

犁齋法史講義 之一



中國法史導論

黃源盛 著

中國法史導論

The Introduction of the Legal History of China

黃源盛 著

Yuan-sheng Huang

中國法史導論／黃源盛著．－ 初版．-- 臺北市：
元照，2012. 09
面； 公分．--（犁齋法史講義 之一）

ISBN 978-986-255-242-1（平裝）

1. 中國法制史

580.92

101016594

犁齋法史講義 之一

中國法史導論

海
外
用
書

2012 年 9 月 初版

著 作 人：黃源盛

著作權人：李松萍

編輯助理：唐湘筌

出 版 者：元照出版有限公司

100 台北市館前路 18 號 5 樓

網 址：www.angle.com.tw

定 價：新台幣 600 元

訂購專線：(02) 2375-6688

郵政劃撥：19246890 元照出版有限公司

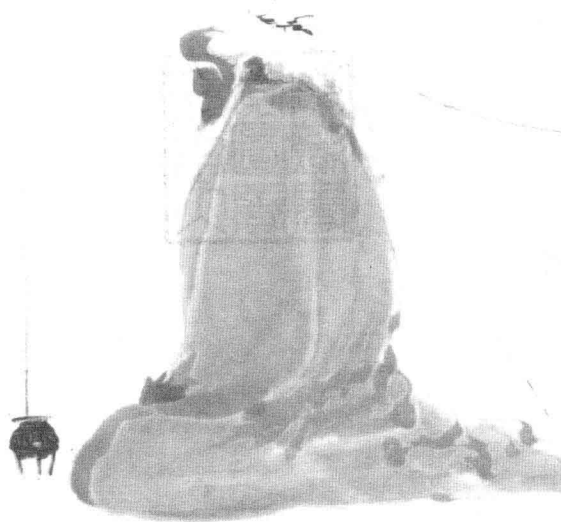
印 刷：辰皓國際出版製作有限公司

尊重版權・請勿翻印

ISBN 978-986-255-242-1

Printed in Taiwan

不知來，視諸往



中國法史導論

黃源盛 著

黃源盛，1955年生於台灣雲林。台灣大學法學博士，日本京都大學法學部研究、外國人研究員，東京大學東洋文化研究所客座研究員，國家高等考試法制人員及格。專長法史學、刑法學，著有《中國傳統法制與思想》（1998，五南）、《民初法律變遷與裁判》（2000，國立政治大學法學叢書 47）、《法律繼受與近代中國法》（2007，國立政治大學法學叢書 55）、《漢唐法制與儒家傳統》（2009，元照）、《民初大理院與裁判》（2011，元照）以及《中國法史導論》（2012，元照）等書，另有法史學相關學術論文多篇。

近十餘年來，致力於「民初司法檔案」與「晚清民國立法史料」的整編與研究，纂輯有《平政院裁決錄存》（2007，五南）、《景印大理院民事判例百選》（2009，五南）、《晚清民國刑法史料輯注》（2010，元照）、《大理院民事判例輯存》（2012，元照、犁齋社）、《大理院刑事判例輯存》（2012，犁齋社）等法制史料百餘冊。先後兼職於台北大學、台灣大學、東吳大學等校，講授法制史、中國法律思想史、刑法；前政治大學法學院特聘教授，現專任輔仁大學法律學系教授，兼中央研究院歷史語言研究所研究員；主編《法制史研究》，推動各項法史學術研究計畫。

序

凡事講求實效的當代人，每逢學校新開一門課，總喜歡問：為什麼要學？學什麼？怎麼學？

傳統中國，明代以前，法制史的研究乃屬史學的一部分，自清代開始，專門從事斯學的研究者才姍姍來到。從某種意義上說，一門學科要在學術界確立地位，為世人所承認，必須在大學裡正規系統地講課。而「法制史」課程列為大學法律系所必修者，可遠溯自清光緒三十二年(1906)修律大臣沈家本所籌辦的「京師法律學堂」，當時所開列的科目為「大清律例及唐明律」、「現行法制及歷代法制沿革」；可以說，沈氏是中國法史學科的奠基人。後歷經民初北京政府頒布的《大學令》和《大學規程》，其中所訂法科課程中均列有「法制史」一科；到了1940年代初，幾經修定後，「中國法制史」列為必修課，已趨於定型。

