

乙丑
重編

飲冰室文集

冊八

乙丑重編 飲冰室文集 卷八

第二集四

新會 梁啟超

中國法理學發達史論

緒論

近世法學者稱世界四法系而吾國與居一焉其餘諸法系或發生蚤於我而久已中絕或今方盛行而導源甚近然則我之法系其最足以自豪於世界也夫深山大澤龍蛇生焉我以數萬萬神聖之國民建數千年綿延之帝國其能有獨立偉大之法系宜也然人有恆言學說者事實之母也既有法系則必有法理以爲之原故研究我國之法理學非徒我國學者所當有事抑亦全世界學者所當有事也

法律先於法理耶抑法理先於法律耶此不易決之問題也以近世學者之所說則法律者發達的而非創造的也蓋法律之大部分皆積慣習而來經國家之承認而遂有法律之効力而慣習固非一一焉能悉有理由者也謂必有理而始有法則法之能存者寡矣故近世解釋派專解釋法文者盛行其極端說至有謂法文外無法

理者。法理實由後人解剖法文而發生云爾。雖然。此說也。施諸成文法大備之國。猶或可以存立。然固已稍沮法律之進步。若夫在諸法熒然。殽亂之國。而欲助長立法事業。則非求法理於法文以外。而法學之效用。將窮。故居今日之中國。而治法學。則抽象的法理。其最要也。

我國自三代以來。純以禮治爲尙。及春秋戰國之間。社會之變遷極劇。然後法治思想乃始萌芽。法治主義者。應於時勢之需要。而與舊主義宣戰者也。夫禮治與法治。其手段固溝然不同。若其設爲若干條件。以規律一般人之行爲。則一也。而凡持舊主義者。又率皆崇信「自然法」。

說詳第四章

其所設條件。殆莫不有其理由。其理由

之真不真。適不適。且勿論。要之謂非一種之法理焉。不得也。而新主義之與彼對峙者。又別有其理由。而旗幟甚新。壁壘甚堅者也。故我國當春秋戰國間。法理學之發達。臻於全盛。以歐洲十七世紀間之學說視我。其軒輊良未易言也。

顧歐洲有十七八世紀之學說。而產出十九世紀之事實。自拿破崙法典成立。而私法開一新紀元。自各國憲法公布。而公法開一新紀元。逮於今日。而法學之盛。爲有

史以來所未有。而我中國當春秋戰國間。雖學說如林。不移時輒已銷熄。後此退化復退化。馴至今日。而固有之法系。幾成礪石。則又何也。禮治主義與夫其他各主義。

如放任主義
人治主義等

久已深入人心。而羣與法治主義爲敵。法治主義雖一時偶占勢力。摧

滅封建制度階級制度。

戰國秦漢之交吾國固有之封建制度階級制度一時摧滅雖儒法兩家並有力而法家功尤偉說詳第六章

然以

吾國崇古念重。法治主義之學說終爲禮治主義之學說所征服。門戶之見。惡及儲胥。並其精粹之義。而悉吐蔑之。而一切法律上事業。悉委諸刀筆之吏。學士大夫莫肯從事。此其所以不能發達者一也。又法家言。主張團體自身利益過甚。遂至蔑視團體員利益。雖能救一時之敝。而於助長社會發達。非可久適。其道不愜於人心。雖靡舊說之反對。勢固將敝。而儒墨家言。又主張團體員利益過甚。於國家強制組織之性質。不甚措意。故其制裁力有所窮。適於爲社會的。而不適於爲國家的。夫以兩派各有缺點。專任焉。俱不足以成久治。而相輕相軋。不能調和。此其所以不能發達者二也。坐此二弊。故雖於一時代百數十年間。有如火如茶之學說。而遂不足以開萬世之利。造一國之福也。

