

法國孟德斯鳩原本
侯官幾道嚴復翻譯

第柒册

濼意

上海商務印書館印行

孟德斯鳩法意目錄

第二十七卷 論羅馬承襲田產法典之原始變遷

四二四七

第二十八卷 論法蘭西所用民法之原始與變遷

第一章 日耳曼諸民族所立法典性質之殊

第二章 當時未化國所用法典皆種人法非國法

第三章 沙栗法典與威西峨特白爾根法典不同要點

第四章 羅馬法典亡於拂箴而存於峨特與白爾根諸族者何由

第五章 續申前論

第六章 羅馬法典何以存於狼巴邱之國土

第七章 羅馬法典何以亡於斯巴尼亞

第八章 謂廢羅馬法典爲夏律芒令甲者誤

第九章 古蠻夷律與隨時所定令甲之亡於法國者其故惟何

孟德斯鳩法意 目錄

二

MG
D90
56



3 1763 2295 0

第十章 續申前說

第十一章 蠻夷法典與羅馬法及後附令甲之所以廢尙有他因可言

第十二章 論方俗習慣與蠻夷羅馬諸法典之變更

第十三章 論沙栗與理普兩拂箴律與其餘夷典之異同

第十四章 異同餘點

第十五章 聲明理想

第十六章 以消湯試囚其法見諸沙栗法典

第十七章 法國古民之特別思想

第十八章 決鬪解獄所由漸普

第十九章 沙栗羅馬兩法典與所增令甲所以坐廢之新原因

第二十章 榮節之說所由來

第二十一章 日耳曼人所爭榮節禮俗

第二十二章 他禮俗習慣之與決鬪相關者

第二十三章 決鬪亭獄之法典條例

第二十四章 條例云何

第二十五章 法典所定決鬪之限制

第二十六章 爭訟之一方人與干證決鬪例

第二十七章 訟獄一方人與會審員之決鬪

第二十八章 籲控裁判懸延

第二十九章 聖路易之朝代

第三十章 指斥裁判之則例

第三十一章 續述前例

第三十二章 續述前例

第三十三章 續述前例

孟德斯鳩法意 目錄

孟德斯鳩法意 目錄

- 第三十四章 法典裁判之事何緣而有祕密
- 第三十五章 法廷訟費
- 第三十六章 國家大理
- 第三十七章 聖路易法制何緣久而忘廢
- 第三十八章 續申前說
- 第三十九章 續申前說
- 第四十章 教皇法諭所由雜用
- 第四十一章 宗教與有司二刑柄之消長
- 第四十二章 羅馬法典之所以復行與其效果
- 第四十三章 續申前論
- 第四十四章 以生口證獄之弊
- 第四十五章 法國人之習慣

第二十九卷 論制作法典之宜忌

第一章 立法者所宜知

第二章 續申前說

第三章 每有無謂之法而爲立法人之所重者

第四章 法立而適得其所駭之反者

第五章 續申前說

第六章 有立法同而得果異者

第七章 續申前說見立法之不可不審

第八章 有法若同條而立法之用意大異者

第九章 希臘羅馬於自殺者皆有罰而用意亦殊

第十章 有律文若相反而法意正同者

第十一章 兩法典不同宜如何爲之比較

第十二章 律文若同而實異者

第十三章 論律不可與所禱者分言以羅馬盜賊之條爲喻

第十四章 論法又不可不合立法時之事變而觀之

第十五章 法危則於法中應寓救正之意

第十六章 造律時所宜留神之事

第十七章 立法之不善者

第十八章 純一之觀念

第十九章 論立法之家

孟德斯鳩法意

第二十七卷 論羅馬承襲田產法典之原始變遷

羅馬承襲法典。設立最古。欲深考而微論之。非容不佞搜討於其最初法制不可。蓋學者言羅馬法者。固不乏人。而於此一事。則尙無人焉。得其要領耳。

羅馬開基於羅妙魯。華路襪縷。取蕞爾之封疆。劃而分之。與其民。爲分田之制。此承學之士。所夙聞者也。而承襲法典。乃由是託始矣。

以分田而慮并兼也。法不容甲家之產。入諸乙家。故自法典言。只二種人得承先業。一其人之子若孫。此所謂蘇伊額勒氏。譯言天然繼嗣者也。又其一最近兄弟之子若孫。必已無出而後用之。此所謂阿格納狄者也。

姊妹之子。謂之葛格納狄。法不得爲繼嗣。因或用之。則外家之產。將爲所嫁之家并兼。而分田制壞。

且由是而母子法不得相承業。由此將并兼之弊亦興。分田制壞。故羅馬十二章法

典。舍阿格納狄無承繼者。子之於母。非阿格納狄也。

然承襲資格。不以男女爲分。爲蘇伊額勒氏可也。爲阿格納狄可也。蓋自母子。於法不得相承業。卽傳於女。其產終歸外家。此十二章法典。承襲資格。只取最親係屬。而於男女所不論焉。

由此故親孫得承祖業。而外孫不得承外祖業。以其一爲阿格納狄。而其一爲葛格納狄。女可承父。而子不可以承母。

羅馬初民立法如是。其用意無他。在保分田之制。使不壞此制。雖女子可以承家。如其壞之。則不予也。

其承襲法如此。乃與其他憲法相倚而成。大都本於分田初制。且由此可知其法爲本國之所自造。非若他法典然。得諸遣使調查希臘市府之制。歸而施諸羅馬民主者也。哈里加那蘇言。圖流斯因見羅妙魯與奴瑪二王所立分田制廢。乃復其法而脩明之。使守之益謹。由此可知羅馬分田承襲諸法。必三法家之所作述。無疑義也。

三法家指羅妙魯奴瑪圖流斯

夫承襲田產法典。羅馬乃緣國憲而立之。故國民不得以授受之私。而破此法。此羅馬初世國民所以不得有傳產遺囑也。雖然。法則如是矣。顧當人將死。意有所愛念。而欲有所畀予。乃格於法而不得行。是亦不得謂之非苛者矣。

於是準於人情國法之間。而爲調停之術。意將有所分畀。令民衆國族而爲之。蓋由是其人之爲遺囑也。若依於立法權而爲之焉。

十二章法載。凡爲遺囑傳業者。付囑人得於國族中。隨意所擇。而畀以產。此自其表面觀之。若與前令大相僭馳也者。雖然有說。蓋羅馬舊典。所以嚴於承襲之人。必資格與法合。而後可受傳。而無待於遺令。此緣分田初法而有者也。至十二章所載。付囑人可隨意所擇。不必其子。若孫。以傳業者。則本於羅馬俗之父權。而推者也。羅馬父權。雖鬻其親子可也。若曰其身且可鬻矣。奪其傳產。而他畀焉。何不可之與。有是故。二法相爽。以其所從出之理。由迥殊。惟識此者。而後於羅馬法意。乃可得而窺也。

雅典舊法。國民不得以遺令傳業。峻倫之立法也。許以遺令傳業矣。而有子者不得爾。

以其無所用之。羅馬法家祖於父權之說。遂聽人親奪其所生之所託蔭。其相異有如此者。平情爲論。羅馬爲法。實嫌牴牾。不若雅典之於人心。較爲當也。故十二章法出。羅馬分田之制。日漸陵遲。并兼事興。民之貧富。乃日相絕。富者以受分承遺之多。或兼數十家之產。而貧民多數。無一畝之宮。數世之後。赤足之民。相聚譁譟。國田再均之說。徧於國中。無已時矣。尤可異者。方風氣儉陋。民生困窮。旣以此求其上矣。而他日紛華侈靡。僭度踰制。亦復囂然。乃知國之不均者。固無時而安也。

復案讀此而反觀吾國。可悟井田古制之所由成。與其制之所由破。夫井田之制。至於春秋定哀之間。有存蓋寡。至孟子時。掃地盡矣。故其所陳說於齊梁諸君者。常存復古之意。江河趨下。其勢必不可挽。商君李悝。因而毀之。以收一時之利。漢世諸公。親并兼之害。欲以限田之法救之。然無及也。唐宋諸儒。想望太平。皆太息於先王經制之破壞。而歸獄商君。雖然。商君不任咎也。試思當日。卽無商君。井田之制。尙克存乎。至於今世。貧富相差。其在墨守之國。猶之小耳。若夫歐美二洲。愈益無藝。其不均

者。非特田疇已也。而在工商牢筴之間。方瓦德初明汽理。奈端大啟力學。大地之上。凡人力所有事者。無所往而不可用機。於是勞力之衆。藉手成業。百倍曩時。向之旬獲十金者。今可以百。則大喜過望。以謂天下自此將無窮民。爾乃瞬息之間。貧者益衆。相懸之度。尤爲古所未聞。役財收利。潮長川增。若不可極。而努力求食者。物競日烈。恆患無以自存。於是有心人閱之。而持社會主義者。乃日衆矣。今之持社會主義。卽古之求均國田者也。

羅馬傳產遺囑。用一衆成之。此用其國之立法權而成之者也。身列戎行者。無立法權。故不得爲此。由是國民乃予軍人以特別之便宜。許其於火伴軍侶之前而爲遺囑。不必聚國民之衆而後成之。

復案羅馬軍人遺囑有二種。其一曰波羅山闌。卽此是也。蓋用於平時者。其一眞軍伍遺囑。則羅馬皇所特許用於臨戰之頃者。蓋身生死不可知。而成於倉猝。故常出於口舌。而不必書之羊皮楮葉。而後可據也。

羅馬國會歲僅兩番。而來會之衆。及質成之事。歲以加多。降乃不給。則於是議聽民之爲遺囑者。不必待國會大集時。但取年輩及格者。爲諸類民代表。爲之監臨。其遺囑卽同國會所成立者。後之爲此。常集長老五人。而受遺者對衆出金。以購取其產業於爲遺囑者。外則更舉一人。具天平衡量受金。以此時羅馬尙未有圖法也。

用五人者。似以爲其國五衆之代表。此外尙有第六衆。然所不重。蓋其中皆無業之民也。

憶法家札思狄黏言。所用天平乃具文無實之物。夷考其實不然。具文無實。久乃如是。其始不如是也。當時所爲。後著爲法。皆依此物而起義。至今讀烏爾比安殘著。猶斑斑可覆案也。羅馬之爲遺囑。其選監至嚴。瞽者、瘖者、狂者、皆不得與會。蓋瞽則不聞買業者之辭。瘖則不能宣告其業之宜歸誰主。至於狂者。於法不得與家國事。故雖有產。不能自售。舉此三端。其餘可概見爾。

遺囑之成。必當國衆。故其爲物毗國法。而稍異民法。乃國民之應享。非私人之應享者。

也。是故男子猶居父權之下者。法不得以父命與人爲遺囑也。

他國民之爲遺囑也。與爲尋常契約等耳。無繁文多儀之可言。蓋所著者。乃與受兩方之事。而皆小己權益之所存也。獨羅馬遺囑。導源最初國律。故特嚴重。而儀文遂繁。此其餘風遺俗。至今猶行法國南部間。蓋皆羅馬所舊治者矣。

如前文言。羅馬遺囑之成。其性質無殊法典。故其爲此常用誥令之詞。簡質徑直。爲受者之所必遵。由是體制相承。非用勅命之文。則產業不得以傳付。至用其文矣。卽由是而轉相傳付。又蔑不可。惟是所爲付囑。必不得使受遺者暫爲之主。抑使攝襲而數時之後。乃復其全產。或產之一部分於第三人也。

復案。使中國古如羅馬。則魯隱宋殤之禍。可不見於春秋。而宋之德昭明之建文。可無其事於後世。

使父爲遺囑。於其男子。不明言其傳產。亦不明言其不傳產。則此囑作廢。於其女子。雖不明言其傳產。亦不明言其不傳產。而此囑不廢。此其故亦易明耳。蓋以是施諸男而

不廢。則孫受其害。孫者不待囑可得產於其父者也。其以是施諸女而不廢也。無所損於外孫。外孫者雖有囑不可得產於其母者也。囑廢而業乃傳

古羅馬承襲法。本諸分田之法意而爲之。故產及女子則不過女子。鉅富往往有之。其不過侈靡淫佚生焉。此敵法也。方布匿第二第三兩役之交。國民悟其法之敵也。於是有和康黏法典之立。此法典爲當時之所極重。而散見於古籍者寥寥。常爲今世法家所聚訟。不佞請得於此一料理之可乎。

一見於凱克祿之言論。中謂其律禁女子受遺傳業。無分其爲已嫁未嫁者。

一李費簡錄嘗引此律而不論。然據凱克祿沃古斯丁二家之說。則女子雖爲其親所僅出。於傳產亦在所禁之列也。

方和康黏法典之立也。大嘉圖實爲之主力。所發言論。沃魯格流嘗引之。嘉圖之所以禁女子承襲者。乃所以去淫佚之原。猶其主張阿比安法典。乃所以挽奢侈之末流也。札思狄黏及氏阿非盧所著法典。頗引和康黏限制遺囑析產律文。後人讀律。不察其

意以爲限制之旨。直恐析產日微。不堪授受。顧和康黏法意。不如是也。其法意無他。直奪婦人得產權利已耳。第觀律文。其旨若揭。其所以禁平人不得自由析產者。蓋使自由。則婦人雖不得有承襲之產。而所從他道析分者。可過其所承襲者耳。

雖然和康黏律所欲止者。國有過富婦人已耳。是故奪其大者。而小者使不足長奢。則亦未嘗盡奪之也。禁其承襲。而別定其所得受之數。凱克祿言此。而未云其數之幾何。獨氏阿言其數。爲十萬塞斯特云。

和康黏律所以裁制富戶。而非所以削約貧民。故凱克祿言。此律所及之家。必主人名在申蘇爾籍中者。

然以此民。遂可與法相遁矣。蓋羅馬民主之代。民喜舞文。假如有爲父者。欲爲遺囑。以產傳諸女子。則甯匿其名。而不登申蘇爾之籍。而布里它爾者。掌風俗民政者也。以謂是非和康黏律明文之所禁。則亦聽之。不加誰何。而其法乃虛立。

有阿塞魯者。以其女爲承業之嗣。而凱克祿謂其合律。蓋其父名不在申蘇爾籍。非和

康黏約束所及故也。當是時維禮士爲布里它爾官。廢其遺囑。而凱乃謂維禮士爲得賄。不然必不取同僚他布里它爾所許者。而獨廢之也。

顧所可疑者。同爲國民矣。而申蘇爾或籍或不籍何也。據圖流斯遺制。凡民不登名於申蘇爾籍者。則奴隸也。此說也。凱克祿左納拉二法家皆然之。自不佞觀之。羅馬民不籍名於申蘇爾者。以和康黏與圖流斯二制言。必有異點也。

羅馬之民。以賞爲差者。凡五等。不入五等之民不籍。此和康黏法也。通六等之民謂之伊拉賴。凡非伊拉賴者不籍。此圖流斯法也。故欲避和康黏法者。其人乃入於第六等。或並第六等而不能。

前謂羅馬法典不許人爲攝襲之遺囑。蓋爲攝襲遺囑者。其用意即欲與和康黏法相遁者也。先立一資格應法之受遺人。而後由彼使之轉付其資格不應法者。由此而事變之來遂夥。然亦有不忘久要。依囑攝襲而轉付者。此如畢篤孤之事。有足述已。畢受遺產極鉅。而死者之意。所欲其轉付之人。無有知者也。彼乃護持死者之門戶甚久。已

而舉產悉付其孀。無角尖之染云。

然亦有爲法典之故。而自據其產者。則魯甫斯一事。最爲近世學者之所知也。若凱克羅與伊壁鳩魯學人爭辨時。常徵其事。凱云。方吾少時。一日爲魯甫斯所邀。同往其執友家。議已所承嘉路斯之產。義當歸之其女華婁與否。及門坐中。先有數少年在。而年識高者亦雜其間。旣開議。乃無一人言當復。而皆以宜遵守和康黏法典爲然。魯甫斯不得已。乃據美產。不之復。如遺囑所託付者。雖然。使魯甫斯不爲法計。獨用直道行。吾知其不肯留半菽以自享也。向使足下當之。未必不復此產於其女。即使伊壁鳩魯當之。亦未必不復此產於其女。然而復之。其義乃與足下故所持說背耳。凱克羅論法如是。顧不佞則因之而有所思。

所思何。竊以謂人道每有不可祛之不幸焉。往往立法之家。雖瞭然於法之戾夫人情。而不容以不遂。則如和康黏之法是已。蓋立法之頃。所常目者非一小己也。在乎國民。非國民也。在乎社會。其作則垂典。乃不得不犧牲其所以爲國民。與其所以爲小己者。

以達其所以爲社會之目的。冀民主有昌盛之一時。故使有人以保愛其女之故。私爲攝襲之遺囑。竊冀由此有以及之。而法家則於二者之天性人情。罔有所顧。其父之慈。其女之孝。皆若罔攸概於心者焉。問所注目。則但計攝襲者之何如人。而其日所處。遂陷於至維谷之情勢。蓋攝襲矣。使他日復其所爲。攝者如立遺者之所。薪則躬爲犯法。國民害於其國者也。又使守法而不復其所爲。攝者則背死者之久要而爲昧良之人。憂又在人心者也。故合而觀之。向者爲如是之遺囑。雖與法相遁而爲之。非其人之慈愛。不爲是也。非得有人焉。節義廉潔。不忘久要。又將孰與爲遁法之事。蓋託者瀕死而所託者財。如是雖久而不負焉。此非其人之樂爲善。而土苴財富者。固不能也。夫非至廉嗜義之士。其孰與歸。而於法。猶以爲害國之民也。此其爲論。無乃苛歟。或者立法之意。以謂吾之爲此條典也。取治大分而已。知欲遁吾法。必至廉嗜義之士而後能之。而如是之人於社會不多。遺吾法之行。其庶幾乎。

方羅馬之爲和康黏法也。其古代之淳風厚俗。尙有存者。民奉法專謹。違之則心有不

安。且法之成也。依於衆議。旣立之後。誓共守也。是故良民尠爲與法相遁之事。洎夫後葉。樸茂俗亡。而欺僞風起。至於其時。民雖欲爲攝襲之遺囑。將誰託乎。故其法之行。不待上者之督責。而能違之者寡矣。

戰爭紛紜。國民之死亡無數。當沃古斯達之世。羅馬幾墟。非以術焉。以更實其戶口。不可。於是有帕必安之法典。凡所以獎進。使羣趨於添丁者。不遺餘力矣。其能使民樂有室家也。其第一術在增益其承業傳產之希望。而不嫁娶者欲得此而無從。和康黏法。以杜侈靡。而禁女子承業者也。而帕必安法。則於數端。弛其禁令。法之隨時損益如此。

凡婦人得以其夫之遺囑。承享產業。而待有子者。特優。有子者。不獨其夫之產。卽他人之產。亦可受也。此實與和康黏舊法正反。顧所可異者。帕必安法行。而和康黏法意。猶有存其中者耳。如帕必安法言。男子有一子者。具承襲無論何項產業資格矣。而婦人則必有二子。而後具此資格也。

雖然帕必安法固不云婦人生三子者。卽有承業之利益。其得此也。固俟有人爲之遺囑而後能。故初帕必安之法雖行。而親戚產業相承之事。固無變於其初。利康黏法尤所重者。特沿之不久。遂無存耳。

