

LIANGQICHAO LUN ZHONGGUO FAZHISHI



梁启超论中国法制史

梁启超 著



1917-1997

商務印書館
The Commercial Press

梁启超论中国法制史

梁启超 著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

2012年·北京

目 录

中国法理学发达史论	1
绪论	3
法之起因	6
法字之语源	14
旧学派关于法之观念	19
第一节 儒家	19
第二节 道家	34
第三节 墨家	35
法治主义之发生	38
第一节 放任主义与法治主义	38
第二节 人治主义与法治主义	41
第三节 礼治主义与法治主义	48
第四节 势治主义与法治主义	60
第五节 法治主义之产生及其衰灭	63
论中国成文法编制之沿革得失	69
自叙	71
第一章 绪论	72

第二章 战国以前之成文法	75
第三章 李悝之成文法	80
第四章 两汉之成文法	82
第五章 魏晋间之成文法	87
第六章 唐代之成文法	97
第七章 宋代之成文法	103
第八章 明清之成文法	110
第九章 成文法之渊源	121
第十章 成文法之公布	125
第十一章 前此成文法之缺点	129
 中国专制政治进化史论	 141
绪论	143
第一章 论政体之种类及各国政体变迁之大势	144
第二章 封建制度之渐革——由地方分权趋于中央集权 ...	148
第三章 贵族制度之消灭——由寡人政治趋于一人政治 ...	157
第四章 权臣绝迹之次第及其原因结果	171

中国法理学发达史论

（据《饮冰室合集》文集第5册改排）

绪 论

近世法学者称世界四法系，而吾国与居一焉，其余诸法系，或发生早于我，而久已中绝，或今方盛行，而导源甚近。然则我之法系，其最足以自豪于世界也，夫深山大泽，龙蛇生焉。我以数万万神圣之国民，建数千年绵延之帝国，其能有独立伟大之法系宜也，然人有恒言，学说者事实之母也，既有法系，则必有法理以为之原。故研究我国之法理学，非徒我国学者所当有事，抑亦全世界学者所当有事也。

法律先于法理耶，抑法理先于法律耶，此不易决之问题也。以近世学者之所说，则法律者，发达的而非创造的也，盖法律之大部分，皆积惯习而来，经国家之承认，而遂有法律之效力，而惯习固非一一，焉能悉有理由者也，谓必有理而始有法，则法之能存者寡矣。故近世解释派（专解释法文者，谓之解释派）盛行，其极端说，至有谓法文外无法理者，法理实由后人解剖法文而发生云尔。虽然，此说也。施诸成文法大备之国，犹或可以存立，然固已稍沮法律之进步，若夫在诸法燮然淆乱之国，而欲助长立法事业，则非求法理于法文以外，而法学之效用将穷。故居今日之中国而治法学，则抽象的法理其最要也。

我国自三代以来，纯以体治为尚。及春秋战国之间，社会之变迁极剧烈，然后法治思想乃始萌芽。法治主义者，应于时势之

需要,而与旧主义宣战者也。夫体治与法治,其手段固迥然不同,若其设为若干条件以规律一般人之行为,则一也,而凡持旧主义者,又率皆崇信“自然法。”(说详第四章)其所设条件,殆莫不有其理由,其理由之真不真适不适且勿论。要之谓非一种之法理焉不得已也,而新主义之与彼对峙者,又别有其理由。而旗帜甚新,壁垒甚坚者也,故我国当春秋战国间,法理学之发达臻于全盛,以欧洲十七世纪间之学说视我,其轩輊良未易言也。

顾欧洲有十七八世纪之学说,而产出十九世纪之事实。自《拿破仑法典》成立,而私法开一新纪元。自各国宪法公布,而公法开一新纪元。逮于今日,而法学之盛,为有史以来所未有。而我中国当春秋战国间,虽学说如林,不移时辄已销熄,后此退化复退化,驯至今日,而固有之法系,几成僵石,则又何也。礼治主义与夫其他各主义(如放任主义人治主义等),久已深入人心,而群与法治主义为敌,法治主义,虽一时偶占势力,摧灭封建制度阶级制度。(战国秦汉之交,吾国固有之封建制度、阶级制度一时摧灭,虽儒法两家并有力而法家功尤伟。说详第六章)然以吾国崇古念重,法治主义之学说,终为礼治主义之学说所征服。门户之见,恶及储胥,并其精粹之义而悉吐蔑之。而一切法律上事业,悉委诸刀笔之吏,学士大夫,莫肯从事。此其所以不能发达者一也,又法家言,主张团体自身利益过甚,遂至蔑视团体员利益,虽能救一时之敝,而于助长社会发达,非可久适,其道不惬于人心,虽靡旧说之反对,势固将敝;而儒墨家言,又主张团体员利益过甚,于国家强制组织之性质,不甚措意,故其制裁力有所穷,适于为社会的而不适于为国家的,夫以两派各有缺点。专任焉俱不足以成久治,而相轻相轧,不能调和,此其所以不能发达者二也。坐此二弊,故虽于一时代百数十

