

中國法制現代化之回顧與前瞻

中國法制現代化之回顧及兩岸法制之發展

國際學術討論會論文集

中國法制史學會編輯 台灣大學法學院出版

中國法制現代化之回顧與前瞻

—— 紀念沈家本誕生一百五十二週年 ——

中國法制現代化之回顧及
兩岸法制之發展國際學術討論會論文集

國立台灣大學法學院
行政院大陸委員會 主辦
財團法人海峽交流基金會

中國法制史學會 協辦
金車教育基金會

中華民國八十二年

國立中央圖書館出版品預行編目資料

中國法制現代化之回顧與前瞻：紀念沈家本誕生
一百五十二週年 / 中國法制史學會編輯 --
初版，-- 臺北市：臺大法學院出版：三民總
經銷，1993 [民82]
808 面； 公分
ISBN 957 - 9019 - 39 - 8 (平裝)

1. 法系 - 中國 - 論文、講詞等

580.92

82005884

中國法制現代化之回顧與前瞻

編輯者：中國法制史學會

出版者：國立台灣大學法學院
 臺北市徐州路廿一號

出版日期：1993.6.30 初版

經銷處：三民書局
 臺北市重慶南路一段六十一號

印刷者：三文印書館
 臺北市西園路二段二七九號之二

定價：新台幣五〇〇元

序

楊 日 然

台灣大學法學院及中國法制史學會為紀念清末民初法學大家沈家本先生（1840 ～ 1913年）一百五十二週年誕辰，特於民國八十一年九月十九日至二十一日，假台大法學院國際會議廳，舉辦「中國法制現代化之回顧及兩岸法制之發展國際學術研討會」，值此國際及兩岸法學學術交流日益頻繁之際，海內外法學碩彥齊聚一堂，為我國法制建設的傳統與現代進行討論，集思廣益，實深具意義。

在文化發達的各民族間，其文物制度的相互影響，本是常見之事。晚清在內外強大壓力下，中國傳統法制有了突破性的發展。尤其，在沈家本先生擔任修律大臣任內（1902 ～ 1911年），首先成立修訂法律館，廣納人才，編譯各國法律法學文獻；進而創設新式的法律學堂，培養第一代兼通中外的司法人才；延聘外國學者專家，仿效日本立法模式，導入歐陸近代法制；制訂以「大清新刑律」為始的一系列民、刑、商事、訴訟等實體與程序法規；另籌設現代化的審判、檢察及獄政機構。這可說是中國法制歷史上突破傳統窠臼，首次超越國界，企圖從中外法制的比較中，尋求變革的開端。

而遠自光緒二十八年（1902年），迄至本次國際性法學討論會的舉行，由沈氏肇始的中國法制現代化，業已九十年於茲，在台灣方面，堪稱香火不斷，逐步邁向法治國家之林。至大陸方面，其態度甚見積極，伴隨經

濟改革及開放，晚近民法、投資及經濟特別法、智慧財產權法、海事法，正相繼制定及擬訂之中，進展亦頗迅速。綜觀本次研討會的主題有三：其一為評估沈家本法律思想及其變法修律對中國法制現代化之影響；其二，就中國法制現代化的過程予以回顧；其三，就台灣及大陸法制現狀加以檢討並予展望。如所周知，研究法制的變革過程，不僅可以了解中國法制從傳統過渡到現代的真實情況，也可以從中得到一些有益的借鏡與啟示，甚至可以提供未來法制興革的一些參考。

與會諸君冒著酷暑，對本次研討會的主題都有深刻的研究與認識，透過為期三天的熱烈研討，共同探討中國法制的傳統與蛻變，相互切磋海峽兩岸法制發發展的未來，顯然已得到豐碩的成果。今彙輯問世，問序於余，除略綴數語以明緣起外，特別要感謝台大法學院院長戴東雄教授之策劃及推動。行政院大陸委員會、財團法人海峽交流基金會及金車文教基金會的慨然贊助，併申謝忱。

中華民國八十二年仲夏

楊日然 謹序於中國法制史學會

目 錄

儒家、法家思想在中國傳統法制的融合過程·····	陳惠馨	001
評論人·····	林文雄	
大清新刑律禮法爭議的歷史及時代意義·····	黃源盛	023
評論人·····	戴東雄	
清末民初法律的繼受問題——		
韋伯社會學觀點的嘗試·····	林 端	067
評論人·····	楊日然	
明刑與隱刑——沈家本考論執行死刑的方式及其場所·····	巨煥武	109
評論人·····	林咏榮	
沈家本法律思想的特點及其歷史地位·····	張晉藩	151
評論人·····	楊日然	
沈家本與晚清變法修律·····	李貴連	159
評論人·····	黃靜嘉	

