

# 中国法制史论文选

(古代部分)

第 一 分 册

北京政法学院法制史教研室

一九八二年七月

## 说 明

为了教学和科研工作的需要，我们编辑了这套《中国法制史论文选》作为《中国法制史》课程古代部分的参考资料。

本论文集主要选自部分古籍、专著以及解放前后报刊杂志中有关古代法律制度的奏疏、评论、考序和学术研究性的文章，依朝代顺序编排，并按论文作于古代、近代、现代的不同时期略加分列。共分两册，第一分册包括总论、夏商周、战国秦汉、三国两晋南北朝部分的论文，第二分册包括隋唐、宋元、明清部分的论文。论文的各种学术观点兼收并蓄，有的阶级观点也不尽正确，我们的编辑工作仅仅是为读者提供查阅的方便，使之起到一定的参考作用。

由于我们的水平和掌握的资料有限，选辑的论文很不全面，错误和缺点在所难免，敬希读者批评指正，以便今后修订和补充。

参加本论文集选编工作的有薛梅卿、刘保藩、沈国峰同志，吴微同志配合了这项工作。

北京政法学院法制史教研室

一九八二年六月

# 目 录

## 总 论

|                          |                  |       |
|--------------------------|------------------|-------|
| 中国法系的特征及其将来·····         | 薛祀光·····         | (1)   |
| 中国法源论·····               | 章寿昌·····         | (12)  |
| 中国法制研究·····              | 衣 儒·····         | (21)  |
| 中国法制之变的问题(二)·····        | 陈顾远·····         | (36)  |
| 历代刑罚之沿革及其研究·····         | 李远之·····         | (43)  |
| 中华法系特点初探·····            | 陈朝璧·····         | (63)  |
| 中华法系特点探源·····            | 张晋藩·····         | (77)  |
| 我国古代刑法的演变·····           | 陈光中·····         | (93)  |
| 刑讯考·····                 | 栗 劲·····         | (108) |
| 试论我国封建法制的专制主义特征<br>····· | 陈光中 薛梅卿 沈国峰····· | (121) |

## 夏 商 周

|                    |          |       |
|--------------------|----------|-------|
| 三代刑政按语·····        | 沈家本····· | (144) |
| 周秦时代礼法刑三观念之变迁····· | 傅尚文····· | (144) |
| 中国上古时代刑罚史·····     | 孙傅瑗····· | (157) |
| 周礼司法制度考·····       | 魏运五····· | (174) |
| 我国监狱制度起源及变迁·····   | 黄亚强····· | (197) |
| 夏代是中国国家的起源·····    | 赵希鼎····· | (206) |
| 论法律的起源·····        | 倪正茂····· | (221) |

## 战 国 秦 汉

|                      |                   |
|----------------------|-------------------|
| 桓谭《新论》关于《法经》之记载····· | (237)             |
| 述赦·····              | 东汉·王 符····· (237) |

|                       |          |       |
|-----------------------|----------|-------|
| 魏李悝《法经》按语·····        | 沈家本····· | (239) |
| 卫鞅变法按语·····           | 沈家本····· | (240) |
| 秦刑制按语·····            | 沈家本····· | (242) |
| 《汉律摭遗》总述及按语·····      | 沈家本····· | (242) |
| 汉律考序·····             | 程树德····· | (245) |
| 汉之决事比及其源流·····        | 陈顾远····· | (247) |
| 秦汉肉刑考·····            | 张斗衡····· | (265) |
| 从云梦秦简看秦代的法律制度·····    | 林剑鸣····· | (282) |
| 从云梦出土的竹简看秦代的法律制度····· | 刘海年····· | (297) |

