律之完美乃成於始終膠附於臆想中原始立法者所定之計畫。倘若人之智慧即如斯施展於法學之上，則此智慧應一律自誇其所能，以種種武斷邪曲之結論，加諸古代法律典

籍之上者，而古代法律之真實形狀亦無從辨別矣。予不知羅馬人之法律，除非因自然法之理論供之以一優異之模型，則將以何因緣應位居印度法律之上也。在此一特例中，簡易與勻整，遂爲一社會（卽指羅馬）之心目中所視爲理想的絕對完美的法律所必具之質；而此社會所以於人類有非常影響者亦職此之故。吾人不能過於主張一民族或一專業階級在其追求進步之程途上，必先抱有一分明趨向之目標。邊沁學說在英國過去三十年中所以得廣大之聲勢者，卽彼將此種目的置於國人心目之前所得之成功也。彼給吾人以一明瞭的改革之軌則。前一世紀中之英國法律家，過於伶俐，不至爲表裏不符之論，謂英國法律乃人類理性之圓滿品者所慮。但彼等在實行上，似乎頗信英國法律缺少何種其他原則可以奉行者。邊沁論定「人羣幸福」應爲人類所首當趨赴之一目的，其位次在其他一切目的之先；而因此遂使人能避去一種久欲得聞而暴發之潮流。

吾人苟稱前文所述諸假設爲邊沁主義之古代的同調，似非妄爲比較之談。羅馬該種理論，其引人所趨赴者，正與邊沁之論所引導者同一方向。該理論在事實上之結果，與一派法律改革家抱定力圖人羣總幸福爲宗旨者所應取得之結果無大區別。然若認該理論直爲邊沁諸原則之先鞭，

則未免錯誤。在羅馬普通文籍及法律文籍中，實有時指定人類幸福爲救濟的立法 (remedial legislation) 之正當目的。但大可注意者，即證明此一原則之文件較之對於闇然無光之自然法理論之作品大爲稀少，大爲薄弱。羅馬法律大師所公然投降者非對於何種近乎『博愛』 (philanthropy) 之義，乃對於彼等所號爲『精緻』 (elegance) 一義——即簡易與諧整之觀念——而投降也。彼等之工作與一種更明確的哲學所應會勸導之工作之後先合轍，實爲人類幸運史中之一段也。

轉觀自然法之近代史，則吾人欲確實信其影響之廣遠乃較易於衡量其影響所施究爲有益或究爲有害也。凡一切教義與一切制度可以歸諸此理論之下者，多爲今日若干激烈辯爭之材料。例如有人謂過去百年中法國所散播於西方世界之一切法律上政治上社會上之特別思想，大抵皆以自然法之理論爲淵泉。法律家在法國歷史中所造之部分，及法律觀念在法國思想中之地盤向爲極大。但近代歐洲之法律科學，實非源起於法國，而實源起於意大利。意大利諸大學之使人在大陸各處建立學校，并會擬在吾英建立而未成功，惟其建立於法國者，實對該國之命運產生極大

之影響。當時法國法律家立刻與卡北宗 (House of Capet) 及維羅宗 (House of Valois) 之諸帝相連絡；而法蘭西帝國，實藉彼等對於帝王特權之主張，藉彼等對於封建承嗣法之解釋，得脫離割據之局而成統一之大業，亦如其藉干戈之力也。此諸帝對法律家之諒解，遂使諸帝於抵禦諸侯，貴族，與教會上，獲巨大之利益。吾人苟欲明知此利益，惟有遠求中古時代流行歐洲之諸理想而計較之。第一，當時對於會通 (generalization) 之規模有一巨大之熱望，對於一切通括立論 (proposition) 有一奇異之崇拜，而結果，在法律範圍上，對於每一通式 (general formula) 似能括包各地方所慣行之若干個別法軌者有一種不可自主之崇拜。法律實務者苟熟於國法大全 (Corpus Juris) 或解釋集 (Glossae) 當然不難盡量供給人以此等通式，不虞匱竭。但外此另一原因更大於法律家之權力。在吾人所言之時期中，無論何處對於成文法條究有何種程度與何種性質之權力，皆無定見，大抵 *Ita scriptum est* 一篇排息異議之序文，似大足間執一切反對者之口。今世之人設一細讀此中所引之通式，必大起妬心，而追問其淵源所在，遇必要時，必不承認所有屬此通式下之一堆法律有替代地方習慣之效力。但前輩法律家應不如此，不過考問此軌則能行與否，或至極，自優帝

學說彙纂 (Pandects) 或自教會法中引出若干反對之論證耳。吾人不將當時之人對於法律爭論上此一最要方面所具觀念之不定情形牢記在心，蓋非僅因此不定情形可以助人說明法律家所供給於此帝國計畫者之重要，但因其可爲吾人研究數種奇趣的歷史問題之借照也。著作 *Forged Decretals* 者之原意，及其非常之成功，更可以此種觀念不定情形解釋明白。再就一較小興味之現象言之，此情形可略助吾人了解布拉克 (Bracton) 之剽竊作品。英國亨利三世 (Henry III) 時代之著作家，應不難以一種論著似爲純粹英國法律之輯覽者——此論著之全體形式，及其中大半之內容，可直接借自羅馬國法大全，又彼應在此正式禁止研究羅馬法之國中毅然會作此種之試驗——供其國人；而何以竟未作此，此疑點將永遠在法律史中爲最無望最難解之謎之一種也。但吾人若明了此時期中對於成文法條之霸力之意見不定情形，撇開一切考求此等法條淵源之論，則吾人驚訝之心可略減也。

法國諸帝之奮取最高統治權，至維羅安古倫 (Valois-Angoulême) 一支之帝承接大位之時，可謂獲得成功之終點。在此時間，法國法律家之地位頗爲奇特，并繼續至大革命爆發之時爲止。

方面彼等在此國中成一最有學問最有勢力之階級。彼等自據有一優良之立足點，彷彿自成一特權階級，與諸侯，貴族，比肩而立；又因自爲一種組織，廣播其事業於全法國中，合成一法定特許之團體，具有大限度之權力，與更無限度之發言權，遂確保其勢力。於是，彼等無論在何資格中，或爲律師，或爲法官，或爲立法者，皆較之同時全歐洲之同業者大佔優勢。彼等裁判之機智，語式之雍容，調和類合之美覺，又（據其中最著聲稱者而言）對其所自具之公平觀念之專誠，乃與其中所著個別異樣之天才，同可注意。此等異樣天才，蓋自枯雅（Cujas）至孟德斯鳩（Montesquieu）兩極端，與自達叻梭（D'Aguesseau）至杜茂林（Dumoulin）兩極端，就此兩條線索中間所包各個人物而可見也。但反而觀之，彼等所負掌理之責之法制，與彼等心中所關之蹊徑，立於一可驚的相反地位。此大半由彼等之力而構成之法國，當時被一種畸形的不勻整的法系所苦痛，遠過於其他歐洲各國。於是裂出一巨大之區別，爲成文法區域（Pays du Droit Ecrit）與習慣法區域（Pays du Droit Coutumier）。第一區中，認定成文之羅馬法爲其法律之基礎。第二區中之承受羅馬法，僅以其供給通用之語式與推理之程序合於當地之慣例者爲限。在習慣區域中，各處習慣之性質，復省

與省異，郡與郡異，邑與邑異。在成文法區域中，各侯邦本有之法軌列於羅馬法之上層者，亦極具駁雜之組織。此種混亂情形，在英國絕未曾見。在德國曾見此法律上區劃之象，但過於與政治宗教之區劃混爲一致，致難感覺。法國實可謂有特別之異象，當國王時時圖中央集權之增漲，當企圖行政統一有迅速之進程，又當一熱烈的國家精神發達於人民心中之時，而此法律上非常雜異之情形，自始至終，繼續無改。此種矛盾狀況，乃產生衆多嚴重結果之原因之一種。在此衆多結果中，吾人必將其所產生於法國法律家之心中者，列爲一種。彼等思考上之意見與智識上之僻性，恰與彼等之利害及事業之習慣立於一嚴重相反之地位。彼等因對於完美狀態之法律成於簡易與勻整二者，有極端敏銳之感覺與極端充分之認明；故信，或似信，法國法律上所實具之疵病爲無拔除之可能者。而在實行上，彼等又常反對主張革除惡弊之意見，其反對之強，乃其國中較不開通之人尙未_{有者}。但此時有一方法可以調和此等乖違之情。此等法律家成爲對於自然法之激烈的熱心家。自然法跳過一切省邑地方之界限，渺視一切貴族與公民間之區別，公民與農民間之區別，提舉明析簡易系統，諸性置於最高之地位，但又不至使其信仰者冒然行出任何特種之改進，并不直接危及

任何寶貴的或有利的專門術業。吾人不妨謂自然法已成爲法國之普通法 (Common Law) 或無論如何承認自然法之尊貴及其功用，乃全體法國實務者所一致贊同之意見。大革命前，法律家之言論對於自然法加以讚頌者，未能獨自稱職；而可注意者，凡論說習慣法之著作家每自任以誹謗純粹羅馬法爲職務者，往往論及『自然』及『自然之軌則』時，反較彼民法學家專門尊敬優帝學說彙纂與優帝法典者，尤爲熱烈。杜茂林爲闡揚法國舊習慣法之最高作者，曾著有數段越俎而論自然法之文字，彼對於自然法之讚頌，含有一種奇異之辭調，表出一種脫離羅馬法律大師所戰兢恐懼之情形。一自然法之假設已成爲一種導人實行之理論，而不甚似於一種想像之信條；因此，吾人將見，在此理論最近所經之變遷中，由持論者之擡舉，已將其最脆弱之部分提爲最強有力之部分。

自然法之歷史行至一緊要關頭時，十八世紀已過一半。倘若對於自然法及其效果之討論，仍相延爲法律專業者獨有之職務。則或者此討論所指揮之自然法之崇拜，已見低落。因此時孟德斯鳩之法意 (Esprit des Loix) 已出現矣。孟氏此書，在若干誇誕言論中，現出過分暴烈之象。作者本

此暴烈之心，遂對於通常任情放論之諸假設，敬謝不敏。然亦露出若干曖昧不明之論，表示彼亦希望與向時存在之成見兩相調和。但此書挾其所有一切之缺點，仍依照其歷史的方法而行；在此方法前，自然法無有絲毫之立足地也。此書在思想上的影響，應與其傳播之廣，同樣偉大。但實在言之，此影響爲時會所厄，竟未遇伸展實行之機；因立於其反對地位之假設若似被彼根本摧毀者，已猝然大行，自法庭之內播及通衢，且已成爲若干爭論之主旨；此等爭論，較之從來法庭與學派中所鼓噪者，尤爲激烈也。爲此假設開闢一新蹊徑者，乃一異人。此人既無學問，又乏品德；而自挾其活潑的玄想力，又因對其國人有純熱之愛情，（因此對彼應當饒恕，）遂在歷史上成一不可磨滅之人。吾人在現今時代，絕未見（世界全史中實不過一二見，）有一種文籍生出如斯偉大之影響於人類心理上，於智慧之每一鑄造物，或每一影射物之上，如一七四九年至一七六二年之間盧梭氏所產出者。此君之作乃欲追隨貝爾（Bayle）所開始，又幾分爲吾英洛克（Locke）所開始，而完成於伏爾泰（Voltaire）之手之純粹打破偶像之奮力；而作第一次的嘗試，欲將人類一種信仰重建一完固之宮。又除出一種優勢爲每一建設力所向來享有駕過一純粹破壞力之上者之外，此君之作大

有對於前人一切知識關於玄想的事物上者，作一普遍的懷疑之勢。在盧梭之一切玄想中，其中心所在無論給以英國面具致成『社會契約』(social compact)之標語，或但剝去其歷史的形質裸而觀之，乃一律以居在設想的自然狀態下之『人』為主體。每一法律或每一制度不類似此種幻想情形中者，必斷定爲自原來完美形式中所誤作而成。倘社會每一度變遷，能一度愈近於創造『自然』者所統御之時代，則此變遷大可讚美，且應使之實現而不顧一切之犧牲。此理論仍是羅馬法律家之理論；因在此君所作自然狀態之幻談中，除爲羅馬法律大師所已見到之簡易與諸整二美點外，未見彼另行發見任何特形任何特點。但如斯之理論，按其實，不免顛倒此君之意。實在此君所冥想之根本要題，非『自然法』乃『自然狀態』。羅馬人認爲倘就現有諸制度作一實密的觀察，則此等制度中必有幾部分明露自然朝代之痕迹，或可用判別力從中判出此痕迹者可以提出。此朝代之真實，彼固未曾力言。盧梭之信仰，乃以爲一完美的社會秩序，單就自然狀態之本身作一考慮，而不假他助，即可發見。此種完美狀態乃完全無關於此世界之實況，且完全不似此世界者。此兩路觀念之大差別，乃一者痛貶現在，因其不類於玄想之過去；而一者認定現在與過去同一

重要；故不會漠視現在，或詆訶現在。吾人殊不值用任何特別詳細之方法，將此君所根據自然狀態而建築之政治哲學，藝術，教育，倫理，及社會關係等，作一分析。此君學說又對於各國蕩檢黷閑之思想家，具有特異之魔力；又在一切障礙歷史方法之運用之物中，爲一祖始的（但爲遠的）障礙物。但其學說，在今日識者心中之喪失信用，已大足使一班熟知「純任思慮」（speculation）之錯誤有非常致命之害者，更加驚醒。或者在今日最常發問之問題，乃非此君之意見有何價值，但爲因何緣故此等意見在百年前得有卓然覆蓋一切之優勢。予認此答語甚爲簡單。過去世紀中，有一種研究最能糾正嚴格注意於法律古蹟者所易犯之誤解，此即宗教之研究也。但希臘之宗教當時所了解者，乃散見於幻想的神話之中。東方諸宗教，倘就所察及者言之，似遺失於幻妄的宇宙論之中。僅有一部原始紀載可值研究——即猶太古史。但求助於此物乃爲當時種種成見所禁止。在盧梭學說所同於伏爾泰學說之數點中，有一點即爲公然賤視一切宗教的古迹，而特別賤視猶太人者。吾人習知，當時之推理家尙不僅謂一切制度冒摩西（Moses）之名者，非真爲神所宣定；且認此等制度，及全部 Pentateuch 皆一無根之僞作由 captivity 歸後所作成者。於是法國哲學家遂不能

得一主要之保證（即猶太古史之研究）以抵禦玄想之誑妄；因急欲避去彼等所譏之僧侶迷信，遂輕率自投於法律家之迷信矣。

但此哲學根於自然狀態之假設而建立者，自其較粗野，較可覺，方面觀之，雖已在人心中心價低減，然在其蒙戴種種狡怪面具之中，并未喪失讚美之稱，或喪失普及之勢。予信，如前所言，此哲學仍是歷史方法一巨大之敵；而無論何時，任何心理反抗實考之方式，或輕侮該方式（除卻宗教上的反對論）者，大抵皆為源於非歷史的自然狀態之成見或受此僻好所影響。關於自然之諸理論，所以得保存其力量者，其主要原因乃為此諸理論能與政治上社會上種種趨向聯絡一致。此等理論對其自所鼓起所製造之政治上社會上之若干趨向，皆顯然標出其當然之形式而無所諱。此等理論遂大部加入法蘭西所射佈於文明世界之諸思想之中，而成為法蘭西文化所據以改變之全部思想中之一部。此等理論所如斯施及全人類之命運上之影響，其價值若何，當然為現代所熱烈爭辯之一題；但不在吾此文範圍之內。雖然，吾人若掉頭一回觀自然狀態論在政治上勢力高至極點之一時代，恐鮮能否認此理論對於法蘭西第一次革命所釀成種種令人失意之事大有贊助之

力。此理論產出，或鼓起，當時種種遍行的惡習，例如對人定法（positive law）之賤視，對於經驗之不耐煩，又主張以先天見（*a priori*）加於一切其他推理之上。此項哲學既盤踞於一班較他人少用思想少用觀察之人心，其趨勢乃明明成爲無政府之性質。大可驚異者，若一考查杜孟（*Dumont*）所爲邊沁而出版，又將邊沁所掘出之謬見合而成爲法蘭西人所掘出者之無政府之詭說（*Sophismes Anarchiques*），則知其中從羅馬人之假設而爲法蘭西人所變形者之中所抽出之點，與非藉此假設所不能了解之點，若何之多。又在此層上，吾人若一查考此革命之主要各期中之 *moniteur*，當大有奇異之趣。蓋時代愈黑暗，則對於自然法與自然狀態之伸求愈濃厚。

茲有一例可以描出自然法之理論在近代社會上所生之諸影響，并可表示此諸影響距其涸竭之期尚甚遙遠。吾人應感謝自然法之假設，因本此假設吾人始獲有『人類本來平等』之教義，此應無人致疑者也。『一切人皆平等』乃衆多法律之立論依時展進而成爲政治上之立論之一種。安圖靈（*Antonine*）時代之羅馬法律大師製定一句格言，謂『一切人皆自然平等』（*omnes homines naturā sequales sunt*）。但在彼等眼中，此乃爲嚴格的法律上之格言。彼等意欲主張人

在假設自然法之下，又在人定法之趨近此自然法之下，凡羅馬市民法所任加諸各階級間之區別，應一律不存於法律之中。此一軌則對於羅馬之法律實務者，有巨大之重要。因羅馬法律實務者必須注意無論何處，羅馬法律假充其自身恰合於自然法典時，羅馬法庭中之意念上，實即泯除市民與外民之區別，泯除自由民與奴隸之區別，泯除血屬之親與宗屬之親之區別。法律大師如斯之表示，似絕不擬詆訶市民法之缺乏思想式之社會安排。彼等亦不顯然信此世界中終將發見人類社會完全同化於自然的政則。但當人類平等之教義現出於近代之語調中之時，此教義已確然披帶一種新意義之色彩。凡羅馬法律大師寫出 *aequales sunt* 一語恰足表其胸中之意之處，近代民法家即寫出『一切人乃平等』意即謂一切人應是平等。奇異的羅馬理想認自然法與市民法并存，又漸吞吸市民法者，已確爲人所不注視，或已成深奧難解之理想；而一叢言語最能運載一種理想關於人間制度之來源組織與發展之狀態者，遂開始表出其有感於人類所受一巨大惡制之痛苦。早在十四世紀之初，流行之言論關於人類生來狀態者，雖明擬模彷彿爾比安（Ulpian）及其同時諸家之言論，而已具一完全別異之形式與意義。胡廷帝（King Louis Hutin）所頒名詔之

序文，給與皇家屬地之農奴以公民權，恐已大驚羅馬人之耳。『既然按照自然法每人應生來自由，但因遠自古初傳入吾人境內保存至今之若干向例與習慣，及多半因其上代之誤行，而吾公民中衆多分子乃落入奴隸之中，則我等……』此種辭調乃非何種法律軌則之表露，而但爲一種政治信條之表露。自此以後，人之平等，依法蘭西法律家所言，乃若爲一種政治上之真理，幸而保存於彼等之科學載藉中者。此信條與其他一切從自然法假設而出之演繹論，情形相同，又同於自然法之信仰之本身，乃不爲人所樂受，又不甚影響於人心，或影響於實務；直至其脫離法律家之身，而出諸十八世紀文學家之口，及居此等文學家足下之大衆之口，始有勢力。因有此等之人，此信條遂成爲彼等所有一切教義中最明顯之中心教理，并甚至被視爲一切其他教理之總綱。或者，此教條最終所獲得加被一七八九年事件上之勢力，非完全由於其在法蘭西之得人普信，實在此世紀之中葉，此理論已離去法蘭西而轉傳入美洲矣。此時美洲法律家尤其是維琴利亞（Virginia）之法律家，似獲有一堆知識，專異於其英倫同時人者；蓋其所獲者乃包納衆多僅能自歐洲大陸法律文籍中所抽取之知識。試將札伏孫（Jefferson）之著作略一涉獵，將見其心中所受法蘭西之半法

律的半通俗的時髦意見之影響如何之強；此乃表同情於法蘭西法律家之奇異思想，乃無可致疑者。此等奇異思想，遂令札氏及此殖民地之其他法律家爲當日美洲事件之導師者，在其獨立宣言（Declaration of Independence）首數行中，將法蘭西所特有之『人類生來平等』一設想，聯合於英人所熟聞之『一切人生來自由』之設想。此數行文宇，對吾人現所討論之教條之歷史，有極端之重要。美國法律家將人類本來平等之義如斯公然加重而言之，以一與奮力給與其本國之政治運動，又在一較少程度中，給與大不列顛。此與奮力，在大不列顛，距離其疲敝之期尚遠。但此外彼等又將其採得之教條還付法蘭西而增之以更廣大之力量，又令之享有更大之承受與崇拜。即便第一屆 Constitutional Assembly 中，較謹慎之政論家亦稱引烏爾比安之立論，亦若此論立刻能操縱人類之本能與直覺者。又在一切一七八九年之原則中，此乃惟一少被熱烈攻擊之論，又最爲近代思想之全身之酵母，又能許人以深深改變社會組織與國家政策之期望。

自然法已經人指定其最大功能乃在其引出近代國際法與近代戰事法。但其諸效果中之此一效果，在此吾處乃不重要，故略而不論也。

在諸種假設成爲國際法之基址者之中，或似仍保存其所受於原來建築者之形樣者之中，有兩三種假設顯甚重要。最首者即假定世間有一可確定的自然法。古羅休（Grotius）及其繼者，直接自羅馬人取來此一假設。但彼等對於由何方式以測定之之意見，則大異於羅馬法律大師，大異於每一大師。凡公法學家（publicists）自文藝復興之時即昌盛者，幾於每人之壯志皆欲爲『自然法』與『自然』設備新的，更順理的定義。又無疑者，此種確定自然法之觀念，經過公法（public law）著作家之著作中，遂爲一叢零星堆集之思想所附增。此等思想，幾於自倫理學上每一理論中抽取而來；而此每一理論即展轉相承盤踞於各學派之中者也。但吾人有一可注意之證據，足證明此確定自然法之觀念，乃主要爲歷史的性質；即經一切之奮力，欲將自然法典自自然狀態所必需之諸質點中推展而出者之後，其所已得之結果，適與人之安於採取羅馬法律家之教條而不加疑問不加檢査者，所應能獲得之果，一般無二。將國際間所專由條約而成之法（Conventional or treaty law of nations）置諸一旁，吾人將驚於國際法中由純粹羅馬法而製成之部分如何之大。凡法律大師之理論，自稱合於萬民法者，此等公法學家皆曾尋得理由以借取之，無論此等理論如

何明具一源自羅馬之形。吾人亦可察及，此等可抽採之理論，乃爲其原來觀念之弱點所困。大多數公法學家，其思想之式仍然混雜。在研究此等著作家時，向有一巨大之困難，卽難於發見究竟彼等爲討論法律乎，抑討論道德乎，——究竟彼等所描述國際關係之狀態，爲實在乎，爲幻想乎，——究竟彼等所論定者爲確如此狀乎，或在彼等意中以爲應是此狀乎。

認自然法羈束國際交互關係 (inter se) 之假定，較之國際法背後之諸假定，乃位居其次。凡相承主張此原則或認可此原則之言論，可追溯而達於近代法律科學之甚幼稚的狀態；而初觀之，此原則似直接自羅馬教義推論而出者。既然社會的人爲狀態所以別於社會的自然狀態者，卽因前者有一分明的法律製造人，而後者則無，則似乎當一班單位分子 (units) 未公認服從何種公戴之主權或公戴之社會首領時，此等分子卽被擲回於自然法最高命令之下。各國家卽同於此等單位分子也。國家各自獨立之假設，擠去一公戴法律製造人之觀念；而依照某一串之思想，又從此觀念中取出一統屬於自然原始秩序之觀念。其獨選後一觀念者，乃念及各獨立人羣間未曾有何種法律爲之關聯。但卽此種無法律關聯之狀態正是法律大師之『自然』所致其嫌憎之隙也。吾

人確有顯然之理由可以涉想一羅馬法律家，倘其心力置於市民法所缺其勢力之範圍，則彼必立刻以自然之軌律填此空隙。但無論在吾人眼中，此種心思之歸宿爲如何之確，如何之直接，然若斷言此心思之歸宿在其歷史上何種時期實曾露出，究爲不妥。自羅馬法之遺籍中，未曾有人舉出何段何節之文，依予個人決斷，可以證明法律大師曾信自然法在諸獨立民邦中有羈束之力者。而吾人不能不見羅馬帝國公民自視其帝國之土疆獨與文明相接壤者，對於各國平等立於自然法統屬之下（倘有思及者）一義，必至極視爲異想天開之論。近代國際法，固毫無可疑爲羅馬法之後裔；但其關聯於羅馬法，徒爲一種不規則的父子關係耳。此層似萬確者。近代早輩解釋羅馬法作者，誤認萬民法之意義，毫不猶疑而謂羅馬人曾遺傳與彼等以一系軌則爲處理國際交割之用。此種『羣國法』（Law of Nations）乃一種權威，時須奮力抗圖與其競爭之諸權威；而歐洲之情形阻礙其爲人承受，爲時甚長。但漸漸西方世界安排自身於一種形勢較適於民法學家之此種理論，將諸種對抗之論一律摧毀；而最終在一奇特之幸期，阿亞拉（Ayala）及古羅休（Grotius）能爲此權威於歐洲博得一熱烈之承受。此一承受，曾度度光輝於每次莊嚴締約之中。此權威所大得其力而

獲勝利之二偉人，曾擬將此權威置於一全新基礎之上，此固無庸贅說。無可疑者，在此移易位置之進行中，彼等大變其模樣，雖遠不及通常所想像其改變之大。古羅休既自安圖靈時代法律大師，採得萬民法與自然法合轍之立論，遂由其本身及其直接繼起之人賦給自然法以一種權威；此權威若非因『國際法』在此時代仍爲一曖昧不明之名詞，則彼等必不爲自然法聲取之也。彼等公然斷定謂自然法乃羣國家所公之法典；於是開始實行一種手續，此種手續展轉進行，幾直達於今日；即將諸種軌則自自然觀念之子然冥想而展出者，嵌入國際制度之中，又有一種對於人類爲確實重大之效果，雖在歐洲近代史之早期不爲人所不知，但絕未普遍認知；直至古羅休派教義流行之時，方遍曉也。倘羣國族之社會被管於自然法，則合成此社會之各分子必絕端平等。人在自然統御之下一切平等。依此，各人民之羣亦皆平等，倘若國際間之狀態爲一自然狀態。謂各獨立之人羣無論在大小上，與勢力的上，有何差別，由國際法視之，乃一切平等，此一立論已大有供獻於人類之幸福，雖此立論常常被每一時代之政治趨向所威嚇。倘若國際法之模型非完全根於文藝復興後公法著作家對於自然之尊求，則此種教義或絕不能得一穩固立足點也。

總而言之，事有可驚者，（如吾上文所已察及，）將自古羅休時所增加於國際法上之物，一比較單從羅馬萬民法所取來之質料，則顯出前者如何之少。領土之獵獲，向為國家野心之大與奮劑；而規範此獵獲之軌則，連帶減輕其必結果於戰爭之軌則，皆僅為鈔自羅馬法中之一部專關於取得外民財產之程式者。此等程式乃為早期法律大師所得者（如予前所解釋，）彼等自其所認為通行於羅馬環境各別部族之慣例中抽出公共質素而獲得者。既因其源自各族，遂類歸之於『萬民通行法』中。彼等又被後期法律家所推測以為會因力求簡易起見，將自然法之更近代之觀念嵌入其中。此等後期法律家遂如是闢出途徑而走入近代國際法；結果，國際制度中所有各部分關於領土，關於其性質，其限束，及取得與保有之方式者，皆純然為羅馬財產法耳——換言之，其類於羅馬財產法者，即類於安圖靈時代之法律大師所擬在財產上露出一種合於自然狀態之形式。欲使國際法上此等部分適於實行，所必要者，各國主權者應互相關屬亦如羅馬之財產主人團中各分子。此一假定對於橫臥於國際法典之門闕之諸假定，乃自為一種。又在近代歐洲史之首數世紀中，為不被公同認可者。此一假定可以分析為兩層立論，一，主權為領土的性質，換言之，即主權向來

與一地界之所有權相關聯；二、國際間之主權者應認為國土之絕對的所有人，而非最高的所有人。衆多近代在國際法上之著作家，默然認定彼等所立對於國際制度之諸教義根據於平準與共同情感之原則者，皆可在近代文明每一階段中，毫不費力求出其理由。但此種臆定之論，因其遮蔽國際理想上若干實在的缺點，故就大部分近代史觀之，乃完全不可保留者。若謂萬民法之權威在處理其所謂萬國事件上向來未被反抗，似非真情。反此，此權威曾於長期時間不得不與數種對抗制度相奮鬪。又有不確者，主權之領土性非一向爲人所承認不疑者。因羅馬帝國解體已久之時，人之心理仍被束於一堆思想與此觀念不相容者。當國際法上此兩種最主要之假設尙未能被普遍承受之時，凡較舊之事態及凡根於此舊事態之觀念已不得不消滅——一新歐洲及新的觀察工具適於此新歐洲者已不得不躍然而起。

有一頗值注意之事，即在吾人所常稱爲近代史者之大部中，未曾有何種觀念，類如領土性的主權之觀念；未曾將主權聯合於大小地面之統屬權。世界曾於若是多世紀中伏於羅馬帝國影蔭之下，遂致忘卻羅馬帝國下廣漠地面之分配。此廣漠地面曾由羅馬帝國將其解爲若干獨立民邦

不受外來之侵涉而皆自託於民族權利之平等。自北方蠻族侵入住定之後，於是主權觀念當時所流行者似成爲雙料的性質。一方面此觀念取得一種可稱爲『部族主權』(tribe sovereignty)之形式。佛蘭克 (Franks) 博根地 (Burgundians) 凡達爾 (Vandals) 朗巴特 (Lombard) 維西高茲 (Visigoths) 諸族，當然爲其自所占得之領土上之主人。有數族并給此等領土以一種地理上之名號；但彼等未根據領土占有之事實而聲求任何權利，且實際未曾以任何重要性附着於占有事實上。彼等似曾保守其所自本土深林原野中攜來之傳說，并仍視一宗法社會（一游牧羣）爲僅僅隨地屯駐於一地土上可以供給彼等以食料者。阿布士西北高爾 (Transalpine Gaul) 之一部，及德意志之一部，在此時已成佛蘭克族事實上占有之國——即法蘭西，但美羅文將 (Merovingian) 一支之首長（即克羅維 Clovis 之後裔）乃非法蘭西之君主而實佛蘭克之君主。領土性之名號并非不知，但似乎初時被用但因便於標明部族占有地一部分之統御者；此時一全部族之君主，乃其人民上之君主，而非其人民所居土地上之君主。所以對於主權一題單選此一種奇異觀念者，似爲——此乃重要之點——一種『莫非王土』之思想。當一君主脫離其爲一族之

長之特關係而急於加於己身以一種新奇的主權形式時，於是彼所被提醒而採仿之故轍，即羅馬諸大帝之『領土統治』。試依一常引之語言之，此君主已成『*aut Caesar aut nullus*』彼或會自擬託於畢讓庭 (Byzantine) 大帝之全部分特權，又或未會得者任何種類之政治上身分。在吾人現代，當一朝代希望抹撥一前朝代之名號時，其自命之名號乃根據其人民，而不根據其領土。例如吾人稱『法蘭西人之帝王』及『比利時人之王』。此時期中，在此等同樣情形之下，又發生另一主權觀念之選擇。部族之首長已不自為部族之君主，而必求取一世界大皇帝之稱號。例如當時世襲的宮內長 (Mayor of Palace) 已與其隱出久欲推翻之君王相決裂之時，彼等立刻不欲自稱為僅僅『佛蘭克之君主』——此乃被推翻之美羅文將之稱號，但彼等又不自稱為『法蘭西之君主』。因此一稱號雖非彼等所不知，但非一尊嚴之稱號也。因此，彼等遂進而垂涎於宇宙之帝國矣。彼等之動機已大被人誤會。晚近法國著作家曾承認夏爾曼 (Charlemagne) 遠在其據帝號之時代前，其用力於事前計畫上者，與其推行其計畫之用力，十分相等。無論世間確否有人在本身所造時代之先即有先事之綢繆，但確然不誤者，即夏爾曼在其企圖一無限度之領土時，乃嚴重依

照其本時代之特著的思想所許採行之惟一程途。此種智慧的卓越，當然無可懷疑；但此種卓越乃由彼本人之行爲而證明，非由其理想而證明。

冥想中之囊括宇內之主權，與帝位相聯合，而自德意志帝國終了之後，仍未徹底與帝位解體。領土權——將主權聯合於大小地面占有權之觀念——分明爲封建制度之支流，雖然是一遲緩之支流。此層或會事前被豫料者，因最初將人的義務權利連鎖於土地所有權者乃封建制度也。無論對於封建制度之來源與其法律性之正當觀念爲如何，最良之描寫式能繪出封建組織以示吾人者，即應起自其基礎之上而描寫之。先考量佃戶與其一片土（此一片土造成，并限制其服役之事）之關係，於是漸漸等而上之，研究小地主，直至吾人走近此制度之絕頂。在此諸黑暗時代之較後期中，究竟此絕頂確在何處乃不易決定者。或者在部落主權之觀念實際毀滅之處，最高之絕點乃向來付諸臆定的西羅馬帝國凱撒之繼承人。但不久當帝權之實在範圍已大縮小時，又當諸大帝已將其所僅餘之權力集中於德意志與北部意大利時，所有居於往日卡洛文（Carlovingian）帝國境外之諸最高封建主發見自己實在無有一公載之最高首領。漸漸彼等慣於此新形勢，而免除外

來干涉之事實，最終將互相倚賴之理論滅熄殆盡；但有衆多症候使此變遷不能十分容易成功；而實在對於一種印象，謂在自然事態中，必何處有一最高點之領土權者，吾人當然可舉出羅馬教皇之駕御塵世之超越性。在此等心理之變遷中，第一階段之完成當然即在法蘭西卡北（Carpet）朝代開始之時。在達此時期之前，有數位執有大封土者（卡洛文帝國此時裂爲此諸封土）已開始自稱爲君主以替代公爵伯爵之稱；但重要變遷之發現，乃當巴黎附近小領土的封建主，自原來王室之身，篡取位號，而自改稱曰『法蘭西人民之君主』。卡北（Carpet）及其後裔，皆是新意義中之君主；此等主權者對於法蘭西領土之關係亦同於男爵對於其地產之關係，同於小地主對其私地之關係；而舊日部落之尊號，雖然長久保存於皇室所用拉丁式之官牘中，但在法蘭西本土，已變爲『法蘭西之君主』矣。法蘭西君治之形式大有力於促成他處同方向進行之變遷。吾等安格羅撒克孫（Anglo-Saxon）王室之君位，乃夾於部落首長與領土統治者二種性質之間；但諾曼（Norman）諸君主之最高權欲模擬法蘭西君主之最高權者，乃分明爲領土上之主權。每一繼起的統治權之建立，乃由後一模型而成。西班牙（Spain），勒卜士（Naples）及根於意大利自由市會之遺

形而建立之諸侯國，皆居於一領土性主權下。予意，天下最奇之事，少有過於威匿士人（Venetians）之飄搖不定於兩種觀念之中。當威匿士共和邦初對外戰勝之期，乃自視爲一古式之羅馬共和民邦，而統有一數之屬地。再進向後一世紀觀之，又可見此共和邦願人視之爲一合羣體之主權，據其意大利與愛琴海（aegean）之領土上而聲求一封建式主權。

在民衆對於主權題目之思想經過此可注意之變遷之期間，法律制度立於吾人所稱爲國際法之地位者，在形式上甚爲複雜，而與其所伸訴之諸原則亦不相符。在如斯大部分之歐洲包含於羅馬日耳曼（Romano-German）帝國之內者之中，衆同監國間之關聯乃被此帝國國法之複雜而不完全之機械式所規範；而可驚者，德意志法律家所樂持之觀念，乃以爲帝國境內境外羣邦間之關係，應不被萬民法所規範，但應被純粹羅馬法制之仍以凱撒爲中心者所規範。此教義之被棄於境外諸國，并不如吾人所料之甚。但實際，在其餘之歐洲，低等之封建邦已備得一物以代替一種公法；而當此等尚未決定與尙曖昧未明之時，至少在理論上，有一最高的國際規範力寄於教會元首之身。雖然如此，封建勢力與教會勢力，至十五世紀中，又即便在十四世紀中，即已倏然毀滅。而尙

若吾人細查各次戰爭所通尚之藉口，及各國聯盟之公然動機，則將見及其步步排斥舊原則，而阿亞拉 (Ayala) 及古羅休 (Grotius) 所固立之觀念正做成大量之進步；但此進步爲不露聲色而且遲緩者。無論各種類之主權之相互鏖和應結果展成一種實際關係之制度；又或此制度應曾現出與古羅休所構思者一實質的異點，皆非今日所能判定；因實際宗教改革 (reformation) 將其宗教之一切有力原質，除一種外，毀壞殆近。此改革始於德意志，在帝國境內之諸侯間畫一鴻溝，此鴻溝之寬闊幾於不能以帝國最高權爲之橋樑而溝通之，縱使帝國元首曾立於一中立地位。雖然，帝國元首不得不採取袒護教會之色彩以抵禦主張改革者；教皇當然亦反對改革；因此此二種主權，本應居此兩敵派間負調和之任者，遂在此邦國分裂之形勢中，皆成爲偏向一巨派之首領。封建制度已經衰弱，并已聲勢降落，不成爲公共關係之原則，不能供給何種羈束力十分穩固可以償補宗教之聯盟。於是，在公法情形尙爲混亂之時，凡設想羅馬法律大師所僅認可之國家制度之諸觀念仍然存立。此等觀念在古羅休手中所獲得之形樣，及勻整卓越之性，皆爲每一學者之所知。但 De Jure Belli et Pacis 一文之巨大奇績，乃其迅速的，完全的，普遍的成功。三十年戰役 (Thirty

Years War) 之恐怖，軍隊恣橫所激成無限的慘劫，當然必取作此項成功之幾分理由，但非完全之理由。對於此時代之各思想作一極小之研求，必能示人以倘若國際建築物之基本圖樣，在古羅休之偉著中所描繪者，未現出理論上之十分完美，則此圖樣必已被法律家所棄，而被政治家與軍人所渺視。

所明然者，古羅休制度之思慮完美，乃與吾人前所討論之領土主權之觀念密相關聯。國際法之理論乃假定羣邦互相關屬於一自然狀態中；但一自然社會人之所由構成之諸原質，依其根本假定，必各自獨立而不相倚。倘有一較高之力聯貫於其間，無論如何略略根據或偶然根據公戴權力之聲求，則即此公戴一權力之觀念引人念及羣邦間不可有『人定法』(Positive Law) 以羈束之，而非自然法所能爲力也。於是倘一帝國元首之『普天同載』早已被人承認，即便單純在理論上被人承認，則古羅休之勞力應皆同浪擲。又此層亦非近代國際法與予前述之諸主權觀念間之惟一接合點。予前已云，國際法制中有數部分乃完全由羅馬財產法所構成。由斯以談，吾人之結論乃爲何乎？倘若對於主權之衡量未曾經過吾所敘述之變遷，——倘若主權未曾與大小地面

能。所有權相聯合，換言之，卽未曾成爲領土性，——則古羅休理論之三部分應不能有合於實行之可

039324



萬有文庫

第一集一千種

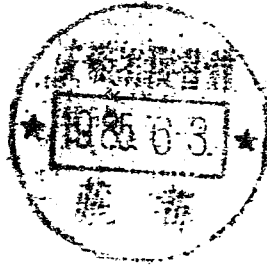
王雲五主編

古代法

(二)

梅因著

方孝嶽 鍾建閱譯



商務印書館發行

萬有文庫

第一集一千種

總編纂者
王 匡 丁

039328

古 代 法

(二)

梅 因 著

方 孝 嶽 鍾 建 閱 譯

漢 譯 世 界 名 著

古代法

第五章 原始社會與古代法

將法律一題付諸科學式處理之必要，在今日未完全被人失察。自此種覺心所產出之諸論文，乃自各樣不同之心靈中所發出。但予意，未必多有人以為以前所立於科學之地位者大抵皆為一堆猜想——即指上二章所考論之羅馬法律家之猜想。態度顯明之作品承認，並採用此等自然狀態之臆論，及原則上合於自然制度之臆論者，自此等臆測之理論發明以來，時時續見，除中間有一短期之隔斷外，直至於今。此等理論見於創建近代法學之註釋派（Glossators）之註文中，及繼承此派之學究法律家（Scholastic jurists）之著作中。在教律家（Canonists）之信條中，亦甚可見。而闡揚光大此理論者，乃文藝復興時代之淵博民法學家也。古羅休及其繼承人所加諸此等理論的光彩與可賞性者，不較其所加之實行上重要性為多。此等理論，於吾英布拉克斯吞（Blackstone）

著作之諸導言中，亦可讀及布氏乃全鈔博拉麻克（Burlamaqui）之文。而無論何處，現代出版指導學生與實務者之書，發端於法律原則之討論者，皆向來以重述此羅馬假設為交卷之法。雖然，此等理論後來所常戴之假面具，亦如其本來真面目，令吾人於中獲得若干狡怪之語式，為此等理論所藉以混入人類思想中者。洛克（Locke）所論法律源自一社會契約（Social Compact），亦少能自隱其採自羅馬之形；且實為一種面具，令該項古假設對於近代一特別時期更具吸引之力。但另一方面，霍布士在此同樣題目上之理論，乃有意企畫捨棄羅馬人及其信徒所認得之自然法之實在。但此二家之論，會將其影響所射及之英國政論家長久劃分為兩敵派；而在基本假定上，認有一非歷史的，非可證明的人類狀態，則固嚴格相同也。此二派作家之相異，乃在其論及未有社會以前之人類狀態，及人類取何種非常行動以自拔於此狀態而走入吾人所僅習之社會組織。但二派所同者，即皆認原始狀態中之人與成形社會中之人判若鴻溝，而此意實彼等有意中或無意中借自羅馬人者，固無可疑。倘若法律現象實由彼等作如是觀，——即視作一內容極複雜之物，——則人心理所以漸漸不欲回反於奇妙不可思議之臆測，誠不足驚；此種臆測，若讚許之，似能調和一切，否

則或竟能排斥系統之工作。

自所有法律理論與羅馬教義同立於一運思之基礎者之中，有兩種富著聲稱之理論必須除外。第一即附着於孟德斯鳩之大名者。雖在法意 (*Esprit de Lois*) 之前幅中，有若干曖昧之辭，似表示作者不欲十分與以前通行之觀念公然破裂；然此書之大體意向，乃欲表出其對於社會一題之觀念有一甚異於以前所享受之任何觀念，所可見者，在此書所由廣漠之測量而自設想的各處法律制度中爬搜而出之雜種事例上，有一顯然之渴望，欲將所有能震驚文明世界人以其奇奧鄙野之風俗與制度推諸卓著之地位。彼所常提出之推斷，即謂法律乃氣候、地方形勢、偶然事件、或虛偽事件——即除去耐久性之動作以外之任何動作之結果，——之造成物。孟德斯鳩似實曾視人之本性為完全依他範成者，視為在被動地位。以為人每將自外所受之印象重新造出，每對其自外所受之激動盲然降服。於此處，孟氏確有一錯誤。孟氏大輕視人性之固定性。彼對於人類代代相承少經中改之性格少有措意。實在自來對於社會之現象未會有人作一完美之估計；結果，對法律亦然，直至孟氏書出始將社會變遷諸動因詳為列出；但此等動因之數目及其力量似被孟德斯鳩所

過於估量。又彼所舉之諸破格事例以爲較其餘諸事例爲根於虛僞之報告與謬妄之構造者之中，有多種尙存於今日，能使吾人證明人性之永久不變，較確於爲變動不居者。因此諸破格之例爲人類進程上古階段之遺物，而此階段之人類曾頑然抵抗在別處已發生實效之諸種勢力。此中真理，大抵蓋爲吾人心靈的、倫理的、及實質的組織中，固定之部分乃皆爲其中之最大部分；而人性反對變遷之抵抗力向爲甚大。雖世界一小部分中，人類社會之變化乃頗明顯；然此等變化并不曾十分迅速，十分廣大，致其變化之量，之形質，之大體方向，難以決定。孟氏之論中，凡有可用吾人現代知識獲得之者，即爲近於真理之論；但吾人亦不得意謂孟氏所論距理太遠，或大有待於將來之改正，直若完全無用完全不足訓也。

其他一理論已被注意者，乃邊沁之歷史論。此理論闇然不明（或可謂爲言之無力）陳述於邊沁數部著作中者，乃與其政府篇所論法律觀念之分析而更近爲奧斯汀所完成者十分有別。將每一法律釋爲在特別情形下所頒出之特別性質之命令，其影響不過能保障吾人以抵禦一種措辭之困難——確爲一可怖之困難。至於對於社會所以頒定此等命令於其本身之動機，對於此等

命令各互之關係，及此等命令之與前此命令及其所替代之命令之關聯性質。此等全部之問題仍然未決。邊沁提出答詞，謂社會之改變，及向來法律之改變，皆按照爲公眾便利而改變之觀念。謂此等立論爲不足信誠爲不可，但其爲無結果之論乃確然者。因凡似對於一社會爲方便者，或似當一統治階級改變一法律軌則時，專對此階級人爲方便者，乃必定與其改變所具目的，（不論爲如何者）同爲一事。『方便』及『最大幸福』一詞，徒與『改變之動機』一詞爲兩種奇樣名稱而已。而當吾人決定以企圖方便爲法律變遷或意見變遷之軌則時，凡吾人所能自此一立論上所獲得者，乃將另一名詞代替吾人言及一變遷之發現時所必然內含之名詞。

對於現存之法律理論有一甚廣播之不滿，及一通具之意見，謂此等理論不能實在解決其託詞欲整理之問題，謂有某一列極端需要之考求爲欲求達美滿結果所必不可缺者未爲人所完成，或完全爲此等理論之作者所忽略。實則所有此等理論，除孟德斯鳩者外，皆確可責其有一忽略之點。此等理論曾未計及法律在一時代遠先於其實在成形之時代中者究爲何狀。此等理論之初發明者曾謹慎觀察其本時代中，及其本文化中之制度，并觀察其智慧上有若干同感之他種時代他

種文化中之制度；但當彼等轉其注意於一表面上異於其本時代之古社會狀態時，彼等遂一律停止觀察，但用猜想。彼等所犯之過失，遂與一人於調查實質宇宙之定律中不測想此實質宇宙中最簡單之細微原則，而測想此現實宇宙為一個全體者相類似。如斯一種科學上之謬論，在法律上者，較之在任何他種思想領域中為更宜加以糾正。此種必要每為人所不能確見。似乎，在事前，吾人應開始研究最簡單之社會形式，而以愈近於其最初情形者愈佳；換言之，倘若吾人欲作此種線索之考求，則應盡吾人之力深追原始社會之歷史。早先社會所獻示吾人之現象，乃驟然不易之解者。但此等現象之難以捉摸，乃與吾人在考量近代社會組織之混亂狀態中所被困之混雜式不能相比。此困難乃因其奇異不可思議而生，非由其複雜而生。若本近代的觀察點以觀此等現象，則所遇之驚奇不易鎮服。但若能鎮服之後，則此等現象亦覺為數不多，且十分簡單。但即便此等現象給人，以困難過於其實在給人者，吾人之勞力費於考定其胚胎種子者，亦非同浪擲。蓋此等種子實為各種道德規範之形式為吾人今日之行爲動止所受其規範者之所胚胎。

社會狀態之蒙期形式凡為吾人所知者，乃經三種文證而知者。一、當代人士觀察文化較其自

身爲低之社會所記述之作品。二、特別種族所保存至今關於其原始歷史之紀載。三、古代法。第一種文證乃吾人所能期爲最佳之材料。各社會既非同時一致共進；但依各別之進度，則曾有一時代中凡熟於使用有方法的觀察式之人，必樂於注意人類之幼稚狀態而加以描述。塔西都 (Tacitus) 曾極善利用此機會；但其德意志 (Germany) 一書，不同於其他最受崇拜之諸古典文籍，未曾引誘他人追蹤其步驟；但此一種文證，吾人所有者乃極端稀少。一開化之民羣對於其野蠻的鄰人之傲然輕蔑，已引起觀察上一可注意之忽略；而此種忽視，已時時因恐懼心，因宗教的成見，甚至即因數種名詞——文明，與野蠻——更運載一不僅在程度上而且在種類上之差別印象給與多人。即便德意志一書亦被若干批評家稱其對於向來尖刻的比較，譏諷的陳述，亦致其恭順。又其他道及一種人民之幼稚狀態之諸史籍遺傳至吾人者，已曾被人認爲本於一人種之自驕心，或本於一較新時代宗教成見之曲解。然此等懷疑，無論爲無根據者，或成理者，皆不能施於原始法律之大部分上。此等古代法之傳至吾人者，單因其古而被保存。凡實施此法律及遵從此法律者，固未能了解此法律；在若干例中，甚且譏笑而輕視之。彼等除承認此法律爲其祖先遺下者之外，未曾與此法律以何

種之考問。因此，倘吾人限制自身專注意不能用理由以設想其是否實曾試用之古代制度之斷片遺蹟，吾人當能對於其所原屬之社會之衆多特質獲一明析之觀念。再進一步，吾人可將吾人之知識用在似爲全部可疑全部不確之諸種法律——如印度蠻紐；而藉手吾人所已得之管鑰，遂可將其確爲古代式之部分自其受編訂者之成見，興趣，或愚蒙之影響之部分中區分而出。至少爲可信者，即倘若可施以此種手續之材料甚爲充足，又倘若此種區分方法經精密之執行，則此後之方法之少可反對，亦如在比較言語學中所引出如斯驚人結果之方法。

從比較法律學中根據所抽出之證據而獲得之結果，即建立一種原人狀態之觀念；此觀念即人所共知『宗法論』也。此理論原來根據低亞西亞 (Lower Asia) 及希伯來 (Hebrew) 之宗法社會之經典史籍而生，固無可疑。但如前已解明者，此理論雖有人反對其爲完備之理論，但尚不若反對其與此等經典相關者之多。因多數研究者近來仍大爲社會現象所束縛，乃或者受熱裂反對希伯來之古蹟者所影響，或被欲自建其法制不求助於宗教紀載之強願所影響。即在今日，或仍有一種輕視此等紀載之傾向，或竟不欲自此等紀載中搜出色邁迪克 (Semitic 人類之一部分) 之

古蹟。雖然如此，應注意者，凡法律之公據文件幾專從印度歐羅巴族——由羅馬人，印度人，斯拉夫人（Slavonia）構成其大部分，——之社會制度中而出；而在現在階段之考求中，其困難之點即不知此考求當止於何處，換言之，即難斷定何等人種之社會非原來組織於宗法模型上。宗法社會之諸主要形態，可自創世紀（Genesis）篇之前數章採集而出者，予無須贅述。一者，因此等狀態自吾人最早幼稚時代即爲吾人大多數所熟見。一因自洛克與非姆（Filmer）所開始對辯之意見中，此等社會會滿現於英國文籍中一篇篇中，——雖非一甚有利益之篇。宗教史上所明露之諸點，即家族中排行最長之父——大宗子——在其家中有絕對最高權。彼掌有生殺權，此權限不爲其子與其宗人之所具有，亦如不爲其奴隸所具有；而實在家子關係與奴隸關係之區別，似乎不過血統關係之子較能一日自成爲一家之主而已。爲子者所養之牲畜即爲其父之牲畜。爲父者居於一代表地位而執有較甚於居產主地位而執有者之財產，當其亡故時，平均分配於其親等最近之後人。長子每據生來之權利而分得雙倍之產；但更爲常見者，長子未得有何種承襲之利益超過於一虛名的優先地位。自此等經典紀載中所抽出一較不分明之推斷，乃此等紀載似示吾人以父權領域

中最先發現之破裂痕跡。雅各 (Jacob) 與伊騷 (Esau) 二家屬分而爲二國；但雅各諸之子之家屬團結不散，而成爲一民羣；此民羣之形式近於國家或民那之未成熟之雛形，且似爲一權利狀態高於家族權利者之雛形。

倘吾人爲法律家之特殊目的起見，欲概略表出人類在其晨期歷史中所自呈露之狀態，予將自荷馬 *Odyssey* 詩篇中徵引數行，即可滿足：

既無集會式

相攜來議事，

又無地美斯 (Themistes)

判別非和是；

但每人法權

任意施妻子；

至於妻子間

乃各不相顧。

此數行乃對賽克勞布 (Cyclops) 而言，而予意賽克勞布乃荷馬所定爲一種異族人之形式，與一種較低等文化之形式，似非一完全之幼想。因一原始人羣對於一形態大異於其本身者之人羣之實質的憎惡，往往自表出於其描述該人羣爲鬼怪，爲巨靈，或甚至（在東方神話中，幾一律皆然）謂爲魔物之中。無論如何，此數行詩之字裏行間實將法律古蹟所可供給之一切暗示疑結於中。人類最初乃分屬於各自完全離立之衆團體中，由遵服父權而團結。父口所出卽爲法律。但尙未有如此書第一章所述之判詞 (Themistes) 之情形。當吾人進而考求此等早期法律觀念所於中成形之社會狀態時，吾人見出此等法律觀念仍然幾分雜有神祕性與任意性足以表示專暴的父命令之性格者。但同時，此等命令既自一主權人而發出，則必先認有一較廣式之組織中之衆族之聯合。次一問題乃爲此聯合之性質，究與其所含交互親密之程度爲何如乎。卽在此處，古代法能給吾人以其極大之效用，而填滿吾人否則非用猜想不足連攏之一裂縫。此聯合體，在其一切部分中，充滿極明了的徵候足表示原始時代之社會非如今日人所臆測爲一堆個人之叢聚而已者。

在事實上，在組成此聯合體之人之觀念上，此聯合體乃羣家族之集合。此相反之比較可以用更有力之語表明之，即古代社會之單位乃爲個人。吾人必預備於古代法中見出此一差別之一切效果。原始之法律，即其形狀觀之，不妨判爲獨立小團體中之制度。因此此法律甚爲稀少，因法律不足之處可由各家族首領之專制命令補充之。此種法律乃爲禮儀性；因此種法律所顧及之人事交割其類於各個人間交際之直率動作。此外，此法律有一奇特性，此特性之重要在目前尙未能全部指出。此法律取一種生命觀，完全不似任何現於發達的法律中者。羣體永遠不死，而依此，原始法律對於其所關及者皆視作實有生命之物，即視此羣宗族團體爲永存者，爲不滅者。此種觀念極與甚古時代所現倫理上之實相，有所符合。個人道德之隆替以與個人所屬團體之功罪相混，或展成所屬團體之功罪。倘一團體犯一罪過，其罪名較此羣中各分子所犯罪之積數爲尤大；犯罪一事乃視爲團體性質之行爲，而在其所生之果上遂推及於超過實應分擔此罪者之人數。在反面，倘若一個人特別顯著罪行，則連累受罰，且有時代彼受罰者，乃其子，其血屬，其族人，或其鄰侶。因此，道德上之負責與償報之觀念，在甚古時代，較諸在進步時代，更被人所明認。因既宗族團體爲永存不死者，又其擔

受懲罰之義務亦無限度，則原始代之人心，乃不爲認個人與團體完全離立時所立刻引起之困難題目所煩惱。自此種古期人事上之簡單觀念進入稍後期之神學玄學之解釋，卽早期希臘人之遺傳罪惡之觀念可知。此種遺傳物爲其子孫所受於其先代罪人者，乃非對先代罪過擔受懲罰，乃對新罪過之觸犯所引起之相當罪名有當受之義務，而因是，以前全家之負責，乃與較新式之思想將犯罪所生之果限制於實在犯人之身者相融合。

倘若吾人能將一總結論根據於已經措意之經典舉例，又假定無論何處社會開始成立於宗教之團結而非於家長死後卽分離者，則社會狀態之解釋卽頗爲簡單。在希臘與在羅馬之多數小邦中，長留有一羣逐漸上昇之小團體爲邦 (State) 之組織所從而託始者之遺迹。羅馬人所謂『家』(Family)、『宗』(House)、『族』(Tribe)者，可取作此等遺蹟之榜樣。此數遺蹟所表示之狀，令吾人鮮能不認其爲一種集中一點之社羣制度由同一點上逐漸推廣而出者。最始之社羣爲『家』(Family)由對於一最高的男裔之公共服從而結成者。合羣家而爲『宗』(Houses)或(Gens)合羣『宗』而爲『族』。合羣『族』而構成『邦』(Commonwealth)。吾人能任意循

此等表徵而推究之乎？能斷定『邦』爲一羣人之集合體爲源於一公共祖先之關係所結成乎？關於此層，吾人至少可決定一切古社會皆自視爲自一本枝所發出；且甚至持此觀念除因其可以團成一政治團體外，并未悟出其他任何理由。政治思想之歷史實發軔於一種假定謂血統之親屬乃社會在政治功能上惟一可有的基址；又此時未有任何一種類於吾人所嚴重稱爲『大變革』之諸種顛覆性之感想，未有若後來一種變遷完成於若干他種原則——例於『鄉鄰』（local continuity）之原則——初自建立爲政治行動之根據時之可驚。關於早先之民邦，可斷言者，卽此民邦之公民視彼自身所於中獲得分子地位之一切團體爲建築於共同血統之上。凡對『家』之制度爲確然者，則信爲於『宗』亦然，於『族』亦然，於『邦』亦然。但吾人發見此種信心（或可稱爲理論）之外，每社會所遺下之紀載或傳述皆顯然表示上文所謂基本的假定，徒爲誑人之託詞耳。無論吾人觀及希臘各邦，或羅馬各邦，或在狄迪馬希（Dionysus）之條頓種貴族治（曾供給尼鉢（Nibuhr）以如彼衆多之有價值的描述品者），或色爾的克（Oelze）種之宗法組合，或斯拉夫種俄羅斯人波蘭人之奇異的社會組織僅近來始引人注目者，吾人隨處發現，彼等歷史行程

上，曾有一時非公祖先之異族人亦被容納且被融合於原來同胞之中。若僅就羅馬視之，吾人認最初之社團——「家」——及常因實行養子制所屢雜。關於原來諸「族」中之外來血統，及關於早先君長所致成之對於諸「宗」上之大量增加之故事，似所在多有。邦國之組成在今日一律認為循乎自然者，其實在往日反大部由人爲而成者。此種信心或理論之與顯著事實相抵觸，初觀之似極端惱人；但此種抵觸實能表示法律擬制之工作於社會幼稚時代之效力。最早的最被廣用的法律擬制，乃爲允許家屬關係之人造。予認爲人類受恩最重之物，無有過於此者。倘此擬制未曾存立，則任何一原始團體，無論若何性質，將如何能吸納一他團體，或兩個團體間除一團體絕對至尊一團體絕對服從外，將用何條件而聯合之。所無疑者，當吾人用近代思想以探索衆獨立人羣之聯合，吾人可提出數百種聯合之方式；其中最簡單之式，卽各團體中之羣個人按照鄉鄰之誼一致發議一致行動。但一羣人之施行公同的政治權利，僅因彼等適同居一地土界限以內，此思想乃明明對更古時代爲奇異，爲怪特者。彼時所通行採用之方便手段，卽令外來之人口假託與其所歸入之人口爲同出一祖，而此種擬制何以能被信受，與此擬制何以恰能模擬真態，乃爲吾人今日所難望

了解者。雖然，有一情形應回憶者，即結成各種政治團體之人民，當然慣於按歲時之節，羣相集會，用共遵之祀典，以盟此聯合而薦諸明神。異類之人混入本來同胞之內者，當然許其加入此等祀典；而吾人不難認此等異族一度作此之後，即爲分承此公共之血統者。於是根於此一證據之結論即爲所有一切早先社團非確由同一祖先苗裔所組成，但所有彰然卓著及團結鞏固之社團，乃或爲真源於一祖，或爲假定源於一祖者。當然不妨有無限之事故曾毀壞此等團體；但若原來之質素在何處重度聯合，則必仍以一種血統聯合之原則或模形爲根據。但無論如何，此等事實雖甚鮮明，然一切思想，一切言論，一切法律，皆自適合於前述之假定。雖以予觀之，凡此一切關及吾人所見慣其紀載之古社團者，似爲立定不移之事實；然觀於其外此之歷史，又令吾人不能立刻斷定一切最有力的法律擬制之主要暫時之影響。在某種時機上，——或當彼等自覺十分強固，足以抵禦外來壓迫時，——一切此等邦國遂立時停止其添入人擬之親屬；於是彼等勢必成爲貴族團體（Aristocracy）無論由任何事故而來集其旁之新人口，皆無權聲求加入原來團體宗系之內。彼等持嚴酷態度以保持一種制度之集中原則；在此制度下，除非本血統關係（真的或人擬的）外，絕無其他

條件可獲得政治上之權利；因此遂結與其下級之人以另一原則似賦有更大之重要性者，此卽鄉鄰（Contiguity）之原則，而爲今日到處承認爲羣體在政治機能上之條件。一堆新的政治思想遂立刻出現，此等思想吾人本身皆具之，吾等同代人皆具之，又大部分爲吾等祖先亦具之者。吾人爲此等後起之思想所蒙蔽，對於此等思想所征服推翻之舊思想不能皎然認知。

依此言之，「家」之一物無論能取何種變形，乃一原始式之社會；但此處所言之家非恰如今日所了解之家。欲明了此古代之觀念，吾人必將吾人近代思想一方面與以伸張，又一方面且與以縮小。吾人必視家之一物爲常常因吸入異性人而擴大，又必試觀此養子之擬制頗能擬似真的親屬關係，致法律與人之意見皆不將真親屬與採入之親屬作些須之區別。在此反面，凡理論上混入一公祖先之家之人，在事實上，其附合於此家乃根於服從一最高生存之繼宗者——父，祖父，或曾祖父。一部族首長所具有之宗法權，固必爲家團觀念中之一原素，然其起自家團之半腰之一事實，（或假定爲事實）亦爲必要；而因此，吾人必須了解，倘若有任何人無論其如何確因血統關係包納於一社團，而反事實上自退出於社團統治人之範圍外者，向來自法律初具之時卽被視爲此家

所喪失不顧之人。卽此種宗法結合——近代之家族剷除之於一方面，面擴張之於他方面——爲吾人考求原始法律入門時所遇者。此種或較早於『邦』早於『族』早於『宗』之家屬結合，當『宗』與『族』二物早已被人忘卻之時，又在血統親屬早已停止與『邦』之組織相聯合之時，自遺下若干痕迹於私法之中。吾人將見此家屬結合已在法律上一切重大部分中消蹤滅影。但予意，吾人可探出此家屬結合爲此一切重大部分之最緊要最耐久之種種性質之真淵源。在著手之初，法律上最古形態之諸奇點，引吾人不得不作一結論，謂此古時法律對於家屬之觀念恰與本今日歐洲通行之種種權利義務之制度而將個人納入家屬中之觀念相同。卽在今日，尙有若干社會可公然供吾人觀察之用。此諸社會之法律與慣例，除非設想此等社會絕未曾脫除原始狀態則無法解釋。但在若干社會現出較幸運之情形者，法律之結構遂不免逐漸崩裂。倘若吾人謹慎觀察此崩裂之狀，吾人將認得此崩裂之狀大抵專現於每社會之法律中最深受原始家屬觀念之影響之各部分。在一最重要之例中，（卽羅馬法律之例）此變遷之逐漸發露其自此一時代至彼一時代變遷所循之路線與方向，皆吾人所能察出；又至甚可以結此變遷所趨向之最終結果以若干意義。

又在循此最末之考求中，吾人不必爲劃分今日世界與古代世界之虛幻界限所束縛。因精進的與羅馬法與蠻族習慣之一混合（即封建制度）發生一種效果，即能恢復原始法律之衆多形態爲羅馬域中所已經絕滅者，故上之所謂法律之崩裂似乎會爲再度開始之事。而在若干限度內仍然爲今日所進行。

在少數法律制度中，最早社會之家之組織，曾留有一顯明廣大之標記，即家父或其他上代所駕御其子孫之人格與財產上之權威，此一權威吾人極便於引出後來羅馬父權（*Patria Potestas*）一名詞。原始人類組合無一形態得有更多明證過於此一形態者，又仍無一形態似已消滅於前進的社會慣例中。若斯之全若斯之速者，格尤士（*Gaius*）著作於安圖靈諸帝之時代，將此制度述成顯然爲羅馬之制度。倘格氏之視線曾越過來因河（*Rhine*）與且紐卜河（*Danube*）一觀彼處（當時激起其並世人士之好奇心者）諸蠻族，彼應得見衆多粗形家權之例；而在遠東有一枝人種爲羅馬人所從出者仍照舊施行其父權於若干專門性質之事件中。但在羅馬帝國之下之諸人種中，格尤士不能尋出何一人種能露出一種制度類於羅馬之父權者，除僅亞細亞的格勒梯（*Galatae*）

