

庫

第一卷

編

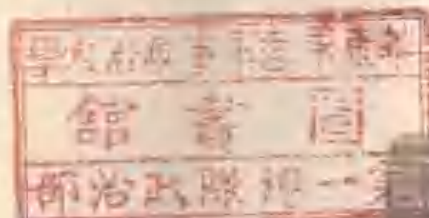


法代古

(三)

著因梅

譯因建鍾 鼎孝方



行發館書印務商

法 代 古

(三)

著 因 梅

譯 閔 建 鍾 嶽 孝 方

著 名 界 世 譯 漢

古代法

第八章 財產權之早期史

羅馬法學階梯 (*Institutional Treatises*) 當其給與定義於各種正式變式之所有權之後，進而討論取得財產之自然方式 (*Natural Modes of Acquiring Property*)。彼不熟於法律制度之歷史之人，似不能於一覽之下，即認此等自然方式爲具有思考上之興味，或實用上之興味。野獸爲獵人所網捕或戕殺者，土地爲河流淤積所隱然加入吾人之田疇者，樹木之自伸其根苗於吾人之地中者，皆羅馬法律家所稱爲自然獲得之產。早期法律大師確認及此等自然獲得之產一律爲環繞羅馬之諸小社會之慣例所承認。因此，一較後期之法律家發見此等之產，類歸之於萬民法中，而認爲屬於一最簡單之種類，遂位置之於『自然律令』 (*Ordinances of Nature*) 之中。此等財產所受人賦給之尊嚴性已日增月盛於近代之世，直至十分超過其原負之重要性。世人已將此等

財產作爲其理論之美好資糧，而使之施展極大之影響於實行之上。

對於此等自然獲產之方式，僅注意其中之一種——『先占』(Occupatio 或 Occupancy)

——似於吾人爲必要者。『先占』吾人習知其爲取得無主物而有之之謂，(加以術術上之定義)蓋欲爲己身而占有也。羅馬法律家所稱之無主物 (res nullius)——物之尙無主者或絕未曾有主者，——非逐一算數之，則不能確定其爲何物。野獸奇禽魚鼈之屬，最初掘發之寶石，新發見或從未墾闢之土地，皆屬於無主之物。至於物之尙無主者，即人所委棄之浮動物品 (Moveables)，委棄之地土，及(雖爲一種變格而實爲最可怖之條款)敵人之財產是也。在此一切物品中，管領之全權乃爲占有人 (Occupant) 所得。此占有人初占有此等物品，乃意欲守之爲己有者。此種意向，在若干例中，必經種種特別行動而表露之。予意此種『先占』之例之普遍一切處之狀態，令一期羅馬法律家置之於萬民法之中者，及其簡易之性質另令一班法律家類歸之於自然法之中者，皆不難了解。但對其在近代法律史上之命運，吾人較無預定之見可以解之。羅馬之先占原則及法律大師所本此原則而擴成之法律軌則，乃爲一切近代國際法上關於戰利品關於獲取新發見的國土

上之主權諸題目所託之淵源。彼等又曾供出一『財產來源』(Origin of Property)之理論，立刻爲普遍歡迎之理論，或在種種不同之語式中，爲大多數純任思想之法律家所甘受者。

予既謂羅馬之先占原則已決定國際法上關於戰利品一題之趣向；戰利品之法律軌則乃根於一種假定，以爲社會因戰鬪之暴發而送回於自然之狀態；而在此人爲的自然狀態中，私產之存立不能不告中絕；即交戰兩方之私產中止其爲私有狀態也。但後期自然法之著作家，向來渴欲保持一說，以爲私產制度在某種意義中乃爲自然法所認可。因此，認敵產爲無主之一假定，在彼等視之，似爲邪曲可驚之見；故作意汙辱之，謂其僅爲法律制度上之一種虛擬而已。但吾人若追尋自然法而達其淵源所在之萬民法，吾人遂立刻見及仇敵之物品如何被視爲無主之產，而可爲第一占有人所得。實行古式戰役之人，於戰勝之時，解散其軍隊，任兵士橫肆劫略者，應天然具此理想。但或者在初時，所如斯允許戰勝者占取之物，僅爲浮動之產耳。吾人根據一單獨證據得知另有一種形式甚異之軌則關於取得敵土之所有權者，曾通行於古義大利。於是，吾人不妨對於自萬民法成爲自然法典之時所採土地占有之原則，及此原則之爲黃金時代法律大師所作概斷之結果，皆可懷

