

中國文化叢書

第一輯

中國法律思想史

下

楊鴻烈著

主編者
王傳
雲緯
五平

商務印書館發行

中國文化叢書

第一輯

中國法律思想史

下

楊鴻烈著

者	編	主
五	雲	王
平	緯	傅

商務印書館發行

目錄

第四章 儒家獨霸時代……………

漢時獨尊儒家爲戰國至秦以來盛極一時的「任刑的法治主義」的大反動

儒家思想支配下兩千多年來法律內容全體的根本原理實無重大的改變

第一部 一般法律原理的泛論

甲 陰陽五行等天人交感及諸禁忌說

陰陽五行爲二千餘年中國人的思想律 董仲舒最先以「陰陽五行」闡

明法理 桓寬鹽鐵論所記儒生的「陰陽五行」的法律觀 禮記月令篇

對一切司法行爲須應天時的具體說明 明清兩代「熱審」「秋審」制

度的淵源 諸史所載歷代詔敕章奏的此種思想的表現 柳宗元打破此

種根深蒂固的迷信謬說的論文 但柳說並不生效 中國歷代對帝室最爲禁忌 從漢至清法律上對帝室接觸的禁忌思想的表現 稱謂的禁忌的沿革 此種禁忌不限於中國 漢代「班諱之典」與唐宋明清律對「犯諱」科罪的規定 論禁忌思想的流毒

乙 德主刑輔說

孔孟「德主刑輔」思想在前漢的復興 賈誼路溫舒爲其代表人物 桓寬鹽鐵論所記儒生與法吏的辯爭 法吏的學說實衍戰國法家的餘緒此後卽成爲絕響 大小戴禮記的法律思想 劉向的獨尊德治 王莽的犯罪由於經濟不平等的學說和政策 後漢德化思想的流行 後漢末季王符崔寔仲長統等的救時論 三國時的「刑」「禮」效力的比較論 晉南北朝法律上儒家思想仍爲得勢 「以經決獄」的經過及其弊害 隋唐儒家思想深入律文的裏面 宋明清律並同 「德主刑輔」說或「道

德」與「法律」相混的思想的總批評

丙 兵刑一體說

兵刑一體說的沿革 陸紹明氏論「兵」與「刑」的關係雖詳但失之穿鑿附會 章炳麟陶希聖兩氏論文的内容 但此說過於陳舊所以兩千年以來在法律上不發生影響

丁 法律本質論與司法專業化諸說

淮南子論法律的獨立性與客觀性 前漢時的司法確能獨立 從後漢到魏時人已感到司法有專業化的必要 晉劉頌的重法論 張斐的晉律立法原理的解釋 南齊到隋唐宋各代司法專業化的進步 宋元學者對法條過繁的議論 明清兩代法律思想的大概情形 總論從漢以後「法理學」專門研究不發達的原因

第二部 特殊法律問題的辯難

(甲) 刑法方面

(子) 法律平等的問題

法律不應平等說在漢代的復興 偽書周官「八議」說在歷代法典上所發生的直接影響 禮記「刑不上大夫」說較「八議」說的範圍擴大 賈誼戴德李彪等對此說的發揮 隋唐宋元明以來此說幾成爲社會意識 主張法律應該平等的歷代皆有其人如漢王充南朝宋王弘唐賈至呂溫宋李觀司馬光蘇軾金朝的世宗與及清朝的雍正帝等 漢蕭望之貢禹唐呂溫宋朱熹明丘濬等又從經濟方面鼓吹法律上的平等 但實際上均無影響

