

萬 有 文 庫

第一集一千種

王 雲 五 主 編

古 代 法

(二)

梅 因 著

方 孝 嶽 鍾 建 閱 譯



商 務 印 書 館 發 行

萬有文庫

第一集一千種

總編纂者
王雲五

商務印書館發行

古 代 法

(二)

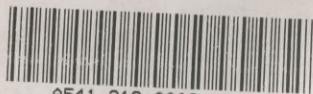
梅 因 著

方 孝 嶽 鍾 建 閱 譯



漢 譯 世 界 名 著

上海圖書館藏書



A541 212 0003 4842B

古代法

第五章 原始社會與古代法

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

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

則或竟能排斥系統之工作。

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

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

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

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

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

種文化中之制度；但當彼等轉其注意於一表面上異於其本時代之古社會狀態時，彼等遂一律停止觀察，但用猜想。彼等所犯之過失，遂與一人於調查實質宇宙之定律中不測想此實質宇宙中最簡單之細微原則，而測想此現實宇宙爲一個全體者相類似。如斯一種科學上之謬論，在法律上者，較之在任何他種思想領域中爲更宜加以糾正。此種必要每爲人所不能確見。似乎，在事前，吾人應開始研究最簡單之社會形式，而以愈近於其最初情形者愈佳；換言之，倘若吾人欲作此種線索之考求，則應盡吾人之力深追原始社會之歷史。早先社會所獻示吾人之現象，乃驟然不易之解者。但此等現象之難以捉摸乃與吾人在考量近代社會組織之混亂狀態中所被困之混雜式不能相比。此困難乃因其奇異不可思議而生，非由其複雜而生。若本近代的觀察點以觀此等現象，則所遇之驚奇不易鎮服。但若能鎮服之後，則此等現象亦覺爲數不多，且十分簡單。但即便此等現象給人以困難過於其實在給人者，吾人之勞力費於考定其胚胎種子者，亦非同浪擲。蓋此等種子實爲各種道德規範之形式爲吾人今日之行爲動止所受其規範者之所胚胎。

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

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

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

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

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

中最先發現之破裂痕跡。雅各 (Jacob) 與 伊騷 (Esau) 一家屬分而爲二國；但雅各諸之子之家屬團結不散，而成爲一民羣；此民羣之形式近於國家或民那之未成熟之雛形，且似爲一權利狀態高於家族權利者之雛形。

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

既無集會式

相攜來議事，

又無地美斯 (Themistes)

判別非和是；

但每人法權

任意施妻子；

至於妻子間

乃各不相顧。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

外。以予觀之，一父祖之直接權威在多數進步社會中何以猝然較其最早形態所負者大爲低減。此層實有若干理由。蚩蚩之氓對其父之盲然服從，當然爲一本初之事實。若欲本利益之計算以解明之，未免荒謬。但同時若子之服從其父乃自然而然者，則子之尋覓超越的聰明的才力於父之身，亦是自然而然而者。因此，當社會進而認人之心力體力有一特殊價值時，有一影響遂即發動；即趨向將父權限於確爲具有聰明才力之人。當吾人初一觀覽希臘之文明社會時，似見有凡一出類拔萃之智力可使一體力已毀之人能享用其父權；但 *Odysee* 篇中，*Ulysses* 與 *Laertes* 11 人之關係，似示吾人以倘若非常之智勇粹於一爲子者之身，則爲父者於衰老之年即不得不以一家首領之位退讓其子。在成熟的希臘法律中，關於此事之軌則，較之荷馬詩篇所暗示之實例更近一步。蓋雖緊嚴的家庭羈束之痕迹仍多存在，然父之直接權威乃如歐洲各國法典中限於子嗣者之未成年者；換言之，即限於爲子者之心力體力未能合格之一定期限中。羅馬法，無論如何，連帶其彰明較著之趨勢僅依共和時代眉急之需以改變古時慣例者，一面保存原始的制度，一面保存自然的約制（予認爲羅馬法所身受者）在種種生存關係上，集合之人羣爲與他人羣相盟議或相戰爭計而

