

徐道鄰 著

正中書局印行

中國法制史論略

D 929
X 692

徐道鄰著

中國法制史論略

正中書局印行

究必印翻



有所權版

版初臺月一十年二十四國民華中
版六臺月九年五十六國民華中

略論史制法國中

角八 價定本基 冊一全

(費匯費運加酌埠外)

鄰 道 徐 者 著
譽 元 黎 人 行 發
局 書 中 正 刷 印 行 發

(號十二路陽衡市北臺灣臺)

司 公 書 圖 成 集 銷經總外海
(號七街海北地麻汕龍九港香)

店 書 風 海
(地番六五目丁一町保神田神區田代千都京東本日)

店 書 海 東
(地番八九町前門中田區京左市都京本日)

申(3473)號九九一〇第字業臺版局 證記登業事版出局聞新
(500)

序

如果照事實的說明：寫中國法制史，似乎確實是一件難事。二三十年來，出版問世的，一起不過五六本，而多半不合需要。它們一般的缺點，是略其所應詳，而詳其所可略。二三十萬字，八九十萬字的書：對於兩漢的春秋折獄，魏晉間的肉刑之議，宋神宗時王安石、司馬光等關於首的論戰，有的祇是略略提起，有的簡直連提起過都沒有；但是它們却討論到漢朝有沒有「格」，元朝有沒有「例」，和春秋時代有沒有「律師」和「證人」的制度？它們詳於田糧貨幣，而把官制官規忽略了。尤其是它們都缺乏系統性的整理和討論，而大多祇是「朝代一朝代，一件事一件事的平鋪直敘，沒有提綱挈領，沒有指出重心。初學者讀過之後，但覺萬花擾眼，而沒有得到一個成形體的印象。而且錯誤也非常之多：一生反對肉刑的孔融，和父子兩代主張肉刑的陳群，硬被派成了同志；蘇子由有句詩：「讀書萬卷不讀律」，因而竟有人說東坡「對於此道全是外行」^①，卻忘記了子由下面還有一句，是「致君堯舜終無術」！有人把 Machiavelli 寫作 Michiavelli，因而譯為「米奇維里」的；北魏常景議律，是在正始元年（504），有人把它提前到太和十九年（495）；太和五年（481），高閭所修的律，被人寫在正平元年（451）高允的眼上；明朝的六職，和唐朝的六職

HW 281/5

，中間大有分別，而談者竟忽略過去；宋高宗紹興十三年（1143）的「申明刑統」，和太祖建隆四年（963）的「重定刑統」，明明是兩部書，而被人當作了一部。諸如此類，不一而足。寫中國法制史，真如其難乎？

○ 實則東坡對於法律甚是內行。

我自知學識淺陋，又兼目前在臺灣不易找參考書，那裡敢妄談著作。祇因為這一門學問之重要，和這一門書籍之缺乏，又經不起朋友的鼓勵，乃大膽寫成此一小書。不知能使讀者對於我們過去的法制源流，遂稍知其大略否？對於如何鑒往以知來，也稍微多得一些理解否？

我這本小書裡的敘述和論斷，有許多地方，和別的書不同。我沒有一一的舉出來加以解說。因為對於研究法制史的，他們略翻原始材料，是非馬上自明，無須我在此叨叨。對於不是研究法制史的，在一些瑣碎的小問題上，打考據官司，來在他們面前囉嗦，我認為不須要也不應該。

書中一定不少粗心和誤解的地方，希望 讀者多多指教我！

民國四十二年四月二日

徐道鄰識於臺北

目錄

系統圖	一
敘言	一
壹、春秋及戰國	二
一、古史材料缺乏	二
二、戰國的法家思想	三
貳、漢	一
一、漢朝律令繁瑣	一
二、漢之春秋折獄	二
三、漢世法學昌明	五
叁、魏晉及南朝	一
一、魏	一
1. 魏律	一

