

華通法學叢書

中國法制史

上海華通書局發行

程樹德編

華通法
學叢書

中國法制史

上海華通書局發行

中國法制史

實價大洋六角

編者 程樹德

發行者 王懷和

印刷者 中行印刷所

發行所 華通書局

上海四馬路望平街
口五二九號



版權有所翻印必究

中華民國二十年十一月初版

中國法制史目錄

第一篇 總論.....一

第一章 法律之語源.....一

第二章 周秦諸子法治之觀念.....三

第三章 法系.....八

第四章 中國法律之特徵.....一二

第五章 律家.....二〇

第二篇 律令.....二五

第一章 律與令之別.....二五

第二章 上古及三代.....二五

第三章	法經及秦律·····	二三
-----	------------	----

第四章	兩漢·····	三六
-----	---------	----

第一節	漢律·····	三六
-----	---------	----

第一項	九章律·····	三六
-----	----------	----

第二項	其他諸律·····	五八
-----	-----------	----

第二節	漢令及科比·····	五九
-----	------------	----

第五章	魏晉·····	六三
-----	---------	----

第一節	魏之律令·····	六三
-----	-----------	----

第二節	晉之律令·····	六六
-----	-----------	----

第六章	南北朝·····	六九
-----	----------	----

第一節	總論·····	六九
-----	---------	----

第二節	宋及南齊·····	七一
-----	-----------	----

第三節	梁及陳·····	七三
-----	----------	----

第四節	北魏·····	七五
第五節	北齊·····	七八
第六節	後周·····	八〇
第七章	隋唐及五代·····	八二
第一節	隋之律令·····	八三
第二節	唐之律令·····	八五
第三節	五代·····	九〇
第八章	宋及遼金元·····	九二
第一節	宋·····	九二
第二節	遼金元·····	九四
第九章	明及清·····	九八
第一節	明·····	九八
第二節	清·····	一〇六

第三篇 刑制……………一〇九

第一章 唐虞及三代……………一〇九

第二章 秦漢……………一一六

第三章 魏晉……………一二三

第四章 南北朝……………一二五

第五章 隋唐及宋……………一三一

第六章 遼金元……………一三五

第四篇 關於中國法制之研究……………一四一

第一章 成年制度之沿革……………一四一

第二章 婚姻制度及離婚……………一四四

第三章 法律上之養子……………一五五

第四章	唐明律之傷害罪·····	一六〇
第五章	自首案舉覺·····	一六四
第六章	緩刑制度之變遷·····	一六八
第七章	歷代法官與法律上之責任·····	一七一
第八章	舊律與家族制度·····	一八五

中國法制史

第一篇 總論

第一章 法律之語源

爾雅釋詁：法常也；郝氏義疏，常、說文以爲裳本字，經典借爲久常字。法則者俱一定而不可變，是有常意。說文、灋刑也，平之如水從水，廌所以觸不直者去之從廌去。【註一】桂氏義證云：桓子新論、治獄如水。習鑿齒曰：夫水至平而邪者取法，鏡至明而醜者忘怒。水鏡之所以能窮物而無怨者，以其無私也。

【註二】說文：廌解廌獸也，似山牛一角。古者決訟，令觸不直，是以爲似牛也。論衡解廌者一角之羊也，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。故皋陶敬羊，起坐事之。金樓子：神獸若羊，名曰獬豸，是以爲似羊也。

漢書司馬相如傳注：張揖曰：解廌似鹿而一角；人君刑罰得中，則生於朝廷，主觸不直者，是以爲似鹿也。隋書禮儀志引蔡邕曰：獬豸如麟一角，是以爲似麟也。神異經，東北荒中有獸，如牛一角，毛青四足似熊，見人鬪則觸不直，聞人論則作不正，名曰獬豸，是以爲似熊也。續漢書輿服志，注冠一曰柱後，或謂之獬豸冠，獬豸神羊，能別曲直，楚王常獲之，故以爲冠。漢官儀：秦滅楚，以其冠賜近臣，御史服之，古有解廌獸觸不直者，故執憲以其形用爲冠，令觸人也。

