

萬有文庫

第一集一千種

王雲五主編

孟德斯鳩法意

(二)

孟德斯鳩著
嚴復譯

商務印書館發行

孟德斯鳩法意

(二)

孟德斯鳩著
嚴復譯

漢譯世界名著

第六卷 論公私刑律之繁簡訊鞫威儀之文質刑罰所加之重輕所緣諸治

制精神而異者

第一章

各國私律

即司域爾律

繁簡

公私二律解見社會通詮論刑法樞篇

君主之刑律。必不能若專制之簡徑。蓋必有法官之署置。又必有爰書奏當之事。且其所論。必謹藏之。以爲他日之請比。庶不至任情出入。析律貳端。而國民之身家財產。常有所恃。其堅固不搖。與國之制度相若。

君主之法官。所以主一國之平者也。其所論決。不徒民之性命財產而已。至於榮寵。尤所重也。非詳審焉。不可。是故法官之審慎。與責任之重輕。關係之大小。爲比例。片言折獄。而其下之榮辱生死分焉。故君主之法令。如牛毛。不足訝也。一令之主。或制限之。示其例之不可更援。或擴充之。見其事之本爲一律。隨事立案。積而愈多。而援引比附之得宜。乃爲巧者之能事矣。

臣民之階品門第出身。樊然不齊。產業利益從之而判。且法制立而如是之別益繁。故產業之爲分也。有真產。有購置。有正盜。有餘奩。有父業。有母業。同一田也。有全付。有特傳。有祖遺。有交易。或無徭。或有徭。或折色。或任土。田既如此。一切附土之百物。可移之牲畜。亦然。凡此諸端。皆有專律。欲爲易主。必遵律義。而後可行。否則敗且有罰。夫如是。私律又何從而簡乎。

君主之下。嘗有貴族承之。貴族或以舊封。或以勳賞。於其主皆有應盡之義務。是非徒手所能辦也。故必使之世守其土田。然土田有不可分者。有可分者。而分之爲事。又各不同。則一宗之法。又不可以不立。所君之土。郡國誠多。則因風俗好惡之不同。爲立特別法律可也。惟專制不然。民風之殊。非所察也。本心爲度。期一切之整齊而已。威力之下。靡所不屈也。

君主之國。法官判事愈多。法律案例愈衆。往往前後舛忤。莫從是正。此或同慮一因。法官之思理各異。或同申一事。而辨護之巧拙相懸。其於定讞。皆爲輕重。又況散法之事。所謂上下其手者。益出也耶。凡此皆君主國律之至難免者也。是以一國之法。時須釐訂。至於太甚。或一切以整齊之。雖鄰專制。無如何也。今夫民之索直。呼枉於法廷也。固於大中至正憲法之是求。抑非望諸委積矛盾之條例明矣。

國以貴貴親親爲治。則用法有議親議貴之典。律之得此。又益益繁。其特別之條。雖累百盈千可也。

法廷不一民訟得擇而赴愬之是之爲便固於社會無所甚損者也然亦有難者則一獄之興孰定其宜決於何廷耶。

若夫專制之朝固無慮此蓋既曰專制則立法之憲權固無所議而行法之法司亦無所據普天之下既曰莫非王土矣則地產私律又安所用其紛紛既曰惟辟作福矣則國業之孰傳其下亦無可爭者官山而府海水衡均輸之利一切皆王者之私財故其國之商律雖欲立而其道無由持一陽衆陰之說夫婦道苦久矣妾婢成行以貴下賤故盜律不足存而婦孺無特別之利益又況一國之民半皆奴隸其身且非自主彼不自由者之行事又安得以功罪論耶三綱之說垂爲地義天經故婦子臣之動作云爲所必遵而守者夫父君之教令而已非立法權所著之令申也此專制之法所以獨簡歟。

尙有一事吾幾忘之夫我曹之所絕重者非榮寵歟乃在專制幾不知有此物是故有在我所必爭而視爲至重者在彼無此事也專制之權卽己而萬物皆備者也環其外皆空虛耳每讀古今人游紀有述異方國土爲霸力所盛行則其中無司域爾律是固然矣（案司域爾律以治國人之交卽民律卽私律也解見社會通詮）

