

中國
法及法律思想史
法及法律思想史
講 話

著 志 尚 秦

80
上海圖書館藏書



行印局書界世

上海图书馆藏书



A541 212 0019 25768



~~2570253~~

中國法制及法律思想史講話

小引

把中國歷代法制和法律思想的發展，併在一起敘述，這是本書的嘗試。法制是指法律制度、法典編纂、訟獄情形等，是現實的；法律思想是指歷代政治家和學者對於法制方面的意見，和歷代支配法律內容的根本原理，是理論的。但兩者有不可分的關係，有交互的影響。離開現實的理論，不是「思想」，是「烏托邦」式的夢想。但思想不能決定存在。法制和法律思想，都是跟隨各時代不同的社會基礎而變動的，兩者的變動是一致的。因此把中國歷代法制和法律思想併在一起敘述，是可以融會貫通的。所惜者，在中國的中古時代，自漢到清整個的二千年中，儒家成爲支配思想。法制和法律思想，一循禮治主義的方針，絕少變動。對於禮治主義，沒有一個學者敢非難。因此這長時期中，絕無先秦那樣燦爛的法律思想，只是枝枝節節的法律問題爭辯而已。直到近代，社會基礎變動，歐美法系侵入，中國的法制和法律思想，才展開了新頁。本書也在這新頁的出現時結束。

中國法制及法律思想史講話目錄

第一章 總說……………一

第二章 殷商西周……………四

(一) 殷商的法律……………四

(二) 西周的法律……………七

第三章 春秋戰國……………一二

(一) 法的公布……………一二

(二) 儒家的法律思想……………一六

(1) 孔子 (2) 孟子 (3) 荀子

(三) 道家的法律思想……………二一

(1) 老子 (2) 莊子

(四) 墨家的法律思想……………二五

(五) 法家的法律思想……………二七

- (1) 慎到尹文申不害 (2) 管子商君書 (3) 韓非

第四章 秦漢……………四五

- (一) 秦的法律……………四五

- (二) 兩漢的法律……………四七

- (1) 法制概要 (2) 法典

- (三) 兩漢的法律思想……………五二

- (1) 從法家到儒家獨霸 (2) 德化與法治 (3) 肉刑問題 (4) 復讎

- (5) 大赦 (6) 法律的獨立與平等

第五章 魏晉南北朝……………七一

- (一) 魏晉南北朝的法律……………七一

- (1) 魏律 (2) 晉律 (3) 南朝律 (4) 北朝律

- (二) 儒家法典的訂定……………七九

- (三) 魏晉南北朝的法律思想……………八二

- (1) 德化與法治 (2) 復肉刑的論爭 (3) 測罰的論爭 (4) 法律的不平等

第六章 隋唐……………九〇

(一) 隋唐的法律……………九〇

(1) 隋律 (2) 唐的法制概要 (3) 唐的法典 (4) 五代的法典

(二) 隋唐的法律思想……………九六

(1) 禮治主義的典型 (2) 定刑因身分而異 (3) 家族主義 (4) 對帝

室的禁忌 (5) 復仇的論爭 (6) 婚姻關係和親子關係

第七章 宋遼金元……………一〇九

(一) 宋遼金元的法律……………一〇九

(1) 四朝法制概要 (2) 宋的法典 (3) 遼的法典 (4) 金的法典

(5) 元的法典

(二) 宋元的法律思想……………一一六

(1) 宋儒的德刑論 (2) 復肉刑的最後論爭 (3) 復讎與大赦 (4) 法

律的平等與獨立 (5) 以贓定罪的懷疑 (6) 民法方面的問題

第八章 明清……………一二八

(一) 明清的法律……………一二八

(1) 法制概要 (2) 明的法典 (3) 清的法典

(二) 明清的法律思想……………一三二

(1) 法治思想的起伏 (2) 婚姻與繼承

第九章 近代……………一四一

(一) 近百年間中國社會的變化……………一四一

(二) 新舊法律的過渡……………一四三

(1) 會奏變法 (2) 修訂法律 (3) 編訂新法典

(三) 中華民國的法律……………一六二

(1) 北京政府的法律 (2) 國民政府的法律

(四) 新時代的法律思想……………一七五

中國法制及法律思想史講話

第一章 總說

本書既名中國法制及法律思想史講話，顧名思義，則它所敘述的，有兩方面：（一）把中國從古到今的歷代法律制度，述其演進的情形和興廢的過程，以見現在支配我們生活的法制的由來。（二）把中國從古到今的歷代法律思想，述其變遷和發展，以見其在當時和後代法制上所產生的影響。兩者的關係異常密切，並有相互作用，因此併在一起敘述，是很得當的。

中國法系，是世界五大法系之一，本書敘述中國法制和法律思想兩方面，目標在使讀者能明瞭中國法系的內容梗概。但是我們還得知道，法律是意識形態之一，它是隨着社會基礎（經濟構造）的改變而改變的。中國法制及法律思想的特色，就由中國特殊的社會經濟而來。我們看到一時代的法制及法律思想，就該記得它和當時社會經濟的連繫。

本書雖大致依朝代而分章，但是要明瞭整個的發展，可以把中國法制及法律思想史分作下述幾個

時代：

治。
(1) 原始時代——殷商，無法律可徵，裁判犯囚之權，在僧侶手中，行神判法。在政治方面，也是神權政治。

(2) 禮刑對立時代——周初，行封建制度；政治方面，是大小貴族統治。貴族與農奴對立，同時是禮與刑的對立。刑是武力，是貴族用以鎮壓農奴的，這是威嚇主義的肉刑的起源。

(3) 法治時代——春秋戰國到秦。這時候封建制度動搖，士大夫、地主、工商業者擡頭，政治方面，由貴族統治而到中央集權的專制的君權政治。士大夫等要求貴族公布法律，獲得勝利，漸代替貴族的地位。政府為集中權力，勵行法治，干涉人民的公私生活；在此情形下，所表現的並不是真正的法治，卻是把人民當作「朕即國家」的工具。

(4) 禮法調和時代——自漢中葉到晚清為止，換一句話說，自公元前第二世紀到最近的第十九世紀末葉為止，幾乎有二千年光景。這一個時期最長久，也最重要，是本書中主要的部分。在這二千年中，中國社會陷入停滯時代，不會向前發展；君權愈越發達，政治方面，是官僚主義的封建制。地主、士大夫、官僚，三位一體。在思想方面，儒家獨霸，儒學成為官僚主義封建制的理論。法律也漸變為儒家的立法。（西漢初還是

法家的立法，以後漸次發展，至唐律直到大清律乃純爲儒家的立法。）

儒家的立法怎樣呢？以道德、禮教、倫常爲立法的根據，而不以權利爲立法的根據。法律立於輔助道德、禮教、倫常的地位，爲手段不爲目的。「德主刑輔」咸認爲當然。但思想雖統於儒家一尊，而儒家士大夫對於法律方面的種種問題，仍有不同的異見，因而發生許多論爭。

(5) 歐美法系侵入時代——晚清到現在，這是中國受列強侵略後，老大帝國崩潰，社會基礎改變，法律也跟着改變；受歐美法系的影響，十分顯著。法律與禮教重行分離，新法治時代出現。政治方面是建立三民主義的國家，法律方面是實現三民主義的立法。

第二章 殷商西周

(一) 殷商的法律

商族在黃河流域中部發達，遠在公元前十一世紀以前。從這時候起，中國歷史方才脫離了傳說，而踏入黎明期。

商族的生產工具，大致是精緻的石器，並兼用銅器。他們主要的生產是畜牧；但是農業也漸開始。因此殷商時代是由畜牧經濟到農業經濟的過渡期。既然有了農業，人們也有定居的傾向，可是還不會到組織國家的地步，商族的社會是氏族制度。氏族中長老的人，憑其經驗，指導民衆生活，又有戰俘供勞動之用，漸從物質勞動解放出來，因此就成爲僧侶階級。同時氏族的戰士，也是這樣，而成爲貴族階級。氏族的族長是王。這時候王和貴族雖有特殊的身分，却沒有絕對的權力；無寧說一族的事務，以僧侶爲最高決定者。氏族內的民衆（庶民），這時還有參決族務的權力。毫無地位的只是由戰俘而成的奴隸。但奴隸並不是有大關係於生產的。

在殷商時代，有什麼法律和法律思想可言呢？我們可以膽大地說：幾等於零。——並不是沒有，而是文

獻不足徵。梁啓超云：

孔子欲觀夏道殷道，親詣其遺裔杞、宋二國，而慨歎於文獻不足徵，則其史料之乏可想見，而前乎此者益可想見。後世讖諱諸書言三皇五帝事甚多，皆秦漢間陰陽家言，矯誣不可信。大小戴兩禮記，屢言夏殷制，亦儒家後學推定之文。孔子明言不足徵者，而其徒能徵之，誕矣。（先秦政治思想史）

殷商時代雖沒有法律可徵，但我們可以說，刑罰一定是有的。當時既尚在畜牧到農耕的過渡期，人事簡單，氏族中庶民相互間的關係也少，所有刑罰，大致以對付由戰俘而成的奴隸為主。掌握刑罰之柄的，不外族長、戰士、僧侶等特殊階級。族長（王）主持大政，僧侶策應天人，他們是規定刑罰的人，戰士是刑罰的執行者。在殷墟出土的甲骨文字中，關於刑罰的字，也有幾個。據近人考證，從下列四個字裏，可見商族對於戰俘的刑罰。（甲骨文字寫法，因印刷關係，從略。）

奚——從手拘索以拘罪人。

執——象刑具之形，有罪而執之。

圜——象罪人入獄而猶拷之形。

囚——口象囚闌之形，而納人其中。

又，僧侶把自然現象和社會秩序聯繫在一起，上以控制王室，下以駕馭貴族，支配庶民。這時代的政治，是神權政治。高高在上的天，作爲最高的支配者。「順天者昌，逆天者亡。」天也是最高的裁判者。某一身分依其規定的做去，則天時順行，風雨調協；不如此凶荒洊至。罰惡獎善，本依人情和法理而定，這時候却以爲天必有「報應」——這樣的思想，到現在還流行於民間；以爲倖逃法網的人，終不能避免上天的裁判。但有

的王或貴族卻不滿於「天意」。如武乙，「爲革囊盛血，仰而射之，名曰射天。」又如紂倒行逆施，還以爲天的裁判不能及於他，說：「我生不有命在天。」

神判法的事，雖初見於西周的金文，但在神權政治的殷代末期，開始發生，大概也是可信的。說文云：

法作灋，從水，如水之平直；從廌，所以觸不直者去之。（廌，獸也，似牛一角，古者決獄，令觸不直者，象形。）

王充論衡也說：

廌，獸者，一角之羊也。性知有罪。皋陶治獄，其罪疑者，令羊觸之；有罪則觸，無罪則不觸。斯蓋天生一角聖獸，助獄爲驗。

可見這一種神獸，名爲廌（獬豸），像牛像羊，其說不一。在有獄時——或者說兩造爭是非曲直時，裁判者便牽它出來，看它以角觸那一個，便判被觸者爲非爲曲，加以刑罰。當時民事或刑事方面的案件，大概

都靠「神獸」來解決。

獬豸在遠古，或許確有其物，在神權政治時代，藉它的「亂撞」來斷獄，但其為「神」獸恐怕未必。它的影響也真大。後代的御史台刑部（司法）官吏的冠服，都以獬豸為記。直到前清，凡執法者猶用獬豸為補服云。

（二）西周的法律

周族征服黃河流域，開始建立國家。

周人很早就從事農業的。他們既占領黃河沿岸的沃土，農業經濟逐漸發達，乃代替畜牧經濟，而為主要的經濟。同時生產工具也由石器而進步為銅器；合金的技術，當時是很發達的。但是耕具方面，銅器太貴，大抵是「木耕手耨」形式。

周族征服的結果，把所得土地，分封給子弟和功臣，讓他們建立國家，在自己的領地上做「土皇帝」。這樣的制度，叫作封建制度。封建的貴族，叫作諸侯。這時候大大小小的諸侯真多，史稱有一千八百，雖未免近於誇張，但黃河流域的沃土，割據在貴族們手裏，絕未統一是真的。貴族們對於周王，只是脅於武力之下，

有朝盟的義務，並不受周王的控制。周王大抵是政令不出國門的。

天子之下，有卿大夫，諸侯之下，有士大夫，他們各從上面分得領地，榨取耕作者的剩餘勞動力（或剩餘生產物）爲生。因此，封建制度的組織，是金字塔式的，在尖頂的是周王，其次是大小貴族，再其次是貴族附庸的士，最底層的作爲這金字塔的基礎的是農奴。貴族把耕地分給農奴，大抵劃成井字形，分爲九區，八家各得一區，並共耕中間的一區，中間的一區稱公田，所收穫的繳納於上。這是農奴對貴族的徭役勞動，也是貴族的生命綫的所在。

從農奴到貴族，其間也有等級，並不是極整齊的。然而西周的政治，卻不能不提出貴族對農奴的支配爲特徵。換一句話說，西周是貴族統治時期。

西周的法律怎樣？漢書藝文志稱周法九篇，好像西周已有成文法，但這是後人僞託的書無疑。周禮載法極詳，如太宰之八法八則，小宰之八成，大司寇之三典，小司寇之八辟五禁都是。然周禮是僞書，爲後人託古改制之作，雖略存西周制度的遺意，然據爲西周典則是絕對不可的。

在政治上，貴族與農奴對立；在政治思想上，則爲禮與刑的對立。禮是貴族的內部規範，是貴族維持身分的東西；故謂「禮不下庶人」，禮和農奴是缺乏重大關係的。刑是貴族用以鎮壓農奴的，故「刑不上大

夫。」這是說貴族是不受刑的。貴族是獨立的「土皇帝」，天子不能隨意剝奪諸侯的身分；諸侯不能隨意剝奪卿大夫的領地。貴族對貴族有着制裁，這制裁只是戰爭或武力。貴族對貴族如果有所侵害，沒有國家刑罰的制裁，只有家族或個人間的報復。春秋公羊傳以爲國君有復仇的義務，大夫則不然。但曲禮卻說：「父之讎弗與共戴天，兄弟之讎不反兵，交遊之讎不同國。」可見是泛指一般貴族，非僅指國君而言的。刑是貴族用以鎮壓農奴的。刑就是武力，也就是兵。在西周時代，兵刑是一體的。國語魯語云：

臧文仲言於僖公曰：「刑五而已。大刑用甲兵，其次用斧鉞；中刑用刀鋸，其次用鑽鑿；薄刑用鞭撻。大者陳之原野，小者致之市朝。」

左傳云：「德以柔中國，刑以威四夷。」這刑當然是指甲兵。蓋周以武力征服異族，便以武力統治，兵刑不分。所謂肉刑，其實就是戰爭中用以對付敵俘的辦法。近人云：

且法有肉刑，其表面更與兵相類：四肢重罰，五虐峻刑，剗象七政，臙像七精，肉刑之屬繁不勝論，要無非如將士之罰吏卒，兵家之坑敵軍也。（陸紹明兵戎爲法之源論）

古代的刑罰，大概也是由司兵政者執掌。司寇、尉，這都是軍官，也都是法官。他們在有事時，以兵征服異族，在平日以刑鎮壓農民。刑的意義，就是以武力鎮壓農民，以維持封建的等級。兵刑一體，復以鎮壓爲目的，

故刑罰極殘暴，取威嚇主義。依尚書呂刑，刑有五種，卽墨、劓、剕、宮、大辟。依堯典則五刑之外，還有流刑、鞭刑及扑刑。呂刑對於可疑的罪，有罰鍰易科的規定，這是贖刑；它的發生，至早也在西周之末。

貴族雖有刑罰以鎮壓農民，但並不把這些刑以法典的方式公布。貴族對農民處刑，並不讓他們知道處刑的理由。所以貴族對農民的刑法，是不成文的祕密的。這樣農民不明白刑法是什麼東西，只受其威嚇，而害怕貴族個人。西周貴族統治時代的所謂法律，就是貴族的意思。左傳上載晉貴族叔向的話，「先王議事以制，不爲刑辟。」卽遇庶民有罪，貴族卽議定其應處何刑，公示於民衆，以作「殺一儆百」計。有時貴族也公示某種行爲是要處刑的，但這種公示，並沒有指明某特定的行爲必處某特定的刑，所以仍不失其祕密法主義。

關於西周的法律思想，只有尚書中數篇，爲可靠的史料。其中呂刑一篇，對於後世的立法很有影響。如漢陳寵就曾上疏：「請律令條法之溢於呂刑者，悉蠲除之。」又，後此儒家所鼓吹的「德主刑輔」的思想，也開始見於尚書，以刑罰是輔成道德的手段。如下面的話：

惟敬五刑，以成三德。（呂刑）

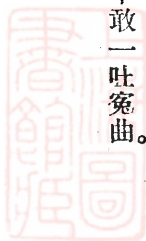
元惡大憝，矧惟不孝不友。子弗祗服厥父事，大傷厥心；于父，不能字厥子，乃疾厥子；于弟，弗念天顯，乃弗克恭厥

兄；亦不念鞠子哀，大不友于弟。惟弔茲，不于我政人得罪，天惟與我民大泯亂曰，乃其速由文王作罰，刑茲無赦。（康誥）

在易經中有幾句說：

訟上剛下險，險而健，訟。有孚，窒惕，中吉。剛來而得中也。終凶，訟不可成也。利見大人，尙中正也。

這幾句屬於彖辭，也許爲孔子時代或孔子以後的人所作。它成於何時，我們不必推究；可是這「訟則終凶」的思想，從孔子「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎」的話起，在漢以後兩千多年裏，在社會上有絕大權威，使司法界黑暗，人民受官吏魚肉，不敢一吐冤曲。



第三章 春秋戰國

(一) 法的公布

春秋戰國時代，中國的社會構造，發生變化。封建制度動搖，舊來的貴族在沒落中。

鐵器在春秋時始露曙光。鐵製耕具爲耕作者所採用，其中尤以犁爲重要。用犁和役畜之後，深耕也成爲可能。灌溉技術到春秋戰國時代，頗形發達。於是農業生產力向上，生產加多。

鐵器使農業進步，也使手工業進步。在戰國時代，冶鐵製鹽，成爲大規模的手工業。齊擅山海之利，就是指鐵和鹽。農業手工業發達，更促進商業的發達；各地農產物的交換，及手工業的交換，十分繁榮。而且從前諸侯數量多而領地狹，十步一關，五步一卡，商販簡直成爲不可能；到了春秋戰國，諸侯兼併，存者無幾，商販大形便利，商業都市勃興。昔日封建的堡壘，乃成爲商品的交換處。如齊的臨淄，人口有七萬戶之多，可見商業都市的盛況。商業資本人也擡頭了，大商人居然可以操縱政治；鄭弦高犒秦師，孔子弟子子貢以大商人的資格，周游列國，備受歡迎。

在政治上，春秋戰國時代，貴族政治衰落，王權政治漸興，形成從貴族政治到王權政治的過渡期。大貴

族因兼併的關係，而成爲國君；小貴族式微沒落。農民要求個別的耕種，願意繳納地租以代徭役勞動，井田制度崩潰，小貴族更失其衣食之資。代之而興的，有非貴族的地主和都市中非貴族的商業資本家。在戰國的末期，這些地主和大商人正是「時代的寵兒」，最爲得勢。至秦統一中國之時，商業資本達於高度發達之境，秦乃能征服各國，建立空前的統一國家。

在商業都市勃興的春秋戰國時代，除地主大商人外，還有一些人，也從農村生活一變而爲都市的市民。他們不再是被束縛在土地上的耕作者，離開封建的等級，以勞力換衣食，成爲都市中無產的自由民。

士大夫從前爲貴族的附庸，至此也一躍而起，向貴族爭取政權，向農民維持支配。他們主張王權政治，也主張封建等級，頗蒙國君的賞識。後來占據官僚地位的士大夫，就是從此擡頭的。

社會上既有一部人，脫離封建的等級，而成爲地主和工商業者，附庸的士也漸擡頭；相對的，封建制度動搖，貴族有式微之嘆。則貴族統治之不能維持是當然的。自由民和士大夫對貴族的抗爭，第一步是要求公布法律。貴族雖頑固，限於時勢，可不能拒絕法律的公布。公元前五三五年，鄭子產鑄刑書；前五二二年，晉趙鞅鑄刑鼎。於是秘密法乃趨向於公布。子產鑄刑書時，貴族極力反對法的公布。晉貴族叔向遺書子產說：

昔先王議事以制，不爲刑辟，懼民之有爭心也。猶不可禁禦，是故問之以義，糾之以政，行之以禮，守之以信，奉之以

仁。制爲祿位以勸其從，嚴斷刑罰以威其淫。懼其未也，故誨之以忠，德之以行，教之以務，使之以和，臨之以敬，淮之以強，斷之以剛。猶求聖哲之上，明察之官，忠信之長，慈惠之師。民于是乎可任使也，而不生禍亂。民知有辟，則不忌於上，并存爭心，以徵於書，而徵幸以成之，弗可爲矣。今吾子制三辟，鑄刑書，將以靖民，不亦難乎？民知爭端矣，將棄禮而徵於書。雖刀之末，將盡爭之。亂獄滋豐，賄賂並行。終子之世，鄭其敗乎！胥聞之，國將亡，必多制，其此之謂乎！（左傳）

子產不愧是比較開明的貴族，他爽快快回答叔向說：「若吾子之言，僑不才，不能及子弟，吾以救世也。」

晉趙鞅鑄刑鼎時，賢如孔子，也自貴族的立場，批評他法律不該鑄於鼎上公布。孔子說：「今棄是度也而爲刑鼎矣，何以尊貴，貴何業之守。貴賤無序，何以爲國？」

自由民和士大夫要求公布法令，貴族們決然反對，但是國君可不能拂逆時代的趨勢；那時候社會構造變動，經濟的權力漸次歸地主商工業者的掌握，於是勝利陸續歸於他們。法律漸次公布，等到士大夫自由民躍上政治舞台，更立法以改革社會。因此戰國時代成爲「法令滋彰」的時代。

士大夫雖爭得法的公布，但還得說明「公布」兩字的意義。法律著於典籍不一定是公布於人民的。法之著錄，由君主頒發於官吏，這是「頒布法」；由君主向大衆宣示，才是「公布法」。士大夫初雖要求公

布法律，以爲對貴族的身分鬭爭，但當他們得君而執政後，只求法律頒發於官吏已足（他們自身就是官吏），不再熱切要求公布。因此中國古來的頒布法極多，公布法極少。——公布其名，頒布其實。直到清代，法律還是刑名訟師的看家本領，一般民衆，莫明其妙。

戰國時代，各國所頒布公布的法令既多，於是有整理現行法令而草爲法典的事。唐律疏議云：

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，五雜法，六具法。

這部法經，是中國第一部成文法典。惜其書久佚。沈家本云：

戰國時各國各有刑法，悝不過集而自成爲一家言。漢書藝文志法家有李子三十二篇，法經當在其中。此書爲秦法之根源，必不與雜燒之列，不知何時其書始亡，恐在董卓之亂。隋書經籍志已不知其名，晉志但存目次，他無考焉。

關於李悝的生平，大致他是魏文侯相，助魏文侯富國強兵，是一個實際的政治家。章炳麟檢論云：

悝，儒者，受業于夏曾申。李悝或作李克，史書傳說，駁互不同，當是一人。

自鄭鑄刑書、晉鑄刑鼎，而到李悝搜集編爲法典，大抵是刑法。這時候還有一種更新爲目的的立法。士大夫執政以後，以法令改革從來的制度，摧毀貴族的傳統權力。如商鞅的變法，卽是最顯著的例。商鞅變法，

根本改造秦國的舊制度，頗有訂定憲法與民更始的性質。也許李悝的法經，也是變法的法典，後人誤傳爲整理現行法令的法典。

就在戰國末期，法治主義也達於最高潮，那是代表商業資本的法家的主張。詳於後面法家的法律思想節。

(二) 儒家的法律思想

(1) 孔子

孔子出身於貴族。他見封建制度動搖，貴族無能，很想力挽狂瀾，把封建制度加以改進。他熱中於從政，以期實現他的理想；在野則教誨士人，授以貴族的知識，使他們能殼擔任安上治民的職責。士大夫幫助國君統治，孔子爲其先驅。因爲二千年來中國的政治，行的都是專制的官僚主義的封建制，所以孔子受尊崇而不衰。

孔子的政治思想，是鼓吹「正名」，使「君君、臣臣、父父、子子」，以維持封建的身分等級制。對於法治，孔子是不滿的。不過孔子有着君子的態度，當時法治思想也並不怎樣激烈，故孔子不攻擊或破壞法治，他

只消極的感到不滿。孔子是絕對主張禮治的。他要以禮來「正名」來規定君子小人的等級，等級規定，小人安於本分，也用不到刑罰來鎮壓了。論語中有兩段說：

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。

禮樂不興，則刑罰不中；刑罰不中，則民無所措手足。

進一步，孔子絕對主張禮治，簡直不承認法律的必要。他說：「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎！」爲中國人怕打官司的藉口，影響至今未已。既主張禮治，則孔子不得不強迫人們遵守封建的道德——上下各安其分。後世流行的「德主刑輔」說，也以孔子開其端。

(2) 孟子

孟子後於孔子，在他的時代，新興的士，向貴族爭取政權的鬭爭，十分激烈。因此孟子一改孔子雍容的君子態度，而有發揚蹈厲氣概。孟子爲了向貴族爭取政權，提出「貴民說」（民爲貴，社稷次之，君爲輕。）頗和西洋近世紀初的「暴君放伐說」（Monarchomachen）相同。但這「貴民說」不過是士人爭取政權的手段。孟子所以爲儒家，就在他主張封建的等級制。他以「分工」的理由爲藉口，替身分差別作辯護。所謂：

勞心者治人，勞力者治於人；治於人者食人，治人者食於人。

可見孟子並不是「民主主義者」，始終不曾主張人民自己支配政權。他以為「治人」者不需要法律的拘束，只負「道」「義」上的責任。法和刑，原是對付「治於人」者的。他說：

上無道揆也，下無法守也；朝不信道，工不信度；君子犯義，小人犯刑。國之所存者幸也。

孟子主張性善，以為「人皆有不忍人之心。先王有不忍人之心，斯有不忍人之政矣。」既以不忍人之心來行政，所以看法律的效力，只是附庸的，補助的。他說：

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：徒善不足以為政，徒法不能以自行……是以惟仁者宜在高位，不仁而在高位，是播其惡於眾也。

從這樣的話中看來，孟子有着儒家一貫的思想，就是「德主刑輔」說。不過孟子時代究竟不是孔子時代，孟子看到當時社會發達的趨勢，對於商業資本是承認其權力的。他說：「市廛而不征，法而不廛，則天下之商皆悅而願藏於其市矣。」可見孟子的認識，比較進步些了。然而孟子猶不及後起的荀子。

(3) 荀子

戰國末期，社會構造變化，貴族已失其權威，商業資本擡頭。士大夫和自由民，正式從被治的地位而上

升爲統治者的地位。他們做了幫助國君統治的官僚。各國的外交軍事乃至內政，多起用士人。於是在戰國末期，法治思想特別發達。工商業者和士人都傾向於法治主義。就是儒家也未能外此。儒家的荀子，正是從禮治到法治的過渡者。荀子是戰國末期的大儒，然而他的兩位高足弟子，如李斯韓非，都是法家。李斯是法家幹練的政治家，他一手奠定秦的開國規模，而爲後世所取法。韓非則集法家理論之大成。

荀子主性惡，以爲「積善」才可以爲君子。但他總是儒家，屬於封建派。他提出「分」的一個字，以爲封建等級的根據。他主張「禮治」，禮乃以明「分」的。換一句話說，禮就是明階級的分限的。可是荀子所謂禮，已經不是孔子所謂禮，荀子的禮，和法相差只有一口氣。荀子把禮的施行，提出「勢」（權力）來。沒有權力，「明分」的禮，不能施行於民衆之間。他說：

人之生固小人，無師無法，則唯利之見爾。人之生固小人，又以遇亂世，得亂俗，是以小重小也，以亂得亂也。君子非得勢以臨之，則無由得開內焉。

荀子所謂禮，原是以權力爲後盾的，所謂明分，乃須以政治權力施行。政治權力所用以施行禮義的制裁，便是刑。換一句話說，荀子的政治思想，便是以爲聖人以權力定封建等級的分，使人不爭；其違反禮義而踰越定分的，聖王當然以權力制裁之。以權力制裁，不外乎刑罰。在孔子時代，「禮不下庶人，刑不上大夫」

貴族間的禮，與對小人的刑對立；荀子則爽快快，以爲刑乃禮之輔，可見荀子意中的禮，不過是「法」的異稱。他說：

聽政之大分：以善至者，待之以禮；以不善至者，待之以刑。兩者分別，則賢不肖不雜，是非不亂。賢不肖不雜，則英傑至；是非不亂，則國家治。若是，名聲日聞，天下願，令行禁止，則王者之事畢矣。

荀子所謂禮，劃一不二，其實就是法。他在禮論篇中這樣說：

禮豈不至矣哉！立隆以爲極，而天下莫之能損益也……故繩墨誠陳矣，則不可欺以曲直；衡誠懸矣，則不可欺以輕重；規矩誠設矣，則不可欺以方圓；君子審於禮，則不可欺以詐欺。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。

這樣看來，荀子的禮治和他高足韓非的法治，有什麼分別呢？——但總是有分別的，這在於立場的不同；荀子是儒家，究竟不是法家。儒家重「人治」。請看荀子的話：

有治人，無治法……君子者，法之原也；故有君子，則法雖省足以偏矣。無君子，則法雖具，失先後之施，不能應事之變，足以亂矣。

重人治而輕法治，這是荀子不同於法家的第一點。荀子不同於法家第二點是，他仍維持身分差別，以

爲禮是君子的事，法和刑是對待小人的。統治者的君子總是善的，被治的小人則不然，所以「法律平等」的觀念，荀子是沒有的。他說：

由士以上，則必以禮樂節之；衆庶百姓，則必以法數制之。

因爲橫着封建的等級制，所以荀子的禮治論雖近乎法治論，而禮治始終和法治相差一步。荀子終是儒家到法家的過渡人物，而較不上法家。

(三) 道家的法律思想

(1) 老子

老子書非孔子之前或孔子同時的老子所作，它大概成於戰國時代。它充滿着辟世思想，和莊子一書同爲道家的代表作。道家所代表的，大概是封建制度動搖時正在沒落中的小貴族。他們否定商業王國，主張無爲，那是不要工商業，不要王權政治。他說：「民多利器，國家滋昏；人多技巧，奇物滋起；法令滋彰，盜賊多有。」他也反對儒家的仁義，因爲儒家所謂仁義，原是改進封建社會的手段。他說：

絕聖棄智，民利百倍。絕仁棄義，民復孝慈。絕巧棄利，盜賊無有。此三者，以爲文不足，故令有所屬。見素抱朴，少私寡

欲。

老子書中的理想社會是什麼呢？那是西周時代純正的封建制度。各地零零散散，在小貴族支配之下，自給自足，無競爭無進步。請看老子的烏托邦：

小國寡民，使有什伯之器而不用，使民重死而不遠徙。雖有舟輿，無所乘之；雖有甲兵，無所陳之。使人復結繩而用之。甘其食，美其服，安其居，樂其俗。鄰國相望，雞犬之聲相聞，民至老死不相往來。

這不是西周初期諸侯千八百國的寫照嗎？老子反對王國的成立，反對國君向封建領主收稅，反對國君干涉封建的小貴族。但封建的小貴族恃他領地上農奴的供養爲生，是當然的。他說：「天之道損有餘而補不足；人之道則不然，損不足以奉有餘。」正是這意思。

老子最推重自然法，所謂「人法地，地法天，天法道，道法自然。」又謂「天網恢恢，疏而不失。」既推重自然法，對於人爲法，便認爲違反本性，徒勞無功的事。在商業王國的否定下，法令有什麼用？「民之難治，以其上之有爲，是以難治。」刑罰中最重的是死刑，然而老子說：「民不畏死，奈何以死懼之？」

但後來的法家，襲取老子的「無爲說」，以爲明定法令，君子可無爲而治；又襲取老子的愚民政策，以爲人君南面之術。道家居然變爲法家的遠祖了。

莊子的政治思想，和老子相似，辟世的念頭更濃厚，自然主義的色彩也更深。他反對人爲的法令，而崇自然法。這是道家一貫的主張。試舉莊子書中的幾點法律思想：

以刑爲體，以禮爲翼，以知爲時，以德爲循。以刑爲體者，綽乎其自殺也。以禮爲翼者，所以行於世也。以知爲時者，不得已於事也者，言其與有足者至於丘也。

故絕聖棄知，大盜乃止；摘玉毀珠，小盜不起。焚符破璽而民朴鄙，捨斗折衡而民不爭。殫殘天下之聖法，而民始可與議論。

聞在宥天下，不聞治天下也。在之也者，恐天下之淫其性也；宥之也者，天下之遷其德也；天下不淫其性，不遷其德，有治天下者哉？

是故古之明大道者，先明天而道德次之；道德已明，而仁義次之；仁義已明，而分守次之；分守已明，而形名次之；形名已明，而因任次之；因任已明，而原省次之；原省已明，而是非次之；是非已明，而賞罰次之；賞罰已明，而愚知處宜，貴賤履位，仁賢不肖襲情，必分其能，必由其名，以此事上，以此畜下，以此治物，以此修身，知謀不用，必歸其天。此之謂太平治之至也。故書曰：有形有名，形名者古人之有之，而非所以先也。古之語大道者，五變而形名可舉，九變而賞罰可言也。

