

萬 有 文 庫

第一集一千種

王 雲 五 主 編

古 代 法

(四)

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
王雲五

商務印書館發行

古 代 法

(四)

梅 因 著

方 孝 嶽 鍾 建 閱 譯



漢 譯 世 界 名 著

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4844B

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。（今日大約亦尙如此）而羅馬法學家 *Civilians* 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繹而成。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*，不徒爲鞏固凝整之物；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製之物，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 Gouidy in the Juridical Review, June, 1905 此外博聞彊識之學者，於此十人之手澤，Decemvirs' work (即十二表法) 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 vestitution 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, 卽此一事, 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，即真確之習俗，亦即歌者（按即指荷馬）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*（其實二公之所爲即步武霍布士 *Hobbes* 特邊沁似不自覺耳）梅因於此，亦有論及，以爲不適於古代之社會。蓋如荷馬時代之社會，或如沙加 *Sagas* 詩中所描述之埃士蘭 *Iceland* 社會，即無最高之君上，*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，允推此書爲基礎也。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 *Θέτις* 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. C. 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 assessors，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 Themistes（此與條頓字 Teutonic word 'looms' 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 惟得有義務 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，卒以恐懼瀆褻神器之罪，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）

評釋第三 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 必曾棄鐵易銅，其事爲較易令人置信也。是故寰輿之上，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，乃與凡諸可諡爲立法者相同，而趨勢所在，將法律之誥言，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 所視爲紀錄法律之第一人。以平亭之言，歸之摩西，其在今日，蓋爲實際上之法律判決。蓋摩西法典，實鈴東有種猶太社會中之繼承民法（如亞頓 Aden 之猶太人是見 Sir Courtenay Iibert, "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，Hamurabi'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，變爲僧侶，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 Germanie and Roman Antiquity 中，見僧侶或貴族之要求僧侶職務爲有生俱來之權者，卽爲第一之法官。（見 Grinn, "D. R. A.," 272, i. 378 in 4th edition）赫然若在目前，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 *Tagas* 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，實非限於本文訓詁之事。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，卽屬不成文法“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，卽可在紀錄之判詞中，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，引爲警解。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，以為補助。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 一書內。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，即緣於當時之命令，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，而視其為法律內容按次散布之障礙者，蓋非無因也。

造例案法之歷程，不能稱之為立法；就令加以限制之語，以此為有限的，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，仍以此為淵源之所自也。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，經為立法所廢止或為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。原則須視先例為全體而徵集之。無論句語之結構，如何矜慎，不能以此為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，乃志在得一較為迅速，較為完備之救濟，為訴訟程序之嚴格適當之形式所不能貢獻者。梅因於此，尙未暢為闡發。在近代英國法律中，足以為擬制之標記者，具所用之字為推測 *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。若以法律之擬制為全屬過去，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，並應細讀深思勃萊士 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，中古時代之空張，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 μὲν Ὀυκρόν, 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。（*Nettle-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，至今尚爲普遍之習慣。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 spondes? 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，其不能駁之以羅馬法律，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 *jus 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）連類觀之，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，是故羅馬法律家擗捨已遺失之希臘材料爲實用故，認萬民法 *jus gentium* 爲即自然法，*jus 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 jus gentium, quasi quod jure omnes gentes retinuntur*”（*Gai. i § 1.*）然觀於此論，（即所引拉丁文之語）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蹙額矣。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* (1. 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 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，然其公然採入於優斯惕安 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 “jus 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. historia 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 *ἠθικὸν δίκαιον*，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， jus 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。雖此實舍彼，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，為國王者，於一度成立之正式法權，jurisdiction 雖不能為之變更，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 如梅因之所論者，加以運用，而成大法官庭 Court of chancery 且當適當之時，直視此為已經成立之法庭。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，故為君長者，不能翹造新穎之衡平法權 equitable jurisdiction 云。此當時之見解，而視為無所逃於天地之間者也。自此以後，衡平法乃變為專門之制度，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 C. 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；而逐漸視爲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 不自知其興感之所自，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 極爲密邇，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誥誡。若彼曹心目中之自然公道，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，及良心爲標準。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)