是故專制之君雖欲使民無訟可也何則其訊鞫之淫威有以大畏民志也其在吾國吏之執法而行不

平也。猶必假一切之文法以爲藏身之固。其在專制直倮然孤行而已。倮然孤行故易見也。（自註前謂專制國無私律。且豈徒無私律而已。若馬咀利巴丹乃並寫律而無之。又大東日記言印度之民亦無國律。其定爭也循舊俗之儀文而已。四章陀其國最古之書也。然其中亦有宗教科條。無司域爾律也。）

言將天下之愚種。其明於國家之要政。過吾法矣。其然豈其然乎。

第二章

各國公律

即孤理密律

繁簡

吾人脫不幸以財產之見奪。抑身家之受侵。其奔走而籲之於法廷也。恨不得斯須而得直。顧聽吾獄者。必文法之爲循徘徊焉。審慮焉。遲之又久而後能斷。則怨國律之繁猥。而以爲不若突厥之簡徑者。固其所耳。顧第使易地而爲觀。以愬人者爲受愬。且念及天賦之自繇。與國中人人所以長保其性命與財產。吾恐於向之文法。方存乎見少。奚暇以見多。嗟乎。邦治未成。一切下民之幸福。皆不能無價值而得之。訟獄之繁。委曲折。舐滯。煩費甚。若今者。傳爰對簿之險。難苟以法眼觀之。真吾民所以安享自繇之砥柱也。彼突厥斷獄之簡徑者。法官於國人之榮辱得失。死漠然故也。方其爲判也。重其判。否而已。判之何如。

不必問也。霸夏高坐堂皇。既受兩造之詞矣。憑其喜怒。則判其一使受笞。笞已。縱之使各歸其本業。復案甚矣。法之不可以一端論也。孟氏之言獄也。意謂獄之紆遲。起於吏之重法。若夫專制無法。雖當機立決可也。顧於曲直。又何如乎。雖然是之。紆遲必有法之國家。而後有保民之效耳。假其無法抑法。敵之餘。則遲之害民禍烈於速。雖仞佰可也。一夫訟繫。中產爲傾。而甚者或坐以瘐死。如是之紆遲。尙得以審慎保民爲口實乎。則轉不若憑其喜怒。判其一使受笞。已而縱之使各歸本業之爲愈矣。甚矣。法之不可以一端論也。

居於如是政府之下。則健訟者最不利。夫健訟者。非必譁張之民也。但使必求公道。本好惡之誠。必達其所祈而後已。則政府惡之。蓋專制之治。旣以恐怖爲精神矣。常慮星星者。或至於燎原。往往民曇之起。卽爲易姓受代之發端也。是以其民常不願己之姓名。聞於官長。必陸沈人海之中。若世無此人也者。夫而後其性命財產。乃可以安穩而不危也。

若夫有道政平之國。雖有至賤之民。其性命皆國家之所重。欲褫其榮寵。損其產業。非有曠日之審訊。而情罪昭然者。無由決也。至於大辟死刑。必其身爲通國所共棄者。然且爰書未定。必予其身以辨護之全權。至情見勢屈。而後論死。

夫如是之國。脫有人焉。遭逢事會。而得不諍無對之大權。彼之所爲。常欲取國律。而加以沙汰。（自注如羅馬之凱撒英之克倫謨爾等）蓋彼之所以謂不便者。惡其害己也。非以爲侵奪其民之自繇也。夫民之自繇。非其意之所恤久矣。

乃至民主公治之國。其法令之繁。必過於君主而無不及。明矣。蓋使謹於其民之榮辱得失生死者。則事防曲制。勢不得以不多。是二者固相比例爲多寡也。

其在民主國民地位固平等也。其在專制國民地位亦平等也。特民主之平等也。以國民爲主人。爲一切之所山起。專制之平等也。以國民爲奴虜。爲無可比數之蝨蟲。

復案代數術有相等之數。然使爲無則亦相等。專制之民以無爲等者也。一人而外則皆奴隸。以隸相尊。徒強顏耳。且使諦而論之。則長奴隸者。未有不自奴隸者也。汗德洛克、孟德斯鳩、斯賓塞諸公皆證論之矣。

