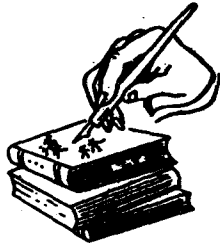


大 學 用 書

中 西 法 律 思 想 論 集

潘 維 和 等 著
刁 榮 華 主 編

東 亞 法 律 叢 書



版 權 所 有 • 翻 印 必 究
東 亞 法 律 叢 書 刀 榮 華 主 編

中西法律思想論集

基本定價：平裝伍圓
精裝陸圓

100

主 編 者 刁 榮 華

發 行 人 刁 榮 華

出 版 者 漢 林 出 版 社

臺北市重慶南路一段63號908室

電話 三七一九八七五

郵政劃撥一〇八八三二號

經 銷 處 各 大 書 局

印 刷 者 吉 豐 印 刷 公 司

中華民國七十三年一月初版
新聞局局版業字第一四九三號

中西法律思想論集前言

張其昀

一、引言

按中西文化不同之點，在於中國是以德爲主，以法爲輔；而西方文化則以法爲主，以德爲輔，彼此恰恰相反。由於東西文化本質的不同，因此，社會組織亦各有不同，西方人以法來治理社會，中國人以禮來治理社會。法治雖然可找出齊民治國的絕對標準，但終沒辦法提高人類的品德。人類文化的發展，並不只是增加生產與征服自然，最重要的發展，是使人類的本身改進，不獨由無用變成有用，而且是由壞人變成好人，由較好變得更好，以至逐步接近完美無瑕的地步。法治僅能使人不犯法，但却不能提高人的品德，因此西方人一向以宗教教育來輔法治的不足。但是，現在歐洲美洲等國家，做禮拜只是一種形式，不是當做很神聖和了不起的事。人人到禮拜堂來聽音樂、會朋友，真正誠心誠意聽牧師講道的反而很少，在法治國家內，所有不能用法解決的問題，很少有能藉宗教力量來改善的。

二、禮與法

我國典籍中所看到禮的涵義，實在可以說是「大含元氣，細入無間」，舉凡國家之政令、制度、社會之善良風俗，個人之起居禮儀，無一不可稱之爲禮。不論是精神的、物質的，包括人與人、人與

大自然的合理關係，無一不屬於禮的範圍。可以說，中國之禮幾乎等於中國文化。所以這個「禮」字，在世界各國語文中，很難找到相當的語文對譯。因此中國的禮字，不但是中國固有的文化，也是中國最重要的「獨具學術」。然禮和法是不同的，法是靠政治制裁力，禮是靠社會制裁力。法是消極的，禮是積極的。儒家的思想，是以禮為主，以法爲輔，自然主張處處要拿道德來感化人，使人日遷於善而不自知。論語載：「子曰：『道之以政，齊之以刑，民免而無恥。道之以德，齊之以禮，有恥且格。』」（爲政）道猶引導，謂先之也。政謂法制禁令，齊所以一之也。道之不從者，有刑以一之也。免而無恥，謂苟免刑罰，而無所羞愧，蓋雖不敢爲惡，而爲惡之心未嘗無也。禮爲治之本，而德又爲禮之本也。格正也，猶標準、規格也。儒家最高的理想，是人人重道德，尙禮讓，講恕道，根本消弭爭端，做到無訟的地步。所以孔子心目中的君子，一舉一動，皆須守禮，皆須受禮的約束，故曰：「禮樂不可斯須去身。」（禮記、樂記）若越出禮的範圍，蕩檢除閑，即應受刑的制裁，故曰：「出乎禮，則入乎刑。」儒家關於法律的理論，與二十世紀自然法學派的法律哲學，頗相暗合，誠一異事也。依照自然法學派的理論，以觀察儒家所謂禮，那麼，廣義的說，禮實在就是法律。（註①）荀子曰：「禮者，法之大分，群類之綱紀也。」（勸學篇）又曰：「故非禮，是無法也。」（修身篇）照荀子的說法，禮治乃同於法治，是肯定的。

惟儒者言治，禮爲本，而法爲輔；德爲本，而刑爲輔；寬爲本，而猛爲輔。德、禮、寬，皆仁也；法、刑、猛，皆義也。仁是義之禮，仁失則義無從生，亂而已矣。吾人所以立己，與所以合群爲治，無可離於仁義，其猶人生日用，不可一日離於布帛菽粟。（註②）依照最近數十年來各權威法學家

