

中华现代学术名著丛书

中国法制史概要

陈顾远 著

商 务 印 书 馆

2011年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史概要/陈顾远著. —北京:商务印书馆,
2011

(中华现代学术名著丛书)

ISBN 978-7-100-08420-8

I. ①中… II. ①陈… III. ①法制史—中国
IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 122013 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书据中国台湾三民书局 1977 年五版排印

中华现代学术名著丛书

中国法制史概要

陈顾远 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

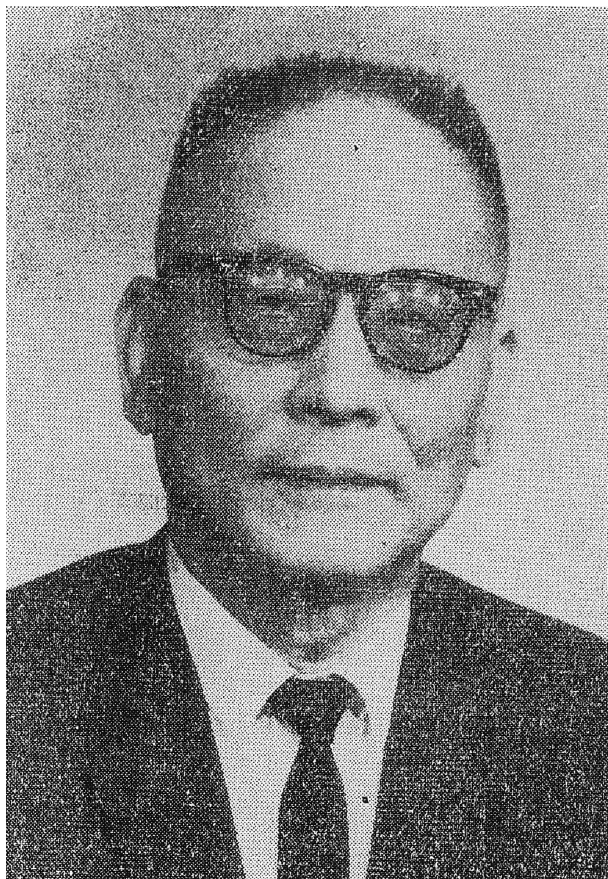
印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-08420-8

20 年 月第 版 开本× 1/

20 年 月北京第 次印刷 印张

定价: 元



陈顾远

(1895—1981)

目 次

序	陈顾远
《中国法制史》1934 年版序	5

第一编 总论

第一章 开宗明义	9
一、认识论	10
(甲)我国向时所称之“法制”含义	10
(乙)东瀛学者所称之“法制”含义	11
(丙)法制机构所称之“法制”含义	11
(丁)立法机关所称之“法制”含义	11
二、目的论	12
(甲)中国法制史与综合法学	13
(乙)中国法制史与中国法系	14
(丙)中国法制史与现行法制	15
(丁)中国法制史与中国学人	15
三、方法论	16
(甲)史所疑者不应信以为史	17
(乙)朝代兴亡不应断以为史	19
(丙)或种标准不应据以为史	20

(丁)依个人主观不应擅以为史	21
第二章 探源索流	24
一、从变法上以言其变	24
(甲)关于变法中之变者	25
(乙)关于变法中之不变者	29
二、从律统上以言其变	31
(甲)关于律统之首次变化者	32
(乙)关于律统之再次变化者	33
(丙)关于律统之三次变化者	35
三、从法学上以言其变	37
(甲)法学之盛限于战国	37
(乙)律家之著仅在汉魏	39
(丙)律学之衰始于东晋	41
第三章 固有法系	44
一、中国固有法系之存在	45
(甲)就时间而言	45
(乙)就空间而言	47
二、中国固有法系之形成	48
(甲)中国固有法系源于神权而无宗教化色彩	49
(乙)中国固有法系源于天意而有自然法精神	52
三、中国固有法系之特征	54
(甲)礼教中心	54
(乙)义务本位	55
(丙)家族观点	56
(丁)保育设施	56

(戊)崇尚仁恕	57
(己)减轻讼累	58
(庚)灵活其法	58
(辛)审断有责	59
第四章 重要典籍	60
一、较有成文性之典籍——“律”“令”“典”	61
(甲)秦汉以后之“律”的表现	62
(乙)秦汉以后之“令”的表现	66
(丙)秦汉以后之“典”的表现	71
二、具有命令性之典籍——“敕”“格”“式”	72
(甲)关于历代之“敕”的表现	72
(乙)关于历代之“格”的表现	75
(丙)关于历代之“式”的表现	79
三、富有伸缩性之典籍——“科”“比”“例”	80
(甲)自汉以后之“科”的表现	81
(乙)自汉以后之“比”的表现	84
(丙)自汉以后之“例”的表现	86

