



中

华

学

术

精

品

中国法律与中国社会

瞿同祖



中華書局

中华学术精品

中国法律与中国社会

瞿同祖著

中华书局

图书在版编目(CIP)数据

中国法律与中国社会/瞿同祖著. —北京:中华书局,
2003

(中华学术精品)

ISBN 7 - 101 - 03664 - 3

I. 中… II. 瞿… III. 法律—关系—社会—研究—
中国—古代 IV. D909.22

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 003747 号

原版责编: 邓经元

新版责编: 林玉萍

中华学术精品

中国法律与中国社会

瞿同祖 著

*

中华书局出版发行

(北京市丰台区太平桥西里 38 号 100073)

北京瑞古冠中印刷厂印刷

850 × 1168 毫米 1/32 12 印张 272 千字

1981 年 12 月第 1 版

2003 年 9 月新 1 版 2003 年 9 月北京第 1 次印刷

印数 1 - 3000 册 定价: 28.00 元

ISBN 7 - 101 - 03664 - 3/D·2

重 印 版 序

这本书原由商务出版于1947年^①,是根据我在云南大学和西南联合大学的中国法制史和社会史讲稿改写的。出国后加以补充、修改,译成英文,于1961年出版^②。现在中华书局认为该书仍有学术参考价值,要求重印。鉴于目前中国法制史方面著述的缺乏,同意重印出版。

关于内容方面,有几点应该说明的。(一)在昆明写稿时图书缺乏,找不到《宋刑统》,因而不能引证这部法典的条文,这是原书中一大缺陷,英译本出版时才补进了《宋刑统》和其他材料。现既重印此书,自应将《宋刑统》补入,向读者提供比较完整的资料。(二)本书第六章讨论儒、法二家思想。关于儒家思想对中国法律的影响问题,原书出版后,我的看法有进一步的认识和发展,1948年北京大学五十周年纪念邀我写稿时,曾就此问题写了《中国法律之儒家化》一文^③。后来英译本出版时,我便根据这篇文章,改写

① 《中国法律与中国社会》(吴文藻主编,《社会学丛刊》甲集第五种),上海,商务印书馆出版,1947年。

② Ch'ü T'ung-tsu, *Law and Society in Traditional China*, (École Pratique des Hautes Études-Sorbonne, Sixième Section: Sciences Économiques et Sociales, Le Monde d'outre-Mer, Passé et Présent, Première Série, Études IV), Mouton, Paris and The Hague, 1961. (《传统中国的法律与社会》,巴黎大学高等研究实用学院,第六部,经济及社会科学,《海外世界:过去和现在》丛书,第一辑,第四种,巴黎及海牙,穆东书店出版,1961年。)

③ 《中国法律之儒家化》,《国立北京大学五十周年纪念论文集》文学院第四种,北京大学出版部,1948年。

了第六章最后一节(第三节),并改小标题为“法律之儒家化”。现重印此书,为了保持原来面目,仍按原书付印,但感到第三节原标题:“调协”不太确切,改为“以礼入法”(该节主要在于说明儒家以礼入法的事实)。同时为了供读者参考起见,将《中国法律之儒家化》一文作为附录,收入本书。(三)文字方面,除了改正原版中的错字和脱漏字句,及与事实有出入之处作了个别的修改外,其余都按原文排印,无所改动。(四)改写了《导论》和《结论》。

最后有一点需要着重说明的,书中有些名词的涵义和概念与现在通用的不同,代表的是我当时的想法。重印此书的目的在于提供法律史方面的资料,仅供研究中国法制史的读者参考。

本书的缺点和局限性在所难免,观点和概念上的错误自更不待言,请读者批评指出。

1981年2月25日序于北京

导 论

本书主要的目的在于研究并分析中国古代法律的基本精神及主要特征。

法律是社会产物,是社会制度之一,是社会规范之一。它与风俗习惯有密切的关系,它维护现存的制度和道德、伦理等价值观念,它反映某一时期、某一社会的社会结构,法律与社会的关系极为密切。因此,我们不能像分析学派那样将法律看成一种孤立的存在,而忽略其与社会的关系。任何社会的法律都是为了维护并巩固其社会制度和社会秩序而制定的,只有充分了解产生某一种法律的社会背景,才能了解这些法律的意义和作用。

