

中國法律思想史上冊

第一章 導言

定。義。和。範。圍。

中國法律思想史尙是一部嘗試的創作，我且大膽替牠下一個定義說：

「中國法律思想史是研究中國幾千年以來各時代所有支配法律內容全體的根本原理，同時並闡明此等根本原理在時間上的「變遷」與「發達」及其在當時和後代法律制度上所產生的影響。」

這裏所說「法律內容全體」是指整個的「中國法系」而說；著者不相信程樹德先生中國法制史所說如下的一段話是真確：

「……自晉氏失馭，天下分爲南北，於是律分南北二支；南朝劉宋南齊沿用晉律……及陳

併於隋，而南朝之律，其祀遽斬。

「今唐、宋以來，相沿之律，均屬北系；而尋流溯源，當以元魏之律爲北系諸律之嚆矢。北魏多承用漢律，不盡襲魏、晉之制……」（註一）

程先生又在後魏律考序說：

「……北朝則自魏及唐，統系相承，迄於明、清，猶守舊制，如流徒之列刑名，死罪之分斬絞，及十惡入律，此皆與南朝異者……」（註二）

著者的意見以爲自唐律疏義以前的整部法典既不存在，所以要勉強說「南北律系」立法的根本原理彼此不同是無充分證明很爲危險的。程先生也承認——

「中國法律有左列特殊之點：

（一）建國之基礎，以道德、禮教、倫常，而不以法律；故法律僅立於補助地位，爲手段，不爲目的……

（二）立法之根據，以道德、禮教、倫常，而不以權利。各國憲法所以保障人權，民法則以物

權、債權爲先，而親族繼承次之，此法律建築於權利之上也，我國則反是……

(三) 法律既立於輔助道德、禮教、倫常之地位，故其法常簡，常歷久不變…… (註三)

這三種特點試問程先生，南北律系果有什麼根本差異的所在？可以說整個的完全相同？又「中國法系」的特點還不只這三種，但從漢代以迄清朝的末葉，所有盈千累百的成文法典，其支配法律內容全體的基本精神總之是同樣，現本書所要探究的這即是最重要的一點，也可以說是中國法律思想史的靜的方面。此外則支配中國法律內容全體的根本原理雖是同樣，但祇有極少數的規定可稱爲萬古不變，其餘大多數就不能不受時勢環境和人類意志的影響，因之法律原則的消長存滅便不可一概而論。試以中國法律思想的演進情形來說，雖萌芽很早，但要經過春秋一個醞釀時期直到戰國時纔產生一大批法律思想家，詮釋法理，昌言法治，同時莊周一派又主張「無爲」，承襲孔子衣鉢的孟軻荀卿另各有其德治主義，結果自漢代以後，儒家學說獨霸一切，成爲各朝代立法的基本原理，惟在儒家壟斷學術界的二千餘年裏，在立法時的意見也不能完全一致，如自漢文帝廢除肉刑，可算是中國刑法上空前的一大改革，真能實行儒家論王者應愛民如赤子的主張，

但到了東漢光武時就有杜林上言恢復肉刑，接着崔實、荀悅、仲長統和魏的陳羣、鍾繇、傅幹、晉的劉頌、衛展，北宋的曾布都有過「持之有故，言之成理」的動議；在反對恢復肉刑方面的人，東漢則有孔融，魏有王脩、王朗、夏侯玄，晉有周顗、桓彝、孔琳之，南宋有馬端臨，他們的論戰雖遠不如「重組」的明切犀利，但因時移世易，人心已憚於改革，所以終歸「反組」勝利，肉刑也祇成爲漢文帝以前的歷史的一個名辭。還有自東漢王符、崔實反對君主赦罪之後，五代時後晉有張允，元有趙天麟、蘇天爵都衍其餘緒，但歷代君主仍照舊慣大赦特赦，濫作威福。又如前漢就有馮翊反對「贖罪」，路溫舒反對「訊刑」，孔光反對「族誅連坐」……但在實際上也不發生影響。至於民法方面，如宋洪邁、明朱善都主張平輩外親可以結婚，明宋濂首先提出婚姻解除的「惡疾」與「無子」兩個條件的規定爲不合理，清俞正燮又大聲疾呼的對當時婦女在法律上的身分深致不滿，但因男性中心社會的根深蒂固，所以結果還是如明王禕、清錢大昕的擁護「七出」說較爲得勢，這些都是中國法律思想史的動的方面。由上面所述看來——

