

萬有文庫

第一集一千種

王雲五主編

孟德斯鳩法意

(六)

孟德斯鳩著
嚴復譯

商務印書館發行

第二十七卷 論羅馬承襲田產法典之原始變遷

羅馬承襲法典。設立最古。欲深考而微論。非容不佞搜討於其最初法制不可。蓋學者言羅馬法者。固一人而於此一事。則尙無人焉。得其要領耳。

羅馬開基於羅妙魯。寧路檻縷。取聶爾之封疆。劃而分之。與其民爲分田之制。此承學之士所夙聞者也。而承襲法典。乃由是託始矣。

以分田而慮并兼也。法不容甲家之產入諸乙家。故自法典言。只二種人得承先業。一其人之子若孫。此所謂蘇伊額勒氏。譯言天然繼嗣者也。又其一最近兄弟之子若孫。必已無出而後用之。此所謂阿格納狄者也。

姊妹之子。謂之葛格納狄。法不得爲繼嗣。因或用之。則外家之產將爲所嫁之家并兼。而分田制壞。

且由是而母子法不得相承業。由此將并兼之弊亦興。分田制壞。故羅馬十二章法典。舍阿格納狄無承繼者。子之於母。非阿格納狄也。

然承襲資格。不以男女爲分。爲蘇伊額勒氏可也。爲阿格納狄可也。蓋自母子。於法不得相承業。卽傳於女。其產終歸外家。此十二章法典。承襲資格。只取最親係屬。而於男女所不論焉。

由此故親孫得承祖業。而外孫不得承外祖業。以其一爲阿格納狄。而其一爲葛格納狄。女可承父。而子不可以承母。

羅馬初民立法如是。其用意無他。在保分田之制。使不壞此制。雖女子可以承家。如其壞之。則不予也。其承襲法如此。乃與其他憲法相倚而成。大都本於分田初制。且由此可知其法爲本國之所自造。非若他法典然。得諸遣使調查希臘市府之制。歸而施諸羅馬民主者也。

氏阿尼修言塞維圖烈因見羅妙魯與奴瑪二王所立分田制廢。乃復其法而脩明之。使守之益謹。由此可知羅馬分田承襲諸法。必三法家之所作述。無疑義也。（三法家指羅妙魯奴瑪圖流斯）

夫承襲田產法典。羅馬乃緣國憲而立之。故國民不得以授受之私。而破此法。此羅馬初世國民所以不得有傳產遺囑也。雖然。法則如是矣。顧常人將死。意有所愛念。而欲有所畀子。乃格於法而不得行。是亦不得謂之非苛者矣。

於是準於人情國法之間。而爲調停之術。意將有所分畀。令民聚國族而爲之。蓋由是其人之爲遺囑也。

若依於立法權而爲之焉。

十二章法藏。凡爲遺囑傳業者。付囑人得於國族中。隨意所擇。而畀以產。此自其表面觀之。若與前令大相僭馳也者。雖然有說。蓋羅馬舊典。所以嚴於承襲之人。必資格與法合。而後可受傳。而無待於遺令。此緣分田初法而有者也。至十二章所載。付囑人可隨意所擇。不必其子若孫以傳業者。則下於羅馬俗之父權而推者也。羅馬父權。雖鬻其親子可也。若曰其身且可鬻矣。奪其遺產。而他畀焉。何不可之與。有是故。二法相爽。以其所從出之理由迥殊。惟識此者。而後於羅馬法意。乃可得而窺也。

雅典舊法。國民不得以遺令傳業。峻倫之立法也。許以遺令傳業矣。而有子者不得爾。以其無所用之。羅馬法家狃於父權之說。遂聽人親奪其所生之所託蔭。其相異有如此者。平情爲論。羅馬爲法。實嫌牴牾。不若雅典之於人心。較爲當也。故十二章法出。羅馬分田之制。日漸陵遲。并兼事興。民之貧富。乃相絕。富者以受分承遺之多。或兼數十家之產。而貧民多數。無一畝之宮。數世之後。赤足之民。相聚譁謔。國田再均之說。徧於國中。無已時矣。尤可異者。方風氣儉陋。民生困窮。旣以此求其上矣。而他日紛華侈靡。僭度踰制。亦復囂然。乃知國之不均。若罔無時而安也。

