

莫理斯著
王學文譯

法律發達史

商務印書館發行

M. F. Morris 著
王學文 譯

法
律
發
達
史

商務印書館發行

中華民國二十八年三月初版

(33210.1)

法律發達史 一冊

The History of the
Development of Law

每冊實價國幣壹元貳角

外埠酌加運費隨費

原著者 M. F. Morris

譯述者 王學文

發行人 王雲五
長沙南正路

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館
各埠



版權所必究

G 四五八上

必

(本書校對者王永榜)

目錄

第一章	法律的起源和性質與自然法	一
第二章	摩西法	一二
第三章	巴比倫腓列基和埃及法	二七
第四章	印度斯坦米太利波斯法	四三
第五章	古希臘法	五五
第六章	羅馬法	八六
第七章	羅馬民法與條頓民族之普通法間的競爭	一〇九
第八章	羅馬民法與條頓民族之普通法間的競爭——續	一三三
第九章	羅馬民法與英國普通法的關係	一五〇
第十章	美國法	一七九

法律發達史

第一章 法律的起源和性質與自然法

法律史是我們民族的歷史和民族之經驗的具體表現；又爲民族之智慧及其對於智慧之需要的最正確的紀念品。一國人民最優秀的思想可以從其制定的法律中看到；因爲人民的日常生活最能在其風俗習慣中反映出來，而風俗習慣又構成了人民日常處事的法律。

在這個地球上我們可以完全斷定，任何人類社會的組織，任何簡陋的部落或民族，任何野蠻的人羣，多少都沒有不受到某種公認之法則的拘束。不論我們是否承認那流行的——但是毫無根據而且無理性的進化學說，以爲文化是從未開化遞演出來：未開化是從野蠻蛻進出來，而這野蠻人的生活又是從一種上古的人猿進化出來的；或者不論我們是否採納較合理而爲一切歷史趨勢所擁護的學說，以爲未開化與野蠻的狀態不過是原始文化的過程，我們根據遺傳下來的記載總可以發見在各時代及各種環境下的人都生息於社會中，遵守着某種規律以調整其行爲和處理其事務，而這些規律是多少具有固定性的，人們雖然往往對若干規定加以反對，但是卻不能不承認其具有拘束的效力。

對於來自外界而具有拘束效力的法律之存在的承認是人類固有的天性，而且是人類的一種需要。這就是等於說到人類社會之存在是靠著上層權力所規定的法律。從我們現在的立場看來，最終之存在是個人之存在，並且一切真正的哲學都承認社會是為個人而存在，並非個人為社會而生存，但是個人企圖在社會中生存也是真的，因此他在許多事情中必需使他的意志受著社會的支配，社會如無法律既不能存在，則據必然的推斷，法律之存在是與人類同時代的，因此人類的『創造者』就是一切法律的源泉，不但神法如此：就是一切公正的人為法亦是如此。一切人為法的認許是從『創造者』得到的；所以若不提到『創造者』，則人為法的存在就無所根據。因為沒有『創造者』的認許和他對於人類社會的安置，人人權力既然平等，而且僅在其良心的判斷中對其行為負其責任，這就是說僅在『創造者』的裁判下負擔責任，那末人類便沒有為其同輩或其後世制定法律的權力了。因此社會秩序並不是根據哲約克盧梭之以理想假定的民約論（*Social Contract*），否認人類為上帝所創造的；也不靠着由多數而產生的強力以施行其命令。因為，如果法律的起源是始於民約，那末一種類似的民約便足以將法律撤銷了；又如果是根據多數而生的強力，那末不服從其命令的過失便要完全因為牠的向外宣示而消失了。

假定有兩個遭破船之難的人，漂流到一個孤島上，遠隔一切人類社會，且與一切預防和處罰犯罪的機關相遠離，其中一人無故將另一人殺死，這種行為，是否因其將永不會被發現，還是因為通常之司法權永遠不能達到此地，抑或是因為民約不能夠在這樣遙遠的區域內發生效力而認為不是犯罪呢？依照我們的良心和我們的常

