



上海图书馆藏书



A541 212 0014 3599B

STANDARD WORKS ON LAW AND POLITICS
EVOLUTIONAL THEORY OF LAW

BY

HOZUMI

TRANSLATED BY

HUANG TSUN SAN

THE COMMERCIAL PRESS, LIMITED

穗積陳重著
黃尊三譯

政法
名著
法律
進化
論
第一冊

商務印書館發行



序言

穗積博士爲日本法界之先覺。儒林之耆宿。社會人士。靡不受其薰陶教化。前年辭退大學講席。潛心爲法理之研究。概觀通察古今東西變遷無窮之法現象。彙類而比較之。分割之。且詳究其異同之由來。而求其間一定之普遍性。穿鑿縱橫。考查該博。苟有關於斯學。雖纖介之微。採摭無遺。近乃構稿整編。鍛鍊推敲。重爲刪潤。始完成其一部。題爲法律進化論。更別之爲法原論及法勢論二門。法原論論究法現象發生之狀態。法勢論闡明法現象變遷之法理。前者中屬於原形論者。既已脫稿。其餘各編。待他日完成。繼續公刊。此書爲博士多年苦心之凝結。一經問世。知裨益於日本之學界法界匪淺也。

大正十三年六月

岡野敬次郎謹識

自序

法律進化論者、法之時觀也。法現象有靜狀與動勢二種。究其靜狀之原理者、爲法律靜學。究其動勢之原理者、爲法律動學。法律進化論、屬於法律動學。與法以縱的觀察。此非一時的現象。乃爲繼續的現象。換言之、一定之時期之法。非成於一旦。乃過去數十紀間社會的勢力之積聚而成之者也。

本書全部擬分六卷。茲先取第一部上卷、付之公刊。其餘各部、不論次序、只視法案成立之遲早、隨時別冊刊行。

本書立案。極期慎重。然淺識如余。其斷案舉證。難免不無誤謬。尙希明達之士。有以教正之。

大正十三年五月中旬

穗積陳重

法律進化論目次

總論

第一部 法原論

上卷 原形論 前篇

第一編 無形法

第一章 緒論	七
第二章 潛勢法	九
第三章 規範法	一四
第一節 規範法之發生	一四
第二節 民意潛勢法之現化	一六
第三節 神意潛勢法之現化	一九
第一款 神託裁判	二四
第二款 誓審法	六〇

第三款	神託立法	六七
第四節	君意潛勢法之現化	七四
第五節	規範法發生之過程	八三
第六節	規範法之發達	八六
第一款	第二次發見	八六
第二款	公平法	九〇
第三款	自然法	九九
第四款	自由發見之立法的公認	一一三
第四章	記憶法	一三一
第一節	記憶法之發生	一三一
第二節	記憶法之主體	一三七
第三節	記憶法之客體	一四六
第一款	句體法	一五二
第二款	詩體法	一六五
第三款	韻文體	一七七

法律進化論

總論

法者、力也。法者、社會力也。於公權力狀態之下、而爲行爲之規範者也。人類共同生活之形體。漸次進展。至成爲獨立政治團體之國家。則其團體力之發動。必呈二種狀態。其一、爲國家之政治作用。如攻守、修好、通商、之對外作用。平和之維持。生命財產之保護。並關於人民統治各種之對內作用是也。他之一、爲法律作用。團體力之對內作用中。特如國家之公權力。爲人民行爲之規範而表現之者。此國家之政治作用與法律作用。舉不外社會力之發現。然前者之狀態、不必固定。本於時勢之要求。隨其國是。或對外、或向內、而爲隨時活動者也。後者之狀態、形成固定。爲行爲之規範。而具有強制之性質者也。

社會力有靜狀。有動勢。法律既爲社會力之一種。故亦有靜狀與動勢。所謂法律之靜狀者。卽法現象僅爲行爲之規範而表現之社會力是也。所謂法之動勢者。卽爲行爲之規範而表現之社會力之實質、或形體。因時之經過、而生變化者是也。故雖在以法現象之普通素之知識爲目的之法律學。依其靜狀爲對象、與依其動勢爲對象、而有法律靜學與法律動學之別。前者、在觀察法現象之靜狀而求其原理者也。後者、在觀察法現象之動勢而論述其變遷之理法者也。

法律進化論。屬於法律動學者。其目的在依法現象之時間的觀察。以明法律之發生與發展之理法。法律者。社會力也。故法規者。隨社會之變遷、時間之經過。同時必變其形態。社會者。爲一有機體。其組織無須臾靜止。不僅爲社會原子之各個人身體。因新陳代謝。常變更其組織。而社會自身。亦因其組成員之生產、死亡、移住。常變更其組織。社會之組織自體。既如此變動不息。則爲社會力之一狀態之法律。以時間的觀察之。亦常在變動的狀態無疑也。惟爲法規而表現之社會力。概觀民衆行爲、而表現適當其行爲之通則者。故普通不因其概觀圈內之微動。使法規外形受顯著之影響。然

法律者、原爲社會力顯著之一狀態。故無不隨社會狀態之推移而獨歸靜止之理。縱使法規形體、一時不呈變遷之跡。其實質、必隨社會之變遷而與之俱變。經時既久、與社會實狀、必相爲一致。

法現象、因時間之經過而相爲變遷。既如上述。然其變遷、決非無秩序偶然的事件之聯續。在此千態萬狀法現象之變遷中、必有普遍的通素之存在。

法律進化論。卽闡明此普遍的通素。換言之。卽以闡明法現象之時間的推移之原理、爲其本領者也。

法律進化論。依其對象之範圍。得分爲汎論與各論。法現象不限於地域、人種、民族、及其他之標準。爲一般的對象。而究其變遷之理法者。爲普汎的法律進化論。然法現象得根據各種標準。如人種、民族、地域、法系。由各種之立腳地分類觀察。或限於法律之一部。觀察其法現象之動勢。而考究其理法。此爲特殊的法律進化論。

科學的法律進化論。果有可能性否乎。大凡法現象之體樣。因時與所、及文化之程度。國民之特性而定。是以巴斯加有緯度三度之差、則顛覆成法全部之評。故同一時

代。其文化不同之民族。雖接境而處。刑賞不同。法規各異。如自然界。依其環象而動植物各現異觀。由此複雜之法現象中。欲發現一定之普遍性。在法之靜態。尙屬不易。況在變化無極之法之動勢。自爲至難。然難事者。非不能事之謂。在力學。既有論其靜態之靜學。又有論其動勢之動學。豈在社會力之科學。而有不論其靜態動勢之靜學與動學之理。惟自然力之作用。較爲簡單。社會力之作用。極爲複雜。且社會力之科學。非如自然力之科學。有正確之理法。容易認識。此其困難之點也。法現象者。不僅依國境、民族、人種、而異其體樣。卽在同國、同民族、同人種中。亦隨時世而相爲變遷。故雖於其靜態。欲認識該現象之普遍性。而究其理法。尙非易易。況於其動勢。互古今、通中外、概觀通察千態萬變之法現象。思從其中抽繹進化之理法。自爲難中之難。然世界人類。其人種、民族、住地、雖各有不同。而要皆爲同種之生物。其身體組織。大體不差。所異者。不過身長、骨格、皮膚、毛髮等之細目而已。或因住居土地之形狀。地味氣候動植物之種類。以及其他環境之不同。其生活狀態。自不得不異。生活既異。性情自殊。於是而生異種之風俗習慣。此固普通之恆情。無足怪者。然試一詳密察之。在同一環境中之民

族。雖異種異世。大概有同一生活之需要。因之其性情、及風俗、習慣、常有互相類似者。又在文化程度相同之民族。雖異種異世。然其法律生活程度。大抵相同。故僅就外表觀察法現象。自覺複雜無極。倘彙類之、比較之、分割之。詳細而研究其異同之由來。必可尋出通素之存在。此不僅於其靜狀已矣。雖於其動勢。亦能認識有依一定之法理而得支配之事。法律進化論。以此可能性爲前提。以各民族、各時代既知之法現象爲資料。且借人類學、考古學、社會學、心理學、史學、言語學等之援助。以在動勢之法現象爲對象。而求進化之理法者也。

茲擬分法律進化論爲法原論及法勢論二部。法原論、以論究法現象發生之狀態爲目的。法勢論、以論究法現象變遷之理法爲目的。法原論、更細別之爲原形論、原質論。及原力論三部。原形論、論究法律以如何之形態而發生者。原質論、論究如何種類之統制力、爲法律之元質。原力論、論究法律之統制力、如何而後發生。前者之目的。在明了法之統制力。於如何之形態。始入於吾人之認識。中者之目的。在明了如何之統制力。爲法規而表現。後者之目的。在明了法律之元質之統制力。因如何之過程。而成

法律進化論

爲公權化。

第一部 法原論

上卷 原形論 前篇

第一編 無形法

第一章 緒論

法者、力也。其元質爲無形的。其力之活動。一如物理的「安列爾額」之活動。得以公式、圖解、數字、或記號表示之。換言之。卽能就法之無形之力。與以法形是也。茲之稱爲法形者。卽指依視官得認識法力一定之活動記號也。當中國五帝時代。其用刑也。畫象而示之於民。周代懸象形之法於闕。（周禮、晉書刑法志、唐律疏議表、）鄭人晉人鑄刑書於鼎。（左傳昭公六年、及同二十九年、）印度人刻法於椰子之葉。哈姆姆拉比王。刻巴比倫法於石碑。建立太陽神殿之前。克拉的人。彫土爾其之法。於法廷壁上。羅馬之十大官。揭十二表法於公市。後世以法載之文書。布之官報者。要皆與法以

形象者也。此與物理學之公式圖解。其性質略同。

有法形之法。謂之有形法。無法形之法。謂之無形法。形有則易知。形無則難據。故欲法之社會統治力特別有效。使民遵依。必須先賦與法之外形。俾民知所趨避。然法非必先具形體而後發生者。在國家初期。關於法律事項。民信即法。始於刑罰爭訟。後世普通法律事項。神、君主、僧長、族長、家長等權力者之意思。並祖先以來之習慣。有絕對的服從強制力。蓋當時法權雖存。法規未現。法者。僅於潛勢力狀態之下而存在者也。國家稍就發展。由先例之積累。歸納抽象的汎則。或依君主、高僧、其他權力者之創意。新定行爲之準則。用聲律成句。以便口傳記誦。可謂已有法規。然尙未得謂之有法形。其後人文大啓。或畫法規於形象。或載之於文書。始可謂有法形。法規者。如關於祭事、軍事、貢租、刑罰、訴訟、親權、婚姻、承繼、佔有等、法律事項之社會力一定之作用之謂也。而法形者。表示其社會力之作用之方向、分量、之形象之謂也。法之有文書。與寒暑表之於熱。權衡之於重力同。熱非因有寒暑表而始存。重力非因有衡器而始生。法之社會力。於法規未出。法形未生以前。既已存在。故法既具有實質形態之二素。然後以文

章載之爲法規。以論理的排列之爲條規。或附條號於各法規。或彙類編纂之。至成爲法典。要之法者、實亘數百千載之長期。經幾多之進化。決非自始卽具形體而產生者也。

第二章 潛勢法

法律之起元。同於國家。故可謂有國家必有法律。然不能謂有國家必有成文法。國家雖在其原始期。其獨立政治團體之凝集力之中心。既已存在。卽國家組織整備後。所稱爲統治權者是也。然當時之統治權。非常狹小。其權力在使其團體組織員之絕對服從。內則維持治安。而防團體之分崩。外則抵禦寇敵。以免團體之滅亡而已。不如文化國有整齊之政治組織。所謂整齊之政治組織者。卽以元首總攬立法、行政、司法、三大權。設特種機關。分掌政務之政治組織是也。原始的主權。有祭主權、及統帥權。春秋五代傳所謂「國之大事。在祀與戎。」卽指此也。在由一種族而成之單成體之國家。其共同祖神崇敬之念。爲其團體凝集力之中心。若由數種族而成之複成體之國家。其同一神靈之信仰。爲其凝集力之中心。此時爲其神裔者。及因神托而擁君位者。

有其統治權。若爲征服合併之複成體之國家。其凝集力之中心。惟在威武服從。此時爲大元帥有兵馬最高權者。卽爲掌握統治權者。於此時代。如行政事項。除直接關於祭祀軍事外。概放任於各種族之慣習的自治。惟徵稅事務。爲中央政府分質的維持必要事項。則仍收吸於統治權之中。

如司法事項。在原始國家。除治瀆神、大逆、謀反等直接危害團體基礎之犯罪外。一切放任於各個人、或各部落之自衛。殺傷、則依復讐反害制裁之。盜奪、則依報復捕獲。義務違反、則依強制拘押。或得代以賠償。其賠償額。除協議外。大抵依習慣償付。倘有爭議。得請長老、僧侶等社會之權力者裁斷之。迨後國權漸次伸張。國家之機關稍爲整備。聽訟斷獄之權。然後收歸中央政府。司法權者。決非自始卽爲統治權之必要成分。惟於統帥權之關係下。執兵馬最高權之元首。得以武斷的裁決爭議。以強制的制裁力而執行之。且爲維持治安、干涉人民之爭議。故司法權全被吸收於統治權之中。而爲其構成分子。

然獨至立法權。在近世國家、均視爲統治權之構成分中之最重要者。在國家發展

之初期。統治權之觀念中，無所謂立法權。原文化低級之國家。從無所謂作法之觀念。以法乃可發見而非可製作者。故當時亦無所謂立法者。法之發見者。北歐古法。稱爲 *Rechtsfinder*。而此法律發見者。非必爲其元首。卽精通其民族之傳說、慣習、先例、儀式等之長老、詩人。或爲神意啓示之機關之祭司、僧侶、卜者、巫女是也。此輩均爲其社會之權力者。於司法權收歸元首後。爲統治權之司法機關。而行裁判。或爲元首之顧問。而參與裁判。以發見解釋既存法爲其職分。但因社會之變遷。及其他事由而發生新事實時。名爲解釋既存法。實多創新先例。與後世法曹。以解釋適用既存法爲名。事實上設立新原則者。正復相類。故在此時代。無所謂意識的作法之事。法者。存於民意、神意、或君意。卽尙在潛勢狀態 (*potentiality*)。不至形成法規。迨或事件發生。每發見而爲現勢力。依之裁決爭訟。處分事件。

茲之所謂潛勢法者 (*law in potentiality*)。卽指爲人民公的行爲之基礎之社會力。雖有發動可能性。然仍伏於法之主體中。尙未形成法規之體裁者也。在國家初期。人民唯從其所屬團體之常習。以營共同生活。遇有神意啓示。或元首命令。不可不絕。

對服從之。此種服從心理。卽所謂廣汎之公共的義務感是也。故於此時代。若欲強求法規。渺不可得。所能得者。僅有不可不絕對服從之民意、神意、君意而已。

法之原始狀態。卽爲人民之公的行爲之基礎。而在潛勢力狀態之社會力。已如上述。而此潛勢力狀態之社會力。主觀的爲公共心、信仰、服從。客觀的爲慣習、神威、君權、神托、命令。故潛勢法可三分之。爲民意法、神意法、君意法。

國家初期。人民之公的行爲之基礎。雖無明確之規範。然社會的共同生活之經驗。對於其社會本身存在發達之事項。本能的生有公共義務感。例如敬神、及服從首長、族長、家長。勿殺同族、盜同族。爲同族報讐。對同族人之行爲。當負共同責任等。皆爲共同生活之根本要素。此社會生活。於國家組織之體制未備具以前。已大概通行。唯依政治組織之發達。始具制裁之方法。故在國家初期。雖無特可遵守之命令。及其他之準則。然國民關於其各自應守之分等。卽當爲不當爲。其大體觀念。亦既存在。鄒尼氏所稱「社會連帶之意識。」畢竟不外是等觀念。此廣汎之公共感。卽爲基本的社會統制力。苟行爲背反之。直惹起公共的反感。而受責罰、或禁止。或以公權力而加制裁。

或於裁定關於公共感之爭議時。此潛勢狀態之社會統制力。變爲現勢力。如刑罰、判決、處分、決定等。成爲先例。以供後來類似事項之模範。由此抽象而發生法規。

德意志學者所稱爲民族法者。亦本於前述同一之思想。薩味南於其名著「近世羅馬法體系」之總論。述其意見如左。

成法者、其生命存於人民之普通意識者也。吾人所稱之爲民族法者。意竟在此。（中略）成法者、由各個人共同生存活動之民族精神而生者也。故各個人之意識。非爲暗合。乃有同一之法必然的存在者也。（中略）法之基礎。存在於人民之普通意識。故法者、原屬無形。視之而不見。然則何由知之乎。曰、吾人所得知之者。要唯發現於其外形上之行爲而已。

薩味南更敷演之曰。人民本能的知法者。然只謂其社會以外之人。關於一定事項。於民族法之實行。始得知法規。由此說觀之。則法者、關於法律事項、存於人民之本能的具有之意識。在法規背後。有爲其根據之民族法。成法之規則。總不外此民族精神之發現、及民族法之適用而已。故彼之所謂民族法者。於其適用以前。爲民意法之潛

勢法。

第三章 規範法

第一節 規範法之發生

潛勢法之所以形成法規者。多依法之發現。或宣言。發現。爲法規發生之他動的原因。法之本體以外者爲之也。宣言。爲法規發生之自動的原因。法之本體自身爲之也。法之發見。因法之元質。本來潛在民意。成爲慣習而發見者也。或潛在神意。依靈現而啟示者也。法之宣言。卽潛在民意之法。依民衆宣言而發現。潛在神意之法。依天啟。或託宣而發現。潛在君意之法。依命令而發現者也。潛勢法爲民意法之時。現勢法之法。規。其初依長者之慣例記憶者之發見而生。後則常依民會之決議之直接宣言而生。潛勢法於爲神意法之時。法規初依豫言者、僧侶、巫祝、卜筮之神意感通者之發見而生。其後常依下於豫言者、國王之神託。（如豫言者摩西、國王哈姆姆拉比所授之神法）或神意之宣言而生。潛勢法於爲君意法之時。法規則由君主任命之裁判官宣言之裁判例而生。或由其直接宣言之詔令、命令、親裁而生。故於君意法時代。潛勢法

僅依直接或間接之宣言而成爲現勢法。

法之字義亦表示神意法之發見者。法字乃後世之略書。古文爲灋。灋者水與鷹與去之合字。水者其面平。表公平之義。鷹者爲一種神獸。狀似鹿。有角一。其性能知罪。使觸囚人。卽能知其罪之有無。傳言皋陶治獄。恆用之。去者有去惡之意。要之。此思想亦爲法之發見也。

法之語原及法規均表示爲一種宣言。在日本訓法爲「のり」「のる」。卽由含有「言」「告」「述」「宣告」等之意義之語而來。在言海有從上告下之意。此語原與拉丁之 *Lex* 之語相似。關於 *Lex* 之語原有數說。其一爲 *Legere* 有「算」「語」之意義。克蘭開、普托滿等採此說。耶誣爾斯謂「*Lex*」者其始指個個之宣言。故由此語原則法者爲君意、神意、民意、自發的宣言。或發見之而宣言者也。蓋有法權者之言。不問其限於特別時之命令。與對於將來所發之一般的命令。其有法效。原無異點。唯原始社會所發對於將來一般的命令。比較的實爲少數。故在古代。多以特別之命令爲法。及後世則僅以一般的命令爲法。

民意、神意、或君意。依發見或宣言而成爲規範法者。其根本觀念。卽認民神與君之意。其自體是法。表現之。則爲行爲之規範。而此根本觀念。卽社會力。民意卽法之觀念。爲人民關於特種事項一致之行爲。由共同生活之經驗上而得者。雖在各個人。不可不遵守之。此種心理狀態。卽本於公共感。故由此觀念而生之法規。卽爲關於法律事項之社會力之表現也。神意卽法之觀念。本於人民崇拜神靈。不可不服從之共同信念。故由此觀念而生之法規。爲超自然力之啓示。而服從之者。質言之。要爲本於人民一般信仰之社會力之表現也。君意卽法之觀念。本於人民畏服君主。不可不絕對服從其意思之公共感。故由此觀念而生之法規。依君主之意思而形成之者也。其所以有統治力者。因一般人民。認君主爲國家之最高機關故也。約言之。不問爲法之原力之民意與神意君意。要同爲社會力之體樣也。

第二節 民意潛勢法之現化

民意潛勢法。其潛勢力。發現爲特種法律事項之規則。在原始社會。潛勢法之主體之民衆全體。固不能自己宣言而發表之。卽在文化社會。亦爲難能。故關於法律事項

有問題發生。民衆中之長老等。依其經驗。記憶其經過之慣例。故實、傳說、以爲解決。此長老等之活動。固非新造法規。不過闡明既存之法。適用之於事實而已。故以民意爲內容之潛勢法。至形成爲現勢法之法規之徑途。其初僅可謂法之發見。在德意志及其他歐州北部人民中。以裁判爲法之發見。或謂之爲法話。稱裁判官爲法之發見人。或法話人者。要自長老發見法規而宣言之爲始。

愛爾瓦夫買島 (Isle of Man) 有所謂「胸法」(breast law) 之語。該島在千二百七十年以前。屬於斯勘得列維亞王之領土。後歸蘇格蘭英吉利領。爲一大海島。該島在中世紀前。尙無成文法。法者。書於台姆士泰 (Deemsters) 之裁判官之胸。所謂「胸法」是也。台姆士泰者。卽陀姆卡拉 (Doomteerer)。有裁判指導者。或法之引導者之義。此裁判官。由人民中選舉之。人民視彼爲慣習傳說之庫。彼等依所記憶之傳說、先例、及新事實正當之考慮所得。稱爲慣例。而行判決。該島於千四百二十二年。記錄此台姆士泰之裁判例。爲文書法。然台姆士泰及胸法。相傳爲千六百年前所遺存者也。

英吉利之普通法 (common law)。其元質卽胸法。英吉利法以普通法之不文法爲基礎。後依公平法 (equity) 及制定法 (statutes) 而漸次發達。其初如字義所示。認爲全國普通之法。故此普通法卽爲英國法之全部。包含關於一切法律事項之原則。無論何項爭訟事件。均得依普通法原則裁判之。如馬甲所說。凡起訴於英吉利之法庭時。必有適用於其繫爭事實之法規。若不能發見此法規。自係必要之勤勉智識。有所欠缺故也。然此原則。固爲一種擬制。迨社會進步。其變遷推移之間。每發生不思議之新現象。爲繫爭事實。而出現於裁判所者。此亦普通之常情。無足怪者。然古代英吉利之裁判官。特具有差別之智識。洞悉普通人所未了知之規則原則。縱有各河之新事實。發生訴訟。雖無慣例先例。裁判官斷不因此拒絕其訴訟。似早備有相當之法規而爲之裁判者。此新判決既下後。如有同樣訴訟發生。自然據爲先例。又如有慣習時。固可據之而下判決。然承認其慣習。亦爲裁判官之職權。故法者。祕藏於裁判官之胸。此裁判官之「胸法」。卽爲普通法之基礎原則。

英吉利之普通法。爲不文法。卽本於慣習之普通法。故其性質。爲民意法之潛勢法。

其法規一經裁判官發見。適用之於法律事項。其判決即成先例 (precedent) 支配後之判決。由其裁判例抽出之法規。竟成現勢狀態之法規。邊泌所謂裁判官制定之法 (Judge-made Law) 又稱爲訴件法 (Case Law) 者。即指此也。盎格魯薩克遜語。所稱 doom 者。初僅有判決之意義。後兼有法律之意義。足以表示此種變遷也。英吉利之普通法。爲廣汎之「胸法」者。元爲一種擬制。然因有此原則。裁判官於慣習以外。自由參酌他國法。如賀爾特卿 (Lord Holt) 於有名之柯克對巴拉得之訴件。採擇羅馬法。以定寄托法之原則。賣士斐爾得卿 (Lord Mansfield) 於千七百六十九年頃。參酌地中海沿岸之海法。大陸之商法等。以爲裁判。英吉利法。依賢明裁判官之活裁判。常隨社會之變遷。而爲健全之發達。

第三節 神意潛勢法之現化

神意潛勢法之現勢化。依發見。或宣言。而表示者也。低級文化之人民。信仰神有超自然之力。支配人事。降臨禍福。賞罰邪正。故在原始社會。關於法律事項。有爭議時。往往禱神而乞其裁判。或窺神意而裁決其曲直。受裁判者。以信仰神祇之故。不僅衷心

服從。且恐背之而受神罰。在強制執行機關不完備之原始時代。此爲確保裁判之效力最適切之方法。馬甲於其名著「古代法」之開端。謂法律觀念。始於神託裁判。其言如左。

法之最初觀念。見於賀馬之伊里亞特 (Iliad) 詩篇之中。依特米士 (Themis) 及特米士得士 (Themistes) 一語而表示之。特米士者。後爲正義神。賀馬詩中。以其爲最高神宰。吾士 (Zeus) 之隨神。在人類幼稚時代。無論自然現象。人事現象。均認爲有人格之神之活動。如風之吹。日之出。五谷之發生成熟。皆有神爲之宰。雖在人事。亦莫不然。國王當裁判人民訴訟時。其判決往往爲神意靈感之結果。而垂示其神託裁判之神靈。爲特米士。又此特米士語。複數之特米士得士。或特米色士 (Themises) 者。用於依特米士之託宣。所下之神託裁判之意義。稱爲神託裁判例。國王貯藏此神託裁判例之特米士得士。依之而爲裁判。

此等神託裁判。乃就個個事件而爲之者。故此一定之主義貫通其間。以古代之社會組織。極爲簡單。爭訟事件。亦不如後世種類之複雜。因之其判決亦前後相類。

是卽「慣習」(custom)之起端。夫慣習之觀念。於有神託裁判後而始發生者也。吾人或聯想近世之事情。先天的慣習之觀念。當起於裁判觀念之前。然歷史上之順序。確有如上記者。示現於賀馬詩篇之慣習觀念之胎芽。時依有神託裁判意義之特米士得士之單數語特米士表現之。普通恆依「臺克」(Dike)之語表現之。臺克者、有判決與慣習之二種意義。「卵馬士」(Nomos)法律、或規範之語。爲後世希臘政治上之用語。最爲顯著。然在賀馬詩篇。則未之見。

以上爲馬印法律起原論之概要。此歷史法學泰斗之法律起原說。固有卓見。然概括的以神託裁判爲法律觀念之起原。未免失之廣汎。又以神託裁判觀念。起於慣習觀念之先。亦不免顛倒歷史之順序。與吾人以可議論之餘地。因民族之不同。裁判亦有不依神託、僅依故老之法之發見者。又所謂神託裁判。其實多根據慣習。順從慣習者。神則直之。反是、則曲之。慣習者、有原始社會之強制力。無論爲神、爲君、爲民。舉不能完全離慣習之支配。玻羅克謂在馬印之古代法之註釋。及賀馬之詩篇中。慣習之力。實非常強大。雖神亦爲所束縛。馬印後此所著「古代法及慣習」一書。亦曾訂正此

點。其意見如次。

此等判決。即特米士得士。(與條頓之陀姆士 *Dooms* 語同。)依先存之慣習、或故例、而爲之者無疑。然其概念。乃國王依自發的、或依神教而爲之者也。

在原始社會。神意爲人民之公的行爲之基準。此種信念。深存於普通社會。蓋原始人民崇敬神靈之念極強。且絕對服從之。國家初期。法規未立。神意有爲人民公的行爲之基準之潛勢力。故於爭訟事件有疑難時。多依神籤卜筮而窺神意。以決曲直。或直接請神之裁判。如用禱審法。使爭訟者握鐵棍。探熱湯。蹈火焰。噲毒物。神則直接啓示救護直者。明其曲直。又或使爭訟者決鬪。依個人之勝負。爲軍神之裁判。迨後文化稍進。神則往往直接間接啟示其意。授人類以法規。例如哈姆姆拉比之碑銘法。馬魯之聖典。摩西之十令。可蘭之教律。卽其最顯著者。此等神託立法。在國家初期。英哲之立法者。屢採用之。假神之威。以強法之力。藉以統治不習於法律生活之野蠻人民。

希伯來之「妥拉」(Forah)一語。有法之意義。Forah 者。卽最明白顯示神意潛勢法之現勢化。妥拉、由賀拉(Horah)轉變而來。其原義爲導、爲教、又爲指圖。特指

關於祭司之宗教、道法、及禮儀。依上帝「耶賀巴」之名而與以教訓指導或命令者也。更溯其語原。賀拉由雅拉 (Yarah) 而來。雅拉有投字之意。即投骰子以佔神意。或於神殿投矢佔之。故以色列人之法律。安拉者。其原義有依佔而得神託之意義。

