

書用試考種各 材教校學專大

中國法制史概要

著 遠 顧 陳

三民書局印行

陳 顧 遠 著

中國法制史概要

三 民 書 局 印 行

行政院新聞局登記證 版業字第二〇〇號
著作權執照內字第一八八號



中華民國五十三年二月初版
中華民國六十六年八月五版

◎ 中國法制史概要

基本定價肆元壹角叁分

著者 陳 顧 遠
發行人 劉 振 强
出版者 三民書局股份有限公司
印刷所 三民書局股份有限公司

臺北市重慶南路一段六十一號
郵政劃撥九九九八號

人文科學概要叢書編刊序言

近年我國學術日趨進步，教育日趨發達，用行政亦漸步入正軌，諸如大專學校林立，出版事業振興，各種考試經常舉辦，是其明徵，誠屬國家社會發榮滋長之新氣象。

惟一般大專學生及各種應試人員，在修習課業或準備考試之際，常苦乏內容簡明而水準高超之書籍可讀，甚至社會人士之有志研求學問者，亦常感無進修之階梯，故目前對於瞭解全般（概）而又把握重點（要）之概要讀物，實有迫切而普遍之需要。

本書局有鑒於此，爰先就人文科學方面，敦請著名學者教授撰著各科概要，彙為叢書，次第梓行，期能為治學立基礎，為應試作引導，聊盡出版服務之責；尚祈國內宏達賜予匡助，各方讀者廣予支持，出版同業惠予協作，俾本叢書得益見其充實與擴展，無任感幸之至。

序

曩爲商務印書館寫中國法制史一書，迄今三十餘年矣。雖在海外已有譯本，但資料仍嫌不足，有待補充。且此書爲余三十餘歲之作，尙在「文章寫我而非我寫文章」時代，人每感其難讀，其或然歟！經三十年來教學之結果，如關於中國固有法系之整體認識，儒家法學之影響中國法制，禮刑合一之時代進展次序，以及現行法制之探本溯源於古，皆後起之義而非此書所備者。若因臨時觸發靈機，致有啓悟之處亦恒見之，如中國往昔何以不容有民法觀念之存在，禮中之道德性與法律性究以何種標準爲其分野，以及中國文化與中國法制之連鎖性，往昔刑訊在當日法制上之必然性，或亦可成一家之言，仍非此書所及者。他如徒刑得名之源委，條例爲稱之沿革，漢之科比問題，晉之故事問題，類此專題嘗有專文發表，更非此書之體例及篇幅所能容納者。因此，遂有志於重編此書，預定以五卷陸續問世：總論，一也；政事法，二也；民事法，三也；刑事法，四也；民國法制，五也。終因公務繁夥，課務忙碌，律務紛擾，編務瑣碎，家務俗務莫能排除；雖馬齒日漸加長，仍未著手編寫。苟天假以年，當必有成也。

今夏，三民書局劉振強先生約爲寫中國法制史概要一書，並預送部分稿費。適值翌日爲余六十八歲生辰，親朋祝賀，例求吉祥，遂忘「老而戒得」之訓，存「善財難捨」之心，遂即允之。初約定九月底交稿，因氣候特別燠熱，思慮不能集中，而半數以上之新增資料，亦不能以「概要」之故，卒然捨去，遂一再展期始告完成。然仍因非素志之是在，並受「概要」爲名之限制，

在民事方面之宗法制度，喪服制度，繼承制度，錢債制度，依然未及詳論，姑則爲後備之兵，有待異日補充焉。本書列編三，列章十二，分別叙其要義如左：

任何事物之彙而成類，必有其總體相之可言，否則百戲雜陳，無體相矣。蓋不求其總，難得其全；不窺其全，難明其統，事理然也。況法制之爲類浩繁，更不能不提綱絜領以論之，作總論編第一。彙而成類之事物既非一種，當必有其各別相之觀察，否則徒有其表，不知其實矣。蓋各者總之反，專者全之分，識其大體有尙於總於全，深其內容有尙於各於專，法則然也。惟爲篇幅所限，雖以各論爲稱，實爲選論性質，作各論編第二。關於事物之敘述無論求全求專，必應有其重點所在，有其價值所屬，更爲治法律史學者所應具之態度；否則惟誇祖宗之富貴，莫解自己之貧寒，有何益哉？惟本書結論非限一端，遂以後論爲稱，作後論編第三。

