

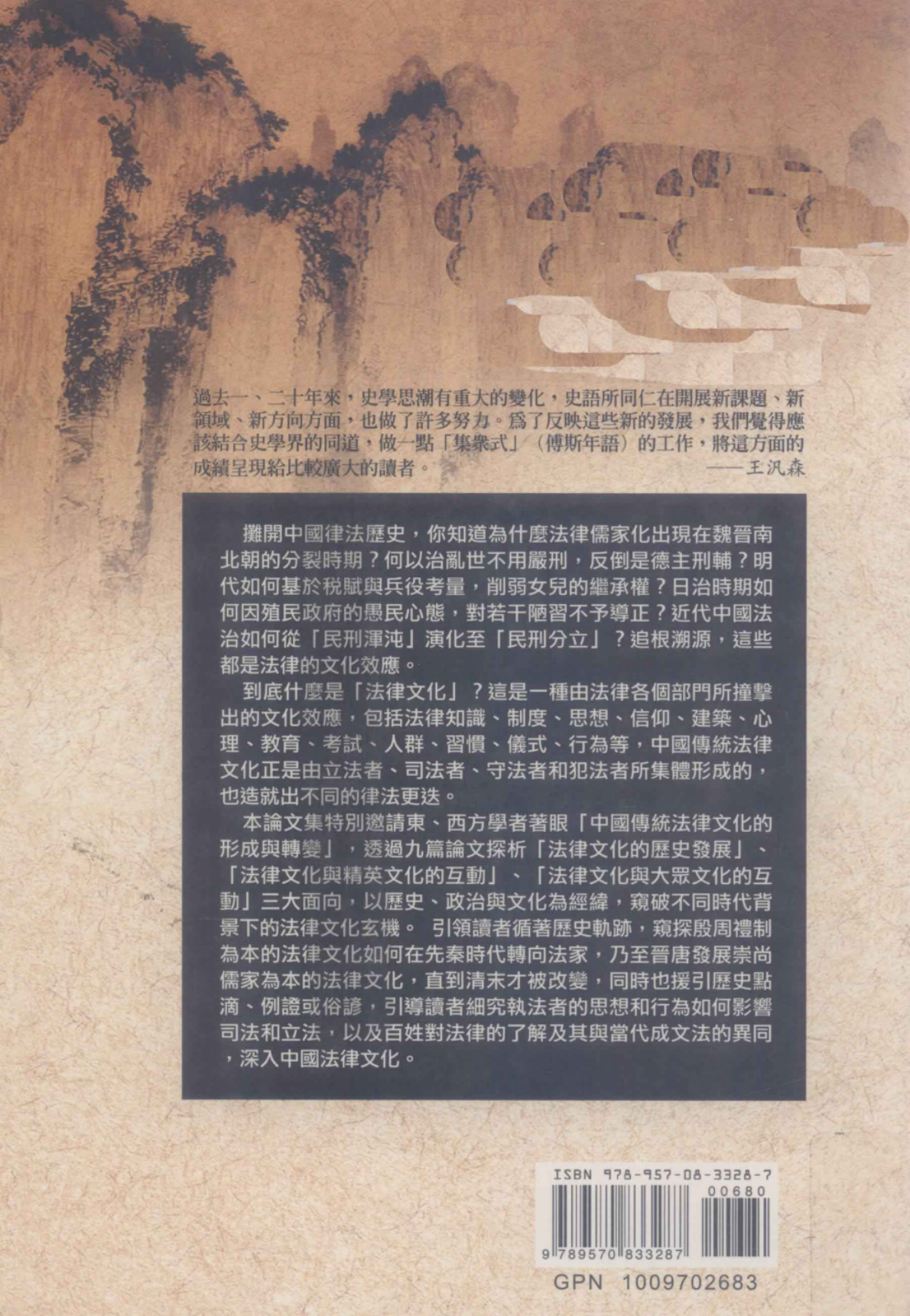
中國史新論

【法律史分冊】

柳立言 主編

中央研究院叢書





過去一、二十年來，史學思潮有重大的變化，史語所同仁在開展新課題、新領域、新方向方面，也做了許多努力。爲了反映這些新的發展，我們覺得應該結合史學界的同道，做一點「集衆式」（傅斯年語）的工作，將這方面的成績呈現給比較廣大的讀者。