神意法發見之方法。爲託宣 (Oracle)。凡關於法律事項之神託。不問涉於其爭訟者與否。要爲潛勢神意法之發見。例如關於君權君位之繼承。婚姻。繼承。刑罰事項。有神託時。其託宣即爲神託立法。爲將來人民行爲之規範。若關於爭訟事件。有神託時。其託宣即爲神裁。爾後成爲判例。爲人民行爲之基準。

古代之埃及文化。非如後世之禱審。仰間接之神裁。乃祈請神託。而直接仰神裁者也。依希羅多德之記載。對於嫌疑犯。無充分證據時。就最近之託宣所。以乞神託。因之以定罪之有無。國王愛買士第二世。即位前。習於放縱暴亂。屢因盜罪嫌疑。於神殿託宣所。受神託裁判。有依託宣受罰。或釋免之事。王即位後。尊敬曾罰彼之神殿。而毀其釋已者。以降僞託宣之神。不足尊崇云。

古代色米基克人。有困難問題發生。告之豫言者。長老。及酋長。請其裁判。即以其裁

斷爲先例。判決以後類似事件。積其判例。成爲法規。

此神意之表現爲判例。爲法規者。本於神意卽法之觀念。卽在裁判之託宣或法規之啓示以前。神意固有可爲人類行爲之基準之可能性。人民有絕對的服從之之信念。故在國家初期。神意可謂卽潛勢力狀態之法。因宣託啓示。而爲現勢力狀態之法。西克洛曰。法者。非因書寫於紙而始成。實與神意同時而發現者也。此語最足表示原始社會之潛勢法之狀態。

第一款 神託裁判

神託裁判。在神意潛勢法現化之二原因中爲最古。其推行爲最廣。神託裁判。分託宣與神裁二種。託宣者。爭訟有嫌疑時。當事者或審判官。就僧侶巫祝卜者等之神意。感通者。請神示其曲直。依之而下判斷。此神意之啓示。謂之神託。神裁者。當爭訟有疑難時。請神示其曲直。以奇蹟之示顯。爲神意之裁判。前者謂之瓦列克爾 (Oracle)。後者謂之瓦臺愛爾 (Ordale, Ordel)。前者屬於教法。不必限於訴訟事件。故其影響於法律之發達。比較的爲少。後者專屬於法律事項。初爲爭訟之審斷法。以後次第發達。

故在法律進化史上。可創一時期。茲敘其概要如次。

神裁爲潛在神意法發見之方法。於最低級文化社會。推行最廣。神裁者。卽本於神有超自然之大威力之信念。祈神裁判疑獄。現示奇蹟。以分別曲直。仰神裁之審判法。謂之禱審。禱審者。基於正者依神明之保護。入水不溺。入火不熱。食毒不死。逢刀不傷之信念。使爭訟者。各以生命身體試險。因有害無害。判定其犯罪之有無。事實之真僞。故爲審判法。在人民迷信最深時代。多信此審判法爲最確實。且最有效。神裁者。盎格魯薩克遜語爲 *Ordeal*。或稱 *Ordael*。僅有判決之意義。然當時之判決。普通多依神裁。至中世則此語專用於神之裁判 (*Dei iudicium*) 之意義。後世拉丁語。謂之 *Ordealum*。英語謂之 *Ordeal*。法語謂之 *Ordealie*。德語謂之 *Ordael*。歐羅巴各國。大抵用同語於神裁。或仰神裁之審判法之意義。

神者。有超自然力。保護善良。罪邪惡。此種信念。凡低級文化人類。莫不有之。故依禱審仰神之裁判之慣習。通行於東西兩洋之各民族。殆可謂爲世界的現象。

印度者。爲禱審神裁法之最古國。禱審 (*Purikah, Parikyah*) 自維打時代。已早通

行。(見維打經文)而聖律諸法典莫不有關於禱審之規定。自馬魯法典(Manu)始。若那拉打法典(Narada)亞克那維爾克法典(Yagyavalkya)維西魯法典(Vishnu)普利漢士帕其法典(Bṛhaspati)及其他後世之諸法典各載有詳細之規定。約計之有下列八種。

麗氏(Lee)於神裁之研究。最爲詳密。據彼所稱。古來廣行於歐羅巴之禱審法。實發源於印度。其說之當否。未敢斷定。要之印度爲禱審法最盛行之國。則無疑義。故爲關於潛在神意法之發見。而欲與此審判法以顯明之概念。茲先敘述載於印度聖律諸法之各種禱審法。後就此最顯著之各禱審法。順次說明之。

一 秤審

以最大天秤。計量被判者之體量二次。比較前後體量。若第二次體量。等於第一次。或比重第一次時。則爲有罪。反之。若比輕第一次。爲無罪。此審判不似水火審之慘酷。故婆羅門多用之於婦女。老幼。病者。及盲跛者。凡禱審。須行極嚴肅之宗教儀式。司儀式者。爲婆羅門僧。於審判前。僧向秤作祈禱狀。禱詞中有「汝是秤(Mhata)秤與聖

律(dharma)同義。』之語。西洋自古有所謂正義神(Justitia)者。持秤與劍。秤者爲公平之象徵。與東洋思想。若合符節。然體量無急劇變化之理。故司此審判法之僧侶。往往以任意作用。變更神裁。此審判法傳至歐羅巴後。判斷之標準。爲正反對。卽定先重而後比輕者。爲有罪。

二 火審

此禱審。行自維打時代。其方式載於聖律。卽置赤熱鐵丸於七枚無果樹葉上。使當事者捧之。步行於一定距離之圓圈上。然後檢驗掌中。視傷之有無。以判真僞。婆羅門僧。始唱祈禱之辭。

其辭曰。嗚呼。汝火。爲淨被之具。卽神之尊口。緣汝住於一切物之心中。故得知此事件。真實卽由汝舌而出。

載於維打及他之經文者。曰勿背汝之屬性。告訴原被告。否認其罪。並宣示余爲欲證明其告發之全然僞虛。故可握火。恃其真實。故欲持汝。然若彼言爲僞。汝則燒彼罪人之手。

僧以上之呪文。書於無果樹之葉上。縛於被告之頭。再以熱鐵丸置其手中。使步行於八圓圈上。若掌受火傷。則爲有罪之神託。若無傷跡。再使以掌揉米粒。耐此者爲無罪。

又有使被判者以舌舐熱鋤頭之方法。依火傷之有無。定罪之有無。

三 水審

水審者。於河、海、湖、池上行之。先放三矢。次使強壯者入水。立於及臍之處。僧讀水神祈禱辭後。使被告擱其人之股。潛入水中。疾行拾矢而上。走歸原處。其時被告若沈入水中。爲無罪。若手足或體之一部。現於水上。則爲有罪。

四 毒審

司儀式之僧。唱祈禱辭後。以喜馬拉亞山所產毒物士利額 (Sringa)。食被判者。依中毒與否。以決罪之有無。

五 聖水審

以灌神像之水。飲被判者。依神罰之有無。決罪之有無。被判者齋戒沐浴。着濡衣。吞

聖水三口。若二週後無事。則爲無罪。若在二週間發生疾病、負傷、火災、近親之死亡、及其他不幸之事。則爲有罪。

六 米審

以供日神之米。浸於灌神像之水中。經過一夜。翌朝直被判者食之。再使吐出於無果樹、或樺樹之葉上。若吐出之物。混有血迹。或手足戰慄。則爲有罪。否則爲無罪。

七 熱油審

以一定深大之鐵釜、或土釜。入胡麻油、或牛油於中。煮沸之。投以貨幣。祈禱後、使被判者探取之。再以軟棕櫚之葉包其手。三日後、驗其指若腫爛。爲有罪。否則爲無罪。

八 籤審

以二枚樹葉。一以黑色、描表正之達爾摩(Dharma)神像。一以白色、描表不正亞達爾摩神像。祈禱後。包以土球。投入壺中。使被判者取出其一。若取出達爾摩。爲無罪。取出亞達爾摩。則爲有罪。中世歐羅巴。有採投骰之禱審法者。以二枚骰子。投入壺中。使被判者取之。若取出附有十字架之骰子者爲無罪。

禱審，爲表示世界各民族，其潛勢法成爲現勢法之法態變化之重要原因。茲就各種禱審之最顯著者，說明其概要。

禱審者，普通對於犯罪之嫌疑者行之。有時不論民事刑事。對於原被告行之。故禱審之神裁法。有單審神裁法，與對審神裁法二種。

甲 單審神裁法

一 水審 (Judicium aquae) 有熱湯審與冷水審二種。而熱湯審古來尤爲通行。茲先敘述之。

(一) 熱湯審

熱湯審之禱審法。使被判者探試熱湯。檢其手之傷否。以判罪之有無。此審判法。自來東西各國。行之最廣。其方法，各民族間大略類似。熱湯審之儀式。多由僧侶司之。於審判前。使受審者齋戒沐浴。將審之際。僧侶爲嚴肅之祈禱。此等儀式。與他之禱審略同。所異者。惟依罪之輕重。嫌疑之大小。以定腕入湯之長短而已。例如沈石，或指環，於極熱之釜底。使罪人探取。爲最普通之方法。或以絲吊石於熱湯中。其絲之長短。與罪

之輕重、嫌疑之大小、爲比例。或依罪之輕轉。嫌疑之大小。定腕部入湯之長短。輕罪至腕首。重罪則至肘。至湯傷之有無。有卽時檢驗之者。有數日後始檢驗之者。例如印度。以芭蕉之葉包其手。歐羅巴則以布包之。裁判官封之以印。三日後開之。依其手之爛否。定罪之有無。

日本上古所行之熱湯審。其最著者。稱爲「區訶陀智」。區訶陀智者。或稱探湯。或盟神探湯。或稱誓湯。卽祈誓於神後。使被判者探熱湯。檢其手之傷否。以定罪之有無。據「日本書記」。應神天皇時。武內宿彌與其弟甘美內宿彌。發生爭論。依探湯而判決之。其記事如次。

天皇則推問武內宿彌與甘美內宿彌。二人各堅執爭議。是非難決。天皇敕令請神祇探湯。是以武內宿彌與甘美內宿彌。同至磯城川濱。爲探湯。武內宿彌勝之。後允恭天皇四年。人民有詐冒氏姓之事。於大和之味檀丘。設探湯盆。行「區訶陀智」。其「日本書記」記其事如左。

戊申詔曰（中略）故諸氏姓人等。沐浴齋戒。各爲盟神探湯。於味檀丘之辭禍戶

岬。坐探湯盆。而引諸人令赴曰。得實則全。僞者必害。於是諸人各著木綿手緞。赴釜探湯。得實者自全。不得實者皆傷。是以詐者愕然而退。自是之後。氏姓自定。

日本上古所行探湯之方法。或糞沸泥於釜中。使嫌疑者探之。或使探熱湯中小石。檢其手之傷否。以定罪之有無。此外有以赤熱斧置掌上。檢其傷否。更有蛇審。使探盆中之蛇。

日本中古之律令制度。多繼受中國法。故無區訶陀智。或類似於區訶陀智之禱審法之規定。是蓋因其母法之中國法。基於儒教。日本爲儒教所感化。故法律規定。不尙迷信。然自武家時代。稱爲有區訶陀智遺風。如「湯起請」之神裁法。尙流行於當時。湯起請者。即使原被兩造。先書起請文。禱告神祇。後探熱湯。檢其受傷與否。以判定罪之有無。此時之傷創。稱爲「起請之失」。並有將起請文燒灰吞服之事。載「看聞日記」。永亨八年五月之條。卽江州山前之百姓。與觀音寺百姓。因山相論之爭。亘五六年。幕府不能裁斷。結果使原被兩造。行湯起請。

中世歐羅巴之各種禱審法中。唯熱湯審爲最廣行。如載於沙里加法 (Lex Sallica)

之神裁判。僅有熱湯審而已。在西哥特法 (L. Visigoth) 於六百九十二年。愛儀利王 (Egiza) 經多勒多高僧會議之協贊。以詔令採用熱湯審法。弗利基亞法 (L. Frision I, iii) 盎格魯薩克遜法 (L. Aethelredi iv) 羅姆日陀法 (L. Lombard lib I, Tit xxxiii) 均揭有熱湯審之規定。拔蘭克斯頓 (Blackstone) 謂英吉利古代亦盛行此禱審法。且詳記其事實。

中古羅馬教會亦常行此禱審法。彼有名萊伊姆斯大僧正亨克麻 (Hincmar) 本於基督教之教旨立論說明如次。

熱湯審者爲水火二元素之裁判。水者表示過去之大洪水。於世界之始。神罰有罪。則有水之大裁判。世界之終。神罰有罪。更有火之大裁判。而現世所行之神裁判。卽由水火而成之熱湯審云。

亨克麻之爲如此說明者。蓋當沙爾大帝之首孫路得爾王 (Lothair) 與其后泰優特伯爾安 (Thutberga) 關於離婚事件。發生熱湯審之效力問題。先是王欲廢后。與其妾維爾朶蘭德 (Valdrada) 結婚。誣后以亂倫通姦之罪。又誣其有殺害前后之隱

謀。使科倫之大僧正古得爾 (Günther) 及安來物之大僧正特托額多 (Thietgand)。強后自白其罪。后當時受迫招狀。後乃取消之。因代理受熱湯審之神裁。證明無罪。然王卒與維爾朶蘭德結婚。舉爲王后。此王室之醜聞。成爲十年間全歐羅巴之問題。羅馬教會。因討論此問題。屢開高僧會議。愛拉夏柏爾會議。竟以后之自認招狀爲理由。認其離婚。並公認王之再婚。當時亨克麻對此爭議。爲此不幸之后辯護。論禱審法之宗教的基礎。主張其離婚無效。於八百六十年。發表前記之論述。法王尼哥拉第一世。亦以愛拉夏柏爾會議之判決爲非法。於八百六十三年。再召集麥都高僧會議。此會議之判決。仍維護前議。法王震怒。毀其判決全部。剝奪前此強制王后自招者之僧官。認爲破門。此有名之爭議。實以教會與國家之爭議爲背景而生者也。此爲尼可拉法王。欲擴張其教會權力之三大事件之一。因此發生與此事相聯之禱審效力問題。亨克麻爲熱心教權論者。故欲以教權壓抑國王之俗權。說明神裁之絕對的效力。

(2) 冷水審

冷水審者。投被判者於水中。依其浮沉之結果。而佔神意以定罪之有無之審判法。

也。此禱審有二種。第一種、以沈者爲無罪。浮者爲有罪。第二種、以沈者爲有罪。浮者爲無罪。

第一種之冷水審。古代之亞利亞人。基於人有淨水不受污穢之信念。以水者最惡。吸入罪人之身體。故有罪者、必爲水所不容。此禱審法。於中世歐羅巴之蠻族法典。無其規定。傳言自第九世紀羅馬法王始用之。拔蘭克斯頓、則謂始於希臘。

通常行冷水審之方式。先使被告精進齋潔。然後於川、池、井、戶之水邊。爲修被祈禱。裸體而結合手與足之親指。並縛之以繩。投入水中。就水之深度。施以測量。以定罪之。有無。盜格魯薩克遜法。凡沈入水中一愛爾半以上者爲無罪。其他、則以達於水底。或身體全部、隱於水面。或毛髮雖浮於水面。肉體全部。下沈水中。則爲無罪。普通方式。以繩縛被判者之身。僧侶持其一端。載沉載浮。生殺唯其所欲。因是僧侶往往濫用禱審法。爲權力擴張之具。並以之供利益收獲之用。

第二種之水審。基於正者不溺之信念。其根據及結果。與第一種全立於正反對之地位。此禱審法、廣行於諸民族之間。例如亞非利加之科爾多可斯特。使有重罪之人。

試渡聖河。若無罪者。縱令不知游泳之術。能安全達到彼岸。若爲有罪。縱善水泳。亦必沉溺。摩臘帕 (Malabar) 之印度人。投重罪者於鱒魚之河中。若得免害。游渡彼岸。則爲無罪。

此禱審法。在八百二十九年。雖受敬神王路多威 (Ludwig der Fromme) 之禁止。然其後數百年各國尙通行之。自第十三世紀始。漸行廢止。然對於魔妖術者之審理。非依超人力之神裁法。不能得實。此種迷信。既尙存續於人民之腦中。因之冷水審在前世紀。尙有行之者。

二 火審

火審者。爲最古禱審法之一。揭於印度維打經文中。雖希臘。此審判法。亦通行之。蘇非格臘士 (Sophocles) 之安基孔劇 (Antigone) 中。有凡自克列瓦 (Creon) 受嫌疑者。欲證明其無罪。或捧熱鐵。蹈火焰云云。火審。普通有燃火審與鐵火審二種。

(一) 燃火審

燃火審者。使被判者突入其手於燃火。或步行於其中。依傷之有無。以決其罪之有

無之禱審法也。此禱審法。古來廣行於世界各民族間。在印度近世猶通行之。歐羅巴中世亦普通行使。在利卑里亞法(L. Rupunaria)有使犯竊盜嫌疑之奴隸、或他族人。投手於燃火、或步行於其中之規定。法王伊諾森第三世。雖欲禁止大審。然其人民對此禱審法之迷信。仍繼續存在。如於欲保證事件真實時。往往有置手我於火之誓言。足見禱審迷信入人之深也。

(2) 鐵火審

鐵火審者 (Judicium ferri, *judicium ferri cadentis*)。基於神靈保護鐵火不燒之信念。依此奇蹟之示顯。而行裁判之禱審法也。此禱審。普通有三種。其一、爲手捧熱鐵塊之方法。其二、爲足蹈熱鐵版之方法。第三、爲舌舐熱鐵片之方法。

上舉三種之禱審法。各隨其發達、而設種種之方式。其審判前。使被判者齋戒沐浴。爲修被祈禱。審判後、檢其傷害有無等式。略與他之禱審同。例如瑞典審判於水曜日行之。其前二日。使被判者僅食麪包與水。精進潔齋。投手鐵火中。復包其手而封印之。至土曜、於告訴者及裁判官之前開之。以檢傷害之有無。

(A) 手之鐵火審

三種之鐵火審法中。以手捧熱鐵之方法。最爲廣行。此禱審普通用熱鐵丸。間用斧頭及槍身者。如尼愷亞 (Nicaea) 之拉斯加利帝 (Theodore Lascaris)。迷信呪詛可以罹病。使犯嫌疑罪者握熱鐵。利卑里亞法。於前述之燃火審外。更行握熱鐵。蹈鋤頭之審判法。盎格魯薩克遜法。依罪之輕重。定鐵丸之重量。輕罪之禱審。稱爲 *Simple ordeal*。用重量一磅之鐵丸。重罪之禱審。稱爲 *Triple ordeal*。則用二磅。後者用於大逆、放火、殺人、貨幣偽造之審判。然自顯理第一世始。凡強竊盜。亦以重罪論。而用重丸。瑞典之古法。依罪之輕罪。以定運鐵丸之步數。輕罪則使被判者捧熱鐵丸。行九步。後。再投於穴中。重罪。則於行十步後投之。

中國不認禱審爲法律上之審判法。然在「太平御覽」扶南國之部。有如左之記事。

扶南有事。官燒鐵令赤。以鉗諸掌中。行七步。無罪者。手不燒。有罪者。手卽焦。

日本「允恭紀盟」神探湯之條之註釋。有或燒斧火置於掌之文。學者有謂此註

爲後人私紀之攙入者。（飯田武鄉「日本書記」通釋。）然此註果爲後人之私紀與否。不能確定。在武家時代。行所稱爲鐵火、或火起請之火審。與有探湯遺風之湯起請並稱。謂之湯火之兩誓。（松陰私語卷二、徒然草諸抄大成卷十六、比叡山大師勸請之起請文註釋。）

（B）足之鐵火審

蹈熱鐵之禱審法（*Vomeris igniti, examen pedale*）。以用鋤爲最普通。蹈鋤式者、以定數之鋤頭。於一定之距離。如置六枚九枚、或置十二枚。使被判者、跣足步行其上。或使隱目步行。例如英吉利。於前述手之鐵火審外。以熱鐵鋤頭九枚。參差間隔。置於一直線地上。使被判者、隱目洗足。通行其上。若蹈不着鐵。或着之而火不傷。則爲無罪。

（C）舌之鐵火審

舌之鐵火審。主要爲檢斷被判者陳述之實否而用之者也。舐熱鐵之禱審法。印度維打時代。早已通行。初使受審者、舐赤熱鐵斧。後常以鋤代之。鐵火審、對於或種之犯罪用之。例如沙爾大帝之敕令集。規定凡親殺疑獄。可用鐵火審。俄羅斯之古法。以鐵

火審，爲對於謀殺、盜財、及誣告罪之檢斷法。其他各國法律，及教會之高僧會議，關於用此審時，設有種種規定。特關於婦女貞操之疑獄，用之最多。例如英吉利之愛德華懺悔王 (Edward the Confessor) 之母后愛姆瑪 (Emma)，依蹈鋤式之鐵火審。其與溫智斯大之愛爾文僧正 (Bishop Alwyn) 之關係之冤，藉以昭雪是也。

鐵火審，在歐羅巴自第十三世紀末葉，至第十四世紀初期，始行廢止。惟對於魔術罪，其後仍維持於百五十年之間。異教徒審判官，斯普列開爾 (Inquisitor Sprenger) 於千四百八十七年，以魔法使恃魔神守護，不懼鐵火審。故對於慷慨承受鐵火審者，認爲有罪之證。並說明此審判法，用於異教制之審判爲無效。

三 食審

食審者 (Judicium offae, panis conjuratis) 亦最通行之禱審法也。在亞歷山大里亞。自第二世紀以來，所行之禱審法，使嫌疑者嚥麪包。若窒塞於喉，則爲有罪。然在法史上最有名者，爲英吉利古法所稱爲「科斯列德」 (Coursned, coursaed) 是也。此禱審法，以最嚴肅之儀式，於神前行之。僧侶之重一溫士之麪包一片，供之神前，祈

禱後、使被告嚙之。此審判法。因惹起被告之感覺、而異其效果。故僧侶用種種手段、作祈禱之辭。其辭要在惹起被告之恐怖心。若被告有罪。則麪包嚙下。手足發顫。顏青而喉塞。若無罪、則滋養身體、而增其健康。前揭印度之米審、聖水審。中世歐羅巴之聖餐審 (Eucharist, Geweichter Bissen) 等。皆與「科斯列特」爲同樣之審判法也。

四 毒審

毒審者、以毒物與被判者。依其中毒之有無。以決罪之有無之禱審法也。此禱審法、爲世界各民族所通行。然揭於「舊約聖書」。「民數紀略」第五章第十一節以下。摩西之法律之毒審法。爲古典中之最詳細者。此毒審法。並稱摩西之「苦水神裁法」。毒審法、在亞非利加。最爲通行。西亞非利加之夏拉來瓦列、及其他各地。廣行所謂赤水之毒審法。使被判者、斷絕飲食一晝夜後。食以少量之米。次以沙西樹皮製成之赤水多量飲之。此赤水爲吐劑兼催眠劑。若被告飲赤水後將前食米水、同時吐出。爲無罪。若催眠、或下痢時。則爲有罪。在格尼亞、用合歡科植物「米馬殺」之皮。製成赤水。祈禱後。使被判者飲之。若嘔吐時、爲無罪。爲放釋。環視之羣衆。則歡呼而迎之。若催

眠時，則爲有罪而罰之。羣衆則投之以石。或曳諸岩而置之死。原此結果。雖依被告之體質如何。然其實司禱審者。與製毒劑之僧侶、巫女等。得隨意使用種種手段。構成其罪。或釋免之。因此彼輩有無限之權力。

夫所以爲上述之裁斷者。本於物神與飲料。同入於腹。而能檢查其心之信念。若其心不污。則爲無罪。瑪達介斯加爾之毒審法。亦同本此信念。同地之審判法。飲被告以強烈毒菓之煎汁。再以鳥皮三斤。混合同量肉汁。使被告飲之。若飲後嘔吐。更與以肉汁與湯。若出吐鳥皮。則爲無罪。若不吐出而卽死。則爲有罪。若不吐出而仍活。更以一極毒汁。飲之。

依立溫斯敦之「南亞非利加」記事。有妻受呪夫之疑。使食僧侶製成之毒藥。證明其貞操之習俗。又巴羅利族 (Barotse) 有以毒物與鷄犬。依其結果。判定被判者罪之有無之說。

其他行於世界各民族間毒審之種類極多。茲不詳述。亞細亞各國所行之毒審。及禱審法。見日本中田薰博士所著「古代亞細亞諸邦所行之神判」之論文。(法學

協會雜誌二十二卷三號。）

五 觸審

觸審者、使犯罪之嫌疑者、接觸或物。依其人或物所現之變化。而決其罪之有無之禱審法也。其中最普通者。爲觸屍審 (Jus feretri)。觸屍審者。根於殺害者接近被害者之屍時。屍身出血之信念而生。此信念存於各人種之間。斯拉夫人、條頓人自古代卽通行之。據有名史詩 *Nibelungenlied* 所載。當其克夫里德 (Siegfried) 之葬儀。謀殺者哈格 (Hagen) 行近遺骸。欲求證明無罪。然當甫近棺前。血從屍身流出。德意志於第十七世紀。其裁判程序。定有觸審之方式。其方式。卽暴露被害者屍體腹部。經過定時。待血完全凝結後。使嫌疑者。以一指觸被害者之口與臍。爲傷死者。則觸其傷口。若屍體表現感觸之徵。或由口吹泡。或由傷口及口鼻耳各部出血。則爲有罪之證。

英吉利不認觸審爲法律上定式之審判法。然因人民有觸屍出血之信念。故用之爲一種之證明法。顯里第二世。因其子力查之叛逆致死。後力查於法塔維納 (Fontevraud)。參列父王葬儀。其遺體忽流出鼻血。此英勇絕倫獅子王心 (Coeur de

Lion) 之力查。亦爲之恐怖戰慄、而表悔恨之情云。

伽爾斯第一世之四年。於哈妥佛多之巡回裁判所 (Hartford Assises) 使被告觸被害者之屍。以出血故爲有罪之判決。

蘇格蘭第三裁判所。至十七世紀之後半期。行觸屍證明法。於殺人犯不明時。使隣人悉觸其屍。成爲習慣。如千六百十一年。有犯人不明之謀殺案。依例傳喚隣人。爲觸屍證明。有信望極厚之紳士。因故缺席。其幼女爲觀屍故。偶觸屍體。有血自屍體流出。遂於意外、發覺該紳士爲殺人犯。

觸屍檢斷法。可謂法律史上最後之禱審法。在歐羅巴、從他之禱審衰息後而普行之者也。其法不似他之各種禱審法之慘酷。而免教會之非難。得以遺留至今。第十世紀。最爲盛行。自大西洋越亞美利加英領殖民地。至合衆國獨立當時。因屢屢發見謀殺之嫌疑者。亦採用之。千八百六十九年。奕倫諾爾之列帕倫之墓地。發掘被謀殺者之二屍體。未得主犯。使二百鄰人。順次縱列。各以手觸死屍。此亦爲觸審之最有名之事件。

南洋友島。有犯罪者時。王則集合人民。以木鉢自洗其手。然後使人民各觸其鉢。有罪者觸之。鉢穢。罪人卽死。因此迷信。故罪人多不敢觸而自供其罪。

中國古代。亦有觸審之事。此可於法字之構造見之。漢代以前爲灋字。說文解字。灋。荆也。平之如水。從水。廌。所以觸不直者去之。從廌去。故灋者。爲水。與廌。與去之。三要素而成之合體文字。然他之一說。解去爲立於人之正面象形之大字。與口字之合字。灋者。爲水。與廌。與大。與口。之四要素之合體文字。（國家學會雜誌。）茲不論從何種解釋。組成此灋字要素中之主要分子。爲廌。廌者。卽所稱一角神獸之解廌是也。本於囚人觸此獸。直知罪之有無之信念而來。說文解字第十篇解曰。

廌。解廌獸也。似牛一角。古者決訟。令觸不直者。

他如神異經論衡所記。神異經曰。東北荒中有獸。見人鬥。則觸不直。聞人論。則咋不正。名曰獬豸。論衡曰。獬豸者。一角之羊。性識有罪。臯陶治獄。有罪者令羊觸之。按古有此神獸。非必臯陶賴之聽獄也。

由此觀之。廌爲似牛一角之獸。或一角之羊。又有一角鹿之說。（三才圖會。）其果

爲何獸。雖難明定。然爲一種神獸。依之而行神意的裁判之傳說。實多可信。後漢書之輿地志。有稱法冠爲獬豸冠。其說云。

法冠、或謂獬豸冠。獬豸神羊。能別曲直。故以爲冠。

他如墨子明鬼篇。有齊莊公時代。行神獸裁判之紀事。其說曰。

昔者、齊莊公之臣。有所謂王里國、中里徼者。此二子者。訟三年而獄不斷。齊君恐殺之爲不辜。釋之失有罪。乃使二人共一羊。盟於齊之神社。二人許諾。於是泔灑。羊而灑其血。讀王里國之辭。既已終矣。讀中里徼之辭。未半也。羊起而觸之。析其腳。祕神之社而梟之。殪之盟所。當是時。齊人從者莫不見。遠者莫不聞。

此事實之有無。亦不敢斷定。然此思想。要可謂關於神意法之發見無疑。

乙 對審神裁法

一 鬪審

鬪審(Judicium pugnae)者、所謂決鬪裁判是也。即使原被兩造。互爲決鬪。依其勝敗。而決曲直。以腕力爲最終之裁判官。此在法律生活初期。行決鬪裁判者。亦自然之

勢也。決鬪裁判。在各民族間。其例雖不多見。然其制度。於他之禱審既廢之後。仍存續於歐洲各國。蓋此爭議決定法。在法的秩序未整理之原始時代。與復仇同有自力制裁之遺習。依封建時代尙武之風。此遺習賴以維持。中世以來。鬪審之所以廣行於歐羅巴者。更有其他法律上之原因在也。蓋以當時法律。爲屬人主義。各人均服從其所囑之民族法。如殺人同住一地。普通皆各遵個別之法律。故於異民族間起爭訟時。若使他族人爲證人。則有偏頗之嫌。而爲當事者所不欲。布爾良之法律。禁止異族人爲證人。而裁判官。亦無與當事者之一方同民族者。此時欲爲證據裁判。在勢有所不能。故不得不歸於自力救濟。以訴之腕力。故封建尙武之風。與屬人法相待。而鬪審法以生。宛如日本之封建時代。因各藩異法而行敵鬪是也。一千年頃。成爾士人與薩克遜人締結條約。有兩族人之訴訟。當事者間。無特別之協定時。可依鬪審決之之規定。當時異族交涉事件之裁判。多有用鬪審者。

鬪審之勝負。卽神所示以曲直。故決鬪不必限於訴訟當事者本人。卽代理人亦可。如主人可使僕人代理決鬪。又公共團體。法人。或婦人。常有雇用以代鬪爲職業之鬪

士(Champion)爲代理人者。僧侶、貴族、婦女、未成年者、六十歲以上之老人、跛者、盲者、爲告訴者時。及現行犯之告發者等。得拒絕被告之挑戰。

英吉利古法、鬪審之方式如次。卽被告欲依決鬪抗爭時。於法庭先投其手袋曰。「余無罪。余以余之身體而防訴。」斯時原告拾其手袋答曰「善、以身體與身體證明此公訴。」於是被告右手持聖書。左手執原告之手。而爲次之誓詞。

“Hear this, O man, whom I hold by the hand, who callest thyself John by the name of baptism, that I, who call myself Thomas by the name of baptism, that I, did not feloniously murder thy father, William by name, nor am any way guilty of the said felony. So help me God, and the Saints; and this I will defend against thee by my body, as this court award.”

