国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

中华现代学术名著丛书

# 中国法律与中国社会

瞿同祖 著

商務印書館
创于1897 The Commercial Press

中华现代学术名著丛书

http: // www.cp.com.cn

ISBN 978-7-100-07448-3

9 787100 074483 >

定价：39.00 元

中华现代学术名著丛书

# 中国法律与中国社会

瞿同祖 著

商務印書館
創于1897 The Commercial Press

2010年·北京

**图书在版编目(CIP)数据**

中国法律与中国社会/瞿同祖著. —北京:商务印书馆,2010
(中华现代学术名著丛书)
ISBN 978-7-100-07448-3

Ⅰ.①中… Ⅱ.①瞿… Ⅲ.①法制史—中国—古代
Ⅳ.①D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 202220 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

**本书据中华书局 2003 年新 1 版排印,
并由中华书局授权出版**

中华现代学术名著丛书
**中国法律与中国社会**
瞿同祖 著

商 务 印 书 馆 出 版
(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)
商 务 印 书 馆 发 行
北京瑞古冠中印刷厂印刷
ISBN 978-7-100-07448-3

2010 年 12 月第 1 版 开本 880×1240 1/32
2010 年 12 月北京第 1 次印刷 印张 13⅞ 插页 1
定价:39.00 元



瞿同祖

(1910—2008)

# 出版说明

百年前，张之洞尝劝学曰："世运之明晦，人才之盛衰，其表在政，其里在学。"是时，国势颓危，列强环伺，传统频遭质疑，西学新知亟亟而入。一时间，中西学并立，文史哲分家，经济、政治、社会等新学科勃兴，令国人乱花迷眼。然而，淆乱之中，自有元气淋漓之象。中华现代学术之转型正是完成于这一混沌时期，于切磋琢磨、交锋碰撞中不断前行，涌现了一大批学术名家与经典之作。而学术与思想之新变，亦带动了社会各领域的全面转型，为中华复兴奠定了坚实基础。

时至今日，中华现代学术已走过百余年，其间百家林立、论辩蜂起，沉浮消长瞬息万变，情势之复杂自不待言。温故而知新，述往事而思来者。"中华现代学术名著丛书"之编纂，其意正在于此，冀辨章学术，考镜源流，收纳各学科学派名家名作，以展现中华传统文化之新变，探求中华现代学术之根基。

"中华现代学术名著丛书"收录上自晚清下至20世纪80年代末中国大陆及港澳台地区、海外华人学者的原创学术名著（包括外文著作），以人文社会科学为主体兼及其他，涵盖文学、历史、哲学、政治、经济、法律和社会学等众多学科。

出版“中华现代学术名著丛书”，为本馆一大夙愿。自 1897 年始创起，本馆以“昌明教育，开启民智”为己任，有幸首刊了中华现代学术史上诸多开山之著、扛鼎之作；于中华现代学术之建立与变迁而言，既为参与者，也是见证者。作为对前人出版成绩与文化理念的承续，本馆倾力谋划，经学界通人擘画，并得国家出版基金支持，终以此丛书呈现于读者面前。唯望无论多少年，皆能傲立于书架，并希冀其能与“汉译世界学术名著丛书”共相辉映。如此宏愿，难免汲深绠短之忧，诚盼专家学者和广大读者共襄助之。

商务印书馆编辑部

2010 年 12 月

# 凡　例

一、“中华现代学术名著丛书”收录晚清以迄20世纪80年代末，为中华学人所著，成就斐然、泽被学林之学术著作。入选著作以名著为主，酌量选录名篇合集。

二、入选著作内容、编次一仍其旧，唯各书卷首冠以作者照片、手迹等。卷末附作者学术年表和题解文章，诚邀专家学者撰写而成，意在介绍作者学术成就，著作成书背景、学术价值及版本流变等情况。

三、入选著作率以原刊或作者修订、校阅本为底本，参校他本，正其讹误。前人引书，时有省略更改，倘不失原意，则不以原书文字改动引文；如确需校改，则出脚注说明版本依据，以“编者注”或“校者注”形式说明。

四、作者自有其文字风格，各时代均有其语言习惯，故不按现行用法、写法及表现手法改动原文；原书专名（人名、地名、术语）及译名与今不统一者，亦不作改动。如确系作者笔误、排印舛误、数据计算与外文拼写错误等，则予径改。

五、原书为直（横）排繁体者，除个别特殊情况，均改作横排简体。其中原书无标点或仅有简单断句者，一律改为新式标

点，专名号从略。

六、除特殊情况外，原书篇后注移作脚注，双行夹注改为单行夹注。文献著录则从其原貌，稍加统一。

七、原书因年代久远而字迹模糊或纸页残缺者，据所缺字数用“□”表示；字数难以确定者，则用“（下缺）”表示。

# 社会学丛刊总序

吴文藻

本丛刊之发行，乃基于两种信念及要求：一为促使社会学之中国化以发挥中国社会学之特长；一为供给社会学上的基本参考书，以辅助大学教本之不足。丛刊内容暂分为三集：甲集为社会学理论及方法论：乙集为国内乡镇社区之实地调查报告；丙集为边疆社区之实地调查报告。以后尚拟陆续增添，如丁集为社会史等，俾可适应时代需要。中国社会学，尚在草创时代，故各集不得不兼收创作与译述。兹就社会学之中国化，与基本参考书之供应，以及甲集社会学理论及方法论之编纂，三点略分论之。

（一）社会学之中国化　社会学诞生于中国，将近四十年，而大学之开讲社会学，至多不过三十年。始而由外人用外国文字介绍，例设多用外国材料；继而由国人用外国文字讲述，有多讲外国材料者，亦有稍取本国材料者。又继而由国人用本国文字讲述本国材料，但亦有人以一种特殊研究混作社会学者，例如有以社会学为社会问题的研究者，亦有社会学为唯物史观或辩证法的研究者。要之，当此期间，社会学在知识文化的市场上，仍不脱为一种变相的舶来品。

近十年来社会调查与统计的风气颇为流行，搜集事实及尊重事实的重要逐渐被人认识，此本为科学进步极好的象征。但不幸

又有误以“测量”为科学者，甚至亦有误以“在实地调查以前脑中应只有一张白纸”。为严守科学精神者，殊不知一切科学工作的进行，事前必须悬有一种可以运用的假设，假设与科学绝不可分。我们的立场是：以科学假设始，以实地证验终，理论符合事实，事当启发理论；理论与事实糅和一起，获得一种新综合，现实的社会学才能在中国的土壤上生根。又必须有本此眼光训练出来的独立的科学人才，来进行独立的科学研究，社会学才算彻底的中国化。

（二）基本参考书之供应　在欧美各大学本科就学青年必读之书，除了中外典籍外，至少尚有两大类：一是标准教科书，一是基本参考书。前者较盛行于美国，后者则通行于欧洲各国。惟近年来美国先进学者已以教本内容包罗万象，难免肤浅，使青年读者在思想上得不到真正的修养，及严格的训练。年来国内各大书坊，因迎合潮流，对于大学业书——特别可以采用为教本者——颇为提倡。此于大学教材标准之划一及程度之提高，固不无小补。但一方面亦不免使读者养成“教本蔽”的心理习惯，或竟驱使求智欲极强盛的青年沾染了“思想公式化”的流行病，在青年思想上，实潜伏着很大的危机。我们有鉴于此，就在适应当前环境需要的前提下，来充量介绍及发挥一派一家之言，俾使青年得有机会来锻炼“思想体系化”的头脑，中国今日思想界所需要的刺激，是学派之争，而不是门户之见。这或许是纠正复杂错误思想最灵验的药剂。

（三）甲集社会学理论及方法论之编纂　本丛刊的主旨是要在中国建立起比较社会学的基础。所谓比较社会学，简单言之，即系应用类似自然科学上的方法——即比较法，对于各地现存的社区，作系统而精审的考察。现代社区的核心为文化，文化的单位为制度，制度的运用为功能。我们即本功能的与制度的入手法，来考

察现代社区及其文化。因此,也可以说社会学便是社区的比较研究,文化的比较研究,或制度的比较研究。这样的比较社会学是包括了通常所谓的“农村社会学”与“都市社会学”,“社会人类学”与“文化人类学”,或“民族学”与“民俗学”的园地,因为现在各国社会学与人类学所对付的题材;观点及方法,实在完全是一样的,并且这种看法与我国国情最为吻合!

“社区”、“文化”、“制度”及“功能”,皆系比较社会学上的基本概念。这些以及其他一切概念,密切联系起来,组成一个体系,即是比较社会学上的“概念格局”(conceptual scheme)。这种概念格局是一切科学思辨工作上所必不可少的工具。为要发展比较社会学的园地,凡关于社会与社区,文化与文明,组织与制度,以及结构与功能等等的基本学理,都想分别予以介绍及发挥。介绍虽以限于一派一家之言为主体,但针锋相对的理论具有独特的贡献者,亦在采纳之列。

甲集征稿的范围,除普通社会学外,亦兼及特殊社会学:有关于文化的功能方面者,如经济社会学,法律社会学,宗教社会学,道德社会学,艺术社会学等;也有关于团体的制度者,如家族社会学,民族社会学,阶级社会学,专业社会学,国家社会学等。因为必须在特殊社会学方面先行表显了成绩,普通社会学才能立下根基;又必须在专刊(monograph)社会学发达以后,比较社会学才有真正立足之地。

专刊社会学是重视社会学方法论以后的产品,故理论与事实之间必须契合,一方面可给理论以健全的基础,一方面可给事实以科学的结构。因此,社会学不仅仅是事实的科学,而乃是理论必须根据事实的科学。前面说过,本功能的观点,以考察现代社区。所

谓功能观点乃是先视社区为一整个，就在这整个的立足点上来考察其全部社会生活，并视此社会生活的各方面为密切相关的一个统一体系的各部分。在社会生活的任何一方面，欲求得正当了解，必须就从这一方面与其他一切方面的关系上来探究。例如若欲了解某一村落的经济生活，就必须考察它与家族或宗族的关系，与宗教及巫术的关系，乃至与社会裁认的关系。换言之，每一社会活动，不论是风俗，制度，或信仰，都有它的独特的功能，非先发见它的功能，不能了解它的意义。任何活动的功能便是它在社区视作统一体系下的全部社会生活上所占的地位。因此，站在方法论上讲，比较社会学乃是应用功能的实地研究法以证验假设的一种观察。如果审慎应用控制后的观察的比较法，则就等于实现自然科学的实验法了。

最后，战时纸张昂贵，印刷困难，人民购买力又极度低降。普通大学业书，例必数十万言，定价之高，惟非一般读者所敢问津，惟目今国内精神食粮之缺乏，已为大众所公认。为欲迅速供给社会科学的读物，只能采取小型刊物的丛刊方式，以应需要。海内君子幸留意焉。

民国二十九年(1940 年)十二月　陪都

# 序

少时读 H. Maine 之 Ancient Law 及 Early Law and Custom 等书，辄叹其渊博精深，颇有效颦之志，而力有未逮也。及读 Malinowski，Hartland 诸人类学家初民法律之作，益叹西方诸哲为学之精进，其说方日新月异也，因窃不自量，益有撰述中国法律史之意。

抗战之翌年来滇，授课之余，即伏案写读，敌机不时来袭，有警辄匆匆挟稿而走，时作时辍，倍平日之力，始得竟其功。然而书籍缺乏，即以主要之参考书而论，并《宋刑统》亦无之。自视其稿，殊不惬意，初拟束之高阁；第思战时生活不定，原稿保守匪易，曷若付之剞劂，以为他日修订之本。若因拙作而抛砖引玉，海内贤达起而正之，并为新作，他日中国法律之研究，得与西哲东西媲美，则区区介绍此新观点与方法之目的，亦幸而达矣。

此稿甫成，即有海外之行，竟不及复阅一过，其编排校勘等工作，皆由余妻佩琼任其劳，此书之得以不因行色匆匆而废其事者，肯其鼓励襄助之功地。今以此书献之。

又承何器袁文二君分任抄写校对之烦，亦于此一并致谢。

三十三年(1944 年)护国纪念之前夕临别昆明时自序

# 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

---

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 Haute Études-Sorbonne, Sixième Section: Sciences Économiques et Sociales, Le Monde d' outre-Mer, Passe et Prèsent, Première Sèrie, 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)。

之儒家化》一文[①]。后来英译本出版时，我便根据这篇文章，改写了第六章最后一节（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

① 《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。

# 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社会秩序。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，否则是无法了解那些制度或法律的，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 …… 30

一　亲属间的侵犯 …… 30

杀伤罪 …… 30

奸非罪 …… 59

窃盗罪 …… 62

二　容隐 …… 67

三　代刑 …… 73

四　缓刑免刑 …… 74

第四节　亲属复仇 …… 78

第五节　行政法与家族主义 …… 99

第二章　婚姻 …… 103

第一节　婚姻的意义 …… 103

第二节　婚姻的禁忌 …… 104

一　族内婚 …… 104

二　姻亲 …… 108

三　娶亲属妻妾 …… 110

第三节　婚姻的缔结 …… 114
第四节　妻的地位 …… 119
第五节　夫家 …… 134
第六节　婚姻的解除 …… 146
一　七出 …… 146
二　义绝 …… 151
三　协离 …… 152
第七节　妾 …… 153
第三章　阶级 …… 160
第一节　生活方式 …… 163
饮食 …… 163
衣饰 …… 163
房舍 …… 172
舆马 …… 176
第二节　婚姻 …… 193
一　阶级内婚 …… 193
二　婚姻仪式的阶级性 …… 202
第三节　丧葬 …… 207
第四节　祭祀 …… 221
第四章　阶级(续) …… 227
第一节　贵族的法律 …… 227
第二节　法律特权 …… 239
一　贵族及官吏 …… 240
二　贵族及官吏的家属 …… 251
第三节　良贱间的不平等 …… 252
一　良贱 …… 252

杀伤罪 …… 255
奸非罪 …… 256
二　主奴间 …… 257
杀伤罪 …… 260
奸非罪 …… 272
第四节　种族间的不平等 …… 277
第五章　巫术与宗教 …… 285
第一节　神判 …… 286
第二节　福报 …… 292
第三节　刑忌 …… 300
第四节　巫蛊 …… 302
第六章　儒家思想与法家思想 …… 309
第一节　礼与法 …… 309
第二节　德与刑 …… 327
第三节　以礼入法 …… 348
结论 …… 375
附录　中国法律之儒家化 …… 377
服制图 …… 400

瞿同祖先生学术年表 …… 401
社会史视野中的法律——瞿同祖访谈 …… 王　健　409
瞿同祖谈治学之道 …… 420

# 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

---

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”。

妹。据《仪礼》:"外亲之服皆缌麻也"[①],外祖父母以尊,姨母以名才加至小功[②]。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[③]。

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[④]。

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[⑤]。以服制言之,由斩衰渐推至缌麻,包含五等服制。《礼记》云:"亲亲以三为

---

① 《仪礼·丧服》。

② 《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。太常卿韦縚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"窃恐外内夺序,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)。

③ 《唐会要·服纪上》。

④ 《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"。

⑤ 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 (接下页注文)

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

---

（续前页注文）　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。

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》。

父母兄弟妻子离散一类的话①,也可证明此点。韩元长兄弟同居至于没齿,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②,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,一般人大约都如缪彤家兄弟原同财业,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挞,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③,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殁后兄弟异居而取消。

自然历史上也有累世同居的义门,包括数百人口的大家④,在

---

① 《孟子·梁惠王上》、《尽心上》。

② 赵翼《陔余丛考》。

③ 陶希圣《婚姻与家族》,商务,1934 年,页 66—7。

④ 氾稚春七世同居,儿无常父,衣无常主(《晋书·儒林传·氾毓传》)。杨播、杨椿兄弟一家之内男女百口缌服同爨。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》)。郭儁家门雍睦,七叶共居(《隋书》七二,《孝义传·郭儁传》)。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,江州陈氏南唐时聚族已七百口,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人(《新五代史》六二,《南唐世家》; (接下页注文)

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

---

（续前页注文）《宋史》四五六，《孝义传·陈竞传》，《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、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·郑绮传》；《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》）。蕲州王焘七世同居，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，击拓拔焘。永宗营汾曲。安都袭得弘农。拓拔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。

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责。社会上承认父亲这种权力,从法律的观点来看,则可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

① 《吕氏春秋·荡兵篇》。

措手足，治家之宽猛，亦犹国焉。”①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，舜和曾子受杖的传说②，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，犹箠挞之③。典型的孝子受父母的扑责不但不当逃避，并且应当受之怡然，虽挞之流血，亦“不敢疾怨”，仍得颜色婉愉，“起敬起孝”④。

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貙相恶，谗貙于宋公，公使人告司马，司马曰，“吾有谗子而弗能杀”，乃与公谋逐华貙⑤，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？”⑥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

① 《颜氏家训》一，《治家》。
② 见《孔子家语》。
③ 《颜氏家训》一，《教子》。
④ 《礼记·内则》。
⑤ 《左传》昭公二一年。
⑥ 《史记》八七，《李斯列传》。

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'。"直称君者甚之也①。可见汉人的概念，父已无权杀子。北魏律，祖父母父母忿怒以兵刃杀子孙者处五岁刑，殴杀者四岁刑，若心有爱憎而故杀者各加一等②。唐、宋律不问理由如何，杀死子孙皆处徒罪，子孙违犯教令而杀之，也只能较故杀罪减一等，——殴杀徒一年半，刃杀徒二年。若子孙并未违犯教令而杀之，便是故杀了③。而且所谓违犯教令也是指"可从而违"的正命④。在正命之下可从而故违，子孙才受违反教令的处治，否则子孙不成立违犯教令罪，而祖父母父母擅加杀害便不能委为违犯教令，须负故杀的责任⑤。

元、明、清的法律较唐律宽容得多，父母并非绝对不得杀子孙，除了故杀并无违犯之子孙外，子孙有殴骂不孝的行为，被父母杀

---

① 《白虎通德论》。

② 《魏书》一一一，《刑罚志》。

③ 《唐律疏义》二二，《斗讼》二，"殴詈祖父母父母"。《宋刑统》二二，《斗讼律》，"夫妻妾媵相殴并杀"。

④ 《唐律疏义》二四，《斗讼》四，"子孙违犯教令"原注。故《疏义》云："祖父母父母有所教令，于事合宜，即须奉以周旋，子孙不得违犯……若教令违法，行即有愆……不合有罪。"

⑤ 同上，"殴詈祖父母父母"，《疏义》云："若子孙违犯教令，谓有所教令，不限事之大小可从而故违者；而祖父母父母即殴杀之者徒一年半，以刃杀者徒二年。故杀者各加一等，谓非违犯教令而故杀者。"

死，是可以免罪的①。即使非理杀死也得无罪。

王起长子王潮栋恨弟王潮相不肯借钱，持刀赶砍。王起将王潮栋拉回，缚其两手，向其斥骂，王潮栋回骂。王起气忿莫遏，将王潮栋活埋。吉林将军照子孙违犯教令，父母非理殴杀律拟罪。刑部以子骂父，系罪犯应死之人，与故杀并未违犯教令之子不同，亦与非理殴杀违犯教令之子有间，依律勿论②。

子孙违犯教令，祖父母原有权加以扑责，而无心致死，亦非不可能，所以依法决罚邂逅致死是无罪的，非理殴杀有罪，罪亦甚轻。明、清时的法律皆止杖一百③。《清现行刑律》处十等罚，罚银十五两④。处罚较唐律为轻。

非理殴杀自然指扑责以外的残忍的虐待的杀害。例如勒毙活埋一类的事情，至于违犯教令则含义极抽象含混，像赌博奸盗一类的行为，父加训责，不从，自然包括在内。

张二小子年十一，时常在外偷窃，其父张勇屡诲不悛，起意杀死，将二小子用麻绳勒毙，照子孙违犯教令，父母非理殴

① 《元史》一〇五，《刑法志》三，“杀伤”；《明律例》（本书所用系《明会典》本）十，《刑律》二，《斗殴》，“殴祖父母父母”；《清律例》二八，《刑律》，《斗殴》下，“殴祖父母父母”。明清律皆云若违犯教令而依法决罚邂逅致死者勿论，元律则云：“诸父有故殴其子女邂逅致死者免罪。”

② 《刑案汇览》44：1a—2a。

③ 《元史·刑法志》，“杀伤”；《明律例》，“殴祖父母父母”；《清律例》，“殴祖父母父母”。

④ 《现行刑律》，《斗殴》下，“殴祖父母父母”。

杀律拟罪①。

但有时同样的罪名，出入很大，例如同样是偷窃，如果目为惯窃匪徒，则罪又重于违犯教令，虽非理殴杀，父亦无罪。

李增财因子李枝荣屡次行窃，央同外人帮忙，将李枝荣捆住，用铁斧背连殴，致伤两肋。李枝荣喊嚷滚转。李增财随即将李枝荣两脚筋割断，身死。刑部以李增财因子屡次行窃，至使割断脚筋身死，与非理殴杀不同，从宽免议②。

又如子女犯奸，如声明淫荡无耻，玷辱祖宗，将其杀死，亦得免议。有三件案子，二人勒死犯奸之女，一人砍死犯奸之女，均免议③。

在另一方面我们应注意所谓违犯教令往往是些细微的琐事。

陈十子令其子陈存根同往地内和粪，陈存根托故不往，训骂之后，无奈同往，至地仍不工作，怒形于色，陈十子嚷骂，陈存根哭泣不止，陈十子忿激，顿起杀机，用带将其勒毙。晋抚以系有心故杀，依父故杀子律杖六十徒一年。刑部驳以陈存根不听教令，实属违犯，应依子违犯教令而父非理殴杀律杖一百④。

---

① 《刑案汇览》44：3a—4b。（本书点校本，法律出版社2009年版）

② 《续增刑案汇览》12：4ab。

③ 《刑案汇览》44：2a—3a。

④ 同上，5ab。

像这种案件，若不是非理殴杀，便可不论了。法律上所注意的不在是否违犯教令而在是否非理毙杀，这是客观的问题，前者则是主观的，只要父亲说儿子违犯教令，法司是不会要求提出原因的，亦不须法司加以认定。有的殴死违犯教令之子的案件，咨文上根本不曾说明原因，只有因子违犯教令将子殴死的字样①。

子孙不肖，法律除了承认父母的惩戒权可以由父母自行责罚外，法律还给予父母以送惩权，请求地方政府代为执行。我们已经说过生杀权的被剥夺是父权的一种减缩，那么，家庭惩罚权的移交于政府请求法官审判执行，如亨利·梅因所提示我们的罗马帝政时代晚期的情形，自也是父权的一种减缩。送惩的方式通常不外两种。父母可以子孙违犯法令为理由送请惩戒。

唐、宋的处分是徒刑二年②，明、清时代则杖一百③。违犯教令的范围，上面已经说过，是很宽泛的，只要父母提出控诉，法司无不照准。尤其是明、清的法律处分定得很轻。

除了违犯教令外，父母也可以不孝的罪名呈控子孙请求代为惩治。不孝的罪名显然较违犯教令为重，所以法律上的惩处亦较后者为重。法律对于不孝的内容在名例（总则）上原已一一列举，包括告言诅骂祖父母父母，祖父母父母在别籍异财，供养有缺，居父母丧自身嫁娶，作乐释服从吉，闻丧匿不举哀，及诈称祖父母父

① 《刑案汇览》44：10a。

② 《唐律疏义》二四，《斗讼》四，“子孙违犯教令”；《宋刑统》二四，《斗讼律》，“告周亲以下”。《宋史·刑法志》载真宗时，民家子有与人斗者，其父呼之不止，颠蹶死，法官处笞罪。上曰：“呼不止，违犯教令，当徒二年，何谓笞也？”

③ 《明律例》一〇，《刑律》二，《诉讼》，“子孙违犯教令”；《清律例》三〇，《刑律》，《诉讼》，“子孙违犯教令”。

母死等项①,如何治罪在条文(分则)上也有明确的规定,受理时是不会感到困难的。但并不是说不在列举范围以内的子女对父母的不逊,便不算不孝,而父母便不能告他。法理上和事实上父母同样地可以告诉,只要告子孙不孝,法司是不会拒不受理的。

而且还有一点可注意的是父母如果以不孝的罪名呈控,请求将子处死,政府也是不会拒绝的,虽然不孝罪的处分除告言诅骂处死外,其余等项皆罪不至死。这里我们可以看出法律对于父权的倾向,父亲对子女的生杀权在法律制度发展到某种程度时,虽被法律机构撤销,但很明显地,仍保留有生杀的意志,换言之,国家所收回的只是生杀的权力,但坚持的也只是这一点,对于父母生杀的意志却并未否认,只是要求代为执行而已。我们或可信此即古时父亲生杀权之遗迹。

刘宋的法律,父母告子不孝欲杀者皆许之②。唐时李杰为河南尹,有寡妇告子不孝,其子不能自理,但云:"得罪于母,死所甘分。"杰察其状,非不孝子,对寡妇说:"汝寡居惟有一子,今告之,罪至死,得无悔乎?"寡妇道:"子无赖,不顺母,宁复悔乎?"杰曰:"审如此,可买棺木来。"③此寡妇但云:"子无赖,不顺母。"子即处死,可见父母欲杀皆许之,原无需罪至死,亦无须提出确证。

但我们应注意并不是所有时代的法律对于被控不孝的人都处以死刑。宋代即有例如此。真德秀知泉州时,有母告子不孝。审

---

① 唐、元、明、清律,《名例》,"十恶",不孝条。

② 《宋书》六四,《何承天传》云:"母告子不孝,欲杀者许之。"注云,"谓违犯教令,敬恭有亏,父母欲杀皆许之。"按宋时法律,子不孝父母原为弃市(《宋书》八一,《顾觊之传》引律)。

③ 张鷟《朝野佥载》卷上。

问得实，杖脊于市，髡发居役[①]。

清代的法律与父母以呈送发遣的权利，只要子孙不服教诲且有触犯情节便可依例请求。忤逆不孝的子孙因父母的呈送，常由内地发配到云、贵、两广[②]，这一类的犯人向例是不准援赦的（常赦所不原），除非遇到特旨恩赦或减等发落，询明犯亲，情愿伊子回家，才有释放的机会。如遇恩赦准即时释回，若恩诏只系减等发落，则减徒之后照亲老留养例，枷号一个月释放[③]。照例军流人犯减等者，皆递减为杖一百徒三年，满徒之日方准释回。呈送发遣之案办理不同系体贴犯亲迫不及待之意。父母呈送常出于一时气忿，及子孙远戍，又心存不忍，时时系念，舐犊情深，所以许其呈请释回，又恐近于儿戏，所以只能在指定情形之下办理，不能随意请求。立法原意原系曲体祖父母父母之心，并非为曾犯忤逆之子孙，意存宽宥。所以有时犯人发遣未久，遇恩旨查询，而犯亲气忿未平，不愿领回，年久月深，又想儿子回家，呈请释放。虽与例不符，但为体念亲心，，仍准解交原籍，照例减徒折枷释放[④]。有时父母因儿子众多，一子触犯，即行呈送，后来余子死亡，无人侍养，又呈请释放，也能邀准，虽然与遇赦才能呈请的定例是不符的。道光时广

---

① 真德秀《西山政训》（宝颜本）。

② 参看《刑案汇览》I:64a 各案。

③ 《清律例》四，《名例律》上“常赦所不原”嘉庆六年续纂，十一年，十五年，十九年四次修改，二十五年改旧例。

④ 《刑案汇览》I:69b—71a，其说帖中查议之文有云：“……并无赦后再行查询之例，惟查王法本乎人情，而送子发遣之案，遇赦得准向犯亲查询，则为子者之应否回归，又明予犯亲以权，使得自为专主，是施法外之仁，即寓委曲教孝之意……该氏惟念骨肉，愿子回归，如仍令羁留配所，该犯不得遂鸟兽之私，若谓孽由自作，而犯亲侍养无人，桑榆暮景，反无以自慰，揆之天理人情，似未为允协。该犯系曾经遇赦查询之犯，似可推广皇仁，准其释回……此后如有似此案情，均可照此办理。”

西有林某因长子窃银花用，被父斥骂，出言顶撞，呈送发遣贵州，长子去后，次子病亡，三子病废，林某年逾七旬，茕茕无依，呈请释放。刑部以虽例无明文，然“其父残年待毙，望子不归，既非所以顺衰老之情，亦不足以教人子之孝”，准予枷责释回①。

释放回家原是因父母无人侍奉，体念亲心，所以子孙释回后必须合于在家侍奉的条件，如赦回后，再有触犯，又经父母呈送，便加重治罪，发往新疆给官兵为奴了②。如果侍养的对象已经不存在，同样地，他也就无须释放回家了③。除非该犯原案实系偶有触犯，并非怙恶屡犯，又有闻丧哀痛情状、经督抚将军咨部核准奏请的手续④。有的人被父母呈送监禁后，闻父母身故，自忧失去释放的机会而竟在狱自尽⑤。

我们从呈送发遣的事例上可以很清楚地看出来祖父母父母对于子孙身体自由的决定权力。他们不但可以行使亲权，并且可以藉法律的力量，永远剥夺其自由，放逐于边远，子孙被排斥于家族团体之外，同时也就被排斥于广大的社会之外——包括边境以外的全部中国，不能立足于社会。这可以说明子孙永远是属于父祖的，永远是与家庭不能分离的，这在具有近代意识，以为脱离家庭

① 《刑案汇览》1：72a—74b。

② 《清律例》“常赦所不原”条例。

③ 按乾隆六十年旧例原定忤逆发遣之人父母已故，便准释回。嘉庆十三年纂例以父母已故，便谓不致再有忤逆情事，即准释回，殊非情理，况该犯等于亲在时既敢于违犯失其欢心，又安望其有依恋之诚耶？此一条着即删去，仍遵例不赦（同上条例）。

④ 《清律例》，“常赦所不原”，嘉庆十九年续纂道光二十五年修改例。参看《刑案汇览》I：76b—77a，77a—78a，78a—79b，80a—81b，82ab，83ab。

⑤ 同上，75b。

可以自由在社会上获得自己生活的见解，是大相径庭的。

更重要的，我们从中也可看出父母在这方面的绝对决定权，剥夺自由与否的决定，执行一部分以后，免除其罪刑与否，全取决于他们的意志，法律只为他们定一范围及具体的办法，并代为执行而已，不啻为受委托的决定机构。从形式上来看，判决的是法司，从实质上来看，决定的还是向法司委托的父母，法律上早已承认他们的亲权。他们褫夺子孙的自由的合法权力，严格言之，实不自请求发遣之时始；同样地，他们免除原刑的权力亦不自请求释放之时始。

从清代遗留下来的案牍中，我们可以看出父母呈送触犯之案多系情节较轻者，大抵系因不服管束或出言顶撞一类情事。有一人因平日懒惰游荡不听母训，被呈送发遣①。有一人酗酒滋事，屡训不悛，由直隶发配广西②。有时则为供养有缺，有一人自家逃走，二年不回，不顾其父养赡，经呈送极边烟瘴充军③。许多则起因于偷窃财物，有一人偷卖伊父膳穀，被父查知，出言触犯，由四川发配广东④。有一人因性好游荡浪费，图窃父银使用⑤，又一人因赌博输钱，欲当母衣服偿欠⑥。有时再度呈送发遣也并非了不得的大恶，有一人嗜酒游荡，经父呈送发遣，在配思亲情切逃回被获，适逢恩诏查询，犯亲情愿领回，枷责释放，嗣后该人又在外饮醉，其父气

① 《刑案汇览》44：56b。
② 同上 I：82a。
③ 同上 44：54a。
④ 同上 I：73b。
⑤ 同上 1：72b。
⑥ 同上 44：55a。

忿,复呈送发遣,依例枷号两月,仍发极边充军,永不准释回①。可以说都是属于违犯教令一类的。很清楚地若是有干犯殴詈的重大罪名,早已罪犯死刑,岂止发遣?条例上说得明白:"凡呈告触犯之案,除子孙实犯殴詈,罪干重辟,及仅止违犯教令者,仍各依律例分别办理外,其有祖父母父母呈首子孙恳求发遣,及屡违犯触犯者,即将被呈之子孙实发烟瘴地方充军。"②故道光谕旨中有云:"子于父母如有干犯重情,早经依律治罪,其偶违教令,经父母一时之怒送官监禁者,情节本属稍差。"③

于此我们不应忽略一重要点,子孙违犯教令或供养有缺,依照本律不过杖一百,可是犯了同样的过失,被父母呈送便发遣边地,终身不得自由了。这事说明了处分的伸缩自由完全操纵在父母的手里。像刑部《说帖》所说的:"子孙一有触犯经祖父母父母呈送者,如恳求发遣,即应照实际之例拟军;如不欲发遣,止应照违犯之律拟杖。"④法律机构代父母执行惩戒权,处刑的轻重完全是遵父母的意志的,这和刘宋时代父母告子不孝,欲杀者皆许之,是同一道理。

呈控子孙忤逆不孝,司法机构是不会拒不受理的,同时,也不要求呈控人提供证据。法律上明文规定"父母控子,即照所控办理,不必审讯"⑤。"天下无不是的父母",父母对子女的管教惩戒权本是绝对的,伦理告诉我们,子当"有顺无违",这不是"是非"的

① 《刑案汇览》I:83ab。
② 《清律例》三〇,《刑律》,《诉讼》"子孙违犯教令",嘉庆十五年修改例。
③ 《刑案汇览》I:15b。
④ 同上44:56b。
⑤ 《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"殴祖父母父母",乾隆四十二年例。

问题，而是“伦常”的问题。在父母责骂时而和父母分辩讲理，甚至顶撞不服，在孝的伦理之下，实是不可想像的事。父母将儿子告到官里，官府怀疑到父母所陈述的理由是否充足，或是追问子女究竟是否忤逆不孝，也是不可想象的事。如果法官追问谁是谁非，便等于承认父母的不是，而否认父权的绝对性了。

“是非”，毋宁说是系于身分的。我错了，因为我是他的儿女。他的话和行为是对的，因为他是我的父亲。

其次，让我们来讨论财产权。

《礼记》曾屡次提到父母在不有私财的话[①]，禁止子孙私有财产在礼法上可以说是一贯的要求。法律上为了防止子孙私自动用及处分家财，于是立下明确的规定。历代法律对于同居卑幼不得家长的许可而私自擅用家财，皆有刑事处分，按照所动用的价值而决定身体刑的轻重，少则笞一十二十，多则杖至一百[②]。

子孙既不得私擅用财，自更不得以家中财物私自典卖，法律上对于此种行为的效力是不予以承认的。《宋杂令》家长在，子孙弟侄等概不得以奴婢六畜田宅及其他财物私自出卖或质举，便是家长离家在三百里以内并非隔阂者，同居卑幼亦受同样拘束，只有在特殊情况之下（家在化外及阻隔兵戈），才能请求州县给与文牒以凭交易，违者物即还主，财没不追[③]。元代也有类似的规定，田宅的

① 《曲礼》上云：父母在“不有私财”。《坊记》亦云：“父母在不敢有其身，不敢私其财。”又《内则》云：“子妇无私货，无私蓄，无私器，不敢私假，不敢私与。”

② 唐、宋律私辄用财者十匹笞十，十匹加一等，罪止杖一百（《唐律疏义》一二，《户婚》上，“卑幼私辄用财”；《宋刑统》一二，《户婚律》，“卑幼私用财”）。明、清律二十贯笞二十，每二十贯加一等，罪亦止杖一百（《明律例》四，《户律》一，《户役》，“卑幼私擅用财”；《清律例》八，《户律》，《户役》，“卑幼私擅用财”）。

③ 见《宋刑统》一三，《户婚律》，“典卖指当论竞物业”。

典卖须有尊长书押才有契约上的效力①。

父母在而别立户籍，分异财产，不仅有亏侍养之道，且大伤慈亲之心，较私擅用财的罪更大，所以法律上列为不孝罪名之一②，而处分亦较私擅用财为重。唐、宋时处徒刑三年③。明、清则改为杖刑一百④。祖父母父母死后子孙虽无此种限制，但丧服未满仍不得别籍异财，否则也不能逃避法律制裁⑤。立法的原意是恶其有忘亲之心，同时我们可以证明父祖对于财产的所有权及支配权在父祖死时才消灭，子孙在他未死以前，即使已成年，已结婚，或已生有子女，同时已经有职业，已经获得公民的或政治上的权利，他依然不能保有私人的财产或是别立一新的户籍。

法律对于父权在这方面的支持以及对家族团体经济基础的维持，其力量是不可忽视的。再进一步来看，则我们可以发现不但家财是属于父或家长的，便是他的子孙也被认为财产。严格说来，父亲实是子女之所有者，他可以将他们典质或出卖于人。几千年来许多子女都这样成为人家的奴婢，永远失去独立的人格，子女对自己的人格是无法自主或保护的，法律除少数例外，也从不曾否认父

① 《元史》一〇三，《刑法志》，“户婚”。

② 唐、宋、元、明、清律，《名例》，“十恶”，不孝。

③ 《唐律疏义》一二，《户婚》上，“子孙不得别籍”；《宋刑统》一二，《户婚律》，“父母在及居丧别籍异财”。

④ 《明律例》四，《户律》一，《户役》，“别籍异财”；《清律例》八，《户律》，《户役》，“别籍异财”。

⑤ 唐、宋处徒刑一年（《唐律疏义》一二，《户婚》上，“居父母丧生子”；《宋刑统》，“父母在及居丧别籍异财”）。明、清律杖八十（《明律例》，“别籍异财”；《清律例》，“别籍异财”）。

母在这方面的权力①。

另一重要的父权为对于子女婚姻状况的决定。父母的意志为子女婚姻成立或撤销的主要的决定条件，他以自己的意志为子授室，为女许配，又可以命令他的子孙与媳妇离婚，子女个人的意志是不在考虑之列的。社会法律皆承认他的主婚权，以社会法律的制裁作有力的支持。子女的反抗是无效的。（详情留在婚姻一章内再讨论）

从以上的分析中我们可以得一结论，父或家长为一家之主，他的意思即命令，全家人口皆在其绝对的统治之下。司马光云："凡诸卑幼事无大小，必咨禀于家长。（安有父母在上而其下敢恣行不顾者乎？虽非父母，当时为家长者，亦当咨禀而行之，则号令出于一人，家始可得而治矣。）"②所说的便是这种情形。

在离去这个题目以前，我们对于父权似应加以明确的解释，以免发生混淆概念。在上文中，我们常父母并言，社会、法律要求子孙对他们同样的孝顺，违犯教令及其他侵犯行为对父母是同样的处分，并无轩轾。但我们应注意，严格说来，只能说是父权而不能说是母权。这有两点意义：第一，母权是得之于父的，是因父之妻的身分而得的，"不为伋也妻是不为白也母"③的情形。可以说母权不是永久的，其延续性是决定于父之意志的。第二，母权不是最

① 汉高帝尝颁诏令，民得卖子（《汉书》二四，《食货志》）。旋又诏民以饥饿自卖为奴婢者得免为庶人（《汉书·高帝纪》）。《严助传》云："民得卖爵赘子以接衣食"，淳如注曰："淮南俗卖子与人作奴婢名曰赘子，三年不赎，遂为奴婢"（《汉书》六四，《严助传》）。风俗法律对于父母出卖子女的权利的承认，汉时已然。

② 司马光《书仪》卷四，《居家杂仪》。

③ 《礼记·檀弓》。

高的，也不是绝对的。我们晓得妻是从夫的，在治家上居于辅从的地位，以父母来说，母亦居于辅从的地位。在父母双方的意志不相冲突时，他们的命令是一个，原不必分别父权母权——自法理言之，母既是从父的，根本便不应有冲突。但事实上当母权与父权冲突时，则夫权越于妻权，父权越于母权，子女应当服从父亲的最高的绝对的命令。许多家庭中母亲往往溺爱儿子，不加管束，父亲说打便打，母亲虽心痛，也无从拦阻。又如为子择媳，儿子固不能违背母亲的意志，但父亲有最后的决定权。所以古人说“家无二隆”①，“母亲而不尊”明白承认家中只有一最高主权，犹之国家亦无二隆，即以丧服而论也可看出父尊而母卑，很久的一个时期，父在只为母服期丧，开元时经过一场激辩，才改为齐衰三年，一直到明代才一律斩衰三年。

而且，严格说来，父权实指家长权，只有男人才能获得此权，祖母、母亲实不包括在内。我们应注意父权的行使者不一定是祖父或父亲，有时是祖父的兄弟，父亲的兄弟，有时是同辈的兄长。谁是家长谁便是父权的行使者，所有全家的卑幼都在他的统治之下。即使祖父、父亲是一家之长，他死后也不能由祖母或母亲来继承，她反而居于从子的地位，如果儿子还未成年，名义上也须由亲等最近的旁系男性尊亲属负教养监护之责，代行父权。最显明的是关于主婚权。

以上是父权在家中的行使。族既是家的综合体，族居的大家族自更需一人来统治全族的人口，此即我们所谓族长。便是不族

① 《荀子》九，《致士篇》云：“君者国之隆也，父者家之隆也，隆一而治，二而乱。”

居的团体,族只代表一种亲属关系时,族长仍是需要的,一则有许多属于家族的事务,须他处理,例如族祭、祖墓、族产管理一类事务,再则每一个家虽已有家长负统治之责,但家际之间必有一共同的法律,一最高主权,来调整家际之间的社会关系,尤其是在有冲突时。没有族长,家际之间的凝固完整,以及家际之间的社会秩序是无法维持的。族长权在族内的行使实可说是父权的伸延。

在远古的时代——周——我们看见宗法的组织。这种组织是"同姓从宗合族属"的一种结合,由大小宗分别来统率。大宗一系是由承继别子(始封之祖)的嫡长子(大宗宗子)所组成的①,全族的共同组织,全族的男系后裔,都包括在此宗体以内②,为全族所共宗③,可以说是最综合的,最永久的。其余嫡子及庶子则分别组成无数小宗,有继祢的(父宗)④,有继祖的(祖宗),有继曾祖的(曾祖宗),有继高祖的(高祖宗),分别统其同父的群弟,同祖之弟,同曾祖之弟,同高祖之弟。最后则所有小宗皆统于大宗,成为"大宗能率小宗,小宗能率群弟"⑤的情形。

大宗是百世不迁的,同时亦是百世不易其宗的⑥,凡是始祖的

---

① 《礼记·大传》云:"别子为祖,继别为宗,继祢者为小宗。"

② 故《仪礼·丧服传》云:"大宗者尊之统也,大宗者收族者也。"

③ 故《白虎通德论》云:"宗其为始祖后者百世之所宗也。"(卷三下,《宗族》)

④ 故《白虎通德论》云:"宗其为曾祖后者为曾祖宗,宗其为祖后者为祖宗,宗其为父后者为父宗。父宗以上至高祖皆为小宗。……小宗有四,大宗有一,凡有五宗,人之亲所以备矣。"

⑤ 《白虎通德论》。

⑥ 《礼记·大传》云,"有百世不迁之宗,有五世则迁之宗。百世不迁者,别子之后也。宗其继别子之所自出者,百世不迁者也。宗其继高祖者,五世则迁者也。"《白虎通德论》衍释之云:"宗其为始祖后者为大宗,此百世之所宗也。宗其为高祖后者五世而迁者也,高祖迁于上,则宗易于下。"

后裔都包括在此宗体以内,皆以大宗宗子为宗主,所以大宗的体系是综合的,也是最永久的。若小宗则是以高祖为始,五世则迁的,祖迁于上则宗易于下。祖迁于上影响祭礼的变动,宗易于下则影响宗体及统率关系的变动,所以小宗的范围不仅是较小的,且是随时变动的,不是永久的。

宗者主也,宗的本身即一种统率,宗子权即统率之权,所以汉儒说:"宗,尊也,为先祖主也,宗人之所尊也"①,又因为宗道以兄统弟,故宗道亦即兄道②。孔子常说,入以事其父兄,周人每孝弟并论,此即宗道的意识,与后世所谓弟道不同。

宗子权中最主要的是祭祀权。在宗法系统中不是所有的子孙都有祭祀权的,只有宗子才能祭其父祖③。继别者祭别,继祢者祭祢,继祖者祭祖,继曾祖者祭曾祖,继高祖者祭高祖,各有所继,各有所祭,其余非所当继者皆不得祭。这些不祭的大小宗宗子之弟在祀时便分别敬侍宗子,同父的兄弟共侍父宗宗子祭父,堂兄弟共侍祖宗宗子祭祖,再从兄弟共侍曾祖宗子祭曾祖。族兄弟共侍高祖宗子祭高祖,大宗宗子祭始祖一系时则群宗皆来敬侍。故《白虎通》云:"宗将有事,族皆侍。"④贺循云:"若宗子时祭则宗内男女毕会。"⑤大小宗宗子实为大小宗的主祭者。

---

① 《白虎通德论·宗族》。

② 毛奇龄云:"宗之道兄道也"。吾人或可说无兄弟相宗之法即等于无宗。

③ 李塨对此点解释的最清晰明白。他说:"祭礼通俗谱曰:'祭必以子',子必有兄弟,周制兄弟严嫡庶,而嫡庶又严长次,惟长嫡可以主祭,次嫡与庶皆名支子,皆不得主祭。盖封建之世,天子诸侯卿大夫惟长嫡得袭位,次嫡即不袭,故古之重嫡即重贵也。"

④ 《白虎通德论》。《尚书大传》宗人作宗室,《诗》毛传则作宗子。

⑤ 贺循《贺氏丧服谱》(《通典》七三引)。

第二，宗子负有全族财产权。《白虎通》云："大宗能率小宗，小宗能率群弟，通其有无，所以统理族人者也"①，便是此意。宗法组织之下，昆弟虽"异居而同财，有余则归之宗，不足则资之宗。"②

此外，族中有大事皆当咨告宗子，故贺循云："奉宗加于常礼，平居即每事咨告，凡告宗之例，宗内祭祀、嫁女、娶妻、死亡、子生、行来、改易名字皆告。"③

以族人之婚姻而言，所以必告者不仅系大事必告，亦不仅要求宗子普率宗党以赴役④，最主要的还是因为主婚权。所以《仪礼》说："宗子无父，母命之，亲皆殁，己躬命之，支子则称其宗，[宗子]之弟则称其兄[宗子]。"⑤又女子许嫁之后，祖庙未毁，教于公宫，毁则教于宗室⑥，宗室即宗子之家。

生子必告，告则宗子书于宗籍⑦。

宗子亦似有生杀权。楚归知罃于晋，楚王问何以为报。对曰："以君之灵，累臣得归骨于晋，寡君之以为戮，死且不朽。若从君之惠而免之，以赐君之外臣首[知罃父]，首其请于寡君而以戮于宗，亦死且不朽。若不获命，而使嗣宗职……"⑧戮于宗即宗子有生杀权之谓。

宗子在宗族中之地位既如此高崇，所以宗子宗妇于礼最尊，贺

① 《白虎通德论》。
② 《仪礼·丧服》。
③ 《贺氏丧服谱》。
④ 《贺氏丧服谱》云："若宗内有吉凶之事，宗子亦普率其党以赴役之。"
⑤ 《仪礼·士昏礼》。
⑥ 《仪礼·士昏礼》；《礼记·昏义》。
⑦ 《贺氏丧服谱》。
⑧ 《左传》成公三年。

循所谓“奉宗加于常礼”是。《礼记》云:嫡子庶子只事宗子宗妇,虽富贵不敢以富贵入宗子之家,虽众车从,舍于外以寡约入,子弟犹归器,衣服丧衾车马则必献其上而后敢用其次也①。宗子之尊可以想见。

宗法原是封建贵族的亲属组织,封建制度破坏以后,宗法组织亦随而瓦解。封建时代爵位封邑的继承皆只限于一人,所以分别大小宗,独重长嫡,封建既废,官无世禄,此种分别自非必要,所以宗法组织亦成为历史上的遗迹。后代虽好以长房当大宗,次房以下当小宗,实似是而非,后世并无百世不迁永远一系相承的支系,房断不可与宗混为一谈。

而且严格言之,宗道兄道也,宗法的中心组织在于以兄统弟,后世根本没有这种意识,也没有这种组织。兄长断没有统弟的权力,每一房的统治者是父而不是兄。

宗法组织消失以后,起而代之的为家长或族长,家长若小宗宗子,为一家或一支派之主,族长则若大宗宗子为全族之主。(但有时家长族长之分并不严格,广义的用法,族长亦可称为家长。从历史上的用语来看,似乎族长一名称是较后起的、较通俗的。陆九韶兄弟累世同居,史称家长,不曰族长。江州陈氏、婺州郑氏的家谱家规中,亦概称家长。)一般习惯,族长是公推的,多半择辈尊年长德行足以服众者任之,整个的族事都由他处理。

在宗族的团体中,全族的收入和各项消费都须缜密地计划、经营和支配,经济方面的功能是非常繁重的。金溪陆氏累世义居,推一人最长者为家长(实即族长),岁迁子弟分任家事,田畴、租税、出

① 《礼记·内则》。

纳、厨爨、宾客，各有主者①。浦江郑氏家长（族长）之下分设主记、新旧掌管、羞服长、掌膳、知宾等名目，由子弟分任其职②。

族不一定是同居的共同生活体，许多时候每一个家是各自分居的，在这种情形之下，每一单位家务的处理仍由每一单位家长自行负责，族长是不干预的，他所过问的是关乎家际之间的公务，例如族田、族祠、族学的管理，族田收益的分配等。

族长皆负有宗教功能，为族祭的主祭人，陆九龄兄弟家每晨由家长率众子弟拜谒先祠③。一般的家虽不每日叩祠，岁时祭祀的主祭人仍为族长④。一般习惯，家祠私祭由家长主祭，只有家内人口参加，岁时的族祭则于族祠举行，由族长主祭，全族的人皆参加。

除祭祀而外，族长最重要的任务是处断族内纠纷。家内纠纷，自可由家长处断，族内家际间的纠纷则非家长所能解决。族长实等于族的执法者及仲裁者，族长在这方面的权威实是至高的，族内的纠纷往往经他一言而决，其效力决不下于法官。有的权力甚至为法律所承认。例如族中立嗣的问题，常引起严重纠纷，有时涉讼不清，法官难以判断，断亦不服。只有族长及合族公议才能解决这种纠纷，往往一言而决，争端立息。法律上看清这一点，所以明白规定，“妇人夫亡，无子守志者合承夫分，须凭族长择昭穆相当之人

---

① 《宋史》四三四，《儒林》四，《陆九韶传》。

② 郑文融、铉、涛等订《郑氏规范》（《学海类编》本）。

③ 《宋史·陆九韶传》。

④ 浦江郑氏朔望岁时皆由家长（族长）主祭。（见《郑氏规范》，《义门郑氏家仪》，《通礼第一》，——《续金华丛书》。）李塘《学礼》曰：“公祠主祭实若族长，择行辈年齿高于一族，族众共推者为之，于是为祭主……祭时亦如家祠之祭，立阃族长支嫡长于族长后，灌毕，揖长支嫡长主初献礼，不敢忘始祖嫡长也。”（卷四，《主祭》）

继嗣”①。又如独子承继两房应取具合族甘结②。因争继酿成人命者,争产谋继及扶同争继之房分,均不准其继嗣,应听阖族另行公议承立③。所谓阖族公议者实由族长主持。

招婿养老本应仍立同宗应继者一人承奉宗祀,但未及立继而死,自不得不由族长于同宗中择一人立继,法律上明文规定“从族长依例议立”④。

对于违犯族规及不服仲裁的族人,族长是有惩罚权的。许多宗族中都有法律,有时是成文的。《郑氏规范》为最著称的一例。有些家族虽没有条规,但总有些传统的禁忌,凡足以破败门风,玷辱祖宗的行为都是族所不容的。往往触犯刑律的人同时也就是触犯族禁者,国法与家法有时是相合的。

族长实无异于奉行宗族法律(家法)的法官,为族法的执行者。他可以根据自己的意志判断曲直,酌定处罚(族中若没有规定处罚的条款,自只得采取自由裁定的方式),他的话在族中即命令即法律,他可以使令赔偿损害,以及服礼道歉之类:

> 王荣万因堂弟王贵万将坍败公众厅堂修整居住,令出租钱不允,将王贵万钱抢走。王贵万投族,将王荣万寻获,处令还钱⑤。
>
> 饶念八兄病故,寡妇曹氏情愿守志。饶念八欲将曹氏嫁

① 《清律例》八,《户律》,《户役》,“立嫡子违法”条。
② 同上。
③ 同上。
④ 《清律例》十,《户律》,《婚姻》,“男女婚姻”条例。
⑤ 《刑案汇览》44:29。

卖，且说恐曹氏破败门风，免得丢脸。曹氏投明族众，处令饶念八服礼①。

刘彩文素行不端，为母刘陈氏逐出另居。刘彩文偷窃族人刘章耕牛一只，为事主所悉。将刘彩文拉投族众。族长刘宾以做贼有犯族禁，倡言罚银八十两，置酒谢族，免其送官究治②。

更重的罪则加以身体刑，或开除族籍。家长族长之有身体惩罚权，在中国家族史上是极重要的，陆九龄、九韶兄弟家家法极严峻，子弟有过，家长责而训之，不改则挞之，终不改，度不可容，则言之官府，屏之远方③。婺州郑文嗣、文融兄弟家庭内凛然如公府，家人稍有过，虽颁白笞之④。族居时代，人口众多，关系极为复杂，极易引起冲突，若无家法，自难维持秩序。否则郑氏断不能十世同居，达二百数十年之久。

有时族长甚至下令将犯过的族人处死。

刘彩文经族长刘宾断令罚银谢族后，即将刘彩文交刘公允领交刘陈氏收管。彩文回家，欲卖陈氏膳田备酒。陈氏不允，彩文嚷闹，将陈氏推倒。次日，刘宾、刘章、刘大嘴（刘章之子）、刘公允等赴刘陈氏家催索罚银。陈氏声述昨天情事，求

---

① 《刑案汇览》7：78a。

② 《驳案新编》10：1a。

③ 《宋史》四三四，《陆九龄传》。

④ 《元史》一九七，《孝友传·郑文嗣传》。其详细家规，某过该罚，某过该笞，皆载《郑氏规范》中。

帮同送官究治。刘宾云:“做贼不孝,不如埋死,以免族人后累。”陈氏不允。刘宾说:“如不埋死,定将卖膳田办酒示罚。”刘宾即令刘大嘴取出吊狗细练将刘彩文练住,拉牵前走。彩文不肯走,刘宾又令刘彩文之大功服兄刘文登在后帮推。陈氏携带稻草唤彩文之弟刘相刘牙同行,刘相中途逃走。刘牙哀哭求饶,刘宾不允,令刘文登挖坑,陈氏将稻草铺垫坑内。刘宾随令刘大嘴将练解放,同刘大嘴将刘彩文推落下坑,刘文登与刘陈氏推土掩埋①。

徐公举与侄女徐昭英通奸,经徐昭英之母、叔捉获捆缚,投明族长徐添荣送官究治。徐公举在途求释,不允,遂说,送官族长亦无颜面,徐添荣以其败坏门户,忿激之下,喝令徐添寿将徐公举推溺毙命②。

族长的生杀权固不是法律所承认的,前案刘宾病故不议,后案徐添荣照擅杀律科断。但我们应注意其传统的威权,族人肯服从他的命令,加以执行,便表示承认他的生杀权,并不曾有所怀疑。这类事在穷乡僻壤不知曾发生过多少次,若有记录,其数量定可惊人。

于此我们可见家长族长在维持家族秩序及家族司法上所处的重要地位以及国法与家法的关系。在社会和法律都承认家长或族长这种权力的时代,家族实被认为政治、法律之基本单位,以家长或族长为每一单位之主权,而对国家负责。我们可以说家族是最

① 《驳案新编》10:1a—7b。

② 《刑案汇览》27:14b—20a。

初级的司法机构，家族团体以内的纠纷及冲突应先由族长仲裁，不能调解处理，才由国家司法机构处理。这样可省去司法官吏许多麻烦，并且结果也较调和，俗话说清官难断家务事是有其社会根据的。有许多纠纷根本是可以调解的，或是家法便可以处治的，原用不着涉讼，更有些家庭过犯根本是法律所不过问的，只能由家族自行处理。家长族长除了生杀权以外，实具有最高的裁决权与惩罚权。

反过来看，法律既承认家长、族长为家族的主权，而予以法律上的种种权力，自亦希望每一单位的主权能为其单位团体的每一分子对法律负责，对国家负责。此等责任或为对国家的一种严格的义务。

在公元前二世纪时，我们便看见中国法律上对家长所要求的这种责任，当时的占租律便是以家长为负责的对象，占租不实者有罪①。脱漏户口，自来的法律都要求家长负责。唐、宋律脱户者家长徒三年，无课役者减二等，明、清律，一户全不附籍，有赋役者家长杖一百，无赋役者杖百十，将他人隐蔽在户不报及相冒合户附籍者同罪②。晋时举家逃亡，家长处斩③。户籍租税等事本系家长职权，故由家长独负其责。

有些事虽应由个人负责，但所有家族内人口都居于家长或族权之下，应随时督察，所以也应由家长负责。而且有过失之本人反

① 《汉书》七，《昭帝纪》，如淳引律。

② 《唐律疏义》一二，《户婚》上，“脱户”；《宋刑统》一二，《户婚律》，“脱漏增减户口”；《明律例》四，《户律》一，《户役》，“脱漏户口”；《清律例》八，《户律》，《户役》，“脱漏户口”。

③ 《晋书》三〇，《刑法志》。

不负法律上的责任。例如服舍违式，明、清律俱罪坐家长①，清律并规定，族长系官罚俸三个月②。又如居丧之家修斋设醮，而男女混杂，饮酒食肉者，亦罪坐家长，杖八十③。

从家法与国法，家族秩序与社会秩序的连系中，我们可以说家族实为政治、法律的单位，政治、法律组织只是这些单位的组合而已。这是家族本位政治法律的理论的基础，也是齐家治国一套理论的基础，每一家族能维持其单位内之秩序而对国家负责，整个社会的秩序自可维持。

## 第三节　刑法与家族主义

### 一　亲属间的侵犯

#### 杀伤罪

直系尊亲属对子孙本有教养扑责的权利，原不成立伤害罪，因子孙不孝或违犯教令，而将子孙杀死，法律上的处分也极轻，甚至无罪，过失杀死且得不论，这些在父权一节内已讲过了。如子孙并无过失而为父母所擅杀，便超出训责的范围，而须负刑律上的责任了。北魏律祖父母忿怒以刃杀子孙者五岁刑，殴杀者四岁刑，若心

① 《明律例》十八，《礼律》，《仪制》，“服舍违式”，《清律例》一七，《礼律》，《仪制》，“服舍违式”。

② 《清律例汇辑便览》，“服舍违式”条引。

③ 《清律例》一七，《礼律》，《仪制》，“丧葬”。

有爱憎而故杀者各加一等①。唐、宋律故杀子孙,殴杀者徒二年,以刃杀者徒二年半②。元律无故以刃杀其子者杖七十七③。明、清律故杀子孙者杖六十,徒一年④。《清现行刑律》亦处徒刑一年⑤。

唐、宋、明、清律,谋杀子孙已行者依故杀罪减二等,已伤者减一等,已杀者依故杀法⑥。

这些处罚较常人间的轻得多了。常人斗殴轻伤笞杖,重则徒流,殴人致死或杀人是没有不偿命的,谋杀人虽伤而未死亦处绞刑⑦。

子孙本以恭谨孝顺为主,所以对父母有不逊侵犯的行为皆为社会和法律所不容,不孝在法律上是极重大的罪,处罚极重。《孝经》云五刑之属三千,罪莫大于不孝。《周礼》不孝为乡八刑之一。汉律不孝罪斩枭⑧。北魏时代不逊父母律处髡刑,太和诏书犹以为

---

① 《魏书》一一一,《刑法志》。

② 《唐律疏义》二二,《斗讼》二,"殴骂祖父母父母",《宋刑统》二二,《斗讼律》,"夫妻妾媵相殴并杀"。

③ 《元史》一〇三,《刑法志》三,"杀伤"。

④ 《明律例》一〇,《刑律》二,《斗殴》,"殴祖父母父母";《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"殴祖父母父母"。

⑤ 《清现行刑律》,《斗殴》下,"殴祖父母父母"。

⑥ 《唐律疏义》一七,《贼盗一》,"谋杀人";《宋刑统》一七,《贼盗律》,"谋杀";《明律例》一九,《刑律》一,《人命》,"谋杀祖父母父母";《清律例》二六,《刑律》,《人命》,"谋杀祖父母父母"。

⑦ 《唐律疏义》二一,《斗讼》一,"斗殴手足他物伤","斗殴折齿毁耳鼻","兵刃砍射人","殴人折跌支体瞎目","斗故杀用兵刃",一七,《贼盗》一,"谋杀人";《宋刑统》二一,《斗讼律》,"斗殴故殴故杀";一七,《贼盗律》,"谋杀";《元史》一〇三,《刑法志》三,"杀伤";《明律例》一〇,《刑律》二,《斗殴》,"殴斗";九,《刑律》一,《人命》,"斗殴及故杀人","谋杀人";《清律例》二七,《刑律》,《斗殴》上,"斗殴";二六,《刑律》,《人命》,"斗殴及故杀人","谋杀人"。

⑧ 《公羊传》文公十六年,何注。

太轻,令更详制①。在上古时代的法律中,已可看出法律对不孝罪的重视,齐、隋以后不孝更成了十恶不赦的重罪,标明于卷首的名例中②。

我们只要留意,历代法律对于不孝罪的处治,便可以看出中国古代法律皆采同一原则——加重主义。例如骂人在常人不算一回事③,但骂祖父母、父母便是绞罪④,且列入不孝重罪,在十恶之内。《清现行刑律》因废除凌迟重订死刑的关系,才由绞决改为绞监候⑤。

至于骂以上的行为更是不能容忍的恶逆重罪了(亦在十恶以内),早已超过不孝的程度,法律上的处分更为严厉。汉律⑥、宋律⑦皆罪至枭首。唐宋明清律的处分皆为斩决,《清现行刑律》改

① 《魏书》一一一,《刑法志》。

② 按北齐北周时不孝已为十种重罪之一,(《隋书·刑法志》云:齐列重罪十条,八曰不孝,犯此十者不在八议论赎之限。又云,周不立十恶之目,而重恶逆,不道,大不敬,不孝,内乱之罪。)隋代始明立十恶名目,自此以后以迄清律皆无变更,故《隋书·刑法志》云又置十恶之条,多采后齐之制而颇有损益,七曰不孝。又《唐律疏义》,《名例》,"十恶"条疏义曰:"按梁、陈已往,略有其条,周、齐虽具十条之名,而无十恶之目。开皇创制,始备此科,酌于旧章,数存于十。大业有造,后更刊除,十条之内,唯存其八。自武德以来,仍遵开皇,无所损益。"参看唐、宋、元、明、清律,《名例》,"十恶"条。

③ 唐无常人相骂之条,骂尊长因名分关系,严其法,与殴并言。明、清律始特立骂詈一门,然常人相骂不过笞一十而已(《明律例》一〇,《刑律》二,《骂詈》,"骂人";《清律例》二九,《刑律》,"骂詈","骂人")。

④ 《唐律疏义》二二,《斗讼》二,"殴詈祖父母父母";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"夫妻妾媵相殴并杀";《明律例》,《刑律》,《骂詈》,"骂祖父母父母";《清律例》二九,《刑律》,《骂詈》,"骂祖父母父母"。

⑤ 《清现行刑律》,《骂詈》,"骂祖父母父母"。

⑥ 《太平御览》六四〇,引董仲舒《春秋决狱》。

⑦ 《宋书》五四,《孔季恭传》引宋律云:"子贼杀殴父母枭首"。

为徒刑①。我们应注意除元律殴伤祖父母、父母处死刑外②,其他时代的法律都不问有伤无伤,伤轻伤重,只要有殴的行为便成立此罪③。

同时,也不分别故伤或误伤。法律上例无误伤作何治罪明文,即使是并非有心干犯而误伤父母也一律处斩。很古的时代,在汉时,就有许多人如此看法,有甲父乙与丙相斗,丙以刀刺乙,甲以杖击丙救父而误中其父,或曰殴父当枭首,并不因误伤而别论,独董仲舒云:"臣愚以父子至亲也,闻其斗莫不有怵怅之心,扶杖而救之,非所以欲诟父也。《春秋》之义许止父病,进药于其父而卒,君子原心,赦而不诛,甲非律所谓殴父不当坐。"④在当时持此种见解的人已不甚多,后代的人亦少例外。

翟小良修墙得钱买鱼酒饮食,翟父见而气忿,揪住小良发辫殴打,小良情急图脱,用刀割辫,不期将父手腕割伤⑤。

龚奴才因妻与人通奸,争吵斗殴,以剪刀向戳,陈氏闪避,适龚父加红赶来劝解,收手不及,误将龚加红左肋戳伤⑥。

---

① 《唐律疏义》二二,《斗讼》二,"殴詈祖父母父母";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"夫妻妾媵相殴并杀";《明律例》十,《刑律》二,《斗殴》,"殴祖父母父母";《清律例》二八,《刑律》《斗殴》下,"殴祖父母父母";《清现行刑律》,《殴斗》下,"殴祖父母父母"。

② 《元史》一〇四,《刑法志》,"大恶"。

③ 唐宋律但云,殴者斩,原未分别有伤无伤,清律加注云:"凡预殴者不分首从皆斩,不论有伤无伤与伤之轻重也。"又条例云:"凡子孙殴祖父母父母,审无别情,无论伤之轻重,即行奏请斩决。"(《清律例》,"殴祖父母父母")

④ 《太平御览》六四〇,引董仲舒《春秋决狱》。

⑤ 《刑案汇览》2:13a—14b。(本书点校本,法律出版社2008年)

⑥ 同上,8a—11a。

樊魁与弟樊沅争斗，持刀吓砍，伊母王氏夺刀，自行划伤①。

以上诸案都依子殴父母律拟斩立决，后因情可矜悯，才改斩候，秋审由实改缓，并因樊魁一案定一新例："其误伤祖父母父母律应斩决者，仍照本律定拟，援引樊魁案内钦奉谕旨，恭候钦定。"②

又一案：

周三儿用柳条殴责伊妻，母上前遮护，误伤左腮颊，饮食行动如常，并未嚷痛。嗣因身体受寒，下坑出恭，失跌喘发，痛剧殒命。刑部以伤甚轻浅，死由于病，但业已误伤，伦纪攸关，仍照律拟斩决，奉旨九卿议奏，得改斩候③。

若致父母于死，自又罪加一等，唐、宋死刑止斩绞二种，殴罪已至斩刑，故罪无可加，仍止于斩。元、明、清律则罪加至凌迟④，凌迟本不见于五刑，为法外最残酷之极刑，非罪大恶极不用，惟用于谋反恶逆等罪，法律对逆伦案之重视，可以知之。《清现行刑律》因废除凌迟一刑，才将杀死父母改为斩决，同时殴骂父母亦不得不分别

① 《刑案汇览》2:11a—12a。

② 《清律例》二八，《刑律》，《斗殴》下，"殴祖父母父母"条，道光五年续纂例。

③ 《刑案汇览》44:23b。

④ 《元史》一〇四，《刑法志》，"大恶"；《明律例》，"殴祖父母父母"；《清律例》"殴祖父母父母"。

各减一等,改为绞及绞候①。殴死父母之人虽已毙命,仍须凌迟尸体。清时有一人因疯砍死父亲,被母砍死②。一人将母推跌毙命,被兄活埋③。后均剉尸示众。又一人殴兄误伤毙母,畏罪自尽,剉尸示众④。有许多未及正法、在监瘐毙的逆伦犯,都同样办理。元律有明文的规定⑤。清代均依律剉尸示众⑥。便是殴伤父母业已依律斩决的逆伦罪犯,父母嗣后因伤身死者,也不免于剉示⑦,虽死犹不能逃刑,甚至刑余之尸还须受第二次刑。法律对于殴死父母必须处极刑的坚持,可以想见。

即无心误杀父母也当凌迟。法律上原不分别误杀故杀⑧,致父母于死便依律问拟,有特别情节特可矜原的案子,得到皇帝的矜怜,才有减轻的机会。

白鹏鹤因向嫂白葛氏借灯油不遂,出街嚷骂,白葛氏赶出门首理论,白鹏鹤拾起土块向嫂掷击,适母白王氏出劝,误伤殒命。刑部按子杀父母凌迟处死律问拟。奉旨以遥掷土坯误伤其母,非其思虑所及,与斗殴误杀者究属有间,着改为斩立决⑨。

---

① 《清现行刑律》,"殴祖父母父母"。

② 《刑案汇览》44:34b。

③ 《续增刑案汇览》12:2b。

④ 《刑案汇览》44:34b—35a。

⑤ 《元史·刑法志》,"大恶"。

⑥ 《刑案汇览》44:35a—36b。

⑦ 《清律例》,"殴祖父母父母"条例。

⑧ 故清律总注云:"杀者不分首从皆凌迟处死,不言殴死而言杀者,兼殴杀故杀在内。"

⑨ 《刑案汇览》44:25ab。

**又一案与此相似。**

陇阿侯与余茂胜口角相殴，陇阿侯拾起地下柴斧，用斧背向余茂胜回打。余急行闪避，适陇之祖母走拢拉劝，陇收手不及误伤祖母顶心，倒地身死。巡抚依律问拟凌迟，奉旨以误伤究与殴杀者不同，改为斩决①。

当时并为此定一条例，子孙误伤祖父母、父母致死者，仍照律定拟，但准援引白鹏鹤及陇阿侯案内钦奉谕旨恭候钦定②。

甚至因父母被人殴击，救父母情急，误伤父母致死，也须依律问拟凌迟，然后请旨核减。

邓逢达被戚兴按扑在地，戚拾石欲殴，邓子光维用刀将戚兴戳伤，戚兴仍抵住邓逢达不放，邓光维情急用刀向戳，不意戚将腿挪开，收手不及，误将父右腹戳伤毙命。有司以父被殴势在危急，救父误伤，情有可悯，照子殴杀父律拟凌迟，奏请减为斩立决，奉旨照准③。

陈氏与董学试拉夺竹挑，互殴。陈氏之子谭亚九喊令董放手，董不理，恐母吃亏，以石掷击，董闪避，击中陈氏身死。依律凌迟，声明情节，恭候钦定。奉旨改为斩监候④。

---

① 《刑案汇览》，26ab。

② 《清律例》，“殴祖父母父母”，道光五年续纂例。

③ 《刑案汇览》44：25ab。

④ 同上，29b—30a。

法律上又有关于子孙过失杀伤父母的规定，常人过失杀伤[①]是可以收赎的[②]，但子孙过失杀伤父母则不得赎，且科罪极重。唐、宋、明、清律过失伤者徒三年，过失杀者流三千里[③]。乾隆时又定例过失杀祖父母、父母绞立决[④]，较前更重。过失杀伤父母罪所以如此重大仍是因为孝道伦纪的关系。最好我们引清律原注来剖释立法的原意和精神："过失虽出无心，而子孙……于祖父母、父母当敬慎不应至于过失，故凡人收赎，而子坐流徒，即臣子于君父不得称误之义也。"[⑤]所以对祖父母、父母的过失杀伤，无论何种情状之下，均须依律拟罪，不能减轻，除非声明可矜情节，请旨核减，但亦只能由绞决改为绞候[⑥]。下面几个都是夹签申请，由绞决改为绞候的

---

① 按过失杀伤与误伤不同，虽同属事出无意，并非有心杀伤，但在中国古代法律上的含义是有分别的。误伤指与人斗殴而误伤旁人，所以律上说因斗殴而误杀伤旁人者如何治罪，因谋杀故杀人而误杀旁人者，如何治罪（参看《唐律疏义》二三，《斗讼》三，"斗殴误杀伤人"；《宋刑统》二三，《斗讼律》，"误杀伤"；《明律例》九，《刑律》一，人命，"戏杀误杀过失杀伤人"；《清律例》二六，《刑律》，人命，"戏杀误杀过失杀伤人"）。过失杀伤则指"耳目所不及思虑所不到"的伤害，律注曾列举数例，如共举重物，力不能制，伤及同举物者；乘高履危，足有蹉跌，累及同伴；驾船使风，乘马惊走，驰车下坡，势不能止；弹射禽兽，因事投掷砖瓦，不期伤人之类。凡初无害人之意而偶致杀人者皆是（参看《唐律疏义》二三，《斗讼》三，"过失杀伤人"；《宋刑统》二三，《斗讼律》，"过失杀伤"；《明律例》，"戏杀误杀过失杀伤人"；《清律例》，"戏杀误杀过失杀伤人"），所以法律上过失杀伤之罪较误杀伤者为轻。

② 参看《唐律疏义》二三，《斗讼三》，"过失杀伤人"；《宋刑统》二三，《斗讼律》，"过失杀伤"；《明律例》，"戏杀误杀过失杀伤人"；《清律例》，"戏杀误杀过失杀伤人"。

③ 《唐律疏义》，"殴詈祖父母父母"；《宋刑统》二二，《斗讼律》，"夫妻妾媵相殴并杀"；《明律例》，"殴祖父母父母"；《清律例》，"殴祖父母父母"；《清现行刑律》，"殴祖父母父母"。

④ 《清律例》，"殴祖父母父母"条，乾隆二十八年例，道光二十五年修改例。

⑤ 《清律例》，"殴祖父母父母"条，乾隆二十八年例，道光二十五年修改例。

⑥ 《清律例》，"戏杀误杀过失杀伤人"，嘉庆十六年续纂，十一年复奉颁修。《道光》二十五年修改例。参看嘉庆十一年题准通行（《刑案汇览》44：18b—19a）。

个案：

戴邦稳在草堆内煮饭，不慎，草堆起火燃烧，母戴吴氏年老不能逃避，被火灼毙①。

徐张贵随父徐国威淘井，父在井底挖泥，子在井上循环提桶。提至井身一半，桶梁脱落，泥桶坠井，致毙父命②。

崔三同父共锯木板，木身摇动，风势过猛，支架木板之小木滑脱，大木倒下，将父压伤身死③。

方袁氏系袁单氏业已出嫁之亲女，某日袁单氏往婿家告贷，值婿外出，袁氏留母候婿回家筹钱。单氏坐于门槛看女纺纱。候到傍晚，婿犹未还。袁氏想去找寻，跨出门槛向前走，单氏转身拉住袁氏后身衣服，说不去寻。袁氏衣服被拉住，不及提防，往后退跌，碰翻单氏倒地，搕伤太阳发际。单氏素患痰病，一时气喘痰壅身死④。

便是父母为了子孙而气忿自尽，子孙也逃不了逼死父母的责任。明律条例原有子孙威逼祖父母、父母致死，比依殴祖父母、父母律问斩，奏请定夺的条文⑤，清律定得更具体而固定，凡子孙不孝致祖父母父母自尽之案，如审有触忤干犯情节，以致忿激轻生窘迫自尽者，即拟斩决。若并无触犯情节，但行为违犯教令，以致抱忿

① 《刑案汇览》44：19a—22a。
② 《清律例汇辑便览》二六，《刑律》，人命，“戏杀谋杀过失杀人”引。
③ 同上。
④ 《刑案汇览》44：18a—19a。
⑤ 《明律例》九，《刑律》一，《人命》，“威逼人致死”条例。

轻生自尽者，但拟绞候①。

严克连母刘氏素有疯病，时发时止，每遇生气即病发。严克连因妻做鞋迟延，加以斥骂。刘氏喝阻无效，生气触发疯病，服毒自尽。晋抚以刘氏之死实由疯病昏迷所致，与实在抱忿轻生者有间，于纹罪上量减拟流。刑部以该犯使母生气已属咎无可辞，刘氏之自尽虽由疯发，而疯病复发，则由该犯不听教令所致，依律问拟绞候②。

刘继综因妻做饭迟延，申斥争吵，刘父衣青喝阻不理，喊骂，刘继综畏惧走避，刘衣青追骂，绊跌中风身死，依例拟绞候③。

栗松年因妻做饭迟延，加以殴詈。母李氏出而喝阻，不听。李氏欲禀官送究，松年叩头央求，不允。随即赴县呈控，回家以后才晓得父母首告忤逆，应问遣戍，虑无人侍养，心生追悔，愁急莫释，投井自尽。有司以李氏之死虽非抱忿轻生，但事由于首告究由违犯教令所致，依律拟绞候④。

像这一类违犯教令致父母自尽的案子，不论违犯的性质如何，向来都按律办理，从未量从宽减⑤，只有实在情有可原，像下列的情

① 《清律例》二六，《刑律》，《人命》，"威逼人致死"条，乾隆三十七年例。

② 《刑案汇览》44：8b—11a。

③ 《续增刑案汇览》10：3b—4a。

④ 《刑案汇览》44：7a—8a。

⑤ 道光元年说帖云："子于父母伦纪攸关，婉容愉色，固不能概责诸愚民，至若教令有违致父母抱忿轻生，则其子之不能顺从于平素，复不知畏惧于临时，已可概见，虽死由自尽，断非其子逆料所及，而衡情行法，即所以扶植纲常，是以向来办理违犯教令之案并无量从宽减之文。"（《刑案汇览》44：8ab）

形才有减流的希望。

刘知清平日极为孝顺。嗣因母张氏索得族人嫁卖儿媳身价钱文，向母劝说非应得之财，不可收用，张氏不允退还。刘知清未与母说明，凑钱私行退还。张氏查知不依，虑被人耻笑软弱无能，气忿跳窑身死，刑部以张氏不允退还钱文，本属乱命。刘知清劝还钱文及私自退还之举亦合于几谏及干蛊之义，原无不合，尚非教令可从而故违，自不便照违犯教令致母自尽例拟绞。“惟其母致死究由该犯私还钱文所致”。衡情酌断的结果，照违犯教令致母自尽例量减一等，杖一百，流三千里①。

故违正命，致令父母自尽，自属背礼违法，罪有应得。至于几谏不从有违乱命，依理原不能目为违犯教令。法律上对于违犯教令的定义原注明可从而故违者，同时对于违犯乱命致令父母自尽，也没有治罪的规定。刘知清的行为不但不能目为不孝，且合于儒家所说事亲之道，即刑部说帖也承认此点，当时山西巡抚甚至觉得即于绞罪上量减拟流，亦未得情法之平，但仍拟流。可见法律所着重的焦点在父母因子孙违犯而自尽的事实上，教令的正乱则是次要的问题，如刑部所说的张氏自尽究系刘知清还钱之所致，以及晋抚所说的“未便竟置不议”。还有一理责其子，致祖母痛孙气忿的例案，也显示出同样的情形。

① 《刑案汇览》44：15a—16a。

田宗保前妻遗有五岁幼子长受，最为祖母唐氏所怜爱，有一天唐氏不在家，长受吃饭玩延，宗保喝令快吃，长受撒娇将碗摔破，宗保生气，在长受背上打一下，长受啼哭，后母田彭氏恐姑听见生气，哄令止哭，长受啼哭不止，彭氏又打他一下，适唐氏由邻家闲坐回来，生气斥骂，宗保不敢分辩，央求邻妇劝慰，唐氏进房躺卧，宗保随即上街买酒，备母夜饮。彭氏想唐氏安睡消气，不敢进房，不意唐氏气忿不释，自缢身死。刑部以长受本有可责之道，并非凌虐，且唐氏先往邻家闲坐，并非当面责打长受，与违犯教令迥别。而唐氏之自尽亦非意料所及，核其情节，实可矜悯，声明情节，声请减流，奉旨照准①。

法律既看重父母因子孙而自尽的事实，所以即使父母的自尽并非由于子孙的忤逆或违犯教令，子孙也不能卸却刑事上的责任。如果子孙平日尚无忤逆实迹，偶以讹诈、争财、斗殴、赌博一类邪淫不法之事犯案，父母忧急自尽，犯案的子孙还可从轻发落，比照子贫不能养赡例，杖一百流三千里②。如果子孙所犯的是奸盗杀人等项重罪，便须加重处治了③。若子孙平日既不遵约束，为非作歹，事

① 《刑案汇览》44:11a—13a。

② 《清律例》三〇，《刑律》，《诉讼》，"子孙违犯教令"条引乾隆二十七年部议，参看《刑案汇览》44:1a—2b。

③ 子孙罪犯应死及谋故杀人，事情败露，祖父母、父母自尽即照各本犯罪名拟斩立决，子孙犯奸盗则分别祖父母、父母是否事先纵容，或教令子孙为非。如祖父母、父母并未纵容，犯案后忧忿自尽或被人殴死及谋故杀害者，犯案子孙均拟绞立决。如祖父母、父母纵容袒护，后经发觉，畏罪自尽者，子孙发云、贵、两广极边烟瘴充军。如祖父母、父母因此被人殴死或谋故杀害者，则拟绞候。若子孙犯奸犯盗出于祖父母、父母之教令，发觉以后，祖父母、父母畏罪自尽者，则子孙处罪轻，止杖一百徒三年，如祖父母、父母因此被人殴死或谋故杀害者，则杖一百流三千里。（《清律例》"子孙违犯教令"条，嘉庆六年、十五年两次修改，复奉颁修道光元年修改例）。

发之后又敢触忤父母，以致父母忧急自尽，当然情无可恕，处罪更重了。不论所犯系奸盗重罪，或止系斗狠赌博争夺财产一切诈伪杂犯，皆照子孙威逼致死例，斩立决①。

便是父母并非故意寻死，其死也非由于子孙的直接过失，子孙也负同样的刑事责任。在清代有许多父母殴骂子孙自行跌毙的案件，其死虽与子孙无干，并非过失杀伤，依理说来，子孙只能负违犯教令的责任②，但法律对这一点是不加以注意和分别的，只注重跌毙的事实和其起因。此等案件向俱比照子孙违犯父母教令致父母自尽例绞候监。

陈汶选令子陈自鄘取茶给饮，因茶不热，倾泼在地，当向斥骂，并取棍向殴，自鄘畏惧跑出房外，汶选持棍赶殴，因地上被茶泼湿，滑跌在地，搕伤脑后殒命，刑部以陈父虽自行跌毙，但陈自鄘不俯首就责，畏惧逃跑，以致伊父追赶滑跌身死，实属违犯教令，照子违犯教令致父自尽例拟绞候③。

类似的例子很多，下面几个案子都是问拟绞候的：

隋起山向姜云舟乞讨靰鞡草。姜未作声，其子姜八送给三把，被父醉后斥骂，姜八用言分辩，姜云舟嗔其顶撞，殴打两

① 《刑案汇览》44：15a—16a。

② 宋时某人与人斗，其母追而呼之，不止，母颠蹶死，法官处笞罪，真宗曰："母呼不止，违犯教令，当徒二年，何谓笞也？"（《宋史》二〇〇，《刑法志》）便是止处子孙以违犯教令之罪，子孙不负父母自行死伤的责任，与清律不同。

③ 《刑案汇览》44：5a—6a。

掌，姜八避出门外。云舟拔取身边小刀赶出，姜八畏惧逃躲，云舟从后赶戳，醉后无力，被草根绊倒，所持小刀恰垫压身下，伤重身死①。

孟再兴平日嗜酒，某日卖菜回家，其父孟玉坰见钱少，疑系买酒花费，向子查询，孟再兴答以近日菜多价贱，所以赚钱较少，且非饮酒浪费。玉坰嗔子不听教训，气忿扑殴。再兴跳跑，追赶失跌，搕伤殒命②。

唐本华将肥田石灰卖去两担，告知其父唐幅礼。幅礼以田内正需用石灰，责子为何不先说明，便行卖去；本华说只卖去两担，余灰尚多，可以敷用。幅礼斥其强辩，顺取烟袋，站起身来要打本华，因病久头昏，站立不稳，跌倒，被竹壁擦伤囟门，过了十七天，因风殒命③。

徐士兴用木架烤火，其子徐庚申以材料尚好，阻止勿烧，不允。士兴又令搬运木块。庚申不理。士兴生气，赶殴，失跌，身死④。

像这一类的例子都是因细故惹得父母生气，追赶殴骂，自行跌毙。我们应注意惟其是细故，惟其是子孙并无若何过失，才能比照子孙违犯教令致父母自尽例拟绞，倘有触忤干犯情节，便当比照触忤父母致忿激轻生例，问拟斩决了。若父母之死，非自行跌毙，而由于子孙的过失，那更不能按子孙违犯教令父母自尽例办理，而须

① 《刑案汇览》，2b—3a。
② 同上44：4b—5a。
③ 同上，6a—7a。
④ 同上，4ab。

比照子孙过失杀父母例问拟绞决了。父母自行跌毙的案件中只有确实情有可原的,得到皇帝的许可,才由绞候改为满流。

姜绍先因妻姜老仰不曾舂米,斥骂殴打。母杨老晚在房喝阻。时姜老仰正在哭喊,杨老晚声音低小,姜绍先不曾听见。杨老晚走出拦阻,失跌搕伤身死。贵抚将姜绍先比照子违犯教令致母自尽例拟绞监候,声明并非有心干犯。刑部以杨老晚喝阻声音低小,姜绍先并未闻听,不即住手尚非有心违犯,且杨老晚失跌毙命,事出不虞,亦无抱恨轻生之意,量减拟流,恭候钦定,奉旨依议①。

这使我们明了父母身体的绝对不可侵犯,法律上重视客观的事实远过于主观的原因。父母被子孙殴杀,这是客观的事实,是逆伦的案子,便须按律治罪。子孙有心干犯逞凶,自属罪有应得,便是无心误伤误杀,也与故意杀害同罪,甚至父母一时心狭自寻短见或自行跌死,只要父母的死伤因子而起,不问谁是谁非,也不问有心无心,或意料所及否,便逃不了杀伤父母的罪名,按服制重办。虽然司法官吏有时也明知子女情有可原,并没有什么过失,而父母真有愚昧无知、不可理喻的,像刘知清、田宗保的例子,也因服纪攸关,不能不按律办理,将违犯教令致父母于死的罪名加在子孙的头上,认为子当有顺无违,天下原无不是的父母。

直系亲属而外的亲属间的伤害罪,其处分也是不同于常人的。古代家族原以九族为亲属范围,凡属五服亲属都包括在内——有

① 《刑案汇览》10:5b—6a。

时更扩大至于无服亲属。敦睦和协是维持这个血族团体团结的必要条件，是伦理上的积极要求，所谓以亲九族是。法律上则支持此种伦理，根据伦常的原则，对于亲属间的相犯制定了不同于常人的规则。自隋以来皆有不睦罪，为十恶之一①。

亲属团体固异于非亲属团体，不以凡论，但同属亲属团体，其间的关系也不尽相同，各人之间是有一定的亲疏关系和差别的，伦理上并不要求亲族分子之间社会关系的一致；相反地，是着重于差异性的，亲属间固相亲，但愈亲则愈当亲爱，以次推及于渐疏者，有一定的分寸，有一定的层次，这是上杀、下杀、旁杀的道理，也就是整个服制图成立的基础。

法律在维持家族伦常上既和伦理打成一片，以伦理为立法的根据，所以关于亲属间相侵犯的规定是完全以服制上亲疏尊卑之序为依据的。

直系尊亲属而外，期亲尊长最亲，大功次之，小功又次之，缌麻是边际亲属，最疏，所以刑法上卑幼的责任也根据这种不同的亲疏关系而有差异，殴杀期亲尊长的罪仅次于殴杀直系尊亲属，大功、小功、缌麻以次递减。反之，尊长愈亲者，愈有权力督责卑幼（可说是父权的扩延），因之杀伤卑幼的责任也就愈轻。祖父母、父母是当然行使亲权的第一人，所以殴杀子孙的刑事责任最轻，伯叔父母、兄长是仅次于祖父母、父母的尊长，和我们的关系疏了一层，所以殴杀卑幼的责任也就加一等，大功、小功及缌麻尊长关系以次渐

① 见《隋书》二五，《刑法志》；《唐律疏义》一，《名例》，“十恶”；《宋刑统》，《名例》，“十恶”；《元史》一〇二，《刑法志》，《名例》，“十恶”；《明律例》一，《名例》上，“十恶”；《清律例》四，《名例律》上，“十恶”。

疏,所以刑事责任也就以次递加。

所以法律上定得很清楚,唐、宋时骂兄姊者杖一百,骂伯叔父母及姑又加一等,徒一年①。明、清律骂缌麻兄姊笞五十,小功兄姊杖六十,大功杖七十,期亲则杖一百,至于缌麻、小功、大功、期服的尊属,则又较同等亲的同辈尊长各加一等治罪②。

魏法殴兄姊加至五岁刑,以明教化③。唐、宋、明、清律殴缌麻兄姊,不问有伤无伤,皆杖一百,小功徒一年,大功徒一年半,重伤各递加凡斗伤一等,至死者斩④。殴期亲兄姊处分更重,无伤徒二年半,伤者徒三年,折伤流三千里,刃伤折肢及瞎一目者绞,死者斩⑤。

殴缌麻小功大功尊亲属,和骂詈的原则一样,是较同等亲的兄姊各递加一等治罪的⑥。故杀期亲尊长,明、清律皆凌迟⑦。

五服以外的同姓亲属,虽宗支疏远,服制已尽,但究属一本之亲,与凡人有别,所以明律顾到此层,加立一条,凡绝服以外亲属世

---

① 《唐律疏义》二二,《斗讼》二,"殴兄姊";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"夫妻妾媵相殴并杀"。

② 《明刑律》十,《刑律》二,《骂詈》,"骂尊长";《清律例》二九,《刑律》,《骂詈》,"骂兄姊"。

③ 《晋书·刑法志》。

④ 《唐律疏义》二二,《斗讼》二,"殴缌麻兄姊";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"夫妻妾媵相殴并杀";《明律例》十,《刑律》二,《斗殴》,"大功以下尊长";《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"殴大功以下尊长"。

⑤ 《唐律疏义》,"殴兄姊";《宋刑统》,"夫妻妾媵相殴并杀";《明律例》,《斗殴》,"殴期亲尊长";《清律例》,《斗殴》下,"殴期亲尊长"。

⑥ 《唐律疏义》,"殴缌麻兄姊","殴兄姊";《宋刑统》,"夫妻妾媵相殴并杀";《明律例》,"殴大功以下尊长","殴期亲尊长";《清律例》,"殴大功以下尊长","殴缌麻以下尊长"。《清现行刑律》弟妹殴同胞兄姊,侄殴伯叔父母及姑,处分同于《清律例》,但不附加杖刑,又死刑亦减轻,刃杀、折肢、瞎目,改为绞候,死者改为绞决。

⑦ 《明律例》,"殴期亲尊长";《清律例》,"殴期亲尊长"。

系可考，尊卑名分犹存者，除相殴致死仍以凡论外，尊长犯卑幼得减凡斗一等，卑幼犯尊长则加凡斗一等①。清律仍之②。

谋杀罪在五服内亦较常人加重，谋杀缌麻以上尊长，已行而未伤者流二千里，已伤者绞，已杀者斩③。谋杀期亲尊长罪最重，与谋杀祖父母、父母同罪，皆入于十恶恶逆④，唐、宋律斩罪⑤，明、清律已行者斩，已杀者凌迟处死⑥。

过失杀伤，常人是可以收赎的⑦，但卑幼过失杀伤尊长，除了所杀系大功以下尊长，是没有这种权利的，过失杀伤期亲尊长只能各减本杀罪二等⑧，有许多过失杀死伯叔的案子都照例满徒。

张书向胞伯张文昇借钱，恰有高刚送还张文昇钱文，即乘伯父送出高刚时擅取大钱二千五百文回家。文昇查知往侄家追索。张书当向夬恳，文昇不依，向张书扑殴，张书退避，文昇被土块绊倒跌地，痰壅气闭身死。刑部以张书并无顶撞逼迫

---

① 《明律例》十，《刑律》二，《斗殴》，“同姓亲属相殴”。

② 《清律例》二八，《刑律》，《斗殴》下，“同姓亲属相殴”。

③ 《唐律疏义》一八，《贼盗》二，“谋杀祖父母父母”；《宋刑统》一七，《贼盗律》，“谋杀”；《明律例》九，《刑律》一，《人命》，“谋杀祖父母父母”；《清律例》二三，《刑律》，《人命》，“谋杀祖父母父母”。

④ 见唐、宋、元、明、清律，《名例》，“十恶”。

⑤ 《唐律疏义》，“谋杀祖父母父母”；《宋刑统》一七，《贼盗律》，“谋杀”。

⑥ 《明律例》，“谋杀祖父母父母”；《清律例》，“谋杀祖父母父母”。《现行刑律》改为已行者绞，已杀者斩。

⑦ 《唐律疏义》二三，《斗殴》三，“过失杀伤人”；《宋刑统》二三，《斗讼律》，“过失杀伤”；《明律例》九，《刑律》一，《人命》，“戏杀误杀过失杀伤人”；《清律例》二六，《刑律》，《人命》，“戏杀误杀过失杀伤人”。

⑧ 《唐律疏义》，“殴兄姊”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”；《明律例》，“殴期亲尊长”；《清律例》，“殴期亲尊长”。

情况，绊跌亦非意料所及，依过失杀伯叔律拟徒刑三年①。

孔现泗欲拆卖自己空厦木料，经胞叔孔兆成阻斥，现泗用言分辩，并未顶撞，兆成向侄扑殴，现泗畏惧逃走，进屋躲避。兆成随后追赶，自行失跌，搕伤额颅，越五日抽风身死。孔现泗依律满徒②。

尊长因被卑幼逼迫忿而自尽，卑幼的处分也是很重的，明、清律③皆定有专条，通常因事逼人至死不过杖一百，逼死期亲尊长则罪至绞候，大功以下减递一等，大功杖一百流三千里，小功杖一百徒三年，缌麻杖九十徒二年半④。

王荣万砍卖众山树木，并抢夺祭祖胙肉，均经其胞弟王俊万赔钱寝事，后王荣万因堂弟王贵万将坍败公众厅堂修整居住，令出给租钱，贵万不允，荣万即将贵万钱抢走。贵万投族，处令荣万还钱。荣万钱已用完，央令俊万担保筹还。俊万不允，并以累次滋事赔累，欲行首告。荣万畏惧求免。俊万不依，坚欲送究，并用言恐吓。荣万情急自尽。法司以王荣万之死，全由其弟逼迫所致，照律拟绞⑤。

阎进功因小功服叔阎守有欠伊麦豆无偿，向叔索欠，守有

① 《刑案汇览》44:36b—37b。

② 同上，37b—38a。

③ 按《唐律》无逼人致死条文，除手杀伤外，他人气忿窘迫自尽是不负法律上的责任的。明律才特立专条。

④ 《明律例》，“威逼人致死”；《清律例》，“威逼人致死”。

⑤ 《刑案汇览》44:29ab。

将皮袄脱给抵欠，旋因天寒无衣，心生追悔，又想索还，进功不肯给还，窘迫自缢①。

有些尊长自尽之案，实非卑幼所逼，全出意料之外，但因名分攸关，也只能于逼迫尊长致死律上量减一等。有许多案件都起于偷窃财物。

孙致兴因贫窃卖期服亲伯孙希才材板，希才气忿投崖毙命。致兴量减一等拟流②。

马印虔窃当伯母马田氏衣服，田氏无衣御寒，气忿自缢。印虔量减一等拟流③。

亲属间的窃盗罪本是很轻微的，可是如此一来便罪至徒流了。又有些案件则起于口角细故，若尊长不因此而自尽，也不致事情扩大。

成毓林借用胞兄成毓秀农具，无意损坏。毓秀不依，辱骂。毓林好言劝慰。毓秀拾石扑殴，毓林畏惧逃跑。毓秀追赶不及，自伤额颅，经人劝散。毓秀气忿自尽，毓林减流④。

李泰华因胞兄李泰荣辱骂其媳，往劝，泰荣嗔其多事，向殴。泰华用手招架，恰伤泰荣腮颊。泰荣欲控，泰华畏惧，邀

① 《刑案汇览》，33ab。
② 同上，32a—33a。
③ 同上，33a。
④ 同上44：31ab。

人解劝。泰荣气忿自尽。泰华拟流①。

更有些案件,曲在尊长,迹近无赖,卑幼不但未加逼迫,甚至无过失可言,有时尊长因讹诈不遂而羞愤自尽。

金世重向弟金世成强借不遂,互殴,世成伤重,世重畏惧自尽。世成依逼迫律量减一等拟流②。

朱荣大功服叔朱满瑚向之借钱,朱荣以没钱回复。满瑚负气嚷骂,互相揪扭,经人劝解。满瑚自拔发辫,诬赖被侄拔落,说要送官告究。经人劝令帮给钱文,朱荣应允,后又翻悔不给。满瑚往侄家骂斗索钱。朱荣闭门躲避。满瑚气忿自缢。法司以朱荣虽无逼迫情事,但其叔之气究由许帮反悔所致,于流罪上量减一等,杖一百徒三年③。

邓孔会、邓孔元系同胞兄弟,久已分居。孔会穷苦,得弟资助。某日,孔元撞见孔会在其棉花地内私摘棉花,上前拉夺,并用手推跌其兄倒地,磕伤脑后。次日,孔会告知乡约,欲令孔元给钱医治,被乡约当众斥辱,并欲报官。孔会羞愧自缢。法司以邓孔会委因窃情败露,羞愧自尽,该犯并无逼迫别情。但孔会轻生自尽究因该犯推跌起衅,若照律仅科伤罪,未免情重法轻,应于殴伤本律满徒上加等拟以杖一百流二千里④。

---

① 《刑案汇览》,30b—31a。

② 同上,30b—31a。

③ 同上,28ab。

④ 同上44:42b—43a。

赵转借钱买备祭物祭扫祖坟。胞兄赵六三当以活人没饭吃，何能顾及死鬼之言相骂。赵转说兄轻祖重钱，赵六三拳击赵转左太阳，并揪住发辫揿按，拾柴殴伤左肩甲，赵转情急，夺柴吓打，打伤赵六三偏左。赵六三知自己先理曲，说："吃亏不能向人投诉"，赵转见兄气忿，磕头服礼，赵六三悔忿交迫，自缢身死。法司以赵转借钱祭扫，其理甚正，被兄殴打，受伤情急，还殴，旋即磕头服礼，并无逼迫情状。死者因理屈受亏，悔忿轻生，并非由该犯殴打所致，既无可畏之威，未便援引逼迫期亲尊长自尽之条，在凡人只应科以伤罪，但该犯所殴系伊期亲尊长，又已自尽，较殴伤而未自尽者稍重。比依孔会元案辨理，拟流二千里①。

还有些尊长自尽的案子，更是匪夷所思：

姚百受、姚阿名系同胞兄弟。百受触犯母陈氏，母喝令阿名捆缚送官。阿名不敢动手。陈氏气忿，斥骂阿名帮同忤逆，欲行自尽。阿名无奈，用绳将兄两手反缚。陈氏令先押送地保，自己随后进城禀官。百受在路央求解放图逃。阿名恐母不依，劝令俟母气平，恳地保转劝。百受畏惧，乘间投河身死。有司以姚百受之死，非因弟逼，但案关服制，未便置兄死于不议，姚阿名于逼迫期亲尊长致死绞候上量减一等拟流②。

① 《刑案汇览》，43a—44b。

② 同上，29b—31b。

马富失去镰刀，疑被胞兄马春之子元浩取去，屡往索刀。马春怪弟不应赖伊子偷刀，向弟吵闹，马富不服，顶撞，马春将马富扭至崖边，欲与跳崖拚命。马富情急喊救，往里拉阻。马春身向外扑，一同带跌崖下。马春跌伤身死，马富拟流①。

由以上这些个案，我们可以看出法律对于逼迫的涵义和界限是十分含混游移的，究竟卑幼的行为是否具有逼迫的作用，逼迫的程度是否到了不能容忍，不能不死的地步②，寻死的尊长的行为是否合理，都是不问的；只要尊长的自尽由于卑幼，便成立逼迫致死的罪名。像姚阿名的案子，捆送兄长出于母亲的命令，并不是自己的意思，假如不服从母命，便是抗拒不孝，假如母亲因此而自尽，那么，逼死父母的罪名更大于逼死兄长。实在说来，姚百受与其说是被弟逼死的，毋宁说是被母逼死的，但伦理上这是说不通的，尊长对卑幼是不成立威逼致死的罪名的，——这是因为卑幼本居于尊长威权之下，应当屈己忍受，无逼之可言③。法律所重的是伦纪问题而不是是非问题。戴震说：

> 尊者以理责卑，长者以理责幼，贵者以理责贱，虽失谓之

① 《续增刑案汇览》10:9a。

② 按“威逼人致死”律，原注明“审犯人必有可畏之威”字样。《清律辑注》亦云：“威逼之情，千态万状，必其人之威势果可畏，逼迫果不堪，有难忍难受无可奈何之情，因而自尽者，方合此律。盖愚夫愚妇每因小事即致轻生，非必果由威逼也。司刑者多因其法稍轻，容易加人，而不知非律意也。”但这是指常人而言，卑幼之于尊长，是不问这些的。

③ 故《清律辑注》云：“律不言尊长威逼卑幼之事，盖尊长之于卑幼，名分相临，无威之可畏，事宜忍受，无逼之可言，故不着其法。”

顺；卑者、幼者、贱者以理争之，虽得谓之逆。于是天下之人不能以天下之同情天下之所同欲达之于上，上以理责其下，而在下之罪人不胜指数。人死于法犹有怜之者，人死于理，其谁怜之！①

可谓抉微究隐，将其中道理尽行道出。又吕新吾说尊长该打，为与卑幼讼不打，更可看出做官人关于尊卑相讼所持的态度：

> 尝见尊长与卑幼讼，官亦分曲直用刑。不知卑幼讼尊长，尊长准自首，卑幼问干名犯义。遇有此等，即尊长万分不是，亦宜宽恕，即言语触官亦不宜用刑。人终以为因卑幼而刑尊长也，大关伦理世教②。

以上是卑幼殴杀尊长的治罪。至于尊长殴卑幼，非折伤以上是不论的（常人折伤轻则满杖，重则徒流）。折伤以上的罪则按亲疏关系递减，缌麻减凡人一等，小功减二等，大功减三等。大功服内之同堂弟妹，小功中之堂侄，缌麻中之侄孙，又为卑幼中之最亲者，故殴伤的刑事又较前项为轻，殴杀者只杖一百流三千里，故杀始绞③。

期亲尊长在旁系尊亲属中最亲，所以他们殴杀期亲卑幼的罪于旁系尊亲属中亦最轻，殴杀止徒三年，故杀流二千里，过失杀勿

---

① 戴震《孟子字义疏证》。

② 吕坤《刑戒》，“三莫轻打”。

③ 《唐律疏义》，“殴缌麻兄姊”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”；《明律例》，“殴大功以下尊长”；《清律例》，“殴大功以下尊长”。

论，笃疾至折伤以下不论①。

若尊长谋杀卑幼，除因谋产外，各依故杀罪减二等，已伤者减一等，已杀者依故杀法②。

自卫行为是不适用于对尊长的，直系亲属不在话下，被期、功、缌麻尊长殴击也不能持械抵格，否则便情同互殴，按殴杀尊长本律问罪了。只有被殴情急徒手抵格，无心适伤致毙，才能列入情轻，死系缌麻得减拟斩候。如系期功尊长，法司便只能将并非有心干犯情节，夹签声明，候旨定夺③。

所以持械抵格向例不许夹签④，便是徒手抵格也以有心无心侵犯逞凶为定，若还手格斗便是有心互殴了⑤。

李迎彩系李迎灿胞兄，分居度日，迎彩因负债紧迫，私将母李董氏赡田典钱还债，被母查知训斥。迎灿亦向兄埋怨，迎彩骂弟多事，迎灿分辩。迎彩赶向扑殴，迎灿用拳搪抵，伤兄胸膛，随即往外逃跑。迎彩追至村外，揪住迎灿发辫，用拳在

---

① 《唐律疏义》，“殴兄姊”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”；《明律例》，“殴期亲尊长”；《清律例》，“殴期亲尊长”；《清现行刑律》，“殴期亲尊长”。

② 《唐律疏义》，“谋杀期亲尊长”；《宋刑统》，“谋杀”；《明律例》，“谋杀祖父母父母”；《清律例》，“谋杀祖父母父母”；《清现行刑律》，“谋杀祖父母父母”。

③ 《清律例》，“殴大功以下尊长”条，嘉庆六年修改，道光五年复奉颁修例，同治九年续纂例。关于被殴情急的情形，同治续纂例说得极详细，必被尊长揪扭，刀械交加，身受多伤，无处躲避，才能抵格。所以如此重复描述，不厌烦细，便是想将被殴情急的范围定得很具体而狭窄，不易藉口情急，含混取巧。

④ 《清律例》，“殴大功以下尊长”，同治九年续纂例云：“……其余持械抵格，情同互殴，概从本拟律问拟斩决，不得以被殴抵格，夺刀自戳等词曲为开脱，夹签声请。”

⑤ 参看《刑案汇览》51：76b—79b 各案说帖。

胸前乱打。迎灿挣不脱手，举拳抵格，将兄胸膛击伤，手指又抓伤左腋。迎彩仍不松手，举脚乱踢，迎灿用脚回抵，踢伤兄左右腿。迎彩旋将弟仰推倒地，举拳乱打，迎灿用拳抵挡伤兄左肋。迎彩用手紧搭其咽喉，迎灿气闭情急，希图挣脱，二脚向上乱踢，将兄胳膊肚腹踢伤，滚跌下沟，被石擦伤左太阳，垫伤脊膂臂膊肱肘及后肘，五日后殒命。巡抚将迎灿问拟斩决，声明并非有心干犯。刑部以迎灿初被扑殴时，尽可脱身逃避，不应奋拳殴打。后虽被搭咽喉，但并未受有寸伤，胆敢叠肆殴踢，总计伤至九处之多，干犯情形已属显然。案系互斗与实在被殴抵格无心适伤者不同，未便援例夹签，转致灭伦凶狠之徒幸逃显戮，应按弟殴兄本律斩立决，不得遽请夹签。并将此案通行，声明定例，若伤多且重，虽被尊长叠殴抵格致毙，即依互斗，按律拟以斩决①。

道光时为了避免有司对于有心无心之处不详加推究，甚或故为开脱，任意声叙，并经刑部议定承审人员声叙参劾议处的办法②。

卑幼对于尊长不得适用自卫的限制，一直到以新的精神制定《新刑律》，才打破中国传统的禁忌。但 1914 年公布的《暂行刑律补充条例》又曾一度企图恢复旧的传统，取消卑幼自卫的权利③。此种传统精神的根深蒂固，牢不可破，是可以想见的。