羅馬征收日廣。琛寶山來。異俗日侵。其古意遂罕有存。向所謂戒侈坊淫。至是遂莫以責女子者矣。故沃魯格流生於阿杜利安皇帝之代。而云利康黏法時已不行。譬若爲金玉錦繡所掩。瘞也者。又保羅思生於尼格爾之世。而烏爾比安居塞比盧之朝。皆云同父姊妹。法得承產。其猶用利康黏法者。獨疎遠戚屬而後然耳。

當此時也。羅馬舊法。民以爲苛。而主察風俗之官。如布理他爾者。捨冤抑。踰僭貪污之訟。餘莫過問者矣。

羅馬舊制。母固不得承子產。而自利康黏法立。此制之所防益嚴。達覺羅制。皇帝立。則以謂母之失子。其哀已深。使得受子業。聊用慰藉。而前法由之廢矣。阿杜利安制。詔沁涅特。凡齊民婦。生三子者。得承遺產。而由奴婢復爲平民者。生四子。其資格與前同。此

雖特令。然其用實與帕必安法典無異。終之。至札思狄黏之世。乃許婦人承業。利益與男子同。而不以所生多寡爲等差。

總之禁錮女子不得承受產業之法典。與女族承業不得與男族比肩之科條。其始皆奉行。其終皆廢置。迹其所以原因則一。蓋所禁者。其法意與民主國家之精神合。民主者。不願女子坐擁雄賞。以爲靡侈淫佚之媒孽也。斷其希望。而女德乃純。至於君主之國不然。競尙榮華。由是而昏嫁煩費。婦女挾資產者可以予人。具資格者可以暴富。而人始樂於有家。故羅馬承襲法典之變遷也。與其國家治體之變遷相應。其始女族所不用也。乃浸假而女族用矣。其始母子不相授受也。乃浸假而承母同於承父矣。法洽丁黏氏阿多壽阿爾克紂是三君者。且令外孫得承其外祖業。直至札思狄黏之代。古初承襲法典。蓋無有一存者焉。札思狄黏之制承襲也。實分三途。曰上承。曰下奄。曰賄。及上承者以少承長也。下奄者以老襲幼也。賄及者年輩平等相爲受也。而不爲男女與內外族之分區。悉取古法之僅存。而一切廢之。擢陷廓清。自以爲合於天理人情之

孟德斯鳩法意 卷二十七

極。而笑古代法典之多所牴牾也。

九百六

孟德斯鳩法意

第二十八卷 論法蘭西所用民法之原始與變遷

復案、學者謂此卷爲孟氏最稱慘澹經營之作。孟嘗有書與其友人言於此卷。心血耗者獨多。一書之成。頭鬢爲白。則當日蒐討之勤。折中之慎。可以見矣。

第一章 日耳曼諸民族所立法典性質之殊

法種古稱拂籙。拂籙居日耳曼森林中。其去故國而西也。乃聚國族之賢聖者。哀成沙栗法典焉。其中一族曰理普亞利安拂籙者。從骨路威先王。後之路昂即骨路威之轉與沙利安族合。而保其故禮俗。至氏阿多力爲奧斯脫舍部王。乃勅書之羊皮。垂爲要典。當是時氏阿多力強。巴法利亞與日耳曼皆其藩屬。故亦哀取二部禮俗。勒爲成書。日耳曼以種民散出。國乃大弱。拂籙則所至征服。大廣土宇。已乃回復故地。取先祖所居之森林。而啟闢之。其時所傳。尙有瑯林占法典。意亦氏阿多力之所制立。施行者以瑯林占族。而其屬也。佛里舍者。法王馬得察理與白班二者之所征服者也。故其族所行法典。勢不

能先二王。且其時民不知文字。至中古夏律芒始伐沙遜尼民族。克之所行法令。至今猶有存者。吾黨讀書論世。識其法必出諸勝家也。厥後威西峨特白爾根氏。狼巴邱三族之民。占有國土。皆取所守循之法典。勒爲成書。藏之冊府。顧考其意。非以施之所勝國民。俾爲典也。服疇肯構之思。示不忘其先。勗子若孫弗畔焉耳。

沙栗與理普二民族之法典。最爲簡質。而阿族芒巴法利瓊林占佛里舍四族所爲。亦皆渾然天樸。其質野固也。而敦龐深厚。見風俗之純而不污。蓋未受外境之薰染。潛移故也。創垂以還。變更者寡。以其民族外出者。獨拂箴耳。餘則未出日耳曼半步者也。拂箴之族。雖外徙。顧其根源盛大。所以爲後此熾昌之本者。皆自日耳曼而得之。故其法典。皆日耳曼之法典也。至若威西峨特若狼巴邱若白爾根諸民族之法典。皆以流徙新居。緣天時地利之不同。而民風亦變。與前者種民之所守。醇醜雕樸。皆迴殊焉。白爾根開國不久而亡。故勝家所布法令。不及更變。若衮的博爾若錫芝斯芒皆造律令矣。而皆其最後之王也。至狼巴邱之法典。則有增益無更張。而羅叱利法典。爲管理

摩路班都拉芝亞斯禿弗所奉行矣。而亦無所損益。獨威西峨特法典。則多變於其故。不獨王者有所修改。卽其國僧侶。亦有所沿革也。

蓋前之諸王。旣取沙栗與理普法典而行之矣。顧緣宗教維新。則凡其中。與基督景理不合者。悉皆罷置。至其大經。則未嘗動也。而威西峨特之法典不然。

白爾根有體膚之刑。而威西峨特尤甚。沙栗與理普二法。無此污點也。其守先訓。過於前二。

白爾根與威西峨特開國之後。以其境爲衝地。無屏蔽。欲得民心之固。故爲立公平之法以收之。至拂篠諸王。則資恃富強。無嘆咻厥民之意。

沙遜種民。伏於拂篠權軀下者。氣最不馴。時時欲叛。故其法典。乃勝家箝制所勝者之法典也。此在當時。於未開化諸部中。最爲僅見者。

大抵日耳曼法典。多罰鍰之條。而勝家於新服之民。不如是。此皆按其律文。可以得其用意者也。

凡在國境之內得罪者。有體膚之罰。此非日耳曼之舊也。得罪於國境之外者。始得援日耳曼之律意。

律文明告其民。凡得罪者刑無赦。乃至教寺祠宇之神庇。亦不容如是之罪人。

宗教尊宿。在威西峨特諸王時。其權獨重。國有大事。聚而謀之。後世教宗審鞫。用刑獨酷。然皆沿於此時之義法宗旨而行之。教侶最惡猶大人。所以施之者。皆古法律也。

舍此而外。若衰的博所垂白爾根法典。皆稍祥平。而羅叱利於狼巴郎諸部所行。尤無可議。獨威西峨特所用理賽循都費德循都及伊集加諸人所作。皆穉駭多可笑者。全失用刑之意。而徒爲大言崇稱。無理取鬧。

第二章 當時未化國所用法典皆種人法非國法

文明法典。其行也有分土。無分民。故曰地律。相盡地律。相盡何境內之民。無論何種。必用其地之律也。而當時之未化國。不然。其行也不徧於國中。亦不盡於國中。惟其種人之所在。此蠻夷法典之最大特色矣。故治拂絲人。必用拂絲律。推之而阿族芒白爾根。

羅馬於其世莫不然。勝兵開國之家。無作法垂憲之思想。則聽其雜亂糾紛。期無害已而已矣。

此其因可從日耳曼之風俗而得之。蓋日耳曼種人散居離處。山澤林莽間之。如凱撒言彼固以是爲最便也。且其意不願合而惟恐羅馬之強使合。不得已而雜居。無事則各循其國俗。有罪則各用其國刑。方其析也。不相服也。及其聚也。不相效也。地可以公而治。權則私居。可以合而種。姓必別。是故其時法典種族之法典也。不徧不該。居本國如是。入鄰國亦如是也。

至今蠻夷法典。猶有存者。取而觀之。可證前說。如馬爾古甫之科條。理普諸王之號令。莫不如此。第二朝之科條。皆沿第一朝而立者也。故子孫所服從者。必祖父之法典。妻所服從。必如其夫。設不幸而孀。則反其所初服者。奴婢復與未復。皆服從其主之所服從。尤足異者。人得自擇法典。以治其身。至洛達察制法。始令民將其所擇從者。必宣於衆。而後許行。

洛達察律法見
頓巴郎律書

第三章 沙栗法典與威西峨特白爾根法典不同要點

前謂白爾根與威西峨特之法典爲公平矣。乃沙栗法典則有大不平者存焉。以其於拂絲羅馬二種人間。著可悲之異法也。如云其人爲拂絲或北部蠻夷。或其人素服沙栗法者。爲人所戕殺。律載罰金二百蘇。以與死者之親戚。但使所殺者爲羅馬人。縱有身家。所償半之。若其人爲羅馬屬。則所償血鏹更少。例不過四十五蘇。有戕殺王官者。設爲拂絲罰。六百蘇。設爲羅馬。雖至貴重。如王賓客。法不過三百蘇。然則沙栗法典於拂絲羅馬二種間。無分貴賤。皆設最苛之區別明矣。

不甯惟是。其法曰。設有一衆。聚攻一拂絲人於其家而殺之者。償六百蘇。惟所攻係羅馬人。若復奴婢。則所償減半。又曰。若一羅馬人。加一拂絲以銀鎗鎊錄之屬。罰三十蘇。惟若一拂絲加此於羅馬者。所罰半之。若一羅馬人。褫剝一拂絲人衣者。罰六十二蘇。有半。而拂絲以同事施羅馬者。罰三十蘇。夫爲法於二種民之間。而其不同如此。爲羅馬者。亦可哀已。

乃近有一著名法家。輒謂著在舊籍。高盧民於羅馬最友善。不佞實不知其言之何所據也。將以拂箴之素虐羅馬。而踐踏之。既克之以兵。又困之以不平之苛法。惟然爲友善之明證歟。則無異言韃靼種人。既克支那之後。而友善支那民也。著名法家指博思神父往者公教之尊宿畢協。嘗用拂箴以毀亞利安王者矣。然不得以此。遂曰彼欲戴未化之人使爲君也。則吾黨又安得據前之說。而曰拂箴有愛於羅馬乎。自不佞言。則固與前說大異。吾將謂使拂箴所忌畏於羅馬者彌少。其優容羅馬者亦彌以亡也。吾意博思神父所考錄以爲歷史者。不過取詩歌所散見。辭令所僅存。而據之爲典要。雖然。此等揚厲鋪張之作。殆不足爲事實。而以爲論世考俗之基礎。亦已明矣。

第四章 羅馬法典亡於拂箴。而存於峨特與白爾根諸族者何由

由前之言。則有物焉。爲曩哲所不能明。而以爲莫究詰者。乃亦可以推知。今之所謂法蘭西國者。其第一朝之君王。所用以治民者。固羅馬之舊法。亦稱氏阿多舍法典。此爲其經。而雜行以其時所謂蠻夷律者。何則。其時境內。固有北部之民。來奠

厥居也。案羅馬之世凡北部諸種律非羅馬者稱蠻夷律

嗣是拂捺所居之部自爲法焉。是謂沙栗法典。而氏阿多舍法典則用之以治羅馬之民。其有爲威西峨特之所治者亦用氏阿多舍法典。以其王亞拉力之令勒成冊書。以待羅馬民之訟獄。而峨特又自有其國法。乃歐力克之所纂。凡此其大經也。或曰。是則然矣。顧何以沙栗之法降而爲拂捺之所通行。而羅馬之舊法日廢。威西峨特既亦有其舊章矣。乃羅馬法用於其間。勢力日廣。蝕其舊典者。獨何故耶。

則應之曰。羅馬法所爲日廢於拂捺族者。以用沙栗之法。有莫大之利益故也。當日之民以羅馬之畸輕。拂捺之畸重也。則皆去羅馬而願居沙栗法之治下。此其勢固然。當此之時。存羅馬法者獨有教侶。何則。教侶去羅馬法而無所利故也。教侶不以種人分。而其異罰。以位之高下。此不佞將於後此言之。教侶之用羅馬與拂捺之用沙栗。其利益殆同。不獨無所苦也。且其法立於前王。前王景教徒也。故教侶於其法。不宜畔去。此羅馬法所由廢於民。而存於教也。

若夫威西峨特之法典。於本種及羅馬民。未嘗與之以畸重畸輕之利益也。故羅馬之遺民。亦無取於舍舊而從其新。於是乎其法典。賴以存而勿廢。

此說考之愈深。乃愈可信。蓋裘的博造律本公。不使白爾根之民。有畸重之利益。過羅馬者。觀其序論。此律本旨。即以平議二族之爭端者也。且所派裁判之官。亦必由二族選用。員數均平。此其立法用意。不佞請得於他處言之。第七卷第六故羅馬律獨存於白爾根者。亦緣羅馬遺民。無所利於舍舊謀新。若居拂篠之國也者。而沙栗法典亦未行於白爾根。此可證以阿古寶所與路易思之書矣。

蓋阿古寶嘗欲路易思行沙栗律於白爾根。由此可見。前此沙栗律。未嘗用也。且不獨白爾根。即他部之服屬白爾根者。皆存羅馬律也。

即峨特族所居之國。亦皆不受沙栗法者也。吾聞當法王白斑及瑪得察理驅沙蘭生民族出國時。凡所略定諸部。皆請守其舊律無變。而法王許之。故其時法典。雖皆附於種民而立。至羅馬律。則以行用之周。庶幾國土法典矣。

又白爾根之禿王察理於耶穌降生八百六十四年在碧斯特嘗詔勅分區各部之用羅馬律與非用羅馬律者。

依碧斯特詔書得二事焉。一、當時諸部有用羅馬律與不用之異也。一、當時用羅馬律者至今猶然部所與詔書合而法國諸部中用法有循俗守典之殊。循俗者律無成書守典者載諸冊府此皆可於詔而得之。

吾嘗謂王國初開。法典皆附於民族。不以地而以民。當碧斯特詔爲區別之時。見民之服典。各從其故。終不以易地遷國之故而或改也。

不佞非不知右之所言。乃吾之新說。而爲前人所未嘗發。顧考古論世。視真妄何如耳。使吾言信。則不得謂其事爲非古。夫論發自我。與發諸古之法家。若華勒脩若畢昂思。所由雖異。亦何關事實輕重乎。

第五章 續申前論

裘的博法典。行用於白爾根者有歷年。與羅馬律並存其間。至比烏路易思之世猶然。

此可證以阿古寶之寓書。雖碧斯特詔書指威思峨特所居之地爲羅馬律部。而威思峨特舊立法典亦未嘗廢。此於八百七十八年吃王路易所集圖雷思會所記載者又足明也。此會後碧斯特詔僅十四載耳。

久之峨特及白爾根之本種律乃皆廢。問所以廢則皆一因使然。蠻夷種族之法典以不便而不行。而羅馬邦國之律乃徧立耳。

第六章 羅馬法典何以存於狼巴郎之國土

前謂狼巴郎法典本公。而羅馬民之處於其國者無舍去舊典之利益。而羅馬律由是以存。此說考諸事實皆合者也。蓋拂捺諸部之羅馬民所以去故就新者蓋有因焉。而如此原因不見於狼巴郎是以新故二法得并存也。

不甯惟是實則主法漸廢而客典獨存。雖狼巴郎之巨室舊家尙守故律。而市府齊民居其多數。漸結團體已成自治之規。巨室則夷於衆庶。而覆滅者有之。見羅馬通史而市府自治之民於狼巴郎舊法之以格鬪決獄與一是武俠禮俗本非所樂從。又況當日

其地教侶勢力極重。教侶者純用羅馬法典者也。此狼巴邱律之所以終廢也。夫自本源闊大包括廣遠言則狼巴邱法安得方羅馬者乎。夫羅馬號令嘗及三洲。此義大利民所寤寐未忘者也。當此之時民主自治之規隨地漸立。問可用以爲民主法則者將狼巴邱之不徧不賅者乎。抑羅馬之并苞兼舉者乎。

第七章 羅馬法典何以亡於斯巴尼亞

若所見於斯巴尼亞者則不然。蓋終之威西峨特之法典行而羅馬之法典廢也。費德循都六朝間斯巴尼亞王與理賽循都二王之世實禁用羅馬律。法廷引用者有誅。而理賽循都則首令峨特羅馬二種人通昏者也。蓋二種之律皆緣保種不雜之說。久禁通昏。而理賽循都則以謂此令不除。國民終無和同之日。而一國之內異法輒行。又非所以整齊國俗之道也。

雖然禁羅馬律矣。而法南諸部爲斯巴尼亞所服屬者猶用之也。蓋其王朝視此同於荒服。略用羈縻而已。試考其王曼拔之史。其時土著勢盛。瞭然可知。曼拔卽位在六百

七十二年。此時諸部峨特法典方衰。而羅馬法典未廢。斯巴尼亞國律。本與其地之風俗民質。絕不相侔。又民尙自繇。以擇從法典。爲自繇之實。往者費德與理賽二王所立之法。固於猶大種人獨苛。而是時猶大種人於高廬南部。又獨具權力。當日史氏謂其地爲猶大人之逋逃藪。至沙蘭生民族蹂躪西歐。其得入法南諸部者。民實開之。試問舍羅馬猶大二種民。孰開之乎。國亡之日。其首先蒙難者。爲峨特種人。以彼爲貴族故也。史謂其種由法南逃往斯巴尼亞。顧所謂斯巴尼亞者。特當日諸城邑。未亡猶守者耳。蓋自是以往。法南諸部。峨特之族微矣。

第八章 謂廢羅馬法典爲夏律芒令甲者誤

有法家曰勒必大者。纂集舊典。而考覈荒疏。嘗以威西峨特禁用羅馬律之事。乃夏律芒之令甲。此大誤也。且勒必大謂此特條。爲當時之通令。意欲將世間一切羅馬法典。盡去之而不復存也者。此何說耶。

第九章 古蠻夷律與隨時所定令甲之亡於法國者其故惟何

法典之異。有沙粟。有理普。有白爾根。有威西峨特。其於法也。皆行於一時。久乃漸廢。此其故可得而言也。

封建制行。采地世守。而民之從於公事者。各有受田。復案那衛之制。凡爵受地。可書世僕四家以上。各分王地。每得二十

王職克之。議入養丁二十人。以爲王賦。有兵役。則執兵器。以從。由是事俗異古。而舊有蠻夷之法典。不可施行。雖然。其

法意無變。國中爭訟。大較以罰鍰行。但國幣之值常變。所科之罰。乃與俱變。至今國府古之典冊。尙有存者。世爵之主。定其所罰之數。其地裁判。受以決獄。故古之法典。行者特其意耳。至於律文。不能泥也。

法之境內。嘗分爲無數之采地。有分土者。雖亦上繫於王。特若小侯之受成於方牧。無軍國通制。欲用一概法典。難。法雖立。莫從監察。其必違故也。先是王朝。本有時遣之使。以刺察各部之訟獄與軍興矣。顧以無事。其法漸廢。廢之日久。不克復舉。則轉於新封之士。王不得更遣使於其間。蓋知封建制定。遣使轉爲上下煩擾。而君國子民。各私其地。雖有通法。無由責必行也。

法之王統。以族遞嬗。自第二族之叔季。凡沙栗白爾根威西峨特諸法典。已罕有行。迨至三族之初。則莫有及之者矣。

當第一第二族之居王位也。嘗有國會之集。其所集。皆世家爵主。與教會之尊宿。而齊民士庶。不得與也。集國會者。將以整齊限制教徒之權利。往往新勝兵家。爲之發起。其編纂律。命曰令甲。自有令甲。四事從之。采地各用拂特法典。而教寺衣租食稅。各部依前法典爲之收也。教徒與王朝分勢。自爲風氣。雖變法之詔令。可以不遵。教徒所守用法典。必教皇之條教。與教侶所議定者。顧如前言。自封建制定。法國王者無遣察庶邦之政。法典遂無劃一之機。是以自第三族爲王之初。而向所稱爲令甲者。漸不可見矣。