中国古代法律的主要特征表现在家族主义和阶级概念上。二者是儒家意识形态的核心,和中国社会的基础,也是中国法律所着重维护的制度和秩序。本书将以二章来讨论家族、婚姻,另二章来讨论社会阶级。由于宗教与法律之间的关系也相当密切,我们将以一章来讨论宗教对法律的影响。

此外,意识形态也在我们研究范围之内。研究任何制度或任何法律,都不可忽略其结构背后的概念,否则是无法了解那制度或法律的,至多只知其然而不知其所以然。从这些概念中,我们才能明白法律的精神,体会为什么有这样的法律。法家而外,从中国法律形成和发展的历史来看,儒家的影响最深,所以本书最后一章讨论儒法二家思想,及法律为儒家思想所支配的过程。

讲到法律史本身的问题,这是一部史的研究,无疑将溯及法律

的发展过程,并注意法律的变化。本书的第二个目的即在于讨论中国古代法律自汉至清有无重大变化。各朝的法律不同,法典体制和内容、司法组织、司法程序、刑罚以及各种罪名的处分都有所不同。但本书所注意的是重大的变化,而不是那些烦琐的差异,试图寻求共同之点以解释法律之基本精神及其主要特征,并进而探讨此种精神及特征有无变化。为了达到上述目的,本书将汉代至清代二千余年间的法律作为一个整体来分析,在各章、节不同题目下加以讨论,以便进行比较,法律在历史上有无重大变化,也就不难判断了。

研究法律自离不开条文的分析,这是研究的根据。但仅仅研究条文是不够的,我们也应注意法律的实效问题。条文的规定是一回事,法律的实施又是一回事。某一法律不一定能执行,成为具文。社会现实与法律条文之间,往往存在着一定的差距。如果只注重条文,而不注意实施情况,只能说是条文的、形式的、表面的研究,而不是活动的、功能的研究。我们应该知道法律在社会上的实施情况,是否有效,推行的程度如何,对人民的生活有什么影响等等。在法律史的研究上,这方面的材料比较缺乏,本书除了利用古人的有关记事外,并引用个案和判例作为讨论法律实效问题的根据。

目 录

第一章 家族	1
第一节 家族范围	1
第二节 父权	5
第三节 刑法与家族主义	28
一 亲属间的侵犯	28
杀伤罪	28
奸非罪	55
窃盗罪	58
二 容隐	62
三 代刑	67
四 缓刑免刑	69
第四节 亲属复仇	72
第五节 行政法与家族主义	93
第二章 婚姻	97
第一节 婚姻的意义	97
第二节 婚姻的禁忌	98
一 族内婚	98
二 姻亲	101
三 娶亲属妻妾	103
第三节 婚姻的缔结	108
第四节 妻的地位	112

第五节 夫家	126
第六节 婚姻的解除	137
一 七出	137
二 义绝	141
三 协离	142
第七节 妾	142
第三章 阶级	149
第一节 生活方式	152
饮食	152
衣饰	152
房舍	161
舆马	165
第二节 婚姻	181
一 阶级内婚	181
二 婚姻仪式的阶级性	189
第三节 丧葬	194
第四节 祭祀	208
第四章 阶级(续)	213
第一节 贵族的法律	213
第二节 法律特权	224
一 贵族及官吏	225
二 贵族及官吏的家属	235
第三节 良贱间的不平等	237
一 良贱	237
杀伤罪	239
奸非罪	240

二 主奴间·····	242
杀伤罪·····	244
奸非罪·····	256
第四节 种族间的不平等·····	261
第五章 巫术与宗教·····	269
第一节 神判·····	270
第二节 福报·····	276
第三节 刑忌·····	282
第四节 巫蛊·····	285
第六章 儒家思想与法家思想·····	292
第一节 礼与法·····	292
第二节 德与刑·····	309
第三节 以礼入法·····	329
结 论·····	353
附 录 中国法律之儒家化·····	355

