

萬 有 文 庫

第二集七百七種

王 雲 五 主 編

社 會 分 工 論

(二)

涂 爾 幹 著

王 了 一 譯

商 務 印 書 館 發 行

社 會 分 工 論

(二)

著 涂 爾 幹  
譯 王 了 一

漢 譯 世 界 名 著

## 第二章 機械的連帶性——或名相似性裏發生的連帶性

### 一

與壓止性的法律相當的社會連帶性關係乃是「關係斷了就構成罪惡」的一種關係；我們用這名稱，是指一切的行爲在某一程度上確定了對於那行爲人的一種有特性的反動力——這就是人家所謂刑罰。所以，我們若尋找這關係，就是自問什麼是那刑罰的原因；再說明白些，就是那罪惡是根本地成立在什麼上頭的。

世上當然有種種不同的罪惡；但是，在這一切罪惡當中，也一定不會沒有一個共同點。證據乃是：罪惡在社會方面所確定的反動力——即刑罰——是隨時隨地相同的，僅僅有等級上的不同。

罷了。結果的一律就可以顯示原因的一律。非但在同一社會的法制所預料的種種罪惡當中是有相似之點的，而且在古今的種種不同的模型的社會裏所認定而且懲戒了的種種罪惡當中也一定有根本上相似之點。那些犯罪的行為在驟看的時候雖則像是很有差別的，然而我們斷不能說根本沒有相同的地方。因為那些罪惡是到處一樣地影響及於國際的道德觀念而且到處產生同一的結果。這些行為都是罪惡，換句話說就都是被那些確定的刑罰壓抑着的。我們須知，一件事物的特性須是在有那事物存在的地方我們就可以觀察到的，而且是僅僅歸屬於那一件事物的。所以如果我們要知道那罪惡是根本地成立在什麼上頭的，我們就該在種種不同的模型的社會裏的一切罪惡的變態當中抽出那些共同的條理來。這些變態是沒有一種是可以忽略了。最下流的社會裏的法律概念比之最上流的社會裏的法律概念是一樣地值得我們注意的；這都是一樣地令人增見識的事實。假使我們除了下流社會的法律不算，我們就有一從沒有罪惡的根原的地方去找罪惡的根原」的危險。譬如一個生物學家，假使他不屑去研究單細胞生物，那麼，他對於生命上必需的現象所下的定義就不會是確切的；因為如果他只觀察生物的機體組織——尤其

是高等的機體組織，——他就會冒昧地斷定生命是根本地存在機體組織上了。

尋找這普遍而永久的要素的法子顯然不在乎把那隨時隨地都被認為罪惡的行爲一一地查算，去觀察那些行爲所表現的特徵。因爲無論怎樣說來，世上雖則有些行爲是古今中外所認為有罪的，然而牠們只是最少數；那麼，這樣的一種方法只能令我們對於那現象得到一個非常片段的觀念，因爲這方法只用在一些例外上頭（註一）。這禁止性的法律的種種變化同時可以證明那永久的特徵是不會在那些刑律所禁止的種種行爲的固有性裏面可以找出來的，因爲那些行爲太繁雜了；我們要找那永久的特徵，只該在那些行爲以外的某條件與牠們的關係裏尋找。

人家以爲在這些行爲與社會上的大利益兩相衝突的當中可以找着這一種關係，於是說每一個模型的社會裏的刑律就表現那社會裏的團體生活上的基本條件。說那些刑律的權力是從牠們的需要來的；再者，這些需要既然是跟着社會變化的，那壓止性的法律的變化可能性也就得了解釋了。但是，關於這一層，我在上文已經討論過了。這樣的一個理論非但把「計算」與「思量」在社會進化的方向裏的地位擴充得太大了，而且我們須知，世上有許多曾經被認為有罪而現在

這被認為有罪的行為在牠們自身却並不有害於社會。譬如不許摸着「聖物」，不許摸着一個邪

(註一)然這却是 Garofalo 所用的方法。固然，當他承認把古今中外所懲罰的行為列成一表——這原是做得太過的——是不可能的事情的時候 (Criminologie, P. 5) 他似乎已經放棄了這方法。然而後來他又回到這方法上來，所以他以為自然的罪惡乃是衝犯了以刑律為基礎的種種心理的，換句話說就是衝犯了道德上的不變的一部份。而且僅僅衝犯了這一部份但是，衝犯了某種特別的心理的一種罪惡為什麼在甲種模型的社會裏便輕些，在乙種模型的社會裏便重些呢？因此 Garofalo 先生就只好否認在某幾種社會裏所公認為有罪的行為是有罪惡的特徵的。這麼一來，他就索性用人工去把罪惡性的範圍縮小了。縮小的結果，就弄到他的罪惡的觀念非常不完全。這觀念又是很縹緲的，因為著者並不把一切的社會模型拿來比較，却把一大部除外，叫牠們做變態的。我們可以說一個事實對於一類的事實的模型是變態的，而我們却不能說一類事實是變態的。因為既說是一類，就不能謂之變態。Garofalo 先生雖則很努力去求對於犯法的一種科學的觀念，可惜他不會用一種十分確切的方法。試看他用「自然的犯法」一個名詞就可見了。有那一種犯法不是自然的呢？這大約是他要回到斯賓塞的學說上去，因為在斯賓塞看來，只有工業的社會裏的社會生活乃是自然的。可惜這學說乃是最荒謬的。

穢的或聖用的人或禽獸，不許任憑聖火熄滅，不許不在祖宗的墳墓上循例殺牲致祭，不許不字字確切地宣讀祭文，不許不慶祝某幾種的節日。這種種的事實，會與社會上哪一種危險有關係呢？然而我們知道祭禮與慶祝禮以及宗數上遵守的種種儀式的規定是在許多許多的民族的刑律上佔一個很重要的位置的。我們試打開聖經的前五卷一看，就可以深信不疑了；而且，在某幾種的社會裏，這些事實是很有常態地遇見的，我們絕對不能在那上頭看見什麼變態或病態，因此我們也就沒有權利去忽略牠們。

縱使在那犯罪的行為勢必損害及於社會的時候，我們也不能說那行為所表現的損害程度與牠所受的壓止的強度常常相當。在最開化的許多民族的刑律裏，命案乃是普通所認為最大的罪案了。然而若就擾亂社會說起來，一次的經濟恐慌，或一次的交易所的紛亂，甚至於一間店子的破產，都比個人的命案來得兇。固然，殺人總算是一種損害，但却沒有什麼可以證明這是最大的損害。在全機體裏失了一個細胞，算得什麼一回事？人家說，如果殺人不受刑罰，則將來的公眾的安寧就會保不住了。但是，無論那危險真確到了十分，我們試把那危險的重大程度與那刑罰的重大程

度一比，我們就覺得太不相稱了。再說，剛纔我所舉的幾個例子也可以證明某一種行為儘可以大的損害社會而不至於受一點兒的刑罰。所以，無論從哪一方面說來，這對於罪惡的定義乃是充分的。

我們可否把那定義稍為改一改，說犯罪的行為乃是那些似乎損害及於社會而被社會壓止的行為；可否說刑律雖則不表現社會生活上的主要條件，却是在團體認為好像是社會生活上的主要條件呢？但這樣的一個解釋並不能解釋一些什麼；牠不能使我們懂得爲什麼在這許多許多的情況之下各社會竟誤認了罪惡而把那些「本身竟沒有用處的」法度去強制人們。老實說，這一個對於本問題的解答真所謂無聊的真理；我們須知，社會所以強迫各個人遵守這些法律者，這顯然因爲牠認定——無論是有理或無理的認定——這種有規則而且應時的服從在社會裏是必不可少的；顯然因爲牠努力要這樣辦的了。如果我們這樣解答，豈不好像說：「社會認這些法律是必要的，因爲牠認爲必要的」嗎？我們所應該說的乃是爲什麼社會這樣認定法律。如果這一個社會心理是從刑律上的客觀的需要裏——至少是在刑律的用處裏——出發的，那纔算是一個



解答。然而這一個解答却與事實相違；所以那問題仍舊完全地存在。

但是，這最後的一個理論並不是完全沒有根據的；他們在題內的某幾個狀況裏尋找罪惡性的基礎條件，並不是沒有道理的事情。實際上，世上一切罪惡的唯一的共同性乃是：除了下文所述的幾個顯然的例外不算，罪惡乃是各社會裏的諸份子所同聲排斥的行爲。今日人們自問這種排斥是不是合理的，如果把罪惡只看做一種疾病或一種錯誤是不是更妥當些。但是我們用不着參加這一種辯論；我們只求確定現在與過去，却用不着研究將來該是怎樣。我們須知，上文所述的事實是不容否認的；這就是說：罪惡是觸犯人們的情感的，而這些情感須是在同一的模型的社會上的一切無病態的良心裏的。

我們不能用別的语言來確定這些情感，也不能由牠們的特別對象去確定牠們的作用；因為那些對象曾經不斷地變化而且還可以變化呢（註一）。今日乃是「愛他」的情感把這特性表現得最顯明；但是在最近的時代裏，曾經有一時，宗教的情感，家族的情感，與其他千萬種的傳統的情感都確實地有同一的效果。就說今日罷，我們也不能跟着加羅法羅（Garofalo）先生說只有那對

於他人的消極的同情心能產生這一種結果。譬如，甚至於在和平的時代，我們對於一個賣國的人，不是至少也像對於一個強盜或騙子一般地有仇視的心理嗎？又如，在君主制度的情感還熱烈的國家裏，行刺君王的罪惡不是能惹起衆怒嗎？又如，在民主國家裏，外人對於本民族的侮辱不是能引起同一的憤慨嗎？所以我們沒法子替這些「被觸犯了就構成罪惡的行爲」的種種情感列爲一個表；這些情感與別的情感之間只有一個差別點，這就是牠們在同一的社會的大多數的個人心理裏是共同的。這麼一來，人們纔可以把那法律上的一句名言：「誰也不能被認爲不懂法律」應用到那刑律所制裁的而且禁止那些罪惡的行爲的種種規條上去，不致成爲荒唐之言。因爲這些規條都深刻地印進了一切人們的良心裏，所以一切人們都懂得，而且都覺得牠們是合理的。這一層至少在常態裏是真的。世上固然有些犯姦通案的人們是不知道有這些規條的或是不承認這些規條的權力的，但這一種蒙昧性或頑梗性只是精神不健全的象徵；再者，間或有某一種刑律

（註一）我不看見 Garofalo 先生有什麼科學的理由去說現代人類的開化部份所有的道德上的情感是「不會再失，只會不住地發達的」（P. 9）變化的方向是沒有一定的，他憑着什麼去劃定變化的界限呢？

已經被一切人們否認了之後還能存在，這就因為有些例外的情況去協助着牠，這些例外的情況當然是變態的，所以這一類的事情必定不能長久地存在。

由上文看來，我們就可以明白編纂刑律的特別方法。一切的成文法律都是有一個重複對象的：宣佈某種的義務，同時就確定那歸附於某種義務的一種制裁。在民律裏——最普通是在各種恢復性的制裁的法律裏，立法人把這兩個問題分別地研究解決。他先是很明顯地確定了那義務，然後說那制裁的方法。譬如，在法國民律關於夫婦兩方的義務一章裏，權利與義務是非常確實地說明了的；然而這一章裏却不曾說如果這些義務被夫方或婦方違犯了就該怎樣。我們如果要知道這種制裁，却須在另一章裏去找。有時候這制裁竟是「意會」的。例如民律第二一四條命令妻子與丈夫同居：人們就演繹出來，說丈夫可以強迫妻子仍舊同居，然而這種制裁是在任何一章裏都沒有明文規定的。至於刑律却恰恰相反，牠僅僅指定一些制裁，却沒有一句話說及與那些制裁相當的那些義務。牠並不叮囑人們尊重別人的生命，却只把殺人的兇手判決死刑。牠並不像民律一般地先說：「這是義務，」而牠即刻就說：「個是刑罰。」固然，某種行為受了懲戒的時候勢必因

爲這行爲與義務相反；然而這義務却沒有明確的條文規定。在聖經上頭只有一個理由，這就是：那義務的規條已經是一切人們所認識而且承認的了。當一種習慣法變爲成文的法律而編入法典裏的時候，這就因爲有些惹起爭端的問題須得一種更明確的解答；假使那習慣仍舊能悄悄地施行下去，不敢惹起爭端或難關，那麼，牠就沒有變爲成文法律的理由了。試看刑律裏僅僅規定刑罰輕重的階級，就可知僅僅有這刑罰的階級是可以惹起疑問的罷了。反過來說，那些「如果違犯了就有刑罰」的規條所以不待法律上的解釋者，這就因爲牠們不是任何否認的對象，人人都感覺得牠們的權力了。（註一）

固然，如下文所述，聖經的前五卷裏雖則只有刑罰的處分，間或有些時候是不規定制裁的。例如十誡，在聖經第二卷第二十章與第五卷第五章裏都是這種情形。但是，聖經的前五卷雖則有法律的作用，却不是純然的法律。牠的目的並不在乎把希伯來人所遵從的刑律編爲單一的條理，以便人們實行；這甚至於不是編成的法典，所以牠裏頭所包含的各部份似乎不是在同一時代寫定

（註一）參看 Binding 的 Die Normen und ihre Uebertretung, Leipzig, 1872, I, 6 et suivantes.

的。總之，這只是種種習俗的概略，猶太人藉此依他們自己的樣法去解釋世界的起原，他們的社會的起原，與他們的主要的習俗的起原罷了。由此看來，聖經裏所以陳述某幾種義務而加以刑罰的制裁者，這並不因為希伯來人不知道或誤認了這些義務，也不因為有把這些義務提醒他們的必要；恰恰相反，那書既然是各國的傳說所合成的，我們就可以斷說書中所載的一切都是銘刻在一切人們的心上的了。主要的原因乃在乎切實地摹寫民衆對於這些訓誡的來源的信仰，對於這些訓誡被認為公佈了的法律的歷史上的情況的信仰，對於牠們的權力的根源的信仰，那麼，我們須知，在這一點說起來，刑罰的規定竟成爲附屬的東西了。（註一）

爲了同上的理由，壓止性的法律的作用是始終傾向於滯留在散漫的狀態上的。在有些非常相異的模型的社會裏，壓止的法律並不是由特別的法庭執行的，却是由全社會參加，而且其限度是或大或小的。在初民的社會裏，如下文所述，法律完全是刑罰的，是由民衆的會議去判決案件。在古時的日耳曼人就是這種情形（註二）。至於羅馬呢，民事屬於法官，而刑事却歸民衆去裁判；先是由「居厘會議」裁判，後來從「十二銅柱法」（XII Tables）的時代起，便由百人團會議去裁判；

直到共和時代的末期，雖則民衆把裁判權委託給了常備的法律委員會，然而關於這一類的訴訟的裁判最高權依理還是歸屬於民衆的（註三）。至於雅典，在蘇龍（Solon，640-558 av. J. C.）的法規之下，刑事的裁判有一部份是歸屬於HALIAIA會的，這會在名義上是包括三十歲以上的一切公民的（註四）。末了，說到日耳曼拉丁的各國裏，社會舉出裁判委員會爲代表，去干預這一類的職務的執行。假使民衆的觀察的準標以及與這些標準相當的情感不是人人心的裏所固有的，那麼，這一部份的法權所形成的散漫狀態豈不是不可解釋的嗎？固然，在其他的情形之下，這職務是

（註一）只在那法律是民衆的權力所造成的時候這刑律的特性裏纔有一些真的例外。在這情形之下，那義務往往是與那制裁分別地規定的。至於這例外的原因，下文再說。

（註二）看 Tacite 的 Germania, Ch. XII.

（註三）參看 Walter 的 Histoire de la Procédure Civile et du droit criminel chez les Romains, tr. Fr., § 829; 又 Rein 的 Criminalrecht des Roemer, P. 63.

（註四）參看 Gilbert, Handbuch der Griechischen Staatsalterthümer, Leipzig, 1831, I, 138.

