

漢譯
世
界名
著

古

代

法

H. S. Maine 著
方建猷 譯

張則堯
C. H. Chang

商務印書館發行

中華民國二十二年六月初版

(一〇五三四)

漢譯世
界名著

古代法一冊

The Ancient Law

每冊定價大洋貳元伍角

外埠酌加運費匯費

原著者

H. S. Maine

譯述者

方鍾建 孝嶽

發行人

王雲五 上海河南路

印刷所

商務印書館 上海河南路

發行所

商務印書館 上海及各埠

版 翻
權 印
所 必
有 究

譯者序

天文學生自占星術，化學生自煉金術，在一僞妄觀念認世間有一該遍不易之法律者之中，或爲一新式法學所託根也。信如斯言，則吾人對此一八六一年之偉作與達爾文種源論并肩而立爲英雄造時世之書者，不能否認其爲新式法學之一名導師矣。梅因之供獻乃根於所觀察之廣大範圍。彼將舊約，荷馬詩篇，拉丁戲劇家，中古蠻族之法律，印度僧製之法律，及羅馬法律家之著作，等而較之，貫以史識，不蹈孟德斯鳩證據不精披揀不純之弊。梅氏之後，追蹤繼迹者以數十百計；「在今日可謂羣得收穫之益矣。然苟對於最初闢草萊以利耕作者竟忽忘焉，未爲當也。吾人所耕者或爲主人未觸之土；又牽犂之牛，或優或劣；然所牽之犂仍爲主人之物也。」

學者苟欲借照於現今之批評以研究梅氏，則波洛克之評釋自當細讀。所惜波洛克稱引之淵博，與其所示人以進探之塗，連帶梅氏本文奧蹟之點，非爲之補一長箋，恐吾人介紹名著者未爲盡責。又尙須注意者，卽此古代法一書，但爲梅氏在此題目上所發表一列著作之首作（雖其各書中

之最重要者）耳。東方西方之村社（*Village Communities in the East and West*）早期諸制度（*Early Institutions*）早期法律及習慣（*Early Law and Custom*）三書，尙宜繼續。

梅氏自立一明顯之界限，即所論不越印度歐羅巴人之社會也。又其所論者非一切之社會，乃一切任有何種永久生命之社會。然彼於中國會一度齒及。謂「世間一切社會皆有必經之一階段，即法律軌則之脫離宗教軌則也。在中國已經過此一階段。但其進程似行過此階段而止。」彼之稱道中國是否亦認中國爲具有一種永久生命之社會，乃不可知。但言之不暢，無以示其有故與成理。以吾人所知，中國法律軌則之脫離神事軌則，依尚書呂刑文，乃遠在唐虞之世。蚩尤『所作五虐之刑曰法』，究在梅因此書第一章所舉古代法律進程上，爲屬於特權階級壟斷之習慣法，抑屬於法典法，姑未能斷；然此法之民神雜擾，可即『乃命重黎絕地天通罔有降格』一語知之。中國政俗自古似即有南北之異；南好鬼神，北重人事。梅因所謂『古代東方貴族治變成宗教性，西方貴族治變成政治性或軍事性』，雖就其所斷印度歐羅巴人社會之英雄時代後所緊接之貴族時代言之，然不妨藉以解釋蚩尤九黎三苗與黃帝顓頊帝堯間之南北相對現象。國語楚語云「觀射父曰：古者

民神不擾。少昊之衰，九黎亂德，家爲巫史；（鄭康成謂九黎學蚩尤。）民神同位，禍災薦臻。顓頊受之，乃命南正重司天以屬神，命火正黎司地以屬民，使復舊常，無相侵瀆。是謂絕地天通。其後三苗復九黎之德，堯復育重黎之後，不忘舊者，使復興典之。」據此，蚩尤作法混擾民神，當爲可信。此後北人得勢之中國所受蚩尤法律之影響，如沿用肉刑之事，固甚久長；但其脫離神事軌則，似實在邃古之初。『進程似行過此點爲止』之評，語意殊晦；吾人若加論之，恐所涉過泛。但僅守梅氏所立進步社會中調適法律之三種工具——擬制，衡平，立法，苟許吾人採比較方法之意而非過自袒護者，則不得不略參一語。欲本西人法律觀念研究中國古代之法律，宜就禮與刑二者，採用梅因之方法爲之分析。而求西人所謂『民法』者，尤應溯源於禮。爭罪曰獄，爭財曰訟之訓，實已早立民刑訴訟分類之基。擬制一義，運用最早；『禮者先王未之有而可以義起也』，即承認擬制之確說。梅因認最有功於人類之一擬制即養子採取（adoption）。謂非此擬制則人類所以脫其羈絆而初步跨入文明之故乃不可知。然中國宗法羈絆誠久未脫；但自來有一確能補助宗法缺點之一種毫不僞擬而確有倫理基礎之制作，即固立『朋友』一倫，一面以家屬關係聯之於朋友關係，如『朋友不信非孝也』