第一章 家族

第一节 家族范围

中国的家族是父系的，亲属关系只从父亲方面来计算，母亲方面的亲属是被忽略的，她的亲属我们称之为外亲，以别于本宗^①。他们和我们的关系极疏薄，仅推及一世，从母亲上溯至她的父母，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们的边际亲属，过此即无服，母之祖父母、堂兄弟姊妹^②以及侄孙等与我们无亲属关系，外亲亲属的范围是异常狭窄的。同时，服制极轻，指示亲属关系之疏薄。外祖父母血亲关系同于祖父母，但服不过小功，等于伯叔祖父母。舅姨的血亲关系同于伯叔及姑，但服同于堂伯叔父母及堂姑，只小功。母舅之子及两姨之子则关系更疏，仅服缌麻^③，同于族兄弟姊妹。据《仪礼》：“外亲之服皆缌麻也”^④，外祖父母以尊，姨母

① 故《尔雅·释亲》于父宗曰宗族，而异姓亲曰母党，曰妻党。

② 唐玄宗以堂姨舅古今未制服，思敦睦九族，引而亲之，始制堂姨舅袒免（《唐会要》三七《服纪》上），然止是一代之制。

③ 《仪礼·丧服》。参看《元典章》三〇，《礼部》三，《礼制》三，《丧礼》，“外族服图”；《明会典》，一〇二，《礼部》六十，《丧礼》七，《丧服》，“外亲服图”；《清律例》二，《丧服图》，“外亲服图”。

④ 《仪礼·丧服》。

以名才加至小功^①。舅本缌麻，唐太宗以舅之与姨亲疏相似而服纪有殊，理未为得，始进为小功^②。

姑虽属于本宗，但嫁后归于异宗，所以出嫁便为降服，而她的子女与我们服只缌麻^③。

以父宗而论，则凡是同一始祖的男系后裔，都属于同一宗族团体，概为族人。其亲属范围则包括自高祖而下的男系后裔。以世代言之，包含自高祖至玄孙的九个世代，所谓九族是^④。以服制言

① 《仪礼·丧服》，开元二十三年，太宗敕文服纪之制有所未通，令礼官学士详议具奏。太常卿韦缙奏请外祖加至大功九月。太子宾客崔沔议曰：“正家之道，不可以二，总一定议，理归本宗，父以崇尊，母以厌降，岂忘爱敬？宜有伦序，是以有齐衰，外服皆缌麻，尊名所加，不过一等，此先王不易之道也。”职方郎中韦述议曰：“圣人究天道而厚于祖祢，系姓族而亲其子孙，近则别于贤愚，远则异于禽兽，由此言之，母党比于本族，不可同贯明矣。且家无二尊，丧无二斩，人之所奉，不可二也。……今若外祖及舅更加一等，堂舅及姨列于服纪之内，则中外之制，相去几何？废礼徇情，所务者末。……其堂姨舅既出于外曾祖，若为之制服，即外曾祖父母，及外伯叔祖父母，亦宜制服矣。外祖加至大功九月，则外曾祖合至小功，外高祖合至缌麻。若举此而舍彼，事则不均，弃亲录疏，理则不顺，推而广之，是与族无异矣。”礼部员外郎杨仲昌亦以“窃恐外内存序，亲疏夺伦”为言。户部郎中杨伯成，左监门录事参军刘秩并同是议，皆谓不可。韦议遂寝。（《唐会要·服纪》上）。