年间，有如火如荼之学说，而遂不足以开万世之利，造一国之福也。

逮于今日，万国比邻，物竞逾剧，非于内部有整齐严肃之治，万不能壹其力以对外。法治主义，为今日救时唯一之主义，立法事业，为今日存国最急之事业，稍有识者，皆能知之，而东西各国之成绩，其刺戟我思想供给我智识者又不一而足。自今以往，实我国法系一大革新之时代也。虽然，法律者，非创造的而发达的也。固不可不采人之长以补我之短，又不可不深察吾国民之心理，而惟适是求。故自今以往，我国不采法治主义则已，不从事于立法事业则已，苟采焉而从事焉，则吾先民所已发明之法理，其必有研究之价值，无可疑也，故不揣樗昧，述其研究所粗得者，以著于篇，语不云乎，层冰为积水所成，大略自椎轮以出。此区区数章，苟能为椎轮积水之用，则吾之荣幸，宁有加焉。

法之起因

我国言法制之所由起，大率谓应于社会之需要而不容已。此儒墨法三家之所同也，今刺取其学说而比较之，

（一）儒家

（《荀子·礼论》篇）人生而有欲，欲而不得，则不能无求，求而无度量分界，则不能不争，争则乱，乱则穷。先王恶其乱也，故制礼义以分之，以养人之欲，给人之求，使欲必不穷乎物，物必不屈于欲，两者相持而长，是礼之起也。故礼者养也。

（又《王制》篇）水火有气而无生，草木有生而无知，禽兽有知而无义，人有气有生有知亦且有义，故最为天下贵也，力不若牛，走不若马，而牛马为用何也，曰人能群，彼不能群故也。人何以能群，曰分，分何以能行，曰义，故义以分则和。（杨注，言分义相须也。）和则一，一则多力，多力则强，强则胜物。（中略）故人生不能无群。群而无分则争，争则乱，乱则离，离则弱，弱则不能胜物，君者善群者也。

（又《富国》篇）人伦并处（杨注：伦，类也），同求而异道，同

欲而异知，生也，皆有可也，知愚同，所可异也，知愚分。（杨注：可者，遂其意之谓也。）势同而知异，行私而无祸，纵欲而不穷，则民心奋而不可说也，如是则知者未得治也。知者未得治，则功名未成也。功名未成，则群众未县也。（案，县同悬，谓悬隔也。）群众未县，则君臣未立也，无君以制臣，无上以制下，天下害生纵欲，欲恶同物，欲多而物寡，寡则必争矣。（中略）离居不相待则穷，群而无分则争，穷者患也，争者祸也，救患除祸，则莫若明分使群矣。

（二）墨家

（《墨子·尚同篇上》）古者民始生未有刑政之时，盖其语人异义，是以一人则一义，二人则二义，十人则十义。其人兹众，其所谓义者亦兹众。（案，兹同滋，益也。）是以人是其义以非人之义，故交相非也，是以内者父子兄弟作怨恶，离散不能相和合。天下之百姓，皆以水火毒药相亏害，至有余力不能以相劳，腐朽余财，不以相分，隐匿良道，不以相教，天下之乱，若禽兽然。明夫天下之乱，生于无政长，是故选天下之贤可者，立以为天子。（中略）天子惟能壹同天下之义，是以天下治也。

荀子之所谓礼所谓义，墨子之所谓义，其实皆法也。盖荀子言礼而与度量分界相丽，言义而与分相丽；墨子言义而与刑政相丽，度

量分界也，刑政也，皆法之作用也。

（三）法家

（《管子·君臣篇下》）古者未有君臣上下之别，未有夫妇妃匹之合，兽处群居，以力相征。于是智者诈愚，强者凌弱，老幼孤独，不得其所。故智者假众力以禁强虐而暴人止，为民兴利除害，正民之德而民师之。（中略）名物处违是非之分，则赏罚行矣。上下设，民生体，而国都立矣，是故国之所以为国者，民体以为国；君之所以为君者，赏罚以为君。

（《商君书·君臣》篇）古者未有君臣上下之时，民乱而不治，是以圣人列贵贱，制节爵位，立名号，以别君臣上下之义。地广民众万物多，故分五官而守之，民众而奸邪生，故立法制为度量以禁之。