以上是立法根据伦理对于亲属间互相殴杀依尊卑长幼分别加

① 《刑案汇览》21：80a—82b。

② 同上，85b—86a。

③ 《暂行刑律补充条例》第一条明文规定《刑律》第十五条关于自卫之规定除嫡母、继母出于虐待之行为者外，于尊亲属不适用之。

重减轻拟罪的情形。当一件纠纷牵涉到二人以上时,因包括了多重的亲属关系,各人之间的亲疏尊卑互不相同,问题便比较复杂多了,如何措置是一个很有意思的问题。

其解决仍是基于亲疏尊卑的比较之上的。例如我的父亲被叔父殴打,情势危急,为了救护父亲,将叔父打死,依律殴死期功尊长应问斩罪,但父亲亲于叔父,在伦理上服制上亲疏有别,法律上于是对于救亲情切一项亦订有特殊的规定,是准夹签声明,候旨定夺,有量减一等的机会的。

较尊尊长命令我们殴杀另一较卑尊长,我们应否服从,殴杀以后的责任如何,是另一有趣的问题。依理来说,双方都是尊长,都是不可违犯的,但其中究有较尊较卑的区别,一般情形之下,卑幼自应服从尊长的命令,但在两个尊长意志相冲突时,便当接受最高的命令。但名分攸关,卑幼究不应殴杀尊长,又不能置于不议。清律双重考虑的结果,于是规定一斟酌的办法,凡听从下手殴大功以下兄姊及尊属至死者,审系迫于尊长威吓,勉从下手邂逅至死者,照威力主使律为从减一等拟流①。若殴死者为期亲尊长,则仍照本律问拟斩决,只能于法司核拟时夹签声请,由皇帝裁决②。

有些案件尊长以死相逼不得不从,而被殴死的较卑尊长又系罪犯应死之人,下令殴杀的尊长虽依律勿论,而听从下手的卑幼则不能逃罪。

---

① 《清律例》,"殴大功以下尊长",乾隆四十九年例,嘉庆六年、十一年同治九年三次修改例。

② 《清律例》,"殴期亲尊长",道光十五年续纂,同治九年修改例。

王夏氏有一女——朱王氏，一子——王太仓。朱王氏系嫁后两次随同奸夫逃走，被夏氏遇见斥骂，王氏不服，顶撞吵斗。夏氏忿极，喝令太仓殴打，太仓不敢动手，她说："你不打她，我就投河自尽。"太仓情急，用拳殴击左右后肋各三下。王氏在船舱撒泼，乱滚乱骂，夏氏愈加忿恨，逼令再打。太仓又在后肋上打了四下，至夜身死，王氏本是淫佚无耻顶撞母氏罪人，夏氏并无不合，应无庸议，王太仓依例拟流①。

不论殴死者系期亲或功服以下尊长，如尊长只令殴打，而卑幼辄行叠殴多伤致死，便不得依据上例从轻拟流或夹签声请，而须按殴杀尊长本律问拟了。这是因恐卑幼挟嫌，假借尊长逼使故加殴杀的原故。但有时所谓叠殴实出于尊长的命令。

刘玉山系刘官胞侄，刘玉成之大功堂兄，彼此分居。某日刘官之妻郭氏带领刘玉山之子刘兰伴子同往看戏。玉山因兰病才好，恐病再发，寻至戏场埋怨。郭氏与之吵嚷，下车揪住碰头，玉山不逊欲殴，刘官护妻亦同揪住碰头，玉山一并欲殴，经人劝解，各自回家。刘官心有不甘，适玉成同弟刘春柱子及刘吉前往劝慰，刘官邀同帮殴泄忿，玉成等多方劝解，刘官不依，要碰头寻死。玉成等无奈，各携木棍，同至玉山家。玉山恰睡在炕上，刘官上前将头按住，喝打，刘青按住肩膀。吉及春柱子各用木棍殴打二三下。玉成踵至，刘官又喝令玉成下手，用木棍殴打大小腿，玉山用脚乱踢，上踢势猛，

① 《刑案汇览》41:15b—16a。

将腿骨打折，延至半夜身死。玉成依累殴多伤致死例拟监候①。

以上是关于本宗五服亲属间相殴杀的规定。我们已经讲过父系社会重本宗而轻外姻，在伦论上如此，在法律上的待遇亦如此。服制上外姻有服者，只包括外祖父、舅父、两姨、舅表兄弟、姨表兄弟，法律上便也只包括这些亲属，殴斗杀伤按服制加重减轻，其余的外姻亲属便同凡人治罪。同时，因服制上，同等血统关系的外姻疏于同等关系的本宗，所以法律上同等血统关系的外姻在斗殴的治罪上也不同于同等血统关系的本宗。

以外祖之亲且尊，在服制上只为小功，因服轻义重，在刑法上才得与本宗旁系的期亲尊长——伯叔父母、姑——同列。外孙詈骂殴杀谋杀外祖父母按侄犯伯叔父母、姑治罪；外祖父母殴杀外孙则与伯叔、姑殴杀侄及侄孙，兄姊殴杀弟妹同罪②。他如外孙告外祖父母亦与告期亲尊长同罪③。按外祖父母本为小功，刑法上待遇与期亲尊长同，故期亲尊长条文之下必将外祖父母字样列出，其不列出者，其待遇便不与期亲尊长相同，例如威逼期亲致死者绞，便

① 《驳案新编》12：13a—17b。（本书点校本，法律出版社2008年）

② 《唐律疏义》一七，《贼盗》一，“谋杀期亲尊长”；二二，《斗讼》二，“殴兄姊”，《宋刑统》一七，《贼盗律》，“谋杀”；二二，《斗讼律》，“夫妻妾媵相殴并杀”；《明律例》，《刑律》一，《人命》，“谋杀祖父母父母”；一〇，《刑律》二，《殴斗》，“殴期亲尊长”，《骂詈》，“骂尊长”。《清律例》，《刑律》，《人命》，“谋杀祖父母父母”；二八，《刑律》，《斗殴》下，“殴期亲尊长”；二九，《刑律》，《骂詈》，“骂尊长”。

③ 《唐律疏义》二四，《斗讼》四，“告期亲尊长”；《宋刑统》二四，《斗讼律》，“告周亲以下”；《明律例》十，《刑律》二，《诉讼》，“干名犯义”；《清律例》三〇，《刑律》，《诉讼》，“干名犯义”。

无外祖父母字样，不包括在内①。

姨不能与姑并论，舅不能与伯叔并论，服只小功，而姨舅姑表兄弟便只能与族兄弟并论，同为缌服，在刑法上便也只能按小功、缌服办理②。

**奸非罪**

性的禁忌在父系家族团体以内是非常严格的，不但包括有血统关系的亲属，也包括血亲的配偶在内。历代法律对于这种乱伦的行为处分极重。汉律称之为禽兽行。定国就是因为和父亲康王的姬奸生子一人，又夺弟妻为姬，并与子女三人奸，公卿议定国禽兽行、乱人伦、逆天道，当诛，畏罪自杀的③。唐以后的法律借乱伦

① 见《明律例》，《刑律》一，《人命》，"威逼人致命"；《清律例》，《刑律》，《人命》，"威逼人致死"。故《清律辑注》云："按别律外祖父母俱与期亲尊长同论，此不言，则竟与小功尊长同矣，俟考。"

② 按唐、宋律文只言缌麻、小功尊长卑幼，虽不言外姻，实兼指本宗外姻而言。故唐律"谋杀期亲尊长"条《疏义》云："谓谋杀缌麻以上尊长，则大功以下皆是，外姻有服尊长亦同。"又"殴缌麻兄长"条《疏义》云："殴缌麻兄姊谓本族及外姻，有缌麻服者并同。"又"告缌麻卑幼"条《疏义》云："称缌麻小功，即外姻有服者亦是"（《宋刑统》，"谋杀"条，"夫妻妾媵相殴并杀"条，及"告周亲以下"条疏义同唐律疏义）。明、清律，则注明本宗外姻字样，更为醒目。明律"殴大功以下尊长"条律文明言本宗及外姻兄姊，他如"谋杀祖父母父母"条，"骂尊长"条，"干名犯义"条，皆不言外姻。清律"殴大功以下尊长"条同明律，律文有本宗及外姻一语，《辑注》并云："功缌服之尊卑亲甚多，难以悉举，有相殴者先按本宗外姻各服图查明服制乃可定罪。""骂尊长"条律文内注明内外二字，律后总注亦云，"缌麻、小功、大功兄姊尊属皆兼指本宗外姻而言"。又"谋杀祖父母父母"条，谋杀缌麻以上尊长，虽不云本宗外姻，尊长谋杀卑幼则注明本宗外姻字样，可见卑幼谋杀尊长亦兼指外姻而言。其他尊卑相犯之律虽间有不注明外姻字样者，实则外姻亦包括在内。故"威逼人致死"律律后总注云："卑幼因事威逼期亲尊长者"；"按此尊长本宗外姻皆同"。又"干名犯义"条律后总注云："再则大功、小功、缌麻之亲，不论同姓异姓，但系尊长，俱关名义，凡卑幼告而得实者是。"可知各尊卑相犯之律不论注明外姻字样与否，皆兼指本宗外姻而言。

③ 《汉书》三五，《燕王泽传》。

罪与凡奸罪的比较，我们更可以看出法律上对于前种罪名加重治罪的情形。常人相奸，唐、宋律不过徒刑①，元、明、清律和奸不过杖罪，强奸才处死刑②。但奸同宗无服亲及无服亲之妻，明、清律俱加重治罪，与刁奸凡人同罪。例如与同五世祖之姊妹或尊长卑幼相奸，与族兄弟妻、再从侄妇、堂侄孙妇、曾侄孙妇，及其他无服亲之配偶相奸，男女各杖一百③。

若奸缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻，例如曾祖姑、堂祖姑、族姑、族姊妹、再从侄女、堂侄孙女、侄曾孙女、曾伯叔祖母、堂伯叔祖母、族伯叔母、堂兄弟妻、堂侄妇、侄孙妇，唐、宋律男女各徒三年，强者流二千里，折伤者绞④。明、清律相奸者杖一百徒三年，强者斩候⑤。

若奸小功以上亲则罪入十恶之内乱罪⑥，处分更重。如与大小功之伯叔祖母、堂伯叔母、祖姑、堂姑、兄弟妻、大功之堂姊妹、侄妇这些小功大功亲属通奸，唐、宋律男女各流二千里，强奸者绞。元律对于兄弟妻及侄妇亦有规定。与弟妻奸各杖一百七，奸夫流远，

---

① 无夫奸徒一年，有夫奸徒二年，强奸各加一等，折伤者各加斗折伤罪一等（《唐律疏义》二六，《杂律》上，“奸徒一年半”；《宋刑统》二六，《杂律》，“诸色犯奸”）。

② 元律无夫奸杖七十七，有夫奸杖八十七，未成者减四等，强奸罪，有夫者死罪，无夫者杖一百七，未成者减一等（《元史》一〇三，《刑法志》）；《明清律》，无夫奸杖八十，有夫奸杖九十，刁奸杖一百，强奸绞，未成者，杖一百流三千里。（《明律例》十一，《刑法志》，《犯奸》，“犯奸”；《清律例》三二，《刑律》，《犯奸》，“犯奸”。）

③ 《明律例》，《犯奸》，“亲属相奸”，《清律例》，《犯奸》，“亲属相奸”。

④ 《唐律疏义》二六，《杂律》上，“奸缌麻以上亲”；《宋刑统》二六，《杂律》，“诸色犯奸”。

⑤ 《明律例》，“亲属相奸”；《清律例》，“亲属相奸”。《现行刑律》，强奸罪改绞。

⑥ 唐、宋、元、明、清律，《名例》，“十恶”，“内乱”条。

奸妇从夫所欲。与同居侄妇奸者亦各杖一百七，有官者除名。寡嫂守志而叔强奸者则杖九十七。明、清律规定与以上列举的大小功亲属相奸者男女各绞，强奸则斩①。

至于期亲之伯叔母、姑、姊妹、侄女，以及子孙之妇，则亲等更近，灭绝伦纪的事更为社会、法律制裁所不容许，有死无赦。汉律淫季父之妻曰报②。晋律奸伯叔母弃市③。唐、宋律处绞④。元律与侄女奸与媳奸皆处死，若翁欺奸儿媳已成者亦处死，未成者杖一百七，男妇归宗⑤。明、清律和奸期亲及子孙之妇皆处斩⑥。

妾非亲属配偶，与己亦无服制关系，但究与本身亲属有同居关系，名分所关，亦应有性的禁忌，有犯亦较与常人通奸为重。历代法律与亲属之妾通奸只减奸亲属之配偶一等，强者绞⑦。

父祖之妾更分亲义重，所以与之通奸亦成立内乱罪⑧。唐、宋、明、清法律皆与奸期亲同罪，处死刑⑨。即父祖所幸之婢因曾与父

---

① 《唐律疏义》二六，“奸从祖母姑”；《宋刑统》，“诸色犯奸”；《元史·刑法志》；《明律例》，“亲属相奸”；《清律例》，“亲属相奸”。《清现行刑律》，奸者改为绞候，强奸则改为绞斩。按唐、宋、明、清律奸缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻云云，小功、大功及期亲亲属原包括在内，却又一一列举，提出另论加重治罪，于是未被列举的小功亲属例如再从姊妹，堂侄女、侄孙女，便不包括在内，仍按缌麻以上亲条文治罪。

② 《左传》宣三年注引。

③ 《晋书》三〇，《刑法志》。

④ 《唐律疏义》，“奸父祖妾”；《宋刑统》，“诸色犯奸”。

⑤ 《元史》一〇四，《刑法志》三，“奸非”。

⑥ 《明律例》，“亲属相奸”，《清律例》，“亲属相奸”，《清现行刑律》由斩改绞。

⑦ 《唐律疏义》，“奸缌麻以上亲”；《宋刑统》，“诸色犯奸”；《明律例》，“亲属相奸”；《清律例》，“亲属相奸”。

⑧ 唐、宋、元、明、清律，《名例》，“十恶”，“内乱”。

⑨ 《唐律疏义》，“奸父祖妾”；《宋刑统》，“诸色犯奸”；《明律例》；“亲属相奸”；《清律例》，“亲属相奸”；《清现行刑例》，“亲属相奸”。

祖发生关系，为尊敬父祖起见，亦不许与之有染，否则亦须科以较常人相奸为重的罪。汉衡山王次子孝便因与王御婢奸弃市①。唐、宋律与父祖所幸婢相奸，较与父祖之妾相奸减罪二等②。

关于与外姻通奸，法律上的制裁亦较常人间的奸非罪为重。除外姻无服亲同凡论外③，其余缌麻亲姑舅两姨姊妹是与本宗缌麻以上亲一律待遇的④，姨母服属小功，所以奸罪于外姻中最重，唐、宋、明、清律皆与奸伯叔祖母、祖姑、堂伯叔母、堂姑、堂姊妹、兄弟妻，及侄妇同在列举范围之内，处分相同⑤。岳母律虽无文，服亦只缌麻，但分亲义重，性禁忌甚为坚强，惯例通奸罪比于姨母⑥。

我们晓得亲属间的杀伤罪尊卑长幼的处分不同，在奸非罪则不分尊卑长幼，犯奸的双方处分完全相同，这是因为亲属间的性禁忌每一分子皆有遵守的义务，有犯同为淫乱，除强奸外，男女双方皆同坐。

### 窃盗罪

亲属间的窃盗罪不同于凡人相盗，罪名是与亲等成反例的，关

---

① 《史记》一一八，《衡山王传》。

② 《唐律疏义》，“奸父祖妾”；《宋刑统》，“诸色犯奸”。

③ 唐、宋律对于无服亲虽同宗亦同凡论，并无犯奸专条。明、清律无服亲奸非罪之成立，只限于同宗，故清律亲属相奸条律后总注云：“只言同宗，则外姻无服之亲概以凡论矣”。

④ 《唐律疏义》云：“奸缌麻以上亲谓内外有服亲者。”（《宋刑统》疏义同）明、清律文俱注明内外字样。

⑤ 《唐律疏义》，“奸从祖母姑”；《宋刑统》，“诸色犯奸”；《明律例》，“亲属相奸”；《清律例》，“亲属相奸”。

⑥ 《明律笺释》云：“奸妻之亲母，律无文，宜比附确当上请，盖论服则缌麻以上亲，以义则亦伯叔母与母之姊妹比也。”（薛允升《唐明律合编》二六，“亲属相奸”条引），清律则注明：“若奸妻之亲生母者以缌麻亲论之太轻，还比依母之姊妹论。”

系愈亲则罪刑愈轻，关系愈疏则罪刑愈重。唐、宋律盗缌麻、小功财物减凡人一等，大功减二等，期亲减三等①，元律同，但盗者准凡盗论②。明、清的法律将无服亲亦并入计算，得减一等，于是依次递减，缌麻减二等，小功减三等，大功减四等，期亲得减五等③。

又犯窃盗罪本须刺字，亲属相盗则得免刺④，亦为优待之一种。

亲属相奸，加凡治罪，亲属相殴，卑幼亦重处分，何以独于亲属相盗则不论尊卑长幼俱减凡人治罪，其实是有其立法原因的，目的都在维护家族的和睦和亲爱，两者的目的殊途而同归，并不冲突。亲属本以亲爱和睦为主，所以禁亲属间的斗殴。从经济的观点来看，凡属同宗亲属，不论亲疏远近，道义上都有患难相助的义务，理当周济。法律上虽无绝对的义务，也就对于因贫穷而偷窃财物的穷本家加以宽恕，认为与窃盗本无相恤义务的凡人不同，越是亲属关系亲近，则不容坐视，愈有赒急的义务，古大功同财，所以大功以上盗罪更轻。

所以若是在迫于饥寒的原因以外，更有窃盗的事，则情形不同，有时便不能得到减免的机会。

涞水县贡生陶宇春开设典铺，令无服族侄孙陶仁广看管

---

① 《唐律疏义》二〇，贼盗四，“盗缌麻小功财物”；《宋刑统》二〇，《贼盗律》，“盗亲属财物”。

② 《元史》一〇四，《刑法志》，“盗贼”。

③ 《明律例》九，《刑律》一，《贼盗》，“亲属相盗”；《清律例》，《刑律》，《贼盗》，“亲属相盗”。

④ 《元史·刑法志》，“盗贼”；《明律例》，“亲属相盗”；《清律例》，“亲属相盗”。

首饰,仁广窃货潜逃,旋将仁广寻获,县拟照盗无服亲财减一等之例办理。上谕以陶仁广系陶宇春无服族侄孙,支属甚远,且令其在典工作,并非素无照应者可比,乃窃货潜逃,以致连累胞兄等,且村镇典肆不过千余金,窃货竟至三百余两,又遭讼事,中人之产将因此荡尽,不得照常律核减①。

如果我们再将亲属杀伤、亲属相盗二件事合起来看,注意二者的关系,便可明白其中的道理了,亲属相盗得减等原为睦族,可是因此而酿成杀伤,却大背原意,所以盗窃亲属财物而杀伤事主,固属情无可恕,仍须依服制论罪,不能以凡盗杀伤论,即被盗之亲属不念同宗情分以普通强盗视之,而杀伤犯窃盗之亲属,也属不当,是不能援用拒盗杀伤的条文,按寻常事主杀伤强盗论罪的,亦须各依杀伤尊长卑幼本律论罪②。

《礼》云凡听讼必原父子之亲③,明太祖定律时,太孙请曰:"明刑所以弼教,凡与五伦相涉者宜屈法以伸情。"④法律与家族主义关系的密切可以概见,从以上诸节所描述的亲属间的杀伤窃盗奸非罪的规定中,这种情势更是显而易见的。制罪既全以亲疏尊卑长

① 《刑案汇览》18:35b—38a。

② 《唐律疏义》,"窃缌麻小功财物"条;《宋刑统》,"盗亲属财物"条云:"杀伤者各依本杀伤论(此谓因盗而误杀者,若有所规求而故杀期亲以下卑幼者绞,余条准此)。"《元史·刑法志》云:"杀伤者各依故杀伤法。"明、清律,"亲属相盗"条俱云:"若有杀伤,各依杀伤尊长卑幼本律从重者论。若同居卑幼将引他人盗己家财物……若有杀伤者自依杀伤尊长卑幼本律科罪……若他人杀伤人者,卑幼纵不知情,亦依杀伤尊长卑幼本律从重论。"

③ 《礼记·王制》。

④ 《明史》九三,《刑法志》一。

幼为准，所以服制对于罪刑的裁定是极端重要的，否则便无从下手①。明、清律所以将丧服图列入法典中便是为此②。故笺释云："律首载丧服者所以明服制之轻重，使定罪者由此为应加应减之准也。"③前人根据自己服官的经验，详记审理杂案应知各项，其中一条款云，"凡关宗族亲谊必须问明是何称呼，系何服制"。④所以有时服制不确定，便无从断罪。

王重义物故无嗣，妾王赵氏只生有一女，遂以胞侄王必俭兼祧。必俭摔伤王赵氏身死。案件发生后，官方以王必俭系大宗子兼祧小宗，按照礼部议定通行，只能为王重义服期，于赵氏并无服制，虽生有一女，究与生有子女之本生父妾不同，无从判罪，大为踌躇。直隶总督考虑的结果，题将王必俭比依妻之子殴死父妾以凡人论，斗杀者绞监候律办理。刑部以服制图并无兼祧子为兼祧父妾之服，刑律内亦无兼祧子殴死父妾作何治罪明文。若按子殴死生有子女之庶母，便当拟斩；按殴死期亲尊长之妾拟断则以凡论拟绞，出入甚巨，无法断决，以服制的问题属于礼部，只得片行礼部查明大宗子兼祧小宗，与兼祧父妾有无服制，应否照殴死庶母分别有无子女治罪，或照殴死期亲尊属之妾办理。礼部以王必俭系兼祧，按定例两

① 龚瑞礼论此种关系最清楚，他说，"圣人以礼制而定服纪，以服纪而立刑章。然则服有加隆，刑分重轻，欲正刑名，先明服纪，服纪正则刑罚正，服纪不正则刑罚不中矣。"（《五服图解》，宛委别藏影钞本）

② 故《明史·刑法志》云："又为丧服之图凡八，亲族有犯，视服等差定刑轻重。"明太祖又云："此书首列五刑图，次列八礼图者，重礼也。"

③ 《清律例汇辑便览》卷二，诸图，丧服图引。

④ 阙名，《审理杂案》（《牧令书辑要》七，《刑名》上）。

房分祧之孙,父卒,孙承重,俱为祖父母服斩齐三年,孙既有重可承。则兼祧者为全子可知。王重义既非期亲尊属可比,赵氏即非期亲尊属之妾可比。如照殴死生有子女之庶母定拟,王必俭又系大宗,按长房独子出继次房,大宗为重之例,王必俭仅只为王重义服期,赵氏自不得按庶母杖期之例持服。若如直督所题照妻之子殴死父妾定拟,赵氏又不得拟之父妾。惟详查例案,究无大宗兼祧小宗为兼祧父妾作何持服明文,此案罪名应由刑部自行酌办。刑部以"服制攸关之案,必先定服制,乃可科以罪名。查道光九年两祧服制一案由礼部奏定。此案如何办理,应由礼部援照成案办理"。旋经礼部奏称:道光九年议定两祧服制时,并未议及兼祧庶母服制,查定例孙为祖父母服期,为庶祖母服小功,道光九年议准两房分祧之孙应从正服,是照例应各为祖父母服期,即应各为庶祖母服小功,兼祧之子拟即照定制为兼祧父母服期,为兼祧庶母服小功。其大宗子兼祧小宗,与以小宗子兼祧大宗者,均以大宗为重,于大宗庶母服期,于小宗庶母服小功。奉旨依议。刑部以服制既与庶祖母相等,所犯罪名自应比照殴死庶祖母例科断。王必俭应拟绞监候,秋后处决。由刑部会同都察院大理寺合词具奏请旨,奉旨依议①。

此案先经礼部议定服制才能断案,服制与司法的关系于此可见。

① 《刑部通行章程》卷上,70a。

乾隆三十九年，江西按察使欧阳永裿条奏以律内嫡子、众子为庶母服齐衰杖期，于庶祖母并无服期，嫡子、众子殴伤庶母及至死，例有治罪专条；嫡孙、众孙于生有子女之祖妾，以庶祖母称，而律例内并无干犯作何治罪明文。似此于礼制名法均有未备。奏请敕部核议。经礼部会同刑部核议，以服缘情制，恩由义推，祖有子之妾即父之庶母，祖妾所生之子即己之期亲伯叔父，既为之服齐衰不杖期，则嫡孙、众孙于庶祖母亦应在推恩递及之内。当经酌议嫡孙、众孙为庶祖母应照伯叔祖母之例为之服小功五月。惟以嫡子、众子为庶母虽服齐衰杖期，殴死及谋故杀均罪止斩候，盖以庶母之期服不同于期亲尊长。今庶祖母服制既经议定为小功五月，则刑例自不便仍与凡人同科，惟究与庶母之杖期有别，亦当微分差等。议嗣后有嫡孙众孙殴伤有子之庶祖母者，照殴庶母例，减一等科断，至死者拟绞监候，谋故杀者拟斩监候，其中所犯情节或有不同，统于秋审时酌量办理。经奏准分别纂入服制图册①。

## 二　容隐

这是很有趣同时也是极值得注意的问题。人民有违法行为，从国家及法律的立场来讲，自应鼓励其他人民告发，但就伦理的立场来讲则不然。儒家自来不主张其父攘羊而子证之的办法，而提

① 《刑部通行章程》卷上，73a—74a。

倡父为子隐,子为父隐的说法①。孟子曾和门人假设瞽叟杀人的故事,认为皋陶处于法官的地位,自应依法处理,不能因为是天子的父亲而徇私,可是舜一定会弃天下如敝屣窃父而逃的②。中国的立法既大受儒家的影响,政治上又标榜以孝治天下,宁可为孝而屈法,所以历代的法律都承认亲属相容隐的原则。汉律亲亲得首匿③,宣帝本始四年曾为此事下一诏书:"父子之亲,夫妇之道,天性也,虽有祸患犹蒙死而存之,诚爱结于心,仁厚之至也,岂能违之哉! 自今子首匿父母,妻匿夫,孙匿大父母,皆勿坐;其父母匿子,夫匿妻,大父母匿孙,罪殊死,皆上请,廷尉以闻。"④

唐以后的法律,容隐的范围更为扩大,不但直系亲属和配偶包括在内,只要是同居的亲属,不论有服无服,都可援用此律,便是不同居的同姓大功以上亲属,以及大功以下的孙媳,夫之兄弟,兄弟妻,和外祖父母、外孙,也包括在内,明、清律的范围且扩大及于妻亲,连岳父母和女婿也一并列入。不但谋匿犯罪的亲属,便是漏泄其事或通报消息与罪人,使之逃匿也是无罪的。至于不同居的小功以下亲属虽不在容隐范围以内,但容隐及透露消息得减凡人三等论罪,明、清律又加入无服亲一项,亦得减一等⑤。

法律上既容许亲属容隐,禁止亲属相告讦,同时也就不要求亲属在法庭上作证人。东晋元帝时卫展上书对于"考子正父刑,鞭父

① 《论语·子路》。

② 《孟子·尽心上》。

③ 《春秋公羊传》闵公元年,何休注。

④ 《汉书》八,《宣帝纪》。

⑤ 参看《唐律疏义》六,《名刑》,"同居相为容隐";《宋刑统》六,《名例》,"有罪相容隐";《明律例》一,《名例》,"亲属相为容隐";《清律例》五,《名例律》下,"亲属相为容隐"。

母问子所在”的办法大不以为然①。宋文帝时侍中蔡廓建议，“鞫狱不宜令子孙下辞明言父祖之罪，亏教伤情，莫此为大。自今但令家人与囚相见，无乞鞫之诉，使民以明伏罪，不须责家人下辞”。朝议赞同他的说法，于是法律不再要求子孙作证②。梁武帝时任提女坐诱口当死，其子景慈对鞫，证实母罪。法官虞僧虬启称，“子之事亲有隐无犯……陷亲极刑，伤和贬俗，凡乞鞫不审，降罪一等，岂得避五岁之刑，忽死母之命？宜加罪辟。”诏流于交州③。

唐以后的法律都明文规定于律得相容隐的亲属皆不得令其为证，违者官吏是有罪的，唐、宋杖八十，明、清杖五十④。明时并规定原告不得指被告的子孙、弟、妻及奴婢为证，违者治罪⑤。

亲属既许容隐，反过来讲，子孙不但不为亲属匿罪，反而自动来告发，自非人子之道，而与容隐的立法精神相违背，所以历代的法律都严格制裁子孙告祖父母、父母的行为。汉衡山王太子爽坐告父不孝弃市⑥。东汉时齐王晃及弟利侯刚与母太姬宗更相诬告，有司奏请免晃、刚为庶人，徙丹阳，帝不忍，诏加贬削⑦。子孙告父母处死刑的规定北魏时代即已如此⑧。唐以后的法律并列为不孝

① 《晋书》三〇，《刑法志》。

② 《宋书》五七，《蔡廓传》。

③ 《隋书》二五，《刑法志》。

④ 《唐律疏义》二九，《断狱》上，“八议请减老小”；《宋刑统》二九，《断狱律》，“不合拷讯者取众证为定”；《明律例》一二，《刑律》四，《断狱》，“老幼不拷讯”；《清律例》三六，《刑律》，《断狱》上，“老幼不拷讯”。

⑤ 《明会典》一七七，《刑部》一九，“问拟刑名”。

⑥ 《史记》一一八，《衡山王传》。

⑦ 《后汉书》四四，《齐武王缜传》。

⑧ 《魏书》八八，《窦瑗传》引律。

之一，罪在不赦①。唐、宋时的处分是绞罪②。元朝虽以游牧民族入主中原，也采取了中国立法的精神，法律上明定“诸子证其父，奴讦其主，及妻、妾、弟、侄不相容隐，凡干名犯义为风化之玷者，并禁止之”③。虽蒙古人亦不能免罪，英宗时斡鲁思讦其父母，又驸马许纳子速怯讦父谋反，帝曰：“人子事亲，有隐无犯，今有过不谏，复讦于官，岂人子之所为。”命斩之④。明、清律对子孙干犯名义的处分较轻，除诬告仍处死刑（绞）外，得实者只杖一百徒三年⑤，较《唐律》之不分虚告实告，但告即处绞要轻多了。

直系尊亲属而外，其他尊长在容隐范围之内的——大功以上亲属——亦不能告，告期亲尊长及外祖父母，虽得实，原告亦处罪，唐、宋律徒二年，明、清杖一百，大功小功缌麻则按服制递减。唐、宋律大功徒一年半，小功缌麻徒一年。明、清律大功杖九十，小功杖八十，缌麻杖七十。若为诬告便须加重治罪了。唐、宋律，诬告期亲尊长重者加所诬罪三等，诬告大功、小功、缌麻重者各加所诬罪一等。明、清律，期亲、大功、小功、缌麻各加所诬罪三等⑥。

至于被告的尊长如果所告属实，除缌麻、小功亲本不在相容隐之内，唐、宋论如律，明、清得减本罪三等外，大功以上尊长及外祖

---

① 唐、宋、元、明、清律，《名例》，“十恶”，不孝。

② 《唐律疏义》二三，《斗讼》三，“告祖父母父母绞”；《宋刑统》二三，《斗讼律》，“告祖父母父母”。

③ 《元史》一〇五，《刑法志》，“诉讼”。

④ 《新元史》一〇三，《刑法志》下。

⑤ 《明律例》一〇，《刑律》，《诉讼》，“干名犯义”；《清律例》三〇，《刑律》，《诉讼》，“干名犯义”。

⑥ 《唐律疏义》二四，《斗讼》四，“告期亲尊长”；《宋刑统》二四，《斗讼律》，“告周亲以下”；《明律例》，“干名犯义”；《清律例》，“干名犯义”。

父母(明、清又加岳父一项)是同自首免罪的①。

何以律许容隐,严干名犯义之禁,同时又有为首免罪的规定?据前人的解释是不许容隐则伤骨肉之恩,不许为首则恐无以救其亲,若任子孙告讦则不惟干名犯义,且恐子孙有贼害其亲之意,故并存之,实天理人情之至,面面都顾到②。子孙为救其亲,免陷亲于刑戮,自不惜以己身触犯告言父祖的刑章。

若尊长告卑幼,在亲属相容隐的原则之下,也是不合理的,所以除了祖父母、父母即诬告子孙、外孙、及子孙之妇妾亦无罪外,其他尊长告卑幼也是不能无罪的。唐、宋律告卑幼虽得实亦有罪,明、清律则仅诬告有罪。但尊卑关系究不同,所以尊长告卑幼的处分,无论实告诬告,总较卑幼告尊长的处分为轻,与卑幼的亲等愈近则罪亦递减。唐、宋律告缌麻、小功卑幼,得实,杖八十,大功以上递减一等,诬告重者期亲减所诬罪二等,大功减一等,小功以下则以凡论。明、清律则缌麻、小功尊长亦得减所诬罪一等,大功减二等,期亲减三等③。

很有趣的一点是亲属相为容隐及干名犯义的法律,对于谋反、谋大逆、谋叛的大罪是不适用的④。于此可见家族与国,忠与孝,在

---

① 参看《唐律疏义》五,《名例》五,"犯罪未发自首";二四,《斗讼》四,"告期亲尊长";《宋刑统》五,《名例》,"犯罪未发自首";二四,《斗讼律》,"告周亲以下";《明律例》二,《名例》下,"犯罪自首","干名犯义";《清律例》,《名例》,"犯罪自首","干名犯义"。

② 沈之奇《清律辑注》(《唐明律合编》二四,"干名犯义"条引)。

③ 《唐律疏义》二四,《斗讼》四,"告缌麻卑幼";《宋刑统》,"告周亲以下";《明律例》,"干名犯义";《清律例》,"干名犯义"。

④ 参看《唐律疏义》,"同居相为容隐","告期亲尊长";《宋刑统》,"有罪相容隐";"告周亲以下";《明律例》,"亲属相为容隐","干名犯义";《清律例》,"亲属相为容隐","干名犯义"。

并行不悖或相成时，两皆维持，但在两者互相冲突而不能两全时，则国为重，君为重，而忠重于孝，所以普通的罪许子孙容隐，不许告讦，而危及社稷背叛君国的重罪，则为例外。

在讨论容隐及干名犯义的法律时，除去本宗外姻及妻亲外，我们不应忘了家主及奴仆在这方面的关系，唐、宋的法律并将部曲、奴婢包括在容隐的范围以内，为主隐者勿论①，明、清律同样地施之于奴婢及雇工人②。法律上实以子孙的待遇视同奴婢，唐、宋律部曲、奴婢告主和子孙告父祖一样，同处绞罪③。明、清律奴婢告家长亦与子孙同罪，雇工人则减罪一等④。被告的主人也和被告的父祖一样是同自首免罪的⑤，同时，家长诬告奴婢及雇工人是可以不论的⑥。

主人而外，主人的亲属也在不许告讦之列。被告的主人亲属与主人之间的关系愈亲，则奴婢告讦的处分亦愈重。唐、宋律部曲、奴婢告主人之期亲及外祖父母者流，大功以下亲徒一年（诬告重者，缌麻加凡人一等，小功、大功递加一等）⑦。明、清律则奴婢告家长缌麻以上亲属亦与卑幼告缌麻以上亲同罪，雇工人减罪一等⑧。

---

① 《唐律疏义》，“同居相为容隐”；《宋刑统》，“有罪相容隐”。

② 《明律例》，“亲属相为容隐”，《清律例》，“亲属相为容隐”。

③ 《唐律疏义》二四，《斗讼》四，“部曲奴婢告主”；《宋刑统》二四，《斗讼律》，“奴婢告主罪。”

④ 《明律例》，“干名犯义”；《清律例》，“干名犯义”。

⑤ 《唐律疏义》，“部曲奴婢告主”；《宋刑统》，“奴婢告主罪”；《明律例》，“犯罪自首”；《清律例》，“犯罪自首”。

⑥ 《明律例》，“干名犯义”；《清律例》，“干名犯义”。

⑦ 《唐律疏义》，“部曲奴婢告主”；《宋刑统》，“奴婢告主罪”。

⑧ 《明律例》，“干名犯义”；《清律例》，“干名犯义”。

## 三　代刑

人民犯了重罪本无可逭，但往往因犯人的子孙兄弟请求代刑而加以赦免或减轻。这在法律上本无根据，不列此条，不过因历来的政教是注重伦常孝弟之道的，帝王为了表扬这种精神，遇到这一类的事常由有司奏明，经皇帝的裁决而加以特赦或减刑。

缇萦救父的故事①只是许多故事中最古最为人所熟悉的一个而已。刘宋时民人孙萨犯法当戮，其兄孙棘乞以身代萨，萨辞不肯。棘妻许告棘云："君当门户，岂可委罪小郎，且大家临亡，以小郎属君，竟未娶妻，家道不立；君已有二儿，死复何恨？"世祖诏曰："棘、萨甥隶，节行可甄，特原罪。州加辟命，并赐许帛二十匹②。"北魏时长孙虑之母饮酒，父真呵叱之，误以杖击，致死。真处死罪。虑辞尚书云："父母忿争，本无余恶，直以谬误，一朝横祸。今母丧未殡，父命旦夕。虑兄弟五人并各幼稚，虑身居长，今年十五，有一女弟始自四岁，更相鞠养，不能保全，父若就刑，交坠沟壑，乞以身代老父命，使婴弱众孤得蒙存立。"尚书奏云："虑于父为孝子，于弟为仁兄，寻究情状，特可矜减。"孝文帝诏特恕真死罪，减为远流③。唐咸通间沧州盐院吏赵鳞犯罪当死，就刑时，其女云："七岁母亡，今无所依"，请随父死。盐院官上闻，诏哀之，减父死④。明代这一类的事尤多，祝允明云："国初犯大辟者其家属请代刑，上并宥之，

① 《汉书》二三，《刑法志》。
② 《宋书》九一，《孝义列传》，《孙棘传》。
③ 《魏书》八六，《孝感传》，《长孙虑传》。
④ 钱昌《南部新书》，丁。

如伍伦书所载者是也。其后继请,乃一切许之为多……如吾苏戴用代其父,王敬代其兄,余未殚纪,至有弱媳代其阿翁。"①山阳民有父得罪当杖,其子代请。明太祖说:"今此人身代父母,出于至情。朕为孝子屈法以激劝天下,其释之。"②景泰时阳谷县主簿马彦斌犯斩罪,子震奏愿代死。法司为请,特宥彦斌,编震充边卫军③。

这一类的例子,若一一保留至今,必至未可殚纪。有时代刑甚至成为国家规定的制度,人民可依例声请,于是请求代刑便成为合法的权利了。汉明帝时诏徙边者,父母、同产欲相代者,恣听之④。永初中尚书陈忠上言母子兄弟相代死者,听赦所代者,从之⑤。明宪宗时定制凡民八十以上及笃疾有犯,应永戍者,以子孙发遣。应充军以下者免之⑥。在这种情形之下,代刑不仅是子孙的权利,且成为规定的义务了。

## 四　缓刑免刑

晋咸和二年勾容令孔恢罪至弃市,诏曰:"恢自陷刑网,罪当大辟,但以其父年老而有一子,以为恻然,可悯之。"⑦这是最古因体念犯亲年老无侍,特免死刑的一事。但只出于人主一时之见,尚未成为规定,最早见于法律的当推北魏,祖父母父母年七十以上更无其

① 祝允明《野记》。
② 余继登《典故纪闻》(《畿辅丛书》本),卷三。
③ 同上,卷一二。
④ 《后汉书》二,《明帝纪》。
⑤ 同上七六,《陈宠传》。
⑥ 《明史》九三,《刑法志》。
⑦ 《御览》六四六,引臧荣绪,《晋书》。

他成年子孙，又旁无期亲者，可具状上请①。

唐以后历代皆仿此遗制明定于法典中。唐、宋、元、明、清律犯死罪而非不赦重罪②，直系尊亲属老③或笃疾应侍，家无成丁者④，皆可上请⑤，准或不准皆由皇帝裁决。金大定十三年尚书省奏邓州民范三殴杀人当死，而亲老无侍。世宗曰："在丑无争谓之孝，然后能养，斯人以一朝之忿忘其身，而有事亲之心乎？可论如法。"⑥即不准之一例。

关于寡妇的规定略有不同。清律亲老以七十为限，寡妇独子误杀人犯罪则以守节二十年为断，斗殴杀人亦以二十年现年五十余者为断，皆不在七十为老之限，亦不问是否有笃疾⑦，这是因寡妇守节，抚子不易，特加体恤。

若兄弟不止一人俱死罪，则只许存留一人养亲⑧。通常是留下

① 《魏书》一一一，《刑罚志》。

② 唐、宋以非十恶为限。明、清律改为非常赦所不原，十恶以外，盗系官财物、强盗、窃盗、放火、发冢、受赃、诈伪、犯奸、略人、略卖和诱人口，若奸党及谗言左使杀人，故出入人罪，知情故纵，听行藏匿引送，说事过钱之类，皆包括在内，较唐律为严。（《唐律疏义》三，《名例》三，"犯死罪非十恶"；《宋刑统》三，《名例》，"犯徒流罪"；《明律例》二，《名例》下，"犯罪存留养亲"，"常赦所不原"；《清律例》四，《名例律》上，"犯罪存留养亲"，"常赦所不原"）。

③ 唐、宋为八十，元、清改为七十（见唐律"犯罪非十恶"条疏义；《宋刑统》，"犯徒流罪"条疏义；《元史》一〇三，《刑法志》三，恤刑；《清律例》，"犯罪存留养亲"条律注）。

④ 唐、宋律云家无期亲成丁，明、清律但云家无以次成丁，不限期亲。

⑤ 《唐律疏义》，"犯死罪非十恶"；《宋刑统》，"犯徒流罪"；《元史·刑法志》，《恤刑》；《明律例》，"犯罪存留养亲"；《清律例》，"犯罪存留养亲"。按《金史》四五，《刑法志》云：尚书省奏范德为刘佑殴杀，佑法当死，以佑父母年俱七十余，家无侍丁，上请。知金代亦有此法。

⑥ 《金史》七，《世宗纪》。

⑦ 《清会典》卷五六。

⑧ 《清律例》，"犯罪存留养亲"条雍正三年例。

罪轻的一个，若兄弟二人，一拟斩，一拟绞，便准将绞犯留养①。

至于徒流罪，子孙在刑期未满以前也不能在侧侍养，所以法律上也有缓刑的规定。魏《法例律》，犯流罪而祖父母、父母年老，无人侍养者，鞭笞留养，亲终从流，不在原赦之例②。唐、宋律祖父母父母老疾无人侍养者，流罪亦可权留养亲。但不在赦例，如以后家有进丁或亲终已期年，便失去留养的对象和意义，仍须流配③。

明、清律定得更简捷了当，凡是犯徒流刑而合乎留养条件的，止杖一百，余罪收赎，存留养亲④。留养之后，亲终亦不再流配，较魏律，唐、宋律为宽。

关于孝及留养的问题是很可注意的。犯死罪或徒流而存留养亲之意原在体贴老疾无侍之犯亲，本是以孝为出发点的，并非姑息犯人本身。如果犯人平日不孝，留在家里徒然惹父母生气，依然无人侍奉，恰与劝孝的精神背道而驰，和留养的原意大相径庭，所以不准声请。不要说是恶逆不孝早干重刑⑤，便是曾经触犯父母，素

---

① 《清律例》，“犯罪存留养亲”条。

② 《魏书·刑罚志》。

③ 《唐律疏义》，“犯死罪非十恶”；《宋刑统》，“犯徒流罪”。

④ 《明律例》，“犯罪存留养亲”；《清律例》，“犯罪存留养亲”。其后又定条例，除照数决杖外，并加枷号，徒犯枷号一个月，军流枷号四十日，免死流犯枷号两个月（《清律例》，同条，嘉庆六年修改，道光十五年修改例）。

⑤ 便是误伤父母，无心干犯，也不准留养。道光时龚奴才用剪戳犯奸之妻，妻闪避，适父龚加红走至背后赶劝，龚奴才收手不及，误将父左肋戳伤，旋经平复。龚奴才并非有心干犯，由立决奏改斩监候，秋审情实两次未勾，刑部照例奏明改入缓决，凡缓决四次。龚加红呈称，伊夫妇年逾七旬，只此一子，素性孝顺，并无触忤，龚奴才将伊误伤，迄今羁禁八载，家无次丁，呈请留养。由浙抚奏称：“若必拘泥例文，不准留养，在犯罪者不得遂乌鸟之私，尚属孽由自作，而犯亲侍养无人，桑榆暮景，举目无亲，实堪矜悯，……原其父母迫不及待之情，推广皇上孝治天下之意，可否就现行定例，量为变通，准予留养。”奉旨龚奴才着施恩准其留养。但声明此系法外施仁，嗣后不得援以为例。（《刑案汇览》2:8a—11a）。又樊魁一案，樊魁与弟樊沅争斗，持刀吓砍，误伤母樊王氏，问拟斩决，奏改斩候。樊王氏呈称守节已逾二十年，生有三子，少子疾故，次子樊沅不孝，业已呈送发遣，呈请长子樊魁留养，刑部为奏，奉旨始准留养。（《刑案汇览》2:11a—12a）

习匪类，为父母所摈逐，及在他省获罪，审系游荡他乡远离父母者（除非系官役奉差，客商贸易在外，寄资产养亲确有实据，及两省地界毗连，相距在数十里以内者），这一类忘亲不孝，不养父母的人，也是没有声请留养的资格的①。

家的伦常除了直系尊亲属而外，还包括其旁系尊长在内，法律上对于这种关系是不肯漠视的，所以侵犯旁系尊长，关系服制的案件也不能援用留养的办法。清例除卑幼殴死本宗缌麻尊长，外姻功、缌尊长，亲老丁单应行留养，秋审入缓决，得许留养外，殴死期、功尊长，定案时便须按律问拟，一概不准声请留养②，除非是情节实可矜悯，由立决改为监候，秋审情实，二次免勾，改入缓决之后，才能由督抚于秋审时取结报部核办③。这一类由立决改监候，由情实改缓决的案件，都系一时偶犯，才能如此办理，要是有心干犯，早就依律处决了④。

还有一有趣而值得注意的问题是命案中被害人是否独子的问题。杀人犯因亲老丁单得以留养，原系体贴犯亲乏人侍养，可是人各有亲，亲皆待养，如死者之父母因其独子被杀，以致侍养无人，则犯亲自不得独享晨昏之奉，所以清律规定杀人者虽合于留养的条件，亦须查明被杀之人有无父母是否独子，如亦系独子，亲在无人侍奉，杀人之犯便不准留养。即使死者并非独子，但其弟尚未成丁，亦属亲老无侍，犯人不准留养。除非是被杀之人平日游荡离

---

① 《清律例》，“犯罪存留养亲”条嘉庆六年修改例。

② 同上，嘉庆十五年修改，道光十五年修改例。

③ 《清律例》，“犯罪存留养亲”条。

④ 参看《刑案汇览》2：1ab，2a—3b，3b—5a，5a—6b，6a—3a，15a—16a，56a—57b 各条。

乡,弃亲不顾,或因不供养赡,不听教训,为父母所摈逐者,才准声请留养①。

## 第四节　亲属复仇

复仇②的观念和习惯,在古代社会及原始社会中极为普遍③。被伤害人可以去寻找他的仇人与以同样的伤害。社会上承认他报复的权利,即使他自己报不了仇,他的仇人的生命也有同样的危

① 《清律例》,"犯罪存留养亲",嘉庆六年修并,道光元年修改,五年复奉颁修例。参看《刑案汇览》2。

② 关于报复血仇的描述及讨论参看下列各书:

E. Westermarck, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, Macmillan, London, 1912(2nd ed.), I, 24—5, 30—6, 477—90; R. H. Lowie, *Primitive Society*, Boni & Liveright, New York, 1290, pp. 399—400; P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1920, I, 53, 309—10; E. S. Hartland, *Primitive Law*, Methuen, London, 1924, pp. 48, 52—4, 58—9; L. T. Hobhouse, *Morals in Evolution*, Henry Holt, New York, 1929 (4th ed.), pp. 73—5, 78—83; W. H. Sumner, A. G. Keller and M. R. Davie, *Science of Society*, New Haven, Yale University Press, 1928, I, 643—50, IV, 263—72; W. H. Robson, *Civilization and the Growth of Law*, Macmillan, London, 1935, pp. 88—90; W. I. Thomas, *Primitive Behavior*, MacGrawhill, 1937, pp. 520, 554; E. A. Hobel, *The Political Development and Law-Ways of Commanche Indians*, (Memoirs of the American Anthropological Association, U. S. A., No. 54, 1940), pp. 66—70; R. Thurnwald, "Blood-Vengeance-Feud," *Encyclopaedia of Social Sciences* Ⅱ, 598—9; A. R. Redcliffe-Brown, "Law, Primitive," *Encyclopaedia of social Sciences*, Ⅸ, 203—4; and "Sanction, Social", Ⅷ, 533.

③ 历史上如希腊人、希伯来人、阿拉伯人、印度人,都允许复仇,《摩西法》和《可兰经》都认为复仇是对的。古代日本人法律上许可复仇,并有若干限制。英国在十世纪时,意大利一直到十六七世纪时还有此风。在原始社会中,更是不胜枚举,爱斯基摩人、东非洲土人、非洲的 Congo 人、澳洲西部土人、美拉尼西亚人、英属新几内亚的印第安人,以及美洲的印第安人,都有这种习惯。

险。他的家属和他的族人都有为他报仇的义务，不但以为族人彼此系兄弟姊妹，应互相扶助，共同御侮，而且认为个人的伤害无异于全族的伤害，个人的仇人即等于全族的仇人，所以扩大成为一种联合的责任，以联合的力量去寻求报复。特别是族人被人杀死，或因伤重而死，报仇的责任全落在死者的族人身上，更是责无旁贷，义不容辞的了。报仇可说是一种神圣的义务。①

在复仇时，许多社会的习惯是并不仅限于以仇人为对象的，将仇人杀死或将他的族中任何一人加以报复是一样的。在家族为社会单位，个人完全隶属于家族的时代，复仇者的心目中不是说某甲杀了某乙，而是说某家某族对于我的家我的族有了伤害的行为，他在这种情形之下，于是抵抗复仇也成为全族的联合的责任，每一个族人为保护自己及其族人而战斗，他的族人，对于伤害乙族而引起乙族忿怒的肇祸者，是否不对，是不问的。常因此而演成家与家间、族与族间的大规模的械斗。

---

① 报仇是一种神圣的义务，是不可漠视的问题。美洲印第安人将一块布浸在死者所流的血里，当作一种纪念品，一直保留到复仇为止（Sumner，*op cit.*，Ⅳ，269）。一个澳洲西部的土人，如果他不曾完成他的报仇工作，老妇人会唠唠叨叨的嘲骂他。他的一群妻子会离弃他。如果他还不曾结婚，没有一个年轻女人肯答理他。他的母亲会因此常常哭泣，悲哀自己会生出这样一个堕落的儿子。他的父亲也会轻视地不断地责罚他（Westermack *op. cit.* I，479）。在 Jibaro Indians 人中当一个小孩的父亲被人杀死时，他长大了，他会明白他对于死去的父亲的责任是怎样的。死者会托梦给他的儿子兄弟，哭着叮嘱他们不要让仇人逍遥事外。如果他的儿子兄弟不为报仇，那么这个含怨的愤怒的冤鬼就会对他的儿子或兄弟不利了（Sumner，*op. cit.* I，648）。这种对冤魂不能休息的信念，无疑是将复仇看成一种神圣义务的具体表现，使人复仇具有宗教的信仰，对于不复仇的后果的观念，更是强迫人不敢轻视他的神圣义务的一种手段。在阿拉伯人中，亲属复仇的义务在其他一切义务之上（*Ibid.*，I，649）。在有的社会中，复仇更与其他的权利相连，在古代斯堪的纳维亚父仇未报他是不能享受继承权的（*Ibid.*，I，654），这样复仇便成为获得某种权利以前所必尽的义务了。

但有的社会中,复仇的对象并不如此含混而广泛,有的社会采取以牙还牙的办法,你杀了我的兄弟,我也杀死你的兄弟,你与我以失去父亲的孤苦,我也使你尝到同样的孤苦,其目的在予仇人以同样的痛苦和损失,仇人本身反而不予以伤害①,这和孟子所说的,"杀人之父者人亦杀其父,杀人之兄者人亦杀其兄"②是同样的情形。又有的社会则复仇的对象极严格,以仇人本身为对象,他会耐心守候复仇的机会,一直到仇人相遇时。美洲印第安人中的 Commanche 人便是如此③。中国的复仇观念也是如此的。所以中国有避仇的办法,只要避开,就不致有流血的惨剧发生,他的家属是不会殃及的。又有许多社会,以直接报复为原则,实在寻不到本人时,才不得已而以仇人的最近亲属为替身④。这种将犯罪者或作恶者与无辜者加以区别的概念,据 Steinmetz 研究的结果,无目标的复仇实较有目标的辨别的复仇为原始。他认为人类智力的发展使人们渐渐发觉遏制为非作恶最好的办法是对作恶者予以惩罚,于是复仇由第一期进到第二期⑤。Hartland 也说最初犯罪的宗族部落中每一个人都可为复仇的对象,但文化进化以后这种复仇的权利渐渐地被限制,女

---

① 幼发拉底(Euphrates)的 Bedouins 人便如此(See Westermarck, *op. cit.*, I,34)。

② 《孟子·尽心上》。

③ Hobel, *op. cit.*, p. 66.

④ Westermarck *op. cit.*, I. 35—6; Sumner, *op. cit.*, I, 648. 在中国亦有此种例子。东汉时苏不韦父谦为司隶校尉李嵩按罪死狱中,不韦与亲从兄弟掘地道至嵩卧室,值嵩如厕,遂杀其妾及小儿,留书而去。嵩大惊惧,严加戒备。不韦知嵩有备,乃驰至嵩父墓,掘得嵩父头以祭父。(《后汉书》六一,《苏不韦传》),但不韦本意本在求嵩,中国一般的观念皆以手刃仇人为快。

⑤ Steinmetz, *Ethnologische Studien zur Ersten Entwicklung der Strafe* (see Westermarck, *Ibid.*, I, 23ff).

人小孩是被除外的，宗族部落衰落以后只有犯罪者本人和其最近亲属负此责任，同时也只有其最近亲属才有复仇的责任①。

但即在有区别的复仇中，也并不是说仇人的亲属毫不负责，相反地，因仇恨太深，常被株连。复仇者在将仇人杀死后，往往意犹未足，一直到将仇人的亲属尽行杀死才泄恨而去。例如澳大利亚的 Kurnai 人便如此，不仅以仇人的死为满足，还要将仇人的整个团体加以杀戮②。巴西的印第安人的复仇包括仇人及仇人的家属③。格灵人(Greens)报仇不仅是对于仇人的全家，甚至他的牲畜也不能逃生④。中国也不乏这一类的例子。沈充为吴儒所杀，临死前和吴说："尔大义全我，我宗族必厚报；若必杀我，汝族灭矣。"其后充子劲果族灭吴氏⑤。沈林子父为沈预所害，林子与兄报仇，预家男女无长幼悉屠之⑥。

在一个缺乏政治力量维持公正的社会中，允许私人自行寻求赔偿自不足为怪。Vinogradoff 曾讨论到自助在古代社会古代法律中应用之广⑦。Robson 云在原始社会中，裁判的功用只是宣告法律而已，并没有执行判决的力量，在这种情形之下，自助自是唯一的寻求赔偿的正常方法⑧。国家的权力发达以后才设法限制自助，国家开始司法独占，罗马、英国和法国的法律皆曾如此⑨。中国在这

① Hartland, *op. cit.*, p. 59.

② Westermarck, *op. cit.*, I, 35.

③ *Ibid.* I. 36.

④ Sumner, *op, cit.*, I, 649.

⑤ 《太平御览》四八一，引王隐《晋书》。

⑥ 《宋书》一〇〇，沈约自序。

⑦ Vinogradoff, *op. cit.*, I, 354ff; Ⅱ. 186ff.

⑧ Robson, *op. cit.*, p. 96.

⑨ Vinogradoff, *op. cit.*, Ⅱ, 59.

方面似亦无例外，上古时代的文献中还保留有准许复仇的记载，在法律制度发展到某种程度时我们也看见自行伸冤复仇的被禁止，同时，从不断发生的复仇事件中，我们也可看出此风之遗留，并可推知远古时代此种风气之坚韧。

其他社会复仇的责任不外乎亲属，中国则不止于此，这是值得注意的一点，也是中国复仇习惯中的一特点。中国的社会关系是五伦，所以复仇的责任也以五伦为范围，而朋友亦在其中。汉童子张有父叔之仇未复，病将死，歔欷不自胜，童友即恽知其心事，取仇人头以示，子张见而气绝①。交游之仇是不容坐视的。

同时我们应注意中国人对社会关系的看法是讲究亲疏之等的，所以报仇的责任有轻重的不同。五伦之中君父最亲最尊，所以责任最重。以父仇来说，是不共戴天的，寝苫枕块，刻苦自誓，处心积虑，一意报仇，其他的事都抛在一边，这时是不肯做官的②。兄弟之仇，从兄之仇，以至于朋友之仇，关系渐疏，报仇的轻重缓急也就不同，是有层次的③。

《周礼》对于报仇的事作了种种规定。报仇有法定的手续，也有专管报仇事务的官吏，只要在事先到朝士处登记仇人的姓名，将仇人杀死便可无罪④。又有调人之官，专司避仇和解的事，并且规

---

① 《后汉书》二九，《郅恽传》。

② 《礼记·曲礼》云："父之仇弗与共戴天"。又《檀弓》上记子夏问居父母之仇，子曰："寝苫枕块，不仕，弗与共天下也。遇诸市朝，不反兵而斗。"

③ 《曲礼》云："兄弟之仇不反兵，交游之仇不同国。"《檀弓》云："居昆弟之仇，仕，弗与共国，衔君命而使，虽遇之不斗。"居从父昆弟之仇，则"不为魁，主人能，则执兵而陪其后。"

④ 《周礼·秋官·司寇》，朝士。

定复仇只以一次为限，不许反复寻仇①。

战国时代报仇之风极盛，游侠风气之下有抱不平专为人报仇的刺客。孟子说："吾今而后知杀人亲之重也，杀人之父者人亦杀其父，杀人之兄者人亦杀其兄，然则非自杀之也，一间耳。"②孟子说这话应是亲见许多复仇的事，怵目惊心，感慨之余，故发为此论，说先秦是复仇自由的时代大致是可信的。

法律机构发达以后，生杀予夺之权被国家收回，私人便不再有擅自杀人的权利，杀人便成为犯罪的行为，须受国法的制裁。在这种情形之下，复仇自与国法不相容，而逐渐的被禁止了。可能在纪元前的一世纪中法律便开始此种努力。桓谭在建武初上疏云③："今人相杀伤，虽已伏法，而私仇怨结，子孙相报，后忿深前，至于灭户殄业……今且申明旧令……"④，可知至少在西汉末年已经有禁止复仇的法令，桓谭不过是请光武重申前令，以防止恶风之滋长而已。近人程树德引王褒《僮约》证汉律许复仇⑤，实则"汉时官不禁

① 《周礼·地官·司徒》，调人云："父兄之仇皆使之远避以和难，不避则执之。杀人复仇而人又反杀者，使邦国交仇之。仇人而义者，不同国，令弗仇。"

② 《尽心上》。

③ 据《桓谭传》："世祖即位，征侍诏，上书言事，失旨不用。后大司空宋弘，荐谭拜议郎给事中，因上疏陈时政所宜。"（《后汉书》二八，《桓谭传》），请禁止复仇便是疏中所陈一事。又据《宋弘传》，弘于建武二年代王梁为大司空（《后汉书》一六，《宋弘传》）。是则桓谭拜议郎给事中上疏言复仇事皆在建武初。

④ 《桓谭传》。

⑤ 程树德《九朝律考》，商务，1927，上册，页131（本书新版，商务印书馆2010年）。又程氏引《晋书·刑法志》："贼斗杀人，以劾而亡，许依古议听子弟得追杀之，会赦及过误相杀，不得报仇，所以止杀害也"，谓系魏改汉律，并谓"是汉时虽赦或过误犹得报仇可知"（同上）。实则魏律所改者，系以古礼为本，初与汉律无干。故《晋书·刑法志》云："许依古议听子弟得追杀之"，又谓"斯皆魏世所改，其大略于是"，语义至为明显。所谓古义，决非指汉而言，魏所改者，正是汉律所无，断不能以此推证汉时虽赦或过误犹得报仇。如谓汉律魏律俱许依古议听子弟得追杀之，魏律所改者只在会赦及过误相杀不得报仇一点，汉律则许之，如此曲解，未免附会过甚。

报怨”是后人所注,并非《僮约》原文,是不足为据的。一世纪时法律禁止复仇的企图更为努力显已成功。缑氏女玉为父报仇,县令欲论杀之,后来因为申屠蟠的进谏,才得减死①。赵娥的故事尤为明显。她将父仇杀死后,诣县自首,福禄长尹嘉很同情她,解印缓纵之,自己也预备弃官逃走。她不肯,说道:“怨塞身死,妾之明分,结罪理狱,君之常理,何敢偷生以枉公法?”②这时堂上围观的人已众,守尉不敢公然释放她,示意叫她自行匿避,她仍不肯,并且抗声大言:“枉法逃死,非妾本心,今仇已雪,死则妾分。乞得归法,以全国体。虽复万死,于娥亲〔按娥一名娥亲〕毕足,不敢贪生为朝廷负也。”尉故不听所执。她又说道:“匹妇虽微,犹知宪制,杀人之罪,法所不纵,今既犯之,义无可逃,乞就刑戮,陨身朝市,肃明王法。”③更可明证当时的法律已绝对不容许复仇的行为,所以守尉虽然很同情她,除了弃官和犯人一起逃走外,别无他法可以救之。赵娥的话里更句句显示当时法律对于杀人的制裁,复仇并不能例外。缑玉的事发生在安帝、顺帝之际④,赵娥的事则在灵帝光和二年⑤,可以使我们相信至少在二世纪时(东汉末年)复仇已经是国家所不容许的了。轻侮法的产生虽在颁布禁止复仇的法令以后,但不久在和帝时因张敏的建议,“死生之决宜从上下”,“相杀之路不可开”,

---

① 《后汉书》八三,《申屠蟠传》。

② 同上八四,《列女传》,《庞涓母传》,参看皇甫谧《列女传》(《魏志》一八,《庞涓传》引)。

③ 皇甫谧《列女传》。

④ 按申屠蟠系安帝时人,与荀爽韩融等人同时。大将军何进征辟不就。中平五年与爽、融及陈纪等并博士征不至。明年,董卓废立。年七十四卒。盖卒于献帝初年。缑氏女事,申年十五,为诸生(详申本传)知其事当在安帝时或顺帝初年。

⑤ 《魏志》一八,《庞淯传》引皇甫谧《列女传》。

也终于废除了①。

不过复仇的习惯久已深入人心，所以一时不易禁止，不时三令五申，仍不能根绝此习。不但桓谭曾经如此，以后列朝亦为此事颁布诏书，屡加严禁。曹操②、魏文帝、元魏世祖、梁武帝③，都曾下令禁止复仇。魏律对于复仇的处罚重至诛族④，元魏之制尤为严峻，不但报仇者诛及宗族，便是邻伍相助者亦同罪⑤。北周时代的法律对复仇者，亦处死刑⑥。

---

① 见《后汉书》七四《张敏传》。又证以毋丘长一事知轻侮法在和帝以后，确已废止。安丘男毋丘长与母俱行于市，道遇醉客辱其母，长杀之，吴祐曰："子母见辱，人情所耻，然孝子忿必虑难，动不累亲，今若背亲逞怒，白日杀人，赦若非义，刑若不忍，将如之何？"长以械自系曰："国家制法，囚身犯之，明府虽加哀矜，恩无所施。"祐问知长有妻无子，逮其妻来，使同宿狱中，妻怀孕，至冬尽行刑（《后汉书》六四，《吴祐传》），可证明轻侮法在顺帝、桓帝之际确已废止，所以毋丘长不能援用此法，必须处死。吴祐初为胶东相九年，毋丘长事即在其时，后迁齐相，大将军梁冀表为长史，及冀诬奏太尉李固，祐与冀争之，冀遂出祐为问相，因自免归家不仕[《吴祐传》]。按冀以永和六年拜大将军[见《后汉书》六，《孝顺皇帝纪》，参看卷三四，《梁商传》，《梁冀传》]，而冀之诬奏李固则在桓帝建和元年[《后汉书》七，《孝桓皇帝纪》，卷六三，《李固传》]，是则吴祐为长史最早在冀拜大将军之年，最晚在诬固之年——141—147，祐先为胶东相九年，是则在胶东之时当在顺帝阳嘉元年至桓帝建和元年之间——132—147。

② 操于献帝建安十年下令民不得复私仇（《魏志》一，《武帝纪》），虽然他自己志在为父报仇，东伐陶谦。（同上）。

③ 《梁书》三，《武帝纪》，太清元年诏。

④ 文帝黄初四年诏曰："丧乱以来，兵革未戢，天下之人互相残杀，今海内初定，敢有私复仇者，族之。"（《魏志·文帝纪》）但被害人子弟追杀未经归案的凶手则为例外，《晋书·刑法志》云："贼斗杀人以劾而亡，许依古义，听子弟得追杀之，会赦及过误相杀，不得报仇，所以止杀害也。"

⑤ 《魏书》四，《世祖纪》，太延元年诏曰："民相杀害，牧守依法平决，不听，私辄杀者诛及宗族，邻伍相助同罪。"

⑥ 《隋书》二五，《刑法志》云："初除复仇之法，犯者以杀论。"据《周书》五，《武帝纪》，知禁复仇在保定三年四月，但《隋书·刑法志》又谓："若报仇者告于法而自杀之，不坐。"不知所除者即系此法，或别有复仇法。

唐、宋以后的法律都一贯的禁止复仇。唐律无复仇的规定，有犯同谋故斗杀。宋律亦然①。但同时附一规定，子孙复仇者由有司具案奏取敕裁②。是法律虽不承认复仇的权利，却已予以特殊考虑，为一兼顾礼法而具有弹性的办法。元律才有复仇的规定，父为人所杀，子殴死仇人，不但无抵罪责任，且杀父之家须付烧埋银五十两③。明、清律根据元律稍加变通，祖父母、父母为人所杀，子孙痛忿激切，登时将凶手杀死是可以免罪的，但事后稍迟再杀，便不能适用此律，须杖六十④。

我们可以看出从东汉以来的法律，除了元代一时期外，都是禁止人民私复仇的。法律上都有一共同趋势，即生杀权操于主权，人民如有冤枉须请求政府为之昭雪。魏律和明、清律虽稍宽容，亦非全然放纵，并不容许人民自相杀害，原则上凶犯虽犯应死之罪，亦须告官治罪，不得擅杀。所以魏律只限于以劾而亡者许子弟得追杀之⑤。清律即使凶犯逃脱未经到官，为被害人子孙所撞见，也只能送官请求依法惩办，不许擅自将仇人杀死，否则照擅杀应死罪人律杖一百⑥。至于已经国法制裁的凶犯，是更不容许人民再加报复的了。这原是任何社会承认司法效力及维持司法威信所必具备的

① 《宋史》二〇〇，《刑法志》所谓“复仇后世无法者也”。

② 《宋刑统》二三，《斗讼律》，“祖父母父母为人殴击子孙却殴击”（复仇）条云“臣等参详如有复祖父母、父母之仇者请令今后具案奏取敕裁”。

③ 《元史》一〇五，《刑法志》二，“杀伤”。

④ 《明律例》一〇，《刑律》二，《斗殴》，“父祖被殴”；《清律例》二八，《刑律》，《斗殴下》，“父祖被殴”。

⑤ 《晋书·刑法志》。

⑥ 《清律例》，“父祖被殴”条嘉庆六年修并，咸丰二年修改例。

条件，所以魏律会赦不得复仇①。清律规定凶犯如已到官拟抵，或遇赦减等发配后潜逃回籍，被子孙杀死者，杖一百流三千里，本犯拟抵后援例减等，问拟军流，遇赦释回，便属国法已伸，不当为仇，如果被害人子孙意存不平仍敢复仇杀害，便照谋故杀定拟，入于缓决，永远监禁了②。此条规定更可看出国法的着重和私自复仇而后快的心理的纠正。从主权来讲，国法断不能将杀人权交给人民，凶犯只能受国法的制裁，无论公允与否，人民断不能否定法律的效力，因不满意法律的裁判而自求补偿。清高宗因沈万良为父复仇将已按律拟徒的仇人杀死一案而颁的上谕将此中道理说得很明白："……生杀悉由谳词，岂因一介不逞之徒私行报复？况国法已彰，则私恨已泄，仇杀之端断不可启，训示最为明晰，即子孙复仇之例，若因伊父死于非命而凶手竟得漏网，冤无可伸，其复仇犹为有说……已伏法结案则国法已伸，……复逞凶故杀，即应照故杀问拟……否则将何所底止？岂辟以止辟之义耶。"③

法律上除积极地制止复仇外，又有移乡避仇的办法，消极地防止复仇事件的发生，法律对于复仇的防范可谓周密尽致了。移乡的办法来源极古，远在社会习俗鼓励复仇的上古时代就有这种习惯，父兄之仇皆使远避以和难，不避则执之，这是调人的职务④。后代的法律仿这种习惯，而有会赦移乡的办法。凶手拟抵，国法已伸，便义不当仇，只是容有遇赦的机会，被害人的家属对于凶手的不拟偿，自不甘心，政府为了避免寻仇起见，于是制定此法。刘宋

① 《晋书·刑法志》。
② 《清律例》，同上条例。
③ 《刑案汇览》45:12a。
④ 《周礼·地官·司徒》，调人。

时曾有一件姑杀儿媳遇赦的事，依律杀人父母应徙二千里外，廷臣曾为此讨论祖孙应否相仇的问题，傅隆说："称〔孙〕虽巨痛创深，固无仇祖之义，若称可以杀赵〔祖母〕，赵当何以处载〔称之父〕，将父子祖孙互相残戮，惧非先王明法咎繇立法之本旨也……赵既流徙，载为人子，何得不从？载从而称不行，岂名教所许？如此称、赵竟不可分，赵虽内愧终身，称当沉痛没齿，孙祖之义自不永绝，事理固然也。"①唐、宋时杀人应死，会赦免罪，而死家有期以上亲者，移乡千里外的法律很显明地是恐死者家属不肯甘休，所以若是家无期亲，便没有移乡避仇的必要了②。明、清法律虽无杀人移乡的条文，但清代的条例上有凶手遇赦，子孙不许私自寻仇的规定。立法虽和移乡避仇不同，二者的用意却是殊途而同归的，一是使无寻仇的机会，一是以法律的力量禁止再向已受国法制裁的仇人寻仇，由消极而积极的过程也可看出法律力量的增进。

但是我们应注意法律尽管严加制裁，私自复仇的风气仍是很盛，这类的事不断地在历史上出现，许多人宁可挺身受刑，决不肯因怕死而忘仇不孝。在汉代报仇的事，"俗称豪健，故虽有怯弱犹勉而行之"③，甚至父祖受国法之诛，子孙也不问是非，更不顾势力，处心报复。公羊曾首先提出"父不受诛子复仇可也"的口号④。汉时海曲吕母的儿子是一县吏，因犯小罪被宰论杀，吕母怨宰，倾赀结纳少年，少年感激图报，聚数十百人，吕母自称将军，破海曲，执

① 《宋书》五五，《傅隆传》。

② 《唐律疏义》一八，《贼盗》二，"杀人移乡"；《宋刑统》一八，《贼盗律》，"杀人移乡"。

③ 桓谭疏中语（《后汉书·桓谭传》）。

④ 《公羊》定公四年。

宰杀之，以祭子墓[①]。建安中太守徐揖诛郡中强族黄氏，黄昂得脱在外，募众十余，攻揖，城陷，揖死[②]。

当时一般人的心理都以手刃仇人为快，不但国法未伸，誓必报复，即已伏法，亦不甘心。许多悲壮激昂的故事都是亲杀仇人，以头或心肝祭灵痛哭而去的情节所演成的。桓温因手刃父仇而名重当时[③]。韩暨[④]、沈林子[⑤]、张景仁[⑥]，为父报仇，俱以仇人头祭父墓，韩暨由是显名，举孝廉，屡辟不就。赵充[⑦]、王君操[⑧]皆手刃仇人食其心肝。王思贤为严世蕃所害，世蕃受刑，世贞兄弟赎得其一体，熟而荐之父灵，大恸，两人对食毕而已[⑨]。便是平时弱不禁风，杀鸡胆怯的文弱书生，和足迹不出闺门的弱女子，到这时也会悲愤填胸，勇气百倍，复仇的事断不肯假手于人。《列子》书中说，黑卯杀丘邴章，章子来丹谋复仇，黑卯力抗百夫，刀箭砍射在身上，皮肉毫无损伤，刀箭的锋芒反为之屈折。他瞧来丹就像小雏一样，毫不放在心上。来丹身体极羸弱，虽怨不能称兵，却耻假手于人，闻孔周有祖传宝剑，便往求剑[⑩]。赵娥的父亲赵安为李寿所杀，娥的兄弟三人都想报仇，李防范甚密。不久弟兄三人皆遭疫病故。李寿大喜，会宗族共相应贺，说是赵氏只一弱女，不足为忧。娥悲愤万状，

① 《东观汉记》，"载记"。
② 《魏志》一八，《庞淯传》。
③ 《太平御览》四八一，引王隐《晋书》，今本《晋书》亦谓"时人称焉"。
④ 《魏志》二四，《韩暨传》。
⑤ 见前。
⑥ 《南史》七四，《孝义列传》，《张景仁传》。
⑦ 《太平御览》四八一，引王隐，《晋书》。
⑧ 《旧唐书》一八八，《孝友传》，《王君操传》。
⑨ 孙之騄《二申野录》。
⑩ 《列子》五，《汤问》。

买一利刀,志在报复。李寿听说赵娥要报仇,乘马带刀,时加提防。李为人素来凶豪,人人怕他,赵娥的邻妇劝她说:"和这样凶恶的男子怎样对抗,还是息了报仇的念头吧。"娥说:"父母之仇不同天地共日月者也。李寿不死,娥亲视息世间,活复何求?今虽三弟身死,门户泥绝。而娥亲犹在,岂可假手于人?"每夜磨刀,扼腕切齿,悲涕长叹。她的家人和邻里都笑她,娥说:"你们笑我,无非以为我是弱女子不能杀寿,我偏要将寿的颈血污在这把刀上给你们看看。"于是弃家事(那时她已出嫁,且有一幼子),天天乘了鹿车,等候复仇的机会。有一天,终于在都亭前与李寿相遇,她便下车,扣住李寿的马,叱之,寿惊愕,回马欲走,娥以刀奋力斫之,并伤其马,马惊,将李寿摔在道边的沟里,她就地斫之,刀砍在树上,用力过猛,刀都折了。那时寿已受伤。她想夺取他身上所佩的刀来杀他,李寿护刀嗔目大呼,跳梁而起。她扑上去用手扼住他的咽喉,反复盘旋,李寿因受伤不支,终于倒在地上,她便将刀拔出来,将李头割下,诣有司自首①。北魏时平原女子孙男玉的事也表现同样的精神和心理,她的丈夫为人所杀,追执仇人,男玉欲自杀之,其弟止而不听,男玉云:"女人出适,以夫为天,当亲自复雪,云何假人之手?"遂以杖殴杀之②。

复仇主义的深入人心已如上述,同时我们也可看出社会对复仇者的同情和赞扬,不但一般的舆论——包括读书人的见解——如此,便是有司法责任的官吏也如此看法,伦理的概念和法律的责任常处于矛盾的地位。最后,往往能得到标榜以孝治天下的皇帝

① 皇甫谧《列女传》(《魏志·庞淯传》引)。
② 《魏书》九二,《列女传》,平原女子孙氏。

的赦宥。汉陈公思为五官掾，王子祐为兵曹行，会食下亭，子祐昔曾拷杀公思叔父斌，斌无子，公思久欲为叔报仇，便格杀之，还府归死。太守太傅胡广原遣之①。防广为父复仇，系狱。其母病死，广哭泣不食，邑令钟离异怜之，放他回去，殡殓母丧。丞掾皆争，以为不可。异说："罪自我当，义不累下。"事后广果还入狱。异密以状闻，得减死②。赵娥的故事，长尹先欲解印绶去官，与俱亡，后因娥不听，强载还家③，更表现司法官吏对孝子列女的倾倒。郅恽为友复仇，诣县自首，说："为友复仇，吏之私也，奉法不阿，君之义也，亏君以生，非臣节也。"趋出就狱。令跣而追恽，不及，遂自至狱中，因恽不肯出狱，拔刀自向以要之，说："子不从我出，敢以死明心。"恽不得已乃出④。至不惜以死相要，较之弃官逃走自又更为积极。桥元迁齐国相，郡有孝子，为父复仇，囚于狱中，元愍其孝，拟减其罪。县令路芝酷暴，竟杀孝子。元自谓深负孝子，捕芝笞杀之以谢孝子冤魂⑤。像这极端而近乎迂妄的事更是历史上所仅见的。但复仇的博得同情及赦宥，则无代无之。晋时王谈⑥、宋时钱延庆⑦杀父仇，都因太守的表奏，诏许免罪。南齐朱谦之父昭之为族人朱幼方灯火所焚死。谦之时尚幼，其姊密语之，后遂杀幼方，诣狱自系。别驾孔稚珪，兼记室刘琎，司徒左西掾张融与刺史豫章王曰："礼开

① 《风俗通义》佚文（《太平御览》四八二引）。

② 《后汉书》四一，《钟离异传》。

③ 皇甫谧《列女传》；《魏志·庞淯传》；孔演《汉魏春秋》（《太平御览》四四〇引）。

④ 《后汉书》二九，《郅恽传》。

⑤ 谢承《后汉书》（《太平御览》，四八一引）。

⑥ 檀道鸾《续晋阳秋》（《太平御览》四八二引）。

⑦ 《宋书》七三，《孝义列传上》，《孙棘传》附。

报仇之典,以申孝义之情;法断相杀之条,以表权时之制。谦之挥刀酬冤,既申私礼;系颈就死,又明公法。今仍杀之,则成为当世罪人;宥而活之,即为圣庙孝子。杀一罪人,未足引宪;活一孝子,实广风德。"豫章王言之世祖,世祖嘉其义,赦其死罪,又恐两相报复,遣谦之随曹虎西行。临行,幼方子恽于津阳门伺杀谦之。谦之兄选之又刺杀恽。有司以闻,武帝曰:"此皆是义事,不可问。"悉赦之①。元魏时孙男玉虽被有司处以死刑。显祖诏曰:"男玉重节轻身,以义犯法,缘情定罪,理有可原,其特恕之。"②又童子孙益德为母报仇、哭于殡所,以俟县官。高祖文明太后以童子能孝,又不逃罪,特赦免之③。杜叔毗兄君锡为萧循中记室参军,曹策等妒之,诬以谋叛,擅加杀害。循讨策等擒之,斩晓而免策。循降周,策到长安,叔毗朝夕号泣,向朝廷申明君锡冤枉。朝议事在归附之前,不可追罪。叔毗愤惋倍至,志在复仇,又恐违朝宪,坐及其母。她晓得他的心事,便对他说:"汝兄横罹惨祸,痛切骨髓,若曹策朝死,吾以夕没,亦所甘心。汝何疑焉?"叔毗听了母亲的话,愈加感励,杀策于京城,断首刳腹,支解肢体,然后面缚请就刑戮。周太祖嘉其志气,特命赦之④。隋时王子春为从兄长忻及嫂所杀。子春有女三人,舜最长,时才七岁,粲五岁,璠二岁。皆寄食亲戚家。舜阴有复仇之心,姊妹俱长,亲戚欲嫁之,拒不从,密谓二妹:"我无兄弟,致使父仇不报,吾辈虽是女子,何用生为?我欲共汝报复,汝意如何?"二妹泣从姊命。是夜,姊妹各持刀逾墙而入,杀长忻夫妻以告

① 《南齐书》五五,《朱谦之传》。
② 《魏书》九二,《列女传》,平原女子孙氏。
③ 《魏书》八六,《孝感列传》,《孙益穗传》。
④ 《周书》四六,《杜叔毗传》。

父墓。诣县请罪，急为谋首。州县不能决。隋文帝闻而嘉叹，特原其罪①。唐贾氏之父为族人所害，其弟强仁年幼，贾抚育之，不嫁，强仁成童，将仇人杀死，取心肝祭父墓。事后贾氏遣强仁自首，有司判以极刑。她便诣阙自陈，请代弟死。高祖怜之，特赦贾氏及强仁免死，移其家于洛阳②。孝女魏无忌为父复仇，诣郡请就刑戮，唐太宗嘉其孝烈，特令免罪③。梁悦为父复仇，投县请罪。唐宪宗云："复仇杀人，固有彝典，以其申冤请罪，视死如归，自诣公门，发于天性。志在殉节，本无求生之心。宁失不经，特从减死之法"，宜决一百，配流循州④。后唐时高晖为乡人王感所杀，晖子宏超杀感，携仇人头至大理寺自首，以故杀论死。尚书刑部员外郎李恩梦说："方今明时，有此孝子，若使须归极法，实虑未契鸿慈。"奉敕宜矜，减死一等⑤。宋人刘玉的父亲被王德殴死，德遇赦，玉私杀德以复父仇。仁宗义之。决杖编管。元丰时王赟父为人殴死，那时赟的年纪还小，既长，刺死仇人，并将头及四肢砍下来到父墓前祭奠，祭讫自首，依律当斩。神宗以其情节可悯，下诏贷死，刺配邻州⑥。金时张锦复父仇，自首，法当死，世宗以为烈士，以减死论⑦。明萧山何御史舜宾以事谪戍归里。时御史邹鲁谪为萧山县令，何、邹固有隙，邹逼何往戍所，中途谋杀之。何子竟避难于父友家。不多时，邹改官山西，竟率亲党数十人守候于路，瞽其两目，折伤其肢体。邹诉

① 《隋书》八〇，《列女传》，孝女王舜。
② 《旧唐书》一九三，《列女传》，濮州孝女贾氏。
③ 同上，绛州孝女卫氏。
④ 《旧唐书》五十，《刑法志》。
⑤ 《五代会要》九，议刑轻重。
⑥ 《宋史》二〇〇，《刑法志》二。
⑦ 《金史》四五，《刑法志》。

于官，竟陈明父冤，慷慨请死。依律谋杀本属府县官斩罪，此案因为原有杀父之仇。且邹已迁官，非亲临之官，得减死，仅拟流徙①。像这一类获赦减死的复仇案，真可说是书不胜书，无代无之。以当代为例，施剑翘、杨维骞兄弟的获得特赦，是我们所亲见亲闻的。

极端的矜怜崇敬孝子，于是有不但不加之罪，并且加以优遇褒奖的事。申屠蟠为缑玉的事进谏道："玉之节义足以感无耻之孙，激忍辱之子，不遭明时，尚当表旌庐墓，况在清听而不加哀矜"②，他的话确非虚语。赵娥复仇自首，长尹为之动容，倾城往观之，乡人"为之悲喜慷慨嗟叹"③，当时已博得社会舆论的赞叹倾倒，遇赦后更博得莫大的荣誉和奖饰。州郡至为之刊石表闾④，画像于壁⑤。显贵名流莫不乐与交接，太常张奂嘉叹，以束帛礼之⑥，黄门侍郎梁宽追述往事为其作传⑦。皇甫谧云："海内闻之，莫不改容赞善，高大其义。"⑧可谓一时尊宠无比。梁张景仁自首后，太守上言于州，时简文在镇，乃下敕褒美之，蠲其一户租调，以旌孝行⑨。唐太宗嘉魏无忌之孝烈，给传乘徙于雍州，赐给田宅，并令州县以礼嫁之⑩。

---

① 《明史》二九七，《孝义》六，《何竞传》。

② 《后汉书·申屠蟠传》。

③ 皇甫谧《列女传》。

④ 《后汉书·庞清母传》云："州郡表其间"。《魏志·庞清传》云："州郡叹贵，刊名表闾。"皇甫谧《列女传》云："凉州刺史周洪、酒泉太守刘班等共表上，称其义烈，刊石立碑，显其门闾。"

⑤ 鱼豢《魏略》云："州郡义其女人能如此，纵而不问，及毓[即清也]长大，节行又如此，故令酒泉画其母子仪像于厅壁，而铭赞之。"(《太平御览》三四九引)

⑥ 《后汉书·庞清母传》；皇甫谧《列女传》。

⑦ 皇甫谧《列女传》。

⑧ 同上。

⑨ 《南史》七四，《孝义列传下》，《张景仁传》。《梁书》。

⑩ 《旧唐书·列女传》。

在当时人的心目中都认为这是盛朝盛事。

但历史上也有依律拟罪,不加赦宥的。唐张审素为嶲州都督,人告其赃污,制遣监察御史杨汪往案之。汪在路为审素党所劫恃。杀告事者,胁令善奏。救兵至,杀审素之党。汪奏审素谋反,坐斩,籍没其家。审素二子瑝及琇俱幼,坐流岭表。后逃归,伺便复仇,杀汪于都城,系表于斧言父冤状。都城士女皆矜二子稚年孝烈,宜加矜宥。中书令张九龄亦欲活之。裴耀卿、李林甫固言国法不可纵复仇。玄宗亦以为然,谓九龄曰:"复仇须礼法所许,杀人亦格律具存。孝子之情,义不顾命,国家设法,焉得容此?杀之成复仇之志,赦之亏律格之条。然道路喧议,故须告示。"乃下敕曰:"近闻士庶颇有谊词,矜其为父复仇,或言本罪冤滥。但国家设法,事在经久,盖以济人,期于止杀。各伸为子之志,谁非徇孝之夫?展转相继,相杀何限?咎繇作士,法在必行。曾参杀人亦不可恕。不能加以刑戮,肆诸市朝,宜付河南府告示决杀。"然士庶咸伤愍之,为作哀诔,牓于衢路。市人又敛钱于死所造义井,葬之,又恐杨汪家人发之,并作疑冢数所[①]。致堂胡氏批评裴李及玄宗的处置不当,说:

> 复仇固人之至情,以立臣子之大义也。仇而不复则人道灭绝,天理沦亡,故曰父之仇不共戴天,君之仇视父。张审素未尝反,为人妄告,杨汪受命往按,遽以反闻,审素坐斩,此汪之罪也,瑝与琇忿其父死之冤,亡命报之,其失在不诉于司寇,其志亦可矜矣。张九龄欲宥之,岂非为此乎?而裴、李降敕之

① 《旧唐书》一八八,《孝友传》,《张琇传》。

言，何其戾哉？设法之意固欲止杀，然子志不伸岂可以为教？且曰曾参杀人亦不可恕，是有见于杀人者死，而无见于复仇之义也。杨汪非理杀张审素而瑝、瑛杀汪，事适均等，但以非司寇而擅杀当之，仍矜其志，则免死而流放之可耳。若直杀之，是杨氏以一人而当张氏三人之命，不亦颇乎？①

又唐时有余长安者父及叔为伊金所杀，长安时才八岁，以复仇自誓，十七手刃仇人。大理断死。刺史元锡奏言蒙显戮者乃一孝子，引《公羊》父不受诛子复仇之义，请下百寮集议。时裴珀当国，李鄘为司（疑脱寇字），事竟不行。老儒薛伯皋锡书曰："大司寇是俗吏，执人柄者是小生，余氏子宜其死矣。"②

我们应注意从法律的立场来讲，杀人便应拟抵，法律上原无复仇的规定，复仇而得减免，原是法外施仁，为例外，可是一般人，尤其是读书人，却以例外为正，频加赞叹，反以例内为非，大加抨击，认为防阻教化，不足为训。这可看出礼与律之冲突，法律与人情之冲突，更可看出复仇主义之深入人心，牢不可破。薛伯皋和致堂胡氏的话只是无数持同样见解的一二例子而已。

荀悦曾就义法两方面论复仇之当纵当禁：

> 或问复仇古义也，曰仇复仇可乎？曰不可。曰然则如之何？曰有纵有禁，有生有杀，制之以义，断之以法，是谓义法并立。曰何谓也？依古复仇之科，使父仇避诸异州千里，兄弟之

① 《文献通考》六六，《刑考》五，"刑制"。
② 《唐新语》（《太平御览》四八二引）。

仇避诸异郡五百里，从父、从兄弟之仇避诸异县百里。弗避而报者无罪，避而报之杀。犯王禁者罪也，复仇者义也，以义报罪，从王制顺也，犯制逆也，以逆顺生杀之。凡以公命行止者不为弗避①。

**韩愈也曾就类似的立场议复仇，斟酌礼法，期两不失之：**

伏奉今月五日敕："复仇据礼经则义不同天，征法令则杀人者死。礼法二事皆王教之端，有此异同，必资论辨。宜令都省集议闻奏者。"伏以子复父仇，见于《春秋》，见于《礼记》，又见于《周官》，又见于诸子史，不可胜数，未有非而罪之者也。最宜详于律，而律无其条，非阙文也。盖以为不许复仇，则伤孝子之心，而乖先王之训；许复仇则人将依法专杀，无以禁止其端矣。夫律虽本于圣人，然执而行之者有司也，经之所明者，制有司也。丁宁其义于经，而深没其文于律者，其意将使法吏一断于法，而经术之士，得引经而议也。《周官》曰："凡杀人而义者，令勿仇，仇之则死。"义，宜也，明杀人而不得其宜者，子得复仇也，此百姓之相仇者也。《公羊传》曰："父不受诛，子复仇可也。"不受诛者，罪不当诛也。又《周官》曰："凡报仇仇者书于士，杀之无罪。"言将复仇，必先言于官，则无罪也。今陛下垂意典章，思立定制，惜有司之守，怜孝子之心，示不自专，访议群下。臣愚以为复仇之名虽同，而其事各异，或百姓相仇如《周官》所称，可行于今者。或为官吏所诛，如《公

① 荀悦《申鉴》二，《时事》。

羊》所称,不可行于今者。又《周官》所称子复仇,先告于士则无罪者,若孤稚羸弱,抱微志而伺敌人之便,恐不能自言于官,未可以为断于今也。然则杀之与赦,不可一例,宜定制曰:"凡有复父仇者,事发具其事由,下尚书省集议奏闻,酌其宜而处之",则经律无失其旨矣①。

一切辩理上的困惑都由于不肯采取单一的立场,中国的学者,除法家外,都偏向于礼经,不肯否认复仇的道义。

私和罪和复仇的关系是一大可回味的问题,在结束复仇一节讨论以前,让我来说说私和的问题。从私和的规定中,我们也可看出法律对于复仇的看法和处置,一方面觉得国法所在,不能任子孙随意私自报复,另一方面却又受了礼经父仇不共戴天的影响,认为父母被人杀死,子孙不告官请求伸冤而私自和解,实非人子之道。违法报仇,尚不失为孝子之心。从伦理上来讲,并不为非,私自和解便是忘仇不孝。所以前者还情有可原,常得社会上的叹许和法外宥减;后者则大悖孝道,将为社会所齿冷,法律所不容了,实受社会和法律两种制裁。而单从法律的立场来讲,私和罪至满徒,明、清律擅杀杀父母之仇人不过杖刑,登时杀死,且可无罪,亦可见孰轻孰重了。

亲等愈近则私和罪愈重,这一点应和亲属报仇责任的大小参看。亲等愈近愈有报仇的责任,同时私和的罪也就愈重。法律上虽不奖励人民复仇,但仍脱不了礼经上复仇主义的影响,因之立法精神也就处处顾到这一层。唐、宋律祖父母、父母被人杀死,子孙

① 《旧唐书》五〇,《刑法志》。

私自和解的流二千里，期亲以下的尊长服制渐远，仇渐轻，罪亦渐减，所以期亲尊长被杀而卑幼私和的徒二年半，大功徒二年，小功徒一年半，缌麻徒一年①。明、清律亦有相似的规定，子孙私和祖父母、父母之仇杖一百徒三年，期亲之仇杖八十徒二年，大功以下的递减一等。卑幼被杀而尊长私和则各依服制减卑幼罪一等，私和缌麻卑幼之仇杖九十，小功杖一百，大功杖六十，徒一年，期亲杖七十徒一年半，祖父母、父母私和子孙及子孙之妇之仇则杖八十②。

若是受财私和，贪利忘仇，无骨肉情，其情可恶，自更不可恕了，所以处分更重。唐、宋、明、清律受财私和是计赃按盗贼从重论罪的③。

从复仇罪和私和罪的关系中，我们可以看出法律对复仇事件的态度是要求子孙依据法律程序告官请求伸雪，私和不究或私行擅杀都是法律所不容许的。

## 第五节　行政法与家族主义

中国的政教俱以伦常为本，所以政治与家族的关系密切无比，为政者以政治的力量来提倡伦常，奖励孝节，是人所熟知的，现在

---

① 《唐律疏义》一七，《贼盗》一，“祖父母父母夫为人杀”；《宋刑统》一七，《贼盗律》，“亲属被杀私和”。

② 《明律例》，《刑律》，《人命》，“尊长为人杀私和”；《清律例》，二六，《刑律》，《人命》，“尊长为人杀私和”。

③ 《唐律疏义》，“祖父母父母夫为人杀”；《宋刑统》，“亲属被杀私和”；《明律例》，“尊长为人杀私和”；《清律例》，“尊长为人杀私和”。

我们单从行政法方面来讨论,看看官吏的任免与家族有何关系。

先来说官吏的方面,犯讳是任官事项中当考虑的一条件。古代府号官称犯父祖名讳便不得就任。例如父名常,子不得为太常之类,这是父祖名讳与官位相冲突。唐贾曾云授中书舍人,以父名忠言两度固辞。议者以中书是曹司名,并非官名,又音同而字别,于礼无嫌,才肯就职①。宋吕希纯即以父讳(公著)不拜著作郎②,像这一类的例子不胜枚举。此外,赴任的地名亦不得与父祖名讳相冲突。唐冯宿父名子华便以此辞华州刺史。宋范崇知鄂州,以父名嶷,辞官。马骘父名安仁,知衡州,以县有安仁,乞辞③。古人对犯讳的事是极端审慎的,否则便要被旁人加以弹劾了。如已不辞而冒荣居之,一经发觉,是要免所居官,并处徒刑一年的④。

古代服官,父母例不随至任所,在一般情形之下原不发生侍养的问题,但祖父母、父母年老或笃疾,家中又别无侍丁,则理应居家侍亲,不得赴官,所以历代皆有委亲之官的禁令。唐、宋律不仅免所居官,而且处一年徒刑⑤,便是任官之时亲未老疾,其后老疾,亦须辞官归家侍养,否则亦按违令问罪⑥。明、清的处分较轻,只杖八十,亦无去官之文⑦。

---

① 庄季裕《鸡肋篇》下。

② 《宋史》三三六,《吕公著传》注附。

③ 《鸡肋篇》下。

④ 《唐律疏义》三,《名例》三,"府号官称";一〇,《职制》中,"府号官称犯名";《宋刑统》二,《名例》,"以官当徒除名免官免所居官";一〇;《职制律》,"匿哀"。

⑤ 《宋史》三三六,《吕公著传》注附。

⑥ 《唐律》,"府号官称"条"问答";《宋刑统》,"匿哀"条"问答"。

⑦ 《明律例》六,《礼律》,《仪制》,"弃亲之任";《清律例》一七,《礼律》,《仪制》,"弃亲之任"。

礼法既不许弃亲之任，业已选除的官员因侍亲而不到任自不为罪。元时濮州范县尹王敦武侍亲不行之任，吏部为此制定一例，已除官员因亲老自愿弃职侍养者，准以作阙论，俟亲终服阕再叙[①]，明、清两代亦有类似的规定，不但亲老家无次丁者准在籍终养，便是家有同父异母的兄弟，母老亦准留养[②]。

法律对于迎养方面也有规定。元大德九年诏书，亲年七十以上，家无以次侍丁，应赴远方者，从近便迁除[③]。明代是不许官吏移亲就禄侍养的，但亲老则特加体贴，准许通融。洪武二十六年定官员父母年七十以上许令移亲就禄侍养，如父母老疾，去官路远，户内又别无以次人丁，并许亲身赴京面奏，揭籍定夺[④]。

祖父母、父母犯死罪被囚禁而子孙竟无悲痛之念忍于作乐及婚娶者，弃亲不孝，唐、宋律免官，徒一年半，明、清律与委亲之任同罪[⑤]。

官员闻父母之丧例应丁忧，除服才得起复，冒哀求仕，便干礼法（夺情者例外）。北魏时代居三年丧而冒哀求仕者处五岁刑。时

---

① 《元典章》一一，《吏部》五，《职制》二，“作阙”，“弃职侍亲作阙”。

② 《明会典》一一，《吏部》十，“侍养”；《清律例》，“弃亲之任”条，嘉庆六年修改例。

③ 《元典章》八，《吏部》二，《官制》二，“选格”，“亲老从近迁除”。《元史》一〇三，《刑法志》三，“职制”上云：“诸远方官员亲年七十以上者，许原籍有司保勘，量注近阙便养，冒滥者坐罪。”

④ 《明会典》，见上。

⑤ 《唐律疏义》三，《名例》三，“奸盗略人受财”；一〇，《职制》，“府号官称犯名”；一三，《户婚中》，“父母囚禁嫁娶”；《宋刑统》三，《名例》，“以官当徒除名免官免所居官”；一〇，《职制》，“匿哀”；一三，《户婚律》，“居丧嫁娶”；《明律例》四，《户律》，《婚姻》，“父母囚禁嫁娶”；六，《礼律》，《仪制》，“弃亲之任”；《清律例》一〇，《户律》，《婚姻》，“父母囚禁嫁娶”；一七，《礼律》，《仪制》，“弃亲之任”。

有一偏将军乙龙虎父丧满二十七月，宿卫，并闰月亦计在内，为有司所劾，说他冒哀求仕，应处五岁刑，虽有人主张非居丧冒哀可比，然以罪不合，科鞭五十①。唐、宋律免官并徒一年②。元律职官亲死不奔丧，不丁父母忧者，杖六十七，降先职二等，杂职叙，亲久没称始死者笞五十七，解见任，杂职叙，未终丧赴官者，笞四十七，降一等。终制日叙③。明、清律官吏父母死应丁忧而诈称祖父母、伯叔、姑、兄姊之丧不丁忧者杖一百，罢职役不叙，若丧制未终而冒哀从仕者亦罢职杖八十④。

居丧生子、娶妾及兄弟别籍异财本在不孝之内，常人皆有罚，若为官吏则免所居官⑤。

官吏公罪因丁忧得免问⑥，是很奇特的一条法律。这些无一不足以显示家族主义对行政方面的深切的影响。

---

① 《魏书》一〇八，《礼志四》。

② 《唐律疏义》，“府号官称”，“府号官称犯名”；《宋刑统》，“以官当徒除名免官免所居官”；“匿哀”。

③ 《元史·刑法志》，“职制”上。

④ 《明律例》六，《礼律》，《仪制》，“匿父母夫丧”；《清律例》一七，《礼律》，《仪制》，“匿父母夫丧”。

⑤ 《唐律疏义》，“府号官称”。《宋刑统》，“以官当徒除名免官免所居官”。

⑥ 元制，官吏犯私罪被逮，不问已招未招，罹父母大故者，听其奔赴丁忧，终制日追问。若是公罪，并矜恕之（《元史》一〇二，《刑法志》二）。清例官吏丁忧除公罪不问外，其犯赃罪及系官钱粮依例勾问（《清律例》，“匿父母夫丧”条例）。

# 第二章　婚姻

## 第一节　婚姻的意义

《昏义》说:“婚姻者合二姓之好,上以事宗庙,下以继后世。”从这两句最古的,同时也是最典型的关于婚姻的定义里,我们看得很清楚婚姻的目的只在于宗族的延续及祖先的祭祀。完全是以家族为中心的,不是个人的,也不是社会的。家族的延续与祖先的祭祀,二者的关系自异常密切,有时是不可分的。但就重要性而论,二者之中后者的目的似更重于前者,我们或可说为了使祖先能永享血食,故必使家族永久延续不辍,祖先崇拜可说是第一目的,或最终的目的。在这种情形之下,我们自不难想象结婚之具有宗教性,成为子孙对祖先之神圣义务,我们更不难明了为什么独身及无嗣被认为一种愧对祖先不孝的行为。孟子说:“不孝有三,无后为大。”①便十足的是这种精神的表现。据说舜的不告而娶并不是为了舍不得娥皇、女英,也不是怕失去了政治的联系,做不了天子,而是怕无后②。无后,祖宗便将成为无祀之鬼了。古人相信鬼是必须血食的。

---

① 《孟子·离娄上》。

② 同上书。

## 第二节　婚姻的禁忌

### 一　族内婚

同姓不婚是一个很久的传统禁忌，从周时即如此，“系之以姓而弗别，缀之以食而弗殊，虽百世而婚姻不通者，周道然也”①。女生为姓，姓者生也②，姓的起源原是血属的一种标志，在最初同姓的都有血统的关系，所以在此团体以内，禁止性关系的发生，而构成一外婚单位。所谓合二姓之好便是此意。“娶妻不取同姓，买妾不知其姓则卜之”③。男女最重的是辨姓④，它决定性关系能不能成立。

同姓不婚除了伦常的关系外⑤，还有生物上的理由。古人都相信同姓的结合，对于子孙是有害处的。这样的结合，后代不会繁殖⑥，甚至还有灾疾的危险⑦。

---

① 《礼记·大传》。

② 《说文》：“姓人所生也。”

③ 《礼记·曲礼》。又《坊记》云：“取妻不取同姓以厚别也。”

④ 公孙侨曰：“男女辨姓，礼之大司也。”（《左传》昭公元年）又庆舍之士谓卢蒲癸曰：“男女辨姓。”（《左传》襄公二十八年）

⑤ 《白虎通德论》云：“人所以有姓者何？所以崇恩爱，厚亲亲，远禽兽，别婚姻也。故纪世别类，使生相爱，死相哀，同姓不得相娶，以重人伦也。”

⑥ 不繁殖的观念在古人中甚为普遍。

叔詹曰：“男女同姓，其生不繁。”（《左传》僖公二十三年，《晋语》则云：“同姓不婚，惧不殖也。”）子产曰：“侨闻之，内官不及同姓，其生不殖。……”（《左传》昭公元年）

⑦ 公孙侨曰：“美先尽矣，则相生疾，君子是以恶之。”（《左传》昭公元年）又司空季子曰：“异姓异德，异德则异类矣。异类虽近，男女相及，以生民也。同姓则同德，同德则同心，同心则同志，同志虽远，男女不相及，畏黩乱也。黩则生怨，怨则毓灾，灾毓灭性，是故取妻避其同姓，畏灾乱也。”（《国语·晋语》）

后代仍保持同姓婚的禁忌，虽然同姓与同宗有别，已未必确有血统的关系。唐、宋时的处分是徒刑二年，同姓而又同宗则确有血统关系，所以处分加重，缌麻以上亲属间的结合便以奸论罪了①。

明、清时凡同姓为婚者各杖六十，离异②。对于同宗分别有服亲无服亲。娶同宗无服亲者杖一百，若娶缌麻以上亲，则各以奸论，处刑自徒三年至绞、斩不等③。

但我们应注意法律与社会间的距离。远在“系之以姓虽百世而婚姻不通者，周道然也”的时代，便有吴孟子一类的故事。晋君内官亦有四姬④。自从姓氏失去原来的意义，同姓并不一定是同血统的标志时，同姓不婚的禁忌也就失去原义，逐渐成为历史上的陈迹了。法律上仍旧保留这种规定，实际上已与社会脱节，渐成具文。从《刑案汇览》中我们可以发现许多妻与夫同姓的例子，更重要的是法律所采取的不干涉主义。法律自法律，人民自人民的情形。没有一个个案是单纯为同姓不婚而涉讼的，即因其他案件而被发现，问官对此也不加追问，并不强其离异。

道光时周四居丧娶周氏一案，刑部说帖云：

---

① 《唐律疏义》一四，《户婚下》，“同姓为婚”；《宋刑统》一四，《户婚律》，“同姓及外姻有服共为婚姻”。

② 《明律例》四，《户律一》，《婚姻》，“同姓为婚”；《清律例》一〇，《户律》，《婚姻》，“同姓为婚”。

③ 《明律例》，《婚姻》，“娶亲属妻妾”；《清律例》，《婚姻》，“娶亲属妻妾”。期亲内姑、姊妹、侄女各斩。大功内堂姊妹，小功内祖姑、堂姑、堂侄女、侄孙女、各绞。其余缌麻亲，曾祖姑、堂祖姑、族姑、族姊妹、再从侄女、堂侄孙女、侄曾孙女、各杖一百，徒三年。

④ 公孙侨曰：“今君内实有四姬焉。”（《左传》昭公元年）

律设大法而体贴人情。居丧嫁娶虽律有明禁，而乡曲小民昧于礼法，违律而为婚者亦往往而有。若必令照律离异，转致妇女之名节因此而失。故例称揆于法制似为太重，或名分不甚有碍，听各衙门临时斟酌，于曲顺人情之中仍不失维持礼法之意。凡属办此种案件，原可不拘律文断令完娶，若夫妻本不和谐，则此种违律为婚，既有离异之条，自无强令完娶之理。所有该司书辨周四居丧娶周氏为妻一案，自系临时斟酌，于律例并无不合，应请照办①。

从此案说帖中可注意的不仅是嫁娶违律可以断令完娶的一点，更可注意的是法司只重视居丧嫁娶的部分，对于同姓为婚根本不曾过问。

乾隆时唐化经娶同姓不宗之唐氏为妻，后因故砍毙其妻。湘抚以同姓为婚律应离异，不承认其夫妻名分，依凡斗问拟。刑部驳正，仍按夫殴妻致死律问拟，并议云：

同姓为婚律载妇女离异者，原属礼不娶同姓之正义。但愚民不谙例禁，穷乡僻壤娶同姓不宗妇女者往往有之。固不得因无知易犯，遽废违律之成规。尤不得因违律婚娶之轻罪而转置夫妇名分于不论。其嫁娶违律罪不致死之案，自仍应按律断令离异，至遇有亲属被伤罪于凌迟斩绞重辟者，即应按照亲属已定名分本律科断。若因系同姓为婚，不问所犯罪情轻重，概以凡人定拟。设遇此等违律婚娶之案已成婚多年，生

