

萬有文庫

第一集一千種

王雲五主編

不准
出

古代法

(二)

梅因著

方孝嶽 鍾建閱譯

商務印書館發行

279

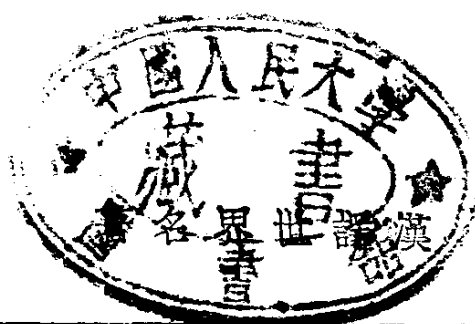
205690

古 代 法

(二)

著 因 梅

譯 閔 建 鍾 嶽 孝 方



古代法

第五章 原始社會與古代法

將法律一題付諸科學式處理之必要，在今日未完全被人失察。自此種覺心所產出之諸論文，乃自各樣不同之心靈中所發出。但予意，未必多有人以爲以前所立於科學之地位者大抵皆爲一堆猜想——即指上二章所考論之羅馬法律家之猜想。態度顯明之作品承認，並採用此等自然狀態之臆論，及原則上合於自然制度之臆論者，自此等臆測之理論發明以來，時時續見，除中間有一短期之隔斷外，直至於今。此等理論見於創建近代法學之註釋派（*Glossators*）之註文中，及繼承此派之學究法律家（*Scholastic jurists*）之著作中。在教律家（*Canonists*）之信條中，亦甚可見。而闡揚光大此理論者，乃文藝復興時代之淵博民法學家也。古羅休及其繼承人所加諸此等理論的光彩與可賞性者，不較其所加之實行上重要性爲多。此等理論，於吾英布拉克斯吞（*Blackstone*）

著作之諸導言中，亦可讀及布氏乃全鈔博拉麻克（Burlamaqui）之文。而無論何處，現代出版指導學生與實務者之書，發端於法律原則之討論者，皆向來以重述此羅馬假設爲交卷之法。雖然，此等理論後來所常戴之假面具，亦如其本來真面目，令吾人於中獲得若干狡怪之語式爲此等理論所藉以混入人類思想中者。洛克（Locke）所論法律源自一社會契約（Social Compact），亦少能自隱其採自羅馬之形；且實爲一種面具令該項古假設對於近代一特別時期更具吸引之力。但另一方面，霍布士在此同樣題目上之理論，乃有意企畫捨棄羅馬人及其信徒所認得之自然法之實在。但此二家之論，曾將其影響所射及之英國政論家長久劃分爲兩敵派；而在基本假定上，認有一非歷史的，非可證明的人類狀態，則固嚴格相同也。此二派作家之相異，乃在其論及未有社會以前之人類狀態，及人類取何種非常行動以自拔於此狀態而走入吾人所僅習之社會組織。但二派所同者，即皆認原始狀態中之人與成形社會中之人判若鴻溝，而此意實彼等有意中或無意中借自羅馬人者，固無可疑。倘若法律現象實由彼等作如是觀，——即視作一內容極複雜之物，——則人心理所以漸漸不欲回反於奇妙不可思議之臆測，誠不足驚；此種臆測，若讚許之，似能調和一切，否

則或竟能排斥系統之工作。

自所有法律理論與羅馬教義同立於一運思之基礎者之中，有兩種富著聲稱之理論必須除外。第一即附着於孟德斯鳩之大名者。雖在法意 (*Espirit de Lois*) 之前幅中，有若干曖昧之辭，似表示作者不欲十分與以前通行之觀念公然破裂；然此書之大體意向，乃欲表出其對於社會一題之觀念有一甚異於以前所享受之任何觀念，所可見者，在此書所由廣漠之測量而自設想的各處法律制度中爬搜而出之雜種事例上，有一顯然之渴望，欲將所有能震驚文明世界人以其奇奧鄙野之風俗與制度推諸卓著之地位。彼所常提出之推斷，即謂法律乃氣候，地方形勢，偶然事件，或虛偽事件——即除去耐久性之動作以外之任何動作之結果，——之造成物。孟德斯鳩似實曾視人之本性為完全依他範成者，視為在被動地位。以為人每將自外所受之印象重新造出，每對其自外所受之激動盲然降服。於此處，孟氏確有一錯誤。孟氏大輕視人性之固定性。彼對於人類代代相承少經中改之性格少有措意。實在自來對於社會之現象未曾有人作一完美之估計；結果，對法律亦然，直至孟氏書出始將社會變遷諸動因詳為列出；但此等動因之數目及其力量似被孟德斯鳩所

