

中國傳統法制與思想

黃源盛 著



東南圖書出版公司 印行

本書電腦系統 2558

ISBN 957-11-1645-9 (580)



00600



9 789571 116457



中國傳統法制與思想

黃源盛 著

國立台灣大學法學博士
日本京都大學・東京大學研究
國立政治大學法律學系副教授

五南圖書出版公司 印行

1R58

中國傳統法制與思想

作者／黃源盛

責任編輯／劉瑋琦

出版者／五南圖書出版有限公司

登記號：局版台業字第0598號

地址：台北市大安區106

和平東路二段339號4樓

電話：(02)27055066（代表號）

傳真：(02)27066100

劃撥：0106895-3

網址：[//www.wunan.com.tw](http://www.wunan.com.tw)

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

發行人／楊榮川

中部門市／五南文化廣場

地址：台中市中區400中山路2號

電話：(04)2260330

排版／五南電腦排版有限公司

製版／和鑫彩色製版有限公司

印刷／利康印刷事業有限公司

裝訂／華台裝訂行

中華民國 87 年 10 月初版一刷

ISBN 957-11-1645-9

基本定價 12 元

（如有缺頁或倒裝，本公司負責換新）

中國傳統法制與思想 / 黃源盛著. -- 初版. --
臺北市：五南，民87
面；公分

ISBN 957-11-1645-9(精裝)

1. 法制史 - 中國

580.92

87012559

蘇子如
和聲
PDG

獻給
父親八十壽誕
並奠
母親在天之靈

序

如果將法學簡分為二，其領域與實用有關的，稱為「實學」；與實務無直接關係的，謂之「虛學」。無疑地，〈憲法學〉、〈民法學〉、〈刑法學〉、〈商事法學〉、〈訴訟法學〉等是所謂的「實學」；而〈法制史學〉是否即屬「虛學」？其性質究竟何屬？頗堪尋思。

問題是，何謂「法制史」？其內涵多廣？恐將人言人殊。要是將敘述人類全部生活發達變遷的歷史，稱之為「文化史」；那麼，敘述其中一部分法律生活變遷的歷史，即是「法制史」，它是關於法律的歷史學，並非純為古代的法律學。它既屬於文化史之一，主要目的乃在闡明歷史洪流中，法文化的內涵及其功能；俾能了解過去的法制流變，以及已往社會實行法制的真相，進而釐清傳統法制與現行法制的脈絡關係。

換一種說法，法制史學是藉著對傳統法律規範、法律思想、法律制度、法律意識的研究，用來推究法律根源與變遷，以衡其得失，並求其因果關係，以供今人殷鑑的學問。因此，「法制史」一方面既屬於法學，又可說屬於史學；另一方面，在法學內，它又是融合理論法學與經驗法學於一門的學科。

筆者有志於法制史學的耕耘，多年來對於〈法制史〉的屬性，同樣有其複雜的心情。在德國，〈羅馬法學〉曾扮演一種「實學」的角色，然而，在〈德國民法典〉制定公布後，卻又退居為「虛學」的立場，所以有人說「法制史可能是實學，也可能是虛學」。至於中國法制史學，自晚清沈家本變法修律，由日本間接繼受歐陸法制以來，傳統法律與現代法律已截然兩分。當今司法工作者遇到問題，絕少會說「這是法制史的問題」；法學教育者，也常說「中華法系已不存在，當今是歐陸法系主控的時代」；顯然，「虛學」

的性質已被認定。然而，法制史學與實定法學間的關係果真毫無牽連？研究法制史的意義又何在？

就實質上言，中國的法律制度可分為三個時期，第一期，為自先秦以迄晚清的傳統法時期，第二期，為清末民初的歐陸法繼受時期；第三期，為一九四九年以降的兩岸「現代」法制交替時期。一般而言，「傳統」與「現代」被看成是兩個對立的觀念，實際上，兩者是有楚河漢界的，仍有其確切的傳承關係。文化長時間的穩定發展會構成一個民族的傳統，而現代則是由傳統衍生而出的思想生活的另一種形態。所以，傳統可能是個包袱，也是一面借鏡。我們一方面固須以近代化乃至現代化為標準，來對傳統作省察；但另一方面也必須正視傳統的深度和複雜性，為此，便不得不先往傳統的胚胎中去探本溯源。