的見解，法律應有廣狹二義，廣義的法律，包括一切人類行為的規範，如道德、宗教、習慣等皆是。而狹義的法律，亦即通常所稱的法律，其目的僅就人與人之間的關係，而規律其特定的外部行為。法律（狹義的）是社會生活的要件，有社會必有法律，有法律斯有社會，人類社會，在有國家組織以前，即已有法律存在著。在有國家組織以後，國與國之間的國際社會，亦必賴法律以維持。在中國歷史所謂法，有廣狹二義，狹義的法，係指偏於定罪科罰方面的刑事法，名之曰刑律，與禮相對稱。禮亦有廣狹二義，廣義的禮，就是民事法律。中國古代民法所以不能成爲獨立法典，乃由一切民事，概依禮爲決斷所致。總統蔣公在新生活綱要中說：「禮者理也。理之在自然界者，謂之定律；理之在社會中，謂之規律；理之在國家者，謂之紀律。人之行為能以此三律爲準，謂之守規矩。」

儒家以爲用德化禮治，人人都知道羞恥，不肯爲非作惡，國家自然太平，這是治本。若用刑罰來禁止，雖能暫時抑制惡刑，難免乘機竊發，終非根本解決之道，這只是治標。但是爲維持社會秩序計，刑亦自有其需要。相傳孔子爲魯國司寇時，大夫少正卯莠言亂正，孔子捕而誅之。蓋在保衛國家利益面前，孔子亦決不出以姑息。（註③）誠如朱子所說：「號令既明，刑罰亦不可弛，苟不用刑罰，則號令徒掛牆壁耳。」孔子以後的儒家，對於法治的看法，益趨於折衷。孟子說：「徒善不足以爲政，徒法不能以自行。」（離婁上）這是表示禮法不能偏廢。研究禮法一元化的基本原則，在於「出禮則入刑」。以現代眼光觀之，禮是屬於民事法，歸於私法的範疇，刑是屬於刑事法，屬於公法的範疇。中國傳統文化簡言之，係以人類幸福爲領域，以倫理道德爲基礎，重視個人對社會之義務，輕視個人對事物之權利。孔子曰：「人有禮則安，無禮則危。安上治民，莫善於禮。」（孝經、廣要道章）

禮之範圍包含甚廣，有僅爲形式方面之儀者，有爲道德律者，或爲當代社會意識之結晶者，謂中國過去之所謂禮，即爲民事法之另一名詞，自未必盡然，但欲探求中國過去之民事法，則非求之於禮不可。唐律，是中國歷代成文法規中，最完善，最標準的法律，其基礎，是以禮爲根據的。蓋「禮之所去，即刑之所取，出禮則入於刑。」「人心違於禮義，然後入於刑法。」唐律是本此原則而釐定的。（註④）自唐以後，如宋刑統，大明律，乃至大清律例，雖條文繁簡不同，而基本精神，莫不與唐律相似。現行民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」

要而言之，法律乃是統治的工具，它祇是一種手段，而其真正的目的，都在於德禮的實踐。因爲一國的國民如果都能以德禮爲其行爲的規範，那正是古人所說的俗美化成。比之保健工作，預防具有積極的作用，而治療只是消極的措施。大戴禮記所謂：「禮者禁於將然之前，而法者禁於已然之後。」這在積極與消極兩方面言，其與疾病的預防與治療，可以說是異曲同工了。國人迄今仍以天理、國法、人情並稱，則皆屬於中國傳統文化所演化者，而知其由來久矣。

三、禮經、三禮

周之文化，以禮爲淵海，集前古之大成，開後來之政教。周之禮學，其主要典籍有三：曰儀禮、曰周禮、曰禮記、舊稱三禮，這三部書的道理是一貫的。

（一）儀禮 此書當爲周公之舊典，即周代之禮儀，爲世所重，至爲可信。孔子曰：「殷因於夏禮，所損益可知也。周因於殷禮，所損益可知也。其或繼周者，雖百世可知也。」（論語、爲政）此

