

萬事有文庫

第一集一種

王雪五主編



中國古代法理學

王振先著

華東軍區軍事政治大學

圖書館

第一總隊政治部

商務印書館發行





中國古代法理學

王振先著

國學小叢書

編主五雲王

庫文有萬

種千一集一第

學理法代古國中

著先振王

路山寶海上  
館書印務商

者刷印業行發

埠各及海上  
館書印務商

所行發

版初月十年八十國民華中

究必印翻權作著有書此

---

The Complete Library

Edited by

Y. W. WONG.

ANCIENT CHINESE JURISPRUDENCE

By

WANG CHEN SIEN

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

Shanghai, China

1929

All Rights Reserved

# 自序

予既執鞭廈門大學，暇輒鈎稽古人所謂法家言者，筆之於書，久而裒然成帙。以素攻法學，謂夫歐洲法制進步，至於今日之盛，雖其民權伸張，民智發達使然，然有柏拉圖、亞里斯多德、霍布士、洛克、盧騷、孟德斯鳩、邊沁、斯賓塞諸賢哲爲之倡導於前，康德、馬克思、狄驥、柏呂斯諸先覺爲之鼓吹於後，雖旨歸不同，而所以因時制宜者則一。卽其典章制度，亦莫不隨學說爲轉移。甚矣思想之足以左右人羣也！吾國春秋戰國間，諸子爭鳴，法家亦應時而起，管、商、申、韓、尹文、尸佼，慎到之儔，其詮釋法理，昌言法治，固無以讓於歐西諸賢也。顧一則愈演而愈新，一則驟盛而莫繼，此豈東西哲人立論有淺深之殊，致其收效有久暫之異乎？間嘗深思其故，而知國人成見自封，或淺嘗輒止，其中於心思學術者深也。夫天下事不患其不相同，而患其不相劑。不相劑，則不求其故，莫明其所以然，積之既久，習與性成，入乎耳，出乎口，人以爲是，則羣然是之，人以爲非，則羣然非之，唯之與阿，相去幾何，亦適成其不痛不癢之生而已。誠如是也，豈獨法理學不足以言繼往，其他學問之類是者，何可一二數耶？不揣鄙陋，

因就平日所錄，條理而區處之，先攷道、儒、墨三家之言，所以異於法家者安在，次及法家之標明新理，自立壁壘，深有合於近世法學者所立之定義，爲若干節，末並附論崇法治者之功效，與斯學不昌之原因，冀吾國人早克自省，去口耳四寸之學，含宏廣大，俾法理日新月異，有以促法治之實施，庶歐西諸賢不得專美於前也。若夫蕪累疎略之譏，自知不免，幸海內宏達，進而教之！

民國甲子仲冬孝泉王振先識於厦校之囊螢樓。

萬有文庫

第一集一千種

總編纂者

王雲五

商務印書館發行

# 中國古代法理學目次

|     |                          |    |
|-----|--------------------------|----|
| 第一章 | 緒言·····                  | 一  |
| 第二章 | 法在我國文字學上之意義·····         | 六  |
| 第三章 | 法在我國思想史上之地位·····         | 一〇 |
| 甲   | 道家之法律觀·····              | 一二 |
| 乙   | 儒家之法律觀·····              | 一四 |
| 丙   | 墨家之法律觀·····              | 一八 |
| 第四章 | 法家對於法之觀念及其詮釋·····        | 二一 |
| 第五章 | 附論古來崇法治者之功效及斯學不昌之原因····· | 三九 |

# 中國古代法理學

## 第一章 緒言

法理學者何研究法律精神之所在，繹其原理，稽其學說，成爲有系統，有思想之一科學問也。凡百學問皆必有事實或現象以開其端，然後思想有所附麗，而爲精密之考察，積之既久，此事實或現象，無慮千百，恆有以觀其全而會其通。始之粗明其梗概者，知識之事也，繼之綜合其事物，而復類別闡顯之者，則學問之事也。法理學之本義，固在推求法律之原理，而原理未經發現以前，不能不有因應之方，以施行於庶事，是爲法術。法術之起，恆先於法學。蓋有國家，則必不能無法律，即古代國家組織，異常簡單，而法制之術，不能不備。既有法制之術，自必有解釋之、適用之、推闡之者，於是法理學隨之而興。凡原理所存，雖各人意見不同，固皆秩然有序，畫然有其迹象可尋，窮流溯源，而後古人之用心益見。近世科學所以愈分而愈發達者，端賴乎是，法理學固亦莫能外也。