識看來，這種犯罪和在文化領域中的普通殺人犯是沒有什麼分別的。

但是我們所打算找尋其起源及其歷史的這種法律到底是什麼呢？在討論法律發達史中，我們的確需要對於我們所要討論的預先有一些明晰的觀念，以及有一些關於其範圍及意義的知識。

有很多的爭論，其實可以說是在一般從事著作法律概論的人們對於人爲法的定義起源及其認許幾乎都是令人絕望的紊亂。在每頁裏好像有一種庸俗的見解，就是對於『創造者』的存在，上帝之博愛與人類的友愛，和對於唯一使法律明瞭的條件等的承認，以及對於假定在人類未開化時已有的民約論，反覆的有不變而令人厭倦及無意義的見解，但所謂民約在歷史上，理由上或在常識上都沒有些少證明；至於社會強權說根本是基於野蠻權力，那更不能有何種證明。但是有一件事是現在一般法學著作家所贊同的，就是對布拉克斯同（Blackstone）著名之國內法定義的否認，即認為是不完全的而且不可採用的。這位英國法的註釋大家說：法律『是由國家最高權力者所制定之行爲的一種規則，命令其適當（Right）者而禁止其邪惡（Wrong）者』。一般反對者以爲這個定義的後部是錯誤而且多餘。前部是不確定和不適當，此外在各方面也都不大真實，這種見解是對的。例如，我們知道風俗習慣構成法律；然而風俗習慣卻不是出於國家最高權力者的制定。我們試談談每人經驗中最普通的實例；如我們很常見到的國內街道上的交通指揮——『遵照法律，靠右邊走』。通常沒有法律是這樣規定的，只不過是習慣法而已。這是爲着便利起見始設置這種慣例，而不是由國家任何假定的最高權力者所規定的。

再者：『命令其「適當」(Right)者，而禁止其「邪惡」(Wrong)者。』——在這裏這種說法是什麼意思呢？是否有過法律，條款是與此相反的呢？是否有過法律，規定禁止其適當者而命令其邪惡者呢？在一般研究英國史或羅馬帝國史的人，很容易對這個問題作正面的答覆。還可曾有過准許以身體祭奉火神的風俗和贊成暗殺的習慣嗎？此外關於『適當』及『邪惡』的基本原理，和稅法之征收銀行支票稅以及徵收海關進口稅的規定，其間有何種關係呢？至於法律規定不動產之過戶必需登記，這是符合那種『適當』的原理呢？其實在這種情形，『適當』與風俗間以及『適當』與法令間都有關係；但是這都不是布拉克斯同所推定的關係。

同時我們又有一個問題——就是什麼是國家最高權力者而又具有立法的優先權？如果僅參攷英國布拉克斯同對於這個問題的試答，那麼，這個答案是很難使人滿意的。他說是由國王、大臣及平民所組成的國會；但是他這部著作的整個意旨，據一般批評他的人，如邊沁(Bentham)及其他等人早已指出其最有權勢者僅為國王一人而已。因為布拉克斯同是一個宣傳國王有至高權力獨立統治其人民的人——這種被人輕視的主義，在今日只需略提一下便要被人立時加以斥責，但是這不僅是學說而且是事實，英國政府在不蘭他日內(Plantagenet)、都鐸爾(Tudor)和斯圖阿特(Stuart)執政時，直至比較的近代時，都是這樣的，大約在二百五十年前，俄理佛克倫威爾(Oliver Cromwell)帶着他偽善狂熱而且殘忍的羣衆，在納斯俾(Naseby)和馬斯敦(Marston)原野的血戰中，纔把這個學說永遠的毀掉了。

