

萬有文庫

第一卷一千號

王雲五主編

孟德斯鳩法意

(三)

孟德斯鳩著
嚴復譯

商務印書館發行



孟德斯鳩法意

(三)

孟德斯鳩著
嚴復譯

漢譯世界名著

第十二卷 論法制之關於小己自繇者

第一章 此卷大旨

夫言一國之法制。徒取關於國羣自繇者而論之。未足也。必兼論其關於小己自繇者。其義乃備。於前篇之所論列。則知國羣自繇。係於三權之分合。而論小己之自繇。其事不僅此也。蓋其事視身家之安否。與其心憂樂舒慘之何如。

是故有法制立而國羣自繇矣。而小己自繇。則猶未也。亦有小己自繇。而國羣憲法。則不足以語此。蓋其國憲法。有自繇之理。而或無其實。或小己有自繇之實。而憲法未具。臣民無可據應得之權。

夫建自繇於國羣者。視法制之所立。而尤視經常大法之何如。至於小己。凡臣民之所實享。則視其國之風俗習慣。與其所薰染於外緣者。故有時一特別民律之立。卽有以獎進而利行之。觀茲篇之所論。可以見也。

更有進者。國家以尊隆法制之故。每須抑損小己之自繇。然或至於太過。則欲知其民所實享之自繇。勢不得不取其特別之律而論之。而其於自繇精神。爲獎爲抑。可分見矣。

第二章 臣民小己之自繇

有心理之自繇。有羣理之自繇。心理之自繇。哲學之所論也。其義無他。從心所欲而已。雖論此者。學派至多。而謂吾人有自主之志氣者。則所同歸也。羣理之自繇。法家之所論也。其義無他。安生樂業而已。雖附此者爲義甚繁。而謂臣民有可保之身家者。又其所一致也。

臣民身家之難保。無過於被訟獄。吏議之時。是故臣民小己。能否自繇。一視乎刑律之平。頗文網之疏密。

刑律平恕無頗。非一蹴可幾之境也。卽其國上下勤跂自繇之幸福。於其境且不必至。雅里斯多德言鳩摩之俗。其子訟人。其父爲證。則其刑罰之不中。可想見已。當羅馬有王時。以其法之疏。致塞維圖烈於妻父被戕。得親決安居摩什諸子以死罪。吾法先王覺羅帖烈。首定不兼聽兩造。不得成獄之大法。以此知其初有不傳爰書。而定刑辟者矣。希臘自沙朗達。而後有誣證之條。亦可知其舊典爲何若。嗟乎。身爲國

民使罪至。罔加雖冤。不能自脫。則所謂小己自繇。掃地而盡。平等文明。皆虛語耳。

夫吾歐諸國之刑憲。其於公獄。可謂詳已。顧於訟獄。所可指爲必平而不頗者。要亦無幾。自餘以降。則或俟於異時。今夫獄法者。生民大命之所懸也。故於諸學最貴。其他術智之遠矣。

必講之至精。而實行之於獄政。惟此而後。其民有真自繇也。第使鞠獄。慮因獨爲精。當他國之理。無能過之。則此國之民。即令昨對簿。而今受刑。課其身所享受之自繇。實較亞洲諸國貴人。如突厥。帕夏之所現享者。猶爲過也。

第三章 續中前論

以一人之證。而斷死刑者。非自繇國法也。證獄至少。須得兩人。而後合理。蓋證者坐實其罪者也。而囚者不承其罪者也。一否一然。數本相抵。斷者尙莫適從。必更益之以一證。而後其衡有俯仰耳。

故希臘羅馬舊法。皆謂兩造之外。更益一證。可以定刑。而吾法之律。則一猶不足。必再證而後可。希臘人自謂其律本神授。雖然。以詳刑懲獄之道言。吾法之法勝也。（福祿特爾曰。懲獄之事。唯英倫至矣。以其有助理之制。而法無是也。）

第四章 刑罰與所犯之情形合而有比例者其民自繇

律之所科一一若從其罪犯而起義者此自繇法典之極軌也蓋一一若其所自爲而與造律者固無與耳無與故無所容心於其間而民不知怨律之本原出於天汝自爲其所應受非吾爲之科條以相苦也。