2. 肉刑之議	一九
二、晉	二一
1. 晉律	二一
2. 張杜之注	二三
三、梁律	二五
四、陳律	二六
肆、北朝及隋	二七
一、北魏律	二七
二、北齊律	三〇
二、北周律	三一
四、隋律	三三
伍、唐	三五
一、唐律的編製	三五
二、唐律中的『禮教法律觀』	三六

三、唐律之倫常立法	四〇
四、唐律中的社會觀念	四八
五、唐朝的司法制度	五四
陸、五代	五九
柒、宋	六三
一、宋用唐律，『刑統』及『編敕』	六三
二、宋代多明法之君	六六
三、宋代兩名案	七一
1. 安崇緒之獄	七二
2. 阿云之獄	七三
捌、遼金元	八〇
一、遼	八〇
二、金	八一
1. 金人用唐律	八一

2. 號稱「小堯舜」的金世宗·····	八三
三、元·····	八四
1. 『大元通制』·····	八四
2. 元朝法律的奇奇怪怪·····	八六
3. 元人之種族觀念·····	八八
玖、明·····	九〇
一、明之律例·····	九〇
二、唐明律比較·····	九五
三、廠衛之患·····	九八
拾、清·····	一〇五
一、清之律例·····	一〇五
二、清之考試與任官制度·····	一〇九
1. 考試制度·····	一一一
2. 任官制度·····	一一九

3. 人才的城鄉交流.....	一三三
附、歷代律令名稱考.....	一三五
一、『律令』.....	一三五
二、『律令格式』.....	一三七
三、『刑統』.....	一四一
四、『條格』.....	一四二
五、『律例』.....	一四三

敘言

中國的法律制度，可分兩個時期。光緒二十八年（1902），清室命沈家本伍廷芳等，參照外國法律，改定律例，是中國法律歐化的一個新時期的開始。在這個時期以前，是中國固有法律制度的，一個很悠長的時期。我們現在要敘述的，就是這個時期裡的中國法律制度。

這個法律制度，若是從周秦說起，到了清末，前後不下兩三千年。時間雖長，但是它有非常健全的發展，很靈活的適應了和控制了這個時期的社會。最可注意的，它和很多的其他文化系統不同，它始終維持了非常高度的純一性（Homogeneity），它所受的異族文化的影響，可以說是微乎其微。所以在中國許多文化產物中，都有各種時期或朝代的特色，而中國的法律系統，是始終維持其一貫性的。

我在這本小書裡敘述制度時，同時檢討其在思想上的依據，有時談到思想，則先考究其在制度上的影響，不然，或為空虛之談，或屬偶然之事，治史學者所不取也。至於敘述的體裁，在各朝代中，擇取其最重要及最具代表性之事實述之，如講律書內容則取唐，講辯獄則取宋，講官制官規則取清，這樣採取重點（“Schwerpunkt”）的方法，在寫法制史，還是嘗試。是否適當，仍待讀者指教。

壹、春秋(770—404B.C.)及戰國(403—221B.C.)

一、古史材料缺乏

凡是一個民族，經由原始社會，形成一個有組織的國家，必定有它的一套法律制度在發生作用。因之所有民族的原始法律，都有它們的共同和類似之點。關於原始法律的研究，是社會學，民族學，法律哲學的，而不是法律學的課題。有些治中國法制史的，每每喜歡從「法」字，「律」字的研究開始，而去在易經、說文等書上去下功夫。這是以不適當的工具，從事於不必要的工作：作起來很勉強，結果並無價值①。

① 譬如爲研究孔子而考證到「孔」字的來源和涵義，這是研究「孔」字這個字，而不是研究「孔子」這個人。

凡談中國古法律的，必定談到書經中的呂刑（呂侯是周穆王的司寇，作呂刑 861 B.C.？）。書經是否爲漢人偽造，姑且不論；即使我們認定呂刑是西周的文字，但是除了「五刑之屬三千」，「大辟二百」等幾個籠統的數目字，和「五辭」「五刑」「五罰」「五過」等幾個「五」字起頭的名詞以外，它並沒有什麼有關法律的內容②。但是因爲自從漢魏以來，凡是討論法律的人，在寫文

