

清末法制改革的風潮

陶希聖

個人主義與家族主義的衝激

前言

清代末年，八國聯軍之後，辛丑和約之次年（西元一九〇二）中英北京條約第十二款：

「中國深欲整頓本國律例，以期與各西國律例改同一律。英則允願盡力協助以成此舉；一俟查悉中國律例情形及其審斷辦法及一切相關事宜皆臻妥善，英國即允棄其治外法權」。

其他各條約國皆援例訂入條約。於是清廷下改革法制之諭。當時收回領事裁判權以保中國主權之完整，雖然迫於不平等條約的壓力，仍然是舉國的願望，同時，人道主義與民主思想更相伴興起。伍廷芳沈家本受任為修訂法律大臣，沈家本在清朝最後九年裡，始終其事。從事改訂新法的諸公，既精通中國舊律，又深切考察各西國法制，且在十九世紀與二十世紀之交，恰當法國風靡歐洲之後，德國與瑞士諸法典問世之時，日本明治維新，為收回法權，改訂法律，先仿法國法，繼而取德國法為範本。沈家本及修訂法律館編纂新法者所負責任既重，所見者廣，所思者深且密，不是今日輕談改革者想像可及的。

修訂法律館訂定民刑訴訟法及刑律草案與民律草案，激起嚴重的爭議。我在東方雜誌復刊第十二卷第十二期（六十八年六月出版）發表「民法親屬篇修訂的曲折」，略有說明。現在就刑法草案及刑訴新法引起的風潮，再加研析，仍在東方雜誌發表如次。

一、禮與律

我們研究中國法制史，首先要知道歷代的國法不單是一部律，還有一

部禮。由現在的觀念來說，律是制裁法，禮是實體法。古代有「出乎禮者入乎刑」之說。凡是違禮悖義的行為應受刑罰的制裁者，列為律。今先說律。

我們研究中國法制史，在古書上看見「刑」字，便認為刑法。其實，刑之制為公佈的法典，如春秋時代，鄭的刑書，晉的刑鼎，總是刑事法典的遠源。至戰國時期，魏國李悝法經，商鞅變法，採用為秦法。秦亡漢興，蕭何襲用秦制，改法為律。漢律系統自漢、魏、晉、宋、齊、梁、陳約八百年（西元前二〇六至西元五八八）陳亡而漢制亦亡。

北朝，魏周的律，經隋至唐，唐律系統自唐、宋、明、清、至清末約一千四百年（西元六一八至一九〇二）。清末改制，「與西國改同一律」為止。

漢律是法家的法。唐律是儒家的法。東漢末年，儒者以律注經，以經注律，經術始滲入律的領域。西晉以後，禮律並稱。從此中國國法，著在兩部大典，其一為禮，其二為律。北朝禮與律大抵出於服鄭學派的儒生，由此以至唐律，而儒家的法典告成。

再說禮。戰國時期，齊、楚、燕、韓、趙、魏的國王，以古來禮制不便於己，漸加改廢。秦滅六國，六國殘餘的禮亡。秦行法家的法，其所行的禮不過是尊主卑臣的儀式而已，秦亡亦亡。

漢興，叔孫通招魯國儒生，制朝廷諸儀法，其書由刑官掌管。國際禮儀在大鴻臚。大常寺的禮官及各郡太守的禮官，須到魯孔子塚，從儒生學習禮容以為實用。

二、禮容與禮義

禮官只習禮容，不能說禮義。

漢初，孔子門下所傳禮書，只得土禮。這就是儀禮。其傳禮義者，由子夏的禮喪服傳，至荀子的禮論，乃是孔門禮學最為重要的部門。荀子老死東海蘭陵，蘭陵人從荀子為學，喜以卿為字。漢武帝起用蘭陵王臧，欲制禮服，未成。宣帝以蘭陵蕭望之為太子傳。望之治喪服學。元帝在位，儒者的喪服學行於世。