民之所以爲公罪者四。一曰瀆神。二曰敗德。三曰亂政。四曰妨民。有犯此者則審其輕重如所犯而爲之刑。

竊謂瀆神背教之事獨宜論其直接者至於間接如沮人向教擾害禮神諸事斯爲侵人自繇當論之於亂政妨民之科。

瀆神之罪固當加其身以神明之罰使不得享宗教之利益卽如驅出寺廟或久或暫不得爲教會中人或愆之於神而加呪詛。

脫其所爲詭祕而入於亂政妨民則民政國法所常問者也獨至獲罪神祇以非人事故無人譴蓋其事在天人之交天之所以降罰於是人者輕重何如遲速奚若此皆非人智之所逮者矣設有宰官以是

爲不可容。而欲窮究其人之隱隱。是則亂天人之紀。所爲未必有功。徒使國民失其宗教自繇而已。將必有不肖妄誕之徒。承吏所爲。以與此人爲難也。

頗有人焉。以代天行罰自居。不知既屬天神。則斷無更需人代之理。且必欲代之。將其事以何時爲究竟。耶。夫人之爲物。有涯者也。而神之爲道。無窮者也。神不思而獲。不勉而中者也。人弱於行。昧於思。而無恆於其德者也。然則必以有涯代無窮。是亦不可以已乎。

憶波羅文思史家會紀一事。讀之可見。愚人以護法自居者。其所爲可無所不至。馬利亞不夫而孕。耶穌其神最爲公教之所重。有猶大人以誹謗聖母。坐生剛之刑。當臨刑場。忽有數人帶面具持刀。驅行刑者使去。意謂誹謗聖母之人。須若曹爲手戮而後可。此其用心何若。讀者將思而自得之。無假不佞爲觀禱矣。

第二之公罪。謂之敗德。如男女淫佚。傷風壞俗之事是已。將如其所犯者而爲刑。則媿辱囚禁。屏棘罰金。凡所以使之悔恨改過者。皆足以遏此風之萌長矣。蓋如是之過犯。多起於放縱恣睢。不必本有傷人之心。而後爲此。

敗德與妨民不同。譬如男女淫奔。此敗德也。至於強暴輪姦之屬。則妨民亂政之尤。非僅敗德而已。

其三曰亂政。亂政莫著於擾害其國之治安。如所犯而爲之刑。取其不再擾治安足矣。監禁之。放流之。或罰作胥靡。以銷磨其不靖強暴之氣。期其守法懷刑足矣。

雖然。此所謂擾害治安者。其人作奸犯科。然未嘗爲越貨殺人。之事。若夫侵奪財產。戕賊生命。則所犯不止於亂政。而入於妨民之科。

其四曰妨民。此真公罪。而法所必不容已者也。今夫刑之爲義。三示儆以杜效尤也。改過以使自新也。報復以洩怨憤也。妨民之刑。主於報復。以其身於社會有所害傷。社會亦害傷其身而不恤。此謂視所犯以爲罰。夫亦天理人情之至者矣。夫其之所以當死者。以其殺人。或親爲殺人之畫也。故殺人者死。乃法之窮。而有所不得已。至於劫盜之事。亦有死刑。然以云刑罰。當罪似奪人之財。不如亦奪其財之爲愈。第此可施諸均產之社會。今之社會。產業既不平。等矣。是劫盜者多。無產業。故奪其財。不能則加之。以當身之刑罰。

凡不佞此篇所論列。實皆本物理之自然。惟其法之出於自然。故其臣民有自繇之實也。

第五章 獄有特宜審慎者

爲國主刑所不可忘者。巫蠱左道之獄。不可不加矜慎而已。夫嚴如是之罪犯。使倒行逆施。其侵民自由。可以無極。所特治獄者。知責法之不可以過云爾。蓋其獄未必有事實之可指。而所論在主義持守之不同。故使同國之民。愚昧拘虛。將其致禍尤烈。夫民雖持身至謹。言行無疵。瑕卽於倫常天職之間。亦靡所不盡。而旁人欲加以如是之罪名。彼猶無術以自解。則其身尙有所措其手足。而稱自繇國民也耶。