章的時候，總是歡喜用引它一兩句，以飾詞藻，因之遂享有大名。實則呂刑對於中國的法律思想和制度，事實上並沒有發生過多大的影響^①。本來沒有法律性的東西，怎麼能發生法律上的作用呢？此外還有春秋時鄭國子產的『刑書』（左傳昭公六年 538 B. C.），晉國趙鞅的『刑鼎』（昭公二十九年 513 B. C.），也是法制史課本上常見的項目^②。但是除去舉出來當時知識份子中有力人物（叔向，孔子）之不以為然，而間接的說明了當時一般風氣之不看重成文法^③。此外在法制法理方面，它們並沒有供給我們任何一點具體的知識。

① 我們看看羅馬的十二銅表法（451 B. C. ?），它們包涵着多麼豐富的法律材料！

② 後漢的陳寵，曾經一度打算根據呂刑的『三丁』之數，刪減當時的刑名（91 A. D.），但也不過祇是一個紙上談兵的問題罷了（見後漢書陳寵傳）。

③ 楊鴻烈：中國法律發達史，頁五一；陳顧遠：中國法制史，頁四二。

④ 希臘：都拉科（Dracon）公布的法典，在 621 B. C.；索倫（Solon）的修改，在 594 B. C. 羅馬派考蘇圖到希臘學習法律，在 454 B. C.，公布十二表法，在 451 B. C.，都是看重成文法的例子。

二、戰國的法家思想

戰國時的『法家』——漢書藝文志所稱的李悝，商鞅，申不害，慎到，韓非之外，後人又加上管子和尹文子——在中國思想史上，久矣夫不為正統派學者所推崇，而在最近三四十年來，却甚為

時髦，在許多法制史書上，都佔着重要的篇幅。但此中有好幾個誤解存在，我們不能不予以辨正。

一、所謂『法家』，並不包括李悝。李悝是魏文侯的老師，造的『法經』六篇（約400 B.C.），後來商鞅傳之於秦，蕭何用之於漢，從此兩千四百年的中國法律，再也脫離不了他的系統。稱李悝爲中國法律之祖，實在一點也不誇大。不過李悝的法經，除去一部份內容，寄生在後來的法典中，它本身久已失傳①。所以後人所稱的法家，李悝並不能被包括在內。而李悝對於中國法律的關係，也就並不代表法家對於中國法律的關係。此其一。

① 黃奭的漢學堂叢書，收有李子法經六篇，全是以唐律改竄，有「天尊」，「佛像」，「道士」，「女冠」等名辭。我們所見的偽造的古書，未有幼稚的如此可笑者。

二、法家乃政治家而非法律家。這些法家的著作，其全部的內容，無不是在說明如何取得國王的信任，如何把國家弄得安定富強，如何治國第一必須重用法律，而不是對一些實質的法律問題②，有若何深刻的探討。他們是一羣政治家，法律哲學家，而不是法律家；至少他們的書，是講權術的政治學，間或略帶一點法律哲學，而不是法律學。『法家』（Legists）並不就是『法律家』（Jurists）③。此其二。

② 例如羅馬法很早就討論到『法律和公平』『公法和私法』，『自然法』，『債權』，『婚姻』，『繼承』，『訴訟程序』等，問題。

◎ 喜歡聽彈鋼琴的人，不一定就是會彈鋼琴的人。就使他描寫鋼琴如何好聽，也並不就是在講說鋼琴如何彈法。

三、法家理論，有許多與儒家相同。法家特別注重法律，所以對於法律的討論也比較多。有些學者，曾經舉出好幾點，認為是他們的特殊見解。實則儒家們的法律見解，有許多和他們是相同的。