### 三国两晋南北朝

|                       |             |       |
|-----------------------|-------------|-------|
| 魏律序略·····             | 魏·刘 邵·····  | (315) |
| 晋律表·····              | 晋·张 斐·····  | (317) |
| 改定刑狱奏·····            | 宋·谢 庄·····  | (320) |
| 曹魏刑制按语·····           | 沈家本·····    | (322) |
| 晋刑制按语·····            | 沈家本·····    | (323) |
| 后魏刑制按语·····           | 沈家本·····    | (324) |
| 恤狱讼奏·····             | 北周·苏 绰····· | (321) |
| 魏律考序·····             | 程树德·····    | (324) |
| 晋律考序·····             | 程树德·····    | (326) |
| 南朝诸律考序·····           | 程树德·····    | (327) |
| 后魏律考序·····            | 程树德·····    | (328) |
| 北齐律考序·····            | 程树德·····    | (330) |
| 后周律考序·····            | 程树德·····    | (331) |
| 汉魏晋之肉刑论战·····         | 刘公任·····    | (332) |
| 后魏司法上因种族成见牺牲的大史案····· | 杨鸿烈·····    | (359) |
| 诸葛亮行法的历史地位·····       | 罗秉英·····    | (374) |

# 总 论

## 中国法系的特征及其将来

蔣 祀 光

世界上法系很多，列举之有十五种：埃及法系，巴比伦法系，中国法系，犹太法系，印度法系，希腊法系，罗马法系，日耳曼法系，凯尔特（Celtic）法系，斯拉夫法系，穆罕默德法系，寺院法系，海法系，欧大陆法系和英米法系。其中，埃及法系，巴比伦法系，犹太法系，希腊法系，凯尔特法系和寺院法系已经消灭了，学者称为死法系，罗马法系，日耳曼法系和海法系，现在已经失去他纯粹的形态，做一种混血儿，存在欧大陆法系和英米法系中。斯拉夫法系呢，从前俄国，波兰，波希米（Bohemia），塞尔维亚（Sęrvia）门的内哥罗（moutenegco）是他的支配领域，现在和欧大陆法系融合的结果，差不多已经失去法系的个性。现在世界上最有力的法系，谁都晓得是欧大陆法系和英米法系。欧大陆法系或直称做罗马法系，然而欧大陆法系是罗马法系的法律概念，非个人主义的日耳曼诸制度和近代社会状态的共同产物。英米法系，是日耳曼法系和衡平法的合

成物，经过罗法系多少的同化。除了欧大陆法系和英美法系外，世界上还有三个奄奄一息的法系，就是中国法系，印度法系和穆罕默德法系。印度法系和穆罕默德法系是含有很浓厚的宗教色彩，和寺院法系一样，虽然印度法系还能够在英法之下，苟延残喘，穆罕默德法系在亚洲西南角和非洲的北部，还有相当的支配领域，大概这二个法系也免不了和寺院法系同一运命。那么，奄奄一息的中国法系呢，也和埃及，巴比伦，希腊等古文明国的法系同一运命吗？埃及法系巴比伦法系和希腊法系都已经消灭很早了；中国法系到现在总算没有绝命，前清现行律关于民事有效部分，经国民政府十六年八月十二日通令，到现在还有效力的。中国法系的寿命，若自唐虞以前算起，到现在已经有了四千年光景；即自李悝集各国刑典，著法经六篇时算起，李悝著法经是在纪元前四一七年，到现在也已经二千四百余年了。这有二千余年历史的中国法系，若和中国国家同时消灭，那是没有法子的——至于罗马法系，在罗马消灭之后，也还能维持十数世纪的生命，到现在，他的血还在欧大陆法系中，占有重大的作用。中国国家能维持的一天，这中国数千年文化的产物，大概总不忍抛弃吧！与其说不忍抛弃，不若说是不能抛弃。我国司法官的头脑，西洋化了已经十几年，我国一部分已经编出的法典，也都是欧大陆法系式的；但是在人民方面，除了大都会的人民和智识阶级能够了解这等西洋式的法律外，一般乡间“百姓”，他们所抱的法律观念，还不是数千年来中国法系的法律吗？法律是社会生活的产物，社会生活的样式，没有受同化以前，纵使输入西洋式的法律，人民也不能完全接受的。