當曼奴爾之世。普羅特斯答他。嘗被謀殺。羅馬皇帝之議人。謂其身有隱形遁甲之術。同時有阿侖者。人亦告其誦習唆羅門神呪。力能使役使羣魔。夫旣信其人有如是之幻術。則常人之心。彼謂世間實有巫蠱。若而人者。欲亂社會。至爲無難。夫如是。彼具湯鑊炮烙以待其身。猶人情耳。

不幸害及宗教。將國人之憤疾尤深。東羅馬史記言一畢協。得天神默示。謂教宗靈應。所今不古者。坐有人陰執左道之故。於是所指之人。其身與子均被誅夷。此亦族之刑也。顧其獄詭異難信。向使必窮其實。將見其獄所待之外緣至多。不宜輕決如此。蓋必天神實有默示之事。一也有默示矣。而畢協果身遇之二也。教宗靈應古實有此三也。古有而今忽亡四也。天下果有左道五也。左道之力乃足以破宗教六也。所指之人實執此破壞宗教之左道七也。向使此七者有一虛而非實。則此獄爲冤。顧東羅馬之民。無所考驗。竟斷其獄而不恤赤人之族如此。則當日之民智人情。皆可想見已。

希臘氏阿多呂爲帝時。病而疑其臣有巫蠱者。意其人則悉逮之。囚欲白其冤。則置爐中赤鐵。使操之。必手不爛而後爲無罪。然則彼所指爲巫蠱者。固不必有左道。而欲白明其非巫蠱者。必其人有幻術。而後可耳。嗚呼。道之不明。而民愚如此。其所造者。天下至可疑之獄也。所以證其獄者。又天下至可疑之術。所謂反覆無一可者矣。

吾法常長王腓立白時。忽下逐猶太人令。問其故。則以其毒城中諸水源以癩種也。其入人罪之無理。不佞之所云云。非敢曰左道不當誅也。特左道之獄。至爲難明。聽此獄者。所宜獨加審慎焉耳。

第六章 治逆性之獄（逆性者謂交接而逆自然之理男色是已）

有罪犯焉。爲宗教德育國法之所明禁。而交非。脫不佞爲之異論。謂人情不當如是其深絕之也。天將厭之。爲風俗計。其事固當禁也。爲身犯之者。目前之醜。老日之羞。尤當禁也。故不佞所欲言者。非其事之可忍也。不佞所欲言。以社會惡惡之深。其嚴酷不容稍縱之情。或施之而失其當。違其理耳。

夫是獄之起。未有不從其闇昧者也。闇昧故常由於一人之告訐。而遂成獄。且告者多穉幼。此其獄之所

以多冤濫也。波羅可標秘史。載札思直黏嘗著此令。勅犯此者無開於令前令後。皆卽訊而科其罰。告發者往往爲童子爲僮奴。其定讞也。每據是以爲證。若所告者爲富戶爲綠衣。則其獄尤難動也。

嗚呼。刑之最酷。有過於焚殺者乎。而吾歐以此刑待三罪。則邪術也。異端也。而益之以兩雄之交。接雖然。是三三者之獄難言矣。夫邪術巫蠱兩間。本無此物。此最易明者也。謂之異端。則所爭者本彼是之是非。其別異無窮。其解說無窮。則其爲等差者亦宜無窮。至其三之逆性。則常發諸極曖昧難明之地。然則是三者之獄雖聖者聽之。未可以片言折也。乃不幸吾歐皆待之以刑之至酷。是非天下至奇之事也哉。

夫逆性之交接。其爲惡誠不勝誅。然國之有此俗者。道民之制不善。有以致之也。假無以致。不佞決知此風之不日長而日微也。是故希臘之有此俗也。以少年袒裼裸裎而從武事也。吾法之有此俗也。以子弟就學。不先於家塾也。亞洲諸國之有此俗也。以富貴之家。廣置姬妾。而嚙蠟視之。貧賤之人。以身無妃偶而別開洞壑也。夫曰逆性。則其事本人性之所無。有明矣。故使社會政教不爲之媒。則民之失其性者。浸假將自復。夫性分之可樂者。亦至多已。卽如男女之愛。不徒有以養其欲而順其情也。且有後果焉。於以娛其既老。種以是而日進。業以是而加修。此真人道之最樂者。使非爲之媒。而先有以拂之。則人亦何取於必逆之而後爲樂耶。

