

瞿同祖著

中國法律與中國社會

俞大維題



瞿同祖 著

中國法律與中國社會

俞大維題



HS 1983.8.31.

中國法律與中國社會

瞿同祖 著

發行人：徐 秀 榮

發行所：里仁書局

局版台業字第二〇九六號

台北市新生南路一段160巷1-9號（三樓）

電話：3913325 3517610

印刷所：傑泰彩色印刷有限公司

中華民國七十一年十二月十五日

郵政劃撥：157293「里仁書局」帳戶

出版說明

本書從中國法律之變遷以考察中國社會之變遷。其論述範圍，包括家族、婚姻、階級、巫術與宗教，並闡論儒家兩家思想對中國法律之影響。

中國古代法律，特重家族與階級，而古代法典大部份爲關於親屬及階級的特殊規定；儒家之倫理思想與禮治主義，則支配中國之法律思想。此一狀況，至清季變法，始生動搖。法律不復爲家族與階級而作特殊規定，而關於性別及種族等之不平等現象，至是亦失其法律上之承認。類此，皆足以說明中國社會變遷之趨勢。本書論中國法律，不重在描述不同朝代法律上之變易。著者以爲自秦漢至晚清，中國社會無基本之變動，故論述此一時期中國法律之基本形態與精神，遂捨其異而求其同也。

著者瞿同祖先生，早歲於燕京大學治社會學，其後遂致力於中國歷史之社會的研究。此書爲抗戰時任教雲南大學講稿。前於此者，著有中國封建社會（一九三七年商務初版）；後於此者，有英文本清代中國之地方政府（一九六一年哈佛大學出版）。著者於哈佛研究時，以楊聯陞教授之提議，遂依其所批評，另撰英文本，題爲 *Law and Society in Traditional China* 於一九六一年由荷蘭 *Mouton* 書店出版。

社會學叢刊總序

吳文藻

本叢刊之發行，乃基於兩種信念及要求：一為促使社會學之中國化，以發揮中國社會學之特長；一為供給社會學上的基本參考書，以補助大學教本之不足。叢刊內容暫分爲三集：甲集爲社會學理論及方法論；乙集爲國內鄉鎮社區之實地調查報告；丙集爲邊疆社區之實地調查報告。以後尙擬陸續增添，如丁集爲社會史等，俾可適應時代需要。中國社會學，尙在草創時代，故各集不得不兼收創作與譯述。茲就社會學之中國化，與基本參考書之供應，以及甲集社會學理論及方法論之編纂，三點略分論之。

(一)社會學之中國化 社會學誕生於中國，將近四十年，而大學之開講社會學，至多不過三十年。始而由外人用外國文字介紹，例證多用外國材料；繼而由國人用外國文字講述，有多講外國材料者，亦有稍取本國材料者。又繼而由國人用本國文字講述本國材料，但亦有人以一種特殊研究混作社會學者，例如有以社會學爲社會問題的研究者，亦有以社會學爲唯物史觀或辯證法的研究者。要之，當此期間，社會學在知識文化的市場上，仍不脫爲一種變相的舶來品。近十年來社會調查與統計的風氣頗爲流行，搜集事實及尊重事實的重要逐漸被人認識，此本爲科學進步極好的象徵。但不幸又有誤

以「測量」爲科學者，甚至亦有誤以「在實地調查以前腦中應只有一張白紙」爲嚴守科學精神者。殊不知一切科學工作的進行，事前必須懸有一種可以運用的假設，假設與科學絕不可分，我們的立場是：以科學假設始，以實地證驗終，理論符合事實，事實啓發理論，理論與事實糅和一起，獲得一種新綜合，現實的社會學纔能在中國的土壤上生根。又必須有本此眼光訓練出來的獨立的科學人才，來進行獨立的科學研究，社會學纔算澈底的中國化。

(二)基本參考書之供應 在歐美各大學本科就學青年必讀之書，除了中外典籍外，至少尚有兩大類：一是標準教科書，一是基本參考書。前者較盛行於美國，後者則通行於歐洲各國。惟近年來美國先進學者已以教本內容包羅萬象，難免膚淺，使青年讀者在思想上得不到真正的修養，及嚴格的訓練。年來國內各大書坊，因迎合潮流，對於大學叢書——特別可以採用爲教本者——頗爲提倡。此於大學教材標準之劃一及程度之提高，固不無小補。但一方面亦不免使讀者養成「教本蔽」的心理習慣，或竟驅使求知慾極強盛的青年沾染了「思想公式化」的流行病，在青年思想上，實潛伏着很大的危機。我們有鑒於此，就在適應當前環境需要的前提下，來充量介紹及發揮一派一家之言，俾使青年得有機會來鍛鍊「思想體系化」的頭腦，中國今日思想界所需要的刺激，是學派之爭，而不是門戶之見。這或許是糾正複雜錯誤思想最靈驗的藥劑。