管子：當故不改曰法。

釋名：法逼也，莫不欲從其志，逼正使有所限也。

文子：法安所生，曰法生於義。

爾雅釋詁：律、常也，法也，釋言：律、述也，說文：律、均布也，段注：律者、所以範天下之不一而歸於一，故曰均布；是以均布爲一義也。王氏句讀，均句，以均釋律者。周語：律、所以立均出度也。後漢書律歷志：夏至陳八音，聽五均。樂汁圖徵曰：均者、六律調五聲之均也，又申之以布也者。釋器：律謂之分。禮運注：陽曰律，陰曰呂，布在十二辰是也。桂氏

義證云：均布也者，義當是均也布也；是皆以均布爲二義也。

史記律書：王者制事立法，物度軌則，壹稟於六律，六律爲萬事根本。

邱濬大學衍義補曰：律之言昉於虞書，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，所以裁制羣情，斷定諸罪，亦猶六律正度量衡也；故制刑之書，以律名焉。

管子：夫法者，所以興功除暴也；律者，所以定分止爭也。法律政令者，吏民規矩繩墨也。是爲法律二字連用之始。易：師出以律。孔疏云：律法也。唐律疏義：李悝集諸國刑典，造法經六篇，商鞅傳授，改法爲律。蓋自秦漢以來，法之與律，遂爲通用之文字矣。

第二章 周秦諸子法治之觀念

(一) 儒家 儒家主禮治不主法治。孝經：安上治民，莫善於禮。曲禮：人有禮則安，無禮則危。禮運：治國不以禮者，猶無耜而耕也；論語：能以

禮讓爲國乎何有；皆此主義之表示也。其對於法，則認爲不足爲治，不得已而用之。尙書：刑期於無刑。大學：聽訟吾猶人也，必也使無訟乎。論語：道之以政，齊之以刑，民免而無恥；道之以德，齊之以禮，有恥且格。家語：冉有問於孔子曰：古者三皇五帝不用五刑，信乎？孔子曰：聖之人設防，貴其不犯也，制五刑而不用，所以爲至治。孟子：所謂徒法不能以自行，亦本斯旨。

荀子在儒家中，別爲一派。孔、孟皆尊先王，而荀子則法後王；孟子道性善，而荀子則言性惡；然亦不主法治，君道篇：法不能獨立，得其人則存，失其人則亡；又云：有治人無治法。其主張與孔氏人存政舉，人亡政息之意同。

(二)法家 太史公以申、韓與老子同傳，以爲其慘刻少恩，皆原於清淨之意；蓋法家本源出黃老；然其攻難儒家之意，則與道家異，病儒家之過於優柔，而欲信賞必罰，以矯禮治之弊。韓非子顯學篇云：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，用人之不得爲非，一國可使齊爲治也。用衆而舍寡，故不務德而務法。五蠹篇云：且夫以法行刑，而君爲之流涕；此所以效仁，非所以爲治也。夫垂涕不欲刑者仁，然而不可不刑者法也。先王勝其法，不聽其泣，則仁之不可爲治亦明矣。又云：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。商君書云：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。（中略）聖王者不貴義而貴法，法必明令必行則已矣，此法家排斥禮治主義之大略也。

法家以法律爲救時之具。鄭子產鑄刑書，叔向諫之。子產曰：僑不才，不能及子孫，吾以救世也。此法家一貫之主義也。法律既爲救時，其論理之結果，則法律者無一定不變之原則者也。商君開塞篇云：聖人不法古，周不法商，夏不法虞，三代異勢而皆可以王。（中略）古之民朴以厚，今之民巧以僞，故效於古者先德而防，治於今者前刑而法。又云：當此時親親廢，上賢

立矣。（中略）聖人承之，作爲土地貨財男女之分，分定而無制不可，故立禁；禁止而莫之司不可，故立官；官立而莫之一不可，故立君。既立其君，則上賢廢而貴貴立矣。（中略）世事變而行道異也。商子蓋言世有升降，俗有厚薄，治古宜於德，治今宜於法，以示其所以不採禮治之故，而變法之出於不得已。淮南子汜論訓亦云：夫殷變夏，周變殷，春秋變周，三代之禮不同。（中略）今儒、墨者稱三代文武而弗行，是言其所不行也。非今之世而弗改，是行其所非也。稱其所是，行其所非，是以盡日極慮而無益於治，勞形竭智而無補於主。