按以上評釋隸原文第三章下

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，則為忽視學院派傳說，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 為最近之一人。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 所附益於經典式之羅馬法學理論者，為認自然法與人類理性之出自神意者為一體；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 雖為異端，而在耶教徒，則崇敬之餘，幾視為神聖不何侵犯，)調合為一。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。惟功利學派之翹建人，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）當十七世紀時鄂克咸 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 之副本亦不涉於玄幻云。

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。然此既為方便之事，而非絕對之權利，故可以本國之法律而改變之。此種規律，是為次要 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。以為自然法，乃最後之權威，所以便利商人之習慣者。因忽視此種分別，而二者乃併為一談。此觀於近代之信仰，以為自然法者，就全體言，全恃自然狀態，或竟視此為勝於文明者，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為何物，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，其義愷所在，為有衆之所共喻。直至十六世紀為止。稱之精確，誠屬無愧。其有裨益於英國讀者，恐亦以此為最。蓋自然法者，即理性法 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，見仁見智，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，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。（“Ecccl. Pol.” 1, vii. 10）一六二三年芬次 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胡克 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“*Espirit des Lois*,” I. 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 *Grotius* 及其徒輩所成立之基礎爲本者，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，乃成爲當代或近代大陸學者之回教矣。蓋是時大陸學者之題旨，卽近代意味之國際法也。在其後大陸學者（尤以德國學者爲尤著）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，然尙不離本旨。其爲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，皆可視爲自然法 *Naturrecht* 之典籍也。歷史學派之作家，視自然法爲已經廢棄之物，取英國之功利主義囊括於中，以此爲無過自然法之分支，此亦推獎之餘，情不自禁者矣。

關於此節，梅因之敍論所及，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* 不必卽以爲具有強制之力，或以其所引用之意義爲出於自然。亞里士多德之爲宗師，

幾與聖經 Bible 無殊。西塞羅 Cicero 稍亞於亞氏，而國法大全 Corpus Juris 則即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，乃喜擄摭威濟爾 Virgil 或鄂威德 Ovid 或盧根 Lucan 之言，而其意不必即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，研究布列吞而足以以其所見告梅因者，爲數蓋極鮮。即梅因本人，於此亦未嘗有精切之考查。然此歷史上之隱謎，其解決之方，梅因以爲即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間架，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 Sarisbury 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。是時羅馬法在牛津圓橋 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1））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. 111, 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，有過於熱誠之羅馬法學家，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，即不復知有此物云。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，即急爲降落。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. Legisl.,” 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。此即國法大全 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 Monlinaeus 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*

judicis 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。（Scherger, "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鑑內之內登蒲爾原稿中者 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定式。然此種原稿，現在無從尋覓，而麥稽所及，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 Monlin, advocat au Parlement de Paris...et sa mort chrestienne et catholique. Par McJulien Brodeau, advocat au mesame 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。正猶登高諷誡 Sermon on the mounts 之一事之不得視同經濟學也。』（見莫刻盧騷論 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之中用以指國家 *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。（“*Eccl. 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. 425-5*）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，貢其塵世上之忠藎而 "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，可視爲對於封建概念，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。此坐未明眞諦耳。

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 I'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 pie^{re} 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 sublectam iam sui [sic] gratin in proprietatis nostre dominium……totaliter et cum integritate convertit et corone Regni predicti partem corpor-eiusdem annexuit et univivit” (“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，足稱剎建此法者，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剎建人一事，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，以考察得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，非積纍偶然之事變而成者，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。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 Loix' 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，有一循常之塗轍， 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，乃眼見此相離騫遠之佳境，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，或自然而然而耳。 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，非可加以綉繹，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. 柯華列斯基 Kawalevsky 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土曜評論 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, Gruppenche, Mutterrecht,” reprinted from ‘Ztschr. für vergleichende, Rechtswissenschaft,’ Stuttgart, 1897: and see a more summary statement by the same learned author in the “Encyclopädie 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 Matriachal Family System, *Nineteenth Century*, xl. 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為最稱困難者，之最為易得，且最為有益之南針。自梅因作古以來，在出版物中，端推此數種為傑構也。

