

中國古代

法律略論

中國

中國古代

法律略論

一千九百二十七年

上海土山灣印書館代印

中國古代法律畧論

序言

我國法制。始于四千年前。尙書、周禮。載之詳矣。古者研究法制。本儒者之事。戰國之時。學派漸分。遂有法家。以別於儒。自秦設吏教律。學者乃恥談法律。漢尙黃老。開晉清談之風。唐崇文藝。宋尙理學。明清假儒術之名。以科舉制人。而法律之不爲學者所重也。久矣。近年以來。受歐美科學潮流之影響。而國人知法律之爲人生不可已之科學也。遂稍稍注重之。迨改革以後。國以法治。而不以人治。民國成立。十載於此。而擾攘紛亂。無一日安者。以法制之未盡定也。雖然。欲制一國之法者。不可不先知其國之歷史。其民之風尙。非可貿然抄襲東西。

各國法典。遂以爲已法。而強行之國中。我未見其能通也。是則將前代法制。精究而細考之。又豈可已乎。予學識淺薄。迨譯多誤。匡所不逮。是所望於讀者諸君。

譯者徐象樞識

目錄

概言

一

第一編

人民

四

第一節

中國上古時代之民族

五

第二節

家族中後裔之地位

九

附錄一

盟兄弟

十一

附錄二

婦職

十二

第三節

繼嗣

十四

第四節

定聘及嫁娶

十九

附錄一

奴隸

四十五

附錄二

賤民

五十一

第二編

財產

五十四

第一節

上古產權史畧

五十六

第二節

國家財產

五十七

第一條

皇室財產

五十八

第二條

國家財產

六十

第三節

私人財產

六十四

第一條

財產所有權之名義

六十四

第二條

田底田面

六十五

第三條

私人財產之保障

六十六

附錄一

地役權

六十九

附錄二

坟墓

七十

第四條

占有權及連屬權

七十一

第三編

債權

七十三

第一節

買賣

七十三

第二節

買主及賣主 見議及兩造代表

七十四

第三節 立契過戶及稅契

附錄 教會購買地產

第四節 押當

第五節 抵押

第六節 會約

第七節 違禁取利

附錄 賭博

第四編 繼承

第一節 別籍異財

第二節 卑幼私擅用財

第三節 剝奪繼承權及遺囑

第五編(上) 訴訟權(一)

第一節 八議

第二節 現任官員

七十五

七十八

七十九

八十三

八十三

八十四

八十六

八十八

八十八

八十八

九十

九十二

九十三

九十四

第三節 生員 九十五

第四節 審判 九十五

第五節 會審 九十七

第六節 控告 九十八

第七節 誣告 九十九

第八節 匿名告舉 一百

第九節 禁囚、老幼、篤疾、及婦女告舉他事 一百

第十節 共犯罪分首從 一百

第十一節 犯罪證據 一百一

第十二節 臨驗及洗冤 一百二

第十三節 斷罪決囚 一百二

第十四節 上控 一百三

第五編(下) 訴訟權(二)

第一節 上古至清季法律史畧 一百四

方今中國法律受歐美法制潮流而變遷之時。若攷其古時之法制。當獲益非淺。夫一國之法律。既爲其歷史上最足以爲訓者。則將中國律例之如何組成。及其如何受潮流而變遷。以應響於人民之性質者。深究而細考之。豈非一樂事哉。中國人與羅馬古時人民絕相似。皆守舊而尙形式。新定法律。似不能施其權力於公眾。舊時習俗。猶能久存不滅。蓋非一時所能盡易者也。

概言

(一) 本著僅注重於中國古時之法律。

(二) 現所論之中國法律。卽自周代以至清末所行之法典也。中國法學一如羅馬法學。蓋皆史學耳。故當研究法律之如何產出。如何發展。以及歷代變遷之情形。

(三) 中國法律變遷之時代及律例之原始。

周秦漢唐明清之變遷。而明時法律與唐代大都相同。斯時將元代法典一筆抹去。周代始有法院之建設。以保存示文法令判諭等物。最初律例之公布。爲西曆紀元前五

百三十六年。

唐太宗纂修律例。行於西曆六百三十七年。將前律削煩去蠹。避重爲輕。又定令一千五百九十餘條。

最足以使吾人注意者。大清律例是也。本著所述取材於此者爲多。

光緒十六年。大清律例現於杭州。計四十二卷。分訂二十四冊。

是書註釋可分三種。一爲官註。與法律有同等能力。一爲解釋註。一爲名家註。乃選錄著名法學家之所註釋。

此律例之一部分。已爲Staunton翻譯成書。

刊印此律以前。乾隆時曾刊大清會典一書。計二十冊。共百卷。

大清律例備覽。多載上諭爲例。同治十一年。刊行於杭州。

律例便覽計五冊。刊行於同治四年。（西曆一千八百六十六年。）

大清會典事例。計六十卷。於道光十四年刊行。

由此可見中國法學。爲中國法學家可藉此以自表見者。故深足以資今日大學學員之

研究。

試論乾隆之著作（會典）曾有耶穌會司鐸以爲海外最有興味且能增進吾人之知識者。厥惟此書。至十九世紀時。是書尙未譯就。今已爲著名長於中國文學者。R. P. Boulais 譯成全璧。於是其志乃遂。而使後之讀是書者有所獲益。企予望之矣。

中國之裁判官 中國無特別司法機關之可言。凡地方官如知府、知縣。皆直接受命於君主。具有行政權、宗教權、及裁判權。蓋於其所治同時爲行政官、大教長、及裁判官、故也。凡民刑訴訟之初次呈訴。宜先遞諸地方官。然後得上告上司衙門。且遇有重要事件。如流、徒、及死罪。則地方官宜集訴訟文件。呈諸上司衙署察核。無擅自判決之權。雖然。此亦無妨於地方官之尋常裁判權力者也。