總論編爲章有四：研究中國法制史首須對法制之命名有其認識，次須對史績之溫習有其目的，並須對治史之學問有其方法。三者闕一，皆失其道，循路而進，此爲其始，作開宗明義章第一。時代演變，事之常也，歷史敘述，莫非變也。中國法制之史的變動，最重要者爲變法之變，律統之變，法學之變。就此三變，以概其餘，作探源索流章第二。中國法系爲世界各大法系之一，其存在、其形成、其特徵、皆與中國文化有關。外人或有誤解，國人應知底蘊，作固有法系章第三。政事民事或歸於禮，刑典刑書代有其文，「律令典」具有成文性也，「敕格式」具有命令性也，「科比例」具有伸縮性也。雖歷代典籍，不盡於此，大體則已備之，作重要典籍章第四。

各論編爲章有六：政事之要，首爲組織，除皇權外，安內以行政爲主，馭外以兵事居先，司

法組織所以處理訟獄也，監察組織所以糾彈官吏也。舉此四事，以例其餘，作組織法規章第一。組織之運用，端賴人事之健全。人非生而卽能，須教而育之有道，士非居而卽達，須選而舉之有方，然無論選士與選官，皆以考試方法爲最公平。過去立政素習於此，雖在今日仍爲重要，作人事法規章第二。中國法制向以刑事占主要部分，訴審有其體系，刑名有其章則，論罪科刑有所見，肆囚赦罪有所本。雖不必盡合於今，要爲舊日之急，作刑事法規章第三。民事係以家族制度爲核心，親屬繼承等事亦附見之。且家族制度對於政法之影響既甚廣泛，對於刑事法之支配更爲深刻，國家聯而爲稱，卽知其然。如捨家族制度不論，自無由洞悉往昔法制之背景何在，作家族制度章第四。家族組織配偶爲本，而亦男女之情合於禮義者也。由原始之婚源，進入自然之婚俗，繼以婚禮而確定之，復以婚律而保障之，君子之道遂造端乎夫婦矣。配偶爲人倫之始，爲家族之原，爲國家社會之基石，作婚姻制度章第五。國以財政爲其命脈，民以經濟爲其血液，舉凡田土問題，賦稅問題，財貨問題，錢幣問題，皆與國計民生極有關係。往昔之食貨制度，卽卽今日之財經立法，古之所重今之所貴，作食貨制度章第六。

後論編爲章有二：中國法系之體軀，法家所創造也；中國法系之生命，儒家所賦與也。法家尙霸道，重刑治；刑之始也爲兵，刑之變也爲律，有其因焉，有其果焉。儒家尙王道，崇禮治；禮之始也爲儀，禮之變也爲法，有其源焉，有其流焉。儒法之爭，王霸之爭，實卽禮刑之爭；終因儒家法學獲勝，奠定禮刑合一之局。從其演變經過而觀，不啻中國法制之史的縮影，作禮刑合一章第一。鑒往而知來，溫故以求新，法律史學之研究，非爲過去標榜，實爲現在借鑒，並爲將

來取法。今之所行者憲法之治，五權之用，雖爲新制，究有所承，立國精神及立政綱領始終不變者此耳。今之所爲者，民刑之法，財經之道，雖係新猷，仍有其本，過去成效之保留於今後者採之，過去弊害之驚惕於現代者去之，研究法律史學之有價值者是耳。以古觀今而知其變，以今觀古而守其成，作今古相通章第二。

本書寫作緣起，及三編十二章大旨，粗如前述之後，尙有不能已於言者：無三民書局之約稿，新作不知何日問世，而劉振強先生精心校勘，力避魚魯之誤，並爲讀者代謝之。余妻梅晴嵐女士及余兒大爲爲余抄寫，每至深夜，勞碌亦甚。雖有夫妻父子之親，相助皆屬分內之事。但夫妻相敬如賓，仍應以禮相遇，不能不致謝意。謝其母而不提其子，當非其母之所願，故附筆及之，此在中國史上或有其例，而在中國法制史上則未之聞也。