對於布拉克斯同的定義及其含意雖然都一致的而且最公正的予以否認，但是現代一般從事法學原理的

著作家，在企圖說明什麼是國內法及國內法的範圍與國內法的認許時，也都茫然不知所措。此處所謂法律的認許就是說對於遵守法律之必要的根據和理由。法國的政論家及一部份的德國著作家，在這方面，跟着英美各作者以爲是受着無神論的影響，否認上帝爲法律的創造者，而在一種假定的契約中去找尋法律的起源，這種契約是由社會中各份子所訂立用爲指導其相互間的適當行爲，這就是他們所稱的民約（Social Compact）。前面已予提及，著名的哲約克·盧梭，就是這個名詞的創作者，通常稱他是這個學說的最初建議者。其實這個學說比盧梭更早就有了。其起源可在柏拉圖和柏拉圖以前的著作家中討到。但是在何處或由何人開始，從來就沒有確定的根據。使採用這個學說之被認爲正當之社會的情形並不存在，即在邏輯上也不能推定其爲存在。但是頗能在一部分之美國著作家中，獲到同情，因爲他們恐怕會發見宗教和政治即教會和國家共同的起源是同由上帝給予人類那裏來的。（但在實際的運用，我們對於政府的組織目的是在於儘量的使其分離。）因此他們就不得不回到以西奈或伊甸爲國內法與宗教法的原始了。在這裏，我要順便說到，在美國教會和國家應該分離這種事實並非準確，而且永遠不會準確，因爲宗教和政治是不能完全彼此分離的。

一般美國的著作家大都以爲國內法是人民意志的表示，這個意思在事實上就是說多數者的意志；而這又是來自多數者的統治權這個學說的。但是對於這種主張我們並不需要十分澈底的研究便能够表明這個假定的整個問題，不過是一種無知的自白而已；至關於在英美制度中之以多數者來行使統治權並因而來制定法律，這在相當範圍內必需予以承認，但是多數的人民，甚至於在可能時之全體人民的一致，都不是法律的起源。

若要解釋這個問題——在這裏，或者最好用實例來詮釋——我們假定那裏有一處很腐敗的區域，他們否認暗殺、搶劫、縱火或強姦等爲犯罪而並不予處罰；試問這種否認能否使這些行爲減少其犯罪性嗎？如果多數人民或爲他們所相當承認的立法機關，破壞良心上種種不可讓與的權利，並禁止一般人對其所深信之宗教自由權的平和享有，試問這種禁止會不會僅僅因爲是出於人民的制定而認爲公正呢？如果多數的人民或經其相當承認的立法機關，把私人的財產任意移轉於他人，這種移轉如何纔能夠和我們的公正意識相符呢？但是你將要說那些人民，或是他們的多數是不會做這種不公正的事的。爲什麼不會呢？有沒有人民或國家，（多數或少數）已經做過那樣不公正的事情呢？歷史上難道沒有充滿着這種不公正的事情嗎？我們目前在我們本國中自不會故意的幹着或認許這種壞事的，這是我們很可以相信的；但是如果其他國家或其他時代曾幹着這種壞事，或者尚在幹着這種壞事，那麼對於所牽連的原則有什麼關係呢？

國內法之直接起源是在於人民的意志中，那是十分確實的；而這任何形式之多數者的統治，（並不一定是數目上的多數）又是對社會一般所爲之控制以及對國內法之制定的唯一實際的統治。雖然確實無誤的理論在一切法律中是必需的，但是對多數者或對國家都沒有一種確實無誤的擔保。當然人們所命令的其本身不一定都是『正當』，而所禁止的也不一定是『邪惡』。對於這個反面的情形，我們已很明瞭了。然而一切國內法之目的卻在於實行『正當』行爲並禁止『邪惡』行爲。不過起初，『正當』及『邪惡』和一切國內法是沒有關聯的，而且超越其上，國內法不能使真正之『邪惡』成爲『正當』；也不能使真正之『正當』成爲『邪惡』。

雖然爲着促進一般人的幸福起見，在沒有禁令加以禁止時也可以認爲是應該禁止而予以禁止的。

聖保羅 (St. Paul) 曾談到一切公正政府和公正國內法的基本原則，他說：「除上帝外，別無權力」(羅馬人書第十三章第一節)。若參照我們的共和制度，以及列國設立此制的權力時，我們說一切權力出自人民而屬於人民，我們並不是破壞而是注重這位偉大使徒的主張；因爲照整個的句子講來就是一切權力來自上帝而屬於人民。這也不過同上述的一樣，以爲一切法律之基本原則，不但神法就是人爲法也都源自神明。並且是出自萬能上帝的命令；上帝又命令人們根據各種不同的環境從事組織社會，使基本的原則發生效用的確，我們可以完全適當的說，一切實體法都是神法，至一切公正的人爲法，則不過是一種規則而已。

