

庫文有萬

種千一集一第

編主五館生

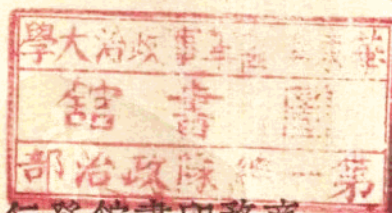


法代古

(四)

著因梅

譯閱建鍾 嶽孝方



行發館書印務商

古代法

評釋第一 羅馬法之古

梅因於本書第一版序文中有言曰，『羅馬人之法律，在其最初之部分中，存有最古之遺迹。』斯言也，若不違背名家之習慣，將最古之義，推至極端，一若此乃超越一切，舍是之外，實與之上，即無復有更古之物者，則望文生義，其於描述羅馬法，固未爲不合。如日耳曼法，Germanic law，如印度法，Hindu law，其所保留之古代特色，且有過於吾人所知之羅馬法者。梅因於此，其意旨所在，未嘗有所詰難，此蓋極爲顯明之事。經典時代之羅馬法者，Classical Roman law，實具有極端之近代性；近代法學，所以尊爲鴻寶，大都因緣於此。梅因亦未嘗蔑視此義。讀者請參閱評釋第六中所引之一段，便可明了。然在不諳他種古代法律者，必尙不免以爲羅馬之十二表法，The Law of the Twelve Tables，或其後共和時代 Roman Republic 法律之全部，乃屬於較古之一種。其

實何嘗如此五十年前，此種設想，幾於無可避免。吾人於此，應知是時英倫中，曾經蘇陶之公衆，對於此科（羅馬法）實全無所識。（今日大約亦尚如此）而羅馬法學家 Civilians 之所傳襲，依照舊日法權及實踐之分別，限於專業法律之少數人士者，其不合時宜，至少亦相距百年。故梅因乃孜孜矻矻，鏗而不舍，欲將羅馬法之研究，取而重新之。觀其所得，當時亦不甚令人措意。假令梅因所用之文字，於羅馬法學固有之特長，及實際之重要，有過於鋪張揚厲之處，則在此種情狀之下，此乃正路中之過失，固足爲梅氏諒也。然吾於此有應申警近今學子者，則羅馬法一物，就實事言，不論何時，實非一完全無缺，整齊勻稱之渾然一物；即其歷史亦非可由任何公式推繹而成。夫十二表法，昔固視爲其所覆蓋之界域中，法律之最後淵源；然其本意所在，則未嘗欲將公認習慣法之全部，悉舉而納於其中。當羅馬帝國之經典時期，Classical period 法律之載諸文字，最關重要，而最有效果者，乃普立德爾之通告書 Praetor's Edict。此觀於法律會典 Digest 之題署，而尚赫然可見者也。且十二表法之自身，乃改革之法典 Reforming code，不徒爲鞏固凝鑿之物；此中含有希臘之材料，可無疑義。至向傳編纂此法時，曾派遣委員，前往希臘考察，此其可完全置信與否，亦屬無關宏旨。

惟無論如何，當時在意大利南部之希臘各市，Greek cities 則固足供其徵詢，此諸市中，希臘之語言，至今蓋猶存也。夫隣邦之展進，既非本國可及，乃從而乞借之，此在古代立法，實非獨異之事，且視英雄時代 heroic age 之造法人 lawgiver 爲外人，或以其智識爲得自較古較大之國者，此其爲事蓋極習見。就令此種傳說中，關於人之一節，尙有疑義，而此物之非一無根據之剏造，則大致不差已。近來對於十二表法來歷之古，頗有自審機智，獨倡異說，而致其疑義者。惟臆想所及，以爲此乃紀元前第二世紀所編纂或剏製之物，則尙未得贊同之承認。參閱 Dr. A. H. J. Greenidge, "The Authenticity of the Twelve Tables," English Historical Review, January, 1905 及 Professor Goudy in the Juridical Review, June, 1905。此外博聞彊識之學者，於此十人之手澤，Decemvirs' work (即十二表法) 頗有臆測之翻案。學者於此，應審慎鑒別，不可默爾承受。就中用力最勤者，爲烏華特 Voigt 之論。季拉 M. Girard 者，亦博雅之士，其評烏氏之見解，謂此乃冒昧之詮釋，而完全不能承受之翻案。"Une vestitution tout à fait inacceptable et un commentaire fort aventureux" (見 Manuel élémentaire du droit romain, 3^e éd., 1901,

p. 23) 羅比博士 Dr. Roby (見所著 "Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines," 1912, Vol. i, p. X) 則直謂其爲紙製之室, house of cards 此則抨擊之言, 彌見明俊也。

