

中國法律與中國社會



瞿同祖著
中華書局

中國法律與中國社會

瞿同祖著

中華書局

中國法律與中國社會

瞿同祖著

*

中華書局出版

(北京王府井大街36號)

新華書店北京發行所發行

北京冠中印刷廠印刷

*

850×1168毫米 1/32·11¹/₄印張·251千字

1981年12月第1版 1995年8月北京第2次印刷

印數 20501—22500冊 定價：18.00元

ISBN 7-101-01443-7/D·2

重 印 版 序

這本書原由商務出版於 1947 年^①，是根據我在雲南大學和西南聯合大學的中國法制史和社會史講稿改寫的。出國後加以補充、修改，譯成英文，於 1961 年出版^②。現在中華書局認為該書仍有學術參考價值，要求重印。鑒於目前中國法制史方面著述的缺乏，同意重印出版。

關於內容方面，有幾點應該說明的。（一）在昆明寫稿時圖書缺乏，找不到《宋刑統》，因而不能引證這部法典的條文，這是原書中一大缺陷，英譯本出版時纔補進了《宋刑統》和其他材料。現既重印此書，自應將《宋刑統》補入，向讀者提供比較完整的資料。（二）本書第六章討論儒、法二家思想。關於儒家思想對中國法律的影響問題，原書出版後，我的看法有進一步的認識和發展。1948 年北京大學五十週年紀念邀我寫稿時，曾就此問題寫了《中國法

① 《中國法律與中國社會》，（吳文藻主編，《社會學叢刊》甲集第五種），上海，商務印書館出版，1947 年。

② Ch'ü T'ung-tsu, *Law and Society in Traditional China*, (École Pratique des Hautes Études-Sorbonne, Sixième Section: Sciences Économiques et Sociales, Le Monde d'outre-Mer, Passé et Présent, Première Série, Études IV), Mouton, Paris and The Hague, 1961. (《傳統中國的法律與社會》，巴黎大學高等研究實用學院，第六部，經濟及社會科學，《海外世界：過去和現在》叢書，第一輯，第四種，巴黎及海牙，穆東書店出版，1961 年。)

律之儒家化》一文^①。後來英譯本出版時，我便根據這篇文章，改寫了第六章最後一節（第三節），並改小標題為“法律之儒家化”，現重印此書，爲了保持原來面目，仍按原書付印，但感到第三節原標題：“調協”不太確切，改爲“以禮入法”（該節主要在於說明儒家以禮入法的事實）。同時爲了供讀者參考起見，將《中國法律之儒家化》一文作爲附錄，收入本書。（三）文字方面，除了改正原版中的錯字和脫漏字句，及與事實有出入之處作了個別的修改外，其餘都按原文排印，無所改動。（四）改寫了《導論》和《結論》。

最後有一點需要着重說明的，書中有些名詞的涵義和概念與現在通用的不同，代表的是我當時的想法。重印此書的目的在於提供法律史方面的資料，僅供研究中國法制史的讀者參考。

本書的缺點和局限性在所難免，觀點和概念上的錯誤自更不待言，請讀者批評指正。

1981年2月25日序於北京

^① 《中國法律之儒家化》，《國立北京大學五十週年紀念論文集》文學院第四種，北京大學出版部，1943年。

導 論

本書主要的目的在於研究並分析中國古代法律的基本精神及主要特徵。

法律是社會產物，是社會制度之一，是社會規範之一。它與風俗習慣有密切的關係，它維護現存的制度和道德、倫理等價值觀念，它反映某一時期、某一社會的社會結構，法律與社會的關係極為密切。因此，我們不能像分析學派那樣將法律看成一種孤立的的存在，而忽略其與社會的關係。任何社會的法律都是為了維護並鞏固其社會制度和社會秩序而製定的，只有充分了解產生某一種法律的社會背景，才能了解這些法律的意義和作用。

中國古代法律的主要特徵表現在家族主義和階級概念上。二者是儒家意識形態的核心，和中國社會的基礎，也是中國法律所着重維護的制度和社會秩序。本書將以二章來討論家族、婚姻，另二章來討論社會階級。由於宗教與法律之間的關係也相當密切，我們將以一章來討論宗教對法律的影響。

