

萬 有 文 庫

第一集一千種

王雲五主編

古 代 法

(一)

梅因著

方孝嶽鍾建閱譯



商務印書館發行

萬有文庫

第一集一千種

總編纂者
王雲五

商務印書館發行

古 代 法

(一)

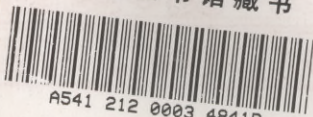
梅 因 著

方 孝 嶽 鍾 建 閱 譯



漢 譯 世 界 名 著

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4841B

古代法目錄

第一冊

譯者序

波洛克導言

第一版梅因原序

第三版梅因原序

第五版梅因原序

第十版梅因原序

第一章 古代諸法典……

目錄

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

第二册

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

第三册

第八章	財產權之早期史·····	一
第九章	早期契約史·····	四九

第十章 私罪與公罪之早期史……………九六

第四冊

評釋第一 羅馬法之古……………一

評釋第二 荷馬詩中之習慣法……………四

評釋第三 法律之初形 成文法與不成文法 上古法典……………八

評釋第四 英國之判例法與擬制……………一六

評釋第五 自然法與萬民法……………一九

評釋第六 衡平法……………二九

評釋第七 中古及近代對於自然法之研究 布列吞法國之公法家……………三二

評釋第八 近代國際法之原始……………四五

評釋第九 孟德斯鳩邊沁與歷史方法……………五〇

評釋第十	宗法學說	五四
評釋第十一	分位與契約	六九
評釋第十二	遺囑繼承	七四
評釋第十三	長子繼承權	八六
評釋第十四	掠奪先占與占有	八九
評釋第十五	印度之村社	九七
評釋第十六	遵式移轉物 早年法中之移轉	一〇一
評釋第十七	早期法律中之契約	一〇四
評釋第十八	古代訴訟手續	一〇九
本書綱要		一一三

譯者序

天文學生自古星術，化學生自煉金術，在一僞妄觀念認世間有一該遍不易之法律者之中，或爲一新式法學所託根也。信如斯言，則吾人對此一八六一年之偉作與達爾文種源論并肩而立爲英雄造時世之書者，不能否認其爲新式法學之一名導師矣。梅因之供獻乃根於所觀察之廣大範圍。彼將舊約，荷馬詩篇，拉丁戲劇家，中古蠻族之法律，印度僧製之法律，及羅馬法律家之著作，等而較之，貫以史識，不蹈孟德斯鳩證據不精披揀不純之弊。梅氏之後，追蹤繼迹者以數十百計；「在今日可謂羣得收穫之益矣。然苟對於最初闢草萊以利耕作者竟忽忘焉，未爲當也。吾人所耕者或爲主人未觸之土；又牽犂之牛，或優或劣；然所牽之犂仍爲主人之物也。」

學者苟欲借照於現今之批評以研究梅氏，則波洛克之評釋自當細讀。所惜波洛克稱引之淵博，與其所示人以進探之塗，連帶梅氏本文奧蹟之點，非爲之補一長箋，恐吾人介紹名著者未爲盡責。又尙須注意者，卽此古代法一書，但爲梅氏在此題目上所發表一系列著作之首作（雖其各書中

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

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

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

之義，一面以朋友精神推廣家屬之精神，如「友于兄弟」是也。至於類似衡平之運用，如漢高祖令「執見不同據經論決者聽」（漢書高帝紀七年令）開後代律例并行之風；而此種顯然承認理論爲法律中一原素之快語，恐雖羅馬普立德爾通告書或學者答案，及英國衡平法制，皆未享此恩遇。最末，如羅馬之帝王立法，見於我國歷朝之制作者，又無論矣。大抵最古之議事以制不爲刑辟誠有類於荷馬詩中之「判詞」，或特權階級腦中之習慣法；然實毫不託於超然之神力。及叔世三辟之與刑書之作，亦完全與羅馬十二表法爲同階，而非如梅因眼中引出悲運之印度蠻紐。然此二階段之精神，似尙不能僅以梅因一語爲衡量之資。蓋前者之不爲刑辟乃以「防民之棄禮而徵於書」恐「民知所爭」爲動機；後者因禮衰而作，乃以「使民知避」爲動機。本此兩種精神之隆替，補偏救弊而立定「徒法不行，以人行法」之教條；再合之一種近乎自然法之理想——即梅因稱讚羅馬古法所藉以異於印度蠻紐之理想——并見於禮（禮之訓爲體乃最古之訓。賀瑒曰「其體有二。一是物體，言萬物貴賤高下小大文質各有其體。二是禮體，言聖人制法體此萬物使高下貴賤各得其宜。」此言最能表示禮本自然之旨。）與刑（呂刑云惟齊非齊有倫有要，似合於梅因所謂羅馬人