（又《开塞》篇）天地设而民生之，当此之时也。民知其母而不知其父，其道亲亲而爱私，亲亲则别，爱私则险。民生众，而以别险为务，则有乱。当此之时，民务胜而力征，负胜则争，力征则讼，讼而无正，则莫得其性也，故贤者立中，设无私，而民日仁。当此时也，亲亲废上贤立矣，凡仁者以爱利为道，而贤者以相出为务。民众而无制，久而相出为道则有乱，故圣人承之，作为土地货财男女之分。定而无制不可，故立禁，禁立而莫之司不可，故立官，官设而莫之一不可，故立君。既立其君，则上贤废而贵贵立矣。

（《韩非子·五蠹》篇）古者丈夫不耕，草木之实足食也，

妇女不织，禽兽之皮足衣也。不事力而养足，人民少而财有余，故民不争，是以厚赏不行，重罚不用，而民自治。今人有五子不为多，子又有五子，大父未死而有二十五孙，是以人民众而货财寡，事力劳而供养薄，故民争，虽倍赏累罚而不免于乱。

以上三家五子之说，皆以人类之有欲为前提，谓生存竞争，为社会自然之现象。而法制则以人为裁抑自然，从而调和之，而荀墨商三家，谓人始为群，即待法治，韩则谓地广人稀时，无取于法，法必缘民众而需要始亟，是其微相异者也。韩子殆只认形成国家后之强制组织，而不认社会的制裁力，是其缺点也。盖韩子之学，渊源于老子，而老子谓郅治之极，无法而能治也。（韩子谓人民少而财有余，故民不争。然人民少之时，财亦决非能有余。此可以生计学理说明之也。故韩子此前提实不正确。）人类有欲之一前提，亦老子所承认也，然其所以解决此问题之方法，则与诸家异，儒墨法诸家，皆以节欲为手段。故礼也义也法也，从此生焉。老子则以绝欲为手段。欲苟绝，则一切皆成疣赘矣，故其言曰，不见可欲，使民心不乱。又曰，常使民无知无欲，故无为而无不治。又曰，少私寡欲。又曰，不欲以静，天下将自定，皆其义也。虽然，人类之欲，果可得绝乎？不可得绝，则老子之说不能售也。以今语说之，则生存竞争者，果为人类社会所得逃之公例乎，不可逃则法制之起，其决不容已也。

荀子社会学之巨擘也，其示人类在众生界之位置，先别有生物于无生物，次别有知物于无知物，次别有理性物于无理性物，谓人类者，其外延最狭，而其内包最广，与欧西学者之分类正同，彼

之所谓理性，荀子所谓义也。亦谓之普通性，亦谓之大我。（附注：义，从我从羊，会意字也。董子云，义者，我也。其从羊者，所以别于小我。羊能群者也。故我国文字凡形容社会之良性质者，皆从之，群、善、美、义等是也。《考工记》注曰：羊，善也；义从我从羊，所以示我之结集体。即所谓大我也。）此大我之普通性，即人类所以能结为团体之原因也。（小野冢博士言，国家所由起根于人类之普通性。而笈博士言，国家社会之最高原因根于自我之自由活动。其所谓自我者，谓人类共通之大我也，与佛学之华严性海相合。他日更详细介绍之。）荀子以义为能群之本原，洵批却导窾之论矣。其《富国》篇所论，由经济的（生计的）现象，进而说明法制的现象，尤为博深切明。谓离居不相待则穷，故经济的社会，为社会之成始；谓群而无分则争，故国家的社会，为社会之成终。其言争之所由起，谓欲恶同物，欲多而物寡，欲者经济学所谓欲望。（德语之 Begierde、英语之 Desire）欲多而物寡，即所谓欠乏之感觉。（德语之 Empfindung des Mangels）而欠乏之感觉，由于欲恶同物，人类欲望之目的物。如衣食住等，大略相同故也，荀子此论，实可为经济学社会学国家学等之共同根本观念也。

诸家之说，皆谓法制者，由先圣先王之救济社会之一目的而创造之，语其实际，则此创造法制之人，即形成国家时最初之首长也。而此首长，以何因缘而得有为首长之资格，诸家所论，微有不同，墨子言选天下之贤可者，立以为天子，是谓最初之首长，由选举而来，然法制未立以前。何从得正确之选举，是不免空华之理想也，儒家皆言天生民而立之君，又曰亶聪明作元后，是谓由天所命。然兹义茫漠，不足以为事实也。荀子亦儒家，而所言稍趋于实，谓必功名成然后群众悬，必知者得治然后功名成，盖当社会之结合稍进，则对内对外之事件日赅，其间必借有智术者或有膂力