我們試參考幾個特殊的實例作爲這個問題的解釋。拿殺人罪來說罷。一切人爲法都禁止這種作爲，而且一切人爲法都多少熱烈的找尋輕重不等的刑罰加以科處。但是什麼使殺人的行爲成爲一種犯罪呢？當然並不是因爲法律明定處罰此種行爲而認爲犯罪。因爲殺人行爲是一種違背自然法的犯罪；法律僅承認其事實，至刑罰的規定則讓諸社會本身，即由人民自己來規定。因此我們所見到的刑罰並不相同，有時是死刑，有時是無期徒刑，有時爲有期徒刑，有時爲流刑，有時則爲他種的刑罰。我們再拿民事的案件來說罷。財產所有權是一種自然的權利；是由自然法所賦與的，那就是說由上帝所賦與的。牠並非由人爲法所造成，也不在人爲法的禁止或毀壞之範圍以內。但是人爲法必須適當的加以規定，且爲社會之安寧及良善秩序計尤必須加以規定。所以一切人爲法都僅僅是在一切人爲法以前之原始的基本的以及神賦的權利之一種規則。

我們這裏並不是從事宗教教義或神學上的討論。隨我們怎樣觀察，隨我們怎樣分析，隨我們怎樣努力避免，我們都不得不重回到宇宙是上帝創造的這個理論上去，而且我們又不能把上帝從他所創造的宇宙中區分出來，至少也就應該承認他是人類各種事業的創始者是一切創造之王。我們固然可以故意對着光閉起眼睛，但是結果我們就要自己幹起最悖理的事情來。我們對於人爲法之不顧及神法實在討不出有什麼制裁和辯明。當然這裏我並沒有談到那些教義爭執的問題，只不過說到那些爲世上一切正常人們所採納的道德法則底命令——換句話說，就是說到有時和默示法（Law of Revelation）有些區別的自然法。

有些著作家對自然法爲國內法之基礎的這個主張認爲是一種不安穩的標準，因爲他們說自然法是空泛的，而且在不同的國家種族及人民就有了各種不同的解釋。但是這種異議的本身就很勉強，而且事實上也不真確。我們知道人類不論在什麼地方，對於殺人、縱火、搶劫、偷竊、強姦等犯罪都沒有歧異的見解；對於私有財產權不論在什麼地方也都沒有什麼爭論。不過在若干細微之處常常有了不同的意見；而在根本原則上也常有鬆弛的行動。但是因爲犯罪者破壞了自然法的誡令，所以自然法還是一樣的詳細和確實。自然法已被各法院明認爲在一切法律和一切人類法令之上。只有在自然法中我們纔能看到所謂人之不可讓與之權利的依據，這種稱謂是因爲牠們在乎一切人爲法之上（見 *Ex parte Virginia*, 100 U. S. 368）。飛爾德法官（Justice Field）的意見。

一切法律，不論是神法或人爲法、民事法或宗教法、國內法或教會法都由同一源頭而來。當然牠們是各別涉

及人類各方面的行爲；他們再也不能混合起來或者由同一執權者加以行使。自然法這個名詞照我們已知的解釋，就是創物者當他命令人類生存在地球上的時候，同時賦予人類的原始法，後來，像創世紀裏說的河流一樣，從伊甸園裏流出來滋潤着洪水以前的地球，而分爲四大派：就是道德法、教會法、國內法和國際法；四者之中，只有後述二者通常算是在我們所認爲的法理學範圍之內。但是自然法仍爲他們共同的起源。

『自然法』這個名詞，常被誤認爲是指着簡陋而野蠻之生活的行爲和習慣，例如說是『在一種自然的狀態中。這顯然對於這個名詞是誤會了。野蠻人並不是生活在一種自然的境況中，只不過是在一種犯罪的退化情況中而已。這和上帝對於人類所希望的境況全不相同。真正的自然法是創造人類本性的神法，而不是將犯罪、墮落和不法等情態加在那些企圖避開文明影響之人們的一種濫用。