在台灣，法律學系的中國法制史教育歷經數個階段，民國四十八年至六十年間(1949-1971)曾列為司法考試科目，聲價頓高，惟自六十一年起不再列為應試科目後，從此跌入「冷淵」，今各校已成或選修或免修的局面。其間，各大學執教法史課程者，雖不乏學養豐富，對法律歷史有深入研究的耆宿。惟多年來，時人常將法史視為「冷僻之物」，學生對於修習法史課程的意義與價值，多少有其疑惑，甚至有畏難和排斥的情緒；法律學研究所更少有人選修這方面的課程，每多以為「學而不能求現，所學何用？」時也！勢也！早在數十年前，論者對於法制史教育就有「辦學者既輕其事，教學者益懈其責，修學者至於虛應故事！」的感歎，至今仍未多改善，何以致之？

現實如此這般，法史學教育究竟該如何重新定位？要如何避免

這門學科被極端「邊緣化」？這須要認清真相，也要勇於承擔與善加應對。多年來，我一直以為，一門學科進步的遲速，往往視其修習的興趣以為衡；興趣濃厚，無須鞭策，水到渠成；興趣淡然，勉強督促，也難有功。

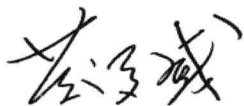
或許要問：怎麼樣才能提升年輕人對法史修學的興致？首要之務，或在於師資的適才適所，其次是教材內容的脫俗中肯以及教學方式的生動深刻；尤其重要的，恐怕是觀念的改變，要讓學子能意識到，過去的法律制度或法律思想，對於眼前的法文化仍有抽刀斷水的關聯性；歷史告訴我們，傳統與當代並非那麼地涇渭分明，也沒有所謂的楚河漢界；傳統既是一宗包袱，也是一筆資產。如果，我們不對過去的法文化作一番深入的考察與評價，便無法理解中華法系是如何從傳統過渡到近現代，也就不能從中得到一些有益的借鏡與啟示，更不能為未來的法制改革獲得機先。

所幸，近些年來，由於歷史學界部分人士熱誠地投入法史領域的耕耘，帶動一股活躍的氣息，也由於法學界與史學界的攜手合作，法史學的研究與教學，乃呈現由黃昏到黎明的新局面。遺憾的是，台灣這三四十年來，竟罕見有新的法史教科書問世，孰令致之？

青春最是留不住，年少時愛好文史的初衷猶在，而今髮已蒼蒼，生命悄悄地來到了秋天的季節，「秋者，天之別調」；和往常一樣，喜歡悠遊於山林之間。寧心靜觀萬物，一粒種子，從大樹上掉下來，不到三秒鐘，就被小鳥吃走了；一粒種子，從大樹上掉下來，落在石頭上，過了三天就被烈日曬乾了；一粒種子，從大樹上掉下來，剛好掉在溫沃的土壤裡，數月之後，長出幼苗，幸得有心人士的呵護，逾三、五十年之後，又是一棵聳秀大樹！同樣是一粒種子，「因」相同，「果」何以如此不一樣？或許，這就是我年輕時不太能體悟的所謂「萬般因緣」吧！

「飛花墜葉當中，可作因緣觀。」這些年來，經常引用這句話。三不五時，漫步於居家附近的內雙溪畔，空山素月，水自潺潺，遙想起當年孔夫子在川上的感歎：「逝者如斯夫，不舍晝夜！」也想起李白〈把酒問月〉的片段：「今人不見古時月，今月曾經照古人。古人今人若流水，共看明月皆如此。」自出入海內外各大學法史講堂以來，流光也似水，忽忽已歷三十個年頭，一直想寫一本既能通達也能扼要的教科書，無奈心長手短，蹉跎迄今！去年歲杪，忽覺眾緣和諧，乃翻檢過去積稿盈尺的講義，而當面對兩三千年漫漫中國法文化長河，到底該如何揀擇？思量者再。