者，内之以维持社会之秩序，外之以保障社会之安宁，于是全社会之人德之，而其功名成焉。寝假其人及其辅翼者，遂独占优势于社会。此君主贵族所由起也，故曰群众悬而君臣立矣。

管子言智者假众力以禁强暴。其说明社会形成国家之现象，尤为盛水不漏。夫虽有智者，苟非假众力而国无由成，盖国家为人类心理之集合体。苟其人民无欲建国之动机，则国终不可得建也，而又非如民约论者流，谓国纯由民众建也。虽有众力，苟无假之以行最高权者，则国亦无由成，两相待而国立焉，制定焉，管子此语，今世欧西鸿哲论国家起原者，无以易之也。

又管子所谓“上下设，民生体”，所谓“民体以为国”，实“最古之团体说”也。（房注谓，上下既设，则生贵贱之体，贵贱成礼，方乃为国，以礼释体，实曲解也。民礼以为国，岂复成文义耶。管子又云，先王善与民为一体，与民为一体，则是以国守国，以兵守民也。《君臣篇上》正可与此文相发明，故管子实国家团体说之祖也。）盖上下之对下，即全部对一部之意也，即拓都对么匿之意也，上下既设而肢官各守其机能。如一体然，而此人民结集之一体，则谓之国家也。《商君·开塞》篇之论，言国家发生成长之次第，尤为博深切明，盖由家族进为社会，由社会进为国家，由爱治进为体治，由体治进为法治。其所经过之阶级，实应如是也。其所论亲亲、上贤、贵贵之三时代，亦与历史相吻合。其上贤之一时代，即由图腾社会形成国家之过渡也。而所谓贤者，谓智力优秀于其俦者也。盖虽在未成国家以前，而社会上优秀者之地位已渐显，即所谓上贤时代也。及优秀者之地位被确认，则所谓贵贵时代也。

商君言制之兴，在未立君以前。夫在原始社会，其未立君者，即其未形成国家者也，谓未形成国家而先有法制，似不衷于理论。

虽然,未有国家以前,夫既有社会之制裁力,商君所谓制者,盖指此也,故别前者谓之制。而后者谓之禁,制者相互的,而禁者命令的也,故禁也者,即国家之强制组织也。而禁之与官,官之与君,同时并起,非谓先有禁而后有官,先有官而后有君。精读原文,自不至以辞害意焉矣。

小野冢博士者,日本第一流之学者也。今引其言以证管商二子之说。其言曰:“原人最始为徽章(图腾)社会,而此种社会,由家族团体时期,渐进于地域团体时期。(中略)当其未形成国家以前,亦固思所以调和冲突,维持内部之平和。其间自有规律之发生,略约束其分子,但此规律,无组织的强制力之后援,苦失诸微弱,洎夫内部之膨胀日增,对外之竞争日剧,于是社会之组织,分科变更,而强制的法规起焉,强制法规既具,不可无统一之之机关群中之优秀者,则应其任而执行之。始犹不过暂置,既而内外之形势继续,而机关遂不得不继续,而所谓优秀者,遂得继续以保其优势之地位。故原始国家与君主团体,常有密接之关系,非偶然也。”(《政治学大纲》上卷一四五至一五〇叶)此与商君之言,抑何相类之甚耶!而其所谓优秀者,亦即管子所谓假众力以禁强暴之智者也。荀墨两家仅言体言义言分。是所重者,仍在社会之制裁力也,混道德与法律为一也,所谓礼治主义、德治主义也。管商皆言禁,则含有强制组织之意义,而法治主义之形乃具矣,此法家之所以独能以法名其家也。

(《汉书·刑法志》)夫人宵天地之 , (颜注云,宵义与肖同。

古貌字。)怀五常之性,聪明精粹,有生之最灵者也。爪牙不足以供耆欲,趋走不足以避利害,无毛羽以御寒暑,必将役物

以为养，任智而不恃力，此其所以为贵也。故不仁爱则不能群，不能群则不胜物，不胜物则养不足。群而不足，争心将作，上圣卓然先行敬让博爱之德者，众心说而从之。从之成群，是为君矣。归而往之，是为王矣。《洪范》曰：天子作民父母，以为天下王。圣人取类正名，而谓君为父母。明仁爱德让，王道之本也。爱待敬而不敝，德须威而久立，故制礼以崇敬，作刑以明威也。圣人既躬明慤之性，必通天地之心，制礼作教，立法设刑，动缘民情，而则天象地。

此文言法制起原，兼采儒墨法诸家之说而贯通之，明社会制裁力，与国家强制组织，本为一物。体治与法治，异用而同体，异流而同源，且相须为用，莫可偏废此诚深明体要之言也。读此而我国人始于法之起因之观念，可以大明。