同時，蘭陵孟卿傳禮於后蒼，后蒼作曲臺記，傳戴德戴聖，於是大小戴禮記出世，為儒者講習禮義的課本。小戴禮記收集喪服的節目與義理的篇章特多。

禮喪服學的重要，在於社會組織的倫理綱領由此傳世，對漢代及其後世有重大深長的影響。

三、商道與周道

自孔子門下三年之喪的爭議，孟子與墨家薄葬短喪的辯論，至小戴禮所載喪服諸篇對商道與周道的分析，中國社會組織尚在演變以至於定型之過程。其促成中國社會捨商道而行周道的策動力，顯然出於經術的講求與儒生的努力。

早在西元前二十二個世紀及其後，夏商之道，已禁止近親為婚。血親必在五世以外，纔可為婚。至周代，族外婚制通行，兩姓世代為婚遂有中表婚之風習。

夏的王位是父傳子。商的王位由兄傳弟演進為一生一及，周的王位由一生一及演進為長子繼承。

周代宗法，有如詩所稱「文王孫子，本支百世」。宗法與異姓世婚，形成一種社會組織，同姓者為兄弟，異姓者為甥舅，即詩所謂「豈伊異人，昆弟甥舅。」

商的王位既是兄弟相及，下一代的王祭上一代兄弟相及的諸王，稱為眾父。下一代的王不得獨尊其父而厚祭其父。尚書高宗彤日載：

高宗彤曰：「惟天監下民，典厥義；降年有永有永，非天夭民，民中絕命；民」

有不若德，不聽罪，天既命正厥德。」乃曰：「其如台？嗚呼！王司敬民，罔非天允；典祀無豐于昵。」

商王不得厚祭其父，否則天不允而民絕命，其事之嚴重如此。反之，周則敬天尊祖，尊祖則敬宗，敬宗則收族。是為宗法，也就是父系父權家族制。孟子由敬天尊祖，敬宗收族的宗族制，對準着商道的血統制，兄弟相及的繼承法，眾祖眾父的祭法，奮起批評那位鼓吹商道的墨家，指摘下列諸點：

其一是「天之生物也使之二本，而（墨者）夷之二本故也。」這裡所說的一本，就是前述詩「文王孫子，本支百世」的本義。由周道看商道的血統制以及墨子兼愛皆是一本。

其二是「墨子兼愛是無父也。」墨子的學說「兼相愛，交相利」，而不獨厚父祖之祭，也不加重父祖之喪服。孟子指其為無父，不是沒有根據的。

其三是「墨（者）之治喪也，以薄為其道也。」薄葬短喪與厚葬久喪的爭議，孟子與墨者之後，至西漢仍然延續下來。

四、社會組織的倫理綱領

禮記載「縣子瑄曰：古者不降，上下各以其親。」商道的服制，以某甲與死者乙的關係，以血統上的距離為準，以計其世數，定其喪服與喪期。這就是「上下各以其親」。

周道不然。某甲與死者乙的關係，要溯及二人同源的父或祖丙，從丙數到甲，又從丙數到乙，以較多的世數，定其喪服。這就是「本支百世」的宗統制。

孔子於商道取其親親，親親就是仁；於周道取其尊尊，尊尊就是義。論語載「有子曰：君子務本，本立而道生，孝弟也者，其為仁之本與！」孟子曰：「堯舜之道，孝弟而已矣。」又曰：