① 《刑案汇编》7:80ab。

有子女，夫妻翁姑子孙名分久定，若其妇谋故杀夫并夫之祖父母父母，概拘律应离异之文而止科以致毙凡人之罪，似非所以重名分而整纲纪①。

这些话除了告诉我们当时社会风俗已不以同姓婚为嫌，在民间的普遍外，同时也可看出法律与社会的失调及适应的企图。法律所注意的与其说是同姓婚的法律的效力问题，毋宁说是杀伤罪发生以后的名分问题。有一翁奸子媳之案，媳系同姓。法应离异，问官拟以凡奸论，奏请旨下法司评议，于是定一条例："男女亲属尊卑相犯重情或于有律应离异之人，俱照亲属已定名分各从本律拟断，不得妄生异义，致罪有出入。其间情犯稍有可疑，揆于法制似为太重，或于名分不甚有碍者听各该原问衙门临时斟酌拟奏。"②后又续定一专例："嫁娶违律应行离异者与其夫及夫之亲属有犯，除先奸后娶，或私自苟合，或知情买休，虽有媒妁婚书，均依凡人科断外，若止系同姓及尊卑良贱为婚，或居丧嫁娶，或有妻更娶，或将妻嫁卖。娶者果不知情实系明媒正娶者，虽律应离异，有犯仍按服制定拟。"③法律的侧重点在这条例上是更显而易见的。法律一方面不认同姓婚的效力，一面又不肯否认基于这种婚姻而有的亲属关系，以名分为重。其矛盾正反映同姓不婚律与社会的失调。《清律例汇辑便览》注云："同姓者重在同宗，如非同宗，当援情定罪，不必拘文。"所说可代表一般人对同姓为婚律的态度。

① 《清律例汇辑便览》，"同姓为婚"条附。
② 《清律例》，"尊卑为婚"条例，参看《刑案汇览》40：4b—5a。
③ 《清律例》，"嫁娶违律主婚媒人罪"，嘉庆十五年续纂例。

## 二　姻亲

外亲之中有些亲属之间是不许结婚的。外亲中之有服属而又尊卑辈分不同者，舅与甥女，姨与姨甥自在禁忌之例，违者以奸论，强制离异①。便是虽已无服而尊卑相犯者，如父母之姑舅两姨姊妹（表姑、表姨）、堂姨（祖姨母、从祖姨母）、母之姑、堂姑（外祖姑、外堂祖姑）、及卑于己之堂外甥女、女婿之姊妹、子媳孙媳之姊妹②，皆不可通婚。违者各杖一百，并离之③。

姑表舅表姨表兄弟姊妹在唐时是不禁为婚的④。宋律虽沿唐旧，但实际上判例与律文并不一致，法司常有断离者⑤。明、清律始立专条禁姑舅两姨姊妹为婚，违者杖八十，离异⑥。但我们应注意

---

① 《唐律疏义》一四，《户婚下》，“同姓为婚”；《宋刑统》一四，《户婚律》，“同姓及外姻有服共为婚姻”；《明律例》，《婚姻》“尊卑为婚”；《清律例》，《婚姻》，“尊卑为婚”。

② 按其中子孙妇之姊妹一项，唐、宋律所无，为明、清律所加。

③ 《唐律疏义》一四，《户婚下》，“同姓为婚”；《宋刑统》一四，《户婚律》，“同姓及外姻有服共为婚姻”；《明律例》四，《户律一》，《婚姻》，“尊卑为婚”；《清律例》一〇，《户律下》，《婚姻》，“尊卑为婚”。

④ 唐律关于外姻不许为婚者共分两项：（一）外姻有服属而有尊卑名分者。（二）外姻无服而有尊卑名分者，律文中列举甚明。很明显的与己无服属的平辈外姻（堂姑、堂姨、堂舅所生子女）及虽有服而平辈的姑舅两姨姊妹都不包括在内。故疏义云：“其外姻虽有服而非尊卑者为婚不禁。”

⑤ 按《宋刑统》律文及疏义全同唐律。洪迈论之云：“姑舅兄弟为婚者，礼法不禁，而世俗不晓。案《刑统·户婚律》云……然则中表兄弟姊妹正是一等，其于婚娶了无所妨。予记政和八年知汉阳军王大夫申明此项敕局看详，以为如表叔取表侄女，从甥女嫁从舅之类，甚为明白，徽州法司编类续降有全文。今州县官书判至有将姑舅兄弟成婚而断离之者，皆失于不能细读律令也。”（《容斋续笔》卷八，《姑舅为婚》）

⑥ 《明律例》，“尊卑为婚”；《清律例》，“尊卑为婚”。

实际上中表婚是极普遍的习惯，法律的实效是颇可怀疑的。以宋代而论，民间并不因有断离之虞而不敢为之；相反地，似乎当时人多倾向于此种风俗。苏洵女嫁与舅父程濬之子。陆游妻为舅父之女。苏女诗有乡人嫁娶重母党之句。袁采云："今之议亲多要因亲及亲以示不相忘，此最风俗好处。"①当时风气可想而知。从《世范》中我们并可知侄女嫁于姑家，甥女嫁于舅家，姨女嫁于姨家，三种类型皆有，证以苏女之例，似乎姑母女儿嫁回舅家的禁忌（现今许多地方有这种禁忌）在当时亦不存在。

明、清二代虽立有专条禁中表为婚，从表明上来观察似乎此种限制必甚严格，与宋代之或离或不离者不同，但事实上并不如此。设立专条的是明、清二代，弛废此禁的也是这二朝代，自立其禁而自弛其禁，是颇有趣的问题。明、清二代法律之迁就社会事实更可看出中表婚俗之普遍，不可禁断。朱善尝上疏论此：

> 民间姑舅及两姨子女法不得为婚。仇家诋讼，或已聘见绝，或既婚复离，甚至儿女成行，有司逼夺。按旧律尊长卑幼相与为婚者有禁，盖谓母之姊妹与己之身是姑舅两姨，不可以卑幼上匹尊属。若姑舅两姨子女无尊卑之嫌。成周时王朝相与为婚者不过齐、宋、陈、杞，故称异姓大国曰伯舅，小国曰叔舅。列国齐、宋、鲁、秦、晋亦各自为甥舅之国。后世晋、王、谢、唐、崔、卢、潘、杨之睦，朱、陈之好，皆世为婚媾。温峤以舅子妻姑女，吕劳公夫人张氏即其母申国夫人姊女。古人如此甚多，愿下群臣弛其禁。

① 袁采《世范》卷一，《睦亲》，"因亲结亲尤当尽礼"。

帝从之①,遂弛其禁。但并未纂例②,清代才明定条例:"其姑舅两姨姊妹为婚者听从民便。"③以例废律,法律上的禁忌早为具文。在洪武十七年未弛禁以前,从朱善疏中我们可以晓得民间姑舅两姨姊妹为婚者甚多,若不经仇家告发,便可相安无事,法律上是采取不干涉的态度的,但一经告发,有司便不得不依律断离了。

## 三　娶亲属妻妾

还有一项存在于血统关系以外的禁忌。中国是一极端注重伦常的社会,亲属的妻妾与其夫家亲属之间的性关系是绝对不容许的。在她的丈夫生时而有犯奸的行为固须加重治罪,便是她的丈夫已死,也只能改嫁外姓,而不能与夫家亲属结婚,否则是要按其夫与后娶者的亲疏关系治罪的,即已成婚亦强制离异。

例如娶尝为同宗无服亲及祖免亲之妻者④,各杖一百。娶缌麻亲之妻,如族伯叔祖母,族伯叔母,族兄弟妻,再从侄妇,堂侄孙妇,曾侄孙妇,各徒一年。小功、大功、期亲之妻,名义尤重,故以奸论。期亲中之侄妇,小功中之伯叔祖母,堂叔伯母,各绞;余如堂兄弟妻,再从兄弟妻,堂侄妇,侄孙妇,各徒三年。至于近亲配偶为婚,更属灭绝人伦,所以明、清律别为规定,收伯叔母各斩立决,收兄弟

① 《明史》一三七,《朱善传》。

② 《唐明律合编》云:"明洪武十七年帝从翰林侍读朱善言,其中表相婚已弛禁矣,特未纂为专条,仍不免言人人殊。"(卷一四,"尊卑为婚")

③ 《清律例》,"尊卑为婚"条例。

④ 按唐、宋律只及于祖免亲之妻,明、清律则范围扩大,同宗无服之妻亦包括在内。

妻者绞决，处分不同于其他期亲配偶①。

若为亲属之妾则各减妻罪二等，惟父祖妾因名分关系，则不依此例而定为斩决②。

对于亲属的配偶曾为夫所出或系改嫁来归的，则被认为夫妻之情已绝，不同于从一而终的妇女，可以从轻发落，不问系何种亲属，夫亡而娶为妻妾者，只杖八十③。

所谓娶亲属妻妾的禁忌原只限于同宗亲属，但外姻之中如舅甥，虽不同姓，而亲近同于叔侄，所以也列入本律范围，与娶本宗缌麻亲同罪④，若娶堂舅之妻，舅表兄弟之妻或姨表兄弟之妻，则不在此限。

事实上兄收弟妻（包括同胞兄弟及大小功、缌麻兄弟在内）弟收兄嫂是相当普遍的习惯。远古如象及叔术⑤的故事是可注意的。蒙古人有弟收兄嫂之俗⑥，汉人、南人虽独在禁止之列⑦，仍所在多

---

① 参看《唐律疏义》一四，《户婚下》，“为祖免妻嫁娶”；《宋刑统》，“同姓及外姻有服共为婚姻”；《明律例》四，《户律》，《婚姻》，“娶亲属妻妾”；《清律例》，《婚姻》，“娶亲属妻妾”。

② 同上。

③ 《明律例》，“娶亲属妻妾”；《清律例》，“娶亲属妻妾”。

④ 同上。

⑤ 邾娄君颜公诛死，弟叔术立，遂以颜公之妻为夫人。

⑥ 但兄收弟妇则在违禁之例，所以法律上只有对于兄收弟妇，如何治罪的规定（诸兄收弟妇者杖一百七，妇九十九，离之，虽出首仍坐，主婚笞五十七，行媒三十七——《元史》一〇三，《刑法志》三，“户婚”），实例参看《元典章》一八，《户部》四，《婚姻》，“不收继”，“兄收弟妻断离”；《元典章新集》，《户部》，《婚姻》，“不收继”，“兄收弟妻断离”。若弟收兄嫂，除抱乳小叔，嫂叔年甲相悬及本妇自愿守志不收继外（见《元典章》一八，“不收继”、“守志妇不收继”，“抱乳小叔不收继”，“嫂叔年甲争悬不收”各条），通常皆许收继。

⑦ 故律云：“诸汉人、南人父没子收其庶母，兄没弟收其嫂者，禁之”，（《元史·刑法志三》，“户婚”）至元七年尚书省户部呈订：“检详得旧例，汉儿渤海不在接续有服兄弟之限，移准中书省咨议得旧例，同类自相犯者各从本俗法，其汉儿人不合指例，此及通行定夺以来，无令接续。”“若本妇人服阕自愿守志，或欲归宗改嫁者听，咨请照验。省府除已札付户部遍行各路出榜晓谕外，仰依上施行”。（《元典章》一八，“不收继”，汉儿人不得接续）

有①。从明、清二代遗留的案牍中我们可以晓得与兄弟之妻为婚虽为法律所不容许,在民间,尤其是较为穷苦的人家,因经济的原因,却有此习惯。袁枚判决书中所引黄发发的供词"在乡间恒有此习惯以免贫不能娶",可以代表一般的情形。这些婚姻往往由父母主婚②,通知地保,有公开的婚姻仪式,并不是偷偷摸摸的。吕坤的话充分地可以看出此中情形:

> 至于兄收弟妻,弟收兄嫂,法当两绞,而乡村愚人乃以就和名色,公然嫁娶,甚至父母主婚,亲朋相贺,大可痛恨。自今以始,但有旧日不知而犯法者,告示一出,即日离异改正,如瞒昧因循者许告到官,定问死罪不恕③。

郑端也有类似的较为消极的见解:

> 上无教化,则下无见闻。如兄取弟妻,弟收兄嫂,……于法合死,愚民皆不知也。乃有兄弟亡而收其妻谓之就和,父母主婚,亲戚道喜者。世道不明,罪岂专在百姓哉?凡遇此等狱情,有司自当审取何人主婚,有何证验,仍先将律法遍晓愚民,

① 《元典章》,"汉儿人不得接续"。

② 按《刑案汇览》,"娶亲属妻妾"条所收兄收弟妻弟收兄嫂之案共七起,除一案系本夫自行卖休与大功弟非常例外,某余六起(其中又有二起系娶未婚弟妻,并未过门完姻,严格言之,亦不能目为收继),仅一起因父出外久不归家自行婚配,余五起皆由家长主婚,计由父母主婚者四起,由胞兄主婚者一起。

又各条中兄收弟妻,弟收兄嫂皆有,并不仅限于叔收嫂,亦不限于同胞兄弟。计娶亲弟妻二例,娶大功兄妻二例,娶小功弟妻二例,娶缌麻弟妻一例(卷八,页1—10)。

③ 吕坤《民务》,《恶风十诫》。

有改正离异者，免究，勿听讦告之言，轻成大狱也[①]。

从他的话里我们可以看出法律对兄弟妻婚所持的消极态度，一般的情形之下，不经告诉是不加过问的。史灵科一案最足以代表此中情况。

宛平县民史灵科，年六十，嘉庆三年因弟亡故，收弟妇史李氏为妻，当时曾与李氏之弟相商，并告知地保，均未拦阻。后史李氏被史灵科之子史从志及媳勒死，命案到官。官以按律兄收弟妻当绞决离异，婚姻关系不能成立，子媳自不应以谋杀继母论罪，应仍按侄及侄妇杀婶母处罪。奉旨谋杀部分准如所议。兄收弟妻一案依律自应处绞，但以该犯未娶时曾与李氏之弟商明，并告知地保。按其情节属实乡愿不知例禁，并无先奸后娶情事。若与兄奸弟妻者一律绞决，未免无所区别，着改为绞监候，入于明年朝审情实。嗣后有似此兄收弟妻审明实系乡愚无知误蹈渎伦之罪者，俱着照此案办理[②]。

此案可注意的有二点：第一，史灵科娶弟妻在嘉庆三年，命案发生在嘉庆十七年，相隔已十四年，官府所以追究者完全因为牵涉到命案，牵涉到服制问题，若不因刑事的牵连，便可继续相安无事，十四年中始终无人告讦。娶时李某及地保均不拦阻的原因也在于此。李某系乡民，不去说他。若地保则职责有关，亦不问，更可见

① 郑端《政学录》卷五。

② 《清律例汇辑便览》"娶亲属妻妾"条引。

此风之普遍。在法律为禁忌,在社会仍予以承认。

第二,皇帝并因此而变通旧例,可见风俗如此,不得不加酌改。社会上这一类事情的不断发生,法律上常感到困难,自不得不加以变通。嘉庆十九年终于将旧律加以修改,而定如下的条例:

> 凡嫁娶违律罪不至死者,仍依旧律定拟。至兄亡收嫂,弟亡收弟妇,罪犯应死之条,除男女私自配合及先有奸情后复婚配者,仍照律各拟绞决外,其实系乡愚不知例禁曾向亲族地保告知成婚者,男女各拟绞监候,秋审入于情实,知情不阻之亲族地保照不应重律杖八十。如由父母主婚配,男女仍拟绞监候,秋审核其情罪另拟①。

其实,只要不触犯其他刑事因而牵连到此点,亲族地保不必担忧八十重杖的痛苦,本人也无绞监候之虞。无论在绞立决、绞监候的法律具文之下,许多违犯这一条法律的夫妇都不曾受到法律上干涉,而继续其婚姻生活。《刑案汇览》中许多娶亲属妻妾案件只是因人命等刑事案件而揭发的一部分而已,其他未经揭发的还不知有若干。

## 第三节　婚姻的缔结

婚姻的目的既如上述以传宗接代为中心,始终不离祖先与子

① 《清律例》"娶亲属妻妾"条嘉庆十九年修改例。

孙的关系，我们自不难明了婚姻对于家族关系重，而对于个人关系则极轻微，从婚姻的缔结到婚姻的解除无不表现此种征象。

婚姻目的中始终不曾涉及男女本人，所以男女的结合而须顾到夫妻本人的意志实是不可想象的事。婚姻所以合二姓之好，只要二姓的家长同意于其子女的结合，经过一定的仪式，婚事便成立了。直系尊亲属，尤其是男性的直系尊亲属，有绝对的主婚权。他的意志可以命令他的子女与任何一定的人结婚，社会和法律都承认他在这方面的威权，予以强有力的支持，不容子女违抗。于是父母的意志在法律上成为婚姻成立的要件，子女即使在成年以后，即使仕宦买卖在外，也没有婚姻自主权，除非得了父母的同意。如果自行在外订有婚约而父母或其他有主婚权的尊长在家里又为作主定亲，后者之成立虽晚于前者，只要尚未成婚，前者便属无效，断不能以在外订约且订约在前的理由来搪塞，否则是要受一百或八十的杖刑的。只有在业已成婚，父母才为定婚的情形之下，始能继续有效①。

以主婚权的顺序来讲，自以直系尊亲属为第一顺序人，为当然主婚人，其次是期亲尊长。我们从嫁娶违律的法律中可以看出尊长的比较主婚权和比较责任。嫁娶违律的婚姻，由直系尊亲属主婚的罪只坐主婚人，嫁娶者无罪②，这是因为祖父母父母有绝对主

① 《唐律疏义》一四，《户婚》下，“尊长与卑幼定婚”；《宋刑统》一四，《户婚律》“和娶人妻”；《明律例》四，《户律》，《婚姻》，“男女婚姻”；《清律例》一〇，《户律》，《婚姻》，“男女婚姻”。

② 《唐律疏义》一四，《户婚》下，“嫁娶违律”；《宋刑统》一四，《户婚律》，“违律为婚”；《明律例》六，《户律》三，《婚姻》，“嫁娶违律主婚媒人罪”；《清律例》一〇，《户律》，《婚姻》，“嫁娶违律主婚媒人罪”。

婚权，子孙不敢违背，所以法律上的责任也由主婚人独负全责。期亲尊长，伯叔父母、姑、兄、姊，虽为主婚顺序之第二人，卑幼仕宦买卖在外，亦可为之定婚，权与父母相同，但以尊亲而论究与父母有别，事实上他们也不会像对子女似的强制执行主婚权，他们多少会征求当事人的同意，所以法律上的责任较轻。唐、宋嫁娶违律的责任由主婚人及当事人分负，而以主婚人为首，嫁娶人为从①。明、清律才改为独坐主婚，其责任与祖父母、父母相同，同时将外祖父母也加入期亲主婚人之内②。

期亲以外的尊亲属是主婚顺序的第三人。《大明令》及清条例上说得很明白，“嫁娶皆由祖父母、父母主婚，祖父母、父母俱无者从余亲主婚”。沈之奇《清律辑注》云：“余亲当尽伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母，如无，则从余亲尊长。”③但这一类的亲属关系最疏，所以只是名义上的主婚人，实际上并没有专断的权力，而须征求本人的同意。所以法律上关于嫁娶违律的责任定为“事由主婚，主婚为首，男女为从；事由男女，男女为首，主婚为从”④，除非是男女当事人被主婚人逼迫，事不由己，年在二十以下无断制事情能力的男子及不能自说婚姻的在室女子，是不能逃避责任，单独由主婚人当

---

① 《唐律疏义》，同上；《宋刑统》，同上。

② 《明律例》，同上；《清律例》，同上。按唐律只言期亲尊长主婚，不列举，知不包括外祖父母，又卑幼在外尊长为定婚条，《疏义》云，尊长谓祖父母及伯叔父母、姑、兄弟，知亦不及外祖父母。明清律，“男女婚姻”条亦只列举祖父母、父母及伯叔父母、姑、兄姊可为在外卑幼定婚，“嫁娶违律主婚媒人罪”条外祖父母始在列举之列，知外祖父母主婚权有同于期亲者，有不同于期亲者。

③ 《大明令》，《户令》；《清律例》，“男女婚姻”。

④ 《唐律疏义》，《嫁娶违律》；《宋刑统》，“违律为婚”；《明律例》，“嫁娶违律主婚媒人罪”；《清律例》，“嫁娶违律主婚媒人罪”。

罪的。

除开法律以外，从社会方面看，我们也可以看出父母的绝对主婚权。我们可以说婚事的安排和进行都是在他们的意志之下完成的。从婚姻的仪式上来看，没有一项仪式不在他们名义之下举行。古人说父母之命、媒妁之言，媒氏往来议亲时自是代表婿父（家长）的，媒人决没有代表新郎前往女家求婚的。纳采时使者说某（婿父之名）使某（媒人自称）纳采，问名时说某（婿父名）将加诸卜请问名，纳吉时说某使其告吉，纳征时说某官（指女家家长）以伉俪之重加惠某官（婿父），某（婿父）率循典礼，有不腆之币，敢请纳征，请期时说某（婿父）使某请吉日。可说无一不用主婚人的名义。自然，女家亦由家长（女父）出面[①]。最后，亲迎不得不由新人自己出马，但我们不要忘记了他是承父之命而去的。《礼记·昏义》上说父醮子而命之迎。荀子记醮子之词云："往迎尔相，承我宗事，隆率以敬先妣之嗣，若则有常"，子再拜答曰："敢不奉命。"[②]

其次我们不要忽略了祖先对于子孙婚姻的重要性。婚姻既是上以事宗庙，下以继后世，以祖先崇拜为中心，婚姻于是与家族宗教有关，一切仪式都在宗庙或家祠中举行，带有宗教性神圣性。另一方面则表示想要获得祖先的同意。一般人家在媒氏通信女家已许之后，在纳采以前，家长要在影堂焚香祝告，说某之子某将娶或某之女将嫁于某氏[③]。在问名之后一定要归卜于庙，吉，才告女家

① 参看《唐书》一八，《礼志》八；《宋史》一一五，《礼志》六八，《礼》一八，《嘉礼》六；《明史》五五，《礼》九，《嘉礼》三；《司马氏书仪》三，《婚仪上》；《朱文公家礼》。

② 《荀子》一九，《大略》。

③ 《司马氏书仪》卷三，《婚仪》上，"纳采"。

行纳征礼①。婚姻是家族宗教中的大事，所以必须禀告祖先。从理论上讲，最高的直系尊亲属有最高的父权，是最后的意志，所以新人的父母须请命于其先祖，示不敢自专。自然，同时也兼含有卜吉凶于家神的意味。卜如不吉，婚事便不能进行。

庙见之仪更足以表现婚姻的宗教性。六礼已备，夫妇关系虽已成立，但未与舅姑相见，未与祖先相见，便不曾获得子妇的地位，在宗中的地位因而还未确定。上事宗庙，下继后世，皆无根据，不算婚礼完备。从家族的立场来讲，成妇之礼的重要性是远过于成妻之礼的，所以觐见舅姑和庙见是一极端严重而具有重大意义的仪节。

《礼记》上描写新妇在成婚之次晨沐浴盛妆执贽拜见，祭醴馈食的仪式。《昏义》云："成妇礼明妇顺又申之以着代也"。

仅见舅姑，婚礼还不算完备，要三月而庙见，与宗族的祖先经过拜见的宗教的仪式，她才算加入夫宗，获得宗中的地位，有参加祭祀和被祭祀的资格。古人之所以极端重视庙见者在此。曾子问孔子，若女未庙见而死。如之何？曰："不迁于祖，不祔于皇姑，婿不杖，不菲，不次，归葬于女氏之堂，示未成妇也。"②

后代虽因三月而庙见的时间太长，易发生未庙见而妇死的困惑，所以改为当日庙见③。但其意义则一。

---

① 《宋史》一一五，《礼志》六八，《礼》一八，《嘉礼》六云："问女之名，归卜夫庙，吉，以告女家，谓之问名纳吉。"

② 《礼记·曾子问》。

③ 据《司马氏书仪》，婚日便以妇见祖于影堂，祝读之词曰："某（婿名）以令月吉日迎妇某（妇姓）婚，事见祖祢。"主人再拜，退，复位，婿与妇拜。温公云："古无此礼，今谓之拜先灵"，（卷三，《婚仪》上，"亲迎"），知婚日庙见之仪宋代已然。

## 第四节　妻的地位

夫妻在名义上是平等的，《说文》“妻与己齐者也”。《释名》曰“夫妻匹敌之义也”。古人不但有相敬如宾的说法，并且还有敬妻的理论和表现。孔子曾对鲁哀公大讲其敬妻之道，亲迎便是这种精神的具体表现。但细加分析，并不如此。孔子说得很明白，敬妻的根据是“亲之主也，敢不敬与？”①所敬的并不是妻本人而是她所代表的亲，她既负有上事宗庙下继后世的神圣责任，为了宗庙，自不得不重之，犹之敬子者以其为亲之后故敬之，并不是敬儿子本人。我们不能以敬妻一点为根据而推论夫妻之平等。

其次，还有更重要的理论造成夫妻不平等的事实。在古代男性中心的社会中，有一基本的支配一切男女关系的理论，那便是始终认为女卑于男的主观意识。“男女之别，男尊女卑，故以男为贵”②。只是古人传统思想之一例而已。根据男尊女卑的见解，于是古人认为女人始终是在男人意志和权力之下的。在三从主义③之下，自生至死可说皆处于从的地位，无独立意志可言，女子出嫁时，父母戒之曰：“必敬必戒，无违夫子”④，从出嫁时起，她便由父

---

① 《礼记·哀公问》。

② 《晏子春秋·天瑞》。

③ 《礼记·郊特牲》云：“妇人从人者也，幼从父兄，嫁从夫，夫死从子。”又《孔子家语·本命解》云：“女子者，顺男子之教而长其礼者也。是故无专制之义，有三从之道，幼从父兄，既嫁从夫，夫死从子”。

④ 《孟子·滕文公下》。

权之下移交夫权，夫代替了昔日的父亲。所以古人说夫为妻纲①，与君臣、父子、夫妇并列。

家庭分工便根据上述的原则，使男尊女卑及女从于男更为具体而确定。自来的家庭分工论是以男子主外女子主内的，原则上“男不言内，女不言外”②，似无不平，但所谓内，以事而言，指育婴、烹饪、浣洗、缝纫、及指挥仆妇丫鬟洒扫清洁一类的工作，其中实包括妻对夫的服事。所谓主中馈实即烧饭做菜之谓，所以《家语·本命解》云：“教令不出于闺门，事在供酒食而已。”一直到现在，做丈夫的仍时常埋怨妻的饭食做得不可口，甚至因此发脾气，有些地方率直地以烧火的为妻的代名辞，并不是无因的。从女子方面而言，妻自来以侍巾栉、执箕帚为自谦之词。晋文公洗脸时水拨在怀嬴身上，被她奚落一顿③，可见如怀嬴所说的“寡君使婢子侍巾栉”并非客套虚语，亦非家无侍婢的人家才这么办。婦字从女从帚，古文作敿，字的本身即有执箕帚之意，亦非空语。妻有供酒食、侍巾栉、执箕帚的义务，所以《说文》云：“妇、服也”。《尔雅·释亲》云：“妇之言服也，服事于夫也。”

家以内的工作就人而言，主妇所统率的范围以不出中门的妇孺为限——娣、妾、童年的子孙，在室的姊妹、侄女、子妇、侄妇、以及仆妇丫鬟等，但在女本从男的原则之下，主妇本人亦处于从的地位，她并不是家长。对子女而言，父亦为行使亲权之第一人。在家长与主妇、父与母的意志冲突时，家长权父权无疑是最高的。

---

① 《白虎通德论》。
② 《礼记·内则》。
③ 《左传》僖公二十三年。

我们要记住在家无二主[①]最高原则之下，女子便被排斥于家长之外，只有家中男系后裔才有做家长的资格，不要说妻是从夫的，妻正位于内，不得为家长，就是夫死，也只能由子或孙继之为家长，母或祖母虽尊于子孙也轮不到他们。三从中所谓夫死从子，便是这个道理。古人说牝鸡无晨，女子为家长，便等于“牝鸡司晨，惟家之索”[②]了。

所以妻的行为能力无论从主妇的地位而言，或从母的地位而言，都是有限制的，是受丈夫节制的。在母权方面最显明的是子女的教养权和主婚权。在主妇方面最显明的是家事管理权和财产权。一直到近代，我们还可以从大理院的判例上看到法律关于主妇权限的限制。五年上字三六四号云：“妻唯关于日常家事有代理其夫之一般权限，至于日常家事无关之处分行为则非有其夫之特别授权不得为之，否则非经其夫追认不生效力。”这可以看出家事管理是夫授权与妻的；更恰当地说，所授的是代理权，所以行使代理权而超出授权的范围时便归无效。我们应注意这种概念应代表传统的概念。

社会习惯和法律对于财产权的限制尤为严格。妻虽负处理家事之责，但财政方面，只是按时从夫处领得定额的家用，然后在一定的范围内支配这些资财而已。换言之，她只有行使权，并无自由处分权及所有权，她只在指定的范围内被授权代理而已，她得对夫负责，越权的处分除非经过追认，是无效的。这在法律上看得最清

---

① 《礼记·坊记》云：“家无二主”。《家语·本命解》云：“天无二日，国无二君，家无二尊。”《荀子·致士篇》云：“父者家之隆也，隆一而治，二而乱，自古及今未有二隆争重而能长久者。”

② 《书·牧誓》。

楚,中国古代的法律在宗祧继承之下,根本否认妻有继承夫财的权利,继承遗产的不是她,而是她的儿子或嗣子。在子未成年之前她只有行使管理权的资格。同时古代的法律也根本否认妻有私产之说,清律例规定妻改嫁不但不能携走夫之财产,即原存妆奁亦由夫家作主①。大理院二年上字三五号判例就认为妻之私产行使权利亦受夫权之限制。这些都足以表现妻无财产所有权。

除开家事管理权财产权而外,单从夫妻的人格方面的关系来看,我们更可以发现妻之从夫,她的处于夫权之下的情形。

明、清的法律,妇人犯罪除犯奸罪及死罪才收禁在监,其余杂犯无论轻重都不收监,而责斥本夫收管②,可见夫的监护权是法律所承认的。

在第一章内我们已经讲过家族内卑幼与尊长之间在法律上的不同待遇,我们如果在同一方面来注意夫妻之间的相互关系,则我们立即发现法律上夫的地位如尊长而妻的地位如卑幼。

先从亲属容隐及干犯名义一点来说,汉宣帝本始四年的诏令说:"自今子首匿父母,妻匿夫,孙匿大父母,皆勿坐;其父母匿子,夫匿妻,大父母匿孙,罪殊死,皆上请廷尉以闻。"③很显明的是以妻与子孙同列,视为一类,夫与父母、祖父母为一类,分别办理。

反过来从告诉罪来看,此种关系尤为明显。自来的伦理和法律的观念认为卑幼告尊长是干名犯义的行为,皆当予以社会的法

---

① 《清律例》八,《户律》,《户役》,"立嫡子违法"条例。

② 《明律例》一二,《刑律》四,《断狱》,"妇人犯罪";《清律例》三七,《刑律》,《断狱》下,"妇人犯罪"。

③ 《汉书·宣帝纪》。

律的制裁，妻告夫亦为干名犯义，与卑幼告尊长同样治罪。唐、宋律与告期亲尊长同罪处徒刑二年①，明、清更严，妻妾告夫与子孙告祖父母、父母同罪，杖一百徒三年，诬告者绞②。便是妻告夫与人通奸也不能例外，否则仍成立干名犯义的罪③。明律总注云："名者名分之尊，义者恩义之重，子于父母，孙于祖父母，纵有过恶，义当容隐，乃竟告发其罪，是灭绝伦理矣，故着为干名犯义之首。"④伦理和法律要求妻遵守与子孙相同的义务，从这条注释里我们可以看得很清楚。

反过来怎样呢？我们晓得夫告妻是不成立干名犯义之罪的，其责任与尊长告卑幼同样待遇。唐、宋律夫告妻是按照尊长告期亲卑幼的规定办理的。《疏义》答问说得很明白："其妻虽非卑幼，义与期亲卑幼同，夫诬告妻须减所诬罪二等。"⑤明、清律虽未明白规定告妻与告期亲卑幼同，但条文上说诬告妻亦减所诬罪三等，知仍与诬告期亲卑幼者同样办理，同时我们也可以晓得诬告罪既如此办理，若告而得实，当亦如尊长告卑幼得实无罪⑥。

从夫妻相殴杀的法律中我们更可以看出夫尊妻卑，地位不平等的情形。法律上完全根据尊卑相犯的原理来处理，分别加重减轻。妻殴夫较常人加重处罚在刘宋时便已如此。当时的法律伤人

---

① 《唐律疏义》二四，《斗讼》四，"告期亲尊长"；《宋刑统》二四，《斗讼律》，"告周亲以下"。

② 《明律例》一〇，《刑法》二，《诉讼》，"干名犯义"；《清律例》三〇，《刑律》，《诉讼》，"干名犯义"。

③ 见《刑案汇览》48：65b—66b"被逼卖奸喊告其夫与人通奸"案。

④ 《清律例》，"干名犯义"。

⑤ 《唐律疏义》二四，《斗讼》四，"告缌麻卑幼"；《宋刑统》，"告周亲以下"。

⑥ 《明律例》，"干名犯义"；《清律例》，"干名犯义"。

者四岁刑，妻伤夫便为五岁刑[①]。唐、宋律妻殴夫者徒一年，伤重者加凡斗伤三等（夫亲告乃坐）[②]。明、清律但殴即杖一百，不问有伤无伤（夫亲告乃坐），折伤以上加凡斗伤三等，至笃疾者绞[③]。殴夫至死者，唐、宋、明、清律俱处斩刑；故杀罪，明、清加至凌迟极刑；谋杀则和谋杀祖父母、父母、期亲尊长、外祖父母及夫之祖父母、父母同罪，——已行者不问有伤无伤皆斩，已杀者皆凌迟处死[④]。

夫殴妻则采减刑主义，唐、宋律殴伤者减凡人二等[⑤]。明、清律折伤以下勿论，折伤以上减凡人二等，且须妻亲告始论[⑥]。妻殴夫但殴即成立殴罪，不问有伤无伤；夫殴妻则无伤不成立殴罪，明、清时非折伤不论，且须妻亲告才构成殴伤罪，较唐、宋律尤为宽容。丈夫可以随意殴打妻子，只要不是折伤便无法律上的责任，假如妻柔顺不愿告官的话便是折伤也不要紧。社会上殴妻事件之多，且极其普遍，与其说是法律纵容的结果，不如说是法律因社会上殴妻事件之多且普遍才如此拟定，伦理和舆论在这方面的影响极大。在夫为妻纲之下，一般人都认为夫惩殴妻不算什么，是治家及振纲所不可避免的，犹之父母殴责子孙，同样是合理的行为。若妻殴夫则犹之子孙殴父祖，是骇人听闻不可容忍的罪行了。伦理和舆论

---

① 《宋书》八一，《顾凯之传》引律。

② 《唐律疏义》二二，《斗讼》二，“媵妾殴詈夫”；《宋刑统》二二，《斗讼律》，“夫妻妾媵相殴并杀”。

③ 《明律例》一〇，《刑律》二，《斗讼》，“妻妾殴夫”；《清律例》二八，《刑律》，《斗殴》下，“妻妾殴夫”。

④ 《明律例》九，《刑律》一，《人命》，“谋杀祖父母父母”；《清律例》二六，《刑律》，《人命》，“谋杀祖父母父母”。

⑤ 《唐律疏义》二二，《斗讼》二，“殴伤妻妾”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”。

⑥ 《明律例》，“妻妾殴夫”；《清律例》，“妻妾殴夫”。

批评她泼悍无礼，法律则科以应得之罪。

还有一点也值得注意，明、清律妻殴夫不问有伤无伤，伤轻到什么程度，只要有殴打的行为便可作为夫愿意离婚的条件，折伤以上便是义绝了。夫殴妻则须至折伤以上才可离婚，并且妻的单独方面的意思还不能构成离婚条件，须征求双方的同意——被伤害人与伤害人双方的同意。其间的待遇显然是不平等的，但在夫为妻纲的伦理之下，也显然有其理由。清律总注云："盖夫为妻纲，妻当从夫，妻殴夫则妻应坐罪，离合听夫可也。夫殴妻至折伤，夫虽犯义绝而妻无自绝于夫之理，故必先审问夫妇俱愿乃听离异，如夫愿而妻不愿，妻愿而夫不愿，皆不许离异也。"①将此中道理说得极明白。

夫殴妻至死，则人命为重，不可不拟抵，故以凡论，不能减刑。唐、宋律斗殴杀者绞，以刃及故杀者斩②。明、清律殴妻至死者绞③，较妻殴死夫之处斩者轻一等。

夫过失杀妻是不问的，但妻之于夫却无此权利④。法律上对于

---

① 《清律例》，"妻妾殴夫"条律后总注。

② 《唐律疏义》，"殴伤妻妾"；《宋刑统》，"夫妻妾媵相殴并杀"。长庆时有姚文秀将妻阿王殴死，刑部大理寺以斗杀问拟。白居易上言，相争为斗，相击为殴，交斗致死，始名斗杀。今阿王被打狼藉，以致于死，姚文秀检验身上一无伤损，则不得名为相击，应按故杀问拟。奉敕杀妻罪十恶，宜依白居易状，委所在重杖一顿处死（《通考》一七〇，《刑考》九，"详谳"）。知故杀妻虽未必处斩，却处死刑。

③ 《明律例》，"妻妾殴夫"；《清律例》，"妻妾殴夫"。

④ 唐、宋律夫过失杀伤妻勿论，妻过失杀伤夫较故杀伤减罪二等（《唐律疏义》，"妻妾殴夫"；《宋刑统》，"夫妻妾媵相殴并杀"）。明、清律过失杀伤句在妻殴夫，夫殴妻，妻殴妾条文之后，文义易使人误会夫妻双方都适用此项规定，实则妾殴伤夫如何治罪为第一段，夫殴妻妻殴妾如何治罪为第二段，过失杀伤各勿论，只指夫殴妻，妻殴妾而论，并不概括妻妾殴夫在内，故清律注云："夫过失杀妻妾及正妻过失杀其妾者各勿论，若妻妾过失杀其夫，妾过失杀其正妻，当用此律，过失杀勿问不可通承上二条言。"又律后总注亦云："过失杀者各勿论止以夫过失杀妻妾，妻过失杀妾言之。盖一则分尊当原，一则情亲当矜也。"

子孙殴杀祖父母、父母总是斤斤注意于名分的问题，关于妻殴杀夫也同样注意此问题，有心干犯自不必说，便是出于过失或误伤，法司虽明知情有可原，事出无心，但究因名分攸关，仍须按妻殴杀夫本律问拟斩决①，只能在稿尾将并非有心干犯之处声叙，候旨定夺。在这种情形之下，也只能从宽由斩立决改为斩监候：

李二泮与妻李王氏感情素睦。某晚李二泮出外闲逛，王氏因右膝患疮疼痛，身体疲倦，和衣横卧。二更时李二泮进房，黑暗中走至炕前，手摸王氏下体，王氏惊醒，疑是他人，用脚踢伤李二泮小腹喝问是谁。李二泮一面答应，一面拉腿求欢。不意恰拉在患疮处，王氏负痛难忍，两脚猛伸，误踢伤李二泮小腹，倒地身死。王氏问拟斩决，声明并非有心干犯，改斩监候②。

有些案件全因被夫非理殴打，抵拒误伤。

锺亮山酒醉回家，向妻索茶，锺杨氏即赴厨烧茶。锺亮山性急斥骂，杨氏分辩。锺亮山用铁锤殴伤杨氏头颅，杨氏顺手拾取搥衣木棍抵格，适伤其夫左肩甲。锺亮山将木棍格落，抓住杨氏衣襟连殴，并用力一拉，杨氏往前一扑，锺亮山退后跌

① 此等案件说帖内总有核其情节尚非有心干犯，惟死系伊夫，名分攸关一类的字样（见《刑案汇览》40：33a—46a“被夫逼令卖奸拒奸误毙夫命”；“被夫屡次殴逼卖奸将夫殴死”；“殴死不孝之夫立决改为斩监候”；“妻殴死夫情轻止准疏内声明”各案说帖）。

② 《刑案汇览》40：47ab。

地，垫伤左臀左腿。杨氏趁势挣脱跑走。锺亮山赶上，用头向碰，杨氏闪避，锺亮山扑势过猛，扑于门枋上，碰伤脑门倒地，次日身死①。

石潮科骂妻石李氏不应责打小孩，用烟袋殴伤李氏手指。李氏分辩，石潮科又取木扁担向殴，李氏用手接夺，随即走避。石潮科赶夺扁担，李氏恐被夺殴，将扁担向上扬起，石潮科两手捏住扁担中节，互相拔夺，李氏力乏松手，石潮科扳力过猛，扁担碰伤囟门，倒地殒命②。

蒋李氏因不识字，误将田契当作废纸垫晒药末。其夫蒋常青看见，加以打斥。李氏分辩，蒋常青气忿，揪住李氏发辫，拾取柴块在李氏脑后发际乱打。李氏负伤情急，用头吓撞，蒋常青胸膛受伤倒地，越十三日身死③。

邢叶氏为伊夫邢哲仁烫酒。邢哲仁嫌酒冷，欲其重烫，叶氏回说火已熄灭，邢哲仁即以酒碗掷伤叶氏额角。叶氏跑走，邢哲仁又取木棍赶殴。叶氏情急，顺拾木棍抵格，误伤邢哲仁，倒地殒命④。

范兴得嘱令范刘氏煮饭，适刘氏在修补旧裤，回答俟补完再煮。范兴得斥骂，以竹条殴伤刘氏头顶。刘氏负疼，持剪刀及旧裤哭泣进房。范兴得赶进扑殴。刘氏情急，顺手用剪刀搪抵。范兴得赶拢势猛，收手不及，刀尖戳伤肚腹殒命⑤。

---

① 《刑案汇览》40：45a—46a。

② 同上，46b。

③ 同上，44b—45a。

④ 同上，43ab。

⑤ 同上，46a。

冉章元佃种族人冉庚山地，冉庚调戏章元妻符氏，符氏不依，叫骂告知其夫，章元欲告究，冉庚恳求免报，出钱陪礼，章元得钱了事。旋因冉庚退佃，章元主使符氏借调戏前事至冉庚家吵闹，求仍得佃种山地。符氏以调戏之事业经陪礼了结，事关颜面，不肯前去。章元斥骂，拾锄向殴，符氏将锄夺获，章元又拾柴块殴伤符氏臂膊，符氏被殴情急，用锄背格打，致伤章元腮颊毙命①。

**不论是否有理由，妻皆不能行使自卫，即使在情势危急之下，也不能例外。**

杨严氏在屋煮饭，幼子失跌啼哭，杨起斥妻不行照管。严氏分辩，杨起拾柴殴伤其胳膊等处。严氏进房哭泣，杨起赶进房内，将严氏推按床上，搭住咽喉。严氏被搭气闭情急，又因护胎，用脚吓蹬，踢伤杨起脐肚，杨起跌地磕伤腮颊，逾时毙命。严氏问拟斩决，奉旨该氏并无违犯不顺，情尚可悯，从宽改监候②。

**夫过失杀妻例得不问，因疯杀妻自亦不问。清代的惯例是依过失杀妻勿论，永远锁锢③。可是妻因疯杀夫，便仍须按杀夫本律问拟斩决，只准由内阁双签进呈，奉旨敕交九卿议奏，才能议改监**

① 《刑案汇览》40:42b—43a。
② 同上，44a。
③ 同上32:67b—68a，“因疯杀妻虽得勿论，仍应监禁”案。

候①。寻常疯病杀人问拟死罪免勾永远监禁之犯，疯病愈后，遇有恩旨例得查办释放。但妻杀夫，因关系服制和卑幼致死尊长一样，病愈后是不准援例释放的，仍须永远监禁②。

我们或还记得父母因子孙而气忿自尽，子孙是逃避不了责任的。明代的规定是比依殴祖父母父母律处斩，奏请定夺。清代的规定是分别有无触忤干犯或仅止违犯教令而分别斩决或绞候。我们如注意夫妻双方在这方面的责任，便可看出法律对这问题是采取类似的看法和处置的。明代的法律，妻妾威逼夫致死，比依妻妾殴夫至笃疾律拟绞，奏请定夺③。清代的法律，妻妾悍泼逼迫其夫自尽者拟绞立决，若畔起口角，事涉细微，并无逼迫情状，其夫轻生者，便比照子孙违犯教令致令父母自尽例绞候④。下引一案便是如此办理的：

倪顾氏为倪玉之继妻，对待前妻之子倪四子极刻薄。倪玉见四子棉袄破烂，欲将自己棉袄给穿，顾氏不许。倪玉欲将四子交妹杨倪氏抚养，并给本营生，顾氏又不许。争吵相殴。倪玉气忿莫释，自缢。有司依妻妾逼夫致死律奏绞决。上谕有云："妇之于夫，犹臣之于君，子之于父，同列三纲，所关綦重。律载人子违犯教令父母致自尽者皆处以立绞，岂妇人之

① 《清律例》二六，《刑律》，《人命》，"戏杀，误杀，过失杀伤人"条，道光二十五年续纂，咸丰三年修改例。

② 同上，嘉庆十五年续纂例。

③ 《明律例》九，《刑律》一，《人命》，"威逼人致死"条例。

④ 《清律例》二六，《刑律》，《人命》，"威逼人致死"条，乾隆四十五年原例，嘉庆六年修改例。

于夫竟可从轻？今乃逼迫其夫致令自尽，此泼悍之妇尚可令其偷生人世乎？”①

有一夫赶殴其妻自行失足跌毙的案件，虽然法律上并没有治罪明文，也比照父母赶殴子孙失足跌毙的例子办理。

黄长喜骂妻黄李氏不照管饭菜，李氏不服回骂。长喜气忿拾棍赶殴，绊跌倒地，被地上木杆槍尖戳伤右胯毙命。刑部以“律例内虽无夫赶殴妻自行失跌误伤身死，其妻作何治罪专条，惟父母赶殴子自行失跌身死之案向俱比照子违犯教令致父母自尽之例拟绞监候，妻之于夫情无二致，自应比照问拟”②。

法律上尊长对于卑幼则不成立威逼致死的罪名③，夫之于妻亦然，所以明、清律都明文规定夫殴詈妻妾因而自尽身死者勿论④，即使殴伤甚重亦不过杖八十⑤。

---

① 《驳案新编》18：15a—19b。

② 《刑案汇览》34：51b—52a。

③ 《清律辑注》云：“律不言尊长威逼卑幼之事，盖尊长之于卑幼名分相临，无威之可畏，事宜忍受，无逼之可言。故不着其法。设有犯者在期亲可以弗论，大功以下宜分别科以不应，非同居共财者，仍断埋葬”（“威逼人致死”）。

④ 《明律例》九，《刑律》一，《人命》，“夫殴死有罪妻妾”；《清律例》二六，《刑律》，《人命》，“夫殴死有罪妻妾”。清律律后总注云：“家庭闺闼之内妻妾之过失不论大小，本夫殴非折伤，皆得勿论，自欲轻生，何罪之有。”

⑤ 《清律例》，“夫殴死有罪妻妾”条条例云：“妻与夫口角以致妻自缢，无伤痕者无庸议，若殴有重伤缢死者，其夫杖八十。”又云：“凡妻妾无罪被殴致折伤以上者虽有自尽实迹，仍依夫殴妻妾致伤本律科断。”

父母殴杀有罪的子孙，是不负法律上的责任的，夫之于妻亦有同样的权利。

妇人犯奸是不可容忍的罪行，在七出之列，元以后的法律都容许本夫有捉奸的权利①，夫于奸所获奸登时将奸夫奸妇一并杀死是不论的②。当时不杀奸夫但杀奸妇，或于事后杀妻始有罪③。

妇人殴詈翁姑，也是七出之一，法律上本为应死之罪（詈者绞，殴者斩），于是法律有关于杀死有罪妻妾的规定，夫不告官而擅杀的处罪是很轻的——不过杖徒。若事前其父母曾经告媳不孝，夫将妻擅杀，则处罪更轻，不过杖一百④。

妻之于夫却不能以夫有罪为理由，加以殴杀而得到减免的机

---

① 按元代以前的法律，夫在任何情形之下皆无杀妻之权，唐、宋律亦无捉奸杀死奸妇或殴死有罪妻妾的规定。妻犯七出，只能出之，却不能擅杀，后来人们轻易不肯出妻。七出成了具文，于是才有杀妻的规定，和七出并存于律。

② 《元史》一〇四，《刑法志》三，“奸非”；《明律例》九，《刑律》一，人命，“杀死奸夫”；《清律例》二六，《刑律》，《人命》，“杀死奸夫”。

③ 《元律》：于奸所杀其妻妾而奸夫获免者杖一百七，但夫获妻奸，妻拒捕则得杀之，无罪（《元史·刑法志》，“奸非”）。清条例：非奸所获奸，将奸妇逼供而杀，审无奸情确据者，依殴妻至死律论，如本夫奸所获奸，登时将奸妇杀死，奸夫当时逃脱，后被拿获到官，审明奸情是实，奸夫供认不讳者，本夫杖八十。若奸所杀奸非登时，奸妇杀死，奸夫到官供认不讳，确有实据者，本夫杖一百。（《清律例》，“杀死奸夫”条，乾隆三十二年例，道光五年修改例）。

④ 《明律例》九，《刑律》一，《人命》，“夫殴死有罪妻妾”；《清律例》二六，《刑律》，《人命》，“夫殴死有罪妻妾”。所以必须父母亲告的原因是恐妻并未殴詈夫之祖父母、父母，夫因别事将妻殴毙，事后捏情卸罪，祖父母、父母溺爱其子，于到案后代为捏饰以图解救子孙（见《清律例》，“夫殴死有罪妻妾”条《辑注》。参看《刑案汇览》33：2a—3a，3b—5b，7b—3a，等题准案及说帖）。如父母虽未亲告，但殴詈翁姑，不孝有据，被夫忿激致毙，也可通融办理。旧例拟罪时虽仍按律拟绞，但秋审时得入可矜，照免死减等例，再减一等拟徒（《清律例》二七，《刑律》，《断狱》下“有司决囚等第”条，乾隆二十年例）。道光时所定《通行章程》更为宽容，只要殴死有据，证据确凿，虽未亲告，也可援用擅杀律拟杖（《刑部通行章程》卷上，15a—17b）。

会。夫为妻纲,断没有夫反从妻,服妻管教的道理,犹之尊长有罪,卑幼不但没有责打的权力,就是加以指责也是逾分的行为。

妻犯奸自罪大恶极,丈夫逼令妻卖奸,妻不允,因而发生争殴,妻仍然逃不了殴死丈夫的罪名。

罗小么贫苦难度,逼令其妻王阿菊卖奸,阿菊不允,时常打骂,无奈允从,由罗小么寻得奸夫安阿二。旋因索钱争吵,将安驱逐,又欲另寻奸夫。阿菊不允,罗小么辱骂,阿菊出言顶撞。罗小么拾棒扑殴,阿菊顺拿沙锅滚水吓泼,泼伤罗小么胸膛身死。法司以罗小么逼妻卖奸,无耻已极,王氏亦非无故逞凶于犯;惟死系伊夫,名分攸关,王氏仍依殴死夫律拟斩立决①。

又一件类似的案子,因妻拒奸误伤本夫,情实可悯,才得奏请减等。

监生何景星平日持财强横乡里,见林阿梅之妻林王氏姿容可爱,蓄意图奸,与林阿梅相商,许给银钱,阿梅惧势应允,但又不敢对妻明说。嘱王氏陪何坐谈,己则出院烧茶。何即乘机向王氏出言调戏,王氏忿激,以柴块掷殴;何闪避,适林走来,被柴块掷中太阳穴殒命。有司依妻殴死夫律拟斩立决。刑部以林阿梅贪利无耻,夫妇之义已绝;王氏守节不阿,误伤其夫,情尤可悯,可否即照寻常因斗误伤旁人律,拟绞监候,秋

① 《刑案汇览》40:40a—11a。

审缓决一次后即予减等，奏请钦定。奉旨依议①。

很有趣的是媳之于翁姑犹子女之于父母，殴骂不孝，便属有罪，夫可杀之。子之于父母分属天伦，殴骂不孝，罪更不移，可是妻除了婉劝外，却不能因此而责打丈夫，如有殴伤并不能逃避妻殴杀夫在法律上的责任。

范日清买腐干三块回家，旋赴邻村饮酒。其父范彩荣恰因缺少饭菜，令媳姚氏将腐干煮食。傍晚范日清回家，寻取豆腐下酒。姚氏回说已经为翁煮食；范日清骂姚氏做情，叫骂赶殴，醉后失跌，被桌角磕伤左眉；站起后用拳打伤姚氏左腿，又用扁挑打伤姚氏左肩甲，姚氏走避。范日清举挑向殴，姚氏情急，随手用擂茶木槌挡格，击伤范日清额颅倒地，又垫伤左臀，殒命。刑部依殴死夫律问拟斩决。奉旨以虽属按律定拟，但范日清罪干不孝，姚氏并无不合，被夫叠殴，情急抵格，亦与无故干犯者不同。范日清之死实孽由自作，姚氏着从宽改为斩监候②。

夫殴杀妻处罪极轻的情形已如上述，更可注意的是在留养承祀的名义下，判罪后也还有免刑的机会。

按常人杀人虽可援例留养，但必须秋审缓决一次，例准减等的戏杀、误杀、或应入可矜的擅杀、斗杀情轻，及救亲情切伤止一二处的案件，若系谋杀、故杀，秋审应入于情实无可矜减的凶杀案，便不

① 《刑案汇览》40:37a。
② 同上，41a—42b。

准声请留养了①。但夫致死妻无论是殴杀、故杀，只要核其情节应入于可矜②，而父母年老或次丁尚未成立，合于留养的条件，便准随案声请③。

若父母已故而家无次丁，则可援例承祀④。

杀妻准留养承祀的案子，只须枷号两个月，责四十板，便可了事⑤。

留养固系男子独有的权利，但承祀则只限于杀妻之案⑥，这是十分可注意的。无论留养承祀都可见侍奉父母及祭祀承祧之重，承祀一项更可看出“妻命为轻，祖宗嗣续为重”的道理⑦。

## 第五节　夫家

女子出嫁便是脱离父宗加入夫宗的行为，她离开母家加入另

---

① 《清律例》四，《名例律》上，“犯罪存留养亲”条，嘉庆六年、十一年两次修改，十五年修并，十九年复修，道光十五年修改例。

② 可矜指殴及故杀詈殴翁姑不孝有据之妻，犯奸并未纵容之妻及殴夫并未成伤之妻，如无谋故惨杀重情者，俱入可矜；否则只能入缓决，例如杀死仅止空言顶撞，并无不孝实据之妻，便入缓决（见《刑案汇览》二，《名例》，“犯罪存留养亲门，随本留养应查秋审缓矜比较”杀款）。

③ 《清律例》，“犯罪存留养亲”条，嘉庆六年、十一年两次修改，十五年修并，十九年复修，道光十五年修改例。又《督捕则例》乾隆三十二年部议。（参看《刑案汇览》2：25b—26b，“殴妻致死随本行查亲者准留”案，道光十一年说帖）。

④ 《清律例》，“犯罪存留养亲”条，《督捕则例》（参看《刑案汇览》2：51b—52a，“殴妻致死减流之犯准其殴祀”案，嘉庆十八年说帖）。

⑤ 《清律例》同条，乾隆二十一年例，三十八年修改，嘉庆六年修并例。

⑥ 见《刑案汇览》2：4a—51b，“殴死妻准承祀此外一概不准”案，嘉庆二十年说帖。

⑦ 同上，52b—53b，“异姓义子杀妻准其归宗承祀”案，道光元年说帖。

一家族团体，以此为家，参加此单位的经济活动和宗教活动。与夫家的每一亲属发生一定的亲属关系①。在连坐责任上只为夫家负责②。她在母家则不再负生产之责（她的劳力是属于夫家的），亦

① 庙见是与夫家已死的亲属相见的仪式，见舅姑见亲属则是与夫家在生的亲属相见的仪式。两种仪式都是婚礼中很重要的节目。司马氏《书仪》描写新妇于拜见舅姑后与亲属相见的仪式甚详。就兄弟姊妹之前，先拜其尊属应受拜者，然后与幼属应相拜者相拜。其他尊属，则妇往拜于其室，卑属则来拜于妇室（卷四，婚仪下，"妇见舅姑"）。晚近风俗则尊长亲属统于堂前相见。

妻是以夫的身分为身分而与这些亲属发生一定的亲属关系的。所谓"其夫属于父道者妻皆母道也，其夫属乎子道者妻皆妇道也"（《礼记·大传》）。便是这个道理。从亲属范围来讲，妻是以夫的九族为范围的。从服制来讲，则与夫有同有异。大体言之，为卑幼则与夫同服，为尊长除父母外，从夫降一二等不等，因之夫之缌麻为无服。（详《元典章》，《明会典》，《清律例》，"妻为夫族服图"。）

② 古夷三族法诛及父母、兄弟（同产）、妻子。女子出嫁既负夫家之责，又负母家之责，连坐责任是双重的。后汉郭淮妻王淩之妹，淩诛，妹当从坐，御史往收。淮部将乞淮表留，淮不从，妻上道，五子叩头流血，淮不忍，使左右追妻还，以书白司马宣王曰："五子哀母，不惜其身，若无其母，是无五子，亦无淮也。今辄追还，若于法未通，当受罪于主者。"宣王宥之。（《魏志·郭淮传》引《世语》）又毋丘俭之诛，其子甸妻荀氏应坐死。其族兄凯与景帝姻通，表魏帝以丐其命。诏听离婚，始得免刑。荀氏所生女芝为刘子元妻，亦坐死，怀孕系狱，荀氏辞诣司隶校尉何曾乞恩求没为官奴婢以赎女命（《晋书·刑法志》）。故《晋书·刑法志》云，"是时魏法大逆者诛及已出之女"。

但当时有人认为这种双重连坐的责任太不公允，何曾哀之，使主簿陈咸上议曰："父母有罪，追刑已出之女；夫党见诛，又有随姓之戮，一人之身，内外受辟。今女已嫁，则为异姓之妻；如或产育，则为他族之母。此为元恶之所忽，戮无辜之所重。于法则不足惩奸之源，于情则伤恻隐之心。男不得罪于他族，而女独戮于二门；非所以哀矜女弱，蠲明法制之本分也。臣以为在室之女从父母之诛，既醮之妇从夫家之罚，宜改旧科以为永制。"于是有诏改定律令（《晋书·刑法志》）。自是之后，中国的法律对于缘坐都只以在室之女为限，不及出嫁之女。晋代夷三族法明令不及妇人（《晋书·明帝纪》）。所谓妇人指已出嫁之女或姊妹。据《解缙传》则谓解系被害，结亦同戮，结女适裴氏，明日当嫁而祸起。裴氏欲认活之，女曰："家既若此，我何活为？"亦坐死。朝廷于是议革旧制，女不从坐，由结女始。唐、宋、明、清谋反大逆罪，犯人之女及姊妹俱没官为奴，或给功臣家为奴，（《唐律疏义》一七，《贼盗》一，谋反大逆；《宋刑统》一七，《贼盗》，"谋反叛逆"；《明律例》十八，《刑律》　（接下页注文）

不再有权参加消费，嫁妆是母家给她的最后礼物。在家族宗教上她不再参加祭礼。她与母家的亲属在形式上虽仍旧保持固有的关系和称谓，但实际上亲疏的关系已有很大的变化，她对父母及其他亲属降服，她的家属对她也降服[①]。这种变迁使得她与他们之间的关系由亲而疏，同时亲属的范围亦趋于缩小。

---

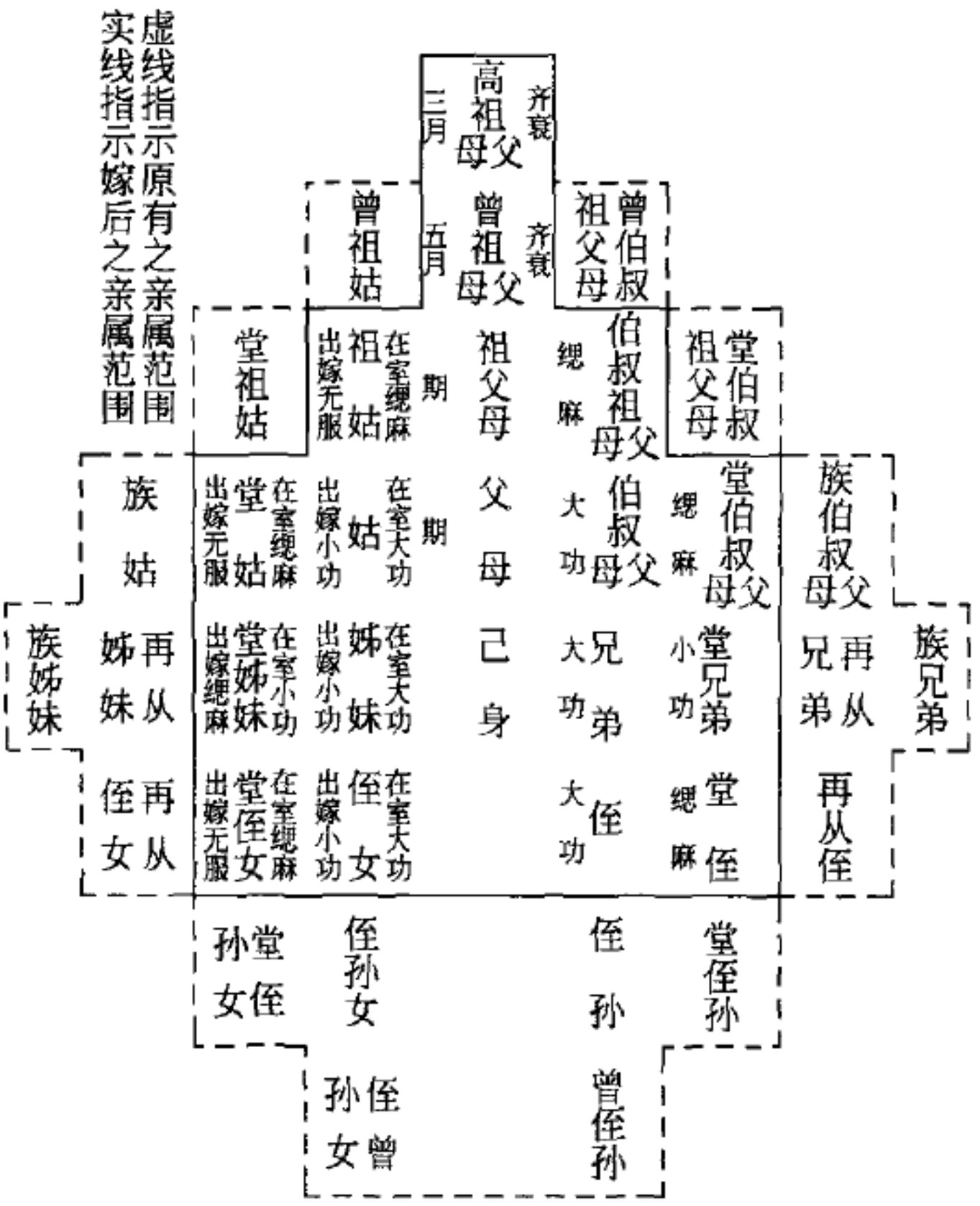
（续前页注文）　一，盗贼，“谋反大逆”；《清律例》二三，《刑律》，盗贼上，“谋反大逆”。）若女已许嫁出嫁便不在缘坐范围内。各律都说得很明白：“若女（兼姊妹）许嫁已定归其夫……聘妻未成者，俱不追坐。”（《唐律疏义》一七，《盗贼》，“缘坐非同居”；《宋刑统》，“谋反叛逆”；《明律例》，“谋反大逆”；《清律例》，“谋反大逆”。）只要有许婚书及私约，或已纳聘财，便算许嫁已定，虽未成婚，皆归其夫。（见《唐律》，“缘坐非同居”条《疏义》，《清律》律后总注亦云：“女已许嫁，得受夫家聘礼，未曾过门……及聘定他人之女犹未过门成妻者，俱不追坐。”）这一点指示女子在室与出嫁两种身分的不同，更说明了未嫁从父，出嫁从夫的道理。已嫁则脱离父家而加入夫家，所以对于母家的刑事不负连带的责任，对于夫家则以妻或母的身分同坐。故谋反大逆罪正犯之母、妻、妾及子之妻妾，俱没官或给功臣家为奴。其谋叛罪母及妻妾亦分别安置。（《唐律疏义》，“谋反大逆”，“谋叛”；《宋刑统》，“谋反叛逆”；《明律例》，“谋反大逆”，“谋叛”；《清律例》，“谋反大逆”，“谋叛”。）

①　女子未嫁对本宗九族的服制悉与男子同。故“本宗九族五服正服图”注云：“凡姑、姊妹、女及孙女在室，或已嫁被出而归，服制并与男子同”（《明会典》一〇二《礼部》六〇，《丧礼》七“丧服”；《清律例》二，《诸图》，《丧服图》）。出嫁则为本宗降服，虽亲如父母亦由斩衰三年降为期服，其他亲属俱从原服降一等。这样，原来是小功的都降为缌麻，原为缌麻成为无服了。于是边际亲属的推移使亲属的范围为之缩小。同时同辈的兄弟及于小功，卑幼则只及兄弟、堂兄弟之子（侄辈），兄弟之孙（侄孙）则摈于服外，亲属范围缩小是很显明的。此外亲属的配偶除直系尊亲属及旁系的伯叔母外，其他尊属卑属的配偶都不在服内。（详《元典章》“女嫁为本族服图”，《明律例》“出嫁女为本宗降服图”，《清律例》“出嫁女为本宗降服图”。）

女氏之党亦采同样的原则为之降服。出嫁则降一等。姑姊妹及侄女原为期服，嫁则降为大功。堂姊妹原为大功，嫁则降为小功。原为小功的从祖祖姑、堂姑、再从姊妹、堂侄女及侄孙女则降为缌麻。原处于边际地位的缌麻亲，族曾祖姑、族祖姑、族姑、族姊妹、再从侄女、堂侄孙女及侄曾孙女，皆被推出五服以外，无服（见同上引）。　　（接下页注文）

在夫家亲属中媳与舅姑的关系是最密切的，最主要的。恭谨事奉是妇职，不事舅姑不敬不孝便有亏妇道，为七出条件之一。对舅姑如有侵侮不逊的行为自更为国法人情所不容，制裁极严。唐、宋律骂者徒三年（须舅姑告乃坐），殴者绞，伤者斩，过失杀者徒三年，伤者徒二年半[①]，谋杀者斩[②]。

（续前页注文）




① 《唐律疏义》二二，《斗讼》二，“妻妾殴詈夫父母”；《宋刑统》二二，《斗讼律》，“夫妻妾媵相殴并杀”。

② 同上，一七，《贼盗》，“谋杀期亲尊长”；《宋刑统》一七，《贼盗》，“谋杀”。

明、清的法律才将子孙之妇和子孙一律待遇，凡是媳对舅姑的侵犯都和子孙对祖父母、父母的侵犯罪同样处理，于是告夫之祖父母、父母者杖一百徒三年，诬告者绞①。骂者绞②，殴者斩，杀者凌迟处死，过失杀者杖一百流三千里，伤者杖一百徒三年，俱不许收赎③。谋杀已行者不问已伤未伤皆斩，已杀者凌迟处死④。

子妇殴毙阿翁只有在拒奸之下才能从轻发落。旧例子妇拒奸殴伤阿翁的案件法律上并无特殊的规定，格于妻殴夫之父母成例，向拟斩决。嘉庆时因邢杰强奸子妇被咬落唇皮一案，帝以邢杰行强，翁媳之义已绝，吴氏亦非无故干犯，特免治罪，才定一新例，子妇拒奸将翁殴伤，得奏请免罪释放⑤。如因拒奸将翁殴毙，道光时定例亦得奏请改为斩候⑥。

---

① 《明律例》，《刑律》，《诉讼》，“干名犯义”，《清律例》，《刑律》，《诉讼》，“干名犯义”。

② 《明律例》，《刑律》，《骂詈》，“骂祖父母父母”；《清律例》，《刑律》，《骂詈》，骂祖父母父母。

③ 《明律例》，《刑律》，《斗殴》，“殴祖父母父母”；《清律例》，《刑律》，《斗殴》，“殴祖父母父母”。

④ 《明律例》，《刑律》，《人命》，“谋杀祖父母父母”；《清律例》，《刑律》，《人命》，“谋杀祖父母父母”。

⑤ 《清律例》，“殴祖父母父母”条，嘉庆十九年续纂例云：“子妇拒奸殴伤伊翁之案，审明实系猝遇强暴，情急势危，仓卒捍拒，或伊翁到官供认不讳，或亲族邻居指出素日淫恶实迹，或同室之人确有见闻证据，毫无疑义者，仍依殴夫之父母本律定拟，刑部核覆时恭录邢杰案内谕旨将应否免罪释放之处奏请定夺。……。”参看《刑案汇览》53：12b—13b。

⑥ 《清律例》，“殴祖父母父母”条，道光十年续纂例。有司拟时仍须按子妇致死夫父母律定拟，将可否改为斩监候之处奏请定夺，不得遽行问拟斩候。虽拒奸时不知系翁，亦不能例外。有一黑夜图奸子妇的案件，其媳喝问不应，复被扪口，情势危急，将翁殴伤身死。未死前并经姑氏询明其翁属实，确有证据。总督以该氏犯时不知，照凡人擅杀律拟徒。刑部以案关伦纪，凡子妇拒奸殴伤伊翁之案，无论知与不知，俱应按照本律分别问拟，援案奏请，驳令改拟。将该氏仍依妻殴夫父母律问拟凌迟处死，声明情节，援案奏请（见《续增刑案汇览》14：23ab）。

林帼亨搂住其媳林谢氏颈项，意图强奸，并拉开自己下衣，露出阴茎，说定要奸成。谢氏挣拒不脱，恰有剃刀在旁，便取刀将林帼亨生殖器割落，因伤身死。陕抚审将林谢氏依律问拟凌迟，声明林帼亨乱伦强奸子媳，林谢氏情急与无故逞凶者不同，奏请定夺。奉旨改为斩监候，经刑部纂入例册①。

因违犯教令的原故而使翁姑忿激自尽，子妇自不能逃御责任，清律完全按子孙不孝或违犯教令致父母自尽例办理——事出触忤干犯便拟斩决，若但因行为违犯教令所致，并无触忤情节，则拟绞候②。下引两案便是属于这类的。

徐氏之子周武成早故，孀媳马氏平日侍奉甚谨，从未触忤。嗣因马氏无钱使用，私自将徐氏备老衫裙当钱花用。某日徐氏欲于次晨回母家探望。预嘱马氏早起做饭。次晨马氏睡熟起迟，被徐氏骂詈。徐氏开箱取衣，又发现衣服被当，愈加气忿，大嚷大骂。马氏不敢回言。徐氏经邻妇劝进卧房休息。徐氏气忿莫释，投井身死。法司以马氏平日并无触忤情事，比依子孙违犯教令致父母自尽例，拟绞监候③。

所谓违犯教令有时是很含混的，虽然子妇并无过失，亦无违犯之处，也不能不如此办理。究竟谁是谁非，是否违犯教令，法司对

① 《刑案汇览》53：4a。
② 《清律例》，《刑律》，《人命》"威逼人致死"条，乾隆三十七年例。
③ 《刑案汇览》34：25b—26a。

于这些客观的因素是不大注意的。总之，翁姑既为此自尽，便不能不科子妇以应得的罪，有时因情可悯原才能量从末减。

有一家姓何的人家，老祖母何田氏最怜爱她的孙儿何开祥，平日极为溺爱。一日何开祥在外顽要回家，泥污衣服，被母小何田氏用竹片责打，负疼啼哭。恰祖母探亲回家，问知原委，说媳妇不应责打孙儿，嚷骂欲殴。小何田氏不敢回话，进房躲避。祖母被族邻劝止，回房后怒犹未息；向丈夫何允福唠叨，说孙儿被打，又痛又气，不如早死，免得受气。何允福劝慰许久。何田氏乘夫睡熟，竟投环自缢。刑部以小何田氏责打其子系以理训责，且当时其姑并未在家。追何田氏回家查知嚷骂，该氏并未回言，进房躲避，实无违犯教令之处。老何田氏负气自缢更出该氏意料之外。将何田氏比照子孙违犯教令致父母自尽例拟绞，声明情节，奏请改减流①。

又有一逼媳改嫁不遂致翁忿恨自尽的案子，因有乖父道，才由绞候改拟满流，同时我们应注意守贞不从不但无过处，且特为礼法所奖励，但仍只能减罪一等，也可见法律上之重视伦纪远过于是非了。

岳叶氏之夫久出不归，伊翁岳来英欲将其嫁卖，叶氏不从，即夺其应分之地抵欠，又禁次子资助，使不能自存。叶氏欲赴县控诉，岳来英心怀忿恨，轻生自尽。法司以岳来英如此待媳不仁，实有乖父道。该氏守贞不从亦与他事违犯不同，若

① 《刑案汇览》34：13a—14b。

将该氏照子孙违犯教令问拟，殊觉情轻法重，应于绞候例上量减一等杖一百流三千里①。

另外有些翁姑因口腹琐事气忿自尽的案子，子妇也不能逃避逼死翁姑的责任，比照子贫不能养赡致父母自尽例拟流。

牛高氏煮豆给姑萧氏食用，因豆内硬粒不曾一律煮烂，扛动牙齿，萧氏叫骂，高氏做就面条送食，萧氏因牙痛难吃，复向叫骂，高氏迄未回言。萧氏气忿，拾棍向殴，因被高氏搁阻，忿激投井身死。法司讯明高氏并无触忤违犯别情。惟萧氏因扛伤牙痛向殴被阻，忿激自尽，究由高氏未及煮烂硬豆所致，因非有心违犯，第法严伦理，应将高氏比照子贫不能养赡致父母自缢例满流②。

李许氏轮应供膳翁姑之期，因耕作事忙，一时忘记。翁姑来家，才记起赶回做菜，但备办不及，只炒得茄子一味与姑下饭。伊姑嫌菜不好，加以斥骂，许氏自知错误，往寻伊夫另买荤菜。经伊翁埋怨伊姑贪嘴，致姑气忿，自尽。将许氏比照上例拟流③。

有一人因姑忌食某物不给食用，姑气忿自尽，也同样办理，不能减轻罪刑。

① 《续增刑案汇览》9:46b—47a。
② 《刑案汇览》9:26b。
③ 同上，27a。

柴赵氏之姑索食荞麦，赵氏因荞麦性冷，姑素患腹痛，忌食性寒之物，不肯与食，姑气忿自尽。法司虽讯明该氏慎重菽水，并非有心违犯，仍比照子贫不能养赡致母自缢例满流①。

若子妇因犯奸盗或杀人等死罪累及翁姑自尽，则责任更重，例与子孙有犯同样办理，轻则徒流，重则绞决②。

至于翁姑杀害子妇则采取减刑主义，在多种情形之下不负法律上的责任。子妇有违犯教令的行为，理应受翁姑的谴责，只要不至残废笃疾，概不成立伤害罪。

唐、宋律殴子孙之妇令废疾者杖一百，笃疾者加一等，徒一年③。明、清律较为宽容，非理殴令废疾者杖八十，笃疾加一等，杖九十④。不为非理则不在此限。

若致子妇于死，除过失杀不论外⑤，唐、宋、明、清律皆处徒刑三年⑥。明、清律又加二条件：子妇违犯教令依法决罚邂逅致死及因

---

① 《刑案汇览》9:27ab。

② 犯奸犯盗，翁姑并未纵容，忧忿戕生，或被人殴死，及谋故杀害者均绞立决。如翁姑事前纵容袒护，事后畏罪自尽者，发云贵两广极边烟瘴充军；翁姑因此被人殴死或谋故杀害则拟绞监候。如翁姑教令犯奸犯盗，后畏罪自尽者，杖一百徒三年，翁姑因此被人殴死或谋故杀害则杖一百流三千里。若子妇所犯系罪犯应死及谋故杀人等罪，事情败露，致翁姑自尽，则照各本犯罪名拟立决。（《清律例》，《刑律》，《诉讼》，“子孙违犯教令”条，嘉庆六年、十五年两次修改，十九年后奉颁修，道光元年修改例。）

③ 《唐律疏义》，“妻妾殴詈父母”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”。

④ 《清律例》，“殴祖父母父母”，《清律例》，“殴祖父母父母”。

⑤ 《唐律疏义》，“妻妾殴詈夫父母”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”；《明律例》，“殴祖父母父母”；《清律例》，“殴祖父母父母”。

⑥ 唐、宋律殴死子孙之妇者徒三年，明、清律殴死子孙之妇者亦杖一百，徒三年，但加非理殴杀字样。《唐律疏义》，“妻妾殴詈父母”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”；《明律例》，“殴祖父母父母”；《清律例》，“殴祖父母父母”。

殴骂翁姑而被翁姑殴死，亦得不论①。

所谓依法决罚及非理殴杀的分别只在殴的手段，清代有一非理殴杀子妇的案件，最能说明此中情况。

> 黄德显因子媳陈氏窃米卖钱，向其斥责，陈氏哭喊泼赖，德显气忿，用铁锄柄殴伤其胸膛额角毙命。法司以起衅事甚微，亦无殴詈翁姑重情。致命胸膛额角太阳均非应受决罚之处，铁锄亦非决罚之具，实属非理殴杀，与依法决罚邂逅致死者不同，依律拟徒②。

若子妇并无违犯教令或殴詈不孝之罪，无罪而杀则构成故杀罪，处罪更重。唐、宋、明、清律皆流二千里③。

按通常妇人犯流是依例纳赎的，但杀媳过于凶残则不能援例而须实配。

> 王黎氏因媳资氏偷吃冷食，用绳捆缚两手，罚跪一夜，资氏两膝跪伤，不能起立。黎氏用拳怒殴，资氏哭喊，又用烧红铁钳烙伤眉丛，伤重毙命。因黎氏非法残酷，流罪不准纳赎，照拟发配④。

---

① 《明律例》，“殴祖父母父母”；《清律例》，“殴祖父母父母”。

② 《刑案汇览》44：9a—10a。

③ 《唐律疏义》，“妻妾殴詈父母”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”；《明律例》，“殴祖父母父母”；《清律例》，“殴祖父母父母”。

④ 《清律例汇辑便览》，“殴祖父母父母”条附乾隆四十五年湖南案。

如媳仅止出言顶撞,并无殴骂重罪,而姑蓄意谋杀情节过于凶残者,更从重发落,改发各省驻防官兵为奴①。

至于因奸将媳杀死的,法律上因这种事更属凶残无耻,且姑媳之情义已绝,所以不按服制办理,而加重处刑。清例姑因奸将媳致死灭口,亲姑、嫡姑拟绞监候,继姑拟斩监候,均入于缓决,永远监禁②。若姑与人通奸,因媳碍眼,抑令同蹈邪淫,不从,商谋致死灭口者,则照平人谋杀律,分别首从,斩绞监候③。如因逼令同陷邪淫致媳情急自尽者则改发各省驻防为奴④。

又有些逼媳卖淫,折磨逼迫,致媳情急自尽的案子,也依例问拟绞监候⑤。

翁因图奸不遂将媳杀害,自属蔑伦无纪,翁媳之义已绝,所以不依服制办理。翁媳之间这是唯一得以凡论的条件。

李懿青见媳独处,顿萌淫念,走进卧房,向曹氏调笑。曹氏不依,嚷骂。李懿青跑出院内,曹氏赶殴,用头向撞。李用火铲柄将曹氏击伤。曹氏揪住衣裳拚命。李用脚踢伤殒命。晋抚将李懿青问发极边四千里充军。刑部以情罪未协,驳令改照凡论,依斗殴杀人律拟绞监候⑥。

---

① 《清律例》二六,《刑律》,《人命》,"谋杀祖父母父母"条乾隆四十八年原例,道光十年修改例。

② 同上,"殴祖父母父母"条,乾隆五十六年原例,嘉庆六年修并十九年道光五年修改例。

③ 《清律例》二六,《刑律》,《人命》,"谋杀祖父母父母"条,乾隆三十七年例。

④ 同上,"威逼人致死"条,嘉庆六年纂修、道光六年修改例。

⑤ 同上,"威逼人致死"条,嘉庆六年续纂、道光六年修改例。

⑥ 《刑案汇览》53:29b—31a;《续增刑案汇览》14:24a。

有一强奸子妇不从登时将媳杀死的案子，依凡论问拟斩决。

伍济瀛娶妻物故，见子媳伍彭氏少艾，起意图奸已非一日。某日，伍饮醉回家，适其子外出，彭氏在弟妇房内闲谈，便潜入彭氏房中，躲在帐内。彭氏回房上床睡歇。伍济瀛用手摸弄彭氏乳部，彭氏揪住，欲拉往祖婆房中告诉。伍下床按住彭氏手，彭氏挣脱，坐在地上喊呼祖婆快来，伍用手按住其口；彭氏仍喊叫不休。伍恐被母听见，将彭氏按倒地上，用手搭住咽喉，手势过重，气闭殒命。伍济瀛依强奸未成将本妇立时杀死例，拟斩立决①。

又有一因奸活埋子妇的案子：

周帼珍调奸子妇王氏不从，屡加磨折，并诬指王氏与工人有奸。起意贿嘱王氏胞叔王兆兴，并喝令次子周镇儿帮同将王氏活埋。周帼珍以凡论，依谋杀人律，拟斩监候②。

以上是翁姑子妇的关系，现在让我们再来看妻与夫家其他亲属的关系。妻既加入夫家与夫家亲属发生亲属关系，有一定的丧服，双方发生斗讼，法律上自亦按服制分别办理。

妻殴詈夫之期亲以下缌麻以上尊长，唐、宋的规定是减夫犯一

① 《刑案汇览》53：31a。

② 同上，28b—29a。

等(原因是妻服制降夫一等),死者斩①。明、清律始改为与夫殴同罪,至死者亦斩②。

妻殴伤卑属,唐、宋、明、清律的规定俱与夫殴同罪,至死者绞③。夫侄(兄弟子)于卑属中最亲,故提出另论,殴杀者流三千里,故杀者绞④。

若尊长殴伤卑幼之妇则减凡人一等论罪,至死者绞⑤。同辈中弟妹殴兄妻,及妻殴夫之姊妹。唐、宋律根据于叔嫂不通问的原则,各加凡人一等⑥。明、清律以嫂视尊长,小叔小姑视同卑幼,于是弟妹殴嫂加凡人一等,而姊殴弟妻,及妻殴夫之弟妹及夫弟之妻则各减凡人一等⑦。

## 第六节　婚姻的解除

### 一　七出

婚姻的目的既以祖宗嗣续为重,以家族为中心,不能达到这种

---

① 《唐律疏义》二三,《斗讼》三,"殴詈夫期亲尊长";《宋刑统》二三,《斗讼律》,"殴前夫之子及受业师"。

② 《明律例》一〇,《刑律》,二,《斗殴》,"妻妾与夫亲属相殴";《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"妻妾与夫亲属相殴"。

③ 《唐律疏义》,"殴詈夫期亲尊长";《宋刑统》,"夫妻妾媵相殴并杀";《明律例》。"妻妾与夫亲属相殴";《清律例》,"妻妾与夫亲属相殴"。

④ 同上。

⑤ 同上。

⑥ 《唐律疏义》,《斗殴》,"殴兄妻夫弟妹";《宋刑统》,"夫妻妾媵相殴并杀"。

⑦ 《明律例》,"妻妾与夫亲属相殴",《清律例》,"妻妾与夫亲属相殴"。

目的的婚姻，自须解除。所以七出[①]的条件除窃盗一项仅关系个人的失德外，其他条件无一不与家族有关。

无子显然与婚姻最主要的神圣的目的相背。无以下继后世，上事宗庙，不孝有三，无后为大，此种无果的婚姻必须解除。凡是以嗣续为重的社会，皆以此为离婚的条件，固不仅中国如此[②]。

但通常引用这一条风俗和法律时往往言之太过，误认无子为绝对的离婚条件。事实上除极少数的例子外[③]，历史上以无子而被出的实不多见。我们应注意无子还附有其他附带条件。

第一，无子被出是有年龄限制的，依据规定必妻年五十以上无子，才受此条拘束[④]。换而言之，妻不到绝育期是不能以无子为理而提出离异的。妻有此保障，很少的人到了五十以上还想和妻离婚的。

第二，在妾制之下，离婚和子嗣并不是太严重的问题，妻无子不妨以纳妾的方式来补救这缺陷，妻本身不能生育而又妒悍不许夫纳妾，才发生严重的问题，所以妒才是离婚条件，同时法律上又

---

① 按七出之文见于《大戴礼》，又见于《家语·本命解》。（妇人七出：不顺父母，为其逆德也；无子，为其绝世也；淫，为其乱族也；妒，为其乱家也；有恶疾，为其不可与共粢盛也；口多言，为其离亲也；窃盗，为其反义也。）唐、宋见于令（据《疏义》七出者依令云云），元、明亦然（《通制条格》四，《户令》；《大明令》，《户令》）。清律则附注于律文内。盖七出本出于传统的礼，而法律加以承认，予以法律的效力。

又法律上七出的秩序与礼书所载略异，秩序的先后或表示社会着重点的不同。（按唐律以来七出之秩序为：无子，淫佚，不事舅姑，多言，盗窃，妒嫉，恶疾）。无子跃居第一，妒嫉及恶疾退处最后，其变动应与社会的意识形态有关，不可不注意。

② 例如在古希腊社会中，无子亦为离婚条件之一。

③ 《东观汉纪·应顺传》云："应顺少与同郡许敬善，敬家贫，亲老，无子，为敬去妻更娶。"是历史上以无子而出妻之一例。

④ 见《唐律疏义》，"妻无七出"条《疏义》；《宋刑统》一三，《户婚律》"和娶人妻"条《疏义》。

有妻五十以上无子听立庶以长的规定①妾之子亦即妻之子，法律上原不要求必须妻本身有子。

汉元后之母以妒被出，更嫁为苟宾妻②，冯衍妻任氏悍忌，不得畜媵妾，儿女常自操井臼，遂为衍所逐③。妒足以妨害妾媵之制，所以古人认为恶德。魏孝友曾因当时王公以下皆无媵妾，表奏云："其妻无子而不娶妾，斯则自绝，无以血食祖父，请科不孝之罪，离遣其妻。"④若能如戴女之不妒⑤，则夫可以随意纳妾，无论为子嗣计，为个人情感及性欲计，夫皆无逼妻离婚之理。夫如广蓄姬妾而仍无子，也就不能以无子为理由而提出离异了。

第三，无子应出，若有三不去之一，也不致被出。

淫乱足以紊乱血统，神不歆非类，自更不为夫家所容，所以构成重大的离婚罪，唐、宋、元、明、清律其他条件有三不去皆不出，独奸罪不能援用此例⑥。

上以事宗庙原是婚姻的神圣的、宗教的目的，甚至可说是最终的目的，恶疾之所以构成离婚条件者便在于此。古人说得明白，有恶疾为其不可与共粢盛也。其关系全在家族祭祀上，唐、宋律甚至

---

① 同上，卫庄姜美而无子，以娣戴妫之子为己子（《左传》隐三），无子何曾被出？以妾媵之子为子的惯例，自古已然。

② 《汉书》九八，《元后传》。

③ 《后汉书》五八下，《冯衍传》。

④ 《北史》一六，《太武五王传》。

⑤ 皇甫谧《列女传》云："沛公孙去病妻者，同郡戴元世之女，既嫁久而无子，谓其夫曰：'妾不才得奉巾栉，历年无嗣，礼有七出，请愿受决。'以其夫不许，复进曰：'福莫大于昌炽，祸莫大于无嗣。君不忍见谴，当更广室。'"（《太平御览》四四〇引）只要容夫纳妾，己身有子无子，原不成问题。

⑥ 见《唐律疏义》，"妻无七出"；《宋刑统》，"和娶人妻"；《通制条格》四，《户令》；《大明令》，《户令》；《清律例》，"出妻"条条例。

恶疾与奸淫同为不适用三不去的二条件①,在重视家族宗教的社会中,固无足怪。

宗庙的奉事,广义言之,应包括活的祖宗在内,所以事舅姑成为子妇的天职②,而不事舅姑则为离婚条件之一。古人说:"子妇未孝未敬,勿庸疾怨,姑教之,若不可教而后怒之,不可怒,子放妇出而不表礼焉。"③

蒸藜不熟④,姑前叱狗⑤,之所以出妻便是因为不善事舅姑。他如姜诗妻之汲水未即还⑥,刘璥妻之缘壁挂履⑦,皆属于此类。

其所谓不事或不顺,与其说是客观的行为,不如说是系于舅姑的主观态度。不顺舅姑有时即不得舅姑之欢之谓。《礼记》上说:"子甚宜其妻,父母不悦,出;子不宜其妻,父母曰:'是善事我,子行夫妇之礼焉。'没身不衰。"⑧得舅姑之欢与否实为婚姻继续与否的先决条件,像《孔雀东南飞》里的兰芝,陆游妻唐氏,都

① 《唐律疏义》,"妻无七出";《宋刑统》,"和娶人妻"。

② 《礼记》云妇顺者须于舅姑(《婚义》)。又云:"子妇孝者敬者,父母舅姑之命勿逆勿怠"(《内则》)。《内则》记子妇事舅姑之礼甚详:"下气怡声,问衣燠寒疾痛苛痒而敬仰搔之,出入则或先或后而敬仰扶持之。进盥,少者奉槃,长者奉水,请沃盥,授巾,问所欲而敬之,柔色以温之。"又记事舅姑之态度云:"有命之应唯敬对,进退周旋慎齐,升降出入揖,不敢哕、噫、嚏、咳、欠伸、跛倚、睇视,不敢唾涕。"历来的女教,无不着重妇顺(《女诫》之类)。临嫁,父母犹再三以谨慎从舅姑之言为诫(见《鲍梁传》),唯恐忘却平日之训。

③ 《内则》。

④ 《孔子家语·七十二弟子解》。

⑤ 《后汉书》五九,《鲍永传》。

⑥ 姜诗事母至孝,妻奉顺尤笃,母好饮江水,水去舍六七里,妻尝溯流而汲,后值风,不时得还,母渴,诗责而遣之。(《后汉书》一一四,《列女传》,《姜诗妻传》)。

⑦ 刘璥妻王氏穿壁挂履,土落璥母孔氏床上,孔氏不悦,璥即出其妻。(见《南齐书》三九,《刘璥传》;《南史》五〇,本《传》)。

⑧ 《内则》。

是在子甚宜其妻父母不悦之下而夫妻生离的。《女诫》谓:"夫虽云爱,舅姑云非,此所谓以义自破者也。"①原是无可奈何的悲剧。婚姻之缔结既以父母之命为主,不曾考虑子的意志,则婚姻的解除,仍以父母的意志为主,毋须考虑子的意志,自是合理的,势所必然的。

曾持舅姑之丧便为三不去条件之一②,不在七出之限,也可见父母在子的婚姻上的重要性远过于本人。

口多言之所以构成离婚条件之一的理由,很显明的也是由于家族主义的关系。其目的在于维持家族间秩序,防止家族内人口之冲突。口多言只是为其离亲也。女人天性本好说话,亲属的配偶来自各个不同的家庭,彼此之间本无情感,尤易引起口舌纷争,所以古人采取不许多说话的政策来安辑这一大群女人。郑濂家累世同居,自云所以致此,便因不听妇人言③。陈平之嫂因说:"有叔如此,不如无有",为兄所出④。李充亦因妻多言,出之⑤。

从七出的内容中我们可以清楚地看出来无一条件是涉及夫妇本人的情爱及意志的。《礼记》云:"妇顺者顺于舅姑,和于室人,而后当于夫"⑥,夫在此顺序中的比较地位是显而易见的。

---

① 《后汉书》一一四,《列女传》,《曹世叔妻》。

② 三不去,据《家语》,有所取无所归也,经三年之丧也,先贫后富也。法律但有其名而不列举其内容(唐、宋律见于《疏义》,明见于《大明令》,清律见于律注),亦礼之入于法者,故《清律辑注》云:"七出者,礼应去之也,三不去者,礼应留之也。"

③ 都穆,《都公谈纂》(陆采编,原名《谈纂》,《砚云》甲乙编本)。

④ 《史记》五六,《陈丞相世家》。

⑤ 《后汉书》一一一,《独行传》,《李充传》。

⑥ 《礼记·昏义》。

## 二　义绝

七出之外，离婚的另一条件为义绝。义绝包括夫对妻族、妻对夫族的殴杀罪①，奸非罪，②及妻对夫的谋害罪③而言。夫妻原以义合，恩义断绝，断难相处，所以这些行为皆目为离婚的客观条件。

所不同者，七出为可以作为夫方要求离婚的条件，离不离，其权在于夫，而义绝则为当然离婚条件，有犯必须强制离异，其权在法律。前者是单方面的，后者则是双方的。所以妻无七出及义绝之状或犯七出而有三不去，便不能去妻，否则是要受刑事处分④，而且法律上是不承认离婚效力的，被勒逼离去的妻还须追还完聚⑤。这是说法律划出离婚的范围，不在此范围以内的便不许出妻。不应离而离则悖于礼律，所以擅行出妻的有罪。若犯义绝则任何一方皆不容许不离，所以应离不离者亦有处分，唐、宋律处徒刑一年，

---

① 此项包括夫殴妻之祖父母、父母，杀妻外祖父母，伯叔父母，兄弟、姑、姊妹，及夫妻祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹自相杀，以及妻殴詈夫之祖父母、父母，杀伤夫外祖父母，伯叔父母，兄弟、姑、姊妹。（《唐律》“妻无七出”条《疏义》；《宋刑统》“和娶人妻”条《疏义》；明清律则散见于条文中。）

② 妻与夫之腮麻以上亲奸，及夫与妻母奸。

③ 《唐律疏义》“妻无七出”条《疏义》，《宋刑统》，“和娶人妻”条《疏义》云，欲害夫者。

④ 唐、宋律妻无七出及义绝而出之者徒一年半，明、清处罪较轻改为杖八十。若有三不去而出妻者皆减二等——唐、宋杖一百，明、清杖六十。（《唐律疏义》，“妻无七出”；《宋刑统》，“和娶人妻”；《明律例》，《户律》，《婚姻》，“出妻”；《清律例》一〇，《户律》，《婚姻》“出妻”。）

⑤ 《唐律疏义》，“妻无七出”；《宋刑统》，“和娶人妻”；《明律例》，“出妻”；《清律例》，“出妻”。

明、清律杖八十①。

## 三　协离

七出三不去及义绝为法定之离婚条件已如上述，我们可以相信婚姻的解除系以家族为前提，甚少涉及夫妻本人的意志。有些人误会夫权在这方面的应用，以为夫的单独意志可以任意休妻，是不合于事实的。与其说妻受夫的支配，离合听夫，不如说夫妻皆受家族主义或父母意志的支配。任意出妻和犯了家族规律而出妻是两件事，不应混为一谈。

但我们也不可过于夸张说夫妻绝对无意志可言。单方面的任意离婚固不生效，妻单方面的意志更属有乖妇道②。但双方同意的离婚则仍是法律所承认的。所以虽不合于七出义绝条件，而夫妻不和而两愿离异，则在许可之列③。

---

① 《唐律疏义》，《户婚》下，“义绝离之”；《宋刑统》，“和娶人妻”；《明律例》，“出妻”；《清律例》，“出妻”。

② 古人认为妇人之义当从夫，无自专之道，夫可出妻而妻无自绝于夫之理，所以擅自出走便无异于背夫在逃，唐、宋律处徒刑二年，明、清律杖一百，从夫嫁卖。若因此而行改嫁，自更不可容恕，所以处罪更重。唐、宋律徒刑三年，明、清律处置尤严，重至绞侯。便是因夫弃妻逃亡，三年之内不告官而逃去者亦杖八十，改嫁者杖一百。（《唐律疏义》，“义绝离之”；《宋刑统》，“和娶人妻”；《明律例》，“出妻”；《清律例》，“出妻”。）

③ 《唐律疏义》，“义绝离之”；《宋刑统》，“和娶人妻”；《明律例》，“出妻”；《清律例》，“出妻”。

## 第七节　妾

妾制在中国有悠长的历史，有史以来就有，但同时自始至终是一妻一夫制。社会和法律承认一个男人和一群女人住在一个家庭营共同生活的权利，但只承认其中的一人为其配偶（妻），其余的人则为妾。只能说是一妻多妾制。士庶固然只有一妻和一个或一个以上的妾①，天子诸侯也只能有一皇后或一夫人。其余的则是妃嫔之类②，所以古人说“诸侯无二嫡”③，又说“并后匹敌，两政祸国，乱之本也”④。

在一夫一妻主义之下，于是有妻再娶便构成重婚罪。历代的法律对此都有类似的规定，既不承认重婚的效力，还附有刑事处分。唐、宋时的处分是徒刑一年（女家减一等），后娶之妻离异。若欺妄冒娶，有妻诡言无妻，则加徒半年，女家不坐，仍离异⑤。明、清

---

① 《白虎通义》云，“卿大夫一妻二妾，士一妻一妾，不备侄娣”。庶人亦容许有妾。《孟子》云：齐人有一妻一妾。《战国策》云楚人一妻一妾。《韩非子》云宋人有妾二人。一妾二妾似不甚严格。后人纳妾只要财力许可亦无数量上的限制。

② 据《礼记·昏义》古者天子后立六宫，三夫人，九嫔，二十七世妇，八十一御妻。又《周礼》王者立后，三夫人，二十七世妇，八十一女御。后代掖庭，除皇后外，又有美人，才人，八子，七子，婕妤，昭娥，昭仪，昭容，修容，修仪，贵妃，淑妃，德妃，贤妃等等名目，各朝名色虽不同，但皆为妃嫔。

公侯据《曲礼》，有夫人，有世妇，有妻，有妾。

③ 《左传》杜注。

④ 《左传》桓公十八年，辛伯语。

⑤ 《唐律疏义》一三，《户婚》，“有妻更娶”；《宋刑统》一三，《户婚律》，“婚嫁妄冒”。

处刑较轻,但杖八十,离异①。总之,法律上只承认原配,除非妻死或离异,婚姻关系已经终了或撤销时,是不能另为婚姻的。

晋张华曾造甲乙之问曰,甲娶乙后又娶丙,居家如二适,子宜何服?太尉荀凯议曰:"春秋讥并后匹适,令不可犯礼而遂其失也;先至为适,后到为庶,而子宜以适母服乙,乙子宜以庶母服丙。"②这虽是假设之辞,我们也可看出古人对此事的态度。

明倪鸿宝初娶陈氏,后以情感不洽,复娶王氏。倪请封本陈氏,王氏私以己名易之,便得封诰。有人于温体仁前泄露其事,温便以妄冒再娶冒封事弹劾倪鸿宝。倪不得已,假说陈氏为出妻。朝廷旨下,命冠带闲住。后倪殉难于京师,宏光朝议恤典,陈氏亲往金陵,于是封予陈氏③。二妻之不能并存是显而易见的。所以倪为了辩护起见,只得以出妻为理由,而朝廷的封诰也只能给予一人。

社会既不承认二妻,除了男家妄冒外,自不肯将女儿许嫁与他,甘心作妾。兼祧的问题则比较复杂,近代社会有此习惯,一般人都认为承祧两房的人是有资格拥有两妻的,与通常有妻更娶的人不同,所以肯将女儿许配与此种人。法律也因此种习惯在民间的普遍,并不坚持有妻更娶律应离异的条文,强制撤销此种婚姻,等于默认兼祧两娶的事实。刑部说帖云:

> 查有妻更娶,与其夫及夫之亲属有犯仍按服制定拟之例,

① 《明律例》四,《户律》,《婚姻》,"妻妾失序";《清律例》一〇,《户律》,《婚姻》,"妻妾失序"。

② 《晋书》二〇,《礼志》。

③ 章大来《偶阳杂录》(《仰视千七百廿九鹤斋丛书》本)。

系指其夫并未承祧两房，后娶之妻律应离异者而言。若承祧两房各为娶亲，冀图生孙续嗣，是愚民罔知嫡庶之礼，与有妻更娶不同，止宜别先后而正名分，未便律以离异之条①。

又云：

查人情莫不爱恤其女，在明知其有妻而仍许配者事所罕有，至承祧两房之人，愚民多误以为两房所娶皆属嫡妻，故将女许配。议礼先正名分，不便使嫡庶混淆，而王法本乎人情，原无庸断令离异，有犯应以妾论，情法俱得其平②。

可见礼法所坚持的只是名分问题而已。一夫只应一妇，断无二妇并称为妻之理③，于是别先后而定名分，只承认先娶者为妻，后娶者为妾，凡是发生服制上或刑事上的问题时，都如此定拟。

嘉庆时余笃生承继两门，各为娶妻。长门为其初娶张氏，生子万全。二门为其初娶雷氏，无出，纳妾杜氏，生子万德。旋雷氏病故，万德以嫡母丁艰，万全应如何称名，如何服制，由河南学政咨文礼部请示。礼部咨文云："余笃生在长门已娶嫡室张氏，继娶雷氏，只当为其纳妾，不当为其娶妻。雷氏之生，称名已混于嫡庶之间。雷氏已死，丧服何得乱斩衰之列。万

① 《刑案汇览》40：22b—23a。
② 同上，24a。
③ 同上，23b。

德为次门承祀既已呈报丁忧，尚可比照慈母之例，斩衰三年，万全毋庸持服。至余笃生二妻比娶，嫡庶混淆，事属错误，业经身故，应毋庸议①。”

彭文汉先经父彭自立娶妻郑氏，郑氏故后，续娶王氏。其后文汉之婶彭高氏因夫死无嗣，又为文汉聘娶郑氏为妻，冀图生子承祧。后郑氏被彭自立杀死，刑部以后娶之妇既以妾论，如夫及夫之亲属有犯自应以妾科断，而依殴死子妾律科断②。

从以上这些事例中，我们晓得在任何情形之下，礼法都不承认有二妻，兼祧也不能例外，否则便成重婚罪。法律即使迁就事实不强制离异，也只承认其中一人为妻。

妻妾的主要区别在于夫与妻或妾结合的方式和妻妾的不同身分及权利。

古人说聘则为妻，奔则为妾③，妾是买来的④，根本不能行婚姻

---

① 《刑案汇览》40:22ab。

② 同上，23a—25b。但同时我们也应注意社会习惯自社会习惯，法律自法律的情形。法律和礼所坚持的只是名分问题，而非婚姻关系的继续问题。实际上，法律既不强制撤销此种婚姻，也不过问家人究竟如何正名定分的问题。以余笃生妻为例，雷氏生前实以妻自居，人亦以妻目之。假如余万全不是附生，不发生服纪的疑问，不经学政咨文礼部，便不会发生两妻或一妻的问题。同样的彭文汉的案子如不发生杀死子妇的凶案，在彭家及其亲友心目中，王氏、郑氏同是妻，也不会发生名分上的疑问的。一经到官便咬文嚼字，引经据典——和一般人的社会生活并不发生关系的经义。

③ 《内则》。

④ 《曲礼》云：“买妾不其姓则卜之”。《唐律疏义》云“妾通买卖”，（一三，《户婚》中，“以妻为妾”条）。

之礼，不能具备婚姻的种种仪式①，断不能称此种结合为婚姻，而以夫的配偶目之。妾者接也②，字的含义即指示非偶，所以妾以夫为君③，为家长④，俗称老爷，而不能以之为夫。所谓君，所谓家长，实即主人之意。

妾在家长家中实非家属中的一员。她与家长的亲属根本不发生亲属关系。不能像妻一样随着丈夫的身分而获得亲属的身分。她与他们之间没有亲属的称谓，也没有亲属的服制⑤。他们以姨太太或姨娘呼之，她也只能像仆从一样称呼那些人为老太爷、老太太、老爷、太太或少爷、小姐，甚至对于老爷太太所生的子女如此称呼，除非是她自己所生的子女，她才能直呼其名而有母子的关系，同时太太所生的子女因她有子才加一母字而称之为庶母或姨娘。妾而采取奴仆式的称谓，是极有趣的事，不但指示她非家中的亲属，而且令人怀疑她的地位就有些近于家中的奴仆。此外，还有我们应注意的一点，她自己的父母、兄弟、姊妹是不能往来于家长之家的，他们之间根本不能成立亲戚的关系。这些无一不足以指示妾非合二姓之好。

更重要的，她也不能上事宗庙——这是婚姻的功能，她不能参

---

① 婚姻仪式是婚姻成立的形式要件，声伯之母不曾经聘的仪式，穆姜便不承认她是娣姒，而目为妾，虽生子犹出之（《左传》成公十一年）。

② 《白虎通义》云，“妾者接也，以时接见也”。《释名》亦云，“妾，接也，以贱见接幸也”。

③ 《仪礼·丧服》，妾为君传曰，“君至尊也”。注云妾谓夫为君者不得体之，加尊之也。

④ 服制图有“妾为家长族服图”。

⑤ 除对家长，家长祖父母、父母及家长之子外，皆无服。但对家长诸人之服亦不足以证明其间有亲属关系，并无报服，此种服制纯由于分尊义重。

加家族的祭祀,也不能被祀(有子则为例外,但只能别祭,不能入庙)。妾无论如何是不能加入家长之宗的。

妾既为贱,君既为尊,所以家长与妾之间的不平等较夫妻之间更甚。家长殴妾比殴妻罪更轻二等(妻比凡人减二等,妾比凡人减四等)①。杀妾,唐、宋律但处流刑②,明、清律处分更轻,止杖一百徒三年③。过失杀自得与过失杀妻一样,不论④。

若妾殴詈家长,则处罪较妻殴詈重得多了。詈者杖八十⑤,殴则较妻殴夫加一等治罪,不问有伤无伤,俱徒一年或一年半⑥。折伤以上便加凡斗伤四等,入于死罪⑦。

妾是以正室为女主的⑧,原处于妻的权力之下,理当敬谨奉事⑨,所以妻得驭妾,殴杀减罪。妾对妻则不得有侵侮的行为。

---

① 《唐律疏义》二二,《斗讼》二,"殴伤妻妾";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"夫妻妾媵相殴并杀";《明律例》一〇,《刑律》二,《斗殴》,"妻妾殴夫";《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"妻妾殴夫"。