我们现在对于不忍抛弃，或不能抛弃的问题，暂置勿

论；本篇所欲研究的，是中国法系自身有没有可以维持自己生命的要素存在。我们试把中国法系，用科学的方法，来研究一下，他和别的法系比较，有什么特别的性质？假使他有，有什么特别的性质，那种特别的性质，是适合于法律体系自身的要求的，那末，中国法系就要和罗马法系一样，纵使许多年以后，中国国家消灭了，中国法系也一定做一种混血儿，寄存于其他法系中的。罗马三次征服欧洲，第一次以武力征服欧洲，第二次以宗教征服欧洲，第三次以法律征服欧洲，法律的征服最长久。罗马法系的法律，他的概念，他的技巧，虽在大家提倡打倒概念法学的今日，我们仍旧是不能不感谢他的，佩服他的，现在世界最新的法典，如瑞士民法，土耳其民法，俄罗斯民法仍旧不能不借用他的概念的，他就用法律概念的精巧，来征服世界。中国法系的法律概念，是不能和罗马法系开巧的，我们也不能替他强为辩护。然而，我们若细心去研究中国法系，中国法系至少要有两种特征，和别的法系不同，尤其是和罗马法系不同。中国法系的法律，和道德非常接近，这是他的第一种特征，中国法系的刑罚非常繁重，这是他的第二种特征。这两种特征中，或许有一种特征可以维持中国法系尔后的生命，以下试略述中国法系的这两种特征，并讨论其时代适合性。

## 二

先述中国法系的刑罚非常严重的这一点特征。尚书吕刑载“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑曰法”，我们若以为尚书是一种可信的记载，那末，在尧舜以前，中国就已经有了五刑了：墨，劓，刵，宫，辟。舜的时候，似乎以流刑代五刑，自夏的时候起，仍旧用五刑，墨刑又称做黥刑，就

是在面部刺字，劓刑割鼻，刵刑割耳，宫刑是毁去男子的辜丸，辟刑是死刑就是杀头。周时改刵为刖，刖刑断足，除了五刑之外，还有鞭刑，禁锢等。周穆王的时候，墨刑劓刑各一千，刖刑五百，宫刑三百，汉的刑罚有夷三族，腰斩，磔（杀后，张尸于市），弃市（杀于市），宫刑，刖右趾（刖右足），刖左趾（刖左足），劓，黥，断舌，髡钳（去其发，以铁束头），完（去发），鬼薪（替宗庙采薪），白粲（替宗庙舂米），禁锢（终身不得做官），笞，杖，徙边和罚金等。隋唐的刑罚分做五种：笞刑，杖刑，徒刑，流刑和死刑。笞刑自十下至五十下分做五等，杖刑自六十下至一百下分做五等，徒刑自一年至三年分做五等，流刑自千里至三千里分做三等，死刑有绞和斩二种。隋唐以前，后周的死刑有磬（或作磔），绞，斩，梟（斩首而系于木上）和裂五种。宋律的刑罚也是笞杖徒流死五种，大概和唐律相差不多，不过笞刑和杖刑兼用臀杖，徒刑和流刑兼用背杖，流刑还有配役，死刑加乎一种凌迟，凌迟是先切断了犯人的肢体，再扼绝他的咽喉）。除了五刑之外，还有对于窃盗的黥刑，明清的刑律，除对于徒刑和流刑，有了杖的附加刑以外，其余和唐律完全一样。

现在，我们就把炮烙，夷三族等特别的刑罚除外而论，根据以上所写的刑罚制度，也不能不觉得隋唐以前的刑罚，非常繁重，尤其是汉代的刑名非常繁多，详细的分类起来，不下几十种，周代的刑罚非常严重，单就处宫刑的罪名，也有三百种，真是我人所不能想像的。隋唐以后至清律为止，也还比现行各国刑律，多了笞杖二种体刑。并且一切的诉讼事件的败诉人，都可以施以刑罚的，怪不得外国的法律学者，说中国法系的刑罚是非常繁重的。但是我们对于汉周时



代繁重的刑罚，是可以有正常的辩解的；刑罚的繁重是古代法律的共通的现象，不独中国法系为然。夫鲁克：（Fcrank）时代，日耳曼的体刑也有刖，劓，宫，刖，去发，鞭笞，以火印烧字等刑罚，还有切断两手，抉目，断舌和断唇等刑罚，较之中国法系更甚。在纪元前后，中国法系的刑罚繁重是刑罚史上一种当然的现象。