第二编 各论

第一章 组织法规	95
一、关于行政组织者	98
(甲)机要组织	99
(乙)事务组织	103
(丙)地方组织	104
二、关于军事组织者	107
(甲)军队之编制	108

(乙)兵役之征调	112
三、关于司法组织者	114
(甲)中央之司法组织	115
(乙)地方之司法组织	121
四、关于监察组织者	125
(甲)御史	125
(乙)谏职	126
第二章 人事法规	129
一、育才	129
(甲)京师学	130
(乙)地方学	134
二、选举	136
(甲)荐举	137
(乙)制举	138
(丙)保举	140
三、考试	141
(甲)学校与考试制度	142
(乙)科举与考试制度	144
(丙)选官与考试制度	148
第三章 刑事法规	152
一、诉审	152
(甲)越诉与直诉——法院之审级	154
(乙)听诉与断狱——法官之责任	158
(丙)囚系与刑讯——拘拷之沿革	162

二、刑名	167
(甲)五刑为名之变迁	168
(乙)死刑方法之变迁	173
(丙)体刑内容之变迁	177
(丁)流刑遣刑之变迁	185
(戊)徒刑作刑之变迁	188
(己)赎刑罚刑之变迁	191
三、罪刑	196
(甲)罪之认定	196
(乙)刑之加重	202
(丙)刑之减轻	205
四、肆赦	210
(甲)缓刑	211
(乙)赦典	216
第四章 家族制度	219
一、从政事上论家族制度	222
(甲)何以言视家户为编组之单位	222
(乙)何以言家户为政令之所托	224
(丙)何以言使家长具公法上之责任	227
(丁)何以言拟国家为家族而扩大	228
二、从民事上论家族制度	230
(甲)何以言就亲属关系方面求出家族制度之显著表现	231
(乙)何以言就婚姻关系方面求出家族制度之显著表现	233
(丙)何以言就同居关系方面求出家族制度之显著表现	235
(丁)何以言就继承关系方面求出家族制度之显著表现	237

三、从刑事法上论家族制度	239
(甲)何以言就刑名上为家族制度之探索	239
(乙)何以言就坐罪上为家族制度之探索	241
(丙)何以言就科刑上为家族制度之探索	243
(丁)何以言就宥赦上为家族制度之探索	246
第五章 婚姻制度	251
一、婚姻制度之前期——婚源	253
(甲)怀母之说	254
(乙)感生之说	254
(丙)杂交之说	255
二、婚姻制度之开始——婚俗	256
(甲)由群婚而趋于偶婚之习俗	256
(乙)由内婚而趋于外婚之习俗	259
(丙)由掠夺婚而趋于有偿婚之习俗	260
三、婚姻制度之确定——婚礼	262
(甲)配偶人数之确定	263
(乙)婚姻范围之确定	264
(丙)嫁娶方式之确定	265
四、婚姻制度之保障——婚律	268
(甲)关于配偶问题者	269
(乙)关于故障问题者	270
(丙)关于程序问题者	271
第六章 食货制度	274
一、田土之制	275
(甲)民田	276

(乙)官田	281
(丙)屯田	284
二、赋税之制	286
(甲)田赋	286
(乙)丁役	291
(丙)杂税	294
三、财货之制	297
(甲) 榷	298
(乙)均平	303
(丙)关市	304
四、钱币之制	307
(甲)钱法	307
(乙)钞法	313

第三编 后论

第一章 礼刑合一	319
一、法与刑	319
(甲)法的本义为“刑”而原于“兵”	320
(乙)法的别义为“常”而归于“律”	322
二、法与礼	324
(甲)礼肇于“俗”而生于“祭”	324
(乙)礼别于“仪”而归于“法”	327
三、刑与礼	329
(甲)儒家崇礼而视法为末节时代	330
(乙)儒家谈法而谋以礼正律时代	331

(丙)儒家战胜而律沦为小道时代	333
第二章 今古相通	335
一、宪法之治	336
(甲)单一与统一	337
(乙)五院与各部	339
二、五权之用	341
(甲)立法权	341
(乙)行政权	342
(丙)司法权	345
(丁)考试权	346
(戊)监察权	349
三、民刑之法	350
(甲)民事法	350
(乙)刑事法	352
四、财经之道	353
(甲)地政与税政	354
(乙)资本与货币	355
陈顾远先生学术年表	段秋关 357
不可不读的《中国法制史概要》	段秋关 363