此外，意識形態也在我們研究範圍之內。研究任何制度或任何法律，都不可忽略其結構背後的概念，否則無法了解那制度或法律的，至多只知其然而不知其所以然。從這些概念中，我們纔能明白法律的精神，體會為什麼有這樣的法律。法家而外，從中國法律形成和發展的歷史來看，儒家的影響最深，所以本書最後一章討論儒法二家思想，及法律為儒家思想所支配的過程。

講到法律史本身的問題，這是一部史的研究，無疑將溯及法律的發展過程，並注意法律的變化。本書的第二個目的即在於討論中國古代法律自漢至清有無重大變化。各朝的法律不同，法典體制和內容、司法組織、司法程序、刑罰以及各種罪名的處分都有所不同。但本書所注意的是重大的變化，而不是那些煩瑣的差異，試圖尋求共同之點以解釋法律之基本精神及其主要特徵，並進而探討此種精神及特徵有無變化。爲了達到上述目的，本書將漢代至清代二千餘年間的法律作爲一個整體來分析，在各章節不同題目下加以討論，以便進行比較，法律在歷史上有無重大變化，也就不難判斷了。

研究法律自離不開條文的分析，這是研究的根據。但僅僅研究條文是不夠的，我們也應注意法律的實效問題。條文的規定是一回事，法律的實施又是一回事。某一法律不一定能執行，成爲具文。社會現實與法律條文之間，往往存在着一定的差距。如果只注重條文，而不注意實施情況，只能說是條文的，形式的，表面的研究，而不是活動的，功能的研究。我們應該知道法律在社會上的實施情況，是否有效，推行的程度如何，對人民的生活有什麼影響等等。在法律史的研究上，這方面的材料比較缺乏，本書除了利用古人的有關記事外，並引用個案和判例作爲討論法律實效問題的根據。

目 錄

第一章 家族	1
第一節 家族範圍	1
第二節 父權	5
第三節 刑法與家族主義	27
一 親屬間的侵犯	27
殺傷罪.....	27
姦非罪.....	49
竊盜罪.....	52
二 容隱	56
三 代刑	60
四 緩刑免刑	62
第四節 親屬復仇	65
第五節 行政法與家族主義	85
第二章 婚姻	88
第一節 婚姻的意義	88
第二節 婚姻的禁忌	89
一 族內婚	89
二 姻親	92
三 娶親屬妻妾	94
第三節 婚姻的締結	98

第四節 妻的地位	102
第五節 夫家	115
第六節 婚姻的解除	124
一 七出	124
二 義絕	128
三 協離	129
第七節 妾	130
第三章 階級	136
第一節 生活方式	138
飲食	139
衣飾	139
房舍	147
輿馬	151
第二節 婚姻	166
一 階級內婚	166
二 婚姻儀式的階級性	174
第三節 喪葬	179
第四節 祭祀	192
第四章 階級(續)	197
第一節 貴族的法律	197
第二節 法律特權	207
一 貴族及官吏	208
二 貴族及官吏的家屬	218
第三節 良賤間的不平等	220
一 良賤	220
殺傷罪	222

姦非罪	223
二 主奴間	224
殺傷罪	227
姦非罪	238
第四節 種族間的不平等	243
第五章 巫術與宗教	250
第一節 神判	250
第二節 福報	256
第三節 刑忌	262
第四節 巫蠱	264
第六章 儒家思想與法家思想	270
第一節 禮與法	270
第二節 德與刑	286
第三節 以禮入法	303
結論	326
附錄 中國法律之儒家化	328

中國法律與中國社會

第一章 家族

第一節 家族範圍

中國的家族是父系的，親屬關係只從父親方面來計算，母親方面的親屬是被忽略的，她的親屬我們稱之為外親，以別於本宗。^①他們和我們的關係極疏薄，僅推及一世，從母親上溯至她的父母，旁推至她的兄弟姊妹，下推及她的兄弟之子及姊妹之子，外祖父母、舅父、姨母、舅表及姨表兄弟是我們的邊際親屬，過此即無服，母之祖父母、堂兄弟姊妹^②以及姪孫等與我們無親屬關係，外親親屬的範圍是異常狹窄的。同時，服制極輕，指示親屬關係之疏薄。外祖父母血親關係同於祖父母，但服不過小功，等於伯叔祖父母。舅姨的血親關係同於伯叔及姑，但服同於堂伯叔父母及堂姑，只小功。母舅之子及兩姨之子則關係更疏，僅服緦麻^③，同於族兄弟姊妹。據《儀禮》：“外親之服皆緦麻也”^④，外祖父母以尊，姨母以名纒