——王汎森

攤開中國律法歷史，你知道為什麼法律儒家化出現在魏晉南北朝的分裂時期？何以治亂世不用嚴刑，反倒是德主刑輔？明代如何基於稅賦與兵役考量，削弱女兒的繼承權？日治時期如何因殖民政府的愚民心態，對若干陋習不予導正？近代中國法治如何從「民刑渾沌」演化至「民刑分立」？追根溯源，這些都是法律的文化效應。

到底什麼是「法律文化」？這是一種由法律各個部門所撞擊出的文化效應，包括法律知識、制度、思想、信仰、建築、心理、教育、考試、人群、習慣、儀式、行為等，中國傳統法律文化正是由立法者、司法者、守法者和犯法者所集體形成的，也造就出不同的律法更迭。

本論文集特別邀請東、西方學者著眼「中國傳統法律文化的形成與轉變」，透過九篇論文探析「法律文化的歷史發展」、「法律文化與精英文化的互動」、「法律文化與大眾文化的互動」三大面向，以歷史、政治與文化為經緯，窺破不同時代背景下的法律文化玄機。引領讀者循著歷史軌跡，窺探殷周禮制為本的法律文化如何在先秦時代轉向法家，乃至晉唐發展崇尚儒家為本的法律文化，直到清末才被改變，同時也援引歷史點滴、例證或俗諺，引導讀者細究執法者的思想和行為如何影響司法和立法，以及百姓對法律的了解及其與當代成文法的異同，深入中國法律文化。

ISBN 978-957-08-3328-7



9 789570 833287

00680

GPN 1009702683

中國史新論——法律史分冊

中國傳統法律文化
之
形成與轉變

柳立言◎主編

中央研究院叢書

中國史新論 法律史分冊

2008年10月初版

定價：新臺幣680元

有著作權・翻印必究

Printed in Taiwan.

主 編 柳 立 言
發行人 林 載 爵

出版者 中 央 研 究 院

聯經出版事業股份有限公司

台北市忠孝東路四段555號

編輯部地址：台北市忠孝東路四段561號4樓

叢書主編電話：(02)27634300轉5226

發行所：台北縣新店市寶橋路235巷6弄5號7樓

電話：(02)29133656

台北忠孝門市：台北市忠孝東路四段561號1樓

電話：(02)27683708

台北新生門市：台北市新生南路三段94號

電話：(02)23620308

台中門市：台中市健行路321號

電話：(04)22371234 ext. 5

高雄門市：高雄市成功一路363號

電話：(07)2211234 ext. 5

郵政劃撥帳戶第0100559-3號

郵撥電話：27683708

印刷者 世和印製企業有限公司

叢書主編 方 清 河

校 對 劉 雲 英

封面設計 翁 國 鈞

行政院新聞局出版事業登記證局版臺業字第0130號

本書如有缺頁，破損，倒裝請寄回發行所更換。

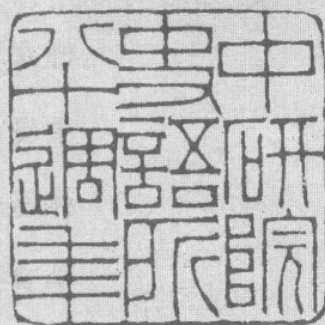
ISBN 978-957-08-3328-7 (精裝)

聯經網址：www.linkingbooks.com.tw

電子信箱：linking@udngroup.com

中國史新論

New Perspectives
on
Chinese History





總策劃◎王汎森

各分冊主編

古代文明的形成	黃崇銘
基層社會	黃寬重
生活與文化	邱仲麟
中國思想史上的重大轉型	陳弱水
美術與考古	顏娟英
法律史	柳立言
醫療史	李建民
宗教史	林富士
性別史	李貞德
科技與中國社會	祝平一



慶祝

中研院史語所
成立八十周年

《中國史新論》總序

幾年前，史語所同仁注意到2008年10月22日是史語所創所八十周年，希望做一點事情來慶祝這個有意義的日子，幾經商議，我們決定編纂幾種書作為慶賀，其中之一便是《中國史新論》。