序

曩为商务印书馆写中国法制史一书，迄今三十余年矣。虽在海外已有译本，但资料仍嫌不足，有待补充。且此书为余三十余岁之作，尚在“文章写我而非我写文章”时代，人每感其难读，其或然欤！经三十年来教学之结果，如关于中国固有法系之整体认识，儒家法学之影响中国法制，礼刑合一之时代进展次序，以及现行法制之探本溯源于古，皆后起之义而非此书所备者。若因临时触发灵机，致有启悟之处亦恒见之，如中国往昔何以不容有民法观念之存在，礼中之道德性与法律性究以何种标准为其分野，以及中国文化与中国法制之连锁性，往昔刑讯在当日法制上之必然性，或亦可成一家之言，仍非此书所及者。他如徒刑得名之源委，条例为称之沿革，汉之科比问题，晋之故事问题，类此专题尝有专文发表，更非此书之体例及篇幅所能容纳者。因此，遂有志于重编此书，预定以五卷陆续问世：总论，一也；政事法，二也；民事法，三也；刑事法，四也；民国法制，五也。终因公务繁伙，课务忙碌，律务纷扰，编务琐碎，家务俗务莫能排除；虽马齿日渐加长，仍未着手编写。苟天假以年，当必有成也。

今夏，三民书局刘振强先生约为写中国法制史概要一书，并预送部分稿费。适值翌日为余六十八岁生辰，亲朋祝贺，例求吉祥，遂忘“老而戒得”之训，存“善财难舍”之心，遂即允之。初约定九月底交稿，因气候特别燠热，思虑不能集中，而半数以上之新增资料，亦不能

以“概要”之故，卒然舍去，遂一再展期始告完成。然仍因非素志之是在，并受“概要”为名之限制，在民事方面之宗法制度，丧服制度，继承制度，钱债制度，依然未及详论，姑则为后备之兵，有待异日补充焉。本书列编三，列章十二，分别叙其要义如下：

任何事物之汇而成类，必有其总体相之可言，否则百戏杂陈，无体相矣。盖不求其总，难得其全；不窥其全，难明其统，事理然也。况法制之为类浩繁，更不能不提纲挈领以论之，作总论编第一。汇而成类之事物既非一种，当必有其各别相之观察，否则徒有其表，不知其实矣。盖各者总之反，专者全之分，识其大体有尚于总于全，深其内容有尚于各于专，法则然也。惟为篇幅所限，虽以各论为称，实为选论性质，作各论编第二。关于事物之叙述无论求全求专，必应有其重点所在，有其价值所属，更为治法律史学者所应具之态度；否则惟夸祖宗之富贵，莫解自己之贫寒，有何益哉？惟本书结论非限一端，遂以后论为称，作后论编第三。

总论编为章有四：研究中国法制史首须对法制之命名有其认识，次须对史绩之温习有其目的，并须对治史之学问有其方法。三者阙一，皆失其道，循路而进，此为其始，作开宗明义章第一。时代演变，事之常也，历史叙述，莫非变也。中国法制之史的变动，最重要者为变法之变，律统之变，法学之变。就此三变，以概其余，作探源索流章第二。中国法系为世界各大法系之一，其存在、其形成、其特征、皆与中国文化有关。外人或有误解，国人应知底蕴，作固有法系章第三。政事民事或归于礼，刑典刑书代有其文，“律令典”具有成文性也，“敕格式”具有命令性也，“科比例”具有伸缩性也。虽历代典籍，不尽于此，大体则已备之，作重要典籍章第四。

各论编为章有六：政事之要，首为组织，除皇权外，安内以行政为

主,驳外以兵事居先,司法组织所以处理讼狱也,监察组织所以纠弹官吏也。举此四事,以例其余,作组织法规章第一。组织之运用,端赖人事之健全。人非生而即能,须教而育之有道,士非居而即达,须选而举之有方,然无论选士与选官,皆以考试方法为最公平。过去立政素习于此,虽在今日仍为重要,作人事法规章第二。中国法制向以刑事占主要部分,诉审有其体系,刑名有其章则,论罪科刑有所见,肆囚赦罪有所本。虽不必尽合于今,要为旧日之急,作刑事法规章第三。民事系以家族制度为核心,亲属继承等事亦附见之。且家族制度对于政事法之影响既甚广泛,对于刑事法之支配更为深刻,国家联而为称,即知其然。如舍家族制度不论,自无由洞悉往昔法制之背景何在,作家族制度章第四。家族组织配偶为本,而亦男女之情合于礼义者也。由原始之婚源,进入自然之婚俗,继以婚礼而确定之,复以婚律而保障之,君子之道遂造端乎!夫妇矣。配偶为人伦之始,为家族之原,为国家社会之基石,作婚姻制度章第五。国以财政为其命脉,民以经济为其血液,举凡田土问题,赋税问题,财货问题,钱币问题,皆与国计民生极有关系。往昔之食货制度,亦即今日之财经立法,古之所重今之所贵,作食货制度章第六。