逮於今日。萬國比隣。物競逾劇。非於內部有整齊嚴肅之治。萬不能壹其力以對外。法治主義。爲今日救時唯一之主義。立法事業。爲今日存國最急之事業。稍有識者。皆能知之。而東西各國之成績。其刺戟我思想。供給我智識者。又不一而足。自今以往。實我國法系一大革新之時代也。雖然。法律者。非創造的而發達的也。固不可不采人之長以補我之短。又不可不深察吾國民之心理。而惟適是求。故自今以往。我國不採法治主義則已。不從事於立法事業則已。苟採焉而從事焉。則吾先民所已發明之法理。其必有研究之價值。無可疑也。故不揣驕昧。述其研究所粗得者。以著於篇。語不云乎。層冰爲積水所成。大輅自椎輪以出。此區區數章。苟能爲椎輪積水之用。則吾之榮幸。寧有加焉。

法之起因

我國言法制之所由起。大率謂應於社會之需要而不容已。此儒墨法三家之所同也。今刺取其學說而比較之。

(一) 儒家

（荀子禮論篇）人生而有欲。欲而不得。則不能無求。求而無度量分界。則不能不爭。爭則亂。亂則窮。先王惡其亂也。故制禮義以分之。以養人之欲。給人之求。使欲必不窮乎物。物必不屈於欲。兩者相持而長。是禮之起也。故禮者養也。

（又王制篇）水火有氣而無生。草木有生而無知。禽獸有知而無義。人有氣有生。有知亦且有義。故最爲天下貴也。力不若牛。走不若馬。而牛馬爲用。何也。曰人能羣。彼不能羣。故也。人何以能羣。曰分。分何以能行。曰義。故義以分則和。（楊注。言分義相須也。）和則一。一則多力。多力則強。強則勝物。（中略）故人生不能無羣。羣而無分則爭。爭則亂。亂則離。離則弱。弱則不能勝物。君者善羣者也。

（又富國篇）人倫並處。（楊注。倫類也。）同求而異道。同欲而異知。生也。皆有可也。知愚同。所可異也。知愚分。（楊注。可者遂其意之謂也。）勢同而知異。行私而無禍。縱欲而不窮。則民心奮而不可說也。如是則知者未得治也。知者未得治。則功名未成也。功名未成。則羣衆未縣也。（案縣同懸。謂懸隔也。）羣衆未縣。則君臣未立也。無君以制臣。無上以制下。天下害生縱欲。欲惡同物。欲多而物寡。寡則

必爭矣。(中略)離居不相待則窮。羣而無分則爭。窮者患也。爭者禍也。救患除禍。則莫若明分使羣矣。

(二)墨家

(墨子尚同篇上)古者民始生。未有刑政之時。蓋其語人異義。是以一人則一義。二人則二義。十人則十義。其人茲衆。其所謂義者亦茲衆。(案茲同滋益也)是以人。是其義以非人之義。故交相非也。是以內者父子兄弟作怨惡。離散不能相和合。天下之百姓。皆以水火毒藥相虧害。至有餘力不能以相勞。腐朽餘財。不以相分。隱匿良道。不以相教。天下之亂。若禽獸然。明夫天下之亂。生於無政長。是故選天下之賢可者。立以爲天子。(中略)天子惟能壹同天下之義。是以天下治也。

荀子之所謂禮。所謂義。墨子之所謂義。其實皆法也。蓋荀子言禮而與度量分界相麗。言義而與分相麗。墨子言義而與刑政相麗。度量分界也。刑政也。皆法之作用也。

(三)法家

（管子君臣篇下）古者未有君臣上下之別。未有夫婦妃匹之合。獸處羣居。以力相征。於是智者詐愚。強者凌弱。老幼孤獨。不得其所。故智者假衆力以禁強虐。而暴人止。爲民興利除害。正民之德而民師之。（中略）名物處違是非之分。則賞罰行矣。上下設。民生體。而國都立矣。是故國之所以爲國者。民體以爲國。君之所以爲君者。賞罰以爲君。

（商君書君臣篇）古者未有君臣上下之時。民亂而不治。是以聖人列貴賤。制節爵位。立名號。以別君臣上下之義。地廣民衆萬物多。故分五官而守之。民衆而姦邪生。故立法制爲度量以禁之。