陳 頤 遠

中華民國五十二年除夕之夜

自序於臺北杭州南路双晴書屋

中國法制史概要目次

序

第一編 總論

第一章 開宗明義

- 一、認識論……………二
- 二、目的論……………五
- 三、方法論……………九

第二章 探源索流

- 一、從變法上以言其變……………一九
- 二、從律統上以言其變……………二七
- 三、從法學上以言其變……………三四

第三章 固有法系

- 一、中國固有法系之存在……………四三
- 二、中國固有法系之形成……………四七
- 三、中國固有法系之特徵……………五三

第四章 重要典籍	六〇
----------	----

一、較有成文性之典籍——「律」「令」「典」	六二
二、具有命令性之典籍——「敕」「格」「式」	六四
三、富有伸縮性之典籍——「科」「比」「例」	六四

第二編 各 論

第一章 組織法規	七
----------	---

一、關於行政組織者	一〇一
二、關於兵事組織者	一三
三、關於司法組織者	一三〇
四、關於監察組織者	一三三

第二章 人事法規	一三七
----------	-----

一、育 才	一三七
二、選 舉	一四〇
三、考 試	一五一

第三章 刑事法規	一五三
----------	-----

一、訴 審	一五三
二、刑 名	一八一

三、罪刑	三四
四、肆赦	三三

第四章 家族制度	二四
----------	----

一、從政事法上論家族制度	二四四
二、從民事法上論家族制度	二五四
三、從刑事法上論家族制度	二六五

第五章 婚姻制度	二七九
----------	-----

一、婚姻制度之前期——婚源	二八一
二、婚姻制度之開始——婚俗	二八四
三、婚姻制度之確定——婚禮	二九三
四、婚姻制度之保障——婚律	二九八

第六章 食貨制度	三〇五
----------	-----

一、田土之制	三〇六
二、賦稅之制	三一九
三、財貨之制	三三三
四、錢幣之制	三四三

第三編 後 論

第一章 禮刑合一

一、法與刑

三五五

二、法與禮

三六一

三、刑與禮

三七七

第二章 今古相通

三七四

一、憲法之治

三七五

二、五權之用

三八一

三、民刑之法

三九〇

四、財經之道

三九四

中國法制史概要

第一編 總論

第一章 開宗明義

國內學者所著之中國法制史，範圍至不確定。有採廣義者，如康寶忠，丁元普，林咏榮諸人之著作是也。有採狹義者，如程樹德，朱方，徐道鄰，戴炎輝諸人之著作是也。然廣至何種程度，狹至何種界限，各家選材，亦難一致。例如山西大學發行之中國法制史，雖係採取狹義，以歷代之法典爲限，竟將法家思想與之同列，則狹而廣矣。拙著之中國法制史（上海商務印書館出版），雖將政治制度經濟制度一併列入，但皆本組織法規及財經立法之見地而爲觀察，則廣而狹矣。至如沈家本之中國刑法考，楊鴻烈之中國法律發達史，徐朝陽之中國訴訟法溯源，洪鈞培之中國國際公法，及拙著中國國際法溯源，皆不失爲中國法制史內容之一部，惟未標其名而已！中國法制史之範圍所以有廣有狹者，實因「法制」兩字之解釋各異，遂即影響史之疆界；又因學者研究之目的不同，遂即轉換史之領域；愚則認爲與其失之於狹而不備，涉獵難周，無寧失之於廣

而有餘，採擇較易。願無論如何，中國法制史之敘述與中國法制史料之蒐集，截然兩事，不容混淆，故研究中國法制史者，除應備具認識論目的論以外，尤須注意方法論；否則正史中之典志均在，別史中之紀錄甚全，類書中之資料亦備，何必由吾人爲葫蘆之依樣而畫乎？茲就認識論目的論方法論分別述之：

一、認識論

認識論即本質論之謂，對於「法制」兩字之連用，究作如何解釋也。今人雖謂「法制」爲法律制度之簡稱，但採廣義者，則認爲「法律」與「制度」合而言之曰「法制」；我國古昔，「法」固爲訟獄之準繩，「制」固爲政化之規範，實則兩字連用仍有其例；或以「法」爲制度之統稱，禮記所謂「謹修其法而審行之」是；或以「制」爲成法之解釋，左傳隱公元年「今京不度，非制也」是。故今人對「法制」兩字連用，採取廣義，雖與向之「法制」爲稱不甚扣合，要非無據。採狹義者則認法律制度指法律方面之制度而言，如法典編纂與形式，法庭組織與訴訟，以及法律存在背景與精神等事，簡稱之曰法制。然而我國過去，「法」之本義爲「刑」而歸於「律」，與政事法民事法所在之「禮」爲對立，故法司曰秋曹或刑曹，法官曰刑官，法典曰刑書。是「法制」兩字連用採取狹義，亦只能與向日限於一部分之「法制」含義相合耳。但「禮」之所表現者，應