道家的老子、莊子兩書，以及道家的別派狷介如陳仲子，貴己縱欲如楊朱，都反對王權政治，反對人爲

法而主張自然法。對於這樣的思想，今人會有確切的批評——雖說是批評老子，其實以之批評整個道家，也無不可。那是這樣說：

老子既是反對人爲法，今人拉他是中國的無政府主義者，也無不可。因爲無政府主義者是反對法律，他們以法律是惡者利器，是阻止人羣進化，違背天然法則，擴張君權等。（原註：詳見俄人克魯包特金所著的法律與權力）這等理由，都被近世無匹的法家舒丹木拉（R. Stammler）解釋反駁了。氏說：無政府主義者的說話，不過於近代各國現行法制加以批難。不曉得「法律實質」並不是一成不變的東西。法律實質是爲社會生活的法律規範和適合人類社會的需要，及發揮人類的本能。所以法律之爲法律，不啻是社會革命的方法。無政府主義者以法律是惡者護符，實在是沒有根據。法理，舒丹木拉說法律的實質是變動的。法律的目的是要奉有餘以補不足，是要減除人類的苦惱，增進人類的幸福。現代的立法，莫不趨向這個目的，應人類社會的希望，極力提倡法律的社會化。舉一二個顯明的例來說：像扶弱抑強，取富救貧，主持人道，斷定公理；扶持勞動工人，而修訂勞動保護，廢除農奴制度；納稅則盛行所得稅和累進稅，以減少資本家的剩餘利益。從這點看來，可說法律是惡者的護符，損不足奉有餘嗎？舒氏的解釋可算盡情盡義，毋庸我再來喋喋了。講了這大片話，我們可知道老子的無爲而治是不中用的。（丘漢平先秦法律思想）

上面的批評，大致是很對的。但是我們想補充一句，老子的無政府主義，乃是商業王國的否定；至於土皇帝式的封建制度，沒落貴族是求之不得的。

(四) 墨家的法律思想

所謂墨家，是戰國時代都市無產自由民的組織。他的性質，和初期的基督教徒很相像。墨家也是有宗教性質的團體。他尙鬼尊天，依託大禹。墨家的領袖叫做「鉅子」，墨翟也許是第一代鉅子。鉅子是一代代傳授下去的；有一代鉅子孟勝將殉難時，曾經派徒把這職位，傳給另一人。墨家有嚴厲的紀律，好像還有財產互助的規律。「有福同享，有難同當」，今日江湖上的幫會，大抵如此。墨家喜任俠，墨翟奔走得如喪家之犬，爲的是救人急難。「儒以文亂法，俠以武犯禁」，秦漢之間的大俠，或者是墨家的流亞。墨家又貴實踐，身體力行，以自苦爲極，跟儒家的高調大不相同。

墨家重實利，他的思想，全從實利主義出發。孟子辨明義利之別，墨家老老實實的說：「義，利也。」墨家主兼愛，因爲「兼相愛交相利」。墨家非攻戰，因爲「所攻者不利，而攻者亦不利；是兩不利也。」至於非樂、節葬、短喪，更顯然是從實利主義出發的。荀子批評墨家說：「墨子蔽於用而不知文。」實利主義的極點，確是如此。在墨家看來，所謂「文」的禮樂，不過是統治階級消耗在下者供奉的血汗，這有什麼好處呢？

與實利主義一貫的，墨家在政治上，主張「尙賢論」乃至「民約論」。他們竟主張民選的政府。如

墨子書上說：

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。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……察天下之所以治者何也？天子惟能一同天下之義，是以天下治也。

「天子惟能一同天下之義」可見墨子認識法律的用處。再看墨子書中另外的話：

天下從事者，不可以無法儀，無法儀而其事能成者，無有也。雖至士之爲將相者，皆有法；雖至百工從事者，亦皆有法……今大者治天下，其次治大國，而無法所度，此不若百工辨也……然則奚以爲治法而可？故曰：莫若法天。天之行廣而無私，其施厚而不德，其明久而不衰，故聖王法之。既以天爲法，動作有爲，必度於天。天之所欲，則爲之；天所不欲，則止。

墨子所謂法儀，以天爲法。天志篇中更說：「順天之意，謂之善刑政；不順天之意，謂之不善刑政。」但墨子的天志，和道家的自然法大不相同。道家是主張「天網恢恢，疏而不失」，聽其自然。墨子的法律觀念，是賞「正義」爲法律標準，天道無私，最合正義，故宜法天。而且墨家雖尊天而非命。信命的人以爲「上之所命固且賞，非賢故賞也；上之所罰，命固且罰，非暴故罰也。」這是墨家所反對的。墨家只以抽象的天意來

定法律標準吧了。再看墨家的行爲：

腹蘄爲墨者鉅子，居秦。其子殺人，秦惠王曰：「先生之年長矣，非有他子也，寡人已令吏弗誅也。先生之以此聽寡人也。」腹蘄對曰：「墨者之法，殺人者死，傷人者刑，此所以禁殺傷人也。王雖爲之賜而令吏弗誅，腹蘄不可不行墨者之法。」不許惠王而遂殺之。（呂氏春秋）

從這段伏話中看來，墨家崇法的精神，和法家也相似呢。

（五）法家的法律思想

（1）慎到尹文申不害

自從戰國中葉以後，商業資本發達，工商業者與地主擡頭，王權政治逐漸出現。各派學者都有傾向法治的政治主張的趨勢。法家就出現在這時代。他們是新興的地主與工商者的代表，在政治上，力主專制主義的王權政治，希望造成統一國家，摧毀貴族的殘餘勢力，以適合商業資本的要求。晚出的法家，既是時代的產兒，因此他十分得勢，蓬勃一時。法家的學說，除了本他自己的立場而創說外，還兼受儒道墨三家的影響。在儒家，如荀子的禮治論；在道家，如老子的無爲而治和愚民政策；在墨家，守法重法的觀念和實利思想，

俱有影響於法家的。

法家的先驅，有慎到、彭蒙、尹文、申不害等人。其中比較重要的，有慎到、尹文、申不害三個，試述之以爲法家先驅的代表者。

漢志藝文志有慎子四十二篇，注：「名到，先申、韓，申、韓稱之。」慎到，又名慎滑厘。其生卒時代與生平行事都無可考。所謂慎子四十二篇，也完全散佚，後人稽鉤羣書，集成慎子幾篇。這是後人僞作，或原是慎子的話，真疑參半；今姑引之，以見慎子法律思想的一斑。慎子開宗明義的話是：

天道因則大，化則細。因也者，因人之情也。人莫不自爲也……用人之自爲，則莫不得而用矣。此之謂因。

陶希聖批評這一段話：「如果這真是慎到的話，則慎到的思想確近似於邊沁。他的意思是說，人沒有不自爲的，統治者應常用人之自爲。這正是說沒有比自己還能假爲自己謀幸福的。統治者只須放任人人爲自己謀幸福便可以了。統治者無須以主觀的意思去干涉。統治者只用客觀的法，使人人法之下各爲自己謀幸福。這恰是都市中間階級自由主義個人主義的理論。」

慎子所謂法治，是很極端的，他根本否認人治，而主法治。他說：

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，望而無窮；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。

極端的法治主義者，竟以爲「惡法亦法。」試看慎子的話：

法雖不善，猶愈於無法，所以一人心也。

慎子以爲用以行法的，乃是權力，這權力他名之曰「勢。」賢智未足以服衆，惟勢足以服衆。他說：

飛龍乘雲，騰蛇遊霧；雲罷雨霽，而龍蛇與蟻蝮同矣。則失其所乘也。故賢人而屈於不肖者，則權輕位卑也。不肖而能服於賢者，則權重位尊也。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。夫駑弱而勢高者，激於風也；身不肖而令行者，得助於衆也。堯教於隸屬，而民不聽；至於南面而王天下，令則行，禁則止。由此觀之，賢智未足以服衆，而勢位足以屈賢者也。

慎子所謂法，客觀之至，公平無私，和度量衡的器一樣。他說：

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。

法者，所以齊天下之勳，至公大定之制也。故智者不得越法而肆謀，辨者不得越法而肆議，士不得背法而有名，臣不得背法而有功。我喜可抑，我忿可窒，我法不可離也。骨肉可刑，親戚可滅，至法不可闕也。

慎子所謂法，是因時制宜，而不是固執不變的。法必得「合乎人心」到了不合人心的時候，便該加以

改變。他說：

宓犧、神農教而不誅，黃帝、堯、舜誅而不怒，及至三王，隨時制法，各適其用。

故治國無其法則亂，守法而不變則衰，有法而行私謂之不法。

尹文，漢書藝文志有尹文子一篇，在名家。班固自注云：「說齊宣王，先公孫龍。」今傳尹文子，有大道上下兩篇。其互駁真僞也待考，惟中或有一二爲尹文原語。今姑據之以論尹文的法律思想。尹文發揮「名」「形」與「法」的關係，異常透澈。他說：

名也者，正形者也。形正由名，則名不可差。……故亦有名以檢形，形以定名，名以定事，事以檢名。察其所以然，則形名之與事物，無所隱其理矣。名有三科，法有四呈。一曰命物之名，方圓白黑是也；二曰毀譽之名，善惡貴賤是也；三曰況謂之名，賢愚愛憎是也。一曰不變之法，君臣上下是也；二曰齊俗之法，能鄙同異是也；三曰治衆之法，慶賞刑罰是也；四曰平準之法，律度量權量是也。

這「法有四呈」的話，是同時的法家所未道及的。尹文又主張君主以賞罰操縱人民的貧富，也是別有見解的話。他說：

故爲人上者，必慎所令。凡人富則不羨爵祿，貧則不畏刑罰。不羨爵祿者，自足於己也；不畏刑罰者，不賴存身也。二

者爲國之所甚病，而不知防之術，故令不行而禁不止。若使令不行而禁不止，則無以爲治。無以爲治，是人君虛臨其國，徒君其民，危亂可立而待矣。今使由爵祿而後富，則人爭盡力於其君矣；由刑罰而復貧，則人咸畏罪而從善矣。故古之爲國者，無使民自貧富，貧富皆由於君，則君專所制，民知所歸矣。

申不害的生平行事，在史記上有寥寥數語：「申不害故鄭之賤臣，學術以干韓昭侯。爲相十五年，國治兵強，無侵韓者。」法家中，申不害與韓非齊名並稱也。許韓非是遠承申子的。請看韓非子定法篇的話：

申不害，韓昭侯之佐也。韓者，晉之別國也。晉之故法未息，而韓之新法又生。先君之令未收，而後君之令又下。申不害不擅其法，不一其憲令，則姦多。故利在故法，前令則道之；利在新法，後令則道之。故新相反，前後相悖，則申不害雖十使昭侯用術，而姦臣猶有所譎其辭。故托萬乘之勁驪，七十年而不至於霸王者，雖用術於上，法不勤飾於官之患也。

申不害的著作，漢志著錄申子六篇，現全都散失。偶有隻言片語，爲先秦諸子所引，流傳至今，殊未足以窺全豹。現錄這些有關於法律思想的部分如下：

明君治國，三寸之篋運而天下定，方寸之基正而天下治。（馬總意林引）

君之所以尊者，令之不行，是無君也，故明君慎之。（北堂書鈔及藝文類聚引）

君必明法正義，若懸權衡以稱輕重，所以一羣臣也。（藝文類聚及太平御覽引）

堯之治也，善明法察令而已，聖君任法而不任人，任數而不任說。黃帝之治天下，置法而不變，使民安樂其法也。

(同上)

然而最可以窺見申子的根本思想的，仍是韓非子的話。他說：

申不害言術，而公孫鞅爲法術者，因任而授官，循名而責實，操殺生之柄，課羣臣之能，此人主之所執。法者，憲令著於官府，刑罰必於民心，賞存乎慎法，而罰加於姦令，此人臣之所師。

可見申不害雖與韓非並稱，其實申子並不純然是法家，他原是一個政治家。——先秦的法家和實際政治本最有關係，惟申子更致力於操縱的政術吧了。

(2) 管子商君書

上面已經說過，先秦的法家和實際政治本最有關係。近人云：

法家者流，出於法術之士。在戰國之時，國家之範圍，日益擴大，社會之組織，日益複雜。昔日管理政治之方法，已不適用。於是有人創爲管理政治之新方法，以輔當時君主整理國政而爲其參謀。此等新政治專家，即所謂法術之士。

(馮友蘭原名法陰陽道德)

戰國中葉後，法家大盛。有些言法術之事的，更假託前者的政治家以自重。法家中有二本著作：管子即

託管仲作商君書託商鞅作，就是好例。其實管子和商君書都成於戰國中葉後，和管仲商鞅無關的。

先說管子這裏是依書而論其法律思想和管仲本身無關。管子書中有兩點中心思想，一是增加農業生產以富國，二是法治主義。法家原是代表商業資本的，有這兩點要求，是當然的。增加農業生產以富國，和本書沒有關係，姑且不論。試述管子的法治。他先述國家君臣的起源說：

古者未有君臣上下之列，未有夫妻妃匹之合，獸處羣居，以力相爭，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。……名物處違是非之分，則賞罰之行矣。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。

因此，法的職能，有下述幾點，並各有應該注意的地方。書中說：

法者，將立朝廷者也。將立朝廷者，則爵服不可不貴也。……法者，將用民力者也。將用民力者，則祿賞不可不重也。……法者，將用民能者也。將用民能者，則授官不可不審也。……法者，將用民之死命者也。用民之死命者，則刑法不可不審也。

統治者的法令既出，應該嚴格地叫人民遵守；過與不及，都是要不得的。這才是真正的法治。書中說：
故曰，虧令者死，益令者死，不行令者死，留令者死，不從令者死。五者死而無赦，惟令是視。

商君書是依託商鞅的，商鞅和法律很有關係，又爲秦國奠定統一基礎的人。商鞅，衛人，又名衛鞅，或稱公孫鞅。他先仕魏，不得意；西游秦，以變法說孝公，被大用。鞅乃發揮他富國強兵的治術。最重要的事，是與民更始的變法。變法令摧毀秦的封建貴族，它大概的內容怎樣呢？

開阡陌，令民父子兄弟同室內息者爲禁。集小都鄉邑爲縣，置令丞。令民爲什伍，而相收司連坐。不告姦者腰斬，告姦者與斬敵者同賞，匿姦者與降敵同罰。有軍功者各以率受上爵。爲私鬪者各以輕重被刑。（史記）

商鞅爲了使民守法，徙木示信；太子犯法，刑其師傅，以示法的平等。他的手段相當嚴厲，甚至禁民議論，便與不便，公布了法令，人民只要遵守就是。非難他的人以「刻薄寡恩」少之，然而他治秦的政績，奉公守法，決不能抹殺的。章炳麟檢論論商鞅云：

迹鞅之進身與處交游，誠多可議者，獨其當官則正如檠榜而不可移。方孝公以國事屬鞅，鞅自是得行其意。政令出內，雖乘輿亦不得違法而任喜怒，其賢於湯之窺人主意以爲高下者亦遠矣。辱太子，刑公子虔，知後有新主能爲禍福而不欲屈法以求容闕……夫鞅之一日刑七百人以赤渭水，蓋所以止刑也。俄而家給人足，道不拾遺矣。

這裏因述商君書，附及於商鞅。因爲商鞅雖於孝公死後被戮，然而他變法的影響，到秦統一時仍很顯著。秦的法制，是上承商鞅的。至於商君書，自然是僞書，成於戰國末期（商鞅在戰國初期），不過它大概是

沿習商鞅的言行而作的。商君書中的法律思想和韓非子已經頗爲接近。它提出「變古論」以反映社會進化，以見商業資本的擡頭是極自然的。書中說：

三代不同禮而王，五霸不同法而霸。故智者作法，而愚者制焉；賢者更禮，而不肖者拘焉。……前世不同教，何古之法？帝王不相復，何禮之循？伏羲神農，教而不誅；黃帝堯舜，誅而不怒。及至文武，各當時而立法，因事而制禮。禮法以時而定，制令各順其宜，兵甲器備各便其用。臣故曰：治世不一道，便國不必法古。湯武之王也，不修古而興；殷夏之滅也，不易禮而亡。然則反古者未必可非，循禮者未足多也。

社會是進化的，法律也隨社會的進化而進化。商君書中便敘述法律的進化：

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，民生衆以別險爲務，則有亂。當此之時，民務勝而力征，務勝則爭，力征則訟。訟而無正，則莫得其性也，故賢者立中正，設無私，而民設仁。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，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。然則上世親親而愛私，中世上賢而悅仁，下世貴貴而尊官。

這一段話，述法律隨社會的進化而進化，總算是十分透澈了。商君書所謂法，也是極客觀的，可謂行政準則的。他說：

先王懸權衡，立尺寸，而至今之，其分明也。夫釋權衡而斷輕重，廢尺寸而意長短，雖察，商賈不用，爲其不必也……不以法論智能賢不肖者，惟堯，而世不盡爲堯。是故先王知自讖譽私之不可任也，故立法明分，中程者賞之，毀公者誅之。

法律的效用，偉大的很，治國是少不了它的。商君書甚至有下列的比喻：

爲治而去法令，猶欲無飢而去食也，欲無寒而去衣也，欲東而西行也，其不幾亦明矣。

法律應該大公無私。商君書說：

國之所以治者：三曰法，二曰信，三曰權。法者，君臣之共操也。信者，君臣之所共立也。權者，君之所獨制也。人主失守則危，君臣釋法任私必亂。故立法明分，而不以私害法則治。

商君書還有一點很重要的主張，就是法令是應該公布的，免得官吏動輒以法律來魚肉良民，小民也不至誤觸法網。書中說：

吏民知法令也，故吏不敢以非法愚民，民不敢犯法以干涉法官也。遇民不修法，則問法官。法官則以法之罪告之，民即以法官之言正告之吏。吏知其如此，故吏不敢以非法愚民，民又不敢犯法。如此，天下之吏民雖有賢良辨慧，不能開言以枉法，雖有千金，不能以用一銖。

(3) 韓非

韓非是先秦諸子的最後一人。他是法家主要的理論家，又是戰國諸子思想的集大成者。他的思想，是中國法律思想的精華。韓非的著作，漢志著錄韓非子五十五篇，張守節《史記正義》引阮孝緒《七錄》戴韓非子三十卷，篇數卷數都和今本相符。但其中並非完全出於韓非手筆，有的或係後人所附益，各家均有攷證，指明其真偽，不備述。只錄四庫全書總目提要的話，以見一斑：

考史記非本傳，稱非見韓削弱，數以書諫，韓王不能用。悲廉直不容於邪枉之臣，觀往者得失之變，故作孤憤、五蠹、內外儲說、說林、說難十餘萬言。又云：人或傳其書至秦，秦王見其孤憤、五蠹之書，則非之。著書當在未入秦前。史記自敘所謂「韓非囚秦，說難孤憤」者，乃史家駁文，不足為據。今書冠以初見秦，次以存韓，皆入秦後事，雖似與史記自敘相符。然傳稱王遣韓非使秦，秦王悅之，未信用。李斯姚賈害之，下吏治非，李斯使人遺之藥，使自殺。計其間未必有暇著書。且存韓一篇，終以李斯駁非之議，及斯上韓王書，其事與文皆為未畢。疑非所著書本各自為篇，非歿之後，其徒收拾編次，以成一帙，故在韓在秦之作，均為收錄。並其私記未完之稿，亦收入書中。名為非撰，實非所手定也。

韓非學於荀子，很受「性惡論」的影響。他雖不會明白提出「人性惡」，但仍從「人情好利惡害」出發，以見有法律和刑賞的必要。人情以利害計算一切，他舉一個普通的例說：

夫賣庸而播耕者，主人費家而美食，調布而求易錢者，非愛庸客也。曰如是，耕者且深，耨者熟耘也。庸客致力而疾耘，耕者盡巧，而正畦陌疇時者，非愛主人，曰如是，糞且美，錢布且易去也。此其養功力有父子之澤矣，而心調於用者，皆挾自爲心也。故人行事施予，以利之爲心，則越人易和；以害之爲心，則父子離且怨。

人情好利惡害，雖骨肉之親猶然。他說：

且父母之於子也，產男則相賀，產女則殺之。此俱出父母之懷衽。然男子受賀，女子殺之者，慮其後便，計之長利也。故父母之於子也，猶用計算之心以相待也，而况無父子之澤乎？

利害計算之心，如下面所說，已達極點：

且萬乘之主，千乘之君，后妃夫人嫡子爲太子者，或有欲其君之早死者，何以知其然？夫妻者，非有骨肉之恩也，愛則親，不愛則疏。語曰：「其母好者，其子抱。」然則其爲之反也。其母惡者，其子釋。丈夫年五十而好色未解也，婦人年三十而色衰矣，以衰美之婦人，事好色之丈夫，則身見疏賤而子疑不爲後，此后妃夫人之所以冀其君之死者也。唯母爲后而子爲主，則令無不行，禁無不止，男女之樂不減於先君，而擅萬乘不疑，此鳩毒捩昧之所以用也。……醫善吮人之傷，含人之血，非骨肉之親也，利所加也。故與人成輿，則欲人之富貴；匠人成棺，則欲人之天死也。非與人仁而匠人賊也，人不貴則輿不售；人不死則棺不買，情非憎人也，利在人之死也。故后妃夫人太子之黨成而欲君之死也，君不死則勢不重，情非憎君也，利在君之死也。

人類社會間，既然互相以利害計算之心相待，所以韓非以爲相愛之道不足恃，應該用相忍之道——

以法禁來代仁愛。他提出了好幾點意思：

今有不才之子，父母怒之弗爲改，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。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。（五蠹）

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。子母之性，愛也；臣主之權，策也。母不能以愛存家，君安能以愛存國？（八說）

母之愛子也倍父，父令之行子也十母，吏之於民無愛，令之行於民也萬父。母積愛而令窮，吏威嚴而民聽從。嚴愛之策亦可決矣。……故母厚愛處，子多敗，推愛也。（六反）

人情好利惡害，執政者卽以利害來明示他，所謂利害之道，就是賞與刑，或利與威。這是君主治國的二柄。韓非說：

一明主之所導制其臣者，二柄而已矣。二柄者，刑德也。何謂刑德？曰：殺戮之謂刑，慶賞之謂德。爲人臣者，畏誅罰而利慶賞。故人主自用其刑德，則羣臣畏其威而歸其利矣。（二柄）

治國須用賞罰二柄，這就是法治。法治論者否定人治。人治論者以爲「有治人，無治法」，法治者大爲

反對請看韓非的話：

歷山之農者侵畔，舜往耕焉，期年畎畝正。河濱之漁者爭坻，舜往漁焉，期年而讓長。東夷之陶者器苦窳，舜往陶焉，期年而器牢。仲尼嘆曰：「耕漁與陶，非舜官也，而舜往爲之者，所以救敗也。舜其信仁乎？乃躬藉處苦而民從之。故曰：聖人之德化乎？」或問儒者曰：「方此時也，堯安在？」其人曰：「堯爲天子。」然則仲尼之聖堯奈何？聖人明察在上位，將使天下無姦也。今耕漁不爭，陶器不窳，舜又何德而化？舜之救敗也，則是堯有失也。賢舜則去堯之明察，聖堯則去舜之德化，不可兩得也。……且舜救敗，期年已一過，三年已三過。舜有盡，壽有盡，天下過無已者，以有盡遂無已，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。奚待期年？舜猶不以此說堯，令從己，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；處勢而驕下者，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。（難一）

且夫堯舜桀紂，千世而一出，非比肩隨踵而生也。世之治者不絕於中……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。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。（難勢）

法治的精義，在於否定人治，賞罰全依於法。而且在賞罰之前，人皆平等。儒家謂「禮不下庶人，刑不上大夫。」韓非卻說：「刑過不避大臣，賞善不避匹夫。」無論官民，有善必賞，有惡必罰，法治才可有效。他說：

上古之傳言，春秋所記，犯法爲逆以成大姦者，未嘗不從尊貴之臣也。然而法令之所備，刑罰之所誅，常於卑賤，是

以其民絕望，無所告愬，大臣比周，蔽上爲一。（南面）

賞罰全依於法，這就是法的一定性。換一句話說，賞罰須有一定的準則，否則，「法不信則君行危。」（韓非指出法的一定性說）

是以賞莫如厚而信，使民利之。罰莫如重而必，使民畏之。法莫如一而故，使民知之。（五蠹）

聖人之治國也，賞不加於無功，而誅必行於有罪者也。（姦劫弑臣）

但是法的一定性，並不是說是固執不變的。相反地，法是隨社會的進化而進化的。他說：「治民無常，惟治爲法。法與時轉則治；治與世宜則有功。」他說明社會和法律的進化。

上古競於道德，中世逐於智謀，當今爭於氣力……今有構木鑽燧於夏后氏之世者，必爲鯀禹笑矣。有決瀆於殷周之世者，必爲湯武笑矣。然則今有美堯舜湯武禹之道於當今之世者，必爲新聖笑矣。是以聖人不期修古，不法常可；論世之事，因爲之備。宋人有耕田者，田中有株，兔走觸株，折頸而死；因釋其耒而守株，冀復得兔。兔不可復得，而身爲宋國笑。今欲以先王之政，治當世之民，皆守株之類也……故事因於世，而備適於事……世異則事異……事異則備變。

（五蠹）

在法治之下，刑與罰，以「功用」爲規定的標準。所謂「中程者賞，弗中程者誅。」這個「程」就是功

用。對於人民的言行，也得衡之以功用，所謂「明主聽其言必責其用，觀其行必求其功。」他又說：

夫言行者，以功用爲之的。穀者也。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，無常儀的也。設五寸的，引十步之遠，非羿逢蒙不能必中者，有常儀的也。故有常儀的則羿逢蒙以五寸的爲巧，無常儀的則以妄發之中秋毫爲拙。今聽言觀行，不以功用爲之的，言雖至察，行雖至堅，則妄發之說也。（問辯）

刑賞既以功用來規定，但是功用以什麼做標準呢？就是以富國強兵做標準。「儒以文亂法，俠以武犯禁。」這是無補於國的。能穀富國強兵的言行，才穀得到功用兩字。韓非的功用主義，是很極端的。他說：

斬敵者受上賞，而高慈惠之行。拔城者受爵祿，而信兼愛之說。堅甲厲兵以備難，而美薦紳之飾。富國以農，距敵恃卒，而貴文學之士。廢敬上畏法之民，而養游俠私劍之屬。舉行如此，治強不可得也。國貧養儒俠，讎至用介士，所利非所用，所用非所利。是故服事者簡其業而游於學者日衆，是世之所以亂也。（五蠹）

韓非給法下的定義，也是着眼於功用方面的。他說：

法者，憲令著於官府，賞罰必於民心，賞存心慎法，而罰加乎姦令者也。（定法）

據韓非說，申不害任術而不任法，商鞅任法而不任術，都是不對的。他主張法術兼用：

君無術則弊於上，臣無法則亂於下。此不可一無，皆帝王之具也。（定法）

法術之外，還有所謂勢。韓非雖有難勢篇，卻並不反對用勢，他只是主張以勢行法，「抱法處勢。」他以為如果專用勢，則亂多而治少。他說：

夫勢者，非能使賢者用己而不肖者不用己也。賢者用之則治，不肖者用之則亂……則是以勢亂天下者多矣，以勢治天下者寡矣。夫勢者便治而利亂者也。（難勢）

韓非的法治，又主張正名實，君主應循名而責實。換句話說，君主應使官吏各依其職守負責任。不盡責任的有罰，超越責任的也有罰。韓非曾舉例說：

昔者，韓昭侯醉而寢。典冠者見君之寒也，故加衣於君之上。覺寢而說，問左右曰：「誰加衣者？」左右對曰：「典冠。」君因兼罪典衣與典冠（均官名）。其罪典衣，以為失其事也。其罪典冠，以為越其職也……故明主之畜臣，臣不得越官而有功，不得陳言而不當。越官則死，不當則罪。（二柄）

韓非所謂法，不僅是「憲令著於官府」，而且應向民衆公布的。他說：

法者，編著於圖籍，設之於官府，而布之於百姓者也。（難三）

韓非「法治論」的終極，在於無為而治。——但這不是道家的無為。他說：

事在四方，要在中央；聖人執要，四方來效。虛而待之，彼自聽之。四海既藏，道陰見陽。左右既立，開門而當。勿變勿易，

與二俱行。行之不已，是謂履理也。夫物者有所宜，材者有所施。各處其宜，故上下無爲。使鷄司夜，令狸執鼠，皆用其能，上乃無事。（揚權）

集先秦法家學識大成的韓非，他的思想，可以下列幾句話，作爲代表：

故明主之治國也，適其時事，以致財物；論其稅賦，以均貧富；厚其爵祿，以盡賢能；重其刑罰，以禁姦邪。使民以力得富，以事致貴，以過受罪，以功致賞，而不念慈惠之賜，此帝王之致也。（六反）

韓非的法律思想，精密深奧，以兩千餘年前的先秦時代，居然有那樣的學說，不可不說是我中華民族的光輝。但他的根本缺點，我們也不必隱諱。近代法學家對於法家（尤其是韓非）的批評是：

法治思想大有功利主義的彩色，把人類當作一部「計算的機器」（Calculating Machine）。可是人的心理是複雜的萬分，不是單純性的；比方計算之心固然有的，然而同情心也未始沒有。法律不是特種心理底特產，却是各種心理調和底結果。法律正是「公道」和「治安」底公僕！法律那裏是功利底走狗？法律那裏是計較利害底算盤？司馬談批評法家，說他們「嚴而少恩」，卻是不差。（吳經熊唐以前法律思想底發展）

第四章 秦漢

(一) 秦的法律

秦是法治國家；商鞅變法時，已經給秦造成法治國的基礎。當戰國末年，商業資本極度發達，秦憑藉這樣的理由，統一中國，以適應當時的需要。這樣的國家，自然是中央集權的法治國家。

秦的法律，也是商鞅所手定。唐六典註云：「商鞅傳法經，改法爲律以相秦。增相坐之法，造三族之誅，加車裂鑊烹之刑。」可見秦律是李悝法經的流裔。所謂改法爲律，即改「盜法、賊法、囚法、捕法、雜法、具法」爲「盜律、賊律、囚律、捕律、雜律、具律。」以後在始皇時的李斯，二世時的趙高，都有更定。大致採重刑政策。蓋「秦法繁於秋荼，而網密於凝脂。」（桓寬鹽鐵論）前人早有定評的。

爲什麼人民怨秦苛法呢？因爲秦國的法律，對於人民公私生活，都採取干涉主義。如商鞅變法時，已有：「民有二男不分居者倍賦。」「事末利及怠而貧者舉爲奴隸。」干涉到人民的私生活。到始皇統一後，干涉更烈。人民的家族生活，也受政府制轄。始皇三十七年會稽刻石有云：

運理萬物，考驗事實，各載其名。貴賤並通，善否陳前。靡有隱情，飾省宣義。有子而嫁，背死不貞。防隔內外，禁止淫佚。

男女潔誠。夫爲寄緹，殺之無罪，男秉義程。妻爲逃嫁，子不得母，咸化廉清。

依此可知秦律令對於「男女之別」防範頗嚴，蓋爲「禁止淫佚」計，大有道學先生色彩。這倒不必管他。「夫爲寄緹」（按史記索隱云：「緹，牡豬也，言夫淫他室，若寄緹之豬也。」寄緹疑是寄食妻家，有類贅婿）是處死的。有子而嫁是有刑的。妻主離婚爲「逃嫁」也爲律令所不許。而且贅婿和逋亡人、賈人嘗受譴戍。這樣看來，秦國人民的家族生活苦矣！

對於人民的公私生活，既取干涉主義，相伴而來的，自然是重刑。秦的先臣商鞅、李斯的老師荀子、游秦的韓非，都是主張重刑的。始皇及李斯，爲厲行中央集權，造成帝國永久的基礎，急法重刑，「上樂以刑殺爲威」。始皇是「剛毅戾深，事皆決於法，刻削毋仁恩和義……久而不赦」。李斯則云：

商君之法，刑棄灰於道者，夫棄灰，薄罪也，而被刑，重罪也。彼唯明主爲能深督責輕罪。夫罪輕且督深，而況有重罪乎？故民不敢罪也。（史記李斯列傳）

再看李斯爲統一思想計，「有敢偶語詩書，棄市；以古非今者，族。」用屠殺箝制人民之口。以重刑爲後盾，對於人民公私生活的干涉，可以說達到極點了。也因爲這樣的緣故，秦時罪人特別多。觸法網的人，爲政府服勞役。如始皇二十八年，使刑徒三千人皆伐湘山樹，赭其山。三十三年，發有罪的人戍守新開拓的邊境。

三十五年，隱宮徒刑者七十餘萬人，分作阿房宮，或作驪山的陵寢。最後，章邯所發的兵以逆擊陳勝叛衆的，也還是刑徒。

秦是法治國家，但不是近代意義的法治國家。在專制的秦皇帝之下，沒有法治。——換句話說，秦代是王權政治開始，專制王權之下，沒有法治。近代的法治是議會政治的副產物。說秦是法治，還不如說是一「刑治」較妥。

還有一點：先秦諸子，到秦漢之際，王權政治成立，最得勢的是法家。手定秦的開國規模的，是李斯。李斯和韓非是同學，他的政治思想，完全和韓非一樣。如果說韓非是法家的理論家，李斯便是法家的實行家。近人云：「支配春秋戰國以至秦統一時法律內容全體的根本原理，是法家的學說。」這話大概是不错的。

(二) 兩漢的法律

(1) 法制概要

漢高入關，約法三章：殺人者死，傷人及盜抵罪。把秦的苛法，悉行除去。然在戎馬倥傯之中，這原不過是一時的便宜之計，而且當時高祖也並沒有在關中爲王，故這三章約法，也許實際上還沒有實行過。而況高

祖直到天下統一之後，方才確立制度，漢律的開始，也當在是時。

高祖誅戮韓彭等功臣時，尚用夷三族的酷刑。至文帝時，這誅三族的辦法，才得廢棄，並且肉刑也除去了。因此漢文帝以仁慈稱。但是事實上，族誅連坐與專制政治相終始，並不會因文帝的廢棄而消滅。按族誅連坐乃野蠻風俗的遺物，在春秋戰國時代猶為盛行。秦統一天下後，採取重刑政策，族誅連坐，變本加厲。漢惠帝已打算廢除它，但議未決而崩。據漢書刑法志說：

當三族者皆先黥劓，斬左右趾，笞殺之，梟其首，落其骨肉於市；其誹謗詈詛者，又先斷舌，故謂之具五刑。彭越韓信之屬皆受此誅。至高后元年，乃除三族罪。其後新垣平為逆，復行三族之誅。

