

汉语法学文丛

中国法制史论述 丛稿

黄静嘉 著

清华大学出版社



汉语法学文丛

中国法制史论述 丛稿

黄静嘉 著

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书辑录著名法史学家黄静嘉先生关于中国法制史的各类著述,凡十四篇。既有对于春秋决狱,传统法制的方法论、儒家化与现代化,两岸法制与法学的牵连,以及台湾地区传统法制及台湾旧习惯的翔实考订,亦有对于近代法制巨擘沈家本、薛允升两氏,及台湾地区代表性法学家戴炎辉的学术历程与思想内涵的亲切阐述。著者本人纵历新旧体制,横跨海峡两岸,其一生遭际即为新旧交会之下中国近代法制史之见证,因而,所思所虑,即为中国近代法制史之自陈。凡此见证与思考,均于本书中举纲张目,娓娓道来,读来别有感受。

本书适合法学研究者和法科学生阅读,同时对关心中国法制史的其他学科人士亦有参考价值。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史论述丛稿/黄静嘉著. —北京:清华大学出版社,2006.7

(汉语法学文丛)

ISBN 7-302-12526-0

I. 中… II. 黄… III. 法制史—研究—中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 008746 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客户服务: 010-62776969

组稿编辑: 方 洁

文稿编辑: 宋丹青

印 刷 者: 北京市清华园胶印厂

装 订 者: 三河市春园印刷有限公司

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 155×230 印张: 27 字数: 368 千字

版 次: 2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-12526-0/D·197

印 数: 1~4000

定 价: 43.00 元



黄静嘉（1924—），浙江永嘉人，著名法制史学家，资深大律师。东吴大学法学学士、政治大学政治学学士及政治研究所硕士，美国南美以美大学比较法学硕士。南美以美大学研究学人一年、哈佛大学东亚法资深研究员二年。曾任东吴大学法律系副教授及副教务长、政治大学副教授、中国文化大学教授、海军指挥参谋大学国际法及司法官训练所英美法讲席、浙江大学城市学院客座教授、中国造船公司董事、《中国时报》及《经济日报》主笔、台湾银行顾问、台湾矿务局顾问、经济部大陆投资法顾问、两届中国法制史学会会长、中央研究院历史语言研究所法律史研究室终身荣誉顾问等。活跃于华洋法律事务凡36年，亦为享誉国际的海商法学家。因编校薛允升的《读律存疑》，而被誉称为薛氏的隔代知己。主要著作有《日据时期之台湾殖民地法制与殖民统治》、《动产担保交易法》、《春帆楼下晚涛急——日本对台湾殖民统治及其影响》，另有中英文论文若干篇。

汉语法学文丛

许章润 主编

“汉语法学文丛”刊布以中文作为原创表意工具，陈述中国法律思想的著作。内容覆盖法律哲学、比较法、法律史、宪政与国际法等领域，包括专著、文集和选辑。既有经典重刊，亦有回应当下生活的新作。期于沙聚跬积的劳心劳力中，凝练汉语法意，建设中国文明的法律智慧。

第二批书目

1. 《宪政与民主》
萧公权 著
2. 《中国法制史论述丛稿》
黄静嘉 著
3. 《公道，自由与法》
燕树棠 著
4. 《宪政：立国之道》
张君勱 著
5. 《以法律为业——关于法律理性、形式和技术》
许章润 著

作者承北京清华大学“汉语法学文丛”主编许章润教授之雅嘱,就作者若干年来对中国法制史之论述结集,列为该丛书之一出版。经一年来的选稿、协商及安排,这个集子业已呈现于各位读者之前。爰先就这个集子(下称“本书”)之命名及其中各编、各章之重点略作说明。

首先,本书命名《中国法制史论述丛稿》,系因本书仅为作者历年来就法制史领域之思考记录,初不逾绍述或延伸前人之说之范围。间或偶有所见,亦只属一种初探之性质。谨以未定之稿求教于高明、大雅。