后论编为章有二:中国法系之体躯,法家所创造也;中国法系之生命,儒家所赋与也。法家尚霸道,重刑治;刑之始也为兵,刑之变也为律,有其因焉,有其果焉。儒家尚王道,崇礼治;礼之始也为仪,礼之变也为法,有其源焉,有其流焉。儒法之争,王霸之争,实即礼刑之争;终因儒家法学获胜,奠定礼刑合一之局。从其演变经过而观,不啻中国法制之史的缩影,作礼刑合一章第一。鉴往而知来,温故以求新,法律史学之研究,非为过去标榜,实为现在借鉴,并为将来取法。今之所行者“宪法”之治,五权之用,虽为新制,究有所承,立“国”精神

及立政纲领始终不变者此耳。今之所为者，民刑之法，财经之道，虽系新猷，仍有其本，过去成效之保留于今后者采之，过去弊害之警惕于现代者去之，研究法律史学之有价值者是耳。以古观今而知其变，以今观古而守其成，作今古相通章第二。

本书写作缘起，及三编十二章大旨，粗如前述之后，尚有不能已于言者：无三民书局之约稿，新作不知何日问世，而刘振强先生精心校勘，力避鱼鲁之误，并为读者代谢之。余妻梅晴岚女士及余儿大为余抄写，每至深夜，劳碌亦甚。虽有夫妻父子之亲，相助皆属分内之事。但夫妻相敬如宾，仍应以礼相遇，不能不致谢意。谢其母而不提其子，当非其母之所愿，故附笔及之，此在中国史上或有其例，而在中国法制史上则未之闻也。

陈 颐 远

1963年除夕之夜

自序于台北杭州南路双晴书屋

《中国法制史》1934年版序

为社会生活之轨范,经国家权力之认定,并具有强制之性质者,曰法;为社会生活之形象,经国家公众之维持,并具有规律之基础者,曰制。条其本末,系其终始,阐明其因袭变革之关系者,是为法制史之观察,曰法制史。现行法制乃法制史之体系下之后一阶段;欲通其变,挈其要,发其微,存其真,则必以法制史之研核,为主要出发点。世固有喜言法律思想或哲学而轻法制史者,不知法律思想或哲学虽能影响于现行法制,第不必皆然,更不必皆能为有效的影响。苟须推定现行法律之实际的效验,完成现行法制之灵活的运用,则当以经验为可贵,不当专尚学理也。盖历史之进展,有若水波之相推,其起灭皆非偶然,在法制方面则尤著。过去法制不特为现行法制之直接渊源,抑且为现行法制之有效镜鉴。然则法制史在学术上之地位果何如耶?

我国大学文法课程中,向有《中国法制史》之目,实则往往仅备一格而已。其由文法科共开此课者,则注重“史”的研究,使法科生随习之;其由法科独开此课者,则又列入选修门,使法科生选习之:是仍为否认法制之史的价值之见解。办学既轻其事,教学者益懈其责,修学者至于虚应故事,而心不在焉。因此,国内除少数法学耆宿外,无有从事于《中国法制史》之著述,而学校所备以为课本者,每多译自东瀛之作。学术原无国境,译本亦何所嫌?然以中国人于中国大学中,

研究《中国法制史》，竟以译本为主，终觉未安。况中国法系居世界法系之一，其发扬光大，责在国人，外人偶一为之，亦所谓“代大匠”者也。

虽然，关于中国法制之史的编述，固极难也！如何搜集材料，如何存信存疑，在在皆成问题。且法制史为专门史之一，与通史关连甚密。于今，我国尚无完善之通史，而作者乃欲先成《中国法制史》，其不能完善，固无待言。但在我国大学中，既不能不有《中国法制史》之课程，且应为一重要之课程，则国人修习政法者，岂可畏难而自馁？是书之作，知其难而勉为之，读者宜有以教我也。

陈 顾 远

序于金陵

民国二十三年(1934)六月十六日