文帝元年，為廢除肉刑，下詔云：

法者，治之正，所以禁暴而衛善人也。今犯法者已論，而使無罪之父母妻子同產坐之，及為收孥，朕甚弗取。其議除收孥諸相坐律令。（漢書）

文帝十三年，下詔廢除肉刑。漢書刑法志記這次劃時代的改革的經過：

齊太倉令淳于公有罪當刑，防獄逮繫長安。淳于公無男，當行會逮，罵其女曰：「生子不生男，緩急非有益也。」其少女緹縈自傷悲泣，乃隨其父至長安。上書曰：「妾父為吏，齊中皆稱其廉平。今坐法當刑。妾傷夫死者不可復生，刑者

不可復屬，雖欲改過自新，其道亡由也。妾願沒入官婢，以贖父刑罪，使得自新。」書奏，天子憐悲其意，遂下令曰：「……夫刑至斷支體，刻肌膚，終身不息。何其刑之痛而不德也！豈稱爲民父母之意哉！其除肉刑，有以易之。」

時肉刑有三——黥、劓、剕，別左右趾合一。乃代之以：黥則髡鉗而爲城旦舂，劓則答三百，剕則別左趾者答五百，右趾者棄市。以笞代肉刑，使罪人飽受撻掠，其「仁慈」也不過如此！然肉刑雖廢，漢武帝時，又有連坐而處的腐刑，這和肉刑差不多。司馬遷就是受過這「辱身」之刑的。

至於牢獄，則有廷尉之獄，掖庭之獄（卽後宮之獄）等；對於老幼，則稍稍從寬處置。如景帝時，八十歲以上及八歲以下者，孕婦、瞽者，雖繫獄而免其桎梏。又如哀帝時，婦女及八十歲以上七歲以下的男子，若非自己犯罪或緣家族叛逆，得不連坐。

司法之官，中央有廷尉，掌刑辟，如秦例。廷尉在於「三公九卿」之列。地方的司法，普通的操於文吏之手，而受廷尉節制。

（2）法典

漢承秦制，由秦的刀筆吏蕭何定律。秦律原有「盜賊、囚捕、雜具」六篇，蕭何更增加「戶、興、廩」三篇，合爲九篇，謂「九章之律」。這是漢代最初的法典。戶律卽唐律的戶婚律，興律卽擅興律，廩律卽廩庫律。這

三篇又稱事律。

自從蕭何之後，漢代時有編纂法典之舉。第一是制朝儀的儒生叔孫通。晉書刑法志云：「叔孫通益律所不及，傍章十八篇，傍章即漢儀也。」禮樂志云：「叔孫通所撰禮儀與律令同錄，故曰傍章。」可見叔孫通所撰的傍章十八篇，是禮儀制度，而非刑法性質。第二，文帝時，嚴錯爲內史，法令多所更定，凡三十章。第三，武帝時，張湯編越宮律二十七篇，趙禹編朝律六篇。而且到武帝時，專制王權極盛，人事紛繁，律令苛雜，已遠踰漢初。史稱「律令凡三百五十九章，大辟四百〇九條，一千八百八十二事，死罪決事比一萬三千四百七十二事。」以後在元帝、成帝時，都有刪蠲，蓋取寬簡之意。王莽篡漢，舊章蕩然，律令儀法，未及悉定；也不過奉行故事，略改名目吧了。

後漢興，仍恢復前漢的法律制度，但法網未見寬簡。文獻通考云：「自建武以來，雖屢有省刑薄罰之詔，然上下相胥以苛酷爲能，而拷囚之際，尤極殘忍獨行。」因爲訟獄難決，比例顛倒，章帝時，鮑昱爲司徒，奏定辭訟比七卷，決事都目八卷，以「齊同法令，息遏人訟。」以後對於律令法條，常有刪蠲。獻帝時，應劭又刪定律令，應劭傳云：「建安元年，（劭）乃奏之曰：臣輒撰具律本章句，尙書舊事，廷尉板令，決事比例，司徒都目，五曹詔書，及春秋斷獄，凡二百五十篇，蠲去複重，爲之節文。又集駁議三十篇，以類相從，凡八十二事。」

漢於律外，有令及科比。漢令有令甲、令乙、令丙之別。令者，「天子詔所增損，不在律上者爲令。」（漢書宣帝紀注。）漢科可考的，有「登聞道辭」「考事報讞」「使者驗賂」「擅作修舍」「平庸坐贓」「投書棄市」等，均見晉書刑法志。科者，「課也，課其不知法者，罪責之也。」（劉熙釋名）科之外有比，漢比可考者，有「決事比」「死罪決事比」「辭訟比」三種。比者，「以例相比況也。」（師古注）——可見令、科、比三者，是對於正式律的補充或解釋。

正式的漢律，就是九章律，益以傍章、越宮律及朝律合六十篇，是爲漢律。漢書安帝紀注謂漢律今亡，隋志亦云漢律久亡，可見爲漢代各種律令科比根據的漢律，在唐時已經亡佚了。

東漢時，法律書頗有注釋者。而注釋的都是當時經學大師馬融、鄭玄輩。據晉書刑法志云：

漢時決事集令甲以下三百餘篇，及司徒鮑公撰嫁娶辭訟決，爲法比都目，律凡九百六卷，世有增損。集類爲篇，結事爲章，一章之中，或事過數十，事類雖同，輕重乖異，而通條連句，上下相蒙，雖大體異篇，實相採入。盜律有賊傷之例，賊律有盜章之文，與律有上獄之法，廐庫有逮捕之事。若此之比，錯雜無常，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。凡斷罪所當用者，合二萬六千二百七十二條，七百七十三萬二千二百餘言，言數益繁，覽者益難。天子於是下詔，但用鄭氏章句，不得雜用諸家。

(三) 兩漢的法律思想

(1) 從法家到儒家獨霸

秦是法治國，承戰國末期以來，重法輕儒生（但儒道諸家並未中絕，只是受政府統制。）始皇爲人，「專任獄吏，獄吏得親幸，博士（包括諸家）雖七十人，特備員弗用。」李斯則建議「若有欲學法令，以吏爲師。」制曰「可。」可見秦代的支配思想，完全是法家思想。

漢興，把在動搖中顛覆的秦代法制，再行樹立。同時，司法官守法不阿；官吏嚴守厥職，循名責實。一切規模，頗帶法治精神。各地方的諸侯王，則勵行清靜無爲的政策，即所謂黃老術。言黃老術者只反對苛細及弄文舞法的刀筆吏，並不反對法治。所以西漢初年，法治與黃老並行。雖沿襲秦律，用法也非常寬大，「禁網疏闊；」法網紛繁，那是武帝以後的事。西漢初的支配思想，是法家和道家。儒家則只有叔孫通一類「面諛親貴」而得意，其實是不居重要地位的。

但是經西漢初休養生息之後，商業資本發達，大地主出現，封建的諸侯王沒落，中央大權逐漸集中於君王。在政治上，有改制的需要，專制的官僚主義的封建制已經形成。儒家乃應時勢而擡頭。儒家與官僚主

義封建制結不解緣也。開始在這時——漢武帝時。當時儒家維持孔孟相傳的主張，和法家及道家相鬪爭，終於得到勝利，而爲漢中葉後的支配思想。但儒家雖獨霸，其思想並非完全孔孟本面目，卻擁抱了黃老及法家的思想，以求適應當時社會及政治的需要。

儒家和法律發生關係，當遠溯到西漢初。前述叔孫通傍章十八篇，是禮儀制度，大約就是他以此得寵的朝儀。朝儀成爲漢律的一部。張湯的越宮律，趙禹的朝律，都是禮儀，也以刑罰作擔保，而爲漢律的一部。在先秦時代，禮與刑是對立的，現在禮與刑漸從對立變爲相輔。漢律中就包括刑（九章）和禮（傍章、越宮律、朝律）兩者。若爭議有關係於身分，禮便成裁判的規範。法律思想受儒家影響，於此見端。

在漢武帝時，儒家的公孫宏、董仲舒所以擡頭，發揚於當世，是由於他們善用春秋的解釋，適應當時政治的趨勢與君主的需求。他們更用春秋折獄，以打到法治，終於把儒家思想和法治揉合。如漢書食貨志：「公孫宏以春秋之義繩臣下。」五行志：「武帝使仲舒弟子呂步舒持斧鉞治淮南獄，以春秋義專斷。」兒寬傳：「寬爲奏讞掾，以古法義決疑獄，張湯甚重之。」最著名的的是董仲舒。漢書藝文志稱：「公羊、董仲舒治獄十六篇。」這以春秋折獄斷事，始於董仲舒，而支配中國的法律思想垂二千年。

春秋治獄的精神是：「春秋之定獄，論心定罪。志善而違於法者免，志惡而於合法者誅。」所謂論心，是

很抽象的，定罪不依法律而依倫理，有法而似無法。結果則牽強附會，法治精神，破壞殆盡。仲舒治獄十六篇，宋後已佚，現就在類書中所引的二則，述以爲例。

時有疑獄曰：「甲無子，拾道旁棄兒乙，養之以爲子。及乙長，有罪殺人，以狀語甲。甲藏匿乙，甲當何論？」仲舒斷曰：「甲無子，振活養乙，雖非所生，誰與易之？」詩云：螟蛉有子，蜾蠃負之。春秋之義，父爲子隱。甲宜匿乙，不當坐。」（通典引）

甲父乙與丙爭言相關，丙以佩力刺乙，甲卽以杖擊丙，誤傷乙，甲當何論？或曰：「毆父也，當梟首。」論曰：「臣愚以父子至親也，聞其鬪，莫不有怵悵之心，扶杖而救之，非所以欲誣父也。春秋之義，許止父病，進藥於其父而卒；君子原心，赦而不誅。甲非律所謂毆父，不當坐。」（太平御覽引）

這二則雖不免附會，然還合乎人情。但往往同一案件，可以附會絕不相同的經義，則令人莫可適從。如下列兩例：

其一

（事實）徐偃矯制使膠東，魯國鼓鑄鹽鐵。

（律令）矯制當死。

（甲說）偃自辨以爲春秋之義，大夫出疆，有可以安社稷，存萬民，專之可也。

（乙說）終軍語曰：古者諸侯，國異俗，分百里不通，時有聘會之事，安危之勢，呼吸成變，故有不受辭，造命專己之

宜。今天下爲一，萬里同風，故春秋：「王者無外。」偃巡封域之中，稱以出疆，何也？（漢書終軍傳）

其二

（事實）斬匈奴鄧支單于首及名王以下，宜懸首藁街，蠻夷邸間，以示萬里。

（甲說）丞相匡衡御史大夫繁延壽以爲月令春掩骼埋胔之時，宜勿懸。

（乙說）車騎將軍許嘉右將軍王商以爲春秋夾谷之會，優施笑君，孔子誅之，方盛夏，首足異門而出，宜懸十日乃埋之。

這可見所謂春秋斷獄，簡直是以意斷獄，藉此迎合君主的好尚；法治精神，大受斲傷。儒家支配法律思想，近人有很深切的批評。如章炳麟云：

晚世名家禮官既絕，一并於儒，故定律者多在薦紳。獨董仲舒爲春秋折獄，引經附法，異夫道家儒人所爲，則佞之徒也……仲舒之折獄二百三十二事，援附經織，比於鄒侯、叔孫，其文已枝，同時張湯、趙禹所謂朝律、越宮律、監臨部主、見知、故縱諸篇，皆不若依附春秋甚也。以是教湯使一事而進退於二律。後之廷尉利其輕重異比，上者得以重祕其術，使民難窺；下者得以因緣爲市，然後棄表墀之明，而從繆游之蕩，悲夫經之蟣蝨，法之秕稗也。——原註：漢世儒者往往喜捨法律明文，而援經誅心以爲斷。如薛况使客楊明斫傷申威，廷尉直引律曰：「鬪以刃傷人，完爲城旦，其賊加罪一等，與謀者同罪。」其議當矣，而御史中丞衆等以爲春秋之義，意惡功遂，不免於誅，況首爲惡，明手傷功，意俱惡，明及況

皆棄市。孔光師丹爲儒者宗，乃反是中丞議，蓋自仲舒以來，儒者皆爲蚩尤矣。（檢論原法）

劉師培云：

及董仲舒對策大廷，謂王者承天意以從事，任德教而不任刑，又謂教化立則姦邪皆止。揆其意旨，不出黜法而崇儒。及考其所著書，則又援公羊以傳今律，名曰引經決獄，實則便於酷吏之舞文。時公孫宏亦治春秋，所對之策尚德緩刑，約符仲舒之旨，然諳習文法吏事，緣飾儒術，外寬內深，睚眦必報（見漢書弘傳）。此則外避法吏之名，內行法吏之實，以儒術輔法吏，自此始矣。……夫儒生者，嫉法吏爲深刻者也。及其進用，則斷獄刻深，轉甚於法吏，其故何哉？蓋法吏者，習於今律者也，有故例之可循，不得以己意爲出入，故奉職循理，可以爲治。儒生者，高言經術者也，掇類似之詞，曲相附合，高下在心，便于舞文，吏民益巧，法律以歧，故酷吏由之，易於鑄張人罪，以自濟其私。……漢之所謂吏，卽古之所謂士也。儒生則不然，明習一經，通知家法，于民間情僞，不識不知，慧者出言迂闊，黠者以經術佐其姦，此又景武以前所未有也。後儒不察，妄謂儒生以仁厚施治，與法吏之縱暴不同，不知唯法吏能治民。試觀文景之時，文翁吳公循吏輩出，雖通明經術，然咸以吏掾進身。武帝之時，雖多酷吏，然擊奸鋤猾，亦有可稱。至于昭宣之際，若黃霸王成朱邑，咸以文墨小吏，以遺愛及民；若將相大臣，則魏相丙吉張安世杜延年，于定國均以書吏進身，兼明法律，然咸有輔政之才，厘亮庶績，子惠黎民，致海內興于禮讓，安得以法吏爲縱暴乎？若張趙三王雖稍苛察，然不畏強禦，民誦其德，歿世不忘，此豈儒生所能及乎？及觀于儒生之所爲，則會稽朱賈臣幼習春秋，繼乃力陷張湯，主父偃精於文學，通易春秋，乃首發趙濟陰事，又枉尺直尋，孟子之言也，終軍引之，則周納徐偃之罪，軋距蒯瞶，春秋所許也，雋不疑引之，則證明衛太子之誣。雖忠姦

有殊，然經術便於雜文，則固在上者所共悅。故霍光輔政，亦用經生，雋不疑傳言不疑以經決獄，霍光嘉之，謂公卿大臣當用經術，明于大誼……漢自宣帝以後，欲全身固位，必藉經術以自輔。其以法吏見全者，必由經生爲吏者也（如龔遂）。否則以法吏而兼習經術者也（如黃霸、于定國是）。然經術愈明，則刻深亦愈甚。如蕭望之之通齊詩論語，爲漢大儒，而趙廣漢、韓延壽諸循吏均死于其手，又抑馮奉世之功，翟方進、通、穀梁左氏，以儒雅緣飾法律，色厲內荏，希旨固位，于陳威、朱博、蕭育、逢信、孫闕之屬，峻文深詆，持法中傷。（儒學法學分歧論）

儒家援引春秋，操縱司法，像上面的話，真可以算得誅心之論了。

但是在前漢，儒家雖然占了優勢，可還不能製造成清一色的局面。試看下列的話：

（元帝）嘗侍燕，從容言：「陛下（指宣帝）持刑太深，宜用儒生。」宣帝作色曰：「漢家自有制度，本以霸王道雜之，奈何純任德教，用周政乎？且俗儒不達時宜，好是非古今，使人眩於名實，不知所守，何足委任？」乃歎曰：「亂我家者，太子也！」

後漢以來，注釋法律書的，如馬融、鄭玄等名儒十餘輩，都是當時的經學大師，儒家居然以注經的手段來解釋法律，法律乃漸次附庸於禮教了。

（2）德化與法治

程樹德九朝律考云：

中國法律有左列特殊之點：（一）建國之基礎，以道德禮教倫常，而不以法律；故法律僅立於輔助地位，為手段，不為目的……（二）立法之根據，以道德禮教倫常，而不以權利……（三）法律既立於輔助道德禮教倫常之地位，故其法常簡，常歷久不變。

自漢代儒家思想獨霸以後，支配中國法律內容全體的基本精神，總是德治主義——德主刑輔，德化重於法治。前漢時代，是儒法兩派交替的一頁，儒家打倒了法家，並擁抱了法家的思想。在這交替的時候，儒家諸子，努力提出德化重於法治的主張，以厭倒法吏。

陸賈是得高祖寵幸的儒生，他雖不是醇儒，卻先反對重刑，為德治留地步。他說：

天地之性，萬物之類，儻道者衆歸之，恃刑者民畏之。歸之則附其側，畏之則去其域。故設刑者不厭輕，為德者不厭重，行罰者不患薄，布賞者不患厚，所以親近而致疎遠也。夫「重者則身勞，事衆者則心煩，心煩者則刑罰縱橫，而無所立，身勞者則百端迴邪，而無所就。」是以君子之為治也，塊然若無事，寂然若無聲，不言而信，不怒而威，豈恃堅甲利兵，深刑刻法，朝夕切切而行哉？夫恃天地之政，操四海之綱，周旋不可以失度，動作不可以離道，謬誤出於口，則亂及萬里之外，況刑及無罪於獄，而殺及無辜於市乎？

文帝時，賈誼上疏也有說：

然而曰禮云禮云者，貴絕惡於未萌，而起教於微眇，使民日遷善遠罪，而不自知也……人主之所積，在於取舍。以禮義治之者，積禮義，以刑罰治之者，積刑罰。刑罰積而民怨背，禮義積而民和親。故世主欲民之善同，而所以使民善者或異。或道之以德教，或毆之以法令。道之以德教者，德教洽而民氣樂；毆之以法令者，法令極而民風哀。哀樂之感，禍福之應也……湯武置天下於仁義禮樂，而德澤洽，禽獸草木廣裕，德被蠻貊四夷，累子孫數十世，此天下所共聞也。秦王置天下於法令刑罰，德澤無一有，而怨毒盈於世，下憎惡之如仇讎，禍幾及身，此天下之共見也。是非其明效大驗邪？

宣帝初卽位，路溫舒上書，痛言獄吏的殘暴，提出仁義德化的話：

夫人情安則樂生，痛則思死，捶楚之下，何求而不得……故俗語曰：「畫地爲獄，議不入，刻木爲吏，期不對。」此皆疾吏之風，悲痛之辭也。故天下之患，莫深於獄，敗法亂正，離親奪道，莫甚乎治獄之吏……唯陛下除誹謗，以招切言，開天下之口，廣箴諫之路，掃亡秦之失，尊文武之德，省法制，寬刑罰，以廢治獄，則太平之風可興于世，永履和樂，與天無極。

在桓寬鹽鐵論中，記載漢代儒生和法吏的辨論，十分劇烈，茲不備引。又大小戴禮記原是西漢儒家思想的結晶，他們力主禮治，以爲罪惡和刑法的起源，由於失禮。試錄一段：

婚姻之禮廢，則夫婦之道苦而淫辟之罪多矣。鄉飲酒之禮廢，則長幼之序失而爭鬪之獄繁矣。聘射之禮廢，則諸侯之行惡而盈溢之敗起矣。喪祭之禮廢，則臣子之恩薄而倍死忘生之行衆矣。

劉向說苑，特別擡高「德化」的地位：

治國有二機，刑德是也。王者尙其德而布其刑，霸者刑德並濟，強國先其刑而後德，夫刑德者，化之所由興也。德者，養善而進闕者也；刑者，懲惡而禁後者也。故德化之崇者至於賞，刑賞之甚者至於誅。

後漢時，儒家的支配，已有清一色之勢，如陳寵是「法學世家」也。主張德化重於法治，他上章帝的疏，有這樣的話：

故子貢非臧孫之猛法，而美鄭喬之仁政。詩云：「不剛不柔，布政優優。」方今聖德充塞，假於上下，宜隆先王之道，蕩滌煩苛之法，輕薄箠楚，以濟羣生，全廣至德，以奉天心。

史家班固，也是當時的醇儒，他在漢書刑法志上說：

孔子曰：「如有王者，必世而後仁，善人爲國百年，可以勝殘去殺矣。」言聖王承衰撥亂而起，被民以德教，變化而化之，必世然後仁道成焉。至於善人，不入於室，然猶百年勝殘去殺矣，此爲國者之程式也。……今郡國被刑而死者，歲以萬數；天下獄二千餘所，其寃死者多少相覆，獄不減一人，此和氣所以未洽者也。原獄刑所以蕃若此者，禮教不立，刑法不明，民多貧窮，豪傑務私，姦不輒得，獄豈不平之所致也。書曰：「伯夷降典，哲民惟刑。」言制禮以止獄，猶隄之防溢水也。今隄防陵遲，禮制未立，死刑過制，生刑易犯，饑寒並至，窮斯濫溢，豪傑擅私，爲之囊橐，姦有所隱，則狃而寢廣，此刑之所以蕃也。

後漢是儒家的極盛時代，就在這時候，已經蘊孕着反動的萌芽。如作論衡的王充，他不爲傳統的儒家思想所籠圍，開自然主義之路，爲老莊復興的先驅。他反對織緯陰陽迷信，以爲世之治亂，由於機械的定命論。然而他論德與刑，仍不脫儒生的老調：

治國猶治身也，治一身省恩德之行，行傷害之操，則交黨疏絕，恥辱至身；推治身以況治國，治國之道當任德也。韓子任刑，獨以治世，是則治身之人任傷害也。韓子豈不知任德之爲善哉？以爲世衰事變，民心靡薄，故作法術，專意於刑也；夫世不乏於德，猶歲不絕於春也。謂世衰難以德治，可謂歲亂不可以春生乎？人君治一國猶天地生萬物，天地不爲亂歲去春，人君不以衰世屏德。（論衡非韓篇）

後漢末葉，世亂如麻，憂時之士，目擊世變，就不像往日高談德化，也注意到嚴法峻刑，有救時的效能。——但他們並不是要恢復秦及漢初的法治，他們不過以法律爲補助的手段。他們的立場，仍是儒家。這樣的人，可舉潛夫論作者王符、政論作者崔實、申鑒作者荀悅、昌言作者仲長統爲代表。先說王符，他的話是：

議者將以爲刑殺當不用，而德化可獨任，此非變通者之論也，非叔世者之言也。夫上聖不過堯舜，而放四子盛德，不過文武，而赫斯怒……是故君子之有喜怒也，善以止亂也，故有以誅止殺，以刑禦殘。且夫治國者，若登邱矣，必先躡其卑者，然後乃得履其高。是故先致治國，然後三皇之政乃可施也；道齊三皇，然後五帝之化乃可行也；道齊五帝，然後

三皇之道乃可從也。（潛夫論衰制第二十）

崔實的政論書今佚。就前人著作中所引的，可以看出他主嚴刑峻法，在於救世。他說：

凡爲天下者，自非上德，嚴之則治，寬之則亂，何以明其然也？近孝宣皇帝明於君人之道，審爲政之理，故嚴刑峻法，破姦宄之膽，海內清肅，天下密如算計，見效優於孝文。及元帝卽位，多行寬政，卒於墮損，威權始奪，遂爲漢室基禍之主。政道得失，於此可監。夫刑罰者，治亂之藥石，德政者，興平之梁肉也。夫以德政除殘，是以梁肉治疾也；以刑罰治平，是以藥石供養也。方今承百王之敝，值戾運之會，自數世以來，政多恩貸，馭委其輿，馬駘其銜，四牧橫奔，皇路險傾，方將措勒，韃舟以救之，豈暇鳴和鸞諧節奏哉？昔文帝除肉刑，當斬右趾者棄市，笞者往往致死，是文帝以嚴致平，非以寬治平也。荀悅純然是德治主義。他說：

問德刑並用，常典也，或先或後，時宜刑，教不行，勢極也。教初必簡，刑始必略，事漸也。教化之隆，莫不興行，然後責備。刑法之定，莫不避罪，然後求密。未可以備，謂之虛教；未可以密，謂之峻刑。虛教傷化，峻刑害民，君子弗由也。設必違之教，不量民力之未能，是招民於惡也，故謂之傷化。設必犯之法，不度民情之不堪，是陷民於罪，故謂之害民。莫不興行，則一毫之善，可得而勸也，然後教備；莫不避罪，則纖介之惡，可得而禁也，然後刑密。（申鑒）

仲長統所著昌言，多已散失，只有片段可以窺見。他說：

德教者，人民之常任也，而刑罰爲佐助焉。古之聖帝明王，所以能親百姓，訓五品，和萬邦，蕃黎民，召天地之嘉應，降鬼神之吉靈者，實德是爲，而非刑之攸致也。至於革命之期運，非征伐用兵，則不能定其業，姦宄之成羣，非嚴刑峻法，則不能破其黨。時勢不同，所用之數亦宜異也。

德教重於法治之說，起於先秦的儒家，成立於兩漢，此後支配中國的法律思想，亘二千年而無大改變。

(3) 肉刑問題

漢文帝廢肉刑，算是仁政，主張德治的儒家，照理是應該贊同的。不錯，假仁假義的儒家，自然贊同這仁政。但推行這「仁政」的結果怎樣？漢書刑法志說：

是後外有輕刑之名，內實殺人。斬右趾者，又當死；斬左趾者，笞五百，當劓者，笞三百，率多死。景帝元年下詔曰：「加笞者，笞與重罪無異，幸而不可爲人。其定律：笞五百曰三百，笞三百曰二百。」猶尙不全，至中六年又下詔曰：「加笞者，或至死而笞未畢，朕甚憐之，其減笞三百曰二百，笞二百曰一百。」又曰：「笞者，所以教之也，其定箠令。」丞相劉舍御史大夫衛綰請笞者箠長五尺，其本大一寸，其竹也未薄半寸，皆平其節，當笞者笞背，毋得更人，畢一罪乃更人，自是笞者得全。然酷吏猶以爲威，死刑既重，而生刑又輕，民易犯之。

可見改革肉刑的「仁政」並未妥當，後漢的人已經看出，以後遂爲主張恢復肉刑者的藉口。果然，到了後漢末年，暴民蜂起，國事紛亂，儒者爲了救世——維持地主士大夫的政權，居然主張重刑峻法，恢復肉

刑。崔實、荀悅、仲長統輩可爲代表。晉書刑法志云：「建安元年……故遼東太守崔實，大司農鄭元，大鴻臚陳紀之徒，咸以爲宜復行肉刑。」他們的理由好像振振有辭：

文帝雖除肉刑，當劓者笞三百，當斬左趾者笞五百，當斬右趾者棄市。右趾者既殞其命，笞撻者往往至死，雖有輕刑之名，其實殺也。當此之時，民皆思復肉刑。以此言之，文帝乃重刑，非輕之也。（崔實政論）

肉刑古也。或曰：「復之乎？」曰：「古者人民盛焉，今也至寡。整衆以威，撫寡以寬，道也。復刑非務必也；生刑而極死者，復之可也。自古肉刑之除也，斬右趾者死也；惟復肉刑，是謂生死而息民。」（荀悅申鑒）

肉刑之廢，輕重無品：下死則得髡鉗，下髡鉗則得鞭笞；死者不可復生，而髡者無傷於人，髡笞不足以懲中罪，安得不至於死哉？夫雞狗之攘竊，男女之淫奔，酒醴之賂遺，謬誤之傷害，皆非值於死者也；殺之則甚重，髡之則甚輕，不制中刑以稱其罪，則法令安得不參差，殺生安得不過謬乎？今患刑輕之不足以懲惡，則假贓貨以成罪，託疾病以諱殺，科條無所準，名實不相應，恐非帝王之通法，聖人之良制也。或曰：「過刑惡人可也，過刑善人，豈可復哉？」曰：「若前政以來，未曾枉害善人者，則有罪不死也，是爲忍於殺人也，而不忍於刑人也。今令五刑有品，輕重有數，科條有序，明實有正，非殺人逆亂鳥獸之行，甚重者皆勿殺。嗣周氏之祕典，續呂侯之祥刑，此又宜復之善也。」（仲長統昌言）

但當時也有反對復肉刑的，孔融就是一例。他的肉刑議云：

古者敦龐，善否區別，吏端刑輕，治無過失，百姓有罪，皆自取之。末世凌遲，風俗壞亂，政撓俗替，法害其民，故曰上失

其道民散久矣，而欲繩之以古刑，投之以殘棄，非所謂與時消息也。紂割朝涉之脛，天下謂之無道。夫九牧之地，千八百君，若別一人，是天下常有千八百刑也，求世休和，弗可得已。且被刑之人，慮不念生，志在思死，類多趨惡，莫非歸正。夙沙亂齊，伊戾禍宋，趙高英布爲世大患，不能止其源，遂爲非也。雖忠如鬻拳，信如卞和，智如孫臏，冤如巷伯，才如史遷，達如子政，一罹刀鋸，沒世不齒。漢開改惡之路，凡爲此也。故明德之君，速度深惟，棄短就長，不苟革其政也。（後漢書孔融傳）

孔融的理由很充足，所以論復肉刑者雖多，到底不曾恢復。

和肉刑同是野蠻時代遺物的，有「族誅」和「刑訊」兩者。族誅連坐也廢於漢文帝時，其實始終不曾全廢，這在前面已經說過。至於刑訊，在漢代也頗流行，史記張耳傳說：「貫高被治，榜笞數千，刺劓身無可擊。」後漢章帝時曾下詔禁刑訊，詔有云：「自往者大獄以來，掠拷多酷，鈇鑽之屬，慘苦無極，念其痛毒，怵然動心。」但也不曾禁絕。「捶楚之下，何求而不得？」（前漢路溫舒語）此風直到清末始已。

(4) 復讎

純正的法治主義者，視復仇爲不合法，嚴加禁止。但法律思想在儒家支配下，對於復仇，就顯得模稜兩可。那是在治安的觀點上，復仇是應該禁止的；在封建身分的觀點上，有些仇非報復不可的。如曲禮云：

父之讐弗與共戴天，兄弟之讐不反兵，交遊之讐不同國。（鄭玄云：父者子之天，殺己之天，與共戴天，非孝子也，行

求殺之乃止。不反兵，恆執殺之備。交遊之讐，不吾避，則殺之；交遊或爲朋友，

這樣一來，社會治安，就要不堪設想，所以儒者爲救時弊計，主張加以禁止。後漢書桓譚傳記載他上疏

說：

今人相殺傷，雖已伏法，而私結怨讐，子孫相報，後忿勝前，至於滅戶殄業，而俗稱豪健。故雖有怯弱，猶勉而行之，此爲聽人自理，而無復法禁者也。今宜申明舊令，若已伏官誅而私相傷殺者，雖一身逃亡，皆徙家屬於邊，其相傷者加常二等，不得雇人贖罪，如此則仇怨自解，盜賊息矣。

儒家荀悅對於復仇的見解是：

或問：復讐古義也，縱復讐可乎？曰：不可。曰：然則如之何？曰：有縱，有禁，宥生，有殺。制之以義，斷之以法，是爲義法並立。曰：何謂也？曰：依古復讐之科，使父讐避諸千里，兄弟之讐避諸異郡五百里，從父從兄弟之讐避諸異縣百里。弗避而報者，無罪；避而報之，殺。犯王禁者，罪也；復讐者，義也；以義報罪以王制，順也；犯制，逆也；以逆順生，殺之。凡以公命行止者，不爲罪。（申鑒）

但結果禁者自禁，獎勵者自獎勵。「章帝建初中，有人侮辱人父者，而其子殺之，帝賞其死刑而降宥之，自後因以爲比。」這大概是所謂「法律不外人情」吧？「因以爲比，」卻是紊法亂紀的事了。

(5) 大赦

赦罪本來是不必非的，它足以救濟法律之窮，對於誤觸法網的，或情實可憫的，赦罪足以啓自新之路。又呂刑云：「五刑之疑有赦，五罰之疑有赦，其審克之。」這也是不錯的。儒家更以赦爲德化之道，仁政之端，故也並不非赦。但自秦漢以降，王權日益，君主擅作威福，以赦爲行政，濫行大赦。如登位有赦，死葬有赦，災異有赦，壽慶有赦，誕生有赦。——視赦罪如兒戲，法治的精神，破壞殆盡，連赦罪的原意都失卻了。

漢代大赦的次數極多。據統計，高帝在位十二年，大赦九次；文帝在位二十三年，大赦四次；景帝在位十六年，大赦五次；武帝在位五十五年，大赦十八次；昭帝在位十三年，大赦七次；宣帝在位二十五年，大赦十次；元帝在位十六年，大赦十次；成帝在位二十六年，大赦九次；哀帝在位六年，大赦四次。總之，前漢時代，沒有過三年而不大赦一次的。後漢則較少，但光武在位三十三年，也大赦九次，可見也未必「慎赦」到那裏去。

執政的士大夫官僚，大抵是贊同大赦的，因爲藉此對民衆作威福，剝削壓迫，法網重重，使小民動輒犯罪；繼之則大赦以示「仁政」。在士大夫看來，未始不爲「得計」。所以反對赦罪的人並不多。雖明知大赦的流弊，能像匡衡那樣上疏明言的，更屬鳳毛麟角。匡衡的話，這裏不備引；但是他反對濫赦，仍主張德化，不想根本減少或消失犯罪的原因，是毫無實效的。

後漢末年，政府的大赦，不能挽救挺而走險的破產農民，社會情形更趨動搖，儒生乃起而反對大赦，以謀鞏固政權。這和他們主張嚴刑峻法是一致的。作潛夫論的王符，有述赦篇。他痛斥赦的不當，說：

今日賊良民之甚者，莫大於數赦。赦贖數，則惡人昌而善人傷矣。……輕薄惡子，不道凶民，怙彼姦邪，起作盜賊，以財色殺父母，戮人之子，滅人之門，取人之賄，及貪殘不軌，凶惡弊吏，掠殺不辜，侵冤小民，皆望聖帝當為誅惡治冤，以解蓄怨，反一門赦之，令惡人高會而夸說，老少服藏而過門，孝子見讐而不得討，亡主見物而不得取，痛莫甚焉！……夫性惡之民，民之豺狼，雖得放宥之澤，終無改悔之心；且脫重梏，夕還囹圄，嚴明令尹不能使其斷絕。