評釋第二 荷馬詩中之習慣法

梅因以荷馬 Homer 之篇什, 爲足以窺見印度歐羅巴 Indo-European 社會中法律觀念古式之最佳證據, 即此一事, 可見其識解之卓也。依梅氏之指示, 則知此種詩家, 對於此事, 實毫無出自意想之理論。吾人欲證明其詩之真確, 則此乃最佳之保證。據其所描述, 可見是時之社會, 習俗所在, 縱不能時時遵守, 實爲有衆所了解; 實踐之義務, 縱不易施行, 實有一定之界域。而吾人雖未聞有所謂永久之權威, 如就近代之意味, 所稱爲立法 legislative 或行政 executive 者, 其所判決, 則固出之以莊嚴典重, 而視爲具有拘束之力 binding 者也。梅因以爲荷馬之描述, 並非完全化以理想, idealized (其實吾人可即云, 未嘗多化以理想), 其社會之情狀, 即爲作者所知之情狀, 此亦

不謬。就所有形諸筆墨者言，其所描述之習俗，即真確之習俗，亦即歌者（按即指荷馬）當時之習俗也。近代之稗官野史，對於古物古風，所刻意營構者，荷馬詩中蓋未嘗有此。特不過於英雄時代之富厚勇邁未免有張大其詞之處耳。此如所傳羅郎 Chanson de Roland 之故事，以十二世紀之儀文武器蒙於夏立曼大帝 Charlemagne 及其貴族之上；又如述圓枱 Round Table 舊聞者，其紀阿薩 Arthur 之軼事，則以十四世紀之儀文武器被於當時武士 Knights 之身。此皆鋪張過甚，致忘時代先後之不同。吾人亦不能不信荷馬亦有此弊也。

邊沁 Bentham 及奧斯汀 Austin 之分析人爲法律，positive law（其實二公之所爲即步武霍布士 Hobbes 特邊沁似不自覺耳）梅因於此，亦有論及，以爲不適於古代之社會。蓋如荷馬時代之社會，或如沙加 Sagas 詩中所描述之埃士蘭 Iceland 社會，即無最高之君主 Sovereign（依霍布士之意味）亦無立法之命令，legislative command 亦無一定之制裁，definite sanction。然在埃士蘭中則有組織井然之法庭，亦有步伐整齊乃至屬於專門之訴訟程序，此觀於扎爾沙加 Njáls Saga 之所述而可見者也。其後梅因在所著 “The Early History of

Institutions 書中論主權 Sovereignty 章，曾於此節特爲闡論。近代批評霍布士之主張，而具有健全之識解者，允推此書爲基礎也。在此種經典之文字中，梅因對於邊沁及奧斯汀二公，頗爲溫婉。雖二公之著作，全未具有歷史之根據，而梅因且有時視同師傳。卽置此處特別之感情於不論，就其思想而表現完全之論斷者，蓋非梅因素日之所習也。凡步武梅因之所爲者，極易流於武斷，如勃萊士 James Bryce 之所論是。（見 “Studies in History and Jurisprudence,” Essay X）至關於古代訴訟無執行之制裁 executive sanction 一節，可參閱梅因所著 “Early Law and Custom,” p. 170。

在荷馬詩中所謂首領之地美士第 Themistes 者，其字本非 Θέτις 一字不規則之複數，特別有所指，而意爲法律或公道之原則 principles of law or justice 者耳。其單數 Themis 之一字，則抽象之意義，爲權利。right（見 E. C. Clark, “Practical Jurisprudence,” pp. 42-9）有時此事之義，爲貢賦 “tribute”。此與中古拉丁所常用 Consuetudo 之一字比較，亦無難解之處。梅因於此所用之文字，間有似指以此命名之判決，乃屬任意或可以任意者。然於所著書論『國

王與早年人爲公道』“The King and Early Civil Justice”一章，則附有限制之語曰，『荷馬詩中之王，大都忙於戰事，然亦實爲法官。惟須有注意者，則此王並無助理 *assessors*，而其判詞，乃來自上天神意之所授，而直接入於其心目中者耳。質言之，王之所斷，一若無有不公也。今讀荷馬所著伊里哀 *Iliad* 一詩，則見雖描述之時，義屬譬喻，乃有不公之王，以偏曲之判斷示人，而不顧神祇之諭旨者。其詩句如下。（譯者按此處所列乃希臘原文故未譯）