原告亦依同樣儀式。握被告之手。述同樣之誓詞。其結尾如次。

“…… that thou art perjured; and therefore perjured, because, that thou feloniously didst murder my father William by name. ……”

於是以劍槍棍棒金鎚等武器。開始決鬪。被告若敗而被殺。自爲僞誓之神罰勿疑。若不被殺而失抵抗力。卽送之絞臺。處以死刑。若被告勝而殺死原告。或爲終日之鬪。則爲無罪而放釋。若原告失抵抗力。自求降伏。則認爲無恥。剝奪其公權。

水審、火審及其他之禱審法。概爲單審法。有時亦有使原被告雙方探熱湯、握鐵火者。然普通僅被告爲之而已。鬪審則反是。其性質爲對審法。使原被告雙方爲之。依其決鬪之結果。而判定曲直。

二 十字架審

十字架審 (judicium crucis) 爲行於中世基督教國之神裁法。與鬪審同爲原被告之對審。使當事者雙方立於十字架之下。舉雙手於祈禱之儀式中。作動式。至儀式終了以前。手垂下者爲曲。手仍動者爲直。八百一十六年之教會令。凡因病不能爲鬪審之證人。以十字架審代之。再不堪十字架審者。得請代理人。此審判法。以用於民事爲主。如離婚訴訟。土地權限爭議多用之。沙爾大帝於八百零六年。分封其子時。有將來關於領土其子孫間發生爭議時。可依十字架審之命令。

三 誠首審

臺灣之蕃族間。有依首狩。而審定爭訟者之是非曲直。犯罪之有無之奇習。是亦一種之對審。彼等以神扶助正理者。而以不正者之首級授之。然在非理者。不信有授首級之事。仍有爭論。則爭論者。雙方定立契約。各行首狩。而獲首級者。判定爲正者。否則爲負者。對於其非理之責罰。必須提繳贖金。

四 燈火審

普爾麻行此審判法。其法使原被兩造。捧同樣長大之蠟燭。同時點之。先燃盡者爲直。不燃盡者爲曲。

五 鹽審

婆羅洲之泰安克人 (Dyaks)。使原被兩造。投同大之鹽塊於水。其塊速溶者爲直。殘留者爲曲。

六 貝審

婆羅洲又使原被兩造。各出生貝。載之以皿。注入奈姆汁。貝受其酸之刺激。因之動

作。依其動出之先後。決定曲直。

七 針審

斐律賓羣島之土蠻中。行種種之對審神裁法。如以針刺爭訟者雙方之頭皮。以出血多者爲曲。是其一例也。

八 雞審

此審判法。亦斐律賓土蠻中之。使原被告各出雞一支。燒而剖之。以雞肝臟大者之一方爲曲。

上述之禱審法。不過舉單審對審之最普通者。以示一般。其他世界各民族間所行禱審之種類尙多。茲不遑枚舉。

以水審火審之禱審法。爲神裁之方法。乃一般通行之信念。而法蘭(James A. Farrel)則以爲與其謂爲神之裁判。勿寧謂之自然物之裁判爲適當。彼說之根據。謂「禱審者。以人的超自然神之存在爲前提。然文化最低之蠻人。只崇信自然物之人格。無超自然神之觀念。故禱審直接訴諸如水火之自然物。而受其裁判。或訴之於祖

先之靈。」從後揭印度禱審之祈禱辭觀之。此說亦有根據。然此乃從自然物崇拜之習俗而來。如直接祈於自然，或祈於通自然物之祖先之靈，與祈於超自然之神。僅信仰進化之程度之差異而已。其實與所謂祈請於超自然力之裁判相同。故可謂之神裁法。

神裁者，超越自然力之常定律之現象，表現奇蹟，而示訴訟之曲直於人間者也。在文化低級迷信最深時代，最爲普行。待文化稍進，而神裁依然存續者，其原因，一方因思想之因襲。人民迷信，不易根絕。他方因司禱審儀式之僧侶，對此裁判，有強大之權力與利益故也。如熱湯審之熱度增減，毒審之毒物調合，司審者或依愛憎，或依賄贈之多寡，隨意左右，其例甚多。

在歐洲中世，禱審法盛行之原因，緣於基督教會爲扶植其權勢與資力，故多採用之。禱審法如載於舊約聖書中苦水禱審之事，爲基於神之超自然力，及直接支配人事之信念之制度。縱令爲野蠻民族之習俗，倘不違及教會主義，爲誘致異教徒之改宗歸依起見，故多方採用。且制定嚴肅儀式，及莊重之禱辭，藉以增加此審判法之威

嚴。結果，司法權移於教會。僧侶不僅得強大之權力。更因訴訟費用之收入。賄賂之取求。並獲莫大之利益焉。

禱審之儀式。極莊重嚴肅。使被判者自生敬虔畏懼之念。此儀式普通在神前行之。在印度。被判者豫先行禳。斷食。精進。淨身於神前。刺麻僧於唱祈禱之辭後。行之。歐羅巴中世以來。教會設有種種莊嚴儀式。通常於二日前。先爲祈禱。於當日行聖餐禮。再爲祈誓。然後行禱審。由中世教會所行熱湯審之祈禱辭觀之。可想見其儀式之莊嚴也。

禱審者。基於因神意之干涉。可變化自然力之常律之信念。故非宗教心低級。自然知識淺薄之人民。不能永續行之。如火不燒。水不溺。毒不中者。非水火毒之不能死人也。實因被告之氣體。及禱審時所用物之性質。而幸免者居多。此人智稍進。卽能認識之者。加之裁判官及司儀式之僧侶。往往因貪賄賂而存偏袒。故常發見不公平之神裁。

禱審之利害既明。因之其範圍亦有種種之制限。如印度聖律中最古法典科泰馬

(Gautama) 帕烏多哈亞刺 (Baudhayana) 威西西安瓦 (Vasishtha) 等關於禱審。並無規定。馬魯 (Manu) 耶巴士泰姆巴 (Apastamba) 法典。雖有規定。然僅略略數條。新法典那拉打 (Narada) 維西魯 (Vishnu) 亞古那維爾克 (Yagnavalkya) 普利漢士帕其 (Brihaspati) 等。法典始有詳細規定。然依此等事實。如麗氏所云。禱審爲發達於後世者。實大誤也。禱審法之普行。既於維打之經文 (Athava Veda) 中見之。其不載於古聖律者。因當時之習慣。無特別制限之必要。自那拉打法典爲始。所以有此詳細規定者。乃行禱審時。關於其種類、方法、季節、及人之階級等之制限。是等規定。乃爲矯正古來無制限之弊害。非自有此規定。而始有禱審法也。

(一) 一般制限。古代無論何時。得用禱審。然那拉打法典。規定禱審唯限於有理由時用之。否則不可用。揭其通則如次。

非有聰明、德高、公正賢明國之王。或裁判長。及當事者雙方之承認。當慎行五種禱審之一。

行禱審法。須有如下重要之理由。一、犯罪經過既久。二、祕密犯罪。三、因死亡逃亡而

無證人。四、證人爲僞證時。五、無其他證人證書證據時。

禱審者限於不能依證據爲裁判之時用之。此文化稍進國民一般之制限。觀歐羅巴、加魯令朝所發之敕令 (Capitularia) 略可推知。其敕令如左。

疑獄當依神之裁判決之。凡保留於神之親裁者。裁判官依人定之方法而爲審判。然則在主未至以前。勿先時審判。主將照澈隱事。顯露心謀。其時當自我之神而得榮譽。(新約「科里他」前書四章五節)

印度聖律規定。若不依右所揭之制限而行禱審。則爲無效。普利漢士帕其法典。有如左之明文。

禱審由精通其方式者。從其制規行之。若違反制規時。無證明之效力。

又那拉打法典。除謀反外。若禱審之結果。被告爲無罪時。非其自己宣言當受刑罰。則不可再行禱審。

(二)關於犯罪之種類、及金額之制限。馬魯、亞巴士泰姆巴之古法典。行禱審時。於無適當證人外。得無制限行使誓審與紀審。或由裁判官自由擇一行之。然在維西魯

新法典。禱審對於國王犯罪、或對殺傷其他之暴力罪、得無制限行之。對於強盜、竊盜、橫領、其他財產之罪。其價格非依民級所定之金額以上。則不許用之。其金額於最下級之加斯特賤民、爲最少額。第三級農民。非有其二倍以上。第二級武士。非有其二倍以上。最上級僧侶。非有其四倍以上之金額。不許行禱審。

印度之後世法典。限定禱審之種類。自五種乃至九種。古代之裁判官。爲矯正禱審之弊。隨意製作種種之方法。且就各種禱審。規定其執行方法。

(三)關於人之制限 禱審、依受審者之地位、性、年齡、疾病、身體、精神之狀態等。禁止行之。例如對於罹大災厄而況於悲境者。及病人與苦行者。不許行禱審。對於婦女、那拉打法、則禁之。維亞魯法、則僅許行秤審。

秤審者、無論對於何人得行之。特如僧侶、老者、幼者、婦女、罹災者、悲哀者、宮者、除用此禱審外。不能用其他之禱審。

火審者、對於武士級民行之。但不得用熱鐵之禱審。又對於癩病患者、虛弱者、盲者、或鍛工、不得行使火審。

水審者、對於農業級民行之。惟對婦女、老者、虛弱者、悲哀者、臆病者、病者、特如痰喘息、其他類此病者、及漁夫等之水業者、不得行之。

毒審者、對於賤級民行之。惟對於普刺麻、癩病者、神經病者、及婦女、不得行之。

聖水審。除不信神者、宮者、無賴漢奴隸外。得對於一切之人行之。

依格黎牧所記。如德意志古法。神裁者、其始不問貴族、自由人、不自由人、均得行之。後僅對於不自由人行之。對於貴族自由人。則行誓審。

(四)關於時之制限 那拉打、其他之後期法典。雖行禱審之季節。均有詳細規定。例如秤審。惟於秋季行之。於烈風狂雨之日。不得行秤審。

火審者、於雨季行之。爲最適當。寒暑氣最烈之季節。禁止行使。

水審者、於夏期行之。爲最適當。冬期及寒氣濕氣最強之時。禁止行使。

毒審、於秋冬之始行之。春夏季及雨期。禁止行使。

禱審者、以迷信爲基礎。故文化日益發展。禱審則漸次絕跡。然如印度。以禱審規定於維打以來之各聖法典。構成民族宗教之一部。其根據最爲強固。非有特別制壓。不

易絕滅。其歸英領後。此原始的裁判。法律上雖行廢止。然數百年之迷信。非一朝所能廢止。故前世紀之後半期。印人之爲裁判官者。往往私自實行。例如千八百六十七年。伽母魯克爾 (Jamnugur) 地方之一駱駝夫。有盜運金之嫌。由其寄託者告發。因無證據。告發者請行熱湯審。裁判官竟許其請。後英政府欲嚴罰該裁判官。然彼裁判官竟以死亡而得免罰。僅罰禱審請求者與駱夫以百盧比年金。一千八百六十八年。託蘭文孔爾 (Travancore) 之婆羅門宗教徒。起神裁法復活之運動。日本明治初年。拷問廢止之議起。裁判官多數反對。以犯罪常行於祕密。不必定有證據。若廢拷問。則魯鈍者或恐得罪。而奸黠者必逃羅網。由是觀之。在印度欲廢禱審。其困難更可想見。

禱審在歐羅巴。始則廣行於蠻民中。其後基督教爲扶植其權勢與資力而採用之。並制定莊嚴儀式。盛行於數百年之間。自始有識見之高僧。根本上多所非議。至于零七十年。法王亞歷山大第二世。以禱審爲創於俗衆之制度。違反宗規。禁止行使。然各地寺院。均賴之以爲權力與收入之源泉。不惟不欲拋棄。並力圖其復興。且依種種手段。得特許行使。自第十二世紀後半。至第十三世紀前半。因法王權力之旺盛。漸至失

其勢力。法王亞歷山大第三世。並努力實行廢止。而彼得康託爾 (Peter Cantor) 以禱審不僅爲正義執行不確實之方法。並濫試神威。冒瀆神嚴。主張廢止尤力。千二百一十五年。法王伊諾森第三世。於第四拉特蘭宗教會議。主張禱審法之違反神教。議定發布禱審禁止之宗教令。其後千二百三十四年編纂之「格勒革力第九世法王令典」(Decretales Gregorii IX) 載明其以前七八十年間所發之禱審禁止令。此令典之編纂者。爲色特拉門多柏尼亞法特 (St. Ramon de Peñafort) 於其所著「Summa」書中。極論禱審爲惡魔之創案。攻難之不遺餘力。

禱審之權威。既依教會以維持。國家法制。不免因此受其影響。勢不能不制限禁止之法。蘭西於千二百年。發布敕令。禁止毆打巴里大學學生者。依鬪審或水審之抗訴。其後禱審於同世紀中。自然廢止。千二百一十九年英吉利柏里第三世。於巡迴裁判官出發之際。曾下詔敕。以水審火審。依羅馬教會而禁止。不可行使。第十三世級之後半。拔蘭克斯頓。於其所著之「英吉利法律及慣習論」。說明決鬪裁判雖爲現行法。然其他之禱審。則爲過去之事實。其他歐洲各國。自同世紀至次世紀之間。以禱審爲

法律上之審判法者。均行廢止。惟鬪審。爲有封建制度尙武之風。故仍遺存而不廢。

禱審法之破壞。其力之最大者。要推以哲學爲基礎之羅馬法。薩味南曰。第十三世紀教會及國家之禱審廢止。乃由第十二世紀羅馬法復興而起之現象。羅馬法之理論。最足破除禱審之迷信。羅馬法原則上。於特別之時用拷問。普通則於告訴者無證明時。則放釋被告。而以犯罪證明之責。歸於求刑者。故與此原則不相容之禱審法。因羅馬法理論之倡明。自然歸於衰滅。中世羅馬法復興者之註釋派法曹古納薩託列士。用力闡明證據法。分證據爲十餘種。加以詳密之說明。由是推之。歐洲各國羅馬法學之傳播。爲禱審法之衰微直接原因。無疑也。

教會法。發達於自第八世紀至第十二世紀之間。其法規採用羅馬法之精神者甚多。故俗界認羅馬法爲禱審廢止之直接原因。而在教界。則認羅馬法爲禱審廢止之間接原因。

第二款 誓審法

誓審與禱審。同其基礎。卽基於神護正者罰不正者之信念之審判法也。古來裁判

上之宣誓有二。其一、關於直接犯罪之有無及其他繫爭事實之存否。他之一、關於證據之真偽是也。此二種宣誓中。在古代之裁判法。宣誓之主要目的。在定繫爭事實之存否。如刑事。則訴訟被告人。對神誓其無罪。或原告誓被告爲有罪。民事訴訟。原告或被告宣誓爲其請求原因之事實之存否。其宣誓。直接爲判決之根據者也。

在信神心最深之社會。一般人民。信神之全知全能而畏敬之。欺神者必受責罰。故古代。多以宣誓爲判斷訴之曲直。罪之有無最確實之方法。馬魯法典第八編一零九條。規定裁判官僅依證據不能知繫爭事件之真相時。得依宣誓發見之。並詳細規定其程序。那拉打法典。有神或聖。依宣誓免罪之紀事。例如第一編一百四十三條。有威西西妥瓦受惡靈化身之告訴時。可爲宣誓之規定。

威士維米託拉 (Visvamitra) 告訴大聖威西西妥瓦。爲惡靈 (Rakshasa) 化身。食彼百子。威西西妥瓦宣誓云。若余爲惡靈。當即喪命於此。又其次條。揭載七聖依宣誓而免盜蓮之嫌。同書之英譯者仇里 (Jolly) 註釋之曰。同條之意。以大聖有嫌。尙依宣誓。常人豈得拒絕之。

宣誓在羅馬古法佔極重要之地位者。因宣誓爲義務及裁判之基礎故也。臺開士泰法典分宣誓爲任意宣誓(*Jusjurandum Voluntarium*)。強制宣誓(*Jusjurandum necessarium*)。及請求宣誓(*Jusjurandum in jure*)三種。並載法曹諸大家之學說。西克洛曾屢稱道宣誓之神聖。格里烏斯(*Gellius*)謂於神人聞見之地。絕無有背反約言者。宣誓在羅馬人之心理狀態。有絕大之強制力。此於所謂定額貸金訴訟之規定。可以知之。即原告對被告。關於其債務之存否。得請求宣誓。被告若容其請。可不負債務之責。否則當支付其請求額。又依訴訟種類。得由原被兩造。互請宣誓。裁判官則基於其宣誓而下裁判。

英吉利之中世法(*Wager of Law*)。亦行所稱爲 *Vadiatio Legis* 之誓審法。此誓審法。於因舊定式訴訟中之普通契約之負債訴訟。不法留置物之返還訴訟。精算訴訟行之。被告否認原告請求之基礎事實。拒絕其請求時。裁判官豫定日期。票傳隣里(普通十二名)。同時出庭。爲否認之宣誓。又隣人爲保誓者。宣誓保證被告之人格。及其宣誓之真實。裁判官基於本人及保誓者之宣誓。而爲裁判。若被告人爲否認之

宣誓。保誓者且確信之。此時被告爲勝訴者。若無其宣誓時。則歸於敗訴。此誓審法。至千七百六十八年。然後廢止。

後世之裁判法。以宣誓爲證言之保障。即證人以其供述之真實。誓之於神。然古代之宣誓。屬於神裁判法。其與禱審異者。以不基於依奇蹟示現之神意表示。乃基於僞誓必受神罰之信念。依人意之宣誓表示而下判決者也。誓審者。不如他之禱審。即時現示神裁之奇蹟。以僞誓雖不受現罰。而冥罰則終不能免。故禱審誓審。同本於神意之現示。但前者爲神意之直接現示。後者爲神意之間接現示。

後世之宣誓。屬於證據法。判決者。非本於宣誓而下。乃本於依宣誓而受保障之證據而下者也。證據法之宣誓。讓諸原質論。今僅就屬於神裁判法之誓審法論述之。

無辜被罪。盟神宣冤。殆人類普通之習慣。若原始社會。雖法律上。亦以之爲判決罪之有無。訴之曲直之根據。與禱審之以奇蹟現示爲判決根據者正同。誓審者。亦如禱審。用種種物體。藉以惹起宣誓者精神之感靈。在日本。如書誓辭於熊野之牛王。武士則帶劍而誓。每以聖物爲媒介。而行宣誓之方法。在歐羅巴中世紀。亦常行聖物宣誓。

宣誓者相信偽誓當蒙神罰。藏收聖物之寺院僧侶。並捏造種種之奇怪傳說。以示神罰之威權。如以耶穌磔柱之釘。造成鐵十字。表示偽誓者必死。以使徒之遺骨。聖僧之遺服。表示偽誓者必啞。此類傳說。行之既廣。凡依聖物宣誓者。其自身或子孫有故障時。其神經忽呈異狀。常有自招認其罪之事實。

日本宣誓。有探湯、湯起請、如起請之事。其宣誓不用他物。僅用文書者。如起請文是。當行宣誓時。記載其誓辭於文書。如日本天平感寶元年聖武天皇之敕願文。爲最古之文書。至平安朝末葉。誓文益見盛行。宣誓以依誓辭爲常例。所謂起請文者。卽普通所稱對於神佛之誓約。亦有用於他之意義者。故起請一語。古來有二種意義。

第一意義起請者。卽諸司官吏。關於其職務上奏請天皇之裁判之公文書是也。其實例史不乏書。如大同四年九月二十七日。山陰道觀察使管野朝臣真道之起請十六箇條。及承和九年八月太宰大貳藤原朝臣衛之起請四箇條。爲其最著者也。

第二意義。起請者。爲證明當事者之意思及行爲。不正或不虛偽。誓於神前、宣言

若有違背必受神罰之意義也。誓審者，即依此第二意義之起請，而爲裁判。其誓辭謂之起請文。

自鎌倉時代以至武家時代，普通皆行此宣誓之方法。鎌倉幕府之裁判法，凡裁判，先由訴訟人，即由原被告雙方，提出證文。若兩方證文，是非顯著，即據之以定判決。若證文缺明確時，則徵之證人之申呈而爲裁判。若證文證人，俱不分明時，則使雙方同具起請文，據之以判定正否曲直。

此起請文與他之宣誓起請文同，即立盟於其畏敬崇信之神祇或佛陀，誓言自己之無曲。若有虛僞，願受神冥之罰。且明記其罰文於起請文之後，以爲常例。

此起請文提出後，於一定日期內，若提出者本身，起所謂「起請之失」之一定事故時，則爲神佛之裁判。示現不正之證，司法當局，直與以判決。

神意裁判之信仰，自古代以來，存於一般人民之腦經，決非自鎌倉時代，然後發生。前記起請之失之審判法，與上古之「區訶陀智」同其根本思想之一種禱審法也。中國古代，亦有誓審。據周禮所載，古代之宣誓方式，有誓與盟二種，用以締結諸侯

國際間之約信。前者、依誓禮以結言語之約束。後者、歃牲血而立神誓。盟約之辭。則載之於策。或藏之官府。以供將來之勘證。故盟者、較之誓爲更神聖嚴重之宣誓法。背之者、當受神明之責罰。此種事務。爲國家重要之公事。故設專官掌之。周禮所稱之宗伯禮官、及司寇刑官。卽掌詛祝與司盟之官。詛祝者、主要掌盟詛之載辭。卽作成誓文。司盟者、掌盟載之法。如立盟之儀禮、誦讀誓文等事。然此司盟。並掌管關於一般人民契約事項、及民事刑事之裁判誓審事項。

誓審者、乃構成神裁法與證據裁判法之聯鎖物。宣誓者、爲依神意發見審判之方法。同時並爲證言保障之方法。僞誓當受神罰之信念。兩者正復相同。惟誓之觀念。屬於最高之德義觀念。故如僞誓之神罰、與起請之失之信念。與之相侔而行。然誓審比之禱審。其迷信之原素爲薄。故文化稍爲發展。一方以信義爲社會的德義之要素。他方依檢察舉證方法之整理。至宣誓、則失其爲直接判決根據之性質。僅爲證言之保障而已。

宣誓與法律。有如上所述密接之關係。故古法、往往法之一語。同時有誓之意義。依普

路列爾之所記。北歐語之 *lagh* (法) 亦有誓之意義。拉丁語之 *jus* (法) 亦與 *jurare* (誓) 有關係。又 *lex* (法律) 於日耳曼時代之英吉利法。用於證據並宣誓之意義。德意志語之 *Recht* (法) 在薩克遜古法。亦以 *Fid* (誓) 之意義而用之者。

第三款 神託立法

原始社會。依神意發見之裁判。爲規範法發生之一原因。已如上述。然文化稍進。立法之觀念發生以後。立法亦往往依神意發見爲之。例如希臘之雅典。有名梭倫 (*Solon*) 之法制。傳言爲克拉的島豫言者耶必麥尼特士、伺宰吾士之神意而制作之者。斯波達之立法者來喀瓦士。企行法制之大改革。於克己制度設立以前。先赴法制完美之克拉的島。調查其法律。歸國後。赴特爾斐祭亞破洛神 (*Apollo*)。依神託以作成世界最良之法律。

又各國之立法史上。由神意宣言而生規範法者。其例不少。次於神託裁判而起者。爲神託立法。然依神意宣言之立法。乃人文稍進。立法觀念既生後之事也。神託裁判者。乃就個個之事實。爲神意之現示。而神託立法。神不僅就個個之事實。爲具體的現

示。且抽象的作成法規。授之人類。在此文化初期。裁判官之神。並進爲立法者。茲舉神託立法之最顯著者而概述之。

託宣神意。授於人類之法規。有二種。其一、就特宣之事項託宣。命人類爲或行爲或禁止之。此謂神授單行法。其二、將作成體系之法規。授於人類。此謂神授法典。

近世發生世界最古之法典。如巴比倫王哈姆姆拉比之楔字碑銘法。其石碑前面。彫有日神從玉座授哈姆姆拉比王法典一卷圖。此法典之前文。記其由來如次。

高貴亞魯拉開之大亞魯。及爲天地之主宰者。司國王之運令之伯爾。委任耶安首王子於馬爾子克。支配全人類（中略）。唱巴比倫之尊名。並光輝其地之名聲於世界。並於世界中央。建設天壤無窮之王國。當此時也。亞魯、伯爾兩神。召其崇敬者如朕。命行正義。遠邪惡。抑強扶弱。如太陽之照臨黑首族（人民）文化國土。增進民福（中略）。

哈姆姆拉比法典之發見以前。所稱爲最有名最古之法典。爲馬魯聖律（Mānava Dharmasāstra）。婆羅門教徒。以此法典。乃宇宙創造者爲其造化物之人類而制定之。

者。

據揭於登瓦陀爾士歷史之傳說。在埃及神代及半神勇者時代之後。其初代國王裔喜士 (Isis) 以英邁之資。崇敬神明。布仁政。實一創業之明主。並爲埃及最古之立法者。裔喜士法律。元授自託託神 (Thoth) 爲不文口誦法。後以象神文字。揭出託託聖典八卷。此聖典。惟僧侶能解讀之。凡託託聖典所不規定者。由僧侶乞神託而行裁判。故埃及之最古法。爲依神意宣言或發見之規範法。