疑。彼等在此點上之教義，乃保存於優帝學說彙纂之中，而現出一不合理之言式；謂任何種類之敵產，在其對方視之，皆應爲無主之物；而勝利者占爲己有所據之『先占』原則乃自然法中之一制度。國際法所自茲抽取之法軌，曾有人詆毀，謂其對於作戰者之貪殘暴虐之性過於寬縱。但予意作此責備之人，乃不習於戰爭之歷史，因而不知爲一任何種類之軌則博得遵從乃爲如何之奇勳者。羅馬之先占原則當其被引入於近代戰利法之中時，并攜入一叢附屬於下之法軌限制此原則之實行又與此實行以明確之意義者。而倘若吾人將自古羅休之著作成爲一種權威之日以後所發生之戰爭，一比較一較早期之戰爭，則吾人可見常羅馬諸教義被人領受之時，戰爭之役遂立刻成爲更複雜之狀態。倘若羅馬占有法不得不被責爲曾施有害的影響於近代國際法之任何部分上，則吾人可有若干理由謂國際法上另有一支曾更受損傷之影響。公法學家，在其將羅馬人施行於發見寶石事件上之諸原則施之於發見新國土事件上之時，遂將一種教義完全與自此教義上所期待之事業不相等者，強迫入於其工作之中。此教義因十五六世紀之巨大航海家之新土發見而擡舉至極端重要之地位。但反引出更多之爭端，多於其所能解決之爭端。不久，遂見有兩種最

需確實解決之點大無解決之法，即領土之由航海人爲其本國而獲得者，應達於何種限度？及欲完成統有此土之名義所必取之行動其性質爲何如？再者此原則之本身既作成如斯非常之利益，僅令一無意中之幸獲有此當然之果，故爲歐洲最冒險之民族，如荷蘭如英吉利如葡萄牙在本能上所不得不違叛者。吾英人并未顯然否認此國際法之軌則，故實絕未承認西班牙人獨占墨西哥海灣以南之美洲之聲求，或法蘭西王斷窩海俄河（Ohio）及密士西比河（Mississippi）兩流域之聲求。自伊利沙伯（Elizabeth）之在位，直至查利第二（Charles the Second）之在位，其間殊難有一時期在美洲河流上曾見完全之和平；而新英疆土之殖民之侵襲法蘭西王之領土，紛擾之期過於百年。邊沁卽爲此紛亂狀態關於該種法律原則之實施者所驚駭，遂脫離其本人之常態，而致頌於教皇亞力山大第六之著名勅令。此勅令乃爲西班牙人與葡萄牙人間劃分此世界未發見之疆土，而以一中分線畫於阿左阿斯（Azores）以西一百海里之地者爲其鴻溝。而邊沁之讚頌，驟觀之，既爲可奇，故吾人不妨疑問此教皇之安排究竟是否在原則上確較此國際法上之軌則爲悖謬。蓋後者給與一國王以此全洲之半，因其臣民所行者正合於羅馬法律上關於獲得小僅盈握之

寶物之所有權所必需之條件。

對於凡作此篇題目之研究者，『先占』原則顯可供彼以極大之興味；因此原則供給私產來源以一設想的解釋，遂爲純任思想的法制獲得實現之方。曾有一時，普信『先占』所含之手續乃與土地及土地上之物產（始初爲公共所有）被許爲私家之產所經過之手續恰相符合。思想之行程引出此種假定者，並不難了解，倘若吾人見及古代自然法之觀念與近代自然法觀念之異點。羅馬法律家已論定『先占』爲獲取財產之自然方式之一種；當然信人類在自然制度之下『先占』應爲其實行事例之一種。彼等對於此狀態之確曾存在所自信者達何程度，乃如吾上文所云爲彼等言論中所遺下未能決定之一點也。但彼等似確曾作一揣測，（在一切時代中皆有可讚美之性）謂財產制度非與人類之存立同古。近代法理，承受彼等之教義而無所遺漏；且更進而以熱烈好奇心作假設的自然狀態之思考。既然近代法理曾承認土地及土地上之物產嘗爲無主物之說，又既然其對於自然之奇異觀念引之斷然假定人類之實行占取無主物之例乃遠在有秩序的社會組織之先，於是立刻生出一種推斷，即『先占』乃原始社會之無主物成爲有史世界個人私

