

《民国丛书》选印

杨鸿烈著

中国法律发达史  
上

---

楊鴻烈著

中國法律發達史

下

---

# 中國法律發達史

## 目錄

第一章	導言	一
第二章	上古——胚胎時期	一九
第三章	周	三三
第四章	春秋	四八
第五章	戰國至秦	七一
第六章	西漢——成長時期	九一
第七章	新莽	一六二
第八章	東漢	一六五
第九章	魏（附蜀吳）	一九五
第十章	晉（附後趙等五胡）	二一七
第十一章	後魏	二四五
第十二章	北齊	二六三

第十三章	後周	二七四
第十四章	宋	二八三
第十五章	南齊	二九七
第十六章	梁	三〇三
第十七章	陳	三一八
第十八章	隋	三二七
第十九章	唐	三四三
第二十章	五代	五二六
第二十一章	宋	五五三
第二十二章	遼	六四七
第二十三章	金	六六〇
第二十四章	元	六八一
第二十五章	明	七四九
第二十六章	清——歐美法系侵入時期	八六八
第二十七章	民國	一〇一九

# 中國法律發達史

## 第一章 導言

中國法律之特點與其在世界文化的位置。威爾遜 (Woodrow Wilson) 曾說：「凡法律非能通萬國而使同一，各國皆有其固有法律，與其國民的性質同時發達，而反映一國民的生存狀態於其中，並包孕人民政治的和社會的判斷。雖專制君主設施政令，或破壞法律的原則，或判斷訴訟不遵公義，但究以國民的風俗歷史行其法律，所以君主祇能變更法律的適用，卻不能改換法律的本質；就是他能變更的也不過以他憎惡的少數人爲限，卻不能顯然違背國法的常態。」（參看他的名著國家論 (The State) 第十四章法律的性質和其發達 (Law, Its Nature and Development) 第五百九十八九兩頁）我們中國的法律自然也是中國民族固有的產物，從殷周起經過春秋戰國秦西漢新莽東漢魏蜀吳晉宋齊梁陳隋唐宋至明都是漢族一系相傳，循序進展，中間雖屢有北方野蠻民族的侵入，如晉末的後趙前秦後秦南燕北朝的後魏北齊後周五代的後唐，宋以後的遼金元清各朝雖立國的久暫不同，但都是努力漢化，而編纂法典，傳播法律知識諸事，尤有可值得讚美的成就，因此中國法律縣

延四千年纔不至中斷，在世界五大法系中——羅馬法系，英國法系，印度法系，回回法系，——能獨立自成一個系統，並且是日本明治維新以前法律惟一的典型。

中國法律的特點，自我們中國人——生養於農耕的宗法社會的人看來，自然是「相處若忘」「習與俱化」，很不易覺察，但在遜清末葉，歐美帝國主義者不遠萬里而來打破我們數千年「離羣索處」的清夢，強迫我們與之通商，這樣關係便日愈密切，於是就引起他們了解中國法律的必要，尤其是大清律例，他們有深遠的研究，確當的批評，（關於這事出版的書籍，在下面又說。）現引巴系佛爾特（James W. Bashford）著的中國一書第十一章中國法律所列舉中國法律的十大特點如下：

- 第一、中國古代法律幾乎對於每一種犯罪都規定有身贖刑。（Corporal, or physical punishment）
- 第二、中國法律以科罰嚴厲著稱，但在執行時又可減宥。（leniency）
- 第三、中國法律條理異常清晰，如此則每一特別案情可得確切的判決。（exact justice）
- 第四、中國法律在本國區域內有最高無上的權力。
- 第五、中國司法的管轄是受流行全國的地方自治政府的限制。
- 第六、中國立法制度是皇帝的勅令較一切地方規程為優越。
- 第七、中國司法缺少辯護的規定。（provision for litigation）
- 第八、中國司法管轄的特點即在訴訟程序的方法上。

第九、中國立法最顯著的地方是社會對犯罪須負責任。

第十、中國司法機關最大的弊病便是司法權行政權爲「同一的官吏所掌握。」（參看 *China, Chap.*

XI pp. 274—783）

他這十款雖是歸納大多數，「生息於和我們中國人不同的羅馬英美法系學者的意見，但還嫌不完全，不精審；近數十年日本承受西方法學而能發揚光大的也有很不少的人，就中整理中國法律古籍的雖寥寥若晨星，但如淺井虎夫所著中國法典編纂沿革史（陳重民譯本）第十四章也有批評說：「次即中國法典內容上之特色而觀察之，可得其三要點焉：」