外。以予觀之，一父祖之直接權威在多數進步社會中何以猝然較其最早形態所負者大為低減。此層實有若干理由。蚩蚩之氓對其父之盲然服從，當然為一本初之事實。若欲本利益之計算以解明之，未免荒謬。但同時若子之服從其父乃自然而然者，則子之尋覓超越的聰明的才力於父之身，亦是自然而然者。因此，當社會進而認人之心力體力有一特殊價值時，有一影響遂即發動；即趨向將父權限於確為具有聰明才力之人。當吾人初一觀覽希臘之文明社會時，似見有凡一出類拔萃之智力可使一體力已毀之人能享用其父權；但 *Otlango* 篇中，*Ulysses* 與 *Agamemnon* 二人之關係，似示吾人以倘若非常之智勇粹於一為子者之身，則為父者於衰老之年即不得不以一家首領之位退讓其子。在成熟的希臘法律中，關於此事之軌則，較之荷馬詩篇所暗示之實例更近一步。蓋雖緊嚴的家庭羈束之痕迹仍多存在，然父之直接權威乃如歐洲各國法典中限於子嗣者之未成年者；換言之，即限於為子者之心力體力未能合格之一定期限中。羅馬法，無論如何，連帶其彰明較著之趨勢僅依共和時代眉急之需以改變古時慣例者，一面保存原始的制度，一面保存自然的約制（予認為羅馬法所身受者）在種種生存關係上，集合之人羣為與他人羣相盟議或相戰爭計而

須利用一領袖人之聰明才力時，則『子之居父權下者』(Filius Familias, Son under Power) 其自由無束縛，亦同於其父。『父權不伸張及於公法』(Jus Publicum) 乃羅馬當時之格言。父與子并肩投票於市中，并肩距敵於戰場；實在往往爲子者可以指揮其父，且同於一長官可判決其父之契約，懲罰其父之過失。但在一切由私法(Private Law) 造成之關係中，爲子者仍生活於一家庭專制之下，此一專制，就其保持至終之嚴酷性與其所經過世紀之數而思之，實構成法律史中奇異問題之一。

羅馬之父權乃吾人所定爲初期宗法權之模型者；無論吾人就其射及人格或射及財產上之影響思之，其難於了解，亦與一文明人生活中之制度相同。所憾者，有一罅隙存於其歷史上，無更完美之方法可以填滿之。卽人格言之，爲父者最初對其子執生死之權 (Jus Vitaeque) 且 a fortiori 無限度的身體上之懲罰權；彼可以任意更改其子之人格上的情形；彼可以授其子以一妻室；彼可以將其女許人爲婚；彼可以令其子女離婚；彼可以據養子制而將其子女移交與別家；彼可以賣出其子女。在帝政時代之晚期，吾人可尋見此一切權力之遺迹，但被縮減於窄狹範圍中。

家庭懲罰權遂移爲將家庭罪犯執付公家法官審判之權；主定婚姻之特權遂降爲一種條件的禁婚權；賣子之自由已暗中取消；而養子制之本身經優斯大帝之改革遂不免幾乎其喪失其一切古時的重要性；卽此制之實行，已不能不先得一家父權下之全體家子之同意；簡單言之，吾人已行抵近代思想之邊際矣。但在此相距甚遠之二時代間，有一曖昧難名之時節，吾人僅能猜想其所以能將父權致成較其外形更容受而聽其存立如彼之久之緣故。爲子者對其邦國所負之衆多義務之最重要者必已將其父之權威——倘未革去之——節使柔和。吾人不難深信，苟用父權專制以抵抗一成年而據高官之人，必受挫辱。但在較早歷史中，若斯實際解放之事例較之羅馬共和那時，因戰役而造成之家子解放其例爲少。軍事護民司（*Military tribune*）與私卒與早期戰役中每年以四分之三之時光身在戰場者，——在一較後期中卽爲掌領一省之知事與佔領此省之士卒，——不能有何種實際理由以視自身爲一專制家主之奴隸；而所有此一切逃避父權之路途遂時時增多。因戰勝而克服，因克服而佔領；用殖民以佔領土地之方式已不被用，而用常備軍隊以佔領土地。每一步之開拓疆宇卽一度多將羅馬市民放流於外及一度將凋零的拉丁種作一新選拔耳。

予意，吾人可推斷，強烈的贊成解鬆父權之感想至羅馬帝國設立之初，世界構和之時，遂凝然不進，對於此古代制度作第一重大打擊者，乃推早期凱撒宗（Caesars）之諸帝；而突拉全（Trajan）與漢德林（Hadrian）二帝曾爲後來一列法規先備基礎；此一列法規，雖吾人不能確定其日期，但確知其爲一面約束父權，一面增加父權之自動投降之便利。較古的革除父權之方式即『三度賣子』（triple sale of son's person）之軌則。此軌則乃一種甚早的反對父權過於延長之感想之證據。彼宣稱一爲子者彼其父三度賣出之後，即爲完全自由身之軌則，似原來之意，乃爲對於破壞原始羅馬之蒙期倫理者所定懲罰之規。但在十二表法公布之前，此軌則即由法律大師之技巧變爲一種破壞父權之手段。

有衆多動因幫助滅除父權加於其子之人格上之緊嚴性者，當然亦在不現於歷史表面之各動因之列。吾人不能言公衆心理之摧殘一法律所贈允之權威會達如何之程度；又不能言天然父子之情之保存父權會達如何之遠。雖加於人格上之權力不妨後來會變成有名無實者，但即全部羅馬法制之意向觀之，父權加於子之財產上者，向依照法律所允許之充分範圍而施行之。在此等

加於財產之權力初自表現之幅員中，無物可令吾人驚異。羅馬古代法禁止『伏於權力下之子』別於其父自執財產；或（吾人可較謂）絕未思索爲子者以聲求一別立的所有權。爲父者有權可以取其子之全部所得物，又能享受其子之與人所訂契約之利益，絕不擔負任何賠償之義務。如是情形吾人應自最早羅馬社會之構造中期得之；因吾人對於原始家室團體甚難作成一種觀念，除非吾人設想家團中各分子將其所賺獲各種類之物皆付之公共之貯藏而彼等不能以其各個人之契約加之於此公共貯藏之身。父權之真正難解之點并不在此，而在父之財產特權被縮減之緩狀態，又在此特權大彼縮減之先全部社會組織皆入於此特權範圍以內之情形。對於此種特權在羅馬帝國之初年以前，未有人擬加以改革，直至帝國初年現役軍人之所獲物退出於父權實施之外。此規定，乃爲對於推翻共和政治之軍隊之一部分報酬。自此三世紀以後此同樣之解放又伸張及於國中服役民事之子所賺得財物之上。此二種變遷顯然限於此權力之實行方面，而其巧構於專術形式中俾干涉父權之原則方面者愈少愈妙。有一種合格的附屬的所有權，以前向爲羅馬法所承認於臨時賞賜及節儉存金之上；此二種蓋不強迫奴隸與爲子者交付於全家賬款之中也。

此特許財產之特別名稱——特許物 (Peculium)——遂施用於新免於父權管轄之所獲物上；於兵士之物則名為 *Castrense Peculium*，於文職之物則為 *Quasi-Castrense Peculium*，後又有別種對父權之改變，非特對於實行方面，且對於其原則亦有較小的表面的尊敬。自 *Quasi-Castrense Peculium* 介入未久之後，康斯坦丁大帝 (*Constantine*) 將爲父者絕對管理其子所襲得於其母之財產權完全奪去，而減之成爲用益權 (*Usufruct*)。此外仍有些少之改革不甚重要者，隨見於西羅馬帝國中；但改革所達最遠之點乃在東羅馬；優斯大帝制定除非爲子者所得之物乃自其父產中抽取而出者，則父之權力所加於此等所得物之上者不能超過畢生享受此財產之生息之限度外。羅馬父權解放之極頂已爲如此，然仍將此制度留爲較今日世界任何相類之制度遠爲廣漠，遠爲嚴酷。最早期之近代著作家謂僅僅更殘暴更鄙野之征服羅馬帝國者之國族，及最著爲斯拉夫種源之諸國族，曾露出其父權完全類於優帝學說彙纂及法典之所敘述者。所有一切德意志種之移民似曾承認一合作體之家庭屬於一家長權威 (*Emphat*) 之下；但此家長之權力顯然僅爲一毀壞的羅馬父權之遺骸，而較之羅馬之爲父者所享受者大大縮減。法蘭克 (*Franks*) 人乃

特被人稱爲未有此種羅馬制度者；而因此早期法蘭西法律家即便當彼等忙於用羅馬法律軌則以填滿其野蠻習慣之罅隙時，亦被迫而自行防護以抵禦羅馬父權之闖入而依賴一明顯之格言（*Puissance de père en France nâ lieu*），羅馬人保守其最古遺物之頑強實大可注意；但父權之廣播流行於其所會於中失蹤之全部文化中尤可注意。當 *Castrane Pecunia* 仍爲父權在財產上之單獨除外時，又當其在子之人格上之權仍爲廣大之時，羅馬公民權連帶與父權正廣播於帝國中之一切方隅。每個阿非利加人（*African*），或西班牙人（*Spaniard*），每個高爾人（*Gaul*），不列顛人（*Briton*），或猶太人（*Jew*），皆可由贈與，由買得，由繼承，而獲得公民地位，將自身置於羅馬人法之下。又雖有人暗示吾人謂尙未起得公民地位之時所生之子不得以父權壓迫之，然凡生於取得公民地位之後之子及一切後此所生之子裔皆立於一尋常羅馬家子（*Filius familias*）之立足點上。查考羅馬後來社會之構造乃非此文範圍以內之事。但予不妨指示，有人謂安圖靈克（*Antoninus Caracalla*）之定法贈與其全體臣民以公民權，乃一無甚重要之計畫者，殊爲不妥之論。無論吾人能作如何解釋，然此公民地位必確將父權領域大加伸張，而在予觀之，此公

民地位所致成家屬關係之堅牢，乃一種藉手（在觀念中視爲一藉手甚於其事實上之爲一藉手）吾人可以藉之了解該項倫理革命使全世界頓然改觀者之原因也。

當吾人將捨却此一節題目之先，應察及家父應對其權力下之子之過犯而負責，又對其奴隸之過犯亦負責。但在此二例中，彼原來且有一特權可以獻出此罪犯本人付諸充分滿意之償罰。此項爲子所累之負責連帶家父與家權下之子之相互控訴之不可能，似在若干法學家視之，以爲可用一種認家父家子二者人格合一之假定而釋明之。在下章，予將表出此種「合一」在何種限度中可認爲一事實。予在此僅能言及家父之此等責任，及其他下文所將討論之諸法律現象，在予觀之，爲足表出原始家長之若干義務與其權利相爲平均者。予認爲倘若彼絕對處分其家丁之人格及財產，則此種代表性的所有權，乃與一種規定家屬中所有分子對於公共產業之不負責相互推展。此中難點即吾人不得不捨除平日所慣用之聯想以考認家父責任之性質也。其責任乃非一種法律的義務；因此時法律尙未進入家庭之境域內。稱之爲道德的義務或者近於先期預料屬於較後期之心靈發展上之思想；但「道德的義務」一詞爲吾人宗旨計，頗足達此意義，倘吾人因此詞

而了解此種一半有心遵行的及由本能與習慣所加力較甚於由明文裁可所加力的義務。

父權在其通常形態上未曾爲（予意未能爲）一大體耐久的制度。其早先普遍運用之證據，吾人若就此權本身觀之，則此證據未爲完美。但此證據不妨藉查考古代法中極端倚賴此制度之其他各部分而推廣。但不藉現於古代法一部分或現於人人眼中之一種聯貫之線索而推廣。茲讓吾人轉而觀親屬（Kinship）之例，或換言之，觀原始法律中計算親屬相互親密之秤量物。於此不妨再引用羅馬宗屬關係（Agnatic relationship）與血屬關係（Cognatic relationship）二名詞。宗屬關係但爲近代思想所熟習之親屬觀念；此關係乃由同生於一公共雙親之後裔而起，無論此生生之系尋源於男祖或尋源於女祖。血屬關係乃大異於此：此關係包括一班人數在吾人今日當然仍爲吾人之親屬者，又包括一班更多之人數在吾人今日所絕不算入吾人親屬之中者。實在此乃家庭各分子間之關聯爲最古時代所認者。此種關聯之種種限度與近代親屬關係之種種限度相離甚遠也。

於是血屬之親乃爲一切能追尋其血統於同一男女祖之人，或倘吾人用羅馬法中此字之嚴

格專門的意義，爲一切能追尋其血統於一合法結婚之共同男女祖之人。血屬一詞遂乃一種親屬的名詞，而此詞所指出之血統關係之程度乃依所取何一婚姻對偶爲計算起點而定。倘吾人開始自父母婚姻言之，則血屬一詞將僅表明兄弟姊妹間之關係耳。倘若吾人就祖父母言之，則諸姑諸伯叔及彼等之同裔皆在血屬詞意之中；而依此方法層累而上，則血屬之親可逐次愈求愈多也。凡此諸情皆易爲一近代人所索解；但何者爲宗屬之親乎？第一，宗屬之親者乃凡血屬之親專尋其關係於男系中者耳。若爲血屬之親製一譜系，當然列祖列宗承轉而下包括其所有男女兩性之後裔而平鋪之。於是倘若吾人循尋此種家譜中之各別支脈，吾人將於無論何時抵一女性人名時立刻停止，而該一支脈遂無可進求。所有自女裔完全除外後所餘之人遂爲宗屬之親。其關聯之總合遂稱爲宗屬關係。予對於自宗屬中劃出血屬之方法，不必多論；因此方法引一法律格言——「婦人乃家屬之終止線」——即可解明。一女性人名於其出現之地遂閉止此家譜中之一支脈。一女性之後裔絕不包括於原始家屬關係之觀念中。

倘吾人現所觀察之古代法之此制度爲一允許養子採取者，吾人必於宗屬之親上加增因人

爲而伸張界線之家屬所收納之一切男女，但此等人倘安於吾頃所述之情形，其後裔將僅爲人屬之親。

此種任意收納，任意逐除之理由果爲何乎？何以親屬之觀念應若斯之有伸縮性，將由養子制所加入之異姓人亦包納在內，而反將所有女性之後裔斷然除外乎？欲解此諸問，吾人必還復於父權之上。宗屬關係非以父與母之婚姻爲基礎；乃以父之權威爲基礎。凡因宗屬關係而結合之一切人乃同居一父權之下者，或爲已會同居一父權下者，或爲應會同居一父權下者，倘其正統之祖會有甚長之壽足以施展其統治。實言之，在原始觀念中親屬關係 (relationship) 恰以父權爲限度。父權起於何處親屬即起於何處；因此，養子之屬亦在親屬之中。父權止於何處親屬即止於何處；故一家子被父所放逐者遂喪失一切宗屬上之權利。而即此處吾人遂獲得女性後裔何以在原始親屬限度之外之原因矣。倘一女子未結婚而死，則彼不得有合法之後裔；若彼結婚，則其所生之子乃非居此女之父之父權下，乃居其夫之父權下；如是遂失却其本來之家矣。倘原始社會時人皆自稱爲其母屬之親屬，則原始社會之組織必成混雜。吾人依此，可確然推斷一個人可以同時屬於分明

兩個父權之下；但各別之父權即意合各別之法權。故任何一人同時順從兩種法權，則必居於兩種差別的支配之下。當家屬居於大人團中之小人團中之地位，而受其自有法制源自父身者，所管轄之時，宗屬關係之界限，乃爲一必要的保障，以防家庭之內發生法律之抵觸。

父權之本身當父死之時即時取消；但宗屬關係已鑄成模型，於父權停止之後仍留印記。因此，宗屬關係遂來至考求法律史者之興趣中。古代法中之資料可以供人識出父權之本身者比較甚少，但宗屬關係暗示人以原先曾有父權存在者幾於隨處可以發現。印度歐羅巴人種各社會之本土法律顯不自露其最古構造之部分中有明明關於宗屬關係之點。例如，在浸滿原始家屬倚賴觀念之印度法律中，親屬乃完全爲宗屬之性。又予聞在印度家族譜系中，婦女之名大抵完全除去不載。此同樣親屬觀念，遍被於征服羅馬帝國之人種之法律中，幾成其原始慣例之一部；而吾人不妨推測，此觀念若非因後期之羅馬法律在近代思想有廣大之影響，則恐將更永存於近代歐洲法律中甚於其所已然者。普立德爾在早年執定血屬關係爲親屬之天然形式；而未曾用力將其所立制度自較古觀念中分洗而出。彼等思想傳降於吾人，但仍有若干宗屬關係之遺迹，在衆多近代繼承

法軌中可以見及。將婦人及婦人之子裔，除出於管家職務之外，普通歸之於薩里安法蘭克(Salian Franks)之慣例者，當然有一宗屬關係之來源，而爲古時德意志繼承私有產之法軌所遺傳者。在宗屬關係中，亦可尋出一種解釋將英國法律中最近始革除法軌禁止半血統之兄弟相互繼承地產者解釋明白。在諾曼德(Normandy)之習慣法中，此一法軌僅施於同母異父之兄弟(Uterine brothers)；而既有如期之限制，則此軌則乃爲宗屬制度嚴格演繹之果；蓋在宗屬制度下，同母異父兄弟完全無交互之關係也。當此軌則移植於英國時，英國裁判官對此法軌原則毫無頭緒，遂解釋此法軌爲對於半血統兄弟繼承之一總禁止，而又推展之於同父異母之兄弟(Consanguineus)；在一切將擬充的法律哲理推諸神聖優尊地位之文藉中，無有一種較之布拉克斯吞(Blackstone)一書中之數頁巧辨欲糾正該種驅除半血統之事者更具奇趣。

予意，由父權而團結之家室乃一種根源；全部人法(Law of Persons)皆由茲發芽者。在人法之一切支部中，其最重者乃關於婦人地位之部分也。予頃已言，原始時代之法律雖不允許一婦人可以將任何宗屬的權利傳於其子裔，但仍將此婦人之本身包括於一家宗屬關係之內。其實，一婦

人對其所從生之家之關係，較其男性親屬間結合之關係，更爲嚴密，更爲耐久。吾人已數數論定，古代法律僅注目於家。此言亦與謂古代法律僅注目於行使父權之人同爲一事。而因此，於父祖亡故時授子孫以自主權，其所據之惟一原則即認此子孫有自成一家新主自成一家新父權之策源地之可能也。但一婦人當然無此種之可能，而因此，不能給以自主之權利。於是古代法遂於此有一奇異之策畫以保留此婦人畢生居於家屬羈束之內，此卽一種制度爲最古羅馬法所知之「婦女永久監護人」(Perpetual Tutelage of Women)也。在此之下，一婦人雖脫出其父之權威於其父亡故後，但仍畢生屬於其最近之男親爲其保護人。此永久保護權明恰爲當父權因其他意旨而停止之後將父權作一人爲的延長。在印度，此制度仍絕對完全遺存於今日，而其實施乃如斯之嚴格，爲母者往往成爲其自己子息之保護人。卽在歐洲斯干的那維(Scandinavian)諸國族之法律，關於婦人者，亦直至最近仍保存此制度。侵入西羅馬帝國之人種，其土產之習慣中一律具有此種制度；而實際，彼等對於一切形式之保護權之觀念，乃彼等所介入西方世界之諸種退化觀念之一部分也。但此制度，在成熟的羅馬法律中，完全失蹤。倘若吾人僅對於優帝編輯物而從事商討則吾

人於此制度將全然不曉；但格尤士（Gaius）書籍之發現，將此制度露示吾人於一最有趣之時代。正當此制度完全喪失信用類於消滅之時。此位法律大師譏嘲普通人所認女性心靈之抵弱而其書中有一大部分專描述衆多的有時表示非常精巧的手段爲羅馬法律家所籌出以便婦女戰勝此古代法軌者。羅馬法律大師爲其自然法之理想所引導，確於此時，臆認男女二性之平等爲其衡平法典之一原則。應注意者，彼等所攻擊之種種束縛，乃爲財產處分上之種種束縛。蓋此時婦女之處分財產，仍須正式得其保護人之允許。至於婦女人格之管理已顯然廢而不行矣。

古代法律將婦女置於其血統近親之屬下，而近代法律之一主要現象乃置婦女於其夫之屬下。此變遷之歷史大可注意。此歷史之開始乃遠在羅馬史之初期。在古時，依羅馬慣例，婚姻之締合有三種形式；其一，包含一種宗教儀式；其他二種，乃依照凡俗之儀式。因宗教式之婚姻（Confarreatio）或因高等人事式之結婚（Coemptio），或因低等人事式之結婚（Usus），爲夫者皆獲有一堆權利駕御其妻之人格及財產；此等權利超過任何近代法制所賦給其夫者。但彼居何種地位而獲得此種權利乎。蓋彼非居夫之地位而居父之地位矣。由三種此形式之結婚，此婦人遂被法律

通過成爲其失之女 (Carriage) 矣。此婦人遂包括於其夫之父權之下；當此父權存在時，亦分擔自此父權而生之一切義務，及此父權本身消滅之後所遺之一切義務。凡婦人之財產成爲絕對屬其夫者；夫死之後，此婦遂爲夫之遺囑指定之保護人所保護。此三種古式之結婚漸漸被棄而不用；當羅馬國勢強大最有聲光之時代，此三式完全退讓一種新式結婚——雖明爲一種舊有之式，但以前未著聲稱，——爲往日低等人事式之變相者。予不須解釋此新式制度之嚴格組織，但可謂此制度在法律中所攀達之情形不過將婦人作一臨時寄存物耳。其原生之家對彼之權仍然毫無損失；此婦人仍繼續居於其父母所指定之保護人所保護之地位，此保護人之管理權在多種實點上高過其夫所具之低等權力。結果，始終羅馬女性之地位，無論已婚，未婚，遂成爲一種人格上財產上巨大獨立之地位；因後期之法律趨勢，如予所已暗示者，乃將保護人之權力縮減至於無物，而所流行之婚式亦未增償爲夫者以優越權。但基督教自其最初即趨而縮減此非常的自由權。基督教之大師初因厭恨此類於墮落之邪世界之放逸行爲，繼因被禁慾主義所感動，故極不滿於當時所行而實爲西方世界從來所僅見之最鬆懈的婚姻繫束。最後期之羅馬法律因被基督教徒諸大帝之制

作所觸，故具有若干迹象反對安圖靈（Antonine）朝法律大師之寬縱教條。觀於此宗教感化之流行情形，可以解釋何以近代法律（爲蠻族戰勝 Barbarium Conquest 時所鑄造，爲羅馬法及羅馬法所含宗法慣例全部消滅時所範成者）在初步，吸收屬於不完全文化之關於婦人地位之法軌逾常之多，在此近代史所開始之紛亂時代中。又當移入羅馬之日耳曼人（Germans）斯拉夫人（Slavonians）之法律據一駕其所征服之羅馬法律上之地位時，此等優越人種中之婦人處處皆居於各種形態之古式保護人之下；而爲夫者自任何別家娶來一妻，必對原來其妻所受保護之親屬付以金錢代價，而接收此保護權。吾人再求之，中古時代之諸法典乃由此二系法律混合而成；故其中關於婦人之法律現出兩層來源之印象。羅馬法律之原則所占勝利者，即令未婚女子大抵能（雖爲若干地方特例）脫於家庭繫束之外。但此等蠻族之所自具之原則乃固定結婚婦人之地位，其夫將以前曾屬於其妻之男親之權力取歸己有；所不同者，此夫已不用金錢買取此等權力耳。在此點上，於是近代西部歐洲及南部歐洲之法律，遂本其一種特質而釐然自異於人。此特質即將一比較的自由，許給未婚的女子及寡婦；將一堆嚴重任加於爲妻者。婦女因結婚所居之從

屬地位，經過甚長時代方漸滅滅。在歐洲，此種復活的野蠻制度，皆向來受優帝法典之影響而消滅。蓋研究優帝法典常常鼓起對此制度之憤怒心。優帝法典暗中力將其所藉口僅擬解釋之諸各處習慣法毀壞無餘。但欲研究法律上關於婦人結婚之部分，不能借照於羅馬法，而大抵非借照於社會法不得了解；蓋社會法在無論何點上，未有如其對於婚姻關係之觀念之大，遠於塵世法律之精神也。借照於教會法乃一部分爲必不可免者；因未有一社會保存基督教制度之任何色彩者，能將中期羅馬法律所賦給已婚婦人之人格自由恢復原狀，但已婚婦人所負財產上之責任，實立於一異於其人格低能之基礎；而教會法之解釋家即因固守上層之情形，遂致人類文明深受其損。教會的原則與塵世的原則二者爭鬪之跡，所在多有；但教會法幾於處處得勝。在若干法蘭西之省域中，等級下貴族一階之已婚婦人獲有羅馬法所許給之一切財產上之權力，而此種屬於地方的法律復來已大部爲拿破崙法典(Code Napoléon)所採照。但蘇格蘭法律(Scottish Law)情形表示其捨己從人所採羅馬法律大師之教義，未能推而解除爲妻者之低下地位。此數制度雖微微寬待已婚之婦人，實一律專以教會法爲藍本；而自其最晚與歐洲文明接觸之時，絕未曾脫卸其古初之

習慣。斯干的那維 (Scandinavian) 之法律直至近來尙苛待一切婦女者，對爲妻者之嚴刻仍大有可觀。英國普通法，其基本原則極多自教會法中借來者，嚴於婦人之財產權亦不減於他處之法律。實在，普通法所規定已婚婦之法律地位，可使一英人對於此篇主要論題之巨大制度有明晰之意解。倘吾人欲豁然了解古代父權之實施性質，而僅回觀純粹英國普通法所賦給爲夫者之特權，又僅返觀普通法之未爲衡平法與條例法所觸及之處之對於爲妻者低下地位之固執，則古代父權之實施及其性質恐難躍然置諸心理之前。最早的羅馬法與最晚的羅馬法關於父權下之子之一題，其距離之度，可視與普通法及衡平法各施於爲妻者之軌則之距離相等。

倘吾人對二種形式保護權之真正來源失而不察，而用人云亦云之辭於此等題目上，則吾人將覺一方面婦女保護職爲原始時代各處法制將延長權利 (suspended right) 一擬制推而存之於過度長期之一例；而一方面原始法制規定孤男保護職之軌則，又正爲一種謬誤之例明明與前例大相反者。凡此一切法制，皆在男子過早年歲中，卽停止對彼之保護。在古代羅馬法（可視作此等古代法制之樣本）中，爲子者於父或祖父死時脫離父權，但仍居一保護人之下平均約至十五

歲時爲止；但一至此歲彼卽立刻充分享受人格上財產上之獨立地位。似此幼稚年限所規定之短誠無理由；婦人失權年限之長亦似悖謬。但就事實言之，在此二種保護權所由成立其原始形式之情形中，實無加長或縮短之必要。此二種保護權無一種實爲公共利益或私人利益起見。孤男之保護權在原來籌畫以保護孤男至其自主之年者，其用意并不較多於爲婦女本身柔弱計所籌畫之婦女保護權。父死，則解去爲子者之家庭羈束，其所據之理由卽爲子者有自成一家首領自成一新父權之建設者之可能也。婦人無此種可能性，故永遠不得自主。因此，孤男保護權之設立乃欲將對父服從之狀態保持如生，直至假定此子可自成一父之年爲止。此保護權乃將父權延長至於僅僅身體發育完全之年爲止。蓋此權停止於其可以結婚之期，因此種理論之嚴格有以迫之使然也。此制度既不將孤男保護延長至於智力成熟或能任事務之時期，故與公共利益之宗旨不能相等；此層似羅馬人於其社會進程上甚早階段中卽已發覺。羅馬最古立法之一種遺蹟卽 *Lex Laetoria* 或 *Blatoria*。此立法將年齡成立負有充分權利之男子置於一新類保護人（名爲 *Curatores*）之臨時管束之下；行爲與結訂契約非得彼之允諾不爲功。此男子長至二十六歲時乃此條例所定

監督期之止度。而羅馬法中所用成年 (Majority) 與未成年 (Minority) 二詞，乃專對二十五歲之年齡而言。在近代法律中，監護地位 Pupilage 或 Wardship 一詞，已適合於一種簡單原則對於幼年未成熟之體力心力兩俱保護。監護之權以此男子心體俱充為天然截止之期。但羅馬人對於體力幼弱之保護與智力幼稚之保護，分成兩種不同之制度，在理論上與在實形上皆有區別。依照此二種類別之思想，在近代保護權之思想上，又聯合為一。人法 (Law of Persons) 所包含者為吾人目前宗旨計所另宜稱及者。自然法所用以規定主奴 (Master and slave) 關係之法律軌則，未能示人以顯然古代社會所公具之原始狀態之迹象，但此種例外不無理由。在奴隸制度中，似隨時有震撼人類煩惱人類之事，無論人類若何不甚慣於回想，無論人類道德本能之進化若何之微，古代社會所受之懊惱似皆為採用一種虛幻原則為蓄養奴隸之似是而非之理由之結果。希臘人，在其歷史之早期，解釋此制度以為根據某等人種之智慧低下因而自然適於奴隸地位之理由。羅馬人於同此之精神中，抽取此制度於一種假定的戰勝者與被勝者之間之契約，在此契約中前者強其仇人以永久的服役，而後者所獲得者為其生命之法定保護。此等理論非但不甚妥帖，且與其所

擬考量之事例亦明明不合。但此等理論施其有力之影響於衆多方面；蓋能滿足爲主人者之心理，又永持，或竟增加奴隸之低下地位。又自然趨向將奴隸原來所立與家庭中其他分子之關係消滅不見。此原來之關係雖未曾明白呈露，但在原始法律衆多部分中大有可徵，而在代表原始法律之古羅馬法中尤爲顯著。

在亞美利加合衆國 (United States of America) 中，對於一種問題考究古代社會之早期進程上之奴隸，是否被認爲家庭中之分子者，曾作大量之精心討論。彼等大抵以爲對此問題必給以正面的答語。事有確然者，即依照古代法律與古代歷史二者所證明，奴隸不妨在某種情形下被立爲主人之後裔，或一律爲其繼承人；而此種奇異之可能，如予將於遺囑繼承章解釋之者，其意義即爲家庭管理權與家庭代表權，可於一特別狀態中轉交於男僕。雖然在美國人對此題目之議論上，似臆定倘若吾人允許奴隸一物爲原始時代家庭中一種制度，則此一承認即暗中養成一種允許黑奴有倫理上之自護權。然則謂奴隸在原始時代包括於家屬之內意究何居乎？大抵奴隸狀態自不能不爲人類慘暴心機之結果。一種簡單的嗜欲欲用他人之體力以娛適自身者，當然爲奴隸

制之基礎，而與人類本性同時興起。當吾人謂古時奴隸亦包括於家屬關係之內時，吾人之意并非欲說明古時家屬所以納入奴隸制之動因；但意中所含即謂奴隸與主人間之繫束，視與家屬中其他各分子所關聯於其家長之繫束，同一普通性質而已。此種情形實為吾前文所論定人類原始思想僅悟有家屬之關係，而不悟有個人與個人間之關係者必然之果。家庭在最初一步，包含血統關係之分子；次一步遂包納因養子而採入之分子；但仍有一第三級人僅由服從此家長而聯入者，即奴隸是也。家長之生成服從人，及採養服從人，其身分之擡高於奴隸乃根據一確定之事實，即前者將來因人事之推移，可以脫離被束縛之地位，而自用其權力也。但奴隸之低屬地位亦非被置於家屬界線以外，亦并非賤同無生命之財產。此層，予意觀於衆多古代遺跡表示當一家於無有辦法之時，往往令奴隸繼承家業之例，可以證知。但若猜想在社會原始時代奴隸之運命，因有一明確地位於家父權之下而知緩至若何之遠，當然極為不妥。或者家子之實與奴隸相平列，較之後來奴隸分享對於家子之寬待尤為可能。但就進化的成熟的法典言之，吾人可確言凡一切承認奴隸之法中，其保有古先奴隸狀態者所給奴隸之利益，較之採用他種理論規定奴隸之民權降級者所給

爲巨。法律所取對於奴隸之觀察點，向來於奴隸本身爲甚大之重要。羅馬法本自然法學說遂將愈趨愈甚，視奴隸爲一種財產之趨勢中途遮滅；因此，凡深受羅馬法影響之法制，在其認可奴隸一物之處，奴隸之狀態絕不至於過分之難堪。有大量之證據在美洲之以魯意西亞拿 (Louisiana) 之羅馬化的法典爲法律基礎之各邦中，黑種人口之命運在衆多點上較之，凡根據英國普通法而成立之制度下爲優；用英國普通法，依近來之解說，未以一真正地位給予奴隸；而因此僅能視奴隸爲一種財產。

吾人現已查考落於此篇範圍內之古代人法上之一切部分；而研究之結果，予信能使吾人對於幼稚法律之觀念，增加明晰增加精確。邦國之民法 (Civil Laws of States) 最初之現形卽爲宗法主權者之判詞 (Themistes)。吾人今日能見及此等判詞或者僅爲在更早人類狀態中，每家家長所任情加諸其妻子奴隸之命令之一種發展的形式耳。但卽在邦國成形之後，法律一物仍然僅有一極小限度之運用。無論其法律爲保留原始判詞之性質者，或爲進至習慣法或法典定條之狀態者，其羈束之力皆非加諸各個人之身乃加諸各家庭之身。古代法律，倘能巧爲比附，不妨謂爲

與國際法相彷彿；因古代法律除溝合羣家團（即古代社會所由構成之原子）外無他用也。在如斯之一社會中，凡後來所謂民會之立法權與法庭之裁判權僅為家庭首領所專有，而規範其他各分子之品德行為之軌則即為其家之法律而生於家父之立法權者。但民法之範圍雖初時甚狹亦漸趨而漸廣。改變法律之三種之三種媒介物，（擬制，衡平，立法）依次現於原始制度之中，而在每度之進程上必一度將數量更大之人權與財產權，自家庭法權內移付公共法庭。政府之律令亦漸獲得在私人事件上之效力，等於其邦國事件上之效力，而已不至於被專暴家長之命令所駕越。吾人考求羅馬法之逐代狀況幾可得一整部推翻古制之歷史，及一部再度糅合各種古質料而成立新制度之歷史。此等新制有仍原樣保存至近代者，亦有中間於黑暗時代（Dark Ages）因與北方蠻族制度之交觸而消滅者，而又將為人類所恢復者。當吾人離卻羅馬法於其最末優帝改造之時代，在其任何部分中古先體制之遺迹極為稀少；惟仍為生存的家父保存廣大權力之一項而已。除此已外，在其他一切部分上，求便利求勻整求簡單之原則——可皆稱為新的原則——已篡奪古代幻誕見解之權威。無論何處一種新的倫理已替代所有合於古代慣例之行爲軌則。

凡進步的社會之進行，在一點上，一律相同。在其全部進程中，使其所以卓然自異者，乃在漸次消滅家屬倚賴制，而增長個人義務以代之。個人遂穩然代替家庭而爲民法中所視之單位。此種進步完成之遲速，各社會互有不同。又在若干非絕對不進步的社會中，古先制度之瓦解僅能由細心研究此等社會所呈出之現象而認知。無論此變遷步伐之長短爲如何，但皆未曾屈伏於倒退或畏縮之精神；其偶然所現之紆緩，乃由於自外國淵源中吸入衆多古舊思想古舊習慣之故。吾人又難見個人與個人間之繫束逐漸替代家屬制度下種種權利義務交互關聯之狀態者之爲何物；此個人間之繫束卽契約 (Contract) 是也。吾人於此遂發軔於歷史進程之一段落；發軔於一種社會情形；在此情形中，以前人與人之關係一切歸納於家屬關係中者，遂不覺退讓一別種社會狀態；即一切人中之關係乃由個人與個人之自由契約而生之狀態也。在西部歐洲所有依此方向而成之進步已大有可言。奴隸分位 (Status of slaves) 已消歸無有；——此分位已爲主僕間之契約關係所代替。婦人被監護之分位，——倘認此監護人爲外於夫之人，——亦已不存。婦人自成年至結婚，凡其所造成之一切關係皆爲契約的關係。於是『父權下之子』之分位，在近代歐洲各社會之

法律中，亦無真確之位置。若有任何法律羈束加諸家父與成年男子間者，則此羈束乃為一種但由契約而生法律效力之羈束。所有一切之特例皆能描畫此種軌則。男子未達自由意志之年齡者，孤子居保護人之下者，瘋癲者，皆由人法上規定其有權力資格處，及無權力資格處。但其故為何乎？此緣故在各處制度之慣語中所表各異；但在實質上，各制度所表者其意皆同。大多數法律家皆執定一原則認上文所述諸人等必應受外來之管束，根據簡單理由謂彼等未具有判斷自身利害之能力；換言之，即彼等缺乏結訂契約之第一要素。

分位 (Status) 一字大可用以構造一句公式以表示法律之此種進程。此公式，無論其價值為如何，以予觀之，已十分確定。一切分位之形式見於今日『人法』中者，皆自古時家庭範圍內一切權利上所抽取而來，且在某限度內仍帶有此等權利之色彩。倘吾人用分位一字，依照諸大作家之用法，僅指此等人格的狀態，而避免將此字用作指示契約之遠的或近的結果，則吾人可言進步的社會之進行，自來乃由分位而趨至契約 (From Status to Contract)。

第六章 遺囑繼承之早期史

倘欲設法表示，在英國，歷史式的研究法駕越於其他吾人所流行研究法律之諸種方式之優勢，則無有何種部分之法律較之「遺囑」或「遺旨」(Testaments or Wills)爲能供作更良之例，其所以具有此種資格者，卽因其有綿綿不斷之甚長歷史。在其歷史之開場，吾人於中發現社會幼稚期之種種觀念，尙須略費心力始能認清；而在其進程線之另一極端，吾人所又於中考見之諸種法律觀念乃與外面蒙戴今世的語調與思式之面具之諸種觀念爲不二之物。於是遂顯出另一困難，卽此種構成吾人日常心體之一部之諸思想是否必有待於分析與查考，誠爲難知。『遺旨』制自始至終之生長進程乃有燦然可尋之迹；其進程之被阻斷於封建時代遠不若其他各支法律之歷史被斷之烈。實際言之，在法律之一切部分上，凡因古代史與近代史之劃分而成之裂縫向皆被人言過其實。懶惰性已使衆多著作家不肯費力爬梳於六個混亂世紀中以尋其連貫之線索。又其他研究者，雖不必缺乏耐心與勤苦，然皆因妄自驕負其本國法制與不甘自承其本國法制之有

資藉於羅馬法制，遂生謬見。但此等不利的態度，并未與遺囑法以甚巨之影響。北方諸蠻族皆毫不知有『遺旨』之一觀念。通人碩士皆承認此等蠻族原來本土所行及後來移居羅馬邊境所行之種種習慣載入其成文法典者之中，未有『遺旨』一物之痕迹。但自彼等一與羅馬各省之居民相混，彼等遂立刻將帝國法律中遺旨觀念採充已有；初僅部分的採入，繼乃舉其全體而採之。基督教會之影響大有功於此迅速同化之事。基督教勢力甚早即獲得會為諸邪教廟社所享有之遺囑保管權及遺囑註冊權；甚至其對於私家遺產獲得此等特權之早，致使其教會之基金藉此臨時保有權而成立。故最早期 Provincial Councils 所頒之法令向來含有若干詛言之詞，以防止否認遺旨神聖性之人。在英國教會勢力乃確被普通承認為防止遺囑法之歷史中斷——此中斷情形曾被信為見於其他各部分法律之歷史中者——之諸種原因中之一主要原因。英國會將某一類之遺旨付之教會法庭法權之下；此法庭遂施以（雖非一律合理）羅馬法律之原則；又雖普通法庭與衡平法庭皆無順從教會法庭之義務，但彼等終不能逃出一堆從旁隨事應付而設定的法軌之有力影響。英國之人格繼承遺囑法 (Law of testamentary succession to personality) 乃成

爲託胎於羅馬公民繼承事件之處分方法之變象物。

吾人用歷史方法研究此題所獲諸結論，與吾人不假助於歷史而僅擬就吾人初觀之印象作分析工作所獲結論，其極端相異之情，不難指出。予以爲無有何人對於『遺旨』開始以通常觀念或竟以法律觀念觀之者，不玄揣有幾種性格定爲其所具有者。例如，此人應謂一『遺旨』必於死時方生效力，——必爲祕密之物，其中所言爲將來受此『遺旨』之利益者所全不知曉，——必爲可以改換之物，換言之，卽隨時可新立一旨意以替換之。但予可指出，曾有一時期，凡此性格無一爲一『遺旨』所具有。『遺囑』一物將吾人之旨意直接傳降者，初時卽於其宣立之候立刻發生效力，既非祕密，又非可以改換。實言之法律上此種管理死後財物分配之工具其歷史之繁複鮮有其他工具可與比肩者也。『遺囑』之取得予上文所述諸性格，其步驟甚緩甚漸。其所以如此者，蓋本於若干原因或受若干事勢之迫；此等事勢或不始稱爲有原因者，或除其曾影響於法律史外爲今日吾人所無庸櫻心者。

在法律理論較諸今日尤爲豐富之一時期中，（此等理論固大抵皆十分無道理與成熟過早

者，但反能救起法律不至陷於一種更惡更卑之情形，此情形爲吾人今日所不知，即在法律上絲毫
不作通盤衡量之規模，而將法律視作一種僅僅隨事趁經驗之物，對於『遺旨』上顯而易見可
用直覺認出之數種性格如吾人所知者，往往愛言此諸性格乃自然而附於其上者，或充其詞
意，謂由自然法所附着於其上者。予意應無一人仍願保持此種教義，倘一度判明凡此諸性格其來
源皆有可知之歷史。而同時此教義所根之理論，仍綿延不絕表露於種種語調之中，吾人今日猶習
用之，而或者不知如何免除之也。予可稱引十七世紀法律文籍中所公有之一點以表明此情。彼時
之法律家確謂遺囑權之本身乃源於自然法者，乃一種權利爲自然法所賦給者。彼等之教言，在實
質上，實被後來力言死後財產之預爲處分權乃財產所有權本身上必然自然之果者所遵照，但人
皆不能立刻見此依傍耳。而每一專門法學者皆必曾持一種觀念（其語調所露彷彿另爲一學派
者），於其推究此一支法律時，將『遺囑繼承』（*succession ex testamento*）視爲一種轉移程式，
爲死者財產之承轉上根本應遵照之程式，至於『無遺囑繼承』或『法定繼承』（*succession*
ab intestato）則視爲製造法律者一種因時制宜之規定以解除一已死的業主所忘忽或因有不

幸而不曾親自履行之一職責。此等意見亦不過爲一種更簡括的教義認遺囑分配爲自然法中一制度者之推廣其辭而言之耳。今人當其反顧『自然』與『自然法』時，其心中聯想之蹊徑究爲何若，當然不宜於用武斷眼光以斷之。但予信多數之人，當其謂遺囑權乃屬於自然法者時，不妨視其意中所含或則謂此權，依其實情，乃一種百該百遍之權，或則謂各民族之所以迫不及待而承認此權者乃根於一種本初的本能與感奮。予意，此第一意，若以露骨之詞表之，必不至被一時代目擊拿破崙法典(Code Napoleon)以種種嚴酷限制加於遺囑權上之情形及以此法典爲藍本之法制之日增月盛之情形者所甚反對。至於第二意吾人必反對之，以其違反法律古史上已經確定之事實；而予又敢言者，在一切天然生長之社會中，遺囑權之不被允許或全未思及必爲前一步之法律情形較後，始承認一權主之純意旨在若干限制之下，給其血統親屬以優先權。

遺旨 (Will) 或遺囑 (Testament) 之觀念不可僅就其本身而忖度之。此觀念乃一叢順次產生之觀念中之一種，而非位次居首之一種。在此觀念之本身上，不過視遺旨爲製立者之意志所藉以宣示之工具。予意，吾人必須明瞭當此種工具被討論之前，尙有數項應須先決之點——例如

何爲「遺旨」？何種權利爲死者死時所傳下傳給何人？由何式而傳之？死者之能管轄其死後財產之分配，此情形乃何自而成？供人了解「遺旨」一物之意義之諸種觀念，其相次關連之狀，若以術語表明之，乃如下式。一「遺旨」或「遺囑」乃嗣襲之事所從而課定之工具。嗣襲乃一種該括繼承之式，「該括繼承」者乃舉其「分位之總體」(a universitas juris 或稱爲「權利義務之總體」)而承襲之。若倒轉此次序而考問之，卽何謂「權利義務之總體」或「分位之總體」？何謂該括之繼承？何謂「該括繼承」之式如所號之「嗣襲」？又此外，尙有二問題，在若干限度內獨立於予所討論之諸點以外，而不與以解決，則「遺旨」一題之討論未能告罄。此二問卽嗣襲之事如何成爲遺囑人之意志所管轄乎？其所被管轄之工具爲何性質乎？

第一問乃關於「分位之總體」之問題。一「分位之總體」者，乃一束權利義務僅因曾於一時期屬於某一人之故而結成者。此一束權利義務，依其所曾現之狀，乃一指定的個人之法律裝束。非將何種權利何種義務一一湊合而成，但僅舉某人所有之一切權利與義務而構成耳。此一絛索如斯聯起一數目之財產權，道路權，遺產享受權，特種履行之義務，債項之義務，過失賠償之義務，

等而構成一『分位之總體』者，乃此等權利義務之附着於一有施行能力之個人身上之真情。無此真情則無所謂『分位之總體』。『分位之總體』并非一古董的名詞。但法律制度上之得有此觀念乃羅馬法所賜給者。又此觀念亦絕非難於捉摸者。吾人應將所有吾人個人與世間一切個人間之一堆種種關係，於一觀念之下，攏而聚之。此種種之關係，無論其形態如何，配搭如何，遂合成一『分位總體』。如斯領解，并不犯巨大之謬誤，倘若吾人但能慎記凡義務之入於其中者，與權利之入於其中者，十分相等。吾人所有之義務其分量且不妨較重於吾人所有之權利。一個人之所負所欠者不妨多於其所值之價；於是倘若以一種金錢價格置諸其所有與他人間一全套法律關係之上，則此人不妨被號為負債難清之人。但無論如何，集中此一人身之全般權利與義務乃恰成所謂『分位之總體』。

吾人第二步來至『該括繼承』之問題。『該括繼承』者乃舉其『分位之總體』而承襲之。於是一個人當其披帶上一他人之法律裝束時，遂立刻擔負彼人之一切負擔，享受彼人之一切權利。此該括之繼承欲使其確實，使其完美，則傳給之手續必（如法律家所用成語）以行之。吾人當

然可認一個人之獲得一他人之全部權利義務，不妨非同時獲得；例如，不妨逐次以金錢購得之，或不妨根據各種不同的資格，或為嗣人，或為買主，或為法定嗣人，而取得之。如斯逐漸堆來之權利與義務固事實上可以構成一個人的法律身分之全；但其獲之之方式不可稱為『該括繼承』也。如欲有一真正的『該括繼承』則傳給之手續必將全盤權利與義務於同一時間一概付出，而受者即僅藉一項法律資格同時接受此種種權利義務。『該括繼承』之一觀念，亦如『分位之總體』之觀念，乃永遠存於法理中者，雖英國法系中，因權利之獲得有種種雜樣之資格，尤因財產上分出不動產 (realty) 與動產 (personalty) 二大區別，使此觀念曖昧不清。繼承一破產者之全部財產，無論如何，亦為一『該括繼承』。雖繼承者僅須儘此人所遺下之財產以償還其債務。此觀念實僅為原觀念之一變象耳。倘吾人之間通行一種法式，即凡一人承受一他人之全部財產而以付清彼人一切債務為條件，則此種讓轉之式應恰恰符合羅馬最早期法律所知之『該括繼承』。一羅馬人，當其採取一原來不居其『父權』下之人為其子時，則彼遂繼承其養子之全部財產，換言之；即取得其養子之一切財產，遂代負其一切義務。此外尚別有數種形式之『該括繼承』現於早期羅

馬法中；但一切之中最重要最耐久之形式，乃吾人所更急於討論之『嗣襲』（*Haereditas* 或 *Inheritance*）也。『嗣襲』乃一種『該括繼承』之式，行於一人之死時者也。此該括繼承人遂爲死者之『嗣人』（*Haeres* 或 *Heir*）。此嗣人立刻踏入死者之全部權利義務之中；立刻披帶死者之全部法律人格；而予所不必贅詞者，卽無論此嗣人資格爲一『遺囑』（*Will*）所指定，或因『法定繼承』（*Intestacy*）而取得，其特別性格乃無差別。『嗣人』一詞用於『法定繼承』上者，其意味并不較重於『遺囑嗣人』。因一人之成爲『嗣人』之方式，與其身負之法律資格毫無關係。一死者之該括繼承人卽成爲其『嗣人』，無論由遺囑而取得，或由法定繼承而取得。一多人之合體在法律上認爲一單位者，亦可共同承襲而成爲『共體嗣人』（*Co-heirs*）。

茲讓予稱引通常所見羅馬人對『嗣襲』一詞之定義。讀者於此應能領略此等各別名詞之充量的詞氣。『一「嗣襲」乃對於一死者之全部法律分位之繼承』（*Haereditas est successio in universum jus quod defunctus habet*）。此觀念，卽死者之實體人格雖已消滅，但其法律人格仍然存在，而原封不動以傳與其嗣人或其共體嗣人；其本人之原狀卽延存於其嗣人或其共體

嗣人之身。吾英法律中，『遺產執行人』(Executor 或 Administrator 卽死者之代表而以動產爲限者)之構成，不妨作爲表露其所從而流出之理論之一例；但雖表露此理論，而未能說明此理論。較後期之羅馬法之觀念尙力圖使死者之分位與其嗣人之分位極相符合；此形勢爲英國『遺產執行人』所未具。在古初法律之中，一切事物屬於一人者，於其被人繼承之時，卽全盤轉付之一『遺囑』，除非規定本人之種種權利義務之全體卽刻傳給其嗣人或共體嗣人，則實全無效力。

在近代遺囑法制中，亦如在較後期羅馬法中，第一重要之題目乃遺囑人之意志之執行。在羅馬古時法律中，死者分位與其嗣人分位之力求一致，乃『該括繼承』之觀念之賜與物。此二軌則，其一，在爲吾人視之似爲一根據常識之原則；其二，則似近乎一種幻想。但吾人須知，倘無此第二軌則，則第一軌則必無從發生。此論之確定無疑，亦與同種類之其他立論毫不相上下也。

欲解決此明明互相矛盾之說，且欲使予所努力指陳之諸般思想之相聯之脈絡豁然呈露，予必將上章之首幅所考得之結果借作此用。吾人已見一種異點可以常恆不變表出社會之幼稚狀況；卽人之在幼稚社會中，不被視爲各體的個人，而被視爲一特種團體中之各分子。每個人，在社會

初步，乃爲一公民，繼而（既爲一公民）遂爲其本階級中之一分子，——或爲貴族階級之一分子，或爲庶民階級之一分子，或在諸種社會其進程上受一特別墮落之苦痛者之中，爲一特霸階級（caste）之一分子。再次一步，爲一姓（gens），一宗（house），一族（clan）中之一分子。最末，爲一「家」（family）中之一分子。此最末者，乃每人所立足的最狹最本身之與人之關係；而若矛盾者，彼固絕不被視爲一小己，爲一分明的個人。其個性乃爲其「家」所吞沒。予茲又復引上章所定原始社會之定義。一原始社會者，其所由構成之單位，乃非個人，乃多人之合體。根據真的或擬造的血統羈束所合成者。

吾人卽原始社會之此諸異點中，可以尋獲『該括繼承』之初迹。原始時代之民邦，與一近代國家之組織相反。吾人不妨妙稱之爲由於一羣小專制政府所構成。每一小政府其內容完全異於其他一切小政府，每一小政府受一小君主之特權之絕對管理。雖此家長（因吾人必不可仍呼爲家父）有如斯廣大之種種權利，但其所負義務之多正與相等，毫無可疑。倘彼管理一家，其管理乃謀裨益於此家屬。倘彼爲家之一切所有物之主人，則彼之掌握此等所有物乃彷彿其子息其家屬

所付託於彼者。除由其對於此小邦之關係所賦得之權利與分位外，彼未有其他何種權利或何種分位。家者，實際乃一種公共結合之『法團』(Corporation)。家長者乃此法團之代表人，或不妨稱爲此法團之公吏。彼享受種種權利，擔負種種義務。但此等權利義務，在其小邦中之他人之眼中，在法律之眼中，乃恰若其自己的權利義務之全部耳。吾人於此不妨略一設想，如斯之一代表人，倘一旦死去，則將發生何種影響。在法律之眼中，在市民法官之眼中，一家主之薨崩乃一無關緊要之事；代表一家屬之合體而最負此合體內法權之責之人，於此時，但換一人名而已，無他事也。原先附看於已死家長之身之種種權利義務，遂附着於其繼承人之身而無有中斷；因實際，此等權利義務乃屬於一家者，而家之一物乃分明有法團之性質——乃永存不死者。債權人依然能對此新家長而得其賠償，與對舊家長一般無二。因此義務屬於一仍然存在之一家者，乃絕對無有改變。一切權利之爲此一家所能享用者，在此家長死後，與其在世之日，一般無別。——除此法團全體不得不在微微改變人名之下以 *ans* (即取民事行爲之意，倘能用如斯明確之術語以表此等古時狀況) 此等權利之外。

倘吾人欲了解社會之化析自身爲其現今狀況中所由構成之羣小微子，其達此情形之步驟，如何之漸，如何之緩，——卽由何種不知不覺之歷程，而令一人對一人之個體關係替代一人對一家或一家對一家之關係，——必應循考法律史之全部歷程。目下所應注意之點，卽縱使一全盤之改革十分完成之時，縱使裁判官於大限度中取『家父』之地位而代之而公家庭取家庭法庭之地位而代之時，按其實，一切權利與義務移歸公家法權所掌理者，仍然同於已經作廢的特權下之形態，仍然處處帶有此特權下之色彩。所無疑者，羅馬法所固執爲遺囑繼承或法定繼承之第一必要的軌則之『該括繼承』乃爲一較古的社會中之狀態，爲人類心理所不易脫離之以入於一較新的狀態者，雖此較新狀態與此較古狀態間并無何種真正的關連。一個人之法律地位延長於其嗣人或共體嗣人之身，此情形實似爲一種擬制將『家』之一特點移交於『個人』之身。繼承一法團，當然必爲該括的繼承；而家固被認爲法團者也。法團永不死。個人分子之死亡於團體之總存在毫無影響，毫不影響於團體之法律上的種種附帶物，毫不影響於其種種能力，毫不影響於其種種負擔。在羅馬之該括繼承之思想中，一法團之此等資格似全盤移交於一個體的公民。此公

民之死亡不許有絲毫影響於其所立之法律分位；其所根之原則，即此公民之分位應使其符合一『家』之分位。而家既有法團之性質，當然其實體永無滅亡。

予觀大陸上之法學家欲領略『該括繼承』所融入之種種觀念有若何性質之關聯，鮮有不成感巨大之困難者，而在法律哲學中，彼等所加於任一題目上之思考，或未有如其加於此一題目上者之少有價值。但英國法學者苟欲對此題目作一解析，應不至有顛蹶迷誤之虞。吾英法律之中有一種擬制為全數法律家所習知者，可以作研究此題之借照。英國法律家分法團為『合體法團』(Corporation aggregate)與『單體法團』(Corporation sole)。合體法團乃真正法團，單體法團者，乃為一個人，為一串相承之羣個人中一分子，由一種擬制賦之以一法團之資格者也。國王或一教區之教長(The Parson of a Parish)皆為單體法團之例，固無庸贅述。此種職位乃視為與時時據此職位之各別人格相離立者，而此職位乃為永存不滅者；逐次據此職位之各別個人皆披帶一法團之主要性質——永存不滅。在羅馬法之早期理想中，一個人之對其家之關係，即恰與英國法律所認單體法團對於合體法團之關係兩無差別。其中理想之採取，理想之聯貫，恰恰相同。實

際，倘爲便利吾英人了解羅馬遺囑法起見，謂一個體公民卽是英國之單體法團，則吾人不僅能充分認明『嗣襲』之觀念，且能完全察得此觀念所從而流出之一設想。吾英人有一恆言，國王爲一單體法團，永遠不死。其一切資格，於繼承之交，卽立刻爲其繼承人所繼充。統治權之延續，不認有中斷之事。在羅馬人方面，將權利義務之承轉，與死亡之事實，分爲二事，與吾英之例，同爲一簡單天然之手續。遺囑人仍生存於其嗣人或共體嗣人之身。彼在法律上與其嗣人或共體嗣人乃恰爲一人。又倘若其遺囑所指定之人竟大違反該項聯貫其實在生存狀態與死後生存狀態之原則，則法律必否認此有缺點的遺囑，而將『嗣襲』給之其血統親屬，此等親屬所以有充當嗣人之資格，乃由法律本身所給與之者，非由任何偶然誤製之文證所給與之者。

當一羅馬公民於死時未立『遺旨』或未立有效的『遺旨』時，其子息或其親屬卽依照一種標準而成爲其嗣人；此標準，此下卽將表出。彼等所繼承之人格或一團人格，不僅爲代表一已死之個人，但正合上述之理想，繼續死者之公民身命。繼續其法律上之身命。繼承狀態由『遺旨』所宣定者，亦有此同樣之果。但死者與嗣人之恰爲一人之理想，當然早發生於任何遺囑之形式或任

何遺囑制之狀態之先。吾人於此正當提出一種疑點爲吾人愈深入此題之中愈能壓迫吾人之心理者——卽倘若未有此等大可注意之觀念連貫於『該括繼承』之中者，則一物究竟能否出現遺囑法者，乃一種原則之實演。此原則，吾人不妨用各種不同的哲學假設一方面可博讚美一方面實無道理者而解釋之。近代社會之每一部分上皆有此原則之雜入，而根據社會總利益之立論，不妨維護之者。有人警告吾人，謂凡在法律問題上所以易於發生謬見者，乃因先抱一種印象以爲凡令吾人保持一現行制度之種種理由，必有若干之點與此制度所託胎之原始意念有所符合；此種警告，實不宜過於叮嚀。事有確然者，古時的羅馬繼承法中，『遺旨』之觀念，乃與一人死後仍存其人格於其嗣人之身之理想，合而難分，或（予意）直互相淆混。

『該括繼承』之觀念，雖在法律制度中根深蒂固有如此者，但各系法律之製造人非一律天然有此觀念。無論今日在何處覓得此觀念，皆可表示其爲羅馬法之遺物，而附帶於此觀念上者，尙有一堆『遺囑』及『遺贈』（Testamentary gifts）之法律軌則，爲近代實務者所日日承用之而不察其與一原始觀念之關係者。但在純粹羅馬法制中，一人生存於其嗣人之身之原則，——倘

吾人不妨謂爲死亡事實之揚除不論——過於彪炳，爲全部遺囑法及遺囑未立法所集中之點，吾人應不至盲然迷卻也。羅馬法中之迫人服從此主要理想，甚懷然不可移易之態度，似乎可引人推測此理想乃從羅馬原始社會之何種制度中生長而出者；但吾人於此層不妨推出若干證據以跨越於此僅僅推測之前。幸有數種術語爲羅馬最早期的遺旨制度中所具者，偶然保存至今。吾人於格尤士（Gaius）之著作中見有一種授受公式（formula of investiture）爲一該括繼承所於焉造成者。吾人獲有一種古稱號，爲後來被稱爲「嗣人」者之古稱。吾人復有十二表法中一名句之本文明明承認遺囑權者。尙有數句原文規定未立遺囑之繼承者，亦保存至今。所有此等古句，皆有一躍然顯露之奇點；皆表示一遺囑人所傳給其嗣人者乃「家」也，換言之，所傳給者乃包含於「父權」（Patris Potestas）下及自「父權」生長而出之種種權利義務之全體。實質的財產在此三例中絕未道及。在其中二例中，稱實質財產爲「家」之附帶物。於是原初「遺旨」或「遺囑」乃爲一種器具，或（因當初或未必爲寫定者）一種手續，爲「家」之傳遞所藉以派定者。換言之乃爲宣示誰人繼承此遺囑人爲新家長之一方式。吾人既了解「遺旨」之原初目的之爲如此，遂立

刻見其與古代宗教上法律上之一最奇趣的遺物——『祭獻』(the sacra 或『家祭』 Family Rites)——相聯合乃何自而成。此等祭獻乃一種羅馬式的原始社會的制度。此制度爲任何社會未完全脫離原始狀態者所必現。『祭獻』者乃諸種祀獻之儀爲家人之誼所從中紀念家之永存所從中誓證者也。此等祀儀，無論其性質之何若，——無論是否一律爲崇祀一種神話的祖先，——實際在各處皆用以誓證家屬關係之神聖性；因而在無論何時，欲使家長本人之更換不至危及家之永存，故在接續之交必正式舉行此等祀儀以誌其重要。因此，吾人對於此等『祭獻』所聞之最多者，大抵皆與一家長之死亡相關。在印度人中，繼承一死者財產之權，與執行死者之葬儀之義務同廣。倘此葬儀未有適當之執行，或執行者非適當之人，則死者與繼承者之間不視爲有確實建定之關係。『繼承法』一物未曾採用，而無有何人能單純承襲一人之財產。在一印度人之生活中，每一巨大事件似皆引附於此葬儀之上。倘彼結婚，則應生子；蓋有子則死後有祀彼之人。倘彼未曾生子，則彼所萬無可免者，卽須採取別家之人以爲其子，以備（如深通印度者所稱）『爲葬時供祀餅餌清滌與隆重薦享』之需。此等祀儀勢力之廣漠，保存於西塞羅時羅馬『祭獻』之中者，亦不

較狹。蓋將嗣襲之事與採取養子之事皆包括於中。養子之採取非令其原來之家供備適當之祭獻則不能舉行；而遺囑之規定嗣襲，非使『共體嗣人』平均分擔此祀儀上之花費則不爲功。此期之羅馬法，吾人於中瞥見『祭獻』之最末蹤影者，其與印度之現存制度之種種差別，可給吾人以最大之教訓。在印度法律中，宗教原素已獲得一完全的優勢。家庭祭獻已成爲一切『人法』(Law of Persons)與『物法』(Law of Things)之奠基之石。因吾人有一可讚美的意見認寡婦之親自刺血以獻於其夫葬儀之前，——印度人之甚久，而數種印度歐羅巴人種中亦有此傳說，——乃原始『祭獻』儀規上一附加之枝葉。此種事例蓋本於向來伴隨『祭獻』觀念之一印象，以爲人類之血乃一切祭獻品中之最珍貴者也。在羅馬人方面，與此正相反，法律上之義務與宗教上之義務已不相混。懷然隆重之『祭獻』之必要絕非市民法中所具之理論，但別屬於主教會 (The College of Pontiffs) 法權之下者。西塞羅所與阿的喀 (Africanus) 之書充滿此等祭獻隆儀之暗示者，令人可知其已爲『嗣襲』行爲上所萬難堪受之責任。但法律之進而與宗教相離，此一點早已過目，吾人正預備此等祭儀之完全失蹤於較後期之法律中矣。

在印度法中，實無何種類於一真正『遺旨』之物；『遺旨』所據之地位爲『養子採取』所占據。吾人於此可見及遺囑權之有關於採取養子權，及二權中任一權之實施何以能引出此種『祭獻』之奇想。一『遺旨』與一『養子採入』皆於常例家統之承傳不無牽強攪亂之危。但皆明明於缺乏正真血統人之時可以防止家系承轉之全然中斷。在此兩種手段中，養子採入——血統關係之擬造，——乃大部分原始社會所僅知之手段。印度人實會較進一步而（當然亦爲一古董之例）允許寡婦採取養子，倘其夫生前忽略此事。而在孟加拉（Bengal）之地方慣例中，且微有遺囑權之痕迹。但發明『遺旨』之功實卓然屬於羅馬人者。此一制度，次於『契約』（Contract）制度，已施極大影響於人類社會之改變。但吾人切不可較近代所附着於其上之功能加諸其最早形態之上。最初此制度乃非一處置死者財物之方式，但爲將一家代表之地位轉移於一新家長之數種方式中之一方式。凡其財物當然傳與其『嗣人』；但此層僅因家長之管家權於其傳遞此權之時附帶有分派公共基業之權力而已。至於遺旨之歷史達到其近代之階段成爲有力的改革社會之工具而激勵財產之活潑流通與所有權之黏固性，則與吾人於此所論者距程尙遠也。此等

效用即使羅馬最後期法律家亦未曾將其聯之於遺囑權之上。在此時羅馬社會中，吾人可以察及『遺旨』絕不被視爲傳遞『家』與『產』之方策，或爲欲將種種雜樣利益造成一各別的形式之方策；但較視爲一種方策可使一家分子得一較優的安排，勝於在無遺囑之繼承軌則下所能得者耳。吾人實不妨致疑羅馬人對於製立旨意之事。凡其所聯想者是否極端異於吾人今日所熟習之諸聯想視養子之採入與遺旨之製立皆爲企圖家統不絕之方法。吾人此一習見不能不與往者羅馬人對於家權嗣襲之觀念略有關聯。吾人不能不見及早年羅馬諸帝之相次繼承乃被視爲有理由之照規行事者；又不能不見及，全例之外，對於若干大帝如第俄多斯（Theodosius）或斯惕優安之自託於凱撒及奧古斯多之名號固未有指爲誕妄者。