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

此外我國學者苟不終持『得其精華』之態度，而過於輕視『窮其枝葉』，則對於梅因諸名句嘖嘖在人口中者，如『進步之社會自分位趨向契約』、『早期社會以團體爲單位』及『法律之進程乃自程式而趨向意志』等，循斯軌轍，可以提供世人者正多。要之，吾人得梅因「觀察上一可注意之忽略，已時時因各種成見甚且即因數種名詞——文明及野蠻——更運載一不僅在程度上而且在種類上之差別印象，」之一針砭，遂可作吾人忠實研究時之巨大保障。（關於梅因所提進步社會所以異於止步社會之間，可參閱鍾建閱譯白芝浩物理與政理。）

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

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

譯者所譯之本，卽一九〇九年倫敦 John Murray 所出版梅因古代法及波洛克評釋 (Maine's Ancient Law with Notes by Sir Frederick Pollock) 之本。此外所見，尙有二本之序文可供參考。一卽 Everyman's Library 之本；載有摩根 (J. H. Morgan) 序文，頗能將梅氏此書之要點及梅氏繼此而著之書之特見以明顯之語告之讀者。一卽都愛特 (Dwight) 所訂之本。都愛特序文維護梅氏之論，而據英國法律之本身推闡法律擬制一章之義，尤爲切至。彼又以爲梅氏此書可分兩半讀之。蓋第五章以前，所論者皆法律進展之哲理；第六章以後，乃就法律中之各大支幹溯其早期生長之迹也。都愛特爲便利讀此書者起見，提要鉤玄，作一綱要；亦經譯者量爲譯出，置諸卷末。至於都愛特所希望英國人能本梅因之觀察點及其所用查考聯想之方法專就英國法律作一試探，固亦世界人所同望者。而中國人對於本身之職責，倘不能驟然尋出任何高於梅氏之方法，則都愛特所致意者固不妨卽爲譯者所欲藉此微勞而引出之後果也。

民國十七年二月五日 北京

波洛克導言

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

波洛克 F. P.

關於梅因之生平及著作，欲知梗概者，下列數書可用。

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

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

又列斯黎 Leslie (afterwards Sir L. Stephen) 及吾所著各文散見於英國聞人辭典 (Dictionary of National Biography, 1893) 及大英百科全書第九版補編 (Supplement to the Ninth Edition of the Encyclopaedia Britannica, 1902) 中者，亦可參考。

梅因古代法第一版原序

本書之主要目的乃在將人類最初之觀念當其反映於古代法中時，爲之表著；並指出此種觀念與現代思想之關係。如羅馬人之法律在其最初之部分中存有最古之遺跡；並以其後日之規律供給人事制度 (civil institutions) 之大宗。即現代之社會，亦尙受此種制度之控御。假令昔時未嘗有此種法律，則不佞所從事之探討，雖孜孜矻矻，而欲求得一有用之效果，亦必無幾微之希望矣。因不能不以羅馬法爲楷模之定制，故著者取材所需，由此得來之例解，爲數之繁，乃若不稱。然著者之本意並非欲就羅馬法學而著一專論。且討論所及有足成爲貌似之處者，著者亦極力避之。第三、第四兩章於羅馬法律大師 (jurisconsults) 之哲理學說特多闡餘地以闡論之者，蓋有二故。第一，此種學說，在著者觀之，其影響之遠大而永久，實過於常人之所設思。第二，本書所論各旨，其中最居多數之見解，直至最近，蓋極流行淵源所自，即出於此種學說也。此等理論，其來原意義，及價值若何，著者對此，尙不表示意見，則其所從事之工作，不能達深深處矣。