崔實在他的政論中，也大聲疾呼的說：

况不軌之民，孰不肆意，遂以赦為常俗。初期望之，過期不至，亡命蓄積，羣輩屯聚，為朝廷憂。如是則劫不得不赦。赦以趣姦，姦以趣赦，轉相驅蹶，兩不得息，雖日赦之，亂甫繁耳。

荀悅在申鑒中，指出「夫赦者，權時之宜，非常典也。」——雖然他們的話都很不錯，怎難社會矛盾在爆發中，大赦慎赦，都不是解決的辦法。

(6) 法律的獨立與平等

在法家得勢時代，司法頗有獨立的樣子。司法官守法不阿，敢批帝王的逆鱗。前漢初尚且如此。如漢文

時代的名臣張釋之，卽其一例。

上（文帝）行出中渭橋。有一人從橋上走出，乘輿馬驚。於是使騎捕，屬之廷尉（張釋之）。廷尉奏當：一人犯蹕，當罰金。文帝怒，曰：「此人親驚吾馬，吾馬賴柔和，令他馬，固不敗傷我乎？而廷尉當之罰金。」釋之曰：「法者，天子所與天下共也。今法如是而更重之，是法不信於民也。且方其時上使誅之則已，今既下廷尉，廷尉天下之平也，一傾而天下用法皆爲輕重，民安所措手足？惟陛下察之。」良久，上曰：「廷尉當是也。」

其後有人盜高廟座前玉環，捕得。文帝怒，下廷尉治。釋之案律盜宗廟服御物者爲奏，奏當棄市。上大怒，曰：「人之無道，乃盜先帝廟器。吾屬廷尉者，欲致族之，而君以法奏之，非吾所以共承廟意也。」釋之免冠頓首謝，曰：「法如是足也。且罪等，然以逆順爲差。今盜宗廟器而族之，有如萬分之一，假令愚民取長陵一坏土，陛下何以加其法乎？」久之，文帝與太后言之，乃許廷尉當是。

但自儒家執政以後，以承君主的意思爲事，司法的獨立性逐漸失却。士大夫官僚中，能像張釋之那樣守法不阿的，便不多見了。

法家執政的時候，力主法律獨立，並以爲人無論貴賤，在法律之前，一律平等。但是儒家可不然，他們基於封建的立場上，總抱着「禮刑對立」的傳統主張。到了前漢中葉後，儒家獨尊，支配了法律思想，法律的平等性始失。官僚貴族，即使犯罪，是不同庶人一樣受刑的。在前漢初，賈誼上疏，已經提起這件事：

古者廉恥節禮，以治君子，故有賜死而無戮辱，是以黥劓之罪，不及大夫。今自王侯三公之貴，皆天子所改容而禮之也，而今與衆庶同黥、劓、髡、笞、髡、棄市之法，被戮辱者不泰迫乎？未嘗已在貴寵之位，今而有過，廢之可也，退之可也，賜之死可也，滅之可也。若夫束縛之，係縲之，輸之司寇，編之徒官，司寇小吏詈罵而榜笞之，殆非所以令衆庶見也。

在周禮中，也提出這樣的話：

小司寇以五刑聽萬民之獄訟。凡命夫命婦不躬坐獄訟；凡王之同族，有罪不即市。（鄭玄云：爲治獄吏褻尊者也。不身坐者，必使其屬若子弟也。）

周禮中又提出「八議」之說，以爲有八種特殊身分的人，有罪議之，不得即以法律制裁：

以八辟（法也）麗邦法，附刑罰：一曰議親之羣，二曰議故之辟，三曰議賢之辟，四曰議能之辟，五曰議功之辟，六曰議貴之辟，七曰議勤之辟，八曰議賓之辟。（鄭玄云：親，若今時宗室有罪先請是也；故，謂舊知也；賢，謂有德行者，若今廉吏有罪先請是也；能，謂有道藝者；功，謂有大助力立功者；貴，若今吏墨綬有罪先請是也；勤，謂憔悴以事國賓，謂所不臣者，三恪二代之後。）

這八議說始於前漢，魏晉以後，載於律文，這是「刑不上大夫」的最具體表現了。

第五章 魏晉南北朝

(一) 魏晉南北朝的法律

(1) 魏律

後漢亡後，三國鼎峙，魏據中原，儼然爲正統。自武帝時，卽不純用漢律，最先法典，爲甲子科。晉書刑法志云：「魏武帝定甲子科，又嫌漢律太重，故令依律論者，聽得科半，使從半減也。」但魏正式的法典，是後起的新律。魏明帝下詔，改定刑制，命陳羣等刪約舊科，採漢律爲魏律（新律）十八篇，較漢律多（1）劫掠（2）詐僞（3）毀亡（4）告劾（5）繫訊（6）斷獄（7）請求（8）驚事（9）償贓九篇，又改「具律」爲刑名第一。新律亡失於隋時，幸晉書猶存魏法序略，尚可稍知梗概。序略云：

舊律所於難知者，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，多其篇餘。舊律因秦法，經增三篇，而其律不移，困在第六罪條例，既不在始，又不在終，非篇章之義，故集罪例以爲刑名，冠於律首。盜律有劫掠、恐喝和買賣人科，有持質，皆非盜事，故分以爲劫掠律。賊律有欺謾、詐僞、論封矯制，囚律有欺詐、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，故分爲請贖律。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。興律有乏搖稽留，賊律有儲峙不辦，廩律有乏軍之興，及舊典有奉詔不謹，不承用詔書，漢氏施行有小愆，乏反不如令，輒劾以不承用詔書，乏軍腰斬，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。秦世舊有廩置乘傳副車食廚，漢初承秦不改，後以費廣稍省，故後漢但設騎置，無車馬而律猶著其文，則爲虛設，故除廩律取其可用合科者，以爲郵令，其告反速驗別入告劾律。上言變事以爲變事令，以驚事告急與興律烽燧及科令者，以爲驚事律。盜律有還贖，卑主，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。

總之，魏的新律，比漢律增定十三篇，就故五篇合十八篇，於正律九篇爲增，於旁章科令則爲省。刪繁去蕪，功不可沒。

此外如「八議」入律，始於魏。官曹文案於紙縫上置記，謂之款縫，也在魏代開始。

魏國之外，蜀吳也有法典。蜀據册府元龜云：蜀先主既定成都，令諸葛亮等共造蜀科。晉書經籍志云：蜀科諸葛亮與法正等共造。蜀的法家，就是丞相諸葛亮。據蜀志諸葛亮本傳，附有諸葛氏集，內有法檢科令之目，惜已佚失，無從參攷了。

吳的法典，據吳志孫權傳云：「黃武五年十月，陸遜陳便宜，勸以施德緩刑，於是權令有司盡寫科條，使褚逢齋以就遜及諸葛瑾，意所不安，令損益之。」吳志孫登傳云：「嘉禾三年，定科令。」可見吳也有科令。據文獻通考云：「吳之律令，多依漢制。」

(2) 晉律

晉的法典，有泰始新律。這是在晉武帝泰始初年，命賈充鄭冲等十四人，增損漢魏律，編纂而成二十篇。這二十篇是：(1) 刑名 (2) 法例 (3) 盜律 (4) 賊律 (5) 詐僞 (6) 請賊 (7) 告劾 (8) 捕律 (9) 繫訊 (10) 斷獄 (11) 雜律 (12) 戶律 (13) 擅興 (14) 毀亡 (15) 衛宮 (16) 水火 (17) 廐律 (18) 關市 (19) 違制 (20) 諸侯。它和漢魏律比較，無魏律的劫略、驚事、償贓、免坐四篇，而增法例、衛宮、水火、關市、違制諸侯六篇，復漢的廐律一篇，而無囚律。

註釋泰始新律的有兩家：一為張斐，隋書經籍志有張斐漢晉律序注一卷，唐書有張斐律解二十一卷。一為杜預，晉書杜預傳云：「(預)與賈充等定律令，既成，預爲之註解。」隋書經籍志云：「律本二十一卷，杜預撰。」張斐和杜預注律的見解，都不相同。南齊書孔稚圭傳云：「張斐杜預同注晉律，一章而生殺永殊。」律外有令。晉書刑法志云：「若軍事田農酤酒，未得皆從人心，權設其法，太平當除，故不入律，悉以爲令。」

施行制度，以此設教，違令有罪則入律。」據唐六典注，令有四十篇，其名稱尙可考，茲從略。晉的令和律一樣，是武帝泰始四年頒布的。

尙有故事三十卷，也是賈充等所撰。唐六典注云：「晉賈充等撰律令，兼刪當時制詔之條爲故事三十卷，與律令並行。」

晉政既衰，五胡亂華，司馬氏於長江流域建國，黃河流域乃淪於游牧民族的鐵蹄下。當時入侵的游牧民族，和割據的漢人，所建立的國家，凡十六七，史稱五胡十六國。惜此仆彼興，享祚均不久。卽有制度，也淪沒而不可考。茲撥拾一二，以見一斑。

後趙有辛亥制度。晉書石勒載記云：「勒下書曰：今大亂之後，律令滋繁，其採集律令之要爲施行條制，於是命法曹令史貫志造辛亥制度五千言，施行十餘歲，乃用律令。」

南燕雖有燕律之議，並未實現。晉書載記云：「肉刑者，乃先聖之經，不刊之典，漢文易之，輕重垂度。今犯罪彌多，死之者稍重，肉刑之於化也。濟育既廢，懲慘尤深，光壽建興中二祖已議復之，未及而晏駕。其令博士已上參考舊事，依呂刑及漢魏晉律令稍爲增損，議燕律。」

劉裕代晉，建立宋朝，仍沿用晉律。南齊書孔稚圭傳云：「江左相承，用晉世張杜律（卽張斐杜預注的律）二十卷。」

齊的法典，有永明律，成於永明九年。宋躬撰，凡二十篇。然齊律成而未行，仍沿用晉律。

梁朝始有律、令、科等，蓋梁武帝受命後，江左小康，有意圖治，乃命蔡法度、沈約等增損晉律二十篇，以爲梁律。這二十篇承魏晉律而來，是（1）刑名（2）法例（3）盜劫（4）賊叛（5）詐僞（6）受賂（7）告劾（8）討捕（9）繫訊（10）斷獄（11）雜律（12）戶律（13）擅興（14）毀亡（15）衛宮（16）水火（17）倉庫（18）廩律（19）關市（20）違制。

蔡法度既上梁律，又上梁令、梁科。梁令三十卷，大致是規定制度的。梁科也是三十卷，其性質和漢晉的故事相當。

梁的律令，在刑罰方面規定得很整齊。死刑分爲梟首、棄市、耐刑（徒刑）分五年、四年、三年、二年。又有贖刑、鞭刑、杖刑；鞭分制鞭、法鞭、常鞭；杖分大杖、法杖、小杖。這是對北朝的刑名頗有影響的。

陳也有律、科、令。唐六典註云：「陳令范泉等參定律令，律三十卷，令三十卷，科三十卷，輕重繁簡，一本梁法也。」可見陳雖然有陳律，大致和梁律差不多的。

南朝律如梁律陳律等，承漢魏晉一脈而來，最後越顯繁蕪，所謂「條流尤雜，綱目雖多，博而非要。」隋書刑法志評陳律語，可見並不切合實際。隋并陳後，行北朝律，魏晉一脈相傳的南朝律，自此而斬。唐志不錄南朝律蓋已亡失了。

(4) 北朝律

鮮卑拓跋氏統一北中國，建立元魏（後魏），爲北朝之始。然游牧民族賦性剛強殘酷，專以刑殺爲政令。如猗盧（拓跋氏之祖）爲代王時，以嚴酷的刑罰保其威嚴。史稱諸部人以違命獲罪者至多，後期者則舉部皆被殺戮，或則宗室相攜，同赴死所。道武帝伐後燕克中山，收前此害其使者秦王觚之人，皆夷五族，用大刃挫殺；又討劉衛辰時，收其子弟宗黨五千餘人，悉加誅戮。末年對於朝臣稍不合意的，也手自毆殺。太武帝時，雖詔有司案律令務求其中，然而如誅崔浩的時候，凡清河崔氏無遠近悉夷其族；即崔浩親黨的范陽盧氏、太原郭氏、河東柳氏，也都被牽連族誅，甚至於誅及僮吏的五族及一同修史之人，也皆在滅族之列。到孝文帝時始詔：「一人爲惡，殃及合門，朕所不忍；自今非謀反大逆及外奔者，罪止其身。」殘忍之風始稍減。

元魏法典，計經過九次編纂，茲分述於下：

一、在太祖天興元年。魏書道武帝本紀云：「十一月命王德定律令，申科禁。」

二、在世祖神麿四年。唐六典註云：「太武帝命崔浩定刑名，大辟有轆、腰斬、殊死、棄市四等；始置枷。」並以經義決獄，儒家立法，始於是時。

三、在世祖正平元年，即詔有司：「其詳案律令，務求厥中。」並改定律制。

四、在高宗初年，承舊制而略增修。

五、在高祖太和三年。魏書刑罰志云：「高祖太和三年，先是以律令不具，姦吏用法，致有輕重。詔高閭等修改舊文，隨例增減。又勅羣官參議厥衷，經御刊定，五年冬訖，凡八百三十二章。」

六、在太和十五年。魏書高祖本紀云：「太和十五年五月議改律令，於東明觀折疑獄；十六年四月班新律令，大赦天下。」

七、在太和十九年。據唐高僧傳云：「常景，河內人，太和十九年，高祖擢爲修律博士，有詔令刊定律格，永成通式；景乃商榷古今，條貫科賦，即魏律二十篇是也。」

按所謂後魏律，即指此太和新律，成於高祖（孝文帝）太和時，爲後來北朝律的根據，惜已久佚。

八、宣武帝正始元年，復議定律令。

九、出帝太昌元年，復行增刪。

元魏分東西後，東魏法典，有麟趾格。魏書孝靜本紀云：「興和三年十月，先是詔文襄王與羣臣於麟趾閣，議定新制，甲寅頒於天下。」唐六典注云：「後魏以格代科，於麟趾殿刪定，名爲麟趾格。」

西魏法典，有大統式。周書文帝紀云：「魏大統元年三月，太祖（宇文泰）以戎役屢興，民吏勢弊，乃命所司斟酌古今，參考變通，可以益國利民，便時適制者，爲二十四條新制，奏魏帝行之。七年十一月，太祖奏行十二條，恐百官不勉於職事，又下令申明之。十年七月，魏帝以太祖前後所上二十四條及十二條新制，方爲中興永式，乃命蘇綽更損益之，總爲五卷，頒於天下。」這就是西魏的大統式。

北齊初年，仍用東魏的麟趾格。又議造齊律。河清三年，趙郡王叡等奏上齊律十二篇：（1）名例（2）禁衛（3）戶婚（4）擅興（5）違制（6）詐欺（7）鬪訟（8）賊盜（9）捕斷（10）毀損（11）廐牧（12）雜律。其定罪九百四十九條。又上新令五十卷。唐六典注云：「趙郡王叡等撰令五十卷，取尙書二十八曹爲其篇名，大抵採魏晉故事也。」又定十惡八議之制。所謂十惡，一曰反逆，二曰大逆，三曰叛，四曰降，五曰惡逆，六曰不道，七曰不敬，八曰不孝，九曰不義，十曰內亂。凡犯此者，無論何人，罪在不赦。這是於齊律中開始的。

後周有周大律。初，周帝爲西魏相，撰大統式上之。後更命趙肅撰定法律。肅死，拓跋迪續定之。隋書刑法志云：「其後以河南趙肅爲廷尉卿，撰定法律，肅積思累年，遂感心疾而死，乃命拓跋迪掌之，至保定三年三

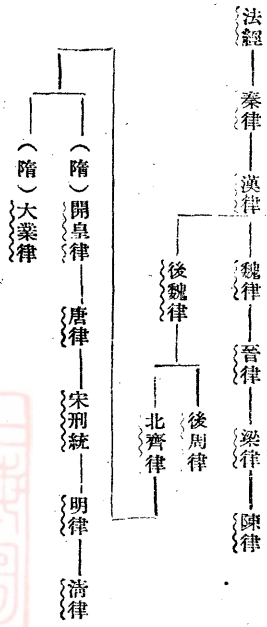
月乃就，謂之大律。」周律凡二十五篇：(1)刑名(2)法例(3)祀享(4)朝會(5)婚姻(6)戶禁(7)水火(8)興繕(9)衛宮(10)市廛(11)鬪競(12)劫盜(13)賊叛(14)毀亡(15)違制(16)關津(17)諸侯(18)廐牧(19)雜訟(20)詐僞(21)請賊(22)告言(23)逃亡(24)繫訊(25)斷獄。凡定罪千五百三十七條。其文仿尚書大誥之體，頗覺不稱。故隋書刑法志評云：「其大略滋章，條流苛密，比於齊法，煩而不要。」後隋承周建國，反而採取北齊律，卽此之故。

(二) 儒家法典的訂定

近人程樹德中國法制史云：

「自晉氏失馭，天下分爲南北，於是律分南北二支：南朝劉宋、南齊沿用晉律，及陳併於隋，而南朝之律，其祀遽斬。今唐宋以來，相沿之律，均屬北系；而尋流溯源，當以元魏之律爲北系諸系之嚆矢。北魏多承用漢律，不盡魏晉之制。」

程氏的大著九朝律考，又有律系表如下：



從上文和上表看來，可見中國法律，在魏晉南北朝時代，發生一次轉變，那是魏晉以來一脈相傳的南系律，到陳亡而絕。北系律代興，為唐宋法律所自本。

再就性質上而言，中國法律經此轉變，更近於儒家的立法。原來李悝法經，本是法家的立法，秦律承之。漢初蕭何作九章律，也全是法家的精神。在前漢時代，儒家步步進取，打倒法家，把儒與法相揉合。最後在後漢末年，大儒鄭玄以經注律，且為朝廷所宗。魏晉的律，仍本漢律而更繁蕪。晉律既行，也有當時儒家杜預以經解律，流行於南朝。總括地說，魏晉以來的南系律，沿襲漢律，仍是法家的立法，而解釋出於儒生，結果到陳律的「綱目雖多，博而非要」而絕。

元魏以游牧的鮮卑族，囊括北中國，新建政權，所用刑法，隨政治組織的發展而發展。所以元魏一代，增修法令，多至九次。北朝修律，多出於儒者之手，遠法漢律，兼採古文經（周官、尚書）近乎新創。如元魏孝文帝雅慕華風，「五經之義，覽之便講。」太和律的修訂，羣臣聚議，文帝親臨決之。北齊於麟趾殿刪正魏律，稱麟趾格，名儒如熊安生均曾參與修律；北齊律就是承麟趾格而來的。周制定律令，多用周禮。周書盧辯傳：「太祖欲行周官，命蘇綽專掌其事。綽卒，乃令辯成之。」律稱大律，文係倣大誥，迂腐已極。總之北系律是儒家的立法，出於新創。其中以北齊律既不如南朝律的繁蕪，復不像周律的迂腐，故為後世所取法。

儒家控制法律，還有一點可以看得出來，便是禮律並稱。魏晉以後，已是如此。文選載潘元茂冊魏公九錫文：「經緯禮律，為民軌儀。」晉書李充傳：「先王以道德之不行，故以仁義化之；仁義之不篤，故以禮律檢之。」同時，儒學中禮制及律學的部分，正式訂成國家的法典。儒家的立法，既如上述，禮典的制作，另述於下。

周禮是前漢末期出現的，所以前漢只有叔孫通輩規定的朝儀，而無所謂「五禮」。（吉凶賓軍嘉）後漢之初，光武詔儒官草定儀注，也不取五禮之說。經漢末三國之亂後，晉文帝命荀顛因魏代前事撰新禮，成百六十五篇。這個禮典是依周禮所說五禮纂修的。後擬刪去三分之一，未成而遭永嘉之亂。東晉有刁協荀崧補輯舊文，蔡謨又踵修其事。宋循不改。齊永明二年，詔尚書令王儉制定五禮。梁武帝命嚴植之等裁成

大典，又命沈約等參詳。陳武帝多因梁舊，隨時酌改。元魏的禮制，也從中國舊俗。北朝的禮家如熊安生、蘇綽、盧辯等人，不單刪定儀注，同時也是參議法律的人，可見禮與律，實是互相溝通的。

中國的法典，關於民法方面，關定得很少。有許多關定，不見於法律，而見於禮典。如「婚姻」「承繼」等，都是以儒家的禮典為準則的。律與禮相通，這也是一個證明。

總之，儒法揉合始於前漢，到南北朝時，法律界乃完全成為儒家的領域。

(三) 魏晉南北朝的法律思想

(1) 德化與法治

自儒家成為支配思想，「德主刑輔」已是照例的高調。但後漢末年，世亂如麻，重法的儒生，雖仍倡德主刑輔，却提出重刑峻法，頗有法家的精神。經漢末三國之亂，德化說略略一衰，魏武好刑名，諸葛亮近乎法家。直到晉代，綜合儒道兩家思想的葛洪，他為了反對暴動的農民，也極重刑法。抱朴子中有這樣的話：

夫德教者，黼黻之祭服也；刑罰者，捍刃之甲冑也。若德教治狡暴，猶以黼黻御剡鋒也；以刑罰施平世，是以甲冑升廟堂也。故仁者養物之器，刑者懲非之具。我欲利之，而彼欲害之，加仁無悛，非刑不治，刑為仁佐，於是可知也。……仁之

爲政，非爲不美也，然黎庶巧僞，趨利忘義，若不齊之以威，糾之以刑，遠美翫農之風，則亂不可振，其禍深矣。以殺止殺，豈樂之哉？……唐虞其仁如天，而不原四罪；姬公友于兄弟，而不赦二叔；仲尼之誅少正卯，漢武之殺外甥，垂淚惜法，蓋不獲已也。故誅一以振萬，損少以成多。方之櫛髮，則所利者衆；比於割疽，則所全者大。是以灸刺慘痛而不可止者，以痊瘍也；刑法凶醜而不可罷者，以救弊也。（抱朴子用刑篇）

魏晉之間，老莊學說大盛，清談之士，主張廢禮廢刑。葛洪却重禮重刑，他明白指斥廢刑之說。他說：

世人薄申韓之實事，嘉老莊之誕談。然而爲政，莫能錯刑。殺人者原其死，傷人者赦其罪，所謂士捭瓦鬲，無救朝飢者也。道家之言，高則高矣，用之則弊。……汎乎不繫，反乎天牧，不訓不營，相忘江湖，朝廷闕爾無人，民至死不往來，可得而論，難得而行也。（同上）

然魏晉以來，士人祖尙玄虛，輕視刑法。德化法治，兩不關心，成爲一時風氣。西晉唯一的純儒，只有傅玄。他所著傅子一書，純是儒家德治的思想。——德教爲主，法治爲輔。試看下列兩段話：

是故聖帝明王，惟刑之恤，惟敬五刑，以成三德。若乃暴君昏王，刑殘法酷，作五虐之刑，詔炮烙之辟，而天下之民，無所措手足矣。（傅子法刑篇）

釋法任情，姦佞在下，多疑少決，譬執腐索以御奔馬，專任刑名，民不聊生，通儒達道，政乃升平。浩浩大海，百川歸之；洋洋聖化，九服仰之。春風暢物，秋霜肅殺，同則相濟，異若胡越。（釋法篇，藝文類聚引）

南北朝時代，主張德化，兩方同然。如梁劉勰所作賞罰一文說：

聖人之爲治也，以爵賞勸善，以仁化愛民，故刑罰不用而太平可致，然而不可廢刑罰者，以民之有縱也。是以賞雖勸善，不可無罰；罰雖禁惡，不可無賞。賞平罰當，則理道立矣。

又如北周蘇綽的恤獄訟奏也說：

又能消息情理，斟酌禮律，無不曲盡人心，遠明大教，使獲罪者如歸，此則善之上也。……（今之宰守）當深恩遠大，念存德教，遠王之制曰：「與殺無辜，寧赦有罪。」與其害善，寧其利淫，明必不得中，寧濫捨有罪，不謬害善人也。

（2）復肉刑的論爭

後漢末，已有主張復肉刑者。當時暴動的農民紛起，恢復肉刑的聲浪漸高。主德化的儒家，對於肉刑存廢，也分了不同的兩派。緊接孔融反對肉刑之後，魏武秉政時，陳羣鍾繇均主恢復肉刑。他們的理由是：

羣對曰：「……殺人償死，合於古制。至於傷人或殘毀其體，而裁剪毛髮（指髡鉗），非其理也。若用古刑，使淫者下蠶室，盜者刑其足，則永無淫放穿窬之姦矣。」（魏志陳羣傳）

太和（明帝時）中繇上疏曰：「……使如孝景之令其當棄市，欲斬右趾者，許之……能有姦者，率年二十至四五十，雖斬其足，猶任生育。今天下人少於孝文之世，計所全歲三千人。」（魏志鍾繇傳）

正始中，征西將軍夏侯玄、河南尹李勝又議肉刑。夏侯玄是反對的，李勝却主張恢復。李勝的理由最有力的一點，便是肉刑乃威嚇手段。他說：

夫殺之與刑，皆非天地自然之理，不得已而用之也。傷人者不改，則刑剗何以改之？何爲疾其不改，便當陷之於死地乎？妖逆者懲之而已，豈必除之耶？刑一人而戒千萬人，何取一人之能改哉？盜斷其足，淫而官之，雖欲不改，復安所施而全其命，懲其心，何傷於大德？（通典卷一六八）

反對肉刑的人數也不少；比較不是老生常談，而有切實理由的，要推王朗、夏侯玄。

司徒王朗議以爲……五刑之屬，著在科律。科律自有減死一等之法，不死卽爲減，施行已久，不待遠假斧鑿於肉刑，然後有罪次也。前世仁者不忍肉刑之慘酷，是已廢而不用；不用以來，歷年數百，今復行之，恐所減之文未彰於萬民之目，而肉刑之間已宣於寇讐之耳，非所以徠遠人也。（魏志鍾繇傳）

殺人者刑，是百王之所同也。夫死刑者，殺妖逆也，傷人者不改，是亦妖逆之類也；如其可改，則無取於肉刑也……仲尼曰：「既富且教。」又曰：「苟子之不欲，雖賞之不竊。」何用斷截乎？下愚不移，以惡自終，所謂剪妖也。若飢寒流溝壑，雖大辟不能制也，而况肉刑哉？赭衣滿道，有鼻者醜，終無益矣。（通典卷一六八）

晉代法家劉頌爲廷尉，又請復肉刑。劉頌復肉刑的着眼點，不僅像漢魏以來的人士，只論漢文改革辦法的流弊；他却進一步從理論上闡發肉刑的盡美盡善，以見聖王制肉刑自有深意。他最主要的理由，以爲

肉刑可以保存罪人生命，割截其犯罪的工具，驅使爲生產的機械。他說：

聖王之制肉刑，遠有深理，其事可得而言：非徒徵其畏剝割之痛而不爲也，乃去其爲惡之具，使夫奸人無用復肆其志。止奸絕本，理之盡也。亡者刑足，無所用復亡。盜者截手，無所用復盜。淫者割其勢，理亦如之。除惡塞源，莫善於此，非徒然也。此等已刑之後，便各歸家，父母妻子共相養恤，不流離於塗路。創愈可役，上准古制，隨宜作業，不爲虛棄，而所患都塞，又生育繁阜之道自若也。（晉書刑法志）

劉頌的理由雖好，頻表宜復肉刑，不見省。到了元帝時，又有廷尉衛展，也請復肉刑。當時士族貴官王遵、賀循、紀瞻、庾亮都贊同衛展的話，刁協、薛兼則加反對。元帝也想從展所請。後「大將軍王敦以爲百姓習俗日久，忽復肉刑，必駭遠近；且逆寇未殄，不宜有慘酷之聲以聞天下，於是乃止。」安帝元興末，桓玄輔政，又議欲復肉刑，孔琳之反對遂止。魏晉間關於肉刑興廢的爭論，至此告終，肉刑到底不能毅然恢復。此後到南北朝，如南燕曾一度提及外，再沒人說恢復肉刑了。

(3) 測罰的論爭

刑訊在魏晉南北朝時，仍很流行。隋書刑法志說梁有一種慘酷的刑訊，叫作測罰。「凡繫獄者不卽答款，應加測罰，不得以人士爲隔。若人士犯罪違扞不款，宜測罰者，先參議牒啓，然後科行，斷食三日，聽家人進

粥二升，女及老小一百五十刻，乃與粥滿千刻而止。」

這種測罰，在梁亡陳興的時候，就引起當日朝廷上的一場論爭。據陳書沈洙傳論爭的情形節述於下：

梁代舊律，測囚之法，日一上起自哺鼓，盡於二更，及比部郎范泉制定律令，以舊法測立時久，非人所堪，分其刻數，日再上。廷尉以爲新制過輕，請集八座丞郎並祭酒孔奐行事，沈洙五舍人會尙書省詳議。時高宗錄尙書，集衆議立。

都官尙書周弘正曰：「未知獄所測人，有幾人款？幾人不款？須前責取人名及數，並其罪目，然後更集得。」

廷尉監沈仲由列稱：「別制已後，有壽羽兒一人坐殺壽慧，劉磊渴等八人坐偷馬仗家口渡北，依法測之，限訖不款。劉道朔坐犯七改偷，依法測立，首尾二日而款；陳法滿坐被使封藏阿法受錢，未及上而款。」

弘正議曰：「凡小大之獄，必應以情正言，依準五聽，驗其虛實，豈可全恣考掠以判刑罪？且測人起自哺鼓，迄於二更，豈是常人所能堪忍？所以重械之下，危墮之上，無人不屈，誣枉者多。且人之所堪，既有疆弱，人之立意固亦多途。至於貫高榜答刺燕，身無完膚；戴就熏針並極，困篤不移，豈關時刻長短，掠測優劣？愚謂依范泉著制，於事爲允。」

舍人盛權議曰：「愚謂染罪之囚，獄官宜明加辨析，窮考事理。若罪有可疑，自當啓審分判，幸無濫測。若罪有實驗，乃可啓審測立，此則枉直有分，刑宥斯立。竊尋舊制深峻，百中不款者一；新制寬優，十中不款者九。參會兩文，寬猛實異，處當列上，未見厘革，愚謂宜付典法，更詳處當列上之文。」

（沈）洙議曰：「夜中測立，緩急易欺，兼用晝漏，於事爲允。但漏刻除促，今古不同。廷尉今牒以時刻短促，致罪人不款，愚意願去夜測之味，從晝陋之明，斟酌今古之間，參會二漏之義，捨秋冬之少刻，從夏日之長晷，不問寒暑，並依今

之夏至，朝夕上測各十七刻；比之古漏，則上多昔四刻；即用今漏，則冬至多五刻。雖冬至之時數刻侵夜，正是少日，於事非疑。庶罪人_不以漏短而爲悍，獄囚無以在夜而致誣，求之鄙意，竊謂允合。」

衆議以爲宜依范泉前制。

(4) 法律的不平等

在魏晉南北朝時代，士族大盛，社會上顯然有貴賤兩者的身分。貴賤異刑是必然的要求。上面已經說過，初見於周禮的「八議」原是西漢儒家的法律思想，並不是漢制，但魏晉南北朝却規定在法典中。

又秦漢以來，法律對於姦宄，令同伍連坐。魏晉也承之。但是假如士庶同伍，庶人有犯，士人是不是連坐呢？在宋文帝時，有過一次論戰。尚書左丞江免主張不連坐。他說：

符伍雖比屋鄰居，至於士庶之際，實自天隔。舍藏之罪，無以相關。奴客與符伍交接，有所藏匿，可以得知。所以罪及奴客，自是客身犯愆，非代主受罪也。如其無奴，則不應坐。

尚書右丞孔默之主張連坐，但士可輸贖。他說：

君子小人既雜爲符伍，不得不以相檢爲義。士庶雖殊，理有聞察。不必躬親，而後連坐。今罪其養子典計者，蓋義存戮僕。如此則無奴之室，豈得宴安？但既云復士，宜令輸贖。

尙書王淮之主張原則不連坐，但士人知情者仍連坐。他說：

昔爲山陰令，士人在伍，謂之押符。同伍有愆，得不及坐。士人有罪，符伍糾之。此非士庶殊制，實使卽刑當罪耳。於時行之，非唯一處。

如上所述，可見士庶在法律適用上，有懸遠的差別，南北朝時視爲當然。章炳麟云：

昔秣陵老人遮梁武帝曰：「陛下爲法急於黎庶，緩於權貴，非長久之術。誠能反是，天下幸甚！」然則刑不上大夫者，特肉食者所以自謀，民心弗揆亦明矣。故知古之爲法急於佐百姓，今之爲法急於優全士大夫，託其名曰重廉恥，尊其文曰存紀綱。不悟廉恥方積於此，紀綱方壞於此！（章氏叢書文錄）

法律對於有產的大族的偏袒，還有贖刑。有產的人犯了罪，只須出一筆錢，便可免得像民衆一樣的受刑，同時政府可以多一筆收入。梁時曾規定：「凡在官，身犯罰金鞭杖杖督之罪，悉入贖停罰。其台省令史士卒欲贖者，聽之。」這正可證明「今之爲法，急於優全士大夫」一語。

第六章 隋唐

(一) 隋唐的法律

(1) 隋律

隋既統一中國，結束南北對峙之局，乃定新律。上集六朝刑典的大成，下開唐代律學的先河，承前啓後，厥功頗偉。楊堅雖代周，但在法律一方面，却採取北齊，並參考漢魏律，而成隋的法典。開皇元年，文帝詔高穎等定律，奏上之。旋又勅蘇威、牛弘等更定，務求簡要。這就是開皇律，凡十二卷：(1)名例(2)衛禁(3)職志(4)戶婚(5)廩庫(6)擅興(7)賊盜(8)鬪訟(9)詐僞(10)雜律(11)捕亡(12)斷獄。高穎等並撰開皇令三十卷，同時頒行。

煬帝時，又有大業律，係牛弘等造。隋書刑法志云：「煬帝卽位，以高祖禁網深刻，又勅修律令，除十惡之條。三年，新律成，凡五百條，爲十八篇，詔施行之，謂之大業律。」這十八篇是：(1)名例(2)衛宮(3)違制(4)請賊(5)戶律(6)婚律(7)擅興(8)告劾(9)賊律(10)盜律(11)鬪律(12)捕亡(13)倉庫(14)廩牧(15)關市(16)雜律(17)詐僞(18)斷獄。同時，大業三年復頒行大業令，這和開皇令大致無大