之義，一面以朋友精神推廣家屬之精神，如『友于兄弟』是也。至於類似衡平之運用，如漢高祖令『執見不同據經論決者聽』（漢書高帝紀七年令）開後代律例并行之風；而此種顯然承認理論爲法律中一原素之快語，恐雖羅馬普立德爾通告書或學者答案，及英國衡平法制，皆未享此恩遇。最末，如羅馬之帝王立法，見於我國歷朝之制作者，又無論矣。大抵最古之議事以制不爲刑辟誠有類於荷馬詩中之『判詞』，或特權階級腦中之習慣法；然實毫不託於超然之神力。及叔世三辟之興，刑書之作，亦完全與羅馬十二表法爲同階，而非如梅因眼中引出悲運之印度蠻紐。然此二階段之精神，似尙不能僅以梅因一語爲衡量之資。蓋前者之不爲刑辟乃以『防民之棄禮而徵於書』，恐『民知所爭』爲動機；後者因禮衰而作，乃以『使民知避』爲動機。本此兩種精神之隆替，補偏救弊而立定『徒法不行，以人行法』之教條，再合之一種近乎自然法之理想——即梅因稱讚羅馬古法所藉以異於印度蠻紐之理想——并見於禮（禮之訓爲體乃最古之訓。賀瑒曰：「其體有二。一是物體，言萬物貴賤高下小大文質各有其體。二是禮體，言聖人制法體此萬物使高下貴賤各得其宜。」此言最能表示禮本自然之旨。）與刑（呂刑云惟齊非齊有倫有要，似合於梅因所謂羅馬人

投降於自然法乃本於一種勻整簡明或精雅之觀念。之中者，倘吾人遵梅因此書前半部之觀察法言之，似可謂爲中國古時法律現象之大要矣。

此外我國學者苟不終持『得其精華』之態度，而過於輕視『窮其枝葉』，則對於梅因諸名句嘖嘖在人口中者，如『進步之社會自分位趨向契約』『早期社會以團體爲單位』及『法律之進程乃自程式而趨向意志』等，循斯軌轍，可以提供世人者正多。要之，吾人得梅因「觀察」一可注意之忽略，已時時因各種成見甚且即因數種名詞——文明及野蠻——更運載一不僅在程度上而且在種類上之差別印象，之一針砭，遂可作吾人忠實研究時之巨大保障。（關於梅因所提進步社會所以異於止步社會之間，可參閱鍾建閱譯白芝浩物理與政理。）

至於欲考中國古代法，吾人以爲惟一可珍之材料，即孔子所脩之春秋也。孔子爲魯國法官，因道不行而爲此著。（董仲舒曰「孔子爲魯司寇，諸侯害之，大夫壅之，孔子知言之不用，道之不行，是非二百四十二年之間，以爲天下儀表。」乃春秋作旨之確說。）蓋屬詞比事之教傳於弟子者聲勢甚久。此種情形，除一點外，頗近於羅馬法律大師師弟間之著作。其所立原則，固由胡毋生條例或何

休科旨略見一斑，然其豐富精嚴，切於事情，兼本慣例，（即董仲舒所云上明三王之道。）諸點，尙待闡發，尙待與羅馬大師杜撰之原則，及英國判例原則之不豐，作一比較。但其原則之實施，不若羅馬五大法家之現於本人之世，乃在三四百年後之漢代。（即秦代亦未必不受其影響。）春秋斷獄遂成據經論決之不二軌則，而春秋爲孔子之刑書，亦在後世由另一觀念中，有人道定，若即春秋之本身言之，大抵孔子之稱『大道之行』與『堯舜之世』，即孔子眼中之自然法確實存在之時。至於梅因所譏自然法已攪亂過去與現在者，固即公羊獲麟傳觀之，亦因『其諸君子樂道堯舜之道歟』及『制義以俟後聖』二句不能令吾人爽然斷定其趨向爲向前抑爲向後，然若細衡『國』『諸夏』『夷狄』三世之義，則其最末之階，似不僅爲萬民法（*Jus Gentium*）用心之比。蓋其『用中國禮則中國之』之觀念，似不類羅馬人以市民法爲專利之觀念；而其用意所極，且進而具有歐洲自然法所加於國與國間之關係上之影響。又吾人若用歷史方法自孔子所制之義中區別自古相承議事以制之軌則，則此書之能爲吾人研究中國古代法之最良的（雖非惟一的）藉手，恐無可否認。（參閱方孝嶽公羊春秋詞事索引及後附中國古代法試談一篇。）