摩西爲猶太人之大立法者。載於柏爾他基克 (Pentateuch) 五聖經中。所稱爲猶太人之聖律託拉 (Torah) 者。爲神授法。摩西以之傳於猶太人。就中如十誠 (Decalogue) 爲最有名。舊約聖書之研究者。以十誠果否成於摩西之手。尙屬疑問。然要爲原始人民之基本法律。其體裁整嚴。實質簡潔。而要領備具。實爲世界立法史中之白眉。後世三章之法。十二之表。不足比肩。其開端。命以色列人事奉爲其團結中心之唯一神。與後世憲法先定其統治權之所在正同。次定爲生活常則。勞動休息之日。再次爲欲强大社會構成分子之家族中心之求心力。令人崇敬父母。次定各人之分。又爲

保障生命、財產、信用。有勿殺、勿姦、勿盜、勿僞證、勿貪之禁。凡原始社會之成立維持必要之根本法規。殆皆網羅無餘。此十誡相傳爲紀元前千四百九十一年。耶賀巴神。降於西拿尹山頂。以神託下賜摩西。後並以指書於二石板之上云。

波斯之法律。起因於其教祖查洛亞士坦 (Zoroaster) 之法。查洛亞士坦教。爲二元教。卽善惡二神。支配宇宙。善神稱爲亞刺麻達。或稱瓦爾姆多 (Ahura Mazda; Ahurô-Mozdâo; Ormuzd)。創造光明、生活、清淨、善良、法律、秩序、真實。惡神稱爲盜格魯曼攸西。或稱亞利莽 (Angrô-Mainyush, Ahriman)。創造黑暗、死滅、污穢、災惡、不法、紊亂、虛僞。此世界爲善惡二神之鬪爭場。歷史者。卽此鬪爭場之表現。故人類不可不從曾受亞利麻達託宣之查洛亞士坦之法律與教訓。而以勸善懲惡爲最大之義務。

據傳說查洛亞士坦。自十歲時。困守壹不勒司山巖窟之中。修教法二十年。受善神亞利麻達之教。編成刹陀維士特 (Zend Avesta) (刹陀、釋經。維士特、釋傳)。聖經二十一卷。各卷十萬句。以黃全裱裝之。至亞歷山大王侵入波斯時。此聖經不幸被焚。現遺存之刹陀維士特。乃自散遺經傳中輯纂之者。聖經二十一卷中。關於法律及訴訟

程序之第九編，亦經散失。僅維伊特他多 (Vendidad) 「對於惡魔法」一編。爲拜火教律之法律淵源。尙遺存至今。拜火教徒之於查洛亞士坦。恰如婆羅門教徒之於馬魯。猶太人之於摩西。視爲受神託之立法者。故維伊特他多編。亦爲依宣告而發現之神意法。

爲回回教法律基礎之可蘭聖典 (Koran; Qur'an) 之教律。亦爲神意之啓發物。非教祖馬罕默德制定之者。教祖不過爲神法之媒介者而已。可蘭之教律。元爲一種神法。記於上帝玉座側之牌上。神使額不黎爾 (Gabriel) 受上帝之命。轉寫於紙冊。傳於大豫言者馬罕默德。馬罕默德受神使額不黎爾啓示之神託。開示教徒。其死後。加里夫亞普柏克爾王 (Abu Beere) 命查特伊朋他比德 (Zaid-ibn-Tabid) 編成聖書一冊。查特伊朋他比德受王命後。聚集祖教徒。或以針記於椰子之葉。或彙集獸皮上所記之神託。與信徒之口傳。成書一編。卽今所稱可蘭聖典是也。

希臘古代。法制最爲完備者。當推克拉的島。其他各府市法制。多模倣克拉的法。此有名之克拉的法。爲宰吾士神之子彌納斯王。從其神父傳授而來。傳說彌納斯。棲居

靈窟九年。由神受法律。然後以之布告人民云。

羅馬建國第二世魯馬賀姆比利吾士王。於洛姆爾士王崩後。受推戴而卽王位。銳意講守成之策。定祭司典禮及其他制度。以固王國之基礎。誠當世之明主也。傳言此魯馬王之法制。亦爲神授法。王爲女神埃伽利亞所戀愛。常會合於亞里西亞之靈林。受神女之教。制定新法云。

依傳說魯馬王。自記其神教法。成書數卷。以之口授於當時執政之僧侶。臨崩。以遺詔作二石棺。一以盛其遺體。一則收藏聖律。埋葬於耶尼庫魯丘。後經四百年。卽紀元一百八十一年。有德冷士者。發見魯馬法典。以之送於普列特爾柏臺利吾士。此法典。名爲鳩列彭登斐克姆 (De Jure Pontificum)。全部十二卷。又據布爾特奇所記。蒲夫里士哥爾列流。及馬克士白比吾士。爲執政官時代。一日暴雨。有石棺二。自魯馬王墓中發露。一空無所有。一則藏置聖律聖經。大法官比德里吾士。以此聖書。不可爲俗眼所污。乃燒棄之。是等傳說之真僞。固難盡信。而德冷士所稱發現之聖典。卽使出於僞作。然其僞造法典出世之所以。於魯馬王之立法事業。最爲有名。數百年間。傳爲口碑。

歷史家至公認王爲魯馬古法之制定者而不疑。

瑞典古法亦爲神授法據。傳說有阿登神(Odin)傳布神法於亞斯國之亞斯額爾特府(Asgard)其後率亞斯人移住於斯勒特維亞半島云。

愛爾蘭之古法普列賀納(Brehon Law)亦爲神授法。普列賀納法之基本法典爲聖加士模爾(Senchus Mor)聖加士者古之義。模爾者大之義。故聖加士模爾者釋爲古法大典。據聖加士模爾之序文。愛爾蘭之守護神聖德巴託里克(Saint Patrick)之御者名阿陀南爲魯亞特所殺。聖德巴託里克不自裁判。使王之詩人達普他基(Dubhthack)裁決之。達普他基依神意感通而得詩句。據之而處魯亞特死刑。聖德巴託里克卽送魯亞特於天堂。於是列古柏爾王(Laeghaire)知包括的法規有規定之必要。請聖德巴託里克聚集強壯、正直、賢德者各三人。使達普他基誦其依神意感通而成之詩句。聖德巴託里克宣定其詩句之神意。不裁背於新約聖書及信徒之良心而裁可之。是卽聖加士模爾法典是也。故聖加士模爾者爲詩人達普他基等九人所編纂。不僅其法規爲神意之宣言。卽其編纂記事亦足表示神託裁判與神託立法。

之關係。

白爾者。在西班牙人移住以前。儼然爲一神政王國。據傳說紀元一千年之頃。有莽可加巴克 (Manco Capac) 者。忽現於低低加湖畔。自稱爲日神之子。爲救人民災厄。受神父之命。降臨此地。莽可加巴克。教男者以耕耘稼穡工作之術。其妹瑪瑪阿開爾納 (Mama Ocello)。教授女子以紡績縫織等事。其土蕃至棄漂泊之俗。而享定住之生活。於是莽可加巴克。從神父日神。受二十四條之法。定宗教之儀典。建神權政體。自爲神皇 (Inca)。其子孫稱神裔。在西班牙人未侵入以前。累世相繼而不衰云。

第四節 君意潛勢法之現化

潛勢法之第三種。爲君意法。法之元質。爲君意。此思想。在三種潛勢法中爲最後表現者也。人類之原始的國家。社會之統制力。集中元首。君主爲總攬祭事及軍事之主權者。卽爲大司祭。佔人民崇敬之最高位。爲大元帥。爲人民畏服之集中點。受人民之絕對服從。因之其意思於人民之法律關係。可爲最高之基準。

君主者。神之裔胄也。統治信徒。享天命而君臨萬方。或直接受神託。或依卜筮神籤

而得知神意。示人民以法規。此時君主爲大司祭。其潛勢法成現勢化。卽神意潛勢法移於君意潛勢法之過程。又君主往往爲民族中之強勇者。或戰鬪之指揮者。或戰爭之成功者。因有強制之最高實力。故能裁決爭議。此時君主爲大元帥。其潛勢法成現勢化。本於普通習慣。裁決爭議。或處分之。故爲民意潛勢法。移於君意潛勢法之過程。所謂潛勢法現化之過程者。卽基於人民一般信仰或慣行而成之行爲之規範。依個人或個體以現示之。此爲行爲規範之社會心之表現。移於確定之社會機關之進程是也。人民之爭訟。或請願。一經君主裁決。其裁決卽成先例。爲後發類似事件之準據。此類似之裁決。先後相集。遂成法規。又君主因戰勝、戰敗、內亂、移住、或與他族交通合併、及天變地異之激變。爲順應起見。每有發新命令之必要。此命令若爲一時的。則爲先例。而成法規發生之素因。若爲永久的。直形成法規。夫君主之意思表示之所以成爲拘束人民公的行爲之規範者。蓋君意者。與民意神意。關於公的行爲。同成絕對服從之對象。而爲一切法律事項至高之基準。此種觀念。久存在於一般社會。故君主之意思。於其發現成爲法規以前。可謂已成潛勢狀態之法。此君意卽法之觀念。卽基

於君主爲神裔、享受天命而君臨下民之信念而生。由是爲潛勢法本體之神意、與君意之合致。更增一種強大之信仰。

君權於爲兵馬之統帥權時。統治權卽至高命令權 (imperium)。君主爲大元帥、爲至高命令者 (imperator)。其命令有強制的執行絕大之實力。故裁斷人民爭訟。強制的執行之。爲兵制整理、及因戰爭結果而生之社會組織變動之整理之必要。欲依兵權以行自己之政策。於是發布新命令之機會。更爲增加。至啟立法權爲統治權構成分子之端緒。此時之至高命令權。爲人民絕對服從之對象。並一切法律事項至高之標準。其發現爲裁判命令。於具備法規之體裁以前。已成法律。具有可爲人民公的行爲之規範之潛勢的可能性。人民對此有可能性之君意。一般的有絕對服從之拘束感。此拘束感之對象之君意。卽爲潛勢法。其發爲命令、爲裁判者。卽其潛勢力之具體化。換言之。不外其潛勢力狀態之普汎法、形成現勢力狀態之規範法而已。

原始的國家。人類之法律生活狀態。既如上述。然如羅馬依武權而興之國家。其法律觀念。更顯著此原始的法律狀態之跡。入斯底尼安帝之臺開斯泰法典。關於羅馬

法之起源。載述波朴尼斯法曹之定如左。

我建國初期。未有成文法。亦無一定法規。一切事件。由國王任意支配。

又同法典載述尤比努法曹之言曰。元首所嘉肯者。有法之效力。在中世。有「國王者活法律也」之言。德意志有「皇帝者。法之父也。國王者。活法律也。君言即法也」之法諺。法蘭西有「王之所欲。法之欲也」之言。英吉利在千六百八十八年革命以前。有「神作王王作法」之法律格言。英國法律書中。最古且最有名者。爲格蘭威爾所著「英國法律及慣習法」。其書公刊於顯里第二世之時。欲知英吉利法律之沿革者。取而讀之。可得最貴重之資料。此書之緒論中。記述當時英國法之狀態如次。

英國法雖不載於文書。亦得稱之爲法。其理由即本於君主之意思。有法之效力之原則。亦即爲法之所以也。

羅巴題斐爾馬。於彼之有名之族長政治論。謂國家初期。無所謂法規。其言曰。

國家最初之權力。爲國王之權力。在英國並世界各國。自法律及其他政權之發明以前。王權早已存在。由是觀之。普通法即英國之慣習法。元爲國王之法令或命

令其初爲不成文。

中國之禮樂征伐。自天子出。喜則有賞。怒則有刑。如左傳所載。昭公六年。鄭子產鑄刑書。叔向以書讓之曰。

昔先王議事以制。不爲刑辟。懼民之有爭心也。

杜註臨事制刑。不豫設法。是法仍在潛勢狀態時代之事。而爲不定其法之理由。傳云。民知有辟。則不忌上。杜註。權移於法。故民不畏上。並解之曰。此當時禮治與法治過渡時代所行之政體論。說明原始社會潛勢法之理由。先王臨事制刑。不豫設法之所由者。非如注釋者之言。絕無作法之企圖也。

君意卽法之原始的狀態。雖在今日蠻族間。猶能見之。據朴斯敦「亞非利加法論」中所記。如亞非利加專制王國。概認君主意思爲最高之法。僅於不違反君意之範圍。認慣習之存在。雖既發之法令。有依君意之向背。或行或止之者。摩洛哥、達疴美、巴斯多、路達瑪爾之馬烏列族。瑪打加色白帝國。於君主之意思外無法。君主對於人民之生命財產。有生殺與奪專權。故一切事件。以君主之意向及利益爲唯一之標準。而裁

判之。此例證於原始狀態之國家。至今仍然存在。

君意潛勢法發見成爲法規者。僅依宣言。君意法之宣言。依設定關於法律事項之君意執行機關而爲之者。在半開化之國。君主不自定法規。僅任命裁判官。授以聽訟斷獄之權。以依自由裁斷爲常例。卽所謂有法司無法規。任人不任法之時代。此時裁判官所下之裁判。基於當時之慣習宗教者爲多。有時僅依裁判官自由之考慮。然其裁判之職權。爲君主所授。故其裁判。在形式上。可視爲關於法律事項之君意之間接宣言。其裁判爲後之裁判之模範。至生判例法。又於爭訟事件以外。官吏以其職權處理之法律事項。亦成爲例規。得適用於後此發生之事件。是皆爲依間接宣言之君意潛勢法之發現。

君意之直接宣言。卽君主親聽民訟而爲裁判。對於法律事項。依特別命令。或一般命令爲之。以現今之用語詮釋之。卽裁判、行政處分、法規制定是也。在原始社會。是等具體的裁判處分。隨時成爲先例典故。並爲後者此產生抽象的法規之原因。故社會之政治組織發達。權力集中於君主之後。君意之宣言。要爲規範法發生之主因。此時

始生法律觀念、與命令觀念、並立法觀念之關係。神託裁判、神託立法、同爲神意之啓示。人民相信有絕對的不可抗之威力。此威力至超越乎命令以上。據瓦斯欽之說。法律者、於獨立之政治團體。爲政治的優者對於劣者所下事前之一般命令。此說不過僅以形式的、觀察文化高級社會之成文法而已。在原始社會。人民之社會生活。於有規範必要時。必有與此相關之慣習發生。一般之日常生活。殆無意識的受其支配。雖屬君主。亦惟古法是則。不敢濫發抽象的一般命令。於事前定人民行爲之規範。

故在國家初期。爲人民行爲準則之宗教的、道德的、社會的規範。雖已存在。然依國權而創定之法的規範。尙未發生。卽意識的立法。當時亦未發現。然君主聽民之訟。斷民之獄。或受其請願。或爲臨機之處分者。乃通常之事也。是等之裁判處分。根據事實。上之慣習先例典故者爲多。在法理表面。毫不受其縛束。君主之聽訟斷獄。亦如現時之裁判。不以既存之法規爲標準。而判斷其當否。乃依自己之專斷。以裁決其曲直。或命當事者爲一定之行爲。或許否一方之請求。故其判決。與普通之命令無異。耶誣爾斯。謂古代酋長之處理政治。無異於個人之處理私事。斷無有豫先下抽象的一般命

令者。惟當各個事件發生、而爲適宜之命令、裁決、或調停而已。此言不僅古代俄羅斯爲然。而是等之裁判、處分、特別命令。爲先例。爲典故。適用於後事。恰與事前之一般命令有同樣之效力。史記杜周傳。杜周專測君主之意而斷獄。或人譏之。周則以「前主爲是著爲律。後主所是疏爲令」答之。由是可知在原始社會。關於法律事項。君主之發動。不問爲一般的與特別的。均有立法之效力。

日本上古。天皇之命令。稱爲御言（命）。或稱御言宣（詔敕）。爲一般臣僚絕對當服從之法規。亦卽君意卽法之一例。日本古語。凡依法制、禮儀、風教、規式等漢字而表示之者。乃爲公的行爲之規準。一般當遵守之。之汎稱。如宣告之語義。卽告示吾人君意之宣言。成爲一般臣民遵奉恪守之規範是也。在中國。天子享有天命。君臨國家。君言卽命令。並爲百官規範。書經之說命篇有曰。天子唯君萬邦。百官承式。王言嚶作命。不言臣下罔攸稟命。卽可見其一端也。

故法之潛勢力狀態。發現而成現勢力狀態之法。卽爲法規者。由於公權力作用之概括。古姆普洛維宰、刺宰賀斐爾兩氏。以國家起源。歸於民族爭鬪（Rassenkampf）。

君權由於異種族之征服而來。依兩氏之說。戰勝者之君主。於欲厭制戰敗者時。恣意發號施令。或命或禁。有違之者。依其情狀。隨意處罰。此臨機處斷。不惟不堪煩瀆。常因當時主治者之感情。而寬嚴互異。惹起被治者之不平。易馳其團體之結合。故以概括公權力。作成一定之規則。以此規則。先試行於普通事件。由是擴充其範圍。作成規範。所謂法治制。遂因是發生焉。

由是言之。君意者。潛在於君主統治機關之胸中。其未表示時。對於人民。已備具有強制力。故關於法律事項。君意之發表。不問其為親裁。為詔敕。為宣言。更不問其為一時的。與為恆例。悉為君意潛勢法之具體化。此君意法之潛勢狀態。在君主專制政體之下。永久繼續。雖文化上進之邦。法之大部分。已成爲法典。或成形規範。然關於法律事項發表之君意。仍有法律效力。立憲制與專制形式上之區別。實在於此。在前者之下。法規發生之原因。有所限定。限定之外。不認有法規之發生。又人民於既存法規外。不受拘束。如日本憲法第五條、第八條、第九條、及第二章各條所規定。在立憲制之下。事實上縱令有法之發見。並有假定潛勢法之存在。而在形式上專制則公認法之潛

勢力存在。立憲則否認之。

要之、在潛勢力狀態之法。爲依君主、族長、酋長、民會、及其他爲社會力之集中機關之權力者、臨機發現之物。法原論中、當論法規之原形時、亦既言之。其權力者發表之意思、不可誤認卽法之原力。是等社會權力者、究竟不外社會力之機關。其背影之一般社會員。關於所謂法律事項、有一定之意識。其意識表現於宗教、慣習、禮儀。雖君主及其他之權力者、無不受其拘束。若違反之、卽爲反抗社會力。若其抵抗力至或程度時、則失其彈性。而達於破壞之點。終至失其權力。蓋權力者之有其權力、在爲社會心之集中點。不外使社會員全體心服而敬畏之。故潛勢狀態之法之本質、爲社會心。其發現成爲法規。有公權的強行性者。乃依爲社會力之集中機關之社會權力者之意思而表示之者也。

第五節 規範法發生之過程

上述三種潛勢法。其中之民意法。以人民累世之慣習爲基礎。故其發現爲規範法者。亦思想之惰性上不許輕易變更之者也。神意法、以有超越的威力之神慮爲基礎。

故其發現爲規範法者。在信仰者萬世不易之觀念。不許以人意濫爲變更者也。故民意法、神意法。同其固有之不動性。至君意法。其發動成爲法規者。多爲應社會之新事態。或因君主之隨意改革發布新命令而成。故基於君意卽法之觀念而生之規範法。原有可動性。慣習法與神授法。爲長老僧侶等應新事態而規定。常於解釋中變其實質。然此不過一種擬制。究其表面。所謂慣習。所謂神託。仍無變更。故自民意法神意法而生之規範法之進步。極爲遲緩。獨自君意法而生之規範法。依君主之獨裁。無論何時。得改廢之。如來喀瓦士。入斯底尼安帝。拿破崙等英主所作之法。雖因人民崇拜偉人之念。似爲永續。然概言之。國權發達至於君意法時代之後。法律之進步。比較的實極迅速也。

國權家之政權。一旦集中於君主。或元首。立法權之端緒既開。因社會文化之進步。人民漸直接間接參與立法權者。爲從社會心而生之行爲之規範。事實上倍形顯明。自來泰西各國。於國王或寡人體之元首下。國政之會議體。同時發達。其會議體。討議一切之政務。間爲重大之裁判。最終並以討議制定新法。爲主要任務。而會議體之組

織。始由社會特權之階級而成。例如長老會議。高僧會議。識者會議。貴族會議。軍人會議等。由系統勳功智識之階級而構成之。可謂自當時社會心之代表者而構成之團體也。因民族之不同。文化之上進。人民公共之生活經驗。積蓄既久。漸次直接感覺政治之利害。有時苦於君主之暴政。特權階級之壓迫。起而反抗。並要求行使參政權。議政體之組織。遂日進爲民衆的。例如羅馬階級鬭爭之後。發生平民會議。近代英吉利及其他各國。行使代議制。於特權階級之議政體以外。從一般人民中。選出有財產及其他之資格者。參與立法權是也。

民衆參與立法權。乃法之社會力最彰明之表現。後依教育經驗。關於公共生活一般智識之進步。實質上。輿論漸爲立法之原動力。卽形式上人民之選舉權。被選舉權之範圍。亦日漸擴張。至行普通選舉制。如亞美利加。瑞士。之民衆政體之國。立法上國民發案權。及國民議決權。亦經承認。故在或文化國。法律者。可謂爲社會心之直接發現也。

法律之爲社會力。自潛勢法時代。至國民發案權。國民議決權時代。原無少異。惟在

君意卽法時代。一般人民表面上爲法之客體。居於受動的地位。至特權階級。參加立法。人民之一部。始爲法之主體。至行代議政體後。人民之一部。代表的爲法之主體。至普通選舉權。國民發案權。國民議決權實行以後。一切人民。始直接爲法之主體。

第六節 規範法之發達

第一款 第二次發見

規範法之發見。不僅爲法規之原始的發生原因。若以廣義解釋之。則爲法規之恆久的發達原因。規範法不僅於文化初期。自民意神意君意之發見。爲原始的發生。卽爾後進步的社會一切法規之成立。必有可爲立法基礎之觀念之發見。其發見縱令以較狹義解之。不含有直接立法。然在文化高級社會。於直接立法以外。法律常有依發見而發達者。惟隨文化之上進。發見之主體。自長老、豫言者、高僧、巫祝、臣僚。移於受訓練之裁判官、法學者、立法議會。發見之對象。自慣習、神意、君意。移於正義、公平、自然法、條理、自由幸福、經濟的價值等基礎觀念之有變遷耳。要之、或社會力。爲公權力。爲人民行爲之規範者。不論古今。均可謂因於發見者也。

原始社會之發見。爲規範法開始發生之原因。文化社會之發見。於規範法既存之後。依其改正。或補充。而成國法發達之原因。前者直接爲法規形成之起因。後者間接爲法規成立之素因。故便宜上區別此二種之發見。前者稱爲第一次發見。後者可稱爲第二次發見。

第一次發見。屬於本論第一部法原論。第二次發見。屬於本論第二部法勢論。如余老朽殘年。法勢論之能否脫稿。實不可知。若不進述普汎的原因。難免不有誤解法之發見。止於爲規範法之原始的發生原因。故當規範法發生之論述將畢。不能不進述法規發生之普汎的原因。茲先述其第二次發見之概略。其詳細讓於法勢論。

在潛勢法時代。誠如荀子所謂「有治人無治法」(君道篇)之時代也。主權者。及機關。爲法之社會力之發動機。臨事隨應。處斷法律之事項。後有類似者。蹈襲先蹤。或依據之。或比附類推。遂至發生法規。然法規既生之後。無先例之事件。繼續發生。有如丘山。所謂「天下之情無窮。刑書所載有限。有限之法。不可盡無窮之情。故法之所載。則任於法。法之不載。則參於人」(無刑篇)。

故潛勢法時代實有任人不任法之狀態。後雖設有司法之常職。然於法規之所無者。得開新判例。法規之不足者。則得任意補充。

自潛勢法時代移於規範法時代之過渡期。如東坡所謂「人法兼用」之時代也。人法兼用者。即爲第二次發見之制。於有法規時則據之。法規所無者。則一任執法者之自由裁斷。此人法兼用時代。於進步的社會。繼續頗久。於或意義解之。即謂永久存續。亦無不可。

法律既爲社會力。則社會變遷。法現象不能不與之俱變。然其社會力。一經具有成。形法規之體制後。不論其爲慣習法與成文法。其形體固定靜止。而不少變。社會之狀態。既常推移變遷。而無瞬時之停止。故法規形體與社會之實要之間。自不免發生間隙。此二者發生離遠的傾向之原因。概言之。可謂爲社會之變遷。然分解之。則其重要之離隔的原動力。實爲因政體之變革。民權思想之發達而生之政治的離遠力。因家族制度之衰頹。商工農業之發達而生之社會的離遠力。因新宗教、新學說、新思想之傳播。個人主義、或社會主義之發達而生之精神的離遠力。因氣候、地形、動植物等之

環象變化及其他生活必要之物質供給之狀況而生之物質的離遠力之四種。

滅殺前揭四種之離遠力。使法與社會之離隔日相接近者。即調和力是也。馬印以擬制、公平、及立法。爲法律與社會之調和力。此三者中。在低級文化時代。擬制尤爲通行。而爲第一次發見之原因。在文化中級以上之社會。往往於制定法解釋之名義。爲第二次發見之原因。馬印之所謂公平者。主要在高級文化之社會。依重學說。於自然法之名義。爲第二次發見之基礎。在半開化以上之社會。立法爲最顯著、且最公正之調和力。故在文化高級社會。第二次之發見。依解釋、學說、及立法之三調和力。若僅依立法機關之作用。不能完成其調和之效用。何也。因立法者之無全知。成文法之無全能故也。類推解釋。精神解釋等。往往爲其實法之第一次發見。而不公認裁判官、其他之執法者之調和的新發見。以此新發見。不過爲既存法規之適用而已。迨文化稍進。法規漸成以後。於既存之成形法規外。學者遂公認可爲規範法之原動力之基本法之存在。裁判官對於爲其基本觀念之公平、正義、自然之理之抽象的觀念。始有體現之權能與職務。是等裁判官之職能。爲法之第二次發見。依第一次發見。創始的而生

原始的規範法。依第二次發見。補充的而生文化的規範法。

第二款 公平法

公平 (Aequitas) 之觀念。乃法律進化史中法之第二次發見之對象之最顯著者。亞里士多德。於其倫理論第五編第十章。論公平之觀念。在矯正自法規之普汎性所生之弊端。法律者。一般的規定事物者也。故適用之於特別之時。往往不免生不正之結果。蓋因人事之複雜。自然而生者。不得卽以之爲法律之缺點。或爲立法者之過失。夫適法之行爲固正。而公平之行爲爲尤正。故公平者。可謂矯正自法之普汎性而生之缺點之必要者也。格羅丟。亦謂公平有矯正自法規之普遍性而生之弊端之德義。羅馬之大法官普列托爾 (Praetor)。英吉利之大法官羅爾德加賽洛 (Lord Chancellor) 之職能。乃世界法律歷史中本此公平觀念爲法之第二次發見最顯著之事例。

羅馬法自十二表法以來。所謂 *Jus civile* (市民法) 既已存在。然內因羅馬市之發展。外因版圖之擴張。內外新事態日以發生。故不能受舊法救濟之訴訟事件。亦日

以增加。大法官普列托爾。於就職之初。發布告示 (Edictum)。將其一己在職中所執之訴訟受理及裁判方針。書於所謂亞爾布姆 (Album) 之白色告示版。揭於法廷。以備公眾之立讀。此就職告示。乃都市大法官。爲處理市民間之訴訟。外民大法官。處理外民或外民與市民間之涉外訴訟。各自關於其管轄而發者。例如關於此訴訟。余可許之。如此抗辯。余可許之。如此行爲。余可認爲有效。如此情實。可爲原狀回復云云。乃與以新救正者。如此事可爲。如此事不可爲。此可支付。此可提示。此可返還云云。有命令禁止二種。同於其名義。以示裁判之方針者。然其實質。與新令毫無以異。普列托爾。爲裁判官。原無立法權。故彼之告示。非正式之法律。不過宣言其在職之執務方針而已。故彼於示裁判方針之名義下。本於希臘士托亞哲學之公平或自然之觀念。改革事實上既存之法規。卽爲公平法自然法之發見。

普列托爾之告示。既如上述。爲其在職一年中執務之宣布。故其效力。亦限於一年。其退職後。效力亦隨之消滅。西克洛稱其告示爲一年法律者。職是故也。此歷代大法官之就職告示。爲各自獨立之宣言。在實際各新任者之告示。大概繼襲前任者。惟於