從這個自然法或可稱之爲神法的裏面產生了人類一切的權利和義務。嚴格的說來，人爲法並不能產生權利；也不能創造義務；牠的功用僅能規定權利和義務。創物者所給予人類意志的自由是一切人類絕對權利的唯一來源，他所規定的法律同時就是人類一切義務的來源，還有第二權利(Secondary right) 和第二義務(Secondary duties) 則可認爲是人爲法的作品；但是即使這些也是從神命發生的，而對於要尊重其同僚之同等權利的義務之規定，也是由神命而產生。因此我們必需承認一切人爲法不過是神法即自然法的補充而已；人爲法唯一最大的目的在於使神法發生效力，擔保人們去行使權利，要求人們去履行義務。所以保護權利的行使以及強制義務的履行就是人爲法的目的；在這個範圍以內實爲自有人類歷史以來各時代中一切立法家之努力

的中心。沒有一種人爲法的制度曾被認爲創設過一種權利的；但卻常常被認爲制限人類的自然權利；此外除了在次要的意義上強行一種已存的義務或者假定爲已存的義務以外，也沒有一種人爲法的制度曾被認爲創設過一種義務的。

自然法之爲一切人爲法的起源曾被各著作家認爲若以牠爲構成我們所可指爲或已經稱爲國內法之上層建築物的一種滿意底基礎，那是太不確定和太不可靠了。但是這是因爲他們誤會了牠的真正的意義。而認爲是盧梭及其門徒所採用的意義。當然野蠻生活的簡陋風俗是在一種腐敗和卑污的狀態中並非自然法的真正標準。我們又可在改過局所中見到模範的愛國者。同樣我們也可在無法律的野蠻人中見到法學原理。自然法是由文化中所產生的法律；上面所提到的各著作家如果以爲自然法是一種已廢的陳腐的東西而且爲曾經存在過而久已消滅了的一種可能或不可能特殊社會景況，則這種假定，實屬錯誤。因爲這種誤解便發生了種種困難。自然法在人類社會最初建設在地球上時，其數量和今日的法律同樣的繁多。是與非(Right and wrong)的法律並未變更，這是因爲牠們不能變更的緣故；我們也許可以看到牠的一些細目上的區別，但是對於基本原則凡屬正常的人們都不會具有不同的意見。若干實例曾經論及。我們不妨再予重提。殺人、搶劫、偷竊、強姦、縱火、僞誓、不論人爲法有否予以處罰，一般明達的人們都認爲是極端不法的。沒有一個明達的人會以爲牠們的不法性是出於人爲法禁止的結果。牠們之所以爲不法是因受自然法的禁止——這就是說，神權以命令使人類構成社會，而僅賦予社會以制定現行刑罰的權力。以上所述關於違反神命的重大犯罪有些事件對於以何者爲神法的終止

點且爲人爲法的開始點很難決定，這在輕微的犯罪中，情形亦復相同。

關於國內法的討論曾使我們採用一種分類，就是分爲實體法和手續法。前者是法律訓誡（Precepts of the Law）的主要部分；後者是使這些訓誡發生效力的方法——或者換句話說，就是法律的執行。這種分類，雖然有些不確定的意義，但在自然法及人爲法中頗能適用。自然法是神的訓誡（Divine precepts）的主要集合，內容爲關於人之權利義務的規定，人爲法則爲社會用以實行此種權利義務的方法。

但是我們在那裏找到這種自然法呢？我可以毫無遲疑的答覆是在默示法（Law of Revelation）中，即在人們心裏的自然規律中，在阿利安文化的基本原則中。對於是非的原則在我們天性中是固有的；而默示法顯然是將這些原則變成爲一種積極的命令，不過是承認自然法而重新加以制定罷了。