『中國法律思想史即是對中國法律思想靜的和動的方面加以歷史的考察。』

這樣和一般所謂中國法制史的涵義不同，因為中國法制史是以中國歷代法律制度的興廢與其演進的情形爲研究的對象，又和所謂中國法理學史的範圍也不一樣，因為所謂「法理學」(Jurisprudence)乃指法律的知識[(Knowledge of law)和法律的科學](Science of law)而言。所以大法學家奧士汀(Austin)就主張：『凡論題爲各種法律所共通，而非僅與任何特種法律相關的就叫做法理學』，這樣只是對法律的真正性質加以解剖和分析，而「法理學史」也不過只研究法理學說之歷史的變遷範圍，較「法律思想史」狹隘得多，在歐洲羅馬末季，法律即已成爲科學，故「法理學史」的材料自然相當豐富，中國只有先秦諸子稍有萌芽（註四）但漢代以後即停滯不發達，若專述中國法理學史，內容必不免貧弱枯燥。本書既命名爲中國法律思想史，所以除敘述先秦僅少的法理學說的古籍而外，並以中國歷代法律制度的形成與進化中的思想爲考察的對象，其着手之處，即（一）就個人的思想加以考察，如學者的著述言論，以及法律家活動的遺蹟；（二）就時代的思想加以考察，如法典制度和歷史文化等可以考察時代背景和時代特徵意識。這樣即是本書的範圍。

研究的必要。一般法律學校的生徒都誤解「法律思想史」爲和將來執行律師職務與及充當法官沒有什麼關涉，所以在大學裏雖有這一門課程也祇等於無用的長物，其實不然！日本東京帝國大學教授田中耕太郎博士最能發揮「法律思想史」的價值，他著的法律哲學概論有說：「……現代法律思想有其自己的特徵，但尙包含以前各時代的遺產。又法律思想史上一時代的特徵，即爲對前時代的反動，或爲其補充及繼續發展。這樣的意味可以說現代的法律思想即爲過去二千餘年人類先覺者所思索的沈澱物欲根本的理解。現代的法律思想，法律思想史的研究實爲絕對的必要，加以我們的法律思想的眼界若能擴大，便可防止陷於偏見的弊病，然後纔能把持得住客觀的態度。此外我們還可以捉摸得着各時代各思想家的誤謬和缺失，同時又可以知道各時代法律思想的中心問題的所在。」（註五）

本來我們研究各國法制史的人，絕對不可專在零星的法律現象裏頭做白費的工夫，實在應該先尋覓得到幾個總樞紐，然後纔能觸類旁通，左右逢源。這所謂總樞紐即是貫通一整個的法系的根本思想。我中國自前清雅片戰爭，英法聯軍兩役以後，歐美國主義領事裁判權確立，中國大部分

的法典從光緒末年起也都摩倣大陸法系的形式和內容，但在人民方面除通都大邑的人民和知識階級稍微能够了解而外，一般林林總總的民衆仍抱持幾千年來所沿襲的中國舊有的法律思想，所以要想徹底了解所謂世界五大法系之一的中國法系的內容，最先的急務即在要懂得貫通整個「中國法系」的思想。