產所藉之手續。若將法律家於種種各別語式中所供給於此理論者作逐一之計算，自爲煩厭之事，且爲一較不必要之事；因布拉克斯吞可謂當時一般意見之忠實索引者，曾將彼等所供給於此理論者撮要舉之於其書之第二編第一章中。

布氏之言曰：『大地及大地中一切之物乃人類之公產，爲造物者所直接賜人者。物品公有之原則，即便在最早時代似不會有實施於任何物品之本體上之可能，又不能實施於物品之使用；因根據自然法或理性法，凡最初開始使用一物者乃於中得一暫時所有權；此所有權與其使用之期相終始，而不能越過此期。確言之，占有權之繼續僅因占有行爲之終止而終止；例如，大地本爲公有之物，無論何部分，不得爲任何私人永久之產；但任何人占據此大地上任何一確定之點，爲休憩計，爲藏身計，或其他類此之目的計，遂暫獲一種所有人之地位。若用強力逐此人於此地位之外，似爲不合理，而違反自然法之事。但彼若自委棄此占有地位，則旁人之取獲此物即非不合理。』彼於是又進而致辨，謂：『當人類數目增多之時，事有成爲必要者，即希求一較永久的領有觀念，而令個人享受者，不僅爲直接的使用，且享受此物之本體也。』

此一節中有若干曖昧不明之點不免令人懷疑。似布氏對於發見於諸家著作中之一立論謂地面上之財產在自然法下乃最初爲占據人所獲得者不甚了解。但彼所有意或因誤解而加於此理論上之限制，遂將此理論作成一種形式爲此理論所常常具得者。有衆多著作家因語式之精確而卒名過於布氏者，已論定當事物起源之時，『先占』之狀態最初賦人以與世相對之專有的（但暫時的）享受權；後來，此權保持其專有性，而成爲永久性。彼等如斯述說其理論之目的，乃欲對於謂在自然狀態下無主物因『先占』而成爲所有物之教義，與彼等自舊約史書上所生之推斷謂古家長最初非永遠享受其畜牧場者，作一調和。

可直接加於布氏理論之惟一批評，可即見於追問彼所描畫之原始社會諸情態究竟是否較確於與此同易玄揣之其他情態。循此方法而查考之，吾人大可詢問，凡一人已占據（布氏用占據 Occupy 一詞明明按照通常英國意義）地上一片土爲休息藏身之計者，究竟能否保有此土而無紛擾。事機之當然者，即此人之所有權應與其占守之能力恰恰同廣；而彼時時可遇之紛擾，乃因一新來者要求其讓給此土而自問有十足之力可以逐此所有人也。但此中真理，乃凡對於此等立

論之爭辯，即因此等立論本身毫無根據而成爲無益之辯。人類在原始狀態下究作何種行動，似不爲一無希望之研究題。但彼等行動之動念爲如何，乃不可知者。此等對於人類初期狀態之描寫，乃先後受兩種設想之影響：第一，即設想人類今日環境之情狀中有一大部分應被革除；第二設想，即以爲在如斯革除之後，人類恐仍保持其今日行動所由之感念與成見——雖此等感念在事實上不妨即爲其所應革除之情狀所造成者。

有一薩維尼(Savigny)之格言嘗被人認爲可以補助一種財產起源觀之說；此種財產起源觀乃與布拉克斯吞所總述之諸理論略有相似者也。此偉大之德國法學家製定一義，謂一切財產權根據於因時效(Prescription)而成熟之強占(Adverse Possession)。薩氏此義乃僅關及羅馬法而言；若欲充分賞知此義，非先費甚多之力以解釋其句中所用之名詞不爲功。無論如何，薩氏之意旨所在非不可以確然表露者，倘吾人視薩氏所云者蓋謂無論對於財產權之理想受自羅馬人者探索至如何之遠，無論回溯此等理想如何近抵法律之幼稚期，吾人所獲終不能超過一種包含三層原素之所有權軌則之觀念——即「屬有」(Possession)、「強自屬有」(Adverse-

