

刊叢著名譯嚴

意法鳩斯德孟

(二)

著原鳩斯德孟  
述譯復嚴

行發館書印務商



## 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。係於三種之分合。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。雅里斯多德言鳩糜之俗。其子訟人。其父爲證。則其刑罰之不中。可見已。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。第使鞠獄慮囚。獨爲精當。他國之理無能過之。則此國之民。卽令昨對簿而今受刑。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 續申前論

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。雖然以詳刑愆獄之道言。吾法之法勝也。（福祿特爾曰。愆獄之事。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。一若從其罪犯而起義者。此自繇法典之極軌也。蓋一若其人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。或懇之於神。而加呪詛。

脫其所爲詭祕。而入於亂政妨民。則民政國法所當問者也。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。耶蘇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。此其人用心何若。讀者將思而自得之。無暇不佞爲觀縷矣。

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。

其三日亂政。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。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。以其身於社會有所傷害。社會亦傷害其身而不恤。此謂視所犯以爲罰。夫亦天理人情之至者矣。夫其身之所以當死者。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。所恃治獄者。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。人亦告其誦習峻羅門神呪。力能使羣魔。夫既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。所今不古若者。坐有人陰執左道之故。於是所指之人。其身與子均被誅夷。此赤族之刑也。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。囚欲白其寃。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。而欲自明其非巫蠱者。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。

吾法當長王腓立白時。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。不根如此。所由然者。以法人深惡猶太種人也。後之遇此等事者。尙庶幾善用其疑可耳。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。老日之差。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。波羅可標祕史載札思直黏嘗著此令。勅犯此者無閒於令前令後。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。異術也。而益之以兩雄之交接。雖然。是三者之獄難言矣。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。是故香臘之有此俗也。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。而嚼蠟視之。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。遂罷吏議。以大不敬罪名死矣。又有某親王以無心之過。訾議皇帝。殊批上諭。亦以大不敬論死。此爲其時最寃之獄。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。而加以以大逆不道之名。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。皆稱昏懦。私受近臣之指使。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。卽所以使其權日益旁落而已。甚至羣奴共膽謀爲逆者。卽其所嬖幸之人。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。勢燄煊赫。於是有謀去之者。其渠魁名曬馬爾。事發。法官廷鞫。當之以大逆不道之科。其所據依。卽前者羅馬之舊律也。判曰。曬馬爾等之所謀害。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。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。亦言民賣皇帝鑄像。其未經薰拔者。不當以大逆論。又制詔刑官喀細言。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。既云大逆之誅。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。

英國當顯理第八之朝。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。徒以自敝。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。不可訾國醫爲不忠也。

## 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。若晝而不是想者。夜不是夢也。當大逆無赦。孟德斯鳩曰。是其用刑可謂極暴者矣。姑無論其晝之所思。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。疏論禮部尙書許應騫。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。而複稱之。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。敢爲信口之污讟。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。我曹之所藐也。使其言出於慙。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。