過去一、二十年來，史學思潮有重大的變化，史語所同仁在開展新課題、新領域、新方向方面，也做了許多努力。為了反映這些新的發展，我們覺得應該結合史學界的同道，做一點「集眾式」(傅斯年語)的工作，將這方面的成績呈現給比較廣大的讀者。

我們以每一種專史為一本分冊的方式展開，然後在各個歷史時期中選擇比較重要的問題撰寫論文。當然對問題的選擇往往帶有很大的主觀性，而且總是牽就執筆人的興趣，這是不能不先作說明的。

「集眾式」的工作並不容易做。隨著整個計畫的進行，我們面臨了許多困難：內容未必符合原初的構想、集稿屢有拖延，不過這多少是原先料想得到的。朱子曾說「寬著期限，緊著課程」，我們正抱著這樣的心情，期待這套叢書的完成。

最後，我要在此感謝各冊主編、參與撰稿的海內外學者，以

及中研院出版委員會、聯經出版公司的鼎力支持。

王汎森 謹誌

2008年10月22日

史語所八十周年所慶日

目次

《中國史新論》總序	王汎森 i
導言	柳立言 1

張有智、李亞峰

論法文化在先秦時期的孕育	23
一、導言	23
二、從「皋陶作刑」到李悝「著書定律」：法文化在三晉地區 法治思想的悠久積澱裡潛滋暗長	24
三、從「疆以戎索」到「晉無公族」：法文化在夷夏文化的激 烈碰撞與整合過程中破土而出	36
四、從「赫赫霸主」到「一統於秦」：法文化在特定的社會背 景和歷史機遇中開花結果	42
五、小結	49

高明士

法文化的定型：禮主刑輔原理的確立	51
一、導言：漢唐間立法原理從禮刑合一到禮主刑輔	51
二、法文化定型的特質	58
三、結論	98

馬若斐(Geoffrey MacCormack)

重估由漢至唐的「法律儒家化」	103
一、引言：研究綜述	103
二、「法律儒家化」這一命題所涉及的問題	106
三、按照爵位和年齡區別量刑	111
四、財產權	115
五、婚姻	125
六、作為反省的結語	136

柏清韻(Bettine Birge)

遼金元法律及其對中國法律傳統的影響	141
一、導言	141
二、遼代的法律(907-1125)	142
三、金代的法律(1115-1234)	153
四、元代的法律：競爭與轉變	157
五、結論	190

黃靜嘉

日本殖民統治對臺灣法文化之影響：以殖民地法院有關身分法

「舊慣」之判例為例，檢視、解讀及書後	193
一、引言：身分法「舊慣」承認之歷史情境	194
二、經承認具有實證法效之「舊慣」，其法源位階問題：認之為 「制定法」或「準制定法」？抑僅視之為「法例」所稱之 「習慣」而已？	196
三、殖民地法曹對導正「舊慣」之依違猶豫	199
四、從本文題旨的角度檢視、解讀殖民地法院之若干有關身分法	

「舊慣」之判例(上)：對「舊慣」加以重申並在原則上確 認之判例(59則).....	201
五、從本文題旨的角度檢視、解讀殖民地法院之若干有關身分 法「舊慣」之判例(下)：限制或依擴張解釋變更「舊慣」 之判例(40則).....	219
六、書後：「舊慣」之承認與日本殖民者之殖民論述.....	229
七、後記.....	233

柳立言

青天窗外無青天：胡穎與宋季司法.....	235
一、前言.....	235
二、胡穎的生平.....	238
三、胡穎與宋季司法.....	244
四、結論.....	276
附件：《名公書判清明集》胡穎所辦案例90篇.....	278

王志強

清代司法中的法律推理.....	283
一、引言.....	283
二、事實的界定和描述.....	285
三、論證的理由和過程.....	294
四、命盜重案與自理詞訟的制度背景.....	301
五、實用理性精神.....	305
六、結語.....	310

黃源盛

民刑分立之後—民初大理院民事審判法源問題再探	313
一、序說	313
二、晚清「民刑分立」的立法濫觴與司法實踐	316
三、民初大理院民事紛爭解決的法源順序	324
四、民初大理院判決(例)在法學方法上的運用詮釋	340
五、結語	363