歸屬一個受優待的階級或一些特別的法官的。但是這些事實並不能貶減了上述諸事實的顯明的價值；因為縱使在那些團體的情感的反動須待某幾種媒介而後能表現的時候，我們也不能說那些情感已經不是團體的，却只限於少數人的心理中。這代表制度可以有兩個原因，一因事務增繁，必需創立特別委員會然後可以辦理；二因某幾個大人物或某幾個階級在社會上佔了重要的地位，所以民衆就特許他們代達團體的情感了。

然而，如果我們只說罪惡是因為觸犯團體的情感而成的，還不能對於罪惡下一個定義；因為世上有許多團體情感是可以被觸犯而不構成罪惡的。譬如親屬通姦乃是頗普通的憎惡的對象，然而這僅僅是不道德的一種行為罷了。又如女人們在婚姻的情況以外而對於性交不尊重，再如完全地賣了本人的自由或完全地買了人家的自由，也都是被人憎惡的，却不構成罪惡。由此看來，與罪惡相當的團體情感與其他的團體情感相差之點就該是在乎某種顯明的特性。他們該有某一種平均強度。牠們非但是銘刻在人的心裏的，而且是很厲害地銘刻在人的心裏的。這並不是些游移而浮淺的意志，却是在我們心裏深深地生了根的一些傾向與一些感觸。證據乃是刑律

的進化是慢極了的。牠非但比風俗更難改變，而且牠在積極的法律裏乃是最不受變化的一部份。譬如我們試看自從本世紀的初期以來，立法人在法律生活的種種不同的範圍裏曾經做了些什麼；關於刑律方面的革新乃是很罕見的，反過來說，在民律裏，在商律裏，在立法行政律裏，都插進了許多許多的新規條。我們試把十二銅柱法所規定了的刑律拿來與古典時代的狀況相比較，我們所察得出來的變化比之同時那民律所遭受了的變化算不算一回事。依萬殊先生 (Mainz) 所說，自從十二銅柱法以來，主要的重罪與輕罪都被規定了：『歷十代之久，公衆的罪惡的條目裏僅僅增加了幾種法律，例如懲罰侵吞公款，懲罰謀反，也許還懲罰那「賣他人的奴隸」 (plagium) 的行爲』 (註1)。至於私人的罪惡，我們只知道有兩種新的：其一是劫掠 (actio bonorum vi rap-torum) 其二是非理的損害 (Damnum injuria datum)。這種事實是到處可以找着的。如下文所述，在下流的社會裏，法律差不多絕對是刑罰的，因此牠就是很固定的。就普通說起來，宗教上的法

(註1) 見 *Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome*, in *Nouvelle Revue historique*



律總是壓止性的。因此牠也就是富有保守性的。這刑律的固定狀態就可以證明那與刑律相當的團體情感的抵抗力。反過來說，那些純然道德上的標準的可型性，與牠們進化的相對的速度就可以證明那做民律的基礎的團體情感是很沒有力量的；這個若非因為那些情感是新來的，還不會深深地印入人人的心裏，就因為牠們正在失去了牠們的根，而從底面浮到人心的表面來了。

在這裏我還需要增加最後的一段話，好教我所下的定義成為確切的。就普通說，那純然道德上的制裁——即散漫的制裁——所維護着的情感比之那純然的刑罰所維護的情感固然是弱些，比較地不很有固定的組織；但是也有一些例外。譬如我們決沒有任何理由說那中等的孝心與那對於最顯明的窮苦所生的同情的主要形式乃是一些浮淺的感情，還比不上尊重別人的所有物或尊重公衆的權力；然而那些不肖的兒子與最狠心的自私者卻不被人認為有罪的人。由此看來，情感強了還不够，還要明確的情感纔行。實際上，這些情感每一種都是與一種很確定的實施相應的。這實施儘可以是簡單的或複雜的，積極的或消極的，換句話說就是在行爲上的或在禁戒上的，然而總是很確定的。關係在乎做甲事與乙事，或在乎不做甲事與乙事，例如不殺人，不傷人，或讀

某種祭文，或行某種祭儀等等。反過來說，譬如孝順與慈悲只是很浮泛的心願，是傾向於一些很普遍的對象的。所以刑律是非常乾脆，非常明確的，而純然道德上的標準就往往是浮泛的了。這些標準是那樣的，所以我們往往難於把明文去規定。我們可以很普通地說一個人應該工作，應該憐憫他人等等，然而我們不能規定什麼方式或什麼程度。因此就會有變化與差別的餘地了。反過來說，那刑律所寄託的那些情感却是確定的，牠們有更大的齊一性；人們既然不能用種種的方式去解釋牠們，所以牠們到處都是一樣的。

現在我們可以下結論了。

在同一社會的諸份子的平均數裏的種種共同的情感與信仰的總體是成爲一個確定的系統的，這系統是有牠自己的生命；我們可以把牠叫做團體的意識或共同的意識。固然，牠的本體並不是純一的組織；嚴格地說，牠是散漫在社會的全範圍內的；然而牠總還有許多固有的性質，這些性質就形成一個分明的實際。牠實在是與各個人所處的種種特別情境沒有關係的；所以各個人過去了之後牠還存在。牠在北方或南方，在大城裏或小鎮裏，又在種種的職業裏，總是一樣的。再

者，牠並不隨着世代變遷，恰恰相反，牠却把前後相承的各世代聯絡起來呢。所以牠雖則僅僅能在各個人的心裏實現，却與各個人的特別意識大不相同。牠是社會的精神上的模型，這模型有牠的特性，有牠的生存條件，有牠的發明方式，這也像個人的模型一般，不過是方式不相同罷了。在這一點說，牠就有享受一個特別的名稱的權利。老實說，我在上文所用的一個名稱還不免帶有兩可性。因為「團體的」與「社會的」這兩種字眼往往被人們認為同一的，所以人們就會以為團體的意識就是社會的全意識了，換句話說，就是以為團體的意識的範圍與社會的精神生活的範圍一樣寬了，其實牠只是社會的精神生活裏的一個很小的部份，尤其是就高等的社會而言。法庭的作用，政府的作用，科學的作用，工業的作用——總而言之，一切特別的作用都是屬於精神的範圍的，因為牠們寄託在代表或行爲的系統上。然而這些作用是顯然在共同的意識之外的了。若要避免上文所犯的兩可性（註二），最好的法子也許是創造一個專門名詞去特別地指定社會上種種相似性的全體。然而在非絕對必要的時候，我們不該創造一個新名詞，因為新名詞的用途並不是沒有不便之處的；所以我就把比較地通行的名詞——團體的意識或共同的意識——保留着，只常

常把我所用的狹義喚起讀者的注意就是了。

把上面的分析總括起來，我們可以說一種行為在觸犯了團體的意識裏的確定而且強烈的情感的時候就是犯罪的行為（註二）。

這定義並不怎樣容人否認，然而人們往往不懂牠的真意義，却把一種很不相同的意義來解釋牠。人們以為牠並不表現罪惡的主要的特性，却只表現罪惡的種種反響裏的一種反響。人們都很曉得罪惡觸犯了一些最普通而且最有力的情感；然而他們以為這共同性與這力量是從那行為上的罪惡性裏來的，因此那罪惡性就完全地還待確定了。一切的罪惡都是人人所排斥的，這一

（註一）這兩可性並不是沒有危險的。譬如人們有時候自問個人的意識是否像團體的意識一般地變化；這一切都要看人們怎樣解釋那名詞而定。如果這名詞是代表社會的相似性的，那麼，變化的關係乃是成反比例的，這在下文再說；如果這名詞是指社會的精神生活的全部而言，那關係都是直接的了。所以有辨別的必要。

（註二）團體意識與個人意識是不是一樣的意識，我們可以不管。我這名詞只是指社會相似性的全部而言，並不武斷地主張這現象的系統應該歸在哪一類。

層他們並不否認；然而他們都以為那以罪惡爲對象的一種排斥是從那罪惡性來的。不過這麼一來，如果要問這罪惡性寄託在什麼上頭，他們就很難答覆了。寄託在一種特別厲害的不道德性上頭嗎？我是願意這樣說的；然而這只是以問題去答覆問題，把一個字眼去替代另一個字眼；因爲我們恰恰要知道不道德性是什麼，尤其是要知道那社會藉編定的刑罰去壓止的，而且構成罪惡的那一種特別的不道德性是什麼。這不道德性顯然是只能從一切的犯罪學上的種種狀態裏的一種或數種共同的性質裏來的；我們須知，合於這條件的只有一種性質，這就是那罪惡——無論是何罪惡——與某幾種團體情感之間的一種相反性。由此看來，原是那相反性生出罪惡，絕對不會是那相反性從罪惡裏生出來。換句話說，我們不該說一種行爲因爲是犯罪的然後觸犯了共同的意識，只該說因爲觸犯了共同的意識然後成爲犯罪的行爲。我們並不因牠是犯罪的然後排斥牠，而牠却因我們排斥然後成爲罪惡。至於這些情感的固有性却是沒法子確定的；牠們的對象很繁雜，我們沒法子用純一的標準去規定牠們。我們不能說牠們的關係在乎社會的生活必需的利益或在乎公理的最低限度；這一切的定義都是不妥當的。但是我們只能說：某一種情感——無論牠

的來源與去向如何——存在一切人們的意識裏，而且到了某種強度與某種確定的程度的時候，無論哪一種行為觸犯了牠，都算是一種罪惡。現代的心理學家漸漸回到斯賓挪莎的意見上去了，斯賓挪莎說，世上的事物爲我們所愛然後是好的，並不因爲牠們是好的然後我們愛牠們。傾向與仰慕乃是根原；快樂與痛苦只是枝葉。在社會生活裏也是如此的。某一種行為在社會上是不良的就因爲牠被社會排斥。然而人們可以問我：世上不是有些團體情感是從社會與事物接觸時所感受的痛苦或快樂裏來的嗎？是的，不錯，但團體情感並不都是有這種來源的。其中有許多——也許就是一大部份——是從別的原因出發的。凡是能令活動力成爲一種確定的形式的，都可以產生一些習慣，而由這些習慣便生出一些意向，此後就非滿足這些意向不可了。再說，只有這些最後的意向乃是真確的基本的意向。其他的意向只是特別的而且更確定的形式罷了；因爲若要在甲對象或乙對象上找着一些情趣，必先要團體的感受力已經達到了能感受那情趣的程度纔行。如果那些相當的情感被消滅了，那麼，那最不利於社會的行為非但可以受人寬容，而且受人嘉獎而引爲模範。快樂是不能創造一種傾向的一切部份的；牠只能維繫那些有某種特別目的的傾向，而還

要那目的與那些傾向的原始性質相當纔行呢。

然而有些情形似乎不是上面的解釋所能說明的。有些行爲是被社會壓止得很嚴的，却不是輿論所排斥得很厲害的。例如職工的同盟，司法侵入行政的權限，宗教的職務侵入非宗教的職務的範圍，這些行爲被壓止的程度並不與其所引起的衆憤的程度相當。又如偷竊公文的行爲在我們看來沒有多大關係，然而關於此項的刑罰却是頗重的。甚至於有些被罰的行爲並不直接地觸犯團體情感的；譬如在禁止的時期內捕魚或打獵，又如把太重的車輛推在公路上經過，這些行爲並不與我們的任何情感相抵觸。然而我們沒有一點兒理由去把這些罪惡與別的罪惡分開；根本的區分乃是武斷的（註一），因爲一切的罪惡雖有種種不同的程度，而牠們的表面的標準都是一樣的。當然，在這些例子裏頭刑罰不像是公平的；但是，輿論雖則反對這刑罰，如果只憑輿論自身，就不會要求這刑罰或不至於這樣苛刻。由此看來，在一切這類的情形之下，那犯罪性不從——或不完全從——那些被觸犯的團體情感的強度上出發，却另有一種原因。

我們須知，實際上，一個政府的權力成立了之後，牠自身很有力量，足以把一種刑罰的制裁自然地繫屬在某幾種行爲的標準上。在牠自身的行爲上，牠能創立某幾種罪條，或加重其他幾種罪惡在犯罪學上的價值。所以我在上文所述的種種行爲都是有這共同的性質，而這性質就是：那些行爲是與社會生活上的指揮機關不相容的。那麼，我們是不是應該假定有兩類的罪惡歸屬於兩種不相同的原因呢？我們是沒法子歸宿在這一個假定上的。罪惡的花樣雖多，而在根本上說來，到處都是一樣的，因為牠到處產生了同一的結果，換句話說就是到處惹起了刑罰，這刑罰的強度雖有等差，而牠並不因此就變了性質。我們須知，一個事實不能有兩個原因，除非這二元性只是表面的，其實還是一元。所以國家所固有的反動力也該與那散在社會裏的反動力的性質相同纔是道理。

實際上，這反動力是從哪裏來的呢？因為國家所管理的利益很重大，非用一種特別的手段去

(註一)我們試看 Garofalo 先生把他所謂真罪惡與別的罪惡區分(P. 45)這是他個人的估量，並沒有任何的客

觀的基礎的。



保護不可嗎？然而我們曉得僅僅對於利益的損害，那怕是重大的利益也不足以確定刑罰的反動力；還要這損害被人感覺到了某程度纔行。再說，爲什麼那對於政治機關的最輕微的損害也被懲戒，而在其他的社會機體裏那些更可怕的紛擾却只能在民事上去補救呢？對於路政局的章程的最小的違犯也被罰金；至於違犯契約——甚至於是屢犯——或在經濟關係上的屢次不慎重却僅僅被處賠償損失呢？固然，統治機關在社會生活裏負有重大的任務，而其他種種機關的利益也不是非生活必需的，而其任務却不由這方式去保障。腦固然是重要的，胃呢，也是重要的機關，胃有了病，也會像腦有了病一般地使生命上發生危險。人家有時候把政府叫做社會的腦，爲什麼社會的腦就該特別地受優待呢？

這難關是容易解決的，我們只須注意到：凡是統治力所在的地方，牠的首要的任務乃在乎使人們尊重各種信仰與各種團體上的傳說，換句話說就是在乎維護共同的意識而抵抗那些內外的仇敵。這麼一來，牠就變成了普通意識的象徵，在人人的眼裏都把牠看做共同意識的表現。所以那意識上的生命就與牠相通，像那些觀念的和合性與代表牠們的各名詞相通一般，所以牠纔有

這一種特性以致令牠成爲無敵的。這已經不是重要或次要的一種社會作用了，牠竟是團體模型的化身。團體把權力施行在各人的意識上，而牠就分享這權利，所以牠纔有牠的力量。不過，當這力量成立了之後，雖則不會脫離了牠所從來的源泉，而且仍舊在那源泉裏繼續地生長，然而牠却變了社會生活的獨立原素，能憑着自力產生一些自身的動作，是外面的任何衝動所不能確定的。這恰因爲牠獲得了這最高權的緣故。又在另一方面說，這力量只是共同意識所固有的力量所生出來的，所以牠當然有同一的個性與同一的方式，甚至在那普通意識的反動不十分諧和的時候也是如此。牠排斥一切的反抗的力量，也像那社會的散漫的靈魂排斥相反的力量一般；甚至在社會的靈魂不感受着那反抗的力量或感受不厲害的時候，這統治力也要去排斥牠的，換句話說就是：統治力把那些觸犯統治權的行爲認爲罪惡，然而這些行爲觸犯團體的情感却不會厲害到同一的程度。但統治力却從團體情感裏接受了一切的力量，然後能創立那些輕重的罪名。牠不能從別處來，而牠又不能不從一個地方來，所以我這書的下文就儘量地闡明好些事實，以證實這一個解答。政治機關所施於種種犯罪行爲的名與數之上的作用的範圍是與牠所包含的力量成正比例。

的。至於這力量呢，我們也可以測量牠，或看政府所施於公民們的權限的大小，或看那些觸犯政府的罪惡程度的高低而定。如下文所述，我們就可知那最大的權限與最重的罪惡乃在那些下等社會裏；又從另一方面說，最有權威的團體意識也是在這種模型的社會裏（註一）。

所以我們始終應該回到團體的意識上來；一切的犯罪性都是直接地或間接地從團體意識裏出發的。罪惡不僅是對於利益的損害——縱使是重大的損害，而且是對於最高權力的觸犯。我們須知，依經驗上說，除了團體的力量之外，再也沒有什麼道德力能比個人更高超了。

再者，剛纔所述的結果，我們還有方法去檢查牠。罪惡的特徵乃在乎牠能確定那刑罰。所以如果我們對於罪惡所下的定義是切當的，這定義就該把刑罰的一切特徵顯示出來。我們現在就要做檢查的工夫了。

但在未檢查以前，我們該先證明這些特徵是什麼。

## 二

先說，刑罰是寄託在一種熱情的反動作用上的。越在未開化的社會裏，這特徵越是顯明。實際上，原始的民族爲懲罰而懲罰，使罪人受苦只爲的是使罪人受苦，他們在施痛苦給那罪人的時候並不希望任何利益。證據乃是：他們並不求罰得公平或罰得有用，只管要罰罷了。所以他們懲戒那些犯了他們所排斥的行爲的動物（註二），或甚至於懲戒那些無機物，因爲牠們做了罪惡的被動的工具（註三）。至於刑罰就只施於人的身上，牠往往超過了罪人的本身而達到一些無辜的人們，例如他的妻子，他的兒女，他的鄰人等等（註四）。這因爲那刑罰的靈魂——即熱情——非到了全（註一）再者，在把罰款爲一切刑罰的時候，牠既然只是款額有定的賠償，就是在刑律與恢復性的法律二者的交界之上了。

（註二）看 Exode, xxi, 28; Lev., xx, 16.

（註三）例如殺人的刀——看 Post, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft, I, 230-231.

（註四）看 Exode, xx 4 et 5; Deutéronome xii, 12-18; Thonissen, Etudes sur l'histoire du droit criminel, I, 70 et 178 et suiv.

消的時候是不能停止的。因此那熱情已經把那直接地惹牠的人剷除了之後，還有餘力，便完全機械地把牠這餘力散佈得更遠些。甚至在那力量不很過度，僅僅施及於罪人的時候，牠還傾向於把牠所反抗的那行爲的犯罪性加重，以顯牠星還未全消的。那些在最後的刑罰上還增加的苦刑，都是從這上頭生出來的。在羅馬時代還是這樣，做賊的非但應該把所偷的東西交還人家，還要被罰比那東西的價值大兩倍或四倍的款子（註一）。再說，那最普遍的報復刑不是藉此以滿足報仇的熱情的嗎？

但是人們可以說：今日的刑罰的性質變了；社會罰人並不爲的是報仇，只爲的是自衛。牠所處分的刑罰只是保護人民一種有法則的工具罷了。牠施刑罰，並非因爲刑罰的自身能給牠一種滿意，却因爲想使人人畏懼刑苦，好教那些作惡的意志潛藏下去。所以這壓止的作用並非寄託在憤怒上頭，却只寄託在熟思的先見上頭。所以我在上文所述的種種觀察恐怕不能成爲通例；因爲這些觀察只是關於刑罰的原始形式的，却不能擴充到現代的刑罰的形式上來。

然而如果我們僅僅證明這兩種刑罰的目標是不同的，我們還沒有權利去說牠們是根本不

同。一種成法的性質，並不一定因為那些履行那成法的人們的意向改變了，就跟着起變化的。實際上，牠儘可以在古代已經有了同一的任務，不過人們不覺得罷了。在這情形之下，爲什麼在人們覺得牠產生了好些效果的時候，牠就會變了形呢？牠在新時代，自然有新的條件；牠適應那些新條件，並不須有根本上的變化。刑罰也是這個道理。

實際上，如果我們以爲報仇只是一種無用的殘酷，那就錯了。若說牠寄託在一種機械的而且無目的的反動上，寄託在無智的而且熱情的行爲上，寄託在不經考慮的一種破壞的需要上，這都是很可能的；然而牠傾向於破壞，已經是對於我們的一種威嚇了。所以牠在實際上已經成立了一種真正的自衛行爲，雖則是本能的，不加考慮的。我們只對於那些損害我們的東西報仇，而損害我們的東西總不免是一種危險。報仇的本能只是保守的本能被危險激怒了的罷了。所以人們在人類史上把一種無用的而且消極的任務歸於報仇的行爲，這是很不對的。這是自衛的一種工具，牠有牠的價值；不過，這是野蠻的工具罷了。牠既然不知道牠機械地所產生的益處，因此牠就不能很

邏輯地規定自己；所以牠有幾分是隨便散佈的，牠只憑着盲目的本能驅使，而牠的怒氣也就沒有什麼可以節制。今日呢，我們更能認識我們所欲達的目的，因此我們就更曉得利用我們所用的方法；我們自衛的方法是更科學的，同時也就是更有效驗的了。但是，自從有刑罰以來，這效果就得到了的，不過所得到的效果不算很完滿罷了。今日的刑罰與古代的刑罰之間並沒有一個鴻溝，所以今日的刑罰並不需要變化然後纔能適合於牠在我們的開化的社會裏所負的任務。一切的差別乃在乎牠產生效果的時候牠自己很能知道。我們須知，個人的意識或社會的意識雖則對於牠所顯示的真相不是沒有影響的，然而牠並沒有能力去變換那真相的性質。無論是有意識的或無意識的，那些現象的內部結構還是如前一樣。所以我們可以料定刑罰的主要原素與古代的完全相同。