語至爲通達。因卽繼承之義，殷人制禮，本繼承夏代而來，但時代不同，不能不有所損益變通。周之於殷，乃至後之繼周者，均可以此類推。時間如此，空間亦然，例如日本文化繼承中國之儒學，因適應其本國環境，而有特殊之色彩。禮學之研究，內在之精神，較之外在之迹象，尤爲重要。禮爲文明之別名，乃國民生活之準則，亦爲國民教育之本原。

禮既演變而成行爲約束之規約，自以限制行動作而繁細，事所必至。儀禮共十七篇，是周代貴族社會的行爲軌範之法定方式，包含飲食、冠昏、喪祭、射御、朝聘等大事。比如第二篇士昏禮，卽係婚姻之儀式，關於納采、問名、納吉、納徵、請期、親迎，都有詳密而煩瑣的規定。其他關於飲食、喪葬，亦復如此。在上世之世，任何民族，對於日常生活之行動，都着重其方式。古代羅馬法，關於買賣、借貸、結婚、遺囑等事，皆有嚴密的方式之規定，不過羅馬法與所規定者，遠不若儀禮之堂皇典雅，於此可窺見東西兩大古國文化程度的懸殊。（註⑤）要之，古代的儀禮，以及中世與近世的歷朝法典，都是制定法，其內容毋寧偏於技術性，隨環境、時代與文化的改革而變遷。誠如陳寅恪所云：「禮法雖時俗而變更，至於禮的根本，則終不可廢」（註⑥）

（二）周禮 周禮一名周官，乃周之官制，學者公認爲世界最早而最久之行政法典。周禮、儀禮大體爲周公所作，當然有後人增訂之處。歷代儒者，皆謂周公相成王，制禮作樂，以致太平。是書與春秋互相發明，孔子學說微言大義之所寄託。世界古代言政思想與制度者，其廣大精微處，殆無出其右者。唐代仿周禮，有唐六典之制作，明清仍唐之制，而有會典之編纂，「會典於國家之大經大法，官守所司，朝野所遵，皆總括綱要，勒爲完書。」是會典不僅爲行政法典之性質，且在當時直等於

今日之憲法耳。（註⑦）

周禮六官，曰天官、曰地官、曰春官、曰夏官、曰秋官、曰冬官。此項中央政制，歷三千年，率循舊規，至清季而未改。天官冥幸的職務，端在「使帥其屬，而掌邦治，以佐王均邦國。」其治官之屬，凡六十有三。地官司徒的職務，在於「使帥其屬，而掌邦教，以佐王安邦國。」其教官之屬，凡七十有九。春官宗伯的職務，在於「使帥其屬，而掌邦禮，以佐王和邦國。」其禮官之屬，凡六十有九。夏官司馬的職務，在於「使帥其屬，而掌邦政，以佐王平邦國。」其政官之屬凡七十。秋官司寇的職務，凡六十有六。冬官司空，掌百工之事，唯其屬之官制，其詳則不可考。

地官司徒，相當於今之內政部與教育部。夏官司馬，相當於今之保安機關。秋官司寇，則為軍政，司法與警察之混合編制。冬官司空，猶今之經濟部。古代政教不分，祭祀喪葬，國之大典，故設春官宗伯以主之。至於天官冥幸，猶今之行政院院長，總攬庶政，而統率僚屬百官，以推行政令。周禮之內容，而為豐贍周密，其關於國軍大事者無論已，就是戶籍婚姻的登記，亦有明文規定。「司民掌萬民之數，自生以齒以上，皆書於版，辨其國中與其都鄙，及其郊野，異其男女，歲登下其死生。及三年大比，以萬民之數詔司寇。司寇及孟冬祝司民之日，獻其數於王，王拜受之，登於天府。」（見秋官司寇）「媒氏掌萬民之判，凡男女自成名以上，皆書年月日名焉。令男三十而娶，女二十而嫁。凡娶判妻入子者，皆書之。中春之月令會男女。於是時也，奔者不禁。若無故而不用令者罰之。司男女之無夫家者而會之。」（見地官司徒）其規定之嚴密，較之現代人事戶口制度，毫無遜色。

