

中國法制史學會會刊

法制史研究

第五期

- | | | | |
|------|---|-------------------|---|
| 論 | 著 | 黃源盛 | 唐律不應得為罪的當代思考 |
| | | 柳立言 | 宋代分產法「在室女得男之半」新探（上） |
| | | 陳惠馨 | 重建清朝的法律帝國：
從清代內閣題本刑科婚姻姦情檔案談起 |
| 法制人物 | | 黃靜嘉 | 戴炎輝：樸實謹嚴、開一代之宗風的大師 |
| 研究討論 | | 錢大群 | 關於唐律現代研究的幾個問題 |
| | | 陶安 | 法典與法律之間——近代法學給中國法律史帶來的影響 |
| | | 王泰昇
堯嘉寧
陳韻如 | 戴炎輝的「鄉村台灣」研究與淡新檔案——在地「法律與社會」研究取徑的斷裂、傳承和對話 |
| 書評 | | 簡齊儒 | 通俗文學和法律的更多對話——評介《包公故事：一個考察中國法律文化的視角》 |
| | | 邱澎生 | 刑罰如何關連社會？評吳艷紅《明代充軍研究》 |
| 學訊 | | 古怡青 | 「東亞教育與法制研究的新視野」研討會紀要 |

中國法制史學會
中央研究院歷史語言研究所 主編

2004.6 台灣·台北

中國法制史學會會刊

法制史研究

第五期

總編輯 黃源盛

中國法制史學會
中央研究院歷史語言研究所 主編

2004.6 台灣·台北

國家圖書館出版品預行編目資料

法制史研究.第五期／中國法制史學會，中央
研究院歷史語言研究所主編.—臺北市：
中國法制史學會，民 93.

面：公分.—（中國法制史學會會刊）

ISBN 957-30628-4-4（平裝）

1.法制史—論文、講詞等

590.9107

93013378

中國法制史學會會刊

《法制史研究》 2004.6 第五期

出版者：中國法制史學會
中央研究院歷史語言研究所
發行人：戴東雄
編審委員：那思陸、林文雄、邱澎生、柳立言
洪金富、高明士、戴東雄
編輯部：中國法制史學會秘書處
中央研究院歷史語言研究所法律史研究室
總編輯：黃源盛
編輯助理：林韻柔
地址：台北市 116 文山區指南路二段 64 號
國立政治大學法律系轉黃源盛先生
電話：(02)2939-3091 轉 51612 分機
傳真：(02)2939-0212
E-mail：yshuang@nccu.edu.tw
郵撥帳號：01087060 戶名：中國法制史學會
工本費：新台幣伍佰元正

民國九十三年六月

台灣·台北

目 錄

【論 著】

- 唐津不應得為罪的當代思考 ----- 黃源盛 ----- 1
- 宋代分產法「在室女得男之半」新探（上） ----- 柳立言 ----- 61
- 重建清朝的法律帝國：從清代內閣題本刑科
婚姻姦情檔案談起 ----- 陳惠馨 ----- 123

【法制人物】

- 戴炎輝：樸實謹嚴、開一代之宗風的大師 ----- 黃靜嘉 ----- 189

【研究討論】

- 關於唐津現代研究的幾個問題 ----- 錢大群 ----- 207
- 法典與法律之間
——近代法學給中國法律史帶來的影響 ----- 陶 安 ----- 229
- 戴炎輝的「鄉村台灣」研究與淡新檔案
——在地「法律與社會」研究取徑的斷裂、
傳承和對話 ----- 王泰升
堯嘉寧 ----- 255
陳韻如

【書 評】

通俗文學和法律的更多對話

——評介《包公故事：

一個考察中國法律文化的視角》-----簡齊儒 ----- 327

刑罰如何關連社會？

評吳艷紅《明代充軍研究》-----邱澎生 ----- 347

【學 訊】

「東亞教育與法制研究的新視野」研討會紀要 ----- 古怡青 ----- 361

Legal History Review

Volume 5 June 2004

Contents

Articles

- Huang Yuan-Sheng A Contemporary View on the “Doing What Ought Not
to Be Done” statute of the T’ang Code----- 1
- La Nap-yin A new study of the Half-share law in the Division
of family Property between the Brothers
and Unmarried Sisters ----- 61
- Chen Hwei-syin Reconstructing the Empire of Law in the Qing Dynasty:
Cases of Marital Adultery, Especially Shamed Women
who Committed Suicide after Attempted Rape or
Sexually Harassment, in Legal Case Records of
Grand Secretariat
(Neige Xingke Tiben) ----- 123