② 《唐会要·服纪》上。

③ 《仪礼·丧服》；《元典章》“外族服图”；《明会典》“外亲服图”；《清律例》“外亲服图”。

④ 九族的解释，汉儒即有二说，一说以为包括异姓有服亲，夏侯、欧阳等今文学家主此说，谓父族四，母族三，妻族二（孔颖达《书经注疏》）。其详细内容，父族四：五族之内为一族，父女昆弟适人者与其子为一族，己女昆弟适人者与其子为一族，己之女子适人者与其子为一族。母族三：母之父姓为一族，母之母姓为一族，母女昆弟适人者与其子为一族。妻族二：妻之父姓为一族，妻之母姓为一族（孔颖达《左传》桓公六年《注疏》）。《白虎通义》以父之姓为一族，不限五族之内，母族谓母之父母一族，母之昆弟一族，母昆弟子一族，亦与孔《疏》异。杜预谓九族为外祖父、外祖母、从母子、妻父、妻母、姑之子、姊妹之子、女子之子、非己之同族（《左传》桓公六年注，今本“非”或作“并”义异）。以为九族“皆外亲有服而异族者”，又姑姊妹及女适人，但取其子而去其母，皆与以上二说不同。

之，由斩衰渐推至缌麻，包含五等服制。《礼记》云：“亲亲以三为五，以五为九。上杀，下杀，旁杀而亲毕矣。”^①又说，“四世而缌，服之穷也，五世而袒免，杀同姓也，六世亲属竭矣”^②。很明显的所谓亲属团体，是以四世为限，缌服为断的。服制的范围即亲属的范围，同时服制的轻重亦即测定亲属间亲疏远近的标准^③。服制实具两种功用。本宗外亲亲属关系之比较只须比较其不同的服制，便一目了然。

家应指同居的营共同生活的亲属团体而言，范围较小，通常只包括二个或三个世代的人口，一般人家，尤其是耕作的人家，因农地亩数的限制，大概一个家庭只包括祖父母，及其已婚的儿子和未婚的孙儿女，祖父母逝世则同辈兄弟分居，家庭只包括父母及其子女，在子女未婚嫁以前很少超过五六口以上的。古人说大功同财，所指的便是同祖的兄弟辈而言。秦时民有二男以上不分异者倍其赋，又令民父子兄弟同室内息者为禁^④，可见那时兄弟与父母同居是很普遍的事。孟子说入以事其父兄^⑤，又有养其父母兄弟妻子及父母兄弟妻子离散一类的话^⑥，也可证明此点。韩元长兄弟同

孔安国、马融、郑康成皆谓九族仅限父宗，上自高祖，下至玄孙（见《尚书注疏》，《尧典》，孔《传》，陆德明《音义》，孔颖达《疏》，及《左传》桓公六年孔《疏》）。后儒如陆德明、贾公彦、顾炎武等皆从此说，《日知录》论辩甚详。一般多以《丧服小记》以三为五以五为九之说为根据，几为定论。明、清律明定本宗九族五服图，九族专指父宗，更成为定制矣。

① 《礼记·丧服小记》。

② 同上，《大传》。

③ 父宗服制系统此文不述，可参阅《元典章》三〇，“五服图”；《明会典》一〇二，《丧服》，“本宗九族五服正服图”；《清律例》二，《丧服图》，“本宗九族五服正服图”。

④ 《史记》六八，《商君列传》。

⑤ 《孟子·梁惠王上》。

⑥ 同上，《梁惠王上》、《尽心上》。

居至于没齿，樊重三世共财，蔡邕与叔父从弟同居，三世不分财，乡党高其义^①，是则汉时一般的习惯，很少父母已没仍兄弟同居至于三世的，所以乡党高其义而为史家所书，其为难能少见可知，一般人大概都如繆彤家兄弟原同财业，及各娶妻，遂求分异的情形。这还是士大夫之家，若为寻常人家，自不会有人如彤之闭户自挝，弟及弟妇闻而谢过的情形了。陶希圣以汉律夷三族罪及父母兄弟妻子，证明汉代的家以父母妻子同产为普遍范围^②，但我们须注意家族的连带责任是不一定与家的范围必然相合的，后代有诛九族的法律，九族决非同居的一家。即以夷三族而论，我们断不能说这种连带责任只限于父母在堂兄弟同居的时期。后代的法律只要求父母在时子孙不许别籍异财（详后），但兄弟同坐的连带责任并不因父母死后兄弟异居而取消。