（又開塞篇）天地設而民生之。當此之時也。民知其母而不知其父。其道親親而愛私。親親則別。愛私則險。民生衆而以別險爲務。則有亂。當此之時。民務勝而力征。負勝則爭。力征則訟。訟而無正。則莫得其性也。故賢者立中。設無私。而民日仁。當此時也。親親廢上。賢立矣。凡仁者以愛利爲道。而賢者以相出爲務。民衆而無制。久而相出爲道。則有亂。故聖人承之。作爲土地貨財男女之分。定而無制不可。

故立禁。禁立而莫之司不可。故立官。官設而莫之一不可。故立君。既立其君。則上賢廢而貴貴立矣。

（韓非子五蠹篇）古者丈夫不耕。草木之實足食也。婦女不織。禽獸之皮足衣也。不事力而養足。人民少而財有餘。故民不爭。是以厚賞不行。重罰不用。而民自治。今人有五子不爲多。子又有五子。大父未死而有二十五孫。是以人民衆而貨財寡。事力勞而供養薄。故民爭。雖倍賞累罰而不免於亂。

以上三家五子之說。皆以人類之有欲爲前提。謂生存競爭。爲社會自然之現象。而法制則以人爲裁抑自然。從而調和之。而荀墨商三家。謂人始爲羣。卽待法治。韓則謂地廣人稀時。無取於法。法必緣民衆而需要始亟。是其微相異者也。韓子殆只認形成國家後之強制組織。而不認社會的制裁力。是其缺點也。蓋韓子之學。淵源於老子。而老子謂郅治之極。無法而能治也。韓子謂人民少而財有餘。故民不爭。然人民少之時。財亦決非能有餘。此可以生計。學理說明之也。故韓子此前提實不正確。人類有欲之一前提。亦老子所承認也。然其所以解決此問題之方法。則與諸家異。儒墨法諸家。皆以節欲爲手段。故禮也。義也。法也。從此生焉。老

子則以絕欲爲手段。欲苟絕。則一切皆成疣贅矣。故其言曰。不見可欲。使民心不亂。又曰。常使民無知無欲。故無爲而無不治。又曰。少私寡欲。又曰。不欲以靜。天下將自定。皆其義也。雖然。人類之欲。果可得絕乎。不可得絕。則老子之說。不售也。以今語說之。則生存競爭者。果爲人類社會所得逃之。公例乎。不可逃。則法制之起。其決不容已也。

荀子社會學之巨擘也。其示人類在衆生界之位置。先別有生物於無生物。次別有知物於無知物。次別有理性物於無理性物。謂人類者。其外延最狹。而其內包最廣。與歐西學者之分類正同。彼之所謂理性。荀子所謂義也。亦謂之普通性。亦謂之大

我。附注義从我从羊會意字也。董子云義者我也。其从羊者所以別於小我。羊能羣者也。故我國文字凡形容社會之良性質者皆从之。羣善美義等是也。考工記生曰。羊善也。義从我从羊。所以示此大我之普通性。卽人類所以能結爲團體之原因。

也。小野塚博士言國家所由起。根於人類之普通性。而寬博士言國家社會之最原因。根於自我之自由活動。其所謂自我者。謂人類共通之大我也。與佛學之華嚴性海相合。他日更詳細介紹之。荀子以義爲能羣之本。原洵批卻導窾之論矣。其富國篇所論由

經濟的（生計的）現象。進而說明法制的現象。尤爲博深切明。謂離居不相待則窮。

故經濟的社會。爲社會之成始。謂羣而無分則爭。故國家的社會。爲社會之成終。其言爭之所由起。謂欲惡同物。欲多而物寡。欲者經濟學所謂慾望。(德語之 Begierde 英語之 Desire) 欲多而物寡。卽所謂欠乏之感覺。(德語之 Empfindung des Mangels) 而欠乏之感覺。由於欲惡同物。人類慾望之目的物。如衣食住等。大略相同故也。荀子此論。實可爲經濟學社會學國家學等之共同根本觀念也。