至于中国法系经过几千年的历史，到鼎革以前还保存有笞杖二种类刑的这一点事实，我们亦应该在中国刑罚的变迁上，认明白这个问题的所在。就是体刑究竟是不是中国法系中永久存在的一种要素，这一个问题是要研究中国法系的人们，明白认识的。中国法系的刑罚是很重的，中国法系的法律是和道德很接近的，这两种性质究竟是立于怎么样的一种地位？杀人，毁损人的五官，肢体，当然是道德所反对的，刑罚很重和接近道德的这两种性质，是立在互相否定的地位的。接近道德线是中国法系生命的所在（关于这点，当在第三段中说明），历史告诉我们，中国法系的刑罚是由繁而简，由重而轻的。三代的时候有割耳，割鼻，断足等刑罚；汉初，肉刑有三：黥刑，劓刑，刖左右足。汉文帝时即废除肉刑，当黥者城旦舂（城旦是日里守城，夜里做城，舂是舂米），当劓者笞三百，当左右趾者笞五百。唐律以后的笞杖，更限制自十下至百下为止。汉代的刑罚，虽甚繁多，但是自唐以后，就祇有笞杖徒流和死，另外还有刺一种，除了徒，死两种刑罚以外，笞，杖，流，黥这四种刑罚是欧大陆法系和英米法系所没有的（现在各国中，亦有倡用流刑，和对于丧廉耻的罪名，用笞刑）；但是流刑在交通便利的今日，离开乡里二千里或三千里，当然是已经没有刑罚的意味了，至于笞刑黥三种刑罚，纵使没有他法系所输入的外来思

想，我们看中国刑罚变迁的历史，就可以晓得中国法系的法律思想——法律应和道德接近的这一点法律思想，也能够把体刑驱逐于中国法系之外的。

我们现在单就刑罚的目的，研究中国刑罚的变迁。古代刑罚的思想，当然是复仇主义，那是无可讳言的。我们即就史记所载的“汉高祖入关，约法三章：杀人者死，伤人及盗抵罪，这一段文字研究——杀字和死的对照，和抵众的抵字——我们可以晓得在汉初的刑罚思想，也还不能完全脱离了复仇主义的色彩。但是笔者以为，在中国的刑罚史上我们可以发见刑罚思想变迁的各个阶段。墨劓刖宫辟，我们祇能够认他们是一种报仇目的的思想，但是我们看汉代的完刑，磔刑，弃市，城旦，鬼薪和粲等再不能单解释他们是一种报复作用了。我们不是汉初的人，虽不能正确地了解汉初人的心理，或许去发的完刑，能够满足被害人复仇心，杀后张尸于市的磔刑和杀于市的弃市，或许是表示被害人复仇的胜利；但是，这三种刑罚，在满足被害人的复仇心以外，至少应该还有儆戒一般人的作用。城旦，鬼薪和白粲一定要犯人在众目共睹的地方做苦工，尤其是“完为城旦舂”，确有儆戒一般人的作用。至于笞杖，在几分钟之内，把犯人打了几十下，那就公示的效力比较薄弱得多了，他们的主要目的应是惩戒犯人本人的。中国刑罚自复仇的刑罚变为一般儆戒的刑罚，自一般儆戒的刑罚变为犯人惩戒的刑罚，但是中国的刑罚思想，有没有社会防卫主义的思想呢？这种排斥法律万能主义的思想，中国原是有的。“道之以政，齐之以刑，民免而无耻，道之以德，齐之以礼，有耻且格”。这几句话是孔子对于法律所下很正当的评价，并且是中国法系的一个根本原则。照这个根本原则，必然的是要走到社会防卫主义

这一条路的，监狱是非变做一种感化院不可的。至于以一切的诉讼事件，认做施用刑罚的对象，根据这个原则，更自然而然的亦要消灭的。作者以为：我们不能离开中国法律接近道德这一点特色，孤立地观察中国法系的刑罚的。关于中国的法系的法律和道德接近的这一个问题，在下段中详述。