自然历史上也有累世同居的义门，包括数百人口的大家^③，在

① 赵翼《陔余丛考》。

② 陶希圣《婚姻与家族》，商务，1934年，页66—7。

③ 汜稚春七世同居，儿无常父，衣无常主（《晋书·儒林传·汜毓传》）。杨播、杨椿兄弟一家之内男女百口总服同爨。椿尝戒子孙曰：“吾兄弟在家必同盘而食……吾兄弟八人今存者有三，是故不忍别食也。又愿毕吾兄弟世不异居异财”（《魏书》五八，《杨播传》）。博陵李氏七世共居同财，家有二十二房，一百九十八口（《魏书》八七，《节义传·李几传》）。义兴陈玄子四世同居，家一百七十口（《南齐书》五五，《孝义传·李延伯传》）。郭偃家门雍睦，七叶共居（《隋书》七二，《孝义传·郭偃传》）。唐刘君良累代同居，兄弟虽至四从，皆如同气，尺布斗粟人无私焉，其家六院唯一饲（《旧唐书》一八八，《孝友传·刘君良传》，《新唐书》一九九，《孝友传·刘君良传》）。张公艺九世同居（《旧唐书·刘君良传》附），为当时义门之最。宋代义居风气更盛，江州陈氏南唐时家族已七百口，宋时至千口，每食必群坐广堂，其后族中人口且激增至三千七百余入（《新五代史》六二，《南唐世家》）；《宋史》四五六，《孝义传·陈克传》，《毘陵西滩陈氏宗谱》）。越州裘承询十九世无异爨。信州李琳十五世同居。河中姚崇明十世同居，聚族百余人。江州许祚八世同居，长幼七百八十一口。池州方纲八世同爨，家属七百口，居室六百区，每旦鸣鼓会食。其他十世同居，八世同居，七世同居，六世同居，五世同居，四世同居者多家。少者累数十百年，多者至三四百年（详《宋史》四五六，《孝义传·许祚传、裘承询传、

这种情形之下,同居范围便扩大及于族,家族不分了。但这样庞大的家实为例外,只有着重孝弟伦理及拥有大量田地的极少数仕宦人家才办得到,教育的原动力及经济支持力缺一不可,一般人家皆不易办到。一般的情形,家为家,族为族。前者为一经济单位,为一共同生活团体。后者则为家的综合体,为一血缘单位,每一个家自为一经济单位,如史书所说的薛安都世为强族,同姓有三千余家^①的情形。宋孝王《关东风俗传》谓瀛冀诸刘,清河张、宋,并州王氏,濮阳侯族,诸如此辈,一宗将近万室,烟火连接,比屋而居,亦非同居合爨。

第二节 父权

家族的范围已如上述,现在我们当进而讨论此种亲属团体中的统率问题。中国的家族是父权家长制的,父祖是统治的首脑,一切权力都集中在他的手中,家族中所有人口——包括他的妻妾子孙和他们的妻妾,未婚的女儿孙女,同居的旁系卑亲属,以及家族

方纲传、姚宗明传》)。元延安张闰八世不异爨,家人百余口(《元史》一九七,《孝友传·张闰传》)。婺州郑氏自南宋以来,累代同居,至明时同居已十世,历二百六十余年(《宋史》四五六,《孝义传·郑筠传》;《元史》一九七,《孝友传·郑文嗣传》;《明史》二九六,《孝义传·郑濂传》;宋濂《郑氏规范序》)。石伟十一世同居(《明史》二九六,《孝义传·石伟传》)。柳州王焘七世同居,家人二百余口(《明史·孝义传·郑濂传》附)。其他四世、五世、六世、七世、八世同居,及五世同爨、八世同爨者多家(《明史》二九六,《孝义传》)。