Taking Ch'ing Laws and Cases Seriously : A Revisionist View from Inside the Ch'ing (1644 – 1911) Legal Bureaucracy		R. Edwards	211
評論人		黃靜嘉	
一九一二～一九四九年中國法制 之變化			
		陳添輝	317
評論人		陳恆昭	
近五十年來經濟社會之變遷與 法制之發展			
		廖義男	341
評論人		翁岳生	
中國近年來智慧財產權法制之 發展及其影響			
		謝銘洋	367
評論人		楊崇森	
大陸法制中的中國傳統因素			
		H.v. Senger	383
評論人		張 鑫	
大陸地區法制之發展			
		張 鑫	409
評論人		D.C. Clarke	
兩岸稅制對經貿活動之影響			
		黃茂榮	437
評論人		廖義男	
對台灣和大陸一九四九年至一九九二年 期間民法的觀察			
		W.C. Jones	497
評論人		邱聰智	

大陸的經濟改革與其投資法規·····	劉得寬	515
評論人·····	王仁宏	
從兩岸的保留死刑觀看其法制		
社會中之價值觀·····	陳志龍	535
評論人·····	蔡墩銘	
海峽兩岸法律衝突規範之發展與比較·····	王志文	553
評論人·····	陳東壁	
大陸所有制改革的實踐與理論·····	陳東壁·許惠祐	601
評論人·····	朱武獻	
CODIFICATION of CHINESE		
CIVIL LAW ·····	E. Epstein	641
評論人·····	黃茂榮	
“烏拉圭回合”新議題談判及達成的框架		
協議及對中國的影響·····	周漢民	719
評論人·····	王泰銓	
民法統一的基本難題·····	呂榮海	775
評論人·····	王澤鑑	
德國統一及法律秩序整合之法律問題·····	P. Badura	793
評論人·····	吳庚	

儒家、法家思想在中國傳統法制的融合過程

陳惠馨

（國立政治大學副教授）

壹、前言

瞿同祖先生在其「中國法律的儒家化」一文中指出：中國法律的儒家化自漢代開端，而至魏晉南北朝已大體完成（註1）。歷史學家余英時先生則提出「儒學法家化」之觀點，認為漢儒拋棄了孟子「君輕」論，荀子的「從道不從君」論而代之以法家的「尊君卑臣」論是漢初儒學法家化的特色表現。余英時先生並認為「儒學的法家化並不限於漢代，它幾乎貫穿了全部中國政治史（註2）。不管「中國法律的儒家化」或「儒學法家化」的

（註1） 瞿同祖，中國法律之儒家化，收錄於「中國法律與中國社會」書附錄中。北京中華書局，一九八一年，第三二八至三四六頁（三三〇、三三五頁）。

觀點，均表現出中國傳統法制深受儒家思想與法家思想的影響之事實。它代表中國傳統的統治者，爲了維持社會秩序並鞏固其政權，乃在法律制度上融合了儒家思想、法家思想的精華而塑造出一個獨特的中國法律體制。惟此一獨特的中國傳統法律體制並非一蹴而成的，他應是中國歷代連續的努力而形塑出來的。本文的目的，乃在從史書記載中探求儒家思想與法家思想在中國傳統法制的形成過程中融合的痕跡。

貳、儒家思想與法家思想之定義

一、儒家思想

所謂儒乃係指春秋戰國時期專門從事教育及執掌禮儀的人（註3）。有關儒家之記載史書中首見於史記孔子世家第十七，儒林列傳第六十一及太史公自序第七十中，太史公於其自序中評論六家之情形時謂：「儒者博而寡要，勞而少功，是以其事難盡從。然其序君臣之禮，列夫妻長幼之別不可易也。」而說明「儒者以六藝爲法，六藝經傳以千萬數累世不能通其學