過於估量。又彼所舉之諸破格事例以爲較其餘諸事例爲根於虛僞之報告與謬妄之構造者之中，有多種尙存於今日，能使吾人證明人性之永久不變，較確於爲變動不居者。因此諸破格之例爲人類進程上古階段之遺物，而此階段之人類曾頑然抵抗在別處已發生實效之諸種勢力。此中真理，大抵蓋爲吾人心靈的，倫理的，及實質的組織中，固定之部分乃皆爲其中之最大部分；而人性反對變遷之抵抗力向爲甚大。雖世界一小部分中，人類社會之變化乃頗明顯；然此等變化并不曾十分迅速，十分廣大，致其變化之量，之形質，之大體方向，難以決定。孟氏之論中，凡有可用吾人現代知識獲得之者，即爲近於真理之論；但吾人亦不得意謂孟氏所論距理太遠，或大有待於將來之改正，直若完全無用完全不足訓也。

其他一理論已被注意者，乃邊沁之歷史論。此理論闇然不明（或可謂爲言之無力）陳述於邊沁數部著作中者，乃與其政府篇所論法律觀念之分析而更近爲奧斯汀所完成者十分有別。將每一法律釋爲在特別情形下所頒出之特別性質之命令，其影響不過能保障吾人以抵禦一種措辭之困難，——確爲一可怖之困難。至於對於社會所以頒定此等命令於其本身之動機，對於此等

命令各互之關係，及此等命令之與前此命令及其所替代之命令之關聯性質。此等全部之問題仍然未決。邊沁提出答詞，謂社會之改變，及向來法律之改變，皆按照爲公眾便利而改變之觀念。謂此等立論爲不足信誠爲不可，但其爲無結果之論乃確然者。因凡似對於一社會爲方便者，或似當一統治階級改變一法律軌則時，專對此階級人爲方便者，乃必定與其改變所具目的，（不論爲如何者）同爲一事。『方便』及『最大幸福』一詞，徒與『改變之動機』一詞爲兩種奇樣名稱而已。而當吾人決定以企圖方便爲法律變遷或意見變遷之軌則時，凡吾人所能自此一立論上所獲得者，乃將另一名詞代替吾人言及一變遷之發現時所必然內含之名詞。

對於現存之法律理論有一甚廣播之不滿，及一通具之意見，謂此等理論不能實在解決其託詞欲整理之問題，謂有某一系列極端需要之考求爲欲求達美滿結果所必不可缺者未爲人所完成，或完全爲此等理論之作者所忽略。實則所有此等理論，除孟德斯鳩者外，皆確可責其有一忽略之點。此等理論曾未計及法律在一時代遠先於其實在成形之時代中者究爲何狀。此等理論之初發明者曾謹慎觀察其本時代中，及其本文化中之制度；并觀察其智慧上有若干同感之他種時代他

種文化中之制度；但當彼等轉其注意於一表面上異於其本時代之古社會狀態時，彼等遂一律停止觀察，但用猜想。彼等所犯之過失，遂與一人於調查實質宇宙之定律中不測想此實質宇宙中最簡單之細微原則，而測想此現實宇宙爲一個全體者相類似。如斯一種科學上之謬論，在法律上者，較之在任何他種思想領域中爲更宜加以糾正。此種必要每爲人所不能確見。似乎，在事前，吾人應開始研究最簡單之社會形式，而以愈近於其最初情形者愈佳；換言之，倘若吾人欲作此種線索之考求，則應盡吾人之力深追原始社會之歷史。早先社會所獻示吾人之現象，乃驟然不易之解者。但此等現象之難以捉摸乃與吾人在考量近代社會組織之混亂狀態中所被困之混雜式不能相比。此困難乃因其奇異不可思議而生，非由其複雜而生。若本近代的觀察點以觀此等現象，則所遇之驚奇不易鎮服。但若能鎮服之後，則此等現象亦覺爲數不多，且十分簡單。但即便此等現象給人以困難過於其實在給人者，吾人之勞力費於考定其胚胎種子者，亦非同浪擲。蓋此等種子實爲各種道德規範之形式爲吾人今日之行爲動止所受其規範者之所胚胎。

