



論著二

中國法理學發達史論

飲 冰

(自叙)

一本論之目的有二一在發揚國粹使我先民久湮之精神撥沈疇而著光晶一在與世界新學說相比較知我之短長以喚起我同胞研究法學之興味

一本論原名「中國法學發達史論」嗣以其範圍太廣不易從事故改今名他日研究有得尙思貫徹初志則此論可爲彼論之一部分也

一就法學範圍立論則當涉穹古以迄現今就法理學範圍立論則秦漢以後新發明者甚希故本論以先秦爲斷

一純粹之法治主義必推法家然儒道墨三家其學說之關於法理上者甚多且與法家亦互有短長故本論恒以儒墨道法四家言相比較

一本論第三章其資料多取諸日人廣池千九郎氏所著「東洋法制史叙論」不敢掠美特著一言以鳴謝惟

中國法理學發達史論

論著二

二

廣池氏搜采既未備而去取繁簡之間亦不免失常又其斷案往不往確蓋廣池氏於我國諸子之家數不甚明瞭常以儒家言與法家言混爲一談而不知其根本觀念之差異此所以批判屢失正鵠也

一本論殺青草草不能自慊他日研究續有所得當加釐正續學之士望賜教言

著者識

(目次)

第一章 緒論

第二章 法之起因

第三章 法字之語源

第四章 舊學派關於法之觀念

第一節 儒家

第二節 道家

第三節 墨家

第五章 法治主義之發生

第一節 放任主義與法治主義

第二節 人治主義與法治主義

第三節 禮治主義與法治主義

第四節 勢治主義與法治主義

第六章 新學派(法家)關於法之觀念

第七章 法之目的及效用

第一節 團體員利益說

第二節 團體自身利益說

第八章 國法上君主之地位

第九章 人民之權利義務

第十章 公法與私法

附錄 成文法編制之沿革

第一章 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。然人有恒言。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。若夫在諸法樊然殺亂之國。而欲助長立法事業。則非求法理於法文以外。而法學之効用。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。社會之變遷極劇烈。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。而凡持奮主義者又率皆崇信「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。以歐洲十七八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。自拿破侖法典成立。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。幾成殭石。則又何也。禮治主義與夫其他各主義。如放任主義久已深入人心。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。適於為社會的，而不適於為國家的。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，有如火如荼之學說，而遂不足以開萬世之利，造一國之福也。

逮於今日，萬國比鄰，物競逾劇。非於內部有整齊嚴肅之治，萬不能壹其力以對外。法治主義為今日救時唯一之主義。立法事業為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。故不揣樸昧，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。甯有加焉。

第二章 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。使欲必不窮於物。物必不屈於欲。兩者相持而長。是禮之所起也。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。曰以義。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。强者凌

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。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。上賢而貴。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。

以上三家四子之說。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。即待法治。韓則謂地

論著二

十

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。而老子謂郵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

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)我從羊。會意字也。董子云。義者我也。其從羊者。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從之。羣善美善等是也。考工記注曰。羊善也。義從我從羊。所以示我之結集體。即所謂大

我。此大我之普通性。即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。(參現本報所譯國家原論)而篋博士言國家社會之最高原因。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。謂雖居不相待。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 *Begehrende* 英語之 *Desire*) 欲多而物寡。即所謂欠乏之感覺(德語之 *Unruhe 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。由先聖先王以救濟社會之一目的而創造之。語其實際。則此創造法制之人。即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。直聰明作元后。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顯。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。寔假其人及其輔翼者。遂獨占優勢於社會。此君主貴族所攸起也。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。尤為盛水不漏。夫雖有智者。苟非假衆力而國無由成。蓋國家為人類心理之集合體。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。流謂純由國民衆建也。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。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「民體以為國。」實最占之國體說也。房注謂「上生貴賤之禮。貴賤成禮。方乃為國。」以禮釋體。實曲解也。「民禮以為國。」豈復成文義耶。管子又云。「先王善與民為一體。與民為一體。則是以國守國。以民守民也。」(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。即全部對一部之意也。即拓都對么匿之意也。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。即由圖騰社會形成。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。即所謂上賢時代也。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。即其未形成國家者也。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。即國家之強制組織也。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○泊○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至一五〇葉此○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○(顏注云宵義與肖同類古貌字)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。德頌威而久立。故制禮以崇敬。作刑以明威也。聖人既躬明慈之性。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。

第三章 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。」然則从水。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，即強制制裁之意，而制裁必軌於正，蓋我國之觀念則然也。

一釋刑。說文灑下云：刑也。而刀部有刑字，無荆字。刑下云：剉也。剉下云：刑也。二字轉注。然則刑之本義甚狹，謂剉人之頸而已。段注云：『荆罰典，荆儀，荆等字，以刑當之者，俗字也。造字之旨既殊，井聲开聲各部，凡井聲在十一部，凡开聲在十二部也。』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，以竹曰范，以土曰型。』而許書木部模下，竹部范下，皆訓法。是亦轉注也。詩毛傳屢云：荆法也。亦轉注也。易曰：『利用荆人，以正法也。』是荆含有正之意。荀子彊國篇云：『荆范正，金錫美。』是荆以正爲貴也。記王制云：荆劓也。劓，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，模範之意，程量之意，故典、荆、儀、荆等字，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。然則說文雖無荆字。今可以意補之云。『荆法也。从刀。从井。井亦聲。』而下其定義。則當云。荆也者。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。所以范天下之不一而歸於一。故曰均布。』桂氏義證云。『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。鷓冠子。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。探頤索隱。鈎深致遠。莫不用焉。』故曰萬事根本也。夫度量衡爲一切形質量之標準。而律又爲度量衡之標準。然則律也者。可謂一切事物之總標準。

也。而律復有其標準焉。曰黃鐘之宮。黃鐘之宮者。十二律中之中聲也。以其極平均。而正確。故謂之中聲。所以能為標準之標準者。以其中也。故律者。制裁事物之最嚴格者也。左傳云。『先王之樂。所以節百事。』是其義也。孟子又曰。不以律不能正音。蓋樂之為理。十二律固定不動。而五音回旋焉。若眾星之拱北辰。然則律者。非徒平均。正確而又固定不動者也。綜上諸義。以下其定義。則律也者。平均。正確。固定。不動。而可以為一切事物之標準者也。國語云。『律所以立均出度。』是明其平均正確之義。釋名云。『律。累也。累人心使不得放肆也。』是明其為事物標準之義。

其後展轉段。借凡平均。正確。固定。可為事物標準者。皆得錫以律之名。易曰。『師出以律。』孔疏云。律法也。是法律通名之始也。自漢以還。而法遂以律名。史記蕭相國世家云。『獨先入收秦律令。』杜周傳云。『前主所是著為律。』漢書刑法志云。『不若刪定律令。』是皆以律名法也。

四釋典。詩儀式刑文王之典。毛傳云。典常也。廣韻典下云。主也。常也。法也。經也。說文

典下云。『五帝之書也。从冊在刀上。尊閣之也。』是典之本義。為尊貴之書冊。而吾國

人有尊古之習。視之與法同科也。下方更詳述其理例。訓常。訓經。皆示固定性也。

五釋則。說文『則』下云。『等畫物也。从刀。貝。貝古之物貨也。』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。『余謂古者以貝爲貨幣而貨幣之用在於易中。』易中義見嚴譯原富故能權物之貴賤而等差之者莫如貝。故曰等物齊之。如刀切焉。故曰畫物。从貝以示等。从刀以示畫。會意字也。蓋含均齊秩序之意。既差等而猶命之曰均齊者。孟子曰。物之不齊。物之情也。本不齊者。因其等而等之。是即所謂齊也。故吾國文所謂「則」常以爲「自然法」之稱。易乃見天則。詩天生烝民。有物有則。是其義也。然既从刀。則人事寓焉。故「人爲法」亦得適用之。周禮以八則治都鄙。鄭注云。則亦法也。

六釋式。說文式下云。『法也。从工弋聲。』又云。『工巧飾也。象人有規。』段注云。『直中繩。二平中準。是規。』是則式之取義在工。而工含有衡度之意。衡度者以中正平均爲體用者也。周禮以九式均節財用。鄭注云。『式謂節度。』實確詰也。

七釋範。說文無範字。竹部范下云。『法也。竹簡書也。古法有竹刑。』段注云。『通俗文曰。規模曰范。元應曰。以土曰型。以金曰鎔。以木曰模。以竹曰范。一物材別也。說與說文合。』然則范與型同義。型即荆也。考工記。『軋前十尺。』鄭注云。『書或作軋。軋法

也。』然則在車曰軌。範乃後定之字。楮合。范。範。二文而成也。易繫辭。『範圍天地之化而不過。』鄭注云。『範法也。』書洪範。偽孔傳云。『洪大範法也。言天地之大法。』史記宋解引鄭玄曰。『不與天道大法』是偽孔本於鄭也。然則範亦爲法之名。而其義又全與法同也。

此外與法互訓之字尙夥。匪暇殫述。綜上所舉則吾國古代於法之概念。可以推見焉。曰法也者。均平中正。固定不變。能爲最高之標準。以節度事物者也。

其在希臘。畢達哥士曰。法律者正義也。柏拉圖曰。正義一稱法律。喀來士布曰。法律者。正不正之鵠也。其在羅馬。錫爾士曰。法律者。術之公且善者也。哥克曰。法律不外正理。凡此者。近世學者字之曰「正義說」。此與吾國法之語源皆略同。而吾國更有固定不變之意。是其特色也。當法治主義未興以前。吾國人關於法字之解釋。率類是。

第四章 舊學派關於法之觀念

我國法律思想。完全發達。始自法家。吾故命法家爲新學派。命法家以前諸家爲舊學派。而舊學派中。復分爲三。一曰儒家。二曰道家。三曰墨家。其關於法之觀念。亦各各不同。今以次論之。

第一節 儒家

吾前述法字之語源。而解釋其定義。謂法也者。均平中正固定不變。可以爲最高之標準。以節度事物者也。儒家關於法之觀念。即以此定義爲衡者也。夫既以均平中正固定不變爲法之本質。然則此均平中正固定不變者。於何見之。於何求之。是非認有所謂自然法者。不可而儒家則其最崇信自然法者也。詩曰：「有物有則。」言有物斯有則。則存於物之自身也。此其義之最顯著者也。是故儒家關於法之觀念。以有自然法爲第一前提。今述其說。

(易繫辭)天尊地卑。乾坤定矣。卑高以陳。貴賤位矣。動靜有常。剛柔斷矣。方以類聚。物以羣分。吉凶生矣。在天成象。在地成形。變化見矣。

(又)聖人有以見天下之賾。而擬諸形容。象其物宜。聖人有以見天下之動。而觀其會通。以行其典禮。言天下之至賾。而不可惡也。言天下之至動。而不可亂也。

(又)是故明於天之道。而察於民之故。是興神物。以勸民用。一闔一闢。謂之變。往來不窮。謂之通。見乃謂之象。形乃謂之器。制而用之。謂之法。

(記樂記)天高地下。萬物散殊。而禮制行矣。流而不息。合同而化。而樂生焉。

儒家極崇信自然法。凡一切學說靡不根於此觀念。不可殫述。而繫辭傳二篇。其發之最闡者也。孟德斯鳩云。靡異不一。靡變不恒。嚴譯爲其參差者其一定也。其變化者其不易也。而易之一書。實專闡此理。觀其異者變者而思於其間焉。求其一者恒者。曷爲思求之。謂求而得焉。則可據之以制定平均中正固定不變之法。以福利天下也。孔子五十以學易。學此物而已。蓋孔子認此物爲客觀的具體的獨立而存在。而自苦人智之有涯。不足以窮之。故雖學至老而猶欲然也。孔子之志在求得自然法之總體。以制定人爲法之總體。即未能得。亦當據其一部分以制定一部分。要之。凡人爲法。不可不以自然法爲之。原此孔子所主張也。

法之最廣義。舉一切物之倫脊皆是也。其次廣義。則限於人類社會。人類社會之自然法。於何求之。亦曰求諸人類社會之自身而已。今述其學說。

(記中庸)率性之謂道。道也者不可須臾離也。

(又)子曰。道不遠人。人之爲道而遠人。不可以爲道。

(孟子告子上)惻隱之心。人皆有之。羞惡之心。人皆有之。恭敬之心。人皆有之。是非之心。人皆有之。惻隱之心。

仁也。羞惡之心。義也。恭敬之心。禮也。是非之心。智也。仁義禮智。非由外鑠我也。我固有之也。

(又)故凡同類者舉相似也。何獨至於人而疑之。(中略)口之於味也。有同者也。易牙先得我口之所嗜者也。如使口之於味也。其性與人殊。若犬馬之與我不同類也。則天下何者皆從易牙之於味也。至於味。天下從於易牙。是天下之口相類也。(中略)至於心。獨無所同然乎。心之所同然者何也。謂理也。義也。

孟子此論。證明人類之有普通性。而普通性即自然法之所從出。此最完滿之理論也。故自然法亦稱性法。荀子不認有自然法。下方論之。

既有自然法。則自然法必先於人定法。至易明也。孟德斯鳩法意云。『物無論靈否。必先有其所以存。有其所以存。斯有其所以存之法。』

又曰。『公理實先於法制。』其言所以存之法。即公理也。所謂自然法也。法制。則人定法也。根本觀念。與儒家正同。繫辭傳稱仰以觀於大文。俯以察於

地理。近取諸身。遠取諸物。於是始作八卦。此所謂自然法也。下復言蓋取諸離。蓋取諸益。蓋取諸噬嗑。蓋取諸乾坤。蓋取諸渙。蓋取諸隨。蓋取諸豫。蓋取諸小過。蓋取諸睽。蓋取諸大壯。蓋取諸夬。離、益、噬嗑、乾坤、渙、隨、豫、小過、睽、大壯、夬。皆自然法也。取之而制定種種事物。所謂人定法也。故記禮運曰。夫禮之初。始於飲食。又曰。飲食男女。人之大欲存焉。死亡貧苦。人之大惡存焉。此言人類受生伊始。即有普通性及既為羣。此普通性

益。交。錯。而。現。於。實。遂。成。所。謂。自。然。法。者。而。當。由。何。道。焉。得。應。用。此。自。然。法。以。制。爲。人。定。法。正。立。法。者。所。當。有。事。也。

歐西之言自然法者。亦分二宗。一曰有爲之主宰者。孟德斯鳩之徒是也。二曰莫爲之主宰者。赫胥黎之徒是也。而我國儒家之自然法。則謂有主宰者也。學說甚繁。略舉一二。

(易象傳)乾元用九乃見天則

(詩)天生烝民有物有則

(左傳)民受天地之中以生所謂命也是以有動作威儀之則以定命也

(易繫辭傳)天垂象聖人則之

(書)天叙有典自我五典五其哉天秩有禮自我五禮有庸哉

(又)永畏惟罰非天不中

(詩)不識不知順帝之則

(書)天乃錫禹洪範九疇彝倫攸叙

其他儒家言天者甚多。不可悉舉。僅舉經傳中言關於法之觀念者如右。蓋宇宙有自

然。法。存。於。人。物。之。自。身。而。人。物。自。身。何。以。能。有。此。自。然。法。則。天。實。賦。之。故。天。爲。自。然。法。之。淵。源。此。儒。家。之。說。也。天。亦。謂。之。命。故。曰。天。命。之。謂。性。記。稱。夏。道。尊。命。即。此。物。也。論。語。曰。不。知。命。無。以。爲。君。子。記。中。庸。曰。思。知。人。不。可。以。不。知。天。皆。欲。知。此。自。然。法。之。所。從。出。而。體。之。以。前。民。用。也。儒。家。屢。言。命。若。非。以。此。解。之。幾。不。知。其。所。謂。

儒。家。言。人。爲。法。不。可。不。根。本。於。自。然。法。顧。自。然。法。本。天。非。盡。人。所。能。知。也。則。其。道。將。窮。於。是。有。道。焉。使。自。然。法。現。於。實。者。曰。聖。人。聖。人。之。言。即。自。然。法。之。代。表。也。聖。人。之。言。何。以。能。爲。自。然。法。之。代。表。儒。家。謂。聖。人。與。天。同。體。者。也。否。則。直。接。間。接。受。天。之。委。任。者。也。否。亦。其。智。足。以。知。天。者。也。六。經。六。緯。之。微。言。皆。稱。聖。人。無。父。感。天。而。生。故。有。青。帝。靈。威。仰。赤。帝。赤。燁。怒。黃。帝。含。樞。紐。白。帝。白。招。拒。黑。帝。汁。光。紀。謂。之。五。感。生。帝。而。太。昊。炎。帝。黃。帝。少。昊。顓。頊。配。之。爲。五。人。帝。是。聖。人。爲。天。之。化。身。聖。人。即。天。也。故。直。以。其。意。爲。天。之。意。其。言。爲。天。之。言。其。法。爲。天。之。法。典。本。五。帝。之。書。而。竟。變。成。爲。一。種。法。之。名。蓋。以。此。也。此。種。觀。念。視。他。國。之。神。意。說。其。程。度。之。強。尙。有。過。之。惟。耶。蘇。新。約。差。可。比。倫。耳。所。謂。直。接。受。天。之。委。任。者。書。曰。天。乃。錫。禹。洪。範。九。疇。詩。曰。帝。謂。文。王。不。大。聲。與。色。不。識。不。知。順。

論著二

二十六

帝之則。漢書五行志曰。虛犧氏繼天而王。受河圖。禹治洪水。賜雒書。春秋元命苞曰。河以通乾出天苞。洛以流坤吐地符。河龍圖發。洛龜書成。河圖有九篇。洛書有六篇。隋書經籍志緯書類。有河圖二十卷。河圖龍文一卷。注云。河圖九篇。洛書六篇。自黃帝至周文王所受本文。又別有三十篇。云自初起至孔子九聖所增演。宋書符瑞志曰。成王周公時。洛出龜書。而書顧命亦言天球河圖在東序。記禮運亦言河出馬圖。論語述孔子語。乃云河不出圖。吾已矣夫。計河洛圖書之爲物。見於經緯者不下百數。洪範一篇。古說之文。自初一曰五行至威用六極。凡六十五字。謂禹所受本文。其以下則後聖之解釋也。即不信緯。安能不信經。記即不信經。記安能不信論語而其怪誕。既若是。以今日理想衡之。雖負牀之孫。猶不能起信。而孔子及兩漢大儒。津津言之。何也。乃讀西史。見來喀瓦士制斯巴達法典。云直受諸亞波羅神。摩哈默德之造。可蘭經云。直受諸天使。加布里埃。乃至猶太之摩西法典。印度之摩奴法典。希臘之綿尼法典。語其來歷。莫不皆同。乃知此實初民之共通觀念。非惟我國有之。而我國所流傳。實本諸口碑。非出自臆說也。然以孔子而猶迷信之。何也。孔子之學說。既認有自然法。復認自然法之出於天然。則宜操立法權者。惟天耳。天既不言。而感生化身。

之帝王又絕跡於後世。然則後之有天下者，必天牖其衷，乃可創法改制。故六經大義，皆言應天受命，制禮作樂。儒家視禮樂法制同物。前已屢言之。凡以法之淵源出於天也。董子曰：道之大原出於天。道即自然法也。而受命必有符，則龍龜鳥書等是也。受命之符，口碑所傳也。必受命而後立法，則儒家之大義與自然法天定法之主義相一貫者也。申而言之，則非為受命故改制，實為改制故受命也。孔子學易以求自然法，既有所得，思欲據之，制為人定法，以易天下。然受命之符久而未至，沈吟不敢自信，故歎曰：鳳鳥不至，河不出圖，吾已矣夫！洎夫獲麟，西狩書降，端門然後制作之業託始焉。此其義必有所受而非可盡指為秦火以還之附會者也。西狩獲麟。受命之符。此明見於經傳。不容疑者也。然漢儒言孔子受命者，猶不止此。公羊哀十四年解詁引春秋演孔圖云：「天降血書魯端門內。」子夏明日往視之，血書飛為赤鳥，化為白書。署曰：「演孔圖。」中有作法副圖之象。孔子仰推天命，俯察時變，却觀未來。豫解無窮，故作撥亂之法。諸如此類，不遑殫述。蓋前漢儒者無不為信受命改制之說。至後漢始漸有疑者。而鄭康成猶據以注羣經。此實孔門家法。非漢儒附會也。夫在程度幼稚之社會，固不能無所託以定民志，而況夫既持道本在天之說，則一切制作自不得不稱天而行。理論相因所當然也，猶之大權在君主之國，一切法律不得不以君主之名行之，亦理論相因所當然也。故不得以此等神祕之說為儒家詬病也。

夫與天同體之聖人其最貴者也。直接受天委任之聖人其次貴者也。然直接受天委任之聖人亦間世而不一。遇於是乎有知足以知天者亦稱爲聖人。認其有立法及解釋法之權。蓋謂其能知自然法也。故易繫辭傳曰：天地設位，聖人成能。又曰：知變化之道者，其知神之所爲乎？又曰：參伍以變，錯綜其數，通其變，遂成天下之文，極其數，遂定天下之象。又曰：天生神物，聖人則之。天地變化，聖人效之。天垂象，見吉凶，聖人象之。河出圖，洛出書，聖人則之。凡此所謂聖人，皆謂其知足以知天者也。而記中庸所論，尤爲博深切明。今述而引申之。

（記中庸）惟天下至誠，爲能盡其性能，盡其性能，則能盡人之性能，盡人之性能，則能以贊天地之化育。可以贊天地之化育，則可以與天地參矣。其次致曲，曲能有誠，誠則形，形則著，著則明，明則動，動則變，變則化。惟天下至誠，爲能化。

（又）至誠之道，可以前知。國家將興，必有禎祥；國家將亡，必有妖孽。見乎蓍龜，動乎四體，禍福將至，善必先知之。不善必先知之。故至誠如神。

（又）惟天下至誠，爲能經綸天下之大經，立天下之大本。

中庸所謂至誠，即聖人也。惟至誠能經大經，立大本。言惟聖人乃能立法也。然所以能

立法者非他。以其如神也。以其與天地參也。其何以能如神。何以能與天地參。則全以能盡其性。故此實甚深微妙之論也。蓋人類莫不有其普通性。人類與衆生又有其相共之普通性。人類既有與衆生相共之普通性。又自有其普通性。以人類自有之普通性對於人類衆生。則彼自有之普通性。亦可謂人類之特別性也。明論理學上內包外延之公例。自能知之。日本法學博士寬克彥氏所著法學通論。最能發明此義。可參觀。此普通性有賦命之者。維持之者。則天是也。不認有造則謂別無一主體焉。以賦命之維持之。而儒家則認有造化主者也。聖人亦人類也。故聖人之性。即人類之普通性。亦即衆生之普通性。寬博士所謂自我性體無二。華嚴所謂性海。故能盡其性者。必能盡人類之性。隨即能盡衆生之性。如人類有能飲食之機能。衆生亦有能飲食之機能。我既能飲食。則人類之性之此機能。乃至衆生之此機能。我皆具之矣。故孟子曰。萬物皆備於我。而性之大原出於天。故能盡其性以盡普通性者。即其與天合德而與天參者也。故易文言傳又曰。夫聖人者。與天地合其德。先天而天弗違。後天而奉天時也。佛說言。一切衆生。有起一念者。佛悉知也。是即能盡人性。即能盡物性之說也。是即至誠可以前知之說也。夫既認有自然法。復認自然法存於人物之自身。而自然法則固定不變者也。然則能前知不亦宜乎。儒佛皆認自然法存於衆生之自身。而儒家則謂天實賦之。佛家則謂自造因而自受果也。此其所以異也。儒家則認有客觀的爲之主宰者。佛家則全尊主觀。而不認主宰者之獨立存在也。

故儒家之論。其第一前提曰。有自然法。其第二前提曰。惟知自然法者爲能立法。其第三前提曰。惟聖人爲能知自然法。次乃下斷案曰。故惟聖人爲能立法。而第三前提所

謂聖人者復分三種。第一種爲天化身之聖人。第二種受天委任之聖人。第三種與天合德之聖人。蓋自然法出於天。故能知自然法之聖人。必其與天有關係者也。此其論理之一貫者也。夫第三種之聖人。則其範圍甚廣矣。凡屬人類皆可以爲聖人。孟子曰：人皆可以爲堯舜。是也。夫謂凡屬人類皆可以爲聖人者。何也？吾有此普通性。聖人亦由此普通性。普通性既同。自可以相學而能此。亦其論理之一貫者也。蓋儒家之意。欲使人人皆爲能立法之人。特未達其程度。則不能有其資格耳。而孔子立教之目的。則在是也。

中庸謂至誠之道。可以前知。聞者或疑焉。不知此亦其論理之一貫者也。蓋既認有自然法。而自然法實先於宇宙萬有。而存立。取宇宙萬有而支配之者也。宇宙萬有生存運動於自然法之下。有一定之格。一定之軌。而不能踰越。然則既能知自然法者。其於宇宙萬有之若何生存。若何運動。豈不較然若指諸掌乎？夫知天文學公例者。則於日食星孛。可以前知。知物理學公例者。則於鷹化虹見。可以前知。皆以自然法縮之而已。近世學者於自然界現象。靡不信有自然法。至心理界現象。則或疑自然法之不能成。

立。自然界現象。指凡一切物有客觀的一體之存在者也。如動植物體乃至天體人體等皆是也。心理界現象者。不能截然有客觀的一體之存在者也。如人類社會中之各現象是也。人類社會。由人類心理合集而成。而心理能自由活動。故或疑其不能有一定之自然法。若儒家言則謂心理界現象亦支配於自然法之下。與自然界現象無異。故曰一切可以前知也。而研究此自然法則儒家所認為最大之事業也。然儒家固非絕對的不認心理界現象與自然界現象之區別。故其研究支配人類之自然法。亦常置重於人類心理。孟子所謂心之所同然者是也。然其此論又未嘗不與「自然法本天」之觀念相一貫。蓋謂人心所同然者受之於天。故人心所同然即天之代表也。而得人心之所同然者則其已受天之默許者也。若是者吾名之為間接受委任於天之聖人。誰問之民間之也。今述其說。

(書)民之所欲天必從之。

(又)天聰明自我民聰明。天明畏自我民明畏。

(又)天視自我民視。天聽自我民聽。(孟子引泰誓語偽古文采之)

(孟子萬章上)萬章曰。堯以天下與舜有諸。孟子曰。否。天子不能以天下與人。然則舜有天下也。孰與之。曰。天與之。天與之者。諄諄然命之乎。曰。否。天不言。以行與事示之而已矣。(中略)昔者堯薦舜於天。而天受之。暴之於民。而民受之。故曰。天不言。以行與事示之而已矣。(中略)舜相堯。二十有八載。非人之所能為也。天也。堯崩。

論著二

三十二

三年之喪畢，舜避堯之子於南河之南。天下諸侯朝覲者，不之堯之子而之舜。訟獄者，不之堯之子而之舜。謳歌者，不謳歌堯之子而謳歌舜。故曰：天也。（下略）

（又）萬章問曰：人有言：至於禹而德衰，不傳於賢而傳於子。有諸？孟子曰：否，不然也。天與賢則與賢，天與子則與子。昔者舜薦禹於天，十有七年，舜崩，三年之喪畢，禹避舜之子於陽城。天下之民從之。若堯崩之後，不從堯之子而從舜也。（下略）

（左傳桓六年）夫民神之主也。

準是以談，則儒家認人民之公意與天意有二位一體之關係。孟子答萬章問，其斷案皆歸諸天，而例證則舉諸人民，蓋謂民意者天意之現於實者也。荀子謂善言天者必有徵於人，蓋謂此也。然人民之意何以能指為與天意同一體？儒家之說謂人與天本一體也。試述之。

