

國學小叢書

中國古代法理學

王振先著

商務印書館出版

商務印書館出版
共學社叢書

中華民國政府大綱

曾友豪編 張君勛校

一冊一元五角

本書共分三大卷：（一）中華民國政治史。
（二）各級政府的組織及政治問題，如中日間之外交懸案，最近之中俄交涉，領事裁判權，海關稅務及廣州上海之市政等，皆行論及。
（三）附錄，有各種重要根本法十二種，足資參考。凡留心實際政治者，咸宜人手一編。

元(1990)

26—6—14

Chinese Classic Library
Jurisprudence in Ancient China
The Commercial Press, Limited
All rights reserved

中華民國十四年七月初版

（國學小叢書）中國古代法理學一冊

（每冊定價大洋貳角）
（外埠酌加運費匯費）

著者 閩侯王振先

發行者 商務印書館

印刷所 上海北河南路北首寶山路
商務印書館

總發行所 上海棋盤街中市
商務印書館

分售處 北京天津保定奉天吉林龍江
濟南太原開封西安南京杭州
蘭谿安慶蕪湖南昌漢口長沙
商務印書館分館

常德衡州成都重慶廈門福州
廣州潮州香港梧州雲南貴陽
張家口 新嘉坡

※此書有著作權翻印必究※

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？問嘗深思其故，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，而患其不相關。不相關，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？不揣謏陋，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，孝泉王振先識於廈校之囊螢樓。

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	七
第三章	法在我國思想史上之地位	一一
甲	道家之法律觀	一五
乙	儒家之法律觀	一八
丙	墨家之法律觀	二三
第四章	法家對於法之觀念及其詮釋	二六
第五章	附論古來崇法治者之功效及斯學不昌之原因	四九

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，典，常也。此刑即墨、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，鄭駟黷殺鄧析而用其竹刑；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，卽所謂令者是也。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。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；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、以及債權法之賣買、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。於是法與事違，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，不探法治主義則已，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，刑也，平之如水，從水，寫所以觸不直者去之，從寫去。』說文廌，下又云：『廌，解廌獸也，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，惟作五虐之荆，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，象構韓形。』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。法之釋爲荆者，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)法從鷹去，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，皆不畏死，罔弗憝。』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，而非卽乎吾之私心也。』此卽法爲正直之解。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，卽言法之本義，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，釋式卽所以釋法也。

此外與法互訓之字，如典，訓爲常，說文，典字從冊在丌上，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：『荆罰典，荆儀，荆等字，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。』此與訓刑爲剋同解。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