### 三

研究中国法系的法律和道德接近这一个问题，我们一定要发现以下二种事实。一种是中国法系的法律的支配范围和道德的支配范围一样。在中国法系的法律中，没有道德价值的规定很少；譬如现在世界各国所定的左侧通行或右侧通行的法律，原是没有道德的价值的，中国所谓行于道的左边和行于道的右边，那就含有分的问题，敬的问题，结局还是一种道德上的问题。中国法系的法律，对于道德所希望的，一切事情，都想以刑的力量，去强制人民遵守，“出于礼则入于刑”；中国法系的法律和道德是具有同一范围的对象。一切的社会现象都可以作道德评价的对象，同时并可以作法律评价的对象；并不是社会现象中，一部分是道德评价的对象，另一部分是法律评价的对象的。清刑律杂犯载：凡违令者笞五十；凡不应得为而为之者笞四十，事理重者杖八十。然而，法律究有如的力量吗？譬如唐律以来，十恶中的不孝条列举：祖父母父母在，别籍异财或奉养有缺！居父母丧，身自嫁娶或作乐释服从吉；清律载：“若居父母丧而兄弟别立户籍分异财产者处八等罚”；民国十年间所用的民法法典——现行律关于民事有效部分——全量虽只数页，劈头就写了一大篇的服制——什么大功几月，缌麻几月，这等规定，实际上，并没有什么效力，法律对于人的感

情作用，是无力左右的。法律是一定限度的道德，这一句话对于一部分的法律而说，是有相当的真理的；法律若期望一切善的实现，以一切善的实现做自己的责任，那就“力与心违”，结果法律只有失去他自己的威信。

但是我们研究中国法系的法律和道德接近这一个问题时，除发见支配范围未分化这一点事实以外，还有一种事实，我们同时亦能够发见的。就是中国法系的法律和中国的道德是具有同一本质的，是具有同一目的的。中国法系的法律和中国的道德，我们研究他们的本质，都逃不出“天意”二字。书经尧典载：“咨汝二十有二人，钦哉，惟时亮天功”，管子版法篇载：“版法者，法天地之位，象四时之行，以治天下”，书经皋陶谟载：“天讨有罚，五刑五用哉”，汉书载：“因天讨而作五刑，大刑用甲兵，其次用斧钺，中刑用刀锯，其次用钻凿，薄刑用鞭扑”。又譬如孟秋之月，戮有罪，严断刑，因为秋是肃杀之气的缘故；日月蚀或地震时，帝王常下大赦之令，亦无非以为日月蚀或地震等是天对于刑罚不当的一种震怒。那末，中国法系的法律可以证明是以天意做他的本质的。至于中国道德的本质呢？孔子说“君子有三畏，畏天命，畏大人，畏圣人之言；小人不知天命而不畏也，狎大人，侮圣人之言”。孔子又说“获罚于天无所祷也。”诗经载“天生蒸民，有物有则，民之秉彝，好是懿德”，中庸劈头载“天命之谓性，率性之谓道”，那末，人就是应该以天道做道，善就是不背天道。所以，中国法系的法律和中国的道德是具有同一本质的。

认天意做法律本质的法律思想，原不是中国法系的一种特征，各个原始法律都是如此的；但是中国法系，认天意做法律本质的法律思想不是一种无批判的，这点是和其他法律

的思想不同。其他原始法律的思想，只有认定天意（此处所谓天当然是神的意味不是自然的意味，）是法律的本质，没有法律目的的问题发生，在西洋法律思想史上，发生法律目的的问题还是最近的事实。中国法系，是早具有目的思想的，法字古作灋字；就文载“平之如水，从水，廌所以触不直者去之，从‘廌去’，”从廌那无非是古代没有科学的调查证据方法，用神兽折狱的一种表示；从水，那就是告诉我们以法律目的的所在了。法律的目的是平之如水。书经君陈载“殷民在辟，予曰辟，尔惟勿辟，予曰宥，尔惟勿宥，惟厥中。”书经吕刑载“哀敬折狱，明启刑书胥占，咸庶中正。”法律的目的是中正（mean）是衡平（equity）至于中国道德，亦以中庸做目的，孔子就“中庸之为德也其至矣乎，民鲜久矣”，又说“礼乎礼、夫礼所以制中也”，周礼载“五礼防万民之伪，而教之中”，孟子说“汤执中”所以中国法系的法律和中国的道德，是具有同一的目的。结果，圣人的思想同时就是一种法律。汉魏时，常有以春秋或其他经义决狱的事；至少法官解释和适用法典时的确是以圣人的思想做标准的。