（春秋繁露為人者天篇）人之人本於天。天者人之曾祖父也。此人之所以上類天也。人之形體化天數而成。人之血氣化天志而仁。人之德行化天理而義。（中略）天之副在人人之情性有由天者矣。

（又觀德篇）況生天地之間。法太祖先人之容貌。（案太祖先人謂天也）

（又天地陰陽篇）貴者起於天。至於人而畢。畢之外謂之物。人超然於萬物之上而最為天下貴者也。人下長

萬物上參天地。

凡此皆言人與天本爲一體。夫至形體血氣德行皆由天所化。然則其爲一體也審矣。此非董子之私言。實孔門之大義也。質而言之。則人類之普通性實與天共之者也。夫立法者既不可不以自然法爲標準矣。自然法既出於天意矣。而人民之公意即天意之代表也。故達於最後之斷案則曰：人民公意者立法者所當以爲標準也。歐洲十七八世紀之學者主張自然法說。隨即主張民意說。惟儒家亦然。故記大學曰：民之所好好之。民之所惡惡之。孟子曰：所欲與之聚之。所惡勿施爾也。經傳中說此義者不可枚舉。民意之當重。何以若是。則以其與天意一體而爲自然法所從出也。

若夫人民公意於何見之。則儒家之所說與十七八世紀歐洲學者之所說異。蓋儒家以爲非盡其性者不能盡人之性。故人民之真公意惟聖人爲能知之。而他則不能也。易繫辭傳曰：是以明於天之道。而察於民之故。是興神物。以前民用。聖人以此齋戒。以神明其德。記禮運曰：故聖人耐鄭注耐古能字以天下爲一家。中國爲一人者。非意之也。必知其情。辟於義。明於其利。達於其患。然後能爲之。謂人情人義人利人患也。參觀本文。皆此義也。蓋歐洲之自

然○法○學○派○謂○人○民○宜○爲○立○法○者○儒○家○則○謂○惟○知○人○民○真○公○意○所○在○之○人○宜○爲○立○法○者○而○能○知○人○民○真○公○意○所○在○者○惟○聖○人○故○惟○聖○人○宜○爲○立○法○者○也○故○同○主○張○人○民○公○意○說○而○一○則○言○主○權○在○民○一○則○言○主○權○在○君○其○觀○察○點○之○異○在○此○而○已○

夫○儒○家○既○謂○人○定○法○必○當○以○自○然○法○爲○標○準○則○凡○法○之○不○衷○於○自○然○法○者○儒○家○所○不○認○爲○法○者○也○又○既○謂○聖○人○與○「自○然○法○之○創○造○者」(即○天)有○密○切○之○關○係○故○聖○人○所○定○之○法○儒○家○所○認○爲○法○者○也○夫○儒○家○所○認○爲○法○者○必○其○與○自○然○法○一○致○者○也○而○自○然○法○者○一○定○而○不○易○者○也○故○儒○家○言○法○之○觀○念○自○不○得○不○崎○於○保○守○主○義○論○理○之○一○貫○使○然○也○故○曰○因○而○損○益○百○世○可○知○也○又○自○然○法○者○非○一○般○人○所○能○知○者○也○故○儒○家○言○法○之○觀○念○自○不○得○不○取○君○主○立○法○主○義○亦○論○理○之○一○貫○使○然○也○故○曰○非○天○子○不○議○禮○不○制○度○也○然○君○主○亦○非○盡○人○而○能○知○自○然○法○必○聖○人○乃○能○知○之○然○則○後○世○之○爲○君○主○而○非○聖○人○者○其○於○前○代○聖○君○之○法○惟○宜○遵○守○而○不○可○妄○有○所○更○革○故○儒○家○言○法○之○觀○念○益○不○得○不○以○君○主○立○法○主○義○與○保○守○主○義○相○結○合○又○論○理○之○一○貫○使○然○也○故○曰○遵○先○生○之○法○而○過○者○未○之○有○也○

然則春秋家言孔子改制者非耶。夫改制則與保守主義相反。以布衣而改制。又與君主立法主義相反。而春秋家言此也何居。應之曰。不然。孔子所謂改制者。非與前聖之法不相容也。前聖之法。不過能發明自然法之一部分。而孔子則欲發明其全部。而因以勸成一完備之人。定法使萬古不易也。其爲改也。正所以爲無改之地也。而孔子既爲知足以知天之聖人。又爲直接受天委任之聖人。故得行天子之事。而有立法權也。故孔子改制之義。與儒家主義之大體。未嘗矛盾也。

據上所述。則儒家於其所持法之觀念。其論之也。可謂首尾相應。盛水不漏者矣。雖然。儒家認道與禮與法爲同物者也。而此三者果同物乎。自然法果可應用之於心理界現象。而使一切人定法悉由之出乎。即可應用之。而彼自然法之全部分果能以人智盡發明之乎。儒家觀念之確與不確。當於此焉判之。

儒家中。惟荀子之說。微有異同。荀子不認有自然法者也。隨而不取法原本天之說。而惟以人定法爲歸。今復述其說而詮釋之。

(性惡篇)(前畧)然則從人之性。順人之情。必出於爭奪。合於犯分亂理而歸於暴。故必將有師法之化。禮

義之導。然後出於辭讓。合於文理。而歸於治。(中略)古者聖王。以人之性惡。以爲偏險而不正。悖亂而不治。是以爲之起禮義。制法度。以矯飾人之情性。而化之。(中略)今人之性。飢而欲飽。寒而欲煖。勞而欲息。此人之情性也。今人飢。見長而不敢先食者。將有所讓也。勞而不敢求息者。將有所代也。夫子之讓乎父。弟之讓乎兄。子之代乎父。弟之代乎兄。此二行者。皆反於性。而悖於情者也。然而孝子之道。禮義之文理也。故順情。性則不辭讓矣。辭讓則悖於情性矣。

荀子以性爲惡。自不得復認有自然法論理之一貫使然也。荀子謂人類於生理上。既爲自然法所支配。而生理上之利不利。與心理上之正不正常。相衝突。故於彼方面。既認有自然法。則於此方面。勢不得復認有自然法。藉曰有之。亦其不足以爲正。不正之標準者也。更申言之。則荀子者。謂支配社會之良法。其恒反於自然者也。故荀子言正不正之標準。不以天而惟以聖人。請舉其說。

(性惡篇)聖人積思慮。習僞故。以生禮義。而起法度。然則禮義法度者。生於聖人之僞。非故生於人之性也。

(中略)故聖人化性而起僞。僞起於性。而生禮義。禮義生而制法度。然則禮義法度者。是聖人之所生也。

(王制篇)天地者生之始也。禮義者治之始也。君子者禮義之始也。故天地生君子。君子理天地。

(禮論篇)禮有三本。天地者生之本也。先祖者類之本也。君師者治之本也。

(又)天能生物，不能辨物也。地能載人，不能治人也。宇中萬物生人之屬，待聖人然後分也。

(天論篇)天行有常，不為堯存，不為桀亡。應之以治則吉，應之以亂則凶。(中略)天有其時，地有其財，人有其治，夫是之謂能參。舍其所以參而願其所參，則惑矣。(中略)惟聖人為不求知天。

(又)人之命在天，國之命在禮。(中略)大天而思之，孰與物畜而制之？從天而頌之，孰與制天命而用之？

由是觀之，荀子謂天惟能生物而不能立法，能立法者惟聖人而聖人既受生於天之後，則與天相對待，既非天之一體，又非受天之委任者也。此其與普通儒家之觀念絕相反者也。荀子賤性而尊偽，偽也者，人為也。楊注云：偽為也。凡非天性而人作為之者，皆謂之偽。故為字人傍，會意字也。故絕對的不認有自然法。性者自然也。而惟認有人為法，然又言惟聖人為能起偽，故謂可為人為法之標準者，惟聖人也。其言聖人可為法之標準，與普通儒家同。其言聖人所以可為法之標準之故，則與普通儒家異。實則聖人以何因緣而可以為法之標準，此荀子所未言及也。

荀子極尊孔子，謂孔子所立之法，可以為一切法之標準。其言法後王，謂孔子也。夫孔子固亦欲自以其所立法為一切法之標準。雖然，孔子之所以自信者，謂其能知

自然法而應用之也。即孔子所以尊前聖人者，亦謂其能知自然法而應用之也。若荀子既不認自然法，徒以其爲聖人爲孔子也，而尊之，然則毋乃近於無理由之盲從矣乎？故就論理上首尾相應之點觀察之，荀子之不逮孔子明矣。

（君道篇）有治人無治法（中略）法不能獨立（中略）得其人則存失其人則亡（中略）君子者法之原也。故有君子則法雖省足以徧矣，無君子則法雖具失先後之施不能應事之變，足以亂矣。

此其言雖未嘗不含一面之真理，然人也者，非可操券而得者也。聖人君子間世而不一遇，專任人而不任法，此所以治日少而亂日多也。荀子又以尊君爲主義，君之賢也，更難遇，故其說益不完。孟子曰：徒法不能以自行，徒善不足以爲政，賢於荀子遠矣。

雖然，荀子言自然法之不能成立，此則雖孔子恐無以難也。何也？自然法一成不變者也，而人類心理自由活動者，也以自由活動之心理，果能如自然界現象以一成不變之自然法支配之乎？此最不易武斷者也。而自然法者，儒家之根本觀念也。此根本觀念破，則儒家之基礎已搖，此法家說所以蹈其隙而起也。

第二節 道家

道家亦認有自然法者也。雖然其言自然法之淵源與自然法之應用皆與儒家異。老子曰：人法地，地法天，天法道，道法自然。又曰：功成事遂，百姓皆謂我自然。又曰：希言自然。又曰：以輔萬物之自然而不敢爲。凡道家千言萬語，皆以明自然爲宗旨。其絕對的崇信自然法，不待論也。雖然彼不認自然法爲出於天，故曰：天法道，道法自然。又曰：有物混成，先天地生。又曰：天下萬物生於有，有生於無。又曰：有名天地之始，無名萬物之母。其意蓋謂一切具體的萬有皆被支配於自然法之下，而天亦萬有之一也。故天亦自然法所支配，而非能支配自然法者也。而自然法不過抽象的認識，而非具體的獨立存在也。故曰：恍兮忽兮，其中有象。夫自然法之本質既已若是，是故不許應用之以爲人定法。苟應用之以爲人定法，則已反於自然法之本性矣。故曰：三十輻共一轂，當其無有車之用；埴埴以爲器，當其無有器之用。又曰：大制不割。又曰：物或益之而損，又曰：夫代大匠斲者，希有不傷其手矣。故絕對的取放任主義而謂制裁力一無所用，非惟無所用，實不可用也。故儒家所以營營焉經畫人定法者，曰：惟信有自然法，故道家

所。以。屑。屑。然。排。斥。人。定。法。者。亦。曰。惟。信。有。自。然。法。故。道。家。對。於。法。之。觀。念。實。以。無。法。為。觀。念。者。也。既。以。無。法。為。觀。念。則。亦。無。觀。念。之。可。言。

第 三 節 墨 家

墨。家。之。持。正。義。說。及。神。意。說。與。儒。家。同。獨。其。關。於。自。然。法。之。觀。念。與。儒。家。異。試。列。舉。而。比。較。之。

(墨子天志篇下)子墨子置天志以為儀法。

(又法儀篇)天下從事者不可以無法儀(中略)故百工從事皆有法所度。今大者治天下。其次治大國。而無法所度。此不若百工辯也。然則奚以為治法而可。當皆法其父母奚若。天下之為父母者衆。而仁者寡。若皆法其父母。此法不仁也。法不仁不可以為法。當皆法其學奚若。天下之為學者衆。而仁者寡。若皆法其學。此法不仁也。當皆法其君奚若。天下之為君者衆。而為仁者寡。若皆法其君。此法不仁也。故父母學君三者。莫可以為治法而可。然則奚以為治法而可。故曰。莫若法天。(中略)既以天為法。動作有為。必度於天。天之所欲。則為之。天所不欲。則止。

(又天志篇中)故子墨子之有天之意也。將以度王公大人之為刑政也。順天之意。謂之善刑政。不順天之意。謂之不善刑政。故置此以為法。立此以為儀。將以量度天下。譬之猶分黑白也。

墨子之所謂儀法。即義是也。故墨家實以正義說爲法學之根本觀念者也。而正義之源泉。一出於天。故曰兼探正義說與神意說也。雖然其關於自然法之觀念。不甚明瞭。蓋認有自然法者。必謂自然法先於萬有而存在。必謂自然法一成而不可變。是故有所謂「命」者。記中庸所謂可以前知知此物也。而墨子非命是不認自然法之存在也。凡語人類社會之法律。而以自然法爲標準者。則標準必存於人類社會之自身人心。所同然者。即立法之鵠也。故人民總意說與自然法說。恒相隨我國儒家說有然歐洲十七八世紀學者之說。亦有然墨家不認自然法。故隨而不認。人民總意其言曰

(墨子節葬篇下)今執厚葬久喪者言曰。厚葬久喪。果非聖王之道。夫胡說中國之君子。爲而不已。操而不擇哉。子墨子曰。此所謂便其習而義其俗者也。昔者越之東。有較沐之國者。其長子生則解而食之。謂之宜弟。其大父死。負其大母而棄之。曰鬼妻不可與居處。(中畧)楚之南。有炎人國者。其親戚死。朽其肉而棄之。然後埋其骨。乃成爲孝子。秦之西。有儀渠之國者。其親戚死。聚柴薪而焚之。燻上。謂之登遐。然後成爲孝子。此上以爲政。下以爲俗。爲而不已。操而不舍。此所謂使其習而義其俗也。

故墨子絕對的認法律爲創造的。而不認爲發達的。若慣習法。其爲墨家所承認者。殆希也。且墨子之排斥人民總意也。猶有說。

(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。則其所謂義者亦茲衆。(案茲同滋益也)以是人。是其義。以非人之義。故交相非也。(中略)天子之所是。皆是之。天子之所非。皆非之。(中略)察天下之所治者何也。天子唯能壹同天下之義。是以天下治也。天下之百姓。皆上同於天子。而不上同於天。則畜猶未去也。

由此觀之。則墨子謂人民總意終不可得見。即見矣。而不足以爲立法之標準。若儒家所謂民之所好好之。民之所惡惡之者。墨子所不肯承認也。墨子所視爲立法之標準者。惟天志而已。而其言天也。又與儒家之言天異。儒家之天。則抽象的。而墨家之天。則具體的也。惟抽象的。故雖不能現於實。而可借人民總意。間接以現於實。惟具體的。故必須絕對直接。以現於實。其言天。之所欲。則爲天所不欲。則止。法儀篇是也。然天之所欲。所不欲。果能絕對的直接的。以現於實乎。墨子陳種種之義。以爲天所欲者。在是在是。所不欲者。在是在是。雖然。此不過墨子之主觀云然耳。墨子之主觀。其果爲天志之真相與否。是又不可不待諸天之自白。或第三位之評判也。然天之自白。與第三位之評判。終不可得。故墨子之言。遂不足以服天下也。準此以談。則儒墨兩家。雖同主張正義。

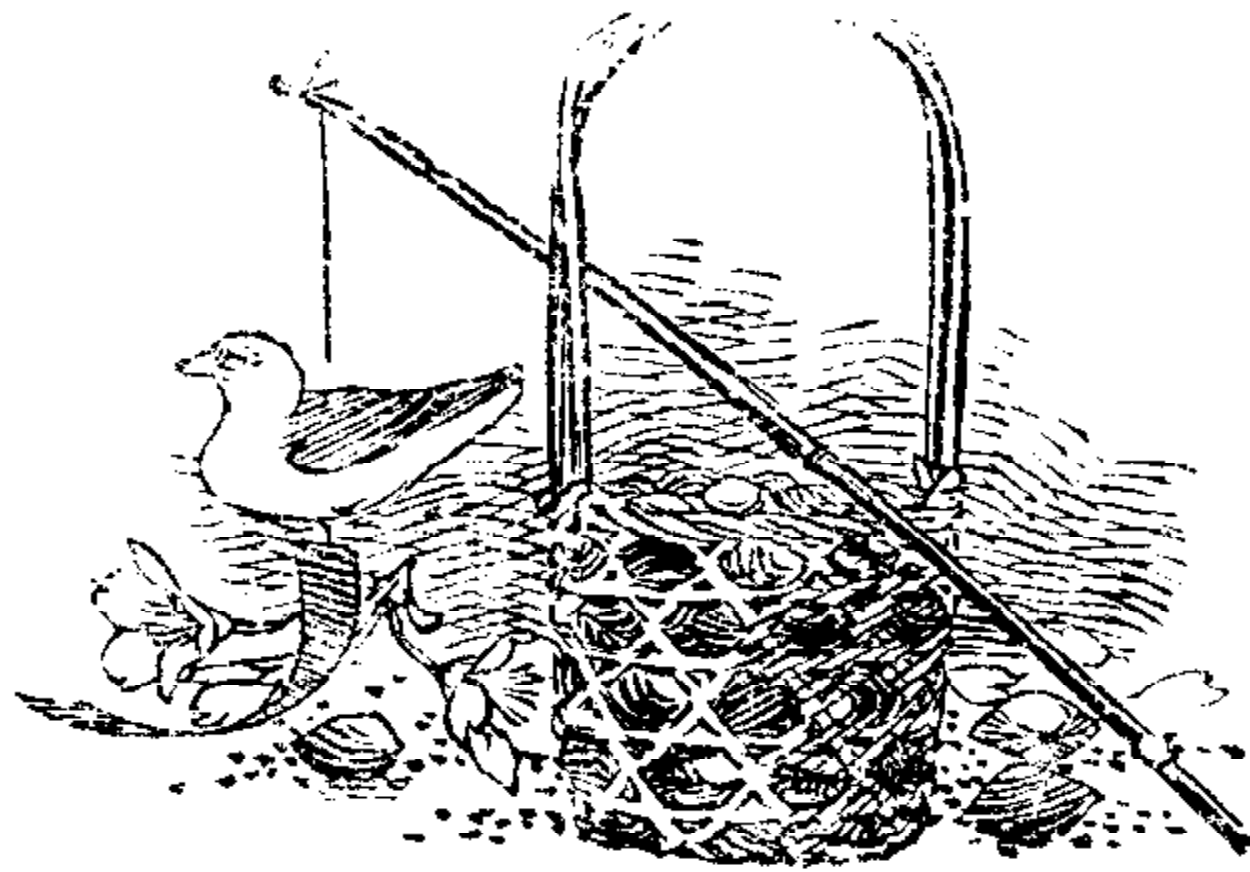
說。及。神。意。說。然。就。論。理。上。首。尾。相。貫。之。點。觀。察。之。則。墨。之。不。逮。儒。明。矣。

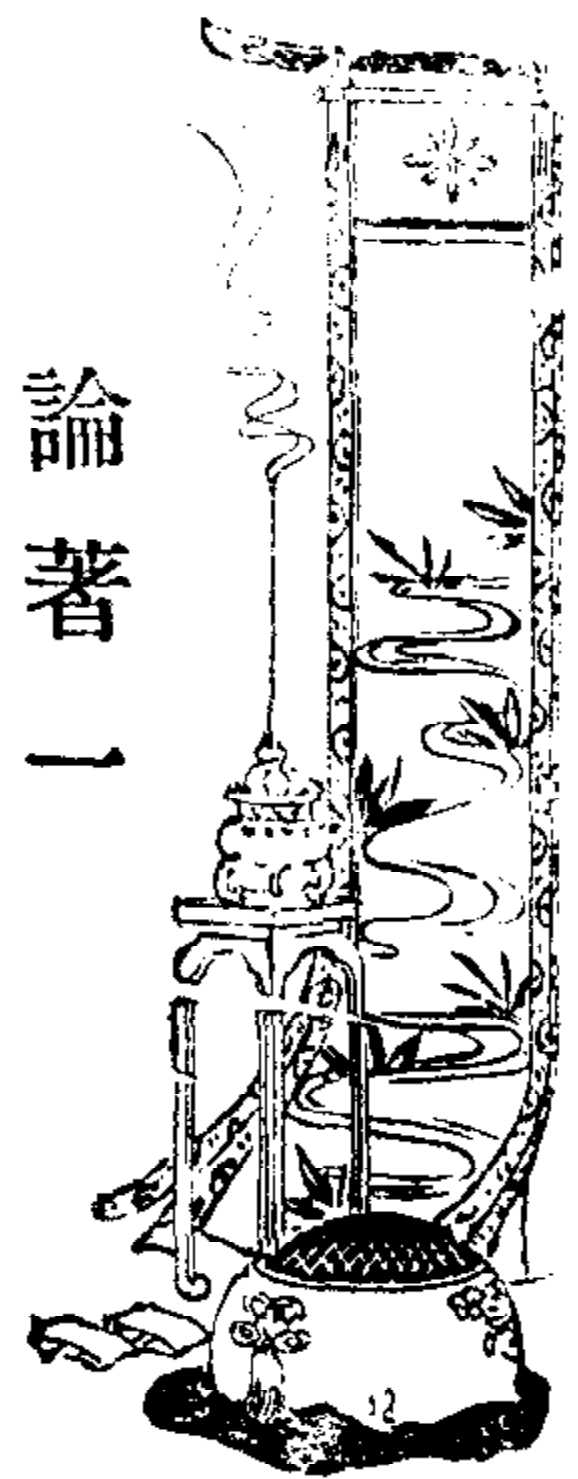
(本章已完全論未完)

●第四號正誤表

第七葉	第八行	革命論	(誤)	革命論者。	(正)
第一四葉	第十行	其此所以		此其所以	
第一六葉	第四行	難。然		雖。然	
第四五葉	第三行	故。謂。立。憲		故。語。立。憲	
第五五葉	第一行	立。憲		立。憲。國。	
第五八葉	第一一行	必。出。死。力		必。不。出。死。力	
第六六葉	第六行	政。治。論。之。之		之。字。衍	
第六八葉	第九行	而。復。實。行		而。後。實。行	
第六八葉	第四行	輿。論。之。之		之。字。衍	
第七〇葉	第二行	無。有		世。有	

論著二





論著一

中國法理學發達史論

(續第七十七號)

飲 水

第五章 法治主義之發生

當我國法治主義之興。萌芽於春秋之初。而大盛於戰國之末。其時與之對峙者有四。曰放任主義。曰人治主義。曰禮治主義。曰勢治主義。而四者皆不足以救時弊。於是法治主義應運而興焉。今請語其差異之點。

第一節 放任主義與法治主義

放任主義者。以不治爲治者也。然欲此主義之實現。必以使民無欲爲前提。否亦以使民寡欲爲前提。然有欲之民。能使之無乎多欲之民。能使之寡乎。此必不可得之數也。必不可得而猶謂放任可以治天下。是此主義已從根本上被破壞而不得存立也。今

述當時難放任主義之說。

放任主義者流。既以無治爲主義。故主人治主禮治主勢治主法治者交敵之。荀子惡性篇曰。

今人之性。生而有好利焉。順是故爭奪生而辭讓亡焉。生而有疾惡焉。順是故殘賊生而忠信亡焉。生而有耳目之欲。有好聲色焉。順是故淫亂生而禮義文理亡焉。然則從人之性。順人之情。必出於爭奪。合於犯分亂理。而歸於暴。

此論已足摧破放任主義說而有餘。而韓非子五蠹篇亦云。

古者不事力而養足。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。

此緣老莊一派。好稱道上古郅治。故爲述社會變遷之勢。謂在古。代可以放任。而世運愈進。愈不可以放任。此亦其駁論之最有力者也。若其謂法治足以救之者。何也。則慎

子曰。馬氏意林引

一兔走。百人追之。積兔於市。過而不顧。非不欲兔。分定不可爭也。

尹文子大道篇上曰。

名定則物不競。分明則私不行。物不競非無心。由名定故無所措其心。私不行非無欲。由分明故無所措其欲。然則心欲人人有之。而得同於無心無欲者。制之有道也。

持放任主義者必以不私不競為前提。而不私不競必以無心無欲為前提。而法家則謂無心無欲萬不可致。而使之不爭不競者。乃別有道。則權利之確定是也。慎子尹文子此語實權利觀念之濫觴也。荀子正名篇又曰。

凡語治而待去欲者無以道案同導而困於有欲者也。凡語治而待寡欲者無以節欲而困於多欲者也。

荀子此語難法家之欲祛私欲而無其道。而荀子所謂道之節之者。則分也。分即法也。尹文子大道篇上又曰。

道行於世。則貧賤者不怨。富貴者不驕。愚弱者不懼。智勇者不陵。法行於世。則貧賤者不敢怨。富貴者不敢陵。貧賤愚弱者不敢冀。智勇者不耻。鄙愚弱。

管子明法解亦曰。

故貧者非不欲奪富者財也。然而不敢者。法不使也。强者非不欲暴弱也。然而不敢者。畏法誅也。

此言道德與法律之區別。其義最明。蓋持放任主義者認意志之自由而行爲之自由。隨之故。所以規律一般行爲者。不得不悉仰諸良心之制裁。持法治主義者雖認意志。

之自由而行爲之自由。非絕對的承認。故所以規律一般行爲者。壹委諸法力之制裁。此道家與法家之大別也。夫以良心自制裁者。必非盡人而能之明矣。於是乎道德說勢不能普及。而將有所窮。此法家之所以代興也。尹文子上同又曰。

爲善使人不能得從。此獨善也。爲巧不能使人得從。此獨巧也。未盡善巧之理。爲善與衆行之。爲巧與衆能之。此善之善巧之巧者也。所貴聖人之治。不貴其獨治。貴與衆共治。貴工倕之巧。不貴其獨巧。貴其能與衆共巧也。今世之人。行欲獨賢。事欲獨能。辯欲出羣。勇欲絕衆。獨行之賢。不足以成化。獨能之事。不足以周務。出羣之辯。不可爲戶說。絕衆之勇。不可以征陣。

韓非子五蠹篇亦曰。

微妙之言。上智之所難知也。今爲衆人法。而以上智之所難知。則民無從識之矣。故糟糠不飽者。不務梁肉。知褐不完者。不待又繡。夫治世之事。急者不得。則緩者非所務也。今所治之政。民間之事。夫婦所明知者。不用而慕上知之論。則其於治反矣。故微妙之言。非民務也。

凡此皆謂徒任道德。不足以治國而利羣也。由此觀之。法家固未嘗盡蔑視道德。惟以爲道德者。只能規律於內。不能規律於外。只能規律一部分之人。不能規律全部分之人。故所當標以律民者。非道德而法律也。法家語固多有排斥道德者。然辨論之餘。走於極端。殆非其本意也。而法家言所以不能久者。亦以此。

第二節 人治主義與法治主義

凡社會之初形成國家其創造之而維持之者恒藉一英雄或數英雄力故古代人民其崇拜英雄之念特甚謂一切幸福惟英雄爲能我賜一切患害惟英雄爲能我捍於是英雄萬能聖賢萬能之觀念發生焉而不知英雄聖賢固大有造於國家然其所以能大有造於國家者非僅恃英雄聖賢自身之力而更賴有法以盾其後也由前之說謂之人治主義由後之說謂之法治主義

儒家固甚尊人治者也而其所以尊之者非以其人仍以其法蓋儒家崇拜古聖人者謂古聖人爲能知自然法能應用自然法以制人定法也故儒家者非持簡單膚淺的人治主義而實合人治法治以調和之者也孟子離婁曰

離婁之明公輸子之巧不以規矩不能成方圓師曠之聰不以六律不能正五音堯舜之道不以仁政不能平治天下今有仁心仁聞而民不被其澤不可法於後世者不行先王之道也故曰徒善不足以爲政徒法不能以自行（中略）故曰爲高必因丘陵爲下必因川澤爲政不因先王之道可謂智乎是以惟仁者宜在高位不仁而在高位是播其惡於衆也