② 唐、宋律杀妻者以凡论,杀妾者则减凡人二等,(见《唐律疏义》,"殴伤妻妾"条《疏义》;《宋刑统》,"夫妻妾媵相殴并杀"条《疏义》)。殴死凡人者绞,以刃及故杀者斩,减二等是处流刑一千五百里或三千里。

③ 《明律例》,"妻妾殴夫";《清律例》,"妻妾殴夫"。

④ 同注①。

⑤ 《唐律疏义》二二,《斗讼》二,"媵妾殴詈夫";《宋刑统》,"夫妻妾媵相殴并杀";《明律例》一〇,《刑律》二,《骂詈》,"妻妾骂夫期亲尊长";《清律例》二九,《刑律》,《骂詈》,"妻妾骂詈期亲尊长"。我们应注意妻骂夫是无罪的。

⑥ 唐、宋律妻殴夫徒一年,加一等是徒一年半;明、清律妻殴夫杖一百,加一等是徒一年(《唐律疏义》,"媵妾殴詈夫";《宋刑统》,"夫妻妾媵相殴并杀";《明律例》一〇,《刑律》二,《斗殴》,"妻妾殴夫";《清律例》,《刑律》,《斗讼》,"妻妾殴夫")。

⑦ 故折伤罪即可加至死刑,不必至笃疾始处死(《唐律疏义》,"殴伤妻妾";《宋刑统》,"夫妻妾媵相殴并杀";《清律例》,"妻妾殴夫";《清律例》,"妻妾殴夫")。

⑧ 《释名》云,"夫为男君,故名其妻曰女君也"。

⑨ 《仪礼·丧服》云,"妾之事女君与妻之事舅姑等"。

妻殴伤杀妾与夫殴伤杀妻同罪，伤者减凡人二等，且须妾亲告乃坐。死者以凡论，过失杀得不论[①]。

妾犯妻则与妾殴骂夫主同罪[②]，唐、宋时媵高于妾一等[③]，所以媵犯妻则减妾一等治罪，而妾犯媵，则加凡人一等[④]，后代无媵之名目，正妻以外通曰妾，故明、清无此分别。

① 《唐律疏义》，“殴伤妻妾”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”；《明律例》，“妻妾殴夫”；《清律例》，“妻妾殴夫”。

② 《唐律疏义》，“殴伤妻妾”，“妻妾殴詈夫”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”；《明律例》，“妻妾殴夫”；《清律例》，“妻妾殴夫”。

③ 《唐律疏义》云：“依令五品以上有媵，庶人以上有妾。”（“妻妾殴詈夫”条《疏义》，《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”条《疏义》同。）

④ 《唐律疏义》，“媵妾殴詈夫”；《宋刑统》，“夫妻妾媵相殴并杀”。

# 第三章　阶级

我们都晓得封建社会中贵贱之对立极为显著，为封建关系所必具之基础。孔、孟、荀子以及其他见于《左传》、《国语》中的关于君子小人的理论都产生于此时代①。但我们应注意贵贱的对立并不曾因封建组织的解体而消失，士大夫（君子）与庶人（小人）的分野自周代以迄清末的三千年间一直似为社会公认的，重要的，二种对立的阶级，只是这一时期的士大夫与封建时代的士大夫不同，以另一种姿态出现而已。儒家关于君子小人及贵贱上下的理论仍为社会的中心思想，习俗和法律一直承认他们之间优越与卑劣关系之对立，承认他们不同的社会地位，承认他们不同的生活方式，赋予士大夫以法律上、政治上、经济上种种特权。如果我们称之为特权阶级，而以非特权阶级为庶人的代名词或无不当。从主观的社会评价和阶级意识以及客观的权利和生活方式各方面看来，实已具备构成阶级的条件。

特权阶级与非特权阶级在生活方式上的差异是非常有趣的一问题。在许多社会中阶级的划分虽甚显著，但生活程度的低下只是经济剥削以后的结果，并非由于风俗、法律制度上的一种规定，在这种社会中，一切物质享受是决定于一个人的消费能力及其欲

---

① 见页 309 注②。

望的。不同社会地位的人可以有相同的生活方式，而社会地位较高的人因经济能力不很充裕，或是有节俭的习惯，他的物质享受可以反而不如社会地位较低的人，这没有什么稀罕，旁人也不觉得这种现象危及社会秩序，必须加以纠正。物质享受与社会地位并无必然的连带关系，一个有社会地位的人决不因生活简陋而降低其身份，也没人想以生活方式为区别社会地位的指数。

一九一一年以前的中国社会便与上述之情形相反，欲望的满足是与社会地位成正比例的，生活方式互不相同。臧僖伯云："昭文章，明贵贱，辨等列，顺少长，习威仪也。"①臧哀伯云："衮冕黻珽、带裳幅舄，衡纮紘綖，昭其度也。藻率鞞鞛，鞶厉游缨，昭其数也。"②管子云："度爵而制服，量禄而用财，饮食有量，衣服有制，宫室有度，六畜人从有数，舟车陈器有禁，修生则有轩冕服位谷禄田宅之分，死则有棺椁绞衾圹垄之度。"③《新书》云："奇服文章以等上下而差贵贱，是以高下异，则名号异，则权力异，则事势异，则旗章异，则符瑞异，则礼宠异，则秩禄异，则冠履异，则衣带异，则环佩异，则车马异，则妻妾异，则泽厚异，则宫室异，则床席异，则器皿异，则食饮异，则祭祀异，则死丧异。"④可以说是衣履器物无一不异，"见其服而知贵贱，望其章而知其势"⑤。人的社会地位从外表上便可一目了然。在这种社会中，各种欲望的满足必以社会地位为取决的条件，消费的能力与欲望的意志是无关的，所谓"虽有贤

① 《左传》隐五。
② 同上，桓二。
③ 《管子》卷一，《立政》。又见《春秋繁露》卷七，《服制》。
④ 《新书》卷一，《服疑》。
⑤ 同上。

身贵体,毋其爵不敢服其服,虽有富家多资,无其禄不敢用其财"①是。汉成帝诏书有云:"圣王明礼制以序尊卑,异车马以章有德,虽有其财而无其尊,不得逾制。"②

如此,才能使贵财有别,下不凌上,而维持所期望的社会秩序,伦常纲纪得以不替,君子得以重临民。所以臧哀伯说:"夫德俭而有度,登降有数(注:登降谓上下尊卑),文物以纪之,声明以发之,以临照百官,百官于是乎戒惧而不敢易纪律。"③古人论社会风气,论政治得失,常以此为准。晋师救郑伐楚,隋武子说楚国德刑政事典礼不易,不可敌也,率师而还,其所说政绩之一,便是"君子小人,物有服章,贵有常尊,贱有等威,礼不逆矣"④。历代帝王常为臣下车服逾制而下诏申禁,官吏也常为此事而奏请制止⑤,古人之重视此事可想而知。

生活方式的差异既如此重要,与社会秩序有如此密切的关系,所以古人认为这种差异必须严格维持,绝对不容破坏,否则,必致贵贱无别,上下失序,而危及社会秩序,其推论实有其理论上的根据(参阅第六章第一节儒家论礼)。于是不仅将这些差异规定于礼中(礼即所以分别贵贱尊卑的行为规范,详第六章),图以教育、伦理、道德、风俗及社会制裁的力量维持之,且将这些规定编入法典

---

① 《管子》,同上。

② 《汉书·成帝纪》。

③ 《左传》桓二。

④ 同上,宣一二。

⑤ 贾谊上疏陈汉政之失,其中之一,可为长太息者,便是衣服逾制(见《汉书》四八,《贾谊传》)。

中，成为法律。对于违犯者加以刑事制裁，因之这些规范的强制性愈加强大。

## 第一节　生活方式

现在让我们先来分析各阶级在日常生活方式上的差异，帝王后妃以及他的亲属的行住服饰以及所用仪式自不同于常人，礼有专书，官有专责，今皆略而不论，本节所述但以百官士庶贱民为范围。

### 饮食

饮食在封建时代是有限制的。天子食太牢，诸侯食牛，卿食羊，大夫食豚，士食鱼炙，庶人食菜①，如管子所说的“饮食有量”，《新书》所说的“则饮食异”。按当时常以肉食者指卿大夫②，《诗》中亦有“采荼薪樗，食我农夫”之句③，庶人除老耄之外不肉食，是可信的。

### 衣饰

衣饰上的限制自古迄清都是用以区别贵贱的一种重要标识。官吏的朝服公服虽为服官之用，其形式、花样及颜色自不同于常

---

① 《国语·楚语下》，观射父语。

② 曹刿请见鲁庄公，其乡人曰：“肉食者谋之，又何间焉？”刿曰：“肉食者鄙，未能远谋。”（《左传》庄一〇）。又《说苑》云：东郊祖朝上书晋献公，愿闻国家之计。献公使人告之曰：“肉食者已虑之矣，藿食者又何预焉？”

③ 《诗·豳风·七月》。

服，官吏因官阶不同而服色不同，其制亦不足异①，我们可以略而不论，但亦不可忽略其社会意义。不但婚礼，祭祀得穿用公服，敛时穿用公服②，便是居家常礼亦得穿用③，致仕官、辞闲官且许用公服④，公服实不仅用于朝廷及衙署中。

现在让我们来说常服，我们要注意官吏平居的私服与士庶贱民之服有何不同。

---

① 公服朝服之制，举凡冠式（例如冠梁的多寡，详《汉官仪》；《通典》一〇八，《礼》六八，《开元礼纂类》三，《序例》下，“君臣冕服冠衣制度”，《明会典》六一，《礼部》十九，《冠服》二，“文武官公服”），冠饰（例如清代之帽顶帽珠，详《清会典》二九，《礼部》；《清通礼》五三《冠服通制》；《清律例》一七，《礼律》，《制仪》，“服舍建式”），服色（《通典》六一，《礼》二一，《嘉》六，“君臣章服制度”；《唐书》，二四，《舆服志》；《礼部式》，[《唐律疏义》二七，《杂律》“违令”条引]；《宋史》一五三，《舆服志》；《元典章》二九，《礼部》二，《礼制》二，“服色”；《明会典》，“文武官公服”），花样（《通典》“君臣章服制度”；《唐书·舆服志》；《元典章》，“服色”；《明会典》，“文武官公服”，《清会典》二九，《清通礼》，《冠服通制》；《清律例》，“服舍违式”），腰带（详《通典》六三，《礼》二三，《嘉》八，“天子诸侯玉珮剑绶玺印”，《宋史》一五三，《舆服志》；《元典章》，“服色”；《明会典》，“文武官冠服”；《清会典》二九，《清通礼》“冠服通制”；《清律例》“服舍违式”），佩绶（详《礼记·玉藻》；《唐书·舆服志》；《通典》，“天子诸侯玉佩剑绶玺印”；《明会典》，“文武官公服”），鱼袋（《通典》“天子诸侯玉佩剑绶玺印”；《唐书·舆服志》；《宋史》一五三《舆服志》），朝笏（详《礼记·玉藻》，《唐会要》三〇，《舆服》下，《笏》；《宋史》一五三，《舆服志》；《明会典》，“文武官公服”），甚至冠服上任何细微的小部分无一不指示品级的等次，古代的人不必看全身的冠服，只须任何一件物事，如一顶帽子，或帽上的一颗珠子，一条腰带，或带上的一块玉，便可以晓得它的主人是什么官。

② 详后。

③ 司马光《书仪》云：凡节序及非时家宴，上寿于家长，卑幼盛服序立，一人搢笏，执酒盏，一人搢笏执酒注，斟酒后出笏再拜，家长命侍者偏醑卑幼，饮讫，家长命易服，皆退，易便服还复就坐（卷四，《居家杂仪》）。据同书卷二《冠仪》云，盛服谓有官者具公服靴笏，无官者具幞头靴襕或衫带，盖宋时许官吏居家亦得服公服。

④ 明洪武三年令，年老致仕，及侍亲辞闲官，许用纱帽束带，若为事黜降者，服舆庶人同。三十年又令致仕官服色与见任同，若遇朝贺、谢恩、见辞、一体具服行礼（《明会典》，“文武官冠服”）。清制，官员致仕后，准照所封之品服用，其有加级、捐封、因公革职、未追封诰者，准用原品官顶戴荣身（《清会典》二九，《礼部》）。

颜色的分别是很重要的——包括公服、私服，这种限制虽因各代所尚的色不同，而规定不一，但以颜色来指示衣着者的身份，其意义则一。有此上色是品官专用的，所以这几种颜色对于庶人便是禁忌，不许服用，他们只能穿用这些上色以外的颜色。汉代青、绿二色是民间常服①，隋、唐及宋紫、朱、绿、青四色只有官品才能服用②，流外官及庶民便不得混用此色。隋时庶人通用白色③，唐时流外官及庶人只能穿用黄白二色④，朱、紫、绿、青等色不但不许僭用为衣，便是以此等颜色为里衣亦所不许。咸亨五年便因在外官人百姓不依令式，袍衫外衣如制，而内着朱、紫、绿、青等色的短衫袄子，或于闾野公然露服，贵贱莫辨，有敕彝伦，下敕严禁⑤。后唐时都将衙官使下系名目者只得衣紫皂衣，庶人商旅只衣白衣⑥。宋制，庶人旧来仍服白色，其后流外官贡举人及庶人通许服皂⑦，于是

① 《汉书》十，《成帝纪》。

② 隋制，三四品紫，五品朱，六品以下绿，胥吏青（《二仪实录》；王三聘，《古今事物考》卷六，《冠服》，服色条引）。唐二品以上服紫，四、五品以上绯，六品以上绿，八、九品以上青，通服黄（见《通典》六一，《礼》二一，《嘉》六"君臣章服制度"，《唐书》二四，《舆服志》，《唐会要》三一，《章服品第》及《杂录》）。《唐会要》云："贞观四年八月十四日，诏曰冠冕制度，已备令文，寻常服饰，未为差等，于是……"（《通典》但云贞观四年制）知此系常服服色。又按《礼部式》，亲王及王三品已上，若二王后，服色用紫，饰以玉，五品以上服色用朱，饰以金，七品已上服色用绿，饰以银，九品以上服色用青，饰以输石（《唐会要》，三一，《杂录》）。宋因唐制，三品以上服紫，五品以上服朱，七品以上服绿，九品以上服青。元丰元年始去青不用，四品以上紫，六品以上绯，九品以上绿（《宋史》一五三，《舆服志》五）。

③ 《二仪实录》。

④ 《通典》，"君臣章服制度"；《唐书·舆服志》，《唐会要·杂录》。

⑤ 《唐会要》三一，《章服品第》。

⑥ 《五代会要》六，《杂录》。

⑦ 《宋史》一五三，《舆服志》。据王栐《燕翼诒谋》云："国初仍唐旧制，有官者服皂袍，无官者白袍"，则皂袍原为有官者之服，后始通用于庶人。

皂白两色成为士庶通用的服色，紫色是禁用的①，便是黑底白花的衣服及蓝黄紫底撮晕花花样也不许士庶服用，妇女并不许用白色褐色毛缎及淡褐色匹帛制作衣服②。明制士庶穿杂色盘领衣，不许用黄③，民间妇女袍衫止用紫、绿、桃红及诸浅淡颜色，不许用大红，鸦青，黄色。带用蓝绢布。她们的礼服也只能用紫染色④。

商人有时特加贱视，不与庶人同列，因之服色别有限制。至于奴仆、娼优、皂隶原为贱民，为人所不齿。为了区别良贱，服色自更不同于常人。汉时，苍头⑤白衣⑥为奴隶之服。隋制屠商服皂⑦。唐时，部曲、客女、奴婢通用黄白，客女及婢通服青碧⑧。元时，以娼妓多与官员士庶同着衣服，不分贵贱，制定娼妓服色，穿着紫皂衫子，戴着冠儿，至娼妓之家长及亲属，则男裹青巾，妇女滞子抹⑨。明制，教坊司伶人，常服绿色巾，乐人衣服限用明绿、桃红、玉色、水红、茶褐颜色，系红绿褡裢，乐妓穿皂褙子⑩，皂隶公使人穿皂衣，系白褡裢，后皂衣改用淡青⑪。清，奴隶、优伶、皂隶不得用石青色

---

① 《宋史·舆服志五》云："县镇场务诸色公人并庶人商贾伎术，不系伶人，只许服白皂色……不得服紫"，据《燕翼诒谋》"紫惟施于朝服，非朝服而用紫者有禁"，则是品官服紫亦有限制。

② 《宋史·舆服志五》。

③ 《明会典》，《冠服》二，"士庶巾服"。

④ 同上。

⑤ 《汉书》七二，《鲍宣传》注孟康曰："汉名奴为苍头"，瓒曰："《汉仪注》官奴给书计从侍中已下为苍头青帻。"

⑥ 《汉书》七二，《两龚传》师古注云："白衣给官府驰走贱人"。

⑦ 《二仪实录》。

⑧ 《唐会要》三一，《杂录》。

⑨ 《元典章》，"服色"。

⑩ 《明会典》，《冠服》二，"教坊司冠下服"。

⑪ 同上，"吏员巾服"，"士庶巾服"。

衣服①。

衣料的质地有很大的讲究，锦绣绮罗一类质地精细的丝织品一向被目为上服，有许多人是不许服用的。汉时贱商，锦、绣、绮、縠、绨、纱、罽，都在禁用之列②，褐衣为贱者之服③。唐时品官才许通用紬、绫及罗，统外官、庶人、部曲、客女、奴婢止许服紬、绢、绝、布④。宋，庶人布袍⑤。元制，庶人惟许服暗花纻、丝、紬、绫罗、毛毳⑥。乐艺人等服用与庶人同，皂隶公使人止许服用紬、绢⑦。明制，庶人男女服止许用紬、绢、素纱，不许僭用锦、绮、纻、丝、绫、罗⑧，金绣闪色衣服之禁更严，违用者治罪，衣物入官⑨。四民之中只有农民之家许穿紬、纱、绢、布，商贾之家便止许用绢、布，如农民之家但有一人为商贾者，亦不许穿紬、纱⑩，隶卒下贱之人亦不许服

---

① 《清通礼》，《冠服通志》。

② 《汉书》卷二，《高帝纪》；二四，《食货志》。

③ 汉高帝购季布，匿濮阳周氏，为之髡钳，衣褐衣，卖为鲁朱家奴（《史记》一〇〇，《季布传》）。

④ 《唐书·舆服志》，《通典》云流外庶人服紬绫绝布（卷六，“君臣章服制度”）。

⑤ 《燕翼诒谋》。

⑥ 《元典章》，“服色”；《元史》一〇五，《刑法志》四，“禁令”。

⑦ 同上。

⑧ 《明会典》“士庶巾服”云：“庶民男女衣服，并不得僭用金、绣、绸、绮、纻、丝、绫、罗。”《明律例》，“服舍违式”条例则云，“若常服僭用锦、绮、纻、丝、绫、罗、彩绣……”云常服，则大服不禁（金则礼服常服皆在禁用之列）。故《明会典》，“士庶妻官服”条亦有士庶妻许用纻、丝、绫、罗、紬、绢之文。

⑨ 参看《明律例》，《礼律》，“服舍违式”；《明会典》，“士庶妻冠服”。前条云军民夫妇僭用金绣闪色衣服，事发各问以应得之罪，服饰并追入官。后条云军民妇女不许用销金衣服帐幔，犯者本身、家长、夫、男、匠作各治重罪。

⑩ 《明会典》，“士庶巾服”。

用纻、丝、纱、罗、绫、锦①。清制，五品官以下不得用蟒缎、妆缎，八品以下不得用大花缎纱②。庶民男女衣服许用纻、丝、绫、罗、紬、绢、素纱，不得用金绣，妇人亦不得裁制花样金线装饰③，金绣衣服仍悬为厉禁④。奴仆、长随、皂隶只许用绵紬、茧紬、毛褐、葛苎、梭布⑤。僧道在明清二代都不许服用纻、丝、绫、罗，止许用紬、绢、布匹⑥。

皮毛同样有一定的分寸，管子云："百工商贾不得服长鬈貂⑦。"《春秋繁露》则云："不敢服狐貉。"⑧明正德时禁商贩、吏典、仆役、娼优下贱服用貂裘⑨。清代对于皮毛考究最大，便是品官也有分寸，不能随意穿用。王公以下不得用黑狐皮，五品官以下不得用貂皮猞猁狲，八品官以下不得用白豹天马等皮。又文官四品以下武官三品以下除有职掌大臣及一等侍卫之外，不得用绿貂。至于奴仆、长随、优伶、皂隶便只许穿貉皮、羊皮，各种细皮是禁用为衣的。便是冬帽也只能用染骚鼠、狐貉、獭皮，不许用貂⑩。

---

① 《明会典》，"士庶巾服"。

② 《礼部则例》。

③ 《清律例》，"服舍违式"条例。又嘉庆十五年修改例云："军民僧道人等常服不许僭用锦绮纻丝绫罗彩绣。"原注云："言常服则大服不禁。"前一条例盖兼指大服而言。

④ 事发照例治罪（罪坐家长），物饰入官（《清律例》，"服舍违制"嘉庆十五年修改例）。

⑤ 《清会典》二九；《清通礼》，《冠服通制》；《清律例》，"服舍违制"，嘉庆十五年修改例。

⑥ 《清律例》一七，《礼律》，《仪制》，"僧道拜父母"。

⑦ 《管子》卷一，《立政》。

⑧ 《春秋繁露》卷七，《服制》。

⑨ 《明会典》，"士庶巾服"。

⑩ 《清会典》二九；《清通礼》，《冠服通制》；《清律例》，"服舍违制"条例。

衣服而外，冠履佩饰无一不有等第，不许随意穿着。唐时庶人帽子皆大露面不得有掩蔽①。元代庶人帽笠不许饰用金玉②。明制流外官及庶人，帽不得用顶，帽珠只许用水晶香木，巾环则不得用金、玉、玛瑙、珊瑚、琥珀③。清制帽顶亦为品官、贡、监、生员所专用④，便是雨帽亦不得乱用⑤。庶人帽上不许用绒缨大结⑥。

唐制流外及庶人妻女不得着五色线靴履⑦。元制，庶人靴不得裁制花样⑧。明洪武初年定庶民靴不得裁制花样金线装饰，二十五年又定制，靴子止有文武官同籍父、兄、伯叔、弟、侄、子婿及儒士、生员、吏典、知印、承差、钦定监天文生、太医院医士、瑜伽僧、正一道士、将军、散骑舍人、带刀之人、正五马军并马军小旗、教读大诰师生许穿靴。此外庶民、商贾、技艺、步军及军下余丁、管步军总小旗官下家人、火者、皂隶、伴当、在外医、卜、阴阳人皆不许穿靴，止

---

① 《唐会要·章服品第》。

② 《元典章》，“服色”；《元史·刑法志》“禁令”。

③ 《明会典》，“士庶巾服”。

④ 平时所戴暖帽凉帽，亲王世子、郡王长子、贝勒、贝子，入八分公俱用红宝石顶，未入八分公，固伦额驸、和硕公主额驸、民公、侯、伯、镇国将军、和硕额驸及一品大臣，俱用珊瑚顶，辅国将军及二品官俱用起花珊瑚顶，奉国将军及三品官俱用蓝宝石顶及蓝色明玻璃，奉恩将军及四品官俱用青金石顶，及蓝色涅玻璃，五品官用水晶顶及白色明玻璃，六品官用砗磲顶及白色涅玻璃，七品官用素金顶，八品官用起花金顶，九品官用起花银顶。未入流与九品同。进士、举人、贡生俱用金顶，生员、监生俱用银顶（《清律例》，“服舍违式”条例）。

⑤ 雨帽雨衣，一品、二品大红雨帽，四、五、六品用红顶黑镶边雨帽，七、八、九品及有顶带人员用黑顶红镶边雨帽（同上。据《清通礼》，二品以下除督抚外雨衣概用青色）。

⑥ 《清通礼》五三，《官民冠服》。

⑦ 《唐会要》，《章服品第》；《唐书·舆服志》。

⑧ 《元典章》，“服色”；《元史·刑法志》，“禁令”。

许穿皮札鞢，在北平、山西、山东、陕西、河南、直隶、徐州一带地寒人民，也只许穿牛皮直缝靴①。

佩饰方面金、玉、银、犀各朝皆禁止人民使用。唐代玉及金、银、输石为品官之饰，庶人只能用铜、铁②。宋品官带鱼以玉、金、银及犀饰之，胥吏工商庶人只许以铜、铁、角、石、黑玉为带饰③。

妇女的地位及服饰是决于夫或子的，其夫或子为官，便为命妇④，别有礼衣，恰如其夫或子之有朝服公服，且其日常服饰亦不同于士庶的妻母。她们只能服用纰、绢，命妇则能服用绫、罗、锦、绣，她们只能服用黄、白、青、碧等色，命妇则能服用朱、紫等色。贞观四年制品官服色，诏曰妇人从夫之色⑤。开元十九年敕，妇人服饰各依夫子，五等以上诸亲妇女及五品以上母妻通服紫，九品以上母妻通服朱，五品以上母妻衣腰襳襈缘用锦绣⑥。故《唐书·车服志》云妇人燕服视夫。元制定贵贱服色等第，命妇一至三品得服用浑金衣服，四、五品服金苔子，六品以下服销金及金纱苔子⑦，这些衣服不是常人妇女可以服用的。

---

① 《明会典》，“士庶巾服”。

② 详《通典》六一，“君臣章服制度”；六三，“天子诸侯玉佩剑绶玺印”；《唐书·舆服志》，《唐会要·章服品第·杂录》。

③ 《宋史·舆服五》。

④ 封赠，各代皆有定制。唐、宋时一品母妻为国夫人，三品以上为郡夫人，四品为郡君，五品为县君，勋官四品有封者为乡君。明、清文官一品赠三代，二品、三品二代，四至七品一代。正从一品曾祖母、祖母、母、妻各封赠一品夫人，正从二品祖母、母、妻各封赠夫人，正从三品母妻各封赠淑人，正从四品，母妻各封赠恭人，正从五品宜人，正从六品安人，正从七品孺人。曾祖母、祖母、母，各加太字。

⑤ 《通典》六一，《礼》二一，《嘉》六，“君臣章服制度”；《唐会要·章服品第》。

⑥ 《唐会要·章服品第》。

⑦ 《元典章》，“服色”；《元史·刑法志》“禁令”。

即以命妇礼服而论，其社会意义亦不可忽略，唐命妇花钗翟衣及庙见皆得服之①，明时命妇礼服在家见舅姑、夫，及祭祀都可服用②。不仅限于从品朝会时服用。这样，使得命妇在家族中威仪赫赫，地位优越于其余亲属妇女。

首饰的使用和衣服一样，须决定于夫或子的官阶，金、珠、翠、玉一直是命妇的专用品，非寻常妇女所能奢望，法律限制了她们的择用，使得富有而非仕宦人家的妇女咨叹徘徊于珠光宝气之外。宋代除了命妇外禁用销金、泥金、珍珠装缀衣服，只有命妇才许用金首饰，及以金为小儿铃、锟、簪、钏、缠、珥、环之属，只有她们才许用珍珠装缀首饰及顶珠，璎络、耳坠、头帼、抹子之类③。元制三品以上命妇首饰许用金、珠、宝玉，四五品金、玉、珍珠，六品以下用金，惟耳环用珠、玉④，庶人及妻女只许用翠花及金钗锑各一事，只有耳环可用金、珠、碧甸，余并用银⑤。明时也只有命妇才能以金、珠、翠、玉为饰，一、二品金、珠、翠、玉，三、四品去玉，五品去珠去玉，六品以下，金镀银间用珠⑥，民间妇女便止许用银镀金的首饰，耳环得用金、珠，钏镯便只得用银⑦，至于金宝首饰镯钏及用珍珠缘缀衣履并结成补子、盖额、缨络等件，则更在禁用之列，犯者问罪，

① 《通典》一〇八，《礼》六八，《开元礼纂类》三，“皇后妃内外命妇服及首饰制度”。

② 《明会典》六一，《冠服》二，“命妇冠服”。

③ 《宋史》一五三，《舆服》五。《燕翼诒谋》云：“非命妇不得以金为首饰，许人纠告，并以违制论。”

④ 《元典章》，“服色”；《元史·刑法志》，“禁令”。

⑤ 同上。

⑥ 《明史·舆服三》。

⑦ 《明会典》，“士庶巾服”；“士庶妻冠服”。若为娼妓，则并银镯钏亦不得用。

饰物入官①。清制,民间妇女只许用金首饰一件,金耳环一对,余概用银翠,不得制造花样金线装饰②。如僭用金宝首饰镯钏及用珍珠缘缀衣履并结成补子、盖额、缨络等件,家长照律治罪,饰物入官③。

## 房舍

居住方面,屋舍的大小,间数式样和装饰,各有定制,不能随意乱用。皇宫王府一望而知,公侯品官宅第排场也不同于凡人。曰宫殿,曰府邸,曰公馆,曰第,曰宅,曰家,自来的习惯语在名称上也给予不同的称谓。宋时执政亲王所居曰府,余官曰宅,庶民曰家④,至今北平犹曰某宅某宅,南方则曰某公馆,宅第公馆一类的字是含有相当浓厚的士大夫气息的。

厅堂间数自来有一定的格式。唐《营缮令》:三品以上堂舍不得过五间九架,厅厦两头门屋不得过三间五架,四、五品堂舍不得过五间七架,门屋不得过三间两架,六、七品以下堂舍不得过三间五架,门屋不得过一间两架⑤。明制,公侯所居前厅七间或五间,两厦九架,中堂七间九架,后堂七间七架,门屋三间五架。一、二品官厅堂五间九架,门房三间五架。三品至五品官厅堂五间七架,正门三间三架。六至九品厅堂三间七架,正门一间三架⑥。清制,一、二

---

① 参看《明律例》,"服舍违式"条例;《明会典》,"士庶妻冠服"。前条云:妇女僭用金宝首饰镯钏及用珍珠缘缀衣履,并结成补子、盖额、缨络等件,事发各问以应得之罪,服饰器用等物并进入官。后条则云妇女不许用宝石首饰镯钏,犯者本身家长、夫、男、匠作,治各重罪。

② 《清通礼》二四,《冠服通制》;《清律例》,"服舍违式"条例。

③ 《清律例》,"服舍违式",嘉庆十五年修改例。

④ 《宋史》一五四,《舆服》六。

⑤ 《唐书·舆服志》;《唐会要》三一,《杂录》。

⑥ 《明会典》六二,《礼部》二十,"房屋器用等第"。

品厅堂七间九架，正门三间五架，三至五品，六至九品，厅房正门间数并同明制①。庶人间数最少，自来厅房不得过三间②，门只一间或无③。所以庶人不论如何厚富，他可以造几十所房子，但每一所房子的厅房都不得过三间。洪武三十年便为此下一敕令，房屋虽至一二十所，随其物力，但不许超过三间以上，五间九间是绝对不行的。其后虽下令（正统十二年）稍稍变通，架数可以增加，间数则仍照旧④。在北平城中现存的旧式房屋除王府外，都是五间至三间的。

房屋的形式和装饰，大有分寸。重拱藻井虽品官亦不许用⑤。瓦兽只限于品官之家。唐时非常参官不许施悬鱼对凤瓦兽⑥。明制，公侯屋脊用花样瓦兽，五品以上官皆用瓦兽⑦。元律，小民房屋安置鹅衙脊有鳞爪瓦兽者，笞三十七，陶人二十七⑧。清制，一品、二品屋脊许用花样兽吻，三、四、五品许用兽吻⑨。

梁栋、斗拱、檐桷，也只有品官才能加以彩饰。明制，公侯用彩

---

① 《清律例》，“服舍违式”条例。

② 唐制，三间四架，宋、明、清三间五架。（见《唐书·舆服志》；《唐会要》三一，《杂录》；《宋史·舆服志》；《明会典》，“房屋器用等第”；《清律例》，“服舍违式”条例）。

③ 唐制一间二架（《唐书·舆服志》；《唐会要》三一，《杂录》），宋非品官不得起门屋（《宋史·舆服志》）。元、明、清俱无关于庶人门屋之规定。

④ 见《明会典》，“房屋器用等第”。

⑤ 唐《营缮令》云：“王公以下，凡有舍屋不得施重拱藻井”（《唐律疏义》二六，“舍宅舆服器物”引）。宋以下禁令见《宋史·舆服志六》；《明会典》，“房屋器用等第”；《清律例》，“服舍违式”条例。

⑥ 《唐书》，同上。

⑦ 《明会典》，同上。

⑧ 《元史·刑法志》，“禁令”。

⑨ 《清律例》，“服舍违式”条例。

色绘饰,门窗朽柱用金漆或黑饰;一至五品官梁栋、斗拱、檐桷用青碧绘饰;六至九品梁栋止用土黄刷饰①。清制,品官绘饰同明制②。庶人自不得以彩饰加于栋宇,自唐迄清皆然③。

门饰亦以华丽为贵,唐代五品以上可作乌头大门④。明制,公侯用金漆及兽面锡环的大门,一、二品用绿油兽面摆锡环,三至五品黑油兽面摆锡环,六至九品黑门铁环⑤。清制略异,一、二品改用兽面铜环,三至五品仍用兽面摆锡环⑥。庶人的门饰最为朴素,唐时堂舍门房皆不得施装饰⑦。

门口的装饰,古代有施戟之制,唐《仪制令》,正一品开府仪同三司,嗣王、郡王、并勋官上柱国、柱国等带职事三品以上并许列戟,一品门十六戟,少者十戟⑧。宋代诸道府公门皆有,私第则爵位穹显并经恩赐者许之⑨。晋天福三年诏中外臣僚带平章事、侍中、中书令及诸道节度使,并许私门立戟⑩,皆为特宠殊荣。

古代房屋之制如此繁异,所以但从某人宅第经过,就晓得这房主人的身世,只须略一注视门饰,屋瓦,厅堂的大小,便可一目了

---

① 《明会典》,"房屋器用等第"。

② 《清律例》,同上。

③ 《唐书·舆服志》云:庶人不得辄施装饰。《宋史·舆服志》云:凡民庶家不得以五色文彩为饰。《明会典》,"房屋器用等第"云:"庶民所居房舍不许用斗拱及彩色装饰。"又云,洪武三十五年申明军民房屋栋梁止用粉青刷饰。清律亦有庶民房舍不得用斗拱彩色雕饰之文(《清律例》,"服舍违式")。

④ 《唐书》,同上。

⑤ 《明会典》,同上。

⑥ 《清律例》,同上。

⑦ 《唐书》,同上。

⑧ 《唐会要》三二,《舆服》下,《戟》。

⑨ 《宋史》,同上。

⑩ 《五代会要》下,《戟》。

然。房屋等第之制的原意即在于此。

室内的陈设亦有种种限制。

宋代，帐幔、缛壁、承尘、柱衣、额道、项帕、覆旌、床裙，概不许用纯锦遍绣①。元、明、清之制，一品至三品官帐幕许用金花刺绣纱罗，四、五品用刺绣纱罗，六品以下用素纱罗。庶人用纱绢②。士庶僭以大红销金制为帐幔被褥是悬为厉禁的③，被褥在洪武时代有特殊的规定，一至五品官用纻、丝、锦、绣，六至九品用绫、罗、纱、绢，庶民用纱、绢、布④。坐褥在清代也有规定，一品冬用狼皮，夏用红褐，二品冬用貛皮，夏用红褐，缘皂褐，三品冬用貉皮，夏用皂褐，缘红褐，四品冬用山羊皮，夏用皂皮，五品冬用青羊皮，夏用蓝布，衬白毡，六品冬用黑羊皮，夏用黑棕色布，七品冬用鹿皮，夏用灰色布，八品冬用麅皮，夏用土布，九品冬用獭皮，夏用土布⑤。

朱红器为御用物，所以官吏士庶自来禁用朱红漆木器。宋时禁京城造朱红器皿，凡器皿毋得表里朱漆金漆，下毋得衬朱，士庶僧道不得以朱漆饰床榻⑥。明代屡次申明禁令，官民人等不许僭用朱红金饰的椅桌木器，官员床面屏风榻子都只许用杂色漆饰⑦。

---

① 《宋史·舆服五》。

② 《元典章》，“服色”；《明会典》，“房屋器用等第”；《清律例》，“服舍违式”条例。

③ 《明律例》，“服舍违式”条例云，军民僧道人等僭将大红销金制为帐幔被褥之类，事发，各问以应得之罪，器物并追人官。《明会典》，“士庶妻冠服”条云：正德元年令军民妇女不许用销金衣服帐幔，犯者本身家长夫男匠作各治重罪。《清律例》，“服舍违式”条例与《明律例》同。

④ 《明会典》，“房屋器用等第”。

⑤ 《清会典》二九；《清通礼》，《官服通制》。

⑥ 《宋史》，同上。

⑦ 《明会典》，同上。

明、清律官吏军民人等器皿僭用朱红黄颜色者，俱比照僭用龙凤纹律断罪，器皿追收入官①。

金玉也是内廷专用的，所以历代对于金玉器皿都限制綦严，虽品官之家亦不得随意使用，唐制一品以下食器不得用纯金纯玉②。宋时凡是金银箔线、贴金、销金、泥金、蹙金线装贴什器土木玩用之具，一概禁断，并禁民间制造金丝盘蹙金线③。只有三品以上官及宗室戚里之家许用金棱器，用银者不得涂金玳瑁，酒食器非宫禁毋得用纯金器，赐者听用④。元代一品至三品许用金玉茶酒器，四五品惟台盏用金，六品以下台盏用镀金，余并用银。庶人酒器许用银壶、瓶、台、盏、盂、镟，余皆禁止⑤。明制，公侯一二品官酒注酒盏用金，余用银，三品至五品酒具用银，酒盏用金，六至九品酒注酒盏用银，余皆用磁漆木器，并不许用朱红及抹金揣金。庶民酒注用锡，酒盏用银，余磁漆⑥。明、清律俱规定军民僧道人等器物僭用戗金、描金，酒器全用金银（止用一件不禁），事发俱照律治罪，器物入官⑦。

**舆马**

关于行的方面，各阶级亦不相同，因行的工具及其装饰上的差异而显示不同的身份。一般说来士大夫可以说是乘车骑马的阶级，庶人及贱民通常皆步行，或只能乘用指定的一定形式的交通工

---

① 《明律例》，“服舍违式”条例；《清律例》同条。
② 《唐律疏义》二六，《杂律》，“舍宅车服器物”条《疏义》。
③ 《宋史》，同上。
④ 同上。
⑤ 《元典章》，同上。
⑥ 《明会典》，同上。
⑦ 《明律例》，《清律例》，“服舍违式”条例。

具。孔子最喜爱的弟子颜回死了，颜父请求借用孔子的车子为椁，孔子不肯，说："吾从大夫之后，不可以徒行。"①孟子出门后车数十乘。士大夫是不肯步行的。

有种人是禁用车马的，他们包括贱商政策下的商人及贱民。汉高帝诏商贾不许乘车骑马②。唐时也不许工商乘马，庶人僧道并在禁内，乾封二年曾下敕严禁，但事实上禁令渐松，商人不但乘马，还雕鞍银镫，装饰焕烂，且从以童骑。太和年间又下令禁断③。贱民一向不许骑乘，元时娼家出入亦不许乘坐车马④。

舆檐之禁最严。唐、宋时代不但平民不能乘舆，即贵戚大臣非特旨殊恩亦不能乘用。当时百官出入皆乘马。唐，王公大臣车辂藏于太仆，只受制行册命巡陵昏葬给乘，平日以骑代车。虽宰相之尊亦不能例外。张宏靖以宰相镇幽州，用人舆出入，将士骇怒，几至于乱。王安石在金陵有进肩舆者，怒曰："奈何以人代畜"。建康末年高宗奉使至磁，磁守宗汝霖以所乘黑漆紫褥之轿进，高宗却之。宋时外省较自由，有乘轿者，但京畿之内，因回避至尊，除妇人得乘车外，百官皆不用肩舆，限制极严。只有耆德大臣及宗室老疾不能骑马的才特许乘舆。唐开成五年定制，宰相、三公、师保、尚书令、仆射诸司长官及致仕官疾病许乘檐，三品以上官及刺史有疾暂乘，不得舍驿。宋神宗优待宗室老疾不能骑者，出入听肩舆。司马光居相位时不能骑，诏许肩舆至内东门，皆特恩异礼，舆檐之禁一直到南渡以后因道路险阻，淮扬道上砖滑难骑，皇帝体念从跸诸

① 《论语·先进》。
② 《汉书·高帝纪》、《食货志》；《后汉书》三九，《舆服志》。
③ 《唐会要》三十一，《杂录》。
④ 《元典章》，"服色"；《元史·刑法志》，"禁令"。

臣,不忍使之奔走危地,才许百官乘舆。于是群臣无乘马者①。

但舆禁自南宋而后并非全然解禁,并不是文武大小官吏一体得乘用的。明制只有在京三品以上官许乘轿,四品以下仍骑马,不许违例用轿或肩舆,在外各衙门各大吏以下一律骑马。武官勋戚因不欲其荒废骑射,明初即定制不许乘轿②。清制仍不许武官乘轿,但提督、总兵多以轿代骑③。文官则大小无不乘轿,虽佐贰杂职亦罕骑马,甚至舆台厮养援例入国学,亦俨然肩舆出入④。

庶人有许多时候是不许乘用车轿或马的,唐、宋时虽品官亦不得乘舆,民间自更不得乘用⑤。妇人才能例外,唐时胥吏商贾之妻并不得乘奚车及檐子,老疾者得坐苇舆车及兜笼⑥。宋时工商庶人

---

① 本节参看《唐书》二四,《舆服志》;《唐会要》三一,《杂录》;《宋史》一五〇,《舆服志》;赵彦卫,《云麓漫钞》卷七;钱易,《南部新书》,戊;李心传《建炎以来朝野杂记》甲集,卷三,"典礼","百官肩舆盖"条,严有禧《漱华随笔》卷一。按各书皆言北宋时丞相非特恩不得乘舆,独《南部新书》云元和以后丞相始诏乘肩舆,与诸书所记不同。

② 参看《明会典》,"房屋器用等第";《明律例》,"服色违式"条例;《明史·舆服一》;《漱华随录》卷一。

③ 清制武职官员定例不准乘坐肩舆。嘉庆时申明禁令,将军、都统、副都统、提督、总兵官如有乘坐肩舆者,经人纠参,即行照例革职,城守尉、协领、副将以下等官如有乘坐肩舆者,着该管将军、都统、副都统、督、抚、提、镇参奏,即行革职,曾经出兵著有劳绩者,奏明作为兵士食粮效力,其并无劳绩者即行革职。(嘉庆十二年四月初四日上谕,《清律例汇辑便览》,"服舍违式"条例。)将军、提督、总兵官惟年逾七十,不能乘骑者,听其奏闻取旨,得准乘舆,又因公赴京,遇无马处所,或天雨不能乘骑,亦暂准坐轿。(参看《清通礼》,五四,《仪卫通制》;《中枢政考》——《大清律例汇辑便览》,"服舍违式"条引。)提镇以下官则绝对不许,副将以下坐轿者即行革职。(见《中枢政考》,故《漱华随笔》云武员惟提镇以下不得坐轿)。

④ 见《漱华随笔》。按清制汉官与满官不同,汉文官大小皆得乘轿,惟杂职乘马。满官则惟亲郡王、大学士、六部尚书得乘肩舆,贝勒、贝子、公、都统及二品文臣非年老皆不得乘舆。其余文武俱乘马。(《清会典》二九;《清通礼》五四)。

⑤ 《宋史·舆服五》云:"民间毋得乘檐子。"

⑥ 《唐书·舆服志》。

只能乘犊车及兜子，惟妇人得乘舆[①]。元、明以后妇人及官民老疾者皆许坐轿[②]。

虽有多种人许乘坐车舆，但并不是所有许乘车舆的人都能乘坐同样的车舆，它的构造颜色以及附带的装饰，每一细微的差异都足显示乘坐者的不同身份。

汉景帝以长吏车驾衣服宜称其官，不当与民无异，致亡吏体，诏令二千石车朱两辖，千石至六百石朱左辖，又制三百石以上皂布盖，千石以上皂缯覆盖，二百石以下白布盖，车骑从者不称其官皆令检举[③]。北齐正从一品执事散官及仪同三司乘油朱络网车，车牛饰得用金涂及纯银，三品乘卷通幰车，车牛金饰，七品以上乘偏幰车，车牛铜装饰。隋三品以上通幰车，五品以上亘幰车，六品以下不许施幰[④]。三公夫人及公主、王妃犊车紫幰朱网络，五品以上命妇青幰[⑤]。唐亲王及武职一品象轪青油缦，朱里通幰朱丝络网，二品、三品革轪朱里青通幰，四品木轪，五品轺车皆碧里青偏幰。一品九旒，二品八，三品七，四品六，鞶缨就数同[⑥]。外命妇三品以金铜饰犊车檐子，四、五品白铜饰犊车檐子，六品以下画奚车檐子[⑦]。宋制三品以上革车绯幰，县令乘轺车紫幰[⑧]，内命妇及皇亲乘银装

① 《建炎以来朝野杂记》，“百官肩舆盖”条云：“东部旧制惟妇人得乘舆。”

② 《明会典》，“房屋器用等第”。

③ 参看《汉书》五，《景帝纪》；《后汉书》三九，《舆服志》。

④ 《通典》六五，《礼》二五，《嘉》一五，“公侯大夫等车轪”。

⑤ 同上卷，“王妃命妇等车”。

⑥ 《唐书·舆服志》。

⑦ 《准卤簿令》，外命妇一品乘厌翟车，二品以下白铜饰犊车，后因妇人多用檐子，参酌时宜，另立此制（详《唐会要》三一，《杂录》）。

⑧ 《宋史》一五〇，《舆服志》二。

白藤舆檐,外命妇乘白籐舆檐,金铜犊车,漆犊车①。唐时庶人所用苇牵车,及兜笼,从名称上便可以想象其简陋。元、明二代车舆之制,一至三品许用间金装饰、银螭头、绣带、青幔,四、五品用素狮头、绣带、青幔,六至九品用素云头、素带、青幔。庶人车舆黑油齐头平顶,皂幔,不许用云头②。清制,三品以上官舆顶用银帏,盖用皂,四品以下,锡顶。命妇车舆,一品皂盖,四角绿缘,绿幰皂帏,舆用银顶,二品皂盖不缘饰,绿幰,皂帏,三品皂盖不缘饰,皂幰皂帏,四品皂盖不缘饰,皂幰青帏,舆用锡顶,五品以下青盖不缘饰,皂幰青帏(以上各物,二品以上用缯,余均用布)。舆,三品以上用银顶,四品以下锡顶③。

抬轿的人数,唐命妇檐舁以八人,三品六人,四品、五品四人,庶人所用兜笼二人④。宋制庶人所乘兜子亦不得过二人⑤。明制文武例应轿者只许四人扛抬,擅用八人者,指实奏闻⑥。清制三品以上京堂,在京乘四人舆,出京八人,四品以下文职舁夫二,出京四。直省文职督抚坐八人轿,司道以下教职以上,四人轿,钦差官三品以上舆夫亦用八名,命妇同夫⑦。

马与驴同为代步的牲畜,但马比驴神气多了,官吏皆骑马,恐只有庶人及不许乘马的人才骑驴。明初官员到任多无马,或借假于人,或乘驴,太祖谕兵部,以礼当别贵贱,明等威,布政司、按察

① 《宋史》一五〇,《舆服志》五。
② 《元典章》,"服色";《明会典》,"房屋器用等第"。
③ 《清会典》二九;《清通礼》五四。
④ 《唐书·舆服志》;《唐会要》三一,《杂录》。
⑤ 《宋史·舆服五》。
⑥ 《明会典》,同上。
⑦ 《清会典》二九;《清通礼》,同上。

司、府、州、县官多乘驴，甚乖治体，令官为买马，布政司、府、州、县各给马若干匹，以供骑乘①。

马饰的差异极大。宋代只有京官三品以上外任者许以缨饰②，在明代缨饰并不这样名贵，官民人等俱许悬用，但官民都禁用红缨，止许用黑色的③。清制惟四品以上得系繁缨④。

鞍辔历代都有详细规定。唐制未仕者不许用银及输石，只能用乌漆鞍铁踏镫，且只许乘蜀马小马⑤。梁开平二年敕："车服以庸，古之制也，贵贱无别，罪莫大焉。应内外将相许以银饰鞍勒。其刺史、都将、内外诸司使、只许用铜饰，仍永为定式。"⑥宋制，绣鞯及闹装校具只限宗室及恩赐者使用⑦。闹装银鞍只限于五品官以上，六品以下官及工商庶人便只能用乌漆素鞍及毡皮绝绌鞯子⑧。元制一品许以金玉饰鞍辔，二、三品饰以金，四、五品饰以银，六品以下只能以输石、铜、铁为饰⑨。明制：公、侯，一品、二品用银锭铁事件，描银靽，三至五品用银锭铁事件，油画靽，六至九品用摆锡铁事件，油画靽，军民用铁事件，黑绿油靽⑩。清制：郡王以上用金黄

① 余继登《典故纪闻》卷五。

② 《宋史·舆服志二》。

③ 《明会典》，同上。

④ 《清会典》二九；《清通礼》，同上。

⑤ 参看《通典》六三，"天子诸侯玉佩剑绶玺印"；《唐会要》三一，《杂录》；《唐书·舆服志》。

⑥ 《五代会要》六，《杂录》。

⑦ 祥符五年诏，绣鞯及闹装校具，除宗室及恩赐者悉禁，熙宁间五品以上复许银鞍闹装，若开花绣鞯，惟恩赐乃得乘（《宋史·舆服二》）。

⑧ 《宋史·舆服二》。

⑨ 《元典章》，"服色"。

⑩ 《明会典》，"房屋器用等第"。

鞴,贝勒贝子入八公分用紫鞴,未入八分公以下用清鞴。

除了车舆马饰外,仪卫是区别贵贱的另一重要标识。皇帝有卤簿,王侯以至百官仪卫各有等第,其意义除慎戒外,更有增加统治者尊严的目的,威仪煌赫,使人望而生畏,使他们得以安徐而无哗地通过街衢,不与平民混杂在一处,更不致为人所阻塞。品官出来,不但舆马鲜明,一望而知来者是何官阶,车前仪仗成行,远远即闻呵道声,行人远望遥闻,便可早作肃静回避的准备。富郑公(弼)致仕,着布直缀,跨驴出郊,道逢水南巡检,呵引而来,前卒见有人骑驴当道,呵骑者下,富举鞭促驴,卒声愈厉,喝言不肯下骑,请问官位。富自称名,巡检知是富郑公,不胜惶恐,下马伏谒道左[①]。杜祁公(衍)以少师致仕,道遇一新榜高科者,假得大帅牙兵宝剑旌钺导从,呵拥甚盛,杜无路可避,命二老卒敛马侧立于旁,举袖障面,新贵人颇恚其立马而避[②]。民庶见官而不回避,小官见大官而不回避是不容许的。

行路贱避贵是公认的原则,唐《仪制令》云:"行路贱避贵",违者笞五十[③]。宋乾德二年诏令详定内外群臣相见之仪,大小官相遇于途,官级悬殊者便令引避,次尊者敛马侧立,稍尊者则分路行[④]。洪武时曾详定各种人相遇回避的细则。街市军民人等买卖及乘坐驴马出入者,遥见公、侯、驸马、一品以下至四品官过往,即便下马让道。官员间的回避,或分道而行,或引马侧立,或趋右让道而行,或引马回避,各种不同的方式,皆决定于双方尊卑的距离[⑤]。清亦

① 朱彧《萍州可谈》。
② 释夕莹《湘山野录》。
③ 《唐律疏义》二七,《杂录》,"违令"条《疏义》引。
④ 《宋史》一一八,《礼志》七一,《礼》二一,《宾礼》三。
⑤ 《明会典》五九,《礼部》一七,"官员礼"。

有下马立，勒马侧立，勒马（停车）候过，让道旁行，分路而行等仪[①]。条例规定军民人等于街市遇见官员引导经过，即须下马躲避，不许冲突，违者笞五十[②]。

关于官员仪从，各朝都有详细规定，原则上是官品愈高则仪从愈盛，所用仪仗愈堂皇。唐时一品导从七骑，二品、三品五骑，四品三骑，五品二骑，六品一骑[③]。唐、宋一品官卤簿除鼓吹、伞、扇、旛、盖外，戟、刀、盾、弓箭、矟等兵仗多至三百数十，随从的清道、车辐、驾士亦在四十以上，僚佐尚不在内，一行威仪之盛可想[④]。明官员仪从，公十人，侯八人，伯六人，一品至三品六人，四至六品四人，七至九品二人，引导七品以上官三对，用锡槊、钢叉、藤棍；或二对，用银槊、藤棍，少者引导一对，止用藤棍，八九品止用竹蒺一对引道，职杂不许[⑤]。清代品官仪卫以总督为最盛，伞、扇、旗、枪、兵拳、雁翎刀、兽剑、镟棍、铜棍、皮槊、回避牌、肃静牌等件有十七对之多，府、州、县官亦有一伞，一扇，二铜棍，二皮槊，二肃静牌。以杂职之微亦有二竹板[⑥]。

命妇皆许用仪卫，唐一品至四品内外命妇别有卤簿，除伞、戟、清道、青衣外，别有雉尾扇、偏扇、团扇、方扇、及行障、坐障等[⑦]。宋

---

① 《清会典》二九，《礼部》；《清通礼》四六，《宾礼》。

② 《清律例》一七，《礼律》，《仪制》，“禁止迎送”条条例。

③ 《唐书·舆服志》。

④ 各品卤簿（唐限四品以上，宋限三品以上），详见《通典》一〇七，《礼》六七，《开元礼纂类》二，《序例》中，“群官卤簿”。《宋史》一四七，《仪卫》五。

⑤ 《明会典》，“官员礼”。初制六品以下不许引导。

⑥ 详《清会典》二九；《清通礼》五四，“仪卫通例”。

⑦ 《通典》一〇七，《开元礼纂类》二，“外命妇卤簿”。

制,命妇卤簿与品官同①。清制亦然②。

庶人绝对没有用仪卫的资格,即使有一二仆役随行也不能喝道,或令一人骑马在前。《宋史》上说得很明白,车前不许呵引,及前列仪物,也不得以银骨朵水罐引喝随行③。清时官吏庶民擅用引马者,官交部议处,民交部治罪④。

因仪卫中有伞,于是伞的使用不得漫无限制,以防混淆。明、清二代品官伞盖是用各色罗绢做的⑤,雨伞亦有油绢油纸之别⑥,所以庶民绝对不许用罗绢凉伞;雨伞也止许用油纸的,禁用油绢⑦。

以上是官吏士庶衣饰器用的等第,其中有一共同的原则,即上可兼下,而下不得僭上⑧。

从以上的事实中,我们可以看出各种不同社会政治地位的人在各种生活方式的差异,真足以令人惊异不置。每一细微的部分

---

① 详《宋史·仪卫五》。

② 《清通礼》,《仪卫通制》云,命妇仪卫皆从其夫。

③ 《宋史·舆服志五》。

④ 见《礼部则例》。按引马或称顶马,《随园随笔》云:"今贵人衔行,前有骑马者二人,号称顶马。"(卷九,"顶马"条)京官惟三品以上许用,外省文官亦限三品以上,武官则二品以上才得用引马(见《清通礼》,《仪卫通制》)。

⑤ 明制,一品至四品茶褐罗,五品青罗,六至九品青绢(《明会典》,"官员礼")。

清制,一品至四品杏黄罗,五品蓝罗,六至八品蓝绢(《清律例》,"服舍违式",道光十五年修改例)。

⑥ 明制五品以下用红油绢雨伞,余止用油纸(《明会典》,同上)。清则品官通用油绢伞(《清律例》,同上)。

⑦ 《明史》六五,《舆服志》一;《清律例》,"服舍违式"道光十五年修改例。

⑧ 见武德四年令(《唐书·舆服志》),咸亨五年敕(《唐会要》三一,《章服品第》),《开元礼》(《通典》一〇八,《礼》六八,《开元礼纂类》三,"皇后王妃内外命妇及首饰制度"),元延祐二年旨(《元会典》,"服色";《元史·刑法志》,"禁令"),明洪武初令(《明会典》,"房屋器用等第"),《清律例》("服舍违式"条例)。

无不经过缜密的考虑与有系统的设计，所以别贵贱辨等威者，可谓无微不至。

这些琐细的规定不仅规定于礼书中①，且编入法典中②。我们所以重视这些规定，便是因其不仅有社会制裁的支持，更重要的是还有法律制裁，决不仅是一些散漫的零乱的习惯风俗，而是制度化了的成文规范——礼与法。

唐以来的法律对不依规式僭用衣服器物者都有严厉处罚。唐、宋律营舍宅舆服器物于令有违者杖一百③，衣服于式有违者亦笞四十④。太和七年又敕衣服舆马等物如故违制度，九品以上量加黜责，布衣五年不得选举⑤。元、明、清律房舍舆服器物皆有专条，违

① 礼即所以别尊卑异贵贱（详第七章第一节），礼书即此种具体规定。

② 唐代宅舍舆服器物等第分别详细规定于《营缮令》，《仪制令》，《衣服令》，《礼部式》等令文中（此外又有贞观礼，显庆礼，开元礼），法律则只为概括的规定。故"宅舍舆服器物"条云："诸营造舍宅舆服器物于令有违者杖一百"，又"违令"条云："诸违令者笞五十（谓令有禁制而律无罪名者），别式减一等。"自法理言之，此种概括规定的法律效力实与一一列举相同，且令式本身即法律，其法律效力与法典相同，并不待法典有此一项规定才开始，法律上有此一项规定，不过明定违令违式之处分而已。明、清律"服舍违式"条云，凡官民房舍舆服器物之类，各有等第，若违式僭用云云。又"违令"条云："凡违令笞五十（谓令有禁制而律无罪名者），"亦只为概括的规定，详细的规定则在礼书、会典及各朝敕令条例中，法律只明定违制的处分而已（礼书会典中无若何治罪之文），详细的等第则在礼书会典及各朝敕条例中。清代始将关于衣冠、房屋、舆马、器物、坟墓的详细规定列入"服舍违式"条条例内。

③ 同上。

④ 按《唐律疏义》，"舍宅舆服器物"条，疏义于述及衣服令时谓服者《衣服令》，一品衮冕，二品鹫冕；又《违令》条（卷二七，《杂录》下）《疏义》解释别式谓，《礼部式》，五品以上服紫，六品以下服朱之类。《宋刑统》二六，《杂律》，"营造舍宅舆服违令"条，及二七，《杂律》，"违令及不应得为而为"条《疏义》同。是则僭用衣服者，或杖一百或笞四十，当以违令违式为准。

⑤ 《唐会要·杂录》。

者分别有官无官治罪。无官者家长处笞①。有官者,元职官解现任,期年后降一等叙②。明、清二代除罢职不叙外,更附杖一百③。永乐时且以服色违式为迁发种田罪名之一④。所以分别有官无官,是因有官者应知礼法,知法犯法罪重,故处罪倍重于士庶,甚致失官。中国古代法律对于有官者犯罪皆从轻发落,轻于士庶,独服舍违式一项从重处分,重于士庶,于此亦可见古代对服舍违式之看重了。

便是承造的工匠也有责任,除自首免罪外,须笞五十⑤,这样使得工匠不敢不问来由,冒昧承造,是杜绝来源之意。

除了对于服用者及承造者的处分外,还有一项很重要的规定。唐、宋律舍宅舆服器物于令有违者,可卖者听卖,不可卖者亦须改正⑥。太和六年又奏准没入所犯物⑦。元律以违禁物付告捉人充赏⑧。明、清律例中皆有违式之物责令改正之规定⑨。

职业的划分原不可与阶级相混,士、农、工、商不能目为阶级,官吏更不能目为阶级,但如果像以上所说的,官吏与士、农、工、商的生活方式完全不同,工商又与士农不同,此外,奴仆、娼优、皂隶等下贱人又另成一阶层,而且种种差异成为一种不可动摇的制度时,则是政治、社会、法律上都承认他们的不同社会地位、身份,不

① 《元史·刑法志》,"禁令"。
② 《元典章》,"服色";《元史·刑法志》,"禁令"。
③ 《明律例》,"服舍违式";《清律例》,"服舍违式"。
④ 《明会典》一七三,《刑部》一五,"罪名一"。
⑤ 《明律例》,"服舍违式";《清律例》,"服色违式"。
⑥ 《唐律疏义》,"舍宅舆服器物";《宋刑统》,"营造舍宅舆服违令"。
⑦ 《唐会要》三一,《杂录》。
⑧ 《元典章》,"服色";《元史·刑法志》,"禁令"。
⑨ 《明律例》,"服舍违式";《清律例》,"服舍违式"。

同的权利。假如一个人的真正的生活方式足以告诉我们他在社会中所处的地位，又假如以社会法律所定的权利来观察社会中各个阶级的层次，不失为一具有客观性的方法的话，则我们将士大夫（包括已退休的官吏），农、工、商贾及奴仆、娼优等贱民目之为三种不同的阶级，而以特权阶级为士大夫的代名词，或尚与中国历史上的情形相合。

再进一步来说，解职的致仕官服用仍与现任官相同[①]，也是研究这问题的一重要点。官吏原非世禄，如官吏解职以后，便失去官吏的身分，失去以前所有特权，其社会地位、法律地位完全与平民无别，而生活方式亦与庶人同，目之为阶级，则毫无意义可言，其生活方式上的差异，亦只限于在任的一个时间，这种差异和划分只是暂时性的。但反过来讲，如果做官人一旦获得官吏的身分以后，除去少数例外（如革职不叙），便永远保持特殊的社会地位（所以政治上有致仕官的名称，社会上有绅士的称谓，表示一种特殊地位，虽退休不居官仍与士庶不同，而与官宦同列）与社会特权（例如法律上的），即在日常生活及行住服饰上亦有法律上规定的差异，使得他们与士庶的生活方式永远不同，则官吏与士庶的划分不仅极端严格，且成为永久性的，使两种社会分子之间永远保持一定的距离而构成阶级的形态，其社会意义及影响极重大，不容忽视。从这方面来看，目之为特权阶级，说他们的官吏身分并不因行政职权的解除而丧失，而变异——官吏的身分与官吏的职权在这种情形之下，

① 《元典章》及《元律》俱云："职官致仕与现任同，解降者依应得品级不叙与庶人同。"（《元典章》，"服色"；《元史·刑法志》，"禁令"），明制：官员任满，致仕亦与见仕同（见《明会典》，"房屋器用等第"）。

是析而为二的——并不是没有理由的。

还有一点事实对于我们在这方面的研究也很重要。这是与官吏家族有关的,每一朝代的法律都承认官吏家属的特殊社会地位及权利。品官的直系尊亲属及配偶原在封赠之列,他们本身也已取得特殊的身分,他们的享受自得依照其所封赠的品级,不同常人,便是品官的子孙、姊妹、弟侄不在封赠之列的,也得享受与父祖、伯叔、兄弟相同的生活方式。房屋方面自来的法律都容许品官的子孙在品官故去后仍旧居住,虽然他们本身并无官职,或其官品小于他们的父祖,与他们所住的房屋等第不相符合,也没有关系。唐制,"其祖父舍宅门荫子孙虽尽,听依旧居住"①。宋制,"父祖舍宅有者子孙许之"②。明制,"其父祖有官身殁,非犯除名不叙,子孙许居父祖房舍"③。清律,父祖有官身殁,虽曾经断罪者,其房仍许子孙居住④。房屋而外,其他车马衣服等物也不禁止子孙及其他家属使用,除非他们的父祖在除名不叙之限。历代法律有相同的规定⑤。明时曾议定品官的直系,旁系亲属及其配偶的冠服⑥。这

① 《唐会要》三一,《杂录》。

② 《宋史·舆服六》。

③ 《明会典》,"房屋器用等第"。

④ 《清律例》,"服舍违式"条例。

⑤ 《元典章》,"服色";《元史·刑法志》,"禁令"。《明会典》,"房屋器用等第"。《清律例》,"服舍违式"条例。

⑥ 洪武元年礼部奉诏议定内外官父兄、伯叔、子孙、弟侄用乌纱帽软脚垂带,圆领衣、乌角带(按此与八、九品常服同),品官祖母及母与子孙同居亲弟侄妇女礼服合以本官所居官职品级通用漆纱珠翠庆云冠,本品衫霞帔褙子,绿褶袄裙,惟山松特髻子止许受封诰敕者用之。品官次妻许用本品珠翠庆云冠褙子为礼服,销金阔领长袄长裙为常服。二十五年又令文武官父兄、伯叔、弟侄、子婿皆许穿靴(按无官者不许服靴)——见《明史》六七,《舆服志》三。

按《元典章》,"服色","贵贱服色等第",命妇衣服首饰之下注云:"同籍不限亲疏,期亲虽别籍,并出嫁同。"品官家妇女衣饰得与命嫁同,由来已久。

样，品官家的子孙及其他家属，虽无官也得使用官吏的衣饰、器用、舆马等物（子孙有官者原有服用权利，自可各依其品级，——《明会典》云："子孙有官者依品级"）。他可以穿各色绫锦，戴金玉首饰，乘绣带青幔的车子，用油绢伞。《红楼梦》里那些小姐少爷所以能穿用那样豪华不同于士庶的衣饰，便是因为他们的父祖是官，他们所住的房子也是荣国公、宁国公遗留下来的。这些事实很重要，社会意义极大，使得官吏的家属也构成一特殊团体，其生活方式不同于普通人家。他们的特殊生活方式并不是由于家庭的富有而是由于他们的父祖所给予他们的特权。古人说毋其爵不敢服其服，毋其禄不敢用其财，应该加一句说父祖有爵有其财亦得服其服、用其财。如此做官人家与普通人家实有法律上承认的特权与非特权的差异。社会中不但有许多有特权的人，还有许多有特权的家族，社会分异实包含两种不同的单位。从这一点来看中国古代社会的阶级结构，或可帮助我们对阶级的认识。

但我们慎勿过于夸张，以为这些生活方式上种种差异是绝对严格而无僭越的。

法律的规定并非具文，有许多人因违禁而遭受处分。

嘉靖时伊王府多设门楼三层，新筑重城侵占官民房屋街道，奏准勘实，俱行拆毁①。

告病回籍布政司理问瞿中溶，因钱债涉讼，僭用五品顶戴，又指骂县官，经县通详，照服舍违式律杖一百，革职②。

① 《明会典》一八二，《工部》，《营造》。

② 《刑案汇览》11：5a—6a。

生员莫因时僭用龙文宗牌,被典史票传,遂将宗牌乘夜烧毁,据律僭用龙凤文,杖一百徒三年,工匠杖一百。又毁弃祖宗神主,比依毁弃父母死尸律,当拟斩候。刑部以莫因时图壮观瞻僭用龙文,后因畏罪情急,毁弃宗牌,并非有心毁弃,奏请减一等发落①。

且查禁甚严,汉成帝敕有司禁军民舆服逾制,并诏司隶校尉究察②。清时派步军统领、五城御史在京城内稽查,失察者有处分③,各省则责成地方官查禁,失察者分别处分④。但服色僭越的事,并不因此而绝迹,且不止是少数人的违法行为,常成为一种社会风气,浸以成俗,历代层出不穷,虽一再申明禁令,固然是政府重视此事的明证,从另一方面来说则未尝不是社会上多数人习于逾制的反证。

汉时禁商贾服锦绣绮罗,但贾谊疏中说:富家大贾至以纨縠黼绣为墙衣,虽僮婢亦绣衣丝履⑤。成帝诏书云:

圣王明礼制以序尊卑,异舆服以章有德,虽有其财而无其

① 《刑案汇览》60:50a—52b。

② 《汉书》十,《成帝纪》。

③ 雍正七年上谕(《清律例汇辑便览》,"服舍违式"条例引)。

④ 雍正八年上谕,嗣后内外文武大小官员帽顶、补服、坐褥等项悉照本身现任品级,不得指称加级以开僭越之端,在京着有稽查之责者发行稽查,在外着该道上司稽查,如仍复不遵,除将本人议处外,其失察之员一并处分(同上)。

嘉庆八年上谕,各省军民违禁,督、抚失察三次罚俸三个月,司、道失察二次罚俸三个月,府、州、县官每次罚俸三个月(同上)。

⑤ 《汉书》四八,《贾谊传》。

尊，不得逾制，故民兴行，上义而下利。方今世俗奢僭罔极，靡有屡足，公卿列侯亲属近臣，四方所则，未闻修身遵礼，同心忧国者也，或乃奢侈逸豫，务广第宅，治园宅，多蓄奴婢，被服绮縠，设钟鼓，备女乐，舆服、嫁娶、葬埋过制，吏民慕效，浸以成俗，而欲望百姓节俭，家给人足，岂不难哉①？

唐制工商不许骑马，但当时商人不但乘马，且雕鞍银镫，装饰焕烂，并从以童骑，太和六年为此特颁诏令，严加禁止②。

宋政和七年臣僚上言：

辇毂之下奔竞侈靡，有未革者，居室服用以壮丽相夸，珠玑金玉以奇巧相胜，不独贵近，比比纷纷，日益滋甚。臣尝考之，申令法禁虽具，其罚尚轻，有司玩习，以至于此。如庶民之家不得乘轿，今东城内暖轿非命官至富民娼优下贱遂以为常。窃见近日有赴内禁，乘以至皇城门者，奉祀乘至宫庙者，坦然无所畏避。臣妄以为僭礼犯分，禁亦不可以缓③。

丁和亦言衣服之制尤不可缓：

今闾阎之卑，娼优之贱，男子服带犀玉，妇人涂饰金珠，尚多僭侈，未合古制。臣恐礼官所议，止正大典，未遑及此，伏愿

① 《汉书》十，《成帝纪》。
② 《唐会要》三一，《杂录》。
③ 《宋史》一五三，《舆服五》。

诏明有司，严立法度，酌古便今，以义起礼，俾闾阎之卑不得与尊者同荣，娼优之贱不得与贵者并丽①。

这些例证充分说明了这种趋向于僭越的倾向是不大容易禁绝的。

苏洵的话尤足以表现生活自生活，法律自法律的情形。

先王患贱之凌贵而下之僭上也，故冠服器皿皆以爵列为等差，长短大小，莫不有制。今也工商之家曳纨锦，服珠玉，一人之身循其首以至足，而犯法者什九。此又举天下皆知之而未尝怪者三也②。

吕坤巡抚山西时布告禁约风俗云：

织金妆花本王府仕官人家品服，以别贵贱。今商贾工农之家一概穿着，已为僭分，又有混戴珠冠及金银髻髻，四围花通袖刻丝捺纱挑绣袖口领缘等服，而娼优装饰金珠满头，至于床头帏帐浑身衣服俱用销金……又有衙棍市游绫段手帕滥作裙裤杂色宽带，直与衣齐，甚为可恨。今后庶民之家富者止许无补绫罗段绢，下三则人户梭布绢绸。凡在省销金匠除汗巾销金不禁外，敢有于衫裙及书简著签帕帐帘帏销金及男女僭分穿着前衣者，乡约举报到官，男子罚谷五十石，送边，仍与匠

① 《宋史》一五三，《舆服五》。

② 苏洵《申法》（载《嘉祐集》）。

人裁缝俱重责枷号，其娼妇穿锦绣戴金珠者，乐工重责枷号，衣饰赏给孤老。

二线金梁便有品级，三镶云履原是朝靴，俱非未仕者之服。近日不系缙绅，金梁乱戴，而吏承门快镶履乱穿，甚属僭逾。今后但有仍前滥现妄戴，……除夫男重责升户外，工匠裁缝人等枷号革铺，系外来者递解原籍，小儿女辄用金线珠翠作帽为髻者，其家长俱重责枷号，罚谷升户。

房屋为蔽风雨，雕刻彩画，如何间架，自有品级，民间岂得乱盖？至于镀银鞍辔、段绢围裙、捺织座褥、金银器皿、俱非士民之家所宜泛用，违者许诸人告出升户三则①。

**以他的话和《明律例》及《明会典》中关于庶人、工商及倡优、隶卒衣饰房舍种种限制的规定相较，法律的实际作用可知。我们不要忘了倡优隶卒在所有的人中是最贱的，其生活方式的限制最严，也不要忘了在衣饰的限制中销金之禁也是最严格的。**

## 第二节　婚姻

### 一　阶级内婚

**在有阶级差别的社会里，各阶级间的通婚常为社会所不赞许，若阶级的分野极固定严格，阶级的升降完全不可能或几乎不可能**

① 吕坤《实政录》三，《民务》，《禁约风俗》。

时,则阶级间的通婚更难容许而形成阶级的内婚制。

封建时代身分完全是生物的决定,阶级的划分最为严格,在这样的社会里,我们发现了严格的阶级内婚制。从《经传》上天子娶后嫁女于诸侯,诸侯互为婚姻,卿大夫互为婚姻的例子,以及勾践使大夫文种求盟于吴所说的"请勾践女女于王,大夫女女于大夫,士女女于士"①的设辞中,我们大致可以看出贵族各阶层之间通婚的情形。虽同为贵族,因天子、诸侯、卿大夫、士身分的差别,仍有内婚的趋势,似只容许上下相差一级间的通婚②。至于特权阶级之贵族与非特权阶级之庶族之间之通婚,自更是不可能的。

魏、晋、南北朝时,士庶之分极严,社会地位高下悬殊,截然为两不相接触的阶层,士族为保持其尊严,平日犹避免与庶族往来,自更不肯与之通婚,社交的范围与婚配的范围都是限于同一阶级之内的。从另一方面来说,士庶之分既纯以门阀郡望为基础,身分为家世的承袭,与个人在政治经济上的成就就无关,为了保持家世血统的崇高,避免低门血统混入,阶级内婚自属必须,否则家世便无法永久维护了。《魏书》记公孙叡封氏之所生,崔氏之婿,从兄邃母雁门李氏,地望悬隔,祖季真每云:"士夫当须好婚亲,二公孙,同堂兄弟耳,吉凶会集,便有士庶之异。"③可见以男家而言,父系不变,如女家门第稍低,不仅影响夫婿的地位,且将影响及第二代的地位,母系家世显极重要。反之,以女家而言,婿家家世自亦极重要,所以崔巨伦之姑李叔胤妻,因其侄女眇一目,内外亲类莫有求

① 《国语·越语上》。
② 瞿同祖《中国封建社会》,商务,1937 年,页 259—261。
③ 《魏书》三三《公孙表传》。

者，其家议欲下嫁之，闻而悲曰："吾兄盛德，不幸早世，岂令此女屈事卑族？"①

所以当时士族择偶对于男家女家的门第极为看重，而社会人士也以此来衡量某一氏族的门第，甚至政治上的选举亦以婚姻为考虑条件，与政治经历同样重要②。像公孙叡的外祖家、岳家的门第，自为人所称道。又如崔悛之一门婚嫁皆是衣冠之美，白建之男婚女嫁皆得胜流，自难怪为当时所称，以为宠荣之极③。

若士族不自爱不自重，与庶族通婚，则必为士族所不齿，为清议所不容，不但婚配的本人，即其家属全体亦将丧失其固有的声誉与地位，甚至被排斥于士族之外。平恒三子不率父业，好酒自弃，恒忿其世衰，不为营事婚宦，任意官娶，故仕聘浊碎，不得及其门流，恒妇弟邓宗庆及外生孙玄明等每以为言④。杨佺期自云门户承籍，江表莫比，有以其门地比王珣者犹恚恨，而时人以其晚过江，婚宦失类，每排抑之⑤。有时甚至为士族所攻击，认为玷辱流辈，污及士族全体，而加纠弹。王源嫁女满氏，沈约弹之云："源虽人品庸陋，胄实参华……而托姻结好，唯利是求，玷辱流辈，莫斯为甚，王满连姻，实骇物听……蔑祖辱亲，于事为甚。此风弗剪，其源遂开，点世尘家，将被比屋。宜寘以明科，黜之流伍，使已污之族，永愧于昔辰，方媾之党，革心于来日。臣等参议，请以见事免源所居官，禁锢终身，辄下禁止视事如故。"⑥高门与低门连姻，而至实骇闻听，引

① 《魏书》五十，《崔辩传》，附《崔武传》。
② 《魏书》六〇，《韩麒麟传》云："朝廷每选举人士，则校其一婚一宦以为升降。"
③ 《北齐书》二三，《崔悛传》；四〇，《白建传》。
④ 《魏书》八四，《平恒传》。
⑤ 《晋书》八四，《杨佺期传》，按当时人每婚宦并提，实非偶然。
⑥ 沈休文《奏弹王源》（《文选》四〇，《弹事》）。

起两个家族以外人士的愤慨与攻击，被认为玷辱流辈，若不是婚姻重门第的六朝时代断不会发生这种事情。且满璋之自云是高平旧族，宠奋胤胄，王源在连姻以前也曾索阅满氏簿阀，见玮之任王国侍郎，子鸾又为王慈吴郡正阎主簿，才与连姻，并非漫无稽考，任意婚配，即沈约亦自承璋之姓族士庶莫辩①，若其为庶族，无可置疑，则王源亦不屑与之连姻，而更将为士族所攻击了。

六朝时最重乡议，凡被纠弹付清议者即废弃终身，同于禁锢，乡论原为中正品第升黜所本，名为舆论，实兼有社会、政治两种制裁。被贬议者，既为士族所排抑，又将沉滞于宦途之外，社会地位政治地位同时丧失。

有时政府更为此制定法律，不许士庶通婚，在这种社会中，阶级内婚不仅为礼俗所支持，且为法律所支持，违者不仅遭受社会制裁，且受法律制裁。在北朝便见有此种情形，北魏和平诏曰："夫婚姻者人道之始……尊卑高下宜令区别，然中代以来，贵族之门多不率法，或贪利财贿，或因缘私好，在于苟合，无所选择，令贵贱不分，巨细同贯，尘秽清化，亏损人伦，将何以宣示典谟，垂之来裔？今制皇族、师傅、王公、侯伯及士民之家不得与百工技巧卑姓为婚，犯者加罪。"②诏书中的话和沈约弹章所说的一样，最足以代表当时士大夫对于阶级内婚之观念，在社会法律双重制裁之下，自难怪产生史书所说的："自魏太和中定望族七姓，子孙迭为婚姻。"③士族构成一内婚团体的情形，与南朝王、谢两家南北媲美。

---

① 沈休文《奏弹王源》（《文选》四〇，《弹事》）。
② 《魏书》五，《高宗纪》。
③ 《新唐书》二二三上，《李义府传》。

隋、唐以后门阀虽渐就消灭，但阶级内婚的积习仍余风犹存，一时牢不可破。旧族虽衰范，不复冠冕①，仍以先世门第自矜，自为婚姻，深闭固拒②。冠冕新贵也以买婚旧门为荣③，李义府虽因为子求婚于望族七姓不得，奏禁后魏陇西李宝、李原、王琼，荥阳郑温，范阳卢子迁、卢泽、卢辅，清河崔宗伯、崔元孙，前燕博陵崔懿，晋赵郡李楷，凡七姓十家不得自为婚。但这些"禁婚家"反而益自贵重，仍潜相聘娶，天子不能禁④。当时王妃主婿虽皆取当世勋贵名家，未尝尚山东旧族⑤，故加抑制，但一班人仍以得偶旧族为荣，像房玄龄、魏徵、李勣、李敬玄诸人皆与山东旧族为婚⑥。至唐文宗时，去唐初已二百余年，民间婚姻仍不计官品而尚阀阅⑦，惹得文宗大发牢骚，说"我朝二百年天子，顾不及崔、卢耶？"士庶阶级内婚制之根深蒂固，不易以政治势力消灭，可以想见。一直到五季以后，婚姻才不问门阀⑧。士族所构成的内婚团体才告消灭。

---

① 唐太宗尝曰："我于崔、卢、李、郑无嫌，顾其世衰，不复冠冕"（《新唐书·高俭传》）。

② 《旧唐书》云，"关东魏齐旧姓，虽皆沦替，犹相矜尚，自为婚姻"（卷八二，李义府传）。

③ 唐太宗云："今谋臣劳士以忠孝学艺从我定天下者，何容纳货旧门，向声背实，买婚为劳耶？"（《新唐书·高俭传》）

④ 《新唐书·高俭传》。

⑤ 同上。

⑥ 同上，参看《唐书》一〇六，《李敬玄传》。

⑦ 《新唐书》一七二，《杜羔传》，附《中立传》。

⑧ 《通志》云："自隋、唐而上，官有簿状，家有谱系。官之选举，必由于簿状，家之婚姻，必由于谱系。自五季以来，取士不问家世，婚姻不问阀阅，故其书散佚而其学不传。"（卷二五，《氏族略》氏族序）然《旧五代史》谓李专美之远祖本出姑藏大房，与清河小房崔氏，北祖第二房卢氏，昭国郑氏，为四望族。"男女婚嫁，不杂他姓，欲聘其族，厚赠金帛始许焉"（卷九三，《李专美传》）。知五代时阶级内婚制并未完全消灭。

这些没落的旧族，在这社会政治的变迁中，最初还能强自矜持，共嗤勋格，但已经丧失政治、经济势力之后，久而久之也就无所夸耀，日就消沉，难与新兴的士族抗衡了。新的勋贵最初固然为旧族所嗤，但他们的兴起由于科举功名，不由于无耻的钻营，实无可非议讪谤，而且数代之后，子孙相继不衰，也就以门族自高成为世家了①。在这种情形之下，一无表现，但以先世门阀自高的旧族自为人所渐遗忘，加之六朝以来旧的谱系已被唐政府加以烧毁，新的氏族则完全以当代冠冕为等级高下②。谱系既乱，也就无从以旧的家世标榜于世了。

科举以文章取士，原不问先世阀阅，对于门第观念的消灭，自有其贡献。六朝士庶之分是家世或生物的决定，所以高门、低门一成而不易，谱牒及阶级内婚为维持门第所必需。唐代士庶之分是科举的或社会的决定，社会、政治地位决于个人的努力与机会，与

---

① 故《新唐书》，七一上，《宰相世序表》序云："唐为国久，传世多，而诸臣亦各修其家法，务以门族相高，其贤材子孙不殒其世德，或父子相继居相位，或累数世而屡显，或终唐之世不绝。呜呼，其亦盛矣。然其所以盛衰者，虽由功德薄厚，亦在其子孙。"

② 《新唐书·高俭传》云："太宗诏高士廉、韦挺、岑文本、令狐德棻，责天下谱牒，合二百九十三姓，千六百五十一家，为九等，是曰《氏族志》。"崔幹仍居第一，帝曰"我于崔、卢、李、郑无嫌，顾其世衰，不复冠冕，犹恃旧地以取贵，不肖子偃然自高，贩鬻松梂，不解人间何为贵之。齐居河北，梁、陈在江南，虽有人物，偏方下国，无可贵者，故以崔、卢、王、谢为重。今谋士劳臣以孝弟学艺，从我定天下者，何容纳货旧门，向声背实，买婚为荣耶？太上有立德，其次有立功，其次有立言，其次有爵为公卿大夫，世世不绝，此谓之门户。今皆反是，岂不惑耶？朕以今日冠冕为等级高下"。遂以崔幹为第三姓，班其书天下。高宗时刊定《姓氏录》，以四后姓鄫公、介公、及三公、太子三师、开府仪同三司、尚书仆射为第一姓，文武二品及参知政事三品为第二姓，各以品位高下叙之，凡九等，取身及昆弟子孙，余属不入，改为《姓氏录》。当时军功入五品者，皆升谱限，谱绅耻焉，号曰勋格。义府奏悉索《氏族志》烧之。《李义府传》亦云："以仕唐官至四品皆升士流，于是兵卒以军功进者悉入书限。"

先世的穷通无关①。士族可以降为庶族，庶族也可升为士族，门限并不是不可逾越的。在这种情形之下，士庶之分自非绝对的，累世不变的，同时谱学及阶级内婚制亦失去其存在之价值。《通志》云："自隋、唐而上，官有簿状，家有谱系，……自五季以来，取士不问家世，婚姻不问阀阅，故其书散佚而其学不传。"②的是确论。

士庶之间的不通婚姻只有在士庶成为两阶层的时代为然，门第之风废，此种禁忌亦随之而打破，其历史不过包括三世纪以迄九世纪前后的几百年。在另一方面，良民与贱民的区分及不通婚的禁忌则始终存在，始终保持不变，士庶在社会及政治地位上虽有分别，从法律上看来，庶族并没有丧失独立的人格，与士族尚非处于不平等的地位。良贱之分则很明显地社会地位、法律地位皆不平等。社会对于良贱之间的歧视，实远甚于士庶之间的歧视，一沾贱籍，便丧失独立的人格，遭受非人的待遇，他的配偶将与之同命，他的子孙也将世世承继他们的身分。法律上良贱实处于不平等的地位，而分别适用特殊的法律。在这种情形之下，我们自不难想象良贱之间的阶层实较士庶之间的更为严格，而良贱之间不通婚的禁忌亦远较士庶之间的为严格，所以六朝的制裁大都是社会的政治的，只见有北魏一个例外，是法律的制裁。历代对于良贱通婚的禁止及制裁则不仅是社会的且是法律的。可以说自有奴隶以来的历史无不如此。《唐律疏义》所谓："人各有耦，色类须同，良贱既殊，何宜配合？"③即此种典型意识的代表。

---

① 故李勣谓弟弼曰："我见房玄龄、杜如晦、高季辅皆辛苦立门户，亦望绍后，悉为不肖子败之。"（《新唐书》九三，《李勣传》）。

② 郑樵《通志》二五。

③ 《唐律疏义》一四，《户婚》下，"奴娶良人为妻"条《疏义》。

唐、宋时官私贱民种类很多，地位亦不一致，通婚的限制亦不尽同，官贱民中官户、杂户皆为内婚团体，《户令》上明文规定“当色为婚”①。杂户违律与良人为婚者杖一百，官户娶良人女者同罪②。太常音声人系因罪谪入营署的伶官，即使原是衣冠世绪或公卿子孙，一沾此色便后世不改，“婚姻绝于士类，名籍异于编氓”③，后来才下诏蠲除一同民例，不在贱民内婚团体之列，所以太常音声人依令婚同百姓④。私贱民中奴最贱自不得与良人为偶，违者处徒一年半至二年⑤。部曲、客女的地位虽较良人为低，却较奴婢为高，实居良贱之间，所以他们的法律地位较奴婢为高⑥，而婚姻的限制亦较自由，可以同类相求，可以降格相求与奴婢为婚，亦可以上与良人为婚⑦。

唐、宋以后无部曲、客女名目，所以法律上良贱为姻但指奴婢而言，与齐民身分同等的雇工人是不在内的。明、清律奴娶良人为妻者杖八十，妄冒为良人而与良人为婚者，罪加一等⑧。

---

① 《唐律疏义》一二，《户婚》中“养杂户为子孙”条《疏义》引《户令》；《宋刑统》一二，《户婚律》，“养子”条《疏义》引。

② 《唐律疏义》一四，《户婚》下，“杂户不得娶良人”；《宋刑统》一四，《户婚律》，“主与奴娶良人”。

③ 见《唐大诏令》八一。

④ 《唐律疏义》，“杂户不得娶良人”条《疏义》；《宋刑统》，“主与奴娶良人”条《疏义》。

⑤ 奴娶良人女为妻者徒一年半，妄为良人而与良人为婚者徒二年（《唐律疏义》，“奴娶良人为妻”；《宋刑统》，“主与奴娶良人”）。

⑥ 所以良人殴部曲减凡人一等，殴奴婢又减一等，而部曲、奴婢相殴杀则依部曲与良人相殴杀伤法。

⑦ 《唐律疏义》云：“部曲其妻通娶良人、客女、奴婢为之。”（卷六《名例》六，“官户部曲”条《疏义》；《宋刑统》六，《名例律》，“官户奴婢犯罪”条《疏义》同）。

⑧ 《明律例》四，《户律》一，《婚姻》，“良贱为婚姻”；《清律例》一〇，《户律》，《婚姻》，“良贱为婚姻”。

以贱取良，贱人固属有罪，但良人甘心从贱，亦咎由自取，所以法律上亦有处分，唐、宋、明、清律，嫁女与奴之女家但减奴娶良人罪一等①，且须离异。《唐律疏义》云："唯本是良者，不得愿嫁贱者。"②法律上不承认自由人在这方面的自由意志，对阶级内婚制的坚持是极可注意的。

奴婢是属于家长所有的，家长有处分督责的全权，所以历代法律皆以此种责任加于家长。不但为奴娶良人女及妄以奴婢为良人而与良人为婚之家长罪与自娶良人为妻之奴及自行妄冒之奴同，便是家长知奴娶良人而不加禁止，亦不能无罪，——减奴罪二等③。若家长因将奴所娶之良家女入籍为婢，则压良从贱，其罪更大，所以处刑更重，唐、宋律流三千里，明、清律杖一百④。

奴婢之外，倡优乐人亦为贱籍，不齿于齐民，所以律亦禁以良人女为妻妾。明、清律犯者杖一百，知情之家长同罪⑤。若良人而娶乐人为妻妾，除官吏及应袭之子孙外，庶人是不坐的，官员有辱体统，故杖六十⑥。

从上述的事实中我们可以看出良贱为婚的法律制裁都指贱男

---

① 唐、宋律女家徒一年（《唐律疏义》，"奴娶良人为妻"；《宋刑统》，"主与奴娶良人"），明、清律杖七十（《明律例》，"良贱为婚姻"；《清律例》，"良贱为婚姻"）。

② 《唐律疏义》一二，《户婚》上，"放部曲为良"条问答；《宋刑统》一三，《户婚律》，"放良压为贱"条回答。

③ 唐、宋律杖一百，明、清律杖六十（《唐律疏义》，"奴娶良人为妻"；《宋刑统》，"主与奴娶良人"；《明律例》，"良贱为婚姻"；《清律例》，"良贱为婚姻"）。

④ 同上。

⑤ 《明律例》一一，《刑律》三，犯奸；"买良为娼"。《清律例》三三，《刑律》，《犯奸》，"买良为娼"。

⑥ 《明律例》四，《户律》一，《婚姻》，"娶乐人为妻妾"；《清律例》一〇，《户律》，《婚姻》，"娶乐人为妻妾"。清律本条总注云"不言庶民者以为不足责也"。

娶良家女子而言,并不包括良家子弟娶贱民女子。除妄以奴婢为良人而与良人为夫妻一项系兼指男女两方而言外,余均止奴娶良人女为妻的罪名。同样地倡优乐人,除官吏因情形特殊之外,亦只有单方面的规定。立法的原意是值得我们注意的。女子是从夫的,以良从贱便如《元律》所说的:"诸良家女愿与人奴为婚者即为奴婢"①,而沦为贱籍了。所以法律对良人加以保障,严禁贱人以良人为妻。

还有一重要点不当为我们所忽略的是法律不但立有良贱为婚的专条,对于违犯者加以刑事制裁,更重要的是根本否认这种婚姻的法律效力,而予以撤销的处分②。仅有刑事制裁而无撤销的处分,阶级内婚制的维持是难得彻底的。

## 二　婚姻仪式的阶级性

不但择偶如上所述,有阶级上的限制,便是结合的仪式也有强烈的阶级性。

通常所谓六礼,实是士以上的婚礼,对于不能备礼的庶人是不能不力求简便的,不要求他们遵守这些礼仪。《宋史》云:"品官婚礼纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎、同牢、庙见、见舅姑、姑醴妇,盥馈飨妇送者并如诸王以下婚,但四品以下不用盥馈飨妇礼,士庶人婚礼并问名于纳采,并请期于纳征。"③朱子《家礼》为简便计,亦

① 《元史》一〇三,《刑法志》,"户婚"。

② 《唐律疏义》,"奴娶良人为妻";《宋刑统》,"主与奴娶良人";《明律例》,"良贱为婚姻","娶乐人为妻妾","买良为娼";《清律例》,"良贱为婚姻","娶乐人为妻妾","买良为娼"。

③ 《宋史》一一五,《礼志》六八,《礼》一八,《嘉礼》六,"品官婚礼","士庶人婚姻"。

无问名、纳吉，止纳采、纳币、请期、亲迎四礼，且并纳币、请期为一礼，实止三礼。洪武元年令民间嫁娶应依《朱文公家礼》，止行四礼（品官则仍备六礼）①。且纳采、纳币、请期之仪有媒，无宾词，亦与品官不同②。礼不下庶人原是因繁文缛节无论财力上人力上都有未逮，所以不能备礼，有倾向于从简的趋势，但如果规定他们必须如此，虽财力人力所许，亦不许备礼，这样便成了对于庶人的一种限制了。

众品官士庶所用仪物的限制上更可以看出这种阶级的意义来。自来对于纳币的质量都有一定的规定，多寡丰俭皆以品级为比例③。

---

① 《明会典》七一，《婚礼》五，"品官纳妇"，"庶人纳妇"。嘉靖八年题准士庶婚礼如问名、纳吉不行已久，止仿《家礼》纳采、纳币、亲迎等礼行之。知此习相沿已久。

② 《明史》五五，《礼》九，《嘉礼》三，"品官婚礼"，"庶人婚礼"。

③ 北齐　一品　元三匹，缣三匹，束帛十匹，璧一，豹皮二，锦采四十匹，绢一百四十匹，羔羊一口，羊二口，犊二头，酒黍稷稻米面各四斛。
四品以下无璧。
六品以下至从九品改用鹿皮。
绢二品以下每品减二十匹。
一至三品用锦采，每品递减十匹，四品以下用杂采。
四品十六匹，五品十匹，六、七品五匹。
四品、五品减一犊，六品以下无犊。
酒黍稷稻米面四品、五品减为二斛，六品以下减为一斛。

唐　一品至三品　元缣束（元三匹缣二匹合束之）乘马，玉以璋。
四品至五品　元缣束，两马，无璋。
六品至九品　元缣束，俪皮二，无马。

元　一品二品　五百贯。
三品　四百贯。
四品五品　三百贯。
六品七品　二百贯。
八品九品　一百二十贯。
庶人　上户一百贯，中户百十贯，下户二十贯。

有时甚至对于婚筵也有限制[①]。

新郎的礼服，品官得用本品官服[②]，若为品官子孙，虽无官亦许摄盛。唐制三品以上有公爵者嫡子之婚假绡冕（四品冕服），五品以上子孙九品以上子及五品等爵皆假弁服（六品以下九品以上服）[③]。

（续前页注文）

清　一品至四品　币表里各八两、容饰合八事、食品十器。

五品至七品　币表里各六两、容饰合六事、食品八器。

八、九品及有顶戴者　币表里各四两、容饰合四事、食品六器。

庶人　绀绢四两、容饰四事、食品四器。

（以上见《通典》一二九，《礼》八九，《开元礼纂类》二四，《嘉》八，"纳征"；《唐书》一八，《礼乐志》八；《元典章》一八，《户部》四，"婚礼"；《清通礼》二六，《嘉礼》。）

① 唐　一品以下牲用少牢及腊，六品以下牲用特牲及腊，皆三俎、三簋、三簋，一甒，豆数一品十六，二品十四，三品十二，四品十，五品八，六品六。

元　官品不过四味。

庶人　上户中户不过三味，下户不过二味。

清　民公二十席，侯十八席，伯十七席，一品官十五席，二品十三席，三品八席，四品六席，五品五席，六至九品俱用三牲，庶人二牲。

（参看《通典》一二九，《礼》八九，《开元礼纂类》二四，"亲迎"；《唐书》一八，《礼乐志》八；《清会典》二八；《清通礼》二五，《嘉礼》。）

② 《通典》一二九，《开元礼纂类》二四，"亲迎"云："子服其上服，一品衮冕，二品鷩冕，三品毳冕，四品绨冕，五品玄冕，六品爵弁。"《五代会要》二，《婚礼》云："本朝[后唐]旧仪自一品至三品婚姻得服衮冕，敛佩衣九章。"《宋史》一一五，《嘉礼》六，"品官婚礼"云，亲迎之日："子公服升自西阶。"又一五三，《舆服志》云："淳熙中朱熹又定祭祀冠婚之服，特颁行之，凡士大夫家祭祀冠婚则具盛服，有官者幞头、带、靴、笏，进士则幞头襕衫带，处士则幞头皂衫带，无官者通用帽子衫带，又不能具，则或深衣或凉衫。"

司马光《书仪》云："冠婚祭诸仪，主人皆盛服，有官者具公服靴笏，无官者具幞头靴襕或衫带，各取其平日所服最盛者。"（卷二《冠仪》"冠"）

《明会典》七一，《婚礼》五，"品官纳妇"云："婿具公服亲迎。"《清通礼》二六，《嘉礼》云："初婚婿公服立于堂下，有官者以其服。"

③ 《通典》一〇八，《礼》六八，《开元礼纂类》三，《序例》下，"君臣冕服冠衣制度"。

宋三舍生及品官子孙假九品服①。明品官子孙亦假九品服②。清三品以上官子孙摄五品服，五品以上摄七品服，六、七品摄八品服，八、九品下及士人摄公服③。

本身无官婚礼得盛摄，原是重婚姻大事，特加隆重的意思，有些时代，庶人亦许假借公服。唐庶人婚假绛公服④，明庶人服常服或假九品服⑤。有的时代则不许，宋庶人婚皆皂衫衣折上巾⑥，清庶人盛服而已⑦。

程伊川云："重礼者当重其服，故律许假借，未仕而昏用命服，但只限于士，农、工、商则不可，非其类也。"⑧将许假借及不许假借的道理完全道出。

新娘的礼服适用同样的原则，官吏娶妇则用命妇之礼，其服以夫品为准⑨。庶人娶妻，自不得着命妇礼服。清时庶民妇女婚嫁皆

① 《宋史》一一五，《礼》一八，《嘉礼》六，"士庶人婚礼"。

② 《明会典》七一，《婚礼》五，"庶人纳妇"。

③ 《清会典》二八；《清通礼》二六。

④ 《通典》一〇八，"君臣冕服冠衣制度"；一二九，"亲迎"。

⑤ 《明史》五五，《礼》九，"庶人婚礼"；六七，《舆服》三。《明会典》则云，"品官子孙假九品服，余皂衫折上巾"（卷七一，《婚礼》五，"庶人纳妇"）。

⑥ 《宋史》，"士庶人昏礼"。

⑦ 《清通礼》二六。

⑧ 《二程语录》卷十一。

⑨ 唐百官以下女官准其夫服花钗宝钿饰翟衣，一品花钗九树翟九等，二品八树八等，三品七树七等，四品六树六等；五品五树五等，（按花钗翟衣即内外命妇之服，惟五品以上得服之，《唐书·舆服志》云：外命妇嫁及受册从蚕大朝会之服也。）六品以下九品以上妻及九品以上女服花钗（以金银杂宝饰）大袖之服，庶人花钗（以金银琉璃等涂饰）连裳服（详《通典》一〇八，《礼》六八，《开元礼纂类》三，"皇后王妃内外命妇服及首饰制度"；一二九，《礼》八九，《开元礼纂类》二四，"亲迎"），《五代会要》二，《婚礼》云：后唐同光三年皇子兴圣宫使继岌婚，太常礼院奏皇子官是检校太尉，合准一品婚姻施行，其妃准礼妇人从夫之爵，准一品命妇礼，花钗九枝博鬓褕翟衣九等。盖犹唐制。《清通礼》二六，《嘉礼》云："女具服加饰，服眡婿之等。"可知新人服饰各代皆依命妇之品级。

不许用冠帔补服①。

亲迎所用车舆不是可以随意使用的②。

婚礼所用仪仗最足以显示门第。自来品官婚姻都许用本品卤簿仪仗③。清时品官家子孙虽本身无官职亦许用父仪仗④。庶人则禁僭用⑤。镫鼓乐人均有定数⑥。唐太和六年颁定舍宅舆马服饰制度条件,敕云:"其丧葬、婚嫁、吉凶礼物,虽不在条件之内,亦委所司,准令式勾当,仍加捉搦。"⑦

以上是关于品官士庶婚仪的规定,一一评定于礼书中,违式僭用者即按违令律治罪,笞五十。嘉庆二十五年上谕步军统领及直

---

① 《清会典》二八。

② 隋制,王公大臣象辂、革辂、木辂,亲迎及葬则乘之(《通典》六五,《礼》二五,《嘉》十,"公侯大夫等车辂")。唐制,亲迎亲王乘辂,三品以下官乘革辂,四品五品木辂,五品非京官职事者,乘青通幰犊车,六品以下青偏幰犊车。妇车及从车各准其夫。(《通典》一二九,《开元礼纂类》二四,"亲迎"。又卷六五,《礼》二五,"王妃命妇等车"云:"王公以下车辂皆太仆官造贮掌之,婚葬则给之。")

清制,品官用舆,襜盖饰采绢,垂流苏,五品以上八,前后左右各二,六品以下四,前二后二,八品以下无流苏,襜盖前但饰采绢二,庶人襜盖无饰,且不得乘大轿(《清会典》二八;《清通礼》二六)。

③ 唐制应给卤簿,职事四品以上,散官二品以上,及京官职事五品以上,本身婚葬皆给之。京官五品并得借四品鼓吹仪。景龙三年敕妃主及五品以上母妻特给鼓吹。左台御史唐绍上书请婚葬卤簿据散官封至一品,职事官正员三品,并骁马都尉,许随事量给,余一切权停(见《唐会要》三八,《葬》)。元至元二十一年礼部议得品官遇有婚丧止依品职合得仪从迎送(《元典章》三〇,《礼制》三,"婚礼")。清制凡有品级官婚嫁用本官执事,鼓乐不得过十二名,镫不得过六对(《清会典》二八,《礼部》)。

④ 《元典章》三〇,云仪从禁断无官百姓人等不得僭用。《清通礼》二五云,"仪卫各瞩其品,子未受职,父为纳妇者,礼瞩其父,鼓乐不得过十二人,镫不得过十二"。

⑤ 《清会典》二八云:"无品级人及监生军民不得用执事"(《清通礼》二五云:庶民不得僭用仪卫)。

⑥ 鼓乐不得过八名,镫不得过四对(《清会典》二八;《清通礼》五二)。

⑦ 《唐会要》三一,《杂录》。

省督抚，各饬所属将民间婚丧等事悉照会典所载规条刊发，遍行晓谕，务令只遵，不得习尚浮华，有违定制，仍着该管各衙门随时稽查，如有不遵例制者，严行究办[①]。又规定失察官吏的处分[②]。限制不可谓不严。但事实上社会上往往不严格遵守这些禁令，一般人都好风光，趋向于豪侈，不但财礼婚筵等等如此，即以仪仗而言，平日的禁令虽极严格，婚礼中则颇多僭用，官吏往往对此特加通融，不认真纠察，久之，便成为一种风气。王应奎《柳南随笔》云："苏俗娶妇者不论家世何等，辄用掌扇、黄盖、银瓜等仪仗，习以为常，十室而九，且掌扇上必粘翰林院三字。"[③]他所说的是清初的情形。

## 第三节　丧葬

同是一死而有崩、薨、卒、死、捐馆等不同的名称[④]。

丧葬的用器和仪式，自始丧以至埋葬无一不指示阶级的差异。荀子云："事生不忠厚，不敬文，谓之野，送死不忠厚，不敬文，谓之瘠。君子贱野而羞瘠，故天子棺椁十重，诸侯五重，大夫三重，士再

① 嘉庆二十年十月初四日上谕。

② 凡进士、举、贡、生、监、有职人员及军民人等婚丧祭祀越礼僭分，州县官失于察禁，罚俸一个月（公罪），若循庇绅矜，容隐不究，降三级调用（私罪）。《清律例汇辑便览》一七，《礼律》，《仪制》，"丧葬"条引。

③ 王应奎《柳南随笔》（《借月山房汇钞》本）卷三。

④ 《礼记》云："天子曰崩，诸侯曰薨，大夫曰卒，士曰不禄，庶人曰死"，（《曲礼》下，亦见《公羊》隐公元年）《开元礼》云："凡百官身亡，三品以上称薨，五品以上称卒，六品以下达于庶人称死，"（《通典》一〇八，《礼》六八，《开元礼纂类》三，《序例》下，"杂制"。）《明会典》云："亡者官尊即云薨逝，稍尊即云捐馆，生者官尊则云奄弃荣养。"（卷九九，《礼部》五七，《丧礼》四，"品官"，"吊奠赙"条注）。

重,然后皆有衣衾多少厚薄之数,皆有翣荽文章之等以敬饰之。”①

死者如果生前是官吏,他得以公服朝服入殓,庶人只能穿常服②。殓衣的称数以多为贵,庶人最少,常止一称③。复衾的颜色也有规定④。

尸口的含,或珠玉,或钱贝,不得乱用⑤。

---

① 《荀子·礼论》。

② 隋制,官人在职丧,听敛以朝服,有封者敛以冕服,未有官者白袷单衣,妇人有官品者亦以服敛(《通典》八四,《礼》四四,《凶》六,《丧制》三二,“小敛”)。唐百官以理去职而薨卒者听敛以本官之服,无官者介帻单衣,妇人有官品,亦以其服敛(同上)。司马光《书仪》云:“今从《开元礼》,上服者,有官则服公服,无官则襕衫或衫,妇人以大袖或背子,皆常经衣者。”(卷五,《丧仪》一)知宋制犹然。《明史》云,品官殓用朝服一袭(《明史》六〇,《礼》一四,《凶礼》三,“丧葬”,“士庶人丧礼”)。《清会典》,《清通典》皆云官员殓服朝衣冠带各视其等(《清会典》三八;《清通典》,《凶礼》)。

③ 唐制品官小敛衣十九称,大敛衣三十称(《通典》一三八,《礼》九八,《开元礼纂类》三三,《凶》五,《三品以上》,《丧》上,“陈小敛衣”,“陈大敛衣”)。明品官用常服十番,衾十番,庶人袭衣一称,深衣一(《明史》,“士庶人丧礼”)。清品官常服一袭,复衾一,殓衣,三品以上五称,五品以上三称,六品以下二称,士常衣一称,殓衣一,复衣一。庶人常服,殓衣,复衾一(《清会典》三八;《清通典》,《凶礼》)。

④ 清制,一二品绛色,三四品缁色,五品青色,六品绀色,七品灰色(《清会典》三八,《清通典》,《凶礼》)。

⑤ 唐　一品至三品　饭梁含璧。
　　四品五品　饭稷含璧。
　　六品至九品　饭梁含贝。
　明　一品至五品　饭稷含珠。
　　六品至九品　饭梁含小珠。
　　庶　　人　饭梁含钱(三)。
　清　一品至三品　含小珠玉屑(五)。
　　四品至七品　含金玉屑(五)。
　　士　　含金银屑(三)。
　　庶　　人　含银屑(三)。