社會狀態之蒙期形式凡爲吾人所知者，乃經三種文證而知者。一，當代人士觀察文化較其自

身爲低之社會所記述之作品。二、特別種族所保存至今關於其原始歷史之紀載。三、古代法。第一種文證乃吾人所能期爲最佳之材料。各社會既非同時一致共進；但依各別之進度，則曾有一時代中凡熟於使用有方法的觀察式之人，必樂於注意人類之幼稚狀態而加以描述。塔西都（Tacitus）曾極善利用此機會；但其德意志（Germany）一書，不同於其他最受崇拜之諸古典文籍，未曾引誘他人追蹤其步驟；但此一種文證，吾人所有者乃極端稀少。一開化之民羣對於其野蠻的鄰人之傲然輕蔑，已引起觀察上一可注意之忽略；而此種忽視，已時時因恐懼心，因宗教的成見，甚至即因數種名詞——文明，與野蠻——更運載一不僅在程度上而且在種類上之差別印象給與多人。即便德意志一書亦被若干批評家稱其對於向來尖刻的比較，譏諷的陳述，亦致其恭順。又其他道及一種人民之幼稚狀態之諸史籍遺傳至吾人者，已曾被人認爲本於一人種之自驕心，或本於一較新時代宗教成見之曲解。然此等懷疑，無論爲無根據者，或成理者，皆不能施於原始法律之大部分上。此等古代法之傳至吾人者，單因其古而被保存。凡實施此法律及遵從此法律者，固未能了解此法律；在若干例中，甚且譏笑而輕視之。彼等除承認此法律爲其祖先遺下者之外，未曾與此法律以何

種之考問。因此，倘吾人限制自身專注意不能用理由以設想其是否實曾試用之古代制度之斷片遺蹟，吾人當能對於其所原屬之社會之衆多特質獲一明析之觀念。再進一步，吾人可將吾人之知識用在似爲全部可疑全部不確之諸種法律——如印度蠻紐；而藉手吾人所已得之管鑰，遂可將其確爲古代式之部分自其受編訂者之成見，興趣，或愚蒙之影響之部分中區分而出。至少爲可信者，即倘若可施以此種手續之材料甚爲充足，又倘若此種區分方法經精密之執行，則此後之方法之少可反對，亦如在比較言語學中所引出如斯驚人結果之方法。

從比較法律學中根據所抽出之證據而獲得之結果，即建立一種原人狀態之觀念；此觀念即人所共知『宗法論』也。此理論原來根據低西亞（Lower Asia）及希伯來（Hebrew）之宗法社會之經典史籍而生，固無可疑。但如前已解明者，此理論雖有人反對其爲完備之理論，但尚不若反對其與此等經典相關者之多。因多數研究者近來仍大爲社會現象所束縛，乃或者受熱裂反對希伯來之古蹟者所影響，或被欲自建其法制不求助於宗教紀載之強願所影響。即在今日，或仍有一種輕視此等紀載之傾向，或竟不欲自此等紀載中搜出色邁迪克（Semitic 人類之一部分）之

古蹟。雖然如此，應注意者，凡法律之公據文件幾專從印度歐羅巴族——由羅馬人，印度人，斯拉夫人（Slavonia）構成其大部分，——之社會制度中而出；而在現在階段之考求中，其困難之點即不知此考求當止於何處，換言之，即難斷定何等人種之社會非原來組織於宗法模型上。宗法社會之諸主要形態，可自創世紀（Genesis）篇之前數章採集而出者，予無須贅述。一者，因此等狀態自吾人最早幼稚時代即爲吾人大多數所熟見。一因自洛克與非姆（Tilner）所開始對辯之意見中，此等社會曾滿現於英國文籍中一全篇中，——雖非一甚有利益之篇。宗教史上所明露之諸點，即家族中排行最長之父——大宗子——在其家中有絕對最高權。彼掌有生殺權，此權限不爲其子與其宗人之所具有，亦如不爲其奴隸所具有；而實在家子關係與奴隸關係之區別，似乎不過血統關係之子較能一日自成爲一家之主而已。爲子者所養之牲畜即爲其父之牲畜。爲父者居於一代表地位而執有較甚於居產主地位而執有者之財產，當其亡故時，平均分配於其親等最近之後人。長子每據生來之權利而分得雙倍之產；但更爲常見者，長子未得有何種承襲之利益超過於一虛名的優先地位。自此等經典紀載中所抽出一較不分明之推斷，乃此等紀載似示吾人以父權領域

