

中国法律 思想史



杨鸿烈 著



商務印書館
The Commercial Press

中国法律 思想史



杨鸿烈 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2017年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国法律思想史 / 杨鸿烈著. —北京: 商务印书馆, 2017

ISBN 978-7-100-12159-0

I. ①中… II. ①杨… III. ①法律—思想史—研究—中国 IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 070455 号

权利保留, 侵权必究。

本书据商务印书馆 1936 年版排印

中国法律思想史

杨鸿烈 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-12159-0

2017年5月第1版

开本 880 × 1230 1/32

2017年5月北京第1次印刷

印张 13%

定价: 48.00 元

目 录

第一章 导言	1
定义和范围 中国法律思想的“动”、“静”两方面的考察	
研究的必要 中国法律思想史上四个时代的区分 史料	
的种类及其鉴别 三种研究法的得失比较	
第二章 殷周萌芽时代	19
甲骨文法律思想资料的缺乏 金文神判法的思想及其影响	
尚书“德主刑辅”的思想与周易“非讼”思想的影响	
第三章 儒墨道法诸家对立时代	37
儒家孔子、孟子、荀子的法律思想 墨子的法律思想 杨	
朱、列御寇与老子(?)、庄子、关尹子(?)、鹖冠子(?)的法律	
思想 诸家思想对立研究的必要 法家思想的时代背景	
法家的先驱管子、子产、邓析 战国末年法家所受儒墨道	
三家的影响 组织法家学说成为有系统的学派的慎到、尹	
文、韩非 儒法两家学说的综合批评 法家思想支配先秦	
各国法典内容的考证	
附 春秋战国至秦的大势图表 春秋战国儒墨道法四家	
人物的国籍表 儒墨道法四家人物的时代先后表	
第四章 儒家独霸时代	120
汉时独尊儒家为战国至秦以来盛极一时的“任刑的法治主	

义”的大反动 儒家思想支配下两千多年来法律内容全体的根本原理实无重大的改变

第一部 一般法律原理的泛论 124

一、阴阳五行等天人交感及诸禁忌说 124

阴阳五行为二千余年中国人的思想律 董仲舒最先以“阴阳五行”阐明法理 桓宽《盐铁论》所记儒生的“阴阳五行”的法律观 《礼记·月令》篇对一切司法行为须应天时的具体说明 明清两代“热审”、“秋审”制度的渊源 诸史所载历代诏敕章奏的此种思想的表现 柳宗元打破此种根深蒂固的迷信谬说的论文 但柳说并不生效 中国历代对帝室最为禁忌 从汉至清法律上对帝室接触的禁忌思想的表现 所谓的禁忌的沿革 此种禁忌不限于中国 汉代“班诤之典”与唐宋明清律对“犯诤”科罪的规定 论禁忌思想的流毒

二、德主刑辅说 143

孔孟“德主刑辅”思想在前汉的复兴 贾谊、路温舒为其代表人物 桓宽《盐铁论》所记儒生与法吏的辩争 法吏的学说实衍战国法家的余绪,此后即成为绝响 大小戴《礼记》的法律思想 刘向的独尊德治 王莽的犯罪由于经济不平等的学说和政策 后汉德化思想的流行 后汉末季王符、崔寔、仲长统等的救时论 三国时的“刑”、“礼”效力的比较论 晋南北朝法律上儒家思想仍为得势 “以经决狱”的经过及其弊害 隋唐儒家思想深入律文的里面 宋明清律并同 “德主刑辅”说或“道德”与“法律”相混的思想的总批评

三、兵刑一体说	192
兵刑一体说的沿革 陆绍明氏论“兵”与“刑”的关系虽详 但失之穿凿附会 章炳麟、陶希圣两氏论文的内容 但此 说过于陈旧,所以两千年以来在法律上不发生影响	
四、法律本质论与司法专业化诸说	196
《淮南子》论法律的独立性与客观性 前汉时的司法确能 独立 从后汉到魏时人已感到司法有专业化的必要 晋 刘颂的重法论 张裴的晋律立法原理解释 南齐到隋 唐宋各代司法专业化的进步 宋元学者对法条过繁的议 论 明清两代法律思想的大概情形 总论从汉以后“法理 学”专门研究不发达的原因	
第二部 特殊法律问题的辩难	218
一、刑法方面	218
(一)法律平等的问题	218
法律不应平等说在汉代的复兴 伪书《周官》“八议”说在 历代法典上所发生的直接影响 《礼记》“刑不上大夫”说 较“八议”说的范围扩大 贾谊、戴德、李彪等对此说的发 挥 隋唐宋元明以来此说几成为社会意识 主张法律应 该平等的历代皆有其人如汉王充,南朝宋王弘,唐贾至、吕 温,宋李觏、司马光、苏轼,金朝的世宗及清朝的雍正帝等 汉萧望之、贡禹,唐吕温,宋朱熹,明丘濬等又从经济方面 鼓吹法律上的平等 但实际上均无影响	
(二)法律公布问题	241
中国历史上关于公布法律的事实的记载 儒家主张法律 应守秘密的理论的根据 明丘濬与清孙颐臣痛驳法律秘 密说的失当	

