

國學小叢書

中國古代法理學

王振先 著

國立北平圖書館藏

商務印書館

mk
D907.2
4

王振先 著
王雲五 主編

小國叢書
中國古代法理學

商務印書館印行



3 2173 4615 8

自序

予既就歐門大學，暇輒鈎稽古人所謂法家言者，筆之於書，久而真然。然其以索攻法學，謂夫歐洲法術進步，至於今日之盛，雖其民權伸張、民智發達使然，然在柏拉圖、亞里斯多德、霍布士、洛克、盧騷、孟德斯鳩、邊沁、斯賓塞諸賢哲爲之倡導於前，羅德、馬克思、狄騷、柏呂斯諸先覺爲之鼓吹於後，雖旨歸不同，而所以因時制宜者則一。卽其典章制度，亦莫不隨學說爲轉移。甚矣思想之足以左右人羣也！吾國春秋、戰國間，諸子爭鳴，法家亦應時而起，管、商、申、韓、尹文、尸佼、慎到之儔，其詮釋法理，昌言法治，固無以讓於歐西諸賢也。顧一則愈演而愈新，一則驟盛而莫繼，此豈東西哲人立論有淺深之殊，致其收效有久暫之異乎？問嘗深思其故，而知國人成見自封，或淺嘗輒止，其中於心思學術者深也。夫天下事不應其不相同，而慮其不相闕，不相闕，則不求其故，莫明其所以然，積之既久，習與性成，入乎耳，出乎口，人以爲是，則羣然從之，人以爲非，則羣然非之，唯之與阿，相去幾何，亦適成其不痛不癢之生而已。誠如是也，豈獨法理學不足以言繼往，其他學問之類是者，何可一二數耶？不揣鄙陋，因就平日所錄，條理而區處之，先致道、儒、墨三家之言，所以異於法家者安在，次及法家之標明新理，自互壁壘，深有合於近世法學者所立之正義，爲若干節，未並附論憲法治者之功效，與斯學不昌之原因，冀吾國人早克自省。去口耳四寸之學，含宏廣大，俾法

北京

理日新月異，有以促法治之實施。庶歐西諸賢不得專美於前也。若夫燕翼疏略之譏，自知不
逮，幸海內宏達，進而教之！

民國甲子仲冬孝泉王振先識於廈校之寢室樓



目次

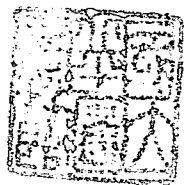
第一章	緒言	一
第二章	法在我國文字學上之意義	六
第三章	法在我國思想史上之地位	九
	甲 道家之法律觀	一一
	乙 儒家之法律觀	一二
	丙 墨家之法律觀	一六
第四章	法家對於法之觀念及其詮釋	一八
第五章	附論古來崇法治者之功效及斯學不昌之原因	二三

中國古代法理學

第一章 緒言

法理學者何？研究法律精神之所在，繹其原理，稽其學說，成爲有系統，有思想之一科學問也。凡百學問皆必有事實或現象以開其端，然後思想有所附麗，而爲精密之考察，積之既久，此事實或現象，無慮千百，恆有以觀其全而會其通。始之粗明其梗概者，知識之事也，繼之綜合其事物，而復類別明顯之者，則學問之事也。法理學之本義，固在推求法律之原理，而原理未經發現以前，不能不有因應之方，以施行於庶事，是爲法術。法術之起，恆先於法學，蓋有國家，則必不能無法律，卽古代國家組織，異常簡單，而法制之術，不能不備。既有法制之術，自必有解釋之、適用之、推闡之者，於是法理學隨之而興。凡原理所存，雖各人意見不同，固皆秩然有序，豈然有其迹象可尋，窮流溯源，而後古人之用心益見。近世科學所以愈分而愈發達者，端賴乎是，法理學固亦莫能外也。

吾國在世界中稱爲四大法系之一，則法律思想，淵源甚古，固無疑義。然考吾國法律布自何



時，法莫不自何代，不免人各異說。就可信者徵之。書曰：『象以典刑。』注：『象懸法而示之儀式也，典、常也。此刑即鑿、剗、剗、宮、大辟、之五者。』周懸法象魏本此。宋人釋大川謂：『象刑爲模寫用刑物象，以明示民，使知愧畏。』宋錢時亦曰：『象者所以示民，若曰犯某罪者屬其法，昭然條理，揭而出之。』是卽法律公布之意。學者動稱唐虞以來，已有編纂法典者。宋王應麟歷舉唐虞制令、皋陶法律、夏政典、禹法、湯令、周刑書、周律等名目，然多後世假託，於史無徵。唐律疏議則稱『李悝法經，集諸國刑典而爲之。』雖諸國刑典，正史不載，然左傳昭公六年，鄭人鑄刑書；定公九年，鄭國顯設鄆柝而用其刑；昭公二十九年，晉鑄刑鼎，著范宣子所爲刑書焉。當時公家之鑄刑書，私家之爲竹刑，法律已漸由慣習而至於成文，材料漸多，事例漸繁，於是編法典者，乃有所取材而彙爲專書。史稱『魏文侯師李悝遺次諸國法造法經六篇：一、盜法，二、賊法，三、囚法，四、捕法，五、雜法，六、具法。』具法者卽法之總論，條貫諸法而爲之名，其他，則皆法之一部，所謂『論者是，後世編法典者多仍之。』是固吾國法典編纂之嚆矢也。

自魏李悝鑿造法經，歷代相沿，多所增益。在漢則有蕭何九章律，叔孫通益律所不及，作傍章十八篇，文帝時龜錯更令三十章，武帝時張湯編越宮律二十七篇，趙禹編朝律六篇，當時律令凡三百五十九章，已病其多。蓋九章律以後，不獨編纂刑法典，且編纂行政法典，卽所謂令者是也。魏有新律十八篇，晉有新律二十篇，六朝迄隋，律令互有增減。唐有六典，其刑書

有四：曰律、令、格、式。五代承唐室之後，惟後漢一代未開制作法典。其餘四朝，多依舊條從事刪訂。有宋一代，吾國法典編纂極盛，大抵每一改元，必有一度或數次之修訂，其名釋義繁，及今存者，則僅營造法式及慶元條法事類也。元明法典，多仍舊制，間有更改。清代刑律典，則有律例；特殊法典，則有則例、處分則例、賦役全書、漕運全書、學政全書等；行政法典，則有會典及會典事例。光宣以降，新政施行，法令典章，尤難枚舉。民國肇造，頻年變亂，草創未遑，以國家根本之憲法，至今猶未見諸施行。所有民刑法規，除有礙國體者外，多仍其舊。此吾國法典編纂沿革之大略也。

七茲篇言法理學，而吾所以首詳法典編纂之沿革者，以學理根於事實。吾國法家思想，固素盡實處，而事實所貽，令人亦得鉤稽其涯略。考吾國法典內容異於近世文明各邦者有三：（一）公法方面規定常多，而私法方面規定常少也。吾國法典無慮數百種，自漢迄清，多為公法典之屬，其為今日私法典規定之事項，往往為公法典所包含。故如親族法之婚姻、離異、嗣子繼承，物權法之所有權、質權，以及債權法之買賣、貸借等，亦惟規定其大綱，不復列其細目。論者或歸咎國民權利思想之缺乏，實則當時學說只知有國，只知有君，而民間私權，無足輕重。所謂公私法之區別，本屬難明，私法多被吸收於公法中，而不能獨立，此其故可思也。（二）法典所規定者多存其名，不必措諸實用也。法典以現行者為原則，但吾國法典，務為理想之規定，苟認為良法，雖非現制所宜，亦必採入法典之內。明季東陽進正德會典表，謂

之善者，雖廢亦善，」是其明證。此外如過去專例，則留之以資比附，祖宗成憲，則尊之莫敢批評，法典所定，未必其爲現行。於是法與專遠，莫由改正，此固吾國思想好作鑿空之論，不求切近之行，亦可思之次者也。(三)法典中關於道德法律二義，分別不明，往往雜採並用也。道德屬於良心之裁判，所謂防未然者，其力賴社會羣衆之維持。法律屬於行爲之裁判，所謂禁已然者，其力賴國家權威之作用。道德法律，固當並行不悖；然一則爲倫理上問題，一則爲法制上問題，必神其質劑，嚴其界限而後可。今一國法律，多以道德爲標準，而非以社會利害爲標準，勢必以法律的制裁，代道德的制裁，有時道德之所有事，非法律之所有事，而在吾國則違反道德者，或以法律相繩，而違反法律者，轉託於道德以自免，相混結果，其弊必至於相消。所謂禮教，乃與刑罰同爲虛設，此其故之緣於學說者又可思也。夫學說以事實爲前提，而學說往往足以產生新事實，吾國法典，上下數千載，被於大地者，縱橫數萬里，其影響不可謂不遠且鉅，然其弊病百出，迄今猶若不可爬梳，則雖非徒法典之爲；而沿法典以溯先哲人之所說明，亦所謂循流溯源之意也。

