

34019
279

115297

漢譯
世界
名著
著世

古

代

法

H. S. Maine 著
鍾方建 閔嶽 譯

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 鍾方建 孝 嶽 閔

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 *

本書係用萬有文庫版本
印行原裝分訂四冊每
冊面數各自起迄今合訂
一冊面數仍舊讀者鑒之

譯者序

天文學生自占星術，化學學生自煉金術，在一偽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，尚宜繼續讀。

梅氏自立一明顯之界限，即所謂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。然彼於中國曾一度齒及，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。」彼之稱中國是否亦認中國為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，為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。一據此，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。及叔世三辟之與刑書之作，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「觀察上」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，可參閱鍾建閔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

休科旨略見一班，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即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

梅因古代法第五版原序

本書所論之大部分，著者對此之見解，雖未因有更進一步之深思與探討而有所改變，然著者固見及第一章所論習慣法（customary law）之原始，其爲物極繁難，而至今尙有不能盡曉之處者，意見所及，蓋有待於改正及損益也。因將所應修改之處，以其一部著於『東西兩方之村社』，*Village Communities in the East and West*（London: Murray, 1871）一書中云。

一八七三年十二月梅因序於倫敦。

梅因古代法第十版原序

本書所闡述法律演進之學說，曾經大致承認。惟據考察所得，則古代社會之狀態，較諸本書第一百一十頁所引荷馬之詩所描寫之情形，似更爲雛形，而尋常皆稱之爲宗法狀態（*patriarchal state*）。本書第五章所述（原始社會與古代法）因有病其對此尙有缺憾者。著者於本書第一百零六頁關於社會之雛形，曾云當代人士考察較低之文明者，其所得足以貢獻特佳之證據；而本書自一八六一年第一次出版以來，關於野蠻種族之考察所得，於社會組織之形式，闡幽發微，與著者所論法律之起原，徵考所及者，大不相類；在有種情形中，且或較此爲彌古也。嚴格言之，此題實非本書之範圍所及。然著者於此近代考察之所得，業著有原始社會之學說（*Theories of Primitive Society*）一文以發表其意見。此文載於拙著早期法律與習慣（*Early Law and Custom*）中，刊於一八八三年（*Murray, 1883*）讀者可參閱也。

一八八四年十一月梅因序於倫敦。

梅因古代法第三版原序

本書第二第三兩版，實質上，即第一版之重印；惟偶有錯誤之處，則加以改正耳。

今有應請讀吾書之人注意者，則本書第一版之問世乃在一八六一年也。著者所論俄國中之農奴 (Serfage in Russia) 俄羅斯之鄉社 (Russian Village Communities) 及北美合衆國之黑奴制 (Negro-slavery in the United States) 等，因此書行世以來，俄美兩國時事之推移，談鋒所及，應用於現存事實之中者，蓋多所刪除矣。本書關於此節之論辯，因此而有所改變，讀者觀之，諒亦甚饒興趣也。

一八六五年十一月梅因序於加耳各塔 Calcutta

梅因古代法第一版原序

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。如羅馬人之法律在其最初之部分中存有最古之遺跡；並以其後日之規律供給人事制度（civil institutions）之大宗。即現代之社會，亦尙受此種制度之控御。假令昔時未嘗有此種法律，則不佞所從事之探討，雖孜孜矻矻，而欲求得一有用之效果，亦必無幾微之希望矣。因不能不以羅馬法爲楷模之定制，故著者取材所需，由此得來之例解，爲數之繁，乃若不稱。然著者之本意並非欲就羅馬法學而著一專論。且討論所及有足成爲貌似之處者，著者亦極力避之。第三、第四兩章於羅馬法律大師（*Juriconsults*）之哲學學說特多闕餘地以闡論之者，蓋有二故。第一，此種學說，在著者觀之，其影響之遠大而永久，實過於常人之所設想。第二，本書所論各旨，其中最居多數之見解，直至最近，蓋極流行；淵源所自，即出於此種學說也。此等理論，其來原，意義，及價值若何，著者對此，倘不表示意見，則其所從事之工作，不能達深深處矣。