(三)亲属相容隐问题 248

亲属相容隐说的起源 汉律最先的规定 汉班固、晋卫展、宋蔡廓等赞成的意见 唐宋元明清律规定的比较研究
袁枚大胆怀疑的反对意见

(四)讯刑存废问题 253

秦汉时讯刑的流行 陈朝“讯刑存废问题”的一大论战
最值得注意的为汉路温舒,后汉章帝,陈周弘正,金世宗,
清末刘坤一、张之洞等反对的言论

(五)族诛连坐问题 259

族诛连坐乃春秋战国时野蛮风俗的遗物 《盐铁论》所记
法吏阐发“族刑”在理论上的根据实似是而非 儒生反对
“族刑”的意见 因君主为巩固地位起见,“族刑”盖与专制
政治相终始

(六)复仇行为问题 266

传统的儒家思想助长复仇行为 儒家所鼓吹复仇的四大
原则 反对复仇行为的后汉有桓谭、张敏和魏晋南北朝的
君主 唐时复仇行为尚成司法上一大问题 陈子昂、韩
愈、柳宗元、张九龄、裴耀卿、李林甫都各有赞否的意见
最近世的法典如《大清律》、学者如章炳麟仍容许复仇行为
但柳宗元、王安石等反对的意见最为颠扑不破

(七)肉刑复兴问题 282

汉文帝废止肉刑的经过 东汉时对废止肉刑的不满 东
汉末季崔寔、荀悦、仲长统动议复兴肉刑 孔融的反对
魏时四次肉刑复兴的辩论 赞成派陈群、钟繇、傅干等人
的意见 反对派王脩、王朗、夏侯玄的意见 晋刘颂更进
一步从理论上阐发肉刑的尽善尽美 卫展为刘颂的共鸣

者 周顗、桓彝、王敦反对的理由 南北朝隋唐以来无“肉刑问题” 宋神宗时复议肉刑 南宋以后肉刑复兴运动完全消灭 但“黥刑”仍名废而实存	
(八)以赃定罪问题	304
汉晋唐宋诸律以赃定罪的实例 此法似公平而实不公平	
宋曾布、朱熹和明末王夫之有价值的反对意见	
(九)赦罪当否问题	309
儒家原来主张赦罪的范围还小 春秋秦汉以来就常有不加分别的大赦 前后汉反对者有匡衡、吴汉、王符、崔寔、荀悦,三国蜀有孟光,后周有乐运,唐有马植,五代晋有张允,宋有王安石、欧阳修,元有赵天麟、苏天爵、陈天祥,明有刘基 但“非赦”说在法律的实际上竟不发生影响	
二、民法方面	329
中国法典刑法的部分远较民法为多 中国民法思想不发达的三大原因 本书因史料缺乏的关系只述及亲族法的三大问题	
(一)婚姻问题	331
儒家对婚姻的根本观念 班固对适婚年龄的两种解释	
王符、葛洪对婚姻形式要件的主张 宋洪迈、明朱善反对“平辈近亲”不得为婚的意见 同姓不婚说的起源 历代严禁同姓为婚的三大理由 但自战国姓氏混乱,虽属同姓未必同宗 沈家本反对“同姓不得为婚”的论文的内容	
婚姻的解除在儒家思想里似难而易 “七出”说的起源	
明宋濂、清俞正燮对“七出”说的攻击 明王祿、清钱大昕对“七出”说的拥护 两派的得失	

(二)别籍异财问题 351

中国大家族制度起于周代而为秦商鞅所破坏说的不确
后汉时方有累世同居制度的发生 南北朝时趋于自然的
崩溃 唐宋元明清律对别籍异财所规定的刑事处分 宋
袁采、清李绂反对大家族制度的言论

(三)亲子关系问题 359

嫡子所以有特别权利的来由 居父母丧中生子处罪的事
例 容许与反对两派的意见 儒家思想的矛盾 袁枚论
无子并非不孝 唐律无子立嗣的思想的进步 但尚限于
同姓 东汉至晋及五代后唐收养异姓为子的风气盛行一
时 沈家本主张异姓亲属可以承继