「私法的規定少而公法的規定多也。上下四千載，法典數百種，無慮皆公法典之屬，而私法典乃無一焉。其爲今日私法典規定之事項亦惟包含於此等公法典之內，絕無有以爲特種之法典而編纂之者；且此等公法典中之私法的規定亦云僅矣，故如親族法之婚姻，離婚，養子，相續，物權法之所有權，質權，以及債權法之買賣，貸借，受寄財物等事，亦惟規定大綱而已……」

「法典所規定者，非必現行法也。蓋中國法典率以理想之法典爲的，苟認爲良法雖非現制，亦必採入法典之中，李東陽進正德會典表所謂「令之善者，雖寢亦書」是也；此外記載過去之事例，或以雖非現行法，而留備參考；或以祖宗成憲不可見，而死法亦敬謹保存者，則清律其適例也；又如唐律疏義（按係唐六典）關於應科死刑之罪，及其執行方法，皆有詳細之規定，而在當時實未嘗實行也……」

三、中國法多含道德的分子也。「中國古法受儒教之影響多含道德的分子，以故道德法律，往往互相混同。」……（第一百九十一至百九十三頁）

王世杰教授在北京大學社會科學季刊第三卷第一號又統括的說：

第一、中國向來是道德與法律的界限沒有十分畫清的。中國歷朝刑律，誠然包括了許多不應列入刑律以內的事體，所以論者（按即指淺井虎夫）嘗說中國法律之未能進化，便因為中國人硬將中國民族所有的理想都納入法典裏面去。但中國的法典範圍儘管甚廣，而凡道德思想之著於經義而未被告典包括，或法典所定而未能符於經義者，則經義之效力往往等於法律，或且高於法律。這種情形在去古未遠的漢代，有董仲舒據春秋經義以決獄等事可為左證；漢代以降，形式上雖或不曾似漢代明認經義可以折獄，實際情形固亦如此。

第二、中國法典的範圍儘管甚寬，然而法律之存諸習慣者仍屬甚衆。中國歷代法典對於近代民治典中所規定之事項，規定極少，蓋錢田戶婚等事多只涉及私人與私人間之利益關係，專制國家以為與公益無涉，遂俱視為細故因之律文亦多所疏略，（錢田戶婚等案大都可由初審衙門判結，命盜等大案則否，即此亦可想見其重視刑事案而輕視今人之所謂民事案）然錢田戶婚等事之未經律文規定者，卻亦大都有習慣法在那裏支配。

第三、「科比」之制。是數千年相傳而未嘗變更的。凡律無正條之事件執法的人一方面固尚得訴諸律



文以外之經義，一方面尙得比律文而科罪；所謂「無律文則無刑罪」(nullum crimen, nulla poena sine lege) 的原則，是中國歷來所無的觀念。所以中國舊律中，就是刑律，也有今人之所謂「條理」在。

第四律文以外，尙有許多「例」而「例」之效力抑且往往高於律文。這也是中國舊律的一種特殊現象，這種情形始自何代，懸雖尙未及細考，然清代則在有明文可稽。譬如嘉慶續修大清會典卷四十一所云：「凡引律必全引其本文，例亦如之，有例則置其律，例有新者則置其故者；律與例無正條者得比而科焉。」便即一面承認科比之原則，一面承認例之效力高於律文。又刑案匯覽續增刊第十四卷亦載有「查律乃一成不易，例乃隨時變通；故有律本輕而例加重者，亦有律本重而例加輕者」等語，律例之互異，從可想見。蓋專制之國，君主使即萬法之源，律固出於君主，例亦往往係曾經奏請君主核准之案，律與例之關係，與今人之所謂根本與普通法的關係，或法律與命令的關係，或法律與判例的關係，初不完全相似。

第五，中國法典所載律文，就在當時，也並不都是現行法。這更是中國歷代法典的一種奇特現象……有時一種律文雖是已經廢止的律文，雖於法典成立後亦並不叫他發生效力，然而編纂法典的時候，或因留備參考，或因不敢刪削祖宗成憲，便仍將那種律文保留在內。譬如「八議」之制，（即對於親，故，賢，能，功，勤，賓，貴八個階級的犯罪，所設定之一種特殊保障）自唐以降歷朝刑法典固莫不予以保存；清代歷屆刑律亦莫不保有此制；實則大清會典早經聲明八議之條不可爲訓，雖仍其文，實未嘗行；而雍正六年且有明諭申述此意。此類情形並不限於清律……」