復案。讀此而反觀吾國。可悟井田古制之所由成。與其制之所由破。夫井田之制。至於春秋定哀之間。

有存蓋寡。至孟子時。掃地盡矣。故其所陳說於齊梁諸君者。常存復古之意。江河趨下。其勢必不可挽。商君李悝因而毀之。以收一時之利。漢世諸公。視并兼之害。欲以限田之法救之。然無及也。唐宋諸儒。想望太平。皆太息於先王經制之破壞。而歸獄商君。雖然。商君不任咎也。試思當日即無商君。井田之制。尙克存乎。至於今世。貧富相差。其在墨守之國。猶之小耳。若夫歐美二洲。愈益無藝。其不均者。非特田疇已也。而在工商牢筴之間。方瓦德初明汽理。奈端大啓力學。大地之上。凡人力所有事者。無所往而不可用機。於是勞力之衆。藉手成業。百倍曩時。向之旬獲十金者。今可以百。則大喜過望。以謂天下自此將無窮民。爾乃瞬息之間。貧者益衆。相懸之度。尤爲古所未聞。役財收利。潮長川增。若不可極。而勞力求食者。物競日烈。恆患無以自存。於是有心人閱之。而持社會主義者。乃曰衆矣。今之持社會主義。即古之求均國田者也。

羅馬傳產遺囑。用一衆成之。此用其國之立法權而成之者也。身列戎行者。無立法權。故不得爲此。由是國民乃予軍人以特別之便宜。許其於火伴軍侶之前而爲遺囑。不必聚國民之衆而後成之。

復案羅馬軍人遺囑有二種。其一曰波羅山閣。卽此是也。蓋用於平時者。其一眞軍伍遺囑。則羅馬皇所特許用於臨戰之頃者。蓋身生死不可知。而成於倉猝。故常出於口舌。而不必書之羊皮楮葉。而後

可據也。

羅馬國會。歲僅兩番。而來會之衆。及質成之事。歲以加多。降乃不給。則於是議聽民之爲遺囑者。不必待國會大集時。但取年輩及格者。爲諸類民代表。爲之監臨。其遺囑卽同國會所成立者。後之爲此。常集長老五人。而受遺者對衆出金。以購取其產業於爲遺囑者。外則更舉一人。具天平衡量受金。以此時羅馬尙未有圖法也。

用五人者。似以爲其國五衆之代表。此外尙有第六衆。然所不重。蓋其中皆無業之民也。

憶法家札思狄黏言。所用天平乃具文無實之物。夷考其實不然。具文無實。久乃如是。其始不如是也。當時所爲。後著爲法。皆依此物而起義。至今讀烏爾比安殘著。猶斑斑可覆案也。羅馬之爲遺囑。其選監至嚴。瞶者。瘖者。狂者。皆不得與會。蓋瞶瞶則不聞買業者之辭。瘖啞則不能宣告其業之宜歸誰主。至於狂者。於法不得與家國事。故雖有產。不能自售。舉此三端。其餘可概見爾。

遺囑之成。必當國衆。故其爲物毗國法。而稍異民法。乃國民之應享。非私人之應享者也。是故男子猶居父權之下者。法不得以父命與人爲遺囑也。

他國民之爲遺囑也。與爲尋常契約等耳。無繁文多儀之可言。蓋所著者。乃與受兩方之事。而皆小己權。

益之所存也。獨羅馬遺囑導源最初國律。故特嚴重。而儀文遂繁。此其餘風遺俗。至今猶行法國南部間。蓋皆羅馬所舊治者矣。

如前文言。羅馬遺囑之成。其性質無殊法典。故其爲此。常用詰令之詞。簡質徑直。爲受者之所必遵。由是體制相承。非用勅命之文。則產業不得以傳付。至用其文矣。卽由是而轉相傳付。又蔑不可。惟是所爲付。囑必不得使受遺者暫爲之主。抑使攝襲而數時之後。乃復其全產。或產之一部分於第三人也。