第五章 欧美法系侵入时代 370

欧美各国在华领事裁判权确立使中国法系受一大打击
“权利”、“义务”等学说的输入使国人不满意旧法制 新企
业发生旧法制不足应付 八国联军后刘坤一等痛陈变法
救亡 英日美葡商约对改革旧法制的兴奋 沈家本诸氏
研究外国法律的热心 删除凌迟、枭首、戮尸等野蛮刑名
的建议 改正旧律不能保障人权的部分 促进满汉人民
在法律上完全平等 新《刑律》的起草及其与旧《律》根本
不同之三要点 “法治派”与“礼教派”之大论战 民国初
年“礼教派”的得势 世界大战以后各国法律均改以社会
为本位 “权利趋于社会化”、“契约趋于集合化”，我国法
律思想又发生一大变化 国民政府所颁布的刑、民法典实
另辟一新纪元 “三民主义”的立法与我国古代法律思想
不同，与欧美的法律观念尤异 《民法总则》、《债权》编、
《物权》编即其实例 《亲属》编、《继承》编推翻几千年来旧

礼教所护持的名分亲属关系、宗法观念 刑法充分表现改善主义的精神,男女完全平等,礼教观念极为淡薄,民族思想很盛

全书结论 420

中国法律思想牵涉的范围很广,内容的议蕴很深,问题很复杂 中国法律思想上的创见各时代都有,将来的发展可以说无限 中国近年变化很为剧烈,所以不应对新刑、民法典的实施过于悲观

第一章 导言

定义和范围

《中国法律思想史》尚是一部尝试的创作,我且大胆替它下一个定义说:《中国法律思想史》是研究中国几千年以来各时代所有支配法律内容全体的根本原理,同时并阐明此等根本原理在时间上的“变迁”与“发达”及其在当时和后代法律制度上所产生的影响。

这里所说“法律内容全体”是指整个的“中国法系”而说,著者不相信程树德先生《中国法制史》所说如下的一段话是真确:

……自晋氏失驭,天下分为南北,于是律分南北二支:南朝刘宋、南齐沿用《晋律》……及陈并于隋,而南朝之律,其祀遽斩。

今唐宋以来,相沿之律,均属北系;而寻流溯源,当以元魏之律为北系诸律之嚆矢。北魏多承用《汉律》,不尽袭魏晋之制。……^①

程先生又在《后魏律考序》说:

^① 《中国法制史》,第一篇第三章,第9页。

……北朝则自魏及唐,统系相承,迨于明清,犹守旧制,如流徒之列刑名,死罪之分斩绞,及十恶入律,此皆与南朝异者。……^①

著者的意见以为,自《唐律疏义》以前的整部法典既不存在,所以要勉强说“南北律系”立法的根本原理彼此不同是无充分证明,很为危险的。程先生也承认——

中国法律有下列特殊之点:

(一)建国之基础,以道德、礼教、伦常,而不以法律;故法律仅立于补助地位,为手段,不为目的。……

(二)立法之根据,以道德、礼教、伦常,而不以权利。各国宪法所以保障人权,民法则以物权、债权为先,而亲族继承次之,此法律建筑于权利之上也,我国则反是。……

(三)法律既立于辅助道德、礼教、伦常之地位,故其法常简,常历久不变。……^②

这三种特点试问程先生,南北律系果有什么根本差异的所在?可以说整个的完全相同。又“中国法系”的特点还不只这三种,但从汉代以迄清朝的末叶,所有盈千累百的成文法典,其支配法律内容全体的基本精神总是同样,现本书所要探究的这即是最重要的一点,也可以说是《中国法律思想史》的静的方面。此外则支配中国法