商君雖主法治，然其畫策篇云：國之亂也，其法亂也，非法不用也。國皆有法，而無使法必行之法，是不待人之駁詰，而說固已窮矣。太史公曰：法令者治之具，而非制治清濁之原。斯言諒哉！【註二】

【註二】管子中論法之處極多，以非法家不錄。

（三）道家 道家以人類自然狀態之法則爲良法，而其餘皆爲惡法。老

子：天法道，道法自然；列子【註三】黃帝篇：黃帝夢遊華胥氏之國；莊子在宥篇：黃帝始以仁義撙人之心；皆此主義之表示也，尤深惡法治主義。胠篋篇：昔者齊國曷嘗不法聖人哉！田成子一日殺齊君而盜其國。所盜者豈獨其國耶，並與其賢知之法而盜之。又云：爲之仁義以矯之，則並與仁義而竊之。憤世嫉俗，至創爲「剖斗折衡，而民不爭，聖人不死，大盜不止。」之論，不特法治而已，並禮治一併排斥之。

【註三】列子雖係僞書，然卻可代表道家一派之思想。

（四）墨家 墨家以兼愛尙同爲宗旨，不贊成儒家之禮治主義。非儒篇云：孔丘盛容修飾以蠱世，絃歌鼓舞以聚徒，繁登降之禮以示儀，務趨翔之節以勸衆，儒學不可以議世，勞思不可以補民，累壽不能盡其學，當年不能行其禮。淮南子要略云：墨氏初學儒者之業，受孔子之術，既乃以爲其禮煩擾，傷生害樂，糜財貧民，其論法治，則純與孔子同。尙同篇云：昔者聖王制爲五刑以治天下，逮至有苗之制五刑以亂天下。此豈刑不善哉，用刑則

不善也。蓋亦不主張法治者。

第三章 法系

中國之有成文法典，自李悝法經始。【註四】晉志：秦漢舊律，其文起自

魏文侯師李悝。悝撰次諸國法，著法經。商君受之以相秦。是秦律卽法經也。漢就法經增戶、興、廢三篇，謂之九章。唐六典注，漢蕭何加悝所造戶、興、廢三篇，謂之九章之律是也。魏律十八篇，以晉志考之，捕律、戶律，仍漢之舊，刼略、請祿、償贓，係由盜律分出，詐僞、毀亡，由賊律分出，告劾由囚律分出，繫訊、斷獄，由囚律、興律分出，驚事律亦由興律分出，僅刪漢之廢律一篇，其餘與九章實無大出入也。其具律則改爲刑名，列之律首。晉律仍就漢之九章而增損之，無魏律之刼略、驚事、償贓、免坐四篇，而增法例、衛宮、水火、關市、違制、諸侯六篇。後漢之廢律一篇，晉志謂蠲其苛穢，存其清約。是魏、晉兩朝之律，均以漢律爲藍本也。

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，南齊書孔稚圭傳：所謂江左相承用晉世張、杜律是也。梁武始定律，篇目均與晉同；惟刪去諸侯一篇，增置倉庫一篇。以隋志考之，知梁律卽晉律之張、杜舊本；蓋南齊時議而未行者也。陳律則篇目條綱，一依梁法。是兩朝之於晉律，其增損均在文字之間。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，爲北系諸律之嚆矢。北魏多承用漢律，不盡襲魏、晉之制。蓋世祖定律，出於崔浩、高允之手。崔浩長於漢律；史記索隱尙引其漢律序文。高允則好春秋、公羊；蓋治董仲舒、應劭、公羊決獄之學者。惜魏律久佚，史並失其篇目；然以魏書紀傳考之，知其固源出漢律也。

元魏既亡，北齊、後周，各自定律，後周律二十五篇，成於武帝保定三年。北齊律十二篇，成於武成河清三年。及隋文帝代周有天下。其定律獨採