舉例來講：『不可殺人』是自然法的一個訓誡；同時又是默示法中十誡的一條。在世界現存或曾經存在之各國的國內法典或道德法典中都有這種規定。這個訓誡的施行方式在全世界一致的雖然常常是用死刑，但因各處地方制度的不同仍有異致。

這種自然法或道德法的偉大訓誡都由各個民族用一種方式表現出來，而且用一種方法企圖使其實施，其內容隨各巨大地方制度而有不同。有些國家對於施行很爲寬鬆。有些國家卻加上了一些不重要的限制；但是各國的努力在實質上大都相同。現在特就她們的方法分別繁簡加以考察。

第二章 摩西法

世界上第一部對於我們有重要性的國內法典，並且比較是第一部具有成文體裁的自然法法典，雖然在時間的先後並不占居第一，但是總使我們需要着考慮到所謂摩西法了。

在紀元十五世紀以前——其準確的時期我們還未能確定——發生了一種變動，那是在基督教傳播以前，而在歷史各紀錄中最偉大最重要的變動。這就是以色列人的逃出埃及。我們從聖經和學校各種教科書內的敘述便可知道這種事實。簡略地說，就是在埃及居住有二百十五年之以色列人的後裔，在居住的後期中曾處在奴隸的地位，突然的結隊遷出該國，數目大約有三十萬人，並不像普通的傳說有三百萬人那樣多，他們來到阿拉伯阿·培特利阿（Arabia Petraea）沙漠中，偶然的打敗了駐在紅海岸邊的埃及軍隊，當時在地中海沿岸四周都感到一種騷動。這次騷動的首領就是摩西，他是一個具有特殊才能的人，精通當時各種學術——這個人曾一度和埃及皇位有過密切的關係，且曾一度儼然被認為是埃及帝國皇位的承繼人。後來因為擾亂尼羅河沿岸而被充軍到阿剌伯，當他逗留在該地的幾年中，他有很多的機會從事研究由埃及祭司那裏學到的哲學，並且又熟習他本國國民的歷史和傳說，同時他又通曉法律文學以及加爾底亞（Chaldea）的古代歷史。關於聖經上道德方面之一切神聖靈感的研究，因與本書目前目的無關，姑不置論，惟每個對於聖經的聰明讀者都會承認聖經五

篇中之前四篇的作者是摩西，同時他又是出埃及記中所記載之革命大運動的首領，所以他必需是一個具有特殊才智的人，而且值得被稱爲他的人民的立法者，並被稱爲各時代最偉大的立法家。

所謂摩西法制，是在其命令以色列人於未在應許地（Promised Land）獲得比較安定的情況以前，而在阿拉伯阿·培特利阿荒野中度其游牧生活的四十年中所頒行的。據一般人的見解，都以爲這個偉大立法家會親自編寫出埃及記（Exodus）、利未記（Leviticus）和民數記（Numbers）等三部書。至於申命記（Deuteronomy）的內容精彩而且進步，則被認爲是一部比較後來的作品。

摩西法據其作者說是以萬能之上帝的命令爲根據的。『Thus saith the Lord God』這句話常爲書中所習用；作者首先所舉的十誡，據說是上帝自己在西乃山雷聲震動中賜給他們的。這個十誡就是最初和基本的法律條文；其餘一切的摩西法制不過都是在於使這些基本的法律發生效力罷了。十誡構成了我們所稱謂的默示法（Law of Revelation），並爲自然法的具體形式和表現。因此我們可以說，在自然法和默示法間並沒有實質的差別。當我們被詢及前者爲何時，我們就可以指到後者。十誡是我們人人所熟知的，且爲每個基督教青年所誦讀而認爲是基督教最初的訓誡；又每個基督教青年也都受到關於十誡是怎樣從上帝傳給摩西等等情形的傳授。十誡是摩西法的實質與主要部份而且也是摩西法的緒端與終局；當牠在西乃半島山谷中的以色列人中公布時起，牠的効力到了今日依然存在。因爲牠們是自然法，所以自世界開始時便有拘束的効力；牠們既然含有永久真理而爲保存人類社會主要的因素，自應繼續具有拘束効力直到世界末日爲止。