以法律文化來說，中國自有其獨特的一面，直到十九、二十世紀之交，西方的法制與法律因變法修律而大量輸入時為止，兩千多年來，中國法律一脈相承，雖間有增損，然基本精神與原則相當一貫。因此，為了要真誠地探索現代法制，首先必須對傳統法律文化，有恰如其分的瞭解。我們相信，「現代法律制度或思想雖有其自己的特徵，但尚包含以前各時代的遺產；又法律制度思想史上一時代的特徵，即為對前時代的反動，或為其補充及繼續發展」。假如，我們今天，從法律史學或法律社會學的立場，關心到近代或現代法律的發展，那麼，對於法律文化變遷中所遺留下來的許多問題，也就不能不抱慎重的態度，希望從傳統法律文化生活的敘述中，去尋找一些可供省察的據點。

特別是，在中國傳統法制中，社會秩序要靠諸多規範的協力運作，才能適當地維持。而揆之史冊，傳統法律文化的規範結構與實效層面顯然有極大的差距。中國有獨特的歷史文化，也有獨特的法律文化，往往成文法典頒訂是一回事，實際的施行又是一回事。因此，探討中國傳統法制，非但不能侷限於各朝歷代所頒訂的成文法

典，且須由律條本身、社會內部和民間實際的運作狀況，以及人民的法律意識三者作統合的考察，如此，方可深入傳統法制的形式面與實質面。

基於這樣的理念，本書彙集個人過去多年來探討傳統中國法制與思想的文字，凡此篇章，半揣摩半咀嚼，青澀與酸甜兼雜有之；總算對「隙中窺月」的「年少」時期作個交代。最近趁付梓之際，又將部分節章再經過相當的增刪，書名定為《中國傳統法制與思想》，是因所收各篇大體都可以包括在這個主題之內。

其中，「墨子法理思想」、「荀子的禮法思想方法」及「韓非的歷史觀及其法理思想」等三篇，屬於中國法理思想的源頭，行文中偶有意識地運用現代新知去引發古典智慧，並非想以古艷今，用意在遠溯上古以明源流，甚至相互闡明。

「董仲舒春秋折獄」及「兩漢春秋折獄案例」是中國法制歷史上極具爭議性的課題，筆者突破既成之見，志在從春秋折獄實例，回顧中國固有法制，談如何由「禮法之爭」進而「以禮制法」？談儒學與法學如何調協，形成所謂的「法律儒家化」？進而深入瞭解春秋折獄的流變及其弊端，並給予再評價。

中國舊律，到了李唐一代，堪稱「圓熟」，影響後世立法制典極為深遠。「唐律中的禮教法律思想」，試圖道出法律與倫理相混同之所謂「禮教立法」的蘊義，藉以理解舊律中的「以禮為本，以法為用」的內在結構及其精神淵源；至於「唐律刑事責任的歷史考察」，則想探討矜恕恤刑原則在舊律中的體現。

事實上，就法制史學而言，「變遷」是研究工作的重點之一。所謂「變遷」，究其實，不外是連續性與非連續性的思考，或致果以求因，或得因以尋果，研究近代法制自必回顧傳統法制，何者有連續性？何者無連續性？期能細察其因果所在。當然，這可能要涉及兩個層面，一為傳統法律文化的特質，另一為傳統法律文化的價值。研究其特質是描述的工作，研究其價值則屬評價的層次。在研

究傳統文化的特質方面，尤應注意其變遷的經緯。因為，法律既是一種文化產物，必有其經驗的宗承，有其沿革的省察。為何近代以來，中國與多數亞洲國家幾捨棄其傳統法制而繼受西方法制？代表東方文化的中國法律與西方近代法律，究竟其本質差異何在？以權利為本位的西方近代法制，何以得侵入具有深厚文化積澱和歷史傳統的中國？又中國法制近代化的步履何以如此蹣跚？