譯者所譯之本，即一九〇九年倫敦 John Murray 所出版梅因古代法及波洛克評釋（Maine's Ancient Law with Notes by Sir Frederick Pollock）之本。此外所見，尚有二本之序文可供參考。一即 Everyman's Library 之本，載有摩根（J. H. Morgan）序文，頗能將梅氏此書之要點及梅氏繼此而著之書之特見以明顯之語告之讀者。一即都愛特（Dwight）所訂之本。都愛特序文維護梅氏之論，而據英國法律之本身推闡法律擬制一章之義，尤爲切至。彼又以爲梅氏此書可分兩半讀之。蓋第五章以前，所論者皆法律進展之哲理；第六章以後，乃就法律中之各大支幹溯其早期生長之迹也。都愛特爲便利讀此書者起見，提要鉤玄，作一綱要；亦經譯者量爲譯出，置諸卷末。至於都愛特所希望英國人能本梅因之觀察點及其所用查考聯想之方法專就英國法律作一試探，固亦世界人所同望者。而中國人對於本身之職責，倘不能驟然尋出任何高於梅氏之方法，則都愛特所致意者固不妨卽爲譯者所欲藉此微勞而引出之後果也。

民國十七年二月五日 北京

波洛克導言

梅因亨利爵士 (Sir Henry Maine) 之古代法現蓋成爲經典著作 (Classical text) 矣。本版之目的乃在使之重新，而益以佐助，使讀之而眞解，用之而獲益，有如後代之所需者。此書自一八六一年第一次印行以來，蓋既逾四十年。在此四十餘年中，大都因受梅因此書之影響關於法律及制度之古代歷史之蒐討，較諸前時乃益爲奮力，益爲有統系，且益爲有效果。新事之發見者頗多。吾人對於他事之智識亦經不致陷入錯誤與誤解。蓋頗多事實前此雖亦見及而容許之，第視其爲無關宏旨，或以爲祇有局部之興趣，因而未免忽視。今則在較廣之智識分野中，既有其適當之地位與重要矣。如此得來之材料，蓋足使吾人就許多方面而證實及補充梅因之作。若據此種材料之所示，梅因之言有應加以修正者，則凡熟悉法律學問及歷史學問乃具有進步之性質之人，必不致因此而失望也。所可異者，非梅因之書在三四十年後尙有待人修正之處；乃其應行修正之處竟若是之少耳。其後之思考及研究，就大體言，皆經以極顯著之態度而證實梅因之主要觀念。一則梅因以爲事

或有然者，今則有實在之證明；一則梅因本人所未親歷之境，今則有新例證新應用爲之張目也。

梅因此作，其本有之力量，足以證明之者，無過於大陸之學者所加之抨擊。當此種淹博之學者，有所陳訴不滿時，於完備制度之勻整構造，爲彼曹薰陶所自，所經熟稔者，蓋有所未諦也。吾人須知梅因本人之一字一句，並未嘗許約讀書以系統之主張。凡梅因之書，蓋向未顯然自稱於人類法律之最初原始，求其原因；或就法學與倫理學之關係，爲之解決；或將法律一學，連繫於政治學說或社會演進學說。然梅因之未嘗爲此，恐批評之人，亦未嘗以疏忽罪之也。凡所表示之失望，無非以梅因未能盡畢其詞爲憾；或以爲梅因倘有解決之方，乃從不暢發其論。夫以梅因之著作，乃不大張旗鼓，放膽言之爲憾者，吾雖不作是想，亦不敢以此爲不然；此種表示，蓋亦頗有力量也。吾意遺憾之言，亦誠由衷，且由於對於時間、情勢及材料之關係，不能完全了解。而梅因著作之情態，其所繫於材料者，則尤多焉。又就批評家之意旨言，以梅因之專精此學，鑽研既久，而尙隱約其辭，未敢以權威自居者，乃對於非專家之謙詞耳。其實，實在之批評，乃與此大相懸殊也。實在之批評，以爲此書之著者，既爲此學之宗師，故其所用之方法，與其所得之結果，應衡以最高最嚴厲之標準。然吾人若由達烈斯