有障礙及應付新事態時。有所增補而已。故在形式上之效力。各普列托爾之告示。各自獨立。而在實質上。要爲先後一貫繼續的法令。故此種類之告示。與爲一事件而發之臨時告示有別。稱爲傳承告示 (Edictum *trahitium*)。且其告示之內容。歷代之普列托爾。相爲繼續。故又有永久告示 (Edictum *Perpetuum*) 之稱。

此等告示。在法規未具之共和時代。極爲必要。由此而宣布之法規。亦依經驗每年修正增補。以得應付社會之新事態。迨使用日久。至與法律有同一之效力。西克洛謂此告示佔慣習法中之一要部。至帝國之時。皇帝之至高命令權。最爲強大。立法權大爲發達。由是裁判官之職權告示。以補法規之慣行者。頓減其需要。哈的練帝 (Hadrianus) 令梭爾維士入里安 (Salvius Julianus) 編纂普列托爾就職告示。爲一成典。付元老院議決。與以法律之效力。此稱爲正式之永久告示。

普列托爾之職制。乃人法兼用制之最顯著者。與低級文化社會。法規僅存。其他一任執法者之隨意者有異。乃人法共任。法規既具。裁判官更有超越之理想的根本法。而發見之。體現之者也。依入斯底尼安帝之臺開斯泰法典。法曹巴比那 (Papinianus)

謂普列托爾之法。爲公益補助或修正市民法故而被採用者也。馬爾克亞魯 (Marcianus) 謂該法典指普列托爾之告示爲市民法之活聲。蓋因超越的理想法之發見而補固有法之缺點者。稱爲市民法。

英吉利之公平法 (Equity) 爲因第二次發見而發生之規範法。已如前述。同國之普通法。因第一次發見而發達者也。其法規即依其發見行爲之裁判之積集而成。卽所謂判事制定法 (Judge-made-law) 因年既久。漸次固定。其法規不僅失其彈性。且不足應將來社會之需要。加以當時立法機能。不如後世之敏活。故不能依立法而補普通之缺點。特在富於守舊性之英國民中。其當時法曹。頗以維持舊制。爲其職業上之利益。不欲輕易改更。普通法之裁判制度。至促進規範法發見之新機關之發達。

在當時於普通法之裁判所以外。以需要公平法廷之新機關爲理由。而有如下之言。(1) 普通法過於嚴酷。(2) 拘泥文字而拋棄精神。(3) 爲先例所束縛。就各種事件之特別事情。殊欠斟酌。(4) 於數種之定式訴訟 (forms of action) 以外。不認訴權。(5) 普通法之救正。限於損害賠償。不免失之狹隘。此其最重要者。故至愛德華第

三世(千三百一十年至千三百七十七年)時。凡在普通裁判所不能得適當之救正者。往往溯正義之源泉。直接訴願於國王。然當時掌璽大臣羅爾德加賽洛。稱爲國王之良心守護職。爲國王之輔弼常侍。國王受訴願時。每令其審查。此爲公平法之起源。爾來此種訴願。日漸增多。羅爾德加賽洛之公事房。事實上幾成爲裁判所。

英國至第十四世紀。普通法裁判所第一次發見之時代。既漸告終。將入於公平法裁判所第二次發見時代。然其後普通法益成固定。失其彈力。公平法遂順應新事態而發達。由是公平法裁判所。與普通法裁判所。遂相爲對立。新舊之司法權。一時並行。至一千六百年。兩裁判所之間。至發生劇烈之權限爭議。一千六百七十三年。諾定昂卿(Lord Nottingham)就職。其在職九年間。公平裁判所之權限。大爲擴張。故人稱之爲公平法之父(The Father of Equity)。其次哈德威克卿(Lord Hardwick)在職二十年。積累多數有名之判決。而公平法之基礎愈固。公平裁判所。竟佔優越之位。置。

公平法之所以佔如此優越之地位者。全在其裁判所發見之基礎法之優越性。普

通法者。如拔蘭克斯頓所云。以一般慣習爲基礎。其起源最古。故此原則爲擬制。而裁判官發見之慣習。則爲原始的民生規範。公平法之基礎反之。乃爲通現在過去及將來之原理。公平法部之次長判事伽色爾 (Jessel)。於其判決之理由中、宣言如左。

公平法之規則。不似普通法之規則。乃自超記憶時代、卽行使之。是等法規。時時創定。復時時變更、改正、修整。要爲世人所熟知者。

故普通法之發見。依自記憶以前存留之舊慣。公平法則反之。乃依條理之發見者。故在兩者抵觸時。依第二次發見之公平法之法規。有優越的效力。乃當然之勢也。

馬印自社會之需要與法律調和之機能之見地。對於公平法。下如左之定義。

公平法者、與固有之國法相並存。本於特殊之原理。爲法規之一體。依其原理之優越性。而有可變更固有法之屬性。

此馬印之定義。不僅前記羅馬之普列托爾法、及英吉利之衡平法 (equity) 爲然。並適用於廣意義之公平法。而所稱爲原理者。雖依時、所、人、而異其稱謂。然其實存於其時、其所、或其人所有法之理想的基礎觀念。在希臘、依自然、平等。在羅馬、依自然、自

然之理、平等、公平。在英吉利、依公平等語而表現之。中世以來、僅保存爲神法 (Lex Divina) 自然法 (Lex naturale) 等之觀念。其後立法者及學者、各由其思考、附以種種之名義、而發見是等之理想法。並依判決而爲之改正補充、以保持法與社會之調和者。裁判官是也。

羅馬之普列托爾所發布之就職告示、乃英吉利公平法裁判官所下之裁判。其始皆由直接發見超越的原理而得。然一經宣告爲方針後、則爲永久告示。爲後任者之規範。又一次下之判決、對於後發類似事件、成爲模範裁判例 (Precedent) 與普通法之第一次發見、成爲判例。爲後發事件之準據。毫無以異。故社會進步、爲公平法基礎之原理。漸覺後時。卽以新原理爲基礎而發達之法規。亦因後來判例之積累。漸次硬化。喪失彈性。遂至不能追隨社會進運之狀態。

公平法、在羅馬亞歷山大色維爾帝時、已經成熟。而失其自然發達之機能。然形式上達於其終期者。實在哈的練帝時。卽梭爾維斯入里安 (Salvius-Julianus) 整理歷代繼續之告示。編纂永久告示時也。公平法之在英吉利。於愛爾敦卿時。事實上其發

達期，亦既告終。其後不過判例之整理，及蹈襲而已。然形式上達於其終期者，即一千八百七十三年之高等裁判所法。實行普通法與公平法之融合之時也。而紐約，則於一千八百五十年，已行普通法與公平法之融合。

英吉利公平法之發達，與羅馬之羅馬法發達有異。在英吉利，依第一次發見之舊法裁判所，與依第二次發見之新法裁判所相併存。至各為獨立之裁判。然在羅馬，以同一之裁判所，同一之裁判官，而為之裁判。故公平法之變動，甚為迅速。常有改正或補正之舉。在英吉利，因兩裁判所對立之自然結果，兩裁判所間常發生權限之爭議。其後發達之公平法裁判所之管轄，對於前此固有之普通法裁判所之管轄，依事件之性質，至有專屬管轄權、共同管轄權、及補助管轄權之分。公平法裁判所，就於普通法所不認許之權利，有專屬管轄權。如信託事件 (Trust)。即其最著者。普通法雖認為權利，而不與適當之救正者。公平法裁判所，有共同管轄權。例如關於詐偽錯誤事件。關於保證計算組合事件。以及抵消、充當、特定履行、禁止命令等，即其最重要者。普通法認為權利，並與以適當之救正。然於取得必要之證據之程序有缺點時，公平法

裁判所。有補助管轄權。如證據提示。證據保全。卽其最普通者。

羅馬之公平法。與英吉利之公平法第二之差異。後者依個個之具體裁判。爲法與社會之調和。前者依抽象的宣言。概括的以示裁判之標準。而圖其補和者也。又後者不拘於舊法。依個個之具體裁判。爲法與社會之調和。故其表面。雖爲純粹之裁判。而其裏面。發生法律改正之結果。前者反之。抽象的公示裁判之主義。或方針者也。故其法律改正。爲公然的。且爲一般的。普列托爾之告示。其實爲立法。卽退一步解釋之。亦爲在立法與裁判之中間作用。

然公平法者。與固有法相對立者也。因公平法形式上之終屬。卽謂爲第二次發見之對象之原理（爲法之原動力）消滅。實大謬也。立法機關之發達。原足阻礙規範法之發見。然成文法規。既不能網羅社會一切之事情。又不能隨社會之變遷。並因缺陷、矛盾、疑義等。不免有不能知法之真意之時。此時在行法者之心裏。依其理想。或補充缺陷。或排除矛盾。或解決疑義。故爲此法之原動力之理想。可稱潛勢法之永續。或稱法之法（*Leges legum*）。或稱基本法。在進步的社會。此理想法之觀念。無論何時。永續

存在者也。

第三款 自然法

爲法之第二次發見之對象。與公平顯然相並行者。自然之觀念是也。法之原動力之理想。可爲第二次發見之對象者。依時所人而異其名義。於其時其所指導人民之思想。惟正義與條理。雖在希臘哲學。經過其第一期如德黎 (Thales) 色諾芳尼 (Xenophanes) 畢達哥拉士 (Pythagoras) 等之宇宙論時代。於入第二期之人事論時代之初。詭辯派之蘇斐士特 (Sophist) 以巧妙之論法。唱懷疑的消極論。否定普遍的真理。及爲法律基礎之正義觀念之存在。然自大聖蘇格臘底出。自天界降哲學於人界。自宇宙論導於人事論。又排斥蘇斐士特之懷疑的傾向。確立道德上之原理。始認法律有絕對的效力。於宇宙論時代。所謂根本問題。卽何謂世界之大原。蘇格臘底之學徒。則代以何爲法律之基礎。何爲各國民各政府及各時代之大法。彼等對此設問。以自然答之。個個之制定法。當則此自然。依自然法之合法行爲爲正義。以此正義之觀念之體現。爲立法司法及其他一切之法律生活之理想。

希臘哲學。自然法與制定法之對立者。實爲二千年來西部世界法律進步之原動力。蘇格蘭底以來之人事論哲學者。以自然爲基本觀念。以正義爲法之基礎之德義。士托亞哲學。以順從自然。爲人生之教義。然在法學形成時代之羅馬政治家、法律家。概爲熱心士托亞哲學之信奉者。故自然法 (Jus naturae)。自然之理 (Naturalis ratio)。公平善良 (Æquitas) 等。爲彼等法學形成之基礎觀念。一方生萬民法。他方生普列托爾法。更以自然法之理想法之觀念。傳於後世。以促進各國法律之改良進步。

歐羅巴自文藝復興以來。自然法之理論。再爲大行。如格羅丟 (Hugo Grotius) 溥分道富 (Pufendorf) 等公法家之自然法說。人性法說。影響於當時之立法者、學者。裁判官者極巨。與古代自然法說。促成萬民法 (Jus gentium) 之發達。爲近世國際法發達之直接原因正同。法國當十八世紀之頃。學者概以自然法之效力。在國法之上。凡抵觸自然之國法。概爲無效。

自然法、對於人定法。有優越之效力。反於自然之國法爲無效。此說不僅行於歐洲

大陸。在英國拔蘭克斯頓以前，亦既通行。此於裁判官判決申明時之宣言中，已屢見之。英國普通法之權威者第一人，如愛德華科克（Sir Edward Coke）基於大陸之宗教法學者之說，盛唱此論。拔蘭克斯頓之自然法優越論，最爲有名。不獨英國已也。並可代表十八世紀之歐羅巴。茲紹介其概要如左。

拔蘭克斯頓於阿格斯法德大學。本於千七百五十三年來之講義。於千七百六十五年。出版「英吉利法律註釋」四卷。其講義在當時最爲有名。出版以來。在英美兩國之法曹界。有絕大之勢力。後邊沁、瓦斯欽極力駁擊其理論。評爲不文法國之私選法典。然其總論、論自然法之效力一節。其論旨與文字最爲著名。茲譯述如下。

此自然法。與人類同其起源。爲神所親命者。故其效力。超越他之一切法。此法在世界各國。永久有拘束力。反此之人定法。無何等效力。苟有之。則其權力及效力。無不直接間接發源於此根元法。

拔蘭克斯頓發見此自然法之原則者。一依於理性之活動。然彼之大陸自然法論。與人性法論。融合英吉利之幸福主義。以求幸福者。爲人之本性。真正之幸福。不離正

義。故各人雖不依推理而求自然法則。然幸福之欲求。使人不能不守自然法則。

前揭拔蘭克斯頓之自然法說。依瓦斯欽之反對論。其名益著。瓦斯欽對於拔蘭克斯頓學說之評論。譏爲篤學與熱心太過。然其評論殆離學者之態度。逸出學問的批判之常軌。不免爲識者所歎惜。特如其對此自然法論之批評。或罵爲完全謔言。或評爲類於兒戲。議爲鼓吹無政府主義。其批評之視線。僅限於形式的成法論。拋棄法律之動的現象。是等批評。在忽視爲法律進化之原動力之所致也。

如前所述。當時之學者。均絕對的認自然法之優越的效力。卽立法者。亦往往因其遍在性。而認其補充的效力。如墮地民法第七條之規定。凡依法規之精神解釋。或類推解釋不能決定之事項。可依自然法之原則。故自然法之觀念。以廣義的釋之。常爲超越的基本法發見之對象。並爲調和社會與法律之原動力。

然在第十九世紀之始。自然法派之學說。發現二大勁敵。一、爲德意志之歷史派。一、爲英吉利之分析派。在德意志。以泰帕 (Thebaut) 薩味南 (Savigny) 普通法典編纂之爭議。爲其動機。國民的法律論勃興。對於法之自然性、普遍性、而高唱法之國民

性、特殊性。歷史派之法學者。主張法之基礎。爲國民之意識。與國民之確信。據此說。非無可爲第二次發見之對象者。然此爲國民性。非爲超越的理想。爾來歷史派之學說。非常有勢。一時德意志系之法學。有風靡世界之觀。然其間自然法學者。亦決不失其根據。而以種種之新說。表現於學界。如代溥分道富以來之自然法說而起者。有康德、喜里克、非希的、黑格爾等法律哲學。至近頃有新康德派。新黑格爾派等出現。此等學說。爲其國法發見之對象。影響於立法司法者最大。

英吉利之邊沁。排斥拔蘭克斯頓之自然法統。而唱功利說 (utility)。以多數之最大幸福。爲一切法制之目的。瓦斯欽亦主張法學之範圍。限於成法。駁擊拔蘭克斯頓之自然法說。故從邊沁之說。則爲第二次發見之對象者。爲最大幸福。若從瓦斯欽之成法說。爲法律上之觀念者。於現實法以外。無超越法之存在。分析派之學說。至前世紀之後半。殆風靡於英美之法學界。學祖瓦斯欽所痛罵排斥之自然法。幾無人稱道之。故自然法論。一時有絕跡於英美法學界之觀。其實代此而爲現實法改善之目標之基本觀念。依然存在。排斥自然法。始於邊沁、瓦斯欽、米爾 (John Stuart Mill) 等之

功利派。該派以幸福之最高實現爲法律之目的。雖無自然法之名稱。然代此之理想法。可謂實際存在。近世往往有稱道自然法有沉實之英吉利之風。如佛勒德力玻洛克。爲其最顯著者。彼以合理性 (reasonableness) 爲法之理想。在大陸所謂自然法 (Law of Nature) 者。在英吉利則謂之道理之法 (Law of Reason) 且自然法。斷無如邊沁等功利派。不知歷史而獨斷教義之思評。乃文明人之理性之集成體現者也。由是言之。自然法之在英吉利。其名稱雖嫌陳腐。而其實質。依然存續。

上舉爲第二次發見之對象之公平法及自然法之觀念。以此二者。爲古來超越的理想法。於泰西各國法律之進步。有至大之影響。然公平法自然法者。要不過爲法之理想的基本觀念之汎稱。此二者。決非異物。古來第二次發見。要行於此二名稱之下。正義、公平、平等、自由等。實爲自然法之原則。故以廣義言之。超越的理想。亦可謂之自然法。

廣義之自然法之原理。爲第二次發見之對象之基本觀念。此觀念。古來依時、所、人、而異其名稱、與內容。在希臘。自然法者。爲萬有法之一部。或爲正義法。士托亞哲學。以

從自然爲其教旨。故理想的基本法。爲自然法。發見之對象。爲正義。在羅馬法學勃興時代。其法曹概屬於士托亞法學派。故羅馬法之基礎。亦爲希臘哲學。以自然法爲理想法。以正義爲發見之目的。入斯底尼安法典。乃集羅馬法之大成。其法典中。如台開斯泰。及伊斯基攸列士二法典。彙類編纂學說。其第一章。皆題爲正義及法。其開端。揭正義之定義。以示法之基本。第二章。開端揭自然法之定義。自然爲教一切動物之法。萬民法者。卽自然之理。爲定全人類間之法。

中世神學派之理想法。爲神法。發見之對象。爲神意。奧古斯都 (Augustinus) 於其神國論。謂現在之地上人國。及人定法。乃因人類之原罪墮落而生之不得已之惡事。爲完成神國經過之手段。故依神意之發見。而實現神國者。原爲其最高理想。多馬亞魁那 (Thomas Aquinas) 於其最高神學。以神法爲永久法。支配永久法之人類之部分。爲自然法。爲欲適用自然法於特殊之事實。經人類所定之法。爲制定法。故最高之超越理想法。爲永久法。直接之理想標準法。爲自然法。發見之對象。爲神意。

近世歸納哲學之始祖洛爾德倍根。其論法之基礎。不用自然法之語。而稱之爲法

之法 (Leges Legum) 因之得判別各種法規之良否。又法之目的。在爲人民之幸福。生活。故依倍根之說。則超越的基礎法。爲法之法。而發見之對象。爲人民之幸福。

格羅丟、謂自然法卽人性法。人性者、卽自然之母也。國家及法律。由人類之社交欲求而生。故基礎法者。爲性法。發見之對象。爲社交性。

霍布士 (Hobbes) 論人類之非社交的原性。人類之自然狀態。各人平等。萬物共同。故一人之自愛心。與他人之自愛心衝突。常生各人對各人之戰爭。生爲無上善。死爲最大惡之自保欲求。乃驅彼等逃免此自然生活之戰爭狀態。使移於治安狀態之國家生活之原約。而其原約。卽各個人爲平和生活起見。將各人固有之不安定之自由全部。絕對的移之一人、或數人。故依霍布士。則主權爲絕對的。主權者之意思以外。不許有超越的理想法之存在。因之直接間接表示主權者之意思以外。無發見之餘地。由此言之。法者、爲主權者之命令。制定法外。不認有超越法之存在。瓦斯欽系分析學派之說。亦同其歸結。若從霍布士說。而求發見之對象。則爲原約之治安條項。

孟德斯鳩 (Montesquieu) 謂法者、乃自事物之本性而生之必然關係。而人定法。爲

人之理性。然其法規之體樣。依其國之政體、氣候、地質、位置、面積、人民之信仰、氣質、習慣、職業及其他一切之環象而定。故依彼說。則最高標準法。爲事物之本性。發見之對象。爲受自然的及社會的環象之影響之人性。

康德 (Immanuel Kant) 謂法之基礎。卽汝之意思之格率。同時得爲普汎的立法之原理之行動。還元於一個之無上命令。法律者。一人之自由意思。與他人之自由意思。從自由普汎的原則。而得共存之條件之全體。故依彼之說。則發見之對象。爲此無上命令。

盧梭 (Jean Jacques Rousseau) 謂國家起原。歸於社會契約 (Contract Social)。法律者。從社會契約而生之總意。故從此說。各人固有之自由保全。爲自然法之原則。其實現。依社會總員之合意。故理想法發見之對象。爲人民之總意。

德意志之歷史派。以法律爲民族精神之發見。基於民族之法律確信。故發見之對象。爲民族對於法律之心理狀態。其他規範法發見之標準。依邊沁等之實利主義。則爲多數之最大幸福。依喜里克之目的說。則爲利益。斯達姆列爾 (Stammeler) 稱之爲

正法。皮加爾 (Picard) 稱之爲純法。美濃部達吉稱之爲理法。故爲第二次發見之對象之基本法。前世紀以來之學者。各因其說而異其名稱。古來通用之自然法之汎稱。殆無有用之者。然是等之觀念及名稱。皆於現實法以外。認超越的基本法之存在。而其內容。要適合於社會的理想者也。故是等之觀念。可謂變化的內容之自然法。

美濃部博士理法之解說如左。

慣習法之外。爲非制定法之重要之淵源者。條理是也。蓋制定法之規定。既不備具裁判上及行政上之先例。亦非一定之事項。何者爲法。惟依自然之條理決之。如此條理。於制定法及慣習法外。爲獨立之法源。可名之爲理法 (中略) 然制定法雖不備具。亦不能謂之無法。惟其法全爲不文法。不如制定法之容易認識而已。此時在條理認爲適合於社會之利益者。卽法是也 (日本行政法八〇八一頁)。

第十九世紀政治上、經濟上、社會上之急激變化。法與社會之隔離。愈趨愈遠。立法機關之活潑之調和的作用。尙不能追隨之。司法機關之精神解釋、類推解釋等之調和的作用。亦脫離其根據之法規之本文。不能應付新事態。卽同世紀中自然法學說

之勢力。亦達於衰微之極點。故立法、解釋、學說、之三調和力。殆不能填法與社會擴大之溝渠。

然事窮則通。前世紀末年。法律進化之思想。至公表爲學說。現世紀之初年。遂得立法的公認。如一千八百九十九年。佛蘭梭伽尼於其「解釋之方法。及私法之淵源。」首唱科學的自由探究說。及一千九百零七年。瑞士民法第一條。有自由發見公認之規定。

伽尼謂從來之解釋派之誤謬。在過信成文法之包括性。以法典及特別法、能豫見一切之事物。並能包含之。成文法以外。不認有其他之法源。凡一國之法。於成文法慣法以外。有第三法源。其法源有實存事物之本性。依科學的自由探究而發見之者也。由伽尼之言觀之。彼所謂實存事物之本性者。有適用於社會之正義及社會的利益之義。彼更詳述之曰。在社會的生活各元素中。有先存的自然關係。對於自然關係。由其社會之風俗、政體、宗教、經濟的組織詳爲考究。當有最適於正義及公益之唯一之規範之理。是卽法之第三源。於成文或慣習之法之範圍外。法律家依學理的自由探

究。當能發見之。

自由法說。於第十九世紀之末年。起於法蘭西。蓋非偶然之事也。法國在此一世紀間。其政變有六。帝政、王政、民主政。交互代立。故關於公法。爲歐洲各國中政治的離遠力最大之國。又關於私法。如同世紀之始所成之民法。從未修改。依百年間同一之基本的私法法典。而其法典。不拘於自然法主義。同世紀間。歷史派、分析派、社會派等之反對學說勃興。自然法學說。一時達於沈淪之極點。又同法典。本於革命之人權說。根據純個人制而編制之。不認團體之法律的存在。一切均爲契約關係。然一千八百四十八年之第二革命以後。社會主義。大得勢力。認個人爲獨立實在。並爲社會成員之理。獎勵組合。自縣市城鄉等之行政團體。以至大學等之學問團體。商業會議所。及其他之經濟團體。均認許之。且雖在私法的法律關係。契約自由之學說。漸得勢力。否認所有權之絕對性。故自第十九世紀之初成立之純個人主義之私法法典。與同世紀終之社會現狀。至生最大之距離。

在法蘭西。關於如上述之公法。百年之間。有六次之政變。其私法百年僅有同一之

民法。如此公法之激變。與私法之不變。動靜相待。至法與社會之間生大距離。爲謀此二者之調和。歐洲各國。均感必要。而法國爲尤甚。十九世紀之終。自由法說。起於法蘭西。特於其私法猶首唱之。（法蘭西民法百年紀念論集中、穗積博士著法蘭西民法之將來、可以參照。）

現世紀之始。除隨泰西各國中英法系之需要。發生之單行成文法。及依普通法之擬制。開創新判例。以應社會之進步者外。概依法典萬能主義。與成文法自足主義而來。當時苦於法與社會之離遠之大陸各國。對於自由法說最強力之第二次發見之公認。恰如大旱雲霓之望。爲所謂自由法運動。在法國。有梭列尤及其他多數之贊成者。德意志之耶利喜、基德滿、佛拉維吾、首泰姆柏等之有力學者。稱此自由探究而發見之法。爲自由法。其他用自由法說。自由法學。自由法發見等語。努力主張此說。日本評論自由法說之著書論文極多。就中以牧野英一博士之論文爲最精緻。他如乾政彥、富井政章、石坂音四郎、美濃部達吉。對於自由法。皆有相當之著述。

自由法學說。巨法律進化之全過程。繼續流行。或者公認隱秘的、或擬制的行使之

基本的調和力。不依假託之名義。爲第二次發見。因欲完成法之社會的順應作用。故學界先承認之。立法者亦次第採用之。

前述理想法與現實法之對立之有無。實爲決定東西兩洋法律進化之運命之分歧點。印度之法律。爲神授實現法。卽最高之理想法。故無超越其上而導其進步改善之者。在中國周公制禮。以及孔孟荀之儒家。欲行德化禮治之王道。至戰國列強割據。而霸道以倡。法家隨之而興。彼等以刑名法術。爲治道之要義。以極敏銳之腦經。刻薄之資性。鄙棄德義而行坑儒焚書之暴政。因之支配中國人心之儒教。與叔世之刑名法術。兩不相容。

印度之宗教。與法律一致。現實法卽爲最高法。此外無可爲第二次發見之對象之超越的基本法存在之餘地。中國因德教與法律分離。故無超越現實法之理想法。希臘則不然。哲學之入於人事論時代。直以法律爲道德的規範。現實法以上。有自然法之正義存在。邇來受希臘文化影響之西部世界。以自然法。爲超越之理想法。以正義之實現。爲立法司法其他一切之公生活之理想。此希臘哲學所有超越的理想之觀

念。實爲與世界法律以進步之原動力。在西洋，有可爲法律改善之目標之超越的基。本法之觀念存在。東洋，則無之。此爲東西洋法律進化之現象不同之一大原因。在西洋自希臘羅馬時代以至現時。立法司法。同時進步。東洋之法律。數千年間。幾成靜止之狀態。其所以致此者。實以此超越的理想法之存在爲其主因。在西洋自羅馬以來。法律之學。卽大興起。東洋以法學爲特殊之科學。其不興起之理由。以攻法律者。僅以記誦解釋爲其職分故也。關於此超越的理想法。當於本論之第一部下卷原力論再爲詳述。茲僅記述爲依第二次發見規範法發生之原動力。

第四款 自由發見之立法的公認

理想法之司法的現化之終局。爲其自由發見之立法的公認。依第一次發見之規範法。既已發生以後。其既成法規之靜止狀態。與社會需要之變遷狀態。暫至發生隔離。調和其隔離者。卽司法的第二次發見。此第二次發見。爲法律進化之恆久現象。自潛勢法時代。規範法發生之初期。至立法機關完成之今日。連綿繼續。隨社會變遷之劇烈。更增其必要。故一面是認自由發見之學說。同時並公認立法。

中國律斷罪無正條之律。與不應爲律之文。乃表示任人時代與任法時代之過渡期。要爲司法的自由發見之立法的公認之先驅。斷罪無正條之律。於法之明文外。以罪之存在爲前提。裁判官援比他律。擬定罪名。議定奏聞。要言之。卽依司法官之類推解釋之發見。經立法者裁可者也。不應爲律者。卽從所謂法無裁判移於法有裁判之程徑。於法之明文外。以有法律上禁止行爲存在之事實爲前提。何謂不應爲之行爲。則一任裁判官之自由裁量。

中國因成文律之完備。於凡不能盡網羅於成文法規之一切法律事項。素爲注意。唐律以來之諸律。必載有斷罪無正條之條。與不應爲之律。唐律有諸斷罪而無正條。其應出罪者。則舉重以明輕。其應入罪者。則舉輕以明重之文。明律亦有斷罪無正條之條。卽凡律令。該載不盡事理。若斷罪而無正條者。引律比附。應加應減。定擬罪名。轉達刑部。議定奏聞是也。清律亦有同一之條。如法有限。情無窮。罪無正條者。上下比附云云。日本新律綱領。亦有斷罪無正條之條。其法文係採用明清律。