郭建

「王子犯法，庶民同罪」？	367
一、傳統法制的主流基調	367
二、特殊時代背景下的產物	371
三、流行的時代背景	377
四、公案小說興起後的產物	384
五、深層次意義上的社會原因	388
六、結論	393

附錄

Geoffrey MacCormack

A Reassessment of the “Confucianization of the Law” from the Han to the T’ang	397
--	-----

Bettine Birge

Law of the Liao, Jin, and Yuan, and its Impact on the Chinese Legal Tradition	443
英文目次	505

導言

今年(2008)既是史語所的八十大壽，也是法律史研究室成立的十周年。2006年12月14至16日，該室在史語所舉辦「中國傳統法律文化的形成與轉變」學術會議，共有18位中、西和日本學人宣讀論文，其中九篇構成本論文集，亦即《中國史新論》的法律分冊。編者的原意，是每篇論文在二萬至三萬字之間，呈現一些可以進一步探討的研究議題、研究方向，或研究方法，不一定需要滴水不漏的答案，而且要讓大學生也看得懂。本導言的目的，即在指出各篇論文所引發的研究問題、方向或方法，以期引起年輕學子的興趣。

本論文集所稱的法律文化，是指構成法律的各個部門所單獨或集合產生的一種文化效應(cultural effects)。這些部門包括法律知識、制度、思想(包含價值觀)、信仰(包括對公平和正義的迷思)、建築、心理(心態)、教育、考試、人群(含專業和非專業)、習慣、儀式(含服飾)，和行為等，它們令百姓對法律產生某種「認知」和「態度」，並根據這些認知和態度去決定將來的「行動」，而行動影響國家和社會的發展，例如臺灣高等法院的增建，其仿古的設計未嘗不是藉著宏偉莊嚴的外觀來引起人們的心理反應，產生對法律的敬畏，因而助長守法；又例如韋伯(Max Weber)認為西方的法律系統能夠提供穩定性和可預期性，值得百姓信賴，助長了資本主義的發展，而中國和伊斯蘭的法律系統就很難導

致資本主義。所謂對法律的敬畏和信賴，就是一種法律的文化效應，它可以改變人們對法律既有的認知和態度，調整將來的法律行為（如人們發覺可藉法律來爭取權益）；它一方面可能影響傳統文化（如改變人們對通姦的價值觀念和行為習慣），另方面也受傳統文化的影響（如傳統文化約束人們採取法律行動爭取權益）。法律文化不是立法者和司法者單方面締造的，而是立法者、司法者、守法者，和犯法者所集體形成的，他們也對法律文化的優點和缺點負上共同的責任。法律條文和制度等是較為穩定和全國一致的，但法律文化可以是流動多變和南北相異的。理論上，一個國家可能有十分先進的法律條文和立法與司法制度，但社會上卻瀰漫著輕視法律和玩弄法律的風氣，這亦彰顯了「法律」與「法律文化」的不同——法律的一個目的是使人信任法律和遵守法律，但因各種原因，例如律文陳舊過時、審判不公不正、法官素質欠佳，和司法黃牛的猖獗等，產生了不信任法律和不遵守法律的文化，甚至認為守法是次要的，是「沒有辦法」的人才有的行為。所以，「上有政策、下有對策」這種互動所產生的結果，才是法律的真正面貌，構成了法律文化，不能說「守法」才是法律文化，「鑽漏洞」或「違法」就不是。

因人力所限，本論文集只處理三個問題：（1）法律文化的歷史發展，重點放在塑造法律文化的諸多因素及其特色；（2）法律文化與精英文化的互動，重點放在執法者的思想和行為如何影響司法和立法；（3）法律文化與大眾文化的互動，重點放在百姓對法律的了解及其與當代成文法的異同。

張有智教授探討以殷周禮制為本的法律文化如何在先秦時代的三晉地區轉變為以法家為本的法律文化，所展示的研究方法和引發的問題甚具啟發：

第一，應從多方面探討法律文化。張教授是從歷史、政治和文化等三方面入手，尋找法律文化的形成和發展，包括皋陶創法的歷史積澱、

夷夏文化的碰撞整合、晉國政權的更迭分裂，和華夏從分裂到統一的歷史轉型等。把張教授所用的資料拆散孤立來看，並非無可商榷，但將它們結合成一個整體，則環環相扣，互補長短，相當有說服力。歷史傳說本來就有特殊之史料價值和用途，如法律所謂間接證據，不必強求其為直接證據。