本書中的「中國法律的傳統與蛻變」、「晚清法制近代化的動因及其開展」、「晚清修律大臣沈家本」、「大清新刑律的禮法爭議」、「從傳統身分差等到近代平權立法」、「從法繼受觀點比較晚清與日本刑事立法的近代化」、「傳統中國罪刑法定的歷史發展」以及「民初暫行新刑律的歷史與理論」等九篇文章，與上述主題密切相關，乃企圖從近代法制變遷中窺探中國法律文化的轉折及其新動向，尤其側重在中國舊律的常與變，分析其不變的原因以及變的動因及其發展軌跡。

回首民國六十七年春，外雙溪畔的法制史初機，到如今指南山麓的治法學以史，碌碌二十寒暑；也曾放情於傳統舊學，也曾不忘加緊對當代新知的汲取，在法史理論和思惟方式上，希望能做到所謂的「舊學商量加邃密，新知培養轉深沈」的境地。更時時提醒避免史料臚列繁瑣，評論流於空疏的行文毛病。就這樣，多年來，一直徘徊在古典與現實，主觀與客觀，嚴謹與浪漫之間。

這一路走來，甘苦相參，時興「廬山煙雨浙江潮，未到千般恨不消」的憧憬，卻也換得「及至歸來無一事，廬山煙雨浙江潮」的低迴。他日溪澗清風，松間明月，管它「實學」抑「虛學」，大千悲喜依舊流轉，是為序。

民國八十七年歲次戊寅初秋

黃源盛 謹識

目錄

墨子的法理思想 ————— 1

- 壹、序說 3
- 貳、墨子其人其書的時代 4
- 參、墨子法理思想的理論基礎 5
- 肆、墨子法理思想的内容 7
 - 一、法之概念 7
 - 二、法之制定 10
 - 三、法之性質 11
 - 四、法之目的 14
 - 五、法之制裁 16
- 伍、墨子與儒道法三家法律觀的比較 18
 - 一、對於天道之觀念 18
 - 二、對自然法之看法 20
 - 三、對於法地位之態度 22
- 陸、墨子法理觀的特色及其評價 24
- 柒、結論 27

荀子的禮法思想方法 ————— 29

- 壹、序說 31
- 貳、荀子禮法思想方法的時代背景 32
 - 一、文化環境的啟迪 32
 - 二、社會情勢的變遷 33

三、價值觀念的轉型	34
參、荀子方法論的建立	34
一、涉及知識論者	34
二、涉及語言邏輯者	38
肆、荀子禮法思想的特色	42
一、禮法思想之史的變遷	42
二、禮法思想之相互關係	44
伍、荀子禮法思想方法的形成與開展	48
一、從知識論看禮法之知識傾向	48
二、從語言邏輯看禮法之實際效用	48
陸、結論——荀子禮法思想方法的歷史意義及其評價	53

韓非的歷史觀及其法理思想 ————— 59

壹、序說	61
貳、韓非歷史觀的時代背景	62
一、舊制度的全面崩潰	62
二、社會經濟的變遷	63
三、傳統思想的再組合與批判	64
參、韓非的歷史觀	65
一、天道與先王觀念的否定	66
二、物質生活條件決定道德	66
三、歷史相對主義的發展原則	67
肆、從韓非的歷史觀論其法理思想	69
一、由復古到變古的立法原則	69
二、由德治到法治的變遷與對立	71
三、法的可變性與不可變性	73
伍、韓非歷史觀下法理思想的特色及其意義	76
一、否定自然法，富法實證色彩	76

二、摒棄理想德治，採行現實法治	78
三、重視法的時間性，忽略法的正義性	81
陸、結論	83

董仲舒春秋折獄 ————— 85

壹、序說	87
貳、董仲舒春秋折獄案例	89
案例一 拾兒道旁	91
案例二 誤傷己父	96
案例三 私為人妻	98
案例四 加杖所生	101
案例五 大夫縱魔	103
案例六 盜武庫兵	105
參、董仲舒的折獄方法論	107
一、天人感應的經權理論基礎	107
二、自然法論的折獄理念	110
肆、董仲舒春秋折獄與法律的儒家化	113
一、從儒法之爭到儒法合流	113
二、法律儒家化的型態	116
伍、董仲舒春秋折獄論評	120
一、從罪刑法定原則及法解釋學的觀點	120
二、從實質內容的妥當性觀點	123
三、從春秋折獄的流變及其影響觀點	125
陸、結論—春秋折獄在中國法制史上的意義	128