此斷罪無正條之規定。可謂人法兼用。法所不載參以人者也。於時引律比附。具案

上聞。故裁判官無有以自己之職權。爲法律之發見者。

然斷罪無正條之規定以外。有不應爲律。對於比較輕微罪。於無可比附者。裁判官有法律發見之職權。量所犯之情。得科以適當之刑。在唐律凡諸不應爲而爲之者。笞四十。事理重者。杖八十。明清律亦同。日本中古律之規定。完全採用唐律。然不應爲律。果始自唐律與否。不得而知。假使始自唐律。爾來千有餘年。歷朝之刑律。其法文同。其刑量亦同。其原文仍毫無變更。其生命之長。要爲世界各國刑法中之所無。蓋其科罪之範圍。漠然廣泛。爲最便利之規定故也。

日本新律綱領不應爲之條。有凡律令雖無正條。於情理不應爲而爲之者。笞三十。理重者。笞七十之規定。此條自唐律以來之中國律。及日本之中古律。其規定之內容正同。然不僅云不應爲者。乃示不應爲之標準。加以於情理之文字者。乃係顯著之修正。左揭明治八年之布告。以備參考。

明治八年一零三號布告裁判事務心得。條理者爲基本法。爲公認補充的法源之法律。其第三條曰。一、民事裁判無成文法律者。依習慣。無習慣。則推考條理而裁

判之。

此規定可稱爲近世立法之傑作。體現法制進化之極致。實佔半世紀來受世界稱讚之瑞士民法第一條之先鞭。惟日本維新以來之政治上社會上之革新。實爲世界各國歷史上少見之劇變。內則政權歸於皇室。廢封建制。收藩籍。解武士之常職。外則變更數百年來之鎖國政策。開放門戶。求智識於世界。輸入泰西之文物制度。或稱復古。或云維新。銳意圖政治上社會上之改革。爲應新舊過渡之急需。明治五六年來。制定各種新法律。當時至有「法令雨下」之評。此立法部之活動。究竟不能豫知新事態之劇變。而應付豫如。勢必設廣汎之規定。以補遺漏。古代羅馬之普列托爾及萬民法之所以依自然法公平法而起者。亦因羅馬之版圖擴大。及民族交通而生之新事態以促成之者也。近世國際法。依自然法人性法之理論而起。亦因三十年戰爭後列國之新事態以促成之者也。又如後記對於印度裁判所之正義公平及良心之訓令。亦因其新歸於英之版圖而生之新事態以促成之者也。由是觀之。通古今各國社會之有劇變時。依理性法之公認。得謀法律與社會之調和可知也。

一國至有成文法。其法之發達之主因。在其成文法規之擬制的解釋。或成文法規以外的超越的基本觀念之發見。如中國斷罪無正條之律。適合於前者。不應爲之律。則適合於後者。然古來大立法者出。於制定法典外。往往自以爲其法典完全無缺。能包括一切法律事項。並嚴禁他人之解釋及比附。又因近世立法權之發達。立法機關之完備。立法者漸生全能全知之直觀。結果否認成文法規以外之法源。欲杜絕超越的基本觀念發見之途徑。

此立法權過信時代。否認司法的發見之理由。依二種格言而表現。其一、卽解釋法之權利屬於作法者。其二、酷法亦法是也。第一格言。欲禁止於如類推解釋之成文法之名義下之發見。第二、欲禁止依如公平法之成文法以外之觀念之發見。

第一格言。已行於羅馬時代。入斯底尼安帝。以法律解釋權、爲皇帝之大權。以之保留於立法者。雖在近世。盛行成文法萬能主義。然同時亦公認法律者以立法者之意。思知法律之真意者。獨有立法者之理論。若成文法制定得宜。可無解釋之必要。萬一因立法者之遺漏。法規有欠缺。法文有疑義時。不可不溯其源泉。直接求其意義於立

法者。若裁判官於法律有欠缺時。假解釋之名。隨意補充。則爲司法官侵犯立法官之分際。反於三權分立主義。而啓裁判官專橫之端。第十八世紀之後半。奧地利法蘭西之諸法典。禁止裁判官解釋法律疑義。卽本此義。

入斯底尼安帝卽位元年。卽紀元五百二十八年二月十三日。委翟利破尼(Tribonianus)爲委員長。並任命十人爲法典編纂委員。分類編纂敕令。成一法典。僅十四月告成。翌年四月七日。裁可敕令彙纂法典(Codex)。同年八月二十七日。發布敕令。宣言法律解釋之權。爲皇帝之大權。

此敕令彙纂法典成功之翌年。卽紀元五百三十年十二月十五日。又任命委員十七人。以翟利破尼爲委員長。編纂學說彙類法典臺開斯泰(Digesta)。

入斯底尼安帝。曾屢發詔敕。嚴禁解釋法典。其禁止之理由。以自來永久告示之多。數註釋者。各從一己之意見。解釋其簡明之法文。並濫爲擴張。布衍其原意。至使羅馬法全體。殆陷於混亂之狀態。故不能不嚴爲禁止之。蓋帝深信依此解釋之禁令。其法典可爲萬世不朽。然六百年後。波隆亞之註釋派(Glossatores)尹爾列里斯(Emernus)。

亞克爾休 (Accursius) 巴爾托爾士 (Bartolus) 等學者。再爲興起。帝之法典。大受影響。世人動稱羅馬法爲近世法典之模範。羅馬法學爲近世法學之基礎者。不可不謂爲皮相之觀察也。

自第十八世紀之末。至十九世紀之始。稱爲歐羅巴之法典編成期。自普納色始。大陸各國。莫不就其國法各部。競爲法典之編纂。結果遂成立法者全能全知之直觀。與成文法效力之過信。一方否認慣習法之效力。他方並縮小裁判官之權力。以制限法規之發見。認慣習無依自力而爲法律。乃限於依成文法直接間接始有法之效力。而裁判官之職能。限於成文法規之文義解釋及適用。成文法有欠缺時。無發見超越的理想法以補充之之權力。即使法文有疑義時。而比附援引。類推解釋。亦在必禁。

法蘭西一千七百九十年八月二十四日之法律。即前紀入斯底尼安帝之禁令。復興於近世者也。同法律否認裁判官之解釋權。裁判官認法律有解釋必要時。必申請於立法議會。

近世法典編纂之最早者。爲一千七百九十四年之普納色之蘭法列西多法典。

(Landrecht) 其法典首卷。揭有關於法律疑義解釋之禁。於總則四十六條。先定解釋之基礎。其規定如左。

裁判官爲判決爭訟。關於其有爭議之事件。非從法律用語。並其用語之聯絡而生之意義。及非自其法律之理由。直接且無疑義者。明示之意義。不得附與之。

本條乃示文字解釋與論理解釋之基礎之規定。欲嚴格畫定論理解釋之範圍。故不厭其形容辭副辭之重疊。足知立法者信法不信人之大概。然無論成文法如何全能。法典如何完全。而法文之意義。事實上終不免有疑義發生。故於同第四十七條。有法文之真義有疑時。裁判官不表示當事者之名。可提出其疑義於法律委員。以求其解決之規定。第四十八條。有請求疑義解決之裁判官。就該事件之裁判。當據法律委員之決議。但當事者所有通常之法律上之手段。不因之而受影響之規定。蓋設法律委員者。爲欲奪裁判官之疑義解釋權以附與之。以謀法律之確定與統一。爲其主因。非徒爲重法輕人之計。然此疑義解釋之禁。實有種種之不便。就中如訴訟當事者。爲施行蘭法列西多新法典。欲一切準據新法之規定。遂行訴訟。而法律委員。當判定疑

義時。調查考究過去之判例以爲依據者爲多。故當事者於此有豫行調查舊法時代以來之先例之必要。較之裁判官之解釋適用。費時既多。並減殺所謂法典之利益。

此法律解釋之禁。僅四年而廢止。爾來法律解釋。一任裁判官之自由。

酷法亦法之法律格言。爲慣習法時代之產物。關於法之寬嚴問題。主要因制定法而生者也。慣習法非如制定法之爲他發的。乃由民衆一體之因襲行爲而生。且爲自發的者也。由異等文化者觀之。雖爲峻酷之法。而在其社會。則視爲普通。不自覺其痛苦。然因社會狀態之變遷。或以舊慣之不便。或感通用之不正。或立法者新制定之法令。違反當時社會之普通心理。或依後此時勢之變遷。法令與社會心理至相隔離。此時欲嚴正適用其法則。或實行其慣習法。實背於社會正義之觀念。故古來有一至嚴之法。卽至大之不正義。一之法律格言。此格言爲一種法諺。流行於西克洛時代。且爲彼書中所常引證者。此格言之意義。無論何種法律。倘爲極端論理的解釋。嚴正而適用之。必生至大之不正。故不可不常依公平之觀念調節之。英吉利之公平法裁判之起源。卽本於此。其他各國。亦有依此格言。於精神解釋之名義下。矯正補足法文之意。

義之事。然在立法權過信時代。則承認酷法亦法之格言。如瓦斯欽派之分法之理學者。嚴格區別立法論與成法論。排斥道德論與法理論之混同。主張法之良否與法之適否。全然無關。並極力否認如自然法之超越法之存在。其結果頗有杜絕法之司法的自由發見之觀。

成文法全能時代之初期。英國發生安西法德對孫頓事件之訴訟。爲法之嚴正適用顯著之事例。英吉利威廉姆勝王。當時遊行大陸。輸入決鬪裁判之制。凡軍法裁判所及司法裁判所之不動產回復事件。殺人私訴事件。謀叛及其他之重罪事件。多適用之。迨文化上進。此制自然廢止。數百年無適用者。然亦無法令以廢止之。故一千七百六十五年至一千七百七十年出版之拔蘭克斯頓之英法註釋。記述決鬪裁判。爲現行法。其後一千七百七十年及千七百七十四年。兩次提出廢止案於議會。其法案均未成立。至千八百一十七年。發生前記之奇案。卽亞伯拉罕孫頓。唆使溺死麥里耶西法德之少女。麥里之兄。提起殺人私訴。被告爲無罪之答辯曰。以我身體。可證明之。且投其手袋於地。此爲決鬪裁判請求之訴式也。陪席判事。皆主張不當容其請求。以

決鬪裁判之古法律。形式上雖尙存續。事實上已失其效力。然判事長以之爲國法。竟排衆議而許其請求。原告不願決鬪。撤消訴訟。因此遂造成法律雖數百年不行使。然不因其不使用而廢止之之判例。次期議會制定殺人私訴廢止法。始廢止決鬪裁判。依此判例以觀。成法主義之法曹。如何把持法律之硬性。否認超越法之存在可知也。

立法上可稱爲自由法律發見公認之前驅者。爲十九世紀初期法蘭西之民法。其後衛。卽二十世紀初期瑞士之民法。前者依消極的規定。促其發達。後者依積極的規定。認其效力。一千八百零四年之法蘭西民法第四條。有裁判官以法規之沈默或不備爲口實。拒絕裁判時。有拒絕裁判之罪。可行訴追之規定。刑法第一百八十五條。揭其裁制。當處二百至五百法郎之罰金。及五年至二十年停止公職之嚴刑。縱令法文欠缺。或法意不明。裁判官必須保持其職責。而爲裁判。若法規沈默。裁判官可依自己所信之正義。法意不明。可依合理解釋。而所謂正義合理者。大概以與當時一般或學者法曹間流行之理想法合致者爲是。

關於此問題。法蘭西民法編纂之際。頗有激烈爭論。多數主張於法無明文時。縱令原告主張公平。亦可卻下。起草委員波爾多里(Portalis)則反對其主張。謂因人類之不完全性。立法者不能一切豫見。作成毫無遺漏之法規。故法文有不期之欠缺。法意有不豫想之不服。故公平觀念。隨時可爲法律之自然補充。裁判官爲維持人民之平和。於法之沈默時。可據公平裁判。此議竟爲多數所認許。至有前記第四條之規定。

依超越的理想法之發見。而生規範法。不僅限於國法欠缺。或有疑義。或成文法與社會之間隔離之時。異法競合時之法規。卽國與國之間。或爲屬人法。或爲屬地法。其法權各別之人民間之規範法發生。殆無有不由此超越法發見者。羅馬之萬民法。依自然法而生。依伊斯基攸列士法典。萬民法者。乃自然之理。定於一切之人類間之定義。可知也。而所謂自然之理之發見者。爲司異民族間之裁判之外。民大法官普列托爾柏列古里魯士是也。國際法及國際私法之發生及發達。賴於自然法者最多。在印度至近世。發生與羅馬萬民法同樣之原因。印度歸於英領。其未隸東印度會社之管理時。裁判所屢屢發生信教。或異本籍者間之訴訟。然此時印度之固有法。爲屬人法。

故無可裁判異教人、及異籍人間之訴訟。一千七百九十三年。對於孟加拉裁判所。有當從正義公平及良心而爲裁判之訓令。其後他之各州裁判所。亦下同樣之訓令。玻洛克稱此爲自然法包括的公布。

第十六世紀以來。墺地利之立法史。爲關於近世基本法自由發見之思想變遷最明確之映像。第十八世紀前半。法典全能之思想未興。無有懷疑及自然法之超越性者。里泊德帝。於千七百零一年二月二十二日。以敕令第二條。令裁判官對於有疑義之法律。爲哲學的解釋。然同世紀後半。法典全能之思想正盛。一千七百八十六年之約瑟芬法典第二十四條。禁止法律之疑義解釋。至第十九世紀之始。各國以短期間之經驗。既覺立法者解釋之禁之無效。一千八百十一年。民法第七條。認裁判官之解釋權。於法律無明文。不能依精神解釋。或類推解釋時。可據自然法之原則。巴敦之蘭德列西多法典第四條。西奧盧法典第一編第十八條。揭有同樣之規定。此墺地利民法第七條之後。揭示瑞士民法第一條之主義。於一世紀前既已行之者。然自此法典出。未數年而法典全能主義。及自然法說。起大反動。卽彼有名之泰帕。及薩咪南之法

典爭議。泰帕基於自然法說。論德意志普通民法編纂之必要。薩咪南則基於國民法說。反對法典編纂。後因歷史法學派之勃興。自然法說。漸爲失勢。依奧地利民法。而理想法發見之立法的公認。亦挫折於一旦。故所稱爲奧地利私法之第一權威之溫格爾。自同世紀後半之始。卽一千八百五十六年。於所著之「奧地利普通私法體系」。對於奧地利民法之以自然法爲補充法。評爲最陳腐之思想。

意大利一千八百六十五年之法例第三條第一項。規定於適用法律時。不得於文章用語。並立法者意思以外。附以明顯之意思。第二項。規定不能依法律之正條。決定爭議時。可參照適當於同樣之事件。或類似之事物之規定。更有疑義時。可從法之一班原理決之。一千八百八十九年。西班牙民法第六條。關於法律之適用。其第一項。載有關於裁判拒絕之消極的規定。第二項。更載有如左積極的規定。

無確當於爭訟事件之法律時。可適用土地之慣習及法之通則。

此規定爲修補法蘭西民法第四條之消極的規定者。法蘭西民法。僅謂於適用法規之欠缺。或其意義不明時。可爲裁判。不明示其時之裁判之根據。故裁判官除據其

所信之自然法、或公平法、而爲裁判外。別無他法。意大利之法例。及西班牙民法。於此則明示裁判之根據。所謂法之一般原理、或法之通則者。不外正義、公平、合理等之觀念。卽爲裁判官所有主觀的基準法。其裁判、卽自然法之體現。當時非自然法說。尙未全衰。可於同世紀之初。如奧地利民法。則不明言。又次世紀之初。瑞士民法。亦無有大膽公認裁判官之自由發見者。故前記兩法。居於法蘭西民法與瑞士民法之中。或與後之立法者以暗示。亦未可知也。

十八世紀之後半。因法典全能之確信存在。自然法於爲成文法解釋之基準法方面。殆似喪其勢力。然爲立法之基礎、及爲判定法律良否之標準者。依然持續其超越的地位。加之、自然法。如馬印所云。爲古來法律上之基本觀念。至第十八世紀之後半。復自裁判所活躍於世界。如英國之獨立宣言。法蘭西之人權宣言。爲東西兩大陸政治上大革命之原動力。然當自然法豎政治上革命之旗幟時。恰值法律上成文法萬能之思想勃興。其超越的理想之觀念。雖不因之消滅。其成文法之解釋適用上之優越的效力。漸爲世人所否認。立法者往往禁止成文法規之解釋。或制限之。依此立法

之趨勢。並德意志歷史派之發達。英吉利分析派之勃興。自然法宛如瀕於危機。一時蟄伏。以待他日之昇騰。第十九世紀之模範法典。如法蘭西民法之第四條。即自然法之避難所也。十八世紀後半。解釋之禁。依短期之實驗。既知不能實行。表面上又不能公認法律之欠缺。及有疑義時之理想法發見。起草者波爾多里 (Portalis) 等。排除強硬之反對論。精神上至認自然之公平 (Equité naturelle) 爲補充的法源。

加之各國法典編纂之完成。成文法規。遽增其分量。一法典而有數千條。一條例至有數百條。法文既劇增。自增加解釋之必要。再以前世紀以來急劇人文之發展。思想之變遷。及產業之發達。因之社會之新事態。千變萬狀。層出不窮。故爭訟事件。常出於立法者豫期以外。越出既成法文之範圍。致使成文法崇拜之法典論者。自然法排斥之分析派學者。竟屈節而認超越的理想法之存在。即立法者。亦不得不於所謂法之原則之汎稱之下。公認理想法之存在。

此時破一世紀間法學界之長夢之曉鐘。爲自由法說。此說爲第十九世紀末年。法典萬能主義之反動。起於自然法蟄伏之地。伽尼首唱之。梭列尤等和之。在德意志以

耶利喜爲首唱。斯達姆列爾、普流特、鄒特滿及其他各國學者論著極多。日本之牧野英一博士屢發表論文及著述。而爲詳密之討論。

自由法說之當否。爲第二世紀初年學者之注意問題。至現時成爲滔滔法學界之新潮。立法者竟爲所動。至發布所謂公認理想法自由發現之法典。

千九百零七年。瑞士新民法。其總則開端。於法律之適用命題之下。載有如左之規定。

第一條。法律者。適用於適合其規定之文字或精神之一切法律問題。

無適合之法規時。裁判官從慣習法。無慣習法時。若自己爲立法者。則當從法規設定之點而裁判之。裁判官可參照曾經確認之學說及判例。

前記瑞士民法第一條第一項。無成文法或慣習之法規時。裁判官若爲立法者。則當從設定之法則而裁判之。於第二項更當依據定說及判例。故一讀其條文。或者於第一項第二項。與裁判官法律發見之權能。於第三項。則又制限之。不無矛盾之觀。然觀此條文成立之沿革。一千九百年之草案。在第二項。無慣習法時。可據定說及判例。

在第三項最後。有立法者云云之規定。故裁判官之自由發見。於無定說判例時始行之。然在確定案。則倒置其順序。於無慣習法時。裁判官關於繫爭事項。直可立於立法者之地位。否認學說判例之獨立法源。

同民法以德法意三國語公布之。其規定之旨趣正同。但其法文之構造及用語則稍異。例如第一項。據法語譯為精神。德語則為解釋。意語為意義。第三項譯為參照之語。法語為 *Il s'inspire*。即譯感得二字。德語為 *Er folgt*。意語為 *Eglist attiene*。即從字。恰若有學說判例。則裁判官必有服從之之義務之觀。然如前述之學說判例。既於草案確定之際。為第三法源而被否認。故第三項。止於法意規定。裁判官無受學說判例所拘束者。縱令不參照。或為反對之裁判。其裁判之效力。不因之而受影響。故如古米爾所云。此第三項之規定。所謂不完全法是也。

故瑞士民法第一條。以國權立法的宣言理想法之超越的存在。公認其自由發見。此法之自由發見之新潮流。其源遠發於潛勢法時代。爾來有經數百年。或經數千年者。其間自有盛衰。各國不必同其沿革。然概括其沿革。則可分次之四期。

法律自由發見之第一期。爲普汎的自由發見時代。在潛勢法時代。一切法規。因法權者之原始的自由發見而來。其第二期。爲擬制的自由發見時代。於規範法既存之後。如英吉利之普通法。於既存法律適用之名義下。發見新法規而適用之者也。其第三期。爲公平法自由發見時代。理想法之觀察念發達之後。如羅馬之普列托爾法。英吉利之伊魁特。依正義、公平、自然法等之超越的理想法之發見。而生法規者也。其第四期。爲自由立法法的公認時代。在第一期。法之發見者。殆爲無意識的。第二期。法之發見。雖爲意識的。而以隱祕的行之。第三期。法之發見。以司法的公行之者。第四期。法之自由發見。始至立法的公認。

第四章 記憶法

第一節 記憶法之發生

法之在潛勢力狀態時。有法權、無法規。唯人民當服從主治者之廣汎的大原則存而已。然其法權者。不問爲長老、高僧。與爲元帥。其意思常受慣習、宗教及其他種種勢力之制限。故於自由專恣之意思發動之中。自有通素之存在。此通素。卽爲法規形

成之素因。而法權者之意思發動或依慣習。或依宗教。或隨先例。久之其慣習教義先例。漸成人民行爲之標準。是即由隨意法進於規範法之所以也。

法權者之意思發動。若無如慣習可據之常軌存在。屬於純然隨意法之範圍。則昨是今非。不可端倪。故無爲行爲之準則而記憶之之必要。然法權者之意思發動。常受慣習宗教等之影響。自取一定之方向。因先例之蹈襲。次第而生規範。從之如是。違則爲非。故行法者。及受法支配者。均感知先例典故之極爲重要。然在文書之未發生。或雖發生而未普行之時。先例之知識。除將記憶外。別無他法。是規範法之初期。爲記憶法之所以也。

記憶法發生之原因有二。其一、因未有文字。或雖有而未普行。其二、因法權者專有法之知識。不欲使人民知之是也。關於此點。朴斯敦謂原始的民族。殆無有不依記憶保持其慣習法。及依口傳世世相繼相傳者。其口傳法不多遺存於社會者。乃文字使用普及之結果。代記憶以文書。至口傳法遂絕其跡。再現今未開化社會之口傳法。比較的不常傳於文明國者。因記憶的無形法。唯久於其社會者始得知之。如外來旅客。

既以暫時的寄居。故多逸出其經過的視察之範圍。夫記憶法。爲幼稚社會之法之常態。及其不傳於文明社會之原因。恐不外如朴斯敦之所說。然就吾人所見。更有其他理由。卽記憶法。爲其記憶者之權力及資力之原因。故常爲秘密法。爲僧侶貴族之特殊民級。或法曹家之有世襲官職者之獨占的知識。雖其社會之一般民衆。尙無由聞問。而外人更無論也。

在文字使用未普及。及印刷術未興時代。當然有口傳諳誦之法存在。故耶首列。有古代不文法。便於主治者。成文法。便於被治者之言。主治者或僧侶其他之特權階級。以人民知法之不利於己。爲欲維持一己之權力。故祕其法規。或口授之家人。或傳之門徒。並有時用其他政略。作成無形法者。在希臘雖於文化大進之後。如來喀瓦士 (Lycurgus) 所稱亞坡洛神 (Apollo) 之託宣。禁止以文書作成法規。卽其例證。然依布爾特奇 (Plutarch) 所記來喀瓦士禁止成文法之理由。實欲以之刻於國民之骨髓。銘於肝膽故也。彼爲達此目的計。先依教育養成國民之品性。使法之精神。發現於國民之思想及行爲之上。彼以教育爲立法之全部者。職是故也。特如關於與時推移

常要變更之事項之法規。例如關於財產契約之規定。與其爲成文法規。而阻礙其改善之途。勿寧爲不文法。使受教育之人民。隨應時宜。漸次增補改正之爲善也。

入斯底尼安帝欽定之伊斯基攸列士法典中。論成文法與不成文法之區別。其區別之起源。歸於雅典及斯巴達之制度。斯巴達人。始於法之記憶。雅典人則始於法之記錄。此成文法及不文法起源之說明。一般學者。認爲無多大之價值。然以之證明希臘古代記憶法之存在。決非失當。

羅馬自建國以來。至十二表之制定。凡三百年間。可謂爲記憶法時代。據臺開斯泰法典 (Digesta) 波朴尼斯 (Pomponius) 之記載。王政時代之法令。雖然存在。然當時國法之基礎。爲慣習法。而成文法。僅於改革慣習弊害必要時發生。故成文法。殆不過爲慣習之補助法。至王政時代之末。主教巴比留 (Papirius) 蒐集王法。成一編之私選法典。後人所稱入斯西維列巴比里安魯姆者 (Jus Civile Papirianum)。卽指此也。是當時既已有成文法之存在。然其國法之大部分。乃由不文法而成。亘三世紀之長期。尙能正確保存。此不文法規者。實依主教團 (Collegium Pontificum) 記憶口傳

之力也。

西剎爾於其科爾戰記。載有布列頓人及科爾人中。其司宗教、道德、法律之僧徒。能諳記一切法律而口傳之之事實。由是觀之。英法兩國。於西曆紀元之頃。已行記憶法。布蘭克斯頓。於其「英國法註釋」第一卷。論英國不文法之起源。謂往昔蒙昧之西世界。一切法律。爲口唱的。且引用前揭西剎爾之記事。而附記之。並謂薩克遜人之祖先。及在大陸之同胞。僅依記憶及慣行而保存其法律。又同書之第四卷。謂口授不文法之觀念之起因。緣於僧徒不載其教法於記錄之慣例之所致也。

德意志古法之特色。爲其民族的。及其自治的。日耳曼民族之最古法。如普魯列爾之所說。「由民族共通之法的意識而生之法則。卽由直接適用於法的生活而成之不文慣習法。所謂民族法 (Volkrecht) 是也。故不必特設立法機關。公布法令。亦不必特設裁判之司法機關。若有訴訟發生。就自由人民之裁判合同審理之。此法之知識。與其宗教國語。同爲民族之共有物。故其現行法。無書於文書而確定之必要。亦無依口傳教習。傳法於後葉。而設保存此法之特別制度之必要。」然在裁判合同中有

法之知識者。占有特別勢力。其說多爲判例之基礎。此亦自然之數也。又關於個個之疑點。古來多依長老所下之判例決之。後爲防區民之遺忘。一新其記憶之故。有於小裁判區。定期公唱關於慣習法之判決例之事。要之、德意志之古法。異於他之記憶法。而法之記憶。不屬於法權者之機關、及僧侶貴族一部民級之專有。乃屬於一般人民之公有。其法律、以俚諺體爲主。欲普及於一般民衆者也。

在文化未興之原始社會。其國法爲記憶法。此徵之文明各國古代法律史可知也。卽現今文化低級民族之法律。亦能概見。據朴斯敦之亞非利加法論。哥爾頓科斯特之法基斯族 (Fantis) 之慣習法。依記憶口傳而保存。全族中不論男女。皆能記憶之。又利爾古得族 (Tuaragd) 之慣習法。依老人之記憶而傳留者。又據茅琴開爾之所記。亞非利加之波哥斯人之法。均爲不文法。父子相傳。有疑義時。則從裁判之先例。由是等事實徵之。卽足窺見一斑。要之、法律進化之初期。無論何國。未有不經過記憶法之階級者。

概言之。原始的法律。爲記憶法。其法規不載於文字。且不勒之金石竹帛。其保存繼

續。僅將人類有限之腦力，欲期其法規之經久不磨，自不能不講求記憶確定繼續之方法。其方法之最顯著者有二。其一、設記憶法之主體。其二、整記憶法之客體。設記憶法之主體者，法之記憶，不專任個人特殊之能力，而委之於記憶機關之團體。蓋法規之保存，若僅任個人特殊之記憶力，則有人亡法亡之懼。反之若委之團體，其團體不問爲僧侶、貴族、法曹，或爲特殊之官吏與其他之人民，父子祖孫，師弟同僚，互相傳習，自得永遠繼續其傳承。況歐洲古代之日耳曼人，如亞非利加現時之法基斯族，以法之記憶，爲全民族之共有。記憶法之主體，與法境同其範圍，故縱令無形法無變爲成形法，然記憶法終不失其原狀，得與國民而共存。

所謂整記憶法之客體者，卽整齊法規之姿態，使容易記憶誦誦，或整其音調，正其聲律，莊重其語態，平明其意義，以刺激感情，促起興味之事，唱之於口而印之於腦，因之法規得爲長年之保存。故原始的法規，或爲格言，爲俚諺，或賦於詩，詠於歌，或作成韻文，便於記誦。此記憶法之客體，所以有句體法，詩體法，韻文法之各種形態。