出入的。

律令之外，尚有格式。隋書經籍志云：「隋則律令格式並行。」又蘇威傳云：「上令朝臣厘改舊法，爲代通典，律令格式，多威所定。」

開皇律爲唐律所本，惟大業律隨煬帝之亡而失傳，僅存篇目。

(2) 唐的法制概要

唐高祖入關，和漢高一樣，首除苛政，約法十二條，惟制殺人劫盜背軍叛逆者死，餘並蠲除之。在大亂的時候，原以此收拾人心。及即位後，次第頒布律令格式。

唐時的法典，律令格式都非常完備，當述於下節。但何謂律令格式？先得說明於此。唐書刑法志云：「律令格式，令者，尊卑貴賤之等數，國家之制度也；格者，百官有司之所常行之事也；式者，其所常守之法也。凡邦國之政，必從事於此三者，其有所違，及人之爲惡而入於罪戾者，一斷於律；律之爲書，因隋之舊。」律，始於漢的九章，是規定犯罪者科刑罰的法典；令，也始於漢，是關於各種行政法令的法典；格，始於東魏的麟趾格，是採集官司所執行的慣行法的法典式，或稱故事，或稱科，是規定官司所守式法的法典。格又有散頒格和留司格之分，散頒格又稱散行格，是頒行於天下的；留司格又稱本行格，留於官司而不遍頒的。律令格式之外

又有勅，卽中書省頒行的法典，和律是差不多的。

唐律的刑名，承隋而來，有笞杖徒流死五種，其中笞杖徒分五等，流刑分三等，死刑分絞斬二等，而皆有納相當之銅則許其贖罪之例。

隋唐五刑表

刑名	笞刑五等	杖刑五等	徒刑五等	流刑三等	死刑二等
一等	十	六十	一年	二千里配役二年	絞
二等	二十	七十	一年半	二千五百里配役二年半	斬
三等	三十	八十	二年	三千里配役三年	
四等	四十	九十	二年半		
五等	五十	百	三年		

十惡八議，見於唐律。又，九十歲以上的老者及七歲以下的幼者，則雖犯死罪，也不論律。而罪若屬再犯，則加重其罰，自首則論減；二罪俱發，則從重者處斷。

死刑固有執行於市之例，若其人是五品以上的官，則許其於己宅自盡。卑屬親對於尊屬親的罪，與奴

婢對於主人的罪，都是很重；反之，以尊對卑，以主人對奴婢的罪，則皆甚輕。

犯罪者，以在其罪發之州縣推斷爲例；其在京師，則杖刑以下者，由當局推斷，徒刑以上者，則送大理寺。至若糾斷大獄之時，則刑部尚書、御史中丞、大理卿俱集參同。

(3) 唐的法典

唐代國勢既盛，享祚又長，法典屢有修改，門類也很紛繁。茲分述如下：

高祖時，命裴寂等撰定律令，大略以開皇律爲準，稱武德律。凡律五百，附以五十三條，其篇目和刑名，都和開皇律相同。武德令，是裴寂等與律同撰，篇目與隋開皇令同。武德式，也裴寂等撰，篇目已不詳。

太宗卽位，勵精圖治，命房玄齡長孫無忌等定律令。貞觀律計五百條，分爲十二卷：(1)名例(2)衛禁(3)職制(4)戶婚(5)廩庫(6)擅興(7)賊盜(8)鬪訟(9)詐僞(10)雜律(11)捕亡(12)斷獄。比隋代舊律，「削繁去蠹，變重爲輕」的甚多。貞觀十一年頒行之。貞觀令計三十卷，一千五百餘條；貞觀格計十八卷；貞觀式三十卷，都是房玄齡等所撰。

高宗時，編永徽律、令、格式。永徽律篇目同前，並詔使中書門下監參撰律疏，成三十卷，長孫無忌等撰，永徽四年頒於天下。這律疏自宋迄明，爲法曹的準據，權威頗大。四庫全書總目注云：「論者謂唐律一律，於禮

以爲出入，得古今之平，故宋世多採用之。元時斷獄，亦每引爲據。嗣改稱唐律疏義，流傳至今。」

永徽令三十卷，永徽格則有留司格，散頒格兩種。永徽式十四卷，均長孫無忌等撰定。

武后臨朝，又定垂拱律令與垂拱格式，大致和前朝相同。中宗神龍年間，把垂拱格式略加刪補，頒行天下。睿宗又勅岑義等刪定格式律令，名爲太極格。

玄宗開元之治，政績斐然。勅宋璟、姚崇、李林甫等刪緝舊時的律令。通典云：「至（開元）二十五年，又令刪緝舊格式律令及勅，總七千四百八十條；其一千三百四條，於事非要，並刪除之；二千一百五十條，隨文損益；三千五百九十四條，仍舊不改。總成律十二卷，疏三十卷，令三十卷，式二十卷，開元新格十卷。」

唐六典，據大唐新語云：「開元十年，玄宗詔書院撰六典以進。時張說爲麗正學士，以其事委徐堅。堅沈吟歲餘，謂人曰：「堅承乏，已曾七度，修書有憑準，皆似不難，惟六典歷年措思，未知所從。」說又令毋煗等檢前史職官，以今式分入六司，以今朝六典象周官之制。然用功艱難，綿歷數載。其後張九齡委陸善經，李林甫委苑咸，至二十六年始奏上，百僚陳賀，迄今行之。」唐會要云：「張九齡等撰六典三十卷，其體裁原擬分爲理教、禮、政、刑、事六典，及撰上，則一變形式，而以職官分篇：一三師三公尚書省，二史部，三戶部，四禮部，五兵部，六刑部，七工部，八門下省，九中書省，十祕書省，十一殿中省，十二內官中侍省，十三御史台，十四太常寺，十五光祿」

寺，十六、衛尉寺及宗正寺，十七、太僕寺，十八、大理寺、鴻臚寺，十九、司農寺，二十、太府寺，二十一、國子監，二十二、少府監、軍器監、鑄錢監等，二十三、將作監、都水監等，二十四、左右衛、左右驍衛、左右武衛、左右威衛、左右領軍衛，二十五、左右金吾衛、左右監門衛、左右千牛衛、左右羽林軍，二十六、太子三師三少太子詹事府、左右春坊、內房、內官，二十七、太子家令、事、率更寺、僕寺，二十八、太子左右衛、諸率府，二十九、諸王府、公主邑司，三十、府督護州。」

肅宗代宗，正值喪亂，未曾纂成法典。德宗時，有貞元格後勅，並未頒行。憲宗時，許孟容、權德輿等刪定元和格勅及元和格後勅。文宗時，編太和格後勅及開成詳定格。宣宗時，劉瑑等奉勅修大中刑法總要格後勅六十卷，張戣以刑律分類爲門，而附以格勅，爲大中刑律統類，詔刑部頒行之。從宣宗後，唐室已衰，編纂法典的事，也於此告終了。

(4) 五代的法典

五代承唐，號稱正統，皆各定法，卽十國中也都各有法，茲略述於下：

梁，據五代會要云：「梁開平三年十月，勅李燕等共刪定律令格式，至四年十二月，中書門下奏新刪定律令三十卷，格十卷，式二十卷，律並目錄十三卷，律疏三十卷，共一百三卷，請目爲大梁格式新定律令頒下施

行。從之。」可見梁律（十二卷及目錄一卷）和唐相似的。

後唐法制，大致仍唐之舊；法律書有同光刑律統類、天成格、天成雜勅、清泰編勅等。

晉的法典，有薛融等編定天福雜勅三十一卷。惟漢享祚最短，未遑修律之事。

後周已爲宋朝統一的前驅，在五代中，法制最稱完備。後周太祖命盧億等定大周續編勅。世宗時，又成大周刑統，爲唐律到宋刑統的過渡。

十國中年代較久領土較廣的，也各有法。南唐書云：「昇元三年七月，命有司作昇元格。」宋史藝文志有江南刑律統類十二卷，江南格令條八十卷，蜀雜制勅三卷。崇文總目有江南刪定條三十卷，僞吳刪定格令五十卷。

（二）隋唐的法律思想

（1）禮治主義的典型

普通所謂唐律，是指高宗時的永徽律；流行的唐律疏議，也便是永徽律疏。唐律既「於禮以爲出入」，可以說是禮治主義的典型，它是儒家的法典，也是倫理法。它是全部都受「禮化」的。

近人吳經熊云：

凡是法律所禁止的，都是不道德的事體，凡是不道德的事體，總是要罰的（起碼打屁股）。所以凡是法律所禁止的總是要罰（起碼打屁股）。因此舊律中有許多法律事件，在現代法家的眼光看來，明明是純粹的民事關係，也不免得規定着一個刑罰。比方唐律、雜律一門規定：「諸負債違契不償，一疋以上違二十日，笞二十；二十疋加一等，罪止杖六十；三十疋加二等，百疋又加三等，各令備償。」違約就是無信，無信就是違背五常之一，這還了得，這真正是豈有此理！俗言道：上等之人，講了作準；中等之人，寫了作準；下流之人，講也不作準，寫也不作準。所以違約的是下流之人；下流之人不打屁股，還要打誰的屁股？這一套就是為舊法制背景的哲學。

還有唐律也規定：「諸不應得為而為之者，笞四十；事理重者，杖八十。」疏議說：「雜犯輕罪，觸類弘多，金科玉律，包羅難盡。其在律在令，無有正條，若不輕重相明，無文可以比附，臨時處斷，量情為罪，庶補遺闕，故立此條。情輕者笞四十，事理重者杖八十。」這條法律是道地極了……法律不是道德的保鏢嗎？雖然已經有了種種防備，足以抵禦通常的盜賊；但是因為「禍危多出於不慮」的緣故，總覺還有些放心不下。所以再畫了一道符咒，方才能殺「姜太公在此，百無禁忌」地高枕無憂，妙則妙矣，可是未免把人類當作鬼魅看待了。（原註：參較現代「法律無正條不為罪」的原則。）（吳經熊中國舊法制底哲學的基礎）

唐律是禮治主義的典型，以後的宋刑統、大明律、大清律例都是包含着唐律的精神的。

(2) 定刑因身分而異

禮治主義的要點，便是封建的身分等級；同一犯罪，因等級貴賤而刑罪有輕重。這裏舉一二罪名，以見其例：

同一毆罪，官民部曲奴之間，定刑層層差異。主毆部曲奴，不論毆他人奴，杖二十；毆他人部曲，杖三十。凡人相毆，杖四十。部曲毆良人，杖五十；奴毆良人，杖六十。毆佐職，徒一年；毆六品以下，徒一年有半；流外毆議貴，徒二年；民毆長官，徒三年。奴毆主期親，絞；奴毆主，斬。

同一姦罪，凡貴姦賤者刑比凡人輕些。反之，凡賤姦貴者刑比凡人重些。如良人姦婢，杖九十；良人姦雜戶官戶女，杖一百。良人姦良人女，徒一年半。雜戶官戶姦良人女，徒二年；奴姦良人女，徒二年半。

八議之科，到了唐律規定尤爲詳密。如名例云：「一曰議親，謂皇帝袒免以上親以太皇太后，皇太后總麻以上親，皇后小功以上親。二曰議故，謂宿得侍見，特蒙接遇歷久者。三曰議賢，謂賢人君子言行可爲法則者。四曰議能，謂能整軍旅，蒞政事，鹽梅帝道，師範人倫者。五曰議功，謂能斬將奪旗，摧鋒萬里，或率衆歸化，寧濟一時，匡救艱難，銘功太常。六曰議貴，謂職事官自三品以上，散官二品以上，及爵一品者。七曰議勤，謂大將吏恪居官次，夙夜在公，若遠使絕域，經涉險難者。八曰議賓，若今周後介公，隋後鄴公並爲國賓者。」諸八議

者除十惡不在此例外，犯死罪者皆條所坐及應議之狀，先奏請議，議定奏裁，流罪以下減一等。其他官品第七以上犯罪，皆例減一等；其品第九以上犯者聽贖。

唐律定刑，因身分而異，大家視爲當然，從不置喙。只有文人呂溫，在功臣恕死議一文中，曾提出異議。他以為功臣恕死之典，是棄信而廢刑，不足爲法。他說：

使賢而有功，驚寵懼滿，自居無過之地，何恕死爲？使愚而有功，已小人之幸，又告以無死，是增驕而啓姦，適所謂賞之禍也。雖恕之死，其能免乎？……是以明君之處勞臣也，安之以爵祿，護之以紀律，明之以好惡，鑿之以禍福，使得遷善遠罪，保助全名，剖符傳慶，與國終始，恩斯勤斯，是亦極矣。奈何撓權亂法，以罪寵人，墜信賞必罰之典，虧昭德塞違之道，恐非哲王經邦軌物之制也。

可見呂溫所非的，只在於功臣恕死的例，至於禮治主義的根本——因身分而異刑，是認爲當然，無人非議的。

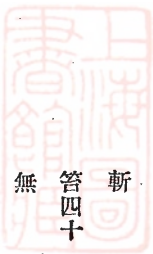
(3) 家族主義

唐律「於禮以爲出入」第一點特色，是上述的定刑因身分而異；第二點特色，是家族主義。家人之間，「父父子子，兄兄弟弟，夫夫婦婦」的身分關係，爲唐律所嚴密規定。具體的說，即父尊子卑，兄尊弟卑，夫尊

婦卑。禮所謂：「尊尊也，親親也，男女有別。」在唐律表現得再清楚整飭也沒有了。

十惡中不孝不睦之類，原是倫理的觀念，唐律却給以法律的內容。就不孝而言，它是指具體的犯罪行為，法律依行為情節的輕重而定刑罰。其刑罰比同樣行為而係對常人實施者加重。現列表於下：

行爲	對祖父母父母	對常人	等差
殺 謀殺	斬	徒三年	五
已殺	斬	斬	
毆	絞	答四十	十六
詈	絞	無	十八
告祖父母 父母	絞	誣告反坐	
於墓薰狐狸燒尸	絞	徒三年	四
於墓薰狐狸燒棺槨	流三千里	徒二年	四
聞喪不舉哀	流二千里		
居喪嫁娶	徒三年		
喪中忘哀舉樂	徒三年		



別籍異財 徒三年

薰狐狸於墓 徒二年

養父母無子而捨去 徒二年

違犯教令 徒二年

死罪囚禁而嫁娶 徒一年半

居喪生子 雜戲等 徒一年

居喪遇樂而聽 杖一百

如毆打破骨，尊長對卑幼與卑幼對尊長，大有差別，次序井然：卑幼對祖父母、父母，斬；對伯叔父母、統；對兄姊，流三千里；對大功長小功尊，徒三年；對小功長總麻尊，徒二年；對總麻長，徒一年半。凡人則徒一年。總麻長對卑幼，杖一百；小功長總麻尊對卑幼，杖九十；大功長小功尊對卑幼，杖八十；兄姊、伯叔父母、祖父母、父母對卑幼，均不論罪。

夫對妻、妻對夫，凡人對凡人，處刑也是輕重大異的，現列表於下：

行爲

妻對夫

夫對妻

凡人

謀殺

斬

徒三年

徒三年

毆 徒一年

不論

笞四十

毆傷 徒二年

不論

杖一百

毆其父祖 絞

致廢始杖一百

笞四十

冒其父祖 徒三年

不論

不論

告 徒二年

不論

誣告反坐

家庭復有慘酷的連帶責任。如漢律的緣坐，限於父母妻子同產，唐律增多。謀反及大逆，犯罪人處斬緣坐者，父子年十六以上，皆絞，伯叔父兄弟之子，流三千里；沒官者，子年十五以下及母女妻妾（子妻妾亦同）祖孫兄弟姊妹，部曲資財（奴婢在內）田宅。

(4) 對帝室的禁忌

唐律對帝室的禁忌，規定得非常嚴厲，這也是根治禮治主義而來的。先就衛禁律中對於侵犯皇帝住所的刑列表於下：

所犯 行爲

刑

京城 越

流二千里

皇城 越

流二千五百里

宮垣

越

流三千里

殿垣

越

絞

宮門

闌入

徒二年

殿門

闌入

徒二年半

上閣門

闌入

絞

御在所

闌入

斬

不但對皇帝的住所，應該敬而遠之，即輿服御物，也有其神聖不可侵犯性存在。如唐律賊盜就律定：

諸盜大祀神御之物者，流二千五百里。

盜乘輿服御物者，流二千五百里。

盜御寶者，絞。

還有避皇帝及所尊的諱之風，也盛於唐。違犯避諱，有刑事處分。如唐律職制中說：「諸上書若奏事誤犯宗廟諱者，杖八十口誤及餘文書誤犯者，笞五十，即為名字觸犯者，徒三年。」

(5) 復仇的論爭

復仇依法是禁止的，本來也不必成為問題。但自儒家思想獨尊後，對於「為尊長執仇」的一點，就有

了爭執。唐的法律，既然是禮治主義，則有些地方，不免左右爲難。例如唐武后時，下邳人徐元慶父爽，爲縣尉趙師韞所殺，元慶手殺之，自囚詣官。武后欲赦死，右拾遺陳子昂上疏反對，但提出兩全辦法：

今義元慶之節，則廢刑也。跡元慶所以能義動天下，以其忘生而及於德也；若釋以利其生，是奪其德虧其義，非所謂殺身成仁，全死忘生之節也。臣謂宜正國之典，置之以刑，然後旌閭墓可也。請編之令，永爲國典。

以後柳宗元頗反對這不澈底的辦法。他在駁復讎議一文中說：

臣聞禮之大本以防亂也，若曰無爲賊虐，凡爲子者殺無赦。刑之大本亦以防亂也，若曰無爲賊虐，凡爲理者殺無赦。其本則合，其用則異。旌與誅莫得而並焉。誅其可旌，茲謂濫贖刑甚矣；旌其可誅，茲謂僭壞禮甚矣。……若元慶之父不陷於公罪，而師韞之誅獨以其私怨，奮其吏氣，虐于無辜，州牧不知罪，刑官不知問，上下蒙冒，竊號不聞，而元慶能以戴天爲大恥，以枕戈爲得禮，處心積慮以衝讎人之胸，介然自克，即死無憾，是守禮而行義也。執事者宜有慚色，將謝之不暇，而又何誅焉？其或元慶之父不免於罪，師韞之誅不愆於法，是非死於吏也，是死於法也，法其可讎乎？讎天子之法，而戕奉法之吏，是悖驚而凌上也，執而誅之，所以正邦典，而又何旌焉？

柳氏的話，是極不錯的。但是名聲比柳高的韓愈，可沒有這樣明澈的見解。憲宗時，富平人梁悅，父爲秦果所殺，悅殺果報父仇，詣縣請罪。詔云：在禮父讎不同天，而法殺人必死；禮法王教大端也，二說異焉。下尚書

省議。韓愈提出模稜的主張：

子復父讎，見於春秋禮記，又見周官及諸子史，不可勝數，未有非而罪之者也。最宜詳於律，而律無其條，非闕文也。蓋以爲不許復讎，則傷孝子之心，而乖先王之訓；許復讎，人將倚法專殺，無以禁止其端。夫律雖本於聖人，然執而行之者，有司也；經之所明者，制有司者也。丁寧其義於經，而深沒其文於律者，其意將使法吏一斷於法，而經術之士得引經而議也……殺之與赦，不可一例，宜定其制曰：凡有復父仇者，事發具其事，申尙書省，尙書省集議奏聞，酌其宜而處之，則經律無失其指也。

(6) 婚姻關係和親子關係

儒家思想完全支配了唐律，在婚姻關係和親子關係中，也可以看出來的。

儒家以爲「男不自專娶，女不自專嫁，必由父母須媒妁，何遠恥防淫佚也。」（班固白虎通中語）故唐律的戶婚律中，明文規定婚姻必須有主婚人。又，嫁娶違律，祖父母父母主婚者，獨坐主婚期親尊長主婚者，主婚爲主，男女爲從；餘親主婚者，依事實以定主從。——婚姻違律，要主婚的尊長負責，可見卑幼違婚姻自主之權都沒有。

婚姻爲要式的行爲，儒家尤重這一點。如果非具備相當的形式，夫妻的名分就不能定。禮記云：「聘曰

妻，奔曰妾；六禮不備，謂之奔。」所謂六禮是指納采、問名、納吉、納徵、請期、親迎等六者。在儒家看來，不具備六禮的婚姻，只算得姘居。但如果禮數已備，還未成婚，則婚約是不許解除的，除非男家要解除。唐律戶婚中對於這個，居然有具體的規定，而且以刑來裁制。如云：「諸許嫁女已報婚書及有私約（約謂先知夫身老幼疾殘養庶之類）而輒悔者，杖六十。（男家自悔者，不坐，不追聘財。）雖無許婚之書，但受聘財亦是。」

在唐律戶婚中，還有幾條規定，也顯然是偏執之見，根據儒家的所謂「禮」而來的，在後世頗多爭論。這幾條列下：

「諸同姓爲婚者，各徒二年。」蓋儒家的經典春秋傳有云：「不娶同姓者，重人倫，防淫佚，與禽獸同也。」還有一點理由是「男女同姓，其生不繁。」

「諸妻無七出及義絕之狀而出之者，徒一年半。」從反面說，具備七出條件之一的妻，丈夫就可以隨便離棄，不受法律制裁。何謂七出？疏義云：「七出者，依令，一、無子，二、淫佚，三、不事舅姑，四、口舌，五、盜竊，六、妬忌，七、惡疾。」七出是根據儒家思想而來的。大戴禮記云：「婦人七去：不順父母，爲其逆德也；無子，爲其絕世也；淫爲其亂族也；妒爲其亂家也；有惡疾，爲其不可與共粢盛也；口多言，爲其離親也；竊盜，爲其反義也。」

「其父母之姑舅兩姨妹及姨，若堂姨母之姑，堂姑，己之堂姨及再從姨堂，外甥女，女壻姊妹並不得爲

婚姻違者各杖一百並離之。」這是禁止近親結婚，大概也是儒家「重人倫防淫佚」的思想。但是在事實上，中國民間多「親上加親」之俗，這一點行起來，當時必多糾紛的。

儒家以爲「不孝有三，無後爲大」，所以把婚姻的目的，也在於後嗣，可「奉宗祀」和「續宗祀」。儒家重嫡，凡祭祀宗廟和祖父封爵等事，都應該由嫡長子孫繼承。妾所出的是庶子，不能與嫡子匹敵。這樣的宗法，本是儒家「禮」的精義，唐律更以刑的制裁來推行它。唐律戶婚有云：「諸立嫡違法者，徒一年，卽嫡妻年五十以上無子者，得立庶以長，不以長者亦如之。」

疏議更解釋說：「立嫡者本擬承襲嫡妻之長子爲嫡子，不依此立，是名違法，合徒一年。卽嫡妻年五十以上無子者，謂婦人年五十以上，不復乳育，故立庶子爲嫡，皆先立長。不立長者，亦徒一年，故云亦如之。」又引令說：「無嫡子及有罪疾時，立嫡孫；無嫡孫以次立嫡子同母弟；無母弟，立庶子；無庶子，立嫡孫同母弟；無同母弟，立庶孫；曾玄以下準此，無後者爲戶絕。」

無後而不願戶絕的怎樣呢？有養子的辦法。禮記月令有云：「無子者，聽養同宗於昭穆相當者。」唐戶令照抄這話：「無子者，聽養同宗於昭穆相當者。」養異姓男爲後嗣，便有處分。唐律戶婚規定：「養異姓男者，徒一年；與者，笞五十。」疏議說：「異姓之男本非族類，違法收養，故徒一年；違法與者得笞五十。」這是禁

止以異姓亂宗的。

總之，就唐律中婚姻關係和親子關係一考查，更可明白儒家思想支配法律，法律不過爲推行禮教的手段。



第七章 宋遼金元

(一) 宋遼金元的法律

(1) 四朝法制概要

宋用儒臣治國，表面上看來，用刑是十分謹慎的。初年即定三限之制，限大事以四十日，中事二十日，小事十日而決，以防滯獄之弊。又太宗時，令諸州每十日即具囚帳及所犯之罪與其禁繫的日數以上聞，用意也是一樣的。

太祖在即位初，即定大辟詳覆法，令諸州奏死刑案件，而委刑部使之詳覆，以重民命。次定折杖法，則概沿舊制，分刑名爲笞、杖、徒、流、死五種，列表於下：

折杖法表

刑名	笞五等	杖五等	徒五等	流三等	死二等
一等	笞十(臀杖七)	杖六十(臀杖十三)	徒一年(脊杖十三)	流二千里(脊杖十八配役一年)	絞
二等	笞二十(臀杖七)	杖七十(臀杖十五)	徒一年半(脊杖十五)	流二千五百里(脊杖二十配役二年)	斬
三等	笞三十(臀杖八)	杖八十(臀杖十七)	徒二年(脊杖十七)	流三千里(脊杖二十配役三年)	

四等 笞四十(臀杖八) 杖九十(臀杖十八) 徒二年半(脊杖十八)

五等 笞五十(臀杖十) 杖一百(臀杖二十) 徒三年(脊杖二十)

觀上表，可知受流刑者，並各加杖而配役，以一人而備受流徒杖三刑。五刑之外，又有刺配之刑，既杖其脊，配其人，復黥其面，也是以一人而備受三刑。凌遲處死，也開始於宋，刑極惡者用之，乃斬其支體而又斷其吭喉。這樣的重刑，都是前代所無的。

遼當初起之時，民族性極殘酷，刑罰也很嚴峻。遇親王有從逆的，投高崖殺之；有淫亂不軌及忤逆父母的，則以五車轆殺之；有誣冒犯上的，則以熱錐錐其口而殺之；其從坐之人，則量罪之輕重而處以杖刑。此外又有梟磔、生瘞、射鬼劍、砲擲、支解等刑。其後制死、流、徒、杖四刑，復有凌遲、籍沒、黥刺、八議、八縱、沙袋、木劍、大棒、鐵骨朵諸法，而其他不常用而無定式者，尚有許多。起初，契丹人及漢人相毆致死的，定罪輕重不均，迨聖宗時，俱等科之；征服者與被征服者，始享同等的保護。

金的舊俗，也尚未脫野蠻遺風。輕罪則笞，用柳蘗；殺人或盜劫者，則擊其腦殺之，沒其家十分之四入官，而以其餘十分之六償被害者，其家人以為奴婢，其親屬則許其以馬牛雜物償。最早的牢獄，則掘地深廣數丈而作之。其後制死、流、徒、杖四刑，到金熙宗時，始有正式法制。以後占據中原，華化漸深，法制燦然大備，和中

國一樣。

蒙古游牧漠北，初無法律。迨征服北中國後，治理中國人，循用金律，頗極峻刻。及世祖平宋，建立元朝，右丞相何榮祖緝公規，治民禦盜，理財等十事，名至元新格，始有正式法典。元的法制，雖模仿前朝，但蒙古與漢人，在法律上極不平等，蓋以維持其征服者的地位。蒙古權貴和喇嘛西僧，又往往不守法，殘民以逞。其刑法似爲被征服者而設的。

元的刑名，仍同前代，有笞杖徒流死五種：笞刑自七至五十七，杖刑自六十七至一百七；其所以自十數減三而爲七者，蓋基於天地人各有其一之意。徒刑與宋無大差。流刑則南人戍北，北人戍南。死刑止有斬而無絞。

(2) 宋的法典

宋代法典甚多，每到改元時，必有編修，惟屢經變亂，率多散失，今所存者，只宋刑統而已。至於宋法典的種類，分爲勅令格式和唐的律令格式，大同小異。所謂勅者，就是唐的律，凡笞杖徒流死，自名例以下，至斷獄有十二門，麗刑名輕重者，皆屬之；令者，約束禁止之謂格者，別等級的高下；式者，即表奏帳籍關牒符檄和體制楷模有關的。除正式法典外，宋代又有洗冤錄一書，實爲中國法醫書的善本，舊時刑獄檢驗皆依據之。

宋太祖時，詔竇儀等定建隆刑統三十卷，於建隆四年頒行。刑統篇目分十二：(1)名例(2)衛禁(3)職制(4)戶婚(5)廩庫(6)擅興(7)賊盜(8)鬪訟(9)詐僞(10)雜(11)捕亡(12)斷獄。內容大致和唐律相似。建隆刑統之外，復有建隆編勅。宋史刑法志云：「建隆初，詔竇儀等上編勅，凡一百有六條，詔與新定刑統並頒天下，參酌輕重爲詳，世稱平允。」

太宗時有太平興國編勅。玉海云：「太平興國三年六月，詔有司取國初以來勅條纂爲編勅頒行，凡十五卷，名曰太平興國編勅。」旋又增修爲淳化編勅三十卷。

眞宗時有咸平編勅。宋史刑法志云：「太平興國中，增勅至十五卷，淳化中倍之。咸平中，增至一萬八千五百五十有五條，詔柴成務等芟其繁亂，定可爲勅者二百八十六條，準律分爲十二門，總十一卷，又爲儀制令一卷。當時便其簡易。」旋有景德三司編勅。陳彭年等刪定之，而爲大中祥符編勅。最後，天禧年間，李迪等復上天禧編勅。

仁宗天聖年間，有天聖編勅十二卷，呂夷簡等修。呂等又依唐制，成天聖令三十卷二十一門，同時頒行。景祐年間，有景祐編勅。慶歷年間，賈昌朝上慶歷刪定編勅赦書德音附令勅目錄二十卷，詔頒行。嘉祐年間，韓琦上嘉祐編勅赦書德音附令勅總例目錄三十卷。又有嘉祐祿令、嘉祐驛令，頒行天下。

神宗熙寧時，任用王安石變法。王安石上熙寧刪定編勅赦書德音附令勅申明目錄，共二十六卷，又有熙寧詳定刑部勅、熙寧三司勅式及諸司勅式、熙寧條約及斷例各若干卷。元豐年間，有元豐勅令格式、元豐諸司勅式。

哲宗時，初有元祐勅令格式。哲宗親政後，仍用新法，章惇等奉勅撰元符勅令格式百三十四卷。

徽宗時，有政和重修勅令格式。欽宗當南渡前夕，也曾編修法典，但未果成。

高宗播遷，斷例散佚，亟待重編法典，乃有紹興重修勅令格式。旋有重修紹興在京通用勅令格式和紹興刑統等。

孝宗時，有乾道重修勅令格式一百二十卷，虞允文等撰。既而詔蔡洸詳定之，號淳熙勅令格式。最後復有淳熙條法事類。宋史刑法志云：「孝宗既詔定淳熙勅令格式，帝復以其書散漫，用法之際，官不暇徧閱，吏因得以容姦，令勅令所分門編類爲一書，名曰淳熙條法事類，前此法令之所未有也，四年七月頒之。」

寧宗時，有慶元重修勅令格式及隨敕申明。旋謝琛甫等上慶元條法事類，又名嘉泰條法事類。最後有開禧勅令格式。

理宗時，有淳祐重修勅令格式，及淳祐條法事類兩法典。從它們頒布以後，度宗時完全遵行，終宋之世，

無所更定。

(3) 遼的法典

遼史太祖本紀云：「神冊六年五月，詔定法律。」刑法志云：「帝克定諸夷，謂侍臣曰：『凡國家庶務，巨細各殊，若憲度不明，則何以爲治，羣下亦何由知禁。』乃詔大臣定治契丹及諸夷之法，漢人則斷以律令。」可見遼的法律，太祖時還在草創時代，無若何可說的。

聖宗時，規定契丹及漢人相毆致死，一例科刑；又契丹人犯十惡，也依律處刑。這時候遼所遵行的，還是中國舊律，但其族人（契丹人）也離開部落的規範，漸受同等法律的制裁了。

興宗重熙五年，頒行重熙新定條制，道宗時，有成雍重修條制。這兩部是遼國正式的法典，而且契丹和漢人享有平等的保護，而無階級之分。篇目內容，則因散佚而莫可考證了。

(4) 金的法典

金的法典，據金史刑法志云：「金初法制簡易，無輕重貴賤之別，刑贖並行，此可施之新國，非經世久遠之規也。天會以來，漸從吏議，皇統頒制，兼用古律。厥後正隆有續降制書，大定有權宜條理，有重修制條。明昌之世，律義勅條並修，品式寢備，既而泰和律義成書。」茲分述於下：

金熙宗皇統年間，占領黃河流域，國家制度漸備，乃詔諸臣以本朝舊制，兼採隋唐之制，參遼宋之法，編纂成法典，名皇統新制，頒行中外。金國志熙宗紀年云：「皇統五年七月，頒行皇統新律千餘條，新律之行，大抵依倣大宋，其間亦有創立者。如毆妻至死，非用器刃者不加刑，他率類此。」皇統新律就是指皇統新制。正隆續降制書，據金史刑法志云：「及德陵庶人，多變易舊制，至正隆間者，爲續降制書與皇統制並行焉。」

大定重修制條，頒行於金世宗時。據金史刑法志云：「及世宗卽位，以正隆之亂，盜賊公行，兵甲未息，一時制旨，多從時宜，遂集爲軍前權宜條理。五年，命有司復加刪定，條理與前制書兼用……置局命移刺愷總中外明法者共校正，乃以皇統、正隆之制，及大定軍前條理，後續行條理，倫其輕重，刪繁正失，凡校定千一百九十條，分爲十二卷，以大定重修制條爲名，詔頒行焉。」

章宗時，有明昌律義，並修律義勅條。泰和元年，所修律成，分十二篇：(1)名例(2)衛禁(3)職制(4)戶婚(5)廡庫(6)擅輿(7)賊盜(8)鬪訟(9)詐僞(10)雜律(11)捕亡(12)斷獄，實是根據唐律而來的，凡五百六十三條，爲三十卷，附註以明其事，疏義以釋其疑，名曰泰和律義，這是金最完備的法典。泰和律義之外，有泰和律令二十卷，泰和新定勅條三卷，六格式三十卷。金到這時候，法制整齊，已經全盤中國

化了。

(5) 元的法典

元朝統治中國時，初循用金律，後何榮祖更定律令，輯至元新格，計二十篇：(1) 名例 (2) 衛禁 (3) 職制 (4) 祭令 (5) 學規 (6) 軍律 (7) 戶婚 (8) 食貨 (9) 大惡 (10) 姦匪 (11) 盜賊 (12) 詐僞 (13) 訴訟 (14) 鬪毆 (15) 殺傷 (16) 禁令 (17) 離犯 (18) 捕亡 (19) 恤刑 (20) 平反。