梅因於此，乃論之曰。『此種判詞 *Sentences or Themisties*（此與條頓字 *Teutonic word* ‘*thoms*’ 實同）乃由以前存在之習慣或慣例 *Custom or usage* 而來，可無疑義。惟其概念，則意謂此乃出自君王自主之意構，或出自神祇之提撕耳。若以此種提撕爲出自博學之法家，或具有威力之法律載籍，則此乃明明爲同一之見解，而屬於後來之展進者也。』（見“*Early Law and Custom*,” p. 163）

荷馬詩中所述之習慣 *Custom* 蓋至強固。故神祇之自身，亦不能不受此拘束。窄巫士 *Zeus* 者，乃此中巨魁，然對於人民負有公道之義務。而公道云者，意即謂遵守規律耳。此時非無權力。

Power 惟有義務 duty 之意味，乃使之適得其所。故據伊里哀詩中所述，塞巫士欲救沙北頓 Sarpidon 之一死，終以不敢違反赫拉 Hera 之譴責，而破壞舊貫。（其言曰『聽爾意爲之，然其餘之神不能承認也。』見原書 II. 443）又據鄂第塞 Odyssey 詩中所述，鄂第塞士 Odysseus 之人，殺日神 Sun-God 之牛而食之，日神欲下臨塵宇，以陽光普照死者之中，卒以恐懼羅賓與神之罪，致遭譴罰，而逡巡不敢爲云。（譯者按此處有徵引希臘文原詩一段未譯）

評釋第三 法律之初形 成文法與不成方法 上古法典

讀者須知制度之生長，即祇限於一社會言，乃極爲複雜之事，不能按照時間次序，而用簡單之系列 Series 表示之也。吾人言論所及，常以爲一種規律，一種風俗，爲屬於觀念推演，較爲進步之一種時期，爲他種所不能及者。然此非謂在每一社會中，此規律，此風俗，所由斯而發見者，其先事實上，必有一種較爲不進步之制度，屬於文化中較低之一級者也。蓋如模倣隣邦，模倣戰勝征克之人，模倣特異之局部情狀，實際上於此通常之展進，皆足減短其所歷之階段，或竟完全拋棄之。故吾人

意義所指，乃謂此種次序，爲不能倒置耳。如鉛粉，Chalk 如沙石，Sandstone 在英倫中均非隨處可得。然有紅沙石之處，則可知鉛粉非在其下。又如亞非利加知鐵極早，可直云非洲未經銅器時代。bronze age 然不能因此即謂任何部落 tribe 必曾棄鐵易銅，其事爲較易令人置信也。是故寰輿之上，亦或曾有部落，有法官時，幾有，或即造法者。然謂國家已獲得立法機關後，乃從此逆行，而復返於純粹之習慣法，則覆轆之下，未聞有此矣。（參閱 Kohler, "Zur Urgeschichte der Ehe," pp. 7-10）

王或巨魁之法律判詞 judicial dooms 與顯然之法律，布之有衆，而爲一般之遵守者，極不相同。然有可注意者，則古代之傳說，將此兩物，悉歸於神之來原耳。就前者言，法官享受神祇之信任，其情狀不甚一定。就後者言，則造法之人，human lawgiver 無過爲神之紀錄，或報告者。此神則以全部法典，或法律一部，口授其人。此如梅因在本章之所指示，乃較爲意構之概念，而屬於較後之時代者也。然此其發見之古，乃與凡諸可證爲立法者相同，而趨勢所在，將法律之語言，徵及全神或半神 semi-divine 之來歷者，乃極有定則。且若謂造法者，或紀錄神法者，即非判詞之宣示人，亦

殊無理由也。摩西 Moses 者，柯克 Sir Edward Coke 所視為紀錄法律之第一人。以平亭之言，歸之摩西，其在今日，蓋為實際上之法律判決。蓋摩西法典，實鈐束有種猶太社會中之繼承民法（如亞頓 Aden 之猶太人是見 Sir Courtenay Ilbert, "The Government of India," p. 397）云。就令摩西法典之古，有遜於漢模臘比之法典，Hammurabi's code 而謂宰羅非赫之女 Zelophehad's daughters 一案，乃詳於記載最古之案，至今仍具有權威，則吾人之作此言，乃極穩適無疵也。