古代法

一八六一年一月梅因序於倫敦

梅因古代法第三版原序

本書第二第三兩版，實質上，即第一版之重印；惟偶有錯誤之處，則加以改正耳。

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

一八六五年十一月梅因序於加耳各塔 Calcutta

梅因古代法第五版原序

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

一八七三年十二月梅因序於倫敦。

梅因古代法第十版原序

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

一八八四年十一月梅因序於倫敦。

古代法

第一章 古代諸法典

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

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

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

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

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

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

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

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

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

葬儀前舉行之，換言之，即舉行於家世蟪遞中斷之交而已。

當吾人論點將離卻法學上此一階段之時，不妨與英國學子一有益之忠告。邊沁(Bentham)於所著『政府篇』(Fragment on Government)中，奧斯汀(Austin)於所著『法學領域論』(Province of Jurisprudence Determined)中，皆將法律析為三種原素；一出令者之『命令』(command)；二加於人民之『約束』(obligation)；三示威於不服從者之『裁制』(sanction)；又更推斷所謂第一種原素之『命令』者，其所令必非僅一單個的律例，而必為一叢同種類之律例。此項區別原素所得之結果，與法學成熟時之事實，儼然符合。倘稍加以字句上之伸縮，可使與一切時代一切種類之一切法律之形式皆相符合。雖然，若會通此一切法律形式而觀察之，則所引出對於法律一物之領解，在今日，恐不能十分符合上述之解剖。所可異者，即吾人愈深考思想之原史，愈覺吾人自己對於法律所領悟之一種觀念，與邊沁所立原素混合物之觀念，相去愈遠。在人類幼稚時期，當然無所謂『立法部』(Legislature)，亦并未分明指定何人從事法律之著作；蓋此為當時思量籌度之所不及。當時之法律少有達『慣例』(custom)之地位者；稱為『莫知所以然之

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

此時之羅馬法典（即十二表法）即屬於此類。此類法典之價值，不在其中分類之齊整及辭氣之簡明，而在其公布於民及其示人以當爲與不當爲之準則。十二表法實有若干釐然序列之痕迹；但自來傳說當時製法者曾得希臘人之助力，蓋希臘人此時已飽有製造法律之經驗也。然觀於

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

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

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

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

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

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

第二章 法律之擬制

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

異於前此之擬制。蓋衡平法之抵觸舊行法，乃公然不諱；不若擬制之有所隱藏；反而觀之，又且異於生於其後之立法 (Legislation) 因衡平法之取得權勢，非依任何外界人或外界團體之特權，亦非依於宣示此法之官吏之特權；其所依者乃在其所根原則之特性，且認此原則應為一切法律之楷模。以一種較舊有法更為神聖之性質，加諸一叢原則之身，而求實施其原則全不依賴任何外界團體之允許，——此種觀念，乃屬於一種更進步之思想期，遠過於法律擬制所屬之期。

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

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

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

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

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

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

之答案 (Responsa Prudentium) 此答案之形式，依羅馬法律之各時代而大有不同。但自始至終皆爲對於有力的法律文籍之解釋，而在初時乃專爲對於十二表法之解釋。其中之辭式，亦與英國同例，卽始終認定原來法典之文句爲不可變耳。原有之法典本有明顯之法律軌則，此軌則有駕越一切評釋著作之勢力。無論學者有何等之名望，凡其所解釋者，在衆人心中，以爲苟一對照於寶貴之法典，必仍不免有所脩改也。但依事實言之，此等答案并其所載有名法律大師 (Jurisconsults) 之人名，實大有權勢之物，至少等於吾英人判決錄之權勢，并隨時修改，擴張，縮小其內容，或實取得超越十二表法之規條之權勢。此等作者之範成新法，始終表示對於原來法典之文句有無窮之尊敬，彼等但解釋此文句，說明此文句，達此文句之全旨；但結果，因彼等能綴合散漫之條文，且使法律可適於當前之事實，又爲此法律籌畫應付他種事實之可能，又將解釋他書所抽得之原則介紹於此法律之解釋，遂能引出千差萬別之法律軌則，爲十二表法編輯人所未夢見，而十二表法中所絕難發見者。此法律大師之著作，因其聲明不背原來之法典而受人重視；但其取得之權勢，實依著作者個人之聲望而生。往往用一遍地知名之人名冠諸一册答案之卷首，其羈束之力，遂不減於立法