徒善不可謂當以法治濟人治之窮也徒法不可謂當以人治濟法治之窮也故既言

不因先王之道不可謂智。又言惟仁者宜在高位。是人與法兩相須。實儒家中庸之大義也。

逮法家興。則排斥人治主義。而獨任法治主義。尹文子大道曰

田子(案田子田駢也)讀書曰堯時太平。宋子(案宋子宋鉞也)曰。聖人之治以致此乎。彭蒙在側。越次答曰。聖法之治以致此。非聖人之治也。宋子曰。聖人與聖法何以異。彭蒙曰。子之亂名甚矣。聖人者自己出也。聖法者自理出也。理出於己。己非理也。己能出理。理非己也。故聖人之治。獨治者也。聖法之治。則無不治矣。

此言可謂至言。謂治由聖人出者。具體的直覺的也。謂治由聖法出者。抽象的研究的也。理出於己而已。非理己能出理。而理非己。此實論理學上正名之要。惜而治科學者。所最當審也。如國家由君主統治。而君主非國家。君主能統治國家。而國家非君主。毫釐之辨。而根本觀念大相反焉。不可不審也。然此義儒家亦能知之。故孟子曰。聖人先得我心之所同然耳。凡儒家之尊聖人。皆尊其法。非尊其人也。

尹文子大道又曰。

聖王知民情之易動。故作樂以和之。制禮以節之。在下者不得用其私。故禮樂獨行。禮樂獨行。則私欲寢廢。私欲寢廢。則遭賢之與遭愚均矣。若使遭賢則治。遭愚則亂。是治亂續於賢愚。不係於禮樂。是聖人之術。與聖主

而俱沒。治世之法。遠易世而莫用。則亂多而治寡。亂多而治寡。則賢無所貴。愚無所賤矣。

此其言尤為博深切明。夫專制國則治亂續於賢愚者也。而立憲國則遭賢與遭愚均者。也。必遭賢與遭愚均。然後可以厝國於不敵。若此者。非法治無以得之。尹文子此文謂禮治也。然與法治對舉。則禮治為別物。與入治對舉。則禮治法治為同物。

此先秦諸君之所同也。尹文此文則禮治而意則法治也。所貴乎賢者。以其能厝國於不敵也。故必為國立法。斯乃可貴。此尹文之意也。韓非子難勢亦曰。

且夫堯舜桀紂。下世而一出。是此屑隨踵而生也。世之治者不絕於中。吾所以為言勢者中也。中者上不及堯舜。而下亦不逮桀紂。抱法處勢。則治。背法去勢。則亂。今廢勢背法。而待堯舜。堯舜至乃治。是千世亂而一治也。抱法處勢。而待桀紂。桀紂至乃亂。是千世治而一亂也。且夫治千而亂一。與治一而亂千也。是猶乘驥耳而分馳也。相去亦遠矣。

此言難人治主義說最為有力。蓋言人類至賢至不肖者。豈惟中人最多。有法則賢者益賢。而中人亦可以循法而不失。為賢無法。則惟賢者能賢。而中人則以廢法可循。而即於不肖。此立憲與專制得失之林也。前此所言皆謂人治之不能久。而法治之可以常也。而韓子復論人治之不能周。而法治之可以徧。其言難一曰。

歷山之農者。侵畔。舜往耕焉。耆年剛畝正。河濱之漁者。爭坻。舜往漁焉。耆年而讓長。東夷之陶者。器苦窳。舜往

陶焉。朞年而器牢。仲尼歎曰。耕漁與陶。非舜官也。而舜往爲之者。所以救敗也。舜其信仁乎。乃躬耕處苦而民從之。故曰聖人之德化乎。……或問儒者曰。中略。且舜救敗。朞年已一過。三年已三過。案已止也。舜有盡壽。有盡天下。過無己者。以有盡。逐無己所止者。寡矣。賞罰使天下必行之。令曰。中程者賞。弗中程者誅。令朝至。暮變。暮至朝變。十日而海內畢矣。奚待朞年。舜猶不以此說堯。令從已。乃躬親。不亦無術乎。且夫以身爲苦。而後化民者。堯舜之所難也。處勢而令下者。庸主之所易也。將治天下。釋庸主之所易。道堯舜之所難。未可與爲政也。

有難法治說。謂雖有良法。苟不得賢才以用之。而法將無效者。韓子則釋之。難勢曰。

（前略）夫曰良馬固車。賊獲御之。則爲人笑。王良御之。則日取乎千里。吾不以爲然。夫待越人之善海游者。以救中國之溺人。越人善游矣。而游者不濟矣。夫待古之王良。以馭今之馬。亦猶越人救溺之說也。不可亦明矣。夫良馬固車。五十里而一置。使中手御之。追速致遠。可以及也。而千里可日致也。何必待古之王良乎。且御非使王良也。則必使臧獲敗之。若非使堯舜也。則必使桀紂亂之。此則積辯累辭。離理失實。兩未之議也。

此言任人不任法者。人無必得之券。則國無必治之符。所待之人未至。而國已先亂。亡矣。任法不任人者。法固中材之所能守。而不必有所待也。此摯論也。

尹文子大道亦云。

萬事皆歸於一。百度皆準於法。歸一者簡之至。準法者易之極。如此頑關鑿鑿。可與察慧聰明同其治也。

故韓子又言。苟非以法治者。雖偶治而不可謂之真治。何也。未嘗有必治之券存也。其

言問辯曰。

夫言行者。以功用爲之的。毅者也。夫砥礪殺矢。而以妄發。其端未嘗不中秋毫也。然而不可謂善射者。無常儀也。設五寸之的。引十步之遠。非羿逢蒙不能必中者。有常也。故有常則羿逢蒙以五寸的爲功。無常則以妄發之中。秋毫爲拙。

此言專制國。雖或偶得英明神武之主。行開明專制國。運驟進。然不能以此自安。以其不能常也。法治國。雖進不必驟。而得寸得尺。計日程功。兩者比較。惟法治可以爲安也。故法家之論。謂人主無論智愚賢不肖。皆不可不行動於法之範圍內。此至精之論也。今最述其說。

(管子明法篇)是故先王之治國也。不淫意於法之外。不爲惠於法之內也。動無非法者。所以禁過而外私也。(中略)是故先王之治國也。使法擇人。不自舉也。使法量功。不自度也。

(又明法解篇)明主雖心之所愛。而無功者不賞也。雖心之所憎。而無罪者弗罰也。案法式而驗得失。非法度不留意焉。故曰不淫意於法之外。(中略)夫舍公法而行私惠。則是利姦邪而長暴亂也。行私惠而賞無功。則

是使民偷幸而望於上也。行私惠而赦有罪。則是使民輕上而易爲非也。故曰不爲惠於法之內。

(又任法篇)不知親疏遠近貴賤美惡。以度量斷之。其殺戮人者不怨也。其賞賜人者不德也。以法制行之。如天地之無私也。(中略)今亂君則不然。有私視也。故有不見也。有私聽也。故有不聞也。有私慮也。故有不知也。

(又)聖者任法而不任智。任數而不任說。任公而不任私。任大道而不任小物。失君則不然。

(韓非子用人篇)釋法術而心治。堯不能正一國。去規矩而妄意度。奚仲不能成一輪。廢尺寸而差長短。王爾不能半中。使中主守法術。拙匠守規矩。則萬不失矣。君人者能去賢巧之所不能守。中拙之所萬不失。則人盡而功名立。

(又亡徵篇)簡法禁而務謀慮者。可亡也。好以智矯法。時以私褻公。法禁變易。號令數下者。可亡也。

(又飾邪篇)凡智能明通。有以則行。無以則止。故智能單道。不可傳於人。而道法萬全。智能多失。夫懸衡而知平。設規而知圓。萬全之道也。釋規而任巧。釋法而任智。惑亂之道也。

(又姦劫弑臣篇)人主者。非目若離婁。乃爲明也。非耳若師曠。乃爲聰也。目必不任其數。而待目以爲明。所見者少矣。非不弊之術也。耳必不因其勢。而待耳以爲聰。所聞者寡矣。非不欺之道也。明主者。使天下不得不爲已視。使天下不得不爲已聽。

(又難二篇)以一人之力。禁一國者。少能勝之。

(慎子君人篇)君人者。舍法而以身治。則誅賞予奪。從君心出。然則受賞者。雖當。望多。無窮。受罰者。雖當。望輕。

無已。君舍法以心裁輕重。則同功殊賞。同罪殊罰矣。怨之所由生也。是以分馬之用策。分田之用鉤。非以策鉤爲過於人智。所以去私塞怨也。故曰。大君任法而弗躬。則事斷於法。法之所加。各以分蒙賞罰。而無望於君。是以怨不生而上下和矣。

（管子任法篇）昔者堯之治天下也。猶埴之在埏也。唯陶之所以爲。猶金之在鑪。恣冶之所以鑄。其民引之而來。推之而往。使之而成。禁之而止。故堯之治也。善明法禁之令而已。

以上所舉。皆謂非徒就國家方面論。宜任法而毋任人。即就君主方面論。亦宜任法而毋自任。而其言所以不可自任者有三義。一曰。自任則不周也。二曰。自任則滋弊也。三曰。自任則叢怨也。凡以明法治之必要而已。

第三節 禮治主義與法治主義

日本禮積陳重博士曰。『原始社會者。禮治社會也。舉凡宗教道德慣習法律。悉舉而包諸禮儀之中。無論何社會。皆禮治先於法治。此徵諸古代史及蠻地探險記而可見者也。支那古代。謂禮爲德之形。禮也者。行爲之有形的規範。而道德之表彰於外者也。當社會發展之初期。民智蒙昧。不能依於抽象的原則以規制其行爲。故取日用行習之最適應於共同生活者爲設具體的儀容使遵據之。則其於保社會之安甯助秩序的。』

發達最有力焉。故上自君臣父子兄弟夫婦朋友下逮冠昏喪祭宮室衣服飲食器具言語容貌進退。凡一切人事無大無小而悉納入於禮之範圍。夫禮之範圍其廣大如此。此在原始社會其人民未慣於秩序的生活者以此裁制之而甚有效。至易見也。及夫社會確立智德稍進。人各能應於事物之性質而為適宜之自治行為。無取復以器械的形式制馭之而固定之禮儀。或反與人文之進化成反比例。此禮治之所以窮而敝也。』

法學協會雜誌第二十四卷第一號說文「禮下法」

其於禮治主義之起原發達及其得失言之殆無餘蘊矣。

儒家崇信自然法。而思應用自然法以立人定法。其所立之人定法則禮是也。今先述儒家所言禮之定義。

(記樂記)禮也者。理之不可易者也。

(又)禮者。天地之序也。

(又)大禮與天地同節。

(又禮運)夫禮。先王以承天之道。以治人之情。

(又仲尼燕居)夫禮。所以制中也。

(又禮運)禮也者。義之實也。

(又禮器)禮也者。合於天時。設於地利。順於鬼神。合於人心。以理萬物者也。

(又)禮也者。物之致也。

(荀子致士篇)程者物之準也。禮者節之準也。

(又禮論篇)禮者。斷長續短。損有餘。益不足。達愛敬之文。而滋成行義之美者也。

(記樂記)禮節民心。

(又禮器)禮衆之紀也。紀散而衆亂。

(又坊記)禮者。因人情之節文。以爲民坊者也。

(又)夫禮。坊民所淫。章民之別。使民無嫌。以爲民紀者也。

(又樂記)禮者。所以綴淫也。

(又)禮者。將以平好惡。而反人道之正者也。

(又曲禮)夫禮者。所以定親疏。決嫌疑。別同異。明是非也。

(又仲尼燕居)禮者何也。即事之治也。有其事。必有其治。

(又禮器)禮也者。猶體也。體不備。君子謂之不成人。

(說文示部)禮。履也。段注云。見禮記祭義(案祭義云禮者履此者也)周易序卦傳。履足所依也。引申之。凡所依皆曰履。

論著一

(孔穎達禮記正義引鄭玄說)禮者體也。履也。統之於心曰體。踐而行之曰履。

(又引賀瑒說)其體有二。一是物體。言萬物貴賤高下小大文質各有其體。二曰禮體。言聖人制法體此萬物。使高下貴賤各得其宜也。(中略)物雖萬體。皆同一履。履無兩義也。

綜上所述。則禮之定義。可得而明焉。曰「禮也者。根本天地之自然法。而制定之於具體的。爲一切行爲之標準。以使人民踐履之者也。所謂理。所謂義。所謂中。所謂天之道。所謂天地之序。天地之節。皆謂自然法也。有其事必有其治。即有物有則之義也。此自然法。本爲具體的。當禮之未生以前。先已存在。而聖人則研究之於抽象的。求得其條理。而應用之於奉事物。物復制爲具體的儀式。以爲奉事物之標準。而使民率循。實其體有二。一曰自然法。二曰禮體。則二者當以道體與禮體並列。蓋物與事同。皆道與禮之目的物而已。荀子又曰。一若夫斷之繼之。博之淺之。益之損之。類之盡之。盛之美之。使本末終始莫不順比。足以爲萬世則。則是禮也。禮論是其義也。然則禮也者。一種具體的。人定法。而儒家所認爲與自然法有母子血統的關係者也。但既由自然法抽象而來。故雖認爲固定體。而固定之程度。比較的不如自然法之強。故儒家謂自然法之道爲絕對的。不變者。謂人定法之禮爲比較的。可變者。

今述其說。

(記曲禮)禮從宜使從俗。

(又禮器)禮時爲大。順次之。體次之。宜次之。稱次之。

(又禮運)故禮也者。義之實也。協之義而協則禮。雖先王未之有。可以義起也。

(又樂記)三王異世。不相襲禮。

由是觀之。則儒家謂禮不純爲創造的。而兼爲發達的。制禮者可承認慣習以爲禮。猶立法者可承認慣習以爲法也。故所重者不在禮之數。而在禮之義。記郊特牲云。『禮之所尊。尊其義也。失其義。陳其數。祝史之事也。故其數可陳也。其義難知也。』此猶言法者非徒重法文。而尤重法之精神也。

是故儒家言禮之効用。與法家言法之効用。正同。儒家之言曰。

(記經解)禮之於正國也。猶衡之於輕重也。繩墨之於曲直也。規矩之於方圓也。故衡誠縣。不可欺以輕重。繩墨誠陳。不可欺以曲直。規矩誠設。不可欺以方圓。君子審禮。不可誣以姦詐。

(荀子禮論篇)故繩墨誠陳矣。則不可欺以曲直。衡誠縣矣。則不可欺以輕重。規矩誠設矣。則不可欺以方圓。君子審於禮。則不可欺以詐僞。故繩者直之至。衡者平之至。規矩者方圓之至。禮者人道之極也。

法家之言曰。

(慎子)有權衡者不可欺以輕重。有尺寸者不可差以長短。有法度者不可巧以詐僞。(馬氏意林引)
(管子明法篇)是故有法度之制者不可巧以詐僞。有權衡之稱者不可欺以輕重。有尋丈之數者不可欺以長短。

(尹文子大道上篇)以度審長短。以量受多少。以衡平輕重。以律均清濁。以名稽虛實。以法定治亂。由是言之。則儒家之言禮。法家之言法。皆認爲行爲之標準。儒家所謂中禮不中禮。即法家之所謂適法不適法也。二者就形質上就效用。上其觀察點全同。雖謂非二物可也。

故儒家以禮爲治國治天下唯一之條件。其言曰。

(孝經)安上治民。莫善於禮。

(記祭統)凡治人之道。莫急於禮。

(又禮運)聖人以禮示之。故天下國家可得而正也。

(又)故治國不以禮。猶無耜而耕也。

(又)故唯聖人爲知禮之不可以已也。故壞國喪家亡人。必先去其禮。

(又)是故禮者君之大柄也。

(又哀公問)為政先禮。禮其政之本與。

(又祭義)致禮樂之道而天下塞焉。舉而措之無難矣。

(又樂記)樂至則無怨。禮至則不爭。揖讓而治天下者禮樂之謂也。

(又經解)故禮之教化也。微其止邪也。於未形使人日徙善遠罪而不自知也。是以先王隆之也。

(又曲禮)人有禮則安。無禮則危。

此皆極言禮治之效用也。

然儒家關於禮之觀念與關於法之觀念亦非全無差別。試舉之。

(論語)道之以政。齊之以刑。民免而無恥。道之以德。齊之以禮。有恥且格。

(記樂記)禮節民心。樂和民聲。政以平之。刑以齊之。禮樂刑政。四達而不悖。則王道備矣。

此所謂刑即法也。古代所謂刑。其本義即指法律。其引申之義。乃為刑罰。法律者。刑字之廣義也。刑罰者。刑字之狹義也。說見第三章。然則禮之與法散

言則通對言則別。儒家固非盡排斥法治。然以禮治為主。點以法治為補助。蓋謂禮治

所不能施之範圍。然後以法治行之也。

然則禮治與法治之範圍。亦有界線乎。曰。有之。

(記曲禮)禮不下庶人刑不上大夫

(荀子富國篇)由士以上則必以禮樂節之衆庶百姓則必以法數制之

荀子此文實曲禮彼文之注脚也。刑不上大夫者。刑即廣義之刑。謂法也。荀子所謂法數是也。吾國古代亦有等族制度。士以上即貴族。衆庶即平民也。其權利義務皆潏然懸殊。於是。以禮治刑治(法治)嚴區別之。其所以生此區別者。蓋在古代宗法社會。莫不有賤彼貴我之觀念。此各國所同。非獨我也。英人甄克思曰。『宗法社會。以種族爲國基。故其國俗。莫不以羸雜爲厲禁。方社會之爲宗法也。欲入其樊而爲社會之一分子。非生於其族。其道莫由。其次則螟蛉果蠃之事。然其禮俗至嚴。非與例故。昭合者。所弗納也。』嚴譯社會通詮第七六葉坐是之故。其禮俗習故。傳自先祖遺訓者。常神聖視之。而不許異族之適用。故古代法律。非如今之屬地主義。而恒取屬人主義。皆此之由。此其例證。求諸羅馬法。最易見。羅馬原有之法律。名「周士斯委爾」(Jus Civile)專適用於羅馬人。其後侵略日廣。歸化者日衆。於是別造一種法律。名「周士和那拉廉」(Jus Honorarium)者。(此譯蠻民法)以治羅馬種人以外之人。此兩法至今猶存。斑斑可考也。吾古代所謂

禮者以治同氣類之貴族所謂刑法者以治歸化之賤族書呂刑曰『苗民弗用靈制以刑。惟作五虐之刑。曰法。』此刑法之起原最可信據者。苗民即異族之歸化者。故書又曰。黎於士。士貴族也。民於變時雍。凡古代所謂民。皆以別民賤族也。由此觀之則所謂禮者即治本族之法律所謂刑者即治異族之法律其最初之區別實如是洎夫春秋以降漸由宗法社會以入軍國社會固有之貴族孳乳寔多特別權利有所不給而疇昔所謂異族久經同化殆不可識別於是社會大變革之機迫於眉睫治道術之士咸思所以救其敝而儒家則欲以疇昔專適用於貴族之法律（即禮）擴其範圍使適用於一般之平民法家則欲以疇昔專適用於平民之法律（即刑與法）擴其範圍使適用於一般之貴族此實禮治法治之最大等點而中國進化史上一大關鍵也。

夫禮也者取一切行爲而悉爲之制定一具體的形式然行爲者應於社會之變遷而其形式不得不變遷者也於是乎所制定之具體的勢難閱百年而猶與社會相適故在昔可爲社會進化之助者在後反爲社會進步之障而所謂行爲者自洪迄纖其數累億其所謂禮者亦不得不洪纖悉備其數累億非徒非人力所能悉制定抑尤非人

力所能悉記憶。故當戰國以還。社會之變遷。日益劇急。而諸子百家之對於儒教之禮治主義。其攻難亦日益甚。又勢使然也。是以道家墨家法家等。羣起而與禮治主義爲敵。

(莊子馬蹄篇) 及至聖人。摘僻爲禮。而天下始分矣。

(史記太史公自序) 夫儒者以六藝爲法。六藝經傳以千萬數。累世不能通其學。當年不能究其禮。

(淮南子要略) 墨子初學儒者之業。受孔子之術。既乃以爲其禮煩擾。傷生害業。糜財貧民。

(墨子非儒篇) 孔某盛容修飾。以蠱世。弦歌鼓舞。以聚徒。繁登降之禮。以示儀。務趨翔之節。以勸衆。儒學不可以讓世。勞思不可以補民。累壽不能盡其學。當年不能行其禮。

此道墨兩家相攻難之說也。多不及 道墨兩家。其立脚點爲極端的相反。惟其對於禮

治主義之批評則略相同。即一曰束縛過甚。二曰繁縟難行也。

法家亦攻難禮治主義。惟其所以攻難者。則觀察點全異。蓋道墨兩家謂禮治主義病在干涉程度太過。法家則謂禮治主義病在干涉程度不足也。今舉其說。

(韓非子顯學篇) 夫聖人之治國。不恃人之爲吾善也。而用其不得爲非也。恃人之爲吾善也。境內不什數。用人不得爲非。一國可使齊爲治也。用衆而舍寡。故不務德而務法。夫必恃自直之箭。百世無矢。恃自圓之木。千

世無輪矣。自直之箭。自圓之木。百世無有一。然而世皆乘車射禽者何也。隱括之道用也。雖有不恃隱括而自直之箭。自圓之木。良工弗貴也。何則。乘者非一人。射者非一發也。不恃賞罰而恃自善之民。明主弗貴也。何也。國法不可失。而所治非一人也。今或謂人曰。使子必智而壽。則世必以爲狂夫。智性也。壽命也。性命者非所學於人也。而以人之所不能爲說人。此世之所以謂之爲狂也。謂之不能然。則是論也。夫論性也。以仁義教人。則是以智與壽說也。有度之主弗受也。故善毛嬙西施之美。無益吾面。用脂澤粉黛。則倍其初。言先王之仁義。無益於治。明吾法度。必吾賞罰者。亦國之脂澤粉黛也。今巫祝之祝人口。使若千歲萬歲。千歲萬歲之聲。括耳而一言之壽。無徵於人。此人之所以簡巫祝也。今世儒者之說人主。不言今之所以爲治。而語已治之功。不審官法之事。不察姦邪之情。而皆道上古之傳譽先王之成功。儒者飾辭。以聽吾言。則可以霸王。此說者之巫祝。有度之主不受也。

(又五蠹篇) 若夫賢良貞信之行者。必待貴不欺之士。貴不欺之士。亦無不欺之術也。布衣相與交。無富貴以相利。無威勢以相懼也。故求不欺之士。今人主處制人之勢。有一國之原。重賞嚴誅。得操其柄。以修明術之所燭。雖有田常子罕之臣。不敢欺也。奚待於不欺之士。今貞信之士。不盈於十。而境內之官。以百數。必任貞信之士。則人不足官。人不足官。則治者寡。而亂者衆矣。故明主之道。一法而不求智。固術而不慕信。

(又) 今有不才之子。父母怒之。不爲改。鄉人譙之。弗爲動。師長教之。弗爲變。夫以父母之愛。鄉人之行。師長之智。三美加焉。而終不動其脛毛。不改州部之吏。操官兵。推公法。而求索姦人。然後恐懼。變其節。易其行矣。故父

母之愛。不足以教子。必待州部之嚴刑者。民固驕於愛。聽於威矣。

(又八說篇) 是以有道之主。不求清潔之吏。而務必知之術。

(商君書開塞篇) 分定而無制。不可故立禁。

(又) 古者民藜生而羣處。故求有上也。將以爲治也。今有主而無法。其害與無主同。有法不勝其亂。與不法同。

(又畫策篇) 仁者能仁於人。而不能使人仁。義者能愛於人。而不能使人相愛。是以知仁義之不足以治天下。

也。聖人有必信之性。又有使天下不得不信之法。所謂義者。爲人臣忠。爲人子孝。少長有禮。男女有別。非其義。

也。餓不苟食。死不苟生。此乃有法之常也。聖王者不貴義而貴法。法必明。令必行。則已矣。

(又) 國之亂也。非其法亂也。非法不用也。國皆有潛法。而無使法必行之法。國皆有禁姦邪刑盜賊之法。而無。

使姦邪盜賊必得之法。

(又禁使篇) 其勢難匿者。雖跖不爲非焉。

(尹文子大道上篇) 今天地之間。不肖實衆。仁賢實寡。趨利之情。不肖特厚。廉恥之情。仁賢偏多。今以禮義招。

仁賢。所得仁賢者。萬不一焉。以名利招。不肖所得。不肖者。觸地是焉。故曰。禮義成。君子君子。未必須禮義。名利。

治小人。小人不可無名利。(中畧) 上下不相侵。與謂之名正。名正而法順也。

(韓非子五蠹篇) 且夫以法行刑。而君爲之流涕。此所以效仁。非所以爲治也。夫垂泣不欲刑者。仁也。然而不。

可不刑者。法也。先王勝其法。不聽其泣。則仁之不可以爲治。亦明矣。

（又六反篇）故法之爲道前苦而長利仁之爲道偷樂而後窮聖人權其輕重出其大利故用法之相忍而棄仁人之相憐也。

（又）夫陳輕貨於幽隱雖曾史可疑也懸百金於市雖大盜不取也。不知則曾史可疑於幽隱必知則大盜不取懸金於市故明主之治國也衆其守而重其罪使民以法禁而不以廉止母之愛子也倍父父令之行於子者十母吏之於民無愛令之行於民也萬父母父母積愛而令窮吏威嚴而民聽從嚴愛之筴亦可決矣。

（商君書定分篇）夫不待法令繩墨而無不正者千萬之一也故聖人以千萬治天下故夫智者而後能知之不可以爲法民不盡智賢者而後知之不可爲法民不盡賢。

（韓非子八說篇）慈母之於弱子也愛不可爲前然而弱子有僻行使之隨師有惡病使之事醫不隨師則陷於刑不事醫則疑於死慈母雖愛無益於振刑救死則存子者非愛也母不能以愛存家君安能以愛持國。

（管子七法篇）言是而不能立言非而不能廢有功而不能賞有罪而不能誅若是而能治民者未之有也。

（中略）是可也曰形勢器械未具猶之不治也。

（韓非子八說篇）古者人寡而相親物多而輕利易讓故有揖讓而傳天下者然則行揖讓高慈惠而道仁厚皆推政也處多事之時用寡事之器非智者之備也當大爭之世而循揖讓之軌非聖人之治也。

（尹文子大道篇上）故有理而無益於治者君子弗言有能而無益於事者君子弗爲君子非樂有言有益於治不得不言君子非樂有爲有益於事不得不爲故所言者不出於名法（中略）明主不爲治外之理。

以上述法家言難禮治主義之大概也。其論多不可悉舉。此舉其一斑耳。夫禮固爲一種之制裁力不可誣也。雖然此社會的制裁力而非國家的制裁力也。既名之曰國家則不可無強制組織而禮治之所施則勸導之謂而非督責之謂也。語人以禮之當率循其率循與否惟在各自之道德責任心。若其責任心薄弱視禮蔑如者爲之奈何。法家則認人性爲惡。謂能有完全之道德責任心者萬不得一。故禮治不足爲治之具也。韓非子顯學篇。商君書定分篇。尹文子大道篇上等所說。又以爲人類當其以社會的分子之資格立於社會之下則社會所以制裁之者不得不專恃道德責任心。若當其以國家的分子之資格立於國家之下則國家所以制裁之者於道德責任心外尙可以有他力焉。凡今世之人類。一面爲社會的分子。蓋國權所不干涉之範圍。即社會之範圍也。若夫未能建設國家之人類。則不爲國家的分子。而僅爲社會的分子耳。而道德責任心之制裁實不完全之制裁也。社會之性質不能爲強制的。故不得不以不完全之制裁自滿足。而國家既有強制的性質可以行完全制裁。故不可徒恃道德責任心爲國民行爲之規律。非惟不可恃抑亦不必恃也。韓非子五蠹篇所說。於此而僅恃道德責任心安於不完全之制裁。則是國家自放棄其責任也。夫人類之相率而組織國家誠以不完全之制裁不足以確