當原始社會之現象既被考明之時，對於十七世紀之法學家之一種立論謂無遺囑之繼承乃一較古於遺囑繼承之制者，似無可非議。此層既可決定，則有一大有興味之問題遂立刻自行提出：卽一『遺旨』初乃許爲規定家主地位之傳給之用，後來乃能規定其死後財產之分配者，乃何自而然？或在何等情形下而致然乎？此點之難於決定，乃因原始社會中之少見有遺囑權之故。除羅馬

人外，任何原始社會是否知有真正的遺囑權，乃一疑問。遺囑權之萌芽形式隨處不無可見。但大多數不能逃出其源於羅馬之嫌疑。希臘人之『遺旨』當然爲其土產者；但在今日視之徒爲一發育未全之『遺囑』耳。至於傳到吾人手中似爲當日征服羅馬帝國之諸蠻族之法典者，其中所承認之『遺旨』幾皆確爲源於羅馬者。近來最敏銳的德意志的批評皆着眼於此等蠻族法典（*leges Barbarorum*）。其考查之巨大目的，乃欲自每族所由羅馬法律借得之質料中，採得其原來本土所行儼若其習慣法之每種制度。在如斯研究之手續中，有一恆能自現之結果；即在此等法典之古原質中，未有『遺旨』一物之痕迹。任何樣式之遺囑法之見於其中者，皆爲取自羅馬法者。同此，萌芽的『遺囑』見於魯兵尼猶太法（*Rabbinical Jewish Law*）中者，亦已被視爲因與羅馬人之接觸而生。惟一不屬於羅馬或希臘社會而有理由可認爲出自本土之一種『遺囑』式，即孟加耳省之習慣法中所承認者；而孟加耳之『遺囑』亦僅僅一萌芽式之『遺囑』而已。

雖然，如斯之證據似不能不引出一結論；即『遺囑』在初時僅於依真正或人擬的血統關係應得繼承之人等因故未能繼承或缺乏此人等之時，始可用之。故當希臘公民第一次被索倫法律

(Laws of Solon) 允許其製立遺囑時，絕不許其排除本生之男不生繼承也。又孟加耳之「遺旨」之能管理繼承，亦僅因其能給本家屬以優先權耳。再者，猶太人之原始制度中未曾規定遺囑權。後來魯兵尼猶太法自擬補充摩西法 (Mosaic Law) 所遺漏之事者，其中承認遺囑權但於所有家屬照摩西法應有繼承之權者，因故不能繼承或有缺乏時，始許用之也。早先德意志之諸法典所加於其自外探入之遺囑制之種種限制，亦甚昭著，而方針亦同。大多數之此等德意志法律有一異點為吾人所知之惟一形式，即除每一家之基業 (allod) 外，尚有數類或數等附屬之產業；而此各類或各等之產業，皆能表示羅馬的原則，曾分別注入於其上也。始期德意志的或基業的產業乃規定嚴格傳給於其血屬者；不僅為遺囑之所不能處分，且不能許其生時讓轉於他人也。此初時德意志法律，同於印度法律，亦使為子者與其父共為家產之業主。家物之贈給別人，非得家中一切分子之同意不可。但外此有若干別種家產較此等基業為較生於近代較不貴重者，乃大易讓渡；又能於若干寬鬆的軌則中傳降之也。女子及女子之子息可以繼承此等較低之家產，即因其居神聖的宗屬範圍之外也。即此低等之家產，而亦僅此低等之家產，乃為此等德意志法律所借自羅馬之「遺囑」

最初所許置喙者也。

此寥寥數種表徵，不妨增加對於早期羅馬遺囑制上一確定的事實之似乎最近情之解釋之動聽性。吾人已得有多人論定之說，謂『遺旨』在初期羅馬中乃得其效力於貴族民會（*Comitia Curiales*）之為私家事件而集會之時。此種生效之式遂為民法學家一種代代相傳之論斷，謂在羅馬史上一時期中，每一『遺旨』乃一隆重的立法文件所根據。但吾人於此，無論如何，不必求助於一種解釋近於離去本題過於說明古代集會之程序者。關於遺旨之生效於貴族民會之私事集會（*Comitia Calata*），吾人欲得啓祕之鑰，當尋諸最古的羅馬無遺囑繼承法。原始的羅馬法律軌則之規定嗣襲行為者，當其未為普立德爾通告書之法軌所改變時，乃如下：第一，其直接的子息 *de iure* 未曾離家獨立者應繼承之；倘直接的子息因故失此權或缺乏時，則其最近的宗屬之親遂代之承繼；此最近的宗屬之親者，即現與，或不妨曾與死者同居一『父權』下之最近之人或最近等之親；再次，則由第三（即第末）等人——宗族同姓之親（*gentiles*）——繼承之，換言之，即死者同『族』或同『宗』之一羣合體分子繼承之也。『宗』之一物，予前已說明，為人所擬制以推廣羅

馬闕闕之家包括所有同姓之人及因同姓而設想爲共一祖先之人。所謂貴族民會者，卽一立法部爲此等各宗各族所於焉代表者也。乃羅馬人民之一代表會，根據一種假定謂羅馬民邦之構成單位卽此等宗族者也。既然如此，則有一不可免之推斷，卽貴族民會之裁可一『遺旨』乃與宗族權相關聯，而意在保得其最終的承襲權利。倘若吾人推想一『遺囑』僅能於遺囑人之宗親無可發現或自棄權利之時而製立之，及每一『遺囑』皆付之此羅馬各宗族之大會議，意在使感受此遺囑上之分派之苦痛者，倘願抗議，不妨提出，或此『遺囑』之通過不妨認爲否認此等人之承襲權，則因此推想，而此題上全部錯突不整之狀可以掃清。在十二表法公布之時，此項抗議之能力應大縮減，或僅能偶然用之，時時變化用之，無論如何欲表徵此委託於貴族民會之法權之意義，乃較易於尋考此法權之逐漸增長或逐漸消毀之迹。

一切近代之『遺囑』可以於中循尋其來歷之『遺囑』無論如何，非卽此生效於貴族民會之『遺囑』；但爲另一『遺囑』企圖與此民會生效之『遺囑』相競而謀替代之者。此一種早年羅馬之『遺旨』之歷史性的重要，及其光之所射於衆多古代思想上者，恕予不爲甚長之描述也。

當遺囑權初自顯現於法律史上之時，幾與羅馬之一切巨大制度相同，有若干表徵可知其爲貴族階級與庶民階級間一紛爭之題目。一政治上之成諺謂：「一庶人不得爲一宗中之分子」(Plebs Genitum non habet) 者，其意趣蓋欲完全排斥庶民於其貴族民會之中；因此，有若干批評家曾推想一庶民不能使其「遺旨」宣讀於貴族民會，故遂剝奪其遺囑權之全部。又另一班人曾自滿於其所指出之一點，即指出將一提出之「遺旨」交託於其於中未有代表的非友意的會議以受其法權之管轄，有何等難堪之苦痛。無論真正的眼光爲何若，於此時，確有一式之「遺囑」來被運用；凡其所具之性質皆爲欲免去上層之苦痛者。此時間中之「遺旨」乃爲生人之間的一種交割手續，一種完全的不可移易的讓渡，將立遺旨者之家與家產交與其意中所指爲其嗣人者。羅馬法之嚴格軌則應向曾允許此種讓渡。但當此種交割欲得一死後的效力時，不妨曾有爭論以考究爲遺囑之目的計，倘無貴族民會之正式認可究竟能否生效。倘若羅馬人民中此二階級對此點發生不同之見，於是附帶其他不快之感，此物遂由十二表法之大作調人而消滅矣。十二表法關於此層之本文巋然尙在；其文曰 *Pater familias utri de pecuniâ tutelâve rei suae legâssit,*

ita jus esto 此一條法律似專欲將庶民『遺旨』定爲合法；別無其他目的也。

學者皆習知當貴族民會停止其爲羅馬立法機關之後數世紀中，此貴族民會仍然爲便利私家事件計，繼續舉行正式之集會；因此在十二表法公布之後一遠距離之時期中，尙可信貴族民會仍時爲裁可『遺囑』而集會。此會所或能具之功能，不妨以最恰之描述稱之爲註冊法庭。當然此等遺旨非實有登記註冊之事；但宣讀於此會會員之前，而設想此等會員能注意其大意而付之記憶耳。此式之『遺囑』頗似絕未曾以書面鈔寫之。但無論如何，倘立遺旨者原自寫定，則此會之職當然限於聆其遺旨之朗讀；而其原文，於讀畢，仍由彼自祕藏之，或交付何種宗教團體妥爲保存之。此種公布式不妨會爲此生效於貴族民會之『遺囑』所從而受一般之厭惡之非意料的原因之一種。在羅馬帝國之初年，此貴族民會仍然召集其會議；但其會議似徒爲具文，少有或絕無人將『遺旨』照常提出於其中者。

在其遠先之效力中已深能改變近代世界之文化者，卽上述之古代庶民『遺旨』——卽捨卻上述之『遺囑』而揀取之物——也。此物在羅馬已獲得該項生效於貴族民會之『遺囑』所

似已喪失之一切歡迎。欲了解其所有之一切性質，應先知此物乃託胎於古代羅馬之讓渡程式

(Mancipium)。此程式吾人可決然不疑定為近代二大制度之始祖；而無此二大制度，則近代社會恐無結合之可能。此二大制度即『契約』與『遺旨』是也。Mancipium 或較後之拉丁字 Mancipation 之意義所自露者，可以領吾人回視羅馬社會之始初幼稚情形。若此程式者，其出現無論如何遠在寫字術通行之先（倘非在其發明之先），乃用種種手勢，種種象徵的動作，及種種嚴重之口語，以代替正式文件之形式；并用一甚奧衍的儀注以促當事人注意此交割之重要，并給證人以永誌不忘之印象。又口達之證明較之書寫之證明自未能美備，故不得不多其證人與其助證，遠多於後來所有理由而限定之人數。

此程式舉行時，第一，須雙方當事人（賣主與買主，或吾人能近代法律術語所稱之授主與受主）之到場。證人不能減於五名。此外又有一變格之證人——司秤人 (Libripens)——攜帶一雙稱物之秤以秤量古羅馬未加印鑄之銅幣。吾人現所討論之『遺囑』——久在術語上稱為『用銅幣天秤』之遺囑，——實為一常例之『程式讓渡』(Mancipation)。其程式毫無變更，而

所用言辭亦未改動。立旨意者即爲授主。五名證人及司秤人亦到場。受主之地位爲一在術語上所稱之『購家人』(familiae emptor)所取得。於是通常程式，一律照行。舉行若干正式之手勢，口道若干正式之言辭。『購家人』表示購價之交付，以一銅幣扣此天秤。最末，立旨意人遂正式允准此動作，而用一語句——名爲『交割公布』(Nuncupatio)之句——以認成之。此語句之本文在遺囑法上有甚長之歷史，予固不必贅告法律家也。對於『購家人』之性質，吾人應特與注意。在初時購家人之爲『嗣人』之本身乃無可疑者。遺旨人遂爲立時交出其全家；換言之，即舉其所享有於其家上及因家而得享之全部權利——其財產，其奴隸，其祖傳之一切特利，且連帶其一切義務，一切負擔——立刻讓出。

此等事實既呈於吾人之前，吾人可察及此種不妨稱爲『脫手遺囑』(Mancipatory Testament)者，在其古式中，與近代之遺旨有數種可注意之異點。此（脫手遺囑）既爲立遺囑者之家業之全盤脫離之讓渡，故遂成爲不可移易的性質；其本人之權力遂於此完全告罄，不得再施。

再者此『遺囑』亦非祕密。此『購家』之嗣人恰得知其本身權利之爲何者，明悉其本身有

萬確不變之特權以承襲此家業。此種公布令知之方法，卽在此最有秩序之古社會，亦必因人類貪殘暴烈之心而致有極危險之影響也。但此「遺囑」與「讓渡」之相關所造成最可驚之果，卽立刻託付家業於「嗣人」也。多數民法家對此似難致信。彼等嘗謂遺囑人之付出其家業以其本身之死亡爲條件，或其授出之確期——卽死之確期——乃無法決定者。但至羅馬法律制度之最後期，確有一類交割事件絕對不許直接受何種條件之限制，或被限定於何種時日；以術語明之，卽絕不許以死之日期爲條件也。「程式讓渡」亦爲此類之一。於是事有可奇者，卽吾人勢不得不斷定古初羅馬「遺旨」乃立刻發生效力者，縱使立旨意者仍保存其立旨意權。似乎羅馬公民實原來立其「遺旨」僅爲死時而設；至於在生時而爲家統不絕之計，則似乎較取「養子採入」之式。吾人又必信，倘有一立遺旨者仍繼續管理家務，則其管理乃根於其嗣人之無違抗而默許也。

當予將解釋此等不便情形會受如何之救濟，及「遺旨」一物如何而成其爲現代人所一律聯想之諸性質之先，尙有兩三點應加注意。「遺旨」不必爲書面寫成者；最初似乎確爲口述者；卽便在較後諸時中，宣稱遺業之書狀乃僅偶然與「遺旨」相關者，而非「遺旨」之主要部分。其對

於「遺旨」之關係，頗符合古先英國法律中允許使用之文契對於罰金及收回產 (Fines and Recoveries) 本身之關係，或讓有之文契 (charter of feoffment) 對於讓有 (feoffment) 本身之關係。實際，在十二表法之前，書寫之事不能有絲毫用處；因立旨意者無權以其遺業贈遺何人。惟一受一「遺旨」之利益之人，乃「嗣人」或共體「嗣人」也。但十二表法中之該句本文，其極端概斷之口吻，立刻產出一種教義，即「嗣人」必應承襲，而受立旨意者所可給彼之任何指揮；換言之，即彼必依照此明文所規者而承襲之。寫定之旨意於是負一新價值，即可防止「嗣人」因不滿意而詐詞拒絕此繼承。但對此末層，立旨意者可以專恃證人之證明及口宣此「購家人」所不得以銅幣購買之遺業。

『購家人』(Emptor familiae) 一詞正須注意。Emptor 一字即表示此「遺旨」實際乃爲一種拍賣。familiae 一字，苟與十二表法之該項句文比較觀之，可領吾人至若干有教訓的結論。Familiae 在古先拉丁語中，向來指一人所凡有之奴隸。但此處，及大抵在古初羅馬法之詞調中，乃包括一切在其家權下之人；而立旨意者之財產物件，在其傳遞之中，視爲家權上之附帶物。

吾人轉而觀十二表法之句，乃見其就『財產監護者』(tutela rei suae)之地位而言；此種說法，恰與前者意義相反。因此，殊難逃出一條結論，即縱在如斯較晚近之十二表法時代中，表示『家』(household)與『產』(property)之名詞乃混雜不分於流行語句中。倘若一人之『家』在彼時曾被指為其所有之『產』，則吾人自不妨解釋上種說法謂其標出『父權』(Patria Potestas)之情形。但因此說法正為互易其位置，故吾人遂隨之回返於一初期，而見『產』之附屬於『家』；『家』乃為一公民所管；『家』下之諸分子非於承襲之時并『產』與『家』等而有之；乃因『家』而獲『產』也。

在一不能確定何時之時期，羅馬普立德爾之處理『遺囑』，慣於隆重之使更符合其精神過於法律本文之所定者。隨機應變之處分遂成爲無意中成立之定例。結果，一完全新式之『遺旨』從而成熟，而照規嵌入於通告書之法制中。此新的或普立德爾式之『遺囑』，其全無可謗之性，乃得自其『尊嚴法律』或『羅馬衡平法』(Jus Honorarium 或 Equity of Rom)中者。某年之普立德爾必曾於就職通告書中嵌入一種句文，表示其欲保存所有應執行於某種某種之

隆重儀式中之一切『遺囑』及其所曾尋獲之有利的改革；而此述及改革之條款，必又爲繼任之某人所重引；且歷任相承皆重道之；及最終遂成爲永久通告書中一認定之部分。吾人若查考一普立德爾式的『遺囑』之被裁可之情形，將顯然見其與『程式遺囑』所需者相同。懷抱改革意見之普立德爾，明明自任以保留此等古儀式，而以其能爲純粹的保證或抵制詐欺之用者爲限。在『程式遺囑』之執行時，除遺囑人外有七人到場。準此，普立德爾式之遺囑亦必須七名證人；其中二人等於『司秤人』及『購家人』，然已解除其象徵式之性質，徒到場作證耳。無何種表象的儀式於中舉行。『旨意』僅由口讀出。但於此，或者（雖非萬確）一寫定之文乃爲『立遺旨人』之分派之永遠作證計所不可少之物。無論如何，當一寫定之文被讀出或被宣出爲一人之最終『旨意』時，吾人確知普立德爾法廷應不加以特別干預而攔留之，除非此七名證人將分別補加簽印於其封面。『簽印』（*sealing*）之事出現於法律史上以此爲第一次。蓋視爲一種作證之式。吾人應察及羅馬遺囑之簽印及其他重要文件之簽印，非僅表示簽印者之到場或其承諾；但實際乃爲此等文件之緘封；發緘開封而後其本文始可知也。

通告書法律，在一立遺旨者之分派不經象徵的程式而但經七人簽印之作證後，自能令其所分派者獲實行之力。但吾人可作一概斷的立論，羅馬財產上之諸主要資格乃不可通讓者，除非經過假定爲與市民法來源同古之種種手續。因此，普立德爾不能賦贈何人以『襲產』不能置『嗣人』或『共體嗣人』於一種關係同於立旨意者本身所立對其權利義務之關係。凡普立德爾所能爲者，乃賦贈一被指爲『嗣人』者以遺產之實在享受，給與以付清立旨意者之債務之法律上債務免除力。當彼行出此等目的之權力時，於是在術語上遂謂此普立德爾過付一『資產所有權』(Bonorum Possessio)。在此等情形下，特引就職之嗣人(資產所有人 Bonorum Possessor)遂獲得市民法上『嗣人』之一切業主權；彼遂能取得產業上之利息，能外讓其產業，但彼若欲修正何種損失，則凡其所能得之救濟必不能求之(如吾英人之語)『普通法』而必求之普立德爾法庭之『衡平法』。倘吾人刻畫此情，謂彼獲得衡平產業(equitable estate)當無大誤。但欲防備吾人爲此種類似之情之所欺，吾人必時時回憶在某年中，『資產所有權』之遞給，在羅法上，根據一種原則名爲『依用得權』(Usucapio 卽最古『時效』)者而演行之；而此資產所有人遂

成爲此繼承所包括之一切財產之市民法上所有人。

又吾人對於較古的民事手續法由普立德爾法庭所供給可以於各類救濟方法之間取利弊之平均者，所知甚少。然無論如何，『程式遺囑』立刻作成一原封不動之『該括繼承』者，雖有諸弊，但絕未曾爲新的『遺旨』所完全替代。而在一較不固執市民法上的形式及此等形式或頗失光彩之一時期中，凡法律大師之技巧似皆用於思量改進此較更寶貴之工具。在格尤士之時代（即安圖靈凱撒之時代），『程式遺囑』之諸大疵點全被掃除。吾人已知原來此『程式遺囑』之種種儀式有一主要性質，即『嗣人』之本身應爲此『家』之『購買人』；而其後果，即不僅使『嗣人』立刻賦得此立旨意者之財產利益，但正式使其曉知其權利。但格尤士時代即允許一與此無涉之人代行『購家人』之儀式；『嗣人』不必自知其所被指定之繼承，而『遺旨』自此遂獲得祕密之性。將一外人代替『嗣人』身以執行『購家』之職，又另發生若干結果，即此情形既成法定，於是羅馬之『遺囑』立刻成爲兩部分或兩階段——一爲純然形式的『過付』（conveyance），一爲『公布』（Nuncupatio 或 Publication）——所構成。在後部分程序中，立遺囑者既不將其

擬執行於死後之種種旨意，口宣於當場之人前，又不作寫定之明文以載其旨意。或者并非待至人之注意十分脫離虛幻的『過付』而集中於『公布』，認為交割之主要部分時，始許『遺囑』之祕密也。

予已如是將『遺旨』之源流考達此段，知其託根於古時建立於程式讓渡上之『用銅幣天秤之遺囑』。雖然，此種古『遺旨』有甚多之疵病；此等疵病已由（雖僅間接的）普立德爾救濟之同時，法律大師之技巧在『普通法』之遺旨（Common-Law Will）即指市民法上之『遺旨』，或名為『程式遺囑』（mancipatory Testament）中所影響之進步，恰合於普立德爾所不妨并時引出於其『衡平法』中之進步。此等最末之改良，無論如何，乃倚賴純然法律上之伎倆；而吾人依此可見遺囑法在格尤士或烏爾比安時代乃為僅僅過渡的性質。隨此之後有何變遷，乃吾人所不知者。但最末，恰在優斯惕安改制之前，吾人發見東羅馬帝國下之臣民採用一式之『遺旨』，其淵源所託，一方面為普立德爾式之遺囑，一方面為用銅幣天秤之遺囑。其類於普立德爾之遺囑者，即在其不用儀式之過付而非七名證人之簽印不生效；其類於『程式讓渡』之『遺旨』者，即在

其所過付者乃一全部之承襲，不僅過付一財產所有權也。又有數種重要形態爲帝王正式訂法所附加者，而優斯惕安即因此三重來源，故在其本時代言及遺囑法稱爲 *Jus Tripartitum* 也。此種新的『遺囑』卽一般所知之羅馬『遺囑』也。但此僅爲東羅馬之遺囑而已；而薩維尼 (*Savigny*) 之探索曾指出，在西歐，此舊日程式遺囑，連帶其一切過付之式，銅幣，天秤，仍繼續使用，遠降至中古時代。

第七章 關於遺囑及繼承之古代及近代之思想

雖近代歐洲之遺囑法中，有甚多之處，與此等最古的人間遺囑分派之軌則相關甚密，但古代及近代對於遺囑及繼承一題之思想，其中頗有重要相異之點；予將在此章中努力表明此等異點之若干也。

在距十二表法數世紀以後之一時代，吾人覓得羅馬市民法中嵌有一堆雜樣軌則，意在限禁捨棄親子不令承襲之事。吾人得見普立德爾之法權亦曾力施於此同一意味之中。吾人又復見有

一新的救濟方法爲一甚變格而來源又不可確知者，名爲『不法遺旨之抗義』（*Querela In-officiosi Testamenti* 或 *the Pleint of an Underbous Will*），意使親子被其父之遺囑所不正當而奪去承襲權者回復原位。將此種法律情形一比較該項承認遺囑之絕大自由之十二表法條文，有若干著作家往往被誘而將大量劇情式之偶然事蹟羅織於其遺囑法之歷史中。彼等告吾人以對於褫奪親子承襲之無限度的特許；倘其親子破壞廉恥或損傷公共道德爲諸種新法例所產生者，則家長自急於爲此；又告吾人以一切善人對於普立德爾之毅然截止汗辱世襲之事有如何之歡呼。此種閒話非不能供作其所述及之主要事實之若干基礎，但如此說來，彷彿表露對於法律史之諸原則有十分嚴重的誤解。十二表法之法律必本其訂立時之時代性而解釋之。十二表法不允許一種傾向，此傾向即一較後時代所立意加以挫折者。但十二表法乃假定此種傾向并未曾有；或吾人不妨謂其昧於此種傾向有存在之可能。羅馬公民似未能於一時間立刻獲得任意褫奪嗣襲之權力。事有違反歷史上一切理由及一切成理之了解者，即設想當家屬關係之糾索仍迫人忍受最嚴酷之壓力之時，此糾索乃於某一點上曾被拋棄。此一點之糾索其光之射達吾人現在之時

代者乃反爲吾人所歡迎者也。十二表法之許人製立遺囑，僅於其意中認爲可以製立之時；換言之，僅於缺乏親子及近親之時。十二表法不禁止褫奪親子之繼承，正同於其不會立法以防止一種不幸事件爲當時羅馬之法律製造人所無人能思及者。蓋家屬固結之效用既漸漸喪失，其原負人格的義務之狀貌，則褫奪親子之承襲遂不無實行之者，此層乃無可疑。但普立德爾之干涉，卽其被求以截止遍地濫用此權而言，乃當然初根於其所認之實情；卽先認知此等不自然的任意行動之事例其數甚少，且爲例外之事，而與通行之道德亦相抵觸也。

羅馬遺囑法之此期部分所供出之表徵，甚爲特異。大可注意者，一遺旨絕似未曾被羅馬人視作一褫奪承襲之工具，或一致成祖業之不公平分配之工具，法律軌則之防止其變爲此種目的者，依法律制度之進展而其數日多，其性日強。此等軌則當然符合羅馬社會之常感，別於各個人之偶然變動的感覺。似乎遺囑權之獲有價值，乃專因其能助人爲一「家」先設儲備，能將繼承之遺業作公平之分配較優於無遺囑繼承法之所作也。倘此層確爲羅馬人之一般常感，則此層可略說明羅馬人向來對於無遺囑一事之希奇恐怖。無有一惡事較之遺囑權之剝奪爲更重之災；無有一

詛語較之詛一仇人將來死無遺囑者爲更苦辣。此種感覺在今人心中乃未曾有者，或乃難於索解者。一切時代之人，當然皆願自寫定其所有物之分派而得法律爲之執行。但羅馬人之樂於有遺囑，乃異於僅希望藉此工具以便其任情操縱者；而當然此種羅馬心理，與該種絕對釀成封建制度之家族欲將某一類之財產專堆集於一單個代表人之手之狂心，未有若何相同之處。或者依一預定之見，在法定繼承（或名無遺囑繼承）之諸軌則中，有若干軌則恰釀成熱烈歡迎遺囑之心。但此中困難之點，即倘若吾人一瀏覽羅馬之法定繼承法，當其未被優斯惕安造成爲近代法律製造人所幾於一律採仿之形式之前數世紀中，將見其絕無可以驚人以過不成理或過不平衡之處。反此法定繼承所課定之分派，乃如斯之合宜，如斯之成理，且如斯與近代社會所大都滿足之分派多有相同，致令人不能提出任何理由可以說明所以應以非常厭惡之眼光視之之故。特別此法定繼承法，於一項法理之下，將已有親子作其儲備之人之遺囑權縮至一窄狹範圍之內，尤難非議。吾人較應設想當時情形或有似於今日法蘭西之情形；家族首長或欲避免製立遺旨之煩而聽法律隨意處派其遺產。予意，無論如何，苟吾人對於優斯大帝以前之法定繼承之標準稍注意觀之，則吾人應

能發見一啓祕之鑰。此法律之組織乃構成於兩部分；一部分之軌則乃自市民法——羅馬之普通法——中而來，又一部分之軌則乃自普立德爾通告書而來。市民法，如予已另因一種目的述之於前者，規定三種依次輪到之繼承人；即一，未離家獨立之血屬親丁；二，最近之宗屬親丁；三，同姓之親丁。在此三等位次之間，普立德爾復插入各等類之親屬爲市民法所絕未注意者。結果，通告書與市民法兩相聯合，而造成一繼承次序之表格，在實質上，與傳至近代一般法典所採用者無有差別。

吾人應回顧之點，即在古時，必有一期間，市民法之軌則之規定法定繼承，乃無與對抗而通告書之安排不能存立，或無堅固執行之力。所無疑者，普立德爾之法制，在其幼稚之期，不得不與若干可怖之阻力相奮鬪；而尤似乎在其法制久已爲普通心理及法律心理所甘受之時，其所時時引入之改變并不統於何種確定的原則之下，且因各個普立德爾之僻性而變動不居。羅馬人，在此一時期，所必會遵行之法定繼承之軌則，正可以（予意且過於可以）供人了解何以對於無遺囑繼承爲羅馬社會所向來遵行甚久者，有如斯熱烈之厭憎。法定繼承之次序如下：當一公民死時未有遺囑或未有有效之遺囑時，其親子未與家脫離者即爲其嗣人；倘其死時未遺有直接之子孫，則其宗

屬之親等最近者遂繼承之；但其女支之親，無論如何密近，皆無此分；倘此等家屬甚至最疏等者又皆一概未有，則此繼承遂臨到其同姓之人；換言之，卽凡羅馬公民與死者同姓者之全體也。由此言之，在此時代之羅馬公民，當其未立遺囑也，其未脫離之親子承此遺業毫無問題，無須經若何之規定。但倘若其無子而亡，則立刻有一危險；凡其所有之物將不免全部飛出此家而落入一羣人之手；此一羣人與死者之關聯徒根於宗教的擬議認爲凡同姓之人皆爲一公共祖先之後裔也。此項規制之景象，卽其本身觀之，可以解明當時一般之感想；但實際吾人若忘卻此等狀態應卽現於羅馬社會自其始初構成於零星分離之家族之狀態作第一步之變遷之時，則對此規制僅能了解其一半而已。父權之範圍，實曾因解放親子被認爲合法之慣例而受一最早之打擊。但法律依然視父權爲家屬關係之根；視解放之子爲居於親屬權利之外，爲居於血統之外。雖然，吾人不可絲毫設想家屬關係之約減爲法律所炫給者在父母之天然慈愛心之中有其類似。家屬分子必仍然保持家法制度下其所賦有之不可索解的神聖性與強烈性；而此等神聖強烈之性被親子解放之事所撲滅者甚少，且反能增加之。吾人不妨毫不猶疑認定父權下之解放正是父子感情之表白，而非其仳離。

正是一種光榮恩寵之符號給與其最鍾愛最看重之子者。倘若由斯擡舉於餘子之上之子乃被無遺囑狀態奪去其承襲資格，則人之有憎於無遺囑狀態固無庸費解者也。吾人不妨曾本預定之見假定遺囑之樂需乃有感於無遺囑繼承之軌則遺下何種倫理上不公平之狀態；而吾人於此處又發見無遺囑繼承之諸軌則乃與古初社會所根而凝結之本能不相符合。予不妨總上所陳諸義簡括而說之；古初羅馬之每一有力之感想皆與家屬之關係交織而不可分。但家者爲何物乎？一方面有法律上之定義，一方面爲天然的情愛；在此兩種定義之抵觸中，吾人應見有一種心理生長而出；此心理即歡迎一種制度能讓天然情愛之表示決定其手下分子之運命者也。

吾於是遂視羅馬人對於無遺囑之恐怖乃古代法律與古代人對於家族一物之緩緩變遷的感想二者之間最早抵觸之紀念。在羅馬條例法中有數條及特別限制婦女承襲之資格者，必能時時激起上述之心理；而普通所信者，即該項造成『轉託遺贈』(Fideli-Commissa 或 bequests in trust) 之制度乃企圖避去此等條例所規定之無資格也。但此種心理之本身乃極強烈；似乎能指出往日法律與輿情間一更深的敵態，而普立德爾之法制應未能撲滅此心理，亦毫無可奇。任何人

熟於社會輿情之哲理者，皆明知凡一輿情必不與其所從中生出之環境同時消滅。一輿情反能長保留其所自而生之環境；甚至在此環境已自消滅之後，此輿情能達到一極頂的強烈性，爲此環境確實存在之時反不能達到者。

視遺囑一物爲給人以傳產於家外之能力或任意作不公平分配之能力者，此觀念并不較古於中古時代之後半期爲封建制度所於中完全固立者。當近代法律制度最初尙自示其羸率形貌之時，少有允許遺囑一物可以本絕對之自由以處分一死者之財產。此時期中，無論財產之遺傳由遺囑所規定，——又無論在歐洲大部分中動產或隨身產乃受遺囑分配之物，——但遺囑能力之實施少能干涉寡婦之承享一指定部分之遺產，少能變動諸家子之分享各確定部分之遺產。諸家子所分享之產，卽其量言之，乃爲羅馬法之制作人所規定者。對於寡婦之設備，乃基督教會努力之功。基督教會從來不懈其對於寡婦之掛念；遂獲得其所有勝利中一最熱烈之勝利；卽經其兩三世紀之努力，強迫爲夫者於結婚之時公然宣許其妻以養老之贈；而結果，遂令一切西歐之習慣法中皆嵌入『養口產』(Dower)之原則。又頗奇異者，地產之贈養遂證明爲一更鞏固之制度過於類此

的更古的保留幾部動產與妻及羣子之制度。在法國有少數地方習慣中保持此權利直至大革命之時。在英國亦可尋出此等同樣慣例之痕迹。但總而言之，認定動產可由遺囑任意支配之說，乃處處流行者。又即便當寡婦權利尙繼續重視之時，羣子之特利乃被塗抹於法律制度之中。此種變遷當然爲『長子』(Primogeniture)之勢力所促成，固可斷言而無疑者也。因封建制度之地產法實爲一子計而褫奪羣子之襲產利益；於是遺產之平均分配又即便該類之產不妨已曾平均分配者，遂不被視爲一應遵之義務。於是乃用遺囑一物爲產生不平等情形之主要工具；而卽此情態，遂爲古時與近時遺囑觀念相異之狀之所託胎。但雖藉遺囑而得有遺賜之自由乃爲封建制度之一偶然之果，然一自由遺囑分配之制度，與一封建地產法之制度規定遺產之強迫傳遞於一直系之中者，其相差之遠恐無物可與比肩。此種真情似乎爲法蘭西法典之著作人所失察。在彼等所決意加以破壞之社會組織中，彼等得見長子承統(Primogeniture)乃主要立於家庭契約(Family Settlement)之上。但彼等又認遺囑一物所常常給與長子之優權恰與最嚴格的遺產分派所保留與彼者正同。於是彼等欲自使其工作之確實，遂不僅使夫婦財產契約中不得特選長子於餘子

之外，且幾乎將遺囑繼承之制自法律中逐之而出；因恐人用此制以動搖彼等所立羣子均分遺產之基本原則。結果，彼等建立一種小限度的永久遺產制；此一制遂與封建時代歐洲之制度有無窮之相似，過於一完全自由遺贈制之似之也。英國之地產法（The Hereditary of Feudalism）之近於中古時代之地產法遠過於任何大陸國家，而英國之遺囑乃常常用以幫助或模擬該項專選長子及長子一系之制度。此制度幾為隨處不動產之夫婦契約中一普遍之形態也。但英國人之感覺與意見已大被自由遺囑分配之法例所影響；而予意，大部分法國社會之心理關於家產之一題者，較之英國人之流行心理尤近於兩三世紀以前歐洲所流行者。

吾人談及『長子』遂引出法律史上一最困難之題。在未繼續解明此意之先，吾人當見及上文所常常稱說之『共體嗣人』為羅馬繼承法所置於『嗣人』之同一立足點者，此一團人繼承遺業如一個體的單位；而遺產之分攤於彼等之身乃分別各經一法律程序。當一繼承狀態為未立遺囑者，而共體嗣人為死者之羣子息所構成時，則彼等各得一相等部分之產。又雖有一時間，男子得有優於女子之若干利益，但『長子』之痕迹亦絲毫未見。此種分配之方式在古代法律制度中

遍地皆同。蓋當經過一列時代之後，公民社會開始露形，私人家族停止固結之時，所天然生出之理想，即應將家業平均分配於全家分子之中，而不保留特權與長子或長子之支也。此種現象與古初思想之密切關係，吾人可於更古於羅馬之制度中獲得若干特別彰明之暗示。在印度人中當人產生一子時，此子即賦得一權利於其父之財產中。此父之財產遂不能不得其子之同意而賣卻之。此子達成年之歲時，可以強迫其父與之析產；縱其父不同意，亦可以析之；而倘得其父之甘心，一子不妨常得一析產；縱其他諸子有所不願，亦不計也。析產既成，其父對於其子之所有遂爲無權，除非與其子共作此兩分財產之股東。德意志部族之古代法與此絕對相似；家產乃父子共同所有物；但家產似乎即便在父死之日亦不分析；而與印度同例，無論在理論上爲如何可分析者，實際少有分析，且代代相承襲而不分。故因此，印度家族有一永遠之趨向以擴張成爲『村社』(Village Community)，其擴張所由之情形，予將於此後明之。凡上諸點，大足表示遺產絕對均分於男子乃爲社會第一步解鬆家屬固結性之時期所通行之例。即此處露出『長子』爲法律史上之難題。當吾人愈認明封建時代諸制度進行製立之時，除其能一方自羅馬諸地方之法律一方自蠻族古習慣中

抽取其原料外，絕無其他淵源可爲所託。吾人愈因第一眼所見羅馬與蠻族皆不慣於特選長子或長子一支以承襲財產，而感困難。

『長子』制并不屬於諸蠻族初自建立於羅馬帝國境內時所行之習慣。所知者，此制乃託胎於『祿地』(benefices 或侵入羅馬之諸部族首長之賜典 beneficiary gifts of the invading chieftains) 此等祿地偶然爲早期侵入之君長所賞賜，而大規模乃由夏爾曼(Charlemagne)所會行者，乃頒給有軍功之人以羅馬鄉野之地。此等地產所有人似乎并不追隨其君長於遠道之征役或艱難之征役，而所有法蘭克(Frankish)諸君長及夏爾曼之巨大征役，其所由成功之兵力乃爲貴族家口以外之丁或強迫其租地人所組成。此等祿地，無論如何，在初時毫無世襲之意味；其享有之期限乃聽君長之任意；至極盡其一生而享有耳。但自最初之時，此等受祿之人似未曾作意伸張其守業，作意令其家族繼續執有於其死後；然因夏爾曼之後人累代柔弱，此諸企圖遂遍得成功；而祿地遂漸漸變形成爲世襲罔替之『封土』(Fief)。但雖此封土世襲罔替，然不必專傳於長子。彼等所遵行之繼承軌則，乃全爲頒祿人與受祿人所約定，或由一方之強力所決定。故原初之地

產執有之狀態極爲雜異。但實際亦并非如常所形容之幻化不測；因以前人所形容者，皆說成一種羅馬式及蠻族式之繼承制之聯合。但其零雜之式，仍有過於此者。在其中若干例中，長子及長子一支承襲封土先於他子，乃無疑者。但此種繼承固遠非遍地通行之式，亦且似乎未爲多處通行之式。與此等相同之現象，恰恰現於更近時歐洲社會將封建式之地產制替代（羅馬）領地式及（德意志）私地式之變遷中。私業地乃完全爲封土所吞沒。較大的私地所有人因時將其部分之地於條件下給與其屬下之人而自成爲封建大地主；較小的私地主欲免去當日恐怖時代之暴壓，遂自將產業獻之於若干有力的君長，而因服役於其戰事之中得自君長之手領回其產。同時西歐之民衆爲奴隸狀態或半奴隸狀態——羅馬及德意志的個人奴隸，羅馬之 *Coloni* 及德意志之 *Löh*——者，亦并爲封建組織所吞入。其中之少數，遂以奴隸關係居於地主之下；但大部分亦受執地主所給之地；但其條件在彼諸世紀中乃視爲降志辱身之性質。此普遍分封屬土之時代所造成之土地執有，乃與屬地主與其新主間約定之情形或強迫小地主受地於新主之情形相因而雜異。如在祿地之例中，若干產業之繼承（絕非一律）乃遵『長子』制之軌則。但當封建制度之一律通行

於西歐并不速於長子制之繼承之成有若干巨大利益駕於每一其他繼承式之上之時，此制以驚人之速度遍及於歐洲；其傳播之主要工具即『家庭契約』(Family Settlements) 在法蘭西爲 *Pactes de Famille*；在德意志爲 *Haus-Gesetze*。此家庭契約在遍地皆約定以此戰功得來之地產傳給於長子；結果，法律亦遂不遵行舊例。而吾人可見在一切習慣法（逐漸建成者）中，長子及長子之支乃被選以繼承其軍功獲得而自由享有之地產。至於佃役執有之地，（初時一切此種執有皆爲佃役之性質，蓋令佃人付款於地主，或以勞力爲供獻，）習慣所定之繼承制大見各國之相異，及各省之相異。較普通之軌則，即此種地產，於死時，平均分配於其所有之子；但有若干例中特取長子；又有若干特取幼子。但長子往往所管之遺產乃爲該類之產在若干點上爲一切中之最重者。此類之產，如英國之『租地』乃較其餘各類爲發生較晚者。蓋既非完全自由享有，又非完全佃役者。

推求長子制廣播之故，通常往往以所謂『封建之原因』者稱之。人每謂封建地主得其封土傳給一人而不傳給多人，則其所獲之戰事助勞可得一較優之保障。予不否認此種理由爲可以稍

稍解釋長子所漸漸獲得之恩寵。予必指出長子之承襲乃由於其爲屬下個人所歡迎而成爲歐洲之習慣，較多於因此制可賦給封建諸侯以任何利益。若求此制之來源，則上句之理由毫無所用。法律之中，絕無一物完全起於求便利之意。向來在求便利一意工作之先，必有若干理想之存在。求便之意對此等理想，僅能爲之作一新貫串。在吾人所討論之事例中，求出此等理想，正是問題中所有事也。

一有價值之暗示，乃爲一處地方富有此等表徵者所供給。在印度，雖一爲父者之所有可於死時且可於生時平均分配於其諸男，又雖此種財產均分之原則伸張及於一切部分之印度制度中，但倘一公家職位或一政權爲世襲性質者，則於上代據此位權者之死時，其繼承幾於一律按照長子制之軌則。政治主權者傳襲於長子；而當一『村社』（印度社會之合體單位）事務歸一單人掌管之處，大抵由長子承職於父死之時。實際，在印度一切公職，皆有趨向世襲之勢。而於可許世襲之時，必加諸最老之宗支中之最長分子。將此等印度繼承制一比較在歐洲幾乎保存至於今日之若干較塵鄙之社會組織，於是結論之自然提出者，卽爲當父權不僅爲私家性質而且爲政治性質。

時，父權不於父死之日分配於一切之子息，但爲長子之天生權利。例如一高地之民族（Highland clan）其族長之位即遵長子承襲之序；實言之，此間似爲一更古式之家族互結，仍古於吾人所有組織的公民社會之原始紀載中所得知之任何家族互結式也。在古代羅馬法中，宗親之結合及一大量類此之表徵，可以表示，在一時代中，所有一家之支派乃固結爲一有組織之團體；而又有非妄測者，即當如斯由親屬組成之團體乃本身爲一獨立之社會時，此團體乃由最老宗支中之最長男子所統轄。實在，吾人對於任何此等社會未有確實之知識。即便在大多數初步人羣中，家族組織依吾人所知，乃至極爲 *imperia in imperio*。但此等家族組織，特別塞爾的克諸族（Celtic clans）其中若干之狀態乃在長久歷史期間十分近於獨立之性，令吾人不得不認其曾於一時爲各別獨立之 *imperia* 而規定長子承襲首長之位。但吾人切必自防，不可用法律一詞作近代式之聯想；吾人現所論者乃爲一種家族之關聯，較之吾人因印度社會或因古代羅馬法律而熟知之任何家族關聯仍爲嚴密。倘若羅馬之家父乃明明爲家業之主司，倘若印度之父僅共其子爲聯合股東，則真正家族首長必更爲僅僅一公共基金掌理人。

吾人自『祿地』中所尋出長子繼承之例，於是不妨爲模仿一種家族政府制爲南侵諸蠻族所知者（雖非通用）。若干更野陋之部族仍不妨實行此制。或更有然者，有若干社會不妨甚少脫離其更古情形；其中若干人之心理當其被召而爲一新式財產決定繼承軌則時，往往天然回想此更古情形。但仍有一問題，長子承襲因何緣故逐漸推去其他一切繼承原則而代替之乎？予意，此答語當爲歐洲社會於卡落文琴帝國（Carlovingian empire）分崩瓦解之中有決然逆退而行之勢。此時社會不妨墮落於早期蠻族諸王國所表現之低慘程度一兩級以下。此時代之巨大特點卽爲王權政權之微弱或竟中絕；而因此，似乎公民社會已不復固結如故。於是此時之人遂遍處回復一種社會組織，較之彼等公民社會之始期爲尤古者。封建地主連帶其封內之臣屬，在第九第十世紀中，不妨視爲一父權下之大家庭。其分子之攬入非如古時之採取養子，但由分封其土地而得。而對於此種聯邦式之組織，乃長子繼承所能加以有力性與耐久性者也。但須此全組織所據之地團結不散，則此組織自能有力以自衛，有力以擊人；倘析而離之，則是離析此小社會，則是於此遍地兵戈之時代有意延請他人來攻擊也。吾人可完全決定在此長子繼承制之中，並未躡入剝奪其他諸

子襲承之權以專利一人之理想。封土之離析，每人皆受其苦痛；封土之固結，每人皆受其利益。家權集中於若干人之手，則家族可以逐漸加強。但承襲之諸侯似并非在占有上在利息上在縱享上有任何優權駕於其弟兄親族之上。倘若吾人以英國嚴格家庭規約下之長子狀態以估量封建嗣人所承襲之利權，則後者可謂特別無政府之狀態矣。

予既認早年封建屬下之聯盟爲古代家族式之遺形，與古代家族式有甚強之同點矣。但在當時之古世界中，及在未超過封建制度之社會中，其所流行之長子制絕未變成後期的封建歐洲之長子制。當親族團體經過數時代已不爲一承襲之家長所統轄時，則此家長所代全家而處理之家產似乎即平均分配於一切分子。此種情形何以不見於封建世界乎？倘在第一期封建時代之混擾狀態中，長子卽爲全家利益計而執有封土，則因何緣故當封建歐洲已自固立而有規律之社會重新建設之時，家族之中不會得有如羅馬及德意志之襲產平分之能力乎？彼專心探討封建制度之譜系之著作家，鮮能獲得啓此祕奧之管鑰也。彼等所認知者，乃關於封建制度之材料，而所忽者卽蒼萃此等材料之黏質也。此制度所藉而成形之諸理想，及社會狀態，固確無可疑爲野蠻性質與古

董性質；但當法庭及法律家被召而加以解釋加以定義時，彼等所用之原則乃屬於後期之羅馬法者，乃過分精良過分成熟者。在宗法統治之社會中，長子可繼承管家之地位，繼承財產之絕對處分權；但彼非真正的所有人，彼負有諸種與人相關之義務，不含在所有權之觀念中，且十分無定義者，又十分無下定義之可能者。但較後期羅馬法制中，亦如吾英之法律視加於財產上之無限度權力為與所有權不相平等者。但不曾且實際未能察及一類之義務；此等義務之觀念乃屬於一尙未有正式法律之時期。精良的觀念與野蠻的觀念接觸之後所生之結果，即不免將長子變為合法的遺產所有人。教會法律家及世俗法律家自始即如斯規定長子之地位；但幼子僅於人不覺之中漸漸自其與家屬共享同等禍福之地位而降至教侶，降至兵卒，降至朱門華屋之寄食人。此種法律的革命與現於一較小規模之十分新近時代之蘇格蘭高原 (Highlands of Scotland) 之法律的革命恰相符合。當蘇格蘭法律被召而規定家族首長之合法權力時，此法律本身久已超過一種由族人之聲求以若干曖昧不明之限束加於家士完整之上之時期，而不免轉變眾分子之產為一人產矣。

為簡明計，予已於任何時一單個子孫承襲一家或一社會主權地位時，即稱為長子制之襲承

式。但可注意者，在傳至今日之最古的此種繼承例中，凡取得此代表地位者非一律如吾人念中之長子也。長子繼承式會通行於西歐者，亦永行於印度人中；并可信在彼處乃爲定式；而繼承者不僅爲長子，且常常選取長子一支之人。倘長子不能繼承，則長子之子不僅有駕過其兄弟之優權，且有駕過其諸叔父之優權；又倘此長孫又不得繼承，則準此推至再下一代。但當所繼承者不單爲私家之權且爲政治上之權時，則因社會組織較不完固而呈出一巨量之困難。據此權位之首長不妨壽命過於其長子；而長孫生來有繼承之權者，不妨年齡過稚不能擔荷實在領導一羣之任，不能擔荷一羣事務執行之任。在如斯之事件中，較固定的社會有一方便之法，即將此冲年之人置於一監護人之下，直至達到適於掌權之年爲止。此監護人大抵皆爲宗屬（Agnates）之男子。但有可注意者，如此種偶然之狀乃數種稀有之例之一種；於此，古代社會曾允許婦人代執權柄；當然根於爲母者具有庇覆其子之利權也。在印度，一主權者之寡婦可以用其稚子之名義而代爲管理。吾人又不能不憶及該項規定法蘭西王位繼承之習慣法——無論其來源如何，當然爲一最古董之習慣——選取王后居攝政地位駕於其他一切可要求此權者之先，而同時嚴格規定不許一切婦人據有大

位。但又另有一種方式以排除權位傳給稚子之不便者，自爲天然現於粗形組織之社會中者，即將稚子完全捨去，而以此首長之位加諸第一代生存最長之男。塞爾的克宗族聯合 (Celtic clan-associations) 即將此種軌則傳行於甚長歷史時期中。此現象乃彼等保存私家社會與政治社會尙未初步分離之一時代之諸種現象之一也。在彼等中，似乎有一明訂之法軌，卽倘若長子不能繼承，則其次位之弟卽得繼承；而長子之諸子無論於此時達何年齡皆不得也。若干著作家會解釋此原則而臆斷塞爾的克之習慣乃認已故之首長爲一種根幹；其權位所傳之後裔必親等愈近者愈佳；故叔父所以先於諸孫者，卽因與此家根相距更近也。倘此種說法僅擬作此繼承制之一描寫，則固無可議者；但苟認最初採取此軌則之人乃運用一種推理，（此種推理明明爲自封建的繼承方策開始爲法律家所辨論之時卽發現者）則不免爲巨大之謬誤。不取孫而取叔之真正來源，當然爲愚蒙社會之愚蒙人民之一種簡單的心計，以爲年長之首長必能管理社會較優於稚子，而幼弟大抵較長兄之子爲成年者。於此，同時，吾人得有若干證據，知吾人所最熟習之長子制乃本於一種最初發生之式，卽依照傳說最初不取稚孫而取其叔必得族人同意之式。此種儀式在麥克道那

(Macedonids) 之史冊中有一大堪作證之例。

在穆罕麥德法律 (Mahometan law) 之下，似保存古代阿拉伯 (Arabia) 之一習慣。財產之承襲均分於羣子；女子分得半股。但倘若一子於此襲產均分以前即已死亡而遺有子息，則此諸孫遂完全爲其諸父諸姑所逐出。守此原則，於是當政治權位繼承之時，其所依之方式似乎爲得自薩爾的克之長子式。在西方兩大穆罕麥得族中，其軌則乃被人信爲叔之繼承王位，不論其姪爲長兄之子也。但雖此軌則至甚近尙行於埃及 (Egypt)，然予聞在土耳其 (Turkish) 之主權地位是否爲此繼承軌則所管尙有疑問。蘇丹 (Sultan) 之政策實自來欲防止可以施此軌則之事例之實現；又有可能者，即將其幼弟全數殺絕，既爲本人子孫計，又爲掃除與己爭位之巨敵計也。但在一夫多妻之社會中，長子制之式當然不免多異。有衆多之理由可爲要求繼承之藉口；例如爲母者之地位，或其得父恩寵之程度，皆可爲此理由。準此，若干在印度之穆罕麥德主權者并不託於任何分明的遺囑能力，而自具指定任何一子繼承其位之權。以色列 (Israel) 史事中所稱『爲子求福之祝』 (blessing) 往往被指爲等於遺囑；但似乎尤爲一種推舉長子之式。

039328



2121.6

萬有文庫

第一集一千種

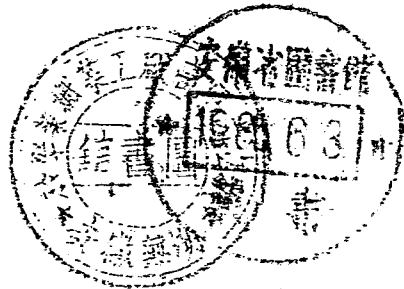
王雲五主編

古代法

(三)

梅因著

方孝徽 鍾建閔譯



商務印書館發行

萬有文庫

第一集一千種

總編者
王雲五

商務印書館發行

039330

古 代 法

(三)

梅 因 著

方 孝 嶽 鍾 建 閱 譯

漢 譯 世 界 名 著

古代法

第八章 財產權之早期史

羅馬法學階梯 (Institutional Treatises) 當其給與定義於各種正式變式之所有權之後，遂進而討論取得財產之自然方式 (Natural Modes of Acquiring Property)。彼不熟於法律制度之歷史之人，似不能於一覽之下，即認此等自然方式爲具有思想上之興味，或實用上之興味。野獸爲獵人所網捕或戕殺者，土地爲河流淤積所隱然加入吾人之田疇者，樹木之自伸其根苗於吾人之地中者，皆羅馬法律家所稱爲自然獲得之產。早期法律大師確認及此等自然獲得之產一律爲環繞羅馬之諸小社會之慣例所承認。因此，一較後期之法律家發見此等之產，類歸之於萬民法中，而認爲屬於一最簡單之種類，遂位置之於『自然律令』(Ordinances of Nature) 之中。此等財產所受人賦給之尊嚴性已日增月盛於近代之世，直至十分超過其原負之重要性。世人已將此等

財產作爲其理論之美好資糧而使之施展極大之影響於實行之上。

對於此等自然獲產之方式，僅注意其中之一種，——『先占』(Occupatio 或 Occupancy)

——似於吾人爲必要者。『先占』吾人習知其爲取得無主物而有之之謂，(加以術術上之定義)蓋欲爲己身而占有也。羅馬法律家所稱之無主物 (res nullius)，——物之尙無主者或絕未曾有主者，——非逐一算數之，則不能確定其爲何物。野獸奇禽魚鼈之屬，最初掘發之寶石，新發見或從未墾闢之土地，皆屬於無主之物。至於物之尙無主者，卽人所委棄之浮動物品 (Moveables)，委棄之地土，及(雖爲一種變格而實爲最可怖之條款) 敵人之財產是也。在此一切物品中，管領之全權乃爲占有人 (Occupant) 所得。此占有人初占有此等物品，乃意欲守之爲己有者。此種意向，在若干例中，必經種種特別行動而表露之。予意此種『先占』之例之普遍一切處之狀態，令一期羅馬法律家置之於萬民法之中者，及其簡易之性質另令一班法律家類歸之於自然法之中者，皆不難了解。但對其在近代法律史上之命運，吾人較無預定之見可以解之。羅馬之先占原則及法律大師所本此原則而擴成之法律軌則，乃爲一切近代國際法上關於戰利品關於獲取新發見的國土

上之主權諸題目所託之淵源。彼等又曾供出一『財產來源』(Origin of Property)之理論，立刻爲普遍歡迎之理論，或在種種不同之語式中，爲大多數純任思想之法律家所甘受者。

予既謂羅馬之先占原則已決定國際法上關於戰利品一題之趣向；戰利品之法律軌則乃根於一種假定，以爲社會因戰鬪之暴發而送回於自然之狀態；而在此人爲的自然狀態中，私產之存立不能不告中絕；即交戰兩方之私產中止其爲私有狀態也。但後期自然法之著作家，向來渴欲保持一說，以爲私產制度在某種意義中乃爲自然法所認可。因此，認敵產爲無主之一假定，在彼等視之，似爲邪曲可驚之見；故作意汗辱之，謂其僅爲法律制度上之一種虛擬而已。但吾人若追尋自然法而達其淵源所在之萬民法，吾人遂立刻見及仇敵之物品如何被視爲無主之產而可爲第一占有人所得。實行古式戰役之人，於戰勝之時，解散其軍隊，任兵士橫肆劫略者，應天然具此理想。但或者在初時，所如斯允許戰勝者占取之物，僅爲浮動之產耳。吾人根據一單獨證據得知另有一種形式甚異之軌則關於取得敵土之所有權者，曾通行於古義大利。於是，吾人不妨對於自萬民法成爲自然法典之時所探土地占有之原則，及此原則之爲黃金時代法律大師所作概斷之結果，皆可懷

疑。彼等在此點上之教義，乃保存於優帝學說彙纂之中，而現出一不合理之言式；謂任何種類之敵產，在其對方視之，皆應爲無主之物；而勝利者占爲己有所據之『先占』原則乃自然法中之一制度。國際法所自茲抽取之法軌，會有時被人詆毀，謂其對於作戰者之貪殘暴虐之性過於寬縱。但予意作此責備之人，乃不習於戰爭之歷史，因而不知爲一任何種類之軌則博得遵從乃爲如何之奇勳者。羅馬之先占原則當其被引入於近代戰利法之中時，并攜入一叢附屬於下之法軌限制此原則之實行又與此實行以明確之意義者。而倘若吾人將自古羅休之著作成爲一種權威之日以後所發生之戰爭，一比較一較早期之戰爭，則吾人可見當羅馬諸教義被人領受之時，戰爭之役遂立刻成爲更複雜之狀態。倘若羅馬占有法不得不被責爲會施有害的影響於近代國際法之任何部分上，則吾人可有若干理由謂國際法上另有一支會更受損傷之影響。公法學家，在其將羅馬人施行於發見寶石事件上之諸原則施之於發見新國土事件上之時，遂將一種教義完全與自此教義上所期待之事業不相等者，強迫入於其工作之中。此教義因十五六世紀之巨大航海家之新土發見而擡舉至極端重要之地位。但反引出更多之爭端，多於其所能解決之爭端。不久，遂見有兩種最

需確實解決之點大無解決之法，卽領土之由航海人爲其本國而獲得者，應達於何種限度？及欲完成統有此土之名義所必取之行動其性質爲何如？再者此原則之本身既作成如斯非常之利益僅令一無意中之幸獲有此當然之果，故爲歐洲最冒險之民族，如荷蘭如英吉利如葡萄牙在本能上所不得不違叛者。吾英人并未顯然否認此國際法之軌則，故實絕未承認西班牙人獨占墨西哥海灣以南之美洲之聲求，或法蘭西王壟斷窩海俄河（Ohio）及密士西比河（Mississippi）兩流域之聲求。自伊利沙伯（Elizabeth）之在位，直至查利第二（Charles the Second）之在位，其間殊難有一時期在美洲河流上曾見完全之和平；而新英疆土之殖民之侵襲法蘭西王之領土，紛擾之期過於百年。邊沁卽爲此紛亂狀態關於該種法律原則之實施者所驚駭，遂脫離其本人之常態，而致頌於教皇亞力山大第六之著名勅令。此勅令乃爲西班牙人與葡萄牙人間劃分此世界未發見之疆土，而以一中分線畫於阿左阿斯（Azores）以西一百海里之地者爲其鴻溝。而邊沁之讚頌，驟觀之，旣爲可奇，故吾人不妨疑問此教皇之安排究竟是否在原則上確較此國際法上之軌則爲悖謬。蓋後者給與一國王以此全洲之半，因其臣民所行者正合於羅馬法律上關於獲得小僅盈握之

寶物之所有權所必需之條件。

對於凡作此篇題目之研究者，「先占」原則顯可供彼以極大之興味；因此原則供給私產來源以一設想的解釋，遂爲純任思想的法制獲得實現之方。曾有一時，普信「先占」所含之手續乃與土地及土地上之物產（始初爲公共所有）被許爲私家之產所經過之手續恰相符合。思想之行程引出此種假定者，並不難了解，倘若吾人見及古代自然法之觀念與近代自然法觀念之異點。羅馬法律家已論定「先占」爲獲取財產之自然方式之一種；當然信人類在自然制度之下「先占」應爲其實行事例之一種。彼等對於此狀態之確曾存在所自信者達何程度，乃如吾上文所云爲彼等言論中所遺下未能決定之一點也。但彼等似確曾作一揣測，（在一切時代中皆有可讚美之性，）謂財產制度非與人類之存立同古。近代法理，承受彼等之教義而無所遺漏；且更進而以熱烈好奇心作假設的自然狀態之思考。既然近代法理曾承認土地及土地上之物產嘗爲無主物之說，又既然其對於自然之奇異觀念引之斷然假定人類之實行占取無主物之例乃遠在有秩序的社會組織之先，於是立刻生出一種推斷，即「先占」乃原始社會之無主物成爲有史世界個人私

產所藉之手續。若將法律家於種種各別語式中所供給於此理論者作逐一之計算，自爲煩厭之事，且爲一較不必要之事；因布拉克斯吞可謂當時一般意見之忠實索引者，曾將彼等所供給於此理論者撮要舉之於其書之第二編第一章中。

布氏之言曰：「大地及大地中一切之物乃人類之公產，爲造物者所直接賜人者。物品公有之原則，即便在最早時代似不會有實施於任何物品之本體上之可能，又不能實施於物品之使用；因根據自然法或理性法，凡最初開始使用一物者乃於中得一暫時所有權；此所有權與其使用之期相終始，而不能越過此期。確言之，占有權之繼續僅因占有行爲之終止而終止；例如，大地本爲公有之物；無論何部分，不得爲任何私人永久之產；但任何人占據此大地上任何一確定之點，爲休憩計，爲藏身計，或其他類此之目的計，遂暫獲一種所有人之地位。若用強力逐此人於此地位之外，似爲不合理，而違反自然法之事。但彼若自委棄此占有地位，則旁人之取獲此物即非不合理。」彼於是又進而致辨，謂：「當人類數目增多之時，事有成爲必要者，即希求一較永久的領有觀念，而令個人享受者，不僅爲直接的使用，且享受此物之本體也。」

此一節中有若干曖昧不明之點不免令人懷疑。似布氏對於發見於諸家著作中之一立論謂地面上之財產在自然法下乃最初爲占據人所獲得者，不甚了解。但彼所有意或因誤解而加於此理論上之限制，遂將此理論作成一種形式爲此理論所常常具得者。有衆多著作家因語式之精確而享名過於布氏者，已論定當事物起源之時，『先占』之狀態最初賦人以與世相對之專有的（但暫時的）享受權；後來，此權保持其專有性，而成爲永久性。彼等如斯述說其理論之目的，乃欲對於謂在自然狀態下無主物因『先占』而成爲所有物之教義，與彼等自舊約史書上所生之推斷謂古家長最初非永遠享受其畜牧場者，作一調和。

可直接加於布氏理論之惟一批評，可即見於追問彼所描畫之原始社會諸情態究竟是否較確於與此同易玄揣之其他情態。循此方法而查考之，吾人大可詢問，凡一人已占據（布氏用占據 Occupy 一詞明明按照通常英國意義）地上一片土爲休息藏身之計者，究竟能否保有此土而無紛擾。事機之當然者，卽此人之所有權應與其占守之能力恰恰同廣；而彼時時可遇之紛擾，乃因一新來者要求其讓給此土而自問有十足之力可以逐此所有人也。但此中真理，乃凡對於此等立

論之爭辨，即因此等立論本身毫無根據而成爲無益之辨。人類在原始狀態下究作何種行動，似不爲一無希望之研究題。但彼等行動之動念爲如何，乃不可知者。此等對於人類初期狀態之描寫，乃先後受兩種設想之影響；第一，即設想人類今日環境之情狀中有一大部分應被革除；第二設想，即以爲在如斯革除之後，人類恐仍保持其今日行動所由之感念與成見——雖此等感念在事實上不妨即爲其所應革除之情狀所造成者。

有一薩維尼 (Savigny) 之格言嘗被人認爲可以補助一種財產起源觀之說；此種財產起源觀乃與布拉克斯吞所總述之諸理論略有相似者也。此偉大之德國法學家製定一義，謂一切財產權根據於因時效 (Prescription) 而成熟之強占 (Adverse Possession)。薩氏此義乃僅關及羅馬法而言；若欲充分賞知此義，非先費甚多之力以解釋其句中所用之名詞不爲功。無論如何，薩氏之意旨所在非不可以確然表露者，倘吾人視薩氏所云者蓋謂無論對於財產權之理想受自羅馬人者探索至如何之遠，無論回溯此等理想如何近抵法律之幼稚期，吾人所獲，終不能超過一種包含三層原素之所有權軌則之觀念——即「屬有」 (Possession)；「強自屬有」 (Adverse-

ness of Possession) 卽非許可或非附屬之執有，但爲與世相對之絕端占有；三『時效』(Prescription) 強自屬有權所於中未曾中斷之一時期。(薩氏之格言固極可以用一種更通括之談過於彼所自爲者以述明之。但若查考法律中任何制度更前於此三原素合成一所有權觀念之時期者，則絕不能尋出何種合理的穩妥的結論。同時，薩氏既遠非維護該種關於財產起源之通行理論，其所立之軌則乃特能引吾人注意於此理論之弱點。在布拉克斯吞及其所追踵之人之眼光中，此種理論乃以一種藉口之方式結與聲求『絕對享受』之人。絕對之享受乃人類祖先所特別愛好不可索解者也。但不可索解之事尚不在此。財產所有權之起於『強自屬有』誠不足奇；最先的所有人應爲一有力之人武裝以自保其物品之安全，此亦不足奇者。但何以時移勢易之後，不覺造成他人尊重彼之所有；——人類所以一律對於任何已在事實上長久存立之事物加以尊敬，此心理乃自何而起；——如斯問題，眞值深考；但遠在此文範圍之外耳。