（註2） 余英時，“反智論與中國政治傳統——論儒、道、法三家政治思想的分野與匯流”收錄於「歷史與思想」臺北，聯經，民六十五年十二月二次印行，第三一至三七頁。

（註3） 楊鶴皋主編，中國法律思想史，北京大學出版社，一九八八年，第四四頁。

，當年不能究其禮，故日博而寡要，勞而少功。若夫列君臣父子之禮，序夫婦長幼之別，雖百家弗能易也。」（註4），依太史公司馬遷之見解認為儒者列君臣父子之禮，序夫婦長幼之別係其超越其他百家之優點。而在儒林列傳中並提到漢興然後諸儒始得修其經藝，講習大射鄉飲之禮。另史記在孔子世家第十七中記載：孔子至齊，齊景公向孔子問政。晏嬰進言齊景公曰：「夫儒者滑稽而不可軌法，倨傲自順不可以為下，崇喪逐哀破產厚葬不可以為俗，遊說乞貸不可以為國，自賢之息，周室既衰，禮樂缺有間，今孔子聖容飾繁登降之禮，趨詳之節累世不能殫其學，當年不能究其禮，君欲用之，以移齊俗，非所以先細民也。」（註5）由此段文字，可知在春秋戰國時期，儒者因主張重視喪禮、厚葬，孔子並提倡複雜之登降之禮儀，而被認為不切實際，無法在當世實施。而事實上由於儒者在當時係執掌禮節之事之官，因此統治者在統治過程中有關封禪，祭祀的禮節儀式都必須向儒者請教。依史記在秦始皇本紀第六中記載：「二十八年，始皇東行郡縣上鄒嶧山立石，與魯諸儒生議刻石頌秦德，議封禪望祭山川之事。」（註6）而史記禮書第一亦記載：「今上（漢武帝）即位招致儒術之士，令共定儀十餘年不就。」（註7）可見儒者在秦、漢之際均參與禮儀制定之工作，而受到肯定。史記禮書中乃謂：「故聖人一之於禮義則兩得之矣，一之於情性，則兩失之矣，故儒者將使人兩得之者也，墨者將使人兩失之

（註4） 司馬遷，史記，太史公自序第七十，收於百納本，二十四史（二），臺灣商務印書館，民五十六年，第一二三一頁、一二三二頁。

（註5） 司馬遷，史記，孔子世家第十七，二十四史（一），第六六五頁。

（註6） 司馬遷，史記，秦始皇本紀，第六，百納本二十四史（一），第一一七頁。

（註7） 司馬遷，史記，禮書第一，百納本二十四史（一），第三八七頁。

者也，是儒墨之分」。(註8)以上之記載均說明了儒家與禮義之不可分。也難怪一般法制史學者談及儒家思想總將之與禮劃等號(如瞿同祖先生談儒家思想、法家思想時，將禮與法，德與刑對立)(註9)。

漢朝班固在漢書儒林傳第五十八中謂「古之儒者，博學彥，六藝之文，即謂儒者乃係通易、禮、樂、詩、書、春秋六藝者」。另藝文志中評儒家之書五十三家八百三十六篇，其並評論儒家謂：「儒家者流蓋出於司徒之官，助人君，順陰陽，明教化者也，游文於六經之中，留意於仁義之際，祖述堯舜憲章。文武，宗師仲尼以重其言，於道最為高。孔子曰：「如有所譽其有所試，唐虞之隆，殷周之盛，仲尼之業已成之故也。然惑者既失精微而辟者又隨時抑揚，違離道本，後進循之，是以五經乖析，儒學寢衰此辟儒之患。」(註10)依班固之見解顯認為儒者原係以教化人民，留意仁義，尊重仲尼(孔子)之言論為主，但至漢時，則已有所遠離其本道，正統儒學已經衰微了。由史記與漢書之記載可知所謂儒家係隨著時代之變遷而有所改變，無怪乎學者將儒家分為先秦儒家以及秦以後被稱為儒者之讀書人(註11)。

然而後代儒家由於其所讀之書乃係春秋戰國儒家所留下之經籍(五經)，祖述堯舜而宗師孔子之思想，因此其仍保留其以禮治國，以教化來維

(註8) 司馬遷，史記，禮書第一，第三八八頁。

(註9) 參考瞿同祖，中國法律與中國社會，第二七一至二八六頁。瞿先生在論「儒家思想與法家思想」中將禮與法、德與刑對立。(二七〇；二八六頁)另楊鶴皋主編，中國法律思想史一書中，於談到儒家的法律思想之特點時，亦提到「禮治論、德治論及人治論。」前揭書，第四五至五四頁。

(註10) 班固著，漢書藝文志第十及儒林傳第五十八收於百納本二十四史(二)，第一六九〇頁；二三二〇頁。

持社會秩序之主張（註12）。

二、法家思想

史記太史公自序第七十中謂：「法家嚴而少恩，然其正君臣上下之分不可改宜。」「法家不別親疏，不殊貴賤一斷於法，則親親尊尊之恩絕矣，可以行一時之計而不可長用也。故曰嚴而少恩。若尊主卑臣明分職不得相逾越雖百家弗能改也。」（註13）由此我們了解法家除主張人民行為均以法律為審判依據，不因其親疏貴賤而有差別，並主張尊君卑臣之觀念，分別職務之觀念。