假使梅因之議論所及，最初即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，頗為禮敬。儀型所在，步武者僅。而所以指點吾人之處。則為時已久矣。當梅因著古代法時，用偉大之規模，而研究他種 Voces 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 為何狀者，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。今日在印度人中尚完全不脫此習。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“*matriarchal*”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。（*ἰοαῖτρα δῖουσιν ὄς νεώτεροι θεοί*）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 曾綜合其結果而論之曰：『謂不論在何期，母制 maternal system 曾獨行於人類中者，實苦無證據爲憑。然觀於此制之囊括全球，由最古之初，曾見之於寰輿，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. Q. R. i. 485, 494 及 Kovalevsky, “Droit Coutimier 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，而不在于原始之理由。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 *patrarchal* 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，或曾經過母制 “*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 *Ihering* 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，今既作古，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，仍推梅因爲第一人。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，常爲人之眼光所不到，實屬不甚得體。是故古代鄉村或市鎮之排拒外人者，即可解釋爲古代集社 community 之排拒外人，而古代集社即曾經爲族 clan 或自命爲已成族者也。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 爲社會基礎章內，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真因者，（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，蓋極篤遠，而凡諸當前之問題，乃洞關無隱矣。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 爲較近真實。（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晰綜括之敘述者，則於母制社會之原始，及其轉變爲父制時之原因及情狀，皆須有較富之證據也。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睿款之學者，其說見所著 "Recht und Sitte auf den Verschiedenen Kulturstufen," ter 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 Totem" 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 Cydops 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，如柯華烈斯基 Kovalevitch 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。

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

patertamilias 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，*minister*。易詞言之，即對於凡所崇拜之神為僕役，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* 之印為巫術，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，而為僧侶者，則往往流為無過行使幻術之人。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) 俘虜婚制為最初日耳曼法律中之一部，此為現所承認之事。然耶教引入英倫後，此律是否尙存，則殊屬疑問也。蓋格魯撒克遜之新娘價格，似非為妻之身價，而所付之款，乃為監護人之權利而付之款云。(Hazeltine, "Zur Geschichte der Eheschliessung 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；此為麥蘭南 *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* 則頗以麥蘭南之說為不然，以為現所採用之『異族通婚』"exogamy"一詞，實屬無用。摩根由分類制 "classificatory"，

system 所得之斷案，就其全體而承認之者，以吾觀之，近有柯萊 Kohler 及柯華烈斯基 Kovalovsky

兩人，惟柯華烈斯基不如柯萊之堅決耳。麥蘭南已物故，恨未能舉其所欲增益之言；若就上文所引反對之旨，則殊苦無充足之理由也。至於郎格 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，亦尙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。且契約會對於財產權作攻擊，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，可以私人之行動剝造之者，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，乃一方為法人而非個人耳。

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

言詞之精切言，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 卽人之可以量度之財產，而所謂人之 status 者，乃其爲合法之人之地位。如云投票人是也。凡國民負有納稅之義務，是爲屬於 status 之事；至一人之所付者爲何，則視其 estate 而定，或以其 estate 之部爲之分配，作爲所課之標準。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 亦變爲現代公法中之國家。雖社約之說，Social Contract 大行於世者，歷一百年而既入於國家 State 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 是否卽視此爲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，曾剗造抵押人之分位 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
司之主張，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；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 auton-

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," §56; "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 *fictio* 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 *being 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，若揆之哲理，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 *paterfamilia* 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*）早即與其自然人格 *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，此嗣子即得訴之法律也。』

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，其卽後中代之制度，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，蓋尙有可見者也。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 又以為嗣子之制度，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，必較為詳備。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，人乃以為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。一為米特拉君 Mr. Justice Mitra of the High Court of Calcutta（加爾各塔之高等廳長）一為塞特烈君 Mr. S. S. Setler。米特拉君以為此問題中之特別主義，乃出自佛教，而塞特烈君，則又不以為然也。（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