歸於法制範圍之內，實乃今人一致之主張，且在客觀現象上亦不容不如此耳。

除「法律制度」簡稱「法制」之解釋，見仁見智各有立場外，對於「法制」兩字連用，成爲一種專門名詞，則古今中日爲說亦繁，大別之，有左列各種見解：

(甲) 我國向時所稱之「法制」含義 呂氏春秋孟秋記「是月也，命有司，修法制」；注

「禁令也」。實則禮記月令亦云「命有司，修法制，繕囹圄，具桎梏」；而管子君臣上「法制有常則民不偷」；史記老莊申韓列傳「於是韓非疾治國不務修明法制」；漢書路溫舒傳「省法制，寬刑罰」；後漢書仲長統傳「君子用法制而至於化，小人用法制而至於亂」，皆係同一意義而以禁令爲解。蓋我國向之所謂法，偏重於刑，「法制」無非刑罰之制云爾。依此古義而定中國法制史之範圍，則所謂中國法制史者，實際上不外「中國刑法史」或「中國刑制史」矣。

(乙) 東瀛學者所稱之「法制」含義 東瀛學者，以法律制度與政治制度、經濟制度爲彼

此對立之名詞，遂簡稱曰「法制」。雖對刑事制度不能有所否認，而實重視禮治方面之民事制度。於是宗族制度，家庭制度，親屬制度，婚姻制度，繼承制度，社會制度諸事，皆成爲中國法制史之主要內容。是「法制」爲名較我國向所用者爲廣，除「禁令」外，尙有「法度」之一部分在內。「法」與「律」字連用，採其本義爲「刑」也；「法」與「度」字連用，採其別意爲「常」也。不僅今日之民事法見之於禮，爲法度之一，即今日之政事法亦然。漢書刑法志「周道衰，法度

墮」；又東方朔傳「非法度之政不得入焉」；又師丹傳「號令不定，法度失理」；又谷永傳「皆承天順道，遵先祖法度」，可證。依此新義而定中國法制史之範圍，則所謂中國法制史者，除刑事制度外，實際上不外中國法度史或中國禮制史矣。

(丙) 法制機構所稱之「法制」含義

民國成立後，北政府之國務院置有法制局，北伐告成後，國民政府亦一度置有法制局，而各省政府並或有法制室之設置。按法制局之職務係擬定法律命令案，審定各高級機構之法律命令案，審定國家禮制案，調查編譯各國之法制，並保管法律命令之正本等事。以法制局所用之「法制」意義，而定中國法制史之範圍，則所謂中國法制史者，在實際上，就狹義言之，不外中國法典史，就廣義言之，不外中國政制史矣。

(丁) 立法機關所稱之「法制」含義

北政府之新舊國會，及立法院在訓政與行憲期間，各委員會中均有法制委員會之設置。行憲以前，法制委員會之權責甚為廣泛，凡法律制度及不屬於外交財政經濟軍事等委員會之案件，皆由法制委員會審查之。故為立法機關之首要委員會，相當於「一般委員會」或「普通委員會」之地位。今則名列各委員會之末，以審查司法、考試、監察三院之議案為主，而關於內政、外交、國防、交通、財政、經濟等部門之組織法案，則與各有關委員會聯席審查之。故其地位，無異官制官規委員會而已；依法制委員會所用「法制」之意義，以定中國法制史之範圍，則所謂中國法制史者，在實際上，就廣義言之，不外中國立法史，就

狹義言之，不外中國官制官規史矣。

據右所述，「法制」爲名之解釋各有所見，合而用之，乃得其全。故拙著中國法制史序內，對中國法制史立一界說曰「爲社會生活之軌範，經國家權力之認定，並具有強制之性質者曰法；爲社會生活之形象，經國家公衆之維持，並具有規律之基礎者曰制。條其本末，系其終始，闡明其因襲變革之關係者，是爲中國法制之史的觀察」。然如採取狹義，關於中國法制史之意義，山西大學發行之中國法制史稱曰「法制史者，記述國家廣續維持社會秩序之法律制度，而明其興廢，遞嬗之迹象，藉以識別現代立法之良否，並作將來立法之資鑑者也。如是記載中國歷代法制之沿革者，謂之中國法制史」。其他各家尙未見其對中國法制史立有界說，姑錄此以示例。惟如在中國法制史之意義中涉及目的論者，則非純粹本質論之認識也。

二、目的論

目的論即價值論之謂，對於中國法制史之研究，畢竟抱有何種目的，而其價值究如何也。曩時學校對中國法制史課程僅備一格，且列之爲選修，於是辦學者既輕其事，教學者益懈其責，修學者至於虛應故事，湊足學分而心不在焉。迨後，改爲法律學系必修課目，聲價仍未提高，終因高等文官考試，對應考法學者，廢中國通史不考，以中國法制史代之，從而成爲求取功名必由之