今者我國法系適值革新時期，鑒觀之，不特舊時法典無可保存，即舊時學說，有事於改正者，不知凡幾。雖然，一切法律政治，屬於創造者恆少，屬於順序發達者恆多。一國民族，有其歷史焉，有其特殊之心理焉，不能強他國所謂善者，盡數而移植於吾國，自亦不能舉吾國所已有者，盡弁髦而土苴之。况繼今以往，我國不從事立法事業則已，不採法治主義則已，苟續

有事於立法，有意於爲法治國之人民，（今後國家或民族，無論如何變遷，即提倡最新之社會主義，不能離法治而可即安也，明甚，）則吾先民所已發明之法理，必有研究之價值，其單編片論，至今猶可寶貴焉，無疑也。故不自揣，輒述研討所得，以著於篇。

第二章 法在我國文字學上之意義

法本字爲灋，按說文，「灋，刑也，平之如水，從水，廌所以觸不直者去之，從廌去。」說文廌下又云：「廌，解廌獸也，似牛一角，古者決訟，令觸不直者。」又云：「法令文書，古文金。」然則法之語源，實含三種意義，釋之如下：

(一) 法、刑也，含有模範之意。刑與刑不同，故說文刀部有刑字無制字，而制字之義，當於說文土部求之。說文土部型下云：「鑄器之法也。」是正與法爲轉注。段注云：「以木爲之曰模，以竹曰範，以土曰型。」而許書木部模下，竹部範下，皆訓法，是亦轉注也。尙書虞刑云：「苗民弗用靈，制以刑，惟作五虐之刑，曰法。」易蒙初六曰：「發蒙利用制人。」周禮，經借以往吝。」象曰：「利用制人，以正法也。」又繫辭傳：「見乃謂之象，刑乃謂之器。」制而用之謂之法。」皆是表明法爲模範之意。其刑旁所以從井者，井之語源，出於井田，說文井下云：「八家爲一井，象構榦形。」蓋含有秩序意，所謂「井井有條」，「井然不紊」，皆以井爲形容詞。從刃者，刃以解剖條理，亦合秩序之意。且古文金字，從人，從正，並可作總範解。法之釋爲制者，即表明有秩序而可爲模範之意也。

(二) 法者平之爲水，從水含有均平之意。法與律皆有均平之義，說文律下云：「均，

也。段注云：『律者所以施天下之不一而歸於一，故曰均布。』桂馥義證云：『均布也者，義當是均也，布也；樂記，樂所以立均；尹文子大道篇，以律均清濁；鷓冠子五聲不同均。』皆言律字出於均平之意。大學衍義補亦云：『春秋之世，子產所鑄者，謂之刑書，戰國之世，李悝所著者，謂之法經，未以律名也。律之言防於虞書。蓋度量衡受法於律，積黍以盈，無錙銖爽，凡度之長短，衡之輕重，量之多寡，莫不於此取正。律以著法，所以裁判事情，斷定諸罪，亦猶六律正度量衡也，故制刑之書以律名焉。』史記律書云：『王者制事立法，物度軌則，壹粟於六律，六律爲萬事根本焉。』夫惟均而後能平，國語云：『律所以立均出度，』是明其均平正確之義。易曰：『師出以律，』孔疏云，律、法也，是爲法律通名之始。自商鞅改法爲律以相秦，漸相國世家云：『何獨先入收秦律令，』自是以後，法遂與律通用，所謂均平之意，益顯然矣。

(三)法從薦去，所以獨直去之，含有正直之意。書云：『凡民自得罪，寇攘、姦宄、殺越人於貨、瞽不畏死，罔弗懲。』蔡注：『凡民自犯罪者，人無不憎惡之也，用罰而加是人，則人無不服，以其出乎人之同惡，而非即乎吾之私心也。』此卽法爲正直之解。周制，公族之罪，雖親不以犯有司正術也，所以體百姓也。陳註：『正術，猶言常法也，公族之有罪者，雖是君之親，然亦必在五刑之例，而不赦者，是不以私親而於犯有司之正法也。所以然者，以立法無二制，當與百姓一體斷決也。』曰正法，曰立法，無二制，卽言法之本義，因爲

正直，未可以曲徇也。又法字與式字同訓，說文式下云：「法也，從王弋聲。」又云：「工，巧飾也，象人有規槩。」段注云：「直字繩，二平中準，是規槩也。」是則式之取義在，工則工以中正平均爲本，如繩之直，如準之平，釋式卽所以釋法也。

此外與法互訓之字，如典，訓爲常，說文，典字從册在丌上，尊閣之也。是典之本義，爲尊貴之寶册，吾國有尊古之習，視古法尤重，故可通稱法典。則，訓爲齊，說文，等畫物也，從刀貝，段注云：「等畫物者，定其差等而各爲介畫也，物貨有貴賤之差，故從刀介畫之。」曰等物，曰介畫，皆均齊之意。法字亦有均齊之義，周禮以八則治邦鄙，鄭注云，則，亦法也，故可通稱法則。刑，訓爲到，說文，刑，到也，段注云：「荆謂典刑儻刑等字，以刑當之者俗字也。」故刑之爲義甚狹。尙書大傳曰：「唐虞象刑，而民不犯，苗民用刑而民犯之。」可知當時不欲言刑罰。凡刑罰者，起於德衰之時。漢書涿郡太守鄭昌上書曰：「立法明刑者，非以爲治，救衰亂之起也。象以典刑，卽明不欲用刑之意。慎子曰：「斬人肢體入肌膚，謂之刑，畫衣冠異章服，謂之戮。」此與訓刑爲到同解。法之最初發達者爲刑，故可通稱刑法。綜上所述，則吾國最初法字之概念，固爲均平正直，能立最高之模範標準以制節事物者也。

第三章 法在我國思想史上之地位

我國思想最古者爲道家，次爲儒家，再次爲墨家，法家其最後起者也。漢書藝文志謂「道家者流，出於史官，儒家者流，出於司徒之官，墨家者流，出於清廟之守，法家者流，出於理官。」至謂「諸子皆出於王官，」其義似甚牽強，未足說明思想變遷之迹及發生之由，較之淮南要略所云，「諸子之學，皆起於救世之弊應時而興」者，固不可同日而語，近人多已駁之。惟道家思想受社會周圍變亂之刺激，以爲循此以往，知識愈進，欲望愈高，防亂之術愈工，而煽亂之方亦愈巧，故其政治理想在於反朴，在於無爲，老子所謂「至治之世，小國寡民，使有什伯人之器而不用，使民重死而不遠徙，甘其食，美其服，安其居，樂其俗，鄰國相望，雞狗之聲相聞，民至老死不相往來。」此非老子之虛言，蓋老子爲周柱下史，近觀世變，遠察洪荒，必以爲古來有此一境，最適於今日之救弊補偏，欲引而復之，以歸無名之朴，而不知歷史之不可以逆演。此出於史官之說所由來也。儒家重人倫，尙實踐，先親親而後仁人，仁人而後愛物。所謂愛有差等，施由親始，齊景公問政於孔子，孔子對曰，「君君，臣臣，父父，子子。」又中庸謂「天下之達道五：曰君臣也，父子也，夫婦也，昆弟也，朋友之交也。」其政治理想，在於修身齊家而治國平天下，五倫之說，自係根據契敷五教。此出於司徒之官之說所由來

也。墨家以兼愛節儉爲歸，以敬天明鬼爲本，其所謂天志者，卽以明「天欲人之相愛相利，而不欲人之相惡相賊。」凡作善降祥，不善降殃，皆天主之。次則明鬼，意在厲人勤勉力行，人能敬畏鬼神，自不敢不盡己職。其政治理想，在於人人兼相愛，不互相攻，壹同天下之義，以大同乎天，後世多以墨子爲中國之宗教家。此出於清廟之守之說所由來也。若法家者，吾國古代似皆專指刑罰。齊大禹謨，帝曰：「皋陶惟茲庶民，罔或干予正，汝作士，明於五刑，以弼五教。」周禮，「秋官掌邦刑，大事則從其長，小事則專達。」又曰：「典刑以詰邦國，以刑百官，以糾萬民。」又曰：「官刑以糾邦治。」鄭注：「官刑謂司寇之職。」此爲刑法等觀之明證。凡掌刑者皆士師之官，此爲出於理官之說所由來也。雖然，法家發生最後，其所受三家之影響亦最多。太史公以老、莊、申、韓合爲一傳，並論之曰：「老子所貴道，虛無因應，變化於無爲，故著書辭稱微妙難識。莊子散道德放論，要亦歸之自然。申子卑卑，施之於名實。韓子引繩墨，切事情，明是非，其極慘礪寡恩，皆原於道德之意，而老子深遠矣。」韓非之解老喻老，尸子云：「正名去僞，事成若化。」皆道家思想之影響於法家者也。韓非之學本於荀卿，荀子曰：「禮，法之大分也。」又曰：「法後王者法其法。」韓非亦曰：「法者王之本也，刑者愛之自也。」又曰：「聖人不期修古，不法常可，論世之舉，因爲之備。」此儒家思想之影響於法家者也。墨家以尙同爲職志，故墨辯經上曰：「法所若而然也，得所然也。」經說曰：「得所然也者，民若法也。」此卽壹同天下之義。尹文子亦曰：「萬事皆歸於一，百處