實際上，刑罰仍舊是報仇的工作，至少是一部份如此。人家說我們使罪人受苦並非爲的是使他受苦；然而我們覺得他受苦是應該的，這也是不可否認的事實。也許我們錯了；但問題並不在錯不錯。此刻我們只求確定現在或過去的刑罰，却不必問刑罰該是怎樣。我們須知，法庭裏所常用的

「公訴」一個名詞並不是一個虛字眼（譯者註）。我們既假定刑罰真能為我們做將來的保障，我們覺得牠也應該是過去的補償證據乃是：我們在事前很小心謹慎地把刑罰的輕重與罪惡的輕重儘量地弄成正比例；假使我們只以為罪人作惡就該受苦而且該受同樣的苦，那麼，這些謹慎的規定都成為不可索解的了。實際上，如果刑罰只是自衛的一種方法，這刑罰的等差就不是必要的了。固然，假使最重大的謀殺案也混在一些輕罪裏辦理，社會上就會發生危險；但是，假使那些輕罪也混在最重大的謀殺案裏辦理，在許多地方說起來，却是有益無害的。為着抵抗一個仇敵，提防的手段越嚴越好。人們會說：犯小罪惡的人的性情並不很壞，我們若要制止他們的不良的本能，只須用一些不很厲害的刑罰就夠了。但是，他們的傾向雖則少帶一些惡性，却不因此少帶一些強度。賊子對於偷竊的傾向是與兇手對於殺人的傾向一樣地強烈的；賊子的抵抗力並不比兇手的抵抗力更弱，所以如果我們要制勝他們就該用同一的手段纔是。假使像人們所說，關係只在乎把一種相反的力量去壓制那損害力那麼，那相反力的強度就該純然以那損害力的強度為標準，至於那損

（譯者註）「公訴」在法文是 *Vindicta publica*，在拉丁文是 *Vindicta*，原是報仇的意思。



害力的性質却不成爲問題，這麼一來，刑罰的階級就只能包括很少的等差；而刑罰的輕重只跟着那罪人兇惡的程度而定，却不跟着犯罪的行爲的性質而定。那麼，一個屢戒不悛的賊子就該與一個屢戒不悛的兇手受同一的處分了。然而我們須知，實際上，縱使我們證明了一個罪人是不能矯改的，我們也覺得不該把一種過分的刑罰加在他的身上。這可以證明我們還守着古代報復刑的原理，不過我們把更高尙的意義去理會牠罷了。我們對於罪過的限度與刑罰的限度都不像古人那樣物質地而且野蠻地去測量了；然而我們始終以爲二者之間該有一個方程式，無論我們立那比較的標準有沒有利益，我們總不免存這念頭。所以我們心目中的刑罰還是我們的祖宗的心目中的刑罰。這既然還是一種補贖，那麼，就還是一種報仇的行爲。我們所報復的與罪人所補贖的就是那對於道德上的冒犯的舉動。

世上有一種刑罰尤其是能表現這熱情的特徵的；這就是在大部份的刑罰裏，有恥辱去加重那些刑罰，而且恥辱跟着刑罰增加。這恥辱往是沒有益處的。一個罪人，他已經不再該在社會裏生

活了，而且他的行爲已經可以充分地證明那些最可怕的威嚇還不足以嚇倒他了，我們羞辱他又有什麼用處呢？如果在沒有其他的刑罰的時候，或物質上的刑罰還頗輕微，不足以示懲戒的時候，加以恥辱還有可說；否則恥辱就是贅物了。我們甚至於可以說社會非遇別的刑罰不夠用的時候還不肯就用法律上的刑罰，然而這樣說來，爲什麼要維持這一類的刑罰呢？牠們只是一種補足的而且無目標的刑罰，其處罰的原因只是「以害償害」的一種需要罷了。這實在是本能的而且不可抗的情感的一種出產品，所以這些懲罰往往擴充到無辜的人們身上。譬如有時候，犯罪的地點，藉以犯罪的工具，罪人的親屬，都分担了我們所罰的一個人所受的恥辱。然而我們須知，那些確定這種散漫的刑法的原因也就是那伴隨在這刑法之後的有組織的刑罰的原因。再者，我們只須看法庭裏的刑罰是怎樣活動的，就可知刑罰的動機純然是熱情的了。追究案情的法官與辯護的律師都是向一些熱情上去爭勝的。律師努力要替罪人博得同情，法官却努力把那犯罪的行爲所觸犯了的社會情感喚起人們的注意，而那裁判官也就在這兩種相反的熱情的影響之下去判決那案件了。

這樣說來，刑罰的性質並不會根本地改變。我們所能說的僅是：報仇的需要在今日是比昔日更處理得宜了。自從人們有了先事提防的精神之後，那熱情的盲目的行爲就不像昔日一般自由；牠把那熱情管束在某界限之內，不許做無理的劇烈行爲，也不許做沒來由的蹂躪。這熱情已經不是盲目的，也就不很像從前任意亂來；縱使在求滿足的時候，也不至遷怒於無辜的人們了。然而熱情總不免仍是刑罰制度的靈魂。所以我們可以說刑罰是寄託在強度有等差的熱情的反動作上的（註一）。

然而這反動作用是從哪裏來的呢？從個人來的呢，還是從社會來的呢？

人人都曉得是社會去處罰；然而牠儘可以不負責的。我們所以不懷疑刑罰的社會性者，這因為刑罰一經宣佈，就非由政府用社會的名義不能取消。假使這是博取個人的滿意的，各個人就始終該有赦免的權；因為如果一種特權是不能不要的，而且是那受權的人所不能放棄的，這還能叫做特權嗎？其所以只由社會去支配刑罰之權者，因為牠被害的時候各個人也就同時被害，而刑罰

所壓止的就是那損害社會的行爲。

但我們也可以找出些例子來說刑罰的處分是歸屬於各個人的意志的。在羅馬時代，有些罪惡是被罰款給那受損害的當事人的，而那當事人却可以放棄那款子或藉此講和。例如不顯明的偷盜，劫掠，侮辱，非理的損害等等皆是（註11）。這些罪惡是所謂私罪（*delicta privata*），與純然所謂罪惡相對而言，至於那些純然所謂罪惡的刑罰却是由政府的名義去處理的。在希臘，在希伯來人，都有這一類的區別（註12）。在更不開化的一些民族裏，有時候刑罰似乎更完全是私的東西，譬如哥爾斯島（Corse）的「族仇」（*vendetta*）就傾向於證明這一種事實。這些社會是由許多基

（註1）在那些覺得補贖的思想爲不可索解的人們，他們也承認這一點。因爲他們的結論乃是：爲要適合他們的學說起見，該把人們對於刑罰上的傳統觀念從頭至尾完全地改造一番，那麼，他們所攻擊的原理顯然就是昔日與今日的刑罰所憑藉的基礎了。（看 Fouillo 的 *Science Sociale* P. 307 et suivantes）

（註11）Rein, op. cit., P. III.

（註12）在希伯來人，偷盜，侵奪存放物，頂冒，毆打，都被認爲私罪。

本團體集合而成的，那些基本團體差不多是家族的性質，我們因為方便起見，可以叫他們做「族黨」(clans)。在甲族黨裏的一個份子或幾個份子謀害了乙族黨裏的一個人的時候，乙族黨就認為全族受了侮辱而對於甲族黨加以刑罰(註一)。若就學理上說，還有一點至少是在表面上能顯得這些事實更重要的，這就是：人們往往認定那「族仇」在原始時代曾經是刑罰的唯一形式；這樣說來，刑罰大約是先寄託在私人報仇的行爲上了。今日的社會雖則有了懲戒的法律做工具，也許我們只能說社會僅是代表各個人去執行刑罰。牠只是他們所委任的執行者。牠代替他們管理他們的利益，大約是因為牠管理得妥當些，然而這並不是牠自己的利益。在原始的時候，他們自己報自己的仇；現在是牠爲他們報仇；但刑律既不能因爲這簡單的交替而變了性質，也就不會有純粹的社會性。社會所以好像負有重大的任務者，這只是代理個人們的任務而已。

但是，這理論雖則是很流行的，而那些更可證明的事實却與這理論相反。我們不能引據一個社會就說「族仇」是刑罰的原始形式。我們可以斷定原始的刑律乃是以宗教爲根本的。這在印度，在猶太，都是顯然的事實，因爲印度猶太的法律在昔日是被認為神示的(註二)。在埃及，那哈爾

迷十書 (Les dix livres d'Hermès) 內載犯罪法，連同關於政府的一切律例，都被種做神父的書，而且愛里陽 (Elien, du IIIe siècle) 說：在古代的埃及完全是由牧師們執行法律上的職務 (註三)。在古代的日耳曼也是如此 (註四)。在希臘，法律是被認為朱不台 (Jupiter 諸神的主宰) 所頒發的，而刑罰的情感也就被認為神的報仇 (註五)。在羅馬，刑律也是以宗教為來源的，最顯明的證據 (註一) 特別看 Morgan 的 Ancient Society, London, 1870, P. 76.

(註二) 在猶太的裁判官不是牧師，然而一切的裁判官都是上帝的代表，是上帝的人 (Deuteronomie, I, 17; Exode, XXI, 28)。在印度是國王任裁判，然而這職務是在根本上被認為宗教的 (Manou, XII, V, 303—311)。(註三) 看 Thonissen 的 Etudes sur l'histoire du droit criminel, I, p. 107.

(註四) 見 Zapfl 的 Deutsche Rechtsgeschichte, p. 909.

(註五) 愛西約德 (Hésiode) 說：「是沙杜爾納 (Saturne 朱不台的父親) 給我們人類的裁判權」 (Travaux et jours, V, 279 et 280, édition Didot) ——「當人類放縱於邪惡的行為的時候，朱不台居高臨下，一定看見了，而且即刻懲戒的。」 (Ibid., 280. 又參看 Iliade, XVI, 381 et suiv.)。

第一是那些舊習俗（註一），第二是後來還存在的上古成法，第三就是法律名詞字典的本身（註二）。我們須知，宗教乃是根本上帶有社會性的東西。牠非但不追隨個人的意向，而且時時刻刻把一種壓制力施於個人的身上。牠強迫個人去守那些妨礙個人的教規，去做大大小小的許多犧牲。個人應該在自己的財產裏拿出多少來奉獻神明；又應該在自己工作或消遣的時間裏抽出相當的時間去履行那些祭禮；又應該遵守上帝所吩咐的戒條，甚至於犧牲了生命，如果是上帝的命令的話。宗教完全是犧牲與大公無私的精神。所以如果原始的刑律乃是宗教上的一種法律，我們就可以斷定那刑律所保障的利益乃是社會的利益了。諸神因為自身受了觸犯而藉刑罰報仇，並不因為個人們受了觸犯而替他們報仇；我們須知，對於諸神的觸犯也就是對於社會的觸犯。

因此之故，在下等的社會裏，最多數的罪惡乃是損害公物的罪惡。例如觸犯宗教，觸犯風俗，觸犯政府等等。我們只須打開聖經一看，又試看印度的摩奴戒律（*Les lois de Manou*），與埃及的老法典裏所剩下的碑文，我們就知道那些關於保護個人的法律所佔的地位是比較地很小，而反過來說，那些關於褻瀆神聖的種種不同的形式，不守宗教上的規則或儀禮等的禁條却發達得非

常厲害（註三）。同時，這些罪惡乃是被懲罰得很重的。在猶太民族裏，最被人痛恨的謀害罪就是對於宗教的謀害罪（註四）。在古代日耳曼民族裏，依泰西特（Tacite）說，只有兩種罪惡是被處死刑的：第一叛逆宗教，第二脫離宗教（註五）。又依孔子與孟子說，不敬天的罪比殺人的罪更大（註六），在埃及，最小的瀆神罪也被處死刑（註七）。在羅馬罪惡的等差上，最高的也是違反宗教罪（註八）。

（註一）Walter, op. cit., § 788.

（註二）Rein, op. cit., p. 27—36.

（註三）Thonissen, passim.

（註四）Munck, Palestine, p. 216.

（註五）Germania, XII.

（註六）Plath, Gesetz und Recht in alten China, 1865, 69 et 70.

（註七）Thonissen, op. cit., I, 145.

（註八）Walter, op. cit., § 803.



但是，依上文所舉的例子，這些私刑究竟是什麼？牠們的性質是混雜的，同時有壓止性的制裁與恢復性的制裁。所以羅馬法裏的私罪竟是在純粹的刑事罪與純粹的民事損害二者之間的。牠有刑事的形態，也有民事的形態，所以牠漂浮在二者的邊界上。在某種意義上說，這是一種刑事罪，因為法律所規定的制裁的目的並不僅僅在乎把事物恢復固有的狀況；那犯罪的人不但該負賠償損失的責任，而且他還要受某種處分，就是所謂「補贖」。然而這也不完全是一種刑事罪，因為雖則是由社會宣告刑罰，而牠却不能作主去執行刑罰。這是牠授與那被害人的一種權利，只由那被害人自由地處置（註一）。同樣，「族仇」也顯然是社會所認為合法的一種刑罰，然而牠却任憑個人們去自由施罰。所以這些事實只能更證明我所說過的刑事的性質。這一種中性的制裁雖則有一部份是私的，同時却不是一種刑事的懲罰。刑事的特性少些，則牠的社會性就少些；反過來說，刑事的特性顯明些，則牠的社會性就顯明些。我們不能說私人的報仇乃是刑事的原始形式；恰恰相反，這只是一種不完善的刑罰。非但那些對於個人的謀害罪不會是首先被壓止的罪，而且在原始時代牠們纔僅僅到了刑律的門閥上呢。牠們須待社會漸漸感覺着有牠們為害的時候然後漸

漸升上犯罪性的階級；這一種變動，我們用不着詳述，但決不是簡單的一種交替。恰恰相反，這刑罰性的歷史恰是社會不停止地侵佔個性的歷史，更說嚴格些便是侵佔牠所包含的各基本團體，而這侵佔的結果乃在乎漸漸把社會的法律去替代私人的法律（註二）。

然而上述的種種特徵非但是那追隨那些僅是不道德的行爲的散漫的制裁所有的，而且也是法律上的刑罰所有的。我在上文說過，法律上的刑罰所以異於那散漫的制裁者，就因牠是有組織的；但這種組織又寄託在什麼地方呢？

當我們想起了現代社會裏所施行的刑律的時候，我們就想到那法典裏的罪名是非常確定的，那係屬於罪名的刑罰也是非常確定的。固然，裁判官在把這些普通的刑條施用於每一個特別的，（註一）但是，最能顯示私罪的刑罰的特性的，乃是牠涉及於恥辱，這就是真正的公刑了（V. Rein, op. cit., 916. —

Bouvy, *De l'infamie en droit romain*, Paris, 1884, 35)

（註二）無論如何，我們總該注意到那「族仇」乃是根本上有團體性的東西。這並不是個人報仇，只是族黨報仇；後來那和解的款子還是給那族黨或那家庭的呢。

情形的時候儘有某種伸縮的自由；但是在根本的大綱上，每一類缺載的犯罪行爲都有刑罰在那裏暗暗地確定了的。然而這無所不備的組織却不是刑罰的基礎，因為有些社會裏雖有刑罰，却不是預先規定了的。在聖經裏，有許多禁律是儘量地用命令式的，却沒有明文規定違禁的該受的任何刑罰。然而刑罰的性質並不是可疑的；因為經文雖則絕口不提刑罰，同時牠却表現那禁止的行爲可怕到那地步，以致人們不能有一刻設想那行爲是不會被懲戒的（註一）。所以我們儘可以設想這不提及刑罰的原因只在乎那刑罰的方法不曾確定。實際上，聖經的前五卷裏有許多敘述的文章都只告訴我們說有許多行爲的罪惡價值是無異議的，至於刑罰却還待裁判官去決定施行。那社會分明知道眼前就是一種罪惡；然而那應該係屬於那罪惡的一種刑罰的制裁却是不會確定的（註二）。再說，甚至於在立法人所制定了的各刑罰當中，也有許多是不曾確切地規定的。所以我們曉得當時有許多不相同的刑罰是不能一例執行的，然而在一大部份的情形之下，那經文只普遍地說及死刑，却不提及應該怎樣處死。依照孫末楠（Sumner Maine）說，在原始的羅馬也是如此；犯罪的人們被告到民衆的會議裏，由民衆證明了犯罪的事實，同時纔用一條法律去規定

刑罰，這是民衆的最高權（註三）。又甚至於十六世紀，刑律的大綱乃是「刑罰的施行是由裁判官專斷的（*arbitrio et officio iudicis*）。不過，只不許裁判官在習用的刑罰之外再創造其他的刑罰」（註四）。這裁判官的權力的另一個作用乃在乎連犯罪行為的價值也完全由他估定，所以那罪名的本身也是不會確定的了（註五）。

（註一）*Deutéronome*, VI, 25.

（註二）人們曾經遇見一個人在安息日拾柴，「他們就把那人領去交給摩意斯（*Moïse*）與阿龍（*Aaron*）以及裁判會全體，結果是把他放進監牢裏，因為人們從前還不會說明應該怎樣處治他」（*Nombres*, XV, 32-36）——又有一次是一個人咒罵了上帝的名字。那些在場的人們把他捉住了，却不曉得怎樣處治他。摩意斯自己也不曉得，所以他去請教於上帝（*Lév.*, XXIV, 12-16）。

（註三）*Ancien Droit*, p. 358.

（註四）*Du Boys*, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, VI, 11.

（註五）*Du Boys*, *ibid.*, 14.