保秩序而增進幸福而思有所以相易也。若既有國家而制裁之不完全，仍一如其前。則人之樂有國家也，奚爲也哉？準此以談，則強制的法治，非徒國家之權利，抑又國家之義務也。商君書開塞篇所謂凡此皆法家之理想，與儒家絕異者也。平心論之，則儒家對於國家之觀念，實不如法家之明瞭。非直儒家即道墨諸家，皆然。蓋儒道墨之論治也，其主觀的能治之方針，雖各各不同，而客觀的所治之目的物，則皆認國家與社會爲同物。故三家者，與其謂之國家主義，毋寧謂之社會主義之爲尤得也。我國之有國家主義，實自法家始。

第四節 勢治主義與法治主義

法治必藉強制而始現實，強制必藉權力而後能行。故言法治者，動與勢治相混。幾成二位一體之關係。法家以勢治立言者甚多，今不暇枚舉。雖然，法家決非徒任勢者，且決非許任勢者。凡以勢言法者，非眞法家言也。今述其證。

（韓非子難勢篇） 慎子曰：飛龍乘雲，騰蛇游霧，雲罷霧霽，而龍蛇與螾蟻同矣。則失其所乘也。堯爲匹夫，不能治三人，而桀爲天子，能亂天下。吾以此知勢位之足恃，而賢智之不足慕也。堯教於隸屬，而民不聽。至於南面

論 著 一

二 十 六

而。上。天。下。令。則。行。禁。則。止。由。此。觀。之。賢。智。未。足。以。服。衆。而。勢。位。足。以。任。賢。者。也。應。慎。子。曰。飛。龍。乘。雲。騰。蛇。游。霧。吾。不。以。龍。蛇。爲。不。託。於。雲。霧。之。勢。也。雖。然。專。任。勢。足。以。爲。治。乎。則。吾。未。得。見。也。(中略)夫。勢。者。非。能。使。賢。者。用。己。而。不。肖。者。不。用。己。也。賢。者。用。之。則。天。下。治。不。肖。者。用。之。則。天。下。亂。人。之。情。性。賢。者。寡。而。不。肖。者。衆。而。以。威。勢。之。利。濟。亂。世。之。不。肖。人。則。是。以。勢。亂。天。下。者。多。矣。以。勢。治。天。下。者。寡。矣。(中略)吾。所。以。爲。言。勢。者。中。也。中。者。上。不。及。堯。舜。而。下。亦。不。爲。桀。紂。抱。法。處。勢。則。治。背。法。去。勢。則。亂。

此。言。法。治。與。勢。治。之。區。別。甚。明。勢。也。者。權。力。也。法。治。固。萬。不。能。舍。權。力。然。未。有。法。以。前。則。權。力。爲。絕。對。的。既。有。法。以。後。則。權。力。爲。關。係。的。絕。對。的。故。無。限。制。關。係。的。故。有。限。制。權。力。既。有。限。制。則。受。治。於。其。權。力。下。者。亦。得。確。實。之。保。障。矣。此。義。也。諸。法。家。中。惟。韓。非。最。能。知。之。其。他。亦。有。見。及。者。

(韓非子八說篇)故。仁。人。在。位。下。肆。而。輕。犯。禁。法。偷。幸。而。望。於。上。暴。人。在。位。則。法。令。妄。而。臣。主。乖。民。怨。而。亂。心。生。故。曰。仁。暴。皆。亡。國。者。也。

(又)人。臣。肆。意。陳。欲。曰。俠。人。主。肆。意。陳。欲。曰。亂。

(又。難。一。篇)人。主。當。事。遇。於。法。則。行。不。遇。於。法。則。止。

(又。大。體。篇)不。急。法。之。外。不。緩。法。之。內。

（文子上義篇）古之置有司也。所以禁民使不得恣也。其立君也。所以制有司使不得專行也。法度道術所以禁君使不得橫斷也。人莫得恣。即道勝而理得矣。

（管子任法篇）君臣上下貴賤皆從法。此之謂大治。

（又）此聖君之所以自禁也。

（又法法篇）不為君欲變其令。令尊於君也。

（又）故置法以自治。立儀以自正也。

（又權修篇）地之生財有時。民之用力有倦。而人君之欲無窮。以有時與有倦而養無窮之君。而度量不生於其間。則上下相疾也。

（又君臣篇上）有道之君者。善明設法。而不以私防者也。而無道之君。既已設法。則舍法而行私者也。

綜上所述。則法家非主張君權無限說。甚明誰限之。曰自限之。自制法而受限於法。故曰自限也。此管子所以言自禁。文子所以言禁君也。夫商君以任勢聞者也。然猶曰：『以法正諸侯。非私天下之利也。』議為天下治。天下（中略）今亂世之君臣區區。然擅一國之利。而當一官之重。以便其私。此國之所以危也。（中略）是故明王任法去私。『修權然則法家言與彼野蠻專制之治。又豈可同年而語耶。』

第五節 法治主義之發生及其衰滅

法治主義起於春秋中葉。逮戰國而大盛。而其所以然者。皆緣社會現象與前古絕異。一大革命之起。迫於眉睫。故當時政治家。不得不應此時勢。以講救濟之道。鄭子產鑄刑鼎。晉叔向難之。子產曰。僑不才。不能及子孫。吾以救世也。左傳昭六年救世一語。可謂當時法治家唯一之精神。蓋認爲一種之方便法門也。當時論法律學研究之必要者。尙多。今更舉之。

(商君書開塞篇) 今世強國事兼并。弱國務力守。上不及虞夏之時。下不修湯武之法。故萬乘莫不戰。千乘莫不守。此道之塞久矣。而世主莫之能廢也。故三代不四。非明主莫有能聽也。古之民樸。以厚。今之民巧。以僞。故效於大者。先德而防。治於今者。前刑而法。此俗之所惑也。

(韓非子五蠹篇) 夫古今異俗。新故異備。如欲以寬緩之政治。急世之民。猶無轡策而御驛馬。此不知之患也。
(淮南子要略) 齊桓公之時。天子卑弱。諸侯力征。南夷北狄。交伐中國。中國之不絕如綫。齊國之地。東負海而北。彰河地狹田少。而民多智巧。桓公憂中國之患。苦夷狄之亂。欲以存亡繼絕。故管子之書生焉。(中略) 申子者。韓昭釐之佐。韓晉別國也。地徼民險。而介於大國之間。晉國之故禮未滅。韓國之新法重出。先君之令未收。後君之令又下。新故相反。前後相繆。百官背亂。不知所用。故刑名之書生焉。秦國之俗。貪狠強力。寡義而趨利。

可威以刑。而不可化以善。可勸以賞。不可厲以名。被險而帶河。四塞以爲固。地利形便。畜積殷富。孝公欲以虎狼之勢而吞諸侯。故商鞅之法生焉。

當時諸家書言法治主義之萬不容已者尙多。匪暇枚舉。若淮南子此論。於其所以然之故。最能道破矣。大抵當時法治主義之動機有二。一曰消極的動機。二曰積極的動機。消極的動機者何。其在國家內部階級制度之敝。已達極點。貴族之專橫爲施政上的一大障礙。非用嚴正之法治。不足以維持一國之秩序。故商君變法。剗公子虔而黥公孫賈。其他如子產。李悝。申不害之流。皆莫不首鋤貴族。蓋非是而國家內部之統一。將不可望也。積極的動機者何。當時交通既開。兼并盛行。小國寡民。萬不足以立於物競界。故大政治家莫不取殖產主義與軍國主義。即所謂富國強兵者是也。而欲舉富國強兵之實。惟法治爲能致之。蓋非是而國家外部之膨脹。將不可望也。由是觀之。則法治主義者。實應於當時之時代的要求。雖欲不發生焉。而不可得者也。

故法治主義對於其他諸主義。最爲後起。而最適於國家的治術。今比較而示其位置。

治 術
放任主義
非放任主義

人治主義
非人治主義

禮治主義
非禮治主義

勢治主義
非勢治主義

(即法治主義)

法。治。主。義。對。於。放。任。主。義。則。彼。乃。不。治。的。而。此。乃。治。的。也。其。對。於。人。治。主。義。則。彼。乃。無。格。式。的。而。此。乃。有。格。式。的。也。其。對。於。禮。治。主。義。則。彼。乃。無。強。制。力。的。而。此。乃。有。強。制。力。的。也。其。對。於。勢。治。主。義。則。彼。乃。無。限。制。的。而。此。乃。有。限。制。的。也。此。法。治。主。義。之。位。置。也。

(附言) 勢治主義與人治主義略相類。似不得區別。惟人治主義。墨家及儒

家中一部分所主張也。墨家專標尚賢為一宗旨。明是人治主義。儒家則荀子實持人治主義者也。 勢治主義。法家中

一部分所主張也。言人治主義者。徒恃感化力。而不恃制裁力。言勢治主義者。則以制裁力為神聖。而謂此力由自然人之君主而來者也。法治主義亦認此力由君主而來。而屬諸國家機關的。君主不屬諸自然人的君主矣。此其所以異也。

夫以法治主義之適於國家的治術。既已若此。宜其一度發生之後。則繼長增高。有進無已。乃其占勢力於政界者。不過百數十年。不移時而遂歸漸滅者何也。吾推求其原。因有三端焉。秦漢以還。驟開布衣帝王。布衣卿相之局。所謂貴族階級者。消滅殆無復。痕跡而天。下一家。又非復列國並立。弱肉強食之舊。於是所謂時代之要求者。就消極。積極兩方面觀之。其需要法治之亟。已不如其前。故戰國時句出萌達之國家觀念。漸成秋扇而固有之社會觀念。復起而代之。夫法治主義與國家觀念密切而不可離者。也。國家觀念衰。則法治主義隨之。此其衰滅之原因一也。我國人最富於保守性質。而儒家學說。適與之相應。法家學說。適與之相整。儒家既緣舊社會之慣習。而加以損益。有以合於一般之心理。而派中復多好學深思之士。能繼續其學。以發揮光大之。法家既以後起其劇烈之改革。逆乎人心。而派中實行家多。理論家少。秦漢以還。無復有能。衍其學說。以與舊派對抗者。此其衰滅之原因二也。法律原與道德相互為用。蓋社會之制裁力。與國家之強制力。是一非二。故近今法治國之法律。莫不採人道主義。雖謂法律為道德之補助品焉。可也。然則謂有法律而可以無道德焉。其不當也。明甚。謂有

法律而不許復有道德焉。其滋不當也。明甚而法家一部分之說動走於極端。認道德之性質與法律之性質爲不相容。以排斥道德爲一種戰術。夫即以今世之法治國。使其舉一切教育事業悉蔑棄之。僅以法律爲維持社會秩序唯一之器械。則其社會現象復當何如。太史公曰。法令者治之具。而非制治清濁之原。斯言諒矣。以今世之法治國。有完全之國家根本法者。而徒法猶且不可。況乎戰國時代所謂法治。其機關之整備。其權限之嚴明。遠不如今時。而乃先取道德而擠排之。雖足以救一時。而其道之不可久。有斷然矣。此其衰滅之原因三也。

綜此三因。故法治主義雖極盛於戰國之季。然不移時而遽就滅亡。秦并六國。大一統。主政者實爲李斯。李斯本荀卿之徒。而應於時代之要求。不得不采用法家說。以荀卿之人治主義與不完全的法治主義相和。合則成爲勢治主義而已。其於法治主義之真精神去之遠矣。然則李斯實用術者而非用法者也。參觀附言故謂法治主義逮李斯而已。亡可也。及漢之興。蕭何用刁筆吏佐新命。入關首收秦律。因沿以制漢律。然簡單已甚。張蒼以明律爲丞相。然寡所設施。史記張丞相列傳云。是時蕭何爲相國。而張蒼乃自秦時爲柱下史。明習天下圖書計籍。蒼又善用算律曆。故令蒼以列

侯居相府。然則蕭何律殆由蒼起草耶。其大師見於史者。惟有一張恢。史記鼂錯列傳云。『學申商刑名於軹張恢先生。』索隱云。軹縣人張恢先生。與洛陽宋孟及劉禮同師。然則張恢必當時法學大師也。其勢力固已不逮儒家遠甚。孝文雖好之。史記儒林傳云。孝文好刑名之言。然方欲與天下休息。未遑實行。竇太后又好黃老術。亦見儒林傳。蓋文景間。實放任主義制勝之時代也。孝武即位。雜用儒法。互相水火。今傳鹽鐵論一書。後漢桓寬撰。乃叙述始元六年丞相御史與所難。洋洋十數萬言。實儒法興亡之一大公案也。其事雖在昭帝時。實則兩家衝突之局。當武帝時代最甚也。卒乃表章六藝。罷黜百家。儒術立於學官。尊為國教。自茲以往。法治主義殆見擯於學界外矣。其後雖大儒馬鄭二君。亦著漢律章句。魏明帝時。曾置律博士。晉書刑法志云。『叔孫宣郭令卿馬融鄭玄諸儒章句。十有餘家。』然皆屬於解釋派。非復戰國法家之舊。且其學不昌。蓋自漢以來。法治主義陵夷衰微。以迄於今日。

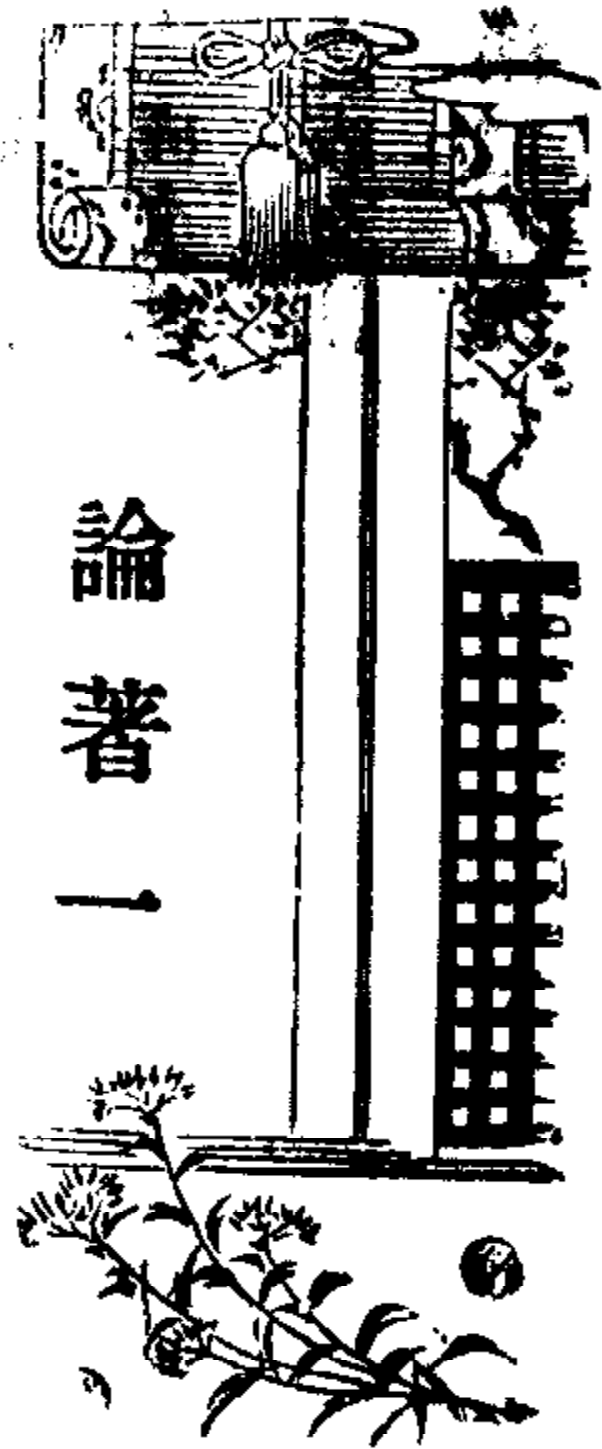
(附言) 當時法家言。以法術對舉。韓非子定法篇云。『申不害言術。而公孫鞅為法。』又云。『徒法而無術。徒術而無法。不可。』蓋法與術非同物。甚明。法乃具體的。而術乃抽象的也。若李斯謂之能用術則有之。謂之能用法則未可也。故不可指為純粹的法家也。

(此章已完全論未完)

◎ 正 誤 記

第五號	第二葉	第十三行	爰	矣	(誤)	矣	(正)
“	第十五葉	“	刁	刀		刀	
“	第二十二葉	第十一行	國體說	團體說		團體說	
“	第三十葉	第四行	於法之概念	關於法之概念		關於法之概念	
“	第三十七葉	第六行	獲麟	麟獲		麟獲	
“	第四十三葉	第十三行	辟於義	辟於其義		辟於其義	

又前號記載二有題爲「雜俎」者宜入雜纂一門合并更正



論中國成文法編制之沿革得失

飲 冰

(自叙)

一本論原爲拙著「中國法理學發達史論」之附錄及著成時則已累數萬言附庸蔚爲大國且其論全屬於法理學範圍外與原題名義不相應故析之別自爲篇

一成文法之定義謂國家主權者所制定而公布之法律也不著竹帛之慣習法其非成文法不埃言即已著諸竹帛如君主之詔勅及法廷之判決例實際上雖與法律有同一之効力然名義上未經主權者指定賦與法律之名仍不能謂之成文法本論所論者以此定義爲斷

一成文法復可分爲兩種一曰單行法謂隨時頒布之法律也二曰法典立夫單行法之上或集錄前此之單行法面勒爲大典者也本論所論者兼此兩種

一此類之文全基於事實事實不備則譌誤滋生著者越在海外參考之書無多其中闕失知所不免伏乞績學之士惠而教之

論中國成文法編制之沿革得失

一本論最重要之參考書爲二十四史中所有之刑法志及藝文經籍志通典續通典皇朝通典文獻通考續文獻通考皇朝文獻通考唐六典唐律疏義大清律例唐會要其日本人所著書則織田萬之清國行政法淺井虎夫之支那法制史廣池千九郎之東洋法制史序論田能村梅士之世界最古之刑法穗積陳重之法典論奧田義人之法學通論梅謙次郎之民法原理及其他各雜誌之論文等

(目次)

- 第一章 緒論
- 第二章 戰國以前之成文法
- 第三章 李悝之成文法
- 第四章 兩漢之成文法
- 第五章 魏晉間之成文法
- 第六章 唐代之成文法
- 第七章 宋代之成文法
- 第八章 明清之成文法
- 第九章 成文法之淵源

第十章 成文法之公布

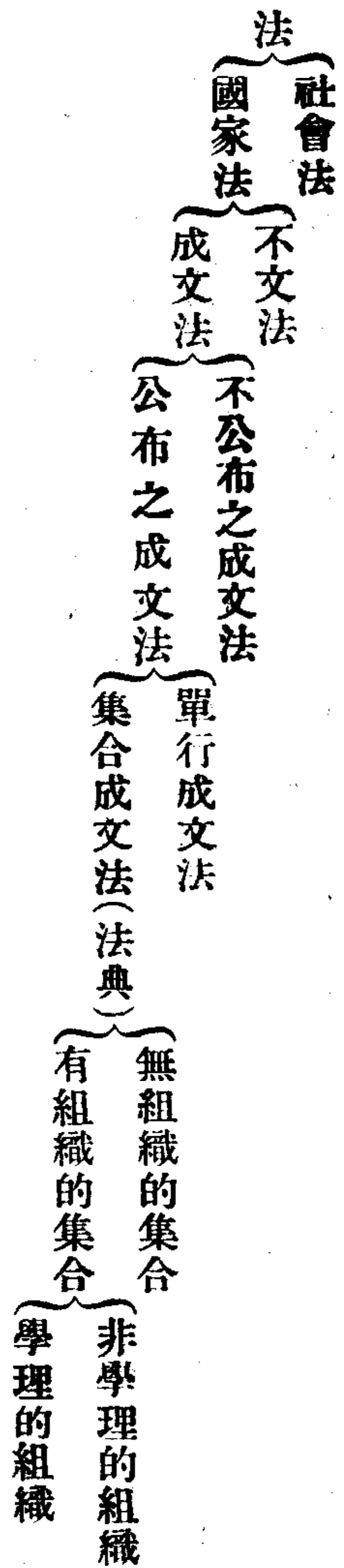
第十一章 前此成文法之闕點

第十二章 今後法典編纂之方針及其預備

第一章 緒論

人○類○之○始○爲○社○會○其○間○固○自○有○種○種○慣○習○以○爲○之○制○裁○是○即○法○律○之○所○由○起○也○故○法○律○之○起○可○謂○之○先○於○國○家○及○社○會○既○形○成○國○家○而○前○此○所○謂○制○裁○力○者○漸○以○強○制○執○行○之○主○治○者○與○受○治○者○之○關○係○既○確○定○慣○習○變○爲○慣○習○法○主○治○者○復○以○其○意○之○所○是○非○制○爲○禁○令○而○一○國○人○皆○有○服○從○之○之○義○務○此○法○律○發○達○之○第○一○級○也○然○慣○習○雖○經○承○認○禁○令○雖○經○厲○行○而○或○僅○從○實○際○方○面○遇○事○而○發○表○其○權○力○作○用○而○未○嘗○以○文○句○泐○爲○一○定○之○科○條○使○國○中○以○共○守○或○雖○有○文○句○而○以○隱○而○秘○之○爲○政○治○上○之○妙○用○故○法○律○之○爲○物○屬○於○理○官○之○所○專○有○而○人○民○莫○能○睹○其○端○倪○其○意○蓋○以○法○律○者○統○治○之○要○具○也○爲○主○治○者○而○立○非○爲○受○治○者○而○立○而○主○治○者○惟○常○示○民○以○不○可○測○乃○能○威○天○下○而○善○其○治○故

有法而不公諸民與無法同及夫統治作用漸進步。主治者以種種原因不得不取前此之慣習及禁令泐爲條文而特命之以法律之名。日本法政新誌第九卷第七號法學博士仁保龜松著「論法律之發達」云法律之由不文法以進於成文法也。固由文字之利用。方法之進步。自然爲外形之發達。雖然。徵諸各國之立法史。其以文字表示法律者。莫不有其極重大之政治的理由。有欲確表立法之本意。使執法官及臣民咸知所適從者。名曰訓示的立法。如我日本聖德太子之憲法。北條氏之貞永式目。是也。有欲明示權力行使之準則。舉權利保障之實者。名曰治安的立法。如羅馬之十二銅表法。英國之大憲章。是也。有欲表明立法之意。示統治權之威力者。名曰威壓的立法。如希臘古代之多拉哥血法是也。有欲保存不文法。使便記憶者。名曰保存的立法。如德意志中世之索遜士比奇、疏華彬士比奇。是也。又以不教而誅之爲罔民也。乃以法律代一種之教規。而布之。使一國知所守。於是所謂成文法者見焉。此法律發達之第二級也。成文法之初起。不過隨時隨事制定爲多數之單行法及單行法。發布既多。不得不最而錄之。於是所謂法典者見焉。然法典之編纂。其始毫無組織。不過集錄舊文而已。及立法之技量稍進。於是或爲類聚體之編纂。或爲編年體之編纂。畫然成一體裁。及立法之理論益進。於是更根據學理以爲編纂。凡法律之內容及外形。皆有一定之原理原則。以組織之而完善之。法典始見。此法律發達之第三級也。今更詳密表示之如下。



以上諸階級。實各國法律之形體的進化所必經也。日本法學博士穗積陳重法典論曰。『法律適於與國利進民福乎。此法律之實質問題也。一國之法令。果簡明正確而成法文。使人民容易知權利義務之所在乎。此法律之形體問題也。』本論之範圍。屬於形體問題。而不及實質問題。我國自黃帝堯舜時代即已有國家法而虞夏之間成文法之痕跡見於故書雅記者漸可考見。迨夫周代成文法之公布。遂認為政府之一義務。及春秋戰國而集合多數單行法以編制法典之事業。蚤已萌芽。後漢魏晉之交。法典之資料益富。而編纂之體裁亦益講。有組織的之大法典。先於世界萬國而見其成立。羅馬法典之編成。在西歷五百三十四年。當彼二百六十八年。唐宋明清承流蹈軌。滋粲然矣。其所以能占四大法系之一。而爛然有聲於世界者。蓋有由也。雖然。法律之實質。既已歷二千餘年。無所進步。即其形體。亦沿漢晉隋唐之舊卷帙。條

論中國成文法編制之沿革得失

目雖加增而組織之方法卒未一變馴至今日而固有之法系殆成博物院中之裝飾品其去社會之用日遠勢不得不採他人之法系以濟其窮蓋編纂新法典之論漸入於全國有識者之腦中促政府當道以實行而政府當道外迫於時勢內鑒於輿論其實行之機抑已漸動今後最重要問題即編纂新法典之問題申言之即新法典當以何等方法從事編纂之問題也雖然法律者非創造的而發達的也然則非徒有外國之法律智識而遂足以語於立法事業而本國法律之沿革與夫社會之需要皆不可不深厝意焉夫法律當如何而適於社會此實質問題非本論所及也本論之意欲就法律之形體一商榷焉故略敘成文法編制之沿革而以東西碩學之論證其得失云爾

第二章 戰國以前之成文法

我國成文法之起原不可確指然以數千年來之思想往往視法律與命令同爲一物蓋君主之詔勅得稱之爲實質的法律故說文典下云五帝之書也而後此法律即以五帝書之名名之是五帝書即最古之一種法律也左傳有三墳五典之目但其書久佚不識內容云何以今尙書有堯典一篇推之則古之五典當亦不過爾爾殆記載一

古帝王之言論行事以爲法程。其視後世之成文法。相去固甚遠。

逸周書武王踐祚篇云。王召師尙父問曰。黃帝顓頊之道存乎。師尙父曰。在丹書。明楊

慎釋之曰。丹書。古人之法律書名也。

丹鉛錄

日本先儒蘆東山氏曰。黃帝與宗室大臣國

人相約之言。書於丹圖者。

無刑錄

凡此皆後人揣度之詞。不可徵信。丹書殆即五典之類。

或即五典之一部耳。

我國之法系。其中一部分。殆可謂繼受苗族之法系而來。蓋我國文明。實濫觴於揚子江流域。若刑法者。我之受之於彼。又載籍所明示也。書呂刑云。『苗民勿用靈。制以刑。惟作五虐之刑。曰法。殺戮無辜。爰始淫爲劓。則桀黥。越茲麗刑。』是五刑爲苗族所創。其跡甚明。墨子尙同中亦云。『譬之若有苗。以五刑然。』亦其證也。自黃帝迄於舜禹。我族與苗族爲劇烈之競爭。卒代之以興。於是彼族之文明。吸收以爲我用。刑法於是起焉。而此種刑法。初但還以施諸彼族。不以施諸我族。書呂刑又云。『皇帝哀矜庶戮之不辜。報虐以威。遏絕苗民。』是當時我刑法爲限用於苗族之特別法。報虐以威者。謂苗人以虐制刑。還以刑威之也。書堯典亦曰。『帝命皋陶。蠻夷猾夏。寇賊奸宄。汝作

士。皋陶為司法官。而其職權所轄治者。乃在蠻夷。是其證也。左傳僖二十五年云。德以柔中國。刑以威四夷。此殆上古時普通之觀念也。記曲禮云。禮不下庶人。刑不
參觀拙著中國法理學發達史第五章
 上大夫。亦是此意。