（三）禮記 此書為孔子所創說，而為七十子後學所記載。禮記包含儒家最粗關的理論，除了解釋儀

禮及雜論部分以外，其他所謂通論者，如大學、中庸、禮運、樂記、儒行等等，不但在中國，就是在世界上，也是最精采的作品，尤以禮運篇之大同理想，最足以表彰孔學之精神。禮記於研討禮的原理之外，還補充了若干關於微末細節。比如曲禮，是一部日常爲人的處世規程；內則，是家庭的內務細則。

禮記曰：「夫禮始於冠，本於昏，重於喪祭，和於射御，此禮之大體也。」（婚義篇）冠禮、婚禮、祭禮、朝聘之禮，五者爲體制之大要。穀梁傳曰：「子貢曰：『冕而親迎，不已重乎？』孔子曰：『合二姓之好，以繼萬世之後，何謂已重乎。』」（桓公三年）可見古者婚禮，有「冕而親迎」之俗。禮記有時對禮儀所規定的事，加以解釋，而闡明其義。比如儀禮上的士冠禮與士昏禮，祇規定其儀式應如何舉行，而並未釋明所以行此儀式的理由，而禮記則於此加以詳盡之解釋。

古代的禮，包括現代行政法與民法的不少部份。禮記曲禮篇詳爲記載曰：「夫禮者所以定親疏，決嫌疑，別異同，明是非也。道德仁義，非禮不成；教訓成俗，非禮不備；分爭辯訟，非禮不決；君臣上下，父子兄弟，非禮不定；宦學事師，非禮不親；班朝治軍，蒞官行法，非禮威嚴不行。」小之如個人立身處世之道，大之如國家的設官分職，文事武備，包羅萬象，無所不備。現代國民，一舉一動，皆須守法，皆須受法的約束。中國古來之君子一舉一動，皆須守禮，皆須受禮的規範，故曰「禮樂不可斯須去身」。若踰越了禮的規範，勢將受到刑的制裁，故曰「出乎禮，則入於刑。」至所謂君臣一倫者，在今日觀之，當爲國與民之一倫也。

嚴復有曰：「往者曾文正公有言：古之學者，無所謂經世之術也，學禮焉而已。周禮一經，自體

國經野，以至酒漿、巫卜、蟲魚、禾鳥，各有專官，察其纖悉。仲尼秉周舊典，故曰『周禮盡在魯矣』。唐杜佑通典，言禮居其大半，得先王經世遺意。宋張子朱子，益崇闡之。清氏巨儒輩出，顧亭林以扶植禮教爲己任。江鎮修纂禮書綱目，洪纖畢舉。而泰蕙田修五禮通考，自天文、地理、軍政、官制，都萃其中，先聖制禮之體，其無所不賅，固如是也。其爲言如此。然則吾國之禮，所混同者，不僅宗教、法典、儀禮、習俗而已，實且舉今所謂科學，歷史者而兼綜之矣。禮之爲事，顧不大耶。」（註⑧）

德人夏德（Friedrich Hirth）著「中國古代史」有曰：「周禮爲周代文化生活最重要的典據，亦爲後代之嚮導，對於爲政者之規範，永受世人之尊重，殆無可疑。其於國民之教養，實居重大之位置，世界之書籍中罕見其匹儔。且其關於公共生活及社會生活，詳細說明，於陶冶後代之國民，具有非常之勢力。因襲之久，世人因此詳細之規定，殊不能任意而行。社會萬般之生活，無論一言一行，無不依其儀式。法國俾優氏（Biot）以爲此等詳細的規矩，其主要之目的，惟在使人除去公私之生活上放縱粗野之行動，使肉體與道德，共具有一定不變之性格，更於其上築成一不變易狀態之政府焉。俾優氏此言，不可謂非卓識。中國王朝雖屢變更，彼等中國人，自周禮之時代，至於現今，對於此種儀式因襲的尊敬之結果，至於使中國與中國人，國家與國民，均具有鞏固不變之性質云。」雖其觀察吾國政教禮俗。未能得其真際。而謂周禮爲陶冶後代國民性之具，亦不可謂無見也。（註⑨）

