

林咏榮編著

部編大
學用書

唐清律的比較及其發展

國立編譯館
出版

D929.42
881

港台書室

591565

林詠榮教授著

唐清律的比較及其發展



黃少谷



90094429

中華民國七十一年八月初版

唐清律的比較及其發展

版權所有
翻印必究

定價：精裝新台幣叁佰捌拾元

主編者：國立編譯館

編著者：林咏榮

出版者：國立編譯館

館址：台北市舟山路二四七號
電話：三二一六一七一

經銷處：黎明文化事業公司

地址：台北市信義路二段二一三號
電話：三九五二〇八

序

閻清林沁芬先生，清才茂質，自蘊英華。既以詩文負時譽，而治律精勤，炳炳然於上庠尤見都講之盛。頃以所撰「唐清律的比較及其發展」一稿見示，觀其廣甄博采，鎔鑄多宜，詞顯而義申，蔽解而境豁，其激心注力之所至，可謂孤往復出也已。我中華律學在世界法域中自標涂轍，唐承歷代之遺，獨造兼融，遂稱極盛。雖晚清變法，而舊律之聲光遽寂，然今世諸國之治唐律者仍不乏其人。是知真源可溯，理蘊斯宣，往躅雖遙，渠則猶在，此亦學術流變之可資啓悟者也。是書擷唐清律之要指，於組比推闡之中，時多精義，堪為治律者所取鑑，探驪之作，凌紙生新，此則讀是書者所自知，固無待於詞費矣。

黃少谷 六十九年十一月

序

我國法律思想，導源甚古，甚至德主刑輔之立法觀念，亦早見於書經虞書大禹謨中，其所謂「明于五刑，以弼五教，期于予治，刑期于無刑」，即足以爲明徵。孔子祖述堯舜，於此更引伸其義，曰：「道之以政，齊之以刑，民免而無恥；道之以德，齊之以禮，有恥且格」。此爲儒家法律思想之中心，自漢以迄於清，歷代法律雖有因革損益，而出禮入刑之立法基本原則，却一直相沿，未曾改變。唐律疏議於其篇首，揭櫫「德禮爲政教之本，刑罰爲政教之用」，以本與用，說明其旨趣與效能，最爲得體，即此一端，亦足見唐律承先啓後之楷模矣。炎輝於國立台灣大學執教垂三十年，平日講授法制史，多涉及唐律，而於公私立法律研究所講授唐律，亦歷有年所，對於唐律接觸甚繁，鑽攻甚久，著有唐律通論行世；惟於清律亦未嘗不加之意，在炎輝著作目錄中，以唐律與清律爲題材者，殆各佔其半，蓋清律沿明律，原以唐律爲藍本，雖篇目增損不一，其主旨則仍因舊貫，內容亦甚少變更也。唐律可謂爲我國固有法前階段之結晶，清律可謂爲我國固有法後階段之結晶。

林教授咏榮執教於國立中興大學法律研究所，於中國法制史造詣甚深，與炎輝興趣相近，引爲同道，過從已二十年，民國六十一年間炎輝鑒於復興中華文化，莫急於復興中華法系與法學，乃邀集同志，從事清末民初中國法制現代化之研究，承行政院國家科學委員會及中華文化復興委員會之資助及參與諸君子之共同努力，該項研究報告，裒然成集，林教授始終參與其事。又中國法制史學會之籌組

乃至成立，林教授亦贊其成，多所貢獻。炎輝對於林教授之熱心與毅力，殊爲欽佩！今林教授本其多年教學經驗與研究所得，撰唐清律的比較研究及其發展，體例清新，考訂詳密，使兩律相得益彰，對於研究法律者固提供可貴之參考，而於中華法系之建立與中華法學之闡揚，尤多助益，猥荷相屬，謹樂爲之序。

中華民國六十八年二月既望

戴炎輝敬序

序

論我國法制者，咸推唐律，於其他朝代之法制，甚少置意，距今最近之清律，亦鮮爲治法制史者所重視。實則唐律固爲我國法律之精華，影響至爲深遠。清律亦自有其特色，且距今最近，對於我國現代之法制，尤具相當之關係，倘捨清律而專論唐律，雖不能謂爲捨近求遠，在我國法制史之研究上，究欠完整；欲於現代法制，尋其本源，論其得失，亦失一重要之資料。咏榮先生，有鑒於此，乃有本書之作。觀其例言所稱：『清律爲我國固有法與現代法交替之尾閭，由清律以追溯並檢討過去法制，由清律以比較現行法制並展望未來法制，溫故知新，明體達用，法制現代化之歸趨，及中華法系之重建，似不能不於此加之意焉』，尤足見作者用心之深遠。且本書原稿，曾取爲中興大學法律研究所教材，使學生各抒己見，互相辯論，以啓發其思考力，並於我國舊日法制，有細密之認識，如此循循善誘，非良師良史莫能爲之，紀東拜讀之後，深爲欽佩，用綴數言以爲序。