善準於法。歸一者，簡之至，單法者，易之極。』尹文與宋鈞同學風，其論法也，時與墨者之書相合。此墨家思想之影響於法家者也。顧三家思想，較之法家有其根本不同者焉：道家尚清靜無爲，故重自然法，而不向人爲法；儒家主實踐倫理，意在感化，故重德治，而不尚法治；墨家順天之志，以行兼愛，故重法天而非貴法，此其大略也。若語其詳，請分別論之。

甲 道家之法律觀

道家主張放任無爲，其言天也，謂『無爲而無不爲，』故曰，『天之道不爭而善勝，不言而善應，不召而自來，繹然而善謀，天網恢恢，疏而不失。』又曰，『人法地，地法天，天法道，道法自然。』又曰，『功成名遂，百姓皆謂我自然。』又曰，『以輔萬物之自然，而不致爲。』其所以力信自然法者，卽反對人爲法之違於本性，有害而無益，徒勞而無功。其言曰，『常有司殺者殺，夫代司殺者殺，是謂代大匠斲，夫代大匠斲者，希有不傷其手者矣。』司殺者指天，代司殺者指人，以人代天行賞罰，則不啻亂自然秩序，故曰『民之難治以其上之有爲，是以難治。』又曰，『法令滋彰，盜賊多有。』蓋道家所以信自然法者，謂一切人爲之制裁力，均歸無用，不特無用，抑又害之，故曰，『爲者敗之，執者失之。』又曰，『物或益之而損。』莊子又設喻以明之曰，『南海之帝爲儵，北海之帝爲忽，中央之帝爲渾沌，儵與忽相遇於渾沌之地，渾沌待之甚善，儵與忽謀報渾沌之德，曰：人皆有七竅，以視聽食息，此獨無有，審試鑿之，日鑿一竅，七日而渾沌死。』其對於人爲法之觀念，極力排斥，不留餘地可

知。然欲放任主義見諸實行，則根本在於知足寡欲，故曰：「知足不辱，知止不殆。」又曰：「罪莫大於可欲，禍莫大於不知足，咎莫大於欲得。」反於自然之道，在常使無知無欲。莊子則更進爲極端之論曰：「絕聖棄知，大盜乃止，擲玉毀珠，小盜不起，焚符破璽，民乃朴鄙，捨斗折衡，而民不爭。」賈言之，凡所有法令，道家視之，均爲罪惡之淵源，惟順自然法者最爲有利無弊。順自然法之道，在於少私寡欲。夫人類欲望，果能使之足，使之寡乎？不能，而強欲行之，此道家不徹底之主張也。故駁道家之說者，莫若法家之深切著明。韓非子曰：「古者不專力而養足，人民少而財有餘，故民不爭，是以厚賞不行，重罰不用，而民自治；今人民衆，而貨財寡，寧力而供養薄，故民爭，雖倍賞累罰，而不免於亂。」尹文子曰：「名定則物不競，分明則私不行，物不競非無心，由名定，故無所措其心，私不行非無欲，由分明，故無所措其欲，然則心欲人人有之，而得同於無心無欲者，制之有道也。」韓非以社會演進，明爭鬪之不可免，尹文以名分確定，言制欲之別有道，其針砭道家之失，可謂探厥本源矣。

乙 儒家之法學觀

儒家主張感化主義，故以德治爲人生之極則，而法則出於不得已，而效力甚微者也。論語曰：「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。」又大戴禮記云：「禮者，禁於將然之前，而法者禁於已然之後。」其論德禮與刑法效用之淺深厚薄，可謂明析。儒家惟崇尚德禮，故所特以爲制戒者，亦在禮不在法。禮運曰：「禮義以爲祀，……示

民有常，如有不由此者，在勢去，衆以爲殃。」所謂殃者，社會共同斥之之謂，而非法律之制裁也。孝經曰：「安上治民，莫善於禮。」禮運曰：「聖人以禮示之，故天下國家可得而正也。」又曰：「治國不以禮，猶無耜而耕也。」小戴禮經解篇曰：「禮之教化也微，其止邪也於未形，使人日徙善遠罪而不自知也。」儒家自孔子後，有二大師：一爲孟子，一爲荀子。孟子主張性善，謂感化爲可能者，故曰「人皆有不忍人之心，先王有不忍人之心，斯有不忍人之政矣，以不忍人之心，行不忍人之政，治天下可運諸掌。」又曰：「惻隱之心，仁之端也，羞惡之心，義之端也，辭讓之心，禮之端也，是非之心，智之端也。……凡有四端於我者，知皆擴而充之矣。若火之始然，泉之始達，苟能充之，足以保四海，不能充之，不足以保妻子。」孟子爲改在擴充人類之同情心，由近及遠，故言仁言義，而最惡言利，以言利則釀成爭奪之端，非賊仁害義不已。內孟子之說，其政治理想近於唯心，所謂「生於其心，害於其政，生於其政，害於其事。」是孟子專在於正人心，及善准其所爲。其對於法之觀念，一則引詩之言曰，「不愆不忘，率由舊章。」一則曰，「徒法不能以自行。」蓋認法爲不必變易，但遵先王之遺以行，而徒恃法爲治者，終有所窮也。荀子言性惡，謂「人之性惡，其善者僞也；」謂「不可學，不可察，而在人者謂之性，可學而能，可事而成之在人者，謂之僞。」僞者，人爲也，人惟性惡，故須以禮防之。其論禮之起源曰：「人生而有欲，欲而不得，則不能無求，求而無度量分界，則不能不爭，爭則亂，亂則窮，先王惡其亂也，故制禮義以分之，以養人之欲，給人

之求，使欲必不窮乎物，物必不屈於欲，兩者相持而長，是禮之所起也。『儒家之言禮治，在於節制人情，實有度量分界。坊記曰：『禮者因人之情而爲之節文，以爲民坊者也。』檀弓曰：『禮者因人之情欲，而加以品節。』荀子亦曰：『禮者斷長續短，損有餘，益不足，達愛敬之文，而滋成行義之美者也。』此卽嚴分界之謂。荀子以禮義法度生於聖人之僞，非故於於人之性，故賤性而尊僞，能起僞者聖人也，故責人而聽法。其君道篇曰，『有治人，無治法。』又曰，『法不能獨立，……得其人則存，失其人則亡。』又曰，『君子者法之原也，故有君子，則法雖省足以備矣，無君子，則法雖具，失先後之施，不能應事之變，足以亂矣。』由荀子之說，其政治理想，近於唯物，所謂『欲多物寡，物不能勝則爭；』所謂『以度量分界，養人之欲，給人之求；』所謂『有貧富貴賤之等，維齊非齊，』皆從物質方面着想。其視禮爲一成不易，此謂『君子審於禮，則不可欺以詐僞，』與法家之言『有法度者不可欺以詐僞，』用意相同，而實混禮與法爲一。故性惡篇曰：『聖人化性而起僞，僞起於性，而正禮義，禮義生而制法度，然則禮義法度者，聖人之所生也。』禮義法度皆爲聖人教時之制，荀子則賤法而貴禮，且以禮法爲當分別用之。其富國篇曰：『由士以上，則必以禮樂節之，衆庶百姓，則必以法教制之。』是卽曲禮所謂『禮不下庶人，刑不上大夫』之意。可見當時階級制度極嚴，禮俗習故爲先聖所留遺，可以待貴族，而不適於平民，刑法則專爲施於衆庶之用，荀子視禮爲重，視法爲輕，故辨等差，嚴分界，皆亦以禮爲從政之本。雖然，禮禮之治，果遂足以

收感化之功，而無寧於法乎？法家固嘗非之矣，韓非子五蠹篇曰：『微妙之言，上智之所難知也，今爲衆人法，而以上智之所難知，則民無從識之矣。故糟糠不飽者，不務梁肉，短褐不穿者，不待文繡，夫治世之專急者不得，則緩者非所務也。……彼微妙之言非民務也。』此言禮游道德不足以治國而利羣。又曰：『堯、舜、桀、紂于世而一出，……中者上不及堯舜，而下者亦不爲桀紂。抱法則治，背法則亂，背法而待堯舜，堯舜至乃治，是于世亂而一治也，抱法而待桀紂，桀紂至乃亂，是于世治而一亂也。』此卽攻擊任人而不任法之弊，與孟子所謂『人皆可以爲堯舜』，荀子所謂『法不能獨立』之言，大相懸殊矣。又韓非用人篇曰：『釋法術而心治，堯不能正一國，去規矩而妄意度，奚仲不能成一輪。』慎子亦曰：『君人者舍法而以心治，則誅賞予奪，從君心出，然則受賞者雖當，望多無窮，受罰者雖當，望輕無已，君舍法以心裁輕重，則同功殊賞，同罪殊罰矣，怨之所由生也。』此言任心而不任法之非，與孟子所謂正人心，格君心之非者，其根本觀念完全相反。韓非顯學篇曰：『夫聖人之治國，不恃人之慈吾善也，而用其不得爲非也，恃人之爲吾善也，境內不什數，用人不得爲非，一國可使齊爲禮也，用衆而舍寡，故不務德而務法。』商君開塞篇云：『分定而無制不可，故立禁。』又韓非八說篇曰：『古者寡而相親，物多而難利易讓，故有揖讓而傳天下者，然則行揖讓高慈惠而遺仁厚，皆推此也，處多寡之時，用寡事之器，非智者之備也。當大爭之世，而循揖讓之軌，非聖人之治也。』蓋荀子主張禮治，禮治全恃社會之制裁力，而社會之制裁力，有時無可復施。