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

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

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

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

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

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

此特許財產之特別名稱——特許物 (Peculum)——遂施用於新免於父權管轄之所獲物上；於兵士之物則名為 *Castrense Peculum*，於文職之物則為 *Quasi-Castrense Peculum*，後又有別種對父權之改變，非特對於實行方面，且對於其原則亦有較小的表面的尊敬。自 *Quasi-Castrense Peculum* 介入未久之後，康斯坦丁大帝 (Constantine) 將為父者絕對管理其子所襲得於其母之財產權完全奪去，而減之成為用益權 (*Usufruct*)。此外仍有些少之改革不甚重要者，隨見於西羅馬帝國中；但改革所達最遠之點乃在東羅馬；優斯大帝制定除非為子者所得之物乃自其父產中抽取而出者，則父之權力所加於此等所得物之上者不能超過畢生享受此財產之生息之限度外。羅馬父權解放之極頂已為如此，然仍將此制度留為較今日世界任何相類之制度遠為廣漠，遠為嚴酷。最早期之近代著作家謂僅僅更殘暴更鄙野之征服羅馬帝國者之國族，及最著為斯拉夫種源之諸國族，曾露出其父權完全類於優帝學說彙纂及法典之所敘述者。所有一切德意志種之移民似曾承認一合作體之家庭屬於一家長權威 (*mund*) 之下；但此家長之權力顯然僅為一毀壞的羅馬父權之遺骸，而較之羅馬之為父者所享受者大大縮減。法蘭克 (*Franks*) 人乃

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

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

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

而了解此種一半有心遵行的及由本能與習慣所加力較甚於由明文裁可所加力的義務。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

監督期之止度。而羅馬法中所用成年 (Majority) 與未成年 (Minority) 二詞，乃專對二十五歲之年齡而言。在近代法律中，監護地位 *Pupilage* 或 *Wardship* 一詞，已適合於一種簡單原則對於幼年未成熟之體力心力兩俱保護。監護之權以此男子心體俱充為天然截止之期。但羅馬人對於體力幼弱之保護與智力幼稚之保護，分成兩種不同之制度，在理論上與在實形上皆有區別。依照此二種類別之思想，在近代保護權之思想上，又聯合為一人法 (*Law of Persons*) 所包含者為吾人目前宗旨計所另宜稱及者。自然法所用以規定主奴 (*master and slave*) 關係之法律軌則，未能示人以顯然古代社會所公具之原始狀態之迹象，但此種例外不無理由。在奴隸制度中，似隨時有震撼人類煩惱人類之事，無論人類若何不甚慣於回想，無論人類道德本能之進化若何之微，古代社會所受之懊惱似皆為採用一種虛幻原則為蓄養奴隸之似是而非之理由之結果。希臘人，在其歷史之早期，解釋此制度以為根據某等人種之智慧低下因而自然適於奴隸地位之理由。羅馬人於同此之精神中，抽取此制度於一種假定的戰勝者與被勝者之間之契約，在此契約中前者強其仇人以永久的服役，而後者所獲得者為其生命之法定保護。此等理論非但不甚妥帖，且與其所

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

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

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

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

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

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

凡進步的社會之進行，在一點上，一律相同。在其全部進程中，使其所以卓然自異者，乃在漸次消滅家屬倚賴制，而增長個人義務以代之。個人遂穩然代替家庭而爲民法中所視之單位。此種進步完成之遲速，各社會互有不同。又在若干非絕對不進步的社會中，古先制度之瓦解僅能由細心研究此等社會所呈出之現象而認知。無論此變遷步伐之長短爲如何，但皆未曾屈伏於倒退或畏縮之精神；其偶然所現之紆緩，乃由於自外國淵源中吸入衆多古舊思想古舊習慣之故。吾人又難見個人與個人間之繫束逐漸替代家屬制度下種種權利義務交互關聯之狀態者之爲何物；此個人間之繫束卽契約（Contract）是也。吾人於此遂發軔於歷史進程之一段落；發軔於一種社會情形；在此情形中，以前人與人之關係一切歸納於家屬關係中者，遂不覺退讓一別種社會狀態；卽一切人中之關係乃由個人與個人之自由契約而生之狀態也。在西部歐洲所有依此方向而成之進步已大有可言。奴隸分位（Status of slaves）已消歸無有；——此分位已爲主僕間之契約關係所代替。婦人被監護之分位，——倘認此監護人爲外於夫之人，——亦已不存。婦人自成年至結婚，凡其所造成之一切關係皆爲契約的關係。於是『父權下之子』之分位，在近代歐洲各社會之

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

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

第六章 遺囑繼承之早期史

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

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

爲託胎於羅馬公民繼承事件之處分方法之變象物。

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

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

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

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

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

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

第一問乃關於『分位之總體』之問題。一『分位之總體』者，乃一束權利義務僅因曾於一時期屬於某一人之故而結成者。此一束權利義務，依其所曾現之狀，乃一指定的個人之法律裝束。非將何種權利何種義務一一湊合而成，但僅舉某一一人所有之一切權利與義務而構成耳。此一絀索如斯聯起一數目之財產權，道路權，遺產享受權，特種履行之義務，債項之義務，過失賠償之義務，