(1) 法宜公布。韓非子：『法者編著之圖籍，設之於官府，而布之於百姓者也』。商君書：『諸官吏及民有問「法令之所謂也」於主法令之吏，皆各以其「故所欲問之法令」明告之；故天下之吏民，無不知法者，吏明知民知法令也，故吏不敢以非遇民』◎。然而這就是孟子所強調的『明其政刑』的『明』公孫丑。

◎ 楊鴻烈：中國法律發達史，頁八三，陳顯達中國法制史，頁四二。

(2) 法重綜合名實。韓非子：『正名覆實，不罰而威……是非隨名實，賞罰隨是非』◎。然而『正名』之重要，正是孔子所最強調的一點，而曾經明白地指出『名不正則……刑罰不中……則民無所措手足』子路。

◎ 楊鴻烈：中國法律發達史，頁八五。

(3) 法宜客觀。韓非子：『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」。管子：「爲人君者，棄法而好行私，謂之亂」①。可是孟子也說過，「不以規矩，不能成方圓」，和「遵先王之法而過者，未之有也」離婁。也都是說明了法律之不宜主觀。

① 楊鴻烈：中國法律發達史，頁八六，陳顯達：中國法制史，頁四三。

(4) 法宜進化。韓非子：「治民無常，惟治爲法，法與時轉則治」商君：「治世不一道，便國不法古」②。然而孔子號稱聖之「時」者：「行夏之時，乘殷之輅，服周之冕」③。衡靈公，正說明他不是死守一個時代的成規。所以有時候他固然違衆從禮，有時候他却肯捨禮從衆。儒家並不是不講進化的。

② 楊鴻烈：中國法律發達史，頁八九，陳顯達：中國法制史，頁四三。

此外還有人說到法家認爲任法可以無爲而治，如管子所說「法立而不用，刑設而不行」④；和法家認爲法律有最高效率，如李斯所說「罪輕督深……民不敢犯」⑤。但這都是他們形容法律作用的誇大，而不是他們對於法律內容的主張，我們無須加以討論。

④ 楊鴻烈：中國法律發達史，頁八七。

⑤ 楊鴻烈：中國法律發達史，頁八九。

但是法家對於法律的理論，有一點十分值得我們的注意，即法律的平等性是也。如韓非子：「

刑過不避大臣，賞善不避匹夫」；商君：「刑無等級，自卿相將軍以至大夫庶人，有不從王令，犯國策，亂上制者，罪死不赦」；管子：「君臣上下貴賤皆從法」①。這是法家和儒家講法律最不相同的地方。從法律思想的進化觀之，不能不說是比儒家法律觀念高明的一點。此外他們還說明法律應當一致：韓非子，「法莫如一而故」；應當安定：韓非子，「執一以靜，使名自命，令事自定」；應當有高度的強制性：商君，「有敢剋定法令，損益一字以上，罪死不赦」，管子，「憲法布，有不行憲者，謂之不從令，罪死不赦」②。也都比儒家們說的更為透澈。

① 楊鴻烈：中國法律發達史，頁八三；陳顧遠：中國法制史，頁四三。

② 陳顧遠：中國法制史，頁四三。

四、法家和儒家的分野，在禮和法的關係。我們詳讀法家各書，可以看出來，他們和儒家的真正分別，完全在他們對於『禮』和『法』二者的看法。原來法家之不是不注重禮，和儒家之不是不注重法，正是一樣。管子說：「禮義廉恥，國之四維」牧民，商君說：「賢者更禮」史記商君傳。這是法家之說到『禮』。孔子說：「刑罰不中，則民無所措手足」子路；又說：「君子懷德，小人懷刑」里仁；又說：「謹權量，審法度，修廢官，四方之政行焉」子張。孟子說：「上無道揆，下無法守，國之所存者幸也」離婁；又說：「入則無法家拂士，國恒亡」告子。可見儒家更是常常談到『法』。