但中國法律雖說從現代法學的眼光看來並不算完美，而其自身卻是很有條理統系，絕無混亂矛盾的規定，就現存的法典而言，唐代永徽律（即唐律疏義）爲宋刑統所根據，大元通制影響明太祖洪武三十年更定的大明律，又爲大清律所本，唐律和大明律如此的領袖兩種形式的法典，經我幾年重新爬梳整理之後，更覺得中國法律在全人類的文化裏實有牠相當的——歷史上的位置，不能說牠不適用於今，自個人主義民權主義的世界，便毫無價值；英國愛丁堡評論（The Edinburgh Review）也極稱贊大清律說：「這部法典最引我們注意的事便是其規定的極近情理，明白而一致——條款簡潔，意義顯露，文字平易，全不像別的使的人嫌怨的東方好自炫的專制君主那樣文飾誇張，但每一規定都極冷靜，簡潔，清晰，層次分明，故浸貫充滿極能實用的判斷並饒有西歐法律的精神……」（Vol. XVI (1820) p. 476 English edition）這樣就可見中國法律是爲世界上過去數千年人類的一大部分極貴重的心力造詣的結晶，不惟中國人民應該知道，就是一般欲了解世界文化全體真象的人也萬不能熟視若無睹，並且應該加以精細研究。現且列舉歐美日本人近年關於中國法律的著作如下：

英文有：

E. Alabaster, "Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law."

G. Jamieson, "Chinese Family and Commercial Law."

別的散見在講中國事物的書籍裏面實是可以汗牛而充棟的。

法文有：

H. Cordier, "Bibliotheca Sinica," 2<sup>e</sup> édit., Paris E. Guilmoto, 1904-1908, avec supplément en cours de publication (v. tome I & IX, Jurisprudence, Col. 545-558).

E. Pelliot, "Notes de bibliographie Chinoise, II, le Droit Chinois, Hanoi, 1904 (extr. du Bulletin de l'École française d'Extrême-Orient, IX, No. I, januiermars 1909)

L. Wiager, S. J., "La Chine a travers les Ages, 1920 (V. L'Indx bibliographique, pp. 485 et suiv.)

德文有：

Heinrich Platz, "Gesetz und Recht in ancient China nach chinesischen quellen (Alban die, d. K. Akad. d. Wiss., I Kl., Xbd.,) III abtheil.) München, 1865

日文有：

浅井虎夫著

中國法典編纂沿革史（陳重民譯）

中國法制史的一部分

東川德治著

支那法制史研究

這樣可見中國法律在最近幾十年內亦已引起世界學者的注意，但可惜歐美法家所根據的多祇是一部大清律例，而日人如淺井虎夫也祇研究「法典」，不及法院編制，訴訟法，刑法總則，分則，軍法，民法，和法律思想，所以都不足以囊括中國法系的全體，但只「窺豹一斑」而已，所以我這部書就爲彌補這種缺憾而作。

本書研究的範圍和目的。這書的範圍和目的大概可借馬克丹納爾 (John Macdonell) 和曼遜 (Edward Manson) 合編的世界大法家傳 (Great Jurists of the World) 裏的話來說明，即「法律可從許多方面研究——如研究其歷史的演進及其與當時情勢消長的關係，或其立法意旨之歸宿或其多數基本原理之哲學意蘊」(p. 38) 再詳細的說，我這書是以三項特殊的研究爲主幹：

第一、沿革的研究。這項即以研究中國法律演進的歷史爲目的。如中國最古的成文法典是戰國魏李悝作的法經六篇，往後西漢蕭何曾爲六章，到了三國時的魏竟加多一倍以上成魏律十八篇，經過晉南北朝，就有梁律二十篇，這種突飛的進步，是何種讀史的人都要驚訝的。隋唐以後竟保存下幾部完整的法典，使我們讀過之後也覺得中國法律並非停滯着不進步，如宋刑統雖全然抄襲唐律，大清律又抄襲明太祖洪武三十年的改定大明律，但宋刑統引當時的「勅」「令」和臣下的「參詳」很多，大清律的「條例」尤繁多得不可勝數，再加上蒙古朝廷頒布的大元通制元典章，明太祖洪武三十年根本改造那部唐律而另成一部篇目增多，條理精密爲中國自以來最成熟的法典大明律。再如清代光緒末年沈家本等刪節大清律例而成的那部大清現行刑律，即受羅馬歐美法系的影響而剷除比較不合時宜的野蠻刑名，打破元典章大明律以來的六曹總目的舊