(三)甲集社會學理論及方法論之編纂 本叢刊的主旨是要在中國建立起比較社會學的基礎。所謂比較社會學，簡單言之，即係應用類似自然科學上的方法——即比較法，對於各地現存的社區，作系統而精審的考察。現代社區的核心爲文化，文化的單位爲制度，制度的運用爲功能。我們即本功

能的與制度的入手法，來考察現代社區及其文化。因此，也可以說，社會學便是社區的比較研究，文化的比較研究，或制度的比較研究。這樣的比較社會學是包括了通常所謂的「農村社會學」與「都市社會學」，「社會人類學」與「文化人類學」，或「民族學」與「民俗學」的闊地，因為現在各國社會學與人類學所對付的題材，觀點及方法，實在完全是一樣的；並且這種看法與我國國情最爲吻合！

「社區」、「文化」、「制度」及「功能」，皆係比較社會學上的基本概念。這些以及其他一切概念，密切聯繫起來，組成一個體系，即是比較社會學上的「概念格局」(conceptual scheme)。這種概念格局是一切科學思辯工作上所必不可少的工具。爲要發展比較社會學的園地，凡關於社會與社區，文化與文明，組織與制度，以及結構與功能等等的本學理，都想分別予以介紹及發揮。介紹雖以限於一派一家之言爲主體，但針鋒相對的理論具有獨特的貢獻者，亦在採納之列。

甲集徵稿的範圍，除普通社會學外，亦兼及特殊社會學；有關於文化的功能方面者，如經濟社會學，法律社會學，宗教社會學，道德社會學，藝術社會學等；也有關於團體的制度者，如家族社會學，民族社會學，階級社會學，專業社會學，國家社會學等。因爲必須在特殊社會學方面先行表顯了成績，普通社會學纔能立下根基；又必須在專刊(monograph)社會學發達以後，比較社會學纔有真正立足之地。

專刊社會學是重視社會學方法論以後的產品，故在理論與事實之間必須契合，一方面可給理論以健全的基礎，一方面可給事實以科學的結構。因此，社會學不僅僅是事實的科學，而乃是理論必

須根據事實的科學。前面說過，本功能的觀點，以考察現代社區。所謂功能觀點乃是先視社區爲一整個，就在這整個的立足點上來考察其全部社會生活，並視此社會生活的各方面爲密切相關的一個統一體系的各部分。在社會生活的任何一方面，欲求得正當瞭解，必須就從這一方面與其他一切方面的關係上來探究。例如若欲瞭解某一村落的經濟生活，就必須考察它與家族或宗族的關係，與宗教及巫術的關係，乃至與社會裁認的關係。換言之，每一社會活動，不論是風俗，制度，或信仰，都有它的獨特的功能，非先發現它的功能，不能瞭解它的意義。任何活動的功能便是它在社區視作統一體系下的全部社會生活上所佔的地位。因此，站在方法論上講，比較社會學乃是應用功能的實地研究法以證驗假設的一種觀察。如果審慎應用控制後的觀察的比較法，則就等於實現自然科學的實驗法了。

最後，戰時紙張昂貴，印刷困難，人民購買力又極度低降。普通大學叢書，例必數十萬言，定價之高，端非一般讀者所敢問津，惟目今國內精神食糧之缺乏，已爲大眾所公認。爲欲迅速供給社會科學的讀物，只能採取小型刊物的叢刊方式，以應需要。海內君子幸留意焉。

民國二十九年十二月，陪都。

序

少時讀 H. Maine 之 *Ancient Law* 及 *Early Law and Custom* 等書，輒歎其淵博精深，頗有效鑒之志，而力有未逮也。及讀 Malinowski 之 *Primitive Law* 諸人類學家初民法律之作，益歎西方諸哲爲學之精進，其說方日新月異也，因竊不自量，益有撰述中國法律史之意。

抗戰之翌年來滇，授課之餘，即伏案寫讀，敵機不時來襲，有警輒匆匆挾稿而走，時作時輟，倍平日之力，始得竟其功。然而書籍缺乏，即以主要之參考書而論，並宗刑統亦無之。自視其稿，殊不愜意，初擬束之高閣；第思戰時生活不定，原稿保守匪易，曷若付之剞劂，以爲他日修訂之本。若因拙作而拋磚引玉，海內賢達起而正之，並爲新作，他日中國法律之研究，得與西哲東西媲美，則區區介紹此新觀點與方法之目的，亦幸而達矣。

此稿甫成，即有海外之行，竟不及復閱一過，其編排校勘等工作，皆由余妻佩瓊任其勞，此書之得以不因行色匆匆而廢其事者，皆其鼓勵襄助之功也。今以此書獻之。

又承何器寰文二君分任抄寫校對之煩，亦於此一併致謝。

三十三年護國紀念之前夕臨別昆明時自序

導論

法律是社會產物，是文化之一部，我們斷不能像分析學派那樣將法律看成一絕對孤立的存在，而忽略其與社會環境的關係。中國古代法律之所以特別着重家族主義及階級概念，便是因為家族和階級是中國社會組織的主要支配力量。