中華民國六十八年二月廿三日

林紀東謹序於台北念萱書室

例言

一、嘗讀呂東萊所撰之左氏博議，以春秋左氏傳爲題材，採相反或不同之意見，縱正面無懈可擊，亦從側面進攻，極盡辯論之能事；遣辭優美、設例清新，猶其餘事。原書本爲諸生課試之作；乃師其意，以「唐清律的比較研究」，自民國五十五年起，擬定講義，試教於國立中興大學法律研究所，於每一事項講述之後，分正反兩方面，爲比較式討論乃至辯論，最後由愚予以總結，俾有助於思想之啓發與學術之鑽攻。或有難於愚曰：「先生豈好辯哉？」愚套用孟子之言以答之曰：「余豈好辯哉？余不得已也」！蓋民主政治時代，議員爭辯於議會，律師爭辯於法庭，乃至一切折衝樽俎及會議，無不需要討論與辯論。問題因討論而解決，真理因辯論而昌明。

二、踵事增華，以今勝古爲常，何以若干論者均認爲唐律勝於明律，真不得其解！乃將唐明律加以比較研究，探索其所以然，並斷定其所必然，析疑賞奇務必求真求實，立論佐證不宜人云亦云，經就初步研究所得，撰著「唐明律的比較研究」，在民國五十一年十月發表於法學叢刊第二十八期，其弁言中，謂：

「本文的主旨，在於說明唐明律各有其時代的價值，合而覽之，始足以顯出我國固有法律的特色，不宜有所偏廢。惟前賢今哲對於唐律已多所闡發；而明律却尠人加以表揚。我特站在表揚明律的立場，就唐明律爲比較的研究，俾使兩者相得而益彰。不過，其間爲了論述明律的優點，不免要觸及唐

律的缺點，這是比較研究難以避免的結果，無傷於唐律，亦無傷於先進們對於唐律的稱頌。因為已有的成就，都是發展的基礎，莫爲之先，遑問其後」。

今撰本書，資料及範圍雖已增多與擴大，宗旨仍因舊貫。三、清沿明律，改訂甚少；惟清律爲我國固有法與現行法交替之尾閭，由清律以追溯並檢討過去法制，由清律以比較現行法制並展望未來法制，溫故知新，明體達用，法制現代化之歸趨及中華法系之重建，似不能不於此加之意焉！

四、法律訂立所用之技術如何？法律實施所得之效果如何？應爲批判兩種法律優劣之可循標準。就技術言，不在於兩種法律所定之刑罰孰輕孰重，而在於兩種法律對於法官用法時是否隨意可輕可重。不在於科條省與文字簡，而在於分類清晰與條款明確，並避免前後衝突及一事兩端。就效果言，不在於刑期無刑以及其是否與舊禮教乖違；蓋前者乃儒家之純粹理想，後者應隨時代而改變，新時代之人不應繩以舊時代之禮教；而在於刑以止暴及其所定之刑罰是否足以糾正前一種法律在司法實務上的缺失。止暴所以維護公共秩序，糾正缺失足以促使社會進步。本書所有論斷，均依此爲衡量。

五、本書分爲緒論、本論及結論三篇，並附唐清律對照表。就對照表以比較唐清律，一目瞭然。且唐清律均就其條次加以編號，檢索與引用，亦甚利便。

六、本書爲求普及，敘述係用語體，惟引用典籍時仍錄原文並加標點，原文前後皆有語體文爲之說明，不難窺其旨趣，其稍晦者則於括號內加以註釋，以期共喻共曉。蓋典籍上原文如皆譯爲語體，

不僅易失真義，且亦不免累贅。

七、本書敘述，分爲正文、附註及備考三部份（註附於每節或每段之後，考附於每章之後），正文力求簡明正確，凡史料或學說相互出入者，均就所知予以考定；其中有待析疑或商榷之處，則於附註或備考中論列。備考並爲史料或史實之分析與補充。