禮治窮，不得不繼以法治，韓非所謂用其不得爲非，商君所謂立禁，韓非又謂當大爭之世，皆極言禮治之不可專行，而法治之不容已也。

丙 墨家之法律觀

墨家主張敬天兼愛主義，墨子天志篇云，『子墨子與天志以爲義法，』又曰，『故子墨子之有天之意也。將以度王公大人之爲刑政也，順天之意，謂之善刑政，不順天之意，謂之不善刑政。故置此以爲法，立此以爲儀，將以量度天下，譬之猶分黑白也。』又法儀篇曰：『天下從事者不可以無法儀，……故百工從事，皆有法所度，今大者治天下，其次治大國，而無法所度，此不若百工辯也。然則以爲治法而可，當皆法其父母奚若？天下之爲父母者衆，而仁者寡，若皆法其父母，此法不仁也。法不仁不可以爲法，當皆法其學奚若？天下之爲學者衆，而仁者寡，若皆法其學，此法不仁也。當皆法其君奚若？天下之爲君者衆，而爲仁者寡，行義法其君，此法不仁也。故父母學君三者，莫可以爲治法而可。然則奚以爲治法而可？故曰莫若法天，……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，卽爲正義，其法律之觀念，以正義爲準，正義本於上天好生之德，故宜法天，以天者無私，若人則皆有私也。然墨家之天，與道家之天不同，道家之天，爲自然而無目的，墨家之天，爲有意志，可以賞善罰惡。故曰，『天欲義而惡不義，』又曰，『天欲人之相愛相利，不欲人之相惡相賊。』法儀篇曰：『昔之聖王禹、湯、文、武，兼愛天下之百姓，率以尊天奉

鬼，其利人多，故天禍之。……暴王桀、紂、幽、厲，兼惡天下之百姓，率以詬天侮鬼，賊其人多，故天禍之。』其使人必當守法而不軌於正義者，一本於天之主宰，天子者上同於天，惟天子能壹同天下之義，是其所謂法者，亦惟天子能制作之，而其他不得參與，且亦不必參與也。蓋墨家政治之理想，在於尚賢尚同子，墨子言曰：『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。……夫明乎天下之所以亂者，生於無政長，是故選擇天下賢良聖知辨慧之人，立以爲天下，使從導乎一同天下之義。』是制法之權歸於賢君，而不必盡聽民意可知。雖然，由法家觀之，則固有辭矣。商君畫策篇曰：『仁者能仁於人，而不能使人仁，義者能愛於人，而不能使人相愛，是以知仁義之不足以治天下也。聖人有必信之性，又資使天下不得信之法，所謂義者，爲人臣忠，爲人子孝，少長有禮，男女有別，非其義也。餓不食，死不苟生，此乃有法之常也，聖王者不貴義而貴法，法必明，令必行，則已矣。』法家謂貴義難於必行，而貴法則能使天下不得信，墨子貴義而欲法天，雖有禍福之說，誠恐託空言也。况所謂天者，雖有意志，而不能言，其壹同天下之義，不得不寄諸天子，天子奮一人之私智，未必果勝於衆人，卽曰能勝，亦難持久。善夫！慎子之言曰：『君之智未必最賢於衆也，以未最賢而欲善盡被下，則下不瞻矣。若君之智最賢，以一君而盡瞻下，則勞，勞則有倦，倦則衰，衰則復返於人，不瞻之道也。』足以破墨子貴義尚賢法天之說矣。

第四章 法家對於法之觀念及其詮釋

吾國古代往往合刑法爲一談，故其語法也，以爲卽屬刑罰。不知刑罰乃法之一部，而非法之全體，法之所以能獨立爲一科，不能與刑罰同視者，自有其存在之價值。吾國法家產生後，其對於法之觀念及詮釋，多有獨到之見解，置之歐亞近代之法學界中，殊無愧色。蓋春秋戰國之間，社會變遷極劇，彼時清靜無爲之教，既不足反人心於淳朴，德禮感化之言，亦不足入人心於隱微，至於敬天明鬼，見侮不辱，救民之闕，禁攻寢兵，救世之戰，其爲人太多，自爲太少，莊子已譏其道太寂，天下不堪。道儒墨三家之學說，既不足以救滔滔日下之人心，其時社會之制裁力全失，而有賴於國家之強制力者正多。凡一學說之產生，皆有其時代之背景爲之前驅，法家應運而興，亦固其所。法理學者，卽法家研究法律之精深理想，持之者故，言之成理，雖千百世下，讀之猶令人興起，觀此可以知先民法治精神之不弱。茲特分節論之。

(一) 法之起原說 謂法制之所由起，皆應於社會之需要，而不容已者也。倡此說者，以管子、商君、韓非之言爲最明顯，今分列如下。

管子君臣篇下 古者未有君臣上下之別，未有夫婦妃匹之合，獸處羣居，以力相征，於是

智者詐息，強者凌弱，老幼孤獨，不得其所，故智者假衆力以禁強虐，而善人止，爲民興利，正民之德，而民師之。……名物處違是非之分，則賞罰行矣。上下設，民生體，而國都立矣，是故國之所以爲國者，民體以爲國，君之所以爲君者，賞罰以爲君。

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

又開筵篇 天地設而民生之，當此之時，民知其母而不知其父，其道親親而愛私，親親則別，愛私則險，民生衆無以別險爲務，則有亂。當此之時，民務勝而力征，負勝則爭，力征則訟，訟而無正，則莫得其性也。故賢者立中，設無私，而民曰仁，當此時親親廢上賢立矣。凡仁者以愛利爲道，而賢者以相出爲務，民衆而無制，久而相出爲道，則有亂，故聖人承之，作爲土地貨財男女之分。定而無制，不可，故立禁，禁立而莫之司，不可，故立官，官設而莫之一，不可，故立君，卽立其君，則上賢廢而貴貴立矣。

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

管子言智者假衆力以禁強暴。又曰民體以爲國，賞罰以爲君，其說明國家起原及法制起原，最爲合理。商君開塞篇論國家發生成長之次第，所謂由親親而賢賢，由賢賢而貴貴，貴貴立而法制生焉，亦與歷史之事實相合。韓非謂地廣人稀時，無收於法，法必緣民衆而需要始急，尤足以證老子無爲而治之說之不能行。是皆說明法制之起於不得已者。近世法學者論法制之起原，亦謂原人最始爲團體社會，更進而爲家族團體，再進而爲地域團體，當其未成國家以前，亦思所以調和衝突，維持秩序者，其間自有規律發生。但此種規律，無組織的強制力爲之後援，總嫌微弱，迨內部人數日增，外部競爭日烈，於是社會之組織，分科發達，而強制的法規起焉。強制法規既具，則必有羣中之優秀者起而執行，持之既久，而此機關既不可廢，優秀者之地位，因以獨崇，故法制之生，常與君主國家有相緣之關係，此與吾國管商之言，若合符節。晉漢刑法志亦嘗言之矣。其言曰：『夫人胥天地之類，懷五常之性，聰明精粹，有生之最靈者也，爪牙不足以供嗜欲，趨走不足以避利害，無毛羽以禦寒暑，必將役物以爲養，任智而不恃力，此其所以爲貴也，故不仁愛則不能羣，不能羣則不勝物，不勝物則養不足，羣而不足，爭心將作，上聖卓然先行敬讓博愛之德者，衆心說而從之，從之成羣，是爲君矣，歸而往之，是爲王矣。』洪範曰，天子作民父母以爲天下王，聖人取類正名，而謂君爲父母，明仁愛德讓，王道之本也，愛待謹而不斂，德須威而久立，故制體以崇敬，作刑以明威也。聖人既躬明齊之性，必運天地之心，制體作教，立法設刑，動緣民情，而則天象地。』此雖非純粹法家

言，其於國治與法信不可偏廢，及法之起於不容已者，固與法家之言相發明也。

(二) 法宜公布說 謂法宣布之於百姓，以明至公無私也。倡此說者，爲韓非、慎到、商君尤明言之。分引如下。

韓非定法篇 法者，憲令著於官府，刑罰必於民心，賞存乎慎法，而罰加乎姦令者也。

又難三篇 法者，編著之圖籍，設之於官府，而布之於百姓者也。

慎到佚文 法者所以齊天下之動，至公大定之制也。

商君定分篇 公問公孫鞅曰：法令以當時立之者，明且欲使天下之吏民，皆明知而用之，如一而無私，奈何？公孫鞅曰：爲法令置官吏，樸足以知法令之謂者，以爲天下正。……諸官吏及民間有問法令之所謂也，於主法令之吏，皆各以其故所欲問之法令明告之，各爲尺六之符，明書年、月、日、時，所問法令之名，以告吏民。主法令之吏，不告及之罪，皆以吏民之所問法令之罪，各罪主法令之吏，故天下之吏民無不知法者，吏明知民知法令也，故吏不敢以非法遇民。