(以上见《通典》一三八,《开元礼纂类》,“含”;《明史》,“丧葬之制”,“士庶人丧礼”;《清会典》三八;《清通典》,《凶礼》。)

棺木，明代品官用油杉，朱漆，椁用土杉，庶人棺以油杉、柏或土杉松为之，只能用黑漆、金漆，不得用朱红①。

铭旌本身便是用以炫耀乡里的东西，缙绅人家之丧，旌上大书某官某公，或某某氏之柩②。题字的人常为当时显贵，此风至今不息。题字而外，铭旌的长短也足以显示死者的身分，五尺、七尺、八尺、九尺、四种尺寸，其长度是与官品成正比例的③。

---

① 《明会典》九九，《礼部》五七，《丧礼》四，“品官”；一〇〇，《礼部》五八，《丧礼》五，“庶人”。

② 《开元礼》云：书曰某官封之柩，并无封者云某姓官之柩，妇人其夫有官封，云某官封夫人姓之柩，不有官封者，云太夫人之柩，郡县君随其称（《通典》一〇八，《开元礼纂类》，“铭”）。《宋史》云，铭旌皆书某官封姓之柩（卷一二四，《礼志》一七，《礼》二七，《凶礼》三，“诸臣丧葬等仪”）。《书仪》云，官卑曰某君某妻（不曰其官某公），曰某封邑某氏，若无官封即随其生时所称（卷五，《丧仪》一，“铭旌”条）。《清通礼》云，品官铭旌题曰某官某公（内丧书某封某氏）之柩，士（谓八、九品及有顶戴者）题曰某官封（未仕则否）显考某府君之柩，妇则书显妣某氏（卷五二，《凶礼》）。

③

| | | |
|---|---|---|
| 唐 | 一品至三品 | 九尺。 |
| | 四品五品 | 八尺。 |
| | 六品至九品 | 七尺。 |
| 后唐 | 同上。 | |
| 宋 | 同上。 | |
| 明 | 一品至四品 | 九尺。 |
| | 五品六品 | 八尺。 |
| | 七品至九品 | 七尺。 |
| 清 | 一品至三品 | 九尺。 |
| | 四品五品 | 八尺。 |
| | 六品至八品 | 七尺。 |
| | 九品及有顶戴者 | 五尺。 |

（以上见《通典》一三八，《开元礼纂类》，“铭”；《五代会要》八，《丧礼》上；《宋史》一二四，《礼志》七七，《礼》二七，《凶礼》三；《明史》“士庶人丧礼”；《清会典》三八；《清通礼》，《凶礼》。）

唐宋时又有所谓重者，也以长为贵①。

明器的尺寸、数量及所用质料均依官品为序，庶人的明器既少且小②。

出殡时品官得用生前所用仪仗③。

---

① 隋制，一品悬鬲五，六品以上四，六品以下二（《通典》八四，《凶》六，“悬重”）。唐一品至三品长八尺，四、五品七尺，六品以下六尺（《通典》一三八，《开元礼纂类》，“重”）。宋，《丧礼令》诸重，一品柱鬲六，五品以上四，六品以上二（见《书仪》，卷五，《丧仪》一，“魂帛”）。按重主道也，凿上为之，置于中庭（见《礼记·檀弓》；《仪礼·士丧礼》）。士庶无重，以魂帛代之。《书仪》云：“士民之家未尝识（重）也，皆用魂帛，魂帛亦主道也。”（《丧仪》一，“魂帛”）故后代皆以魂帛代重，《明会典》但记魂帛。

② 唐　三品以上　明器九十事，共五十舁。
五品以上　明器六十事，共三十舁。
九品以上　明器四十事，共十舁。
以上明器并用瓦木为之，四神不得过一尺，余人物不得过七寸。
庶人　明器十五事，不置四神十二时，所造明器，用瓦，不得过七寸，共三舁。
后唐　三品以上　明器九十事。
五品以上　明器六十事。
九品以上　明器六十事。
宋　五品六品　三十事，共八床。
七品常参官　二十事，六床。
六品以下京官及检校试官　十五事，五床。
庶人　十二事，二床。
明　公侯　九十事。
一品、二品　八十事。
三品、四品　七十事。
五品　六十事。
六品、七品　三十事。
八品、九品　二十事。
庶人　一事。
（以上见《通典》一〇八，《礼》六八，《开元礼纂类》三，《序例》下，“杂制”；《唐会要》三八，《葬》；《五代会要》卷九，《丧葬》下；《宋史》一二五，《礼志》七八，《礼》二八，《凶礼》四；《明会典》，《丧礼》四，《丧礼》五。按唐开元二十九年及会昌元年别有定制，本注但以元和六年制为例，又后唐系以天成元年之制为例，长兴二年别有新制，从略。）

③ 《唐会要》三八，《葬》；《宋史》一二四，《礼志》七七，《礼》二七，《凶礼》三，又一四七，《仪卫》五；《元典章》三〇，《礼服》三，“婚礼”；《清会典》三八，《礼部》。

丧仪也有专属于品官的，方相、魌头只限于八品以上官员之丧，四品以上许用方相（四目），七品以上只能用魌头（二目）①。引、披、铎、翣②及挽歌，庶人亦不许僭用，官吏之中因品级不同，数量上亦有差异③。

① 见《五代会要》八，《丧葬》上；《宋史》一二四，《礼》二七，《凶礼》三；《明会典》，《丧礼》四，"品官"。按唐宋时以四目两目分别方相魌头，明四目两目通曰方相，但仍限四品以上四目，七品以下两目。

② 引即行车之绋，披系于车四柱，在旁执之，以防倾覆，铜铎以节挽歌，翣据汉礼，以木为筐，席三尺，高二尺四寸，方两角高，衣以白布，柄长五尺，车行使人持之以从（《礼记·丧大记》郑注引）。后代皆用以障柩。黼翣画黼文，黻翣画黻文，各如其象，画翣则画云气（同上、另据《开元礼》知黼黻翣四缘亦画云气，画翣则内外四缘皆画云气——《通典》一三九，"陈器用"）。

③ 《礼记》记天子八翣，诸侯六翣，大夫四翣（见《礼器·丧大礼》记君黼翣、黻翣、画翣各二，大夫黻翣、画翣各二。崔舒弒齐景公草草葬之，四翣不跸，[《左传》襄二五]贬损不依君礼，故书之）。

历代之制如下：——

| | | |
|---|---|---|
| 唐 | 一品 | 引四，披六，铎十六，黼翣二，黻翣二，画翣二。 |
| | 二品、三品 | 引二，披四，铎十二，黼翣二，画翣二。 |
| | 四品、五品 | 引二，披二，铎八，黼翣二，画翣二。 |
| | 六品以下 | 引二，披二，铎二，画翣二。 |
| 后唐 | 三品以下 | 引披铎翣之数不详，挽歌三十六人。 |
| | 五品以上 | 引二，披二，铎四，翣四，挽歌十六人。 |
| | 九品以上 | 二翣。 |
| 宋 | 三品以上 | 引四，披四，铎六，翣六（谓黼黻画翣各二），挽歌三十六人。 |
| | 四品 | 引二，披二，铎四，翣四，挽歌十六人。 |
| | 五品、六品 | 挽歌八人。 |
| | 七品、八品 | 挽歌六人。 |
| 明 | 公侯 | 引四，披六，铎十六。 |
| | 一品、二品 | 引二，翣四，铎十二。 |
| | 三品、四品 | 引二，翣二，铎四。 |
| | 翣 | 公侯六，三品以上四，五品以上二。 |
| 清 | 五品以上 | 画翣四。 |
| | 六七品 | 画翣二。 |

（接下页注文）

枢舆虽为官吏士庶所共有，但各种装饰有很大的差异，华丽朴素全以死者身分而定，《礼记》上面便记载国君至士大夫不同的柩饰[①]。隋、唐、宋各代辆车上的装饰如车幔（幰）、幰竿、垂带、流苏、以及车厢画饰，皆以品级为差，品级愈高，则幰竿愈长，垂带、流苏愈多[②]。

---

（续前页注文）

（参看《通典》一三九，《开元礼纂类》，"陈器用"；《唐会要》，《葬》；《唐书·礼乐志》；《五代会要》，《丧葬》上；《宋史》，"诸臣丧葬等仪"；《明会典》，《丧礼》四，"品官"；《清会典》三八；《清通礼》，《凶礼》。按本注所引唐制系根据《开元礼》，元和六年及会昌元年，别有新制，今从略，可参看《唐会要》。又挽歌之数，《开元礼》不载，《唐会要》云"三品以上挽歌三十六人，五品以上十六人，九品以上十人"。）

① 《丧大记》云："饰棺，君龙帷，三池，振容，黼荒，火三列，黼三列，素锦褚，加伪（帷）荒，纁纽六，齐五采五贝，黼翣二，黼翣二，画翣二，皆戴圭，鱼跃拂池。君纁戴六，纁披六。大夫画帷，二池，不振容，画荒，火三列，黼三列，素锦褚，纁纽二，玄纽二，齐三采三贝，黼翣二，画翣二，皆戴绥，鱼跃拂池。大夫戴前纁后玄，披亦如之。士布帷布荒，一池，揄绞，纁纽二，缁纽二，齐三采一贝，画翣二，皆戴绥，士戴前纁后缁，二披用纁"。

② 隋　三品以上　油幰　朱丝络网，施襜两厢画云气，朱幰竿，垂六流苏。

七品以上　油幰施襜，两厢画云气，垂四流苏。

八品以下至庶人　鳖甲车无幰襜流苏画饰。

唐　三品以上　用开辙车油幰，朱丝络网，两厢画龙虎，朱幰竿长二丈六尺，带五重，流苏十八道，黛竿九尺。

五品以上　幰竿长二丈二尺，带四重，流苏十六道（无朱丝网络）。

九品以上　幰竿长一丈九尺，带三重，流苏十四道。

庶人　用合辙车，幰竿一丈六尺，带二重，流苏四道。

（按此系元和六年制，会昌元年新制始禁庶人用油幰流苏等饰）。

后唐　三品以上　油幰，朱丝网络施襜，两厢画龙虎，朱幰竿，垂六旒苏。

七品以上　油幰襜，两厢画云气，垂四旒苏。

九品以上　无旒苏。

宋　三品以上　油幰朱丝络网施襜，两厢画龙，朱幰竿，垂六旒苏。

七品以上　油幰施襜，两厢画云气，垂旒苏。

九品以上　无旒苏。

（以上见《通典》八六，《礼》四六，《凶》八，《丧制》之四，"荐车马明器及饰棺"；《唐会要》，《葬》；《五代会要》，《丧葬上》；《宋史》，《凶礼》三。）

庶人丧车则极朴素，唐会昌元年新制，工商百姓诸色人吏无官者不得用油幰流苏等饰，并不得缯彩结络①。后唐及宋庶人丧车皆用鳖甲车，亦无幰襜画饰②，明品官丧车皆缯缘，皆饰帷幔，四面垂流苏，庶人但以衾覆棺而已③。清代柩舆荒幛及舆杠各有定制④，庶人以布衾罩棺，柩舆不施幛盖，杠两端黑，中饰红垂⑤。

抬柩人数的多寡亦随品级而异，后唐时品官多者至二十人，庶人只用八人⑥。清时品官多至六十四人，庶人但十六人⑦。

从上所述，我们可以想象得出官宦人家死后的风光，鼓吹仪仗陈器的繁华，棺椁丧车的华丽，以及抬柩人数，和挽歌执绋人数之

---

① 《唐会要》，《葬》；《五代会要》，《丧葬上》。

② 按后唐天成元年条流丧制，庶人禁断使歌，只合使甲鳖车，并无幰襜画饰，长兴二年以丧家送葬或值炎夏，车中苦于摇撼，人情不便，始因有司之请，敕准庶人于鳖甲车外亦许用舆（见《五代会要》，《丧葬》上，《丧葬》下）。宋制庶人仍用鳖甲车，无幰襜画饰（《宋史》，《凶礼》三，“诸臣丧葬等仪”）。

③ 《明会典》，《丧礼》四，“品官”；《丧礼》五，“庶人”。

④ 清代品官柩舆，四槍垂流苏，青蓝色缯荒缯帏，公侯伯织五采，二品以上施散金，五品以上画云气，六品、七品素绘无饰，士（谓八九品及有顶戴者）绢荒绢帏，仍垂流苏。

杠，五品以上皆髹朱，九品以上饰红垂（参看《清会典》三八；《清通礼》；《凶礼》）。

⑤ 《清通礼》，《凶礼》。

⑥ 五品、六品升朝官　舁舆用二十人。
七品、八品升朝官　十六人。
六品至九品不升朝官　十二人。
庶人　八人。
（见《五代会要》，《丧葬》下。）

⑦ 二品以上　六十四人。
五品以上　四十八人。
八品以上　三十二人。
九品及有顶戴者　二十四人。
庶人　十六人。
（见《清会典》三八；《清通礼》，《凶礼》。）

多,出丧的热闹,犹如今大出丧,道人争看,官品愈高,则出丧愈益热闹繁华。唐李义府葬祖父,王公以下皆来送葬,会葬车马祖奠供帐七十里间相继不绝①。

葬亦与阶级有关。据《礼记》所载,葬的日期也因阶级而不同②。《公羊》也有正及渴葬、慢葬之说,惟其说不足信③。一般说来,富贵人家因讲求铺张,停灵礼忏,及迷信风水的关系,实际自比穷家小户,需要较多的时日,平常人家一则丧葬简单原不需许多筹备的时间,同时停灵在家不但房舍隘小出入不便,多停一日多费一日的钱,从职业方面来说,一日不工作便少赚一天的钱(不像官员之丁忧,杜门之日正多,可以从容布置丧事),各方面都不许可缓葬,但这是经济、社会的原因而不是礼法有如此的规定。历代都无如礼经的规定。唐葬宪宗时,葬期未定,太常博士王彦威奏:"臣按礼经天子七月而葬,国朝故事,高祖六月而葬,太宗四月而葬,高宗九月而葬,中宗六月而葬,睿宗五月而葬,顺宗七月而葬,元宗,肃宗二圣山陵,以圣诞吉凶相属,有司惧不给,故并十二月而葬,盖有为而然,非常典也。今国哀在正月,并闰至六月,即合礼经七月之数,……待诏杨士端远卜十二月二十八日,……自国哀以至虞祔凶毁之仪,首尾十四月,国朝且无故事,岂惟礼经不合?臣谨参详礼文,用六月为便。"④可见天子葬期原不依礼经,且无定制,若唐礼书中有此项规定,王彦威何必远引古经?《明会典》官庶葬期俱为三

① 《旧唐书·李义府传》。
② 《礼记·礼器》。
③ 瞿同祖《中国封建社会》,263—265 页。
④ 《唐会要》三八,《葬》。

月，惟《清通礼》制定品官庶人葬期不同，一为三月，一为一月①。法律上并规定凡有丧之家，必须依礼定限安葬，惑于风水及托故停柩在家经年不葬者杖八十②。

《开元礼》规定择葬日择葬地，五品以上用卜，六品以下用筮③，虽卜亦别贵贱。

坟茔自来皆有定制，官品越高，则占地愈广，坟亦愈高，成为不移之原则。汉律列侯坟高四尺，关内侯以下至庶人各有差④。武原侯坐葬过律夺国，枞阳侯亦因冢过制髡削⑤。唐、宋、元、明、清，坟地周围步数，坟高若干，皆有明文规定。品官墓地多至周围九十步，坟冢高至一丈八尺，最少者亦有二十步，高八尺。庶人则少至九步，高仅四尺⑥。

---

① 《唐会要》五二，《凶礼》。

② 《明律例》六，《礼律》，“丧葬”；《清律例》一七，《礼律》，“丧葬”。但《清通礼》规定葬期，品官及士三月，庶人一月，《清律例》则注明职官庶民皆三月而葬。

③ 《通典》一三八，《开元礼纂类》，“卜兆宅”，“卜葬日”。

④ 《周礼·春官·宗伯》冢人郑注引。

⑤ 《潜夫论》卷三，《浮侈》。

⑥

| | | | |
|---|---|---|---|
| 唐 | 一品 | 墓地方九十步 | 坟高一丈八尺 |
| | 二品 | 八十步 | 一丈六尺 |
| | 三品 | 七十步 | 一丈四尺 |
| | 四品 | 六十步 | 一丈二尺 |
| | 五品 | 五十步 | 九尺 |
| | 六品以下 | 二十步 | 七尺 |
| 宋 | 一品 | 九十步 | 一丈八尺 |
| | 二品 | 八十步 | 一丈六尺 |
| | 三品 | 七十步 | 一丈四尺 |
| | 四品 | 六十步 | 一丈二尺 |
| | 五品 | 五十步 | 一丈 |
| | 六品 | 四十步 | 六品以下八尺 |
| | 七品以下 | 二十步 | |
| | 庶人 | 十八步 | 六尺 |

（接下页注文）

碑碣上的题字[①]，碑身碑首碑蚨的尺寸，首蚨的形状和花样，无

（续前页注文）

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 元 | 一品 | 九十步 | | |
| | 二品 | 八十步 | | |
| | 三品 | 七十步 | | |
| | 四品 | 六十步 | | |
| | 五品 | 五十步 | | |
| | 六品 | 四十步 | | |
| | 七品以下 | 二十步 | | |
| | 庶人 | 九步 | | |
| 明 | 公侯 | 一百步 | 坟高二丈 | 围墙高一丈 |
| | 一品 | 九十步 | 一丈八尺 | 九尺 |
| | 二品 | 八十步 | 一丈六尺 | 八尺 |
| | 三品 | 七十步 | 一丈四尺 | 七尺 |
| | 四品 | 六十步 | 一丈二尺 | 六尺 |
| | 五品 | 五十步 | 一丈 | 四尺 |
| | 六品 | 四十步 | 八尺 | |
| | 七品以下 | 三十步 | 六尺 | |
| 清 | 一品 | 九十步 | 一丈六尺 | 围墙周围三十五丈 |
| | 二品 | 八十步 | 一丈四尺 | 三十五丈 |
| | 三品 | 七十步 | 一丈二尺 | 三十丈 |
| | 四品 | 六十步 | 一丈 | 三十丈 |
| | 五品 | 五十步 | 八尺 | 三十丈 |
| | 六品 | 四十步 | 六尺 | 十二丈 |
| | 七品以下 | 二十步 | 六尺 | 十二丈 |
| | 庶人 | 九步 | 四尺 | 八丈 |

（以上见《通典》一〇八，《开元礼纂类》三，“杂制”；《政和五礼新仪》二四，《丧葬之制》；《元典章》三〇，“葬礼”；《明会典》二〇三，《工部》二三，“坟茔”，“职官坟茔”；《清会典》三八；《清通礼》五三，《凶礼》；《清律例》一七，“服舍违式”条例。）

① 碑上皆书官位。《清通礼》云：“品官墓碑书某官某公之墓，妇人则书某封某氏。八、九品以下及庶士碑文曰某官某之墓，无官则书庶士某之墓，妇称某封氏，无封则称某氏。”（《凶礼》）

一不足以指示墓中人的身分①。

原则上庶人是不许用碑碣的②。更有些专属于大官的哀荣，除

① 唐　五品以上　螭首龟蚨（高不过九尺）。
　　七品以上　圭首方蚨（高四尺）。
宋　同上。
明　公侯　螭首龟蚨（碑身高九尺，阔三尺六寸，碑首高三尺二寸，碑蚨三尺八寸）。
　　一品　同上（碑身高八尺五寸，阔三尺四寸，碑首高三尺，碑蚨高三尺六寸）。
　　二品　麒麟首龟蚨（碑身高八尺，阔三尺二寸，碑首高二尺八寸，碑蚨高三尺四寸）。
　　三品　天禄辟邪首龟蚨（碑身高七尺五寸，阔三尺，碑首高二尺六寸，碑蚨高三尺二寸）。
　　四品　圆首方蚨（碑身高六尺，阔二尺八寸，碑首高二尺四寸，碑蚨高三尺）。
　　五品　同上（碑身高六尺五寸，阔二尺六寸，碑首高二尺二寸，碑蚨高二尺八寸）。
　　六品　同上（碑身高六尺，阔二尺四寸，碑首高二尺，碑蚨高二尺六寸）。
　　七品　同上（碑身高五尺五寸，阔二尺二寸，碑首高一尺八寸，碑蚨高二尺四寸）。
清　一品　螭首龟蚨（碑身高八尺五寸，阔三尺四寸，碑首高三尺，碑蚨高三尺六寸）。
　　二品　麒麟首龟蚨（碑身高八身，阔三尺，碑首高二尺八寸，碑蚨高三尺四寸）。
　　三品　天禄辟邪首龟蚨（碑身高七尺五寸，阔三尺，碑首高二尺八寸，碑蚨高一尺二寸）。
　　四品至七品　圆首龟蚨（碑身高七尺，阔二尺八寸，碑首高二尺六寸，碑蚨高一尺）。
　　士　圆首方蚨。
（以上见《通典》一〇八，《开元礼纂类》三，“杂制”；宋《丧葬令》[《书仪》七，《丧仪》三，“碑志”引]；《明会典》，“职官坟茔”；《清会典》三八；《清通礼》，《凶礼》。）

② 按唐、宋、明三代皆止七品以上有碑碣（见上注），《唐会要》云：“若隐纶道素，孝义著闻，虽不仕，亦立碣”（卷三八，《葬》），则是不仕立碣，只有几种人是例外。明、清二代皆明定庶人止用矿志，不许立碣（《明会典》，“职官坟茔”云：“庶人只用矿志”。《清通礼》，《凶礼》云：“庶人有志无碣”）。

辍朝,赐祭、赐赙、赐谥、及遣官治丧等事外,立于墓地的有神道碑,及石人石兽等等①。

以上是历代对于丧葬仪制的规定,命妇自有品级,官吏子孙亦得各依品荫。

上得兼下,下不得僭上的原则仍适用于此(见前)。后唐《丧葬令》云:"诸丧不得备礼者,贵得用贱,贱不得用贵。"②贵而不富的人家,往往拙于财力,丧葬不能备礼,有些穷官如御史之流,常至身后萧条,无以为殓。富而不贵的人家又往往格于禁令,想大事铺张而不可能。秦可卿之丧正是贾府财旺时,可惜她的丈夫不过是个黉门监,灵旛写起来不好看,便是执事也不多,为了使丧礼风光些,所以贾珍千方百计为捐一官衔,丧事才得称心。贾母是命妇,丧事原可十分风光,却又当家业破败时,力不从心。前一事可以看出有其财而无其位的窘迫,后一事则可以看出有其位而无其财的窘迫,细加玩味,最足以说明财力与身分,经济能力与政治地位在仪式上的关系。

---

① 唐　石兽　二品以上六事,二五品以上四事。
宋　三品以上　石人二,石羊二,石虎二,石望柱二。
五品以上　石羊二,石虎二,石望柱二。
明　公侯至二品　石人二,石马二,石羊二,石虎二,石望柱二。
三品　石虎二,石羊二,石马二,石望柱二。
四品　石虎二,石马二,石望柱二。
五品　石羊二,石马二,石望柱二。
清　同上。
(以上见唐令文[《唐律疏义》二六,"舍宅舆服器物"条引];《开元礼》,[《通典》一〇八,《礼》六八,《开元礼纂类》三,《序例》下,"杂制"];《书仪》,七,《丧仪》三,"碑志";《宋史》一二四,《礼志》七七,《礼》二七,《凶礼》三;《明会典》二〇三,《工部》二三,"职官坟茔";《清通礼》,《凶礼》;《清律例》,"服舍违式"条例。)

② 《五代会要》,《丧葬》上。

我们应注意这些规则与社会间的差距。

丧葬的等第固然令文限制甚严，违者常受处分，唐、宋坟茔石兽之属于令有违者杖一百，虽会赦，石兽碑碣之属，皆令改去（坟则不改）①。长庆二年又诏百姓丧葬以金银锦绣为饰，及陈设音乐，葬物稍涉僭越者，皆勒令毁除②。后唐令所司切加纠察，如物色数目大小有违条式，及饰以金银者杖六十③。明、清律皆规定器物之类违式僭用者，有官者杖一百，罢职不叙，无官者五十，违式之物并责令改正。

历代为了严加防止，常将责任放在承办的行人、工匠身上，如有违犯，皆问其罪。唐时丧葬条例皆由官府散榜城市及诸城门，宣示一切供作行人，令知所守，如有违犯，先罪供造行人贾售之罪④。丧家仪物违制，皆罪坐工人。后唐时规定租赁及制作丧葬器物的行人在承办以前必须查明丧家官秩高卑，合使人数物色，报请巡使判状，才能供应⑤。为了防止丧家冒称官秩起见，除死者系升朝官见任官外，其余官吏俱须将官诰或敕牒呈本巡使判押文状，行人才可据以供应⑥。如过制度，其假赁行人徒二年，丧葬之家即不问罪⑦。明、清律皆规定承造违式器物之工匠并笞五十，自首免罪⑧。

---

① 《唐律疏义》，《杂律》上，“舍宅舆服器物”；《宋刑统》二六，《杂律》，“营造舍宅车服违式”。

② 见《五代会要》，《丧葬》上；《宋史》，《凶礼》四，“士庶人丧”。

③ 《五代会要》，《丧葬》上。

④ 《唐会要》，《葬》。

⑤ 《五代会要》，《丧葬》下。

⑥ 同上，《丧葬》上。

⑦ 同上。

⑧ 《明律例》，“服舍违式”；《清律例》，“服舍违式”。

即官吏有失纠察，有时亦加惩责①。

但史实告诉我们，法律的禁制并不曾发生很大的效力，在人民日常生活方面已经如此，丧葬方面这种情形尤为显著而普遍。孝道本为朝廷所倡导，人子厚葬其亲，原为孝道的表现，丧家往往不惜以身试法，政府方面实有防不胜防，罚不胜罚之苦。同时为了表现孝道，也不便过于认真追究，有时禁令竟成具文。唐元和三年京兆尹郑元修条奏王公士庶丧葬等第，结果因“是时厚葬成俗久矣，虽诏命颁下，事竟不行”②。

元和六年官庶丧葬本有定制。会昌元年御史台酌定新制，品官明器每等皆加十事，舁数及人物尺寸皆分别增加，庶人明器亦由十五事增为二十五事，由三舁增为十舁，四神十二时原不许置，今亦不禁。这些新的规定都是为了从宽处置，台奏所说：“伏以丧葬之礼，素有等差，士庶之室，近罕遵守，逾越既甚，糜费滋多。臣忝职宪司，理当禁止，虽每令举察，亦怨谤随生，苟全废纠绳，又议责立至。总以承前令式及制敕皆务从俭省，减刻过多，遂令人情易逾禁，将求不犯，实在稍宽。臣酌量旧仪，创立新制，所有高卑得体，丰约合宜，免令无知之人，更怀不足之意。”③确为情实。怨谤随生，议责立至二语，表现官方左右为难的心情，可称实供。宋太平兴国七年命李昉等重定士庶丧葬制度，昉奏议曰：“臣等参详子孙之葬父祖，卑幼之葬尊亲，全尚朴素，即有伤孝道，其所用锦绣，伏请不加禁断[旧禁百姓丧葬祭奠不得以金银锦绣为饰]，其用音乐及拦

---

① 唐长庆三年浙西观察使李德裕奏官吏以上不能纠察，请加惩责。清时令该管各衙门随时稽察，官吏失察者，分别罚俸降级(见前页注)。

② 《唐会要》，《葬》。

③ 同上。

街设祭，身无官而葬用方相者严禁之。”①也是同一态度的表现。

唐、宋律舍宅舆服器物违式皆令改正，惟坟则不改②，无异于对既成事实的默认。丧家仪物违制止按治工人，不许更至丧家妄有捉搦，即便在衢路捉获，亦只罪坐工人，不得拘留丧家行李，令过时日③。后唐时亦但处分行人，丧葬之家不问罪。御史台奏称：“今则凡是葬仪，动逾格物，但官中只行检察，在人情各尽孝思，徇彼称家之心，许便送终之礼，台司又难将孝子尽决严罚，只以供人例行书罚，以添助本司支费。”④法律对于丧家的宽容，不将责任加于孝子，其社会后果是不难想象的。

按律庶人丧事不得用仪仗，不得立碣，可是事实上并不然。元时丧家往往使用祇候人等掌打茶褐伞盖、银裹校椅仪仗等物送殡⑤，明、清时代遗留下来的古冢，虽为庶人无不有碣。这些事实都足以表现丧葬逾制之习，大约除了使用六十四人抬柩，用全副仪仗，坟前树立石人、石兽、石柱，建神道碑，及用螭首龟蚨等类仪物外，其他不甚严重的事物是不大会引起严重纠纷的。

## 第四节　祭祀

从孝道的立场来讲，人人皆当慎终追远，生则敬养，死则敬享，

① 《宋史》一二五，《礼志》七八，《礼》二八，《凶礼》四。
② 《唐律疏义》，“舍宅舆服器物”；《宋刑统》，“管造舍宅舆服违令”。
③ 《唐会要》，《葬》；《五代会要》，《丧葬》上。
④ 《五代会要》，《丧葬》上。
⑤ 《元典章》三〇，《礼部》二〇，“禁送殡迎婚仪仗”。

原当奖励，不加禁制，但从另外一方面来讲，在一个任何生活方式都有阶级限制的社会里，祭祀也不能例外，于是“德厚者流光，德薄者流卑”①。德厚者不但所祀者远，同时祀仪也特加隆盛。

在上古时代关于庙数便有限制，天子七庙，诸侯五庙，大夫三庙，士二庙（一庙），庶人但祭其父②。后代仍然保持这种习惯，对于所祀世代数有一定的规定，王公大臣比于古诸侯，祀不过五代，余止三代、二代。北齐之制，王及五等开国执事官散从二品以上皆祀五代，五等散官正三品以下，从五品以上祭三代，执事官正六品以下，从七品以上祭二代③。开元十二年敕一品许祭四庙，三品许祭三庙，五品许祭二庙，嫡士许祭一庙。《开元礼》改定二品以上祀四庙，三品以上祀三庙，三品以上不须爵者亦四庙，四庙外有始封祖，通祀五庙，四品五品有兼爵亦三庙④。宋制官正一品平章事以上立四庙，枢密使、知枢密院事、参知政事、枢密副使、同知枢密院事、签书院事、见任前任同，宣徽使、尚书节度使、东官少保以上皆立三庙⑤。大观二年手诏：“侍从官以至士庶通祭三代，无等差多寡之别，岂礼意乎？……今恐夺人之恩而使通祭三世，徇流俗之情非先王制礼等差之义。”可文臣执政官、武臣节度使以上祭五代，文武升朝官祭三世，余祭二世⑥。

---

① 《穀梁传》僖一五。

② 参看《国语·楚语下》；《穀梁传》僖一五；《礼记·王制》，《祭法》；《孔子家语》八，《庙制解》。

③ 《通典》四八，《礼》八，《吉》七，“诸侯大夫士宗庙”。

④ 参看《通典》一〇八，《礼》一八，《开元礼纂类》三，“杂制”。《唐书》一三，《礼乐志》三；《唐会要》一九，“百官家庙”。

⑤ 《宋史》一〇九，《礼志》六二，《礼》一二，《吉礼》一二。

⑥ 同上。

于此我们可以看出祭祀制度在世代上的一种转变，最初庶人只能祭一代，逐渐推远及于二代、三代、四代，渐渐地消除贵贱在这方面的差等，宋代已经如此。明品官皆奉高、曾、祖、祢四世，庶人亦得奉其祖父母、父母[①]。到清代品官士庶一体奉高、曾、祖、祢四代祭祀[②]。于是贵贱在祭祀上不再有世代多寡的分别。

庙的建筑大有分寸。唐制三品以上九架，厦两旁，三庙者五间，中为三室，左右厦一间[③]。明制五庙者五间九架，厦两旁，四庙者三间五架[④]。清制，三品以上官庙五间，阶级五，东西庑各三间，四至七品官庙三间，阶三级，东西庑各一间，八、九品庙亦为三间，但中广左右狭，阶只一级，堂亦无庑，堂及垣皆只一门（七品以上皆三门）[⑤]。

庶人向例不许立庙，只能祭于寝。《国语》、《穀梁传》、《礼记》皆如此说[⑥]。北齐之制八品以下达于庶人皆祭于寝[⑦]。《开元礼》六品以下达于庶人皆祭祖祢于正寝[⑧]。宋制除许立庙者外，余官及庶士皆祭于寝[⑨]。明制庶人无祠堂，以二代神主置居室中间，无桃[⑩]。清九品以上始得立庙，庶士、庶人俱于寝堂之北为龛奉祀，庶

① 《明会典》九五，《礼部》五三，《祭祀》五，“品官家庙”。
② 《清通礼》一七，《吉礼》。
③ 《唐书·礼乐志》三。
④ 《明史》五二，《礼志》六，《吉礼》六。
⑤ 《清通礼》一七《吉礼》。
⑥ 《国语·楚语下》；《穀梁传》僖十五；《礼记·王制》，《祭法》；《孔子家语》八，《庙制解》。
⑦ 《通典》四八，“诸侯士大夫宗庙”。
⑧ 同上，一〇八，“杂制”。
⑨ 《宋史》一〇九，《礼志》，《礼》一二，《嘉礼》一二。
⑩ 《明史》五二，《礼志》六。

士以版别龛为四室，庶人则否[①]。

祭器祭品皆以多为贵。唐制五品以上每室樽、簋、簠、甗、铏、俎各二，笾豆一品、二品各十，三品八，四品、五品、六，六品以下樽、簋、簠、甗、铏、俎各一，笾豆各二[②]。宋制，正一品每室笾豆各十二，簠、簋各四，从一品笾豆各十，簠、簋各二，正二品笾豆各八，簠、簋各二[③]。清制三品以上每案笾豆各六，俎、铏、敦各二，七品以上笾豆各四，俎、铏、敦各一，八品以下笾豆各二，俎、铏、敦各一[④]。

祭品自来有严格限制。春秋时代即如此，观射父云天子祀用会（三太牢），诸侯用太牢，卿特牛，大夫少牢（羊），士用特牲，庶人鱼[⑤]。子木引《祭典》云，国君牛享，大夫有羊馈，士有豚犬之奠，庶人有鱼炙之荐[⑥]。二说惟牛享与太牢相异，余皆同。当时的人，生前食品既有等级上的限制（见前），则死后血食不同本不足怪。据观射父所云，知祭加于食一等，天子食用太牢，祀便用会，诸侯食用特牛，祀便用太牢，卿食用少牢，祀便用特牛，大夫食用特牲，祀便用少牢，士食鱼炙，祀便用特牲，庶人食菜，祀便用鱼。北齐三品以上牲用太牢，从五品以上用少牢，六品以下从七品以上用特牲[⑦]。唐五品以上祀以少牢，六品以下至庶人用特牲，纵祖父官有高下，

① 《清通礼》，同上。

② 《通典》一二一，《礼》八一，《开元礼纂类》一六，《吉》一三，"三品以上时享其庙"；《唐书》一三，《礼乐志》云：五品以上室异牲，六品以下共牲。

③ 《宋史》一〇九，《礼志》六二，《礼》一二，《吉礼》一二。

④ 《清通礼》一七。

⑤ 《国语·楚语下》。

⑥ 《国语·楚语上》。

⑦ 《通典》四八，《礼》八，《吉》七，"诸侯大夫宗庙"。

皆用子孙之牲①，五品以上簋实稷黍，簠实稻粱，笾实石盐干脯枣粟之属，豆实醢酱脀菹之属，六品以下，簋实稷，簠实黍，笾实脯枣，豆实菹醢②。明二品以上羊一豕一，五品以上羊一，以下豕一，并且规定须分四体，不能具牲③。清三品以上羊一豕一，四品至七品特牲，八品以下用豚肩，庶士荐饼饵二盘，肉食果蔬四器，羹二，饭二，庶人每案不过四器，羹饭具④。

官吏私祭皆得服用公服⑤。唐制二品以上官私家祭祀得服元冕（五品之服），五品以上得服爵弁（六品以下九品以上从祀之服），六品以下则服进贤冠（文武朝参、三老、五更之服）⑥。主妇得服用花钗礼衣（后改或衣冠从公服，无则常服）⑦。司马氏《书仪》云：冠、婚、祭仪主人皆盛服，有官者具公服靴笏，无官者具幞头靴襕或衫带，各取所服平日最盛者⑧。南渡后，士大夫家冠婚祭祀服帽衫（乌纱帽，皂罗衫，角带，系鞋，东都时士大夫交际常服之）⑨。明制皇帝亲祀郊庙社稷，文武官分献陪祀，皆服祭服（青罗衣赤罗裳，赤罗黼膝，方心曲领，冠带佩绶同朝服）。家祭亦用此种祭服，三品以上但去方心曲领，四品以下去领及佩绶而已。命妇亦得服

① 《通典》一〇八，《礼》六八，《开元礼纂类》三，《序例》下，“杂制”。

② 同上书，一二一，《开元礼纂类》一六，“三品以上时享其庙”。

③ 《明史》五二，《礼》六。

④ 《清通礼》一七。

⑤ 似惟元代为例外，见下。

⑥ 参看《通典》一〇八，《礼》六八，《开元礼纂类》三，《序例》下，“君臣冕服冠衣制度”；《唐书·舆服志》。

⑦ 《唐书》一三，《礼乐志》三。

⑧ 司马光《书仪》卷二，《冠仪》，“冠”。

⑨ 《宋史》一五三，《舆服志》五。

用礼服①。清礼，家祭主人朝服，率执事者盛服入庙②。历朝惟元代不许用公服祭祀。《元律》云："诸家庙春秋祭祀辄用公服行礼者，禁之。"③

① 《明会典》六一，《礼部》一九，《冠服》二，"文武官公服"，"命妇冠服"。又卷九五，《礼部》五三，《群祀》五，"品官家庙"，"行事"条云："主祭者见居官则唐帽束带，妇人曾受封者则花钗翟衣，士人未为官者则幅巾深衣，庶人则巾衫结绦，妇人则大袄长裙，首饰如制。"

② 《清通礼》一七。

③ 《元史》一〇四，《刑法志》，"禁令"。

# 第四章　阶级(续)

## 第一节　贵族的法律

上章我们已讨论各阶级在社会生活上的差异,这一章里我们将以各阶级在法律上不同的地位与权利为讨论范围。

最先让我们讨论贵贱间的不平等。

贵族为了适合其彻底统治的要求,不但把握住统治的工具,并且设法垄断法律,使法律成为不公开的。他明白秘密的价值,他决不肯将他的法律公开,致使被统治者明晓其内容。如果始终不揭露其秘密则他的意志有更大的威权,他的命令就是法律,不容人怀疑,更不容人质问,人民完全在他的操纵中,统治更为彻底而积极。亨利·梅因(Henry Maine)说东西法律曾经有一秘密时期,法律知识及判断争讼的原理为少数特权阶级(贵族等)所独占,彼等为其守藏人或管理人①。中国也曾有此一时期。叔向所谓"先王议事以制,不为刑辟",即无公开法律,随事议断之意②。邢侯与雍子争田,

---

① H. Maine, *Ancient Law*, llth edition, John Murry, London, pp. 11—13.

② 《左传》昭公六年。《汉书·刑法志》,李奇注曰:"先议其犯事,议定然后乃断其罪,不为一成之刑,著于鼎也。"师古曰:"舜则象以典刑,流宥五刑,《周礼》则三典五刑以诘邦国,非不豫设,但弗宣露使人知之。"

叔鱼代理理官的职务,受雍子女而袒之。邢侯怒,杀叔鱼及雍子。韩宣子时为正卿,不知所为。叔向请杀其生者而戮其死者①,即议事以制之一例。一直到春秋之世,郑②、晋③、魏④等国次第颁定刑书,法律才由秘密而公开,不再是贵族的秘藏,这一重大的转变在中国法律史上是极端重要的事,这种改变对于治人者及治于人者,双方皆有重大的影响。从贵族方面来说实处于不利的地位,所以每一次法典公开的运动都引起他们极端的骚扰不安与严重的抗议。子产相郑,铸刑书,叔向特地写信给他道:"昔先王议事以制,不为刑辟,惧民之有争心也。……民知有辟则不忌于上,并有争心,以征于书而徼幸以成之,弗可为矣。"⑤其后晋将范宣子所为刑书铸于鼎,仲尼讥之云:"晋其亡乎?失其度矣。……民在鼎矣,何以争贵,贵何业之守?⑥"他和叔向所代表的完全是贵族的意思,不是一二人的私见,他们所以如此重视这事,实因贵族的权力遭受威胁的原故,他们的动机从他们的话里暴露无遗,贵族所争者在此,而法家所争者亦在于此。法家之努力便在打倒贵族之把持与专断,使法律公开于一切人之前。

法律在法家心目中原是必需成文公布的。韩非对法律所下的定义便说:"法者编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓者也。"⑦

① 《国语·晋语九》。
② 郑子产铸刑书,事在昭公六年,见《左传》。
③ 晋为刑鼎,铸范宣子所为刑书,事在昭公二十九年。
④ 李悝为《法经》。
⑤ 《左传》昭公六年。
⑥ 同上,昭公二十九年。
⑦ 《韩非子》一六,《难三》。

又说:“法者宪令著于官府,刑罚必于民心,赏存乎慎法而罚加乎奸令者也。”①公布的价值便在于刑罚必于民心,确定不移,何为合法的,何为非法的,知所趋避,不致为统治者所欺蔽,任意轻重。故商君云:“法令明白易知,为置法官吏为之师以道之知,万民皆知所避就,避祸就福,而皆以自治也。”“吏明知民知法令也,故吏不敢以非法遇民,民不敢犯法以干法官也。”②他为了达到使天下之吏民皆知法令,用之如一而无私起见,主张立法之吏有解答官吏人民关于法令疑问的义务③。这种不惮其烦的谘询办法和铸刑书于铁鼎的办法,应是印刷术未发明以前可能想得到的办法,此外恐难有更妥善的处置。

梁启超说部落时代的刑律专为庶人阶级而设,庶人大率皆异族,刑不上士大夫,与刑以威四夷,其义一贯④。他的话大足资人启发,在封建时代的情形确曾如此。法律只是贵族用以统治人民的工具,他自己则全然立于法律之外,不受其拘束及制裁,所谓“礼不下庶人,刑不上大夫”⑤。“由士以上则必以礼乐节之,众庶百姓则必以法数制之”⑥。便是在这种法律制度下所产生的典型思想。

关于礼不下庶人,刑不上大夫,常易发生种种误解,似有重新加以解释的必要。许多人以为庶人无礼,如果我们承认礼是满足

---

① 《韩非子》一七,《定法》。
② 《商君书·定分第二十六》。
③ 同上。
④ 梁启超《先秦政治思想史》,1936 年,中华,页 47。
⑤ 《礼记·曲礼上》。
⑥ 《荀子》六,《富国篇》

人类欲望的行为规范，而且承认这种行为规范有贵贱尊卑的差等，则我们不难明了任何人都有礼——只是所用的礼不同而已。我们只能说庶人所用的礼较为简陋，但我们不能说庶人无礼。举例来说，婚姻是一种重要的礼，如说庶人无婚姻之礼，岂非不合事实？我们晓得庶人有庶人的婚礼，犹之天子、诸侯、卿大夫各有其婚礼。《礼记》云："夫礼者所以章疑别微以为民坊者也，故贵贱有等，衣服有别，朝廷有位，则民有所让。"①民即庶人。《荀子》说得很明白："礼之生为贤人以下至于庶也。"②《礼记》亦云："夫礼者自卑而尊人，虽负贩者必有尊也，而况富贵乎？富贵而知好礼则不骄不淫，贫贱而知好礼则志不慑。"③可见通富贵贫贱不能废礼。

《白虎通》云："礼不及庶人者，谓酬酢之礼也。"④从庶人不能备礼方面来解释，自较合理，但亦恐非礼不下庶人的意义，与刑不上大夫一话更无连系，至多只成为陪衬语而已。如果以礼刑为两种不同的社会约束，说："礼为有知制，刑为无知设。"⑤失礼才入刑，则上流社会中有身分的人，曾受特殊教育，以知耻为务，事事遵循礼的规范，自无需刑的制裁；反之，一般庶人则难以此种方式达到同样的目的。荀况云："由士以上则必以礼乐节之，众庶百姓则

① 《礼记·坊记》。
② 《荀子》一九，《大略篇》。
③ 《礼记·曲礼上》。
④ 《白虎通德论》四，《五刑》。
⑤ 同上。

必以法数制之。"①荀悦云:"礼教荣辱以加君子,化其情也;桎梏鞭朴以加小人,治其刑也。君子不犯辱,况于刑乎?小人不忌刑,况于辱乎?"②便是这个意思。这原是理论上的一种假定,但这种理论经实际运用后便成为一种固定的实践的法律规则,于是一跃而为大夫的特权,即使他们有违法的行为也不受刑事制裁了。刑不上大夫的原意是大夫遵守礼法,必不犯辱,无需刑罚,后来则谓大夫尊贵,不可以刑辱之③。由主观的理论一变而为客观的事实,颇可注意。

大夫有违礼的行为,有何反应,这是应当进一步研究的问题。通常所得的社会反应是舆论的制裁,一违礼的行为常引起舆论的轻视,贬责和讥嘲,《左传》上充满了这种论调,君子曰,"礼也","非礼也",便是当时士大夫团体中自身对于某一士大夫某一行为

① 《荀子》卷六,《富国篇》。按荀子所谓士庶,与其说是身分的划分,毋宁说是行为的划分。所以他说"人有是[礼],士君子也,非是,民也"(卷一三,《礼论篇》)。"虽王公大夫之子孙也,不能属于礼义,则归之庶人,虽庶人之子孙也,积文学,正身行,能属于礼义,则归之相卿矣"(卷五,《王制篇》)。他既主张礼刑分治,而士庶又以客观标准来区别,于是礼刑的应用也成了以行为为标准的,"以善至者待之以礼,以不善至者待之以刑"(《王制篇》)。

② 荀悦《申鉴》卷一,《政体》。

③ 贾谊云:"君之宠臣虽或有过,刑戮之辜不加其身者,尊君之故也,此所以为主上豫远不敬也,所以体貌大臣而厉其节也。今自王侯三公之贵,皆天子之所改容而礼之也,古天子之所谓伯父、伯舅也,而令与众同黥、劓、髡、刖、笞、傌、弃市之法,然则堂不亡陛廉?被戮辱者不泰迫廉?廉耻不行,大臣无乃握重权大官而有徒隶亡耻之心乎?……夫尝已在贵宠之位,天子改容而体貌之矣,吏民尝俯伏以敬畏之矣。今而有过,帝令废之可也,退之可也,赐之死可也,灭之可也。若夫束缚之,系绁之,输之司寇,编之徒官,司寇小吏詈骂而榜笞之,殆非所以令众庶见也。夫卑贱者习知尊贵者之一旦吾亦乃可以加此也,非所以习天下也,非尊尊贵贵之化也。夫天子之所尝敬,众庶之所尝宠,死而死耳,贱人安宜得如此而顿辱之哉?……故古者礼不及庶人,刑不至大夫,所以厉宠臣之节也"(《汉书·贾谊传》)。又《白虎通德论》云,"刑不上士大夫何?尊大夫"。

赞许或不赞许的反应(这种批评自不会及于庶人的,他们不懂礼,有了过失自有法律制裁,无需以礼义来责备之,君子也不屑为小人浪费口舌)。我们不可轻视这种消极的社会制裁的力量。人类学上的材料告诉我们在一接触密切的社会里,讥嘲的言词或歌唱对于被嘲弄的人的确是一种严重可怕的惩罚,予以极端的难堪和痛苦,无地逃避,最严重时使人失去社会生活,无异于为社会所放逐,人们因不堪种种奚落、孤寂,甚至因此而自杀①。古代中国的象刑,以人类学的眼光来看,未尝没有其存在的可能。赭衣②或即象刑之遗迹。周礼圜刑以明耻代刑③,虽出,三年不齿④后代也有师法象刑遗意而收得效果的。《封氏闻见记》,记一事,李封为延陵令,吏人有罪不加杖罚,但令裹碧头巾以辱之,随所犯轻重以日数为等级,日满乃释,吴人着此服出入州乡以为大耻,无敢僭违⑤。明代申明

① 参看 Thomas, *Primitive Behavior*, p. 515; E. S. Hartland, *Primitve Law*, Methuen, 1924, p. 161ff。

② 汉以后皆以赭衣为囚服。《汉书·食货志》,董仲舒言赭衣半道。又《楚元王传》,王戊辱申公、白生胥靡之,衣以赭衣使杵臼舂于市。按《孝经纬》云,上罪黑幪赭衣,中罪赭衣杂屦,下罪杂屦(《通典》,一六三,《刑》引)。《尚书大传》云,上刑赭衣不纯,中刑杂屦,下刑黑幪(《太平御览》,六四五引)。荀子云,杀赭衣而不纯(卷一二,《正论篇》)。《白虎通》及《北堂书钞》引《尚书大传》俱云犯劓者赭衣,惟《慎子》象刑无赭衣之说,与诸书异。《孝经纬》及《尚书大传》皆伪书不足征,荀子亦不信世俗象刑之说,但荀子时代既世俗有此说法,总非毫无根据。后代赭衣之制当非无因而起。

③ 《周礼·秋官·司寇》,大司寇之职云:"凡害人者寘之圜土而施职事焉,以明刑耻之。"郑注云:"明刑书其罪恶于大方版,着其背。"又"司圜"云:"凡害人者弗使冠饰而加明刑焉,……凡圜土之刑人也,不亏体。"注云:"弗使冠饰者着黑幪,若古之象刑与?"

④ 《周礼》,"司圜"。

⑤ 封演《封氏闻见记》九,"奇政"。

亭的成立也具同样的意义①。于此我们不难想象存在于一团体较小而接触更为密切的社会中,舆论制裁有更大的可能性。士大夫的团体经社会选择的过程,只包括全国人口中的一小部分,同时因共同兴趣(学问、道德,及政治事业)及其他社会活动(如射及乡饮酒之类的集会)的关系,接触可说是非常密切的,姓名、家世、政治活动及其他行为无不彼此互悉,且为彼此所深切注意,无论美行恶行都很难逃过他人的耳目与随之而来的批评。这种反应是非常敏感的。遭受恶意的指责和讥嘲的人,不但将为同类所不齿,所贱视,无地自容,甚至被排斥于大夫或君子团体之外。更重要的是政权既全部把握在士大夫阶级手中,则全体或大多数人对于某一二人的非难与恶感,可能暂时或永久剥夺其政治生命。贾谊所谓"废

① 《明史》四,《刑法志》云,明初"重绳赃吏,揭诸司犯法者于明亭以示戒,又令刑部凡官吏有犯宥复职,书立榜其门,使自省,不悛者论如律"。此为对官吏者,平民有过亦书于申明亭。《明律集解》云:"州县各里皆设申明亭,里民有不孝、不弟、犯奸、犯盗,一应为恶之人,姓名事迹,俱书于版榜以示惩戒,而发其羞恶之心,能改过自新则去之。其婚、户、田土等小事许里老于此劝争解纷。今仍申明教诫之制也。"《笺释》亦云:"按古各州县各里俱设立申明亭,民间词讼,除犯十恶强盗杀人之外,其婚户田土等事,许老人里甲在亭判决,及书不孝不弟与一应为恶之人姓名于亭,能改过自新则去之。板榜即教民榜文之类也。"(《唐明律合编》二六,《制律》九,《杂犯》,"拆毁申明亭"条引)

按《日知录》知申明亭用以惩恶,别有旌善亭,书善以示劝。又知洪武中下邑里皆置此二亭,至中叶已成具文,亭宇多废,善恶不书。但明清律仍有拆毁申明亭及毁板榜之禁,违者杖一百流三千里。清律且注明处刑外仍各令修立。乾隆九年覆准现在仍有申明亭俱行修整,旧有申明亭现为胥役民人侵占者,查出悉行交官修葺。凡所奉教民敕谕俱由督抚率属员缮写,刊刻悬挂申明亭,并将旧有一切条约,悉行刊刻木榜晓谕(此条已纂例)。又饬申明亭旧制凡不孝、不弟,及一应为恶之人,书其姓名于亭,能改过过自新者则去之,应仍照旧制遵行(此未纂例,以上见《清律例汇辑便览》三四,《刑律》,《杂犯》,"拆毁申明亭"),知清初又恢复旧制,但所着重者为敕谕之刊布,书恶一层似仍为具文。

之可也,退之可也"①是。试以东汉以及魏、晋时代清议的影响为例,更可想见此中奥妙,当时士族因被贬议,废弃数十年或终身的不知凡几②。

但我们慎勿以为除了舆论的制裁外,别无更积极的制裁,通常对于刑不上大夫一语每多误释,不求甚解。固然笞榜之刑不及大夫,大夫亦不下狱,贾谊云:"若夫束缚之,系继之,输之司寇,编之徒官,司寇小吏詈骂而榜笞之,殆非所以令众庶见也。"③《白虎通德论》亦云:"刑不上大夫者,据礼无大夫刑,或曰挞笞之刑也。"④但我们应当注意刑不上大夫的刑字,并不指笞榜而言。汉文帝废肉刑,始以笞当刑,汉以前无笞刑,但有五刑,所谓刑即五刑,刑不上大夫亦指五刑而言。五刑之中除死刑而外,墨、劓、刖、宫四者为肉刑,皆损毁肢体,残阙官能,与完刑有别⑤。这种容貌形体上无法掩饰的残毁,受者终身不齿于人,奇耻大辱无过于此,自非君子所能堪,而且墨者守门,劓者守阙,宫者守内,刖者守囿⑥,种种贱役,更非君子所屑为,无论其刑其役,都非君子所能容忍,不但对于受

① 《汉书》四八,《贾谊传》。《周礼》云以八柄诏王驭群臣,七日废,以驭其罪(卷一,《天官冢宰》,大宰之职)。

② 《隋书·刑法志》云:梁"士人有禁锢之科。亦以轻重为差。其犯清议,则终身不齿"。又云:陈制,"唯重清议,禁锢之刑,若缙绅之族,犯亏名教、不孝及内乱者,发诏弃之,终身不齿"。参看《日知录》。

③ 《汉书·贾谊传》。

④ 《白虎通德论》四,《五刑》。

⑤ 《周礼》,"司圜"云:"凡圜土之刑人也,不亏体。"又"掌戮"云:"髡者使守积。"郑司农云髡当为完,谓但居作三年,不亏体者也。郑玄谓此出五刑之中,而髡者必王之同族不宫者,宫之,为翦其类,髡头而已。守积,积在稳者,宜也。汉除肉刑,当完者完为城旦舂,当黥者髡钳为城旦舂(《汉书·刑法志》)。

⑥ 《周礼·秋官·司寇》,掌戮。

刑者本人是一种绝大的侮辱,便是对于贵族全体也是一种侮辱,威严已失,何以临民?为了尊礼大臣,笞扑缧曳犹不可加之,甚至有罪犹迁就而讳之,不直言其罪①,何况以肉刑加之?贾谊疏中说得很清楚,"廉耻节礼以治君子,故有赐死而无戮辱,是以黥劓之罪不及大夫"②,他的话可以充分证明刑不上大夫,即大夫不被五刑之谓。贾谊去古未远,他的话自不是信口言之,毫无根据的。若白虎观集议诸儒去古较远,故所说为或曰揣测之辞,而远于真象。

法家所以为儒家所排斥(也可以说为贵族所排斥),便是因为他们主张法律平等主义。商君所以积怨蓄祸,为宗室、贵戚所怨望,终不免于车裂之惨,便是因为他实行了法家平等的主张,刑太子傅公子虔,黥太子师公孙贾,后又劓公子虔③,公子虔因失去了鼻子,愧于见人,杜门八年不出,这种奇耻大辱,自非贵族所能容忍。《史记》云商君行法十年,秦民大说。又说相秦十年,宗室、贵戚多怨望者。赵良说商君,也以得罪贵族,积怨蓄祸为言。春秋时代,贵族确无受刑者,商君独破其例,难怪为全体贵族所深恶痛绝,若遵照当时的习惯,将公子虔、公孙贾放逐出境,甚至赐死,或将他们杀死,我想事态便不会这般严重,结恨也不至如此之深。

贵族有篡位、弑君、弑父及贵族自相争夺、残杀等危及国家秩序,扰害贵族全体安全的行为,不能为贵族全体所能容忍而超过了

---

① 贾谊云:"古者大臣有坐不廉而废者,不谓不廉,曰簠簋不饰。坐污秽淫乱男女之别者,不曰污秽,曰帷簿不修。坐罢软不胜任者,不谓罢软,曰下官不职。故贵大臣定有其罪矣,犹未斥然正以呼之也,尚迁就而为之讳也。"(《汉书·贾谊传》)。

② 《汉书·贾谊传》。

③ 《史记》六八,《商君列传》。

舆论的谴责程度时，常为贵族所放逐或杀戮。梁启超举“投诸四裔以御魑魅”，“屏诸四夷，不与同中国”，及鲁人盟臧孙纥的例证，以为对于贵族有逐放的办法，妨害本社会秩序者则屏诸社会以外①。这是对的，《书经》上说：“流宥五刑……五流有宅，五宅三居。”②因为不忍加以墨、劓、宫、刖、大辟等刑，才将他放逐边远，这和后代以流为五刑之一，且重于笞、杖、徒刑者不同，意义亦不同，所以上古时代流放是用以对付刑所不加的大夫的，而中古近世则流为重刑，八议以内及有官阶的人是不流的，其间的分别颇可注意。像共工、骓兜、潢和鲧都是当时刑所不加的君子，而其恶不可以容忍，故投诸四裔以御魑魅。春秋时代流放的习惯仍很普遍。公孙楚伤公孙黑，子产放之③。还有许多人则因立足不住，免得被人放逐或诛杀而自动出奔他国。

还有一种办法是结束他的生命，我们或需于此重新提醒刑不上大夫一语是包括死刑而言的，大辟弃市只用于庶人。《周礼》云：“凡杀人者踣诸市，肆之三日，刑盗于市，凡罪之丽于法者亦如之。”④《礼记》云：“刑人于市与众弃之。”⑤应劭云，先此诸死刑皆磔于市，今改曰弃市⑥。《释名》云：“市死曰弃市，言与众人共弃之也。”这种死刑是非常可耻辱的，所以通常亦名之曰戮，戮字原含有辱的意思，训作辱也，常与辱字刑字相连，曰戮辱，曰刑戮（见《广

① 《先秦政治思想史》，页47。

② 《书·虞书·舜典》。

③ 子产曰：“余不女忍杀，宥女以远，勉速行乎，无重而罪。”（《左传》昭公元年）。

④ 《周礼·秋官司寇》，掌戮。

⑤ 《礼记·王制》。

⑥ 《汉书·景帝纪》，改磔曰弃市句注。

韵》)。《周礼》,"戮人"郑注云:"戮犹辱也,既斩杀又辱之。"又《晋语》,戮其死者句注:"陈尸为戮。"市井为小人出入之地,君子所不履,何况刑之而陈尸于市,这种戮辱自非君子所能堪。所以贾谊说:"今自王侯三公之贵,皆天子之所改容而礼之也,古天子之所谓伯父、伯舅也,而令与众庶同黥、劓、髡、刖、笞、傌、弃市之法,然则堂不亡陛乎?被戮辱者不泰迫乎?廉耻不行,大臣无乃握重权,大官而有徒隶亡耻之心乎?"①

自尽则是最能保全贵族体面及尊严的办法,不令众庶见之,与受戮于吏完全不同。所以贾谊云,君子"有赐死而亡戮辱,……虽或有过,刑戮之罪不加其身者,……闻谴何则白冠氂缨,盘水加剑,造请室而请罪耳,上下执缚系引而行也,其有中罪者闻命而自弛,上不使人颈盭而加也,其有大罪者,闻命则北面再拜,跪而自裁,上不使捽抑而刑之也"②。周、秦时代许多贵族大臣都如此从容自裁,略一示意,便自赴死,毫不犹豫。晋惠公将杀里克,公使谓之曰:"微子,则不及此,虽然,子弒二君与一大夫,为子君者,不亦难乎?"对曰:"不有废也,君何以兴?欲加之罪,其无辞乎!臣闻命矣。"伏剑而死③。伍员④、白起⑤、扶苏⑥都是赐剑自裁的。若畏缩不肯自杀,便将为人所杀而遭屈辱了。公孙黑将作乱,子产使吏数之以罪曰:"不速死,大刑将至。"又曰:"不速死,司寇将至。"公孙黑缢,尸

① 《汉书·贾谊传》。
② 同上。
③ 《左传》僖公十年。
④ 《史记》六六,《伍子胥列传》。
⑤ 同上,七三,《白起列传》。
⑥ 同上,八七,《李斯列传》。

诸周氏之衢,而加木[①]。赵高矫始皇诏赐世子扶苏及将军蒙恬死,扶苏自杀,恬疑其诈,不肯死,使者系之于狱,恬知不免,乃吞药自杀[②]。

还有一种结束生命的方法是杀死他。《春秋》经传上有许多贵族被杀的记载,这种杀害与大辟、弃市有别,是不刑于市的。《康诰》曰:"义刑义杀",刑与杀似非无别。虽未必如《周礼》所云:"凡有爵者,与王之同族奉而适甸师氏以待刑杀"[③],但与常囚之适市而刑杀者不同,则是可信的。北周常囚死罪,皆书其姓名及其罪于拳,杀之于市,唯皇族与有爵者隐狱[④],即此种遗意。

赵高说秦二世严法刻刑,灭大臣而远骨肉,史称二世然其言,更为法律,于是群公子有罪,辄下高令鞫治之,杀大臣蒙毅等,公子十二人戮死咸阳市,十公主矺死于市[⑤],贵族而磔于市,实行恐怖政策,是"更为法律"以后的事。

后代有时对大臣保留赐死的遗习。汉文帝纳贾谊之言,大臣有罪皆自杀不受刑,武帝时始稍复入狱[⑥]。北魏时大臣当大辟者多得归第自尽[⑦]。唐时《狱官令》明文规定五品以上官犯死罪皆赐死于家[⑧]。安史之乱,胁从者相率待罪阙下,大臣陈希烈等便是赐自

① 《左传》昭公二年。

② 《史记》八八,《蒙恬列传》。

③ 《周礼·秋官·司寇》,掌囚。

④ 《隋书·刑法志》。

⑤ 《史记·李斯列传》。

⑥ 《汉书·贾谊传》。

⑦ 《魏书》六二,《李彪传》。

⑧ 《旧唐书》五〇,《刑法志》云:"会昌元年九月库部郎中知制诰纥于泉等奏,准刑部奏犯赃官五品以上合抵死刑,请准狱官令赐死于家者,伏请永为定格,从之。"据《新唐书》五六,《刑法志》则云:"五品以上罪论死,乘车就刑,大理正莅之,或赐死于家。"

尽于狱中的①。宋朝家法之一即不杀士大夫。

## 第二节　法律特权

封建政治解体以后,大一统的中央集权政治消灭了原有的许多封建单位,各自为政的政治制度,法律制度有了新的需要,也就不能保持原有的形态与机构。不再容许各个政治单位不同的法律的存在,而代之以大一统的同一法典②。这法典是国家的,或是皇帝的,而不再属于贵族了。这时只有他是立在法律以外的唯一的人,法律是他统治臣民的工具,主权命令全国所有的臣民——治人者和治于人者,贵族和平民——都遵守这部法典,一切人都在同一司法权以下,没有任何人能例外。这样便打破了某一种人,不受法律拘束,刑不上大夫的传统习惯。

但是我们只能说法律在秦、汉以后有进一步的平等,贵族不再能置身法外,却断不能过分夸张地说,秦、汉以后的法律已由不平等而进至绝对的平等,武断地说,贵族和平民处于同等法律地位。法家固然是主张绝对平等的,商君等法家也曾竭力实行,但汉以后儒家又渐渐地抬头,政治上不断地受其支配及影响,于是法家的主张始终不能贯彻,绝对的平等主义始终不能彻底实行。古代的法

---

① 《新唐书》五六,《刑法志》。

② 《史记》六,《始皇本纪》云:"一法度、衡石、丈尺,车同轨,书同文字。"盖秦并天下,废封建,海内为郡县,各种制度始趋于整齐划一。以法令而言,亦归一统,不似前此诸侯国之各有法律也。故丞相绾、御史大夫劫、廷尉斯等曰:"法令由一统,自上古以来所未有,五帝所不及。"

律始终承认某一些人在法律上的特权,在法律上加以特殊的规定,这些人在法律上的地位显然是和吏民迥乎不同的。这些人包括八议者,其他官吏及上述二种人的亲属,因其法律上特殊的地位,我们不妨称之为法律上的特权阶级。若就法律上所给予的种种特权加以分析,我们自能了解此中情况。

## 一　贵族及官吏

首先我们应指出这些特权阶级不受司法机构及普通法律程序拘束的情形。许多时代的法律都规定司法机构不能擅自逮捕审问他们,除非得有皇帝的许可。汉有先请之制,贵族及六百石以上官吏有罪,须先请方得逮捕审问。[①] 宋神宗诏,品官犯罪,按察之官并奏劾听旨,毋得擅捕系罢其职[②]。明清二代,八议者犯罪,官吏不能擅自逮捕,须先将所犯事情实封奏闻取旨,奉旨推问,才许拘问,若奉旨免究,便作罢论[③]。八议以外的官吏也能享受这种优待。明

---

① 先请宗室为一类。《后汉书》三六,《百官志》云,宗正卿岁因计上宗室名籍,若有犯法当髡以上,先上诸宗正,宗正以闻乃报决。《周礼·秋官·小司寇》注所谓议亲,若今宗室有罪先请是。先请另一类为官吏。高帝令郎中有罪耐以上请之(《高帝纪》),宣帝黄龙元年诏吏六百石位大夫有罪,先请之(《宣帝纪》)。平帝元始元年令公列侯嗣子有罪,耐以上先请之(《平帝纪》)。光武建武三年诏吏不满六百石下至墨绶长相有罪,先请之(《后汉书·光武纪》。故《周礼·秋官·小司寇》注云议贵,若今时吏墨绶有罪先请)。有司奏请逮捕朝错、邴吉、萧望之都未得到皇帝的批准,萧望之是后来又经弘恭、石显劾奏才送交廷尉的(《汉书》四九《朝错传》,七四《邴吉传》,七八《萧望之传》)。

② 《宋史》一九九,《刑法志》。

③ 《明律例》一,《名例》上,"应议者犯罪";《清律例》四,《名例律》上,"应议者犯罪"。

律,京官及在外五品以上官有犯皆须奏闻请旨不许擅问[①]。便是直辖上司对于府、州、县官虽有处分权,他的权限也只限于笞决、罚俸、收赎、纪录等项,重罪仍须依据上述同样的原则,奏闻后方许推问[②]。清律无论大小官员,所司皆须开具事实实封奏闻请旨,不许擅自勾问[③]。

他们也不受拘系刑讯。汉孝惠制,爵五大夫、吏六百石以上及官皇帝知名者,有罪当盗械者皆颂系[④]。梁制,郡国太守、相、都尉、关中侯以上,及二千石以上非槛征者并颂系之[⑤]。《隋书·刑法志》云:陈制,"囚并着械,徒并着锁,不计阶品"。可知南朝诸国定例,大臣犯罪皆不拘系,陈独不从其例,故表而出之。北周之制,死罪枷而拳,流罪枷而梏,徒罪枷,鞭罪桎,杖罪散以待断,皇族及有爵者,徒已下,皆散之,唯死罪流罪锁之[⑥]。

不受刑讯,自唐以来皆有明文,唐、宋应议,请减者[⑦],不合拷讯,但据三人以上的众证定罪,违背此制,故加拷讯的官吏是有罪的。无论罪有无出入,前种情形之下依故出入人失出入人论罪,即罪无出入,亦以斗杀论[⑧]。防制可谓极严。宋以后限制较松,在某种情形之下得加拷讯。政和七年间诏,命官命妇犯罪,三问不承即

---

① 《明律例》,《名例》上,"职官有犯"。

② 同上。

③ 《清律例》,《名例律》上,"职官有犯"。

④ 《汉书》二,《惠帝纪》。

⑤ 《隋书》二五,《刑法志》。

⑥ 同上。

⑦ 应议者谓在八议以内者;请谓应议者期以上亲及孙,若官爵五品以上者;减谓七品以上之官,及五品以上之祖父母、父母、兄弟、姊妹、妻、子孙。

⑧ 《唐律疏议》二九,《断狱》上,"八议请减老小";《宋刑统》二九,《断狱律》,"不合拷讯者取众证为定"。

奏请追摄,情理重害而拒隐,方许枷讯。诏书中并云:"迩来有司废法,不原轻重,枷讯与常人无异,将使人有轻吾爵禄之心,可申明条令,以称钦恤之意。"①《元律》按问官吏,毋遽施刑,惟众证已明而不款付者加刑问之②。明、清律的规定和唐律略同。凡应入议之人不合用刑拷讯,皆据众证定罪,违者以故失入人罪论③。清例又规定三品以上大员革职拿问,不得遽用刑夹,有不得不刑讯之事,须请旨遵行④。

更重要的一点是审问以后,法司也不能依照普通的司法程序,加以断决。汉制,在先请之列的贵族及官吏有罪,须得到皇帝的批准才能判刑⑤。八议成为法律的一部分以后,议请的范围愈益推广而确定。唐、宋时八议犯死罪非十恶者,条录所坐及应议之决,先奏请议,由都座集议,议定奏裁,由皇帝裁决,议者只能原情议罪,不能正决⑥。晋、周的法律有上请的规定⑦。明、清法律亦有类似的规定,八议犯罪除十恶外,不问死罪、徒、流皆须经过此种议奏手续⑧。便是八议以外的官吏虽不必经议请的手续,但仍不能由承审

---

① 《宋史》一九九,《刑法志》一。

② 《元史》一〇一,《刑法志》一。

③ 《明律例》一二,《刑律》四,《断狱》,"老幼不拷讯"条。《清律例》三六,《刑律》,《断狱》上,同条。据《清律总注》及《辑注》,故失入人罪系指拷讯之下虚招者,若违律拷讯而罪情真实,则罪较轻,《辑注》谓应以"违制"论,《笺释》谓应照"不应"论罪。

④ 《清律例》四,《名例律》上,"应议者犯罪"。

⑤ 例如晁错、贾捐之、赵广汉等人都是经过奏请才处死的(《汉书》四九《晁错传》,六四下《贾捐之传》,七六《赵广汉传》)。

⑥ 《唐律疏义》二,《名例》二"八议者";《宋刑统》二,《名例律》,"八议"。

⑦ 《五代会要》十,《刑法杂录》。

⑧ 《明律例》,《清律例》,"应议者犯罪"。

官径行判决。唐、宋律官爵五品以上犯罪非十恶、反逆、缘坐、杀人、监守内奸盗、略人、受财枉法者,得开具所犯及应请之状奏请①。明律六品以下官虽听分巡御史、按察司并分司取问,亦只能依律议拟,闻奏区处。便是府、州、系官经上司推问以后,亦须议拟回奏,俟委官审实,方许判决②。清律限制较明律更为严格,不问大小官员均须依照议拟奏闻的手续,候复准方得判决③。

从上述事实中我们可以看出这些特权阶级,不受司法机构及普通法律程序拘束的情况,法司不能依法逮捕他,审问他,更不能判决他的罪名。这种人只受最高主权——皇帝——的命令,只有他才能命令他的法官审问他,也只有他才能宣判其罪名,加以执行。这种办法是极富于弹性的,过问与否,惩罚或免罪,以及减免的程度,都取决于他个人的意志,他的法司不能擅作主张。

除议请外,还有一办法则是缺乏弹性的,但亦较为简捷——依例减赎,不必议请。隋制,八议以内及官品第七以上犯罪,例减一等,八、九品官亦许赎罪④。唐、宋律,八议以内者除犯死罪须议请外,流罪以下,罪非十恶,便可由所司依例减一等断讫。八议以外官秩较小的也有详细的减赎办法,七品以上官犯流罪,非十恶,反逆、缘坐、杀人、监守内奸盗、略人、受财枉法者,减一等,八、九品官流罪则听赎⑤。

---

① 《唐律疏义》二,《名例》二,"皇太子妃";《宋刑统》二,《名例律》,"请减赎"。

② 《明律例》,"职官有犯"。

③ 《清律例》,"职官有犯"。

④ 《隋书》二五,《刑法志》。

⑤ 《唐律疏义》二,《名例》二,"八议者","七品以上之官","应议请减;"《宋刑统》二,《名例律》,"八议","请减赎"。

进一步更值得我们注意的是判决以后实际发落的情形。通常无论公罪、私罪，判刑后都有优免的机会，以罚俸、收赎、降级、革职等方式抵刑。这种立法的原意多少与影响远深的刑不上大夫的概念有关。

汉时，上造以及内外公孙、耳孙有罪当刑及当为城旦舂者，皆耐为鬼薪白粲①，使不受刑。晋律应八议以上皆留官收赎，勿髡、钳、笞②，免官者比三岁刑③。嗣后历代法律皆有以官抵刑的办法。北魏王公及五等列爵可以爵邑除罪，官品第五以上亦可以官阶当刑，免官三年以后才许还仕，降原官阶一等④。陈制，如所得系五岁刑或四岁刑，准以官当罪二年，余下的二年或一年居作；三岁刑则以官当二年，余一年如为私罪许赎，如为公坐过误许罚金；二岁刑，有官者皆许赎罪（无官的人只有一岁刑许赎）⑤。隋、唐、宋之制，品官犯罪除得赎外⑥，徒、流罪又可以官当，以官爵大小折抵罪刑，官爵愈高，则所当之罪愈多，而减免的机会亦愈多，分别官阶大小，抵罪若干，办法较前代为复杂，而对于大官的优待亦较前代为厚。据律，犯私罪以官当徒者，五品以上官当徒二年，九品以上官当徒一年；犯公罪当徒者，五品以上官当徒三年，九品以上官当徒二年，

① 《汉书》二，《惠帝纪》。

② 《唐律疏义》一，《名例》一，《死刑》二，问答引《晋律》。

③ 《太平御览》六五一引《晋律》。

④ 《魏书》一一一，《刑法志》。

⑤ 《隋书·刑法志》。

⑥ 隋律，九品以上犯者听赎，唐、宋律应议请减至九品以上官犯流罪以下听赎（见《隋书·刑法志》；《唐律疏义》，《名例》二，“应议请减”；《宋刑统》，《名例律》，“请减赎”）。

当流者三流同比徒四年①。

唐、宋官当法优礼官吏可谓无微不至,官当虽至多比徒三年,但另以种种方式使不致实徒实流,同时,又设法保留犯官的官位,使不致因之而断送政治生命。先看第一点,有二官者,例得先以职事官、散官及卫官中之最高者当之,次以勋官当之②,一一折算,毫不吃亏,即使现任二官当罪之外尚有余罪,或当罪已尽,后又犯法者,并听以历任之官当之③。例如一官现任六、七品职事官兼带六品以下勋官,犯了流罪,例减一等,合徒三年,依据官当法,他可以先以职事官中最高的一官(六品官)当徒一年,再以勋官当徒一年,还剩一年徒刑,他以前还任过八品官又可以当徒一年,正好将罪除尽。即使仍不能抵当他所应得的罪,他也不必忧虑,法律上规定得很清楚,"诸以官当徒者,罪轻不尽其官,留官收赎,官少不尽其罪,余罪收赎"④。便是官已当尽,在未重叙以前,又犯流以下罪,仍听以赎论⑤。这可以看出来官吏在法律上的特殊地位及权利并不因解除官位而丧失,法律上并不因此而以平民待之。所以官已当尽,仍保留赎罪的权利。我们应注意,除名免官等法原不是永远剥夺官吏的政治生命,那只是暂时的,以官当罪者期年后但降先品一等

① 《隋书·刑法志》;《唐律疏义》,《名例》二,"以官当徒";《宋刑统》二,《名例律》,"以官当徒除名免官免所居官"。

② 《唐律疏义》,"以官当徒";《宋刑统》,"以官当徒除名免官免所居官"。

③ 同上。

④ 《唐律疏义》三,《名例》三,"以官当徒不尽";《宋刑统》,"以官当徒除名免官免所居官"。

⑤ 《唐律疏义》三,《名例》,"除名者";《宋刑统》,"以官当徒除名免官免所居官"。

叙①,便是罪犯除名免官若干年后亦听叙官②,叙官以后又可以享受官吏在法律上应得的种种的特权了。

明、清律在这方面对于官吏的优待不如唐、宋远甚,官吏免刑的范围只限于笞、杖轻罪,徒、流以上便须实配。官吏公罪笞刑例得收赎或罚俸,杖以上的重罪则分别轻重黜陟,俱不决罚③;如所犯系私罪,笞、杖等罪,例不决罚。明制按轻重降等,笞四十以下附过还职,五十解见任别叙,杖六十降一等,七十降二等,八十降三等,九十降四等,俱解见任,流官于杂职内叙用,杂职于边远叙用,杖一百者始罢职不叙④。清制,官吏犯笞刑者分别罚俸,笞一十,罚俸两个月,笞二十,罚俸三个月,三十,四十,五十各递加三个月,犯杖刑者分别降级革职如明制⑤。进士、举人、贡、监、生员,犯笞杖罪,亦一律照例纳赎,不的决⑥。

---

① 《唐律疏义》三,《名例》,"除名者";《宋刑统》,"以官当徒除名免官免所居官"。

② 除名者六载之后依出身法听叙,免官者三载之后降先品二等叙,免所居官者期年后降先品一等叙(《唐律疏义》,"除名者";《宋刑统》,"以官当徒除名免官免所居官")。

③ 《明律》:"凡内外大小军民衙门官吏犯公罪该笞者,官收赎,吏每季类决,不必附过。杖罪以上,明立文案,每年一考,纪录罪名,九年一次通考,所犯次数重轻以凭黜陟"(《明律例》一,《名例》上,"文武官犯公罪")。《清律》:"凡内外大小文武官犯公罪,该笞者,一十罚俸一个月,二十、三十各递加一个月,四十、五十各递加三个月,该杖者,六十罚俸一年,七十降一级,八十降二级,九十降三级,俱留任,一百降四级调用。吏典犯者,笞杖决讫,仍留役。"(《清律例》四,《名例律》上,"文武官犯公罪")

④ 《明律例》一,《名例》上,"文武官犯公罪"。若未入流品官及吏典有犯私罪笞四十者,附过各还职役,五十罢见役别叙,杖罪并罢职役不叙。

⑤ 《清律例》四,《名例律》上,"文武官犯私罪"。吏典犯者杖六十以上罢役。

⑥ 《清律例》四,《名例律》七,"赎刑"条例云:凡进士、举人、贡、监、生员及一切有顶戴官,有犯笞杖轻罪,照例纳赎,罪止杖一百者,分别资参除名,所得杖罪,免其发落,徒流以上,照例发配。

现在让我们讨论贵族官吏与平民间的诉讼问题。先讲伤害罪,皇家亲属,不可轻犯,若加殴杀,自不当以凡论,历代法律都采加重主义,按被杀或伤害的皇家亲属与皇帝的亲疏关系来治罪,服制愈亲,则加重的程度愈甚。唐、宋、明、清律在这方面的规定大致相同。殴皇家袒免亲者,虽无伤亦徒一年,有伤便徒二年(常人无伤不成罪,轻伤亦不至徒刑),重伤者加凡斗二等,若为缌麻、小功、大功、期亲,又各递加一等。殴皇家亲属至笃疾者,明、清律处绞,唐、宋律无文,殴死者,唐、宋、明、清律皆处斩①。

官吏与平民既有贵贱之分,平日相遇,尚须意存尊敬,不同凡礼,若以贱凌贵而加殴辱,自更不可轻恕,所以法律上亦别立专条,不以凡论,而采取加重主义。加重的程度是与官品的高下成正比例的,唐、宋、明、清律流外官以下及庶人殴三品以上官者,无伤徒二年,有伤加徒一年,折伤流二千里,若殴伤四、五品官则减三品以上罪二等(但减罪轻于凡斗伤者,须加凡斗二等论罪),若殴伤六品以下,九品以上官则各加凡斗伤二等②。

若部民殴本属地方长官,以子民而侵犯父母官,自更罪大难容。宋刘秀之云:"民敬是官,比之父母,行害之身,虽遇赦,谓宜长付尚方,穷其天命,家口补兵。"③社会上对于此事的重视可以想见,

---

① 《唐律疏义》二一,《斗讼》一,"皇家袒免以上亲";《宋刑统》二一,《斗讼律》,"殴皇亲";《明律例》十,《刑律》二,《斗殴》,"皇家袒免以上亲被殴";《清律例》二九,《刑律》,《斗殴》上,"宗室觉罗以上亲被殴"。

② 《唐律疏义》二一,《斗讼》一,"流外官殴议贵",(议贵谓文武职事官三品以上散官二品以上及爵一品者)《宋刑统》,"殴皇亲";《明律例》十,《刑律》二,《斗殴》,"殴制使及本管长官";《清律例》二九,《刑律》,《斗殴》上,"殴制使及本管长官"。

③ 《宋书》八一,《刘秀之传》。

所以法律上的处分又较殴非本管官吏的罪名为重。唐、宋殴制使、本属府主、刺史、县令，明、清殴本属知府、知州、知县，无伤皆徒三年，有伤皆流二千里，折伤者绞[①]。若谋杀本属长官则入于十恶中之不义[②]，处分自更严厉。唐、宋、明、清律已行者流二千里，已伤者绞，已杀者斩[③]。元律，部民殴死长官，主谋及下手者皆处死[④]。

便是殴本属长官的家属，因尊重父母官的关系，其处分亦较常人为重。唐、宋律为此特立专条，殴本属府主、刺史、县令之祖父母、父母，及妻子者，皆徒一年，伤重者加凡斗伤一等[⑤]。明、清律虽无文，但习惯上仍较凡人的处分为重，——斟酌情形比照殴非本管官律量减一二等。嘉庆时已故三等侍卫巴林之妻韩彭氏因索讨地价向王三扑殴，被王三回殴，未成伤，韩彭氏系五品命妇，将王三比依殴非本官五品以上官杖六十徒一年律量减一等，杖一百[⑥]。道光时正黄旗包衣护军叶清保之妻叶刘氏率同崔二向正蓝旗满洲护军参领国兴之妻李氏索债，叶刘氏及崔二将李氏殴伤，李氏系三品命妇，自应照殴非本管三品以上官问拟，惟系索欠起衅，依例减二等

---

① 《唐律疏义》二一，《斗讼》一，“殴制使府主县令”；《宋刑统》二一，《斗讼律》，“殴制使刺史县令”；《明律例》，“殴制使及本管长官”；《清律例》，“殴制使及本管长官”。

② 《唐律疏义》一，《名例》一，《十恶》；《宋刑统》一，《名例律》，“十恶”；《元史》一〇五，《刑法志》，《名例》，“十恶”；《明律例》一，《名例》上，“十恶”；《清律例》四，《名例》上，“十恶”。

③ 《唐律疏义》一七，《贼盗》一，“谋杀府主等官”；《宋刑统》一七，《贼盗律》，“谋杀”；《明律例》九，《刑律》一，《人命》，“谋杀制使及本管长官”；《清律例》二六，《刑律》，《人命》，“谋杀制使及本管长官”。

④ 《元史》一〇五，《刑法志》四，“杀伤”。

⑤ 《唐律疏义》二一，《斗讼》一，“殴府主县令父母”；《宋刑统》二一，《斗讼律》，“殴制使刺史县令”。

⑥ 《刑案汇览》38：24b。

科断①。

最后我们应提到官吏在诉讼上的优待。士大夫原以涉足公庭为耻,与平民涉讼因而对簿公庭,尤其有辱官体,所以有些法律在这方面予以特殊的便利和优待,以存其体。法律上根本否认士庶在诉讼上平等的地位,无论其为原告或被告,均不使与平民对质,平民不能当面控诉他,他也没有亲自在法官前答辩的必要。这些立法是有其深意的。在《周礼》中我们便见有命夫命妇不躬坐狱讼的规定②。《元律》有条类似的规定,一云:"诸职官得代及休致,凡有追会,并同见任,其婚姻、田、债诸事,止令子孙、弟、侄陈讼,有辄相占陵者究之。"又云:"诸致仕得代官不得已与齐民讼,许其亲属家人代诉,所司毋得侵挠之。"③明、清律并严禁有司以公文行移,违者有罚:"凡官吏有争论婚姻,钱债、田土等事,听令家人告官对理,不许公文行移,违者笞四十。"④郑端《政学录》上说,"士夫或被人牵告,止许家人代理,票中不得开士夫姓名,若系上司词状,开而不点。倘令士夫亵衣小帽出入衙门,岂独同乡士夫有狐兔之感,即我辈亦当设身处地也。盖士夫即有罪大恶极,问明后自有三尺在,又必于其中常存不得已之心,委曲处置,此仁人君子之心,忠厚长者

① 《续增刑案汇览》10:68ab。

② 《周礼·秋官·司寇》,小司寇之职,注云:"为治狱吏亵尊者也。躬身也,不身坐者,必俟其属若子第也。"

③ 《元史》一〇二,《刑法志》一,"职制上";一〇五,《刑法志》四,"诉讼"。当时一般的习惯,闲居官员与百姓争诉,每署押公文行移不赴官面对,大德七年以如此办法使小民生受不便,始禁以公文往来,议定许令子孙、弟、侄或家人代诉的办法(详《元典章》,五三,《刑部》一五,《诉讼》,"闲居官员与百姓争论子侄代诉")。

④ 《明律例》一〇,《刑律》二,《诉讼》,"官吏词讼家人诉";《清律例》三〇,《刑律》,《诉讼》,"官吏词讼家人诉"。

之道”①。这种存于法律规定以外的意识，显然是具有重大的法律上的实效的，狐兔之感，即阶级意识，问官对于涉讼的士大夫往往有衣冠同类及共同利害，休戚荣辱相关的感觉，而加以宽容，吕坤所主张的官莫轻打，生员莫轻打②，也正是同一意识的表现。

贵族官吏在法律上的特殊地位及种种特权已如上述，最令人惊异而感兴趣的是以官抵罪的方式。官职以今日的概念言之，原是行政上的一种职位，在古代则视为个人的一种身分，一种个人的权利，所以一旦获得此种身分，便享有种种特权，生活方式上（所谓礼）如此，法律上亦如此，他可以不受普通法律的拘束，还可以他的官位去交换他的罪刑，好像他以私人的奴婢、财产去赎罪一样。我们在此处应注意，因犯罪而降级革职与以官位来抵当罪刑，二者的重大分别。

若从去职的官吏仍能享受这种特权的一点事实来看，我们更可以看出官职是一种身分，是一种权利，罢官所丧失的只是某种官位的行使职权，身分权利则属于个人而永不丧失，除非有重大的过失而革职。我们或可说在通常情况之下所丧失的是职而不是官，所以致仕官的生活方式同于现任官，法律上的种种特权亦同于现任官。唐、宋律云：“诸以理去官与见任同（解虽非理，告身应留者亦同），赠官及视品官与正官同。”③明、清律亦云：“凡任满得代，改除致仕等官与见任同（谓不因犯罪而解任者，若沙汰冗员，裁革衙

① 郑端《政学录》（《畿辅丛书》本）卷三，“事上接下”，“待士大夫”。按榜牒不点缙绅姓名，并非一人之见。王应奎《柳南随笔》（卷四）云：“故事官批讼牒必以朱笔点讼者姓名，其人或系缙绅，则用圈焉。时县令为喻宗栓，误以笔点汪[应铨]名。汪闻大怒，作诗一绝云，‘八尺桃笙卧暑风，喧传名挂县门东。自从玉座标题后，又得琴堂一点红’。”

② 吕坤《刑戒》，“官莫轻打”条云：“微末小官亦国家名器，且系一生廉耻。”

③ 《唐律疏义》二，《名例》二，“以理去官”；《宋刑统》二《名例律》，“请减赎”。

门之类,虽为事解任降等,不追诰命者,并与见任同),封赠官与正官同……犯罪者并依职官犯罪律拟断①。

## 二　贵族及官吏的家属

如果我们因贵族官吏在法律上的特殊地位而称之为特权阶级,则同样的理由,他们的家属亦应包括在这特殊阶级之中,借他们的庇荫而获得异于平民的法律地位,我们可以说贵族官吏本身不仅获得法律上许多特权,且将这些特权扩大及于他们的家属,他们的官爵愈高,则扩延的范围愈广,而法律所给予的优待亦愈多。

唐、宋八议者期以上亲及子孙犯死罪可以上请,流罪以下减一等②,五品以上官之祖父母、父母、兄弟、姊妹、妻、子孙,犯流罪以下亦减一等③,七品以上官之祖父母、父母、妻、子孙,犯流罪以下则听赎④。便是五品以上官之妾流罪以下亦听赎⑤。明、清法律对于官吏家属的优待和对于官吏本身的优待一样,采取弹性的办法,并无固定的依例减赎的规定,只是审问判决的程序上和平民不同而已。凡应八议者之祖父母、父母、妻及子孙犯罪和八议者本身待遇相同,须实封奏闻取旨,不许擅自勾问。奉旨推问以后,亦不能由法司径自裁判,须开具所犯及应议之状,先奏请议,议定奏闻,由皇帝决之⑥。其

---

① 《明律例》二,《名例》下,"以理去官";《清律例》四,《名例律》上,"以理去官"。

② 《唐律疏义》二,《名例》二,"皇太子妃";《宋刑统》二,《名例律》,"请减赎"。

③ 《唐律疏义》二,《名例》二,"七品以上之官";《宋刑统》,"请减赎"。

④ 《唐律疏义》二,《名例》二,"应议请减";《宋刑统》,"请减赎"。

⑤ 《唐律疏义》二,《名例》二,"五品以上妾有犯";《宋刑统》,"请减赎"。

⑥ 《明律例》一,《名例》上,"应议者之祖父有犯";《清律例》四,《名例律》上,"应议者之父祖有犯"。

待遇完全与八议者本身相同。皇亲国戚及功臣之外祖父母、伯叔父母、姑、兄弟、姊妹、女婿、兄弟子,以及四品、五品官之父母、妻及应合袭荫子孙犯罪,虽许有司依普通司法程序逮捕审问,不必参提,但亦不得由有司径自判决,仍须议拟奏闻,取决于帝①。

官吏可以荫及亲属,原是国法对于特殊阶级的一种推恩。应从阶级及家族主义二种关系上来看,推恩的本身是家族主义的一种表现,基于骨肉慈孝之心,推恩的范围及程度则又为阶级观念所限制。若子弟借尊长荫而犯所荫尊长,或借旁系亲属之荫而犯旁系亲属之祖父母、父母,则与荫的立法原意相反,全失慈孝的本意,所以唐、宋律规定在这种情形之下便不许用荫②。这种精密周到的规定,说明当时立法对于家族主义及伦常的反复注意。一方面既体念骨肉慈孝之恩,使家属得到一人的庇荫;一方面又顾到利用荫而有违反原意的行为,二者皆为伦常之维护。

## 第三节　良贱间的不平等

### 一　良贱

中国历史上的社会阶级,如果贵贱是一种范畴,则良贱③是另

① 《明律例》一,《名例》上,"应议者之祖父有犯";《清律例》四,《名例律》上,"应议者之父祖有犯"。

② 《唐律疏义》二,《名例》二,"以理去官";《宋刑统》,"请减赎"。

③ 《清会典》一七,《户部》云:"凡民之著于籍,其别有四:一曰民籍,二曰军籍,三曰商籍,四曰灶籍,察其祖寄,辨其宗系,区其良贱。"分别良贱并不止是习惯语上的一种抽象名词,在户籍上,在考试法上,在刑法上,都有此分别。明、清律皆有良贱相殴之条。

一种范畴。贵贱指示官吏与平民的不同社会地位(包括法律地位在内),良贱则指示良民和贱民的不同社会地位,四民或称良民①,或称齐民,字义的本身,即指出其齐一或平等的身分,并有与贱相对的意识。贱民包括官私奴婢、娼优皂隶②,以及某一时代某一地域的某种特殊人口,如清初山西陕西的乐户、江南丐户、浙江惰民、广东蜑户等③。

凡名列贱籍,法律上明白规定其社会地位不同于良民者,均

① 《清会典》同上,"区其良贱"句注云:"四民为良。"

② 同上注云,奴仆、倡优、隶卒为贱,衙门应役之人,除库丁、斗级、民壮仍列为齐民外、皂隶、马快、步快、小马、禁卒、门子、弓兵、仵作、粮差,及巡捕番役,皆为贱役。

③ 山西、陕西乐户、江南丐户、浙江惰民,清初皆隶贱籍。雍正元年、七年、八年,始先后豁除贱籍,如报官改业后已越四世,亲友无习贱业者,即准应考出仕。广东之蜑户、浙江之九姓渔户,亦照此例(见《清会典》七,户部)。又有某种人口,徽州府之伴当,宁国府之世仆(徽,宁,池三府皆有此种名目),当地呼为细民,执奴仆贱役,法律上并未列入贱籍,社会法律地位不一致,遇有捐监应考及诉讼事件辄生纠纷,身分甚为含混,与其他贱民似有分别。故雍正五年谕旨云:"近闻徽州府则有伴当,宁国府则有世仆,本地呼为细民,其籍业下贱,几与乐户、惰民相同,追究其仆役起自何时,则皆茫然无考,非实有上下之分,不过相沿恶习耳,此朕得诸传闻。若有此等之人,应予开豁为良人,俾得奋兴向上,免致污贱终身,且及于后裔。"又安徽巡抚咨内称:"现在安徽有徽州等府地方,似世仆而非世仆,似良民而非良民,俗谓之细民者不下数千户。"(《清律例汇辑便览》二七,《刑律》,《斗殴》上,"良贱相殴"条引《说帖》)。遇有捐监应考及诉讼等事辄生纠纷(嘉庆十四年安徽巡抚奏折称徽、宁、池三府向有世仆名目,遇有捐监应考等事件,讦控不休。道光三年细民周容法将李应芳殴死一案,刑部以周犯系远年世仆,并无卖身文契,又非在主家朝夕服役,受其豢养,固未便以奴仆论,若照良贱相殴科断,则又与细民致死平民无分等差,若照雇工殴死家长例,又恐并启挟制仇杀之心,非持平恤刑之道,如何办理,有无罣碍,大费踌躇。该项细民应否概予开豁为良,或相沿日久不便遽事纷更,而于区别流品之中,如何酌量示以限制,应由该抚察看情形,筹定章程,奏明请旨遵行,——详《清律汇辑便览》"良贱相殴"条引《说帖》)。

属于此类。他们的生活方式不同于平民，他们不能应考出仕①，他们不能与良民通婚②，他们与平民之间的伤害罪也不能以凡论而适用一般的条文，法律上实承认良贱为法律地位不平等的二阶级。

历代立法都采取同一原则，——良犯贱，其处分较常人相犯为轻，贱犯良，其处分则较常人相犯为重。

---

① 乐户、丐户、惰民、蛋户、浙江渔户，皆经颁旨豁除贱籍，如报官改业后已越四世，亲友无习贱业者，即准应考出仕（《清会典》一七，户部）。徽、宁、池三府世仆如现在主家服役者，应俟放出三代后，所生子孙方准报捐考试，若早经放出，并非现在服役豢养，及现不与奴仆为婚姻者，虽曾葬主家之山，佃主家之田，均一体开豁为良，已历三代者，即准其报捐考试（《清律例》八，《户律》，《户役》，“人户以籍为定”，嘉庆十五年续纂例）。其他契买之奴仆，亦须经主人放出，并经报官存案，入民籍三代之后，始准其子孙与平民一体应试出仕（《清律例》“人户以籍为定”条，嘉庆十一年修改例）。即使是赎出为民以后娶亲，所生之子，未经主人豢养，亦不得立即令其子应试，仍须三代以后，方许应试（《刑案汇览》7:36a—38a，嘉庆二十二年《说帖》）。原因是“家奴身充贱役，若放出后即与平民一体应试出仕，其祖父即得以家奴而上膺封典，不足以清流品而重名器”（见同上《说帖》），若未经主人放出，又未经报官准入民籍，便永不得与齐民一体应试。至于长随、雇工虽身分与家奴不同，但为官究属冒滥名器，所以本身及其子孙仍不许应试捐官，违者虽律无治罪专条，向例皆比照家奴之子冒捐职官量减一等治罪，除革去职衔外，杖壹百徒三年（《刑案汇览》7:42b—43a，44ab，45ab，“家奴之子，长随之子捐官”，“长随为子捐监，加捐卫千总衔”，“优令轿夫瞒捐官职”，“长随捐官并令其侄冒籍考试”，“报捐主簿之后，其父曾充长随”各案），便是稍有军动，亦不许破例出仕（同上，7:43b，“长随之子虽有军功，不准出仕”案）。

倡优、隶卒及其子孙例不准入考捐监，如有变易姓名，朦混应试报捐者，除斥革外，照违制律杖一百（《清律例》，“人户以籍为定”条例），隶卒之中，除民壮、库丁、斗级，准报捐应试外，其余在衙门应役之人，皆不准考（见《学政全书》），其分别全在是否贱役，例如收生妇女原非贱役，子孙皆准考试，处女犯奸，检验真假，向由官媒应役，如收生妇曾经传验奸情，迹类仵作者，便为贱籍，不许子孙应捐考，须报官改业四世后，方准捐考（《刑案汇览》7:37b，引《礼部通行》）。

② 见第二节。

## 杀伤罪

奴婢殴杀良人,处分极重,汉时奴婢射伤人者皆弃市①。唐、宋律官户、部曲及部曲妻殴良人者加凡人一等治罪,奴婢因身分较官户、部曲为低,所以又加一等,等于加凡人二等②。明、清二代奴婢无高下之分,凡殴良人者,一律加凡人一等治罪③,若奴婢殴良人伤至折跌肢体,瞎目及笃疾者,唐、宋、明、清各律皆处绞刑,至死者斩。④

良人殴伤他人奴婢皆减凡人论罪,唐、宋律分别部曲奴婢,一减一等,一减二等⑤,明、清律减一等⑥。唐、宋、明、清律常人斗殴杀人者绞,故杀者斩⑦,唐、宋杀部曲者绞,若为奴婢则不处死刑,止流三千里⑧。明、清杀奴婢不问殴杀、故杀俱止于绞⑨。元代对于杀

---

① 《后汉书·光武纪》云,诏除奴婢射伤人弃市律,知西汉有此律。

② 《唐律疏义》二二,《斗讼》二"部曲奴婢良人相殴";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"良贱相殴"。

③ 《明律例》十,《刑律》二,《斗殴》,"良贱相殴",《清律例》二七,《刑律》,《斗殴》上,"良贱相殴"。

④ 《唐律疏义》,同上;《宋刑统》,同上;《明律例》,同上;《清律例》,同上。按常人殴伤,按伤害程度论罪,至多满徒满流(见《唐律疏义》二一,《斗讼》一,"斗殴折齿毁耳鼻","兵刃斫射人","殴人折跌肢体瞎目";《宋刑统》二一,《斗讼律》,"斗殴故殴故杀";《明律例》十,《刑律》二,《斗殴》,"斗殴";《清律例》二七,《刑律》,《斗殴》上,"斗殴")。

⑤ 《唐律疏义》,"部曲奴婢良人相殴";《宋刑统》,"良贱相殴"。

⑥ 《明律例》,"良贱相殴";《清律例》,"良贱相殴"。

⑦ 参看《唐律疏义》二一,《斗讼》一,"斗殴故杀用兵刃";《宋刑统》二一,《斗讼律》,"斗殴故殴故杀";《明律例》九,《刑律》一,《人命》,"斗殴及故杀人";《清律例》二六,《刑律》,《人命》,"斗殴故杀人"。

⑧ 《唐律疏义》,"部曲奴婢良人相殴";《宋刑统》,"良贱相殴"。

⑨ 《明律例》,"良贱相殴";《清律例》,"良贱相殴"。

奴婢的处分最轻，常人斗殴杀人者，例处绞刑[①]，但殴死奴婢止杖一百，征烧埋银五十两[②]。一绞一杖，轻重至相悬殊，历代法律中无有更轻于此者。故《辍耕录》云，刑律私宰牛马杖一百，殴死躯口比常人减死一等，杖一百七，是视奴婢与牛马无异。

### 奸非罪

关于奸非罪立法的原则和杀伤罪一致，奴奸良人者较常人相奸为重，良奸贱者则较常人相奸为轻。我们已经讨论过良贱两种阶级间通婚的禁止，我们在此处更应注意此二阶级间通婚姻以外的性关系，亦在严格禁止及惩罚之列。此种性的禁忌不但为强有力之社会习惯所不容许，且为法律所裁制。我们不难明了此种性关系的限制，除阶级内婚制所着重的对于后裔的社会地位的观念外，又别有一观念，认为良人妇女不是卑贱的奴隶所可接触的。若高贵的妇女为卑贱的男子所接触，则成为终生不可洗涤的污辱。在古代着重贞操的社会里，妇女为人所奸污，是异常重大的事，被污的妇女常因此而羞愤自尽，如是处女则影响及她的婚姻与终身幸福，关系更为重大，何况她们为一不可接触的卑贱男子所奸污，而社会禁忌又使她不能嫁给他。

在另一方面我们又看到一奇异的现象。贱民阶级的女子为良民阶级的男子所奸污，则社会上认为无足轻重，对于这男子并不是了不得的羞耻，同时法律所予的处分，亦极轻微，有倾向于减轻的趋势。这现象告诉我们社会上只要求妇女的贞节，更重要的，女子

---

① 参看《元史·刑法志》，“斗殴”，“杀伤”；《元典章》四二，《刑部》四，《斗殴》，“踢打致死”。

② 《元史·刑法志》，“杀伤”。

的地位决定于她的男人,而男人则有他自己的地位,不为所接触的女人所影响。假如是婚姻关系,一男子娶一卑贱阶级的女人为妻,还可以影响及他的社会地位及后裔,若是纳之为妾,止于通奸,则不发生此种严重问题了。

在古代,着重道德风化的社会里,奸非罪是异常被重视的,犯奸的男女同属有罪,无分轩轾,惟独良奸贱的处分特轻,其间的意义是极可注意的。

所以唐、宋律部曲、杂户、官户奸良人者较常人相奸加一等治罪,徒二年或二年半。强奸加一等,因奸折伤加斗伤罪一等。奴奸良人徒二年半,强奸者加至流罪,因奸折伤者绞①。若良人奸他人部曲妻或杂户、官户妇女,则处杖刑一百,奸官私婢则又减一等,杖九十。强奸加一等,因奸折伤加斗伤罪一等②。明、清律奴奸良人妇女加凡奸罪一等,强奸由绞加至斩。良人奸他人婢,减凡奸罪一等③。

## 二　主奴间

以上是良贱两阶级在法律上地位的不同,若良贱而有主奴的关系,则不平等的程度更为增剧。这些家奴多由买卖而来,有时则

---

① 《唐律疏义》二六,《杂律》上,"奸徒一年半","奴奸良人";《宋刑统》二六,《杂律》,"诸色犯奸"。

② 同上。

③ 《明律例》十一,《刑律》三,《犯奸》,"良贱相奸",《清律例》三三,《刑律》,《犯奸》,"良贱相奸"。

由于投靠，或国家的赏赐[①]。他们一旦属于主人以后，便完全丧失其自由及人格，成为一种商品，具有经济及劳动价值，或留供劳役，或当作商品转让出卖，全由主人任意处分。《唐律疏义》所谓："奴婢同于资财"[②]，"奴婢贱人律比畜产"[③]，"奴婢部曲身系于主"[④]，奴婢"合由主处分"[⑤]等语，最能代表社会、法律对人奴及主奴关系的看法。

他们没有婚姻的自主权，由主人为之婚配，更重要的是他们所生的子孙也沦为奴籍，永远在主家服役。《唐律疏义》云："生产蕃息者，谓婢产子、马生驹之类。"[⑥]奴产之子和小马一样，同样是属于主人所有的。男奴成年以后，主人为之婚配，所生子孙，便为家生奴，永远属于主人所有[⑦]。婢女，虽一般的习惯只收到她出嫁为

---

① 明代有罪缘坐之人方给付功臣之家为奴。法理上只承认功臣家有奴，不准庶民之家存养奴婢（参看《明律例》，《户律》，《户役》，"立嫡子违法"条及《琐言》、《辑注》）。

② 《唐律疏义》四，《名例》四，"彼此俱罪之赃"条，《疏义》云："其奴婢同于资财"，又卷一八，《贼盗》二，"造畜蛊毒"条《问答》云："奴婢比之资财。"卷二〇，《盗贼》四，"私财奴婢，贸易官物"条，律注云："余条不别言奴婢者与畜产财物同。"

③ 同上，六，《名例》六，"官户部曲条"《疏义》。

④ 同上，一七，《盗贼》一，"祖父母父母夫为人杀"条问答。

⑤ 同上，一四，《户婚》下，"杂户不得娶良人"条《疏义》。

⑥ 同上，四，《名例》四，"以赃入罪"。

⑦ 清律条例云："凡民人家生奴仆，印契所买奴仆，并雍正十三年以前白契所买及投靠养蓄年久，或婢女招配所生子息者，世世子孙永远服役，婚配俱由家主，仍造册报官在案"（《清律例》二八，《刑律》，《斗殴》下，"奴婢殴家长"，乾隆四十三年原例，嘉庆六年修并例同条引）。乾隆二十四年部例云："家生奴婢世世子孙皆当永远服役，身契年久遗失，事所恒有，既已众证确凿，不必复以身契为凭。"又《户部则例》云，"汉人为奴仆，若家生，若印契，若雍正十三年以前白契所买，以及投靠养育年久，或婢女招配生子者，俱照八旗之例，子孙永远服役。典卖奴仆，若文契虽失，尚受主家豢养者仍令服役，即已经赎身，其在主家生育者，名分犹存，不准开豁"（《清律例》，《户律》，《户役》，"人户以籍为定"条引）。可见奴婢在主家所生的子孙，毫无疑问是永远属于主家的，这些生而为奴的嗣续者的身分，不但无以异于自行卖身投靠的奴婢，而且从上述的条例中看来，其奴婢的身分更为固定，更难变动。《研堂见闻杂记》云："男子入富家为奴，即立身契，子孙累世不脱籍。"所说的便是这种情形。