復案。使中國古如羅馬。則魯隱宋瘍之禍。可不見於春秋。而宋之德昭明之建文。可無其事。於後世。使父爲遺囑。於其男子。不明言其傳產。亦不明言其不傳產。則此囑作廢。於其女子。雖不明言其傳產。亦不明言其不傳產。而此囑不廢。此其故亦易明耳。蓋以是施諸男而不廢。則孫受其害。孫者不待囑可得產於其父者也。其以是施諸女而不廢也。無所損於外孫。外孫者雖有囑不可得產於其母者也。（囑廢而業乃傳。）

古羅馬承襲法。本諸分田之法意而爲之。故產及女子。則不過女子鉅富往往有之。以其不過侈靡淫佚生焉。此敝法也。方布匿第二第三兩役之交。國民悟其法之敝也。於是有和康黏法典之立。此法典爲當時之所極重。而散見於古籍者寥寥。常爲今世法家所聚訟。不佞請得於此一料理之可乎。

一於見凱克祿之言論。中謂其律禁女子受遺傳業。無分其爲已嫁未嫁者。一李費簡錄。嘗引此律而不論。然據凱克祿、沃古斯丁二家之說。則女子雖爲其親所僅出。於傳產亦在所禁之列也。

方和康黏法典之立也。大嘉圖實爲之主力。所發言論。沃魯格流嘗引之。嘉圖之所以禁女子承襲者。乃所以去淫佚之原。猶其主張阿比安法典。乃所以挽奢侈之末流也。

札思狄黏及氏阿非慮所著法典。頗引和康黏限制遺囑析產律文。後人讀律。不察其意。以爲限制之旨。直恐析產日微。不堪授受。顧和康黏法意。不如是也。其法意無他。直奪婦人得產權利已耳。第觀律文。其旨若揭。其所以禁平人不得自由析產者。蓋使自由。則婦人雖不得有承襲之產。而所從他道析分者。可過其所承襲者耳。

雖然。和康黏律所欲止者。國有過富婦人已耳。是故奪其大者。而小者使不足長奢。則亦未嘗盡奪之也。禁其承襲。而別定其所得受之數。凱克祿言此。而未云其數之幾何。獨氏阿言其數爲十萬塞斯特云。和康黏律所以裁制富戶。而非所以削約貧民。故凱克祿言此。律所及之家。必主人名在申蘇爾籍中者。然以此民。遂可與法相遁矣。蓋羅馬民主之代。民喜舞文。假如有爲父者。欲爲遺囑。以產傳諸女子。則寧

匿其名而不登申蘇爾之籍。而布里它爾者。掌風俗民政者也。以謂是非和康黏律明文之所禁。則亦聽之。不加誰何。而其法乃虛立。

有阿塞魯者。以其女爲承業之嗣。而凱克祿謂其合律。蓋其父名不在申蘇爾籍。非和康黏約束所及故也。當是時維禮士爲布里它爾官。廢其遺囑。而凱乃謂維禮士爲得賄。不然。必不取同僚他布里它爾所許者。而獨廢之也。

顧所可疑者。同爲國民矣。而申蘇爾或籍或不籍何也。據圖流斯遺制。凡民不登名於申蘇爾籍者。則奴隸也。此說也。凱克祿、左納拉二法家皆然之。自不佞觀之。羅馬民不籍名於申蘇爾者。以和康黏與圖流斯二制言。必有異點也。

羅馬之民。以貴爲差者。凡五等。不入五等之民。不籍。此和康黏法也。通六等之民。謂之伊拉賴。凡非伊拉賴者。不籍。此圖流斯法也。故欲避和康黏法者。其人乃入於第六等。或並第六等而不能。

前謂羅馬法典不許人爲攝襲之遺囑。蓋爲攝襲遺囑者。其用意卽欲與和康黏法相逆者也。先立一資格應法之受遺人。而後由彼使之轉付其資格。不應法者。由此而事變之來遂夥。然亦有不忘久要。依囑攝襲而轉付者。此如畢篤孤之事。有足述已。畢受遺產極鉅。而死者之意。所欲其轉付之人。無有知者也。