以上皆言法之宜於公布，我國古代本有懸書讀法之典，自儒家以禮教爲本，高言刑期無刑，刑措不用，故視成文法律無公布之必要，積習相沿，所謂法者，乃爲王者馭民之術，而非齊民之具。故鄒子產鑄刑書，晉叔向詰以書曰：『先王議事以制，不爲刑辟，懼民之有爭心也。……民知有辟，則不忌於上，並有爭心，以微於書，而微幸以成之，弗可爲矣。』叔向不

以法之公布爲然，祇在民有爭心以徵於齊，而微幸以成之。是卽恐民之工於趨避也。其後鄭駟顯殺鄒析，而用其竹刑，君子謂子然於是不忠。晉鑄刑鼎，著范宣子所爲刑書焉，仲尼以爲「晉其亡乎，失其度矣。……民在鼎矣，何以尊貴，貴何業之守。」可知刑律之在當時，可以操縱由心，不許私家改良，尤不許布諸民衆，以爲民可使由，不可使知之唯一手段。及法家倡爲是說，而後法律祕密主義，乃易爲公布主義，商君尤主法律公布之說，故其治秦雖嚴，其法實彰彰可考。甚矣！學說之足以轉移風尚也。

(三) 法宜平等說 謂在法律前，無有尊卑貴賤之差，宜一律平等待遇也。倡此說者，爲尹文子、韓非子。分引如下。

尹文子大道篇上 法行於世，則貧賤者不敢怨富貴，富貴者不敢陵貧賤，愚弱者不敢冀智勇，知勇者不敢鄙愚弱。

又曰 萬惡皆歸於一，百度皆準於法。……如此頑鄙蠢蠢，可與察慧聰明同其治也。

韓非顯學篇 夫聖人之治國不恃人之爲吾善也，而用其不得爲非也，恃人之爲吾善也，境內不什數，用人不得爲非，一國可使齊。……雖有不恃隱括而自直之箭，自圓之木，良工弗貴也。何則？乘者非一人，射者非一發也，不恃賞罰而自善之民，明主弗貴也。何則？國法不可失，而所治非一人也。

又有度篇 法不阿貴，繩不撓曲，法之所加，智者弗能辭，勇者弗敢爭。

商君資刑篇 所謂壹刑者，刑無等級，自卿相將軍以至大夫庶人，有不從王命、犯國禁、亂上制者，罪死不赦，有功於前，有散於後，不爲損刑，有善於前，有過於後，不爲虧法。蓋法之作用，在於齊天下之勳，人類之不齊者，智愚賢不肖，而可使之受同等待遇者惟法。所謂刑不上大夫者，在法家觀之，固非所宜，卽該親、議故、議賢、議能、議功、議貴、議勤、議實、諸條，皆爲儒家變之旨，而非法家執一爲天下式者，所可同日而語。夫惟如是，然後法行而民信，不得高下其手，或予奪由心也。吾國古代亦有等族制度，其視士以上爲貴族，衆庶爲平民，階級之見極重，荀子主張以禮樂節士以上，以法數制衆庶百姓者，卽其明徵。英人甄克思亦云：『凡宗法社會，以種族爲國基，故其禮俗習故，不許異族之適用。羅馬法律有二種：一以治羅馬人，一以治羅馬以外之人，此法至今猶可考也。』是與吾國荀子禮法異施之說，區別正同。至法家而乃一反前說，留法律於平等基礎之上，不歧視個人，不以個人之身分而辨等差，商君刑無等級之言尤激平等真相，破除階級之見，較之孔子譏世卿之失，功尤偉矣。

(四) 法宜綜核名實說 謂法宜循名核實，以定是非曲直也，倡此說者，爲尹文子、尸子。分引如下。

尹文子 名者，名形者也，刑者，應名者也。……萬物具存，不以名正之，則亂，萬名具列，不以形應之，則乖。……轉名命善，惡名命惡，故善有善名，惡有惡名，聖賢仁智，命善者也，頑固凶愚，命惡者也。……使善惡當然有分，雖未能盡物之實，猶不患其差也。失者由

名分混，得者由名分察，今親賢而疏不肖，賞善而罰惡，賢不肖善惡之名，宜在彼，親疏賞罰之稱，宜屬我。……名宜屬彼，分宜屬我，我愛白而憎黑，韻商而舍徵，好臚而惡焦，嗜甘而逆苦，白、黑、商、徵、臚、焦、甘、苦，彼之名也，愛、憎、韻、舍、好、惡、嗜、逆，我之分也。定此名分，則萬事不亂也。

尸子 天下之可治，分成也，是非之可辨，名定也。

又曰：言寡而令行正名也，君人苟能正名，愚智盡情，執一以靜，令名自正，賞罰隨名，民莫不敬。

又曰：審一之經，百寧乃成，審一之紀，百寧乃理，名實判爲兩，分爲一，是非隨名實，賞罰隨是非。

儒家墨家皆言正名，孔子曰：「名不正則言不順，言不順則事不成。」此言正名之必要也。墨子曰：「夫辯者將以明是非之分，審治亂之紀，明同異之處，察名實之理，處利害，決嫌疑。」此卽以名舉實也。然儒家過於重名，而不課其實，其極也，名存實亡，而猶泥古不化，所謂不去告朔之餼羊者是。墨家過於責實，使人不堪。荀子譏之曰，墨子蔽於實，而不知文，惟法家名實並重，以法爲歸。尹文之名以檢形，形以定名，尸子之以實覆名，正名覆實，韓非子之形名參同，皆是此義。後世以信賞必罰，綜核名實，爲法治之良軌，有由來矣。

(五)法以容觀爲標準說 謂法者，量重客觀，不能參成心私見於其間也。凡主張法治，

排斥人治者，多倡此說。分引如下。

管子明法篇 使法擇人，不自舉也，使法量功，不自度也。

尹文子 田子讀書，曰，堯時太平。宋子曰，聖人之治以汝此乎？彭蒙正側，越次而答曰，聖法之治以政此，非聖人之治也。宋子曰，聖人與聖法何以異？彭蒙曰，子之亂名甚矣，聖人者，自己出也，聖法者，自理出也，理出於己，已非理也，已能出理，理非已也，故聖人之治，獨治者也，聖法之治，則無不治矣。

又曰 若使遺賢而治，遺愚則亂，則治豈在於賢愚，不繫於禮樂，是聖人之術，與聖主而俱沒，治世之法，遠易世而莫用，則亂多而治寡。

慎子 措鈞石使禹察之，不能識也，懸於權衡，則益發識矣。

尚君權篇 先王懸權衡立尺寸而至今法之，其分明也。夫釋權衡而斷輕重，廢尺寸而斷長短，雖察，有賈不用，爲其不必也。……不以法論智能賢不肖者，惟堯，而世不立爲堯，是故先王知自讓譽私之不可任也，故立法明分，中程者賞之，毀公者誅之。

以上皆反覆申明任法而不任人之旨，任法者常治，任人者多亂。法家以爲人之聰明才智，無論如何，均不免有偏私或錯誤之弊，不如聽任客觀之法，所謂「無建己之患，無用知之累」，而後公平正直，可得而見。管子之使法擇人，堯時，尹文子之聖人自己出，聖法自理出，尚君之立法明分，慎子之懸於權衡，皆以法爲客觀之標準，除去一切主觀之弊害，極言人治

之不可恃，而法治之可久長。莊子謂「慎到棄知去己，而緣不得已，泠汰於物，以爲道理。」可知法家置重客觀標準，其精神固別有在矣。

(六)法可無爲而治說 謂任法則可無爲而治，不復勞心斂形也。倡此說者，爲管子、申不害、慎到、韓非。分引如下。

管子心術篇 昔者堯之治天下也，猶墮之在挺也，唯陶之所以爲，猶金之在鑪，恣治之所以鍊，其民引之而來，推之而往，使之而成，禁之而止，故堯之治也，善明法禁之令而已。黃帝之治天下也，其民不引而來，不推而往，不使而成，不禁而止，故黃帝之治也，置法而不變，使民安其法者也。