ness of Possession) 卽非許可或非附屬之執有，但爲與世相對之絕端占有三『時效』(Prescription) 強自屬有權所於中未曾中斷之一時期。薩氏之格言固極可以用一種更通括之談過於彼所自爲者以述明之。但若查考法律中任何制度更前於此三原素合成一所有權觀念之時期者，則絕不能尋出何種合理的穩妥的結論。同時，薩氏既遠非維護該種關於財產起源之通行理論，其所立之軌則乃特能引吾人注意於此理論之弱點。在布拉克斯吞及其所追踵之人之眼光中，此種理論乃以一種藉口之方式給與聲求『絕對享受』之人。絕對之享受乃人類祖先所特別愛好不可索解者也。但不可索解之事尚不在此。財產所有權之起於『強自屬有』誠不足奇；最先的所有人應爲一有力之人武裝以自保其物品之安全，此亦不足奇者。但何以時移勢易之後，不覺造成他人尊重彼之所有；——人類所以一律對於任何已在事實上長久存立之事物加以尊敬，此心理乃自何而起，——如斯問題，眞值深考；但遠在此文範圍之外耳。

在指出何處可令吾人從中拾得若干關於財產權早期歷史之知識之先，予敢表出予個人意見以爲在文明初期，社會一般印象關於『先占』一事者直與此眞情相反。『先占』乃實質的屬

有之一故意擬充之藉口；由此行動可賦人以無主物上之特權之一觀念，遠非甚早期社會所能有；無論如何，乃爲一精進的法理與安穩的法律情形所產生者。僅僅當所有權已自長期無人犯害之狀態而獲得認可之時，又當大量的享受物已屬於私人所有之下之時，單純的屬有狀態始能賦給第一次屬有者以駕於前此未屬何人之物上之主權。此義所從而生之感想，絕對不能與所有權之稀有及不確定之狀態爲文明初期所轉著之象者，相調應。此義似非託胎於一種對於財產制之天生癖好，但確似託胎於『物必有主』之一假定。此假定乃起於財產制之長期存在之狀態也。當一人取一無主物歸其所有時，則可許此人成爲此物之主，而根於一種感想以爲一切有用之物乃天然屬於一絕對享受之下，又以爲在此一事例中，除此占有人外，無人可將所有權託於此物之上；簡單言之，此占有人即成爲所有人，因一切之物皆假定爲屬於何人之產，又因不能指出何人對於此物之所有權有一優於此人之資格。

對於人類在自然狀態下之描寫，如吾人上所討論者，雖未有其他反對之論；但在一點上，此等描寫實與吾人已得之確鑿證據有致命之不和。吾人應注意此等理論所設想之舉動與動機乃

個人之舉動與動機也。爲本身計而署名於『社會契約』者，乃各個人也。人類譬如一衝流不定之沙岸；個人乃此沙岸中之穀種；依霍布士（Hobbes）之理論，此沙岸乃因健全的強力約束而使之堅凝成爲社會性之岩石。在布拉克斯吞之描寫中，『占有一確定地點爲休息藏身或其他類此目的計者』乃個人也。此強力當然不免挫折一切自羅馬自然法所遺下之理論。蓋此等理論異於其市民法，在其提出個人，在其自古代社會之權威下解放個人，而卽此大有供獻於文化。但不得不再聲明者，卽古代法絲毫不知有個人；古代法所關懷者乃非個人，但家族耳。非個體之人物，乃集合之團體耳。卽使古國家之法律能穿過家屬之小羣而達於其原來不能透達之地，其對於個人所取之觀念亦仍與最成熟的法律制度所取者有奇異之不同。每公民之生命非視爲限於自生至死之期，但爲繼續其歷代父祖之生存而仍將經其子孫爲之延續者也。

羅馬人所作人法（*Jus Personarum*）與物法（*Jus Rerum*）之區別，——雖極端便利，但完全爲人造的，——已確然大轉變吾人此題之研究，令違背其真正方向。當討論及於物法之時，則其討論人法之所得者遂被遺忘，而以爲自所有關於『人』之原始狀態之確定事實中，不能獲得何