（註一）中國法制史第一篇第三章第九頁。

（註二）九朝律考卷十五第一頁。

（註三）參看前書第四章第十二至二十頁。

（註四）參看廣池千九郎博士東洋法制史序論第三、第五、第七諸章及梁啓超先生的中國法理學發達史論（見新民叢報第四卷第五、六兩號）。

（註五）法律哲學概論第一分冊第十五頁。

時代的區分 中國法律思想史可分爲四個時代：

第一萌芽時代。大凡研究思想史的人最先必須認清社會的來源，然後纔能明瞭思想發生的經過情形。中國有文字以來的信史，一般都從殷代講起，據現時所有河南省安陽縣

出現的龜甲骨板上刻着的貞卜文字看來，那時的文字產生還沒有多久，文字還在形成的途中；再考察這種幼稚文字所記載的事實，牧畜很爲盛行，還只是一個原始共產制的氏族社會；法制的規定雖然還說不上，但也不無一二遺跡可以追尋。到了周代農業特別發達，既把殷室吞滅，便完成一個奴隸制的社會；那時文化較殷代確有長足的進步，在考古學上看來，算是青銅器時代，就現存詩經、尚書、周易諸書的真實可靠的部分加以研究，後此幾千年的法律思想已萌芽於此時。

第二、儒、墨、道、法諸家對立時代。周末春秋戰國的思想在中國文化史上是一度放過極燦爛輝煌的光彩，在以前幾世紀和後此的數千年內都不曾有過和牠相比的時代，那時學派實在太多，據孟子列舉的有楊朱、墨翟（註一）、韓非子列舉儒家有八派，墨家有三派（註二）；荀子列舉的有佗、蠶、魏牟一派，陳仲、史鱣一派，墨翟、宋鈃一派，慎到、田駢一派，惠施、鄧析一派，子思、孟子一派（註三）；尸子列舉的有墨子、孔子、皇子、田子、列子、料子（註四）；莊子列舉的有墨翟、禽滑釐一派，田駢、尹文一派，彭蒙、田駢、慎到一派，關尹、老聃一派，莊周一

派，惠施一派（註五）呂氏春秋列舉的有老聃（聃與聘同字）、孔子、墨翟、關尹、子列子、陳駢、陽生（楊朱）、孫臏、王廖、兒良（註六）史記列舉的有慎到、田駢、接子、環淵、鄒奭、鄒衍、公孫龍、劇子、李悝、尸子、長盧子、吁子、墨翟（註七）這些都是『持之有故，言之成理』的獨立思想家，真可謂五花八門，頭緒紛繁的了。但中國的古代學術是要到孔子的手裏纔有系統可尋，所以說『吾道一以貫之』，至如江瑔氏所著讀子卮言和蔣維喬氏所著周秦諸子的分派一文（註八）都主張『道家本來是統括一切學術的』，『海內的學者沒有不歸宿到道家的』，『……儒、法、名、陰陽四家直接間接都與老聘有淵源的』，其實不然，諸子百家都淵源於儒，墨家是孔學的反動，楊朱又是墨學的反動，楊朱而後方有田駢，慎到論「天道」和「物理」，道家的莊周還是後輩，老子一書異說紛紜，如崔述（註九）梁任公師（註一〇）顧頡剛（註一一）馮友蘭（註一二）都懷疑老聘為道家的始祖。日本市村瓚次郎博士的儒教思想與政治問題關係的史的考察講稿（註一三）即謂史記等書所說老子早於孔子是完全與事實相違的，老子不得不說是較孔子為晚，錢穆先秦諸子繫年考辨也

說：『老子……其書思想議論，及其文體風格，蓋斷在孔子後。當自莊周之學既盛，乃始有之。』（註一四）孫次舟跋古史辨第四冊並論老子之有無（註一五）則更進一步根本否認老子之確有其人。戰國末年荀子的門人韓非、李斯纔爲法家之言，於是刑名法術的學問就盛極一時。直到秦漢之際與前漢第五代武帝「罷黜百家，表章六經」以前，百家之學都非常發達，所以這時期可稱爲「儒墨道法諸家對立時代」，也即是中國法律思想史上的「黃金時代」。吳經熊博士唐以前法律思想底發展一文曾有說：