① 故《爾雅·釋親》於父宗曰宗族，而異姓親曰母黨，曰妻黨。

② 唐玄宗以堂姨舅古今未制服，思敦睦九族，引而親之，始制堂姨舅祖免（《唐會要》三七《服紀》上），然止是一代之制。

③ 《儀禮·喪服》。參看《元典章》三〇，《禮部》三，《禮制》三，《喪禮》，“外族服圖”；《明會典》，一〇二，《禮部》六十，《喪禮》七，《喪服》，“外親服圖”；《清律例》二，《喪服圖》，“外親服圖”。

④ 《儀禮·喪服》。

加至小功^①。舅本總麻，唐太宗以舅之與姨親疏相似而服紀有殊，理未為得，始進為小功^②。

姑雖屬於本宗，但嫁後歸於異宗，所以出嫁便為降服，而她的子女與我們服只總麻^③。

以父宗而論，則凡是同一始祖的男系後裔，都屬於同一宗族團體，概為族人。其親屬範圍則包括自高祖而下的男系後裔。以世代之言，包含自高祖至玄孫的九個世代，所謂九族是^④。以服制言

① 《儀禮·喪服》，開元二十三年，太宗敕文服紀之制有所未通，令禮官學士詳議具奏。太常卿韋瓘奏請外祖加至大功九月。太子賓客崔沔議曰：“正家之道，不可以二，總一定議，理歸本宗，父以崇尊，母以厭降，豈忘愛敬？宜有倫序，是以有齊衰，外服皆總麻，尊名所加，不過一等，此先王不易之道也。”職方郎中韋述議曰：“聖人究天道而厚於祖禰，繫姓族而親其子孫，近則別於賢愚，遠則異於禽獸，由此言之，母黨比於本族，不可同貫明矣。且家無二尊，喪無二斬，人之所奉，不可二也。……今若外祖及舅更加一等，堂舅及姨列於服紀之內，則中外之制，相去幾何？廢禮徇情，所務者末。……其堂姨舅既出於外曾祖，若為之制服，即外曾祖父母，及外伯叔祖父母，亦宜制服矣。外祖加至大功九月，則外曾祖合至小功，外高祖合至總麻。若舉此而舍彼，事則不均，喪錄疏，理則不順，推而廣之，是與族無異矣。”禮部員外郎楊仲昌亦以“竊恐外內奪序，親疏奪倫”為言。戶部郎中楊伯成，左監門錄事參軍劉秩並同是議，皆謂不可。韋議遂寢。（《唐會要·服紀》上）。

② 《唐會要·服紀》上。

③ 《儀禮·喪服》；《元典章》“外族服圖”；《明會典》“外親服圖”；《清律例》“外親服圖”。

④ 九族的解釋，漢儒即有二說，一說以為包括異姓有服親，夏侯、歐陽等今文學家主此說，謂父族四，母族三，妻族二（孔穎達《書經注疏》）。其詳細內容，父族四：五族之內為一族，父女昆弟適人者與其子為一族，己女昆弟適人者與其子為一族，己之女子適人者與其子為一族。母族三：母之父姓為一族，母之母姓為一族，母女昆弟適人者與其子為一族。妻族二：妻之父姓為一族，妻之母姓為一族（孔穎達《左傳》桓公六年《注疏》）。《白虎通義》以父之姓為一族，不限五族之內，母族謂母之父母一族，母之昆弟一族，母昆弟之子，亦與孔《疏》異。杜預謂九族為外祖父、外祖母，從母子，妻父，妻母，姑之子，姊妹之子，女子之子，非己之同族（《左傳》桓公六年註，今本“非”或作“并”義異）。以為九族“皆外親有服而異族者”，又姑姊妹及女適人，但取其子而去其母，皆與以上二說不同。