① 《九朝律考》卷十五,第1页。

② 参看上书第四章,第12至20页。

律内容全体的根本原理虽是同样,但只有极少数的规定可称为万古不变,其余大多数就不能不受时势环境和人类意志的影响,因之法律原则的消长存灭便不可一概而论。试以中国法律思想的演进情形来说,虽萌芽很早,但要经过春秋一个酝酿时期直到战国时才产生一大批法律思想家诠释法理、昌言法治。同时庄周一派又主张“无为”,承袭孔子衣钵的孟轲、荀卿另各有其德治主义,结果自汉代以后,儒家学说独霸一切,成为各朝代立法的基本原理。惟在儒家垄断学术界的二千余年里,在立法时的意见也不能完全一致,如自汉文帝废除肉刑,可算是中国刑法上空前的一大改革,真能实行儒家论王者应爱民如赤子的主张,但到了东汉光武时就有杜林上言恢复肉刑,接着崔寔、荀悦、仲长统和魏的陈群、钟繇、傅干,晋的刘颂、卫展,北宋的曾布都有过“持之有故,言之成理”的动议;在反对恢复肉刑方面的人,东汉则有孔融,魏有王脩、王朗、夏侯玄,晋有周顗、桓彝、孔琳之,南宋有马端临,他们的论战虽远不如“正组”的明切犀利,但因时移世易,人心已惮于改革,所以终归“反组”胜利。肉刑也只成为汉文帝以前历史上的一个名辞。还有自东汉王符、崔寔反对君主赦罪之后,五代时后晋有张允,元有赵天麟、苏天爵都衍其余绪,但历代君主仍照旧惯大赦特赦,滥作威福。又如前汉就有冯翊反对“赎罪”,路温舒反对“讯刑”,孔光反对“族诛连坐”……但在实际上也不发生影响。至于民法方面,如宋洪迈、明朱善都主张平辈外亲可以结婚,明宋濂首先提出婚姻解除的“恶疾”与“无子”两个条件的规定为不合理,清俞正燮又大声疾呼的对当时妇女在法律上的身分深致不满,但因男性中心社会的根深蒂固,所以结果还是如明王祿、清钱大昕的拥护“七出”说较为得势,这些都是《中国法律思想史》的动的方面。由上面所述看来,《中国法律思想史》即是对中国

法律思想静的和动的方面加以历史的考察。

这样和一般所谓“中国法制史”的涵义不同,因为“中国法制史”是以中国历代法律制度的兴废与其演进的情形为研究的对象,又和所谓“中国法理学史”的范围也不一样,因为所谓“法理学”(jurisprudence)乃指“法律的知识”(knowledge of law)和“法律的科学”(science of law)而言。所以大法学家奥士汀(Austin)就主张:“凡论题为各种法律所共通,而非仅与任何特种法律相关的就叫做法理学。”这样只是对法律的真正性质加以解剖和分析,而“法理学史”也不过只研究法理学说之历史的变迁,范围较“法律思想史”狭隘得多。在欧洲、罗马末季,法律即已成为科学,故“法理学史”的材料自然相当丰富,中国只有先秦诸子稍有萌芽,^①但汉代以后即停滞不发达,若专述“中国法理学史”,内容必不免贫弱枯燥。本书既命名为《中国法律思想史》,所以除叙述先秦仅少的法理学说的古籍而外,并以中国历代法律制度的形成与进化中的思想为考察的对象。其着手之处,即:(一)就个人的思想加以考察,如学者的著述言论,以及法律家活动的遗迹;(二)就时代的思想加以考察,如法典制度和历史文化等,可以考察时代背景和时代的意识。这样即是本书的范围。

研究的必要

一般法律学校的生徒都误解“法律思想史”为和将来执行律师职务与及充当法官没有什么关涉,所以在大学里虽有这一门课程也

^① 参看广池千九郎博士《东洋法制史序论》第三、第五、第七诸章及梁启超先生的《中国法理学发达史论》(见《新民业报》第四卷第五、六两号)。

只等于无用的长物,其实不然!日本东京帝国大学教授田中耕太郎博士最能发挥“法律思想史”的价值,他著的《法律哲学概论》有说:

……现代法律思想有其自己的特征,但尚包含以前各时代的遗产。又法律思想史上一时代的特征,即为对前时代的反动,或为其补充及继续发展。这样的意味可以说现代的法律思想即为过去二千余年人类先觉者所思索的沉淀物,欲根本的理解现代的法律思想,法律思想史的研究实为绝对的必要。加以我们的法律思想的眼界若能扩大,便可防止陷于偏见的弊病,然后才能把持得住客观的态度。此外,我们还可以捉摸得着各时代各思想家的误谬和缺失,同时又可以知道各时代法律思想的中心问题的所在。^①

本来我们研究各国法制史的人,绝对不可专在零星的法律现象里头做白费的工夫,实在应该先寻觅得到几个总枢纽,然后才能触类旁通、左右逢源,这所谓总枢纽即是贯通一整个的法系的根本思想。我中国自前清鸦片战争、英法联军两役以后,欧美帝国主义领事裁判权确立,中国大部分的法典从光绪末年起也都模仿大陆法系的形式和内容。但在人民方面,除通都大邑的人民和知识阶级稍微能够了解而外,一般林林总总的民众仍抱持几千年来所沿袭的中国旧有的法律思想。所以要想彻底了解所谓世界五大法系之一的中国法系的内容,最先的急务即在要懂得贯通整个“中国法系”的思想。

