

先秦法律思想

序

在三年前，吳德生先生勸我把幾年來所發表的法學文章，集成一書付印，且允爲我題字，命名法學文存。我後來果然收集，可是自己終覺得無甚意思，因爲中國的文存太多了，讀者每以爲是垃圾桶。我恐怕人家再來譏評我，所以至今未曾付印。

瞬眼已是三年餘了，我的著作毫無增加。這三年來只成了一篇韓非子的法律思想，其於舊學之整理，可以說未進半步。但這篇韓子，朋友說是有特見之點，我現在姑聽其說，將四年前登過的慎子和商君二文，稍加修正，彙輯成書，題曰「先秦法律思想」。在我看來，這三篇已夠代表先秦的法律思想。再完備些，也不外加些儒道墨的法律觀及其他說明而已。在我擬定的中國法律思想史，這三篇僅有原料之價值，列在第一時期，名之曰「法律思」。

想之形成時代」。(其他三時期如下：曰適應時代，——由漢至唐；曰保守時代，——由宋至清；曰改建時代，——由清末至今。)這是我擬定的中國法律思想史之分類。

末了，我要感謝摯友傅子模博士的鼓勵。關於韓非子一文，他給了很少意見，著者雖沒有全部採納，但暗中受其影响的甚多。

再版自序

本書初版，瞬已三載。去秋卽擬修訂重版，乃以人事蜩集，終未如願。今以訂購者日衆，欲待修訂，恐非一時所及。爰將原書付梓再版，聊以塞責。腐陳之見，未敢云然。用綴數言，以誌顛末。

民國二十三年九月九日著者識

先秦法律思想目錄

序

第一章 本問題之性質

一 學問的全體

二 法律的發生

三 法律的變遷

四 法律思想與時代

五 法律的史

第二章 慎到

先秦法律思想

目 錄

- 一 慎子的年代及慎子
- 二 慎子的政治哲學
- 三 主張法治主義之理由
- 四 法律的性質
- 五 立法權問題

第三章 商君

- 一 年代
- 二 政治主張
- 三 法治學說
- (一) 法的起源說
- (二) 法隨時代進化說

(三) 法宜公布的理由和效果

(四) 法是以客觀的標準論

(五) 法律平等說

(六) 法可無爲說

(七) 刑賞主義

四 商君法治主義的批評

第四章 韓非

一 年代及其著述

二 思想的系統

三 法治的意義

(一) 法治與人治

先秦法律思想

目 錄

(一) 法治與勢治

(二) 法治與德治

(三) 法治與術治

四 法的基礎

五 法律進化論

六 法律的性質

七 法律的標準

八 法律底運用

九 結論

第一章 本問題之性質

一 學問的全體

我們無論研究何種學問，總要先明瞭我們所研究的是什麼。故我們在前講先秦的法律思想，對於本題的一般性質不可不有相當的說明。法律思想是什麼？凡是研究這一門學問的人，都亟想知道的。

我們的學問總體是宇宙。宇宙即是「時」與「空」的和。註一從這森羅萬象的宇宙間分出幾千幾萬的部分，——這等部分是互相牽連的。大體說來，宇宙的學問可分為「自然的」與「社會的」。即就社會方面來說，已是很複雜了；人類的一切活動，皆可歸到「社會」去。所以人是「自然動物」，同時也是「社會動物」。註二

邃古之時，人是很野蠻的。他的生活和其他動物差不多，同在自然幃幃之下度生。即在今日，尚有許多天然勢力非人類所可戰勝者。註三雖然，人類的進化歷史，不因此而失了價值。「人爲萬物之靈，」這「靈」的地方，就是有意識。有了意識力，他們便想了解他們的環境，於是發生了「思想。」一經有了思想，即對於痛苦的環境便想種種法子去減少牠。因此對於自然現象不免懷了疑團，時常找出其「理之所在」(raison d'être) 繫辭傳說得最透切；「古者庖犧氏之王天下也，仰則觀象於天，俯則觀法於地，觀鳥獸之文與地之宜；近取諸身，遠取諸物；於是始作「八卦，」以通神明之德。」這段便是說人看了天然的「現象，」而後生出一種意象。現象許是永遠如此，而人的「意象」却不能盡同了。所謂「時代的思想」就是認定人類的意象是時時改變的。

二 法律的發生

在社會現象中的最顯著東西要算國家了。國家的起源問題，已耗盡了有史以來的一切思想家的心血還得不到一個共同的見解。但是比較更繁雜而困難的是國家與法律的起源：國家是先法律而存在呢？抑是法律先國家而有呢？這個問題是不容易解決的。我們只好暫時擱開。照我看來，在無論如何粗陋的社會，總有一種組織以執行其制定的規則或命令。在人類進化的歷程中，人們便孜孜的考究這等問題：爲什麼要有法律？爲什麼人們須服從法律？法律是必要的嗎？假使一個社會沒有法律可以成立嗎？制法之權屬誰？誰是施行命令？法律是一成不變的呢？抑亦因時制宜？法律與道德的關係如何？自然法即是法律嗎？這等以及其他問題就隨「羣」而發生。智識日進，即對於問題的解決越完滿。這不但法律一科爲然，其他的學問也都是這樣的。