當王或巨魁，不復以其人身負荷一切職務，而政治上之分工方開始時，則凡具有神聖性質之職分，乃自然而然，變為僧侶，priesthood 或神聖部族 tribe，或家族 family 所有之事；而法律之保管及解釋，亦在其中。宗教法與人事法 religious and secular law 之分，乃遠在其後。此可無待煩言而解者。是故吾人於日耳曼及羅馬古物 Germanic and Roman Antiquity 中，見僧侶或貴族之要求僧侶職務為有生俱來之權者，即為第一之法官。（見 Grimm, "D. R. A." 272, i. 378 in 4th edition）赫然若在目前，不僅限於遺跡故蹤已也。在埃士蘭 Iceland 中

所歸諸於法律代表者 *Speaker of Law* 之權威，雖甚浮泛，亦非毫無効力。其爲物似帶有宗教性質。據扎爾沙加詩 *Njal Sage* 所述，關於應否採用基督教之問題，其嚴重足以引起內爭者，惟此法律代表者乃能決定，此則確無可疑者已。（見 *Dasent, "Burnt Njal," ch. ci.*）若不以此事爲徵之歷史而可信者，似屬不衷於理也。非至基督教人及非基督教人曾保證能遵守判決時，則梭濟亞 *Thorgeir* 不爲之判決，此乃極堪注意之事。而卽此可見古代司法之任意處置，出於自願，有如是者。其後逾二百年英倫之愛德華第一 *Edward I.* 於爭奪蘇格蘭 *Scotland* 之王位爲之平讞時，亦用此類似之之豫防措施云。

究竟法律智識之壟斷，乃成立於享有特權之階級 *privileged caste or order* 手中，抑學問之傳襲，乃由先授後行於有同學校之物，抑本無秘密之可言，其時惟有人享有獨具過人之智之名譽，此似須以各社會之特殊情勢爲斷。在埃士蘭 *Iceland* 中，除法律代表者外，則見當沙加 *Taegar* 時，另有少數獨具智能之人，如扎爾 *Njal* 之自身，及其死後之一二人，意見所貢，勸告所施，乃爲其隣人所苦求渴望，而其刻意經營之意見，則幾足以斷制一切者。然在此獨以同質 *homo-*

geneous 著稱之共和國中，則固未嘗有種族 race 或等級 rank 之別也。如納斯佗 Nestor者，據稱亦處於與此相同之地位云。要之，社會中法律管轄，與司法權力，尙未至於強迫之地步者，則此種令譽，乃較爲重要。其事至爲顯然。蓋判決之能得人遵守與否，在此種社會中，其機緣如何，大都視主持之法官，或評判之人，能否得人尊敬以爲斷耳。

梅因復謂享有特權之階級，所保存之法律，視同一種職業上之祕訣者，乃爲真實之不成文法，此其言就語義言，或亦不謬。然此詞在專門上通行之用法，實非限於本文訓詁之事。若將成文法“written law”之一詞，專指所立或所布之法，enactment or declaration 在實質上兼在形式上，具有權威，故本法中之字，不獨包含法律，亦卽組織法律者，則此種限制，實甚有益處。若詮釋之言 exposition 其本字無拘束之力者，雖實質上權威，無論如何偉大，卽屬不成文法“unwritten law”也。試觀英倫之法官，或其他在他種管轄採用普通法制 System of the Common Law 之法官，往往於其所著作刊布之書中，對於法律有審慎之陳述，則須知此乃學問博洽之私人意見，而嚴格論之，毫無權威之可言者也。然此法官或他法官，卽可在紀錄之判詞中，採取其陳述，於是乃

獲得權威視同法律之司法的詮釋 *judicial exposition*。以其實際上之文字，仍無拘束之力，故祇作爲不成文法。及後此種議論，編入條例法 *statute* 之中，乃變爲成文法。而法庭爲將來故，不獨以此中之實質爲具有權威，亦且以每字爲具有權威矣。此種分別，最爲真切。舍是之外，別無表釋之善法也。且就法國之習俗言之，亦有足引爲密切之比附之處。在昔法國尙屬王國時，所謂成文法之各省者，*pays de droit écrit* 乃承受羅馬法之本文，爲具有拘束之權威，而所謂習慣法之各省者，*pays de droit coutumier* 則視羅馬法本文中所包含之理由如何，而引爲例證，引爲譬解。此與英倫有時之所見無殊。是故同一之本文，可以在一省爲成文法，而在他省則爲不成文法。（雖在法文中無與不成文 “*unwritten*” 相當之一詞）近有博學之作家，曾就經典時代羅馬法學家之著作中，細求成文法 *jus scriptum* 與不成文法 *jus non scriptum* 所見之諸義，而論其相反之處曰：『此兩詞實際上通常之用法，乃一則指習慣法，一則指編製之法，由立法機關以一定之方法，而頒布之者。此種分別，在英國法學家，亦用之之時，其實際上所用之義亦同。其在近代大陸之作家中，成文與不成文者，就大致言，一則指制定法，*enacted law* 一則指習慣法 *customary*』

law 也。』(見 E. C. Clark, "Practical Jurisprudence," p. 272)