中最先發現之破裂痕跡。雅各 (Jacob) 與伊騷 (Esau) 二家屬分而爲二國；但雅各諸之子之家屬團結不散，而成爲一民羣；此民羣之形式近於國家或民那之未成熟之雛形，且似爲一權利狀態高於家族權利者之雛形。

倘吾人爲法律家之特殊目的起見，欲概略表出人類在其晨期歷史中所自呈露之狀態，予將自荷馬 *Odyssey* 詩篇中徵引數行，即可滿足：

既無集會式

相攜來議事，

又無地美斯 (Themistes)

判別非和是；

但每人法權

任意施妻子；

至於妻子間

乃各不相顧。

此數行乃對賽克勞布(Cyclops)而言，而予意賽克勞布乃荷馬所定爲一種異族人之形式，與一種較低等文化之形式，似非一完全之幼想。因一原始人羣對於一形態大異於其本身者之人羣之實質的憎惡，往往自表出於其描述該人羣爲鬼怪，爲巨靈，或甚至（在東方神話中，幾一律皆然）謂爲魔物之中。無論如何，此數行詩之字裏行間實將法律古蹟所可供給之一切暗示凝結於中。人類最初乃分屬於各自完全離立之衆團體中，由遵服父權而團結。父口所出卽爲法律。但尙未有如此書第一章所述之判詞(Themistes)之情形。當吾人進而考求此等早期法律觀念所於中成形之社會狀態時，吾人見出此等法律觀念仍然幾分離有神秘性與任意性足以表示專暴的家父命令之性格者。但同時，此等命令既自一主權人而發出，則必先認有一較廣式之組織中之衆家族之聯合。次一問題乃爲此聯合之性質，究與其所含交互親密之程度爲何如乎。卽在此處，古代法能給吾人以其極大之效用，而填滿吾人否則非用猜想不足連攏之一裂縫。此聯合體，在其一切部分中，充滿極明了的徵候足表示原始時代之社會非如今日人所臆測爲一堆個人之叢聚而已者。

在事實上，在組成此聯合體之人之觀念上，此聯合體乃羣家族之集合。此相反之比較可以用更有力之語表明之，即古代社會之單位乃爲個人。吾人必預備於古代法中見出此一差別之一切效果。原始之法律，即其形狀觀之，不妨判爲獨立小團體中之制度。因此此法律甚爲稀少，因法律不足之處可由各家族首領之專制命令補充之。此種法律乃爲禮儀性；因此種法律所顧及之人事交割其類於各個人間交際之直率動作。此外，此法律有一奇特性，此特性之重要在目前尙未能全部指出。此法律取一種生命觀，完全不似任何現於發達的法律中者。羣體永遠不死，而依此，原始法律對於其所關及者皆視作實有生命之物，即視此羣宗族團體爲永存者，爲不滅者。此種觀念極與甚古時代所現倫理上之實相，有所符合。個人道德之隆替以與個人所屬團體之功罪相混，或展成所屬團體之功罪。倘一團體犯一罪過，其罪名較此羣中各分子所犯罪之積數爲尤大；犯罪一事乃視爲團體性質之行爲，而在其所生之果上遂推及於超過實應分擔此罪者之人數。在反面，倘若一個人特別明著罪行，則連累受罰，且有時代彼受罰者，乃其子，其血屬，其族人，或其鄰侶。因此，道德上之負責與償報之觀念，在甚古時代，較諸在進步時代，更被人所明認。因既宗族團體爲永存不死者，又其擔