本书共四编,甲编之中心论题,乃传统法制之“儒家化”与“现代化”。我国传统法制之儒家化系滥觞于西汉之春秋决狱,嗣后乃渐次臻于体系化及详备化。沈家本(寄簪)奉命修律,从而展开了我国传统法制之现代化。在“礼法之争”中,礼教派诸君子舍命地捍卫而企图保留之旧律条款,正是历来传统法制为落实儒家化而设置之标志性条款。本编就此不憚一一征引,旨在彰显二千年来传统法制中,其“儒家化”之具体内涵。本编特别提及礼、法两派,对因“无夫奸”之存废而进行之割喉战,试图就当年礼教派何以隅抗之心态,赋与现代意义之解释,幸读者不以作者厚诬前人而见责也。沈家本为吾人公认的我国传统法制“现代化”之父,本编亦就其于修律中所扮演之角色,及其生平与成就加以评述。

本书乙编系讨论两岸法制及法学之分途与合流。缘我国于甲午战争战败,地处边陲的海疆台湾因割让日本而蒙尘,而自台湾光复后,两岸又长期处于一对立且相互隔绝之状态,于是两岸之法制与法学遂告分途。作者于此谨以长期身处边陲海疆台湾之法律工作者之身份,就约半世纪之在日据下蒙尘期间之台湾法制作一历史性之回顾,并就

光复后以迄近年,又逾一个甲子之台湾之法制上之演变,试作一鸟瞰式的概述。诚然,在日据时期蒙尘下之台湾法制系属殖民地法制,系以对台湾人民残暴镇压及榨取为特征,而光复后之蒋氏及后蒋时期之法制,则具权威体制之属性,其在法制之妥善性及公正性上,亦多为人非难诟病之处。唯就民事生活方面言之,则一百年来之台湾法制仍不失其为市场经济之属性,且从历史的长河之角度观之,其大体上系沿着由“前市民社会”步向“市民社会”之轨迹前进。随着台湾产业经济及社会之进展,亦导致了台湾法制的进一步“现代化”。是以,两岸法制最后当趋于统合之际,边陲海疆台湾的法制经验,并非悉无可供内地神州大陆参考之处。唯本编因题旨及篇幅所限,未能从容条列详述,有兴趣之读者,可查阅作者所著之《春帆楼下晚涛急——日本对台湾殖民统治及其影响》一书之相关论述。

以言光复后之台湾法学研究之成就,在本书乙编第七章之论述中,系自光复后大陆来台之学者与本土学者间之互动谈起,回顾当年台湾法律系学生赴欧陆(以德国为主)及英美留学之一时蔚为风气,此其结果为台湾法学界对欧陆及英美法学之引进与介绍,至近年已臻一定水准。民法学者王泽鉴氏且以台湾“最高法院”判例为素材从事一系统性的判例研究,足征台湾之法学研究,实已超越教科书及一般专题性之舶来属性阶段,并展示了学者利用华人本土之司法资源,即以华人社会之司法经验为基础,创建有原创性的华人新法学之雄图。此外,作者在乙编第五章中,指出以台湾“旧惯”之调查^①之成果及“淡新档案”之出土及整理,开启了边陲海疆台湾自近代以降,对我国传统法制及传统社会研究之蹊径,且已有一定之成就。就此,本书对以现代研究方法研究传统法学而成就斐然之已故之戴炎辉氏,再三致意,为之扬誉。戴氏为新旧、中外(我国、日本及欧陆)法学交会之卓越人物。其在东京大学期间深受其业师中田熏氏之启迪、熏陶,以欧陆法学方

① 日据时期,殖民地之民政长官后藤新平标榜以“生物学”的方法,进行殖民地统治,其“治迹”,主要系以“鸦片专卖”平衡总督府之岁入岁出。其“旧惯调查”,勉强可称为日据时期殖民地政府少数具正面意义之遗产之一。

法从事中国法制史之研究,因其本身特殊之际遇,致其成就已能堪称自成一家,且已青出于蓝,超越乃师。戴氏为学秉持其朴实无华之性格,精进不已!故其成功良非偶然。据悉,其父于割台后,本于保持华夏文化之襟怀,遂坚持戴氏在修习日文前,须先修习并精通传统汉文经典,此亦为戴氏日后非凡成就之重要关键。乙编亦就戴氏之生平及贡献略作介绍。

