

中國法制史新論

林茂松 編譯



林茂松編譯

中國法制史新論

查良鑑題



林 序

我在臺大法律學系教書，時常勸同學們，對於法制史和法理學兩門課程，要特別留意，因為學問注重本源，不但要知其然，還要知其所以然，而後纔能够更進一步，知其所應然。研究法律的人，如果能够於法制史和法理學，都有相當造詣，當能逐步進入知其所以然，乃至知其所應然的境界，而不至停留於望文生義，理論貧困，法學靈魂缺乏的階段。

由於上述的認識，故我對於有關法理學和法制史的著作，一向相當注意，也很感失望。政府遷臺以後，二十餘年來，憲法、民法、刑法、商事法各科，都有很可重視的著作，而法理學和法制史——這兩個最重要的學科，成就反而最少。以法理學而論，除一些短篇零編外，幾乎沒有一部完整的著作；法制史方面，雖然有幾部比較可以注意的著作，但或則過於簡明，或則只偏於某一朝代，比較法制史一類的著作，固然遠不可攀，一部比較近於理想的中國法制史，似乎也沒有看到，在這種情形之下，深恐研究法律的人，數典而忘祖，又怎能『逐步進入知其所以然，乃至知其所應然』的境界？言念及此，不免令人憂心忡忡！

茂松學棣此譯的完成，使我在憂慮中感到相當欣慰。仁井田教授，是研究中國法制史的名家，這一本書，由他全面的研究說，固是由博返約之作；但和其他同類的書籍相比，仍可說是體大

而思精。其體系的完整，條理的分明，和研究的深入，由全書的目錄上，已可約略看出。茂松是一位很篤實的學人，對於中國法制史，也有相當的造詣，翻譯此書，定可達到信達的境界。當此中國法制史著作，寥寥可數的時候，它的出版，有如雪中送炭，對於我國法學的進步，定有相當的貢獻，故我讀後甚感欣慰。但我國實施新式法學教育，已有七八十年之久，一部比較完整的中國法制史，竟不能不於外國人的著作中求之，雖然學問是無國界的，但由學術責任的觀點言，由民族意識言，我這個學法律的人，又怎能不慚愧呢？

林紀東謹序

中華民國六十四年七月五日

自序

中國法制史爲專科史之一，它探討中華法系演變之經緯，以及與現行法之脈絡關係，在專攻法學之人而言，是屬於基礎的學科；未聞基礎不固，而竟可築百仞大廈者。中國法制史亦爲文化史之一，它闡明中國歷史洪流中，法文化的內涵與功能；未聞不諳法文化，而竟能窺文化之奧祕者。中國法制史亦爲思想史之一，它推衍法家思想至諸子百家中的地位與貢獻；未聞撇棄法家思想，而竟可精通思想之譜系者。也許基於上述理由，林序始言，研究法律的人，如能攻讀中國法制史，「可逐步進入知其所以然與所應然的境界」。

筆者忝任大學教席十餘年，因有感其重要性，故迄未中斷對於法史之涉獵。其間，曾前後在日本京都大學、東京大學東洋文化研究所進修五載，韓國研究一載，接觸兩國法制史學者不少，發覺外國學術界對於中國法制史之重視，與其研究之精勤，實逾於想像之外。由此可知，對於自國法文化碩果之一的法制史，實應更加奮發耕耘，未可投閒置散也。

中國法制史由於文獻資料之文字艱澀，內容深奧，不易瞭解，使得有些研究法學之人，對之有敬而遠之，望而却步的意識；筆者針對此一癥結，乃決定用深入淺出的口語筆調，勾精挈要，

編譯此書，希望對於有志研究法制史之同好，能有拋磚引玉之效。唯筆者學識淺陋，舛誤自所難免，尚祈海內外賢達先進，有以教之。

本書之出版，荷蒙查方季所長題字，林大法官紀師賜序，王美琴女士騰稿，一併誌之，以表謝忱。

林茂松敬識

中華民國六十四年暮秋

中國法制史新論

林茂松編譯

目次

林序	一
自序	一

第一章 法典編纂

一、先秦以及漢魏六朝的法典	一
二、隋唐的法典	二
三、律令格式	四
四、西域發見的唐代之律令格式	四
五、五代及宋的法典	五
六、遼金元的法典	六
七、明清的法典	八

八、清末以還的法典改革·····	九
九、東亞的古法典·····	九

第二章 刑法

第一節 刑法上的諸原則·····	一一
一、中國刑法發達的程度·····	一一
二、法定主義與擅斷主義·····	一一
三、犯罪的成立·····	一五
四、犯罪的態樣·····	一六
五、刑罰的種類與減免·····	一六
六、法律的適用·····	一七
第二節 刑法體系的變遷——兼論自由刑的發達·····	一八
一、中國自由刑的起源·····	一八
二、反映刑·····	二〇
三、自由刑與答刑及肉刑的交替·····	二〇

四、隋唐以及後代各朝的五刑體系之成立·····	二一
五、刑罰的目的——刑期于無期·····	二四
第三節 東亞刑法的發展過程與賠償制·····	二六
一、復讎——賠償制的起源·····	二六
二、定額賠償制的成立·····	二八
三、和平金·····	二九
四、殺人的賠償·····	二九
五、傷害及姦淫的賠償·····	三一
六、盜犯的賠償·····	三三
七、實刑主義的成立·····	三四
八、北方民族法與中國法關於賠償制的抗爭·····	三六
九、中國賠償習慣·····	三六
第四節 東亞的古刑法與同害刑·····	三七
一、西亞法的同害刑·····	三七
二、中國法的同害刑·····	三八