(丑) 法律公布問題

中國歷史上關於公布法律的事實的記載 儒家主張法律應守祕密的理論的根據 明丘濬與清孫頤臣痛駁法律祕密說的失當

(寅)親屬相容隱問題

親屬相容隱說的起源 漢律最先的規定 漢班固晉衛展宋蔡廓等贊成的意見 唐宋元明清律規定的比較研究 袁枚大膽懷疑的反對意見

(卯)訊刑存廢問題

秦漢時訊刑的流行 陳朝「訊刑存廢問題」的一大論戰 最值得注意的爲漢路溫舒後漢章帝陳周弘正金世宗清末劉坤一張之洞等反對的言論

(辰)族誅連坐問題

族誅連坐乃春秋戰國時野蠻風俗的遺物 鹽鐵論所記法吏闡發「族刑」在理論上的根據實似是而非 儒生反對「族刑」的意見 因君主爲鞏固地位起見「族刑」蓋與專制政治相終始

(巳) 復讎行為問題

傳統的儒家思想助長復讎行為 儒家所鼓吹復讎的四大原則 反對復讎行為的後漢有桓譚張敏和魏晉南北朝的君主 唐時復讎行為尙成司法上一大問題 陳子昂韓愈柳宗元張九齡裴耀卿李林甫都各有贊否的意見 最近世的法典如大清律學者如章炳麟仍容許復讎行為 但柳宗元王安石等反對的意見最爲顛撲不破

(午) 肉刑復興問題

漢文帝廢止肉刑的經過 東漢時對廢止肉刑的不滿 東漢末季崔實荀悅仲長統動議復興肉刑 孔融的反對 魏時四次肉刑復興的辯論 贊成派陳羣鍾繇傅幹等人的意見 反對派王脩王朗夏侯玄的意見 晉劉頌更進一步從理論上闡發肉刑的盡善盡美 衛展爲劉頌的共鳴者 周顒桓彝王敦反對的理由南北朝隋唐以來無「肉刑問題」

宋神宗時復議肉刑 南宋以後肉刑復興運動完全消滅 但「黥刑」仍名廢而實存

（未）以贓定罪問題

漢晉唐宋諸律以贓定罪的實例 此法似公平而實不公平 宋曾布朱熹和明末王夫之有價值的反對意見

（申）赦罪當否問題

儒家原來主張赦罪的範圍還小 春秋秦漢以來就常有不加分別的大赦 前後漢反對者有匡衡吳漢王符崔實荀悅三國蜀有孟光後周有樂運唐有馬植五代晉有張允宋有王安石歐陽修元有趙天麟蘇天爵陳天祥明有劉基 但「非赦說」在法律的實際上竟不發生影響

（乙）民法方面

中國法典刑法的部分遠較民法爲多 中國民法思想不發達的三大原因

本書因史料缺乏的關係只述及親族法的三大問題

(子) 婚姻問題

儒家對婚姻的根本觀念 班固對適婚年齡的兩種解釋 王符葛洪對婚姻形式要件的主張 宋洪邁明朱善反對「平輩近親」不得爲婚的意見 同姓不婚說的起源 歷代嚴禁同姓爲婚的三大理由 但自戰國姓氏混亂雖屬同姓未必同宗 沈家本反對「同姓不得爲婚」的論文的内容 婚姻的解除在儒家思想裏似難而實易 「七出說」的起源 明宋濂清俞正燮對「七出說」的攻擊 明王禕清錢大昕對「七出說」的擁護 兩派的得失

(丑) 別籍異財問題

中國大家族制度起於周代而爲秦商鞅所破壞說的不確 後漢時方有累世同居制度的發生 南北朝時趨於自然的崩潰 唐宋元明清律對

別籍異財所規定的刑事處分 宋袁采清李紱反對大家族制度的言論

(寅) 親子關係問題

嫡子所以有特別權利的來由 居父母喪中生子處罪的事例 容許與反對兩派的意見 儒家思想的矛盾 袁枚論無子並非不孝 唐律無子立嗣的思想的進步 但尙限於同姓 東漢至晉及五代後唐收養異姓爲子的風氣盛行一時 沈家本主張異姓親屬可以承繼