吾國在世界中稱爲四大法系之一，則法律思想淵源甚古，固無疑義。然考吾國法律布自何時，法典纂自何代，不免人各異說。就可信者徵之。書曰：『象以典刑。』注：『象懸法而示之儀式也，常也。此刑卽墨、劓、剕、宮、大辟之五者。』周懸法象，魏本此。宋人程大川謂：『象刑爲模寫用刑物象，以明示民，使知愧畏。』宋錢時亦曰：『象者所以示民，若曰犯某罪者麗其法，昭然條理，揭而出之。』是卽法律公布之意。學者動稱唐虞以來，已有編纂法典者，宋王應麟歷舉唐虞制令、皋陶法律、夏政典、禹法、湯令、周刑書、周律等名目，然多後世假託，於史無徵。唐律疏義則稱『李悝法經，集諸國刑典而爲之。』雖諸國刑典，正史不載，然左傳昭公六年，鄭人鑄刑書，定公九年，鄭駟顓殺鄧析而用其竹刑，昭公二十九年，晉鑄刑鼎，著范宣子所爲刑書焉。當時公家之鑄刑書，私家之爲竹刑，法律已漸由慣習而至於成文。材料漸多，事例漸繁，於是編法典者，乃有所取材而彙爲專書。史稱『魏文侯師李悝選次諸國法造法經六篇：一、盜法，二、賊法，三、囚法，四、捕法，五、雜法，六、具法。』具法者卽法之總論，條貫諸法而爲之名，其他，則皆法之一部，所謂各論者是。後世編法典者多仍之。是固吾國法典編纂之嚆矢也。

自魏李悝肇造法經，歷代相沿，多所增益。在漢則有蕭何九章律，叔孫通益律所不及，作傍章十八篇，文帝時鼂錯更令三十章，武帝時張湯編越宮律二十七篇，趙禹編朝律六篇，當時律令凡三百五十九章，已病其多。蓋九章律以後，不獨編纂刑法典，且編纂行政法典，即所謂令者是也。魏有新律十八篇，晉有新律二十篇，六朝迄隋，律令互有增減。唐有六典，其刑書有四：曰律、令、格式、式。五代承唐室之後，惟後漢一代未聞制作法典。其餘四朝，多依唐律從事刪訂，有宋一代，吾國法典編纂極盛，大抵每一改元，必有一度或數次之修訂，其名稱極繁，及今存者，則僅營造法式及慶元條法事類也。元明法典，多仍舊制，間有更改。清代刑法典，則有律例；特殊法典，則有則例，處分則例，賦役全書，漕運全書，學政全書等；行政法典，則有會典及會典事例。光宣以降，新政施行，法令典章，尤難枚舉。民國肇造，頻年變亂，草創未遑，以國家根本之憲法，至今猶未見諸施行。所有民刑法規，除有礙國體者外，多仍其舊。此吾國法典編纂沿革之大略也。

茲篇言法理學，而吾所以首詳法典編纂之沿革者，以學理根於事實。吾國法家思想，固未盡實施，而事實所貽，令人亦得鉤稽其涯略。考吾國法典內容異於近世文明各邦者有三：（一）公法方

面規定常多，而私法方面規定常少也。吾國法典無慮數百種，自漢迄清，多爲公法典之屬，其爲今日私法典規定之事項，往往爲公法典所包含。故如親族法之婚姻、離異、嗣子繼承、物權法之所有權、質權，以及債權法之買賣、貸借等，亦惟規定其大綱，不復列其細目。論者或歸咎國民權利思想之缺乏，實則當時學說只知有國，只知有君，而民間私權，無足輕重。所謂公私法之區別，本屬難明，私法多被吸收於公法中，而不能獨立，此其故可思也。（二）法典所規定者多存其名，不必措諸實用也。法典以現行者爲原則，但吾國法典，務爲理想之規定，苟認爲良法，雖非現制所宜，亦必採入法典之內。明李東陽進正德會典表，謂『今之善者，雖寢亦書』，是其明證。此外如過去事例，則留之以資比附，祖宗成憲，則尊之莫敢批評，法典所定，未必其爲現行。於是法典事違，莫由救正，此固吾國思想好作鑿空之論，不求切近之行，亦可思之次者也。（三）法典中關於道德法律二義，分別不明，往往雜揉並用也。道德屬於良心之裁制，所謂防未然者，其力賴社會羣衆之維持。法律屬於行爲之裁制，所謂禁已然者，其力賴國家權威之作用。道德法律，固當並行不悖；然一則爲倫理上問題，一則爲法制上問題，必神其質劑，嚴其界限而後可。今一國法律，多以道德爲標準，而非以社會利害爲標準，勢必以法