呂覽任數篇 申不害曰古之王者，其所爲少，其所因多。因者君術也，爲者臣道也，爲則擾矣，因則靜矣。……故曰，君道無知無爲，而實於有知有爲，則得之矣。

慎子 君臣之道，臣有寧而君無寧也，君逸樂而臣任勞，臣盡智力以替其事，而君無與也，仰成而已，寧無不治，治之正道然也。

韓非子主道篇 人主之道靜退以爲寶，不自操寧而知拙與巧，不自計慮而知福與咎，是以不言而善應，不約而善增。

以上皆法家主張無爲之說，然法家之言無爲與道家之言無爲異。道家以放任自然，爲無爲者也，法家則尊重法律之最高權，以爲必須有法，然後可以無爲。宋王荆公嘗論老子曰：「知

無之爲車用，無之爲天下用，然不知其所以爲用也，故無之所以爲車用者，以有轂輻也。無之所以爲天下用者，以有禮樂刑政也，如其廢轂輻於車，廢禮樂刑政於天下，而坐求其無之爲用也，則亦近於虛矣。』此卽法家言無爲與道家言無爲之異點也。又法家欲伸法律，不得不抑君權，君權抑，則法律伸，故申君道無爲之旨，卽元首恭己任法，不必負責之意。世有以法家爲漢，君主專制者，非知言也。

(七)法有最高權威說 謂任法而治，有最高之功效，不若仁政之迂而難行也。倡此說最力者爲韓非，其言如下。

韓非子六反篇 今聖者之說人主也，皆去求利之心，出相愛之道，是求人主之過於父母之親也，此其失於論恩，詭而誑也。

又曰 明王之治國也，使民以法禁，而不以廉止，母之愛子也倍父，父令之行於子者十母，克之於民無愛，令之行於民也萬父母，父母積愛而令窮，吏用威嚴而民聽從。

又曰 今家人之治家也，相忍以飢寒，相強以勞苦，雖犯軍旅之難，饑饉之患，溫衣美食者，必是家也。相憐以衣食，相慈以娛樂，天饑歲荒，嫁妻賣子者，必是家也。故法之爲道，前苦而後樂，仁之爲道，儉樂而後窮。聖人權其輕重，出其大利，故用法之相忍，而棄仁之相憐也。

又八說篇 慈母之於子也，愛不可爲前，然而弱子有僻行，使之隨師，有惡病使之專醫。

不過師則陷於刑，不辜則疑於死，慈母雖愛無益於振刑救死，則存子者非愛也，母不能以愛存家，君安能以愛持國。

又心度篇 夫民之性惡勞而樂佚，佚則荒，荒則不治，不治則亂。……故治民無常，惟法爲治。

以上皆韓非申言惟法有最高效率之旨。儒家以施行道德仁義，爲有最高效率，孔子曰，「爲政以德，譬如北辰，居其所而衆星拱之」；孟子曰，「保民而王，莫之能禦」。此儒家之法治效率說也。然法家則以爲迂而難行，故主法治效率說以矯之，其論父母愛子之情，不及用法相忍收效之速，又論勞佚則荒之理，與左傳公父文叔之母，所謂「邊則淫，淫則忘節，忘節則惡心生」者相同。皆爲洞見人心弱點，足以救正當時多愛不忍贖照子子之失。管子曰，「不爲愛民虧其法，法愛於民。」後世灑法家爲刻薄寡恩者，固未真知法家之所以用心也。

(八) 法宜隨時進化說 謂法宜與時爲轉移，不可執一不化也。倡此說者，爲韓非、商鞅。分引如下。

韓非五蠹篇 今有構木鑄鐵於夏后之世者，必爲繇禹笑矣，有決瀆於殷周之世者，必以爲湯武笑矣，然則今有美堯舜湯武之道於當今之世者，必爲新聖笑矣。是以聖人不務循古，不法常可，論世之毒，因爲之備。

又心度篇 法與時轉則治，治與世宜則有功。……時移而治，不易者亂。

商君書 三代不同禮而王，五霸不同法而霸。

又曰 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，黃帝堯舜教而不怒，及至文武，各當時而立法，因事而制禮。

韓非、商君皆主張法律進化說者，以社會之變遷，道德之進步，因時爲宜，而非有定則，道德變化無定，故法律亦宜與時偕移。吾國道家儒家深信古勝於今，皆以世道益降，深慨古論之不可復，仲尼祖述堯舜，憲章文武，孟子言必稱堯舜，老子謂至治之世，小國寡民，皆謂古先哲王之制度爲不可及，其學說浸淫人心，於是守舊復古之習，牢不可破，商君以後，世之不能復爲古者，乃當然之勢，故在秦孝公前昌言變法，以世變而行道異也。韓非子則更有寓言以明守舊之非，其言曰，「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。世：今欲以先王之政，治當世之民，皆守株之類也。」所謂「守株待兔」，卽樂管嘗者之非，而古復之不可爲治也。其曰「論世之專，因爲之備」，又曰「法與時轉」，與商君五霸不同法及管子立法之言，可謂互相發明，爲拘泥成法者祛其惑矣。

(九) 法治非術治說 謂法與術異其性質，明法者不必用術，而用術不可爲明法也。尹文子、韓非子皆辨明此義。分引如下。

尹文子 法不足以治則用術。

又曰 術者人君之所常用，羣下不可妄窺。

韓非子說疑篇 術也者，主之所以執也，法也者，官之所以師也。

又定法篇 申不害言術，而公孫映爲法。

又曰 申不害韓昭侯之佐也，韓者晉之別國也，晉之故法求息，而韓之新法又生，先君遺令未收，而後君之令又下，申不害不擅其法，不一其憲令。雖用術於上，法不勤飭於官。

所謂術者，出乎正法之外，卽陰謀也。凡法皆以公明態度行之者，商鞅治秦，用嚴刑峻法，其目的在謀國家之富彊，未嘗有私意於其間。夫陰謀，則不免詭秘作用，與法之本旨相反，爲法家所不取。故管子曰，「有道之君，善明設法而不以私防也，而無道之君，則舍法而恃其私者也。……爲人君者棄法而好行私，謂之亂。」韓非子亦曰，「奉公法，廢私術。」以前說，則術字爲密用，爲主之所執，爲行私，其與法治絕不相容也明矣。

(十) 法治非勢治說 謂法雖願強制力以施行，而不專恃勢位，凡尊重勢位者，非法治精神也。管子、尹文子固嘗言之，韓非對於此點，區別尤明。分引如下。

管子任法篇 君臣上下貴賤皆從法，此之謂大治。

又法法篇 不爲君欲變其令，令尊於君也。

尹文子上義篇 古之置有司也，所以禁民，使不得恣也，其立君也，所以制有司，使不專行也，法度道術，所以禁君，使不得擅斷也，人莫得恣，則道勝而理得矣。

韓非子難勢篇 慎子曰，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。韓非子難之曰，夫勢者非能必使賢者用己，而不肖者不用己也，賢者用之，則天下治，不肖者用之，則天下亂。人之情性，賢者寡而不肖者衆，而以威勢亂世之不肖人，則是以勢亂天下者多矣，以勢治天下者寡矣。……夫勢者名一而變無數者也，勢必於自然，則無爲言於勢矣。……今日曰堯舜得勢而治，桀紂得勢而亂，吾非以堯舜爲不然也。雖然，非一人之所得設也，夫堯舜生而在上位，雖有十桀紂，則勢治也，桀紂亦生而在上位，雖有十堯舜，而亦不能治者，則勢亂也。……此自然之勢也，非人之所得設也，若吾之言，謂人之所得設也。

勢也者權力也，法治既重國家之強制權，自不能舍權力而可施行。雖然，在法律未定以前，則權力爲無限的，法律既定以後，則權力爲有限的。權力既爲有限，則凡受治於其權力下者，皆宜有所保障，不至瞻顧徘徊於不測之刑賞，而法治之精神以完。管子之言令尊於君，尹文子之言禁君，皆所以限制君權，使之不得憑勢以自恣，韓非子謂勢爲出於自然，非人之所得設，謂法爲人之所得設，辨析尤爲謹嚴。可知治者乃專制行爲，法治者乃立憲行爲，二者正不容以相混。故韓非子八說篇曰，「人主肆意陳欲曰亂」；大禮篇曰，「不急法之外，不緩法之內。」蓋必如是，而後法治之真乃見，固非憑勢位、作威福、以逞志於一時者、所可同日語也。

以上十則，皆就法律大者言之。吾國古代法家，對於法理剖析之精，論證之密，較之近世

秦西之法學家，未遑多讓。爾先民所留貽者爲未足耶？則此證大思精之言，雖千百年猶耐人尋味也。爾先民所留貽者已無剩義耶？則發之世運日新，思想日進之理，又何可以此自封也。吾國法治主義，昌明於春秋戰國間，凡能師其意而善用之，無不見效，乃自秦漢以後，此種主義，多歸衰敗，其故尤有可思者，吾嘗於下章論之。

第五章 附論古來崇法治者之功效及斯學不昌之原因

上下吾國歷史數千年間，其足以稱大政治家者，未有不具法治之精神也。管子曰：『雖者巧目利手，不如拙規矩之正方圓也。故巧者能生規矩，不能廢規矩而正方圓，雖聖人能生法，不能廢法而治國。』蓋任智者其智常窮，任法者其法苟能與時推移，自能立於不敵之地，况民勞則思，逸則淫，法者常於整齊嚴肅之中，寓至誠惻怛之意，故真能知法治者，雖或受謗於一時，而其功常在於當世，固未可以慘礪寡恩非之也。以吾所知，古來崇法治者，於春秋得二人焉，曰：齊管仲，曰：鄭子產。於戰國得一人焉，曰：秦公孫鞅。於季漢得一人焉，曰：蜀諸葛亮。於晉得一人焉，曰：前秦王猛。於宋得一人焉，曰：王安石。於明得一人焉，曰：張居正。之數子者，皆身當危局，排衆議，出明斷，持之以剛健之精神，納民於公正之軌物，卒能易弱爲強，易貧爲富，措一國於泰山之安，果操何道以致此乎？曰：惟真知法治故。吾將一一明其功效之所在。