第五章 歐美法系侵入時代……………三〇〇

歐美各國在華領事裁判權確立使中國法系受一大打擊 「權利」「義務」等學說的輸入使國人不滿意舊法制 新企業發生舊法制不足應付 八國聯軍後劉坤一等痛陳變法救亡 英日美葡商約對改革舊法制的興奮 沈家本諸氏研究外國法律的熱心 刪除凌遲梟首戮屍等野蠻刑名的建議 改正舊律不能保障人權的部分 促進滿漢人民在法律上完全平等 新刑律的起草

及其與舊律根本不同之三要點 「法治派」與「禮教派」之大論戰 民國初年「禮教派」的得勢

世界大戰以後各國法律均改以社會爲本位 「權利趨於社會化」「契約趨於集合化」我國法律思想又發生一大變化 國民政府所頒布的刑民法律典實另闢一新紀元 三民主義的立法與我國古代法律思想不同與歐美的法律觀念尤異 民法總則債權編物權編卽其實例 親屬編繼承編推翻幾千年來舊禮教所護持的名分親屬關係宗法觀念 刑法充分表現改善主義的精神男女完全平等禮教觀念極爲淡薄民族思想很盛

全書結論

中國法律思想牽涉的範圍很廣內容的義蘊很深問題很複雜 中國法律思想上的創見各時代都有將來的發展可說無限 中國近年變化很爲劇烈所以不應對新刑民法典的實施過於悲觀

中國法律思想史下冊

第四章 儒家獨霸時代

所謂「儒家獨霸時代」是包括自秦亡、漢興、歷三國、魏、晉、南北朝、隋、唐、五代、宋、元、明以至前清末季兩千餘年很長的時間，這裏還得有兩個問題：即（一）儒家真的是獨霸嗎？有的人舉漢書藝文志的記載，如——

「漢興，改秦之敗，大收篇籍，廣開獻書之路，迄孝武世，書缺簡脫，禮壞樂崩，聖上喟然稱曰：『朕甚閔焉！』於是建藏書之策，置寫書之官，下及諸子傳說，皆充祕府。」

是武帝對諸子之學不惟無摧殘的罪過，且有流傳的功勞，又舉前書記 武帝以後的事實說：

「成帝時以書頗散亡，使謁者陳農求遺書於天下，詔光祿大夫 劉向校經傳諸子詩賦……

會向卒哀帝復使向子侍中奉車都尉歆卒父業，歆於是總羣書而奏其七略，故有輯略，有六藝略，有諸子略，有詩賦略，有兵書略，有術數略，有方技略……」

是假使武帝真的禁止人研究儒家以外的異端，那又何必命令劉向父子去校定諸書呢？這樣的實難不為無理，但不幸漢書除以上兩條而外，又明明白白的記載着儒家獨霸的事實，如：

董仲舒傳說：「自武帝初立，魏其、武安侯為相，而隆儒矣，及仲舒對策，推明孔氏，抑黜百家……」

武帝紀說：「建元元年冬十月，詔丞相御史列侯中二千石二千石諸侯相，舉賢良方正直言極諫之士，丞相（衛）綰奏：「所舉賢良或治申商韓非蘇秦張儀之言，亂國政，請皆奏罷。」可。」

這後一條較前一條的記載尤為重要，因為假使武帝不獨尊儒家，罷黜百家的話，為什麼要「可」衛綰的奏呢？再說武帝為什麼要獨尊儒家？這也和史記秦始皇本紀所記始皇說：「吾悉召文學……士甚重欲以興太平」是同樣的理由，因為帝王治天下總不能全憑武力，不講教化而講教化……」