諸家之說。皆謂法制者。由先聖先王之救濟社會之一目的而創造之。語其實際。則此創造法制之人。卽形成國家時最初之首長也。而此首長。以何因緣而得有爲首長之資格。諸家所論。微有不同。墨子言選天下之賢可者。立以爲天子。是謂最初之首長。由選舉而來。然法制未立以前。何從得正確之選舉。是不免空華之理想也。儒家皆言天生民而立之君。又曰亶聰明作元后。是謂由天所命。然茲義茫漠。不足以爲事實也。荀子亦儒家。而所言稍趨於實。謂必功名成然後羣衆懸。必知者得治然後功名成。蓋當社會之結合稍進。則對內對外之事件日蹟。其間必藉有智術者。或有膂力者。內之以維持社會之秩序。外之以保障社會之安甯。於是全社會之人德。

之。而。其。功。名。成。焉。寢。假。其。人。及。其。輔。翼。者。遂。獨。占。優。勢。於。社。會。此。君。主。貴。族。所。由。起。也。故。曰。羣。衆。懸。而。君。臣。立。矣。

管子言智者假衆力以禁強暴。其說明社會形成國家之現象。尤爲盛水不漏。夫雖有智者。苟非假衆力而國無由成。蓋國家爲人類心理之集合體。苟其人民無欲建國之動機。則國終不可得建也。而又非如民約論者流。謂國純由民衆建也。雖有衆力。苟無假之以行最高權者。則國亦無由成。兩相待而國立焉。制定焉。管子此語。今世歐西鴻哲論國家起原者。無以易之也。

又管子所謂「上下設民生體」所謂「民體以爲國」實「最古之團體說」也。

注房

謂上下既設則生貴賤之禮貴賤成禮方乃爲國以禮釋體實曲解也民禮以爲國豈復成文義耶管子又云先王善與民爲一類與民爲一體則是以國守國以兵守民也君臣篇上正可與此文相發明故管子實國家團體說之祖也蓋上之對下。卽全部對一部之意也。卽拓都對么

匿之意也。上下既設而肢官各守其機能。如一體然。而此人民結集之一體。則謂之國家也。商君開塞篇之論言國家發生成長之次第。尤爲博深切明。蓋由家族進爲社會。由社會進爲國家。由愛治進爲禮治。由禮治進爲法治。其所經過之階級。實應

如是也。其所論親親上賢貴貴之三時代。亦與歷史相脗合。其上賢之一時代。卽由圖騰社會形成國家之過渡也。而所謂賢者。謂智力優秀於其儔者也。蓋雖在未成國家以前。而社會上優秀者之地位。已漸顯。卽所謂上賢時代也。及優秀者之地位。被確認。則所謂貴貴時代也。

商君言制之興。在未立君以前。夫在原始社會。其未立君者。卽其未形成國家者也。謂未形成國家而先有法制。似不衷於理論。雖然。未有國家以前。夫既有社會之制裁力。商君所謂制者。蓋指此也。故別前者謂之制。而後者謂之禁。制者相互的。而禁者命令的也。故禁也者。卽國家之強制組織也。而禁之與官。官之與君。同時並起。非謂先有禁。而後有官。先有官。而後有君。精讀原文。自不至以辭害意焉矣。

小野塚博士者。日本第一流之學者也。今引其言以證管商二子之說。其言曰。『原人最始爲徽章（圖騰）社會。而此種社會。由家族團體時期。漸進於地域團體時期。（中略）當其未形成國家以前。亦固思所以調和衝突。維持內部之平和。其間自有規律之發生。略約束其分子。但此規律。無組織的強制力之後援。苦失諸微弱。洎夫』

內部之膨脹日增。對外之競爭日劇。於是社會之組織。分科變更。而強制的法規起焉。強制法規既具。不可無統一之之機關。羣中之優秀者。則膺其任而執行之。始猶不過暫置。既而內外之形勢繼續。而機關遂不得不繼續。而所謂優秀者。遂得繼續。以保其優勢之地位。故原始國家與君主國。體常有密接之關係。非偶然也。」政治學大綱上卷一四五此與商君之言抑何相類之甚耶。而其所謂優秀者。亦即管子所謂假衆力以禁強暴之智者也。荀墨兩家。僅言禮言義。言分是所重者。仍在社會之制裁力也。混道德與法律爲一也。所謂禮治主義。德治主義也。管商皆言禁。則含有強制組織之意義。而法治主義之形。乃具矣。此法家之所以獨能以法名其家也。