本书丙编之论述则针对传统法制之方法论(methodology)层面,试图解释其副次司法法源的“例”之繁碎之宿命,与附例适用上优先于律条之原由。于此,既提及清例之繁碎,便不能不提到晚清律学大家薛允升(云阶)氏。云阶系传统法学之殿后人物,亦系传统法学集大成之大家。其以爬梳繁碎之清例,进而在传统法律之架构下,解决清例繁碎之弊为其毕生志业。作者有幸曾于20世纪60年代受美国亚洲学会中文研究资料中心之邀,就薛氏集毕生精力之大作《读例存疑》之重刊本,规划、执行并负责编校(包括勘误、标点、索引及为各例标题等),而本书丙编亦记录了作者从事该工作时所遭遇之问题与解决之历程。同时丙编亦收录作者就薛氏生平所作之评传。

本书丁编为对两岸近、现代地方性司法档案之保存、整理及研究之一建议,并连带地对两岸各自对此类档案之处理之沿革及现状、各自之优势,提出粗略之观察。作者一贯主张,就研究传统法制言,应论究其法制运作之实然面,从而地方性司法档案,资为研究上之重要凭借,遂不可或缺。目前已出土之地方性司法档案,以台湾之“淡新档案”与四川之巴县档案最为完整,且最为世人注意。另外,上海会审公廨(The International Mixed Court of Shanghai)之存在,虽为吾人记忆中之“国耻”之一页,然其亦系中国法制史实之一部分。且上海会审公廨档案在法史学上,亦非无其一定的重要性。缘上海租界多年来为我国财货之集中地,而第一次世界大战致使列强势力暂时自中国撤退,于是中国之民族工业以此契机勃兴(尤其是纺织业、面粉业)。因此类经济活动多于租界内进行,而当迨至1930年代初中国尚犹无完整的民商法典,故于一定意义上,当时租界内之此类经济活动之进行,端赖

以有当时租界内之整体法制,包括会审公廨之审判功能,赋与法律效果并予以支撑(sanctioned and/or sustained)。

由于边陲海疆之台湾对地方性司法档案之研究起步较早,亦较具有经验,且有殖民地统治者所举办之旧惯调查报告可资参证,而戴炎辉氏此一新旧及中外交会之卓越人物,他自己及在他的启迪、主导下之台湾法学家,其就海疆台湾部分对我国传统法制及传统社会之研究及成果,弥足珍贵。至于大陆方面,则人力、物力资源丰富,新锐济济,蓄势待发,令人寄予厚望。作者谨建议由两岸共同研究我国之地方性司法档案,当可有丰硕之成果。关于上海租界部分,作者不仅曾在东吴台校学习法律,该校在学统上系承续以英美法著称的东吴沪校,此后作者在美亦进修法律,故对英美法略有所知。1940年代末期迁台时,又曾于昔时在上海租界内参与司法活动,具亲身体历之前辈有若干过从,又加上我多年从事涉外事件,对华洋民商事务,颇有历练。因此种种我对上海会审公廨之种切,感觉上并不生疏,今虽已老迈,对于此一旧档之整理仍有请纓效力之意。

目 录

自 序	(1)
-----	-----

甲编 传统法制之儒家化与现代化

第一章 中国传统法制儒家化之登场与体系化

——以程树德所辑两汉春秋决狱案例为切入点	(3)
第一节 春秋决狱与中国传统法制之发展	
——以“儒家化”为讨论轴心	(4)
第二节 管窥两汉法制略貌：春秋决狱滥觞之历史情境	(6)
第三节 董仲舒春秋决狱佚文之考释	(15)
第四节 两汉以春秋决狱之例考释	(24)
第五节 对本章所举两汉春秋决狱案例之一些补充讨论	(53)
第六节 对于两汉与后世刑制在严酷程度上之差异的一些观察	
——以殴父罪及私为人妻罪为例	(58)
第七节 两汉春秋决狱制之法源性质：比附、类推与论理解释	(62)
第八节 两汉春秋决狱与我国法制之演进：“儒家化”及其体系化 之问题	(66)
第九节 余言	(69)

第二章 我国传统法制与“儒家化”之途穷及清末之法制改革

第一节 检视在法制现代化过程中，终遭废弃之两千年来若干典型 的“儒家化”条款，及隅抗之“礼教派”之心态	(78)
第二节 “礼教派”之余音缭绕	
——董康在 20 世纪 30 年代犹有之复古论议	(92)