且「治具」最完備的，祇有儒家够資格；何況漢朝建國在春秋以降五百年長期戰爭之後，再加以秦朝的暴虐，楚漢的紛爭，人民早已是在水深火熱之中，所以漢書食貨志就有說：

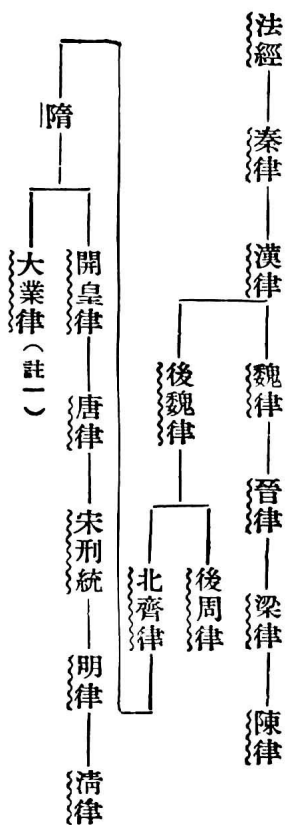
「孝惠高后時，百姓新免毒蠱，人欲長幼養老，蕭、曹爲相，填以無爲，從民之欲，而不擾亂，是以衣食滋殖，刑罰用稀。及孝文卽位，躬修玄默，勸趣農桑，減省租賦，而將相皆舊功臣，少文多質，懲惡亡秦之政，論議務在寬厚，恥言人之過失，化行天下，告訐之俗易……風流篤厚，禁網疏闊，選張釋之爲廷尉，疑者予民，是以刑罰大省，至於斷獄四百，有刑錯之風。」

刑法志也記載——

「文帝十三年……下令曰：『制詔御史：蓋聞有虞氏之時，畫衣冠異章服以爲戮，而民弗犯，何治之至也！今法有肉刑三，（孟康曰：「黥，劓二，刖左右趾合一，凡三也」）而姦不止，其咎安在？……詩曰：『愷弟君子，民之父母。』今人有過，教未施而刑已加焉，或欲改行爲善，而道亡繇，至朕甚憐之，夫刑至斷支體，刻肌膚，終身不息，何其刑之痛而不德也，豈稱爲民父母之意哉？其除肉刑有以易之。』」

這段話還不彰明較著的淵源於儒家的思想嗎？由此可見漢時獨尊儒家乃是對自戰國至秦以來盛極一時的任刑的法治主義的極大反動。又儒家學說經歷兩漢在社會上的勢力業已造成，後此三國魏晉南北朝隋唐五代宋元明清的君主自然也就一循舊貫尊儒家學說若「天之經，地之義」而兩千年來中國的法律思想也就成為儒家的法律思想了。

第（一）問題已解答如上，還有（二）儒家思想支配下兩千年來法律內容全體的、根本原理實在沒有重大改變和衝突的地方嗎？按本書導言曾引程樹德先生中國法制史所說「律分南北二支」的話，程先生的九朝律考又有律系表如下：



著者不敢贊同程先生的意見已略述於導言，又在程先生前主張此說的有章炳麟先生，聽說章先生因民國初年受了袁世凱的監禁侮辱，所以心裏總橫着一個「北方鮮卑」的成見，他的文錄裏五朝法律索隱一文，到處宣揚晉律的優點，但不免「望文生義」，「強作解人」，把晉律弄得去事實甚遠，同時就痛罵——

「（後魏）鮮卑亂制，至今爲梗，甚乎始造桐人以葬者……」

「（北齊）鮮卑僭盜，始有「十惡」之刑，其有反叛惡逆不敬諸條，則隨事可以比傳，明以法律擁護政府，且重於擁護王后者」。

但關於「十惡」，章先生也承認是「自漢之亡，其風漸息，昌之者則鮮卑也」，是鮮卑原本於漢律，並非「始作俑者」，著者在舊作中國法律發達史裏曾逐條加以批評，（註二）所以兩千年來在儒家思想支配下的中國法律內容全體的根本原理實在沒有什麼重大改變和衝突的地方，現將這時間很長材料極多的法律思想分爲兩大部分講述：

第一部 一般法律原理的泛論