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

第三章 自然法及衡平

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

律中各部分爲彼等所愛玩者，必爲近代理論家所視爲偶然暫生之物而置之度外；例如讓渡程式（Mancipation）中之嚴重儀文，要言契約（verbal contract）之雅詞問答，及訴訟程序中不勝煩瑣之儀式。蓋彼等但因政治上之必要，始迫而措意於萬民法之一物耳。彼等之愛萬民法，亦如其愛外民之微。此等外民即萬民法採取淵源之所在，亦即萬民法所爲而設者也。欲使彼等有愛於此萬民法，必先完全更換彼等之思想；但因萬民法出世之初，即已自成其完備，而其中所含之思想，與後來法律大師對此事之觀念，大有違異之點，故吾人今日對於萬民法之估價所以異於上文所述者，其真正原因，即近代法學與近代哲學多承襲後來羅馬法律大師對此題目之成熟觀念也。吾人自市民法一不足貴之附品中，得知曾有一時萬民法——雖尙多缺點——被視爲一巨大之模範，以爲一切法律所當依準者。此險關之至，乃當羅馬人於掌管『通行各民族之法律』上，實在引用希臘自然法（a law of nature）之理論之時期也。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Equity 之原意) 一義相結合；而吾人在法學上得見此有名之名詞，亦以此爲第一次。查考一種

名義其來源如此之遠，歷史如此之長，若此『衡平』者，爲穩妥計，應盡力追求最初表現此觀念之

語式。依通常之推想，羅馬衡平 (Aequitas) 一字等於希臘之 *loorns* (意即平均分配之原則。) 自

然界之『數』 (numbers) 『量』 (magnitudes) 之平均分配，當然與吾人所認之公平 (justice)

一義自相膠附。此一聯想之盤踞人心而不可拔，恐鮮有其他聯想可與相比。但若一推尋此一聯想

之歷史，似不至提及甚古之思想，而實爲較後期之哲學之產物。仍有可驚者，希臘民主政治所自誇

之法律上之『平等』 ("equality" of laws) —— 在希臘諸酒歌如 *Callistratus, Harmodius*

及 *Aristogiton* 中謂此『平等』乃雅典人所享有者，—— 與羅馬人之『衡平』實少有共同之

點；前者之意乃民法對於公民有平等之運用，無論此公民階級有若何範圍之限制；後者乃指一種

法律——非謂市民法——施於一切階級之可能而不專限於市民也。前者排斥專暴之君主，後者

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

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

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

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

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

卽被稱爲求里納通告書 (Edict of Julianus) 而已。

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

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

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

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

束一切立法條文之施行也。

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

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

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

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

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

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

卽一自然社會 (a natural society) ——之教義，認此自然社會實居統轄於市民法下之羅馬共

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

第四章 自然法之近代史

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

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

民有一信心信社會之進程必爲自惡而遷善者。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

之影響。當時法國法律家立刻與卡北宗 (house of Capet) 及維羅宗 (house of Valois) 之諸帝相連絡；而法蘭西帝國，實藉彼等對於帝王特權之主張，藉彼等對於封建承詞法之解釋，得脫離割據之局而成統一之大業，亦如其藉干戈之力也。此諸帝對法律家之諒解，遂使諸帝於抵禦諸侯，貴族與教會上，獲巨大之利益。吾人苟欲明知此利益，惟有遠求中古時代流行歐洲之諸理想而計較之。