第十章 續申前說

若狼巴邱沙栗巴法利亞諸法典。皆隨時有令甲之增入。此其理由。法家尙資探討。必求真際。舍本典不爲功也。蓋令甲固有幾宗。有從軍國而起義者。有爲財賦而附益者。而涉於宗教權限者尤多。餘若民政之事。則間一有之。不多見耳。其爲民政而增者。則

附著於其時之民法。民法者。種民各用之法也。以此故。令甲有云。凡茲所增。與羅馬舊章無違反者。自效果言。則令甲之涉於財賦宗教。乃至軍國大經。與羅馬法固不相涉。而涉於民政者。又不過取蠻夷舊典。或爲解釋。或爲修明。或廣或刪。已耳。顧舊典得此之後。有異效焉。則以其經脩而遂。爲其民之所忽也。草昧之世。往往有然。以其經部分之。要刪而遂。致全體之忘失。是不亦甚可異者哉。

第十一章 蠻夷法典與羅馬法及後附令甲之所以廢尙有他因可言

羅馬失鹿。而日耳曼民族得之。沾受文明。始有文字之用。於是效法羅馬。纂其法俗。以爲冊書。夏律芒死骨未凍。諸曼德內侵。國民交誼。日耳曼民族遂復由明入昧。而文字亡。此教化之不幸也。故不獨蠻夷之舊典云亡。而羅馬法典。與令甲之所增刪。法蘭西日耳曼二土之間。皆泯沒矣。當此之時。獨義大利一邦尙存文書之用。蓋景教樸伯與希臘皇帝之所居。而其中城邑。又交通輻湊之都會也。高盧諸部之鄰於義大利者。猶有羅馬法典之幸存。而漸成國土之正法。民人權利亦賴是而不亡。不佞每疑威西峨

特法典之所以亡於斯巴尼亞者。當亦由無文字之故。夫法典既亡。斯民之所奉行者。風俗習慣已耳。

種族之法。既墜於地。緩罰之刑。與所謂斐勒閣法者。詳見第十四章大抵通俗所爲。不援條例。是故總而論之。自王制成。而日耳曼種始出風俗習慣。而有法典之文。厥後數時。乃復去勒成之典章。而返諸無文字之習慣。

第十二章 論方俗習慣與蠻夷羅馬諸法典之變更

考諸舊籍。知吾法當第一第二王朝時。卽有所謂地方習慣者。如云某地舊俗。古傳通用俗例。法典故事等語。間見錯出。班班可稽。或謂所云俗例故事。實指蠻夷法典。而正名法典律令者。惟於羅馬法爲然。自我觀之。此說非實。昔法王白班詔言。凡各部中無法典可循者。得依舊俗決事。但不得先法典。當是時。非屬羅馬國種。皆稱蠻夷。而蠻夷自有法典。必謂各部皆尊羅馬法典。而後本種法典者。此於古籍所考。實相牴牾。且據夷典所言。常有與前說相反者。

蓋夷典非僅俗例相沿而已。特其異於邦國常典者。其用與種民偕行。即如沙栗法典。種民法也。然在沙利亞搗籐所居之部。其用與邦國常典幾同。惟若沙利亞種民雜居他部中。始見其爲種民法耳。故使白爾根阿律芒羅馬諸種人居沙利亞部中。斷獄平爭。自各用本種之法。而一再施用。習爲故常之後。亦遂爲其地之新例。此法王白班所以有前者之詔令也。既沿爲例。即亦有時爲搗籐民族所援引。特其嚴重。自不逮通用之沙栗法耳。

總之各部之中。皆有通行法典。而亦有新增事例。使事例與法典不相矛盾。則亦隨時援引之。以輔法典之所不及者。此其大經也。

事例所增。大約皆通行法典所無可比附者。今請更申前譬。如白爾根人居沙利亞部中。身受裁判。其科條於本種有之。而沙栗法典無明白可引之條。則用白爾根律。成讞之後。著爲事例。此無可疑者也。

當白班時代。所增習慣事例。本無法律權力。顧不數時。習慣事例用。而法律轉廢者。大

抵新章因時爲用。有扶偏救弊之宜。則可知雖在白班之時。其衆情之視習慣。已過於舊頒法典矣。

由右所言。可以知羅馬律所以早成邦國法典之故。此有碧斯特詔書可證者也。又可知峨特律所以同時並用之理。此可自圖雷思決議而得之者也。蓋羅馬峨特其爲種族法典均也。而羅馬律通行。峨特律特用。由是久之。羅馬律遂由種族而成邦國之法典耳。或謂當時諸夷典。亦係種族之律。顧何以隨地失傳。而羅馬律乃轉得施行於威西峨特及白爾根各部落乎。則應之曰。當古之時。雖羅馬律亦幾廢。與他項種族法典蓋同。不然。羅馬律行用處所。宜存氏阿多壽舊典。不應札思狄黏法令。乃獨傳也。如前各部。名用羅馬勒成之律。實亦不過羅馬遺民。樂用本種舊律。且指爲特別權利。與其中犖犖數章。爲衆所未忘者。顧所存雖微。已足結若前之果。迨至札思狄黏法出。峨特及白爾根諸部。遂以此爲勒成載府之刑書。而拂捺舊邦。則但引之以爲釋例論獄之用。

第十三章 論沙栗與理普兩拂絲律與其餘夷典之異同

沙栗律。凡論獄不容負證。譬如有人。訟其鄰黨。依沙栗律。此人須直證被告者通負過犯。乃可歸獄。而被告徒爲不承。其獄不得釋也。此與各國法典所恆用者殊。

理普之律。乃大異。是而容負證。假如有人被控。往往被告具一干人證。共立誓書。矢無其事。其獄可釋。所控事重。則誓證人數亦增。有至七十二人者。此法阿旅芒巴法利亞。瓊林占伏理舍沙遜尼狼巴邱白爾根各部均用之。

謂沙栗律不容負證。然有一時用之。但亦與正證兼行。不獨用也。原告控人。既具正證。爲歸獄張本矣。被告者。亦具人證。以白其誣。是兩造各具正證。而後理官察所具者之虛實。英國向來裁判即用此法以爲裁決之資。此其所行。實與理普法律大異。蓋依理普律。祇須被告。人自誓見枉。更遣所親。誓云其言是實。其獄立解。如是法律。自可用於瀆魯質信之民。假如民俗譁張。將逃法者衆。此所以他時議法之家。又加曲防。以杜弊僞也。

第十四章 異同餘點

沙栗法典。不許以決鬪解獄。而理普民族。及他蠻夷國。皆用之。以余觀之。則其容用決鬪。有固然者。蓋以救負證法之窮也。今使以甲訟乙。親見被告以詭誓遁法。冤憤難降。使能執兵。舍求決鬪。其憤未由洩也。惟沙栗法典。論獄本不用負證。故亦無須以決鬪解獄。

白爾根王裘的博於此事有二令爲法家所共知者。學者取而研究。將見吾前說之不謬。蓋此法乃以塞詭誓之末流。觀於夷典辭義。可自明也。

狼巴邱羅叱利法。被告既以誓自明。可不納決鬪之請。顧此例沿用遂廣。因而弊生。而舊法乃復用。見本篇第十
八章後段

第十五章 聲明理想

吾不謂決鬪之事。求諸夷典所增刪。令甲所附益。必無一二明文。見決鬪解獄之事。不必由容受負證而後起。第法緣事立。而積人成世。事各不侔。何可執一端論。吾所論乃日耳曼法典大意。與其性質理由。取其習慣。察所以致然。與竟然者。讀者勿以辭害意。

也。

第十六章 以洩湯試囚其法見諸沙栗法典

沙栗法典載以洩湯試囚。因爲法極虐。故其責行。量爲輕減。假如有囚。須以手探湯。試驗曲直。如原告許可。得以金自贖其手。其贖銀多寡。依法所定。而後以誓自明。并集人證。誓其無誑。原告卽宣言被告無罪。對衆解仇。此沙栗法中。准用負證之特別一事也。探湯解獄。常由兩造私定。而法容受之。無專條責令如是也。故用前法。原告可得贖金。被告亦得以負證自解。法亦容之。負證非他。對神誓言。未有所控過犯而已。宗教義法人受傷害。可以自由發心恕宥害者。故對簿之頃。亦可自由發心。聽被告人以誓自解也。

當法官未行宣判之頃。兩造之人。其一以試法之可畏。其一以可得少數之贖金。相與息爭解仇。固調停獄訟之一術。故沙栗法獨於此時。許用負證。負證既具。獄無餘求。雖用負證。不至猶有不平。而敢決鬪之釁也。

第十七章 法國古民之特別思想

其事絕無理解可言而常出於幸不幸乃吾人之先祖父取其榮節財產性命一決於冥冥之不可知是大可怪夫試囚者驗其有罪與無罪也顧所由之術與無證同而所驗與過犯虛實又釐然無相繫之可見乃常用不一用如此可謂僥已

古日耳曼民種未嘗一被征服者也故所享受之自繇無極種自相攻大抵皆報復事耳自前之習慣約爲規則禍乃稍衰法意若曰是鬪狠者惟官長監視指揮乃得爲耳此雖未爲善政以較向之私相攻剽漫無制限所進不綦多歟

突厥種人之私鬪也以第一合之勝負爲天心向背之明徵而日耳曼種人相仇亦以鬪決爲帝臨之一事上天之載固以羶惡禍淫爲顧諟之要職者歟

撻實圖言日耳曼種人將戰常選死囚一人與平民鬪視其勝負以決吉凶夫其民於匹夫私鬪乃信其可以決公戰之吉凶則於小己之爭何不可倚之分曲直乎

白爾根王袞的博於決鬪解獄之俗獨大韙之所據之義著於詔書曰吾之爲此欲吾

民勿取不可知者。而證之以瀆誓。又取灼然心知者。而飾之以誓盟也。由此觀之。是宗教方謂用決鬪解獄爲褻天。而白爾根王。則以作誓證獄爲莫大之瀆神也。

雖然其俗亦有其所以用之理焉。軍國制。與民以尙武爲德。怯懦者。一切惡之根本也。以謂無勇之民。旣違其父兄之所教。誠集詬闐。章不尙節。概凡國民所奉爲不可畔者。彼或畔之。受鄙夷。而不知羞。見榮美。而不知顧於國。又何望乎。且使其人果良家子。則輔膂力者。不慮其無巧能也。相勇氣者。不慮其無膂力也。節概名譽。旣重。則於武事。當莫不習。不習者。節概未由立。名譽未由保也。膂力勇氣。技擊所崇。拜者也。詐諉飾僞。巧黠所賤。惡者也。詐諉飾僞。巧黠者。怯懦之產兒也。

探手滄湯而外。尙有試手烙鐵之法。此類統名火訊。罪人旣經火訊。官囊其手。而封彌之。滿三日開解。無爛痕者爲無罪。與省釋也。狃於執兵之民。手足胼繭。雖探湯受烙。三日固可平復無痕。其有痕者。必其雌弱者也。卽如今日農佃。村野婦人。操作素苦。皆能手觸熨斗。執熱無虞。常法婦女對簿。須決鬪者。有男子執兵。爲代受對。號尙辟安。譯言

衛介獨於火訊。可無須有僿野之國。平民居養苦穀。上者貴仕。下者工農。無今世所謂

中級社會者也。案衛介代婦女決鬪事見撒遜劫後英雄記小說理碧迦受鞠教會時伊萬和爲之衛介也

故此時裁判所得用決鬪火訊諸術者。以與教俗民質。固有合也。其不平在法。而不在法之所加。其不善在因。而不在果。雖與公理反對。而於民直無傷。可以謂至愚而不必卽爲暴虐。

第十八章 決鬪解獄所由漸普

考阿古寶與法王狄旁乃路易書知彼時拂蘇民族。決鬪亭獄之俗。尙未盡用。書言裂的博法典爲時俗所濫用。請以後私家爭訟。在白爾根境內者。但以拂蘇國律亭之。顧觀他籍。則若決鬪亭獄。其時固已甚徧也者。此法家所聚訟者也。雖然。用不佞言。此疑亦無難破。總之。此俗乃沙栗所不容。而爲理普所利用耳。

法廷決鬪。雖當日教宗反對甚力。而其俗在法國有日滋之機。卽教宗中人。亦有間接助成之事。此不佞所將爲微論者也。

具此說之憑證者。狼巴鄢之法典也。狼巴鄢皇帝鄂朶朶第二令曰。吾國有敗俗。行用久矣。產業契執。有以爲僞。執者證其不僞。但指福音。而作咒誓。如是無俟審判。坐享產業。不容異詞。故譏狡之民。敢作誓誓。則所覲覲輒得云云。當鄂朶朶第一之詣羅馬爲薰沐加冕也。正樸伯約翰第十二開會之時。義大利諸有土威集。皆言宜定法典。以挽滔天之俗。樸伯與皇帝皆言。茲事體大。應俟拉文那大會議決。至開會日。諸有土重復合詞。一倍籲懇。仍無決議。則云有某某要人。未克與會之故。嗣而鄂朶朶第二與白爾根王名康奴辣者。同至義大利境。以威郎納爲會地。諸有土更申前請。於是皇帝以全會之贊成。造立法典。云今後遇產業爭執。一方人謂所執契約。眞合法典。一方人以爲不然。指爲僞造。或不合法典者。許用決鬪斷決。其世僕爭執分地。以至教會僧侶土田之訟。取斷決者。事同一律。僧侶准以衛介。執兵代鬪云云。卽此可見。當日諸侯。所以力主決鬪亭獄者。起於宗教許人。設誓自明。卽爲了證。於獄法有大不便之故。乃雖以羣貴之譁。顛誓誓之流行。鄂朶朶以皇帝之尊。國主之重。而教侶相抗。至再會而不得決議變俗。必

待啟之兩國帝皇。歐南羣貴。合力相強。而後得之。學者應知當此之時。義皇權力甚盛。樸伯據勢代微。鄂朶之來。乃所以張義大利之國權。而決鬪亭獄。又羣貴所視爲獨享之權利。必得此而後。可以杜侵欺而保世業者。此令既行之後。而私鬪鬪狠之風。遂益進而不可復挽矣。

吾謂惟裁判許用負證。而決鬪之俗乃興。此於前事。又可證吾說之非誣。蓋鄂朶之所謂敗俗非他。卽有人執用僞契。被人告發。見逮法廷。乃用負證抵鬪。指福音而自矢不僞者也。夫盟誓所以質神明。乃今褻瀆無嚴。祇用售欺。如此商教侶以其人儻。捐至重。又從而左袒之。彼貧屈不伸之家。舍與爭。一旦之命。又安出乎。此決鬪之俗之所以風馳也。

誓獄決鬪二法。乃教俗二黨之所爭持。吾欲學者深明其然。不得不更告以鄂朶第二之原制。狼巴邸先王洛達寮第一本有條令。防爭產欺奪。定遇此等訟獄。官中造契舊胥。須對所呈誓證非僞。假如前胥身死。則當日中見簽押諸人。須作誓證。無如此法雖

具。而惡俗仍存。終之乃有前令之設。

初夏律芒之召集國會也。僉議容受負證。欲使原被兩造。不爲讐誓甚難。欲挽末流。固不若聽任決鬪之爲愈。當時制令。卽亦從之。

其在白爾根。決鬪亭獄。俗亦日滋。而負證之用。則日寡。二事固互爲消長者也。義王阿多力。嘗禁鄂思多羅峨特決鬪之俗。而贊德循都與理賽循都兩王之法。若將使決鬪觀念。盡絕於人心。但白爾根法典。非高盧那爾滂諸部之所嚴重者也。又峨特種民。方以決鬪亭獄。爲優種獨享之權利。

自鄂思多羅峨特見滅於希臘。狼巴郎遂征服全義。而有之。用勝家之俗。而法廷決鬪行焉。然考所立法典。固未嘗不豫取末流而塞之也。自夏律芒狄旁乃路易及前後鄂朶諸君王。於憲法有所沿革。在狼巴郎沙栗兩舊典中。增列條款。而後決鬪亭獄。乃爲國典之所特容。其始猶用之刑法也。繼乃行之於民法。此其用之所以降繁也。中古法家。意主塞僞平爭。而術不知所從出。負證證獄。固不便也。而救之以決鬪。乃決鬪之不

便尤多。爾乃出入二者之間。爲隨時之擇。害務輕而已。

自人心之偏利者而言之。則教宗僧侶。所以樂用負證者。以詛誓必要明神冥。冥照臨。乃教宗所有事。是負證法。行而神權日重也。神權重。斯教宗興。有土貴族。所以喜從決鬪者。以先世起家。武功子孫。驕佚刀劍。既所素狎。保守實恃。強權又安能棄。尙武之風。以從事於詛盟聽壽。張者爲愚弄乎。

雖然。勿謂此貴族所躓。不喜之習慣。輿而行之。盡由於宗教也。跡其由來。實本於夷典之法意。惟以負證爲法。致有罪者。或以逍遙法外。故有人以謂不若尊重神權。使作奸者。服教畏神。不敢設無實之誓。誓教侶則聽用舊規。故自他端言。負證自明。在教侶亦所痛絕。法家蒲曼諾直謂如是證獄。乃宗教裁判。所未嘗容受者。由此則此風固可不長。而夷典中所定科條。亦且因之而少力。

復案此節細審語氣。不獨與上文所言不合。卽本節文理。亦有不相承接之處。頗疑是迴護教侶之詞。今姑順文爲譯已耳。

由此則不佞所謂實證決鬪。二者相爲因果之說。尤足證明。蓋當日王國法廷。則二者並用。而宗教法廷。則二者皆禁也。

決鬪解獄。自係悍俗尙武之風。而宗教明神臨鑒。與善罰惡之思。固亦行於其際。是故此法既施之後。所謂依十字架裁判。用冷熱法水試囚等法。皆去之而不行也。

夏律芒遺令。謂其子中有爭訟者。應依十字架裁判。至狄旁乃路易。乃詔除此法。宗教裁判而外。不得用也。而其子洛達寮。乃並宗教裁判亦悉除之。卽冷水試囚。不得用也。當法制彪異時代。吾不敢謂教會中人皆遵前令。觀沃古斯達斐立策書。尤可見也。所可知者。雖用必甚少耳。蒲曼諾與聖路易時代相接者也。顧其言法典。於其時鞫囚諸法。匪所不言。獨於此等法。則捨決鬪而外。無所及也。

第十九章 沙栗羅馬兩法典與所增令甲所以坐廢之新原因

前於沙栗羅馬兩法典。與所續增令甲。所以廢息之故。固已詳悉言之。乃今將指其所以致然之新原因。新原因非他。卽此決鬪之俗。流行甚徧耳。

蓋沙粟法典。不容此種習慣者也。緣此其律於時爲無用。無用乃致遺忘。羅馬法典亦不容此種習慣者也。因之而其律亦廢。其時法家所講求者。決鬪解獄。與案之。由此俗而興者耳。且由是而續增之令甲。亦可以閣置。先民典章。相率遺棄。而無坊民之用。後之考者。且無從指其墜廢之何時。蓋漸卽愈忘。而又無他部法典。爲代興之用也。其時國民。本無所用於勒成之法典。就令有之。而以其無用。漸卽遺忘。固甚易也。