本著共分五篇

第一篇 人民

第二篇 財產

第三篇 債權

第四篇 繼承

第五篇 訴訟權

第一篇 人民

定義。凡人皆能享受權利。擔任義務。是中外之所同者也。

須注意之點如下。

(一) 在中國。如古羅馬時。爲人子者。於其父生存時。則在其父權力之下。而僅有極小之私權。

(二) 中國奴隸制度。雖無羅馬之酷。然不得謂其不存在。因中國法律上。有不許奴隸享受權利之條文。

今分是篇爲四節及附錄二

第一節 中國最初之民族。及其家族之組織。

第二節 中國家族中後裔之地位。

第三節 繼嗣。

第四節 定聘及嫁娶。

附錄一 奴隸及其地位。

附錄二 賤民。

第一節 中國上古時代之民族

據各種情形觀察之。中國之民族。實產出於亞洲之西北部。不知何時遷居於黃河沿岸。而漸征服土人。當是時。土人不能享公民之權利。且不能膺百姓之稱。名之曰民而已。中國與羅馬甚相似。在羅馬最初世紀。一市府中分二階級。其一爲 *Patricien*。卽真正公民。專有種種權利。且得膺高位。其一爲 *Plébéien*。則絕對不能膺受官職。因 *Plébe* 之大部份。爲拉丁民族。而漸被羅馬所征服者也。

民或曰土人。自上古以來。卽被治於法律之制度。曰刑。是爲刑律。刑者。嚴酷也。百姓則反之。乃被治於禮。（卽社會關係之規則。）禮者。教百姓以應爲之事而不用強制之法。刑則純粹有禁止性質者也。

雖然。歷時既久。土人乃漸與中國人民同化。其變遷情形之遠在上古有史以前者。已邈

不可考。茲且勿論。蓋中國真實之歷史實自周始。(1125-225 a.v.J. C.) 斯時土人(苗子獮猯等)之不服中國文教者。或遷於南。或避於西。於是中國民族得擴張其勢力。而聚合愈眾。今究其結合此民族之原則。則惟中國之家庭是。

中國家族之組織

欲洞悉中國之法律。及其人民生活之情形者。不可不知其家族之組織。中國之家庭。含有民族的結合之性質。亦含有宗教的結合之性質。故非專以倚賴子孫爲目的。且注重於承祀之人。卽其人能獻祭於其已死之祖先。及其旁系者也。此與古代羅馬之文化相同。古代羅馬之家庭。猶一小教會然。各有其宗教與祭禱。而不許他會中人參與之。其一切規則。皆根據於其教之宗旨。

中國法律。甚注重於此家庭之宗教。其律條所載關於獨子之犯罪處分。(如流、徒、或死刑。)法律上可邀特赦。而復其自由。俾可承祀其祖先耳。

家祠爲祭祀祖先之地。生人及死者。於其中皆有一定之位置。猶樹之分枝然。死者首列高祖。次曾祖。又次祖。末爲父。刻其名於木牌上。(神位。)其旁系亦挨次順列。始叔祖。而

叔次之。

在生者之順序亦甚嚴。主祭者爲家長。卽死者（名刻神位上）直系之後嗣。陪祭者爲弟、從兄弟、及姪等。卽最古之所謂昭穆是也。昭穆分列左右，不得紛亂混雜。須依家族中之順序排列之。

由是可知中國法律。選擇爵位及財產之繼嗣人。如是之堅確。及懲罰犯法如是之嚴厲者。無他。蓋欲維持其家庭之完美。而免一族中祭祀之混亂也。

以上所述。多半就死者而言。蓋祭祀祖先時之階級制度也。由此亦可見其祭祀尙形式之甚矣。

祭死之禮。有如事生皆一本於孝。蓋孝者，中國惟一之大道。其入人也深矣。

何謂孝。聖諭廣訓曰。夫孝者，天之經。地之義。民之行也。

或言孝爲中國立國之本。洵哉斯言。故禮記曰。君子頃步而弗敢忘孝也。

然Stanton言之極詳。其言曰。孝爲中國人應爲之通常規則。非寓有特殊之親愛者也。

於中國。自天子至於庶人。壹是皆以孝親爲本。元旦天子朝省太后之事。時載於史冊。蓋

示帝亦人子。須恭敬順事其母也。

天子尙如是。由是可知百官更不能不孝其親矣。無論爲子者。擁有何等高位。而終身不能不屈服於父權之下。設有一官。行於城中。遇其父而不下輿。縱其父僅爲一鄉農。此官亦將遭其叱責。若有所違抗。則其祿位將不保。或且爲百姓所攻擊。因父之權力。中國人視爲神聖不可侵犯者也。

今考父權之範圍。則除生死之權。及使之犯法而外。父於其子有完全權力。可抵押其子。并可出賣其子。子在其父生存時。於私權及財產上。俱如未成丁之人。今以羅馬法上之通俗名詞言之。則爲人子者。在其父威權之下。曰 *Patria Potestas*。是故。無論子之年齡若何。凡婚姻之未經其父許可者。不能有效。

父爲其子所得之財產。或其子承繼祖先之財產之惟一主人（羅馬法上名之曰 *Hereditas*）父之負債（除賭博外）其子應完全負責。且有償還之義務。

父之遺囑。爲神聖不可侵犯者。雖手續上或有缺點。如能證明其爲真確。且未曾取消。則必有效。父死後。其權由叔。或兄。或從兄（人亦稱爲兄）掌之。祖母。母。或伯叔母。有權可懲