我們也不要忘了法律是社會制度之一，更不要忘了與其他社會制度的功能關係。除與法律有直接關係的婚姻家族外，我們將以一章來討論宗教制度。

此外，意識形態也在我們討論範圍之內。研究任何制度都不可忽略其結構後的概念，否則是無法了解那制度的，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，體會到為什麼我們有這樣的法律，法家思想與儒家以外的思想例如道家，自然也有關係，但從中國法律形成的歷史上來看，儒家的影響最深，所以單獨提出儒法二家思想來討論。

講到法律的實效問題，我們應當感謝人類學家研究殖民地司法問題以後在這方面的貢獻。在以前這原是一與法律學無關的問題。在中國，無論研究法律史或現行法的人，從不曾想到這嚴重的問題，只一味注重法典條文，絕未想到這條文究竟是否有實效，推行的程度如何，與人民的生活有什麼影響；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。法官律師或法學家只須環顧一下社會事實，便不難發現社會事實與法律條文的實際距離。在法律史的研究上，因材料

的困難，我們自不易發現這方面的情形，但並不是完全不可能的。在這本書裏，我將盡可能的利用古人的記事爲討論此問題的根據。

最後講到法律史本身的問題。這是一部史的研究，無疑地將溯及法律的發展過程。

這方面仍應感謝人類學家的努力。法律制度的起源及初期的發展，早已消失在可能研究的範圍之外，但人類學家對於原始文化原始社會組織大規模的研究材料使得我們對於史前社會的知識有一線曙光。比較的研究使得我們對於以前所不了解的史前記載有新的認識，可能代替已經失去的歷史，例如關於社會制裁，神判法等問題。

研究法律的發展也必然將注意到法律的變遷。文化本身便是一連續不斷的變遷。其中有變化的速率問題，社會學家說由於文化不同部份的不同速率的變遷，常發生文化脫節的現象。這現象在模擬西洋法律變法，而中國的社會政治經濟機構尙滯留於原有的形態的時期最爲顯著，但並不是說在變法時期以前便不發生這樣的問題。書中將隨時注意法律與社會失調及互相適應的事實。

最後，爲了免除讀者的誤會，還有一點於本書結構及方法上的問題，或有聲明的必要。讀者略一涉閱便會發現本書不但缺乏朝代的劃分，更缺乏歷代法律不同之處的描述。這種將秦漢以至晚清變法以前二千餘年間的事實溶於一爐的態度實基於一基本信念——認爲這一長期間的法律和整個的社會政治經濟一樣，始終停滯於同一的基本形態而不變（即在異族統治的時代亦鮮例外，以漢法治漢人幾爲各朝一貫的統治原則）。如此前提是對的，則我們或不妨忽略那些形式上枝節的差異，而尋求其共同之點，以解釋我們法律之基本精神及主要特性，如其中無矛盾衝突之處，則此方法是可

採用的，同時也證明了中國法律制度和中國的社會，在此階段內，果無重大的變化，此點請讀者自行裁判。

目錄

出版說明	一
社會學叢刊總序	一
序	一
導論	一
第一章 家族	一
第一節 家族範圍	一
第二節 父權	七
第三節 刑法與家族主義	三三
一 親屬間的侵犯	三三
殺傷罪	三三
姦非罪	五二
竊盜罪	五四
二 容隱	五八
三 代刑	六一
四 緩刑免刑	六三

第四節 血屬復仇	八五
第五節 行政法與家族主義	一〇
第二章 婚姻	一五
第一節 婚姻的意義	一五
第二節 婚姻的禁忌	一六
一 族內婚	一六
二 姻親	一八
三 娶親屬妻妾	二〇
第三節 婚姻的締結	二七
第四節 妻的地位	三二
第五節 夫家	四八
第六節 婚姻的解除	六二
一 七出	六二
二 義絕	六四
三 協離	六五
第七節 妾	六九
第三章 階級	七七

第一節	生活方式	一八〇
飲食	一八〇	
衣飾	一八〇	
房舍	一八五	
輿馬	一八八	
第二節	婚姻	二一七
一	階級內婚	二一七
二	婚姻儀式的階級性	二二三
第三節	喪葬	二三四
第四節	祭祀	二五五
第四章	階級（續）	二六一
第一節	貴族的法律	二六一
第二節	法律特權	二七五
一	貴族及官吏	二七六
二	貴族及官吏的家屬	二八三
第三節	良賤間的不平等	二九〇
一	良賤	二九〇

殺傷罪	二九〇
姦非罪	二九一
二 主奴間	二九二
殺傷罪	二九四
姦非罪	三〇〇
第四節 種族間的不平等	三二〇
第五章 巫術與宗教	三三一
第一節 神判	三三一
第二節 福報	三三八
第三節 刑忌	三四六
第四節 巫蠱	三五〇
第六章 儒家思想與法家思想	三六一
第一節 禮與法	三六一
第二節 德與刑	三八四
第三節 調協	四〇八
結論	四三七

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，她的親屬我們稱之爲外親，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，姨母以名纔加至小功^⑤。舅本緦麻，唐太宗以舅之與姨親疏相似而服紀有殊，理未爲得，始進爲小功^⑥。