第七章 大不敬之獄

支那舊律。有大不敬之條。犯之者死。而所謂大不敬者。又無切實明晰之疏義界說。故輕重隨其喜怒。無不可以周內請比者。殺其身可也。雖赤其族無不可也。

竺赫德神甫日記。謂有起居注二人。以所載之事不實。遂罷更議。以大不敬罪名死矣。又有某親王以無心之過。訾議皇帝硃批上諭。亦以大不敬論死。此爲其時最冤之獄。殆爲支那前史之所無者。故以大不敬罪名之無定。卽此可見其爲專制之朝廷。不佞於後篇論造律時。當爲之更詳其說也。

第八章 古誅誹謗妖言與大逆不道用刑之失

夫取莫須有之獄。而加之以大逆不道之名。此刑之最爲驚人者也。羅馬律。凡指斥君上詔書。抑譏其用人之不當。如此者皆爲妖言。與指呵天神罪等。夫古固有如是之罪名。特推概之不倫。則必其左右出納王命者之所爲。可決也。其律又謂。凡謀殺近臣。與謀弑君上。同爲大逆。考羅馬此律。造於某某兩主之朝。皆稱昏闇。其受近臣之指使。無異牛羊之聽其牧也。其居於宮禁也。猶奴虜然。其坐朝論政也。猶兒童然。

其校閱軍旅也。猶賓客然。夫如是之君主。其所以守位執權者。即所以使其權日益旁落而已。甚至羣奴共膽謀爲逆者。即其所嬖幸之人。且其爲逆。非但害其君而已。實且取其宗國而害之。城狐社鼠之勢已成。而議者乃欲誅君側之奸。夫已自陷於大逆。內訌紛紜。刑獄滋章。皆坐欲誅此嬖幸之人而未濟也。吾法先朝。當路易十三之時代。宰相爲翊教李協旒。得君最專。勢饒煊赫。於是有謀去之者。其渠魁名驪馬爾。事發。法官廷鞠。當之以大逆不道之科。其所據依。即前者羅馬之舊律也。判曰。驪馬爾等之所謀害。誠非國君。但以國家治制而言。其所謀害者。實與國君無異。宰相之職。大錄萬幾。所行皆其君之所有事。其國之所待命者也。故謀害宰相者。之所爲無異於君身而戕其股肱於全國而傷其命脈。當以大逆誰曰不宜。嗟嗟。古今讒諂之臣。其措詞之便佞。能有過此者乎。

又羅馬律。如華連狄黏氏。倭多修亞加紂三朝所造。以鑄造僞幣入諸大逆之科。此其事義乖舛。又令人莫能明也。彼不知大逆云者。驚心動魄之罪名也。乃今以此等事而竄諸大逆之科。徒使民視大逆爲故常。脫他日真有所謂大逆者。吾不識執法者將何以待之也。

第九章 續申前論

亞歷山達之刑官曰寶栗奴。疏言某法官斷獄。不如詔書。臣欲劾以大逆之罪。帝手詔答曰。朕一日在帝位。必不使天下有間接之大逆也。

又福思狄黏奏言。臣有奴某得罪。臣誓必殺之。誓曰。所不死此奴者。有如皇帝。是以臣至今不敢釋憾而赦此奴。何則。深慮赦之。且自陷於大逆之誅也。帝又答之曰。若汝所慮。無謂甚矣。汝殆不知吾爲治之意也。

羅馬爲帝制時。其沁涅特議曰。凡皇帝鑄像而不用者。臣民毀之。不當以大逆論。其塞維盧與安敦二帝所與滂兆詔書。亦言民毀皇帝鑄像。其未經靈祓者。不當以大逆論。又制詔刑官略細言。庶民向空擲石拋塼。誤中皇帝像設者。不當以大逆論。考羅馬律。於大逆一科。立爲限制如此。然由此可知臣民銷毀皇帝鑄像。及一切不敬之事。皆可周內。以入此科明矣。夫大逆之名罪既多。斯輕重之間。造律者又不得不爲立別。是故羅馬法家烏勒偏之注律。旣云大逆之誅。不以身死豁免矣。又曰朱柳法典所列大逆之條。惟起意謀害宗國戕殺皇帝者當之。其餘不在此論云云。