由此看來，這一類刑罰的有分別性的組織並非寄託在刑罰的規定上頭了。這也不是寄託在刑事訴訟律的一種組織上頭；上文所述的諸事實儘可以證明在很長的時間內刑事訴訟律是沒有組織的了。所以凡在有純粹的刑罰的地方就有的唯一的組織只能是法庭的設立了。無論法庭是怎樣組合的，無論牠包含人民的全體或只包括一部份的精英，無論牠在審判的時候與施刑的時候是否遵守一種有規則的訴訟法，我們都可以不管；我們只看那犯罪的行為不復由各人去裁判，却設立一個團體去裁判，我們只看那團體的反動力藉着一個確定的機關做媒介，我們就可以知道那反動力已經不是散漫的了；而是有了組織的了。那機關在將來可以成爲更完備些，然而在這時牠已經存在了。

所以刑罰是根本地寄託在那強度有等差的熱情的一種反動作用之上的，社會藉着一個有組織的團體爲媒介去把那反動作用施於那些違犯了某幾種行爲標準的社會份子的身上。我在上文對於罪惡所下的定義已經很容易地把這一切的刑罰的特性表現出來了。

三

意識裏的一切強的狀態都是生活的一個源泉，這是我們普通的生活力的要素。因此之故，凡是傾向於把那狀態弄弱的東西都能弄弱我們的生命；我們因此就會感覺不安或紛擾，恰像我們身上的一個重要的器官停止了作用或遲滯了的時候我們所感覺的不安或紛擾一般。所以當在一件事由使我們覺得有被弄弱的危險的時候我們就不免於起反動，也就不免努力排除那事由，好保存我們的全意識。

在那些能產生這結果的種種事由當中，第一就該數到一種相反的狀態所給予我們的意象。一種意象並不僅是事實的照片，也就不是那些事物所影射給我們心裏的一個死的影子；牠是一種力，而這力就能在牠的周圍引起了關於機體上的與靈魂上的各種現象的波瀾。非但那伴隨想像的神經流在那外殼帶裏牠所從生的一點的周圍巡繞，又非但從甲神經叢渡過乙神經叢裏，而且牠在那運動帶裏震動以確定了些動作，又在感覺帶裏喚起了些意象，有時候還激發了幻想的

開端，甚至於影響到那些生長的官能呢（註一）；那意象本身的強度越高，那感觸的原素越發達，那震動力也就越厲害。所以那與我們的情感相反的一種情感的影像在我們的腦裏進行的方向與樣子恰與那影像所代表的情感進行的方向與樣子一般；竟像那情感的本身進了我們的意識裏。實際上，那影像也有同一的和合力，雖則弱了些；牠傾向於喚起同一的思想，同一的動作，同一的感觸。所以牠就把一種抵抗力去障礙我們本人的情感的運行，後來就把我們的情感弄弱了，同時把我們的力量的全部份牽引到一個相反的方向去。這好像一種外力混進了我們的意識裏，阻止我們的靈魂上的生命自由地進行。因此之故，一種與我們相反的信心一在我們的意識裏顯現了之後就不能不擾亂了我們的心懷；這因為牠攻進了我們的心裏的時候，與牠所遇的一切都不能相容，以致形成真正的紛擾。固然，只在兩種抽象的思想互相衝突的時候，並沒有什麼很痛苦的現象，因為並沒有什麼很深的印象。這種思想在意識裏的位置是高超的，同時也是浮淺的，所以雖則突然受了變化，並沒有很大的反響，也就只能對於我們發生一些微弱的影響而已。但是，至於關涉到我們所愛的一種信仰的時候，我們就不許而且不能容許人家任意地觸犯我們了。一切對於我們

的信仰的觸犯都惹起一種情感上的反動，這反動的強度雖有等差，却總是反向那觸犯的人進攻的。我們生氣了，我們對他動憤了，我們恨他了，這樣惹起的情感是不能不藉行爲以表達的；所以我們就有逃避他，遠離他，把他驅逐出我們的社會之外各種行爲。

我當然不說一切的強烈的信心都一定是不能與其他的信心相容的；只普通的觀察已經足以證明是有相容的可能了。但如果能相容，就因剛纔我所述的結果所從來的原由已經被外來的一些原由弄成中性的了。例如兩個仇人之間可以有一種普通的同情，而這同情就包容了那仇敵性而且把牠減輕了。然而須得這同情心比那仇敵性更強些纔行，否則同情心還是不能存在的。要不然，就是兩個對手方都知道奮鬥是沒有結果的，於是雙方都放棄了戰爭，只各守各的地位就算了，這因爲他們不能互相摧殘，所以不得不互相容忍。兩個宗教戰爭的結果，有時候是以互相容忍收場，就往往是這一種性質。在这一切的情形之下，情感的衝突所以不產生牠的自然的結果者，這並不因爲牠不含有這些結果，只因牠受了阻礙，以致不能產生罷了。



再說，這些結果是有益的，同時也是必要的。牠們非但是勢必從那些產生牠們的原因裏出來的，而且要牠們纔能維持那些原因。實際上，這一切的熱烈的情緒都能喚起好些增補的力量，這些力量就把那相反的情感所排除了的力量還給那被打擊的情感。人們有時候說憤怒是沒用的，因為牠只是一種破壞的情緒；但這因為他們只看見憤怒的各種面目之一種罷了。其實牠的作用乃在乎激發那些潛伏的而且待用的力量，這些力量就來幫助我們個人的情感去應付那些危險。在和平的狀態的時候，這狀態並沒有很足量的兵力以為戰爭之用，所以假使沒有情緒上的後備隊在必要的時候上戰場來，則牠就有失敗的危險了。憤怒並不是別的，只是這些後備隊的動員令。甚至於有一層是很可能的：當那被召的後援超過了需要的時候，非但不足以動搖我們，而且爭持的結果竟可以使我們的信心更堅呢。

我們大家都知道一種信仰或一種情感的力量強度是多麼高的，這只因為那些互相接觸的人們共同地感覺得這種信仰或情感的緣故；這現象的種種原因在今日乃是大家都知道了的（註一）。我們須知，意識上的各相反的狀態乃是互相弄弱的，同理，意識上的各相同的狀態在互相

交換的時候却是互相弄強了的。相反的狀態相消的時候，正是相同的狀態相加的時候。如果有人  
在我們跟前陳述一個觀念是與我們的觀念相同的，那麼，那觀念在我們的心裏所形成的意象就  
加進了我們自己的觀念裏，層疊起來，混合起來，把自身所有的生活力都與牠相通了；經過了這一  
次混合之後，就生出了一種新的觀念，這新的觀念就吸收了上述的那些觀念，此後牠就比從前各  
觀念單獨存在的時候更強烈了。因此之故，在那些人數衆多的會場裏，一個人的感動竟能引起那  
麼厲害的回聲；這因為那在一人的意識裏所發生的情緒的強烈性已經震動了其他一切的意識  
了。我們甚至於不必由我們個人的性質去感覺着一種團體的情感熱後那情感在我們心裏纔能  
有那麼的強度；因為我們所加於那情感上的東西真不算一回事了。只要我們不是太硬的地皮，那  
情感從牠的來源所得的力量已經够攻進我們的心坎裏了。在同一的社會裏，罪惡所觸犯的那些  
情感既然是最有團體性的，牠們既然是共同意識裏特別強烈的狀態，牠們就勢必不能容忍那相  
反的事實。尤其是在那相反的事實不純然是理論的時候，在非但以言論表示相反而且以行爲表

示相反的時候，這事實就到了最高限度，我們就不會不挺起身子來，熱烈地反對牠。對於這種擾亂秩序的行爲，僅取恢復原狀的手段，我們覺得還不夠；我們要一種更強烈的滿意。那罪惡所觸犯的，那一種力量太强了，是不能很有節制地反動的。再者，假使牠不用強，就會衰頹下去的，因為牠所以能自己恢復而且在同一的力量程度上自己維持者，恰恰虧牠有了這反動的強度呢。

這麼一來，我們可以把這一種人家往往說是不合理的反動的一種特性加以說明了。我們可以斷定說在補贖的概念的深處總不免有滿足某種強權的一種觀念，這強權無論是實際的或意象的，總是比我們高超的。在我們要求壓止罪惡的時候，我們並不是要替我們自己報仇，我們只模糊地覺得我們的身外與我們的頂上有某種神聖的東西，我們要替這神聖的東西報仇。我們對於這神聖的東西的概念是隨時隨地變化的；有時候只是簡單的一種觀念，例如道德、義務等等；然而在最普通的時候我們把這東西設想成爲一種或數種具體的實物的形式，例如祖先、神明。因此之故，刑律非但在根本上是宗教的，而且始終還保存着某種宗教性的標識，因爲刑律的懲罰的行爲好像只是對於某種高超的東西的損害，無論這東西是實物或是概念。根據這同一的理由，我們就

可以明白。若依人類的純然的利益說起來，我們儘可以採取恢復性的制裁就算了，而我們要求一種更高的制裁者，就因為那些行爲是觸犯了更高超的東西的。

這意象當然是虛幻的；在某種意義上說，這顯然是我們替我們自己報仇，是我們自己求個滿意，因為那些被觸犯了的，情感顯然只是我們自己的東西。然而這幻象却是必需的。因為這些情感有牠們的團體性的來源，有牠們的普遍性，有牠們的永遠的綿延性，有牠們的固有的強烈性，所以牠們就有一種非常的力量，牠們根本與我們的意識分離，因為我們的意識上的各種狀態都遠不如牠們那樣強烈。牠們駕馭我們，牠們有些「超人」的什麼性質，同時，牠們把我們牽連在一些對象上頭，而這些對象却是在我們的有時間性的生命之外的。所以我們似乎覺得牠們好像一種外力在我們的意識裏發生回聲，而這力却是比我們的力更高超的。這麼一來，我們就不得不把牠們放到我們的身外去，把與牠們有關係的東西附屬於某種外物之上；這個性上的部份的放棄，在今日人們是知道怎樣的了。這幻象是那樣的，所以無無論在甲種或乙種形式之下，只須有了刑罰的制度，這幻象就會產生。若要牠不如此，除非我們的意識裏僅僅有一些強度平常的團體

情感，然而在這情形之下也就不會有刑罰存在了，我們豈不可以說等到人們醒悟了之後那錯誤就會自然地消滅了嗎？然而我們徒然曉得太陽是一個很大很大的星球，我們始終只能看見牠好像幾寸的圓鏡子。在我們了解了某事物之後儘可以藉此解釋我們的感覺，然而我們卻不能改變了我們的感覺。再說，錯誤也只是部份的罷了。這些情感既然是團體的，那麼，牠們在我們的意識裏所代表的並不是我們，而是社會。所以在報仇的時候，我們顯然是替社會報仇而不是替我們自己報仇，而且社會乃是高超於個人的東西。由此看來，人們把這補贖作用上的「差不多是宗教」的特性看做一種不關重要的贅物，這就錯了。恰恰相反，這纔是刑罰的不可缺的原素呢。固然，牠只對象徵的方式去表現刑罰的性質，但這象徵也不是沒有真相的。

從另一方面說，我們懂得那刑罰的反動作用並不是在一切的情況之下都是一樣的，這因為確定刑罰的那些感觸也不始終是一樣的。那些感觸的強度是跟着那被觸犯了的情感的強度與那觸犯的強度而異的。一種強的狀態比一種弱者狀態反動得更厲害些；就說同一強度的兩種狀態罷，如果觸犯的強度不同，牠們的反動力也就不同。這些花樣是勢所必然的，而且是有用的，因為

須使那些救援的力量與那危險的重要程度成正比例纔是好事呢。太弱了，就不夠用；太强了呢，却是濫用了。既然那犯罪行為的重度是跟着犯罪的原素而變的，我們到處觀察着的罪惡與刑罰之間的正比例就是很機械地成立了的，並不需要我們費了許多高明的心機去計算了。罪惡的等差的原素也就是刑罰的等差的原素；因此之故，這兩種等差就勢必相當，而這相當性非但是必需的，同時也是有用的。

至於說到這反動作用的社會性，牠是從被觸犯的情感的社會性裏生出來的。因為這被觸犯的情感乃是人人的意識裏所共有的，所以每次有人犯罪的時候，無論是親眼看見的或知道那事的都起了同一的憤怒。一切的人們都受了觸犯，所以一切的人們都挺身反抗。那反動的作用非但是普遍的，而且是團體的。「普遍的」與「團體的」並不一樣；那反動的作用並不在各個人的意識裏單獨地發生，都是共同的，齊一的，而且跟着各種情形而變的。實際上，相反的各情感是相拒的；同理，相同的各情感是相吸引的，情感越強烈，牠們相吸引也就越厲害。因為那觸犯的行為是一種令牠們發怒的危險，所以牠們的吸引力也就增加。一個人到了外國，就特別感覺得再見同國的人

們的必要；在自己的宗教被虐待的時代，就特別覺得傾向於同教的人們。固然，我們時時刻刻都喜歡有那些思想相同，感覺相同的人們做伴侶；但是，在一個辯論會裏，我們的共同的信仰受了強烈的打擊之後，我們出來尋找同志，就不僅僅懷着歡心，而且懷着熱情了。所以罪惡能把那些善良的意識弄得更親密，更集中。我們試看——尤其是在一個小城市裏——有人犯了某種醜事的時候，會發生甚麼情形就可以證明了。大家在路上停了脚步，大家互相拜訪，大家在適當的地點相會，爲的是談論那事件，而且大家一致地抱不平。在這些交換的相似的感覺裏，在這些互相表示的憤怒裏，有一種統一的憤怒生出來，這種憤怒的確定的程度要看情形，然而牠是一切人們的憤怒，已經不是各個人的憤怒了。這所謂公怒。

只有牠自己有些用處。實際上，這些當事的情感因爲是人人所共有的緣故就儘量地把牠們的一切力量放出來；因爲牠們是無異議的，所以牠們就勇不可當了。人們對牠們所以特別尊重者，就因爲牠們是人人所尊重的。然而我們須知，如果牠們真是被人人尊重，那麼，世上便不會有罪惡；所以罪惡二字就包含有「牠們並不絕對是團體的情感」的意義，於是就把那「一致性」——

牠們的權力的源泉——損害了。因此之故，在罪惡發生的時候，假使那些被罪惡觸犯了的意識不聯合去互相證明牠們始終還是一致的，去證明那特別的情形只是一種變態，那麼，牠們豈不會漸漸被動搖了嗎？然而牠們尚須互相保證牠們始終是一致的，藉此互相給予力量；而達到這目的的唯一方法乃在乎一致反動。簡單說一句。既然被觸犯的乃是共同的意識，就該是由共同的意識去抵抗，因此，那抵抗力就是團體的了。

我們現在只還該說那共同意識爲什麼有了組織。

我們要明白這特性，只須注意到那有組織的壓制與那散漫的壓制並不是對立的，牠們二者之間的區別只在乎程度的不同；在有組織的壓制裏，那反動作用更有一致性。我們試看那純然的刑罰所爲報仇的那些情感的性質更確定些，強度更高些，我們就可以很容易地知道那一致的作用更完善的原因了。實際上，那被否認的狀態如果是弱的或僅僅被輕輕地否認了的，那麼，就只能惹起那些被觸犯的意識的很弱的集中作用罷了；反過來說，如果那狀態是強的，如果那觸犯的行



爲是厲害的，那麼，那被犯的全團體就收縮起來，團結得很緊很緊，去對付那危險。人們不復滿足於遇着有機會的時候纔交換感想，在偶然的時或有相遇的方便的時纔隨便地互相接近；這因爲那漸迫漸近的感情作用很猛烈地把那些相似的人們推拉，令他們互相傾向，集合到同一的點。這團體的物質上的集中作用在把各人的精神迫得互相透入得更深的時候，同時也使那公共的一切動作更容易些；因此，各人的意識裏所發生的感觸的反動作用就有了取一致行動的種種可能條件了。不過，假使這些反動作用在質上或在量上是很分歧的，那麼，在那些不可約小的而且是部份地相異的原素之間，一種完全的混合作用竟是不可能的了。但是我們曉得惹起反動作用的那些情感乃是非常確定的，因此也就是很一致的。所以這些反動作用也有這一致性，而牠們自然也就互相浸漬而成爲一種唯一的合成力，這合成力就是牠們的替身。施行這合成力的並不是那些單獨的個人，有是有組織的社會團體。

有許多事實傾向於證明這在歷史上乃是刑罰的根原。我們曉得，在原始的時代，是全體人民的會議去執行法庭的任務的。如果我們參考上文所述的聖經前五卷的那些例子，我們就可見那

些事實的經過是像剛纔我所描寫的一般了。自從那犯罪的消息一傳出去了之後，民衆即刻集合起來；雖然當時的刑罰不是預先確定的，然而反動的作用還是一致的。甚至在某幾種情形之下，民衆宣告了判決文之後，立刻就由團體去執行那判決文（註一）。再者，凡在那會議寄託在一個首領的身上的時候，這首領就成爲刑罰的反動作用的機關的一部份或全部份，而且機關的組織乃是依照一切的進化的組織上的通例的。

由此看來，這顯然是團體情感的性質形成了刑罰，再申說起來，也就形成了罪惡。再者，我們又可見自從有了政府之後，政府所用的反動的權力只是從社會上的散漫的權力裏變化出來的，因爲牠是從那裏生長的。甲種權力只是乙種權力的反映；甲種的範圍的變化也像乙種的一般。再說，這權力的成立只爲的是維持那共同意識的本身。因爲假使那代表共同意識的機關沒有那意識的尊嚴與其所施行的特別權力，那麼，那意識的本身就會衰弱下去的。然而我們須知，那機關要維持牠的尊嚴，就非使那些觸犯牠的行爲也像觸犯團體意識的那些行爲一般地被打倒了不可，甚

（註一）依 Thonissen 說，有時候乃是罪惡的見證人們擔任一種很重要的行刑的職務。

至在那團體意識不是直接地受了影響的時候，那些觸犯的行爲終是該被打倒的。

#### 四

這樣看來，這個對於刑罰的分析已經證明我對於罪惡所下的定義了。我先用歸納法去證明了罪惡是根本地寄託在與普通意識裏的一些強烈而確定的狀態相反的一種行爲上的；剛纔我又說明刑罰所有的一切特性都是從罪惡的這種性質產生的，因此，刑罰所定的標準就表現那些最根本的社會相似性了。

我們從此就知道刑律所象徵的是哪一類的連帶性了。實際上，人人都曉得有一種的社會黏合性的原因乃在乎一切各個人的意識所湊合的一種共同的模型，而這模型不是別的，只是社會的靈魂的模型。在這些條件之下，團體裏的諸份子非但因爲相似而個別地互相傾向，而且他們還黏着於這團體模型的生存條件上，換句話說就是黏着於他們集合而成的社會上。非但那些國民相愛相求，勝於外人；而且他們愛他們的祖國。他們愛國也像他們相愛一般，他們務求國家長壽而

昌盛，因為如果沒有國家，他們的靈的生活的一部份的作用就會受了牽制了。反過來說，社會也務求他們把那些基本的相似性顯現出來，因為這是牠的黏合性的一個條件。我們是有兩種意識的：甲種只包括我們各人的那些個別狀態，由此顯出我們的個性；乙種所包括的那些狀態却是全社會所共同的（註一）。甲種只代表我們的個性，成立我們的個性；乙種却代表團體的模型，因此也就代表社會，因為社會沒有牠就不會存在了。當在乙種的意識裏的一種原素確定了我們的行爲的時候，我們行爲並不爲的是我們個人的利益，却是跟着團體的目標做去。然而我們須知，這兩種意識雖是有分別的，却又是互相連繫着的，因為嚴格地說牠們只是一體，牠們兩個只共有唯一的而且同一的有機的本體。所以牠們是有連帶關係的。從這裏生出了一種「固有」的連帶性；這連帶性既從相似性裏生出來，就把個人直接地係屬給了社會。我爲什麼提議把牠叫做機械的連帶性，這在下章我還可以說得更透澈些。這連帶性的作用非但在乎普遍地，無定地，把個人係屬於社會；