「大致唐以前法律思想可分作三個時期：

第一時期——禮治時期——法律和道德混合時期——（紀元前五世紀以前）

這個時期底信條是：治國家用不着法律，只要用禮儀就行了。君主祇要講仁義道德，百姓就會受感化。君主祇要以身作則，百姓也就自然而然的會跟着做……

第二時期——法治思想——法律和道德分離時期——（前四世紀至前三世紀

末葉）

這時期乃法治思想全盛時代，法治思想可算是對於禮治思想的一個大反動。禮治思想底出發點是親疏、厚薄、賢不肖之分別；而法治思想底出發點是「無厚」。

……『（註一六）』

邱漢平氏先秦法律思想一書也有說：

『在中國春秋時代是道德流行期，到戰國之世法治主義大唱高調，政治大受影響』。

（註一七）

這可算是吳博士的「共鳴者」，但著者按吳博士所謂「禮治思想時期」係舉孔子的論語作證，孔子在中國學術史上不用說是佔極重要的位置，惟孔子雖前後十三年周遊列國也不會遇有行道的機會，何況那時還有與儒家根本不同的公孫僑（子產）、管夷吾（仲）、范宣子、鄧析諸人在政治和社會上都有相當的勢力，即如論語微子所述的許多隱者都在批評孔子是「知其不可而爲之者」，「四體不勤，五穀不分，孰爲夫子」？所以說春秋時代絕對不應硬定牠一個名稱爲「道德流行期」，著者主張將吳博士的兩

時期合併改稱爲「儒墨道法諸家對立時代」，方符合當時思想演進情形的實際。

(註一) 孟子滕文上下盡心下。

(註二) 韓非子顯學篇謂儒家之八派爲：子張之儒，子思之儒，顏氏之儒，孟氏之儒，漆雕氏之儒，仲良氏之儒，孫氏之儒，樂正氏之儒；墨家三派爲相里，相夫，鄧陵。

(註三) 荀子非十二子篇第六，又天論篇第十七，解蔽篇第二十一及正論篇第十八並可參看。

(註四) 尸子廣澤篇。

(註五) 莊子天下篇。

(註六) 呂氏春秋審分覽不二篇。

(註七) 史記卷七十四孟荀前傳。

(註八) 新中華第一卷第二十一期。

(註九) 洙泗考信錄，此外如葉適的習學記言，黃震的黃氏日鈔，汪中的述學老子考異，康有爲的桂學答問對老子離都稍樹異議，但還不能摧陷舊說的堅固壁壘。

(註一〇) 哲學雜誌第六期及學術講演集的評胡適之中國哲學史大綱一文，又先秦政治思想史本論第二章第一百一十一、一百十二頁並可參看。

(註一一) 燕京大學史學年報第四期從呂氏春秋推測老子之成書年代。

(註一二)中國哲學史上卷。

(註一三)啓明會第五十三回講演集第八、九兩頁。

(註一四)先秦諸子繫年考辨卷二第二百零六頁。

(註一五)圖書評論第一卷第十二期。

(註一六)法律哲學研究第六十二至六十八頁。

(註一七)先秦法律思想第七頁。

第三、儒家獨霸時代。

戰國諸雄併亡於秦，秦爲開化最晚的一個新民族，但法治精神卻遠在各國之上，這不能不歸功於商鞅的變法（註一）和其民族性與環境的特殊（註二）到了漢高祖亡秦之後，一時雖拋棄秦始皇以法家爲中心的思想，但又傾向於黃老思想，陸賈雖進上文治政策，也沒有發生多大的效果。惠帝四年廢除「挾書」的禁令，文帝也廣開獻書之路，但自身卻很好刑名之學，景帝也不信儒，竇太后且尊奉黃老，如鼂錯那樣的學者也學習申、商刑名之術；直到第五代的武帝，席豐履厚，隨所欲爲，政治既較前專制，思想也傾向統一，所以在建元五年（公曆紀元前一百三十六年），就定儒學爲國教，罷黜