Prominet Legal Figure

- Huang Jingjia A synopsis of His Life, Contribution to the Study of
Legal History, Legal Education and Judicial
Development----- 189

Commentaries

- Qian Daqun Some Question about Modern Research on Tang Law -----207

Arnd Helmut Hafner Between the Code and the Law: The Influence of
Modern Legal Science on Chinese Legal History -----229

Wang Tay-sheng, Tai Yan-hui's "Rural Taiwan" and Tanhsin Archive:
Yao Chia-ning and Rethinking "Law and Society" Studies in
Chen Yun-ru Taiwan -----255

Book Reviews

Jian Qiru More Dialogue between Popular Literature and Law:
A Review of Xu Zhongming's *Stories of Judge Bao:
A Perspective for Interpreting the Legal Culture
of China* -----327

Chiu Peng-sheng The Juncture between Punishment and Society:
Review of *Penal Military Servitude in the
Ming Dynasty* -----347

Research Reports and Conference

Ku Yi-ching An Academic Symposium-the New Perspectives
of Education and Legal Studies in East Asia -----361

唐律不應得為罪的當代思考*

黃源盛**

要 目

- | | |
|--------------------|-----------------------|
| 壹、序說 | 肆、從近世刑法原理聯想唐律不應得為罪 |
| 貳、不應得為罪的歷史淵源及其理論基礎 | 一、從不應得為罪透視唐律罪刑法定的虛與實 |
| 一、律條溯源 | 二、從不應得為罪探討唐律禮與刑的糾葛 |
| 二、處罰根據 | 三、從不應得為罪考察唐律罪的概念與立法技術 |
| 參、唐律不應得為罪的義理與實際 | 伍、結論——不應得為罪對後世的影響及其流變 |
| 一、律文釋義 | |
| 二、律疏定例舉隅 | |
| 三、運用實態 | |

* 本文初稿曾於 2004 年 5 月 23 日在台灣大學東亞文明研究中心所舉辦的「東亞教育與法制研究的新視野」學術研討會上宣讀。謹以本文獻給自台大歷史系榮退（2004.7.31）的高明士教授，感念先生從 1995 年 2 月以來，持續不斷的主持「唐律研讀會」，成效斐然。尤其，先生在 1999-2001 年職司系務時，筆者承邀至該系講授「中國刑法史」及「中國民法史」，開啟台灣法學界與史學界的學術交流，實為科際整合成功的推手。

** 國立台灣大學法學博士、國立政治大學法律學系教授。

摘要

在傳統中國刑律中，有一名為「不應得為罪」者，其涵義係指律、令雖無專條禁止，但據「理」不可為的行為。此類行為，無所不包，難以概舉，要之，皆屬違反當時代「禮」與「理」的社會價值觀念者。也就是說，一切違背倫理義務的反道義行為，或違反基本生活秩序的行為，若不能運用輕重相舉條，又毫無比附之餘地時，為落實情罪平允的實質正義理念，皆可歸入「不應得為」，而援引此條予以科罰。

以《唐律》言，「不應得為罪」形式上列在〈雜律篇〉之末，屬於所謂的「正條」，惟其內容則大異其它正條之趣。在英文翻譯上，有人將其譯為「catch-all statute」，其立法用意實在耐人尋味。想問的是：「不應得為」條的法源可溯自何時？處罰的根據何在？律令既無明確犯罪的構成要件，其「應」與「不應」的界限究竟在哪？違反事理「輕」與「重」的基準又在哪？如何從《唐律疏議》本身的疏釋例示，來正確解讀其涵義？而從現存的斷簡殘編判文中能否窺見其運作實態？從當代刑法觀念，可能聯想到那些相關問題？它對後世的中國及近鄰的日本又產生了何等影響？