體製，很能適應新環境，而又不失中國法典的本來面目；直到民國七年王寵惠等經過一番精細的研究，日本法學者岡田所代我國起草的新刑律之後，便能批評其闕失，從新參考各國刑法，斟酌本國情勢，定出一部最完備最科學的刑法第二次修正案，這樣就使我們深信中國法典是進步的，其內容並不如一般人想像那樣「陳相因」而卻是各朝代有各朝代的特色。

第二系統的研究。這項以研究中國法律的原理爲目的。中國法律的特點已如前引巴系佛爾特淺井虎夫王世杰教授所說，而在我這書裏所佔去大部分的篇幅也是在指摘出中國法律所根據的原理顯與其他如羅馬英美印度回回等法系不同，中國自漢以後是受儒家學說的支配，所以對於「名教」——尊卑等差的分別特爲嚴厲，如告訴尊長權的限制，誣告罪，掘墓殘屍罪，姦非罪，殺傷罪，竊盜及強盜罪等對卑幼皆加重刑罰，尊長犯者則減等或竟無罪，數千年皆「如出一轍」，試比較着本書各章的「刑法總則分則」和「民法」可知道了，我在此處不過舉一個例以便說明而已。

第三、法理的研究。這項以研究中國歷代法家的思想爲目的。中國在戰國時曾產生一大批法律思想家詮釋法理，昌言法治，同時承孔子衣鉢的孟軻荀卿也各有其德治主義，老子（？）莊周又主張「無爲」，這樣書泛的討論影響於後世的司法頗爲不小。自漢文帝廢除肉刑，到了東漢光武時杜林就上言恢復肉刑，接着崔寔荀爽仲長統和魏的陳羣，鍾繇，傅幹，晉的劉頌，衛展，北宋的曾布都有過「持之有故，言之成理」的動議；在反對恢復肉刑方面的人，東漢則有孔融，魏有王朗，晉有周顛桓彝孔琳之，南宋有馬端臨，他們的論戰遠不如「正組」

的明切犀利，但因時勢推移，人心已憚於改革，所以終歸「反粗」勝利，這是中國法律思想史上的一樁大事。還有自東漢王符崔寔反對君主赦罪之後，五代時後晉有張允，元有趙天麟蘇天爵都衍其餘緒，成爲中國法律思想上的一個特殊問題。此外如反對「贖罪」、「訊刑」、「主張『法律平等』的也不乏人；而在民法婚姻方面，明代宋濂首先提出婚姻解除的「惡疾」與「無子」兩個條件的規定爲不合理，王禕和清代的錢大昕又出而擁護，七出一說，他們的辯爭在今日看來，也還是很有趣味的，所以我說戰國以後非無法律思想，不過戰國「諸子爭鳴」，鋒鏖萬丈，而卻要專就幾個特殊問題加以討論罷了，假如學者不注意這方面，那麼又怎能知道中國自漢代以來也產生過許多法律思想家呢？

由上面三項研究的目的看來，可知我這書的範圍較普通的法律史爲廣，都德龍 (Pierre De Tontoulon)所著法律發達的哲學 (Philosophy in The Development of Law)書裏有說：『法律史的目的是研究制度和法律的原因與結果。』（里得 (Martha McC. Read) 英譯本第一章第四十五頁）他是唯心論傾向的人，所以他主根司法的形式是純粹智慧的事，除非受環境的惟一限制而外，人類本能的趨勢是不能使牠變異的。（第九十三頁）換句話說，他以種族雖有不同卻於法律的內容無所影響，這是很玄學的話，所以他祇把法律史的目的當做是研究制度相法律的原因與結果，太過抽象狹隘，我這書是有意表出中國民族產生的法律經過，和中國歷代法律思想家的學說影響司法的狀況，因此我這書的範圍和目的便不能不擴大了。此外如美國著名的法學家特 (Roscoe Pound)所著法律史的種種解釋 (Interpretations of Legal History)最先批評「倫理的和宗