第十章 再申前論

英國常顯理第八之朝。著令曰。臣民敢預言王死者。以大逆論。此其立法。至爲渾沌不明。而又屬專制煩苛之律。遂致作法。徒以自蔽。考顯理大漸之日。所有國醫。雖心知病篤。莫敢頌言。而顧命之典。遂廢。事之相報。有至巧者。不可譬國醫爲不忠也。

第十一章 思想之獄

摩西呷夢。斷其王氏阿尼修之脰。氏阿尼修聞則取而殺之。曰。凡夢因也。若書而不是想者。夜不是夢也。常大逆無赦。孟德斯鳩曰。是其用刑可謂極暴者矣。姑無論其書之所思。不必夜之所夢也。就令如夢。彼未嘗見之於實行也。夫國法之所加。必在其人之所實行者。過斯以往。非法之所宜及也。

復案國法之所加。必在其人所實行者。此法家至精扼要之言也。爲思想爲言論。皆非刑章所當治之域。思想言論。修己者之所嚴也。而非治人者之所當問也。問則其治淪於專制。而國民之自繇。無所矣。尙憶戊戌之歲。清朝方銳意變法。而廷臣之向背不同。某侍御主於變法者也。疏論禮部尙書許應騤。腹誹新政。上令自陳。以爲無罪。而某侍御遂爲輿論所不直。夫其人躬言變法。而不知其所謂變者。將由法度之君主。而爲無法之專制乎。抑從君主之末流。而斬得自繇之幸福耶。嗚呼。可謂慎已近世浮

慕西法之徒。觀其所持論用心。與其所實見諸施行者。常每況而愈下。特奔競風氣之中。以變亂舊章。爲樂。取異人而已。鹵莽滅裂。豈獨某侍御言失也哉。

第十二章 口語之獄

徒以口語過失。加人以大逆不道之名。而刑之者。非暴虐專制之朝。無此事也。夫心之精微。非口語所能盡。往往同一語也。而釋之者異。詞或起於惡心。或由於失言。此其爲差又相等也。發憤激昂之際。醉飽之餘。發言驚座。初非惡心。其過而自悔。又多有之矣。今乃取之以當極刑。有道之刑。豈如是哉。

在心爲意者。在口爲言。是故言猶意也。而大異於所行。使但自其言而觀之。則言者固有言也。而其所達之意。則常未定也。何則。同此言矣。以其聲音之異。而其意可以大殊。往往取所已言者。而復稱之。而聞者憮然。則其意變也。且言之所達。其有待於外緣之附者多矣。有時不言而意顯然。其告人者過於言也。是故言者天下之未定。而最難明者也。未定而最難明。乃用之以科人罪。非天下之至不仁。其孰能爲之嗟乎。使其民徒用口語。而蒙大逆不道之戮者。不獨其國無自繇之形也。蓋並自繇之影而亡之矣。

近者俄后詔書。定多羅古祿奇藩王死罪。以於后身嘗加穢褻之語。又一人以故用惡語解說詔書。並有

悖慢之詞。侵犯神聖軀體。

夫國君者。億兆之元首。榮光所被。天下具瞻。乃有人焉。敢爲信口之污蔑。此其得罪。而爲國法所不恕。固宜。顧不佞所欲言者。竊謂使專制之君。有祥刑之事。似不必徒於口語。而當其民以大逆之科。用其次者。未爲失也。

大逆。非日見之事也。其事爲衆目所共覩。假有人顛倒其事實。則人人得指而明之。是固不可掩者也。若夫口語之得罪。則必有事爲從之。而後可相持。而並論。譬如有人入市。慢民爲叛。此大逆也。因口語之下。事實從之。故雖口語。乃與事實同。科官之所治者。非口語也。乃事實。而用口語者。蓋口語自法律論從無得罪之時。必有事實相從。則口語同於事實。設鍛鍊語言。以入人於大辟。是自亂其例。而刑罰之不中甚矣。

氏倭多修。阿加紂。紇那留三者之爲羅馬皇帝也。（羅馬皇帝與大都護常不止一人。）制詔廷尉盧非努曰。繼自今有議皇帝與其政令者。其勿加罰。使其言出於輕率。我曹之所覩也。使其言出於愚戇。我曹之所閱也。使其言出於媚嫉。亦我曹之所恕也。是故廷尉之職。於有所聞。在告其實。至於略言取人。略人取言。或罰或赦。我曹將自審之。