第三章 問於何等治制法官乃有按律定擬之實

大抵斷獄。其政府彌近民主。其讞決。彌有定程。古斯巴達民主。設額和里（解見前卷）之官。遇事得以

己意爲斷。此與其政體可謂背馳者矣。羅馬之初置大都護也。其權之不制。與希臘之額和里相若。願其不便。亦未逾時而見。乃不得已而爲之令申。俾循守也。

專制之政府。無法守者也。故讞獄之官。憑臆斷事。尋常之君主。有法守者也。故其斷獄也。使律有明文。則按律以定擬。使其無之。則附其所有之意而造律焉。若夫民主公治之制。所謂有治法而無治人者也。故一切之獄。非按律定擬不可。蓋使不然。將人人得以意爲之出入輕重。國民將無所措其手足。而產之得失。名之榮辱。身之生死。皆懸於不可知者矣。

羅馬法官定讞對衆宣言。囚所犯應何科。至於刑罰。則律文可見。如今所傳羅馬律是已。至英人治獄。則有助理（解見社會通論）囚之所犯。證供確鑿與否。助理聲之。證供既確。法官乃按律以定其罰。凡皆依文行事。無可出入增損者也。

第四章 會鞠奏當之各異

於是會鞠奏當之法。亦從而異。尋常君主法官。用公亭之術。承讞之官。各言己意。以告其僚。冀爲和合。有時或變己意從人。大抵三占從二。以少隨衆而已。民主之法不然。其在羅馬若希臘。會鞠之法官。未嘗聚

而議也。爰書既傳。則會鞫之人。於下之三言。各持其一。一曰釋之。二曰罪之。三曰有疑。蓋民主之於獄。其論決之也。因以謂民決之爾。然而民不必盡習於文法。故雖使亭法。而智有不逮。欲使之能。必析其獄之繁。以爲至簡。俾所以然否。疑信之者。常盡於一物一事之易知。夫而後使擇於前三語者。而持其一焉。乃有當耳。

羅馬鞫獄。沿希臘舊制。視訟端不同。鞫之之法亦異。此蓋由公亭之難。故不得已而爲此制。欲國人瞭然心目。故其獄之問題。不可輒易。假其屢易。則鞫久緒。禁國人將不知所訊之爲何事矣。

故羅馬法官。其斷獄也。所予奪。僅在問題之內。不能爲之出入增損。獨其廷尉（拉體諾語曰布理陀）可不爲此。謂之出事實法。出事實法者。其斷決之儀。得由法官自爲政也。故其法實與君主之制爲宜。至今法國律家。皆言法蘭西一切斷獄。皆出事實法也。（自注。如在法國。人有被愬負債而過其實者。必先承願償眞負之數。否則雖誣亦負。須出訟費矣。）

復案。此章後二段。語意殊不明了。蓋用法家語。而不先爲之分釋。此亦孟書之一短也。

第五章 於何政府王者可爲法官

墨迦伏勒（大政治思想家佛羅連思人嘗論其國治制又著帝王要術一書爲此學巨子）謂佛羅連思之民所以失其自繇者。坐論國事犯。不能用羅馬會鞠之舊制也。佛羅連思之鞠是獄。例用法官八人公亭之。然墨則謂此少數人常爲他少數人之所牽率。不能平也。此其言過當。然而國事法重。往往不得復恤私家之損。又況得罪政府者民也。而又以民亭其疑獄。是固不便。然欲祛其弊。法亦宜先爲小己之身家道地。勿使典獄者得濫用其淫威。

以此而羅馬民主爲之二律。一、被舉發者。於獄未定之頃。許其出亡。次其人家產。不可干犯。蓋防其籍沒以歸衆也。不佞於後十一卷中。當更詳其用法之制限。蓋其所制限者。卽此時典獄之民權也。

公犯之獄。亭以衆民。其用刑或濫。峻崙知其然也。乃爲之專律曰。凡遇國事之犯。雖獄已具。雅理譬加得覆讞之。使其失出。則重行對衆公劾之。使其失入。則亭其刑。令典獄者爲覆勘。此至美之法也。蓋雅理譬加憲官。本其民所嚴重。視其判決。重於商民典獄者之所爲。是猶以貴察賤。故常順也。

凡遇此等。其判決轉以延緩爲宜。若罪人在訟繫之中。固亦無慮其中變也。蓋與以時日。則民情激昂。乃今能靜。如有失中過當。乃今可得其平。

專制之國。君主親鞠庶獄。爲之士師可也。若尋常之君主。則大不利。何以言之。蓋以君而親訟獄。則承流。

輔治者虛設而治制隳自君作故何法之拘一切傳爰奏當之文舉爲無用人懷惴惴之情民有悄悄之忿側目重足大亂之故所以興也故君主之爲國也將使人人有可據之勢深保任崇榮寵爭親媚於主上而身家之固猶泰山而四維之則君主權力之極盛而幾於太平之象者矣