孔安國、馬融、鄭康成皆謂九族僅限父宗，上自高祖，下至玄孫（見《尚書注疏》，《堯典》，孔《傳》，陸德明《音義》，孔穎達《疏》，及《左傳》桓公六年孔《疏》）。後儒如陸德明、賈公彥、顧炎武等皆從此說，《日知錄》論辯甚詳。一般多以《喪服小記》以三為五以五為九之說為根據，幾為定論。明、清律明定本宗九族五服圖，九族專指父宗，更成為定制矣。

之，由斬衰漸推至總麻，包含五等服制。《禮記》云：“親親以三爲五，以五爲九。上殺，下殺，旁殺而親畢矣”^①。又說，“四世而總，服之窮也，五世而袒免，殺同姓也，六世親屬竭矣”^②。很明顯的所謂親屬團體，是以四世爲限，總服爲斷的。服制的範圍即親屬的範圍，同時服制的輕重亦即測定親屬間親疏遠近的標準^③。服制實具兩種功用。本宗外親親屬關係之比較只須比較其不同的服制，便一目了然。

家應指同居的營共同生活的親屬團體而言，範圍較小，通常只包括二個或三個世代的人口，一般人家，尤其是耕作的人家，因農地畝數的限制，大概一個家庭只包括祖父母，及其已婚的兒子和未婚的孫兒女，祖父母逝世則同輩兄弟分居，家庭只包括父母及其子女，在子女未婚嫁以前很少超過五六口以上的。古人說大功同財，所指的便是同祖的兄弟輩而言。秦時民有二男以上不分異者倍其賦，又令民父子兄弟同室內息者爲禁^④，可見那時兄弟與父母同居是很普遍的事。孟子說人以事其父兄^⑤，又有養其父母兄弟妻子及父母兄弟妻子離散一類的話^⑥，也可證明此點。韓元長兄弟同居至於沒齒，樊重三世共財，蔡邕與叔父從弟同居，三世不分財，鄉黨高其義^⑦，是則漢時一般的習慣，很少父母已沒仍兄弟同居至於三世的，所以鄉黨高其義而爲史家所書，其爲難能少見可知，一般

① 《禮記·喪服小記》。

② 同上，《大傳》。

③ 父宗服制系統此文不述，可參閱《元典章》三〇，“五服圖”；《明會典》一〇二，〈喪服〉，“本宗九族五服正服圖”；《清律例》二，〈喪服圖〉，“本宗九族五服正服圖”。

④ 《史記》六八，《商君列傳》。

⑤ 《孟子·梁惠王上》。

⑥ 同上，《梁惠王上》、《盡心上》。

⑦ 趙翼《陔餘叢考》。

人大約都如繆彤家兄弟原同財業，及各娶妻，遂求分異的情形。這還是士大夫之家，若為尋常人家，自不會有人如形之閉戶自搥，弟及弟婦聞而謝過的情形了。陶希聖以漢律夷三族罪及父母兄弟妻子，證明漢代的家以父母妻子同產為普遍範圍^①，但我們須注意家族的連帶責任是不一定與家的範圍必然相合的，後代有誅九族的法律，九族決非同居的一家。即以夷三族而論，我們斷不能說這種連帶責任只限於父母在堂兄弟同居的時期。後代的法律只要求父母在時子孫不許別籍異財（詳後），但兄弟同坐的連合責任並不因父母歿後兄弟異居而取消。