第二，與第一點相應，是某一法律文化的特徵或精神，不單出現在法律，也出現在政治和制度等領域。張教授指出：「李離、魏絳等人在長期的執法活動中，形成了不徇私情、依法辦事、親疏同理的執法原則和法吏精神，以及與法一體、以身護法的法官人格；吳起、韓昭侯、李牧等人在處理政治、軍事等事務中形成了有法必依、執法必嚴、違法必究的作風和理念。」制度上如採用郡縣制、官僚制和軍功爵制；民間的法治意識亦加強，甚至出現了學訟之徒。也就是說，要塑造某一種法律文化，或進行法律改革，恐怕不能畫地自限，只針對法律領域，而應推及政治和制度等領域，要求互相呼應，避免矛盾衝突，正如我們能否一方面要求執法者親疏同理，另一方面卻破壞文官制度用人惟親？

第三，應找出形成某一法律文化的重要條件。某些促成法律文化發展的條件，並非三晉地區所獨有，更非秦國所獨有，而最後由秦統一。由此可知，儘管各地各國擁有某些共同條件，卻因為各自的一些特殊因素，乃產生很多不同的結果。正如我們把外國的法律制度移植過來，卻不一定可以產生跟外國相同的法律文化。英國和日本分別統治香港和臺灣多年，前者較能建立崇尚法治的法律文化，其故何在？

第四，應留意某一法律文化的地域性。三晉地區本亦遵從華夏之法，最後轉向法家之法，一個重要原因，是其地理文化條件，如華戎之雜處。學人提出，法家文化之孕育及發展，均在黃河流域國家，只有靠海之齊及魯是例外，兩國分別是儒家及陰陽家孕育之地，或與自然環境之挑戰有關。如能作區域比較，當能更突顯影響三晉法律文化形成之特

殊條件。事實上，不要說分裂之世，即使是大一統之局，全國畫一的法律亦時常因地制宜，從而產生適合該地之特殊法律文化。

第五，應注意某些足以嚴重影響甚至破壞法律文化的因素。例如講究法治的三晉地區一再出現臣下篡竊，實在是對法治的一大諷刺與刺激（正如王莽篡漢是對儒家禮教的一大諷刺與刺激）。有鑑於此，三晉文化精英吸取三家分晉的教訓，提出了一套加強君主專制和中央集權的國策，形成法、術、勢三合一的法家學說，最後為秦所用，反映政治與法律難以切割，直到今天仍是如此，實在不必諱言。司法固應獨立，但立法每隨政治而改變，並影響司法。

總之，考察某時某地法律文化之發展，可從多方面切入以求全面，如(1)立法，(2)與法律有關的職官和制度，(3)法學家、法思想家，(4)司法，(5)民間之法律活動，最後是(6)這套法律的特色。先秦史料缺乏，張教授能夠面面顧及，相當不易。在談到特色時，張教授認為秦法主要是「無親」、「尚利」和「法、術、勢」合一，並引朱維錚先生〈商君書提要〉，指出「術」乃「成為韓非統治學說中的重要組成部分，其中的陰謀權術在中世紀中國，更成為『陽儒陰法』專制者的枕中鴻秘。」亦有學人認為法家理論之核心是「刑、賞、信」，尤其是「信」。「信」與「術」表面看似矛盾，是否在不同的場合各司其職？「術」如何用於司法，與狡吏和酷吏問獄有何關係，宋代的《折獄龜鑑》是否有大量「外儒內法」的例子，與所謂訟棍的訴訟手法有何異同，不妨一探。

秦漢以法家為本之法律文化如何轉變為晉唐以儒家為本之法律文化？後者何以延續一千二百五十多年，直到清末才被改變？它有何特色？高明士教授從立法入手，探討唐律替後世定下的楷模，指出最重要的立法原理是「禮主刑輔」或「先禮後刑」，即德禮為政教之本，刑罰為政教之用，終結了過去搖擺不定的外儒(王道)內法(霸道)和禮刑平行。高教授認為，替傳統法律文化定型的唐律有四個較為重要的特質：