在指出何處可令吾人從中拾得若干關於財產權早期歷史之知識之先，予敢表出予個人意見以爲在文明初期，社會一般印象關於『先占』一事者直與此眞情相反。『先占』乃實質的屬

有之一故意擬充之藉口；由此行動可賦人以無主物上之特權之一觀念，遠非甚早期社會所能有；無論如何，乃爲一精進的法理與安穩的法律情形所產生者。僅僅當所有權已自長期無人犯害之狀態而獲得認可之時，又當大量的享受物已屬於私人所有之下之時，單純的屬有狀態始能賦給第一次屬有者以駕於前此未屬何人之物上之主權。此義所從而生之感想，絕對不能與所有權之稀有及不確定之狀態爲文明初期所轉著之象者，相調應。此義似非託胎於一種對於財產制之天生癖好，但確似託胎於『物必有主』之一假定。此假定乃起於財產制之長期存在之狀態也。當一人取一無主物歸其所有時，則可許此人成爲此物之主，而根於一種感想以爲一切有用之物乃天然屬於一絕對享受之下，又以爲在此一事例中，除此占有人外，無人可將所有權託於此物之上；簡單言之，此占有人即成爲所有人，因一切之物皆假定爲屬於何人之產，又因不能指出何人對於此物之所有權有一優於此人之資格。

對於人類在自然狀態下之描寫，如吾人上所討論者，雖未有其他反對之論；但在一點上，此等描寫實與吾人已得之確鑿證據有致命之不和。吾人應注意此等理論所設想之舉動與動機乃

個人之舉動與動機也。爲本身計而署名於『社會契約』者，乃各個人也。人類譬如一衝流不定之沙岸；個人乃此沙岸中之穀種；依霍布士（Hobbes）之理論，此沙岸乃因健全的強力規束而使之堅凝成爲社會性之岩石。在布拉克斯吞之描寫中，『占有一確定地點爲休息藏身或其他類此目的計者』乃個人也。此強力當然不免挫折一切自羅馬自然法所遺下之理論。蓋此等理論異於其市民法，在其提出個人，在其自古代社會之權威下解放個人；而卽此大有供獻於文化。但不得不再聲明者，卽古代法絲毫不知有個人；古代法所關懷者乃非個人，但家族耳。非個體之人物，乃集合之團體耳。卽便古國家之法律能穿過家屬之小羣而達於其原來不能透達之地，其對於個人所取之觀念亦仍與最成熟的法律制度所取者有奇異之不同。每公民之生命非視爲限於自生至死之期，但爲繼續其歷代父祖之生存而仍將經其子孫爲之延續者也。

羅馬人所作入法（*Jus Personarum*）與物法（*Jus Rerum*）之區別，——雖極端便利，但完全爲人造的，——已確然大轉變吾人此題之研究，令違背其真正方向。當討論及於物法之時，則其討論入法之所得者遂被遺忘，而以爲自所有關於『人』之原始狀態之確定事實中，不能獲得何

種暗示關於『財產』關於『契約』關於『不法行爲』(Delict)之原始性質者。此方法之無益，可以大明。倘若一純粹的古代法制能置諸吾人之前，倘若能將此羅馬之分類施之於此純粹古法制之上，吾人立刻可見自物法中分出人法在法律幼稚期中實毫無意義。屬於此兩類下之軌則乃混雜而不可分。又此種後期法律家所劃之區別，僅能合於後期之法理耳。自吾此篇前幅所言者觀之，倘若吾人自限其注意於僅僅個人之財產權，則可斷言吾人決不能獲得對於早期財產權歷史之任何暗示也。事之較近真者，即聯合的所有權而非各別的所有權乃真正之古制度；又可以供吾人以教訓之財產權之形式乃該種與家族權親屬權相聯合之形式。羅馬之法律制度在此處不能供吾人以啓發；因即此羅馬法律制度被自然法之理論所轉變，遂違給近代人以一種印象以爲個人所有權乃所有權之常例狀態，而團體公共所有權乃一特例。雖然，人間有一社會向來爲探求原始社會之遺制者所精心查考，無論任何此種原始制度不妨經過變遷於久居印度之印度歐羅巴人種中；但恐難發見其將原始制度之虛殼完全拋棄也。幸而在印度人中，吾人尋出一種所有權之形式可以立刻吸起吾人之注意；因此形式恰恰符合吾人研究『人法』時所引起關於原初財產

狀態之思想。印度之村社 (Village Community) 乃立刻爲一有組織之宗法社會，爲合體所有人之一集會。構成此社會之人衆，其各個相互之人格的關係乃與彼等之所有權相混難分；而英國官吏之企圖分離此二者，乃英印行政上若干最可怖之失敗之所由也。村社一物乃被認爲極端古董之物。無論對於印度歷史作任何方向之探求，或其通國史，或地方史，皆可時時發見村社一物在其進程上最古之點卽已存立者。一大量之明敏有識之著作家，其中多數皆未作何種理論關及村社之性質與來源者；但皆認此村社，在一社會絕不願將其任何慣例加以改革者之中，乃爲一種最不宜破壞之制度。征服與革命之事不妨會掃蕩於其上；但皆不能擾亂之或推除之也。在印度，凡最有利之政府制度皆向來爲承認村社爲行政基礎之政府制度也。

成熟的羅馬法及近代法律制度之追蹤此成熟羅馬法者，皆認合體所有權爲特例，爲所有權之暫時狀態。此種觀念在遍行於西歐之一格言中卽明明表露而出；此格言卽『無一人可以被置於合體所有主之地位而不得其同意。』但在印度，此種思想之次序已被倒置；而不妨謂各別所有人皆向來趨成合體所有人。此種程序吾人已注意及之。當人產生一子時，此子卽立刻獲一賦定之

利益於其父之財產中；及達成立之年，遂在若干偶然事態下爲法律條文所許可以要求分析家產。但在事實上，析產之事甚爲稀有；即便在父死之後，亦甚少見；而此家產長久不分繼至數代，雖各代中之各分子皆有一合法之權駕於一未分之股分上也。此種共同執有之業，有時由一公舉之管理人管理之。但較普通者，而在若干省中爲向例者，卽由宗屬中之最長者管理之，由最長宗支中之最長的代表管理之。此種合體所有人之集會——一親屬之羣體有一公共所有業——乃印度村社之最簡單的形式。但村社實非僅一團親屬之結誼，非僅一團股員之聯合。村社乃一有組織之社會；除設備公共基產之管理外，且向來設有完備的職官組織以處理內政，處理警務，執行司法，分派納稅，分派公共義務。

予所描述印度村社所由成形之程序，不妨視爲準定者。但吾人不得設想在印度每一村社之結合皆由如斯簡單之式。雖在印度之北部載籍之中，（如吾所聞者）幾皆一律表示村社乃單由血統親屬之集合而成；但亦仍告吾人以外姓人可以時時加入，又僅僅購買一股之人亦不妨常常在若干條件下被許加入。在此半島之南部，常有村社似乎非起於一家族而由二個或二個以上之

家屬而起，又有若干村社之構成乃完全人造者。實際，各等類之人時時加入同一社會，乃對於源自一公共祖先之假定有致命之傷。但在此等社團中，或者傳說有一公共祖先，或假定有一公共祖先。愛爾奮斯吞 (Montstuart Elphinstone) 對於南印村社所述尤多。在其印度史 (History of India, i 126) 中，謂『一般之觀念，乃以為所有村中地主皆為一位或多位之個人始初來居此村者之後裔；而惟有之例外，乃成於一班人用購買或其他方式自此原支幹之分子之身取得權利。此種假定為事實所證明。蓋直至今日，往往在小村中僅有一家族之地主；在大村中亦并無衆多家族之地主。但每家又分出多支之分子，使全部村中耕田工作不能單由地主自成其事，而必待助於佃傭或雇役。地主之權利即全體地主合有之權利。雖彼等每人幾於常劃得一部分之權利，然絕未得有全然之分割；例如，一個地主能售賣或典押其權利；但彼必先得全村之同意，而購買人遂恰恰補入其地位，擔負其一切義務。倘若一小家之人丁斷絕，則其一部分所享者遂交歸公族。』

予信本書第五章中所考者有若干之處可助讀者了解愛爾奮斯吞此言之價值。原始世界之制度，除非經若何活躍的法律擬制獲得一種彈性非其原初性質所具者之外，似皆未保存至今。故

村社非一定必爲血統親屬之集合，但或者卽爲此種集合，或者爲一團合體所有人根於親屬聯合之模型而成者之集合。此集合所應與比較者，顯然非羅馬之「家」，但羅馬之「宗姓」耳。「宗姓」亦是一種團體根於「家」之模型而成者，「宗姓」乃由各樣的擬制所推廣而成之「家」。在此等擬制中，「家」之原質遂已喪失。在甚長之歷史期間，「宗姓」之主要性質卽如愛爾奮斯對於村社所云之二種性質。卽常有一公共祖先之假定，此假定有時與事實有可驚之相反；又卽如愛氏所云「倘一小家人丁斷絕其所享有卽交回公族。」在早期羅馬法中，凡無人可聲求之承襲卽沒歸全宗姓之人。研究村社之歷史者復疑及村社或亦如羅馬之宗姓，時因外姓加入而混雜；但其吸收外姓之確實方式在今日不能斷定耳。在今日如愛氏所告吾人者，村社分子之補入乃由全社同意而收納購買人。此新加入之分子所獲者，無論如何，卽爲一該括繼承之性質；連帶其所購買之股分，彼又承擔此賣主所累及全團體之負欠。此人卽等於羅馬之「購家人」(Empior Familiae)卽承襲其所替補之人之全分法律裝束，其加入時所需全社之應允又使吾人憶及貴族民會(Cognita Curia)卽該項自充親屬之較大團體之集會，亦卽最古的羅馬民邦，所堅強固執以爲

欲養子採入之合法欲遺囑之有力非得其應允不爲功之事例。

極端爲古蹟之徵候，幾於在印度村社之每一形態中可以發露。吾人有如是衆多之獨自成立之理由使吾人推測法律之幼稚狀態可因聯合所有權之通行而辨認之，可因人格權與財產權之混織而辨認之，又可因公共義務與私人義務之交雜而辨認之。於是吾人正當自所對於此等所有主團體之觀察而演出衆多重要之結論，即便在世界中任何其他部分不能探出與此相類之成分混雜之社會。幸而近來歐洲中之數部分有與此相類之現象者，已爲熱烈之奇趣所注意。此等部分即最少受封建制度之財產權所改變者，即在衆多重要之點上與東方世界之密近亦如其與西方世界之密近。哈克索孫 (M. de Haxthausen)，頓高保斯基 (M. Tengoborski)，及其他諸家之探索，已示吾人以俄羅斯之村并非一羣人之偶然集合，亦非根於契約之聯合，但恰同於印度之村社爲天然組織之社會。此等之村向來在理論上乃爲某某貴人之世襲之產，而村中之農人，已在歷史上甚長時期中，轉而爲此貴主之田土的奴隸，或在若干限度內爲人格的奴隸。但此貴主之壓力絕未曾破壞村之古組織。而事有近真者，即俄羅斯皇帝 (Czar)——人皆認其爲介紹農奴制之人，

——之訂法，實本意乃欲防止農民之自棄其合作之組織。蓋無此合作之組織，則舊式社會之秩序不能長保存也。俄羅斯之村既假定村人間爲宗族關係，既混合人格權與所有權，又既有內部行政之各種天然設備，故似乎恰恰照鈔印度之村社。但有一重要之異點，吾人可以極大之興味注意及之。印度村中之聯合所有人，雖其財產混在一處，而其財產權利乃各自分明；此種劃分乃整然各立，且繼續至於無限期間。權利之分割，亦在理論上，完全見於俄羅斯村中；但實僅暫時而已。在一確定的時期（非一律有此同樣之時期）消滅之後，分割的所有權亦告終絕；一單個所有權所屬之地又交回於一合體之中。於是重新按數分配於構成此村之各家。此番重分既定，於是各家之權利及各個人之權利遂再度分成各支；而遵照此各支之分析，以待一另期之分配。在土耳其帝國與奧大利皇土之間有若干國土向來成爲此二國之爭點者，露出一種所有權之形式與此更異。在塞爾維亞（Serbia），在克羅西亞（Croatia），在奧大利斯拉夫（Austrian Slavonia），其所有之村亦爲一班根據胞與之誼之人所集合。此一班人立刻成爲聯合所有人，成爲親屬。但此團體中內部之安排與上述二例有不同者。在此例中，公共所有之物體，在事實上既不分析，在理論上亦無分析之可

能。但全部村地乃由全體村人聯合勞力以墾種之；而田地之出產每歲分配於各戶，有時按照所設想的各戶需要，有時按照諸種軌則給各別之人以一定的享用部分。一切此等事例由東歐法學家回溯至一種原則；此原則據稱，乃自最早斯拉夫人法律中尋得者——即家產永遠不能分析之原則。

在一種探求如吾人現所爲者之中，此等現象之最大興趣即起於此等現象可爲吾人研究原來似乎執持一公共財產之團體內各別所有權之發展狀況之借照。吾人有極強之理由，可以意謂曾有一時財產不屬於個人，亦不屬於各別之家族；但屬於較大之社團根據家法模型而構成者。雖然，自古式之所有權變成今式所有權，其經過之狀態至多爲闒然不明者。倘非村社之數種特異形式已經考明，則恐其曖昧不明將延至無窮期也。對於印度歐羅巴人種中若干可以察及或直至近來始可察及之宗法社團內部處理之各別形式，大值注意。據稱，較鄙野的高原之族（HIGHLAND CLANS）之首長，慣於按期將食料分配於各戶之頭目，且有時按日爲之。此種按期分配，亦在奧大利及土耳其領地之村中，由村團之最長者行之。但其將一歲之產一次分配而已。然在俄羅斯村中，財

產已不視為不能分析者；所有權分析之要求已任其發展；但此分析之進行於一指定時期後即斷然停止。在印度，不僅公產有分配之可能；且各別的部分所有權可以無限延長，可以再分出任何數目之小支所有權。但事實上，宗系之分析乃為頑固之慣例所阻止，為反對不得全宗同意擅許外人加入之軌則所阻止。吾人當然不擬執定此各樣村社之式，可以代表變遷程序中之各個階段，為各處完成此變遷之所同然者。但雖此證據不許吾人如斯執定，然可使一種推測以為今日之私產權乃主要成於各別個人權之漸漸自團體混合權中解析而出者，減少臆斷之性。吾人在人法 (Law of Persons) 上所讀者，似示吾人以『家屬』(Family) 推廣為『宗親之團體』(Agnatic group of kinsmen)；於是『宗親團體』又分析為各別之『戶』(household)；最末，『戶』為『個人』(individual) 所替代。今人每提議謂此變遷之每一步驟乃與所有權性質之每一步驟之改變恰相符應。倘此提議中有若干近真之處，則吾人應察及此提議實有影響於研究財產起源者所常自提出之問題。彼等所常激起之問題，——或為不可解決之問題，——即考問最初人互敬各個人之所有權之動機乃為何種乎？此問題又可謂為（難望得一解答）任何追問一自成結合之團體

所以與其他自成結合之團體互相離立之理由之問題。但若確然在私產史上最要之段落即為家族聯合所有權之逐漸分解，則考問之要點即與考求一切法律史入門時所必問之要點恰恰如一——即原初促人團結為家屬聯合之動機乃為何乎？法律學對於此一問題倘不借助於他種科學，則不能獨勝解答之任也。此乃惟一能注意者。

在古代社會中，財產不分之狀態，乃與一特別劃清之分析於一單個股分脫離公共祖業時所立刻現出者，并行不背。此種現象之發生，當然即因自大團體中劃出一新團體而認其其領有一部分財產；而對於此新團體之任何交割即認為兩個複雜團體間之交割。予前已將古代法一比較近代國際法，就諸結合團體（為古代法所決定其權利與義務者）之大小之組織繁簡而言之。既然古代法所知之契約與讓渡，乃非以個人為當事人，乃以有組織之團體為當事人，故此等契約與讓渡乃極端為儀式的性質，需要各種象徵的舉動與言辭以表示此事件，而令一切當事人永誌不忘，又需要一無定數的證人。因此等奇點及其他相聯之奇點，遂令古代之財產權成爲一律不可伸索之固性。有時家之公產乃絕對不可讓渡者例；如在斯拉夫利亞人（Slavonians）中，又仍常見者，讓渡

之事非完全不合法，但事實上乃不能行者；例如在多數德意志族中因需要全數人之同意故有困難。當未有此等阻礙或此等阻礙被人勝過之處，則讓渡行為之本身大抵即負上一完全儀式之負擔。此儀式中無有些微之點可以漠視；任何一種象徵的動作，即便為怪誕者，任何一句口語，即便其意義不妨已被忘卻，任何一位證人，即便其作證為多餘者，皆古代法所不許廢而不用者。凡此全部儀式，必由合法當事人慎密遵行之；否則此讓渡為無效，而賣主仍然回復於其所擬卸脫之權利中。

凡此各種防礙使有用物品不能自由流通者，當然在社會獲得稍稍活動性之時即立刻可覺。而凡進步的社會征服此等障礙所用之手段，遂成為財產權歷史上之要件。此等手段中有一種，因來源之古與使用之遍遂優先於其餘之手段。將財產分為各類之一思想，似在多數古社會中自然生出。有一類或一種之財產權，乃被置於一較其他諸類為不尊貴之地位。但同時又能脫離自古以來所賦加於其上之桎梏。其後，管理讓渡之軌則之極端便利，及較低類財產權之傳襲，皆為普通所承認；又由一逐漸進程之改變，遂令較不尊貴之一類物品之柔軟性轉而染及向來慣立於較尊貴地位之各類物品。羅馬財產權之歷史，即遵式移轉物 (*Res Mancipi*) 化成非遵式移轉物 (*Res*

Nec Mancipi 之歷史。歐洲大陸財產權之歷史，即封建式之地產法被羅馬動產法所征服之歷史。英國財產權之歷史，雖尚未近於完成，然動產法之逐漸吞吸不動產法及毀滅不動產法，乃顯然可見者也。

人類享用物品之惟一自然的分類，——與物質上之主要區別恰相符合之惟一分類，——即區分動產與不動產之分類。此種分類雖在法律制度上甚為熟識，然實為羅馬法所緩緩發展而出者。吾人即自羅馬法上，襲得此種分類。但羅馬之採此分類僅為其最晚階段之事。古代法律中之分類，有時外表上頗類於此。古代法往往將財產分作若干範疇，而將不動產置諸一個範疇之上。但或者將若干物品與不動產毫無關係者歸在不動產範疇之內；或者將本來密附於不動產上之各種權利強之與不動產脫離；例如羅馬法中之遵式移轉物所包括者不僅田地，且奴隸，牛，馬，皆在其中。蘇格蘭法律 (Scottish Law) 將某一類之抵押物列與田地為同等。印度法列奴隸與田地為同等。英國法反此，將典借田地所應享者與其他田地上利益分離於若干年限之中；而又將典借利益聯之於「實體動產」之名義下之動產。再者，古時法律上此等分類乃意含尊賤等第之分類。但動產

與不動產間之區別，至少即羅馬法制言之，并未帶有任何尊貴性上之區別。然遵式移轉物確在當初乃尊於非遵式移轉物；亦如蘇格蘭之承襲財產及英國之動產之駕於正相對立之動產之上。研究各處制度之法律家，往往毫不費力將此等分類歸之於何種可了解的原則之上。但此種分割之理由，實非在法律哲理上所能求獲。蓋此等理由不屬於法律哲理，乃屬於法律歷史者。有一解釋似乎可以該括最多之例者，即人類可享用之物品之擡高於其餘之物品者，乃每一人羣所最初最早得知之財產式，而將財產一詞之嚴重意義託於其中。在他方面，凡不算為有用之物品，皆似被置於一較低的立足場。因此等物品之為人所知乃後於較高等物品之被人決定之期。此等較低類之物品最初乃不為人所知者，為少見者，為用途上有限制者，或被視為僅僅附屬於尊類物品之上者；例如羅馬遵式移轉物雖包括若干有價值之浮動物品，但最可貴之寶玉翠石等乃不在遵式移轉物之列；因早期羅馬人不知有此等物品。同此，英國之實體動產有人謂其等級會低於動產；因在封建地產法下，此等實體動產甚不常見，亦無可寶之價值。但最有興味之點，即此等物品之重要性與數目已增漲增多之時，其等類所列之低仍然如故也。其不繼續包括於有用物品之尊類中，究為何故

乎？古代法所附著於此類物品之分類上之強硬性，或爲此原因之一種。未開化之心理及早期社會皆有一特點，即彼等皆不能自其平日所實行之種種事例中認出一通括之軌則；彼等不能自每日慣行之事例中抽出一通括之名詞，或格言。因此，不將其所加於本來熟知之一類財產上之名詞轉而加於實際與此一類性質相同之財產。但此等影響既施出奇異的力量於一如斯固定性之物若法律者之上，後來又加上其他影響反大適合社會開化之進行與方便手段之認知。法庭與法律家終認出種種煩瑣儀式爲優等物品之移轉，賠償，承襲上所必需者，大爲不便；遂不欲將代表法律幼稚時期之專術上之桎梏加諸較新類之財產之上。於是生出一種傾向，將此新類之財產置於法律制度中一低等的地位，而允許此類財產之移轉可以採用較簡易之程式，不似古式移轉中所視爲可以堅人信誓防止詐僞之煩複程式。吾人今日或不免對於古代移轉方式之不便輕忽視之。吾人今日讓渡移轉之具乃書寫之文件；故其文件中之言語既由術業專家所審慎推敲而出，實少犯不精切之缺點。但古代之讓渡不用書面而用實在的行動，用象徵的儀式，口達的言語，以替代後來書寫的術語。如有任何公式被人誤道，任何象徵的行動被人輕忽，則視爲移轉手續上之致命的損傷。

亦同於二百年前英國讓渡文契上因陳述用途之錯誤或因擺置餘額之錯誤所受致命之傷。實際古代儀式之可厭，以上所述者僅道及其一半耳。若僅在土地讓渡上需要審慎的程式（書寫的或動作的），則在一類財產不常急速脫手者之讓渡中，錯誤之機會當不甚多。但在古代世界中，高貴一類之財產不僅包括田地而已；但仍有數種極通常極有用之浮動物品亦在其中。當社會之輪軸開始活動迅速之時，必對於牛馬之讓渡及古代最有價值之物品——奴隸——之讓渡上所需之奧衍儀式，大感不便。此等物品必通常由不完備之儀式中讓渡之，因而在不完備之名義下以執有之。

早先羅馬法上之遵式移轉物包含地土，——在甚長歷史期中，僅指意大利域內之地土，——奴隸，服牛，乘馬，諸件。此一類物件之為農事工作之器具，為初民所第一必要之物品，無可致疑。予意此諸件在最初必嚴重被稱曰「物品」(Things)，或曰「財產」(Property)；而此等物品所由之而移轉之方式即曰「讓渡程式」(Mancipium 或 Mancipation)。但此等物品顯然受得「遵式移轉物」(Res Mancipi “Things which require a Mancipation”)之名，似亦非甚後之

事。在此類「遵式移轉物」之旁，不妨存立或長成一別類之物品，不必執定「讓渡程式」之全般儀式。在此後一類物品之讓渡中，通常之程式僅執行一部分，即爲已足。此一部分程式即實際交付（actual delivery, physical transfer, or tradition）也。實際交付乃一所有權之變遷之最鮮明表示也。此類物品乃古代法制上之「非遵式移轉物」（Res Nee Mancipi, "Things which did not require a Mancipation"）。在初時，或被人小視其價值，亦不常有讓渡於彼此所有權團體間之事。但當遵式移轉物之名單成爲一定不移之性時，非遵式移轉物之名單反許有無限度之推廣。於是當人類每一度征服實質的自然界之時，非遵式移轉物之名單上遂增入一目或促成一度改良於已經公認之品目上。因此，無意之中遂躋居遵式移轉物一平等線之上；而以前所居低等地位之印象，遂如是被入忘卻。人類即開始察及簡單儀式之與此等物品讓渡爲伴侶者，有重重利益駕於更繁衍更珍奇之儀式上。有兩種法律改良之工具——擬制，及衡平——爲羅馬法律家所勤用而藉之給與「實際交付」以「程式讓渡」上所具之一切實效。雖羅馬立法人長久不敢明訂遵式移轉物之所有權應立刻由純然「實際交付」式而讓渡之，但即此種步驟乃最終爲優斯大帝所力

取。在優帝法中，遵式移轉物與非遵式移轉物之區別即已不見；而實際交付遂成法律中所知之最大讓渡式。羅馬法律家之甚早即選取實際交付式，令彼等自身將此實際交付位置於彼等之理論中，而使近代人無從覺察此實際交付之真正歷史。蓋將實際交付類歸之於獲產之『自然』方式中；一者因其在意大利各部族中爲一般通行者；一者因其爲用最簡易之機式而能達到目的之手續。倘將法律大師之語意逼而觀之，則彼等意之所含當然以爲『實際交付』乃屬於自然法者，乃較古於『程式讓渡』者，而後者徒爲人組社會中之一制耳。此意恰與真情相反，無庸多言。

遵式移轉物與非遵式移轉物之區分，乃一種有功於人類文明之區分。此種區分遍被於各項物品；將一少數物品仍位置於其本類之中，而將此類中之其他物品貶之於一較低之範疇。至於原爲人所蔑視之低等物品，遂能脫免原始法律所癖嗜之煩困儀式；而後來在智慧進程之又一狀態中，移轉與賠償所承用之簡單手續遂成爲一種模範的形式，自將其便利性與簡易性以定自古傳來煩困的儀式之罪。但在若干社會中，財產所受之拘束乃過於繁複過於堅凝，欲解鬆之不能有如是之易。當一男子生於印度時，如吾前所述者，印度法律卽立刻給以財產上一切利權；立刻使財產

之讓脫非得其同意不爲功。在此同樣精神中，古時德意志人民之通行慣例——可異者，安格魯撒克遜 (Anglo-Saxon) 之習慣，似爲一例外，——亦禁止爲父者不得其子之同意而讓脫其財產；而斯拉夫利亞 (Sclavonians) 之古法律甚且禁止讓渡。所明然者，此等防礙讓渡之規定不能以財產種類上之區分而克除之。而因此，古代法當其開始一進步之程途時，用一別種形樣之區分而與之格鬪。此種區分蓋不依財產之性質而依財產之來源。在印度兼此兩種區分而有之。其一種爲吾人現所討論者，卽印度法所設立世襲產與自獲產之區分也。父之世襲產，卽於其子之生時，爲子所分享。但依照大多數省區中之習慣，子之自獲產爲其生時所自獲者，乃屬於自身之物而可任意讓脫之。此同樣之區分，亦非羅馬法所不知。在羅馬法中，最早對於父權之改革卽允許爲子者任何可由軍功獲得之物歸其私有。但此種分類用之最廣者乃德意志人也。予已數數述及家之基業雖非不可轉讓者，但欲轉讓之必經最大之困難。再者，基業僅許傳襲於宗屬而已。於是遂有各種非常雜異之分類式到處成立，皆企圖減少基業上之種種不便。親屬故殺之和金 (wehrgeld) 占德意志法制中一甚大之地盤者，亦不歸一家基業之內；傳襲之軌則亦另異其式。再者，寡婦再婚之罰金

(*reigns*) 亦不入於所付給之人之家庭基產內；而承襲此款之一系人，乃將宗屬一律除外者。又德意志法律亦同於印度法律，將家長所自獲之產區出於其世襲產以外，而許其自由處理於更寬鬆之條件中。此外之一種分類法亦爲此法律所許，即地產與浮動產之區分也。但動產之中復分爲若干小類別；每一小類別各有其獨異之法律軌則。此種繁富之分類現於一如斯率野之人民如征服羅馬之德意志人之中，在吾人視之誠大足奇；然若考其理由，當不外彼等久居羅馬疆內時吸收羅馬法之大量原素也。吾人不難就此德意志法律中之關於家庭基業以外各種物品之讓渡與傳襲之軌則，尋出其羅馬法中之淵源爲其於相距甚遠之各時代間零星探入者。阻礙財產之自由流轉之諸障礙物究竟被此等策畫所戰服者達何限度，吾人竟至欲加以推測而不可能。因以上所述之諸分類未有近代之歷史也。如予前所釋者，基業式之財產在封建時代已全失蹤；而當封建制度已完全固立之時，實僅存有西方世界所知之一切分類中之一種分類——田地與物品之分，即不動產與動產之分也。外表觀之，此分類與羅馬法最終所承認者誠然相似；但中古時代之法律異於羅馬法律者，乃在其顯然視不動產較動產爲更尊貴也。即此一例已足表明此種分類所屬之一類方

便手段其重要爲何如矣。在一切國度爲根據法蘭西諸法典之制度所管轄者之中，換言之，即在歐洲大陸之最大部分中，動產法（向來本自羅馬法者）已替代封建地產法且取消之。英吉利乃惟一重要之國家尙未完成此種變遷者。再者，吾英國乃惟一可注意的歐洲國家；其中動產與不動產之分乃略被一班同樣影響如會令古代諸分類離卻惟一符合自然之一種者所擾亂。主要言之，英國之分類亦即田土與物品間之分類；但有某一類物品已附入田土一類同爲遺產。又另有一類田土上之利息已久因歷史上種種事故列於動產一類。夫英國法制之獨立於法律變革之主要潮流之外而重露古代法律之現象，此所述者非其僅有之一例也。

予將進而察見此外復有一二種策畫爲古代財產權上之束縛所藉而逐漸解鬆者。假定此書之範圍僅許稱引甚古之事，此中之一種策畫爲吾人所特宜略加論及者。因凡不熟於早期法律史之人，皆不易信及一種原則爲近代法制所經甚緩之進行與極大之困難而始認得者，實爲法律學甚幼稚之期即已熟知矣。在一切法律中，無有一種原則爲近代人所甚不願採入所甚不願令生法律效果者，如其不願採行羅馬『依用得權』或『久有』（*Usucapion*）原則之甚。此『久有』原

則傳與近代法制，遂變爲『時效』(Prescription)之名。『久有』乃最古羅馬法上一種人定的軌則，尚在十二表法之前。此軌則即規定凡物品於一定時期屬於一人所有而中間未曾間斷者，遂成此所有人的財產。此一定時期乃極端短速；——按照物品之性質，或一年，或兩年，——而在歷史上甚長時期內，『久有』之原則僅許於一特種方式下開始屬有一物時可施用之。但予意，或者在一稍後時期內，此種臨時屬有乃於若干條件甚至較吾人所見於諸大作家之著作中者爲寬鬆者之下，變爲正式所有權。如予前所述者，予絕不欲謂人類之尊視事實上之屬有乃一種現象爲研究法理者所僅能即其本身而衡量之者；但必須提醒者，即原始社會於採取『久有』原則之時，未嘗預先埋伏何種思考上可疑可慮之點爲阻礙近代人之承受此原則者。『時效』一原則最初爲近代法律家所視爲可憎者，繼而以甚不願之心理而承認之。在數種國家中（包括英國在內），立法事業於長久期間不欲超過一種羸疏之計畫；此計畫即欲排除一切根據一先於一指定時期之一種誤行而生之行動。大抵此先於一指定時期者，即一前朝代之第一年也。又非待至中古時代告終之時，及詹姆士第一 (James the First) 來居皇位之時，吾人始獲得一種甚不完美之真正限

制條例也。此種對於羅馬法中最有名部分之一種（此一種當然爲大多數歐洲法律家所時時讀著者），鈔錄之迂緩，乃近代世界所受教會法之累。教會法所根據之教會習慣，本其神聖性，或半神聖性之意味，天然視其所給人之權利爲不可因委棄未用而喪失者，無論委棄未用之期如何之長。而依此觀念，故當此宗教法制後來固立之時，遂露出一顯然反對『時效』之點。教會法，當教會法律家執爲世俗立法之模型時，遂大施奇異影響於諸種主要原則之上。教會法付給全部歐洲到處所成之習慣以遠少於羅馬法所給之明晰軌則。但教會法似將一種癖性在多數主要點上傳染於法律意見中，而如是產生之諸趨勢遂漸漸當每處法律向前發達之時大展其力量。教會法所引出一種癖性即厭惡『時效』之癖性。但倘若未有塵世的法律家教人以無論實際立法取如何之動作，凡一權利縱使長期未經使用，皆實爲不可毀滅者，則予不知此種癖性將如何而能獲此強有力之施行也。此種癖性之遺迹至今尚存。凡在法律哲理被人熱烈討論之處，問題之關於『時效』者，必爲熱烈之爭端。而仍然爲法蘭西及德意志之一最有興味之論點者，卽一人已多年離卻其『屬有』狀態者，是否剝奪其所有權，作爲一種忽視權利之懲罰，或是否因法律之速於調停欲停

止爭訟而使此人失其所有權。凡此狐疑不定之心理，皆不足因早期羅馬之社會。羅馬之古時習慣直接對於一人已脫離其「屬有」狀態經過一二年者剝去其所有權。「久有」之軌則，在其最早形式中，確實之格調究爲若何，頗不易言。但若就吾人所見此軌則上所附之諸種限制觀之，則此軌則實一最有用之保障，可以抵禦讓渡制度之過於累贅之苦。欲得「久有」軌則之利益，在當時所必要者，卽此種名義不順之「屬有」必託始於穩固之信心；換言之，卽信此「屬有人」乃依合法的行動而獲得此產。又此物之移交於此「屬有人」必經何種讓渡之方式；此等方式無論與賦給一完美所有權者爲如何之不同，然至少亦爲法律所承認。故在一「程式讓渡」(Mancipation)之例中，無論其所演行者爲如何之滯笨，然此程式苟進而將「實際交付」(Tradition 或 Delivery)包括於中，則所有權之弊病應能被至多二載之「久有權」所醫愈也。予所知者，在羅馬人所實行之事中，實無其他一物可以大證明其法律天才有若其對於「久有」軌則之運用也。彼等所被困之難點，乃與英國法律家所被困及現仍被困之難點幾於相同。當時羅馬，因其法制之複雜而尙無勇力以改造之，故事實上之權利往往與術語上之權利相脫離。衡平上之所有權往往與

法律上所有權相脫離。但『久有』之軌則爲法律大師所製出者，遂供人以一自動的機械；藉此機械可以醫治財產權上之缺點，可以使暫時脫離的所有權於最可能之速度中還合如故。『久有』之軌則直至優帝改革之時方失其便利；但當法律與衡平完全相融之時，當『程式讓渡』已不爲羅馬所用時，則此種古策畫遂無再存之必要。而『久有』經過甚長時代，遂變爲『時效』（*Prescription*），而結果幾爲一切近代法律制度所採入矣。

予將略舉另一手段與上一手段同一目的者；雖此手段未立刻現於英國法律史中，但實在羅馬法中爲一遠古不可記憶之遺蹟矣。若干德意志民法家不甚明於英國法中同類物可以借作研究此題之借照者，已設想此手段甚至先於『程式讓渡』而發生；誠爲不誣。此手段爲何，卽『擬訴式之財產移轉』（*Cessio in Jure*）也。原告（卽買主）作此請求，亦取通常訴訟之形式。詐判被告（卽賣主）爲應交還財產；而所指之財物當然歸原告，予不必贅告英國法律家者，卽此種方便手段曾提示吾英之祖先而產出著名的罰金與償還之軌則（*Fines and Recoveries*），遂大有助於解除封建地產法之嚴酷束縛。羅馬之策畫與英國之策畫乃有甚多相同之處，且能互相彰顯，

大足爲訓。但二者之間，有一不同之點；卽英國法律家之目的乃欲推除所有權上所已經引入之糾紛；而羅馬法律大師乃事先防止此等糾紛之至，特將一種無可非議之讓渡式替代以前太過有弊之讓渡式。實際，此種策畫，乃當法庭穩固行使其職務時所立時出現者；但其所據者仍爲原始程度之觀念耳。當法律意見較進一步時，法庭中視此詐認爲法庭之汙點。但向來有一時期，苟詐認能謹慎遵照法庭所定之一切手續，則法庭亦絕不作遠念也。

法庭及其訴訟手續之影響加於財產上者已極廣大；但此題目過宏，非本文範圍所能顧及。若循而考之，則不免脫離本篇之計畫，而深入後來法律史之考求矣。雖然，予應言及，此影響之所由生，不得不推功於『所有』(Property)與『屬有』(Possession)之分割。但非此項分類法之本身有多大之重要；因此項分類法（在一著名英國民法家之口中）乃徒等於分割一事物上法律權力之施爲與實質權力之施爲而已。所謂功者，卽此項分類法在法律哲理中獲得非常之重要性也。學者少有如斯不習於法律文籍，乃至不知羅馬法律大師在『屬有』一題上之言論已長期引出極端可見之糾紛者；又不至不知薩維尼被人設想其所藉以自證其才能者，乃其對於此一難解之

謎所發見之解決也。實際，『屬有』一詞當其被羅馬法律家所用時，似其所收入之意不甚易於索解。此一詞——『屬有』(Possession)——自其語原上觀之，必初指實際的附着，或實際的附着。可以任意收回者；但如其不加任何形容之句而單獨用之之時，其意之所指不僅爲實際的羈有，且表示實際羈有之外尙帶有欲此所羈之物執爲己有之意。薩維尼追隨尼鉢(Nietzsch)認出此種變則僅能有一歷史的來源。彼指出羅馬貴族市民付甚低租價而成爲最大部分羅馬公地之領主者，在早先羅馬法上視之，僅僅爲『屬有人』(Possessor)而已。但彼等當時之屬有此土，乃欲永遠執之不許他人來過問也。實言之，彼等之聲求幾與近來英國租借教會地產者所提之聲求完全相合。彼等自認在理論上乃此民邦中之任意租地人，力自爭護以爲時間與安然享受已將其執有狀態做成一種正式所有權；又以爲倘若爲重新分配公地起見而將彼等之原狀取消，乃不合理也。此種聲求與貴族租地相附合，遂永遠大施影響於『屬有』一義。同時『屬有人』可藉以自護之惟一法律救濟，卽『屬有令』(Possessory Interdicts)之頒發也。此等屬有令之頒發，乃羅馬法中之簡括手續，由普立德爾爲保護此等屬有人起見而籌畫者也。或者依一別種理論，此等屬有令

乃爲一較早時期中用作暫時保持屬有狀態之計而欲將正式所有權問題姑置不決者也。於是吾人可了解，凡一人屬有一種財產若爲其自有者，卽有權可以要求頒發「屬有令」而由一極端虛擬的訴訟式，將此屬有令頒發之手續鑄成一種形式合於審理一有爭端的「屬有」。於是開始一種運動，如奧斯汀言，恰恰傳染於英國法律中。「所有人」(Domin)或(Proprietors)遂樂於選取此種較簡單較迅速之屬有令之辦法，而捨棄迂緩奧衍之正式所有權之訴式矣。又欲爲自身獲得屬有令之救濟計，反退而居「屬有人」之地位；蓋設想「屬有」之地位卽包含於其「所有」之地位中。允許非真正「屬有人」——但爲「所有人」——可以自由求助於屬有令之救濟以證實其權利，雖在初時爲一種特別恩遇，但結果，大令英國法制及羅馬法制成爲墮落。羅馬法，因此在「屬有」一題上大生曲解，使此題喪失信用；而英國法當其「不動產償還」之法律行爲降成無可希望之混亂狀態後，遂由一種極有勇之救濟將此等混亂行爲全部掃除。無人能否認三十年來英國隱然廢去「不動產法律行爲」(real actions)之爲一公共利益。但仍有人極有愛於法律制度之勻整者，尙太息英國法律不特不能將真正所有權之行爲加以澄清，加以改良，加以刪繁

就簡，反將真正所有權之行為全部犧牲於『強回屬有』(Ejectment)之行為中。因此，吾英國全部地權回復之制度，遂徒以一法律擬制為根據矣。

法庭又時時大有助於範成改變所有權之觀念，而用法律與衡平間之區別為其工具。此種區別，向來現為法權間之區別也。在英國衡平財產權 (Equitable Property) 但為衡平大法官法庭之法權下所認之財產權耳。在羅馬，普立德爾通告書介入其新奇原則，外表允許於某等情形下一特種行為或一特種訴訟可以提出；而因此，羅馬法中之衡平財產權 (in bonis) 乃專為源自通告書之諸種救濟法所保護之財產權也。衡平的所有權不致被法律的所有權所駕越，其所賴之機械在此兩地之制度中略有不同。在英國衡平所有權之獨立，乃為衡平法庭之禁狀 (Injunction) 所保障。但在羅馬，因法律與衡平當尚未固合之時，乃由同一法庭運行之，故未有如英國之禁狀；而法官取一種較簡單之動作不許市民法上所有人取種種行為及訴訟；此等行為及訴訟即市民法上所有人欲獲得在衡平法軌上屬於他人之財產權所惟一能藉手者也。但此兩處之制度之實際施行式，乃幾於相同者。此兩制度皆利用一種法律行為手續上之區別，遂能保持諸種新式財產為

一種暫時的存在以待時機之來而博得全部法律正式承認之。依此方法，羅馬普立德爾對於一人僅由『實際交付』(Delivery)獲得邁式移轉物而未待『時效』(或『久用』)之成熟者，立刻付以所有權。同此，普立德爾又承認『受質人』(Mortgagee)爲所有人；此受質人或初時僅爲一『受託人』(Bailee 或 Depositary)而已。再者，彼又承認『永借人』(Emphyteuta)爲所有人。永借人者即一定數永久租金下之租地人也。英國衡平法庭取一與羅馬平行之進程；爲典押人(Mortgagor)爲委用人(Cestui que Trust)爲已婚婦(Married woman)有享受一特種契約之利權者，又爲購買人(Purchaser)尙未獲得一完全法律所有權者，製造一特種所有人之地位。凡此例中，諸種顯然新式所有權，均被衡平法所承認，所保護。但間接的所有權，在英國與在羅馬并受衡平法之百千種影響。製造法律制度者，無論將此有力的衡平工具推而用之於法制中之任何方隅，皆必處處惹及或改變財產權也。予既於以上諸節論及若干古代的法律區劃與法律手段，認爲有大影響於法律權之歷史上，予必欲讀者了解予意中所謂蓋以爲此等分割與手段之大部分勢力，乃起於其所浸入衡平法製造人之心靈中之諸種改進的暗示與提醒也。

但若欲描述衡平法在所有權上之影響，則不免爲描述衡平法直到如今之歷史。然予所以略加暗示者，蓋大要因現有若干高明作家曾告人以在羅馬人之分劃衡平所有權與法律所有權之中，吾人可獲得一種暗示足據知一種所有權上觀念之差別，爲中古時代之法律所由異於羅馬帝國之法律者。封建時代之觀念有一主要特點，卽承認一種二重的所有權，承認封建地主之上層所有權與租地人之下層所有權并行不背也。此種雙層所有權有人謂其極合於羅馬人一概斷式之區分，卽區分市民法之所有權（Quiritarian or legal property）與（用一後來名詞）衡平法之所有權（Bonitarian or equitable property）也。格尤士（Gaius）本人認此所有權之裂爲二部爲羅馬法上一異常之象；又將此分裂之象與他民族所習慣之完整所有權（Entire or allodial ownership）作一明顯之反比較。優斯惕安將所有權重合爲一誠爲事實。但北方蠻族所接觸於如斯長久諸世紀中者，乃非優斯惕安之法制，而爲少分改良之西羅馬帝國之法制也。當諸蠻族起趨不進於羅馬帝國邊境之時，彼等當然學得此種分劃之法；而此分劃之法後來遂生出巨大之果。吾人若偏向此種論調，無論如何，必認明此種羅馬原素存於各蠻族之習慣中者，實未經人作完美之

查者。所有一切謬誤多失之理論欲解釋封建制度者，皆有一相似之點；即皆不注意於此種原素也。有一班較早研究家多爲英國人所追蹤者，曾將一絕對重要性附着於封建制度所於中成熟之混亂時期之狀態。後來又有一新謬見之根源增加於原有謬見根源之上；此卽民族自驕心也。德意志著作家本此驕心，誇張其祖先未入羅馬世界時所建造之社會組織爲如何之完美。又有一二英國研究家雖能就適當之處尋覓封建制度之基礎，但未能循其查考之徑而得何種美滿之結果。蓋彼等或過於專向優帝編輯物中作查考之生涯，或專限其注意於羅馬法之輯要附在若干現存的蠻族法典之上者也。但若羅馬法制會施影響於諸蠻族本土社會之上，則其所施最大部分之影響，或尙爲優帝立法以前之事，爲編輯此等輯要以前之事也。予意加於蠻族習慣之粗缺骨幹上以筋肉者，乃非精良美潔之優帝法制，但爲流行西羅馬帝國疆內之未消化的法制，爲國法大全所從來未能遂而代之之法制耳。此種變動必設想其現於德意志部族尙未分明將羅馬任何領土充爲己有之時，而因此必遠先於德意志諸帝王令人編輯羅馬法輯要爲其羅馬屬民之用之時。此等假定之必要，必爲任何人等能賞知蒙期的法律與發達的法律間之異點者所感覺。蠻族之法律存與吾人

者固甚粗鄙，但未能露出充分粗鄙之式以滿足其爲純粹蠻族來源之理論。吾人又未有任何理由可以信及吾人已自書面紀載中察出其所征服之人民所平日實行之法軌不僅爲一單個成分而已者。倘若吾人能確然信得羅馬法之大量原素向存於蠻族制度之中，則一嚴重之難題不難掃除矣。征服主之德意志人法律，及被征服者之羅馬人法律，倘其間未有相近之點較多於精良的法制通常之對於野蠻習慣者，則二者恐無聯合之可能。此等蠻族法典固似乎爲古董之物，然實僅僅爲真正蒙期習慣與半了解的羅馬軌則之一混合物而已。而自西羅馬比較滅亡之時，已將其所獲於西羅馬諸帝之下者交回羅馬者，乃該項促令蠻族習慣聯合於一羅馬法制之一外來原素也。

凡此所談，雖皆不得不承認，但有數種原因可以令人不信封建制下之所有權乃直接爲羅馬二重所有權之遺照。法律上所有權與衡平上所有權之一區別，似爲一種巧說非蠻族所能了知者。再者，此種區別除非法庭已能按規行權時，恐難被人了解。但反對上述之理論尙有一極強之理由，卽根據羅馬法中之一種所有權爲理由也。此種所有權——確爲衡平法之製造物——可使人更易了解一堆思想變爲一別堆思想之過渡情形；此式所有權非他，卽『永借權』(Emphyteusis)也。

永借權實爲封建地土權所時時託始者，雖其產生封建式所有權之功恰爲何許之量乃吾人所不甚知悉者。蓋「永借權」(Emphyteusis)一意，雖爲其所託始之希臘字所不知，但實能表出一階段之思潮最終引出封建制度者。當吾人考及羅馬貴族地產時，吾人卽見羅馬史上第一次稱及一類地產較大於一「家父」連帶其家子奴隸等所能耕種者。此類大產主似未曾具得一種思想將其田地給與自由租地人耕種之。彼等之廣土似一律由羣隊奴隸耕種之；而將此等奴隸羣隊交付於一班領工者分途管理之下；此領工者或本身爲自由民或亦爲奴隸。如斯惟一之組織，似將奴隸分成衆小團體，而置諸較優待較信託的特產地位。彼等遂如斯按照其工作之效率而獲得一類利息之享受。但此種制度特別不利於一類地產，卽不利於邦有之公地也。羅馬官吏更動之速大足驚人，故以如斯廣漠之地產所有權付諸公共法團監理之下，自極有缺點。因此，吾人遂聞彼等曾將公地永遠租與私人耕種；於若干條件及一定租金(agri vectigales)之下，而租與之。此種計畫後來大爲私家所有人所模仿。而此項租地人原來與本主之關係乃由契約所決定，後來遂由普立德爾承認其本身有一合格的所有權。此所有權卽後來爲人所知之「永借權」也。自此點上，租地制之

歷史遂分爲兩支。在一紀載極不完全之羅馬帝國下一長時期之進行中，羅馬大家族下之羣隊奴隸遂變爲『農奴』(Coloni)。此農奴之來源與其狀態，遂構成一切歷史中諸種最曖昧問題之一種。吾人不妨推測農奴之成立一半由於提高奴隸之地位，一半由於貶降自由農人之地位而成；而彼等能令羅馬帝國下之富人階級覺悟其土地孳息之增多由於耕種人亦享受一部分之利息也。吾人知農奴之服役僅爲土地性而已；故遂缺乏絕對的奴隸之衆多質點；而除交供地主以每年一定數目之田收外，無他役也。吾人又知農奴之身具有古代與近代社會上之一切變遷。雖在封建時代組織上，農奴一事包括於較低等地位中，但農奴繼續在衆多國內對於地主所盡之職責，仍同於往日對於羅馬業主所盡之職責；而自一特種類之農奴 (coloni medietarii) 將田地出息保存一半給與田主者，遂降成一種佃戶 (Metayer tenantry)。此種佃戶仍然幾在全部南歐照舊作土地之耕種。反此，倘吾人可將國法大全中對於永借權之暗示作一解釋，則可謂永借權成爲所有權上一有益的改變；而吾人又不妨推測凡自由農人存在之處，規定其田地上之利益者，乃此種之租地制也。普立德爾如予前所言者，視永借權爲真正所有權。此永借人倘被人所逐，則許其取不動產訴

祕式而爭回原位。又彼在租借契約上，得有不許他人侵擾之保障；蓋但能準期付出租金，即無人可防礙之也。但同時，吾人不可設想原地主之所有權已成消滅，或毫無作爲。蓋原地主之所有權仍然生存；當租地人不付租金時，可以收回此地；當租地人售賣其權利時，有先買之權；又對於耕墾之方法，亦有一部分管理權。於是，吾人遂在『永借權』一事中，獲一可驚的二重所有權之例，足以表示封建財產式之特質；而此種二重所有權之例較之法律所有權與衡平所有權并立之例，乃大爲簡單，大易模擬者。雖然，羅馬租地制之歷史并不於此點告終。吾人有明確之證據，知在來因河（Rhein）與但紐卜河（Danube）沿岸之深溝高壘，爲保護羅馬帝國邊境以防備蠻族鄰人之計者之間，有連綿相續之窄條田地（agri limitophi）爲羅馬軍隊中之老兵練卒所占，而遵永借權之條件。於此處，亦有兩重所有權；羅馬國家爲此田地之地主；而耕此田地之兵卒，但能隨時因邊事之急而應國家之兵役，則無人可侵擾之也。實言之，在此處乃以一種屯守義務極類於奧大利土耳其（Austro-Turkish）邊境之軍隊屯墾之制度者，替代通常永借人應付租金之義務。吾人似不能不信此種事例正是蠻族帝王所擬之而建立封建制度者也。此種事例爲蠻族帝王親眼得見者，互數

百年；而吾人應記及者，屯守羅馬邊境之老兵練卒乃本身即爲蠻族之苗裔，或竟口操德意志之語。對此一種模範制之模擬，不僅可以解釋法蘭克與朗巴特之君主（Frankish and Lombard Sovereigns）從何處獲得一種思想將其公家土地劃出一部分給與從役軍事之臣民以博其死力，又且可以解釋此等『恩地』（Benefice）何以立刻成爲世襲之趨勢；因此永借權雖有受原來契約上之條件所鑄範之可能，但通例乃傳與此受地者之嗣人也。事有確然者，一『恩地』之執有人及較後『恩地』所變成之『封土』（Fief）之土主，似乎負有若干義務爲軍隊屯墾人所不負者，亦爲永借人所不負者。此等受封土者所負對其主上朝謝之義務，對其主上之子女助備軍服及妝奩之義務，對其主上未成年時負保護之義務，及其他類於租地制上之衆多偶然義務，皆實自羅馬法中恩主（Patron, quondam-master）與自由人（Freeman quondam-slave）間之諸種相互關係上所借來者。但所知者，最早之受恩地人乃君王之身旁伴侶；而此種地位雖似乎頗有光榮，其實在初時乃不免爲身分降黜之役。服役於王庭之人，遂喪失若干屬於地主身分且最足自驕之絕對自由矣。

第九章 早期契約史

吾人今日之社會，所以不同於前代者，乃由契約（Contract）所占之範圍獨廣。凡論及吾人所屬之時代時，其所立論，能視此說更易得人之同意者，蓋甚鮮。此說所根據之現象，有常經標揭，以供人之注意，批評，及讚揚者。在無數之事例中，人在社會中之地位，舊日由法律以其所自出之門第，爲之規定，不得轉變者，若在近代之法律，則許其依契約自行創造。規律所在，卽對此偶有例外，人民憤怒之餘，亦必欲廢棄而後快。此義也，吾人中漫不經意，乃竟不能見及者，蓋亦不衆。此事爭辯最劇之點，尙可見於論黑奴一事中者，乃奴隸之分位（Status）是否屬於過去之制度；又僱主與工人間，唯一之關係，無悖於現代之道德者，是否全出自契約所決定之關係耳。承認古代與現代有此種分別者，蓋直爲當代最著名之玄想之中堅。如經濟一學，乃唯一之精神研究，曾著有鉅大之進步於今日者，假使謂強行之法律（Imperative Law）未嘗將其前此所占之方域，多年廢棄，亦未嘗使人能以向所未有之自由，自行決定行爲之規律；則經濟學將不能與生活之事實相符矣。多數之人，曾受

經濟學之薰陶者，偏見所在，乃在欲將其學所根據之通理，(General truth)變為普遍；且視之為術 (Art)，而施以應用時，奮力所在，乃在擴充契約之範圍，而節縮強行法 (Imperative Law) 之範圍，惟履行契約，視法律為必需時，乃視為例外。思想家受此種觀念之影響，為所左右者，其所予之鼓動，現在西方正深入人心。立法之不能與人類之發見，(Discovery) 發明，及處理日積之財富等事，並駕齊驅，幾於自行表白；即最不進步之社會中之法律，趨向所在，亦徒成爲外層，(Surface-stratum) 其下關於契約之規律，叢積滋生，日有變化；法律於此，除於少數之基本原則，督率遵行，或於違背信約者，科以懲罰外，蓋極罕干涉也。

社會之研究，以有倚賴法律現象之研究，其萎靡無所展進之狀，至爲顯著，故關於社會進步之說，現在流行而成爲口頭禪者，於此種真理，乃不能認識；吾人於此，亦正不必爲之駭怪也。此種口頭禪，其回應吾人之偏見，遠過於回應吾人之信仰。若契約所倚賴之道德，發生問題時，則多數人士，極不願以道德爲有進步者，至此乃益具勢力，而信義之遍布，有過於舊時，或當代之儀文中，有足與前代之忠藎相提並論之處則，吾人中，乃頗有若出自天性，極不願以此說爲然者。若見及欺詐之事，爲

前此之尙未聞，而其鉤心鬪角之繁密，與犯罪性質之深重，足以令人惶惑驚詫者，則有時此種成見，乃益足張目。然吾人須知，卽此欺詐之本質，便足明白表示，在此種欺詐尙未成爲可能以前，道德上之責任，爲此種欺詐所破裂者，必先超出比例，而大有展進。所以使少數之人，易於不顧信義者，乃由多數之人，篤信信義，以此爲安頓之所。故假使背信蔑義之事，層見疊出，則謂信義乃見於平均之來往晉接，而在特種之事例中，黠者乃有違背之機會，推斷所及，當以此語爲最穩適。若吾人讀道德史，如所反映於法學中者，注視所及，不在契約法，而在刑法，則吾人應細心謹慎，萬勿讀錯。蓋在最古之羅馬法中，所視爲不信義之罪，祇有盜竊 (Theft) 一種。當吾作此書時，英國刑法中最新之一章，卽欲規定受委託人 (Trustee) 因欺詐所應受之懲罰。吾人觀於此種相反之處，所應爲之論斷者，非謂原始之羅馬人其所行之道德，高於吾人也。乃謂由羅馬人以迄於吾人之時間中，道德之進行，由極粗淺之觀念，以進於極精細之觀念，由視財產權爲絕對神聖之見解，而進爲視從片面信用而生之權利，爲足以受刑法之保障也。

關於此節，法學家之學說，其近於真理，未必有過於庸衆之意見。試觀羅馬法律家之見解，卽與

真正之道德及法律進步史不符。有一種契約，以締約人所質之信用爲唯一之主要原質者，羅馬法律家特稱之爲 *Contractus juris gentium*。且此種契約雖確爲羅馬法制中最新之物，而蘊含之義，所表之於言語者，若有確實意義之可言，乃謂此物實較古於羅馬法中他種結合之事，而按照羅馬法祇忽視形式別無他過者，其有害於所負之責任，乃同誤會或欺騙云。然所謂古者，實浮泛而虛渺；惟據現在之觀過去，乃能了解如何之古。且萬民法之契約，（“Contract of the Law of nations,” *Contract juris gentium*）吾人視之爲自然狀態中之人所知之契約者，乃在羅馬法律家所用之文字，成爲其時代所用之文字之時始見及之，此時代者，其先於構思之方，蓋已失其秘鑰也。盧騷（Rousseau）者將法家之錯誤與庸俗之錯誤兼而有之。其論藝術與科學有關於道德一文，（*Dissertation on the Effects of Art and Science upon Morals*）乃最引入注意之作；與獨抒意見，自成一家之言，於此亦盡力發揮，不留餘地。文中於誠篤信義，歸諸古代波斯人（*Persians*）之處，一再指示，視爲原始純潔之遺踪殘跡，爲文明所逐漸毀損者。其後則以原始社約之主張，（*Doctrine of an original social contract*）爲其一切冥想的根據。社約論者，乃吾人所討論之錯誤

中，最具有系統之形式者也。維受政治烈情之滋殖，負一時之重望，而元氣所自，實出自法律家之冥思默想。聲譽廣著之英人，其初爲此說所動，以其足供政治上之應用，乃視同環寶，此誠確無可疑之事。然假使政客之爭辯，不乞靈於法律用語，則必不借助於此；此其義，吾將繼此而爲之申闡者。且此說以其涉思之深遠，深受法人之歡迎；英人推波助瀾，法人轉而承襲其說。吾英之著作家，於此亦非盲目。據英人之著作觀之，則知彼曹以爲此說不獨可以解釋政治現象，且可以解釋一切社會現象。人類所遵守之實在規律，大部分爲造自契約，小部分爲造自強行法（Imperative Law），此種事實，在當日既甚顯著；彼曹於此，亦經見及。然法學中此兩分子之歷史上關係，彼曹則無所知，或未留意。是故彼曹故立凡諸法律原自契約之說，欲藉此將一切法理，歸諸一律之淵源，以滿足其冥想之好問。並欲藉此以避強行法律來自神權之說。若在他一思想時期，以彼曹之說，無過儕於機巧之假定，或權便之口禪，彼曹每將慊然自足，不復苛求矣。然此種時代，乃受法律迷信之支配，而不能自拔。自然狀態之說，先既盛稱一時，直至無人再以其說爲似非而是時始止。故堅持社約爲歷史事實。於法律之契約原始，予之以謬誤，堅定之說者，其爲事似極易也。

吾人此一代，既脫離此靈誕之法律學說，半由於超過彼輩所屬之智力境界，半由於幾不復就此題旨，再抒理論。現在聽睿之人，所樂於從事，而於社會狀態之起原，足以應吾人祖先之冥想者，乃在將現在所呈於吾人眼前之社會，爲之分析。然因不借助於歷史，此種分析，乃常陷於好奇心之無謂運用，且使探討之人，不能領略社會之狀態，乃與其所習見者大異。以吾人今日之道德爲衡，用以鑒別他時之人士，正猶以現代社會機械之每輪每門，爲在雛形社會中，有其副本，皆坐於不明古今之變也。此種印象，於時式之歷史著作中，分枝甚繁；而所蒙飾之面具，亦甚精細。然踪跡所能，託存於法學範圍之中者，可於頌揚孟德斯鳩之寓言小說見之。孟氏所作之“Lettres Persanes”，有論及 Troglodytes 之處。Troglodytes 者，乃一種人民，無時不違背契約，故全歸滅亡云。假使此寓言中所垂訓之道德，正如作者之所期，並用以暴露違背社會之異端，如本世紀及上世紀之所受其脅迫者，則此誠無可擬議。然由此所得之推論，若謂如然諾及合同，基於平準，如成熟之文明所不能蔑視者，古代社會於此，若不能視同神聖，不可違背，則其社會將纔然不可終日，是其錯誤之重大，直不知法律史爲何物矣。須知 Troglodytes 昔稱繁盛，且曾建立強有力之國家，而於契約之責任，

則不甚措意；此爲事實。個人於其自身所造之權利義務甚少，或竟無權利義務之可言，此爲關於原始社會之組織，凡諸作家所應領悟之點。蓋個人所遵守之規律，第一來自其所繫之門第；第二來自其家長所授之命令；此種制度，極鮮容許契約有迴旋之餘地也。同一家屬中之人員，（據吾人能依證據而解釋者完全不能互相締約；若有下屬之人員擬相締約，共同篤守者，則其家屬儘可置之不理。若家屬與家屬，家長與家長，則可互相締約。惟此種行爲，與移迨財產，同一性質；且頗受繁文縟節之拘束。若稍有違背，則足妨及締約之責任。與人相約之言，有篤守之責者，此乃文明進步所緩緩征克而來，非一朝一夕所能成就者矣。

無論或從古代法，或從證據之別種淵源，均不能示吾人以古代之社會乃全無契約之概念。然此種概念，最初見時，則顯爲雛形之概念，毫無疑義。吾人試一讀可信之原始紀載，必不能不見及心習 (Habit of mind) 所在，應行踐約者，其時乃尙未完全發展。且蔑棄信義之醜行，徵論所及，不加貶譴，反有時許之。如據荷馬詩中之所載烏利錫士 (Ulysses) 之欺騙奸巧，乃與訥斯佗 (Nestor) 之謹慎，赫佗 (Hector) 之有恆，亞濟烈士 (Achilles) 之豪俠，等量齊觀，同爲美德。若一觀古代

法，則尤足見契約之雛形，其與成熟完備，所距之遠矣。第一，以法律之干涉，強人踐約者，古代法中，即無是物。法律所挾之制裁，視爲武具之物，非然諾 (Promise) 乃附以莊嚴儀式之然諾 (Promise accompanied with a solemn ceremonial)。儀式一事，不獨與然諾之本身有同等之重要，且竟過之。蓋人於口頭久許時，其心理上之狀況若何，成熟之法理，爲之作精細之分析者，若在古代法中，則爲緣附而來之言辭及態度。若儀式有遺漏或誤置，則所質之信，不必篤踐。若能表明所有一切形式均經遵守，則欲以所約乃出自脅迫或欺騙爲辯護之資，亦無用也。此種古代之見解，一變而爲契約之習見觀念，可於法學史中明白見之。最初儀式中之一兩步，先行廢置；繼乃就他種加以料簡，或在某種情形中，許其不必篤守；最後則將特種之契約，與其餘之契約分開，許其不必按照定式而締結；而所挾取之契約，即社會交接之精神力量所恃者也。在繁文縟節中心約 (Mental engagement) 一物，緩緩離開而獨立；顧雖甚緩，而實顯著；且逐漸成爲唯一之原質，爲法律大師 (Jurisconsult) 之興趣所集中於此者。此種心約，由外部之行動而表見，羅馬人稱之爲合同或盟約 (Pact or Convention) 而當合同 (Convention) 一經人視同契約之心核時，則前進法學之趨勢，立將儀

節之外殼及形式毀裂；於是形式一物，祇於爲認明本跡之保障，及爲審慎與用心之擔保時，始行保留；至此，契約之觀念，乃完全發展；若用羅馬人之成語詮之，則契約乃吸收於合同（*Pactum*）之中也。

羅馬法中，此種變化途轍之歷史，極足啓迪吾人。當法學最初之曙光甫現時，所用契約一詞，乃研究歷史拉丁學（*Historical Latinity*）者所習聞之語。是名 *nexum*，而締約之兩方，則稱爲 *nexi*。此兩語吾人應極留意；因其所根據之譬喻，流行獨久也。觀念所在，以爲締約之人，乃用強固之束縛（*Bond*）或鎖鏈（*Chain*）爲之連繫者，自始至終，頗有影響於羅馬之契約法理；由此順流而下，且與近代之觀念相混合。然則所謂束縛（*bond or nexum*）者，果何所指耶？考究拉丁古學者，曾以其所著之界說，貽之吾人；謂束縛（*nexum*）者，乃有銅幣及天秤之交接（*omne quod geritur per aes et libram, every transaction with the copper and the balance*）。惟此諸字，頗使人建罔無所適從。蓋銅幣與天秤者，乃遵式移轉（*manicipation*）著名之附帶物，此爲上章所述之古代隆儀重典，最高式之羅馬產業所有權，由一人而移轉於他人時，卽用此儀注。遵式移轉（*mansipation*）者，乃一種轉業（*conveyance*）。按照上文所引之界說，則契約與轉業（*con-*

veyances) 混淆；於是乃引起一種困難。蓋在法理哲學中，此兩物不獨有別，且實相反。權利有兩種，一爲對物權，(jus in re, right in rem) 卽對全世界而有效之權，(right availing against all the world) 又稱物主權，(Proprietary Right) 一爲對人權，(jus ad rem, right in personam) 卽對一單獨個人或單獨團體而有效之權 (right "availing against a single individual or group" 又稱債權 Obligation)。法學成熟時，學者於此，分析極爲清楚。夫轉業 (Conveyances) 既爲移轉物權，(Proprietary Rights) 而契約則爲創設債權。(Obligation) 然則此截然不同之二物，豈能包括於同一之名稱，或同一之概念中耶。於冥想中，能將實行時混淆之觀念，分別清楚，此須另具一種能力 (faculty)。此種能力，蓋屬於智力演進之較高時期，若以此歸諸當未形成之社會中之心智狀況內，則屬謬誤。不知古代不能分別物權債權者，正猶他種令人迷罔之事，均坐此誤也。古代社會實際上將契約與轉業混淆不分，事態所在，有所表徵之處，吾人幸勿誤會。又人類於締約及轉業能分別行事，不相混淆時，此種觀念不能調協之處，始能令人察見。凡此二義亦爲吾人所不可不知者矣。