彼乃護持死者之門戶甚久。已而舉產悉付其孀。無角尖之染云。

然亦有爲法典之故。而自據其產者。則魯甫斯一事。最爲近世學者之所知也。若凱克祿與伊壁鳩魯學人爭辨時。常徵其事。凱云。方吾少時。一日爲魯甫斯所邀。同往其執友家。議已所承嘉路斯之產。義當歸之。其女華姁與否。及門坐中。先有數少年在。而年識高者亦雜其間。既開議。乃無一人言當復。而皆以宜遵守和康黏法典爲然。魯甫斯不得已。乃據美產。不之復。如遺囑所託付者。雖然。使魯甫斯不爲法計。獨用直道行。吾知其不肯留半菽以自享也。向使足下當之。未必不復此產於其女。即使伊壁鳩魯當之。亦未必不復此產於其女。然而復之。其義乃與足下故所持說背耳。凱克祿論法如是。顧不佞則因之而有所思。

所思何。竊以謂人道每有不可祛之不幸焉。往往立法之家。雖瞭然於法之戾夫人情。而不容以不遂。則如和康黏之法是已。蓋立法之頃。所常目者。非一小己也。在乎國民。非國民也。在乎社會。其作則垂典。乃不得不犧牲其所以爲國民。與其所以爲小己者。以達其所以爲社會之目的。冀民主有昌盛之一時。故使有人以保愛其女之故。私爲攝襲之遺囑。竊冀由此。有以及之。而法家則於二者之天性人情。罔有所顧。其父之慈。其女之孝。皆若罔攸概於心者焉。問所注目。則但計攝襲者之何如人。而其人他日所處。遂

陷於至維谷之情勢。蓋攝襲矣。使他日復其所爲。攝者如立遺者之所。斷則躬爲犯法。國民害於其國者也。又使守法而不復其所爲。攝者則背死者之久。要而爲昧良之人。憂又在人心者也。故合而觀之。向者爲如是之遺囑。雖與法相遁而爲之。非其人之慈愛。不爲是也。非得有人焉。節義廉潔。不忘久要。又將孰與爲遁法之事。蓋託者瀕死。而所託者財。如是雖久而不負焉。此非其人之樂爲善。而土直財富者。固不能也。夫非至廉嗜義之士。其孰與歸。而於法猶以爲害國之民也。此其爲論。無乃苛歟。或者立法之意。以謂吾之爲此條典也。取治大分而已。知欲遁吾法。必至廉嗜義之士。而後能之。而如是之人於社會不多。遵吾法之行。其庶幾乎。

方羅馬之爲和康黏法也。其古代之淳風厚俗。尙有存者。民奉法專謹。違之則心有不安。且法之成也。依於衆議。既立之後。誓其守也。是故良民尠爲與法相遁之事。洎夫後葉。樸茂俗亡。而欺僞風起。至於其時。民雖欲爲攝襲之遺囑。將誰託乎。故其法之行。不待上者之督責。而能遵之者寡矣。

戰爭紛紜。國民之死亡。數當沃古斯達之世。羅馬幾墟。非以術焉。以更實其戶口不可。於是。有帕必安之法典。凡所以獎進胖合。使羣趣於添丁者。不遺餘力矣。其能使民樂有室家也。其第一術在增益其承業傳產之希望。而不嫁娶者。欲得此而無從。和康黏法。以杜侈靡。而禁女子承業者也。而帕必安法。則於

數端。弛其禁令。法之隨時損益如此。

凡婦人得以其夫之遺囑。承享產業。而待有子者特優。有子者。不獨其夫之產。即他人之產亦可受也。此實與和康黏舊法正反。顧所可異者。帕必安法行。而和康黏法意猶有存其中者耳。如帕必安法言。男子有一子者。具承襲無論何項產業資格矣。而婦人則必有三子。而後具此資格也。

雖然帕必安法。固不云婦人生三子者。即有承業之利益。其得此也。固俟有人爲之遺囑而後能。故初帕必安之法。雖行。而親戚產業相承之事。固無變於其初。和康黏法尤所重者。特沿之不久。遂無存耳。