三、中國邊疆諸民族法的同害刑·····	三九
---------------------	----

第三章 裁判

第一節 裁判手續·····	四一
---------------	----

一、裁判的兩系統·····	四一
---------------	----

二、裁判所·····	四一
------------	----

三、迴避制度·····	四三
-------------	----

四、不告不理的原則·····	四三
----------------	----

五、糾問手續·····	四四
-------------	----

六、訴訟受理期間·····	四五
---------------	----

七、縱使屈死也勿提訴·····	四五
-----------------	----

第二節 神判與神判的宣誓·····	四六
-------------------	----

一、印度與其他國家的神判·····	四六
-------------------	----

二、中國的神判·····	四七
--------------	----

三、神判的宣誓·····	四九
--------------	----

第四章 調停和解

一、迴避裁判與調停和解·····	五一
二、調停人·····	五二
三、調停的基準·····	五三
四、調停的成立·····	五四

第五章 身分制度——兼論奴隸問題

一、身分的階層·····	五五
二、部曲、奴婢的地位之演變與其數量·····	五六
三、部曲、奴婢的法律上性質·····	五七
四、主人與部曲、奴婢關係的發生與消滅·····	六一
五、主人與部曲、奴婢間的關係之內容·····	六三
六、被解放後的部曲、奴隸之地位·····	六五

第六章 人法

第一節 人……………六七

一、「人」的資格之取得……………六七

二、年齡、健康與性別……………六八

三、失蹤……………六九

四、團體與寺院……………六九

第二節 外國人——屬人法主義與屬地法主義……………六九

一、外國人……………六九

二、歸化……………七〇

三、屬人法主義與屬地法主義……………七一

四、外國人的遺產繼承法……………七三

第七章 戶籍制度

一、戶籍的內容……………七五

二、戶籍編成的手續……………七六

第八章 宗族法與親屬法

第一節 同族結合……………七七

一、宗族的構成……………七七

二、同族結合與其分布……………七九

三、具有聚結同族機能的宗祠、族田以及族譜……………八〇

四、同族部落的排他性——械鬥……………八二

第二節 族長權威……………八三

一、族長……………八三

二、族長權威……………八四

第三節 親屬範圍的限定及親等……………八六

一、親屬的分類與範圍……………八六

二、親等……………八七

三、親屬間的法律效果……………九二

第九章 家屬法

第二節 家屬構成與家屬分裂·····	九三
一、家屬的大型與小型·····	九三
二、大型家屬與小型家屬的同質性·····	九四
三、家屬分裂的條件·····	九五
四、家屬分裂的狀態·····	九七
第二節 家父長權威與家內奴隸性的家屬·····	九八
一、農村家屬的勞動力之構成·····	九八
二、家父長權威·····	九九
三、媳婦·····	一〇一
四、童養媳·····	一〇二
五、養子·····	一〇三
六、贅婿——勞役婚·····	一〇四
七、寡婦的立場——招夫與改嫁·····	一〇四
八、妻之入質與租賃·····	一〇五
九、像天然孳息的兒女之地位·····	一〇六

十、「父爲子之天」「夫爲妻之天」	一〇七
第三節 家屬共產制	一〇九
一、火、食、與居的共有——共財	一〇九
二、共財人的範圍	一一〇
三、女子份	一一一
四、家產的共有關係	一一二
五、共有財產的管理處分	一二二
六、家產共有意識與家父長專有意識	一二三
第四節 家產分割——兼論遺產繼承	一二六
一、均分主義	一二六
二、單獨繼承制的不成立	一二七
三、老人份——養老田	一二九
四、家父長權威與均分主義	一二〇
五、分割的方式	一二一
六、遺產繼承	一二一

第五節 家的繼續……………一二二

一、祭祀繼承……………一二二

二、封爵及食封繼承……………一二四

第六節 主婦的地位與鑰匙權……………一二六

一、鑰匙的持有人……………一二六

二、鑰匙的受授……………一二七

三、同甘共苦與同體主義……………一二七

四、日常的家事與「牝雞無晨」……………一二八

第七節 婚姻……………一二九

一、舊社會婚姻法之特質……………一二九

二、婚姻關係的形式……………一三〇

三、婚姻之型態……………一三一

四、婚姻的成立……………一三一

五、婚姻的儀式……………一三四

六、婚姻的效果……………一三五

七、妻妾的地位·····	一三六
第八節 離婚·····	一三六
一、天合與人合——夫擅專的離婚權·····	一三六
二、離婚原因的「七出」·····	一三七
三、合意離婚·····	一三八
四、離婚與農村經濟的牽制·····	一三八
五、家父長的離婚同意權·····	一三九
六、離婚與仲人·····	一四〇
七、離婚書·····	一四〇
八、賠償與扶養費·····	一四一
九、離婚與妻的財產之歸屬·····	一四一
十、離婚與兒女之歸屬·····	一四二
第九節 親子·····	一四二
一、三父八母·····	一四二
二、「實子」的種類·····	一四三