當法學尙在幼稚時，改變之方式，繼以法律之概念，及法律之用語，此吾人觀於羅馬法，既足略知大意者。此種變化，似由普通而趨於特別；或用他語表之，則古代之概念，及古代之名詞者，乃交制於逐漸特別化之歷程者也。古代法律之概念，與數種之近代概念相符，不止一種。古代之專門術語，表示之事物至爲蕃變，若在近代之法律，則各有其專名。然吾人若一讀第二期之法學歷史，則將見附屬之概念，經逐漸脫離獨立；舊日之通名則，讓於特殊之名稱。夫舊日之普通概念，固未嘗廢置，然前此之以一名含蘊數義者，至是則不復兼容并包矣。故舊術語雖仍存，而所盡之職，則無過前此所盡諸職中之一種；此種現象，吾人可用種種方法，舉例以明之。如各種父權（Patriarchal Power）其初似視同同一性質之物，故祇被以一名。祖先所行使之權，無論爲對於家屬或對於物質之產業，若牛羊牲畜，若妻子奴隸，均屬一物；吾人於此，雖不能確知在羅馬爲何名，然觀於 *manus* 一詞，所含權力（power）之概念，爲義之豐，則知古代之通名，卽爲 *manus*。然當羅馬法稍有展退時，名稱與觀念，均成爲特別化。在文字中，與在概念中，權力一物，均有分別，一視此權力所施之物而異。施於實質之物或奴隸者，成爲 *dominium*；施於子女者，成爲 *Potestas*；施於自由之人，其役務經爲

其祖先移付他人者，則爲 *Mancipium*。若施於妻者，則仍爲 *manus* 也。惟須知舊字亦非完全廢棄不用，不過限於前時所指之權威之特別運用耳。此種例證，可使吾人了解契約與轉業間歷史上相連之性質。其初凡諸莊嚴之交接，似有一莊嚴之儀節。其在羅馬之名，似卽爲 *nexum*；財產轉移中所用之各形式，似亦曾用於締結契約時。然在吾人尙未達到契約之概念脫離轉業之概念而獨立時，不能由此窮進遠溯。是以所見之變化有兩層焉。有銅幣及天秤之交接，(The transaction "with the copper and the balance") 意在以產業之轉移，爲其職分時，稱以特別之新名曰 *Mancipation*。舊時 (*nexum*) 一詞，亦仍指同一之儀注；惟祇限於締結契約時之隆重其事耳。

吾人謂兩三種法律概念其在古代，乃混合爲一時，義旨所在，非謂所包括之概念一種，不能古於他種，或他種概念已經成形後，一種不能超越他種，而掩蔽之。何以一種法律概念，包蓋數種概念，延續如是之久；何以祇一術語，卽足包括其餘？蓋因在原始社會中，法律上之實際改變，乃遠在人能注視及之或舉而名之之前也。吾雖曾云，父權在其初，非視所施之目標而分別；然吾有敢確定者，則對於子女之父權，乃舊日權力概念之根也。 *nexum* 一詞，最初之用處，卽用此之人心目中所存

所擬之義乃爲對於財產之轉移，予以適當之最嚴肅隆重者，此亦爲吾所不容致疑之事。大約將 *nexum* 一詞，使其略與原來之職分相離，於是乃始見用於契約中；而此種輕微之變化，遂使人不能覺察。舊名所以仍存者，因人又覺有所需於新名；舊日之觀念，所以仍膠滯於腦中者，因無人肯用心以考察之也。此事之歷程，可以遺囑史爲例；令人明白見及，遺囑者，其初不過財產之前車轉移，因實際上有巨大之不同，乃逐漸表示此種轉移與他種應行分別之轉移之不同。然就令如此，而改良法律之人，掃除其中，無謂之處，允於遺囑中祇顧及遺囑人所表示之意向者，亦不知經過幾百年矣。吾人於契約之初史，不能窮原竟委，如遺囑之初史，此誠不幸之事。然契約最初表示其本身於 *nexum* 新用之義中，其後以試驗所得之重要結果，乃經人承認，知此別爲一種交接，此則足以提撕吾人之處。吾人不妨就此歷程，而作下列之描述，雖出臆說，尙非武斷。即以售物求現一事爲 *nexum* 通常之模型。賣者貢其所欲賣之物如奴隸，買者則攜其作貨幣用之粗同塊及隨身助手 (the *libripens*) 以天秤示之。奴隸經過一種規定之儀式後，乃由賣者交與買者，助手以天秤稱銅幣授之賣者。此種交易尙未辦完時，是名爲 *nexum*，而兩方爲 *nexi*。然一經完畢，則

nexum 即終結，而賣者與買者均不復擔任由臨時關係而生之名。試再就商業史作更進一步之考求。假使奴隸已經移交，而錢未付，則在此事例中，就賣者言，*nexum* 既經完畢，而賣者一將其產業交付，即不復爲 *nexus*；惟就買者言，則 *nexum* 仍接續存在。是故同一之名詞，乃指述財產權傳遞之轉移，及債務者對於未付之買款所負之個人責任。若再推論一步，假設此種交易，完全屬於形式，貨既未交，款亦未付，則此種交易，乃表示商業上更高等之行爲，是爲執行的買賣契約 (*executory contract of sale*)。

若謂契約久經視爲不完備之移轉，(*incomplete conveyance*) 此在庸俗及專家觀之均爲不謬者，則此理之重要，有頗多理由。十八世紀之冥想，關於人類居於自然狀態之中者，若括以一語，謂其主張所在，乃謂在原始社會中，祇論債務，不論財產，(*in the primitive society property was nothing, and obligation everything*) 則此語當不致誣及倡議之人，而吾人至此，並可見及假將此說倒置，則必尤近於實際。反之，若就歷史考究，則原始時代關於移轉及契約之聯想，其所詮釋之物，曖昧難明之處，當使學者及法學家，目眩神惑。此物爲何，即極古之法制，對於債務人非

常嚴酷，毫無變通，而所授與債權人之權力，則極爲寬縱也。吾人若了解 *nexum* 乃故意延長，予債務人以時間，則易知其地位在公衆及法律之眼中觀之爲何狀，其負債之行爲，自視同反常，而付款之停頓，則視爲機巧，且戾於嚴格之規律。至於在此交易中，曾經履行責任之人，則必獨爲衆人所愛悅。於是使彼有嚴厲之便利爲武器使應辦之手續，不得展期或遲延者，乃自然而然而之事也。

是故，其初義爲財產轉移之 *nexum*，不知不覺間，乃兼指契約；最後則此字與契約之概念相連不解，不能不另用特別名詞 *mancipium* 或 *manipatio* 以指真正之 *nexum*，或財產真正轉移之交易；至此，契約乃與轉業 (*Conveyances*) 分離，而其歷史之第一時期，亦經完結。然演進至締約人之然諾，其神聖過於所附帶之儀式者，則離此時期，蓋尙遠也。若欲示明在此中間所經過之變化，則討論所及，必將軼出題外；而論及羅馬法律大師 (*Jurisconsults*) 所分析之合同 (*Agreement*)，此種分析，乃此輩大師聰明睿智之手澤，貽留吾人，歸然尙存於人世者；其根據所在，乃在就理上，將責任 (*Obligation*) 與合同 (*Convention or Pact*) 分開，吾所應言，如是而已。邊沁 (*Bentham*) 與奧斯汀 (*Austin*) 曾謂「契約之主要物，不出兩種：第一，允許人之一方表示其意向，

(intention) 願爲其所允爲之事，不爲其所允不爲之事；第二受允許人，表示彼乃期望 (expects) 允許人將履行其所獻之允許』云。此在表面上，蓋與羅馬法律家之主張相同。然照此見解，則此種表示 (significations) 之結果非契約乃合同 (Convention or Pact)。合同者，乃個人間互相同意之產物，是尙不足成爲契約，灼無可疑。究竟最後足變成契約與否，一視法律是否繫以責任 (Obligation) 之問題以爲定。契約 (Contract) 者乃合同 (Pact or Contention) 加以責任 (Obligation) 若合同尙未蒙以責任時，則此稱爲裸體的 (naked or nude)

然所謂責任 (Obligation) 者，果何物耶？羅馬法律家之界說曰：「Juris vinculum, quo necessitate adstantur alicuius solvendae rei」。此界說蓋以所基之共有譬喻，將責任 (Obligation) 連於 nexum，並明白指示吾人以特殊觀念之世系。責任者，乃束縛 (Bond) 或鎖鏈 (Chain)，以一種自願行爲，法律用此以維繫諸人或諸人之團體行爲者也。行爲之效果，足以引起責任 (Obligation) 者，大都分都隸屬於契約及背約 (Contract and Delict) 與合同及過失 (Agreement and Wrong) 標題之下。然此外尙有各種行爲，有類似之後果，而不能包含於

精切之分類中者。吾人於此，應須注意，合同 (Past) 並不因道德上之需要而自負責任；(Obligation) 取而連繫之，而具有豐足之權力者，乃法律；此節吾人最不能忽視。蓋近代解釋羅馬法之人，有時別有主張，且自有精神學理或形上學理以維護其說。vinculum juris 之幻影，直將羅馬之契約法及私罪法 (Roman law of Contract and Delict) 之每部分，染以色彩，而布滿之。法律拘束締約之各方，而鎖鏈 (Chain) 所在，祇能以 solutio 之程序爲之解除。solutio 者，至今尚仍爲取喻 (figurative) 之名，英文中惟付款 (payment) 一詞，乃有時偶然與之相合。『責任』(Obligation) 蓋表示權利與義務；如付款之義務，與責令付款之權利是。此種羅馬法律上之用語，若不明所以，必將令人無所適從。惟若知此種組織 (consistency)，譬喻上之想像 (figurative image)，所能以此表現其自身者，其來歷乃如此，則若然冰解矣。羅馬人以法律鎖鏈 (legal chain) 之全圖，置於眼前，兩端勻稱，無畸輕畸重之弊也。

在展進後之羅馬法中，合同 (Convention) 一經完畢時，卽冠以責任 (Obligation) 幾於無事不然；因此乃成爲契約。此乃契約法所的確趨向之結果也。然爲考究此理故，吾人尤應注意此

中間之時期 (intermediate stage) 即欲引起責任 (Obligation) 故，須有過於完全同意 (perfect agreement) 之物也。此時期蓋與羅馬著名契約四分法（即將契約分爲口頭契約；The Verbal 文字契約 The Literal 實在契約；The Real 同意契約 The Consensual 四種）之期同時。在此期中，此四類契約，即規定法律所執行之契約云。吾人若明了將責任 (Obligation) 與合同 (Convention) 劈分之學說，則於此四分法之意義，即可瞭然。凡每類契約，均附有儀式，所處之般，較締約各方之同意爲尤要。在口頭契約 (Verbal Contract) 中，當合同 (Convention) 辦好時，於未將 (“Vinculum juris” 連上之前，須先念一定之字。在文字契約 (Literal Contract) 中，一經登入總帳簿 (Ledger or table book)，則合同 (Convention) 卽是有責任 (Obligation) 之效力。其在實在契約 (Real Contract) 則此種效果，自交付預約中之物 (Thing or Res) 時爲始。要之無論契約屬於何類，締約各方，均具有諒解。然若過此以往，卽不復再進者，則彼此互不負責；不能以違背信義責一方以履行，或請求救濟。若兩方均經遵照規定之儀式，則契約立成完備。命名卽本於所採用之特種形式。至於例外之處，下文再詳。

吾所舉四類契約，乃按照歷史上之次序。然此種次序，在羅馬考究制度之著作家，並非篤守不變。此中最古者，端推口頭契約（Verbal Contract）。此為原始的 *nexum*，為吾人所知者中最長之遺裔。口頭契約，古代所用，亦有數種。然其中最稱重要，且為吾人之宗師所討究者，則為用條款（Stipulation）而成之一種，名曰問答（A Question and Answer）。責令踐約者發問，應行踐約者發言；合此問答而成另一分子（如吾上文之所解釋）所需之般，按據原始觀念，乃過於兩方之同意；此為責任（Obligation）所由連繫之主司（agency）。再進一步言，此乃傳遞緣附同意而來之儀式觀念；而此種儀式則遞變為條款（Stipulation）焉。莊重之轉業（conveyance）者，本為原始的 *nexum* 之著稱特色；乃一變而為不過問答一事。假使吾人非有同類之羅馬遺囑史，以資啓迪，則此中變遷之故，將無殊神祕矣。試一觀遺囑史，則正式之轉業，其初如何與立與目前之事有關之手續分離，其後又如何完全廢除，則可了然焉。此條款（Stipulation）內之問答，既為簡式之 *nexum*，則吾人可見此問答早即具有專門形式之性質。若以為此種問答所以適用於舊日之羅馬法家者，乃由能使細心考究合同之人，有考量迴想之機會，則此乃謬誤。其具有此種價值，經人逐

漸承認，自無容疑。然就關於契約言，據吾人之大師所述，則其初乃屬於形式儀節之物，非每種問答均可構成條款 (Stipulation)，惟按照專門術語之問答，乃足爲此；斯亦有證據之可尋者也。

然吾人雖以爲欲領略契約法之歷史，則須知條款 (Stipulation) 在當未爲人認爲有用之擔保以前，乃無過一種隆重之儀式，惟於其真實之用處，閉目不觀亦屬不合。口頭契約 (Verbal Contract)，雖已失去其古代之重要，惟至羅馬法學最近之期，尙仍存在。羅馬法中之制度，除非有實際之用處，決不能流傳如是之久，此亦毋庸擬議者。吾觀英國著作家，有以爲早年之羅馬人於防止匆忙粗思之保障，極爲希微，乃甚爲滿意，因此頗致驚訝之辭。然若將條款 (Stipulation) 細加考查，並記取是時之社會，乃不易得筆錄之證據，則吾以爲吾人必應承認若此種問答乃特以應其所需者，其在當時必不失爲一種機巧之權便。受允許人以訂款人 (Stipulator) 之資格，將契約中之條件，作爲發問之形式，而允許人乃一二答之：如『汝亦允於某日某地與吾以某奴耶？』答曰：『吾誠允。』吾人於此若稍加思考，則將見此種問答，將締約人自然之位置倒置，實際上破壞問答之本旨者，實乃使人於危險之擔保，應行注意，不可輕輕滑過。在吾人言，以大概論，口頭之允許，乃由允許

人之言語得之。其在古代羅馬法中，則另有一種示驗，爲絕對必需。受允許人於合同已訂之後，應將其中之條款，列爲問答之形式。在審判時，應行提出之證據，乃此問此答，而非允許。允許蓋無拘束力也。此種外似無關輕重之特質，於契約法之用語中，實極有關係。在初習羅馬法學之人，最易致誤者，此爲其中之一。若在英文中，吾人於論及締約之兩方時，爲便利故，所謂締約人 (contractor) 者，乃指允許人 (promisor) 也。惟在羅馬法中之普通用語，則不然。凡論契約，乃就受允許人之方面言。如論及締約之一方時，所指者乃訂款人 (Stipulator)，即發問之人，而常常爲人指及者。然此種條款 (Stipulation) 之用處，可於拉丁喜劇作家之文中見之。(ex gra Plautus, Pseudolus, Act. sc. I; Act IV. sc 6; Trinummus, Act. V. sc. 2)

在文字契約 (Literal or Written Contract) 中，將責任 (Obligation) 引入於合同 (Convention) 中之正式行爲，係將所負之數，記入於總帳簿之負款欄內。欲解釋此種契約之性質，則須明羅馬人之家庭狀態，及古代簿記之秩然不紊，按照定式之處。古代羅馬法中，有小節數處，不甚易解者。如吾人欲明了奴隸私產 (Slavis Peculium) 之性質，則須知羅馬人之家庭，其中頗多

人員對於家長嚴格負責。凡家庭入款出款，登入消費簿後以時轉入家庭總帳簿內。然關於文字契約 (Literal Contract) 之描述，亦有不易明了之處。蓋登記簿內一事，其後並不成爲普遍之習慣，而所謂文字契約 (Literal Contract) 者，乃指一種合同之形式，完全與原來之意不同。是故關於原始之文字契約言，究竟責任 (Obligation) 之成，祇以登入債權人之簿內爲定，抑欲求有法律之効力，須得債務人之同意，或其簿內同等之登記，則吾人於此殊不能明言。惟有一主要之點，可以確定者，則就此種契約言，若有一條件曾經履行，則一切形式，均可廢置。此在契約史中，又爲再進一步之事也。

於歷史次序中，位居第三之實在契約 (Real Contract)，表示在倫理觀念中，有重大之進步。凡合同中有以特定物之交付爲目的者，(凡單純合同多屬此類) 該物一經交付，責任 (Obligation) 卽算完結。此種結果，於舊日之契約觀念，必有重大剋獲之處。蓋在原始之時，當締約人未以條款 (Stipulation) 蒙於合同時，關於合同之事，卽不爲法律所承認。譬如有人，曾以款項貸人，除非曾經列明，則不能訟於法廷，求其償還。然在實在契約 (Real Contract) 中，一方曾經履行責任，則對於

他方，即賦予法律上之義務。此基於倫理觀念，蓋灼然無疑也。故道德上之考量，在其初時，似爲契約法中之分子，而實在契約，所以與前二種不同者，即在以此爲基礎，不復拘牽專門之形式，亦不復敬畏家庭之習慣也。

吾人至此，乃論及第四種之契約，即同意契約 (Consensual Contract)，此爲最稱重要，而且最饒興趣者。此種契約所指有四：一曰代理 (Mandatum, i. e. Commission or Agency) 一曰夥合 (Societas or Partnership) 一曰售賣 (Emptio Venditio or Sale) 一曰租賃 (Locatio Conductio or Letting and Hiring) 上文中吾曾謂昔時契約包含合同 (Pact or Convention) 而責任 (Obligation) 即附蓋於此合同 (Pact) 上。并謂用某種行爲或形式，則法律許以責任 (Obligation) 吸入合同 (Pact) 內。吾用此種文字，乃求合於通俗故。然若認明此意，乃兼攝正負二義，明此言並非嚴格的切合。蓋此種同意契約 (Consensual Contracts) 之特質，乃在從合同 (Pact) 中剝造此物，並無需於形式也。關於同意契約，論者之言，多有不足維護，且更有不明指歸者。且有人竟謂在此種契約中，兩造之同意 (Consent)，獨視他種契約爲重。須知 Consensual 1

詞，不過表示責任 (Obligation) 乃立即附於 Consensus 之上。Consensus 者，即謂締約兩方之互相同意 (Mutual assent of the parties)。此乃合同 (Convention) 中最後而且弁冕一切之分子；且此乃售賣，夥合，代理，租賃諸類合同中之特徵；當一得當事人之同意時，即立成契約。凡屬於此類之交易，因有同意，即有責任 (Obligation) 其在他種契約中，則此種職分或由本物 (Res or Thing) 或由口頭 (Verba stipulations) 或由筆錄 (The Literae or written entry in a Ledger) 是故同意一詞，並非反常，乃正與實在，口頭，文字三種同科也。

在人民生活之來往晉接言，契約中最普通，最重要者，自屬同意一種內所兼攝之各類。凡諸社會之羣體生活，其大部分，大都消磨於買賣，租賃，結合，委託之行爲中。羅馬人有見及此，故使此種行爲不爲儀式所束縛，且於此社會運動之源泉之最具效率者，不至停滯不進。此種動機，當然不限於羅馬。羅馬人因與其隣人通商，自必有豐富之機會，以見及吾人當前之契約，乃無往而不流於同意的；只須互有同意之表示，便具責任。是故按照其平常習慣，乃將此種契約，別稱爲萬民法之契約 (Contracts Juris Gentium)。然在吾觀之，此名之立，並不甚早。萬民法最初之概念，在 Praetor

Peregrinus 委派以前，誠或早經存於羅馬法律家之心目中。然惟經過宏大定準之貿易，乃能與他意大利社會之契約相稔；而此種貿易，非俟意大利完全太平，羅馬之威力獨步一時後，則必不易發展也。然同意契約，雖或爲羅馬制度中最近之物，而萬民法的 (Juris Gentium) 一形容詞，又足爲此物來歷之近之印證。然卽此一詞，將契約而冠以萬民法明之形容字，其在近代，卽足見此種契約來歷之古矣。蓋當萬民法變爲自然法時，意中似暗指同意契約者，卽最合於自然狀態之一種合同，因此乃引起一種信仰，以爲文明愈少者，則其契約必愈單純焉。

吾人於此有關注意者，同意契約，爲數實極有限。然於契約史中，此種契約實造成一時期；凡諸近代之契約觀念，卽由此發軔；此則確無可疑。意志之動，爲造成合同之主因者，此時乃完全獨立，而成爲另行研究之題目。形式之顧慮，完全消滅，不復見於契約觀念之中，而外部之行爲，則不過視爲意志之內部行爲之符號。然同意契約，先既歸入萬民法之中，而因此分類，乃推論此種契約，實爲合同之一種，爲自然 (Nature) 所承認，而包含於其法典之中者，此亦爲事不久。此點一經達到，於是羅馬法律家，乃有數種著名之主張及分別。其中之一，厥爲自然責任與民事責任 (Natural and

Civil Obligations) 之分。凡人之智力既經成熟，故意自受合同之束縛者，即雖遺去必要之形式，及以特殊之阻礙，無正式之能力，以締結有效之契約，亦稱其人爲受制於自然責任之下 (under a natural obligation)。法律(此即爲分別 Distinction 之所包舉者)不責行此責任，然亦不絕對否認此責任。且自然責任，於頗多方面中，不同於徒然無効之責任。假使締約之能力，以後取得，此種契約，可由民事上核許，則在此種情勢中，不同之處，尤灼然可見。此外法律大師之主張，尙有一種特異之處，論其原始，必不早於合同 (Convention) 割離契約之專門成分以前。按照彼輩主張，雖除契約外，不足爲訟事 (action) 之根據，而祇有合同 (Pact or Convention) 卻可爲控訴 (Plea) 之基礎。由此推論，則應謂凡人於合同，未遵照適當之形式，使成熟爲契約者，雖不能據此控告，而對於出自有效契約之要求，則可證明一對抗合同尙未脫離單純合同 (Convention) 者而抗辯之。譬如責令還債之控告 (action)，則可以出示一非正式之合同，用以延付交款者，而答辯之也。

觀於上文所述之主張，則知普立德爾 (Practor) 於促進其最大之剋獲，尙有遲疑躊躇之處。論理，彼輩之自然法學說，應經使彼輩獨寵視同意契約，及合同 (Pact or Conventions) 之以同

意契約無過爲特種之例證者。然未嘗膽敢以同意契約之自由，推至於一切合同 (Covenants) 也。對於訴訟手續之監督，自從羅馬法開始以來，即付託於彼輩之手者，彼輩於此，獨有獲益。且彼輩於訟事之不根據正式契約者，雖尙不予許可，而於合同之新說，則張布無餘，以之指導此程式之更遠階段。然既行到此處，則必不能不更進一步。普立德爾 (Praetor) 於其通告 (Edict) 中，宣布，若合同 (Pacts) 以約因 (consideration) (cause) 爲本，則合同 (pacts) 雖未成熟爲契約，而以此爲本之衡平的控告 (equitable actions) 彼將許之。經此宣布，而古代契約法之革命，乃完成焉。此種合同 (Pacts) 乃常按照進步之羅馬法理而施行，其原則乃無過同意契約之原則，施之而有適當之後果者。且假使羅馬人之專門術語，其易於構成，有同其法律學說，則此種合同 (Pacts) 爲 Praetor 所執行者，應稱之爲新契約，新同意契約。然法律用語，乃法律最後改變之一部分，而按照衡平法所執行之合同 (Pacts) 則仍稱爲普立德爾合同 (Praetorian Pacts)。吾人於此，有須注意者，則就新法理言，此合同 (Pacts) 必仍爲裸體的 (Nude) 除非合同中亦有約因。欲使此生效，則必須加以條款 (Stipulation) 使成爲口頭契約也 (Verbal Contract)。

契約法之歷史，乃一種安全保障，使人不陷入無數之迷途；以其最關重要，故吾滔滔不休，詳爲討論。觀念之進行，由一法理之界限，而至於他界限，此歷史中，便有完全之解釋也。吾人以 *nexum* 爲始；在 *nexum* 中，契約與轉業 (Conveyance) 蓋混合爲一；而緣契約而來之形式，乃重要竟過於契約之本身；由 *nexum* 乃至於 *Stipulation* 條款 (*Stipulation*) 者，蓋舊儀式之經加以精簡者也。復次，則爲文字契約 (*Literal contract*)。至文字契約時，則若同意之證據，能由嚴格羅馬家庭之儀式遵守，而供給之者，則一切儀式，均可放棄。至在實在契約中，道德上之義務，乃第一次經人承認；而於合同會履行一半，或默允履行一半之人，不得因形式上之缺點，而加以拋棄。至最後，始發生同意契約焉。在同意契約中，締約人精神上之態度，完全顧及；而外部之情勢，除足爲內部狀態之證據外，不足令人注意。此種羅馬觀念之進步，由粗至精，究竟關於契約一事，可以顯明人類思想之進步者若何，自亦不易明言。除羅馬外，凡諸古代社會之契約法，非過於缺乏，不足供給見聞，則或竟至完全遺失。且近代法學，乃完全滲透於羅馬觀念之中，至不足供吾人以比照或平例，從此可以得啓迪之資者。然吾上文所述之變化中，無粗率奇誕難解之物，則謂古代羅馬契約史，在某一時期

前，實足爲在他種古代社會中此種法律觀念之模楷者，吾人固有理由以信之也。然羅馬法之進步，足以取爲代表他種法制之進步，亦惟限於某期之前耳。如自然法之學說，完全爲羅馬的也。如 *Vinculum juris* 之觀念，據吾所知，亦完全爲羅馬的也。成熟之羅馬契約法及刑法，可以由此兩種觀念追溯之，或逐一，或併合者；其中甚多特質，乃在於一特種社會之獨有產物中。此種後期之法律概念，蓋甚爲重要；非因其在一切情形之下，足以代表思想之必要結果；乃因其於現代世界之智力組織，曾施有極重大之影響耳。

羅馬法（尤以羅馬契約法爲尤著）以思想之方式，理論之途轍，及專門之用語，予與各種科學；事之可駭，蓋未有再甚於此者。凡諸曾經鼓勵現代人士智力慾之科目，除物理外，未經過羅馬法學之蒸濾者蓋鮮。夫純粹之玄學（*metaphysics*），與其謂來自羅馬，自毋寧謂來自希臘；然如政治學，如道德哲學（*moral philosophy*），乃至如神道學（*Theology*），不獨以羅馬法爲表示之具，且直爲巢穴所在；最高深之探討，卽於此養育，以底於成熟。若欲解釋此種現象，則討論文字與觀念之神祕關係，實非絕對必需。卽如人類之頭腦，從未能單微直湊，深得思想之主題，除非先有適當之文字，

及邏輯方法，適當之工具等。此中原因若何，若欲爲之解釋，亦非絕對必需。所應知者，則當東西兩方之哲學旨趣，各行分離時，西方思想之建立者，乃屬於操拉丁語而用拉丁語著述之人耳。然在西方各處唯一之文字，足以達哲理之精切者，惟有羅馬法律之文字；以羅馬法律之文字，機遇獨厚，尙護留與古斯他時代（Augustus age）之一切純潔。至拉丁方言，則流爲怪誕鄙俚之諺語。且羅馬法學果獨供人以言語精切之媒介者，則其於思想之精切，細密，深邃，所貢獻者，自更鉅。蓋科學與哲學在西方飄泊無家者，至少有二百年。且玄學與玄理的神道學（metaphysical theology），雖使羅馬多數人士之精力，凝注於此，而探蹟研機中所用之文字，則全屬希臘文。舞臺所在，則爲羅馬帝國之東半部。有時東方聚訟之人之所論斷，極爲重要。至使人人對此之同異，均應紀錄；復將西方人士之意見，接於東方爭辯之結果。西方對此，大都承認，而無抗拒。卽一種研究，雖極勤篤之人，亦覺其繁難，最精細之人，亦覺其深邃，最靈敏之人，亦覺其複雜者，西方各處之學問階級，對此亦不失其興趣。奪取詩歌，歷史，哲學，科學，諸席，而足令非洲 西班牙 高盧（Gaul）及北意大利之博雅人士，心繫目注者，厥爲法學。西方人士於法理探討至勤，而於法律面目，則毫無神祕之相，假使別具顏色者，則將令

人駭怪矣。吾所引以爲異者，則以有新成分之存在，而注意於東西觀念之相異，與東西神學之相異者，何以若是之少。此實由君士但丁（Constantinople）之基礎建立，與其後西方帝國與東方帝國之分離，乃哲學史中重要之時期，而法學之影響，此時乃始具有勢力。然大陸之思想家，因從羅馬法律將來之觀念，與其日常觀念相混合，接觸過熟，至不能見及此種轉機之重要。至於英人則因全無所知，閉眼不問，愚昧至此乃自視爲現代智識最豐富之淵源，而爲羅馬文明之智力產品，價矣。然英人之不憚勞苦，以求熟悉羅馬法者，以其國人對於此學，極乏興趣，其於吾所冒昧陳述之議論，價值如何，或反視法人德人爲善於鑒別。凡人知羅馬人所實行之法學爲何物，而注意於最初之西方神學及哲學所異於其前此思想之方式者，特徵何在，則聽其宣稱前時之新原子滲布於懸考冥想之中，而爲之支配，究屬何物者，蓋亦不患其不妥矣。

羅馬法於外人之研究中，最具勢力者，厥爲責任法（Law of Obligation），或稱之爲契約法與刑法，亦得其近似也。屬於此種之術語，可以鎔鑄，可以摹習其所能盡之職分若何，羅馬人本身，亦不明了。此觀於特殊之形容語『准』（Quasi）之一字，用於准契約（Quasi-Contract）及准和罪

(quasi-delict) 等詞，時便可證明。當 Quasi 一字，作此用時，係完全爲分類之詞。英國之批評家常以准契約 (Quasi-contracts) 與默認契約 (implied contracts) 併爲一談，此實錯誤。蓋默認契約乃真正契約，而准契約則非真正契約也。在默認契約中，行爲與情勢，乃相同之成分之符號；此成分即其所象徵者。若在顯然契約 (express contracts)，則以言語爲符號。就合同之理論言，用一種符號，或用他種符號，應爲無所分別之事。然准契約則完全爲非契約。如兩人間，一人誤以金錢付他人，此種關係實爲此例之最常見者。法律以顧及道德之旨趣，乃責令收款之人，應行償還。然就此行爲之本性言，則此實非契約。因此中最要之成分如合同 (Convention) 一事，即未備也。quasi 一字，置於羅馬法名詞以前，義蘊所駭，以爲以此字爲索引之概念，實與用款似爲比較之觀念相連；非謂此兩種概念，係爲一物，或同屬一類；乃否認此即爲彼，使二者勿併爲一談。惟此詞亦指明此兩概念，極爲類似，可以按序排比。且法律一部中之用語，可以移於他部，於陳述規律時，無甚出入；若欲另用他種言詞以表示之，則必不完不備也。

默認契約，與准契約之混淆；其謬誤殆同謂受治者與施治者間有原始契約 (Original com-

(*Pact*)，以規定政治上之權利及義務。在此種學說，尙未蒙以定形以前，羅馬契約法之用語，大部分卽描述相互之權利義務，在人之心目中，以前存在於君上與人民間者。是時之世界，雖遍布格言，謂人民對於君王，應事事服從，無待言說（此種格言，自稱爲出自新約，實則來於羅馬諸帝之專制耳）。而相互權利之覺悟，爲人民所具有者，假使羅馬之責任法，未嘗貢以適當之文字，足以映射尙未完全發展之觀念時，則當別無表示之方也。自西方歷史開始以來，國王之特權，及對於人民之義務，其互相抵拒之處，蓋未嘗一日或忘。然封建制度尙隆盛未衰時，除冥想之著作家外，鮮有禁注於此者。蓋封建制度以顯然之習慣，控御歐洲多數君王之理論的假裝也。然當封建制度衰亡，致使中古之組織，軼於軌則，又因宗教改革，而使教王之權威，不復爲人信用時，王有神權說，乃立居於重要之地位，爲前此之所未覩；時向所趨，且使人常常求助於羅馬法律中之用語，而爭論所在，其始戴有神學面目者，乃并含有法律商兌之態度。於是發生一種常見於意見歷史中之現象。當王權說成爲菲默主義（*Doctrine of Filmer*）時，由契約法借來之用語，曾用以擁護民權者，乃結晶爲君民間之實際原始契約說。此說其初經英人之手，其後則經法人之手，又加以擴張，以之解釋社會及法律之一

切現象。然政治科學與法律科學之真實關係，厥爲後者予前者以特殊之術語。羅馬契約法學之有造於君民間關係之規定，正猶其有造於人民受准契約之拘束之關係也。所貢之文字用語等，頗與當時對於政治責任之觀念相近。費菲爾博士(Dr. Whewell)謂『原始契約之說，於道德真理之表示，誠可爲方便之一種。』此是言雖不健全，而此說之効力，則可觀矣。

政治學之文字與觀念所以甚豐富者，卽由用法律文字於政治學中。此爲羅馬德學獨創之物。至於道德哲學，則又有別解。蓋此種著作，於羅馬法之取處，尤爲直捷。吾所謂道德哲學者，乃指其歷史未經康德(Kant)破裂以前之物，卽關於鈐東人類行爲之規律，及其適當之解釋，與其所應受之限制等。自評判哲學(Critical philosophy)發生以來，道德學幾全失其舊有之意義。除羅馬舊教之神學家，於所培植之是非學，尙保留其降貶之形式外，幾於全世一致；認此爲研究實體學(Ontology)之分支。以吾所知，除費菲爾(Dr. Whewell)外，並世英人中，能了解道德哲學，如其尙未爲玄學所吸收以前，及其規律之基礎，尙未爲人視爲較規律之本身爲重要以前之爲人所了解者，蓋無他人。然當倫理學有涉及行爲之準則時，則不免滲合於羅馬法中。其初本與神道學併爲一

物，與近代思想中他種偉大之科目無殊。最初所謂道德神學（Moral Theology）者，（現在羅馬舊教中亦尚存此名稱）乃由教會之行爲原則構造而成；且用法學中之文字及方法，以之表示及擴張。當此種歷程接續未停時，法學一物，雖本不過運載思想之具，乃不能不以其彩色傳遞於思想之本身。因與法律觀念接觸，而所染之色彩，在近代最古之倫理文學中，尚完全可見；而以相互之權利義務爲基礎之契約法，且爲矯正著作家謬論之物焉。

然當西班牙之道德學家，力倡道德神學時，羅馬法在道德神學中之分量日微。道德神學者，用法學中後人評議前人之方法以演進，然亦自有其本身之用語。亞里士多德派推論及表現之特徵，沈湎於經院派之道德議論中，其思想及言語，凡精於羅馬法之人，皆斷不致誤會。假使道德神學之西班牙派，其信用仍繼續存在，則倫理學中之法律成分，必成爲不甚重要。然後代羅馬舊教徒著書談此學者，運用其結論，而其勢力幾完全爲所摧毀。道德神學降爲是非學（Casuistry）時，歐洲思想家之領袖，乃全失其興趣；而新道德哲學，完全在於新教徒之手中者，所趨之途，乃與道德神學家大相逕庭。效果所在，羅馬法律對於倫理研究，乃大增其勢力矣。

在宗教改革後，不久即有兩大派思想，將此類題目，各據而平分之。其中最具勢力者，最初即所謂是非派（Casuists）。派中諸人，悉與天主教有精神上之交通，且幾於全數分隸於此教各宗之下。在他一面，則有一羣作者，以其智識之淵源均來自著 *De Jure Belli et Pacis* 之古羅休（Hugo Grotius）故亦互相結納。此一派人幾於悉為宗教改革之信徒；雖不能即謂彼曹正式公然與是非派人相衝突，而其原始及目標，與是非派人不同，則物無可疑也。吾人於此中區別，有不可不為注意者，則因此兩派人士所涉及之思想，羅馬法對之，有何影響，問題所在，即在於此耳。古羅休之作，雖字裏行間，所論不出純粹之倫理學（Ethics），為或近或遠，卷快無數，討究形式道德者之所祖，然實非道德哲學之專門著述；企圖所及，無過欲決定自然法究為何物耳。究竟自然法之概念，是否全出自羅馬法律大師之所翹造，今且不必論及；而吾人之可斷言者，則即以古羅休本人之承認，既知之人為法律，某部應作為自然法之一部，羅馬法學於此，其對此所作之名言，假使不誤者，乃最得人之接受，而寵之以極誠之崇敬者也。是故古羅休之主張，即其基礎所在，既與羅馬法有涉。且因此關係，乃於其文之每章每節中，不能不用專門之術語，以及推論，定義，解證之方；而其意味所在，乃至

力量所在，有時竟隱而不彰；使不知其來歷之人讀之，往往不知其議論之本旨也。至於是非派人，則假自羅馬法者甚少；而所持之道德見解，則與古羅休之所爲，絕無相通之處。凡諸討論是非之哲學，或著名或不著名，悉蒙以是非學（Casuistry）之名者，來歷所自，乃始於將罪惡（Sin）分爲可赦（Venial）與不可赦（Mortal）兩種。夫某種行爲，其所犯之罪惡爲不可赦，若欲決定之，必有可怖之後果，則自然而然，必欲於此，急爲規避；又天主舊教與耶穌新教相衝突，欲解除不便之學說以爲舊教援助者，此亦爲顯而易見之意；願凡此皆一種動機，鼓舞主張是非哲學之人，發明刻意經營之標準制，欲儘量就不可赦之罪過中，解除不道德之行動，而且特加揭發，視爲可赦之罪惡者也。此種試驗之運命，蓋亦無過尋常歷史中之事。吾人知之矣；是非學之特質所在，使僧侶之職，對於人類各種性格，有精神上管束之權，乃確然以國王、政家、將帥之勢力，授與此職，爲在宗教改革以前之所未聞者；而反動所生，所以阻止及限制新教之初次成功者，亦大都出自於此也。然圖規避而不圖建立，圖免於假定而不圖發見原則，圖決定某事爲非過，而不圖解決是非之本質者，是非學固以此始，而其進行則有其靈巧之粉飾；直至其後過於減削行動之道德色彩，過於誣毀人類之道德本能，使人類

之良知乃突然起而相抗，顛覆此學之本身，與其主張之人而後已。最後對此予以打擊者，厥爲柏斯加 (Pascal) 之 'Provincial Letters'。自此可紀念之文出現以來，即勢力最微之道德學家，亦不敢公然以其冥想深思，步武是非學之後塵矣。於是倫理一學之全域，乃獨操於古羅休一派之作家手中；即在今日，其與羅馬法糾纏不分之處，遺迹所在，亦尙赫然可尋。至羅馬法之與古氏學說，有時視爲過失，有時亦視爲凡所貢獻中最高之一物也。自古羅休以來，研討所及，頗有就古氏之原則，加以修改者；而自評判哲學 (Critical Philosophy) 興起以來，且頗有舍之而他適者。然即以遠離古氏基本議論之人，於其陳述之方，思想之次，以及證解之式，則衣鉢相承，固未或畔；此於不明羅馬法理之人，自覺無甚意義，渺不相涉也。（案此一段乃作者於一八五六年投於 "Cambridge Essays" 中之文，今取而略加修改者）。

吾曾言之；除自然科學外，受羅馬法影響之淺，蓋未有如玄學 (metaphysics) 者。此蓋因關於玄學之討論，大都出於希臘文；其初純爲希臘文，及後則出於拉丁方言之故，用爲表現希臘觀念者。近代語之用以研究玄學，祇限於採納此種拉丁方言，或摹倣其初成立時所步武之程序。現代玄學

討論中所用術語之淵源，乃亞里士多德著作之拉丁譯文，此種譯文，無論是否來自亞拉伯之譯本，而翻譯人之計畫，則非在於拉丁文學中，求類似之句語，乃在由拉丁字根中，新剋與希臘哲學觀念相等之句語。其程序既如此，故羅馬法之言詞，於此乃無甚影響；充其量亦不過將多少之拉丁法律名詞，加以形式之改變，而用於玄學語文中耳。然吾人於此有須注意者；若玄學之問題，乃在西歐中曾經震動一時者，則洩露法律世系有所承襲之處，縱非語文，亦必思想也。據希臘語之人民，蓋未嘗覺其自身爲自由意志 (Free-will) 及必然 (Necessity) 之大問題所困擾；此在思想上足以令人深銘不忘之事，當無過於此者。吾於此，非欲就此作一總括之解釋。然若謂希臘人，乃至以希臘語爲思爲說之社會，未嘗一顯示其產生法律哲學之最小能力，則此語似亦不致牽強耳。法律學者，乃羅馬人獨剋之物，而自由意志 (Free-will) 之問題，乃生於吾人在法律方面下，作玄理概念之思時。夫不變之次序，是否與必然之連繫相同，此事其初果若何而成爲問題，則吾於此所能言者，乃謂羅馬法之趨勢，當展進時，則益爲強固者，乃視法律之後果，爲用一不屈之必然 (an exorable necessity) 連合於法律之前因上；此觀於吾所屢舉之責任界說 (Juris vinculum qus necessitate adstr-

ingimur alienjus solvendae rei) 而益顯然可信者矣。

然自由意志之問題，在未變為哲學的以前，乃為神學的。且假使其中言語，曾受法學之影響者，則此乃因法學於神學中，令人覺及也。吾今所提之義，乃研討之宏旨，向未得有滿意之解釋者。究竟法學會否用為媒介，據此以觀神學之原則；又究竟法學會否貢以特殊之語文，特殊之推論法，以及人生問題之特殊解決，而廣開途轍，使神學之冥想，因是而洋溢充沛；此乃為吾人所應決定之處。若欲對此解答，則關於智力食物 (intellectual food) 為神學所最初吸收者，最佳之名著作家，其所同意之處若何；吾人於此，應一一加以追考。夫基督教最初之語文為希臘文；其最初所傳播之問題，即後日形式中之希臘哲學所為之清道揚鑠者；此蓋為有衆之所承認矣。希臘之玄理文學，乃字句及觀念之唯一寶藏；人類之心智所以能從事於深遠之爭辨，如神人 (Divine Persons) 神質 (Divine Substance) 神性 (Divine Natures) 者，蓋出於此也。拉丁之文字，及希微之拉丁哲學，蓋不足語此。因此，羅馬帝國之西方，式操拉丁語之各省，乃採取東方之論斷，而無所非議，無所覆驗。米爾曼 (Dean Milman) 曰：「拉丁基督教所採取之信仰，乃其狹小淺薄之文字所難以適當之

言詞表示之者。然就全部言，羅馬及西方之附從，乃東方神學家以其精深之神道學理所鑄成之物；其對於此種神祕，未嘗加以強固有力，及出自心裁之考驗也。拉丁教會 (Latin Church) 者，乃 Athanasius 之學者，及忠靈之黨徒』云。然當東方與西方之分離益廣，操拉丁語之帝國 (Latin-speaking Western Empire) 始以自有之智力生活遣日時，其昔之尊敬東部者，乃一變而激擾諸種之問題，爲東方人士向未習聞者。當希臘之神學仍對於神性 (Godhead) 及基督之性質，用精細之言語爲之定立界說時，(當無所底止之爭辯仍屹立不動而由荏弱之社會吐出各宗時) (見 Milman, 'Latin Christianity,' Preface,) 西方之教會，乃以熱烈之感情，自投於一種新起辯論之中；此種辯論，蓋由是時以迄今日，凡在拉丁教會中之人類，蓋未嘗一日失其興趣者。罪惡之性質，及其由承襲而來之傳遞，——人類所負之義務，及其代替之滿足，——贖罪 (Atonement) 之必要與充足，——自由意志 (Free-will) 與神意 (Divine Providence) 表面上之相反，——凡此種種，皆西方所着手討論，其熱烈殊不遜於東方之研究較爲特殊之信仰者。然則此一線之兩旁，一爲操希臘語者，一爲操拉丁語者，何以其中有兩類之神學問題，相歧竟若是之遠

耶？研究教會歷史者，謂新起之問題，較前此撕裂東方基督教之問題爲合於實際，而不若如是之凌空着想；此其所言，幾於探驪得珠；惟據吾所知，則無一完全達到此境者。夫此兩派神學，其不同有如此者，乃因由東方傳至西方時，神學之冥想，由希臘玄學之風，而變爲羅馬法律之風土耳。此吾敢截然斷定，而不稍躊躇者。在此種辯論成爲重要之前數百年間，西羅馬人之智力，悉鑿於法學之中。凡一切聯繫之事，生活之情勢，可就其中而加以部勒者，羅馬人悉馭以特種之原則；凡外來之事業或好尙舉，不足以縈其心，使其舍而就此；鏗而不舍，乃有精切豐富之字，嚴密之推論方法，關於行爲之通論，儲藏甚富，而略經閱歷證明者，以及堅固之道德哲學等等。然則就基督教紀錄中，擇取問題之能繫於彼曹所素習之冥想者而研究之，復以其法庭之習慣，施之於此種研究中；蓋亦當然之事矣。凡熟悉羅馬法之人，能領略羅馬之刑法若何；關於契約或和罪所科之責任，羅馬之學說若何；關於債務及引起，消滅，傳遞之方，羅馬人對此之見解若何；以及羅馬人對由普遍繼承而起之個體存在之連續，作何種觀念等者；則此種頭腦，西方神學之問題，曾證明獨爲適合者，果從何而生；又此種問題中，陳述時，所用之字句，從何而來；又其解決問題時，所用之推論方法，從何而起；至此乃能明言其

故矣。吾人於此，有須記取者；則鎔鑄於西方思想中之羅馬法律，既非古都之慶典；亦非經人裁翦之畢善廷諸帝（Byzantine Emperors）之法學；亦非一叢之規律，埋沒於近代冥想主張之寄生式過度發展中，如今茲所稱爲現代民法（Modern Civil Law）者也。吾所論者，特指此法理哲學（philosophy of jurisprudence），成於安圖尼期（Antonine age）之諸大法律思想家，至今尙可由優帝之法律類纂（Pandects of Justinian）而復製其一部分者；類纂一書，可議之處甚少；惟其所欲求之精雅確定，乃高於人事之所許，非復人類法律之所能範圍耳。

吾英人士，於羅馬法蒙昧無所知，此爲英人之所立卽承認，而有時誇之無愧者；因其如此，故頗有英國負名之作家，關於羅馬帝國時代之人類智力，竟出於最不足維護之談；常謂由奧帝時代（Augustan era）之終，以至對於基督教之一般覺悟時止，文明世界中之心智精力，乃麻木若癱瘓；此誠可謂輕於立言，而忘其議論之粗率者矣。須知思想之所繁注者有兩事：（大約除自然科學外亦祇有此兩種）凡諸人智之能力所及，足以令其專心致志者，總不出此兩種。一爲玄學；一爲法律。人若專攻玄學時，則此事直無界限之可言；至於法律所及之廣，則凡人類所涉之事，悉奄而有之。

在上文所論之時期中，操希臘語之各省，專攻玄學；操拉丁語之各省，則專攻哲學。亞歷山德拉 (Alexandria) 及東部，其思考所得之結果若何，吾一字不道；惟吾有可堅確斷言者，則羅馬及東部，其所從事之業，專心於此，不暇他鶩者，實有足以償之；而其所成就，據吾儕之所知，實足以酬其勞。大約除專門之律師外，能完全知法律一物之足以吸收個人智力者，實無其人。然羅馬人何以專精法律者獨多，則即在常人，亦無難知之也。『凡一社會之專精法學者，以長久言，視其在他種學問中進步之情形如何以爲定；而此中主要之物，則爲全國智力，用於此學之比例，及其所費時間之長短。試一觀羅馬人，則此種直接間接之結合，所以促進及完成一種學問者，在十二表法至兩帝國分立之時間中，於羅馬之法學，運行其間，接續不輟；且其運行，並非時作時輟，乃勢力日有增益，而數目亦常有添加。吾人須知，凡幼稚國家最初運用智力之處，卽研究其國之法律也。當智力迸集，出於有意之奮力，而求概括包納時，則日常之事，乃先納於通則及公式中。全國精力所奔赴之業，其初一無限制；然至其時，則停頓不前。至此，法律所壟斷之心力，乃突圍而出。晨集羅馬法律大師之門而求教者，爲數日減。在英倫 Inns of Court 中之學子，昔之以千計者，今則以百計。若藝術，若文學，若

科學，若政治，於全國智力均求杯羹之分；而法學之實踐，乃限於專門職業之內，雖非爲數有限，亦非無關宏旨，然所以能吸引人士者，非獨特此學之本色，乃並恃此學之報酬矣。此種事態之變遷，其見於羅馬者，實較見於英俊者爲顯著。在共和時代，尙未終結以前，法律一物，除其有天才足稱將帥之任者外，一時之英俊，莫不奔集於此，視此爲獨一無二之天地。及至與帝時代，則智力進步，又開始一新期；正猶吾英之有伊黎莎白一代（Elizabethan era）。其在韻文及散文之造詣若何，吾人咸知之矣。惟有須注意者，則除裝飾文學之光輝燦爛外，於自然科學亦正投其新嚮，欲事征克。然至此一點，羅馬各邦（Roman States）之心史（history of mind），乃不復與心智進行所循之塗轍相平行。羅馬文學之短梁，以受種種影響，立卽禁止通行；此種影響，雖現今未嘗不能尋其蹤跡，惟若不能於此爲之分析耳。古代智力又復用於舊業之中；而法律一物，復成爲才士之專科；其研討之篤，誠不下於當年羅馬人輕視哲學詩歌，以爲無過兒童競爭之玩具時也。當帝政時代，外界之引誘，使賦有天才之人，樂趨於法律大師之業者，其性質究竟若何，若一考究當時擇業時之取舍，則最易了然矣。其人可以成爲修詞之教師，邊疆之關吏，或讚詩頌歌之專家，而唯一活動之職業，厥爲法律之

操業。蓋由此可求富，求名，求御前之議席，乃至王位之尊，似亦可青雲直上也。」此一段引用文見“Cambridge Essays”，1856

研究法學之利益既如此其鉅，故羅馬帝國之各處，無不有法律學校，即在玄學範圍之內，亦巍立其間。然首都雖遷至畢善廷翁（Byzantium），使此學之滋殖於東部，得一鼓舞；而此處與之相競之他學，則不能取而代之。蓋所用之文字，本爲拉丁。拉丁者，乃帝國東半部之異邦方言也。謂法律不獨爲有大志者之精神食品，且爲智力事業之唯一滋養者，此惟就西部，乃能作此語耳。在羅馬之學問階級中，希臘哲學無過一種暫而不久之時尚。當東部之新都建立，而帝國分劈爲兩部時，西部各省之脫離希臘冥想，而專力於法學，乃較前此益爲堅決。西部之人，既不乞靈於希臘，而自行建立神學，於是其神學乃滲雜以法律之觀念，而夾帶以法律之用語。在西部之神學中，此法律之下層，深入其內，蓋亦灼無可疑矣。希臘學說之新套（即亞里士多德哲學）其後流入於西部，而其本來之主張，則隱沒不顯。然當宗教改革時，則又部分脫離其勢力，而立即易之以法律。究竟加爾文（Calvin）之宗派，或亞美尼亞（The Armenians）之宗派，孰有較爲顯著之法律性質，則殊難言也。

羅馬人之契約法理，對於現代契約法影響之重大，詳論其事，應屬於成熟法學之歷史，非本書之所能及。在波樂那派（School of Bologna）尙未建立近代歐洲之法律學以前，此種影響，尙未爲人覺察。然在羅馬帝國覆亡之先，羅馬人於契約之觀念，即發展若是之完備，此則在遠早於此期之時，成爲一重要之事者。吾會屢言；封建者，乃古代野蠻習慣，與羅馬法律之化合物。除此說外，別無解釋可信乃至可通。封建時代最早之社會形式，其所異於尋常結合（在此中原始文明之人隨處可見其連絡者）蓋甚少。采邑（Fief）者，乃伴侶之會社，且有完備之機體性質，其伴侶之物主權及個人權，混合爲一，至不可究詰，其與印度之村社，及高地氏族（Highland clan），頗有相通之處。然其所呈露之現象，亦有爲吾不能見之於文明初起之人自動成立之會社者。真正之古代社會，非以顯然之規律而連繫；乃以情操而連繫；或竟可云以本能（instinct）而連繫也。凡新入其會者，以假充血統關係之故，乃隸屬於本能之內。然最古之封建社會，既非徒以情感維繫，亦非僅以擬制補充；所以連結之者，乃契約。其迎收新侶，即出之以締約也。主上對於下屬之關係，其初以顯然之同意定之。凡一人欲以推薦，或派管，繫屬於其會社者，關於其所以得人容納之條件，有明晰之了解焉。是故

所以使封建制度，有別於原始種族未加滲雜之習俗者，即在此中契約所占之範圍也。爲主上者頗有宗法領袖之特徵，然其特權亦頗受各種定俗之限制。此可見於舉行派管 (Infeudation) 時，兩方所同意之顯然條件。因此，其中有重大之區別，使吾人不能將封建社會與真正之古代社會，視同一類。其爲物蓋較爲持久，且較爲蕃變。較爲持久者，以顯然之規律，不如本能之習慣之易於破壞；較爲蕃變者，以其所由根據之契約，乃視捐讓其地之人之意志及最微末之情勢以爲調節。由此最後一義，并可見及關於現代社會之原始，吾人中流行之俗見，其有待於訂正之處，蓋若是其亟也。人常有言，現代文明之外情，所以不整齊而多種類者，乃由日耳曼族之天才，充沛而流動；且故舉此以與羅馬帝國拙滯之定程相爲比照。其實真理所在，乃羅馬帝國以其法律概念遺之現代社會；所以不整齊之處，即出於此種概念；若野蠻人之風俗制度，而有一特徵，較他事爲顯著者；則此乃其人之極端畫一 (extreme uniformity) 耳。

第十章 私罪與公罪之早期史

條頓法典 (Teutonic codes) 吾人之盎格魯撒克遜祖先之法典 (those of our Anglo-Saxon ancestors) 亦包括在內者，乃唯一之古代世俗法 (Secular law) 之淵藪，傳於吾人。吾人於其本來之容量，能爲之作一精切之概念者也。雖現尙見於殘篇斷帙中之羅馬及希臘法典，足示吾人以其通性之所在；而遺留之物，能使吾人確知其積量 (Magnitude) 及其各部分之比例者，則尙苦不足。然就大體言，所蒐集之古代法爲吾人所既知者，其中有一特徵，使其與成熟之法制不同。蓋民法與刑法之比例大相懸殊。在日耳曼法典中，法律中之民法一部分，與刑法一爲比較，祇有微末瑣屑之處。傳說所及，使人得見杜拉哥法典 (Code of Draco) 所施之血罰 (Sanguinary penalties) 者，似足表示該法典中亦有同樣之特徵。十二表法之產生，編製者皆一時之法律天才，而其初之態度亦較爲溫和；故祇有在此法典中，民法乃有近於其近代的先例之處。然救濟過犯 (wrong) 之方法雖非甚多，而其所占之地位，比較之下似亦不少。因此，吾以爲於此可下一斷語曰：凡法典愈古者，則其關於刑罰之立法亦愈完備愈詳細也。 (the more archaic the code, the milder and the milder is its penal legislation)。昔時之社會首先以其法律著之文字者，於

兇暴之事至爲習見，故不能不特重刑法，此爲他人解釋此種現象之理由，大部分自屬無誤。據稱，當日之立法人將其工作量爲分配，以應付野蠻生活中常見之一種事件云。然吾以爲此種解釋並不完全；吾人須知所集之古代法律中，民法一種比較爲稀者，乃符於古代法學他種之特徵。經在本書中所研覈討論者。文明社會中所應用之民法，什九皆自人法（Law of Persons）財產法（Law of Property）繼承法（Law of Inheritance）契約法（Law of Contract）等而成。然社會友愛之情尙在幼稚時代時，則此種法學中之各類，必縮入於較狹之界域內。若各種之分位（all forms of status）同受治於父權（Paternal Power）之下；妻無權以抗夫子，無權以抗父，孩童之被監護者（Ward）無權以抗其所被監護之血屬（Agnates）時，則無殊於分位法（Law of Status）之人法（Law of Persons），將限於最縮小之界線內。同此，土地與貨物入於家（Family）之手。倘有分配，分配亦限於內部時，則關於財產（Property）及繼承（Succession）之規律，亦必不能豐富。然以無契約之故，常使古代民法中有最大之罅漏。契約一物，古代法典中有全不提及者，亦有以慘淡經營之宣誓法理（Elaborate jurisprudence of oaths）代替契約。由此可顯著證明契

約所持之道德概念尙未成熟者。若刑法則無與此相符之理由以致貧乏；就令謂民族在孩提時期，卽兇暴無可控御之時期，未免立言冒昧，然近代民法與刑法之關係，何以在古代法典中必應倒置，則吾人尙可以了解耳。

吾會論及原始法理 (Primitive jurisprudence) 使刑法成立在先，後代則不然。此種說法乃爲便利起見。若就古代法典一爲考查，則將見所表現之法律於非常之數量中者，非真正之刑法。凡諸文明法制皆同意將罪犯 (Offences) 分爲兩種；一爲對於國家或社會 (State or Community) 之罪犯；一爲對於個人 (Individual) 之罪犯。又損傷 (Injuries) 亦分爲兩種，不相混淆。吾於此可稱之爲公罪 (Crimes) 與私過 (Wrongs, crimina and delicta) 而不必僞稱此種名詞爲曾經一致應用於法學中。是故古代社會中之罰法 (Penal Law) 實非公罪法 (Law of Crimes) 此乃私犯法 (Law of Wrongs) 或用專門之英國名詞稱之爲 Law of Torts。受損害之人，以尋常之民事訴訟控私犯之人，若勝訴，則取得金錢式之賠償。假使吾人將格尤士 (Gains) 之評釋篇 (Commentaries) 於論刑罰法理基於十二表法之處，展卷一讀，則將見羅馬法所承認之民事罪

犯 (Civil wrongs) 其標題下乃有盜竊罪 (Furtum or Theft) 焉。吾人所慣視爲公罪 (Crimes) 之觸犯，乃完全視同私犯 (Torts) 且不獨竊盜，乃至毆擊 (Assault) 與兇暴之搶掠 (Violent robbery) 在法律大師 (Juris Consults) 視之，亦與侵犯 (Trespass) 誹謗 (Libel) 及讒毀 (Slander) 等併爲一談。凡此皆引起責任 (Obligation or Vinculum juris) 而懲之以金錢之交納；然此種特點於日耳曼各部族之凝結法律 (The Consolidated Laws of the Germanic Tribes) 中，乃最爲顯著。據此種法律所描述殺人之罪，亦以金錢賠償定制爲準，毫無例外。其較小之損害亦大都規定用金錢賠償，極少例外。良布爾君 (Mr. Kemble) (“Anglo-Saxons,” i. 177) 曰：在盎格魯撒克遜法律 (Anglo-Saxon law) 之下，凡自由人之生命均以金錢爲賠償；多寡一視其地位爲定。凡身體之傷害亦有相稱之金錢；一切關於其公權，名譽，治安等之損害，亦幾於悉以此爲衡。若有偶然之情勢，則數目因而酌加云。此種辦法，自必視爲極有價值之入款財源，對於此款之誰屬，及責任，有極複雜之規律爲之調節。吾並曾述及，若所屬之人既死，而此責不爲解除者，則其傳襲之方亦甚特別。是故若私犯 (delict, wrong, or tort) 之標準，爲視受害者爲人，而非國家；則可斷言，當法學幼稚時，國民

所恃爲保護以禦強暴或欺詐者，乃私犯法 (Law of Lost) 而非刑法也 (Law of Crime)。

是故在原始法學中，私犯法乃大有擴張；即背神之罪惡 *g. p.* 亦有涉及。若在條頓法典中，此事幾毋庸多贅。蓋此種法典以吾人所接受之形式言，乃由基督教徒之立法家所編製或改鑄；然非基督教徒之古代法典亦以某種之行爲或不行爲以其違反神諭故，課以刑罰。雅典愛羅比格議會 (Senate of Areopagus) 所行之法，大約亦屬一種特別之宗教法典。而在羅馬，則從極早之年始，按照教會之法理 (Pontifical jurisprudence) 姦淫 (Adultery) 瀆聖 (Sacrilege) 及殺害 (Murder) 均受懲罰。故在雅典及羅馬各邦中，有懲罰罪惡之法律。觸犯上帝之觀念，產生第一種或第一規律 (Class or ordinances)；觸犯隣人之觀念，則產生第二種。然觸犯國家或社會之觀念，則未嘗產生真正之刑法法學焉。

然吾人又勿以爲觸犯國家之觀念如此其單純粗淺，在任何之原始社會，乃竟無有。此種觀念所深深了解之分別不混，即爲最初阻止刑法發生之真正原因。據情推度，似應如此。無論如何，當羅馬國家以爲其自身受人損害時，乃比附於私人之受害；充類至極，毫無伸縮。而國家即以單一之行

動，施於施害之個人以爲懲處。結果，則國家當幼稚時，凡觸犯其安寧或利益者，另以特立之法懲治之。此卽刑法(Crime or Crimen)最初之概念。——此爲一種行爲含有崇高之結果，使國家用一特別法律(special law or privilegium)以抗犯法之人，而不付於民事法庭或宗教法庭之手者。是故凡諸控告，皆以痛苦及刑罰之訴狀形式行之；而公罪(criminal)之審判，乃完全爲特別的，完全爲非正則的，完全與已定之規律及所定之條件無關。因此，有兩種理由：一則施行公道之法庭，卽爲最高無上之國家的自身；一則所定所禁之行動，不能爲之分類。故在此時代中，無公犯之法(Law of Crimes)，無刑法學(Criminal jurisprudence)；其手續與通過通常之條例相同；行以同一之人物，臨以同一之莊重。又吾人有須注意者，當正式之刑法有法庭及法官爲運用之工具，其後見於應用時，舊日之訴訟手續，因此假定其與學理相符，仍屬活動可用；而借助此種權便，既不復爲人信用，羅馬之人民，乃常保留用特別法律，懲罰侵犯國家威嚴之權。雅典之痛苦刑罰訴狀(Athenian Bill of Pains and Penalties or eucryvelia)其存在，久於正式法庭之成立，情況正與此同。此凡經典式之學者當所既知者。又條頓種族之自由人(freemen)相聚而立法時，並要求有權威以

懲罰特爲重大之罪或出自地位較高之人之所爲者；此亦爲吾人所知之事。盎格魯撒克遜『威騰希摩』（Anglo-Saxon Witenagemot）之刑事法權，卽屬此種性質云。

刑罰法（penal law）古今見解有不同之處，吾曾論及。惟恐有人以爲此種不同，乃屬言語上之存在（verbal existence）。又古代社會，除以立法懲罰公罪外，從最初以來，卽以其法庭強迫犯過之人服過認罪。若旣爲之，則此社會之意，乃假設其社會，因受其人之冒犯而受損害。此在考古論事之人，恐亦不免作此推論。然此種推斷，今日在吾人觀之，無論如何強固；而原始古代之人，是否實作此想，殊屬疑問。在原來之施行法律（original administration of justice）中，其手續乃嚴密的摹倣私人生活中大約必經之行動，其人始則互相爭執，繼乃不得不受人之平亭者。此種情勢，至爲奇特。觀於此，則知社會受害之觀念，與國家用其法庭（through its tribunals）之最初的干涉所關之淺。和家和事之人，偶行召及，爲法官者，因卽細心倣效其容儀舉止云。

吾將揭示此事所憑之證據，以明此說之非徒出自想像之意念。最古之司法手續，爲吾人所知者，乃羅馬之（Legis Actio Sacramenti）。凡其後之羅馬訴訟法（Law of Actions）皆可證明出

自於此。其儀節如何，格尤士 (Gaius) 曾細心描述。驟觀之，雖覺荒誕而無意義，稍加注意，即可爲之描述解釋焉。

訴訟之物，乃假設存於法庭中，若爲動產，則實際上即在此。若爲不動產，則以其零塊或樣本置於其中。如地，則以一撮之土表示之。如屋，則以一塊之磚表示之。格尤士 (Gaius) 所選取之例證，爲關於奴隸之訟事。訟事之始，先由原告呈驗一竿。據格尤士明白所述，此竿乃槍之象徵。原告以手置於奴隸身上，申明對彼有權，並作此語曰：“Hunc ego Hominem es Jure Quiritium meum esse dico secundum suam causam sicut dixi” 嗣又謂：“Ecce tibi Vindictam imposui” 並觸之以槍焉。被告亦一一作此行動舉止。於是普立德爾 (Praetor) 插足其間，令兩造各釋其手而語之曰：“Mittite ambo hominem” 兩造均遵命；而原告即詢被告所以干涉之理由曰：“Postulo ane dicas quâ es causâ vindicaveris” 對此問題，應再重新申明其權利，以答之曰：“Jus peregi sicut vindictam imposui” 於是原告出資以爲勝敗之賭注，是名 *Sacramentum* 並作此語曰：“Quando tu injuriâ provocasti, D aeris Sacramento te provoco” 被告乃應以