不幸而有兩方爭執之事。其所以決之者。招集僮介。約爲決鬪而已。本無事於諏律釋疑。與爲之法官者。須具衡審左證之學問與能事也。

故其時。一切刑法之。公民法之。私。皆攝之。於可見之事實。執是事實。而交鬪生焉。其所爭者。不僅其正要也。乃至支節之叢生。時日之延宕。無不待一鬪以爲決。此蒲曼諾之紀載。所屢書不一書者也。

閒嘗考之。蓋自王朝第三族之興。所謂訟獄法典者。大抵不外例俗。而一切皆以榮節爲之要點。榮節名。謂釋義。見下第二十章。假如有裁判員。其所定讞。爲兩造所不遵。是裁判員。輒向違

判人。求所以滿意者。求所以滿意非他。遵判。謝罪。或約鬪耳。如在蒲哲思境內。拂特法官。簽召某人。廷訊不至。其第二檄則云。吾嘗遣人召爾。而爾以吾令爲不足遵。爾輕蔑吾如此。故吾今得於爾。求所以滿意者。云云。此約鬪書也。約則竟鬪矣。此俗直至肥王路易而後改也。

決鬪之俗。鄂里恩尤盛行。甚至索連。亦用此法。少王路易乃令凡違資在五蘇以下者。不得爲鬪。然此令特行於其地已耳。故至聖路易時。款在十二德涅爾以上者。即可索鬪。法家蒲曼諾言。吾法前每有敗俗人。雇用衛介。在約期之內。一切爭執。皆令鬪之。總以上所考者言。知在彼時。吾法決鬪之俗。所行固奇廣也。

第二十章 榮節之說所由來

蠻夷法典。其中條例。有極不可解者。如佛里舍律。載以箠擊人者。罰鍰半蘇。若致創瘡。無論傷之大小。其所罰鍰。則不止此。又沙栗律。載凡平民。以箠擊他平民。三擊罰鍰三蘇。但若見血。則與以刀劍傷人罪等。罰十五蘇。由此言之。是罰之所施。以傷之大小作

比例明也。狼巴郎法典。則定一擊二擊三擊四擊之殊。而所謂鏐數。從之異等。不若今世一擊之論。與百千擊之論。無攸殊也。

夏律芒於狼巴郎律。增置條例。中載凡民人經問官許以決鬪解獄者。各持木槌就鬪。不得用刀劍。此其用意。似爲教侶道地。又以決鬪日多。往往流血。勢不得不以木代鋼。稍抑其烈也。至狄旁乃路易。乃復爲令。聽民自擇於槌刃二者。由是舍田奴家隸。無有持槌就鬪者矣。

不佞於此。見榮節之說之發端焉。譬如某甲。身爲原告。向法官言。某乙曾爲某事不合。及官問被告某乙。則云某甲語誑。如此者。官卽發令。甲乙兩方。任其決鬪。蓋此事業已成俗。但甲乙兩人相謂誑子者。見謂之家。卽應求鬪。以所傷者在榮節也。

旣經求鬪之後。卽不得自食其言。不復爲鬪。爲此者。不獨爲國人所不齒。而於法亦有罰也。由是成俗。凡出言求鬪者。必出於鬪。否則至辱。亦以榮節之事。不許食言也。

有地望貴人。於馬上被甲戴胄執兵而鬪。田奴家隸。徒步執槌而鬪。故擊人以槌。古俗

視爲至辱。因擊之以槌者。明視其人等諸田奴家隸也。

貴人鬪不免宵。而賤者露面爲鬪。故非賤隸庸奴。雖鬪無頭面受創之事。因之批頰刮耳。亦爲至辱。其相仇非至蹀血不止。蓋以此見施實視其人。同於奴隸。榮節所關。不可忍耳。

日耳曼各部種人。其視榮節之重。方之吾法。殆有過而無不及。親戚雖在疏遠。或受欺凌。合體響應。由是法律異點生焉。狼巴郎律。載人有隨帶僕從。出人不虞。而行襲擊。意主愧辱其人。貽笑衆目者。所科鍰罰。半於手殺其人。又使束縛手足。用意同前。所科鍰罰。比手殺者得四之三。

吾法先民。視受侵陵。固亦綦重。但所重者。在侵陵否耳。而受擊用器之殊。體中部位之異。與其施擊情形之不同。則未爲區別也。但使被擊。卽爲受辱。而受辱之多寡。視被擊之重輕。

第二十一章 日耳曼人所爭榮節禮俗

撻實圖云。日耳曼人爲鬪。右執劍。左擡楯。鬪已而遺其楯於場者。於俗爲至辱。往往以此致自殺者。故沙栗律。載有謠諑。謂人遺楯鬪場。毀其名譽者。罰十五鍰。夏律芒修沙栗律。改前罰爲不得過三鍰。夏律芒尙武之君。爲此減損。其非使民不重武節無疑。其更易此律。必緣兵器代異。夫兵器代異。爲一時禮俗所發源者。衆已。

第二十二章 他禮俗習慣之與決鬪相關者

人類以情爲田。男女之交。其理可數言而盡也。伊其相樂一也。以施愛與受愛爲幸福二也。媚茲佳人。邀其譽賞。以彼於男子之品格價值。衡鑒常最精三也。以是三者而所謂媚俠之事。生焉。媚俠西語曰葛倫得利。非情愛也。而常爲情愛之媒。先意湊微。輕倩栩栩。雖無情而常有情。是則媚俠而已矣。

時地事會不同。男女交態隨之亦變。雖然情愛之所倚。於以上所指之三端。常有所偏重。自不佞觀之。當決鬪盛行之世。所主於媚俠之意者。必最多也。

狼巴郎法典。載兩衛介爲鬪。於其身尋得左道幻草者。監鬪法官。卽令取去。并令其人

作誓自明身中更無餘草。此種律條所由有者。自係當時世俗之迷信。因迷信而恐怖。以恐怖而一切之怪誕生焉。彼衛介之習其業者。執兵擐甲。凡所以爲擊刺抵禦。孰不精良。柄長器重。乃至淬厲辟灌之優。皆操勝算而不知者。方謂其人。有護身之符咒。神授之妖兵。而一時之思想滋蒼亂爾。

於是歐洲中古。有奇詭之武俗。西語曰希法勒黎。上自王公。下至走卒庸奴。莫不浸淫於如是之觀念也。野史稗官。載遊方之壯士。召魅之妖人。刑天藥叉。躡風神馬。隱形之術。不敗之軀。又神祕術者。於王子鉅公。有護生授法之事。苑囿宮殿。爲神咒所現。生若於山河大地之中。別結一夢幻新詭之境界。而一是日常行。依乎天理之事。直賤隸凡夫之所有事已耳。

所謂遊方壯士者何。其人甲冑常不離身。而所遊之地。所常見於其前者。若堡也。礮樓也。巨人強盜也。而壯士則以擊姦折強。扶雌救弱爲己任焉。是以中古稗官。無所往而非媚俠之蹟。媚俠非他。合兒女之柔情。與英雄之神武。爲一事耳。

是則媚俠之俗之所由興。大抵以爲世界有一類非常之士。每遇貞潔而麗都之女子。當其受欺遇厄。媚俠之士必冒九死不顧後患而拯之。至於平時言行。則以見悅於如是之女子爲至幸焉。

稗官小說。以媚俠爲宗旨者。於此等求悅婦人之意。所不訾也。且加頌揚。由是歐西之閒。傳爲國俗。歷世之後。別成媚俠精神。有爲古人所不及料者。

夫羅馬以神京爲都會。閭閻豪侈。縱聲色口體之娛。而希臘之靜野平疇。又極合言情之地。遊方壯士。以保護女貞。崇拜豔容爲天職。此其地媚俠之風所由盛也。

於是古俗。又有開場決鬪之事。爲世所豔稱。其事常合愛情。任俠二者而爲之。得此而媚俠之行。愈益重於世矣。

第二十三章 決鬪亭獄之法典條例

決鬪之俗。固爲可憎。然以其成俗。則亦著立規則。而禮儀興焉。今夫人類。所以首庶物者。非以明是非歟。顧亦言其大較耳。每至晦盲成俗。雖至不中之法令。可以行也。故自

理。道。言。所。與。之。違。反。而。不。可。忍。者。有。若。決。鬪。解。獄。也。耶。一。以。成。俗。必。爲。設。非。禮。之。禮。非。法。之。法。蓋。不。如。是。者。其。事。固。不。可。一。日。行。也。

學者欲曉然於當時之法意。必取聖路易之條典而審求之。彼於訟獄固爲大變其前者也。法家德芳個生與聖路易同時。而蒲曼諾則與相接。餘子皆出其後。讀諸家之紀載言論。於當日之所實行。固可得也。

第二十四章 條例云何

假有一人。爲數人所共訟。則原告一方應公推一人。出而對簿。若意思不齊。無由推舉。問官得於其中。隨指一人。以爲原告。一曹之代表。使應訊而當訟也。

有地望人。而訟田奴。不得以貴人自居。必下齊田奴。徒步持厥執挺以從事。有乘馬甲胄來者。羣牽其馬去。褫其甲胄。獨留中衣。乃入場也。

將鬪。法官宣令三章。一章。凡兩造親戚皆退。二章。觀者不得譁諫。三章。不得以任何法於兩方鬪人。施其助力。違者法至重。因助而致一方鬪負。至死者。法亦死也。

民政官領衆圍護鬪場。方鬪。兩方中有揚言止鬪者。必謹識其時之地位形勢。既止爲媾。媾不成者。令各復前之地位形勢。更爲鬪也。

其始爭也。常先頌言人罪。或頌言法官裁判。故不以實挑鬪者。先致戰贄。如手衣之屬。既贄則必鬪。非其地公侯特許者。兩方人不得私爲媾也。鬪而一方人負。雖且死。必監鬪許可而後加收恤。其許令。彷彿今之赦書。

假所犯罪名。在大辟之列。而其地公侯以受賄私許加收卹者。察出罰六十。蘇其懲罰。罪人法權歸諸尉也。

民不任鬪者。法得自擇衛介以從事。慮代鬪不力。約負則斫其一手以示辱。

自前世紀。吾法乃禁私相決鬪。列諸大辟之條。是固嚴重矣。然而斫手之罰。殆不減大辟。蓋衛介身爲武士。手足是資。乃今去之。其資格已亡。夫身偷生而資格亡者。固人道所尤痛也。

罪在大辟。以決鬪求直。又用衛介。方鬪之頃。必別繫兩方人。不使見鬪場。立木加縛。鬪

已。負者卽於是處殺也。

雖然。負者不必盡失其所訟也。如在懸判期內。其所失者。不過此懸判利益已耳。

第二十五章 法典所定決鬪之限制

民以小事致爭鬪。雖戰贖已下。公侯得沮止之。勅解仇。收回戰贖。

罪人所犯衆著。如殺人朝市中。其獄且無事訊鞫。自不得求鬪。法官據所衆著者。加判決具獄而已。

如同事再三見。拂特法廷有成案。可比附者。法得不任決鬪。意緣鬪有勝負。不必循故事發落。而成例以之紛更也。

要求決鬪。期必得者。必關己事。或家門事。或其拂特地主事。外此不得堅執要求。

罪人既發落解釋者。雖原告親屬。不得以發落不平。更求決鬪。蓋防獄坐此。致膠擾無了期也。

一人忽不見其家屬。妄意仇家所殺。必求報復。已其人復出。自無可鬪。又如其人別去。

或匿爲衆所知亦無可鬪也。

人。被。傷。致。命。乃。於。將。死。時。言。所。訟。者。實。無。罪。而。更。指。一。人。此。不。得。更。與。所。前。訟。者。鬪。也。惟。若。無。所。更。指。則。將。死。之。言。視。爲。宗。教。原。宥。常。法。其。親。屬。可。更。訟。要。決。鬪。

又。如。一。方。之。親。屬。既。下。戰。贄。或。受。人。戰。贄。而。中。起。紛。爭。卽。不。得。鬪。蓋。如。是。者。官。謂。兩。方。人。欲。以。常。法。亭。獄。而。是。時。尙。有。人。堅。執。欲。鬪。者。後。致。損。失。責。令。賠。償。

決。鬪。亭。獄。之。俗。有。一。善。焉。能。轉。兩。方。全。體。之。鬨。而。爲。小。己。之。爭。法。廷。得。以。收。已。失。之。權。力。其。始。爲。國。際。法。之。所。論。者。乃。今。可。以。入。諸。民。法。也。

天。下。固。有。無。數。文。明。事。而。所。以。行。之。者。乃。極。狂。愚。遂。亦。有。多。數。狂。愚。事。而。所。以。行。之。者。乃。極。文。明。也。

有。某。甲。以。某。事。犯。要。求。與。某。乙。決。鬪。顧。事。跡。明。白。其。事。卽。某。甲。之。所。爲。雖。已。下。贄。無。效。力。也。蓋。得。以。無。定。之。決。鬪。替。不。遁。之。法。典。固。身。犯。重。罪。者。所。甚。願。也。

凡。事。經。邀。公。正。人。理。處。者。不。得。鬪。經。宗。教。法。廷。所。判。決。者。不。得。鬪。事。涉。婦。女。嫁。資。者。不。

得鬪。

蒲曼諾曰。婦女不能鬪。故以女子挑鬪。不指明代鬪衛介爲何人者。其約鬪戰贖。例不受。又婦人非稟於其夫者。不得下戰贖。而挑婦女決鬪者。又不必告其夫。

要鬪或受要人。年在十五下者。則不成鬪。然可令人代鬪。其身爲孤兒。其保父願出從事者聽之。

田奴世僕。其可鬪事例如下。一、凡奴僕可與奴僕鬪。二、遇復身人。或平民貴人。惟爲所要。乃得與鬪。若已要以上諸色人鬪者。以地望之懸。諸色人可不受贖。三、雖鬪。其主令之止者。不得不止。四、必經受主家專許文書。而後可鬪。平人。五、教寺奴僕。遇人可鬪。與平民等。示承教也。

第二十六章 爭訟之一方人與干證決鬪例

蒲曼諾言。兩造對簿。如一方人。覺彼方干證。將作反對誓詞。可告官云。彼方證人。乃係誑子。如證人不相下者。即可下贖要鬪。其正式法典訊鞫作罷。以旣決鬪。卽以勝負爲

曲直也。

卽彼方有第二證人。至此亦無須具證。蓋使具證。此獄便應取兩證人辭。作爲判決。惟不令具證。而後第一證人辭。成虛設也。

第二證人。不容具證。亦不得更令餘證具辭。更令餘證。卽爲不直。但使無下贅要鬪之事。用第一證人之後。尙可令餘證具辭。

蒲曼諾又言。使甲乙兩方人爲訟。甲旣令丙爲證。丙於具辭之先。可云。吾於此案爭端。不願涉鬪。無論如何爭執。不涉吾事。但若以吾爲可信者。吾則具辭。表其實而已。如此則乙不得與丙鬪。須與甲鬪。設甲負者。官亦不得以甲爲不直。特不得用丙爲證而已。

所以知此等爲當日法廷習慣者。以鬪證之俗。見巴法利亞及白爾根兩法典。盡如右言。不設制限也。

前於袞的博所造律令。所爲阿古博及聖達維圖深譽者。已詳言之。袞的博律謂。被告

所具證人。即以誓明所告爲誣。應許原告。要此證人決鬪。蓋彼既灼知所告爲誣。且又設誓。以明其辭之信。如此雖守其言。至出於鬪。當亦無難。故自此王垂法。作證之家。雖百方求免鬪。有不能矣。

第二十七章 訟獄一方人與會審員之決鬪

決鬪用於亭獄。乃最後無以復加之解決。故續訟覆訊。與決鬪性質不兩存者也。如羅馬及教宗法典。所謂上控平反者。皆此時吾法所未之前聞者也。

尙武好鬪之國。所爭在榮節。而不必公理。故上控平反。法不可行。然可以兩方人所相施者。施之亭獄之官。蓋法官既判。而一方人以爲不平。要其決鬪可耳。此則與其武健精神有合者也。

故當彼時。其所以爲翻控呼籲者。乃刀劍擊刺之事。而以蹀血爲解決者。非若今時。所爭在文書筆舌間。文書筆舌之爭。惟後來人乃有此智識耳。

聖路易法典。謂翻控函悖逆失平二義。又蒲曼諾云。假有世僕田奴。欲控其主。於其身

家施非理事者。須先致還受地。已乃向其牧伯上控。致要鬪之戰。贄於其主人。主人亦向公廷宣。此後是奴。非已服屬。乃受贄也。

蓋以田奴世僕。於其主人裁判。敢爲翻控者。此無異斥其主人判語爲不公。而不以實也。夫奴對主人所言如此。一出口間。已入悖逆範圍。此聖路易之說所由起也。

是故行此者。常爲避重就輕。不直攻其主之身。而攻其所召集之會審員。蓋拂特法廷。其建立指揮之者。固其主人。而列坐裁判。則會審員也。用此冀免悖逆之嫌。而所攻者。可與爲決鬪之事。

雖然。向拂特法廷。斥其斷決。故不以實。乃極冒險事。假受判之一方人。待其議決。宣判。然後斥其不實。則全堂法官。皆當決鬪。以證所斷非誣。此一方人便應一一歷鬪。蓋衆議僉同。罔則皆罔。非盡鬪之。無從決也。以是之故。受判者。常先請會審各員。各將意見。以次宣布。譬如首座先宣。次座未起。受判者即可憤然。斥其誣罔。由是作鬪。不過一人。取勝分數。乃較多也。

而德芳田則云對簿之人非俟會訊者三人宣畢不得徑斥爲誑。既斥之後亦無歷闕三人之說。至全堂法官其不盡闕不待論矣。德之所言與前節蒲曼納所云不同。如是非二法家有信謬之殊。實緣當日此等習慣隨地參差。原無一律通法。蒲之所言者係克列芒部之俗。而德芳田所紀者乃畔曼埵之俗也。

會審員宣判而被受判人斥爲不實。判者仍守前判不移。於是法官卽令下贄。受判人猶不服。乃收押。而判者不然。蓋會審諸員係地主公侯臣屬。職應扶衛法廷。以與不服之人鬪決。非然者須罰六十栗拂。緩也。

既斥法廷所判爲不公。而又不能鬪勝。以證其判實不公。則應罰六十栗拂。以與法廷之主。並出同數。以與被斥之會審員。凡經頌言所判與前員同意者皆得受緩。

人犯大辟重罪。既被捕獲論決者。不得以前法翻案。知如是之人。既不能幸逃法網。常望用此延宕時期也。

旁觀謂法廷所判不公。又不能以決鬪自證其說。貴人罰十蘇。田奴半之。坐妄言生害。

之罰。

法官及會審員。決鬪而負。不得傷其性命肢體。假其獄爲大辟重罪。囚負則死。

斥會審員。乃以避徑斥本主之悖逆。然使其主無臣屬合格之人。可以召集。或召集矣。而員數不敷。則應出貲雇請牧伯之僚。求其會審。顧此等人。如不願判決。可云彼之來會。不過宣言意見。以備甄采。非爲斷決之論。云云。如此本主。卽應親決。宣判而爲受判人所不服者。則以己身應鬪。無旁貸者。