管子一書，說者多謂出於後人之僞託，然太史公尤稱其教民、山高、乘馬、輕重、九府等篇。淮南子曰：『齊桓公之時，天子卑弱，諸侯力征，南夷北狄，交伐中國，中國之不絕如絃，齊國之地，東負海而北障河，地狹田少而多智巧，桓公憂中國之患，苦夷狄之亂，欲以存

亡繼絕，崇天子之極，廣文武之業，故管子之書生焉。『二公去古未遠，所言不爲無徵，要之，管子明法令，致富彊，其所爲證，開法家之先河，則固無疑義。姑略其學說而言功效：管子生當齊國內亂方亟之時，不死子糾而相桓公，其時與桓公言霸王，則曰，吾不敢至於此其大也。桓公欲修兵革，管子止之，而以與其厚於兵不如厚於民爲說。管子戒篇云：『三年教人，四年選賢以爲長，五年始興車戰乘。』其爲治之難如此。其最要者莫若明法令。法法篇云：『使民衆爲己用，奈何？曰，法立令行，則民之用者衆矣。法不立令不行，則民之用者寡矣。』又七臣七主篇云：『明王見必然之政，立必勝之罰，故民知所必就，而知所必去，推則往，召則來，如墜重於高，如瀆水於地，故法不煩而吏不勞，民無犯禁，故百姓無怨於上。』其絕對信仰法治之精神又如此，故能以區區之齊，通貨積財，富國彊兵，下令如流水之原，令順民心，故論卑而易行，其爲政也，善因禍而爲福，轉敗面爲功，孔子雖譏其器小，然猶稱之曰，『如其仁，如其仁；』又曰，『民到於今受其賜，微管仲吾其被髮左衽矣。』管子專業之隆，功德之廣，豈非崇法治之明效大驗耶？

子產爲政也，其寧更難於齊，蓋鄭介居晉楚之間，日夕周旋，疲於奔命，良霄嘗國，馴帶攻之。子皮授僑以政，辭曰，『國小而信，族大寵多，不可爲也。』可知內患外憂，不可終日，然自子皮率聽之後，傳稱『僑爲政，使都鄙有章，上下有服，田有封洫，廬井有伍，大人之忠儉者，從而與之，泰侈者因而斃之，一年，與人誦之曰，取我衣冠而褚之，取我田疇而伍之，

執殺子產，吾其與之。及三年，又誦之曰：我有子弟，子產誨之，我有田疇，子產殖之，子產而死，誰其嗣之？」可知崇法治者，必有不撓不屈之精神，更濟以聖公無私之態度，然後功見焉。立，事在必行。傳又稱鄭作邱賦，國人謗之曰：「其父死於路，已爲薨尾，以令於國，國將若之何？」渾罕以告，子產曰：「苟刑於國，死生以之，何恤於人言？」其爲公服務不避危難之心，灼然可見。後鑄刑書，晉叔向詰書戒之，子產復之曰：「儒不才，不能及子孫，吾以救世也。」及疾，謂其太叔曰：「我死，子必爲政，惟有德者能以寬服民，其次莫如猛，夫火烈則望而畏之，故鮮死焉，水懦弱，民狎而玩之，則多死焉，故寬難。」其所謂救世，所謂寬難者，皆以法治之精神，爲施政之方針，故能終其身，而安內全外，政修令行。仲尼聞子產之卒，出涕曰：「古之遺愛也。」然則崇法治者安在其果寡恩哉？

自商君遭車裂之刑，太史公又謂其天資刻薄，漢賈生亦以棄禮義，背仁恩譏之。於是後世空言仁義道德者，益有所藉口而恥言法治，此不知人不論世之過也。秦地僻處雍西，崎嶇山谷，以秦寇之用孟明，僅霸西戎，不足以爭中原也。商君爲相，務以殖產尙武，致國富彊，饒於斯二者之見效，則非整齊制度，變易舊法，畫一民志，未易爲功，故曰：「疑行無成，多言無功；」又曰：「法者所以愛民也；」又曰：「守十者亂，守壹者治。」此皆申明法治之足以致富強之理，商君一書，最嚴重者，法宜執壹，以治法宜平等，法宜公布，更於立法之外，擬司法獨立之精神。定分篇云：「一歲守法令，天子置三法官，殿中置一法官，御史置一法官及

吏，丞相置一法官，及諸侯郡縣，皆各爲置一法官，郡縣諸侯并所謂吏民知法令者，皆以闡聽官。』此卽專設主法之吏，執行法務，自中央政府以至地方郡縣，莫不設有法官，無論貴族天子，皆得以法繩之。此固深合法治之原則。當時貴族政治方盛，商君以衛人入操秦柄，守法奉屈，刑公子虔，黜公孫賈，得罪貴近，致受慘刑，後人不諒其心，哀其過，而徒執迂論以譏之，亦不思之甚已。商君設施，最有功效者三端：曰、廢井田開阡陌；曰、廢封建爲郡縣。曰、民盡爲兵，使勇於公鬪，怯於私戰。井田封建，人皆以爲古制，而卒不可復，舉國皆兵之制，人以爲歐西致強之端，不知吾國商君，已早行之。史稱秦人趨令，行之十年，道不拾遺，山無盜賊，鄉邑大治，蓋惟明法而後收效如是之速。商君死非其罪，固非一孔之論所可任意毀也。

諸葛亮字孔明，嘗躬耕南陽，好爲梁父吟，與穎川石廣元、徐元直，汝南孟公威同游學。三人務精熟章句，而亮獨觀其大略，此卽其學術不專重儒家之證也。後佐昭烈收荊州，取益州，益州承劉璋閭弱寬弛之後，士大夫多挾其財勢，凌侮小民，亮一切裁之以法，鉅室不復驕爲，多怨讎者。法正嘗進諫曰：『昔高祖入關，約法三章，秦民懷其德，今君假借威力，跨據一州，初治新國，未垂惠撫，且容主宗習，宜稍稍寬假，以安反側之心，願緩刑弛禁，以慰遠望。』亮答曰：『君知其一，未知其二，秦以無德，政苛民怨，匹夫大呼，天下土崩，高祖矯威以寬，故能弘濟，今劉璋閭弱，自其父焉以來，文法穢廢，互相承奉，德政不舉，威令不行，繼

士人自尊自恣，看臣之道，漸以陵替。寵之以位，位極則人不知尊，順之以恩，恩竭則人不知感，所以致弊之繇，實緣於此。吾今感之以法，法行則知恩，限之以爵，爵加則知榮，榮惡並濟，上下有節，爲治之要，於斯著矣。』正乃大服。此爲蜀記所載。可見武侯崇尚法治之精神，與子產寬猛相濟之言，同符合契。惟其明法也，故以馬謖之親，不惜垂涕下獄，李嚴之譴，不憚彈章貶之。陳壽素與亮有隙，然其評曰：『諸葛亮之爲相國也，撫百姓，示儀軌，約官職，從權制，開誠心，布公道，盡忠益時者，雖仇必賞，犯法怠慢者，雖親必罰，服罪輸情者，雖重必釋，游辭巧飾者，雖輕必戮，善無微而不賞，惡無纖而不貶，庶事精練，物理其本，循名責實，虛僞不齒，終於邦域之內，咸畏而愛之，刑政雖峻，而無怨者，以其用心平而勸戒明也。』廖立被廢爲民，後聞亮死，垂泣曰，『吾終爲左衽矣。』夫以武侯之立法施度，而入人之深如此，史稱其吏不容奸，人懷自厲，道不拾遺，強不侵弱，可知法治之效，擊施爛然。後世右儒左法，積習已深，宋張南軒欲列武侯於儒家，至疑後主從武侯學法家書，爲後世無勳者所僞造，不特不知武侯，抑亦拘墟之見矣。

前秦苻堅，特一匹豪耳，自任王猛爲相，專無鉅細，悉以咨之。猛之初相也，貴戚強豪，踈死者二十餘人，於是百寮震肅，柔右屏氣，風化大行，苻堅歎曰，『吾今始知天下之有法也。』又猛之未至鄴也，劫盜公行，及猛已至，遠近帖然，史稱『猛宰政公平，流放尸素，拔幽滯，顯賢才，勸課農桑，教以廉恥，無罪而不刑，無才而不任，庶績咸熙，百揆時敘，於是兵

張國宣，繼及升平，及其卒也，朝野巷哭三日，「此非偶而致也。蓋凡崇法治者，無不以公誠之意，施其恩威並濟之權，其初固未有以歷權貴之心。積之既久，而人服其平，守其信，感其德，移風易俗之效，即在修明法度之中。韓非子曰：「法之爲道，前苦而後樂。」王景略雖佐偏安之局，而其令行禁止，事無流滯，固得先苦後樂之道，而用法之相忍，以成其治者也。