^① 《法律哲学概论》第一分册,第15页。

时代的区分

《中国法律思想史》可分为四个时代：

第一，萌芽时代。大凡研究思想史的人最先必须认清社会的来源，然后才能明了思想发生的经过情形。中国有文字以来的信史一般都从殷代讲起，据现时所有河南省安阳县出现的龟甲骨板上刻着的贞卜文字看来，那时的文字产生还没有多久，文字还在形成的途中；再考察这种幼稚文字所记载的事实，牧畜很为盛行，还只是一个原始共产制的氏族社会，法制的规定虽然还说不上，但也不无一二遗迹可以追寻。到了周代，农业特别发达，既把殷室吞灭，便完成一个奴隶制的社会。那时文化较殷代确有长足的进步，在考古学上看来，算是青铜器时代。就现存《诗经》、《尚书》、《周易》诸书的真实可靠的部分加以研究，后此几千年的法律思想已萌芽于此时。

第二，儒墨道法诸家对立时代。周末春秋战国的思想在中国文化史上是一度放过极灿烂辉煌的光彩，在以前几世纪和后此的数千年内都不曾有过和它相比的时代。那时学派实在太多，据《孟子》列举的有杨朱、墨翟；^①《韩非子》列举儒家有八派，墨家有三派；^②《荀子》列举的有佗器、魏牟一派，陈仲、史鳢一派，墨翟、宋钘一派，慎到、田骈一派，惠施、邓析一派，子思、孟子一派；^③《尸子》列举的有

① 《孟子·滕文公》上、下，《尽心下》。

② 《韩非子·显学》篇谓儒家之八派为：子张之儒，子思之儒，颜氏之儒，孟氏之儒，漆雕氏之儒，仲良氏之儒，孙氏之儒，乐正氏之儒；墨家三派为相里，相夫，邓陵。

③ 《荀子·非十二子》篇第六，又《天论》篇第十七、《解蔽》篇第二十一及《正论》篇第十八并可参看。

墨子、孔子、皇子、田子、列子、料子；^①《庄子》列举的有墨翟、禽滑厘一派，田骈、尹文一派，彭蒙、田骈、慎到一派，关尹、老聃一派，庄周一派，惠施一派；^②《吕氏春秋》列举的有老聃（“聃”、“聃”同字）、孔子、墨翟、关尹子、列子、陈骈、阳生（杨朱）、孙臧、王廖、兒良；^③《史记》列举的有慎到、田骈、接子、环渊、邹奭、邹衍、公孙龙、剧子、李悝、尸子、长卢子、吁子、墨翟。^④ 这些都是“持之有故，言之成理”的独立思想家，真可谓五花八门、头绪纷繁的了。但中国的古代学术是要到孔子的手里才有系统可寻，所以说“吾道一以贯之”，至如江璩氏所著《读子卮言》和蒋维乔氏所著《周秦诸子的分派》一文^⑤都主张“道家本来是统括一切学术的”，“海内的学者没有不归宿到道家的”，“……儒、法、名、阴阳四家直接间接都与老聃有渊源的”。其实不然，诸子百家都渊源于儒。墨家是孔学的反动，杨朱又是墨学的反动，杨朱而后方有田骈、慎到论“天道”和“物理”，道家的庄周还是后辈，《老子》一书异说纷纭，如崔述^⑥、梁任公师^⑦、顾颉刚^⑧、冯友兰^⑨都怀疑老聃为道家的始祖。日本市村瓚次郎博士的《儒教思想

① 《尸子·广泽》篇。

② 《庄子·天下》篇。

③ 《吕氏春秋·审分览·不二》篇。

④ 《史记》卷七十四《孟荀列传》。

⑤ 《新中华》第一卷第二十一期。

⑥ 《洙泗考信录》。此外如叶适的《习学记言》、黄震的《黄氏日钞》、汪中的《述学·老子考异》、康有为的《桂学答问》对老子虽都稍树异议，但还不能摧陷旧说的坚固壁垒。

⑦ 《哲学杂志》第六期及《学术讲演集》的《评胡适之中国哲学史大纲》一文，又《先秦政治思想史·本论》第二章第111、112页并可参看。

⑧ 燕京大学《史学年报》第四期《从吕氏春秋推测老子之成书年代》。

⑨ 《中国哲学史》上卷。