四、禮治之精義

禮係淵源於人之理性。禮記曰：「禮也者，理之不可易者也。」（樂記篇）禮又是人類外部行為的規範，禮記曰：「樂所以修內也，禮所以修外也。」（文王世之篇）孔子極言成文的禮之制定之重要。其言曰：「君子之道，譬猶防與。夫禮之塞，亂之所由生也，猶防之塞，水之所從來也。故以舊防爲無用而壞之者，必有水敗；以舊禮爲無用而去之者，必有亂患。故婚姻之禮廢，則夫婦之道苦，而淫辟之罪多矣。鄉飲酒之禮廢，則長幼之序失，而爭鬥之獄繁矣。聘射之禮廢，則諸侯之行惡，而盈溢之敗起矣。喪祭之禮廢，則臣子之恩薄，而倍死忘生之徒衆矣。」（大戴禮記禮察篇）禮記有時對於儀禮所規定的事項，加以解釋，而闡明其義。

禮之數有因有革，「殷因於夏禮」，「周因於殷禮」，其所承襲者多矣；而皆有所「損益」，「損益」則革也。江，禮之義既不常易，禮之數雖不能不隨時損益，而總不能盡革，其不能不有因於前者，亦勢也。禮之外表隨着時間空間關係而變遷。禮記曰：「凡民居材，必因天時寒煖燥，廣谷大川異制，民生其間者異俗。剛柔輕重遲速異齊，五味異和，器械異制，衣服異宜。修其教，不易其俗；齊其政，不易其宜。」（王制篇）住居在同一地區上的人群，彼此人事交織，相習成風，這就謂之風土，亦稱風俗、禮俗。

論語載：「子曰：『上好禮，則民易使也。』」（憲問）孔子教人，以好爲上，嘗曰：「上好禮則民莫敢不敬，上好義則民莫敢不服，上好信則民莫敢不用情。」（實也）」（子路）孟子曰：「上有好者，下必有甚焉者矣。」（滕文公上）亦謂好之之益甚大也。又載：「子曰『禮云，玉帛云乎哉？樂云，鐘鼓云乎哉？』」（陽貨）孔子注重禮之本質，玉帛之禮之末節。又載：「林放問禮之本。子

曰：「大哉問！禮與其奢也，寧儉；喪，與其易（治也），寧戚。」（八份）禮貴得中，著易則過於文，儉戚則不及而質，二者皆未合理。然凡物之理，必先有質而後有文，而質乃禮之本也。周衰，世方以文滅質，而林獨能問禮之本，故孔子大之，告之以此。又載：「有子曰：『禮之用，和爲貴。』」（學而）用字乃應用機活之義，春秋之世，務煩文而又無實德，非拘則蕩，故有子以和諧立說，謂從容自然無所矯強也。

朱子爲中世最大之儒者，於禮學最所究心。嘗曰：「禮者天理之節文，人事之儀則。此等皆精思密慮，千錘百鍊而成。」又曰：「禮卽理也。但謂之理，則疑若未有形迹之可言。制而爲禮，則有品質文章之可見矣。」又曰：「議禮之事，能斟酌理，秉公心而定是非，不僅當具大識見，亦須有大修養。」又曰：「大抵謹名分，崇愛敬以爲之本。至其施行之際，則又略浮文，敦本實，以竊自附於孔子從先進之遺意。」又曰：「禮、時爲大，有聖人者作，必將因今之禮而裁酌其中，取其簡易易曉而可行。必不至，復取古人繁縟之禮而失之於今也。」又曰：「三王制禮，因革不同，皆合乎風氣之宜，而不違乎義理之正。」可知在朱子當時，禮學仍爲治國立政、宣教化民一要項。朱子考禮，有考之夷人苗條者，有考之窮鄉僻土者，所謂禮失求之野，不僅注意當前社會而已。但考禮必貴於通情，尤貴於其當前而可行。嘗曰：「若聖賢有作，必須簡易疏通，使見之而易知，推之而易行。」（註⑩）。

蔣夢麟曰：「禮者，在原則上實吾國之萬民法也。」他說道：「吾國當春秋之世，諸夏與夷狄共處，互相征伐，想以文化來統一。諸夏之夏之間，大致已有普遍性之禮教，故採『夷狄而行諸夏禮者