第一，當時對於會通 (generalization) 之規模有一巨大之熱望，對於一切通括立論 (proposition) 有一奇異之崇拜，而結果，在法律範圍上，對於每一通式 (general formula) 似能括包各地方所慣行之若干個別法軌者，有一種不可自主之崇拜。法律實務者苟熟於國法大全 (Corpus Juris) 或解釋集 (Glossae) 當然不難盡量供給人以此等通式，不虞匱竭。但此外另一原因更大於法律家之權力。在吾人所言之時期中，無論何處對於成文法條究有何種程度與何種性質之權力，皆無定見，大抵 Ita scriptum est 一篇排息異議之序文，似大足間執一切反對者之口。今世之人設一細讀此中所引之通式，必大起妬心，而追問其淵源所在，遇必要時，必不承認所有屬此通式下之一堆法律有替代地方習慣之效力。但前輩法律家應不如此，不過考問此軌則能行與否，或至極，自優帝

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

法國諸帝之奮取最高統治權，至維羅安古倫 (Valois-Angoulême) 一支之帝承接大位之時，可謂獲得成功之終點。在此時間，法國法律家之地位頗爲奇特，并繼續至大革命爆發之時爲止。一

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

與省異，郡與郡異，邑與邑異。在成文法區域中，各侯邦本有之法軌列於羅馬法之上層者，亦極具駁雜之組織。此種混亂情形，在英國絕未曾見。在德國曾見此法律上區劃之象，但過於與政治宗教之區劃混爲一致，致難感覺。法國實可謂有特別之異象，當國王時時圖中央集權之增漲，當企圖行政統一有迅速之進程，又當一熱烈的國家精神發達於人民心中之時，而此法律上非常雜異之情形，自始至終，繼續無改。此種矛盾狀況，乃產生衆多嚴重結果之原因之一種。在此衆多結果中，吾人必將其所產生於法國法律家之心中者，列爲一種。彼等思考上之意見與智識上之僻性，恰與彼等之利害及事業之習慣立於一嚴重相反之地位。彼等因對於完美狀態之法律成於簡易與勻整二性者，有極端敏銳之感覺與極端充分之認明；故信，或似信，法國法律上所實具之疵病爲無拔除之可能者。而在實行上，彼等又常反對主張革除惡弊之意見，其反對之強，乃其國中較不開通之人尚未有者。但此時有一方法可以調和此等乖違之情。此等法律家成爲對於自然法之激烈的熱心家。自然法跳過一切省邑地方之界限，渺視一切貴族與公民間之區別，公民與農民間之區別，提舉明析簡易系統，諸性置於最高之地位，但又不至使其信仰者冒然行出任何特種之改進，并不直接危及

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

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

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

有對於前人一切知識關於玄想的事物上者，作一普遍的懷疑之勢。在盧梭之一切玄想中，其中心所在無論給以一英國面具致成『社會契約』(social compact)之標語，或但剝去其歷史的形質裸而觀之，乃一律以居在設想的自然狀態下之『人』為主體。每一法律或每一制度不類似此種幻想情形中者，必斷定為自原來完美形式中所誤作而成。倘社會每一度變遷，能一度愈近於創造『自然』者所統御之時代，則此變遷大可讚美，且應使之實現而不顧一切之犧牲。此理論仍是羅馬法律家之理論；因在此君所作自然狀態之幻談中，除為羅馬法律大師所已見到之簡易與諧整二美點外，未見彼另行發見任何特形任何特點。但如斯之理論，按其實，不免顛倒此君之意。實在此君所冥想之根本要題，非『自然法』，乃『自然狀態』。羅馬人認為倘就現有諸制度作一冥密的觀察，則此等制度中必有幾部分明露自然朝代之痕迹，或可用判別力從中判出此痕迹者可以提出。此朝代之真實，彼固未曾力言。盧梭之信仰，乃以為一完美的社會秩序，單就自然狀態之本身作一考慮，而不假他助，即可發見。此種完美狀態乃完全無關於此世界之實況，且完全不似此世界者。此兩路觀念之大差別，乃一者痛貶現在，因其不類於玄想之過去；而一者認定現在與過去同一