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

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

然可認一個人之獲得一他人之全部權利義務，不妨非同時獲得；例如，不妨逐次以金錢購得之，或不妨根據各種不同的資格，或爲嗣人，或爲買主，或爲法定嗣人，而取得之。如斯逐漸堆來之權利與義務固事實上可以構成一個人的法律身分之全；但其獲之之方式不可稱爲『該括繼承』也。如欲有一真正的『該括繼承』則傳給之手續必將全盤權利與義務於同一時間一概付出，而受者即僅藉一項法律資格同時接受此種種權利義務。『該括繼承』之一觀念，亦如『分位之總體』之觀念，乃永遠存於法理中者，雖英國法系中，因權利之獲得有種種雜樣之資格，尤因財產上分出不動產 (realty) 與動產 (personalty) 二大區別，使此觀念曖昧不清。繼承一破產者之全部財產，無論如何，亦爲一『該括繼承』。雖繼承者僅須儘此人所遺下之財產以償還其債務。此觀念實僅爲原觀念之一變象耳。倘吾人之間通行一種法式，即凡一人承受一他人之全部財產而以付清彼人一切債務爲條件，則此種讓轉之式應恰恰符合羅馬最早期法律所知之『該括繼承』。一羅馬人當其採取一原來不居其『父權』下之人爲其子時，則彼遂繼承其養子之全部財產，換言之；即取得其養子之一切財產，遂代負其一切義務。此外尙別有數種形式之『該括繼承』現於早期羅

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

予觀大陸上之法學家欲領略『該括繼承』所融入之種種觀念有若何性質之關聯，鮮有不感巨大之困難者，而在法律哲學中，彼等所加於任一題目上之思考，或未有如其加於此一題目上者之少有價值。但英國法學者苟欲對此題目作一解析，應不至有顛蹶迷誤之虞。吾英法律之中有一種擬制爲全數法律家所習知者，可以作研究此題之借照。英國法律家分法團爲『合體法團』(Corporation aggregate)與『單體法團』(Corporation sole)。合體法團乃真正法團，單體法團者，乃爲一個人，爲一串相承之羣個人中一分子，由一種擬制賦之以一法團之資格者也。國王或一教區之教長(The Parson of a Parish)皆爲單體法團之例，固無庸贅述。此種職位乃視爲與時時據此職位之各別人格相離立者，而此職位乃爲永存不滅者；逐次據此職位之各別個人皆披帶一法團之主要性質——永存不滅。在羅馬法之早期理想中，一個人之對其家之關係，卽恰與英國法律所認單體法團對於合體法團之關係兩無差別。其中理想之採取，理想之聯貫，恰恰相同。實

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

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

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

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

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

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

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

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

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

當原始社會之現象既被考明之時，對於十七世紀之法學家之一種立論謂無遺囑之繼承乃一較古於遺囑繼承之制者，似無可非議。此層既可決定，則有一大有興味之問題遂立刻自行提出：即一『遺旨』初乃許爲規定家主地位之傳給之用，後來乃能規定其死後財產之分配者，乃何自而然或在何等情形下而致然乎？此點之難於決定，乃因原始社會中之少見有遺囑權之故。除羅馬

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

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

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

最初所許置喙者也。

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

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

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

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

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

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

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

似已喪失之一切歡迎。欲了解其所有一切性質，應先知此物乃託胎於古代羅馬之讓渡程式 (Mancipium)。此程式吾人可決然不疑定爲近代二大制度之始祖；而無此二大制度，則近代社會恐無結合之可能。此二大制度即『契約』與『遺旨』是也。Mancipium 或較後之拉丁字 Mancipation 之意義所自露者，可以領吾人回視羅馬社會之始初幼稚情形。若此程式者，其出現無論如何遠在寫字術通行之先（倘非在其發明之先），乃用種種手勢，種種象徵的動作，及種種嚴重之口語，以代替正式文件之形式；并用一甚奧衍的儀注以促當事人注意此交割之重要，并給證人以永誌不忘之印象。又口達之證明較之書寫之證明自未能美備，故不得不多其證人與其助證，遠多於後來所有理由而限定之人數。

此程式舉行時，第一，須雙方當事人（賣主與買主，或吾人能用近代法律術語所稱之授主與受主）之到場。證人不能減於五名。此外又有一變格之證人——司秤人 (Libripens)——攜帶一雙稱物之秤以秤量古羅馬未加印鑄之銅幣。吾人現所討論之『遺囑』——久在術語上稱爲『用銅幣天秤』之遺囑，——實爲一常例之『程式讓渡』 (Mancipation)。其程式毫無變更，而

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

成爲此繼承所包括之一切財產之市民法上所有人。

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

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

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

其所過付者乃一全部之承襲，不僅過付一財產所有權也。又有數種重要形態爲帝王正式訂法所附加者，而優斯惕安即因此三重來源，故在其本時代言及遺囑法稱爲 *Jus Triperitum* 也。此種新的『遺囑』即一般所知之羅馬『遺囑』也。但此僅爲東羅馬之遺囑而已；而薩維尼 (*Savigny*) 之探索曾指出，在西歐，此舊日程式遺囑，連帶其一切過付之式，銅幣，天秤，仍繼續使用，遠降至中古時代。