作為一本大學教課用書，當然無法縱橫深論，也不可能面面俱到；既要避免陷於斷爛朝報式的堆砌，也要不落入天馬行空式的議論，尤要顧及講教時數的侷限；古今多少事，欲說還休；最後，祇能「輕其所輕、重其所重」，有選擇性的集中講述其中幾個核心課題而已；自先秦以迄民國，以「歷史時期」區分為經，從法律規範、法律制度到法律思想、法律意識乃至司法實踐，以「問題導向」解析為緯，兼採「變」與「不變」的靜態與動態書寫方式，刪簡修併既有講稿，勉以成編；不求完整，但求「闕」中有料，如此足矣！希望有助於年輕學子人文素養的提升；也至盼有緣人，能提供高見，以利來日的正謬補闕。是為序！



2012. 壬辰. 初秋
於外雙溪. 犁齋

目次

導言——法史學的第一堂課	1
第一節 法史學的名稱、性質及其定位	5
第二節 法史學研究的對象與範圍	14
第三節 研究中國法史的目的和方法	23
 緒編——路漫修遠 上下求索	41
 第一講 規範的源流與法系的形成	43
第一節 人類社會規範的起源及其衍化	44
第二節 傳統中國社會中的習慣與習慣法	57
第三節 歷史中的羅馬法系與中華法系	64
 第二講 傳統中國法文化的內涵及其特徵	77
第一節 天人感通的法理論基礎	78
第二節 以刑為主的規範混同編纂體例	84
第三節 以家族倫理義務為本位的法律實質精神	92
第四節 司法與行政合中有分	101
第五節 法的世界與現實的世界	108

上古篇——古典法文化的原型..... 121

第三講 先秦時期的封建社會與法理思想..... 123

第一節 西周的封建體制與法理念 123

第二節 先秦諸子的法理論 130

第三節 春秋晚期成文法公布的爭議 151

第四節 中國體系化成文法典的始原 162

第四講 秦漢法制與兩漢春秋折獄..... 171

第一節 《睡虎地秦墓竹簡》與秦律 171

第二節 漢初法制的規制與運作 176

第三節 《張家山漢墓竹簡》與漢初法制 186

第四節 春秋折獄與儒家傳統 190

中古篇——成文法典的成熟與因襲..... 223

第五講 唐律中的禮刑思想..... 225

第一節 唐律的前世今生 226

第二節 唐律立法思想的理論基礎 235

第三節 唐律禮本刑用觀的具體內容 241

第四節 唐律禮本刑用觀評述	253
第六講 宋元時代的法律文化	265
第一節 宋代的立法與司法	266
第二節 宋朝法制的變與不變	272
第三節 宋朝的司法考試及案牘判語	277
第四節 元朝法制的變化及其特點	283
第五節 元代的刑制與司法機構	292
近世篇——中國法文化的盤整與轉化	297
第七講 明清社會與法制的發展	299
第一節 明朝法律的基本內容與特色	300
第二節 明朝的司法制度	305
第三節 清朝的立法素描	310
第四節 清朝的司法制度	319
現代篇——西潮衝擊與新舊法文化的交替	331
第八講 晚清社會變遷與中國法律的近代化	333
第一節 從固有法到繼受法	334