（註一）爲着簡單些說明，我只假定個人是僅僅屬於一個社會的。其實我們是許多團體的份子，因此我們就有許多的團體意識；但這種複雜的作用並不能改變了我此刻所證明的關係。

而且牠又把各人的動作弄成諧和的。實際上這些團體的動機既然是到處一樣的，所以牠們到處產生同一的結果。因此之故，每次牠們起了作用的時候，各個人的意志就自然地不約而同，而且往同一的方向去了。

壓止性的法律所表現的就是這連帶性，至少可以說是這連帶性所有的生活力。實際上，刑律所禁止而且認為罪惡的行為共有兩種：若不是這些行為在施為的原動人與團體的模型之間直接地顯示一種太厲害的相異性，就是牠們觸犯了普通意識的機關。無論在甲種情形或乙種情形之下，那侵犯了刑律的罪惡所觸犯着的力量始終是一樣的。這力量乃是最根本的社會相似性的產物，牠的作用在乎維持從那些相似性裏生出來的社會黏合性。刑律的作用就在乎保護這力量，以免一切他力的摧殘，一方面要求我們各人守着相似性的最低限度，因為沒有這最低限度的一些相似性之後，個人就會損害及於社會團體的統一性；另一方面又在保障那些相似性的時候，同時強迫我們尊重那表現相似性的一個象徵。

這麼一來，我們可以明白為什麼有些行為往往被公認為有罪，因此受了懲罰，然而這些行為

的本身對於社會却不是有害的。實際上，團體的模型也恰像個人的模型一般地是由很繁雜的原因——甚至於由偶然的遭遇形成的。團體的模型既是歷史上進化的產品，所以社會在歷史上所經歷的一切種種的境況都在牠的身上留下了標識。假使一切都是合於有用的目標的，那當然是不可思議的妙事；可惜那裏頭有許多原素插進了去，却是與社會的利益不發生一點兒關係的。在個人承受於祖父的或自己經世所得的種種傾向當中，當然有許多是毫無用處的，或得不償失的。固然，這些傾向是不會佔大多數的，因為在這條件之下人類就不能生存了；然而終有許多沒有用處的傾向支持着，又有許多傾向的用處是不容否認的，而牠們的強度却往往不與牠們的用處相當，因為牠們的強度有一部份是從別的原因裏來的。團體的情感就是如此的。那些觸犯團體情感的行為並非無論哪種的自身都是危險的，至少可以說危險的程度不及人們排斥的程度。然而人們對於那些行為的排斥終不免有存在的理由；因為無論這些情感的來源如何，如果牠們成爲團體模型的一部份的時候，尤其是在牠們成爲基本的原素的時候，凡是搖撼牠們的東西都不免同時搖撼及於社會黏合性，因此就連累了社會。我們本來用不着牠們出世的；但到了牠們出了世而

且壽了若干時期之後我們就不管牠們是無理的我們務必需要牠們繼續地存在所以就普通說我們對於觸犯牠們的那些行爲，應該不寬容纔好。固然，在抽象的理論上，我們儘可以證明一個社會毫無理由去禁止人家吃某種肉，因爲肉的本身是不觸犯什麼的。然而一到了這對於那肉的厭惡成爲普通意識裏的全分的時候，如果牠一消滅了，社會就會解體——這乃是那些健全的意識所隱隱地感覺到的（註一）。

至於刑罰也是如此。牠雖則發源於非常機械的一種反動作用，這作用是情感的，而且有一大部是不待考慮的，然而牠終不免負有一種有用的任務。不過，這任務不是在人們普通所看到的地方的。牠的用處不在乎——或只很次要地在乎矯改那罪人與威嚇那些學樣的人們；在這兩點上，牠的效驗是很可疑的，總而言之，是沒有多大價值的。牠的真正的作用乃在乎在普通意識裏維持着牠的一切的生活力，同時也就維持了社會的黏合性，不使有一點兒缺欠。這普通意識在明明白白地被人否認的時候，假使沒有共同的一種情感上的反動作用來補救這損失，那麼，那意識勢必喪失了好些力量，結果是使社會的連帶性鬆懈了。所以當在普通意識被人否認的時候，這意識就

該轟轟烈烈地自己是認，而是認的唯一方法乃在乎表示一致的仇視，這仇視的心理被那罪惡繼續地惹起，於是那表示仇視的正式的作用只能寄託在對於原動人所處分的一種痛苦之上。所以這痛苦雖則是生牠的原因的必然的產物，同時也不是無理的殘忍行爲。這一種表示可以證明團體的情感始終是團體的，衆心對於同一的信仰的一致性仍舊完全存在，因此牠就把那罪惡所給予社會的損害補救了。因此之故，人家說罪人所受的痛苦應該與他的罪惡成爲正比例，實在說得有理；而那些反對刑罰帶有補贖性質的理論，在許多人的心理上似乎覺得是破壞社會秩序的了。實際上除非某一個社會裏的普通意識差不多都被毀滅了，否則這些理論是不可實行的。假使

(註一)這並不是說我們看見某一種刑律在某時期曾經與某種團體情感相當我們就應該永遠保守着。那情感應該還是生動的，有力的，然後那刑律纔有存在的理由。如果那情感已經消滅了或衰弱了，我們還想用人工而且用強力去維持那刑律，這非但徒勞無功，甚至於是有害的。更進一步說，某一種成法在從前乃是普通的了，而且妨礙一些新的而且必需的規則的成立，那麼，我們甚至於應該把這成法推翻了纔行。但這是關於立法的問題，我們不用



沒有這必需的滿意，人家所謂道德上的意識就不能保存了。我們可以說刑罰尤其是預備施行在善良的人的身上的，這並不是不近人情的話；因為刑罰的作用既然在乎醫治團體情感所受的創傷，那麼，牠只能在這些情感所存在的地方履行牠的任務，而且只能在這些情感還生動的時候。固然，我們在那些已經被搖撼的心理裏防備對於團體的靈魂的一種新打擊，儘可以阻止那些謀害案增加；但這結果雖是有用的，却只是特別的一種反響罷了。簡單說一句，若要對於刑罰得一個正確的觀念，就該把人們對於刑罰的兩種相反的理论融爲一爐：甲種說刑罰是一種補償，乙種說刑罰是保護社會的一種利器。實際上，刑罰的作用當然在乎保護社會，但却因為牠是補贖的，然後能保護；從另一方面說，刑罰所以該是補贖的者，這並不是憑着什麼神力把痛苦去贖罪過，而是因為牠要在社會上產生有益的结果就非依着這條件不可（註一）。

這一章的結論乃是：有一種社會連帶性存在。而這連帶性所以存在，是因為意識裏的某幾種狀態是同一的社會的諸份子所共同的。在物質方面刑律所表現的乃是這連帶性，至少可以說是這連帶性裏所有的基本部份。牠在社會的普通積分裏所有的分子顯然是屬於共同意識所規定

與包含的社會生活的或大或小的範圍。越有種種不同的關係，這意識在那些關係裏顯示牠的作  
用，那麼，牠就越發把個人緊緊地繫屬於社會；因此，那社會黏合性也就越發完全地從這原因生  
來，而且帶有這原因的標識。但是，從另一方面說，那些關係的數目也與那些壓制的規條的數目成  
爲正比例的。我們如果確定了在法律機關裏是哪一部份代表刑律，我們就可以同時測量這連帶  
性的重要的程度了。固然，我們用這方法，不會知道共同意識裏的某幾種原素，因爲這些原素太弱  
了，或太不確定了，所以牠們雖則能助社會的諧和，却不免與刑律是沒有關係的。這就是那些純然  
沒有組織的刑罰所保護的那些原素。然而在法律的其他各部份也是如此；沒有一部份不是由風  
俗去補足的。但是我們既然沒有理由去假定法律與風俗的關係在這些種種不同的範圍裏不是  
一樣的，那麼，我這樣撇開不提，也不至於弄壞了我們的比較所得的結果的。

（註一）在我們說某種刑罰有存在的理由的時候，我們並不是說牠是完善的，是不可改良了的。恰恰相反，我們顯然  
覺得刑罰是從一大部份的非常機械的原因裏生出來的，所以牠對於牠的任務是很不恰當的。關係只在乎就大多數

去證明。

### 第三章 由分工而成的連帶性——或名有機的連帶性

#### 一

恢復性的制裁的性質的本身已經足以證明與這法律相當的連帶性乃是純然另一類的了。這制裁所以區別於壓止性的制裁者，因為牠並不是補贖的，只是「把事物弄妥」的。違犯這法律或否認這法律的人並不受一種與他的罪惡成正比例的痛苦；他僅僅被判決去服從法律，如果已經有了完成了的事實，那裁判官只把那些事實恢復到牠們應該成爲的樣子。他只說法律却不說刑罰。那些賠償損失的處分並沒有刑罰的性質；這只是回到過去的歷史上，儘量地把那過去的事實恢復到常態的一種方法。泰特先生 (Tate) 以爲在民事訴訟裏，訴訟費始終是由敗訴

人負擔，這就是一種刑罰性，真的，不錯。但若就這意義上說，刑罰這名詞只是借意的了。若要有刑罰存在，至少須在懲戒與罪過二者之間有某種比例；若要有比例，就非先嚴格地建立罪過輕重的階級不可。然而實際上，敗訴的人一定要負擔訴訟費，那怕他的用意怎樣純潔，那怕他只是因為不知法而犯了法的，這都不管。所以這規則的理由似是完全兩樣的：既然裁判不能不需費用，所以把那訴訟費用歸那惹起訴訟的人負擔似乎纔是公平的道理。再者，因為人們畏懼負擔這費用的緣故，也許可以遏止那些胡亂的訴訟，然而這並不足以成爲一種刑罰。譬如一個商人在懶惰或忽略以致有破產的憂慮的時候，儘可以變爲勤快些，專心些；然而依純粹的字義上說，破產並不是他的過失所致的刑罰上的制裁。

不遵守這些規律的行爲甚至於不是受沒有組織的刑罰處分的。敗訴的人並不受了恥辱，他的名譽並不受了汙點。我們甚至於可以設想這些規律變了別的規律也不至於令我們不平。我們一想到一個兇手被赦，心中頓覺不平；然而我們儘可以容許那承繼法稍有變更，甚至於有許多人覺得承繼法是可以取消的。這至少是我們不怕辯論的一個問題。同樣，我們也不反對地役權與使

用收益權的組織另變一個樣子，買賣人的義務另變一個方式，或行政上的種種職務另依其他的原理去分配。這些規條既然不與我們的任何情感相當，我們又往往不能根據科學去認識牠們存在的理由，因為這種科學並未成立；所以我們的意識裏並沒有這些規條的根源。固然，這上頭不免有些例外。譬如一種與風俗相反或由強力與詐術獲得的契約是不能由兩方訂立的，因為我們一念及這些行為就覺得不能寬容。所以在輿論遇着這類情形的時候，就不像我剛纔所說那樣不關心，而且因為責備之故也就加重了法律上的制裁。這因為道德生活上種種不同的區域並不是根本上互相分離了的；這些區域是相連的，所以就有許多交界的地方，而種種不同的性質都混雜在那交界上。不過，上文所述的定理在普通大多數的情形之下乃是真的。證據在乎那些恢復性的制裁的規律並不歸屬於團體意識的範圍，或在團體意識的範圍裏只是很弱的狀態。壓止性的法律與心相當，與同意識的中心相當；至於純然道德上的標準就已經是不很居中的意識部份；又說到恢復性的法律，則更在離中心很遠的地方發生，而且擴張到普通意識的範圍以外了。牠越變為真的牠自己，也就越遠離了同意識了。

再者，由牠的作用的方式看來，則這特性便更顯明。壓止性的法律傾向於仍舊在社會裏保存着散漫的狀態；至於恢復性的法律所組織的機關却一天比一天專門：有商務法院，有工事仲裁委員會，還有種種的行政法院。甚至在牠的最普通的部份說起來，換句話就是在民律說起來，牠也虧了專門的職務然後能施行牠的作用；譬如法官，律師等等，他們也虧了專門的學識然後變為能勝任這些職務的人呢。

但是，這些規律雖則差不多是在團體意識的範圍之外的，然而牠們並不僅僅與各個人發生關係。假使是僅僅與各個人發生關係，那麼，恢復性的法律竟與社會連帶性毫不相關，因為這麼一來，牠所處置的只是個人與個人之間的關係，便不會把個人們繫屬於社會了。那麼，這豈不也像友誼的關係一般地只是私人生活上的簡單事件嗎？但是，在這法律生活的範圍裏，社會是決不會沒有關係的。固然，在普通的時候，社會並不把自身的動作去干預；牠要等待各有關係的人們先去要求牠。但是，牠既受個人的要求，牠也就是機體裏的主要機件，因為只有牠能使法律發生作用。是牠藉着牠的代表的機關去宣說那法律。

然而人們說這任務並沒什麼純然的社會性，只是調解私人利益的一種任務罷了；因此，無論哪一個個人都能任這任務，其所以由社會去擔任者，僅僅爲的是方便的理由。但是，把社會看做當事人之間的第三仲裁人，這是最不對的。當牠被要求出來干預的時候，並不爲的是把個人的利益調停；牠並不尋求一個在仇敵兩方爲最有利益的一個解決，也不提議一個仲裁；牠只把法律上的傳統的而且普通的那些規條應用在由牠處分的一個特別情形之上。我們須知，法律乃是富有社會性的東西，除了訴訟人的利益之外還有其他的目的。那審判一件離婚案的裁判官，並不管這次的離異是否真的於夫婦兩方有利；他只問那被引用的理由是否歸入法律所規定的種類裏罷了。但是，爲着要好好評定社會作用的重要，非但該在那制裁實行的時候，或在那被擾亂了的關係被恢復了之後加以觀察，而且我們應該在那關係成立的時候就加以觀察了。

這種法律所統治的，當事人兩方的同意不能創立而且不能變更的許許多多的法律上的關係，必待社會的作用去創立或變更。尤其是兩個人的情況的關係是如此的。譬如婚姻雖是一種契約，然而夫婦兩方並不能隨便締結了這契約，也不能隨便取消。一切家屬的關係都是如此；尤其是

行政法所規定的一切關係。固然，純然契約性的義務是可以僅僅由當事人的同意而創立或取消的。但是我們不要忘記了：那契約所以有連繫的能力者，却是社會傳達給牠的能力。假定社會不把締結了的契約加以制裁，那麼，這些契約只變成了簡單的約言，而這些約言就僅僅有道德上的權力了（註一）。所以一切的契約的意義都是在締約的當事人的後方還有一個社會在那裏時時刻刻預備干涉，好教他們尊重那些締結了的契約；因此，社會也就只肯把這強迫的力量用在那些自身有一種社會價值的契約上頭，換句話說就在那些依照法律的規條而締結的契約上頭。下文我再說有時候牠的干涉作用還是更積極的呢。所以，在恢復性的法律所確定的一切關係裏，甚至在那些好像完全是私人的關係裏，還是有社會存在的。牠的存在，雖則是人們所不覺得的——至少是在平常的情況之下是人們所不覺得的，然而却還是一個要素（註二）。

（註一）而且這道德上的權力也是從風俗上來的，換句話說就是從社會裏來的。

（註二）我在這裏只能作普通的說明，只能說恢復性的法律的一切形式的共同點。在下文（同卷第七章）我再舉無數的證據，證明那與分工制所產生的連帶性相當的恢復律。



恢復性的制裁的規條既然是與共同意識沒有關係的，那麼，牠們所確定的關係就不是無分別地達到一切人們的那些關係了。這些關係並非在個人與社會之間直接成立的，却是在社會上牠們所連繫的一些特別的而且有限的部份之間直接成立的。但是，在另一方面說，這裏頭既然還有社會存在，牠就不能不發生多少的關係，牠就不能不感受到多少的反響。於是牠隨着牠感受的熱度的高低，以定牠干涉的遠近強弱的程度，而且是由代表牠的那些特別機關做媒介去干涉的。由此看來，這些關係就與壓止性的法律所規定的關係大不相同；因為壓止性的法律所規定的關係並不用媒介，却是直接地把個別的意識連繫於團體的意識，換句話說牠就是把個人連繫於社會。

然而恢復性的法律所規定的關係却可以有兩種很不相同的形式：第一種是消極的，而且以純然的禁戒爲止境的；第二種是積極的，或是有合作性的。因有這兩種的形式，就生出了兩類的規條，而這兩類的規條又與兩種的社會連帶性相當，這是我們所不可不辨別的。

## 二

在消極的關係裏可以做模型的便是那把事物與人連合的一種關係。

實際上，事物也像人們一般地是社會的一部份，也在這裏頭任一種特別的任務；所以牠們與社會機體之間的關係也非確定不可。因此我們可以說世上有一種事物的連帶性，而這事物連帶性的性質頗為特別，很可以由一些很有特性的法律上的結果去顯現出來。

法學家把權利分爲這麼兩種：第一種叫做對物權，第二種叫做對人權。所有權與抵押權屬於第一種，債權屬於第二種。對物權的特徵乃在乎只有這一類的權乃是有偏愛的，有次序的。在這情形之下，我對於某物有了權利，就絕對不容任何後來的人對於那物再有權利。譬如一種財產先後被抵押於兩個債權人，那第二次的抵押絕對不能損及絲毫那第一次的抵押權。再從另一方面說，如果我的債務人把已經抵押給了我的某物賣給了別人，我的抵押權毫無損失，而那第三佔有者倒反應該賠償我，或失了他所獲得的東西。我們須知，事情所以能如此者，必須以那法律的關係不

用他物爲媒介而直接地把該物連合於我的法律上的人格纔行。由此看來這優先的地位乃是與事物相宜的連帶性的結果了。反過來說，當權利是對人的的時候，那對我負債的人儘可以另訂其他的契約，替我造成了一些共債權人，而這些共債權人的權利是與我的權利相等的。雖則我的債務人所有的一切財產都是我的抵押品，但是如果他把那些物品變賣，他的財產變少了，因此我的抵押品也變少了。這理由乃在乎這些財產與我之間沒有關係，只是牠們的主人的個人與我自己的個人之間發生關係罷了（註一）。

由此我們可以知道這「物的連帶性」寄託在什麼上頭了：牠把物直接地連繫於人，却不把人連繫於人。充其量而言，一個人儘可以設想世上只有自己一人存在，而行使他的對物權，不顧及世上還有別的人們。由此看來，物所以能成爲社會的積分者，全靠人爲媒介，因此，由這積分生出來的連帶性就是純然消極的了。這連帶性並不能使各人的意志齊向共同的目標進發，只能各物在人們的意志之間順着秩序傾向於某一點。因爲對物權是這樣有界限的，所以相互間沒有衝突；仇敵的行爲是避免了，然而沒有主動的互助，沒有合作的功能。我們假使那些對物權是完全可以相