“Similiter ego te”一語，而接受此注。以後之手續即不復再拘牽形式。惟有須注意者，則普立德爾 (Praetor) 爲此 Sacramentum 擔保，而此數乃入於國庫耳。

以上所述爲古代羅馬訟事前應有之舉。又裁判官 (Justice) 之始原，有同戲劇之奇異。世有明眼，曾見及此；指示所在，吾以爲亦不能否認。昔時對於產業有所爭執者，有兩人各服武裝互相駁詰。普立德爾 (Praetor, vir pietate gravis) 偶以巡行所及，令其息爭。兩方乃就而各陳其是非，並允以彼爲調人。惟訂明理屈者，除應將所爭之物交出外，並應付款於調人，作爲其費心費神之酬謝。格尤士 (Gaius) 所描寫之儀節，以爲在 Legis Actio 中，所必須遵照者，實質上與荷馬詩中所描述金屬工神 (God Hephaestus) 范楯一事無異。假其不然，則此種解釋，將不能如此之表面近似。在荷馬所描寫之審判情形中，所爭執之事，非關於財產，乃關於殺人之賠償；一若故欲揭發原始社會之特徵以示吾人者。一人稱，彼會付此；一人稱，彼向未接此；然此中詳細之點，足以點染此種圖畫，以成爲古代羅馬習慣之副本者，則爲所貢於法官之酬金。兩他冷 (talenta) 之金，置於中間，能解釋判決之理由，最得聽衆之用者，則以此酬之。此數之大小，與 Sacramentum 之微末不足道者，一爲比

較，則可見變遷無常之習俗，與編入法律之習俗之不同。此英雄時代 (heroic age) 都市生活顯著的，出色的，但仍爲偶然的之特徵，如此詩人之所揭示吾人者，當民事訴訟 (Civil process) 之歷史開始時，乃凝結爲訟事之規則的通常的儀式。是故在 *Legis Actio* 中，法官 (Judge) 之酬金，應化爲合理之數目；不以此授之衆羣讚許之調停人中之一人，而視爲當然之事付與普立德爾 (Praetor) 所代表之國家，此蓋理有固然。荷馬所描寫之事如此其逼真，格尤士 (Gaius) 所描寫之事，則較諸用專門之術語者爲尤精細。比而觀之，二者之意義相同。此爲吾所不能致疑者。爲證實此種見解起見，並可附加一語；蓋頗有研究近代歐洲之最古司法習俗之人，曾謂法庭所責令犯法之人所繳之罰金 (Fines)，其初本爲 *Sacramenta* 云。昔時國家未嘗責令被告繳款，以爲因對國家有所冒犯應爾；乃要求對於所賠償原告之款，應得一分，所以爲其時間及精力之代價。昆布爾 (Kemble) 君並顯然認盎格魯撒克遜之 *pannum or fredum* 爲具有此種性質云。

最初之法官模倣調解私爭之人之行動。古代法中於此尙有他種證據貢獻吾人。當解決應行繳納之賠款時，法官所取爲南針者，乃報復之程度，大約按照此種情勢中，應爲受侵害之人所應施

者。犯法之人，卽時捕獲，或事後不久卽捕獲者，與經過極久之遲延始行發見者，古代法律所科之刑罰各有不同。上說卽爲此事之真正解釋。在羅馬古代之盜竊法（Law of Theft）中，此種特異之處尙多新奇之例。證如十二表法似將盜竊分爲顯然（Manifest）與非顯然（non-manifest）兩種。所科之刑罰視其屬於何種，因而大相懸異。在所盜之室中而捕獲者，或攜所盜之物，欲逃避他處安全之所，因而捕獲者，是爲顯然之盜（Manifest Thief）。按照十二表法，若此盜本爲奴隸，則應置之於死。若爲自由人則貶爲物主之皂隸（bondsmen）。除上述之情勢外，別因他法而發見者，是爲非顯然之盜（Non-manifest Thief）。按據舊日法典，此種犯過之人，應視所竊之物按其值以爲賠償。當格尤士時，十二表法對於顯然之盜過，於嚴厲之處大經減輕。惟舊則則仍保留，令四倍其所竊之值以爲賠償，而非顯然之盜，則仍不過繳納二倍。古代之造法者，必以爲受害之業主，若聽其自然，則正激怒時，所科之罰，必與治經過長久之停頓後始察出之盜者，大不相同。故法律刑罰之程度，乃本此測度爲調節。按照盎格魯撒克遜或他種之日耳曼法典，若竊盜攜帶贓物當時追及捕獲者，卽於其地縊殺或斬殺。若追捕之事曾經停頓，乃有人殺之，則殺此竊盜之人應全受殺人罪之懲罰。觀此，則知

羅馬法之原則，直與此所步武者無殊。古代中乃有此種分別，可令人顯然見及精細之法學與粗淺之法學相距之遠近若何矣。現代之法官，若欲於同一專類中之罪犯（*offences*）而分別其犯罪之程度（*degree of criminality*），則此乃是當前最困難中之一事。如謂所犯者為殺害（*manslaughter*），為盜竊（*larceny*），為重婚（*bigamy*），此誠易事；然謂其所犯者深淺至何程度，因而其所應受之懲罰大小若何，則此事蓋最難。假使吾人若欲解決此點，期於精切，則於良心之判別，動機之分析，其不令人目眩神惑者鮮矣。是故吾人今日之法律，顯示一種方與未艾之趨向。對於此事盡力勿規定實在之規律。在法蘭西中，陪審員所發見之人所犯之過，是否有可寬宥之情勢，聽陪審員自行決定。在英倫中，關於刑罰之選擇，幾於悉聽法官主張，一無限制；而赦免之特權，悉置於主任法官（*Chief Magistrate*）之手者，其在各邦，若法律於此有失當之處，則主任有最後之救濟。原始時代之人，其不因此而審慎躊躇者，乃若此；而惟是篤信受損害人之衝動，乃其應施之報復之測度，又完全依照其情感之或起或落，以規定懲罰之程度者，又如彼。加以考察，誠足令人稱異矣。吾誠願吾人可云此種立法之方術，乃經完全不復見於茲世也。然現代之法制，亦有遇較重大之過犯時，承認犯過之人，曾

經於動作時即被捕及之事實，即足使受損害人施以過度之懲罰，以此辯護，而自圓其說者，此種恣縱之處，雖不事深究似有理由；而在吾觀之，則乃本於極低之道德耳。

古代社會所從事之考量，終於由此而形成，刑事法理者，吾曾言之，再無較此更爲簡單之物。蓋國家視其自身爲受侵害，而民衆議會 (Popular Assembly) 即以同於隨立法行動而來之運動，懲責犯過之人。又最初之刑事庭無過立法機關之分支或委員會 (Committees)。此在古代亦屬的確。(雖在現代非恰好如此其故吾將另詳。) 此乃由古代兩大國之法律史所指明之。結論毫無疑義。其所指示尙屬清楚，其他所指示則非常明了。雅典之原始的刑罰法以懲戒過犯之事，半委諸『亞康』(Archons) 半委諸愛羅比格斯會議 (Senate of Areopagus)。「亞康」似視同過犯 (torts) 懲戒之，而會議則似同罪惡 (Sins) 而懲戒之。最後此兩種法權均移付於『希黎亞』(The Heliae) (即庶民最高法庭 (The High Court of Popular Justice)) 而『亞康』及『愛羅比格斯』之職分，或無過等於執役，或竟完全無關宏旨矣。然『希黎亞』(Heliae) 者，即議會 (Assembly) 一詞之舊字，經典時代之『希黎亞』無過爲司法目的所召集之庶民議會。而著名之雅

典「迪卡斯德黎」(Dikasteries of Athens)則無過其支部或屬區耳。至於羅馬中與此相等之改變則尤易解釋。蓋羅馬人將其試驗限於罰法，非如雅典人建置庶民法庭兼管民刑二事。羅馬刑事法學之歷史，蓋始於舊日之 *Judicia Populi*。據稱國王，即爲此中之主席，此亦無過按照立法之形式對於重大之犯人，作嚴肅之審判者耳。然從早年始，似羅馬之國民大會，(Comitia)不時以其刑事管轄委之委員會(Quaestio or Commission)。委員會對於大會之關係，正猶英國下議院之委員會(Committee of the House of Commons)對於下院本身之關係，所異者，則羅馬之委員(Commissioners or Quaestores)不徒報告(report)大會，且行使其機關本身慣於行使之一切權力，乃至對於被告爲之判決耳。當時本特派此種委員會以審判特種之犯罪人，然無法阻止委員二人或三人同時出席；且遇害及社會之大罪，同時發生時，委員數人同時被派，此亦或爲事所偶有。又此種委員近於吾人之常務委員(Standing Committees)，以其按期選派不必待大罪之發生。此亦表示之處，足以令人窺見者。舊日之審判弑父委員會(Quaestiones Parricidii) (其來由甚古)以審判(或如他著作家之所稱搜查及審判)弑父罪及謀殺罪之權委託之者，似每年

按期選派；而審判危及國家之大罪之二人委員會（*Duumviri Perduellionis, or Commission of Two*）多數之作家，亦相信其為按期選派云。以權力付託於此種機關之手，實足使吾人再向前進展。蓋此種委員不必再俟有危及國家之罪發生時，始行選派。凡有可發生時，即有一雖臨時而普通之法權（*Jurisdiction*）管轄也。觀於“*Paricidium*”及“*Parduellio*”等所表示之意義，近於罪名之分類者，即可知吾人乃幾於達到正式之刑事法學矣。

紀元前一四九年，披梭（*L. Calpurnius Piso*）以所謂 *Lex Calpurnia de Repetundis* 之條例法頒之於世。至此始有真正之刑法。此法用於 *Repetundarum Pecuniarum* 中，即各省總督（*Governor-General*）有向人民徵收不合法之金錢者，各該省人民乃據此法以求償還。然此條例最大而永久之重要，乃起自其成立第一次之 *Quaestio Perpetua*。 *Quaestio Perpetua* 者，乃永久之委員會（*Permanent Commission*），與偶然設置臨時設置者相反。乃正式之刑事庭，其存在由創造此庭之條例通過時起，至別有條例以廢止之時止。其人員非特別指派，如舊日之 *Quaestiones*，惟法律中規定，由特種之階級中，選取執行職務之法官，並按照規定，以時改派其所

特派之人員。在條例中，爲之定其名稱及界說，而新委員 *Quaestio* 卽有權以審判裁決將來之人，其行爲陷於該法中所規定之罪名者；故此乃一真正之刑事法權，勿施行真正之刑事法理者也。

是以刑法之最初歷史，乃將其自身分爲四時期。最初知公罪 (*Crime*) 之觀念與私過 (*Wrong* or *Tort*) 不同，與罪惡 (*Sin*) 亦有別；乃對於國家 (*State*) 或集合社會 (*Collective community*) 所加之損害 (*Injury*)。於是羅馬以切實遵行此觀念故，乃出而直接干涉，並以各個之行動對此犯法之人施以報復懲戒；此爲吾人所發軔之點。凡諸控訴 (*indictment*) 現卽爲 *bill of pains and penalties*。蓋卽一特別法律指明犯者之罪名而規定其懲戒者也。至第二步，則罪名日繁；立法機關乃不能不以其權力委之特種之委員。該委員卽秉此以考查特種之訟案；若經證實，則對此特種犯人加以懲罰。繼又另有一種運動，卽立法機關不復待犯罪後而後選派委員；按期先行指定；如 *Quaestores Parricidii* and the *Duumviri Perduellionis* 等，遇有發生某種公罪時，卽爲之處理。並預料此種公罪必致發生。至於入於最後一期，則委員 (*Quaestores*) 非出於偶然或定期之選派。變爲永久之席位或議室 (*Benches* or *Chambers*) 爲法官者，非用指派委員之特種法律爲

之指派。乃用一特種方法選自一特種階級中。將來永遠如此。某種行爲爲屬於某罪，用普通之文字，爲之說明及頒布；如有犯者，即按照所定，施以適當之懲處云。

假使永久委員會(Quaestiones Perpetuae)有較長之歷史，則當早經爲人視同另一之制度；而其對於國民大會(Comitia)之關係其親切未必即過於吾人之法庭對於英王之關係。英王者就理論言，即施行法律之淵源也。(Fountain of Justice)。然其來歷尙未爲人完全忘記之前，帝王乃挾其專制以摧毀之，而此永久委員會一息尙存之時，羅馬人視之乃無過安置委託之權之所耳。公罪之承認，蓋視爲立法機關自然之本性，而國民之頭腦總由委員會以溯及以其不能割讓之職權委託於委員會之手令其運用之。國民大會(Comitia)即當委員會(Quaestiones)變爲永久之物時，尙視其爲無過國民大會之委員，(即視爲受較高之權力所役使之機關)此種見解蓋發生有法律上重要之後果也。遺痕所在，印於刑法之中，即至最近之期，猶可察見。有一種直接之結果，即 Quaestiones 成立極久之後，國民大會仍以痛苦刑罰狀(Bills of pains and penalties)行使其刑事法權。雖立法機關爲便利故，已允以其權力委託於自身以外之機關，然不能即謂業經割讓。

國民大會(Comitia)與委員會(Quaestiones)各從事於罪人之審判及懲罰，接續未停，並行不悖；故直至共和消滅時止，人民之激怒不能復忍，乃於『部族大會』(Assembly of the Tribes)前提出控訴云。

羅馬共和時制度中最稱奇異之一種，並可於此種委員會倚靠國民大會之處追溯之。羅馬共和時，刑制中即無復有死刑之一種。十八世紀之作家對於此事，極樂稱道。常用此以指示羅馬性格，或近代社會經濟之學說。其實理由所在，吾人所可篤信者，乃純出於不期而然耳。羅馬接續所設之立法機關，其形式計有三種：一種爲人所習聞之 Comitia Centuriata，乃完全代表國家之爲軍事運用，而併合於中者。此世紀會議(Comitia Centuriata or the Assembly of Centuries)於凡軍隊中之將軍指揮其軍之權力，無不具備；如兵士因違犯規律而應受之懲戒，此會即有權令犯罪之人同受此種懲戒。故 Comitia Centuriata 可以施行死刑，然非所論於 Comitia Curiata 或 Comitia Tributa 也。依照宗教及法律，羅馬人民之身體，在城中有神聖不可侵犯之權，故此兩種會議受此束縛。而部族會議(Comitia Tributa, the Assembly of the Tribes)則充其量

止能科人以罰金，原則所定，吾人蓋確知之。刑事管轄，既限於立法機關中，而世紀會議及部族會議又繼續行使平行之權，則凡於重大之罪能科以較重之刑罰者，人民自較願向此投訴。然是時較合於民治之會議，（卽部族會議，）乃幾於取其他會議而代之；而成爲後期共和之平常立法機關。又共和衰亡乃適在永久委員會（*Quaestiones Perpetuae*）成立之時；故建置此種委員會之條例，乃由平常不能處人以死刑之立法機關通過。於是權威來自委託之永久司法委員會（*Permanent Judicial Commissions*）因其威權所自來之機關權力本有限制；其能力及本性乃受此約束。部族會議所不能爲者，此會亦不能爲；而部族會議既不能處人以死刑，故此會亦不能處人以死刑。此種出自超越常軌之事，其在古代，並非視爲惠澤，有同現代人士之所咨嗟嚮慕；而吾人若問及羅馬性格，是否獨適於此時，則吾人敢斷言羅馬憲法乃獨劣也。死刑者，乃社會由野蠻進於文明時，在某時期中所必需之物。此猶一切他種制度沿人種以俱來，順史流（*Current of its history*）而直下者。固有此一時，欲將死刑廢置，則罰法根本上之兩種本能，且將爲此阻抑。蓋無此種懲罰，則社會將以爲對於罪人未施以適當之報復，並以爲不足儆戒將來，使他人爲之裹足也。因羅馬法庭不能處

人以死刑，故乃直接顯然引出令人戰慄之革命時期所謂徒流之刑（Proscriptions）者。當此之時，以黨派之暴烈，別無他法足以平其久懷報復之心，乃將一切法律概行正式廢止。夫足以使羅馬人民之政治能力凋殘者，蓋無過此種分期之法律飄搖。假使羅馬之法庭有足以宣洩其人民激抗之情感，則各種之訴訟手續，必將窮極兇暴，有如吾英司杜窪（Stuart）後期諸代之所爲矣。惟國性之受摧折，則不致如此之深；而羅馬制度之穩固性亦不致若是其銳減耳。

吾今將再論及羅馬刑制兩種特異之處，亦由此司法威權之理論而來者：一爲羅馬之刑事法庭爲數獨多；一爲罪名之分類出諸任意，而無軌則之可言。此爲羅馬全部之刑法史中，關於刑事法理之特徵。前既言之，凡諸委員會（Quaestio）無論爲永久爲非永久，來源所自，各有其不同之條例。威權所生，生於叛此之法律，權限若何，一經規定，不敢或渝。若該法規中未嘗明白規定之罪狀，則不敢問及。然當時製定之條例，乃按照其時之情勢，以某種行爲爲特爲可憎，特爲危險，因而加以懲罰。隨時編製，各不相謀；無通有之原則爲之連繫。故遇有特種之危急時，乃取一切叛造委員會之條例，加以運用。計當時所有之民法有二三十種之多。適與施行此法之委員會數目相符。而當共和之時，

又未嘗擬將此種司法機關鎔合爲一，或將此條例中之規定，爲之整理，使之整齊勻稱。當此時，羅馬刑事法權之形態間有與英倫行使民法上之救濟時類似之處。蓋英倫普通法之法庭所發之令狀 (Writs)，足以使各法庭互相侵入其特有之範圍者，是時尙未將虛擬之斷言引入於其中也。如君后設席之法庭 (Courts of Queen's Bench)，如普通法法庭 (Common Pleas)，如國王出納法庭 (Exchequer)，均有同羅馬之委員會 (Questiones) 理論上爲來自較高之威權之物；且以法權之自，各有所主管之特種案件。惟羅馬之委員會，其數不止三種；孰爲某會所主管之案，殊苦極難分別，不如威斯明荷爾 (Westminster Hall) 三法庭之範圍之易於令人認識耳。以各委員會之範圍難於分別；故羅馬法庭之多不獨不便而已。蓋一人所犯之罪，按據普通規定，不能立知其所屬時，可一次或接續控之於各委員會。孰爲有權審問，亦惟聽各會之互爭；機緣衝蕩，無法自主。且一委員會之所判決，雖足推翻其他之管轄；而其所不論之罪，則不能於委員會前據爲辯護之資。此吾人聞之將深爲詫異者。此蓋直接與羅馬民法之規律相反也。以羅馬人民對於法學中軼出常規之事，(羅馬於此有一極著稱之語曰 inelégancies) 所感覺者之敏銳，假使委員會沈鬱之歷史，不使人視

該會爲黨派手中臨時之武器，而視爲懲戒罪犯之永久制度，則羅馬人民豈能忍此。其後羅馬各帝立將法權之衝突，及法庭之過多，概加廢止，然刑法中另有特異之處與法庭之數目有密切之關係者，則未嘗除去。如公罪之分類即見之於優帝之國法大全（*Corpus Juris of Justinian*）中者，其出自任意區別之處，極足令人注目。凡委員會所應過問之公罪祇限於條例中之所經規定。然此種公罪祇於本來之條例中分別門類，蓋當通過條例時，此種公罪乃亟須付之懲戒者。故其中不必即有公共之物。然每一特種委員會，即自有其審判之題目。組織所在，自足令衆人爲之注目；而各條例中所指之各罪，其間凝結堅定之處，根深蒂固不易動搖。就令席拉（*Sylla*）及奧古斯他帝（*Emperor Augustus*）欲正式整理羅馬刑法，使之不復畸零，而立法之人，則仍保存舊有分類。如席拉（*Sylla*）及奧古斯他（*Augustus*）之條例法（*Statutes*），乃帝國時代刑事法理之基礎，而其中之分類，所貽留於後人者，更無有再較此爲奇特之物矣。吾今祇舉一例證之。如僞誓（*perjury*）常與割傷（*cutting and wounding*）及毒害（*poisoning*）共歸一類。蓋席拉之法（即 *Lex Cornelia de Siccariis et Veneficis*）將管轄此三種罪狀之權，同交與共一之永久委員會也。又此種罪狀之分類，似並影

響及羅馬之方言。蓋一律中所舉諸罪之名，在一表中，自有先後，人民慣於舉其第一之名，以概其餘，此乃自然而然而之事，故受委託而審判此諸罪之法庭，自必以此題署，如 *Quaestio De Adulteris* 所審問之諸罪，均稱以淫瀆 (*Adultery*) 云。

至於羅馬委員會 (*Roman Quaestiones*) 之歷史及特徵，特爲詳論者，以刑事法學之形成，無論何處，其足以資爲楷模，啓發吾人，均不逮此也。最後之委員會，爲奧古斯多帝 (*Emperor Augustus*) 所增加。自時厥後，羅馬人始可稱之爲有勉強可稱之完全刑法。與其發生相沿而來者，有一相類之歷程，吾稱爲私罪變爲公罪 (*conversion of wrongs into crimes*)。蓋羅馬之立法機關於較殘忍之罪過，雖未消滅，其民法上之救濟，然予受害者以救濟之方，爲其所必舍彼而取此者。且與古斯多帝雖完成其立法以後，尙有數種罪過，仍視同私罪 (*Wrongs*)，而在現代社會，則必視爲公罪毫無疑義者。又在後一時期，法律始注意另一種罪過爲前此之所未有者，其在會典 (*Digest*) 中，稱之爲特別公罪 (*Crimina extraordinaria*)。必至此時期，然後此數種罪過始受刑事上之懲罰。惟何時至此，亦殊無一定耳。此類行爲，按照羅馬法理，自必視爲無過私罪 (*wrongs*)。然犯罪者祇科

以罰金，便足解除責任。此在社會尊嚴之意味日漸發生之時，不免引起反抗。故受害之人，倘出於願意，似爲社會所許，別用 *extra ordinem* 治之。質言之，救濟之法有與尋常不同之處者也。自從承認此種非常公罪 (*Crimina extraordinaria*) 之期始，羅馬法中刑法名目之長，必與現代國家之所有者相等。

若欲詳細敘述羅馬帝國時施行刑法之道若何，殊非必要。然吾人有須注意者，則其理論與實踐，於近代社會有極大之影響也。羅馬諸帝未嘗即刻廢止委員會，其初且以擴大之刑事法權付與議會 (*Senato*)。惟在議會中，無論該會對於皇上若何恭謹；而以九五之尊，至此亦無過儕於會中其餘之人員耳。然其初爲國王者，即要求一種平行之刑事法權。及人民懷念自由共和之情既衰，此權乃逐漸伸展，陵駕舊日之法庭。嗣後公罪之懲罰，乃逐漸移皇帝直接所派之法官，而議會 (*Senato*) 之特權，即移於樞密院 (*Imperial Privy Council*)。此樞密院者，亦卒成爲刑事最終上訴之法庭焉。在此種影響之下，近代人士所習聞之主義，謂君上乃公道之淵源，光榮之儲託 (*The Sovereign is the Fountain of all Justice and the Depository of all Grace*) 者，至此乃不知不覺間，鎔

鑄成形。此蓋來自於諂媚 (adulation) 及卑屈 (servility) 者少，而來自於帝國之集權（此時羅馬帝國已達於完成之境）者多。實言之，刑法學說幾復返於其所發軔之處也。其始所信之說，爲集合社會之職務，在由社會自己之手，責報其所受之損害。其終，則主張公罪懲罰，應屬於至尊 (Sovereign)。因至尊乃代表及指揮其人民云。以至尊主持法律，乃彌覺嚴肅莊重。新見解所以異於舊見解者大都不出此也。

近代社會所以不必經過纍串之變化，如吾所述之羅馬委員史者，乃得力於此後代羅馬人對於至尊與法律之關係之見解。在居於西歐一切種族之原始法律中，以公罪之懲罰爲屬於自由人大會 (the general assembly of freemen) 之觀念，尙有遺跡之可見。且有數國（據稱蘇格蘭 Scotland 亦其中之一）中，現行司法之世系，可上溯之於立法機關之委員會。然刑法之推演，實通由兩種原因之促進。一爲羅馬帝國之追思，一爲教會之勢力。一方羅馬諸帝之威嚴，益以夏爾曼皇室 (House of Charlemagne) 之一時得勢，遂使國中之君王，隱然具有威望，爲野蠻之酋長所不能遽得者。且使封建時代最小之諸侯，亦居然具有保護社會，代表國家之性質。一方則教會以急欲

過抑血鬪之兇殘故，求所以樹立威權，懲罰非爲之道，乃得之於聖經之中。聖經文中蓋有允以懲罰之權，付於民事法官之手者云。如對於新約 (New Testament) 則謂其足以證明塵世之上，御以君王，以許奸禁暴。至舊約 (Old Testament) 則有流人之血者，人亦流其血，(Whoso sheddeth man's blood, by man shall his blood be shed) 之語。義旨所在，尤爲顯然。吾以爲關於公罪之現代觀念，乃基於黑暗時代 (Dark Ages) 教會所力持之兩種假定。一凡諸侯 (feudal ruler) 在其本代中可吸合於聖保羅 (St. Paul) 所稱之羅馬法官 (Roman magistrates)。一凡諸侯所應施之懲戒，乃摩西十誡 (Mosaic Commandments) 中所取而加以禁止者，或爲教會所未嘗過問者。如異端 (Heresy) 則以爲包括於第一第二兩誡中；淫瀆 (Adultery) 及偽誓 (Perjury) 則爲宗教的過犯 (ecclesiastical offences) 而教會則不過承認以塵世之武力達到重罪嚴懲之目的。然同時又謂殺人與越貨，無論其各種之變形若何，乃屬於君主之管轄；非以其地位所關，出自偶然，乃爲上帝顯然之諭旨云。

亞爾弗烈王 (King Alfred) 之著作中 (見 Kemble, ii, 209) 有一段可令人明白見及，

其時關於刑事法權之原始，各說不同，搏擊至烈。亞爾伏烈王以一半歸於教會，以一半歸於『威丹』(Witan)。惟又主張反叛地主之罪，不應馭以尋常之規律；猶羅馬之逆君法(Law of Majeftas)不以反叛皇帝之罪與尋常同科云。其言曰：『自此以後，頗多國家均信仰基督教；且大地之上頗有宗教會議之舉行；即英人，自信仰基督教後，亦包括在內，與會者有神聖之主教及地位優崇之『威丹』(Witan)。彼輩頒製科條，謂本基督慈悲之心，塵世之人主，以其允許，於凡諸非爲，得取金錢之『博特』(bot)，如其所定，而無罪惡。』惟叛背人主之事，人主不能爲之寬宥。因全能之上帝，於輕藐上帝者，不爲審判；賣耶穌致死者，耶穌亦不爲審判；且耶穌有命，人應愛戴其主，無殊愛戴耶穌』云。

039330



萬有文庫

第一集一千種

王雲五主編

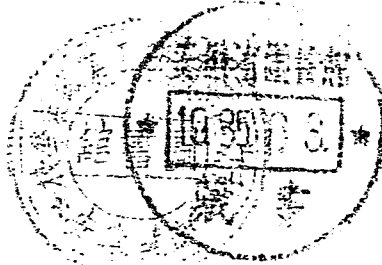
古代法

(四)

梅因著

方孝懋譯

商務印書館發行



萬有文庫

第一集一千種

總編纂者

王雲五

039334

法 代 古

(四)

著 因 梅

譯 閱 建 鍾 嶽 孝 方

著 名 界 世 譯 漢

古代法

評釋第一 羅馬法之古

梅因於本書第一版序文中有言曰，「羅馬人之法律，在其最初之部分中，存有最古之遺迹。」斯言也，若不違背名家之習慣，將最古之義，推至極端，一若此乃超越一切，舍是之外，寰輿之上，即無復有更古之物者，則望文生義，其於描述羅馬法，固未爲不合。如日耳曼法，Germanic law 如印度法 Hindu law 其所保留之古代特色，且有過於吾人所知之羅馬法者。梅因於此，其意旨所在，未嘗有所詰難，此蓋極爲顯明之事。經典時代之羅馬法者 Classical Roman law 實具有極端之近代性；近代法學，所以尊爲鴻寶，大都因緣於此。梅因亦未嘗蔑視此義。讀者請參閱評釋第六中所引之一段，便可明了。然在不諳他種古代法律者，必尙不免以爲羅馬之十二表法，The Law of the Twelve Tables 或其後共和時代 Roman Republic 法律之全部，乃屬於較古之一種。其

實何嘗如此？五十年前，此種設想，幾於無可避免。吾人於此，應知是時英倫中，曾經薰陶之公衆，對於此科（羅馬法）實全無所識。（今日大約亦尚如此）而羅馬法學家 *Cyriians* 之所傳襲，依照舊日法權及實踐之分別，限於專業法律之少數人士者，其不合時宜，至少亦相距百年。故梅因乃孜孜矻矻，鏗而不舍，欲將羅馬法之研究，取而重新之。觀其所得，當時亦不甚令人措意。假令梅因所用之文字，於羅馬法學固有之特長，及實際之重要，有過於鋪張揚厲之處，則在此種情狀之下，此乃正路中之過失，固足爲梅氏諒也。然吾於此有應申警近今學子者，則羅馬法一物，就實事言，不論何時，實非一完全無缺，整齊勻稱之渾然一物；卽其歷史亦非可由任何公式推釋而成。夫十二表法，昔固視爲其所覆蓋之界域中，法律之最後淵源；然其本意所在，則未嘗欲將公認習慣法之全部，悉舉而納於其中。當羅馬帝國之經典時期，*Classical period* 法律之載諸文字，最關重要，而最有效果者，乃普立德爾之通告書 *Praetor's Edict*。此觀於法律會典 *Digest* 之題署，而尙赫然可見者也。且十二表法之自身，乃改革之法典 *Reforming code*，不徒爲鞏固擬整之物，此中含有希臘之材料，可無疑義。至向傳編纂此法時，曾派遣委員，前往希臘考察，此其可完全置信與否，亦屬無關宏旨。

惟無論如何，當時在意大利南部之希臘各市，Greek cities 則固足供其徵詢，此諸市中，希臘之語言，至今蓋猶存也。夫隣邦之展進，既非本國可及，乃從而乞借之，此在古代立法，實非獨異之事，且視英雄時代 heroic age 之造法人 *lawgiver* 爲外人，或以其智識爲得自較古較大之國者，此其爲事蓋極習見。就令此種傳說中，關於人之一節，尙有疑義，而此物之非一無根據之剽造，則大致不差已。近來對於十二表法來歷之古，頗有自奮機智，獨倡異說，而致其疑義者。惟臆想所及，以爲此乃紀元前第二世紀所編纂或剽襲之物，則尙未得贊同之承認。參閱 Dr. A. H. J. Greenidge, "The Authenticity of the Twelve Tables," *English Historical Review*, January, 1905 及 Professor Goudy in the *Juridical Review*, June, 1905。此外博聞彊識之學者，於此十人之手澤，*Decemvirs' work* (卽十二表法) 頗有臆測之翻案。學者於此，應審慎鑒別，不可默爾承受。就中用力最勤者，爲烏華特 Voigt 之論季拉 M. Girard 者，亦博雅之士，其評烏氏之見解，謂此乃冒昧之詮釋，而完全不能承受之翻案。"Une restitution tout à fait inacceptable et un commentaire fort aventureux" (見 *Manuel élémentaire du droit romain*, 3^e éd., 1901,

p. 23) 羅比博士 Dr. Roby (見所著 "Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines," 1912, Vol. i, p. X) 則直謂其爲紙製之室, house of cards 此則抨擊之言, 彌見明俊也。

評釋第二 荷馬詩中之習慣法

梅因以荷馬 Homer 之篇什, 爲足以窺見印度歐羅巴 Indo-European 社會中法律觀念古式之最佳證據, 卽此一專, 可見其識解之卓也。依梅氏之指示, 則知此種詩家, 對於此事, 實毫無出自意想之理論。吾人欲證明其詩之真確, 則此乃最佳之保證。據其所描述, 可見是時之社會, 習俗所在, 縱不能時時遵守, 實爲有衆所了解, 實踐之義務, 縱不易施行, 實有一定之界域。而吾人雖未聞有所謂永久之權威, 如就近代之意味, 所稱爲立法 legislative 或行政 executive 者, 其所判決, 則固出之以莊嚴典重, 而視爲具有拘束之力 binding 者也。梅因以爲荷馬之描述, 並非完全化以理想, idealized (其實吾人可卽云, 未嘗多化以理想), 其社會之情狀, 卽爲作者所知之情狀, 此亦

不謬。就所有形諸筆墨者言，其所描述之習俗，卽真確之習俗，亦卽歌者（按卽指荷馬）當時之習俗也。近代之稗官野史，對於古物古風，所刻意營構者，荷馬詩中蓋未嘗有此。特不過於英雄時代之富厚勇邁未免有張大其詞之處耳。此如所傳羅郎 *Chanson de Roland* 之故事，以十二世紀之儀文武器蒙於夏立曼大帝 *Charlemagne* 及其貴族之上；又如述圓枱 *Round Table* 舊聞者，其紀阿薩 *Arthur* 之軼事，則以十四世紀之儀文武器被於當時武士 *Knights* 之身。此皆鋪張過甚，致忘時代先後之不同。吾人亦不能不信荷馬亦有此弊也。

邊沁 *Bentham* 及奧斯汀 *Austin* 之分析人爲法律，*positive law*（其實二公之所爲卽步武霍布士 *Hobbes* 特邊沁似不自覺耳）梅因於此，亦有論及，以爲不適用於古代之社會。蓋如荷馬時代之社會，或如沙加 *Osses* 詩中所描述之埃士蘭 *Iceland* 社會，卽無最高之君上，*Sovereign*（依霍布士之意味）亦無立法之命令，*legislative command* 亦無一定之制裁，*definite sanction*。然在埃士蘭中則有組織井然之法庭，亦有步伐整齊乃至屬於專門之訴訟程序，此觀於扎爾沙加 *Njáls Saga* 之所述而可見者也。其後梅因在所著 *"The Early History of*

Institutions”書中論主權 Sovereignty 章，曾於此節特爲闡論。近代批評霍布士之主張，而具有健全之識解者，尤推此書爲基礎也。在此種經典之文字中，梅因對於邊沁及奧斯汀二公，頗爲溫婉。雖二公之著作，全未具有歷史之根據，而梅因且有時視同師傅。卽置此處特別之感情於不論，就其思想而表現完全之論斷者，蓋非梅因素日之所習也。凡步武梅因之所爲者，極易流於武斷，如勃萊士 James Bryce 之所論是。（見“Studies in History and Jurisprudence,” Essay X）至關於古代訴訟無執行之制裁 executive sanction 一節，可參閱梅因所著“Early Law and Custom,” p. 170。

在荷馬詩中所謂首領之地美士第 Themistes 者，其字本非 Θέμης 一字不規則之複數，特別有所指，而意爲法律或公道之原則 principles of law or justice 者耳。其單數 Themis 之一字，則抽象之意義，爲權利。right（見 E. O. Clark, “Practical Jurisprudence,” pp. 42-9）有時此事之義，爲貢賦 “tribute”。此與中古拉丁所常用 Consuetudo 之一字比較，亦無難解之處。梅因於此所用之文字，間有似指以此命名之判決，乃屬任意或可以任意者。然於所著書論『國

王與早年人爲公道』“The King and Early Civil Justice”一章，則附有限制之語曰，『荷馬詩中之王，大都忙於戰事，然亦實爲法官。惟須有注意者，則此王並無助理 *assessor*，而其判詞，乃來自上天中神意之所授，而直接入於其心目中者耳。質言之，王之所斷，一若無有不公也。今讀荷馬所著伊里哀 *Iliad* 一詩，則見雖描述之時，義屬譬喻，乃有不公之王，以偏曲之判斷示人，而不顧神祇之諭旨者。其詩句如下。（譯者按此處所列乃希臘原文故未譯）

梅因於此，乃論之曰。『此種判詞 *Sentences or Theomisties*（此與條頓字 *Teutonic word* “*Dooms*”實同）乃由以前存在之習慣或慣例 *Custom or usage* 而來，可無疑義。惟其概念，則意謂此乃出自君王自主之意構，或出自神祇之提撕耳。若以此種提撕爲出自博學之法家，或具有威力之法律載籍，則此乃明明爲同一之見解，而屬於後來之展進者也。』（見“*Early Law and Custom*,” p. 163）

荷馬詩中所述之習慣 *Custom* 蓋至強固。故神祇之自身，亦不能不受此拘束。窄巫士 *Zeus* 者，乃此中巨魁，然對於人民負有公道之義務。而公道云者，意即謂遵守規律耳。此時非無權力。

Power 惟有義務 Duty 之意味，乃使之適得其所。故據伊里哀詩中所述，窄巫士欲救沙北頓 Sarpedon 之一死，終以不敢違反赫拉 Hera 之譴責，而破壞舊貫。（其言曰『聽爾意爲之，然其餘之神不能承認也。』見原書 II. 443）又據鄂第塞 Odyssey 詩中所述，鄂第塞士 Odysseus 之人，殺日神 Sun-God 之牛而食之。日神欲下臨塵宇，以陽光普照死者之中，卒以恐懼潰襲神器之罪，致遭譴罰，而逡巡不敢爲云。（譯者按此處有徵引希臘文原詩一段未譯）

評釋第二 法律之初形 成文法與不成方法 上古法典

讀者須知制度之生長，即祇限於一社會言，乃極爲複雜之事，不能按照時間次序，而用簡單之系列 Series 表示之也。吾人言論所及，常以爲一種規律，一種風俗，爲屬於觀念推演，較爲進步之一種時期，爲他種所不能及者。然此非謂在每一社會中，此規律，此風俗，所由斯而發見者，其先事實上，必有一種較爲不進步之制度，屬於文化中較低之一級者也。蓋如模倣隣邦，模倣戰勝征克之人，模倣特異之局部情狀，實際上於此通常之展進，皆足減短其所歷之階段，或竟完全拋棄之。故吾人

意義所指，乃謂此種次序，爲不能倒置耳。如鉛粉，Chalk 如沙石，Sandstone 在英倫中均非隨處可得。然有紅沙石之處，則可知鉛粉非在其下。又如亞非利加知鐵極早，可直云非洲未經銅器時代。bronze age 然不能因此即謂任何部落 tribe 必會棄鐵易銅，其事爲較易令人置信也。是故衰輿之上，亦或會有部落，有法官時，幾有，或即造法者。然謂國家已獲得立法機關後，乃從此逆行，而復返於純粹之習慣法，則覆轆之下，未聞有此矣。（參閱 Kohler, "Zur Urgeschichte der Ehe," pp. 7-10）

王或巨魁之法律判詞 judicial dooms 與顯然之法律，布之有衆，而爲一般之遵守者，極不相同。然有可注意者，則古代之傳說，將此兩物，悉歸於神之來原耳。就前者言，法官享受神祇之信任，其情狀不甚一定。就後者言，則造法之人，human lawgiver 無過爲神之紀錄，或報告者。此神則以全部法典，或法律一部，口授其人。此如梅因在本章之所指示，乃較爲意構之概念，而屬於較後之時代者也。然此其發見之古，乃與凡諸可證爲立法者相同，而趨勢所在，將法律之語言，徵及全神或半神 semi-divine 之來歷者，乃極有定則。且若謂造法者，或紀錄神法者，即非判詞之宣示人，亦

殊無理由也。摩西 Moses 者，柯克 Sir Edward Coke 所視為紀錄法律之第一人。以平亭之言，歸之摩西，其在今日，蓋為實際上之法律判決。蓋摩西法典，實鈐束有種猶太社會中之繼承民法（如亞頓 Aden 之猶太人是見 Sir Courtenay Ilbert, "The Government of India," p. 397）云。就令摩西法典之古，有遜於漢模臘比之法典，Hammurabi's code 而謂窄羅菲赫之女 Zelophehad's daughts 一案，乃詳於記載最古之案，至今仍具有權威，則吾人之作此言，乃極穩適無疵也。

當王或巨魁，不復以其人身負荷一切職務，而政治上之分工方開始時，則凡具有神聖性質之職分，乃自然而然，變為僧侶，priesthood 或神聖部族 tribe 或家族 family 所有之事，而法律之保管及解釋，亦在其中。宗教法與人事法 religious and secular law 之分，乃遠在其後。此可無待煩言而解者。是故吾人於日耳曼及羅馬古物 Germanic and Roman Antiquity 中，見僧侶或貴族之要求僧侶職務為有生俱來之權者，即為第一之法官。（見 Grimm, "D. R. A." 272, i. 378 in 4th edition）赫然者在目前，不僅限於遺跡故蹤已也。在埃士蘭 Iceland 中

所歸諸於法律代表者 *Speaker of Law* 之權威，雖甚浮泛，亦非毫無効力。其爲物似帶有宗教性質。據扎爾沙加詩 *Njal Sage* 所述，關於應否採用基督教之問題，其嚴重足以引起內爭者，惟此法律代表者乃能決定，此則確無可疑者已。（見 *Dasent, "Burnt Njal," ch. ci.*）若不以此事爲徵之歷史而可信者，似屬不衷於理也。非至基督教人及非基督教人曾保證能遵守判決時，則梭濟亞 *Thorgeir* 不爲之判決，此乃極堪注意之事。而卽此可見古代司法之任意處置，出於自願，有如是者。其後逾二百年英倫之愛德華第一 *Edward I.* 於爭奪蘇格蘭 *Scotland* 之王位爲之平讞時，亦用此類似之之豫防措施云。

究竟法律智識之壟斷，乃成立於享有特權之階級 *privileged caste or order* 手中，抑學問之傳襲，乃由先授後行於有同學校之物，抑本無秘密之可言，其時惟有人享有獨具過人之智之名譽，此似須以各社會之特殊情勢爲斷。在埃士蘭 *Iceland* 中，除法律代表者外，則見當沙加 *Tasga* 時，另有少數獨具智能之人，如扎爾 *Njal* 之自身，及其死後之一二人，意見所貢，勸告所施，乃爲其隣人所苦求渴望，而其刻意經營之意見，則幾足以斷制一切者。然在此獨以同質 *homo-*

geneous 著稱之共和國中，則固未嘗有種族 race 或等級 rank 之別也。如訥斯佗 Nestor者，據稱亦處於與此相同之地位云。要之，社會中法律管轄，與司法權力，尙未至於強迫之地步者，則此種令譽，乃較爲重要。其事至爲顯然。蓋判決之能得人，遵守與否，在此種社會中，其機緣如何，大都視主持之法官，或評判之人，能否得人尊敬以爲斷耳。

梅因復謂享有特權之階級，所保存之法律，視同一種職業上之祕訣者，乃爲真實之不成文法。此其言就語義言，或亦不謬。然此詞在專門上通行之用法，實非限於本文訓話之事。若將成文法“written law”之一詞，專指所立或所布之法，enactment or declaration 在實質上兼在形式上，具有權威，故本法中之字，不獨包含法律，亦即組織法律者，則此種限制，實甚有益處。若詮釋之言 exposition 其本字無拘束之力者，雖實質上權威，無論如何偉大，即屬不成文法“unwritten law”也。試觀英倫之法官，或其他在他種管轄採用普通法制 System of the Common Law 之法官，往往於其所著作刊布之書中，對於法律有審慎之陳述，則須知此乃學問博洽之私人意見，而嚴格論之，毫無權威之可言者也。然此法官或他法官，即可在紀錄之判詞中，採取其陳述，於是乃

獲得權威視同法律之司法的詮釋 *judicial exposition*。以其實際上之文字，仍無拘束之力，故祇作爲不成文法。及後此種議論，編入條例法 *statute* 之中，乃變爲成文法。而法庭爲將來故，不獨以此中之實質爲具有權威，亦且以每字爲具有權威矣。此種分別，最爲真切。舍是之外，別無表釋之善法也。且就法國之習俗言之，亦有足引爲密切之比附之處。在昔法國尙屬王國時，所謂成文法之各省者，*pays de droit écrit* 乃承受羅馬法之本文，爲具有拘束之權威，而所謂習慣法之各省者，*pays de droit coutumier* 則視羅馬法本文中所以包含之理由如何，而引爲例證，引爲譬解。此與英倫有時之所見無殊。是故同一之本文，可以在一省爲成文法，而在他省則爲不成文法。（雖在法文中無與不成文 “*unwritten*” 相當之一詞）近有博學之作家，曾就經典時代羅馬法學家之著作中，細求成文法 *jus scriptum* 與不成文法 *jus non scriptum* 所見之諸義，而論其相反之處曰：『此兩詞實際上通常之用法，乃一則指習慣法，一則指編製之法，由立法機關以一定之方法，而頒布之者。此種分別，在英國法學家，亦用之之時，其實實際上所用之義亦同。其在近代大陸之作家中，成文與不成文者，就大致言，一則指制定法，*enacted law* 一則指習慣法 *customary*。

Law 也』(見 E. C. Clark, "Practical Jurisprudence," p. 272)

梅因於討究古代法典時，於印度法律 Hindu Law 亦略有論及。當作此書時，所有被以蠻紐 Manu 及那拉達 Narada 之名之書，除少數治梵文之學者外，祇有英印 Anglo-Indian 政界中人，知天壤間亦有此種載籍，此外則鮮能知有此類典冊之存在者也。梅因自執役於印度政府 Government of India 以來，其後復討論及此。故於其所著之『早年法律與習慣』 Early Law and Custom 書中，如論印度人之神聖法律，"The Sacred Laws of the Hindus" 論法律中之宗教。"Religion in Law" 論法規之分類 "Classifications of Legal Rules" 等章，均須參閱，以爲補助。至關於古代習慣法之通性，及因與近制接觸，對此所生之效果欲知底蘊者，則須讀梅氏所著『東方西方之村社』 Village Communities in the East and West 一書。第二第三兩章。

因發見漢模臘比之巴比倫法典，Hammurabi's Babylonian code 關於成文法之早年歷史，乃又有完全新穎之曙光。漢模臘比法典者，乃廣博實用，而又大致屬於人事之法典。其時代之

古遠在耶穌紀元之前二千年以上，且似假定另有更古之具有權威之判詞，見之書寫者。又據此法典所載，則財產轉移之文書，乃爲日常應用之物云。（英譯此法典者爲 C. H. W. Johns, Edinb., 1903）較此稍爲平淡，而亦甚關重要者，則在克里特 Crete 之葛汀法表 Tables of Gortyn，發見於一八八四年。此物較後於羅馬之十二表法。然就原碑保存，無甚損壞。可參閱羅比博士 Dr. H. J. Roby 所論及其譯文。見 L. Q. R. ii 135。

依梅因所論，將習慣編入法典，適得其時，則可防止墮落。然吾於此，有應申明者，則以此種效果，歸於十二表法，雖爲睿巧可悅之臆度，在吾觀之，證以吾人所知於初年共和時代羅馬社會之情形及趨嚮，似非吾人之智識所能及。惟反而觀之，若後於此時，始將法律加以修纂，而規以定形，則將阻及按部就班，及合於科學之展進，此則確無可疑已。如一六七三年使法蘭西之有價證券法， Law of negotiable instrument 停頓不前者，卽緣於當時之命令， Ordinance 斯其例也。（見Chalmers, "Bills of Exchange," Introduction, p. lvi）十二表法者，其自身幾使古代及拘泥形式之訴訟法，歷久不變；其後代之羅馬人，因衡平法 equity 及法律之擬制， Legal Fiction 運用

得法，始得脫離重大之不便，此蓋似可由考察得來，而梅因在下章中，將繼此而論列者矣。

按以上評釋隸原文第一章下

評釋第四 英國之判例法與擬制

約當十九世紀之中，及稍後，作家通用之文字，實足使梅因選取英倫判案之權威，爲法律擬制之例證一事，立於堅確不移之地位。然若二十世紀之讀者，將本章上節所論，牢記於心，則殊難以爲英國法家之觀念及公式，在進步之社會中，乃停頓不前；且社會之進步，蓋未有沿一途徑，而速率一律者，他部有展進，而一部則停頓，乃至落後，此又何嘗不能以想像得之？然法律觀念之批評，其經大有造於操英語之世界，則灼無可疑矣。今日聰睿之法家，必不以爲法庭之判決，乃不能增加法律，或變更法律；卽法庭之自身，於其判決，說明理由時，亦常自認其乃增加法律，或變更法律；言論所及，未嘗忌諱。此等法庭，蓋未以具有立法之權力自居，且亦未嘗運用此物。蓋立法家不必遵守現行法律之規程或原則，而凡所製定之條例法。 *Statutes* 不獨可以增補法律，且可推翻法律，或則引入絕

新之原則與救濟，如工人賠償法案 *Workmen's Compensation Act* 之所爲。且假令於事爲可能者，其於前此之立法，亦毋庸爲之篤守也。然英國之法官，於其判案，則不能不遵守英國法律已定之一般原則，並須顧及目前可以應用之彰明較著之立法，乃至前輩之權威，與自身前此所判決之例案。且凡有一案，無論如何新穎，即須求一判決，而此判決，對於將來之案件，即具有權威。是故假有所需，則爲樹一新軌者，乃彼曹責任之一部分也。爲法官者，若見前此未有規定之特種規則，足以適合目前之案情時，則必須覓一最爲合理之軌則，而應用之，庶無悖於既定之原則。在吾觀之，大約此即爲吾人習慣法中，居於第一，而最爲偉大之軌律。須知除經權威所定之規律，不能或叛外，法官之所爲，實可不拘何種方向，而推展法律，且彼曹亦實應如此。若否認此者，並應否認有新穎之事實，時呈於法庭之前。然此事之真確無疑，則吾人可以尋常之經驗得之；而法庭之文字中，且往往以第一印象 “*of the first impression*” 之一語，描述此種案情也。若並此而否認之，則所謂法庭於每一案件，無論如何新穎，均不能不求一先例者，原則所在，亦應拒而不納矣。法庭於避免新穎之外貌，往往過於迫切，而其所操之方術，遂以數種擬制之故，爲英國普通法之梗。此稽諸事實，試屬不誣。梅

因所以太息痛心於此種擬制，而視其爲法律內容按次散布之障礙者，蓋非無因也。

造例案法之歷程，不能稱之爲立法；就令加以限制之語，以此爲有限的，或附屬的權力之運用，亦不可。此吾人應須留意者。世界中，頗有立法之權威，並非君長，其權力蓋有所秉承，或竟有所限制。然製定之法，一字一義，具有拘束之力者，仍以此爲淵源之所自也。惟司法上先例所具之權威，則不與此同科耳。按照英國之定制，法庭之判詞，須與其先之判詞有同等或較高之位置者相符，惟其效果，經爲立法所廢止或爲較高之權威所推翻者，又當別論。第雖相符，而字面則正不必一一步武耳。有拘束力者，祇有原則。原則須視先例爲全體而徵集之。無論句語之結構，如何矜慎，不能以此爲表現於判詞中之此一句或彼一句也。

引進擬制之動機，在當時之所流行者，乃志在得一較爲迅速，較爲完備之救濟，爲訴訟程序之嚴格適當之形式所不能貢獻者。梅因於此，尙未暢爲闡發。在近代英國法律中，足以爲擬制之標記者，具所用之字爲推測 *constructive* 或包含 *implied*，此雖非一成不變，然實頗有定準。善讀者於此當自得之，無待煩言也。若以法律之擬制爲全屬過去，則又未免冒昧矣。當梅因著此書時，是

時吾人之法庭中有一極近之例證，即謂凡人與人訂立契約爲代理人 *agent* 者，其權力乃來自於其所代理之人。此亦一擬制也。然實有益，而且精美，故今既完全承受矣。

按以上評釋隸原文第二章下

評釋第五 自然法與萬民法

本書第三四兩章，所需於補充之批評者，獨視他章爲多，故今將爲之評論焉。當梅因作此兩章時，中古時代自然法 *Law of Nature* 之主張，與其連續古典式之羅馬主張之處，在英倫中爲人忘記或誤解者，蓋二百年矣。即其後之英國學者，亦無顯著之途轍，足以追尋歷史上正確之路徑。吾所奉爲南鍼，而既不免有後時之嘆者，大都出於季爾克博士 *Dr. Gierke* 之作。其書蓋討論中古時代，及文藝復興時代 “*the Renaissance*”，各著作家之爭辯，原原本本，殫見洽聞，誠不愧極爲詳盡之傑構也。（“*Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*,” Breslau, 1880; “*Political Theories of the Middle Age*,” transl. with

introduction by F. W. Maitland, Cambridge, 1900, from "Die Staats- und Korporationslehre," etc., Berlin, 1881; Pollock, "The History of the Law of Nature," Journ. Soc. Comp. Legisl., 1900, p. 418) 凡研究法律史者，並應細讀深恩勃萊士 James Bryce 近著之自然法 the Law of Nature 一文。(見所著 "Studies in History and Jurisprudence," Oxford, 1901, ii. 112) 最近刊行之作，研究此題，最為宏博者，則有嘉萊爾 著『西方中古政治學說史』A. J. Carlyle's "History of Mediaeval Political Theory in the West," 1903 (此時祇第一本已出版) 一書。讀者於此並可參閱拉希達博士在法律季刊中所發表之評論。Dr. H. Rashdall Thereon, L. Q. R. XX. 322) 梅因者，非中古法學家，亦非神法學家，故與其時之法家學者，同其蒙昧。其所陳述，實際上頗忽視中古時代。以為據十七八兩世紀著作家所知之自然法，乃全出自於經典時代之羅馬法律家；希臘哲學之影響，乃出於間接，而且經過羅馬法律之陶鑄；而最初純潔之自然狀態，"State of Nature" 觀念所及，乃此主張中之整然一部云。凡此雖未明言，而其義指所在，則甚醒豁也。然凡此推斷，實無一真確可信者。須知古

羅休 Grotius 之學說，乃廣續神法學家及學院中人 Cononists and Schoolmen 之所見，中古時代之主張，則根據於亞里士多德 Aristotle 及西塞羅 Cicero 之言，不必盡出自國法大全 Corpus Juris，而十八世紀之作家，所謂自然狀態者，則無過就相傳之體制中，以其附庸之處，爲之顛倒而張大其詞耳。

依照亞里士多德（“Eth. Nic.” V. vii 此爲非亞氏自己所著書中之一種，然其實質，則咸以爲足以代表亞氏之所垂訓）則政治之公道，political justice 分爲自然的，Natural（τὸ πᾶσι φικτόν, naturale）與法律的 Conventional（τὸ δε νομικόν, legale）兩種。此拉丁之兩名，乃中古時代通行之譯詞，由亞奎納斯 St. Thomas Aquinas 所監製者。自然的公道 Natural justice 中之規律，rules 乃凡諸文明人士之所認識，而法律的公道中之規律，其所論之事，本身乃無善無惡，或祇能以實在之權威，positive authority 爲之解決。是故自然的公道所誥誡吾人者，謂驅車不宜疏忽。然不能示以左右兩旁之孰爲適宜。究竟或左或右，則在英國中按據法律的公道，有一解答；而在美洲及多數之大陸各邦，又有一解答。又如關於數目及衡量之規律，此亦不能祇以

自然的公道爲之規定者也。吾人須知亞里士多德對於自然 Nature 之概念，實包含合理的規畫；rational design 得其後希臘之各學派，其意乃益恢張完備；而尤以得自斯多噶派 Stoics 者爲多。梅因雖爲卓越之古典學者，而徵引獨不及亞氏。惟其後之論著所及，探討本旨，實以亞氏開先河者，亞氏於此，亦不甚爲人重視矣。

當好學深思之羅馬法律家，正有求於學理之根據，將萬民法 jus gentium 附益於舊日嚴格古董之規律時，希臘哲學之主張，經西塞羅 Cicero 之手，乃獲一極精美之拉丁形式。夫所謂萬民法 jus gentium 者，就其本義言，實與疏遠之民族 nations 或部族 tribes（部族 tribes 一名實非 gentes 之本義）無關，惟表示一切人民所經接受，認爲有拘束力之規律耳。（Notie ship, Contributions to Latin Lexicography, "s. v.; cp. E. C. Clark, Practical Jurisprudence," p. 354）將近共和時代之末期，（大約不在西塞羅 Cicero 之前）萬民法乃變爲特殊之名稱，以指羅馬法官遇羅馬固有法律不能應用時所施行之規律。所以不能應用者，因當事人既非羅馬國民，亦非其與國之人士。蓋在古代社會中，一社會之人事法，及宗教法，不能爲

他社會之人員所用。此在印度，至今尙爲普遍之習慣。倘有決破之可言者，惟引入歐洲人大同之觀念及慣行時，始能決破之。羅馬人之法律公式中，頗有含有宗教之原素者，故吾人確信其亦惟在羅馬人中始能行之無阻。此觀於 *Dari spondei spondes* 等字，而知卽在羅馬帝國之下，此種限制尙有勢力也。又譬有兩外國人，各有其不同之法律，其不能馭之以羅馬法律，正猶其不能各以其國之法爲據。蓋不能以一國之法律爲較良於他國，亦不能蔑視一切外國法律也。請求施用羅馬法律於外國人者，據本章所論，大約未嘗有。是就令有之，而羅馬人既予拒絕，豈能復以此法爲衡耶。吾人所得而見者，則在中古時代人法之互相衝突中，各人俱欲以本國之法爲裁判之標準。此事既無從置議，於是以商業上之需要，在一管轄之下，乃不能不求實際上之解決。此管轄者，卽羅馬人司法上之管轄，以羅馬權力之日益發展，乃使地中海各部之商賈，歸隸於其下者也。若謂當時常見之事，在商人中，乃無普通之習慣，並謂羅馬普立德爾 *Praetor* 既見此種習慣之存在，頗足令人躊躇滿志，乃舍此輕而易舉之採用，必欲就羅馬本國及意大利各邦 *Italian States* 中之國內法，選取原質，慘淡經營，而爲之編製新規則，此事亦殊難令人置信。普通法 *Common Law* 之承認英

倫商事習慣法，Law Merchant 較之衡平法規之演進，並行不悖，似於時代爲尤。後梅因本人於其後來之著作中，亦曾指明萬民法 *ius gentium* 一部分，本來自市場法，*market law* 乃出自商業上之需要而生者。（見“*Village Communities*” pp. 193-194）在中古時代之後期，直至十七世紀，英人奮筆著書者，其視英倫之商事習慣法，乃同自然法或爲自然法之分支。（參閱 Pollock, *Journ. Soc. Comp. Legisl.* 1900, p. 431; “The Expansion of the Common Law,” p. 117）運類觀之，亦甚足令人置意也。

然雖如此，而自然公道，或自然法之軌則，*rules* 實施上足以令人窺見時，實際上之萬民法，按之希臘哲學家之意味，亦殊無悖，是故羅馬法律家掃掃已遺失之希臘材料爲實用故，認萬民法 *ius gentium* 爲卽自然法，*ius naturale* 視此爲合於自然理性 *natural reason* 之軌則之總數，以其合理，故咸樂受之。“*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quod iune omnes gentes retinuntur*”（*Gai. i § 1.*）然觀於此論，（卽所引拉丁文之語）或其他

類似之言，則萬民法 *jus gentium* 究竟是否與自然法 *jus naturale* 相符，則留爲公開之問題矣。夫謂規律所在，足以使全世界承認者，此容或有之，然實際上則並無此物。又普遍或廣布之習俗，不爲自然理性所許者，亦容或有之，如蓄奴者，乃經人承認之制度，且爲羅馬通習中之一種，然在安圖尼諸朝 *Age of the Antonines* 開明之時，求之哲學中，則並無保障，而其支離之處，且使經典時代之羅馬法律家，至少亦有一二人爲之盛頌矣。近代精通羅馬法者，於觀念與人類習俗相關之處，究竟其所主張者若何，又當羅馬帝國之時，各法律學校中，究竟有無一致承認之主張，均各有見解，不能一致。夫謂關於此種懸想所及之事，必應有一正式或決定之意見，此亦殊無表面之理由。假令吾人用吾人制度中習見之語，謂如無反面可見，則萬民法 *jus gentium* 乃假設其步武自然法 *jus naturale* 而來，則此語大約亦不致遠離真實。在優斯惕寧之法學階梯 *Justinian's Institutes* (I. ii § 2) 中，其開宗明義，即謂依據自然法，凡人皆生而自由，惟俘虜及蓄奴二事，與自然法相左者，乃出於戰後必至之果，無所避逃，故亦爲萬民法之一部分。此種皇諭，雖不能遽謂其即解決倫理問題，或社會問題，而中古時代作家所用之術語，至是乃有一定矣。（論此種作家處，詳

見評釋第七)又在 *Tit. 5 pr.* 中，謂在自然法中，實不知奴制爲何物，而就自然 *by nature* 言，人類祇有一名。於是萬民法乃區別人類爲自由人，*free men* 奴隸，*slaves* 及解放之人不復爲奴隸 *freed men who have ceased to be slaves* 者焉。

烏爾比安 *Ulpian* 爲自然法作界說，謂自然法乃人與他種動物公有之物。"quod natura omnia animalia docuit" 並以此爲根據，謂萬民法乃限於人類之規律，"solis hominibus inter se commune" 與自然法不同。其言雖著稱於世，然吾人不必卽信此爲是時羅馬法律家通行之見解，或以此爲非假自希臘修詞學家之概念。此雖不過見於經典之著作中，然其公然探入於優斯惕安 *Justinian* 之會典 *Digest* 及階梯 *Institutes* 之發端，則因此引起中古時代詮釋家 *Commentators* 無窮之困難。蓋在此輩視之，凡國法大全 *Corpus Juris* 中之每字，皆具有同等之權威也。梅因 以此爲烏爾比安 *Ulpian* 一人之所剏獲，並以此歸於出自區別法律家特徵之傾向，"the propensity to distinguish characteristic of a lawyer" 惟吾敢祇言，此自吾觀之，殊不類法律實行家所執持之一點耳。(註一)近代意大利學者曾謂 "ius quod natura omnia

animalia docuit”一語之義，應指人類及他種動物所公有之本能，*instincts* 道德及法律皆假定其爲存在於事實之中者。（*Del Rosso, Ann. 1 st. distoria di dritto Romano. Catania, 1905-1906*）此種似是而非之新詁，若吾人無從發見烏爾比安 *Ulpian* 之最後權威時，大約亦不能不取此耳。

關於舊日萬民法與自然法間之正確接觸點，梅因之所擬議，乃出自猜度 *aequitas* 一字之特殊意義而來，雖甚機巧，實非甚必需。萬民法 *jus gentium* 與希臘哲學之 *ἰσχυρὸν εἶκον*，其間大致相合之處，對於法學家之欲覓一學理者，實甚顯然，固無需特側重於一特殊之接觸點也。Aequitas 一字，在經典拉丁文習用言，似頗與合理 *reasonableness* 一詞相近，而理性 *reason* 一字，及其沿是而生之各名，在普通法 *Common Law* 中，實爲傳達此種觀念之適當名詞。此種觀念蓋蟠結於自然法之底四百年前。聖日曼 *St. German* 於其所著『師與弟』“*Doctor and Student*”一書中，即經指明者也。梅因之言曰，以舊日之萬民法 *jus gentium* 爲自然 *nature* 所遺失之法典，此種信仰，蓋逐漸流行於法律家中。觀於此言，則梅因似設想羅馬人之主張，實包含

黃金時代 golden age 之歷史上的承受。然吾有不得不爲一言者；則謂此乃法律家或哲學家之信仰，吾實不知其證據之何在。希臘哲學家必不承認自然法已經遺失，卽西塞羅 Cicero 亦必不作此想，此又何疑？至臆度所及，以爲萬民法者，乃哲學法律家意見中黃金時代之法律，則勃萊士 Bryce 有言：『彼曹之離此謬解，蓋相距甚遠。故彼曹以戰爭，俘虜，奴隸，以及一切因緣而至之事，均歸於萬民法，而當黃金時代，卽詩人之 Saturnia regna 則人皆自由，直不知戰爭爲何事。』是故萬民法者，乃人類之普通法，或普通習慣；乃實在之習慣，而非理想之習慣。自然法之基本概念，以爲人類行爲之通律，以人類之理性，而發見其爲合理 reasonable，此與黃金時代之寓言，其間有可追求之連繫者幾希。須知羅馬法學家之主張，並不包含歷史上之假設，卽其自身亦不包含中古時代博士及詮釋家之臆說。雖此種人物有同天主教徒承受人類降生之說，而能就實際上不完不備之自然法，予以神學上之理由，其不能爲此，固自若也。且萬民法者，乃藝術名詞，謂其舊於自然法或自然，*ius naturale or naturae* 亦殊不近情理。自然狀態 “state of nature” 之臆說，以爲未有實在法時，先有自然狀態，此在十六世紀以前，似尙未見。若以此爲理想上自然法之黃金時代，則