① 《宋书》八八,《薛安都传》。按永嘉二十一年,安都与宗人薛永宗起义,击拓跋焘。永宗营汾曲。安都袭得弘农。拓跋焘自率众击永宗灭其族,其势力之雄大自非具三千家之强族不办,而为其族主者便为宗豪,在家族中在社会政治上均具有极大潜势力,故《宋书》称安都之父广为豪宗,宋高宗以为上党太守。安都之所以得有政治势力,先为北朝都统,仕宋为建武将军者,盖其族家之强盛有以致之。

中的奴婢，都在他的权力之下，经济权、法律权、宗教权都在他的手里。经济权的掌握对家长权的支持力量，极为重大。中国的家族是着重祖先崇拜的，家族的绵延，团结一切家族的伦理，都以祖先崇拜为中心——我们甚至可以说，家族的存在亦无非为了祖先的崇拜。在这种情形之下，无疑的家长权因家族祭司（主祭人）的身分而更加神圣化，更加强大坚韧。同时，由于法律对其统治权的承认和支持，他的权力更不可撼摇了。

我们已经说过亲属团体的范围有家、族之分，我们说到父权或家长时也应分别其范围。在一个只包括父母和子女两个世代的家庭，父亲是家长，在包括三个世代的家庭，则祖父为家长。家庭范围或大或小，每一个家都有一家长为统治的首脑。他对家中男系后裔的权力是最高的，几乎是绝对的，并且是永久的。子孙即使在成年以后也不能获得自主权。

父字据《说文》：“矩也，家长率教者，从又举杖”，字的本身即含有统治和权力的意义，并不仅止于指示亲子的生育关系。子孙违犯父的意志，不遵约束，父亲自可行使威权加以惩戒。社会上承认父亲这种权力，从法律的观点来看，则可以说他的权力是法律所给予的，《吕氏春秋》说：“家无怒笞则竖子婴儿之有过也立见”^①，《颜氏家训》亦云：“笞怒废于家，则竖子之过立见，刑罚不中，则民无所措手足，治家之宽猛，亦犹国焉。”^② 我们应注意父亲对于子孙的笞责实际上是并不只限于竖子婴儿的，子孙成年以后依然不能坚持自己的意志，否则仍不能避免这种处罚。典型的孝子，舜和曾子受

① 《吕氏春秋·荡兵篇》。

② 《颜氏家训》一，《治家》。

杖的传说^①，在人心上，尤其读书人，有长久的影响。梁朝的大司马王僧辩的母亲治家极严，僧辩已四十余，已为三千人将，母少不如意，犹箠之^②。典型的孝子受父母的扑责不但当逃避，并且应当受之怡然，虽搥之流血，亦“不敢疾怨”，仍得颜色婉愉，“起敬起孝”^③。

扑责子孙有时便难免殴伤致死的情事，法律上究竟容许不容许父母杀死子孙呢？这是很值得注意的一个问题。罗马时代父的生杀权(Jus vitae necisque)在中国是不是有相同的情形呢？宋司马华费遂子多僚与豹相恶，谗豹于宋公，公使人告司马，司马曰，“吾有谗子而弗能杀”，乃与公谋逐华豹^④，似乎那时的父亲是有生杀权的。那时是宗法时代，正是父权学说形成的时代，——或也是父权最盛的时代，同时也发现父亲的生杀权，其巧合或不是偶然的。

秦二世矫始皇诏赐蒙恬及扶苏死，扶苏说：“父而赐子死，尚安敢复请？”^⑤君之于臣，父之于子，都是有生杀权的，到了后来则只适用于君臣而不适用于父子间了。法律制度发展到生杀权完全操纵在国家机构及国君手里，自不再容许任何一个人民能随意杀人，父亲对儿子，也不能例外。他只能扑责儿子，断不能杀死他，否则便要受国法的制裁了。《白虎通》云：“父煞其子死，当诛何？以为天地之性人为贵，人皆天所生也，托父母气而生耳。王者以养长而教之，故父不得专也。《春秋传》曰：‘晋侯煞世子申生’。”直称君者

① 见《孔子家语》。

② 《颜氏家训》一，《教子》。

③ 《礼记·内则》。

④ 《左传》昭公二一年。

⑤ 《史记》八七，《李斯列传》。