八、法律之產生與衍變，必有其背景（包含歷史傳統、政治勢力及經濟結構乃至禮俗），故本書之敘述，均從其背景以尋繹其因果，並從其因果探論其得失。

九、本書每一段落，均有結論，既作綜合之歸納，亦申一己之見解，旨在幫助初學者易於獲得其要旨及趨向，持論雖未必有當，但皆出於至誠。

十、本書原係講義，迭經增刪，並改名爲「唐清律的比較及其發展」，已非原來面目，其間或作或輟，歷時十餘稔，風雲多變，塵俗亦勞，皓首窮經之願未賒，青燈言志之情已減，心雖欲求工，力有所未逮，尚乞賢達不吝教正是幸！拙著承司法院院長黃少谷先生賜序並題箋，前司法院院長、資政戴炎輝先生及大法官林紀東先生賜序，曷勉有加，增光篇幅，謹併此申謝！

民國六十九年立冬 林咏榮敘於友梅軒

唐清律的比較及其發展 目次

黃序	一八〇
戴序	一八〇
林序	一八〇
例言	一八〇
上篇 緒論	一〇五
第一章 爲什麼要研究唐清律	一
第一節 適應我國法律的發展	一
第二節 適應世界法學的趨勢	四
第三節 適應個人研究的需要	八
第二章 要怎樣來研究唐清律	一
第一節 應從國家政治典範及人民行爲軌範去瞭解法制之史的因革及其得失	一
第二節 應從社會背景及經濟結構去剖析法制之史的衍進及其影響	一二
第三章 我國法制重心的演進與唐清律的本質	三五
第一節 我國法制重心的演進	三五

(一) 禮法混同時期——自西周至戰國初葉·····	三五
(二) 禮法分離時期——自戰國經秦至漢·····	三八
(三) 禮法調和時期——自西漢經唐至清·····	四一
第二節 唐清律的本質·····	四六
本篇 本論·····	一一
第一章 唐清律的沿革·····	六三
第一節 唐清律的回溯·····	六三
第二節 唐清律的訂立·····	六八
(一) 唐律的訂立及其遞衍·····	六八
(二) 清律的訂立及其轉變·····	一〇五
第二章 唐清司法制度的比較·····	二六九
第一節 訴訟的起源·····	二六九
第二節 司法制度的衍進·····	二六九
第三節 唐清兩代的司法組織·····	二七〇
(一) 唐代的司法組織·····	二七〇
(二) 清代的司法組織·····	二八〇

第四節 唐清兩代的訴訟管轄與訴訟程序·····	二九五
(一) 訴訟管轄·····	二九五
(二) 訴訟程序·····	三〇一
第五節 唐清兩代的斷獄權限與法官責任·····	三一五
(一) 斷獄權限·····	三一五
(二) 法官責任·····	三一七
第三章 唐清律的比較·····	三一九
第一節 唐清律的綜合比較·····	三一九
(一) 舊案的檢討·····	三一九
(二) 客觀的評價·····	三七二
(1) 從歷史的傳統看·····	三七二
(2) 從時代的需要看·····	四〇二
第二節 唐清律的個案比較·····	四四七
(一) 尊崇君親·····	四四八
(1) 謀危社稷·····	四四八
(2) 謀殺父祖·····	四五〇

下篇 結論

第一章 唐清律與固有法

第一節 唐清律爲固有法的結晶

(一) 唐清律的演進

(二) 唐清律的重心

第二節 唐清律仍固有法的結構

(一) 公法與私法不分

(二) 實體法與程序法混一

第二章 唐清律與現行法

(一) 保護陵墓

(二) 限制僧道

(三) 預防內亂

(四) 禁止夜行

(五) 杜絕宮刑

(六) 罪刑法定

(七) 訴訟管轄

四九九

四九九

四九九

五〇一

五〇五

五〇五

五〇九

五一三

四五四

四六五

四七〇

四七六

四八三

四八九

四九七

第一節 現行法與唐清律的關係·····	五一三
(一)現行法訂立的過程·····	五一三
(二)現行法與唐清律的關係·····	五一五
第二節 現行法與唐清律的比較·····	五一九
(一)唐清律與固有法的特色·····	五二七
(二)唐清律與現行法的比較·····	五四五
附錄·唐清律對照表·····	五四五

(一) 保辜制度

(二) 保辜制度

(三) 保辜制度

(四) 保辜制度

(五) 保辜制度

(六) 保辜制度

(七) 保辜制度

下篇 結論

第一章 唐清律異同考

一、總論

(一) 唐清律異同考

(二) 唐清律異同考

(三) 唐清律異同考

(四) 唐清律異同考

(五) 唐清律異同考

(六) 唐清律異同考

四五四
四六五
四七〇
四七六
四八三
四八九
四九七
四九九
五〇五
五一三