兩漢春秋折獄案例 ————— 131

壹、序說	133
貳、春秋折獄盛行的時代背景	134

一、律令繁瑣	135
二、經學風尚	137
三、利祿外誘	140
四、禮教傳統	141
五、政治型態	143
參、董仲舒以外的春秋折獄案例	145
案例一 徐偃矯制	145
案例二 薛況之獄	148
案例三 衛太子案	151
案例四 擅殺繼母	153
案例五 淮南王案	155
案例六 誹謗妖言	157
案例七 坐臧增錮	159
案例八 造意惡首	161
案例九 復讎之議	163
案例十 妄刊章文	166
肆、春秋折獄的批判及其再評價	169
一、歷代學者「誅心」的批判	169
二、另一角度之評價	172
伍、結論	177

唐律中的禮教法律思想 ————— 179

壹、序說	181
貳、禮教法律觀的思想淵源與時代背景	183
一、源於天道的人文精神	183
二、儒學法律化思想的支配	184
三、陽儒陰法現實政術的運作	185
四、農業社會的泛道德思想	186

參、禮教法律觀的確立及其具體內容	187
一、罪刑因身分而異	187
二、據禮釋律的運用	191
三、比附援引及解釋律條富彈性	193
肆、禮教法律觀的基本精神及其特色	196
一、禮刑合一	196
二、義務本位	196
三、家族主義	199
四、男權中心	200
五、道義責任	201
伍、結論—禮教法律觀評述及其歷史意義	203
一、評述	203
二、禮教法律觀在法制史上的意義	206

唐律刑事責任能力 ————— 209

壹、序說	211
貳、責任能力在刑法史上的發展	212
一、古代西洋法制	212
二、中國唐代以前法制	214
參、唐律關於老小疾病的規定及其實例	219
一、老小疾病之種類及其優遇（名三〇）	221
二、老小疾病的時際法（名三一）	225
三、其他特例	227
肆、唐律責任能力的理論基礎	230
伍、唐律責任能力立法對後世的影響及近世立法的演變	234
一、影響	234
二、演變	237
陸、結論	239

● 中國法律的傳統與蛻變 ————— 243

壹、序說 245

貳、傳統中國法律文化的內涵及其特質 248

一、天人感通的法律基礎理論 248

二、諸法合體的法典編纂體例 250

三、以家族倫理為本位的實質法律精神 251

四、父母官型的訴訟觀與訴訟結構 253

參、近代西潮衝擊與中國法律的歷史轉折 254

一、由天人感通到人本實證 257

二、由諸法合體到六法體例 259

三、由家族倫理本位到個人權利本位 262

四、由父母官型訴訟到競技型訴訟 264

肆、結論 266

晚清法制近代化的動因及其開展 ————— 271

壹、序說 273

貳、晚清法制變遷的動因 275

一、領事裁判權的撤廢問題 275

二、歐日近代法典編纂的衝擊 281

三、傳統社會經濟結構的解體 284

四、清廷救亡圖存的危機意識 286

參、晚清法制近代化的開展 290

一、修訂法律館的成立 290

二、外國法律法學文獻的編譯 293

三、新式法律學堂的創設 297

四、日本法學專家的延聘 301

肆、結語 305

晚清修律大臣沈家本 ————— 307

壹、序說 309

貳、沈家本的生平與志業 309

一、早歲志學 309

二、簡放知府 312

三、銜命修律 314

四、晚年餘暉 320

參、沈家本的著述 321

一、已刊行著書 322

二、自家收藏書的刊刻 326

肆、沈家本的變法修律思想 327

一、沈家本的中西法律觀及其會通改制 327

二、沈家本法的歷史觀及其立法原則 329

伍、結語 334

大清新刑律的禮法爭議 ————— 335

壹、序說 337

貳、禮法爭議始末 338

一、第一階段 338

二、第二階段 339

三、第三階段 341

四、第四階段 342

參、沈家本修訂大清新刑律的法制史意義 348

一、歷史意義 349

二、時代意義 356

肆、結論 366