百家表章六經，從此思想定於一尊，學者都專門以研究詩、書、禮、樂、易、春秋爲惟一重要的大事，於是兩千年來中國的法律思想都是儒家的法律思想，如從「陰陽五行」等天人交感的立場發揮刑罰的必要和一切司法行爲都須應於天時，又以道德、禮教、倫常爲立法的根據，兵刑一體，與及對「公布法典」、「大赦」、「肉刑」、「復仇」、「刑不上大夫」……等特殊問題雖有贊成和反對種種不同的意見，但卽「贊成公布法典」主張「禁止復仇」和「法律平等」的少數思想家，其立場仍爲儒家而非法家，所以這個很長久的時代實在是儒家獨霸的時代，亦卽如吳經熊博士所說的——

「第三時期——禮法調和之思想——法律和道德重合時期——（前二世紀至後七世紀）

這時期底禮法調和之思想可算是對於秦朝底刻薄寡恩的法律一個反動」（註三）惟按這時期不限於後七世紀的唐朝爲止，實應延展至十九世紀末二十世紀開始的清道光緒末年，又邱漢平氏有說：

『……曰適應時代——由漢至唐；曰保守時代——由宋至清……這是我擬定的中

國法律思想史之分類』（註四）

在邱氏對分類的標準和命名的意義未加詳明解釋以前，我們不是無條件就可以採用的。

（註一）參看韓非子、姦劫弑臣篇和氏篇，漢書、賈誼傳與賈誼新書、時變篇、荀子、議兵篇。

（註二）參看淮南子、要略訓。

（註三）法律哲學研究第六十三、七十三頁。

（註四）先秦法律思想序第二頁。

第四、歐美法系侵入時代。溯自前清光緒二十八年（公曆一千九百零二年）政府派呂

海寰、盛宣懷在上海修訂各國商約，英、日、美三國都允許中國法律和外國一致時就取消

領事裁判權，於是「中國法系」就發生根本動搖；光緒三十二年延聘日本學者岡田朝

太郎、松岡義正諸氏起草民商法和刑法，光緒三十四年岡田朝太郎氏所草刑法告成，守

舊派如張之洞、廷杰、勞乃宣等，改革派如沈家本、楊度、吳廷燮、汪榮寶、汪有齡等對「刑律

與禮教衝突」諸點大開論戰，直到宣統皇帝退位，仍無結果。民國成立以來，因袁世凱重演「禮教」「重典」於民主政治的假面具之下，法律思想和有清末季相差不遠，惟民國三年十二月政府頒布暫行刑律補充條例後，吳貫因氏曾撰文痛駁。民國九年十月政府頒布科刑標準條例，據董康氏新舊刑律比較說：

「新法科刑範圍過寬，非經驗豐富，判斷難期適中。民國初年，法院用人，採除舊布新之策，尸其位者，絕少師承，於量刑問題，多所倒置……曩時備位法曹，曾頒行科刑標準條例，以資補救，挾黨見者，不以爲然，旋即廢止……」(註一)

按當時反對這項條例的人，即爲張樹滋、吳昆吾諸氏。此外還有陳承澤等一二人在法政雜誌上對於法制會稍有討論；又自新文化運動以後，其影響雖很爲廣大，但一般學者只偏重在傳統的舊思想、文學和制度的批評與破壞方面，對法政方面卻比較的不注意，所以那時的法律思想多爲介紹歐美的新學說，同時也有極少數的人提到中國法令的缺失與謬誤（如王世杰教授的論文即其一例），直到國民政府在南京成立，民國十七年