第二節 記憶法之主體

過去者、現在之因。現在者、過去之果。記憶者、爲印象之繼續。聯接現在之因過去之果者也。夫隔世之事。若非有記憶而爲之聯絡。則日常生活之事物。悉屬新奇。無時不費吾人之創思。然人生現在之境遇。依經驗記憶處理之者。實占多數。基於純粹之創思者。殆近於零碎之微分。創案改革之範圍。雖隨人智進步。漸爲擴張。然所謂發明改良者。不過因襲模倣。就既存之事物。加以些微之變更而已。況在文化低級之民族。其祖先之記憶。爲血族團體之基礎。神明之託宣。祖宗之遺訓。先哲預言者。卜筮者之言行之記憶。則爲宗教。爲德教。先例之記憶。爲慣習。爲禮儀。爲法律。故記憶者。在原始社會。有最強之統治力。當時之權力者。卽爲強記者。或爲傳承專有記憶之特權者。否則爲利用記憶支配衆人之智者。

妥拉 (Torah) 者、猶太人之法也。其始爲記憶口傳法。記錄摩西之法令之五聖書。卽所謂彭特鳩克者 (Pentateuch) 乃自摩西以來。歷代祭司之口傳而保存之。後漸以筆記代諳記 (見舊約全書馬拉基書中第二章六七條)。

在加列人 (Kareus) 中。長老爲政治道德法律之規則之貯存者。由累代口授而傳

襲之。以爲萬世之準則。其口授傳習之慣例法規。頗爲煩雜詳密。自前代之記憶。移於後代。累世相傳。而不少替。北亞美利加之伊洛誇耶斯族 (Iroquois) 當居其酋長之喪事。以祖先傳來之遺法。諳記復唱。爲其最重要之儀式。宛如僧侶之讀經。其旨趣。卽在表示永守遺法。奉告於先主之靈。在文化低級之因。此種儀式。尤爲通行。此可稱社會初期之普遍現象。而記憶相傳。要爲文字普及以前法規保存唯一之方法。

知識之專有。無論何時代。有強大之勢力。況在文化初期。故實先例之記憶。爲權勢利益之一大原因。凡關於祭祀、宗教、政事、社交、慣習、法律等事項。苟能記憶。特種之傳說、先例、故實、禮式者。不僅受一般之尊敬。爲社會之權力者。並可取得顯要之職司。及其他物質上之利益。故不欲輕易傳其記憶於他人。以自滅殺其權力。故記憶之專有者。視其記憶爲祕傳。或傳之子孫。或授之門徒。此法之記憶。遂成獨占的祕傳之目的。至生法律記憶之專門家系。

此先例故實之獨占的記憶。爲其記憶者之利益。依其人自爲保存。不免有人亡法亡之恐。如是爲低級文化社會之綱紀之慣習。實有紊亂之憂。故不能不講永久保存

之法。於是有就家系門徒傳授之外。置法律記憶之特權階級。或特別之職司。以圖永久之保存。

日本上古。無文字記錄之術。凡重要事實。皆依記憶口誦而傳承之。古語拾遺之著者。所以有「蓋聞上古之世。未有文字。貴賤老少。口口相傳。前言往行。存而不忘」之記述。並有專業記憶之部族。語部卽其一也。日本上古。語部部族之存在。文獻有徵。而其詳細之事實。則史傳付之缺如。無由考究。然由其名稱考之。所謂語部者。大概爲口授傳承前代之記憶於其後代之部民之部族。貞觀儀式之中。有大嘗祭之卯日儀式。語部各奏古詞之記載。古詞之內容如何。書無明文。據藤原公任所著之北山抄。謂語部之奏。其音似祝。又似歌聲。是語部古詞。爲一種歌謠體。可以想見。

日本上古語部之外。並有專門記憶傳承之家系。卽中臣氏是也。中臣氏者。自神代以來。與忌部氏相並而司朝廷之祭祀典禮。自神武天皇以來。凡天皇踐祚卽位之初。及歷代卽位後所行之大嘗祭。奏天神之壽詞。爲一種神聖之儀式。屬中臣氏專掌之。此壽詞蓋自中臣氏之祖先以來。代代口傳而繼承之者也。

日本自奈良朝始。繼受中國之文化。依古來記憶而保存之慣例、史傳、禮典等。均筆之文書。自是無誦誦記憶之必要。因此語部亦失其存在之理由。

文化稍發達。先典故漸多。於是有記憶之專業者出。如所稱爲故實家者是也。在公果、有稱爲吾姆單沙之故實家。以在裁判所說明先例。爲其職務。亞非利加之諸蠻族之慣習法。依長老之記憶而保存傳襲者爲多。蓋在文化低級之社會。以知慣習故實典禮、爲唯一之專門知識故也。

印度特設有司法記憶之公職。稱爲法律誦誦者。如威西西妥瓦法典。怕烏多哈亞刺法典。馬魯法典等。對此均有規定。據此等法典。關於法律一切之疑義。於巴雷夏德 (Parishad) 法律會議裁決之。該會議由十人以上之學者組織而成。其中一人。爲法律誦誦者。

法律記憶之公職。爲中世北歐各國之通制。惟丁抹一國。於其存否。獨有疑義。而其職名亦多有法話人、或法之人之意。在德意志。稱爲 *Gesetzsprecher*。或稱 *Gesetzesmann*。諾威。稱爲 *Lögnaðr*。或稱 *Lögmen*。瑞典。稱爲 *Lagmandr*。或稱

Lagman。愛爾蘭稱爲 Lögsögmandr。非利西亞稱爲 ásega。薩克遜人稱爲 ésgo。日耳曼民族中於法言者之公職存否問題。不無異說。然普通皆認之爲一般制度。

瑞典自十三世紀之初。各地方會議。必有一法之人 (Lagman)。與印度之巴雷夏德會議。必有一法律諸記者正同。在諾威。各地方有若干法之人。此法之人。由人民中適任者選舉之。其慣習儀式法規之記憶。爲其權力及利益之原因。故不欲傳之他人而傳之於其子孫。久之至爲其家之世襲。所謂選舉者。不過一種虛文而已。迨後法之人爲國王之官吏。卽稱爲記憶官。例多自記憶相傳之家任命之。法之人主要職務。爲在民會公唱法律。對於裁判處分。則爲法之陳述。

愛爾蘭在無成文法之古代。國法全部。存於法言師之記憶。愛爾蘭位於北洋絕海之孤島。其發見移住之初期。各移住民。爲獨立之部落。當時北人之普通習俗。各部落有由自由民而成之民會 (Thing)。議定其部落之公共事務。然其全島。尙未有統一的政治機關。自移住後。經五十年。有酋長名烏爾甫約特 (Ulfjot) 者出。以英邁之資。

力圖全島之統一。勸各部落設立總民會(Althing)。又親至諾威。調查總民會之法。規。歸國後。於紀元九百三十年。開第一總民會。其後以每年六月下半開會。此總民會。議定關於島民全體之利害事件。就中裁判事務。占其重要部分。總民會中。有百四十七名法律部員。處理事務。自委員中選舉精通慣例法規者一人爲部長。此法律部長。卽法官師(Lögsgumadr)。法官師。諳記愛爾蘭之法律。於三年在職期中。公唱其全部於總民會。關於訴式之規則。爲使人民熟知之故。每年公唱一次以爲例。對於公衆之法律質問。有答復之職責。同島有稱爲法山(Lögberg)之小丘。傳言法官師公唱法規之遺跡。今尙有存者。

故法官師者。非立法者。亦非裁判官。乃以記憶慣例法規而公唱之爲其職務之公吏。所謂法之活聲(Viva vox juris civilis)是也。然作法及行法之權力。當然歸於有法之知識者。故立法者及裁判官。可謂法律記憶者進化之階級。

記憶者不過保存過去之事物於腦中。故以法之記憶公唱爲職務者。自無作法之權能。夫在進步的社會。固常因生活之需要變動。不能墨守舊法。卽在依慣習支配靜

止的社會。亦不免有無先例舊慣可據之新事件發生。此時爲順應社會之新事態。法官者有公唱類似古法之新法之事。是卽原始社會擬制之效用。愛爾蘭自基督教傳播以來。社會之狀態漸變。因之其舊法有改革之必要。當時總民會之法律部。爲融合人民感情計。採此委曲之方法。法官師常於舊法公唱之名義下。或以舊話說明新事情。或以新話變更舊法規。法律部雖公然定立新法。然非在法官師之定期唱法會公演三夏期後。不生效力。故法語者名爲演述現存法。實爲公布新定法。

夫法律記憶之家系門流公職或民級。不獨前舉各國有之。實初期文化低級之國家普通之現象也。在規範法發生之國家初期。文字使用未普及時。因社會之必要。不能不依記憶爲法規慣例保存之據。但法律記憶者之職務。依其社會之爲君主的與爲民主的。而有公開與秘密之別。君主的社會。法律記憶者之職務。爲獨占的。祕密的。民主的社會。爲受任的。公示的。前者之職務。在示法規之適用。後者之職務。在示法規之自體。前者法律不使民知。後者則必使民知之。歐羅巴各國之稱記憶者爲法官者。蓋以此也。

又法律記憶者。爲裁判官之前身。法律事項生爭議時。首長常使法律記憶者裁斷之。或諮詢其意見而爲裁判。人民亦屢有依賴其爲爭議之仲裁者。故爲裁判官前身之法律記憶者。至後多爲裁判官。或爲裁判上之顧問機關。

馬印謂在慣習法時代。法權屬於有法之知識之特權民級。其言曰。於文字未發明。技術幼稚之時代。授司法上之特權於貴族者。乃爲正確保存人種或種族之慣習唯一之便法。爲欲純粹保存。乃就限定慣習法之一部。委托其記憶(中略)屬於此民級貴族僧侶之種族。或特權少數者之獨占的知識之法。爲真正之不文法。外此則無可稱爲不文法者。

在羅馬王權時代。法之知識。爲高僧團所專有。暗記聖約(*Ius Sacrum*)及法律。備知起訴日與不起訴日之區別。並精通訴式。其後此高僧團。筆記其法律之意見而秘藏之。至爲後世法律之基礎。

法之記憶者。不僅能裁定其民族或種族之內部爭議。有時雖異種族間之爭議。亦往往受當事者之推選。而爲仲裁者。或判定者。克魯泡金。於其互助論中。謂當異種族

間發生報償問題時。欲得其紛議之仲裁者。或判定者 (Sentence-finder) 最爲困難。其言曰。在慣習上當支付賠償金額。因異種族間及異種族之聯合間相異之故。其困難愈大。此問題之判定者。例多由保存古法之有名譽之家族。或種族中求之。

第三節 記憶法之客體

記憶法之客體。爲無形法。就先例典故慣習等可爲行爲之規範者。依腦中之印象而存在者也。凡載於文書圖畫之有形法。原爲記憶之目的。然其存在繼續。非依無形之心象。而依有形之象徵。

原始時代之社會關係。極爲簡單。故先例典故之數甚少。個個而記憶之。亦無特別之困難。社會發展。人事關係日益複雜。歲時既久。先例典故之數亦日增。後雖有如何之強記者。亦難悉爲諳記。加以在潛勢法時代之初期。爲記憶目的之事項。乃單個判例處分例之集積。未成定式之法則。欲記憶之精確無誤。實所難期。然人類之模倣性。乃以個個獨立之先發事件爲模範。以處理後發之類似事件。故記憶者。爲記憶之便利計。自類例之集積中抽出普通之要素而記憶之。以代個個之諳記。或作成定語。以

便複誦。由是而開定式法則之端緒。例如甲先殺人處死刑。乙後殺人亦處死刑。至丙丁殺人亦然。由是而生殺人者死。屍者不可以屍贖之通則。如拔人之目。人亦拔其目。折人之齒。人亦折其齒。由是而生所謂目與目齒與齒之同害報復之通則。要言之。即綜合爲記憶目的之個個具體的事實。而成表示法則之格言、諺句、詩歌、等之定式語。法之記憶者。依是等之經驗。知移記憶之客體爲定式語之便利。或自作成格言。或採民間之通語。作成諺句。稱爲法諺。更進而作成詩歌。如此。不獨易於誦記複誦。並能確定記憶之目的。及確實法之作用。法之記憶者。記憶是等之定式語。以代個個之事實之記憶者。乃將記憶之客體。從事實移於法則。實爲法律進化史上之一新期。

在文字未普及之原始社會。人民有不可思議之強健記憶力。然欲記憶無數之法則。永傳而不誤。不僅當固定其言語。明確其記憶之目的。爲便於記憶起見。更當正其音律。整其聲調。或用比喻。形容。奇言。警句。須以添其興味而深其印象。原始的法律。往往作成格言體、諺句體、詩歌體者。職是故也。此不獨於法律爲然。卽古來之教律、禮典、神話、記傳、歷史之原態。靡不如是。縱使其文句不爲諺體詩歌體。而爲散文體。亦多附

以節奏。以便口誦與記憶。故潛勢法。於爲規範法而具條規之形態之初期。由無定式之先例典故託宣等之記憶。始成格言法、諺句法、詩歌法、韻文法。迨文字普行以後。始由記憶法移於文書法。而以散文體爲常態。

記憶法之各種形態。自有進化之順序存在。概言之。格言體、俚諺體。先於詩歌體。詩歌體、先於韻文體。蓋以格言諺句。在修辭未發達時。已由長老高僧作成。廣行民間。迨文藝稍進。始有長短之句法。平仄之押韻。

自馬西謬來、深研撒斯克里德語之結果。得明印度記憶法發達之順序。依印度傳說。馬魯聖律。自世界創始之時。卽已存在。婆羅門宗徒。相信馬魯法典。爲各種聖法典中之最古者。然馬西謬來謂印度之聖典文學。爲自短句經 (Sūtra) 時代。移於詩歌經 (Sāstra) 時代。如馬魯之詩歌體聖律 (Dharmasāstra)。於他之短句體聖律 (Dharmasūtra) 之後。始編成之者也。此言可爲吾人考證馬魯聖律編成之年代之基準。

依馬西謬來之說。印度聖律文體有三種。其第一種。爲全部短句體。第二種。爲短句

體與詩歌體之混合體。第三種。爲全部詩歌體。耶巴士泰姆巴 (Apastamba)。科泰馬 (Cautama)。屬於第一種之全部短句體。爲最古法典。威西西安瓦 (Vasistha)。維西魯 (Vishnu)。屬於第二種。爲混合體。故在自短句體時代移於詩歌體時代之過渡期。如馬魯法典。爲全部詩歌體。屬於第三期。第一期短句體時代。自西曆紀元前六百年。至於前二百年。故屬於第三期詩歌體時代之馬魯法典。爲成於西曆紀元前二百年以後者。

據馬西謬來致摩列之書中。所稱現今存在之馬魯詩歌體聖律 (Manava-dharma-sastra) 爲已經散佚之馬魯之短句體聖律 (Manava-dharma-sutra) 所改纂。依其說。則婆羅門之舊家。必多有屬於其家之短句體聖律。而其聖律之題號。或用編纂者之名。或冠其家之姓。馬魯聖律。元爲屬於馬刺襪家之律典。其先爲短句體法典。後始成爲詩歌體。馬刺襪家之短句體聖律之本書。雖經散佚。而失其全形。然在他之短句律之註釋書中。往往有自其家之短句律中而引用之者。加以馬西謬來。自古典中發見其原書之一部。益足見其考證之正確。婆羅門諸家之短句體聖律。皆本於維打聖典。

而定祭祀、潔禮法規。唯里克維打 (Rig-Veda)、沙摩維打 (Sama-Veda)、雅鳩爾維打 (Yajur-Veda)、亞他爾誣維打 (Atharva-Veda) 四種之維打聖經中。因各家所奉之聖經不同。其聖律亦異。然奉同一之維打聖經家之聖律。其條規皆同。所異者。僅其儀式細目而已。故爲馬魯法典之基本之馬魯短句體聖律之概要。係根據屬於其殘編同一維打之他之短句律。略可推知。若再取馬刺襪家所奉之雅鳩爾維打聖經中之耶巴士泰姆巴短句聖律。與馬刺襪詩歌體聖律相比照。凡國王之職權。承繼之規定。仍係採用短句律中之語。其改變爲詩體之跡。固歷歷可觀也。

爲記憶法之形態之句體法、詩體法、及韻文法。非必爲同時或順次而生者。凡一國法律之原始狀態。有僅存其一種。或二種併存者。或僅爲個個先例儀典之單純記憶。不採取以音調句法表現法規之方策。而直移於散文體之文字者。故各國之原始法。其形態不無異同。然概言之。潛勢法之現勢化。多以有定式語之記憶爲其起點。

一國記憶法之形態。要因其國之文化程度而定。既如上述。然其國之政體。亦與國法之原始狀態有至大之影響。概言之。凡一國之政體。爲君主制、寡頭制、貴族制者。其

國之記憶法。多成格言體、或詩歌體、韻文體。民主制之政體。其國之記憶法。多爲諺句體。蓋以政權專屬於個人或個體時。多採秘密主義。獨占法之知識。以圖鞏固一己權力之基礎。而行民可使由不可使知之政策。更爲增重法律之威嚴。特莊重其形態。用最難解之語。韜晦法條之意義。使俗衆難於通曉。反之。政權屬於人民時。則多採法之公示主義。務簡明其法條。使人民一般周知。

詩歌者。從押韻、對句、聯句、長短句等一定之法則而成之美辭也。故詩歌體之法之作者。必有超乎庸衆之智識才能。而習之者亦然。故載於詩歌之法。規非爲便於人民之周知記唱。特爲執法者之諳記口傳。又爲增加法之威嚴。多以美辭而飾其形態者。諺句體之法。反之。乃以簡短爲元則。而用極便於口唱之通俗語。時或以巧妙之譬、戲言、奇語、諧謔等。而交添其趣味。俾人民容易記憶傳唱。法諺者。非依法權者之考究而創定之者。乃民間自然發達之物。如孔伊（Ogden）所謂在於民口之法是也。

民主的法律。在文字未普及以前。不可不貯藏於人民一般之腦中。而傳唱於各人之口頭。故君主的或貴族的記憶法。與民主的記憶法。其記憶之主體及客體各異。君

主的又貴族的記憶法之主體最狹。其客體爲隱秘的。民主的記憶法之主體最廣。其客體爲通俗的。

君主的又貴族的記憶法。其記憶者爲極少數。且爲比較的智識之發達者。故其記憶法規之定語。其用語多爲修辭的。必擇嚴肅莊重高雅優美者用之。句體法多爲格言體。其中聯句、對句、長短句亦不少。詩體法多爲頭韻、脚韻等之押韻。在專制政體。法之記憶者。獨占法規之知識。爲欲保持自己之權力。特用難解之句。隱秘之語。爲其保障。

反之民主的法律。人民一般爲法律之記憶者。其法規之姿態。自依人民全體之平均智識程度而定。使人均能解而唱之。故其法規多爲俚諺體。其意義平易解。其口調滑而便於複誦。要之、前者爲獨占的記憶法。後者爲公共的記憶法。

第一款 句體法

成語記憶法之形態。始於句體法。爲通常之順序。句體法者。以簡單成句。表示法規者也。或一句獨立而爲一則。或由數句連續而成。法之記憶者。其始就關於諳記、慣習、

傳說典故、先例、之個個事實。隨意記憶。後爲備忘或傳授他人計。有用最易講解知覺之辭句者。且爲固定法之形態。確實記憶之目的。當詩歌韻文未發達時。其法規或作成散文體。或作成定語句。然散文體。多流於冗長散漫。難期記憶之正確。若以簡潔之定語句。表示法規。不獨便於記憶。且能保持其記憶之正確。故混沌之潛勢法。於移於固定成規法之初期。其法態往往成短句體。

句體法。有格言體、俚諺體二種。此二種同以簡短之成句。表示法規。然前者其法語之體裁。多莊重端嚴。其意義高尚幽遠。時或用隱語、謎語、暗號。故晦其旨趣。依之以維持法之威嚴。可爲保留自己裁量之餘地。其表示要義。不明示法規之全部。僅用半面之辭句。其表示之意義。非依單純記憶或口傳而補釋之。鮮有能了解者。後者。其語法之體裁。平易通俗。其意義明白。或寓法意於比喻、警句、戲言之中。無論何人。均易了解其真意。而記憶傳唱之。前者多爲特別造成的。後者則全屬自然發達的。

格言體。要多行於他治的政治組織之社會。其法權專屬於君主、貴族、僧侶、長老。是等之人。爲欲獨佔法之智識。永遠保有其權力。採法之祕密主義。縱令作成法規短句。

然其句法。多爲偈句體。或格言體。使一般民衆。不易知曉。其廣行於民間之法律格言。要不外爲預言者、聖賢、君主、裁判官所發表之意思。

俚諺體反之。要多行於自治的政治組織之社會。法權屬於人民。其諺語。卽爲一般民衆。周知周行。一自表示法規之通語。並非爲特定人之創述。乃自然之發達。流行民間。至爲一般所記憶。

民主的法律。非如他之神授性的、君主的、貴族的法律。用難解之文辭。莊重之語調。乃在使民衆易於了解而履行之。故不問爲諺句體與詩歌體。其法意極明瞭。用語極通俗。例如依德意志古法。婦女財產。結婚後悉歸屬於其夫。妻則不有財產。其法文如左。

Eine Frau hat Während der Ehe nichts als den blauen Himmel und den Spinnrocken.

妻在婚姻中。除青空與紡績竿外。不有財產。

又如關於盜罪之死刑之法文。

Die Fische Sind Nirgends besser als im Wasser, der Dieb al am Galgen,
der Moench als im Kloster.

魚棲於水中。僧居於寺院。盜上於絞臺。

Maeuse Soll Man fangen, Dieb Soll Man hangen.

鼠當捕。盜當絞。

由上例觀之。其明瞭通俗。要爲人人所得了解者。

記憶法。爲詩體。或韻文體。或爲連續之短句體時。欲其精確記憶。傳之數世而不誤。須有超人之腦力。長期之練習。故非依家傳師傳職傳等特別之機關。不能永久維持。其不文狀態。然記憶法爲俚諺體時。如法規獨立而爲簡單之成句。其意義平易。其音調流暢。而其妙巧之比喻。奇拔之警句。興味之諧謔。隨時流露。普及一般人民之腦中。雖屬文盲。亦能傳唱記憶。與他之俚諺無異。口耳相傳。自然永久存續。然法之實質。隨社會生活之變遷而俱變。因社會事物之複雜。遂生新法諺。故在民衆的記憶法之永續。因年月之長遠。法諺之數。自然增加。至有數千以上。是等多數法諺之全部。自無

有以一人能記憶之者。其各人記憶之部分。又不必同其範圍。綜合之。法諺之全部。可謂依人民之全部而保存之者也。

瑞典最古之法典。爲西哥特法典。或稱(Westgoetalagh)此法典。有新舊二種。舊典編纂於十三世紀之始。新典編纂於同世紀之終。舊典之編纂者。爲有名之法言家第十七代之耶斯開爾馬古魯遜(Aeskil Magnunsson)。傳言彼取第九世紀以來法言者之始祖路姆柏爾(Lumber)歷代口授傳唱之法言。載於同法典。此舊法典之法言。爲格言體(Aphorism)。又爲記憶公唱之便。綴成短句體。

法者。關於人民之日常生活者也。故法規之適用不斷的發生。其法規雖未成文。往往以俚諺之形態廣行於民間。例如蘇門答臘之買南加巴人(Menaugkabau)間。有金則生無金則死之法諺。是卽表示同民族間法律進化之程級。正在賠償時代。雖屬死罪。亦得以償金贖之。亞非利加之波哥斯人(Bogoss)間。有婦女者。猛獸也之法諺。是卽表示婦女之無人格。婦女者。不問其爲既婚者與未婚者。法律絕對不認其人格的存在。無論不能爲法律行爲。卽證人。保證人。亦不能爲。更不能有其他一切之權利。

義務。雖有匪行。不負責任。殺人不處刑罰。與山野之猛獸無異。

法諺之發生。雖在文化低級之社會亦有之。至其廣行。則在文化稍進、自潛勢法時代、移於規範法時代之法態變化之初期。精言之。法諺之發生。即爲在潛勢狀態之法、固定而生規範法之原因。法諺者、即民衆之法規宣言也。民主的發達之德意志法。即其最顯著之例證也。

在德意志。至中世、尙無以法律爲職業之法曹之特種民級。如普路列爾所云。法之智識。與宗教國語同爲民族之共產。又如格瓦爾格孔所云。德意志法。無教科書。無註釋者。法者、存於人民之口者也。故德意志人民之法之智識。以記憶爲原則。於法律之行爲、有法式。法律之規則、有法諺。目視法之形。耳聽法之聲。以營自主的法律生活者也。當時人民爲參密員而參與裁判。自行所謂活民族法。又有人民會議。若關係法律發生疑問。例由長老說明祖先傳來之法。依之以爲議決。此人民既自覺直接爲法之主體。身親法之作用。故現於慣習議決裁判先例等之法之通則。自流行於民間。一唱百和。至生法規通俗的成句。而其成句中。或用比喻諧謔。或用奇語反語警句對句。與

以最深之印象。遂生數千之俚諺。俚諺者，以短句表示民智之精神。所謂市井之智（Weisheit auf der Gasse）是也。故自主的法律生活之日耳曼民族之法。依俚諺體而發達者。蓋由其國民性使然也。

日耳曼民族法之發達。既如前述。德意志之學者。特如該國歷史派之人。不問其爲日耳曼派與爲羅馬派。然其法之原始狀態。要爲國民之直接干與無疑也。記憶法之初期。人民在記憶口傳其自作自行之法。爲一般現象。如歐特爾所云。在文化之初期。不論何國國法。皆爲民的。人民各自參與立法司法。故法者。爲國民之共有物。在未有文字以前。依長年月間之口授而相傳者也。

日耳曼民族之法律思想。表現而成法諺之形態者。依十五世紀以來編成之多數法諺集可知也。其中最完備者。爲克拉夫及特妥海爾之法諺集。同書一千八百五十七年。本於閔亨大學法學部募招之懸賞論而編纂之者也。該部以「蒐集彙類十三四兩紀德意志之法諺。並簡單說明之。」爲課題。募招論文。應募論文中。有二編最爲優秀。其一爲克拉夫提出。他爲特妥海爾提出者。此二論文。在法律史上。頗有價值。俾

陽之王國學士院。決議合併此二論文。編纂完全之德意志法諺集。於布爾鳩里 (Bluntschli) 及孔南得法馬列爾 (Konrad V. Maurer) 二碩學監修之下。請兩著者協同編纂。馬西密憐王第二世。甚嘉此舉。下賜王國學士院以巨額之編纂費。俾完其偉業。該集於一千八百六十四年脫稿。於王國學士院出版。即前所舉德意志之法諺集是也。法諺之精者。約有三千六百九十八句。外此均棄置不錄。而載於愛姆洛克 (Eimrock) 之法諺集之諺句。其數多至一萬三百九十六句。德意志中世法諺之盛。由此可見。

德意志之法諺。其體裁極爲簡潔。意義亦極明瞭。雖爲通俗的。而不陷於卑野。又爲便於朗讀之故。常用同音同語。聯合其二句以上而成。往往用對句。或反句。亦有押韻而成詩體句。可稱民主的記憶法中之最整備者。茲擇其法諺中最普通者。以示俚諺體之法態之一例。

關於慣習之效法效者。

Gute Gewohnheit gut Recht.

善習者善法。

Boese Gewohnheiten Machen Kein Recht.

惡習者不爲法。

關於新舊法之效力關係。

Gesetz muss Gesetz brechen.

破法律實要法律。

Die Jungen Verjagen die Alten.

新者驅舊。

關於法之人的效力者。

Ein Fremder bringt Sein Recht Mit Sich.

外人攜來其法。

關於法之地的效力者。

Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeinrecht.

市法破國法。國法破通法。

關於婚姻者。

Heirath ins Blut Thut Selten gut.

血族婚幸少。

Der hat das Verb, der es kauft.

婦人者、買者之妻。

Man und Weib Ist Ein Leib.

夫婦者一體。

關於繼承者。

Sterben Macht Erben.

有死則有嗣。

Der naechste am Blut, der naechste am Gut.

血統最近者、財產亦最近。

關於契約者。

Ein Mann, ein Wort.

一人一言。

Mannes Wort ist Mannes Ehre.