羅馬征收日廣。琛賁山來。異俗日侵。其古意遂罕有存。向所謂戒侈坊淫。至是遂莫以責女子者矣。故沃魯格流生於阿杜利安皇帝之代。而云和康黏法。時已不行。譬若爲金玉錦繡所掩。瘞也者。又保羅思生於尼格爾之世。而烏爾比安居塞比盧之朝。皆云同父姊妹。法得承產。其猶用和康黏法者。獨疏遠戚屬而後然耳。

當此時也。羅馬舊法。民以爲苛。而主察風俗之官。如布理它爾者。捨寬抑踰僭貪污之訟。餘莫過問者矣。羅馬舊制。母固不得承子產。而自和康黏法立。此制之所防益嚴。逮覺羅紂皇帝立。則以謂母之失子。其哀已深。使得受子業。聊用慰藉。而前法由之廢矣。阿杜利安制詔沁涅特。凡齊民婦生三子者。得承遺產。

而由奴婢復爲平民者。生四子。其資格與前同。此雖特令。然其用實與帕必安法典無異。終之。至札思狄黏之世。乃許婦人承業。利益與男子同。而不以所生多寡爲等差。

總之。禁錮女子不得承受產業之法典。與女族承業不得與男族比肩之科條。其始皆奉行。其終皆廢置。迹其所以原因則一。蓋所禁者。其法意與民主國家之精神合。民主者。不願女子坐擁雄貲。以爲靡侈淫佚之媒孽也。斷其希望。而女德乃純。至於君主之國不然。競尚榮華。由是而昏嫁煩費。婦女挾資產者可予以人。具資格者可以暴富。而人始樂於有家。故羅馬承襲法典之變遷也。與其國家治體之變遷相應。其始女族所不用也。乃浸假而女族用矣。其始母子不相授受也。乃浸假而承母同於承父矣。華連狄黏氏倭多修亞加紂。是三君者。且令外孫得承其外祖業。直至札思狄黏之代。古初承襲法典。蓋無有一存者焉。札思狄黏之制承襲也。實分三途。曰上承。曰下奄。曰地及上承者以少承長也。下奄者以老襲幼也。地及者年輩平等相爲受也。而不爲男女與內外族之分區。悉取古法之僅存。而一切廢之。摧陷廓清。自以爲合於天理人情之極。而笑古代法典之多所牴牾也。

第二十八卷 論法蘭西所用民法之原始與變遷

復案。學者謂此卷爲孟氏最稱慘澹經營之作。孟嘗有書與其友人。言於此卷。心血耗者獨多。一書之成。頭鬚爲白。則當日蒐討之勤。折中之愼。可以見矣。

第一章 日耳曼諸民族所立法典性質之殊

法種古稱拂箴。拂箴居日耳曼森林中。其去故國而西也。乃聚國族之賢聖者。哀成沙栗法典焉。其中一族曰理普亞利安拂箴者。從孤路威先王。（後之路易。卽孤路威之轉。）與沙利安族合。而保其故禮俗。至氏倭多力爲奧斯脫舍部王。乃勅書之羊皮。垂爲要典。當是時氏倭多力強。巴法利亞與日耳曼皆其藩屬。故亦哀取二部禮俗。勒爲成書。日耳曼以種民散出。國乃大弱。拂箴則所至征服。大廣土宇。已乃回復故地。取先祖所居之森林。而啓闢之。其時所傳。尙有珞林占法典。意亦氏倭多力之所制立施行者。以珞林占族亦其屬也。佛里舍者。法王馬得察理與白班二者之所征服者也。故其族所行法典。勢不能先。

二王。且其時民不知文字。至中古夏律芒始伐沙遜尼民族。克之。所行法令。至今猶有存者。吾黨讀書論世。識其法必出諸勝家也。厥後威西峨特、白爾根氏、狼巴耶三族之民。占有國土。皆取所守循之法典。勸爲成書。藏之冊府。顧考其意。非以施之所勝國民。俾爲典也。服疇肯構之思。示不忘其先。勗子若孫弗畔焉耳。