假使地主極貧。無力雇請。或竟未嘗雇請。或請矣。而牧伯未許。如是則地主不得獨斷。以不得獨斷。卽亦無人赴愬。主奴間設有違言。須同赴牧伯法廷。聽候斷決。

由是而拂特諸侯。司法之權。坐以漸失。吾法法家相傳古語。食采是一事。司法又是一事。卽由此起。蓋食采有地之家。往往無合格臣屬。可資召集。以立法廷。致一切民間獄訟。必申送牧伯。爲之亭質。行之久而成俗。遂若本無司法之權。求復此權。不但力所不逮。而亦無此意向也。

會審員當宣判時均應在坐。因宣判罪人或不承服。抑斥言不公。卽應厯問諸員。是否與宣判者同意。則答曰然。故德芳田謂當此時。不能游移推托。游移推托。卽爲無禮失信。事關榮節。莫或爲也。此等習慣。至今猶見諸英國助理陪審之制。每逢大獄。事關人命者。助理宣詞。不可不合一也。

是以判決之詞。恆出於會審之多數。如兩說相半。案屬刑法者。則於罪人從輕。屬逋負者。則於債家量減。若係承襲業產。所原者亦在被告也。

德芳田又言。當地主於境內受地人召集會審之時。被召者不得輒云。以會審者只有四人。不願入座。亦不得云。因全數未到。或因最爲更事明法之某某未來。不願入座。蓋受田之戶。於地主誼近君臣。於召集會審時。爲前說者。無異於兵事時。以同列放棄義務之故。已亦棄之。而地主旣立法廷。意必求爲人民所尊重。故所選召。意中必取封內最爲智勇之人。召而不來。法典將廢。拂特受地之民。於其地主本有二種天職。一曰執兵禦侮。二曰會審法廷。而在當日世風。會審法庭者。實無異執兵禦侮也。

拂特諸侯。召集法廷。本以亭封內之獄訟。然使諸侯親與受地之戶有爭。兩造就質自集法廷。亦爲合法。又若審斷不平。侯家亦得指斥要鬪。所異者。會審諸員。於侯爲臣。誼在尊承。而侯於會審諸員。爲君。誼在仁恩。由是相沿禮俗。於侯家所指斥者。常立區別。視所指斥。爲繫全體。爲屬個人。假爲全體。是侯自斥已立法廷。身先蒙辱。無可鬪也。惟指個人。自可要鬪。其人而負性命財產。均歸侯家。亦所以定一方之秩序也。

上節所言區別。固指侯親就質而言。願其事入後稍有推廣。蒲曼諾謂。凡受判一方人。指斥所判爲不平者。僅指一員。決鬪卽不可免。若係指斥全體。則法廷諸理。得衡於二者之間。或徑以決鬪解獄。或仍依法典定讞。意當蒲時。決鬪解獄。固已漸稀。第所言法廷得以自由衡擇兩可之間。實與當時榮節觀念。及臣僚尊護君侯法廷之誼不合。故蒲氏所言。乃吾法法典歷史中所僅見也。

亦非謂一切不遵判決者。皆當侯鬪而後決也。不獨在前事不盡然。卽他獄亦不皆爾。讀者應記前二十五章中所言之限制。蓋尙有牧伯與王者法廷。得以命人判察戰贖。

之應受與不應受也。

獨至國王法廷所判決者不容不遵。王者於本國無敵體則無可決鬪。決鬪者必平等也。而王者之尊於國中爲無上故亦無可上控求平反也。

此爲國法而亦以範圍民法。蓋得此而司法衝突之風乃差減也。假有小侯慮其法廷將有不遵判決之事。但事關公理不容復搖則預請於王乞遣專官其斷語不可不遵者監之。此如德芳田所記戈爾貝神父一事。法王斐立爲遣全體法司以享其獄。卽此義也。

又使不能徑得監審者於王則移其法廷。附入王所。又使王與己之間尙存牧伯則移其法廷。附於牧伯。復由牧伯附之於王也。

故古司法。雖於今世覆獄諸法。不但無有其事。抑且未有所知。然以王者爲國至尊禮刑所出。由彼而爲百川分流之源。亦得彼而爲諸水歸墟之海。法典亦不慮其不行也。

第二十八章 籲控裁判懸延

裁判懸延云者。謂拂特法廷於一案延宕規避。或徑不爲兩方人裁判也。

當法國第二王族時代。地方侯伯曰考溫特者。有司法屬僚。佐其亭法。顧其爲長屬尊卑者。特於名位則然。至於裁判。靡所讓也。年時定期。坐局放告。名布拉錫達。其所斷決。斯爲最後。與考溫特自決。無以異也。各處法廷。相持異議。亦於此決之。惟是法廷。可以決死囚。省釋繫。與貨產之籍沒。其餘地方法廷。號森丁那利者。無此權也。

有大獄。關於國法者。則王自臨決。如教宗長老畢協。拂特諸侯。及他貴族之爭。王乃選集諸貴。共享其獄。

法家或謂地方侯伯所享之獄。法得翻控王朝之使者。其說似失考。侯伯王官。司法權等。不相統屬。所異者。使者坐局放告。歲四箇月。而其餘八月。則決於侯伯法廷者也。設有人於一布拉錫達。經斷不直。乃復翻控。已而證實爲曲。其人於所坐外。別應罰鍰十五蘇。又送詣前局法官處。受笞十五。

設侯伯。或王朝使者。見尊爵貴人。不可理喻。則令其人具保。以俟王親覆訊。嘗見默支

令甲凡翻控必在王廷。而他處翻控。皆禁罰之。

侯伯之屬曰式栗甫。亦理詞訟之事。民不違式栗甫所斷。而又無愬詞者。可禁繫令服。若有愬。則致諸王廷。以俟王之司法爲覆訊也。

由此觀之。向所謂裁判懸延者。殆不數觀。蓋當其時。民所有言。非曰坐局法官之惰廢。與溺職也。實常訾其苛嚴。至今考諸舊律。猶有侯伯法廷。坐局歲不得逾三次之條。此非慮其廢法。而實杜其喜事。明矣。

降而小貴日繁。封地之中。其相繫屬又異。由是而有法廷不集。失亭民獄之事。而此類之籲控乃生。且牧伯緣此。而有緩罰之入。此其風之所以盛也。

決鬪之風日滋。有時會審之寮。不易召集。而獄遂懸。於是有籲控裁判懸延之法。令此在法史。亦得失之林也。蓋當日郡國所有之戰爭。常起於違背國法之事。猶之今世列邦兵釁。常藉口於破犯公法也。

蒲曼諾言裁判懸延。不容有決鬪也。其故有可言者。地之侯伯。地位本尊。爲民所承。不

可鬪一也。會審之員亦無可鬪。蓋鬪者起於疑似。失在懸判。必有日月期會可言。失斯失耳。無可抵鬪。因而致鬪二也。判且無有。何謂不平。其無可鬪三也。終之裁判虛懸。過在諸理。其所得罪。不獨造訟之兩方。實於有法廷之侯伯。不肯盡力。而侯伯與其封內受地之家。誼在君臣。又不可鬪四也。

懸延上控。證以證人。證人之詞有虛實。從此或生決鬪。雖然此鬪。與侯伯及其法廷諸員兩無涉也。

抑其事起於侯伯所召集之羣僚。召集會審。不復省獄。或逾期。不爲裁判。則訟者可控之於牧伯。果其不直。只出罰錢。錢歸主得。故無陰助之事。彼且收其分田。責令出所罰之六十粟。拂而後已耳。

懸延之事。由於地主。常因會審員數不齊。或竟未經召集。如是者可控之於牧伯。然牧伯則但召兩曹對簿。不問地主。以其尊故。

然而地主常於牧伯。自請覆驗。假使前控爲誣。本獄仍歸審訊。而罰上控者六十粟。拂。

使所控爲實。則地主坐失本獄之裁判權。而歸牧伯法廷訊斷。蓋訟者之上控懸宕。所蘄政在此耳。

有時拂特諸侯。卽在自設法廷。爲人所訟。但爲不常見事。見者必田畝爭執。此獄每多延宕。然而會訊諸僚。可以王命。致地主使對簿。蓋會審員本地主所召集。不得以臣召君。惟用王命。可乃召也。

使地主始令裁判虛懸。繼而卒加裁判。則上控裁判虛懸外。又可控其斷獄不以實也。凡封內食采臣僚。妄控拂特諸侯虛懸裁判者。訊實之後。罰鍰如諸侯隨意所定之數。如舊籍載拱脫部民。有向王廷控佛蘭德伯爵懸獄不斷者。及加審驗。則伯爵所延懸時期。較之當時所習慣者。尙爲短促。於是王廷判獄歸原控法廷亭鞠。而罰上控民金六萬粟。拂民以爲重。復向王廷求減。廷議不許。並令伯爵必如前數科罰。卽欲求多。亦無不可。此法家蒲曼諾親與會訊之獄也。

至其他拂特君臣之獄。有損臣下身家榮節。或所爭係采地以外之產業。皆不得上控。

裁判虛懸。蓋其獄本非拂特法廷之所亭訊。應在牧伯王廷故也。蒲曼諾云。凡臣下於主上個人之身。固無裁判權力也。

以上所述。於一時法典。雖經細考。尙難盡明。蓋此等事。諸家紀載。本多矛盾紛駁。去其葛藤。尋其根葉。在不佞固亦得未曾有者耳。

第二十九章 聖路易之朝代

至法王聖路易。乃盡取國中決鬪亭獄之俗而除之。此見於其朝之詔令。與其所著之憲法者也。

雖然。其在子男法廷。則但禁不遵判決之要鬪。

蓋拂特法廷所裁決者。必其封內臣民之獄。臣民斥本主法廷斷決不平。必與宣判之理官要鬪。此舊俗也。至聖路易始著法。令受判者。得以聲言冤抑。而無取於決鬪。此在法典可謂大變古俗者矣。

聖路易謂國中拂特法廷所判封內大小獄。受判者不得斥言不平。抑不以實以悖逆。

故。夫使其事。施之邦君。且爲悖逆。則自國王共主言之。其爲悖逆。乃彌甚也。雖然。受判之人。有屈抑者。許其要求覆鞠。所要求者。非曰法官之故。不以實。抑不公也。祇以有忽。或懷成見。夫如是者。不但爲法所許。抑亦不得不然者也。

凡王畿之內。法廷所斷。不得斥言不公。設有冤抑。許求覆訊。若吏不省。許其上書求省於王之法廷。

至於拂特法廷。斷決不平。許其指斥。乃上其獄於牧伯或王之法廷。具人證。引科條。按所立法典。斷決。不得更要鬪也。

總之。無論拂特法廷所斷決之。可以指斥。抑在王國法廷所斷決之。不可指斥。解獄之法。皆不得以鬪決如前。

德芳田嘗記法立之後所初見之二獄。其一爲聖昆丹法廷所判獄。在王國之內者也。又其一爲滂狄埃伯爵法廷所判獄。猶用舊法許指斥。然而二獄之結。皆未嘗用決鬪也。

吾之述前令也。聞者將問聖路易既反古而變法矣。顧何以指斥不公之事。獨禁之於王國之中。而不禁之於拂特法廷何耶。則應之曰。方聖路易變法。其在王國。得以率意徑行。無有沮力。至於拂特法廷。各守舊制。不欲封內訟獄。去其各有之法廷。必待有指斥不公之事。而後共主之權。得以施用。故聖路易存其指斥之俗。而獨除決鬪之風。去其故俗之實。而存故俗之名。是亦變法者。不爲駭俗之微旨也。

而當日拂特諸侯。固實有不盡遵新制者矣。如蒲曼諾言。當彼之時。斷獄用二法典。一則遵聖路易新令。而其一則仍沿舊風。諸侯可擇於二者之間。而雜用之。但一獄開訊。言循其一之後。不得中易而已。又云。克列芒伯爵境中法廷。舉行新令。而附屬食采臣僕。各建小廷。則沿舊俗。顧伯爵雖舉行新令矣。而於一獄。特復舊法。亦無不可。否則伯爵權力。將反遜其臣僕也。

所不可不察者。中古法國。非若今時。統於一王而已。其中有王國焉。所直隸於王者也。有封國焉。所分治於諸侯者也。直隸於王者。王而外無所承也。其分隸諸侯者。各承邦

君而以王爲之共主者也是故王之出令制典也在王國之中可以徑行己意至於作法以統羣侯則以風俗異宜必相咨度待彼畫諾加璽而後可通不然則或承或否視其領地之便而羣侯之下尙有食采受地之臣僕其於羣侯猶羣侯之於共主聖路易之爲新令也未俟羣侯之諾者也願其令體大而關於封境之治甚鉅彼受而行之者必從其法之於己有勝利者矣故羅白脫者聖路易之親子也封於克列芒爲伯彼則受其父之新令矣其中舊封臣僕則各守舊俗而不以爲利行也

第三十章 指斥裁判之則例

一方人有以裁判爲不公而求解於決鬪者必在法廷宣判時故蒲曼諾云兩造已離法廷無所指斥者即不得有後言以其獄爲已決也此例至今猶然雖決鬪風亡法意未嘗異也

第三十一章 續述前例

惟田奴於其主之法廷不得指斥此可得諸德芳田所紀述與法國憲典所載者也德

芳田云。主奴之間。除上帝而外。無理官也。案齊國亦云君臣無獄

此亦決鬪解獄之則例也。故田奴可鬪貴人。而得指斥裁判者。惟經受勅書與相沿已久者爲能。然而貴人終不願與奴鬪也。故德芳田常欲請設特令。求變此俗。不使會訊之員。以田奴斥獄之故。須出於鬪也。

降而決鬪之俗。漸以不行。而覆獄之新典漸用。齊民冤抑。有所控愬。而田奴無從。人心以此爲不公。故法國法院。後於田奴之愬。乃一律受之。

第三十二章 續述前例

諸侯法廷。有以斷獄不公。爲人所控於牧伯或王者。侯身常親至對簿。亦爲其法廷自辨護也。又若以懸判爲人所控者。侯身亦必與愬者偕。以若所控不實。帶獄回所部。其裁判權仍不墜也。

法典降愈繁複。上控之事亦多。以上二則例。既所必循。而諸侯遂有不暇給之勢。奔走牧伯法廷。而所勤者皆他人之事。事窮則變。故華魯亞斐立著法。以其部之長史代行。

而侯身不可得召。入後控愬尤多。則令兩造爲侯判所左右者。自爲辨護。侯之所判。雖常爲所曲者之所攻。亦常爲所直者之所護。故侯與長史。皆不必至也。

不佞前謂諸侯有被控懸判者。使所控而實。其坐失者。不過此獄之裁判權而已。顧入後則懸判而外。往往其身爲人所上控。如是受驗而實。律著罰鍰六十粟。拂控於王則王受之。控於牧伯則牧伯受之。由是而異法興焉。獄旣平反。而罰一方人鍰。轉使侯受之。此例沿用綦久。至盧支安且著爲令。顧以其據理之謬。已而廢不行也。

第三十三章 續述前例

自實事言。一方人受判爲曲之後。而乃指斥理官斷決不平。欲用決鬪伸理者。固無幸也。蓋雖理官受贊。卽鬪而負。其反對之一方人。業經受判爲直。必不能以他人鬪負之故。遂反爲曲。而俯首受法明矣。則雖幸勝理官。而與反對之一方人。又須鬪也。然而第二鬪者。非以明前判之平否。蓋判之非平。已於理官之被勝而決。今所鬪者。證指斥之義不義耳。是故法廷舊例。至此常爲宣語曰。本法廷今將翻訴之詞作廢。又將翻訴

及所翻之判語作廢。然則自其終效言。彼指斥理官斷決不平而起鬪者。使理官勝而身負。則翻訴之詞曲矣。使身勝而理官負。則不僅判詞廢也。而翻詞亦廢。由此仍爲未決之獄。須加覆驗而已。故德芳田言。翻獄者欲以決鬪求勝。無此事也。此自當日情事言。固信。然後來翻獄。而由助理人覆加察驗者。無此宣詞。觀佛拉文謂法院職在詳獄。此等文法。不能與設立之意兩存。可以見矣。

第三十四章 法典裁判之事何緣而有祕密

決鬪俗行。則亭獄不可以不衆著。攻與禦之事。皆在人耳目間。故蒲曼諾曰。證人爲詞。必在公廷之上。

勃提耶注家。謂聞諸舊吏。考諸法典故籍。皆云古刑法獄。亭諸通市之中。一切施行。與羅馬之俗無甚異。此因民不識字之故。當日之民。不識字者固甚衆也。人之意想。必得文字而後凝。而祕密情事。乃可以不洩。自無文字。欲事無忘。誤非著之於衆人之耳目。令共見而共識之。固不可也。

法廷會訊所召集者。封內之食采臣隸也。凡其所裁判之獄。與民人之所訟訴者。久輒易忘。而奇請他比之弊。或出。惟有文字紀載。著爲成例。治獄者取而循之。乃無愆忘之事。由是兩造當廷。均不得斥駁證人供詞。要其決鬪。以用此則爭無已時也。

降而私密之裁判。漸用前者獄事。無所不公。今之獄事。無所不密。訊質探訪。覆驗駁證。司法各員之意。見一切皆祕。而不宣。蓋法各有利行。而亦視行政之規。以爲合此。可以觀世變矣。

勃提耶注家。謂裁判祕密。始於千五百三十九年。吾則謂其變。以漸。自聖路易變法而禁決鬪。當日諸侯。從違相半。後復修令。從者降多。而獄遂無取於衆訊。故蒲曼諾謂獄之證供。對衆公聽者。惟許以鬪決者爲然。餘皆祕密聽問。而吏受詞書之於策。故裁判祕密。以大經言。自決鬪之風漸息。而後然也。

第三十五章 法廷訟費

往時吾國法廷。無責令一方人。使出訟費之事。蓋獄經裁判。曲者出鍰。以與設廷之諸

侯。及治獄之僚衆。所罰已多。卽用決鬪。鬪而負者。身產兩亡。其罰可謂至酷。凡此皆可以褫健訟者之魄者矣。至於常獄。其解也固無俟鬪。然而地主小侯。既得緩罰之利益。故雖甚費。不可不承。所費非他。在召集法僚。與建設法局二者已耳。且其時民質厚而法簡易。一時爭端。皆可當廷發落。非若後世文法之繁。簿書山積而鈔錄川流也。是故訟當其時。固無事費。

訟費之興。其自翻控之新法用乎。德芳田曰。使一方人依聖路易律翻控。例出費。其用常法翻控者不然。獄之仍歸拂特法廷者。王廷所得。不過罰鍰。又得據所爭之產。一年零一日耳。

以翻控之易。而翻控之獄。日滋。自法廷常易其地。而對簿者。有傳送之煩。自新例日繁。而案無速結之望。自舞文者衆。雖有至公之請。願其辭令。不可不精。自巧者知所以致人。而與法相遁。自原告常以勞而破家。而被告反以無事而逃。罰自辨飾雲興。往往積累。卷之詞。而莫知其所主之說。自稱明法者。徧於國中。而不識直道爲何物。自詐僞之。

風有所獎。激而慝者。無保護之可邀。由此乃不得不以甚費之可畏。沮人民好訟之風。蓋直者。既出費以求判而曲者。又必出費以撓之。此訟費之所由日廣。而君王查理乃爲設訟費之專條也。

第三十六章 國家大理

沙栗理普諸蠻夷法典。科罪大抵皆罰鍰。當時固無專官。如今日然。以爲王國專理刑法之獄。所謂大理者。其時爭訟大抵私家害損。治其獄者。亭以賠償。故其獄多民法事。而亦盡人能理者也。而羅馬法典於民獄之不入大理所治者。固有專設科條。