凡此疑問，皆屬帝制中國刑律之要者，而中外法史學界相關的論述相當少見，即使有，也多語焉不詳；本文嚐試深入律意，舉例闡釋，並參酌近世刑法原理，企圖作較詳盡與突破性的申義與論理。

關鍵詞：不應得為 唐律 罪刑法定 禮與刑 立法技術

壹、序 說

「不應得為罪」是傳統中國刑律的一種抽象概括性罪名，其涵義係指律、令雖無專條禁止，但據「理」不可為的行為。此類行為，包羅萬象，難以概舉，要之，皆屬違反當時代「禮」與「理」的社會價值觀念者。也就是說，一切違背倫理義務的反道義行為，或違反基本生活秩序的行為，若不能運用「輕重相舉」條，又毫無比附之餘地時，為落實情罪平允的實質正義理念，皆可歸入「不應得為」，而援引此條予以科罰。

一般認為，《唐律》立法的指導思想是以禮教為正軌，而以法典為助力，律文不過為貫徹禮教的輔助而已。這種論點，是耶？非耶？從法思想的淵源看，唐律的刑罰基礎，哲學上固可託於天人感通之道，而實際應用於法制者，乃具體的倫常關係；此於律疏常引經證律或闡述律意，可見一斑。至於唐律為保障禮教、義理而設立的罪名，更是俯拾皆見。尤其，為避免法律空隙及保持彈性，又特別制定了「不應得為」條，其用意也在在令人遐思。

「不應得為罪」形式上列在〈雜律篇〉之末，屬於所謂的「正條」，惟其內容則大異其它正條之趣。不禁想問：有關「不應得為」條，其法源可溯自何時？立法理論根據何在？律令無明確犯罪的構成要件，其「應」與「不應」的判定，界限究竟應落在哪？違反事理「情輕」與「情重」的基準又在哪？是否完全責由斷獄司官價值判斷？此舉能否免於皇朝王政的考慮，而終將落入禮教綱紀的恢恢巨網之中？如何從《唐律疏議》本身的疏釋例示，來正確解說其涵義？而從現存的片段判文中能否窺見其運作實態？從當代刑法觀念，可能聯想到那些相關問題？本條常被認為是阻斷傳統中國法

制朝西方近代刑法「罪刑法定」精神發展的重要因素，事實果然嗎？如何從本條窺知唐律立法的禮與刑之間的關聯性？又能從本條看出唐律中所謂罪的概念與立法技術的優劣嗎？它對後世的中國及鄰近的日本又產生了那些影響？

一連串的疑問，不易得解，而中外法史界相關的論述相當罕見，¹即使有，也多輕描淡寫；本文嚐試深入律意，舉例闡釋，並參酌近世刑法原理，企圖作較詳盡的申義與論理。其間，偶有藉助當代法學用語以解明歷史上法律現象者，並非想以今豔古，而是考慮到避免閱讀上的障礙。

貳、不應得為罪的歷史淵源及其理論基礎

一、律條溯源

傳統中國，歷朝歷代刑律列舉犯罪類型的同時，幾乎都有一概括性構成要件的罪名；依目前史料看來，「不應為」的根源理應甚古，其中，《尚書大傳》似最早提及此一相關概念，該書整理周代刑法罪名時曾說：

決關梁、踰城郭而略盜者，其刑贖；男女不以義交者，其刑宮；觸易君命，革輿服制度，奸軌盜攘傷人者，其刑劓；非事而事之，出入不以道義，而誦不詳之辭者，其刑墨；降叛寇

1 有關本主題的相關論著，中文單篇的專題文獻未之能見。日文資料論述較深刻者有中村茂夫，〈不應為考——「罪刑法定主義」の存否をも巡つて〉，《金沢法學》26:1（1983）。岩崎二郎，〈罪刑法定主義と不應為及び援引比附〉，《神奈川法學》5:2（1976）。至於英文資料有 Derk Bodde and Clarence Morris, "Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases," *Translated from the Hsing-an hui-lan, with Historical, Social, and Juridical Commentaries*, (Harvard University Press, 1967), pp.440-442, 530-531. Fu-mei Chang Chen, (張富美), *On Analogy in Ch'ing Law*, (Harvard Journal of Asiatic Studies, vol.30, 1970), pp.213-214.