元仁宗時，有風憲宏綱。據元史刑法志云：「仁宗之時，又以格例條畫，有關於風紀者，類集成書，號曰風憲宏綱。」

英宗時，命宰執儒臣，取風憲宏綱而加損益，書成，號曰大元通制。它的大綱有三：一曰制詔，二曰條格，三曰斷例，大概纂集世祖以來法制事例而已。

元順帝時，由老成耆舊文學法理之臣，把大元通制重新刪定，爲制詔百五十，條格千七百，斷例千五百有九。書成，阿魯圖等入奏，請賜名至正條格。原本卷數不可考，今載於永樂大典者，凡二十三卷。

(二) 宋元的法律思想

(1) 宋儒的德刑論

宋儒——尤其是道學家，大概都如蘇軾自稱「讀書不讀律」的，他們對於法律，顯然是外行。但是道學先生和文壇巨子，總愛發高論，他們又往往提倡德教，反對法治。他們不知道唐宋以來儒家的立法，骨子裏的嚴酷，並不減於法家的立法。然而高調是中聽的，犯刑法的「小人」，乃是不受德教的，所以應該受刑，俾得天下清平。道學領袖周敦頤通書有云：

天以春生萬物，止於於秋。物之生也，既成矣，不止，則過焉，故得秋以成。聖人之法天，以政養萬民，肅之以刑。民之盛也，欲動情勝，利害相攻，不止，則賊滅無倫焉，故得刑以治。

歐陽修作縱囚論，表面上好像主張法治，其實仍以刑爲德之輔。請看他最精采的幾句話：

信義行於君子，而刑戮施於小人；刑入於死者，乃罪大惡極，此又小人之尤甚者也。……太宗施德於天下，於茲六年矣，不能使小人不爲極惡大罪，而一日之恩，能使視死如歸而存信義，此又不通之論也。然則何爲而可？曰：縱而來歸，殺之無赦。而又縱之而又來，則可知爲恩德之致耳，然此必無之事也。若夫縱而來歸而赦之，可偶一爲之耳，若屢爲之，則殺人者皆不死，是可爲天下之常法乎？不可爲常者，其聖人之法乎？是以堯舜三王之治，必本於人情，不立異以爲高，不逆情以干譽。

蘇軾的韓非論，以韓非尙法非仁義爲抨擊他的理由。他說：

仁義之道起於夫婦父子兄弟相親之間，而禮法刑政之原，出於君臣上下相忌之際。相愛則有所不忍，相忌則有所不敢，不敢與不忍之心合，而後聖人之道得存乎其中。今老聃莊周論君臣父子之間，汎汎乎若萍遊於江湖而適相值也，夫是以父不足愛而君不足忌，不忌其君，不愛其父，則仁不足以懷，義不足以勸，禮樂不足以化，此四者皆不足用，而欲置天下於無有，夫無有豈足以治天下哉？商鞅韓非求爲其說而不可得，所以輕天下而齊萬物之術，是以敢爲殘忍而無疑。

南宋的朱熹，曾對宋孝宗暢論德主刑輔的道理，試看下列所引的兩段話：

昔者帝舜以百姓不親，五品不遜，而使契爲司徒之官，教以人倫；父子有親，君臣有義，夫婦有別，長幼有序，朋友有信。又慮其教之或不從也，則命皋陶作士，明刑以弼五教，而期于無刑焉。蓋三綱五常，天理民彝之大節，而治道之本根也。故聖人之治，爲之教以明之，爲之刑以弼之。雖其所施或先或後，或緩或急，而其丁寧深切之意，未嘗不在乎此也。

故臣伏願陛下深詔中外司政典獄之官，凡有獄訟，必先論其尊卑上下長幼親疏之分，而後聽其曲直之辭……又詔儒臣博采經史，以及古今賢哲議論及於教化刑罰之意者，刪其精要之語，聚爲一書，以教學古入官之士，與凡執法治民之官，皆使略知古先聖王，所以勅典敷教制刑明辟之大端，而不敢陰爲姑息果報便文之計，則庶幾有以助成世教，而仰稱陛下好生惡殺，期於無刑之本意。

(2) 復肉刑的最後論爭

興復肉刑之議，在魏晉時代有過激烈的論爭，雖然正面的理由很充足，然而時勢不同，迄未果行。隋唐以來，儒家思想支配法律，儒家揭堯仁義，自然是反對肉刑的。然而暴民犯罪者多，誅不勝誅，主張興復肉刑，以作威嚇的，也大有人在。宋神宗變法時，乃有最後一次的肉刑論爭。

這次主張復肉刑的，是韓絳、曾布。曾布曾上書神宗，力主用肉刑。他說：

先王之制刑罰，未嘗不本於仁；然而有斷肢體，刻肌膚，以至於殺戮，非得已也。蓋人之罪，贖刑不足以懲之，故不得已而加之以墨劓，刺宮，大辟；然審適輕重，則又有流宥之法。至漢文帝除肉刑而定笞箠之令，後世因之以爲律。大辟之次，處以流刑，代墨劓刺宮，不惟非先王流宥之意，而又失輕重之差。古者鄉田同井，人皆安土重遷，流之遠方，無所資給，徒隸困辱，以至終身。近世之民，輕去鄉井，轉徙四方，固不爲患；而居作一年，卽聽附籍，比於古亦輕矣。况折杖之法，於古爲鞭朴之刑，刑輕不能止惡，故犯法日益衆，其終必至於殺戮，是欲輕而反重也。今大辟之目至多，取其情可貸者，處之以肉刑，則人之獲生者必衆。若軍士亡去應斬，盜賊賊滿應絞，則刑其足，犯良人於法應死而情輕者，處以宮刑；至於劓墨，則用刺配之法；降此而後爲流徒杖笞之罪，則制刑有等差矣。（宋史刑法志）

曾布是主張重刑主義，故要恢復肉刑。他的話很中聽，也許神宗有點動意。然神宗還問：可否於執政王安石、馮京，互有論辯，卒不果行。

曾布是依違於新舊兩黨間的小人，他的話或不足取，但是道學大師也主張恢復肉刑，並頌肉刑爲

「仁術」可見「見智見仁，各有不同」，儒家所謂仁義，在對待弱者的時候，就露出猙獰的面目來了。北宋的張載曾說：

肉刑猶可用於死刑。今如傷舊主者死，軍人犯逃走亦死，今且以此比刖足，彼亦自幸得免死，人觀之更不敢犯。今之妄人往往輕視其死，使之刖足，亦必懼矣。此亦仁術。

朱熹答張敬夫書，也公然主張肉刑，他說：

經貸命而再犯者殺之，似亦太過，不若斬其左足，使終身不復陸梁，全生之仁，禁非之義，並行不悖，乃先王制刑督姦之本意也。

然而時勢不同，肉刑卒不能復。宋末馬端臨的文獻通考刑考，總結之而有根本反對恢復肉刑的主張。他說：

肉刑之不用已三百餘年，而卒欲復之，誠非篤論。然陳羣所謂傷人或殘毀其體而裁減毛髮，是當時傷人者，不過坐髡鉗之罪；又言以笞死之法，易不殺之刑，是重人肢體而輕人軀命。蓋自孝文立法以笞代劓剕，而笞數太多，反以殺人，後雖減笞數，定箠令，然笞者猶不免於死，於是遂以笞爲死刑。其不當死者，則并不復笞之，如孝章以來屢頒寬刑之詔，俱言減死一等者，勿笞徙邊，蓋懼其笞則必至於死也。然鬪狠傷人與奸盜不法之徒，若抵以死則太酷，免死而至於

髮鉗，則裁剪其毛髮而略不罹鑿楚之毒，又太輕矣。則曷若斟酌筭數，使其可以懲奸，而毋至殺人者，乃合中道，而肉刑固不必議復也。

從此以後，肉刑存廢，成爲過去，主張興復肉刑的人，再也沒有了。

(3) 復讎與大赦

在儒家支配的法律思想下，復讎、赦罪和肉刑，久爲爭論不決的三大問題。儒家以爲「殺父之仇不共戴天」，然而爲社會秩序計，又不能鼓勵復讎，於是總沒有澈底的解決。大概儒家而近於法的，是主張禁止復讎的；然而在黑暗政治下，法律未必有最高效力，有的以爲某種復仇情有可原。於是復讎問題，又成爲法律和人情的衝突了。我們試看北宋變法者王安石復讎解的說法。安石不是迂儒，是一個極有勇氣的改革家，他是反對復讎的。他說：

蓋讎之所以興，以上之不可告，辜罪之不常獲也。方是時，有父兄之讎而輒殺之者，君子權其勢，恕其情，而與之可也。故復讎之義，見於春秋傳，見於禮記，爲亂世之爲子弟者言之也。……周官之說曰：「凡復讎者書於士，殺之無罪。」疑此非周公之法也。凡所以有復讎者，以天下之亂，而士之不能聽也。有士矣，不使聽其殺人之罪以施行，而使爲人之子弟者讎之，然則何取於士而祿之也？古之於殺人，其聽之可謂盡矣，猶懼其未也，曰：「與其殺不辜，寧失不經。」今書於士，則殺之無罪，則所謂復讎者，果所謂可讎者乎？庸詎知其不獨有可言者乎？就當聽其罪矣，則不殺於士師，而使讎

者殺之，何也？故疑此非周公之法也。

同時，王安石以「法治」的立場，也反對大赦的。因為宋代赦罪極多，大赦幾乎成爲定期，法律的精神，破壞無餘。洪邁容齋三筆「多赦長惡」條云：

熙寧七年，神宗欲降赦，時已兩赦矣。王安石曰：「湯旱以六事自責，政不節與？若一歲三赦，是政不節，非所以弭災也。」乃止。安石平生持論務與衆異，獨此說爲至公。近者六年之間，再行覃霈。婺州富人盧助教以劾核起家，因至田僕之居，爲僕父子四人所執，投置杵臼內搗碎其軀爲肉泥。既鞠治成獄，而遇己酉赦獲免。至，復登盧氏之門笑侮之曰：「助教何不下莊收穀？」茲事可爲憤冤，而州郡失於奏論。紹熙甲寅歲至於四赦，凶盜殺人一切不死，惠姦長惡，何補於治哉？

反對君主濫行赦罪的，代不乏人。就是在元朝，山東西道廉訪使陳天祥奏：

盜賊之起，各有所因。除歲凶委之天時，姑且勿論。他如軍旅不息，工役浚興，厚歛繁刑，皆足致盜。中間保護滋長者，赦令是也。赦者，小人之幸，君子之不幸，前人言之備矣。強梁之徒，各執兵仗，殺人取貨，不顧其生，有司盡力以禽之，朝廷加恩以釋之，且脫縲囚，暮即行劫，復勒有司，結限追捕，賊皆視爲故常，既不感恩，又不畏罪，凶殘悖逆，習與性成。誠非善化能移，惟有嚴刑可制。（元史本傳）

論赦如上述，總算很深切。前段說「盜賊之起，各有所因」，原很不錯。被赦後生活不能解決，沒有自新

之路，怙惡不悛，屢觸法網，也是實情。然而不求根本消滅犯罪的原因，屢頒赦令，固是「小人之幸」，而不是辦法；嚴刑峻法，又怎能消滅犯罪呢？

(4) 法律的平等與獨立

儒家的立法重身分。自唐律以來，各朝的律，都有「八議」規定。同時，君主也屢頒詔書，優待有特殊身分的親貴官僚，好像刑法是專為庶民而設的。但是反對法律不平等的，歷代也未尙無人。如宋儒李觀論法律應該平等，很像先秦法家的見解：

先王之時，雖同族，雖有爵，其犯法當刑，與庶民無以異也。法者，天子與天下共也。如使同族犯之而不刑殺，是為君者私其親也；有爵者犯之而不刑殺，是為臣者私其臣也。君私其親，臣私其身，君臣皆自私，則五刑之屬三千，止為民也。慶賞則貴者先得，刑罰則賤者獨當，上不愧於下，下不平於上，豈適治之道耶？故王者不辨親疏，不異貴賤，一致於法。

(民言刑禁篇)

對於八議，歷代法律思想家，無敢直接非難，因為恐批君主的逆鱗。然而開明的君主，也有感覺到八議庇護親貴的不當。如金史刑法志記載：

大定（金世宗年號）二十五年，后族有犯法者，尙書省引八議奏。上曰：「法者，天下持平之器，若親者犯而從

減，是使之恃此恣橫也。昔漢文誅薄昭，有足取者。前二十年後族濟州節度使烏林達鈔兀嘗犯大辟，朕未嘗宥，今乃宥之，是開後世輕重出入之門也。」宰臣曰：「古所以議親，尊天子別庶人也。」上曰：「外家自異於宗室，漢外戚權太重，至移國祚，朕所以不令諸王公主有權也。至若議賢，既曰賢矣，肯犯法乎？脫或緣坐，則固當請減也。」二十六年，遂奏定太子妃大功以上親及與皇家無服者及賢而犯私罪者，皆不入議。

還有，宋人許應龍論法例劄子，指出用「例」之弊，也可以附見於此。他說：

臣聞有法之弊，有例之弊。法之弊易見，例之弊難革。舍法而用例，此今日之大患也。夫著而爲律，疏而爲律，編次成書，各有條目，蓋截然而不可易也。是雖旁照有通用，舞文弄法者固未免輕重出入其間，然使有司精明，詳考而熟究之，其姦莫能逃也，豈不曰法之弊易見乎？乃若例者，或出於一時之特恩，或一時權宜，或徇情親故，或迫於勢要，開創是例，揆之於法，大相牴牾。而後來者扳緣不已，案牘在胥吏之手，有司不可得而知也；執已行之比，有司不可得而拒也。豈不曰例之弊難革乎？

可見「例」是破壞法律的平等與獨立的。用例之弊，結果正如孔子所云「刑罰不中，則民無所措手足。」後來元朝初年，竟至一事定一例，弄得民怨沸騰，後雖廢例頒律，也不能挽回了。

(5) 以賊定罪的懷疑

中國法典關於「強竊盜罪」和「官吏瀆職賄賂」與「侵佔」等罪，都是拿贓物數量的多寡和價

值的貴賤，來定犯罪的輕重。唐律如此，宋刑統因之。另宋太祖建隆三年敕節文說：

起今後犯竊盜，計贓滿五貫文足百處死；不滿五貫文，決脊杖二十，配役三年。

今後應強盜計贓錢滿三貫文足百皆處死；不滿三貫文，決脊杖二十，配役三年。

以贓定罪，判刑的輕重，以贓物值錢多少爲標準，實在無理之至。但千年來懷疑的人很少，沿唐宋明清而未變，直到清末，重編新的刑法，才把以贓定罪的办法去掉。反對以贓定罪的人，最主要的是宋代的曾布。曾布曾主張復肉刑，又主張竊盜和傷人，均依情節而定罪。他說：

盜情有重輕，贓有多少。今以贓論罪，則劫貧家情雖重而以贓少減免，劫富室情雖輕而以贓重論死。是盜之生死，繫於主之貧富也。至於傷人情狀亦殊，以手足毆人偶傷肌體，與夫兵刃湯火固有間矣，而均謂之「傷」。朝廷雖許奏裁，而州郡或奏或否，死生之分，特幸與不幸爾。不若一變舊法，凡以贓定罪及傷人情狀不至切害者，皆從罪止之法。其用兵刃湯火情狀酷毒及污辱良家或入州縣鎮砦行劫，若驅虜官吏巡防人等，不以傷與不傷，凡情不可貸者，皆處以死刑，則輕重不失其當矣。（宋史刑法志）

曾布的話，是極有理的。他在爲相時，也一度把以贓定罪改革，依他的理想施行。但在新舊黨爭中，他不安於位，旋即去職，這樣的改革，人亡政息，不過如曇花一現吧了。

(6) 民法方面的問題

中國的民法，在專制王權之下，一向很不發達，只是婚姻繼承諸項而已。而且國家對於私人的事，也採取干涉主義——其實是毫無理由的干涉。如近親不得結婚，規定於唐律，宋刑統也同。洪邁曾提出異議，主張中表兄弟姊妹可以結婚。他說：

姑舅兄弟，在禮法不禁，而世俗不曉。按刑統戶婚律云：「父母之姑舅兩姨姊妹及姨，若堂姨，母之姑，堂姑，己之堂姨及再從姨堂外甥女女婿姊妹，並不得爲婚姻。」議曰：父母姑舅兩姨姊妹於身無服，乃是父母總麻，據身是尊，故不合娶。及姨又是父母大姑尊，若堂姨雖於父母無服，亦是尊屬；母之姑堂姑，並是母之小功以上尊，己之堂姨及再從堂姨外甥女，亦謂堂姊妹所生者，女婿姊妹於身雖並無服，據理不可爲婚，並爲尊卑混亂，人倫失序之故。然則中表兄弟姊妹正是一等，了無所妨。（容齋續筆）

洪邁的話，好像有點詭辯，因爲依法不得爲婚者，首列姑舅兩姨的子女，正是指中表兄弟姊妹。在儒家看來，中表兄弟姊妹成婚，大概也是違禮教乖人倫的。然而在事實上，據袁采世範說宋代「連姻多主因親及親之說，以示不相忘。」呂榮公夫人張氏，卽其母申國夫人姊妹，則法律的限制，也許效力是有限的。

又，唐律禁止「父母在子孫別籍異財」，以爲這是不孝，列於十惡之一，處以徒刑。宋刑統仍之。宋史且

稱太祖開寶元年六月，詔荆蜀民祖父母在者，子孫不得別財異居。二年八月，詔川峽諸州，察民有父母在而別籍異財者，論死。太宗淳化元年九月，禁川峽民父母在出爲贅壻。真宗大中祥符二年正月，詔誘人子弟析家產者，令所在擒捕流配。宋的限制雖這樣嚴格，但效力很微。道學家援引禮律，禁父母在子孫別籍異財，有識之士，也有點不以爲然。如袁采的世範云：

兄弟義居，固世之美事……顧見義居而交爭者，其相疾有甚於路人，前日之美事，乃甚不美矣。故兄弟當分宜早有所定。兄弟相愛，雖異財亦不害爲孝義，一有交爭，則孝義何在？

唐宋律對於這一方面的規定，未免太不近人情，強人所難；後此的明律清律，就比較折衷一點了。

第八章 明清

(一) 明清的法律

(1) 法制概要

明律有大明律三十卷四百六十條，制定於太祖時，述於下節，茲從略。

明律的刑名，分笞（五等）杖（五等）徒（五等）流（三等）死（二等）五類二十等，和前代相同；唯徒流附加杖，而未配役，則較宋時為輕。其他十惡八議之類，和前代一樣，也載於律；其犯十惡，殺人、強盜、竊盜、放火、發塚、受贓、詐僞、犯姦等者，則遇常赦不釋。

掌刑獄的官，京師有刑部（六部之一）、都察院（元的御史台）、大理寺（仍前代），是為三法司；刑部受天下的刑名；都察院掌監察彈劾；大理寺掌駁正。地方則知縣（縣長）、知州、知府、按察使（理一省刑獄的官），皆有處決犯罪之權。若犯人不服知縣的處分時，得控訴於知府、道台，乃至抗告於按察使。若按察使的處分亦不服時，還可以上告到京師的都察院。這樣的制度，全是為慎重刑獄起見；但實際上官官相護，在黑暗政治下，小民都有冤無處訴呢。明史刑法志有云：「刑法有創之自明不衷古制者，廷杖、東西廠、錦衣

衛、鎮撫司獄是也。是數者，殺人至慘，而不麗於法，踵而行之，至末造而極，舉朝野命一聽之武夫官豎之手，良可嘆也。」可見在專制王權之下，是沒有真正的法治可言的。

清在未入關之先，風俗質朴，法制簡陋；君臨中國以後，法制始燦然大備，大致是根據明代而來的。清律和明律，性質相同，刑名分笞杖徒流死五類二十等，徒流附加杖而不配役也，和明律一樣。其他如十惡八議、自首減輕、親族容隱、留罪養親諸點，也是承前代而來的。

司法的官，和明大同小異。京師有刑部、都察院、大理寺，仍稱三法司。地方則總督、巡撫、按察使、知府、知州、知縣執行法權，其順序如次：人民有死傷、鬪爭等訴訟，須向地方官（知縣、知州）控告；若已經知縣處斷而不服，則轉控於知府；猶不得直，則控訴於道台，乃至更控訴於按察使。凡每更一處，都是破毀前訴，而重新加以審判。軍的流徒罪，府州縣得以處斷，惟處發遣者則須經兵部認可而後得以決配。死刑由督撫擬律之後，經京師三法司的覆覈定議奏聞，得處決之旨而後決定。若重罪囚，既經府州縣官並按察使的審議，而已由督撫擬律，然囚犯心懷不服，或以前供係出於逼劫，則親族可至京師上告於都察院，都察院乃奏請請旨，破毀前斷，使之再審，或則特派勅使覆審。

又，化外之人之犯罪者，歷代總是依本朝律處斷，清中葉前也是如此。自開關以後，因有領事裁判權的

緣故，遂不能處斷外人。

上述的清代法制，都是中葉前的。晚清時，受外國影響，更改法制，當述於下章。

(2) 明的法典

元紊亂律例，民不堪命，叛變蜂起。明太祖平武昌後，即議律令。吳元年十月，命李善長爲律令總裁官，楊憲等二十人爲議律官，裁定律令。太祖親御西樓，召諸臣賜坐，從容講論律義，十二月書成，凡爲令一百四十五條，頒行之。這次頒布的明令，是明律的先驅，它的內容，據文獻通考云：「吏令二十，戶令二十四，禮令十七，兵令十一，刑令七十一，工令二。」明清律依吏戶禮兵刑工分篇，也始於此。

李善長定律令時，與令同時撰律若干條頒行。洪武六年，詔劉惟謙等修律，篇目一遵於唐律。太祖覽之，意有未當，陸續有所增定。洪武二十二年，刑部言：比年條例增損不一，以致斷獄失當，請編類頒行，俾中外知所遵守。遂命翰林院同刑部官定之，到洪武三十年，才完全定當，這是大明律。綜其經過，草創於吳元年，更定於洪武六年，整齊於二十二年至三十年，乃頒示天下。按明律初準於唐，自誅胡惟庸後，廢中書而政歸六部，便依六曹而分類，古律面目一變。

大明律爲卷凡三十，爲條四百六十。計名例一卷；吏律二卷（職制、公式）；戶律七卷（戶役、田宅、婚姻、

倉庫、課程、錢債、市廛；禮律二卷（祭祀、儀制）；兵律五卷（宮衛、軍政、關津、廐牧、郵驛）；刑律十一卷（賊盜、人命、鬪毆、罵詈、訴訟、受贓、詐僞、犯姦、雜犯、捕亡、斷獄）；工律二卷（營造、河防）。

洪武三十年，頒大明律誥，太祖御午門諭羣臣曰：「朕做古爲治，明體以導民，定律以繩僞，刊著爲令，行之既久，犯者猶衆，故作大誥以示民，使知趨吉避凶之道。古人謂刑爲詳刑，豈非欲民並生於天地間哉！然法在有司，民不周知，故命刑官，取大誥條目，撮其要略，附載於律。凡榜文禁例，悉除之。除謀逆及律誥該載外，其雜犯大小之罪，悉依贖罪例論斷，編次成書，刊布中外，令天下知所遵守。」所謂大誥者，太祖患民狃於元習，徇私滅公，采輯官民過犯條爲大誥，頒學宮以課士，里置塾師教之；囚有大誥者，罪減等。這完全是公布法律使民周知的意思，可見在太祖建文時代，明室頗有法治的氣象。

以後歷代法典，並無若何重要的，只附述一二。孝宗時，有問刑條例、明條法事類纂、大明會典。武宗時，有正德會典。世宗時，有嘉靖續纂會典、嘉靖重修問刑條例、嘉靖重修明條法事類纂。神宗時，有萬曆續修問刑條例、萬曆重修大明會典等。此後明室既衰，編修法典的事也停頓了。

(3) 清的法典

清的法典，這裏所述的，只限於道咸之前；晚清光緒時，受歐美法系影響，纂修新律，述於下章，以期界限

清晰。

滿清君臨中國，引用明室遺臣，因此政制典章，大致根據前代。法制也是如此。清最初的法典，是大清律集解附例。據世祖（順治）御製大清律序云：「朕惟太祖太宗，創業東方，民淳法簡，大辟之外，惟有鞭笞。朕仰荷天休，撫臨中夏，人民既衆，情僞多端。每遇奏讞，輕重出入，頗煩擬議，律例未定，有司無所稟承。爰勅法司官廣集廷議，詳譯明律，參以國制，增損劑量，期於平允。書成奏進，朕再三覆閱，仍命內院諸臣，校訂妥確，乃允刊布，名曰大清律集解附例。」其依六曹分篇目，完全和明律一樣。

聖祖（康熙）時，命馮溥等校正舊律，上之，這是校正大清律。世宗（雍正）時，朱軾等奉詔，續成律例，刊布中外，這是清律例集解。高宗（乾隆）時，三泰等奉詔，成大清律例四十七卷。——這些律例，都是略加增修，大同小異的。

會典方面，做大明會典之例，有康熙會典、雍正會典、乾隆會典、嘉慶會典等，光緒二十五年，尙編有光緒會典。

（二）明清的法律思想

(1) 法治思想的起伏

明清之際，中國社會的發展，已達最高點，快到分解的前夕。因此，自由主義的思想，也時有擡頭，不過在地主官僚的壓抑下，這樣的思想，旋起旋仆罷了。法治思想也是如此，在數百年間起伏不已，直至晚清。

明太祖以布衣起義，驅逐蒙古，併吞羣雄，撫有天下。他一躍而爲帝王，仍離開平民的立場，建立官僚地主的政權。然而階級的憎恨，總隱在他的意識裏，故太祖極顧念民間疾苦，對於官僚嚴刻萬分。洪武時代，頗有法治的氣象。當時努力把法律公布於民，不使它成爲官僚魚肉小民的工具。太祖撰大誥以示民，就在消滅「法在有司，民不周知」之弊。死於成祖之手的方孝孺，不單是文章家，更是法治的理論家；雖然因爲傳統的關係，有着儒家的面目，但其精神完全是和儒家異趣的（王守仁、黃宗羲、顏元、戴震等也未始不如此，不過是在哲學上而已。）方孝孺論法之文，試舉下列一段，就可看出其價值：

智者立法，其次守法，其次不亂法。立法者，非知仁義之道者不能。守法者，非知立法之意者不能。不知立法之意者，未有不亂法者也。古之聖人，既行仁義之政矣，以爲未足以盡天下之變，於是推仁義而寓之於法，使吾之法行而仁義亦陰行其中。故望吾之法者，知其可畏而不犯；中乎法者，知法之立無非仁義而不怨；用法而誅其民，其民信之，曰是非好法行也，欲行仁義也。夫法之立，豈爲利其國乎？豈以保其子孫之不亡乎？其意將以利民爾。故法苟足以利民，雖成於

異代，出於他人，守之可也。誠反先王之道而不足以利民，雖作於吾心，勿守之可也。知其善而守之，能守法者也；知其不善而更之，亦能守法者也。所惡乎變法者，不知法之意而以私意紛更之；出於己者以爲是，出於古之人以爲非，是其所當非，而非其所宜是。舉天下好惡之公皆棄而不用，而一準其私意之法，甚則時任其喜怒而亂予奪之平，由是法不可行也。（深慮論）

明代的法學大家丘濬，力主法律公布主義，深得太祖遺意。他說：

按鄭晉鑄刑書，蓋以其前世所用以斷獄之法，比而鑄於器，以示民於久遠也。考周官「司寇建三典，正月之吉懸於象魏，使萬民觀之，浹旬而斂。」夫國之常刑，而又歲歲布之於邦國都鄙，何哉？刑雖有常，亦當量時而爲之輕重，然恐民之不知其所以然也，故旣布其制，又懸其象，所以曉天下之人，使其知朝廷原情以定罪，因事以制刑，其故如是也，皆知所畏避而不敢犯焉，非謂刑之輕重不可使人知也。先儒謂詳左氏所載夫子之說，第令守晉國舊法，以爲范宣子所爲非善耳，非謂聖王制法，不可使人知也。（大學衍義補）

黃宗義原君一篇，提倡民主主義，是中國歷代思想家所不敢言的。原法一篇，提倡法治，抨擊君主以法私天下，不以民衆福利爲依歸，更是痛快。他說：

三代以上有法，三代以下無法。何以言之？二帝三王，知天下之不可以無養也，爲之授田以耕之；知天下之不可無衣也，爲之授地以桑麻之；知天下之不可無教也，爲之學校以興之；爲之婚姻之禮，以防其淫；爲之卒乘之賦，以防其亂。

此三代以上之法也。固未嘗爲一己立也。後之人主，既得天下，惟恐其祚命之不長也。子孫之不能保有也，思患於未然以爲之法。然則其所謂法者，一家之法，而非天下之法也。是故秦變封建而爲郡縣，以郡縣得私於我也；漢建庶孽，以其可以藩屏于我也；宋解方鎮之兵，以方鎮之不利於我也。此其法何曾有一毫爲天下之心哉？而亦可謂之治乎？三代之法，藏天下於天下者也。山澤之利，不必其盡取，刑賞之權，不疑其旁落，貴不在朝廷也，賤不在草莽也。在後世方議其法之疎，而天下之人，不見上之可欲，不見下之可惡，法愈疎而亂愈不作，所謂無法之法也。後世之法，藏天下於筐篋者也。利不欲其遺於下，福必欲其斂於上。用一人焉，則疑其自私，而又用一人以制其私，行一事焉，則慮其可欺，而又設一事以防其欺。天下之人，共知其筐篋之所在，吾亦錕錐，然日爲筐篋之是虞。故其法不得不密，法愈密而天下之亂，卽生於其中，所謂非法之法也。論者謂一代之法，子孫以法祖爲孝。夫非法之法，前王不勝其利欲之私以創之。後王或不勝其利欲之私以壞之，壞之者固足以害天下，其創之者，亦未始非害天下者也。乃必欲周旋於此膠彼漆之中，以博憲章之餘名，此俗儒之勦說也。卽論者謂天下之治亂，不繫於法之存亡。夫古今之變，至秦而一盡，至阮而又一盡。經此二盡之後，古聖之所惻隱愛人而經營者，蕩然無見。苟非爲之遠思深覽，一一通變，以復井田封建學校卒乘之舊，雖小更革，生民之戚戚終無已時也。卽論者謂有治人無治法，吾以爲有治法而後有治人。自非法之法，桎梏天下人之手足，卽有能治之人，終不勝其牽挽嫌疑之顧盼。有所設施，亦就其分之所得，安於苟簡，而不能有度外之功名。使先王之法而在，莫不有法外之意存乎其間。其人是也，則可以無不行之意；其人非也，亦不至於深刻羅網，文害天下。故曰有治法而後有治人。（明夷待訪錄）

自孔子有「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎」的話，兩千多年以來，在中國社會上有極大的權威。人民不願訴訟，「訟則終凶」這固然是政治黑暗的緣故；然而消極方面，則法治永遠不能擡頭。清人崔述，頗有自由主義的精神，對於「無訟」的思想，大加抨擊，隱然爲法治張目。請看他的話，是多麼有力：

兩爭者，必至之勢也。聖人知其然，故不責人之爭，而但論其曲直。曲則罪之，直則原之，故人競爲直，而莫肯爲曲。人皆不肯爲曲，則天下無爭矣。然則聖人之不禁爭，乃所以禁爭也。……以讓自免，則可以不讓責人，則斷不可。夫責人，則亦惟論其曲直而已矣。惜乎世之君子，未嘗久處閭閻，親歷險阻，而於人情多不諳也。（爭論）

凡有血氣皆有爭心，必此爭而彼甘於讓，斯已耳。苟不甘於讓，則必訟之矣。故陵人者常不訟，陵於人者常訟，其大較也。且爭而甘於讓者，惟賢與孤弱者耳。然理固有當讓有不當讓，勢固有能讓有不能讓。所爭者非一人之得失，則不當讓；讓之而爭者不已，讓之而爭者則遲，人皆從而效之，則亦不能終讓。故雖賢與孤弱者亦不能盡無訟也。夫使賢者常陵於不肖，而孤弱者常受陵於豪強，而不之訟，上之人猶當察而治之，况自來訟而反可尤之乎？今不察其曲直，而概不欲使訟，陵人者反無事，而陵於人者反見尤，此不惟賞罰之顛倒也，而勢亦不能行。何者？人之所以陵於人而不與角者，以有訟可以自伸也，不許之訟，遂將束手以待斃乎？抑亦與之角力於蓬蒿之下也？吾恐賢者亦將改行，而孤弱者勢必至於結黨，天下之事從此多，而天下之俗從此壞矣。（訟論）

明清仍前朝之舊，有所謂贖刑者，這完全是袒護有產的地主官僚，大背法治的精神。明法家丘濬也會

痛斥其非。他說：

按辟以止辟，此二帝三王立法之初意也。若死者而可以利贖，則犯法死者皆貧民，而富者不復死矣。其他雜犯贖之可也，若夫殺人者而亦得贖焉，則死者何辜？而其寡妻孤子，何以洩其憤哉？死者抱千載不報之冤，生者含沒齒不平之氣，以此感傷天地之和，致災異之變，或馴致禍亂者，亦或有之。（大學衍義補）

上引種種，可見明清之際，法治思想，幾度擡頭，但在傳統的舊勢力下，屢起屢仆，卒不能在實際方面，發生影響。

（2）婚姻與繼承

七出之律，規定於唐，歷代無非之者。但到了明初，法治思想擡頭，和方孝孺同時的宋濂，就猛烈攻擊儒家法律所規定的「惡疾」與「無子」兩個條件的不合理。他的話理由極充分。他說：