則諸夏之」之政策，行之數百年，終於爲秦奠定了大一統帝國之基礎，此後雖一時以法治天下，但不久回復禮治。」（註⑪）又說：「羅馬法之原理與吾國以禮治天下之根本思想，有一貫的道理存乎其間。宋儒說『東海西海，此心此理，』這句話是不錯的。」又說：「禮治之要點，在以內在德性爲基礎，養成良好的習俗，而不在以外在的權威，強制以規律。以移風易俗，莫大於樂，故禮樂並稱。以辭讓之心爲禮之端，故不以法律保障特權。以仁義定人與人之關係，故不以法律保障人權。」又說：「現行民刑兩法，自施行以來，已著相當成效。此後問題在於教育。古之禮教；禮與教並稱而成一專名，其中確有深意。因禮而無教，則禮治失其效。法無教，怎能使人民知其意而自動守法呢？」又說：「現代法學院之注重點在養成法律家，這是不夠的。我們如要法律與時代並進，滙兼養成法學家。法學家之學問，應有廣濶之基礎，對中西歷史、哲學、社會學與普通科學等，都應該有相當的修養。」（註⑫）哲學是講明完整統一的基本原理，蔣氏以爲法學家必須學哲學，便是要注重研究禮之本原。

五、禮與自然法

法有自然法與人爲法兩類，自然法（Natural Law）是自然的自然法則，另一是人爲法，即是實證法。（Positive Law）自然法這一思想，發源於古希臘。按照亞里斯多德的論斷，政治的公正，包含自然的與人爲的兩種，自然的到處皆適用，人爲的只是局部的適用，那到處適用的，便是自然法。斯多噶派（Stoicism）更認宇宙間有自然法，支配自然的現象和人類行爲的標準，公正不必

在自然法以外尋求，祇須應用理智，發現公正的原則而予以遵守便可。羅馬的哲學家 and 法學家，他們也承認希臘的思想，以根據理性所發現的法則，謂之自然法，可以根據各地方局部需要而制訂的，爲人爲法。（註⑬）

我國儒家崇尚自然法。（即道德律，相當於我國之天命、天道、天理。」然中國之禮一面爲「法」所依據，一面則爲人倫實踐之規範，其含意較西方自然之「法」更爲廣大。（註⑭）中國民風淳樸，在上者祇須以禮相教，以禮爲治，則社會自然安定。禮記曰：「禮也者，理之不可易者也」（樂記篇）又曰：「禮也者，義之實也。協之義而叶，則禮雖先王未之有，可以義起也。」（禮運篇）梁任公曰：「儒家確信非養成全國人之合理的習慣，則無政治可言。不此之務；而鯁鯁然朝制一法律暮頒一條告，不惟無益而徒增其害。此禮治主義根本精神所在也。」又曰：「儒家固希望聖君賢相，然所希望者非在其治民蒞事也，而在其「化民成俗」（禮記學記篇）」。（註⑮）

六、結 論

中國法律在世界法系中有其巍然獨立的系統，其立法之基本原則，足以表示中國文化之特徵，略述如左：

（一）兵獄同制 古代兵刑不分，「德以柔中國，刑以威四夷」，（左傳僖公二十五年）國語記載文仲之言曰：「大刑甲兵，中刑用刀鋸，薄刑用鞭朴。」（魯語上）以甲兵爲刑罰之一種，即「刑威四夷」之確證也。易曰：「師出以律」，律字含有法律的意義，自此文始。而其物首用之於師旅。

蓋刑也，法也，律也，實爲同意語。大刑用甲兵，用兵即稱爲用刑，可以知道治刑也近於治兵。法官亦稱司寇，其所負任務，在於除寇賊，禦敵國。司寇或稱司敗（兩軍相接必有勝負）有的稱爲尉。春秋凡稱尉者，本來都是軍官，而法官也稱爲尉或廷尉，到漢朝還是如此。（註⑬）

（二）民刑異訟 我國古代，不但民刑異律，並且民刑異訟。古人所謂禮相當於今之民法。禮刑並舉，即是今之民刑異訟。因之，民刑訴訟，並不由同一人掌理審判。周禮六官，天官地官分掌一部分民事訴訟，秋官司寇掌刑事訴訟。古稱爭財曰訟，爭罪曰獄。例如唐代，州府皆有兩種司法幕僚，州之司戶參軍事，府之戶曹參軍事，掌判斷男女婚姻之合，均田利害之宜，即所謂爭財曰訟，彷彿今之民事訴訟。州之司法參軍事，府之法曹參軍事，掌鞠獄定刑，督捕盜賊，即所謂爭罪曰獄，彷彿今之刑事訴訟。民刑雖然異法，其審判又異訟，則對於人民權利的保障，與判決的公正，已經完全合乎近代法治國家所要求的人。