賊，劫略、奪攘，矯虔者，其刑死。²

翻成白話來講，突破關防，踰越外城而掠奪強盜者，砍去膝蓋骨作為刑罰；男女交媾不合禮義者，男子以去勢、女子以幽閉作為刑罰；觸犯改易君主命令、更革車輿服飾制度、作亂、強盜、偷竊而傷人者，以割去鼻子作為刑罰；不該做的事而做了，進退出入不以道德禮義為依據，而講誦不祥的文辭者，以黥面作為刑罰；投降於叛逆寇賊、強劫掠奪因強取而殺人者，處以死刑。上述所謂「非事而事之，出入不以道義，而誦不詳之辭」是三個非常抽象的用語，具有很大的彈性，而其中「非事而事之」，用當代的話說，是一種不確定的法律概念。

史書中也明白記載，承自《秦律》的《漢律》存有「所不當得為」的概念：

又諸盜及殺人犯不道者，百姓所疾苦也，皆不得贖；首匿、見知縱，所不當得為之屬，議者或頗言其法可蠲除，今因此令贖，其便明甚，何化之所亂？³

昌邑哀王歌舞者張修等十人，無子，又非姬，但良人，無官名，王薨當罷歸。太傅豹等擅留，以為哀王園中人，所不當得為，請罷歸。⁴

2 參閱《尚書大傳》卷 4，《四部叢刊初編·經部》（上海商務印書館：縮印左海文集本，1967）。另參《太平御覽》卷 648 引《尚書大傳》。有關「不應得為罪」的由來，詳參沈家本，《沈寄簪先生遺書——甲編·下冊》（台北：文海出版社，1964），其中〈漢律摭遺八〉：「所不當得為」，頁 658。

3 此段譯成白話為：又諸如強盜及殺人犯不循正道者，是百姓最深切的痛，均不得判以贖刑；藏匿人犯、放縱人犯、於法不當然之類的犯罪，議論者有些認為法律處罰太重應除去此科條，現在因而下令得處以贖刑，明顯是便利罪犯，如何教化他們的亂行？參閱《漢書》（台北：洪氏出版社，1976）卷 78，〈蕭望之傳〉。

4 此段譯成白話為：昌邑哀王有張修等十人為其歌舞，此十人沒有為哀王生育子嗣，也

延年奏言「商賈或豫收方上不祥器物，冀其疾用，欲以求利，非民臣所當為。請沒入縣官。」奏可。⁵

從上面三段引言考察，或可佐證漢代早已有所謂的「不當得為」律條，其意為「於法不當然也」，⁶降至《唐律》乃有所謂「不應得為罪」的綿延承襲。

二、處罰根據

帝制中國的法律觀念，凡言及法者，大多偏向於刑罰，亦即偏於罪惡的懲罰；而國家行使刑罰權的目的到底為何？學說與典章紛紜，各執其義；雖說刑罰目的主義各種學說分類的產生，在於近代中外的法律學者；然按其性質，仍可在固有的典籍制度中，找到與各種學說、主義類同的言論。

一般說來，有關刑罰存在的本質理論，大致上有所謂的「應報主義」與「目的主義」之別，目的主義暫時不談，至於應報主義又可再細分為三：

其一、神意應報說 此說以神為正義之淵源，犯罪即違反神意，違反神意，即不能免夫天討。刑罰者，即天討之實施對於犯罪而施以相當的應報。換句話說，刑罰由神主國家代行神權，有罪必罰，不得違背。如是，國家的刑罰，成為奉行天意，代天行罰；不但有罰的權限，且負有罰的義務，蓋所以維護正義也。

不是哀王的姬妾，但皆為良人，既然沒有官名，哀王死後應當罷除工作歸回家鄉。太傅豹等人卻擅自留守，作為哀王的園中人，於法不當然，請求將他們罷除歸去。參閱《漢書》卷63，〈五子傳〉。