止,到了适当年龄便遣嫁之,同时解除她的奴籍。但有时则不遣嫁,而为招配,通常是于男奴中择一为之夫,有时则另行招配,这样婢女的不自由便永不解除,而她的子孙也就世世成为家奴了①。总之,奴婢在契卖以后,她的身体便属于主家,其奴婢身分并无异于男奴,所不同者,只是出嫁所引起的可能的改变,但究竟打发与否,全取决于主人的意思,她自己及她的父兄是无权过问的②。同样的情形,也适用于男奴或女奴所生的第二代女奴。历代法律为防止奴婢将女私嫁于人,皆定有专条。唐、宋律奴婢私嫁女与良人为妻妾者,准盗论。《疏义》加以解释云:"奴婢既同资产,即合由主处分,辄将其女私嫁与人,须计婢赃准盗论罪。"③清律对于契买家奴及户下陈人将女私聘于人,亦有处分,未成婚者给还本主,已成婚者,则追身价银四十两,无力者量追一半给主,嫁女之人杖一百,徒三年,满刑之日,给主管束,娶者知情与同罪,不知不坐④。元律,良民窃奴婢生子,子随母还主⑤。可看出女奴虽私嫁与良人,亦不能解除奴籍。在这种情形之下,所生的子女,仍为主家所有。

总之,这些家奴若不经主人放出,是永不会获得自由的。背主潜逃,处分极严。唐、宋律,部曲、奴婢亡者一日杖六十,三日加一等⑥。

---

① 参看上页注⑦。

② 故清代旗民价买婢女,契内必写明任凭婚姻或任听随房使用等字样(见乾隆七年刑部侍郎张条奏,《刑案汇览》44:18a.)。

③ 《唐律疏义》一四,《户婚》下,"杂户不得娶良人";《宋刑统》一四,《户婚律》,"主与奴娶良人"。

④ 《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"奴婢殴家长"条,嘉庆六年续纂例。

⑤ 《元史》一〇四,《刑法志》三,"奸非"。

⑥ 《唐律疏义》二八,《捕亡》,"官户奴婢亡";《宋刑统》二八,《捕亡律》,"征人防人逃亡"。

元律,奴背主在逃杖七十七,其他窝藏者皆有处分①。清律家奴背主逃匿者,折责四十板,面上刺字,交还本主,容留窝藏者以窝藏逃人律治罪②。婢女自行背家长在逃者杖八十,因而改嫁者,杖一百,给还家长,窝主及知情娶者各与同罪③。若系被婢女父母私自拐逃者,杖一百,徒三年,婢女给主领回④。

**杀伤罪**

在平日,奴婢有供给一切劳役的义务,不能违背主人的意志,拒绝主人的差遣役使,如《僮约》所说,"当从百役使,不得有二言"⑤。他们必须恭顺服从,否则主人可以责骂他,处罚他。《僮约》云,"奴不听教当笞一百",这是主人的口吻。"人奴之道得不笞骂足矣",则是人奴的口吻。为人奴而能免于笞骂,的确是难得的幸运。司马光雍容持重,犹以杖责为持家驭奴之道⑥,若主人横暴如萧颖士,自更不待言,难怪笞箠备至了⑦。扑责奴婢原是主人当然的权利,即使因此而致死,只要事出无心,并非故意殴死,便可不负责任⑧。

---

① 诱引窝藏者杖六十七,邻人、社长、坊里正知不首捕者,笞三十七,斗讥应捕人受赃脱放者,以枉法论,寺观、军营、势家影蔽及投下冒收为户者,依藏匿论,自首免罪(见《元史》一〇五,《刑法志》四,"捕亡")。

② 《清律例》"奴婢殴杀家长"条,嘉庆六年修并例。

③ 同上,一〇,《户律》,《婚姻》,"出妻"。

④ 同上,二八,《刑律》,《斗殴》下,"奴婢殴家长",嘉庆六年续纂例。

⑤ 见《论衡·骨相篇》。

⑥ 司马光《书仪》卷四,《居家杂仪》。

⑦ 见王保定《唐摭言》。

⑧ 《唐律疏义》二二,《斗讼》,"殴部曲死决罚";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"良贱相殴",云:"其[谓部曲奴婢]有愆犯,决罚致死及过失杀者各勿论。"《元典章》四二,《刑部》四,《诸杀》一,《杀奴婢倡佃》,"殴死有罪躯"条云:"若[奴婢]有愆罪,决罚至死者勿论。"明、清律云:"若[奴婢雇工人]违犯教令,而依法决罚,邂逅致死,及过失杀者各勿论"(《明律例》十,《刑律》二,《斗殴》,"奴婢殴家长";《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"奴婢殴家长")。

法律所禁止的只是非刑和擅杀。汉建武诏敢灸灼奴婢,论如律①。宋、元时代因士庶之家常私将家奴黥刺,特加禁止②。关于杀死奴隶,一因人命为贵,人贱命不贱,不可随意杀死,且生杀予夺系国家主权③,自从主权被宣告收回以后,任何人都不得妄自杀人,对子孙,对奴婢俱如此。所以除过失杀死奴婢外④,擅杀奴婢不问伊等有罪无罪,都有刑事上的责任。董仲舒曰,宜去奴婢,除专杀之威⑤。光武诏:"天地之性人为贵,其杀奴婢不得减罪。"⑥当时擅杀奴婢者虽众,政府禁止的企图是明显的。赵广汉至丞相府,召丞相夫人跪庭下受辞,责以杀婢事,收奴婢十余人去,丞相自承妻实不杀婢⑦,可见汉律已禁止擅杀奴婢,虽丞相家亦不能例外,但同时有谒杀法⑧。晋法奴婢悍主,主得谒杀之⑨。后代皆有此法,凡奴婢有罪,皆可告官而杀之,但不得擅杀。辽法奴婢犯罪至死,听送有司,

① 《后汉书》一,《光武纪》。

② 《文献通考》一六六.《刑考》五云:"真宗咸平六年诏,有盗主财者五贯以上,杖脊黥面,配牢城,十贯以上奏酌,勿得私黥涅(旧制士庶家僮仆有犯或私黥其面,上以今之僮仆本佣雇良民,故有是诏)。"元律,无故擅刺其奴者杖六十七(《元史》一〇五,《刑法志》四,"杂犯")。

③ 《唐律疏义》,所谓"奴婢贱隶,虽各有主,至于杀戮,宜有禀承"(二二,《斗讼》二,"主杀有罪奴婢"),即此意。

④ 过失杀死奴婢,历代法律皆得勿论,见《唐律疏义》二二,《斗讼》,"殴部曲死决罚";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"良贱相殴";《明律例》十,《刑律》二,《斗殴》,"奴婢殴家长"(《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"奴婢殴家长")。

⑤ 《汉书》二六,《董仲舒传》。

⑥ 《后汉书·光武纪》。

⑦ 《汉书》七六,《赵广汉传》。

⑧ 《史记》九四,《田儋列传》云:"狄城守田儋,详(佯)为缚其奴,从少年之廷,欲谒杀奴";《集解》服虔曰:"古杀奴婢,皆当告官,儋欲杀令,故诈缚奴而以谒。"

⑨ 《晋书》三〇,《刑法志》。

其主勿得擅杀①。唐、宋、元、明、清律对主人擅杀的处罚，皆杖一百②。

奴婢无罪，而故加擅杀，自更为国法所不容，唐、宋律杀死无罪奴婢，处徒刑一年，殴死部曲同罪，若本心故杀，加徒半年③。元律故杀无罪奴婢杖八十七④。明、清时杀死无罪奴婢杖六十，徒一年，当房人口，悉放为良⑤。

反过来看，奴婢事主，应存谨敬，不得稍存侮慢之心，更不得有犯主之行为，历代的法律都以奴隶视同子孙，要求他以对父祖的态度对家长。他和子孙一样、不得告家长，除非是谋叛以上的罪，皆应为主隐瞒，否则属于名犯义。唐、宋律，部曲奴婢告主，非谋反叛逆者，处绞，被告之家长同首法，免罪⑥。辽法，主非犯谋反大逆及流罪死罪者，其奴婢无得告首⑦。明、清律奴婢告家长，虽得实，杖一百徒三年（主不免罪），诬告者绞⑧。反之，奴婢有罪，家主自得送官究治，即诬告亦同诬告子孙例，不论⑨。

---

① 《辽史》六一，《刑法志》。

② 《唐律疏义》二二，《斗讼》，“主杀有罪奴婢”；《宋刑统》二二，《斗讼律》，“良贱相殴”；《元典章》四二，《诸杀》，《杀奴婢倡佃》，“殴死有罪躯”；《明律例》，“奴婢殴家长”；《清律例》，“奴婢殴家长”。

③ 《唐律疏义》，“主杀有罪奴婢”；“殴死部曲死决罚”；《宋刑统》，“良贱相殴”。

④ 见《元史》一〇五，《刑法志》四，“杀伤”。据《元典章》四二，《刑部》四，《诸杀》一，《杀奴婢倡佃》，“殴死有罪躯”则云，奴婢无罪而杀者徒一年。

⑤ 《明律例》，“奴婢殴家长”；《清律例》，“奴婢殴家长”。

⑥ 《唐律疏义》二四，《斗讼》，“部曲奴婢告主”；《宋刑统》二四，《斗讼律》，“奴婢告主罪。”

⑦ 《辽史·刑法志》。

⑧ 《明律例》十，《刑律》二，《诉讼》，“干名犯义”；《清律例》三十，《刑律》，《诉讼》，“干名犯义”。

⑨ 同上。

奴婢若有殴骂家长以上之举动,自更悖逆,和子孙殴骂父祖一样,同属恶逆大罪,法律上处分极重。骂便构成重罪。唐、宋律,部曲奴婢骂主,及过失伤主,皆处流刑①。元律奴诉詈其主不逊者杖一百七,并居役三年,役满后,仍归其主②。若主人因奴有殴骂的行为,而将奴殴死者,免罪③。明、清律,奴婢骂家长者绞,殴者不问有伤无伤皆斩④。若将主人杀死,自更罪大恶极,入于极刑。唐、宋律,部曲、奴婢杀死主人虽由过失亦处绞刑⑤。元律,奴婢杀伤本主者处死,故杀者凌迟⑥。明、清律奴婢杀死家长,不问殴杀、故杀、谋杀,皆凌迟处死,谋杀已行而未死者斩,过失杀者绞,伤者杖一百流三千里⑦。我们应注意,凌迟原是最惨酷的重刑⑧。除元律外,皆不

① 《唐律疏义》二二,《斗讼》,"部曲奴婢过失杀主";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"奴婢殴管主并过失杀"。

② 《元史》一〇四,《刑法志》,"大恶"。

③ 同上,"杀伤"。

④ 《明律例》十,《刑律》二,《骂詈》,"奴婢骂家长";《斗殴》,"奴婢殴家长";《清律例》二九,《刑律》,《骂警》,"奴婢骂家长";二八,《刑律》,《斗殴》下,"奴婢殴家长"。

⑤ 《唐律疏义》,"部曲奴婢过失杀主";《宋刑统》,"奴婢殴置主并过失杀"。《疏义》云:"部曲奴婢是为家仆,事主须有谨敬,又亦防其二心,故虽过失杀主者绞",这和清律律后总注所谓,"过失杀伤,本出无心,而立法如此之严者,谓奴婢于家长,事当谨敬,不宜至有过失也"(《清律例》,"奴婢殴家长"条),解释不同,其义则一。

⑥ 《元史·刑法志》,"大恶"。

⑦ 参看《明律例》,"奴婢殴家长";卷九,《刑律》一,《人命》,"谋杀祖父母父母";《清律例》,"奴婢殴家长";卷六二,《刑律》,《人命》,"谋杀祖父母父母"。

⑧ 陆游奏状云:凌迟之刑,"肌肉已尽,而气息未绝,肝心联络,而视听犹存"。《清律例汇辑便览》云:"凌迟者其法乃寸而磔之,必至体无余臠,然后为之割其势,女则幽其闭,出其脏腑,以毕其命,仍为支分节解,葅其骨而后已"。(卷四,《名例律》上)其残酷可想。

在五刑之内，为刑外之极刑①。只用以处分谋反大逆，子孙妻妾杀尊长、杀一家非死罪三人、支解人及采生折割人等重罪，而奴婢及雇工杀死家长，亦处以凌迟，可见法律对主奴名分之重视。故元律以奴杀主罪名入于大恶②。明洪武初定真杂犯死罪各项罪名，以奴婢殴骂家长入于真犯死罪，弘治十年定奴婢，雇工人殴杀谋杀家长，皆在真犯死罪决不待时罪名中③。清《赦款章程》中奴婢殴家长，谋杀家长，皆在不准援免之列④。

以上是关于主奴之间互相侵犯的法律责任，我们可以看出一原则，即奴侵主较普通贱人侵犯良人的处分加重，主侵奴则较良侵贱的处分减轻，于良贱关系之外，又加上主奴关系，名分綦重，自难怪如此，有些时代的法律甚至对于已经放赎为良的奴婢与旧主之间之侵犯，亦不以凡论，而斟酌轻重，别立专条⑤。古代法律之重视名分，可以想见。

若主人非平民而为官吏，则其间的差异更为加深。官吏的身

---

① 陆游奏状云："伏读律文，罪虽甚重，不过处斩，五季多故，以常法之不足，于是始于法外特置凌迟一条，……感伤至和，亏损仁政，实非盛世所宜遵也……欲望圣慈，特命有司除凌迟之刑，以增国家太平之福。"知五代及宋法外已用凌迟，元代始去绞刑，以凌迟入于五刑，明、清律死刑仍只绞斩二种，但已以凌迟为极刑，不见于名例律，而见于该付凌迟罪名之律文中。

② 《元史》一〇四，《刑法志》三，"大恶"。

③ 《明会典》一七三，《刑部》十五，《罪名》一；一七四，《刑部》十六，《罪名》二。

④ 《刑案汇览》卷首，《赦款章程》。

⑤ 按奴婢脱离旧主，不外二种方式，一种是赎身或被主人放出，一种是被主人转卖让与他人，另事新主。法律只承认前种情形之下脱离主人的奴婢适用旧主的专条，有犯不以凡论，若转卖者则概以凡论。所以唐、宋律，"奴婢谋杀旧主"条下注云："旧主谓主放为良者，余条故夫旧主准此"。《疏义》说得很明白："其旧主谓经放为良及自赎免贱者，若转卖或自理诉得脱，即同凡人"（《唐律疏义》一七，《贼盗》一，"谋杀故夫父母"；《宋刑统》一七，《贼盗律》，"谋杀"）。明律奴婢骂（接下页注文）

分不同于平民,已非平民所能对抗,何况身分又低于平民的奴婢,其间的悬殊更甚了。所以有的法律又就此加以特殊的考虑,规定官吏对于奴婢的伤害罪,较常人对于奴婢的为轻。清代条例官吏致死奴婢除刃杀须杖一百,并革职不许折赎外,殴死、故杀不过罚俸、降级等处分[①],较寻常家长殴杀故杀奴婢须杖六十徒一年的处分又轻多了,官吏根本不受身体刑或自由刑。即杀死族中奴婢,亦

---

(续前页注文)　旧家长者,及家长殴旧奴婢者,奴婢谋杀旧家长者,皆以凡人论。(《明律例》九,《刑律》一,《人命》,"谋杀故夫父母";十,《刑律》二,《骂詈》,"妻妾骂故夫父母";《斗殴》,"妻妾殴故夫父母")"谋杀故夫父母"律注云:"谓将自己奴婢转卖他人者皆同凡人,余条准此。"以凡论者,似但指转卖者而言,但对于放赎为良之奴婢与旧主有犯又无若何治罪之明文,律文甚不明显。清律,"妻妾骂故夫父母"条云:"若奴碑(转卖与人其义已绝)骂旧家长者以凡人论(其赎身奴婢骂家长者仍依骂家长本律论)"。"谋杀故夫父母"条云:"若奴婢谋杀旧家长者,以凡人论(谓将自己奴婢转卖他人者,皆同凡人论,余条准此。赎身奴婢,主仆恩义犹存,如有谋杀旧家长者,仍依谋杀家长律科断)。"又"妻妾殴故夫父母"条云:"若奴婢殴旧家长及家长殴旧奴婢者,各以凡人论(此亦自转卖与人者言之,奴婢赎身,不用此律,义未绝也)。"(见《清律例》二九,《刑律》,《骂詈》,"妻妾骂故夫父母";二八,《刑律》,《斗殴》下,"妻妾殴故夫父母";三六,《刑律》,《人命》,"谋杀故夫父母")律文虽同于《明律》,但律注已很明显地指出已经转卖之奴婢始以凡论,而赎放为良的奴婢是不用此律的。但有一点又和唐、宋律不同,唐、宋律放为良之部曲、奴婢,除过失杀伤旧主依凡论外,余罪均适用特别的规定,既不同于凡人,又不同于奴婢。詈者徒二年,殴者流二千里,伤者绞,杀者斩(《唐律疏义》二三,《斗诉》三,"部曲奴婢詈旧主";《宋刑统》二三,《斗讼律》,"误杀伤")。以詈为例,常人无骂罪,詈主人者流,骂旧主者徒二年,处刑实重于常人而轻于奴婢。反之,旧主殴旧部曲、奴婢的处分亦采取类似的原则,得减凡人论罪,而又重于殴杀未放为良之部曲、奴婢。所以常人殴伤杀他人部曲减凡人一等。奴婢减凡人二等,而旧主殴旧部曲则减凡人二等。殴旧奴裨者则减四等,过失杀者勿论(《唐律疏义》,"部曲奴婢詈旧主";《宋刑统》,"误杀伤")。清律,旧主仍视同旧家长,旧奴婢仍视同奴婢,适用奴婢本律,而不采特别的规定,是奴婢虽经放出为良,对于本主仍得保存主仆的名分,殴詈旧主的处分较唐、宋律重多了。

①　官员将奴婢责打身死者罚俸二年,故殴者降二级调用(《清律例》,"奴婢殴家长",道光十五年修改例)。

止于降级、革职①,较常人之殴死他人奴婢,即拟绞候者,自是不同。又常例,家长殴死赎身奴婢及其子女之科断较未赎身之奴婢为重,殴死者徒三年,故杀者绞候,放出奴婢及放出奴婢之子女,则分别依照奴婢本律及雇工人科断②。但官吏殴死此种人及其子女不过降一级调用,故杀亦不过降三级调用③。

官员家妇女致死奴婢亦得依照其夫或家长品级罚俸,即使夫及家长已经身故或去官无俸者,仍得依照原官品级追罚银两④。

至于典当家人、隶身长随、雇工人等虽有主仆名分,平日起居饮食不敢共同,亦不敢与主人尔我相称⑤,但身分究与奴婢不同,法律上的地位与待遇亦与奴婢不同。典当是有时间性的,过时不赎才

---

① 殴死族中奴婢降二级调用,故杀者降三级调用,各追人一口给主,刃杀者革职,不准折赎,杖一百,殴死他人奴婢者革职,追人一口给主,故杀者依律绞候。(同上)

② 同上条,嘉庆六年、道光五年、十五年三次修改例。

③ 同上条,乾隆二十八年原例、道光十五年修改例。

④ 康熙旧例,官员祖母、母、妻殴杀奴婢者照伊夫及子孙官品罚俸一年,故杀者罚俸二年,追入一口入官。如伊夫及子孙原有官职,身故无俸者,仍照原官品级罚。后于乾隆五年修例将此条删除,但向例妇女犯徒流者,决杖一百,余罪收赎,并不实配。如同治十年某御史以非刑殴杀奴婢之案,不一而足,推原其故皆由于妇女有罪例得收赎,故任性荼毒,非理凌虐,奏请妥定章程,嗣后不准收赎,或竟罪坐家长。刑部奉旨议以"主仆名分綦重,未可等于泛常,杀死奴婢与杀死子孙罪名相等,妇女故杀子孙既无实发之条,何独于奴婢而转严其罪?且妇女致毙平人等案,无论减军减流,均准收赎,岂有杀伤奴婢罪止拟徒之案,反予实发?似非情法之平"。但近年致毙奴婢之案平人妇女尚少,惟官员之家为多。伊等恃官员之正妻,刑法所不加,任意凌害奴婢,非刑致毙。迨犯案到官不过虚拟罪名,照例收赎。若不稍示惩儆,恐益将肆行无忌,似应就康熙旧例,参酌变通,期归允当。应请嗣后官员之家妇女故殴杀奴婢、雇工人等除罪应拟抵及律止拟杖者仍照本律定拟外,如罪应徒一年者即依照夫及家长品级罚俸一年,罪应徒三年者罚俸二年,罪应拟流者罚俸三年,如家长及夫身故无俸者仍照原级追罚,并夺本妇诰敕,不得再行濛混邀请封典,庶凶残者稍加敛迹而于各条律例亦不至有所抵牾(见《刑部通行章程》,光绪丙申,京师善成堂刊本,卷上,页67—80,"妇女致毙奴婢不准收赎")。

⑤ 《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"奴婢殴家长",嘉庆六年修并例。

沦为奴仆。这种人是否丧失其自由,在典当未满期之前,还未可知。若主家恩养年久,又为配有家室,则颇难自拔。所以清代的法律即就此层加以区分。典当家人、隶身长随恩养在三年以上,或未及三年而配有妻室者,如与主人之间互有杀伤,便依奴婢本律论罪。倘甫经典买或典买未及三年,并未配有妻室,便依雇工人待遇,不以奴婢论①。

雇工人包括轿夫、车夫、厨役、水夫、打杂、受雇服役人等②,这种人接受定额工资为主家服役,权利义务完全基于双方所同意的契约关系,并未典卖于人,仍保留其自由及人格,契约终了时便停止其服务之义务,同时解除主仆的关系,所以社会上视为独立自主的人,身不系于人,法律不以贱民及私属视之③,与良民发生法律纠纷时互以凡人论,与家长之间则既不按奴婢本律论,亦不按凡人论,别有雇工人专条。立法原则是:雇工人殴杀家长较常人相殴为重,而较奴婢殴杀主人罪为轻。反之,家长殴杀雇工的处分则较殴杀奴婢为重,而较常人互相殴杀为轻。

奴婢只要有殴骂的行为便处死刑,杀死主人不问殴杀、故杀皆凌迟。雇工人骂家长杖八十,徒二年④,殴罪亦分别有伤无伤,是否折伤,分别满徒、满流及绞。不似奴婢之不问有伤无伤,但殴即斩。奴婢致死主人不问殴杀、故杀,皆凌迟,原因是殴死已至凌迟无可再加,雇工人则不然,殴死者斩,故杀者才凌迟处死。过失杀伤者且各

---

① 《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"奴婢殴家长",嘉庆六年修并例。

② 同上。

③ 故《清律例》,"奴婢殴家长"律后总注云:"若雇工人则与奴婢有间矣,……雇工人但受雇价为人佣工,工满即同凡人,与终身为奴婢者不同。"

④ 《明律例》一〇,《刑律》二,《骂詈》,"奴婢骂家长";《清律例》二九,《刑律》,《骂詈》,"奴婢骂家长"。

减本杀伤罪二等①。这可以充分看出雇工人与奴婢有间的情形②。

反之,我们也可看出主人不能以奴婢对待雇工人的情形。主人殴奴婢非死勿论,有罪擅杀不过惩其不告官私自殴杀之罪,且处分甚轻,只杖一百,即无罪故杀亦不过一年徒刑,是不抵命的。若为雇工人则殴至折伤即有罪,减凡人折伤罪三等,因而致死者,不论有罪无罪,俱处满徒,故杀则须拟抵,罪至绞候③。这我们也可看出雇工人不同于奴婢的情形,杀死奴婢、雇工分别拟抵及不拟抵是极可注意的一点——可以看出奴婢命贱,雇工人的生命则与凡人相类。但另一方面又可看出主人对于雇工的威权,及其在法律上的优越。雇工人虽与奴婢有间,但在佣工期间,究有主仆之名分,应受家长管教,如有过失,家长便得加以责罚,所以非折伤得勿论,且因违犯教令而依法决罚,邂逅致死者,及过失杀死者,亦得勿论④,奴婢与雇工人在各方面的待遇都有显著的差异,只有这一点是相同的。

从上所述,很明显地,雇工人的地位是介于奴婢与常人之间的,在法律上,一方面既不否认雇工人独立自由的身分,另一方面又斤斤不忘主仆名分的结果。名分攸关一语在中国法律上是屡见不鲜,极为重要的一句成语,不仅关于主奴主仆之间为然。

雇工而外,又有一种为人服役的人,佃户、雇倩(qiàn)耕种工作之人,及店铺小郎之类的人的地位是值得注意的。法律上认为这些人平日与东家共坐共食,彼此平等相称,不为使唤服役,素无

① 《明律例》,"奴婢殴家长";《清律例》,"奴婢殴家长"。

② 惟奴婢及雇工人谋杀家长之罪相同(《明律例》,"谋杀祖父母父母";《清律例》,"谋杀祖父母父母")。

③ 《明律例》,"奴裨殴家长";《清律例》,"奴婢殴家长"。

④ 同上。

主仆名分,所以如有杀伤应各依凡人论断①。元律主人殴死佃户者杖一百七②,又有禁典卖佃户及佃户嫁娶从其父母的法令③。这些都足以证明佃户不是主人的私属,不能由主人处分。

奴婢、雇工、长随、佃户等人的罪名既因身分的不同,而大有出入,关系重大,所以身分的分别甚为重要,法律上对于印契极为重视,以为客观的物证。平日契买奴婢必立文契,并呈明地方官钤盖印信,有犯便按契究治④,有契、无契、红契、白契分别甚大⑤。

在家族主义之下,奴婢雇工与家长亲属的关系是极可注意的

---

① 《清律例》,"奴婢殴家长",嘉庆六年修并例。

② 《元典章》四二,《刑部》四,《诸杀》一。据同卷,《杀奴婢娼佃》,"主户打死佃客"云:"亡宋已前,主户生杀,视佃户不若草莽,自归附以来,少革前弊,斟酌时宜,禁止尚恐不能……"

③ 《元史》一〇三,《刑法志》二,"户婚"。

④ 《清律例》二八,《刑律》,《斗殴》下,"奴婢殴家长",乾隆四十三年原例、嘉庆六年修并例云:"凡民人家生奴仆,印契所买奴仆,并雍正十三年以前白契所买及投靠养育年久,或婢女招配生有子息者,但系家奴,世世子孙永远服役,婚配俱由家主,仍造册报官存案。其婢女招配,并投靠及所买奴仆,但写立文契,报明本地方官钤盖印信,如有干犯家长及家长杀伤奴仆,验明官册印契,照奴仆本律治罪。"又《户部则例》云:"民人契买奴仆,呈明地方官钤印契内,有犯验契究治"(《清律例》八,《户律》,《户役》,"人户以籍为定"引)。

⑤ 无典卖字据者,自以雇工人论,即契买而来者亦有红白契之分,买契经呈报地方官钤盖印信者为红契,若未经印契便为白契。前者子孙永远为奴,后者除年限久远者外,是许赎身的(清例,雍正十三年以前白契附买者,视同印契,不准赎身,乾隆元年以后白契所买,未入丁册者,准照例赎身为民)。除此之外,还有一点重要的分别。清初旧例,白契所买奴婢,视同雇工(乾隆七年刑部侍郎张条奏云:"世宗宪皇帝洞悉俗恃主仆之分,草菅人名之害,定有红契白契之分,若白契所买奴婢,止以雇工人论。"故《刑案汇览》云,"从前以红契所买者依奴婢论,白契所买者依雇工论。是罪名之徒绞应以红契白契为断,……今昔例意不同,记出以备参考")。乾隆以后另定新例,始以恩养年限及曾否婚配为断。白契所买奴婢如有杀伤家长、缌麻以上亲者,无论年限,及已未配有室家,均照奴婢杀伤家长,一体治罪,家长杀伤白契所买,养育年久,配有家室者,以杀伤奴婢论。若甫经契买,未配室家,则以杀伤雇工人论。蓄养年限及曾否婚配,是社会、法律很注意的两条件,即以典当人隶身长随而论,亦同样以此为考虑的条件。(以上参看,《清律例》八,《户律》,《户役》,"人户以籍为定",嘉庆十一年修改例;二八,《刑律》,《斗殴》下,"奴婢殴家长",乾隆四十三年原例、嘉庆六年修并例;《刑案汇览》34:17b,21ab)。

一问题，古代家族共同生活团体常包含几个世代的人口，家长虽只一人，但奴婢、雇工实不只一主人，与其说是属于家长一人，勿宁说是属于这个共同团体的，对全体皆应服役而有主仆的名分。在这种情形之下，奴仆止服从家长，而对其余的人都傲慢无礼，实是不可想象的事。再从家长与其亲属间及家长与奴仆之间的双重名分上来看，主奴之间既有一定的名分，则奴仆对家长所亲睦而有一定名分的亲属，不问同居分居，亦应存谨敬之心，不同于非主人亲属的其他良人，自是情理中事。法律上注意到这一点，于是立一原则，奴婢侵犯主人的亲属较侵犯其他良人的处分为重，后者对于前者之侵犯则较侵犯其他贱人的处分为轻，加重减轻的程度，决定于家长亲属及家长间的亲疏关系，关系愈亲，则奴仆的责任愈重，而家长亲属的责任愈轻，二者之间，为反比例。

唐、宋律，部曲、奴婢殴主之缌麻亲徒一年，伤重者加犯良人罪一等，小功、大功递加一等，至死者斩。若为主之期亲及外祖父母，处分更重，仅次于主，詈者徒二年，殴者绞，殴伤者斩，过失杀者减二等，过失伤者又减一等①。明、清律大致与唐、宋律相同，但奴婢骂家长之大功、小功、缌麻亲属亦有处分，分别杖八十、七十、六十②。对于家长期亲及外祖父母的故杀罪则加至凌迟③。

雇工人骂家长之期亲及外祖父母者杖一百，大功杖六十，小功

---

① 《唐律疏义》二二，《斗诉》二，“部曲奴婢过失杀主”；《宋刑统》二二；《斗讼律》，“奴婢殴詈主并过失杀”。

② 《明律例》十，《刑律》二，《骂詈》，“奴婢骂家长”；《清律例》二九，《刑律》，《骂詈》，“奴婢骂家长”。

③ 《明律例》，“奴婢殴家长”；《清律例》，“奴婢殴家长”。

苔五十,缌麻苔四十①。殴家长之期亲及外祖父母者杖一百,徒三年,殴伤者杖一百,流三千里,折伤者绞,死者斩,故杀者凌迟,过失杀伤者各减本杀伤罪二等。殴家长之缌麻亲杖八十,小功杖九十,大功杖一百,伤重至内损吐血以上,缌麻、小功加凡人罪一等,大功加二等,死者斩②。除故杀罪外,处分皆轻于奴婢。

唐、宋律,家长的缌麻、小功亲殴伤部曲、奴婢,非折伤勿论,折伤以上各减杀伤凡人部曲、奴婢二等,大功减三等,过失杀者勿论。若为主之期亲及祖父母,则待遇全同于本主③。明、清律与唐、宋律大略亦同,殴死缌麻、小功亲奴婢者杖一百,徒三年,故杀者绞④。对于雇工人的伤害罪则较对奴婢的伤害罪为重,而较对凡人的伤害罪为轻。我们应注意,雇工人与平民并无良贱之分,有犯以凡论,而家长的亲属杀伤雇工人得减凡人论罪,且非折伤勿论,这完全是因为主仆的名分关系的着重。所以殴伤期亲及外孙之雇工人,待遇与本主殴杀雇工人相同,且因雇工人违犯教令而依法决罚,邂逅至死,及过失杀者皆勿论⑤。殴缌麻、小功亲雇工人,非折伤及过失杀死亦得不论,至折伤以上各减凡人罪一等,大功减二等,至死及故杀者绞⑥。

---

① 《明律例》,"奴婢骂家长";《清律例》,"奴婢骂家长"。

② 《明律例》,"奴婢殴家长";《清律例》,"奴婢殴家长"。

③ 《唐律疏义》二二,《斗诉》二,"主杀有罪奴婢","殴缌麻亲部曲奴婢";《宋刑统》二二,《斗讼律》,"良贱相殴","奴婢殴詈主并过失杀"。

④ 参看《明律例》,"奴婢殴家长","良贱相殴";《清律例》,"奴婢殴家长","良贱相殴"。

⑤ 《明律例》,"奴婢殴家长";《清律例》,"奴婢殴家长"。

⑥ 《明律例》,"良贱相殴";《清律例》,"良贱相殴"。

### 奸非罪

最后，在结束这一节以前，我们应讨论另一关于主奴之间的性的关系的问题——主婢间的奸非罪。我们已经说过良人对于贱人的奸非罪责任甚轻，奴婢及其子女是属于主人所有的，本可以由主人任意处分，若男主人对于女婢（包括女奴本身及男女奴所生之女）有性的要求，自不足为怪，甚或可以说是男主人的权利。几千年来的中国社会中，婢与主人的性的关系本是社会和法律所默认的，例如唐、宋律便规定有婢生子及经放为良者听为妾的条文①。所以如此规定者，正可反证古代社会中婢生子及以婢为妾的众多。晚清社会中此类事的普遍，更是我们这一辈人所亲见亲闻的。究其实，婢妾所不同者，一是暗的，一是明的而已，若婢经过明的手续或生子以后，便很轻易地取得妾的地位。元律奴有女已许嫁为良人妻，即为良人，其主欺奸者杖一百七②，可以看出奸非罪只成立于奴女许嫁良人之后，若未许嫁，或许嫁者非良人，主人便无罪。

女奴而外，家长对奴婢的性的权利有时甚至包括部曲妻及雇工人妻。唐、宋律只有奸他人部曲妻及客女之条，可见奸己家者不坐，《疏义》亦如此说③。明、清律也采取含混意会的办法，法律上只有奴及雇工人奸家长妻女而无相反的规定④，主人奸婢及仆妇，

---

① 《唐律疏义》一三，《户婚》中，“有妻更娶”；《宋刑统》一三，《户婚律》，“嫁娶妄冒”。

② 《元史》一〇四，《刑法志》三，“奸非”。

③ 见《唐律疏义》二六，《杂律》上，“奸徒一年半”条，《疏义》云：“奸他人部曲妻，明奸己家部曲妻及客女各不坐。”《宋刑统》二六，《杂律》，“诸色犯奸”条《疏义》同。

④ 《明律例》一一，《刑律》三，《犯奸》，“奴及雇工人奸家长妻”；《清律例》三三，《刑律》，《犯奸》，“奴及雇工人奸家长妻”。

法无明文,自不为罪。一借他人部曲妻及客女立论,一借奴仆奸家长立论,方式不同,却同样地暗示奸已家奴仆妻不为罪,可谓异曲同工。元律在这方面干脆得多,不作反面文章,毫无掩节地说,"诸主奸奴妻者不坐"①。

中国古代法律因注重礼教的关系,对于奸非罪一向很重视,对于有夫奸的重视尤甚于无夫奸,处罚特重,但主奸奴,虽部曲及雇工人妻亦不为罪。这是很有趣的一问题,虽不能说对主仆名分的重视更甚于风化的重视,我们至少可说法律实默认主对奴仆妻女的通奸权。这种习惯维持了很久的一个时期,到清代才附加条例,对于有夫的仆妇和无夫的婢女加以区别,于是法律将家长的通奸权缩小,至仅以无夫的婢女为限,但我们应注意,家长奸家下人夫之妇者,不过笞四十,系官交部议处②,处分是极轻微的。

图奸仆妇所引起的伤害的问题,同样很有注意的价值。我们晓得常人皆有拒奸的权利,同时法律对于持横强奸及因奸致死妇女的处分极重,其所以如此皆因对礼教风化的重视,所以对妇女予以保障,对奸徒予以膺惩,但我们应注意仆妇拒奸的限制及主人因奸杀死仆妇的责任。

乾隆时有一主人图奸仆妇,被割伤阴茎,比照殴家长律减等拟流③。又有一家长期亲图奸仆妇吴氏,搂住亲嘴,吴氏哄令将舌伸入,咬下舌尖,亦比照殴伤家长期亲律减等拟流,后奉旨以咬破舌尖系属自取,该氏拒奸亦系临时取意,并非设计诓骗,所拟杖流才

---

① 《元史》一〇四,《刑法志》三,"奸非"。故《元典章》四五,《刑部》七,《诸奸》,"主奸奴妻"下注云:"难议治罪。"

② 《清律例》,"奴及雇工人奸家长妻"条,乾隆八年例。

③ 《刑案汇览》63:48a。

得加恩宽免[①]。按家长图奸家下人妇女被本妇拒伤,无治罪专条,向例皆援引殴伤家长之例酌量办理[②],大多仍顾及主仆名分,不过于本律量减一等,吴氏之案若非幸而奉旨恩免,便须实流。以前一案而言,仆妇不能享受常人拒奸的权利是明显的,她并不能因拒奸而不受奴仆殴伤主人的法律拘束。换言之,主仆的名分始终存在,其行为能力始终是有限制的,并不因保护自己而例外。图奸之家长不过依例笞四十,或交部议处,可是拒奸的仆妇反因此而处流刑。在不平的待遇下,其后果无异于使仆妇不要拒奸,——至少是有限度的拒奸,以不殴伤主人为限。我们虽不能说她完全丧失拒奸的权利,至少可以说她丧失了一部分。她在这种情形之下最好的办法不是服从,便是自尽。

清律常人因强奸而杀死妇女,或因奸而逼人致死者皆处死刑,但这两条法律对于主人是不适用的。条例上规定凡家主将红契所买奴婢及白契典买,恩养已久奴仆之妻妄行占夺,或图奸不遂,因而将奴仆毒殴致死,或将其妻致死,审明确有实据及本主自认不讳者,家主不分官员平人,俱发黑龙江当差。若所杀奴婢系白契所买恩养未久,则照杀雇工人律拟绞监候[③],与常人因奸杀死妇女斩决的处分至相悬殊[④]。若家主强奸奴及雇工人妻女未成,因而使被奸妇女羞愤自尽,也不适用常人因奸威逼人至死的条文。条例上说家长有服亲属强奸雇工人妻女未成或致令羞愤自尽者杖一百,发

① 《刑案汇览》63:51b—53a。

② 同上,52a。

③ 《清律例》,"奴婢殴家长",乾隆三年原例、嘉庆六年修改例。

④ 强奸已成将本妇杀死者斩决枭示,强奸未成将本妇立时杀死者斩立决(《清律例》二六,《刑律》,《人命》,"威逼人致死",嘉庆十一年修改例)。

近远充军①,较常人因奸逼死妇女斩候、绞候②的处分也轻多了。嘉庆时豫亲王强奸包衣人世禄之女,事后该女羞忿自缢身死,其父世禄具呈控告。豫亲王按平人强奸已成,本妇自尽斩候例量减一等拟流,世禄依奴婢告家长得实律,拟满徒折枷,并革去六品典仪官③。主人因奸逼死婢女仆妇固属有罪,但被害人的家长或本夫具呈控告,又因名分的拘束,不能避免奴告主的罪名,处境是十分为难的。于此亦可见法律对主仆名分之重视,虽因奸而酿成人命,也不能例外。

自然,以上所说的关于性特权只限于男主人,若女主人及官长的眷属妇女则不在内,这原是男性中心社会的现象,不足为怪。所以唐、宋律与部曲及奴通奸之主家妇女,但减奸主之奴罪一等,奴处绞而主家妇女亦处满流④,其罪至重,较寻常奴奸良人只处徒刑的罪名还要重。明、清律家长妻女与奴及雇工通奸者与奴及雇工同罪⑤,处分更加严重了。

奴仆奸良人妇女,罪已不可逭,若奴仆而奸家长妻女,以下烝上,渎乱名分,自更罪大恶极,不可容忍,所以明洪武初定真杂犯死罪各项罪名时,以奴奸家长妻女入于真犯死罪中⑥。法律对于此种事之深恶痛绝,可想而知。至于历代法律对此种罪名处罚之重,更

---

① 《清律例》,"奴及雇工人奸家长妻"条例。

② 强奸已成,本妇羞愤自尽者,拟斩监候,强奸未成或但经调戏,本妇羞愤自尽者,拟绞监候(《清律例》,"威逼人致死",嘉庆十一年修改例)。

③ 《刑案汇览》63:46ab。

④ 《唐律疏义》二六,《杂律》上,"奴奸良人";《宋刑统》二六,《杂律》,"诸色犯奸"。

⑤ 《明律例》,"奴及雇工人奸家长";《清律例》,"奴及雇工人奸家长"。

⑥ 《明会典》一七四,《刑部》一五,《罪名》一;一六,《罪名》二。

一致的表现同一的精神。奴奸良人不过徒刑，此则加至死刑。唐、宋律部曲及奴奸主者绞，强奸者斩①。元律奴奸主妻女者皆处死，以慑从与命妇奸，以命妇从奸夫逃者皆处死②。明、清律奴及雇工人奸家长妻女者斩③。清律且规定即强奸未成亦斩立决，便是调奸未成，亦从重处分，发黑龙江给披甲人为奴④。

即奸主人之有服亲属，因名分攸关，亦较奸其他良人为重，被奸的主人亲属与主人的关系愈亲，则奴仆的处分亦随之而愈重。唐、宋律部曲及奴奸主之期亲及期亲之妻者，与奸主同罪，奸主之缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻者流，强奸者绞⑤，明、清律奸家长之期亲及期亲之妻者绞，奸缌麻以上亲之妻者，杖一百流二千里，强奸者斩⑥。

若所奸者为家长妾及家长亲属之妾，则各减罪一等⑦。

关于奸杀问题是另一有趣的对比。主人对奴仆因奸而成立的伤害罪，不按常人强奸杀死及威逼致死的律文办理而从轻发落已如上述，奴仆对主家妇女因奸而成立的伤害罪亦不按常人强奸而杀死及威逼致死的律文办理而从重发落。

道光时一雇工与家长之外甥女大妞调戏成奸，嗣因奸情败露，大妞羞愤自尽，依照雇工奸家长缌麻以上亲杖一百流二千里律酌

① 《唐律疏义》，“奴奸良人”；《宋刑统》，“诸色犯奸”。

② 《元史》一〇四，《刑法志》三，“奸非”。

③ 《明律例》，“奴及雇工人奸家长”；《清律例》，“奴及雇工人奸家长”。

④ 《清律例》，“奴及雇工人奸家长”，乾隆五十三年原例，嘉庆十五年、十九年，道光元年，咸丰二年、四年，四次修改例。

⑤ 《唐律疏义》，“奴奸良人”；《宋刑统》，“诸色犯奸”。

⑥ 《明律例》，“奴及雇工人奸家长”；《清律例》，“奴及雇工人奸家长”。

⑦ 《唐律疏义》二六，《杂律》上，“奸缌麻亲及妻”；《宋刑统》，“诸色犯奸”，妾减一等句注云：“余条奸妾准此”。明、清律，“奴及雇工人奸家长”云：“妾各减一等，强者亦斩”。

加一等,杖一百流二千五百里①。有时因罪情重大,甚至不按奴婢、雇工人杀伤家长律办理。嘉庆时有一奴图奸家长之女,女吓骂不从,被用刀杀死,有司以例无奴仆强奸家长亲属,逞凶杀死治罪明文,拟依奴婢故杀家长期亲例凌迟处死②。很明显地是因名分綦重,不可但按常人强奸杀死罪名止于斩决,所以加重处以极刑。

## 第四节　种族间的不平等

在一个单一种族的社会中,或是虽有二个以上的种族而未形成种族阶级时,阶级的差异是建立于社会、经济之上的,但一种族为另一种族所征服并且被统治时,则种族的阶级很容易形成,阶级的差异为生物社会的。在这种社会中,统治者、征服者,总是以优越的及支配的地位自居,对于被征服者、被统治者,则采取歧视的态度,社会、经济各方面皆予以不平等的待遇及严格的限制,而明确规定于统治者所制定、所颁布的法律中。

契丹人、女真人、蒙古人和满洲人侵入中国,统治中国时,这种不平等的情形异常显著,特别是元、清二代因为统治的时间较久,统治的区域又广及全国。征服者的种族高高在上,自不待言,即被征服者也以降顺的先后定其等次,先进的亡国奴对于后进者俨然居于老前辈的地位。金人分人民为种人(金人)、汉人(先取辽时所得户籍)、南人(继取山东、河南地人民)三个阶层。元代蒙古人、色目人(成吉

① 《续增刑案汇览》14:27b—28a。

② 《刑案汇览》53:45a。

思汗以来平定西域时所得)、汉人(灭金时所得人民)、南人(灭宋时所得人民)四个顺序的阶级层次井然①,无论政治、法律及社会各种待遇都依其顺序而定其高下。清朝满洲人的地位永在汉人之上。

元时,政治上的特权以蒙古人最高,色目人次之,汉人、南人最下。在任官上有许多限制,不但秉政的中书省、枢密院、御史台长官必以蒙古人为之②,汉人不得参与军政③及机密大事④,便是中书省、枢密院、御史台而外,其他内外百官之长包括寺、监、卫、府及外之行省、行台、宣慰司、廉访司及路、府、州、县,据《元史·百官志》叙语,也以蒙古人为长,而汉人、南人贰焉⑤。考究实际的情形,这

① 据《辍耕录》,汉人指契丹、高丽、女真、竹因歹、尤里阔歹、竹温、竹亦歹、渤海八种。据钱大昕《养新录》,汉人南人之分,则以宋金疆域为断,江浙、湖广、江西三行省为南人,河南省唯江北、淮南诸路为南人,是则亡金之遗民为汉人,亡宋之遗民为南人。

② 《元史》二六,《仁宗纪》曰:"故事丞相必用蒙古勋官。"又一八六,《成遵传》云:"平章之职亚宰相也,承平之时,虽德望汉人,抑而不与。"贺惟一拜御史大夫时,以故事台端非国姓不以授,顺帝时赐以姓,改其名曰太平(一四〇,《太平传》)。台端非蒙古人不授可知。

③ 《元史》一八四,《王克敏传》云:"故事汉人不得与军政。"

④ 《元史》一五四,《郑制宜传》云:"为制枢官从[车驾]行,岁留一员司本院事,汉人不得与。"又一八四,《韩元善传》记至正十一年丞相脱脱奏事内廷,以事关兵机,而元善及参知政事韩佣皆汉人,使退避勿与俱。此见事关机密者,汉人皆不得与。

⑤ 见《元史》八五,《百官志》。关于地方民衙长官,至元二年二月甲子令,曾明定以蒙古人充各路达鲁花赤,汉人充总管,回回充同知,永为定制。又曾两度下令,罢汉人及女贞、契丹人之为达鲁花赤者,惟回回、畏兀、乃蛮、唐兀人仍旧(《元史》,卷六,卷十,《世祖纪》)。即诸王附马分地之达鲁花赤,亦须选用正蒙古人员。大德八年江浙行省准中书省咨达鲁花赤须选择蒙古人委付,如果无蒙古人,则拣选有根脚的色目人委付,汉儿、女真、契丹、达达小名里做达鲁花赤的都合革罢了。(《元典章》九,《吏部》三,《官制》三,"投下达鲁花赤")。当时汉人、契丹、女真人有冒用蒙古人名字充当达鲁花赤者,元政府曾为此事屡下公文严禁,查出者追收敕牒永不叙用(《元典章》,《官制》三,"有姓达鲁花赤革去","有姓达鲁花赤追夺不叙";廉访司查革实例,见同卷"革罢南人达鲁花赤","有姓达鲁花赤革去")。

种限制虽非绝对的,汉人、南人为内外长官的,甚至为中枢首长的,并不是没有①,但我们可以相信原则上确以蒙古人为长,汉人、南人虽有例外,与蒙古人、色目人任官长的人数相较,终于占绝对少数,尤以中枢长官为最。据箭内亘的统计,汉人为中书令不过一人,丞相不过三人,枢密院只二人。我们断不能因此而否认蒙古人、色目人在政治上的优势,及对汉人、南人的排斥。总之,政治权皆在蒙古人掌握之中,汉人、南人是难于抗衡的。箭内亘研究此专题之结果,声称蒙古人享有一切公权,色目人次之,亦受优遇,至于汉人则置于最劣等的地位②,其结论是对的。以官吏荫叙子法而论,蒙古人、色目人亦较汉人高一级,例如诠叙法上规定正一品子正五品叙,这是指汉人而言,若为蒙古人或色目人,则正四品叙,各品皆较汉人优一级荫叙③。

在一般的法律上,蒙古人和色目人有许多例外的优异,换言之,一般的法律拘束有时不适用于他们,有些条文上明白承认他们在法律之外。例如服饰、居室、车舆的限制,本以阶级为断,贵贱有章,分别甚大。但《元律》云:"诸章服惟蒙古人及宿卫之士不许服龙凤文,余并不禁。"④这是说他们除了龙凤文之外,其他一切衣饰皆不受法律的限制,可以随意服用,那些服色等第可以说是为蒙古

---

① 例杨维中曾继耶律楚材之后任中书令,史天泽、贺胜、贺惟一曾任左右丞相,赵璧、史天泽曾为枢密院副使,贺惟一曾为御史大夫。此数人皆以汉人居中枢显要,若汉人之为达鲁花赤者更不乏人(参看赵翼《二十二史札记》三〇,"元制百官皆蒙古人为之长";箭内亘《元代蒙汉色目待遇考》[陈捷、陈清泉译]商务,1933 年,页 33 以次)。

② 《元代蒙汉色目待遇考》,页三〇。

③ 参看《元史》二〇,《成宗纪》;八三,《选举志》。

④ 《元史》一〇五,《刑法志》四,"禁令"。

人以外的官民而设的。《元典章》说得很明白:“蒙古人不在禁限,及见当怯薛诸色人等亦不在禁限,惟不许服龙凤文。”①至于色目人除行营帐外,其余并与庶人同②。

元代的法令,汉人、南人是不许藏有兵器的,汉人除为兵者外,皆禁持兵器,甚至为兵者亦只于出征时才发给兵器,还时仍交还政府③。弓箭只有打捕及捕盗巡马弓手巡盐弓手许用,余悉禁之,便是弹弓在都城内也不许人民制造执用。至于铁骨朵、铁尺、含刀的铁拄杖及盔甲自更在违禁之列④。弓马是相连的,马也是战斗力之一,所以汉人也不许蓄马,有马者皆当入官,敢私藏匿及互市者罪之⑤。

违禁自藏的处分极严,私藏枪刀及弩至十件,弓箭至十副,盔甲一副者,皆处死刑,便是私藏不堪使用的枪刀和不堪穿系御敌的零散甲片的亦须笞刑⑥。当时为了彻底执行此项法令,政府常遣人搜括兵器⑦。对于没收所得兵器,下等者毁之,中等者赐近居蒙古人,上等者贮于官库,由省院台长官,达鲁花赤、畏兀、回回居职者掌之,汉人、新附人(南人)虽居职,无有所预⑧,对汉人防范之严可以想见。

元时为了防范汉人造反,竟至不许田猎习武⑨,法律上规定,“诸

---

① 《元典章》二九,《礼部》二,《礼制》二,《服色》,“贵贱服色等第”。

② 同上。

③ 《元史·刑法志》,“禁令”;《元史》二九,《泰定帝纪》。

④ 《元史·刑法志》,“禁令”。

⑤ 《元史》一四,《世宗纪》,色目人有马者三取其二,汉人便须全部入官。

⑥ 详《元史·刑法志》,“禁令”。

⑦ 至元二十六年巩昌汪惟和言近括汉人兵器,臣管内已禁绝。(《元史》一五,《世祖纪》)。如果他所奏的不是瞒奏的话,则其搜括之严可以想见。

⑧ 《元史》一三,《世祖纪》。

⑨ 《元史》一六,《世祖纪》;二四,《仁宗纪》;二八,《英宗纪》。

弃本逐末,习用角抵之戏,学攻刺之术者,师弟子并杖七十七①。”

刑法上种族不平等的规定很多。辽初契丹及汉人的法律不同,以南北二院分治之②。征服者与被征服者实在不同的法律及司法权之下,即诏书中亦承认这种贵贱异法之不平说,“若贵贱异法则怨必生,夫小民犯罪,必不能动有司以达于朝,惟内族外戚多恃恩行贿以图苟免,如是则法废矣”③。尤其不平等的是汉人殴死契丹人处斩,亲属没为奴婢,契丹人殴死汉人则仅偿以牛马,圣宗时才一等科之④。元时蒙古人和汉人贵贱异法的情形更为我们所熟知,也和辽制一样,征服者与被征服者处于不同的法律及司法权之下。只有汉人、南人属于有司,蒙古人、色目人犯罪及与汉人间的词讼则归宗正府处断⑤。若蒙古官犯法,论罪既定,亦必蒙古官断

① 《元史》一〇五,《刑法志》四,“禁令”。

② 《辽史》六一,《刑法志》云:“太祖诏大臣定治契丹及诸夷之法,汉人则断以律令,仍置锺院以达民冤。至太宗时治渤海人一依汉法,余无改焉。”又记圣宗太平六年诏曰:“朕以国家有契丹、汉人,故以南北二院分治之,盖欲去贪枉,除烦扰也。”

③ 《辽史》六一,《刑法志》。

④ 参看王偁《东都事略》卷一二三,《附录一》;李焘《续资治通鉴长编》卷七二,《真宗》;洪皓《松漠纪闻》;《辽史》六一,《刑法志》。至于契丹人及汉人的不同法律,亦于道宗咸雍六年加以画一。《辽史》六二,《刑法志》云:“常以契丹、汉人风俗不同,国法不可异施,于是命惕隐苏、枢密使乙辛等更定条制,凡合于律令者,具载之,其不合者,别存之。”但大安五年又诏复行旧法。

⑤ 《元史》一〇二,《刑法志》一,“职制上”云:“诸四怯薛及诸王附马蒙古人、色目人之犯奸盗诈伪,从大宗正府断之。”按元初之制,蒙古人犯罪及汉人犯奸盗等罪,俱由宗正府断治(《元史》八七,《百官志》三,宗正府断事官下云:“凡诸王附马投下蒙古、色目人等应犯一切公事,及汉人奸盗、诈伪、盘毒、厌魅、诱掠逃驱轻重罪囚”悉掌之)。皇庆元年始以汉人刑名归刑部(《百官志》三,然泰定元年复命兼理)。《刑法志》所云即系皇庆以后情形。泰定帝致和元年别有规定,改为除“大都、上都所属蒙古人并怯薛、军站、色目与汉人相犯者归宗正府处断;其余路府州县,汉人、蒙古、色目词诉,悉归有司刑部管掌”(《百官志》三)。但顺帝元统二年又诏“蒙古、色目犯奸盗诈伪之罪者隶宗正府,汉人、南人犯者属有司”(《元史》三八,《顺帝纪》),是又恢复旧制,蒙人仍隶宗正府,不属地方有司。

之。行杖亦由蒙古人①。

蒙人和汉人间的斗讼最足以表现种族间在法律上的不平等。法律上明文规定,“蒙古人与汉人争殴,汉人勿还报,许诉于有司”②。从语义上来讲:(一)汉人不许还手。(二)但许诉于有司。(三)一经还手便不得诉于有司,取消诉讼权。实则立法的主要用意着重在不许汉人还手,以及对于违法还手者的惩处。从至元二十年中书省札文中知实际的惩处还不止消极地取消其诉讼权,且须严行断罪③。

蒙古人因争及乘醉殴死汉人,只断罪出征,征烧埋银,便可以了事。杀人者死的法律只适用于汉人杀蒙古人,蒙古人之间的命案,及汉人之间的命案。

蒙古人犯罪在审断时也有许多法定的特权,除犯死罪及犯真奸、盗罪,才分别加以监禁或散收外,犯其余轻重罪名皆以理对证,有司不得加以拘执,逃逸者始监收④。有的罪刑也不会加在他们身上,刺字原是窃盗犯的一般处罚,但蒙古人、色目人例得免刺⑤。法

---

① 《元史·刑法志》,“职制上”。

② 同上,一〇五,《刑法志》四,“斗殴”。

③ “照得近为怯薛歹蒙古人员,各处百姓不肯应付吃的,不与安下房子,札付兵部遍行合属,依上应付去讫。今又体知得各处百姓依前不肯应付吃的粥饭,安下房舍,至有相争,中间引惹事端,至甚不便。仰遍行合属叮咛省谕府州司县村坊道店人民,今后遇有怯薛歹蒙古人员经过去处,依理应付粥饭,宿顿安下房舍,毋敢相争。如蒙古人员殴打汉儿人,不得还报,指立证件于所在官司赴诉。如有违犯之人,严行科罪。请依上施行”(《元典章》四四,《刑部》六,《杂例》,“蒙古人打汉人不得还报”)。

④ 《元史》一〇三,《刑法志》二,“职制下”。

⑤ 蒙古人有犯及妇人犯者不在刺字之列,色目人犯盗亦免刺科断,惟女真人为盗刺断同汉人(《元史》一〇四,《刑法志》三,“盗贼”)。

律上为此并特立一规条:审囚官强愎自用,辄将蒙古人刺字者杖七十七,除名,将已刺字去之①。

清代对于满、汉人的歧视不像元代那样苛刻不平。行政法上没有满洲人为长,汉人为贰的限制,也没有汉人不得参与机要的限制,刑法也不似元律之待遇悬绝。

但并不是说满洲人和汉人在法律上的地位完全平等,其中仍有若干歧视。第一满人、汉人是处于不同司法权之下的,理事厅系专管旗人的,条例上虽规定在外居住的八旗汉军人等,与汉人一体编查保甲,所有民刑案件俱归所属州县办理,但州县与理事同知通判同居一城者,仍须由州县会同审理,理事等官非驻同城,才能由州县官自行讯办②。所以旗人往往骄纵滋事,地方官难于约束③。

最为旗人所有恃无恐因而骄纵滋事的还不在州县理事分治一层,最主要的关键还是在于旗人在刑事上的优待。《大清律例》虽同样适用于满人汉人,但也有专为满人而设的专条,"犯罪免发遣"条便是为优待旗人而设的。根据这条法律,他们除笞杖罪照数鞭责外,徒、流、军等自由刑是一律准免发遣而以枷号按等替代的。徒刑按年限折枷,一年者枷号二十日,每等递加五日,满徒四十日,总徒四年者三十五日,准徒五年者五十日。流刑则按配所远近枷号,二千里枷号五十日,每等亦递加五日,满流六十日。充军附近

① 《元史·刑法志》,"职制下"。

② 《清律例》八,《户律》,《户役》,"人户以籍为定",嘉庆十九年修改例。参看《刑案例览》1:34ab,嘉庆十九年,直隶司说帖。

③ 即管理旗人之旗官亦承认此点。道光五年八旗都统奏云,"向来旗民交涉案件,例由理事厅审理,军流徒俱折枷笞杖鞭责,旗人自恃地方官不能办理,因而骄纵,地方官亦难于约束,是以滋事常见其多"(《刑案汇览》1:38a)。

者枷号七十日，近边者七十五日，边远沿海边外者八十日，极边烟瘴者九十日①。只有行止无赖有玷旗籍的旗人才削除本身旗档，照汉人一体办理，分别发配，不准折枷②。道光时八旗都统因旗人骄纵滋事，地方官难于约束，又奏请颁定条例，所有闲散告假，离京居住之旗人，在外滋事，皆照民人（汉人）问拟③。

又旗人初次犯窃罪止笞杖者，得免刺字，再犯才依民人，以初犯论④。比汉人之初犯即刺字，三犯即处绞候者，轻重自不相侔。

---

① 《清律例》四，《名例律》上，“犯罪免发遣”。

② 同上。乾隆五十年修并例规定在京、满洲、蒙古、汉军及外省驻防，并盛京、吉林等处屯居之无差使旗人，如实系寡廉鲜耻，有玷旗籍者，均削去本身户籍，依律发遣，仍逐案声明请旨。如寻常犯该军、遣、流、徒、笞杖等罪，仍照例折枷鞭责发落。

又道光五年续纂例规定，“凡旗人窝窃、窝娼、窝赌，及诬告、讹诈，行同无赖，不顾行止，并棍徒扰害，教诱宗室为非，造买赌具，代贼销赃，行使假银，捏造假契，描画钱票，一切诓骗诈欺取财，以窃盗论，准窃盗论，及犯诱拐、强奸、亲属相奸者，均销除本身旗档，各照民人一例办理，犯该徒流军遣者，分别发配，不准折枷。”

③ 参看八旗都统原奏（《刑案汇览》1：38a—39a）；《清律例》，“人户以籍为定”，道光五年续纂例。

④ 《清律例》二四，《刑律》，《贼盗》中，“窃盗”，乾隆五十七年上谕，道光五年修改例。

# 第五章　巫术与宗教

亨利·梅因研究古代法律的结果，认为人类社会有一时期，法律规范尚未脱离宗教规范而单独存在，在中国则已超过此点[①]。从表面上来观察，我们确不易见宗教在中国法律史上的地位。根据历史材料，我们实无像汉谟拉比（Halnmurabi），摩奴（Manu）或摩西（Moses）法一类出自神授的法律。在我们祖先的意识形态中，根本没有像希腊人那样以为每一法律皆为神所拟定的观念。同时我们的法律也不曾依赖巫术宗教的力量来维持。没有一条所知的法律是附有咒诅的[②]。握有司法权的人也非具有巫术或神权的人[③]。在中国法律制裁与宗教制裁或仪式制裁是分开的。但是如果我们作更深的研究，我们会发现巫术宗教与法律的功能关系是相当密切的。

---

① H. Maine, *Ancient Law*, p. 23.（本书中译本，纳入《汉译世界学术名著丛书》，商务印书馆 2009 年）

② 有的法律几全部皆为对遵守法律者的祝福，对违犯者的咒诅，有时甚至除咒诅外并无真实的身体上的刑罚，认为违法者将自食其报，报应本为应得的处罚，即此已足，不再需要人世间的制裁。在许多原始社会中，咒诅实为维持法律效力的唯一力量。古埃及人如此，十二表法亦然（详 W. A. Robson, *Civilization and the Growth of Law*, Macmillan, London, 1935, Ch. XI）。

③ See H. Maine. *Early Law and Custom*, pp. 26—27; *Ancient Law*, p . 160.

## 第一节　神判

原始人相信神喜欢正直无罪者，对于侵犯神明及邪恶的人则深恶痛绝[①]。同时他们相信也只有神能洞察人的善恶邪直，所以原始的法律常求助于神的裁判。神判法（ordeal）是各民族原始时代所通用的一种方法。当一嫌疑犯不能以人类的智慧断定他是否真实犯罪时，便不得不乞助于神灵。最简单的方法是测验他能否逃过一危险，出死入生。希腊人常将人浮在海上，又有使人从高岩上跃下的习惯。毒剂是非洲 Ashanti 人常用的一种方法。Ju Ju 人则使嫌疑犯在充满毒蛇与鳄鱼的池里游泳过去。他们相信神对于无辜者的生命是不会坐视其死而不加以保护的，否则便证明他有罪，同时也就执行了惩罚。这种以生命为赌注的方式是以神为裁判者，同时也是执行者。有许多社会不使嫌疑犯受死的威胁，测验时只受肉体的痛苦，目的只在求神的判断，执行的部分则由人类自行为之。火是最常用的，以灼热的铁灼人足部或使人握在手里是很普遍的方法。有时则以滚热的油注入手中，或使人从沸水里捡出热的石块。又有的社会使人赤足从铁藜上走过。这些方法都是使嫌疑犯尝受肉体上的痛苦，以有无伤毁来判断他有罪

① 在此种观念中，孽（sin）与罪（crime）为一，宗教的罪恶与世俗的罪恶是不分的，于是违犯其一即违犯其二，违犯宗教规条者，应处世俗的制裁，而违犯法律或世俗的规条者，亦为神所不喜，应受宗教上的惩罚。古代中国人亦有此种观念，书云，“天秩有礼，天讨有罪”，即此种意义的表现。《汉书·刑法志》谓圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。

无罪。

有的神判法是不大有痛苦的，将人抛入河池以浮沉[①]测罪的习惯极为普遍。《旧约》中以苦水试验妻的贞操是中世纪欧洲基督教国家公认的断罪方法。特殊的饮食品也是常用的方法。苏门答腊人以一握生米或面粉令人吞咽，如果因此而窒息或咳嗽便证明有罪。酒在非洲 Thonga 人中常被应用。在印度又有天平测验的方法，人在一头，石头在另一头，如天平不能保持平衡，便是有罪。

更有些方法，以物为试验的对象，人毫无痛苦不过，例如以圣经中诗篇旋转的方法测验有罪与否。非洲 Ewe 人在巫前放一锄和篮子，如拿锄头便有罪。有时则将盐粒抛入沸水中，看是否分而为二，如不分裂便证明无罪。Borneo 人有斗鸡斩猿的方法。

像这许多不同的习惯，虽包含各种不同的方法和程序，但是人们依赖神灵求助于神的裁判，目的完全相同[②]。

中国在这方面的进展较其他民族为早，有史以来即已不见有神判法了。Nathubhoy 说中国人亦有神判法。杀奸的案子如果不能断定那两个人头是不是奸夫奸妇的，便将人头投在水桶里，急剧地

---

① 关于浮沉的习惯各不相同，巴比伦的汉谟拉比法认为犯罪的人会被河神掀在河底，否则便会浮在河面。印度的摩奴法则持相反的见解。

② 关于神判法参看下列各书：

R. H. Lowie, *Primitive Society*, pp. 405—6, 418, 419—20 422; W. A. Robson, *Civilizaion and the Growth of Law*, Ch. X; E. Westermarck, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, I, 504—7, II, 686—90; P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, I, 349, 350; L. T. Hobhouse, *Morals in Evolution*, pp. 116—7, 131; Sumner and Keller, *Science of Society*, I, 679—86, IV, 277—86; E. A. Hobel, *The Political Organization and Law-Ways of the Commanche Indians*, pp. 102—3; E. B. Tylor, "Ordeal", *Encyclopaedia Britannica* (14th ed.), Vol. XVI.

搅动,看那两头是相向还是背向,以决定是否奸夫奸妇[①]。所说完全是无稽之言,不知所本。中古时代的法律根本没有杀死奸夫奸妇的规定,明、清的法律虽有捉奸专条,但条文上规定得很清楚,必须在奸所获奸,登时奸夫奸妇一并杀死,才能引用这条法律[②]。实证条件原极具体,法律上并不要求用其他方法来证明。Robson 说神判法是普遍的习惯,在世界上很少有一国家不曾使用这方法,唯一的可能的例外是中国,中国人中找不到神判的痕迹[③]。是慎重而较合于历史事实的论断。

我们晓得神判法是人们在不能利用自己的智力来搜索犯罪证据或迫使嫌疑犯吐露实情时,不得不仰赖于神的一种方法。等到人们能利用自己的智力来判断人的犯罪行为时,便不须神的裁判了[④]。世界各国无不经过以刑讯来代替神判的阶段[⑤]。

中国有史以来就以刑讯来获得口供,早就不仰赖神判法了。但在使用刑讯以前,似也曾经过神判的阶段。在最古的传说里还可以看出一些遗留的痕迹。獬字从荐,荐或作豸,是一只有角的神

---

① T. M. Nathubhoy's article in *Journal of the Anthropological Society of Bombay*, quoted by Sumner and Keller, IV, 284.

② 《明律例》一一,刑律三,《人命》,"杀死奸夫";《清律例》二六,《人命》,"杀死奸夫"。

③ Robson, *op. cit.*, p. 112, note 1.

④ 故 Hobhouse 说,公平最初利用超自然的方法——神判和誓,其后便代以搜求证据及合理的证明来行使司法审问(Hobhouse, *op. cit.*, p. 131)。

⑤ 欧洲在十三世纪时刑讯在司法上便成为有系统的获得证据及口供的方法。从这时起刑讯便代替了以前的神判法。例如英国在 1215 年便正式废除神判法的应用。意大利十三世纪时就从古代罗马法中学得刑讯的方法而应用于刑法。后来法国也开始如法炮制。不久就传播全欧了(J. Williams and G. M. Keeton, "Torture", *Encyclopaedia Britanuica*, 14th edition, XXII, 311; Robson, *op. cit.*, pp. 135—6; Hobhouse, *op. cit.* p. 131)。

兽。《说文》云:"古者决讼令触不直"。据《论衡》,獬豸为独角的羊,皋陶治狱,其罪疑者令羊触之,有罪者则触,无罪则不触,天生一角圣兽助狱为验。以兽断曲直,并不是中国所独有的习惯①,不过多一神话的渲染而已。而神兽的产生正是古代第一法官产生的时代,其巧合不是无因的。这种神兽后代虽然绝迹,但汉以来法官一直以獬豸为冠服②。犹有其遗留,至少上古的人都相信此种传说。可能当初即普通的羊,后人不明了神判的意义,加上神话的渲染。亦可能当初以羊为判时即利用神的心理,使人易于信服。后来獬豸的绝迹与其说是神兽的绝迹,毋宁说是神判法的绝迹。

《论衡》有一段记载颇可注意:

> 李子长为政,欲知囚情。以梧桐为人,象囚之形,凿地为堛,以卢为椁,卧木囚其中。囚罪正,则木囚不动;囚冤侵夺,木囚动出③。

此虽为个人的行为,并非法律上的习惯程序,不足以代表一般的情形。但我们也不能全然看作个人的创造,谓与过去的或当时的社

---

① 除了上文所说过的在蛇及鳄鱼的河里游泳外,东非洲的 Bantu 部落将蜥蜴放在嫌疑犯的鼻尖,如果有罪,便会咬住他鼻子(Sumner, *op. cit.*, IV, 281)。古代墨西哥人常将蛇放在那些嫌疑犯之前。如果其中并无罪人,它自会爬回监里去,否则便蜿蜒爬向那人身上(Sumner, *op. cit.*, IV, 286)。这两个例子极和中国的传说相似。

② 《汉书·舆服志》释獬豸冠云,獬豸神羊能别曲直,故以为冠。又《汉官仪》云,御史服獬豸冠,古有獬豸兽,触不直者,故执宪以其形用为冠,令触人也。唐、宋时代法冠皆名獬豸冠,御史服之(《旧唐书》二四,《舆服志》;《宋史》一五三,《舆服志》),明以獬豸为风宪官公服(《明史》六七,《舆服志》),清以为补服(《清会典》)。

③ 《论衡》一六,《乱龙》。

会习惯或社会意识无关,至少亦可目为一种对于社会遗留的反应。

神判法在中国的历史时期虽已绝迹,但是我们只是说在规定的法律程序上不见有神判法而已。实际上神判法还依然有其潜在的功能。官吏常因疑狱不决而求梦于神,这显然是求援于神的另一种方式。

在古人观念中鬼神是不可欺的,邪恶的行为可以逃过人间的耳目,却不能欺瞒神明。人类的行为无论善恶,都必为鬼神所洞悉,如察秋毫。为了补救法网的疏漏,为了维持更多的公平,于是对鬼神有极大的期望和信心,这在明代规定的府州县官祭厉(无祀鬼神)的祭文中看得极清楚:

> 凡我一府境内人民倘有忤逆不孝,不敬六亲者,有奸盗诈伪不畏公法者,有拘曲作直,欺压良善者,有躲避差徭,靠损贫户者,似此顽恶奸邪不良之徒,神必报于城隍,发露其事,使遭官府,轻则笞杖决断,不得号为良民,重则徒、流、绞、斩,不得生还乡里。若事未发露,必遭阴谴,使举家并染瘟疫,六畜田蚕不利。如有孝顺父母,和睦亲族,畏惧官府,遵守礼法,不作非为,良善正直之人,神必达之城隍,阴加护祐,使其家道安和,农事顺序,父母妻子保守乡里。我等阖府官吏如有上欺朝廷,下枉良善,贪财作弊,蠹政害民者,灵必无私,一体昭报①。

法律对于鬼神的借助和依赖,以及宗教制裁与法律制裁的连

① 《明会典》九四,《礼部》五五,《群祀》四,《有司祀典》下,"祭厉"及"乡厉"。按乡厉祭文同,惟起首云凡我一里之中百家之内,文尾无我等阖府官吏一语。

繁,可谓备至。祭文中所举的罪或善行,可以说皆是世俗的、法律的,而非宗教的,所侧重的制裁也是法律的,而非宗教的。官府所期望的是罪状的揭发,制裁的部分仍由法律机构来执行,只有在未发露的情形之下才请求鬼神予以阴谴。可以说法律制裁是主体,宗教制裁则居于辅助的地位。

官吏遇有疑难不决的案件,往往祈求神助。名幕兼名吏汪辉祖每就幕馆,次日必斋戒诣城隍庙焚香默祷,将不能不治刑名及恐有冤抑不敢不洁己佐治之故一一祷告。自谓祈祷必应,审理命案多叨神庇。刘开扬一案尤著:

> 刘开扬者南乡土豪也,与同里成大鹏山址毗连。成之同族私售其山于刘氏,大鹏讼于县,且令子弟先伐木以耗其息。开扬虑讼负。会族弟刘开禄病垂死,属刘长洪等负之上山,激成族斗,则委使殴毙为制胜之计。比至山而伐木者去,长洪等委开禄于地,开扬使其子闰喜击开禄额颅,立毙,而以成族殴死具控。余当诘开扬,辞色可疑,絷焉。已而大鹏词愬辨未殴而已,终不知殴者主名。因并絷大鹏同至城隍庙。余先拈香叩祷,祷毕,命大鹏、开扬并叩首阶下。大鹏神气自若,而开扬四体战栗,色甚惧。余更疑凶手之不在成氏矣,然不敢有成见也。相验回时已丙夜,复祷神鞫两造于内衙,讫未得实。忽大堂声嘈嘈起,询之,有醉者闯入,为门役所阻,故大哗。命之入,则闰喜也。开扬大愕,跪而前曰:"此子素不孝,请立予杖毙。"余令引开扬去,研鞫闰喜,遂将听从父命击开禄至死颠末,一一吐实。质之开扬,信然。长洪等皆俯首画供,烛犹未跋也。次日覆鞫闰喜投县之故,则垂泣对曰:"昨欲窜匿广西,

正饮酒与妻诀,有款扉者呼曰:'速避去,县役至矣。'启扉出,一颀而黑者导以前,迨至县门,若向后推拥者,是以哗。"夫闰喜下手,正凶也,牍无名而其父开扬方为尸亲,脱长洪等供吐拘提,已越境扬去,安能即成信谳?款扉之呼,其为鬼摄无疑也。杀人者死,国法固然,懵昧如余得不悬案滋疑,则神之所庇不信赫赫乎?①

难怪汪辉祖说城隍之神有益吏治②,而将此案原委详记于其《学治臆说》中。

## 第二节　福报

福报对于刑讼有极大的关系。

古人认为灾异不是自生的自然现象,而是神灵对于人类行为不悦的反应。政事不修是致灾的原因,而政事中刑狱杀人最为不祥,其中不免有冤枉不平之狱,其怨毒之气可以上连云霄,激起神的忿怒。

汉时有孝妇少寡无子,养姑甚谨,姑欲嫁之,不肯,姑不欲累妇,自缢。姑女告嫂杀其母。孝妇冤死。郡中枯旱二年,后太守至,杀牛祭妇冢,天立大雨③。东汉时有一类似的故事,也因孝妇冤

① 汪辉祖《学治臆说》下,"敬城隍神"。
② 同上。
③ 《汉书》七一,《于定国传》。

死而大旱，后刑讼女祭妇墓，才得降雨①。永平间京师旱，邓太后亲幸洛阳寺录冤狱，有囚不杀人而拷问诬服，太后问得其状，收令下狱，未还宫便降澎雨②。晋愍帝时连年大旱，据说便是冤杀淳于伯③。太平兴国六年自春及夏不雨，宋太宗意狱讼冤滥④。灾异与冤狱的连系在古人心中是如响斯应的，齐廷尉御史中丞孔稚珪所谓：

> 法书徒明于帙里，冤魂犹结于狱中。今府州县千有余狱，如令一狱岁枉一人，则一年之中枉死千余矣。冤毒之死上干和气，圣明所急，不可不防致此之由⑤。

便是此理。

所以历代人君往往因天降灾异，而想起冤狱的连系，而下诏清理狱讼。汉建武四年五月诏：

> 久旱伤麦，秋种未下，朕甚忧之。将残吏未胜，狱多冤结，元元愁恨，感动天地乎？其令中都官三辅郡国出系囚，罪非犯殊死，一切勿案，见徒免为庶人⑥。

---

① 《后汉书》一〇六，《循吏列传》，《孟尝传》。

② 同上，一〇，《后纪》，《和熹邓皇后传》。

③ 《晋书》二八，《五行志》云："刑罚妄加，群阴不附，则阳气胜之罚也。"参看王隐《晋书》（《御览》八七九引）。

④ 《宋史》二〇〇，《刑法志》二，"狱治"。

⑤ 《南齐书》四九，引《孔稚珪传》。

⑥ 《后汉书》一，《光武纪》。

**和帝永和十六年七月亦诏：**

今秋稼方穗而旱，云雨不沾，疑吏行惨刻，不宣恩泽，妄拘无罪，幽闭良善所致，其一切囚徒於法疑者勿决以奉秋令，方察烦苛之吏，显明其罚①。

唐时常因求雨而审理冤狱②。宋太宗时雨雪稍愆，辄亲录系囚，多所原减，诸道则遣官按决，率以为常，后世遵行不废③。理宗时祈晴、祈雪及灾祥皆虑囚减罪，死罪情轻者降从流，流降从徒，徒降从杖，杖以下释之④。明制，岁旱特旨录囚，如霜降录囚，夏月熟审之制。囚犯常得减释的机会⑤。清代水旱兵灾常下诏书清理庶狱⑥，且将天旱清理刑狱减免的规则定在条文内，除徒流等罪外，牵连待质及笞杖案内情有可原者，准由督抚一面酌量分别减免，一面奏闻⑦。

因灾异不但囚徒有减免的机会，因此而下令大赦，在中国历史上也是常见的事。汉代曾屡因日蚀、地震、火灾赦天下⑧。隋开皇十五年，上以岁旱，祠泰山以谢愆咎，大赦天下⑨。唐贞观三年以旱

① 《后汉书》四，《和帝纪》。
② 《旧唐书》二四，《礼仪志》四。
③ 《宋史》一九九，《刑法志》一。
④ 同上，二〇〇，《刑法志》二。
⑤ 《明史》七三，《职官志》一，“刑部”。
⑥ 《清史稿·刑法志三》云：“水旱兵灾清理庶狱，视诏章从事。”
⑦ 《清律例》四，《名例》上，“常赦所不原”条乾隆八年例。
⑧ 详《西汉会要》六三，《刑法》三，“大赦”。
⑨ 《隋书》二，《高祖纪》。

蝗，责躬大赦①。大历五年以彗星减降死罪，流以下原之②。宋太平兴国二年以旱大赦③。景祐元年以星变大赦④。仁宗常因雨灾谓辅臣曰："岂政事未当天心耶？"又曰："赦不欲数，然舍是无以召和气。"遂命赦天下⑤。神宗熙宁七年已赦两次，又因旱欲再赦。王安石以一岁三赦，是政不节，非所以免灾，乃止⑥。历代帝王因灾异而颁赦实史不绝书，不胜枚举。据《中国大赦考》，历代因灾异而赦者，星变十二，旱饥八，地震五，日蚀四⑦。

反之，灾异而不警，刑杀不已，自更足以招致灾戾，唐武后刑杀严急，陈子昂上书：

> 冤人吁嗟，感伤和气，和气悖乱，群生厉疫，水旱随之，则有幸之……顷来亢阳愆候，云而不雨，农夫失耒，瞻望嗷嗷，岂不尤陛下之有圣德而不降泽于人乎？倘旱遂过春，废于时种，今年稼穑必有损矣。陛下可不敬承天意以泽恤人⑧？

陈子昂的话正代表一般人对于灾异与刑法的传统看法。武后不悟天罚，不从谏言，则是一般人所认为非正的。所以《唐书·刑法志》短短一卷，竟费了许多篇幅详载陈子昂所上书。

---

① 《新唐书》一，《太宗纪》。
② 同上，六，《代宗纪》。
③ 《宋史》四，《太宗纪》。
④ 同上，一〇，《仁宗纪》。
⑤ 同上，二〇一，《刑法志》三。
⑥ 《宋史》一九九，《刑法志》一。
⑦ 徐式圭《中国大赦考》，商务，1934 年，页 95—96。
⑧ 《旧唐书》五〇，《刑法志》。

即使是反对肆赦的人也并不是否认上天与刑罚的关系。所不同者只是说赦免犯罪的人使罪人幸免而使无辜的被害人含冤泉下,更将有伤和气而干天怒①。

以上是因天降灾异惧而修刑,借以消除神怒,希望换得神的喜悦而撤销灾异。祥瑞或丰年则是上天喜悦,下降休福。帝王为了报答天恩,使他更喜悦,于是赦宥罪人以增和气。汉代各帝曾因灵芝、甘露、凤凰、仙鹤一类祥瑞而赦天下②。梁武帝也曾因天雨调适而赦宥天下③。

有时则因想求福报而肆赦,祭祀所以昭报神明,悦神邀福,所以在祭祀时常赦罪人,尤其是最隆重的郊祭。汉代诸帝屡因郊祀封禅赦天下④。梁武帝祠事最繁,赦亦最多,不但每郊皆赦,受戒舍身,设无遮会皆赦⑤。武帝诏文尝谓:"虔恭上帝,祇事烟燎,……思与仪兆同其福惠⑥。"唐代郊天地皆赦⑦。宋代常制,三岁遇郊则赦⑧。明代亦常因郊祀而赦⑨。蒙古人崇奉佛教,每修佛事辄由帝

---

① 晋张允进《驳赦论》曰:"窃观自古帝王皆以水旱则降德音,宥过狴牢而放囚,冀感天心,以救其灾者,非也。假有二人讼,一人有罪,一人无罪,遇赦则有罪者幸免,无罪者衔冤。衔冤者何疏?见赦者何亲?冤气升闻,乃所以致灾,非弛灾也。小民遇天灾则喜,皆劝为恶,曰'国家好行赦,必赦我以救灾,如此则赦者教民为恶也。且天道福善祸淫,若以赦为恶之人而变灾为恶,是则天助恶民也'。或曰'天降之灾,警戒人主',岂以滥舍有罪而能救其灾乎?"(《五代会要》九,"论赦宥")。

② 见《西汉会要》六七,《刑法》三,"大赦","赦徒"。

③ 《梁书·武帝纪》。

④ 《西汉会要》,"大赦"。

⑤ 见《文献通考》一七二,《刑考》十一,"赦宥"。

⑥ 《梁书·武帝纪》。

⑦ 《通考》,"赦宥"。

⑧ 《宋史》二〇一,《刑法志》。

⑨ 参看《明史》各本纪。

师奏释重囚，前后被释的约达六百人之多①。

祭祀而外，皇室遇有喜庆事，如即位改元②、册立皇后③、帝后诞辰④、生皇太子、或立皇太子⑤一类的事皆赦。这也是为了祈求福报。

以上这些事可以充分看出鬼神与刑法的关系，或以免灾，或以祈福，诚如《明史·刑法志》上所说的，“凡有大庆及灾荒皆赦”，及“或以灾异修刑，或以覃恩布德”了。

除了帝王因灾异福报而修刑外，执法官吏个人的福报观念对于司法的影响亦不可漠视，关系甚大。

自佛教传入中国，不杀生及因果报应的信念深入人心以后，执法官吏多斤斤于福孽之辨，以为杀人系造孽的行为。

> 州县一官作孽易，造福亦易，……果尽心奉职，昭昭然造

---

① 见《新元史》一〇三，《刑法志》。中书右丞答剌罕曾以此谏奏云：“僧人修佛事毕必释重囚，有杀人及妻妾杀夫者皆指名释之。生者苟免，死者含冤，于福何有？”《元史·刑法志》所谓“西僧岁作佛事或恣意纵囚，以售其奸宄，俾善良者喑哑而饮恨，识者病之”。即谓此。

但柯劭忞《刑法志》谓：“赦令历代所同，独以修佛事而释重囚，则惟蒙古有之”，则非事实，梁武帝即以法事释囚。

② 见《通考》一七一，《刑考》十下，“赦宥”；一七二，《刑考》十一，“赦宥”；一七三，《刑考》十二，“赦宥”。据《中国大赦考》，即位大赦八十九次，改元大赦一百零三次（页九五）。清制历朝登极升祔都例行恩赦，光绪三十四年，宣统登极循例大赦，是中国史上最后一个皇帝，也是最后的一次大赦（《清史稿·刑法志三》）。

③ 《通考》同上。清制，册立皇后为恩赦之一（《清史稿·刑法志三》）。据《中国大赦考》，立后赦共十八次。

④ 历代帝后诞辰都行大赦。清制皇帝五旬以上万寿、皇太后六旬以上万寿，都例行恩赦（《清史稿·刑法志三》）。

⑤ 《通考》同上。据《中国大赦考》，因皇子生而赦者十四次，因立储者三十七次。

福于民，即冥冥中受福于天；反是则下民可虐，自作之孽矣。余自二十三岁入幕，至五十七岁谒选人，三十余年所见所闻牧令多矣。其于阳谴阴祸亲于其身，累及子嗣者，率皆获上朘民之能吏，而守拙安分，不能造福，亦不肯作孽者，间亦循格迁官。勤政爱民，异于常吏之为者，皆亲见其子之为太史为侍御为司道。天子报施捷于响应。是以窃禄数年，凛凛奉为殷鉴，每一念及，辄为汗下①。

为了怕诛及无辜，报应自身，往往以救生为阴德，不肯杀戮，一意从宽。高允每谓人曰："吾在中书时有阴德，济救民命，若阳报不差，吾寿应享百年矣。"②便是这种意识的表现。

朱子说得清楚：

今之法家惑于罪福报应之说，多喜出入罪以求福报，夫使无罪者不得直，而有罪者得幸免，是乃所以为恶尔，何福报之有？……今之法官惑于钦恤之说，以为当宽人之罪而出其死，故凡罪之当杀者，必多为可出之涂以俟奏裁，则率多减等，当斩者配，当配者徒，当徒者杖，当杖者笞，是乃买弄条贯，舞法而受赃者耳，何钦恤之有？罪之疑者从轻，功之疑者从重……今之律令亦有此条，谓法所不能决者则俟奏裁，今乃明知其罪之当死，亦莫不为可生之涂以上之。

① 汪辉祖《说赘》。

② 《魏书》四八，《高允传》。

又云：

今人狱事只管理会要从厚，不知不问是非善恶，只恶从厚，岂不长奸惠恶？①

所以官吏遇有可以开脱之处无不曲为开脱。

留养之条国家法外之仁，非可冒滥，例内捏结留养，各有应得处分。乃有狡黠之徒畏罪规避，诈称亲老丁单，妄希留养。听者不察，或意存姑息，有心开脱。书役窥知意旨，因而乘机讹索，串通保邻人等，扶同具结。在被害之家，或未悉底里，或不知义例，既经官为审办，往往未敢置喙。上司据结勘转，骤觉难察，遂得循例声请。或谓此等事可种阴德也。不知杀人之人幸逃法网，则被杀之人含冤地下。为生者计，独不为死者计乎？余谓此等事不但无阴德，且恐有冥谴②。

甚至强奸杀人等重罪亦意存始息，不办死罪，袁滨云：

强[奸]者之罪则不可不诛也。今之有司大抵宽有罪，诬名节，以为阴德。然则不肖之人逆知女未必能死，将惟强之是为，而到官后诬以终和，则其计固已得矣③。

① 《朱文公政训》。
② 陈宏谋《饬各属办案条件檄》(《牧令书辑要》七，《刑名》上)。
③ 袁滨《律例条辨》(《唐明律合编》二六，“犯奸”条引)。

方大湜也说到此点：

因奸致死人命必应拟抵，切不可听救生不救死之邪说，致死者含冤地下①。

## 第三节　刑忌

关于刑杀的季节最早见于汉律和《月令》。在古人观念中，春夏是万物滋育生成的季节，秋冬则是肃杀蛰藏的季节，这是宇宙间永远不易的自然秩序，宇宙间一切物体都不能违背此规则，为了与自然秩序相配合调适，于是人类的行为，尤其是政治行为，不能不顺于四时，与天道相应，这完全是阴阳五行的道理，汉儒多主此说②。

刑的本身便是剥夺宇宙间生命的杀戮行为，与四时生杀的自然秩序的关系更为直接，更为密切，所以刑杀必于秋冬，断不能于万物育长的季节施行杀戮，而敢与自然秩序相背。汉律十二月立春不以报囚③，便是此理。章帝时以十一月冬至，冬已尽，阳气始萌，已不宜行刑，更定十一月亦不得报囚④。汉制立春日辄下宽

① 方大湜《平平言》卷三（《牧民宝鉴》本）。

② 董仲舒等说此甚详。《春秋繁露·四时之制章》谓天有四时，王有四政，庆赏刑罚与春夏秋冬以类相应。汉儒多主张则天为政。

③ 《后汉书·章帝纪》。

④ 同上，诏曰："律十二月立春不以报囚，月令冬至之后有顺阳助生之文，而无鞫狱断刑之政。朕恣访儒雅，稽之典籍，以为王者生杀宜顺时气，其定律无以十一月十二月报囚。"

大书①。章帝曾屡诏有司以秋冬理狱，春日不得案验②。元和二年的旱灾长水校尉贾宗等便以为是断狱不尽三冬，阴气微弱，阳气发泄所致③。古人对于刑忌是异常重视的，常因些微的出入而引起严重的辩论④。

后代的法律皆沿而不改。唐、宋律及《狱官令》从立春至秋分，除犯恶逆以上及部曲，奴婢杀主外，余罪皆不得奏决死刑，违者徒一年⑤。明律处杖刑八十⑥。清例秋审朝审处决人犯亦在立秋以后⑦。

刑杀的禁忌除阴阳四时外，又有关于宗教节日的禁忌。唐、宋以正月五月九月为断屠月，每月十斋日⑧为禁杀日，所犯虽不待时，

---

① 其书曰："制诏三公，方春东作，敬始慎微，动作从之。罪非殊死，且勿案验，皆须春秋退贪残，进柔良，下当用者如故事。"（《后汉书·礼仪志》）

② 元和元年诏曰："宜及秋冬理狱，明为其禁。"二年诏三公曰："方春生养，万物萌甲，宜助萌阳，以育万物。其令有司罪非殊死且勿案验，及吏人案书相告不得听受，冀以息事宁人，敬奉天气，立秋如故。"（《后汉书·章帝纪》）

③ 《后汉书》七六，《陈宠传》。

④ 肃宗时断狱皆以冬至之前，自后论者互多驳异。邓太后诏公卿以下会议，鲁恭等皆有议论（详《后汉书》五五，《鲁恭传》）。

⑤ 《唐律疏义》三〇，《断狱》下，"立春后不决死刑"；《宋刑统》三〇，《断狱律》，"决死罪"。

⑥ 《明律例》一二，《刑律》四，"断狱"，"死囚覆奏待报"；洪武元年令："覆决重囚须从秋后，无得非时，以伤生意。"（《明会典》一七七，《刑部》一九，"决囚"）。

⑦ 立决人犯自不在此限。按清律例春夏二季只正月六月停刑，立决重犯俟二月初及七月立秋以后便可正法。又五月内交六月节及立秋在六月内者，亦停刑（《清律例》四，《名例律》上："五刑"条例）。此外，只冬至以前十日夏至以前五日停止行刑（同上，三七，《刑律》，《断狱》下，"有司决囚等第"，嘉庆十五年修改例）。

⑧ 每月一日、八日、十四日、十五日、十八日、二十三日、二十四日、二十八日、二十九日及三十日为十斋日（见《唐律》"立春后不决死刑"条《疏义》；《宋刑统》，"决死罪"条《疏义》。按"十斋日"宋作"十直日"），皆禁屠杀。武德初颁其诏："自今以后，每年正月、五月、九月，每月十斋日并不得行刑，所在公私宜断屠钓。"其后屡申其禁。天宝七载敕文："自今以后，天下每月十斋日不得辄有宰杀。"至德二年又敕："三长斋月并十斋日，并宜断屠钓，永为常式。"（见《唐会要》四一，"断屠钓"）

亦不行刑,违者杖六十①。斋月斋日断屠全是信奉佛教的影响②。明代十斋日仍为禁刑日期③,违者笞四十④。

此外,遇祭祀日期亦停刑。唐、宋,大祭祀及致斋日皆不得奏决死刑⑤。元制有事于郊庙,虽散斋日亦不判署刑杀文字,不决罚罪人⑥,清例凡祭享斋戒及四月初八日皆不理刑名⑦。冬夏二至、岁暮、上辛、上戊、上丁及春秋二分均系祭祀日期,故亦停刑⑧。

## 第四节　巫蛊

法律和巫术的关系是研究原始法律所不可忽略的现象。原始社会常利用巫术来维持法律秩序。人们所以不敢不遵守这些规则,并不是为了恐怖法律所加于身体上的惩罚,而是怕违犯以后超自然所予的惩罚。有些社会里,咒是保护财产对付偷儿最有效的

---

① 《唐律疏义》,"立春后不决死刑";《宋刑统》,"决死囚"。

② 故会昌四月中书门下奏云:"正月、五月、九月断屠,伏以斋日[按三五九月号长斋月,见至德二年十二月二十九日敕文]断屠出于释氏。"(《唐会要》,"断屠钓")。又《云麓漫钞》云:"释氏智论云,天帝释以大宝镜照四大神洲,每月一移,察人善恶,正、五、九月照南瞻部洲。唐高祖崇其教,故正、五、九月不食荤,百官不支羊钱。"

③ 见《明会典》一七七,《刑部》一九,"决囚"。

④ 《明律例》,"死囚覆奏待报"。

⑤ 《唐律疏义》,"立春后不决死囚"条《疏义》;《宋刑统》,"决死罪"条《疏义》。

⑥ 《元史》一〇三,《刑法》二,"祭令"。

⑦ 《清律例》,"死囚覆奏待报"条例。参看《清史稿·刑法志》。

⑧ 《清律例汇辑便览》,"死囚覆奏待报"条附。

办法①,它比人力的看守,法律的预防都有效力,人们怕得到咒的后果就不敢去偷那些在野外无人看守的果实。古代许多法律若不利用咒的力量来维持其效力,便将成为无人遵守的具文,同时酋长若不以巫术为可法的手段,他便无法担负司法上的责任了。在这些社会中超自然的制裁力量实远胜于人为的一切制裁、一切力量。

这种巫术的应用,像以巫术为人疗疾驱祟一样,可以说是对于社会有利的,是合于道德、法律、宗教规范的。但不是一切巫术都是对于社会有益处的,它也可应用在坏的方面,以侵害人的生命财产为目的,予人以种种不幸的后果,这种巫术是有害于社会秩序,违背社会道德法律规范的②。像这一类为害人群的巫术,自是反社

① E. Westermarck, *The Origin and Development of Moral Ideas*, II, 66—3; W. I. Thomas, *Primitive Behavior*, pp. 575—6; E. S. Hartland, *Primitive Law*, pp. 81—2.

② 通常将巫术分作善意的巫术(white magic)和邪恶的巫术(black magic)两种。前者指为人求福利,合于公认的行为规范的巫术,后者则指以害人为目的的巫术。虽然实际上的划分有时并不如此清楚。Malinowski 告诉我们:"准合法及准犯罪的巫术(quasi-legal and quasi-criminal)的应用是很难划分的。""巫术并不全是执行司法的一种方法,也不全然是实行犯罪的一种方式,它在两方面都可应用"(见 B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Kegan Paul, London, 1932. pp. 93—4)。事实上巫术的本身从它的程序方法及内容上来看,本无所谓好坏,一巫术的应用可以在这一方面也可以在相反的方面,并不是截然固定在一面的。从使用巫术的人来看,在他的企图没有分明以前,也很难断定他是好巫还是坏巫。有许多社会对于巫术的好坏的区别的概念便不很清楚明确,Dabu 人便如此。但并不是说巫术的划分是不可能或是不必要的。巫术的本身虽无所谓好坏,但应用以后社会上对于他的行为的后果一定有一种反应,或是容许的,赞成的,或是不容许的,不赞成的。前者是合于社会所公认的行为规范的,后者则违背一社会的行为规范而破坏社会秩序。从社会秩序的立场来看,划分的概念并不是没有益处的。事实上有许多民族对于巫术的好坏的确有清楚明白的观念。例如非洲人便将巫术分为合法的及非法的,或好的坏的两种(Rowley 在十九世纪便指出这样的事实——H. Rowley, *Religion of the, Africans*, 1879, p. 125, quoted by Westermarck, *The Origin and Development of Moral Ideas*, II, 650—1)。E. E. Evans-Prichard 晚近对于非洲 Zande 人的研究,关于合法非法两种巫术有更详细和正确的分析。据他的意见,好的巫术是合于社会公认(接下页注文)

会的,为人所深恶痛绝,认为是一切灾病死亡等不幸的根源,原始人认为灾病死亡或为鬼神对人的处罚,或为使用巫术的结果[①],决不是偶然的。这种行为不仅扰害社会的安宁,并且最为正直的神所痛恶,犹如正神和邪恶的魔鬼势不两立。上帝往往因此大为震怒而降灾于容许巫术的社会,所以在原始人中巫术是极可怖的行为,是对于社会全体有害的公众过犯[②],必须将这种罪犯除去,否则

---

(续前页注文) 的行为规范者,坏的巫术并不是因为他对于健康财产具有破坏性,而是因为他违背一社会的法律和道德的规则。他说:"好的巫术的目的是合于社会的规则的,它对子好人是没有害处的,只有害于罪犯、使用妖术的邪巫、淫乱者及窃盗,在使用时是不足为耻的。它为舆论及酋长的权力所支持。它的目的在实现某种社会的、经济的及文化的作为,但不妨碍亦不侵害他人的事业。使用巫术的人是人所共知的。""坏的巫术或妖术,相反地,其目的并不合于一个社会已建立的法则。它是对于人民的犯罪,为了私人的或社会的有害的原因。它的使用是可耻的,犯罪的,为舆论所谴责,酋长将处以死刑。它的目的在毁坏他人社会经济及文化的事业。其仪式之秘密性是为了恐惧正直的惩罚"(E. E. Evans-Pritchard,"Sorcery and Native Opinion,"*Africa*,27—40,see Thomas,*Primitive Behavior*,pp. 582—7)。古代条顿人中只有为害人类的巫术是被禁止而认为是犯罪的(见 Westermrck,*The Origin and Development of Moral Ideas*,II,651)。在罗马也有同样的情形,对于无害的巫术是不加干涉的(见 Westermarck,II,652)。可见一个社会对于巫术的反应从社会立场来看,并不是没有好坏的标准的,在这种社会里,好的巫术与坏的巫术的区分更是合理而需要的。Benedict 认为邪恶的巫术与善意的巫术在一般情况之下的划分是没有什么帮助的,但在一文化已经发展到能辨别巫术好坏的社会中则为例外(R. Benedict,"Magic,"*Encyclopaedia of Social Sciences*,X,427)。

① Sumner and Keller,*Science of Society*,II,109—20,777—90,1132ff.;IV,302—5,725。

② 所以 Radcliffe-Brown,将巫术罪放在公众过犯(public delicts)内。杀伤、窃盗、淫乱、欠债等项只是私人过犯(private delicts),只是对于社会中某一个人的侵犯,只须付给赔偿并加以处罚。公众过犯则是对于社会全体的触犯,与全体祸福有关,所以必须加以刑事制裁(A. R. Radcliffe-Brown,"Law,Primitive,"*Encyclopaedia of Social Science*,IX,202 ff.)。他这种观念和区别是对的,即在一对于犯罪和侵害(crime and wrong)的区别不很清楚的社会中也是如此的,巫术仍然被认为不同于其他侵害的犯罪。例如在 Commanche Indians 中,巫术对于某一个人的使用原是看作一侵害,但这种行为的社会结果可以引起社会全体的反应,认为与这种人在一处 (接下页注文)

全体社会将蒙受其害。在许多社会中妖术是最大的罪名，比直接杀人还不可恕[①]。希伯来法律巫是处死的[②]。巴比伦的汉谟拉比法典对于以咒诅人的也处死刑[③]。罗马十二表法规定使用巫术害人者处死[④]。古代墨西哥人将使用巫术害人者当作献神的牺牲[⑤]。西欧国家一直到十八世纪还处巫以死刑，英国到1736年才将这项法律废止[⑤]。在近代原始社会中对巫无不惴惴防范视同恶鬼。在澳洲当一个人生病时就怀疑有人在使用巫术诅他，如果他死了，便将那个有嫌疑的人处死[⑥]。非洲之Loango人如果怀疑他们之中有一人是巫，他们便扑击他，将他割死[⑦]。非洲西南部土人相信人的死亡都由于巫术，每一个人的死常引起十个甚至更多人的被控告使用巫术，经过神判法以后处死。每年有几百人在大的跳舞中因此被杀掉[⑧]。北美洲西北海岸的印第安人也不知有若干人为这莫须

---

（续前页注文）　共同生活是可怕的、危险的。有时要求他离群远处，有时群众情绪激动的结果，所有的愤怒都集中在他身上，便会引起直接的暴力行为——私刑处死。像这种社会全体对于巫术的反感和公共制裁，很显明地是将巫术看作犯罪，认为与社会有害，而不仅是对个人的侵害（E. A. Hobel, *The Political Organization and Law-Ways of the Commanche Indians*, pp. 77ff., 85ff.）。

①　谋杀罪虽常处死刑，但不是所有的社会皆如此。荷马时代希腊人杀人并非公众犯罪，只认为是私人间的侵害，所以除了杀人者须逃避复仇外，法律并不加以检举或惩罚（Sumner, *op. cit.*, 276）。有些社会，杀人罪的处分只是罚金，或虽是死刑而许以财产赎命（Westermarck, *op. cit.*, I. 189）。

① Westermarck, *op. cit.*, II, 650.

② *Idid*, II, 651.

③ *Ibid*, II, 652.

④ *Ibid*, II, 651.

⑤ Lowie, *Primitine Society*, p. 420; Sumner and Keller, *op. cit*, II, 1399.

⑥ Sumner and Keller, II, 1320.

⑦ *Ibid.*, II, 1337.

⑧ *Ibid.*, II, 1321.

有的罪名成了牺牲品。美国政府为了强迫制止这种事件的发生，曾轰毁许多土人的村落①。

在有些社会中，巫术甚至是唯一处死刑的罪名②。而且对这种罪的处死的方法往往是很残酷的，常将巫活活地打死③，或凶残地杀死④、吊死⑤、烧死⑥、活埋⑦、沉在冰里或从山岩上抛下来⑧。

中国自来都相信巫蛊咒诅可以致人于疾病死亡。许多人因仇恨而利用此种妖术，更有许多人因疾病死亡而疑心为巫蛊所害。汉宣帝太子所幸司马良娣病且死，谓太子曰："妾死非天命，乃诸娣妾良人更咒诅杀我。"⑨便是这种意识的表现。汉武帝病时所以信江充崇在巫蛊之言，大兴蛊狱者，亦由于此种迷信。当时坐此死者前后数万人⑩。古代常刻木为偶，咒人使死。汉江充⑪、宋严道育⑫、陈长沙王⑬、隋太子⑭皆是著名的例子。又有蓄蛊的方法。不

① Sumner and Keller. , VI, 1321.