安的；又假定只有這相安的情形存在社會裏；那麼，這只好像一個很大很大的星團，星團裏每一顆星都循着自己的軌道走，不擾及鄰星的動作。這樣的一種連帶性並不能把牠所連接的各原素合成一體而取一致的行動；牠對於社會團體的一致性，是絲毫沒有幫助的。

依照上面所說，我們就容易確定那與這一種連帶性相當的恢復性的法律的一部份是什麼了：這乃是對物權的全體。我們須知，依上文的定義看來，所有權乃是這裏頭的最好的模範了。實際上，在物與人之間的最完全的關係，莫若把物完全地歸屬於人。不過，這種關係的本身，也就是很複雜的；牠所由成的種種不同的原素，可以變為種種不同的副屬的對物權，例如使用收益權，地役權，使用權，住居權等。所以我們畢竟可以說對物權所包括的所有權，有種種不同的形式（文學所有權，藝術所有權，工業所有權，動產所有權，不動產所有權）；而且有種種不同的特別方式，例如法國

（註一）人家有時候說父親的資格與兒子的資格等等，都是對物權上的對象（看 Ortolan, Instituts, I, 60）然

而這些資格只是種種不同的法律的一些抽象的概念，有些是對物的（例如父親對於未成年的兒女的權利）有些却是對人的。

的民律第二卷所規定的。除了這一卷之外，法國的法律還承認其他四種的對物權，但這四種只是對人權的偶然的替代者或補助者而已；這就是動產抵押權，使用抵押權，優先權，不動產抵押權（第二〇七一條至第二二〇三條）。此外我們還該加上一切與承繼權有關係的及與遺囑權有關係的，因此當然又要加上一切與失蹤有關係的，因為當失蹤被宣告了之後就有一種暫時的承繼權發生了。實際上，遺產乃是一件事物或許多事物的全體，那些承繼人與那些奉遺囑承繼人對於這些事物都有一種對物權，無論這權是在物主死後由那些當然承繼人獲得的，或待經過了法律的手續然後取得的，例如不直接的承繼人與特別名義的奉遺囑承繼人都歸此類。在這些情形之下，法律的關係並非直接地成立於一人與一人之間，却是直接地成立於一人與一物之間。遺囑的贈與也是同一的理由；這只是物主對於他的財產使用他的對物權，至少是對於財產裏的得贈部份使用他的對物權。

但是還有一些人與人的關係並不能說是對物的，而牠們却比上述的那些關係是一樣消極

的，而且表現同一性質的一種連帶性。

先說那些純然對物權所致成的那些關係罷。實際上，特物權發生作用的時候往往使那些有權的人們成爲對人的關係，這是難免的。譬如在乙物添加於甲物之上的時候，甲物是被認爲主要的，於是甲物的主人同時也就變爲乙物的主人；不過，「他應該把那被連合了的乙物的價值償還那乙物的原主」（第五六六條。）這一種義務顯然是對人的了。同理，在一個地主要建築一道界牆的時候，他應該向那共所有權者賠償損失（第六五八條。）一個特別名義的奉遺囑承繼人應該向那普通承繼人取得那遺贈的東西，雖則自從那立遺囑人死後他對於那東西已經有權了（第一〇一四條。）但這些關係所表現的連帶性與我剛纔所說的那連帶性並沒有什麼不同：實際上，這些關係的成立，也爲的是補償或避免一種損害。假使每一對物權的所有者都能始終使用他的權而不至於逾限了他的權限，那麼，各在各地的地方，也就不會發生法律上的任何軋轢了。但是，事實上，這些種種不同的權利往往是錯綜到了極點，若要行使某一種權利，往往就不能不僭及那些交界的幾種權利。在這裏，我對於這東西有一種權利，而這東西却在另一人的手裏；這是在遺囑

案裏往往發生的情形在那裏我要享受我的權利就不能不損害及他人的權利這是在某幾種地役權的案子裏往往發生的情形。所以必須有一些關係去補償那損失（如果成了損失的話）或避免那損失；但這些關係並不是積極的。牠們並不使牠們所聯絡的人們互相協助；牠們並不包含有任何的合作的功能。在新發生的種種條件之下，牠們只能補償或維持那被環境擾亂了作用的消極連帶性。牠們非但不去連合，反把那被事物的力量連合了的東西好好地隔開，爲的是把被侵犯了的界限重新建立，把各人仍舊放回他自己的權力範圍裏。牠們非常地像那些物與人之間的關係，所以編制法律的人們並不另給牠們一個位置，只把牠們與對物權放在一塊兒。

末了說到從犯法行爲或準犯法行爲生出來的那些義務也純然是同樣的性質的（註一）。實際上，牠們強迫着各人去補償因爲過失而致成的對於他人的法定利益的損害。由此看來，牠們是對人的了；然而與牠們相當的那種連帶性顯然還是消極的，因爲牠們的目的並不在乎取利，却只在乎免害。牠們所判分離的那一個關係純然是外部的。這些關係與上述的那些關係之間的分別僅是在甲種情形之下，關係的斷絕乃是從一種過失上來的，在乙種情形之下，却是從法律所預先

規定了的案情裏來的。然而被擾亂了的秩序乃是一樣的；所以結果並不是一種協助，而是純粹的一種禁戒（註二）。再者，從這種損害裏生出了那些義務，而受損害的那些權利的本身已經是財物的了；因為我是我的身體的所有者，是我的健康的所有者，是我的人格的所有者，是我的名譽的所有者，比之那些歸屬於我的物質上的東西，名義上，方式上，豈不是一樣的嗎？

總而言之；與對物權有關係的那些規律，以及與對物權所致成的那些「人的關係」有關係的那些規律，共成一種確定的系統；這一系統的作用非但不在于把社會上的種種不同的部份合攏來，倒反在乎把牠們一一隔開，替牠們立了顯明的界限。由此看來，這一系統的法律並不與積極的社會關係相當；就說剛纔我所用的「消極的連帶性」一個名詞也不是十分確切的名詞。這連帶性並沒有一種自身的生命與一種特性，所以並不是一種真正的連帶性；牠所有的只是一切種

（註一）見民律第一三八二至一三八六條——關於分取財的律例也可歸入此類。

（註二）不實行契約的立約人也被判賠償對手方的損失。但是，在這一種情形之下，那些損害的賠償却是積極關係上的制裁。這並不因為損害了然後那違犯契約的人被款罰，却只因爲他不曾實行他的約言。



種連帶性裏的消極一方面罷了。若要一個全體是黏合的，第一條件就是：那些構成全體的各部份不起不諧和的動作，不互相衝突。然而這外部的諧和並不發生黏合作用；恰恰相反，牠還需要黏合作用呢。凡有消極的連帶性存在的地方必有另一種積極的連帶性存在；消極的連帶性乃是那積極的連帶性的結果；同時也是牠的成立條件。

實際上，個人的權利，無論是對人的或對物的，苟非藉着妥協與雙方讓步便不能確定；因為若把這權許給了某甲，則某乙勢必放棄了這權。人家有時候說個人發展的平常的範圍是由人格的概念致成的（康德的主張），或說是由個體組織的概念致成的（斯賓塞的主張）。這是可能的，雖則這些推論充其量說起來却是很可反駁的。無論如何，我們可以斷定，在歷史的事實上，道德並不是以這些抽象的理由為基礎而成立的。事實上，吾人承認了他人的權利，非但是在理論上承認，而且不去使用他人的權利，這非吾人先願意劃定了自己的權限不可；若要互相劃分權限，就非有諧和的而且諒解的精神不可。我們須知，如果我們假定各個人們羣聚着，是沒有先發生的關係在他們相互間的，那麼，什麼理由能令他們有這些相互間的犧牲呢？說他們需要和平相處嗎？然而和

平的本身並不比戰爭更值得人們希望。戰爭也有牠的任務與利益。從前不是有過許多民族是熱心於戰爭的嗎？現在不是時時刻刻還有些個人是熱心於戰爭的嗎？戰爭所滿足的本能並不比和平所滿足的本能弱了些。固然，疲倦可以使仇敵兩方停戰一時，然而那有時間性的疲倦一去了之後，這簡單的休戰狀態也就不能長久。有一個理由更可以證明由強力制勝所致的解決也是如此；這些解決是暫時的，靠不住的，恰像國際間休戰的條約一般。除非由社交可能性的某種關係去連合個人們，否則人類是不需要和平的。在這情形之下，那使人類互相傾向的情感自然會把自私心節制着，不許牠發作；又從另一方面說，那包含個人的社會若要生存，就先須各個人不相衝突以致時時刻刻搖撼着牠，所以牠就用全力壓着他們，迫他們作必要的讓步。固然，我們有時候看見有些獨立的社會互相磋商，要確定牠們各方的對物權，換句話說就是要確定牠們的地界。然而這些非常不固定的關係恰恰是一個很好的證據，可以證明那消極的連帶性的本身是不夠用的。在今日的開化的各民族中間，牠所以似乎更有力量者，那藉以規定歐洲各社會的對物權的國際法，所以也許比古時更有權威者，這恰因歐洲各國已經很不像古時那樣不相連屬了；這因為在某幾方面

說，這些國家都變了同一社會的份子；這社會固然還沒有黏合力，但牠已經漸漸認識自己了。人們所謂歐洲的均勢就是這社會的組織的開端。

人們習慣了很小心地把公理與博愛分別清楚，換句話說就是把那對於他人權利的尊重心與那超過了這純然消極的作用的一切行爲分別清楚。人們把這兩種實施看做道德上的不相附屬的兩層：只有公理自己是道德的基礎；博愛只是道德的冠冕。這區別既是這樣澈底，所以依某一種倫理學的信徒們說，若要社會的生命好好地施展功能，只有公理是必需的；至於無私的美德却只是一種私人的德行，這德行在個人實行原是的，而社會却並非少不了牠的。甚至於有許多人看見這種德行插進了公共的生活裏未免就心。然而依上文看來，這見解與事實是多麼不相符合的啊。其實若要人類互相承認各人的權利，互相保證各人的權利，就先須他們相愛，就先須他們爲着某一個理由而接近他人，而接近他們所屬的社會。公理裏完全是博愛。若仍舊用剛纔的名詞說起來，消極的連帶性只是另一種積極的連帶性所生出來的一種結果；這是從另一個源泉出來的。社會情感在這對物權的範圍裏所起的反響。所以牠沒有一點兒什麼是牠所固有的；這只是一切

種種的連帶性所應有的附屬品罷了。凡是人們過共同生活的地方勢必有牠，無論是共同生活的來源是由於社會分工抑或由於人類因相似而相傾向。

### 三

如果我們把剛纔所說的那些規律除開不算，那麼，恢復性的法律裏所餘的另成爲一個確定的系統，這系統就包括家庭法，契約法，商法，訴訟法，立憲行政法。在這上頭被規定了的關係與上文所述那些關係的性質完全是兩樣的；這些關係表現一種積極的協助，表現一種根本上從分工制裏生出來的合作。

家庭法所解決的那些問題可以分爲下列的兩種模型：

- (一) 家庭裏的種種任務是誰負擔？誰是丈夫，誰是父親，誰是嫡子，誰是保護人……
- (二) 這些任務與牠們的關係的平常模型是什麼？

答覆第一問題的乃是確定締結婚姻所必需的條件與資格的那些條文，又使婚姻有效的必

要程式，法定父子關係的條件，私生子，繼子的條件，保護人當選的方式等等。

第二問題恰恰相反。解決第二問題的乃是規定夫婦兩方的權利與義務的那些條文，又遇離婚時他們的關係的規定，婚姻無效的規定，夫婦別居與夫婦分產的規定，父權的規定，繼子制的效力的規定，保護人的管理權以及他與那被保護人的關係的規定，家族會議對於保護人與被保護人的任務的規定，又遇褫奪用財權時，或遇需要裁判輔助人時，親屬所應有的任務的規定等等。

這一部份的民律的目的乃在乎確定家庭裏的種種任務分配的方式與這些任務相互間的關係應該怎樣；這就是說牠表現一種特別的連帶性，這連帶性連合一家的諸份子，因此也就連合了家庭分工的諸份子。當然，人們不很習慣於把家庭這樣觀察；大家往往以為家庭的黏合力是絕對地從情感的相似與信仰的相似而成的。實際上，在家族團體的諸份子之間有這許多共同的事物，以致各個人所任的工作的特性是容易被我們忽略了；因此孔德家庭的結合是沒有一趨向任何目標的繼續的而且直接的合作思想」的（註一）。但是，我在上文已經大略地把家庭裏的裁判機關的要點說過了，這機關就可以證明這些任務上的區別與牠們的重要了。自從原始以來，家

族的歷史甚至於只是一種不停止地趨向於分解的狀況；這些種種不同的職務在起初是混而不分的，後來却漸漸分離，漸漸獨立，依照親屬裏各人的年齡、性別、互屬的關係等，去分配職務，好教每人在家族團體裏成爲一個特別的職員（註二）。這家族的分工非但不是附帶的次要的現象，而且牠還是家庭發達的要素呢。

分工與契約法的關係也是一樣顯明的。

實際上，契約就是合作的功能在法律上的最顯明的表現。固然，世上有些所謂恩惠的契約，這上頭只有一方面是受契約束縛的。譬如我無條件地把一件東西給了別人，又如我不受報酬地受人寄託錢財或寄託權力，因此我的義務乃是顯明而且確定的。不過，在立約人兩方之間並沒有純然的協助，因爲只有一方是負責的。然而在這現象裏並非沒有合作性的；不過這合作是片面的而且不受報酬的罷了。贈與是什麼？豈不是一種沒有相互間的義務的交換嗎？由此看來，這一類的契

（註一）見 *Cours de Philosophie positive*, IV, p. 419.

（註二）看下文對於這一點的幾處說明（同卷第七章）。

約只是真正合作的契約一種變相罷了。

再者，這是很罕見的；恩惠的行爲由法律去規定，這只是個例外。至於其他的契約，乃是居大多數的；牠們所生出來的那些義務乃是交互關係或相互義務，或已經實行了的約言的關係。甲方的約言由於乙方已經有了約言，或由於乙方對於甲方已經效勞（註一）。我們須知，須在有合作性的地方然後這相互義務纔能發生；而且有了合作就同時有了分工的作用。實際上，合作就是把共同的工作分担，如果這共同的工作裏所分的各工作雖則是互相需要的，而在性質上却是相似的，那麼就有簡單的分工，或第一等的分工。如果這些工作是性質不相同的，那就有組合的分工，也就是純粹的分門別類。

再說，這合作的最後形式也就很是契約所常常表現的形式。世上只有一種契約是有另一種意義的，這就是會社的契約；也許婚姻的契約也歸此類，因為婚約是確定夫婦分担家庭的費用的。但是，其所以能如此者，先須那社會把各社員放在同一的水平線上，又須他們的關係是同一的，他們的任務也是同一的；而在婚姻關係裏，這情形決不能確切地表現，因此也就不能在夫婦分工制

裏表現。在這很少的種類的跟前，我們應該以大多數的契約來比較，那些契約的目的都在乎把種種不同的個別的任务互相適合：例如買賣人之間的契約，交換的契約，資本家與工人的契約，借人與借主的契約，放債人與借款人的契約，存款人與受存款人的契約，旅館主人與旅客的契約，委託人與受委託人的契約，債權者與借債人的保人的契約等等。從普通上說，契約乃是交換的象徵；所以斯賓塞先生能說一個生物的機體裏種種不同的器官之間時時刻刻發生的交換材料的作用乃是生理上的契約（註二）。然而我們須知，交換就始終需要稍為發達的分工作用。固然，剛纔所說的那些契約的性質還頗普通。但是我們不可忘記：法律所表現的只是社會關係的普通的輪廓，而這些輪廓在團體生活的種種範圍裏都是一樣的。所以這些契約的模型當中每一個模型都包含有許多更特別的模型，那大模型就算是那些小模型的共同的標識，同時牠又規定牠們；然而在許多更特別的任務之間又成立了一些特別關係。由此看來，這大模型雖則是相對地簡單，而牠

（註一）例如取息的借貸。

（註二）見 *Bases de le morale evolutionnis'e*, p. 124, Paris, F. Alcan.