（附言）唐律名例篇云。『諸化外人同類自相犯者。各依本俗法。異類相犯者。以法律論。』然則治異族人。還以其族固有之法律。實我國法學上之一原則。此原則導源於黃帝堯舜時代。至唐時則明著諸法文中。唐律亦本前代特著。抑因襲前代成文。今不可考。而今日之領事裁判權。施行於國中。而恬不以為怪者。亦自此觀念演出也。古代法律。率採屬人主義。即羅馬法。回回法。莫不皆然。又匪獨我矣。

書堯典曰。『象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。扑作教刑。金作贖刑。圜牆之制。』此數語。可謂我國成文法之最古者。象。即周官秋官所謂懸刑。象之法。於秦魏也。左傳昭十四年引夏書曰。『昏墨賊殺。咎繇之刑也。』咎繇即皋陶然則皋陶之刑。始必為一種簡單的成文法。特今不傳耳。而唐律疏議敘之。『堯舜時。置官。刑。謂之士。而皋陶為之。其法略存。而往往槩

見。』然則其遺文至唐時或猶有存焉者矣。

我國古代禮與法視同一物。禮者即規律。本族之法也。故凡禮制之著於竹帛者皆可認爲一種之成文法。而書堯典云：『修五禮。』禮而言修則其據依成文可知。堯典又云：『共哉。自我五禮有庸哉。五刑五用哉。』論語云：『殷因於夏禮。所損益可知也。周因於殷禮。所損益可知也。』此殆如漢律之因秦律。大清律例之因大明律歟。

若禮而可認爲成文法。則周代所謂經禮三百。曲禮三千者。其可謂最古而最繁博之法典焉矣。日本博士織田萬曰：『支那之行政法典。實先於刑法典而成立。彼周禮實周公之政典。而世界最古之行政法典也。』清國行政法第四葉周禮一書。眞僞未有定論。織田氏之說。吾非能絕對的表同情者也。雖然。其書即依託。亦殆出於春秋戰國之間。然則語世界之行政法。猶未或能先也。但果屬依託者。則僅能命爲學說。而不得以冒法律之名耳。

德國碩學里斯特曰：『法律發達史之第一葉。必屬於刑法。』清國刑法論第三葉即我中國亦豈其能外此公例。今翻觀刑法方面。虞之五刑尙矣。尙書大傳曰：『夏刑三千。』左傳昭

六年曰。『夏有亂政而作禹刑。商有亂政而作湯刑。周有亂政而作九刑。』是夏商周三代各各有成文刑法也。明甚而書呂刑一篇。則法文之見於經傳而尤可信據者也。其他如周禮有懸法讀法之文。是皆非既有成文法以後。不可今以真偽未明。姑略之。逮於春秋。社會形勢一變。法治主義應於時代之要求。而句出萌達。於是各國政治家咸以編纂法典為當務之急。其成文法之名見於傳記者至夥。今臚舉之。

(一) 齊之憲法

管子首憲篇云。『正月之朔。百吏在朝。君乃出令。布憲法於國。五鄉之師五屬大夫。皆受憲於太史。大朝之日。五鄉之師五屬大夫。皆身習憲於君前。太史既布憲。入籍於太府。憲籍分布於君前。五鄉之師出朝。遂於鄉官。致於鄉屬。及於游宗。皆受憲。』憲而有籍。則其為成文法甚明。此殆管子所制定者也。

(二) 楚之僕區法

左傳昭七年云。『吾先君文王作僕區之法。曰。盜所隱器。與盜同罪。』杜注云。『僕區。刑書名。』案此傳載楚無字之言也。所謂僕區法者。能舉其條文。則其為成文法可知。

(三) 楚之茅門法

韓非子外儲說右上云。『荆莊王有茅門之法。』

(四) 晉之被廬法

左傳昭二十九年云。『文公是以作執秩之官。為被廬之法。以為盟主。』案僖二十七年傳云。『於是乎蒐於被廬。』杜注云。『晉常以春蒐禮改政令。敬其始也。』然則此法殆文公所制定。以蒐於被廬時頒之者也。

(五) 晉之刑書刑鼎

左傳昭二十九年云。『冬。晉趙鞅荀寅帥師城汝濱。遂賦晉國一鼓鐵。以鑄刑鼎。著范宣子所為刑書焉。』然則此蓋一種新刑法。范宣子所制定。而趙鞅更鑄之於鼎以垂久遠者也。

(六) 鄭之刑書

左傳昭六年云：『三月。鄭人鑄刑書。叔向使詰子產書曰。前略。今吾子相鄭國。作封。孫。吾以救世也。』案所謂鑄刑書者。亦以成文之刑法鑄之。於鼎也。至其法爲舊有之法。抑子產所新制定。傳無明文。

(七) 鄭之竹刑

左傳定九年云：『鄭駟歆殺鄧析而用其竹刑。』杜注云：『鄧析。鄭大夫。私造刑法。書之於竹簡。故云竹刑。』案今傳鄧析子五篇。真僞未定。鄧析殆當時之一法學者。自以意見制一新刑法。駟氏執政。從而承認之爲國家法也。

以上見於傳記者如此。大抵當時各國。莫不各有其成文法。而政治家亦以此爲最要之政策焉。蓋春秋以降。構成國家之分子。日趨複雜。非用強制組織。無以統治之。而欲實行強制組織。莫亟於法律之公布。故各國汲汲於立法事業。而或著諸竹帛。或泐諸金石。刑鼎之製。與羅馬之十二銅表。東西同揆矣。韓非子定法篇云：『法者。憲令著於官府。刑罰必於民心者也。』其釋法之定義如此。可知成文法典。至其時而已大具矣。

第三章 李悝之成文法

語中國法制史上最重要之人物。則李悝。其首屈一指矣。漢書藝文志法家。有李子三十二篇。原注云：『名悝。相魏文侯。富國強兵。』晉書刑法志曰：『秦漢舊律。其文起自魏文侯師李悝。悝撰次諸國法。著法經。以爲王者之政。莫急於盜賊。故其律始於盜賊。

盜賊須劾捕。故著網捕二篇。其輕狡、越城、博戲、借假、不廉、淫侈、踰制。以爲雜律一篇。又以其律具其加減。是故所著六篇而已。商君受之以相秦。漢承秦制。『下略』又唐律疏義進律疏表云。『魏文侯師於李悝。集諸國刑典。造法經六篇。一盜法。二賊法。三囚法。四捕法。五襍法。六具法。又漢相蕭何更加悝所造戶興廡三篇。謂九章之律。是爲九法。』綜上兩文。則李悝在我國法制史上之位置。從可識矣。吾語其關係之最大者有二。

一曰立後此文法之基礎。我國現行之律。繼受明律。明律繼受宋律。宋律繼受唐律。唐律繼受魏晉律。魏晉律繼受漢律。漢律繼受秦律。而秦律即李悝之原文也。然則二千年間之法律。無不以李悝所制定者爲藍本。不過因緣時代之需要。而有所損益云爾。法經六篇。雖亡。實則展轉間接。散存於今之大清律例者。尙不知凡幾。但孰爲原文。不可識別耳。故後世一切法典。對於法經。非徒母子血統的關係。而實一體化身的關係也。

二曰集前此文法慣習法之大成。悝之法經。既撰次諸國法而成。然則前所列

舉之七種法與夫不見於傳記之他種成文法乃至各國未著於竹帛之慣習法當莫不爲法經所網羅蓋法經者集局部法以爲一般法者也我國法律之統一自法經始我國之有法經猶法蘭西之有拿破侖法典也法國前此各地方各有法律。由拿破侖時代制定。名爲拿破侖法典。實集各地方法律之大成。棄短取長以編制之者也。其內容之豐富。與理由之深遠。雖非法經可擬。然其制定之歷史。頗相類矣。故諸國法今雖無一遺存然以其爲法經之淵源則東鱗西爪藉法經之介紹間接以散見於現行法律中者殆非絕無矣

第四章 兩漢之成文法

漢高初入關。宣言除秦苛法。與民約法三章。然條件太簡單。勢固不能實行。而蕭何首收秦圖籍律令。遂因秦律。秦律六章即李悝法。經也。秦政法曰律。益爲九章。今舉其名以與法經相比較。

法經 盜法 賊法 囚法 捕法 雜法 具法

漢律 盜律 賊律 囚律 捕律 雜律 具律 戶律 廩律 興律

張蒼者。故秦柱下史。以明律聞。蕭何辟爲相府主計。然則九章律之起草。殆出蒼手歟。其後社會之現象日繁。法律之條件亦日密。終兩漢之世。其所謂實質的法律者。已數

十倍於前。其種類亦至夥。今縷舉之。

一曰律。此正式的成文法也。自蕭何益法經為九篇。未幾叔孫通益律所不及為。傍章十八篇。張湯復為越官律二十七篇。趙禹復為朝律六篇。合六十篇。皆漢律正文也。後漢永元六年。廷尉陳寵上疏。謂律有三家。說各駁異。所謂三家者。即蕭、張、趙三氏所定之律也。其他見於史傳者。尚有尉律、尚方律、金布律、田律、上計律、錢律、田租稅律、大樂律、耐金律、挾書律等。其詳不可得而聞。

二曰令。凡在專制國法律制定之權。悉操諸君主。故君主之詔令與法律有同一之効力。史記酷吏傳云：『前主所是著為律。後主所是著為令。』是令亦一種實質的法律也。然令亦有立法命令與行政命令之分。其立法命令則史所稱「功令」。所稱「著令」者是也。其後積久寔多。乃編次為令甲令乙令丙等。漢書宣帝紀：「令甲。死者不可生。刑者不可息。」顏注：「如淳曰。令有先後。故有令甲令乙令丙。師古曰。淳說是也。甲乙者。若今之第一第二篇耳。」又晉書刑法志有「令景」之文。景即丙。避帝諱也。六朝時皆避丙作景。漢書刑法志謂孝武之末。律令凡三百五十九章。則其數之多可知。然律與令固非相雜。廁者說文衣部襄下引漢令云。解衣而耕謂之襄。系部絆下引漢律云。祠

宗廟丹書告也。紕下引漢律云。綺絲數謂之紕布。然則律與令各自爲編明。甚此如日本之法。令對文則別。散文則通矣。日本之法。令。法謂法律。令謂命令也。漢令之名稱。見於史傳者。有田令、契令、光祿契令、廷尉掣令、水令、公令、養老令、馬復令、諸姬令、秩祿令、官衛令、憲令、金布令、任子令、祠令、胎養令、品令等。其即在令甲令乙令丙之中。抑離而獨立。今不可考。

三曰比。比者。今大清律例之所謂例也。日本所謂判決例也。其義本於記王制王制曰。必察小大之比以成之。是也。漢時稱爲決事比。或稱法比。或單稱比。漢書刑法志。謂死罪決事比萬三千四百七十二事。則其繁多。可想。蓋法文有定而行爲之變態無窮。以有定馭無窮。勢必不給。故折獄者。不得不隨時比附。此各國所不能免也。而比附者。或比附法文。或比附條理。條理者。日本法律上專用之一名詞。裁判官於法文所不具者。則推條理以爲判決。如我國所謂準情酌理也。我國則於此兩者之外。更有比附經義之一種。比附法文者。漢書刑法志云。『制疑獄者。各讞所屬官長。皆移廷尉。廷尉不能決。具爲奏。附所當比律令以聞。』史記張湯傳云。『貧弱雖陷法。曲文以出之。其豪傑侵小民者。以文內之。』

是也。比附條理者。凡法文所不具者。法官憑其心之所安以爲斷。書呂刑所謂輕重諸罰有權。周官司刺職所謂求民情斷民中而刺上服下服之罪。是也。此自古有之。而漢代法文簡略用之尤廣。漢書刑法志曰：「姦吏轉相比况。」又曰：「所欲活則傅生議。所欲陷則予死比。」又曰：「奇請它比。日以益滋。」唐律斷獄篇曰：「諸制敕斷罪。臨時處分。不爲永格者。不得引爲後比。是即比附條理之意也。漢書刑法志又載孝景中五年詔云：「諸獄疑。雖文致於法。而於人心不厭者。輒讞之。」然則雖有法文。可按者。猶時或推條理以爲斷矣。比附經義者。我國崇古而尊經。視經義與國法有同一之効力。漢初法制未備。每有大事。朝臣得援經義以折衷。是非。漢書張湯傳云：「湯爲廷尉。每決大獄。欲傅古義。乃請博士弟子治尚書春秋者。補廷尉史。亭疑奏讞。」又兒寬傳云：「寬爲建尉椽。以古義決疑獄。奏輒報可。」應劭奏上「漢儀」表云。晉書刑志引「故膠東相董仲舒老病致仕。朝廷每有政議。數遣廷尉張湯親至陋巷。問其得失。於是作春秋折獄二百三十二事。動以經對。」是也。應劭漢儀。自言撰具律本章句。尚書舊事。廷尉板令。決事比例。司徒都目。五曹

詔書等而成。所謂尚書舊事廷尉板令決事比例司徒都目。皆判決例。即所謂比也。晉書刑法志謂「漢時決事集爲三百餘篇。及司徒鮑公撰嫁娶辭訟決。爲法比都目。凡九百六卷。」則當時判決例之浩瀚繁博。可以想見。而此等之在當時。皆視之與律令有同一之効力者也。

晉書刑法志云。「漢興以來。三百二年。憲令稍增。科條無限。」而魏律序略雜引律有某條。令乙令丙有某條。科有某條。又言以省科文。又言於旁章科令爲省。然則科者當時一種法律之名。而與律令異其性質者也。殆即判決例而漢時所謂比矣。不然。漢之法比九百餘卷。何序略不一引之耶。此說若信。則比與律令有同一之効力益明。

四曰學說。以學說爲成文法之淵源。此各國法律史上所習見也。徵諸西史。凡學說之所以得變爲法律者。其途有四。(一)以解釋法律之權。付諸學者。如羅馬帝奧古斯丁。選當時法律家付與解釋法律之權。其所解釋者稱爲學士說。 *Responsa Prudentium* 直與法律同効力。是也。(二)直以法律之効力。賦諸學說。如羅馬帝托多

條士。采當時碩儒巴比尼安等五家之著書。認爲國法。若五家說有互相牴牾者。則以巴比尼安說爲正。是也。(三)編纂學說以爲法典。如羅馬帝周士的尼安奴。編纂羅馬三十九大家之學說。爲一法典。名曰「的支士潭」。是也。(四)學說養成。慣習法者。學者之法律思想。浸灌人心。遂養成一種之慣習法。或裁判官採其學說。以折獄。遂成爲判決例。而由慣習法。或判決例。轉變成爲法律者。是也。此四者。皆各國法制史上所常見也。我國漢代。如董仲舒之「春秋折獄」。本非立法。亦非判決例。而後此。經應劭採爲漢儀。獻帝承認之。遂成爲國法。又應劭之書。末附議駁八十二章。自言內二十六。博採古今瓌璋之士。是則前哲之學說也。內二十七。劭所創造。是又劭之學說也。而皆經獻帝承認。又成爲國法矣。且當時大儒解釋法文者。尤爲繁曠。晉書刑法志云。「後人生意。各爲章句。叔孫宣郭令卿馬融鄭玄諸儒章句。十有餘家。家數十萬言。凡斷罪所當由用者。合二萬六千二百七十二條。七百七十三萬二千二百餘萬言。言數益繁。覽者益難。天子於是下詔。但用鄭氏章句。不得雜用餘家。」案此所謂天子者。魏明帝也。由此觀之。當時法律解釋派之發達。殆不

讓今之德國夫七八百萬言之章句恐合今茲日本諸家之法律注解尙未逮其數也而絕代大儒馬鄭二君皆有成書其博深切明當無待言惜乎今日無一字之能見也而當時既爲斷罪所當由用由用猶遵行也則其與法律有同一之効力甚明逮魏明帝專認鄭氏章句則又明賦與鄭說以法律之効力矣

第五章 魏晉間之成文法

次於李悝法經而從事編纂法典之大業者魏晉間之新律是也蕭何之九章雖稍益於秦舊而以馭生事日繁之社會既大苦不給故續頒之詔令任意之判決例及繁重之解釋間雜錯出動相矛盾蓋至東漢之末而律有六十篇令有三百餘篇法比有九百餘卷章句有七百餘萬言晉書刑法志評之曰「事類雖同輕重乖異通條連句上下相蒙」又曰「律文煩廣事比衆多」誠切中其弊也於新法典編纂之必要迫於眉睫魏明初政厲精圖治乃命司空陳羣散騎常侍劉邵給事黃門侍郎韓遜議郎庾嶷中郎黃休荀詵等刪約舊科傍采漢律定爲魏法制新律十八篇州郡令四十五篇尙書官令軍中令合百八十餘篇其序略云

舊律所難知者。由於六篇篇少故也。篇少則文荒。文荒則事寡。事寡則罪漏。是以後人稍增。更與本體相離。今制新律。宜都總事類。多其篇條。舊律因秦法經。就增三篇。而具律不移。因在第六。罪條例。既不在始。又不任終。非篇章之義。故集罪例以爲刑名。冠於律首。盜律有劫略恐弱和賣買人。科有持質。皆非盜事故。分以爲劫略律。賊律有欺謾詐僞踰封矯制。囚律有詐僞生死。令景有詐自復免。事類衆多。故分爲詐律。賊律有賊伐樹木。殺傷人畜產及諸亡印。金布律有毀傷亡失縣官財物。故分爲毀亡律。囚律有告劾傳覆。廐律有告反逮受。科有登聞道辭。故分爲告劾律。囚律有繫囚鞠獄斷獄之法。與律有上獄之事。科有考事報讞。宜別爲篇。故分爲繫訊斷獄律。盜律有受所監受財枉法。雜律有假借不廉。令乙有呵人受錢。科有使者驗賂。其事相類。故分爲請賕律。盜律有勃辱強賊。與律有擅興徭役。具律有出賣呈。科有擅作修舍事。故分爲興擅律。與律有乏徭稽留。賊律有儲峙不辦。廐律有乏軍之興。及舊典有奉詔不謹。不承用詔書。漢氏施行。有小愆之反。不如令輒劾。以不承用詔書。乏軍要斬。又減以丁酉詔書。丁酉詔書。漢文所下。不宜復以爲法。故別爲之留律。秦世舊有廐置乘傳副車食厨。漢初承秦不改。後以費廣稍省。故後漢但設騎置而無車馬。律猶著其文。則爲虛設。故除廐律。取其可用合科者以爲郵驛令。其告反逮驗。別入告劾律。上言變事。以爲變事令。以驚事告急。與律燧燧及科令者。以爲驚事律。盜律有還贓畀主。金布律有罰贖入責。以呈黃金爲價。科有平庸坐贓事。以爲償贖律。律之初制。無免坐之文。張湯趙禹始作監臨部主見知故縱之例。其見知而故不舉劾。各與同罪。失不舉劾。各以贖論。其不見不知不坐也。是以文約而例通。科之爲制。每條有違科不覺不知從坐之免。不復分別。而免坐

繁多。宜總爲免例。以省科文。故更制定其田例。以爲免坐律。諸律令中。有其敷制本條無從坐之文者。皆從此取法也。凡所增定十三篇。故就五篇。合十八篇。於正律九篇爲增。於旁章科令爲省矣。

據此。則魏律之視秦漢律。其篇章大有所增損。編次亦多移易。若其內容。今雖不可得見。然於漢代詔令法比。乃至諸家之學說。殆多網羅而抉擇之。其用力之劬。殆非初漢時代所得同年而語也。夫漢高本以馴儉弋大位。未嘗有立法制以福天下之志。其臣又非能有管仲子產李悝商鞅之才。可以任立法事業。蕭何一刀筆吏耳。叔孫通闖然媚世之賤儒耳。一國法制全委於其手。故因陋就簡。蹈襲秦舊。東塗西抹。命爲漢制。及不周於用。則任嗣君之是非。以爲詔令。憑俗吏之抑揚。以爲法比。與原有之根本律分。馳矛盾。曾無一貫之原則。以樞紐之無秩序。無統一。故法愈多而弊愈不可勝窮。蓋自文景武之世。而學者已極言改制立法之不可以已矣。賈誼之告文帝曰：「人之所設。不爲不立。不植則僵。不修則壞。」(中略)豈如今定經制。令上下有差。父子六親。各得其宜。姦人亡所幾幸。而羣臣衆信。上不疑惑。此業豈定。世世常安。而後有所持循矣。若夫經制不定。是猶度江河。亡維楫。中流而遇風波。船必覆矣。」漢書本傳董仲舒之對武帝曰：「繼

治世者其道同。繼亂世者其道變。又曰。琴瑟不調甚者必解而更張之。乃可鼓也。爲政而不行甚者必變而更化之。乃可理也。漢書本傳賈董皆一代大儒而其所主張咸謂當取一切法度爲根本的變更而別以良法組織之所論者不徒在刑法之一方面而已。即就刑法一方面觀之亦歷歲愈久而敝愈甚。漢書刑法志述孝武時代之現狀謂

「文書盈於几閣。典者不能徧睹。是以郡國承用者駁。或罪同而論異。姦吏因緣爲市。」

然則法文不整其毒害之及於社會者可以概見矣。宣帝起閭閻。深知情弊。及即位置

廷平之官。秩六百石。員四人。常自幸宣室決事。此殆如英王愛華德第三之設衡平裁判所矣。

英王爲濟普通法之弱。特命近侍法官。別設裁判所。許人民叩關。其判決例。復別成爲衡平法。然識者固已謂爲不揣其本而齊其末。鄭昌

上疏曰。『若開後嗣。不若刪定律令。律令一定。愚民知所避。姦吏無所弄矣。今不正其

本而置廷平以理其末也。政衰聽怠。則廷平將招權而爲亂首矣。』漢書刑志是最初倡修

正刑法法典之議者鄭昌也。元帝成帝曾兩下詔議修正。元帝詔云。『夫法令者所以抑暴扶弱。欲其難犯而易避也。今律令煩

多而不約。自典文者不能分明。而欲羅元元之不逮。斯豈刑中之意哉。』成帝詔云。『今律令煩多。奇請它比。日以益滋。自明習者不知所由。欲以曉喻衆庶。不亦難乎。於以羅元元之民。天絕亡辜。豈不哀哉。』

而臣下無足以當此重任者。業遂不就。班固論之曰。『有司無仲山父將明之

材不能因時。廣宣主恩。建立明制。爲一代之法。而徒鉤摭微細。毛舉數事。以塞詔而已。是以大議不立。遂以至今。誠傷之也。蓋當西漢元平間。編纂法典之機。一動而遂不見結果。蹉跎以迄東京之季。固之言又曰。『議者或謂法難數變。此庸人不達疑塞治道。聖智之所常患也。』又曰。『豈如惟思所以正本清源之論。刪定律令。復古刑爲三千章。』俱見漢書刑法志是班氏亦當時主張修正刑法論者之一人。志中之言一篇。問三致意焉。此始當時一般之輿論。又非徒班氏一人意見而已。和帝永元六年。廷尉陳寵復大倡是議。亦蹉跎未行。獻帝建安元年。應劭以私人資格。獨力纂述。未臻完備。暫以適用。而當世大儒。崔實。鄭玄。陳紀之流。倡改革論。益力。夫漢律自孝武時代。已苦其猥雜。琴亂。况復加以三百年間。不秩序不統一之科令。日出而不窮。其有法等於無法。漸演出無政府之現象。勢所必然矣。故編纂法典。殆時代最急之要求。而當日救濟社會唯一之手段也。魏武相漢。陳紀子羣。復申父論。而操自謂不宜以藩國改漢制。復輟不行。直至魏明初政。天下稍蘇息。始克從事斯業。而陳羣即出其家學。以當編輯之任。蓋此舉爲一般學者之所倡。垂數百年而至。是始實行也。及司馬文帝爲晉王。又以陳羣劉邵之

本雖經改革。而科網本密。尙苦不周。又叔孫郭馬杜諸儒章句。但取鄭氏。未免偏黨。魏帝時下詔諸家章句有相抵牾者以鄭玄說爲正。乃命賈充更事編制。而以鄭沖荀勗荀勗羊祜王業杜友杜預裴楷周權郭頌成公綏柳軌榮邵十四人典其事。半皆一時名宿。以學聞於世者也。於是就漢九章增十一篇。仍其族類。正其體號。改舊律爲刑名法例。辨囚律爲告劾繫訊斷獄分盜律爲請賊詐僞水火毀亡。因事類爲衛宮違制。撰周官爲諸侯。律合二十篇。六百二十條。二萬六千七百五十七言。其一時權宜之制。不著於律。悉以爲令。犯令者則以律中違制之罪罪之。都凡律令合二千九百二十六條。十二萬六千三百言。爲六十六卷。秦始皇三年事畢。武帝親自臨講。使裴楷執讀。四年正月大赦天下。班新律焉。由此觀之。則此次編纂新律之事業。伏根於西漢。中葉大動於東漢。季作始於魏代。而成就於晉初。學者提議於前。而政府實行於後。蓋議論亘於數百年之間。而草案成於數十人之手。雖其所改正者。萬不能如賈誼董仲舒之所期。且未必能如鄭昌班固之所期。要之。不可謂非歷史上之一大事也。今其書雖不存。然以載籍所可考見。其視漢舊律進化者有數端。

(一) 嚴律令之界。漢代律令併爲一談，至晉新律，則釐令於律之外。夫律者含有固定的性質，一經施行，雖人主亦不得以私意輕重者也。故近世文明國嚴法律與命令之區別，不許以命令變更法律。當時雖未能如是，然別令於律，其間自有主從之形，其意蓋以令爲律之補助品也。故曰「違令有罪，則入律」。然則非令能罪之，而惟律能罪之也。

(二) 根據於學理。漢律采摭秦法，補苴一二，於立法所以然之故，少所推求。及經推行數百年，雖復笏亂猥雜，然解釋派大興，學說如鯽，其間所闡明學理，定當不少。魏晉襲之，取精用宏，去取之間，殊非草草。觀唐書經籍志所載，有劉邵撰律略論五卷，賈充等撰刑法律本二十一卷。隋書經籍志題爲律本，無刑法二字。而下注杜預撰。

故題賈充等耳。凡中國歷代官書，皆如是也。竊意當時晉律，殆由杜征南起草，故晉書刑法志亦稱爲杜律。果爾，則價值更高矣。凡此皆當時起草員之著述。

殆如日本之憲法、義解、民法原理等矣。則其條文，蓋必有學理上之根據，無可疑也。晉書刑法志又稱明法掾張斐注律表上之其表文云：「律相頡而成，若一體焉。刑名所以經略罪法之輕重，正加減之等差，明發衆篇之多義，補其章條之不足，較舉上下綱領（中略）自始及終，律而不