第三章 沈寄谔(家本):我国法制现代化之父	(98)
第一节 天降斯人以竟斯役	(99)
第二节 旧律体制下的道德人伦主义及刑罚思想	(101)
第三节 沈氏修律与我国法制的现代化	(106)
第四节 沈氏及其同时代杰出法曹树立的典型	(109)

乙编 两岸法制及法学之分途与合流, 并介述台湾之法学家

第四章 为日本窃据而蒙尘 50 年之我国边陲海疆台湾之法制 (1895—1945)	(113)
第一节 施行特别统治之异法地域的殖民地性法制基调	(115)
第二节 殖民地法制分期:由军令统治、律令立法到敕令立法	(117)
第三节 行政法制与相关庶政设施	(121)
第四节 民事法制之递嬗	(127)
第五节 刑事法制与刑事政策之变迁	(132)
第六节 司法裁判与检察体制	(136)
第七节 以律令形式制定并在殖民统治的过程中继续有效之若干 有关刑事之实体及程序的规定	(137)
第八节 殖民地统治终结期之法制与对殖民地人民之钳制与凌 虐益为严酷	(145)
第五章 台湾“淡新档案”与所谓台湾“旧惯”之搜集及整理	(159)
第一节 引言	(160)
第二节 “淡新档案”介绍	(162)
第三节 《台湾旧惯调查报告》介绍	(165)
第四节 日据时期台湾“旧惯”之承认及日本民法之适用	(167)
第五节 余言	(170)
附录一 《淡新档案选录》各编目录	(171)
附录二 《台湾私法》各编目录	(175)
附录三 《清代台湾大租调查书》目录	(178)

第六章 由有关身份法之判例看殖民地法院如何适用“旧惯”	(181)
第一节 对“旧惯”之法源位阶及“导正”问题之依违摇摆	(182)
第二节 对“旧惯”加以重申而肯定之判例	(186)
第三节 限制或依扩张解释变更“旧惯”之例	(197)
第七章 中华边陲海疆台湾地区本土之法学家:以戴炎辉氏作为一个 代表人物	
——并略述大陆来台与台湾本土法学家之互动及对台湾法 学之影响	(205)
第一节 前言	(206)
第二节 求学经过	(207)
第三节 短暂的执行律师业务、郡行政首长及法官生涯	(208)
第四节 任教上庠及开创学风	(209)
第五节 学术成就	(211)
第六节 大陆来台与台湾本土法学家之互动及对台湾法学发展 之影响	(216)
第七节 参与司法实务及其影响	(218)
第八节 对于戴氏之评价:一个处新旧交替及中外交会之际不可 多得的法律学者	(220)
第九节 对戴氏顺致怀念之忱	(221)
第八章 20 世纪来中国法制之现代化	
——神州中原大陆及边陲海疆台湾之一度分途及今后统合 之展望	(223)
第一节 前言	(224)
第二节 自 1902 年以迄 1949 年神州大陆法制之回顾	(225)
第三节 1949 年以后的台湾法制(附及 1945—1949 年间光复初 期之台湾法制)	(230)
第四节 余言:望眼欲穿以期待新中国法系在大陆之建成	(235)

丙编 “例”之宿命的繁碎及薛云 阶整理清例之志业

第九章 清季法学大家长安薛允升先生传

——一位传统法学的殿后人物	(239)
第一节 前言	(240)
第二节 家世、科第及初任刑部司曹	(241)
第三节 外官时期——由道府、藩臬两司及权漕督	(246)
第四节 召归朝廷——初任刑部堂官	(248)
第五节 刑部堂官时期之治狱	(252)
第六节 贬官与再任堂官及逝世	(257)
第七节 有关律例的研究与著述	(260)
第八节 结论	(262)
附 录 薛允升年表	(265)

第十章 对清代法制中“例”的问题之一些看法

——并述 20 世纪 60 年代为美国亚洲学会中文研究资料中 心规划《读例存疑》重刊本之几点原则	(268)
第一节 “律”外制“例”，明律即然，惟清代大盛	(270)
第二节 律守一定，而例则因时而变动？	(271)
第三节 清“例”之繁碎及其流弊	(274)
第四节 薛允升（云阶）对整理清例之贡献：《读例存疑》一书之 问世	(277)
第五节 为美国亚洲学会中文研究资料中心规划重刊本之几点 原则	(279)