孟子說：「徒法不能自行。」註四 法律既是約束人類行爲的規則，當然

要有實施的機關，假使沒有相當機關執行，——不論此機關爲國家，爲社會，爲團體或他種同樣的組織，——制定的法律也是無用的。同時我們也可作反面的推想：有了法律便有執行的機關。何以知之？這個道理很明白。法律既不是從個人的願意不願意，那末法律是具「社會性的」。「儒家之所謂「仁」」即含有二人以上的社會。若是沒有二人以上的社會，所謂「仁」也就不能成立了。但在一個社會中，無論何人均不能制出一種法律來強迫人們的服從。有人說：初民之世，酋長或首領的命令，從未得到部下的同意；然而一般受他統治下的人民都服從他：這不是證明個人可以制定法律嗎？此理驟觀之，好像鐵證。但經我們稍作詳細的研究，便知道這個理論不合邏輯了。所謂「酋長」或「首領」，就是說那羣的人民已有了「組織」。「酋長或首領」由他們看來，是代表上天的意思。初民的觀念認爲長上之命是不可違的，不可違的原因是因爲他代表神的意思；而天生的羣民便要服從他授意的

命令。這和後來的專制政體不是一樣嗎？可見法律在最遠古的時代也不是認爲個人的意思。在我們戴起近代流行的民主主義的眼鏡看來，當然有點難懂了。

三 法律的變遷

所以我說法律的發生，至少須有二人以上的社會。魯濱孫飄流荒島，只有一個人，故無法律發生的可能。不但須有二人以上的社會，並且要有一種組織。這個組織，許是強力的，但其爲一種「組織」則無可異議。這種社會組織之變遷與法律是有很密切的關係。政治制度可以改變法律，同樣的法律也可以改變政治制度。政治制度的變遷大半是受了經濟的影響。註五此外影響最大的要算「法律」了。宗教，思想，智能，環境等亦占有重要位置。而法律的變遷，則泰半受了經濟和政治。註六所以法律與政治均脫不了經濟的影響，怪不得唯物史觀論者專注重經濟的動力了。但同時經濟也因法律而變

更。經濟是時時進化的，而法律則至某時期一變更。在一定時期的中間，法律自身是不變的。不過常常因經濟的變遷，不得不使法律的真精神符合這新的局面。故在百年前的法律應用於今日，是按照目下的情形解釋的。

遇到政局變更的時機，一切制度都受了動搖。法律也逃不了這公例。法家在這個時期便紛紛的討論法律問題，舊法律應否完全推翻？推翻以後對於以前的未履行的契約有何影響？從前認為犯罪行為的，現在因政治的變換，法律不為罪，對於社會有何影響？人民權利應如何保證？這等以及其他的重要問題，在阡陞時代是很切要待決的。照事實上說，法律是漸序進化的（growth。）法蘭西的革命，雖然推翻了專制政體，但並沒有推翻已前的法律。即如吾國，政體已經改變了共和，而大清律例之不抵觸國體者皆認為有效。可見法律是不可以全盤掉換，更非一朝一夕之功可以改變的。除非無政府主義者老子派的信徒那樣極端反對法律之存在，不然，有了一日國家的存

在，法律便是少不了的。

四 法律思想與時代

法律思想的問題，因時代的不同而異其趨。在歐洲，中世趨重神權思想，故法律以神意爲旨歸。利息是基督教信條所不許，故法律禁止利息。至十七八世紀，人民對於舊有制度皆抱懷疑態度，近代民主主義主張最極力的盧梭也在這時期內產生。我們爲便利起見，可以說十二至十六世紀是權力說時期；十七十八世紀是哲學說時期（又可稱爲理性派）十九世紀是歷史派流行時期；二十世紀是社會學派時期。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；其後帝王一統天下，這個主義便漸漸衰了。

政治情形隨時代而變遷，故同一問題亦因時代而異其義。即如自然法的理論，古代和現代已大大不同了。當個人主義流行時，自由學說大張，一般

法家總主張法律的放任，就是說留個較大的空白地位給個人自由意志之發展，國家總以不干涉爲最好。但在現時，主張自由主義者不但不贊成國家的少干涉，並且極力擴大範圍。這並且不思想的矛盾，實由於社會情形的變遷。蓋在十九世紀以前的國家，政體都是君主專制。人民居在這種政制之下，是非常的束縛不自由，故極端主張國家不干涉主義。經過百數十年的試練，才知結果是造成今日的資本主義的社會，把原來的計畫反而被少數人奪去享用了。從別方面來看，政權已由君主或貴族移到人民，恐懼政府之心亦漸漸減除，且人民對於國家觀念改變態底，認國家是爲人民全體謀福利的。有了這幾層原因，近代的法律思想都是傾向「社會化的」(socialistic，——借國家的官能來施行種種法律，使大多數的人民得到福利。這就是我們常常聽到的「法律之社會化」(socialization of Law。)

五 法律的史

「法律的史」有三種：法律史（或名法制史），法學史，與法律思想史。第一種史所研究的對象是敘述每時代的法律制度典章的興廢，與法律的進化，而後二者的研究主體是人類思想對於當時的法律的見解。但法學史與法律思想史不是盡同的。在吾國，簡直無「法學」可言，所以是沒有法學史。卽在西洋，法律之成「學」，亦在羅馬末季。所以「法學史」的書，以法律之成科學後講起。而法律思想史卽不論法律有無成爲科學，凡涉及法律之見解者就應該列入。就時間說，法律思想史的期間較長。不過我們講法律思想史，大半材料固然是每時代法家的著述，可是時代背景也很重要。不明時代的背景，好像一幅畫之無底。一個人的思想總脫不了環境的影響。此外一時代的學術，一般潮流，各家的言論，政治的狀況，都是和法律思想有極切的關係。

註一 「宇宙」卽英文之“Universe”。淮南子這樣的解釋，「往古來今謂之宙，四方上下謂之
先秦法律思想