沙栗與理普二民族之法典。最爲簡質。而阿旅芒、巴法利、瑯林占、佛里舍四族所爲。亦皆渾然天樸。其實野同也。而敦龐深厚。見風俗之純而不污。蓋未受外境之薰染。潛移故也。創垂以還。變更者寡。以其民族外出者獨拂絲耳。餘則未出日耳曼半步者也。拂絲之族雖外徙。顧其根源盛大。所以爲後此熾昌之本者。皆自日耳曼而得之。故其法典。皆日耳曼之法典也。至若威西峨特、若狼巴耶、若白爾根諸民族之法典。皆以流徙新居。緣天時地利之不同。而民風亦變。與前者種民之所守。醇醜離樸。皆迥殊焉。

白爾根開國不久而亡。故勝家所布法令。不及更變。若衰的博爾、若錫芝斯芒、皆造律令矣。而皆其最後之王也。至狼巴耶之法典。則有增益無更變。而羅吐利法典。爲管理摩路、班都拉芝、亞斯禿弗所奉行矣。而亦無所損益。獨威西峨特法典。則多變於其故。不獨王者有所修改。卽其國僧侶。亦有所沿革也。蓋前之諸王。既取沙栗與理普法典而行之矣。顧緣宗教維新。則凡其中。與基督景理不合者。悉皆罷置。

至其大經。則未嘗動也。而威西峨特之法典不然。

白爾根有體膚之刑。而威西峨特尤甚。沙栗與理普二法。無此污點也。其守先訓。過於前二。

白爾根與威西峨特開國之後。以其境爲衝地。無屏蔽。欲得民心之固。故爲立公平之法。以收之。至拂篠諸王。則負恃富強。無噢咻厥民之意。

沙遜種民。伏於拂篠權輓下者。氣最不馴。時時欲叛。故其法典。乃勝家箝制所勝者之法典也。此在當時。於未開化諸部中。最爲僅見者。

大抵日耳曼法典。多罰鍰之條。而勝家於新服之民不如是。此皆按其律文。可以得其用意者也。

凡在國境之內得罰者。有體膚之罰。此非日耳曼之舊也。得罪於國境之外者。始得援日耳曼之律意。律文明告其民。凡得罪者。刑無赦。乃至教寺祠宇之神庇。亦不容如是之罪人。

宗教尊宿。在威西峨特諸王時。其權獨重。國有大事。聚而謀之。後世教宗審鞠。用刑獨酷。然皆沿於此時之義法宗旨而行之。教侶最惡猶大人。所以施之者。皆古法律也。

舍此而外。若衰的博所垂白爾根法典。皆稍祥平。而羅叱利於狼巴耶諸部所行。尤無可議。獨威西峨特所用理賽循都、費德循都及伊集加諸人所作。皆穉駭多可笑者。全失用刑之意。而徒爲大言崇稱。無理。

取關。

第二章 當時未化國所用法典皆種人法非國法

文明法典其行也有分土無分民故曰地律相盡地律相盡何境內之民無論何種必用其地之律也而當時之未化國不然其行也不徧於國中亦不盡於國中惟其種人之所在此蠻夷法典之最大特色矣故治拂蘇人必用拂蘇律推之而阿旅芒白爾根羅馬於其世莫不然勝兵開國之家無作法垂憲之思想則聽其雜亂糾紛期無害己而已矣

此其因可從日耳曼之風俗而得之蓋日耳曼種人散居離處山澤林莽間之如凱撒言彼固以是爲最便也且其意不願合而惟恐羅馬之強使合不得已而雜居無事則各循其國俗有罪則各用其國刑方其析也不相服也及其聚也不相效也地可以公而治權則私居可以合而種姓必別是故其時法典種族之法典也不徧不該居本國如是入鄰國亦如是也

至今蠻夷法典猶有存者取而觀之可證前說如馬可福思之科條理普諸王之號令莫不如此第二朝之科條皆沿第一朝而立者也故子孫所服從者必祖父之法典妻所服從必如其夫設不幸而孀則反