且君主之必不可以治獄尙有他故焉蓋訟有兩曹曰原告曰被告君主常與原告爲曹者也使親治獄是無異以原告而爲之法官其判之能平與否略可見矣

復案此於司域爾之私犯不大見也若於孤理密之公犯甚者乃至於飛章告變之國事犯則其衡往往大傾中國以州縣治民以行法之官而司刑柄其流弊正與此同蓋中國之制自天子至於守宰皆以一身而兼刑憲政三權者也故古今於國事犯無持平之獄

又君主之制所謂罰鍰所謂籍沒大抵皆奪之人民歸之君主斷其獄而利其罰是又以原告爲法官也尙有不可者君主之所以爲尊榮其最大者莫若赦罪而宥過而法官之天職其絕重者存乎執法而必行今乃以君主爲法官使其宥之是溺絕重之天職也使其不宥是棄最大之榮業也是君主之與法官於義本不可以並居也

使其並居將使人意紊而莫知所屬何以言之今使君主而斷一獄或實宥之而人以爲已極其辜矣或

極其辜。而人以爲君主實縱之矣。（自注。自柏拉圖之意言之。則君主往往身兼宗教之長。爲一國社稷之祭司。故於理必不可主獄。而斷人以殊死之大辟。或放流。或監禁。此數者皆非祭司之所宜出也。）

往在吾法路易第十三之代。嘗欲自聽華勒公爵之獄。則飭議院（復案。法國當王制未毀時。其議院與英之所有乃大異。英之議院立法權之一部也。法之議院刑法權之領袖也。）與中書各飭數員會論之。問以王逮人於故事何如。議院上座伯黎威爾起而言曰。以王者親鞫臣民之獄者。其事不合古。夫王者之所專者。宥人之權也。而執法以論人者。法吏之職也。大王仁覆一國。爲百姓所尊親。同諸父母。豈宜使人坐其片言。由生入死。且大王之於臣民也。當使之瞻對而生希望之情。不當使之相驚而懷怖駭之意也。當被之以榮光。卽有愆尤。緣以消散。不當於親觀天顏之後。而猶懷慘悽之心。伯黎持說如此。嗣及定讞。上座又曰。今日以法國之君王。任士師之吏職。以定一貴人之死罪。此讞乃吾法所未嘗有也。（福祿特爾云。此獄後卒平反。而王收回成命也。伯黎氏之言似未盡確。蓋法國舊制。羣公得罪。王固得親聽其獄。如法蘭頌第二之於康諦王子。察理第七之於達林桑公。皆故事也。第處今而行之。則使通國狼顧耳。）

以國君而主訟獄。其弊尙有不可勝言者。宮寢左右之嬖。人力常能得其所欲於主上。如此尙有得平之

獄也。哉。往者羅馬之皇帝。天奪其魄。乃自聽斷。當是之時。其政之殘暴不平。乃真爲歷史所未有者。撻實圖長編有曰。覺羅紂之爲羅馬主也。總一國之訟獄而自聽之。以天子而躬吏職。私賄豪奪。選乃大興。宜祿繼統。欲自媚於民。故其令有云。凡私家之獄。朕不親決。以使兩造之人。爲一二有權者之所魚肉也。

祝芝目史載亞加紂朝。讒人密布。法廷昏愚。一人告亡。輒云無子。詔書夕下。遺產朝空。蓋其君有驚人之愚闇。而宮闈則具敢爲不旋踵之風。大奴私侍。貪慾無厭。以帝后而爲之傀儡。如虎之有俵也。無辜正直之民。祈死不得。噫。生逢如是之朝。惟死爲幸福耳。

波羅可標密史曰。往者羅馬宮廷。甚爲靜謐。逮札思直粘爲帝。躬親訟獄。舊設法官無訊斷之事。寺署法堂。遂同虛設。而殿陛之中。囚訟所集。狺狺如也。上無法守。民知所謂訟獄者。直散法招權已耳。不獨官不足倚。卽法亦無可恃也。