5 此段譯以今語：田延年上奏說：「商人有的預先蒐購墓穴中的不祥器物，期望人有急用時，能取得暴利，此非民臣應有的作為，請求將那些東西沒入縣官。」參閱《漢書》卷90，〈酷吏傳〉。

6 參閱程樹德，《九朝律考》（台北：商務印書館，1955），〈漢律考〉卷4，「不當得為」目，頁19。

其二、道德應報說 道德是傳統中國禮教的泉源，此說乃以道德的觀念，為應報主義的原因，亦即違反道德之行，刑罰便根據道德對於犯罪而施以應報，蓋世人對於犯罪所生之不平，若不回復，則無以彌補道德上的缺憾。例如在《韓詩外傳》裡，孔子云：「為下無禮，則不免乎刑。」《抱朴子·用刑篇》說：「加仁無復，非刑不止，刑為仁佐。」荀子在〈王制編〉、〈法行篇〉更痛暢地說：「聽政之大分，以善者待之以禮，以不善至者待之以刑。」又說：「禮以待善，刑以待不善。」凡此都是把道德上的禮、仁、善的觀念，來做道德報復主義的根據，如此說來，刑罰便是依據道德而行的。

其三、法律應報說 此說以為犯罪為違反法律的行為，刑罰即依據法律對於犯罪者而施以應報。因此刑罰的標準，應以報復或反坐為原則。《漢書·刑法志》說：「大刑用甲兵，其次用斧鉞，中刑用刀鋸，其次用鑽鑿，薄刑用鞭扑。大者陳諸野，小者置之市朝。」凡此思想與近代的法律應報主義，是很相當的，蓋此說對於罪惡輕重，應用何刑，各有律條可據。換言之，均含有應報主義的痕跡，也莫不出於反坐的思想。

從以上三種說法看來，唐律中的「不應得為罪」，其處罰根據的理論基礎，顯然比較接近「道德應報說」與「法律應報說」。也可以這麼講，道德對於刑法的影響，不外有下列諸點：(一)傳統刑法中「惡行」的概念，大多源於道德義務，即道德增加了法律的權威性，並強化人民服從法律規定的責任感。(二)刑法上「責任」一詞，使在道德上具有正當理由的「惡行」，被排除在犯罪構成要件行為之外。(三)法律為確保其權威性，必須獲得社會上道德信念的支持，藉社會心理的確信，以增強法律的權威。(四)實際犯罪中存有道德的「惡性」與「責任」等概念，但在科處刑罰的量刑上不得

加諸道德義務，以避免刑罰有所偏失。⁷

其實，觀乎中外古今的法律發展歷史，任何一個法律體系的建立、任何一部法典的制定，乃至抽離的單一條文的設計，概念上或多或少、或顯或隱的都具有計畫的「內涵於法律的目的」。問題是，現實生活上，法條有限，人事無窮，想要用有限的法條，來規範無窮的人事，法律在本質上即顯露其規範機能的「不完整性」；另一方面，或因立法技術上的困難，或緣於立法政策上的考量，也或由於社會情勢變遷等理由，欲求完整、清晰、邏輯嚴密並具有預見性、前瞻性的法典，實際上也是不太可能的。

就在這種因緣下，「不應得為」罪條的設計乃應運而生，從法典編纂體例及實際的運作面看，《唐律》以律、令、格、式，並夾以制、敕、例等為審判法源，又以輕重相明、比附援引等方法，已顯乎其謹慎之至。而在〈雜律篇〉末更增以「不應得為條」著為律用，其益加週密「庶補遺闕」的立法企圖，是相當明顯！如果說，本條是整部唐律有關罪與罰的靈魂原則，也不為過！

必須一提者，《唐律》該條之設，目的原僅在適用於「雜犯輕罪」的案件，於重罪巨案無涉，範圍已受限制。換言之，在律令無條，比較重的犯罪要以「比附」來論罪，至於諸多情節較輕微的，但有悖情理、事理而應罰時，始得援引「不應得為」條，而其適用時機當隨法制的是否完備而消長。又決罰但分兩等，為笞四十或杖八十，其縱有侵害法益，也應非嚴重的違法行為。