「人之所不學而能者，其良能也；所不慮而知者，其良知也。孩提之童無不知愛其親者，及其長也，無不知敬其兄也。親親，仁也。敬長，義也。無他，達之天下也。」

申言之：事親之愛，爲孝；爲親親，爲仁；從兄之弟，爲敬；爲弟，爲尊，爲義。這仁與義便是人倫規範的基點，也就是制定喪服的準據。

今就服制的原則來說：門以內爲宗族，門以外爲鄉黨與邦國。門以內的喪服是以恩制，門以外則以義制。又可以說：門以內，親親之道以父爲首。門以外，尊尊之道以君爲首。

兄弟之倫，在門以內，恩揜義；門以外義揜恩。朋友之倫乃是兄弟之倫的延長。

夫婦之倫，兼愛與敬，也就是兼仁與義。

君臣之倫以義爲本，故可分。父子之倫以仁爲本，故不可分；兄弟之仁不可分，朋友之義爲可分。夫妻之倫在仁爲不可分，在義爲可分。這以仁與義爲準據以衡量五倫的規範，在禮記關於服制諸篇，漢儒尙能辨析明白，至宋儒便棄古義另作解釋。

五、三綱與三斬衰

西漢初期，朝廷重黃老術，社會尙游俠之風。文帝下短喪之遺詔，定爲法令。直至西漢末年，士大夫依舊行短喪之制。

前節說到蘭陵學派興起於宣元年代。自此以後，民間漸見三年之喪。東漢號稱「以孝治天下」，鄉里選舉，三公徵辟，以孝爲取士的第一個條件，而所謂孝，即是對父母「生事愛敬，殁喪如禮」。於是三年之喪盛行於世。

三年之喪大盛，三綱之說亦興。三年之喪是子爲父喪行斬衰三年之服，臣爲君斬衰三年，妻爲夫斬衰三年，是爲三斬衰。這三斬衰乃是九親五服推算的綱目，是爲三綱。

由此而有宗族與外戚之分，即所謂「內有齊斬，外服皆總」。有尊卑、長幼、男女之別，即所謂：「尊尊也，親親也，長幼有序，男女有別，此不可與民變革者也。」

六、由相對至絕對的倫理觀

五倫及三綱的準據在愛與敬，孝與弟，仁與義，而愛敬發乎人性的自然。孝爲仁義之本，仁義又是禮樂作述的依據。禮主於分，樂主於和。社

會組織與政治制度的根源乃在於此。

論語載：齊景公問政於孔子。孔子對曰：「君君，臣臣，父父，子子。」公曰：「善哉！信如君不君，臣不臣，父不父，子不子，雖有粟，吾得而食諸？」又載：（魯）定公問「君使臣，臣事君，如之何？」孔子對曰：「君使臣以禮，臣事君以忠。」這就是孔門相對主義的倫理觀。

孟子論君臣的服制，更加顯明的採取相對的倫理觀。其文如下：孟子告齊宣王曰：「君之視臣如手足則臣視君如腹心。君之視臣如犬馬則臣視君如國人。君之視臣如土芥，則臣視君如寇讎。」

王曰：「禮爲舊君有服，何如斯可爲服矣？」

曰：「諫行言聽；膏澤下於民；有故而去，去三年不返，然後收其田里；此之謂三有禮焉，如此則爲之服。」

「今也爲臣，諫則不行，言則不聽；膏澤不下於民；有故而去則君搏執之，去之日遂收其田里；此之謂寇讎，寇讎何服之有？」

這就是相對主義的倫理觀之極則了。

至唐代，儒家的法以尊卑、貴賤、長幼、男女，各種等級，代漢律的平等原則，定爲典制。喪服圖遂形成唐律系統以等級推算刑量的尺度。至明清兩代，服制圖著於律例之首，不但有法律的效力，亦且是法律的根柢。宋儒更進而建立絕對主義的倫理哲學與教條，確信臣子對於君父，無所逃命於天地之間。這絕對主義的教條就是絕對主義的君主政體的護符。

七、統一國家與自治社會

然而宋明儒者的抱負與理想是不可抹煞的。宋明儒者指摘漢唐爲「智力」與「霸術」，努力以綱常代法律，建立倫理社會與文化國家。宋明儒者的政術，備載於真德秀的大學衍義與丘濬的大學衍義補，可供我們參證。希聖開宗明義，指出中國的律典只是制教法。宋明儒者的構想是用刑罰爲制裁，保障中國的家族自治社會，這個社會是用家族爲基礎，並用家族制度爲模型，建設倫理社會與文化國家。