（三）司法獨立 虞舜之世，皋陶爲士，即司法審判官。設如舜父瞽瞍殺人，皋陶可以執訊，雖以君父之尊，而舜不敢抗，司法官地位之尊嚴，已可概見。在尚書「立政篇」裏，有一段談到君王不宜親自審訊刑獄的話，「惟有司之牧夫，是訓用違，庶獄庶慎」謂各有專責，鄭重其事，用命或違命，惟以法令爲依違。并以文王作榜樣，「文王罔敢知於茲。」這君主不干涉司法的思想，乃極可寶貴的司法傳統。漢代獄事皆由廷尉掌理，州刺史地位雖高，仍祇能監郡而不能治獄。唐代中央，刑部隸于尚書省，專司司法行政，而審判則屬於大理。司法審判既經獨立，則任司法官者，自必須專任與久任，習之者不改官，不習者不就職，這與近代法治國家所規定者，全然一樣。（同註⑭）論者謂中國

法律條例，異常清晰，如此則每一案件可得確切之判決，自無創設律師制度之必要。

(四) 審判公開 中國古代司法審判，不但獨立，並且公開。社是古代審獄的地方，坐於社木之蔭審判，并無隱蔽或隔離的設備。論語載：「哀公問社於宰我，宰我对曰：『夏后氏以松，殷人以柏，周人以栗。曰使民戰慄。』」(八脩)人非土不立，祭社之時鄉里之民無不會集。因為社是審獄的地方，才有社樹使民戰慄的必要。(註⑰)孔子家語載、「子爲魯司寇，斷獄訟，皆進衆議而問之。」這不但明證審判係屬公開，並且還兼有陪審制度的精神。關於問衆議，中國古代有「善鈞從衆」之原則，不一定是多數取決。左傳載：「欒武子：『善鈞從衆』夫善，衆之主也。」(成公六年)欒書之言，謂兩善相均則從衆，果能如此，真可以出現理想的好政治。(註⑱)

我國歷史悠久，典章文物煥然美備。四千年前就有了民主觀念與法治精神。國家既如此重視司法，故對治獄不直者，科責至重，無論失出、失入，皆有嚴厲之徵處。

【附註】

註①：「中國古代的法律思想」，見「國父法律思想論集」，頁八九五。

註②：熊十力「原儒」上卷，「原外王」第三，頁九〇。

註③：謝冠生「孔子學說中的民主法治思想」，見「憲政評論」第一卷第五期，頁三。

註④：張慶楨「中國歷代法律思想」，見「中國政治思想與制度史」論集。

註⑤：梅仲協「法與禮」，見「中國法學論著選集」，頁一三。

註⑥：俞大維「陳寅恪」，見「中國文化綜合研究」，頁三〇一。

註⑦：陳顧遠「從中國文化本位上論中國法制及其形式發展而予以重新評價」，見「中國文化綜合研究」，頁二六。

註⑧：程光裕「嚴復」，見「中國文化綜合研究」，頁一〇七。

註⑨：柳詒徵「中國文化史」上册，「周之禮制」章，頁二四八。

註⑩：見錢穆「朱子新學案」頁一二五、一二七、一二九、一三五、一四七、一五一、一六五、三三一。

註⑪：張其昀「一位當代大教育家」，見「新教育論集」第三册，頁五七。

註⑫：蔣夢麟「法律與人權」，見「談學問」，頁七四至八二。

註⑬：杭立武「禮、天道與自然法」，見「中國政治思想與制度史論集」，頁一。

註⑭：顧翊群「論中國道統及西方自然法之重振與當前之世界危機」，見華岡學報第三期，頁二七七。

註⑮：梁任公「先秦政治思想史」，頁八一。

註⑯：阮毅成「中國古代的法治精神」，載於「中國學術史論集」第四册。

註⑰：張其昀「中華五千年史」第四册，中編春秋史，頁七二。

註⑱：梁任公「先秦政治思想史」，頁三一。