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

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

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

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

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

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

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

律的半通俗的時髦意見之影響如何之強；此乃表同情於法蘭西法律家之奇異思想，乃無可致疑者。此等奇異思想，遂令札氏及此殖民地之其他法律家爲當日美洲事件之導師者，在其獨立宣言 (Declaration of Independence) 首數行中，將法蘭西所特有之『人類生來平等』一設想，聯合於英人所熟聞之『一切人生來自由』之設想。此數行文字，對吾人現所討論之教條之歷史，有極端之重要。美國法律家將人類本來平等之義如斯公然加重而言之，以一興奮力給與其本國之政治運動，又在一較少程度中，給與大不列顛。此興奮力，在大不列顛，距離其疲敝之期尙遠。但此外彼等又將其採得之教條還付法蘭西而增之以更廣大之力量，又令之享有更大之承受與崇拜。即便第一屆 Constitutional Assembly 中，較謹慎之政論家亦稱引烏爾比安之立論，亦若此論立刻能操縱人類之本能與直覺者。又在一切一七八九年之原則中，此乃惟一少被熱烈攻擊之論，又最爲近代思想之全身之酵母，又能許人以深深改變社會組織與國家政策之期望。

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

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

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

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

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

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

總而言之，事有可驚者，（如吾上文所已察及，）將自古羅休時所增加於國際法上之物，一比較單從羅馬萬民法所取來之質料，則顯出前者如何之少。領土之獵獲，向爲國家野心之大興奮劑；而規範此獵獲之軌則，連帶減輕其必結果於戰爭之軌則，皆僅爲鈔自羅馬法中之一部專關於取得外民財產之程式者。此等程式乃爲早期法律大師所得者（如予前所解釋，）彼等自其所認爲通行於羅馬環境各別部族之慣例中抽出公共質素而獲得者。既因其源自各族，遂類歸之於『萬民通行法』中。彼等又被後期法律家所推測以爲曾因力求簡易起見，將自然法之更近代之觀念嵌入其中。此等後期法律家遂如是闢出途徑而走入近代國際法；結果，國際制度中所有各部分關於領土，關於其性質，其限束，及取得與保有之方式者，皆純然爲羅馬財產法耳——換言之，其類於羅馬財產法者，卽類於安圖靈時代之法律大師所擬在財產上露出一種合於自然狀態之形式。欲使國際法上此等部分適於實行，所必要者，各國主權者應互相關聯亦如羅馬之財產主人團中各分子。此一假定對於橫臥於國際法典之門闕之諸假定，乃自爲一種。又在近代歐洲史之首數世紀中，爲不被公同認可者。此一假定可以分析爲兩層立論，一，主權爲領土的性質，換言之，卽主權向來

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

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

不受外來之侵涉而皆自託於民族權利之平等。自北方蠻族侵入住定之後，於是主權觀念當時所流行者似成爲雙料的性質。一方面此觀念取得一種可稱爲『部族主權』(tribe sovereignty)之形式。佛蘭克 (Franks)，博根地 (Burgundians)，凡達爾 (Vandals)，朗巴特 (Lombard)，維西高茲 (Visigoths) 諸族，當然爲其所占得之領土上之主人。有數族并給此等領土以一種地理上之名號；但彼等未根據領土占有之事實而聲求任何權利，且實際未曾以任何重要性附着於占有事實上。彼等似曾保守其所自本土深林原野中攜來之傳說，并仍視一宗法社會（一游牧羣）爲僅僅隨地屯駐於一土地上可以供給彼等以食料者。阿布士西北高爾 (Transalpine Gaul) 之一部，及德意志之一部，在此時已成佛蘭克族事實上占有之國——即法蘭西；但美羅文將 (Merovingian) 一支之首長（即克羅維 Clovis 之後裔）乃非法蘭西之君主而實佛蘭克之君主。領土性之名號并非不知，但似乎初時被用但因便於標明部族占有地一部分之統御者；此時一全部族之君主，乃其人民上之君主，而非其人民所居土地上之君主。所以對於主權一題單選此一種奇異觀念者，似爲——此乃重要之點——一種『莫非王土』之思想。當一君主脫離其爲一族之

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

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

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

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

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

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

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

Jure Belli et Pacis 一文之巨大奇績，乃其迅速的，完全的，普遍的成功。三十年戰役 (Thirty

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

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

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

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4841B