7 參閱 Dennis Lloyd 著、張茂柏譯，《法律的理念》（台北：聯經出版社，1992），頁 56。

參、唐律不應得為罪的義理與實際

傳統中國的刑律發展到唐代，基本上已有「中國式的罪刑法定」傾向，⁸立法設計時，對各種犯罪類型的構成要件和刑罰範圍均極盡能事地想作詳盡規定。其中第九編為〈雜律〉，《唐律疏議》云：「諸篇罪名，各有條例，此編拾遺補闕，錯綜成文，班雜不同。」即把不能歸於其它各篇章的犯罪行為匯集一起，羅列於此，故稱〈雜律〉。其內容十分龐雜，諸如國忌作樂、私鑄錢幣、買賣不公、醫療事故、通姦、失火、賭博、犯夜、私造度量衡、借貸和雇傭契約、市場管理、堤防、水運、城市交通、公共危險、公共衛生、違令等等，猶恐律條不能將所有的犯罪包羅詳盡，還在本篇的最後一條另外規定了「不應得為罪」。

就整部《唐律》看來，有關「不應得為罪」，除了本條的基本規定外，另有所謂變體的規定，例如〈職制律〉「置官過限及不應置而置條」規定：「諸官有員數，而署置過限及不應置而置，一人杖一百，三人加一等，十人徒二年。」同卷〈職制律〉「事應奏而不奏條」規定：「諸事應奏而不奏，不應奏而奏者，杖八十。應言上而不言上，及不由所管而越言上，應行下而不行下，及不應行下而行下者，各杖六十。」又如〈雜律〉「不應入驛而入條」規定：「諸不應入驛而入者，笞四十。輒受供給者，杖一百。計贓重者，準盜論。」凡此，可以說都是「不應得為罪」的特別規定。

限於篇幅，以下僅針對「不應得為罪」基本規定的律意及其相關例示作詳細的析解。

⁸ 參閱黃源盛，〈傳統中國「罪刑法定」的歷史發展〉，收入氏著《中國傳統法制與思想》（台北：五南書局，1998），頁423-450。

一、律文釋義

《唐律·雜律》「不應得爲」條（總 450 條）規定：「諸不應得爲而爲之者，笞四十。（謂律、令無條，理不可爲者。）事理重者，杖八十。」

【疏】議曰：雜犯輕罪，觸類弘多，金科玉條，包羅難盡。其在律在令，無有正條，若不輕重相明，無文可以比附。臨時處斷，量情爲罪，庶補遺闕，故立此條。

根據上述律文及律疏，理論上，「不應得爲罪」在適用時，必須遵循底下幾個原則：

- (一)本條係雜犯輕罪、臨時處斷的規定，「不應得爲」之所以得由司讞者「量情爲罪」，必限於「笞杖」之刑之罪，始有其適用；⁹若逾此範圍，即與量情爲罪的要件不合，除人主得爲權斷外，不得由司讞者逕行臨時酌情處斷。
- (二)有律條可以依據的，基本上應依律條處斷。本條僅係針對違反倫理義務及違反基本生活秩序的反道義行爲所作的概括處罰規定，顧慮到現有律令若無正條，恐將掛漏僥倖，才以概括規定的方式，使司讞者得對於違反義理的反社會行爲，量情爲罪，以補闕漏。
- (三)律條無規定者，可以用舉輕明重或舉重明輕的法理先作當然解釋，也可以援引相類似的律條比附論罪。必也，別無當然解釋之餘地，又無類似條文可供比附援引者，始有其

9 張富美氏認為：不應得爲條，類似現代法律制度中有關「違警犯」(police offense)或「輕罪」(misdemeanor)的行爲。參閱同上註 1, Fu-mei Chang Chen, (張富美), *On Analogy in Ch'ing Law*, p.214.另外, 岩崎二郎亦同此見解, 參閱岩崎二郎, 〈罪刑法定主義と不應爲及び援引比附〉, 頁 12。