（漢書刑法志）夫人宵天地之類。（顏注云宵義與宵同類古貌字）懷五常之性。聰明精粹。有生之最靈者也。爪牙不足以供耆欲。趨走不足以避利害。無毛羽以禦寒暑。必將役物以爲養。任智而不恃力。此其所以爲貴也。故不仁愛則不能羣。不能羣則不勝物。不勝物則養不足。羣而不足。爭心將作。上聖卓然先行敬讓博愛之德者。衆心說而從之。從之成羣。是爲君矣。歸而往之。是爲王矣。洪範曰。天子

作民父母以爲天下王。聖人取類正名。而謂君爲父母。明仁愛德讓。王道之本也。愛待敬而不敵。德須威而久立。故制禮以崇敬。作刑以明威也。聖人既躬明拯之性。必通天地之心。制禮作教。立法設刑。動緣民情。而則天象地。

此文言法制起原。兼採儒墨法諸家之說。而貫通之。明社會制裁力。與國家強制組織。本爲一物。禮治與法治。異用而同體。異流而同源。且相須爲用。莫可偏廢。此誠深明體要之言也。讀此而我國人關於法之起因之觀念。可以大明。

法字之語源

我國文「法」之一字。與刑律典則式範等字。常相爲轉注。今釋其文以求其義。

一釋法。法本字爲灋。說文「灋」下云。『刑也。平之如水。从水。廌所以觸不直者去之。从廌去。』今案說文廌下云。『解廌獸也。似牛一角。古者決訟。令觸不直者。』然則水取平之意。从廌去。取直之意。實合三之會意字也。法之語源。實訓平直。其後用之於廣義。則爲成文法律之法。用之於最廣義。則爲法則方法之法。實展轉段借也。釋名云。『法。逼也。莫不欲從其志。逼正使有所限也。』此雖非最初義。然

與近世學者所言法之觀念甚相接近。所謂莫不欲從其志者。言人人欲自由也。使有所限者。自由有界也。逼者。卽強制。制裁之意。而制裁必軌於正。蓋我國之觀念。則然也。

二釋刑 說文灋下云。刑也。而刀部有刑字。無荆字。刑下云。剋也。剋下云。刑也。二字轉注。然則刑之本義甚狹。謂剋人之頸而已。段注云。『荆。罰典。荆。儀。荆等字。以荆當之者。俗字也。造字之悒既殊。并聲并聲各部。凡并聲在十一部。凡并聲在十二部也。』然則刑不足以當荆。而荆之義究云何。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。以竹曰箆。以土曰型。』而許書木部模下。竹部箆下。皆訓法。是亦轉注也。詩毛傳屢云。刑法也。亦轉注也。易曰。『利用刑人。以正法也。』是荆含有正之意。荀子彊國篇云。『荆。箆。正。金。錫。美。』是荆以正爲貴也。記王制云。『剋。荆也。剋。成也。一成而不可變。故君子盡心焉。』一成不變。正與型之性質相合。其字又與形通。左傳引詩。『形民之力。而無醉飽之心。』杜注云。『形同刑。程量其力之所能爲。而不過也。』然則荆有形式之意。模。箆。

之意。程量之意。故典刑儀刑等字。皆備此諸義。所以从井者。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。『故井井有條。』井然不紊。皆以井爲形容詞。又易井卦。『改邑不改井。』王注云。『井以不變爲德者也。』然則井也者。具有秩序及不變之兩義者也。从刀者。刀以解剖條理。故制字則字等皆从之也。然則說文雖無刑字。今可以意補之云。『刑法也。从刀从井。井亦聲。』而下其定義。則當云。刑也者。以人力制定一有秩序而不變之形式。可以爲事物之模範及程量者也。是與法之觀念極相合也。

三釋律 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。』桂氏馥義證云。『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。鸛冠子。五聲不同均。周語。律所以立均出度也。』案說文之訓。桂氏之釋。皆能深探語源。確得本意。蓋吾國科學發達最古者。莫如樂律。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。』書

言同律度量衡。而度量衡又皆出於律。

漢書律曆志云。夫律者。規圓矩方。權重衡平。準繩嘉量。探賈索隱。鉤深致遠。莫不用