決鬪之習俗未除。大理之官固無由設。誰能以身爲衛介。以櫻天下之要鬪者乎。

狼巴邱法典。有穆拉多黎所增入者。謂當吾國第二族王朝時。有大理辨護之設。然使學者取其全體觀之。將見其時所設。與今世所設大理之官。大有異也。蓋當時同稱之官。其所有事者。雖非私家之訟。而所職者。特爲王家料量公私庶務已耳。故法典條款中。從未言委之以刑法之獄。與察拂特承襲年格。及教俗之爭訟也。

大理之官。當決鬪盛行時。固無從設。顧有一事。大理辨護。可以決鬪。穆拉多黎所增條款。置此於顯理第一憲法之後。蓋卽爲此而立者也。其憲法曰。人有親殺其父。若其兄弟。及他親屬者。卽不得受其產業。其產業應歸他親屬承襲。本人產業沒官云云。故大理辨護。所得受要決鬪者。必待產業沒官之獄。而後爾。大理之設。卽以保護官家權利者。此固與法意合焉者也。

若盡取前例觀之。則大理辨護。所督察者。可歷舉也。如有人捉獲劫盜。而不獻諸拂特侯伯者。有煽惑居民。使畔拂特侯伯者。有侯伯所斷死囚。有敢行劫奪營救者。教會容庇劫盜。抗令不繳。有敢爲之辨護者。將國王機密。私通外人者。羅馬皇帝使人過境。有顯然暴犯者。對皇帝批旨。有顯肆輕詆。而爲皇帝所查辦者。有抵拒通行圖法。不肯收納者。終之。凡一切案關王賦。應歸大藏辦理者。皆大理之所効治者也。

至於刑法之獄。未見當日大理辨護之或察問也。如私鬪之獄。縱火之獄。乃至當堂擅殺法司。以及分別奴隸平民身家地望之事。皆所不關者矣。

蓋此等條款不但爲鑿括狼巴法典而設。乃兼取當時所增令甲爲之。故其爲第二族王朝現行法令無疑。

又可知者。此等大理辨護之官。至第二族王朝之季。已與各部察獄使者同爲廢制。蓋其時法國。既無通行法典。又無統匯財賦之司。無每歲定期坐局放告之侯伯。而所謂大理辨護者。其最大職。卽以保護侯伯法權。自侯伯權廢。其官亦無所事矣。

自第三族王朝建。決鬪之風愈行。決鬪盛。故大理之官。亦無由立。是以勃提耶於其鄉野會要一書。所言獄訟之制。僅及當時之貝栗拂沙占德等官。考舊典與蒲曼諾所言。當日治獄察究之方。可以見矣。

嘗見摩訶加王雅各第二所垂法典。而得王朝大理一官所由立。至此。其設官之意。乃與今設者無殊。可知法典習慣未改之先。此等專官。固無由見也。

第三十七章 聖路易法制何緣久而忘廢

聖路易法制之行也。其興。其用。其漸廢。統而計之。爲時固甚暫耳。

此其所由然之故。請得而論之。蓋聖路易條例。當其纂輯之時。非以爲劃一之通制也。雖此意於序及之。而非其實。其所輯者。固賅衆科。凡屬民事者。屬於產業相傳者。屬於婦人奩產者。屬於采地賦入。田主權利。以及地方察奸禁暴之所行。凡此皆其條例之所著也。願學者宜知當彼之時。一城一邑。一鄉一市。各自爲俗。如此而制爲通令。欲整齊而劃一之。是欲取殊俗異禮而變之於一朝。至難之事也。微論其爲聖路易之時代。就令今王威伸全國而爲臣庶之所服從。取而行之。猶以無效。何則。俗固不易驟爲變也。故政法格言有云。法之利害相等者。勿變。使此言而可用也。則變而爲利甚微。而不便無算者。其宜果與否。不俟言已。使學者深察當日之世局。見一國之內。無數小侯。自貢主權。彙無不王制。將悟纂輯新典。頒行國中。而蔑舊有之章程。與久行之習俗者。乃當日政界中人。略有闕歷者。所必無之觀念矣。

前說而信。則其法雖立。非經當時議院中諸侯官吏所贊成承諾者。又明亞米安市廳法籍所載。爲杜康芝所引據者。固自誤也。或謂此令之頒。在一千二百七十年聖路易

將往刁匿思之先。其說尤不可信。蓋聖路易赴刁匿思乃一千二百六十九年事。杜康芝所言不誤。但杜由此謂前令頒行。即在聖路易去國之時。則其說又爲巨謬。不悟變法最蹈危機。令而不行。逆節萌起。此何等事。乃於出國離本之時。爲之耶。大抵變法。必行乃英辟之業。若以必行爲期勢。須赴以全力。此誠非監國假權者之所能。況當日監國者。卽權均、力等之諸侯。而所利在法之無變者。耶。時則有瑪太、聖丁尼之長老。有沁蒙、涅思里之伯爵。又恐二人中萬一有死者。特置之副。如斐立伊無閣之畢協。所以代瑪太者也。如約翰、滂狄埃之伯爵。所以代沁蒙者也。而約翰者。卽前第二十九章第八節所指之滂狄埃伯。於其封內。不肯行用新律者也。竊謂今日所存之條例。與聖路易所制垂者。絕非同物。觀其中引謂聖路易法典。則非本法典可知。又蒲曼諾所引用者。皆聖路易專令。無是書所纂輯者。德芳田著書。卽在聖路易之世。嘗紀新例始用之二事。其語意若事隔甚久者然。故知聖路易制法之日。必遠在是書纂輯之前。蓋是書之成。必在聖路易末年。或其已死之後也。

第三十八章 續申前說

然則今世法家所指爲聖路易條典。晦隱鉅亂。歧義紛然。雜出於法蘭羅馬二律之間。初若王者之創垂。而實則私家所彙輯者。果何物耶。欲瞭然於其性質源流。學者非置身於時代間。不可得也。

聖路易親見其時刑獄之無友紀也。則本其先覺之意。欲示其民以其俗之當惡。由是於王國之中。立數新令焉。又於小侯所封之土。立數新令焉。取而行之。爲多數國人之所順也。故聖路易死。而蒲曼諸紀述其事。輒謂聖路易訟獄新令。爲諸侯所承用者。居大數也。

蓋如是而聖路易之所嚮者。遂達方其爲法而使諸侯行用也。非必有意遂爲一世之通法。責必遵也。爲之法。式焉。俾四國有所則倣。且以見於有土者無不利也。去其太甚。示以良規。及其行之。又羣然見其事之合天理。順人情。道德宗教兩無所背。而國以治安民之身家。以無隍杌。則推之滋廣。而舊俗寢以革耳。

知其俗之不可以束縛而馳驟。乃爲之誘納焉。慮其威之不必伸。乃以柔道使之悅。而從我。是非明。王哲。辟不能用其術也。蓋理之服人。不獨其順己也。而有時其箝制人之力。實過霸朝。其始未嘗無逆節也。顧其終勝。卽存此逆節之中。反側齟齬。少見。輒歎已而馴服。乃愈至耳。

聖路易欲國人知舊行之法之不善也。故飭譯羅馬法典。使當時言律之家得誦習焉。德芳田吾法言律最古者也。其所言多羅馬律。自其書全體言。則合法國刑獄舊法。聖路易新令與羅馬律三者而成書者也。蒲曼諾所論少羅馬律。而調停於新舊法典之間。

不佞以謂今之所謂聖路易法令者。乃其時奉法吏之所纂輯。其用意與德芳田蒲曼諾二家正同。而與德尤相類。其書封面標題。旣云照巴黎鄂利安及拂特法廷所行律矣。而序文又云。乃取通國與安珠部及拂特法廷所行用者論之。由此可知其書本爲巴黎鄂利安安珠三部而設。猶蒲曼諾德芳田二家之爲克列芒與辟曼埤二部而有

事也。蒲曼諾書言聖路易新令爲拂特法廷所承用。非無據也。

故此書纂者。乃取當時現行之律。與聖路易新令而并載之。雖非專純。而於吾國法典。極可寶貴。蓋後世法家。所賴於安珠舊俗。聖路易法令。猶有考者。乃在此書。總之法蘭古典。以是書乃有存耳。

其所以與蒲德二書異者。以其中詞氣之不同。乃立法者責令施行之語。蓋本合習慣。著令爲書。其措詞固應爾耳。

其書所病。在非專純。而爲兩行之律。有法蘭。有羅馬。拉雜並著。無所折中。往往事不相類。牽涉得書。矛盾牴牾。亦自不少。

吾非不知法蘭舊律。與羅馬有極相似之處。如公集僚庶。以建法廷。斷決爲末。不容翻控。其宣判也。於有罪者。則曰康闕晤。譯言吾斥。於無罪。則曰阿布梭爾福。譯言吾復。凡此皆與羅馬市鞠之俗。相吻合者也。顧不得以此。遂云其法爲純。蓋其中實用古法亭獄者絕少。而所承用者。大抵羅馬皇帝所新立。用以制限救正法蘭刑律之偏者也。

第二十九章 續申前說

聖路易所定法廷訟斷之法。已而不行。所以不行。亦自有故。彼知舊法當變。而所以實變之者。未嘗及也。如亭獄最善之術。變舊最良之方。皆所未暇。去其舊而新者。又未嘗也。則浸假又有其新者出矣。

故聖路易法令雖立。要。可以爲變俗之階梯。而未。可以爲法典之進步。開訟之門而已。至於亭斷之折中。則未有也。蓋訟之門既開。向之所用於小侯之一方者。往往遂成一國之通例。用此而條例積多。自爲一部之新典。而聖路易法令。猶造屋者之有木架也。速屋成。而木架乃墮地矣。

故聖路易法令所得之果效。非立法者所前期也。由來世變之興。嘗待數朝之醞造。事機既熟。則變革從之。

已而法蘭有議院之立。然其性質。與英倫之所有者絕殊。法之議院。乃國內最尊獨立之法院。所以了決衆獄者也。其始立也。所聽者。拂特諸侯及宗教長老。舉協之獄。與夫

臣下得罪國主者。故所治者國法而非民法。繼而一國之獄。乃莫不聽。向之坐局。歲有定時。繼乃無息。向之司法。數員而已。繼乃滋多。時短員寥。不足以待獄事之繁衆也。自議院爲最尊司法之機關。而官有定程。其中奏當成事。遂漸成一宗之法典。芒祿約翰於哲王斐立之朝。亦嘗薈萃成書。至於今法家所謂鄂林漢典冊者。卽其書也。

第四十章 教皇法諭所由雜用

學者將曰。聖路易法典既不用矣。顧何以承其乏者。非羅馬法典。而轉雜用教皇所定之律條耶。應之曰。其雜用教律者。以當時有宗教法廷。常行教律。而爲時人目擊之故。至羅馬律。固無法廷爲守而用之也。夫於刑律。分爲神道世俗兩大宗。此自後世有此區別。當時人未之知也。故民之訟也。一於僧侶。一於有司。而其訊鞫之也。亦未嘗致謹於其異。而當日之民。一若王官有司。所不可使教宗稍分其權者。獨於拂特制置之訟。與夫罪犯之干涉教域者耳。至於其餘。皆可任也。假有契約之訟。往往其始則赴於有司。轉而質之於教侶。夫教侶雖有裁判。其令固不能責行於有司。然有驅逐出教之權。

爲時人所最畏者。彼得利用此柄以爲威。獨由此猾桀之民往往案經有司矣。已而移控教廷以期異論。故其利用教律者以其稔之也。其不用羅馬律者以其無所知也。夫獄見諸實行者也。民之所趨必其所已行。

第四十一章 宗教與有司二刑柄之消長

古法國之拂特小侯無數。各自爲法。治民之柄分而操之。而宗教刑柄之日張。由此宗教之刑柄張。則小侯之權力弱。小侯之權力弱。而王朝之法制行。王朝之法制行。而宗教刑柄之焰熄。此其大經也。法院既立。其治獄之典始固。皆取宗教法廷之善者而用之。已而其不平大見。然而王制立矣。其勢力日進。所必取宗教法廷之不平。而救正之者。自然之勢也。夫宗教法廷所爲。當是時實有使人不可復忍者。欲證吾言。且不必毛舉而細論。學者但取蒲曼諾勃提耶所紀載。與其時王之詔令。合而觀之。可以見矣。雖然。吾將獨舉二事。其利害關通國者。此二事極無道。不久爲詔令所禁除。蓋其得行也。固當民智晦盲之秋。譬諸魅然。出必以夜。曙光微呈。不可見矣。又以其時僧侶之無所

叫。置。吾。又。知。禁。除。之。甚。易。而。無。所。沮。蓋。人。心。善。機。未。嘗。盡。絕。雖。至。不。善。未。嘗。不。可。與。更。新。也。其。二。事。云。何。一。民。死。於。教。會。無。所。佈。施。者。於。彼。法。名。未。經。懺。悔。死。人。若。此。人。者。不。得。以。景。教。禮。葬。又。使。其。人。死。無。遺。囑。其。親。屬。必。向。畢。協。聲。明。請。派。公。正。人。議。以。若。千。佈。施。於。教。非。然。者。爲。有。罪。也。又。民。或。娶。婦。合。昏。之。首。三。夕。不。得。與。婦。徑。同。臥。須。出。費。向。其。地。畢。協。取。縱。容。書。乃。得。真。合。不。爾。亦。爲。有。罪。其。必。擇。是。三。夕。爲。售。而。不。察。餘。夕。者。以。其。最。爲。利。市。故。也。如。此。類。法。已。而。皆。爲。法。院。所。改。革。此。見。羅。嘉。烏。法。國。簡。明。法。典。中。又。見。王。朝。申。飭。亞。米。安。畢。協。之。詔。令。也。

姑。置。前。說。而。取。一。切。權。力。消。長。論。之。無。論。當。任。何。世。遇。任。何。政。府。我。曹。於。其。中。見。有。數。宗。政。界。之。人。各。求。權。力。之。增。進。而。互。相。抵。觸。齟。齟。者。慎。勿。謂。此。傾。排。競。進。者。必。皆。小。人。而。無。脩。潔。之。士。也。嗟。乎。魁。偉。怪。傑。之。人。所。絕。少。能。安。澹。泊。而。樂。甯。靜。者。其。性。質。殆。與。生。俱。成。而。未。由。解。免。者。也。是。以。一。進。之。餘。常。不。知。退。何。則。進。循。前。軌。勢。甚。便。也。退。而。自。勸。勢。甚。逆。也。故。於。如。是。之。人。求。其。公。正。求。其。殉。國。而。無。所。私。轉。易。求。其。明。智。求。其。知。存。亡。

進退而察未形之變至難。

得位行權。其人心所最樂者乎。而豪華則尤。喻其可樂。是故雖其人甚愛道德。甚尚廉貞。而如此者。終不敵其自愛矜己之觀念。嗟夫。古今之人。既精白其一心。而猶知惟此無他腸之所存。乃猶有其不可用者。蓋未嘗有人具此幸福也。吾黨所圖。其所待於外物者。固至衆。其勢常若使求爲善人。甚易而欲爲哲人。至難。夫善功之不數觀。比之善志。豈特千萬相越也哉。

復案。此章之後二段。眞孟氏曠觀千古。橫覽五洲。驚心動魄。喫緊爲人之言也。其言似爲宗教中人而發。夫歐洲景教之禍。中古最烈。固迷信也。而以爲上通帝謂。下救生民。深信極守。不可或搖。甚至言論自由。目爲莫大之孽。積薪舉火。以焚生人。猶曰毀其軀殼。乃救靈魂。極天下之至不仁。而信爲深慈大悲之事。負具權力。不可以口舌爭。而其人又脩潔端直。承天畏神。至今讀其歷史。尙不能徑指之爲惡人也。而爲禍常如此。中國固無教禍。而東西心德。恒不相遠。若東漢之黨錮。趙宋之道學。朱明

之氣節。皆有善志。而無善功。嗟乎。委隨。既不可行。守正。乃或尤害。然則。何以救之。曰。凜天下事理之無窮。知成心之必不可用。孔曰。毋固。佛曰。無所住。而生其心。惟日孜孜。以從事於下學。以自脫於拘虛囿時篤教三者之弊而已。此不佞羣學肄言之所以譯也。

第四十二章 羅馬法典之所以復行與其效果

一千一百三十七年。札思狄黏會纂。始搜獲於殘闕中。羅馬法乃有死灰復然之事。義大利官設專學教之。彼固先有札思狄黏條例。與奴韋禮譯言新典二書者也。吾於前篇已云。此種條例乃南人所樂用。而奪狼巴郎法典之權力者。

吾法此時所舊有者。惟氏阿多舍條例。其有札思狄黏法典。乃義大利法家所輸入。以札思狄黏法典之成。乃在捕捺入據高廬之後故也。此法典始行。頗有衝突之事。羅馬樸伯恒主行用教律。用他律者。每以出教懲之。願札思狄黏律。終不因是而廢。聖路易欲其民周知此典。下令翻譯其書。至於今藏書之家。尚有寫本。嗣是自定新律。其中引

用甚多。此不佞所前及者。至智王腓立則詔諸郡國。凡其訟獄。自有故事習慣可循者。只得以札思狄黏法典爲論獄析理之書。而郡國之舊用羅馬律者。則聽依比斷決。前又謂凡古俗之以決鬪亭獄者。理官裁判。所資於問學至寡。民有爭端。所以解決之者。有可見易知之習俗。父老相傳。遂成典要。曲直視勝負耳。神權用事。無疑難也。至滿曼諾時。亭獄乃有兩法。一由小侯召集封內臣僚爲之公聽。一由王朝所置有司聽之。用前法者。各循其地成案舊俗爲之。用後法者。則有所謂賢人長老爲有司指引舊例作斷。跡其所爲。主獄訟者。固無事於問學。抑高才明識而後能也。自聖路易條例肇興。而羅馬法典。經轉譯而講之於國學。奏當傳爰。各有儀法。而私家之明法辨護亦漸興。由是向之封內臣僚。與所謂賢人長老者。於獄事皆無能爲役矣。公聽之曹。漸卽解散。而小侯亦無意於更立法廷。召集會審。蓋聽訟之法降繁。非若前者決鬪聽命無形。而爲迷信尙武之民之所喜。新法委曲詳密。彼固未之或知。而亦所不願學。則由是小侯法廷集會聽獄之事漸稀。而有司問獄。乃以日衆。向之所謂有司。其問獄非自裁判也。

集其人證。而宣長老公決之判詞。自長老自謂不能。而有司乃獨判。

獄政之變遷如此。而其勢尤便改革者。則以有宗教法廷之並行。蓋教中條例。與新定民法。皆與小侯法廷勢不兩立者也。

法國自有王制以來。聽獄大法。向不得以一人裁決。此見於沙栗法典。及第三族王朝令甲者也。至是而此法竟廢。廢而相反之弊。亦見於地方之獄訟。其救正之術。則由法司派員代表舊日之長老。以爲法廷顧問之官。又獄有肉體刑決者。問官例用兩明律生自輔。蓋其時翻控至易。故前弊不能久存也。

第四十三章 續申前論

是故吾法獄令之變遷也。非有詔書明文。禁諸侯之亭訟獄也。非有特令。不許集僚以爲裁判也。有司受訴。非特設也。其裁判之權。非有所受也。事變之至。不期而成。一若勢有固然也者。羅馬之法典。法廷之成案。民俗之纂編。凡此皆須學而後能。而當日之諸侯貴人。不知文字爲何物。則其權之日去固宜。