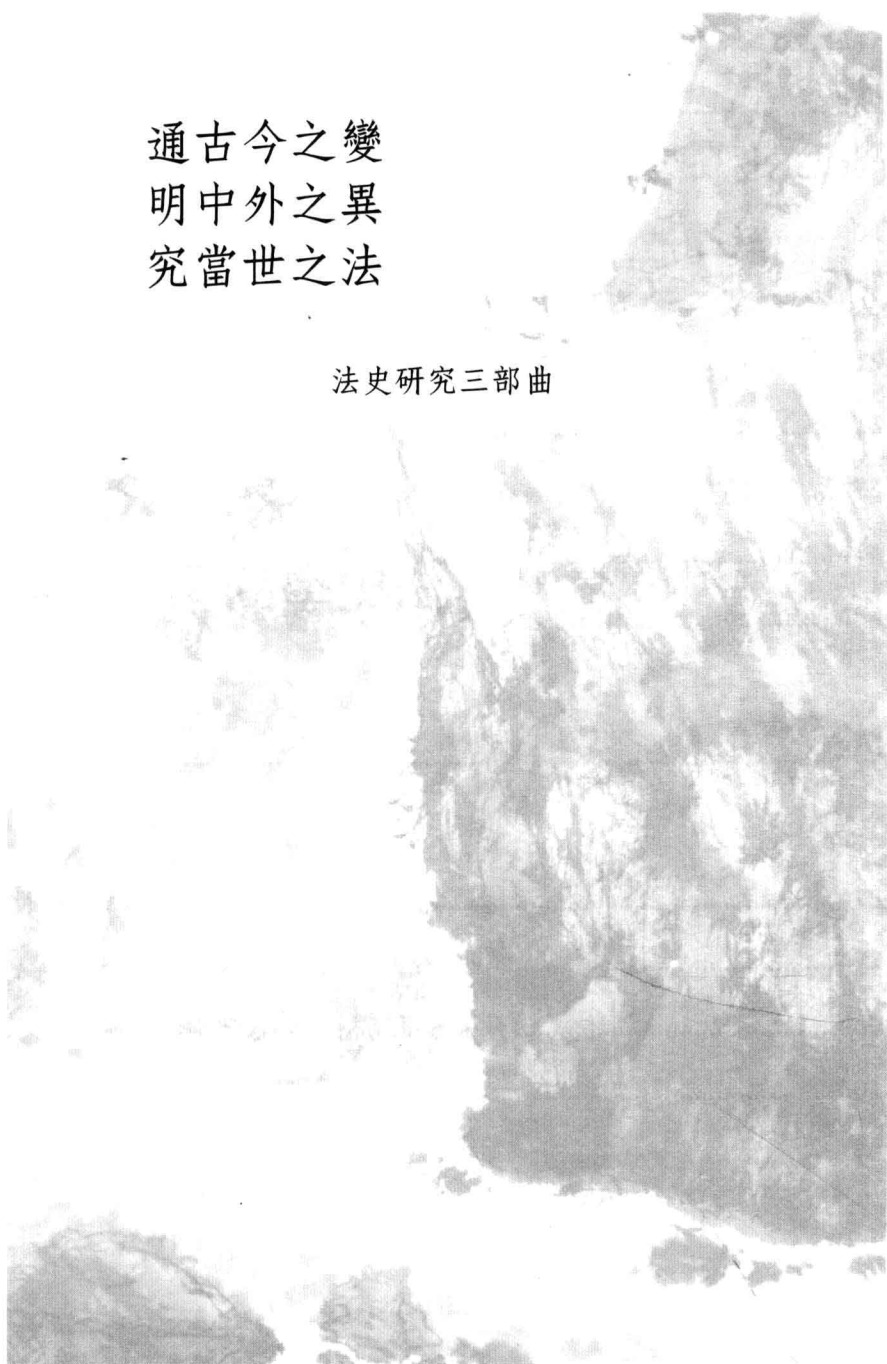
第二節 法律西化過程中的配套措施	347
第三節 晚清變法修律中的禮法爭議	365
第四節 晚清西法東漸中國法律的重大轉折	392
第五節 晚清繼受外國法的歷史與時代意義	404
第九講 民國法制的繼承與新創	415
第一節 民初北京政府時期的過渡性法制	416
第二節 南京國民政府時期「六法全書」的成形與實際	433
第三節 「六法全書」花果飄零於台灣	444
第四節 百年來民國法律文化的幾點省思	454
結語	469
附錄	475
附錄一 帝制中國法文化紀事	477
附錄二 晚清民初法制要事年表	489
附錄三 關鍵字索引	501

導言

法史學的第一堂課

通古今之變
明中外之異
究當世之法

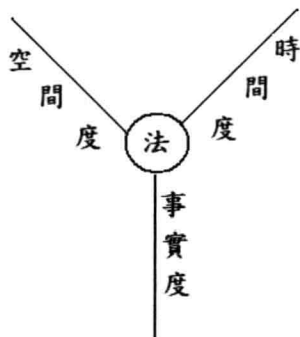
法史研究三部曲



導言

法史學的第一堂課

雖說，法學是一門以「法律」為探討對象的人文社會科學，應以「人」為本來作研究。其實，人類在浩瀚無垠的宇宙中，實在非常渺小。不僅時間方面如此、空間方面如此、就各種萬千流變的史事也是如此。可以這麼講，世間萬象，林林總總，而其成住壞空不離時間、空間與事實三個面向¹。圖示如下：