明朝末年，在流寇與邊患兩面作戰的困境中，絕對主義的君主專制，在實質上，是責無可諉的亡國的主因。顧亭林、黃梨洲、王船山諸儒者反

對君主專制，寄望於民權，而民權的權源在於大族，大族的維持與發展，有賴於綱常。他們反對專制，却維護綱常。

滿洲入關之後，抗清戰爭四十年而後定局。清廷以少數民族治理這個統一國家，計唯有以漢人的政治治漢人，就是以國權把握綱常，以國法保障社會的倫理秩序，維持其自治法的效力。

八、自治社會的構成

明清兩代，君權下達州縣。皇帝以全權治國，州縣官以全權治州縣，但州縣官對於全權的行使，負其全責。就清朝的法制，可分上下兩層說明如左：

一、在州縣官之上，為府、道、省，以達於朝廷。

縣政以錢穀與刑名為主要，於是縣官的上司分為財政民政與監察司法兩個系統。府是承轉機關。府之上為道，有守道掌理財政民政，巡道掌理監察與司法。道之上為省，省有布政使司掌理財政民政，按察使司掌理監察與司法。總督巡撫雖綜理省政，但在實質上仍是朝廷特派大員，監臨省區。布政使司仍上達六部，按察使司上達都察院。督撫就其所轄省政有與六部爭論，由中朝內閣承旨折衷決定。

二、在州縣官之下，為自治社會

國之本在家。家有家禮、家訓與家規。集家為族，族有族規與譜例。一姓有大祠堂，一族有祠堂，為族人集議斷事的公所。集族為社，集社為鄉，各有廟為社鄉士紳集議斷事的公所。

工商各業各有行。行有行規，以廟為公所。僧道各有其寺廟，以清規約束其信徒信眾。

三、宋明儒者以教學為職責。鄉社各有學，以學田供經費。即使其無鄉社學，私塾教師亦居於教導士民的地位。

清承明制，以考試為教育。科舉與學校，在中朝由禮部掌理，但各省提學使為皇帝親點特派大員，在省垣與督撫充禮。州縣的教諭亦受縣官的賓師待遇。尊師重道乃是典制，不落空談。

九、倫理秩序的國法保障

如上述，國權下達於州縣，州縣官以其全責行使全權以治縣政。縣官之下，為自治社會。自治社會的倫理秩序由國法以嚴刑重罰為其保障。

清律首列十惡，犯十惡者不得叨八議的恩惠，而且遇赦不原。謀反、謀叛，固無論已。不孝，不睦，不義，亦在十惡之列。

律例以家族制度為準則，推及儒門師弟，匠藝，僧道，比例定罪處刑。在家族，子孫對祖父母、父母之罪行，比常人加重。例如毆，常人毆人成傷至折肋或墮胎者徒二年，子孫毆祖父母父母者為十惡之惡逆，斬立決。卑幼毆期親尊長者徒二年半；卑幼毆大功尊長者徒一年半。家族之外，弟子毆儒師者照毆期親尊長者之律；僧道及匠藝徒弟毆師父者，照毆大功尊長者之律定罪。至於謀殺、威逼自盡、誤殺等罪行，皆照這個比例處分。

親屬關係皆以服制圖為推算的根據。親屬之間，犯姦者比常人加重，犯竊盜者比常人減輕。這更是家族倫理與人情的折衷。

州縣官是親民之官，其所治理者就是家族主義的自治社會。州縣官問案，依其具體情節，準情酌理便下堂諭。其土田婚姻等案，即以堂斷為解決。其命盜重案應通詳上司者，由刑房書吏查文卷，尋成案，並由刑名師爺參詳律條，而後呈報上司審議。