或問於郁離子曰：「在律婦有七出，聖人之言歟？」曰：「是後世薄夫之所云，非聖人意也。夫婦人，從夫者也。淫也，妒也，不孝也，多言也，盜也，五者，天下之惡德也；婦而有也，出之宜也。惡疾與無子，豈人之所欲哉？非所欲而得之，其不幸也大矣；而出之，忍矣哉！夫婦，人倫之一也，婦與夫爲天，不務其不幸，而遂棄之，豈天理哉？而以是爲典訓，是教不仁以賊人道也。仲尼沒而邪辭作，懼人之不信，而駕聖人以逞其說，嗚呼！聖人之不幸，而受誣也甚矣哉！（郁離子）

清代學者俞正燮對於七出之一的「嫉妬」也認爲荒謬。他著妒非女人惡德論一文，廣引故事，結論

說：

妒者，婦人常情。妒而忌，則殺人者死，傷人者抵罪，何煩詔表令檄牽妬言之哉……夫婦之道，言致一也。夫買妾而妻不妒，則是恕也。恕則家道壞矣。（癸巳類稿）

俞正燮是極富男女平等思想的，他又在節婦說一文中，非議法律禮教的重男輕女。他說：

按婦無二適之文固也，男亦無再娶之儀。聖人所以不定此儀者，如「禮不下庶人，刑不上大夫」，非謂庶人不行禮，大夫不懷刑也。自禮意不明，苛求婦人，遂爲偏義。古禮夫婦合體，同尊卑，乃或卑其妻；古言終身不改，則男女同也。七事出妻，乃七改矣；妻死再娶，乃八改矣。男子理義無涯涘，而深文以罔婦人，是無恥之論也。（癸巳類稿）

但是傳統的思想家，擁護「七出」的也很不少。明人王禕作七出議，推波而助瀾，反駁宋濂的文章，並給「七出」以好似有理的解釋。他說：

妻道二：一曰奉宗祀也，一曰續宗祀也。二者人道本也。今其無子，則是絕世也。惡疾則是不與共粢盛也，是義之不得不絕者也。夫不順父母，以其逆德也；淫，以其亂族也；妬，以其亂家也；多言，以其離間也；竊盜，以其反義也。五者其惡德之見絕於人者也。無子之絕世，惡疾之不可與共粢盛，二者其惡德之見絕於天者也。其於義所當絕，均也。（皇明文衡）

清代的漢學大家錢大昕，也擁護七出，以爲「家語婦人七出之文，先王所以扶陽而抑陰，而家道所以

不至於窮而乖也。」但錢氏究竟看到舊家庭的黑暗，婦女大率在人間地獄，故一反儒家道學先生的思想，而主張離婚改嫁自由，不可謂非大膽的。他說：

夫婦之義，非徒以全丈夫，亦所以保匹婦。後世閭里之婦，失愛於舅姑，讒間於夫婦，抑鬱而死者有之；或其夫淫醜凶悍，寵溺嬖賤，陵迫而死者有之。準之古禮，固亦有可去之義，亦何必束縛之，禁錮之，置之必死之地以爲快乎？先儒戒寡婦之再嫁，以爲餓死事小，失節事大。余謂全一女子之名其事小，得罪於父母其事大。故父母兄弟不可乖，而妻則可去；去而更嫁，不謂之失節。使其過在婦歟，不合而嫁，嫁而仍窮，自作之孽，不可道也。使其過不在婦歟，出而嫁於鄉里，猶不失爲善婦，不必強而留之，使夫婦之道苦也。

事實上，七出之說，到明清之際，已不大能殼實行，雖有人再作主張，也是徒然的。

還有，在明清之際，中國社會發達到頂點，子孫別籍異財，也不能以法律嚴格禁止像唐代一樣。清李紱曾有別籍異財議，反駁傳統的見解，並證以實際情形，理由非常充分。他說：

朱子曉諭兄弟爭產事，援據禮律，以敦教化；凡祖父母父母在堂，子孫別籍異財者，並將關約呈首抹毀，不遵者依法斷罪……細思之，尙有未盡善者：蓋禁其爭財可也，禁其分居恐未可也。孟子論王政，止稱八口之家；朱子釋之，以弟爲餘夫，壯而有室，卽別授百畝，是古者未嘗禁人之分居也。惟是鄉田同井，相相助相扶持，則分而不分耳。迨世既衰，漸失友助扶持之意，於是篤行之士，矯爲累世同居之事，姑以勸親睦而激薄俗耳，非比戶所能行也。凡累世同居者，必

立之家法，長幼有禮，職事有司，筦庫勾稽，善敗懲勸，各有定制，又必代有賢者，主持倡率而後可行。否則財相競，事相諉，儉者不復儉，而勤者不復勤，勢不能以終日，反不如分居者，各惜其財，各勤其事，猶可以相持而不敗也。至於祖父母父母在堂，亦微有辨：如年踰七十，宜傳家政；或年雖未衰，別有疾病，而不任綜理，則子孫析居，亦無不可。且其家既分析，必其家法未立，又無可兼綜之人，今必責已分者使之復合，是強人以所不能，勢不行矣。

事實上，大明律已經規定：「凡祖父母父母在，而子孫別立戶籍，分異財產者，杖一百。（須祖父母父母親告乃坐。）若居父母喪而兄弟別立戶籍，分異財產者，杖八十。（須期親以上尊長告乃坐。）」這是說不是祖父母父母親告，別人不得干涉。大清律也全同大明律，並且有增註說：「或奉遺命，不在此律。其父母許令分析者，聽。」在這樣的立法中，也可以看到舊社會已瀕分解的前夕。

第九章 近代

(一) 近百年間中國社會的變化

社會的基礎是經濟構造，而法制上、政治上、宗教上、藝術上以及哲學上的各種形態，都是建立在這基礎上的上層建築。換言之，法律就是這樣的上層建築之一，也就是這樣的意識形態之一。經濟構造可以決定社會的、政治的及精神的生活過程，故法制和法律思想，隨社會的變化而變化。停滯了一兩千年的中國社會，在近百年中，有異常劇烈的變化，因此法制和法律思想，也跟着與清中葉前大不相同，這是當然的。

近百年中國社會的變化，真是太複雜了，頗有一部二十四史從何說起之概。第一點要說的，自然是帝國主義的侵略。回憶清中葉前，中國舊社會發展到極頂，已達分解的前夕，歐洲的列強，恰來叩中國嚴閉深局的門戶，要求通商。這意義是說，歐洲的商業資本，想踏入這個老大帝國。經過鴉片戰爭的南京條約以後，中國門戶洞開，西方的機製貨品，泛濫而入。接着列強的資本，直接輸入中國，開礦築路設廠，在經濟上淪中國於附庸，中國乃成爲半殖民地。

帝國主義侵略的結果，中國社會被動的部分的發生產業革命。交通便利的地方——尤其是沿海諸

城市，立刻煥然一變其面目；新興產業創設於此，市場也繁榮起來。這樣的近代都市，如上海、天津等，其基礎是築於外國資本上的。同時，產業革命，只在幾個都市間可以看得出來；而在廣大的內地農村，半殖民地地痛苦是感覺到的，近代物質文明的享受，却極其有限。

中國的經濟，其特色在於半殖民地經濟。民族工業，微弱得可憐，而且受外國資本的支配。整個商業，不啻成爲外國資本的買辦，替他們推銷商品，替他們收取原料。農村破產，日甚一日。舊來的天災人禍，愈演愈烈，驅農民於水深火熱之中。舊來的封建的剝削，加上新來的帝國主義的榨取，農村不啻成爲人間地獄。

社會經濟基礎發生變動，政治上的改革要求，便隨之而起。新興的市民，不滿於專制的王權政治，便有君主立憲的呼聲。然而主張君主立憲的康梁變法是失敗了，專制的官僚主義的朝廷，連最低限度的改良，也不能容忍。孫中山先生領導的革命，得到了國內外的同情。滿清政府終於被推翻，而中華民國誕生。但是軍閥專政，官僚弄權，舊日的封建勢力並未廓清，民主革命尙未完成。近年以來，帝國主義加緊侵略，國內外情勢激變，更由民主革命過渡到社會革命。於是實現孫中山先生的三民主義，成爲救亡的要圖。

自歐風美雨掃蕩着全中國以後，經濟基礎變動，中國的舊社會便發生動搖。跟着西方資本的東來，資本主義社會的意識形態也次第輸入。舊來的生活關係，已瀕於破滅。西洋的倫理規範，道德標準，被視爲當

然。自由戀愛，男女平等，小家庭制度，別籍異財等，已恬不爲怪。儒家的支配，既隨專制的王權政治而告終，儒家的倫理道德，再也不能支配人們——至少對於新興的市民們。試舉一例：儒家的禮和律，都是禁止父母在子孫不得別籍異財的，但如今農村破產，子孫得不到都市裏的工商界混飯吃，在那裏成家立業，永遠離開故鄉的老家。事實是這樣，儒家的倫理軌範，教人怎能遵行呢？

就法律言，近百年來，純粹儒家的立法告終，歐美法系侵入，與舊來的中國法系混合，使中國的法律，煥然一新。跟着社會的變動，中國的法律也屢在修改中。三民主義的中國成立，中國的法律，也可以放一異彩，這是能先斷言的。

(二) 新舊法律的過渡

(1) 會奏變法

晚清時，中西接觸既繁，中國舊法制的弱點，完全暴露出來。大要述之，有下列幾點：

(一) 儒家的立法，「禮」「法」不分，道德和法律混在一起。

(二) 專制的王權政治，漠視人民的私益，儒家重義輕利，民法方面無可言者，人民的權利沒有保障。

(三) 封建社會的立法，不適於新興的市民階級。

(四) 司法界黑暗異常，使人民有「訟則終凶」之感，談不到法治。

(五) 舊來的刑罰殘酷，以近代的眼光觀之，不得不諡爲野蠻。

(六) 因此種種緣故，各國在華成立領事裁判權，陷中國司法於破碎，改良舊法，刻不容緩。

庚子事變之後，舊派失勢，抱改良主義的老官僚劉坤一（兩江總督）張之洞（兩湖總督）於光緒二十七年（一九〇一）會奏變法，在法制方面，提出九項建議：

一曰禁訟累。每有訴訟，差役家丁必索訟費，視其家道以爲多少，至少者制錢四千，薄有田產者任意誅求；不滿其欲者，則詭曰案未傳齊，致官不能過堂。卽恤民之官，爲之酌減定數，不准多索；然一官所禁，後任復然，差役不革，此弊不。至傳案株累，最爲民害，其中有原告誣攀者，亦有吏役慫恿本官者，亦必須裁去吏役，方能杜絕。

二曰省文字。承審之例，限處分太嚴，而命盜案之報少，必俟犯已認供而後詳報。盜案之例，限開參太嚴，且必獲犯過半，兼獲盜首，方予免議。而諱盜之事多，諱有爲無，諱劫爲竊，諱多爲少，各省從無一實報人數者。民案，罕報罕結，則多私和人命及拖斃證人之事，民冤所以不伸也。盜案不早報，不實報，則萑葦已起而上官不知，寇亂所以潛伏也。此事關係甚大，非寬減例處，斷無禁絕拖延命案諱飾盜案之法。

三曰省刑責。敲朴呼號，血肉橫飛，最爲傷和害理，有悖民牧之義。地方官相沿已久，漠不動心，擬請以後除盜案命

案證據已確而不肯供認者，准其刑嚇外，凡初次訊供時及牽連人證，斷不准輕加刑責。其笞杖等罪，應由地方官體察情形，酌量改爲羈禁，或數日，或數旬，不得凌虐久繫。

四曰重衆證。外國問案，專憑證人，衆證既確，即無須本犯之供。查例載衆證明白，即同獄成，不須斷問。然照此斷擬者，往往翻控，非誣問官受賄，即詆證人得贓，以故非有確供，不敢詳辦。於是反覆刑求，則有拷虐之慘；多人拖累，則有賅斃之冤。擬請以後斷案，除死罪必須有輪服供詞外，其軍流以下罪名，若本犯狡供，拖延至半年外者，果係衆證確鑿，其證人皆係公正可信，上司層遞親遞覆訊，皆無疑義者，即按律定擬，奏咨立案；如再京控上控，均不准理，此即省酷刑拖累之大端也。

五曰修監羈。州縣監獄之外，又有羈所，又有交差押等目，狹隘污穢，凌虐多端，暑疫傳染，多致賾斃，仁人不忍親聞等之於地獄，外人尤爲痛詆，比之以番蠻。夫監獄不能無，而酷虐不可有，宜令各省設法籌款，將臬司府廳州縣各衙門內監外監，大加修改。地面務須寬敞，屋宇務須整潔，優給口糧，及冬夏調理各費，禁卒凌虐，隨時嚴懲。至羈所一項，所以管押竊賊地痞，及案情干涉甚重，而供情未確，罪名未定，保人未到者，定例雖無明文，而各省州縣無處無之。蓋此等案犯，若取保則什九潛逃，斷不能行；若令還住客店，交差看守，則勒索更甚，無從稽考。故羈所一項，其勢不能不設。擬請明定章程，各處羈所，務須寬潔整潔，不准虐待，亦不准多押。至傳質者，歸入候審所，各省多已設立，其餘差帶官店等事，務須禁絕。此事之實辦與否，有房屋可驗，不能掩飾。

六曰教工藝。近年各省，多有設立遷善所改過所者，亦間教以工藝等事，然行之不廣，且教之亦不認真。應令天下

各州縣有獄地方，均於內監中，必留一寬大空院，修工藝房一區，令其學習。將來釋放者可以謀生，改行，禁繫者亦可自給衣履。

七曰恤相驗。凡有命案應相驗者，驗尸棚廠官吏夫馬之費甚多，均取之被告家，不足則派之族鄰，小村單戶，則派之一半里外之遠鄰。間有恤民之吏，自備夫馬帳棚，嚴禁差役科派，然亦不過百之一二，終無禁絕之法。查四川有三費局，由紳民糧戶捐出，一爲招解費，一爲相驗費，一爲夫馬費，民甚便之，行已三十年。此事宜令各州縣就地籌款，務以辦成爲度，仍責令州縣輕簡從，不准縱擾，違者嚴參。

八曰改罰贖。贖罰之刑，古經今律皆同有之，惟其途尙隘。查命案盜案應按律治罪，竊賊地痞惡棍傷人詐僞訟棍，宜量予扑責監禁，藉以儆其悍暴，曉示良民，此數項應不准罰贖。此外如戶婚田土家務錢債等類之案，其中多係紳衿，且兩造必係親族鄉鄰，不宜苦辱過甚，致本人有礙上進，並使兩造子孫永爲仇隙。除按其曲直審斷外，其曲者按其罪名輕重，酌令罰繳贖罪銀若干，以爲修理監獄經費。舉貢生監職員封職犯罪罪不至軍遣者，除褫革外，並罰繳修理監獄經費，看管數月，免其刑責，似於化民善俗之義有合。罰繳之數，令其詳報上司，私罪及入己者罪之。

九曰派專官。監羈一事固須屋宇廣潔，尤須隨時體恤，禁絕凌虐，必有專官司之，方有實濟。吏目典史卑於州縣，不能考察。查各府皆有同知通判，所司清軍鹽捕水利等事，久成具文，一無事事。按今之通判，宋亦名通判，或名簽判，明曰推官，皆兼管獄囚訴訟，故文人稱爲司李，俗人稱爲刑廳。擬請著爲定章，每府即派實缺同知，專司稽察各屬監獄之事。會奏這變法的劉張二位，都是晚清重要人物，而且是手握重權的疆吏，因此清廷不得不酌予採納，藉

以緩和庚子事變後民衆的失望。雖然這些法制方面的建議，還只有消極的改，然舊法制已在動搖中了。

(2) 修訂法律

劉張會奏的次年（光緒二十八年，一九〇二）英美等國，允許清廷改良司法情形後，放棄領事裁判權。清廷受此刺激，乃決行編訂新法。於是政府下令，派沈家本、伍廷芳將現行一切律例，參酌各國法律，悉心考訂。沈氏是晚清法學大家，對於中國舊律，研究有素，並熟悉西洋法律。伍氏留學英美，深究西律，時方遠遊國外，故晚清法律的更定，沈氏之力居多。在新舊法律的過渡中，這次沈家本、伍廷芳修訂法律，是一個重要的關鍵。

沈氏既奉派為修訂法律大臣，便組織法律館，遴選諳習中西律例司員分任纂輯，延聘東西各國精通法律的博士律師以備顧問，復調取外國留學生從事繙譯，工作相當緊張。初，清廷既決定修訂法律，刑部恐新律扞格難行，擬將大清律例先行刪節，作過渡時期之用。該律先由刑部修正，後改歸法律館辦理。這一件事是法律館主要的工作，以後的大清現行刑律，是由此產生的，另述於後。

法律館開館後，第一步工作是研究外國法律。外國法律譯成者，除英美各國刑法因無專書，把散見他籍的依類輯譯外，德國的有刑法、裁判法，法國的俄國的有刑法，日本的有現行刑法、改正刑法、陸軍刑法、海

軍刑法、刑事訴訟法、監獄法、裁判所構成法、刑法義解等。所譯不可說不多，研究也不可說不熱心。

法律館還有一件事，就是兼辦法律學堂。這意思是出於伍廷芳的。伍氏說：「法律成而無講求法律之人，施行必多阻礙，非專設學堂培養人才不可。」沈家本也贊同之。於是奏請撥款設立法律學堂，奉旨允准，擇地庀材，尅日興築。學堂中教習，就以法律館的編纂充任，所聘者大概是日本的法律家：一是法學博士岡田朝太郎，一是法學博士志田鉀太郎，一是司裁判有十五年經驗的法學士松岡義正。這三人對於晚清法律的編訂，都是有大貢獻的。法律學堂於光緒三十二年開學，學員凡數百人。

沈伍奉令修律後，旋即把很重要的幾點——被外人詆爲野蠻的幾點上奏，請求刪除。沈家本刪除律例內重法摺說。

現行律例款目極繁，而最重之法，亟應先議刪除者，約有三事：

一曰凌遲梟首戮尸。查凌遲之刑，唐以前無此名目，始見於遼書刑法志。遼時刑多慘毒，其重刑有車轆炮擲諸名，而凌遲列於正刑之內。宋自熙寧以後，漸亦沿用；元明至今，相仍未改。梟首在秦漢時惟用諸夷族之誅，六朝梁陳齊周諸律，始於斬之外別立梟名，至隋而刪除其法；自唐迄元，皆無此名，今之斬梟，仍明制也。戮尸一事，惟秦時成驕軍反，其軍吏皆斬戮尸，見於始皇本紀，此外無聞；歷代刑志並無此法，明律亦無戮尸之文。至萬曆十六年始定此例，亦專指謀

殺祖父母父母者而言。國朝因之，後更推及於強盜案件，凡斬梟之犯監故者，無不戮尸矣。凡此酷重之刑，固所以懲戒凶惡。第刑至於斬，身首分離，已爲至慘，若命在頃忽，殪醢必令備嘗，氣久消亡，刀鋸猶難倖免，揆諸仁人之心，當必慘然不樂。謂將以懲本犯，而被刑者魂魄何知？謂將以警戒衆人，而習見習聞，轉感召其殘忍之性。故宋眞宗時，御史台請鬻鬪殺人賊，帝曰：「五刑自有常刑，何爲慘毒也？」陸游嘗請除凌遲之刑，亦謂「肌肉已盡，而氣息未絕，肝心聯絡，而視聽猶存，感傷至和，虧損仁政，實非聖世所宜遵。隋時頒律，詔云：「梟首義無所取，不益懲肅之理，徒表安忍之懷。」洵皆仁人之言也。且刑律以唐爲得中，而唐律並無凌遲梟首戮尸諸法。國初律令重刑，惟有斬刑，準以爲式，尤非無徵。擬請將凌遲梟首戮尸三項，一概刪除，死罪至斬決而止。凡律內凌遲梟首各條，俱改斬決；斬決各條俱改絞決；絞決俱改監候，入於秋審情實，斬候俱改絞候，與絞決人犯仍入於秋審，分別實緩。將來應否酌量變通，再由臣等妥議核定。或謂「此等重法，所以處窮凶極惡之徒，一旦裁除，恐無以昭炯戒。」顧有唐三百年不用此法，未聞當日之凶惡者獨多；且貞觀四年斷死罪二十九，開元二十五年纔五十八，其刑簡如此，乃自用此法以來，凶惡者仍接踵於世，未見其少，則其效可觀矣。化民之道，固在政教不在刑威也。

一曰緣坐。緣坐之制，起於秦之參夷及牧司連坐法。漢高后除三族令，文帝除收孥相坐律，當時以爲盛德，惜夷族之誅猶間用之，故魏晉以下，仍有家屬從坐之法。唐律惟反叛惡逆不道，律有緣坐，他無有也。今律則姦黨交結，近侍諸項俱緣坐矣。反獄邪教諸項亦緣坐矣；一案株連，動輒數十人。夫以一人之故，而波及全家，以無罪之人，而科以重罪；漢文帝以爲不正之法，反害於民。北魏崔挺嘗曰：「人有罪延及闔門，則司馬牛受桓魋之罰，柳下惠膺盜跖之誅，不亦哀

哉！其言皆篤論也。罰弗及嗣，虞書所美；罪人以族，周誓所誡。今世各國，咸主持刑罰止及一身之義，與罪人不孥之古訓，實相符合，洵仁政之所當先也。擬請將律例緣坐各條，除知情者仍治罪外，其不知情者，悉予寬免，餘條有科及家屬者，准此。

一曰刺字。刺字乃古墨刑，漢之黥也。文帝廢肉刑而黥亦廢；魏晉六朝雖有逃奴劫盜之刺，旋行旋廢。隋唐皆無此法，至石晉天福間，始創刺配之制，相沿至今。其初不過竊盜逃人，其後日加繁密：刺事由刺地名，刺改發，有例文不著而相承刺字者，有例文已改而刺字未改者，其事極爲紛糅。在立法之意，原欲使莠民知恥，庶幾悔過而遷善；詎知習於爲非者，適予以標識，助其凶橫，而偶罹法網者，則黥刺一膺，終身戮辱。誠如宋志所謂：面目一壞，誰復顧藉，強民適長威力，有過無由自新也。夫肉刑久廢，而此法獨存，漢文所謂刻肌膚，痛而不德者，正謂此也。未能收弼教之益，而徒留此不德之名，豈仁政所宜出此？擬請將刺字款目，概行刪除。凡竊盜皆令收所習藝，按罪名輕重，定以年限，俾一技能嫻，得以餬口，自少再犯三犯之人。一切遞解人犯，嚴令地方官認真覈差押送，果能實力奉行，逃亡者自少也。

以上三事，皆中法之重者，參諸前人之論說，既多議其殘酷，而考諸今日環球各國，又皆廢而不用。且外人警議中法之不仁者，亦惟此數端爲最甚。此而不思變通，則欲彼之就我範圍，不猶南轅而北轡乎？

沈氏所上奏的三點，是很重要的，以後的大清現行刑律裏，廢除凌遲梟首戮尸緣坐刺字等刑名，沈云千餘年來的酷刑，一新中外視聽，不可不說是沈氏努力的結果。

沈氏是新舊法律過渡期中的重要人物，當時他對舊律的不妥處，都曾一一道及，酌請更改，以爲後來新律成立的地步。他在修訂法律時，有許多建議，不勝縷述，茲撮要略說幾點，以見晚清法學家的思想：

一、輕刑。沈氏除上述奏請廢除諸酷刑外，又請把「虛擬死罪」改爲流徒。他的奏摺內有說：

查現行律例內，其虛擬死罪而秋審例緩者，莫如戲殺、誤殺、擅殺三項。戲殺初無害人之意，死出意外，情節最輕。誤殺雖有害心，而死非互鬪之人，亦初意之所不及；擅殺情節輕重不等，而死者究係有罪之人。故此數項罪犯，在各國僅處懲役禁錮之刑。考之唐律：戲殺誤殺，各按其當時情形，分別徒流，並無死罪；擅殺分勿論及徒流絞四等，亦不概問死罪。中國現行律例，不分戲誤擅殺，皆照鬪殺擬絞監候，秋審緩決一次，即准減流；其重者緩決三次減流。蓋雖名爲絞罪，實與流罪無殊，不過虛擬死罪之名，多費秋審一番文牘而已。現當綜核名實併省繁重之際，與其空擬以絞，徒事虛文，何如逕改爲流徒，俾歸簡易。

二、滿漢平等。在有清的法律上，滿漢地位，顯有軒輊，有識者早知其非。但其時革命風雲日迫，滿人已不能維持其征服者的狀態，清廷也不得不下詔：「現在滿漢畛域，究應如何全行化除，著內外各衙門各持所見，將切實辦法妥議具奏，即予施行。」沈氏利用這個機會，便建議滿漢人民在法律上應該完全平等。他說：

竊維爲政之道，首在立法以典民。法不一則民志疑，斯一切索隱行怪之徒，皆得乖瑕而蹈隙。故欲安民和衆，必立

法之先統於一。法一則民志自靖，舉凡一切奇邪之說，自不足以惑人心。……畛域之未能化除，正在此等重輕懸絕之處。盡人在覆轡之內，而一輕一重，此成見之所以未能盡融，似未可拘泥舊規，致法權不能統一。臣默覘世運，慨念時艱，欲籌挽救之方，不得不變通辦理。擬請嗣後旗人犯遣軍流徒各罪，照民人一體同科，實行發配；現行律例折枷各條，概行刪除，以昭統一，而化畛域。（旗人遣軍流徒各罪照民人實行發配摺）

伏查例載：一、旗地旗房概不准民人典買；一、凡八旗人員置產業於各省者，勒限變價歸旗。……本年恭奉諭旨，化除滿漢畛域，共保安全，禮制刑律之歧異者，特諭妥議辦法，將次第見之施行，以彰聖代同風之治。旗民不准交產，亦顯分畛域之一端，自應及時變通，未可拘牽舊制。臣等默覘世變，熟計時宜，擬請嗣後旗人房地，准與民人互相買賣。至旗人之出外居住營生者，准其在各省隨便置買產業，毋庸禁止。庶旗民之羸絀有無，可以相濟相通，而各有自養之路，便民生而化畛域，洵共保安全之一策也。（變通旗民交產舊制摺）

三、禁革買賣人口。舊日律例，不能保障人權，而晚清時代，受歐美影響，人權思想方蓬勃怒長。沈氏乃奏請禁革買賣人口，藉以保障人權。他說：

律文雖有買賣奴婢之禁，而條例復准立契價買，法令已多參差。且官員打死奴婢，僅予罰俸；旗人故殺奴婢，僅予枷號。較之宰殺牛馬，擬罪反輕，亦殊非重視人命之義。本大臣奉命纂修新律，參酌中外，擇善而從。現在歐美各國，均無買賣人口之事，係用尊重人格之主義，其法實可採取。該督（指兩江總督周馥）擬請永行禁止，係為革除舊習起見。

自應如所奏辦理。（禁革買賣人口變通舊例議）

四、刪除禁同姓爲婚。男女同姓，其生不繁，因此中國歷代懸爲厲禁。然而千餘年來，姓氏混亂，雖屬同姓而不同宗的很多。「五百年前共一家」已經成爲廢話。若一概禁止同姓結婚，實無充分理由，不過是道學維持風教的手段。法律猶規止同姓結婚者處刑，未免多事。因此沈氏建議刪除同姓爲婚律。他舉出事實上的情形：（1）其氏雖同，而其祖不同，謂之同姓，名實殊乖。（2）外國人改姓，與中原古姓相亂。（3）有以避國諱而改姓，有以避嘲而改姓。（4）以異姓爲後，本非同出一祖者，而亦以同姓論。因此諸項理由，故沈氏建議刪除同姓爲婚律。他的建議卒得施行，所以後來的大清現行刑律裏就將「同姓禁婚」的條文刪削，而合併於「親屬禁婚」項下，又改爲同姓不同宗，結婚者不受處罰。

沈家本等諸人修訂法律，到光緒三十四年（一九〇八）竣事，定名爲大清現行刑律，計一千三百二十七條。它和舊日大清律例的不同處，一是削除六曹舊目，二是沈氏等的建議具體表現。至於精神上還和舊律相似。所以大清現行刑律，純然是過渡時期的立法。這書在宣統二年四月初七日才奉上諭：「著卽刊刻成書，頒行京內外，一體遵守。」而清室已到覆亡前夕了。

（3）編訂新法典

上節已經說過，法律館聘請日本法學家岡田、志田、松岡諸人，編訂法典，並任法律學堂教習。時沈家本等雖把大清律例修訂爲大清現行刑律，乃是供過渡時期之用。編訂新法典，刻不容緩。光緒三十二年，由岡田朝太郎、松岡義正起草刑法，於光緒三十四年告成，名爲大清新刑律。這部大清新刑律，和中國千餘年來傳統的法律比較，有好幾點特色：

- (1) 廢除舊刑名中的笞杖，改爲罰金或拘役；肉刑遺蛻，始全滌除。
- (2) 舊法典所規定的死罪實在太過繁重；新刑律非情節重大，不科死刑。
- (3) 新刑律廢除階級，除直系尊親屬外，一律平等。
- (4) 新刑律對共同犯罪的「以實施者皆爲正犯」，不像舊法典的「以造意爲首，隨從者減一等」。
- 新刑律對「二罪俱發」作併科處分，不像舊法典的「二罪俱發從重論」。

(5) 舊法典的條例幾於一事一例；新刑律則採取概括主義。

(6) 新刑律規定，凡非科刑定罪，概不入刑律範圍。

總之，這部大清新刑律雖是折衷唐律以來的舊制，而其精神，顯然是甄採歐洲大陸法系德意志等國的新法案。奏上，由憲政編查館咨交各省簽註。當時朝野的守舊派把法制和禮教觀念混而爲一，多不憚於

有革命精神的新律。當各省督撫各部院大臣簽註時，張之洞以軍機大臣兼長學部，自命維護禮教，大爲反對。大概張氏所反對者有兩點：(1)內亂罪無純一死刑；(2)無「姦通無夫婦女治罪」條文。各省疆吏，多附和張氏主張。奏交法部會同修訂法律大臣修改。奉旨後，法部迄未過問，館員將草稿重加修改，屬稿後送部。法部尙書廷杰，本墨守舊律者，乃附加五條具奏，請作爲暫行章程頒布，竊隱寓破壞之意。五條大意，卽將加害皇室及內亂外患罪加重，無夫姦處刑，對於尊親屬有犯不得適用正當防衛之類是。

旋新刑律由憲政編查館提交資政院審議，於宣統二年公布，以備實行。當時反對派領袖勞乃宣，以「干名犯義」「犯罪存留養親」「親屬相姦」「親屬相盜」「親屬相毆」「故殺子孫」「殺有服卑幼」「妻毆夫」「無夫姦」「子孫違教令」等款，大清律都有特別規定，而新刑律草案則一筆抹殺，大失明刑弼教之意。勞氏乃把這幾點著爲論說，遍示京外，思根本推翻新律。於是新舊派的大論爭開始。擁護新律的主要人物是沈家本。沈氏引證中外古今，痛駁勞氏的說帖，其文於下：

「干名犯義。」此告訴之事，應於編纂判決錄時，於誣告罪中詳敘辦法，不必另立專條。

「犯罪存留養親。」古無罪人留養之法。北魏太和初始著之令格。金史世宗紀大定十三年尙書省奏：「鄧州民范三毆殺人當死，而親老無恃。」上曰：「在醜不爭謂之孝，孝然後能養。斯人以一朝之忿，忘其身，而有事親之心乎，可

論如法。其親官與養濟。」是此法之未盡合理，前人有議之者矣。又嘉慶六年上諭論「承嗣」「留養」兩條有云：「凶惡之徒，稔知律有明條，自恃身係單丁，有犯不死，竟至逞凶肆惡，是承祀留養非以施仁，實以長姦，轉似誘人犯法」等語。是我朝祖訓亦嘗申言其弊，此所當敬謹尋繹者也。此法不編入草案，似尙無悖於禮教。

「親屬相姦」新草案和姦有夫之婦，處三等至五等有期徒刑，較原案又加一等者，原包親屬相姦在內，但未明言耳。此等行同禽獸，固大乖禮教，然究爲個人之過惡，未害及於社會，舊律重至立決，未免過嚴。究之此等事何處無之，而從無人舉發，法太重也。聞有因他事牽連而發覺者，辦案者亦多曲爲聲敘，由立決改監候，使非見爲過重，何若是之不憚煩哉？大抵法太重則勢難行，定律轉同虛設，法稍輕則人可受，遇事尙可示懲。如有此等案件，處以三等有期徒刑，與舊法之流罪約略相等，似亦不爲過寬。應於判決錄詳定等差，毋庸另立專條。

「親屬相盜」「親屬相毆」。此兩條並在酌量減輕之例，應於判決錄內詳定等差，毋庸另立專條，其關乎毆尊親屬者，修正草案內已定有明文矣。

「故殺子孫」。公羊傳僖五年「晉侯殺其世子申生，曷謂直稱晉侯以殺殺世子母弟直稱君者，甚之也。」何休註：「甚之者，甚惡殺親也。」又疏引春秋說僖五年「晉侯殺其世子申生，襄二十六年宋公殺其世子麇，殘虐枉殺其子，是爲父之道缺也。此可見故殺子孫，實悖春秋之義。康詔稱於父不能字厥子，乃疾厥子，在刑茲無赦之列。古聖人於此等之人，未嘗稍恕之也。唐律：子孫違犯教令而祖父母父母毆殺者，徒一年半；以刃殺者，徒二年；故殺者，各加一等，即嫡繼慈養殺者，又加一等。明律改一年半者爲滿杖，改二年及二年半者爲一年，既失之太輕，其嫡繼慈養之致失絕嗣者，

復加至絞，又失之過重，此本當損益者也。今試以新草案而論，凡殺人者處死刑，無期徒刑，或一等有期徒刑。如係故殺子孫，可處以一等有期徒刑，再以酌量減輕條犯罪之事實情輕減二等之法減之，可減為三等有期徒刑，而三等之中又可處以最輕之三年未滿，則與唐律之輕重亦差相等矣。此亦可以明定於判決錄內，毋庸另立專條。

「殺有服卑幼。」宋李綱言風俗之薄，無甚於骨肉相殘，是同宗自相殺傷，即尊長於卑幼，亦非風俗之善者；若必明定於律文之中，亦徒見其風俗之不良耳。且謀故殺卑幼，舊律之應擬死罪者，於新草案同凡人論，尚無甚出入。其毆死及毆傷者，照新草案雖與凡人同論，而按之舊法亦無大出入。此等但當於判決錄規定等差，不必多立專條。