徧考舊籍。見與前事相涉者。獨一令焉。則地方所用典獄。必選諸教外平民是已。然而此亦非特設此官令也。其令中絕無此說。察當日之出此令者。以律中。歌法之罰。得此乃有所施。當日教侶。雖或觸禁犯科。本非刑法所得及也。

亦不得謂諸侯司法之權。以其非據。有其或奪之者。其權乃日去也。權之日去。坐墮廢者有之。坐自請不治獄事者有之。歷世綿長。文法代變。而諸侯之智識才力。則亘古不變者也。宜其不相得已。

第四十四章 以生口證獄之弊

凡爲典訟之官。舍前事舊俗。無可爲依據者。其訊獄常倚證人。以爲斷決焉。蓋自決鬪之舊俗漸廢。非得人證。莫由定曲直也。已而遂有錄供之事。顧錄之者。特不可忘耳。非曰遂信而可恃也。且傳鈔既煩。治獄之費。以之愈重。於是國爲之法焉。法行則供詞大半無所用之。其法惟何。曰謹簿籍是已。得此而民之貴賤年歲婚娶生死。皆有可稽。簿籍謹。故民之上下其手甚難。而訊勘之半功已舉。譬如彼得以保羅之子而

爭龔。欲知其果爲親子否。向也必倚鄰證之供詞。乃今視其鄉之洗籍。西人生而入教。有洗禮故曰洗籍。信而有徵。推是行之。凡事之可爲訟端者。皆謹籍之於其始。以較向用生口之游詞。不旣便矣乎。故吾法之法。凡債過百粟拂者。非有契據。不得以生口證詞斷結。此吾人所耳稔者也。

第四十五章 法國人之習慣

由是而國之習慣。皆勒爲書。而拂特侯國風土不同。各自成俗。合而纂之。則法蘭西之民法也。蒲曼諾言民法。封而有之。以其離異如此。通習之者。遂爲明法達禮之家。常爲時人所宗仰。謂之法燈。於時有極大法燈。言不信全法之中。有二封地焉。所用法典。乃合一也。

其所以成此繁殊之故。有二端焉。一則前所云地方習慣是已。詳本條第十二章其次則決鬪之法所賸生也。蓋鬪之勝負常不可知。以其事之無憑。而所判者又不必眞曲直也。而異說殊文。從之起矣。

其始十口相傳。不過爲長年三老所記憶已耳。文字降用。乃成載書。而大者遂爲法典。凡此皆世變所漸成。而非人力所張主。

(一)當法國第三族王朝之初。常有詔令之頒。所及者。有偏部之事。有通國之政。此如腓立沃古斯達與聖路易之制令是已。且不僅王也。卽牧伯諸侯。亦有條教。每歲法廷坐局放告。頒令封域之中。此如布力登尼伯藁德弗理所定貴人分土之令。又羅勒弗公爵所定諾曼德典例。氏阿保羅德所定尙白音尼典例。他若芒狄佛伯沁蒙所定法典。皆此志也。由此而典籍降多。其中載法。爲全國通用者。亦時有之。

(二)當第三族王朝之初。凡爲編戶。無慮皆世僕奴隸已耳。世變多故。王與諸侯。不得已而有復民之令。

復其奴則必爲制田產。制其田產。則必爲定民法。而後有以平其爭。且奴之身固其主之產也。復之而產失。勢必有所取償。又必爲法制焉。定其應有之權利。凡此皆見於復民詔令中者也。而如是詔令。載之國府。遂爲吾民法典之綱要焉。

(三)自聖路易以降。明法詳獄之學者代興。如德芳田、如蒲曼諾則取其經歷之成案。一切而筆之於書。跡其纂述之心。固將以便其所治之獄事。未必意存法制。以示一朝民產之典章也。然而所載著者。於一時之制甚備。斯二法家。非有創法垂典之特權也。所纂述者。不過其時所共見共聞之事實。然吾法舊典不忘。實式賴之。蓋所言者。乃法國之通典也。

論法國之刑律。要當以察理第七與其後數世。爲最要之時期。蓋此時始將通國舊行習慣。勒成官書。而纂輯秩然。見一王之制作。郡部所行。皆有采取。又募集所在民獻。萃於京師。各舉所知。匯成鉅典。凡所經行。無間口耳所傳。簡編所載。皆編列之。而後排比短長。求其畫一。顧整齊之矣。而貴族平民。世守權利。必謹勿奪。故其始沿用皆習慣也。而此舉獲三善焉。載之典府。不憂愈忘。一也。折中損益。有大同之規。二也。蔚爲王章。世所嚴重。三也。

郡部法典。多所編修。而竄易者亦甚衆。其於通法顯有牴牾者。去之。所以助行通法。可

以漸期統同者益之。

故法國通行刑律。自吾黨視之。若與羅馬舊章分立異趣。蓋所分治國土相睽故也。顧吾律之中。實有數章。乃沿羅馬之舊。守而不廢。時則爲之。方其脩成鉅典也。羅馬法典乃爲吏必習之書。而晦盲之運告終。民不敢以不學相矜。而從事於無益聰明用於討論。無強爲解事之風。向也問爲樂否耳。至於其時。雖婦人猶恥之。

夫此篇法意。可爲微論者衆已。自聖路易去決鬪而用訴獄。降及察理。鉅典告成。法皆有所可詳。變皆有其可跡。願使吾書爲此。將支大於幹。而擁腫之患生焉。是故吾如篤古之家。裹糧而遊埃及。親見金塚。窅然而歸。

孟德斯鳩法意

第二十九卷 論制作法典之宜忌

第一章 立法者所宜知

夫法意何爲而作乎。鑒古以程今。將以明法家之用。心期乎中庸。已耳。治法之事。猶講德也。無過不及。執兩用中。而民生遂焉。此驗之於行事。而可知者也。

民莫貴於自繇。欲自繇。其國不可以無約法。約法而至於繁重。將法之所爲。立轉以失之。簿書文法。可以無窮也。身家財產。將以不固也。訟之曲直。或以無所驗。而公道大亡。或以多所驗。而兩造皆病。

秩序亡。則凡民無安堵之方。文網密。則舉足有犯科之懼。原告直矣。乃無由復其所亡。被告曲矣。不悟所蒙爲何罰。

第二章 續申前說

塞錫烈嘗論羅馬十二章律。中載債家逋負逾時。財主得取債家而分磔之。謂欲禁民

不量力而借財爲法不可謂重。嗟乎。如塞錫烈言。將極酷之刑。斯爲最善歟。將人性止於極端。而天理物倫。乃悉廢歟。

復案。塞錫烈自云。此法從未見實行者。意當時十二章未必有此約束。後之講民法者。有謂律文所指。乃謂財主得鬻貧者爲奴。而分其金。此近似之說。未暇詳考也。但不佞所欲言者。曩吾嘗赴順天鄉試。臨場徧閱棘闈照牆告示。士子夾帶片紙隻字入場。若皆有斷頭之罰也者。及見實行。乃大相反。竊怪明人爲此律令。而本朝因而不革。法家用意。杳不可窺。夫律倍物理人情。則責行無所。而其究也。必交出於欺。就使立法者處之。勢亦自廢。是爲法不足以止姦。而人心愈以淪喪。非徒無益。且大害焉。此風俗之所以日趨於不救也。度大清律例。此類猶多。如辦逆倫重案之類。此而不革。雖有律猶無律耳。

第三章 每有無謂之法而爲立法人之所重者

希臘峻倫法典。載當國部憤爭之際。其人於彼此無所左右。祖者謂之頑民。此自後人

異俗觀之。未有不以爲大可詫怪者也。顧峻倫有聖智之稱。不宜立無謂之法。如此使吾人取當日希臘之世局而深觀之。則立法之用意見矣。夫古之希臘。散爲無數小部者也。力均勢敵。則憤爭固時有。旣爭則必有深識廣心之士。雜於其中。其禍乃不至於極烈。今於爭而匪所左右袒者。其人往往賢也。峻倫懼分崩離析之秋。而若此人之不出也。固爲法以驅之如此。

小部紛爭。而通國之民。或首或從。皆與乎爭之事者也。此其事大殊於吾所居之王國。土廣民衆。卽有黨論。爲黨衆者。小數之民已耳。而億兆總總。皆不關休戚者也。故黨而有爭。甚且成亂。其平也在解散亂民。以歸於大衆。非煽大衆而使之入黨也。惟希臘之前事不然。國有內訌。必使少數先覺之民。親與其事。庶雖昏亂而公理不亡。知捐忿解仇。而國禍亦庶幾早已。猶之爲釀一盞之齊。漲發。僨浮入之。以數滴之涼。遂成澄醞。峻倫法意亦猶此耳。

復案哲人之言。不當如是耶。孔子欲就公山佛肸之招。而親見南子。不爲非禮。揚雄

之不去。奉朝許衡之策名元代。凡此皆信道篤。自知明知一身爲元元所託命者也。吾少時見王荊公以馮道爲知道。則色然駭之。及長見歐陽永叔之傳馮道。又心焉非之。司馬公爲通鑑。則以魏禪漢爲正統。朱晦翁作綱目。則以昭烈爲中興。而魏爲篡奪。嗚呼。言各有攸當。而義之不可以一端盡也。有如此夫。

第四章 法立而適得其所。斬之反者

無遠矚之明。而欲爲救弊之法。則所得之效。常反於其所期。往者僧侶常爭住持之產。則爲之法曰。假有兩造。爭所住持。後死者得之。此其意本以息爭無疑。不謂法立而效乃大異。由此僧侶乃大不咸。各利同門之或死。猶英倫之猶葵。旣鬪其一未死。終不休也。

第五章 續申前說

希臘之伊斯申尼。欲民亂之母。焚城市而遏水流也。則著法使丁壯之民常赴府立誓。其誓文曰。吾今謹對神誓。不毀安域刁尼之城市。亦誓不轉變其地之河流。如有種人。

敢犯此者。吾誓與之宣戰。而翦除其城邑。所誓如是。其後半如有種人云云。驟觀之。若與前半誓文相輔立者。乃不謂見之行事。乃相凌滅也。蓋安域刁尼所不勝大願者。希臘城邑。永無毀傷已耳。乃此誓行。而毀傷之災。乃加烈。夫希臘國土。散爲小邦。救災恤鄰。尙矣。卽不然。亦將議立。可爲共守之國際法。使全希之人。知翦除城邑。微論報施云何。實爲極惡之事。是故使人毀我。不得以尤效也。復仇報怨。夫甯不直顧總其後效。常爲不智已耳。且伊斯中尼。旣著此法。又安知來者大奸。不杖其法以爲辭乎。已而斐立果用此誓。大翦南疆之城邑。夫亦曰是所翦者。固嘗犯希臘公法之盟也。向使人爲翦邑。邊防而安域刁尼。問其罪矣。而施之以他罰。如置其將若吏於大辟。或不與之以同盟之權利。與出大費。以修復其所翦除者。則希臘諸城。雖與其種人。共千載無疆之休可耳。

第六章 有立法同而得果異者

凱撒常著令。勅羅馬民藏金於家。不得過六十塞斯特之數。令行當時。以爲至便。蓋民

苦逋負之多。無所告貸。自此令行。而富者出資。逋負有所清償。由之兩利故也。後者吾法亦有此令。顧行之於情勢大異之時。遂大病閭閻。而國幾以亂。蓋當此時。政府既以法使人不得以財資人營業矣。已而爲法。使之欲藏於家而不可。是何異手操矛弧而奪之耶。凱撒之爲法也。意欲財幣之周流於國中。法政府之爲法也。意欲撈籠見金以歸之府藏。羅馬用地產田宅爲質。以出私家之滯財。吾法用無自值之交會。以聚斂平民之積畜。嗟乎。民不願而官強之。其與民爲易者。無論何品。皆土苴耳。

復案同一法也。施之於彼時而利生。出之於此時而害著。其見於歷史者衆矣。一曰。形勢之不同。二曰。用人之各異。三曰。用意之有殊。酈食其范增。同於立六國後。而張良極知其不可。乃固陵之策。教漢王以天下之半。與韓彭黥布者。又子房也。王荊公青苗雇役諸法。用之於浙東。而民受賜。用之於天下。而民流離。朱子社倉。其法與荊公青苗。實不相遠。而行之又以無害。凡此皆學士大夫所習聞者也。方今吾國以舊法之疲弛。處交通之時期。道在變革。誰曰不宜。顧東西二化。絕然懸殊。而人心習俗。

不可卒變。憲願當國者。知利害之無常。拘噓之說。固不可行。而紛更之爲。亦不可以輕掉也。

第七章 續申前說見立法之不可不審

社會屏逐之法。始於雅典。繼於阿爾歌。再用於司拉古西。司拉古西行此。乃爲千弊所叢生。無他。坐立法者之蒙昧也。門戶熾然。交相排軌。其中用事國民。互有所逐。法各持一。無花果葉。以示反對。由此而賢人裹足。邦幾以傾。惟雅典不然。立法之家。方爲令時。卽曉然於果效之所底。秩序限制。遂足救時。雅典之行。社會屏逐也。一時所逐不過一人。而占數多寡。所定亦得其宜。故政界之中。非必去其人。而後國利者。其事不見。且其政五年而後一行。蓋所屏逐者。必在極有權勢之家。而容忍則害且及國者。故其事不可以履行。而所加者亦不可以踰一也。

第八章 有法若同條而立法之用意大異者

法國替襲之例。大抵沿用羅馬。顧其用意。乃大不同。羅馬承襲之人。例於教會。有所佈

施。此載於宗教法典者也。故宗教中人常以死無承繼爲玷辱之事。甚或以奴爲後。使之替襲。吾法替襲必待指使承襲之人不肯承襲。而後有此。故其用意非若羅馬恐姓氏不存。而業莫爲主也。乃以求承繼者之有其人耳。

第九章 希臘羅馬於自殺者皆有罰而用意亦殊

柏拉圖曰。人取其親切之極點者而殺之。是曰自殺。其殺之也。不待長官之命。非以免辱。而純由計短者。是應受罰。羅馬之法意不然。其罰之也。非以其人計短。或不耐生。或痛苦無聊。而爲此也。乃惡其有罪。不待明正典刑而先死者。故自此言之。是希臘之所懲。羅馬之所恕。而希臘之所恕。又爲羅馬之所懲也。

蓋柏拉圖所論法意。乃沿賴思弟猛舊風而有之。賴思弟猛之爲治也。長官之命。至極尊嚴。生人禍苦。以受辱爲極端。而短計爲諒。爲至重之罪業。至於羅馬不然。其爲法未嘗有精意坊民。如希臘也。質而言之。爲緩罰耳。

方羅馬爲民主時。其法典無禁罰自戕之條例也。其史氏紀述此等。每加揚詞。其中亦

未嘗或載一端。坐自裁以受罰者。

由民主而轉爲帝制。方其初朝。閱闕名家。多罹文網。於是自殺者衆。以逃誅。死者猶得葬祭以禮。遺令見行。何則。自殺非違律之事。議者猶以死爲難能故也。乃終之專制之威愈烈。帝者繼暴以貪。於是定法。自殺者并籍其產以入之官。亦曰畏罪自殺。理有餘罰也。

復案。自賈誼建策。謂束縛係縲。非所以待大臣。而鸞纓槃水。聞命自裁。乃貴者所以自待。由是二京自殺之事。史不絕書。而宋代以還。失地喪師。但肯一死。卽無負國。春秋洎今。尸諫之事。代而有之。凡此皆吾國所獨有之習慣。而他國之所絕無。卽告之。且不知其義之所在者也。他若苦塊告亡。則爲死孝。匹婦無俚。則曰殉夫。總之吾人心腦之中。固以死爲最難。苟能是矣。斯滌垢蕩瑕。一切可以不論。尤可怪者。邇來別有烈士一流。或緣一時之感憤。或以一事之致爭。報館載爲美談。學堂懸爲儀法。縱其事之爲誠。已不知其所謂。矧其情之多僞設也耶。

所以知其法意之爲如是者。緣他時有以畏罪自殺。而其所犯不至藉沒田產者。仍許後人承襲也。

第十章 有律文若相反而法意正同者

今世官府出票逮人。常取之於其家。此羅馬法典之所不許者也。

蓋逮人爲暴厲事。有公文焉。名捕其人之身。故羅馬之不許逮人於其家。猶今日之不許以逋負故。而就其家爲捕捉也。

然則羅馬律與吾國律。其爲法意正同。大抵謂國民得以其所居之家。爲神茁之所。不宜於其中。而蒙暴厲之辱也。

第十一章 兩法典不同宜如何爲之比較

吾法之律。爲罔證者服上刑。而英倫之律不爾也。夫二律之異如此。而欲較其失得。問何者之爲良。則宜知法之刑典。於罪人可加張格。刑具以兩柱爲體。而兩端各置橫木。可轉縛罪人其上。而漸張之。如促皮水然者。而英無之。又法之刑法。被告者例不得具證人。而英之獄訟。兩造各具證人。以上吾

法之律三。與英倫之律三。皆各自成體。不得獨用與偏廢也。英於審訊罪人。不用張格。欲其辭服吐實甚難。以此故於兩造。廣納證人。不敢以上刑之罰誡之。其在吾法之律。以猶有一術。可以得情。雖臨證者以危刑。無害也。又以被告法重。而證者辭游。誡以危刑。於法轉合。法獄證人。乃大理辨護所具。囚之生死。繫其一言。英國之獄。不獨被告罪人。可以具證。且兩造之證。可以通談。故雖有罔證出於其間。爲禍不如是之險酷。英之罪人。尙有以自救。而吾法無之。是故欲衡二部法典。所立科條。短長離合。獨取其一論之。必無當也。必取全體而通觀之。而後可。

復案。此又近世言改良刑律者。所不可不知者也。夫吾國聽訟。誠有失中之刑。顧其至此者。必有其所以然之故。謀變法者。不於其本而求之。而一切爲其縱舍。將從此得二弊焉。刑不足以禁姦。而民玩法一也。否則改良之事。徒爲空文。而地方之吏。仍行其所習慣。二也。二弊起。則一敗從之。朝廷之刑柄。不張而猾者。得以持州縣之長短。嗚呼。可不懼哉。

第十二章 律文若同而實異者

希臘與羅馬律。其科容受盜賊之家。與親爲盜賊者。爲罰皆同。而吾法之律亦爾。雖然希臘羅馬二律。實協於理。而吾法之律。乃甚悖也。何以言之。蓋希臘羅馬。其於盜賊。情得者皆罰鍰。以其罰鍰。故容納者甚宜於同罰。且其刑所以止於罰鍰者。意謂凡爲損傷人者。以賠償爲第一義也。至於吾法。其待盜賊者。以上刑。如此而蔽容受者。以同科則於義爲失入矣。今夫容受盜賊。其情理可原者衆矣。而盜賊則無可原。而常有罪者也。容受之惡。在使罪人。不早伏其辜。盜賊之罪。在躬爲犯法之事。容受靜而容惡者也。盜賊動而作奸者也。盜賊觸網。禁而其心固與法爲敵。又安得等之容受者乎。乃今之法家曰。是不然。所惡夫容受之家。以其惡或浮於盜賊也。何者。非彼則奸無所容。而國可以無盜。且容受者。盜賊之主也。輕主重客。於法不詳。應之曰。是說也。亦然。於希臘羅馬。而不然。於吾法者也。何則。前二國律。止罰鍰。其問題之最要在所行之損害。損害而賠償。容受者之能力。常過於盜賊。今法國。既以上刑待盜賊矣。則所以科容受