班固在漢書藝文志中評論法家曰：「法家者流蓋出於理官，信賞必罰，以輔禮制，易曰先王以明罰飾法，此其所長也。及刻者為之，則無教化，去仁愛專任刑法而欲以治至於殘害至親傷恩薄厚。」（註14）依此可見法家係主張以刑法來作為維持社會秩序之工具，其長處乃在以明罰飾法，但由於法家不注重教化人民，因此不免至於殘害至親，傷恩薄厚之結果。

（註11） 瞿同祖先生認為漢以來，由於學歸一統，儒家獨尊，自是以後，所謂儒家僅是讀書人之代名辭。只能稱為儒或儒者，以別於春秋戰國時之儒家。見“中國法律與中國社會”，第三〇四頁。另楊鶴臬主編，中國法律思想史中亦認為儒家的發展，經歷兩大階段：先秦儒家和秦以後作為封建正統的儒家。前揭書，四四頁。

（註12） 參考瞿同祖，中國法律與中國社會，第三〇四頁。

（註13） 司馬遷，史記，太史公自序第七十，一二三一；一二三二頁。

（註14） 班固，漢書藝文志第十，第一六九二頁。

由上之敘述，可知儒家主張教化人民，以禮儀來達到維持社會秩序之目的，並主張君臣父子之間有一定之禮儀，夫妻長幼之間有所分別。而法家則主張以刑法來維持社會秩序，不論親疏貴賤均以法律來作為判決之依據，不重視教化，但卻主張君尊臣卑之觀念。儒家思想與法家思想在君臣關係的看法有其相似之處，其均傾向於尊君抑臣。而其最大之差異乃在法家主張不別親疏，不殊貴賤，均依法律來制裁。而儒者在教化上則主張有別夫妻長幼，分親疏、貴賤、尊卑（註15）。

參、儒家思想與法家思想對中國傳統法制形成過程之影響

一、秦之際—法家獨霸時期

儒家思想、法家思想主要形成於春秋戰國時代。由於儒家主要主張以禮教來教化人民，維持社會秩序，而教化人民之工作須時久遠而難見其成效，因此其主張未能為秦之統治者所接受。而相反地，法家以法來治國，以刑來處罰違法者，其達到維持社會秩序，富國強國之功效立見，因此深為秦之統治者所接受。此由史記商君列傳中可以看出：按商鞅在班固漢書

（註15） 瞿同祖，中國法律與中國社會，第二七三頁。

藝文志中被列為法家（註16），其於見秦孝公之際，原先勸孝公以帝王之道，然秦孝公認為帝王之道「久遠吾不能待」，於是商鞅乃以疆國之術遊說秦孝公，秦孝公於是採納商鞅之建議，開始變法修刑內務耕稼，外勸戰死之賞罰。秦因而強盛，及至秦始皇統一天下後，於事皆決於法（註17），完全不顧仁恩和義。秦始皇於統一法令後，要求百姓，當家則力農工，士則學習法令避禁（註18）。而由於當時各種學派甚多，常在法令公布之後，相與討論法令而議論紛紛，於是採李斯之建議：「史官非秦記者皆燒之，非博士官所職，天下敢有藏詩書百家語者悉詣守尉雜燒之，有敢偶語詩書棄市，以古非今者族，吏見知不舉者與同罪。令下三日不燒黥為城旦，所不去者醫藥卜筮種樹之書，若有欲為法令以吏為師。」（註19）由此可知秦之際，乃以法律為維持社會秩序之工具，不僅儒家，其他各種學說均難以有影響，有影響力者乃以學法令者。秦始皇帝這種重法輕儒的統治

（註16） 參考班固漢書藝文志第十，前揭書，第一六九二頁，漢書中將李子（李性）三十二篇、商君二十九篇、申子（申不害）六篇、處子九篇、慎子（到）四十二篇、韓子（非）五十五篇、游楨子一篇、鼂錯三十一篇、燕十事十篇（不知作者）、法家言二篇等列為法家十家，難怪後世均認為李悝、商鞅、申不害、慎到、韓非乃係代表法家。

（註17） 參考司馬遷，史記秦本紀第五，第一〇三頁，及史記，商君列傳第八，第七八九、七八〇頁。

史記秦本紀第五記載：「孝公三年衛鞅說孝公變法，修刑，內務耕稼，外勸戰死之賞，孝公善之。……卒甲鞅。」而史記，商君列傳第八中記載：景監問商鞅曰：「子何以中吾君，吾君之驩甚也」。商鞅答曰：「吾說君以帝王之道比三代，而君曰：『久遠吾不能待，且賢君者各及其身，顯名天下，安能邑，邑待數十百年以成帝王乎。』，故吾以疆國之術說君，君大說之耳。然亦難以比德殷周矣。」俟商為左庶長乃開始定變法之令：「令民為什五，而相收司連坐，不告姦者要斬，告姦者與斬敵首同賞，匿姦者與降敵同罰……。」