審判者依「天理、國法、人情」以為判決。立法者亦準情酌理以修訂律例。積案成例，積例定律。律例數十年修一次，決不是單憑空想，任意為之。

十、個人主義對家族主義之衝激

清末，光緒二十八年，下變法之諭。這次修訂法律，不復是積案成例，積例定律，乃是一與各西國律例改同一律。實際上就是採取各西國的法律以改革中國的法律。質言之，也就是採取個人主義的法律以改革家族主義的法律。無怪乎當時士大夫認定這次改制是「國朝三百年來未有之奇變。」其實，在中國五千年來未有之變局之下，方纔發生這次法制改革的風潮。

當時修訂法律大臣伍廷芳沈家本，及參加編纂工作的董康等，都是潛心讀習中國法制，虛心考察西國法制，深思熟慮，折衷至當，方纔下筆記

草。同時反對新律的學部尙書張之洞，大學堂總監督劉廷琛，都察院御史胡思敬等，也不是食古不化，盲從反動之輩。兩派的辯論，皆足以啓示舊律的短長，揭舉新法的得失與利弊。

且如前述，十九世紀至二十世紀初期，恰好是西國法制滋生與育成的時代。首先是拿破崙法典征服歐洲，大陸各國法典從風而靡。繼而德國統一，日耳曼法相隨復甦。即如德國民法第一草案乃是羅馬法系，比及民法法典成立，則滲入日耳曼法的法理。至瑞士民法法典遂顯明表現日耳曼法的精神。

日本改革法制，先是襲取法國民法，繼而採取德國民法。清末改制受日本新法的影響為深。即如刑律草案就是日本岡田朝太郎主稿。民律草案是志田鉀太郎與松岡義正等參訂的。

沈家本在日薄崦嵫的清廷，致力於修訂法律，九年之間，始終其事。其於中國法律何所保持，於西國法律何所選擇，條分縷析，求其折衷。其反對新律者不是反對改革，大抵是辨別中西，權衡體用，亦求其有所折衷。修訂法律館進呈的民刑訴訟法及刑律草案，激起一大風潮。各方的爭議，以網常如何維護，服制圖應存應廢，男女有別或平等，尊卑之等差與長幼之秩序應否存續，乃至改變無警察與法庭的自治社會而設法庭，置檢察，創律師與辯護制。論點雖不一而足，但一言以蔽之，這次風潮是個人主義與家族主義的爭執與衝激。

結語

中國的社會組織以商道與周道之兩支。孔子從周，漢行周道，造成中國家族主義的社會與法制。

歐洲的社會組織同樣有羅馬法系與日耳曼系之兩支。希臘哲學與羅馬法皆是個人主義的淵源。法國民法更是個人主義，所有權絕對與契約自由的法典。歐陸各國皆從此例。

日耳曼民族原來通行父系，父權的宗族組織，但諸侯林立，仍取加斯迪里大帝的法典為審判的準則。比及德國統一，吉爾克等大法學家倡導日耳曼法，而歐洲各國法典已深入所有權絕對與契約自由的社會領域。德國

民法法典以個人主義兼取社會連帶主義，瑞士民法法典雖列家制於首章，而其家族組織亦由身分制轉為契約制。大勢所趨，有如此者。

英國歷史法學家亨利梅因「古代法」名著，有兩句名言：一則曰：東方民族行家族制，西方諸國取契約制；二則曰：法律的進化是由身分制到契約制。

土耳其民族原行家族主義。凱末爾革命成功之後，取瑞士民法為土耳其民法。

中華民國十五年，北伐成功，國家統一，國民政府立法院擬訂民刑法典，亦折衷個人主義與家族主義之間。本文即以此為結語。

六十八年八月八日初稿，十一日改定。

實踐三民主義
光復大陸國土
復興民族文化
堅守民主陣容