種暗示關於『財產』關於『契約』關於『不法行爲』(Delict)之原始性質者。此方法之無益，可以大明。倘若一純粹的古代法制能置諸吾人之前，倘若能將此羅馬之分類施之於此純粹古法制之上，吾人立刻可見自物法中分出人法在法律幼稚期中實毫無意義。屬於此兩類下之軌則乃混雜而不可分。又此種後期法律家所劃之區別，僅能合於後期之法理耳。自吾此篇前幅所言者觀之，倘若吾人自限其注意於僅僅個人之財產權，則可斷言吾人決不能獲得對於早期財產權歷史之任何暗示也。事之較近真者，即聯合的所有權而非各別的所有權乃真正之古制度；又可以供吾人以教訓之財產權之形式乃該種與家族權親屬權相聯合之形式。羅馬之法律制度在此處不能供吾人以啓發；因即此羅馬法律制度被自然法之理論所轉變，遂遑給近代人以一種印象以爲個人所有權乃所有權之常例狀態，而團體公共所有權乃一特例。雖然，人間有一社會向來爲探求原始社會之遺制者所精心查考。無論任何，此種原始制度不妨經過變遷於久居印度之印度歐羅巴人種中；但恐難發見其將原始制度之虛殼完全拋棄也。幸而在印度人中，吾人尋出一種所有權之形式可以立刻吸起吾人之注意；因此形式恰恰符合吾人研究『人法』時所引起關於原初財產

狀態之思想。印度之村社(Village Community)乃立刻爲一有組織之宗法社會，爲合體所有人之一集會。構成此社會之人衆，其各個相互之人格的關係乃與彼等之所有權相混難分；而英國官吏之企圖分離此二者，乃英印行政上若干最可怖之失敗之所由也。村社一物乃被認爲極端古董之物。無論對於印度歷史作任何方向之探求，或其通國史，或地方史，皆可時時發見村社一物在其進程上最古之點即已存立者。一大量之明敏有識之著作家，其中多數皆未作何種理論關及村社之性質與來源者；但皆認此村社，在一社會絕不願將其任何慣例加以改革者之中，乃爲一種最不宜破壞之制度。征服與革命之事不妨會掃蕩於其上；但皆不能擾亂之或推翻之也。在印度，凡最有利之政府制度皆向來爲承認村社爲行政基礎之政府制度也。

成熟的羅馬法及近代法律制度之追蹤此成熟羅馬法者，皆認合體所有權爲特例，爲所有權之暫時狀態。此種觀念在通行於西歐之一格言中即明明表露而出；此格言即『無一人可以被置於合體所有主之地位而不得其同意。』但在印度，此種思想之次序已被倒置；而不妨謂各別所有人皆向來趨成合體所有人。此種程序吾人已注意及之。當人產生一子時，此子即立刻獲一賦定之

利益於其父之財產中；及達成立之年，遂在若干偶然事態下爲法律條文所許可以要求分析家產。但在事實上，析產之事甚爲稀有；即便在父死之後，亦甚少見；而此家產長久不分繼至數代，雖各代中之各分子皆有一合法之權駕於一未分之股分上也。此種共同執有之業，有時由一公舉之管理人管理之。但較普通者，而在若干省中爲向例者，卽由宗屬中之最長者管理之，由最長宗支中之最長的代表管理之。此種合體所有人之集會——一親屬之羣體有一公共所有業——乃印度村社之最簡單的形式。但村社實非僅一團親屬之結誼，非僅一團股員之聯合。村社乃一有組織之社會；除設備公共基產之管理外，且向來設有完備的職官組織以處理內政，處理警務，執行司法，分派納稅，分派公共義務。

予所描述印度村社所由成形之程序，不妨視爲準定者。但吾人不得設想在印度每一村社之結合皆由如斯簡單之式。雖在印度之北部載籍之中（如吾所聞者）幾皆一律表示村社乃單由血統親屬之集合而成；但亦仍告吾人以外姓人可以時時加入，又僅僅購買一股之人亦不妨常常在若干條件下被許加入。在此半島之南部，常有村社似乎非起於一家族而由二個或二個以上之