自然歷史上也有累世同居的義門，包括數百人口的大家^②，在

① 陶希聖《婚姻與家族》，商務，民二三，頁66—7。

② 汜稚春七世同居，兒無常父，衣無常主（《晉書·儒林傳·汜毓傳》）。楊播，楊椿兄弟一家之內男女百口總服同爨。椿嘗戒子孫曰：“吾兄弟在家必同盤而食……吾兄弟八人今存者有三，是故不忍別食也。又願畢吾兄弟世不異居異財”（《魏書》五八，《楊播傳》）。博陵李氏七世共居同財，家有二十二房，一百九十八口（《魏書》八七，《節義傳·李几傳》）。義興陳宏子四世同居，家一百七十口（《南齊書》五五，《孝義傳·李延伯傳》）。郭僕家門雍睦，七葉共居（《隋書》七二，《孝義傳·郭僕傳》）。唐劉君良累代同居，兄弟雖至四從，皆如同氣，尺布斗粟人無私焉，其家六院唯一飼（《舊唐書》一八八，《孝友傳·劉君良傳》，《新唐書》一九九，《孝友傳·劉君良傳》）。張公藝九世同居（《舊唐書·劉君良傳》附），為當時義門之最。宋代義居風氣更盛，江州陳氏南唐時聚族已七百口，宋時至千口，每食必羣坐廣堂，其後族中人口且激增至三千七百餘人（《新五代史》六二，《南唐世家》；《宋史》四五六，《孝義傳·陳競傳》，《毘陵西灘陳氏宗譜》）。越州裘承詢十九世無異爨。信州李琳十五世同居。河中姚崇明十世同居，聚族百餘人。江州許祚八世同居，長幼七百八十一口。池州方綱八世同爨，家屬七百口，居室六百區，每旦鳴鼓會食。其他十世同居，八世同居，七世同居，六世同居，五世同居，四世同居者多家。少者累數百年，多者至三四百年（詳《宋史》四五六，《孝義傳·許祚傳、裘承詢傳、方綱傳、姚崇明傳》）。元延安張閏八世不異爨，家人百餘口（《元史》一九七，《孝友傳·張閏傳》）。婺州鄭氏自南宋以來，累代同居，至明時同居已十世，歷二百六十餘年（《宋史》四五六，《孝義傳·鄭綺傳》；《元史》一九七，《孝友傳·鄭文嗣傳》；《明史》二九六，《孝義傳·鄭濂傳》；宋濂《鄭氏規範序》）。石偉十一世同居（《明史》二九六，《孝義傳·石偉傳》）。蘄州王燾七世同居，家人二百餘口（《明史·孝義傳·鄭濂傳》附）。其他四世、五世、六世、七世、八世同居，及五世同爨、八世同爨者多家（《明史》二九六，《孝義傳》）。

這種情形之下，同居範圍便擴大及於族，家族不分了。但這樣龐大的家實為例外，只有着重孝弟倫理及擁有大量田地的極少數仕宦人家纔辦得到，教育的原動力及經濟支持力缺一不可，一般人家皆不易辦到。一般的情形，家為家，族為族。前者為一經濟單位，為一共同生活團體。後者則為家的綜合體，為一血緣單位，每一個家自為一經濟單位，如史書所說的薛安都世為強族，同姓有三千餘家^①的情形。宋孝王《關東風俗傳》謂瀛冀諸劉，清河張，宋，并州王氏，濮陽侯族，諸如此輩，一宗將近萬室，煙火連接，比屋而居，亦非同居合爨。

第二節 父 權

家族的範圍已如上述，現在我們當進而討論此種親屬團體中的統率問題。中國的家族是父權家長制的，父祖是統治的首腦，一切權力都集中在他的手中，家族中所有人口——包括他的妻妾子孫和他們的妻妾，未婚的女兒孫女，同居的旁系卑親屬，以及家族中的奴婢，都在他的權力之下，經濟權、法律權、宗教權都在他的手裏。經濟權的掌握對家長權的支持力量，極為重大。中國的家族是着重祖先崇拜的，家族的綿延，團結一切家族的倫理，都以祖先崇拜為中心——我們甚至可以說，家族的存在亦無非為了祖先的崇拜。在這種情形之下，無疑的家長權因家族祭司（主祭人）的身分而更加神聖化，更加強大堅韌。同時，由於法律對其統治權的承

^① 《宋書》八八，《薛安都傳》。按永嘉二十一年，安都與宗人薛永宗起義，擊拓拔燕。永宗營汾曲。安都襲得弘農。拓拔燕自率衆擊永宗滅其族，其勢力之雄大自非其三千家之強族不辦，而為其族主者便為宗豪，在家族中在社會政治上均具有極大潛勢力，故《宋書》稱安都之父廣為豪宗，宋高宗以為上黨太守。安都之所以得有政治勢力，先為北朝都統，仕宋為建武將軍者，蓋其族家之強盛有以致之。