(Dareste)或樊尼(Vanni)而溯及『古代法』之原序，則於梅因之卑以自牧，謙抑其辭，必將爲之駭愕不已。其言曰，『本書之主要目的，乃在將人類最初之觀念，當其反映於古代法中時，爲之表著；並指出此種觀念與現代思想之關係。』又梅因於第一次印行關於村社(village communities)之講演時，於其文之零碎不成片段，頗向讀者致歉。且當聲譽正隆時，謂其早期法律與習慣一書，無過『欲將現行制度之一部，連繫於人類最古或原始之習俗，及與此習俗有關之觀念』云。夫古代習俗，孰爲真正之原始的，梅因於此，乃小心翼翼，不敢以宗師自居，此亦極足令人注意者矣。特附和梅因之人，未免忽視此種小心；即在張皇他說之人，亦未免陷於此弊耳。

梅因之所造於法律及歷史學者，究爲何物，因梅因於其所著，未暢其說，乃令初讀此書之人，殊難得一普通之概念，雖能於此作最後之解答者，惟有梅因本人；第吾人於此，不宜自安緘默，應直言曰，梅因之所爲，蓋不下於剎造法律之自然史。(He did nothing less than create the natural history of law) 梅因一面示明法律觀念及制度，有實在之演進途轍，有同生物之屬(genera)與類(species) 且在每期之演進中，有其循常之性質；一面又示明此種歷程，應有真切之研究，不

能視此爲其所在之社會普通史內偶然之事云。夫不滿於法律家之昧於史事，而致其喃喃者，蓋有之矣。當關於中古制度之擬制，二十五年或三十年前，尙流行於歷史中時，富利曼 (Freeman) 見之疾首蹙額，乃爲之太息曰『哀哉法律家也。』(富氏是語，曾否見於文字，吾不知之；惟吾曾聆彼作是語耳。) 然梅因則曾啓迪吾人，謂授法律家以歷史頭腦之方，乃在示以法律一物，有其自身之重要歷史，並不限於政治及憲法方面；且正式運用歷史方法，及比較方法者，此中蓋大有迴旋之餘地也。爲法律家者，若諦審此義，則當能見及歷史家若不徒以紀年之人，恬然自足時，倘於法律觀念及法律制度，略有所知，必無有是處；而吾人溯及現代制度之發生於半史期 (semi-historic past) 中時，必將見及法律原素之重要，不獨無所減損，而且有所增加。除梅因外，固有他人，亦論及此，特無先梅因而爲之者耳。梅因所論，掌教者多採其說，而流行於學校之中，因而獨出心裁，深造自得之處，反易爲人輕輕看過。然梅因之貢獻於歷史哲學者若何，凡諸學子若對之稍有疑慮者，不妨自問曰：欲就下列數義得一適當或明了之概念，亦能得之於載籍（或歷史的或法律的）中之古於梅因所著之古代法者耶。如古代社會中，因有法律而起之敬仰情操，(sentiment of reverence) 如古

代法律之趨重形式；(essential formalism) 如古代法律中，手續法之勝於實質法；如關於法律證據，古代觀念與近代觀念根本不同之處；如國民個人處置財產之權（尤見於用遺囑者）比較上屬於現代之性質，以及人民之契約自由；如真正之刑法，所現之更屬近代之面目等等；亦有先梅因而闡明之者耶？就現在言，可謂『均已得收穫之益』（"All have got the seed"）然吾人不能因此遂忘誅茅播種者，最初爲何人。此主人所遺留未種之田，吾人可取而耕之；且繫牛於犁，有所引之牛爲較勝，亦有所引之牛爲較遜者，然此犁則猶是此主人之犁也。

梅因著『古代法』時，或當彼編製及敘述其演講以古代法爲修正之版本時，(Early Law and Custom, p. 194) 取材所自，足供驅遣者，果爲何物，吾人至此乃可就大體上爲之研究矣。十九世紀之中葉，法律學問與歷史學問所造就之地位，吾人若爲述及，當無妨礙。蓋就英國學子之未嫻大陸學問之中心者言，不可不先明此義也。

第一，羅馬法中實以是時尙健在之薩維尼(Savigny)爲最大之宗師，其苦心孤詣所創建之歷史學派，(historical school)是時盛興於德國，且方始流行於他處。薩維尼與其同時學者，及景從