已經足以把牠所包括的事實的非常複雜的形態表現出來了。

再說，這任務上的分門別類，在商法裏便更顯明。商律尤其是規定特別與商業有關的契約的；例如買辦人與委託人的契約，運貨人與寄貨人的契約，持匯票人與出票人的契約，船主與他的債權人們的契約，船長與船員們的契約，租船人與租主的契約，保險人與被保險人的契約等等。然而就在這上頭說罷，那法律上的規條的相對普通性與那些規條所規定的種種個別任務的複雜性相差很遠，我們只須看習俗在商法裏所佔重要的地位就可證明了。

當商法不規定那些純粹的契約的時候，牠就確定某幾種特別任務應該如何施行，例如證券買賣經紀人，掮客，船長，遇商店倒閉時的公斷人等等的任務，這都為的是保全商業機關裏的一切部份的連帶性的。

訴訟法——無論是刑事訴訟，民事訴訟，商務訴訟——在法律機關裏也有同樣的作用。無論哪一種的法律上的制裁，非賴某幾種職務就不能實施，而那些職務就是法官，律師，代言人，陪審員，

原告，被告等等。訴訟法乃是規定這些職務應該怎樣發生作用與應該怎樣發生關係的。牠說明這些職務是怎樣的職務，又說明每一職務在那機關的普通生活裏是佔哪一部份的。

我們似乎覺得：如果要把法律作合理的分類，訴訟法就只該被認為行政法的一種變相。我們不看見司法上的行政與其餘的行政在根本上有什麼差別。無論如何，純粹的行政法規定那些所謂關於行政的而其實是不適當的種種任務（註一）也恰像訴訟法規定那些裁判上的任務一般。牠確定了那些任務的平常的模型，以及甲任務與乙任務的關係或與社會上的無組織的諸任務的關係；我們只應該扣除了若干規條，因為那些規條雖則有刑事的性質，也還插在這一欄裏（註二）。末了說到立法上的法律對於政府的種種任務也是如此的。

我這樣把行政上與政治上的法律與平常所謂私法合在一起，人們也許覺得可怪。但是，如果

（註一）我在這裏還保存着通用的名詞，把這些叫做「行政法」；其實該另下一個定義，然而我們還不能做到這一層。

我似乎覺得這些任務乃是直接地跟隨着中央政府的任務之後的。但這上頭還需要許多許多的區別。

（註二）關於行政範圍的各個人的對物權規的條也歸此類，因為那些規條所確定的關係也是消極的。

我們以制裁的性質做分類的基礎，就不能不把牠們合在一起；而且如果我們從科學方法着眼，似乎也就不能用別的法子去分類。再者，若要把這兩種的法律完全地隔開，就須先承認真有私法的存在；然而我以為一切的法律都是公的，因為一切的法律都是社會的。社會上一切的任務都是社會的，也像機體裏一切的官能都是機體的一般。經濟上的種種任務也像其他種種任務一般地有這特徵。再說，甚至在很散漫的任務當中，也沒有不受政治機關所管轄的。在這一點看來，這一切種種任務之間只有程度的不同罷了。

總而言之，恢復性的制裁裏帶有合作性的法律所處置的關係，與其所表現的連帶性，都是從社會分工生出來的。由此我們可以懂得普通有些合作的關係是不能有他種的制裁的了。實際上，特別工作的性質恰在乎逃出了團體意識的作用之外；因為若要一件事物成為共同意識的對象，第一條件就是要那事物是普通的，換句話說，就是要牠存在一切的人們的意識裏，而且一切人們都能對於牠有唯一的而且同一的印象。固然，只要各種任務還有若干普通性，一切人們都可以感

覺着幾分；然而牠們越變專門，那些特別認識一門的人們就越劃分區域，同時也就溢出了共同意識的範圍。所以那些確定這種任務的法律就不能像刑律一般地有一種最高的權威，遇着被觸犯時就要求一種補贖了。這種法律的權力當然也從輿論來的，也像刑律的權力一般；然而這輿論乃是局部的，只限於社會上的一些狹小的區域了。

再說，甚至在這些法律發生作用的特別範圍以內，甚至於各人的心裏都有牠們存在的時候，牠們也不能與一些很猛烈的情感相當，甚至於不與任何的感觸狀態相當。因為在世上發生的環境的種種不同的組合裏，各種不同的任務應該互助，而這些法律就是規定那互助的方式的；既然是規定那互助的方式的，所以牠們所向的對象並不一定常常存在於人的意識裏。我們並不常常做保護人或未成年人的財產管理人（註一），也不常常使用我們的債權或買受權，尤其是不常常在某一條件之下使用這些權。然而我們須知，若要意識的狀態是強的，先須這些狀態是常有的。所以在人們違犯這些法律的時候，這違法行為並不觸犯着意識裏的強的部份，也不觸犯着社會的

（註一）所以那置家庭任務相互間的關係的一種法律不是刑律，雖則這些任務是頗普通的。

共同的靈魂而且甚至於——至少可以就普通上說——不觸犯着那些特別團體的靈魂；因此也就只能引起很有限的反動。我們所要的僅是那些任務很規則地互助；所以如果這規則被擾亂了，我們只須恢復就夠了。當然，這並不是說分工的發展不能影響及於刑律。我們曉得有些行政上的與政治上的任務裏頭有若干關係是由壓止性的法律去處置的，因為牠們帶共同的意識的特徵而且與牠發生一切的關係。又在其他一些情形也是如此，社會上有若干任務被連帶性連繫得那麼緊，所以那關係一斷，就能引起頗普通的反響，以致發生一種刑罰的反動。但是，依上述的理由，這反響乃是例外的。

確切地說，這法律在社會裏所發生的作用很像神經系在機體裏所發的作用。實際上，神經系的作用乃在乎處置身體上種種官能，好教牠們很和諧地合作；牠自然地表現機體的集中，再申說就是表現生理上的分工。所以，在生物階級的種種不同的階段上，我們可以依照神經系的發達而測量這集中的程度。這就是說我們也可以依照恢復性的制裁裏的帶有合作性的法律而測量社會的集中的程度，再申說就是分工的程度。我們可以預先料到這徵證所給予我們的益處了。

#### 四

既然那消極的連帶性本身不產生任何的積分，而且牠沒有一點兒什麼是牠所固有的，所以我們只承認兩種積極的連帶性，就是下面的幾種特徵所區別的：

(一) 第一種連帶性不用媒介，直接地把個人連繫於社會。在第二種連帶性裏，個人所以屬於社會者，因為他屬於那些合成社會的各部份的緣故。

(二) 在甲乙兩種情形之下，人們所看見的社會並不是同一的外觀。在甲種情形之下，所謂社會者，乃是團體的一切諸份子的共同的情感與信仰所合成的有組織的合體。這就是團體的模型。反過來說，我們在乙種情形之下與社會發生連帶關係的時候，社會乃是一些確定的關係所連合的那些特別的而且不相同的種種任務的一個系統。然而這兩個社會只是一個。這是唯一的而且同一的實體的兩面，然而這兩面却是必須辨別的。

(三) 從這第二個區別裏又生出了另一個區別，這另一個區別可以幫助我們發現這兩種

連帶性的特徵而且把牠們命名。

若要第一種連帶性是強的，先須社會裏的一切諸份子所共有的觀念與傾向在數上與在量上都超過了各個人所自有的觀念與傾向纔行。這超過額越高，那連帶性就越有力量。然而我們須知，我們所以有人格者，就因我們各人都有一種個性，一種特徵，纔好與別人有分別。所以這連帶性是不能不逆着個性而發展的。我在上文說過，我們每人的意識裏有兩種意識：第一種是我們與我們的團體全部所共同的，引申說起來這意識並不是我們自己，却是社會在我們的身上活動；第二種恰恰相反，牠所表現的是我們，是使我們有人格的，使我們與別人有分別的，是把我們形成個人的（註一）。當那團體意識完全地掩蓋了我們的意識而與牠處處相逢的時候，那從相似性裏生出來的連帶性便達到了牠的最高限度；但是此刻我們的個性就完全沒有了。除非那通性在我們身上少佔一些地位，否則我們的個性就不能發生。這上頭有兩種相反的力，一種是向心力，另一種是離心力；這兩種力是不能同時發展的。我們決不能向相反的方面同時發展。如果我們強烈地傾向於順着我們去思想，去行事，那麼，我們就不能強烈地傾向於像別人一般地思想行事了。如果我們

的理想在乎顯現我們個人的本色，我們就沒法子與人人相同。再者，在這連帶性發生牠的作用的時候，我們的個性就確切地消滅了；因為我們已經不是我們自己，只是團體裏的一個東西罷了。

靠着這種方式然後能互相黏合的那些社會分子如果要一致活動，先須牠們沒有自己的動作，好像無機體裏的諸分子一般纔行。所以我提議把這一種連帶性叫做機械的連帶性。這名詞的意思並不是說牠是由人工或機械產生的。我所以把牠這樣稱呼者，因為牠恰像那連合無機物的諸原素的一種黏合力，而與那造成有機物的一致性的一種黏合力相反。最後還有一說可以證明這一個名稱，這就是：那把個人連合於社會的關係與那把物繫屬於人的關係完全相像。在這一個表面上觀察，個人的意識隸屬於團體的模型而跟隨牠的一切動作，也像一物跟隨着牠的主人的一切動作一般。在這種連帶性非常發達的社會裏，個人並不是自己所有的，這在下文再說；總之，這實在是社會所支配的一物。因此，在這些社會模型裏，對人權與對物權並沒有分別清楚。

至於分工所產生的一種連帶性就完全不同了。上文所說的那一種連帶性是因為各個人相

（註一）然而這兩種意識在我們身上並不像地理上劃分的區域那樣分明；而牠們是處處互相穿插的。



似而後成立的，而這一種連帶性却是因爲各個人相異而成立的。若要第一種能夠存在，先須團體的個性吸收了個人的個性；若要第二種能夠存在，却先須各人有他自己所固有的勢力範圍，引申說起來就須先有個性。所以須使團體的意識留着個人的意識之一部份不加掩蓋，讓牠所不能規定的那些特別的任務能在這地位上成立；而且這地位越寬，則這連帶性所產生的黏合力就越強。實際上，從甲方面說，工作越分開，個人繫屬於社會就越緊；又從乙方面說，各人的活動力越是特別的，也就越是個人的了。固然，個性雖則是這樣有分別的，但牠並非完全是奇特的；甚至在我們執行的職業的時候，我們還依照我們的同業組合全體的成法與習慣做去。但是，甚至在這情形之下，我們所承受的鞭子已經不像社會把全身壓在我們身上的時候那樣沈重，牠還留了許多地方給我們自由地進行。在這上頭，「全體的個性」與「部份的個性」同時發展，社會變爲更有能力作一致的活動，同時牠所有的各原素也就更有牠們的個別的動作。這種連帶性恰像我們在高等動物的身上所觀察到的連帶性。實際上，在高等動物的身體裏，每一個器官都有牠的本色，都有牠的自治力，然而各份子的個性越顯現，則那機體的一致性越強。因爲那由分工生出來的連帶性恰像高等

動物的機體的組織，所以我就提議把牠叫做有機的連帶性。

同時，本章與上章也給了我們許多法子去計算這兩個社會關係在那共同的而且完全的結果裏應得的部份，因為牠們是由兩個不同的路途去協力產生這結果的。我們由此曉得這兩個連帶性是在哪幾種外形之下表現牠們的象徵，換句話說就是曉得與每個連帶性相當的裁判上的規律的團體是什麼團體。所以若要認識每個連帶性在某一個社會模型裏的重要關係，我們只須把表現這兩個連帶性的那兩種法律的權限互相比較，因為法律的變化始終是像牠所處置的社會關係的變化是一樣的（註一）。

（註一）爲着要把意思弄明白些，我製成下面的一個圖表，把上章與本章所隱隱地包含的法律作更顯明的分類：

一、——有組織的壓止性的制裁上的法律。

（在下章再分類）

二、——恢復性的法律，牠們所確定的是：

消極的關係  
或名禁戒  
的關係

物與人的關係

在種種不同的形式之下的所有權（動產，不動產等等）  
所有權的種種不同的形態（地役權，使用收益權等等）

人與人的關係

在平常使用對物權時生出來的。  
在誤犯對物權時生出來的。

家庭裏的諸任務相互間的關係。

無組織的經濟上的諸任務相互間的關係

普通契約的關係。  
特別契約的關係。

行政上的諸任務相互間的關係。

行政上的任務的關係

行政上與政治上的關係。

行政上的任務與社會裏無組織的任務的關係。

政治上的諸任務相互間的關係。

政治上的任務的關係

政治上與行政上的關係。

政治上的任務與無組織的政治上的任務的關係。

積極的關係  
或名合作  
的關係



## 第四章 上文的另一證據

但是，因為上面各種結論太重要了，所以在未往下討論以前，最好是先將上面的結論再加一番證明。這一次的證明是很有用處的，因為我們可以有機會證實一個定律，這定律非但可以做證據，而且可以使下文一切都更顯明。

如果我們在上文所分別的兩種連帶性都有我們所說的一種裁判的表現，作麼，團體的模型越顯明，分工的制度越草創，則壓止性的法律應該對於合作性的法律越佔優勢。反過來說，在個人的模型漸漸發達，工作漸漸分開的時候，這兩種法律的領域的比例又漸漸反過來了。我們須知，這種關係的真相，我們可以用實驗方法去證明的。

## 一

社會越是初民的，則社會所由成的個人與個人之間越有相似性。伊波克拉德 (Hippocrate) 在他的書裏 (註1) 已經說西特斯人 (S. Ythes) 只有人種的模型，沒有個人的模型。漢波 (Humboldt, 1767-1835) 也說 (註1) 在野蠻的民族裏，人們很容易找得出那部落所特有的一種面貌，却很難找得出個人特有的面貌；這種事實，給許多留心觀察的人承認了。「從前羅馬人覺得那些老日耳曼人相互間有好些很大的相似點，同理，文明的歐洲人對於「所謂野蠻」的人們也有同樣的感想。實在說，旅行的人所以有這樣一種判斷，其主要原因往往是因為沒有實地試驗過：但是，假使文明人在他自己的環境裏所發見的人與人之間相異之點不真確地比他在初民裏所遇的相異之點更大了許多，那麼，縱使沒有實地試驗，也不會說出這樣一個結論來。吳洛亞

(註1) 見 De Aere et Locis.

(註2) 見 Neuspanien, I, p. 116.

(Uloa) 有一句話是許多人知道的，而且往往有人援引的；他說：如果你看見了一個美洲土人，就可以說看見了一切的美洲土人了」（註一）。反過來說，在文明的民族裏頭，兩個人彼此有別，一眼便看得出來，不必先有什麼暗示的。

洛邦博士 (Lobon) 曾經客觀地證明，說我們越上溯初民，越可以發見更多的相似性。他曾經把好些不相同的種族與不相同的社會裏的人的腦蓋拿來比較，他覺得「同一種族的人的腦蓋的體積雖然互有差別……但那種族越是進化的，則屬於那種族的人的腦蓋越是差別得厲害。他以屢進法把每一人種的腦蓋的體積都搜集好了，同時又注意到頗多的種類然後拿來比較，使比較的各項成爲一種遞進的形式，如此之後，他就知道成年的男子的腦蓋最大的與最小的比較差：猩猩類相差二百立方生的米突，印度的巴利亞人相差二百八立方生的米突，奧大利亞人相差三百一十立方生的米突，古埃及人相差三百五十立方生的米突，十二世紀的巴黎人相差四百七十立方生的米突，近代的巴黎人相差六百立方生的米突，德國人相差七百立方生的米突。」（註二）此外甚至於有些部落是沒有這種比較差的。「安達門人 (Andamans) 與多達人 (Todas) 都是

互相類似的。克羅安特人 (Groëndais) 差不多也可以說是如此。伯羅加先生 (Broca) 的實驗室裏所有的五個巴達幹人 (Palagons) 的腦蓋乃是完全相的」(註三)

這些機體上的相似性與精神上的相似性相應，這是毫無疑義的。懷資說：「當然，土人們的生理上的大類似性的主要原因是在乎缺乏精神上的強有力的個性，是在乎普通的智識修養太低劣了。在黑人的一個部落裏，性情之相同，是不能否認的事實。埃及的販奴人專從事於詳細調查黑奴的產地，而不過問黑奴個人的性情，因為他們經過了長久的經驗，知道同一部落裏各個人的差別不算一回事，只把種族的差別弄得清楚就夠了。所以奴巴人 (Nubas) 與加魯人 (Gallus) 有盡忠之名，北亞比斯人 (Abyssins) 有負義之稱，其餘的人，大多數被認為好的家奴，但是不很可用來做體力的工作；至於費爾第人 (Fertis) 却被認為野蠻的，而且是急於報仇的」

(註一) Waitz, Anthropologie des Naturvölker, I, P. 76 76.

(註二) Les Sociétés, P. 193.

(註三) Topinard: Anthropologie, P. 393.



(註一)。在黑奴裏，非但可以說少特性，竟可以說特性是「無地容身」的。一切的人們都承認而且實行同一的宗教而毫無爭端；所謂宗派與異教是那時代所不見的，因為假使有了宗派與異教，決不為大衆所容。我們須知，在那時候，宗教是包括一切的，而且是範圍很廣的。除了狹義的宗教信仰之外，還有道德、法律、政治組織原理以至科學原理——至少可以說是科學原理的替代者——都包括在內，成爲一種混雜的狀況。這宗教甚至於規定生活的種種細節。所以我們說那時各人的宗教意識是完全相同的，——而且是絕對的相同，——就等於隱約地說除了關於機體及關於機體狀況的各種感覺之外，一切的個人意識差不多都是同樣的原素構成的。就說感覺的本身，也不會有很大的差異，因為各個人的身體的相似點也太多了。

然而還有一個相反的意见，而且這意見也頗佔勢力：大家以爲恰恰相反，文化的結果適足增加社會的相似性。泰爾特先生說：「在人類漸漸結合的時候，同時意見也漸漸融洽」（註二）。又依哈爾（Hall）的意見（註三），人們不該說初民的性情有某種一致性，他又舉了一個證據，說太平洋的黃種人與黑種人相處很近，而他們相互間的差別，比歐洲兩民族之間的差別更大。同理，我們

試看，今日法國人與英國人或德國人相異的地方不是比昔日更少嗎？差不多在一切的歐洲社會裏，法律、道德、風俗，以至政治組織的大綱，幾乎可以說是完全相同。又有一點也是普通人所認為要注意的：在同一的國度裏，昔日所遇的齟齬現象，今日已經沒有了。從甲省至乙省，社會生活不復起變化，或不復像昔日那般變化得厲害；在像法蘭西一般的統一國家裏，在一切的地方的社會生活差不多都是一樣的；至於受教育的階級，社會生活更達到普遍相等的最高度了（註四）。

但是，這些事實絲毫不能動搖我的議論。當然，各個不相同的社會傾向於漸漸相同；然而每一社會中的各個人却不如此。若就普通的法國人與普通的英國人比較，今日的距離當然比昔日近

（註一）Op. cit., I, P. 77.— Cf. ibid., P. 446.

（註二）Lois de l'imitation, P. 19.

（註三）Ethnography and Philology of the Un. States, Philadelphia, 1846, P. 13.

（註四）泰爾特先生因此就說：「經過歐洲許多國家的人可以觀察到那些固守舊俗的平民相互間的殊異點較多，而

上流社會的人們相互間的殊異點較少。」Op. Cit., P. 69.

些；但是，今日的法國人與法國人之間的相異點不妨比昔日更多。同理，各省固然傾向於失了牠的與衆不同的面目；而每一個人却不妨漸漸更表現他的個人面目。諾爾曼人（Normand）與加斯幹人（Gascon）不很有分別了，加斯幹人與洛蘭人（Lorrain）及勃羅旺斯人（Provencal）也不很有分別了；他們每一民族所有的共同點就是全法國人所有的共同點；但是，就全法國而言，各個人互相歧異的現象却一天比一天更甚。因為昔日所有的「外省模型」雖則漸漸交融了，漸漸消滅了，然而却有更多數的「個人模型」去替代了牠們。現在各大區域已經不像昔日那般地各自不同，而每一個人却差不多各有特色。反過來說，在每一省各有個性的地方，每一個人就少了個性。牠們相互間儘可以大不相同，而牠們所由成的原子却是相類似的，這在政治團體裏也是如此。同理，在生物學裏，微生物類相異到那地步，竟致沒法子把牠們分類（註二）；然而每一微生物所由成的原質却是完全同類的。

然則人們所以有此意見，是因為把個人模型與團體模型混淆了；不是把國家模型就是把省區模型與個人模型混爲一談。當然，文化傾向於消滅了國與國之間及省與省之間的差異，這是不

能否否認的；然而人們因此就說文化對於個人模型也有同一的影響，說統一性已經變為普遍的現象，那就錯了。這兩種模型非但同樣地變化，而且下文還要說甲種模型之消滅恰是乙種模型之出現的必要條件（註二）我們須知，在同一社會裏，始終只有很少數的團體模型；因為一個社會只能包括少數的種族，而且區域要有相當的殊異點，然後生得出這樣的團體模型殊異點來。反過來說，個人乃是能分歧以至於無窮的。所以個人模型越發達，則人與人之間的分歧越大了。

上述的理由，在職業模型裏可以完全適用。我們儘有許多理由去假定各種職業已經漸漸失了好些特色，而各種職業——尤其是其中某幾種——相互間的鴻溝正在漸被填平。但是還有一種事實是不容否認的，就是每一職業裏的個人歧異點却漸漸增加了。每人更有他的思想樣法與其行為樣法，並不像昔日那般地完全受團體的公共意見的支配了。再者，從甲職業至乙職業，其差異點雖不像昔日那般顯明，却比昔日更為繁多；因為在工作漸漸分開的時候，職業模型本身的

（註一）看 *Peierl: Transformisme*, P. 235.