認和支持，他的權力更不可撼搖了。

我們已經說過親屬團體的範圍有家、族之分，我們說到父權或家長時也應分別其範圍。在一個只包括父母和子女兩個世代的家庭，父親是家長，在包括三個世代的家庭，則祖父為家長。家庭範圍或大或小，每一個家都有一家長為統治的首腦。他對家中男系後裔的權力是最高的，幾乎是絕對的，並且是永久的。子孫即使在成年以後也不能獲得自主權。

父字據《說文》：“矩也，家長率教者，从又舉杖”，字的本身即含有統治和權力的意義，並不僅止於指示親子的生育關係。子孫違犯父的意志，不遵約束，父親自可行使威權加以懲責。社會上承認父親這種權力，從法律的觀點來看，則可說他的權力是法律所給予的，《呂氏春秋》說：“家無怒笞則豎子嬰兒之有過也立見”^①，《顏氏家訓》亦云：“笞怒廢於家，則豎子之過立見，刑罰不中，則民無所措手足，治家之寬猛，亦猶國焉”^②。我們應注意父親對於子孫的笞責實際上是並不只限於豎子嬰兒的，子孫成年以後依然不能堅持自己的意志，否則仍不能避免這種處罰。典型的孝子，舜和曾子受杖的傳說^③，在人心上，尤其讀書人，有長久的影響。梁朝的大司馬王僧辯的母親治家極嚴，僧辯已四十餘，已為三千人將，母少不如意，猶箠之^④。典型的孝子受父母的扑責不但不當逃避，並且應當受之怡然，雖撻之流血，亦“不敢疾怨”，仍得顏色婉愉，“起敬起孝”^⑤。

扑責子孫有時便難免毆傷致死的情事，法律上究竟容許不容

① 《呂氏春秋·蕩兵篇》。

② 《顏氏家訓》一，《治家》。

③ 見《孔子家語》。

④ 《顏氏家訓》一，《教子》。

⑤ 《禮記·內則》。

許父母殺死子孫呢？這是很值得注意的一個問題。羅馬時代父的生殺權(Jus vitae necisque)在中國是不是有相同的情形呢？宋司馬華費遂子多僚與緇相惡，讒緇於宋公，公使人告司馬，司馬曰，“吾有讒子而弗能殺”，乃與公謀逐華緇^①，似乎那時的父親是有生殺權的。那時是宗法時代，正是父權學說形成的時代，——或也是父權最盛的時代，同時也發現父親的生殺權，其巧合或不是偶然的。

秦二世矯始皇詔賜蒙恬及扶蘇死，扶蘇說：“父而賜子死，尚安敢復請？”^②君之於臣，父之於子，都是有生殺權的，到了後來則只適用於君臣而不適用於父子間了。法律制度發展到生殺權完全操縱在國家機構及國君手裏，自不再容許任何一個人民能隨意殺人，父親對兒子，也不能例外。他只能撲責兒子，斷不能殺死他，否則便要受國法的制裁了。《白虎通》云：“父煞其子死，當誅何？以爲天地之性人爲貴，人皆天所生也，託父母氣而生耳。王者以養長而教之，故父不得專也。《春秋傳》曰：‘晉侯煞世子申生’”。直稱君者甚之也^③。可見漢人的概念，父已無權殺子。北魏律，祖父母父母忿怒以兵刃殺子孫者處五歲刑，毆殺者四歲刑，若心有愛憎而故殺者各加一等^④。唐、宋律不問理由如何，殺死子孫皆處徒罪，子孫違犯教令而殺之，也只能較故殺罪減一等，——毆殺徒一年半，刃殺徒二年。若子孫並未違犯教令而殺之，便是故殺了^⑤。而且所謂違犯

① 《左傳》昭公二一年。

② 《史記》八七，《李斯列傳》。

③ 《白虎通德論》。

④ 《魏書》一一一，《刑罰志》。

⑤ 《唐律疏義》二二，《鬪訟》二，“毆晉祖父母父母”。《宋刑統》二二，《鬥訟律》，“夫妻妾媵相毆並殺”。