第十一章 薛著《读例存疑》重刊本编校经过之说明

第一节 律例条文及全书之校勘与经查证及参考之重要书目	(282)
第二节 就律例予以编号及就附例标目以利查索	(285)
第三节 相互参考条文之列注	(287)

第四节	律例条文及全书之标点之斟酌	(287)
第五节	在重访哈佛期间赓续未竟之业并向曾予惠助人士致谢	(295)

丁编 两岸近、现代法制史料之保存、整理问题

第十二章 对于两岸近、现代法制史料之保存、整理与研究的一些看法 和建议

	——从中华法制史料之双璧“淡新档案”及“巴县档案”谈起	(301)
第一节	引言：我国近、现代地方司法档案之命运多蹇及其保存 整理之重要	(302)
第二节	“台湾文书”之出土及其更名为“淡新档案”得以保存整理 之始末	(304)
第三节	已知的大陆地区性司法档案“巴县档案”、“南部县档案”、 “黄岩县诉讼档案”以及其他的地区性档案出现的可能	(305)
第四节	“淡新档案”及边陲海疆台湾传统法制及传统社会之研究 ——法制史学者戴炎辉氏功不可没	(308)
第五节	寄语：两岸应协同致力于我国近、现代司法档案之保存	(316)

第十三章 民初大理院及平政院之裁判档案之整理与研究

第一节	民初大理院判决例及平政院裁决录之整理汇集与出版	(319)
第二节	大理院之“法官造法”及“司法兼营立法”之问题	(321)
第三节	有关大理院裁判所据之法源之讨论：《大清现行刑律》民 事有效部分及民律草案	(323)
第四节	两院人的机制（推事、评事及诉讼代理人）	(328)
第五节	Law in society：以科际整合之方式研究法制及社会发展 之相互影响	(330)

第十四章 “淡新档案”研究成果之一范例

	——戴著《清代台湾的乡治》初读、选录及书后	(333)
第一节	前言：本文解题及戴著成书经过及全书论述之范围	(335)
第二节	戴氏从事此书研究主题之优越条件：掌握资料之厚实及 其他	(338)

第三节	“官有正条，民有私约”，村庄为自治体，联庄为乡治中心： 汉庄及其变则（隘与屯），联庄总理一职及职务	(341)
第四节	绅衿、族长、业户及其他乡职：户婚、土田、钱债、口角细 故应先经族亲调处	(344)
第五节	乡庄之作为共同团体而存在，庄民之互助合作及庄务之 执行：庄及族长之司法权是否国家所授与？	(347)
第六节	从比较法史之观点析论“业”的法律性质：由“一业两主”， 即“大租户”及“小租户”之并存谈起	(350)
第七节	村庄及村庄庙：戴氏与《台湾私法》各有持见，另一比较 法史学之议题	(355)
第八节	官无封建而吏存封建，胥吏为世缺，捕快有帮丁：幕友及 家丁之角色	(358)
第九节	吏差盘踞衙门：陋规及需索	(361)
第十节	本书为“淡新档案”研究成果之一范例，亦为本书主题研 究领域中之一项里程碑	(364)
第十一节	对两岸法史学者的一些建议，并期待有更多利用法史 文献的研究成果	(367)

附 录

李著《沈家本传》黄序	(371)
卢著《民初立嗣问题的法律与裁判——以大理院民事判决为中心 (1912—1927)》黄序	(374)
黄著《春帆楼下晚涛急——日本对台湾殖民统治及其影响》自序	(380)
子然一身的旅人——本书作者八十自叙诗 (《挥别二十世纪及其激情而多难的岁月》序诗)	(386)
后 记	(391)
参考文献	(397)
索 引	(405)

甲编 传统法制之儒家化与现代化

第一章 中国传统法制儒家化之登场与体系化

——以程树德所辑两汉春秋决狱案例为切入点

第二章 我国传统法制与“儒家化”之途穷及清末之法制改革

第三章 沈寄簪(家本):我国法制现代化之父