嗟乎。法律者其明王之耳目乎。方其不自主獄也。得假其用以見不見。以聞不聞。自侵法吏之官。彼非自適己事也。徒爲奸人所用已耳。夫奸人所以蔽塞人主聰明之術。豈有窮哉。

復案。從中國之道而言之。則鞠獄判決者。主上固有之權也。其置刑曹法司。特寄焉而已。故刑部奏當。

必待制可而秋審之犯。亦天子親句決之。凡此皆與歐洲絕異。而必不可同者也。今盎格魯國民其法。廷咸稱無上。示無所屈。其所判決。雖必依國律。而既定之後。王者一字不能易也。王者之特權。存諸肆赦而已。然亦不常用也。

第六章 行政官不宜爲刑法官

不徒君主不可以鞫獄也。卽行政大臣爲之。亦大不便。歷史載法官會鞫財賦之獄。宰相分席其中。與聞判斷之事。此誠駭聞難信。然而前事固具在也。此其可以極論者至多。然不暇一一之舉。其一說焉足矣。蓋國家之法。廷與朝廷之樞府。是二者之爲異。乃從其制之性質而已。然故其爲用。必不可合樞府之同寅宜寡。而法廷之會鞫宜多。樞府事重。爲君主之股肱。其於政也。宜將之以熱誠。而具奮發有爲之志氣。是惟人寡而後能之。故樞府密勿之地。爲數鮮過四五人者。多則敗矣。而法廷之道反此。以亭法之必期於至平也。故其集議也。宜人懷澹定之天。雍容之意。惟治以多數。則雖欲爲其不平不能。

第七章 刑獄之柄執於一官何如

案此制惟專制之霸朝用之。下此不能有也。讀羅馬舊史。則知刑獄之柄。凡執於一官。未有不爲暴者。史載亞彪思之爲法官。不獨舊法有不用也。乃至自定之律亦叛之矣。十法司者。羅馬之特制也。司有專斷之柄。故李費爲史。言其秕政之害甚詳。如斐真尼亞一獄。某法司以利。嗾人廷控斐爲其逋妾。斐之親屬。爭言其詐。不見省。最後乃言。卽依十法司新律。爭奴婢未定讞。亦宜歸其親自具領。某法司詞窮。乃曰。新律爲奴婢之父母設。今斐父未歸。不得引此律也。（案斐真尼亞者。羅馬某百夫長女有殊色。亞彪思欲奪之。則嗾人誣告斐爲逃妾。其父從軍。聞女難。亟馳歸。訴於十法司之一。然終不得直。乃手刃其女。復還至軍。檄十法司罪狀討之。亞彪思坐下獄。而十法司制廢。此事在紀元前四百四十九年也。）

第八章 糾彈公犯隨制不同

方羅馬之爲民主也。國民人人有糾彈公犯之義務。此其法固與公治之精神合也。蓋國爲公產。故人人得視公以爲私。羣扶之國。其風俗自日上也。俄而有皇帝矣。然治制雖革。民主之說。猶沿用之。於是飛章告訐之人。扼掣爭起。願爲此者。皆陰賊僉壬。無所不至。譖誣飛灑。以逢其君之惡。因以梯其身之富貴。此國民之所以無寧晷也。不佞回觀吾國。幸今者此俗尙未興耳。

吾國之法。以君主爲責法行政之大權。而有保持治安之不容已。則於法司諸署中。各置吏以爲王監一切公犯。以發奸擿伏爲專司。故吾國無飛章告訐之事。蓋使法司濫用其權。無由隱也。考柏拉圖之法曰。國民互徇隱。而不助法官行權者有罰。雖然。此非今日所可用也。今日之法。監察諸道。皆有專官。其職以除莠安良爲事。而齊民則與安居樂業而已。

第九章 刑典重輕隨制亦異

專制之國宜重典者。以其治以恐怖爲精神。若夫君主之以榮寵。民主之以道德。皆於尙刑不宜。是故理平之國。其民於國有深愛。崇尚廉恥。畏惡刺譏。凡此皆足禁制其非心。而免於無窮之刑辟。當此之時。民之爲惡。但衆著其誠。然當躬之罰。無甚此者。是以國之刑典。雖用甚輕之罰。而以防民有餘。不必嚴求峻誅而後濟也。

且夫明刑之意。非以罰已然也。乃以禁未然。將以弼教也。而非以行誅。

復案刑法之大旨。三曰癉惡。二曰禁未。三曰革非。是三而外。無餘旨也。及其用之也。雜而施之。而分有多寡。此國典之所以異和峻也。