汉魏有孕妇缓刑的规定，妇人当刑而孕，产后百日乃决。汉有亲亲得相首匿的规定，子得匿父母，妻得匿夫，孙得匿祖父母，汉律又规定年七十以上，或十岁以下，有罪当刑者，皆免之。唐汉律有录囚的规定：视察已入狱的——已判或未判的——囚人，有无冤枉的情事，加减其刑。又如热审的规定：因为中国的刑是以秋天执行做原则，不忍把轻罪的人在热夏的天气，拘系于牢狱中，举行热审；流，徒，杖等罪，减等发落，笞罪豁免。又如照限补枷的规定：热夏时，一应枷号人犯，限期未滿者，暂行释放，俟出暑时，仍

照限补枷。以上所述，都可以证明中国法系的规定，没有离开道德的要求。

#### 四

我们现在来说明法律自身的性质。法律原来是具有两种必要的性质的：一种是公平，一种是确定。这两种性质是立在互相否定的地位。因为法律既然要人民遵守不能不有相当程度的永久性，朝令暮更，不但使法律失去自己的威信，同时人民亦无从遵守。承认法律的存在，谁都不能不有相当程度的永久性。朝令暮更，不但使法律失去自己的威信，同时人民亦无从遵守。承认法律的存在，谁都不能不承认法律确定这一点性质的。但是社会是前进的——或许可以说是后退，总不是立而不动的，法律公布了太长久，为维持他的确定性起见，就完全，或是大部分失去他的公平性。确定性可以说是公平性的确定性，若是法律失去他的公平性，那就确定性也就完全没有价值了。在这种状态之下，法律是只能够对于某被适用的一案件，发生效力，不能够封于一般同样的案件，发生效力。在法官方面，大有应接不暇的状态；在人民方面对于法律，是完全没有信用和敬意了，法典为打开公平性这一条路起见，必然的要变更。所以，法律思想史和法制史自身是一种法律和道德离合的历史，我们引西洋的法律思想和法制史来说，溯特分法律进化为原始法律时代，严格法时代，自然法或衡平法时代，法律成熟时代和十九世纪末叶以来法律哲学思想的勃兴。原始时代的法律，当时人民或为政者还不晓得立法的技术并且法律和道德还在未分离的状态，当然是只有公平的要求。严格法时代是只求法律的严密，绝对没有通融性，罗马古代的法律偷砍葡萄树是有罪

的，但是偷砍天竹，就不能适用这个公式。自然法和平法衡时代是对于严格法思想的反叛；自然法学者提出许多自然的形式，衡平裁判所是根据正义良心去下判断。这个时期是法律和道德的接合，经过了十八世纪，十九世纪初法国编了拿破仑法典以来，各国都起来编制法典，一般法学者都以为法律是已经完成了，法律在自己的范围以内，可以维持他自己永久的生命再不要人家来扶助他；法律离开道德独立。但是这个自以为可以做万世不易的典型的法律，不到一个世纪，适用上就发生许多冲突，就发生正义良心所不许可的结果，于是乎，十九世纪末以来就发生了许多法律哲学的思想，如新康德派，新赫呆尔派，社会法学派，自由法学派，社会连带主义等。滂特说法律哲学思想的勃兴也是一种法律和道德的接合。这一句话，至少在结果上是含有相当真理的，因为道德是比较法律走得快的，能够先追随社会生活的状态而变化，虽然法律和道德这两种东西都以社会生活为中心，看起来好象道德随民生而变，法律随着道德而变。