（註18） 司馬遷，史記，秦始皇本紀第六，第一二二頁。

（註19） 同前註，一二二頁。

方式，爲其子扶蘇所反對，扶蘇乃勸說秦始皇曰：「天下初定，遠方黔首未集，諸生皆誦法孔子，今上皆重法繩之，臣恐天下不安，惟上察之。」，但秦始皇對扶蘇之勸說甚爲不悅，乃將之監禁（註20）。不過雖然秦代重視法家而輕儒家，但是儒家並未完全喪失其對統治者之影響力。由於統治者在封禪、祭祀時，其行事禮儀依賴儒家之指點，因此儒家與統治者之關係仍十分密切。（註21）而法家不別親疏，不殊貴賤一斷於法之理想，事實上亦無法徹底執行：此觀司馬遷、史記、秦本紀第五之記載可知：「…鞅之初爲秦施法，法不行，太子犯禁，鞅曰：法之不行自於貴戚，君必欲行法，先於太子，太子不可黥，黥其傅師，於是法大用，秦人治。」（註22），由此記載，可以看出秦之初，商鞅不分親疏，貴賤一斷於法之主張只能執行一半。太子犯法，只能處罰太子之傅師，而商鞅也因此得罪了太子，於秦孝公死亡後，乃冠商鞅以謀反罪名，將商鞅處於車裂之刑。（註23）

二、漢一儒法相爭時代

（一）西漢時代

漢高祖劉邦在入咸陽城時，雖與百姓約法三章，悉除秦法。（註24）

（註20） 司馬遷，史記，秦始皇本紀第六，第一二三頁。

（註21） 同註六。

（註22） 司馬遷，史記，秦本紀第五，一〇四頁，七九二、七九三頁。

（註23） 同前註。

（註24） 司馬遷，史記，高祖本紀第八，第一六三頁，記載：沛公……還軍霸上，召諸縣父老豪傑曰：父老苦秦苛法久矣，誹謗者族，偶語者棄市，吾與諸侯約，先入關者，王之，吾當王關中，與父老約法三章耳，殺人者死，傷人及盜抵罪，餘悉除去秦法。諸吏人皆案堵如故。」

但是高祖在取得天下之後，深感三章之法不足以禦奸，於是由相國蕭何攬摭秦法，取其宜於時者，作律九章。」（註25）故漢初之際仍以法律為重要的維持統治，及社會秩序之工具。儒家思想並未能有太大之影響，此由漢書記載可以看出：

1.漢文帝時，賈誼上疏建言漢承秦之敗俗，廢禮義捐廉恥，今其甚者殺父兄，盜者取廟器，而大臣特以簿書不報期會為故。至於風俗流溢恬而不怪，以為是適然耳。（註26）

2.武帝時，董仲舒對策進言時提到：「今廢先王之德教，獨用執法之吏，治民而欲德化被四海故難成也。」（註27）

3.漢宣帝時琅琊王吉上疏言：「今俗吏所以牧民者，非有禮義，科指可世世通行也，以意穿鑿各取一切，是以詐僞萌生，刑罰無極，質樸日消，恩愛寢薄。……」（註28）

4.班固漢書，元紀等九記載：「孝元皇帝宣帝太子也……。壯大柔仁好儒，見宣帝所用多文法吏，以刑名繩下，……嘗侍燕從容言：「陛下持刑太深，宜用儒生，宣帝作色曰：『漢家自有制度，本以霸王道雜之，奈何純任德教，用周政乎。且俗儒不達時宜，好是古非今，使人眩於名實，不知所守，何足委任。』」乃歎曰：『亂我家者太子也。』，繇是疏太子，而愛淮陽王，曰：『淮陽王明察好法，宜為吾子而王，母張婕妤尤幸。上有意欲用淮陽王以代太子，……黃龍元年宣帝崩，癸巳太子即皇帝位。』（註29）

（註25） 班固，漢書，刑法志第三，第一四八七頁。

（註26） 班固，漢書，禮樂志第二，第一四六八頁。

（註27） 班固，漢書，禮樂志第二，第一四六八、一四六九頁。

（註28） 班固，漢書，禮樂志第二，前揭書，第一四六九頁。