窮變動無常。周流四極。不離于法律之中也。其知而犯之。謂之故意。以爲然。謂之失。違忠欺上。謂之謾。背信藏巧。謂之詐。虧禮廢節。謂之不敬。兩訟相趣。謂之鬥。兩和相害。謂之戲。無變斬擊。謂之賊。不意誤犯。謂之過失。逆節絕理。謂之不道。陵上僭貴。謂之惡逆。將害未發。謂之戕。唱首先言。謂之造意。二人對議。謂之謀。制衆建計。謂之率。不和謂之強。攻惡謂之略。三人謂之羣。取非其物。謂之盜。貨財之利。謂之贓。凡二十者。律義之較名也。夫律者。當慎其變。審其理。若不承用詔書。無故失之刑。當從贖。謀反之同伍。實不知情。當從刑。此故失之變也。卑與尊鬥。皆爲賊。鬥之加兵刃水火中。不得爲戲。戲之重也。向人室廬。道徑射。不得爲過失之禁也。都城人衆中走馬殺人。當爲賊。賊之似也。過失似賊。戲似鬥。鬥而殺傷傍人。又似誤。盜傷縛守似強盜。呵人取財似受賂。囚辭所連似告劾。諸勿聽理似故縱。持質似恐嚇。如此之比。皆爲無常之格也。五刑不簡。正于五罰。五罰不服。正于五過。意善功惡。以金贖之。故律制生罪。不過十四等。死刑不過三。徒加不過六。囚加不過五。累作不過十一。歲累答不過千二百。刑等不過一歲。金等不過四兩。月贖不計日。日作不拘月。歲數不疑閏。不以加至死。并死不復加。不可累者。故有并數。不可并數。乃累其加。以加論者。但得其加。與加同者。連得其本。不在次者。不以通論。以人得罪。與人同。以法得罪。與法同。侵生害死。不可齊其防。親疏公私。不可常其教。禮樂崇於上。故降其刑。刑法閑於下。故全其法。是故尊卑叙仁義。明九族親王道平也。中略律之名例。非正文而明也。若八十非殺傷人。他皆勿論。即誣告謀反者。反坐。十歲不得告言人。即奴婢捍主。主得獨殺之。賊燔人廬舍。積聚賊贓五匹以上。棄市。即燔官府。積聚盜。亦當與同。歐人教令者。與同罪。即令人歐其父母。不可與行者同得重也。若得遺物強取強乞之類。無還贓法。隨例畀之。文法律中。諸不敬違儀失式。及犯罪爲公爲私。贖人身不入身。皆隨事取法。以例求其名也。夫理

者精玄之妙。不可以一方行也。律者幽理之奧。不可以一體守也。或計過以配罪。或化略不循常。或隨事以盡情。或趣舍以從時。或推重以立防。或引輕而就下。公私廢避之宜。除削重輕之變。皆所以臨時觀釁。使用法執詮者。幽於未制之中。采其根牙之微。致之於機格之上。稱輕重於豪銖。考輩類於參伍。然後乃可以理直刑正。(下略) ○案此為當時注釋新律者之表文。而所言多屬於刑法學上之大原則。即現今學者所視為重要問題而研究之者也。(此文所論屬於總則為多加圈者。除一部分為文中要旨外。其餘大率皆現今學者所研究之原則也。)其注釋之文。所含學理之富如此。則原文必有可觀者矣。晉律久亡。故節錄此以示其梗概。

(三)鄭重公布之形式 漢代法律未嘗為正式的公布。故人主一時之詔令。法官推意之判例。學者私議之學說。皆得冒法律之名。有同一之効力。魏晉律則視為大舉嚴重。以公布之。有整齊畫一之概。不甯惟是。法律既有固定性。得為具體的研究。於以助此學之進步。晉書刑法志載衛凱奏云：「刑法者。國家之所貴重。而私議之所輕賤。士政之弊。殆由於此。請置律博士。轉相教授。事遂施行。」然則當時以有新律之故。而法學漸至成爲一種科學之形矣。

此外如條文之增多。重複之芟除。篇第之釐正等。又一見而至易明者也。由此觀之。則

此○次○編○纂○法○典○實○我○國○法○制○史○上○一○大○事○後○此○南○北○朝○循○之○直○至○隋○唐○少○所○更○革○然○則○
 魏○晉○律○者○實○筭○法○經○與○唐○律○之○中○樞○而○為○其○重○要○之○媒○介○者○也○
 爾○後○一○度○易○姓○必○有○新○法○典○之○發○布○然○大○率○沿○襲○魏○晉○無○大○改○作○今○將○其○法○典○之○名○及○
 其○篇○數○與○其○制○定○發○布○之○年○月○列○表○如○左○

魏新律	十八篇	陳羣劉邵等撰	同
晉新律	二十篇	賈充鄭冲等撰	泰始四年正月成
令	四十篇	同	同
後魏新律	二十卷	崔浩等撰	太和五年成
齊律	二十篇	王植等撰	永明七年成
梁律	二十篇卅卷	蔡法度等撰	天監二年四月成
令	三十篇卅卷	同	同
科	二十篇卅卷	同	同
東魏麟趾格	同	同	興和三年十月施行
西魏大統式	五卷	蘇綽等撰	大統十年七月頒

北齊律……十二篇十二卷……趙郡王叡等撰……河清三年成

令……廿八篇五十卷……同

後周大律……廿五篇廿五卷……趙肅等撰……保定二年三月成

令……同

陳律……二十卷……〔范泉徐陵等撰〕……永定元年十月成

令……三十卷……同

科……三十卷……同

隋新律……十二卷……高頻等撰……開皇元年十月施行

新令……三十卷……同……開皇二年七月施行

大業律……十八卷……牛弘等撰……大業二年成

大業令……三十卷……同

今復將戰國至隋法律篇目次第列表如左。

法經	漢律	魏律	晉律	宋律	齊律	梁律	後魏律	北齊律	後周律	隋唐律
具法 6	具律	刑名	刑名 1 法律 2	刑名 法例	刑名 法例	刑名 1 法例 2	刑名 法例	名例 1	刑名 1 法例 2	名例律 1

	囚法 3	捕法 4	雜法 5			盜法 1 賊法 2						
	囚律	捕律	雜律			盜律 賊律	興律	廐律	戶律			
劫掠	囚律	捕律	雜律	詐偽		盜律 賊律	擅興		戶律			
	斷獄 10	捕律 8	雜律 11	詐偽 5		盜律 3 賊律 4	興律 13	廐牧 17	戶律 12	違制 19	宮衛 15	
	斷獄	捕律	雜律	詐偽		盜律 賊律	興律	廐牧	戶律	違制	宮衛	
	斷獄	捕律	雜律	詐偽		盜律 賊律	興律	廐牧	戶律	違制	宮衛	
	斷獄 10	討捕 8	雜律 11	詐偽 5		盜律 3 賊犯 4	擅興 13	廐牧 17 倉庫 18	戶律 12	違制 20	宮衛 15	
	斷獄	捕亡	雜律	詐偽	鬪律	盜劫 賊犯	擅興	牧產	戶律	違制	宮衛	
		捕斷 9	雜律 12	詐偽 6	鬪訟	盜賊 8	擅興 4	廐牧 11	婚戶 3	違制 5	禁衛 2	
	斷獄 25	逃捕 10	雜犯 19	詐偽 20	鬥競 11	劫盜 賊犯 18 12	興繕	廐牧 18	戶律 6 婚姻 5	違制 15	宮衛 9	
	斷獄律 12	捕亡律 11	雜犯 10	詐偽律 9	鬥訟律 8	盜賊律 7	擅興律 6	廐庫律 5	戶婚律 4	職制律 3	衛禁律 2	

觀此表則魏代之成文法。上接秦漢。下開隋唐。而為之樞紐。其間之統系甚明。

論中國成文法編制之沿革得失

六篇													
九章													
十八篇								償賕	驚事	請賕	係訊	告効	毀亡
二十篇			關市 18	諸侯 20	水火 16					請賕 9	繫訊 9	告効 7	毀亡 14
二十篇			關市	諸侯	水火					請賕	繫訊	告効	毀亡
二十篇			關市	諸侯	水火					請賕	繫訊	告効	毀亡
二十篇			關市 7		水火 16					請賕 9	繫訊 9	告効 7	毀亡 14
二十篇			關市		水火					請賕	繫訊	告効	毀亡
十二篇													毀亡 10
廿五篇	朝會 1	祠享 3	關市 16	諸侯 17	水火 7					請賕 21	繫訊 21	告効 22	毀亡 14
十二篇													

第六章 唐代之成文法

我國之成文法，至唐代而始極浩瀚。而其現存於今者，亦以唐之成文法為最古。故研究唐代成文法之編制，實屬較易之業。而又最要之業也。唐之律名，凡有四種。一曰律。二曰令。三曰格。四曰式。此四者皆實質的法律也。唐六典云：『凡律以正刑定罪。令以設範立制。格以禁違正邪。式以軌物程事。』六卷舊唐書刑法志云：『令者尊卑貴賤之等數。國家之制度也。格者百官有司所常行之事也。式者其所守之常法也。凡邦國之政，必從事於此三者。其有所違及人之為惡而入於罪戾者，一斷以律。』由此觀之，則似令者為一般之國法。格者為行政法及民法。律者為刑法。而式者則施行諸法之細則也。然考諸當時之載籍，其界限亦不甚分明。今舉其名而推定其性質。

律 唐高祖初定天下。武德元年，詔以隋開皇律為適用。隋日開皇律大業律。大業律後起煩苛。故以開皇為正。而

制定五十三條格以輔之。武德七年，以五十三條格入於律。餘悉為開皇之舊。名為新律。是

即最初之唐律也。太宗貞觀十一年，房玄齡等復加修定。篇目卷數條文，悉依隋

舊律十二卷。舊唐書刑法志云。唐初律視隋律死刑始除其半。而內容大有殊異。高宗永徽三年，復命長孫無

忌等刪定律令格式。律之卷數仍舊。其內容有變易否。不可考。同時復命無忌等撰律疏三十卷。四年十月。頒之天下。即今存之唐律疏義是也。武后垂拱元年。復有修改。而律惟改二十四條。其後終唐之世無所變。

令。武德七年。頒武德令三十一卷。貞觀十一年。頒貞觀令二十七卷。一千五百四十六條。永徽二年。頒永徽令三十卷。開元四年。頒開元前令三十卷。開元二十五年。又頒開元令三十卷。此外尚有麟德令、儀鳳令、乾封令、垂拱令、神龍令、太極令。不知卷數。唐令沿革之見於史籍者如此。今諸書無一存。令之內容。不復可見。誠遺憾也。若欲求律與令之區別。則請列其篇數及篇目比較之如下。

律十二篇五百條

一名例 二衛禁 三職制 四戶婚 五廐庫 六擅興 七賊盜 八鬥訟 九詐僞 十雜律
十一捕亡 十二斷獄

令二十七篇一千五百四十六條

一官品 二三司三公臺省職員 三寺監職員 四衛府職員 五東宮王府職員 六州縣鎮戍獄

論中國成文法編制之沿革得失

論著一

三十四

- 瀆關津職員 七內外命婦職員 八祠令 九戶令 十選舉 十一考課 十二宮衛 十三軍防
- 十四衣服 十五儀制 十六鹵部 十七公式 十八田令 十九賦役 二十倉庫 二十一廩
- 牧 二十二關市 二十三醫疾 二十四獄官 二十五營繕 二十六喪葬 二十七雜令

(案官品篇鹵部篇公式篇皆分爲上下卷故合三十卷)

此據唐六典卷三所載唐令之篇目也。六典之編纂濫觴於開元十年。殺青於開元二十七年。此所舉者爲開元四年之令。抑開元二十五年之令。不可深考。要之唐令之內容大率類是。其他雖有異同。當不相遠。由此觀之。則律令兩者對象之目的物固有相同者。如律有衛禁。令有宮衛。律有戶婚。令有戶令。律有廩庫。令有倉庫廩牧等。而令之範圍甚廣。律之範圍較狹也。令則普涉於一般國法律。則專限於刑法也。然則律與令二者非性質上之差別。兩者皆有固定的性質。與格式異。而資料上之差別也。非如日本命令與法律之差別。實如日本刑法與其他法律之差別也。

格。唐時之格。其與律令之界限最難分明。武德元年。制五十三條格。七年。則以入於律。是格變爲律也。而貞觀十一年所頒。則於律令之外。復有格七百條。永徽三

年所頒於律令之外。復有格十五卷。是格離律而獨立也。自茲以往。武后朝則有

垂拱格。神龍元年刪定中宗睿宗朝則有太極格。太極元年奏上玄宗朝則有開元格。開元三年刪定開元

後格。開元七年刪定開元新格。開元二十年編纂其後屢有修改。皆名為格。不名為律。蓋自開元以

後。無復有新律矣。是格與律有同一之効用也。考唐時所謂格者。有廣義。有狹義。

廣義之格。律令格式之總名也。宋王溥著唐令要卷二十九云。貞觀十一年正月。頒新格於天下。凡律五百條。令一千五百九十條。格七百條。以為通

式是律令式皆可通稱為格也。其狹義之格。復分兩種。

(一)留司格。屬於曹司常務者。留存本司。

(二)散頒格。屬於天下所共者。頒行州縣。

此永徽間之分類也。其後遂以為常。然則留司格者。殆近於行政法。而散頒格者。殆近於普通之法律也。惟格與律之異。則律為特定之條文。格則集制敕以為之。故唐之格。可當漢魏晉之令。亦可當日本之令其視律之性質。微有差別也。但其所涉之範圍。則視律令。唐之所謂律令皆廣。凡律與令兩方面。其條文有不具者。皆以格規定之。是格實律令兩者之補助品也。唐律云。『諸制敕斷罪臨時處分。不為永格者。不得』

論中國成文法編制之沿革得失

引為後比。唐律疏義卷三十然則凡制敕之被承認為格者皆變成實質的法律與律令正文有同一之効力明矣。自中宗神龍元年有「格後勅」之編定。其後有貞元定格後勅。貞元元年編開元格後勅。元和二年編元和格後勅。元和十年編大中格後勅。大中五年編等。是又格之草案而認為與格有同一之効力者也。

式

武德七年所頒。有式十四卷。貞觀十一年所頒。有式四十卷。永徽二年所頒。有式十四卷。垂拱元年所頒。有垂拱式二十卷。開元三年。二十五年所頒。各有式二十卷。元和十三年所頒。有元和式三十卷。是唐代所頒式之大略也。格與式之差別。今不可深考。惟據舊唐書刑法志所稱。格以尚書省二十四司。唐官制尚書省所屬凡二十四司

為篇目。式以尚書省列曹及祕書太常司農光祿太僕少府及監門宿衛計帳為篇目。其淵源及性質。有何差異。尚俟攷定。宋史刑法志引神宗詔書云。設於此以待彼區分實如此否。但即神宗此文。我輩讀之仍苦不明瞭也。

通有唐一代。其編纂法典事業。凡有七役。(一)武德間。(二)貞觀間。(三)永徽間。(四)垂拱間。(五)開元間。(六)元和間。(七)大中間。就中永徽開元兩役尤為重要。蓋刑法之大備自永徽時

代而行政法之大備自開元時代也

日本博士織田萬氏謂我國行政法法典發達最早而推本於周禮此其言吾雖未能純表同情然近世學者解釋行政法之定義謂行政法者總括關於政權作用之法規的全體也此定義若當則今傳之唐六典足以當之矣我國自漢以來諸種法典中雖偏重刑法而關於行政作用之規定者固已不少特東鱗西爪未泐成書其漢官儀

撰魏官儀荀攸撰齊職儀范曄等書俱見舊唐書經籍志又屬私家著述未為成憲迨唐玄宗開元十年

始命修六典帝手寫白麻子六條曰理曰教曰禮曰政曰刑曰事凡亘十六年經十數

人之手乃始完成陳振孫直齋書錄解題引韋述集賢記注云開元十年起居舍人陸堅被旨修是書帝手寫白麻子六條曰理教禮政刑事令以類相從撰錄以進張說以其事委

徐堅思之經歲莫能定又委毋丘契徐欽韋述始以合格入六司其沿革並入注中後張九齡又委苑咸

二十六年奏草上唐會要載開元二十三年張九齡等撰是書而今本卷首著李林甫奉勅註者四庫提要謂開元二十四年張九齡能知政事及

二十七年林甫乃註成獨上之也其體裁分三師三公尚書省及六部門下中書秘書殿

中內官內侍各省御史臺九寺三監十六衛二軍及太子親王三府都護州縣官吏各

規定其職掌與其職員而以理典教曲禮典政典刑典事典六部縮之凡三十卷實空前之一宏著也蓋至是而刑法以外始別有獨立之成典後此明會典大清會典皆因

襲以成。雖謂唐六典一書為我國法制史上開一新紀元可也。

四庫提要唐律疏義條下云。『論者謂唐律一準乎禮以為出入得古今之平。故宋世

多採川之。元時斷獄亦每引為據。明洪武初命儒臣同刑官進講唐律。後命劉惟謙等

詳定明律。其論目一準於唐。』又云。『蓋斟酌畫一。權衡允當。迨今日而集其大成。此

指大清律例也。原文以大清律例與唐律相比較。以文繁故闕不錄。』而上稽歷代之制。其節目備具。足以沿波而討源者。要

惟唐律為最善。』據此則唐律之內容及其影響於後世者可以概見。夫以唐之行政

法（即六）其影響之大而久也。既若彼唐之刑法（即唐律）其影響之大而久也。復若此。然

則永徽開元間為我國法制史上最重要之時代。不其益信乎。

唐律影響之大。不惟在本國而已。蓋唐代文化隨其武功以遠被於亞洲諸國。而法律

即所播文化之一種也。故高麗日本安南諸國皆以彼時代繼受我之法系。日本博士與田義人法學

通論云。『我國普及文化之源於支那。故代表文化之法律。亦皆繼受支那法系。當天智天皇之朝。始據唐律為母法。自編纂律令。其後天武文武等諸朝。數經改正。元正天皇之朝編律令各十卷。名為養老律令。』

實我國古代成文法之沿革云云。』案彼天智天武當我唐高宗時。彼文武當我唐中宗時。彼元正當我唐玄宗時也。計自梁武帝中大通六年西歷五百三十四年羅

馬○法○律○全○典○成○立○隋○開○皇○以○迄○唐○永○徽○西歷五百八十年至六百五十年而我○國○法○典○大○成○世○界○兩○大○法○
系○同○以○此○百○年○間○臻○於○全○盛○不○亦○異○耶○

唐書經籍志載有僧格一卷。實一種之特別法。雖未能視之與羅馬寺院法同科。然亦可見當時法律之繁密進步矣。

開元二十五年。又頒格式律令事類四十卷。以類相從。便于省覽。大中七年。復命張戣等編刑法統類六十卷。集律令格式條件相類者。一千二百五十條。分爲一百二十一門。頒之。此又一種類聚體之編纂法。爲後世所承學者也。

(未完)



六一 五一 “ 四八 ” 四六 九 一 (葉)

七 七 十三 十一 “ 六 一 二 (行)

●前號論文正誤表

嫌疑。一立憲 讀。所要求者 無。哈氏 即以自由 言。(誤)

嫌疑 一切立憲 讀。所要求者 未。波氏 即以自由 見。(正)



論著

論中國成文法編制之沿革得失(續第八十號)

飲 冰

第七章 宋代之成文法

宋代法典之多。實前古所未聞。每易一帝。必編一次。甚者每改一元。必編一次。蓋終宋之世。殆靡歲不從事於編纂法典之業。其法典內容。非必悉相異。殆因沿前法。略加修正而已。然莫不裒然成一巨帙。少者亦數十卷。多者乃至數百卷。亦可謂極千古之壯觀矣。今據羣書列為一表。而略下推論。

(法典名)

(卷數)

(條數)

(編纂者)

(編成年月)

●建隆刑統(或稱開寶刑統)……………三〇

………竇儀蘇曉等……………太祖建隆四年

●建隆編勅……………四

………一〇六……………同

●開寶長定格……………

………盧多孫……………太祖開寶間

●太平興國編勅……………一五

………太宗太平興國三年

論中國成文法編制之沿革得失

論 著

淳化編勅	二〇	宋白等	太宗淳化二年三月
重刪淳化編勅	二五	蘇易等	淳化五年八月
咸平新定編勅	一二	柴成務等	真宗咸平元年
景德三司編勅	三〇	林特等	真宗景德二年九月
景德三司新編勅	一五	同	同
景德農田編勅	五	丁謂等	景德三年正月
大中祥符編勅	三〇	一三七四 陳彭年等	真宗大中祥符九年
諸路轉運司編勅	三〇	同	同
一州一縣新編勅	五〇	李迪等	真宗天禧四年二月
一司一路編勅	三〇	同	同年十一月
天聖刪定咸平編勅		夏竦蔡齊等	仁宗天聖七年
天聖附令勅	一	五〇〇	同
天聖令	三〇	呂夷簡等	天聖七年
天聖編勅	三〇	宋庠等	天聖十年
諸路宣勅(天聖中刊正祥符勅)	一二		天聖中

- 舉明自管勅……………同
- 景祐一司一務編勅……………四四……………呂得象……………仁宗景祐二年六月
- 景祐刑名勅……………五……………同……………同年六月
- 慶歷編勅……………一二……………仁宗慶歷七年正月
- 慶歷一司勅……………二二……………慶歷中
- 慶歷一路勅……………一八二七……………同
- 慶歷一州一縣勅……………一四五……………同
- 嘉祐祿令……………一〇……………韓琦等……………仁宗嘉祐二年十月
- 嘉祐驛令……………三……………同……………嘉祐四年正月
- 嘉祐編勅……………三〇……………一八三四……………同……………同七年四月
- 嘉祐審官院編勅……………一五……………王珪等……………同
- 在京諸司務庫條式……………一三〇……………同……………英宗治平二年六月
- 熙甯編勅……………二六……………王安石等……………神宗熙甯六年八月
- 編修三司勅式……………四〇〇……………同……………同七年三月
- 諸司勅式……………四〇……………同……………同九年九月

論 著

四

諸司勅令格式·····	一二	同	同十年二月
熙甯詳定刑部勅·····	一	范鏗	同十年十二月
詳定軍馬司勅·····	五	吳充等	同九年十二月
禮房條例·····	一三	李承之等	同八年二月
新修審官西院條貫·····	一〇	沈立	熙甯中
新編大宗正司勅·····	八		同
新定諸軍直祿令·····	二		同
將監式·····	五	曾肇	同
八路敕·····	一	蒲宗孟	同
熙甯新定孝贈式·····	一五	章惇等	同
熙甯新定節式·····	二		同
熙甯新定時服式·····	六		同
熙甯新定皇親祿令·····	一〇		同
司農寺敕·····	一		同
熙甯將官敕·····	一		同

- 熙甯常平敕……………三〇……………同
- 熙甯詳定軍馬敕……………五……………吳充等……………同
- 熙甯詳定諸色人厨料式……………一……………沈括等……………同
- 熙甯新修凡女道士給賜式……………一……………同……………同
- 熙甯葬式……………五五……………張叙等……………同
- 熙甯五路義勇保甲勅(又總例)……………六……………張誠一等……………同
- 學士院等處勅式……………一二……………同……………同
- 御書院敕令式……………二……………同……………同
- 熙甯貢舉勅……………二……………同……………同
- 熙甯開封府界保甲敕……………二……………許將等……………同
- 熙甯八路差官敕……………一……………同……………同
- 元豐諸司勅式……………安燾等……………神宗元豐二年六月
- 司農勅令式……………一五……………司農寺……………同二年九月
- 元豐勅令式……………七一……………崔令符等……………同七年
- 元豐修正勅令格式……………二〇〇六……………修勅局……………元豐中

論中國成文法編制之沿革得失

論著

元豐廣案	二〇〇	同
元豐新定在京人從敕式三等		沈希顏
元豐新修國子監大學小學元新格及令	二二三	李定等
元豐江湖鹽令勅	六	同
武學勅令格式	一	同
明堂赦條	一	同
新修尙書吏部式	三	曾伉
元豐將官勅	一二	蔡碩
貢舉醫局龍圖天章寶文閣等勅令儀式	四一〇	同
宗室及外臣葬勅令式	九二	同
皇親祿令及釐條勅式	三四〇	同
提舉市易司勅令并釐正看詳	二一	吳雍都
部條	一九	同
元祐勅令格式	五六	蘇頌等
六曹條貫及看詳	三六九四冊	元祐中

哲宗元祐二年三月

元祐諸司市務勅令格式……………二〇六冊……………同

●元祐貢舉勅……………三……………同

六曹敕令格式……………一〇〇〇……………同

樞密院條及看詳……………五〇……………同

●元符勅令格式……………一三二……………哲宗元符中

紹聖續修武學勅令格式看詳并淨條……………一八冊……………徽宗建中靖國元年

紹聖續修律學勅令格式看詳并淨條……………一二冊……………同

諸路州縣敕令格式并一時指揮……………一三冊……………徽宗崇甯中

諸路將官通用敕……………二〇……………同

六曹格子……………一〇冊……………同

●崇甯通用貢舉法……………一二……………同

中書省官制事目格……………一二〇……………同

尚書省官制事目格并參照……………六七冊……………同

門下省官制事目格并參照……………七二冊……………同

國子大學辟雍并小學勅令格式……………一六八冊……………同

●崇甯申明勅令格式……………二……………同

●大觀州縣學法……………一〇……………徽宗大觀中

●大觀新修學制……………三……………同

●大觀學制勅令格式……………三五……………同

政和新修學法……………一三〇……………鄭居中……………徽宗政和中

宗子大小學勅令格式……………一五冊……………李圖南……………同

●政和重修勅令格式……………五四八冊……………何執中……………同

政和祿令格式……………三二一冊……………同

達綱運法并看詳……………一三一冊……………張動直……………同

政和勅令式……………九〇三……………王韶……………同

政和新修御試貢士勅令格式……………一五九……………白時中……………同

政和重修國子監律學勅令格式……………一〇〇……………孟昌齡……………同

明堂勅令格式……………一二〇六冊……………徽宗宣和初

●紹興重修勅令格式……………一二五……………張守等……………高宗紹興元年八月

紹興重修在京勅令格式……………四二七……………宰成等……………同十年十月

六曹寺監通用勅令格式申明看詳	四六三	同	同十三年四月
國子監勅令格式	一四	同	同年十月
大學勅令格式	一四	同	同
武學勅令格式	二〇	同	同
律學勅令格式	一〇	同	同
小學令格式	二	同	同
●重修貢舉勅令格式	四五	萬俟卨	同廿六年十二月
紹興重修吏部勅令格式	一〇二	朱勝非等	紹興中
紹興重修常平免役勅令格式	五四	秦檜等	同
紹興參附尚書吏部勅令格式	七〇	陳康伯等	同
乾道重修勅令格式	一二二	虞允文等	孝宗乾道四年二月
紹興申明刑統			孝宗淳熙十一年
淳熙條法樞要		潘燾等	同三年十月
淳熙條法事類	四二〇		同七年五月
淳熙重修勅令格式及隨勅申明二四八			同三年三月

論中國成文法編制之沿革得失

論著

十

淳熙吏部條法總類……………四〇……………同

●慶元重修勅令格式及隨勅申明……………二五六……………京鏜等……………甯宗慶元二年二月

役法撮要……………一八九……………慶元六年

慶元條法事類……………四三七……………同……………甯宗嘉泰二年八月

開禧重修吏部七司勅令格式申明……………三二三……………甯宗開禧元年

嘉定編修百司吏職補授法……………一三三……………甯宗嘉定六年三月

●嘉定編修吏部條法總類……………五〇……………同

淳祐條法事類……………四三〇……………理宗淳祐二年四月

(說明)右表所據。(一)宋史刑法志。(二)宋史藝文志史部刑法類。(三)文獻通考經籍考史部刑法類。(四)明焦茲

國史經籍志其加●識於首者。焦書所著錄。至明末猶存者也。

由此觀之。則宋代成文法之汗牛充棟。實有足驚者。宋末之亂。蕩去者當不少。而元初修宋史。其粲然具備也。尙若此。直至焦弱侯時。其所及見者。猶不下四十種。乃逮本朝修明史藝文志。修四庫書目。則已竟無一卷之著錄。豈明末之亂。盡成灰燼邪。抑尙有之。而屏勿錄邪。嗚呼。使以上諸書有一二種流存於人間。則其裨補於律學之研究者。