第七章 關於遺囑及繼承之古代及近代之思想

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

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

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

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

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

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

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

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

屬之親等最近者遂繼承之；但其女支之親，無論如何密切，皆無此分；倘此等家屬甚至最疏等者又皆一概未有，則此繼承遂臨到其同姓之人；換言之，即凡羅馬公民與死者同姓者之全體也。由此言之，在此時代之羅馬公民，當其未立遺囑也，其未脫離之親子承此遺業毫無問題，無須經若何之規定。但倘若其無子而亡，則立刻有一危險；凡其所有之物將不免全部飛出此家而落入一羣人之手；此一羣人與死者之關聯徒根於宗教的擬議認為凡同姓之人皆為一公共祖先之後裔也。此項規制之景象，即其本身觀之，可以解明當時一般之感想；但實際吾人若忘卻此等狀態應即現於羅馬社會自其始初構成於零星分離之家族之狀態作第一步之變遷之時，則對此規制僅能了解其一半而已。父權之範圍，實曾因解放親子被認為合法之慣例而受一最早之打擊。但法律依然視父權為家屬關係之根；視解放之子為居於親屬權利之外，為居於血統之外。雖然，吾人不可絲毫設想家屬關係之約減為法律所炫給者在父母之天然慈愛心之中有其類似。家屬分子必仍然保持家法制度下其所賦有之不可索解的神聖性與強烈性；而此等神聖強烈之性被親子解放之事所撲滅者甚少，且反能增加之。吾人不妨毫不猶疑認定父權下之解放正是父子感情之表白，而非其仳離，

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

董性質；但當法庭及法律家被召而加以解釋加以定義時，彼等所用之原則乃屬於後期之羅馬法者，乃過分精良過分成熟者。在宗法統治之社會中，長子可繼承管家之地位，繼承財產之絕對處分權；但彼非真正的所有人，彼負有諸種與人相關之義務，不含在所有權之觀念中，且十分無定義者，又十分無下定義之可能者。但較後期羅馬法制中，亦如吾英之法律視加於財產上之無限度權力為與所有權不相平等者。但不曾且實際未能察及一類之義務；此等義務之觀念乃屬於一尙未有正式法律之時期。精良的觀念與野蠻的觀念接觸之後所生之結果，即不免將長子變為合法的遺產所有人。教會法律家及世俗法律家自始即如斯規定長子之地位；但幼子僅於人不覺之中漸漸自其與家屬共享同等禍福之地位而降至教侶，降至兵卒，降至朱門華屋之寄食人。此種法律的革命與現於一較小規模之十分新近時代之蘇格蘭高原 (Highlands of Scotland) 之法律的革命恰相符合。當蘇格蘭法律被召而規定家族首長之合法權力時，此法律本身久已超過一種由族人之聲求以若干曖昧不明之限束加於家土完整之上之時期，而不免轉變衆分子之產為一人產矣。為簡明計，予已於任何時一單個子孫承襲一家或一社會主權地位時，即稱為長子制之襲承。

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

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

(Macdonalds) 之史冊中有一大堪作證之例。

在穆罕麥德法律 (Mahometan Law) 之下，似保存古代阿拉伯 (Arabia) 之一習慣。財產之承襲均分於羣子；女子分得半股。但倘若一子於此襲產均分以前即已死亡而遺有子息，則此諸孫遂完全為其諸父諸姑所逐出。守此原則，於是當政治權位繼承之時，其所依之方式似乎為得自塞爾的克之長子式。在西方兩大穆罕麥得族中，其軌則乃被人信為叔之繼承王位，不論其姪為長兄之子也。但雖此軌則至甚近尙行於埃及 (Egypt) 然予聞在土耳其 (Turkish) 之主權地位是否為此繼承軌則所管尙有疑問。蘇丹 (Sultan) 之政策實自來欲防止可以施此軌則之事例之實現；又有可能者，即將其幼弟全數殺絕，既為本人子孫計，又為掃除與己爭位之巨敵計也。但在一夫多妻之社會中，長子制之式當然不免多異。有衆多之理由可為要求繼承之藉口；例如為母者之地位，或其得父恩寵之程度，皆可為此理由。準此，若干在印度之穆罕麥德主權者并不託於任何分明的遺囑能力，而自具指定任何一子繼承其位之權。以以色列 (Israel) 史事中所稱『為子求福之祝』 (blessing) 往往被指為等於遺囑；但似乎尤為一種推舉長子之式。

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4842B



10