② 例如 Wagogo and Washambala( See Westermarck, *op. cit.* , I, 189; II, 650)。

③ 非洲的 Ewe 人便如此( Lowie, *op. cit.* , p. 420)。

④ 非洲的 Tconga 人将巫以杙刺死( Lowie, *op. cit.* , p. 422)。
新几内亚人将巫乱斩分尸( Sumner and Keller *op. cit.* , II, 1330) 。

⑤ 例如非洲的 Thonga 人( Lowie, *op. cit.* , p. 422)。

⑥ 例如 Koffirs( Sumner and Keller, *op. cit.* , IN, 726)。

⑦ 例如 Eve( Lowie, *op. cit.* , p. 420)。

⑧ 例如 Bavanda of the Bantu Tribes( Thomas, *Primitive Behavior*, p. 551)。

⑨ 《汉书》九八，《元后传》。

⑩ 同上，四五，《江充传》。

⑪ 同上。

⑫ 文帝时女巫严道育与东阳公主婢鹦鹉为巫蛊，刻玉为帝形象，埋于含章殿前，事发，道育、鹦鹉并鞭杀于石头四望山，焚其尸扬灰于江(《宋书》九九，《二凶传》)。

⑬ 长沙王叔坚怨望，乃为左道厌魅以求福助，刻木为偶人，衣以道士之服，施机关，能拜跪，昼夜于日月下醮之，咒诅于上(《陈书》二八，《长沙王坚传》)。

⑭ 隋太子阴作偶子书帝及汉王姓字，缚手钉心，枷镣扭械，令人埋葬华山下。其上云："请西岳华山慈父圣母收神兵九亿万骑，杨谅魂神闭在华山下，勿令收散荡。"于帝像上则云"西岳神兵收杨圣魂神"(《隋书》四五，《文四子列传》)。

但民间相信这种事，便是官颁的法医专书——《洗冤录》也详载检验蛊毒的方法。

因有巫蛊可以杀人的观念，所以社会极端厌恶仇视这种邪术左道，而自来的法律对于这种行为都认为犯罪而处罪极重。

汉律敢蛊人及教令者弃市①。公孙敖、赵破奴皆坐巫蛊族诛②。魏法尤严，为蛊者男女皆斩，而焚其家，巫蛊者负羖羊抱犬沉诸渊③。这和宋巫严道育之被鞭杀，而焚尸扬灰于江④，同样具有仪式制裁⑤的意义。火的焚化似含有祓除不祥的清洁意义。水亦具有清洁作用，负羊抱犬更看得出巫术的意味，其使用决非偶然。狗在邪术的破除上是常用的动物。我们应注意中国虽有种种惨刑如车裂、凌迟等，亦有剉尸之刑，但焚尸沉尸却不见使用，对巫则为例外⑥。焚尸更超出了刑事制裁的意义。

隋帝诏蓄猫鬼蛊毒厌魅野道之家投于四裔⑦。唐、宋以后律皆

---

① 《周礼·秋官·司寇》，庶氏注，郑司农引贼律。

② 《汉书》二五，《公孙敖传》，《赵破奴传》。

③ 《魏书》一一一，《刑法志》。

④ 见上页注⑫。

⑤ 人们认为妖术是触犯神明，使社会蒙受不洁的行为，所以除了将犯人驱除出境或处以死刑外，还须有宗教清洁的仪式来洗刷玷污，Radcliffe-Brown 称之为仪式制裁（Ritual Sanction）—cf. Radcliffe-Brown, "Law, Primitive", *Encyclopaeadia of Social Sciences*, IX, 202, 203; "Sanction, Social," XIII, 531—2; W. I. Thomas, *Primitive Behavior*, p. 550）。

⑥ 《左传》公欲焚巫尪为焚巫之一例。又《汉书》记戾太子炙胡巫上林中一事（卷六三，《戾太子传》），更可看出对巫的处死方法不同于常人。胡巫系受江充指使，但太子不焚充而焚巫，对充则仍用普通的方式处死（斩），恐不止如服虔所曰："太子特忿，且欲得其情实，故以火炙之，令毒痛耳。"以火焚巫，处死的本身即含有仪式制裁清洁作用。

⑦ 《册府元龟》六一一，引。

以造蓄蛊毒及厌魅为大罪之一①,处罪极重。造蓄蛊毒及教人蓄者皆处死刑②。造蓄者妻子及同居家口不论知情与否,都处流刑③。财产并入官④。里正里长知而不举者亦有罪⑤。

对于造厌魅及符书咒诅者处罚亦极严,欲以杀人者唐、宋律依谋杀罪减二等,明、清律则以谋杀论,以此致死者依本杀法。若以厌魅、符书咒诅令人疾苦者,唐、宋依谋杀罪减四等,明、清减二等⑥。

---

① 《唐律疏义》一,《名例》,《十恶》,"不道";《宋刑统》一,《名例律》,《十恶》,"不道";《元史》,《刑法志》一,《名例》,《十恶》,"不道";《明律例》一,《名例》上,《十恶》,"不道";《清律例》四,《名例律》上,《十恶》,"不道"。

② 唐、宋绞罪,明、清斩罪(《唐律疏义》一八,《贼盗》二,"造蓄蛊毒";《宋刑统》一八,《贼盗律》,"造蓄蛊毒";《元史》一〇四,《刑法志》三,"大恶";《元典章》四一,"不道","采生蛊毒";《明律例》一九,《刑律》二,《人命》,"造蓄蛊毒杀人";《清律例》二六,《刑律》,《人命》,"造蓄蛊毒杀人")。

③ 唐、宋处流刑三千里,明、清二千里,元律迁徙边远(《唐律疏义》,"造蓄蛊毒";《宋刑统》,"造蓄蛊毒";《元典章》,"采生蛊毒";《明律例》,"造蓄蛊毒杀人";《清律例》,"造蓄蛊毒杀人")。

④ 《元典章》,"采生蛊毒";《明律例》,"造蓄蛊毒杀人";《清律例》,"造蓄蛊毒杀人"。

⑤ 唐里正里长与造蓄者同罪,明、清处分较轻,只杖一百,告发则给银二十两。(《唐律疏义》,"造蓄蛊毒";《宋刑统》,"造蓄蛊毒";《明律例》,"造蓄蛊毒杀人";《清律例》,"造蓄蛊毒杀人"。)

⑥ 《唐律疏义》一八,《贼盗》二,"憎恶造厌魅";《宋刑统》,"造蓄蛊毒";《明律例》,"造蓄蛊毒杀人";《清律例》,"造蓄蛊毒杀人"。

# 第六章　儒家思想与法家思想

## 第一节　礼与法

儒家法家都以维持社会秩序为目的①,其分别只在他们对于社会秩序的看法和达到这种理想的方法。

儒家根本否认社会是整齐平一的。认为人有智愚贤不肖之分,社会应该有分工,应该有贵贱上下的分野。劳力的农、工、商贾是以技艺生产事上的,劳心的士大夫是以治世之术治理人民食于人的,各有其责任及工作②,形成优越及从属关系的对立(Subordination and

---

① 儒家的哲学并不是纯哲理的,更不是出世的,一切理论都是实践的,以维持社会、政治秩序为最后目的。所谓仁义道德并不是独善其身的个人主义,而是社会化的,修身只是个人修养的基础,以之达到齐家治国平天下的目的。所谓仁,所谓恕,都是对人的,发生于交互行为中。仁字即从二人(《说文》,"仁亲也,从人从二"。郑玄注《礼记》,"仁相人偶也")。仁即人与人相处之道。所以樊迟问仁,子曰,"爱人"(《论语·颜渊》),又曰,"居处恭,执事敬,与人忠"(同上,《子路》)。仲弓问仁,子曰,"己所不欲,勿施于人"(颜渊说恕与此相同,见《卫灵公》)。

② 从士农工商的分工中划分为劳力劳心、小人君子二大类,并进而规定双方的权利义务,在各家著述中随处可见:

"君子勤礼,小人尽力。"(《左传》成公十三年刘子语)

"君子劳心,小人劳心。"(同上,襄公九年知武子语)

"君子尚能而让其下,小人农力以事其上。"(同上,襄公十三年君子曰)

(接下页注文)

Surperordination)。“贱事贵,不肖事贤,是天下之通义。”[①]一切享受(欲望的满足)与社会地位成正比例也是天经地义。有的人应该华衣美食,乘车居厦;有的人则应粗衣菜食,居则陋室,出则徒步,“或禄天下而不自以为多,或监门御旅,抱关击柝,而不自以为寡”[②]。荀子所

(续前页注文)

“君子务治而小人务力。”(《国语·周语》,严公语)

“庶人工商各守其业以共上。”(同上,内史过语)

“有大人之事,有小人之事。……或劳心,或劳力。劳心者治人;劳力者治于人。治于人者食人;治人者食于人。天下之通义也。”(《孟子·滕文公上》)

① 《荀子》卷三,《仲尼篇》。

② 《荀子》卷二,《荣辱篇》。关于为甚么要有不同享受的理由,自是因为贵贵尊贤的道理。在儒家心目中,贵贱不仅是劳心劳力职业上的划分,同时也是才智德行的划分,实假定社会分工,社会地位,及才智德行是三位一体的。贤智必居上位,以治世为务;庸愚不肖必居于下,食人治于人。国家量能授官,班爵制禄,其目的便在于使贤者贵显,以养其德,养尊处优的物质享受只是贤德的酬劳。所以荀子说:“德必称位,位必称禄,禄必称用”(《荀子》卷六,《富国篇》)。又说:“论德而定次,量能而授官,皆使人载其事而各得其所宜。上贤使之为三公,次贤使之为诸侯,下贤使之为士大夫”(《荀子》卷八,《君道篇》)。才德愈高则爵愈尊,禄愈厚。所以“大德必得其位,必得其禄,必得其名,必得其寿”(《中庸》)。徐幹论爵禄云:“功大者禄厚,德远者爵尊,功小者其禄薄,德近者其爵卑。是故观其爵则别其人之德也,见其禄则知其人之功也,不待问之。古之君子贵爵禄者盖以此也”——徐幹《中论》卷上,《爵禄》。将此中道理说得极明白。“无德不贵,无能不官,无功不赏,……朝无幸位,民无幸生,尚贤使能而等位不遗”,原是“王者之论”(《荀子》卷五,《王制》)。若“德不称位,能不称官,赏不当功,”便为不祥(《荀子》卷十二,《正论篇》)。根据这理论,贤者必使贵显,庸愚不肖必使贫贱,才是公平的秩序,政治上才能臻于治平。所以孟子说:“天下有道,小德役大德,小贤役大贤”(《孟子·离娄上》)。在这样的社会中,贫贱自是无德无能的表示,所以君子耻之。孔子说:“邦有道,贫且贱焉耻也”(《论语·泰伯》)。反之,邦无道,奸邪在位,忠贤失志,在这样腐恶的社会里,富且贵焉,反足为耻。所以从理论上来讲,在正常的社会中,贤德应与富贵相连,如尧、舜、伊尹、周公,在反常及例外的情形之下,则不一定如此。孔子厄于陈蔡,屈原抑郁自沉。王符云:“所谓贤人君子者,非必高位厚禄,富贵荣华之谓也。此则君子之所宜有,而非其所以为君子者也。所谓小人者,非必贫贱冻馁,困辱厄穷之谓也。此则小人之所宜处,而非其所以为小人者也。……夫令誉从我兴而二命自天降之,“诗”云,‘天实为之,谓之何哉!’故君子未必富贵,小人未必贫贱,或潜龙 (接下页注文)

说:“古者先王分割而等异之也,故使或美或恶,或厚或薄,或佚或乐,或劬或劳”[①],便是此理。

“物之不齐,物之情也”,儒家认为这种差异性的分配,“斩而齐,枉而顺,不同而一”[②],才是公平的秩序。无贱无贵,生活方式相同,维齐非齐,强不齐为齐,反不合理,而破坏社会分工,违反社会秩序了。

贵贱上下的分野,是基于社会上每一个人的才能情性的,可以说是以社会优异或社会成功为条件的社会选择。此外,还有一种分异则存在于亲属关系之中,以辈分、年龄、亲等、性别等条件为基

---

(续前页注文)　未用,或亢龙在天,从古以然”(王符《潜夫论》卷一,《论荣》)。将理论上及事实上的差别说得极清楚透彻。

荀子除了上述的基本理论以外,又进一步对此问题从物质的稀少上加以解释。他说:“天下害生纵欲,欲恶同物,欲多而物寡,寡则必争矣。……离居不相待则穷,群而无分则争。穷者患也,争者祸也,救患除祸则莫若明分使群矣”(《荀子·富国篇》)。又说:“人生而有欲,欲而不得,则不能无求,求而无度量分界,则不能不争,争则乱,乱则穷。先生恶其乱也,故制礼义以分之,以养人之欲,给人之求,使欲必不穷乎物,物必下屈于欲,两者相持而长,是礼之所起也”(《荀子》卷十三,《礼论篇》)。

所以按人均分并不能遍给而解决物少人多的问题,而且人都有贪得的欲望,若任其自然,必起争乱;只有按一个人的社会地位来分配,才能杜绝争端而得其平。所以他说:“分均则不偏,势齐则不壹,众齐则不使,有天有地而上下有差,明王始立而处国有制。夫两贵之不能相事,两贱之不能相使,是天数也。势位齐而欲恶同,物不澹则必争,争则必乱,乱则穷矣。先王恶其乱也,故制礼义以分之,使有贫富贵贱之等,足以相兼临者,是养天下之本也”(《荀子》卷五,《王制篇》)。又说:“夫贵为天子,富有天下,是人情之所同欲也。然则从人之欲,则势不能容,物不能赡也。故先王案为之礼义以分之,使有贵贱之等,长幼之差,知愚能不能之分,皆使人载其事而各得其宜,然后使悫禄多少厚薄之称,是夫群居和一之道也。故仁人在上,则农以力尽田,贾以察尽财,百官以巧尽机器,士大夫以上至于公侯莫不以仁厚知能尽官职,夫是之谓至平。故或禄天下而不自以为多,或监门御旅、抱关击柝,而不自以为寡”(《荀子·荣辱篇》)。

① 《荀子·富国篇》。

② 《荀子·荣辱篇》。

础所形成的亲疏、尊卑、长幼的分野。贵贱上下决定每一个人在社会上的地位和行为;尊卑、长幼、亲疏则决定每一个人在家族以内的地位和行为。享受当让父兄,劳作则子弟任之①,卑事尊,幼事长,二者之间形成优越与从属的关系,生活方式互不相同,彼此间之权利义务关系也不一致。所谓孝弟之道,妇妾之道,无不以此为基础。

儒家认为这种存在于家族中的亲疏、尊卑、长幼的分异和存在于社会中的贵贱上下的分异同样重要,两种差异同为维持社会秩序所不可缺。儒家心目中的社会秩序,即上述两种社会差异的总和。所以说,"仁者人也,亲亲为大;义者宜也,尊贤为大"②。亲亲尊贤,而仁义在其中矣。贵贱、尊卑、长幼、亲疏都有分寸的社会,便是儒家的理想社会。贵贱、尊卑、长幼、亲疏无别,最为儒家所深恶痛绝。孔子作《春秋》,以贬乱臣贼子。荀子云:"无分者人之大害也,有分者天下之本利也。"③又说:"人有三不祥,幼而不肯事长,贱而不肯事贵,不肖而不肯事贤,是人之三不祥也。"④

然而如何使贵贱、尊卑、长幼各有其特殊的行为规范自是最切要的实际问题。礼便是维持这种社会差异的工具。礼的内容有多

---

① 有酒食先生馔,有事弟子服其劳,况为父兄?荀子云:"令人饥见长而不敢先食者,将有所让也,劳而不敢求息者,将有所代也。夫子之让乎父,弟之让乎兄,子之代乎父,弟之代乎兄,……孝子之道,礼义之文也"(《荀子》卷十七,《性恶篇》)。孝道原不外乎养与事。养是孝的最低条件,所谓菽水之欢(《礼记·檀弓下》),旨甘之慈(《礼记·内则》),便是以饮食珍羞奉之父母,家庭中一切享受以父母为先。

② 《中庸》。

③ 《荀子·富国篇》。

④ 《荀子》卷三,《非相篇》。

寡丰陋繁简以及仪式上的种种差异①，“名位不同，礼亦异数”②，藉礼的不同内容便足以显示行为人的特殊名位，因而加重贵贱、尊卑、长幼之别。所以礼的正确涵义为“异”，与乐之为“同”者不同③。

“乐者为同；礼者为异”④。

“乐统同；礼辨异”⑤。

“乐合同；礼别异”⑥。

“礼不同”⑦。

而礼之功用即在于借其不同以显示贵贱、尊卑、长幼、亲疏的分别，所以荀子说：“故人之所以为人者，……以其有辨也，……故人道莫不有辨，辨莫大于分，分莫大于礼。”⑧严格说来，礼本身并不是目的，只是用以达到“有别”的手段。

---

① 荀子云：“礼者以财物为用，以贵贱为文，以多少为异，以隆杀为要。”（《荀子·礼论篇》）。又云：“故为之雕琢刻镂黼黻文章，使足以辨贵贱而已，不求其观。”（同上，《富国篇》）即此意。

② 《左传》庄公十八年。

③ 按礼乐为儒家治平之工具，其间之差异及关系不可不察。礼分别贵贱、尊卑、长幼、亲疏以维持社会分化（social differentiation）；乐则以音声节奏激起人的相同情绪——喜怒哀乐——产生同类感的作用，（故《乐记》云：“乐在宗庙之中，君臣上下同听之，则莫不和敬；在族长乡里之中，长幼同听之，则莫不和顺；在闺门之内，父子兄弟同听之，则莫不和亲。……所以和合父子君臣，附亲万民也”——《礼记》）以维持社会团结（social solidarity）。两者皆为社会组织所不可缺，不可偏废。所以《乐记》云：“同则相亲，异则相敬，……礼义立则贵贱等矣，乐文同则上下和矣。……乐至则无怨，礼至则不争，揖让而治天下者，礼乐之谓也。”（《礼记》）

④ 《礼记·乐记》。

⑤ 同上。

⑥ 《荀子》卷十四，《乐论篇》。

⑦ 《礼记·礼器》，郑注：“不同言异也。”

⑧ 《荀子·非相篇》。

“礼者所以定亲疏，决嫌疑，别同异，明是非也”①。

“亲亲之杀，尊贤之等，礼所生也”②。

“礼者养也，君子既得其养，又好其别。曷谓别？曰，贵贱有等，长幼有差，贫富轻重皆有称者也”③。

“故先王案为之制礼义以分之，使有贵贱之等、长幼之差、知贤愚能不能之分，皆使人载其事而各得其宜”④。

“故制礼义以分之，使有贫富贵贱之等”⑤。

“夫礼者所以别尊卑，异贵贱”⑥。

礼者，“君臣父子之交也，贵贱贤不肖之所以别也”⑦。

礼者“序尊卑、贵贱、大小之位，而差外内、远近、新故之级者也”⑧。

“上下有义，贵贱有分，长幼有等，贫富有度，凡此八者礼之经也”⑨。

礼“序民人”⑩。

礼所以“序上下，正人道也”⑪。

---

① 《礼记·曲礼上》。
② 《中庸》。
③ 《荀子·礼论篇》。
④ 同上，《荣辱篇》。
⑤ 同上，《王制篇》。
⑥ 《淮南鸿烈解》卷十一，《齐俗训》。
⑦ 《韩非子》卷六，《解老》。
⑧ 董仲舒《春秋繁露》卷九，《奉本》。
⑨ 《管子》卷三，《五辅》。
⑩ 《左传》隐公十一年。
⑪ 《白虎通德论》卷一，《礼乐》。

所以“进退有度，尊卑有分，谓之礼”①。有些学者干脆即从贵贱、上下、尊卑、长幼对立的优越与从属关系中来说明礼之性质功用。荀子云“礼也者，贵者敬焉，老者孝焉，长者弟焉，幼者慈焉，贱者惠焉”②。游吉云：“礼也者，小事大，大字小之谓。”③《新书》云：“礼者臣下所以承其上也。”④所以“礼达而分定”⑤，“礼义立则贵贱等矣”⑥。若无礼，便无尊卑上下之序，而差异性的社会秩序便不能维持了。所以内史过云：“礼不行则上下昏。”⑦《礼记》亦云“非礼无以节事天地之神也，非礼无以辨君臣、上下、长幼之位也，非礼无以别男女、父子、兄弟之亲，婚姻疏数之交也”⑧。

礼既是富于差异性，因人而异的，所以贵有贵之礼，贱有贱之礼，尊有尊之礼，卑有卑之礼，长有长之礼，幼有幼之礼，礼仪三百，繁杂万分，不是可以茫然随意运用的。每个人必须按着他自己的社会地位去抉择相当的礼，合乎这个条件的为礼，否则便为非礼。春秋时代之所以称为乱臣贼子的时代，就是因为贱用贵礼，卑用尊礼，僭越谬乱，不如其分。

---

① 公孙弘语，见《汉书》卷五八，《公孙弘传》。

② 《荀子》卷十九，《大略篇》。

③ 《左传》昭公三十年。

④ 《新书》卷六，《礼》。

⑤ 《礼记·礼运》。又《曲礼》上云：“君臣、上下、父子、兄弟，非礼不定。”

⑥ 《礼记·乐记》。

⑦ 《左传》僖公十一年。

⑧ 《礼记·哀公问》。又《经解》云：“婚姻之礼废，则夫妇之道苦，而淫僻之罪多矣。乡饮酒之礼废，则长幼之序失，而争斗之狱蕃矣。丧祭之礼废，则臣子之恩薄，而倍死忘生者众矣。朝觐之礼废，则君臣之位失，诸侯之行恶，而倍畔侵陵之败起矣。”

礼不王不禘①,不是王而行王礼,自是非礼。《礼记》上说,祝嘏辞说藏于宗祝巫史,非礼也;盏斝及尸君,非礼也;冕弁、兵革藏于私家,非礼也;大夫具官,祭器不假,声乐皆具,非礼也②。所以非礼的原故,并不是说祝嘏辞说不当藏,冕弁、兵革不当有,盏斝不能用,祭器、声乐不能具;问题是谁用其礼,这些行为不合于这些人的社会地位,所以非礼。祝嘏辞说,只当藏于公家,巫史宗祝不当藏之,藏之故为幽国;冕弁、兵革是国君所有,大夫不当私藏之,藏之故为胁君;盏斝是王礼,诸侯不当用之,用之故为僭君;只有天子诸侯可以具官,大夫具官,自不合理;大夫祭器,当假于人,自具祭器,亦不合理,而为乱国。祝嘏辞说、盏斝尸君、冕弁、兵革、祭器、声乐皆礼也,非其人而用之便为非礼。又如辟雍、八佾、树塞门反坫的本身并无所谓好坏,原皆为礼。但辟雍、八佾是天子之礼,三家以卿行天子之礼,所以孔子认为不可容忍③。树塞门反坫是国君的礼,齐侯行之则是,管仲为之便不合于礼,所以孔子说他不知礼④。"天子山冕,诸侯玄冠,大夫裨冕,士韦弁。"天子御珽,诸侯御荼,大夫服笏。"天子雕弓,诸侯彤弓,大夫黑弓,礼也"⑤。君命召不俟驾而行⑥。君有君之礼,臣有臣之礼,贵贱上下是不容混淆的。孔

① 《礼记·大传》。

② 《礼记·礼运》。

③ 《论语·八佾》。

④ 同上,按《后汉书》三九,《舆服志》云:"大夫台门、旅树、反坫、绣黼丹朱中衣、镂簋、朱纮,此大夫之僭诸侯礼也。"盖大夫僭用国君之礼,尚不止树塞门、反坫两事。

⑤ 《荀子·大略篇》。

⑥ 《论语·乡党》;《荀子·大略》。

子与上大夫言侃侃如也，与下大夫言阒阒如也[①]，地位不同，态度亦不同，正是孔子明礼处。在贵贱方面如此，在尊卑长幼方面也如此。冬温夏清，昏定晨省[②]，父召无诺[③]，出必告反必面[④]，不蓄私财[⑤]，居不主奥，坐不中席，行不中道，立不中门[⑥]，是人子之礼；主中馈，奉箕帚是人妻之礼；长者问，辞让而对，是幼对长之礼[⑦]；各不相同。可见合乎礼义与否[⑧]，断不能离开行为人的社会地位而言，离开社会地位，礼便无意义可言，无所谓合于礼义，或不合于礼

① 《乡党》。
② 《礼记·曲礼上》。
③ 同上，又《玉藻》。
④ 《曲礼上》。
⑤ 《曲礼上》；《内则》。
⑥ 《曲礼上》。
⑦ 《曲礼上》云："长者问，不辞让而对，非礼也。"
⑧ 礼义常相提并论，不胜枚举。二者实是一物之表里，义者宜也，即合理之意。《论语》云："君子义以为质，礼以行之。"（《卫灵公》）《左传》云："义以出礼"（桓公二年师服语，杜注："礼从义出"）。"礼以行义"（僖公二十八年）。荀子云："行义以礼，然后义也。"《大略》《礼运》云："礼也者义之实也，协诸义而协。"可见义只是原理原则，礼乃义的具体表现。礼义本为一物，一为抽象的概念，一为具体的行为（冯友兰说："礼之义即礼普通之原理"——《中国哲学史》，1936 年，商务，页 335，说礼义的含义最精）。无义则礼无所出，无礼则义难表现，缺一不可。举例来说，男女正当结合为义，怎样去实现这义呢？男女无媒不交之礼是，六礼备而夫妇成之礼是。韩非子虽然是法家，但对礼义的含义及关系看得极明白透彻。他说："义者君臣上下之事，父子贵贱之差也，知交朋友之接也，亲疏内外之分也。臣事君宜，下怀上宜，子事父宜，贱敬贵宜，知交朋友之相助也宜，亲者内而疏者外宜。义者谓其宜也，宜而为之。……礼者所以貌情也，群义之文章也，君臣父子之交也，贵贱贤不肖之所以别也。中心怀而不论，故疾趋卑拜以明之。实心爱而不知，故好言繁辞以信之。礼者，外饰之所以谕内也。"（《韩非子》卷六，《解老》），《管子》有一段话说礼义之关系极精辟："义者谓各处其宜也。礼者因人之情，缘义之理，而为之节文者也。故礼者谓有理者，理也者明分以谕义之意也。故礼出乎义，义出乎理，理因乎宜者也"（《管子》卷十三《心术上》）。细读管韩两段话，对礼义的含义及关系，可得一较深刻的认识，大可玩味。

义了。

像这样贵贱、尊卑、长幼、亲疏各有其礼，自能达到儒家心目中君君、臣臣、父父、子子、兄兄、弟弟、夫夫、妇妇[①]的理想社会，而臻于治平。我们应注意伦常与社会差异及礼的关系。

第一，所谓伦常纲纪，实即贵贱、尊卑、长幼、亲疏的纲要。贵贱关系极为繁复，君臣足以概括之[②]。家族中尊卑关系也不止一种，最重要的为父子、夫妻，最尊莫如父，妇人以夫为天。长幼的关系则有兄弟。所以君臣、父子、夫妇、兄弟、朋友五种社会关系，只是从千万种社会关系中提纲挈领归纳所得的五种最重要的范畴而已。人与人的社会关系，皆不能轶出此种范围，家族的、政治的、社会的关系皆在其中。五伦之中除朋友一伦处于平等地位外，其余四种都是对立的优越与从属关系，而其中又以君臣、父子、夫妇为最重要，所以汉儒又提出三纲的口号[③]。总之，贵贱、尊卑、长幼、亲疏是概括的笼统的说法，五伦三纲则是具体的分类和范畴。

第二，伦常须礼来维持完成。君之所以成其为君，臣之所以成其为臣，父子、兄弟、夫妇之所以成其为父子、兄弟、夫妇，便是因为君守君之礼，臣守臣之礼，父子、夫妇、兄弟无不各有其礼，所以才

---

① 《论语》，颜渊云："君君、臣臣、父父、子子"；《易》下，《咸传》云："父父、子子、兄兄、弟弟、夫夫、妇妇。"

② 君臣一伦不一定指国君和臣，凡是臣属的关系都可以君臣称之，孔子云："所求乎臣以事君未能也"（《中庸》）。《孝经》云："敬其君则臣悦"（《广要道章》）。又《大戴礼》云："为人臣而不能事其君者，不敢言人君不能使其臣者也。……与君言言使臣，与臣言言事君"（《曾子立孝章》）。可见人人同时有君有臣，自然从天无二日地无二王一点来说，最尊最贵只有天子一人而已，率土之滨，莫非王臣；其下却有无数臣属关系，各自为君为臣。梁启超云："君字不能专作王侯解，凡社会组织总不能无长属关系"（《先秦政治思想史》，中华，1922年，页75），即此意。

③ 最早见于《白虎通德论》。

能达到君君、臣臣、父父、子子、兄兄、弟悌、夫夫、妇妇，“父子有亲，君臣有义，夫妇有别，长幼有序，朋友有信”①的境地，所谓“为人君止于仁，为人臣止于敬，为人子止于孝，为人父止于慈”②。“父慈、子孝、兄良、弟悌、夫义、妇听、长惠、幼顺、君仁、臣忠”③，仁、忠、慈、孝属性只是君臣父子的美德（即所谓义也），如何才能达到这些属性，自然非礼不可。前者是抽象的形容辞，后者是具体的规范。人子必须恪守各种人子之礼，藉这些具体的行为来完成孝。人臣必须尽忠职守恪守人臣之礼方为忠。圣人一方面提出五伦的美德，一方面又拟定了达到各种美德的行为规范，二者之关系不可忽略。所以晏子说：“君令、臣共、父慈、子孝、兄爱、弟敬、夫和、妻柔、姑慈、妇听，礼也。君令而不违，臣共而不二，父慈而教，子孝而箴，兄爱而友，弟敬而顺，夫和而义，妻柔而正，姑慈而从，妇听而婉，礼之善物也。”④《礼记》上也说，“礼义以为纪，以正君臣，以笃父子，以睦兄弟，以和夫妇”⑤。又说：“以〔礼〕奉宗庙则敬，以〔礼〕入朝廷则贵贱有位，以〔礼〕处室家则父子亲，兄弟和，以〔礼〕处乡里则长幼有序。……聘问之礼，所以使诸侯相尊敬也。丧祭之礼，所以明子之恩也。乡饮酒之礼，所以明长幼之序也。婚姻之礼，所以明男臣女之别也。”⑥礼与忠孝仁慈各种伦常属性的关系昭然若揭。

① 《孟子·滕文公上》。
② 《礼记·大学》。
③ 同上，《礼运》。
④ 《左传》昭公二十六年。
⑤ 《礼记·礼运》。
⑥ 《礼记·经解》。

礼既足以节制人欲①,杜绝争乱,又足使贵贱、尊卑、长幼、亲疏有别,完成伦常的理想,自足以建立儒家理想的社会秩序,而臻于治平。禁绝争端原是一切社会维持秩序的最低限度,也是一切行为规范所同具的目的。五伦则是儒家思想的中心,政治最高的鹄的。齐景公问政于孔子,孔子以君君、臣臣、父父、子子对之,公曰:"善哉,信如君不君、臣不臣,虽有粟,吾得而食诸?"②《礼记》上说:鲁哀公问为政如之何,孔子对曰:"夫妇别,父子亲,君臣严,三者正则庶物从之矣。"③伦常与政治的关系在他们的对话里显露无遗。孟子说:"人人亲其亲,长其长而天下平"④,也是同样的道理。《礼记》云:"圣人之所以治人七情〔喜、怒、哀、惧、爱、恶、欲〕,修十义〔父慈、子孝、兄良、弟悌、夫义、妇听、长惠、幼顺、君仁、臣忠〕,讲信修睦,尚辞让,去争夺,舍礼何以治之?"⑤更可以看出礼与治平之关系。

孔子曰:"安上治民莫善于礼。"⑥《礼记》云:"礼者君之大柄

---

① 礼使人的生活方式互不相同。欲望的满足,有多有少,原含有节制人欲望的意思,所以儒家论礼,常提到"节"字。孔子云:"不以礼节之亦不可行也"(《论语·学而》)。《礼记》云:"礼节民心"(《乐记》)。"礼者因人之情而为之节文,以为民坊者也"(《坊记》)。又云:"是故先王之制礼乐也,非以极口腹耳目之欲也,将以教民平好恶,而反人道之正也。人生而静,天之性也。感于物而动,性之欲也。物至知知,然后好恶形焉。好恶无节于内,知诱于外,不能反躬,天理灭矣。夫物之感人无穷,而人之好恶无节,则是物至而人化物也。人化物也者,灭天理而穷人欲者也,于是有悖逆诈伪之心,有淫佚作乱之事。是故强者胁弱,众者暴寡,知者诈愚,勇者苦怯,疾病不养,老幼孤独不得其所,此大乱之道也。是故先王之制礼乐,人为之节"(《乐记》)。

② 《论语·颜渊》。

③ 《礼记·哀公问》。

④ 《孟子·离娄上》。

⑤ 《礼记·礼运》。

⑥ 《孝经·广要道章》。

也……所以治政安君也。”①叔向说:“礼,王之大经也。”②晏婴告齐侯:“礼之可以为国也久矣。”③师服云:“礼以体政。”④叔齐云:“礼所以守其国,行其政令,无失其民者也。”⑤荀子云:“礼者治辨之极也,强国之本也,威行之道也,功名之总也。王公由之所以得天下,不由所以陨社稷也。”⑥礼可以“经国家,定社稷”⑦,所以《礼记》云为政先礼,礼为政本⑧,内史过以“礼为国干”⑨,荀子谓“国之命在礼”⑩。礼为为政的基础,原是儒家一贯的主张,礼与治国的关系几乎是不可相离的。叔向曰:“礼,政之舆也,政,身之守也,怠礼失政,失政不立,是以乱也。”⑪荀子曰:“礼者政之挽也,为政不以礼,政不行矣”⑫。二人都以挽和车的关系来比拟礼在政治上的重要性。古人又尝以礼与政治的关系譬犹衡之于轻重,绳木之于曲直,规矩之于方圆⑬,治国而无礼,便好像失去规矩绳木,手足无所措了。又好像一个瞎子夜里无烛无伴在暗室里摸索一样⑭。社会政治秩序焉能维持,天下国家安得不乱?所以“人无礼则不生,事无

① 《礼运》。
② 《左传》昭公十五年。
③ 同上,昭公二六年。
④ 同上,桓公二年。
⑤ 同上,昭公五年。
⑥ 《荀子》卷十,《议兵篇》。
⑦ 《左传》隐公十一年,君子曰。
⑧ 《礼记·哀公问》。
⑨ 《左传》僖公十一年。
⑩ 《荀子》卷十一,《强国篇》,《天论篇》。
⑪ 《左传》襄公二十一年。
⑫ 《荀子·大略篇》。
⑬ 《礼记·经解》。
⑭ 《礼记·仲尼燕居》。

礼则不成,国家无礼则不宁"①,不由礼所以陨社稷②,坏国、丧家、亡人,必先去其礼③。"隆礼贵义者其国治,简礼贱义者其国乱"④。"礼之所兴,众之所治也;礼之所废,众之所乱也"⑤。国之治乱,全系于礼之兴废。

礼有上述实践的社会功能,足以维持儒家所期望的社会秩序,而达到儒家心目中的理想社会,所以儒家极端重视礼,欲以礼为治世的工具。所谓礼治,断不是说仅凭一些抽象的伦理上道德上的原理原则来治世之谓,这是我们所应该注意而深思的。

法家并不否认也不反对贵贱、尊卑、长幼、亲疏的分别及存在⑥,但法家的兴趣并不在这些与治国无关,无足轻重,甚至与治国有妨碍的事物上,他所注意的是法律、政治秩序之维持,认为国之所以治,端在赏罚,一以劝善,一以止奸⑦。有功必赏,有过必罚,何

---

① 《荀子》卷一,《修身篇》。

② 同上,《议兵篇》。

③ 《礼运》。

④ 《议兵篇》。

⑤ 《礼记·仲尼燕居》。

⑥ 《韩非子》云:"贵贱不相逾,愚智提衡而立,治之至也"(卷二,《有度》)。《管子》书中关于此类话更多,卷一,《权修》云:"朝廷不肃,贵贱不明,长幼不分,度量不审,衣服无等,上下陵节,而求百姓之尊主政令,不可得也。"卷三,《五辅》云:"上下无义则乱,贵贱无分则争,长幼无等则倍,贫富无度则失。上下乱,贵贱争,长幼倍,贫富失,而国不乱者,未之尝闻也。"

⑦ 管子以号令、斧钺、禄赏为治国之三器(卷十五,《政令》),说"有功而不能赏,有罪而不能诛,若是而能治民者,未之有也"(卷二,七法)。《商君书》云:"夫刑者所以禁邪也,而赏者所以助禁也。……故刑戮者所以止奸也,而官爵者所以劝功也"(《算也》)。慎子、韩子俱以刑赏为二柄。《慎子》云:明王"操二柄以驭之,二者刑德也。杀戮之谓刑,庆赏之谓德"(《内篇》)。《韩非子》亦云:"明主之所导制其臣者二柄而已矣。二柄者刑德也。何谓刑德?曰杀戮之谓刑,庆赏之谓德,为人臣者畏诛罚而利庆赏,故人主自用其刑德,则群臣畏其威而归其利矣"(《二柄》)。二书语句相类,盖同一来源。《韩非子》又云:"圣王之立法也,其赏足以劝善,其威足以胜暴"(《守道》)。"有赏不足以劝,有刑不足以禁,则国虽大必危"(《饰邪》)。

种行为应赏，何种行为应罚，完全是一种客观的绝对标准，不因人而异，必须有同一的法律，一赏一刑[①]，才能使人人守法，而维持公平。若考虑贵贱、尊卑、长幼、亲疏的因素，则违背此种原则，不能达到一赏一刑的目的。所以法家并不是否认这种社会差异之存在，只是法的重要更重于此，法律为这些因素所影响，则为法家所坚决反对。韩非子说："有贤不肖而无爱恶"[②]，便是这种意思。管子以亲、贵、货、色、巧佞、玩好为六攻[③]，"不知亲疏、远近、贵贱、美恶"，一以度量断之，才可为治[④]。

所以法家认为一切的人在法律前均须平等，不能有差别心，不能有个别的待遇。慎子云："爱不得犯法"[⑤]，管子以君臣上下贵贱皆从法为大治[⑥]，说明王"不为亲戚故贵易其法，……主上视法严于亲戚"[⑦]。商君云："所谓一刑者，刑无等级，自卿相、将军以至大夫、庶人有不从王令犯国禁乱上制者，罪死不赦。"[⑧]韩非子云："法不阿贵，绳不绕曲，法之所加，智者弗能辞，勇者弗敢争，刑过不避大臣，赏善不遗匹夫。"[⑨]都是同一精神的表现，和儒家所谓刑不上大夫的主张，自不相容。

---

① 《商君书》云："圣人之为国也，壹赏，壹刑，壹教。"（《赏刑》）

② 《韩非子》卷八，《安危》。

③ 《管子》卷五，《重令》。

④ 《管子》卷一五，《任法》。

⑤ 《慎子·内篇》。

⑥ 《任法》。

⑦ 《管子》卷一七，《禁藏》。

⑧ 《商君书·赏刑》。事实上商君并非徒托空言，在刑不上大夫的时代，他曾以最大的努力，不顾宗室贵戚之怨望，劓太子傅公子虔，黥太子师公孙贾（见《史记》卷六八，《商君列传》）。

⑨ 《韩非子》卷二，《有度》。

商君说:“有功于前,有败于后,不为损刑。有善于前,有过于后,不为亏法。忠臣孝子有过,必以其数断,守法守职之吏有不行王法者,罪死不赦,刑及三族。”①这种毫无通融,不讲私爱,完全以客观行为为断的精神,自和儒家所谓议亲、议故、议贤、议能、议贵、议勤、议宾,尊亲贤,敦故旧,尊宾贵,尚功能,及议事以制②的主张相反,法家根本反对所谓议。管子说:“不为君欲变其令,令尊于君”③。商君说:

> 世之为治者多释法而任私议,此国之所以乱也。先王县权衡,立尺寸,而至今法之,其分明也。夫释权衡而断轻重,废尺寸而意长短,虽察,商贾不用,为其不必也。故法者国家权衡也,夫倍法度而任私议,皆不知类者也。不以法论知能贤不肖者惟尧,而世不尽为尧,是故先王知自议誉私之不可任也,故立法明分,中程者赏之,毁公者诛之,赏诛之法,不失其议,故民不争④。

儒家主亲亲,以亲亲为人之本⑤,说,“君子笃于亲,则民兴于仁;故旧不遗,则民不偷”⑥。“人人亲其亲,长其长,而天下平”⑦。法家则坚决反对亲亲之说,以为“亲亲则别,爱私则险,民众而以别

---

① 《商君书·赏刑》。

② 《左传》昭公六年。

③ 《管子》卷六,《法法》。

④ 《商君书·修权》。

⑤ 《礼记·大传》云:“人道亲亲也。”《中庸》云:“仁者人也,亲亲为大”。并以亲亲为天下国家九经之一。

⑥ 《论语·泰伯》。

⑦ 《孟子·离娄上》。

险为务，则民乱”①。法家的努力原在去私任公②，亲亲爱私恰与明法的精神背道而驰，自不为法家所容。慎子说：“骨肉可刑，亲戚可灭，至法不可阙也。”③说得何等坚决肯断，这种话焉得不使儒家为之变色咋舌？

商君曾就亲亲的利害加以剖析：

> 用善则民亲其亲，任奸则民亲其制。合而复者，善也；别而规者，奸也。章善则过匿，任奸则罪诛。过匿则民胜法，罪诛则法胜民。民胜法，国乱；法胜民，兵强④。

他的意思是国以亲亲为善，则民为亲者隐，而过匿。国以治奸为务，而奖励告奸，则人不敢私亲得罪，法胜民，民胜法，全由于此。韩非子也以此种私善为不可容忍的罪恶，与国家的利益相违背，治国者必须去之，他说：

> 为故人行私，谓之不弃……枉法曲亲，谓之有行……不弃者，吏有奸也……有行者，法制毁也……此八者，匹夫之私誉，人

① 《商君书·开塞》。

② 《管子》云，圣君“任公而不任私，……然后身佚而天下治”（卷十五，《任法》。按此语亦见《慎子·内篇》）。《商君书》云：“君臣释法任私必乱，故立法明分，而不以私害法，则治。”（修权）故“公私之交，存亡之本也”。（同上）

立法即所以去私任公，《韩非子》云：“夫立法以废私也，法令行而私道废矣”（卷一七，《诡使》）。慎子亦云“爱多者则法不立，……法之功莫大使私不行”（《内篇》）。“今立法而行私，是与法争，其乱甚于无法……故有道之国，法立则私善不行”（同上）。

③ 《慎子·外篇》。

④ 《商君书·说民》。

主之大败也;反此八者,匹夫之私毁,人主之公利也。人主不察社稷之利害,而用匹夫之私誉,索国之无危乱,不可得矣①。

鲁人从君战,三战三北,仲尼问其故,以有老父,身故无养为对,仲尼以为孝,举而上之。楚有直躬,其父窃羊而告之吏,令尹杀之,以为宜于君而曲于父②。孔子也曾就攘羊的事表示不同于主张告父者的意见,说:"吾党之直躬者异于是,父为子隐,子为父隐,直在其中矣。"③这两件事充分说明了儒法两家不同的主张和看法。君之直臣,父之暴子,父之孝子,君之背臣。④ 公私相背,原是不相容,不两立的。韩非子说:"令尹诛而楚奸不上闻,仲尼赏而鲁民易降北,上下之利若是其异也,而人主兼举匹夫之行,而求致社稷之福,必不幾矣。"⑤从国家的立场法律的立场来看,有功必赏,有过必诛,为父而北,自不可恕,子告父罪,不可厚非。重国法便不能奖励这种违背于国家利益的私孝,与儒家所主张的父子相隐,父仇不共戴天之义,以及原父子之亲而听讼的说法,正处于极端相反的立场。

总之,儒家着重于贵贱、尊卑、长幼、亲疏之"异",故不能不以富于差异性,内容繁杂的,因人而异的,个别的行为规范——礼——为维持社会秩序的工具,而反对归于一的法。法家欲以同一的,单纯的法律⑥,约束全国人民,着重于"同",故主张法治,反对因贵贱、尊

① 《韩非子》卷一八,《八说》。

② 同上。

③ 《论语·子路》。

④ 《韩非子》卷一九,《五蠹》。

⑤ 同上。

⑥ 《尹文子》云:"以法定治乱,以简治烦惑,以易御险难。以万事皆归于一,百度皆准于法。归一者简之至,准法者易之极,如此顽嚚聋瞽可以察慧聪明同其治也"。(《大道上》)

卑、长幼、亲疏而异其施的礼。两家出发点不同，结论自异。礼治法治只是儒法两家为了达到其不同的理想社会秩序所用的不同工具。

## 第二节　德与刑

儒家以礼为行为规范，为维持社会秩序的工具，已如上节所述，然则以何种力量来推行礼，使人人守礼，不违礼，如有人不遵守此种行为规范而破坏社会秩序，将以何种力量来保护它，需要制裁否，这些问题应作进一步的讨论。儒家认为无论人性善恶[①]，都可

① 孟子主性善，恻隐、羞恶、恭敬、是非之心人皆自有，丧失本性，始趋于恶，只须加以教化诱导，便能使人回复固有之善的本性。荀子虽主性恶，亦不否认教化的力量，惟其人性本恶，顺人之性，任其自然，必趋于争夺残杀，所以教化更是绝对必需的。他说："今人之性，生而有好利焉，顺是，故争夺生而辞让亡焉；生而有疾恶焉，顺是，故残贼生而忠信亡焉；生而有耳目之欲，有好声色焉，顺是，故淫乱生而礼义文理亡焉。然则从人之性，顺人之情，必出于争夺，合于犯分乱理而归于暴。故必将有师法之化，礼义之道，然后出于辞让，合于文理，而归于治。"（《荀子》十七，《性恶篇》），"顺情性则弟兄争矣，化礼义则让乎国人矣"（同上）。礼义师法原为性恶而设的，其目的便在于矫正人的劣根性，杜绝争乱，以维持礼会秩序。"檃括之生为枸木也，绳木之起为不直也，立君上明礼义，为性恶也"（同上）。

即主张性或善或恶者，教化亦不可废。荀悦代表此派。他认为"情与善恶偕"（荀悦《申鉴》卷五，《杂言下》）。并不是有善无恶或有恶无善的，但"善难而恶易"，若"纵民之情，使自由之，则降于下者多矣"（同上），所以必加以教导约束，然后能去恶就善。他认为"性虽善，待教而成，性虽恶，待法而消。惟上智下愚不移，其次善恶交争，于是教扶其善，法抑其恶，得施之九品，从教者半，畏刑者四分之三，其不移大数九分之一也，一分之中又有微移者矣。然则法教之于化民也，几尽之矣，及法教之失也，其为乱亦如之"（同上）。所以他的结论是教法并施，对于教化一端因有扶善抑恶之功，所以更为重视。他说，"善治民者治其性也"（《申鉴》卷一，《政体》）。他答复别人"冶金而流，去火则刚，激水而升，舍之则降，恶乎治"的问难，道："不去其火则常流，激而不止则常升，故大冶之炉可使无刚，则涌水之机可使无降。善立教者若兹，则终身治矣。故凡器可使与颜、冉同趋"（同上）。"教化之废，推中人而坠于小人之域；教化之行，引中人而纳于君子之涂"（同上）。教化之用，于此可见。

以道德教化的力量，收潜移默化之功，这种以教化变化人心的方式，是心理上的改造①，使人心良善，知耻而无奸邪之心，自是最彻底、最根本、最积极的办法，断非法律判裁所能办到。所以陆贾云："夫法令者所以诛恶，非所以劝善。"②汉贤良文学谓："法能刑人而不能使人廉，能杀人而不能使人仁。"③一切的善行都是教化所致。"有耻且格"决不是政刑所能办到④，曾、闵之孝，夷、齐之廉，岂畏死而为哉，教化之所致也⑤。"民亲爱则无相害伤之意，动思义则无奸邪之心。夫若此者非法律之所使也，非威刑之所强也，此乃教化之所致也"⑥。法律断无强人为善的力量，只能消极地禁人为恶，以威吓的力量使人不敢为恶，至多只能达到"民免而无耻"⑦的程度。法网偶疏，法所不察，一旦这种威吓的力量不存在时，仍将为恶。

所以"礼者禁于将然之前，而法者禁于已然之后"⑧，一为事前的预防，一为事后的补救，二者之价值自不可同日而语。礼教之可贵便在于"绝恶于未萌，而起敬于微眇，使民日徙善远罪而不自知"⑨若能如此，则人民根本便无恶的动机，一切恶的行为自无从发生，法律制裁更无存在的必要，犹之无病便无需医药疗理，所以孔

---

① 王符《潜夫论》云："是故上圣不务治民事而务治民心"（卷八，德化）。荀悦所谓"善治民者治其性也"（见上注）。其意相同。

② 陆贾《新语》卷上，《无为》。

③ 桓宽《盐铁论》卷十，《申韩》。

④ 《论语·为政》。

⑤ 《新语》，见上。

⑥ 王符《潜夫论》卷八，《德化》。

⑦ 《论语·为政》。

⑧ 《大戴礼记》卷二，《礼察》。

⑨ 同上。《礼记·经解》则云："夫礼，禁乱之所由生，犹坊止水之所自来也，……故礼之教化也微，其止邪也无形，使人日从善远罪而不自知也。"

子以无讼为最后目的①,相信善人为邦百年便可以胜残去杀②。荀子对此也持同样的见解,认为教化既行,便无法律刑罚的需要。

故上好礼义,尚贤使能,无贪利之心,则下亦将綦辞让,致忠信,而谨于臣子矣。如是则虽在小民不待合符节别契券而信,不待探筹投钩而公,不待衡石称县而平,不待斗斛敦槩而啧。故赏不用而民劝,罚不用而民服,有司不劳而事治,政令不烦而俗美,百姓莫敢不顺上之法,象上之志,而劝上之事,而安乐之矣③。

董仲舒也说:"古者修教训之官,务以德善化民,民已大化之后,天下常亡一人之狱矣。"④

教化虽需相当时日⑤,教化已成,人心已正,只要心术不变,便可永不为恶,所以教化可以一劳永逸,垂之永远,使社会长治久安,

---

① 《论语·颜渊》。后世有真奉此为圭臬而近于迂的。晋时贾混以讼事示邓攸,使攸决之。攸曰孔子称听讼吾犹人也,必也使无讼乎,并讼牒亦不肯视之。混奇之,妻以女(《晋书》九〇,《良吏传》,《邓攸传》)。

② 《论语·子路》。

③ 《荀子》卷八,《君道篇》。

④ 董仲舒对策,《汉书》,卷五六,本传。

⑤ 舜教化历山之农,河滨之渔,东夷之陶者,曾各去一年的时间(见前)。孔子相信:"苟有用我者,期月而已可也,三年有成。"又说:"王者必世而后仁","善人为邦百年亦可以胜残去杀矣"(《论语·子路》)。荀子传述孔子的话,先王陈之以道:"期三年而百姓往矣"(《荀子》卷二十,《宥坐篇》。卢文弘曰往乃从之误。王念孙云从下当有风字。意谓百姓从风,至多不过三年)。公孙弘对策称:"周公旦治天下期年而变,三年而化,五年而定。"武帝问弘之材能自视与周公孰贤,弘对曰:"……臣闻揉曲木者不累日,销金石者不累月,夫人之利害好恶岂比禽兽木石之类哉?期年而变,臣弘尚窃迟之"(《汉书》,卷五八,《公孙弘传》)。一年至三年大约是一般人认为最少的时间。

不像法律只有短暂的功效。从这一点来说，法律的价值也不如德化。贾谊将汤、武之所以长治久安，秦朝之所以瞬即乱亡，完全从德治法治方面来解释，他说：

> 秦王之欲尊宗庙而安子孙与汤、武同，然而汤、武广大其德行，六七百岁而弗失，秦王治天下十余岁，则大败，此亡它故矣，汤、武之定取舍审，而秦王之定取舍不审矣。……汤、武置天下于仁义礼乐，而德泽洽禽兽，草木广裕，德被蛮貊四夷，累子孙数十世，此天下之所共闻也。秦王置天下于法令刑罚，德泽亡一有，而怨毒盈于世，下憎恶之如仇雠，祸几及身，子孙诛绝，此天下之所共见也……或云礼谊之不如法令，教化之不如刑罚，人主胡不引殷、周、秦事以观之也①。

董仲舒对此也持相同的见解，说圣王“教化已明，习俗已成，子孙循之，行五六百岁，尚未败也”。秦则弃礼谊，废先王之道，十四岁而国破亡。又说：“道者所繇适于治之路也，仁义礼乐皆其具也。故圣王已没而子孙长久安宁数百岁，此皆礼乐教化之功也。”②又有人说：“尧、舜之化百世不辍，仁义之风远也。管仲任法，身死则法息，严而寡恩也。”③根据此种见解，则不仅如秦王之暴戾残忍不能

① 《汉书》卷四八，《贾宜传》，上文帝疏。

② 董仲舒对策，《汉书》本传。

③ 《孔丛子》卷二，《记问》。按《孔丛子》虽为伪书，其《记问》一篇假托子思问孔子的话，尤为荒谬（姚际恒《古今伪书考》云：“子思年六十三在鲁穆公时，穆公之立距孔子七十年，子思尚或未生，安得有问答之事”）。但仁义之风泽远流长的思想究可代表一般崇尚德化者的见解。

长保天下，便是如管仲之贤能理国，也不能长治久安，这说明了法律本身功效之短暂。

德化的功用如此宏远，所以儒家极端推崇德治，孔子以北辰譬拟为政以德①。又说："道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格。"②尊德礼而卑刑罚，是儒家一致的信仰③。

便是人民偶有违犯，儒家也不主张以法律来制裁。儒家否认法律有救败之功。法律既不能劝善禁恶于前，习俗已经薄恶之后想以法律来补救，只是以汤止沸，抱薪救火④，更无益处。而且人民有过失，罪并不在民，还是因教化未施，或施而未彻底的原故，其咎在上而不在下。不教而杀为恶，不戒视成为暴⑤，自是不合理、不公平的⑥，所以孔子认为从政必须屏此数恶。刑杀的结果也无补于

① 《论语·为政》。

② 同上。

③ 例如《潜夫论》卷八，《德化》云：圣人"尊德礼而卑刑罚"。又云："圣帝明王皆敦德化而薄威刑。"又云："人君之治，莫大于道，莫盛于教，莫神于化。"《孔丛子》记孔子与文子论刑教的关系，孔子说："以礼齐民，譬之于御则辔也。以刑齐民，譬之于御则鞭也。执辔于此而动于彼，御之良也。无辔而用策，则马失道矣。"文子曰："以御言之"，右手执辔，左手运策，不亦速乎？若徒辔无策，马何惧哉？孔子曰："吾闻古之善御者，执辔如组，两马参如舞，非策之助也。是以先王盛于礼而薄于刑，故民从命。今也废礼而尚刑，故民弥暴"（卷二，《德刑》）。《孔丛子》为伪书，假托孔子之言自不可信，但从鞭辔的比喻里亦可窥见儒者重礼教轻刑罚的一般意见。

④ 董仲舒对策。

⑤ 《论语·尧曰》。

⑥ 董仲舒对策云："譬之琴瑟不调，甚者必解而更张之，乃可鼓也。为政不行，甚者必变而更化之，乃可理也。当更张而不更张，虽有良工，不能善调也。当更化而不更化，虽有大贤，不能善治也。故汉得天下以来，常欲善治，而今不可善治者，失之于当更化而不更化也。古人有言曰：'临渊羡鱼，不如退而结网。'今临朝而愿治七十余岁矣，不如退而更化，更化则可善治。"

治,当退而更化方能收治平之效。

历山农人侵畔,雷泽渔人争地,河滨陶者陶器粗劣。舜往历山躬耕,一年而人让畔,舜往雷泽为渔,一年而人让居,舜往河滨自为陶器,一年而河滨人所作的陶器都质地坚牢①。

舜不诛之,而不惜以三年的时间与精力躬往救败,便是自认教化未彻底,退而更化的例子。

孔子为鲁司寇,有父子相讼,孔子拘之,三月不问,其父请止讼,孔子将子释放。季孙闻之,不悦曰:"是老也欺予,语予曰:'为国家必以孝',今杀一人以戮不孝,又舍之。"冉子以告孔子,孔子慨然叹曰:"乌乎,上失之,下杀之,其可乎?不教其民而听其狱,杀不辜也。三军大败,不可斩也。狱犴不治,不可刑也。罪不在民故也。嫚令谨诛,贼也。今生也有时,敛也无时,暴也,不教而责成功,虐也。已此三者,然后刑可即也。"②这件故事说明了教化未施不可妄诛无辜的例子。舜的故事代表积极的精神,孔子的故事代表消极的精神,其实两者的精神都以教化为中心,不肯不教而诛,本质上并无差别。后世儒者仍有不少仿效这种德化的精神的,他们虽然有司法上的责任,却不肯妄行诛戮,想以德化民。

历史上有许多以德化人的贤吏。

仇览少为书生,选为亭长,亭人陈元之母告元不孝,览以为教化未至,亲到元家与其母子饮,为陈说人伦孝行,与《孝经》一卷,使诵读之。元深自痛悔,母子相向泣,元于是改行为

① 参看《韩非子》卷十五,《难一》;《史记》卷一,《五帝本纪》。

② 《荀子·宥坐篇》。

孝子①。

韦景骏为贵乡令。有母子相讼者。景骏谓之曰:“吾少孤,每见人养亲,自恨终天无分。汝幸在温清之地,何得如此?锡类不行,令之罪也。”垂泣呜咽,取《孝经》付令习读。于是母子感悟,各请改悔,遂称慈孝②。

况逵为光泽县尹,有兄弟争田。逵授以《伐木》之章,亲为讽咏解说。于是兄弟皆感泣求解,知争田为深耻。

**更有些循吏至以教化不行为耻,引咎自责。**

吴祐为胶东相,民有争讼者,必先闭阎自责,然后断讼,以道譬之,或亲到闾里重相和解,自是争讼省息,吏人怀而不欺。啬夫孙性私赋民钱,买衣献父。其父怒曰:“有君如是,何忍欺之?”促归伏罪。吴祐知之,使性归谢其父,并以衣相遗③。

**甚至欲解印去官,请罪。**

韩延寿为东郡太守,以德为治,三年之间,令行禁止,断狱大减,为天下最。后徙冯翊太守,出行巡县至高陵,有兄弟因田争讼。延寿大伤之曰:“幸得备位为郡表率,不能宣明教

① 参看《后汉书》一〇六,《循吏到传》,《仇览传》及注引谢承《后汉书》。
② 《旧唐书》一八五,《良吏列传》,《韦机传》附《韦景骏传》。
③ 《后汉书》九四,《吴祐传》。

化，至令民有骨肉争讼，既伤风化，重使贤长吏、啬夫、三老、孝弟受其耻，咎在冯翊，当先退。”是日移病不听事，入卧传舍，闭阁思过。一县不知所为，令丞、啬夫、三老亦皆自系待罪。讼者宗族传相责让，兄弟深自悔，髡肉袒谢，愿以田相移，终死不敢复争。延寿大喜，开阁延见，内酒肉与相对饮食，厉勉以意，乃起听事。一郡翕然，传相敕励，莫敢犯。遍二十四县莫复以辞讼自言者，拊其至诚，吏民不忍欺绐。延寿接待下吏恩施甚厚，而约誓甚明。或欺负之者，延寿痛自刻责，岂其负之，何以至此？吏闻皆自伤悔，其县尉至自刺死及门下掾自刭①。

鲁恭拜中牟令，专以德化为理，不任刑罚。讼人许伯等争田，累守令不能决。恭为平理曲直，皆退而自责，辍耕相让。有一亭长从人借物不肯还。牛主讼于县令鲁恭。恭召亭长，敕令归牛者，再三劝令，犹不从。恭叹曰：“是教化不行也。”欲解印绶去。掾史泣涕共留之，亭长乃惭悔，还牛主，诣狱受罪，恭责不问。又有讼人争田，累守令不能决，恭为平理曲直，皆退而自责，辍耕相让。史称恭“专以德化为理，不任刑罚”②。

有兄弟争财相讼。太守许荆叹曰：“吾荷国重任而教化不行，咎在太守。”乃顾使吏上书陈状，乞诣廷尉。兄弟感悔，各求受罪。郡中多有不养父母，兄弟分析者，因此皆还供养

① 《汉书》七六，《韩延寿传》。
② 《后汉书》五〇，《鲁恭传》。

者千余人①。

这些都是实行德化，不肯不教而诛，甚至不肯执行法律制裁的代表。许多人相信德化的结果，可使蝗虫避境，猛虎渡河，何况于人？断没有不能感化的道理。

儒家既坚信人心的善恶是决定于教化的，同时又坚信这种教化，只是在位者一二人潜移默化之功，其人格有绝大的感召力，所以从德治主义又衍而为人治主义。所谓德治是指德化的程序而言，所谓人治则偏重于德化者本身而言，实是二而一，一而二的。他的人格为全国上下所钦仰，他的行为为全国上下所模仿，成为一种风气，为风俗善恶之所系。“君子之德风，小人之德草，草上之风必偃”②，便是此理。所以“为人君者谨其所好恶而已矣。君好之，则臣为之；上行之，则民从之”③。“陈之以德义而民兴行，示之以好恶而民知禁”④。“上好礼则民莫敢不敬，上好义则民莫敢不服，上好信则民莫敢不用情”⑤。“上好羞则民暗饰矣，上好富则民死利矣”⑥。“未有上好仁而下不好义者也”⑦。“上有好者，下必有甚焉者矣”⑧。上行下效的史实是儒家所乐道的。像舜耕历山，渔雷

① 《后汉书》一〇六，《循吏列传》，《许荆传》及注引谢承《后汉书》。
② 《论语·颜渊》。
③ 《礼记·乐记》。
④ 《孝经》。
⑤ 《论语·子路》。
⑥ 《荀子·大略篇》。
⑦ 《大学》。
⑧ 《孟子·滕文公上》。

泽,陶河滨,是其中最著的,其他不胜枚举①。君上之于臣下犹仪之于影,原之于流,仪正则影正,原清则流清,原浊则流浊。又若铄金在炉,变化唯冶所为②。臣子的行为只是君上行为的反应。

君上的行为,如此重要。所以儒家以为为政的道理很单纯,只须先正其身,从修身入手③。季康子问政,子曰:"政者,正也,子帅以正,孰敢不正?④"又答鲁哀公同样的问题,也说:"政者,正也,君

① 姑举数例:

"周襄王不能事后母,出居于郑,而下多叛其亲。秦始王骄奢,靡丽好作,高台榭,广宫室,则天下豪富制屋宅者莫不仿之,设房闼,备厩库,缮雕琢刻画之好,傅玄黄琦玮之色,以乱制度。齐桓公好妇人之色,妻姑姊妹,而国中多淫于骨肉。楚平王奢侈纵恣,不能制下,检民以德,增驾百马而行,欲令天下人饿财富利,明不可及,于是楚国逾奢,君臣无别"(陆贾《新语》卷上,《无为》)。

尹文子虽非儒家,亦云:"昔齐桓好衣紫,阖境不鬻异采。楚庄爱细腰,一国皆有饥色。上之所以率下,乃治乱之所由也。……昔晋国苦奢,文公以俭矫之,乃衣不重帛,食不异食。无几时,人皆大布之衣,脱粟之饭。越王句践谋报吴,欲人之勇,路逢怒蛙而式之。比及数年,民无长幼,临敌虽汤火不避。居上者之难如此之验"(《尹文子·大道上》)。

② 《荀子·君道篇》云:"君者仪也。仪正而景正。君者槃也,槃圆而水圆。君者盂也,盂方而水方。"又云:"君者民之原也,原清则流清,原浊则流浊。"铄金之喻譬者甚多。董仲舒云:"夫上之化下,下之从上,犹泥之在钧,唯甄者之所为,犹金之在镕,唯冶者之所铸"(《汉书·董仲舒传》)。王符云:"犹铄金之在炉也,从笃变化,惟冶所为,方圆薄厚,随镕制耳"(《潜夫论·德化》)。

③ 儒家所以重视修身便是因为修身而后能正己,正己而后能治人的道理。儒家的修身决不是个人主义,《大学》所谓修身、齐家、治国、平天下的道理,是儒家一贯的主张,修身只是齐家、治国、平天下的基础,有其一定的顺序和系统。《论语》云:"君子修己以安人","修己以安百姓"(卷七,《宪问》)。孟子云:"君子之守,修其身而天下平。"(卷七,《尽心下》),《中庸》云:"为政在人,取人以身,修身以道,修道以仁。"修身实具有政治的功能,为德化之本。所以修身为天下国家九经之一(《中庸》)。有人请问为国,荀子对曰:"闻修身未尝闻为国也。君者仪也,仪正而景正。君者槃也,槃圆而水圆。君者盂也,盂方而水方。君射则臣决。楚王好细腰,故朝有饿人。故曰闻修身,未偿闻为国也。"(《君道篇》)

④ 《论语·颜渊》。

为正，则百姓从政矣。君之所为，百姓之所从也。君所不为，百姓何从。”①“君仁莫不仁，君义莫不义，君正莫不正，一正君而国定矣”②。若己身不正，自不能求人之正，“举直错诸枉则民服，举枉错诸直则民不服”③。“有诸己而后求诸人，无诸己而后非诸人”④，是一定不移的道理。“其所令反其所好而民不从”⑤。所以孔子说，“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从”⑥。“苟正其身矣，于从政乎何有？不能正其身，如正人何？”⑦季康子欲杀无道以就有道，孔子说：“子欲善而民善矣，焉用杀⑧？”又康子患盗，子曰：“苟子之不欲，虽赏之不窃”⑨，便是讥讽季康子己身不正而欲正人之意。

“尧、舜帅天下以仁而民从之，桀、纣帅天下以暴而民从之”⑩。“一家仁，一国兴仁，一家让，一国兴让，一人贪戾，一国作乱”⑪。变化之机，如此微妙，所以儒家认为“惟仁者宜在高位，不仁而在高位，是播其恶于众也”⑫。“君贤者其国治；君不能者其国乱”⑬。“遭良吏则皆怀忠信而履仁厚，遇恶吏则皆怀奸邪而行浅薄”⑭。

---

① 《礼记·哀公问》。
② 《孟子·离娄上》。
③ 《论语·为政》。又《颜渊》云：“举直错诸枉，能使枉者直。”
④ 《大学》。
⑤ 同上。
⑥ 《论语·子路》。
⑦ 同上。
⑧ 《论语·颜渊》。
⑨ 同上。
⑩ 《大学》。
⑪ 同上。
⑫ 《离娄上》。
⑬ 《荀子·议兵论》。
⑭ 《潜夫论·德化》。

不使不仁在位,便可以不致危亡,有了贤君良吏便不愁风俗不淳,国家不治。国之治乱,皆系于得人失人。根据此理论,便建立了"为政在人"①的极端人治主义,有治人,无治法,人存政存,人亡政亡。孔子云:"其人存则其政举,其人亡则其政亡。"②荀子云:"有乱君,无乱国,有治人,无治法,……法不能独立,类不能自行,得其人则存,失其人则亡。法者治之端也,君子者法之原也。故有君子,则法虽省,足以遍矣;无君子,则法虽具,失先后之施,不能应事之变,足以乱矣。"③又说:"故有良法而乱者,有之矣;有君子而乱者,自古及今未尝闻也。《传》曰:'治生乎君子,乱生乎小人,'此之谓也。"④

法家则完全与儒家立于相反的立场,否认社会可以藉德化的力量来维持,更不相信一二人的力量足以转移社会风气,决定国家的治乱。根本反对有治人无治法,人存政存,人亡政亡的办法。法家所需要的是必然之治,使社会长治久安,而不是这种渺茫不可期,时乱时治的办法。

尹文子说:"若使遭贤则治,遭愚则乱,是治乱系于贤愚,不系于礼乐,是圣王之术与圣主而俱殁。治世之法逮易世而莫用,则乱多治寡。"⑤韩非子也说:尧、舜千世而一出,"尧、舜至乃治,是千世乱而一治也"⑥。坐待尧、舜以救败,犹之待粱肉而救饿,待越人之

① 《中庸》。
② 同上。
③ 《荀子·君道篇》。
④ 同上,《王制篇》
⑤ 《尹文子·大道上》。
⑥ 《韩非子》卷十七,《难势》。

善游者以救溺人，饿者必不活，溺者断不生①。

法家认为尧、舜、桀、纣并皆千世而一出，通常都是些“上不及尧、舜，下亦不为桀、纣”的中人。这些中人本身的力量并不足为善为恶，有法律的帮助便可治理国家，“抱法处势则治，背法去势则乱”，原不必坐候尧舜。若“废势背法而待尧、舜，尧、舜至乃治，是千世乱而一治也。抱法处势而待桀、纣，桀、纣至乃乱，是千世治而一乱也”。治千乱一，与乱一治千，相去不知若干②。良马固车，王良御之，固可一日千里。但五十里而一置，使中手御之，追远致速，也可走完千里的路程。若待王良则不能行动一步，何必坐待王良？治国的道理，正复相同，千载以来国之所以治乱相续，不至于长乱久危者，便是因为有这一批比肩随踵而生，抱法处势而治的中人，所谓“世之治者不绝于中”③。法律原是为这班中人用以治世的工具，所以韩非说：“立法非所以避曾、史也，所以使庸主能止盗跖也”④。又说：“使中主守法术，拙匠守规矩尺寸，则万不失矣。”⑤

即使千世而逢尧、舜，仁义化人太缓，也不足为法。“舜救败，期年已一过，三年已三过。舜有尽，寿有尽，天下过无已者，以有尽逐无已，所止者寡矣”⑥。尧、舜千世而一出，已乱多治少，急不可待，好容易得逢尧、舜，又需三五年的时间才能化三五处人民，其他人民如何能待？

① 《韩非子》卷十七，《难势》。
② 同上。
③ 同上。
④ 《韩非子》卷八，《守道》。
⑤ 同上，《用人》。
⑥ 《韩非子》卷十五，《难一》。

以舜之德尚且须以一年的功夫躬藉处苦，而后化民，则不及尧、舜者，又将如何？所以韩非说："且夫以身为苦，而后化民者，尧、舜之所难也。处势而令下者，庸主之所易也。将治天下，释庸主之所易，道尧、舜之所难，未可与为政也。"①他认为治国原不需如此费事，只须"赏罚使天下必行之。令曰：'中程者赏，弗中程者诛。'令朝至暮变，暮至朝变，十日而海内毕矣。奚待期年？"②原是轻而易举的事，并不需要尧、舜，也不需长久的时间。

再进一步来说，法家以为即使有尧、舜之德，能否以德化人，亦是疑问，民或不受化。"仁者能仁于人而不能使人仁，义者能爱于人而不能使人爱"③。反求诸己，亦奈何妄人不得④。韩非子驳儒家道："舜之救败也，则是尧有失也。贤舜则去尧之明察，圣尧则去舜之德化，不可两得也。"⑤尧之圣德，何以不能使天下无奸，仍劳舜之救败？尧之德未必不如舜，可见仁义化天下并非事实，至少不是普遍的，全国皆然的。

所以法家不信人治，圣君"任法而不任智"⑥，"任法而弗躬"⑦。

---

① 《韩非子》卷十五，《难一》。

② 同上。

③ 《商君书·画策》。

④ "爱人者人恒爱之，敬人者人恒敬之"，如有不得，便当反求诸己。儒家最重自反的功夫。孟子说："爱人不亲，反其仁；治人不治，反其知；礼人不答，反其敬。行有不得者，皆反求诸己（《离娄上》）。有人于此，其待我以横逆，则君子必自反也，我必不仁也，必无礼也，此物奚宜至哉？其自反而仁矣，自反而有礼也，其横逆由是也，君子必自反也，我必不忠。"但，"自反而忠矣，其横逆由是也"。君子亦无法可施，只得曰，"此亦妄人也已矣，如此则与禽兽奚择哉？于禽兽又何难焉？"（《离娄上》）

⑤ 《难一》。

⑥ 《管子》卷十五，《任法》；《慎子·内篇》。

⑦ 《慎子》，见上。

虽圣人亦不能去法而治国，况为常人？法家常以规矩拟法。圣人虽能任法，却不能废法而治国，犹之巧者能生规矩，却不能废规矩而正方圆。虽有明智高行，背法而治，无异于废规矩而正方圆①。“释法术而任心治，尧不能正一国”②。“无庆赏之劝，刑罚之威，释势委法，尧、舜户说而人辩之，不能治三家”③。

法家极端反对人治，而重视客观的工具，于是认为“法虽不善，犹愈于无法④”，而任人，犹之“虽有巧目利手不如拙规矩之正方圆”⑤。主观的判断，时有出入，客观的标准至少是一律的，法虽不善，亦可以“一人心”，愈于无法⑥。

从治国的立场来讲，法家根本否认仁义道德的价值，认为并不足以止乱，无益于治。这些是道德家、教育家的事，他们不妨以毕生精力从事于教化，也不妨唱高调，提倡止于至善，讨论人生最高鹄的。但这决不属于法律范围，决不是法家所感兴趣，所注意的工作。法家以维持法律秩序为目的，他必须以最准确的程序，最快的方法，最短的时间来达到这种目的。法之功用原为禁奸⑦，非为劝善⑧，所

---

① 《管子》卷六，《法法》。《韩非子》亦以规矩度量为喻，见《用人》，《难势篇》。

② 《韩非子·用人》。

③ 同上，《难势》。

④ 《慎子》，见上。

⑤ 《管子·法法》。

⑥ 《慎子》，见上。

⑦ 商鞅云：“夫刑者所以禁邪也”、“所以止奸也”（《算地》）。韩非云：“法者，宪令著于官府，刑罚必于民心……而罚加乎奸乎者也。”（卷十七，《定法》）

⑧ 法家以赏劝善，亦不以教化。韩非云：“赏存乎慎罚”（《定法》）。又云：“故善为主者，明赏设利以劝之，使民以功赏，而不以仁义赐。”（卷四，《奸劫弑臣》）

以“求过不求善”①,“刑不善而不赏善”②。只要法律的机构足以废恶惩奸,使人不敢为恶,法律的目的便已达到,原不问人心善恶,更不要求人心良善。从法家的眼光看来,一良善不为恶的人,与一畏刑不敢为恶的邪人,在客观的行为上并无分别,不必注意其内心上的差异,因之也就无须以仁义教人为善。所以韩非说:“明主之治国也,众其守而重其罪,使民以法禁而不以廉止”③。

> 夫圣人之治国不恃人之为吾善也,而用其不得为非也。恃人之为吾善也,境内不什数,用人不得为非,一国可使齐为治也。用众而舍寡,故不务德而务法。夫必恃自直之箭,百世无矢;恃自圆之木,千世无轮矣。自直之箭,自圆之木,百世无有一,然而世皆乘车射禽者何也?檃括之道用也。虽有不待檃括,而有自直之箭,自圆之木,良工弗贵也,何则?乘者非一人,射者非一发也。不恃赏罚而恃自善之民,良主弗贵也,何则?国法不可失,而所治非一人也。故有术之君不随适然之善,而行必然之道④。

道德家、教育家能使少数人良善已是很大的成就。法律家则必须使全国人不为恶,所注意的不是这些少数的善人,而是那些恶人及可以为恶的人。少数人的良善并无关宏旨,无补于治,所以

---

① 《商君书·开塞》。
② 同上,《画策》。
③ 《韩非子》卷十八,《六反》。
④ 同上,卷十九,《显学》。

"不独恃比干之死节，不幸乱臣之无诈"，但"恃怯士之所能服，握庸主之所易守"而已①。"民莫敢为非，是一国皆善也"②。何必以少数人为对象？若治国者，但斤斤注意于少数人的良善，而忽略其余大多数的人，"危于伯夷不妄取"，必"不免于田成、盗跖之祸"③。所以法家主张治国以奸民为对象，不以治良民之法治奸民，而以治奸民之法治良民。"国以善民治奸民者，必乱至削；国以奸民治善民者，必治至强"。④

法律家与教育家、道德家目的不相同，范围不相涉，原可各行其是，互不相犯。但问题是儒家不止是道德家、教育家，也是政治家，有政治上的企图，更重要的是其道一以贯之，修身、教人、治国的道理是相同的一套，欲以道德家、教育家的道理应用于政治上，以礼乐仁义风化天下。事实上他们在政治上确有相当势力，他们的主张在有些国里能见诸实行，于是法家与儒家在政治上发生正面的冲突，立于极端相反的立场，互不相容。法家也就不得不对仁义力加排斥，不但否定它在政治上的价值，说"圣王者不贵义而贵法"⑤，并且进一步认为仁义只有反面的价值，是有害于国家的。商鞅以礼乐为淫佚之征，慈仁为过之母⑥，又以礼乐、诗书、修善、孝

① 《韩非子·守道》。

② 《商君书·画策》。

③ 《韩非子·守道》。

④ 《商君书·去强》。又《说民》云："以良民治，必乱至削。以奸民治，必治至强。"

⑤ 《商君书·画策》。

⑥ 同上，《说民》。

悌、诚信、贞廉、仁义为国虱，国有此数者必至削亡[①]，而论断云：

故以刑治则民威，民威则无奸，无奸则民安其所乐。以义教则民纵，民纵则乱，乱则民伤其所恶。吾所谓刑者，义之本也，而所谓义者，暴之道也[②]。

韩非对于儒家仁义之说，抨击尤力，至比其狂妄如巫祝。

今或谓人曰："使子必智而寿"，则世必以为狂。夫智性也，寿命也，性命者非所学于人也，而以人之所不能为说人，此世之所以谓之为狂也。……以仁义教人，是以智与寿说也，有度之主弗受也。故善毛嫱、西施之美，无益吾面，用脂泽粉黛，则倍其初。言先王之仁义，无益于治；明吾法度，必吾赏罚者，亦国之脂泽粉黛也。故明主急其助而缓其颂，故不道仁义。今巫祝之祝人曰："使若千秋万岁，"千秋万岁之声聒耳，而一日之颂无征于人，此人所以简巫祝也。今世儒者之说人主，不言今之所以为治，而语已治之功，不审官法之事，不审奸邪之情，而皆道上古之传誉，先王之成功。儒者饰辞曰，"听吾言则

① 见同上书，《靳令篇》，原文以礼乐、诗书、修善、孝悌诚信、贞廉仁义、非兵羞战为六虱，实则可分为礼、乐、诗、书、修、善、孝悌、诚信、贞廉、仁义、非兵、羞战十二项，故下文云："国有十二者上无使农战，必贫至削。"又《去强篇》云："国有礼有乐，有诗有书，有善有修，有孝有悌，有廉有辩，国有十者，上无使战，必削至亡；国无十者，上有使战，必与至王。""国用诗、书、礼、乐、孝、悌、善、修治者，敌至必削国，不至必贫国。不用八者治，敌不敢至，虽至、必却，兴兵而伐必取，取必能有之，按兵而不攻，必富。"意相同，皆反对礼乐、孝悌、仁义之意。

② 《商君书·开塞》。

可以霸王”。此说者之巫祝，有度之主不受也。故明主举实事，去无用，不道仁义者，故不听学者之言①。

儒家说：“先王有不忍人之心，斯有不忍人之政矣，以不忍人之心行不忍人之政，治天下可运之拿上。”②法家坚决反对此种仁政，以为无异于慈母之溺爱③，必致姑息养奸，纵民为恶。管子云：“夫民贪行躁而诛罚轻，罪过不发，则是长淫乱而便僻邪也，有爱人之心，而实合于伤民。”④韩非云：“故存国者非仁义也，仁者慈惠，……慈惠则不忍，……不忍则罚多宥赦，……故仁人在位，下肆而轻犯禁法，偷幸而望于上。”⑤并引述成欢、卜皮之言，谓齐、魏之王以仁慈招致亡弱⑥。法家反对赦也是这个道理。以为励民之道，在于“有过不赦，有善不遗”。赦过遗善则民不励，赦小过则民多重罪。所以“赦出则民不敬，惠行则过日益，惠赦加于民，而囹圄虽

---

① 《韩非子·显学》。

② 《孟子·公孙丑上》。

③ 韩非数以慈母败子为喻：

慈母之于弱子也。爱不可为前，然而弱子有僻行，使之随师，有恶病，使之事医。不随师则陷于刑，不事医则疑于死。慈母虽爱，无益于振刑救死，则存子者非爱也。子母之性，爱也；臣主之权，荚也。母不能以爱存家，君安能以爱持国？（《韩非子》卷一八，《八说》）

今有不才之子，父母怒之弗为改，乡人谯之弗为动，师长教之弗为变。夫以父母之爱，乡人之行，师长之智，三美加焉而终不动，其胫毛不改。州部之吏，操官兵，推公法，而求索奸人，然后恐惧，变其节，易其行矣。故父母之爱不足以教子，必待州部之严刑者，民固骄于爱，听于威矣。（同上，卷一九，《五蠹》）

夫严家无悍虏，而慈母有败子。吾以此知威势之可以禁暴，而德厚之不足以止乱也。（同上，《显学》）

④ 《管子》一五，《正世》。

⑤ 《韩非子·八说》。

⑥ 同上，卷九，《内储说上七术》。

实,杀戮虽繁,奸不胜矣”。“赦者小利而大害者也,故久而不胜其祸;毋赦者小害而大利者也,故久而不胜其福。惠者多赦者也,先易而后难,久而不胜其祸。法者先难而后易,久而不胜其福。故惠者民之仇雠也,法者民之父母也”①。

所以法家的结论皆主重刑。管子云,“行令在乎严罚”②。商君云,“去奸之本莫深于严刑”③。韩非子云,“严刑重罚者,民之所恶也,而国之所以治也”④。他们以为刑罚太轻,其力量决不足以止奸制恶。

> 夫民躁而行僻,则赏不可以不厚,禁不可以不重。故圣人设厚赏非侈也,立重禁非戾也。赏薄则民不利,禁轻则邪人不畏。设人之所不利,欲以使,则民不尽力;立人之所不畏,欲以禁,则邪人不止。是故陈法出令而民不从。故赏不足劝,则士民不为用;刑罚不足畏,则暴人轻犯禁。民者服于威杀然后从,见利然后用,被治然后正,得所安然后静者也⑤。
>
> 必得而尚有奸邪贼者刑轻也,刑轻者不得诛也,必得者刑者众也。故善治者刑不善而不赏善,故不刑而民善。不刑而民善,刑重也。刑重者民不敢犯,故无刑也,而民莫敢为非,是一国皆善也⑥。

① 《管子》卷六,《法法》。
② 《管子》卷五,《重令》。
③ 《商君书·开塞》。
④ 《韩非子》卷四,《奸劫弑臣》。
⑤ 《管子·正世》。
⑥ 《商君书·画策》。

**重刑才能使人畏惧慑服，不敢以身试法。**

夫严刑者民之所畏也，重罚者民之所恶也。故圣人陈其所畏以禁其邪，设其所恶以防其奸，是以国安而暴乱不起。吾是以明仁义爱惠之不足用，而严刑重罚之可以治国也。无捶策之威，衔橛之备，虽造父不能以服马。无规矩之法，绳墨之端，虽王尔不能以成方圆。无威严之势，赏罚之法，虽尧、舜不能以为治。今世主皆轻释重罚严诛，行爱惠，而欲霸王之功，亦不可幾也。故善为主者，明赏设利以劝之，使民以功赏而不以仁义赐，严刑重罚以禁之，使民以罪诛而不以爱惠免，是以无功者不望，而有罪者不幸矣①。

**在重刑主张之下，有的法家便提出轻罪重刑的口号，以为重罪轻刑固纵罪容恶，便民为奸，便是刑之轻重与罪之大小相当，重罪重刑，轻罪轻刑，仍然无益于治，不能止奸。商君说：**

故行刑重其轻者，轻者不生，则重者无从至矣，此谓治之于其治也。行刑重其重者，轻其轻者，轻者不止，则重者无从止矣，此谓治之于其乱也。故重轻，则刑去事成，国强；重重而轻轻，则刑至而事生，国削②。

① 《韩非子·奸劫弑臣》。

② 《商君书·说民》。又《靳令篇》云："行刑重其轻者，轻其重者，轻者不至，重者不来，此谓以刑去刑，刑去事成。"

法家并不是像儒家所说的刻薄寡恩，以杀为快。他只是以严刑为止奸息暴的手段，不得已才用之，若是能用轻刑止奸，自无须重刑。韩非对此问题曾有下列的辩护，他说：

> 今不知法者皆曰重刑伤民。轻刑可以止奸，何必于重者？此不察于治者也。夫以重止者，未必以轻止也；以轻止者必以重止矣。是以上设重刑者而奸尽止，奸尽止，则此奚伤于民也。①

严刑重罚既有“以刑去刑”②的功能，所以法家认为法虽“惨而不可不行”③。忍一时之痛，便可收长远之利。韩非说：“法之为道，前苦而长利；仁之为道，偷乐而后穷。圣人权其轻重，出其大利，故用法之相忍，而弃仁人之相怜也。”犹之治家，相忍以饿寒，相强以劳苦，岁当灾乱，可以温衣美食；反之，相怜以衣食，相惠以佚乐，天饿岁荒，便不免于嫁妻卖子④。

## 第三节　以礼入法

儒家以礼为维持社会秩序之行为规范，法家以法律为维持社

---

① 《韩非子·六反》。

② 《商君书·靳令》。又《画策篇》云：“以战去战，虽战可也；以杀去杀，虽杀可也；以刑去刑，虽重刑可也。”

③ 《慎子·内篇》。

④ 《韩非子·六反》。

会秩序之行为规范，儒家以德教为维持礼之力量，法家以法律制裁为推行法律之力量，儒法之对抗，礼治、德治、法治之不两立，已如上二节所述。从思想的同异来说，此二学派完全立于极端相反的立场，本无调和之可能，但事实上并不如此，这一节便想在这方面加以讨论。儒法二家对抗的时代是在战国及秦的时代，春秋、战国时代原是儒道、杨墨、名法各家思想学说草创形成，竞争的时代。法家后起①，想和儒家争一日之短长，竞争激烈，互不相让。但西汉以后，这种思潮的争辩渐趋于沉寂，儒法之争，也就无形消失。

第一，学术界的派别，已由繁而简，由异而同，经过战国时代学术竞争的过程，有些学派的势力已逐渐衰落，趋于消沉，朝廷尊重儒术，以为正统，帝王以此取士，儒生以此求售，自汉而后历朝皆然，于是学归一统，儒家独尊，百家皆在淘汰之列，法家既已失势，也就无力与儒家对抗了。更可注意的是自是而后，所谓儒家实际上只是读书人的代名辞（只能称为儒或儒者，以别于春秋、战国时代的儒家）；固然他们所读的仍是儒家所遗留下来的经籍，祖述尧、舜而师孔、孟，但思想中已杂有一些别家思想在内，已非纯粹的儒家典型，我们或可以说汉以后儒家已非原来面目。故班氏《艺文志》叙儒家云："然惑者既失经微，而辟者又随时抑扬，违离道本，苟以哗众取宠，后进循之，是以五经乖析，儒学渐衰。"事实上，汉时伪经纷出，不伪者或经窜乱，五经乖乱，已非儒家真传，儒家渐衰，自是意中事。

第二，从制度方面来讲，儒法之争已失去意义。孔子时代各国

---

① 儒家至孟子、荀子时代已集大成，为一大宗。管仲时法治思想虽已萌芽，但法家成为学派，则在商鞅、慎到、韩非以后，已在战国时代。

多未制法。子产将铸刑书,叔向以书责之云:"昔先王议事以制,不为刑辟,惧民之有争也,……并有争心,以征于书,……"①后来晋为刑鼎,孔子也曾感慨地说:"民在鼎矣。"②可证法典的编制、公布在当时还是仅有的骇人听闻的创举,引起当时士大夫舆论的激烈的反对与慨叹。从叔向议事以制一语中,我们也可确知当时议而无定法的情形③。所以孔子时代正是儒家高唱礼治、人治不需法律的时代。孟子正当法家势盛时,有些国中且以法图强,但孟子究是在野的学者,可以纯从学理上立论。可是秦、汉以后的情形就不同了。每一朝代都有法律,换朝易姓之际,法律的治订颁布和改年号同样的重要。国家需要法律已成为客观的事实,不容怀疑,不容辩论,法律的需要与价值的问题自不存在。而且事实上参与制订法典工作的人也是这班读书人——汉以后便鲜有专门研究法律的法学家④。法典的拟订并不出于法律家的手笔。读书人只要对前代

---

① 《左传》昭公六年。

② 《左传》昭公二十九年。

③ 《孔丛子》伪托孔子的话:"今诸侯不同德,每君异法,折狱无伦,以意为度。"(卷二,《刑德》)与议事以制,不为刑辟之意相似,可以参看。

④ 《史记·始皇本纪》云:"若欲有学法令,以吏为师。"汉张汤、赵禹皆以刀笔吏擢至九卿(《史记》一二二,《酷吏列传》)。《后汉书》七六,《陈宠传》云:"律有三家,其说各异。"可见秦、汉时人有专习法律者。如杜周、延年父子皆以明法律著称(《汉书》六〇,《杜周传》)。后汉郭弘习小杜律,以决曹掾断狱三十年,子躬传父业,讲授徒众常数百人,官至廷尉。躬子晔,弟子镇,镇子桢,镇弟子禧皆习家业明法律,史称:"郭氏自弘后数世皆传法律",子孙至廷尉者七人,侍御史、正、监、平者甚众(《后汉书》四六,《郭躬传》)。吴雄,子诉,孙恭三世廷尉,为法名家(同上)。陈咸以律令为尚书,曾孙宠,玄孙忠皆明习法律,断狱平决(《后汉书》七六,《陈宠传》)。魏卫觊请置律博士,转相教授(《晋书》三〇,《刑法志》),但后代很少像秦、汉时代这样专习法律之家。唐、宋试士虽有明法一科,但不为时人所重。明、清以制义取士,更无人读律。以刀笔吏位至显要是不可能的事,反之,专习刑名刀笔者只能为掾吏(如州县衙门刑房书吏之类),为幕友。按州县幕友名目有五:刑名、(接下页注文)

和当代的法律有相当的涉猎，便有精通法学之誉，可负此责。历代的法典，除汉律外，都成于这些儒臣之手。

---

（续前页注文）　钱谷、书记、挂号、征比。五者之中，以刑名、钱谷为最繁要，年俸亦最多（见汪辉祖《佐治药言》自序，“办事分畛域”，“勿轻令人习幕”各条）。所以幕友必习法律，以佐东翁（同上书，“读律”条云：“幕客佐吏全在明习律例，……不仅在引律，如能引律而已，则悬律一条以比附人罪，刑胥足矣，何藉幕为？”又“须体俗情”条云“幕之为学，读律而已”）。律最难解悟，所以汪初读律书时，惴惴惟恐不能习幕。后成名幕，亲友有从其习幕者，必先察其才识，如不足以造就刑钱，四五月内便令归习他业（同上书，“戒已甚”，“勿轻令人习幕”条）。听讼虽为州县正堂之事，不能由幕僚代理，州县官亦不能全然不晓法律，茫无所知，但幕友对于律例的知识必须更为熟悉，更为透彻。《学治臆说》“说赘”，“律例不可不读”条云：“官之读律与幕不同，幕须全部熟读，官则庶务纷乘，势有不暇，凡律例之不关听讼者，原可任之幕友，若田宅、婚姻、钱债、贼盗、人命、斗殴、诉讼、诈伪、犯奸、杂犯、断狱诸条，非了然于心，则两造对簿，碎难质诸幕友者势必游移不决，为讼师所窥测……。”做官人依靠幕友即因读书人平日不悉律例，到任后不得不假借于人。雍正《钦颁州县事宜》“慎延幕友”条云：初任州县“刀笔簿书既未学于平日，刑名钱谷岂能谙于临时？全赖将伯助兹鞅掌”。陆向荣，《瘦石山房笔记》云：“近日官途多依靠幕友，而于读律毫不讲解”（《牧令书辑要》七《刑名》上引），所说为官场通习。幕友实为州县左右手，不可或离。高坐听讼的虽为州县官，事实上在幕后提调处理的常为幕友，不谙刑名的东翁倚畀尤深，自集审至判决皆出于幕友之手。故方大湜《平平言》云：“办案靠幕友，审案则全靠自己，非幕友所能代劳”（卷一，“候补宜读书”条）。《佐治药言》亦云：“听讼是主人之事，非幕友能专主，而权事理之缓急，计道里之远近，催差集审，则幕友之责也。”（“词讼速结”条）方以地方官的立场，汪以幕友的立场，论地方官与幕友的关系，皆为局内人之言。一般通例是幕友拟批于副状，官过目划押，然后墨笔幕友录于正状，过朱发榜（何士祁，“词讼”，《牧令书辑要》卷七引）。刑牍的拟办原是幕友的拿手好戏，也是他的专责。《刑案汇编》（光绪二十二年图书集成局本），便是名幕周守赤历年办的爱书。熟习刑律的人也有以讼师为业的。讼师为人所贱视，所深恶，自不待言。《学治臆说》云，讼师地棍唆讼害民，二者不去，善政无以及人，必须惩治之（卷下“地棍讼师当治其根本”，“治地棍讼师”二条）。即掾吏幕友，也只能依人作嫁，不为人所重，《佐治药言》云：“士人不得以身出治，而佐人为治，势非得已”（“尽心”条），而一经入幕，便无他途可谋，终身坐困，不知误尽几许人，故劝人勿习幕（“勿轻令人习幕”条）。而且多半的幕友、刑吏，只是熟习条文，善于运用而已，不能目之为研究法律的法学专家。Jean Escarra 说中国考试制度摧残了专门人才，阻碍职业法学家之成立。他的话是对的。（J. Escarra，“Law，Chinese，” *Encyclopaedia，of Social Scienues*，Macmillon，New York，1931. IX，251）。

第三,还有一点很重要的事实,也是消弭儒法之争的。读书人应试做官后,便不能不懂法律,不应用法律,地方政府自牧令至封疆大吏,都有司法的责任,中央政府也不止三法司与司法有关,九卿常参与司法的讨论,会审制度之下,还得参加审判。听讼成为做官人不可回避的责任,成为考核成绩之一以后,读书人自不会再反对听讼,反对法治,而高唱德治、人治迂论,事实上是不容许的。汉太子以宣帝所用多文法吏,持刑太深,劝用儒生。宣帝说:"汉家自有制度,本以霸王道杂之,奈何纯任儒教,用周政乎[①]?"儒生如为政,自需适应实际的需要。公孙弘少时曾为狱吏[②],兒宽以博士为奏谳掾,以古法义决谳狱,后擢为中大夫,迁左内史,史称其"缓刑罚,理狱讼"[③]。汉律章句有叔孙宣、郭令卿、马融诸儒十有余家,家数十万言[④],儒家而留意律学加以研习,在法律的发展上,儒家的思想上,以及儒法的联系上,都是极可注意的事。后儒听讼者,不胜枚举,即以一代理学大师陆九渊、朱熹、邵伯温辈而论,亦无例外。邵伯温尝提点成都路刑狱[⑤],朱熹的讼牒至今仍存于文集中[⑥]。陆象山对于狱讼处理极勤,知荆门军时民有诉者,无旦暮皆得造于庭,立期召审,且有明察之誉,郡以为神[⑦]。欧阳修为夷陵令,取积

① 《汉书》九,《元帝纪》。
② 《史记》一一二,《平津侯主父偃列传》。
③ 《汉书》五八,《兒宽传》。
④ 《晋书》三〇,《刑法志》。
⑤ 《宋史》四三三,《儒林传》,《邵伯温传》。
⑥ 有《潭州晓谕词讼榜》,见《朱文公文集》卷一〇〇。
⑦ 《宋史》四三四,《儒林传》,《陆九渊传》。

年旧案牍，反复观之①。薛宣云吏以律令为师②，读书人既服官"做大事"（用朱子语），自不得不留心吏治，于经史子集外多读有用之书。雍正《钦颁州县事宜》勉地方官熟读律令，说"每见少年州县喜恃聪明，或于无事时学书学画，讲弈讲诗，津津然自诩为能，而问之以律令，则呐呐不能出诸口。夫书画诗弈等类，家居文人之余事也，律例者，出任治人之大纲也，既已出任治人，而乃效彼家居者挥毫拈韵，子声铮铮然，以侈得意，是何异于舍己芸人者之可笑也？夫居官之贤否，视乎吏治，若经济无闻，纵其笔墨入妙，而已无当于国计民生之要，况必至于废时，必至于误公，是以有用之精神施于无用之游衍，方且足以引累而招尤，岂不甚可惜哉？③"居官自不得不以律例为急务，否则断难胜任。

我们已经讨论过汉以后儒者除以儒家著述为正宗外，已杂有若干法家思想在内。我们试从儒者的思想来观察，便可以看出这时的儒者虽仍以德治为口号，但已不再排斥法治，和以前的儒家不同，儒法两家思想上的冲突已非绝对的，在礼治德治为主，法治为辅的原则之下，礼治、德治与法治的思想且趋于折衷调和。

其实儒、法两家思想的调和早就有其可能存在。法家固然绝对排斥礼治、德治，儒家却不曾绝对排斥法律，只是不主张以法治代替礼治、德治而已。儒家祖述尧、舜、禹、汤、文、武、周公、孔子。儒家的记载上说尧、舜时曾殛鲧，流共工，放讙都，窜三苗，迁四苗之族。舜曾任命司法官，皋陶是史前最早最著称的士，五刑、鞭扑之刑、赎

① 《宋史》三一九，《欧阳修传》。
② 《汉书》八三，《薛宣传》。
③ 《钦颁州县事宜》，"讲读律令"。

刑,都是这一时期所制定的①。传说中的灵兽——獬豸,也是皋陶时期的产物。汤的誓辞中常常附有刑罚制裁②。周公曾诛管叔,放蔡叔,并作誓命③。孔子虽以无讼为目的,仍说"听讼吾犹人也"④。

① 《史记·五帝本纪》。参看《尚书·大禹谟》,《皋陶谟》。

② 《汤誓》曰,"尔不从誓言,予则孥戮女,无有攸赦"。告诸侯群臣曰:"毋不有功于民,勤力乃事,予乃大罚殛女,毋予恨。"(《史记·殷本纪》)

③ 《史记》四,《周公本纪》;三三,《鲁周分世家》。其誓命云:"毁则为贼,掩贼为藏,窃贿为盗,盗器为奸,主藏之名,赖奸之用,为大凶德,在常无赦,在刑不忘"(见《左传》文公十八年)。

④ 《论语·颜渊》。后儒便以此为根据,托为伪言。《孔丛子》记孔子的话有几处是与听讼有关的。孔子说:"……况听讼乎?必尽其辞矣。夫听讼者或从其辞,辞不从必断以情。"又说:"古之听讼者察贫贱,哀孤独及鳏寡老弱不肖而无告者,虽得其情,必哀矜之,死者不可生,断者不可续。若老而刑之谓之悖,弱而刑之谓之喜,不赦过谓之逆,率过以不罪谓不积。故宥过容小罪,老弱不受刑,先王之道也。书曰大辟疑赦,又曰其杀不辜,宁失不经。"又记曾子、子张曾问听讼之术。孔子答曾子问曰:"其大法也三焉,治必以宽,宽之术归于察,察之术归于义。是故听而不宽是乱也,宽而不察是慢也,察而不中义是私也,私则民怨。故善听者听而不越辞,辞不越情,情不越义。"子张问:"书曰若保赤子,听讼可以若此乎?"孔子曰:"可哉。古之听讼者恶其意不恶其人,求其所以生之,不得其所以生乃刑之,君必与众共焉,爱民而重弃之也"(《孔丛子》卷二,《刑论》)。后儒所以伪托孔子听讼并弟子问讼之言,一方面自是依据听讼吾犹人也一语,借题发挥,同时也不免别有作用,故意借重圣人之言,以提高听讼的价值。儒者思想中已接受一部分法家思想,不再反对法律,同时实际上又不得不听讼以后,这种借重提高的企图,或是事出有因的。

而且我们应注意书虽伪书,假托的话并非完全不近情理,孔子既曾说听讼吾犹人也,谈论听讼的事,自或有之。孔子说子路可以片言而折狱,子路大约曾对狱讼的事,说过独到的话,表现过特殊的才能。子路既曾如此,曾子、子张或其他门人请问听讼之术,自非不可能。事实上,孟氏使阳肤为士师,阳肤就任以前,也曾问于曾子,何以居官,曾子答道:"上失其道,民散久矣。如得其情,则哀矜而勿喜"(《论语》,一九,《子张》)。曾子弟子既曾请问讼事,且为讼官,何以证曾子决不为此问。如果我们不像历史家斤斤注重于曾子、子张究竟曾否问过这话的史实问题,但以曾子、子张代表孔门弟子与夫子谈论这事,则可能性极大,孔门弟子似不致讳谈听讼,孔子不惜加以指示,亦情理中事。

孔子也曾称赞子路“片言可以折狱”①，曾子弟子阳肤为士师②，可见孔门弟子也有留心且专长于狱事的，不以听讼为耻。事实上孔子为相时且曾诛少正卯③，孔子决不是绝对排斥刑法的人，只是以礼教为主，以刑为辅而已。他说：“名不正则言不顺，言不顺则事不成，事不成则礼乐不兴，礼乐不兴则刑罚不中，刑罚不中则民无所措手足。”④礼乐刑罚实相提并论，且有连带关系，孔子所反对的是刑罚不中而已，刑罚中并无可议之处。

孔子以后的儒家对于法律的看法，益趋于折衷。孟子说过“徒善不足以为政，徒法不能以自行”⑤的话，表示二者不可偏废，折衷的态度。荀子思想中之杂有法家思想，韩非、李斯俱出其门⑥，决非偶然。

荀子的书中屡次言及礼法之分⑦，对于刑罚已不如以前儒家估价之低。“凡刑人之本禁暴恶恶且征其未也”⑧，是已承认刑罚在社会秩序的维持上自有其特殊的功能，不是礼义教化可以代替的，这种说法和法家对于法律功能的看法初无二致。他以为人之性恶，君子应以礼义师法化民为善，但不是所有的人都肯服善从教，从教者固可以教化化之，不从教者便须威之以刑，礼刑不妨分治。

---

① 《论语·颜渊》。

② 《论语·子张》。

③ 《史记》四七，《孔子世家》。

④ 《论语·子路》。

⑤ 《孟子·离娄上》。

⑥ 《史记》六三，《老庄申韩列传》；八七，《李斯列传》；七四，《荀卿列传》。

⑦ 《荀子》卷一，《观学篇》云：“礼者法之大分，类之纲纪也。”卷七，《王霸篇》亦云：“而礼法之大分也。”

⑧ 《荀子》一二，《正论篇》。

"以善至者待之以礼;以不善至者待之以刑"①,才能禁暴惩恶,维持社会秩序。这种礼刑分治的看法无异于融合儒法两家主张于一炉。自然,我们不要忘了他是儒家,仍是以礼治为主,以教化为先的,所以他说"国之命在礼,人君者隆礼尊贤而王,重法爱民而霸"②。又说:"君国长民者……必先修正其在我者,然后徐责其在人者,威乎刑罚。"③这种说法和法家之贱仁义,专恃法治者不同,也和儒家专恃德化的精神不尽相同。

他认为不教而诛,固不可为训;教而不诛,亦不足为训。他说:"不教而诛,则邪繁而邪不胜;教而不诛,则奸民不惩;诛而不赏,则勤属之民不劝;诛赏而不类,则下疑俗俭而百姓不一。"④"杀人者不死,而伤人者不刑,是谓惠暴而宽贼也,非恶恶也。"⑤不加以制裁自是不公平的。所以他主张赏罚礼刑皆不可废。他批评墨子的主张道:"赏不行则贤者不可得而进也;罚不行则不肖者不可得而退也。"⑥"无功不赏,……无罪不罚,……析愿禁悍而刑罚不过"为王者之定论,"百姓晓然皆知为善于家而取赏于朝也,为不善于幽而蒙刑于显也"⑦,才能劝善惩恶。所以他的书中常德刑礼法相提并论,如:

---

① 《荀子·王制篇》,又《富国篇》云:"由士以上,则必以礼乐节之,众庶百姓,则必以法数制之。"

② 《荀子》一六,《强国篇》。

③ 《荀子·富国篇》。

④ 同上。

⑤ 同上书,卷一二,《正论篇》。

⑥ 《荀子·富国篇》。

⑦ 同上,《王制篇》。

古者圣人以人之性恶，以为偏险而不正，悖乱而不治，故为之立君上之势以临之，明礼义以化之，起法正以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治，合于善也，……是圣王之治而礼义之化也。今当试去君上之势，无礼义之化，去法正之治，无刑罚之禁，倚而观天下人民之相与也。若是则夫强者害弱而夺之，众者暴寡而哗之，天下之悖乱而相亡，不待顷矣①。

治之经，礼与刑，君子以修，百姓宁，明德慎罚②。

**而且荀子对于刑法也不一定主张轻刑。他认为刑轻刑重，可随时制宜，并不反对重刑。**

以为人或触罪矣，而直轻其刑，然则是杀人者不死，伤人者不刑也。罪至重而刑至轻，庸人不知恶矣，乱莫大焉。凡刑人之本禁暴恶恶，且征其未也。杀人者不死，而伤人者不刑，是谓惠暴而宽贼也，非恶恶也。故象刑殆非生于治古，并起于乱今也。治古不然，凡爵列、官职、赏庆、刑罚皆报也，以类相从者也，……罚不当罪，不祥莫大焉。……夫征暴诛悍，治之盛也，杀人者死，伤人者刑，是百王之所同也，未有知其所由来者也。刑称罪则治，不称罪则乱，故治则刑重，乱则刑轻。犯治之罪固重，犯乱之罪固轻也。《书》曰刑罚世轻世重，此之谓也③。

---

① 《荀子·性恶篇》。
② 同上，卷一八，《成相篇》。
③ 《荀子·正论篇》。

荀卿生当战国末世，处法治主义抬头，强秦统一之前夕，其思想如此，时代背景或不无关系。汉儒在国家律令已经颁布的时代，——事实上汉代法律的颁布远在汉武表彰六艺、尊崇儒术以前①，不对法律加以排斥，自不足怪。汉儒不反对刑法之存在（反对严刑峻法为另一问题）似已成为一般论调。

董仲舒是专治《春秋》，以阴阳五行解释王道微旨的大儒。他以德刑与阴阳四时比拟刑、德之不可偏废，犹之不可独阳无阴，也不可但有春夏而无秋冬，他说：

> 王者欲有所为，宜求其端于天，天道之大者在阴阳，阳为德，阴为刑，……阳出布施于上而主岁功，阴入伏藏于下而时出佐阳，阳不得阴之助，亦不能独成岁功②。

---

① 汉律成于高帝时，儒术则武帝以后始为人主所重。《史记·儒林列传》云高帝"尚有干戈，平定四海，亦未皇庠序之事"（卷一二一），事实上他原是一酒色无赖，本不知儒术为何物。《史记·郦生陆贾列传》云："沛公不好儒，诸客冠儒冠来者，沛公辄解其冠，溲溺其中，与人言常大骂。"及见郦生，倨床使两女子洗足。陆生时时以诗书说上，高帝骂之曰："乃公居马上得之，安事诗书？"（卷九七）对儒生可谓备极侮慢轻狎。其后惠、文、景诸帝亦不重儒。《史记·儒林列传》云："孝惠、吕后时，公卿皆武力有功之臣。孝文时颇征用，然孝文帝本好刑名之言，及至孝景不任儒者，而窦太后又好黄老之术，故诸博士县官待问未有进者。"武帝才一变而重儒，《儒林列传》云："及窦太后崩，武安侯田蚡为承相，黜黄、老、刑名百家之言，延文学儒者数百人，而公孙弘以《春秋》白衣为天子三公，封以平津侯，天下之士靡然向风焉……（后从公孙弘之言，置博士官及弟子）自此以来，公卿大夫士更彬彬多文学之士矣。"武帝而后，诸帝亦多重儒，《汉书·儒林列传》云："昭帝时举贤良文学，增博士弟子员满百人，宣帝末倍增之。"元帝好儒，能通一经者皆复，数年以用度不足，更为设员千人，郡国置五经百石卒吏。成帝末……增弟子员三千人，岁余复如故（卷八八）。

② 董仲舒对策，见《汉书》卷二二，《礼乐志》，又见五六，《董仲舒传》。

春者天之所以生也，仁者君之所以爱也，夏者天之所以长也，德者君之所以养也，霜者天之所以杀也，刑者君之所以罚也。由此言之，天人之征，古今之道也[①]。

阳不得阴既不能独成岁功，于是他承认法律有其功能，非教化所能代替，仅恃教化不足为治，必有刑[②]。他所坚持的只是刑、德主从的问题。他以天道之任阳不任阴来喻德大刑小，任德不任刑的道理。

阳为德，阴为刑，刑主杀而德主生。是故阴阳居大夏，而以生育养长为事，阴当居大冬，而积于空虚不用之处，以此见天之任德不任刑也。……阳以成岁为名，此天意也。王者承天意以从事，故任德教而不任刑，刑者不可任以治世，犹阴之不可任以成岁也。为政而任刑，不顺于天，故先王莫之肯为也。今废先王之德教之官，而独任执法之吏以治民，毋乃任刑

① 《董仲舒传》。参看《春秋繁露》，卷十一，《天辨在人》；卷十三，《四时之制》各节。《四时之制》云："天之道，春暖以生，夏暑以养，秋清以杀，冬寒以藏，暖暑清寒，异义而同功，皆天之所以成岁也。圣人副天之所行以为政，故以庆副暖而当春，以赏副暑而当夏，以罚副清而当秋，以刑副寒而当冬。庆赏罚刑，异事而同功，皆王者之所以成德也。庆赏罚刑与春夏秋冬以类相应也，如合符，故曰王者配天。谓其道天有四时，王有四政，四政若四时，通类也，天人所同有也。庆为春，赏为夏，罚为秋，刑为冬，庆赏刑罚之不可不具也，如春夏秋冬之不可不备也。"

② 《春秋繁露》卷六，《保位权》云："故圣人之治国也，……务致民令有所好，有所好然后可得而劝也，故设赏以劝之。有所好必有所恶，有所恶然后可得而畏也，故设罚以畏之。既有所劝，又有所畏，然后可得而制。"

之意欤?①

董仲舒不但在理论上表现其对于德刑不偏废的态度,而且事实上他以《春秋》决狱,是以儒家的经义应用于法律的第一人,以儒为体,以法为用,实是真正沟通德治、法治,融会儒法两家思想于一的实行家,与兒宽异曲同工。

这种以刑辅教的见解,在汉儒中是很流行的。刘向说:"教化所恃以为治也;刑法所以助治也。"他也同样地反对任刑而不任教,他说:"今废所恃而独立其所助,非所以致太平也。"②

王符是主张德化的儒者(《潜夫论》有《德化》等篇,其德化思想已见上节),但也认为赏罚必须兼施。他批评当时有功不赏,无德不削,"甚非劝善惩恶,诱进忠贤,移风易俗之法术"③。欲变巧伪以崇美化,息辞讼以闲官事,自须"表显有行,痛诛无状"④。"法令赏罚者诚治乱之枢机也,不可不严行"⑤。他强调法律之用在于使"善人劝其德而乐其政,邪人痛其祸而侮其行"⑥。制法之意若

---

① 《汉书·董仲舒传》。《春秋繁露·天辨在人》云:"天之志常置阴空处稍取之以为助。故刑者德之辅,阴者阳之助也,阳者岁之主也。"又同卷《阳尊阴卑》云:"而人资诸天,大德而小刑也,是故人主近天之所近,远天之所远,大天之所大,小天之所小。是故天数右阳而不右阴,务德而不务刑。刑之不可任以成世也,犹阴之不任以成岁也。为政而任刑,谓之逆天,非王道也。"卷十二,《阴阳义》亦云:故为人主之道,"使德之厚于刑也,如阳之多于阴也"。

② 《汉书·礼乐志》。

③ 王符《潜夫论》,卷四,《三式》。

④ 同上书,卷五,《断讼》。

⑤ 同上书,《三式》。

⑥ 同上书,《断讼》。

为藩篱沟堑以防失①,有禁绝奸邪之功,为治国之具,断不可废。人民犹之舆马,法令则为人君之衔辔箠策,夺去衔辔箠策,何以御之②? 他认为"政令必行,宪禁必从,而国不治者未尝有也"③。"法令行则国治;法令弛则国乱"④。国之治乱全系于行法废法。除恶惩奸断不可姑息,"养稊稗者伤禾稼,惠奸宄者贼良民"⑤。制刑法"非好伤人肌肤,断人寿命者也,乃以威奸惩恶,除民害者也"⑥。自不得不行其所不忍,宁可使"一人伏正罪而万家蒙福"。"其初虽惭吝于一人,然其终也,长利于万世,小惩而大戒"⑦。"凡诸祸根不早断绝,则或转而滋蔓"⑧,必致贻害无穷,不堪收拾。

这些话近似于法家,王符也主张严刑。他批评当时的失政便由于太宽所致,他主张宽猛相济,政宽民慢,必纠之以猛。他说:"夫积怠之俗,赏不隆则善不劝,罚不重则恶不惩。故凡欲变风改俗者,其行赏罚者也。必使足惊心破胆,民乃易视。"⑨儒家皆主赦,他独反对肆赦,也是严刑之意。他说:

> 今日贼良民之甚者,莫大于数赦。赦赎数则恶人昌而善

① 《潜夫论》,《断讼》。

② 同上书,卷五,《衰制》。

③ 同上。

④ 同上书,卷四,《述赦》。《衰制》云:"行赏罚而齐万民者治国也;君立法而下不行者,乱国也。"

⑤ 同上书,《述赦》。

⑥ 同上。

⑦ 同上书,《断讼》。

⑧ 同上。

⑨ 同上书,《三式》。本篇叙录并云:"先王御世,兼秉威德,赏有建侯,罚有刑渥,赏重禁严,臣乃敬职,将修太平,必循此法,故叙三式。"

人伤矣。……侵冤小民皆望圣帝当为诛恶治冤以解蓄怨，反一门赦之，令恶人高会而夸诧，老盗服藏而过门，孝子见仇而不得讨，亡主见物而不得取，痛莫甚焉。

论者多曰久不赦则奸宄炽而吏不制，故赦赎以解之，此乃招乱之本原，不察祸福之所生者之言也。凡民所以轻为盗贼，吏之所以易作奸匿者，以赦赎数而有幸望也。若使犯罪之人终身被命，得而必刑，则计奸之谋破，而虑恶之心绝矣①。

王符是讴歌德化的儒者，其重法并非自相矛盾，而是有其理由的。他以德化为最高理想，但“大恶之资终不可化”②，教化对此种人终无用处，且叔世风俗积怠之余，更不可独任教化，他说：

议者必将以为刑杀当不用，而德化可独任，此非变通者之论也，非叔世者之言也。夫上圣不过尧、舜，而放四子，盛德不过文、武，而赫斯怒，……故君子之有喜怒也，盖以正乱也，故有以诛止杀，以刑御残。且夫治世者若登丘矣，必先蹑其卑者，然后乃得履其高。是故先致治国，然后三王之政乃可施也，道齐三王，然后五帝之化乃可行也，道齐五帝，然后三皇之道乃可从也③。

他自己生当叔世，正纪纲败坏，法令不行之时，他的话自是有

① 《潜夫论》，《述赦》。
② 同上。
③ 同上书，《衰制》。

感而发的，为针对时弊的主张。

荀悦的思想也是可注意的。他认为人性善恶相兼，若任其自然，则为恶易，为善难，为恶者必多[①]。善固可以借教化的力量来扶持，恶则必借法律的力量来制止。社会上有一部分人可以受教化的熏染而为善，另一部分人虽然冥顽不灵，必然畏惧刑法的制裁，而不敢为恶，还有一部分则可教刑兼施，并受其影响。他说：

> 或曰："善恶皆性也，则法教何施？"曰："性虽善，待教而成，性虽恶，待法而消，唯上智下愚不移，其次善恶交争。于是教扶其善，法抑其恶，得施之九品，从教者半，畏刑者四分之三，其不移，大数九分之一，一分之中又有微移者矣。然则法教之于化民也，几尽之矣；及法教之失，其为乱亦如之。"[②]
>
> 君子以情用，小人以刑用。荣辱者赏罚之精华也。故礼教荣辱以加君子，化其情也；桎梏鞭朴以加小人，治其刑也。君子不犯辱，况于刑乎？小人不忌刑，况于辱乎？若乎中人之伦，则刑礼兼焉。教化之废，推中人而坠于小人之域；教化之行，引中人而纳于君子之涂[③]。

所以教与化，礼与刑，二者各有其功用，缺一不可，必兼用二者之工具，才能收扶善抑恶之功。他说：

---

① 荀悦《申鉴》卷五，《杂言下》。
② 同上。
③ 同上书，卷一，《政体》。

[冶]不去其火则[金]常流,激[水]而不止则常升,大冶之炉可使无刚,踊水之机可使无降。善立教者若兹,则终身治矣。故凡器可使与颜、冉同趋,投百金于前,白刃加其身,虽巨跖弗敢掇也。善立法者若兹,则终身不掇矣。故跖可使与伯夷同功①。

而结论云:"德刑并用,常典也"②,"故凡政之大经,法教而已矣"③。

荀悦对于刑德先后的秩序,并无一定的成见,并且也不反对密刑:

德刑并用,常典也,或先或后时宜……教初必简,刑始必略,事渐也。教化之隆,莫不兴行,然后责备。刑法之定,莫不避罪,然后求密。未可以备,谓之虚教;未可以密,谓之峻刑。虚教伤化,峻刑害民,君子弗由也。设必违之教,不量民力之未能,是招民于恶也,故谓之伤化。设必犯之法,不度民情之不堪,是陷民于罪也,故谓之害民。莫不兴行,则一毫之善可得而劝也,然后教备。莫不避罪,则纤介之恶可得而禁也,然后刑密④。

以教与法相提并论,于文字中前后对衬,明确表示其分限的功能者,古儒中除荀卿外,当以荀悦为最。儒家思想中容纳法家的意

① 荀悦《申鉴》卷一,《政体》。
② 同上书,卷二,《时事》。
③ 同上书,《政体》。
④ 同上书,卷二,《时事》。

见，兼有德治、法治两种主义者，亦首推二荀。一主性恶，一主善恶相兼，其思想之偏于法治。不加排斥，自有其理论上之渊源。荀悦思想中兼有两种主义，在其政治思想中也可看出。他的政治主张是先屏四患（伪、私、放、奢）乃崇五政，很显明地是以除恶去莠为先。所谓五政：正俗（审好恶以正其俗）、章化（宣文教以章其化）两项是德治、人治主义；秉威（立武备以秉其威）、统法（明赏罚以统其法）则是法治方面的①。

汉昭帝问贤良文学，与御史大夫桑弘羊相诘难，大夫主重法严刑，贤良文学主后刑，崇德政，然已非绝对排斥法律，其言曰：

> 古者笃教以导民，明辟以正刑，刑之于治，犹策之于御也。良工不能无策而御，有策而勿用。圣人假法以成教，教成而刑不施，故威厉而不杀，刑设而不犯②。
>
> 古者周其礼而明其教，礼周教明，不从者然后等之以刑，刑罚中，民不怨。故舜施四罪而天下咸服，诛不仁也。轻重各服其诛，刑必加而无赦，赦惟疑者，若此，则世安得不轨之人而罪之？③

可见贤良文学之士不特不排斥法律，且承认法律之用，以礼教为主，而以刑罚为辅教的工具。教成便不需法律，以刑措而不用为最高理想。

---

① 荀悦《申鉴》卷一，《政体》。
② 桓宽《盐铁论》卷六，《后刑》。
③ 同上书，卷十，《周秦》。

他们所坚持的只是主从的问题，所反对的只是（一）不任教而独任法。（二）执法非其人①。（三）法太苛刻，专以刑人为事②。

这种论调是汉贤良文学全体的意见，应代表当时以儒家自居的读书人对于刑教的一般看法，并非一二人之私见，我们所以重视其意见者在此。从中我们可以看出儒法之争，已非绝对的而为相对的，所争的已不是法律去存的本体问题，而是刑教的主从问题。而且我们可说这是中国史上儒法公开争辩的最后一次。法律成为国家既定的制度后，这种争辩乃渐无产生的可能。

《白虎通德论》是后汉博士、议郎、郎官及诸儒集议以后的共同见解，也是公见而非私见，所以同样值得我们的注意。论云："圣人治天下必有刑罚何？所以佐德助治，顺天之助也。故悬爵赏者，示有劝也；设刑罚者，明有所惧也。"③

便是记载礼的意义及内容的专书，儒家重要经典之一的《礼记》，也有若干处论及刑法的功用，而且礼、乐、政、刑每相提并论，颇有礼法合治的意味。

---

① 《盐铁论·刑德》云："辔衔者御之具也，得良工而调；法势者治之具也，得圣人而化。执辔非其人也，则马奔驰；执轴非其人也，则船覆伤。昔吴使宰嚭执轴而破其船，秦使赵高执辔而覆其车。今废仁义之术，而任刑名之徒，则复吴、秦之事也。"

② 《后刑》云："今废其纪纲而不能张，坏其礼义而不能防，民陷于罔，从而猎之以刑，是犹开其栏牢，发以毒矢也，不尽不止……夫不伤民之不治，而伐己之能得奸，犹弋者睹鸟兽而挂蔚罗而喜也。"

又《刑德》云："昔秦法繁于秋荼而网密于凝脂，然而上下相遁，奸伪萌生，有司法之，若救烂扑焦，不能禁非，网疏而罪漏，礼义废而刑法任也。方今律令百有余篇，文章繁，罪名重，郡国用之疑惑，或浅或深，自吏明习者不知所处，而况愚民乎？律令尘蠹于栈阁，吏不能遍睹，而况于愚民乎？此断狱所以滋众，而民犯禁也。"

③ 《白虎通德论》。

刑罚行于国，所诛者乱人也，如此则民顺治而国安也①。

君子礼以坊德，刑以坊淫，命以坊欲②。

礼以道其志，乐以和其声，政以一其行，刑以防其奸。礼、乐、政、刑，其极一也③。

礼节民心，乐和民声，政以行之，刑以防之。礼、乐、政、刑四达而不悖，则王道备矣④。

《礼记》之书杂出于汉儒，此种思想应可代表汉儒之见。

由上所述，可见儒法本体之争在汉代已不存在。汉儒思想中实已杂有若干法家思想在内，不排斥法律，以刑辅教的论调在汉儒中实为普遍存在之事实，只要我们细读各家论著，或不致怀疑此语的真实性。

汉以后的儒者对于刑法更鲜表示反对者。诸葛亮而后，以持法严急著称如王安石、张居正辈，自不必说，便是以祖述孔、孟，潜心性理自命的一代大儒朱熹也主张刑不可废。他说：

> 今必曰尧、舜之世有宥而无刑，则是杀人者不死而伤人者不刑也。是圣人之心，不忍于元恶大憝，而忍于衔冤抱痛之良民也。是所谓怙终贼刑，刑故无小者，皆为空言，以误后世也。其必不然也亦明矣。夫刑虽非先王所恃以为治，然明刑弼教，禁民为非，则所谓伤肌肤以惩恶者，亦既竭心思而断之，亦不

① 《礼记·聘仪》。
② 同上书，《坊记》。
③ 《礼记·乐记》。
④ 同上。

忍人之政之一端也①。

又说：

> 号令既明，刑罚亦不可弛。苟不用刑罚，则号令徒挂墙壁尔。与其不遵以梗吾治，曷若惩其一以戒百？与其覆实检察于其终，曷若严其始而使之无犯？做大事，岂可以不忍为心？②

这种话显然含有法家的精神，其思想迥然不同于汉以前的儒家。

更重要的是魏以后儒者参与了制订法律的工作，因而儒家思想在法律上起了决定性的作用，产生深远的影响。我们已讲过除秦、汉律外，历代的法典都出于儒者的手笔，并不出于法家之手，这些人虽然不再坚持反对法治，但究是奉儒家为正统的，所以儒家的思想支配了一切古代法典，这是中国法系的一大特色，不可不注意。J. Escarra 说："中国古代立法皆为儒家的概念所支配"③。他的话是正确的，凡是熟习中国古代法律的人都有同感。若是这些法典出于法家之手，儒家的思想断不会搀杂在法典中。（自然反过来说，真正的儒家也许不会担任这种立法的工作，就好像叔向所说的先王不为刑辟，以及孔子对于晋铸刑鼎的慨叹）。同时也必遭读书人的反对。清末制定民刑律草案时，大遭卫道之士的反对，便是

① 郑端辑《朱子学归》一八。

② 《朱子语类》。

③ Jean Escarra, *op. cit.*, p. 251.