者宜從其他道。不應猶科之以同等之上刑也。

第十三章 論律不可與所祈嚮者分言以羅馬盜賊之條爲喻

盜賊於行竊時被獲者。羅馬謂之現賊。於事後發覺者。謂之非現賊。

十二章律。載現賊應笞。笞而罰作。其未及丁者。但笞不罰作。其非現賊。鞠服後。倍其所竊之值以爲罰。

已而波爾司亞改良刑律。不用笞杖。亦無罰作之刑。則於現賊罰四倍。其非現賊仍罰倍也。

聞者將訝羅馬律於二種賊。何爲致異若此。夫賊一耳。豈得以現獲非現獲。加區別焉。而爲異罰如此。則不知羅馬治盜諸律。其法意沿於希臘之賴思弟猛者也。李克爾古之立法也。既使其民有敢戰之勇矣。願徒勇猶不足以上人也。則以法又使其民奸。曰凡小子。宜習爲盜。盜不足治也。惟盜而被獲。斯宜重笞。此意行。而希臘羅馬治盜之律。遂相沿。而有現獲非現獲之異矣。

羅馬律。凡奴而盜者。則推墜之於達爾比亞之巖。此非用賴思弟猛法意者也。蓋李氏之法。本不爲奴設。故其離之也。實與之合。

羅馬童子爲盜。而當竊現獲者。繫送令尹。尹得以意笞之。無定數。如斯巴丹人之所爲。雖然。此法之源。尙有遠者。賴思弟猛本之革雷得者也。故柏拉圖欲證革雷得律文。乃爲教戰設。嘗引其律語曰。求肉薄能耐楚痛之能力。與爲盜而無令人知者。

雖然。民法之立。有待於國憲。而後成。故欲倣用他國之民法者。必先取二國之典章。官制。而較其同異。

卽如賴思弟猛之倣用革雷得律。其倣用者。不僅法律已也。國憲政體。靡所不同。故其法意。不相牴牾。而皆中理。獨至羅馬之效聳希臘。而國憲政制。大殊。由是。往往而成。可怪。而其法之行。與其他法典。終不相得也。

復案。此章又孟氏喫緊爲人語。其指點最爲明切。竊願言變法者。三致意也。不佞非曰。吾法不當變。特變之。而無其學識。姑耳。食而盲隨焉。其後害且烈於不變。沮吾國。

之進步者必此耳。食而盲隨者矣。

第十四章 論法又不可不合立法時之事變而觀之

雅典國法載凡城邑被圍而亟。城中一切無用老弱皆殺之。此極惡窮兇之法也。顧其由然則先有其時之國際法。極惡窮兇而後致之。希臘之相攻也。城邑下者其民皆喪。失自繇而爲奴虜。故城破者一切同盡之日也。以此其爲守常至堅。破則相屠戮無人理。而驚人之法典亦從以興。

羅馬刑法醫之誤人者有刑。臨證稽遲。與投藥而誤。使其人有身家地望。則徒流之賤。微者厥罪死。而吾法之法不然。求二者之相異。則宜知立法時兩國事勢之有殊。蓋羅馬舊俗往往以無所知者自鳴爲醫。以求一朝之衣食。至於吾法。則醫固有學。歲時程試。命之以階。如是吾醫若通其業。異羅馬者是以無其法也。

復案吾中國之於醫。既不設之學矣。而又無刑以從其後。此庸醫殺人之事。所以屢見也。嗟乎。日本之法西人也。一兵而二醫。吾國人人至今。尙各執其陰陽五行之說。

以攘臂於醫界間。吾知其民智之無可言爾。

第十五章 法危則於法中應寓救正之意

羅馬十二章律載民遇白晝行竊。及夜間行竊之盜起而追執。盜與抗拒者。格殺勿論。惟當格殺時。事主應呼其鄰右或路人。方爲應法。夫民獲竊盜。法應繫送有司。所可格殺者。以其抗拒。雖然此危法也。所特以救正者。在呼鄰右路人而已。凡律許民自執法柄者。皆宜有救正之事。蓋惟正當格殺之頃。而呼旁觀見其人之所爲。乃不得已。而可告無罪。其呼者。呼見證也。呼法官也。而旁觀之人。亦必此時親觀事實。乃無可疑。凡其時之舉動。音聲。氣色。語默。皆有以決其人之曲直。故法立而使國民危失其自繇。或至於大不安者。其施行必與衆共之。而後可也。

第十六章 造律時所宜留神之事

人既具才識。足以爲法家。而因緣事會。將爲其國或他國造作律令者。宜謹於其事。之不可以苟而曉然於其義法之云何。其所繫於國與民者。誠至重也。

其詞文必簡要。如羅馬十二章律簡要之模楷也。雖小兒能誦之。至札思狄黏之新典。則繁重矣。故後來須有刪節之事。乃可行也。

其文字必明顯而易知。義取質直。忌紆回。後羅馬以帝王之詔令爲文士之詞章。其無當威嚴遠矣。故使法典而浮夸。民卽以誇飾之言視之。其於行法大病。

其用字造語也。必使人人見之。但生一意。無餘義。往者紅衣李希旒之相法也。嘗曰。宰相固可以彈劾。顧彈矣。而所言無關大體者。劾者宜有刑。如李言。無異云。宰相不可劾也。蓋所謂關大體者。非絕對之詞。劾者以謂關大體。而宰相以謂無關。徒起爭而已。夫孰從而辨之。

呵那寮律。有敢買復人爲奴。或加復奴虐苦者。罪至死。所謂加虐苦者。其義亦至渾。不足爲法典。蓋虐苦與非虐苦。不僅在施者之重輕。亦視乎受者之堅脆也。

科罪致罰。將垂久遠者。勿以錢幣量重輕。蓋錢幣眞值。年時千變。久乃愈不可知。古之所名。今且不知爲何物者。有之矣。昔羅馬有黠者。忽於市場。與人人以批頰。後則各與

以二十五佩士金。以十二章律所載如是。此吾人所共聞也。以金科罰其弊如此。凡詔令律文。既爲斬截明了。不可含混之詞矣。絕不宜更爲渾括之詞。以求無漏。如路易第十四著刑法之令。首先懸舉一。凡有害王國治安者矣。而終之曰。此外凡隨時國王法官所定奪者。夫著此語。則全體皆渾。而所謂刑法者。將一惟王朝法官所定奪。前所懸舉。皆贅旒耳。

察理第七。謂兩造既經廷斷之後。時踰三四月。甚至半年。尙行翻控。此與舊例不合。故由彼定法。嗣後非因司理有受私軌法之事。或有顯然重大理由者。不准翻控。此令以有最後一語。竟同虛設。遂有案歷三十年。猶行翻控者。

狼巴邱教律。凡婦人披緇。雖未經發願。不得更嫁。其法曰。今如女子許嫁於人。所受者不過疆環。更嫁他人。且爲不義。何況所許嫁者。乃係神明。若上帝馬利亞者耶。此語著之法令。真成憤憤。蓋以婦人披緇。爲許嫁天神。此是喻詞。原非實事。法律以相比者。必兩皆事實。不得以虛喻實。亦不得取實喻虛。

君士但丁法典絕重教宗左證。訟者得畢協一證。於餘證均無所須。此君於訟獄可謂直捷取徑矣。其於事實之情僞也。以人。以人矣。又以貴賤尊卑定用否。可謂直捷取徑矣。

法律之言又忌支輿。蓋法以及衆必常智之所與知。非待名理推究而後知其意之所存也。其相諭也。宜若家人父子然。意內言外。當下分明。斯爲法語。

既立大法而另標除外者。乃至不得已事。故非至不得已者。應無須及。以免別生枝節。思議致入歧趨。

法既頒用。非有重要理由者。慎勿紛更。札思狄黏婚嫁法典始云。女子經人定聘。而男家於二年內不能完娶者。許女子悔婚。無所損失。嗣既頒用。復改二年爲三年。不知此等情事。二年無異。三年展爲三年。於被法兩家。無所出入也。

法典不爲解說。解說則損威。如不得已而爲解說者。亦當詞事相稱。無失嚴重之意。而後可嘗見羅馬法典有云。瞽目人不能對簿。以其無目。不覩法官儀飾之盛。此其理由。

直堪發笑。竊意當日爲此。應別有作用在。不然法典中。不應有此稱駭語也。

法典不得用術數家語。法家保羅於其例案中言。小兒至七閱月。機關長成完足。依畢達哥拉比例率。所定數理可證等語。此等事。乃依畢達哥拉術數之言爲裁決。大可怪也。

吾法古法家律論。謂國家拓闢疆土。則所有教寺神堂。應爲王有。以王者首戴員冠之故。今置王者法權廣狹不論。亦不云民法教法。與所謂王國公法。有無異同。所欲論者。旣欲辨護此等法權。引義宜如何嚴重。獨奈何據一徽章形式而言之乎。

察理第九年及十四。計數未足。遂於盧恩法院。宣布年時。加冕稱制。撤居攝監國之權。達維拉解其義曰。常法孤兒。依遺囑設立保父。產業等由保父經理。其孤兒年格。必計數滿足。而後復之。獨至榮名爵號之事不然。故一及其年。即可作爲滿足等語。夫法之王位相傳。用前習慣已久。亦無大弊。固無取不佞置議。致不足之意於其間。但達維拉於王者親政。臨民。僅目爲收回榮名爵號之事。於義則甚非。而大謬也。

聽斷固無以爲然。亦有時用之。而有在例在案之別。在例者。固遠勝於在案也。何以言之。如吾法律文。凡商人倒閉。其先十日所行之事。皆可作爲騙詐。此以爲之在例者也。至羅馬律文。凡夫於妻。證實姦情。而尙收留不去者。有罰。惟若恐懼涉訟。或憎畏醜聲者。不論此以爲之在案者也。蓋以爲在案。法司必於兩造。懸揣虛擬。而逆億其所不可知。此至難明無定者也。若其在例。則法司視之。以爲固然而已。

法之善者。行於事實之間。而不存於心術。卽如柏拉圖所定懲罰自戕之律。謂將加諸非以求免恥辱。而由計短者。此坐廢之律也。蓋行法之時。法官必無術焉。使法所加者。自承爲短計。謂爲短計。亦惟臆斷已耳。

無用之條。多常爲要典之累。可舞之文。衆必沮。正法之行。是故法惟無立。立則必有效。果之可期。刑不輕加。則無避就之可冀。

華勒什閣律。載爲人後者。至少可得其父遺產四分之一矣。而於他處。又許作遺囑人。不與爲其後者。以此數。此真以法典爲兒戲者矣。蓋使作遺囑人。愛其子而爲之地。前

設之條本無用也。又使爲人後者從其父以求薄產。後設之條又爲梗也。故是兩條皆同虛設。

所最宜留意者。不可以一時憤好之私而爲背理違常之條令也。斐立第二仇惡阿蘭支親王爲討檄云。有取其頭或殺之者。賞二萬五千王冠封爵。不幸身死。其長子受之。末署法蘭西國主。奉天行政云云。乃不知此等詔令。自榮節言。自道德言。自宗教言。均無一可者也。

復案以金購人殺人。自戰國而始有。直至今日。視爲當然。此真吾國之大恥。方其爲此。反之於心。而無所不安者。何曰彼固吾仇。而吾所欲殺者也。不知人之所以可殺者。法殺之耳。法有時且不可殺。公理殺之耳。夫人與我爲仇。以我視人。人固可殺。而人視我。我亦可殺。是人與我交。可殺而孰果可殺。則未定也。抽身而決鬪。傾國而交綏。固明言相殺而孰殺。孰不殺。猶聽命於天焉。故其殺也。庶幾以無罪乃至。暗殺行刺。雖有所奉辭而皆爲不義。況以國事之異同。敵愾之各主。乃行財焉。教人行至。

不義之事。宜哉。其爲文明國所共疾也。昔者甲申之役。額羅金見吾國購殺白夷之告示。而焚圓明園。近者梁啟超以購殺亡人之旨。而昌言暗殺。嗚呼。自公羊作俑。以春秋爲復仇之書。而吾國道德人心之鄙。經二千數百年而未去。犯五洲之不韙。而合羣乃不可期。吾安得起禹墨伊周之魂。而相與痛哭乎。

勿輕爲禁。夫上之有所禁也。方其爲禁。皆曰爲道德風俗宗教計。是不可以不禁。雖然。此自禁者觀念然耳。往往事過境遷。則所禁之至。無謂以見。且欲禁者。又何患無辭乎。法者所以罰不義。平不平者也。欲罰不義。欲平不平。則法必自處以義。自守於平。而後可。故法典有二義焉。曰明曰允。嘗見威西峨特法典。其中有極可笑者。則所以待猶大人者是也。曰凡與猶大人食。必加彘肉。監者勿食之。此極虐律也。猶大人既被納諸異己之法律矣。而又不得名一錢。治一產。所得有者。不過自別其爲猶大人之徽識耳。

復案孟氏此章言。眞立法家所宜常目存者。今者事事方爲更始。而法典居其最要。孔子曰。刑罰不中。則民無所措手足。吾安得議法諸君子。悉取而熟讀之耶。且不佞

於此憶一事焉。請爲讀者著之可乎。今夫軍旅之法。有最重者焉。曰毋違令。上有所令。其是非。然否。利鈍。短長。皆非其下所得以擬議者也。赴湯蹈火。篤奉信行。無稍出入而已。不如是者。雖有至練之兵。極勇之將。不可用也。故司令之權至重。而其責亦至殷。往者甲午海軍。由大東溝而旅順。由旅順而威海。威海恃口岸礮臺爲聲援。已而敵人自落風港潛趨。拊威海之背。口岸之礮臺全失。海軍屯威海者。遂成釜中之魚。提督丁汝昌竭四十餘晝夜之力。而內地之援不至。乃自殺。而以軍與日人。方其爲此。非各艦將弁所得與聞也。就令與聞。法不得抗。故副將楊用霖死之。而議不可反。且是時雖欲強戰。而艦勇死傷僅餘。亦不用命也。和議成。津海關道李興銳以文吏議前案。大恨海軍之所爲。曰。元帥命令。固不可以不遵。雖然。有治命。有亂命。丁汝昌垂死之令。乃亂命也。諸艦將弁奈何遵之。貸死幸耳。乃各議降革有差。後者日俄事起。吾國中立。水提薩鎮冰駐芝罘。以俄船入港。日艦越境追捕。相持不下。勢欲宣戰。令下。某艦長曰。戰固然。以提督令故。但今日事不旋踵。而釁端法重。設他日文吏。

又如李興銳故智。以服從亂命相繩檢者。我曹將奈何。薩水提語塞。幸是日亦無戰事。不然軍中乃自亂也。復曰。平生嘗歎吾國人上下行事。不離兩途。一曰短命。一曰絕嗣。短命者。利一日之私。不爲己後日地也。絕嗣者。苟一時之安。不爲後人計也。方李之議威海案也。亦迎合京外痛惡李文忠之意向耳。而孰知從此中國軍中將令有不復行之憂。嗚呼。法之不可自相矛盾如此。

第十七章 立法之不善者

羅馬皇帝之令於天下也。有諭有旨。與吾法之王者同。顧有殊者。則許吏民上書。而有批答。是則吾法之所無者。卽如教皇樸伯所著行之條諭。其實皆批答耳。諭旨批答。皆法典物。雖然。此立法之不善者也。何以言之。批答之文。每爲一事一人而有。且上書者。意常有所偏重。而批答之語。往往爲其所牽。故甲比多林奴言。皇帝托拉旃常不肯批答。恐一事之定奪。一時之特恩。遂至援爲例故。又皇帝馬骨林奴欲全除歷朝批答之文。不著爲令。彼謂如康穆圖喀拉甲拉及他朝愚闇批旨。作爲法典。幾不可耐。獨札思

狄黏用意與馬骨林奴頗殊。故令取而纂輯之也。

不佞言此。蓋欲學者治羅馬法。加分別於其間。若前指者。似不可與沁涅特民會所議。及累朝皇帝特定憲法。同類而齊觀。後之法意。常本於物理人情。如女子之柔脆。孩穉之幼弱。皆所加詳。而於民間公益之端。尤留意也。

第十八章 純一之觀念

羅馬法典所行。最爲普及。故有純一整齊之觀。或爲豪傑所驚歎。如夏律而庸人常智。則以爲不可畔之法規。其以爲完備者。以其所共見也。律度量衡同矣。而刑罰典章。周行國中。無殊異者。而宗教又統於一尊。此其爲後人所仰者也。雖然。法如是行矣。將皆利便而無可議歟。更張之害重歟。而昏墊之禍輕歟。將不復分別執者之宜整齊。執者之宜致異歟。今夫支那之爲法也。漢人用漢人之禮俗。而滿人用其滿者。其爲不同如是。而其國方太平。故民亦守法已耳。不必計所奉者之異同也。

復案。此殆孟氏有爲而發之言。讀者宜分別觀之。勿爲所誤。夫羅馬有所征服。則其

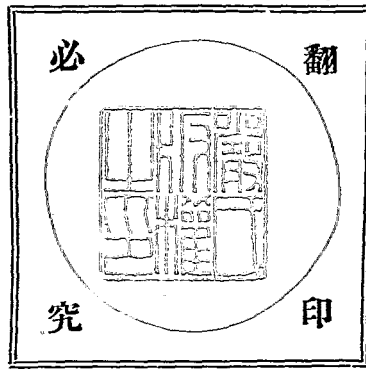
法載與俱行。雖其始若難行。顧其終則有統同之治。歷世千年。而後解紐。未始非此效也。至若國朝。因循爲治。得國不變其政。臨民不移其俗。若朝鮮。若琉球。若衛藏。若緬甸。安南。正朔朝貢而外。皆安其故。此所謂至逸者也。而至於今。效可觀矣。且今之滿漢問題。所爲至難解決。而國本因之岌岌者。果烏由生乎。夫始爲無擾善也。顧聖者處之。則必摩之以漸。設其機焉。使有不數世而趨於同之一日。不此之爲計。致終成異。而爲子孫憂者。則非也。逮情見勢屈。而後圖之。固已晚矣。悲夫。

第十九章 論立法之家

以人立法。豈易言哉。雅理斯多德親柏拉圖弟子。而或與爭名矣。以亞烈山大之受業其門。則或存偏袒。柏拉圖則深憤雅典民主之專橫。馬遮華勒則崇拜法蓮丁那。英人摩安瑪不用其所思。而用其所誦。欲復希臘市府之制。以治列邦。哈林頓則謂英倫民主爲最善之治規。而他法家又謂王制捐除。祇以得亂。其爲言之紛淆。莫衷一是。如此是故。法常與立法者。向背之偏。爲影響者。知其然。臨以小心。有時可以自脫。而風尙

微。存。不。善。者。不。知。其。然。而。自。以。爲。不。然。則。所。立。者。皆。其。私。見。之。行。也。嗚。呼。以。人。立。法。豈。易。言。哉。

宣統元年三月首版



原著者

法國孟德斯鳩

繙譯者

侯官幾道嚴復

發行者

商務印書館

印刷所

上海北河南路北首寶山路
商務印書館

總發行所

上海棋盤街中市
商務印書館

分售處

京師 奉天 天津 開封 濟南
太原 漢口 長沙 重慶 成都
廣州 福州 漳州 南昌 杭州
瀘州 常德 蕪湖 叙州

(法意第七冊)
(每冊定價大洋陸角)

58

174024