律的制裁，代道德的制裁，有時道德之所有事，非法律之所有事，而在吾國則違反道德者，或以法律相繩，而違反法律者，轉託於道德以自免，相混結果，其弊必至於相消。所謂禮教，乃與刑罰同爲虛設，此其故之緣於學說者又可思也。夫學說以事實爲前提，而學說往往足以產生新事實，吾國法典，上下數千載，被於大地者，縱橫數萬里，其影響不可謂不遠且鉅，然其弊病百出，迄今猶若不可爬梳，則雖非徒法典之爲，而沿法典以溯先哲人之所說明，亦所謂循流溯源之意也。

今者我國法系適值革新時期，驟觀之，不特舊時法典無可保存，即舊時學說，有事於改正者，不知凡幾。雖然，一切法律政治，屬於創造者恆少，屬於順序發達者恆多。一國民族，有其歷史焉，有其特殊之心理焉，不能強他國所謂善者，盡數而移植於吾國，自亦不能舉吾國所已有者，盡弁髦而土苴之。況繼今以往，我國不從事立法事業則已，不採法治主義則已，苟猶有事於立法，有意於爲法治國之人民，（今後國家或民族，無論如何變遷，即提倡最新之社會主義，不能離法治而可即安也，明甚。）則吾先民所已發明之法理，必有研究之價值，其單詞片義，至今猶可寶貴焉，無疑也。故不自揣，輒述研討所得，以著於篇。

## 第二章 法在我國文字學上之意義

法本字爲灋，按說文，『灋，荆也，平之如水，從水，鷹所以觸不直者去之，從鷹去』，說文鷹，下又云：『鷹，解鷹獸也，似牛一角，古者決訟，令觸不直者。』又云：『法令文省，古文金。』然則法之語源，實含三種意義，釋之如下：

(一)法，荆也，含有模範之意。荆與刑不同，故說文刀部有刑字，無荆字，而荆字之義，當於說文土部求之，說文土部型下云，『鑄器之法也』，是正與法爲轉注。段注云：『以木爲之曰模，以竹曰範，以土曰型。』而許書木部模下，竹部範下，皆訓法，是亦轉注也。尚書呂刑云，『苗民弗用靈，制以荆，惟作五虐之刑，曰法。』易蒙初六曰：『發蒙利用荆人，用說，桎梏以往吝。』象曰：『利用荆人，以正法也。』又繫辭傳：『見乃謂之象，荆乃謂之器，制而用之謂之法。』皆是表明法爲模範之意。其荆旁所以從井者，井之語源，出於井田，說文井下云，『八家爲一井，象構榦形。』蓋含有秩序意，所謂『井井有條』，『井然不紊』，皆以井爲形容詞。從刀者，刀以解剖條理，亦含秩序之意，且古文金字，從亼，從正，並可

作模範解。法之釋爲刑者，卽表明有秩序而可爲模範之意也。

(二) 法者平之爲水，從水含有均平之意。法與律皆有均平之義，說文律下云：『均布也。』段注云：『律者所以範天下之不一而歸於一，故曰均布。』桂馥義證云：『均布也者，義當是均也，布也；樂記，樂所以立均；尹文子大道篇，以律均清濁；鵬冠子五聲不同均，』皆言律字出於均平之意。大學衍義補亦云：『春秋之世，子產所鑄者，謂之刑書；戰國之世，李悝所著者，謂之法經，未以律名也。律之言昉於虞書。蓋度量衡受法於律，積黍以盈，無錙銖爽，凡度之長短，衡之輕重，量之多寡，莫不於此取正。律以著法，所以裁判羣情，斷定諸罪，亦猶六律正度量衡也，故制刑之書以律名焉。』史記律書云：『王者制事立法，物度軌則，壹稟於六律，六律爲萬事根本焉。』夫惟均而後能平，國語云：『律所以立均出度，』是明其均平正確之義。易曰：『師出以律，』孔疏云：律，法也，是爲法律通名之始，自商鞅改法爲律以相秦，蕭相國世家云：『何獨先入收秦律令，』自是以後，法遂與律通用，所謂均平之意，益顯然矣。