「妻毆夫。」「夫毆妻。」唐律：毆傷妻，減凡人二等，死者以凡人論；以刃及故殺者，亦同凡人論。妻毆夫，徒一年，傷重者，加凡人三等；死者，斬。故殺亦止於斬也。與凡人罪名相去不遠。明律：毆妻非折傷，不論；折傷以上減凡人二等；死者，絞。故殺亦絞。毆夫滿杖折傷以上，加凡鬪三等；篤疾，絞決；死者，斬。故殺者，凌遲處死。夫則改輕，妻則加重，遂大相逕庭矣。夫妻者齊也，有敵體之義，乃罪名之輕重懸絕如此，實非妻齊之本旨。今酌擬辦法：凡罪之至死者無論矣，其毆傷及毆死者，即照傷害人身體條夫從輕比，妻從重比，與凡人稍示區別，似不至大乖乎禮教，亦於判決錄內詳細規定，不必另立專條。

「發塚。」修正草案內已有此條，在第二十章與此條所擬大略相等，不必再補。

「犯姦。」無夫之婦女犯姦，歐洲法律並無治罪之文。俄律「汚人名節」門有十四歲以上尚未及歲之女爲師保人等及僕役誘姦一條，「違禁嫁娶」門有姦占無夫婦女一條，前條指師保人等言，後條指姦占言，非通常之和姦。

罪名也。近日學說家多主張不編入律內，此最爲外人著眼之處，如必欲增入此層，恐此律必多指摘也。此事有關風化，當於教育上別籌辦法，不必編入刑律之中。孔子曰：「齊之以刑。」又曰：「齊之以禮。」自是兩事。齊禮中有許多設施，非頒文告，遂能收效也。後世教育之不講，而惟刑是務，豈聖人之意哉？

「子孫違犯教令。」違犯教令出乎家庭，此全是教育上事，應別設感化院之類，以宏教育之方。此無關於刑事，不必規定於刑律中也。

這一次的論爭，可以說相當劇烈，雙方也勢均力敵。然而舊派既多朝廷上要人，憲政編查館不得不偏袒這一方，於是徇廷杰之議，附加暫行章程五條，由資政院議決，於宣統二年十二月公布，以備實行。

民法也由日人起草。據俞廉三奏疏云：「臣館曾經延聘日本法學士松岡義正及日本法學博士志田鉀太郎協同調查，並遴派館員，分赴各省探訪民俗習慣，前後奏明在案。臣等督飭館員依據調查之資料，參照各國之成例，並斟酌各省報告之表冊，詳慎從事。草案初稿於上年年終竣事。凡關於民生利用，不遺涓細，依次撰錄，藉便遵循，而杜爭訟。統計全書，凡分總則、物權、債權、親屬、繼承五篇。茲先將債權以上三篇，都一千三百十六條，奏呈御覽。至親屬、繼承二篇，關涉禮教，欽遵疊次諭旨，會商禮學館後，再行奏進。」這前三篇由松岡、志田協同俞廉三、劉若曾所起草，於宣統三年告成。後兩篇則由朱獻文、高種分、兩氏分任起草，也在同

年告竣。所可惜者，這一部大清民律草案，未曾交資政院議決，武漢革命爆發，草案終於是草案。而且它的內容，前三篇全以德日的民法爲模範，偏於新理而疎於舊習，故多扞格之處；後二篇採用舊律，則改革未見澈底。不過它爲中華民國的民法作先驅，其功是不可沒的。它的編輯之旨，據奏上時所稱有四端：

(一) 注重世界最普通之法則。瀛海交通，於今爲盛。凡都邑鉅埠，無一非商戰之場；而華僑之流寓南洋者，生齒日益繁庶。按國際私法，向據其人之本國法辦理，如遇一相互之訴訟，彼執大同之成規，我守拘墟之舊習，利害相去，不可以道里計。是編爲拯斯弊，凡能力之差異，買賣之規定，以及利率時效等項，悉採用普通之制，以均彼我而保公平。

(二) 原本後出最精確之法理。學術之精進，由於學說者半，由於經驗者半，推之法律，亦何莫不然？以故各國法律愈後出者，最爲世人注目，義取規隨，自殊剽襲。良以學問乃世界所公，初非一國所獨也。是編關於法人及土地債務諸規，採用各國新制，既原於精確之法理，自無鑿柄之虞。

(三) 求最適於中國民情之法則。立憲國政治幾無不同，而民情風俗一則由於種族之觀念，一則由於宗教之支流，則不能強令一致。在泰西大陸，尙如此區分，矧其爲亞歐禮教之殊？人事法緣於民情風俗而生，自不能強行規撫，致貽削趾就履之誚。是編凡親屬婚姻繼承等事，除與立憲相背酌量變通外，或本諸經義，或參諸道德，或取諸現行法制，務期整飭風紀，以維持數千年民彝於不敝。

(四) 期於改進上最有利益之法則。文子有言：「君者，盤也；民者，水也。盤圓水圓，盤方水方。」是知匡時救弊，貴

在轉移，拘古牽文，無裨治理。中國法制歷史，大抵稗販陳篇，創制蓋寡。即以私法而論，驗之社交，非無事例，徵之條教，反決定衡，改進無從，遑謀統一。是編有鑑於斯，特設債權物權詳細之區域，庶幾循序漸進，冀收一道同風之益。

商法，中國在以前並沒有規定。自海禁大開，商業日盛，乃有大清商律的編纂。光緒二十九年三月，廷派載振等訂商律，作為則例。旋商部奏摺云：「當以編輯商律，門類繁夥，實非尅期所能告成。而目前要圖，莫如籌辦各項公司，力祛曩日渙散之弊，庶商務日有起色，不必坐失利權，則公司條例亟應先為妥訂，商人有所遵循。而臣部遇事維持，設法保護，亦可按照定章覆辦，是以趕速先擬商律公司一門，並於卷首冠以商人通例。茲將商律卷首之商人通例九條及公司律一百三十一條，繕具清冊，恭呈御覽。」可見商律所編成的，只有商人通例及公司律，內容簡略，不適用於用。

旋有修訂破產律。據商部奏摺云：「竊維商律之有公司一門，所以使已成之商業，咸得有所維護。乃或因經營未善，或因市價不齊，即不能不有破產之事。而狡黠者往往因緣為奸，以致弊端百出，貽害無窮。茲經臣等督飭司員調查東西各國破產律，及各埠商會條陳商人習慣，參酌考訂，成商律之破產一門。由舉董清理，以迄還債銷案，尤注重於倒騙情弊，為之分別詳議，監禁罰金等項罪名，都凡九章六十九節。」

光緒三十四年，法律館志田鈺太郎起草商律，但草案印行於世的，只有商總則及商行為兩篇。宣統二

年時，工商部提出大清商律草案於資政院，這一部草案，是採用各商會所編成的商法調查案，復加修訂而成。但這草案未經資政院議決，即歸廢棄。

至於訴訟法，以前關於訴訟法的規定，大抵皆着眼於刑事訴訟，而以之準用於民事訴訟，且實體法與程序法，並沒有區別。光緒三十二年，修律大臣提出訴訟法草案，由伍廷芳起草。伍爲英美法派，偏於英美法的規定，如採用陪審制度是也。中國之有獨立的訴訟法，開始於此。然而民刑未分，規定也並不完備。到宣統二年十二月，刑事訴訟法和民事訴訟法草案相繼完成，方各獨立。

至於「萬法之本」的憲法，中國頒布獨晚。晚清醞釀立憲運動，清廷只求敷衍人心，毫無誠意。但是新興階級正在擡頭，守舊的官僚宗室，也無力遏制。光緒三十三年（一九〇七），清廷設立憲政編查館，以爲實行憲政的準備，可是遲遲不行，使新興階級更覺失望。宣統三年（一九一一），武漢革命爆發，時局緊急；清廷爲收拾人心起見，遂正式宣布十九信條憲法。自然這時候的宣布，已經無濟於事，然尚不失爲中國破天荒第一次的憲法。

總之，到了滿清覆亡的前夕，中國所謂六法，已經完備，那是十九信條憲法、大清新刑律、大清民律草案、大清商律草案、民事訴訟法、刑事訴訟法兩草案。但六法中，大都是未經資政院通過的草案，實際上法制並

未有澈底的革新，徒成具文，而爲中華民國立法的參考吧了。

(三) 中華民國的法律

(1) 北京政府的法律

清社既屋，民國肇建，爲百年大計起見，首得制定中華民國的憲法。然而憲法殊有難產之憾。當武漢革命發動時，革命黨人即在武昌討論臨時政府組織事宜。旋議決臨時政府組織大綱，計四章二十一條：第一章、臨時大總統，第二章、參議院，第三章、行政各部，第四章、附則。因倉卒通過，內容很是簡陋，不過略具憲法的雛形。等到臨時政府成立於南京，即有人倡議制定臨時約法，以代臨時政府組織大綱。參議院乃成立一憲法起草委員會，從事臨時約法的起草工作。民國元年三月八日，全案完成，十一日正式公布。這一份臨時約法，共分七章五十六條：第一章、總綱，第二章、人民，第三章、參議院，第四章、臨時大總統副總統，第五章、國務員，第六章、法院，第七章、附則。

清帝既退位，中華民國政府北移，袁世凱以一世梟雄，當選爲大總統，野心方熾。時國會議員，國民黨占多數，思欲防患未萌。國會正式開幕，成立憲法起草委員會，並擇定北京的天壇爲開會地址；因此這次所成

的憲法，稱爲天壇憲法草案。起草委員多屬國民黨，在起草之初，就預定嚴格限制總統的權力。草案於民國二年十月二十六日完成，袁氏通電各省，表示反對，並令各省長官條陳意見。當時各省長官和袁氏都有淵源，自然仰承意旨，齊起詆毀。於是袁氏肆其鐵腕，於十一月二十五日下令解散國民黨，並撤消該黨議員。國會會議法定人數不足，這天壇憲法草案，也無從通過，徒爲歷史上的陳跡。至於它的內容，係將一切行政權付諸國會，共分十一章一百十三條：第一章國體，第二章國土，第三章國民，第四章國會，第五章國會委員會，第六章大總統，第七章國務院，第八章法院，第九章法律，第十章會計，第十一章憲法之修正及解釋。

袁氏既解散國民黨，於二年十二月召集一政治會議，議定修改約法會議之組織條例二十一條。根據這條例，乃成立約法會議，於民國三年三月十八日開會於北京。袁氏即以增修臨時約法大綱咨交該會，當經通過，遂於三年五月一日正式公布。這增修臨時約法大綱共分十章六十八條，至其內容，不外增加總統的權力而已。章目從略。

袁氏歿後，黎元洪攝政，首先恢復民國元年的約法，並於民國五年八月一日召集舊國會，立即組織憲法會議，繼續制憲工作，並以天壇憲法草案爲根據。但六年十二月，國會復遭解散，憲法一無所成。民國七年，馮國璋就任總統，成立新國會，新國會也從事制訂憲法，且草就一憲法草案；但這草案尙未提出國會討論，

而直皖戰起，新國會即因而解散，憲法隨之流產。民國十一年六月，黎元洪就總統職，撤消民六解散國會的命令。舊國會既經恢復，又舉定一制憲委員會，繼續民六的制憲工作，未及完成，黎已去職。民十二年十月，曹錕以賄選而爲總統，於十月十日，由憲法會議公布憲法全案，計十三章一百四十一條：第一章、國體，第二章、主權，第三章、國土，第四章、國民，第五章、國權，第六章、國會，第七章、大總統，第八章、國務院，第九章、法院，第十章、法律，第十一章、會計，第十二章、地方制度，第十三章、憲法之修正解釋及效力。尙有生計、教育兩章，因爲時間匆促，迫不及議，但這不失爲中國第一次正式憲法。惟曹錕既是賄選而成，所謂曹錕憲法，也懷垢莫滌了。

曹錕下野後，段祺瑞任臨時執政，既不召集國會，也不承認曹錕時代的憲法，而於十四年二月，成立國民代表會議。該會職務，純以制定憲法及其施行細則爲限。國民代表會議尙未召集，而國憲起草委員會已於十四年十二月通過一中華民國憲法草案，惟未經國民會議議決，終於是一份草案而已。該草案共分十四章一百六十條，內容和曹錕憲法也無甚出入。此後時局突變，張作霖入據京津，國民革命軍開始北伐，北京政府的制憲，從此告終。

再說刑法。民國元年，由臨時大總統命令，暫行援用前清法律。那份大清新刑律，其中與民國國體牴觸各條，予以刪除，改稱暫行新刑律。大致關於其中有帝國字樣者改爲中華民國，臣民改爲人民，其他並沒有

根本更動。民三袁世凱解散國會之後，帝制自爲的野心愈熾。他想「以禮教號召天下，重典脅服人心。」對於那份暫行新刑律，頗感不滿。民三年十二月二十四日，袁氏頒行新刑律補充條例，模仿廷杰的暫行章程，並加以擴充，將刑罪加重。同時更頒行戒嚴法、懲治盜匪法、治安警察法、陸軍刑事條例、海軍刑事條例等。同年章宗祥、董康、汪有齡等奉命組織法律編查會，首議修正刑法，並聘岡田朝太郎參加。四年四月，第一次刑法修正案告成，次年提出於國務院，經法制局稍加整理。這一次修正案，是迎合袁世凱的旨意而成的，蓋袁氏欲以嚴刑峻法威迫異己。試看章宗祥等的呈文，就可明白它的特點：

一則於總則增入親族加重一章。中國舊律，首重服制，除祖父母、父母外，其於期親於下，俱視尋常加嚴。原案分別各條對於尊親屬亦間有特別處罪之文，而旁系親並不在內。雖曰刑期類分等級，如干犯伯叔父母、姑及兄弟等項，儘可由裁判官處以較重之刑，然不如明定條文，較爲盡一。故修正案定爲對於直系尊親屬犯罪者，加重本刑二等，對於旁系尊親屬犯罪者，加重本刑一等。並規定因親屬而加者，許其加至死刑。核與舊律之精神，殊無差異。

一則採擇補充條例，纂入限制正當防衛及無夫姦二條。對現在不正之侵害而出於防衛權利之行爲，本屬舊律擅殺擅傷之義，然使遇有尊親屬相犯而亦援用之，實大背中國之禮教。若姦通無夫之婦，原案根據外國法典，不列正條；自前清資政院以來，久滋爭議，今各依類編入，庶足以壓輿論。

一則尊長對於卑幼，於姦非罪增強制姦姦之條，於略譴章著強姦和姦之罪，舊律擲勒妻妾子女與人通姦及略

賣子孫或有服親屬與人爲奴婢，治罪甚嚴，原案無文，殊不足以昭懲創。茲擬採用舊律，輯爲專條，一以峻廉恥之防，一以敦親愛之誼。且使後有此等案件發生，不至窮於援引。綜上四者，依據服制，申嚴風紀，要皆返之人心而同然，所謂維持禮俗者此也。

民國七年，修訂法律館又復成立，那時主持該館的，是董康、王寵惠諸氏。他們把暫行新刑律仔細研究之後，批評其闕失，重新參考各國刑法，斟酌本國情勢，定出一份比較完備而合於科學的刑法第二次修正案，它把歐美法律和中國舊律的精神，融合在一起。而爲後來南京國民政府的中華民國刑法的藍本。這第二次修正案的刑事政策，和新刑律不同之點極多，茲撮重要的列下：

一、暫行律於舊法律有輕重時，概從新法，有時科犯人以事後之重刑，殊未平允。本案則以從新爲原則，而於舊法之刑較輕者從輕。

二、責任年齡，前清資政院議決之刑律草案，本定爲十五歲，嗣經內閣奏請改爲十二歲，暫行律因之，揆之刑事政策，未爲得當。故本案參酌多數國立法例改爲十四歲，十四歲以上未滿十六歲者，得減輕其刑。並於感化教育之外，增加由監護人等繳納保證金自行監督品行一法。

三、有期徒刑暫行律採等級制，以五等爲標準。惟罪之輕重，各有不同，必以五者繩之，恐所定之刑，有不失於酷即失於寬之病；且加必一等減必一等，亦恐畸輕畸重。故本案廢去等級，於分別各條明定年月，而加減則以若干分之幾

爲準，既無定刑失當之處，並免加減相應之失。

四、暫行律於科刑之輕重，除酌減外，別無標準；施行以來，因範圍過廣，援用未盡得當。故本案做最近瑞士及德國刑法準備草案之例，特設專條，臚舉科刑時應行注意之事項，以爲法定刑內科刑輕重之標準。

五、親屬之範圍，暫行律以舊律服制圖爲準，而服制圖煩複細密，卽賢智亦難猝記。故本案從民律草案之例，用親等計算法較爲簡易，然其範圍，則仍與服制圖適合。

六、暫行律瀆職罪章之賄賂罪，分事前事後爲定刑之標準，與案情輕重未必相應。卽如事後關於違背職務之行為犯賄賂罪與事前關於非違背職務之行為相較，則前者當然重於後者，若以時爲區別，適得其反。考各國立法，例多以違背職務與否定刑，我國舊律亦有枉法與不枉法之分，其用意正同。故本案以行爲是否違背職務定刑之輕重，庶於中外法律均能符合。

七、暫行律廢舊律無夫姦罪，而當時曾於另輯暫行章程第四條規定，迨暫行律頒布時，又將該章程刪除，未免處於極端。故本案於妨害風化罪章仍增入無夫姦罪，惟以未滿二十歲之良家婦女爲限。

八、暫行律賭博罪凡賭博財物者均應處罪，而實際上難於適用，幾成具文，故本案縮小其範圍。

九、暫行律廢謀殺故殺之別，故科罰自十年以上有期徒刑至死刑。案各國刑法科刑範圍之廣大如暫行律者，惟日本一國。英美系分謀殺故殺，德法系亦然；意大利及南美諸國皆分別尋常情節及重大情節，而謀殺則重大情節之一也。我國舊律亦大同小異。故本案參酌中外法律，仍分謀殺故殺及情節之輕重科罰。

中國刑法幾經修正，到這時候總算已經很完備；以後一直沿用着，到國民政府時代。

次說民法。民國成立後，關於民法法典的修訂，進行極緩；因為民法有中國的禮俗作背景，不能根據西律，編纂諸多困難。民法親屬篇第二次草案，雖於民國四年，由法律編查會修訂，全部民法，於民國十四年始先後完成，次第公布。這是中國第二次民法草案。共分五篇：第一編總則，共二二三條，由修訂法律館改訂其篇目次序，與大清民律總則微有更易。第二篇債篇，共五二一條，間採瑞士債權法。第三篇物權篇，共三一〇條，較舊草案增抵押權及典權兩章。第四篇親屬篇，共一四一條，第五篇繼承篇，共一二五條；這兩篇大多取材於現行律民事有效部分，及歷年大理院判例，條理比較清晰精密。全部第二次民法草案，雖經司法部通令各級法院，作為條理採用，然終未成為正式法典。

又次述商法。民國三年，農商部以前清資政院未曾議決的商律草案為根據，並參以全國商務總會所起草而上於政府的商法調查案，略加修改，呈請大總統公布施行。同年一月十三日公布公司條例，三月二日公布商人通例，均自九月一日施行；因為未經法律制定的程序，故不稱律而稱例。尚有票據法，前清律例中原無票據法，宣統三年始聘志田鈺太郎起草票據法案；志田氏因依照日本商法與德國票據法，從事編訂，共三篇十三章九十四條，這是票據法起草的開始。民國二年，法典編纂會起草修訂，這是票據法第一次

草案。到民國十一年，修訂法律館因舊案未能適用，新法急待厘訂，乃又派員從事調查及起草事宜，閱數月，草事共四章一〇九條，這是票據法第二次草案。十二年，修訂法律館外國顧問愛斯加拉（J. Escalera）氏起草商法，其第二編第二卷第一部定票據條例，計三章一一五條，這是票據法第三次草案；它和以前草案的不同點，即以前的是單行法，此則為商法的一部。民十三又有票據法第四次草案產生。次年，更為第五次的修訂，這是最後的改定，共分四章一一七條。

民事訴訟法、刑事訴訟法兩者，承前清而來，略予修正而已。

（2）國民政府的法律

國民政府北伐成功奠都南京後，即由胡漢民等起草國民政府組織法，經政治會議與中央執行委員會決議通過，就在十七年十月四日公布。它的內容，係根據中山先生的三民主義與五權憲法，共分七章四十八條：第一章，國民政府之職權及組織；第二章，行政院；第三章，立法院；第四章，司法院；第五章，考試院；第六章，監察院；第七章，附則。這國民政府組織法在民十九年、二十年、二十一年數加修正，但無大差異。

但上法殊嫌簡陋，不敷作為憲法的雛形。十九年十一月第三屆中央執行委員會決議，召集國民會議，於二十年五月十二日制定訓政時期約法，六月一日經國民政府公布。這訓政時期約法，計分八章八十九

條：第一章、總綱，第二章、人民之權利義務，第三章、訓政綱領，第四章、國民生計，第五章、國民教育，第六章、中央與地方之權限，第七章、政府之組織，第八章、附則。——除此約法外，直到民二十六年七七事變前，國民政府尙未有正式的憲法產生。

次述刑法。民國十六年四月，國民政府奠都南京，就是在是年十二月，命司法部長王寵惠改訂刑律。王氏依據第二次修正刑法草案，加以損益，於十七年二月六日議決，交由中央常務委員會迅予審查通過。該會即指定譚延闓等審查刑法草案，並將伍朝樞等審查刑法草案意見書，及王世杰所提出之修正刑法草案意見書，一併審查。旋修正通過，於十七年三月十日公布中華民國刑法。這部中華民國刑法能「顧慮國情及融合刑法新潮流」和現代任何國家最進步的刑法定典相較，也無遜色。查現代文明國家刑法，多採教育刑與社會防衛思想，而在中華民國刑法中，這兩點精神，到處可見。餘如男女平等思想，也和民法所規定的一樣，比較守舊的學者，或不以為然，然而它終於是適合時代潮流的。

中華民國刑法公布後，自民十七年以來，因條文複雜，解釋繁難，各地法院，函請司法行政當局解釋條例者，紛至沓來。等到民國二十年新民法完全實行的時候，就有許多條文，發現刑、民法間彼此有衝突矛盾的地方。立法院長孫科有鑒於此，特組織委員會修改刑法，計成中華民國刑法修正案三五七條，於二十四

年十一月一日全部通過。

次述民法。制定民法，是國民政府最光榮的工作。國民政府於民國十七年夏間，由法制局起草民法的親屬繼承兩編；燕樹棠擔任起草親屬法，羅鼎擔任起草繼承法。完成後未及呈請公布施行，法制局即奉令結束，工作亦歸無效。其後中央政治會議於第一六八次會議議決民法總則編立法原則十九條。立法院於十八年一月組織民法起草委員會，並聘法人巴杜為顧問。該委員會成立後，努力編訂，歷時三月，民法總則編完全告成，計七章一五二條。經立法院議決通過後，呈經國民政府公布施行。

民法總則編公布後，立法院長胡漢民鑒於世界各國多行民商兩法統一，特向中央政治會議提議，請將民商訂為統一法典；其不能合併的，如公司法、票據法等，則分別訂立單行法規，以免法典條文採雜。中政會議決允准，並議決民法債權編立法原則十五項。立法院民法起草委員會，乃遵照上項原則，於民國十八年六月開始起草民法債權編，歷時五月，方告完成，計二章六百〇四條，於十八年十月公布，定次年五月五日施行。起草委員會完成債權編後，更遵照中政會議決的民法物權編立法原則，開始起草民法物權編，於十八年十一月完成，由國民政府公布，定次年施行。

至於親屬繼承兩編，立法院以關於各地習慣甚大，若不詳加審慎，不免與民情扞格不入，提請由中央

政治會議制定原則，再遵照起草。該院民法起草委員會，爲慎重起見，特先商同統計處製定調查表多種，發交各地，徵求習慣。復就前北平司法部的習慣調查報告書，妥爲整理，並將各種重要問題，分別由各委員比較各國法制，詳加探討。一切定當後，在民國十九年秋初開始起草，兩編先後於是年冬間完成。親屬編計分七章一七一條；繼承編計分三章八十八條，經立法院會議通過後，呈由國民政府明令公布，定二十年五月五日實行。總之，到民國二十年，中華民國民法完全公布，並付諸實行了，這是空前的事。吳經熊云：

全部民法已由立法院於最近二年中陸續通過，並已正式公布了！此後中國已爲一個有民法典的國家了，這是在法制史上何等重要，何等光榮的一頁！但是我們試就新民法從第一條到一二二五條仔細研究一遍，再和德意志民法及瑞士民法和債編逐條對校一下，倒有百分之九十五是有來歷的，不是照帳謄錄，便是改頭換面。這樣講來，立法院的工作好像全無價值了，好像把民族的個性全然埋沒了！殊不知內中還有一段很長的歷史待我分解一下吧。第一，我們先要明白，世界法制，浩如煙海，卽就其犖犖大者，已有大陸和英美兩派，大陸系復分法、意、德、瑞四個支派。我們於許多派別當中，當然要費一番選擇工夫，方始達到具體結果。選擇得當就是創作，一切創作也無非是選擇。因此，我們民法雖然大部分以德、瑞民法做借鏡，要不能不問底細地就認爲盲從……俗言說的好，無巧不成事，剛好泰西最新法律思想和立法趨勢，和中國原有的民族心理適相吻合，簡直是天衣無縫（新民法和民族主義）

新民法的精神怎樣，在上引的文中，已可概見。至於新民法的特色，真是不勝縷述。撮要言之，有下列諸

一、民商合一，適於最近立法的趨勢。

二、總則編前此立法政策，每受個人主義之影響，往往於個人私益，保護太周，而於社會公益，常置不顧。末流之弊，馴至只知有小我，而不知有大我，其為貽害，寧可勝言。加以我國人民，素以自由放任散漫不堪聞於世，對此尤應及早防範，免陷覆轍。此次法案，關於此點，似已覺察，而為反覆致意。如對於設立法人之干涉，限制禁治產之宣告，縮短時效之時間等，似皆以社會公益為前提也。又女子行為能力，從前限制之嚴，使出嫁女子，降而與聾人盲人同科。畸形之法律，實為造成畸形社會之模型，此次概加刪除，並使女子於個人之財產，有完全處分之權，即已結婚之婦人，關於其個人之財產，亦有完全處分之能力，至其他權義之關係，亦均表現平等之精神，不以男女而有所軒輊。（吳春桐國府新頒民法總則編之立法沿革與批評）

三、債權編以社會利益為前提，對於債務人的利益特別保護。

四、物權編的精神，和債權編一樣，以社會利益為重，採取各國法理之長，而同時保持我國固有的良好習慣。

五、親屬以血統及婚姻為主，而分為配偶、血親、及姻親三類，與世界法制相合。親等的計算，也改用羅馬法的計算法。

六、男女平等；並厘定夫妻財產制。明定女子特有財產的範圍，以助長女子經濟獨立。家長亦不限於男性。

七、我國舊律及歷次草案，向有嫡子、庶子之分，更有嗣子及私生子之別。但時至今日，納妾惡制，即應根本廢除，則

庶子名稱，即無存在之可能。至私生子之稱，亦欠允當。本法則以是否由婚姻所生爲骨幹，而規定由婚姻關係受胎而生之子女爲婚生子女，反是則爲非婚生子女。其非婚生子女因父母結婚或經生父認領，則視爲婚生子女，以增進其地位。若夫嗣子，原屬宗祧繼承之遺制。現在民法繼承編對於宗祧繼承既不設規定，自無復嗣子可言，故本法只有養子而無嗣子。

八、遺產繼承不以宗祧繼承爲前提，男女的繼承平等，且確立配偶間相互繼承之權。繼承人有法定繼承人及指定繼承人兩種。除配偶外，以直系卑親屬、父母、兄弟、姊妹、及祖父母爲法定繼承人，順序準此。無直系血親卑親屬時，始得指定繼承人，繼承其財產的全部或一部，而指定人及被指定者，均不問其性別。

民法裏這樣的規定，把舊日的名分、親屬關係、宗法觀念，摧毀無餘，造成一種不流血的禮教革命，承前啓後，這是值得大書特書的。

末述民事訴訟法與刑事訴訟法。立法院成立後，院長胡漢民把以前法制局所擬的民事訴訟法草案，交法制委員會從事研究，加以審查修正，提請立法院議決，分爲兩部辦理：一、民事訴訟法第一編至第五編第三章修正通過；二、民事訴訟中關於人事訴訟程序部分，及其編別章次，俟民法親屬繼承兩編制定後，再行審議。全部民事訴訟法，於二十年由國民政府明令公布。後在二十四年加以修正。

刑事訴訟法於民國十六年，由司法部起草刑事訴訟法草案，甫經完成，適刑法已經國民政府公布，該

部復將草案重加編訂，經各方審議後，由國民政府於十七年七月公布，並於同年九月一日施行。以後屢加修正，二十三年十一月，修正案完成，由立法院通過後，新刑事訴訟法由國民政府於二十四年元旦公布。

至於國民政府的法院組織大概：初審有縣法院、地方法院、特區法院、縣承審員等；如初審不服，可上控於高等法院（每省設一）再不服，可上控於最高法院（在首都）。高等法院偶有分院，最高法院也有分庭，惟屬例外。司法院為五院之一，其下有司法行政部，掌司法行政事務。

（四）新時代的法律思想

儒家支配的法律思想，因社會基礎的改變，客觀情勢的轉易，到了最近，已經完全結束。新時代的中國的法律思想怎樣呢？請引故立法院院長胡漢民氏的話，以殿本書。胡氏在社會生活之進化與三民主義的立法一文有云：

我國自滿清侵入，異族專制，垂二百餘年；近復受帝國主義之壓迫，備受經濟文化之侵略。民族地位低落，政治組織崩壞，人民生計破產，成為整個中國問題。所以總理詔示我人，建國治國之最高目的，必須從民族、民權、民生三方面同時並進，以完成民有、民治、民享的新國家，庶不致蹈帝國主義虛偽的民主主義，或個人之資本主義覆轍。然而民有、

民治、民享的新國家何以完成？必先以武力掃除建設之障礙，而徹底表現革命主義，尤在於立法。是以無論任何革命，當以法律徹底表現其革命主義；如斯之立法，謂之革命的立法。革命的立法有進取性，所以要迎頭趕上世界一切新學理新事業；革命的立法有改造性，所以不能因襲古代成規，繼承外國法系。

我國的革命爲國民革命，是就整個民族民權民生的問題謀解決的革命，即其立法爲同時解決整個民族民權民生問題而立法。故三民主義的立法與我國古代法律思想不同，與歐美的法律觀念尤異。蓋中國歷代制禮立法，完全是立於家族制度的基礎上，現在的立法是立於民族利益的基礎上，此其不同者一也。從前立法，維護君主專制，而現在的立法，不獨擁護人民的利益，且以保障民族精神民權思想民生幸福爲中心的一切新組織，此其不同者二也。從前立法，獨注意農業社會家族經濟之關係，而現在則要注重農業與工業並進的民族經濟之關係，此其不同者三也。更從社會組織與國家組織上觀察，從來中國的法律，公法與私法相混，可以說私法完全納於公法之中，此種簡陋之法律制度，自不能適應時代之要求。現在三民主義的立法，不獨要將公法與私法分清，且將法的基礎置於全民族之上，此其不同者四也。總此四端，卽爲三民主義的立法與中國歷代不同之點。

至於三民主義的立法所與歐美不同者，蓋因歐美近代立法的基础，俱以個人爲本位，根本上認個人爲法律的對象，拿破侖法典可推爲代表。歐美個人思想的法律制度，迨至十九世紀之末二十世紀之初，其立法趨向始由個人的單位移至社會的單位。惟歐美各國各有其特殊情勢，在妥協性的思想占優勢之國家，多數因襲從前認個人爲社會單位的舊觀念，認定個人有天赋的權利，有其不可侵犯的自由，然人的權利與自由，成爲人權觀念的內容，而人權

觀念，則成爲立法的基礎；現代雖有稍事變更，亦不過於社會共同福利最低限度內，抑制個人自由，仍偏重於個人自由，忽略社會全體之利益也。此種法律制度較諸我國家族主義的法律制度，尤覺落後。蓋我國以家族團體爲單位的立法，夙以團體之利益爲立法之出發點，不過其團體之構成較現代社會爲稍狹耳。三民主義的立法對此猶覺不滿，況此種個人單位的法律制度歟？至於改造性的思想占優勢之國家，雖已將社會爲單位的觀念代替個人爲單位之思想，惟讓認社會生存關係爲階級對立關係，而不知社會生存關係爲協動關係，爲連帶關係，須以整個社會爲單位，決不能分化社會，以任何階級爲單位也。卽此而觀，以上兩者之法律觀念，均不能適應於現代社會之生存關係，尤與三民主義的精神不相吻合，此三民主義的立法，所以與歐美的制度異趣也。

版權所有
翻印必究

中華民國三十二年十月初版

中國法制及法律思想史講話

實價國幣三十元

外加運費匯費

編者 秦 尙 志
發行人 陸 高 誼
出版者 世界書局
發行所 上海及各埠 世界書局

研究中西學術文化之基礎讀物

- | | | |
|--------------|----------------|------|
| 中國文學史講話 | 施慎之著 | 二五〇〇 |
| 中國新文學史講話 | 李一鳴著 | 三〇〇〇 |
| 中國學術文藝史講話 | 長澤規矩也著
胡錫年譯 | 三〇〇〇 |
| 中國法制及法律思想史講話 | 秦尙志著 | 三〇〇〇 |
| 中國教育及教育思想史講話 | 周思眞著 | 三〇〇〇 |
| 西洋哲學講話 | 詹文滂著 | 三〇〇〇 |
| 歐洲近代文學史講話 | 徐偉著 | 三〇〇〇 |
| 西洋近代文藝思潮講話 | 徐偉著 | 三〇〇〇 |
| 西洋科學史講話 | 施瑛著 | 三〇〇〇 |
| 現代思潮講話 | 詹文滂著 | 二五〇〇 |

世界書局出版

上海图书馆藏书



A541 212 0019 25768