梅因於討究古代法典時，於印度法律 Hindu Law 亦略有論及。當作此書時，所有被以蠻紐 Manu 及那拉達 Narada 之名之書，除少數治梵文之學者外，祇有英印 Anglo-Indian 政界中人，知天壤間亦有此種載籍，此外則鮮能知有此類典冊之存在者也。梅因自執役於印度政府 Government of India 以來，其後復討論及此。故於其所著之『早年法律與習慣』 Early Law and Custom 書中，如論印度人之神聖法律，"The Sacred Laws of the Hindus" 論法律中之宗教，"Religion in Law" 論法規之分類 "Classifications of Legal Rules" 等章，均須參閱，以爲補助。至關於古代習慣法之通性，及因與近制接觸，對此所生之效果欲知底蘊者，則須讀梅氏所著『東方西方之村社』 Village Communities in the East and West 一書內。第二第三兩章。

因發見漢模臘比之巴比倫法典，Hammurabi's Babylonian code 關於成文法之早年歷史，乃又有完全新穎之曙光。漢模臘比法典者，乃廣博實用，而又大致屬於人事之法典。其時代之

古，遠在耶穌紀元之前二千年以上，且似假定另有更古之具有權威之判詞，見之書寫者。又據此法典所載，則財產轉移之文書，乃爲日常應用之物云。（英譯此法典者爲 C. H. W. Johns, Edinb, 1903）較此稍爲平淡，而亦甚關重要者，則在克里特 Crete 之葛汀法表，Tables of Gortyn，發見於一八八四年。此物較後於羅馬之十二表法。然就原碑保存，無甚損壞。可參閱羅比博士 Dr. H. J. Roby 所論及其譯文。見 L. Q. R. ii 135。

依梅因所論，將習慣編入法典，適得其時，則可防止墮落。然吾於此，有應申明者，則以此種效果，歸於十二表法，雖爲審巧可悅之臆度，在吾觀之，證以吾人所知於初年共和時代羅馬社會之情形及趨嚮，似非吾人之智識所能及。惟反而觀之，若後於此時，始將法律加以修纂，而規以定形，則將阻及按部就班，及合於科學之展進，此則確無可疑已。如一六七三年使法蘭西之有價證券法，Law of negotiable instrument 停頓不前者，即緣於當時之命令，Ordinance 斯其例也。（見Chalmers, "Bills of Exchange," Introduction, p. lvi）十二表法者，其自身幾使古代及拘泥形式之訴訟法，歷久不變；其後代之羅馬人，因衡平法 equity 及法律之擬制，legal fiction 運用

得法，始得脫離重大之不便，此蓋似可由考察得來，而梅因在下章中，將繼此而論列者矣。

按以上評釋隸原文第一章下

評釋第四 英國之判例法與擬制

約當十九世紀之中，及稍後，作家通用之文字，實足使梅因選取英倫判案之權威，爲法律擬制之例證一事，立於堅確不移之地位。然若二十世紀之讀者，將本章上節所論，牢記於心，則殊難以爲英國法家之觀念及公式，在進步之社會中，乃停頓不前；且社會之進步，蓋未有沿一途徑，而速率一律者，他部有展進，而一部則停頓，乃至落後，此又何嘗不能以想像得之？然法律觀念之批評，其經大有造於操英語之世界，則灼無可疑矣。今日聰睿之法家，必不以爲法庭之判決，乃不能增加法律，或變更法律；卽法庭之自身，於其判決，說明理由時，亦常自認其乃增加法律，或變更法律；言論所及，未嘗忌諱。此等法庭，蓋未以具有立法之權力自居，且亦未嘗運用此物。蓋立法家不必遵守現行法律之規程或原則，而凡所製定之條例法，*Statutes* 不獨可以增補法律，且可推翻法律，或則引入絕