(三) 法從虧去，所以觸不直去之，含有正直之意。書云：『凡民自得罪，寇攘、姦宄、殺越人於貨，』

警不畏死，罔弗慙。」蔡注：『凡民自犯罪者，人無不憎惡之也，用罰而加是人，則人無不服，以其出乎人之同惡，而非即乎吾之私心也。』此即法爲正直之解。周制，公族之罪，雖親不以犯有司正術也，所以體百姓也。陳註：『正術，猶言常法也，公族之有罪者，雖是君之親，然亦必在五刑之例，而不赦者，是不以私親而於犯有司之正法也。』所以然者，以立法無二制，當與百姓一體斷決也。『曰正法，曰立法，無二制，即言法之本義，因爲正直，未可以曲徇也。』又法字與式字同訓，說文式下云：『法也，從工弋聲。』又云：『工，巧飾也，象人有規槩。』段注云：『直中繩，二平中準，是規槩也。』是則式之取義在工，而工以中正平均爲本，如繩之直，如準之平，釋式即所以釋法也。

此外與法互訓之字，如典，訓爲常，說文，典字從册在丌上，尊閣之也。是典之本義，爲尊貴之書冊，吾國有尊古之習，視古法尤重，故可通稱法典。則訓爲齊，說文，等畫物也，從刀貝，段注云，『等畫物者，定其差等而各爲介畫也，物貨有貴賤之差，故從刀介畫之。』曰等物，曰介畫，皆均齊之意。法字亦有均齊之義，周禮以八則治都鄙，鄭注云，則，亦法也，故可通稱法則。刑，訓爲剋，說文，刑，剋也，段注云，『刑罰典刑儀刑等字，以刑當之者俗字也。』故刑之爲義甚狹。尙書大傳曰：『唐虞象刑，而民不犯，苗民』

用刑而民犯之。』可知當時不欲言刑罰。凡刑罰者，起於德衰之時。漢書涿郡太守鄭昌上書曰：『立法明刑者，非以爲治，救衰亂之起也。』象以典刑，卽明不欲用刑之意。慎子曰：『斬人肢體入肌膚，謂之刑，畫衣冠異章服，謂之戮。』此與訓刑爲剴同解。法之最初發達者爲刑，故可通稱刑法。綜上所述，則吾國最初法字之概念，固爲均平正直，能立最高之模範標準以制節事物者也。

### 第三章 法在我國思想史上之地位

我國思想最古者爲道家，次爲儒家，再次爲墨家，法家其最後起者也。漢書藝文志謂『道家者流，出於史官。儒家者流，出於司徒之官。墨家者流，出於清廟之守。法家者流，出於理官。』至謂『諸子皆出於王官』，其義似甚牽強，未足說明思想變遷之迹及發生之由，較之淮南要略所云，『諸子之學，皆起於救世之弊，應時而興』者，固不可同日而語，近人多已駁之。惟道家思想受社會周圍變亂之刺激，以爲循此以往，知識愈進，欲望愈高，防亂之術愈工，而煽亂之方亦愈巧，故其政治理想在於反朴，在於無爲，老子所謂『至治之世，小國寡民，使有什伯人之器而不用，使民重死而不遠徙，甘其食，美其服，安其居，樂其俗，鄰國相望，雞狗之聲相聞，民至老死不相往來。』此非老子之虛言，蓋老子爲周柱下史，近觀世變，遠察洪荒，必以爲古來有此一境，最適於今日之救弊補偏，欲引而復之，以歸無名之朴，而不知歷史之不可以逆演。此出於史官之說所由來也。儒家重人倫，尙實踐，先親親而後仁人，仁人而後愛物。所謂愛有差等，施由親始，齊景公問政於孔子，孔子對曰：『君君，臣臣，父父，子子。』