正古代法，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，吾人尙應有一言以相賡。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 尙未十分決定，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，爲宗教用之一種贈與。gift mortis 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，（其實此尙屬疑問）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 inter vivos* 之處置權；於現在吾人所謂“*habendum*”中，含有“*cuiusque 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1）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 *Zaucratis* 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 Labeo 至優斯惕安 Justinian 時之羅馬人，其所畏懼之理由，並不如梅因因下文之所論；乃由以為若其人死時，未嘗將其產業撥為虔奉之用，則於死者之靈魂，未免有危險云。（Dudgeon s. v. intestatio）

（註一）是時之遺囑，意在遺贈土地者，現尙存有。（Madox, Form. Anglic. DCCLXXVII, DCCLXIX, DCCLXXI.）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 hereditas 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 *Gaius* 之一段文字，標題爲 “*de acquirendo 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 *Gaius* 會道及無主物之先占，“*Occupation of res nullius*” 如野獸等；并曾論及他種之先占，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，總不能擄擄自然法以圓其說也。“*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 et gemmae lapilli margaritae in litoribus 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 此蓋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，祇見及戰釁啓時，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 Grotius 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, “Manuel,” 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 Antinies 之法學家觀之，乃不過古董之趣事耳。

至於古羅休 Grotius 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，擗摻希伯來 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。梅因在圓橋大學 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 amit. 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.

cit. 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為目前者，或為後來者，實不能分別；惟因有條例之規定，（其引入為極近，而應用為僅得一部者，）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；即慘淡經營之規律，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，而無一可云經大眾之承認者。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，並可云為種種目的，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，通常稱為拉野佗黎 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 Panjāb 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，或其初創建者為一人，子孫既衆，乃有聯合遺產。若出自征克時，則此物尚在昔時拉野佗黎 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。

當梅因著此書時，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 Bmbay 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 Fiorace 中之地產, (“habitam quinque focus et Quinque bonos solitum Variam dimittere 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 索恩，Sohn 及去克 Cug 諸公同一見地，以爲最圓到之解釋，(“la doctrine la noins avenueuse”) 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 *mancipi* *res 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, "Manuel," 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”，在今日則諡之爲契據 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，卽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。此長者，蓋常目擊國王之契據 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，*folkländ* 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。(Murhead, 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 “spondes? 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 laesio) 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。此菲濟士君 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，理論上並不完備；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, "Manuel" 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 *fiction* 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，殊為簡略。然就古代法律史言，此事之全景，殊饒興趣。故吾人於此，不妨稍稍論及。法庭中，衆若以其為最善談法者，則償以兩他冷 *talents* 之金，此為梅因所特側重之點。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，曾為之證實者也。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 *εὔξερτο πάντ' ἀποδοῦναι* 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 *ἀναλβετο μηδέν εἰσέομαι* 之成語中，適當意義。若譯為不認彼曾接受何物，"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 *Referel*）於是衆人爲此兩人大呼，各有所祖。（案此與布烈吞 *Bracton* 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，而長老則坐於聖圍 *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 *Talents* 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鏹，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之行。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 *Basas* 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 *wete*。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，則屬於在後之他一期期矣。

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，乃以為正當裁判之時，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，貴族乃變為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，即為貴族所壟斷。至此乃有習慣之可言。所謂習慣法者，亦為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。

當寫字術尚未發明以前，此為唯一之方便法門。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，以為編成法典，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。所由使國民不致為貴族所欺蒙，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，訢合無間耳。

此並可以羅馬中類似之例證解之。如 *the responsa prudentium* (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，吾人得此啓迪導論之文字，追溯溯本，實不能不歸功於此事也。惟吾人有應須注意者，則解答 *responder* 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 consult 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 gajus 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

訟。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 Static 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 興，得其監督，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，須頒布通告書 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 perpetum*，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 *responsas* 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，乃在為社會求通福 general good 也。是於羅馬法律家所以視自然法為理想之法律，為完備之法律者，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，自然法即變為法國之普通法。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，為在假設之自然狀態 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，則尚頗具勢力，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為一，頗保存其力量。由法蘭西廣播於文明世界中之各觀念，即有此物滲

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，有古羅馬之業主 *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，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。

上海圖書館藏書



A541 212 0003 4844B

上海圖書館

Handwritten signature or mark

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