中国道德思想虽以封建的社会生活做背景的，我们是不能够接受的，什么礼不下庶人，刑不上大夫的法律思想和旧律上八议制度，我们是推翻的；但是古圣人留给我们几个道德的概念，什么义，什么诚，什么仁，这等范畴，总可以说久是永不变的。中国法系的法律和中国道德处在这等同一范畴之下，道德范畴的内容随民生而变了的时候，法律思想就可以随道德思想而变。这一点应该是中国法系的生命所在，至少应是中国法系的时代适合性。中国现在所输入的，是欧大陆的成熟法，这种欧大陆成熟法，莫说和中国的习惯有许多不适合的地方，即是在欧大陆亦处于苦闷的状态。我们对于欧大陆法的技巧，我们是要输入的，至于维持法律公平性

的一点思想，中国法系是原来有的，不要抛弃，或许还可以贡献于世界。希望法学者起来研究一下。输入西洋的法律哲学思想，很不易得中国一般人的理解。我记得，陪审制度，在德国，起初很不容易受一般人的赞同，后来学者研究陪审制度原是夫鲁克时代的一种制度，总受德国一般人的欢迎。现在我国大多数人，很奇怪的，都以为法律是一种独立的东西，法律以前——法律成立的社会原因——都不去管他，法律以后——法律施行的结果——也都置之于考虑之外。告诉他们，中国原来的法律也和道德很接近，或许他们能够抛弃这一种思想。

本篇文章，写到处，原来是已经完了的；偶然想起梁启超先生在他的先秦政治思想史上，曾说过：“以大清通礼比大清律例，大清会典，我未见通礼之弹力性，能强于彼两书也”不能再写几句。就是何谓道德的规律，何谓法律的规律的问题。道德是社会生活上人格者的共同意欲之内面统一关系的规律，法律是社会生活上人的或集团的意欲之外部支配关系的规律，道德是意欲之内面的统一，法律是意欲之外面的统一。中国的礼几千年来没有变更的原因，应该是中国数千年来封建社会没有崩坏的关系，不能说是道德没有活动性，道德是比较法律富有适应性的。

（《社会科学论丛》第一卷第四期1929年2月）

## 中国法源论

章 寿 昌

今世治律者，侈谈罗马与英美法，而于国法之渊源，或



未遑探究，不免于“数典忘祖”之诮，作者不敏，试述法源，以示系统，幸饒学之士有以正之。

吾国法律，古无成书，萌芽之始，厥惟刑法，宋王键曰：“鞭朴，钻，管，刀，锯，斧，钺，甲兵皆帝之刑，”明王圻言：“斩由于轩辕，绞兴于周代，”而民法不闻焉。唐虞盛时，五刑五用；五刑者：墨，劓，剕，宫，大辟；外加流刑；分流，放，窜，殛四等；又作鞭为官刑，朴为教一私一刑，金为赎刑，故书曰：“流有五刑……金作赎刑，”赎者易刑为罚，以便误入罪者，而近于财产刑者也，其间当有关于民事者，是为我国民法混同之始。夏作禹刑，商作汤刑，周官太宰掌建邦之六典；一治典，礼典，政典，刑典，事典，一士师掌士之八成；故周礼称：“士师掌士之八成，一曰邦沟，二曰邦贼，三曰邦谍，四曰犯邦令，五曰挐邦令，六曰为邦盗，七为邦明，八曰为邦诬，”又曰：“以乡八刑纠万民，一曰不教之刑，二曰不睦之刑，三曰不姻之刑，四曰不弟之刑，五曰不任之刑，六曰不恤之刑，七曰造言之刑，八曰乱民之刑。”要皆如宋程大昌所谓：“象刑为模，写用刑物象，以明示民，便知愧畏，”或择春秋吉日，朗读于象魏，一称阙在雉门之前——以觐民心之从违。宋王应麟虽历举唐虞制令，皋陶法律，夏政典，禹法，汤令，周刑书，三王法令等名目；谓为法典编纂之始，实则共所举者，多后世假托，于史无徵。春秋时，齐有管子七法，楚有仆区法，茆门法，鲁昭公六年，郑人铸刑书，昭公二十九年，晋人铸刑鼎，法律渐由习惯而底于成文，法典之规模粗具，然仍未有专篇细目之传于后也。至于战国，法家纷起，法家之书，如商君二十九篇，申不害六篇，虔子九篇，慎子四十二篇，韩非子五十五篇，游楝子一篇，皆各抒议论，自成一家。魏文侯师李悝，