因为这些草案完全是法家的精神，——而且是西方法律的精神，不曾考虑礼教的因素，不再含有二千年来儒家所拥护的礼教思想在内。

总之，历代的法典虽然编制不同，内容不同，却都代表一种同一的传统精神，我们如果细加搜寻便不难发现礼教与法律的关系。研究中国古代法律必礼书法典并观，才能明其渊源，明其精义。

儒家讲贵贱上下有别，本为礼之所以产生，于是八议入于法，贵贱不同罚，轻重各有异。礼，贵贱之服饰、宫室、舆马、婚姻、丧葬、祭祀之制不同，于是这些都分别规定于律中。儒家重视尊卑、长幼、亲疏的差别，讲孝悌伦常，于是听讼必原父子之亲，宜轻宜重，一以服制为断。“五刑之属三千，而罪莫大于不孝”①。于是不孝之罪特大，不待法律有专条，隋、唐以来且名列十恶，标于篇首。礼，子当孝事父母，于是供养有缺成为专条。礼，父母在，不蓄私财，于是私财有罚。礼，父母之丧三年，于是释服从吉者有罪，居父母之丧嫁娶者有罪。礼，父之仇弗与共戴天，于是子报父仇，每得原减。儒家说，父为子隐，子为父隐，于是律许相隐，首匿不为罪，不要求子孙为证，更不容许子孙告父祖。礼，有七出三不去之文，于是法律上明定为离婚的条件。一切都源于礼经，关于亲属、继承、婚姻的法律实可说是以礼为根据的。这些行为规范原都详细规定于礼书中，后代编制法律时便将这些礼的规范采入法典中，礼加以刑罚的制裁便成为法律。古人说“礼，法之大分也”②，又说

① 《孝经·五刑章》。
② 《荀子》，见前。

"法出于礼"①,汉时叔孙通所撰礼仪与律令同藏于理官②,礼法的关系是密切无比的,有时为一,有时为二;有时分治,有时合治。

其实,礼与法都是行为规范,同为社会约束,其分别不在形式上,也不在强制力之大小。从形式上来看,成文与否并非决定的条件,法律不一定成文,礼亦可为成文。上古时代的《礼记》、《仪礼》,近代的《大清通礼》,都是成文的礼书。从另一点来看,强制力的大小,只是程度上的差别,也不能作为划分礼法的客观标准。我们如从制裁的性质及方式来看,或可得一重要的分别。礼是借教化及社会制裁的力量来维持的,一个人有非礼的行为,他所得的反应不外乎舆论的轻视、嘲笑、谴责或不齿,《礼记》所谓"在执者去,众以为殃"③是,可以说是一种消极的制裁。法津则借法律制裁来执行,可以说是一种积极的或有组织的制裁。但礼亦未尝不可以法律制裁来维持、来推行,而无损其为礼。同一规范,在利用社会制裁时为礼,附有法律制裁后便成为法律。成为法律以后,既无害于礼所期望的目的,也不妨害礼的存在。同一规范,不妨既存于礼,又存于法,礼法分治,同时并存。儒家所争的主体,与其说是德治,毋宁说是礼治,采用何种行为规范自是主要问题,以何种力量来推行这种规范的问题则是次要的。事实上儒家虽主张德化,却不曾绝对排斥法律,汉以后的儒者则于法律本体的存在问题已不再怀疑,也不再反对以法为治世之具,自不再作迂而无益的坚持,

---

① 《管子》四,《枢言》云:"人心之悍,故为之法,法出于礼。"又卷一三,《心术上》云:"礼出乎义,义出乎理,理因乎宜者也,法者所以同出,不得不然者也。"

② 《汉书》二二,《礼乐志》。《晋书·刑法志》云:通益律所不及为傍章一十八篇。

③ 《礼记·礼运》。

既把握住支配立法的机会，于是以礼的原则和精神，附以法律的制裁，编入法典中，儒家的目的也就以变通的方式达到，而踌躇满志了。

所以礼所容许的，认为对的，也就是法所容许的，认为合法的。礼所不容许的，禁为的，也就是法所禁为的，所制裁的。诚如汉廷尉陈宠疏中所云："礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里者也。"①能守礼自不犯刑，所以古人常礼法并称，曰礼法，曰礼律②。《四库全书提要》称唐律一准乎礼③，确为中肯之论。实则中国古代法律皆如此，并不止唐律然也。明太宗定律时曾说："此书首列五刑图，次列八礼图者，重礼者。"④法与礼的关系，断不容漠视。

律既与礼相应，互为表里，所以断讼必以礼为根据，否则便茫无所从。以亲属间的诉讼来说，既以服制为断，于是立法，司法皆须先明服制，有时因服制不明便无从判决，经礼部议定后才能问罪⑤。礼与刑的关系不言而喻。

除了法典的内容已为礼所搀入，已为儒家的伦理思想所支配外，审判决狱受儒家思想的影响，也是可注意的事实。儒者为官既有司法的责任，于是他常于法律条文之外，更取决于儒家的思想。中国法律原无律无正文不得为罪的规定，取自由裁定主义，伸缩性极大。这样，儒家思想在法律上一跃而为最高的原则，与法理

① 《后汉书》七六，《陈宠传》。邱濬《大学衍义》云"人心违于礼义，然后入于刑法"。

② 礼法一名辞，几为中国习惯用语。礼律一词，则魏、晋六朝时多用之（详程树德《九朝律考》，页278—279）。

③ 《四库全书提要》八二，《史部》三八，《政书类》二。

④ 《明史·刑法志一》。

⑤ 见前。

无异。

董仲舒著《公羊董仲舒治狱十六篇》①，全以《春秋》大义圣人微旨断狱。《汉书》云："董仲舒在家，朝廷如有大议，使使者及廷尉张汤就其家而问之，其对皆有明法。"②遣廷尉诣问，当是与狱讼有关的事，而仲舒以《春秋》决狱之意相对。应劭删定仲舒之作，尝曰："故胶东相董仲舒老病致仕，朝廷每有政议，数遣廷尉张汤亲至陋巷，问其得失，于是《春秋》决狱二百三十二事，动以经对，言之详矣。"③仲舒弟子吕步舒得董氏之传，亦以《春秋》之义决狱④。其他以《春秋》决狱者甚多，散见《史》、《汉》列传中⑤。

董仲舒而外，兒宽以儒生为廷尉奏谳掾，以古法义决疑狱⑥，名重一时，也是以经义决狱著称的。实则，当时廷尉史多以治《尚书》，《春秋》之博士弟子补之，以经义决狱的不止兒宽一人⑦。

汉以后此种风气仍余风不坠。晋主簿熊远奏曰："凡为驳议

---

① 《汉书》三〇；《艺文志》。《春秋繁露》卷三，"精华"有《春秋》听讼之意一节："《春秋》之听狱也必本其事而原其志，志邪者不待成，首恶者罪特重，本直者其论轻。是故逢丑父当斮，而辕涛涂不宜执，鲁季子追庆文，而吴季子释阖闾，此四者罪同异论，其本殊也。俱欺三军，或死或不死；俱弑君，或诛或不诛。听讼折狱可无审邪？故折狱而是也，理益明，教益行；折狱而非也，暗理迷众，与教相妨。教，政之本也，狱，政之末也。其事异域，其用一也，不可不以相顺，故君子重之也。"

② 《汉书·董仲舒传》。

③ 《后汉书》七八，《应劭传》。

④ 《史记》一二一，《儒林列传》。佚文今存于《通典》（六九，《礼》二九，一四，《养兄弟子为后复自生子议》，贺峤妻于氏表中引），《太平御览》（六四〇引），《白帖》（二六引）等书者，不过四事。

⑤ 详见程树德《九朝律考》上册，页197，"春秋决狱考"。

⑥ 《史记·儒林列传》；《汉书》五八，《兒宽传》。

⑦ 《史记》一二二，《酷吏列传》，《张汤传》云："是时上方乡文学，汤决大狱，欲傅古义，乃请博士弟子治《尚书》、《春秋》，补廷尉史，亭疑法，奏谳疑事。"

者，若违律令节度，当合经传，及前决故事，不得任情以破成法。愚谓宜令录事更立条例，诸立议者皆当引律令经传，不得宜以情言，无所依准，以亏旧典。”①是当时承认经传的法律效力与律令相等。元魏太平真君六年以有司断法不平，诏诸疑狱皆付中书依古经义论决之②。这是见于诏书的，不仅以命令承认儒家经义的法律效力，且无异于宣布经义的法律效力超于成文法典之上，这是非常重要的一点，不可忽视其意义及对于法律的影响。当时高允以经义断诸疑事，三十余载，内外称平③。

唐代犹有此风。刑部员外郎孙革奏：京兆府云县县人张莅欠羽林官骑康宪钱米，宪往索之，莅承醉拉宪，气息将绝。宪男买得年十四，将救乃父，以莅角抵力人，不敢拗解，遂持木锸击莅之首，见血，后三日致死者。准律：父为人所殴，子往救，击其人折伤，减凡斗三等，至死者，依常律。“即买得救父难，是性孝，非暴，击张莅是切，非凶。以髫丱之岁，正父子之亲，若非圣化所加，童子安能及此？《王制》称五刑之理必原父子之亲以权之，慎测浅深之量以别之。《春秋》之义，原心定罪。《周书》所训，诸罚有权。今买得生被皇风，幼符至孝，哀矜之宥，伏在圣慈。臣职当谳刑，合分善恶。”敕付法司，减死罪一等④。

后唐长兴二年大理寺卿李廷范一奏更足以看出当时经义决狱的风气。

① 《晋书·刑法志》。
② 《魏书》一一一，《刑法志》。
③ 同上书，四八，《高允传》。
④ 《旧唐书》五〇，《刑法志》。

格文内太和四年十二月三日，刑部员外郎张讽奏，大理寺官结断刑狱，准旧例自卿至司直诉事，皆许各申所见陈论。伏以所见者是消息律文，附会经义，以谳正其法，非为率胸臆之见，逞章句之说，以定罪名。近者法司断狱，例皆缉缀词句，漏略律文，且一罪抵法，结断之词，或生或死，遂使刑名不定，人徇其私。臣请今后各令寻究律文，具载其实，以定刑辟，如能引据经义，辨析情理，并任所见详断。若非礼律所载，不得妄为判章出外所犯之罪①。

从以上的讨论中，我们可以充分看出儒家思想在我国古代法律影响之深远。

① 《五代会要》一六，“大理寺”。

# 结　　论

从以上各章的讨论中我们可以充分看出家族和阶级是中国古代法律的基本精神和主要特征，在法律上占极为突出的地位。法律承认父权，确定父亲有支配和惩罚子女的权力。儿子无独立的自主权，不能有私财，不能与父母分居，也不能自由选择配偶。法律上也承认夫权，承认尊长的优越地位。家族成员之间的纠纷，和侵犯、伤害等罪都是根据当事人在家族中的身分而裁决的。亲属容隐、留养等法律都说明家族伦理在法律上占据重要的地位。

法律承认贵族、官吏、平民和贱民的不同身分。法律不仅明文规定生活方式因社会和法律身分不同而有差异，更重要的是不同身分的人在法律上的待遇不同。贵族和官吏享受法律上的特权，而贱民在法律上则是受歧视的阶层，处于最低下的地位。他们不能与良民通婚，也不能应试做官。

法律对身分的极端重视，结果是产生了大量关于亲属及社会身分的特殊规定，与一般的规定并存于法典中。其运用的原则是特殊的规定优先于一般的规定，于不适用特殊的规定时才适用一般的规定。

法律之所以特别着重上述两种身分，自是由于儒家思想的影响。在儒家心目中家族和社会身分是礼的核心，也是儒家所鼓吹的社会秩序的支柱。古代法律可说全为儒家的伦理思想和礼教所

支配。

但这并不是说中国法律自上古时代以来即为儒家思想所支配。秦、汉的法律是法家所制定的，其中并无儒家思想的成分在内。以礼入法是后来的事，法律之儒家化是逐渐形成的。儒家化是中国法律发展史上一个极为重要的过程，中国古代法律因此而产生了重大、深远的变化。

自儒家化的过程完成以后，如本书各章所显示的，中国古代法律便无重大的、本质上的变化，至少在家族和阶级方面是如此。换言之，家族主义及阶级概念始终是中国古代法律的基本精神和主要特征，它们代表法律和道德、伦理所共同维护的社会制度和价值观念，亦即古人所谓纲常名教。

# 附录　中国法律之儒家化

儒家思想以伦常为中心，所讲在贵贱、尊卑、长幼、亲疏有别。欲达到有别的境地，所以制定有差别性的行为规范。“名位不同，礼亦异数”①。贵贱、尊卑、长幼、亲疏各有不同。此种富于差别性的规范即儒家所谓礼，亦即儒家治平之具。故《礼记》云：“礼辨异。”“所以定亲疏，决嫌疑，别同异，明是非。”荀子谓“人道莫不有辨，辨莫大于分，分莫大于礼”②。又谓“礼者养也。君子既得其养，又好其别。曷谓别？曰贵贱有等，长幼有差，贫富贵贱皆有称者也”③。（其他例证甚多，关于礼为差别性行为规范的讨论已详拙著《中国法律与中国社会》第六章第一节，兹不赘）。法家则讲一赏一刑④，“不知亲疏远近贵贱美恶，一以度量断之”⑤。反对有别，认为亲亲爱私则乱⑥，所以以同一性的行为规范——法——为治国工具，使人人遵守，不因人而异其法。太史公论六家要旨所谓“不

---

① 《左传》庄公十八年。

② 《荀子》卷三，《非相篇》。

③ 《荀子》卷一三，《礼论篇》。

④ 商君云：“所谓一刑者，刑无等级，自卿相、将军以至大夫，庶人有不从王令，犯国禁，乱上制者，罪死不赦。”（《商君书·赏刑第十七》）

⑤ 《管子》卷一五，《任法》。

⑥ 《商君书·开塞》第七云：“亲亲则别，爱私则险。民众而以别险为务则民乱。”

别亲疏,不殊贵贱,一断之于法”者也。此种思想正与儒家所标榜的亲亲尊贤之道相反①,为儒家所深恶痛绝,认为“亲亲之恩绝矣,严而少恩”②。所谓儒法之争主体上是礼治、法治之争,更具体言之,亦即差别性行为规范及同一性行为规范之争。至于德治、人治与刑治之争则是较次要的。采用何种行为规范是主体,用德化或用刑罚的力量来推行某种行为规范,则是次要的问题。儒家固主张以德治、人治的方式来推行礼,但如以法律制裁的力量来推行礼,自无损于礼之精神及其存在,其目的仍可同样达到。儒家并未绝对排斥法律及刑罚,对于礼的维护则始终不肯放弃。在先秦时代,儒法二家在政治上争短长,优劣成败尚未判明,儒家高唱礼治,法家高唱法治,针锋相对各不相让,为学理竞争的时期。等到法家得势,法律经他们制订后,儒家便转而企图将法律儒家化,为实际争取的时期。所谓法律儒家化表面上为明刑弼教,骨子里则为以礼入法,怎样将礼的精神和内容窜入法家所拟订的法律里的问题。换一句话来说,也就是怎样使同一性的法律成为有差别性的法律的问题。《王制》所谓“凡听五刑之讼,必原父子之情,立君臣之义以权之”。即此种精神之说明。《四库全书提要》谓唐律一准乎礼,为法律儒家化以后最扼要的结语。近代中西学者常说中国法律为儒家主义之法律,亦系根据唐以来现存之法典立论,若并先秦以来之法律言之,则不尽然。讨论此问题应问我国上古时期之法律是否亦以儒家主义为中心?如其不然,则该时期之法律精神如何?

---

① 《中庸》云:“仁者人也,亲亲为大。义者宜也,尊贤为大。亲亲之杀,尊贤之等,礼所生也。”

② 太史公论六家要旨。

法律之儒家化自何代开始？其经过如何？本文目的即在就此加以探讨，试从下列各点论之。

（一）秦、汉之法律为法家所拟订，纯本于法家精神。春秋、战国为封建天下，儒家政治思想以周代典章制度为依据。换而言之，其思想实以封建制度为背景。孔子自称从周，其门人亦谓其祖述尧、舜，宪章文、武。此点汉人看得最清楚，故宣帝对太子云："汉家自有制度，本以王霸杂之，奈何纯任儒教，用周政乎？"①曰儒，曰周政，所说极为明白。但同时封建制度已由盛而衰，濒于崩溃，诸侯争霸，以富强为治国之急。于是儒家渐落伍，与时代潮流格格不入②。法家则应运而生，为国君所重。此派学说完全针对当时霸主之需要，其思想为反封建的，与儒家恰处于敌对地位③。这些法家在政治上既占优势，当时各国法律多由此辈制定，其所拟订之法律即法家平日所鼓吹之主张。李悝之《法经》，商鞅之秦法，固不待论，即萧何所制汉律亦全袭秦旧，为法家一系相承之正统。故文颖曰：

> 萧何承秦法所作为律令，律经是也④。

秦、汉法律之渊源《晋书·刑法志》言之最详。其言曰：

---

① 《汉书》九，《元帝纪》。

② 孔、孟之周流无遇，已见其端。秦之坑儒，汉高之辱骂儒生，孝文好刑名之言，孝景不任儒者，窦太后好黄老，罢黜儒者，时至宣帝犹云："汉家自有制度，本以王霸杂之，奈何纯任儒教，用周政乎？"儒家之不得志可知。

③ 萧公权先生谓："儒家拥护已就崩溃之封建天下，法家预想行将出现之君权一统"（《中国政治思想史》第一册，页七）。

④ 《汉书》八，《宣帝纪》注。

是时〔指魏明帝定魏律以前〕承用秦、汉旧律。其文始自魏文侯师李悝。悝撰次诸国法，著《法经》。……商君受之以相秦。汉承秦制，萧何定律。

此乃代表法家精神，为儒家所攻击的法律。

（二）法律之儒家化汉代已开其端。汉律虽为法家系统，为儒家所不喜，但自汉武标榜儒术以后，法家逐渐失势，而儒家抬头，此辈于是重整旗鼓，想将儒家的精华成为国家制度，使儒家主张借政治、法律的力量永垂不朽。汉律虽已颁布，不能一旦改弦更张，但儒家确有许多机会可以左右当时的法律。事虽不可详考，但在今日仍有若干痕迹可资搜索：

1.《史记》八四，《贾生列传》云（《汉书》四八，《贾谊传》同）：

贾生以为汉兴至孝文廿余年，天下和洽而固当改正朔、易服色、法制度、定官名、兴礼乐。乃悉草具其事仪法，色尚黄，数用五，为官名，悉更秦之法。孝之帝初即位，谦让未遑也。诸律令所更定，及列侯悉就国，其说皆自贾生发之。

贾谊以学事李斯（见本传），注意律令，恐有用心。其所改律令为何，虽不得而知，然必发自儒家立场，则无可疑。证之贾谊上疏不满于当时王侯大臣与众庶，同黥，劓，髡、刖、笞、傅、弃市之法而反复申论古时刑不上大夫的道理以劝文帝一事，可以概见其余。《汉书》四八，《贾谊传》云：

故古者圣王制为等列，内有公卿、大夫、士，外有公、侯、伯、子、男，然后有官师小吏，延及庶人，等级分明，而天子加焉。故其尊不可及也。……廉耻节礼以治君子，故有赐死而亡戮辱。是以黥劓之罪不及大夫，以其离主上不远也。……君之宠臣虽或有过，刑戮之罪不加其身者，尊君之故也。此所以为主上豫远不敬也，所以体貌大臣而厉其节也。今自王侯三公之贵，皆天子之所改容而礼之也，古天子之所谓伯父、伯舅也，而令与众庶同黥、劓、髡、刖、笞、傅、弃市之法。然则堂不亡陛乎？被戮辱者不泰迫乎？廉耻不行，大臣无乃握重权大官而有徒隶亡耻之心乎？……夫尝已在贵宠之位，天子改容而体貌之矣，吏民尝俯伏以敬畏之矣。今而有过，帝令废之可也，退之可也，赐之死可也，灭之可也。若夫束缚之，系缧之，输之司寇，编之徒官，司寇小吏詈骂而榜笞之，殆非所以令众庶见也。夫卑贱者习知尊贵者之一旦吾亦乃可以加此也，非所以习天下也，非尊尊贵贵之化也。夫天子之所尝敬，众庶之所尝宠，死而死耳，贱人安宜得如此而顿辱之哉？……故古者礼不及庶人，刑不至大夫，所以厉宠臣之节也。古者大臣有坐不廉而废者，不谓不廉，曰簠簋不饰。坐污秽淫乱男女亡别者，不曰污秽，曰帷薄不修。坐罢软不胜任者，不谓罢软，曰下官不职。故贵大臣定有其罪矣，犹未斥然正以呼之也，尚迁就而为之讳也。故其在大谴大诃之域者，闻谴诃则白冠厝缨，盘水加剑，造请室而请罪耳。上不执缚系引而行也。其有中罪者闻命而自弛，上不使人颈盭而加也。其有大罪者，闻命则北面再拜，跪而自裁，上不使捽抑而刑之也。曰"子大夫自有过耳，吾遇子有礼矣"。遇之有礼，故群臣自憙。婴以廉耻，故人

矜节行。……此厉耻行礼谊之所致也。主上何丧焉？此之不为，而顾彼之久行，故曰所为长大息者此也。是时丞相绛侯周勃免就国，人有告勃谋反，逮系长安狱治，卒无事复爵邑。故贾谊以此讥上。上深纳其言，养臣下有节。是后大臣有罪皆自杀不受刑。至武帝时稍复入狱，自宁成始。

以上即"诸律令所更定其说皆自贾生发之"之一例。他的话纯从儒家立场攻击当时贵贱同刑的法律。在周勃以前，即拟订汉律的萧何亦曾下廷尉械系①，可证秦、汉法律断无大臣不受刑的规定。

2.《晋书·刑法志》云："后人生意各为章句。叔孙宣、郭令卿、马融、郑玄诸儒章句十有余家，家数十万言，凡断罪所当用者合二万六千二百七十二条，七百七十三万三千二百余言。"儒家对法律发生兴趣，而为法律章句，是极可玩味的事。王充云："法律之家亦为儒生。"②其言大可注意。法律在儒家注释之下，恐已非本来面目，他们可以利用解释法律的机会，左右法律。同一法律条文因注释不同而改变其内容在历史上常有其例。王植奏称："臣寻晋律文简辞约，旨通大纲，事之所质，取断难释。张斐、杜预同注一章，而生杀永殊。自晋泰始以来唯斟酌参用，是则吏挟威福之势，民怀不对之怨。"③以此例彼，可以推知诸儒章句对汉律的影响。法律已经颁布不能随意修改，在此情形之下，注释法律是最好的办法。窃疑儒家而为法律章句，用意深长，决非偶然。

---

① 《史记》五三，《萧相国世家》；《汉书》三九，《萧何列传》。
② 《论衡》一二，《谢短篇》。
③ 《南齐书》四八，《孔稚圭传》。

3. 陈宠虽以法律专家，为理官，但“议疑狱常亲自为奏，每附经典，务从宽恕”①。想为受儒家熏染极深之人物。陈宠尝钩校律令条法溢于甫刑者除之，曰：

> 臣闻礼经三百，威仪三千。故甫刑大辟二百，五刑之属三千。礼之所去，刑之所取。失礼则入刑，相为表里者也。今律令死刑六百一十，耐罪千六百九十八，赎罪以下二千六百八十一，溢于甫刑者千九百八十九：共四百一十大辟，千五百耐罪，七十九赎罪。《春秋乾保图》曰：“王者三百年一蠲法。”汉兴以来三百二年，宪令稍增，科条无限，又律有三家，其说各异。宜令三公廷尉平定律令，应经合义者，可使大辟二百，而耐罪赎罪二千八百，并为三千，悉除其余，令与礼相应②。

以礼律合论，其态度可从“应经合义”，“与礼相应”二语见之。甚至注意到形式上的问题，想使刑法条文亦合乎礼仪三千之数，礼律关系之密切于此可见。而法律应以礼为准则，受其支配，大约已为当时的风气。

4. 除了法典内容已为礼所掺入，已为儒家的伦理思想所支配外，审判决狱受儒家思想的影响也是可注意的事实，儒者为官既有司法的责任，或参加讨论司法的机会，于是常于法律条文之外，更取决于儒家的伦理学说。我国古代法律原无律无正文不为罪的规定，可以比附，伸缩性极大。这样，儒家思想在法律上一跃而为最

---

① 《后汉书》一六，《陈宠传》。
② 同上。

高原则，与法理无异。

公孙弘少时为狱吏，“习文法吏事而又缘饰以儒术”①。兒宽为奏狱掾，“以古法义决疑大狱”②。“胶东相董仲舒老病致仕，朝廷每有大议，数遣廷尉张汤亲至陋巷，问其得失，于是作《春秋决狱》二百三十二事。动以经对，言之详矣”③。东汉应劭亦撰《春秋断狱》④。其他以《春秋》决狱者甚众，散见《史》、《汉》列传中⑤。从遗留的狱辞中来看，可以说无不以《春秋》、《尚书》等经义为最高司法原则。

这些事都足以揭露汉儒在法律上的影响。总之，当时国法（法家所拟订的法律）已经颁布，臣下不能随意修改，须说服皇帝得其同意，才能修改一二条，如贾谊之例。极为费事，且无成功把握。故汉时儒家大部分的努力仍在章句之注释及以经义决狱。

（三）儒家有系统之修改法律则自曹魏始。因事实上之限制，汉儒修改法律仅为零星的，已如上述。曹魏而后每一新的朝代成立，必制订一套本朝的法律。法典的编制和修订落入儒臣之手，于是他们把握此时机，可以以大刀阔斧的方式为所欲为，有更多的机会尽量将儒家之精华——礼——糅杂在法律条文里，一直到法律全部为儒家思想所支配为止。此种程序自魏、晋便已开始，而北魏尤其是一大关键，可以说中国法律之儒家化经魏、晋、南北朝已大

① 《史记》一一二，《平津侯主父偃列传》；《汉书》五八，《公孙弘传》。

② 《史记》一二一，《儒林列传》；《汉书》五八，《兒宽传》。

③ 《后汉书》七八，《应劭传》。参看《汉书》五六，《董仲舒传》。《汉书·艺文志》有《公羊董仲舒治狱》十六篇。

④ 《后汉书·应劭传》。

⑤ 详见程树德《九朝律考》，《汉律考》，卷七。

体完成,不待隋、唐始然。关于儒家修改法律一点因史家并无正面的记载,同时唐以前的法典又不存在于今日,无从比较搜索窜改之全貌。但蛛丝马跡犹有可寻。兹试从拟订法律者之学术思想背景及各朝法律为儒家思想所窜入的事实二点来讨论。

魏律制定人为陈群、刘劭、韩逊、庾嶷、荀诜等①。据《三国志·刘劭传》,劭"受诏集五经以类相从,正始中执经讲学",又尝"以为宜制礼作乐以移风易俗。著《乐论》十四篇"②。其精研经典,注意礼乐可知。陈群奏议多引经义③,亦为崇奉儒经者。魏律出于此辈儒者手中,自难怪其儒家化程度之深。按魏人每合论刑礼④。恐系风气如此,可以代表当时人对于礼法关系的看法。在法律儒家化运动之下,对礼法问题之注意自非偶然。从丁仪《刑礼论》中可以看出此种讨论是从儒家立场出发的。又汉时诸儒法律章句有十余家,魏明帝下诏但用郑氏章句不得杂用余家⑤。这是法律只承认儒家注释为合法而否认他家的解释。

据《晋书·刑法志》魏改定刑制多依古义。所谓古义者实即汉以前儒家所崇奉的理想制度。换而言之,亦即推翻汉代法家所拟,奉李悝、商鞅以来法家传统精神为圭臬的汉律。《志》云魏世所改大略有:

---

① 《晋书》三〇,《刑法志》。

② 《三国志·魏志》二一,《刘劭传》。

③ 《魏志》二二,《陈群传》。

④ 《魏志》二一,《刘廙传》云廙"与丁仪共论刑礼,皆传于世"。丁仪之《刑礼论》现存《艺文类聚》五四。

⑤ 《晋书·刑法志》。

贼斗杀人，以劾而亡，许依古义听子弟得追杀之。会赦及过误相杀不得报仇，所以止杀害也。……除异子之科，使父子无异财也。驱兄姊加至五岁刑，以明教化也。

按所谓许依古义得追杀之，即礼经复仇之义，而为汉法所禁者①。异子之科本商鞅所定秦法②，与礼子无私财之义相悖，为贾谊之流的儒家所深恶痛绝③，至此始除之。据此转足证明汉律系承继秦律属于法家系统之说。此外，八议之入律，亦自魏始，为吸收礼经最重要之一事。《唐六典》注云：

八议自魏、晋、宋、齐、梁、陈、后魏、北齐、后周及隋、唐皆载于律。

晋律系贾充、郑冲、荀凯、荀勖、羊祜、王业、杜友守、杜预、裴楷、周权、郭颁、成公绥、柳轨、荣劭等十四人所拟订④。史称郑冲"耽玩经史，遂博究儒术及百家之言"⑤。杜预"耽思经籍"，为《春秋左氏经传集解》，又参考众家谱第谓之《释例》，又作《盟会图》，《春秋长历》，备成一家之学⑥，为致力儒家经传最有成绩之一人。荀凯"明三礼知朝廷大仪"，与羊祜、任恺等共撰定晋礼⑦。荀勖领

① 近人程树德谓汉律不禁报仇，与鄙见不同，请参看本书页78—79。
② 《史记》六八，《商鞅列传》。
③ 《汉书·贾谊传》。
④ 《晋书·刑法志》。又见《晋书·贾充传》。
⑤ 《晋书》三三，《郑冲传》。
⑥ 同上，三四，《杜预传》。
⑦ 同上，三九，《荀觊传》。

秘书监，依刘向《别录》整理旧籍，又尝奉诏撰次汲冢故竹书以为《中经》①。他如裴楷之“尤精《老》、《易》……博涉群书，特精义理”②。羊祜“以道素自居，恂恂若儒者”③。大约除贾充一人外④皆为倾向儒家主义者。故《魏书·刑法志》云：

> 诏车骑贾充集诸儒学删定名例为廿九卷，并合二千九百余条。

诏书云云可见当初制律时人选即限于儒学，用以制定一部儒家化的法律。郑冲、杜预等儒学大家得参与其事，并非适逢其会。陈寅恪先生云：“古代礼律关系密切，而司马氏以东汉末年之儒学大族创造晋室，统制中国，其所制定之刑律尤为儒家化。既为南朝历代所因袭，北魏改律复采用之，辗转嬗蜕经由（北）齐、隋以至于唐，实为华夏刑统不祧之正宗。”⑤确为定论。但有一点应注意，中国法律之儒家化自魏已然，并不始于晋。

晋律在这些崇奉儒家思想之帝王及儒臣之手，其法律之儒家化自非泛泛。今所可知者除重奸伯叔母之令外，最重要的一点为“峻礼教之防，准五服以治罪”⑥。开后代依服制定罪之先河。与魏之以八议入律同为中国法律儒家化之大事。又子孙违犯教令，敬

---

① 《晋书》，三九，《荀勖传》。

② 同上，三五，《裴楷传》。

③ 同上，三四，《羊祜传》。

④ 史称其“雅长法理有平反之称……有刀笔才，能观察上旨”（《晋书》四〇，《贾充传》）。

⑤ 陈寅恪《隋唐制度渊源略论稿》，商务，1944 年，页 73。

⑥ 《晋书·刑法志》。

恭有亏,父母告子不孝,欲杀者皆许之。恐亦为晋之新例①。

北魏以胡族入主中原,但参与立法工作的重要分子皆为中原士族。崔宏、崔浩父子及高允为初期制律之领导人物②。崔浩经学造诣极深、尝授太宗经书。所注五经皆刊于石。《魏书》称其:

> 少好文学[《北史》无"文"字],博览经史,玄象阴阳百家之言无不关综。研精义理,时人莫及。……留心于制度科律及经术之言。作家祭法,次序五宗蒸尝之礼,丰俭之节,义理可观。性不好老庄书,每读不过数十行辄弃之曰,"此矫诬之说,不近人情。必非老子所作。老聃习礼,仲尼所师,岂设败法文书以乱先王之教乎?"③

观此则其学术渊源及对儒家之服膺已可概见。至于高允亦"博通经史天文术数,尤好《春秋公羊》"。未仕时在家教授,受业者千余人。所制诗、赋、诔、颂、箴、论、表、赞、《左氏公羊释》、《毛诗拾遗》、《论杂解》、《何郑膏肓事》凡百余篇。史臣称之曰,"依仁游艺,执经守诣,其司空高允乎?"④对其学术人格之推崇可谓备至。

---

① 见《宋书》六四,《何承天传》。按不孝弃市汉代已然,但似只限于殴父母(《御览》,640引董仲舒决狱殴父枭首)及告父母(《汉书·衡山王传》太子爽坐告王父不孝弃市)等客观条件,推而至于违犯教令父母欲杀皆许之,所谓"惟取信于所求而许之"则前所未见,疑为晋制。按宋未制律,沿用晋法,故此例应视为晋法(《南齐书》四八,《孔稚圭传》云:"江左相承用晋世张、杜律廿卷")。

② 参看《魏书》二,《太祖纪》;四上下,《世祖纪》;一一一,《刑罚志》。《北史》一,《魏本纪》;二,《魏本纪》。

③ 《魏书》三五,《崔浩传》(《北史》二一)。

④ 《魏书》四八,《高允传》(《北史》三一)。

又允本传云：

初真君中以狱讼留滞，始令中书以经义断诸疑事。允据律评刑三十余载，内外称平。

可知他对于《春秋》学之造诣不仅限于学术上的讨论且应用之于司法①。

崔、高而外，其他议律制律者如高间、游明根、常景、袁翻、刘芳等，皆为当时儒者。高间"博综经史，文才俊伟"。与高允并"称二高，为当时所服"②。游明根"综习经典……与高间以儒老学业特被礼遇……世号高、游"。史称其"以雅道儒风终受非常之遇"③。常景为儒林之后④，继承家学，"耽好经史，爱玩文词"⑤。袁翻"少以才学擅美一时"，尝议明堂之礼⑥。

刘芳为正始议礼议律之主要人物，《魏书》本传云：

还朝议定律令，芳斟酌古今为大议之主，其中损益多芳意也⑦。

---

① 此点程树德、陈寅恪二先生论之甚详。参看程树德《九朝律考》，《后魏律考序》；陈寅恪《隋唐制度渊源略论稿》，页76。

② 《魏书》五四，《高间传》（《北史》三四）。

③ 《魏书》五五，《游明根传》（《北史》三四）。

④ 祖爽教授生徒七百余人，因教授之暇述六经略注行于世。史称其"不事王侯，独守闲静，讲肄经典二十余年，时号为儒林先生"（《魏书》八四，《儒林传》；《北史》四二，《常爽传》）。

⑤ 《魏书》八二，《常景传》（《北史》四二）。

⑥ 《魏书》六九，《袁翻传》（《北史》四七）。

⑦ 《魏书》五五，《刘芳传》（《北史》四二）。

又云：

世宗以朝仪多阙，其一切诸仪悉委芳修正，于是朝廷吉凶大事皆就谘访焉。

据本传所载四学、五郊、社稷等事皆经芳议。议礼议律同出一人，不但可见刘芳学术思想之中心，亦可推知当时礼律之互通，二者关系之密切，及朝廷立法精神侧重之点。而刘芳以儒家身分及儒家精神议律，实无可疑。

按刘芳经学造诣甚深。尝授皇太子经，以“经学精洽”超迁国子祭酒。本传云：

笃志坟典。……才思深敏，特精经义，博闻强记，兼览苍雅，尤长音训，辨析无疑。

关于经传之音义著述甚多。学者文字不正，多往询访，时人号为刘石经。史臣称之曰：

嫡然特立，沉深好古，博通洽识为世儒宗，亦当年之师表也。

其学术地位之崇高可以想见。芳尝表曰：“夫为国家者罔不崇儒尊道，学校为先。”此为其政治上的主张，议律当亦本此同样态度。

魏律经崔浩、高允等人拟订，本已儒家化，今又经刘芳以经学大师之地位从事损益修订，儒家化程度之更为彻底可想而知。魏

律今虽不存，无从详考，但留养及以官爵当刑之条例，已足见其内容之一斑。《魏书·刑罚志》云：

高祖十二年诏：犯死罪，若父母、祖父母年老，更无成人子孙又无期亲者，仰案后列奏以待报，著之令格。

《法例律》：诸犯死罪，若祖父母、父母年七十已上，无成人子孙，旁无期亲者，具状上请，流者鞭笞留养其亲，终则从流，不在原赦之列。

王官阶九品得以官爵除刑。

《法例律》：五等列爵及在官品令从第五，以阶当刑二岁，免官者三载之后听仕，降先阶一等。

据《志》云官阶九品得以官爵除刑之条例即崔浩所定。此外，又有大臣犯罪赐自尽一事，此即“以参议律令之勤，赐帛五百匹，马一头，牛二头”的李彪所建议。这都是儒家的立场，议论同于贾谊。《魏书·李彪传》云：

古者大臣有坐不廉而废者，不谓之不廉，乃曰簠簋不饰，此君之所以礼贵臣不明言其过也。臣有大谴则白冠氂缨，盘水加剑，造请室而请死，此臣之所以知罪而不逃刑也。圣朝宾遇大臣礼同古典。自太和以降有负罪当陷大辟者，多得归第自尽，遣之日，深垂隐愍，言发凄泪。……然恩发自衷，未著永制。此愚臣所以敢陈末见。昔汉文时人有告丞相周勃谋反者逮系长安狱，顿辱之与皂隶同，贾谊乃上书极陈君臣之义，不宜如是。……孝文深纳其言，是后大臣有罪皆自杀不受刑，至

孝武时稍复入狱。良由孝文行之当时,不为永制故耳。伏维圣德慈惠,岂与汉文比隆哉?……但恐万世之后,继体之主有若汉武之事焉。夫道贵长久,所以树之风声也。法尚不亏,所以贻厥孙谋也。焉得行恩当时而不着长世之制乎?……高祖览而善之,事皆施行①。

元魏以胡族入主中原,因文化落后,部落社会与中原社会组织不同,自不得不以汉法统治汉族,治理中国。当时统治阶级对汉人文化的推崇处处可见。同时因本族治理人才的缺乏和不谙中国情形,不得不借重中原人才而重视士族。于是立法工作落于那些不曾南徙而愿入仕北朝的旧族手中。恰遇如崔氏父子、高允、刘芳之流的儒家典型人物,这些人把握此千载一时的机会,在统治阶级提倡赞助之下②,便得从心所欲,尽量将儒家礼教的精华倾入新的法典中。故其法律之儒家化彻底而有系统,非局部的,小规模的。疑中国法律之儒家化魏、晋已开始,但其完成则在北朝。

北魏的法律后遂为齐、隋所继承。《隋书·刑法志》云:

> 齐神武、文襄并由魏相,尚用旧法,及文宣天保元年始命群官刊定魏朝《麟趾格》。……既而司徒功曹张老上书称:"大齐受命已来律令未改,非所以创制垂法,革人视听。"于是始命

① 《魏书》六二,《李彪传》(《北史》四〇)。

② 在法律儒家化的过程中,统治者曾表示其具体拥护的立场。太平真君中诏诸疑狱皆付中书以经义量决(《魏书》四,《世祖纪》;四八,《高允传》;一一一,《刑罚志》)。太和诏书谓三千之罪莫大于不孝,而律不逊父母罪止髡刑,于理未衷,可更详改(《魏书·刑罚志》)。

群官议造齐律，积年不成，其决狱犹依魏旧。……[武成即位]以律令不成，频加催督。河清三年尚书令赵郡王叡等奏上齐律十二篇。……又上新令四十卷，大抵采魏、晋故事。

陈寅恪先生云："齐律之美备殆由承袭北魏刑律之演进所致。……北齐之典章制度既全部因袭北魏，刑律亦不能独异，故此乃全体文化之承继及其自然演进之结果。"①然窃疑果全部承袭北魏刑律，何致议造齐律积年不成，频加催督经十余年之久始得完成？恐除大部分系因袭魏律以为蓝本外，必尚有若干不同之处。考《北齐书·崔昂传》云：

又诏删定律令，损益礼乐，令尚书右仆射[薛]琡等四十三人在领军府议定。……昂部分科条，校正古今，手所增损，十有七八②。

知齐初议律时原则即在校正古今有所增损，不尽依魏律。所谓校正古今必更引用元魏以前之律。故《隋书·刑法志》谓齐律令"大抵采魏、晋故事"。此为另一主要来源，为不尽沿用魏律之一证。此外，恐也有一小部分规条系北齐自己所拟订的。例如重罪十条犯者不在八议论赎之限，即前代所无，为齐律一发明。故《隋书·刑法志》云：

① 《隋唐制度渊源略论稿》。
② 《北齐书》三〇，《崔昂传》(《北史》三二)。

又列重罪十条:一曰反逆,二曰大逆,三曰叛,四曰降,五曰恶逆,六曰不道,七曰不敬,八曰不孝,九曰不义,十曰内乱。其犯此十者不在八议论赎之限。

又云:

[隋]又置十恶之条,多采后齐之制。

《唐律疏义》亦云:

周、齐虽具十条之名而无十恶之日,开皇创制,始备此科。

按齐律由尚书令赵郡王叡等奏上,但赵郡王决非真正制律之人,不过因爵位关系领衔而已,真正动笔必另有人在,而此种人中又必有儒者参与其间,殆无可疑。此等事往往如此。魏收除尚书右仆射总议监五礼事,奏请赵彦琛、和士开,徐之才共监。先以告士开,士开惊辞不学。收曰,"天下事皆由五礼,非王不决"。士开谢而许之。多引文士令执笔,儒者马敬德、熊安生、权会实主之①。此中内幕在此数语中泄露无遗。议律之事,何能例外?

齐初议律者,崔昂、邢劭即议定国初礼损益礼乐之人物。又有李铉《北齐书》云:

① 《北齐书》二九,《魏收传》(《北史》五六)。

天保初诏[李]铉与殿中尚书邢劭、中书令魏收等参议律令①。

**据本传铉为当日之经学大师：**

年十六从浮阳李周仁受《毛诗》、《尚书》，章武刘子猛受《礼记》，常山房虬受《周官》、《仪礼》，渔阳鲜于灵馥受《左氏春秋》。铉以乡里无可师者遂……诣大儒徐遵明受业，居徐门下五年，常称高第。二十三便自潜居讨论是非，撰定《孝经》、《论语》、《毛诗》、《三礼》义疏及《三传异同》、《周易义例》合三十余卷，用心勤苦。……年二十七归养二亲，因教乡里，生徒恒至数百，燕、赵间能言经者多出其门。

**至于河清律则参与的主要分子正是魏收、赵彦琛、和士开幕后议礼的儒生马敬德、熊安生。《北齐书·封述传》云：**

河清三年敕与录尚书赵彦琛、仆射魏收、尚书阳休之、国子祭酒马敬德等议定律令②。

**又《北史》二四《崔儦传云》：**

与熊安生、马敬德等议五礼兼修律令。

① 《北齐书》四四，《儒林传》(《北史》八一)。
② 《北齐书》四三，《封述传》(《北史》二四)。

考之《儒林传》：

> 马敬德少好儒术，负笈随大儒徐遵明学《诗》、《礼》，略通大义而不能精，遂留意于《春秋左氏》，沉思研求，昼夜不倦，解义为诸儒所称。教授于燕、赵间，生徒随之者众。
>
> 至于熊安生则以明经通礼见重于齐、周二朝。
>
> 初从陈达受三《传》，又从房虬受《周礼》，并通大义，后事徐遵明，服膺历年。东魏天平中受礼于李宝鼎，遂博通五经，然专以三《礼》教授，弟子自远方至者千余人。乃讨论图纬，捃摭异闻。先儒所未悟者皆发明之。齐河清中阳休之特奏为国子博士。时朝廷既行周礼，公卿以下多习其礼……[周武帝]敕令于大佛寺参议五礼，宣政元年拜路门学博士下大夫……所撰《周礼义疏》二十卷，《礼记义疏》四十卷，《孝经义疏》一卷，并行于世①。

齐律在这些儒者手中，无怪其法律之儒家化。前已说过法律之儒家化魏、晋已开始，至元魏体系已成，北齐之所以再从事修订，并非嫌魏律之不完备，基本的动机即张老所谓“大齐受命以来律令未改，非所以创制垂法，革人视听。”为改正朔、易服色的传统观念。所以这些儒者受命修律时大部分即依据元魏旧律及魏、晋律中儒家化之规条，另一小部分则自行增订，只是补充修订的工作。

① 《周书》四五，《儒林传》（《北史》八二）。

至于周律完全模仿《周礼》[①],其儒家化之努力最为积极。但因《周礼》之不合实情,矫揉造作,不能适应当时环境,所以存在短暂,对于后代无甚影响。隋、唐之所以承袭魏、齐而不采周制即由于此。

隋律之来源有二部分,《隋书·刑法志》云:

> 高祖既受周禅,开皇元年乃诏尚书左仆射高颎等更定新律奏上之。多采后齐之制,而颇有损益。

次年所删定的新律则兼采魏、晋以来法律。据《隋书》六六,《裴政传》云:

> 诏与苏威、牛弘等修定律令,政采魏、晋刑典,下至齐、梁,沿革轻重取其折衷。同撰者十有余人,凡疑滞不通皆取决于政。

此直接承继北齐,兼采用魏、晋律的隋律,即唐律所本。《旧唐书·刑法志》云:

> 寻又敕尚书左仆射裴寂、尚书右仆射萧瑀及大理卿崔善为、给事中王敬业、中书舍人刘林甫、颜师古、王孝远、泾州别驾靖延、太常丞丁孝乌、隋大理丞房轴、上将府参军李桐客、太常博士徐上机等撰定律令,大略以开皇为准。于时诸事始定,

① 此点陈寅恪先生辨证甚详,见《隋唐制度渊源略论稿》,页65—67。

边方尚梗，救时之敝，有所未暇，惟正五十三条格，入于新律，余无所改①。

所谓以隋律为准，换而言之，亦即根据齐律、魏律。故陈寅恪先生云："唐律因于开皇旧本，隋开皇定律又多因北齐，而北齐更承北魏太和、正始之旧，然则其源流演变固了然可考而知者也。② 但据史隋律既"兼采魏、晋刑典"，齐律亦"大抵采魏、晋故事"，则北朝及隋、唐律亦有一部分源流系来自魏、晋。魏之八议为晋、宋、齐、梁、陈、北魏、北齐、北周及隋、唐所因袭。晋法依服制定罪亦为后代所遵守不替(俱见前)。皆魏、晋源流之确实可考者。

综上所述可知秦、汉法律为法家系统，不包含儒家礼的成分在内。儒家以礼入法的企图在汉代已开始。虽因受条文的拘束，只能在解释法律及应用经义决狱方面努力，但儒家化运动的成为风气，日益根深蒂固，实胚胎蕴酿于此时，时机早已成熟，所以曹魏一旦制律，儒家化的法律便应运而生。自魏而后历晋及北魏、北齐皆可说系此一运动的连续。前一朝法律的儒家因素多为后一朝所吸收，而每一朝又加入若干新的儒家因素，所以内容愈积愈富而体系亦愈益精密。举例言之，魏以八议入律，晋代保留之，晋又创依服制定罪之新例。此二事为北魏所保留，而又加以留养及官当的条例。这些都为齐律所承受，又加入十恶条例。隋、唐承之。我不是说前一朝的尽皆为后一朝所保留，其间参校古今，斟酌损益，反复修订，经过复杂，正未易言，决不如此单纯。我不过借一简单的例

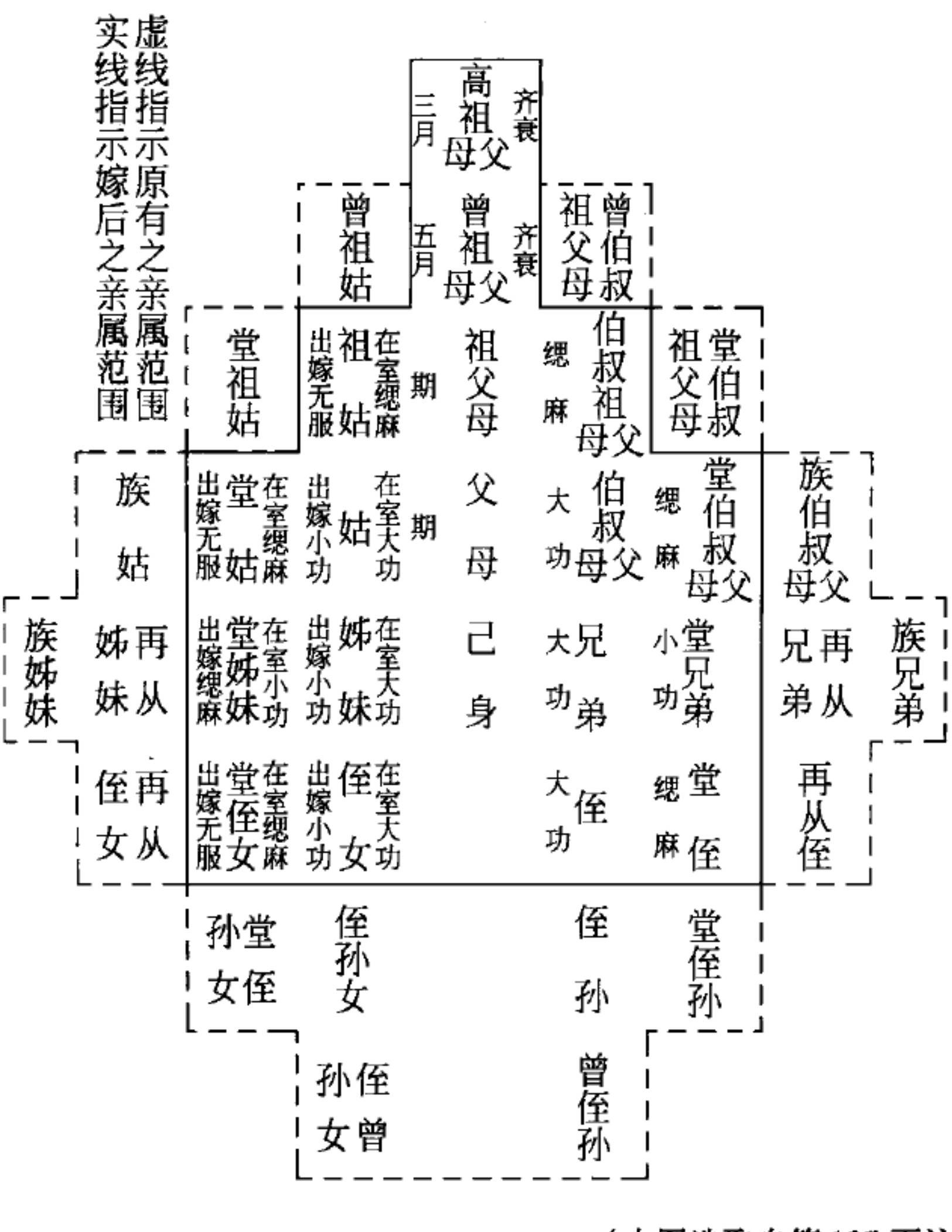
① 参看《唐会要》三九，《定格令》。

② 《隋唐制度渊源略论稿》，页 83。

子以说明当时儒家化的过程而已。归纳言之，中国法律之儒家化可以说是始于魏、晋，成于北魏、北齐，隋、唐采用后便成为中国法律的正统。其间实经一长期而复杂的过程，蕴酿生长以底于成。

原载《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。

# 服制图




（本图选取自第 137 页注释）

# 瞿同祖先生学术年表[①]

**1910 年(宣统二年)**

7 月 12 日,出生于湖南长沙。因与祖父瞿鸿禨生年同为庚戌,取名同祖。父瞿宣治曾任民国政府驻瑞士和荷兰公使。

**1911 年(宣统三年)**

随祖父母和全家迁居上海,读完小学。

**1924 年**

随叔父瞿宣颖迁居北京,入读育英中学和汇文中学,并在家自修古文和历史。

**1928 年**

母亲在沪病逝,奔丧辍学一年。

**1930 年**

中学毕业,保送入燕京大学社会学系主修社会学和历史,选修政治学、哲学、心理学、经济学和法学课程,受吴文藻、杨开道、邓之诚、洪业等教授影响。

**1932 年**

与燕京大学国文系赵曾玖结婚。

---

① 本学术年表由王健编。

**1934 年**

燕京大学毕业，毕业论文《周代封建社会》在《社会学界》第 8 卷发表。同年转入燕京大学新成立的研究院，在吴文藻教授和杨开道教授指导下攻读社会史研究生。燕京求学期间，读梅因《古代法》、《早期的法律和习俗》、维诺格勒多夫《历史法学大纲》、马林诺斯基《蛮族社会之犯罪与风俗》、罗布森《文化及法律之成长》、哈特兰《原始法律》等历史法学派著作，叹服其渊博精深，遂有研究和撰述中国法律史之意。

**1936 年**

以大学毕业论文为基础完成硕士论文《中国封建社会》，获文学硕士学位。

**1937 年**

《中国封建社会》由商务印书馆出版。该书成为当时国内高校讲授社会史的参考书，后由日本学者田岛泰平和小竹武夫译成日文由日本东京生活社出版(1942 年)。

**1938 年**

抗日战争爆发后只身转往重庆。

**1939 年**

夏，应吴文藻邀请到昆明执教云南大学，由社会、政经、法律三系合聘，分别开设“中国社会史”、“中国经济史”和“中国法制史”三门课程，历任讲师、副教授、教授。1944 年在西南联合大学社会学系讲授“中国社会史”。在中国法制史课的准备和讲授过程中，大量阅读现存的古代法典、历代刑法志、“十通”，各种《会要》及有关古代法律著述，利用授课之余写成《中国法律与中国社会》一书。

**1944 年**

经费孝通联系,应魏特夫邀请携全家取道印度前往美国,次年3月抵达美国哥伦比亚大学,在魏氏主持的哥伦比亚大学与华盛顿大学合作设立的中国历史研究室从事社会史研究工作。此间完成了一项关于汉代社会史研究;选读社会学系和人类学系的课程,有麦其弗(R. M. Maciver)的“社会变迁因素”、默顿(R. K. Merton)的“社会结构与理论”、艾贝尔(Theodore Abel)的“欧洲社会学”、林德(R. S. Lynd)“美国权力机构”、利普斯特(S. M. Lipset)的“社会阶层之分化”、林顿(Ralph Linton)的“人类学”、本尼迪克特(Ruth Benedict)的“文化与人格”、克罗伯(A. L. Kroeber)的“人类学”;借助哥大图书馆完成了《中国法律与中国社会》英文本写作,弥补了在昆明写作时未能利用《宋刑统》的遗憾。

**1947 年**

《中国法律与中国社会》列入吴文藻主编的“社会学丛刊”甲集第五种,由商务印书馆出版。

**1948 年**

应罗常培教授约请为北大五十周年校庆撰稿,完成《中国法律之儒家化》一文,收入是年出版的《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)。同年复季,应邀为华盛顿大学远东系及远东研究所作“清代绅士”学术报告,引起该校专家对绅士问题的重视。

**1953 年**

哥伦比亚大学中国历史研究室经费来源中断,离开该室。

**1954 年**

参加费正清(J. K. Fairbank)等美国汉学家组织的关于中国思

想与政治制度的学术讨论会,提交论文《中国阶级结构与其意识形态》(Chinese Class Structure and Its Ideology),该文收入费氏主编的《中国思想与制度》(Chinese Thought and Institution)一书(芝加哥大学出版社,1957 年),后又收入拉特格斯(Rutgers)大学两位教授合编的《社会学与历史》(1964 年)一书。

**1955 年**

应邀前往哈佛大学任研究员,在费正清主持的东亚研究中心从事中国史研究,与杨联陞教授和哈佛法学院梅伦(Artbur von Mebren)教授合开"中国法律"课。旁听了社会学系帕森斯(Talcott Parsons)宗教社会学和法学院索恩(S. E. Throne)教授的英国法制史课,以便中国法制史研究。

**1960 年**

完成英译唐宋古文十余篇,收入德巴里(Theodore de Bary)等主编的《中国传统资料》(Sources of Chinese Tradition,哥伦比亚大学出版社)。

**1961 年**

英文本《中国法律与中国社会》(Law and Society in Traditional China)作为法国巴黎大学高等研究实用学院经济与社会科学部"海外世界:过去和现在"丛书之一,由巴黎和海牙穆东书店出版。英国伦敦大学《东方及非洲研究学院学报》(Bulletin of the School of Oriental and African Studies, London University,1962 年第 25 卷)、《美国历史评论》(American Historical Review,1963 年第 68 卷第 2 期)、《哈佛亚洲研究学刊》(Harvard Journal of Asian Studies,1963 年第 24 卷)高度评价此书。

**1962 年**

应威廉·荷兰(William Holland)教授邀请任加拿大不列颠哥伦比亚大学亚洲系副教授,讲授"中国通史"和古代汉语。在哈佛完成的学术著作《清代地方政府》(Local Government in China Under the Ch'ing)由哈佛大学出版社出版。次年美国《亚洲研究学刊》(Journal of Asian Studies,第23卷)、《美国历史评论》(第68卷第2期)发表评论,给予高度评价。

**1965 年**

秋,由不列颠哥伦比亚大学辞职经欧洲回国。次年夏,华侨事务委员会安排回湖南原籍等候分配。

**1971 年**

经组织安排到湖南省文史馆任馆员,其间主要参加学习,未做任何研究。

**1972 年**

英文《汉代社会结构》(Han Social Structure)由华盛顿大学出版社出版。西德《亚洲历史学报》(Journal of Asian History)高度评价此书"是中国现代学术最佳成就的一个主要范例,它对一个复杂而重要的课题作出了卓越的综合。"

**1976 年**

《艾登回忆录》(与赵曾玖合译)由商务印书馆出版。同年借调到中国社会科学院近代史研究所,编译《史迪威资料》。夫人赵曾玖病故。

**1978 年**

正式调入中国社会科学院近代史研究所从事清律研究。《史迪威资料》一书由中华书局出版。

**1979 年**

任中国社会学会理事。

**1980 年**

作为中国历史学家代表团(团长为夏鼐)成员,参加在罗马尼亚布加勒斯特举行的第 15 届国际历史科学会议。同年 9 月 1 日至 5 日,出席在瑞士苏黎世举行的第 27 届欧洲汉学会议(European Association of Chinese Studies),在大会上宣读论文“清代法律的延续性和演变”(Qing Law: An Analysis of Continuity and Change),演讲稿发表在《中国社会科学》(英文版)1980 年的第 3 期;中文“清律的继承和变化”在《历史研究》1980 年第 4 期发表,后又选入《中国法学文集》(法律出版社,1984 年)。

**1981 年**

《中国法律与中国社会》修订本由中华书局出版,1996 年重印。任国务院古籍整理出版规划小组成员,后担任小组顾问。

**1983 年**

10 至 11 月,应邀参加香港大学冯平山图书馆五十周年纪念学术讲座活动,发表题为“法律在中国社会中的作用——历史的考察”学术演讲,该文 1998 年发表在北京大学法学院《中外法学》第 4 期,同年 12 月获该刊创刊十周年优秀论文特别奖。此外,为港大中文系和历史系讲学三周,用英语作“清代司法”演讲。是年被选为中国法律史学会顾问。

**1984 年**

应邀为《中国大百科全书·法学卷》撰写“礼”和“服制”辞条。被选为中国法学会婚姻法学研究会顾问。

**1985 年**

1 月至 4 月,应“美中学术交流委员会高级学者交流计划”的邀请,赴美国做学术交流和访问。先后在华盛顿大学、芝加哥大学和哈佛大学分别作“儒家思想与中国传统法律之发展”(Confucianism and the Development of Chinese Law)、“法律在中国社会中的作用——历史的考察”(The Role of Law in Chinese Society: A Historical Survey)、“中国的服制”(The Mourning System in China)等一系列学术报告。访问了哥伦比亚大学和普林斯顿大学,与美国同行专家广泛地交流学术意见。同年起享受终身专家待遇。

**1989 年**

作为大会主席主持了由中国社会科学院法学研究所、华夏研究院法律文化与法制建设发展战略研究所共同主办的“中国法律史国际学术研讨会”。

**1997 年**

应中华书局约,撰写学术自传《我和社会史及法制史》,辑入《学林春秋》一书,由中华书局出版。受聘担任中国政法大学“二十世纪中华法学文丛”学术顾问。

**1998 年**

应约为北京大学哲学系组织推荐的大学本科生 30 种“应读书目”之一《中国法律与中国社会》撰写读书“导言”。《瞿同祖法学论著集》由中国政法大学出版社出版,2004 年修订再版。

**2004 年**

中文本《清代地方政府》(范忠信等译)由法律出版社出版。

**2006 年**

获中国社会科学院荣誉学部委员称号。

**2007 年**

中文本《汉代社会结构》(邱立波译)由上海人民出版社出版。

**2008 年**

10 月 3 日,因病在北京去世。

# 社会史视野中的法律——瞿同祖访谈

王　健

出于对历史和社会学的兴趣，瞿同祖把社会学的研究推进到了社会史领域，继而又在梅因等历史法学和人类学法学作者精湛研究的影响和感染下，把对象确定在了古代社会中的法律，并力图对中国历史上的法律提供一种社会学的解释。在兼跨社会学、历史、法律这三个学科领域之间，开创了把法律史与社会史结合起来的研究，由此形成了一种新的学术研究体系，它可以被称为“法律社会史”。这正是瞿老对中国法制史这门学科发展作出的独特贡献，它不仅仅是从未有过的一种尝试，而且直到今天，仍难有人超越他所取得的成就。

1910 年 7 月 12 日，在湖南长沙的一个世宦之家，瞿同祖出生了。其祖父瞿鸿禨，号文慎，是清光绪时的军机大臣。父亲瞿宣治，号希马，在驻瑞士和荷兰的公使馆里任职。呱呱坠地的婴儿因与他祖父的生年同为庚戌，故取名同祖。又因生于阴历 6 月初 6 日，为天贶节，故字天贶（后改为天况）。瞿同祖 1 岁的时候随祖父母和全家迁居到了上海，并在那里念完了小学。

1923 年，瞿先生年仅 13 岁时，父亲就于回国途中去世了。不久，即由他的叔父接到了北京，并进入有名的育英中学和汇文中学读书。瞿先生的叔父瞿宣颖，号兑之，时在北洋政府任职，是深具

国学功底的文学家和史学家，曾在南开大学、清华大学和燕京大学任教，有《汉魏六朝赋选》、《中国社会史料丛钞》等丰富著述。这使得瞿先生有条件从小就受到良好的传统文史知识的训练和熏陶。

瞿老清楚地记得叔叔在家里给他讲汉赋的情景，指点他古文，还教他历史。瞿老表示，他对历史的兴趣就是受叔叔的影响。上中学后，叔叔又请人给他和他的堂兄弟教中文。

1930 年瞿先生在汇文中学毕业后，因为成绩优异而被保送到由美国在华的基督教会创办的燕京大学。当时的燕京大学经过司徒雷登多年的“苦心”经营，已发展成中国最著名的教会大学。而且自 1928 年以后，燕大课程设置的重心就转向了文科。除了声名显赫的新闻系外，社会学系也是燕大法学院的一个重点，以其雄厚的师资力量闻名遐迩。

瞿先生在燕京大学主修的正是社会学，他选读的一系列课程有林东海的社会学概论，雷洁琼的社会学原理，许士廉的人口学，杨开道的农村社会学和统计学，吴文藻的人类学、家族社会学、西洋社会思想史，张鸿钧的社会工作，陶希圣的中国社会史，并听完了芝加哥大学社会学系的派克（Robert E. Park）教授来燕大所做的一学期的社会学讲座。除此之外，他还选修了钱穆的国学概论、肖公权的西洋政治思想史、吕复的比较宪法、张东荪的西洋哲学、陆志伟的心理学、郭云观的法学通论等。作为一所教会大学，与其他的学校相比，燕京大学最大的特点就是其课程：除了中国历史和国文课以外，几乎都是用英文讲的。在燕京大学瞿同祖主要上社会学系和历史方面的课。瞿同祖表示，对他影响最大的就是吴文藻和杨开道老师。受历史系的老师影响较多的是教中国历史的邓之

诚,还有教历史方法的洪业老师。正是在这样一个大师云集的环境下,瞿先生在燕园度过了四年大学本科生活。

1934 年,燕京大学依照教育部新颁布的《大学研究院暂行组织规程》正式设立了研究院。瞿先生适逢当年毕业,接着便转入研究院,在吴文藻教授和杨开道教授的指导下,攻读社会史研究生,两年后毕业,获得文学硕士学位。学位论文就是 1937 年由商务印书馆出版的《中国封建社会》,它是在充实大学毕业论文《周代封建社会》的基础上写成的,而后者于 1934 年发表在燕京大学社会系出版的《社会学界》第 8 卷上。《中国封建社会》是瞿先生研究社会史的第一部著作。当时国内一些大学曾把它作为一部重要的教学参考书。后来,该书又被译成日文出版(田岛泰平与小竹武夫合译,日本东京生活社,1942 年)。不过,后来瞿先生对此书并不满意,认为它是他的“著作中最不成熟的一本”。美国华盛顿大学曾经有人翻译此书,虽已译出一章,最终还是被瞿先生婉言谢绝了。

1938 年抗战爆发,瞿先生转往重庆。第二年又来到昆明,开始在云南大学执教,历任讲师、副教授、教授。在那里,他开设了中国社会史、中国经济史和中国法制史三门课程,另外又在西南联合大学社会学系讲授中国社会史课。在中国法制史课的准备和讲授过程中,瞿先生倾注了大量心血,精心钻研,利用授课之余,“伏案写读,敌机不时来袭,有警辄匆匆挟稿而走,时作时辍,倍平日之力,始得竟其功”。

瞿老还记得有一年在农村乡下,晚上点菜油灯照明,光线昏暗,不能看书写作。他就想了个办法,躲在床上反复思考写作中所遇到的问题,有了腹稿,次日写稿就比较顺利了,这样就不致浪费

时间。又有一年,为了躲避空袭,他住在昆明附近的呈贡县乡间,他们社会学系的几个人,包括他和费孝通教授等人,都住在农民家里,每个礼拜他们都骑马到火车站,然后坐火车进城去上课。上完课又坐火车,再骑马回来。当时条件很艰苦,做学问全靠毅力。在艰苦条件下笔耕不辍的一个直接结果就是,他的那部名著——《中国法律与中国社会》面世了。

该书被作为吴文藻主编的《社会学丛刊》甲集第五种,于 1947 年由商务印书馆出版。在这部书中,瞿先生首次表达了他关于中国古代法律研究的一些基本观点,指出家族主义和阶级概念是我国古代法律的基本精神和主要特征。它们是儒家意识形态的核心和中国社会的基础,而且是古代法律着重维护的社会制度和社会秩序,在法律上占有极为突出的地位。后来,瞿先生在哥伦比亚大学用业余时间将此书译成英文,并利用哥伦比亚大学图书馆丰富的馆藏,弥补了最初在昆明写作此书时由于缺少《宋刑统》这份材料而造成的遗憾,写成了英文版的《传统中国的法律与社会》(Law and Society in Traditional China),该书收入法国巴黎大学高等研究实用学院经济与社会科学部《海外世界:过去和现在》丛书,由巴黎和海牙穆东书店 1961 年出版。

英文版《传统中国的法律与社会》的问世,受到了国际汉学界和史学界的广泛关注,为确立瞿先生在古代法律史研究领域的国际地位奠定了重要而坚实的基础。

瞿老早年原本专攻社会学,然而为何又转向对中国百代法律的研究?是什么原因促使他把古代社会史与法制史结合起来,写出了广为学界称道且独树一帜的那部《中国法律与中国社会》?选取这种独特的观察视角,是出于怎样一种考虑?它的学术意义与

成就又是什么呢？瞿老表示，燕京大学的法律系比较薄弱，课程不多。当时的法学院跟现在的概念不一样，社会学系还有政治系、经济系都属于法学院。当时涉及法律的课程有比较宪法、法学通论等，但没有中国法制史一课，缺乏这方面的训练。法律都是自学的，也没有指导，从亨利·梅因的书读起。所以说在法律方面，瞿同祖自己戏称为“上乏师承”。

当时在燕京大学上的是社会学系，瞿老开始考虑用社会学的方法和观点研究中国传统社会。导师吴文藻和杨开道也鼓励他做这方面的研究，导师们一致认为这种研究是有价值的，而且瞿同祖在这方面也有基础。于是瞿同祖决心以社会史为专业，试图用社会学和社会人类学的观点和方法研究中国社会史，希望能作出一点成绩来。当时，瞿同祖已经读了亨利·梅因的《古代法》（Ancient Law），还有他的《早期法律与习俗》（Early Law and Custom）。又读了维诺格拉多夫（Paul Vinogradoff）的《历史法学大纲》（Outlines of Historical Jurisprudence）。读了这些书之后，对法律产生了浓厚兴趣，也想写出像梅因那样能成一家之言的书。

瞿同祖在云南大学开设中国法制史课程时，为了备课，便收集研究了中国古代的法律材料，又阅读现存的古代法典，像唐律、明律、清律、历代刑法志、“十通”及各种“会要”等有关古代的法律著述。当时完全是靠自己独立的摸索。研究了这些法典之后，有了一些心得，就想把这些心得写出来。这就是形成了他对法制史最初的积累。这期间他又读了人类学家写的书，有马林诺斯基（B. Malinowski）的《蛮族社会之犯罪与风俗》（Crime and Custom in Savage Society）、罗布森（W. A. Robson）的《文化及法律之成长》（Civiliziation and the Growth of Law），还有哈特兰（E. S. Hartland）的

《原始法律》(Primitive Law)。读了这些书后,深为叹服,受到了很多的启发。

这样,既有法学家的影响,又有人类学家的影响,又因为要备课、研究中国古代法,瞿老就利用写讲稿和研究的心得,以及对中国古代法律特征的理解,写出了《中国法律与中国社会》。所以,《中国法律与中国社会》一书的体系与当时的中国法制史书完全不同。

瞿同祖认为,法律与社会现象是不可分割的;法律是社会中的一种制度,不能离开社会;研究法律必须放到社会中去。把法律史与社会史结合起来的研究,是他个人创新的尝试,以前没有人这么做过,所以,它既是一部法制史,也是一部社会史的书。他的研究就是要找出中国古代法律的特征和精神,要讲出个道理来,提出个人的观点,供读者参考,这种精神主要表现在"家族"和"阶级"的概念上。

这里我们不准备对瞿老的研究作更多的学术评论,因为那需要专门、具体地分析和展开。不过,从以上他的学术自述当中,我们不难看出瞿老学术研究的发展脉络与风格特色。大体来讲,首先是出于对历史和社会学的兴趣,瞿老把社会学的研究推进到了社会史领域,继而又在梅因等历史法学和人类学法学作者精湛研究的影响和感染下,把对象确定在了古代社会中的法律,并力图对中国历史上的法律提供一种社会学的解释。这种社会学解释在方法论上表现为"功能主义"观点,即把社会生活的各个方面,如风俗、制度或信仰等视为一个相互之间有着密切联系的统一体,通过考察各个部分在社区整体中所占的地位,来探求对社会生活的认识和理解。通过研究,在瞿老的心目中,法律被界定在这样的概念

前提之下：

第一，法律与社会之间有密切的关系。瞿老认为，不能像分析法学派那样把法律视为一种孤立的存在；法律是社会的产物，是社会制度之一，是社会规范之一；法律与风俗、习惯、制度、伦理道德和意识形态等的关系极为密切；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。

第二，法律分为“书本上的法律”（law in book）和“行动中的法律”（law in action）。瞿老指出，由于社会现实与法律条文之间往往存在着一定的差距，因此，要知道法律在社会上的实施情况是否有效、推行程度如何、对人民的生活有什么影响等问题，就必须采取功能的研究，即不仅要分析法律条文，还应注意法律的实效问题。

据此，瞿老提出了自己研究的目标：一是研究并分析中国古代法律的基本精神及主要特征；二是以前者为基础，进一步探究中国古代法律自汉至清有无重大变化。根据功能派的观点，瞿老运用家族、婚姻、阶级、巫术及宗教这些社会史的范畴，将中国古代自汉至清近两千年间的法律作为一个整体加以分析，广泛利用正史、野史、笔记、小说中的法律史料和法典、个案和判例等法律文献材料（就只研究书面的历史记载这一点而言，瞿老的研究与梅因相似），对中国古代法律的基本精神及其主要特征，以及这种精神和特征的变化轨迹提供了一种全新的解释。在兼跨社会学、历史、法律这三个学科领域之间，开创了把法律史与社会史结合起来的研究，由此而形成了一种新的学术研究体系，它可以被称为“法律社会史”。这正是他对中国法制史这门学科发展作出的独特贡献，它不仅仅是从未有过的一种尝试，而且直到今天，仍难有人超越他所取得的

成就。

早在1937年,瞿先生即通过吴文藻教授的介绍,认识了来华访问的美国社会经济史学家魏特夫。1944年底,魏特夫打电报直接邀请瞿先生去美国。瞿先生拿着电报很快办好护照,携全家取道印度,于1945年3月抵达美国哥伦比亚大学,担任魏特夫主持的由哥伦比亚大学与华盛顿大学合作设立的中国历史研究室研究员,主要从事社会史方面的研究工作,直到1953年离开那里。这期间,瞿先生完成了他关于汉史的研究,形成了英文版的《汉代社会结构》(Han Social Structure)。该书主要对汉代的家族、婚姻、妇女地位、社会阶级以及豪族等问题作了专门分析和讨论。在哥伦比亚大学工作期间,瞿先生还选读了社会学系和人类学系一些著名教授的课程。

1955年,瞿先生应邀前往哈佛大学任研究员,在由费正清主持下的东亚研究中心继续从事中国史的研究,并与中心成员杨联升教授和哈佛法学院梅伦(Arthur von Mehren)教授共同开设中国法律一课。在哈佛,瞿先生写成了他的又一部重要学术著作《清代地方政府》(Local Government in China Under the Ch'ing),并于1962年由哈佛大学出版社出版。在美国期间,瞿先生还曾将唐宋古文十余篇译成了英文,发表于德巴里等主编的《中国传统资料》(Sources of Chinese Tradition,哥伦比亚大学出版社,1960年)。

1962年,瞿先生应他的朋友威廉·荷兰的邀请,来到加拿大不列颠哥伦比亚大学,担任威廉·荷兰创设的亚洲系副教授,讲授中国通史。

1965年,已在海外漂泊了二十多年的瞿先生,怀着与家人团聚和投身祖国建设事业的美好心愿,辞职回国。但是不久即赶上国

内“天下大乱”,于是,一切希望都化为泡影。

“外国来的人都说我:要是晚回来几年就好了。国内外的人都这么说,说我回来的不是时候。‘文革’时候我没有任何单位工作,也没人管我,算幸运。就是呆着无聊。我回来是华侨委替我联系工作的,但‘文革’起来了,就没办法联系工作了,先在北京呆了一年。后来华侨委告诉我说到湖南去吧,那边有义务安排工作。到了湖南,又说回北京吧,我们安排不了你,结果又回一趟北京。1968 年又回到湖南后,在宾馆住了 5 年,也没书看,也没朋友,完全是浪费。直到 1971 年才安排到文史馆。幸运的就是没有经历过挨整的那些事情。听说有些人从美国一回来就遇到这个问题,说:美国条件那么好,你为什么回来呢? 肯定有特务嫌疑! 他们不理解,中国人有爱国心。幸运的是没有人问我,那样问我,我就没法回答了。”

“当时除了组织学习,没做过任何研究。”不过,瞿先生与夫人赵曾玖应约合译了《艾登回忆录》(1976 年商务印书馆出版)一书,这可以说是瞿先生在回国后的十年里做的唯一与学术有关的事情。“当时翻译出版这本书,是没有报酬的,但我很乐意接受,因为回国,就是想为国家出力”。

“文革”结束后,瞿先生迎来了他学术生涯的第二个黄金时代。1976 年,瞿先生先被借调,后于 1978 年正式调入中国社会科学院近代史研究所,主要从事清律研究。这期间,瞿先生编译了《史迪威资料》一书,1978 年由中华书局出版。

1980 年,作为夏鼐任团长的中国历史学家代表团成员,瞿先生参加了在罗马尼亚布加勒斯特举行的第 15 届国际历史科学会议。同年9 月,又赴瑞士苏黎世出席了第27 届欧洲汉学会议,并在大会

上宣读了他用英文写成的一篇关于清律研究方面的重要论文《清代法律的延续性和演变》(Qing law: An Analysis of Continuity and Change)。1983 年 10—11 月间,瞿老应邀参加了香港大学冯平山图书馆 50 周年纪念学术讲座活动,发表了题为《法律在中国社会中的作用——历史的考察》的演讲。此外,他又为港大中文系和历史系讲学三周,并用英语为该校师生作了一次关于清代司法的演讲。

在 1984 年出版的《中国大百科全书·法学卷》中,瞿老还应邀撰写了"礼"和"服制"两个长篇辞条,代表了中国法制史学科中对这两个重要概念的权威性解释。

1985 年,应"美中学术交流委员会高级学者交流计划"的邀请,瞿老重返阔别已有二十多年的美国进行了为期三个月(1—4 月)的学术交流和访问。先生在华盛顿大学、芝加哥大学和哈佛大学连续作了"儒家思想与中国传统法律之发展"(Confucianism and the Development of Chinese Law)、"法律在中国社会中的作用——历史的考察"(The Role of Law in Chinese Society: A Historical Survey),"中国的服制"(The Mourning System in China)等一系列学术报告(但非常可惜的是,除了第二个题目,其余的讲稿瞿老均未保存下来)。此外,瞿老还访问了哥伦比亚大学和普林斯顿大学,与美国同行专家广泛地交流学术意见。

1989 年,已年近八旬的瞿老作为大会主席主持召开了由中国社会科学院法学研究所与华夏研究院法律文化与法制建设发展战略研究所共同主办的"中国法律史国际学术研讨会",这是自 1949 年以来我国首次举办的大型法律史国际学术会议。

谈及自己对待学问的态度和治学经验,瞿老说道:"反正我呢,

至少认真,不耻下问。做学问就怕不懂的地方、不明白的地方不问人。不管是否做出过什么成绩,还得不耻下问。我至少有这种精神。至于我能达到什么样的水平,那就有限了,但至少认真做。所以法学所的人来采访我,说我为什么只有四本书。我说写作不在数量,而在质量。其实我还有要说的没有说,是什么呢?写书容易,人人都会写。可写本好书,就不容易了。要写本传世的好书,就更难了。不是人人都能办到的。我不敢说自己能写出传世的书,只是尽量抱着要写好书的目的。写书不是很容易么,写个十本也不难呀,但我不想那么做。”

“我在燕大的一位老师叫洪业。我离开哥伦比亚大学去哈佛,临走的时候,他跟我说:‘再写一本好书’。什么含意呢?我琢磨,他承认我写过好书。但还要鼓励我再写本好书。这话在我脑子里印象很深。所以我一定要自己感到可以通过自己(的标准时)才写,有点新观点的时候才写,否则就不写。”

# 瞿同祖谈治学之道

## 题记

不见瞿老,已有三年。月前赴京出差,我又专门拜访了瞿老先生。瞿老今年九十有四,虽然已是耄耋之年,可言谈举止的清晰、有力,都大出乎我的意料。瞿老说:"现在老了,自然衰老了,腿走路没有力气,医生嘱咐每天看书不要超过半小时,看多了要疲倦的,所以现在也不看书报和电视了,但还听听音乐,古典的。"跟瞿老的闲聊很是惬意,话题涉及法律史研究、对个人著作的回顾和评价、翻译、学术规范与学术道德、治学态度与方法以及个人经历等等,有些是回答我的追问,更多则是瞿老想起要说的。窃思:作为享有国际学术声誉的一代著名学者,瞿老究其毕生治学的这些经验之谈,对于今天一代的学子,无论为学还是做人,当有启发和激励意义。故将记录大略归纳、加以适当标题,并尽量引述瞿老原话,整理发表,以飨读者。

7月12日是瞿老生日,谨以此文纪念瞿老94周岁生日。①

---

① 2004年7月12日撰。

## 《中国法律与中国社会》与法律史教学

由于从事专业教学的缘故,瞿老当年在云大讲授法制史课的一些情况,特别是讲义的编写及其与后来出版的《中国法律与中国社会》一书的关系,一直是令我感兴趣的一个问题。瞿老说:当时云南大学设有法制史课,而西南联大没有开设这门课。他本在云南大学任教,给云大的社会学系、经济学系和法律系分别开设社会史、经济史和法制史三门课。联大则是受聘兼课,所以他只在联大讲社会史一门课。在云大讲的那三门课,瞿老说:"经济史好办,因为有教学参考书可用,法制史和社会史都没有,完全边学边讲了。""云大要开设这门课,所以就临时现学现讲。"

在云大讲授法制史的时候,《中国法律与中国社会》一书尚未写出。但当时的讲课,大致就是以这书内容为底子的,不过讲课不限于此,内容要比这书的内容更多些。"我这书绝对不是法制史,法制史的内容范围要比这更多,还要有法典、审判等等内容,而我那书里面都没有。《中国法律与中国社会》作教材用不够,只可以作为备课的重要参考书之一。我在哈佛的时候,跟杨联升等三个人合开一个叫 seminar 的,不是课,用的就是这个书作参考。"

瞿老至今仍然认为《中国法律与中国社会》是自己毕生所写的一部得意之作;"这书我现在自己认为还是满意的","当时写这书就是一种尝试,完全没有把握。既当法制史,又当社会史,两门课都没有教材,只有靠自己摸索了"。瞿老还补充:自己在燕

大读书时没有学过社会史，只是陶希圣来讲过一次。法制史也没学过，只是郭云观还是谁来讲过法学概论方面的课，其它就记不得了。

瞿老特别强调：英文《中国法律与中国社会》这书与中文本的最大不同之处，就是英文本后面附有一个参考文献目录，而中文本里没有。“外国每本学术书的后面都要有参考书目，没有的话，是要提出批评的，书评是要批评的。中国没有这个制度。外国很认真，不仅要看书的内容，还要看书目，而且书目里面列的书，不仅是引用的，凡是跟书的主题有关的文献，也都要列上去。不然就要受到（学术）批评的。”

## 翻译

瞿老回顾自己全部的学术研究成果，认为主要就是《中国封建社会》和《中国法律与中国社会》这二本中文书，和三本英文书；1961 年巴黎和海牙穆东书店出版的英泽《中国法律与中国社会》——Law and Society in Traditional China 是专为外国读者而翻译的。之所以要将中文译成英文，按瞿老的说法，就是“外国人看不懂，就很难叫人家了解中国法。他不懂，那就只好翻译了”，“我是书的作者，所以我翻译起来比较方便，而且把《宋刑统》的内容也补充进去了”。

英译《中国法律与中国社会》问世后的第二年，哈佛大学出版社出版了瞿老的另一部重要著作，即 Local Government in China Under the Ch’ing。近年来应阅读市场不断增长的需要，经过数年

的努力,2003 年法律出版社出版了由范忠信教授主持翻译的这部著作——《清代地方政府》。

Han Social Structure(《汉代社会》)是瞿老 1945 至 1953 年在美国哥伦比亚大学担任魏特夫主持的由哥大和华盛顿大学合作设立的中国史研究室研究员期间从事社会史方面研究工作的一个成果。瞿老说:“我刚到美国在哥伦比亚大学,那儿有个汉代史的研究计划。我写汉代社会史,稿子早就写好了,原本计划要出书,后来因为经费断了,就搁下了,书稿一直也没有出版。再后来我把这些材料全部带到了华盛顿大学,那的研究计划也要编丛书,我已经有这书的基础了,所以我的书就先出版了。”《汉代社会》1972 年由华盛顿大学出版社出版,当时瞿老已经回国。瞿老说“后来外国来人,才送给我的”。

许多年以前,国内曾有学者试图翻译这部著作。初稿成,送瞿老审阅,瞿老感觉译文质量方面不甚理想,于是该书的中译之事暂时被搁置起来。不过学术界一直希望能有这书的中译本出版,以便广大中文读者的学习和研究之用。瞿老认为,《汉代社会》一书是否一定要有中文译本,并不是一件多么重要的事;“就翻译这本本身来说,我觉得我无所谓”。如果要翻的话,“应当由学历史的人翻译,而且是学古代史的,学秦汉史的人来翻译,念清史专业的人来翻译,都不太合适。以后出版社要出版中译本找我联系的话,我就找专业的人来翻译。我现在还没有遇到合适的人,等遇到合适的人再说吧”。

说到这里,瞿老显得略微有些激动,他说“翻译不是件容易的事情。我自己也翻译过。商务印书馆找我译《艾登回忆录》,我也遇到过问题,于是把英文方面的问题一条条记下来,寄给北外的周

珏良教授,周一良的弟弟。他倒是一条条地回信给我了。按说我在美国呆了二十多年,用英文讲课、用英文写作和翻译,但还是有问题要问的。”“你看,《剑桥中国史》也都是找专门的人来(分别)翻译的”。

说到瞿老“中国阶级结构与其意识形态”这篇论文,瞿老说:“那篇文章第一是因为费正清开会,要提交论文;第二是当时《中国法律与中国社会》的英文版还没出版,于是就把那书的内容做了一个简要的陈述。所以,那篇文章就不必翻译成中文了。现在看就没什么用了。不过,那篇文章后来又收到了《社会学与历史》,是英文的,叫 Sociology and History。可惜这本论文集我没有保留,这书是两位社会学教授编的,名字我不记得了。这本书收录了各国用社会学观点研究历史的许多论文,编者还提到,从费正清编的那部文集里,只选收了我的这一篇论文,还说我是 best tradition of Marx Weber,我也不知道怎么翻译好,翻作‘传统’也不合适。这书大概是 1964 或 1965 年出版的。”

## 学术道德

“我 1965 年回来的时候已经 55 岁了,精力应该是正旺盛的时候,正是写好书的时候。写到 65 岁,应该说可以吧,但很遗憾,不要说写好书,能写出看得过去的书都不错了。”

闲聊当中,瞿老向我讲起一件“以前从来没给人讲过”的事。

“有本书叫《中国古代婚姻家庭》,作者是(中国社会科学院)法学所的一个人,是法学所的一个人出的书,抄袭了我书的前四

章。这是读者写信告诉我的。这个读者把他的书和我的书一致的部分对照列出来,寄给我看,我才知道的。这是1981年以前的事了。我也不知道那人是因为抄了我的书,有了成果还是怎么的,调到了法学所来。这是剽窃行为,要在国外,早就不要他了;不仅单位不要他,而且学界也不会要他了,会叫他无立锥之地的!最近我想起这件事,打电话给法学所的老人,问后来是怎么处理那件事的。法学所的人告诉我说,对他进行了严厉的批评教育,职称只能到副研究员,不能再升了。我说:法学所算是对他太宽容了!说到这里时,我注意到瞿老显得有些激动。

"其实这事也影响法学所的声誉。我也很奇怪这事。法学所怎么会把他调进来呢?难道法学所的人光看他的书,不看我的书?看我的书就会知道他的书有问题呀。难道没有审查(制度)?真是奇怪,不知怎么回事。

"我问心无愧的,就是我比较认真,不乱写书,一定要有值得发表的心得才会写。所以我的书也少,论文也少。论文不是约稿,就是为参加会议写的。'中国法律之儒家化'就是在美国的罗常培约我写的,他要不约,我也不写。'中国阶级结构与其意识形态'是应邀参加会议写的,还有为香港大学冯平山图书馆五十周年纪念会写的,全都是应邀参加会议而写的。

"我的习惯是书、论文和讲稿只要出版了,原稿就扔了,从不保留。唯一例外的,就是在香港大学的那篇演讲稿'法律在中国社会中的作用'。那篇文章为什么能保留下来呢?因为当时说是要编论文集,结果其他讲演的人没交论文,论文集一直没出,我的稿子也就留下了。"

# 学术生涯

瞿老毕生致力于学术研究，成绩斐然。每当有人向他请教治学之道时，他都会用“勤奋”和“认真”四字来回答。仅从字面上看，这四字极为简单而普通，但对于瞿老来讲，我们有理由相信，这四字里面，一定包涵着在他的学术生涯中无数切身的体验和细腻的感受。他乐于回忆起《中国法律与中国社会》一书写作的时代环境背景，那书“的确是在很艰苦的条件下写成的。当时日本飞机老来轰炸，要躲避空袭，我们住在乡下，从昆明到呈贡，还要骑半个小时的马。不过，那时年轻，有毅力。”用心查阅《五杂俎》原文，纠正近人多引顾炎武《日知录集释》云，户部十三司书吏皆为绍兴人，并以此解释何以幕友多为绍兴人之误，也是瞿老常常用以说明治学要有一丝不苟精神的例子。今年3月初的一天，瞿老专门打电话给中国政法大学出版社总编室，校正该社出版的《瞿同祖法学论著集》第127页的一字之误（“留养不是男女独有的权利”，应为“男子”），可谓瞿老治学严谨认真的又一鲜活例证。

凭着勤奋和认真，瞿老自信会取得更多的学术成果。他曾做过这样的判断：大体上以5年左右的时间从事一项研究，写出一本书，这样的话，以1965年回国时计，至少还应该再写二三本书。然而，社会环境的巨变，严重地影响了他学术研究的梦想和预定的写作计划。1978年，瞿老的工作调动到中国社会科学院近代史研究

所,当时瞿老68岁,打算再写本书。于是每天坚持坐公共汽车去王府井和美术馆之间的中国科学院的社会科学图书馆,“每天上午去,把要的材料摘录抄写回来,下午就不去了,因为到点就闭馆了,人家要吃饭了,我也要吃饭了,就回来了,试了一两年就办不到了,68岁的人了,实在不行了。毅力也差了。实在是疏懒了。干了两年,到70岁实在不行了。我儿子倒是安慰我:条件那么差,年纪那么大了,受条件限制了。不过我倒觉得是个遗憾,到近代史所应该是做出点成绩的,但除了论文,别的没干出来。当时主要想研究的是清律。”

说到研究条件,瞿老对当时图书馆使用的不便和管理的落后情形无限感慨:“在外国,研究条件好。我在哈佛图书馆有个很特殊的优待,图书馆给我一把钥匙,可以不通过图书馆员,里面有我的专门的书桌和书架,我可以随意取我要的书,拿很多。图书本来都编号的,我拿走了,别人也看不到了,其实是在我这里呢,用很长时间都可以的。哈佛图书馆的确是为读者提供尽可能方便。一般图书馆只是保存图书,没有往为研究服务方面想,哈佛想得就是周到。而在国内,研究条件不好,每次借只能二种,过半个月就得还,不像在云大图书馆,随便借,一两年还都没关系。”

多次交谈,我都曾试图探寻瞿老在回国后那段艰难岁月里的内心真实感受,但一直没有结果。这一次,瞿老终于有了想要说的话了:

“有时候人提问很不合理,像‘文革’时你为什么回国这样的问题,就无法回答。国内发生文化大革命,我怎么知道呢?连刘少奇都不知道要发生文化大革命,我怎么知道呢?而且我不了解国内

情况，我回国，事先没有跟国内联系过，因为我一个中国人，回国来还要联系吗?!”①

王健(整理)

① 本文载《法制史研究》(台湾中国法制史学会、“中央研究院”历史语言研究所主编)，第6期，2004年12月台北。又发表在《中外法学》2005年第17卷第2期。