男子之言語。男子之名譽。

關於損害賠償者。

Wer Schaden thut, muss Schaden bessern.

害者不可不償。

Was man nicht kann meiden, Muss man ruhig leiden.

不可避者。不可不忍。

關於刑法者。

Gedanken Sind Zollfrei

思想者。無課稅。

Leib für Leib, Glied für Glied.

體者以體償。肢者以肢償。

關於裁判者。

Ein Mann, Kein Mann.

一人等於無人。

Sehen geht Über Hoeren.

見事優於聞事。

類似於諺句法、而略具同一之目的者。法之徵象 (Rechtssymbol) 是也。文化低級之人民。未有事務之抽象的概念。故於表示法律上之觀念。多假具體的之事物。或以形式上之行為而徵象之。然言語之徵象。其法之全體。不問爲格言、俚諺、詩歌、韻文。往往其中用標號的言語。依之表示法之觀念。所謂法律標語是也。今就羅馬及德意志二法。示其最著之例。

在羅馬用頭 (Caput) 之具體語。表完全之人格。又以手 (Manus) 之具體語。爲對

於家族家產及奴隸之權力之總稱。以頭部爲體軀中之最要部。以之表示人格。最爲易見。手爲體軀中有實力之機關。以之表示一切之有權力者。實有腕力卽權力之原始狀態之遺風。迨後手之用例分化。對於子之權力。卽稱親權 (*potestas*)。對於家財及奴隸之權力。稱 *dominium*。手之語。僅用於對於妻之權力之夫權而已。其他於地役、用奴隸 (*servitus*) 之比喻語。於債務、用紐。或束縛 (*Obligatus*)。或用法之鎖 (*Vinculum Juris*) 之形容語之例不少。

德意志之古法。稱男女爲劍與紡緋。稱男系親爲劍之親族。或鎗之親族。稱女系親爲紡緋之親族。或絲撚竿之親族。又於表示親族關係。不如他之民族。擬以樹木之幹枝。而以人之身體擬之。凡親等之遠近。親族之稱呼。用體軀四肢關節等之名稱定之。例如尊親稱膝。或稱肢。父母稱第一膝。或第一肢。祖父母稱第二膝。或第二肢。古代膝之語。爲專指子者。蓋親置子於膝之上。表示愛育之意。 *Enkel* (孫) 之語。元指踝。蓋示孫之關係遠於子也。最遠之親族。以手足之極端表之。如所稱爪之親族是也。薩克遜斯賓格爾法典 (*Sachsenspiegel*)。以頭。表夫妻。以頸。表子及兄弟姊妹。以肩或腕。表

從兄弟姊妹。以上爲第一級親。第二級親以肘。第三級親以手。第四級親以中指之第一節。第五級親以第二節。第六級親以第三節。至最遠親之第七節級。以指之極端之爪表之。

句體法、因文字之普及而減其用。又因知識之上進。法規之概念化。抽象的、論理的法規日益興起。而句體法漸衰。日耳曼民族之法。本爲句體法。已如上述。然至中世。依羅馬法之繼受。此有原始的民族法之姿態之句體法。與曾經學理的整修而具大法典之形體之文字法。突然接觸。致民族國有之句體法。頓易其姿態。變成論理體之法規。

第三款 詩體法

當以定式語爲記憶之目的時。其孤立之敘事。單簡之思想。自得以短句表之。然連續之敘事。複雜之思想。非以詩賦之。歌韻之。或譜之韻文。便於吟誦。究竟難期精確記憶之傳襲。故古代之神話、傳說、歷史、聖賢之訓言、以及法律。爲圖諳誦記憶永久之保存。而作成詩歌或韻文者。乃文化初期普通之現象也。以後暫有記憶諳誦之專業者。

並專門職司。或秘密口傳於其家。或傳之於其部族。或公唱之。或如後世之講師。以神話史譚講演於公衆。使人易於了解。夫詩者。能訴人之情愫。對於智能理性未發達之低級文化之人民。尤有至大之感化力。如墨哥利於其「米爾頓論」中。謂原始的社會之人類。如兒童之富於想像。詩歌之影響吾人祖先。其勢力之強大。殆超出吾人想像之外。依柏拉圖之所記。在希臘所稱拉布蘇臺士特 (Rhapsodist) 之史詩吟唱者。當其吟誦賀馬之詩於公衆時。聽衆感動。或怒罵。或悲泣。或喜躍。因之常惹起人民之騷擾。日爾曼詩人中之巴爾得 (Bard) 威爾士詩人中之巴特 (Bards) 其一吟一詠。及於人民之影響。殆爲不可思議者。此黑格爾所謂詩者。如人類之教師。有絕大之勢力之所以也。古之聖賢。有以詩爲治國教民之具。如中國之先哲。謂先王之道在於詩書禮樂。又或以之協於聲律。用於鄉人邦國。並以之化天下 (朱子詩經集傳序) 又或謂德化刑政存於詩 (荀子註序) 由此可見各國政教之原始狀態。殆皆同其軌道。

在文化初期。詩人爲社會之權力者。如印度民族之原始狀態可知也。當亞利亞人

種征服印度河流域。土居於五河地方 (Punjab) 時。加斯特之民級制度未興。各家之長。祭神於其家。或作祭火。唱祭歌。以祈幸福。當時以祭祀爲社會之基礎。社會諸事。以祭祀爲最重要。凡能唱讚歌者。多受王侯顯貴之招聘。而司其祭祀之儀式。因之作歌者。不惟受公衆之尊敬。且得王侯之酬報。故僧侶中之有智識者。多以作歌唱爲其職業。甚至家傳其業者。及後有加斯特四級民之別。其最高級之婆羅門之稱。原含有作歌者之意義云。

印度古代之聖律。有句體聖律 (Dharmasutra) 與詩體聖律 (Dharmasutra) 二種。印度法。從句體法進於詩體法。已如前述。馬魯法典。爲詩體聖律中之最著者。爲自數千之詩句而成長篇之詩體法典。其他如亞古那維爾克。那拉打。巴拿薩拉等諸法典。其法規皆編成於詩體者也。

婆羅門教徒。諳記是等浩澣之法經。口耳相傳。及於千載之久者。實因其條規編成詩體。便於吟誦諷詠故也。

波斯古代法之基本經典。爲祖洛斯坦之聖達維斯他法典 (Zend Avesta)。傳言該

法典全傳。其始爲二十一卷。各卷自十萬詩句而成。埃及人自女神伊西斯 (Isis) 所授之法。亦依詩句而傳者也。

其他西部世界古文化國有名之法。概爲詩歌體。希臘之神話的傳說。詩神亞坡洛。如第一立法者。彼依豎琴之音。啓示神法。當來喀瓦士頒布斯巴達新憲法時。先詣得爾飛。祈請其神託。亞坡洛神遂下託宣。與彼以世界最善之憲法。此事實載於布爾特奇之英傑傳中。爲有名之記事。來喀瓦士爲頒布新法之準備。遍歷當時法制有名之克拉的島。及其他各國。於埃阿尼。發現賀馬之詩篇。於克拉的。結交學識深遠鍊達政治之詩人德黎 (Thales)。聘之歸國。並以賀馬之詩。授之國人。以養成人民和衷協同守法之美風。然後頒布新法。據傳說。此新憲法。卽詩神亞坡洛所授。乃基於神教者。其神教禁止以法律書於文字。故其國法全部。爲不文口授法。依詩句而記憶之者也。

德拉康之酷律。如秋霜烈日。其法規自優美之詩句而成。梭倫之法。如春風駘蕩。稱爲寬仁之法。梭倫者。詩聖也。當時雅典貴族。極爲專橫。壓抑平民。竟招平民之反對。其爭鬪極爲激烈。無法解決。於是兩民級共舉德學最高素負人望之詩聖梭倫。爲執政

官及立法官。與以新憲法制定之全權。彼之就職宣言。爲一篇哀詩。其詩中慨嘆埃阿尼陷於國難。舊市滅亡。貴族愛財不愛市。官吏暴戾虐民。富者驕奢淫佚。貧者苦於塗炭。逃之外國而爲奴。睹此慘狀。不勝同情。故犧牲一身。爲國民請命。人民對此宣言。大爲感動。然梭倫之法典。亦自詩篇而成者也。

亞里士多德之問對錄中。以法規未用文字記錄以前。人民自由吟誦記憶。當時之亞哀基爾西人 (Agathisi) 仍存有唱和音樂吟詠法詩之遺風。此問對錄。雖成自逍遙學派之學者。非亞里士多德之自作。然其書中記事。概實寫當時之事物。要多足信者。

希臘語之 *Nomoi*。有法與歌之二種意義。希臘吟誦法詩之風。雖在法律既成散文體以後。仍然存在。其口達吏。於人民羣集之市場。爲法之呼號公布。其文章多附以音節。而以豎琴和之。

羅馬法中稱爲最古之法律之王法 (*Leges regiae*)。亦類於詩。附以音節而吟誦之。如後述十二表之法文。其一部爲韻文體。在西克洛時代。兒童多誦誦之。故同法又稱

爲必唱歌 (Carmen necessarium)。又羅馬法。其最古之法式訴訟 (Legis actiones) 之式言。爲歌體。訴訟人從僧侶學其歌辭及音調。在法庭歌之。蓋在古代。最置重儀式禮容。如訴訟之形式。其式言中倘有片言隻字之誤。不問其訴訟之實質曲直如何。有歸於敗訴之虞。故人當訴訟時。因恐形式之錯誤而蒙不利。恆將其式言作成詩歌體。附以音節。而便於吟詠公唱。法式訴訟。與十二表法同時行之。故當時不僅法規之形體爲詩歌。卽法規之運用。亦依詩歌而表現之。

札母巴得士他維可 (Giambattista Vico) 爲意大利近世法學之始祖。及比較法學、歷史法學之首唱者。彼夙注意於法之原始狀態。其名著「新學問」一書。說明法之原狀爲詩歌體。並舉歷史上多數例證。謂古來歌 (Lyra) 之語。有法之意義。法蘭西歷史法學之祖名弗斯得爾多克拉基者。亦於彼傑作「古市府論」中。謂希臘之古代法。如摩西之聖書。馬魯之聖律。均自詩句而成者。希臘人稱法爲 νόμος (Nomoi)。羅馬人稱法爲 Carmen。二者皆有歌與詩句之意義。彼更申述法之爲詩歌體之理由。以古代所謂法者。多依言語而得保存。故改變一言一句。卽不異改變其法。與現時

之成文法。改其文字。與改其法無異。況如神授法。一語一句之修改。對於神爲大不敬之行爲。故以之爲詩歌體。而附之音節。或押以韻。可期諳記口誦之不誤云爾。

加倫達士(Charondas)爲西治里之加達拉市(Catana)及意大利南部諸市之立法者。曾犧牲其生命。以維持其所立法之效力。加倫達士之法。爲詩法。不載於文書。乃和於音樂而歌詠之者也。

愛爾蘭之古法。編纂於聖加士模爾(Senchus Mor)法典。聖加士模爾者。大法典之義。或僅稱詩書(Poem)。試觀聖加士模爾序文開端。記此法典編纂之地。有此詩書之地。記此法典編纂之原因。有此詩書編纂之原因之文。可以見也。

古代社會所謂詩人者。爲學者賢人之別名。於文學未興時代。有才能者出。其智識超越常人。能將事實或感情。以聲律之辭句表示之。故詩人參與國政及立法司法之事不少。愛爾蘭於聖帕多黑克之渡來以前。裁判權屬於普列賀之世襲裁判官。自詩人亞美琴格倫開爾(Amergin Ghingel)爲裁判官始。司法權完全歸詩人專有。亞美琴格倫開爾。在埃及學摩西之法。爲開凱普列他基(Cai Caimbrethach)之義子。巧於

詩歌精通法律。爲有名之碩學者。其聽訟也。能辨別是非。裁斷曲直。比之無詩才之世。曩裁判官普列賀爲優。因此裁判權。遂移於詩人之手。

愛爾蘭之古法。亦如他之原始的法律。被殺者之親戚。有復仇權。至後以賠償金代復仇。而其賠償金額。依慣例定之。詩人之精通故實。諳記先例者。最熟於其賠償金之先例。若償金額。雙方不能一致時。則請詩人決定之。若請求判決者。有不服其判決之背信行爲。常受全部落之非難。或加以懲罰。原詩人之裁決。非詩人本來有此裁決權。乃基於被害者及爲害者雙方之私託。以調停私和爲目的者。然詩人爲公人。常侍酋長。參與政務法務。並在民會有吟誦詩法。公唱故實舊慣之職務。故其裁決。自爲公權的。違之者不僅受公衆之非難。其社會的制裁。亦爲半公權的。故此時詩人之裁決。可謂爲私權制裁轉化於公權力之媒介。

愛爾蘭自亞美琴格倫開爾以來。裁判權既專屬於詩人。未幾發生詩人非爾西爾托列 (Ferretine) 與來伊沱海 (Nedine) 之訴訟事件。即關於來伊沱海之父。所有聖服之爭訟是也。詩人裁判官。對此爭訟所下之判決。其旨趣極不明瞭。因詩人往往銜

其智識。用意義幽遠之言辭。而晦其真義。致酋長苦於了解。於是酋長僅使之參與裁決。而奪取其裁判權。

法蘭西法之原始狀態。如密基列所稱。其初爲散文。然據西剎爾之科爾戰記。科爾人中有稱爲巴爾得 (Bardes) 之詩人。彈黃金之豎琴。以歌古英傑之偉勳。又當時司科爾禮教之沱爾音多 (Druides) 僧徒。以法規禮式。作成詩句。授之門徒。依吟誦而傳習之。是法蘭西法之最初狀態。仍爲歌詩體可知也。

耶歌伯格羅姆 (Jacob Grimm) 者。稱爲德意志考古學及博言學之始祖。素注重法與詩間之關係。一千八百一十六年。於歷史法學雜誌。發表詩與法之論文。自言語學上。詳論二者之關係。茲擇譯其概要如左。

在原始社會。言語之數極少。故事物之原始狀態爲同一的。而又有密接之關係者。能表示此關係之言語。普通亦爲同一的。或類似的。然法之用語與詩之用語。其始相同者極多。如德意志。其裁判官與詩人。均稱爲發見者。或稱創作者。卽此足爲古代法律家與詩人同爲一人之例證。又我最古之法律。爲附以音節而編成詩體。

者。徵之古來之傳說及歷史。毫無異點。亦彰彰明也。

德意志中世私選法典中。其最舊且最著者。爲薩克遜鏡(Sachsenspiegel)。此法典爲第十二世紀末或第十三世紀始。愛格夫來普安瓦(Eike Von Repgaw)所編纂。爲最後多數法鏡編纂之模範。此書之序文。爲詩體。亦由從來詩歌體法規之習慣遺傳而來。

在其他德意志之法律語。有詩趣者極多。其最普通者。如 Erbe und Eigen (繼承名義之財產) Hals und Hand (頸與手) 之冠頭韻。及 Einnal Unrecht, allzeit Unrecht. (一度不法者。永久爲不法) Wer darf jagen darf auch hagen. (得爲狩獵者。得圍繞其地) 之蹈脚韻。皆法律語中之含有詩趣者。

其他中古法之爲詩歌體者頗多。且類多之法律語。與詩歌體同一。此徵之格羅母該博之考證。可以知之。

凡人類稍習於共同生活。當自覺其利益。至知治安爲社會團體之基礎時。漸覺復仇族戰之弊。欲以贖罪金代之。在歐洲北部。贖罪金者。有對於被害者賠償而支付之。

身位金 (Wergeld) 及對於首長或全族爲罰金而支付之治安金 (Fred) 之一種。故當時訴訟之目的。關於身位金或治安金之金額者爲多。故了知此金額適當量定之標準。在裁判上最爲重要。然身位金如其名之所示。不僅依各人之身分。異其生命之定額。卽對身體各部之傷害。下至毛髮齒爪髭髯之細。各有豫定之賠償額。例如依盎格魯薩克遜時代之馬爾夏法 (Mercian Law) 下級自由民級開阿爾 (Ceorl)。其身位金爲二百西盧里格。故稱二百之人 (tywind man)。中級民列撒登 (Tesser thane) 之身位金。爲六百西盧里格。故稱六百之人。上級民之貴族路雅爾登之身位金。爲千二百西盧里格。耶爾多爾麥級貴族 (ealdorman) 之身位金。爲路雅爾登之二倍。而身體之各部。亦有定價。如失髯之身位金。爲二十西盧里格。大腿折骨之身位金。則僅爲十二西盧里格。折前齒之身位金。爲六西盧里格。折肋骨。則僅爲三西盧里格。

關於身位金治安金之慣例。實極複雜。在各種族。其報償額。互有異同。故其慣例。往往依短句詩歌。吟誦記憶。熟達此慣例之家族或種族。以之爲祕傳而世襲之。此家族與種族。卽法言師。爲法之宣言者。特在日耳曼人中。有法言 (Laghsgaga) 之制。長於法

之記憶者頗多。俄羅斯北西部之斯拉夫人。爲欲除革私鬪族戰之慘害。從日耳曼人中招聘精通舊慣故例之神祕歌之家族。爲裁判官。爾後二百年間。舉同家族爲公爵。使世襲裁判官之職。其重視法之記憶可見也。

詩歌韻文。不僅爲表示法規。或表示法之原則用之。卽關於法之運用之式辭。亦莫不然。如裁判上之宣誓。及裁判宣告之式言。亦多有用押韻文者。

要之、如馬印所稱。最古之法。多依詩歌韻文而保存之者。詩人概爲法律家。故非懷七步之才者。不能作法聽訟。然一千八百三十四年。法蘭西之一雜誌記者。當其出庭辯論。使用韻文。裁判官認爲損法庭之威嚴。傷訴訟之嚴肅。中止其辯論。使另用散文體演述。今古對照。不無昨是今非之感。

夫諳記口誦之句體法。詩體法之所以流行。乃因文字記憶之符號尙未發見。或未普行故也。在文字普及以前之社會。簡單之事。多依諺句格言記憶之。複雜之事。多依詩歌吟誦之。概言之。因文字之發明普及。其先移於文字法之形態者。有負記憶重任之歌詩法。而法諺格言之句體法。則不負此重任。縱使偶然見於私人之筆記。然比較

的要爲記憶口唱之法則而殘留者也。

句體詩體之記憶法。既已絕跡。然經數百年後。往往有就法規編成句體或詩體。以供學者或實務家之誦誦者。例如英吉利之普通法。主要自慣習法而成。依其判決例。可得知之。在拔蘭克斯頓之有名著書。以秩序的說明英吉利法以前。科克 (W. B. Ward Coke) 之作。稱普通法之寶藏。爲學生唯一之教科書。夫科克之著書。其理論之精銳。敘說之詳密。議論之熱誠。爲其優點。而其秩序之整齊。敘述之明確。似不及之。故學生多感理解記憶之困難。於是卽其綱領。作成詩句。在前世紀。各大學修學法。多誦此詩句而記憶之。至近世爲便於學者實務家之記憶。往往有卽法令作成詩體句體之書出版。例如格拉宰爾、葛爾得 (Glaser u. Garte) 一氏。就德意志帝國憲法刑法。編成詩體。愛西斯特多 (Pleschner v. Bichstet) 就奧地利民法。編成詩體。爲其最顯著者。

第二款 韻文體

位於詩體法與散文法之中間爲記憶法之客體者。爲韻文法。韻文者。先於散文發

生。此東西學者之通說。初級文化之典籍。爲便於諳記口誦。故多用韻文。如印度之古梵文。希臘之古文。均爲詩體或韻文體。中國詩書及其他古典。用韻文者亦多。法律亦然。原始的文字法。亦爲詩體法。雖不爲正格之詩體。其各句各文。多有押韻者。

科蘭爲回回法系之基本聖典。其律文爲韻文法中之最顯著者。此不僅亞刺比亞語之特質。適於韻文已矣。大豫言者穆罕默德。於麥加默得那靈場。傳示天啓。其神語亦爲押韻的。蓋爲加其託宣之威嚴。流麗其傳唱。以發起聽衆之信念。且便門徒之諳記複誦故也。據傳說亞刺比亞之習俗。凡當世名人之詩。例多揭之麥加神殿。表章其名譽。且待後之競爭者。有名拉皮多耶彭那比亞 (Labid Ebn Rabia) 者。爲與穆罕默德同時之人。當時稱爲詩聖。一日至神殿門。見其詩之傍。揭有科蘭聖典第二章。此偶像崇拜者拉皮多。讀其韻文第一句。讚美驚歎。稱爲神靈感應之文。翻然改信。而入穆罕默德之門。蓋在原始素樸之時。詩歌韻文。感人最深。此古代之聖傑。以修飾法之形態。爲立法政策之重要任務之所以也。

羅馬法系之基本法典之十二表法 (Lex XII Tabularum)。其法文亦多爲韻

文體。例如第一表之冒頭。關於法庭召喚之條文。

Si in jus vocat, ito.

Ni it, antestamino;

igitur em capito.

若人召喚於法庭時。其人即當應召。若不行。則傳證人而可加以逮捕。

上之條文有○之連句韻。其他同法中最有名。且爲後世法律書中屢引用之條文。概爲有脚韻之法文。今舉示其中之數例。如第三表中負債者拘留之規定第四條。

Si volet Suo vivito.

Ni Sus vivit,

qui eum vincitum habebit,

libras farris endo dies dato.

Si volet plus dato.

食物得自辨。若不自辨。拘留者每日當與以一磅之麵包。並得隨意多與之。

此條文之第一句、第四句、第五句。以 σ 字踏隔句腳韻。以 π 字踏連句腳韻。

前舉二例。爲十二表法之條文中最有名者。再當注意者。全表條文之數。依考證家而異。然其百條內外之遺存條文中。爲最正確押韻者。如前舉數條。爲最重要之規定。其他如自衛、報復、和解、繼承等。必爲存在十二表法以前之物。其法文爲極簡短。加之押韻。概多施之短文之法規。若長文的詳細之規定。比較的爲少。或者是等短文押韻之法規。仍採用其以前貴族間依口誦傳流之原則。以之載於同表而公佈之者也。其長文之法規。用腳韻的比較少者。或其法文。爲同表制定時之新立案。或傳來之口誦。及成文之韻文法曾經修正者。不得而知。茲姑存疑。

瑞典最古之法典。爲西哥特法典 (Västgoeta Laghbook)。次於西哥特而編纂者。爲東哥特法典 (Östgoeta Laghbook)。此一法典。同爲筆記法言者之傳唱者。如後所述東哥特法典。於其結文。稱其法規爲法言 (Laghsagha)。吾人試一翻閱該法典。縱使不能讀其法文。但一見其語形。多能認識其各法文之頭韻。每句爲隔韻。其腳韻。每二句爲連韻。卽此可想見爲隨意筆記之口誦韻文法規。

關於無形法之原始狀態進化之過程。既如上述。然法之實質。依其社會之狀態。土地之環境。其發達之狀況不無少異。卽其體樣而言。各國變遷之徑路。亦不盡同。在各國之法律史中。或有以散文開端者。或存有短句體、歌詩體、韻文體之一種。此外別無所有者。然詳細考究其進化之實跡。法之形態之變化。亦如其實質之進化。於異象中。實有同素之存在。而文字以前之法。爲必要上口唱記憶之法。縱使爲散文體。不成正格之短句體、或詩歌體。然因附以易唱之調。易解之文。及概詞形容等裝飾之詞。故其辭句自身。實與格言諺句、或詩歌韻文之體相近。而成爲或嚴或寬、可哀可樂之歌謠者。故法之發達。雖依國依人種而有多少之異同。然概言之。不文口唱之記憶法。乃自句體法移於詩體法。自詩體法進於散文法者也。

民族之移住、及與外族交通、戰爭、貿易而生之劇變。爲擾亂不文記憶法進化常律之原因。特如異教之傳播。外國文學、法律之繼受等爲尤甚。因是等原因。影響於固有法之自然發達。或阻礙自國法之進步。或一躍而採用異等文化之法律。法態進化之常律。遂因而擾亂。然舍是等之原因。而概觀法態之自然發展。敘述其進化之順序。則

規範法之原態。爲短句體。自短句體而進於詩歌體。自詩歌體而移於韻文體。自韻文體而進於散文體。斯爲法律進化之通則。

上海图书馆藏书



A541 212 0014 3599B

著名法政
論化進律法
冊一第

究必印翻繼作著有書此

中華民國十八年四月初版

每冊定價大洋壹元伍角

外埠酌加運費匯費

原著者 穗積陳重

譯述者 黃尊三

發行所 上海寶山路
商務印書館

發行所 上海及各埠
商務印書館

Standard Works on Law and Politics
EVOLUTIONAL THEORY OF LAW

Volume I

By

HOZUMI

Translated by

HUANG HSUN SAN

1st ed., April, 1929

Price: \$1.50, postage extra

THE COMMERCIAL PRESS, LTD., SHANGHAI
ALL RIGHTS RESERVED

著名法政

商務
印書館
出版

元一册一 治政民平與見意共公 譯餘用范

原書爲美國哈佛大學校長 F. Lowell 所著對於公共意見的性質 政黨的功能 表示公共意見的方法 公共意見不能直接管到的事體的治理等俱極詳明解釋正合我國朝野現狀的要求所取材料多半是美國和瑞士的經驗足供國內研究平民政治者的參考

政治中之人性

鍾建閔譯 一册 一元二角

現代研究政治者止於分析政制而不敢分析人類著者以爲此種趨勢足以害及政治之本身特本人性所具之事實以研究政治而對於沿襲之智力說力加攻擊識見卓越說理透切

物理與政理

鍾建閔譯 一册 一元

本書分六大節(一)原始述原始時代民族之來源及其變遷情形(二)競爭述各民族間進步與停頓之關係(三)(四)民族述民族構成之程序各民族之國性(五)討論述討論能彌補人類相傳之缺點增加可傳之美質(六)進步述有智力之民族始能進步以適宜於其環境

國際關係論

鍾建閔譯 一册 九角

原書係彙集英國政治家布銳士游美時之講演稿八篇而成其主旨在消弭戕害和平危機以謀國際友誼的增進

美國市政府

臧啓芳譯 一册 二元六角

本書詳叙市政府與中央政府省政府之關係市政府之權限與責任市政黨市政府之組織立法及市政改革運動

市政原理與方法

宋介譯 一册 二元四角

此書專論市政之實際經營凡城市之規畫 道路之建築 自來水之設備 廢物之處理 暗溝之安置 踏燈 警察 防火 以及教育行政地方財政等各有專章詳述無遺

政 法 叢 書

商務
印書館
出版

勞 德 著

法 學 肆 言 雷沛鴻譯 一冊 定價五角

此書共分三章第一章討論法律的基本概念第二章敘述英美法系的起源及發展第三章分析英美法律的淵源及形式原者者 R. Pound 係哈佛大學法學教授兼法學院教務長爲美國法學界泰斗著作等身尤以關於法律哲學之著述爲多而此書所討論及主張實爲其後來著作之綱領故名「法學肆言」譯者以忠實態度爲之遂譯並於每節之末插入註脚以釋疑難提示問題以便討論

社 會 法 理 學 論 略 陸鼎撰譯 一冊 定價五角

本書陳述歐洲數百年來法理學之派別並時及於美國法學界之傾向而結論則歸於社會學之法理

民 法 總 則 一冊 定價一元二角 親屬法大綱 一冊 定價一元八角

歐宗祐編 此書分緒論本論二部緒論泛論民法之性質淵源內容編制效力及解釋以及民法上之權利義務本論分論私權之主體私權之客體及私權之得喪變更條分縷析詳述靡遺 陶彙曾編 書分三部(一)緒論叙親屬法之範圍性質形式與其本位(二)前論叙現行之族制與服制(三)本論敘述親屬家庭婚姻親子監護及親屬會之制度其目的在闡明親屬法之完全系統並以宗法爲綱領以說明中國親屬制度

勞 勳 著 勞勳立法 一冊 定價一元二角

樊弘著 勞勳立法 世界各國皆已先後實行爲制裁僱傭間爭訟之最好方法此書分十二章詳述勞勳立法之原理與原則並引歐美各國之立法情形以資參證 日本美濃部達吉原著歐宗祐何作霖合譯 本書共分六章凡與憲法有關之各種問題如法國家國家統治權與主權國家的組織立憲政體成文憲法主義和憲法學等皆分別論及 德國新憲法公法論 一冊 定價一元五角

理 原 法 立 勳 勞 一冊 定價一元五角 歐宗祐等譯 此書分七章對於德國新憲法條文中規定事項之特點詳論至爲扼要