固不淺尠耳。

宋代成文法雖多。然大率編輯詔勅以成。其真可稱爲立法事業者。惟神宗時代耳。宋史刑法志云。『神宗以律不足以周事情。凡律所不載者。一斷以敕。乃更其目曰敕令格式。而律恆存乎敕之外。熙甯初置局修敕。詔中外言法不便者。集議更定。擇其可采者賞之。元豐中始成書二千有六卷。復下二府參訂。然後頒行。帝留意法令。每有司進擬。多所是正。嘗謂法出於道。人能體道。則立法足以盡事。又曰。禁於未然之謂敕。禁於已然之謂令。設於此以待彼之謂格。使彼效此之謂式。修書者要當識此。於是凡入笞杖徒流死。自名刑以下至斷獄。十有二門。麗刑名輕重者。皆爲敕。自品官以下至斷獄三十五門。約束禁止者。皆爲令。命官之等十有七。吏庶人之賞等七十有七。又有倍全分釐之級。凡五等。有等級高下者。皆爲格。表奏章籍關牒符檄之類。凡五卷。有體制模楷者。皆爲式。由此觀之。則宋代法典之性質略可推見焉。其敕即前代之律。專屬於刑法者也。其令與格則一般之法律。不屬於刑法者也。其式則判決例等附焉。而神宗時所編纂者。起熙甯初。迄元豐中。前後凡亘十有餘年。熙甯凡十年。元豐凡八年。而其書裒然爲二千餘

卷實可稱上凌千代橫絕五洲最龐大之法典也。天喪斯文無一字傳於今日。惜哉。此法典編纂之沿革及其卷數。惟見於刑法志。而宋史藝文志及文獻通考皆不著錄。可謂咄咄怪事。謂未成之業耶。而刑法志固明言頒行矣。豈此書為總名。而前表所列熙甯元豐間各種勅令格式凡四十餘種者。即其一部分耶。

宋代法典既無一傳於今者。故其內容不可考見。惟據存目以推度之。其特色有三。

(一) 前代偏重一般法。宋則多有局部法。如一州一縣一司一路法等。是也。

(二) 前代偏重普通法。宋則多有特別法。如關於皇族。關於將官。關於在京人。多為

特別之規定是也。

(三) 前代偏重刑法。宋則多有刑法以外之法。前表所列。多屬於行政法之範圍。熙

甯元豐間尤多。

終宋之世。殆無歲不從事於編纂法典之業。此又其與前代異者也。就此事論之。則亦得失參半。其所得者。則能使法律常與社會現象相應。不至成爲紙上殭石。其所失者。則根本法屢動搖。民無所適從。而吏且得因緣爲姦也。

第八章 明清之成文法

本章資料取材於日本博士織田萬著清國行政法者十而三四不敢掠美謹注明

今世現行之成文法。其大體殆全襲前明。故明清兩代。當合論之。

(一)刑法 明太祖平武昌。即議律令。吳元年。命左丞相李善長為律令總裁官。楊憲劉基陶安等二十人為議律官。遂撰令二百四十五條。律二百八十五條。又命大理卿周植等取所定律令類聚成編。訓釋其義。名曰律令直解。及洪武六年。詔刑部尚書劉惟謙定大明律篇目。一依唐律。而增為六百有六條。二十二年。復取比年所增。以類附入。成四十卷。即今所傳之大明律是也。其篇目如左。

名例律一卷 四十七條

吏律二卷 職制十五條 公式十八條

戶律七卷 戶役十五條 田宅十一條 婚姻十八條 倉庫廿四條 課程十九條 錢債三條 市廛五條

禮律二卷 祭祀六條 儀制二十條

兵律五卷 宮衛十九條 軍政二十條 關津七條 廐牧十一條 郵驛十八條

刑律十一卷 盜賊廿八條 人命二十條 門毆廿二條 罵詈八條 訴訟十二條 詐偽十二條 犯姦十條 雜犯十一條 捕亡八條 斷獄二十九條 受贓十一條

工律二卷 營造九條 河防四條

其名例律所規定者與近世諸國之刑法總則相當如刑之適用刑之加減與夫恩典赦免數罪俱發等具焉其吏律所規定則官吏懲戒法也其戶律所規定則淆亂戶籍罪怠納租稅罪違反度量衡罪等具焉其禮律所規定則上自皇室下至百官之婚嫁喪葬等規則具焉其兵律所規定則如各國之海陸軍刑法也其刑律所規定則強盜竊盜殺人傷人毆打罵詈詐偽猥褻逃亡放火失火等諸科罪法具焉即各國刑法之大部分也其工律所規定則決水及破毀營造物諸罪具焉各國所謂普通刑法特別刑法揉雜而成此其內容之大概也

清代凡百皆因明舊。順治三年。命吳達海等譯明律。參以滿制。爲大清律十卷。頒之。雍正三年。復頒大清律集解三十卷。乾隆五年。大清律例成。以例爲一種法典之名。自茲始。律與例性質之差別如下。

（光緒四年應寶時撰增修律例統纂集成序）漢自蕭相國採撫秦法。作律九章。此律之名所由始。而後人申言之曰例者。則王制之所謂比也。比則察其小大。而獄之輕重判焉。

（道光三年吳廷琛撰新增律例統纂集成序）其曰例者。王制之所謂比是也。古者獄辭之成。必察小大之比。

律尚簡而例獨尚繁。非簡不足以統宗。非繁不足以徵引。

(同治六年王凱泰撰重修律例統纂集序)是故斷法有律而準情有例。律守一定而例則因時爲變通。

(道光六年祁垣撰新修律例統纂集成序)律一成而不易。例則逐年增刪。五年一小修。又五年一大修。通行天下。俾知遵守。故律文自雍正年刪改增併。合爲四百三十六門。至今仍循其舊。條例世輕世重。因時地而酌量變通。增纂刪改。款目繁多。

(道光九年常德撰增修律例統纂集成序)律猶日星。懸諸天壤而不可易。例則如躔度次舍之運行。或日易焉。或歲易焉。故天道五歲而一禘。星家於是有所置閏之法。律例亦五歲而一輯。法家於是有所增修之文。

由是觀之。律者永久不變之根本法也。例者隨時變通之細目法也。其在明代。永樂間嘗詔法司問囚。一依大明律擬議。毋妄引榜文條例爲深文。成化元年。又令讞囚者一依正律。盡革所有條例。十三年。刑官復上言。洪武末定大明律後。列聖因時推廣之。而有例。例以輔律。非以破律也。刑俱見明史志然則律與例之關係。殆如今世各國法律與命令之關係。不得以例破律。猶不得以命令變更法律也。雖然。律者一成而萬古不易者也。其與時勢之推移。不能相應。此無如何者也。而條例則世輕世重。準社會現象以爲衡。

故條例所定自難保無與律相矛盾以近世法理論之司法官祇能用法不能制法故判決例萬不能認為法律若判決例經國家採用承認編入成文法中者則已為律而非復為例矣雖然在古代立法機關未備裁判官於裁判之際得以已意所推條理變更補正成法者往往而有我國之條例實屬於此種英人米因氏所謂「判事制定法」也故明史刑法志又云「自成化以後律例並行而弘治萬曆間屢次欽定條例」蓋與律有同一之効力矣及乾隆定大清律例始以例與律並列而嘉慶續修會典卷四十一云「有例則置其律例有新者則置其故者」又云「斷獄者當以改定之例為準不必拘泥律文」又刑案匯覽卷十四云「查律乃一成不易例則隨時變通故有律本輕而例加重者亦有律本重而例改輕者」然則非徒可以例破律而律與例有相矛盾者且適用例而不適用律矣故我國現行律例之性質蓋如各國舊法律與新法律之關係舊法律與新法律抵觸者則以新法廢舊法非如各國法律與命令之關係也不得以命令變出法律故就律之一方面論之今律可云即唐律之舊亦即魏晉律之舊亦即蕭何李悝律之舊試列其篇目之分類比較之

雜法			盜法					具法	法經
雜律			盜律	興律	廐律	戶律		具律	蕭何律
雜律	詐偽		盜律	興律	廐牧	戶律	違制	宮衛	晉律
雜律	詐偽	鬥訟	盜	擅興	廐庫	戶婚	違制	衛禁	唐律
雜犯	詐偽	鬥訟	盜	軍政	倉廐庫	戶婚	職制	宮衛	明清律

論中國成文法編制之沿革得失

四庫書目提要史部政書類唐律疏義條下云。『凡唐律篇目。今所沿用者。有名例職制賊盜詐偽雜犯捕亡斷獄諸門。其唐律合而今分者。如戶婚爲戶役婚姻。廐庫爲倉庫廐牧。鬥訟爲鬥毆訴訟諸門。其名稍異而實同者。如衛禁爲宮衛。擅興爲軍政諸門。其分析類附者。如關津留難諸條。唐律入衛禁。今析入關津。乘輿服御物事應奏不奏驛使稽程以財行求諸條。唐律俱入職制。今分析入禮律之儀制。吏律之公式。兵律之郵驛。刑律之受贓。謀殺人諸條。唐律入賊盜。今析入人命。毆罵祖父母父母諸條。唐律並入鬥訟。今析爲兩條。分入鬥毆罵詈。又姦罪市司平物價盜決隄防毀大祀丘壇盜食田園瓜果諸條。唐律俱入雜律。今分析入刑律之犯姦。戶律之市廛田宅。工律之河防。禮律之祭祀。』此以唐律與今律比較。

論著

					捕法	囚法
					捕律	囚律
		關市	諸水 侯火	請 賊	毀 劾	告 訊
					捕亡	斷獄
人 郵 課 錢 田 公 儀 祭	關市			受	捕亡	斷獄
命 驛 程 債 宅 式 制 祀	津慶			賊		

言其淵源所自出。最爲分明。蓋今律十之七八。本諸唐律矣。

河	營	犯	罵
防	造	姦	詈

此以言夫律也。若夫例則自乾隆間定章。五年一纂修。雖未嘗為嚴格的實行。而自嘉慶以來。續纂修改。既已不少。今列其目。

- 嘉慶六年 纂修
- 十一年 纂修
- 十九年 修改
- 廿五年 修纂
- 道光元年 修改續纂纂修
- 五年 續纂
- 六年 修改
- 十年 修改續纂
- 十年 修改纂修

歷次纂修條例告竣。靖進呈表文皆云『臣等悉心參考。分為修改、修併、移改、續纂、刪除、各名目。開列本例之首。粘貼黃簽。並於本條之下。逐條加具按語。分晰陳明。有原例者。先列原例於前。次列現修新例於後。云云。』是其纂修之體裁。大略分為五種。一、修改。將原例條文略加正者也。二、修併。將原例二條以上合為一條者也。三、移改。將原例條文移易其類屬位置者也。四、續纂。原例所無而新增入者也。五、刪除。原例所有而削去者也。

論 著

十九年 修改

二十年 修改續纂

廿一年 續纂

廿五年 續纂

廿六年 修改

咸豐二年 修改續纂

同治十二年 修改續纂

又律例增修統纂集成凡例云：『凡各省條奏及咨請部示準駁併刑部隨案修改例文。應纂爲例。』是條例之淵源。全出於判決時所推條理也。

夫例既能與社會新現象相應而其性質復與律有同一之效力且律例抵觸而所適用者在例不在律則律雖有根本法之虛名而其中一大部分已成殭石今日法廷最優之勢力實判決例之勢力也即米因氏所謂判事制定法也我國所以當二千年後之今日而猶得行用李悝之法者以此我國法律之性質所以不明瞭而其効力所以不強固者亦以此

(二) 行政法

自唐六典既頒以後歷代相沿如元典章明會典乃至現行之大清會典咸汲其流於

是我國有二大法典。所謂律者即刑法也。所謂會典者即行政法也。而明清兩代之會典實並律之所規定者而悉收容於其間。故會典之與律例實為全部法與一部法之關係。故研究會典之性質實重要中之重要也。

明孝宗弘治十五年修大明會典成。武宗正德五年修正刊布。其書取則於唐六典。以官職為綱。以各部所屬法規彙載於下。凡百八十卷。今述其編目。

- 卷一……………文職衙門 宗人府
- 卷二至卷十五……………吏部
- 卷十六至卷四十一……………戶部
- 卷四十二至卷百〇五……………禮部
- 卷百〇六至卷百二十五……………兵部
- 卷百二十六至卷百四十六……………刑部
- 卷百四十七至卷百六十二……………工部
- 卷百六十四至卷百六十六……………都察院
- 卷百六十七至卷百八十……………通政司等

六部所占。凡百六十餘卷。一切法規。悉網羅於此間。其餘諸卷。不過列官名與職掌。如漢官儀歷代職官志等而已。今以六典所屬之法。與日本法規名目相比較。則吏部條例。凡官吏任用令。俸給令。懲戒令。官吏服務規則等。在焉。戶部條例。凡戶籍法。地租條例。各種稅法等。在焉。兵部條例。凡關於軍事及交通之法。規等在焉。工部條例。凡河川法及工事營造規則。在焉。刑部條例。則大明律全文。悉載之。實明代最詳博完備之成典也。

清代自康熙二十三年。始仿明故事。從事於會典之編纂。二十九年頒布之。其後雍正十年。續修。乾隆二十九年。第三次續修。嘉慶十八年。第四次續修。皆舉頒布之年即現行之大清會典是也。康熙本爲百六十卷。雍正本同乾隆本刪爲百卷。今本復刪爲八十卷。蓋康熙雍正間事屬草創。且纂修官分任各門。殊缺統一。故不免枝蔓複沓。迨乾隆而體例始完。及嘉慶中葉。踵成書時殆六十年。其重要之事例。新發生者不少。故有續纂之舉。最後則同治十二年。發議爲第五次續修。開館二十餘年。草案將成。經團匪之亂。悉罹兵燹。是以至今不就。此大清會典編纂沿革之大概也。

乾隆欽定大清會典凡例曰。『以典章會要爲義。所載必經久常行之制。茲編於國家大經大法。官司所守。朝野所遵。皆總括綱要。勒爲完書。』其於會典二字之定義。及會典全書之性質。言之無餘蘊矣。蓋大清會典中舉凡大清律例及其他成文不文法。罔不包舉。而所尤注重者。則行政機關之組織權限及事務之準則。嚴密規定。日本織田萬氏謂現今各國除葡萄牙外。無一國焉有專編之行政法典。其最浩博之行政法。惟我現行之大清會典。非虛言也。

織田氏謂歐洲諸國所以無行政法典者。一因其行政法之性質。不國則立於此通例以外。故有政法典早發達云。

便於編爲法典。二因研究未充實。不能立一定不變之準則。而我

會典既爲經久常行之大法。是則所謂根本法也。根本法固不可屢動搖。故乾隆本凡例又云。『嗣後如有因時損益之處。其畸零節目。止於則例內增改。即有關大體者。亦止刊補一二條。無煩全書更動。庶一勞永逸。以便遵循。』是其尊重根本法之精神。畧可推見。然社會現象推移。終非可以一成不變之法。而適用於永久也。於是乎於會典之外。復有則例。會典其大綱法。而則例其細目法也。行政法之以例輔。典猶刑法之以例輔律也。我國古代編纂成文法之事業。雖極盛大。然大率摺撫先例。以成其發達約。

如近世之國際法國際法純以先例爲主其嚴定法與例之區別者實自清代始乾隆御製會典序云「嚮者發凡排纂率用原議舊儀連篇並載是典與例無辨也夫例可通典不可變今將緣典而傳例後或摭例以淆典其可乎於是區會典則例各爲之部而輔以行」又凡例云「以典爲綱以則爲目庶詳略有體」觀於此則會典與則例之性質較然甚明織田博士曰「二者之差異及關係恰如近世立憲國家憲法之與法律」雖比擬不倫而不得謂無相類之點也其關係既已若是以法理論之則例宜不得與典矛盾苟有矛盾則其例當不適用雖然事實上乃正與之相反典例異趨數見不鮮而當其例未經採以入典變更典文之時則例行而典之効力且中止焉此實我國特別之理論而非可以普通法理繩之者也

如是則則例之性質及其編纂法不可不更置一言則例者施行大清會典時所起之實例也凡行政官當執行行政務時每生疑義則或陳其委曲或自擬辦法經長官以請於中央政府由所屬之部審議奏聞得旨施行乃著爲例其性質與各國之法律經君主裁可公布者無以異且其例非徒約束行政官吏而已即對於一般人民亦生効力

此實一種之成文法而非可以尋常之慣習先例目之者也。則例之對於典與條例之對於律其關係全相同。雖然有一異焉。條例與律合爲一法典稱之曰律例。非有二書也。則例之與會典其在乾隆前每將例之重大者編入典中體裁雖一如律例。及嘉慶續修時其編纂法大加改良於大清會典八十卷外別有所謂大清會典事例者九百二十卷同時發布而會典事例名實皆爲例而不爲典。純然爲獨立之一種成文法。此其與刑法上律例之異點也。

則例之編纂各部皆有定期。欽定吏部則例奏疏云：『各部則例每十年奏請纂修。』欽定戶部則例云：『嗣是五年一修。』如刑部律例館之例是其編纂必有定期而各部非必盡一。雖然中經多故斯舉亦非實行。同治十二年纂修吏部則例奏疏云：『查臣部自道光十九年奏明續修則例至二十三年修竣以後迄今三十年之久。』然則其不遵依定期甚明而近數十年來此業益付諸等閑蹉跎不舉又衆所共見矣。則例之種類可大別之爲一般則例特別則例之二種。今略舉其目。

(甲) 一般則例

公

大清會典則例

大清會典事例

吏部則例

戶部則例

禮部則例

工部則例

賦役全書

擇補則例

中樞政考

八旗則例

學政全書

物料價值則例

六部處分則例

戶部漕運全書

大清通禮

刑部無專屬本部之則例。蓋刑部所宜規定者。不外刑律之適用。而凡此皆入條例之部分。不入則例之部分也。兵部亦無專屬本部之則例。其理由未詳。

通禮及賦役全書學政全書漕運全書等。雖無則例之名。實亦一種之則例也。六部處分則例。與日本之官吏懲戒令相當。故屬於特別則例。非屬於一般則例也。

(乙) 特別則例

第九章 成文法之淵源

我國歷代相傳及現行之成文法。裒然巨帙。充棟汗牛。求其所自出之淵源。蛛絲馬跡。粲然可見。今條舉之。

一曰慣習。各國法律之大部分無不從承認慣習而來。故在英國有 Common Law 之名。即慣習法。而英人所最尊者也。此其義舉。凡法學家言之已詳。今不複述。而我國古今之立法家亦不能外此公例者也。且我國儒家言素崇信自然法。而謂自然法出於天。天之代表爲人民總意。於是人民總意爲立法之標準。故曰。因其風不易。其俗齊。其政不易。其宜後世立法家本此精神以因應。一切故我國之重視慣習。視他國爲尤甚。其承認慣習以爲法律者必甚多。自無待言。

二曰君主之詔勅。我國數千年爲君主專制國。其法律惟采單純的之命令主義。舉凡君主下一詔勅。其効力直普及於國內。書之典謨訓誥誓命。皆當時及後世所尊爲大經大法也。而除謨以外。官屬於君主。詔勅自漢以後。則『前主所是。著爲律。後主所是。疏爲令』。史記酷吏傳引杜周語益成爲一般國民之理想。故一切法文。其採集詔勅而

成者十而八九。至宋代則竟以勅代律。並其名而易之矣。唐代有律令格式四種。宋代改爲勅令格式。律之語源。有平均中正爲事物標準之意。勅之語源。則語誠而已。說文文部勅下云。誠也。言部誠下云。勅也。故宋之法典。什九以編敕爲名。詔勅與法律幾同體而不可分矣。

夫謂詔勅與法律同物。此近世法理所決不許也。雖然。無論何國之法律。必待主權者之裁可。公布而始生效力。然則法律與主權者。本有不可離之關係。甚明而況乎在君主專制國。以「朕即國家」之主義爲原則。法律既爲國家意志之作用。則君主意志即爲法律。又論理上之一貫者也。微論吾國。即世界所共尊之羅馬法律全典。

Corpus Juris Civilis 合二種而成。其第一種曰「哥狄士」(*Code*) 即編纂巴特連奴帝

Justinianus 以後諸帝之命令。其後續頒新典名曰「那威爾」(*Novella*) 則亦編纂周士

的尼安奴帝(*Justinianus*) 三十年間所發之命令也。此亦與宋代之編勅無異矣。

然詔勅非一切與法律有同一之効力。其詔勅不含有立法之性質者。無論矣。即含有立法之性質者。亦必經君主再度承認。或後之君主承認。以法律之形式公布之。然後永久之効力乃始發生。宋史刑法志記「宋仁宗嘗問輔臣曰。或謂先朝詔

令不可輕改。信然乎。王曾曰。咸平所刪太宗詔令。十存一二。何爲不可。於是詔天下言敕得失。『是詔勅之不經再度承認。未成爲法律之形式者。可以無效也。』晉書刑法志亦稱『晉武帝修律。其權設之法不入律。悉以爲令。違令有罪則入律。』是即經再度承認者。苟不以法律之形式布之。則其効力與法律仍有差別也。故君主之詔勅。謂爲法律。大部分之淵源。則可直謂之爲法律。猶不可也。

三曰先例。所謂比。所謂故事。所謂章程。所謂品式。所謂格式。所謂條例。所謂事例。所謂則例。皆先例也。先例經主權者承認。即變爲法律。其慣習條理學說等大率皆先經採用。成爲先例。復由先例間接以變爲法律。此各國所同。我國亦如是。

四曰學說。採學說以爲法律。實助長法律之進步。最有力者也。羅馬法所以能爲法界宗主者。其所采之學說多。而所含之學理富也。我國數千年來。可稱爲純粹之法律。上學說者甚希。雖然。我國有支配人心最有力之一物。焉曰經義。經義者。實一種尊無與尙之學說。後世一切之公私行爲。動引爲準則。而於立法事業。亦有影響者也。漢初儒者。每引春秋及其他經義。折獄。隨即成爲判決例。以供來者之比附。其見

於史中者歷歷可考見至東晉元帝時主簿熊遠奏猶言凡為駁議者若違律令節度當合經傳及前此故事又云諸立議者皆當引律令經傳俱見晉書刑法志又元魏真君時以有司斷法不平詔諸疑獄皆付中書依經義論決見通典卷一六四然則視經傳與律令有同一之効力至晉六朝間猶然矣夫歷代固未聞有采經傳之文以制法律者然法官引經義以判事遂成爲判決例而判決例旋被采擇以入法文則間接而變爲法律者往往有焉矣及漢末而大儒叔孫宣郭令卿馬融鄭玄各爲漢律章句數十萬言魏明帝時遂採鄭氏說以入律晉武帝時又以魏律專用鄭氏失諸偏黨復廣採諸家是國家承認學說爲法律信而有徵者魏晉以還儒者讀書不讀律學說闕如於是立法家所憑藉之淵源失其一種矣

五曰外國法 今世各國現行法律多取材於異國其繼受他國之法系者無論矣如

洲大陸國繼受羅馬法系。美國繼受英國法系。日本前此繼受我國法系。近今繼受羅馬英國兩法系之類。即一法系中所屬之國亦未嘗不互相

師法棄短取長雖謂今世各國法律無一國不雜外國法焉可也我國數千年來自成一固有獨立之法系除最近所發布之商法訴訟法外未嘗一與他法系交通於

此而謂我國法律之淵源。有出自外國法者。其誰信之。雖然。最初之刑法。傳自苗族。苗族與我本為異國。然則充類言之。雖謂我為繼受九黎法系。亦未始不可及。李悝著法經。其時諸國並立。惟以魏人而兼採六國法。是外國法可以為立法淵源之一。原則在成文法鼻祖之李悝。已承認之。及至元魏定麟趾格。間屢入東胡舊制。隋承周舊唐律。因之。其間是否全無魏法之分子。蓋難言矣。然則謂外國法為我法律一種之淵源。亦不為過。

第十章 成文法之公布

日本人動引孔子民可使由之不可使知之二語。以相詆諆。謂我國法律取神祕主義。不與民以共見。此實警說也。在昔羅馬。貴族專政。故神祕其法律。利用平民無法律知識。得以肆其蹂躪。其後見迫。乃制定十二銅表之法。在昔希臘暴主。有名狄阿西尼亞者。每發一令。懸諸數十丈之柱頭。使民不能讀。而因以罔民。此歐西野蠻之舊。則有之。而我國自古不如是也。其在書胤征曰。『孟春之月。適人以木鐸徇於路。』其在周禮秋官大司寇曰。『正月之吉。始和。布刑於邦國都鄙。乃縣刑象之法於象魏。使萬民

觀刑象。挾日而斂之。『五官之長』文略同天官小宰曰。『正歲。帥治官之屬而觀治象之法。徇以木鐸。曰。不用法者。國有常刑。』小司徒小司寇文略同地官州長曰。『正月之吉。各屬其州之民而讀法。若以歲時祭祀州社。則屬民而讀法亦如之。』地官黨正曰。『四時之孟月。則屬民而讀邦法以糾戒之。』地官族師曰。『月吉則屬民而讀邦法。』地官閭胥曰。『凡春秋之祭祀役政喪紀之數。聚衆庶。既比則讀法。』秋官士師曰。『正歲帥其屬而憲禁于國中。』秋官訝士曰。『凡邦之大事。聚衆庶。則讀其誓禁。』秋官布憲曰。『掌憲邦之刑禁。正月之吉。執旌節以宣布于四方。而憲邦之刑禁。以詰四方邦國。及其都鄙。達于四海。』使周禮而非僞書。則我國古代於法典之公布。視為一重大之事。甚明。夷考其公布之方法有三。

一曰揭示法。所謂懸法象。魏者是也。羅馬十二銅表。建諸公園。使民共見。正用此法。

二曰口達法。所謂徇以木鐸者是也。法蘭西第一共和時。所頒憲法。使人鳴喇叭。走市中而誦其條文。正用此法。

三曰牒達法。布憲職所掌是也。由中央政府頒法於地方所用之方法也。近日各國通行法以公文或官報到達日生效力正用此法。

然則當時公布法之完備也如此不甯惟是其各地方鄉官常屬民讀法歲有定期。凡此皆懼民之不知法設種種方術以使之周知者也。

管子首憲篇云。『正月之朔布憲法於國。五鄉之師。五屬大夫皆受憲法。大史(略中)遂於鄉官。致於鄉屬。及於游宗。皆受憲。』是亦言公布法典之次第也。商君書定分篇云。

『公問於公孫鞅曰。法令之當時立之者。明日欲使天下之吏民皆明知而用之。奈何。公孫鞅曰。爲法令置官置吏。(略中)諸官吏及民有欲問法令之所謂也。案謂欲問法之所言者爲何也。

於主法令之吏。皆各以其故明告之。』是商君以使人人知法令之所謂爲極要之政。策而司法官對於人民有說明法律性質之責任也。漢代法律其公布之跡雖不可考。見然以當時印刷術未興。民間於一切文籍皆傳鈔不易。而注律者猶十餘家。家數十萬言。則其成典之普及於民間殆可推見。迨晉編新律成。特於太始四年元旦大赦天下。以頒新律。其所以鄭重之者至矣。六朝迄隋。皆循斯例。唐則以貞觀十一年頒唐律。

永徽初頒律疏開元二十五年撰格式律令事類四十卷詔於尚書都省寫五十本散於天下自茲以往歷代每制一法無不公布成例相沿不違枚舉而其所以編纂及公布之意無非欲使舉國人民悉知法律今略述歷朝建議之言。

唐高宗永徽中趙曦奏立法者貴乎人人盡知則天下不敢犯耳何必飾其文義簡其科條哉夫科條省則下人難知文義深則法吏得便(中略)臣請律令格式復更刊定其科條罪直書其事無假文飾使愚夫愚婦聞之必悟。

周世宗顯德四年中書門下奏(前略)律令則文辭古質看覽者難以詳明格勅則條目繁多檢閱者或有疑誤(中略)方屬盛明之運宜伸畫一之規所冀民不陷刑吏知所守(下略)