擬議所及，更未之前聞矣。當談者論及此種狀態時，直至十五世紀之後期，皆視此爲野蠻，故謂人類在未建立社會以前，人之生活，直無殊獸類云。（Aen. Silv. de ortu imp. Rom.）

（註一）謂法律家之性質，乃在就無可分別中，而爲之分別者，大約始自霍布士 Hobbes。於所著英倫普通法問

答 Dialogue of the Common Laws of England 中抨擊柯克 Coke 之語。其言曰：「柯克於一物而有異名時，則爲之區別。雖此實含彼，而柯克則必使之分別，一若同屬一人，則必不能既爲仇敵，而又爲叛逆」云。

評釋第六 衡平法

以歷史上有特殊之展進，衡平 equity 一詞，在操英語之法家中，乃有專門之意義。如評釋第六中所論之「合理」“reasonableness”一字，似卽爲主要而普通之觀念。此種觀念，實用上蘊藏於中，而訴之於正人君子之常識 Common sense 時，與自然公道之觀念至爲接近。其後追原溯本，求之於亞里士多德則又極爲類似。在吾人近代法律之各目中，此爲最關重要之物。然吾人業以

此名專指一種應用，即謂君長從其大法官 Chancellor 及法庭 Council 之勸告，而所施之特殊公道也。由此大法官乃發生大法官法庭 Court of Chancery。當梅因著古代法 “Ancient Law” 時，於歷史上灼然不誣之事，謂君長有總權以監督行法 administration of justice 者。似有所疑惟於所著初期法與習慣 Early Law and Custom 一書中（第六章論君王與初年之民法施行 ch. vi, “The King and Early Civil Justice” p. 164）則完全承認。據梅因所述，爲國王者，於一度成立之正式法權 jurisdiction 雖不能爲之變更，而於法權中實有卓越之地位，有修訂及補充普通法 Common Law 之權。此種補充及殘餘之法權 supplementary and residuary jurisdiction 如梅因之所證者，加以運用，而成大法官庭 Court of chancery 且當適當之時，直視此爲已經成立之法庭。君主行使衡平法之權，與行使嚴格法者無殊，乃出自完全之委託。因此，故爲君長者，不能剗造新穎之衡平法權 equitable jurisdiction 云。此當時之見解，而視爲無所逃於天地之間者也。自此以後，衡平法乃變爲專門之制度，此亦無所逃於天地之間者矣。（參閱 Pollock, “The Expansion of the Common Law,” pp. 67-73）

梅因於所著早年法律與習慣 (E. L. and O. p. 166) 一書中，謂「初年之羅馬法律，乃性屬專門注重儀節，而木強難變之法制，以殘餘或補充之王權，而受形體之改變。當羅馬共和時，此權則寄託於普立德爾 Praetor云。又謂今日傳之於茲世者，非粗率之羅馬法，乃經過普立德爾之蒸濾之羅馬法，而逐漸視為與自然法令軌同符者，亦出自普立德爾也」云。

至關於大法官庭 Court of Chancery 與自然法之關係，吾於一九〇三年在美國演講時，曾綜論之。其中有一語曰：「初年之大法官 Chancellors 不自知其與感之所自，大約根據所在，出自權便；其不談及自然法，正猶普通法之法家也。」蓋自然法與教會法，Canon Law 極為密邇，而就中古時代之尋常英人言，教會法乃一種有害之融合，其所融合者，除主教 Bishop 及副主教 archdeacon 之法庭管轄外，乃外國之教會，與英國之采邑及稅收云。「夫大法官之所戮力者，乃在遵守自然理性之所詰誡。若彼曹心目中自然公道，其節目乃不免出自人力，而帶有民事法及宗教法之色彩，則此正彼曹之所期望。其後數百年在印度之英國法官，受命審判印度訟事。若兩造無本地之法律可供應用時，則應以公道衡平，及良心為標準。於是結果所得，乃帶有普通法之色彩

矣。』(見『The Expansion of the Common Law,』p. 114)

按以上評釋緣原文第三章下

評釋第七 中古及近代對於自然法之研究 布列吞

Bracton 法國之公法家

近代關於自然法之著作，正如梅因所言，非常凌亂，此或出於數種原因。惟有一種，得此既足，無假他求者，則爲忽視學院派傳說，scholastic tradition 馴致悉舉而忘之。此觀於宗教改革後之爭辯而可見者也。在英國作家中，具有此種傳說者，以胡克 Hooker 爲最近之一人。故彼所陳述之主張，前後一致，易於了解。教會法學家 Canonists 及學院派人 Schoolmen 所附益於經典之羅馬法學理論者，爲認自然法與人類理性之出自神意者爲一體；因此彼曹能以教會之精神權威，與國法大全 Corpus Juris 之人事權威，及哲學家之道德權威，（蓋如亞里士多德及西塞羅 Cicero 雖爲異端，而在耶教徒，則崇敬之餘，幾視爲神聖，不何侵犯，）調合爲一。自然之宣示，見

之於理性者，與超自然之宣示，supernatural revelation 付之於教會者，神聖相等，不能互相矛盾；而自然法之優越於來自人類之實在規律，及習慣，亦不視顯著宣示之本身而稍遜。此種主張之危險，既屬反對教會或教皇，自必極爲嚴重。此觀於後來事件之證明而可知者。然亦不能不採納之。是故自然法之學院理論，scholastic theory 雖一試屢試，欲用於相反之目的，而就大體言，則爲理性派，rationalist 而視前此爲進步者也。此與近代之功利主義，utilitarian doctrine 頗有黏結之點。惟功利學派之叛建人，以就原則言，忽視史事，乃苦不自知耳。伊壁鳩魯 Epicurus 派，則視自然公道，爲人類中之同意，agreement 所以爲通有之利益，而以各相妨害爲戒者。（見 Bryce, "Studies in History and Jurisprudence," ii. 127）當十七世紀時鄂克威 William of Ockham 及其他諸人，確以 Communis utilitas 爲通行之名詞，用以指示一種標準，以決定自然法之所規定者之爲何物；趨勢所在業見之於聖阿奎那 St. Thomas Aquinas，此特不過就此趨勢，而加以展進耳。梅因有見於此種比附，故以爲若謂自然法爲邊沁主義 Benthamism 之本亦不涉於玄幻云。

除自然公道之基本原則外，吾人得以自然理性而推闡各種不同之規律。若無適當之法權 jurisdiction 時，此種規律，亦殊方便。然此既爲方便之事，而非絕對之權利，故可以本國之法律而改變之。此種規律，是爲次要 Secondary 規律。而所謂自然狀態者，從學院派人 Schoolmen 之見解言，乃無過人類社會，遇實在之法令不足支配時，視同受次要之自然法 Secondary law of nature 之鈐來，或指無論何種之人類社會之見於此種狀態中者耳。是故當中古時代之過半時期，所謂契約法者，乃讓之於自然法，以爲自然法，乃最後之權威，所以便利商人之習慣者。因忽視此種分別，而二者乃併爲一談。此觀於近代之信仰，以爲自然法者，就全體言，全恃自然狀態，或竟視此爲勝於文明者，可以知矣。足以證解此事者，蓋無過此種信仰也。昔時學者之心習， habit of mind 與吾人不同者，蓋不止一端。然無論如何，是時之學院派人欲知是所談者之爲何物，亦頗費苦心，此又吾人所不可不知者耳。

胡克 Hooker 之陳述第一原則 first principles 也，其義指所在，爲有衆之所共喻。直至十六世紀爲止。稱之精確，誠屬無愧。其有裨益於英國讀者，恐亦以此爲最。蓋自然法者，卽理性法 law

of reason 也。自然法之規律，可由理性考查得之，而無待於超自然及神意之宣示。Revelation supernatural and divine 吾人關於此種規律之智識，甚屬普通。而莽莽塵寰，與此亦甚相稔。同意於此者，非一人二人，或少數人，乃衆人也。雖理性法之所蘊藏，究爲何物，曷仁見智，存乎其人；而吾人之所知者，亦未必卽爲此物之本色；然此法一經議及，則無人敢謂其爲不合理，爲不公道，而拒絕之。且此法中之所有者，無論何人，（有完備之智慧及熟練之識途者）惟以勤勞苦力，始能得之。然自然法並不包括一切具有拘束力之法律，限制所在，惟指此種天職，凡諸人士以自然之智慧，能深悉其此乃一切人類所不可逃之天職者。（“Ecol. Pol.” 1, viii. 10）一六一三年芬次 Sir Henry Finch 著法律論 “Discourse of Law” 一書，刊布行世，其於與自然法及理性法，（表面上視爲不同之物）議論所及，至爲鬆散。此與中古時代之傳說爲 Hooker 之所明白了解，及運用伶俐者，兩相比較，蓋大相逕庭矣。在十八世紀中葉以前，關於自然原始統治 “the original reign of nature” 之概念，得有立足之地，而具混淆之處，亦蔑以復加。如 孟德斯鳩 Montesquieu 之以爲自然法爲無過一種適於人類未成立人事社會 civil society 以前之規律者，（見

法意“*Esprit des Lois*,” 1. ii.) 蓋不止一人。舊日主張之生氣，乃傳之於新出之科學之以古羅休·格羅提烏斯及其徒輩所成立之基礎為本者，而關於自然法之徵考論斷，有同點綴之物，如見之於布拉克斯吞 *Blackstone* 及其並世之英倫著作家者，乃成為當代或近代大陸學者之回教矣。蓋是時大陸學者之題旨，即近代意味之國際法也。在其後大陸學者（尤以德國學者為尤著）之習用中，自然法乃指法學中及政治學中一切懸想之擬議，與純就制度，作歷史及比較之研究者不同，此雖過於恢張，然尚不離本旨。其為英國讀者之所習聞者，則自然法乃包括普通法學及立法理論之全部，如斯賓塞 *Herbert Spencer* 之論公道 *on Justice* 及費邊社 *Fabian Society* 之各種論文，皆可視為自然法 *Naturrecht* 之典籍也。歷史學派之作家，視自然法為已經廢棄之物，取英國之功利主義囊括於中，以此為無過自然法之分支，此亦推獎之餘，情不自禁者矣。

關於此節，梅因之敘論所及，有不可不加以評釋者。中古時代對於高文典冊之敬仰若何，凡所云云，誠屬不謬。豈獨不謬，實未盡情。此時對於權威顯示所致之恭敬，不限於神道或法律，且所引之原文 *text* 不必即以為具有強制之力，或以其所引用之意義為出於自然。亞里士多德之為宗師，

幾與聖經 Bible 無殊。西塞羅 Cicero 稍亞於亞氏，而國法大全 Corpus Juris 則卽在他種法權所及之地，此書無拘束力者，亦不失爲「著錄之理性」『written reason』也。然著聖經譯本 Vulgate 或哲學家，有不能令人愜意時，淹博之著者，乃喜擄威濟爾 Virgil 或鄂威德 Orid 或盧根 Lucan 之言，而其意不必卽視此爲足以與聖經並駕齊驅也。梅因以『布列吞之剽竊』『Plagiarisms of Bracton』取爲例證，殊屬非是。吾誠不知梅因之所據爲何書何人，自謂能知布列吞者，須知五十年前之人，研究布列吞而足以其所見告梅因者，爲數蓋極鮮。卽梅因本人，於此亦未嘗有精切之考查。然此歷史上之隱謎，其解決之方，梅因以爲卽在於布列吞之假借羅馬法者，事實所詔，則又令人爽然若失矣。梅因以爲布列吞之著作中，有三分之一乃取自國法大全 Corpus Juris 實則當不及三十分之一。（見 Maitland, "Bracton and Azo," Selden Soc. 1895, p. xiv.）布列吞之用羅馬法，大都假自亞梭 Azo 之註釋，其用此，一則視爲具有統系之問架，一則視爲著錄理性之寶藏，所以塞補英國學問之罅隙者，其未嘗欲以此視同純粹之英國法，"pure English law" 安頓於其國人之中，正猶巴黎之法律家之不欲以此爲純粹之巴黎習慣。

也。來源所自，蓋未嘗有所隱蔽焉。若實際上之英國習慣與羅馬法相背馳時，布列吞則拒却羅馬之議論，而毫無遲疑。

復次，若謂昔時英倫對於羅馬法作系統之研究，加以禁止者，此亦為誤人之言。禁止一事，現有證據可尋者，此惟限於倫敦。主旨所在，究竟是否使法官勿離本責，祇應研究教會法，Canon 而與民法勿相混淆；抑或意在阻止倫敦教師，勿與牛津 Oxford 之羅馬法學家，爭其雄長；則疑似之間，亦殊難言。（Pollock and Maitland, "H. E. L." i 102）舊日所傳斯提芬 Stephen 禁止華卜拉士 Vacarius 一事，極為曖昧。蓋究竟斯提芬乃反對羅馬法之主張，抑反對華卜拉士之為人；又其反對，是否以久遠之理由為本；故事相傳，於此未有所表示也。吾人所知者，則沙黎伯里 Sar. Isbury 以為斯提芬之反對，無論其理由若何，實屬不衷於理；此揆諸情勢，大約如此。蓋斯提芬之禁止，或不免為任意之行爲耳。是時羅馬法在牛津 Oxford Cambridge 兩處講習，不獨未嘗間斷，且有時為王家法庭 King's Courts 所引用。（Selden and Fleetam, pp. 528-520 (註一)）若假設是時乃有人焉，以為欲保護普通法，Common Law 使不受羅馬法之侵犯，則禁止一事，實為

權宜，或竟必需，則亦殊苦無理由也。布拉克斯吞 Blackston (“Comm.” i. 20-22) 以層疊之錯誤，心目中意構一圖，活現英人之厭惡羅馬法者。據其所引之舊案，Y. B. 22 Ed. I. 11, 14 (not 24) 則當時之情形如下。律師以預先之反對，謂法庭於羅馬法（在本案言寧可謂為教會法）*inhibitio novi operis* 上之程序，實無所知。於是法官夏德羅 Justice Shardelowe 答之曰。『此不過彼曹所謂其法律中之歸還耳。故吾人於君所言，不加思慮。君須就事論事，以為答辯。』於是往復申辯之詞，即以此為本。吾人觀於此事，則知所用之言語，雖未必能使博洽之羅馬法學家滿意，而亦非全無所知。法庭不獨未嘗以羅馬之技術語，為羌無意義，且足見其於當前之應付，頗能了解。其真足表示藐視者，則有一僧侶，被人控告，謂曾於亞威濃 Avignon 之教皇法庭，*Pope's Court* 引用僧侶之言，堅持不已，而不顧國王之禁令云。然在十九世紀時，有過於熱誠之羅馬化法律家，以布列克斯吞之誤解為憑，直稱夏德羅 Shardelowe 為老蠻人。此事之真足令人驚異者，則布列克斯吞 Blackstone 似為塞爾登 Selden (ad *Fletam*, p. 532) 所誤，陷入迷途。塞爾登雖未嘗如布
拉克斯吞關於厭恨鄙薄一事，粉以工飾之言，而引此以證明羅馬法在愛德華第三 Edward III

時，王家法庭，卽不復知有此物云。吾雖極敬塞爾登，然其誤解此案，則以吾所見，無復有疑慮之餘地。大約塞爾登略有點首之意，因其直稱夏德羅爲夏達斯“*Shardus*”，也。依其通論，則英倫中，關於羅馬法之智識，除在專門之教會法家中外，自愛德華第二御宇以後，卽急爲降落。此其立言，固爲不謬。然並無仇視之問題也。普通法學家與羅馬法學家之互訐，不在十三世紀，或十四世紀，而在十六世紀；而普通法真有危險之可言者，亦恐不出此時矣。（*Maitland, "English Law and the Renaissance"; Pollock; "The Expansion of the Common Law," p. 88*）

法國法律家，對於自然法之熱誠，梅因所論，似未免僅置重於此，而未顧及大陸作家一概承受此法之處。雖以法蘭西王制之集權，使其法律家易於得一一律而正式之主張，然亦不能祇論此節也。文中所引路易胡丁 *Louis Hutin* 之特權令，*enfranchising ordinance* 申明凡諸人類，依據自然法，應悉屬自由者，乃重述一三一一年時，公正菲立 *Philip the Fair* 所發布之令。（“*Journ. Soc. Comp. Legislat.*,” 1900, pp. 426-7）草製此令之人，是否曾念及羅馬格言，“*Omnes homines natura aequales sunt*”（or rather, *quod ad jus naturale attinet*）

omnes homines aequales sunt: Ulpian in D. de div. reg. 50, 17, 32) 此事不甚明瞭。蓋其聲調確屬於宗教者多，而屬於人事者少。而是時之教會，亦頗寵視脫離奴籍一事，以此爲一種虔敬之業。假使彼輩欲證明會典或階梯 Digest or Institutes 之權威，以爲蓄奴之制，不爲自然法所認許，則彼輩參稽所及，誠易於針對本旨。烏爾比安 Ulpian 未嘗欲以平等之倫理教條，或政治教條，垂示宣教，此正如梅因所言，極爲顯豁之事。其所篤論者，乃謂蓄奴一制，（如他種境遇之平等）祇爲實在法所許耳。且中古時代之法學家，欲以引徵之文，貫徹其本人之意旨者，必不願自尋煩惱，追求作者本來之意向。關於此旨優斯惕安 Justinian 之權威的宣告，如評釋第五之所論者，其中蓋有倫理之原素，爲梅因之所忽視者焉。此卽國法大全 Corpus Juris 之一段，存於菲立 King Philip 之顧問之心目中者也。

關於杜茂林 Dumoulin 之意見，梅因所論，吾殊無法以證明之。查爾士杜茂林 Charles

Dumoulin（應作 Du Monin 拉丁名爲 Moninaeus 生於一五〇〇年卒於一五六六年）者，乃學問深邃之法學家，而極力主張法國自由，以反抗教皇之要素者也。曾爲加爾維派教徒，Cal-

vinist 繼爲路德之信徒。Lutheran 然勃羅多 Julian Brodeau 爲彼作傳（其書可稱爲最後之權威）（註二）則力謂杜氏死時，爲羅馬舊教徒，此從法國人之見地言之，蓋不得不如是者也。杜氏一生，飄泊靡定，歷盡艱苦。當時因宗教改革之爭論，使從事筆墨，與奮志功名之人，俱擾攘不寧。觀於杜氏，即可概其餘矣。杜氏兩次由巴黎出亡，以帶有羅馬舊教之色彩故，居室兩次爲人劫奪。其著作之正版，於一六八一年，印於巴黎，計凡五卷，有詳備之索引。吾於其著作中，未見有論及自然法之處。祇於論 *Decretum of Gratian Annotationes ad jus canonicum, in vol. 4* 中，有一貶抑之言曰：“*politia externa regitur jure naturali et politico, sed utrumque subest divino quod altius est naturali*!” 此蓋直與有衆承認之學說相左。蓋當時之學說，乃以自然法（權利之原則宣示於人類理智中者）置於上帝法 *Law of God*（所以解釋各別之教條傳自外部宣示者）之前也。吾頗疑杜茂林當時振筆著書時，乃爲新教徒，以上帝法爲聖經中之原文，意旨所在，以爲聖經原文，勝於各學派之闡論。讀者可比較圓橋大學三一學校 Trinity College 收納研究員 *Fellons* 時，昔時所用之新教宣示 *Protestant declaration* 其文曰：“*Verbum Dei*

judicies hominum praepositurum。要之無論其本義若何，杜茂林之意見，則適與歌頌自然法者相反也。凡此悅耳之言，梅因似以真切之迴想，而徵用之者，恐出於當時另一法國之法學家。而杜茂林之名入於文中者，乃由於誤記，或出於偶爾之脫略，或出於校對之未審；此皆不難由猜度得之者也。

自然狀態 “State of Nature”，在自然法主張中之位置，梅因未免過於鋪張，此曾經指示者。當論盧騷 Rousseau 時，其言亦復足使人驚疑矣。（註三）無論盧騷在他處所言若何，而在社約論 “Social Contract” 中，如梅因之所論及者，則未嘗見有謂生民之始即既完備之說也。盧騷之篤信自然法，乃至篤信自然人 “natural man” 之道德，（視同個人）誠無待言。然其所謂自然狀態者，不必即勝於霍布士 Hobbes 之自然狀態。此種狀態，搖搖不定，馴至令人不能復受，而社約乃出於自存之所授令。（liv. i. ch. vi）至於公道一物，未嘗存於自然狀態中者，乃出於政治社會之建立云。（ch. viii）盧騷之勢力所及影響於美國獨立，與法國革命之領袖者若何，此處不能詳論。然據美國學者之細心探討，則知一七八九年之綱要 Principles 其出自美國獨立宣言 American

Declaration of Independence 及早年各邦之權利總則 Bills of Rights 者，多於吾人之所臆測，而出於盧騷者少。而美國憲法中所用之文詞，乃來自洛克 Locke 之一派，而非來自盧騷之一派，此則吾人所不可不知者耳。（Schenger, "The Evolution of Modern Liberty," New York, 1904）

(註一) 塞爾登 Selden 道及兩案，具見於愛德華 第二年鑿內之內容蒲爾原稿中者 in a certain Inner Temple Ms. of Year Books of Edward II 此書所引之羅馬原文，乃按照羅馬法學家所慣用之格式。然此種原稿，現在無從尋覓，而參稽所及，他種舊日之年鑑中，既無從考求，則吾人不妨即以爲此乃出自淹博之法律家之所增益也。參閱 Maitland's Introduction to Y. B. 3 Ed. II, Seld. Soc. 1905, p. xx.

(註二) La vie de Maistre Charles Du Monin, advocat au Parlement de Paris... et sa mort christienne et catholique. Par McJulien Brodeau, advocat au mesme Parlement. Paris 1654, 4.

(註三) 『凡諸盧騷關於自然狀態所應言者，實非自居於科學的解釋之列。正猶登高講談 Sermon on the mount 之一事之不得視同經濟學也。』（見莫烈盧騷論 John Morley, "Rousseau," I, 183）

評釋第八 近代國際法之原始

古羅休 Grotius 與其前驅之人，乃繼續學院派之主張，Scholastic doctrine 梅因所論，於此似有未諦。夫新學 New Learning 與宗教改革 Reformation 之推廣，乃增益經典原素 classical element 之力量，而減貶中古原素 medieval element 之力量，固也。然古羅休 Grotius 則未嘗祇恃羅馬或法律權威，則此事亦並不謬。謂古羅休與其並世之人誤解經典時代之萬民法，jus gentium 或竟以近代國與國家之行爲規律，rules of conduct between sovereign states 乃蘊藏於此中，則吾於梅因之凡所擬議，雖深致敬仰，實未敢遽信。當中古時代，萬民法 jus gentium 一詞，既不如其同義之自然法 jus naturale 一詞之通行。惟當文藝復興 Renaissance 之際，又復爲一時之所尚。古羅休 Grotius 者，有同會迪理 Alberico Gentili 以萬民法 jus gentium 爲自然理性 natural reason 之規律，由普通之同意而證明，attested by general agreement 並以此爲一種新展進之出發點。至依據此詞之古典意義，classical meaning 於他種行爲規律

之爲普通習用所許者中，可兼攝不論何種規律，在國與國間乃合於情理而無背於習慣者，則古羅休容或知之，容或不知之。然古羅休學者也，則 *gente* 一字，非 *civitas* 一字或 *populus* 一字之複數，應既知之。蓋此兩字乃古典時代拉丁文中之用以指國家 *state* 或民族 *nation* 之含有政治能力者。又蘇烈時 *Suarez* 曾道及 *jura gentium* 義指所在，頗與近代之所謂萬國公法“*Law of nations*”者相近。而胡克 *Hooker* 所用之英國名詞，則完全含有國際之意味矣。（“*Ecol. Pol.*” I. x. § 12）既有此名，又足以促進其目的，乃謂言詞之曖昧，有可以佐助之者，而古羅休必欲拒絕之，亦殊苦無理由也。（比較 *L. Q. R. xviii. 425-8*）近代之萬國公法，蓋含有一種顯然不同之法律概念，此爲羅馬之法律概念，且純爲羅馬之法律概念。自從十六世紀以來，除英倫外，羅馬法既爲西方耶教國所一致承受，視爲一種普遍之法律，則此事亦正無足駭異。且舍是之外，亦必別無他事可見也。近代萬國公法，應用羅馬觀念；關於領土，視各獨立國家爲物主，或按照羅馬法視同所有權之要求人，以及純粹之領土管轄，比較上具有近代之性格者，梅因於此，均能一一道其所以，而明其所自；著者之心得，於此最可窺見也。理論上各獨立國家之平等，乃由承認國家爲類於自由之個

人而來。凡個人若無一定之理由，足令其不平等時，則應有完滿而平等之權利，此乃人在自然法前爲平等之一語按照其經，典意義所宣示或包含之意旨也。

當今之世，國際法之規律如何，乃不堪復用，或於困難所在，不能爲適當之解決，此其事，一視領土主權 territorial sovereignty 之不完不定爲比例。吾人若就此考察，與梅因所論，連類觀之，亦殊饒興趣也。世界中擾攘未定之處，有所謂『勢力範圍』“sphere of influence”者，又有所謂保護國 protectorates 者，又有所謂半主權國，semi-sovereign states 依靠他強，有各種不同之程度者，今日國際法之無所用於此等情勢中，皆極常見，而就半主權國言，則其復返於封建時代之概念，又有可窺見者矣。如大不列顛 Great Britain 與前此南非共和國 the late South African Republic 之關係，用中古之拉丁語表之，實遠易於用古典之拉丁語表至關於盎格魯撒克遜之王權 Anglo-Saxon Kingship，則吾人有應須記取者，英國諸王，向來對於帝國 the Empire 或他強，貢其塵世上之忠盡而“Basileus”，帝號之題署，則可見其在一定之領土界限內，應有茲世最高之權。就此節言，則英倫之地位，可謂特殊也。近代之國家主權，national sovereignty 以

大致言，可視為對於封建概念，及帝國 imperial 概念之反動。中古時代之各國君主，自覺權力甚雄時，乃公然或暗中表示不爲上主 Overlord 輸誠，亦不爲大帝 the Emperor 所屈。如當羅馬神聖帝國 Holy Roman Empire 衰落之時，日耳曼之選王，electoral prince 或大公爵 Grand duke 如 Elector of Brandenburg 者，從嚴格之封建見解觀之，乃羅馬大帝之過於強勝之租戶。tenant 大帝許以免役之權，“immunity”，由一而再，直至解除義務爲止。若從嚴格之帝國見解觀之，則日耳曼王實有此舉者，是無異叛逆也。然主權君主，統治領土，而視其爲產業（此非徒比附私法中之所有權而得之）之觀念，實由封建之租制 Feudal tenure 得來。蓋上主之制 overlordship 既爲實在之物，則凡諸各屬 principality 不足稱爲帝國者，及王國之未承認羅馬大帝國爲長上者，以理論上言，乃采地 “tenement”，也。而按照封建制度，則采地與產業，property 無從分別。蓋絕對之產業權，除最高之上主外，未經人承認，此猶今日英倫之法律及蘇格蘭之法律 Scottish law 所主張之嚴格學說也。此種最後而現在暗昧不明之封建制最高權，與徵收土地權 Eminent Domain 之現代觀念，及純粹之政治觀念無關。乃淹博之著者，取而混淆之者不止一

次。此坐未明真諦耳。

然吾人慎勿以爲中古時代之法律家，乃不能分別領土主權，territorial sovereignty 與封建制之上主權。feudal overlordship 一二八四年時，草擬愛德華第一之威爾斯條例 Edward's Statute of Wales 之人，卽已將此分別清楚。據條例中之引文 preamble 所述，則國王應感謝上帝之仁惠，因此仁惠，威爾斯之土地，昔時臣服於王，有同采邑 piec 者，今乃完全爲王所占，有而兼併於其版圖，視爲國土之一部云。

“Divina Providentia……inter alia dispensacionis sue munera quibus nos net regnum nostrum, *Anglie decorare dignata est terram Wallie cum incolis suis prius nobis jure feodali sublegati hact sui [sic] gratia in proprietatis nostre dominium……totaliter et cum integritate convertit et corone Regni predicti partem corporatus eiusdem annexit et unavit Statutes of the Realm,” i. 55)*

按以上評釋隸原文第四章下

評釋第九 孟德斯鳩 Montesque 邊沁 Bentham 與歷史

方法

依據梅因之識鑒，則孟德斯鳩 Montesque 者，所用之方法，雖有缺憾，而其本人之見解，亦有錯誤，然以用歷史方法及比較方法研究制度言，求其所爲，足稱翹建此法者，則孟氏爲差近，非餘子可及矣。伊爾伯 Sir Courtenay Ilbert（見“The Romanes Lecture: 'Montesque,' Oxford 1904”）曰：『孟德斯鳩之所體會於歷史方法者，誠屬不完不備，而其應用此法，亦殊疏漏，然今日咸認欲用科學方法研究法律或政治，則此種方法萬不可少，推源溯本，則孟氏實開其先河，而倡率鼓舞於前也。』（*op. cit.* pp. 35-6）此其所言，蓋尤詳盡矣。

牛津大學之講座，昔爲梅因所擁者，不佞忝繼其後。當一九〇三年，不佞離此職時，於孟德斯鳩對於此種研究之關係，臨別贈言，曾有演講，茲撮述其詞如下：

『假令吾人於稱孟德斯鳩爲翹建人一事，尙有遲疑，則此乃祇因孟氏所取之材料，及所用

之方法，均不足以達其思想也。孟氏之主旨（數年前吾曾論過今復舉此詞耳）在爲立法及定制，立一比較之學說，以適於各種政體之需要；並爲政治及法律，樹一比較之學說，以考察自於各時各地之實在制度者爲本。其用心不可謂不苦矣。知歷史一物，非積壘偶然之事變而成者，前乎孟氏，尙有霍布士 *Hobbes*。然謂國家之制度，乃歷史之一部分，若吾人欲求了解無誤，則須視其爲歷史之一部分而研究之者，則推孟德斯鳩爲第一人。已。孟氏所用之歷史，誠多健全無疵，而其識解亦多可佩之處。然病在不能構造一穩固之系統，乃至法意 *l'Esprit des Lois*，一書，亦不能稱爲具有統系之作耳。其所取之材，過於散漫無紀，卽用孟氏宏偉之規模，亦不能整理就緒。假令孟氏之所論，祇限於西歐者，其所爲當較勝也。鄙意以爲孟氏之缺點，可約舉爲二種。第一，孟氏過於重視氣候及外部情狀之影響，而於人種及傳襲 *Tradition* 之效力，則雖未致完全忽視，亦未免輕視。第二，社會 *Communities* 之演進，與個人之演進無殊，有一循常之途轍， *a normal course* 又各期不同之制度，不能作爲公有之衡量，以從事於科學之比較。此爲今日此種學問之基本規律，而孟德斯鳩則未知其毫末也。然則謂孟德斯鳩於其時之違背史事之武斷，

unhistorical dogmatism 亦不能完全擺脫，亦豈爲過國外風俗，外似奇異者，宣教師錄而告之國人，爲是爲非，又尙屬難言。孟德斯鳩苦心孤詣，輒欲求一說以解釋之，而不就其歷史上及種族上之環境，而求其連繫關鍵。此則瑕疵所在，猶其小焉者耳。然如支那之風俗，如西班牙之法律，隨手掇拾，未加考查，雜廁其間，不爲爬梳，則此鴻篇鉅著中，第取此各章觀之，乃無殊稗官野史，以意爲之者矣。又將固定不變之效果，歸功於政體者，此爲通有之錯誤，尤以十八世紀中爲甚。孟氏於此，亦不能免。要之孟德斯鳩者，乃眼見此相離篤遠之佳境，而未能履之者也。吾非欲對於孟公，故作吹求。本懷所在，幸勿誤會。須知孟德斯鳩觀念之偉大，乃其一人所獨有之物，而其臨文論事之所短，則乃出於其時之所不得不然，或自然而然耳。 necessary or at least natural (‘The

History of Comparative Jurisprudence, a farewell Public Lecture’: Journ. Soc. Comp. Legisl., 1903, at pp. 83-4)』

依照梅因之批評所假定，所謂『歷史的學說』“historical theory”歸之邊沁者，其無效果似不致如梅因所云之甚。若謂社會之改變，其法律，乃一視其對於權便 expediency 之見解之改

變以爲定，則所謂見解者，必指由實際之觀察及經驗所成之見解；與應用武斷的或相傳的規律 *dogmatic or traditional rules* 者相反；而此種見解 *views* 於法制之變革，其所具之力，必較倡率參與之人之所宣示體會者爲大。此又義蘊所蓄，無待煩言者也。夫邊沁輕視傳襲及習慣之力，自無容疑；其於古代社會，恐過於輕視，不能得其分際之處，且更有甚焉者。然其主張如上文之所詮釋，則實爲有力之主張，而足以供人之討論。須知邊沁之說，非可加以紬繹，而得一無待證明之真理，謂人民之改革，乃由以改革爲權便，或出於其所願。其所表示者，不過謂凡一特種改革，其所倡言之理由，並非真實之理由，或最合運用之理由耳。梅因所引各段，皆邊沁之文之散見於各著中者，並非用清楚或確定之言詞，爲之表示。故假無特指之參涉，則此實不足以證明邊沁之言。雖然，邊沁既深信凡諸倫理問題，均可用功利計算解決之，則其主張所在，謂人類之大部分皆功利之徒，而不自知者，蓋亦出於自然，而燭然可見者矣。

梅因以用歷史研究法學爲具有科學之真實力量。此其所求，誠無有非難之者。若吾人於此遇有困難之處，則須記取當一八六一年時，此義尙甚新穎。是時之先達，必須具有識力與勇氣，方敢作

此言梅因以爲欲治此學，須遵守他種科學考察中經歷之所得，足以爲吾人之圭臬者，以最佳之證據爲入手，逐漸研討，由既知以推至未知，或尙暗昧不彰之處。此則垂訓所在，至今尙具有完全力量。觀於後日之翻案，其作者雖具大志，不守此旨，而輒無所成。益可見此公識解之超卓矣。

評釋第十 宗法學說

梅因於本書第十版之序文（以後所印皆經登載）中，曾提及其所著『早年法律與習慣』“Early Law and Custom”一書內論原始社會之一章。Theories on Primitive Society 讀者於該書內論 Gens 之附註（p. 286 sqq.）並須參考。當一八八六年時，梅因於法律季刊 Quarterly Review 內，曾答覆麥蘭南兄弟 McLennan 之批評（見 Q. R., Vol. 162, p. 181）雖按照該雜誌是時之慣例，不許署名，而作者何人，未嘗用其祕密也。惟讀者須知，在該雜誌此批評之文（第一九六頁）內，所引之古代斯拉夫詩 Ancient Slavonic poem 實出於近代之假造。可參閱柯華烈斯基 Kovalévsky 所著『俄國之近代習慣與古代法律』“Modern Customs”

and Ancient Laws of Russia," p. 5. 柯華烈斯基 Kavalovsky 者，乃淹博之著述家，於在斯鐸荷恩 Stockholm 用法文口述及刊布之演講，對於此旨，更有詳盡之貢獻。（講題爲“Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété, 1890。關於此書之論述，在英倫中頗不易得。惟一八九〇年十月十八日及二十五日之士羅評論 Saturday Review 略有述及。）其後柏林之柯萊博士 Dr. Kohler of Berlin 對於古代婚制及族制 Kinship 之全題，曾作一極有統系之研究。柯萊乃步武摩根 Morgan 之主張而應用之，視愛夫伯黎 Lord Avebury 及泰萊博士 Dr. Tylor 爲少含蓄。蓋此二公並不承交摩根之推論也。（“Zur Urgeschichte der Ehe: Totemismus, Gruppenhe, Mutterrecht,” reprinted from ‘Zschr. für vergleichende, Rechtswissenschaft,’ Stuttgart, 1897: and see a more summary statement by the same learned author in the “Encyklopädie der Rechts wissenschaft,” re-edited by him in 1904, vol. i. pp. 27 sqq.）然就多數之英國讀者言，如最近出版（一九〇二年）愛夫伯黎所著之『文明原始』 Lord Avebury's “Origin of

Civilisation”如泰萊之論母族制，Dr. E. B. Tylor's article on the Matrilineal Family System, Nineteenth Century, x1. 81 (1896) 如郎格之圖騰祕密，Mr. Andrew Lang's "The Secret of the Totem" 皆關於考察所及現所視爲最稱困難者，之最爲易得，且最爲有益之南針。自梅因作古以來，在出版物中，端推此數種爲傑構也。

假使梅因之議論所及，最初卽限於印度歐羅巴民族 the Indo-European family of nations 中，則可省去無窮之困難與紛擾。斯賓塞 Herbert Spencer 對於古代法一書，頗爲禮敬。儀型所在，步武者僅。而所以指點吾人之處，則爲時已久矣。當梅因著古代法時，用偉大之規模，而研究他種 races 之社會歷史者，實無可以倚信之材料。故從最初之時，吾人能真知其時之印度歐羅巴社會 Indo-European societies 爲何狀者，言則吾人見其中有家族，families (或稱集社 Communities 集社者擴充之家族 families 也) 其世系用男統計，而以習俗之融合，感受最長之男子之權威所支配。依據男系之祖先崇拜者，無論在何種族之支派中，皆屬極古之物也。今日在印度人中尙完全不脫此習。其在他處，遺迹赫然，亦有不難追求者。在研究印度歐羅巴制度之歷史

家言，得此既足，無假他求。蓋其餘他種制度較古之證據，亦無過遺留之物。於史前古物之研究，雖特饒興趣，而於後來之演進，則無甚重要也。若吾亦可自成一見解者，則據吾所見，此中所有，乃多屬於曖昧不明者耳。復次，吾人有須注意者，母系 “matrarchal” 制度所有之局部遺迹，其存在尙顯然可見者，不必專屬於印度歐羅巴種，乃屬於非亞利安部族 non-Aryan tribes 之舊俗。此非亞利安部族蓋在印度東歐或地中海一帶，爲亞利安人所屈服者也。如 Erinyes 以弑母之罪控告，Orestes，吾人蓋視此爲古代母權 mother-right 之先鋒，以反抗父制 paternal system 者。且觀於此事，而知父制之趨勢所在，一若以弑母爲可從寬宥焉。夫爲子者，遇父母惡鬪時，是否應從父以抗母，此在無論何種制度之下，可以容許私人復仇者，誠不易爲之解決。可無論如何 Erinyes 者，乃本土之神，其視 Olympus 之神，乃同來侵之客。（youatru dpatru os veatrou theol）若以 Erinyes 之敗訴，爲足以表徵事物，則此乃表徵希臘風俗之戰勝原始風俗也。現代有最精於考古學者（P. Gardner in Eng. Hist. Rev. xvi. 744）頗以另具之理由，或認希臘之 Mycenaean 文明，乃至後期之歷史文明中，存有非亞利安之原素云。復次，（以 Semitic 種之事爲例）據 Jud-

ges viii. 19) 所載，季帝安 Gideon 爲其母之子，報復密帝安之王 Kings of Midian 然除此之外，則無復有爲此者。而以以色列 Israel 之人，據吾人所諷習之詩言，且語季帝安曰，「請君來治吾人，君與君之子，乃至君之子之子。」「Rule thou over us, both thou and thy son, and thy son's son also。」是彼曹之深知以男爲統，一脈相承，概可知矣。觀於日耳曼 German 斯坎帝維安 Scandinavian 及塞爾迪 Celtic 之部族風俗，據其最古之歷史所記者，雖蹤跡所在，亦有人循母系以求之，（註一）均似純屬父制。泰萊博士 Dr. Tylor 會綜合其結果而論之曰：「謂不論在何期，母制 maternal system 會獨行於人類中者，實苦無證據爲憑。然觀於此制之囊括全球，由最古之初，會見之於寰輿，則其根據所在，所假是以爲推斷者，固可以此測度之耳。」（Nineteenth Century, xl. 94）關於古代印度歐羅巴種之風俗若何，各家見地，各有不同，讀者可參閱 J. D. Mayne in L. G. R. i. 485, 494 及 Kovalevsky, "Droit Coutumier Ossétien," Paris, 1893, p. 181。據柯華烈斯基 Kovalevsky 所擬議，古代制度之遺迹，其可以維持之處，理由所在，往往在後起之理由，而不在原始之理由。此衡之事理，亦誠有無可致疑之處。然吾人所見之風俗，

若祇以父權 *patriarchal* 爲理由，卽足資解釋，則吾人殊難假定，謂在一已知之情例中，以據吾人所知，其初或爲母制，則其先遂爲母制也。蓋如此是不啻將尙待證明之事，加以假定，謂現在問題中之社會，當較古之時，實卽爲母制社會耳。

印度歐羅巴種者，或會經過母制 “*matriarchy*” 之時期，其時間遠在古初。然無論如何，必在大移民 *the great migration* 之前，因此遷移，而此種之支派，乃頗有散亡者。此就大體言，此種見解，似爲目前最爲穩當之見解。依赫林 *Hering* 於其死後刊行之偉著（“*Vorgeschichte der Indo-Europäer*”，p. 40 of English translation, 62 of original）中，結論所在，卽主張此說也。復次，假有體變 *transformation* 之可言者，則此種體變，應不獨見之甚早，且應必獨爲迅捷而完全。於是梅因本來之問題，謂印度歐羅巴種何以及如何變爲進步者，吾人乃又不能不探討及此矣。梅特蘭 *F. W. Maitland* 者，吾之摯友，今旣作古，至可嘆悼。曾有數語，極足珍貴。雖所論爲財產史，而非家族史，然關於此節，吾誠不能不一引其言也。梅君之言曰：

『就令考古學家取材所及，足以使彼自圓其說，謂人種之進行，乃有一循常之程序，并謂人

種中之獨立部分，假有動行之可言者，則其動行，必經過一定之時期，出於命運之規定，可以A時期，B時期，C時期等，表示之。然吾人尙有不可不知之事實在焉。則進步迅速之一類，必其非各不相謀者；必其未嘗有自拔之道，但採取外來之觀念，而能由A時期一躍至X時期，而不必經過中間之各期者。即如吾人盎格魯撒克遜 Anglo-Saxon 之祖先，即非經過各期，“Stages”，拾級而升，乃一躍至此，又一躍至彼也。』（“Domesday Book and Beyond,” p. 345）

因偶然之假借，不必經過此時期，而逕至彼時期；此其事，足以決定多世之文學及文明之愛力。affinities 所有近代考察之所得，趨勢所在，無非顯示故意之摹倣，較學者前此之所臆測者爲早，爲易，爲普通，而人民之摹倣奇異可喜之物，則近代經驗所得，尤足以顯示之也。

古代印度歐羅巴之部族，或市府，tribe or city（爲部族爲市府一視其情勢而異）乃擴張之家族，以族誼之關係爲之連結。若於維繫其羣族有必要時，則輔以養子 adoption之法，或竟較此爲更大膽之擬制。此理也，非以梅因爲發見之第一人；概念所在，以主要之各點言，蓋與亞里士多德同其古老矣。然引人注意，使知古代社會中，有此物之存在，與其所關之重要，不詭不誣，恰合分

際者，則以鄙見所及，仍推梅因為第一人。梅因之見解，曾經研究斯拉夫制度 Slavonic institutions 之所得，加以證實。梅因於所著『早年法律與習慣』“Early Law and Custom”一書中，曾徵引及之。見 East European House Communities 章。讀者須知在印度歐羅巴集社中之家族原素，常為人之眼光所不到，實屬不甚得體。是故古代鄉村或市鎮之排拒外人者，即可解釋為古代集社 community 之排拒外人，而古代集社即曾經為族 clan 或自命為已成族者也。在討論甚數之 salic rule de migrantibus 中，亦無深奧玄祕之可求矣。

梅因之本來論旨，嗣經其本人於制度初史 “The Early History of Institutions,” pp. 64 sqq. 中，論族誼 kinship 為社會基礎章內，復加擴充，而加以發揮焉。

倘於此處，再就母族制度，作詳細之討論，殊病未能。就令能之，亦苦不稱。惟有不可不加以指點者，則此制無論別作何物，而其非出自原始，則可斷言已。此物與繁複之術語，若親屬，kindred 若愛力 affinity 者，同其流行，其解釋皆非常紛囷。（註二）且常與他種人力所造之語同用，而此他種人力所造之語，加以解釋之時，亦無非出自猜想；其不能令近代史家之了解其意義，殆與事實之待

解釋，而與近代文明狀態相矛盾者同科也。泰萊博士 Dr. Tylor 曾經考察，謂此制實在之特點，即爲人妻者，在其本家庭中之繼續，而其家庭既不失其財產或其工作之價值，亦不取得其夫之連合云。夫假使此種政術的動機，果爲決定母族制度之眞因者，（泰萊博士曾舉一例，極堅確可信，蓋既單純，而所取材又不出人性，非出自臆測之迷信也。）則吾人之離於原人，蓋極寫遠，而凡諸當前之問題，乃洞闢無隱矣。由此可知梅因之徵及荷馬之描述蠻人賽克洛普 Cyclopes 者，大約視考古學家所道之雜交境界 the state of promiscuity 爲較近眞實（此種境界蓋最罕聞之境界也）要之，無論如何，就事實言，則此說固有泰萊爲之張目也。泰萊曰：『主張父族制度，爲屬於原始之人類生活者，不獨久經得人承認；若主張此說之人，不堅執其說，謂此制完全發展之形體，最初即經顯見，第謂在最初之時代中，人自取其妻，而家族乃受其權力及保護之下，以男爲系之律，以及一切屬此之事，皆以此爲基礎，而以後逐漸發達者；則吾以爲主張此說者，且具有證據之力量矣。在古今民族中，爲歷史之記載所及者，父族制度之彰明較著，殆成爲不必再論之事，而他種治法之存在，則有同特異之事耳。』（Nineteenth Century, xl. 84, 85）據證據所示，當人民生息於母制之下，而

與父制之家族相接觸時，則母制乃似有動搖之象。於是夫權或始張或重張焉。又經人承認之風俗，極爲鬆散，在文明之人士觀之，乃不足稱爲一種婚律者，與嚴格之一妻制，亦能並行不悖。（關於此節參閱 H. H. Shephard, "Marriage Law in Malabar," L. Q. R. viii. 314）是故謂多夫制所見之數，與所關之重，皆未免過甚其辭。果其有之，則在以羣婚 "Group marriage" 爲已經證實之人觀之，此乃羣婚制有限制之情勢，而以特殊之情狀決定之者也。是故吾人至此，乃不能不認母制爲社會需要之產品，尙未爲人十分了解者；社會之需要，維有時於世界中人民棲息之處，曾經流行，而就人類最原始最堅持之本能言，則可稱之爲反常也。當母制社會爲父制社會所移植時，此種本能，於環境之無復有需於母制之人力訓練時，乃又返於本來面目，吾人若欲於母制爲清斷綜括之敘述者，則於母制社會之原始，及其轉變爲父制時之原因及情狀，皆須有豐富之證據也。梅特蘭教授於廣續前段所引之文，復有所論列時，曾有言曰：『吾人知之矣，欲爲人類之諸部而構造進行一定之程序者，此特瑣屑無謂，而且不合科學耳。』斯實爲吾人所應記取者也。大約當今之人，必無復有主張俘虜婚制， marriage by capture 或母族制度，爲原始之制度者。此種主張，蓋

爲希德勃蘭博士 Dr. Richard Hildebrand 所正式駁詰。希博士爲近日淹博而審款之學者，其說見所著 “Recht und Sitte auf den Verschiedenen Kulturstufen,” 7er Teil, Jena, 1896。前此通行之見解，謂蠻人之風俗，乃由時代更古之文明，或天真墮落而來者，時在今日，大約亦無煩再事詰難矣。夫經過極久之時，與極遠之地，乃有一部復返於蠻野之狀態，如見之於羅馬帝國及莫臥爾帝國 Mogul empire 衰亡時者，此於事爲可能，誠無疑義。然欲解釋摩根 Morgan 所考查之族誼制度，system of kinship（假令卽爲族誼）以爲乃由一夫一妻制或父權多妻制墮落而來，則吾將引上面評釋所設之喻解爲喻，謂此乃無殊欲於沙石下而覓鉛粉耳。豈能明其本末耶。

復次郎格君 Mr. Lang 於所著『圖騰祕密』“The Secret of the Sotem”中，關於此節，以大體言，同意於達爾文之說；惟於臆測所及，謂雜交之羣，promiscuous horde 乃人生最初之狀態者，則完全拒絕；并謂所謂人者，無論其蠻野之祖先所爲若何，而既成爲人之時，其始卽居於無名之局部羣 anonymous local group 中，且以別具有理由之故，（卽下章所云最長之男子之嫉妬專制）慣於自他羣中選取女子爲偶云。麥蘭南 McLennan 對於異族結婚 exogamy

之解釋，咸視其爲無當，而摩根及其黨徒所假設之事實，以爲足以成立羣婚“Group marriage”之時代者，則咸視其爲例外，而屬於比較上較爲展進之時期云。吾誠不敢自謂能領略朗格君之學說，或就此說與其他考古學家之見解與郎格君相左且又彼此立異者，作批評之比較。然梅因關於賽克洛族 Cyclopean family之原始性質，意見所及，則郎格君及泰萊博士之言均似足圓成其說。而視梅因爲舊式之文學家，與近代考察所得之曙光，互相背馳者，以今日言，較之二十年前，亦不復若是之合理矣。此則吾人所不可不知者耳。當梅因著古代法時，視賽克洛浦 Cyclops之野蠻時代，進而爲羅馬在王制或初年民主時父制家族 *Paterfamilias* 之古代文明，爲較爲直接較爲單純之歷程，非吾人現在思慮之所及者，此在無完備可信之材料時，乃歷史懸想中所常見之事，殊無損於梅因之信用也。

關於父權之極端形式，如梅因所云，吾人可用後來之羅馬名目稱之爲 *Patria Potestas* 者，此其爲物，是否爲家長制中偶見之事，實屬不甚明瞭。間有精審之著作家，如柯華列斯基 Kovalevsky者，以爲此物乃出自以妻爲夫之產業之觀念。故妻之子女，亦須受夫權之支配。假令此說不謬

者，則此種權利，既不獨爲社會的，social 而爲宗主的，proprietary 自應專屬於私法；Private Law 而羅馬法學之格言，謂 Patria Potestas 未嘗展至公法 Jus Publicum 者，不獨合於政治，而且嚴格合於論理矣。然亦有以爲父制家族之本身，乃由賣婚制或俘虜婚制而發展，使所獲之妻，視同夫之牛羊者。（Kohler, "Encykl. der Rechtswissenschaft," i, 30, 33; Das Vaterrecht entwickelt sich……zunächst als Herrschaftsrecht: der Ehemann ist Herr der Frau und damit Herr ihrer Frucht）吾人須知雛形社會中之宗主權 lordship 不能視同現代法律中之所有權，ownership 而 Dominus 一字，除在嚴格之羅馬法律中外，實爲一曖昧不明之字。要之，無論如何，蓋尤士 Gaius 之證據所在，謂羅馬家族法中之 Patria Potestas，當哈德利安 Hadrian 時，在地中海諸民族中，乃屬特出者，吾人蓋不能忽視也。且羅馬帝國各省 province 之風俗，就吾人所知者言，較諸羅馬法律，似爲尤古。反之，羅馬父制家族 pater familias 之責任，就其性質或範圍言，與他種印度歐羅巴之家族制度殊苦不易分別也。

此外尚有一種理由，不能視羅馬之 Patria Potestas 爲最古之物。蓋在更早之時，家長

paterfamilias 非視同物主，乃視同家族產業之管業人。此家產者，早即屬於嗣子及家長之本身也。此種觀念之流風餘韻，直至羅馬法之經典時代而未歇。羅馬法中有 *sui heredes* 一詞，直無法可譯；惟勉強譯以『必需之嗣子』，“necessary heirs”，似尚可通。吾人觀於此詞之意義，與法學家對此之評釋，（Paulus in D. 28, 2, de liberis et postumis, 11 見 Holmes, “The Common Law,” p. 542 所引）則可見此種觀念之留存也。試觀印度聯合家族 Hindu Joint Family 之歷史，則知此說之經完全證實矣。在孟加爾 Bengal 中，具有大權之管業人之地位，一變而爲物主，此蓋見之於比較爲近之時代者也。

最後吾之印象所在，有欲冒昧一言者，則近來之考察家，除富拉沙君 Mr. J. G. Frazer 外，於迷信及巫術，或僞科學的信仰之有關於社會風俗之形式，似未免有忽視之處。吾人不能以假設所及，謂野蠻行事之真正解釋，即在吾人觀之，乃最爲合理或最爲自然者。宗教與巫術根本上之歧異，曾經愛夫伯黎 Lord Avebury 及賴愛爾 Sir Alfred Lyall 兩公之解釋。蓋宗教上之祭獻及其儀式者，即置進步神學中較高之倫理的與哲學的演進於不論外，乃意在調解超自然之

權力。而巫術之禮儀，則意在控制自然與超自然之主司。僧侶者，以當時通用之語言，乃人役，*Binding* 易詞言之，即對於凡所崇拜之神爲僕役，且以其手中所有之貢納，向神祇求和平及提攜者也。若巫人則有同主上，意在運用自然之祕密，或將天使之軍士，翱翔於空中，鬼魔之甲兵潛伏於宇內者，悉聽其驅遣指揮，故梭羅門 *Solomon* 之印爲巫術，而其對於廟宇之貢獻，則事屬宗教。雖巫術與宗教，常互相混淆，而爲僧侶者，則往往流爲無過行使幻術之人。然於此種分別之重要，則無所變損；第於吾人現在之所研究者殊無涉耳。

(註一) 俘虜婚制爲最初日耳曼法律中之一部，此爲現所承認之事。然耶教引入英倫後，此律是否尙存，則殊屬疑問也。盎格魯撒克遜之新娘價格，似非爲妻之身價，而所付之款，乃爲監護人之權利而付之款云。(Hazeltine, "Zur Geschichte der Ehescheidung nach Angelsächsischem Recht," Berlin, 1905)

(註二) 此種分類，如血統關係無關，實不過一種敬禮方法，此爲麥蘭南 *J. F. McLennan* 之意見，所欲再加發揮而詳細證明者。威斯德馬克 *Dr. Westermarck* 亦主張此說，惟摩根 *Morgan* 則頗以麥蘭南之說爲不然，以爲現所採用之『異族通婚』"exogamy" 一詞，實屬無用。摩根由分類制 "classificatory" 而

system 所得之斷案，就其全體而承認之者，以吾觀之，近有柯萊 Koller 及柯華烈斯基 Kovalevsky 兩人，惟柯華烈斯基不如柯萊之堅決耳。麥蘭南已物故，恨未能畢其所欲增益之言；若就上文所引反對之旨，則殊苦無充足之理由也。至於耶格 Andrew Lang 之結論，則與兩派均同等遠隔。讀者可參閱本評釋末，所附加之一段。

評釋第十一 分位與契約

梅因之名論，謂進步的社會之進行，自來乃由分位至契約者；大約當限於財產法言；其詞乃屬廣義。凡諸有價值之物可以交易量度之者，均包含在內。若加以此種限制，則此論確屬公允，至今尚不失為重要之名言。蓋此種運行，即以英倫為例，至今尚未完畢。如已婚婦產業之解放，其漸漸進行者，不止一世。即在目前，亦仍在過渡狀態之中；不獨可以引起難題，且數年之內，可使判案不易調解也。至就各種人的狀況之實在界說言，及因緣於此之人的關係言，則由分位至契約之運行，似不可一概論也。如近代立法之趨勢，乃使婚姻之解除，不如前此之困難；而有種法權區域，且愈趨愈遠。然

謂兩方無論其婚姻能否解除，或可解除，而視其根據若何，乃可以婚約之條件自行解決者，則無論何處，均無此種法案，而在吾觀之，無論任何立法家，亦尚未就此作嚴重之提議也。視婚姻爲人的關係，而吸化爲夥合 partnership 者，此蓋不在實用法學之範圍中。復次，童年穉齒，到力能辨別之時，不能與其父母或保管人，用契約將成年之日期爲之提前，或爲之展後，而吾人亦未嘗聞有人焉，能以此權力授人者也。無能力人之保留梅因所取爲試測之資，以圖此說者，（無能力人者即關係人於其自身之利益無鑒別之力者也）於上述兩例，實難以此說爲允叶。蓋法律關顧所及之利益，非祇限於當事人之利益；如社會之穩固，如第三人之便利，考慮所及，均視當事人關於自身事務之自由爲重要。人法 Law of person 蓋可以減縮，且曾經減縮。然吾人既承認人有不同之處，則不能徒視此不同之存在，及性質，爲無過契約之事也。分位誠可讓步於契約，然其自身則不能化爲契約。且契約曾對於財產權作攻擊，而爲所拒矣。當十三世紀中，曾有一時視執業之規律，一若不能以兩方之同意爲之更改。今日英國既定之規律，謂有種在財產中，利益之一定形式，可以私人之行動擬造之者，又如反對永久 perpetuities 之規律者，皆普通法 Common Law 對於欲將一切事物

納於私人契約及控御之下者之回應也。契約在封建制社會中之重要，梅因於本書第九章中，業經指明，茲不復贅。（參閱 Pollock and Maitland, "H. E. L." ii. 230）

人的法中，有一部分，其重要之處，現正有增無減，即所謂法人法或精神人法 *The Law of corporations or "moral persons"* 也。吾人現正有可察見者，則法律不能忽視集合之人格，*collective personality*（如工會是）此依照事實及習俗，社會中具有多少永久性之羣體，實具有此法人之性質。近代之公司法，其大部分誠無過契約法。然此所謂契約者，其所受之調節，事實所在，乃一方爲法人而非個人耳。

然梅因於本章最後所用之字，頗嚴守其地位。蓋梅因似不將婚姻包含於分位標題之下。（所謂婚姻者，指西方民族中之婚姻，始於兩方之同意而終於兩方之同意者也。）若使此詞，果加以此種限制，則對於梅因此論最嚴重之例外，可以移去矣。此種用法，乃將分位之義，故意使之狹窄。須知分位一詞，頗經各家之討論。被照近代最佳之解釋言，則分位乃包括人身權利及義務之總數。*man's personal rights and duties* (Salmond, "Jurisprudence," 1902, pp. 253-7) 或就

普詞之精切言，則人對於權利義務之能力之總數。of his capacity for rights and duties (Holland, "Jurisprudence," 9th ed. p. 88) 惟有一事極足稱異者，則 "estate" 一字，即法文之 "status"，而應用之時，乃別具一義。人之 *estate*，即人之可以量度之財產，而所謂人之 *status* 者，乃其為合法之人之地位。如云投票人是也。凡國民負有納稅之義務，是為屬於 *status* 之事；至一人之所付者為何，則視其 *estate* 而定，或以其 *estate* 之部為之分配，作為所課之標準。此外，土地中亦有所謂 "estate" 者，其本來與 *status* 之聯繫，尙存於此。故契約不能改變其緣附或性質焉。復次如梅特蘭教授所云 (Introduction to Gierke's "Political Theories of the Middle Age," Camb. 1900, p. xxv) 羅馬之分位，Roman Status 亦變為現代公法中之國家。雖社約之說，Social Contract 大行於世者，歷一百年而既入於國家 *Status* 之形式，則不能以個人派哲學家之聰明奮力，而使之成爲契約之一種也。

梅因所云之運行，movement 是否即視此為十八九兩世紀所通之政治的個人主義，political individualism 中之一方面，又對於此種主張之反動，吾人現正目擊者，梅因於此，作何感想，

均殊不清楚也。惟無論如何，關於國家干涉商業之界限，或國家與市政之界限，問題所在，各派作家於此，似均與執業之改簡，及產業之轉移，無甚關係；即與個人的無能力，業成廢棄之物者，舉而除之，亦無所用此也。

戴雪教授 Professor Dicey 有言：（"Law and Public Opinion in England," p. 283）
「關於意外之賠償，工人之權利，業經成爲契約之事，而非分位 *status* 之事。」然頗有契約，早既有法律爲之附以事項，而此種事項乃非當事人之意志所能爲之改變者，例如抵押。抵押人不能與受抵押人訂立合同，使所押之物，不能取贖，乃至有妨及運用衡平法 *equity* 之取贖者，亦有所不許。是則謂此種英國衡平法庭之特異主張，曾剋造抵押人之分位 *status* 者，蓋亦不易非難矣。

在本書評釋第一次出版後，於一九〇六年通過之工業爭議法案 *The Trade Disputes Act* 可謂對於僱主工人之聯合，授以新穎而前所未有之分位，*status* 使僱主工人，有時不受尋常法律之運用所支配。然契約之責任，並不直接受此影響；而此種法案是否代表立法觀念之普通運行，抑除危急之時，具有絕大權力之利益所施之迫壓外，別有他物，則當待查考也。惟就一兩點言，此不過

證明較能得人擁護之意見，則無可疑耳。

按以上評釋隸原文第五章下

評釋第十二 遺囑繼承

本章所論者，爲現代法律中之遺囑，Will or Testament 其性質爲祕密，爲可以取銷，爲死後始運用者，其在古代法中直不知有是物。且據吾人所見，此實比較爲近代所輸進之物。梅因此種見地，頗經後來之歷史探討證明，其中有一二似爲例外，梅因以爲應加注意者，亦經除去矣。

據梅因所述，十七世紀之法學家，藉自然法以解釋遺囑權力，以圓其說，卽此可見，在習慣法中，通常並無此種權力也。蓋自然法之主張，乃進步的，合理派的之主張；其用處在超越通常之反對，以權威之缺乏，或竟以相反的風俗之存在爲基礎者。且當文藝復興，及前於文藝復興之時，其有裨於懸想之著作家，正猶功利主義（此與自然法蓋極有結合之處）之有裨於現代改革家。據實論之，個人對於產業之繼承，卽無遺囑時，其完全觀念，乃比較上爲近代之物也。依梅因所述古代之印度

歐羅巴家族，乃一公司；家長爲代表，或公吏，public officer 或竟爲經理。惟此種說法，並非謂當社會之宗法時期，法律上乃有屬人之主張。doctrine of persons 蓋當此時期，亦如梅因之所云，未嘗視人爲個人，乃視爲其家族或階級中之一員。此在今日之印度法中，亦尙多如此也。現在關於公同之主張，乃假設自然人或個人“natural person or individual”（視同權利義務之主體，或合法之人“lawful man”）者，爲法制中之循常單位；如英國書籍之所稱。而一羣之人之集合人格 collective personality 代行通有之利益或義務，且其行爲有同個人者，則爲有賴於解釋之物。然在古代社會，則自然人乃集合團體，而非個人也。

此種情狀，並見於日耳曼之部族中；其時代較諸梅因在本章所討論者爲遠在後。法國近有淹博之著作家，於研究此事所見於法蘭西法之中古歷史中時，曾將羅馬觀念樹立於帝國時代之法律中者，與日耳曼觀念互爲比較。具言如下：

“Le droit romain consacre la triomphe de l'individualisme; la volonté personnelle du chef de famille, voilà le facteur juridique essentiel, l'argent de toutes les

transactions, la force créatrice de tous les droits. Cette volonté est si respectée et si puissante, qu'elle continue d'agir après la disparition de celui qui l'a exprimée. Le père règle le sort de sa fortune et de sa famille pour le temps où il ne sera plus, et cela par un acte souverainement libre, qu'il est toujours à même de modifier..... L'individu n'est rien; la vérité sous cette forme serait exagérée et dénaturée. Mais il est certain cependant que l'exaltation de l'individu est beaucoup moins complète qu'à Rome, et que d'autre part la famille forme une association, une sorte d'être collectif armé de droits inconnus des juriconsultes de l'Empire. L'énergie individuelle est limitée dans le temps, et les Germains ne peuvent pas concevoir qu'elle s'exerce au delà de la tombe; sitôt l'homme mort, toutes ses volontés s'évanouissent. Au même moment ses prérogatives juridiques sont recouvertes et absorbées par celles de ses parents, car de son vivant même sa famille jouissait de droits auto-

mes qu'il ne dépendait pas de lui de supprimer: Sa mort les développe, mais elle ne les crée pas" (Auffroy, "Evolution du testament en France," Paris, 1899, pp. 173-4. Cf. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte," 856; "Das germanische Erbrecht war ein Familienrecht.")