教的解釋」(第二章)「政治的解釋」(第三章)「人種的和生物學的解釋」(第四章)「經濟的解釋」(第五章)「偉大法家的解釋」(第六章)最後提出他自己的「工程學的解釋」(An Engineering Interpretation) (第七章)他這書也是偏在哲學的和法理的解釋歷史，他反對以一種原理就妄想解釋一切立法的現象他說：「在一方面我們必定要注意到彼地當時社會的或文化的需要，與及他們在經濟、政治、宗教、道德的調和衝突之能力上。別一方面我們還要注意到暗示、摩倣、傳統的信仰，特別的是表示社會的需要和普遍的安全的那種有「勢所必至」或「權威」的信仰。」(第一章「法律與歷史」第二十一頁)又在第四章說人種的和生物學的解釋是去事實很遠，因為社會現象是活的現象——不是機械的物理現象；又有機械是努力去適應環境，常為環境所改變，法律卻不這樣，是被人因環境變換用來滿足需要和願望的東西。(第九十、一兩頁)我在舊作史地新論第七章歷史上諸種解釋及其批評也說過和榜特相似的話，現在略述他的「機械工程」的解釋即包括六點：立法機關和主義對於社會實際效力的研究，制定法律最有效率的方法的研究，預備立法之社會學的研究，審判方法的研究，一種社會學的立法史，和很合理恰當的各個案件的解決的重要。（行動）看倣和「社會工程學」一樣，這樣是去工作全面積的一部分——即由有組織的政治行動和法律的人類關係而可以建築的一部分。現引他的原文如下：

Let us think of jurisprudence for a moment as a science of social engineering, having to do with that part of the whole field which may be achieved by the ordering of human

relations through the action of politically organized society. (p.152)

他看「工程學」只是一種「程序」(as a process) 一種「動作」(as an activity) 這是很新穎而又不偏的學說，我在本書裏雖不拘泥何派的解釋，却也很注意到榜特所列舉的那幾個要點，

研究的方法。其次便說到研究中國法律的方法，我先引日本歐美學者論研究一般法律史的方法如下：

鳩山和夫與阪本三郎合著的法制一斑有說：「……討究法制沿革有二法：一曰外包法制史，謂敘述法律全般之沿革，法律與國家之關繫及法源等……二曰內容法制史，謂敘述各種法律之性質及進化……蓋外包法制史者綜合法制大綱而說明之，內容法制史者解分法制經緯而說明之也，彼則脈絡一貫易成絢爛之美，此則紛糾錯雜易招索寞之歎……」（開國五十年史第二百九十二三兩頁）

我這書就是兼用「外包法制史」和「內容法制史」兩種方法，饒井虎夫在中國法制史上又分爲「縱的研究法」「橫的研究法」或「體的研究法」與「用的研究法」他說：

「凡研究支那法制有二方法：一縱的研究，一橫的研究也。縱與橫之二方面均有不可相離之關係。法制上橫的研究即所謂法典之研究也，蓋法典常屬於靜止的，一經編纂而即以不改正其成篇爲限，是最富於靜止狀態。縱的研究則法制運用之研究也，總之縱與橫之研究，所謂不離乎體用之研究者近是。

體的研究則爲法典之研究，在唐如唐令律疏六典之類，在宋如勅令格式編勅條法事類之類；在明爲會典、明律之類。用的研究則正式之志類，九通會要之類也。故單就體的研究或單就用的研究，皆偏於一方而不完全，



是以文獻通考之類研究中國法制詳且盡矣，然知其用未知其體也，體與用蓋不可相離也。」

我這書也是互用「縱橫」「體用」的方法，再看司法部顧問法人耶士卡勒(Jean Escurra)教授講演的一篇中國法律之(西方)研究法(Western Methods of Researches into Chinese Law)有說：

「觀察(Observation)是第一個方法。建立每一制度的專門的結構(to build the technical structure of an institution)是第二個方法。此外即是歷史的方法和比較法學的方法。(History, comparative jurisprudence) (見中國社會政治科學季刊(The Chinese Social and Political Science Review, Vol. VIII, January, 1924))

我這書是用「歷史的方法」和「比較的方法」爲多，其實這兩種方法在我書裏有極密切的關係，因爲中國成文法典如現存的宋刑統是抄襲唐永徽律，一加以比較，便可見南部法典的「律文」完全一樣，惟宋刑統多引上宋太祖時的「勅」「令」和臣下的「參詳」這是因時代不同，唐宋的現行法便很差異，再如明洪武三十年的改定大明律雖極富有創作的精神，但一拿歷史的眼光來分析便可見其中條款沿襲自唐永徽律宋刑統大元通制的也不在少數，而大清律無多大改動的抄襲大明律，若一比較兩部法典的「條例」則又可見相異之處甚多，相同的卻很少；再說有些犯罪在唐律宋刑統科罰得很輕，到了大明律大清律又加得很重；在前後幾千年中，惟大元通制有優待蒙古人的規定，大明律又特優待軍官軍人，這些事都是非用歷史和比較的方法所不能得知的。總之，我們研究中國法律實不能不綜合以上三位學者所說的各種方法，然後方纔不至掛一漏萬。