明洪武十一年諭律令之設所以使人不犯法田野之民豈能悉曉其意爾等前所定律令凡民間所行事宜類聚成編直解其義頒之郡縣使民家諭戶曉焉。

由此觀之我國數千年來皆執法律公布主義且以使人民有法律智識為國家之一義務其事甚明其間惟金代曾禁收藏制書謂恐滋告訐之弊實為二千年來我族所未嘗行之虐政然以不孚輿論禁亦旋弛

其輕重也今著不刊之典使民曉然知之(附江)近今如會典律例諸大法典每撰成隨即頒

金史張汝霖傳云舊禁民間收藏制文恐滋告訐汝霖言昔子產鑄刑書叔向譏之者蓋不欲使民預測

布。而其餘各種單行法令。亦以京報發表之。近世各國公布成文法之方法。每登載揭示於官報。法人馬伊耶士謂此法由我國最初發明。良不誣也。

且歷朝尙有以律學課士之制。秦時命欲學法令者。以吏爲師。漢建初八年。詔書辟士四科。其第二科曰明曉法律。足以決疑。魏文帝時。衛覬請置律博士。轉相教授。從之。唐制科目有明法一科。宋初有刑法科。詔法寺主判官諸路監司奏舉京朝官選人兩考者。上等進秩補法官。仁宗天聖四年。復置律學。設教授四員。公試習律令生員義三道。斷案生員一道。刑名五事至七事。私試義二道。案一道。刑名五事至三事。及元明以後。制科純用八股。然明試舉子第二場。猶作判五條。蓋亦獎勵讀律之意也。凡此掌故。本不足爲律學輕重。然此可見我國法律本期與民共見而決非日本人所譏爲取神祕主義云云也。

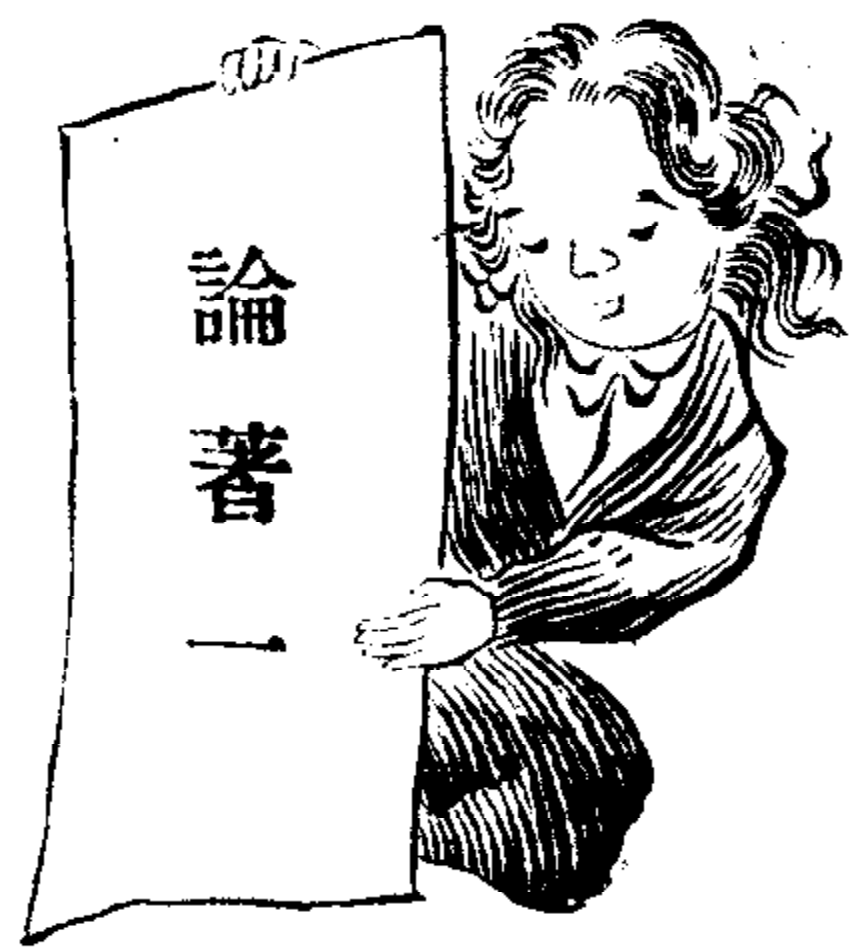
(未完)



論 著

●前號本論正誤表

三 七	三 五	二 〇	一 九	一 六	一 三	九	(集)
一 二	五 (夾注)	二 (小注)	一 〇	一 〇	九 (夾注)	一 二 (夾注)	(行)
曲●禮	唐●令	罪●條●例	於●新●法	建●尉●掾	秦●政	清●	(誤)
典○禮	唐○會	罪○名○條○例	於○是○新○法	廷○尉○掾	秦○改	德○	(正)



論中國成文法編制之沿革得失

(續第八十一號) 飲

冰

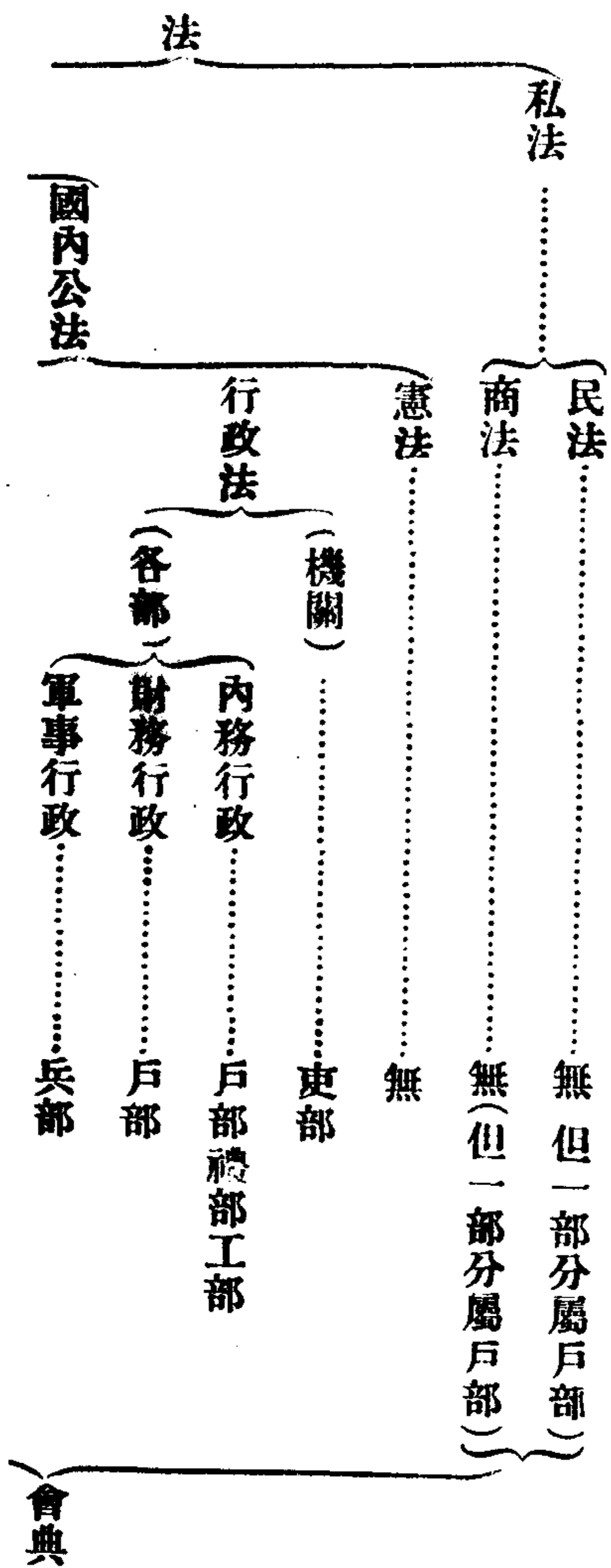
第十一章 前此成文法之闕點

以上所列。於我國成文法編纂之歷史。雖不能具。然大略可觀矣。夫吾所以絮絮數萬言臚陳故實者。非爲陳死人校功罪。毋亦鑑往知來。思爲今後立法事業。有所補助也。今欲語將來之方針。請先論前此之闕點。

一 法律之種類不備

近今學者言法律之分類。其說雖不一。而最普通者。則大別爲公法私法之兩種。公法者。所以規定國之組織。及國與人民之關係。國與國之關係者也。私法者。所以規定人

民相互之關係。及甲國人與乙國人之關係者也。公法私法之界說學者言人人殊今所徵引者日本梅謙次郎氏民法原理之說也公法之中。有規定國家之根本的組織者。是名憲法。有規定行政機關及其活動之規律者。是為行政法。有為國家自衛起見。科刑罰於犯法之人者。是為刑法。兩獨立國之間。互定其法律關係者。是為國際公法。私法之中。有規定一般私人間之權利義務者。是為民法。或於民法中。別取其關於商人商事者。為特別法。以詳定之。是為商法。有規定甲國私人與乙國私人間之權利義務者。是為國際私法。法律分類之大概如是。今以我國歷代遺傳及今日現行之成文法按之。



公法

國際公法

訴訟法

刑法

刑部

刑部

工 律	刑 律	兵 律	禮 律	戶 律	吏 律	名 例 律
--------	--------	--------	--------	--------	--------	-------------

律例

(附言)右表本於日本淺井虎夫見史學雜誌第十四卷第八號其比附本

不能十分正確因彼我異形有非可擬倫者也姑錄之以備參考

我國法律界最不幸者則私法部分全付闕如之一事也羅馬法所以能衣被千祺擅
 世界第一流法系之名譽者其優秀之點不一而最有價值者則私法之完備是也其
 債權法尤極完備。今世各國。殆全體繼受之。故當近世之初所謂文學復興時代者羅馬法之研究自其時始
 啓端緒而近世之文明即於茲導源焉其影響之大如此近世各國法律不取義務本

論中國成文法編制之沿革得失

位說而取權利本位說實羅馬法之感化力致之夫既以權利爲法律之本位則法律者非徒以爲限制人民自由之用而實以爲保障人民自由之用而人民之樂有法律且尊重法律也自不期然而然此原理變遷之間其關係不亦重乎我國法律之發達垂三千年法典之文萬牛可汗而關於私法之規定殆絕無之夫我國素賤商商法之不別定無足怪者若乃普通之民法據常理論之則以數千年文明之社會其所以相結合相維持之規律宜極詳備乃至今日而所恃以相安者仍屬不文之慣習而歷代主權者卒未嘗爲一專典以規定之其散見於戶律戶典者亦羅羅清疏曾不足以資保障此實咄咄怪事也吾推原其故(一)由君主專制政體亘數千年未嘗一變彼羅馬法律雖大成於帝政時代然實積共和時代之慣習法而來故其法含有共和的精神我國自戰國以前未脫酋長政治之史域其後遂變爲帝政以迄今日故法律純爲命令的原素而絲毫不含有合議的原素其於一般私人之痛癢熟視無覩焉亦固其所(二)由於學派之偏畸我國自漢以後以儒教爲國教然儒教固取德治主義禮治主義而蔑視法治主義故言法者殆見屏於儒家之外法家言於他方面雖不復有勢力而

在。法。律。界。仍。以。商。韓。爲。不。祧。之。宗。夫。儒。家。固。常。以。保。護。私。人。利。益。爲。國。家。之。天。職。者。也。使。純。采。儒。家。所。持。主。義。以。立。法。則。私。法。之。部。分。其。必。不。至。視。同。無。物。無。奈。儒。家。言。惟。置。重。社。會。制。裁。力。而。於。國。家。之。強。制。執。行。不。甚。視。爲。重。要。其。根。本。概。念。與。法。治。不。能。相。容。故。不。得。不。任。法。家。言。占。優。勝。之。地。位。於。法。律。界。而。法。家。言。則。祇。知。有。國。家。自。身。之。利。益。

純粹之法家言。本以國家之利益爲標準。其後君主即國家之理想。深入人心。於是更趨於君主之利益矣。

而。構。成。國。家。之。分。子。即。人。民。之。利。益。在。

所。不。計。儒。法。兩。派。不。能。調。和。此。所。以。法。令。雖。如。牛。毛。而。民。法。竟。如。鱗。角。也。此。實。我。文。明。進。退。消。長。之。一。關。鍵。不。可。不。深。察。也。

次。所。遺。憾。者。則。關。於。國。家。根。本。組。織。之。憲。法。未。能。成。立。也。夫。憲。法。屬。於。最。近。世。之。產。物。吾。國。前。此。之。無。之。固。不。足。怪。雖。然。苟。無。此。物。則。終。不。足。以。進。於。法。治。國。何。也。此。爲。根。本。法。無。之。則。一。切。法。無。所。附。麗。無。所。保。障。也。英。人。布。黎。士。頓。Preston 嘗。有。「清。帝。國。憲。法」

之。一。論。文。

Constitutional Law of the Chinese Empire

介。紹。大。清。會。典。一。書。謂。其。爲。永。久。不。

變。之。大。法。與。憲。法。相。類。而。日。本。織。田。萬。氏。亦。言。會。典。與。則。例。之。關。係。恰。如。立。憲。國。憲。法。與。法。律。之。關。係。雖。然。此。擬。不。於。倫。也。夫。各。國。所。謂。憲。法。者。雖。程。度。高。下。各。有。不。同。然。其。

內○容○大○率○分○三○大○部○一○曰○國○家○組○織○之○方○法○二○曰○國○家○機○關○活○動○之○規○律○三○曰○國○家○分
子○對○於○國○家○之○權○利○義○務○三○者○缺○一○不○得○謂○憲○法○而○會○典○則○惟○有○第○二○項○其○第○一○第○三
項○皆○無○有○也○且○憲○法○為○國○家○之○根○本○法○一○切○法○律○不○得○與○憲○法○法○文○及○法○文○所○含○之○精
神○相○觸○背○而○會○典○之○効○力○反○往○往○得○以○則○例○停○止○之○也○故○會○典○與○憲○法○異○者○非○徒○在○程
度○問○題○而○實○性○質○問○題○也○

二 法律之固定性太過

法○律○之○有○固○定○性○靜○止○性○其○本○質○然○也○雖○然○法○律○以○適○於○社○會○之○需○要○為○貴○而○社○會○之
進○步○變○遷○瞬○息○未○嘗○停○止○者○也○以○固○定○靜○止○之○無○機○的○法○律○而○遇○瞬○息○變○遷○之○有○機○的
社○會○然○則○法○律○之○形○質○與○社○會○之○實○況○常○日○趨○於○相○離○此○自○然○之○勢○也○故○法○律○不○成○文
則○已○既○已○成○文○則○無○論○若○何○敏○捷○之○立○法○家○總○不○能○使○法○律○與○社○會○適○相○應○而○無○一○毫
之○隔○膜○蓋○社○會○變○態○之○速○且○幻○終○非○有○文○句○之○法○律○所○能○追○及○也○英○國○碩○學○米○因○曰○法
律○與○社○會○的○需○要○兩○者○之○間○恒○有○一○鴻○溝○焉○立○法○者○宜○思○有○以○填○之○其○鴻○溝○之○廣○狹○與
填○之○之○遲○速○是○即○人○民○幸○福○之○多○少○所○攸○判○也○

(Maine, Ancient Law 第十一章) 夫鴻溝

不能無所爭者廣狹耳。填之不能盡所爭者遲速耳。凡在愈進步之社會則其鴻溝之成也愈速而其填之也愈難而愈不可不阻。然能應於時勢急起直追則又愈可以助長社會之進步。故鴻溝日日變圻日日塞填圻者無已時。填者亦無已時。如形影競走未嘗休息而國民幸福遂以日增。其在不進步之社會則鴻溝之成也稍遲而填之者亦不勉顧以不填之之故而不適之法律遂益障社會之進步。於是法律與社會兩者俱成靜止之形。殆如僵屍毫無生氣。雖然社會者為自然法則所支配。雖其變遷緣他阻力而致滯滯顧終不能為絕對的靜止。而絲毫無變遷者也。積年既久其與法律之鴻溝相去亦愈益廣。非復小小補苴所能使之接近。而法律之大部分遂不得不成秋扇。僅賴其小小部分勉維持社會秩序於萬一。則亦已同強弩之末。一旦社會忽遇外界之刺激逼迫驟生出劇烈之變遷。則法律全部無復足為社會之保障。而法遂成爲博物院中之法。非復社會關係之法矣。我國以進步遲鈍聞於世界。西人常謂馬可波羅之游記。意大利人當元時游歷中國者。至今日猶與中國內地現狀相合。然則以今日而適用前古之法律。其鴻溝似仍不甚相遠。雖然今之法律非他唐律之舊也。唐律非他漢律之舊也。

漢律非他李悝之舊也夫李悝距今則二千餘年矣唐之距今則亦千餘年矣即日社會進步淹滯亦安有千餘年前之法律適用於千餘年後而猶能運用自如者而試以今律校唐律其間所損益者能有幾何也夫法國現行民法由拿破崙時代所制定即破崙法典距今不過百年耳而運用之者已覺其多不適而大困難而倡議改正者且囂囂起日本法學協會雜誌第二十二卷第一號然則今之大清會典大法律例即使其當乾隆嘉慶間果曾悉心研究參合彼時代社會之現象以立案然至今日而其大部分已湏改正而况乎其所襲者實二千年前之舊也

歐洲近世自倍根 Bacon 首倡編纂法典之論至最近世則英之邊沁 Bentham 德之

提巴 Thibaut 復鼓吹之而反對論者亦大起其反對論不一端而最有力者則謂為障

社會之進步其言曰成文法典者使法律成爲結晶體者也結晶體光采爛然外觀甚

美而不能有生育發達之活力日本穗積陳重著 法典論第四章此論雖爲近今多數學者所排然以評

我國法典與社會之關係蓋甚切當矣我國社會進步之淹滯其原因雖不一端而受博物院中法典之障礙實其重要原因之一無可疑也要之我法典之腐舊與社會之

麻木兩者遞相爲因遞相爲果而前代編纂法典之人固有不得不尸其咎者矣。

近世學者之論各國法律多分爲成文國與不文國之二種。歐洲大陸諸國所謂成文國也。英美二國所謂不文國也。若我中國以歷史上觀之宜屬於成文國而以近今事實證之亦即往古亦當然則實可謂之不文國也。一切法律關係實則仍遵慣習及判決例等以爲衡時或頒發多數之單行法若夫朝廷所特制定整然成書號爲一國之大經大法者則不過以飾石渠天祿之壯觀而實際上之効力反甚薄弱此何以故則以法律與社會之鴻溝太相懸絕也。

三 法典之體裁不完善

甲 範圍不確立

學者分法律之種類又區爲主法與助法。主法者實體的法律如憲法、行政法、民法、刑法等是也。助法者施行法律之法律如議院法、選舉法、行政裁判法、刑事訴訟法、乃至其他爲一時一事所制定之特別法皆是也。主法舉大綱助法明細目主法貴簡括助法貴詳密主法以法律現象之大原則爲準據成一獨立體助法以主法爲準據不

論著一

能觸背主法主法比較的固定不變助法比較的與時推移此其性質差異之大概也。法律中何者當屬於主法之部分何者當屬於助法之部分此立法者所最宜注意也。我國之會典與律近於主法則例條例近於助法然有一般之大綱宜爲主法者而以入諸則例條例之中亦有部分之細目宜爲助法者而以入諸會典與律之內質而言之則律之與例會典之與則例果以何者爲界線彼立法者自初未嘗設有一嚴格的區別也夫宜爲主法者而入諸助法則効力不強而授官吏以出入上下因緣爲奸之隙宜爲助法者而入諸主法則主法太繁碎猥雜失彈力性緣夫時勢之變遷而主法遂不得成殭石夫即以大清律例中之律論之其中固有一大部分屬於瑣碎節目萬不能以入於主法的刑法者而竟充塞盈帙焉其不能實施適用而徒化爲一種之裝飾品不亦宜乎。

日本穗積陳重論法典之範圍曰。法典論第五編第二章一法典之範圍當便宜畫定非必一切法律悉編入一法典中也。如民法法典中畫其關於商事者別爲商法刑法法典中畫其關於軍人犯罪者別爲海陸軍刑法此其最著者也。其他不應編入法典之法律其種

類甚多。今舉其重要者。

一附屬於單行法之法規。如郵便罰則。當附屬於郵便法。租稅罰則。當附屬於租稅法。不必揭諸刑法中。

一頻須變更之法律。

一有實施期限之法律。

一別項細密規定之法律。

一限於一地方或一種之人民所施行之特別法。

一如商業法、工業法、農業法、礦業法、森林法、海上法等。凡一切要特別規定之法律。由是觀之。則範圍之限制與法典之良楛大有關係焉。我國之法典如曹菜求添。惟多爲務。此所以支離漫漶不適用於用也。

乙 主義不一貫

穗積陳重曰。『凡編纂法典者。必先確定其主義。如編纂憲法者。將取國家主義乎。抑取君主主義乎。抑取民主主義乎。其民法人事篇。將取家族主義乎。抑取個人主義乎。』

其財產篇將取完全所有權主義乎抑取有限所有權主義乎其相續篇將取分配主義乎抑取總領主義乎其在商法將取保護主義乎抑取助長主義乎抑取放任主義乎其在刑法將援據罪惡必罰之正理而取絕對主義乎抑取對立主義而於復讐恐嚇改良防禦諸主義中擇其一乎抑取折衷主義乎又如治罪法訴訟法將取口訴主義乎抑取書訴主義乎將取聽訟主義乎抑取審糺主義乎如裁判所構成法將取合議裁判主義乎抑取單獨裁判主義乎每當編一法典則其通於法典全體之大主義及其爲一部基礎之小主義等皆不可不豫定之否則全典脉絡不貫通而彼此矛盾之弊遂不可免』

以上所述爲近世科學發達以後據科學的方法以編纂法典者之所言也自不能以責諸前古人雖然我國前此之法典其編纂太無意識去取之間絕無一貫的條理以爲之衡故一法典中而其文意相矛盾者指不勝屈使用法者無所適從而法典之効力以相消而不復存此不得不謂編纂方法拙劣之所致也

丙 綱目無秩序

立法家之腦力無論若何偉大斷不能取社會現在將來之現象而悉計及之自不能取社會現在將來之法律關係而悉規定之何也人之心理自由活動者也其活動固非有一成不變之規律即有之亦非人智之所能及也而法律者向於現在將來而有効力者也苟現在將來所起之法律關係而法律絕無所規定則法律之用將窮故善立法者於綱目之間最所注意焉先求得其共通之大原理立以爲總則比利時碩學普蘭斯現今世界三大刑法家之一曰『所謂犯罪者非犯刑罰法之謂謂其違反於產出法典條文之大原則也如犯殺人罪者非必其犯刑法之某一條以其犯不可殺人之原則也犯竊盜罪者非必其犯刑法之某一條以其犯不可竊盜之大原則也』最近刑法論第二卷第一章第二節故立法者苟欲取犯罪之現象無小無大無正無變而悉規定諸條文之中則其勢必有所不給矣故綱舉而目自從綱不舉則雖臚目如牛毛猶之無益也豈惟刑法凡一切法皆若是矣我國今日現行兩大法典其大清會典無所謂總則不必論矣其大清律例沿晉唐之舊首置名例律一門頗有合於總則之義雖然大清律例之名例律有非貫通於全律之大原則而亦入其中者有貫通於全律之大原則而不入其中者謂名

例律足以包舉諸律焉。不得也。謂諸律悉無觸背名例律焉。不得也。故名例律者。有總則之名。而未能全舉其實者也。夫大清律例。爲發達最古。稍稱完備之書。而猶若是。其他更無論矣。此我國法律。所以等於頭痛灸頭。脚痛灸脚。支離滅裂。而終不足以周社會之用也。

四 法典之文體不適宜

英國碩學邊沁。嘗以法律之文辭。比諸寶玉。誠重之也。法律之文辭。有三要件。一曰明。二曰確。三曰彈力性。明確就法文之用語言之。彈力性就法文所含意義言之。若用艱深之文。非婦孺所能曉解者。時曰不明。此在古代。以法愚民者。恒用之。今世不取也。確也者。用語之正確也。倍根曰。『法律之最高品位。在於正確』。是其義也。彈力性者。其法文之內。包甚廣。有可以容受解釋之餘地者也。確之一義。與彈力性之一義。似不相容。實乃不然。彈力性以言夫其義確。以言夫其文也。倍根又曰。『最良之法律者。存最小之餘地。以供判官伸縮之用者也。存最小之餘地。則其爲確。可見能供判官伸縮之用。則其有彈力性。可見然則二者之可以相兼明矣。我國法律之文。明則有之。而確與彈

力性兩種。皆甚缺乏。大清律例卷首於律中文辭之用法。雖有說明。然其細已甚。且不完備。以我律文與今世諸國之法文相較。其正確之程度。相去遠矣。若夫彈力性。則我律文中。殆全無之。率皆死於句下。無所復容。解釋之餘地。法之通用。所以日狹。而馴即於不爲用者。皆此之由。

法文之美妙者。雖社會之變遷。其現象大異於立法之時。而猶可展轉。借以適於用。如法國之民法。其制定在距今百年以前。此百年間。全社會精神物質兩方面。皆爲突飛進步。劃然成一新天地。而法之民法。迄今未改。雖用之常不免困難。而困難猶未嘗不可用。此無他。學說之解釋。有以濟其窮也。而學說之解釋。所以得施。則法文之美妙。使然也。其最淺著者。如百年以前。世界未嘗有汽車。有電車。此盡人所能知也。而今者。法之法廷。凡關於汽車。電車所起之事件。皆可援拿破侖所制定之民法。以斷之。非解釋之功。安得有此。

學說解釋者。補助法律之最良法也。昔之立法者。嘗懼解釋者。牽合附會。以失其本意。或從而禁之。如羅馬帝周士的尼安。奴制定法典時。下詔嚴禁注釋。普王腓列特力第

二。奧帝周斯夫第二亦曾禁之。拿破侖制民法新成。不旋踵而巴黎市中已有民法注疏出現。拿破侖見而歎曰。余之法典既亡。凡此皆認解釋爲法典之蠹賊者也。雖然。禁之終不可得。禁非惟不可得。且日盛焉。蓋法律之爲物。有體有用。有學有術。其用其術。神而明之。存乎其人。豈直不能禁。抑亦不必禁也。我國法律不禁。詮釋故馬鄭大儒曾注漢律。而唐律疏義乃由立法者奉勅自撰。即大清律例其解釋之書亦不下十數。其間因解釋以廣法文之用者。雖自不少。然終不能如彼法國民法之圓融無礙。則法文之工拙爲之也。

學者之解釋。不徒廣法文之用。而並能助法學之進步。蓋法文所隱含之義。未備之義。反對之義。恒能緣解釋而發明。故解釋盛行。其於次度之修補法文。改正法文。常得莫大之助。我國雖有解釋。而不能收此效果者。其原因有數端。一。解釋家雖有之。而不能盛。蓋法律解釋之業。與辨護士之關係最密切。而我國辨護士之業。爲法律所禁。自影響於法律解釋之業。而無由盛也。二。法律學殆見排斥於學界以外。漢代尙有馬鄭大儒從事注律。自茲以降。上流學者皆不屑讀律。故解釋之業。惟委諸刀筆俗吏。夫俗吏

之學識不足以闡明高尚之學理。豈待問也。(三)則法文中所含學理本不富。記曰。甘受和白受采。膚淺混雜之法文。無論若何苦心研究。終不能於其間得甚深微妙之義。我國法典大率爲無意識的結集。雖多集上流學者從事解釋。猶將勞而少功。而况乎解釋者率屬俗吏。且寥寥不多觀也。

以上闕點。就吾意念所及。拉雜舉之。尙未能備。然將來若無編纂法典之事業。則已。苟有之。則此諸闕點。其最當注意也。

(未完)



論著二