欲知各種蠻野民族中類似之風俗者，可閱 Lord Aveburg, "Origin of Civilization," 6th ed., pp. 489-91。

梅因以羅馬之祖先，具有代表之性質，故無殊法人。此其爲說，於英國之學子誠甚有裨益。然吾人不能遽信其言於羅馬法律觀念實際上之形成，爲有所發見也。蓋英人之所謂法人 corporation sole 者，不獨爲虛擬之物，且實爲近代的反常的，而且無實在之用處也。當牧師 parson 或他種具有法人資格之個人官吏逝世時，非至派有繼承人後，無人可以爲此法人團體，而處理事務。若既經選派之後，則此種繼承人，凡所有作爲，皆以法人之資格爲之。若就牧師 parson 言，即自由不動產 freehold 之繼續，亦不能保，是謂在間歇時之虛懸。in abeyance in the interval 至對於

國王言，則國王既爲單獨法人，corporation sole 而英人之書籍，又不欲公然視國爲人，於是所用言詞，乃笨拙而無用，如加拿大 Canada 及澳洲之聯治問題，problems of federal politics 皆足使虛擬 fiction 之事，益爲複雜。夫英皇 “the Crown” 果爲加屬澳屬 for Dominion and Province, for Commonwealth and State 之受託人，trustee 而具有互相衝突之利益耶？抑英皇乃不可分之皇上，indivisible Crown 爲各種不同之目的故，而具有數層人格 beings or having several persons for different purposes 耶？(F. W. Maitland, L. Q. R. xvi. 335, xvii. 137; W. Harrison Moore, L. Q. R. xx. 351; Markby, “Elements of Law,” § 145)

此事之來歷，乃由貢獻神聖 God and the patron saint 之事，已停止後，乃貢之於牧師 parson 及其繼承人，按之手續，殊感困難，不免使聖徒 saints 陷於不利之地位，而使之在塵世法庭中，成爲通常之訴訟人，幾經曲折，乃成此觀念。在吾人今日觀之，就此事作歷史考據，誠有奇妙之處，若按之哲理，則無甚啓迪之足云也。

然無論如何，梅因議論之主要部分，與其堅持之點，謂人死後，仍存於其嗣子之身中，而祖先則

具有代表之性質，爲一家之長者，則既深見此事之本原矣。現任美國大理院長之福爾摩君，Mr. Justice Holmes 於梅因故後二十年，曾將此旨，綜論如下，其言殊清俊明潔也。（“The Common Law, p. 343”）

「若家長 *paterfamilias* 所管之產業，其物主爲家族，則此產業之權利，不以此臨時首領之歿，而有所變動。首領雖死，家族仍存，且以逐漸變遷之故，家長乃視同物主，非止爲家族權利之經理人。此種權利之性質與存在，不與稱謂同其改變也。此 *familia* 者，自祖先所貽留以來，傳之嗣子而弗替云。

祖先之權利及義務之總積，（或用專門名詞稱之爲祖先所維持之總人格 *the total persona*）早卽與其自然人格 *natural personality* 分離。蓋此種人格 *persona* 無過爲前時家族之權利釋義務之總積，本由私人以家長之資格而護持者也。故曰以承襲而廣續。而當嗣子繼襲時，關於前此所施之損害，此嗣子卽得訴之法律也。」

梅因由財產之分配，而追求羅馬之遺囑之演進。財產分配一事，其效力見於俄頃，逆料死期將

屈，或有危急之時而爲之，就其最初之形式言，且須得法律之允許，（參閱 Girard, "Manuel," pp. 792-5）焉。梅因所據之塗轍，爲一中間時期，是時財產之轉移，保留有終身利益者，此尙可見於羅馬帝國時期中各省之風俗，其即後中代之制度，乃至近代之制度，亦尙有痕迹之可尋者也。讓渡程式 *mancipation* 而來之遺囑，必使遺囑人無分文之存，此種困難所在，如梅因在本章之所論者，米爾赫 Muirhead 曾指出有救濟之法。（見 "Historical Introduction to the Private Law of Rome," pp. 66, 168）蓋如用益權 *usufruct* 亦可以讓渡程式而保留，（見 *Gai. ii. 33*），而「各人本身之 *familia* 中，終身利益之保留，當解釋之時或較諸尋常之用益權爲尤寬大也。」惟用益權並非最古事物中之一種。若謂此種困難，在某一時代中，並非實在，則又未免近於冒昧矣。然以產業法之不完備，或以有特別理由故，不欲張布，世界之人，乃多有以其產業託於朋友佐助人之手者。英國學子若熟悉英國中古時代之 *feoffee to uses* 則見羅馬法中之 *familiae emotor* 在其最古之時期中，亦必不爲之驚訝也。印度習慣中有一種 *benāmi*（質譯無名的 "anonymous"）之財產轉移，名義上歸一人承買，而實則替實在之人

保管。本來之理由，觀於此種轉移，蓋尚有可見者也。然索恩 Sohn 則主張（見“Institutes,” § 112, pp. 543, 544, in Ledlie's translation, 3rd ed.）per aes et libram 之遺囑，與頒發 familiae emotor 之命令相偶，此蓋據十二表法之規定，“uti lingua nuncupavit ita jus esto” 而有拘束之力者也。轉移之事，因此而較省事，蓋無可疑云。索恩 又以爲嗣子之制度，乃過繼之變形（即遲至遺囑人死後之過繼）此則尙未經人一致承認者耳。（Girard, “Manual,” p. 793）

假令梅因著古代法時，有利便可靠之書，如墨恩君 Mr. Mayne 之所著者，則本章所論之印度法，必較爲詳備。然除謂按照祭獻之精神效力，而決定祖先第二服中之繼承次序，惟見於孟加耳 Bengal 之一派，祇此一點，可以修改除外，吾亦不知有可修改之處也。關於此節，人乃以爲屬於婆羅門新創之事，惟近來有淹博之印度學者二人，均反對此說。一爲米特拉君，Mr. Justice Mitra of the High Court of Calcutta（加爾各塔之高等廳長）一爲塞特烈君，Mr. S. S. Setler。米特拉君以爲此問題中之特別主義，乃出自佛教，而塞特烈君，則又不以爲然也。（見 L. Q. R. xxi. 380, xxii. 50, xxiii. 202）梅因於一八八三年時，有言曰：「僧侶之印度法，與該族之真

『古代法，其間之實在關係，吾人現在有可以窺見者焉。』（見『Early Law and Custom，p. 194，并見 on Ancestor Worship and Inheritance 一章）蓋在印度之古代法，與在他族之古代法中，其維持家族禮儀之重要，實有不容疑慮者，惟關於印度之遺囑，吾人尚應有一言以相賡。早年之印度法，實不知有製造遺囑之一事。雖依宗師大家之所見，非出自模倣歐洲之習俗，然其應用，則惟見於近代。且在一八三二年以前，無論何種之省法庭，Presidency Courts 均不予以承認。是年之承認此制者，亦祇有孟加爾 Bengal 一處也。當『古代法』出版時，此種法律在馬德拉 Madras 及孟買 Bombay 尚未十分決定；惟省法庭，於數年之內，即經遵行云。孟加耳 Bengal 初次所行之形式，為宗教用之一種贈與。Sift moris causa 讀者於此，可知此種法律與中古時代英之國法，受教會影響時所行之牛羊遺囑，testament of chattels 殊相類似。然英國歷史，就大部分言，實過於複雜與特別，於演化之常式，頗難有所窺見。至關於盎格魯撒克遜之遺囑，就令可吸化於現代遺囑之中，成爲一體，（其實此尚屬疑問）然實爲特別而反常之文件。自諾曼人 Norman 侵入以來，亦煙消泡散矣。大約通俗書籍中，載有在諾曼之征克前，交付一事，alienation

可以自由者；言詞所用，尙可見其踪跡。然此實純出於誤解。蓋視盎格魯撒克遜典冊中所載之特權階級之交易晉接，爲足資楷模，且純屬本地風光耳。早年英國法律中之“post obit gifts”贈與，實足表示其與羅馬以尊式而轉移之遺囑相類，而於 *feoffee* 承轉移之用，由此人之意志宣示之者，其形式尤強固。此在中古時代之後期，甚爲常見者也。當十三世紀時富有學識之法官，用其機巧，以創設死後之一種賜與 *grants in ter vivos* 之處置權；於現在吾人所謂“*habendum*”中，含有“*quicunque dare vel etiam legare voluerit*”等字。此種條文，於十三世紀之末三五十年間，在契據上甚爲常見；而布烈吞 *Bracton* 互相矛盾之言，並足見此種意見之變遷無定也。（18 b, 412 b, pro, 49 a, fuller and seemingly more deliberate, contra, cp. Pollock and Maitland, ii. 27）吾人可信（註一）此種條文，所擬賦予之權，有時曾經行之而無阻。然此乃過渡之試驗，與真正之遺囑分配或繼承，全無所涉也。以遺囑贈地或贈所購之地之局部風俗，昔固有之。然其原始及初年歷史，則至今當暗昧不明耳。

在蘇格蘭 *Scotland* 中，財產法在未有遺囑以前之時期，有極爲顯著之例證。蓋在蘇格蘭中

實無所謂遺囑之一詞。而在一八六八年前，關於土地，亦無真正之遺囑。『傳授一事，祇能以契據行之。該據中，含有 *de presenti* 處理之字樣；而處理 “dispose” 一詞，實甚重要云。』（見 Green's “Encyclopedia of the Law of Scotland,” s. v. Will）慣用之形式，前此爲（即現在雖無必要亦尙屬如此）真正之處理及解決； a “true disposition and settlement” 其目前之轉移，則對於贈與人，保留終身利益。 *life interest* 蘇格蘭者，蓋舊日日耳曼 *Vergabung von Todes Wegen* 最後之所居地也。（Goffin, “The Testamentary Executor,” 1901, pp. 19, 99）世代相沿，誠可維持勿墜。然據吾人之所知，如埃及及羅馬帝國之風俗，即在真正之遺囑，久已成爲羅馬法中之一部，後亦尙沿用弗輟。在諾克拉底 *Naukratis* 所發見第二世紀之本來樣式，數年前在倫敦可獲一觀。現代之英國遺囑，其受羅馬法影響之處，遺痕宛然，尙可察見。然其實際上之範圍與效力，則與羅馬遺囑，大異其趣也。就大概言，英人之遺囑處理鉅產者，並非遺囑人以其管理之全權予之他人，並應支付債務及私贈之產；乃在擱置絕對之管理權，而受委託之允許，保留其業權。 *estate* 若遺囑人之子女，年事尙少，或其未亡人尙在人間者，則此不能作最後之決定也。入款所得，聽

遺囑人所指示而享受應用；惟資本則儘量保存，不得輕動。若謂有類於羅馬嗣子 *heir* 之人，則此乃管遺囑人 *executor*。蓋管遺囑人不必受有實益，而其來歷又大不相同也。（*Goffin, op. cit.* p. 33; *O. W. Holmes, L. Q. R. i. 165-6*; *Gierke, "Grundzüge des deutschen Privatrechts," § 126, in "Encykl. d. Rechtswiss," i. 555*）下章上半節所論羅馬人恐人死後無遺囑之事，中古時代之英人，與此相同，或竟過之。（*Pollock and Maitland, ii. 356*）然由拉比鄂 *Labco* 至優斯惕安 *Justinian* 時之羅馬人，其所畏懼之理由，並不如梅因下文之所論；乃由以爲若其人死時，未嘗將其產業撥爲虔奉之用，則於死者之靈魂，未免有危險云。（*Du Cange s. v. intestatio*）

（註一）是時之遺囑，或在遺囑土地者，現尚存有。（*Madox, Form. Anglic. DCCLXXVII, DCCLXXIX, DCCLXXXI*）惟據此以觀，則若未知前此曾有贈與之事，與該遺囑有關者時，則如何辦法，不能恃此以作定論。蓋此處儘有他種解釋之可能也。

按以上評釋隸原文第六章下

評釋第十三 長子承襲權

中古時代法權管轄，與土地執業 *tenure* 之原始，及執業與上主，*lordship* 及法權之關係，其複雜之特異，吾人因稱之爲封建 *feudalism* 者，近年以來，談者甚衆；今試冒昧舉之，則如勃倫納，Brunner 如威慈，Waiz 如古郎，Fustel de Coulanges 如富拉赫，Flach 如盧色亞，Luchaire 皆此中之翹楚也。然本章大概所論，其圓滿精耀之處，則實無足致疑。梅因於本書第八章之下半節，復討論及此。在是章之末，採入有一種意見，謂昔有一種役務貶抑，實繫於日耳曼王，或日耳曼長上之伴侶；此論似來自良布爾 Kemble。然吾實不知良布爾此種假設之根據何在，亦未見他處有人承認此說也。參觀 Contra, Konrad Maurer in "Kritische Uberschau, ii. 391

梅因對於長子承襲權，Primogeniture 有更詳盡之考察。見 "The Early History of *Institutions*, pp. 124, 189-205。梅因於該書第二〇五頁中，曾大略論及 "parage"。吾人可爲之再增一言曰：諾曼人律例叢錄 *Norman customs* 中之 "paragium" 於 *Domesday Day*

Book 之盎格魯諾曼 Anglo-Norman 術語，蓋大有關係也。共同嗣子 co-heirs 以 “in paragio” 而擁有遺產，并爲對於主上有所執役故，以其中一人爲代表，是曰長輩 Senior 此種集合，蓋常見於數州 Counties 中。（Maitland, “Domesday Book and Beyond,” p. 145; Pollock and Maitland, “H. E. L.” ii. 203-4, 276; Pollock in Eng. His. Rev. 1896, xi 228, note 65）當封建之役務，果爲軍役時，則長子承襲權，對於主上，實具有實際上之便利。觀於此制，蓋極明瞭。梅因以爲長子承襲權，其始具有官吏性質。此種見解，似得人完全承認。假令吾人能得到一切事實，則或能見及在微賤或卑下之執業中之長子承襲權，其偶然之例證可以采地 tenement 之與田務或社務 manorial or communal office 有關者解釋之。長子承襲制之輸入英倫，似有出於民衆運動之處，此或爲便利計，或出於人民之喜於模倣其長上也。當一二五五年時賴色斯德 Leicester 之公民訴稱，彼曹受分裂執業之摧殘；於是乃從其上主茫福特 Simon de Montfort 處獲得特許，Charter 許其世世相沿，變爲長子承襲之制。其後不久，即經亨利第二 Henry II 之批准焉。（“Records of the Borough of Leicester,” ed. Bateson, Nos. xxiii. xxiv, the latter

indorsed carta "quod heredias sit ad communem legem") 專論長子承襲權之書，有 Mr. Evelyn Cecil's "Primogeniture: A Short History of Its Development in Various Countries, and Its Practical Effects," London, 1895 一種，細心讀之，定可獲益也。

案以上評釋隸原文第七章下

評釋第十四 掠獲先占與占有

本章上節所論，關於羅馬人對於戰時捕獲 *capture* 之所主張，此種主張，與尋常先占 *occupatio* 之規律之關係，與及此兩事對於現代國際法之關係，均殊難窺其邊際。梅因大體上之所得，並不恃此種陳述之精確。然要點所在，在不嫻羅馬法及國際法之人，必將以梅因之所論爲足，因而陷入迷途者，則誠不可無一言以糾闡之也。第一，意見所在，不加限制，謂戰時之贓物，屬於捕獲之私人者，以此來歷，歸諸羅馬法律家，實屬毫無根據。又以戰時之法規，爲來自平時之先占法 *law of occupatio* 者，亦屬毫無根據。復次，關於交戰權利之近代規律，所以形成之者，原素頗多，謂羅馬之

先占法，不止此一種原素，此亦殊不清楚。此種根據，究在何處，誠不可不細加考察也。

梅因似頗倚信會典 *Digest* 中格尤士 *Gainus* 之一段文字，標題爲 “*de adquirendo rerum dominio*” 者。(41, 1, 11. 5, § 7, 7, § 1; 第六行爲編纂人竄入他家之文，極其笨拙，殊與吾人之本旨相背。) 格尤士 *Gainus* 會道及無主物之先占，“*Occupation of res nullius*” 如野獸等；并會論及他種之先占，因先占而賦予所有權 *Ownership* (不止占有權) *jure gentium* 者。此最後一詞，就其關於敵視捕獲言，似指戰時之實際習慣，而非指理想上之自然法。蓋待遇自由境况之俘虜如奴隸者，無論如何，總不能擇捨自然法以圓其說也。“*Item quae ex hostibus capiuntur jure gentium statim capiuntur finat*……*adeo quidem ut et liberi homines in servitutem deducantur.*” 嗣在第二標題下保魯士 *Paulus* 又論之曰，“*Item bello capta et insula in mari enatae gemmae lapilli margaritae in litibus inventae eius sunt qui primus eorum possessionem nactus est.*” 是故欲表示武裝公敵之不能有民法上權利，其在是時，固無需乎根據或證據也。此中之關鍵，非謂戰事所獲之贓品，不復屬於敵人，乃謂因有

捕獲，而捕獲人與其國人間，乃成爲所有者，owner 而不獨爲占有者，possessor。此盜非依照羅馬之特殊習慣，而示吾人以何爲戰爭時之合法贓品，亦非排除軍事規律之限制也。當羅馬帝國時，指揮官誠能任意分配贓物。然爲兵士私人利益之掠奪，或不問何種之事後私取，則事所必禁。“Is, qui praedam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur et in quadruplum, damnatur,” Modestinus in D. 48, 13, ad legem Juliam peculatus, 15 (ed. Mommsen, vulg. 13) 觀此，則知格尤士 Gaius 與保魯士 Paulus 之議論，祇見及戰燬啓時，在羅馬地上所發見之敵產也。“quae res hostiles apud nos sunt non publicae sed occupantium sunt,” Celsus. D. 41, 51. 古羅休 Grocius 以此種意味，了解色爾塞斯 Celsus 之言，因而加以評釋，並主張私捕 private capture 之權利，應限於不在執役時之行動中。“extra ministerium publicum”: De Jure Belli ac Pacis, III. vi. xii. § 1; and So Girard, “Mannuel,” p. 314, 戰時所取之地，乃由國家得之，由國家分配之，此亦確無可疑者。Pomponius in D. 49, 15, de captivis, 20, § 1. 吾人於研究此數段文字時，應須記取，羅馬與他文明或富厚之敵交戰時，

所引起之問題，自安圖尼諸朝 the Antines 之法學家觀之，乃不過古董之趣事耳。

至於古羅休 Grocius 之運用羅馬法，則古氏固徵引格尤士 Gaius 之言者，惟其引此，乃與引舊約，Old Testament 引柏拉圖，Plato 引芝諾芬 Xenophon 引亞里士多德 Aristotle 同一鼻孔出氣耳。（op. cit. III. vi. ii. § 4）氏以爲敵人之地，不能祇以侵患得之，無實力之永久占據。依彼所論，似以嚴格權利爲足以容許私掠。然在他處論節制 temperaments 時，（此爲一種至善之勸告，所以減輕戰事之嚴厲者，其中大多數經採納編爲規律）則以爲所捕獲之財產，於媾和時，倘可辦到，應歸還原主（III xiii, “temperamentum circa res captas”）云。復次，古羅休早年之論文，題曰“De Jure Praedae”，至現在始出版者，（ed. Hamaker, Hag. Com. 1868）則完全吐棄有戰時分贓權之先占學說。occupation theory 古氏以此比之司法執行權，並以爲捕獲人之所取，其資格無殊公僕，且以國家之名義行之，其所以撥格尤士 Gaius 之說者在此。且古氏依照其時之風氣，擄擄希伯來，Hebrew 荷馬，Homeric 及希臘之例證，以自衛其說。主張所在，其後之著述中，並沿用弗變焉。吾人於此，誠難見羅馬法之先占說 occupancy 多被採用之處。

大約十七世紀或十八世紀之法學家，其精審或不如古羅休也。若欲於此加以證明者，須熟悉此諸公著作之人，方優爲之；非吾之所能及矣。梅因在圖橋大學 Cambridge 關於國際法之演講，未及加以最後之校定；在生前刊布者，對於此節，亦無較爲遠到之處。然此種問題，現均成爲古董。現代之所實行，業將戰事之酷習，大爲減殺，而動產或個人產業之沒收，除極少之例外，既變爲違法矣。

（“Hall, International Law,” 5th ed. p. 427: 讀者須讀全章）

各國人民發見新地，而略占爲己有，究應誰屬，於是各國乃爲其人民之權利故，互有爭執。據梅因所見，則羅馬之先占法，於此實不能解決紛爭也。梅因對於此種見地，蓋極確實，舍是之外，別無他說。困難所生，幾於無非起自以孤立的輕微的部分的之占據行爲，視同實力之占有。近日委內瑞拉 Venezuela 與英屬幾內亞 British Guiana 疆界之爭，何莫非出此。若先占“occupation”一事，尙未至完全實在之控御，則羅馬法實不知有先占。是故先占之聞知，應輔以占有 possession 之聞知。羅馬法者，有同普通法，Common Law 承認一人於實質上，不能同時把持或控御一塊地之每平方尺之事實；故允許法律占有 legal possession 之取得，出於以全部之名，入於一部之地。

而表示占有該四界內一切事物之意向。"Quod autem diximus et corpore et animo adquire nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere." (Paulus in D. 41, 2, de adq. vel amitt. poss. 3, § 1) 然爲應用此規律故，吾人應假定此四界者，乃既知之四界，或可以確定之四界，且須無有效之反對。若此律所施之事實，爲國家對於無人居住之疆域之先占，則此種條件，是否完備，蓋殊難言矣。如對於占有之是否既經成立一事，有所爭執時，則吾人須以常識之規律爲據。此爲普通法 Common Law 宗師之所公然採用，而與羅馬法亦毫無矛盾。所謂常識之規律者，即謂吾人應注意所議之物，所能辦到之用法及控御，其種類若何也。(authorities collected in Pollock and Wright on Possession, pp. 31-5) 於先占無人居住之地時，何爲終極，"terminus" 此種問題，有習用之規律，經各國用過之後而採取者。(此種規律可於正式之國際法課本中求之) 有時且有顯然之合同以規定之。(Hall, op.

ait. p. 114) 以先占爲產生所有權 ownership 之主張，蓋非最古之物，此灼無可疑者也。除梅因所述之理由外，以私人所有權爲法律權利之觀念，卽羅馬法之 *dominium*，其本身乃比較爲近代之物。羅馬人何以以及如何早年卽發生此種觀念，則此乃歷史上之問題；以吾所知，吾人不能以吾人之材料而解決之者也。吾人所可知者，則羅馬之產業法，無論其理由如何，當十二表法之時，卽全屬於個人主義派。關於此點，梅因約略論及自然法影響之處，吾殊不敢自信吾能完全了解其所言也。要之，無論如何，印度之聯合家族，Hindu Joint Family 一變而爲近代之模型，實難謂其爲受此影響；而據是以觀，則此種例證似並行不悖也。

布烈克斯吞 Blackstone 解釋財產之來原，實過於疏散，宜其爲梅因所譏。蓋布氏於物質的控御或扣留，detention (卽法律中之占有 possession in law) 與所有權 ownership 兩事，完全不能分別。且言論所及，一若吾人精細之法律概念，早爲原人之所既具備，而所用之形式與言詞，乃恰與十八世紀之法學家無殊者。然若謂布烈斯君不能了解先占 occupation 之專門意義，或故入以曖昧之辭，使其讀者迷罔無所適從，則又未免隣於苛刻。occupare 一字，在拉丁文中，

本非純爲專門之意義，如布烈克斯吞所引西塞羅 Cicero 之文中（“Comm. ii. 4; Cic. “de Fin. iii. 20. § 67）此字卽無專門之意義也。西塞羅 Cicero 者，既非有心得之哲學家，亦非極偉大之法學家；然必無人譏議其後，謂此公以爲戲園中顧曲人對於所定座位之權（“eum locum quem quisque occupavit”）乃與 dominium 之永遠取得有關也。絕對的法律所有權之觀念，及以爲凡物必須有主，或如吾英人書中之所云，法律應將一切財物之財產權歸之於人者，皆近代之事，而非原始之事。若謂此種歷史上之真理，如梅因在本章中之所指明者，西塞羅亦稍稍見及，則其言尤屬似是而非矣。脫離之個人，如布烈克斯吞之所擬者，乃一種古代制度所完全不知之人，布氏於此，未能見及，此乃其常見而重大之過失。正猶梅因之所論於社會學說之個人主義派各家者也。梅因之譏評霍布士 Hobbes 不下於譏評布烈克斯吞；駁霍布士者，有洛克 Locke 之說，而布烈克斯吞之說，則又無過將洛克之說，略加修正者云。

薩維尼 Savigny 之格言曰，財產權乃基於逆意之占有，得經成效而成熟者。property is founded on adverse possession ripened by prescription 梅因縱論及此，言殊簡約。就英國法

律言，此種格言，蓋真確無疑也。以普通法 *Common Law* 之言詞及程序詮釋之，財物中之財產權者，與占有財物之權無論爲目前者，或爲後來者，實不能分別；惟因有條例之規定，（其引入爲極近，而應用爲僅得一部者）吾人乃知除表示接續而安定之占有外，以妥適之要求，經過長久之時間，無復有他人亦有索此之慮時，如何乃能證明英國土地之誰屬。初以移轉人之習俗，規定此種時間；繼以實行之法律，規定此種時間者；其於原則上，並無差異；卽慘淡經營之規律，由纖微之事，演進而來者，亦無關宏旨也。吾於他處嘗論之矣。契據者，無過占有及權利運用之成文歷史。此就主要言，乃日耳曼之定制，凡研究此學之人，將見其不謬者也。當吾人研究古代日耳曼法律之觀念時，其於占有人之權利，受羅馬法律承認之事實，問題何在，所能發見者，恐不如致訝於羅馬法於如此之早年，如何竟能將物主之權利，與占有一事，完全分別清楚之甚也。關於羅馬法律占有主張之歷史的來原，各張其說，莫衷一是，而無一可云經大衆之承認者。若薩維尼 *Savigny* 之說，當梅因著此書時，最稱雄一時，亦不足語此也。

評釋第十五 印度之村社

梅因於印度之事務，得有官式之智識，後於演講村社“Village Communities”時，曾示以端倪之所在；謂印度之本地風俗，並非如通常讀『古代法』之歐人所推斷者之單純及一律。其言曰『印度之村社，當其全體可以令人窺見時，大體上彼此雖有極相類似之處，然細加考察，則見此乃組織而成，而非單純之團體；其中所包括者，有各種階級之權利與要素，均甚蕃變也。』印度之鄉村，可分爲兩種主要而大不相同之型，其中物主共有之聚集“assemblage of co-proprietors”一種，前此以爲惟此乃爲正式者，實非較古之物，此義也。自巴敦鮑威 B. H. Baden-Powell 研究英屬印度 British India 之土地制度以來，乃大彰於世。巴氏之於此學蓋一代之宗師，其書之版本，亦不止一種，（最便利者爲“The Indian Village Community,” Lond. 1896）其結論所在，謂鄉村最古之式，非如通常之所臆測，爲一羣之耕夫，有相連或公共之旨趣者，乃各不相繫屬之各家族，合數家族而主有 owned 各自分別之產業者，賴愛爾 Sir Alfred Lyald (L. Q.

R. ix. 27) 亦承認之。此鄉村中有首領，有村吏，並可云爲種種目的，故而有行政之統一，然共有之所有權或執業 Communal ownership or tenure 則無之。此種鄉村，通常稱爲拉野佗黎 Raiyatwari 通行於印度之中部及南部，惟謂此中村民所有之地非分別獨立者，則殊苦無實據以證明之。『所謂聯合之鄉村 joint village 者，乃在各有地土之鄉村 the village of separate holdings 之後，而非在其前。』在烏德 Oudh 聯合省 United (formerly North-West) Provinces 及班札布 the Panjab 之聯合或地主鄉村 joint or "landlord" villages 中有優越之家族，或氏族，clan 有少數操權人，aligarchs，而對於多數居民之較下等者言，且有地主 landlord，又有類於平民（因各分非相等）者焉。此種鄉村，間有近於希臘市邦之縮形，其所以致此之因，當有數種；或出於征克，或出於刻意經營之新居，或其初創建者爲一人，子孫既衆，乃有聯合遺產。若出自征克時，則此物尙在昔時拉野佗黎 Raiyatwari 之上。據巴敦鮑威 Baden-Powell 所稱，自古代法 "Ancient Law" 及村社 "Village Communities" 出版以後，凡研究此事者，有所推論，其所用之材料，均不完備云。

嘗梅因著此書時，所能知之事，較諸此書既成之後之所知者，乃大相懸遠，此爲無甚可疑之事。是時關於班札布 Panjab 邊界之部族村，tribal-villages 尙無見於筆錄之紀載者，卽有之，亦未印行；而西北各省 North-West Provinces 若烏德 Oudh 若班札布 Panjab 之居留報告 Settlement Reports 所署之年月，大都在村社 "Village Communities" 一書出版之後。復次，如中部各省之居留報告，the Settlement Reports of the Central Provinces 如南印各區紀錄 District Manuals of Southern India 如孟買 Bombay 各區之測量報告，及地圖 Survey Reports and Gazetteers of the Bombay districts 等，大都尙未編製；其他，則除本地外，鮮有知者。梅因所著書於拉野佗黎 Raiyatwari 式之村制，全未道及。其於印度人種中之部族或氏族組織 tribal or clan constitution 以及班札布 Panjab 邊界上之部族鄉村，tribal villages 亦均言之過略者，("The Indian Village Community", p. 4) 職是故也。

然若以爲拉野佗黎村制單位之家族執業 tenure 或產業，與近代西方法律中，所稱之個人所有權，或他種所有權相同，則又大誤。此吾人可得自於巴敦鮑威君之所言者。所謂村社一物 The

village community，歐洲之中古時代有之，而印度中之各時代則無，此爲吾人所敢斷言之事。然求東西兩方土地執業之風俗而比較此類似之原因之結果，無論此種結果或有時極爲相似，或以有他情狀之故而有不同，而比較之下，所獲之益，則非淺鮮也。吾人不復欲期望就史前同源之制度，得見完備而平行之遺物，然見及平行之模式，乃能於極遠之時，極遠之地，承流並進，易於發展，則亦殊饒興趣矣。如印度之鄉村會議，village council 現尙稱爲五人制者，the Five (panchayat)——實際上實既不復以五人爲限，而此制亦惟於地主式之鄉村“landlord” type of village 始見之。——溯及來歷，實與英人之家宰 reeve 及四人制 four men 同源。吾人此制今日在加拿大 Canada 中，尙甚發達也。觀其會通，而尋其出自，此種考證，想尙不致牽強耳。如荷烈斯 Torace 中之地產 (“habitam quingue focis et Quingue bonos solitum Variam dimittene patres,” Ep. i. 14) 例須具備五爐，與五合法人，此蓋非出自偶，然吾人於此，應有更堅之信仰者也。將地均分，使每人各得一份，此與英國中古時代之公田制，common-field system 卽纖細之處，亦極相似，巴敦鮑威於此蓋詳言之矣。(op. cit. pp. 191, 414)

關於歐洲及英國村社中，吾人所假定之組合所有權，corporate ownership，或准組合所有權，quasi-corporate ownership 事梅特蘭教授 Professor Maitland 於所著 “Domesday Book and Beyond” 一書中 (pp. 340-56) 曾就一世以前歷史家所通用之文字，譏其過於疏散。其言蓋極圓到，爲吾人所不可不知者也。

評釋第十六 遵式移轉物 早年法中之移轉

梅因以爲古代羅馬法之 *res mancipi*，乃農業勞工之工具，對於原人，乃最有關係之商品。云此種見解，經近日最佳之著作家完全證實。季拉教授 Professor Girard 與依赫林，Ihering，Sohn 及去克 Cug 諸公同一見地，以爲最圓到之解釋，(“la doctrine la moins aventurouse”) 乃謂此種類中，含有原始之羅馬農夫所有之財貨，爲初年羅馬之移產辦法，所能應用於此者云。又以爲其初祇有 *res mancipi* 爲完全所有權之主體，在私人對於土地之財產權可以轉移以前 *mancipiæ mancipi* 之別，乃與 *familia* 及 *pecunia* 之分別，相合爲一。當十二表

法頒布之時，*familia* 與 *pecunia* 卽已廢置不用云（Girard, "Mannuel," p. 247）米爾赫 Muirhead 之解釋（"Private Law of Rome," p. 63）亦與此相類，惟并謂所以組成 *familia* 之物，卽所以決定在塞維亞改革 *Servian reforms* 後，羅馬公民之政治的資格者云。夫此種事物之轉移，誠能影響物主之政治地位，故有公衆之重要。然謂此種理由，爲非溢辭，則吾殊不明瞭也。米爾赫 Muirhead 故欲與格尤士 Gaius 立異，因謂 *Mancipium* 之基本觀念，乃 *manum* 而非 *manu—capere*，卽以法律之收屬 *legal dominion* 而取得 *manus* 者。（*op. cit.* p. 61）是說也，似有極可通者在焉。

至關於移轉 *alienation* 之桎梏，常見於初年之財產制中者，梅因以爲盎格魯撒克遜之風俗，似對於通行之日耳曼習俗爲例外，依照日耳曼習俗，則土地之移轉，未得家族或贈與人之子之同意者，禁不得行云。梅因此種眼光，現在咸知其爲非嚮壁虛造。此種自由，雖經最佳之法學大家認其爲盎格魯撒克遜法律所許，而梅因以爲反於常規者，實屬僅得一部，蓋祇限於土地（或地主之對於土地）之爲擁有特權之人或團體所據者。此種人士，以有特許之文書，*instruments* 在當時稱

之爲簿冊，“books”，在今日則證之爲契據 Charter 者，故得獨享此權云。祇自諾曼征克 Norman Conquest 之後，此種契據，乃成爲『普通保障』“Common assurance”。在諾曼征克前，關於習慣上之土地執業，吾人所知者爲何事，所不知者爲何事，吾於不久以前，曾以最單純之語，綜而論之。茲複述如下：

『自由人 free men 無論其產業之大小，所保留者，曰民地；“folkland” 民地者，即受舊時習慣法所支配之田業也。此其中所應遵守之規律若何，吾人蓋不得而知矣。大約此種土地之買賣，是時必甚罕見。若以爲移轉之事，較之在古代社會中，爲較容易，實無理由。且觀於諾曼征克既久之後，內地風俗之所存者，可知家族之同意，與鄉村之同意，乃爲賣地所必要之條件也。蓋就大概言民地 folkland 究竟能否出賣，亦殊難言。若以爲通常擁有土地之自由人，可任意處理其土地，或可以隨意遺贈，亦殊無理由也。英國中誠非無盎格魯撒克遜之遺囑，（實卽一種文件甚似現代之遺囑而不甚似現代之契據者）然此乃長老 greatfolk 之遺囑。此長老者，蓋常日擊國王之契據 Charter，其自身之遺囑，亦經主教及國王之目擊或證明，而自有其契據 charter

者也。此種遺囑中所指之地，是否有同普通之民地，*folkland* 蓋不甚明瞭云。有時似須另得特別之執照或允許，而遺贈之餽諸教會，嗣子對之屢有爭執者，吾人亦嘗聞及也。（“*The Expansion of the Common Law*,” pp. 156-7）

羅馬之 *Cessio in jure* 與中古時代英國法律之罰金與賠償 *Fines and Recoveries* 其間類似之處，梅因於本章中，曾經指明。此誠確實不謬。然視此益早。與此相類之日耳曼例證，雖不見於英倫，而在他處儘可見之 *Auflassung* 者，乃近代之日耳曼語。此種方法，一經證明為有效力時，不問所加之困難及用費若何，為特須謹慎故，常常用之。然在十五世紀經典時代之不動產法中，則罰金與賠償 *Fine and Recovery* 二事，業既等於專門機械中之正式專精之一部矣。

案以上評釋隸於原文第八章下

評釋第十七 早期法律中之契約

吾人若記取梅因並非對於羅馬法作一專論，則吾人於此光燄萬丈，與富於啓迪之一章，必不

應用批評之眼光，以觀其詳細纖悉之處。惟吾人有須注意者，則薩維尼 Savigny 之解釋締約 Stipulation 爲不完備之轉移 an “imperfect conveyance”——即 Nexum（然關於此義所知者實鮮）之縮形——者，近來作家實無一人承認之。現在探討此事來原者，蓋求之於更古之宗教責任，大約出自宣誓者。然關於出自猜測之細目詳節，則各家見地，又有不同也。（Muirhead, 22-7; Girard, 481, sqq.; Paschioni, “Actio ex sponsu,” Bologna, 1888; Zoeco-Rosa in Annuario dello Istituto di storia di diritto Romano, vol. 8, Catania, 1902; Sohm’s note.” “Institutes,” tr. Ledlie, 3rd ed., p. 64）如 “spondeat spondeo” 等字惟有羅馬之國民可用，據是以觀，則似證明出於此種來原特薩維尼 Savigny 未見及此耳。在中古時代之英國法律中，精神法庭 spiritual courts 之宗教制裁插入其間，以矯正違背所保證之信義（Fidei Iusio）爲名。責其踐約。此約者亦不過塵世法庭之空言，爲古代訴訟之形式所拘束者也。謂契約必出自不完備之轉移者，觀於英國之例證，益知其爲不然。在中古時代之英國法律中，債務之成，非成於債務人之允還款，乃成於假設有一款贈與債權人，債權人之訴訟，即不提及信約，其所用之形式悉與求

償還土地之訴訟無殊，且顯然稱之爲財產之訴事。吾人觀於此事，則所謂轉移 conveyance 者，亦經應有儘有也。然債務之訟事，實不足成爲真正契約法之出發點，若別闢途徑，出於界限之外，以不正式之信約爲控告時，此種途徑，乃完全不同。梅因之所辯明者，謂契約法 law of contract（或爲精切起見，稱之爲契約之概括主張），不論何處，祇於法律演進至較高之時期時始見。今茲所言，於梅因所論之實質，蓋亦無損。因梅因此論，乃圓滿無疵之論也。即經典時代之羅馬法在其最後之形式中，亦未嘗達到真正之契約學說；及至最終，此種缺乏，乃經彌補。然謂大陸之教會法學家 canonists 與英倫之普通法學家，乃以暴力取得天國者，則此言諒亦不爲過矣。（參閱拙著牛津大學講演錄“Oxford Lectures,” 1890, pp. 59-62；關於英國歷史之詳細闡論，及所應參考之處，閱 Pollock on Contract, 7th ed. 136, 170；以英國之特別名詞約因 Consideration 一字，代表羅馬之 Causa 者，乃一極危險之自由學問之淹博不及梅因者，慎勿浪用也。）

英國有批評家，以爲羅馬法中之准契約 quasi-contract，即普通法中之默認契約 implied contract，（准契約一名非經典時代羅馬法中所用之語，此當然無疑者。）梅因未舉其名，而抨擊

之。然實則所謂默認契約者，乃極曖昧之名也。當梅因著此書時，及著此書之後，英國書籍中所稱之默認契約，乃指實在之合同，以動作及行爲表示之，不徒託之空言者。故一八七二年之印度契約法案 Indian Contract Act of 1872 宣稱，除言辭所示之允諾 promise 外，是爲默認的。implied 由此推斷，則此處所稱實在之合同，real agreement 乃屬一件事實。然頗有許多「關係與出自契約之所創造相類者」，relations resembling those created by contract」（此亦用印度法案中之語）其所由發生之事實，若在羅馬法中，則將產生 quasi ex contractu 之責任。此種事實，在普通法 Common Law 之下，則將產生一種責任，在舊日之訴訟事中，將歸之於一種虛擬之允諾 fictitious promise 者。此種允諾，昔時之法律，因稱之爲默認的 implied。是以吾人之法律中，乃有所謂默認之契約，implied contracts 與羅馬法中之准契約 quasi-contracts 一較，乃極相稱者，蓋所依據之處，大都相同也。近年以來，准契約一詞，在美國法律學校中，既完全作爲通用之名，即在英倫此時亦爲衆所習聞矣。意推的契約 “Constructive contract” 之名，實甚精切，且與普通法之習用相叶，惟似無人曾用過此名耳。

試觀契約之通則，在文明法制中生長之遲晚，則可令人益信在政治學說中，於歷史上之年月，乃有重大之錯誤，先後倒置，而不自知。蓋此種政治學說，欲以契約爲人爲法律，乃至政府本身之基礎也。吾人有須注意者，社約 Social Contract 之主張，其發生之早，遠過於梅因之所敘述，而王有神權 the divine right of kings 之說，梅因略一論及者，其原始本非意在反抗民衆自由，乃在杜絕教皇教會之欲把持神事民事。此非濟士君 Mr. J. Neville Figgis 於其淹博犀利之短文中，業經詳論者矣。（“The Theory of the Divine Right of Kings,” Cambridge, 1896）

吾人曾言，經典時代羅馬之契約制，理論上並不完善；然發見權利可以受契約之自由修改（此就中古時代之人士言，實爲發見。蓋以重習羅馬法故，此事乃由之而彰著也。）者，此言實未嘗使其不陷入於魔道，如梅因本章所不憚再三言之者。曾有一時，趨勢之所在，咸以爲土地中之產業 estates 及利益， interests 可以聽當事人任意修改，而無所底止，直至十三世紀之下期，在英倫中，此風始稍殺焉。

案以上評釋隸原文第九章下

評釋第十八 古代訴訟手續

梅因所述 *Legis Actio Sacramenti* 中所含之象徵，大致精確無誤。然按照現代大都承認之意見，則 *Sacramentum* 之本身，似既有一定而實踐之目的。將爭議之事，納於最高之法權管轄中，各造均宣誓申明其理由之公正。按照慣例，如有虛言，應行籍沒。於是兼爲僧侶之長之國王，乃插足其間，以決定孰爲僞誓。“*Il faut au roi, chef de la religion et de la justice criminelle, chercher qui a raison*” 因共和時代，將民事之法權管轄，與神事之法權管轄，分別爲二，於是乃廢除宣誓之制。（*Girard, "Mannet" pp. 13, 977*）假使此種意見而確者，則普立德爾 *Practor* 非代表深慮之旁人，亦非（此亦可以猜想得之者）代表鄉村之長老，乃以國王法官之資格，出而干涉。此種法官，在第一級中，（中古時代之英倫蓋如此）乃視同特別之法官，惟有特別之理由時始用之者。至於 *King's Bench* 及 *Exchequer* 藉擬制 *Action* 之用，以其管轄展至人民間之通常訟事中，此當爲吾英人士之所習聞，今可不必多贅矣。

荷馬 *Iliad* 詩中 M 497-508 所描述之審判情景，梅因徵述所及，殊爲簡略。然就古代法律史言，此專之全景，殊饒興趣。故吾人於此，不妨稍稍論及。法庭中，衆者以其爲最善談法者，則償以兩他冷 *talents* 之金，此爲梅因所特側重之點。利夫博士 Dr. W. Leaf 就此段，於其註評中，曾作審慎之解釋，又於其早年在 *Jour. Hell. Stud.* viii. 122 中所登之論文內，曾爲之證實者也。至此數目之大小若何，並無困難。蓋荷馬詩中之他冷，*talent* 乃代表一牛之值耳。（*Ridgeway in Journ. Hell. Stud.* viii. 133）茲將利夫博士之譯文，引述如下：

「會議所在之處，人民羣集於此。其先蓋有鬪殺之舉。見殺者之代價若何，有兩人競爭之。其一宣稱彼已付全款，（案此即指會議前所納之血錢，*blood-fine* 惟利夫博士於其後 *Iliad* 詩之註釋中，第一附錄，又用求付 'claimed to pay' 數字。此按之原文 *εἵρητο πᾶν ἀρόδοφρον* 數字，文法與意義均較佳。）並以此布之大衆。惟他一人則拒絕受物 *refused to accept aught*（案此即 *ἀναιερω ἰμδεν εἰσδοῦν* 之成語中，適當意義。若譯爲不認彼曾接受何物，"denied that he had received anything" 則即置前後之文勢於不論，亦不可通也。）惟二人均願決

其勝負於德士曼手中。（此德士曼 *Daysman* *torop* 者，召集會議而爲之主席，然判詞則應爲彼曹之判詞。此人甚似舊日州法庭 *County Court* 中之夏立夫 *Sheriff* 而不甚似現代之札齊 *Judge* 或利夫利 *Referee*）於是衆人爲此兩人大呼，各有所祖。（案此與布烈吞 *Practon* 之 *Note Book* 中，及他種書冊所示吾人以中古州法庭中之情狀者不類。）贊禮官乃禁止人民，而長老則坐於聖圈 *holy circle* 內之滑石上。（案此種滑石現於 *Dartmoor* 尙可見之。）而手持贊禮官之杖，以杖支身，起而判決。其間則置有兩他冷 *Talens* 之金，其判詞最公允者，卽以此金酬之焉。」

謂爭議所在，無過指到期應付之血錢，曾否交付之事實問題者，此爲前時通行之意見，利夫博士舉有數種理由，以反對之。除此種理由外，吾人并可見及此種交付，必以彰著之情狀及多數之證人行之。至於交付二十餘頭之牲畜，（大約此爲交付方法之最易見者）其私相授受，有同現代負債人之交付現金或支票，則實質上之困難，更不必論也。）

是故據探討之所得，吾人於此在過渡時期中，古代希臘血鬪 *Blood-feud* 之事，乃覺迷罔不

能得其真象。蓋在此期中被殺之親人，於賠償之拒受，不復能自由任意，惟須在適當之情勢時，接受由風俗或會議中之判決所規定之數目，而放棄此血鬪焉。因欺誘而殺害之事，大約不在此規律所定之內，而若以 *Dacia* 中所描述埃士蘭 *Iceland* 之所習爲衡，則其先縱無他種問題，而罰金之數目若干，實足使其中智慧超羣之人從事討論也。表示類似此種時期之事，雖不再他求，恐尙不足以成證據者，亦可見之於盎格魯撒克遜之法律中焉。

正式之法權管理，在荷馬詩中蓋無問題。按照習慣，所應貢獻之罰金，究應接受與否，無論其當時之情勢如何，當事人蓋均願以其自身聽候會議之判決。然此種自願之舉，既成爲通常慣事時，則將不復隣於自願；而一造有毅然獨以其若在昔日應爲權利爲詞者，必且受公衆之譴責，此蓋極有力量之制裁也。

梅因以爲當刑法之行使，尙屬幼稚時，則貢諸國王或國家之款，實非罰金，乃聽訟之費，應各造之請而得者；蓋卽時間與困苦之公平代價云。此種見地，經後來討究古代日耳曼法律者證明不謬。此種納款，大約曾有一時卽爲盎格魯撒克遜法律中之 *fine*。特據最初之文書言，則此乃視同罰

金耳。刑事責任與民事責任，本難分開。往往有同一之行動，既爲民法上之過失，又爲刑法上之犯罪者，然此亦非無界域之可言。若在初年之訴訟法中，而求此標識之所在，則大概當以破壞和平時則處以特別之罰金之一事，爲其所表示者也。英倫中國土治安 *King's peace* 之演進，由擁有特權之人之地之事，展爲通凡合法人之通常權利者，則屬於在後之他一時期矣。

案以上評釋隸原文第十章下

本書綱要

譯者按：都愛特 T. W. Dwight 稱「此書之前半部，所論者爲法律史之哲理，後半部則就法學要則之原始及演進，爲之論述。」而一章至四章，闡幽發微，往復申辯，詞意極爲奧衍，因節譯都氏所撰之提要，以爲讀者之助焉。

法律之最初觀念，非原則之宣布，乃就每案而爲之判決。遠在上古，法律由君王宣示之時，所謂法律者，卽視爲與神靈直接通感之結果。其後乃有習慣之觀念，合於習慣者，由判斷維護之；違背習

慣者，則由判斷懲罰之。然當其開始之時，明判是非，而出言即具有威權者，乃事實發生後，法庭就事判決之判詞耳。心目中非假定先有法律，受人違犯，乃以爲正當裁判之時，另有較高之權力，將其意注入於法官心意之中，親承警效，故爾言出法隨也。

當貴族繼承君王之權力時，貴族乃變爲保管法律及施行法律之人；而每案之判決，不復歸於直接靈威。法律之智識，即爲貴族所壟斷。至此乃有習慣之可言。所謂習慣法者，亦爲享有特權之階級始確實知之，此即真正之不成文法之時代也。

當寫字術尙未發明以前，此爲唯一之方便法門。凡一種族或一部族之習慣，得以保存無甚舛誤者，端賴此云。

其後乃至於法典之時代。而此中之最著名者，即羅馬之十二表法也。昔之習俗由貴族宣示者，至此乃刻於碑板之中。此種運動，非由對於法律之觀念，以爲編成法典，終勝一籌；乃由儲藏法律，出於書寫，實勝於私人之記憶；事實所詔，遂有所取舍耳。法典所關之重要，蓋無可詰難。所由使國民不致爲貴族所欺蒙，而國家制度不致墜落者，端繫於此。試觀羅馬人與印度人顯有不同之處，即當羅

馬之風俗尙屬完整，而合理之習慣，尙未產生不合理之習慣時，羅馬人卽有法典，而印度人則無是也。

法典既產生法律，卽無復有自行推演之展進。自此以往，吾人之探討所及，宜限於進步之種族中。進步之種族者，其社會之需要及社會之意見，往往視法律爲先。法律爲穩固者，而社會則爲進步者。此中有鴻溝焉，趨向所在，歷久而猶欲重開。然則吾人將用何法，而使之相接相合歟？

此中有三種主司 agency 焉，所以使法律與社會相爲調協者。一曰法律之擬制；Legal Fiction 二曰衡平法；Equity 三曰立法。Legislation 其歷史上之次序，卽依此排列。（一）法律之擬制者，乃一種假設，將法則已經變化，而運用既改，文字不移之事實，隱蓋不露。此在社會之早年，蓋一種絕對必要之粗率方法；然擬制所及，亦自有其用事得力之時。（二）第二種之工具運用，所以使法律適應於社會之需要者，是爲衡平法。衡平法者，一叢之規律，緣原始法律之旁，同其存在，建立於別種原則之上，而偶然以其原則中優越之神聖品質，超乎民法之上者也。此種衡平法之主義，見於羅馬法中，並見於英國法之受 Court of chancery 指導之下者。其於擬制不同之處，在公然

干涉法律，而無所忌諱；其與立法不同之處，則在不假借外部之人或機關，而求權威之寄託，第以其原則之特性爲本耳。（三）復次，則有立法。其所具之權威，乃來自於外部之人或機關者也。此外部機關，於立法一事，或則恣情任意，或則其動作可以受衡平法原則之指揮。要之，吾人所應諦審者，則無論如何，其拘束力乃全恃外部之權威耳。

當民族在幼稚之時，運用立法，以爲私法之總改革者，其事蓋極罕見。立法之展進，蓋必須依賴擬制與衡平法二事也。

擬制，衡平，立法，三詞之分別既述明，繼此所應注意者，則爲此三物所以左右法律之方法。今且以例解明之：

（一）擬制 擬制最著之例證，可以英國之例案法見之。凡一案應按照普通法 *Common Law* 裁判時，其論據所在，必假設此案之判決，應運用久經承認之原則辦理；以爲此中有法則焉，足以支配現所爭議之問題，並可藉運用充足之技能及智識，而發見之。及此案既經判決之後，則所採用者，乃新起之思想，而以其判決爲既經改變法律。夫法律雖既改變，而舊則之已因此而廢

棄，則固無人能察見也。卽以專精法律之人，對此亦不免強解以矛盾之議論，以爲除用衡平法及製定法外，普通法之基礎，自最初樹立以來，卽無所增加。蓋在彼等觀之，普通法之規律，以得 *Court of chancery* 及國會多少之援助，乃與現代社會之利益，訴合無間耳。

此並可以羅馬中類似之例證解之。如 *the responsa prudentum* (卽法律專家之解答) 者，其中解釋實爲具有權威之筆錄文件。假設所及，以爲成文法，本具有拘束力，而解答則實際上改變法律，乃至推翻法律。是故由十二表法而引申者，有種種之規程，其實則十二表法中，不見有此物也。此種規程，可以由任一之 *Juris consult* 宣布之。此 *Juris consult* 者，若爲著名之人，其意見卽有拘束力，幾與立法機關所立之法相埒。至此解答，則並非由其著者刊布，乃由著者之門人紀錄校刊。如 *Institutes* 或 *commentaries* 在羅馬法中，乃最爲顯著之特色。今日世界中，吾人得此啓迪導淪之文字，追源溯本，實不能不歸功於此事也。惟吾人有應須注意者，則解答 *responser* 與例案法，*Case Law* 實有不同。解答乃法家之詮釋，而例案則爲法庭之詮釋。以常理論之，此種制度，必能使法律成爲通俗化。實則不然。蓋惟著名之人，於法學造詣極深，纖悉靡

遺者，其解答始有力量之可言。在羅馬中，法律原則之重大展進，即由於此種產生法律之方法。在英制下，爲法官者，非至實際上關於應用何種規律，發生問題時，不能宣示原則。而按照羅馬學說，則除引起疑問之人之技能及智慧外，對於解答所對之問題，並無限制。凡法律原則有可擬議之處，即用此法以察驗之。結果所得，實足見此聰明睿智之人，其所產之物，乃勻稱若斯。及羅馬共和之覆亡，而此種推演法律之方法，亦垂垂盡矣。當時此種解答，加以部署，刪繁汰冗，乃成爲概要。compendium 奧古斯他大帝，並限制少數之 Juris consulti 祇有此種解答之權。而 Praetor 之 edict 乃成爲法律之淵源焉。是時法學大家，若 ulpian 若 paulus 若 gaisus 若 papinian 接踵而興；於是此數公者，乃成爲論文之作者，而非爲解答之作者矣。

(二) 衡平 Equity 衡平學說，早即通行英國及羅馬。今分述如後：

(甲) 英國之衡平法。欲討論英國 Court of chancery 之法理，須另撰專文，方能畢其說。其組織既複雜，而其材料又來自異質之本源，如教會法 Common Law 羅馬法 Roman Law 以及混合之法學道德學，爲荷蘭一帶之著作家所建立者，雖欲以本來倫理上超越之勢

力，在頗多之方面求勝於普通法 *Common Law*，而當其生長之際，實不能不求合於普通法之比附也。

(乙) 羅馬之衡平法

(子) 羅馬衡平法之總則。羅馬法之衡平法，其構造之簡單，相差遠甚，而其演進，亦較易於追尋。羅馬法制，含有兩種成分：一為本國人民為自身所立之法，名曰民法；*Civil Law* 一為受自然之理性所指使，為一切人類所立之法，名曰萬民法。*Law of nations* 萬民法者，人人所用之法也。其在他處，萬民法亦稱自然法，(或性法) *Law of nature* 意謂出自自然之衡平，及自然之理性也。

羅馬共和國之財富，因有外國人，而頗受其左右；此在羅馬法史中，乃奇異之特色。此種事實，半由於當時之外國人，欲免基礎未固之社會之不安，而託庇於強固政府之下；半由於當時對於嘉德刺 Carthage 及意大利之內部，有積極之商務關係。然所謂外國人者，於純粹之羅馬制度，則固不能參預也。既不能嚴格轉讓羅馬之貨物，亦不能提出正式之法律訴

詔。羅馬法律家遇此困難，乃另闢途徑，求一權宜之計，就法律之規程中，取其有爲羅馬及外國人原籍之意大利各社會 *Italian communities* 之所通用者，著爲令典，是曰 *Jus gentium*，即謂凡諸民族通行之法律也。

然吾人於此，慎勿以爲初年之羅馬法律家，對於此法，有特殊之敬仰。其所以繫注及此者，乃迫於政治上之必需耳。對於本國之民法，繁文縟節，舉無敢違；萬民法本爲外國人之利便而作，他人休戚既不甚關懷，則於此法自不能更博其顧盼。又所謂萬民法者，不得與國際法 *international law* or *the law between nations* 混淆，此又吾人所不可不知者也。

歷時漸久，乃視萬民法爲一種模型。凡諸法律，應盡量遵照。此種結果，蓋由希臘之自然法學說而來。按照此種學說，則視有形之世界，乃一種本來的原質或法律之結果。Result of some original element of law 而自然（即天性）即表示此世界。其後之學派於天性之概念中，復將道德之世界，加於有形之世界，以爲此不獨爲人類社會之現象，且實爲可以化爲一種普通簡單法律中之現象。在希臘之哲學家觀之，除偶有意外外，世界人種必將遵

照此行爲之簡則而行，而一依天性爲生。此蓋人類所以受上帝創造之目的，而斯多噶 Stoic 哲學之所論云。自希臘屈服以來，此種哲學在羅馬社會中有迅捷之進步。羅馬法律家隱然爲此新派之領袖弟子。依照天性以左右斯多噶之人生原則。法律家之與哲學家相結爲一者，蓋垂數百年。然吾人須知量度斯多噶哲學之勢力者，非其所貢獻於法學中之逐條法規，乃不過一種設想，意謂舊時之萬民法者，實天性中遺失之法典，而 Praetor 之衡平法學，乃光復舊物，仍歸原形，使法律所畔越之本形，悉如其舊耳。自時厥後，法律之改良，乃迅奏膚功。簡純不雜，整齊勻稱，復益以天性之概念，凡此諸事，蓋視爲善良法制之特徵；凡諸繁文縟節，及無用之拘牽形式，皆歸消滅，及優斯惕安 Justinian 與其監督，而羅馬法乃成爲今日之形狀焉。

介於萬民法與自然法間之接觸點，是爲衡平。有以爲此詞乃來自希臘字，意爲平分均配之原則者。實則探討所及，溯其來源，寧謂其本意爲平準 Levelling 也。羅馬之民法，承認各類人士，各類財產中，有種種任意之分別，惟在衡平中，所描述之自然法，乃斬釘截鐵，不

復措意此種分別。其始施於外國人間之訟事，不含有倫理之意義。其對於早年之羅馬人，必不能合其好尚，此蓋灼無可疑也。當自然法得人完全承認之時，通行之見解，又有一種 nature 者，包含有勻整之定規之謂，而衡平一意，乃與平均分配之觀念有所連繫。此從塞西羅 Cicero 之文，而可推斷者。衡平之概念，其後幾於凡諸倫理制度中，無所復逃；其性質之改變，蓋以此爲第一期矣。

(丑) 正式之工具運用，萬民法及自然法所賴以編入羅馬法中者，自 Tarquins 被逐以後，最高之司法職權，乃轉入於 Praetors 之手。法律及立法，其初本屬於昔時之君主。至此，praetors 於此，乃有漫無限制之權力。其職權中有此種無限制之部分，因人之增加，乃最關重要。此所謂人者，非本地之羅馬人，乃設非 Praetor 於其權利爲之平等，則將苦無救濟之道之人也。按照羅馬向例，爲謹慎起見，凡爲法官 magistrate 有無限之權力者，於是年就職之初，須頒布通告 edict 或布告，proclamation 表白其所執行之事務之方法。爲 Praetor 者，亦受此規例支配，無得或畔。於是後起之 Praetor 乃刊布其前任 Praetor

之通告，而爲之酌量修改，錫之以名曰，*edictum perpetuum*，即謂接續 Continuous 不斷 Unbroken 之論文也。當哈德安帝 Emperor Hadrian 御宇時，猶黎恩納 S. Julianus 爲法官，增加通告之事始止。而是時之通告乃名爲猶黎恩納之通告 the edict Julianus 焉。此事驟思之，似此種廣漠之權力，乃一無限制，而 Praetor 之行事，將不免危及社會之秩序。其實就實際上言，Praetor 之權力，所以約束其間者，有此法律專業（即 Praetor 之所從事者）中之觀念及見解。其初 Praetor 顧及國家之安寧，不敢恣肆，其後乃以解答 *responsae* 爲採用根本原則之具；又其後則受希臘哲學說之左右，以爲進行之途徑云。

自猶黎安納之通告以後，羅馬之衡平法學，以繼起之法律大家之勤勞，乃賴此進展。人才輩出，尤以猶哈德安 Hadrian 迄塞維賴斯 Alexander Severus 時爲極盛。其論文之形式，大都爲對於通告之評釋。commentaries 同一之法庭，既施行法律，又施行衡平法。當衡平法之規律，既由演進而成，Praetor 乃將此與舊規同時並用。其實此舊規之實質，則已未經立法之法案而廢止矣。雖是時法律與衡平，無完全之銜合，而衡平法則對於法學家，

貢以其所論斷之材料，解釋之方法，以及限制之規律，以嚴重控御一切法案之運用者云。

當塞維賴斯 Alexander Severus 朝，羅馬衡平法中之長進力已盡。於是乃繼以欽定之大法，最後則欲將此龐然大物之羅馬法律，編為法典。其中最著名者，即 the Corpus Juris of Justinian 也。

(寅) 英羅兩種衡平法通有之特色：兩國法制通有之特徵有二。第一，兩制趨向之狀態，恰與衡平法初次引入時，普通法 common law 所處之狀態相同。當衡平法庭所採用之道德原則，業經實行，以著其合法之效果時，此種制度，乃變為剛凝而不易擴張。其落於道德規律之後，正與嚴格之法典無殊。而曾見於羅馬塞維賴斯 Alexander Severus 御宇之時者也。其在英倫當愛爾頓 Lord Eldon 為 Chancellor 之時，亦達到此種時期。愛爾頓之職務，蓋在解釋其法庭之法理，而使之調叶云。其法庭之道德，非吾人今日之道德，乃過去千百年中之道德；以後之改良，祇賴立法一事耳。復次，在此兩制中，各有虛偽之設想，為衡平規律所視為其優越權力之基礎者。其解釋道德進步，乃視為光復以前所失去之完整之

物，以爲此乃復回故態，爲人種前此之本來面目者云。羅馬法律家，蓋以希臘之自然社會說，*doctrine of natural society* 解釋其法學之改良。在英倫中所以解釋衡平法應有超過普通法之權威者，則視爲宗法之權威，寄託於國王之身上，使國王得以監督司法。易詞言之，則衡平者，乃出自國王之良知也。至於其時社會之道德標準，有所改良，則真理所在，無復有人見及矣。

(卯) 自然法之近代歷史：羅馬人之自然法學說，雖缺乏哲理上之精切，而於人類實甚關重要。法律與社會在幼稚時，有難免之危險兩種。一爲法律之進展，或過於迅速；此如希臘各邦 *Communities* 之法典是也。假使羅馬人亦陷於此危境中者，則在其自然法學說中，有適當之保障。在彼曹心目中，有完備之法律模型，或經無窮歲月，乃能得其近似。此種體制，亦不盡爲想像之產品，第視其爲潛伏於現行法律之中耳。其職務不在革命，不在無政府，而在救濟；此則於近代自然法之概念不同者也。

其他一種危險，則爲將法律與宗教視同一物。前此頗以爲法律至善之境，乃在與原始

立法者所立之規模相同。羅馬人於此乃見有特長。蓋依羅馬人之自然法學說，彼曹別有所注之目標，猶邊沁 Bentham 之於英國法律家，謂法學之真正目的，乃在爲社會求通福 general good 也。是於羅馬法律家所以視自然法爲理想之法律，爲完備之法律者，不在慈善之動機，而在單純整齊之意味。

羅馬人之自然法學說，其在近代，蓋非常偉大。法國於前此百年間，關於法律政治，社會之觀念，所散布於西方者，挹注所資，大都即在於此。因有各種之原因，十八世紀中，自然法即變爲法國之普通法。假使盧騷 Rousseau 不生，則其勢力或將受孟德斯鳩 Montesquieu (法意) Spirit of the Laws, 一書之遏抑。據盧騷凌虛架空之臆說，中心之物，爲在假設之自然狀態 States of nature 中之人類。是乃將羅馬法律家之學說而倒置之也。懸考之題目非自然法，乃自然狀態矣。盧騷之哲學雖未細加剖析時，既失有象之崇敬，然其所蒙之假面，則尙頗具勢力，而有口皆碑也。自然 nature 及自然法之各種主張，因與政法趨勢及社會趨勢連合爲一，頗保存其力量。由法蘭西廣播於文明世界中，各觀念，卽有此物滲

雜於其間焉。由此來原，乃有人類根本平等之主張。夫謂凡人皆平等者，乃羅馬之法規，其在近代，則成爲政治經義 *Political dogma* 矣。是以在美國（獨立宣言）*American Independence* 中，一方則有法人「人皆生而平等」*all men are born equal* 之臆說，一方則有英人「人皆生而自由」*all men are born free* 之觀念，連合爲一，遂成偉觀焉。

自然法最大之功能，乃在由此產生國際法，及戰時法。*Law of War* 國際法中主要之前題有三。一，謂世間有可以決定之自然法。二，謂自然法對於各國有拘束力；由此推闡則各國皆應絕對平等。三，關於財產取得，各國君主之互相關係，有同羅馬之業主 *proprietors* 由此推論，則可謂主權 *sovereignty* 者，乃限於疆土之物 *territorial* 各國君主之自身間，乃其國疆土之絕對所有人。此種限地主權之主義，乃封建制度之產物。假無此種主義，則古羅休 *Gratius* 之勤苦，將盡擲諸虛牝矣，即祇就理論言，歐洲各國之上，而有最高之權力，統轄其間，亦必不容應用自然法之原則也。是故各國欲平等，則須各有疆域，各自獨立。若有

共同之權力。高踞其上，則實在法之觀念，將用於此中，而自然法且被擯矣。

(三) 立法 羅馬之製定法，(又稱條例法) Statute law 當共和時甚少，而在帝制時則甚多。當民族在青年時，立法機關之運用，通常在解除稅政，或解決階級間及帝王間之紛爭。因此經過劇烈之內亂後，社會始得安寧。條例法之真正時間，非至帝國建立，不能開始；而當羅馬帝國第二帝御宇之時，羅馬法之所以成爲今日之羅馬法者，至是乃有重大之成就焉。

編主五雲王
庫文有萬
種千一集一第
法代古
冊四
著因梅
譯閱建鍾 嶽孝方

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

版初月四年九十國民華中

究必印翻權作著有書此

The Complete Library

Edited by

Y. W. WONG

THE ANCIENT LAW

By

H. S. MAINE

Translated by

FANG HSIAO YÜÊ and CHUNG CHIEN HUNG
THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

Shanghai, China

1930

All Rights Reserved

039334



2191-6