之人，所鑽研者，不出羅馬之材料，關於古代法制之比較探究，幾於未遑問及；更無論於宏偉之規模矣。薩維尼臆測所及，不足維護之處，有不止一事者，大約即因於此也。伊赫林 (Rodolf von Ihering) 者，一世之天才，稟賦之厚，雖非他人可幾，而與同代之梅因，乃最爲相似。是時其著作方始行世，其對於現代法出自古代法之演化，見解所在，有數點直與梅因相符。如凡諸法權 (jurisdiction) 若窮追上溯，當見其原始，非出自強迫 (compulsory) 乃出自自願 (voluntary) 其一例也。然兩公之間，初非有所假借。梅因觀念之形式，蓋在伊赫林之偉著 “Der Geist des römischen Rechts” 之任何部分尙未出版以前，而伊赫林縱有從容之時間，亦必未嘗多所借助於梅因之著作。蓋以吾所親聆自於伊赫林之本人者言，此公讀英文尙有所苦也。

是時英文中關於羅馬法之著作，除有少數例外外，大都成爲古董，或受人藐視；而英文書中偶有論及羅馬法者，幾於率皆粗淺不足道，且有極不相稱，或竟紕謬百出者。如布拉克斯吞 (Blackstone) 即往往有此種極不堪之錯誤。自古代法出版多年以來，此種事態，尙無所變。今則大相懸殊矣。在英文中言，如米爾赫 (Muirhead) 如柏斯特 (Post) 如邁爾博士 (Dr. Moyle) 如羅比博士

(Dr. Fobry) 以及逝世未久之格林尼詒博士 (Dr. Greenidge) 均有各種極精之著作，以供初學及高級之用。而梭恩 (Solm) 之 *Institutes* 且見於烈斯黎君 (Mr. Leslie) 之佳譯，至季拉教授 (Professor Girard) 之羅馬法入門 “*Manuel élémentaire de droit romain*” (3rd ed. 1901) 雖命名甚謙，實爲此中最淹雅，最概括，且爲最近之作。讀此書者，將見及有如梅因本人之在第一序中所云，關於研究羅馬法之部分，本非欲以此自儕於學院論文之列。蓋先認定關於羅馬法之初步智識，可以得自於優斯惕安之法學階梯 (Justinian's *Institutes*) 中者，讀者應既具備也。是故用專門之眼光，作詳細之評註，施用於此，實屬不稱；必欲爲之，終屬無謂；而凡讀此書之人，不以此書爲佐助，以爲有此一冊，則可不讀羅馬法之本文與各專家註疏之作，是乃自取其咎也。若以當時流行之意見出於治羅馬法律史者最大之宗師，而其說後來乃爲人吐棄，梅因當時竟採入之，以此爲梅因病者，則更不明本末矣。

日耳曼之古代法律，經人研究者，既屬不少，然大陸學者之爲此者，於材料之豐富或重要，尙有待於英倫對此作科學之研究之一義，則尙有所未悟也。反之，探討之人，以其所得布之英國人士者，

(此中尤以昆布爾 John Mitchell Kemble 爲翹楚)則於現代之英國法律所造甚淺，且不能以英國法律之後代歷史乃至中古歷史連繫於英國最古之制度中，而有以觀其會通焉。是故英國十六七兩世紀之法律專家，考古學者，苦心孤詣以蒐集豐富之材料，其用力之勤，足以博人讚賞，而其鑒別之精，有爲其時之人所不能信託，而吾人應爲之起敬者，蓋未聞前此有人就其所得，爲之專心披煉也。梅因者非考古專家，其本人未嘗欲就此嘗試，皆無待吾人之煩言。蓋其實際上所施之工作，乃在闢考古之正路，使此學不徒供好奇之人，作消遣之物耳。

英國法律史昔人所知者，極不完備。而所知者又隱蔽於浩如煙海之近代浮文縟節中。布拉克斯吞 (Blackstone) 之著作，雖方法及排列，紕謬百出，多有非出自本人之手筆，而在當時極受人之崇慕，所應承教於其書者甚多。(卽在今日亦尙如此)然早已不復爲法律學者家絃戶誦，而在十三世紀以前之任何時代，均不足爲安全之南鍼矣。所有在大憲章 (Great Charter) 以前之物，吾祇舉可能的最早之時期，這皆覆於黑雲重霧之下，祇有一部分經昆布爾 (Kemble) 及柏格拉夫 (Palgrave) 二公之曙光，爲之爬梳。然此又大都就普通法之憲法方面言。屬於專門之古事古物，吾人所