（註二）看下文卷二，第二第三章。——在那兩章裏，我們說的話可以解釋而且證明本章所舉的事實。

數目也自增加了。這些職業模型雖則僅有一些簡單的微異點以爲差別，然而至少可以說那些「微異點」是更有變化的了。就在這一點看來，職業與職業之間雖不像從前有劇烈的齟齬，而其分歧性卻不會減少。

所以我們可以斷定說，我們越上溯歷史，則類似性越大；從另一方面說，我們越近最高的社會模型，分工的制度也越發達。現在我們要看：在社會進程的種種階段裏，我們所說過的兩種法律形式是怎樣變化的。

## 二

完全下等社會裏的法律狀況，就我們所知者而言，似乎完全是壓止性的。盧波克 (Lubbock) 說：「野蠻人到處都是不自由的。在全世界上，野蠻人的日常生活是受許多很複雜而且往往不方便的風俗所支配的（這種風俗的權威與法律一樣）又有許多無理的禁戒與優先權。許多很嚴厲的規律，雖則不是成文的，却支配了他們的生活裏的一切行爲」（註一）。事實上，我們知道，在初

民社會裏，行爲的樣法很容易結晶而成爲傳統的規矩，再者，在他們看來，傳統的力量是多麼大。祖宗的成法既受人尊敬到那地步，違反的人沒有不受懲戒的。

但是，這類的觀察勢必缺乏確切性，因爲這般浮動的風俗乃是最難捉摸的。我們若要作有科學方法的證明，就非從那些成文的法律去實驗不可。

在聖經前五卷裏，後四卷能代表我們所有關於這一類的最古的史跡（註二）。在四五千段的文字裏頭，只有很少數的規律可以勉強認爲非壓止性的。這些規律的對象如左：

（註一）Lubbock: *Les Origines de la civilisation*, P. 440. Paris, F. Alcan.—Cf. Spencer: *Sociologie*, P. 435. Paris, F. Alcan.

（註二）我們對於這書的真時代不必深究——只要知道牠是很下等的模型的一個社會的產品就夠了——也不必深究這書各部份的時代，因爲就我們所要研究的着眼點言之，各部份顯然都是表現同一的特性的。所以我們就把各部份一律援引了。

這些章段合計起來（除了於關公共職務者不計外）共有一百三十五條。

所有權法退休權——五十年大祭權——教士權 (Lévitique, XXV, 14—25, 29—34, et XXVII, 1—34)

家庭權婚姻權 (Deut, XXI, 11—14; XXII, 5; XXV, 5—10; LéV, XXI, 7, 13, 14)——承繼權 (Nombres, XXVII, 8—11, et XXVI, 8; Deut, XXI, 15—17)——土著及外籍奴隸權 (Deut, XX, 12—17; Exode, XXI, 2—11; LéV, XIX, 20; XXV, 39—44; XXXVI, 44—54) 借款與領工資權 (Deut, XV, 7—9; XXIII, 19—20; XXIV, 6 et 10—13; XXV, 15) 準犯罪 (Exode, XXI, 18—33 et 33—35; XXII, 6 et 10—17) 公共職務的組織神父的職務 (Nombres, V) 教士的職務 (Nombre, III et IV) 舊教士的職務 (Deut, XXI, 19; XXII 15; XXV 7; XXI, 1; LéV, IV, 15) 審判官的職務 (Exode, XVIII, 25; Deut, 1, 15—17)

由此看來，恢復性的法律——尤其是合作性的法律——總算是很少很少的了。況且在剛纔

所引的規律當中。有許多還是與刑律有關係的；我們初看去似乎覺得沒有關係，其實那些規律都帶宗教性，帶宗教性就與刑律相近了。因為牠們都從神聖出發的；犯了牠們，就是犯了神聖；而這類的觸犯乃是大過失，應該被贖的。聖經裏並不把甲命令與乙命令分開，一切命令都是神聖的話，人們若不遵從，就不能不受懲戒了。「如果你不留心，不遵照這書中的規律去做事，就是不敬你的上帝，不畏他這光榮而可畏的名，那麼，上帝就懲罰你，以及你的子孫。」如有不合書中任何規律之事，縱使是誤犯，也成爲一種罪孽，非補贖不可。有些規律是被我們歸入恢復性的法律裏的，却有上述那種威嚇作爲制裁，牠們的刑律性質不是毫無疑義了嗎？聖經裏說妻子改嫁之後，如再離婚，則不許再嫁前夫，跟着就說：「如有犯此者，等於在上帝跟前做可鄙之事；你的上帝既把鄉土做傳給你的遺產，你就不該把罪孽遺害鄉土。」同理，有一段是規定支付工資的規則的：「工人做了工之後，在日落以前，你就該把當日的工錢給他，因爲他是窮人，他的靈魂所期望僅此一點；你若不如此做，當心他呼天咒你，以致你有罪孽。」「準犯罪」所生出來的賠償似乎也是些真正的補贖。聖經裏說：「殺人者處死罪，不管他所殺的是誰。打殺畜牲償命，命償命，……傷償傷，眼償眼，牙償牙」



(註一) 損失的賠償儼然與償命同一根源，都被人們認爲一種報復法。

固然，在某一些戒令裏，制裁並未特別指出；然而我們已經知道必是刑律的制裁了。戒令中所用的語氣已經足以證明了。再者，傳說告訴我們，縱使法律不正式指出刑罰，誰違犯了某一否定的戒令，誰就得受一種體罰（註二）。總而言之，依聖經前五卷看來，希伯來的一切法律都是根本帶有壓止的性質的。在甲處顯明些，在乙處隱晦些，但到處我們都覺得有這性質的存在。聖經裏所有的戒條既然都是上帝的命令，可以說是受上帝保障的，所以牠們因這來源的關係都有一種非常的權威，以至成爲神聖的信條；在牠們被違犯的時候，公共的意識不僅僅是要求一種簡單的賠償，而要求一種補贖以替民衆雪恨。我們須知，刑律的固有性在乎牠所制裁的那些規律的非常的權威，而人類理想中最高的權威就是人類信仰所賦予上帝的那一種，所以那被認爲上帝的言語的那種法律的本身就必是具有壓止性的。在上文我們甚至於說刑律是多少總帶有宗教性的，因爲刑律的主腦在乎一種尊敬的心情，尊敬的心情是高於個人的一種力量，是一種超越一切的權威；這個力量或權威無論令人心中心感覺到任何的象徵，總算是引起了人類的一種尊敬的心情，而這個

心情也就是以一切宗教性爲基礎的。因此之故，就普通說，下等社會裏的一切法律都受壓止性支配。這因爲在那些社會裏，一切的法律生活都被宗教侵入，也像一切的社會生活都被宗教侵入一般。

因此在「馬奴法」(Lois de Manou)裏，這性質還很顯明。只須看他們的國家的法律的全部裏，刑事裁判佔了很大的部份，就可以知道了。馬奴說：「上帝爲着幫助我王執行職務起見，特在原始時代就產生了刑罰之神，這神乃是一切有生的保護者，是正義的執行者，是上帝本人的兒子，所以他的本體乃是非常神聖的動物與不動之物，皆因怕刑罰之故而得保其所固有，又因怕刑罰之故而免於與其天職乖離……刑罰制治人類，刑罰保護人類；一切人們睡着的時候，刑罰在旁守着；聖人說，刑罰就是公理……假使刑罰不執行牠的責任，一切的階級就要崩坍了，一切的藩籬就

(註1) Lévitique, XXIV, 17, 18, 20.

(註2) 看 Munck: Palestine, P. 216.—Selden: De Synedrithis, 889—903. 書中依照 Matmonide 刑罰類的一切戒律一一列舉。

被推翻了，而宇宙就成爲混沌的了」（註一）。

十二圓桌律 *La lois des XII tables* 的時代的社會，已經比希伯來民族進步了許多。（註二）是比較地與我們相近的了。證據乃是羅馬社會先有了猶太社會所固守的模型，後來超過那模型，然後得達到「西提」（Cire）的模型；關於這一層，下文還有證據（註三）。再者，還有其他許多事實可以證明那時的社會模型與我們的社會模型比較地相近。先說，在十二圓桌律裏，我們可以找到現行法律的一切主要的根芽；至於希伯來的法律與我們的法律之間，就沒有絲毫的共同關係了（註四）。再說，十二圓桌律乃是絕對世俗的。固然，在羅馬的初期，有些立法家——例如奴馬（*Numa*）——被認爲受神聖的暗示，而且那時代宗教法還與法律混合得很密切，但是在十二圓桌律編成的時候，這種關係一定沒有了，因爲這律書一出世之後，就被認爲一種純粹人道的作品，而其對象也只在乎人與人的關係了。我們在十二圓桌律裏僅僅找得出關於宗教典禮的幾個條文，但似乎牠們是以「禁奢法」的資格躡進去的。我們須知，法律的原素與宗教的原素的分離，乃是社會發達的現象；所以我們如果要知道乙社會是否比甲社會發達，最好是看牠們的法律與宗教分離

的程度就可以知道了（註五）。

因此之故，刑律已經不佔法律的全部份了。這一次，由刑罰所制裁的規律與僅僅有恢復性制裁的規律是互相分別得很清楚的了。在起初的時候，壓止性的法律埋沒了恢復性的法律，這時恢復性的法律已經從壓止性的法律裏掙脫了身，自立門戶了。現在他有他所特有的性質了，有他的

（註一）Lois de Manou, trad. Loisolent, VII, V. 14—21.

（註二）當我們說某一社會模型比另一社會模型更進步的時候，並不是說許多社會疊成一個直柱形，後來居上，恰恰相反，假使社會模型的諸系可以完全成立的話，牠就像一棵多枝的樹子，樹根雖只一株，樹却是分歧的。但是，雖則如此分配，兩個模型的距離還是可以測量的，我們可以知那一個高些或低些。尤其是乙社會先有甲社會的形式而後超過甲社會，我們更可以說乙社會的模型高於甲社會的模型。這必是因為乙社會的模型屬於較高的一枝的緣故。

（註三）見第四章第二節。

（註四）契約法，遺囑法，保護人法，承繼法，都是聖經前五卷中所沒有的。

（註五）Cf. Walter, Op. Cit., §§ 1 et 2; Voigt: Die XII Tafeln, I, P. 43.

個別組織了，有他的個性了。他獨立而為顯然另一類的法律，有了特別的機關與一種特別的訴訟程序了。合作性的法律在此時也已出現了。在十二圓桌律裏，我們發見一種家庭法，及一種契約法。但是，刑律雖則比原始時代失了若干優勢，而牠在法律裏仍佔的是大部份。在吳華（Verger）所考證出的十二圓桌律中一百一十五零簡裏頭，只有六十六條是可以歸入恢復性的法律內的。其餘四十九條的刑律特徵很是顯明（註二）。由此看來，在我們所知的十二圓桌律當中，刑律幾乎要佔一半；至於初編定的原本裏的刑律所佔的優勢，尚非我們根據現存零簡所能知。因為關於壓止性的法律的各部份是比較地容易消失了的。我們所以得見那些零簡，差不多全賴經典時代的法學家保存之力；然而我們須知，他們是特別關心於民律的問題而不很關心於刑律的。自古以來，法學家酷受爭論民律問題，而於刑律問題却不甚顧及。普通一般人既不關心於牠，結果就會把羅馬的舊刑法遺忘了一大部份。再者，就說十二圓桌律的完整的原文，也一定不會完全載着一切的律刑，十二圓桌律不提及宗教罪與家庭罪，因為這二者另有特別法庭；至於違犯風俗罪也不在內。末了，我們還該知道，那刑律可以說是懶入法典裏的。一切人們的意識裏都銘刻着牠，就覺得沒有

把牠寫出來的必要。根據上述種種理由，我們儘可以斷定說，甚至第四世紀的羅馬，刑律還是可以代表裁判規律的大部份的。

如果我們不把恢復性的法律全部來與刑律比較，只把與有機的連帶性相當的一部份恢復性法律來比較，那麼，更可以斷定刑律的優勢了。實際上，在這時候，只有家庭法的組織算是稍為進步些的；訴訟法徒然累贅，却甚呆板，並不複雜；契約法則僅僅開始。吳華說：「古法律所承認的少數的契約，與從犯罪生出來的許多許多的責務相比較，就顯得十分矛盾」（註一）。至於說到公法，非但還頗簡單，而且大部份帶有刑律的色彩，因為那時的公法還保有一種宗教性的緣故。

從此時期以後，壓止性的法律一天比一天失去牠的相對的優勢。縱使我們假定牠在許多立腳點上不會退步，又假定原始時代所認為罪惡的許多行為並不會漸漸免於受處分——其實關於宗教罪我們可以得到有力的反證，——至少可以說牠沒有顯然的進步了。我們曉得，自從十二

（註一）其中有十條禁著法並不明白提出制裁；但牠們的刑律特徵乃是毫無疑義的。

圓桌律以後，羅馬法的主要的犯罪模型就成功了。反過來說，契約法，訴訟法，公法，只能做到漸漸擴張的地步。我們把歷史讀下去，看見十二圓桌律所包括的關於這幾點的少數條文漸漸發達，漸漸增加，到了經典時代，然後成爲洋洋大觀的系統。家庭法的本身也漸漸複雜，漸漸分歧，這因爲原始的民律漸漸攙進羅馬法裏去了。

基督教的社會的歷史也可以給予我們對於這現象的另一例子。米納（Sumner Maine）已經說過，我們如果把種種野蠻人的法律互相比較，就可知道在越老的法律裏刑律所佔的地位越大（註一）。這種猜說，已經給各種事實證明了。

沙利克法律（*La loi salique*）的時代的社會還比不上第四世紀的羅馬那樣發達。牠雖則像第四世紀的羅馬一般地超過了希伯來所不能超過的社會模型，但還比不上羅馬那樣完全與那模型脫離。在沙利克法律裏，希伯來社會的痕跡顯明了許多，下文還有事實爲證。所以沙利克法律裏的刑律有更大的關係。據華資所印的本子（註二），沙利克法律原文包括二百九十三條，其中

僅有二十五條——即大約百分之九——是沒有壓止性的；而這二十五條就是關涉及法郎克（Francs）的家庭組織的（註三）。至於契約，還沒有脫離刑律的範圍，所以在約定工作的日期而拒絕工作者就被罰金。而且沙利克法律裏只包含法郎克人的刑律的一部份；因為其中的刑律僅僅是關於可以罰款的罪惡與侵權行為而已，然而我們須知，那時候一定有些罪惡是不容取贖的。我們試看其中並沒有一個字提及危害國家及違犯軍紀等罪，又沒有一句話說到反對宗教的罪，就知道那時候壓止性的法律所佔的優勢是更大的了（註四）。

在布爾岡特人（Burgundes）的法律裏，因為時代較近，壓止性的法律所佔的優勢已經小些了。在三百一十一個條文當中，有九十八條——已近三分之一——是沒有絲毫刑律的色彩的。

（註一） Ancien Droit, P. 347.

（註二） Das alte Recht der Salischen Franken, Kiel, 1848.

（註三） Tit. XLIX, XLV, XLVI, LX, LXII.

（註四） Cf. Thomissen: Procédure de la loi salique, P. 244.



只有家庭法特別發達；對物權與對人權，在那時候都變複雜了。至於契約法，比之沙利克法律時代還不會怎樣發達。

末了說到魏斯哥人（Wigoths）的法律。這法律的時代更近，而且當時的民族的智識也開通些，所以牠表現同方向的一種新進步。雖則刑律在那裏還佔優勢，但恢復性的法律在那裏已經差不多能一樣地被重視了。實際上，我們在那裏發見一種訴訟法（卷一二），一種婚姻法，一種家庭法，都是已經很發達了的（卷三第一至第四章；卷四）。至於卷五，全卷都為商約而設，這算是空前的了。

因為法典缺乏的緣故，我們在此後的歷史裏，不能處處把這雙重的發達觀察得如此詳確；但發達的方向沒有變更，這是不能否認的。實際上，自從這時代以後，關於罪惡與侵權行為的一種法律上的目錄已經是很完備的了。反過來說，家庭法，契約法，訴訟法，公法，却不停止地發達。這麼一來，所以當我們把這法律的兩部份互相比較的時候，其比較差却是反過來的了。

由此看來，壓止性的法律與恢復性的法律的變遷情形，完全是由我們所證實的理論可以推測得到的。固然，人們有時候說下等社會的刑律佔優勢是有另一個原因的；說是那些初造法律的社會因為習慣於強暴，所以造成這樣的法律。說當時的立法人依照野蠻生活的某幾種犯罪的次數而定他們的各種法律的比較差（註一）。米納先生根據這個解釋，却也覺得牠解釋得不完全；其實這種解釋非但不完全，而且是錯誤的。先說，牠把法律看做立法人所手造的東西，以為法律之設，為的是反抗民衆的風俗。我們須知，這樣的一個觀念，在今日是不行了。法律正是表現風俗的東西；縱使牠反抗風俗，而反抗的力量還是向風俗借來的力量。越是屢見的強暴行為，越為大家所寬恕；犯罪的程度是與人民犯罪的次數成反比例的。在下等社會裏，對人的罪惡比之文明民族更常見些，所以這種罪惡在他們的刑律裏是歸最後一級的。我們差不多可以說，越少見的犯罪行為，則其被懲戒越重。再說，原始刑律之所以繁多，並非因為其中有許多條文是以我們現代的罪惡為對象的，只因那些社會特有一種豐富的犯罪性，而這犯罪性却不是所謂強暴行為所能解釋的。例如

（註一）Ancien droit, P. 318.

違犯宗教信仰，違犯祭儀，違犯典禮，違犯一切的傳統行為等。由此看來，壓止性的規律發達的真原因乃是這時候的團體意識變為廣大而且有力，同時工作又不曾分開的緣故。

知道了這些原理，結論自然從此出來了。