受懲罰之義務亦無限度，則原始代之人心，乃不爲認個人與團體完全離立時所立刻引起之困難題目所煩惱。自此種古期人事上之簡單觀念進入稍後期之神學玄學之解釋，即早期希臘人之遺傳罪惡之觀念可知。此種遺傳物爲其子孫所受於其先代罪人者，乃非對先代罪過擔受懲罰，乃對新罪過之觸犯所引起之相當罪名有當受之義務；而因是，以前全家之負責，乃與較新式之思想將犯罪所生之果限制於實在犯人之身者相融合。

倘若吾人能將一總結論根據於已經措意之經典舉例，又假定無論何處社會開始成立於宗教之團結而非於家長死後即分離者，則社會狀態之解釋即頗爲簡單。在希臘與在羅馬之多數小邦中，長留有一羣逐漸上昇之小團體爲邦 (State) 之組織所從而託始者之遺迹。羅馬人所謂『家』(Family)、『宗』(House)、『族』(Tribe)者，可取作此等遺蹟之榜樣。此數遺蹟所表示之狀，令吾人鮮能不認其爲一種集中一點之社羣制度由同一點上逐漸推廣而出者。最始之社羣爲『家』(Family)由對於一最高的男裔之公共服從而結成者。合羣家而爲『宗』(House)或 Gens。合羣『宗』而爲『族』。合羣『族』而構成『邦』(Commonwealth)。吾人能任意循

此等表徵而推究之乎？能斷定『邦』爲一羣人之集合體爲源於一公共祖先之關係所結成乎？關於此層，吾人至少可決定一切古社會皆自視爲自一本枝所發出；且甚至持此觀念除因其可以團成一政治團體外，并未悟出其他任何理由。政治思想之歷史實發軔於一種假定謂血統之親屬乃社會在政治功能上惟一可有的基址；又此時未有任何一種類於吾人所嚴重稱爲『大變革』之諸種顛覆性之感想，未有若後來一種變遷完成於若干他種原則——例於『鄉鄰』（local continuity）之原則——初自建立爲政治行動之根據時之可驚。關於早先之民邦，可斷言者，卽此民邦之公民視彼自身所於中獲得分子地位之一切團體爲建築於共同血統之上。凡對『家』之制度爲確然者，則信爲於『宗』亦然，於『族』亦然，於『邦』亦然。但吾人發見此種信心（或可稱爲理論）之外，每社會所遺下之紀載或傳述皆顯然表示上文所謂基本的假定，徒爲誑人之託詞耳。無論吾人觀及希臘各邦，或羅馬各邦，或在狄迪馬希（Ditmarsh）之條頓種貴族治（曾供給尼鉢（Niebuhr）以如彼衆多之有價值的描述品者），或色爾的克（Celtic）種之宗法組合，或斯拉夫種俄羅斯人波蘭人之奇異的社會組織，近來始引人注目者，吾人隨處發現，彼等歷史行程

上，曾有一時非公祖先之異族人亦被容納且被融合於原來同胞之中。若僅就羅馬視之，吾人認最初之社團——『家』——及常因實行養子制所孱雜。關於原來諸『族』中之外來血統，及關於早先君長所致成之對於諸『宗』上之大量增加之故事，似所在多有。邦國之組成在今日一律認為循乎自然者，其實在往日反大部由人爲而成者。此種信心或理論之與顯著事實相抵觸，初觀之似極端惱人；但此種抵觸實能表示法律擬制之工作於社會幼稚時代之效力。最早的最被廣用的法律擬制，乃爲允許家屬關係之人造。予認爲人類受恩最重之物，無有過於此者。倘此擬制未曾存立，則任何一原始團體，無論若何性質，將如何能吸納一他團體，或兩個團體間除一團體絕對至尊一團體絕對服從外，將用何條件而聯合之。所無疑者，當吾人用近代思想以探索衆獨立人羣之聯合，吾人可提出數百種聯合之方式；其中最簡單之式，即各團體中之羣個人按照鄉鄰之誼一致發議一致行動。但一羣人之施行公同的政治權利，僅因彼等適同居一地土界限以內，此思想乃明明對更古時代爲奇異，爲怪特者。彼時所通行採用之方便手段，即令外來之人口假託與其所孱入之人口爲同出一祖，而此種擬制何以能被信受，與此擬制何以恰能模擬真態，乃爲吾人今日所難望。