以變法而受人詆譏者，歷史上有二人焉：曰商君，曰王荊公。商君以刻薄名，荊公以執拗名。是皆不深察當時之情勢，或蔽於儒家仁義之言，或蔽於學術門戶之見，而顛倒是非，混淆黑白也。爲荊公辯者，在宋有陸象山先生，在清有顏習齋、蔡元鳳先生。象山先生之稱公曰：「英邁特往，不屑於流俗靡色利達之習，介然無毫毛得以入於其心，潔白之操，寒於冰霜，公之質也，掃俗學之凡陋，振弊法之因循，公之志也。」習齋先生之稱公曰：「荆公廉潔高尚，浩然有古人正己以正天下之意，及既出也，慨然欲堯舜三代其君，所行法，如農田、保甲、保馬、雇役、水利、更戍等，皆屬良法，後多踵行，卽當時元祐之范純仁、李清臣等，亦稱其法以爲不可盡廢。」元鳳先生則殫其學生之力爲公作年譜考略，以辨肆爲詆毀者之謬。夫陸顏兩先生爲一代大儒，蔡氏又博極羣書者，其推崇荆公若是，然則公之所長者何在？公上宋仁宗言政事書曰：「四方有志之士，嚮慕常恐天下之久不安，此其故何也？慮在不知法度故也。今朝廷法嚴令具，無所不有，而臣以謂無法度者何哉？方今之法度多不合乎先王之政故也。又曰，臣以謂今之失慮在不治先王之政者，以謂當法其意而已。法其意則吾所改易更革，不至乎傾駭

天下之耳目，發天下之口，而固已合乎先王之政矣。」此卽荆公主張變法之理由，蓋法無廢久而不變者。易曰，「窮則變，變則通。」商君之言曰，「各當時而立法。」近世之法治國，亦罔不日新而修訂法律之事，以求與時適合，蓋法不變，則因陋就簡，扞格難行，法之能爲世用者無幾矣。文之旨曰：「夫約之以禮，裁之以法，天下所以服德無抵冒者，又非獨其禁嚴而治察之所能致。」蓋亦以吾至誠懇惻之心，力行而爲之倡，凡在左右通貴之人，皆順上之欲而服行之，有一不帥者，法之加必自此始。夫上以至誠行之，而貴者知避上之所惡矣，則天下之不罰而止者衆矣。」此其不徇權貴宅心公正之精神，至今讀之猶令人神往也。惜夫流俗狃於所安，積非勝是，至神宗時，雖行其志，而朋黨門戶之見，勝於奉公愛國之心。公嘗與司馬溫公書曰：「人習於苟且非一日，士大夫多以不恤國事，同俗自媚於衆爲尙。」當時社會之心理，公固痛言之矣。公變法中，如制置三司條例司，則整理財政機關也；設青苗法，則類今之勸業銀行也；立均輸法，則所以通天下之貨也；定市易法，則所以制物之低昂也；制募役法，則變當時最病民之差役制，爲募役制，實當時惠民之第一良政也；其農民、水利、方田、均稅諸政，則勸農治水整理田賦之要備焉；其論省兵，言置將，立保甲法、保馬法、軍器監，則整軍講武保境安民之道備焉；其罷詩賦，試經義，以俟朝廷興建學校，則教育之大革新也。迹公生平施行諸法，皆以國利民福爲歸，是時宋自真、仁以來，雖號稱太平，而潢池弄兵，累歲不絕，自新法施行十年，寇符之盜，亦滅於焉，以公所吟元豐諸詩徵之，人民安於耕織，熙熙然

各禁其生，以福英宗時民間不敬多種一桑、多置一牛者，相去直不可以道里計，徹元祐黨人之爭，公之良法美意有逾於宋者，豈可量耶？

張居正江陵人，少時勇敢任事，豪傑自許，懷抱固不凡也。及相明神，宗慨然以天下爲己任。居正爲政，以尊主權、課吏職、信賞罰、一號令、爲主，雖萬里外，朝下而夕奉行。黔國公沐朝弼斂犯法，管貸，朝譏難之，居正擢用其子，馳使縛之，又爲考成法以責吏治，初部院覆奏，行撫按勘者，管稽不報，居正令以大小緩急爲限，誤者抵罪，自是一切不敢飾非，政體爲肅。時俺答小王子以互市數入寇，居正用李成梁戚繼光，邊境晏然。史稱「居正特法嚴，惡驕遜，省冗官，清庠序，多所澄汰，公卿羣吏不得乘傳，與商旅無別，亦多怨之者。」又以「江南貴豪怙勢，及諸奸猾吏民善通賦，選大吏精悍者，嚴行督責，賦以時輸，國穀日以充，而豪猾率怨居正。」蓋崇法治者必不徇情，不徇情則必先鋤豪猾。公平居嘗云：「寧捐一身供世人之薦食，而強習民之志，決不爲之稍紓。」然則公之特立獨行，光明磊落，不致倣效唯阿，以全其軀，而於國者，固顯赫矣。大凡法治之效，在於信賞必罰，綜核名實，舉一國之朝野上下無不受於法之中，知故能立懦廉頑，蒸成郅治。江陵有然，卽凡管、商、國僑、諸葛、二王諸賢，無不奉此以善其治者也。吾敘述上列諸賢既竟，而感不絕於予心者，則以吾國數千年之法理學，法家倡之，問世一出之政治家，本其原理原則而實行之，行之而皆見功，顯發理學卒以不昌，至於今泰東西盛衰廢興之風，條理秩然，以吾之管於昆蟲，苟儉凌亂者豈

之，不覺望而卻走，乃憬然於法治之不可以已而不知斯學所以不昌之由。噫！邯鄲學步，固亦病於得師，而數典忘祖，寧亦鄰於可恥。吾以爲法理學之中衰者，原因有二：一厄於專制之體，一厄於專制之學術。凡法治所以異於人治者，以法治則專聽命於法，雖以君上之大權，亦不能不恭己以聽，諒賞予奪，無所容心於其間。管子之使法擇人，使法量功，即明此理。秦漢以後，統於一尊，以昭烈之明，而後能用武侯；以苻堅之識，而後能用王猛；以宋明神宗之賢，而後能用王荆公、張文忠公。一時君上虛己，詭爲殊遇，不惜百端讒煽以排之，幸者能全其身，不幸則身死爲辱，而其法治之精神，亦與其人以俱亡。世方以是爲戒，安在其能就法理之極研幾也。其次則儒家法家之爭。儒家病法家爲寡恩，法家謂儒家爲迂闊，自漢武帝表章六經，詭黜百家，公孫弘緣飾經術，以尊君抑臣爲主，漢之學者重訓詁章句之學，魏晉六朝尙漢老清談之教，唐之註疏，宋之性理，明之制義，清之考證，皆自謂可以上承道統，其實儒非儒，更無論其視法學爲何如，卽漢大儒馬鄭著漢律章句，魏明帝曾置律博士，皆屬望文生義，從尋解釋，非復戰國法家之舊，而儒家定於一尊，尤非法家所能望其項背。諸葛、二王、張湛、殷諸公能師其意，見諸事功，已爲難得，又安望其能鑽研法理，自成一家言也？職是之故，法家之法理學，驟盛於春秋戰國間，而途中衰於秦漢以後，今日國體號稱共和，而專制之餘毒，中人已深，上焉者鈔襲成法，爲削足適履之謀，次焉者墨守舊章，爲待兔守株之計，馴至法會成爲具文，管子所謂「國皆有法，而無使法必行之法」者，於今見之。而一二特奇立異之士，

見夫泰西物質偏重之弊，勢將返於唯心，以爲法治主義，卽爲物治，不免近於機械，不如儒樂之人治主義爲活動，爲知本，此固鑒於積年政治現象有感而言。雖然，中國今日所以蝸蟻鼎沸者，卽國人未能真知法治之過，非空言人治所可見功，君恣人云亦云，則議論愈高，其遠於事實也益甚，以如是萎靡不振毫無_一停之國民，固無施而可也。善夫！黃梨洲先生之言曰：『_一論者謂有治人無治法，吾以謂有治法而後有治人，自非法之法，經_一替天下人之手足，卽有能治_一人，終不廢其牽挽嫌疑之風盼，有所設施，亦就其分之所得，安於苟簡，而不能有度外之_一名，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。』亦不至深刻羅網文害天下，故曰有法治而後有治人。』吾願國中談法學者，三復先生法外之意之言，有以發輝光大吾國古代之法理學，參以世界法學之新精神，曠吾國於法治郵卒之域也。

中華民國十四年七月初版
中華民國三十四年一月渝第一版

(3824) 渝籍

小學書

中國古代法理學一册

渝版熟料紙

定價國幣捌角

印務地點外另加運費

版權所
必究

著作
主編者

王振先
王震五

發行人
印刷所

王震五
商務印書館
各

發行所

商務印書館

18/6/34
该馆呈缴