具體說來，每一個別特殊的法規範事件，均有其三度，統攝「法」

¹ 「成、住、壞、空」是佛家用語，乃指世界從形成到毀滅的四個階段；宇宙有成、住、壞、空，人類則有生、老、病、死。

的諸象，構成一個「預測法的座標」。我們探討法的歷史，實不可不準諸時、地、事物的蕃變²。

(一) 時間度：人事有代謝，往來成古今；法規範依時為乘除，本非一成不變。所有的法規範均存續於一定時間之中，都具有時間的屬性，時間會「吞食」一切存在的事物，因此，具體存在的法規範，也終將難逃流光所侵蝕的命運。

(二) 空間度：所有的法規範，均在一定的領域，或對一定的人民（如漢民族、蒙元民族、雲貴少數民族、回疆民族等）發生效力，沒有一種法規範，它的效力範圍是普天下的；也沒有一種法規範，它的統轄範圍是毫無限制的。而如果我們用「中國」來界定法史研究的空間範圍，不能僅限於「帝王所都」，更不能拘於「中原」、「中土」的範圍，還應包括「中原」之外的其他地區。

(三) 事實度：人類文化的演進，需要乃理想的根源；理想者，事實之母，而事實又為典章制度的先導。法規範的產生，亦必先有事實；所有的法規範都與事實有關，每一法規範均統制一定的事件或某一類的情事而已，不可能無所不包。

從古今中外「法」的歷史演進看來，法規範並非僅如西方歷史法學派所言，純為民族歷史、民族精神與民族確信的反映³，而仍須顧慮到人類理性的創造，具有發展性與可變性。歷史的演進，根源於時勢的形成與變動，時勢不斷衍化，歷史也就不斷變異；因此，順勢而變

² 吳經熊曾說：「抽象的法律，從未在時空任何一點上存在過；抽象的法律係屬本質的範圍，並非存在於真實的世界。…每一個特殊的法律均有其三度，無時間、無效力範圍，和無事實爭點之法律是不存在的。」參閱氏著，〈法律的三度論〉，收於中華學術院編輯，《法學論集》（台北：中國文化大學出版部，1983年8月），頁1-4。另參閱小林直樹，《法の人間學的考察》（東京：岩波書店，2003年12月），其中第三章「法の時間論」，頁131-198，第四章，「法の空間論」，頁199-264。

³ 德國歷史法學派的創始人薩維尼（Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861），認為法律係民族歷史、民族精神與民族確信的反映，法律與民族之間富於有機的聯繫。法律的進化有其一定的軌跡，由經驗而生，隨經驗而變，非人類所能制定，亦非如自然法的理性一成不變。故反對法典的編纂，強調民族性，主張習慣法優越。認為法律現象的研究應根據歷史的事實，重視時間的因素。

與因革損益，自是自然之理。一代之法，緣一代之政體而生，事爲昔人所無者，不妨自我而創。

第一節 法史學的名稱、性質及其定位

爲了言順，必也正名乎！學習本課程之前，有必要先回答，什麼是「法史學」？向來，有關「法」的歷史研究，人們最爲熟悉的名詞可能是「法制史」、「法律史」與「法文化史」等。關於這些名詞之間的區別與關聯性要先予釐清，因爲它牽涉到法史學研究的對象、範圍、目的乃至方法的問題。

一、法史學의 各種名稱及其涵義

凡物皆有其名稱，是一種「名目」與「稱謂」；它本來只是一種事物的「符號」而已，並無深義，但有時卻左右著該事物所指涉的內涵。如單以中國法史來說，如何正名的背後，其實即是一個研究基本問題的投射，也就是中國法史的研究對象到底爲何？

（一）法制史

中國向有律學傳統，但近代意義上的「法制史」乃是晚清民初繼受西學並糅合固有學術的產物。考其來源，「法制史」課程之爲名，始見於日本⁴。晚清實施近代法學教育以來，光緒二十九年（1903）的「癸卯學制」，清政府頒行的《大學堂章程》，規定在四年制法政科法學門中開設「中國歷代刑律考」和「中國古今歷代法制考」兩門課程；1906年《京師法律學堂章程》在法律門教學科目中正式確立了「中國法制史」課程。民國肇建以後，民元北京政府頒布的《大學令》以及1913

⁴ 引自陳顧遠，《中國法制史概要》（台北：三民書局，1977年），頁8。